筑波ロー・ジャーナル

23 号 植草宏一教授退職記念論文集

2017年12月

論 説

「立法事実」の発現場面(一) 大石	和彦	1
取締役会の実効性評価 実施主体としての監査役の関与の可能性 大塚	章男	11
「刑事事件に係る訴訟に関する書類」の文書提出義務 大渕『	真喜子	39
「処分証書」概念と「三段の推定」を巡って 「書面外の合意先行」説の試み 	哲也	85
フランス法における家族のメンバーによる不法行為と責 家族のあり方と民事責任法の枠組	任	
	友行	119
中国民法総則における行為能力規定 	義典	177
利益相反の概念についての一考察 遺言執行者をめぐって		
森田	憲右	211
チュニジアにおける会計及び監査に対する規制 	真生	229
植草宏一教授略歴 / 研究業績		245



目 次

論 説

「立法事実」の発現場面(一) 大石 和彦	5 1
取締役会の実効性評価 ——実施主体としての監査役の関与の可能性——] 11
「刑事事件に係る訴訟に関する書類」の文書提出義務 	- 39
「処分証書」概念と「三段の推定」を巡って ――「書面外の合意先行」説の試み―― 京野 哲也	L 85
フランス法における家族のメンバーによる不法行為と責任 家族のあり方と民事責任法の枠組 	ī 119
中国民法総則における行為能力規定	も 177
利益相反の概念についての一考察 ——遺言執行者をめぐって——森田 憲右	i 211

チュニジアにおける会計及び監査に対する規制			
	弥永	真生	229
植草宏一教授略歴 / 研究業績			245

「立法事実」の発現場面(一)

大 石 和 彦

- 一 本稿の基本視角 (以上本号)
- 二 具体例

むすび

一 本稿の基本視角

本稿は、いわゆる「立法事実」が、法令の憲法適合性判断の手順(法令が憲法の人権条項に違反するか否かにつき、3種のうちの1つの違憲審査基準を選択した上で、立法目的及び規制手段の順で判断して行く過程)の中のどの段階で、どのような仕方で、その役割を演じるのか、という視角から検討する。そうした作業を通じ、同時に、「『目的』と『手段』の2段構えで法律の合憲性を検討する」¹⁾という、今やすっかり定番となった感のある憲法判断の構造²⁾が、実のところいかなるものであるのか(「『目的』と『手段』の2段構え」の構造を通じ憲法判断がなされた判例がある一方、一見すると同じ構造を持つように見えても実はそうではない判例もあること。)を確認することにもなるだろう。

^{1) 『}最高裁判所判例解説刑事篇昭和48年度』143頁 [田尾勇]。同調査官解説は、そこでの解説対象判例たる、最大判昭和48年4月4日・刑集27巻3号265頁(いわゆる「尊属殺重罰規定違憲判決」)につき、「最高裁が明確な形で意識的にかかる手法を用い……た例ははじめてといってよい」と述べるが、本稿は以下部分で、その認識の妥当性を疑うことへと向かうであろう。

²⁾ 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回―憲法的論証を求めて』(日本評論社 2013) 27 頁以下 は、「目的手段審査」の特質につき、それが「処分審査」の殆どのケースにおいて用いられてこなかった理由を探る中で検討を加えているのが注目される。

「立法事実(legislative facts)」という言葉の意味について、これまで日本においては「法律……の合理性を裏づけ支える……一般的事実」30と説明するのが一般的であった。これに対し、アメリカでの原義に忠実であろうとすれば、議会における立法の際に前提とされた事実のみならず、行政庁による規則制定(行政立法)の際に前提とされた事実、さらには裁判所も判例を通じ「法形成」に与っているという現実を踏まえ、「裁判所による法形成の資料となる事実をも含むことからいって、『法形成に関連する事実』としたい……気もするが、それはやや原語から離れ過ぎるというべきかもしれない」として田中英夫が掲げた「立法的判断に関する事実」という訳40、さらに近時は、「法形成を支える事実」というアメリカでの原義と、「法律の合理性を支える事実」という現下日本において一般的な用法につき、「後者を前者の用法の適用例と説明することはできない」、「両概念は相互に独立している」とする淺野博官の指摘50も

なお、時國康夫「憲法事実一特に憲法事実たる立法事実について一」同『憲法訴訟とその判断の手法』(第一法規 1996)1頁以下(初出 1963)は、その冒頭、立法事実につき「社会一般の現象として一群の事件中で起る事実で、多くの場合、数多くの事件中に起った特定的事実を基礎として抽出される事実であり、立法府が立法の資料として収集認定する事実と同質のもの」との(立法事実を収集する機関を立法府に限定することなく、おそらくは他の機関が行う、それと「同質」の作用をも視野に入れた)説明をしているものの、本論に入ってからの部分で検討されるのは、「立法の必要性を裏付ける立法事実」(同書4頁)、「法律により採られた特定の規制方策で規制することが立法目的達成に最小限必要であるとの立法府の判断を裏付ける立法事実」(同書 10 頁)である。

⁴⁾ 田中英夫『英米法のことば』(有斐閣 1986) 74 頁以下。なお、田中成明が「立法事実」という言葉を用いるに当たって念頭に置いているのも、裁判による法の継続形成が問題となる場面である(田中成明『法的思考とはどのようなものか』〔有斐閣 1989〕 201 頁、同『現代法理学』〔有斐閣 2011〕 555 頁。)。

⁵⁾ 淺野博宣「立法事実論の可能性」・高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 上』(有 斐閣 2013) 419 頁以下。

注目されるところであるが、以下では、専ら本稿の関心、視角から、"法律の合理性に関する(その合憲性を左右する)事実"くらいの意味で用いておきたい。ここで、法律の合理性を「支える」事実とは言わないで、「関する」、「左右する」と言ったのは、法律の合憲性を「支える」事実(後に言及する、いわゆる"Brandeis brief"が支えた事実など)と、法律が違憲であること(法律の不合理性)を主張するための事実(法律が防止しようとしている害悪の主因が、法の想定〔薬局の一ヵ所集中⇒一部薬局の経営不安定化〕とは別のところ〔「製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激烈な販売合戦、流通過程における営業政策上の行態等」〕にあるという、薬事法違憲判決⁶⁾が前提とした事実や、時國康夫が言う「禁止される行為を野放しにしても何等の弊害がそもそも生じないという立法事実」でなど)との間の差は、本稿の関心から見た場合、意識する必要がないからである。

「立法事実」を対象とした検討視角には様々のものがありうる。実際にこれまで、特にその意味を「法律の合理性を支える一般的事実」とした上で、「合憲性の推定原則」若しくは違憲審査基準との関連が検討されたり、又はそうした事実の顕出方法などといった視角からの検討が行われてきたし⁸⁾、「民事訴訟法学および憲法学の双方において……相互に通訳可能性がある形で」展開されてきたドイツの立法事実論から示唆を得ようとする近時の異智彦の業績⁹⁾も注目されるところである。だが、本稿は、あえて「立法事実」の意味につき、基本的には現下日本で一般的な上記の理解を前提とした上で、それらのある一

⁶⁾ 最大判昭和50年4月30日·民集29巻4号572頁。

⁷⁾ 時國・前掲書(注3)4頁。

⁸⁾ 芦部「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」前掲(注3)、時國・前掲(注3)、芦部信喜「憲法訴訟の理論と技術」同著『憲法訴訟の現代的転回』(有斐閣 1981) 3 頁以下(初出 1975)、時國康夫「憲法訴訟における立法事実論の位置づけ」時國・前掲書(注3) 53 頁(初出 1980)、江橋崇「立法事実論」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第2巻』(有斐閣 1987) 69 頁以下。

⁹⁾ 異智彦「公法関係訴訟における事実認定について―憲法訴訟を端緒として―」成蹊法 学85号 (2016) 116頁。

定の観点からの類型化に依拠する。「立法事実の類型」といえば、「公知の事実 又は裁判所に顕著な事実」、「確実にして争う余地なき事実」、それ以外で「何 等かの文献に記述がありその文献の記述に立法者が重きをおいたのも相当と考 えられるもの」という、時國康夫による3分類の例¹⁰⁾があるが、これはあくま で、立法事実の顕出方法という基本的関心に導かれた前提作業の小結として得 られた「訴訟法上の類型」であり、本稿の観点とは異なるものである。本稿の 視角で見た場合、時國が上記3分類を提示した論文の中で上記3分類とは別の 観点から示した、「立法(による規制)の必要性を裏付ける立法事実」と、「法 律により採られた特定の規制方策で規制することが立法目的達成に最小限必要 であるとの立法府の判断を裏付ける立法事実」という類型に、むしろ注目した い。これは言うまでもなく、本稿の関心が、上述の通り、法律の合憲性をめぐ る「『目的』と『手段』の2段構え」の判断構造へと向けられていることと関 係する。

これとよく似たものに、芦部信喜による、「立法目的の合理性ないしそれと 密接に関連する立法の必要性を裏付ける事実」と、「立法目的を達成するため の手段が合理的(精神的自由が問題になる場合は必要最小限の意を強く含む)であることを基礎づける事実」という分け方¹¹⁾がある。このうち前者は立法目 的 (の合憲性判断)、後者の事実は規制手段 (の合憲性審査) という、法令の 憲法適合性を二段構えで審査する例の手法と対応していることをうかがわせる。そのことは、両「事実」に対し、後により単純化した形で与えられたのであろう、「立法目的および立法目的を達成する手段(規制手段)の合理性を裏

¹⁰⁾ 時國·前掲書(注3)。

¹¹⁾ 芦部信喜「憲法裁判の問題点―憲法訴訟の対象・時期・適格性と立法事実―」芦部『憲法訴訟の理論』(注3)167 [183] 頁(初出 1966)。なお時國・前掲(注3)の初出時期とこの芦部論文の初出時期がいずれも、両者が司法研修所で「憲法訴訟」と題するジョイント・セミナー(もっとも芦部・『憲法訴訟の理論』〔注3〕2 頁によれば、両者の都合で「つねにジョイント・セミナーの形式で行うことはできなかった」というが。)を行っていた時期(1961年~1969年)と重なることから常識的に推測する限り、両者の間で基本概念の把握に大きな違いがあったものとは考え難い。

づけ支える……事実」12)という表現を見れば、ますます明らかである。

上記両「事実」を提示した直後、芦部は次のように続ける。

「憲法訴訟において立法事実のもつ最も重要な面は、この立法目的達成手段の合理性に関するものだといっても過言ではない」¹³⁾。

「かりに3.2パーセント以上のアルコールを含有する飲料の販売を禁止する 法律が制定されたときは、3.2パーセントの基準が公衆衛生・公衆道徳の維 持に合理的関連性を持つかどうかという『立法事実』が、争点として争われ る。」¹⁴⁾

さらに、上記の例を引用する論文の冒頭、違憲立法審査において事実が問題となる局面における「もっとも重要な一面」につき、芦部は、

「形式的な理論が予定する事実上の結果が特定の法律によってはたして生ずるかどうか、という因果の連関の問題」 $^{15)}$

と述べている。つまり、当該立法が採用した規制「手段」(3.2パーセント以上のアルコールを含有する飲料の販売の禁止)を「因」、当該立法が実現しようとしている「目的」(公衆衛生・公衆道徳の維持)が達成された状態を「果」として想定した上で、それらの間に本当に因果関係(合理的関連性)があるの

¹²⁾ 芦部・高橋補訂『憲法』前掲(注3)383頁。

¹³⁾ 芦部・前掲(注11) 183頁。

¹⁴⁾ 芦部『憲法訴訟の理論』(注3) 152頁。

¹⁵⁾ 芦部『憲法訴訟の理論』(注3) 117頁。

かをめぐって、「ある」と主張する側が提示する事実(法律の合理性を支える 事実)に対し、「ない」と主張する側が逆の事実を対抗して提示する。そこで 思い描かれているのは、そうしたイメージであろう。

一方、時國は、「立法の必要性を裏付ける事実」の例として、最大判昭和37 年4月4日(刑集16巻4号377頁)が語るところを引用しつつ、

「『深夜営業を認めると、往々にして売淫や賭博その他善良な風俗を害する行為を誘発する虞れがある。』という立法事実」¹⁶⁾

をあげる。芦部が引用する「フロインド教授のあげる例」においては、規制手段(3.2パーセント以上のアルコールを含有する飲料の販売の禁止)という「因」と、「目的」(公衆衛生・公衆道徳の維持)の達成という「果」との間の「合理的関連性」が問われる構造であったが、時國があげる例は、規制対象行為(深夜営業)という「因」と、当該立法が防止しようとしている害悪の発生(売淫や賭博その他善良な風俗を害する行為の誘発)という「果」との間で合理的関連性が問われる構造となっている。しかしながら、いずれの例にあっても、立法が想定した(「形式的な理論が予定する」)「因」と「果」の間に、本当に合理的関連性があるのかどうかをめぐり、合憲主張側と違憲主張側から事実をめぐる応酬がなされるという基本構造に変わりはない。また、時國の表現でいうと、「法に採り入れられた手段による憲法上の権利の制約が必要最小限度を超えており、他により極端でない手段により同じ目的が達成しうることを示す立法事実」「ジるるものをめぐる応酬も、「他「の」より極端でない手段」という「因」と、「同じ目的が達成しうること」という「果」の間の関係性をめぐるものである点で、やはり基本構造に変わりはない。

「立法事実」が演じる「最も重要な面」として芦部が想定していたのが、上

¹⁶⁾ 時國・前掲書(注3)4頁。

¹⁷⁾ 時國・前掲書(注3)54頁。

記のような因果関係をめぐるものであるとの推測は、芦部が「立法事実を踏ま えた憲法判断」として薬事法判決¹⁸⁾の以下部分を「注目される」としているこ とからも補強される。

「競争の激化―経営の不安定―法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の 供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があ るとすることは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な 判断とは認めがたいといわなければならない。|(ただし傍点は本稿筆者。)

規制手段という「因」と、立法目的という「果」の間の合理的関連性の有無は、法令が憲法の人権条項に違反するか否かにつき、3種のうちの1つの違憲審査基準を選択した上で、立法目的及び規制手段の順で判断して行くという例の手順の中では、いうまでもなく手段審査段階で論じられるアイテムだろう。つまり、そうした違憲審査手順の中で「立法事実」が演じる、唯一の、ではないにせよ、「最も重要な面」として想定されていたのは、手段審査の場面であったと考えられる¹⁹⁾。

近時、「立法事実の変化」を(特に唯一の理由として)援用して、かつては 合憲性を認められていたはずの規定に対し現段階では違憲だとする旨の判決²⁰⁾ が相次いでいる。これらのうちの一部(特に婚外子法定相続分規定違憲決

¹⁸⁾ 前掲(注6)。

¹⁹⁾ 小山剛『「憲法上の権利」の作法(新版)』(尚学社 2011) においては Rdnrn.356~359(自由権制約の実質的正当化論に関する節の末尾)に置かれていた「V 補論―『事情の変化』論」に相当する部分が、第3版(2016)では同書末尾(Rdnrn.834~838)に移動しているのは、そこで引用されている判例(在外国民選挙権訴訟、国籍法違憲判決など)が自由権制約をめぐる事案に当たらないから、という、同書全体の構成上の都合によるものと推測される。もっとも、「事情」とはすなわち「立法事実」のことであるから(ちなみに同書巻末用語素引に「立法事実」の語は無い。)、本稿本文で述べたように、それが役割を演ずる主要な段階が手段審査であるとすると、ドイツ流の手段審査の手法である「比例原則」に言及する部分の近くに当該部分を置くという新版のやり方にも理由が無いわけではなかろう(もちろん、学生向けテキストという性格も考慮した結果であったと思われる。)。

定) 21)につき小山剛は、「解釈論を放棄した事情の変化論への逃避」、「明快で跡 付け可能な論証の対極 | という、極めて厳しい評価を与えている22)。 芦部、時 國が、憲法判断に当たり立法事実を十分参酌することの重要性を強調した意図 は、裁判所の憲法判断が「一定の理論・公式で形式的に解決され……る場合 が少なくな | かった当時の日本の 「憲法訴訟の一つの大きな欠陥 | を改善し(芦 部)23、あるいは、それが「恣意的主観的でなく、より客観的なものに近い判断」 にするため(時國)24)であったことに鑑みると、小山が上記のような評価を与 えた現状は、そうしたもともとの意図とは対極にあると言うべきであろう。も ちろん裁判所がただ事実を参酌して判断すれば、憲法判断の質が上がると芦部 が考えていたわけではないことは、東京都公安条例事件判決25)中語られた集団 暴徒化論を彼が批判していたこと²⁶⁾からしても明らかである。要は、裁判所が 憲法判断に当たり、事実を語るかどうか、ではなく、そこで語られる事実の質、 又はその質を下支えする、事実を確定するまでの手続が十分かどうか、であろ う。以下本稿では、残念ながら、そのための処方箋を提示できる用意は無いの であるが、小山が「解釈論を放棄した事情の変化論への逃避」、「明快で跡付け 可能な論証の対極 | と呼んでいる問題を孕んだ判例が一方にあり、また一方で は、「事情の変化論」を語りつつ、特にそうした問題が指摘されるわけではな い判例もあることの原因を、これまで十分意識されてきたとは言えない新たな 角度から、明らかにしたい。そうした作業を通じ、「立法事実」なるものが語

²⁰⁾ 在外国民選挙権訴訟(最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁)、国籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日・民集62巻6号1367頁)、婚外子法定相続分規定違憲決定(最大決平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁)、再婚禁止期間規定違憲訴訟(最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁)など。

²¹⁾ 前掲(注20)。

²²⁾ 小山・前掲 (注19) 260頁。

²³⁾ 芦部『憲法訴訟の理論』(注3) 148頁。

²⁴⁾ 時國·前掲書(注3)41頁。

²⁵⁾ 最大判昭和35年7月20日·刑集14巻9号1243頁。

²⁶⁾ 芦部『憲法訴訟の理論』(注3) 163 頁。

られる場面には、実は様々なものがあること(規制対象行為を野放しにすること又は規制手段を「因」、害悪の発生又は立法目的の達成を「果」と見立てた上で、その間の関連性を問うという構造のモデルを座標軸として、そのモデルに適合的な事例、適合的でない事例があること、後者にもさらにいくつかの類型があること)が明らかになるだろう²⁷⁾。

(おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授)

²⁷⁾ その作業の一端は、大石和彦「婚外子法定相続分規定違憲決定」公法研究77号107頁 において行った。

取締役会の実効性評価

――実施主体としての監査役の関与の可能性――

大 塚 章 男

- I. はじめに
- Ⅱ. アメリカ
- Ⅲ. イギリス
- 1. CG コードまでの経過
- 2. 取締役会実効性評価の方法
- 3. 取締役会における各取締役の役割
- 4. 取締役会評価における各取締役の役割
- 5. 実効性評価の主体
- 6. 評価項目
- 7. 評価結果の開示
- 8. 実効性評価公表の例
- Ⅳ. 日本
- V. 検討
- VI. 結びに代えて

T. はじめに

2006年イギリス会社法(Companies Act 2006)は、1985年会社法を刷新し海外からの投資を呼び込むことを目標として制定され、短期的利益追求から長期的利益追求のモデルへと変貌を遂げた。すなわち、会社法172条1項は、取締役に会社の成功促進義務を課し、その際「一切の意思決定により長期的に生じる可能性のある結果」を考慮しなければならないとする(大塚(2014))。また、1990年代の企業不祥事、2000年の金融危機を経て、FRC(Financial Reporting Council 財務報告評議会)は、2010年に、従来の統合規範を投資家側、発行体側と規定を明確に分け、前者を「スチュワードシップ・コード」、後者

を「コーポレートガバナンス・コード」(以下「CGコード」又は「イギリス CGコード」という)として公表した(神作(2014)、藤川(2014)など)。 CGコードはその後3度改訂され2016年版が最終改訂版である。2つのコードの導入目的は健全なコーポレート・ガバナンスの構築であり、この構築によりイギリス企業の業績向上、経済の持続的な安定と発達がもたらされ、イギリスを魅力的な投資対象国として競争優位に立たせ、海外から投資を呼び込むことが最終目標である(BEIS(2016)p10)。イギリスの CGコードを手本に作られ2015年から実施されている日本の CGコードは、コーポレート・ガバナンスを"会社が、株主をはじめ顧客・従業員・地域社会等の立場を踏まえた上で、透明・公正かつ迅速・果断な意思決定を行うための仕組み"と前文で定義している。そこでは経営陣が自律的に目標を決定して迅速・果断に実行する仕組みを求めており、意思決定過程の透明性と公正性が担保されるガバナンスを前提としている。

さらに FRC は 2011 年 3 月 「取締役会の実効性に関するガイダンス」(以下「実効性ガイダンス」という)を公表した。日本の CG コードは取締役会の実効性評価に関する規定を置いている。取締役会評価は、諸外国でも広く行われており、わが国はむしろ後発組であると言える。各国の取締役会実効性評価に関する規定の内容には、様々な差異が見られることも事実であり、評価の頻度や要求される開示内容も一様ではない。また、実効性評価の根拠規定も法律上の規定の場合もあれば、取引所のルールや経済団体の自主的な規制というケースもある(海外の状況につき高山(2014)が詳しい)。本稿はコーポレート・ガバナンスの核ともいえる取締役会の実効性評価について分析し若干の提言を行うものである。

Ⅱ. アメリカ

ニューヨーク証券取引所 (NYSE) によれば、2003年以降、上場企業では、取締役会は、自己および委員会が効果的に機能しているかどうかを決定するため、少なくとも毎年自己評価を行う必要があるとして取締役会の実効性評価を

求めている(NYSE 規則 303A.09参照)。また監査委員会、報酬委員会、および指名・ガバナンス委員会の年次評価も求めている(NYSE 規則 303A.07 (b)(ii)、303A.05(b)(ii)、303A.04(b)(ii)参照)。NYSE では、2014年に「コーポレートガバナンス・ガイド」を公表したが、ここで取締役会の実効性評価に関する記述もなされている(三苫(2016))。しかし、開示対象として評価結果までは要求していないので、単に実効性評価を定期的に行っている旨の開示でも足りる。これに対して NASDAQ では、この種の規定を設けておらず、企業の自主的な対応に委ねられているが、多くのナスダック企業は毎年グッド・ガバナンスとして評価を行ってきた(Olson(2016))。

今日では、S&P500社の取締役会の約1/3 (32%)が取締役会、委員会および個々の取締役の評価を毎年行っており、2011年の29%から若干増加している。35%が取締役自己評価を使用しており、15%が同僚のレビューを含む。総会招集通知によれば、評価プロセスの一部または全部を実施するために外部コンサルタントを使用した取締役会は少数である(以上 Spencer Stuart (2016))。なお別の調査(Stanford (2016))によれば、80%が正式な取締役会評価を行っているが、残り20%は行っていない。実効性評価を行った会社の中で満足または非常に満足と回答した取締役は全体の78%である。

取締役会や3委員会の実効性評価を実施するための最も一般的な方法は、(1)書面アンケート、(2)議論、(3)インタビューであり、これらの方法の組み合わせで実施されている。会社の指名・ガバナンス委員会は、取締役会を代表してガバナンス事項を監督するための主たる責任を負っているので、通常、これが評価プロセスを統括している (Gibson Dunn (2016) p2, Cohn & Kess (2016))。多くの企業は自己のコーポレートガバナンス・ガイドラインに取締役会評価の概要を簡潔に記載して開示している例が多く、さらに、総会招集通知でより詳細な開示を行っている例もある。S&P500の実に98%は何らかの形で年次評価の開示を行っている (Spencer Stuart (2015))。取締役会評価の開示は、評価のプロセスを中心に説明するもの (例えば GE) と評価の内容を中心に説明するもの (例えば BHP Billiton) の2つに分類される (CII (2014) p3)。

論説 (大塚)

なお、取締役会の構成を見ると S&P500社では、52%が取締役会議長・CEO 兼務しており、業界別の兼務率でいうと銀行その他投資関連が最高で86%、テクノロジー業界が最低で27%が兼務されている(Spencer Stuart(2016))。投資家のプレシャーにより、議長・CEO の分離が議論されている。しばしば、両者兼務の取締役会は、首席(lead)独立取締役や主席(presiding)取締役を置いている(Loop(2017)、Spencer Stuart(2016)pp25, 26)。

Ⅲ. イギリス

1. CG コードまでの経過

イギリスの取締役会評価の歴史は、1992年のキャドバリー報告書に遡るこ とができる。キャドバリー委員会の正式名称は「企業統治の財務的側面に関す る委員会 | であり、取締役会の実効性・報告機能及び外部会計監査人の役割 等について勧告を行った。取締役会、非業務執行取締役、業務執行取締役およ び報告と統制のそれぞれについて、「最善の行動規範」が示されている。しかし、 取締役会評価が広く普及したのは、企業不祥事に伴い、取締役会の実効性に対 する懸念が生じて、CGコード等で取締役会評価が求められるようになったた めである。まず、エンロン事件の反省を踏まえ、2003年のヒッグス報告書は 実効性のあるコーポレート・ガバナンスを展望して公表された。これを受け て同年統合規範は改訂された。さらに、2009年のウォーカー報告書はリーマ ンショックを契機とし、イギリス銀行危機の反省を踏まえて公表された。この 統合規範の改訂やウォーカー報告書により取締役会評価が拡がっていった。さ らに取締役会評価が CG コードに盛り込まれ、これによって、取締役会評価及 びその開示が拡充された。イギリスの主要企業では、既に、取締役会評価の概 要とプロセス、前年度に取締役会評価を踏まえて策定した今年度のアクション プランの結果、今年度の取締役会評価の結果、今年度の取締役会評価の結果を 踏まえて策定した翌年度のアクションプランが概ね開示されている。開示の範 囲としては、投資家などからの要請にある程度応えている(林順一(2016) p63)_o

2. 取締役会実効性評価の方法

取締役会における取締役会評価につき、まず CG コードは以下のように述べている。

取締役会は、取締役会、その委員会、及び個々の取締役について、正式かつ 厳格な年次評価を実施すべきである(B.6主要原則)。取締役会は、年次報告 書において、取締役会、委員会、個別の取締役に対する業績評価がどのように 実施されたのかについて記述すべきである(各則 B.6.1.)。FTSE 350の会社に おける取締役会の評価は、少なくとも3年ごとに外部者によって実施されるべ きである。当該外部評価者は、会社と他に関係を有するか否かという点を含め、 年次報告書において明らかにするべきである(各則 B.6.2.)。非業務執行取締 役は、筆頭独立取締役の指揮のもと、業務執行取締役の見解を考慮しつつ、取 締役会議長の実効性を評価する責務を負う(各則 B.6.3.)。

ここで FRC による「実効性ガイダンス」を見てみよう。この第5章によれば、取締役会の実効性評価がどのような意味があり、誰が主宰し、どのようなプロセスを求めているのかが明らかになる。

「5-取締役会と取締役の業績評価

- 5.1. 取締役会は継続的に実効性を監視し、これを改善する必要がある。これは、取締役会の評価をとおして達成することができ、これは取締役会の実効性の改善、強みの最大化、さらなる発展領域の強調のため、強力かつ貴重なフィードバック・メカニズムを提供する。評価プロセスは、客観的かつ厳格であることを目指すべきである。
- 5.2. ガイダンスや取締役会の研鑚のように、評価はその方法と公表において オーダーメイドであるべきである。取締役会議長は、プロセスに全体的な責 任を負い、適切なアプローチを選択し、その結果に従うべきである。筆頭独 立取締役は、議長の実効性を評価するプロセスを指導するべきである。各委 員会の議長は、自己の委員会の評価にも責任を負うべきである。
- 5.3. 取締役会評価の結果は、取締役会全体で共有し、(必要に応じて) 構成、 ガイダンスと研鑽プログラムのデザイン、その他の関連領域に関する取締役

論説 (大塚)

会の作業にフィードバックすべきである。取締役会評価プロセスがどの程度 実効的だったかを考慮するレビューのループを会社が持つことは有益であ る。

5.4. 本コードは FTSE 350社が少なくとも3年ごとに取締役会評価を外部実施 することを推奨する。外部評価は、新鮮な視点と新しい思考方法を導入する ことによって、価値を追加できる。特定の状況で、例えば、取締役会議長の 変更があった場合、取締役会の周辺の既知の問題が如才ない処理を必要とす る場合、または取締役会が非実効的であり又はそうであったと外部で認識される場合に、外部評価は役に立つかもしれない。」

以上のように、取締役会議長が取締役会の評価プロセスにつき第一義的な責任を負っている。なお、5.3. におけるレビューのループとは PDCA サイクルをいうものと思われる。ところで、議長は、後述のように、任命時に独立性を満たしていなければならず、また CEO は議長とは原則として兼職禁止となっている。イギリスでは、筆頭独立取締役を含め取締役会メンバーの役割分担はどのようになっているのであろうか。少し詳しく見てみよう。

3. 取締役会における各取締役の役割

イギリスでは、取締役議長(Chairman)と最高業務執行取締役(Chief Executive Director)の分離、業務執行取締役(Executive Director)と独立非業務執行取締役(Independent Non-Executive Director)の役割分担、取締役会議長をチェックする筆頭独立取締役(Senior Independent Director)の選出、取締役会の外部評価の実施など役割分担が徹底している。これらの関係を読み解く前提として、取締役会における各取締役の役割分担を CG コードがどのように考えているかを見ておく必要があろう(非業務執行取締役の役割につき、大久保(2015)、大久保(2016))。

(1) 取締役会の仕組み

全ての会社は、その会社の長期的成功のために共同して責任を負う、実効的

な取締役会によって率いられるものとされる(A.1主要原則)(会社法172条1項参照)。取締役会は特定の取締役によって専断的に運営されてはならない。そこで、取締役会の運営と会社の経営との間で、会社の首脳部の責任を明確に分離すべきものとし、いかなる個人も無制限の決定権限を有することはできない(A.2主要原則)。そのために、取締役会議長と最高業務執行取締役(Chief Executive Director)の役割は、同一の者によって行使されてはならない(各則 A.2.1)。さらに、取締役会が監督機能を発揮できるようにするために、非業務執行取締役の選任を求め、これに監督権限を委ねている。また、非業務執行取締役が監督権限を行使しやすくするために、監査委員会等の委員会制度を設けて委員会を通じた監査体制を作ることを求めている。このようにチェック・アンド・バランスが確立・維持されている。更に CG コード中の関連する部分のみを示しておく。

(2) 取締役会の構成 B.1

取締役会とその下にある委員会は、適正なバランスを有するべきである(主要原則)。取締役会は、業務執行取締役と非業務執行取締役(特に独立非業務執行取締役)とを適正に組み合わせるべきである(補助原則)。取締役会は年次報告書で非業務執行取締役のうち取締役会が独立取締役と考える者を明示すべきであり、かつそのように決定した場合その理由を示すこととされている(各則 B.1.1)。少なくとも半数(取締役会議長を除く)の取締役会メンバーは、取締役会が独立取締役と判断した非業務執行取締役で構成されるべきである(各則 B.1.2)。なお、FTSE350の取締役会の平均的な構成は、議長1名、業務執行取締役3名、非業務執行取締役5.6名である(Grand Thornton (2013))。

(3) 責務の分担 A.2

取締役会の運営を担う責務と、事業の経営を担う責務とでは、明確に責務の 分担がなされるべきである(主要原則)。取締役会議長と最高経営責任者の役 割は、同一人が果たすべきではない。取締役会議長と最高経営責任者との責務 の分担は、明確に確立されるべきである(各則 A.2.1)。

(4) 取締役会議長 A.3

取締役会議長は、取締役会のリーダーシップ、および取締役会がその役割において全ての点で実効的であることについて責務を負う(主要原則)。取締役会議長は、取締役会の議案を定め、またすべての議案、特に戦略的課題に関する議案について適切な時間を確保する責務を負う。また、取締役会議長は、特に非業務執行取締役による効果的な貢献を促し、業務執行取締役と非業務執行取締役の間の建設的な関係を確保することによって、開放性と議論の文化を促進するべきである。取締役会議長は、取締役が正確でタイムリーかつ明瞭な情報を得られるようにする責務を負っている(補助原則)。取締役会議長は、任命時に各則 B.1.1 に記載する独立性基準を満たしているべきである。最高経営責任者は取締役会議長になるべきでない。例外的に、最高経営責任者を取締役会議長にする旨を取締役会が決定する場合には、取締役会は、主要株主と事前協議を行うとともに、任命時および次回の年次報告書で、株主に対してその理由を説明すべきである(各則 A.3.1)。

(5) 非業務執行取締役 A.4

取締役会メンバーの役割の一つとして、非業務執行取締役は、戦略に関する 提案について、建設的に挑みその展開を支援すべきである(主要原則)。非業 務執行取締役は、合意された目標や目的に照らして経営の業績を精査し、業績 の報告をモニターすべきである。非業務執行取締役は、業務執行取締役の任命 と(必要があれば)解任、更には後継者計画の策定について主要な役割を果た す責務を負う(補助原則)。取締役会は、非業務執行取締役のうち1名を筆頭 独立取締役に任命し、取締役会議長の相談役となり、(必要に応じて)他の取 締役との仲介を行う役割を果たさせるべきである(各則 A.4.1)。取締役会議長 は、業務執行取締役は、筆頭独立取締役がリードをとって、少なくとも年に1回 以上、また、適切と考えられる他の適宜の機会に、取締役会議長を除外して、 取締役会議長の実績評価のための会合をもつべきである(各則 A.4.2)。

(6) リスク管理と内部統制 C.2

取締役会は、その戦略的目標を達成するに当たり取ろうとしている重要なリスクの性質と範囲を決定する責務を負う。取締役会は、適切なリスク管理と内部統制システムを維持すべきである(主要原則)。

(7) 監査委員会および会計監査人 C.3

取締役会は、事業報告やリスク管理・内部統制原則をどのように行うかについて、また、会計監査人との適正な関係の維持について、公式かつ透明な仕組みを確立すべきである(主要原則)。取締役会は、少なくとも3名の、または小規模な会社の場合には2名の、独立非業務執行取締役から構成される監査委員会を設立すべきである(各則 C.3.1.)。FTSE350の監査委員会の94%が完全に独立性のある非業務執行取締役から構成されている(Grand Thornton (2013))。監査委員会の主要な役割と責任として、会社の財務にかかる内部統制をレビューすること、会社の内部監査機能の有効性をモニターし、レビューすること、会計監査人の任命等について取締役会に提案を行うことなどが含まれる(各則 C.3.2.)。

以上まとめれば、取締役会議長は取締役会の運営についてリーダーシップをとることが期待されている。取締役会議長は独立性を求められ、最高業務執行取締役との兼任が禁じられる。取締役の半数は、独立の非業務執行取締役で構成される。非業務執行取締役は、モニタリング機能の発揮が期待され、業務執行取締役の選任解任及び後継者計画の策定について重要な役割を果たす。

このように、CG コードは、業務執行取締役と非業務執行取締役とを、その特性に応じて適切に組み合わせ責務を課すことによって、取締役会が実効的に運営されることを求めている。

4. 取締役会評価における各取締役の役割

さらに、「実効性ガイダンス」によれば、実効性評価のプロセスにおいて、 各取締役は以下のような役割を果たすことが期待されている。CG コードの内 容との重複を避けて紹介する。

(1) 取締役会議長の役割

業務執行取締役と総務部長(corporate secretary)の助けを借りて、取締役会議長は取締役会の審議のための議案を設定する(1.6.)。取締役会議長の役割は以下のものを含む(1.7.)。

- ・定期的に取締役会の後継者計画と構成を考慮する。
- ・取締役会が効果的な意思決定プロセスをもち主要な提案に十分な挑戦を行う ことを確保する。
- ・会議室の内外で、かつ非業務執行取締役と執行チームとの間で、相互の尊重 と開放的なコミュニケーションに根差した関係を育成する。
- ・すべての業務執行取締役、特に CEO と生産的な作業関係を醸成し、執行責任を尊重しつつサポートと助言を行う。
- · CG コードに従い取締役会事項につき筆頭独立取締役と協議をする。
- ・取締役会評価の結果に対し活動する。

(2) 筆頭独立取締役の役割

普段は、筆頭独立取締役は、取締役会議長のため相談役として行動すべきで、コードに定められたとおり、議長の目的達成のため議長をサポートし、その他の取締役を代表して取締役会議長の評価をリードする(1.9.)。ただし、取締役会が緊張感のある期間を経験しているとき、筆頭独立取締役の役割は極めて重要になる。同人は、重要な問題を解決するため、取締役会議長、他の取締役や株主と作業することが期待される。取締役会は、筆頭独立取締役が取締役と会社の安定性を維持するために介入するかもしれない場面を明確に理解するべきである。例として、以下の場合が想定される(以上1.10.)。

- ・取締役会議長と CEO の間で議論があるとき
- ・株主または非業務執行取締役が、取締役会議長又は CEO では対処されていない懸念を表明しているとき
- ・取締役会議長と CEO が追及している戦略が取締役会全体によって支持されていないとき
- ・取締役会議長と CEO の関係が特に親密であって、決議が取締役会全体の承認なしになされるとき
- ・後継者計画が無視されているとき。

(3) 業務執行取締役の役割

CEO は、取締役会に戦略を提案し、合意された戦略を実行する責任を持つ取締役会の最上級の業務執行取締役である。CEO と取締役会議長の関係は、取締役会をより実効的にすることができる重要な関係である(1.13.)。CEO はガバナンスの適切な基準が組織のすべての部分へ浸透するよう確保するため議長をサポートする責任を負う(1.14.)。CEO は、会議室での議論の標準を改善するため、取締役会がビジネスの課題に対する業務執行取締役の見解を知るよう、また課題の最終決定の前に、バランスの取れた方法で経営陣の見解の相違を説明するよう確保する(1.15.)。業務執行取締役は、非業務執行取締役からの建設的な挑戦が良いガバナンスの不可欠な側面であることを評価すべきであり、また社外での非業務執行取締役の広い経験から、その非業務執行取締役に自己の提案を検証するよう奨励すべきである。議長と CEO はこのプロセスが適切に実行されるよう確保するべきである(1.17.)。

(4) 非業務執行役員の役割

非業務執行取締役を業務執行取締役と結びつけるような取り組みにより、ビジネス活動の主たる領域(特に重大なリスクを伴う領域)の理解を得るプロセスを加速化するかもしれない。非業務執行取締役は、これらの領域の上位・中位のマネージャーを訪問して懇談すべきである(1.18.)。非業務執行取締役

は高い水準の誠実さと正直さを維持する責務を負う。また、会議室の内外で、適切な文化、価値観、行動を浸透させるよう議長と業務執行取締役をサポートすべきである(1.21.)。非業務執行取締役は、取締役会会議の前に論点の完全な考慮が可能となり、会議室で情報に基づいた議論や挑戦が可能となるように、事前に十分に高品質の情報を受け取るよう主張すべきである(1.22.)。

(5) 取締役会のサポートと総務部長 (Company Secretary) の役割

公開企業の総務部長の要件は、2006年会社法271条で規定されている。総務部長の義務と責任は法とコードに記載されており、同人は、議長をサポートし、取締役会と委員会が効率的に機能するのを支援することで、会社の良きガバナンスにおいて主導的な役割を果たすことが求められている(2.1.)。総務部長は一切の取締役会事項につき議長に報告するべきである。その選解任は前提として取締役会の事項であるべきである(2.2.)。

以上の通り、各取締役に求められる役割はCGコード及び実効性ガイダンスに詳細に規定されており、実効性評価においては各取締役がプロセスにおいてこれらが十分に機能しているかを検証することになる。その意味では取締役会の実効性評価は透明性があるといえる。

5. 実効性評価の主体

取締役会実効性評価は主体によって内部評価と外部評価の2つに大きく分けられる。

(1) 内部評価

実効性ガイダンス 5.2. のように、イギリスでは取締役会評価の実施プロセスは取締役会議長の責任にある。総務部長などのサポートを受けながら実施される。取締役会評価の目的は取締役会の監督機能の実効性を評価することであるため、その観点からは評価の主体は独立取締役であることがより望ましいから

である。具体的な評価プロセスは、まず取締役会議長や事務局などが作成した質問票やチェックリストに各取締役が回答し、その回答に基づいて取締役会議長が各取締役と1対1のインタビューを行い、その上で取締役会議長が取締役会や各取締役に対する評価を取り纏める。そして評価の結果は、個々の取締役や取締役会にフィードバックされる(林順一(2016) pp53.54)。

(2) 外部評価

前述のように、実効性ガイダンスでは、FTSE350の企業は3年に1回は外部評価を実施すること、また、その際には評価を行った第三者評価機関の名称と利害関係の有無について開示することが求められている。したがって、イギリスの大企業における取締役会評価の典型的なパターンは、3年に1回外部評価者を活用した外部評価を行い、その中間の2年は毎年内部評価を行なうことである。FTSE350において、外部評価を行なった企業は、2012年34.5%、2013年34.2%、2014年38.5%である(Grant Thornton(2014)p49)。

具体的な評価のプロセスは、典型的には、外部評価者が質問票やチェックリストを作成して取締役に回答させ、その回答に基づいたインタビューを行い、その上で外部評価者が取締役会や各取締役に対する評価案を作成して取締役会議長に提出する。外部評価者が取締役会の評価を行うに際し、取締役会に臨席して取締役会の運営を観察することもしばしば行われる。そして取締役会議長によって最終報告書が取締役会に報告される(林順一(2016)p54)。プロセスは内部評価とあまり変わりないといえる。

第三者評価機関による外部評価のメリットとデメリットは以下のように言われている(ABI(2012)pp41,43以下)。メリットとして、評価プロセスに客観性と中立性が担保されていること、開示される評価結果についての信頼性を確保できること、評価方法等について、外部評価者の幅広い知見を利用することができること、評価に際して自己評価では得られない気づきが与えられる可能性があることが、指摘されている。他方デメリットとして、コストと時間がか

かること、第三者評価機関が会社のビジネスや特有の事情に精通していないことが指摘されている。企業の過半数が外部評価者の選択肢の少なさを指摘する一方で3/4超が選択肢が増えつつあると回答している。また外部評価者の独立性の問題点を指摘するもある(ABI(2012)p38以下)。

6. 評価項目

評価項目・対象と評価目的とは密接に関連性がある。しかし、取締役会評価の項目については必ずしも明確ではない。そこで、FRCの「実効性ガイダンス」においては、考慮点として以下を挙げている。

「5.5 外部または内部で実行するかは問わず、個々の取締役の貢献の実効性と同様に、評価は取締役会が1つのユニットとしてどの程度実効的であるか調査する必要がある。考慮する領域は以下を含む(注:関係性が強いものを取捨選択している)。

- ・会社が直面する課題の文脈で、取締役会におけるスキル、経験、知識、多様 性のミックス
- ・会社の目的、方向性、価値の明快さとこれに与えられるリーダーシップ
- ・後継者と発展の計画
- ・どのように取締役会が1つのユニットとして共に活動するか、また取締役会 議長と CEO によって設定される雰囲気
- ・基本となる取締役会の関係、特に、取締役会議長とCEO、取締役会議長と 筆頭独立取締役、取締役会議長と総務部長、業務執行と非業務執行の各々の 関係
- ・個々の非業務執行と業務執行取締役の実効性
- ・ 筆頭独立取締役の役割の明確性
- ・委員会の実効性と取締役会の実効性とどのように関連しているのか
- ・会社に与えられる一般的な情報の質とその実効性
- ・取締役会へ提供される書類とプレゼンの質
- ・個々の提案に関する議論の質

- ・主要な決定や継続審議のため十分な議論を確保するため議長が用いるプロセ ス
- 事務局の実効性
- ・意思決定プロセスと権限の透明性
- ・リスクの識別と検討のプロセス
- ・取締役会が、株主やその他のステークホルダーとどのようなやりとりをする か、これを聞き、答えるか。|

7. 評価結果の開示

イギリスの主要企業では、既に、①取締役会評価の概要、②取締役会評価のプロセス、③前年度策定した今年度のアクションプランの結果、④今年度の取締役会評価の結果、及び⑤今年度の取締役会評価の結果を踏まえて策定した翌年度のアクションプランが概ね開示されている。ただし開示の量にはかなりの幅がある(林順一(2016))。

このように、取締役会評価が取締役会の実効性向上のため実施されており、 その結果の概要の開示は投資家に対して企業価値向上に向けた取締役会として の取組み姿勢を示すものであるということが伺える。

取締役会評価と取締役会評価の開示の目的は異なる、と考えるべきであろうか。すなわち取締役会評価は取締役会の実効性を高めるために(取締役会自身のために)行うが、取締役会評価の開示は投資家に対して、取締役会が適切に機能していることを示すために行われる。後者の目的のためには、企業は投資家に対して、取締役会評価の内容を詳しく開示することが必要である。しかし、取締役会評価はかなりセンシティブな事項なので詳細な事実や将来計画を公表することに対して概して消極的である(Muir (2012) p15)。

8. 実効性評価公表の例

取締役会の実効性評価の結果は年次報告書(Annual Report)に記載されている。そのいくつかを示す。

(1) HSBC ホールディング 2013 年

「取締役会は、取締役会、その委員会および個々の取締役の実効性の定期的評価の原則を強く支持する。定例の外部評価プロセスは厳格さを付加している。2013年10月に、特に2012年に実行された評価のフォローアップのため、ブバルコ社(注:外部評価機関)は、取締役の実効性の評価及び報告をするため2年目の雇用となった。この評価は、取締役会での議論のレベルと性質、非業務執行取締役と業務執行者との間のエンゲージメント、子会社と取締役会との間の関係及び情報のフロー、および2012年に実行された評価以来の特定し合意された活動に対する進展について検討した。ブバルコ社の報告書は、取締役、および上級執行役員とのインタビューおよび関連書類の検討後に作成された。

ブバルコ社は取締役会会議で報告書をプレゼンした。報告書によれば、取締役会は多くの重要な強みを持って効果的に運営されており、また取締役会の実効性に対する2012年評価(これは年次実効性評価の一部として取締役会で合意されている)においてもブバルコ社が行った助言に目を向けて、2013年中に重大な進捗が生じていると結論した。このプロセスにより、主要な取締役会の委員会の実効性の年次評価のため追加のフィードバックが可能となる。」

(2) HSBC ホールディング 2016 年

「取締役会は、取締役会の実効性及び委員会の実効性の定期的かつ独立した評価を行うことを約束している。2015/16年において、独立の評価がヘイドリック&ストラグルズ、JCAグループによって行われたが、これは HSBC とは利害関係のない独立した第三者機関である。そのプロセスは、グループ経営委員会メンバーからのインプットと共に、広範な一連の非業務取締役とのインタビュー及び会議を含んでいる。この評価から生じる活動は、2016年2月の取締役会において詳細に提示されて議論され、そしてその年の残りの期間において追跡され、取締役会に報告された。

これらの活動が進行中であることを考慮し、フォローアップの評価が、2017 年前半に実行され、その結果は2017年の年次報告書において公表されること

となっている。

対比のため、HSBC については、外部評価対象の年次の2か年分の年次報告書の記載を示した。外部評価機関は変更されている。

(3) ユニリーバ2015年

「毎年、取締役会は、取締役会及び委員会の両者の実効性の改善に役立つとの目的で、自身の実効性の評価を公式に行っており、少なくとも3年に1回、独立の第三者の外部評価を行うこととなっている。最後の外部評価は2014年に行われた。この評価は、取締役会議長による取締役の個々のインタビューで構成され、関連する場合は、ライブの評価者によることとなる。取締役会、CEO及び議長に対する3つの秘密のオンラインの評価アンケートをすべての取締役が行うというのが毎年のプロセスであるが、インタビューはこれを補うものである。今年の評価において、取締役会のアンケートは、単純化短縮化され、いくつかの重要な分野(取締役会の責任、運営、実効性、訓練及び知識を含む)に対しコメントを求めた。4頁目の議長のコメントは、この評価後に取締役会が合意した重要な活動につき言及している。

以上のように、全体的に評価のプロセスのみを淡々と記述しているものが多い。

長期投資家にとって、コーポレートガバナンスの要である取締役会の運営実態を把握することは極めて重要な事項であることから、企業として取締役会評価を適切に開示することが必要である。

Ⅳ. 日本

2015年6月より、日本国内上場会社全社に対してコーポレートガバナンス・コード (「CG コード」または「日本 CG コード」) が適用されている。CG コードは、各証券取引所の上場規則に織り込まれ、各社はコードの適用状況について「コーポレート・ガバナンスに関する報告書」(「ガバナンス報告書」) において開示することが求められている。

(1) CG コードと対応状況

東京証券取引所が2017年9月5日に公表した「コーポレートガバナンス・コードへの対応状況 (2017年7月時点)」によると、東証1部・2部企業のうち2,540 社がコードに対応した新様式でのガバナンス報告書を提出している。

取締役会評価に関する CG コードは以下の補助原則に記述されている。

コーポレートガバナンスコード補充原則 4-11③

取締役会は、毎年、各取締役の自己評価なども参考にしつつ、取締役会全体の実効性について分析・評価を行い、その結果の概要を開示すべきである。

この原則は、短期的視点ではなく中長期的視点から企業価値を高める目的から定立されたものである。各社は、自社の目標を自由に設定し、モニタリングし、評価することを期待されている。すなわち、「PDCA サイクル」を意図しているとされる。これは Plan (計画)→ Do (実行)→ Check (評価)→ Act (改善)のサイクルであり、元来生産管理や品質管理などの管理業務を継続的に改善するためのものである。取締役会評価は課題の抽出が重要であり、ハイスコアの結果を示すことが目的ではない。取締役会が実効性を有しているか、取締役会自らが検証するプロセス自体が重要であるとの考えに基づき、実施されるべきものである(評価の進め方につき倉橋 (2016) 38p-)。今年の評価の結果を受けて取締役会が必要なアクションを決定し、それを1年かけて実行する。そして、翌年の評価においてそのアクションの結果を検証する。このような、取締役会の実効性向上のための持続的で不断の努力のプロセスが、取締役会評価である(高山 (2015))。こうした点はイギリスから学んだものである。

下記の表を見ても、この補充原則については相変わらず「実施率」ではなく「説明率」が高い。また、2016年7月東証一部二部で実施率は55.0%(1,245社)であったところ、自己評価を実施するとしている会社は36.3%(452社)あった。一方、外部評価(第三者機関、外部評価機関、弁護士等)の活用(今後の検討

	報告書提出	comply 会社数	explain 会社数	explain 率
2015年末	1,858社	676社	1,182社	63.6%
2016年末	2,530社	1,398社	1,132社	44.7%
2017年7月	2,540社	1,812社	728社	28.7%

出所:東京証券取引所 2016年1月20日公表「コーポレートガバナンス・コードへの対応状況 (2015年12月末時点)」、2017年1月16日公表「コーポレートガバナンス・コードへの対応状況 (2016年12月末時点)」、2017年9月5日公表「コーポレートガバナンス・コードへの対応状況 (2017年7月14日時点)」

含む) に言及している会社は全体の5.9% (74社) であった (東証コーポレート・ガバナンス白書2017)。

ここでは、取締役会の取締役会評価に関するガバナンス報告書の例として 2016年度の資生堂を示しておく。なお、資生堂の役員構成であるが、取締役7 人中社外は4人、監査役5人中社外は3人である。

「〈4-11(3): 取締役会の実効性に関する分析・評価の概要〉

「当社は、課題や改善点を洗い出し、取締役会の実効性を高めるための取り組みにつなげることを目的に、2015年度に続いて2016年度も取締役会の実効性評価を実施しました。2016年度の評価は、1年間の取締役会の活動を網羅的に評価することと併せて、2015年度の評価を通じて洗い出された課題や取り組み事項の改善状況や進捗を確認することを主な目的とし、セルフアセスメントの方法で実施しました。評価にあたっては、取締役および監査役全員を対象に、取締役会、役員指名諮問委員会、役員報酬諮問委員会および監査役会の活動状況や事務局による支援体制への評価・分析を行う匿名のアンケート調査を実施しました。なお、当事者の忌憚ない意見を引き出すことおよび客観的な分析を担保するために、アンケートの回答収集および集計は外部機関に依頼し、当社の取締役会事務局では、集計後のデータを用いて分析を行いました。

この集計および分析の結果、取締役会事務局は、2016年度の当社の取締役 会は以下のような状況であったと評価しています。

・当社の取締役会は、業務執行の最高責任者である代表取締役 執行役員兼 CEO との健全な信頼関係を構築しており、その信頼関係を背景としてモニ タリング取締役会化が進展し、その監督機能がさらに高まっている。

- ・2015年度の取締役会実効性評価で洗い出された課題について着実に改善が進んでいるものの、以下に掲げる項目については、なお多くの改善余地が残されている。
 - ・取締役会で議論すべき議題の絞り込みを通じた重要な議題への注力
 - ・社外取締役への情報提供(社外取締役と監査役のコミュニケーションの促進を含む)
 - ・執行役員社長兼 CEO のサクセッション・プランの継続的な検討
- ・新たな課題としては、取締役会のモニタリング取締役会化が進んでいる状況 において監査役および監査役会が果たすべき機能や役割について、会社法等 の規定も踏まえつつ議論し、現在の当社における監査役および監査役会の役 割定義を明確化する必要がある。

2017年度は、引き続きこれらの継続課題や新規課題の改善に取り組むことで、 監査役会設置会社の機関設計を維持しつつ、任意の役員指名諮問委員会・役 員報酬諮問委員会の仕組みも活用しながら取締役会のモニタリング機能を強化 していきます。|

同社の評価プロセス及び開示内容が評価される点は、前年度の取締役会評価を踏まえた今年度のアクションプランの摘示、今年度の取締役会評価の結果、今年度の取締役会評価の結果を踏まえて策定した翌年度のアクションプランの摘示が率直に示されている点である。

評価プロセスを明記している企業のうち、取締役が自己評価を実施したのは58%であり、社内取締役等が関与していることを明示しているのは17%、指名委員会等の会議体が関与しているのが13%、その他監査役、取締役会事務局等が23%となっている。多くの企業が、自己評価を基本とした取締役会評価を実施していると思われる。他方で社外取締役や社外監査役といった社外役員が中心となるケースや既存の指名委員会等を活用するケース、監査役又は監査役会を活用する事例も見られる(以上大和証券(2015))。例えば、社外取締役を中心としたガバナンス委員会や社外取締役をメンバーとする会議体が指揮を取る方法を提案するものもいる。評価実施主体として取締役会事務局、議長

または監査役、独立社外取締役等が提案されている(PwC あらた(2016))。 個別にみると、「社外取締役会議」も評価主体として重要な役割を担っている 例もみられる(島村(2016)、みずほフィナンシャルグループの例)。なお、外 部評価を行う場合につき利益相反問題が生じる可能性が指摘されている(北川・ 大杉・高山・石黒(2014a)p17以下)。実施の実務対応については、大月(2015) や中村(2015)が詳しい。

V. 検討

ここでは、取締役会の実効性評価の実施主体について考えてみたい。特に内部評価について論じるが、実施主体の問題は、目的・対象項目とも密接に関連している。取締役会が機能しているということをステークホルダーに説明するためなのか(説明責任)、または取締役会と言う会議体がより良い意思決定や議論を行うためなのか(実効性の向上)、またはその両方なのか、その目的によって、評価の対象、評価の実施主体、評価項目、評価手段が左右されるからである(イギリスのⅢ.7.参照)。

2017年、わが国の東証一部上場会社2020社のうち1516社(75%)は監査役会設置会社である(日本取締役協会(2017))。2016年において、社外取締役2人の東証1部2部が50%、3人以上が40%となっており、議長と社長・CEOが兼務している企業が70%である(METI)。

イギリスでは、取締役会評価に際しては、取締役会議長が取締役会全体の評価に際して中心的な役割を果たす。また、取締役会メンバーの少なくとも半数が独立非業務執行取締役でなければならない(CG コード各則 B.1.2.)。イギリスでは取締役会の実効性評価を誰が実施するかについては、実施者の客観性・中立性という点を重視にしている点については前述のとおりである。アメリカでは CEO が議長を兼務することが多いが、指名・ガバナンス委員会委員長(通常社外取締役)や筆頭社外取締役が評価を実施することが多い。

イギリスのような取締役会の構造をもたないわが国の企業が、イギリスのように評価プロセスの客観性や中立性を確保しようとする場合、誰が実効性評価

に対し責任を持つのかというのが1番重要な論点である。取締役会の実効性評価の実施の障害となる理由としては、制度的になじみがないということのほかに、取締役会の構造と機能についてイギリスとは(またアメリカとも)大きく異なっているからであると思われる。この点から少し考えてみたい。

日本における取締役会実効性の評価の担い手については現在でも様々な意見がある。そのうち社外取締役は、取締役会を客観的・中立的に見ることができるので好ましいと言う意見が多い(高山(2015)p42、PwC あらた(2016))。社外取締役は他社の取締役を兼務していることも多く、多くの知見があることも理由とされる(その役割についての言及はない)。また、日本 CG コードでは「筆頭独立社外取締役」の選定が推奨されているが、筆頭独立社外取締役が選任されれば、この実施責任者として適任かもしれない(特にイギリスのように取締役会議長の実効性評価につき)。しかし、制度として定着していないのでこれは将来を期すべきである。評価の目的が取締役会の監督機能の実効性を実質的に向上させることとすれば、評価の客観的・中立性を担保するためには、主体は社外役員であることが好ましいかもしれない。

監査役会設置会社において、監査役が実効性評価に関与する会社も見られる。しかし、監査役は、適法性監査を行う立場であることから、評価者として必ずしも適切でないという見解もある(林拓也(2016)p100)。また、監査役の権限は監査が中心なので監査役が(単独で)実施責任者となるのはすわりが悪いとの意見もある(北川・大杉・高山・石黒(2014a)[大杉発言 p15])。他方、監査役は、社内の事情に詳しい社内監査役を有しており、また取締役会と一定の距離感を有することから、実効性評価の主体として一定の合理性があるという意見もある(大和総研(2015)p7-)。

主体として監査役が関与している実例として前述のみずほ FG の例のほかに 以下がある。

オムロン(Integrated Report 2016統合報告書)では、8名の取締役のうち3 名が独立社外取締役、4名の監査役のうち2名が独立社外監査役であるが、取 締役会の実効性評価は、独立社外取締役を委員長とし、独立社外取締役と独立 社外監査役で構成するコーポレート・ガバナンス委員会を主体として実施している。リコーは、2016年5月に取締役および監査役による評価会を開催し、取締役会の実効性評価を行っている。吉野家ホールディングス(2017)では、独立社外取締役及び独立社外監査役で構成される独立社外役員会が主体となり、取締役会について実効性評価を行っている。さらに、花王では社外取締役3名と社外監査役が主体となって実効性評価の項目を提案しこれに対し自己評価を行っている(杉山・三苫(2016))。

そもそも監査役は実効性評価に関与できるか、また関与すべきか。監査役の権限については、監査役の業務監査権限が適法性監査を超えて妥当性監査に及ぶかという周知の論点がある。通説は、監査役の業務監査権限は取締役の職務執行の妥当性監査には及ばないとする(江頭(2016)p523)。その理由とするところは、妥当性をめぐる意見の対立は最終的には人事で決着をつけざるを得ないが、監査役にはこの権限がないということである。ただし著しく不当な場合には取締役は注意義務違反と評価できるのでこの範囲で適法性監査として権限が及ぶとされている。これに対し、適法性監査のみならず妥当性監査にも及ぶとする見解も有力に主張されている(潘(2012)p305-)。

"業務監査権限が妥当性監査に及ぶか"との監査役の権限の範囲の問題は、 実効性評価の実施主体の適格性に関連するのであろうか。監査役は取締役会に 出席義務があり(383条1項)、発言権もある。取締役会で意見を述べる際には 妥当性の問題として制約を受けるべきではない(江頭(2016)p524注(3))。

そもそも取締役会会議の場面においては、監査役は業務全体につき、適法性か妥当性かに関わりなく質問をし議論をすることが求められている。平成26年6月30日コーポレート・ガバナンス・システムの在り方に関する研究会による「社外役員を含む非業務執行役員の役割・サポート体制等に関する中間取りまとめ」は、社外取締役と(社外)監査役の役割分担についてについてベスト・プラクティスが以下のように示されている。「(社外)監査役は、いわゆる妥当性の観点からの意見・アドバイスを述べることも妨げられず、実態上も適法性監査・妥当性監査という区別にこだわらず、社外取締役と同様に

意見を述べている例も多く見受けられた。その中でも、社外取締役はアップサイド(業務執行の成功)を目指すための意見を述べるのに対し、(社外)監査役はダウンサイド(業務執行の失敗)を防ぐための意見を述べているとの区別が見受けられた。これらの例を参考にして、(社外)監査役が妥当性についても意見を述べる場合には、社外取締役が述べる意見との方向性の違いを意識することが考えられる。|

また、実効性評価のプロセスに加わることと、意思決定のプロセスに加わる こととは別と考えられる。仮に業務の妥当性に及ぶ事項につき口を挟むことは 問題があるとしても (筆者はそう考えないが)、監査役が取締役会の実効性評 価のプロセスに加わることとは別問題であり問題はない。取締役会が実効的に 運営されていることを評価するに過ぎないのである。逆に、取締役会出席者で ある監査役側の諸事情(各監査役のスキル等、ミックス、常勤・非常勤監査 役の緊密な関係、常勤の役割の明確化、監査役に与えられる情報の質と量、監 ・査役会内の議論の質、取締会議長と監査役との関係、内部監査グループの実効 性等)については、監査役でしかわからない事情があるため、この点に関する 実効性評価プロセスにつき監査役が主体的に加わるべきである。また、評価項 目としてリスクマネジメント体制や内部統制システムの構築・運用の有効性は、 監査役が主体となって実施するのが適切な項目といえよう。例えば、不祥事に ついて監査役が何をなすべきかという論点で、不正の端緒を早期に入手できる 仕組みの重要性がつとに指摘されるが(大杉(2015)p9-)、それは内部統制シ ステムの構築・運用に関する議論につき監査役目線で提案すべき論点である といえよう。

なお、監査役会自体の実効性評価の必要性を唱える意見もあり(酒井 (2017) p38以下)、また実際にこれを実施している企業もある(杉山・三苫 (2016))。 英米では各委員会の実効性評価が別途行われていることを考えれば、これは妥当な意見であり、将来的には実施すべきであろう。ただしまず取締役会の評価を定着させるべきであろう。

現在でも、取締役と監査役にアンケートが送付されインタビューを個別に

行っており、監査役は実効性評価の対象として認識されてきた。しかしながら、 実施主体(の一部)としても考えるべきであろうというのが私の提言である。

VI. 結びに代えて

イギリスでは、実施者の客観性・中立性と言う観点を重視して、取締役会議長が評価実施に関し中心的な役割を果たすことになっている。また日本では、同じように客観性・中立性の観点から社外取締役が評価プロセスの中心になることが期待されている。しかしながら、取締役も監査役も業務監査を行うことでは同じである。監査役会設置会社の取締役会において妥当性・適法性の観点から業務監査を行うのは取締役であり監査役であり、これが1つのユニットとして機能していることが重要である。社外監査役は、その社外性から客観性中立性は担保されているので実施主体として適任であるとされる。この点からしても、(社外)監査役と社外取締役が協働して評価プロセスに関与することがむしろ好ましいとも言えよう。

このように、(社外) 監査役は取締役の実効性評価においてもっと活用されて良い人的資源であると考えられる。もちろん取締役会の実効性評価において社外取締役と社外監査役の両者が関与する体制がよりよいと考える。社外取締役・社外監査役をそれぞれ複数置く上場企業が増えている。今後は取締役会評価プロセスへの(社外)監査役の関与を肯定的に検討していくべきであろう。

なお本稿は科研費基盤研究 C (研究課題 / 領域番号 16K03383) の成果の一部である。

〈参考文献〉

Department for Business, Energy & Industrial Strategy (BEIS) (2016), Corporate Governance Reform, Green Paper.

ABI (2012), Report on Board Effectiveness, Updating Progress, Promoting Best Practice. CII (2014), Best Disclosure: Board Evaluation.

FRC (2011), Guidance on Board Effectiveness.

FRC (2013), Developments in Corporate Governance 2013, the Impact and Implication of the UK Corporate Governance and Stewardship Codes.

FRC (2015), Developments in Corporate Governance and Stewardship 2014.

Gibson Dunn (2016), Board Evaluations-Getting the Most from the Evaluation Process

Grand Thornton (2013), Corporate Governance Review 2013, Governance steps up a gear.

Grand Thornton (2014), Corporate Governance Review 2014, Plotting a New Course to Improved Governance.

Grand Thornton (2015), Corporate Governance Review 2015, Trust and integrity.

ICSA (2011), Board Evaluation: Review of the UK top 200 companies 2010.

ICSA (2015), Guidance note: Contents list for the annual report of a UK company.

Lintstock (2007), Evaluating the Performance of UK Boards, Lessons from the FTSE 350.

Ian Muir (2012), Board Evaluation, Ashridge Strategic Management Centre and Keeldeep Associates Limited.

Tracy Long (2012), "Board Evaluation", Corporate Governance for Main Market and AIM Companies, London Stock Exchange.

Spencer Stuart (2015), Spencer Stuart Board Index 2015.

Spencer Stuart (2016), Spencer Stuart Board Index 2016.

Stanford Graduate School of Business and the Rock Center for Corporate Governance (2016), Board of Directors Evaluation and Effectiveness.

Paula Loop (2017), A Look at Board Composition: How Does Your Industry Stack Up? (@Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation).

Yafit Cohn & Avrohom J. Kess (2016), Optimizing Board Evaluations (@Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation).

John F. Olson (2016), Getting the Most from the Evaluation Process (@Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation).

江頭憲治郎(2016)、『株式会社法 第6版』(有斐閣).

大久保拓也 (2015)「イギリス上場会社における非業務執行取締役の独立性と監督機能」日本法學80 (3),1223-1253.

大久保拓也 (2016)「イギリスの上場会社における非業務執行取締役の役割」法学新報 122 (9・10),83-107.

大塚章男(2014)、「イギリス2006年会社法における取締役の責任―会社の成功促進義務を中心として―」国際商事法務42(3),359-371.

大杉謙一 (2015)、「業務監査の運用はいかにあるべきか: 上場企業の監査役・監査委員・監査等委員への提案」月刊監査役 645, 4-16.

太田清史、三笘裕 (2016)、「取締役会実効性評価をめぐる各社の取組み (2) 指名委員会等 設置会社・エーザイの取組み」商事法務 2107, 28-39.

- 大月雅博 (2015)、「取締役会の実効性に関する分析・評価についての実務的対応を考える ーコーポレートガバナンス・コードに対応した開示例を参考に」商事法務 2073, 30-47.
- 神作裕之 (2014)、「コーポレートガバナンス向上に向けた内外の動向—スチュワードシップ・コードを中心として—」商事法務 2030, 11-24.
- 倉橋雄作(2016)『取締役会実効性評価の実務』(商事法務).
- 北川哲雄・大杉謙一・高山与志子・石黒徹 (2014a)、「座談会 取締役評価によるガバナンス の実効性確保に向けて [上]」商事法務 2049, 4-17.
- 北川哲雄・大杉謙一・高山与志子・石黒徹 (2014b)、「座談会 取締役評価によるガバナンス の実効性確保に向けて [下]」商事法務 2052, 4-19.
- 倉橋雄作 (2016)、「取締役会実効性評価の実務動向: 日経平均株価構成銘柄 225 社の取組状況」 資料版商事法務 391, 6-38.
- 酒井功(2017)、「取締役会の実効性評価の今後の潮流 | 商事法務 2124.33-41.
- 島村和良(2016)、「みずほフィナンシャルグループ(トップランナー3社が語る取締役会評価の実際)」企業会計68(11),1557-1563.
- 杉山忠昭、三笘裕(2016)、「取締役会実効性評価をめぐる各社の取組み(1)監査役会設置会社・花王の取組み」旬刊商事法務 2106, 13-23.
- 大和総研(2015a)「取締役会評価の概要と実務における論点整理(上)取締役会評価では実 効性向上に向けた「PDCAサイクル」の確立が重要」、(吉川英徳、矢幡静歌)。
- 大和総研(2015b)「取締役会評価の概要と実務における論点整理(下)海外事例から学ぶ取締役会の実効性向上の視点」(吉川英徳、矢幡静歌)。
- 高山与志子 (2014)、「取締役会評価とコーポレートガバナンス―形式から実効性の時代へ」 商事法務 2043, 15-26.
- 高山与志子 (2015)、「取締役会評価の実際と課題」証券アナリストジャーナル53 (11), 39-48
- 武井一浩 (2015)、「ガバナンス・コードを踏まえた取締役会の機能性と自己評価 (東京大学 比較法政シンポジウム 稼ぐ力を高めるためのコーポレートガバナンス (攻めの経営判断を 後押しする仕組み): コーポレートガバナンス・コードを中心に) | 商事法務 2069, 4-17.
- 中村慎二 (2015)、「取締役会評価実施上の考慮事項 (CG コードと取締役会の実効性確保にむけた実務対応)」商事法務 2080, 46-56.
- 日本取締役協会(2017)、「上場企業のコーポレート・ガバナンス調査」。
- 林順一(2015a)、「英国のコーポレートガバナンス」北川哲雄編著『スチュワードシップとコーポレートガバナンス』東洋経済新報社.
- 林順一 (2015c)、「英国のコーポレートガバナンスの特徴とわが国への示唆」証券経済学会 年報50号別冊、1-2-1~1-2-9.
- 林順一 (2016)、「取締役会評価の開示―英国の事例とわが国への示唆」国際マネジメント研究第5,49-75.
- 林孝宗(2011)「イギリスにおけるコーポレート・ガバナンスの展開―非業務執行取締役の

論説 (大塚)

役割と注意義務を中心に一」社学研論集17,247-263.

- 林拓矢 (2016)、「取締役会実効性評価の現在地(トップランナー3社が語る 取締役会評価の 実際)」企業会計68 (11), 1538-1543.
- 潘阿憲(2012)「監査役の業務監査権限」永井和之・中島弘雅・南保勝美編『会社法学の省察』 (中央経済社) 276-313.
- 藤川信夫 (2014)、「英国スチュワードシップ・コード、コーポレート・ガバナンス、コード の理論と実践」法学紀要 56, 35-140.
- 松崎正年 (2016)「コニカミノルタ (トップランナー 3社が語る 取締役会評価の実際)」企業会計68 (11), 1550-1556.
- 三笘裕(2016)、「取締役会評価にどう取り組むか: 欧米での議論・実務も参考にした CG コード対応」商事法務 2120, 4-11.
- 矢後夏之助 (2016)、「荏原製作所 (トップランナー 3 社が語る 取締役会評価の実際)」企業会計 68 (11), 1544-1549.
- 吉本健一 (381条)・森本滋 (390条) (2009)、落合誠一編『会社法コンメンタール 第8巻』 (商事法務).
- PwC あらた監査法人 (2016)、「コーポレートガバナンス・コードで求められる取締役会の実効性評価」(小林昭夫「週刊経営財務」(3250) 掲載).

(おおつか・あきお 筑波大学法科大学院教授)

「刑事事件に係る訴訟に関する書類」の 文書提出義務

大 渕 真 喜 子

- 第1 はじめに
- 第2 刑事訴訟記録等の意義
 - 1 国税犯則調査手続において収集・作成された文書
 - 2 捜査機関の鑑定嘱託を受けた医師が所持する司法解剖の鑑定書の控え
- 第3 法律関係文書
 - 1 「挙証者と文書の所持者」以外の者との法律関係
 - 2 「法律関係」
 - 3 法律関係「について」作成された文書
 - 4 自己使用文書
 - 5 刑訴法47条但書の相当性の判断
- 第4 結語

第1 はじめに

1 国家賠償請求訴訟等の民事訴訟においても、不起訴処分がなされた事件の 刑事記録や公判には提出されなかった刑事記録が証拠として重要となってくる 場合がある(ここでは、民事訴訟法(以下「民訴法」ともいう)220条4号ホ の「刑事事件に係る訴訟に関する書類」を「刑事訴訟記録等」といい、このう ち、不起訴処分がなされた事件の刑事訴訟記録等を「不起訴記録」、事件は公 訴提起されたが公判には提出されなかった刑事訴訟記録等を「不提出記録」と いう)。公判で提出された刑事記録が問題となることはあまりなく、実際に問 題となるのは、刑事訴訟法(以下「刑訴法」ともいう)等による開示制度の下 では閲覧・謄写することができない不起訴記録および不提出記録である¹⁾。例 えば、不起訴となった被疑者が、捜査機関が違法に逮捕・勾留したとして提 起した国家賠償請求訴訟においては、逮捕時・勾留時にいかなる程度の嫌疑 が存在したかについて当時存在した不起訴記録が重要な証拠となるし、また、 虚偽の告訴をしたとして被害者に対して提起した損害賠償請求訴訟において は、被害者の告訴調書や供述調書が重要な証拠となり得る。あるいは、医療過 誤による損害賠償請求訴訟において、患者の死因が争点となっているような場 合、捜査機関の嘱託を受けて(刑訴法223、225条)作成された司法解剖の鑑 定書の控え等も問題となる。この問題は、大きな視点からいうと、民訴法と刑

刑訴法53条1項の訴訟記録以外の保管記録についても、訴訟関係人または閲覧につき正当な理由があると認められる者も閲覧請求することができるが(刑事確定訴訟記録法4条3項)、ここでいう刑訴法53条1項の訴訟記録以外の保管記録とは、刑事被告事件に関してその終結後に行われた訴訟、すなわち、再審請求事件、刑の執行猶予の言渡し取消請求事件などの記録をいう(藤永ほか編・前掲大コンメンタール刑事訴訟法(8)61頁[古田]、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法(1)[第3版]』(立花書房・2011年)555頁[香城敏麿=井上弘通])。

したがって、不提出記録および不起訴記録は、刑訴法53条および刑事確定訴訟記録法4条によっては閲覧することはできない(甲斐行夫「情報公開制度における『訴訟に関する書類』の意義」警察学論集55巻9号(2002年)136、143頁参照)。以上のとおり、不提出記録は事件終結後も閲覧・謄写することはできず、また、当然のことながら、不起訴記録も閲覧・謄写することはできないのである。

¹⁾ 刑事記録の閲覧・謄写に関しては、次のような制度になっている。

¹ 起訴された被告事件の訴訟記録は、事件終結後、訴訟記録の保存または裁判所・検察庁の事務に支障のあるときなどを除き、原則として、何人も閲覧することができる(刑訴法53条、刑事確定訴訟記録法4条1項・2項)。刑訴法53条および刑事確定訴訟記録法4条では、閲覧のみが規定され、謄写・撮影することなどは含まれないとされている(河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(1) [第2版]』(青林書院・2013年)603頁[中山善房])が、実務上、保管検察官が保管記録等の閲覧を許すときは、その謄写を許すことができるようである(記録事務規程17条)。刑訴法53条の対象となる「訴訟記録」とは、「刑事被告事件の終局裁判の裁判書並びにその判断の基礎及び手続を明らかにする書類であって、受訴裁判所が事件記録として編綴したもの」である(藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(8)』(青林書院・1999年)38頁[古田佑紀]、松本時夫ほか編『条解刑事訴訟法[第4版増補版]』(弘文堂・2016年)128頁)。当該被告事件に関して捜査機関や弁護人が作成した書類であっても、公判に提出されず、公判記録に編綴されなかったものは、これに含まれない(河上ほか編・前掲大コンメンタール刑事訴訟法(1)602頁[中山])。刑事確定訴訟記録法4条1項・2項でいう保管記録は、刑訴法53条1項の訴訟記録に限られるので、上記の意味での「訴訟記録」を指すことになる。

訴法とが交錯する問題であるといえる。

不起訴記録や不提出記録を民事訴訟において証拠として提出するには、不起訴記録については、弁護士会照会(弁護士法23条の2)によって収集することもできるが²⁾、不起訴記録および不提出記録については、文書送付嘱託(民訴法226条)ないし文書提出命令(民訴法221条)によってすることになる。文書送付嘱託については、平成12年2月4日付および平成16年5月31日付法務省刑事局長通知により、一定の要件の下に、不起訴記録のうち、実況見分調書、写真撮影報告書等の代替性の乏しい客観的証拠や供述調書につき文書送付嘱託に応じる取扱いがなされている³⁾。文書提出命令の提出義務は、現行法において一般義務とされたところであるが、民訴法220条4号ホ(以下単に「4号ホ」

(前頁からつづき)

2 公訴提起後も判決が確定するまでは、当該事件の弁護人等の訴訟関係人は、訴訟記録を閲覧あるいは閲覧・謄写をすることができ(刑訴法40、49、180、270、299条1項、316条の14、316条の18)、当該事件の被害者等も、一定の場合に訴訟記録を閲覧・謄写することができる(犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律3、4、20条)が、それ以外の一般人には閲覧・謄写は認められていない。判決確定前に民事裁判所からの文書送付嘱託を公判裁判所が受けた場合には、その必要性、訴訟関係人の名誉・プライバシーを害するおそれ、刑事裁判の審理等に及ぼす影響の有無等を考慮して、文書送付嘱託に応じる範囲を決めるとされている。公判廷で行われた証人尋問の調書のほか、鑑定書、検証調書等の非代替的書類等については応じる例が多いとされている。以上、松本ほか編・前掲128頁。しかし、いずれの場合も、閲覧・謄写の対象となる記録、あるいは文書送付嘱託が問題となる訴訟記録は、公判に提出され事件記録として編綴されたものをいうのであり、不起訴記録および不提出記録は無関係である。

以上検討したところによれば、刑訴法等の開示制度の下では、不提出記録及び不起訴記録は開示されない。

- 2) 交通事件については、記録を保管する検察庁に対して弁護士照会がなされる場合には、 実況見分調書が開示されるし、物損事故についても、記録を保管する警察署に対して弁護 士照会がなされる場合には、物件事故報告書や事故処理報告書等が開示される。山本和彦 ほか編『文書提出命令の理論と実務〔第2版〕』(民事法研究会・2016年) 443頁〔八木一洋〕。
- 3) 詳細については、http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji_keiji23.html 参照。平成16年5月31 日付法務省刑事局長通知については、甲斐行夫=萩原勝治「刑事関係書類に対する文書提 出命令に関する平成16年5月25日最高裁決定及び文書送付嘱託等に関する平成16年法務 省通知について」研修672号(2004年)24頁以下も参照。

ともいう)の「刑事事件に係る訴訟に関する書類若しくは少年の保護事件の記録又はこれらの事件において押収されている文書」(以下まとめて「刑事事件関係書類等⁴⁾」という)は、包括的に一般義務から除外されている。刑事事件関係書類等については、刑訴法、刑事確定訴訟記録法、犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律、少年法および少年審判規則において、開示した場合に生ずるおそれがある弊害と開示により得られる公益とを勘案した上で、開示の要件・方法等について規律されているところ、裁判所が、民訴法において、この開示手続による開示範囲を超えて刑事事件関係書類等の提出を命じると、関係者の名誉やプライバシー等に重大な侵害が生じたり、また、捜査の秘密等が明らかになることのより捜査・公判(審判)への不当な影響が生じたりするなど弊害が生ずるおそれがあるため、刑事事件関係書類等は刑訴法等の開示制度に委ねることとし、全面的に除外事由と

⁽前頁からつづき)

なお、森田邦郎「国家賠償訴訟の原告が公判不提出記録を対象として文書提出命令等を申し立て、裁判所から文書送付嘱託がなされた事例」研修742号(2010年)91 頁以下、特に99 頁以下によると、青少年保護育成条例違反で逮捕・勾留され、略式起訴された後、被告人が正式裁判を請求して無罪判決が確定したため、国家賠償請求訴訟を提起したという事案において、不提出記録(原告自身の司法警察員面前調書、逮捕時および勾留請求時の各弁解録取書、勾留質問調書)につき文書送付嘱託を受けた地方検察庁は、公にする目的および具体的必要性を明らかにするように裁判所から原告に釈明を求めるよう促した上で、最終的に文書送付嘱託に応じている事例がある。この事例を題材とした研修では、「請求者本人の供述調書等であるからプライバシーは問題にならないため、直ちに文書送付嘱託に応じるべきである」との意見も多数意見であったとのことであり(同99 頁)、原告自身の供述調書であることが重要であったと思われる。

⁴⁾ 刑事事件に係る訴訟に関する書類とは、被疑事件または被告事件に関して作成された書類(本稿でいう刑事訴訟記録等)をいい、起訴状等の意思表示的書類、公判調書等の報告的書類、弁護人選任届等の手続関係書類、供述調書等の証拠書類が含まれ、裁判所および捜査機関が保有している書類のみならず、弁護人や私人が保管している書類も含まれる。少年の保護事件の記録とは、家庭裁判所における少年審判の用に供するために作成され、または編綴された書類の総体をいう。これらの事件において押収されている文書とは、押収されている証拠物のうち、文書であるものをいう。以上、深山卓也ほか「民事訴訟法の一部を改正する法律の概要(下)」ジュリ1210号(2001年)173-174頁。

されている⁵⁾。

そのため、刑事事件関係書類等は、民訴法220条1号ないし3号によって提 出義務が認められる場合にのみ、文書提出命令で提出が命じられることになる。 現行法下では、刑事事件関係書類等以外の文書では220条4号が問題とされる ことがほとんどであるのに対し、刑事事件関係書類等では、必ずしも解釈上明 確でない部分を残したままの旧民事訴訟法(大正15年法律第61号。以下、「旧 民訴法 | という。) 312条1号ないし3号、ひいては民訴法220条1号ないし3 号の解釈が、依然としてなお問題となり得る。しかも、前述のとおり、刑訴法 等による開示制度に委ねることが民訴法220条4号ホにより刑事事件関係書類 等を全面的に一般義務から除外することの立法趣旨だったにもかかわらず、民 訴法220条3号等によって、そもそも刑訴法等による開示制度では開示されな い不起訴記録および不提出記録の提出義務が問題とされることになるのであ る。しかし、最高裁判例は出されているものの、現在まで必ずしも刑事事件関 係書類等に関する十分な議論がなされているとはいえない。そこで、本稿では、 下級審判例等も踏まえて、このうち刑事訴訟記録等の文書提出命令において検 討すべき諸問題について論ずることとするが、実際に問題となり得ることが多 い民訴法220条3号後段を中心に検討する。同条1号および2号に関しては、 別の機会に検討することとしたい。なお、本稿では、少年の保護事件の記録お よび同事件において押収されている文書については、検討対象としていない。 2 議論の前提として、民訴法220条4号が新設されたことに伴い、同条1号な いし3号の解釈が、旧民訴法312条1号ないし3号の解釈と同一であると解す べきか否かについてみておく。立法担当者は、民訴法220条1号ないし3号に ついては、旧民訴法312条1号ないし3号に関する判例・学説が基本的に妥当し、 旧民訴法312条1号ないし3号に該当するとされてきた文書については、新法 の下でも同様であると解する⁶⁾。これに対し、多数説は、民訴法220条4号が 新設された以上、同条3号については、拡張解釈によらない本来の形で解釈す

⁵⁾ 深山ほか・前掲注4) 174-175頁参照。

べきであり、旧民訴法下で拡張解釈によって3号文書として提出義務が認められていた文書は、4号文書として取り扱うべきであるとする⁷⁾。しかし、民訴法220条3号後段文書(以下「法律関係文書」ともいう)に関していえば、多数説が、拡張解釈によらない法律関係文書の範囲について具体的にどのように解しているかは必ずしも明らかではない。「法律関係」には、契約による法律関係に限らず、不法行為や不当利得など契約以外の原因に基づく私法上の法律関係、公法上の法律関係も広く含まれると一般に解されていることに加えて、旧民訴法下の下級審判例では、法律関係「について」作成されたの意義に関する一般的判示と具体的帰結との関係が必ずしも判然としなかったことと相まって、この2つの見解の具体的帰結における差異は必ずしも明確とはいい難い。理論的には、民訴法220条4号が新設された以上、多数説のいうように必要以上に同条3号を拡張解釈すべきではなく、(刑事事件関係書類等の場合を除いて)その必要もないが、刑事事件関係書類等に関しては、4号ホで全面的に一般義務から除外されているため、旧民訴法下よりも同条3号を狭く解釈すると妥当な結論となり得ないおそれもある。本稿では、旧民訴法での学説・判例

⁶⁾ 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』(商事法務研究会・1996年) 253 頁、原強「文書提出命令①――学者から見た文書提出義務」三宅省三ほか編集代表『新民事訴訟法大系(3)』(青林書院・1997年) 115 頁、門口正人編『民事証拠法大系(4)』(青林書院・2003年) 110 頁 [山本郁夫]。現行法下での最高裁判例はこの点について判示していないが、担当調査官の判例解説(最判解民事篇平成16年度(上)349 頁 [加藤正男]) は、立法担当者と同一の見解に立つ。

⁷⁾ 佐藤彰一「証拠収集」法時68巻11号 (1996年) 19頁、竹下守夫ほか編集代表『研究会新民事訴訟法』(有斐閣・1999年) 282頁 [竹下守夫、青山善充発言]、上野桊男「文書提出義務の範囲」松本博之=宮崎公男『講座新民事訴訟法Ⅱ』(弘文堂・1999年) 51頁、同「新民事訴訟法における文書提出義務の一局面」原井龍一郎先生古稀祝賀『改革期の民事手続法』(法律文化社・2000年) 106頁、山本和彦「稟議書に対する文書提出命令(上)」NBL661号 (1999年) 9-10頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(下) [第2版補訂版]』(有斐閣・2014年) 156-157頁、三木浩一ほか『民事訴訟法[第2版]』(有斐閣・2015年) 323頁等。民訴法220条1号および2号の解釈については、旧民訴法下のそれと大きな変更はないと考えられる(上野・前掲講座新民事訴訟法Ⅱ 50頁)ので、中心は同条3号の解釈である。

の議論を中心に見ざるを得ない関係から、立法担当者の見解に立ちつつ検討していくこととしたい⁸⁾。

第2 刑事訴訟記録等の意義

1 国税犯則調査手続において収集・作成された文書

(1) 刑事訴訟記録等の意義についてここで一瞥しておく。民訴法220条4号ホのうち刑事訴訟記録等は、刑訴法47条の「訴訟に関する書類」と(刑訴法47条の「訴訟に関する書類」には、供述を録音した録音テープおよび電磁的記録媒体も含まれることを除けば)同義であるといってよい⁹⁾。4号ホの刑事訴訟記録等および刑訴法47条の「訴訟に関する書類」には、被疑事件または被告事件に関して作成された書類はすべて含まれ、裁判所が保管している書類に限らず、検察官、司法警察員、弁護人その他の第三者が保管しているものも含む¹⁰⁾。また、刑訴法47条は、訴訟に関する書類が公開の法廷で公にされるものも含む¹⁰⁾。また、刑訴法47条は、訴訟に関する書類が公開の法廷で公にされる前に公にされることによる弊害を防止する趣旨であるから、当該書類が公判で公にされるまでは、同条の禁止が続くと解されており、公判で公にされることがない不起訴記録および不提出記録は、同条の禁止が続くことになる¹¹⁾。

⁸⁾ 山本和彦「判批」法学研究81巻1号 (2008年) 129頁は、理論的には多数説の主張に分があるように思われるが、一般義務の対象とならない刑事文書において不都合が生じる可能性を否定できず、法律関係文書についてやや拡大的な解釈の余地を残すことは現段階ではやむを得ないが、本来的には立法的な対処が必要であるとする。

⁹⁾ 河上ほか編·前掲注1) 大コンメンタール刑事訴訟法(1)547-548頁〔中山〕、松本ほか編・前掲注1) 105頁、深山ほか・前掲注4) 173-174頁)。

厳密には、民訴法上の狭義の文書とは、文字その他の記号によって、一定の思想(意思、判断、報告、感想等)を表現する有体物であるとされているため、「図面、写真、録音テープ、ビデオテープその他の情報を表すために作成された物件で文書でないもの」は含まれない(いわゆる準文書となる。民訴法231条)が、刑訴法47条の「訴訟に関する書類」には、供述を録音した録音テープおよび電磁的記録媒体も含まれるとされている。深山ほか・前掲注4)180頁注18、松本ほか編・前掲注1)105頁。

¹⁰⁾ 河上ほか編・前掲注1) 注釈刑事訴訟法(1)554-555頁〔香城=井上〕、河上ほか編・前 掲注1) 大コンメンタール刑事訴訟法(1)548頁〔中山〕、深山ほか・前掲注4) 174頁。

ここで問題となり得るのは、国税犯則調査手続¹²⁾において収集あるいは作成された文書が、4号ホの刑事訴訟記録等に該当するか否かである。国税犯則調査手続と同様に、金融商品取引法上(同法210条以下)あるいは私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(同法101条以下)の犯則手続において収集・作成された文書についても同様の問題があり得るが、ここでは(間接国税以外の国税に関する)国税犯則調査手続についてのみ検討する。

国税犯則調査手続は、犯則事件の調査のために行われるものであり、質問、検査、領置、臨検、捜索差押え等をすることができる。この国税犯則調査手続の性質が、行政手続か刑事手続かについては議論があるが、判例は、刑事手続ではなく、一種の行政手続であるとする「3」。しかし、国税庁等の職員は、犯則があると認める場合には検察官に告発しなければならず(国税通則法新155条)、告発により当該事件は被疑事件として刑事手続に移行するところ、国税犯則調査手続で作成された調査書類等の資料や領置物件等は検察官に引き継がれ(告発状には国税犯則調査手続で作成した調書(国税通則法新152条)を添付し、領置物件等があるときは、その目録とともに検察官に引き継ぐ旨規定されているが(国税通則法新159条2項)、これら以外の資料も、検察官に引き

¹¹⁾ 河上ほか編・前掲注1) 注釈刑事訴訟法(1)556頁〔香城=井上〕、河上ほか編・前掲注1) 大コンメンタール刑事訴訟法(1)548頁〔中山〕。

¹²⁾ 所得税法等の一部を改正する等の法律(平成29年法律第4号)により、国税犯則取締法は、2018年4月1日に廃止されるとともに、国税犯則調査手続に関する必要な見直しがなされた条文が、国税通則法第11章に編入されることとなっている。本稿では、同改正後の国税通則法の条文を挙げている。また、間接国税に関する通告処分がなされるときは通告処分が不履行である場合等に検察官に告発しなければならないが、間接国税の場合はさしあたり除いて論ずる。

¹³⁾ 最大決昭和44年12月3日刑集23巻12号1525頁(ただし、同最大決によって、国税犯 則調査手続があらゆる点で行政手続と割り切られたと解すべきではないとも指摘されてい る。原田尚彦「判批」ジュリ448号(1970年)130頁。芝原邦爾「判批」判タ244号(1970 年)101頁も同旨)。国税犯則調査手続の性質を行政手続と解することを前提として、国税 庁等の職員が行う差押処分に対する不服申立ては、行政事件訴訟法に定める行政訴訟の方 法によることになる。最判解刑事篇昭和44年度443-444頁〔大久保太郎〕等参照。

継がれるようである)、告発後の被疑事件についての捜査および訴追の証拠資料として利用されることが予定されている。以上のような点から、国税犯則調査手続は、実質的に刑事手続に準ずるものであると一般には解されており¹⁴⁾、このような手続が設けられているのは、脱税犯の証拠の収集と判定には専門的知識・経験が必要であることなどが理由とされている¹⁵⁾。したがって、少なくとも検察官への告発がなされた場合には、国税犯則調査手続で収集・作成された文書は、4号ホの刑事訴訟記録等に当たると解される¹⁶⁾。

(2) 問題は、検察庁への告発が未だなされていない、あるいは告発がなされないこととなった場合に、国税犯則調査手続において収集・作成された文書が4号ホの刑事訴訟記録等に該当するかである。開示により捜査の進捗状況、捜査手法等が明らかになり、関係証拠の隠滅や犯人逃走が図られるなど、捜査や公判に不当な影響が生ずるおそれがあること、関係人の名誉・プライバシーに対して重大な侵害が及ぶおそれがあることなど、4号ホで刑事訴訟記録等が一般的に除外されている趣旨は、国税犯則調査手続で収集・作成された文書にも妥当するといえ、また、前述のように国税犯則調査手続は実質的に刑事手続に準ずるものであることを強調すれば、4号ホに該当すると解することもで

¹⁴⁾ 最判昭和59年3月27日刑集38巻5号2037頁、金子宏『租税法 [第22版]』(弘文堂・2017年)1063頁。前掲最判昭和59年3月27日は、国税犯則調査手続につき「実質的には租税犯の捜査としての機能を営むものであつて、租税犯捜査の特殊性、技術性等から専門的知識経験を有する収税官吏に認められた特別の捜査手続としての性質を帯有するものと認められる」とする。また、実際にも、国税犯則調査の権限を与えられた国税庁等の職員は、検察官と緊密に連携して調査しており、告発後も検察官からの依頼により、必要な追加資料の作成提出がなされるとのことである。

¹⁵⁾ 臼井滋夫『国税犯則取締法』(信山社出版・1990年) 101頁。

¹⁶⁾ 松山地決平成14年11月20日訟月50巻1号216頁は、「国税犯則事件について告発以前の段階で作成された文書についても、当該犯則事件が告発を経て被疑事件・被告事件となり、刑事訴訟法等の開示手続に服するものとなった場合には、当然に刑事事件関係書類に含まれるものというべきである。」として、既に法人税法違反で起訴された事件において、告発前に作成された文書についても4号ホに該当すると述べる。高松高決平成15年1月22日訟月50巻1号231頁は、理由は必ずしも明らかではないが、結論同旨。

きる。とりわけ国税犯則調査が現になされており、検察庁への告発を今後検討 するという段階では、文書が開示されることによる弊害は顕著に表れる。

この問題は、行政機関の保有する情報の公開に関する法律(以下「行政機関情報公開法」という)の適用除外との関係も視野に入れる必要がある。すなわち、4号ホのうち刑事訴訟記録等は、刑訴法47条の「訴訟に関する書類」と同義であることは前述のとおりであるが、刑訴法47条の「訴訟に関する書類」は、行政機関情報公開法の適用除外を定める刑訴法53条の2の「訴訟に関する書類」とも同義であると解される¹⁷⁾。当然のことながら、行政機関情報公開法等による情報公開と文書提出命令の制度趣旨は異なるが、刑事訴訟記録等が全面的に除外されているという意味では同じであるので、行政機関情報公開法等におけ

刑事訴訟法上「訴訟に関する書類」という同一の用語が用いられていても、その範囲が異なることがあるため(刑訴法40条、270条、刑事訴訟規則37条にも「訴訟に関する書類」という用語が用いられているが、それぞれ範囲は異なる。松本ほか編・前掲注1)105頁参照)、ここでいう「訴訟に関する書類」の意義が、刑訴法47条でいう「訴訟に関する書類」と同義であるのかについて検討する必要がある。

刑訴法53条の2で、「訴訟に関する書類」等が、行政機関情報公開法の適用除外とされている趣旨は、「訴訟に関する書類及び押収物については、①刑事司法手続の一環である捜査・公判の過程において作成・取得されたものであるが、捜査・公判に関する国の活動の適正確保は、司法機関である裁判所により図られるべきであること、②刑事訴訟法第四十七条により、公判開廷前における訴訟に関する書類の公開を原則として禁止する一方、被告事件終結後においては、同法第五十三条及び刑事確定訴訟記録法により一定の場合を除いて何人にも訴訟記録の閲覧を認め、その閲覧を拒否された場合の不服申立てにつき準抗告の手続によることとされるなど、これらの書類等は、刑事訴訟法(第四十条、第四十七条、第五十三条、第二百九十九条等)及び刑事確定訴訟記録法により、その取扱い、開示・不開示の要件、開示手続等が自己完結的に定められていること、③これらの書類及び押収物は類型的に秘密性が高く、その大部分が個人に関する情報であるとともに、開示により犯罪捜査、公訴の維持その他の公共の安全と秩序の維持に支障を及ぼすおそれが大きいものであることから、情報公開法の適用除外としたものである。」とされている(総務省行政管理局編『詳解情報公開法』(2001年)250-251頁。甲斐・前掲注1)142-143頁も参照)。

¹⁷⁾ 大阪地判平成16年1月16日訟月51巻1号8頁。なお、東京地判平成26年4月16日(平成24年(行ウ)第552号)裁判所ウェブサイトも参照。

る解釈との平仄も考慮しなければならない。行政文書不開示決定処分取消請求訴訟において、一定時点で特定の地位にあった者を犯則嫌疑者として証券取引等監視委員会が犯則調査を行ったことに関する行政文書の開示が問題となった事案に関し、行政機関情報公開法5条1号本文および4号の不開示情報に該当するとした判例がある¹⁸⁾。当事者が刑訴法53条の2に該当することを問題としていないようであるが、同判例を前提とすれば、検察官への告発がなされない場合には国税犯則調査手続で作成等された書類は、刑訴法53条の2でいう「訴訟に関する書類」には当たらず、ひいては、4号ホの刑事訴訟記録等に当たらないという考え方につながるであろう。

これに対し、北海道情報公開条例に基づく一部非開示決定処分取消訴訟にお

(前頁からつづき)

訴訟関係人の名誉やプライバシー等の利益を侵害するおそれ、当該事件のみならず関連事件や将来生じ得る事件の捜査公判に対する不当な影響が生ずるおそれのほか、公共の安全等へ支障を生ずるおそれという点では、刑訴法47条で「訴訟に関する書類」を公判の開廷前に公にしてはならない趣旨(河上ほか編・前掲注1)大コンメンタール刑事訴訟法(1)547頁[中山])と共通する。そして、刑訴法をはじめとする関連法律によって定められている閲覧・謄写に関する規律に「訴訟に関する書類」である行政文書の開示を委ねるとしている適用除外の趣旨に照らせば、刑訴法53条の2の「訴訟に関する書類」とは、刑訴法47条のそれと同義であると解するのが妥当である。したがって、刑訴法53条の2の「訴訟に関する書類」には、不起訴記録、不提出記録も含まれる。以上、甲斐・前掲注1)143-144頁、河上ほか編・前掲注1)大コンメンタール刑事訴訟法(1)609頁「中山」。

なお、刑訴法53条の2の「訴訟に関する書類」は、検察官、司法警察職員および弁護人が保管するものに限定されないという答申(平成13年度(行情)答申第57号)がある。

18) 東京地判平成24年4月26日 (平成23年 (行ウ) 第31号)。

このほか、税関の犯則事件において作成された質問調書等について、告発がなされた事件に係る関係資料は刑訴法53条の2の「訴訟に関する書類」に該当するが、告発がなされていない事件に係る関係資料は行政機関情報公開法5条4号の不開示情報に該当するとした答申事例(平成18年度(行情)答申第39号)がある。

同号の「公共の安全と秩序の維持」には、刑事訴訟法以外の特別法により、臨検、捜索、差押え、告発等が規定され、犯罪の予防・捜査とも関連し、刑事司法手続に準ずるものと考えられる犯則事件の調査等に関する情報も含まれるとされているが(高橋滋ほか編著『条解行政情報関連三法』(弘文堂・2011年)332頁)、刑訴法53条の2との関係は明らかにされていない。

いて、反則金が納付されたときの交通事件原票が、刑訴法53条の2の「訴訟に関する書類」にあたるとした判例もある¹⁹⁾。反則金制度とは、道路交通法違反行為の中で比較的軽微な違反行為を反則行為として、警察本部長が反則者に対して反則金納付を通告し、反則者が当該反則金を納付したときは、反則行為につき公訴提起がなされないものであり、反則金制度自体は行政手続である。交通事件原票は、警察官が反則行為となるべき事実の要旨等を告知する際に作成される6枚綴りの複写式交通切符の一部であり、反則金の納付がないときは事件記録となる。この場合は、警察官が行っている点は国税犯則調査とは異なるが、行政手続ではあるものの行政刑罰に関する実質的な捜査手続としての性質を持つという意味では同じであるから、交通事件原票が、刑訴法53条の2の「訴訟に関する書類」に該当するとしつつ、国税犯則調査手続で作成・収集される文書はこれに該当しないとすることは、困難であろう²⁰⁾。

私見については、なお検討してみたいが、刑事事件関係書類等が一般義務から全面的に除外されている趣旨は、検察庁への告発が未だなされていない、あるいは告発がなされないこととなった場合の国税犯則調査手続で収集・作成された文書にも妥当するといえるため、これらの文書は4号ホに該当すると解することができると考えている²¹⁾。そうすると、民訴法220条3号後段の場合に、通常の刑事訴訟記録等と同様の判断枠組みによるのかが問題となるが、同様の判断枠組みによることになると考えられる。

¹⁹⁾ 札幌高判平成17年3月17日(平成16年(行コ)第12号)裁判所ウェブサイト(原審・ 札幌地判平成16年7月12日(平成15年(行ウ)第19・20号)裁判所ウェブサイト)。

²⁰⁾ 甲斐・前掲注1) 146-147頁、甲斐行夫「判批」警察学論集57巻9号 (2004年) 218頁、219頁は、行政機関としての調査行為は、捜査行為の背後でいわば潜在的に存在しているにすぎないものであり、告知・通告という行政行為は、捜査の結果に基づいて行われており、交通事件原票の内容としても、捜査の過程で作成される捜査報告書および供述書であるから、刑訴法53条の2の「訴訟に関する書類」に該当することは明白であるとする。

²¹⁾ 告発がされなかった場合にも4号ホに該当するという趣旨かは必ずしも明らかではないが、都築政則「租税をめぐる文書提出命令」小川英明ほか『新・裁判実務大系(18)租税争訟〔改 訂版〕』(青林書院・2009年) 241-242頁は、犯則事件のために作成された文書であれば、4 号ホに該当することにさほど問題がないとする。

2 捜査機関の鑑定嘱託を受けた医師が所持する司法解剖の鑑定書の控え

医療過誤による損害賠償請求訴訟が基本事件である場合に、捜査機関から嘱 託を受けて鑑定を行った医師が所持する司法解剖の鑑定書の控えおよび同解剖 に際して作成された書面ないし図面の控えについて、民訴法220条4号ホに該 当しないとする一連の下級審判例がある220。これらの下級審判例は、要するに、 刑事事件関係書類等の提出義務を除外する趣旨に照らし、その趣旨が妥当しな い文書、すなわち、民事訴訟で提出されたとしても、関係者の名誉・プライ バシーが侵害されず、捜査・公判が不当な影響を受けるおそれがない文書は、 刑事事件関係書類等に該当しないとするのである。しかしながら、前述のとお り、4号ホの刑事訴訟記録等および刑訴法47条の「訴訟に関する書類」には、 裁判所、検察官、司法警察員以外の者が保管しているものも含まれるため、た とえ控えであっても、捜査機関の鑑定嘱託を受けてなされた司法解剖の鑑定書 と同内容のものは、本来は、刑事訴訟記録等に該当するはずである。このよう な下級審判例の背景には、被疑者の起訴・不起訴が未定である段階では、遺 族が捜査機関に対して司法解剖の鑑定書の開示を求めても、捜査機関がこれに 応じないことが少なくないということがある²³⁾。司法解剖の鑑定書の控えが重 要な証拠であり、真実発見のために必要であることは認めるが、4号ホの刑事 訴訟記録等に該当するとしつつ、上記下級審判例が挙げる事情によれば、その 提出の拒否が書類保管者(医師)の裁量権の範囲の逸脱・濫用に当たると判

²²⁾ 東京地決平成17年6月14日判時1904号119頁、東京地決平成22年5月13日判夕1358号241頁、東京地決平成23年10月17日判夕1366号243頁。最後のものは、民事訴訟において当該書類を取り調べる必要性が認められる場合において、これが提出されたとしても、およそ関係者の名誉およびプライバシーが侵害されず、また、捜査および刑事裁判が不当な影響を受けるおそれがないことが明らかである文書については、民訴法220条4号ホにいう刑事事件関係書類等には該当しないか、該当するとしても、上記のような文書について刑事事件関係書類等に該当することを理由に、その提出を拒否することは、保管者の裁量権の範囲を逸脱・濫用することになるというべきであるとする。

²³⁾ 山本ほか編・前掲注2) 407頁 [村田渉]。同408頁も、一般的に、捜査機関の嘱託を受けて鑑定を行った医師が所持する鑑定書の控え文書が、その性質上、刑事事件関係書類に該当しないと解することができるかについては異論もあり得ることを認める。

断することもできるのであり、あえて刑事訴訟記録等に該当しないと解すべき ではないであろう。

上記下級審判例が、刑事事件関係書類等に該当しないと判断したのは、後記第3、1で検討するとおり、これに該当すると判断し、民訴法220条3号後段の法律関係文書該当性が問題になる場合には、挙証者と文書の所持者との間に何ら法律関係が存在しないため、通説・判例の立場によれば、法律関係文書該当性を認めることができないためもあるのではないかと推察される。

第3 法律関係文書

法律関係文書に関しては、①誰と誰との間の法律関係であるのか、②「法律関係」とは何を指すのか、③法律関係「について」作成とはいかなる内容であるのか、④(現行法でも自己使用文書ないし内部文書は法律関係文書に当たらないということを前提として)自己使用文書にあたるのかの4つが問題となる。③の問題に関しても学説・判例では様々な見解があるが、紙幅の関係上、本稿では、①②④を中心として検討することとし、その上で、刑訴法47条但書該当性の判断について検討する。

1 「挙証者と文書の所持者」以外の者との法律関係

「法律関係」とは何を指すかという検討の前に、誰の誰との間の法律関係でよいのかが問題となる。条文上は、「挙証者と文書の所持者との間」の法律関係について作成された文書とされているところ、学説では、挙証者と文書の所持者との間の法律関係についての記述しかなく、必ずしも明示されているわけではないが、文書の所持者以外の第三者との間の法律関係は含まないことを前提にしているようである²⁴⁾。これに対して、記載内容が挙証者の法律関係であることがポイントであり、所持者は付随的であると考えてよいのであるから、挙証者と文書の所持者以外の第三者との間の法律関係も含まれると明示的に論ずる少数説がある²⁵⁾。

旧々民事訴訟法 (明治23年法律第29号。以下「旧々民訴法」という) 336

条および343条が旧民訴法312条3号(民訴法220条3号はこれをそのまま踏襲する)へ改正される際には、旧々民訴法336条および343条に対応する1877年ドイツ民事訴訟法387条および394条が、ドイツ民法制定を伴う1898年の改正によって、ドイツ現行民事訴訟法422条、429条のようになり、わが国の旧々民訴法336条2項に対応する部分をドイツ民法810条で規定するようになったことが考慮されていると思われる²⁶⁾。しかし、ドイツ民法810条は、文書に閲覧請求者と「他人」との間に存在する法律関係が記載されている場合等であればよく、「他人」は所持者には限られないと解されている²⁷⁾。そのため、1898年当時のドイツ民法810条の解釈や旧民訴法312条3号で「挙証者ト文書ノ所持者トノ間」の法律関係であると規定された趣旨(挙証者と文書の所持者以外

²⁴⁾ 兼子一ほか『条解民事訴訟法』(弘文堂・1986年) 1059-1060頁 [松浦馨]、菊井維大=村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』(日本評論社・1989年) 617-618頁、斎藤秀夫ほか編著『注解民事訴訟法(8) [第2版〕』(第一法規出版・1993年) 152-154頁 [斎藤秀夫=宮本聖司]、吉村徳重=小島武司編『注釈民事訴訟法(7)』(有斐閣・1995年) 78-81頁 [廣尾勝彰]、菊井維大=村松俊夫原著、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅳ』(日本評論社・2010年) 382-384頁、兼子一原著、松浦馨ほか『条解民事訴訟法 [第2版〕』(弘文堂・2011年) 1195-1196頁 [加藤新太郎]、松本博之=上野桊男『民事訴訟法 [第8版〕』(弘文堂・2015年) 512頁、伊藤眞『民事訴訟法 [第5版〕』(有斐閣・2016年) 428頁等。このような中で、本間義信「文書提出義務」吉川大二郎先生追悼『手続法の理論と実践(下)』(法律文化社・1981年) 217頁は、法律関係の主体以外の者の所持文書は含まれないとしているので、挙証者と文書の所持者との間の法律関係でなければならないと考えている。

判例でも、同様に問題とされているものは、挙証者と文書の所持者との間の法律関係の 有無である。例えば、千葉地決昭和59年6月7日判時1133号139頁等。

²⁵⁾ 木川統一郎『民事訴訟法重要問題講義(下)』(成文堂・1993年)628頁、高橋・前掲注7)155-156頁、三上威彦「判批」法学研究79巻7号(2006年)91頁注17。

²⁶⁾ 旧々民訴法336条および343条から旧民訴法312条への改正経緯については、本間・前 掲注24) 203 頁以下、上野泰男「文書提出義務に関する判例について(1)」関法47巻5号 (1997 年) 801 頁以下、吉村=小島編・前掲注24) 61-63 頁 [廣尾] 等。

ドイツ民事訴訟法の改正経緯およびこれと旧々民訴法・旧民訴法との関係つき、竹下守夫=野村秀敏「民事訴訟における文書提出命令 (2・完)」判訴 206号 (判時 804号) (1976年) 2-5頁、小室直人「鑑定意見」労旬 979号 (1979年) 49-50頁、吉村=小島編・前掲注 24) 63-65頁 [廣尾] 等。

の者との間の法律関係はあえて除外する趣旨であったのか否か)についてみる 必要があるように思われるが、この点の検討は、他日に期すこととしたい。条 文の文言からは離れるが、文書の記載内容が、文書の所持者との間の法律関係 であることは重要ではなく、また、後記3の検討においても、この点の解釈が 重要になることに鑑みて、挙証者と文書の所持者以外の者との間の法律関係も 含まれると解すべきように思われる。このように解すれば、被害者が不起訴と

(前頁からつづき)

旧々民訴法、1877年ドイツ民事訴訟法、ドイツ民法、ドイツ現行民事訴訟法の関連条文については、以下のとおりである。

旧々民訴法336条 相手方ハ左ノ場合ニ於テ証書ヲ提出スル義務アリ

第一 挙証者カ民法ノ規定ニ従ヒ訴訟外ニ於テモ証書ノ引渡又ハ其提出ヲ求ムルコトヲ 得ルトキ

第二 証書カ其旨趣ニ因リ挙証者及ヒ相手方ニ共通ナルトキ

旧々民訴法343条 第三者ハ挙証者ノ相手方ニ於ケルト同一ナル理由ニ因リ証書ヲ提出 スル義務アリ然レトモ強テ証書ヲ提出セシムルコトハ訴ヲ以テノミ之ヲ為スコトヲ得

1877年ドイツ民事訴訟法387条 相手方ハ左ノ場合ニ於テ証書ヲ提出スル義務アリ

第一 挙証者カ民法ノ規定ニ従ヒ証書ノ引渡又ハ其提出ヲ訴訟外ニ於テモ亦求ルコトヲ 得ルトキ

第二 証書カ其所蔵ニ従ヒ挙証者及ヒ相手方ニ共通ナルトキ

証書ハ殊ニ其調製ニ関シ利益ヲ有スル者又ハ相互ノ権利関係ヲ其証書中ニ掲ケラレタル者ノ為ニハ之ヲ共通ト看做ス権利行為ニ付キ当事者ノ間ニ於テ又ハ其一名ト権利行為ノ共通媒介人トノ間ニ於テ為シタル書面上ノ協議モ亦之ヲ共通ト看做ス

1877年ドイツ民事訴訟法394条 第三者ハ挙証者ノ相手方ニ於ケルト同一ノ理由ニ因リ証書ヲ提出スル義務アリ第三者ハ訴ヲ以テスルニアラサレハ強テ提出ヲナサシメラルルコトナシ

ドイツ現行民事訴訟法422条 相手方ハ、挙証者ガ民法ノ規定ニ従ヒ、証書ノ引渡又ハ 提出ヲ求メ得ベキトキハ、其証書ヲ提出スル義務ヲ負フ。

ドイツ現行民事訴訟法429条 第三者ハ、挙証者ノ相手方ニ於ケルト同一ナル理由ニ依 リ、証書ヲ提出スル義務ヲ負フ。第三者ハ訴ノ方法ニ依リテノミ、提出ヲ強制セラルルコ トヲ得。(以下略)

ドイツ民法810条 他人ノ占有二在ル証書ノ閲覧ニ付キ法律上ノ利益ヲ有スル者ハ、証書が自己ノ利益ニ於テ作成セラレ又ハ証書中ニ自己ト他人トノ間ニ存スル法律関係が記載セラレ又ハ証書が自己ト他人トノ間若ハ其ノ一方ト共同ノ媒介人トノ間ニ為サレタル法律取引ノ商議ヲ包含スルトキハ、占有者ヨリ閲覧ノ許可ヲ請求スルコトヲ得。

なった被疑者に対して損害賠償請求をする場合に、不起訴記録の提出を求めるような場合、被害者と国との間に何らかの法律関係があるとはいえないため、そもそも法律関係文書に当たらないとはいえなくなるであろう(被害者が告訴している場合には別途検討を要する。後記2参照)。また、このように解すれば、前記第2、2でみた一連の下級審判例(前掲注22)参照)が、鑑定嘱託を受けた医師が所持する司法解剖の鑑定書の控えが刑事事件関係書類等に該当しないと判断する必要もないといえよう。

2 「法律関係」

(1) 刑事訴訟記録等に関しては、何をもって民訴法220条3号後段の「法律関係」ととらえるのかということは必ずしも明らかではない。

「法律関係」について、沿革上、もともとは契約関係を予定していたことがうかがわれるが、法律関係を契約関係に限定する必要はないとして、「法律関係」には、契約を原因とする法律関係に限らず、不法行為や不当利得など契約以外の原因に基づく私法上の法律関係、公法上の法律関係も含まれると解されている²⁸。

(2) まず刑事訴訟記録等以外の文書が問題となった判例を概観してみる。 私法上の法律関係においては、挙証者と所持者との間に契約関係がある場合 には、当該契約関係が法律関係としてとらえられているが²⁹⁾、挙証者と所持者

²⁷⁾ Staudingers/*Marburger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, 2015, § 810 Rn.14; Stein/Jonas/*Berger*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Bd. 5, 2015, § 422 Rn. 13; BGH, Urteil vom 27.5.2014, NJW 2014, 3312, 3313. 本間·前揭注 24) 206–207頁。

²⁸⁾ 菊井=村松・前掲注24) 全訂民事訴訟法 II 617-618 頁、菊井=村松原著・前掲注24) コンメンタールIV 383 頁、斎藤ほか編著・前掲注24) 153 頁〔斎藤=宮本〕、吉村=小島編・前掲注24) 79 頁〔廣尾〕、兼子ほか・前掲注24) 条解民事訴訟法1058 頁〔松浦〕(大多数の判例も同じであるとする)、兼子原著・前掲注24) 条解民事訴訟法第2版1196 頁〔加藤〕。これに対して、伊藤榮子「判批」新堂幸司=青山善充編『民事訴訟百選〔第2版〕』(1982年) 221 頁は、契約を発生原因とする私法上の法律関係でなければならないとする。

との間に契約関係がない場合(特に不法行為や物権的妨害排除請求権等が問題 となる場合)で所持者が相手方当事者であるときは、訴訟物たる損害賠償請求 権や差止請求権が法律関係ととらえられている³⁰⁾。

また、刑事訴訟記録等以外の文書が問題となった国家賠償請求訴訟の文書提出命令では、「法律関係」を訴訟物たる国家賠償請求権であるととらえる下級審判例が多いが³¹⁾、抗告訴訟では、何をもって「法律関係」ととらえるかにつ

これに対し、抗告人が著作した教科書原稿に関する検定申請に基づく検定処分によって、文部大臣ほか文部省勤務の国家公務員らが、抗告人の有する表現の自由を違法に侵害したとして相手方に対して提起した国家賠償請求訴訟(第一次家永訴訟)において、「抗告人と相手方間には、抗告人の有する表現の自由に対し、相手方が、抗告人の著作に対する所管行政庁の検定という方式をとおして、これを制限したという法律関係が存在することが認められる」とした東京高決昭和44年10月15日行裁集20巻10号1245頁がある。

²⁹⁾ 大阪高決平成7年2月21日金判990号22頁(顧客である挙証者と証券会社である相手方との間の株式売買等の委託契約関係。基本事件はこの委託契約の債務不履行に基づく損害賠償請求権等が訴訟物であるため、訴訟物の前提となる法律関係といえる)、東京高決昭和59年2月28日判夕528号191頁(基本事件は、相手方(住宅都市整備公団)の抗告人に対する公団住宅の家賃増額請求訴訟であるが、法律関係は抗告人・相手方の間の賃貸借契約であるととらえている)、大阪高決昭和53年9月22日下民集29巻9-12号261頁(電力会社である挙証者と第三者たる地方公共団体との間で締結された公害防止協定)、福岡高決昭和48年2月1日下民集24巻1-4号74頁(被雇用者である挙証者と使用者である相手方との間の雇用関係)。

³⁰⁾ 浦和地決昭和47年1月27日判時655号11頁(ただし、東京高決昭和47年5月22日高民集25巻3号209頁で取り消されている)、大阪高決昭和53年3月6日高民集31巻1号38頁、仙台高決平成5年5月12日判時1460号38頁(原審の仙台地決平成5年3月12日判時1452号3頁も同様)。

³¹⁾ 東京地決昭和53年4月28日下民集29巻1-4号289頁(自衛隊の航空事故につき、事故機の設置管理に関し安全配慮義務を懈怠したなどと主張して遺族らが提起した国家賠償請求訴訟において、「航空事故に伴いすでに形成され権利義務関係の発生しているところの法律関係」であるとし、航空事故に伴う国家賠償請求権(訴訟物)を「法律関係」と解しているようである)、横浜地横須賀支決昭和53年10月30日判タ370号57頁、大阪地決昭和59年10月4日判タ538号248頁(これに対して、抗告審たる大阪高決昭和59年11月12日判タ539号389頁は、自己使用文書であることを理由として提出義務を否定しており、法律関係として何をとらえるかについての判示はない)、東京高決平成8年3月26日判時1566号37頁。

いては、取消請求に係る処分によって生じた個別具体的法律関係とするもの³²⁾、処分取消しを求め得る権利(形成権)の存否ないし処分の取消原因(形成要件)の存否に関する実体法上の法律関係とするもの³³⁾、処分の前提として存在する身分関係とするもの³⁴⁾等があり、必ずしも明確ではない。

旧民訴法下の下級審判例のほとんどは、「法律関係」を訴訟物あるいは訴訟物を基礎づけ、またはその前提となる法律関係として把握しているとの指摘もなされていたところである³⁵⁾。

(3) 刑事訴訟記録等が問題となった下級審判例において、「法律関係」をどのように解するかについては、何を法律関係としているか明らかにしていないものを除くと、①逮捕、勾留、捜索差押え等により被疑者等の権利や自由が制約されるという法律関係とするもの36)が多いが、それ以外にも②被疑者として

³²⁾ 札幌高決昭和57年1月29日訟月28巻3号622頁、大阪高決平成1年10月23日判時1373 号51頁。

³³⁾ 高松高決昭和50年7月17日行裁集26巻7-8号893頁。原審の松山地決昭和50年5月24 日行裁集26巻7-8号925頁も表現は異なるが、これに近いものと思われる。

他方で、東京高決昭和58年9月9日訟月30巻3号535頁は、沿線住民らが提起した全国新幹線鉄道整備法9条に基づく運輸大臣の認可取消訴訟において、認可申請書およびその添付書類等の文書の提出義務が問題となった事案において、「本件認可が行政処分性を有するか否か、抗告人らがその取消しを求める法律上の利益を有するか否か、更にはその取消原因が存在するか否かに関して、現に争訟関係が存在する場合には、その争訟関係自体が法律関係に該当することになるとの趣旨であるとするならば、これまた到底組し難い議論といわざるを得ない」と述べる。

³⁴⁾ 大阪高決平成6年7月4日判夕880号295頁。同決定は、県警警察官の分限免職処分取 消訴訟において、活動記録および勤務実績表が問題となった事案において、申立人が県警 警察官であった者であって、申立人と県との間に存在していた地方公務員としての身分関 係を法律関係ととらえている。

³⁵⁾ 本間・前掲注24) 196-197頁。同217-218頁は、訴訟物たる権利・義務との関連での実体的利害関係も包含させるべきであるとし、また、契約訴訟における契約上の法律関係に対応するものとして、不法行為訴訟、行政訴訟における訴訟物たる権利・義務を考えることは、解釈論として、あながち無理ともいえないと思われるとする。また、垣内秀介「判批」ジュリ1134号(1998年)122頁も、訴訟物それ自体またはその前提となる権利義務関係で足りるとするのが多くの裁判例の理解であるとしている。

捜査されることによる捜査法律関係であるとするもの 37 、③訴訟物たる国家賠償請求権等を法律関係とするもの $^{38)}$ に大きく分けられるようである $^{39)}$ 。

学説としては、捜査機関と被疑者との間には捜査機関によって身体等の自由の拘束を受けるなどの権利義務関係を法律関係ととらえる見解⁴⁰⁾、訴訟物たる国家賠償請求権等を法律関係ととらえる見解⁴¹⁾、事案に応じて、国および地方公共団体と被疑者との間の身柄の拘束という公法上の法律関係、被告訴者の告訴者に対する誣告という不法行為に基づく損害賠償請求権、被疑者とされた者の国および地方公共団体に対する国家賠償請求権がいずれも法律関係に当たるとする見解⁴²⁾、強制捜査がなされる場合には、後述の最高裁判例と同様に解しつつ、任意捜査しかされていない場合には、少なくともある特定人に関して捜査がされるときにはその者との関係で法律関係があるとする見解⁴³⁾等がある。

最決平成13年7月13日公刊物未登載(以下「平成13年最決」という)⁴⁴⁾では、 無罪判決が確定した X が、検察官の起訴の違法を主張して国家賠償請求訴訟 を提起した事案において、Y (国) が検察官の手元にあったと主張する証拠の

³⁶⁾ 東京高決昭和60年2月21日判時1149号119頁(ただし、本件被疑事件による捜査法律関係も法律関係ととらえる)、神戸地決平成5年9月8日判自120号101頁、東京高決平成9年7月9日判夕1008号267頁(同決定は必ずしも明らかではないが、「右捜索差押えによって抗告人と捜査機関との間に生じた法律関係」としているので同旨ではないかと考えられる)、那覇地決平成9年11月7日訟月45巻4号678頁、その抗告審たる福岡高那覇支決平成10年3月13日訟月45巻4号641頁、福岡地小倉支決平成13年10月4日公刊物未登載(横田希代子「判批」研修642号(2001年)31頁参照)。高松高決平成12年6月5日訟月47巻12号3636頁(平成12年最決の原審)も同旨であると考えられる。

³⁷⁾ 東京高決平成15年8月15日判時1843号74頁(平成16年最決の原審)。なお、前掲東京 高決昭和60年2月21日判時1149号119頁、後掲大阪高決昭和63年7月20日判タ681号198 号は、捜査法律関係をも法律関係であるととらえる。

最決平成13年7月13日公刊物未登載の河合伸一裁判官の反対意見(検察官が上記各文書を受領することにより事件を引き継ぎ、当該被疑者を対象として、刑訴法等に基づく権限を行使して諸手続を進め、被疑者も防衛のための諸行為を行うのであり、この両者間の関係は「法律関係」に当たる、としていた。最判解民事篇平成16年度(上)363頁注19〔加藤〕参照)も、被疑者として捜査されることによる捜査法律関係であるとする見解に近いといえようか。

不存在を立証するため、文書提出命令を申し立て、司法警察員が作成した送致書、書類目録および関係書類追送書が法律関係文書等に該当するかが問題となった。平成13年最決は、「仮に、警察官が作成した捜査関係書類が、原則として、被疑者と国との間の公訴提起をするに足りる容疑があるかどうかという法律関係について作成された文書に当たるとする見解によっても、本件各文書

³⁸⁾ 福岡高宮崎支決昭和54年3月27日訟月25巻7号1787頁(必ずしも明確ではないが、相 手方(国)が通勤途上交通事故により死亡した国家公務員の遺族に対し、国家公務員災害 補償法15条により遺族補償金を支給したことにより、同法6条1項に基づき遺族が抗告人 に対して有する損害賠償請求権を代位行使するという関係を指しているようである)、大 阪地決昭和60年1月14日判タ552号197頁(「原告らに対して前記のように被告国の機関 により発せられた令状に基づき捜索差押の処分がなされたことにより、原告らと同被告と の間には右令状の発付の適法性をめぐつて原告らの右法的地位の侵害の有無を内容とする 法律関係が発生した」とする)、前掲大阪高決昭和63年7月20日判タ681号198号(同高 決は、「右挙証者たる原告と捜査機関(右文書所持者である京都地方検察庁を含む)との 間には、本件被疑事件による捜査法律関係並びに右逮捕状発付の適法性をめぐり、原告の 身体及び自由等の法的地位の侵害を内容とする法律関係があるものということができ」る とする)、東京高決平成9年6月9日訟月44巻12号2029頁(「本件おける民事訴訟法312条 3号後段にいう『法律関係』は、本件公訴提起の違法性の有無、すなわち、前記業務上過 失致死被疑事件について、申立人に有罪と認められる嫌疑があるとして公訴を提起した起 訴検察官の判断の合理性いかんに係る法律関係である」とする)、東京高決平成16年8月 16日判時1882号25頁(「本件刑事事件における抗告人の逮捕、勾留の適法性を明らかにす るために作成されたものであるから、それによって捜査機関との間に生じた法律関係に関 連して作成されたものということができ、法律関係文書に該当するものというべきである」 とする)。前掲福岡高宮崎支決昭和54年3月27日訟月25巻7号1787頁以外の上記各決定は、 厳密にいえば、国家賠償請求権の成立要件に相当するものを法律関係ととらえるかのよう な判示となっているが、後述のとおり、そのような成立要件に相当するものを法律効果で ある法律関係と解することはできず、訴訟物たる国家賠償請求権を法律関係ととらえてい ると善解することになろう。

³⁹⁾ 最判解民事篇平成16年度(上)350頁[加藤]は、「①逮捕、勾留あるいは捜索差押えにより自由等の権利が制約される点を法律関係とみるもの、②被疑者として取り扱われることによって「捜査法律関係」が発生するとするもの、③嫌疑の有無や捜査の適法、違法をめぐる法律関係とみるものがある」として、下級審判例を分類するが、③については、国家賠償請求権が問題となっている場合は、訴訟物たる国家賠償請求権を法律関係としていると解することができるので、本稿では、本文のように分類している。

は、いずれも容疑の有無、程度を示すものであるとはいえないから、これを民訴法220条3号後段の文書に当たらないとした原判断は、結論において是認することができる。」(傍点筆者)と判示している。平成13年最決がいう「被疑者と国との間の公訴提起をするに足りる容疑があるかどうかという法律関係」とは、国家賠償請求権の成立要件に相当するものを法律関係ととらえているように見えるが、そのような成立要件に相当するものを法律効果である法律関係と解することはできないと思われるので、訴訟物たる国家賠償請求権を法律関係ととらえていると解するほかないように思われる45。

しかし、その後の最決平成16年5月25日民集58巻5号1135頁(以下「平成16年最決」という)は、法律関係文書該当性について判示がなかったものの、最決平成17年7月22日民集59巻6号1837頁(以下「平成17年最決」という)は、捜索差押えを受けた者が捜索差押えが違法であるとして提起した国家賠償請求訴訟において、捜索差押許可状によって相手方らが有する「住居、書類及び所

⁴⁰⁾ 黒木辰芳「捜査関係記録の民事事件における利用について」名法147号 (1993年) 101、107頁、町村泰貴「判批」金判1311号 (2009年) 113頁。ただし、町村・前掲113頁は、被疑者・被告人が国等に対して国家賠償請求権を求める場合には、国家賠償請求権の有無をめぐる法律関係が、文書提出義務の基礎となる構成も可能であるとする。

⁴¹⁾ 三上・前掲注25) 84頁、畑宏樹「判批」リマークス38号 (2009年) 121頁。今村隆「判批」警察学論集51巻1号 (1998年) 218頁は、「捜査書類についても、『法律関係』は、不法行為関係というべきで嫌疑があると判断した司法警察員の判断の合理性いかんに係る法律関係と考えるべきであろう」とするので、国家賠償請求権の成立要件に相当する部分を法律関係ととらえるようであるが、後述のとおり、このように解することはできないので、訴訟物たる国家賠償請求権を法律関係ととらえると解することになろう。

⁴²⁾ 須藤典明「判批」主判解平成20年度別冊判タ25号(2009年)177頁。

⁴³⁾ 山本・前掲注8) 128頁。

⁴⁴⁾ 富越和厚「許可抗告事件の実情平成13年度」判時1790号 (2002年) 22頁。町村泰貴「捜査関係書類の文書提出命令と実質的対等確保——最高裁平成13年7月13日決定に関連して——」南山法学27巻1号 (2003年) 37頁以下も参照。同40-41頁によると、申立人は、旧民訴法下でも同一内容の文書提出命令を申し立て、前掲東京高決平成9年6月9日訟月44巻12号2029頁において申立てが却下され、特別抗告でも却下決定がなされているとのことである。

持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利」(憲法35条1項)を制約して、抗告人所属の警察官に相手方らの住居等の捜索および所有物を差し押える権限を付与し、相手方らにこれを受忍させるという抗告人と相手方らとの間の法律関係を「法律関係」であるととらえる。また、最決平成19年12月12日集61巻9号3400頁(以下「平成19年最決」という)も、同様に、勾留状によって相手方(被疑者とされた者本人)の身体の自由を制約して、相手方にこれを受忍させるという抗告人と同相手方との間の法律関係を「法律関係」ととらえるのである。平成17年最決以後の下級審判例の多くは、法律関係を同様にとらえている46。

法律関係「について」作成されたことをどこまで厳格に解するかにも関連するが、杉本和士「判批」金判1311号(2009年)108頁が指摘するとおり、本件文書は容疑を認める基礎となったと主張されている証拠資料の有無を示す文書であるから、まさしくこの判断合理性を基礎づける内容の記載がなされているものであり、法律関係文書該当性を否定することは困難であるようにも思われる。

しかし、特に、書類目録および関連書類追送書は、捜査書類の全体像が明らかになって しまうこととなり、刑訴法47条但書の判断においては、証拠あさり目的の可能性等も含め て慎重な検討が必要となる。なお、基本事件の第一審では、起訴時に検察官の手元に、公 訴提起時に存在した32通の証拠資料があったか否かについては特に争点になることもない まま、請求棄却判決を受けたとのことであった(今村・前掲注41)216頁)。

46) 名古屋地決平成21年9月8日判時2085号119頁、名古屋地決平成23年12月27日(平成23年(モ)第142号)裁判所ウェブサイト、名古屋地決平成24年2月27日(平成22年(モ)第919号、平成23年(モ)第310号)裁判所ウェブサイト(基本事件は前掲名古屋地決平成23年12月27日と同じである)。

⁴⁵⁾ 町村・前掲注44) 56頁も同旨。厳密にいえば、公訴提起や訴訟追行が違法として国家 賠償請求権が成立するには、「起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合 勘案して合理的な判断により有罪と求められる嫌疑がある」か否か(最判昭和53年10月20日民集32巻7号1367頁参照)が問題であり、平成13年最決でもこれが前提になっていたと思われる。梶谷玄裁判官が、その反対意見において、「抗告人と国との間には、被疑者に有罪と認められる嫌疑があるとして公訴提起をした検察官の判断の合理性いかんに係る法律関係があるとした原審の判断は正当である」としていたのも(最判解民事篇平成16年度(上)363頁注19〔加藤〕参照)、同趣旨であろう。

(4) 以上のような学説・判例の状況を踏まえて、検討する。

最高裁判例のように、強制捜査によって被疑者が有する身体の自由等の権利を制約して、被疑者にこれを受忍させるという点をとらえて、公法上の「法律関係」とすることも可能ではある。平成17年最決および平成19年最決で判示された強制捜査は、捜索差押えおよび勾留であるが、これ以外の強制捜査、すなわち、記録命令付差押え、検証、身体検査、鑑定留置・鑑定処分、通信傍受等も同様の形で法律関係をとらえることができるであろう(逮捕については、私人による現行犯逮捕(刑訴法213条)の場合は問題があるが、司法警察員等が行うそれ以外の場合は同様の形で法律関係をとらえることができる)。

しかし、最高裁判例の法律関係のとらえ方では、第1に、被疑者が何ら強制 捜査を受けず、任意捜査しかなされてない場合には、どのような法律関係を考 えるのかという問題がある。この点は、公訴提起または不起訴処分による法律 関係というものを観念するのかという問題にもかかわる。第2に、後記3の問 題とも関連するが、公訴提起または不起訴処分による法律関係を考えないので あれば、強制捜査の令状請求時には存在しない文書の法律関係文書該当性はど う考えるのかという問題がある⁴⁷⁾。第3に、通説・判例によれば、被害者・加

(前頁からつづき)

これに対し、東京高決平成19年3月30日民集61巻9号3454頁(平成19年最決の原審)は、「これらの文書は、刑事事件における相手方 X2に対する逮捕、勾留及びその継続等の適法性を根拠付けるために作成されたものであって、それによって抗告人との間に生じた法律関係ないしそれに関連して作成されたものということができるから、相手方 X2の逮捕・勾留等の違法を理由として国家賠償を求める本案事件において、民事訴訟法220条第3号後段の法律関係文書に該当するということができる」と述べて、ややニュアンスを異にする。また、東京高決平成23年3月31日判夕1375号231頁、仙台地決平成24年2月3日(平成22年(モ)第172号)裁判所ウェブサイトは、訴訟物たる国家賠償請求権等を法律関係としているかのような判示もあり、明確ではない。

47) 平成19年最決の古田佑紀裁判官補足意見参照。前掲福岡高那覇支決平成10年3月13日 訟月45巻4号641頁も、被害者の供述調書について「右勾留及び期間延長の請求をする前に作成されたものである限り、右法律関係を基礎づけ、裏づける目的で作成され、少なくともこれに関係する事項を記載した文書であると認められるから、民事訴訟法220条3号後段所定の文書であるというべきである」と述べる。

害者間の損害賠償請求訴訟において、被害者が挙証者として刑事訴訟記録等の 文書提出命令を申し立てる場合には、法律関係が認められないのかという問題 である⁴⁸⁾。

まず、検察官が公訴を提起した場合、被告人として公判を受けさせるという 点を法律関係であるととらえることが可能だとし、法律関係「について」作成 されたという意義を緩やかに解せば、公訴提起時に存在した刑事訴訟記録等に ついて、法律関係文書該当性を認めることができることになり、第1および第 2の問題が正面から問われる必要はない。逆に、公訴提起による法律関係を観 念できないのであれば、第1および第2の問題が生じる。

これに対して、不起訴処分は、それ以後になんらかの関係が生じるわけではないので、不起訴処分による法律関係というものを観念することは困難であろう。そうすると、第1および第2の問題が生じてくることになる。このことは、任意捜査という形であっても、実質的に退席が困難な状況で、長時間にわたる取調べを連日受けたが、当該事件は結局不起訴処分となったという場合等に現実的に問題となり得る。

留保は付しているものの平成13年最決のように、訴訟物たる国家賠償請求権等を「法律関係」ととらえるのであれば、法律関係「について」作成されたことの意義が問題になるにせよ、第1および第2の問題はいずれも考えなくてよいことになる。第3の問題についても、民訴法220条3号後段の法律関係には、挙証者と文書の所持者以外の者との法律関係も含まれると解するのであれば、問題はないことになる。以上のような意味で、訴訟物たる国家賠償請求権等自体を「法律関係」と解することも十分あり得るのではないかと思われる。「法

⁴⁸⁾ 被害者が告訴をしている場合(刑訴法230条)には別途検討が必要のように思われる。 告訴が受理された場合には、警察官は、特に速やかに捜査を行うよう努めなければならず (犯罪捜査規範67条)、検察官が不起訴処分等を告訴人に通知する必要があり(刑訴法260 条)、告訴人の請求があるときは不起訴処分の理由を告げなければならない(刑訴法261条)。 そうすると、告訴人たる被害者と検察官等との間には、何らかの公法上の法律関係を観念 することができるかもしれないが、この点については問題点の指摘にとどめることとする。

律関係」を訴訟物であるととらえてしまうと、所持者が当事者である場合には、常に法律関係が存することになってしまうという批判もあり得るが⁴⁹⁾、法律関係「について」作成されたという点の解釈での対処があり得るし、また、刑事訴訟記録等の場合には、刑訴法47条但書の判断があるため、提出義務が常に認められるともいえないため、問題はないと考える。刑事訴訟記録等以外の文書が問題となった国家賠償請求訴訟や通常の民事訴訟における文書提出命令については、下級審判例の多くが、訴訟物を「法律関係」と解していることは、前述のとおりである。ただし、最高裁判例のような法律関係のとらえ方を排除するまでもないであろう。

訴訟物たる国家賠償請求権自体を民訴法220条3号後段の「法律関係」ととらえる場合、さしたる根拠もない主張によって構成されている国家賠償請求権を「法律関係」ととらえることが問題であるという指摘も考えられる。そもそも法律関係文書における「法律関係」は、実体法上、客観的に存在することも、有効に存在することも必要とはされていないのであり、その指摘は当たらないというべきであろう⁵⁰⁾。さしたる根拠もない主張に基づく国家賠償請求訴訟を提起して、他の目的のために、刑事訴訟記録等の文書提出命令の発令を求めようとするような場合については、証拠の必要性(民訴法181条1項)あるいは刑訴法47条但書該当性の判断において考慮すれば、対処することができると解する。

なお、被疑者として捜査がなされたことによる捜査法律関係というものを公

⁴⁹⁾ 司法研修所編『改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』(法曹会・2000年) 227頁、最判解民事篇平成16年度(上)348頁[加藤]。

⁵⁰⁾ 参考までに、ドイツ民法810条でいう「法律関係」は存在していることも、有効である ことも必要ではないとの指摘がある。Stein/Jonas/*Berger*, a.a.O. (Fn. 27) § 422 Rn. 14.

下級審裁判例において、訴訟物たる不法行為に基づく損害賠償請求権自体を法律関係ととらえつつ、前掲仙台高決平成5年5月12日判時1460号38頁は、本件原子炉施設に対する危惧、懸念に起因する具体性のない事実上の関係に過ぎず、未だ法律関係とはいい得ないとの主張について、具体的に主張していることをもって排斥しているが、厳密にいえば、その主張が具体的であるかは問題ではないといえよう。

法上の法律関係としてとらえることができるのであれば、第1および第2の問題を考える必要はなくなるところ、上記のような捜査法律関係を観念することも、理論的には可能であるように思われるが、この点についてはなお検討してみたい。

3 法律関係「について」作成された文書

法律関係「について」作成されたという点に関して、挙証者と所持者との間の法律関係自体が記載された文書以外に、どのようなものが法律関係文書に該当するかについては、①挙証者と所持者との間の法律関係に関係する事項を記載した文書も含む⁵¹⁾、あるいは②挙証者と所持者との間の法律関係の構成要件の全部または一部を記載する文書でよい⁵²⁾と表現されており、いずれの見解も通説・判例であるとされていた⁵³⁾。

最高裁判例では、法律関係文書の意義について一般的な判示はなされていないが、刑事訴訟記録等が問題となった下級審判例において一般的な判示があるときは、通説・判例と同様の見解に立つもの⁵⁴⁾と、「挙証者と所持者との間の法律関係それ自体又はその法律関係に関連のある事項を記載した文書であっ

⁵¹⁾ 斎藤ほか編著・前掲注24) 152頁 [斎藤 = 宮本]、菊井 = 村松原著・前掲注24) コンメンタールN 382頁、兼子原著・前掲注24) 条解民事訴訟法第2版1195頁 [加藤]、賀集唱ほか編『基本法コンメンタール民事訴訟法2 [第3版追補版]』(日本評論社・2012年) 232頁 [春日偉知郎]。

⁵²⁾ 菊井=村松・前掲注24) 全訂民事訴訟法Ⅱ 619頁、高橋・前掲注7) 156頁、松本=上野・前掲注24) 512頁、上野・前掲注7) 原井先生古稀祝賀106頁。

⁵³⁾ 兼子ほか・前掲注 24) 条解民事訴訟法 1057-1058 頁〔松浦〕は、いずれの見解も通説・ 判例であるとする。

⁵⁴⁾ 前掲福岡高宮崎支決昭和54年3月27日訟月25巻7号1787頁、前掲東京高決昭和60年2月21日判時1149号119頁、前掲大阪高決昭和63年7月20日判夕681号198号、前掲神戸地 決平成5年9月8日判自120号101頁、前掲福岡地小倉支決平成13年10月4日公刊物未登載、 前掲東京高決平成23年3月31日判夕1375号231頁(ただし、「密接な」関連を有する事項 が記載内容となっていることをいうとする)、前掲名古屋地決平成24年2月27日(平成22年(モ)第919号、平成23年(モ)第310号)裁判所ウェブサイト。

て、挙証者と所持者との間の法律関係それ自体又はその法律関係の基礎となったり、裏付けとなったりする事項を明らかにする目的で作成されたものをいう」とするもの⁵⁵⁾が多い。しかし、後者の類型のうち、目的を必要とする後半部分については、自己使用文書ないし内部文書を法律関係文書から除外するための要件であるとすれば、自己使用文書に該当することを抗弁であるととらえるならば、法律関係文書の要件に入れる必要はなく、その方が簡明であるとの指摘がなされており⁵⁶⁾、その指摘は正当であると解される。そうすると、この後者の類型と通説・判例の内容はほぼ同様であるとみることができる。

しかし、このような一般的判示から直ちに法律関係文書該当性についての帰結を導くことができるわけではない。本稿では、この点について十分論じることができないが、若干の点について指摘したい。まず、平成19年最決では、勾留請求時に検察官が裁判所に提供した資料である告訴状および被害者の供述調書に法律関係文書該当性を認めた。平成17年最決および平成19年最決の射程範囲を考えると、逮捕、勾留、捜索差押え、検証、身体検査、鑑定留置・鑑定処分といった強制捜査がなされるときは、各令状および各令状請求書は、法律関係文書に該当するといえるし、また、少なくとも各令状請求時の資料のうち供述調書も法律関係文書に該当することになるであろう。問題は、令状請求時に提出されるそれ以外の資料もすべて法律関係文書に該当するのかということである570。平成19年最決は、「本件勾留請求に当たって、刑訴規則148条

⁵⁶⁾ 高橋・前掲注7) 163 頁注174。

1項3号所定の資料として、検察官が裁判官に提供したものであるから」法律関係文書に該当すると判示しており、また、告訴状および供述調書以外の刑事訴訟記録等をことさら除外するかのような判示も見られないので、平成19年最決の射程範囲は、令状請求時に提供される資料すべてに及び、これらの資料は法律関係文書に該当するとみるべきであろう⁵⁸⁾。

次に、前記2でも指摘したが、平成17年最決および平成19年最決の「法律関係」に関する判示を前提とすると、例えば、勾留請求時にいまだ作成されていない文書、あるいは、既に司法警察員が作成してはいたが、当該文書の送付が勾留請求時に間に合わなかったなどの理由で、勾留請求時に検察官が裁判官に提供しなかった文書についてどのように解するのかという問題が残る。解釈の方向性としては、法律関係文書該当性をできるかぎり緩やかに解した上で、刑訴法47条但書の判断にかからしめるのが妥当と思われるが、「法律関係」のとらえ方を含めて、上記のような文書に関し、最高裁判例がどのような法律関係文書該当性の判断をするのかが注目される。

⁵⁷⁾ 供述調書も含めてすべての資料が法律関係文書に該当することに対しては、検察官を中心に批判があった。酒井邦彦「判批」警察学論集52巻3号(1999年)207頁、甲斐行夫 = 楠元正直「判批」研修662号(2003年)23頁。甲斐 = 楠元・前掲23頁は、令状発付のための資料は、それだけでは法律関係文書に該当せず、その法律関係を基礎づけるために作成された文書であることを要すると解すべきであるとする。

⁵⁸⁾ 山本・前掲注8) 128頁、134頁注10および135頁注12。同頁注12が指摘するとおり、鑑定嘱託(刑訴法223ないし225条)において鑑定留置(刑訴法167条1項)または鑑定処分(刑訴法168条1項)が必要であるときは、鑑定留置状または鑑定処分許可状を得る必要があるところ、これらの請求時の資料に関する法令がないようであるが、通常は資料が提出されるのであり、同様に解してよいと解する。上記必要がない限り、鑑定嘱託には令状は要求されていない。

なお、平成19年最決では、告訴状と被害者の供述調書以外の文書に関する抗告理由を除外して最高裁判所への抗告が許可されているため、これら以外の資料については抗告理由とはなっていない。

4 自己使用文書

挙証者と所持者との共同の利益のため、あるいは共同の事務遂行の過程で作成された文書、挙証者と所持者その他の者の共同の利益・目的・利用等のために作成された文書を共通文書といい、そのような共通文書として利益文書と法律関係文書に提出義務が認められると説明されてきたところであり 590、上記趣旨に照らすと、専ら自己の使用のために作成された文書(以下「自己使用文書」という)は、3号文書たる利益文書および法律関係文書に当たらないと旧民訴法下では解されていた 600。現行法でも、旧民訴法 312 条 3 号に関する判例・学説が基本的に妥当するという立法担当者の見解だけでなく、民訴法 220 条 3 号につき拡張解釈によらない本来の形で解釈すべきであるという多数説によっても、自己使用文書は 3号文書に当たらないと解されている 610。

刑事訴訟記録等について、自己使用文書ないし内部文書であるため、法律関係文書であることを否定する下級審判例もあるが⁶²⁾、司法警察員や検察官が自己の手控えとして作成したメモのようなものはともかく(そもそもそのような

最決平成11年11月12日民集53巻8号1787頁(最決平成11年11月26日金判1081号54頁、 最決平成12年12月14日民集54巻9号2709頁も同旨) も、少なくとも法律関係文書における自己使用文書の例外があることを前提とすると解される。また、公務秘密文書に関する 平成13年民訴法改正前の事案である最決平成12年3月10日判時1711号55頁は、作成目的、 法令上の作成義務、外部非開示性等を内部文書(自己使用文書)の判断要素としているが、 これは旧民訴法下での解釈とほぼ同様の判断枠組によっている(最判解民事篇平成11年度 (下)808頁注24 [小野憲一])。

これに対し、伊藤・前掲注24) 429 頁、三上・前掲注25) 83 頁は、自己使用文書が法律 関係文書の例外とならないとする。

⁵⁹⁾ 竹下 = 野村・前掲注26) 119頁、兼子ほか・前掲注24) 条解民事訴訟法1052頁〔松浦〕。

⁶⁰⁾ 法律関係文書につき菊井=村松・前掲注24) 全訂民事訴訟法 II 620頁、斎藤ほか編著・前掲注24) 154頁〔斎藤=宮本〕、吉村=小島編・前掲注24) 82頁〔廣尾〕。自己使用文書ないし内部文書は法律関係文書に当たらないとする下級審判例については、吉村=小島編・前掲注24) 82-84頁〔廣尾〕。利益文書につき、兼子ほか・前掲注24) 条解民事訴訟法1056頁〔松浦〕。

⁶¹⁾ 上野·前掲注7)原井先生古稀祝賀110頁(ただし、民訴法220条4号ニを類推適用する)、 高橋・前掲注7)156頁、164頁注175。

ものは一件記録に通常編綴されない)、刑事訴訟記録等について、自己使用文書ないし内部文書であるとすることはできないと解される⁶³⁾。

逮捕状、勾留状等の各令状は当該処分を受ける者に示さなければならないから自己使用文書とはそもそもいえない。自己使用文書か否かについては、法令

63) 最判解民事篇平成16年度(上)364頁注22) 〔加藤〕、名津井吉裕「判批」リマークス30号(2005年)108頁は、供述調書については、自己使用文書ないし内部文書に当たらないとする。町村・前掲注44)64頁は、刑事訴訟記録等一般について内部文書性を問題とすべきではないとするようである。

自己使用文書ないし内部文書に該当しないとした判例として、捜索差押許可状請求書およびその添付書類たる捜査報告書について前掲神戸地決平成5年9月8日判自120号101頁、捜索差押状況を撮影した写真について前掲東京高決平成9年7月9日判夕1008号267頁、送致書について前掲名古屋地決平成21年9月8日判時2085号119頁、令状請求簿について前掲名古屋地決平成23年12月27日(平成23年(モ)第142号)裁判所ウェブサイト等がある。令状請求簿は、検察官に送付される書類ではないが、適正な令状執行がなされたか否か等を確認する目的で作成され、法令上作成が義務付けられている(犯罪捜査規範137条3項)。公判において、令状発付や令状執行の有無が問題となる場合には、検察官から証拠として提出されることもあるものであり、やはり自己使用文書には当たらないというべきである。

平成13年最決では、送致書、書類目録および関係書類追送書が問題となったが、河合裁判官、梶谷裁判官は、いずれも法令に基づいて作成され、司法警察員から検察官に送付されたものであること、勾留や保釈等の裁判において裁判所に提出されるものであることなどから、内部文書には当たらないという反対意見を述べている。町村・前掲注44) 42-44 頁参照。送致書、書類目録および関係書類追送書は、いずれも犯罪捜査規範によって作成が義務付けられているものであり(犯罪捜査規範55、195条)、司法警察員から検察官へ送付されるものである上、裁判所への提示も予定されていることなど本文で述べたことが妥当するから、やはり自己使用文書には当たらないと解すべきである。これに対して、今村・前掲注41) 220 頁は、送致書、書類目録、関係書類追送書は、司法警察員と検察官という捜査機関内部における連絡用の文書にすぎず、内部文書であるとする。

⁶²⁾ 東京高決昭和58年12月13日判時1105号54頁(不起訴裁定書)、千葉地決昭和59年6月7日判時1133号139頁(被告訴者の供述調書)、前掲東京高決平成9年6月9日訟月44巻12号2029頁(送致書、書類目録、関係書類追送書)、平成19年最決の原々審である東京地決平成18年3月24日民集61巻9号3444頁(不起訴裁定書)等。

なお、結局告発がなされなかった国税犯則調査手続で作成された調査報告書について、 内部文書としたものとして東京高決昭和58年3月15日税資129号568頁。

上の作成義務の有無も考慮されるが、各令状請求書、搜索差押調書、実況見分調書、被疑者・参考人供述調書等の法令(刑訴法、刑事規則、国家公安委員会規則である犯罪捜査規範)で作成が義務付けられている文書はもちろん、そうでない文書であっても、将来の公判で証拠として提出されることがあり得るという前提で作成されていること、各令状請求時までに存在したものは原則として裁判所に資料として開示が予定されていること(起訴と同時に勾留請求する場合も同様である)、上記各時点で存在しなかったものも含めて、第1回公判期日前の保釈却下決定等に対して準抗告が申し立てられる場合には、やはり一件捜査記録は裁判所に提示されることが予定されていることに照らせば、刑事訴訟記録等は自己使用文書に該当しないと解される。検察官の指揮の下で司法警察員が行う通常の捜査においては、司法警察員作成の文書は、検察官への開示が当然予定されており、守秘義務を負う第三者に開示される場合であっても、外部への開示を予定しているといえるという立場⁶⁴⁾に立てば、この意味でも、自己使用文書であることが否定されることになろう。

この点で問題となるのは、不起訴裁定書である。不起訴裁定書は、将来の公判で証拠となることも、裁判所に提示されることも(付審判請求(刑訴262条)ができる例外的な場合を除き)予定されていない文書であり、当該被疑事件についての検察庁での内部的決裁のために作成される文書である。そのため、自己使用文書にあたるとする下級審裁判例がある⁶⁵⁾。しかし、検察官は捜査した被疑事件につき最終的な処分(公訴提起・不起訴処分)を行うことは法律上義務付けられており(刑訴法247、248条)、その不起訴処分において作成が必

⁶⁴⁾ 民訴法220条4号ニに関するものであるが、最決平成19年8月23日判時1985号63頁、 最決平成19年11月30日民集61巻8号3186頁、伊藤眞「文書提出義務をめぐる判例法理の 形成と展開」判タ1277号(2008年)37頁注66、兼子原著・前掲注24)条解民事訴訟法第 2版1211頁〔加藤〕。外部非開示性要件については、民訴法220条3号後段の自己使用文書 についても同様に解することができよう。

⁶⁵⁾ 前掲東京高決昭和58年12月13日判時1105号54頁、平成19年最決の原々審である前掲東京地決平成18年3月24日民集61巻9号3444頁。また、黒木・前掲注40) 115頁注23も、不起訴裁定書は内部文書にとどまるとする。

要な文書であるから、法令上の作成義務がないとしても、作成義務に準ずる理由で作成された文書ともいえ⁶⁶⁾、また、検察審査会に対し、不起訴処分の当否の審査申立てがなされた場合には、不起訴裁定書も検察審査会に提出されることが予定されているから(検察審査会法35条)、自己使用文書に該当しないと解すべきであろう。

5 刑訴法47条但書の相当性の判断

(1) 刑事訴訟記録等が法律関係文書に該当するとしても、刑訴法47条との関係が問題となる。刑事訴訟記録等は、刑訴法47条のいう「訴訟に関する文書」にあたるところ、「訴訟に関する文書」は、公判の開廷前に公にしてはならず、「公益上の必要その他の事由があつて、相当と認められる場合」は例外的に開示することができる(刑訴法47条)。「訴訟に関する書類」を公にすることが原則として禁止されているのは、それが公にされることにより、被告人、被疑者および関係者の名誉、プライバシーが侵害されたり、公序良俗が害されることになったり、または捜査、刑事裁判が不当な影響を受けたりするなどの弊害が発生するのを防止することを目的とする趣旨である⁶⁷⁾。立法担当者によると、刑訴法47条但書は、国政調査権に基づく捜査書類の提出要求や、民事訴訟・行政訴訟における裁判所による刑事事件の記録の取寄請求との関係が考慮されたものであると説明されている⁶⁸⁾。公益上の必要について一般的な規定はなく、

⁶⁶⁾ 前掲最決平成19年11月30日民集61巻8号3186頁、最判解民事篇平成19年度(下) 814頁[中村さとみ]参照。

⁶⁷⁾ 平成16年最決、最判昭和28年7月18日刑集7巻7号1547頁。河上ほか編・前掲注1) 大コンメンタール刑事訴訟法(1)547頁 [中山]。

[「]公」にするとは、一般的公開、不特定多数の人が知り得る状況にすることをいうが、 刑訴法47条は、裁判所、検察官等の国家機関に対して、公開の禁止を義務付けているだけ でなく、すべての者にこれを義務付けていると解されているため、開示を受けた訴訟関係 人も、一般的公開をすることが許されない書類を公開することはできない(河上ほか編・ 前掲注1)注釈刑事訴訟法(1)555、556頁〔香城=井上〕、河上ほか編・前掲注1)大コンメ ンタール刑事訴訟法(1)548頁〔中山〕)。

また、「その他の事由」とは公益上の必要に準ずる重要な事由をいうとされているが、民事訴訟のために刑事訴訟の記録の開示が求められることは、原則として、開示すべき事由には当たらないとする見解が、刑訴法上は有力である⁶⁹⁾。訴訟に関する書類を公判の開廷前に公にすることが相当と認められるか否かは、書類の保管者において(裁判所においては、裁判所書記官ではなく裁判所が判断する)、公にする利益とこれによって予想される弊害とを利益衡量し、合理的な裁量で決すべきであるとされている⁷⁰⁾。

民訴法220条1号ないし3号について旧民訴法の解釈と同様であるという立法担当者の見解によれば、旧民訴法下の下級審判例・通説と同様に、民訴法220条3号文書(利益文書および法律関係文書)については、民訴法197条等の証言拒絶権規定を類推適用すべきであると解することになり⁷¹⁾、刑事訴訟記録等については、公務員の守秘義務に関する民訴法191条、197条1項1号(あるいは民訴法220条4号ロ)の類推適用をすべきことになる⁷²⁾。

最決平成16年2月20日判時1862号154頁も、本件文書が民訴法220条4号ロに当たると解される以上、民訴法191条、197条1項1号の各規定の「趣旨に照らし」、抗告人は、本件文書の提出を拒むことができるというべきであるから、民訴法220条3号に基づく本件申立ても、その理由がないことは明らかであるとする。この判示は、3号文書にも、証言拒絶権の規定が類推適用されることを前提にすると考えられる(山本ほか編・前掲注2)5頁)。

民訴法220条4号ロを類推適用すべきであるという見解として、町村泰貴「文書提出命令の評価と展望」新堂幸司監修、高橋宏志=加藤新太郎編『実務民事訴訟講座〔第3期〕(4)』(日本評論社・2012年)273頁、小島武司『民事訴訟法』(有斐閣・2013年)521頁。

⁶⁸⁾ 藤永幸治「訴訟に関する書類の公開」平野龍一=松尾浩也編『実例法学全集続刑事訴訟法』(青林書院新社・1980年) 12-13 頁、今村・前掲注41) 221-222 頁、参議院司法委員会会議録39号5頁(昭和23年6月10日)の政府委員宮沢明義発言。

⁶⁹⁾ 藤永・前掲68) 12-13頁、河上ほか編・前掲注1) 大コンメンタール刑事訴訟法(1)549 頁〔中山〕、松本ほか編・前掲注1) 107頁。

⁷⁰⁾ 藤永・前掲68) 10、12-13頁、河上ほか編・前掲注1) 注釈刑事訴訟法(1)556頁〔香城 =井上〕、河上ほか編・前掲注1) 大コンメンタール刑事訴訟法(1)550頁〔中山〕。

⁷¹⁾ 証言拒絶権規定たる民訴法197条等を類推適用する見解として、伊藤·前掲注24)430頁、 秋山幹男「民事訴訟における公務文書の文書提出命令制度」青柳幸一編『融合する法律学 (下)』(信山社・2006年)483頁。

このことと、刑訴法47条との関係については、刑訴法47条は、「公務員の守秘義務の範囲を画する」ものであり、保管者である公務員が相当な理由なく公開した場合には、刑罰の対象となるとともに、刑訴法47条但書による公開は、正当な理由に基づくものであるとして、守秘義務違反とはならないと解されている⁷³⁾。このように刑訴法47条但書に該当する場合には、公務員の守秘義務が解除されるという関係にある。

(2) 平成16年最決までの下級審判例は、前記4で掲げた自己使用文書に該当するとするものを除くと、法律関係文書該当性を肯定しつつ、①刑訴法47

(前頁からつづき)

旧法下の通説として、菊井=村松・前掲注24)全訂民事訴訟法Ⅱ 621頁、斎藤はか編著・前掲注24)160頁〔斎藤=宮本〕、吉村=小島編・前掲注24)84頁〔廣尾〕等。旧法下の下級審判例として、例えば、東京高決昭和52年7月1日下民集28巻5-8号770頁、東京高決昭和60年2月21日判時1149号119頁等。文書提出義務は、裁判所の審理に協力すべき公法上の義務であって、基本的には証人義務、証言義務と同一の性格のものであるから、文書所持者にも証言拒絶権に関する規定が類推適用されるべきであることが理由とされている。

72) 少なくとも民訴法220条4号ホを同条3号に類推適用すべきであると「明示的に」述べる見解はあまり見られないが、春日偉知郎「判批」法学研究78巻8号 (2005年) 84頁以下がそのような見解をとるようである。

春日・前掲85頁は、民訴法220条4号ホが3号文書に類推適用されて提出義務が阻却されると解する説が最近では有力になっているとするが、その注で掲げられている文献は、民訴法220条4号ホが設けられた平成13年民訴法改正前の文献であるか、そうでないときは、民訴法220条4号除外事由ではなく、あくまで証言拒絶権規定の類推適用を認める見解、民訴法220条4号イ・ハの類推適用を認める見解であって、いずれも民訴法220条4号ホが3号文書に類推適用されるという見解と直ちに考えることは難しいように思われる。

しかも、春日・前掲85-86頁は、立法担当者が「刑事事件関係書類等を一般義務としての文書提出義務の除外文書としたのは、民事訴訟における刑事事件関係書類等の利用を制限しようとするものではないから、刑事事件関係書類等は、これまでどおり民事訴訟において利用することが可能である」と述べ、その具体的方法として、文書送付嘱託のほか、文書提出命令による方法も認めていることなどを理由として、民訴法220条4号ホが3号文書に類推適用されるとしても、開示・不開示の問題をめぐっては、同号ホの趣旨をより具体化しており、同号ホによってその判断権限を委ねられた刑訴法47条に従って判断することを予定していると理解できるとする。

条但書に該当するかの判断は、保管者の裁量に委ねられているとして、直ちに提出義務を否定するもの⁷⁴⁾、②刑訴法47条但書に該当するかの判断について、保管者のたる検察官の判断を尊重するが、その判断が合理性を欠くと認められる場合には裁判所は提出を命じられるとするもの⁷⁵⁾、③刑訴法47条但書に該当するかの判断について、保管者たる検察官による提出の拒否が、その裁量権

(前頁からつづき)

しかし、立法担当者の上記説明は、民訴法220条4号ホが1号ないし3号には類推適用されないことを前提とするものであると解する方が素直ではないかと考える(加藤正男「時の判例」ジュリ1282号(2005年)181頁は「民訴法220条4号ホの規定が同条1~3号に及ぶものではないことは、条文の規定の仕方及び立法の経緯に照らして明らかである。」とする)。高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法(4)』(有斐閣・2017年)547頁〔三木浩一〕も、判例は、「当然のこととして」民訴法220条3号後段を根拠として文書提出命令が申し立てられた場合には、民訴法220条4号ホの除外事由は適用されないものとしているとする。

春日・前掲86頁がいうように、民訴法220条4号ホと刑訴法47条が内容的に競合する規定であり、前者の内容を後者がより具体的に補っていると解するのであれば、そもそも民訴法220条4号に基づく申立てに関しても、同号ホに該当するとしても、刑訴法47条但書に該当するか否かが問題となるとするのが素直であるが、そうであるとすれば、刑事事件関係書類等を全面的に一般義務から除外した立法趣旨に反することになるであろう。

- 73) 小林秀之「判批」判タ646号 (1987年) 98頁、藤永・前掲注68) 12頁。これに対し、 山本・前掲注8) 129-130頁は、刑訴法47条は、証言拒絶権の類推適用とは異なる独自の 例外を構成するのが相当ではないかと述べている。
- 74) 前掲福岡高宮崎支決昭和54年3月27日訟月25巻7号1787頁 (同決定は、法律関係文書該当性もあわせて否定する)、前掲大阪地決昭和60年1月14日判タ552号197頁、前掲東京高決昭和60年2月21日判時1149号119頁、前掲神戸地決平成5年9月8日判自120号101頁)。
- 75) 東京高決昭和62年6月30日判時1243号37頁(刑訴法47条本文が訴訟に関する書類を非公開としている理由のうち、すでに消滅しているもの以外の理由があるについて、「相手方が何ら明らかにしない場合には、本件報告書の公開を妨げるべき事由は特に存在しないものと一応推定されるべきである」とする)、前掲福岡高那覇支決平成10年3月13日訟月45巻4号641頁(提出義務否定。なお、同高決の原審である前掲那覇地決平成9年11月7日訟月45巻4号678頁は、47条但書の相当性の判断に合理的な理由が「あるとはいえない」として提出義務を認める点で、抗告審のメルクマールとは、若干ニュアンスを異にするようにも見える)、名古屋高金沢支決平成15年5月30日公刊物未登載(甲斐=楠元・前掲注57)13頁参照。提出義務否定)。

を逸脱し、または濫用していると認められる場合には、裁判所が提出を命ずることができるとするもの⁷⁶に分かれる。②と③をまとめる分類もあり得るが、裁判官が判断できる範囲が微妙に異なるようにもみえるため、分けて分類している。平成16年最決以後の裁判例は、いずれも上記③の判断枠組によっている。

平成16年最決の判断枠組は、当該文書が法律関係文書に該当する場合であって、その保管者が提出を拒否したことが、①民事訴訟における当該文書を取り調べる必要性の有無、程度、②当該文書が開示されることによる弊害(被告人、被疑者および関係者の名誉、プライバシーが侵害されたり、公序良俗が害されることになったり、または捜査、刑事裁判が不当な影響を受けたりするなどの弊害)発生のおそれの有無等の諸般の事情に照らし、その裁量権の範囲を逸脱し、または濫用するものであると認められるときは、裁判所は、当該文書の提出を命ずることができるとする。

学説では、一方で、検察官を中心に、保管者が提出を拒否した場合には、裁判所は文書提出命令を発令することはできないという見解⁷⁷⁾があり、他方で、裁判所が、保管者とは別個独立に開示の相当性を判断して提出を命じることができるとする見解⁷⁸⁾があるが、多数説は、保管者の提出拒否が裁量権の逸脱または濫用であると認められる場合には、裁判所は提出を命ずることができると解する⁷⁹⁾。

前記(1)のとおり、刑訴法47条但書の判断は、「訴訟に関する書類」の保管者の合理的裁量に委ねられていると解されている上、インカメラ手続(民訴法223条6項)がない以上、開示による弊害の判断は実際には困難であることが

⁷⁶⁾ 前掲東京高決平成9年7月9日判タ1008号267頁 (提出義務肯定)、名古屋高金沢支決平成10年11月27日公刊物未登載 (酒井・前掲注57) 200頁参照。提出義務否定)、前掲福岡地小倉支決平成13年10月4日公刊物未登載 (提出義務肯定)、前掲高松高決平成12年6月5日訟月47巻12号3636頁 (平成12年最決の原審。提出義務否定)、前掲東京高決平成15年8月15日判時1843号74頁 (平成16年最決の原審。提出義務肯定)。

⁷⁷⁾ 今村・前掲注41) 222-223頁、酒井・前掲注57) 207頁、横田・前掲注36) 38頁。なお、 石渡哲「判批」判評565号(判時1915号)(2006年)37頁も参照。

⁷⁸⁾ 名津井·前掲注63) 109頁、堤龍弥「判批」判評569号(判時1928号)(2006年)9-10頁。

多いため、裁判所が、保管者とは別個独立に開示の相当性を直接判断できると解することは難しい。他方で、裁判所の判断の余地を一切否定することが妥当ではないことは明らかである。したがって、刑訴法47条但書該当性の判断が保管者の合理的裁量に委ねられていることを前提にしつつ、文書の提出拒否が裁量権の範囲の逸脱・濫用にあたるか否かを判断するという平成16年最決の判断枠組自体はやむを得ないものであると思われる。

(3) ただし、ここで注意すべき点は、平成16年最決の判断枠組は、裁量権の範囲の逸脱・濫用という言葉を用いているものの、行政事件における裁量権の逸脱・濫用とは異質なものであるということである。すなわち、平成16年最決の判断枠組は、要するに、①文書を証拠として取り調べる必要性の有無、程度と②文書が開示されることによる弊害発生のおそれとを比較衡量するものである。そうすると、既に指摘されているように、保管者が①の判断を行うことは困難であり、裁判所だけが適切に判断できるため、裁判所が①文書を証拠として取り調べる必要性の程度を重視するほど、実際には、裁判所が利益衡量によって刑訴法47条但書該当性を直接判断しているのと変わらないことになってくる⁸⁰⁾。他方で、刑事事件関係書類等にはインカメラ手続がないため、裁判所が②の判断を行うことは困難であり、保管者の方がより適切に判断することができるが、裁判所が②文書が開示されることによる弊害発生のおそれを重視するほど、開示による弊害のおそれが類型的・抽象的であっても、保管

⁷⁹⁾ 平成16年最決前のものとして、町村・前掲注44) 58-59頁があり、小林秀之「判批」 判評357号(判時1285号)(1988年)48頁も同旨と思われる。学説では、平成16年最決に 賛同する見解がほとんどである。町村泰貴「判批」重判平成16年度ジュリ臨増1291号(2005年)128頁、三上・前掲注25)86頁、春日・前掲注72)80頁、畑宏樹「判批」リマーク ス31号(2005年)117頁、畑・前掲注41)121頁等。

⁸⁰⁾ 町村・前掲注79) 128頁、遠藤賢治「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選〔第 4版〕』(2010年) 151頁。

下級審判例でも、同様の判断枠組を示しながら、裁判所が直接利益衡量をして判断しているのではないかと思われるようなものも散見される。例えば、前掲福岡地裁小倉支決平成13年10月4日公刊物未登載等。

者の裁量権の範囲の逸脱・濫用とは認められなくなり得る。以上のように、裁判所がどちらを重視するかによって、一方では、裁判所が、文書を証拠として取り調べる必要性が高いと判断する場合に、開示による弊害のおそれにつき適切な判断をしないまま文書の提出を命じる可能性もないわけではなく⁸¹⁾、他方では、裁判所が、類型的・抽象的な弊害のおそれしかないにもかかわらず、真実発見のために証拠として取り調べる必要がある文書の提出を認めない懸念もあり得る⁸²⁾。したがって、このような懸念がないようにするためにも、立法論としては、公務秘密文書と同様に、裁判所が提出義務について直接判断するような形にした上で、インカメラ手続を導入し、一部提出を含めてより適切な判断ができるようにすべきである⁸³⁾。また、文書提出命令一般の問題として、開示による弊害を避けつつ、真実発見や公正な裁判という観点から、証拠として取り調べる必要性の高い文書が提出されるようにするためにも、秘密保持命令(特許法105条の4以下等参照)の導入も立法論として検討すべきであろう。なお、文書を証拠として取り調べる必要性が、保管者の裁量権の範囲の逸脱・

濫用において考慮される限りでは、この必要性は、即時抗告の理由になると解さざるを得ない⁸⁴⁾。証拠調べの必要性(民訴法 181条1項)と、刑訴法 47条但書該当性の判断において考慮される証拠として取り調べる必要性とは、レベルが異なり、前者よりも高い程度のものを後者は意味していると考えられ⁸⁵⁾、前者の有無を理由として即時抗告することはできないとする判例・通説⁸⁶⁾の立

⁸¹⁾ 甲斐=楠元・前掲注57) 26-27頁。

⁸²⁾ 名津井・前掲注63) 109頁。

⁸³⁾ 町村・前掲注40) 114頁は、刑事事件関係書類等についても、3号文書の場合には、民 訴法223条6項の類推適用を認めるべきであるとするが、民訴法220条4号ホに該当する刑 事事件関係書類等はインカメラ手続の適用対象外とされている(民訴法223条6項前段) ことに照らすと、解釈論としては、上記のように解することは困難であると思われる。

⁸⁴⁾ 菊井 = 村松原著・前掲注24) コンメンタール IV 475 頁。

⁸⁵⁾ 民訴法220条4号ニに関するものであるが、小島・前掲注71)531頁参照。

⁸⁶⁾ 伊藤・前掲注24) 435 頁注397、松本=上野・前掲注24) 536-537 頁、最決平成12年3 月10日民集54巻3号1073 頁、最決平成12年12月14日民集54巻9号2743頁。

場とそごするわけではない。そもそも文書提出命令の申立てについての裁判に 対して即時抗告がなされると、基本事件の事件記録も抗告裁判所に送付される ようであり⁸⁷⁾、事案によっては、抗告裁判所でも後者のみならず、前者も判断 できる場合があるように思われる。

(4) 次に、刑訴法47条但書該当性の判断における考慮要素について考察していく。刑訴法47条但書該当性の判断においては、民事訴訟における真実発見・公正な裁判等と、刑事訴訟における適正な捜査や公判等との交錯が正面から問題となるため、的確に判断するためには、刑事訴訟における捜査や公判等に関する理解・知識等も必要となる。

まず、文書を証拠として取り調べる必要性の判断が、前述のとおり実際には 重要になってくるが、これは必然的に基本事件における裁判所の心証にも関 わってくる。基本事件における裁判所の心証との関係で、当該文書を証拠とし て取り調べることが真実発見等の観点からどこまで必要かという問題である。 平成19年最決の事案においても、この点の判断について被害者の供述が虚偽 であるという疑いを抱かせるような一連の事実が影響していることがうかがわ れる。

被害者 A が本件被疑事実が不法行為を構成するとして、加害者 X_2 に対する 損害賠償請求訴訟(別件第1訴訟)を提起したが、加害者 X_2 およびこれを代 表者とする X_1 が、本件告訴状の提出は虚偽の告訴であり、不法行為を構成す るとして A に対する損害賠償請求訴訟(別件第2訴訟)を提起するや、A は別 件第1訴訟の訴えを取り下げようとし、 X_2 が取下げに同意しなかったため、別 件第1訴訟の請求を放棄する旨の書面を提起したという事実経過自体が、弁論 の全趣旨として、A の供述の信用性自体に疑念を生じさせるものであるといっ てよい。平成 19 年最決およびその原審、原々審決定では挙げられていないが、

⁸⁷⁾ 裁判所書記官研修所監修『民事上訴審の手続と書記官事務の研究』(司法協会・2000年) 318頁。同頁によれば、抗告裁判所へ送付すべき記録は、原則として、抗告提起事件記録(抗告状、抗告理由書等)だけではなく、基本事件の一件記録すべてを送付するものとされているとのことである。

基本事件の判決⁸⁰によれば、Aの訴訟代理人が辞任し、A本人が訴えの取下げをしたようであり、そうであればなおさらである⁸⁹。平成19年最決は、このようにAの供述が虚偽であることが相当程度疑われる状況があったことが重要であり、そのために、捜査機関が逮捕、勾留等にあたって、どの時点でどのような捜査をしていたかという捜査経過が重要となり、かつ、Aの供述内容の詳細に関して(勾留請求担当の検察官の陳述書だけでなく)Aの供述調書自体を証拠とする必要性が高いということになる⁹⁰。Aの名誉やプライバシー侵害のおそれは、Aの供述調書では身分・経歴に関する部分は除かれている上、平成19年最決が掲げる事情からすれば、Aの名誉・プライバシー侵害による弊害のおそれはさほど認められないといってよいし⁹¹、他に真犯人が疑われるよ

⁸⁸⁾ 東京地判平成21年10月6日判タ1329号92頁、東京高判平成22年5月27日判タ1329号 84頁。

⁸⁹⁾ 文書提出命令の記録では明らかではなかったのではないかと思われるが、前掲注88) の各判決によれば、別件第2訴訟では、A が本人尋問の期日を含め期日に出頭しなくなり、 X_2 の一部勝訴判決がなされているとのことである。必ずしもすべての場合に妥当するわけではないものの、虚偽の供述をしたと疑われる当事者がそれを指摘される状況になると、法廷に出頭しなくなる事態に遭遇することがあるが、他の事実に照らし併せて、そのような場合であることがうかがわれるのであれば、A の供述の信用性に対する疑念をさらに生じさせる。

⁹⁰⁾ 畑・前掲注41) 121頁は、勾留請求をした検察官の陳述書において、Aの司法警察員に 対する供述内容として、本件被疑事件の態様が極めて詳細かつ具体的に記載されているの であれば、むしろ Aの供述調書等についての証拠調べの必要性は減退するものといえるの ではないかと疑問を呈するが、検察官の陳述書の正確性を判断するため、あるいは、Aの 供述の変遷過程等を確認するため、本件のような事案では Aの供述調書等そのものを証拠 とする必要性はなお高いと思われる。

⁹¹⁾ 畑・前掲注41) 121頁は、「本件では、Aの請求の放棄の動機は不分明ではあるものの、 放棄に至るまでの別件第一訴訟の審理の進行の程度や別件第二訴訟の帰趨(未だ係属中な のか、同訴訟においてAは争う姿勢を示しているのか等)といった状況を精査しないこと には、裁判を通じてのプライバシー侵害のおそれがあるか否かは判断し難いと思われる。」 とする。また、町村泰貴「判批」重判平成19年度ジュリ臨増1376号(2009年)150頁も、 Aが別件第1訴訟を提起したからといって、他の訴訟で、まだ明らかとなっていない供述 内容の開示を容認したものと評価することは不当であるとする。

うな場合ではない(本件被疑事件の争点は、犯人性ではなく、性交が合意に基づくか脅迫または暴行によるのかであった)ことも併せ考えると、平成19年最決の結論は妥当といえる。

別の観点として、捜査、公訴提起等の違法性が問題となる国家賠償請求の場合と、それ以外の場合(被害者が加害者に対して提起する損害賠償請求、あるいは加害者が被害者に対して誣告を理由とする損害賠償請求等)では、文書を証拠として取り調べる必要性の判断に違いが出てくるのか否かということも問題となる。前者の類型では、刑事手続過程の透明性の確保といった意味あいにおいても、提出義務を肯定していく方向で考えるべきであるという指摘もあるが922、少なくとも、国家賠償請求の場合でも、無罪判決が確定したケースと、それ以外のケースとは分ける必要がある。無罪判決が確定したケースでは、捜査機関の捜査、公訴提起等に違法性がなかったのかを、国等が所持する文書によって明らかにさせる必要性は高く、提出義務をより肯定していく方向で考えるべきであろう930。しかし、不起訴処分がなされたなどのそれ以外のケースは、提出義務をより肯定していく方向性が妥当するかは、事案ごとに異なるといわざるを得ない。

(5) 文書が開示されることによる弊害発生のおそれに関しては、次のような 点が考慮要素となる。

弊害を強める方向のファクターとしては、①真犯人が未検挙で、捜査継続中の事件であること、②当該事件の公判が係属中であること、③関連する事件が

しかし、 X_2 が本件被疑事実を強く争っているにもかかわらず、Aが別件第1訴訟を提起したということは、A自身が、Aの名誉・プライバシーに最も関係する本件被疑事実の詳細な状況やその前後の経緯、告訴に至る状況、Aの供述の信用性に関する諸事情が審理対象となることを当然容認していると考えられるところ、Aの供述調書等の中心的な内容も、これらの事実に関することであると思われるので、Aの名誉・プライバシーの侵害のおそれはさほどではないといえる。

⁽前頁からつづき)

⁹²⁾ 畑・前掲注79) 117頁。

⁹³⁾ 町村・前掲注44) 58、64頁。

捜査中であること(当該事件につき判決が確定するなどしても、関連する事件が捜査中であれば、捜査への支障が生じ得る)、④いわゆる公安事件や暴力団等による組織犯罪事件であること(これらの事件の場合には、捜査の端緒・手法、捜査の進展等が開示されると、罪証隠滅等がなされることにより捜査・公判への不当な影響がより強く懸念され、捜査協力者や捜査員の安全も問題になり得るほか、供述内容が公開されると、国民が報復等をおそれて捜査や公判に協力してくれなくなる事態も十分に考えられるという意味で、将来の捜査公判への影響も考えなければならない)940、⑤性犯罪や贈収賄等の関係者の名誉・プライバシーが問題となる事件であること、⑥客観的証拠が乏しく、関係者の供述が立証の中心であったり、間接事実の積み重ねによって立証しなければならなかったりするなど、罪証隠滅が容易な事案であることが考えられる。

他方、弊害を弱める方向のファクターとしては、①当該事件につき判決が既に確定している、あるいは、公訴時効が成立しており、何人も起訴される見込みがないこと(不起訴処分がされても、再捜査の結果、公訴提起に至ることもあり得るので、不起訴処分がなされたことだけでは要素としてはやや弱い)、②名誉・プライバシーが問題となる者が訴訟当事者のみであり、当該事項が訴訟で問題になることが想定されること(逆に無関係な第三者の名誉・プライバシーが問題であれば、弊害を強める方向のファクターになる)950などが考えられる。

ここで平成17年最決の捜索差押令状請求書に関する判断について、一言しておく。捜索差押令状請求書の書式(司法警察職員捜査書類基本書式例)からすれば、捜索差押令状請求書につき、「犯行態様等捜査の秘密にかかわる事項や被疑者、被害者その他の者のプライバシーに属する事項が含まれていることが少なくない」といえるのかについては、疑問の余地なしとはしない⁹⁶⁾。捜索

⁹⁴⁾ 後述するとおり、平成17年最決についてもこの点が重視されており、また、名古屋高 金沢支決平成15年5月30日公刊物未登載(甲斐=楠元・前掲注57)16-17頁)も同様の点 を考慮している。

⁹⁵⁾ 町村・前掲注40) 114 頁参照。

差押令状請求書の記載事項(刑訴規則155条1項)のうち「差し押さえるべき物」 「捜索すべき場所、身体又は物 | 「請求者の官公職氏名 | 「被疑者の氏名 | 「罪名 | という記載項目は、捜索差押許可状のそれと同一である。平成17年最決のよ うないわゆる公安事件においては、別件捜索差押えが争点になることが多く、 「差し押さえるべき物 | 「捜索すべき場所、身体又は物 | の記載が重要となるが、 捜索差押許可状の「差し押さえるべき物」「捜索すべき場所、身体又は物」の 記載は、捜索差押令状請求書のそれと同一であることがほとんどであると思わ れる(裁判官が捜索差押令状請求書の別紙を訂正・削除等して捜索差押許可 状に添付することもあり、その場合は記載内容が同一ではないことになるが、 この事件ではそのような事情は明らかではない)。捜索差押許可状と同一では ない記載のうち、犯行態様等捜査の秘密にかかわる事項や関係者のプライバ シーに属する事項が含まれ得るのは、「犯罪事実の要旨」くらいである 500。刑 法犯とは異なり、特別法犯(平成17年最決の事案でいえば、爆発物等取締罰 則違反)の場合には、捜索差押許可状の罪名からは構成要件を知るのが困難で あるため、犯罪事実の要旨が重要である場合、捜索差押令状請求書の提出を求 めることもあり得るかもしれない。しかし、捜索差押えが違法であることを基 礎付ける基本事件の事実主張に照らせば、犯罪事実の要旨はその立証にとって 重要ではなく⁹⁸⁾、さらに、抗告人が、一部事件の捜索差押令状請求書の「犯罪 事実の要旨」を答弁書において主張し、それ以外の事件についても、準備書面 において被疑事実の骨子を記載していた。いわゆる公安事件という事案の性質 をどこまで重視するかにもかかってくるが、これを重視した場合、犯人が未検 挙であることを考慮すれば、被疑事実の要旨が既に主張されている以上に明ら

⁹⁶⁾ 三上・前掲注25) 88-89頁も、捜索差押令状請求書に記載される一般的内容からして、 最高裁がいうように、捜査等の秘密の漏えいや、プライバシー侵害の可能性があるとは考 えられないとする。

⁹⁷⁾ 夜間執行が必要である事由等の記載には、捜査手法の機微に触れるような事項が記載されていないのが一般的であることは、原審決定が述べるとおりである(民集59巻6号1884頁)。

⁹⁸⁾ 最判解民事篇平成17年度(下)520頁〔加藤正男〕。

かになることによって捜査公判への弊害がないとはいい切れない (この種の事件の場合には、組織的な罪証隠滅行為等の可能性がないともいえない)が、そもそも捜索差押令状請求書を証拠として調べる必要性がさほどではないため、平成17年最決は、逸脱・濫用とまではいえないと判断したものと思われる。その意味で、捜索差押令状請求書が証拠として取り調べる必要性が高いケースでは、また違った判断になり得ることも十分あり得る。

第3 結語

本稿では、十分に検討できなかった点も多々あるが、これらについてはさらに機会を改めて検討したいと考えている。前述したとおり、営業秘密に関して既に論じられているように、民事訴訟において、文書不提出による真実発見・公正な裁判の実現を図りつつ、秘密等が公表されることによる弊害を解消するためには、立法論として、秘密保持命令などが検討されるべきであるという点を最後に指摘しておく。

(おおぶち・まきこ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授)

論説

「処分証書」概念と「三段の推定」を巡って

――「書面外の合意先行」説の試み――

京野哲也

- 第一 はじめに
- 第二 問題の所在の概観的な検討
- 1 検討の方法
- 2 実務説の確認
- (1) 岩松三郎=兼子一編『法律実務講座民事訴訟法編|第4巻
- (2) ジュリスト増刊『「判例から学ぶ] 民事事実認定』
- (3) まとめ
- 3 Y説-A説による「モデルケース」へのあてはめ
- 4 処分証書概念の機能――「三段の推定」と「処分証書テーゼ」
- (1) 処分証書概念の実際上の機能
- (2) 「三段目の推定」と実体法の意思表示理論との関係
- 5 事実認定の過程
- (1) 処分証書があればその成立の真正の審理に集中
- (2) 処分証書があるときはその補助事実が審理の主眼となる
- (3) 判決(事実認定の結論)
- 6 処分証書概念の問題点 (頭出し)
- 第三 問題点についての簡単な検討
- 1 処分証書概念の定義の問題
- (1) はじめに
- (2) 定義についての先行文献
- (3) 定義の再考
- 2 「審理してみなければ分からない」問題――「類型的信用文書」の登場
- 3 審理の枠組みが処分証書の形式的証拠力に集中する問題
- (1) 問題の所在
- (2) 直接証拠(書証)を重視する見解
- (3) 間接事実も重視する見解
- 第四 私見の提示―「書面外の合意先行」説
 - 1 書面外の合意が先行する
 - 2 私見による帰結

論説 (京野)

- (1) 私見の内容
- (2) 私見と実務への影響

第五 終わりに

第一 はじめに

§1 「三段の推定」という用語は、筆者の造語であるが¹⁾、法律行為の成否が争点となる民事訴訟において、法律行為を記載した契約書が主たる書証となるケースでは、契約書が処分証書であることを前提として、後記のとおりいわば「三段の推定」が働いているように見える(§11)以下。

そして、処分証書の概念及びその機能について、実務における処分証書の捉え方としては、第二・2で述べるとおり概ね一致した認識があるとされている (後述第三のとおり、一致していない事柄も多いと思われるが)。

しかしながら、そもそも処分証書なる概念の定義や機能については、それほど十分な検討や議論がなされないまま、実務におけるプラクティスが固まって しまったといえるのではなかろうか。

§2 ところで、国家試験たる司法試験においても、平成24年(第3問)の問題 文中に、「処分証書とは何か、それによって何がどのように証明できるかといっ た基本に立ち返って考えてみましょう。」という問いがあるが、司法試験受験 者に対する問いとするならば、学説や実務家において、処分証書とは何である か、十分に確立した考え方が存在するか、少なくとも、公開の議論がなされた うえでなければならないと思われるが、処分証書概念については、果たしてそ のようなものが存在しただろうか。

そこで、網羅的な検討は他日を期することとして、本項においては、まず問題の所在を概観したうえで、処分証書の「定義」及び「機能」を巡って、問題の所在を指摘し、当面の提案(書面外の合意先行」説)を簡潔に行うこととし

¹⁾ 文献上の初出は、拙著『クロスレファレンス 民事実務講義』(ぎょうせい2011) 348p (§ 472の後注) になると思う (以下、同書第2版 (2015) を、「クロスレファレンス民事 実務講義」として引用させていただく)。

たい。「基本に立ち返って考え」る端緒とすることが、本稿の意図である2)。

第二 問題の所在の概観的な検討

1 検討の方法

§3 (1) 形式的証拠力に争いがあるケースを検討の素材として(以下、「本モデルケース」という)、処分証書概念に関する問題点の所在の概観的な検討をする。

【モデルケース】

- 原告 X が、債務者の欄に被告 Y 名下の記名及び捺印のある甲1号証「金銭消費 貸借証書」を提出して貸金返還請求訴訟を提起したと仮定する。
- Xの主張: 弟のYは、大学卒業後も定職につかず、金を無心するので、やむなく平成25年5月1日、期限を定めないで150万円を貸付け、本件消費貸借契約書(甲1)を作成した。よって、甲1により150万円の消費貸借契約が成立していると主張して訴えを提起した。
- Yの主張:私は借りていない。たしかに、平成25年5月1日に、兄Xから150万円の贈与を受けた。しかし、甲1は知らない。たしかに甲1にある印影は私の実印のもののようであるが、当時、同居していたので、私の実印を勝手に使ったのではないか。

(2) 検討の枠組み

§4 処分証書の概念について、説明の域を超えた検討を行った論考は殆ど見当たらない中で、近時現れた実務家による優れた論考³⁾―以下「榎本論文」として引用する―が提示した「3つの論点」を利用させていただく⁴⁾。以下便宜、論点1について「よってした説」を Y 説、「記載された説」を K 説とよぶことにする。

そうして、処分証書の概念・機能について、現在の実務通説の基礎と思われる重要説及び現在の実務家の共有している認識の骨格を確認したうえで、そ

^{2) 「}クロスレファレンス民事実務講義」において、注1記載の部分のほか同書 § 458、§ 458 の「後注」でも問題点について簡単に触れている。

³⁾ 榎本充宏「契約書の実質的証拠力について―処分証書とは―」(判タ1410・26、2015年)

	テーマ	各説	
論点1	処分証書の定義	Y説:「よってした説」その書面 により法律的行為を行ったもの	K説:「記載された説」その書 面に法律的行為が記載されてい るもの
論点2	処分証書の実質的証拠力	A説:特段の事情の有無にかかわらず、その記載どおりの法律的行為がされたと認められる、という考え方	B説:特段の事情があれば、その記載どおりの法律的行為がされたとは認められない、という考え方
論点3	処分証書の判断時期・ 方法	甲説:処分証書か否かは審理の結 果判明する、という考え方	乙説:文書の外形から判断、審 理の当初から判明している、と いう考え方

の考え方を本モデルケースに適用しながら、問題点の所在を概**観**することとする。

2 実務説の確認

- (1) 岩松三郎=兼子一編『法律実務講座民事訴訟法編|第4巻5)
- §5 本書は、裁判実務家に大きな影響を与えてきたものと思われる、非常に詳しい基本的文献である。

同書は、基本的に Y 説 - A 説を述べ、論点 3 についての論及はない。論点 1 [処分証書の定義] については、法律的行為がその文書によってなされたという説明 (253、269頁) のほか、この法律的行為は当該文書を離れては存在しないものであり、「処分証書とは、法律的行為の具現物ないし化身 (Verkörperung)であり、この文書を裁判所が検分することによって、証明の目的が達せられる」というように、検証に近いものとする説明がある(同 254頁)。このような説明は、例えば「具現物ないし化身、検分」という表現を含め、司法修習生のための教材である司法研修所編「事例で考える民事事実認定」36頁で同様の説明が行われている 6 。

⁴⁾ 榎本論文は、形式的証拠力が認められるケースにおいて、通謀虚偽表示たる法律行為 の成立を要証事実とする実質的証拠力を論じるものである。本稿は、形式的証拠力に争い のあるケースにおいて、処分証書概念の検討をしようとするものである。

⁵⁾ 有斐閣(1961、昭36)。以下この第4巻を「岩松=兼子法律実務講座」として引用。

論点2 [処分証書の実質的証拠力] については、法律的行為が作成者によって行われたことの立証のために提出されたときは「書証の証拠調は、当該書証の形式的証拠力の確定されるとともに終了し、その作成者の思想(当該書証の記載内容)が真実性を有しているかの点についての吟味は、処分証書については、いかなる場合にも発生の余地がないものと解すべきである」と A 説を、強い調子で述べる(同書 269 頁)⁷⁾。

(2) ジュリスト増刊『[判例から学ぶ] 民事事実認定』8)

§6 (1)と同様に Y 説 − A 説を述べ、論点3への言及はない。この文献は、次のような理解が、「実務で異論がない一般的な理解」であると言う点で、意味があると思われるので、やや長いが引用する。

「書証の実質的証拠力といっても、書証の種類や体裁、記載内容、作成時期、要証事実等によって、同じ文書の同じ記載であっても、持つ意味が変わってくるものであり、一律に論ずることは困難であるが、書証が処分証書(「処分文書」といわれることもある)であるか、報告証書(「報告文書」といわれることも少なくない)であるかで異なることは争いがない。

処分証書とは、それによって証明しようとする法律上の行為ないし法律的行為(意思表示、法律行為等)がその文書によってされたものであり、契約書、手形、遺言書、委任状、解約通知書等が代表として挙げられる。

この処分証書について、形式的証拠力があること(挙証者がその文書の作成者であると主張する者の意思に基づいて作成されたこと、すなわち、文書の真正な成立が認められること)が確定されると、当該文書の記載内容は作成者の意思であること(具体的には、法律上の行為ないし法律的行為であること)が明らかにされたこ

⁶⁾ 法曹会(2014)。以下「事例で考える民事事実認定」として引用。

⁷⁾ その一方、「処分証書は、それが真正に成立したものであることが明らかな以上、その 文書の内容である法律的行為の存在に対して反証をあげて争う余地が少なくなる」(254p) とも述べており、この部分は、K説-B説の考え方によっているようにも読める。

⁸⁾ 有斐閣(2006)「43契約書の記載と供述」「林道晴執筆(司法研修所事務局長・当時)]。

論説 (京野)

とになるので、作成者が当該法律上の行為ないし法律的行為をしたこともまた証明 されたことになる。」、「以上が実務で異論がない一般的な理解といってよい」(同書 224頁)。

(3) まとめ

§7 以上の文献においては、論点3 [処分証書の判断時期・方法] は、当時は意識されていなかったのであろうか、言及はない。その成立の真正が確定された場合のことを説明しているのであり、成立の真正について争いがある場合に一本稿が問題としている―おいて処分証書の概念がいかに機能するか、機能すべきか、との問いには答えてくれていない。

ところで、論点3は、司法研修所の「事例で考える民事事実認定」において「類型的信用文書」という概念により対応が図られている点に関連する。これは、論点3について始めて自覚的に論じられ始めたと思われるものであり、処分証書概念の問題点に対する解決策の試みと言いうるので、問題点を概観した後に取り上げることにしたい(\rightarrow §39以下)。

§8 なお、「契約書は処分証書か」という切り口の問題について⁹、契約書のうち契約条項の部分は処分証書で、日時、場所、立会人などの記載部分は報告文書であるとされる¹⁰。本稿では、この点を前提として検討することとするが、一々「契約書のうち処分証書たる契約条項についての証拠力」という表記の仕方はしないことにする。

3 Y説-A説による「本モデルケース」へのあてはめ

§9 上記のとおり、論点3の甲説か乙説かについては、従前さほど自覚的に議論 されてはこなかったこともあり、実務においていずれの考え方によるか明確で ない。

⁹⁾ 榎本論文29頁。「クロスレファレンス民事実務講義」377頁(§ 458の後注)も参照。

^{10) 「}事例で考える民事事実認定 | 53頁、「岩松 = 兼子法律実務講座 | 269、277頁参照。

甲説によるときは、争いがあるときは処分証書かどうかは審理してみなければ分からない。審理を始める段階においては、本件消費貸借契約書(甲1)は、その外観上、主要事実である Y の消費貸借契約の意思表示(返還約束)が行われた文書ではあるが、Y が、そもそもその成立の真正を争っているから、処分証書であるということはできない。そこで、処分証書概念は、審理の初期の時点や途中においては機能しないことになる(但し、§ 31参照。またこの点についての、最近の司法研修所の考え方について→§ 39以下)。

もし、審理の結果、甲1の成立の真正が確定すれば、処分証書であることが確定したことになり、要証事実であるYの意思表示が行われたことの証明がなされたことになる(A説によればそれ以上に甲1の実質的証拠力を検討する余地、反証の余地はない。§5参照)。

- 一方、審理の結果、甲1の成立の真正が認められない場合(処分証書であることが判明しない場合)、形式的証拠力が認められないのであるから、甲1は、当然ながら要証事実である Y の意思表示の存否については、実質的証拠力を有しないことになる。
- §10 乙説によるときは、文書の外形から判断されるから、審理の初期の段階において Y が甲1の真正な成立を争っていても、以後処分証書であるとして、その真正な成立について審理し、その結果により結論を出すことになる。

4 処分証書概念の機能――「三段の推定」と「処分証書テーゼ」

- (1) 処分証書概念の実際上の機能
- §11 2で記した実務説によると、訴訟が提起され、原告がその請求を基礎付けるため提出した(その時期は、多くは第一回口頭弁論期日かその次の期日である)基本的な書証が契約書である場合、その審理の初期の段階から、1(2) (§4) に記した「乙説」によるときは、筆者のいう「三段の推定」が働きうることになる(なお、甲説によった場合でも概念の使用法によれば働きうる→§31)。

すなわち、基本的な書証(甲1とする)についての被告の認否が、その上に ある印影が、被告の印章によることを認めるか、認めずとも強くは争わない場 合¹¹⁾、争いのある要証事実である被告の消費貸借契約の意思表示の存否について、被告の側で特段の事情の主張立証に成功しないかぎり、「二段の推定」により甲1の内容の全部について成立の真正(被告の意思に基づいて作成されたこと)が認定され、そのことは、A説によれば直ちに、被告が当該文書の記載内容である法律行為をしたこともまた証明されたことを意味することになる。

p 前提事実:文書に本人の印章の印影あり(本人の印章により顕出された印影がある)

- ↓ I 「第一段の推定作用」経験則の適用による事実上の推定
- Q 推定事実:印影は本人の意思に基づいて押印された=Rの前提事実
 - ↓ Ⅱ [第二段の推定作用] 民訴228 Ⅳによる推定(※法定証拠法則)
- R 事実の確定: 当該文書が真正に成立(文書が本人の意思に基づいて作成された)
 - ↓ Ⅲ 処分証書の実質的証拠力(処分証書の機能)A 説による場合 R=S
- S 文書に記載された法律行為の存在の認定

(この表は「クロスレファレンス 民事実務講義 | §464を元にして記号を変えて作成)

- ※ なお二段目の推定の性質は、従前、少なくとも実務説としては当然のよう に法定証拠法則であるとされてきたが、近時、名津井吉裕教授による優れた 論考が発表されている ¹²⁾。
- §12 B説による場合でも、成立の真正が認められれば、特段の事情の検討の余地 はあるが(実質的証拠力、真実性の検討)、同事情が認められない限り、甲1 の実質的証拠力により直接に要証事実が認められることになる点では、大きな 差異はない。
- §13 このように、上記の事実認定のプロセスにおいて、考え方により違いが生じるのは、甲説を取る場合のみであり、その他の点で、1(2)(§4)記載の枠組みのいずれの考え方を取ろうとも、被告は、特段の事情の立証に成功しない限り、一足飛びに、被告が意思表示をした事実が確定されてしまうことになる。

¹¹⁾ 実務のプラクティスとして、「弱い争い方」の場合、弁論の全趣旨により成立の真正が認められることが多い(加藤新太郎編著「民事訴訟実務の基礎【解説篇】〔第3版〕、弘文堂2011) 133頁参照。

¹²⁾ 名津井吉裕「私文書の真正の推定における証拠法則の再検討」徳田和幸先生古稀祝賀・ 民事手続法の現代的課題と理論的解明(弘文堂・2017) 233 頁以下。また、高田・三木・ 山本(克己)・山本(和彦)編『注釈民事訴訟法 第4巻』(有斐閣2017) 745 頁以下 [名 津井吉裕執筆]。

違いがあるのは、「特段の事情」の反証活動を、 I、 II、 II の3段階でそれぞれ考えるか(B説)、 I 及び II の段階でのみ考え三段目 III の段階は存在しないと考えるか(A説)の違いである。

§14 このように、出発点―契約書に被告の印章の印影あり―から、結論―法律行為成立の認定―まで、「契約書は処分証書である」ということを前提とすると(この点、§8参照)、「三段目」の反証を許すか許さないか、という差異はあるにしても、特殊な事実認定のプロセスが取られる。すなわち、印影について強くは争えない、処分証書らしき書証があるだけで、「二段の推定」と合わせ「三段の推定」(A説によれば三段目は反証の余地なし)が機能するプラックティスとなり、意思表示の成立を争う側に「特段の事情」の反証を要する、事実上の責任が課されることになる。このような、書証の特殊性に基づくプロセスは仮に「処分証書テーゼ」とでも呼ぶことができようか。

(2) 「三段目の推定」と実体法の意思表示理論との関係

§15 本モデルケースでは、被告は成立の真正を争っているから、この「三段目の推定」に対する反証活動は問題とならないが、被告が、仮定的主張すなわち「仮に、甲1の成立の真正が認められる場合」として、特段の事情、例えば次のような主張を行うことが考えられる。

Yの主張:もし印鑑の点で私の主張が認められないとした場合、たしか、平成25年5月1日頃に、兄Xから「税金関係の処理のため、これにハンを捺してほしい。」と言われて、甲1のようなものを示された。私は、金を借りたつもりはなかったものの、税金関係のことは全く分からず、また、兄から贈与を受けた手前、あれこれ言うのもためらわれ、文句を言わないで印鑑を兄に渡したので、兄は甲1を作成したのかもしれない。

これは、榎本論文の掲げる設例を、多少変更してみたものである。同論文の 提示した設例よりナマの主張に近く、この主張の解釈いかんによっては、二段 目の推定に対する反証(表示意思を欠く)とも解されるが¹³⁾、通常は、仮定的 に成立の真正を認めたうえでの、契約不成立の主張ないしは虚偽表示無効の主 張と解されよう (表示主義を徹底する立場からは契約不成立の主張はもはや認 められないことになろう)。

榎本論文は、このような真意と異なる表示を行った場合について、処分証書の概念と意思表示成立の理論を組み合わせて、解釈論の可能性を司法修習生のサマリーペーパーの形で提示しており、極めて示唆的である¹⁴⁾。本考察は、成立の真正についての争いがあるケースを対象として、処分証書概念について考察することを主目的としており、榎本論文の提起した問題点についても、同概念の基礎となる考察を提供しているものと思う。

5 事実認定の過程

- (1) 処分証書があればその成立の真正の審理に集中
- §16 事実認定のプロセスについて、処分証書概念が関わるとき、次のように同書 証の成立の真正に審理の主眼が絞られる、と説明されることが多い。

すなわち、当該訴訟における要証事実が、本モデルケースのように消費貸借 契約書(甲1)による金銭消費貸借契約の締結である場合、処分証書である甲

¹³⁾ 二段目の推定に対する反証として例えば、司法研修所編『民事訴訟における事実認定』 (法曹会2007) 128頁は、白紙押印後の悪用完成及び文書作成後の変造・改ざんの2つを掲げるのみである。しかし、他の書類と思い込ませて署名押印させた場合 (表示意思を欠く場合)も考えられる (立場によるが、司法修習生向けの参考資料である司法研修所民事裁判教官室「民事事実認定のしおり」はこの場合を、推定を破るものとして記載していた。)と思われる。なお、この点前掲注12) 『注釈民事訴訟法第4巻』750頁も参照。

¹⁴⁾ 実務家の一般的な理解としては、意思表示の成立について表示主義的に解し、意思表示は成立しているとした上で、虚偽表示の「抗弁」と構成することが一般的であろう(司法研修所民事教官室編『民事訴訟における要件事実について』(1963年)12頁)。しかし、意思表示の成立を認めることが表意者に酷であるとみられるケースもあり、意思を重視する見解も有力であると思われる(榎本論文もそうである)。その他、賀集唱「契約の成否・解釈と証書の証明力」民商法雑誌60巻2号(1969)179頁以下、滝沢昌彦「契約書の真正の推定の実体法的意義」潮見・山本・森田編『特別法と民法法理』(有斐閣、2006)67頁以下)等がある。

1の成立の真正 (形式的証拠力) が認められるときは、同要証事実を直接に、 当然に認めるべきである (「岩松 = 兼子法律実務講座」269頁→ §5 参照)。

そうして、A説によれば、成立の真正が認められれば記載の真実性の検討はもはや必要なく(同上)、処分証書の形式的証拠力を認めながら実質的証拠力を否定するというのは違法な事実認定になる(田中豊『事実認定の考え方と実務』(民事法研究会2008)93頁)。すなわち処分証書記載の法律行為の存在が認められる。B説による場合でも、形式的証拠力が認められれば、特段の事情の認められない限り処分証書記載の法律行為の存在が認められる。

(2) 処分証書があるときはその補助事実が審理の主眼となる

§17 この、事実認定の過程において、甲1借用証書以外の事実、例えば領収証の存在や、売買契約に至る動機、契約後の行動等の事実は、挙げて、甲1の補助事実として機能することになる。

すなわち、審理の目標も立証手段としての事実や証拠も、本来の要証事実「Yの借入の意思表示が行われた」から、「甲1の成立の真正」にシフトする。甲1が処分証書だとされるがゆえに、このような扱いになるのだから、処分証書概念による「処分証書テーゼ」(→§14)は、通常は、要証事実を推認する機能を有する間接事実群を、処分証書の成立の真正の認定に役立つ補助事実として機能させる、という強力な機能を果たしていることになる。

(3) 判決(事実認定の結論)

§18 本モデルケースについて、争いのある処分証書甲1について審理をした結果、その成立の真正が認められる場合、事実認定の結論は「……以上検討したとおり、甲1の成立の真正が認められ、この認定を左右するに足りる他の証拠は認められない(特段の事情は存在しない)。よって、争点1(原被告間における平成25年5月1日付金銭消費貸借契約の成否)が認められる。」というようなロジックとなると思われる。争いのある主要事実であるYの消費貸借契約締結の唯一の根拠は、成立の真正が認められた甲1ということになり(直接証拠

だから)、その他の間接事実群は直接には登場しないことになろう。

6 処分証書概念の問題点 (頭出し)

§19 ここまで述べたような、処分証書の概念及び機能について、学説はさほど興味を持っていないように思われるが、実務上及び法曹養成教育上は極めて大きな機能を果たしていることになる。

そうであるならば、処分証書の概念について、十分な検討がなされたうえで使用されるべきであり、そうでないと、混乱が生じやすいのではないか。この観点から、次のような問題点が指摘できるのではないかと思われる。

(i) 定義それ自体の問題①一説の対立が真に存在するか

Y説と K説がある、というように二つの考え方は、対立ないし併存する「説」といえるのであろうか。 Y説「よって行われた」によっても、行われた結果当該文書に同内容が記載されている。 そうすると、Y説の処分証書は例外なく K説による処分証書でもある。このように K説は Y説を「包摂」するのであって対立はしていない。

そうであれば、Y説を取る場合は「法律行為が記載されているが、同文書によって法律行為が行われていない文書は処分証書とは呼ばない」という意味を包含するものである。そうすると、「法律行為が文書によって行われている、いない」とは、一体いかなる意味であるのかが問題となるが、この点、訴訟法や訴訟実務の問題の前に、そのような法律行為とはいかなるものか、実体法における議論が必要ではなかろうか。事実認定の場面で機能する処分証書概念との関係で、十分明示的には論じられていないと思われ(但し、近時の滝沢昌彦教授の研究がある→ \S 57で触れる)、少なくとも、実務において異論のない見解というものは存在していないのではないかと思われる。実体法と関連した定義の問題については、第三1及び第四において検討したい。

- (ii) 定義それ自体の問題②—報告文書との区別
- §20 民事訴訟法における文書は、処分証書と報告文書という、二つのカテゴリー に二分される、と説明されることが通常である(報告証書は「処分証書以外の

文書」であると説明されることが多い)。そして、処分証書について K 説によるときは報告文書との区別が付きにくいなどと議論される(よって、Y 説を取るべきと、民事裁判教官室が考える点につき \rightarrow \S 24)。

しかし、報告文書の定義は、ほぼ相違なく「作成者の見聞、判断、感想、記憶等を報告(記載)した文書」と説明されるところ、もし、二分法(dichotomy)と考えるならば、非処分証書は全て報告文書と言えるだろうか(そのような定義の要件を満たしているか)。逆に、非報告文書は全て処分証書であるといえるだろうか(同)。

もちろん、概念の規定の仕方として二分法でなければならないわけではない。 既存の定義は、典型的な特徴を捉えたものであろうが、二分法の観点から十分 に検討されたものであろうか。もしそうではないとすれば、「報告証書は処分 証書以外の文書」というような用法は、廃棄した方がよいのではなかろうか。

§21 (iii) 「審理してみなければ分からない」問題

処分証書概念の難問 enigma として、挙証者の相手方が当該書証が処分証書であることを争うときは、それが処分証書か否かは、審理の結果判明することであり、審理の始めの時点及び審理の途中において、有意義な機能を果たしえないのではないかという問題があった。

訴訟の実態を考えるとき、まことに正当な問題点の指摘であり、処分証書概念の根幹に関わるところと思われるので、第三2において検討したい。

§ 22 (iv) 事実認定プロセスの枠組み問題

前記5において説明した事実認定プロセスは、通常は主要事実の認定に役立つ間接事実を、挙げて処分証書の成立の真正の認定に動員し、成立の真正の審理に集中することになる。このことは、諸間接事実を主要事実の認定のために考慮することを、排除ないし二次的な役割とする(特段の事情においやる)ことを意味しようが、はたしてこのような事実認定プロセスの枠組みは妥当なものといえるだろうか。また判決文においてこのプロセスを忠実に反映した判示方法を取るとするならば、それは市民に分かりやすいものと言えるか、検討の余地があろう。この点、第三3において検討したい。

第三 問題点についての簡単な検討

1 処分証書概念の定義の問題

- (1) はじめに
- § 23 問題の書証が処分証書かそうでないかにより、事実認定の過程において大きな差異が生じるとするならば、その概念の定義は明確であるべきである。また、定義の仕方が複数あるとしたら、なぜその定義になるのか、理由が説明できなければならない。この2つの点を満たさないならば、法律学的にみて、疑問というべきではなかろうか。

先に仮置きした二つの定義(第二1、(2)、§4)、すなわち、Y説「よってした」 及びK説「記載された」について、なぜその定義によるのか、その理由を述 べている文献は多くない。

(2) 定義についての先行文献

ア Y説

§ 24 「事例で考える民事事実認定」は、Y説を取っており、少なくとも最近の民事裁判教官室はY説により司法修習生を教育している。同書にはY説によることの理由の説明はないが、K説によると報告文書との区別がつきにくいことがその理由であると推測される。但し、司法研修所の教官室のメンバーは時間と共に変化し、その考え方も当然変化するのであるから、「司法研修所説」と言うべきではないであろう。なお、K説の説明を「広義の処分証書」、Y説の説明を「狭義の処分証書」と呼ぶこともあり、また処分証書の定義について両説あるという中立的な説明をしたり、あるいはK説的に説明していたこともあるようである。

イ K説

§25 河村浩判事は、Y説は、「自説の結論を先取りした定義付けである」として、 証拠方法としての処分証書の定義はK説によることが相当だとしている¹⁵⁾。 §16に前掲の田中豊『事実認定の考え方と実務』55頁は、Y説によると、一つの法律的行為について複数の文書が存在する場合(同書は、1つの売買契約について、本来の売買契約書以外に税務用の契約書と登記手続上の契約書とを作成した場合を例示する)、ある1つの文書が処分証書であるかどうかが記載の外形から決定することができないことを理由としている。

ウ 両説あるとしつつ定義の違いの意義を述べる文献

§26 大島眞一『完全講義 民事裁判実務の基礎 (第2版)』下 (民事法研究会 2013) 576頁は、Y 説と K 説の違いは、田中豊前掲が指摘するような複数文書が存在する場合にあり、本来の契約書の他に税務申告用の契約書を作成したような場合に、Y 説では処分証書とならないが K 説では処分証書となるところにある、とする。

エ 定義を明確にしないで説明する文献

§ 27 例えば、伊藤眞『民事訴訟法第5版』(有斐閣2016) 411頁は、「法律的行為が行われたことを示す文書」とし、加藤新太郎編『民事事実認定と立証活動第 I 巻』(判夕社2009) 4及び5頁では「意思表示などの法律行為がなされたことを示している文書」と記述され[須藤典明執筆]、「示す」が単に記載なのか、それとも、よって法律行為をしたという意味なのか、これらの記載からはいずれの意味にも解しうる。

¹⁵⁾ 河村浩「契約書(処分証書) による事実認定の証明のプロセス」判タ1101.56 (2002) 57頁。

また、特に理由は述べられていないが、前掲注13)『民事訴訟における事実認定』18、64頁は K-B 説を述べている。そして、河村浩・中島克巳『要件事実・事実認定ハンドブック [第2版]』(日本評論社2017) は、K 説(499頁)、B 説と共に甲説にあたる「処分証書か否かは実質的証拠力が確定して初めて最終的にそのようにいえる」と述べるが、では意思表示等が記載されているが最終的にそういえない文書をどのように呼ぶのであろうか。概念定義の問題が残ると思われる。

- オ 用語法の混乱(i) Y説-K説
- § 28 文献の中には、Y 説と K 説を混用しているように見えるものもある。民事証拠法大系第4巻 [古閑裕二執筆] (青林書院 2003) 12 頁では、菊井=村松「全 訂民事訴訟法 [Ⅱ] 第2版」(日本評論社 1989) 595 頁を引いて K 説を述べながら、同じ筆者が同書の18 頁においては Y 説で説明をしている。

前記「エ」と合わせ、Y説かK説か明瞭でない説明の仕方もありうるということは、Y説かK説の区別に、それほど有意な差異はなく、単なる説明ぶりの綾である可能性もある。

カ 用語法の混乱(ii) A 説-B 説

§ 29 前掲民事証拠法大系第4巻12頁は、処分証書で形式的証拠力が認められれば文書に記載された法律行為はあったものとして事実を認定しなければならない「機能」を有している、と強くA説的な言辞を用い、その「機能」として、「形式的証拠力が認められれば、当該文書の記載内容が真実であるか否かは問題となる余地はない。すなわち実質的証拠力を有している」と述べる。しかしながら、すぐその後に、最判昭42・12・21集民89・457、同昭45・11・26集民101・565、同昭47・3・2集民105・225を引いて、契約書等の処分証書が存在する場合には、その成立が認められれば、「特段の事情がない限り一応」その記載どおりの事実を認めるべき、とB説を述べている(同頁)。

しかしながら、Y説を取るならば、形式的証拠力が認められれば、形式的証拠力の定義からして、作成者が真実その文書に記載された文字という形でその意思を表示したことが確定するのだから、Y説の定義からしてA説にならざるを得ないはずであり(榎本論文30頁参照)、この説明は読者をして混乱させるというべきではないだろうか。

裁判実務を担う裁判官としては、原則による類型的な処理方法を確立しつつ 特別な案件では事案に応じた柔軟な解決法を取る途を確保しておきたい、とい うニーズがあるので、「特段の事情」概念が多用される傾向にあると思われるが、 ここでもA説を取りつつも「特段の事情がない限り一応」というB説が混入 しているようである。

とするならば、A説とB説も、説が対立するというよりは、未だ説として 確立していない状態だというべきではなかろうか。

キ 判例の立場

§30 さきほど引用した(カ)の文献に引用されている判例群は、契約書等の実質的証拠力に関する判例であるが、いずれも「処分証書」という用語は用いておらず、かつ、契約書等の成立の真正が認められる場合に、特段の事情を検討する余地なく事実を認めるべきだとは判示していない。この点、榎本論文が指摘するように¹⁶⁾、最高裁判所の判例といえるもので文書の証拠力に関して処分証書の用語を用いたものはないのではないかと思われる¹⁷⁾。書証の証拠力を中心におきつつも、有力な間接事実をも総合して判断すべきとしているのであり、処分証書にあたる書証の証拠力のみによって契約成立の認定をしているのではないと思われる。

(3) 定義の再考

ア 説の非対立 (処分証書概念の内側で)

§31 §19で述べたように、K説によれば、法律行為等の記載は客観的・外形的に存在するものであり、Y説による場合でも、外形的には法律行為等が必ず記載されるのだから、K説概念はY説概念を完全に包摂している。すなわち、Y説は、K説のうちの特殊な場合を記述するものであるといえよう。だから、両説は、相反するものではなく、説の対立というものではないのではないか。また、K説によりつつ、記載された事柄から直接に法律行為が行われたことが認められることになるというのであれば(あるいは、そのような場合が「記載が

¹⁶⁾ 榎本論文32頁注14)。裁判所ホームページで文書の証拠力と関連する判例で処分証書の用語を用いるものは一件もなかったとのことである(筆者も、「クロスレファレンス 民事実務講義」執筆時に試みたが同様であった)。

^{17) 「}クロスレファレンス民事実務講義 | 380頁(§472の後注)で触れたところである。

ある」の意味だと解する場合)、それはY説を述べていることに帰するとも思われる。

相反しないと考えるならば、両説を取り入れて、次のように言えそうである。

- (i) K説の定義により、一般的に、契約書(その契約条項)は広く処分証書に 該当する(「甲1は契約書だから処分証書だ」)。
- (ii) 訴訟において甲1の成立の真正が争われた場合でも、K説を下敷きにして「甲1は外観上処分証書らしきものだから、その成立の真正が審理の主眼 | になる。
- (iii) 審理の結果、甲1の成立の真正が認められた場合、Y説によって「処分証書である甲1の成立の真正が認められたのだから、作成者が甲1記載の法律行為をしたことが確定する | ことになる (ここで、A・B 説がありうる)。

従前の説は、実際上このように機能している面があるといえないであろうか。 もし、このように考えた場合は甲説は無意義なものとなり、契約書があれば「三 段の推定」(→§11) が常に働くことになろう。このようなものとして処分証 書概念を構成することも可能ではあるかもしれないが、これは処分証書に2つ の意味を与えているのであり、概念を構成する以上は、その定義概念は可能な 限り、明確にすべきであると思われる。

私見では、Y説によることが適当な事象は存在すると考えるが、その場合 § 19 で指摘したように、「法律行為が文書によって行われている」という定義をいかなる意味で用いることにするのか、この点の意義を十分に検討すべきであると考える。この点の私見は本稿の最後第四で触れる。

イ 要式行為との関係

§32 Y説の定義を学んで、最初に感じる素朴な疑問は、文書によって法律行為がなされ同法律行為は文書と離れえないというならば、それは「要式行為」のことではないのか、ということではなかろうか。しかし、保証契約以外の殆どの契約は要式行為ではないにもかかわらず、多くの教科書では、一般的に、契約書は処分証書だと教えている。

この点、「岩松=兼子法律実務講座」は、処分証書において、「この法律的行

為は当該文書を離れては存在しない」ものであり、「処分証書とは、法律的行為の具現物ないし化身(Verkörperung)であ」るという(254頁、§5参照。「事例で考える民事事実認定」も「具現物ないし化身」という表現を用いている)。ここでいう、法律的行為が文書に「具現ないし化体」している(verkörpern)ことが処分証書の特徴なのであろうか。

しかし、そもそも人の思想を文書に記載すれば、その人に直接聞かずとも文書に接すればあたかもその人の思想を直接に感得することができるように、比喩的に文書が「化身」(Verkörperung)となっていると言うのであろう。すなわち、思想内容を文書に具現・化体することは処分証書特有のことではなく、報告文書を含めた文書全般についていえることであると思われる。この点、ドイツの民事訴訟法の教科書を見ても、証書一般の概念の説明として(処分証書や報告文書の区分を述べる前に)、冒頭部分に「民事訴訟法における証書Urkundeは、文字による思想の化体物(Verkörperung)である。」というような説明がある¹⁸⁾。

§33 処分証書概念を、要式行為以外の法律行為について、「法律的行為が文書に 化体したものであり、それゆえ、当該文書を離れて法律的行為は存在しない」 (「岩松=兼子法律実務講座」254頁、A説の論理的前提であろう)という意味 に規定するとしたら、それは文書の性質から(伊藤眞前掲417頁参照)、ある いはその定義から、文書を離れて存在しえないという特別な法律行為の性質を 規定していることになろう。

しかし、上述のとおり思想等が文書に化体することは、報告文書を含めた文書全般についていえることであって、処分証書特有のことではない。そうだとしたら、「文書を離れては存在しえない」という特別な法律行為の概念が先行しており、そのような特別な法律行為が実体法上認められると仮定して、同法律行為を文書に化体したものが処分証書と呼ばれるべきものだ、ということになるのではなかろうか。

¹⁸⁾ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 119, Rdnr.1

すなわち、文書ありき(文書→法律行為)と考えるのではなく、法律行為ありき(法律行為→文書)と考えるのが、法律的事象を考える通常の思考法ではなかろうか。この点、事実認定の場面で考えても、書証は通常、法律行為の存否を立証する「手段」であるのだから、書証が法律行為に先行するということは例外的な事象を考えていることにほかならないのではなかろうか。

§34 次に、「岩松=兼子法律実務講座」は、要式行為でない法律的行為でも、後日の証明のために当該行為が文書で行われる場合がありその場合の文書は処分証書になるとしている(254頁)。つまり、多くの要式行為でない法律行為の中で「後日の証明のために当該行為が文書で行われる場合」を取り出して処分証書に該当するのだと述べる。

しかし、我々が民事訴訟で出会う契約では、「証明のために文書を作成している」ことが殆どではないかと思われるが(契約書の末尾に、「本契約成立の証として本書を2通作成し各自1通保管するものとする」などと記載されることも多い)、果たして証明のために「文書を離れては存在しえない」法律行為をすることが多いだろうか。この点、次の(キ)「複数文書の問題」を検討した後、(ク) § 37 において私見の出発点を述べる。

キ 複数文書の問題

- §35 Y説とK説とで差が出るとされる「複数文書」の問題について(§25参照)、 次の設例をもとにして検討し、複数文書の問題を起点として、私見の主題の要素となる、「要証事実と証書の関係」について検討したい。
 - ① 同時に同じ内容の契約書を2通(a、b)作成した場合
 - ② 同時に、1通 c は代金1000万円の真の契約書、もう1通 d は税務署提出用の 800万円の契約書を作成した場合
 - ③ 平成29年10月1日付契約書 e があるが、挙証者である原告は、「平成29年10月1日に契約締結し、平成29年10月2日に e を作成した」と主張している場合
 - ④ 平成29年11月1日付契約書fがあるが、同日、fの内容の一部を補充する覚書gも作成した場合

これらの事案のうち、田中豊前掲55頁(§25)は、上記②の例を挙げて、意思表示成立についての表示主義の立場から、記載の外形から処分証書であると決定できるようにするために K 説を取り、意思表示ないし法律行為の記載があれば処分証書であるとする。大島前掲576頁(§26)も、K 説を取るならば法律行為の記載がある処分証書となると説明している(大島判事自身は Y 説を取るから処分証書としないことになろう)。

このような考え方は、意思表示の成立について表示説を徹底すれば違和感なく認められるのであろうが(仮に、税務署用の契約書 d を楯に取って契約金額が800万円だという主張があれば、そのような契約は成立しているが、効力発生を障害する事由 = 虚偽表示等があると考えるのであろう)、真の契約書以外の契約書に記載された内容の契約も同時に成立しているという見解は、やや常識に反するようにも思われるところである¹⁹⁾。

§36 ここで、③のケースについてみると、Y説による場合、原告の主張によれば、 平成29年10月2日に作成された契約書eは、それによって原告主張の契約が 行われたものではないから処分証書ではない。では、仮に被告は契約書eは 10月1日作成されたものだと主張する場合、被告の主張によればeは処分証書 だということになりそうであるが、1つの書証eが同時に処分証書であり処分 証書ではないということになるのだろうか(契約内容の一部について争いがあ るケースなどが想定される)。

①及び④のケースについてみると、2通の処分証書が存在することになりそうであるが、契約の個数をどう考えることになるのだろうか。また仮に、そのうちの1つの書証の形式的証拠力は認められるが他の書証の形式的証拠力が認められない場合、契約の成否をどのようなに考えることになるのだろうか。

¹⁹⁾ 前掲注14) 引用の賀集唱「契約の成否・解釈と証書の証明力」186頁は「なんとしても不自然」であるとして、真の契約書のみが処分証書と扱われているものと憶測する、と書いている。

ク 私見の出発点

§37 このように、定義の問題から浮かび上がってくるのは、文書の外においてな される合意と、文書との関係をどのように考えるかという課題である。

前記③のケースが示唆するのは、文書の記載そのものからは何も決定することはできず、訴訟当事者が「その文書によって契約をした」と主張する場合に、その当事者(挙証者。③の被告はeを乙号証として証拠提出することになろう)の主張との関係で処分証書となりうるということであろう。だから、当事者の主張内容と無関係な意味でのK説は無内容というべきと思われる。そこで以下ではY説の意味での処分証書について検討する。

思うに、一般に当事者間の合意の成立と文書作成との関係は、次の二つ場合があると思われる。(i)文書作成に先行して契約の合意が成立し、立証の便宜のために文書を作成する場合は、文字どおりその文書は証明のために作成された文書であり、当事者も突き詰めた意味で「よってした」とは主張しないであろうから、処分証書ではないと解するのが自然であろう。その場合の要証事実は、もちろん文書の外での契約締結合意の存在である。

一方、(ii)単に立証の便宜のための文書でなく、文書によって法律行為を行うこととする事象もありうる(文書上の合意が完全なものとして文書外の合意を排除するような特別な合意→§54の文献参照)。その場合は、同文書はY説「よって行われた」定義によく合致しよう。ただしかし、その場合の要証事実は、単なる契約締結でなく、「文書によって契約をする合意」、厳密には、契約締結合意と、それに加えてその契約締結を「完全に文書によることにする、という合意」の存在となろう。

そうすると、処分証書とされる文書の有する性質・特徴である「よって行われた」かどうかは、文書の外においてどのような合意がなされたかという事実が確定されなければ確定できないことになる。この出発点から、私見を後に第四で述べる。

2 「審理してみなければ分からない」問題

---「類型的信用文書」の登場

§38 訴訟になるようなケースにおいては、その証書によって法律的行為をしたか 否かが争われることが多いのだから、審理の決着が着くまでは、その証書が処 分証書であるか否かは判らない。ということは、同概念は少なくとも訴訟の審 理においては実質的な機能を果たすことはできず、Y説の意味での処分証書は 無用の概念であるということになる。

この難点を克服するためか、近時、司法研修所民事裁判教官室において「類型的信用文書」概念が形成された²⁰⁾。

- §39 「事例で考える民事事実認定」によれば、事実認定の枠組み及びプロセスは 次のようにして行われる。
 - (i) 要証事実との関係で「直接証拠」があるか(同書13、47頁参照)。
 - (ii) 直接証拠として文書がある場合、それは、「類型的信用文書」か(同35、48 頁)。
 - (iii) 類型的信用文書がある場合で、成立の真正に争いがない場合は、第1類型として、処分証書の場合は、特段の事情の存否は問題とならず、その書証記載内容どおりの事実を認定する(同49頁)。
 - (iv) 類型的信用文書がある場合で、成立の真正に争いがある場合は、第2類型として、成立の真正の立証が問題となる(その際、二段の推定が働くかが判断の中心となる、同50頁)。成立の真正が認められれば(iii)と同様の結論が確定する。
- §40 このような類型的な事実認定の枠組みは、様々な事実や証拠を思いつくままに拾い上げて羅列するような認定でなく、論理的に整理された合理的な事実認定を行うための教育的方法として、有意義なものであるといえる。そして、類型化につきまとう弊害である、硬直化したパターン思考に陥らないように、と

²⁰⁾ 類型的信用文書が登場する以前は、「挙証者がその文書の作成により法律行為が行われたと主張している文書」を「判断枠組みとしての処分証書」として、審理の結果が判明するまでの間は「仮説としての処分証書」である、というような整理がされていた時期があると聞いている。

いう注意喚起も十分になされている(同書54頁)。

ただ、このような教育的見解は、法律実務家に大きな影響を与えるだけに重要であり、研究者も加わって慎重に、その論理や学理的な検討(議論)がなされてしかるべきではないかと思われる。

筆者自身未熟な考察にしか至っていないが、さしあたり、次の疑問点ないし 議論を深めるべきポイントを提示しておきたい。

§ 41 類型的信用文書の概念と処分証書との関係をどう解するかが問題である。同書では、処分証書の外観を有する文書は、審理の初期の段階から、類型的信用文書と取り扱ってよく、争いがある場合、その成立の真正が認められた時点で、すなわち、その事案についての結論が出る時点で、処分証書であることが確定し、特段の事情の有無を検討する必要はないとしているように読める(37頁。なおB説もあることを説明しつつ、A説によることを示している)。

思うに「処分証書の外観を有する」とは、取りも直さず法律行為が記載された処分証書らしきものであることを意味しようが、その成立の真正が認められることと、要証事実すなわち当事者が同文書によって法律行為を行ったこととは、厳密には異なる事実である。従って、その文書の成立の真正が認められることによって、当然に、直接に要証事実の立証ができることにはならない。その要証事実が、成立の真正により直ちに認められるとすれば、同文書が Y 説による意味での処分証書である場合であるが、ここでは、その処分証書の確定が正に問題となっているのだから、問題は循環する。文書は雄弁ではあっても文書外のことを直接に語ることはできない(§ 37参照)。処分証書の外観を有する文書の成立の真正の確定だけで、要証事実を認定することはできないのである。

§42 そうすると、処分証書の概念を用いるとすれば、処分証書らしき文書の成立の真正に加えて、その文書が処分証書であることが別途確定されなければならない。これを行うことは、「処分証書らしき文書の成立の真正+処分証書であることの確定」、という2つの立証命題を立てていることになる。しかし、そうであるならば、最初から、文書の外にある「甲1によって金銭消費貸借契約

を締結する合意」の存否が立証命題であると解す方がよいのではなかろうか。これを本来の立証命題とすれば、その書証はもちろん重要ではあるがあくまでも立証手段である点は通常と変わらない。この立証命題が充足されるときは、同時に処分証書であることも確定することになるが、比喩的にいうと、「飛車」が「竜」に成る一手により相手玉が詰む場合、処分証書性が確定する(竜になる)と同時に要証事実の立証が成る(王が詰む)わけであるが、審理の目的や訴訟の結果は、あくまでも「王が詰む」ことであろう。書証の成立の真正+その書証の処分証書性の確定は、重要ではあろうが、審理の目標である立証命題との関係では、なお手段と位置付けられるのではないだろうか。

§ 43 この考察からも、次のような考え方が導かれる。そもそも実体法上の理解として、いわゆる処分証書によって法律行為が行われるという法現象は、§ 33、§ 37でも述べたところであるが、「書面によって法律行為を行う合意」が書面外で行われ、その実行として(たとえ同時であったとしても論理的には合意が先行して)書面が作成されていることではないか。そのように見るのが実体に合致しているのではないであろうか→ § 54 以下。

3 審理の枠組みが処分証書の形式的証拠力に集中する問題

- (1) 問題の所在
- § 44 本モデルケースで、主たる書証である甲1消費貸借契約書に加えて、甲2(領収書)が提出されたとする。中心となる書証以外の証拠や間接事実は、主要事実(要証事実)を推認させるものではあるが、主要事実の直接証拠ではない。争いのある主要事実であるYの消費貸借契約締結の意思の唯一の直接の根拠は、成立の真正が認められた甲1ということになるのである。
- §45 このような事実認定の検討が行われる場合、当然、甲2(領収書)の存在や Yの借入の動機、XとYとの関係や交渉経緯、甲1作成時の事実関係、資金交 付に関係する事実関係やその後の事情等の間接事実や証拠が検討されることに なる。そして、認定できる場合、信用できる証拠の総合的検討により、甲1の 成立の真正や特段の事情が存在しないことの認定ができたのであろうが、その

場合は同時に、YはXから金を借りる意思のもとに甲1を作成したという、厳密に言うと甲1を離れたYの意思の存在が認定できているはずである。すなわち、§17でも述べたとおり、間接事実群は甲1の成立の真正の認定にも働くし、同時に、本来の要証事実の認定にも働くのである。

§ 46 この「間接事実の補助事実的機能」について、「事例で考える民事事実認定」は、ダブルチェック、すなわち、直接事実から主要事実を認定することと並行的・重畳的に間接事実から主要事実を推認できるかを検討するのが望ましいとしている(同書 15、54 頁)。この点は、同感であるが、ただしかし、この考え方の枠組みは、なお、直接証拠たる書証が主、間接事実からの推認を従としている点でなお問題なしとしない。

(2) 直接証拠(書証)を重視する見解

- § 47 たしかに、従前から、直接証拠の意義を重視する考え方は存在していた。例えば、伊藤滋夫教授は、Y-A説を取り、形式的証拠力のある売買契約書があれば直接に(何ら他の事実の認定を介在させることなく)同契約書記載の売買契約が成立したことが当然に認められる、この契約書それ自体によって売買契約の成立が当然に認定できる、等述べる(伊藤「事実認定の基礎」(有斐閣1996)34頁)。そして、間接事実については、直接証拠があって信用できることが明らかになればその直接証拠によって要件事実を認定するという方法によればよく、間接事実によって要件事実を推認するという方法によればよく、間接事実によって要件事実を推認するという方法によるべきではない、等述べる(同80頁)。
- §48 このような考え方の枠組みは、大島眞一「新版完全講義民事裁判実務の基礎・発展編」(民事法研究会2016) 220 頁にいう、「直接証拠型」に該当すると思われる。そして、これらは「補助事実的機能を果たす間接事実」を、補助事実の機能に専念させる説ともいえよう。

(3) 間接事実も重視する見解

§49 土屋文昭・林道晴編著『ステップアップ民事事実認定』(有斐閣 2010) 62 頁

は次のように指摘する。「処分証書がありながら訴訟までに至る事案においては、特段の事情が認められて、文書に記載されたとおりの意思表示その他の法律行為がされたとは認められない事案が決して少なくない」「つまり、処分証書の形式的証拠力が認められる場合に、当然に実質的証拠力もあると安易に考えると、間違った事実認定をする危険がある」[森純子執筆]²¹⁾。このような注意喚起は、若手裁判官に警鐘を鳴らす趣旨で、「二段の推定」でも同様に行われているものと認識しているが、「三段目の推定」の場面でも同様の注意喚起が必要であることを示しているともいえよう。そうならないようにするためには、やはり、重要とはいえ書面の形式的証拠力を過度に重視せず、背後にある間接事実や事情から、本来の立証命題の認定を丁寧に行うというマインドが必要とされるのではなかろうか。

§50 この点、前掲注14) 賀集唱「契約の成否・解釈と証書の証明力」181 頁以下は、大意、次のように述べている。

コミュニケーションの過程で用いられる記号は、あたかも真空のなかで存在するかのように、固定化して考えることはできないし、完全な指示機能をもつ記号はありえず、その意味は多義的で、その使用される状況から全く独立に機能しうるものではない(190頁)。重要なのは、コミュニケーションの送り手がその記号に託した「意味」である。裁判における証拠の評価も、文書については、それが当時においてあらわそうとした意味を、裁判官は汲み取らなければならない(191頁)。文書の実質的証拠力とは、文書の記載内容の真実性と同義語として用いられているけれども、記載内容の具体的な意味が分からなければ、その真偽を判定することはできない。ある文書が処分証書にあたるかどうかを判定するには、その前提として、当該文書を作成した意図ないしねらいを確かめておかなければならない(191頁)。文書の成立の真否については、作成者とされている者自身の「意思」はかなり重視されるが、

²¹⁾ 前掲注13) 『民事訴訟における事実認定』22頁も同旨。また二段の推定の場面で同旨として、須藤典明「文書成立の真正の推定」(『判例から学ぶ民事事実認定』ジュリスト増刊2006) 56頁、前掲『民事訴訟における事実認定』135頁以下、前掲注11) 加藤新太郎編著『民事訴訟実務の基礎』134頁 [村田渉執筆]など。

それならば、実質的証拠力(証明力)の検討にあたっても、作成者が伝えようとした具体的な思想ないし意思を問題とするのが筋であると思われる。ところが、とくに処分証書の場合には、いつのまにか、それが文書の客観的な記載内容にすりかえられていばしないだろうか(209頁注(35))。

賀集判事は、いわゆる処分証書の性質を持つ文書であっても、記載された内容の意味は、文書の外にある当事者の意思を重視して受けとめなければならないケースがあることを示唆しているように思われる。「文書の客観的な記載内容にすりかえ」と言われるところは、処分証書の形式的証拠力が認められるときにその記載内容から直接に当事者の法律行為の存在及び意味まで規定してしまうことの問題点を示唆するものと解することができるのではないか、と感じられるところである。

- §51 §48で引用した大島眞一・前掲219頁以下では、直接証拠型も紹介しつつ、 大島判事自身は「総合判断型」、すなわち主要事実の認定のために、成立の真 正の認められた契約書に加えて、そのほかの間接事実も総合的に判断する方法 が妥当であるとの考えが述べられている(221頁)²²。
- §52 これらの見解は、実務家のプラクティスの問題であるから、どのように実践されるかはそれぞれの実務家次第であって、枠組みによる差異は大きくないかもしれない。しかし、やはり、後者の考え方の方が、より民事紛争の実態に沿うもので市民にとってより了解しやすい枠組みであろうと思う。実務家の意見として、二段の推定の局面についても、二段の推定だけで判決を書くと冷たい判決になりがちであるから、使える場面でも使わないことが多いとか、当該法律行為自体の存在を二段の推定によることなく認定できるかどうかにも意を払

²²⁾ 大島同書220頁では、総合判断型による場合、書証成立のために考慮する事実を、契約書の筆跡や印鑑の保管状況等契約書に関する事情のみに基づいて判断すべきとされるが、成立の真正という立証命題を認定するにあたっては、それ以外の間接事実も補助事実として機能するのが自然であり、なぜ排除されるべきなのか、筆者には理解できていない。この点、実質的に説の分岐を生じるポイントの1つになると思われる。

- うと判断の確実性が増すとか、第1類型と第2類型 (→§39) でも処分証書だけに頼ることは好ましくなく、やはり色々な間接事実の総合判断が重要だ、というようなことを耳にすることもある。
- §53 そもそも、直接証拠といっても、主要事実を推認させる間接事実との差異は程度の差異であり、推認の過程が直接的であるというにすぎないのである²³⁾。程度問題であることを、絶対的に枠組みが異なるものであるかのように扱うことは、危険な面があるのではないかと感じられる。

第四 私見の提示—「書面外の合意先行」説

1 書面外の合意が先行する

- § 54 第三において、定義の問題、審理してみなければ分からない問題、審理が形式的証拠力に集中する問題をそれぞれ検討し、論理的に、あるいはプラクティスにおいて当事者の意思も重視する姿勢の側面から、文書外の当事者の合意を要証事実として認識することによる解決法、及び従前言われる処分証書の概念に合致するのは「書面による」特殊な合意が存在する場合ではないかという見解の出発点を記した(§ 37、§ 42)。以下、この私見を、契約の場面に限定して、まとめとして記しておきたい。
- § 55 (1)契約が締結される際、書面が作成されることが殆どであるが、書面が作成される全ての場合において、書面の作成に先行する当事者間の何らかの合意が存在するはずである。当事者間で交渉が行われた結果としての合意に基づいて契約書が作成され双方が調印する場合はもちろん、一方が先に作成した書面により契約申込みが行われ、他方がこれを承諾して調印する場合でも、論理的には他方の、文書外に生じた承諾意思が、文書への調印を通じて表示されるとみることは可能であろう(後者の場合は、論理的な意義しかないだろうが、現実には承諾意思を生じさせるために、当該契約条項をなす文書の他に様々な働きかけがあるはずである)。

^{23) § 47} 前掲伊藤滋夫「事実認定の基礎 | 83 頁注 (1)。

- § 56 (2)書面を契約成立の証拠として民事訴訟を提起する場合、要証事実は、概括的にいえば、「○年○月○日原被告間における○○契約締結」となるが、挙証者が、「書面によって契約が締結された」と主張する場合、その主張の趣旨には、二つの場合がありうる (→§ 37)。すなわち、(i)立証のために書面を作成した場合、(ii)書面によって法律行為を行う特別な合意があり、それに基づいて書面が作成される場合である。いずれの場合においても、書面との関係でいえば、要証事実は書面の外においてなされた合意の存在である。
- § 57 (ii)の書面によることの特別な合意としては、いくつかのケースが考えられよう (→ § 60)。この点、滝沢昌彦教授による、契約の成立と書面の関係についての研究が参考になる²⁴⁾。滝沢教授は、契約書を作成すること自体が意思表示で (Y説の理解)、その形式的証拠力が認められれば契約の成立が当然認定されることになるが、その論理どおりにならないケースがあることを紹介され (1008 頁以下)、同形式的証拠力が認められたとしてもその意思表示と矛盾する合意がなかったことの証拠にはならず、書面上の意思表示と矛盾する合意が存在する場合には処分証書のどおりの契約を認定できないことがあること等を明らかにされている (同 1013 頁)。
- § 58 ただ、本稿は、処分証書概念の訴訟実務において果たすべき機能という点に 絞って再考するものであり、処分証書らしき書証による契約成立が主張される 場合に、同書証取扱いの問題を、文書外の当事者の合意を要証事実として認識 する方法により解決することを提案するにとどまるものである。

2 私見による帰結

- (1) 私見の内容
- §59 私見(提案)の帰結としての内容を、本モデルケースに当てはめる形でまとめる。
 - (i) X は甲1により XY 間本件消費貸借契約が成立したと主張している。そ

²⁴⁾ 滝沢昌彦「処分証書による法律行為の証明」 - 橋法学13巻3号 (2014) 1007 頁以下。

こで、裁判所は、甲1記載の契約内容・その日付等とX主張の契約内容・その成立日等を対照検討し、そのずれが有意に大きい場合には、甲1の実質的証拠力は、特に強くないといえるので、成立の真正が認められた甲1は他の間接事実同様に要証事実を推認する機能を果たすに過ぎない。

(ii) 特にずれがない場合、要証事実であり争点である本件消費貸借契約の成立を、甲1の成立の真正を中心において審理し、それが認められる場合は、特段の事情がない限り要証事実を認定する。この場合でも、甲1はあくまでも立証のための手段だから、甲1の実質的証拠力だけに依拠するのでなく、総合的な判断 $(\rightarrow \$51)$ を行うことが望ましい。

XY間の人間関係や経緯といった間接事実は、甲1の作成についての補助事実として機能するが、要証事実推認のための間接事実としても機能する。市民のために分かりやすく納得感のある判示方法としては、なるべく丁寧に間接事実による認定過程を判示するのが相当であると思われる。

§ 60 (iii) もし、Xが、本件消費貸借契約は甲1によって行うという特別な合意があったと主張する場合、裁判所は釈明して、例えば、書面外の合意を一切排除する、あるいは抵触する合意を排除する、あるいは、書面外の合意や事情による書面内容の補充・解釈を許容する、あるいはしない等いかなる合意があったと主張するのかを明確にさせる²⁵⁾。そして、その主張内容に応じて要証事実は変化する。甲1は、釈明を通じて定まった争点=要証事実の立証のための書証であり、書面によって合意がなされたという主張からして、従前言われる処分証書に該当しうることになるが、要証事実はあくまでも書面外の合意であるから、事実認定の構造や判決のロジック等は、突き詰めれば(ii)と変わるところはない。

²⁵⁾ これらの合意のバリエーションについて、滝沢前掲注 24) 1018 頁以下「処分証書の合意の3つの命題」を参考にさせていただいた。但し、私見は、合意の内容としては様々なものがありえ、処分証書の合意というものの内包を一律に決定できる性質のものではないと考えるし、そもそも処分証書という用語を使用する必要性がないのではないかと考えるものである。

§61 結局のところ、これらの審理及び判決のロジックにおいて、処分証書という中間概念は必ずしも使用する必要がないことが分かる。なお、類型的信用文書という概念は、通常重要な証拠力を持つ文書というくらいの意味合いであるから、教育的場所を離れたところでは使用する必要性は必ずしもないのではないかと思われる。

(2) 私見と実務への影響

- §62 私見は、「処分証書」という概念を訴訟実務で用いた場合の問題点を指摘し、その概念及びその元になる認識の枠組みを明確にしようとする試みであった。 結論として、かかる中間概念を用いなくとも、十分に実務として運用できるのではなかろうか。(1)で述べたように、事案の処理について、現行実務を実質的に変えるものではないものと思われるからである。
- § 63 ただ、私見のように、要証事実を事案に応じてより厳密に認識しようとする 試み(その反面で不要な中間概念の使用はやめる)は、教育的な場面において、 学修者や司法修習生をして、中間概念をケースにあてはめる際の混乱や(例: § 35 に掲げた複数文書のケース)、パターン化した思考に陥ることを未然に防 ぐだけの一定の効果が認められるのではないかと考えている。

本稿の未熟な問題提起が、今後に開かれた議論に一定の視点を提供することになることを願う。

第五 終わりに

「処分証書」については、司法研修所の民事弁護教官を拝命し司法修習生を教えていた頃から(平成20年~22年)、その概念について、私自身よく分からないでもやもやとしていたところであり、また、パターン化思考に陥りがちな司法修習生に、どのように指導するのがよいのか、悩みが多かった問題の1つでした。

植草先生は、民事弁護教官の先輩でもある経験豊富な先達であり、間近にその謦咳に接することができたことは、私自身の職業人生にとり大変幸福なこと

であったと感じております。その植草先生のご退職記念号に、本稿を掲載できたことは**使**倖に感じています。

(きょうの・てつや 筑波大学法科大学院教授)

論説

フランス法における家族のメンバーによる 不法行為と責任

---家族のあり方と民事責任法の枠組----¹⁾

白 石 友 行

はじめに

- I. 家族外に対する責任の展開
 - 1. 未成年の子の行為に基づく家族のメンバーの責任
 - 2. 精神障害者の行為に基づく家族のメンバーの責任
- Ⅱ. 家族外に対する責任の基礎
 - 1. 家族外に対する責任をめぐる議論の再解釈
- 2. 家族外に対する責任をめぐる議論の分析 おわりに

はじめに

ある者が家族外の者の権利や利益を侵害したとき、その者の家族のメンバーとして捉えられる者は、どのような場合に、どのような根拠に基づき責任を負うか。家族と関わりを持つ形で生ずる民事責任法上の諸問題を、ある者が家族外の者に対して家族と関連を持つ形で被った損害の賠償を請求する場面(家族の保護)と、ある者が自己と家族の関係にある者または家族外の者に対して家族との関連で生じた損害について責任を負う場面(家族の責任)に整理し、更

¹⁾ 本稿は、退職記念号に掲載する論文に相応しいものとするため、本誌への連載を予定していた「民事責任法と家族——フランス法——」の一部(II 2 の部分)を1つの完結した論文にし、分量を抑えるために、その叙述を半分以下に圧縮して、判例および文献の引用を最小限にとどめたものである。そのため、詳細な分析、判例および文献の補充は、上記論稿(本誌次号以下に掲載予定)の中で行われることが予定されている。なお、本稿の内容の一部については、2017年8月24日(木)および25日(金)に開催された関西フランス法研究会で報告する機会を与えられ、出席者から有益な意見を賜った。改めて感謝申し上げる。

に「家族の責任」を、家族内での権利や利益の侵害に起因する責任(家族に対する責任)と、家族外での権利や利益の侵害に起因する責任(家族外に対する責任)に分けるとすれば、この問いは、「家族外に対する責任」に関わる。本稿は、この「家族外に対する責任」に関するフランス法の議論について、家族のあり方と民事責任法の枠組という2つの視角から分析し、日本における議論の状況と比較することを通じて、前稿で得られた検討の成果²⁾を補強しようとするものである。以下、前稿の検討内容と本稿の問題意識をごく簡単に提示する。

「家族外に対する責任」を検討する際には、④いかなる範囲の者の不法行為または行為に関連して、®いかなる範囲の者が、©どのような場合に、®どのような理由に基づき責任を負うかという諸問題に関心が向けられる。そして、これらの問題の相互関係は、®が▲®©の理解を支えるという形になっている。しかし、これまでの議論では、®に関して家族関係の存在やその特殊性といった曖昧な理解が示されるだけで、®を出発点として④®©の解釈を基礎付けるという発想が希薄であった。従って、こうした状況に鑑みれば、家族関係の存在やその特殊性という表現に与えられている意味を明確にした上で、®を起点としてこれまでの議論を再解釈し、そこから定式化される各アプローチが④®©の問題にどのような含意を持つのかを探求すること、つまり、家族の捉え方という観点から「家族外に対する責任」の問題を検討することが有益である。

このような問題関心を出発点として、これまでの議論を大枠として整理すると、そこには、「家族外に対する責任」の基礎となる家族関係の存在またはその特殊性とは、①直接行為者と責任を負うべき者との間に存在する法定的な身分や地位の関係を意味するとの考え方と、②直接行為者と責任を負うべき者との間に存在する法定的な身分や地位の関係そのものではなく、そこから生ずる両者間の事実的な関係を意味するとの考え方が存在することが分かる。また、

①については、①-1. 法定的な身分や地位の存在それ自体に着目する考え方と、①-2. 身分や地位そのものではなく、そこから生ずる法定的な権利義務関係の存在に着目する考え方とに区別することができる。そして、これらを①の理解として定式化すると、ある者の行為との関連でその者の家族のメンバーが責任を問われる理由については、それぞれ、直接行為者と責任を負うべき者との間に法定的な身分や地位の関係が存在するからであるという理解(①-1)、責任を負うべき者が直接行為者について身分や地位に基づきその行為を監督しまたはその者を教育する義務を負っているからであるという理解(①-2)、責任を負うべき者が直接行為者との間で形成している事実上の関係に基づきその行為を監督する義務を負っているからであるという理解(②)として把えることができる。

これらの理解について、家族として捉えられる者は誰か(家族の枠)、家族のメンバー相互の関係はどのように把握されるか(関係把握)、それぞれの家族は典型的な家族像や当該家族以外の存在とどのような関係にあるか(家族の自律性)という家族のあり方に関わる3つの視点から分析し、そこに、各理解から導かれる帰結が、民事責任法の要件および効果と十分に接合しているか、民事責任法の本質や目的と整合しているか、各理解は民事責任法の枠内で斟酌されるべき対抗価値や当該問題の解決に際して考慮されるべき諸価値に十分な配慮をすることができているかという民事責任法の枠組に関わる3つの視点からの検討を付け加えると、以下のように評価することができる。

まず、①-1によれば、家族内における個人の自律が著しく制約されるだけでなく、各家族に対して典型的な家族像が強制され、また、家族それ自体の自律性が過度に強調される結果、民事責任法上の問題が家族内での処理に委ねられてしまうといった問題が生ずる。次に、①-2には、身分や地位に着目するだけでは被害者に対して十分な民事責任法上の保護を与えることができない場面が生じてしまうこと、民事責任法上の義務と家族法上の義務とが同一のレベルで把握されることになるため、被害者への賠償を確保するために前者の義務を高度化すると後者の義務まで重くなってしまうことなどに問題がある。これ

に対して、②によれば、家族と関わりを持ちつつ生きている現実の個人が起点とされるため、ある家族のメンバーがほかのメンバーに従属することも、特定の家族像が強制されることも、家族という存在のために個人が犠牲にされることもなく、②は、現代の多様化した家族のあり方、家族を個人の幸福を実現するための手段として位置付ける見方に適合的である。そのため、「家族外に対する責任」、更には、民事責任法が家族と関わりを持つ場面については、②を基礎に据えた解決や解釈論が展開されるべきである³)。

ところで、「家族外に対する責任」の問題は、フランスでも生じている⁴。 その中で、未成年の子の行為に基づく父母または家族のメンバーの責任、精神障害者の行為に基づく家族のメンバーの責任については、その基礎および要件の理解に関して、判例が変遷してきた。そして、これに対応する形で展開されてきた議論には、「家族外に対する責任」を家族との関係で把握しようとする姿勢が日本におけるよりも鮮明な形で現れており、この議論を掘り下げて分析していくと、そこには、「家族外に対する責任」について、これを行為者と責任を負うべき者の間に存在する身分や地位によって基礎付ける考え方と、両者の間に存在する身分や地位から切り離された事実上の関係によって基礎付ける考え方とを看取することができる。従って、フランス法における「家族外に対する責任」の議論を検討することによって、日本法の下で見られた各考え方が特殊日本的なものではないことが明らかにされる一方、各考え方に対する評価をより確実なものにすることができる。また、フランスでは、かつては、身分や地位から生ずる義務または事実的な関係から生ずる義務の違反を問題にする

³⁾ 以上について、拙稿・前掲注(2)「3・完」21頁以下。

⁴⁾ 先行研究として、久保野恵美子「子の行為に関する親の不法行為責任 (1) (2) — フランス法を中心として— 」法協 116巻4号 (1999年) 1 頁以下、117巻1号 (2000年) 82 頁以下、北村一郎「フランス法における《他人の所為による責任》の一般原理の形成」高翔龍先生日韓法学交流記念『21世紀の日韓民事法学』(信山社・2005年) 435 頁以下、奥野久雄『学校事故の責任法理』(法律文化社・2004年) および同『学校事故の責任法理Ⅱ』(法律文化社・2017年) 所収の諸論稿等がある。本稿は、これらを参考にしつつも、家族のあり方と民事責任法の枠組という独自の視点から、この問題を検討しようとするものである。

考え方が支配的であったものの、今日では、その範囲をどこまで認めるかという点を別とすれば、身分や地位の存在それ自体を問題にする考え方が一般的である。これは、日本とは異なる現象であり、その背後には、フランス法に特殊な事情が控えている。そのため、こうした動向の要因を探求することを通じて、日本の背景事情とフランスのそれとの間に大きな相違があることを示すことができれば、日本法の下で②を基礎とすべき旨を説くことの意義もより明確になると考えられる。

以下では、この問題についてのフランス実定法の展開を本稿の検討に必要となる範囲で整理した上で(I)、実定法の展開を受ける形で行われてきた議論を再解釈し、これらを家族のあり方と民事責任法の枠組という2つの視点から分析して、日本法の状況と照らし合わせつつ検討する(II)。

I. 家族外に対する責任の展開

フランス民法典1242条(旧1384条)4項は、同居する未成年の子が生じさせた損害については親権を持つ父母が連帯して責任を負うべき旨を規定し、同条7項は、父母がこの責任を生じさせる行為を阻止することができなかったことを証明すればその責任を免れるとしている。この未成年の子の行為に基づく父母の責任に関しては、判例上、その基礎および要件の理解について変遷が見られる。これに対して、父母以外の家族のメンバーが未成年者の行為について責任を負うか、また、家族のメンバーが精神障害者の行為について責任を負うかという点に関しては、民法典に特別の規定は置かれていない。もっとも、これらの家族のメンバーも、自己にフォートが存在し、これによって損害が生じたと評価されるときには、不法行為の一般原則を定めた1240条(旧1382条)および1241条(旧1383条)によって賠償を義務付けられる。また、上記の各場面について、他人の行為に基づく責任に関する判例法理の適用があるかも問題となる。

以下、未成年の子の行為による場合(1)と精神障害者の行為による場合(2)とに分けて、「家族外に対する責任」についての判例の展開を跡付ける。

1. 未成年の子の行為に基づく家族のメンバーの責任

未成年の子の行為に基づく家族のメンバーの責任を検討するためには、その前提として、未成年の子自身の責任がどのように扱われるかという点を明確にしておかなければならない。判断能力の不十分な者が加害行為をした場合にその者に免責を与えるべきかという問題と、これを肯定するときにその者の代わりに責任を負うべき者を、または、これを否定するときにその者と併存して責任を負うべき者をどのように予定するかという問題は、密接に関連するからである((1))。その後、未成年の子が加害行為をした場合にその父母または家族のメンバーがどのような場合にいかなる根拠に基づいて責任を負うかという点について、実定法の展開過程をごく簡単に整理する((2))。

(1) 未成年者自身の責任 5)

当初、フォートが成立するためには、違法性、義務違反、行為の過誤などの客観的要素に加えて、意思、理性、識別能力などの主観的要素が存在していなければならないとされていた。そのため、低年齢の子は、フォートを犯すことができず、不法行為責任を問われることもないとされた60。その後、1968年1月3日の法律により、414-3条(当時は489-2条)が付加され、他人に損害を生じさせた者は精神障害の状況にあったとしても賠償を義務付けられるとされたことから、低年齢の子が不法行為をした場合に関しても、精神障害者が不法行為をした場合と同じように理解すべきかどうかについて、議論が生ずることになった。

414-3条については、精神障害者に対して、主観的要素から切り離された客

⁵⁾ 文献の所在も含め、拙稿『契約不履行法の理論』(信山社・2013年) 86 頁以下を参照。

⁵⁾ 精神障害者による加害行為の場合も含め、Cf. Cass. crim. 10 mai 1843, D. 1843, 1, 670; Cass. req. 14 mai 1866, D. 1867, 1, 267; Cass. req. 18 janv. 1870, S. 1870, 1, 97; Cass. req. 21 oct. 1901, D. 1901, 1, 524; etc.

観的なフォートに基づく責任を負わせた条文として捉える読み方 7 、リスクに基づく責任を負わせた条文として捉える読み方 8 、衡平または扶助の思想に基づく保証を義務付けた条文として捉える読み方 9 などが存在している。第1の読み方を前提にすると、同条は民事責任法全体に影響を及ぼすことになり、低年齢の子も、客観的な意味でのフォートを犯すことができるため、不法行為責任を問われることになるが、第2または第3の読み方を採用すれば、低年齢の子自体をリスクと見ることはできず、また、資力の乏しい低年齢の子に賠償を義務付けることが衡平や扶助の精神に適うとは言えないことから、同条は精神障害者による加害行為の場面だけを対象とすることになり、低年齢の子が不法行為責任を問われることもなくなる 10 。

判例は、まず、加害行為をした者が精神障害者であれば、成年者であるか未成年者であるかを問わず、414-3条の適用が問題になるとしたが¹¹⁾、精神障害者ではない低年齢の子が加害行為をしたケースでは、低年齢の子が不法行為責

⁷⁾ Geneviève Viney, Réflexions sur l'article 489-2 du code civil: À partir d'un système de réparation des dommages causés sous l'empire d'un trouble mental, une nouvelle étape de l'évolution du droit de la responsabilité civile, RTD civ. 1970, pp.263 et s. : Henri Mazeaud, La 《faute objective》 et la responsabilité sans faute, D. 1985, chr. pp.13 et s. : etc.

⁸⁾ René Savatier, Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil, D. 1968, chr. n°11, p.115 : Marc Puech, L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle, préf. Alfred Rieg, Bibliothèque de droit privé, t.129, LGDJ, Paris, 1973, n°55 et s., pp.66 et s. (ただし、ありうる基礎の1つとして提示するものである): Louis Bach, Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français, RTD civ. 1977, n°575 et s., pp.44 et s.; etc.

⁹⁾ Nooman M. K. Gomaa, La réparation du préjudice causé par les malades mentaux, RTD civ. 1971, n°s58 et s., pp.49 et s.: Raymond Legeais, Un arrêt, une loi, une drôle de faute?, in, Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari, Dalloz, Paris, 2000, pp.111 et s.: Jacques Massip, Les incapacités, préf. Jean Carbonnier, Defrénois, Paris, 2001, n°433, pp.343 et s.: etc. また、同条制定前のものであるが、Cf. Georges Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4ème éd., LGDJ, Paris, 1949, n°125, pp.230 et s.

¹⁰⁾ ただし、第3の読み方を前提とし、被害者への賠償の確保という観点を強調すれば、 414-3条はそれまで行為者の免責が認められてきた場面のすべてに影響を及ぼすことにな るように思われる。

任を問われることはないと判断していた 12 。ところが、その後、破毀院連合部 1984年5月9日判決は、9歳の少年が放火をしたという事案でこの未成年者の 責任を肯定するにあたり、また、3歳の少年がブランコに乗っていたところ手 にしていた棒によって友人を失明させたという事案でこの未成年者の物の所為 に基づく責任を肯定するにあたり、低年齢の子の不法行為責任を肯定するに際して、その者に識別能力があったかどうかを探求する必要はないと判断した $^{13,14)}$ 。そして、この判例は、414-3条について第1の読み方を前提とし、客 観的フォートを採用したものとして位置付けられている 15 。

ところで、低年齢の子のフォートを肯定するに際してその子に主観的要素が備わっている必要はないとしても、客観的要素について低年齢の子の行為をどのような基準によって評価するかという点が問題となる。学説によれば、低年齢の子に義務違反や行為の過誤が存在したかどうかは、同じ状況に置かれた同程度の年齢の子の行為ではなく、良家父の行為と比較することによって評価す

¹¹⁾ Cass. 1^{re} civ. 20 juill. 1976, Bull. civ. I, $n^{\circ}218$; Cass. 2^{eme} civ. 2 avril 1979, D. 1979, IR. 38; etc.

¹²⁾ Cass. $3^{\text{éme}}$ civ. 30 oct. 1969, Bull. civ. III, $n^{\text{o}}684$; Cass. $2^{\text{éme}}$ civ. 7 déc. 1977, Bull. civ. II, $n^{\text{o}}233$; etc.

¹³⁾ Cass. ass. plén. 9 mai 1984, Bull. ass. plén. n°1 à 5の第1事件と第3事件がそれである。また、第4事件と第5事件では、5歳の少女がYの運転する自動車と衝突し死亡したという事案、13歳の少年が農場の電気設置工事のミスに伴う感電により死亡したという事案で、識別能力があったかどうかを探求することなく当該未成年者のフォートを考慮して賠償額を減らすことができるとされている。また、第2事件では、7歳の少年が製作していた弓で矢を放ち友人を失明させたという事案で、1242条4項に基づき父母の責任が推定されるためには、同居する未成年の子が被害者によって援用されている損害の直接的な原因となる行為を犯したというだけで十分であるとして、父母の責任が肯定されている。

¹⁴⁾ その後も、同様の判断が示されている。Ex. Cass. 2^{ème} civ. 28 fév. 1996, Bull. civ. II, n°54; etc.

¹⁵⁾ François Chabas, Note sous Cass. ass. plén. 9 mai 1984, D. 1984, pp.525 et s.; Noël Dejean de la Batie, Obs. sous Cass. ass. plén. 9 mai 1984, JCP. 1984, II, 20255; Patrice Jourdain, Obs. sous Cass. ass. plén. 9 mai 1984, JCP. 1984, II, 20256; Jérôme Huet, Obs. sous Cass. ass. plén. 9 mai 1984, RTD civ. 1984, pp.508 et s.; etc.

べきものとされ、裁判例もそのような立場にあることが指摘されている¹⁶⁾。年齢は主体に内部的な事情であるため考慮されないとか¹⁷⁾、低年齢であることは統計的に見てマイノリティに属する事情であるため考慮されない¹⁸⁾というのが、その理由である。ただし、たとえ客観的フォートを前提にするとしても、低年齢の子の行為について同じ状況に置かれた同程度の年齢の子の行為と比較することは十分に可能であり¹⁹⁾、比較法も踏まえて、この点に疑問を提起する見解も存在する²⁰⁾。

(2) 家族のメンバーの責任

① 父母の責任

1242条4項が規定する未成年の子の行為に基づく父母の責任については、1990年代後半以降、判例がその基礎および要件に大きな変容を生じさせている。

¹⁶⁾ Noël Dejean de la Batie, Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, préf. Henri Mazeaud, Bibliothèque de droit privé, t.57, LGDJ, Paris, 1965, nºs22 et s., pp.55 et s. ; etc.

¹⁷⁾ Mazeaud, supra note 7, p.14; etc.

¹⁸⁾ Dejean de la Batie, supra note16, n° 163 et s., pp.142 et s.; etc.

¹⁹⁾ 年齢を考慮に入れてフォートの客観的要素を判断することは、主観的要素を再導入することにほかならないと説かれることがある (Ex. Yannick le Magueresse, Des compotements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations, avant-propos de Philippe le Tourneau, préf. Didier R. Martin, PUAM, Aix-en-Provence, 2007, n°132, pp.129 et s.: etc)。しかし、これは、主観的フォートおよび客観的フォートの対立構図と具体的フォートおよび抽象的フォートの対立構図とを混同するものである。

²⁰⁾ Françoise Warembourg-Auque, Irresponsabilité ou responsabilité civile de l' «infans», RTD civ. 1982, nºs11 et s., pp.336 et s. ; Yvonne Lambert-Faivre, L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation, RTD civ. 1987, pp. 2 et s. ; Marianne Èloi, Camille de Jacobet de Nombel, Marie Rayssac et Julia Sourd, La faute de la victime dans la responsabilité civile extra-contractuelle, in, Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presses unversitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2003, pp.54 et s. ; etc.

まず、1980年代までの判例が前提としていた父母の責任についての理解は、 以下のようなものであった²¹⁾。

第1に、1242条4項により父母が負う責任は、父母の監督または教育上のフォートに基づく責任であり、同項は、このフォートの存在を推定した規定である²²⁾。そのため、父母は、未成年の子に対する監督および教育について良家父の注意を尽していたことを証明すればその責任を免れる。このことを同条7項が規定している。もっとも、監督または教育上のフォートの不存在に関する判断の仕方には変遷が見られる。初期の裁判例には、フォートの不存在を厳格に判断し、父母の免責を容易に認めないものが多かったが²³⁾、その後の裁判例は、比較的柔軟な形でフォートの不存在を認定し、父母の免責を認めてきた²⁴⁾。ただし、その中でも、低年齢の子による不法行為の場合には、フォート

²¹⁾ 裁判例の所在について、Cf. Pierre-Dominique Ollier, La responsabilité civile des père et mère: Étude critique de son régime légal(art. 1384 al. 4 et 7 c. civ.), préf. Jean Carbonnier, Bibliothèque de droit privé, t.24, LGDJ, Paris, 1961, n°s15 et s., pp.27 et s.: Marie-Christine Lebreton, L'enfant et la responsabilité civile, préf. Yvonne Flour, Publications de Universités de Rouen et Havre, Rouen, 1999, n°s19 et s., pp.39 et s.: Anne-Marie Galliou-Scanvion, L'enfant dans le droit de la responsabilité délictuelle, th. Nantes, 1999, n°s153 et s., pp.145 et s.: etc.

²²⁾ この点を明確に述べるものとして、Cass. civ. 30 juin 1896, S. 1900, 1, 518: Cass. civ. 6 juin 1946, D. 1946, 327: Cass. 2^{ème} civ. 12 oct. 1955, Bull. civ. II, n°436: Cass. 2^{ème} civ. 16 mars 1994, Bull. civ. II, n°92; etc.

²³⁾ 例えば、CA. Rouen, 30 déc. 1913, S. 1914, 2, 223 および TC. Seine, 22 oct. 1943, Gaz. Pal. 1943, 1, 226 は、19歳または18歳の子が自転車に乗っている際に事故を起こして通行人を 死傷させたという事案で、父による自転車の使用の許可や子に与えていた教育には問題が なかったとしつつ、父によるフォート不存在の主張を認めなかった。

²⁴⁾ 例えば、Cass. req. 8 nov. 1943, JCP. 1944, II, 2585 および Cass. crim. 27 juill. 1944, D. 1945, 76は、注(23)で引用した裁判例と同じ自転車事故の事案で、父が子に自転車の使用を許可するのは通常のことであり、また、しっかりとした教育もされていたとして、フォート不存在による免責を認めた。なお、父母は、良家父の注意を尽して監督および教育をしており、未成年の子による損害を生じさせる行為を回避することはできなかったとして、その免責を認めたものとして、Cf. Cass. civ. 12 janv. 1937, S. 1937, 1, 99: Cass. 2^{ème} civ. 12 oct. 1955, D. 1956, 301: Cass. 2^{ème} civ. 20 juill. 1957, D. 1958, 112: Cass. 2^{ème} civ. 31 janv. 1958, JCP. 1958, II, 10599: etc.

の不存在による免責をあまり認めず、成年に近い子による不法行為の場合には、この免責を広く認めるという傾向があったことが指摘されている²⁵⁾。これに対して、1980年代後半以降の裁判例は、再びフォートの不存在を厳格に判断する立場に回帰し、未成年の子の行為自体から父母の監督または教育上のフォートの存在を認定すべきことを示唆するものも存在した²⁶⁾。このように潜在的な形で父母の監督または教育上のフォートを認定しようとする発想は、1990年代後半以降の判例の端緒を形成している。

第2に、同居は、父母に対して監督または教育上のフォートを問うための前提となる要件である。父母は、未成年の子と同居していなければ、その子の行為を監督したり、その子を教育したりすることはできないからである。例えば、未成年の子が加害行為をした時に、当該未成年の子がバカンスのため祖父母に預けられていたという事案²⁷⁾、家族外の者に預けられていたという事案²⁸⁾、寄宿舎に入っていたという事案²⁹⁾、学校のバカンスに行っていたという事案³⁰⁾などでは、同居が存在しないとして、父母の責任は否定されている。もっとも、

²⁵⁾ Ollier, supra note 21, n°s133 et s., pp.137 et s. ; Puech, supra note 8 n°s99 et s., pp.99 et s. ; etc.

²⁶⁾ 例えば、Cass. 2^{ème} civ. 3 mars 1988, Bull. civ. II, n°58 は、リセに通う未成年の子が納屋に火を付けたという事案で、父母が子をしっかりと教育していたこと、一時的に目を離すのは一般的なことであることなどから、フォートの不存在を認定した原審につき、未成年の子の非難されるべき行為がそれ自体で監督および教育上のフォートを明らかにするものであるかどうかを探求していないとして、破棄した。また、Cass. 2^{ème} civ. 25 janv. 1989, Bull. civ. II, n°21 は、7歳の子が石を投げて通行人に怪我をさせたという事案で、子の行為の突発性に鑑みれば監督は意味を持たないものとならざるをえないなどとしてフォートの不存在を認定した原審につき、未成年の子の非難されるべき行為がそれ自体で監督および教育上のフォートを明らかにするものであるかどうかを探求していないとして、破棄した。

²⁷⁾ Cass. $2^{\text{ème}}$ civ. 9 déc. 1954, Bull. civ. II, $n^{\circ}410$; Cass. $2^{\text{ème}}$ civ. 24 avril 1989, Bull. civ. II, $n^{\circ}89$; Cass. $2^{\text{ème}}$ civ. 18 sept. 1996, Bull. civ. II, $n^{\circ}217$; etc.

²⁸⁾ TGI. Seine, 14 oct. 1965, D. 1966, 441.

²⁹⁾ Cass. 2^{ème} civ. 21 juill. 1986, n°85–13.792; Cass. 1^{re} civ. 2 juill. 1991, Bull. civ. I, n°224; Cass. crim. 27 nov. 1991, RCA. 1992, com. 124; etc.

³⁰⁾ Cass. crim. 13 déc. 1982, Bull. crim. nº282.

同居要件は、父母の監督または教育上のフォートとの関連で位置付けられていたため、未成年の子による加害行為の時に父母が現に存在していなかったとしても、時間的または場所的な近接性の観点から同居の存在を肯定するものが存在した 31 。また、未成年の子による加害行為の時に父母が当該未成年の子と同居していなかったとしても、その同居の不存在に正当事由がなければ、父母がそのことを理由に責任を免れることはできないとされていた 32 。

第3に、1242条4項により父母が負う責任が監督または教育上のフォートに基づく責任であるとすれば、これを肯定するために、必ずしも未成年の子の行為について不法行為の要件(責任原因行為)が備わっていることを要しないはずである。しかし、判例は、未成年の子に責任原因行為がなければ親の監督または教育上のフォートの存在を推定することはできないという論理を介在させることで、未成年の子に責任原因行為があったことを同項による父母の責任の要件としていた³³⁾。もっとも、このように理解すると、破毀院連合部1984年5月9日判決以前においては、行為者が低年齢の子であるときには、その子にフォートを認めることができないため、同項による父母の責任を問うこともできなくなってしまう³⁴⁾。そこで、その後の判例は、未成年の子の識別能力を操作したり³⁵⁾、未成年の子の識別能力に触れずに済ませたり³⁶⁾することによって、同項による父母の責任を肯定したほか、1960年代後半以降においては、同項による父母の責任を肯定したほか、1960年代後半以降においては、同項による父母の責任を肯定するためには子において客観的に違法な行為があれば

³¹⁾ Cass. crim. 11 oct. 1970, Bull. crim. n°283. 例えば、TC. Seine, 6 déc, 1951, Gaz. Pal. 1952, 1, 97 は、父が頻繁に子のもとを訪れていたことを捉えて、父はあたかも同居しているかのように責任を負わなければならないと判断する。また、CA. Nancy, 20 oct. 1993, JCP. 1994, IV, 2636 は、バカンスのため未成年の子が祖父母に預けられていたという事案で、父はその期間中困難なく子のもとを訪れて親権を行使することができたとして、その責任を肯定する。

³²⁾ 例えば、Cass. crim. 13 juill. 1949, D. 1949, 461 は、未成年の子が父と別居中に殺人を犯したという事案で、父の態度が同居を妨げており、同居の停止には正当事由がないとして、父の責任を肯定している。また、Cf. Cass. crim. 11 janv. 1996, JCP. 1996, IV, 1029; Cass. crim. 21 août 1996, Bull. crim. n°309; etc.

³³⁾ この点を明確に述べるものとして、Cass. crim. 15 juin 1948, D. 1948, 485 ; Cass. 1^{re} civ. 19 mai 1953, D. 1954, som. 15 ; Cass. 2^{ème} civ. 20 mars 1956, Bull. civ. II, n°204 ; etc.

足りるとする判例も現れた37)。

ところが、判例は、1990年代中頃から、1242条4項による父母の責任を二重の意味で客観化させている。父母の監督または教育上のフォートを問わないという意味での客観化と、子の責任原因行為の性質を問わないという意味での客観化である。1990年代後半以降の判例が前提としている父母の責任についての理解は、以下のようなものである。

第1に、1242条4項により父母が負う責任は、父母の監督または教育上のフォートの存在を前提としない当然責任である。そのため、父母は、未成年の子に対する監督および教育につき良家父の注意を尽していたことを証明しただけではその責任を免れない。父母が責任を免れるためには、不可抗力または被害者のフォートが存在することを証明しなければならない³⁸。

第2に、1242条4項により父母が負う責任が当然責任であるとすると、監督 または教育上のフォートを問うための前提として設けられた同居要件の位置付

³⁴⁾ その結果、未成年の子に精神障害があり、そのフォートを観念することができない場面などでは、父母の1240条に基づく責任が問題とされた(肯定例として、Cass. req. 9 janv. 1935, Gaz. Pal. 1935, 1, 382 : CA. Caen, 9 déc. 1946, D. 1947, 154 : TC. Nice, 13 nov. 1953, D. 1954, 145 : etc.)。しかし、これによると、父母は、理性や識別能力が備わっていない未成年の子の不法行為についてよりも、それが備わっている未成年の子の不法行為についての方が重い責任を負うことになってしまう。

³⁵⁾ Cass. 2^{ème} civ. 28 avril 1965, D. 1965, 758; etc.

³⁶⁾ Cass. 2^{ème} civ. 19 nov. 1959, Bull. civ. II, n°762; Cass. 1^{re} civ. 20 déc. 1960, D. 1961, 178; etc.

³⁷⁾ Cass. 2^{ème} civ. 16 juill. 1969, RTD civ. 1970, 575; Cass. 2^{ème} civ. 13 juin 1974, Bull. civ. II, n°198; etc.

³⁸⁾ Cass. 2^{ème} civ. 19 fév. 1997, Bull. civ. II, n°56 は、12歳の少年が自転車事故を起こしたという事案で、不可抗力または被害者のフォートのみが同居する未成年の子によって生じさせられた損害についての当然責任を免れさせるとして、監督または教育上のフォートの有無を問うことなく親の責任を肯定した原審を維持している。その他、Cass. 2^{ème} civ. 4 juin 1997, Bull. civ. II, n°168; Cass. 2^{ème} civ. 2 déc. 1998, Bull. civ. II, n°292; Cass. 2^{ème} civ. 9 mars 2000, Bull. civ. II, n°44; Cass. 2^{ème} civ. 20 avril 2000, Bull. civ. II, n°66; Cass. 2^{ème} civ. 18 mai 2000, Bull. civ. II, n°86; etc.

けも変化せざるをえない。そのため、判例は、同居要件について、現実的かつ 具体的な意味ではなく、法的かつ抽象的な意味で捉え、未成年の子の日常的な 居住の所在を問題にする。例えば、未成年の子が、両親の離婚後、母の親権に 服して母と日常的に居住していたところ、父のもとに滞在している時に不法行 為を犯した場合³⁹⁾、未成年の子が、両親の離婚後、共同親権に服して母と日常 的に居住していたところ、父による訪問権および受入権の行使中、祖父母のも とに滞在している時に不法行為を犯した場合⁴⁰⁾、未成年の子が医療教育施設に 預けられていた時に不法行為を犯した場合⁴¹⁾、未成年の子が寄宿舎に入ってい た時に不法行為を犯した場合⁴²⁾、未成年の子がバカンス・センターに滞在中 に不法行為を犯した場合⁴³⁾などでは、前二者では母、後三者では父母について 当該未成年の子との同居が肯定されている。これに対して、375条以下に基づ き少年事件担当裁判官により教育的扶助の手段として施設に預けられた未成年 の子が不法行為を犯した場合には、未成年の子と両親との間の同居は否定され ている⁴⁴⁾。

第3に、1242条4項により父母が負う責任を当然責任として理解する場合において、未成年の子の行為について不法行為の要件(責任原因行為)が備わっていることを要するかどうかは、その責任の構造をどのように捉えるかによる。この問題について、判例は、既に1980年代から、父母の責任を肯定するに際しては未成年の子について直接的に原因となる行為があれば足りるとの判断を

³⁹⁾ Cass. 2^{ème} civ. 17 fév. 1997, Bull. civ. II, n°55.

⁴⁰⁾ Cass. 2^{eme} civ. 20 janv. 2000, Bull. civ. II, n°15. 原審である CA. Besançon, 11 fév. 1998, JCP. 1998, II, 10150 は、父との間の同居の存在も認めている。また、未成年の子が長期間祖父母のもとに預けられていたという事案で両親との同居を肯定したものとして、Cass. crim. 8 fév. 2005, Bull. crim. n°44.

⁴¹⁾ Cass. 2^{ème} civ. 9 mars 2000, supra.

⁴²⁾ Cass. 2^{eme} civ. 16 nov. 2000, Bull. civ. II, $n^{\circ}69$; Cass. 2^{eme} civ. 29 mars 2001, Bull. civ. II, $n^{\circ}69$; Cass. crim. 25 sept. 2002, Gaz. Pal. 2003, 1, 996; Cass. crim. 18 mai 2004, Bull. crim. $n^{\circ}123$

⁴³⁾ Cass. crim. 29 oct. 2002, Bull. crim. nº197.

⁴⁴⁾ Cass. 2^{ème} civ. 6 juin 2002, Bull. civ. II, n°120; Cass. crim. 8 janv. 2008, Bull. crim. n°3.

示していたが⁴⁵⁾、いずれも客観的に見れば違法な行為が問題となった事案であったため、判例の一般論については様々な読み方が可能であった⁴⁶⁾。このような状況の下、判例は、未成年の子が、休み時間にラグビーのゲームをしている際に、運動会の競技中に、または、遊んでいる際に仲間を負傷させたという事案などで、父母の責任は未成年の子のフォートの存在には従属せず、これを認める前提として未成年の子の責任を検討する必要はなく、損害が未成年者の行為から直接的に生じたものであれば足りると判示している⁴⁷⁾。

② 親権を持つ父母以外の家族のメンバーの責任

親権を持つ父母以外の家族のメンバーは、未成年者と身近に接し、当該未成年者による不法行為を予見し阻止することができる状態にありながら、それをしなかったときには、1240条に基づき、自らのフォートを理由に損害賠償責任を負う。これは、判例および学説が当然の前提とするところである。

しかし、これによると、未成年者の行為により損害を被った者は、父母の責任を問うことができない場面では、当該未成年者を現実に監督していた者のフォートを証明しなければ、損害賠償を得ることができない。また、1968年1月3日の法律および破毀院連合部1984年5月9日判決以前の法状況では、未成年者の行為により損害を被った者は、当該未成年者に識別能力が備わっていなければ、この未成年者から損害賠償を得ることもできない。そのため、1990年代までは、以下の主張が展開されてきたが、いずれも実効性を欠くものであった。

⁴⁵⁾ Cass. ass. plén. 9 mai 1984, supra(第2事件)。また、Cass. $2^{\text{éme}}$ civ. 14 nov, 1984, n°83–11.742;Cass. $2^{\text{éme}}$ civ. 16 nov. 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, som. 78;Cass. $2^{\text{éme}}$ civ. 13 avril 1992, Bull. civ. II, n°122;Cass. $2^{\text{éme}}$ civ. 25 oct. 1995, RCA. 1996, com. 44.

⁴⁶⁾ Ex. Bernard Puill, Vers une réforme de la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants?, D. 1988, chr. n°3 et s., pp.185 et s. ; etc.

⁴⁷⁾ Cass. 2^{ème} civ. 10 mai 2001, Bull. civ. II, n°96; Cass. ass. plén. 13 déc. 2002, Bull. ass. plén. n°4; Cass. 2^{ème} civ. 3 juill. 2003, Bull. civ. II, n°230; Cass. 2^{ème} civ. 29 avril 2004, Bull. civ. II, n°202; etc.

まず、親権を持つ父母以外の家族のメンバーに対しても 1242条4項の適用を認めるべきであるとの主張について、判例は、一貫してこれを否定してきた $^{48)}$ 。次に、同項の同居要件が現実的かつ具体的に評価されていた時代において、同条に列挙されていない者に未成年者が預けられた場面(つまり、同条各項の責任を正面からは認めることができない場面)では、判例は、各項の資格を拡大することによって、未成年者を預かった者のフォートの推定に基づく責任を問題にしてきたが $^{49)}$ 、この手法は、言葉の解釈として問題を孕むほか、教師の資格を拡大する解釈については、教師の責任の改正により実効性を欠くに至っている $^{50)}$ 。最後に、同条に列挙されていない者に未成年者が預けられた場面では、同条1項の中に他人の行為に基づく責任の一般原則を読み込むことによって、未成年者を預かった者のフォートなしの責任を問おうとする主張も展開され 51 、裁判例の中にはこれを認めるものもあったが 52 、1980年代までの

⁴⁸⁾ Cass. crim. 24 mai 1855, D. 1855, 1, 426 : Cass. civ. 22 juill. 1891, D. 1892, 1, 5 : Cass. crim. 15 juin 1934, Gaz. Pal. 1934, 2, 477 : Cass. crim. 11 juin 1970, Gaz. Pal. 1970, 2, 146 : Cass. 2^{ème} civ. 9 nov. 1971, Bull. civ. II, n°307 : Cass. crim. 9 mars 1972, D. 1972, 342 : Cass. 2^{ème} civ. 29 avril 1976, Bull. civ. II, n°140 : Cass. 2^{ème} civ. 25 janv. 1995, Bull. civ. II, n°29 : Cass. 2^{ème} civ. 18 sept. 1996, Bull. civ. II, n°217 : etc.

⁴⁹⁾ 教師を拡大するものとして、Cass. crim. 27 juin 1902, D. 1908, 1, 504; CA. Paris, 15 juin 1904, S. 1907, 2, 4; CA. Rouen 5 nov. 1924, D. 1927, 2, 123; CA. Caen, 28 janv. 1926, D. 1927, 2, 123; etc. なお、Cass. req. 22 juill. 1891, D. 1892, 1, 5 は、育児者を教師と位置付ける。未成年の家内使用人や被用者が雇用に関わる職務外で生じさせた損害について主人や使用者の責任を肯定するものとして、CA. Dijon, 6 avril 1870, D. 1872, 2, 103; CA. Toulouse, 4 juin, 1903, D. 1909, 2, 164; TC. Fontainebleau, 9 déc. 1932, Gaz. Pal. 1933, 1, 370; etc.

⁵⁰⁾ 生徒の行為に基づく教師の責任については、1937年4月5日の法律によって、フォート の推定が排除されている(1242条8項)。ただし、判例は、教師のフォートの存在を広く 認める傾向にある (Ex. Cass. 2 eme civ. 23 oct. 2003, D. 2004, 728; etc.)。

⁵¹⁾ René Savatier, La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?, DH. 1933, chr. pp.81 et s. ; Raymond Legeais, La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par les mineurs, in, Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulours, Toulours, 1978, n°5 et s., pp.778 et s. ; etc.

判例は、一貫してこれを否定してきた53)。

ところで、1990年代に入り、判例は、個々の事案に即した判断ではあるが、ある者の生活方法を(永続的に)組織し、指揮し、監督する責任を負う者は、1242条1項に基づき、その者が生じさせた損害について責任を負うという法理を展開してきた⁵⁴⁾。これによると、未成年者の生活方法を組織し、指揮し、監督する責任を負う者は、当該未成年者が生じさせた損害について責任を負うことになる。もっとも、この法理は、未成年者の家族のメンバーの責任を問うためのものとしては、ほとんど機能していない。

未成年者による不法行為の場面で、判例が1242条1項の適用を認めているのは、375条以下に基づき少年事件担当裁判官により教育的扶助の手段として施設に預けられた未成年者が不法行為を犯した場合に当該施設の責任が問われた事案⁵⁵⁾、1945年2月2日のオルドナンスに基づき裁判官により施設に預けられた非行少年が不法行為を犯した場合に当該施設の責任が問われた事案⁵⁶⁾、国家の後見下にある未成年者が不法行為を犯した場合に県の責任が問われた事案⁵⁷⁾、未成年者が不法行為を犯した場合にその未成年後見人の責任が問われた

⁵²⁾ 再教育センターを脱走した未成年者が不法行為を犯したという事案で、1242条1項に 基づきセンターの責任を肯定したものとして、CA. Dijon, 27 fév. 1965, D. 1965, 439; CA. Poitiers, 22 mars 1965, RTDSS. 1966, 262.

⁵³⁾ 例えば、未成年の姪の不法行為について叔父の責任が追及された事案 (Cass. crim. 15 juin 1934, S. 1935, 1, 397)、未成年者の不法行為について家事使用人の責任が追及された事案 (Cass. 2^{ème} civ. 15 fév. 1956, D. 1956, 410)、未成年者の不法行為について児童社会扶助機関の責任が追及された事案 (Cass. 2^{ème} civ. 24 nov. 1976, D. 1976, 595) で、1242条1項の適用が否定されている。

⁵⁴⁾ 労働保護センターに寄宿していた精神障害者が放火をしたという事案でその運営者の 責任を認めた Cass. ass. plén. 29 mars 1991, Bull. ass. plén. n°1 を嚆矢とする。

⁵⁵⁾ CA. Rouen, 25 sept. 1991, D. 1993, 5 が最初期のものである。その他、Cass. crim. 10 oct. 1996, Bull. crim. n°357; Cass. crim. 26 mars 1997, Bull. crim. n°124; Cass. 2ème civ. 20 janv. 2000, Bull. civ. II, n°15; Cass. crim. 15 juin 2000, Bull. crim. n°233; Cass. 2ème civ. 6 juin 2002, Bull. civ. II, n°120; Cass. 2ème civ. 22 mai 2003, Bull. civ. II, n°157; Cass. crim. 8 janv. 2008, Bull. crim., n°3.

⁵⁶⁾ Cass. 2^{ème} civ. 9 déc. 1999, Bull. civ. II, n°189; Cass. 2^{ème} civ. 7 mai 2003, Bull. civ. II, n°129.

事案⁵⁸⁾である⁵⁹⁾。反対に、未成年者が家族のメンバーに預けられていた際に不法行為を犯したという事案では、当該家族のメンバーは、当該未成年者の生活方法を組織し、指揮し、監督する責任を負うものではないとして、1242条1項の適用が否定されている^{60,61)}。結局、この場面における他人の行為に基づく責任は、ある者が未成年者の生活方法を組織し、指揮し、監督する法的な権限を有する場合にのみ認められていることになり⁶²⁾、未成年者との関連でこれら

- 58) Cass. crim. 28 mars 2000, Bull. crim. n°140.
- 59) 医療教育施設に預けられた未成年の精神障害者が不法行為を犯した場面では、当初、 当該施設の責任が肯定されていたが(Cass. 2^{ème} civ. 24 janv. 1996, Bull. civ. II, n°16: Cass. crim. 15 juin 2000, Bull. crim. n°232)、その後は否定されている(Cass. 2^{ème} civ. 24 mai 2006, Bull. civ. II, n°136)。
- 60) いずれも祖父母に関するものであるが、Cass. 2^{ème} civ. 25 janv. 1995, Bull. civ. II, n°29; Cass. 2^{ème} civ. 18 sept. 1996, Bull. civ. II, n°217; Cass. 2^{ème} civ. 5 fév. 2004, Bull. civ. II, n°50; Cass. crim. 8 fév. 2005, Bull. crim. n°44 (未成年の子、祖父母、両親の間の合意により、長期間、当該未成年者が祖父母の家で暮らしていたという事案)
- 61) バカンス・センターに滞在していた未成年者が不法行為を犯した事案における当該センターの責任 (Cass. crim. 29 oct. 2002, Bull. crim. n°197)、未成年者のための特別施設に預けられていた未成年者が不法行為を犯した事案における当該施設の責任 (Cass. crim. 18 mai 2004, Bull. crim. n°123)、開放教育扶助施設に預けられていた未成年者が受入家族のもとに滞在中に不法行為を犯した事案における当該施設の責任 (Cass. 2^{ème} civ. 19 juin 2008, Bull. civ. II, n°144) も否定されている。
- 62) Louis Perdrix, La garde d'autrui, préf. Geneviève Viney, Bibliothèque de droit privé, t.521, LGDJ, Paris, 2010 は、実定法では監護の概念が不明確になっているとの問題関心から(この点については、Cf. Philippe Simler, La notion de garde de l'enfant(Sa signification et son rôle au regard de l'autorité parentale), RTD civ. 1972, pp.685 et s.: etc.)、活動を組織し監督する権限としての指揮と社会および被監護者の利益のために留め置く権限としての監護を区別し、更に、後者については、法的な権限としての知的監護と現実的な権限としての物理的監護とに分けた上で(n°*134 et s., pp.97 et s.)、一貫しない部分もあるが、実定法は他人の行為に基づく責任を問うに際して知的監護の有無を問題にする傾向にあると整理している(n°*468 et s., pp.285 et s. et n°*566 et s., pp.352 et s.)。なお、判例の形成過程においては、1242条1項により他人の行為に基づく責任が認められるかどうかの基準は、監護する者が自然人であるかどうか、専門家であるかどうかという点に求められるという見方も示されていたが、今日の判例の到達点としては、本文のように理解すべきである。

⁵⁷⁾ Cass. 2^{eme} civ. 7 oct. 2004, Bull. civ. II, n°453. なお、同判決は、受入家族を管理する団体 に対する1242条1項の適用を否定する。

の権限を持たない家族のメンバーは、同項に基づく責任を負うこともない 63)。

2. 精神障害者の行為に基づく家族のメンバーの責任

1の手順と同じく、ここでも、精神障害者の行為に基づく家族のメンバーの 責任を検討する前提として、精神障害者自身の責任がどのように扱われている かという点を明確にし((1))、その後、精神障害者が加害行為をした場合にそ の家族のメンバーがどのような場合にいかなる根拠に基づいて責任を負うかと いう問題について、実定法の展開過程をごく簡単に整理する((2))。

(1) 精神障害者自身の責任 64)

1968年1月3日の法律によって414-3条が付加される以前においては、フォートが成立するためには、当該行為者に意思、理性、識別能力が備わっていなければならないとされていたため、精神障害者は、フォートを犯すことができず、不法行為責任を問われることもないとされた⁶⁵⁾。こうした状況下で、裁判例で

^{63) 1242}条1項による他人の行為に基づく責任においては、同条4項による父母の責任の場面とは異なり、行為者について不法行為の要件(責任原因行為)が備わっていることを要する(Cass. 2^{ème} civ. 20 nov. 2003, Bull. civ. II, n°356; Cass. 2^{ème} civ. 13 mai 2004, Bull. civ. II, n°232; Cass. 2^{ème} civ. 21 oct. 2004, Bull. civ. II, n°477; Cass. 1^{re} civ. 16 mai 2006, Bull. civ. II, n°249; Cass. ass. plén. 29 juin 2007, Bull. ass. plén. n°7)。ただし、いずれも、スポーツ団体が試合に際してそのメンバーの活動を組織し、指揮し、監督することを目的としていることを踏まえ、そのメンバーが試合中に生じさせた損害についてスポーツ団体が責任を負うこと(Cass. 2^{ème} civ. 22 mai 1995, Bull. civ. II, n°155(ラグビーのチーム); Cass. 2^{ème} civ. 3 fév. 2000, Bull. civ. II, n°26(ラグビーのチーム); Cass. 2^{ème} civ. 12 déc. 2002, Bull. civ. II, n°289(バトンガール); CA. Aix-en-Provence, 9 oct. 2003, RCA. 2004, com. 89(フットボールのサポーター団体); etc. 否定例として、Cass. 2^{ème} civ. 26 oct. 2006, Bull. civ. II, n°299(労働組合); Cass. 1^{re} civ. 27 fév. 2007, RDT. 2007, com. 89(飛行クラブ); Cass. 2^{ème} civ. 11 sept. 2008, Bull. civ. II, n°192 (狩猟団体); etc.) を前提とした判断である。

⁶⁴⁾ 文献の所在も含め、拙稿・前掲注(5)86頁以下を参照。

⁶⁵⁾ Cass. crim. 10 mai 1843, supra; Cass. req. 14 mai 1866, supra; Cass. req. 18 janv. 1870, supra; Cass. req. 21 oct. 1901, supra; etc.

は、被害者に対して賠償を確保すべく、精神障害者自身の不法行為責任を肯定するために、いくつかの方策が用いられていた。例えば、理性や識別能力の内容を厳格に解釈し当該精神障害者についてその存在を肯定するもの⁶⁶⁾、当該行為の時点では理性や識別能力があったと評価するもの⁶⁷⁾、精神障害の状態に先行するフォート(薬物中毒、アルコール中毒、放蕩など)を問題にするもの⁶⁸⁾がそれである。しかし、前二者に対しては、法理論に反し恣意的な判断に陥っているとの批判が、後者については、先行フォートと具体的な結果との間の因果関係を認めることは困難であるほか、先行フォートを広く捉えると無責原則を覆すことになるとの批判が提起された⁶⁹⁾。そのため、法的に基礎付けられた形で被害者に対する賠償を確保するためには、無責原則自体を放棄するか、監督義務違反を理由に家族のメンバーの不法行為責任を問題にするかのいずれかであると説かれてきた⁷⁰⁾。

その後、1968年1月3日の法律により414-3条が付加され、精神障害者も、他人に損害を生じさせたときには、賠償を義務付けられることになった。もっとも、同条に対しては、その制定当初から多くの批判が提起されてきた⁷¹⁾。ま

⁶⁶⁾ CA. Paris, 6 juill. 1844, S. 1844, 2, 13 ; CA. Toulouse, 3 nov. 1937, Gaz, Pal. 1937, 2, 860 ; TC. Pau, 19 oct. 1945, S. 1947, 2, 25 ; TC. Yvetot, 25 juill. 1946, JCP. 1946, II, 3299 ; CA. Riom, 12 déc. 1955, JCP. 1956, II, 9191 ; CA. Grenoble, 24 avril 1956, JCP. 1956, II, 9505 ; etc.

⁶⁷⁾ CA. Nancy, 7 fév. 1867, D. 1867, 2, 63 ; CA. Montpellier, 29 déc. 1927, Gaz. Pal. 1928, 1, 436 ; CA. Montpellier, 30 juill. 1930, S. 1931, 2, 33 ; etc.

⁶⁸⁾ CA. Rouen, 17 mars 1874, D. 1874, 2, 190; CA. Caen, 9 nov. 1880, D. 1882, 2, 33; CA. Alger, 11 juill. 1892, D. 1893, 2, 20; CA. Paris, 14 mars 1935, DH. 1935, 241; TC. Fontainebleau, 18 fèv. 1936, Gaz. Pal. 1936, 2, 770; CA. Nancy, 23 nov. 1955, D. 1956, 30; etc.

⁶⁹⁾ Boris Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, préf. Maurice Picard, L. Rodstein, Paris, 1947, pp.88 et s. ; Jean Lafon, La responsabilité civile du fait des malades mentaux, préf. Henri Mazeaud, Bibliothèque de droit privé, t.20, LGDJ, Paris, 1960, n°s23 et s., pp.29 et s. ; Jean Pradel, La condition civile du malade, préf. Gérard Cornu, Bibliothèque de droit privé, t.39, LGDJ, Paris, 1963, n°s98 et s., pp.116 et s. ; etc.

⁷⁰⁾ Lafon, supra note, 69, n°s32 et s., pp.46 et s.: Pradel, supra note, 69, n°s108 et s., p.127 et s.: etc.

ず、精神障害者に対して賠償を義務付けることは、精神障害者の保護という立法目的に反する。同条は、精神障害者の保護ではなく、精神障害者からの保護のための規定になっている。仮に精神障害者からの保護が重要であるとしても、精神障害者の多くは資力を欠くため、同条によって被害者保護の目的を実現することは困難である。また、精神障害者自身が不法行為の被害者であり、当該精神障害者にフォートが認められる場面では、賠償が減額されることになるため、被害者保護の目的に反する。次に、精神障害者は不幸の被害者として位置付けられるべき存在であるため、単純に賠償義務を転嫁することは適切でない⁷²⁾。最後に、精神障害者は理性や識別能力を欠くために自己の行為を抑制することができない以上、フォートの責任を問うことはできない⁷³⁾。このような批判を受けつつも、同条は、今日に至るまで維持されている。

(2) 家族のメンバーの責任

精神障害者の家族のメンバーは、精神障害者と身近に接し、当該精神障害者による不法行為を予見し阻止することができる状態にありながら、それをしなかったときには、1240条に基づき、自らのフォートを理由に損害賠償責任を

⁷¹⁾ 文献の所在も含め、Cf. Viney, supra note 7, pp.260 et s. ; Id, La réparation des dommages causés sous l'empire d'un état d'inconscience : un transfert nécessaire de la responsabilité vers l'assurance, JCP. 1985, I, 3189, n°17 et s., pp.7 et s. ; Lebreton, supra note 21, n°272 et s., pp.319 et s. ; etc. なお、以下の批判は、精神障害者に固有の理由付けを除き、低年齢の子の不法行為を肯定する判例に対しても向けられているものである。

⁷²⁾ これは、414-3条の賠償義務をリスクに基づく責任または衡平や扶助に基づく保証として位置付けることを前提とした批判である。より具体的に言えば、この批判は、精神障害の存在を責任の基礎となりうるようなリスクと見ることはできないという問題提起、保護されるべき対象である精神障害者に賠償義務を課すことは衡平に反するという問題提起として現れる。なお、こうした観点からは、立法過程で裁判官による減額の可能性を認める規定が削除されたことにも批判が向けられる(Gomaa, supra note, 9, n°592 et s., pp.58 et s.: Massip, supra note 9, n°437, pp.349 et s.)。

⁷³⁾ これは、414-3条の賠償義務を客観的フォートに基づく責任として位置付けることを前 提とした批判であり、フォートの規範的機能を強調する議論に連なるものである。

負う。これは、判例および学説が当然の前提とするところである。

どのような場合に家族のメンバーにフォートが認められるかについては、精神障害者と同居する家族のメンバーとの間に存在する関係に応じ異なる形で評価されているように見える 74)。まず、精神障害者の父母については、フォートの存在を否定する裁判例もあるが 75)、父母が精神障害者の状態を認識しているときには適切に監督する義務を課せられるとする裁判例が多く 76)、父母であれば精神障害者の状態を認識しているはずであるとして広くフォートの存在を認める裁判例もある 77)。これに対して、精神障害者の配偶者および子に関しては、フォートの存在を否定する裁判例がほとんどである 78)。なお、不法行為をした精神障害者につき後見開始の申立てをしなかったことに関して家族のメンバーの責任を肯定するものがあるが 79)、後見制度が主として財産保護に関わる制度であること、後見制度の趣旨が変容していることを踏まえると、適切さを欠く 80

ところで、未成年者による不法行為の場合とは異なり、精神障害者による不

⁷⁴⁾ Lafon, supra note 69, n°88 et s., pp.116 et s.: Pradel, supra note 69, n°s114 et s., pp.133 et s.: etc.

⁷⁵⁾ TC. Avranches 11 fév. 1852, S. 1854, 2, 385; CA. Grenoble, 15 déc. 1859, D. 1860, 2, 30; CA. Agen, 9 nov, 1864, S. 1865, 2, 230; etc.

⁷⁶⁾ Cass. req. 14 mai 1866, D. 1867, 1, 296 ; CA. Chambery, 6 fév. 1874, S. 1875, 2, 178 ; TC. Seine, 30 mai 1894, Gaz. Pal. 1894, 1, 273 ; etc.

⁷⁷⁾ Cass. reg. 30 juill. 1906, D. 1907, 1, 315.

⁷⁸⁾ 肯定例として、TC. Cambrai, 17 mai 1900, Gaz. Pal. 1900, 2, 610; CA. Aix-en-Provence, 18 janv. 1962, JCP. 1962, II, 12892. 否定例として、CA. Aix-en-Provence, 1 mars 1899, D. 1901, 2, 524; Cass. crim. 28 juin 1913, D. 1915, 1, 39; CA. Toulouse, 19 nov. 1951, JCP. 1952, II, 6930; etc.

⁷⁹⁾ TC. Marseille, 20 mars 1866, S. 1867, 2, 263 ; CA. Chambery, 29 oct. 1889, S. 1891, 2, 10 ; TC. Clamery, 9 juin 1943, Gaz. Pal. 1943, 2, 94 ; TC. Muret, 30 mars 1944, Gaz. Pal. 1944, 1, 28 ; etc

⁸⁰⁾ René Fusier, Les aliénés: Capacité juridique et liberté individuelle, L. Larose & Forcel, Paris, 1886, pp.157 et s.; Lafon, supra note 69, n°s88 et s., pp.116 et s.; Pradel, supra note 69, n°s114 et s., pp.133 et s.; etc.

法行為の場面では、行為者に代わって、または、行為者と併存して責任を負うべき者が立法で予定されていない 81 。そのため、精神障害者の行為により損害を被った者は、当該精神障害者を現実に監督していた者のフォートを証明しなければ、損害賠償を得ることができない。また、1968年1月3日の法律以前の法状況では、精神障害者の行為により損害を被った者は、理性や識別能力を操作することができず、先行するフォートも存在しないときには、精神障害者から損害賠償を得ることもできない。こうした状況を受けて、1242条1項の中に他人の行為に基づく責任の一般原則を読み込むことによって、精神障害者を監督する者のフォートなしの責任を問おうとする主張が展開されたが、1980年代までの判例は、一貫してこれを否定してきた 82 。

これに対して、1990年代以降の判例は、精神障害者の生活方法を(永続的に)組織し、指揮し、監督する責任を負う者は、1242条1項に基づき、当該精神障害者が生じさせた損害について責任を負うことを認めている⁸³⁾。しかし、この法理は、精神障害者の家族のメンバーの責任を問うためのものとしては、全く機能していない。というのは、父の後見および法定管理下に置かれ、教育医学協会に半寄宿していた精神障害者が、施設のバスで両親が住む住居の近くまで送り届けられた後に放火をしたという事案で、成年後見人である父は、当該精神障害者の生活方法を組織し、指揮し、監督する責任を負う者ではないとして、この父に対する同項の適用が否定されているからである⁸⁴⁾。

⁸¹⁾ このことは、ドイツ法との対比を踏まえ、古くから立法論上の問題として指摘されてきた点である。Ex. Marcel Planiol, Étude sur la responsabilité civile, Troisième et dernière étude, Responsabilité du fait d'autrui, Rev. crit. 1909, pp. 284; etc.

⁸²⁾ 精神障害者である妻の不法行為について夫の責任が追及された事案で1242条1項の適用を否定するものとして、Cass. req. 21 oct. 1901, D. 1901, 1, 524 : Cass. crim. 15 déc. 1911, S. 1914, 1, 54.

⁸³⁾ Cass. ass. plén. 29 mars 1991, supra.

⁸⁴⁾ Cass. 2^{eme} civ. 25 fév. 1998, Bull. civ. II, n°62. なお、同判決は、教育医学協会の責任を肯定するが、Cass. 2^{eme} civ. 24 mai 2006, supra を踏まえれば、同協会の責任も否定されるはずである。

Ⅱ. 家族外に対する責任の基礎

フランスでは、Iで整理した実定法の変遷を受ける形で、父母または家族のメンバーが、どのような場合に、どのような根拠に基づいて、未成年の子や精神障害者の行為との関連で責任を負うかという問いが設定され、様々な視角からの議論が展開されてきた。もっとも、そこでの議論のすべてが家族という視点を意識しているわけではないことから、一部の議論と「家族外に対する責任」という問題設定との間にはズレも存在する。そこで、上記の場面で展開されてきた様々な議論を本稿の問題関心に対応させるためには、これを「家族外に対する責任」の基礎という視点から捉え直し、いくつかのありうる構想として提示した上で、それぞれの解釈論上の帰結を整理しておく必要がある(1)。その後、そこで得られた成果について、家族のあり方と民事責任法の枠組という2つの視点から分析するとともに、どのような点に、どのような理由に基づき、フランス法の特性が現れているかを明らかにしながら、日本法の状況と照らし合わせつつ検討する(2)。

1. 家族外に対する責任をめぐる議論の再解釈

Iで整理した実定法をめぐる学説上の議論について、ある者が家族外の者の権利や利益を侵害した場合にその者の家族のメンバーが負うことになる責任の基礎という視点から捉え直すと、大枠として、「家族外に対する責任」の基礎を身分や地位に求める考え方((1))と、身分や地位から一応独立した事実的な関係に求める考え方((2))とに区別することができる。また、個々の議論で示されている論理を丁寧に分析すると、前者の内部で、身分や地位に結び付けられた法的権限を問題にする考え方(構想①)、身分や地位の存在それ自体を問題にする考え方(構想②)、身分や地位に結び付けられた法的権限から生ずる義務の違反を問題にする考え方(構想③)を、後者の内部で、身分や地位から一応独立した事実的な関係に結び付けられた権限を問題にする考え方(構想

④)、身分や地位から一応独立した事実的な関係から生ずる義務の違反を問題にする考え方(構想⑤)を、それぞれ抽出することができる。

(1) 身分または地位への結合

① 身分または地位に結び付けられた法的権限(構想①)

構想①は、未成年の子の行為に基づく父母の責任、他人の行為に基づく責任 一般に関する判例の展開を受けて示されたものである。

まず、未成年の子の行為に基づく父母の責任については、判例によって、それが当然責任として位置付けられていること、同居要件も法的かつ抽象的に捉えられていること、2004年の改正により1242条4項の監護という文言が親権という表現に改められ、親権を行使する父母に責任が負わされる形になっていることを踏まえれば、親権を行使する父母が子に対して持つ法的権限に基づく責任として捉えられるべきである(法的権限=親権の代償としての責任)⁸⁵⁾。もっとも、この責任をどのような形で法的に構成するかについては、以下の2つの理解が想定される⁸⁶⁾。

一方で、α. 未成年の子の不法行為については親権を持つ父母が負担すべき であるという理解から出発し、父母の責任を未成年の子の不法行為について親

⁸⁵⁾ これは、今日の多くの学説が前提としている(ように見える)構想である。構想③との対比で構想①を明確に示すものとして、Ex. Christophe Radé, La responsabilité civile des père et mère: De l'autorité parentale à la responsabilité parentale, in, L'autorité parentale en question, sous la dir. Françoise Dekeuwer-Défossez et Christine Choain, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve d'ascq cedex, 2003, pp.81 et s.: Perdrix, supra note 62 n° 471 et s., pp.286 et s. et n° 566 et s., pp.352 et s.: etc.

⁸⁶⁾ ただし、一部を除き本文で示す理解が明確な形で定式化されているわけではなく、当然責任の基礎として α と β の両者をともに援用する見解も多い(Ex. Florence Millet, La notion de risque et ses fonctions en droit privé, préf. Alain Bénabent et Antoine Lyon-Caen, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, Paris, 2001, n°325 et s., pp.189 et s.: Nadège Voidey, Le risque en droit civil, préf. Georges Wiederkehr, PUAM, Aix-en-Provence, 2005, pp.238 et s.: etc.)。以下の叙述は、個々の議論の背後にある論理を解釈すれば、そのように捉えることができるという性質のものである。

権を持つ父母に保証を義務付けたものとして捉える理解の仕方がある(「他人に代わる責任」=代位責任、 $(1-\alpha)^{87}$ 。もっとも、親権を持つ父母が未成年の子の不法行為について保証しなければならないのはなぜかについて、多くの学説は、法的権限が存在するからであると言うだけで、それ以上の説明を付していないため 88 、 $(1-\alpha)$ は、その説得力という点に問題を抱えている。そこで、一部の学説は、法的責任を課すためには主観的および客観的自由を前提とした決定権限が存在しなければならないところ、未成年の子の場面では、その決定権限が親権者に移転しているという説明を付加する 89)。なお、かつては、1980年代以前の裁判例の傾向を踏まえて、17歳未満の子による不法行為の場合についてのみ父母の保証を問題にし、それ以上の年齢の子による不法行為の場合については1240条の規律に委ねるべきであるとの提案もあったが 90)、成年年齢の引下げに伴い 91 、その意義の大部分は失われた 92 。他方で、 β . 未成年の子について、父母が親権者として支配すべきリスクとして捉え、父母の責任をリスクに基づく責任として構想する理解の仕方も存在する(「他人のための責任」=リスクに基づく責任として構想する理解の仕方も存在する(「他人のための責任」=リスクに基づく責任として構想する理解の仕方も存在する(「他人のための

構想①によれば、未成年の子の行為に基づく父母の責任について、以下の具

⁸⁷⁾ これによると、未成年の子が他人に損害を生じさせた場合、損害賠償の問題は、父母、未成年の子、被害者の三面構造として現れることになる。Cf. Jérôme Julien, La responsabilité civile du fait d'autrui: Ruptures et continuités, préf. Philippe le Tourneau, PUAM, Aix-en-Provence, 2001, n°559 et s., pp.85 et s.: Mathieu Poumarède, L'avénement de la responsabilité civile du fait d'autrui, in, Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau, Dalloz, Paris, 2008, pp.846 et s.

⁸⁸⁾ 法が、親権者に対して、監護、教育、監督の権限を付与することにより、第三者の利益にも配慮するという立場をとっている以上、こうした権限を持つ親権者は未成年の子の行為について当然責任を負わなければならないという説明の仕方もあるが(Radé, supra note 85, n°9, pp.85 et s.)、これは、構想③に親和的ではないかと思われる。

⁸⁹⁾ Perdrix, supra note 62, n°s677 et s., pp.428 et s.

⁹⁰⁾ Ollier, supra note 21, n°214 et s., pp.211 et s.

⁹¹⁾ フランスでは、1974年に成年年齢が21歳から18歳へと引き下げられている。

⁹²⁾ Julien, supra note 87, n°117, pp.136 et s.

体的な帰結が導かれる。

第1に、父母は親権を行使している限りにおいて未成年の子の行為につき責任を負う以上、未成年の子との同居の有無は問われるべきではない。そのため、立法論としては、同居要件の削除が提案される⁹⁴⁾。また、解釈論としては、判例のように日常的な居住の所在だけを問うのではなく日常的な居住と現実の居住という両面から同居の有無を評価していくか⁹⁵⁾、親権を持たないものの訪問権および受入権を行使している親、親権を持つものの日常的に同居していないため訪問権および受入権を行使している親について、他人の行為に基づく責任の一般原則の適用を考えていくことになる⁹⁶⁾。

⁹³⁾ これによると、未成年の子が他人に損害を生じさせた場合、損害賠償の問題は、父母と被害者および未成年の子と被害者という二極構造で現れることになる。Cf. Stéphane Prigent, La responsabilité civile du fait d'autrui: Essai d'une théorie, RRJ, 2008, n°35 et s., pp.953 et s.

⁹⁴⁾ この立場は、2016年4月29日に公表された民事責任改正法案1246条にも現れている。 同法案の翻訳として、中原太郎(訳)「民事責任の改正に関する法律草案(フランス司法省・ 2016年4月29日)」法学80巻5号(2016年)598頁以下、鈴木清貴「フランス民事責任改 正法草案(2016年4月29日)試訳」武蔵野大学政治経済研究所年報14号(2017年)121頁 以下。

⁹⁵⁾ Cf. CA. Besançon, 11 fév. 1998, supra.

⁹⁶⁾ 前者の事例について、CA. Limoges, 5 août 2003, RCA. 2004, com. 59.

⁹⁷⁾ この点については、Cf. Julien, supra note 87: Patrice Jourdain, La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements, in, Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presses unversitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2003, pp.75 et s.: etc.

第3に、親権を持つ父母の責任は、その権限を現実に行使していることではなく、その権限を法的に持つことを根拠として課されるものであるため、父母が責任を免れるのは、不可抗力または被害者のフォートが存在する場合に限られる(判例との整合性)。もっとも、不可抗力の有無を誰について判断するのかに関しては争いが存在する。不可抗力の有無を父母について判断すると免責の範囲が広がり、これを子について判断すれば免責の範囲が狭くなるといった政策的な観点からの議論がされることもあるが 98 、未成年の子の行為に基づく父母の責任の構造という観点からは、不可抗力の有無は、① $-\alpha$ によれば子について(1242条7項の文言との不整合または同項の無力化)、① $-\beta$ によれば父母について(1242条7項の文言との整合性)、判断されるべきである。

次に、未成年者または精神障害者の行為に関する家族のメンバーの責任については、特別の条文が用意されているわけではないため、これが1242条1項を根拠とする他人の行為に基づく責任の領域に属するかどうかが問題となる。ところで、生活方法型の他人の行為に基づく責任については⁹⁹⁾、判例上、それが当然責任として位置付けられていること、多くの場面で、生活方法を組織し、指揮し、監督する法的かつ抽象的な権限の存在がその前提とされていることを踏まえれば、この責任は、監護する者が被監護者に対して持つ法的権限に基づくものとして捉えられるべきである¹⁰⁰⁾。ここでは、単なる事実上の権限ではなく法的権限が、また、法的権限一般ではなく監護に関わる法的権限の存在が問題となっていることが重要である¹⁰¹⁾。

⁹⁸⁾ Ex. Lina Williatte-Pellitteri, Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables, préf. Françoise Dekeuwer-Défossez, Bibliothèque de droit privé, t.457, LGDJ, Paris, 2009, n°s274 et s., pp.126 et s. et n°s294 et s., pp.134 et s.

⁹⁹⁾ 他人の行為に基づく責任については、他人の生活方法を規律する者に関わる責任と他人の活動を監督する者に関わる責任とに区別するのが一般的であり、このことは、民事責任改正法案1245条以下にも現れている。

¹⁰⁰⁾ これは、今日の多くの学説が前提としている(ように見える)構想である。構想③と の対比で構想①を明確に示すものとして、Perdrix, supra note 62, n°566 et s., pp.352 et s.; etc.

これによると、家族のメンバーは、未成年者または精神障害者に対して監護に関わる法的権限を持つ場合には、これらの者の行為との関連で責任を負う。しかし、現状では、そのような場面を想定することはできず、1242条1項を根拠に家族のメンバーに対して責任を問うことはできない。というのは、未成年者や精神障害者との間に身分関係が存在するというだけでは 102)、また、家族のメンバーが後見人になっているときであっても、成年後見人は、精神障害者の財産に関わる任務を託されているにすぎず、成年被後見人を監護する権限を持たないため 103 、また、未成年後見人も、排他的な形で未成年者を監護する権限を持つわけではないため 104 、これらの者に対して 1242 条1項に基づく責任を課すことはできないからである。

② 身分または地位の存在それ自体(構想②)

構想②は、必ずしも明示的な形で示されているわけではないが、個々の議論

¹⁰¹⁾ この責任をどのような形で法的に構成するかについては、父母の責任の場面と同じく、これを、 α . 「他人に代わる責任」=代位責任として捉える考え方と、 β . 「他人のための責任」=リスクに基づく責任として捉える考え方とが想定される。そして、いずれの立場を起点とするかによって、この責任の要件枠組も変わってくる(被監護者の行為の性質に関しては、 α によると判例の解決に整合的な理解が示されるが、 β によれば判例の解決とは異なる帰結が導かれる)。

¹⁰²⁾ 祖父母について、Cf. Alice Philippot, Le jeu des grands-parents sur la scène du droit extrapatriminial de la famille, RRJ. 2013, pp.1715 et s.; etc. 事実上の父母について、Cf. Muriel Rebourg, La prise en charge de l'enfant par son beau-parent, préf. Hugues Fulchiron, Collection de Thèses, t.1, Defrénois, Paris, 2003, n°s161 et s., pp.70 et s.; etc. なお、家族のメンバーに1242条1項に基づく責任を課すと過大な負担となり、未成年者や精神障害者と家族のメンバーとの交流の妨げになるといった政策的な考慮は、これを補強する理由付けにすぎない。

¹⁰³⁾ Cf. Clémence Lacour, Vieillesse et Vulnérabilité, préf. Claire Neirinck, PUAM, Aix-en-Provence, 2007, n°632 et s., pp.411 et s.; etc. なお、成年後見人に1242条1項に基づく責任を課すと過大な負担となり、成年後見人への就任の妨げになるといった政策的な考慮は、これを補強する理由付けにすぎない。

¹⁰⁴⁾ この観点からは、未成年後見人に1242条1項の適用を認めた Cass. crim., 28 mars 2000, supra は批判されるべきことになる。Cf. Ollier, supra note 21, n°20, pp.30 et s.

の背後にある考え方を突き詰めていくことによって抽出されるものであり、構想①の発展として位置付けられる。

未成年の子の行為に基づく父母の責任について、① - αを推し進めていくと、 父母は、親権を持つかどうかにかかわらず、未成年の子による不法行為につい て保証すべきであるという考え方へと行き付く(② - α)。保証の論理では、 必ずしも父母の責任を親権=法的権限に結び付ける必然性は存在しないからで ある。例えば、父母は未成年の子との間の家族連帯や親子関係の存在を理由に その行為について責任を負うべきであるという説明の仕方1050、父母は責任の 倫理(子に関する責任者として義務を負った者はその結果を引き受けなければ ならない)に基づき親権の代償としてではなく親子関係の当然の延長として未 成年の子の行為について責任を負うべきであるという説明の仕方(父子関係、 母子関係の代償としての責任)は¹⁰⁶⁾、こうした考え方を基礎に据えるものと 評価することができる。また、①-βを推し進めていくと、父母は、親権を持 つかどうかにかかわらず、未成年の子=リスクを創出しまたは支配していると の評価を経て、未成年の子の行為に関する父母の責任をリスクに基づく責任と して捉える考え方へと行き付く $(2 - \beta)$ 。例えば、父母は子の性格の欠陥に ついての保証人であるという説明の仕方は107、こうした考え方を基礎に据え るものと評価することができる¹⁰⁸⁾。

構想②によれば、同居、未成年の子による行為の性質、免責事由について、 構想①と同じ帰結が導かれる。ただし、構想②は、親としての身分の存在それ 自体を問題にするものであるため、立法論としては、親権要件の削除を説

¹⁰⁵⁾ 実定法の説明に関する叙述であるが、Cf. Lebreton, supra 21, n°123, pp.145 et s.

¹⁰⁶⁾ Caroline Siffrein-Blanc, La parenté en droir civil français : Étude critique, préf. Emmanuel Putman, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, n°582 et s., pp.464 et s. : Id, Vers une réforme de la responsabilité civile des parents, RTD civ. 2011, n°s13 et s., pp.485 et s.

¹⁰⁷⁾ Henri, Léon Mazeaud et André Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, t.1, 6 en éd., Montchrestien, Paris, 1965, n°780, pp.893 et s. より具体的なものとして、Christian Larroumet, Obs. sous Cass. 2 en civ. 4 juin 1980 et Cass. crim. 18 juin 1980, D. 1980, IR. p.322.

< 109)

この発想を突き詰めていくと、家族のメンバーは、未成年者や精神障害者=リスクを支配している場合、または、未成年者や精神障害者との間で家族連帯や一定の身分関係を有している場合には、そのリスクに基づく責任、または、その不法行為についての保証を負うべきであるという考え方に行き付く。例えば、家族のメンバーは社会的地位に基づいて未成年者や精神障害者の行為について責任を負うべきであるという説明の仕方や¹¹⁰⁾、家族権限なるものを観念し、父母以外の家族のメンバーは同居する未成年の子に対して家族権限を持つ以上未成年の子の行為について責任を負うべきであるという説明の仕方(その根拠条文は1242条4項に求められる)は¹¹¹⁾、こうした考え方を基礎に据えるものと評価することができる。これらによれば、判例が、1242条1項に基づく責任を課すために、生活方法を組織し、指揮し、監督する法的かつ抽象的な権限の存在を要求していることに対して、批判が提起される。

③ 身分または地位に結び付けられた法的権限から生ずる義務の違反(構想③) 構想③は、1980年代までの判例および一般的な学説が前提としていた理解であり、今日でも、ほかに補償を確保するための手段が設けられることを前提として、これを支持する見解も有力である¹¹²⁾。

¹⁰⁸⁾ 家族は準法人を構成し、未成年の子による不法行為については準法人としての家族が 責任を負うべきであるところ、準法人の利益は父母によって代表されているため、父母が その責任の負担を引き受けるべきであるという考え方も提示されている(Christophe Radé, La responsabilité de la famille, in, Mélanges en l'honneur de la professeur Françoise Dekeuwer-Défossez, Montchrestien, Paris, 2012, pp.343 et s.)。これは、日本でかつて見ら れた家団論と同じ発想に基づく。

¹⁰⁹⁾ Siffrein-Blanc, supra note 106, La parenté..., n°587 et s., pp.470 et s. ; Id, supra note 106, Vers une réforme..., n°14 et s., pp.486 et s.

¹¹⁰⁾ René Demogue, Traité des obligations en général, t.3, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923, n°313, pp.510 et s. ; etc.

¹¹¹⁾ Anne-Marie Leroyer, L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale, RTD civ. 1998, n°s12 et s., pp.598 et s.

まず、未成年の子の行為に基づく父母の責任については、これを当然責任として位置付けるべきではなく、親権を行使する父母が子に対して持つ法的権限から生ずる義務の違反、つまり、監督または教育上のフォートに基づく責任として捉えられるべきである(法的権限から生ずる義務の違反を根拠とする責任。ただし、フォートの存在は推定される)。これによると、父母は、親権に由来する監護の義務に違反したことを理由に未成年の子の行為について責任を問われるため、この責任は、基本的に、1990年代までの判例が前提としていた枠組に従う¹¹³⁾。

次に、未成年者または精神障害者の行為に関する家族のメンバーの責任については、特別の条文が用意されているわけではないため、これが1242条1項を根拠とする他人の行為に基づく責任の領域に属するかどうかが問題となる。ところで、構想③を基礎に据えるならば、生活方法型の他人の行為に基づく責任については、これを当然責任として位置付けるべきではなく、監護者が被監護者に対して持つ生活方法を組織し、指揮し、監督する法的かつ抽象的な権限から生ずる義務の違反、つまり、監督上のフォートに基づく責任として捉えられるべきである(法的権限から生ずる義務の違反を根拠とする責任。ただし、フォートの存在は推定される)。

これによると、家族のメンバーは、未成年者または精神障害者に対して監護に関わる法的権限に基づく義務を負いこれに違反した場合には責任を負うが、現状では、そのような場面を想定することはできず、1242条1項を根拠に家族のメンバーに対して責任を問うことはできない。家族法上、一定の身分関係で

¹¹²⁾ Lebreton, supra note 21, n°s211 et s., pp.247 et s.; Williatte–Pellitteri, supra note 98, n°s254 et s., pp.119 et s. et n°s723 et s., pp.325 et s.; etc.

¹¹³⁾ 構想②と構想③を合わせた考え方として、父母は、親権を持つかどうかにかかわらず、未成年の子を養育する義務を負っている以上、その子の不法行為について責任を負うべきであるという理解の仕方も存在する(親子関係から生ずる義務の違反に基づく責任)(Galliou-Scanvion, supra note 21, n°s202 et s., pp.187 et s.)。しかし、ここでの義務が第三者ではなく未成年の子に対して向けられたものであることに鑑みると、この理解には問題がある。

は、救護、扶助、扶養などの義務が存在しているが、これらは、第三者ではな く、被監護者に向けられたものであって、被監護者の生活方法を組織し、指揮 し、監督する権限に基づく義務ではないからである¹¹⁴⁾。

(2) 身分または地位からの切断

① 身分または地位から一応独立した事実的な関係に結び付けられた権限 (構想④)

構想④は、法的権限の存在だけでは他人の行為に基づく責任を基礎付けることはできないという構想①に対する疑問から出発し、一定の権限を行使しようとする監護者の意思的契機(未成年の子の行為に関する父母の責任に即して言えば、法的な親子関係を設定する際の父母の意思的契機)に着目して、この意思的契機が他人の行為に関する監護者の当然責任を正当化すると見るものである(権限の背後にある意思的契機に基づく代位責任)¹¹⁵⁾。ここでは、法的権限の存在ではなく、監護者の意思的契機という事実的な要素が「家族外に対する責任」の基礎を構成している。

まず、構想④によれば、父母は、親権の背後にある意思的契機を理由に未成年の子に代わって責任を負う。そのため、この責任は、構想①-αと同じく、未成年の子について不法行為の要件が充足されていることを前提とし、父母には不可抗力による免責のみが認められる¹¹⁶⁾。ただし、同居の有無には、未成年の子による不法行為の時における父母の意思を確認するための要素として重要な位置付けが与えられる。そして、未成年の子との間に現実の同居が存在しない場合には、父母は未成年の子による不法行為について責任を負う意思を持たないものと評価される。「他人に代わる責任」=代位責任の下では、被害者保護の観点のみが問題となるため、父母の意思により責任を免れることがあっ

¹¹⁴⁾ Cf. Lafon, supra note 69, n° 74 et s., pp.101 et s.

¹¹⁵⁾ Julien, supra note 87, $n^{os}59$ et s., pp.85 et s., $n^{os}121$ et s., pp.143 et s. et $n^{os}231$ et s., pp.311 et s.

¹¹⁶⁾ Julien, supra note 87, n°s 263 et s., pp. 363 et s.

ても公序に反することはないというわけである117)。

次に、構想④によると、1242条1項に基づく責任を認めるためには、監護者に一定の権限を行使しようとする意思が存在することのほかに、その意思が現実を反映していること、つまり、権限の行使が現実的に可能であることが必要となる¹¹⁸⁾。これを「家族外に対する責任」に即して言えば、家族のメンバーは、未成年者または精神障害者に対して監護に関わる権限を持ち、これを行使しようとする意思を有している場合には、これらの者の不法行為について責任を負うことになる。例えば、祖父母や親子関係にない事実上の父母が未成年の子を恒常的に預かり教育や養育をしている場合 ¹¹⁹⁾、父母や配偶者が精神障害者を恒常的に預かり監護をしている場合などが、これに該当する。他方で、ある者の後見人に就任するという事実だけでは、上記の意思を読み取ることはできない ¹²⁰⁾。なお、この考え方によれば、被監護者を未成年者や精神障害者に限定する必然性はなくなる。例えば、非行を繰り返す成年者などの不法行為についても、その者を恒常的に監護する権限と意思を有する者が存在する場合にはその責任を問うことができる ¹²¹⁾。

¹¹⁷⁾ Julien, supra note 87, n°s128 et s., pp.149 et s. et n°s274 et s., pp.381 et s. 意思の放棄それ自体にフォートがある場合には、1240条に基づく責任が問題となる。

¹¹⁸⁾ Julien, supra note 87, n° 246 et s., pp.334 et s.

¹¹⁹⁾ なお、認知を撤回した元父について1242条4項の適用を否定した判例(Cass. crim. 8 déc. 2004, Bull. crim. n°315)があるが、構想④によれば、これを肯定する余地がある(構想④を明示するものではないが、Cf. Alexandre Paulin, Note sous Cass. crim. 8 déc. 2004, D. 2005, pp.2270 et s.)。また、構想④を明示するものではないが、ベビーシッターへの1242条1項の適用を肯定するものとして、Jean-Marc Lhuillier, La responsabilité de la babysitter, ou la 《nuit juridique》, in, Drôle (s) de droit (s), Mélanges en l'honneur de Élie Alfandari, Dalloz, Paris, 2000, pp.382 et s.

¹²⁰⁾ Julien, supra note 87, n°s 248 et s., pp.337 et s.

¹²¹⁾ Julien, supra note 87, n°245, p.333. 自律を奪うような障害を持つ者、様々な理由で他者 に依存している者、施設に預けられた高齢者などが挙げられている。

② 身分または地位から一応独立した事実的な関係から生ずる義務の違反 (構想⑤)

構想⑤は、必ずしも明示的な形で示されているわけではないが、個々の議論 の背後にある考え方を突き詰めていくことによって抽出されるものである。

まず、未成年の子の行為に基づく父母の責任については、これを当然責任と して位置付けるべきではなく、父母が同居する未成年の子を監護しているとい う状況から生ずる義務の違反、つまり、監督および教育上のフォートに基づく 責任として捉えられるべきである(現実の権限から生ずる義務の違反を根拠と する責任。ただし、フォートの存在は推定される)。もっとも、1242条4項は、 未成年の子の行為に関する父母の責任について親権の存在を要件としているた め、この考え方を同項の解釈論として主張することには困難を伴う。そのため、 構想⑤は、父母の責任に関する限り、同項の立法論として、構想③を発展させ、 親権を持たない父母に対しても親権を持つ父母と同様の責任を負わせるため に、親権要件の削除を説き、または、1240条または1242条1項の解釈論として、 親権を持たない父母について上記の責任を認めることになる。このように考え ると、父母についてだけ特別の条文が設けられていること、または、フォート の推定に基づく責任が予定されていることに関して、特別の説明を要すること になるが、この点については、被害者が未成年の子に対する教育や監護の内容 を知ることは困難であるという証明の困難さに由来する理由が挙げられう る ¹²²⁾ 。

次に、未成年者または精神障害者の行為に関する家族のメンバーの責任については、2つの可能性が考えられる。1つは、1242条1項を根拠とする他人の行為に基づく責任について、監護者が被監護者に対して持つ生活方法を組織し、指揮し、監督する現実的な権限から生ずる義務の違反、つまり、監督上のフォートに基づく責任として捉えた上で(現実の権限から生ずる義務の違反を根拠とする責任。ただし、フォートの存在は推定される)、家族のメンバーにこの責

¹²²⁾ Cf. Lebreton, supra note 21, n°116, pp.137 et s.

任を問う可能性である。例えば、未成年者や精神障害者と一定の家族的結合にある者は、これらの者と同居したり、これらの者を扶助したりしているときには、これらの者が損害を生じさせる行為をしないよう配慮する義務を負うという説明の仕方は¹²³⁾、こうした可能性を示唆ものと評価することができる。なお、この考え方によれば、被監護者を未成年者や精神障害者に限定する必然性はなくなる。従って、非行を繰り返す成年者などの不法行為についても、その者を恒常的に監護する者が存在する場合にはその責任を問うことができる。

もう1つは、1240条に基づく責任を問題にする可能性である。家族のメンバーは、未成年者または精神障害者の状況を認識し、これらの者の監督を引き受けたと見ることができる場合には、これらの者が損害を生じさせないよう監督する義務を負い、それに違反したときには、これらの者が生じさせた損害について責任を負う。これは、監護というよりも監督義務を問題にするものと評価することができる¹²⁴⁾。

2. 家族外に対する責任をめぐる議論の分析

判例によって、低年齢の子自身の責任が肯定され、未成年の子の行為に基づく父母や家族のメンバーの責任が強化されてきた背景には、客体から主体へという子どもの法的な捉え方の変化、子どもの自律の若年化という現象に伴い、子が社会で活動する場が広がってきたこと、父権から親権へという形で父母の

¹²³⁾ Alexandre D. Neagu, Contribution à l'étude de la faute subjective dans la responsabilité civile: Étude sur la responsabilité aliénés et de leurs gardiens, préf. René Demogue, Libtairie de jurisprudence ancienne et moderne, Paris, 1927, pp.139 et s. ただし、ここでは、精神障害者に対する家族のメンバーの社会的地位という観点が示されており、この点を強調するならば、この見解は、構想②と構想③を合わせたものとして位置付けられる。

¹²⁴⁾ 法的権限を持たない者に限定した叙述(本稿の枠組で言えば、構想①の補完として構想⑤を示すもの)であるが、Cf. Cédric Coulon, L'obligation de surveillance: Essai sur la prévention du fait d'autrui en droit français de la responsabilité civile, préf. Christophe Jamin, Economica, Paris, 2003, n°82 et s., pp.69 et s.

権限の性格が変容し、また、離婚や別居および女性の社会進出の増加などに代表される生活状況の変化により、子どもと家族の関わりが薄れてきたこと、その反面、若年者の犯罪が増大し、親の任務放棄がメディアなどを通じて告発され、親権者の責任化が目指されたことなどの事情が指摘される¹²⁵⁾。また、立法によって精神障害者自身の責任が肯定され、学説上、精神障害者の行為に基づく家族のメンバーの責任が議論の対象とされてきた背景には、他律から自律へという精神障害者の法的な捉え方の変化、解放医療の一般化という現象に伴い、精神障害者が社会で活動する場が広がり、その結果、精神障害者の行為によって他者が損害を被る事例が増加しているという事情があるとされる¹²⁶⁾。更に言えば、これらの法的現象の根底には、19世紀後半以降のフランス法における(身体的損害の)思想 ¹²⁷⁾とも言うべき賠償のイデオロギー ¹²⁸⁾が存在している。こうした状況下で、未成年の子や精神障害者の自律に配慮し、責任負担に伴う家族のメンバーへの影響も考慮しながら、被害者への補償を最大限に確保するために、「家族外に対する責任」に関わる議論が展開されてきた。

以下では、上記の諸事情を念頭に置きながら、家族のあり方((1)) と民事責任法の枠組((2)) に分けて、日本法との比較も踏まえつつ、1で抽出した各考え方を分析する。

¹²⁵⁾ Cf. Legeais, supra note 51, n°2, pp.775 et s.: Lebreton, supra note 21, n°2 et s., pp.18 et s.: Laurence Gareil, L'exercice de l'autorité parentale, préf. Laurent Leveneur, Bibliothèque de droit privé, t.413, LGDJ, Paris, 2004, n°453 et s., pp.253 et s. また、家族一般に関する叙述であるが、Cf. François Chabas, Du lien de parenté ou d'alliance entre la victime et l'auteur du dommage, in, Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulours, Toulours, 1978, p.303.

¹²⁶⁾ 精神障害者の法的処遇一般に関するものであるが、Cf. Pradel, supra note 69; Valérie Doumeng, La vie privée du majeur malade mental ou déficient intellectuel, préf. Claire Neirinck, t.1 et 2, PUAM, Aix-en-Provence, 2002; etc.

¹²⁷⁾ Jean Carbonnier, Droit et passion du droit sous la V^e République, Flammarion, Paris, 1996, pp.158 et s.

¹²⁸⁾ Loïc Cadiet, Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation, in, Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, 2000, pp.495 et s.

(1) 家族のあり方

第1に、家族の枠またはサークルという視点から、1で整理した議論を検討する。

まず、構想①または構想③によれば、未成年者や精神障害者の行為との関連 で責任を負うべき者の範囲は、法的権限の存在という基準により明確かつ限定 的に枠付けられる。

ところで、フランスにおいてフォートなしの責任が発展してきた要因の1つとして、責任保険の存在がある。フォートなしの責任が生成されることによって責任保険の領域が拡大し、責任保険の領域が拡大することによって新たなフォートなしの責任が生成されてきた¹²⁹⁾。このことは、「家族外に対する責任」が問題となる場面でも同様である¹³⁰⁾。保険をあらかじめ付すためには、責任原因と責任を負うべき者との結合関係が明確にされていることが必要であるとすれば¹³¹⁾、構想①と構想③にはこの点において意義が認められる¹³²⁾。更に言えば、フランスでは、日本以上に責任保険が発達し、民事責任法と責任保険が密接不可分の関係にある現状を踏まえると、構想①と構想③を採用する意味は

¹²⁹⁾ Chantal Russo, De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe: Contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 9, Dalloz, Paris, 2001, n°35 et s., pp.17 et s. に簡素で優れた整理がある。

¹³⁰⁾このことは、この問題に関するほぼすべての議論の中で触れられている点である。なお、 構想③から構想①へという形での判例の変遷の背景に、リスクを創設する者とそれを被る 者と間の不平等、他人の行為に基づく責任の文脈では、付保のしやすさから生ずる不平等 を背景とした正義感情があることを指摘するものとして、Pierre Kayser, Le sentiment de la justice et le développement de la responsabilité civile en France, RRJ. 2000, n°19 et s., pp.459 et s.

¹³¹⁾ Clothilde Grare, Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation, préf. Yves Lequette, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 45, Dalloz, Paris, 2005, n°570 et s., pp.55 et s. ; etc.

¹³²⁾ 保険義務を課すためには事実上の権限ではなく法的権限を問題にしなければならないことを強調するものとして、Puech, supra note 8, n°s244 et s., pp.198 et s.: Stéphane Obellianne, Les sources des obligations, préf. Dominique Fenouillet, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, n°s550 et s., pp.506 et s.; etc.

日本とは比べものにならないほどに大きいと評しうる 133)。

その反面、構想①または構想③によると、精神障害者による行為の場面では、その者の生活を組織し、指揮し、監督する法的な権限を持つ者が存在しないという事態が、未成年者による行為の場面では、その者の生活に密接な関わりを持つ者は存在するものの親権を持たないために「¹³⁴、または、(現在の実定法では)親権を持つ者が未成年の子と同居していないために、その責任を問うことができないという事態が不可避的に発生する。そのため、構想①および構想③は、それだけでは、すべての場合に賠償の確保という目的を実現することができない枠組であると言わなければならず、これらによるときには、別の構想を併せて用いることが要請される「¹³⁵⁾。

次に、構想②によれば、未成年者や精神障害者の行為との関連で責任を負うべき者の範囲は、社会的地位や家族権限の存在という基準で緩やかに枠付けられる。確かに、これによれば、構想①や構想③を前提とする場合に生じうる事態は回避される。しかし、その反面、父母の責任を親権ではなく親子関係に結び付ける考え方や父母の責任と同居する家族のメンバーの責任を同列に扱う考え方に対しては、親権を持つ親の責任化という家族法の動向に適合しないことが指摘される「366」。

最後に、構想④または構想⑤によれば、未成年者や精神障害者と責任を負うべき者との間に存在する法定的な家族関係の存在は、監督義務の基礎となる事実上の関係の有無を判断するための1つの重要な要素としての位置付けが与えられるにすぎない。従って、問題となる家族の枠は、身分または地位に結び付

¹³³⁾ このことを反対から見ると、フランスにおける構想①は保険の支払のための通過点として利用されているにすぎないとも評しうる。

¹³⁴⁾ 例えば、ある男が自由結合のパートナーとの間に生まれた子と親子関係を設定していない場合や、ある男または女がそのパートナーの子との間で養親子関係を設定していない場合などが、これに該当する。

¹³⁵⁾ 具体的には、構想⑤が併用されることになる。Cf. Coulon, supra note 124, nºs82 et s., pp.69 et s.; etc.

¹³⁶⁾ Radé, supra note 85, n° 19 et s., pp.93 et s.

けられた法定権限を持たない者であっても未成年者や精神障害者の行為につき 責任を問われる可能性があるという点では構想①や構想③よりも広く、上記の 法定権限を持つ者であっても未成年者や精神障害者の行為につき責任を負わな いことがあるという点では構想①や構想③よりも狭くなる¹³⁷⁾。これは、法定 的な家族関係よりも事実上の家族関係に重心を置いて責任を負うべき者を確定 しようとするものと評価することができる。

第2に、直接行為者と責任を負うべき者との間に存在する関係の把握の仕方という視点から、1で整理した議論を検討する。ここでは、1つ目として、各構想が関係把握の仕方に対して持つ含意を明らかにすること、2つ目として、各構想における関係把握の仕方と家族法的な規律における関係把握の仕方との間に整合性があるかどうかを検証することが必要となる。

まず、1つ目の問いから検討する。

① - βおよび② - βは、未成年者や精神障害者が社会にとって極めて危険な存在であるという評価、そして、これらの者に対して法定権限を持つ者またはこれらの者と一定の家族関係にある者が未成年者や精神障害者という危険な存在を生み出し、これを支配すべきであるという評価を前提としている。そのため、この立場に対しては、以下の批判が提起される¹³⁸⁾。子どもや精神障害者の社会進出が進められている状況下で、通常の状態における未成年者や精神障害者の存在それ自体を特別なリスクと評価することはできるか。仮にこれらの者に一定のリスクが内在しているとしても、リスクの責任を正当化しうるほどの特別なリスクと言うことはできるか。未成年者や精神障害者は、支配の対象ではなく、保護を受けつつ自律的に行動する存在ではないのか¹³⁹⁾。また、未成年者や精神障害者による行為の性質について損害の直接的な原因であれば足りるという立場を採用するならば、これらの者の適法な行為が特別なリスクと

¹³⁷⁾ この不明確さを問題にするものとして、Jérôme Lasserre-Capdeville, L'appréciation de rapport d'autorité en matière de responsabilité du fait d'autrui, RRJ. 2005, pp.687 et s.

¹³⁸⁾ 以下の批判は構想①と②における α と β を区別することなく提起されるのが一般的であるが、その内容を見る限り、① - β と② - β に対してのみ妥当する。

評価されることにならないか¹⁴⁰⁾。この立場によると、未成年者や精神障害者が物化され、他人の行為に基づく責任が物の所為に基づく責任と同列化されることにならないか¹⁴¹⁾。結局、この立場に従うと、未成年の子の行為に基づく父母の責任の文脈で言えば、子は、父母にとって、幸福の源ではなく、特別なリスクとして捉えられ、子を持つことは、病気、交通事故に続く、第三のリスクとして把握される¹⁴²⁾。

① - αおよび② - αは、未成年の子と親権を持つ父母、または、未成年者もしくは精神障害者と家族のメンバーとの間に、後者に責任原因が存在しない場合であっても前者の行為について後者に責任を転嫁することができるだけの一体的な関係が存在していることを前提とする。例えば、父母の責任について、父母がその未成年の子によって生じさせられた損害について直接的に責任を引き受けるというのが通常かつ自然なことであり、このような意識によって、父

¹³⁹⁾ この点を明確に述べるものとして、Lebreton, supra note 21, n°123, pp.145 et s.: Id, La responsabilité parentale: L'abandon d'un système de responsabilité classique pour un système d'indemnisation, RRJ. 2002, pp.1280 et s.: Denis Mazeaud, Famille et responsabilité: Réflexions sur quelques aspects de 《l'idéologie de la réparation》, in, Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, n°14 et s., pp.577 et s.: etc.

¹⁴⁰⁾ 例えば、未成年の子が交通ルールを守っていたにもかかわらず自動車事故に遭遇し損害を被った場合において、自動車の運転者にも一定の損害が発生したという事案や (Lebreton, supra note 139, pp.1280 et s.)、未成年の子が風邪をひき友人にうつしてしまったという事案でも (Christophe Radé, Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, 2 - Les voies de la réforme: la promotion du droit à la sûreté, D. 1999, chr. n°14, p.327)、 同居する父母の責任が問われうる。

¹⁴¹⁾ この文脈では、子の物化の是非が問われる。Cf. Mazeaud, supra note 139, nºs14 et s., pp.577 et s.; Laurent Dumaine, Note sous Cass. crim. 28 juin 2000, D. 2001, p.2794; etc.

¹⁴²⁾ Gilda Nicolau, L'autorité parentale à l'épreuve, in, Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presses unversitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2003, pp.159 et s. また、親は子についてのあらゆるリスクの無償保険者となる。Philippe Brun, Le nouveau visage de la responsabilité du fait d'autrui (Vers l'irresponsabilité des petits?), in, Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presses unversitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2003, n°8, p.109.

母をして、社会との関係で、未成年の子の行為を保証する機能を引き受けさせることが正当化されるという説明は¹⁴³⁾、上記の発想を基礎に据えるものと評価することができる。もっとも、被害者に対する補償をよりよく確保するためとはいえ、このような形で家族のメンバー相互の関係を把握することに対しては、行為者と責任を負う者それぞれの自律を妨げることになるのではないかという疑問が生ずる。

構想③および構想⑤によれば、未成年の子と父母、または、未成年者もしく は精神障害者と家族のメンバーとの関係は、権利義務のレベルで把握され、両 者は独立した存在として位置付けられる。そのため、これらに対して、その関 係の把握の仕方それ自体に関わる疑問は提示されていない。もっとも、これら の構想では、フォートの評価、および、その前提となる監督または教育に関わ る義務の内容の捉え方によっては、 $(1) - \alpha$ または $(2) - \alpha$ へと接近する可能性が あり、このことが問題として示されることはある。例えば、1242条4項につき 監督または教育上のフォートの推定に基づく責任として理解する立場を前提 に、フォート不存在による父母の免責を厳格に評価して当然責任に接近させる と、子の自律が損なわれることになってしまうとの問題が指摘されている 1440。 また、1980年代の判例のように、子にフォートが存在することをもって父母 の監督または教育上のフォートの存在を基礎付けるという手法に対しては、子 の違法行為から親の違法行為を基礎付けることができるほど両者の間に密接な 関係があるとは言えないにもかかわらず、子の責任原因行為と親の監督または 教育上のフォートが同一視されることによって、子と父母が異なる法主体であ るという前提が覆されてしまっているとの疑問が示されている¹⁴⁵⁾。更に、 414-3条の制定前およびその過程では、精神障害者自身の責任ではなく、精神 障害者を監督する者の責任を問題にすると、監督義務の捉え方によっては、監 督を苛酷かつ非人道的なものとし、精神障害者の自律性を奪うことになり、解

¹⁴³⁾ Lambert-Faivre, supra note 20, pp. 5 et s.; Galliou-Scanvion, supra note 21, n°246, p.226.

¹⁴⁴⁾ Cf. Coulon, supra note 124, n° 39 et s., pp.35 et s.

¹⁴⁵⁾ Puech, supra note 8, n° 89 et s., pp.89 et s.

放医療そのものにも影響を及ぼしかねないほか、監督する者の自由を制約する ことになってしまうのではないかとの議論が展開されていた¹⁴⁶。

このように見ると、各構想が関係把握に対して持つ含意に関しては、日本とフランスで、ほぼ同様の議論の構図が成り立つことが分かる¹⁴⁷。

次に、2つ目の問いについて検討する。

一方で、子の行為に基づく父母の責任との関連では、親権の捉え方との整合性が問われる。親権については、父母の権利から子の権利へ、絶対的な権利から目的化かつコントロールされた任務へという展望の転換があり、その中で、親権者の責任化が目指されてきた¹⁴⁸⁾。こうした発展過程を踏まえたとき、構想③と構想⑤において、監督または教育に関わる義務の内容を高度化し、監督または教育上のフォートの不存在による父母の免責を認めない傾向、あるいは、同居要件を維持しつつ、未成年の子が父母と別居中に損害を生じさせる行為をしたときであっても、この別居に正当性がなければ同居を肯定する傾向、そして、構想①または構想②において、未成年の子に対する父母の責任を当然責任とし、同居の意味を法的かつ抽象的に捉えていく構成は、こうした方向性に沿うものとして評価される^{149,150)}。

また、構想①および構想③は、父母が未成年の子に対して親権を持つ限りに おいて責任を負う(可能性)を認めるものであり、夫婦が離婚した後も未成年 の子について共同で親権を持つとされていることにも整合的であると説かれ

¹⁴⁶⁾ Fusier, supra note 80, pp.157 et s. ; Lafon, supra note 69, n°s173 et s., pp.212 et s. ; Viney, supra note 7, pp.253 et s. ; etc.

¹⁴⁷⁾ 日本法での議論につき、拙稿・前掲注(2)「3・完」53頁以下を参照。

¹⁴⁸⁾ 文献の所在も含め、Cf. Claire Neirinck, La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, préf. Bernard Teyssié, Bibliothèque de droit privé, t.182, LGDJ, Paris, 1984 : Marie-Laure Delfosse-Cicile, Le lien parental, préf. Françoise Terré, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2003 : Gareil, supra note, 125 : Siffrein-Blanc, supra note 106, La parenté...; etc.

¹⁴⁹⁾ このことは、注(148) で引用した文献がいずれも構想①または構想②を支持していることからも明らかである。

¹⁵⁰⁾ この観点から見ると、構想④には問題があることになる。

る ¹⁵¹⁾。ただし、このような評価をするためには、同居要件を削除するか、その意味を修正することが前提となる。判例のように、同居の意味を日常的な居住として捉えると、離婚後に未成年の子と日常的に居住せず訪問権および受入権しか持たない親は、未成年の子と同居していないと評価され、その行為について責任を負うこともなくなって、少なくとも父母の責任に関して見ると、親権を持たない親と同じ扱いを受けることになるからである ¹⁵²⁾。そのため、親権法のレベルでは、住所と受入を区別し、後者を双方の親について認める一方、主従があるかのように見える日常的居住と訪問権の区別を廃止することによって、双方の親について同居を肯定するという理解が提示されている(親権法のレベルでの同居 = 責任法のレベルでの同居) ¹⁵³⁾。また、民事責任法のレベルでも、立法論としては同居要件の削除が主張され、解釈論としては日常的な居住と現実の居住という両面から同居の有無を評価していく方法が説かれる(親権法のレベルの同居 + 責任法のレベルの同居) ^{154,155)}。これらによれば、子が親の離婚後に双方の親のもとで交互に居住するケースであっても、双方の親について未成年の子との同居を認めることができる ¹⁵⁶⁾。

¹⁵¹⁾ この観点から見ると、構想④と構想⑤には問題があることになる。

¹⁵²⁾ Cf. Delfosse-Cicile, supra note 148, $n^{os}70$ et s., pp.72 et s. et $n^{o}95$, p.85; etc. その結果、父母としての重い責任を回避するため離婚後に子の押し付け合いが生じかねないとの懸念や、自身の子について関心が薄ければその子の行為に関わる責任を免れるというパラドクスが生じているとの批判が示される。Siffrein-Blanc, supra note 106, Vers une réforme..., $n^{os}9$ et s., pp.483 et s.

¹⁵³⁾ Delfosse-Cicile, supra note 148, n°s 132 et s., pp.240 et s.

¹⁵⁴⁾ Lebreton, supra note 139, pp.1273 et s.: Anne Ponseille, Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur, RTD civ. 2003, pp.665 et s.: Gwenaëlle Hubert-Dias, Responsabilité solidaire des père et mère divorcés, résidence habituelle et condition de cohabitation dans la jurisprudence de la cour de cassation, RRJ. 2015, pp.1085 et s. (ただし、子の利益の観点からは疑問だとする)

¹⁵⁵⁾ 日常的に子と居住していない親について、1242条1項の責任を問うことも考えられる。 Cf. Stéphanie Pons, La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du code civil, préf. Anne Leborgne, PUAM., Aix-en-Provence, 2007, n° 396 et s., pp.231 et s.

この点、上記の評価は、構想③に対応する日本の伝統的理解(「はじめに」の①-2)には妥当しない。日本では、離婚後、子は一方の親の単独親権に服することが予定されているからである。反対に、フランス法との対比で言えば、日本法の下では、父母の責任を親権から生ずる法定的な権利義務関係の存在に結び付けてしまうと、親権を持つ親の責任は714条の問題となり、親権を持たない親の責任は709条の問題になるという形で、両者の規律が異なることになるため、①-2に対しては、その適否が問われることになる。

他方で、「家族外に対する責任」一般との関連では、家族のメンバーの責任を広く、厳格な形で認めることには、未成年者や精神障害者自身の利益を擁護することにも繋がるとの主張が展開されることがある¹⁵⁷⁾。これは、未成年者または精神障害者の行為によって損害を被った被害者は、これらの者に対して損害賠償を請求することができるだけでなく、その父母または家族のメンバーに対しても損害賠償を請求することができるところ、後者の可能性を広く認めれば、被害者が前者を選択する場面が減少するため、未成年者または精神障害者の財産の減少を防ぐことができ、その人生にわたって賠償の負担に苦しめられることも少なくなるという理由による。そして、このことは、法が未成年者や精神障害者を特別に保護していることにも適うとされる。ただし、これは、法というよりも、事実のレベルに属する主張であり、低年齢の子や精神障害者自身の責任を肯定するフランス法でのみ意味を持つ理由付けである。

また、未成年者または精神障害者の行為によって損害を被った被害者が、その父母または家族のメンバーから確実に損害賠償を得ることができるのであれば、一定の未成年者または精神障害者自身の責任を問題にする必要はないとして、414-3条をフォートから切り離すことを前提に低年齢の子については無責原則に回帰すべきであるとか¹⁵⁸⁾、一定の未成年者または精神障害者自身の責任を二次的なものとして構成すべきであるとの考え方も存在する¹⁵⁹⁾。これも、

¹⁵⁶⁾ Gareil, supra note 125, n°s453 et s., pp.253 et s; Ponseille, supra note 154, pp.665 et s.

¹⁵⁷⁾ Galliou-Scanvion, supra note 21, n°154, p.148 et n°246, pp.226 et s.

未成年者または精神障害者の利益に配慮した主張として位置付けられる。なお、この見方は、日本のように低年齢の子や精神障害者の免責を認めている法制からすれば、これらの者への配慮の必要性を説くという文脈では特段の意義を有するものではないものの、そのためには「家族外に対する責任」を強化する必要がある旨を説いているという点では検討の手がかりとなるものである。とはいえ、この点は、家族のあり方ではなく、諸価値の調整に関わる問題である。

第3に、(仮に典型的な家族というものが想定されているとすればその) 典型的な家族という視点、また、社会と家族との関わり方という視点から1で整理した議論を検討する。

まず、前者との関連では、各構想において、望ましいものとして想定される という意味での典型的家族像は予定されているのか、仮に予定されているとし てそれはどのようなものかが問題となる。

一方で、未成年の子の行為に関する父母の責任の場面については、以下のように整理することができる。構想①および構想②においては、未成年の子から生ずるリスクを(親権を持つ)父母が無条件に負担するという像(β)、未成年の子による行為の結果を(親権を持つ)父母が無条件に保証するという像(α)が想定され、その実現を担保するために当然責任というサンクションが予定されている。また、構想③においては、未成年の子の行為につき親権を持つ父母が監督するという像が想定され、その実現を担保するためにフォートの推定に基づく責任というサンクションが予定されている。ここでは、民事責任法によ

¹⁵⁸⁾ Ex. Lambert-Faivre, supra note 20, pp.5 et s.: Perdrix, supra note 62, n°s786 et s., pp.504 et s.: etc. この文脈では、Cass. ass. plén. 25 fév. 2000, Bull. ass. plén. n°2で示された使用者 責任のモデルを参考にして、直接行為者の無責を認めるべき旨が説かれることがある(Ex. Christope Radé, Faut-il reconnaitre d'existence d'un principe générale de responsabilité du fait d'autrui?, in, Responsabilité civile et assurance, Études offertes à Hubert Groutel, LexisNexis, Litec, Paris, 2006, pp.375 et s.: etc.)。しかし、「家族外に対する責任」と他人 の活動に関わる権限や義務を問題にする使用者責任の場面とでは問題状況が異なるため、この見解は説得力を欠く。

¹⁵⁹⁾ Galliou-Scanvion, supra note 21, n°40, pp.58 et s.

りそこから外れる者には重い責任が課せられるという意味で、離脱を許さない 強制された像が問題となっている。これに対して、構想④および構想⑤によれ ば、特定の親子像が想定されることはない。

他方で、未成年者または精神障害者の行為に関する家族のメンバーの責任の場面については、以下のように整理することができる。構想②においては、未成年者または精神障害者から生ずるリスクを特定の家族のメンバーが無条件に負担するという像(β)、未成年者または精神障害者による行為の結果を特定の家族のメンバーが無条件に保証するという像(α)が想定され、その実現を担保するために当然責任というサンクションが予定されている。ここでは、民事責任法によりそこから外れる者には重い責任が課せられるという意味で、離脱を許さない強制された像が問題となっている。これに対して、それ以外の考え方によれば、特定の家族像が想定されることはない。

このように見ると、それぞれの家族と典型的な家族像との関係に関しては、 日本とフランスでほぼ同様の議論の構図が成り立つことが分かる 1600。

次に、後者との関連では、未成年者または精神障害者、および、これらの者が生じさせた損害について、本人、家族、社会がどのような形で負担すべきものとされているかが問題となる。

一方で、未成年者による不法行為の場面については、以下のように整理することができる。第1に、構想①および構想②では、未成年者の監督については家族が負担し、そこから生ずる損害については家族が中心となって負担し本人と社会がこれを支えるという構図が描かれる。これらによれば、未成年者が損害を生じさせた場合、その損害は、被害者ではなく、その父母(または家族のメンバー)がこれをすべて負担しなければならないという論理が貫徹される。その上で、実定法に従えば、未成年者自身もこの損害を負担することになり、未成年者の保護に留意する見解によれば、低年齢の子はその損害を負担しないことになる。ここには、未成年者が生じさせた損害についてはその家族内で処

¹⁶⁰⁾ 日本法での議論につき、拙稿・前掲注(2) 「3・完 | 58 頁以下を参照。

理がされるべきであるとの発想を看取することができる。そのため、これらの見解に対しては、未成年者とその家族を犠牲にした被害者主義であるとの批判が提起される¹⁶¹⁾。ところで、判例において父母の責任が二重の意味で客観化されたのは、家族の保険によって父母および未成年の子の負担がカバーされており、これによって未成年の子の行為から生ずる損害を社会全体に分散させることができるからであることが強調される¹⁶²⁾。しかし、現状では、この責任保険は任意加入であり、社会への分散が一般的な形で実現されているわけではない。従って、上記の批判を重く受け止める立場からは、保険の仕組を改良しつつ、家族の保険を義務にすべきであるとの提案がされることになる¹⁶³⁾。第2に、構想③では、未成年者の監督については家族が負担し、そこから生ずる損害については家族、本人、社会が負担するという構図が抽出される。ここでは、その損失の負担についてはともかく、未成年者の行為については、社会全体ではなく、その父母によって監督がされるべきであるという着想が存在していることを強調しておくべきである。第3に、構想④および構想⑤では、未成年者の監督については社会と家族が負担し、そこから生ずる損害については社会が

¹⁶¹⁾ Lebreton, supra note 139, pp.1273 et s. et pp.1283 et s. 父母が未成年の子の行為について 多額の賠償を義務付けられたことにより、その生活が困窮し、その子を施設に預けざるを えなくなったという事態も発生しているようである (Lebreton, supra note 21, n°s184 et s., pp.223 et s.)。

¹⁶²⁾ 家族の保険は、その被保険者として、父母のみならず、その子をも予定している。そうすると、少なくとも補償の確保という観点だけから見れば、未成年の子自身の責任を認めれば十分であり、必ずしも父母に当然責任を課す必要はない。ただし、判例のように、父母の責任を肯定するためには、未成年の子について損害の直接的な原因となる行為があれば足りるという立場を採用するならば、未成年の子自身の責任を認めることはできないものの、父母の責任を認めることはできるという場面が想定されるため、父母に当然責任を課しておく意味は残ることになる。Cf. Philippe Brun, La responsabilité civile des parents, in, Être parent aujourd'hui, sous la dir. Philippe Jacques, Dalloz, Paris, 2010, pp.93 et s.

¹⁶³⁾ 多くの学説が強制保険の導入を提案しているが、詳細なものとして、Ex. Matthieu Robineau, Contribution à l'étude du système responsabilité: Les potentialités du droit des assurances, préf. Marie-Luce Demeester, Collection de Thèses, t.19, Defrénois, Paris, 2006, n°363 et s., pp.239 et s.; etc.

中心となって負担し家族と本人がこれを支えるという構図が描写される。これらによれば、未成年者に対する監督やそこから生じた損失の負担を父母または家族のメンバーだけに課そうとする発想は存在しない。確かに、実際的には父母によって未成年の子の監督がされることが多いものの、これは、法による要請ではなく、事実上のことにすぎない。

他方で、精神障害者による不法行為の場面については、以下のように整理することができる。構想②では、精神障害者の監督については家族が負担し、そこから生ずる損害については家族が中心となって負担し本人と社会がこれを支えるという構図が描かれる。ここでは、精神障害者の行為の監督とそこから生ずる損害は、被害者ではなく、その家族のメンバーがこれをすべて負担しなければならないという論理が貫徹される。これに対して、それ以外の構想では、精神障害者の監督については社会と家族が負担し、そこから生ずる損害については社会が中心となって負担し家族と本人がこれを支えるという構図が描写される。これらによれば、精神障害者に対する監督やそこから生じた損失の負担をその家族のメンバーだけに課そうとする発想は存在しない。

このように見ると、未成年者や精神障害者およびこれらの者が生じさせた損害についての負担のあり方については、フランスと日本では、本人による負担という発想が介在するかどうか、保険による社会全体への分散が強調されるかどうか、構想②を除き未成年者による加害行為の場合と精神障害者によるそれとで異なる構図を明確に描くかどうかという点に違いはあるものの、大枠としては、ほぼ共通の議論が成り立つことが分かる¹⁶⁴⁾。

(2) 民事責任法の枠組

各構想が民事責任法の要件枠組と整合しているかという点については既に1 で触れているため、以下では、各構想が民事責任法の本質や目的と整合してい るか、各構想が民事責任法の枠内で斟酌されるべき対抗価値や当該問題の解決

¹⁶⁴⁾ 日本法での議論につき、拙稿・前掲注(2) 「3・完 | 59頁を参照。

に際して考慮されるべき諸価値に十分な配慮をすることができているかという 点について検討する。

第1に、前者について、「家族外に対する責任」の場面では、民事責任法の規範的機能が問題とされている $^{165)}$ 。フランス法で民事責任法の規範的機能が語られる場合、それは、価値判断や基準ではなく、サンクションの賦課を通じた損害発生の抑止という意味で用いられることが多い $^{166)}$ 。今日では、民事責任法が被害者の補償に傾斜しすぎているという認識の下、様々な形でその規範的機能を回復するための試論が提示されているが $^{167)}$ 、ここでは、フォートに基づく責任とフォートなしの責任の規範的機能、つまり、これらの責任によって家族のメンバーに適切な行動をとるよう促すことができるかが問われている。

まず、未成年の子の行為に関する父母の責任が問題となる場面における規範

¹⁶⁵⁾ フランスでは、これまで、一部の例外を除き(Ex. Starck, supra note 69: etc.)、不法行為法における権利保障という観点が強調されることはほとんどなかったが、近年では、不法行為法の憲法的価値の問題も含め、この点に関する研究が進展しつつある(Ex. Bénédicte Girard, Responsabilité civile extracontractuelle et droit fondamentaux, préf. Muriel Fabre-Magnan, Bibliothèque de droit privé, t.562, LGDJ, Paris, 2015: etc.)。ただし、「家族外に対する責任」の場面で有意な議論が展開されているわけではないため、以下では、この点には触れない。

¹⁶⁶⁾ このような形で限定的に規範的機能を捉えることに対し疑問を提起するものとして、Ex. Christophe Quézel-Ambrunaz, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, préf. Philippe Brun, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 99, Dalloz, Paris, 2010, n°503 et s., pp.421 et s.; etc.

¹⁶⁷⁾ 例えば、私的詞(Suzanne Carval, La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, préf. Geneviève Viney, Bibliothèque de droit privé, t.250, LGDJ, Paris, 1995: Alexis Jault, La notion de peine privée, préf. François Chabas, Bibliothèque de droit privé, t.442, LGDJ, Paris, 2005: etc.)や予防(Stéphanie Grayot, Essai sur le rôle des juges civiles et administratifs dans la prévention des dommages, préf. Geneviève Viney, Bibliothèque de droit privé, t.504, LGDJ, Paris, 2009: Cyril Sintez, La sanction préventive en droit de la responsabilité civile:Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes, préf. Catherine Thibierge et Pierre Noreau, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol.110, Dalloz, Paris, 2011: etc.)が、それである。

的機能の作用の仕方を検討する。父母が子との関係で負う人格的レベルの義務 については、家族法上、実効的なサンクションが存在していない。このことは、 刑事法や行政法の領域でも同様である。こうした状況の下では、民事責任法を 通じて父母を責任化し、父母に対して未成年の子による損害の発生を予防させ ることには重要な意義が認められる¹⁶⁸⁾。構想③および構想⑤によれば、父母は、 その監督または教育上のフォートを理由に責任を課せられる。そのため、ここ では、父母に対して、フォートに基づく責任の規範的機能が作用し、よりよい 監督または教育へのインセンティブが与えられる。これに対して、構想①、構 想②、構想④によると、父母は、自らに監督または教育上のフォートがあるか どうかにかかわらず責任を課せられる。従って、ここでは、父母に対して未成 年の子の行為について当然責任を課すことにより規範的機能がどのような形で 作用するかという問いが生ずる。もっとも、この点については、認識の相違が 存在する。父母の責任を当然責任化すると、監督および教育を尽すことへのイ ンセンティブがなくなり、父母を非責任化へと導くことになって、子の利益に 反する結果が生ずるという見方がある一方で¹⁶⁹⁾、父母の責任を当然責任化す ることによってこそ、監督および教育を尽すことへのインセンティブが与えら れ、子の利益にも適う結果が生ずるという見方もある170,171)。もっとも、いず れの見方も憶測の域を出ないものであるように思われる。

¹⁶⁸⁾ Pons, supra note 155 : Gaëlle Ruffieux, Les sanctions des obligations familiales, préf. Pierre Murax, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol.138, Dalloz, Paris, 2014 が強調する点である。

¹⁶⁹⁾ Lebreton, supra note, 21, n°19, pp.41 et s.; etc.

¹⁷⁰⁾ Galliou-Scanvion, supra note 21, n°275, pp.255 et s. ; Siffrein-Blanc, supra note 106, La parenté..., n°5587 et s., pp.470 et s. ; etc. また、Cf. Jocelyne Castaignède, Les petits responsables. Réflexions sur la responsabilité pénale et la responsabilité civile du mineur, in, Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presses unversitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2003, pp.126 et s. et pp.130 et s.

¹⁷¹⁾ 経済学的アプローチからの分析成果を踏まえ、他人の行為に基づく責任一般について 同旨を述べるものとして、Grégory Maitre, La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit, préf. Horata Muir Watt, LGDJ, Paris, 2005, n°s165 et s., pp.85 et s.

次に、未成年者または精神障害者の行為に関する家族のメンバーの責任が問題となる場面における規範的機能の作用の仕方に言及する。構想④または構想⑤によると、家族のメンバーは、未成年者または精神障害者に対して事実的契機に由来する監護に関わる権限を持ち、または、監督義務を負っている場合に限り、責任を課せられる。そのため、ここでは、事実上の関係を持つことが責任や監督義務の肯定に繋がるため、未成年者または精神障害者とその家族のメンバーとの間の関係構築を妨げることになってしまうという批判が提起されうる。もっとも、この点については、家族のメンバーは、未成年者や精神障害者と愛情的な関係で結ばれており、これらの者の行為との関連で重い責任を課せられるからといって、これらの者との関わりを避けようとはしないはずであるという指摘があることが注目される「172,173」。

第2に、後者について、フランス法では、以下のような形で問題が生じている。「家族外に対する責任」の場面では、一方で、未成年者または精神障害者には賠償の資力が存在しないことが多いため、父母や家族のメンバーの責任を重くすることによって被害者に対する賠償を確保すべきであるという要請があり、他方で、未成年者または精神障害者の自由や自律、父母や家族のメンバーの自由、より抽象的に言えば、家族内における個人の独立性にも十分な配慮をしておく必要がある。更に、民事責任法における規範的機能を作用させることも重要な課題となる。ところが、19世紀後半以降のフランス実定法は、賠償のイデオロギー、被害者主義と称される一般的な傾向の下、被害者に対する賠償の確保を至上命題として形成されてきた「74,175」。その結果、ここでは、個人の自由や自律が損なわれてしまっているのではないか、民事責任の規範的機能

¹⁷²⁾ Coulon, supra note 124, n°s47 et s., pp.43 et s.; etc

¹⁷³⁾ この点との関連では、判例の展開を受け、371-4条で祖父母に対して孫との面会などにつき一定の権限が認められていることにも注目すべきである。

¹⁷⁴⁾ 他人の行為に基づく責任に関する判例法理は、賠償のイデオロギーのための道具として位置付けられる。Cf. Elodie Gavin-Millan Oosterlynck, La responsabilité délictuelle et les outils de son pilotage technique par la cour de cassation, RRI, 2006, pp.2294 et s.

¹⁷⁵⁾ 文献の所在も含め、拙稿・前掲注(5)452頁以下・568頁以下を参照。

が作用していないのではないかといった疑問が投げかけられている。こうした 状況を受けて、近時の学説は、上記の要請を可能な限り充足させるべく、様々 な形で議論を行っている。賠償のイデオロギーを告発し、補償への傾斜を見直 す動きは、民事責任法全体を視野に入れて展開されているが¹⁷⁶⁾、以下では、「家 族外に対する責任 | に関わりを持つ範囲で近時の議論を整理する。

まず、補償基金¹⁷⁷⁾の創設を説く見解がある。例えば、未成年者または精神障害者によって生じさせられた損害について責任から切り離された補償基金を設立し、これによって、被害者への補償を確保する。父母または家族のメンバーの責任に関しては、構想③または構想⑤を前提にフォートに基づく責任として再構成する。父母または家族のメンバーにフォートが存在する場合には、補償基金からこれらの者に対して強制的な求償を実施する。このように理解することによって、個人の自律、民事責任法の規範的機能、被害者への補償の要請を両立させることができる^{178,179)}。なお、「家族外に対する責任」だけに関係するものではないものの、身体的損害全般についての統一的な補償基金の創設を提案する見解も古くから存在している¹⁸⁰⁾。これによれば、少なくとも未成年者または精神障害者によって身体的損害が生じさせられた場面に関しては、制度

¹⁷⁶⁾ 侵害利益や損害の観点から賠償対象を限定しようとする提案は、「家族外に対する責任」の場面にも影響を及ぼす。例えば、保護される利益の類型化および階層化を提案する考え方(Ex. Jean-Sébastien Borghetti, Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle, in, Études offertes à Geneviève Viney, LGDJ., Paris, 2008, pp.159 et s.; etc.)や、損害の異常性を要求する考え方(Ex. Jean-Christophe Saint-Pau, Responsabilité civile et anormalité, in, Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Presses unversitaires de Bordeaux, Bordeaux, 2003, pp.249 et s.; Véronique Wester-Ouisse, Le dommage anormal, RTD civ. 2016, pp.531 et s.; etc.)がそれである。

¹⁷⁷⁾ Jonas Knetsch, Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation, préf. Yves Lequette et Christian Katzenmeier, Bibliothèque de droit privé, t.548, LGDJ, Paris, 2013, n°183 et s., pp.122 et s. の分類に従えば、補償基金には、補充的補償基金、保障基金、塡補基金がある。ここでは、原則として「家族外に対する責任」を問題にすべきではないという立場が前提となっているため、塡補基金の創設が問われている。

¹⁷⁸⁾ Lebreton, supra note 21, n°s 197 et s., pp.237 et s. ; Id, supra note 139, pp.1283 et s.

設計のあり方によるという留保付きではあるが、上記の見解と同一の帰結を導 くことができる¹⁸¹⁾。

次に、保険の仕組を利用する見解がある¹⁸²⁾。例えば、以下のような主張がある¹⁸³⁾。責任システムを保険化し、まず、被害者への補償を実現し(補償レベル)、その後に、責任化を考える(責任レベル)というプロセスを構築する。未成年者または精神障害者によって損害が生じさせられた場合について言えば、補償レベルでは、父母または家族のメンバーに責任保険への加入を義務付けることにより、被害者への補償を確保する¹⁸⁴⁾。ここでは、未成年者または

^{179)「}家族外に対する責任」の場面で補償基金を創設するという提案に関しては、これを理論的に正当化することができるかが問われる。そもそも補償基金の基礎を国民連帯や社会的リスクに求めること自体に疑問が提起されているほか(また、社会的リスクの考え方によれば、未成年者または精神障害者の捉え方について、構想 $\mathbb{O}-\beta$ および $\mathbb{O}-\beta$ と同様の問題を抱えることになる)、補償基金を損害の発生状況と結び付け、補償の対象となる損害と支出集団の関係に着目して構想しようとすると、精神障害者によって損害が生じさせられた場合であればともかく、未成年者によって損害が生じさせられた場合を包摂することが困難になると考えられるからである。「家族外に対する責任」の場面を扱うものではないが、Cf. Knetsch, supra note 177, \mathbb{O}^{8} 376 et s., pp.255 et s.

¹⁸⁰⁾ Philippe le Tourneau, La responsabilité civile, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1976, n°45, p.23; André Tunc, La sécurité routière: Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation, Dalloz, Paris, 1966; Id., Pour une loi sur les accidents de la circulation, Economica, Paris, 1981 (ただし、後二者は交通事故に関するものである); etc.

¹⁸¹⁾ Julien Bourdoiseau, L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations, préf. Fabrice Leduc, Bibliothèque de droit privé, t.513, LGDJ, Paris, 2010, n°s212 et s., pp.197 et s. esp. n°s441 et s., pp.394 et s.

¹⁸²⁾ 保険との関連では、直接保険を一般化することも想定されるが(可能性の1つとして提示するものとして、Yvonne Flour, Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance?, Droits, t.5, 1987, pp.42 et s.; etc.)、財政的な支出をリスクの創出に関わりのない潜在的被害者に課するための正当化に問題があるほか、仮にこれを任意的なものにすると、潜在的被害者の資産状況に応じて不平等が生じてしまう。Cf. Russo, supra note 129, n°s495 et s., pp.199 et s.; Anne Guégan-Lécuyer, Dommages de masse et responsabilité civile, préf. Patrice Jourdain, Avant-propos de Geneviève Viney, Bibliothèque de droit privé, t.472, LGDJ, Paris, 2006, n°s192 et s., pp.269 et s.; etc.

¹⁸³⁾ Robineau, supra note 163, n°363 et s., pp.239 et s.

精神障害者の行為が直接的な原因となって生じた損害のすべてが補償の対象とされる。責任レベルでは、父母や家族のメンバーに意図的なフォートが存在する場合には、保険業者による求償を義務付けることによって、規範的機能を確保する ¹⁸⁵⁾。このように理解することによって、個人の自律、民事責任の規範的機能、被害者への補償の要請を両立させることができる。

最後に、補償と責任の分離を強調する見解がある。例えば、以下の主張がそれである ¹⁸⁶⁾。これまで民事責任の下で認められてきた賠償と規範という機能の二元性に対応して、賠償=塡補訴権と賠償=贖罪訴権を二元的に構想する。まず、賠償=塡補訴権においては、責任保険への強制加入を前提としたフォートなしの責任を問題にする。未成年者または精神障害者によって損害が生じさせられた場合について言えば、強制保険を前提とした父母または家族のメンバーの当然責任が想定される。次に、賠償=贖罪訴権においては、その重大性を問わず主観的フォートを前提とした私的罰を問題にする。父母または家族のメンバーに主観的フォートが存在するときには、これらの者に私的罰が科される。このように理解することによって、個人の自律、民事責任の規範的機能、被害者への補償の要請を両立させることができる。

また、これとは異なる角度から、以下の主張も存在する¹⁸⁷⁾。フォートによって生じた損害と偶発的な出来事によって生じた損害を区別し、前者には民事責任法を適用した上で、後者については「損害を生じさせる偶発的な出来事に固有の民事法」を構想する。そして、ここでは、責任者ではなく、偶然を媒介する主体が誰であるかを問題にし、損害を被った者と偶然を媒介する主体のいず

¹⁸⁴⁾ 父母や家族のメンバーが付保義務に違反したり、保険業者が倒産したりする事態も想 定されるため、被害者への補償をより確実なものにするためには、強制損害保険保証基金 (FGAO) のような保障基金の仕組を用意しておくことが必要となる。

¹⁸⁵⁾ 規範的機能を強化するためには、一定の行為態様があるときに一部の自己負担を命じたり、保険料の増減額条項を予定したりすることも考えられる。Cf. Maitre, supra note 171, n^{os} 358 et s., pp.205 et s.; etc.

¹⁸⁶⁾ Grare, supra note 131, n°361 et s., pp.275 et s.

¹⁸⁷⁾ Williatte-Pellitteri, supra note 98, n° 723 et s., pp.285 et s.

れもが被害者であることを考慮して、それぞれの保険に半分ずつを負担させる。 未成年者または精神障害者によって損害が生じさせられた場面では、これらの 者と監督義務を負う者の双方にフォートが認められれば、民事責任法の問題と して、1240条と1242条1項または4項を適用し、これらの者と監督義務を負 う者の双方にフォートが認められなければ、損害を生じさせる偶発的な出来事 に固有の民事法を適用する。また、未成年者または精神障害者にフォートはあ るが監督義務を負う者にフォートが認められなければ、損害を生じさせる偶発 的な出来事に固有の民事法を適用した上で、損害が偶然だけから生じているわ けではないことを踏まえ、監督義務者の保険にすべてを負担させるべきである。 これらの提案は、現在の実定法によって実現されてきた被害者への補償の確 保という点については肯定的に評価する一方、これを民事責任法のみによって 実現することには反対し、それぞれに重心の置き方は異なるものの、補償基金、 保険の仕組、補償と責任の分離といった方法を用いることによって、現状にお ける補償の水準を維持しつつ、民事責任法の規範的機能を回復させ、未成年者 や精神障害者およびその家族のメンバーの自律を確保しようとするものであ る。言い換えれば、これらの提言は、民事責任法それ自体の枠組として見たと き、構想①、構想②、構想④には、(たとえこれによって補償が確保されると しても看過することのできない)問題が内在されているという評価を前提にす るものと評しうる。翻って、日本では、フランスと比べて、民事責任法の機能 や個人の自律を侵害してまで被害者への補償を確保すべきであるという要請は

おわりに

フランスにおいても、「家族外に対する責任」を、行為者と責任を負うべき 者の間に存在する身分や地位によって基礎付ける考え方(構想①と構想②)、 そこから生ずる義務の違反によって基礎付ける考え方(構想③)、両者の間に

大きくない。従って、構想②(場合によっては構想①)に対応する日本の考え 方(「はじめに」の①-1)は、フランス法との比較の観点も踏まえればより一

層、受け入れられないものと言うべきである。

存在する身分や地位から切り離された事実上の関係から生ずる義務の違反によって基礎付ける考え方(構想⑤)が存在する。そして、家族のあり方および民事責任法の枠組という視点から見た場合、それぞれの考え方に対する評価も、日本とフランスとで共通している。確かに、フランスでは構想①や構想③の優位が説かれることも多いが、それは、フランスに特殊な事情に支えられている。従って、本稿の検討によって、より一層、個人を起点としたアプローチ、つまり、身分や地位から切り離された事実上の関係から生ずる義務の違反を問題にする考え方(「はじめに」の②)を基礎に据えた解決や解釈論が目指されるべきことが明らかになったと言うことができる。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・基盤研究 C「現代法における人と家族を起点とした民事責任法理の構想」(課題番号16K03384)の研究成果の一部である。植草先生には、筆者が筑波大学法科大学院に着任して以来、様々な面で多くのご指導およびご教示をいただいた。厚く御礼申し上げる。

(しらいし・ともゆき 筑波大学法科大学院准教授)

中国民法総則における行為能力規定

直井義典

はじめに

- 第1章 中国民法総則における行為能力規定の内容
 - 1 民法総則の位置づけ
 - 2 能力規定の位置づけ
 - 3 民法総則における能力規定の内容
 - (1) 意思能力と行為能力
 - (2) 制限行為能力·行為無能力
 - (3) 後見制度
 - (4) 任意後見制度

第2章 日本法との比較

- 1 能力規定の位置づけ
- 2 能力規定の内容
- (1) 意思能力と行為能力
- (2) 制限行為能力・行為無能力
- (3) 後見制度
- (4) 任意後見制度

結語

はじめに

2017年3月に中国民法総則が制定され、行為能力に関する規定についても若干の変更が加えられた。民法総則の制定をめぐっては日本法の影響も指摘されているところであり¹⁾、制定後20年近くを経たわが国の行為能力規定の内容を再検討するにあたって、中国民法総則は最新の立法であるというだけに止まらない価値を有するものと考えられる。

そこで本稿では、中国民法総則における行為能力規定を紹介しつつ、わが国

のそれと比較検討を加えることとしたい。対象とするのは、後見に関する規定を含めた広義の行為能力規定である。このように対象を定めるのは、行為無能力者や制限行為能力者に法律行為の効果を確定的に帰属させる方法をも同時に考察するのでなければ、行為能力制度の実効性の有無を十分には判断できないからである。その際、比較の視点の1つとして、行為能力規定に対して、要件事実から検討を加えることとしたい。それは、行為能力規定は、契約上の請求権に対して抗弁規定、再抗弁規定として機能するものが多いとの指摘がなされている²⁾ため、要件事実に着目することが有益であると考えられることによる。以下、第1章では中国民法総則における行為能力規定の内容を紹介し、第2章でわが国の法制度との比較を行う。

第1章 中国民法総則における行為能力規定の内容

1 民法総則の位置づけ

中国民法総則における行為能力規定の内容を紹介する前に、中国において民 法総則という法律がいかなる位置づけを有するのかについて説明しておく必要 がある。

民法総則という単行法が制定されていることからも推測されるように、中国 には統一的な民法典は存在しない³。

中国では民法典制定が何度か試みられてきたが、すべて失敗に終わった40。

¹⁾ 宇田川幸則「中国における民法総則の編纂」名古屋大学法政論集272号(平成29年) 320頁では、中国民法学界の重鎮である梁慧星が、禁治産制度の廃止・成年後見制度の導 入への日本法の影響を指摘したことが紹介されている。

²⁾ 大江忠『第4版 要件事実民法(1) 総則』(第一法規・平成28年) 141頁。民法総則規 定全般について、契約上の請求権に対する抗弁規定、再抗弁規程として機能することが多 いと指摘する定塚孝司『主張立証責任の構造に関する一試論』(判例タイムズ社・平成4年) 7-8頁も参照。

³⁾ なお、後述する単行法のうちの民法通則には知的財産法が含まれ(民法通則以前の1984年には専利法(特許法)が制定されている)、2002年の民法典草案には、人格権・渉外民事関係の法律適用に関する編が組み込まれるなど、わが国の民法典とは構造上異なる点があるが、本稿ではわが国の民法典に対応する部分を含む単行法のみを取り上げる。

現在は、2020年の民法典制定に向けて将来制定される民法典の構成部分をなす単行法の制定が積み上げられている段階にある。こうした単行法としては、民法通則(1986年)・物権法(2007年)・担保法(1995年)・契約法(1999年)・不法行為責任法(《侵権責任法》)(2009年)・婚姻法(1980年。2001年改正)・養子法(1991年。1998年改正)・相続法(1985年)を挙げることができる。ここにこのたび民法総則が付け加わったわけである。

民法総則の前身にあたるものが民法通則であるが、総則は通則の規定範囲をほぼ踏襲しており⁵⁾、行為能力に関しては通則にも総則にも規定が置かれている。総則には通則との関係を示す規定はないが、通則規定と抵触するものについては総則が優先し、総則に規定のない部分は通則が従前どおり適用されるものと解される。

また、中国では、法源として最高人民法典の司法解釈が大変重要な役割を果たしており、司法解釈には《法律効力》があるため下級人民法院はこれに拘束される 6 。このように司法解釈が重要な役割を果たすのは、詳細な規定を置くよりも簡潔に規定する方がむしろ望ましいという中国法に見られる方針の宿命である 7 。民法通則についても、司法解釈 8 が出され、通則を補うものとして重要な役割を果たしてきた。現時点では民法総則についての司法解釈は出されていないようであるが、民法総則についても同じパターンが繰り返されるのかが注目されている 9 。総則についての司法解釈が出されるまでは通則意見が適

⁴⁾ 中国における民法典編纂の経過については高見澤磨=鈴木賢=宇田川幸則『現代中国 法入門[第7版]』(有斐閣・平成28年) 145-146頁[宇田川]、孫憲忠「中国民法典の編纂 における欧州民法体系化の影響」静岡法務雑誌8号(平成28年)(以下、「孫・前掲①」と いう)177-178頁、鈴木賢「中国民法史から見た民法総則の位置づけについて」法律時報 89巻5号(平成29年)95-96頁。

⁵⁾ 内容面での通則と総則の対比については、鈴木・前掲論文97頁。

高見澤=鈴木=宇田川・前掲110頁〔鈴木〕。

⁷⁾ 鈴木・前掲論文99頁。

⁸⁾ 最高人民法院関于貫徹執行《中華人民共和国民法通則》若干問題的意見(試行)(以下、「通則意見」という)。

⁹⁾ 鈴木・前掲論文99頁。

用されることとなると考えられる。

以上のような理由から、本稿では、総則の規定を中心としつつも、必要な限りで通則や通則意見にも言及することとする¹⁰⁾。

2 能力規定の位置づけ

次に、民法総則の全体構成の中において能力規定にいかなる位置づけが与えられているのかを検討する。

民法総則は11の章で構成されているが、能力に関する規定は、自然人に関する第2章のうちの第1節と第2節を占める。第1節は民事権利能力及び民事行為能力 11 、第2節は後見と題されている。このように、能力の有無・制限を定める規定と後見人の決定方法・権限等に関する規定とが一体のものとして規定されている点に特徴がある 12 。

後見規定を、婚姻法で定めるか総則で定めるかについては中国においても争いがある¹³⁾。総則に後見規定を置いた理由は、親族以外の後見人が認められること、すでに高齢化社会に入っており被後見人の保護、「後見人以外の部門を承認、保護し、その責務を確定することは必要である」ことによるとされる¹⁴⁾。

^{10) 「}自然人に関する法律制度は、現在の民法通則の大部分を留保できる。」と指摘されていた(孫・前掲①185頁)ように、総則においては構成も含めて通則からの大きな変更はないといってよい。ただし、重要な変更点もある。

¹¹⁾ 条文の文言上、「民事権利能力」、「民事行為能力」とされているが、「民事」という文言が付されていることには意味はない。劉隆亨主編『現代経済法辞典』(北京大学出版社出版・1992年)にも「権利能力」、「行為能力」という項目はあるが、民法通則で用いられていたにも拘らず「民事権利能力」、「民事行為能力」という項目はない。

¹²⁾ わが国でも、旧民法人事編では10章 (161条~212条)が後見、第11章が自治産 (213条~221条)、第12章 (222条~242条)が禁治産と題されており、能力の有無・制限を定める規定と後見人の決定方法・権限等に関する規定とが近接して置かれていた。

¹³⁾ 王麗萍「挑戦と対応」学習院大学東洋文化研究12号(平成22年)258頁は、総則は、 民事行為能力の角度から、後見に関する原則的な規定を定めるべきであって、後見に関す る具体的な内容は親族法で定めるべきである。「自然人」の章で後見制度を規定する民法 通則のやり方を止め、後見制度を親族法の内容として規定すべきである、とする。

3 民法総則における能力規定の内容

以下、民法総則における能力規定の具体的な内容を見ていくこととする。

(1) 意思能力と行為能力

権利能力・行為能力の有無・制限については総則13条以下に規定が置かれている。第2章第1節の名称にも表れているように、権利能力と行為能力の規定のみが置かれ、意思能力については規定が置かれなかった点が特徴的である。

ただし、意思能力概念が不要とされているわけではない。意思能力と行為能力の関係について、民法通則に関するある注釈書は、「人が自らの行為を通じて民事権利を取得し民事義務・民事責任を負うには自己の行為を通じて独立して民事活動をする資格を備えなければならない。こうした資格は法律によって付与されるもので、譲渡することはできないし、公民の自由意思によって制限を受けることもない。意思能力とは、こうした資格の有無の決定基準である。意思能力は各人の有する自然的精神状況力であり認識能力、判断能力、合理的認識力、予期力を含む。意思能力は人の事実的心理内在的能力である。よって法律の付与する民事権利能力及び民事行為能力とは異なるものであるが、法律の付与する民事行為能力は意思能力を基礎とするものである。」155とする。

ここでは、意思能力は事実的な心理的な能力であるからその有無は個々の場面ごとに判断される。これに対して行為能力は、民事活動を行う資格であり法律によって付与されるもの、すなわち法律上の概念である。そして、意思能力は行為能力の有無を決定するための基準であるとされている。具体的には、10歳に満たない未成年者は、年齢が小さく意思能力がないことから¹⁶、独立して

¹⁴⁾ 孫憲忠「中国「民法総則」の要点の分析」法律時報89巻5号(平成29年)(以下、「孫・前掲②|という)87頁。

成年後見制度に関してではあるが、銭偉栄「中国成年監護制度の原状とその未来像」松山大学論集24巻6号(平成25年)(以下、「銭・前掲①」という) 192頁も高齢化社会の到来との関係を指摘する。

¹⁵⁾ 唐徳華 = 高聖平主編『民法通則及配套規定新釈新解(上)』(人民法院出版社・2003年) 148頁。

民事活動を行うことができない、と説明される17)。

意思能力は個別的に、行為能力は定型的に判断されるものであり、意思能力の有無を定型化したものが行為能力と位置付けられる。

(2) 制限行為能力・行為無能力

成年者とは18歳以上の自然人¹⁸⁾のことであり (17条)¹⁹⁾、完全民事行為能力者として単独で民事法律行為²⁰⁾を行うことができる (18条)。また、16歳以上の未成年者は、自己の勤労所得を主要な生活源泉としている²¹⁾場合には完全民事行為能力者とみなされる (18条2項)²²⁾。

したがって、16歳以上の未成年者が勤労をしていても、勤労所得を主要な生活源泉としない場合は、その者は制限行為能力者ということになる。また、16歳未満の者は、勤労所得を主要な生活源泉としていても、完全民事行為能力者とはならない²³⁾。

未成年者は、8歳に達しているか否かによって制限民事行為能力者と民事行

¹⁶⁾ この説明は年齢によって定型的に意思能力の有無が確定されるものと理解しているようにも見られ、疑問がある。あるいは、民法通則では10歳未満の者が行為無能力とされていたことからそれと平仄を合わせて10歳という数字を出しただけであり、10歳未満の者については個々の法律行為に際して意思能力の有無を検討した結果として意思能力がないという認識を示すにすぎないものだろうか。いずれにせよ、「意思能力は各人の有する自然的精神状況力」だという説明と整合的な説明であるとは言い難い。

¹⁷⁾ 唐=高・前掲154頁。

¹⁸⁾ 行為能力の有無を決する対象は、通則の「公民」から総則の「自然人」に改められている(第2章の名称、通則11条と総則17条など)。「自然人」がニュートラルな用語であるのに対して「公民」は政治的用語であり、実質的な違いは、前者には外国人、無国籍人が含まれる点にある(高見澤=鈴木=宇田川・前掲148頁〔宇田川〕)ことから、対象が拡大されたものと言える。

¹⁹⁾ ただし、中国審判理論研究会民商事専業委員会編著『《民法総則》条文理解与司法適用』 (法律出版社・2017年)47頁が、成年者は独立して権利を享有し義務を負担することを指摘すると同時に、18歳の大学生が父母に対して学費や養育費の支払いを請求した場合、人民法院・司法解釈(最高人民法院関于人民法院審理離婚案件処理子女撫養問題的若干具体意見12条)ともにその請求を認めることを指摘する点が、注目される。

為無能力者とに分けられる。このように一定の年齢に達しているか否かによって未成年者を制限民事行為能力者と民事行為無能力者とに区分するという点は

なお、関于人民法院審理離婚案件処理子女扶養問題的若干具体意見11条においても、父母離婚時に養育費の給付対象から除外される対象について、「労働収入を生活の主たる収入源とし当地の一般的な生活水準を維持できること」という同様の基準が立てられている。

²⁰⁾ 行為能力者が単独で行えるのは通則では「民事活動」(この「民事活動」という文言は、 通則11条1項のほか通則の第1章(基本原則)でしばしば用いられており、民法総則でも 4条から9条の各条文ほかで用いられている。)と定められていたが、総則では「民事法律 行為」に変更された(総則18条1項)。制限民事行為能力者が単独で行える行為(通則12 条1項・13条2項、総則19条ただし書・22条ただし書)、制限民事行為能力者・民事行為 無能力者の法定代理人が代理して行う行為(通則12条1項・2項・13条1項・2項、総則 19条本文・22条本文・20条・21条)についても同様である。民事法律行為概念は通則に も見られ、通則54条では「公民又は法人が、民事権利と民事義務を成立、変更、終了させ る合法的な行為」と定義されていた。ここでは、法律行為の中でも合法的なもののみが「民 事法律行為」とされており(通則の民事法律行為概念につき、孫・前掲①187頁は「"民 事法律行為"という曖昧な概念を廃し法律行為の概念を導入すべきである」と主張してい た。)、無効・取消しの対象となる「民事行為」(通則58条~61条)とは区別されていたの である(高見澤=鈴木=宇田川・前掲150頁〔宇田川〕、白出博之「中国民法総則草案の要 点について (下) | 国際商事法務44巻10号 (平成28年) (以下、「白出・前掲① | という) 1469 頁註 17)。これが総則 133 条では「民事法律行為は、民事主体が意思表示により民事 法律関係を成立、変更、終了させる行為」と定義されており、合法性は民事法律行為の要 件ではなくなった(こうした定義規定を置くことは、民事主体が民事活動を行う際に自己 の行為により生じる法的結果を予見することを強調し、自己の行為に責任を負い、民事主 体の規範意識と責任意識を高めるのに役立つ、とされる(白出・前掲①1466頁、白出博之 「中国民法総則の制定について〔中〕」国際商事法務45巻6号(平成29年)811頁もほぼ同 様。)。)。そのため、「民事活動」に変えて「民事法律行為」という文言を用いることがで きるようになったのであり、内容の点では変化はないものと考えられる(これに対して、 杜万華主編『中華人民共和国民法総則実務指南』(中国法制出版社・2017年) 82・83 頁は、 「民事活動」は事実行為をも含む用語であり通則11条1項は科学的ではなかったことから、 総則18条が改めたとする。)。

²¹⁾ 他者からの資金的援助なしに当地における一般的な生活水準を維持できることを意味する(中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲48頁)。通則意見2条を受けたものと言える。杜・前掲85頁は、成年者であっても当地の平均的収入レベルに達しないこともあるのであるから、平均収入を基準とするべきではない点に注意を促す。現に通則意見2条も《一般生活水平》とする。

民法通則と共通であるが、民法通則では10歳が分岐点とされていた(通則12条1項)のが8歳に引き下げられていることが目につく。この点、草案20条では6歳とされており、総則の起草過程では、10歳説・7歳説・6歳説などが主張されていた240。

通則が10歳と規定した理由については、10歳ともなれば未成年者は、体力・知力とも一定の発育段階に達し、学習を開始し、自ら活動する能力を有していることから、法は年齢・知力に相応の民事活動を独立して行うことを認めた²⁵⁾、反対に10歳未満の未成年者については、民事行為能力を否定すること

(前頁からつづき)

離婚時であれば養育費給付対象となるか否かを法院が決定するわけであるからこの基準によることに問題は少ない。しかし、後に未成年者が勤労を開始した場合、未成年者の保護の観点からは、法院による変更決定がない限りは、養育費支払い義務者が支払い不要となったものと自己判断して支払いを停止することは許されないと解するべきだろう。養育費の支払いに関してはこのように法院のみが利用する判断基準として位置付けることが可能である。しかしながら、個々の取引の際に行為能力の有無を判断するのは取引の相手方であるから、この基準の適用の有無を判断するのも相手方ということになる。後述するように、これでは相手方のリスクが大きすぎるために結局のところこの基準を満たした未成年者も取引世界から排除されることとなりかねない。

以上のように、同じ基準を用いながらも、行為能力有無の決定基準と養育費給付対象か 否かの決定基準としての機能の仕方には大きな差異があるものと考えられる。

- 22) 総則18条2項は、草案段階では20条2項(総則では19条2項にあたる位置)に挿入されていた。
- 23) 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲48-49頁は、とりわけ体育や芸術の領域では16歳未満の者が働くということがあるが、独立して民事責任を負担できず法定代理人が各種の権利を行使し関連する義務を履行する必要があり、とりわけ訴訟当事者となる場合には法定代理人によって訴訟参加しなければならないことを理由とする。なお侵権責任法32条1項では行為無能力者・制限行為能力者が他人に損害を生じさせた場合は後見人が責任を負うべきものとされており、わが国の責任能力概念にあたるものを行為能力概念が担っている。
- 24) 劉鋭 = 黄福寧 = 席志国《民法総則八講》(人民出版社・2017年)72頁、「李建国副委員長民法総則草案寧夏調研簡報」《民法総則立法背景与観点全集》編写組編『民法総則立法背景与観点全集』(以下、「編写組・前掲」という)(法律出版社・2017年)110頁、「李建国副委員長民法総則草案上海座談会簡報 |編写組・前掲127-128頁など。
- 25) 唐=高・前掲153頁。

によって未成年者の利益を保護し、社会経済秩序の発展を保障するものとされていた²⁶。

しかしながら、経済社会の発展²⁷⁾と生活教育水準の上昇により、未成年者の生理的・心理的な成熟度ならびに認知能力が高まったことから、6歳をもって制限行為能力者とすべきであると主張されるようになった。年齢・知力に相応する民事活動にまで年齢を下げることで未成年者の自主性を尊重し、その合法的な権益を保護すべきであるというのである²⁸⁾。これは義務教育が6歳から始まるのに対応しているとも説明されている²⁹⁾。

しかしながら6歳児は一定の学習能力があるとはいえ認知・弁識能力は不足しており、かなりの程度において民事法律行為を行うだけの準備はできていないとの主張がなされたことから、慎重を期して6歳ではなく8歳としたとされる³⁰⁾。

²⁶⁾ **唐** = 高・前掲 154 頁。なお、同書 156 頁は精神病者について同様の説明をする。

²⁷⁾ 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲50頁は、ネットショッピングの発達が一因となって子どもの能力が向上したことを行為無能力年齢の引き下げ要因として指摘する。また、中国法制出版社編著『中華人民共和国民法総則法律法規大全:最新実用版』(中国法制出版社・2017年)6頁は、社会の発展による必然だとする。

²⁸⁾ 李建国「関于《中華人民共和国民法総則(草案)》的説明」(2017年3月8日)。また、 江必新 = 何東寧『民法総則与民法通則条文対照及適用提要』(2017年・法律出版社) 緒言 3頁は、社会の発展に伴い補充・改正した点であると説明するが、どのような点が補充・ 改正にあたるのかは触れていない。

²⁹⁾ 李適時「関于《中華人民共和国民法総則(草案)》的説明」(2016年6月27日)。制定された総則規定に関する説明である劉=黄=席・前掲71頁もおおむね同様である。なお、18条2項の「16歳以上」という部分についても、起草過程において、義務教育の終了時期を考慮して「15歳以上」とする提案がなされたものの否決された(李適時主編『中華人民共和国民法総則釈義』(以下、「李・前掲書」という)(法律出版社・2017年)56頁)。

³⁰⁾ 劉=黄=席・前掲72頁。このほか、都市部と農村とでは生理的・心理的な発達の度合いが異なること、6歳児の権利保護の必要性、民事行為能力の引き下げが刑事責任能力にも影響することが指摘された(李・前掲書58頁)。

もっとも、孫宏臣主編『民法総則精解』(人民出版社・2017年)17頁は、さらに経済が発展し未成年者の知力が向上するようなことがあれば、6歳を行為無能力から脱する基準とする可能性があるとする。

このように、行為無能力年齢を引き下げた目的には未成年者の権利の尊重が 挙げられているが、その際、取引経験とならんで義務教育との対応関係が指摘 されていることが注目される。社会的な取引経験と教育とを通じた未成年者の 発達といった考え方の現れであるといえる。とはいえ、法律行為の内容のみか ら未成年者に制限的な行為能力を付与することはせず、年齢による制約を維持 した点に特徴がある。

8歳以上の未成年者、自己の行為を完全には弁識することができない成年者は制限行為能力者とされる。法院による制限行為能力者としての認定は、制限行為能力者とされるための要件としては明記されていない。制限行為能力者が民事法律行為を行うには、法定代理人による代理、または法定代理人の同意・追認³¹⁾を要する(19条本文・22条本文)。8歳未満の未成年者、自己の行為を弁識することができない成年者³²⁾、ならびに、8歳以上の未成年者で自己の行為を弁識することができない者は民事行為無能力者であり、その法定代理人が

総則は、行為無能力・制限行為能力の対象を拡大することによって急速に進む高齢化問題に対応したのである(宇田川・前掲論文320頁)。劉=黄=席・前掲73頁は、精神病でなくても先天的な知的障害や老年性認知症のように自己の行為を判断できなくなる原因があることから、改めたものとする。中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲54頁・55頁は、常習賭博・アルコール依存・麻薬中毒などの者も含まれるとする。

³¹⁾ 法定代理人による追認が可能であることについては、民法通則12条1項・13条2項に は規定がなかった。

³²⁾ 民法通則では「精神病人」のみが行為無能力者とされていた(通則13条1項)。しかしこのように精神病者のみを対象とすることについては、すでに銭・前掲①213頁、何心意「中国における成年後見制度の改正動向」中央大学大学院年報46号(平成29年)193頁・196頁も、対象者を拡大すべきことを主張していた(総則の注釈書である杜・前掲96頁も通則の不十分性を指摘する)。また、王麗萍・前掲253頁も「時代の要請に追いついていない」としており、王麗萍・前掲260頁は、「被後見人とは、精神、知能、身体の障害により自分の事務を処理をできない成年であり、精神障害者、知的障害者及び身体障害者を含む」べきだとしていた。ただし、江=何・前掲11頁は、通則の規定は自己の行為を識別できない者はすべて民事行為無能力者とする趣旨であって、民事行為無能力者を精神病者に限定しない(すでに通則意見5条・8条は認知症(原文では「痴呆症」)の者も「精神病者」に含むとしていた。)趣旨であると説明していた。

民事法律行為を代理して行う(20条・21条)。行為者が相応の民事行為能力を有することが、民事法律行為が有効とされるための要件の1つとされており(143条1号)、民事行為無能力者が行った民事法律行為は無効である(144条)。制限行為能力者が法定代理人による代理・同意・追認なしに行った民事法律行為は無効であるが、法定代理人の同意・追認があればそれ以降は有効とされる(145条)³³⁾。もっとも、単に利益を獲得するだけの法律行為³⁴⁾と、未成年制限行為能力者の場合はその年齢・知力に相応する法律行為³⁵⁾、成年制限行為能力者の場合はその知力・精神健康状態に相応する法律行為については、制限行為能力者が単独で行うことができる³⁶⁾(19条ただし書³⁷⁾・22条ただし書、145条1項本文)。

未成年者に関していえば、未成年者が単独で行うことができる行為について は年齢による制約と内容による制約の2本立てとされている。法文上、8歳未 満の未成年者については年齢による制約がかかるために、単に権利を獲得する

(前頁からつづき)

なお、銭・前掲①213頁、杜・前掲122頁、《最新民法総則実用問答》編写組編『最新民法総則実用問答』(中国法制出版社・2017年)9頁は「精神病人」という用語の差別性を指摘しており、総則では結果的に「精神病人」という差別的用語は削除されることとなった。しかしこれは対象者を拡大したことに伴う偶然の産物に過ぎない。

33) 制限行為能力者の締結した契約の効力について定める契約法47条1項を、法律行為一般に拡張したものである。同条2項は、総則145条2項に対応する。

契約法47条は、「①制限民事行為能力者が締結した契約は、法定代理人の追認を経た後は有効となる。ただし、単に利益を得るための契約又はその年齢や知力、精神の健康状態に適合した契約は、法定代理人の追認を受ける必要はない。②相手方は1か月以内に追認すべき旨を法定代理人に催告することができる。法定代理人が確答を発しないときは、追認を拒絶したものとみなす。善意の相手方は、契約が追認されるまでは、取消権を有する。取消しは通知の方式によって行わなければならない。」と定める。民法通則と異なり、法定代理人による追認が可能である旨が明定されている。

行為無能力者の締結した契約に契約法47条を類推適用することができるかについては、 争いがある。自己に不利益な取引から被後見人を保護することが成年後見制度の趣旨とす るならば、制限行為能力者の場合と同様に不確定的無効とすれば足りると言え、同条の類 推適用は認められるべきである(銭・前掲①203-204頁も同様)。 法律行為であってもなし得ず、後見人による追認もできない。そのため、法定代理人が新たな法律行為をするほかないように見える³⁸⁾。ただし、通則意見6条では制限行為能力者だけでなく行為無能力者についても、これらの者が報償・贈与・報酬を受けた場合には、相手方は制限行為能力・行為無能力を理由として行為の無効を主張することはできないものとされている³⁹⁾。

(前頁からつづき)

王・前掲248頁は、契約法47条を「取引の安全を考慮したもの」と位置づける。すなわち、民法通則では行為無能力者が行った法律行為や制限行為能力者が単独ではなしえないにも拘らず単独で行った法律行為は無効である(通則58条1号・2号)とされていたのを、追認可能としたことによって法理行為に効力を与える余地を認めたというわけである。このように契約法の下で追認が認められた理由は、強行法規や公序良俗に反するものではなく当事者の真意にかなわない意思表示でもないものであるからこうした契約については救済の余地が認められること、法定代理人の追認によって有効とされるのであるから制限民事行為能力者の締結した契約は当人の利益になるものと言えること、取引の促進ならびに相手方保護に有利に働くこと、にある(李国光主編『中国合同法条文釈解』(新華出版社・1999年)96頁)。また、中国法制出版社・前掲6頁は、制限行為能力とされる最低年齢が10歳から8歳に引き下げられたこと自体が、後見人による無効主張を制約することとなるから、法律関係の安定に資するとする。

- 34) 少額であれば制限行為能力者が義務を負うような法律行為もこれに含まれるとする見解もある(王利明主編『中華人民共和国民法総則詳解』(中国法制出版社・2017年)96頁〔王 葉剛〕。同書109頁〔王雷〕は、法律の文言が「純獲利益」であり「純獲法律利益」ではないことを、このように解する理由とする。)。
- 35) 不動産の買い入れはこれに該当しない。中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲52頁で紹介されている事案では、未成年者は18歳未満の制限民事行為能力者と記載されているのみであるにも拘らずこうした結論が示されていることから、未成年者一般に関する判示と理解される。
- 36) 通則12条1項・13条2項には、単に利益を獲得するだけの法律行為が単独でできる旨 は定められておらず、この点は通則意見6条で定められていた。
- 37) 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲51頁は、民法総則19条は通則意見3条・6条・契約法47条といったすでに出されていた司法解釈や契約法の関連規則を総括したものとする。確かに、8歳以上の未成年者については通則意見6条が総則19条ただし書きとして法文化されている。しかしながら、年齢、知力に相応する法律行為該当性の判断要素を示す通則意見3条や、通則意見6条のうち行為無能力者に対してなされた報償・贈与・報酬付与の無効を相手方は主張できないとする部分は総則19条には反映されておらず、総則制定後も法律には規定がない状況が続いている。

(3) 後見制度

通則にも後見規定はあったが、通則制定後に、「一老一小」といわれる問題、 すなわち一方では高齢化問題が、他方では両親が都市部に働きに出てしまった ために農村部に残された留守児童の問題が発生しており⁴⁰⁾、後見の問題は重要 性を増している。

総則は、未成年者と成年者のいずれについても後見制度を導入している。 未成年者の後見人は①父母である(27条1項)。父母が死亡し又は後見能力

(前頁からつづき)

また、総則19条ただし書の「単に利益を得る法律行為」には、通則意見6条にある「報酬を得ること」が含まれるものと考えられる。この点については、総則制定前の論考であるが、銭・前掲①201頁は、「報酬を得ること」が単に権利を得るだけの法律行為とは考えにくい、そもそも労務提供契約自体の有効性が問われる可能性があるのではないか、と指摘する。

38) 唐 = 高・前掲 123 頁、張栄順『中華人民共和国民法総則解読』(中国法制出版社・2017年) 62 頁は、厳密に言えばこれらは法律行為ではなくただの行為であるとして、民法通則が 10 歳未満の者は行為無能力者であるとしていたことと整合性を持たせる。しかし、例えば成年者間での贈与契約の締結は法律行為ではないというのではおかしく、かといって受贈者の年齢によって法律行為であったりただの行為となったりするのではなおさらおかしい。通則意見によってはじめて未成年者単独でもなしうるものとされたというべきである。

これに対して中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲53頁は、民事行為無能力者の行った民事法律行為のすべてが一律に無効となるわけではなく、7歳の子供がバスに乗ったり小遣いで菓子を買ったり親戚からお年玉をもらったりする行為は精神的能力に相応しているのであり、法定代理人の事前の同意あるいは事後の追認を要するものとは考えられないとする(通則について麦鋭責任編輯『中華人民共和国民法通則法釈本 第3版』(法律出版社・2014年)9-10頁も同様。)。結論的には妥当であるが、法文の手当なしにこうした解釈が可能であるのか疑問がある。

39) これに対して契約法(《中華人民共和国合同法》)47条1項ただし書には、行為無能力者への言及がない。これが立法の際の見落としではなく敢えて言及されなかったものであることについては、杜・前掲92頁。

総則の下でも通則意見6条と同様の見解が維持されるのかにつき、見解は分かれる。王利明・前掲103頁〔王葉剛〕は否定的であるのに対して、同書106頁〔王雷〕ならびに同書618頁〔冉克平〕は肯定的である。

40) 劉=黄=席・前掲74-75頁。

を有しないときは、②父方の祖父母・母方の祖父母、③兄・姉、④後見を担当する意思のある個人又は組織の順で、当然に未成年後見人となる。ただし、④については、未成年者の住所地の居民委員会・村民委員会⁴¹⁾・民政部門の同意を要する(27条2項)。

成年被後見人については、①配偶者、②父母・子、③その他の親族、④後 見を担当する意思のある個人または組織⁴²⁾の順で、後見人となる。④について は、未成年後見人の場合と同様に、被後見人の住所地の居民委員会・村民委 員会・民政部門の同意を要する(28条)。

後見人は①から④の順に決まる⁴³⁾が、協議によって決することもできる(30条)⁴⁴⁾。選任順位は総則によって初めて明確にされたものである⁴⁵⁾。第2順位者と第3順位者のように、優先順位の異なる者が協議をすることによって後見人を決めることはできない。その理由は、後見は権利であるばかりでなく義務でもあって被後見人の利益を守るために法律で設定した負担であり、負担自体は責任の順序によるべきものだからであるとする見解もある⁴⁶⁾。しかし他方では、27条・28条は適用されず、有資格者の中から自由に後見人を決めること

^{41) 1982}年憲法111条1項は、「都市及び農村が住民の居住地区に基づいて設置する居民委員会又は村民委員会は、起草の大衆性自治組織である。居民委員会・村民委員会の主任・副主任及び委員は住民が選挙する。居民委員会・村民委員会と基層政権との相互関係は、法律で定める。」とする。

⁴²⁾ 通則17条1項5号では「個人又は組織」が「親族、友人」とされており、さらに1項に 定められた後見人を欠く場合は、精神病者の勤務先(《単位》)または住所地の居民委員会、 村民委員会、民政部門が後見人となるものと規定していた(同条3項)。同号に対しては、 親族、友人に限定する必要はなくこうした制限を撤廃すべきであるとの批判もあった(銭・ 前掲①217頁)。通則規定では弁護士等の専門職後見人が就任できないことから、総則のよ うに拡大したことは適切であろう。

また、同条3項が本人の勤務先を後見人候補者とした点についても、国家計画経済時代の名残であり時代遅れであるから撤廃すべきとされていた(銭・前掲①218頁)。これは、監護人の仕事に従事する意思と能力を有する社会組織の発展が迅速であることを考慮にいれたものと説明される(劉=黄=席・前掲77頁)。

⁴³⁾ さらに、法定の後見資格を有する者がいないときは、民政部門や、後見責務の履行要件を具備する被後見人の住所地の居民委員会、村民委員会が、後見人となる (32条)。

ができるとの見解もある47)。

後見人の決定順序については、家族優先主義とりわけ親等の近い者を優先させている点が注目される ⁴⁸⁾。この点で、家族的な義務としての側面を色濃く残すものと評価できる ⁴⁹⁾。ただし、最終的には親族外の個人・組織を後見人とすることができる仕組みを採っている点では、後見人が欠ける事態を避けるべく対応がなされている。

ところが、そもそも後見人の決定にあたり法定の順序を定めることについては批判もある。被後見人・後見人〔候補者〕の意思が無視され、法定順位で選任された後見人が本人の最善の利益のために適切に職責を果たせるか疑わしいとの批判もなされているところである⁵⁰⁾。

また、後見人の候補者として挙げられる者が総則規定の通りでよいのかも問

⁴⁴⁾ もっとも、第1順位の未成年後見人は父母双方であって、協議によってどちらか一方にすることはできない(婚姻法21条1項により、父母は子どもを教育・保護する義務を負う)。30条には、法が定めた後見資格を有する者が協議の主体であることのみが規定されており、複数の者を後見人に指定できるかは明らかではない。この点、通則意見14条2項は、法院が後見人を指定する場合につき、同順位者が数人いる時はそのうちの1人又は数人が後見人となるものとする。また、通則意見15条と同様に、30条においても、後見人として選任できるのが法定の後見人資格を有する者に限定されるのか、協議による方法と人民法院による指定のいずれが優先するのかは、規定されていない(通則意見15条につき何・前掲195頁)。

⁴⁵⁾ 通則16条2項・17条1項には「順に(《按順序》)」という文言はなく、後見人となり得る資格を有する者を列記したのみであった。もっとも、通則意見14条1項では人民法院が後見人を決定する際には、通則16条2項・17条1項に列記されている順位に従って後見人を決定することができるとされていた。

⁴⁶⁾ 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲68頁。王利明・前掲142頁〔孟強〕も優 先順位が維持されるという。

⁴⁷⁾ 杜・前掲87-88頁。

⁴⁸⁾ 銭偉栄「中国成年監護制度の現状と問題点」比較法研究75号(平成25年)(以下、「銭・前掲②|という)152頁。

⁴⁹⁾ 劉=黄=席・前掲76頁は、「最も被後見人に有利に」の原則によって、家族による後見 (《家庭監護》)を基礎とし、社会的な後見を補充とし、国家後見は最後の手段としたと説 明しており、家族による後見が望ましいとの考え方が示されているのが興味深い。

題となる。成年後見人の候補者として配偶者・父母が挙げられている点について、精神病者のみが成年被後見人とされていた通則の場合(17条)とは異なるのだから適切ではないとの批判がある⁵¹⁾。すなわち、高齢者が成年被後見人となる場合、父母はもちろん配偶者も高齢であることが多いために、後見人としての職務執行に十分に対応できないというのである⁵²⁾。

⁵⁰⁾ 何・前掲208頁。もっとも、本人の生活保障や安全性確保のため、法定順位で強制的に 後見人にさせることはあり得る方向性であるとし、現時点では法定順位が必要であるとも している。

⁵¹⁾ 銭・前掲①213頁。配偶者につき銭・前掲①217頁も同様。

⁵²⁾ こうした批判は、配偶者が禁治産者の後見人となるとしていたわが国の旧840条に対する批判とも共通する。

⁵³⁾ 通則意見14条1項は、人民法院は、通則16条2項・17条1項に掲げられた順序を後見 人指定の順序とすることができると規定する。「順に」という文言のなかった通則におい てこのように解されていたのであるから、総則の下では居民委員会等も指定順序の拘束を 受けるものと解される。

⁵⁴⁾ 通則意見17条では、関連組織によって指定を受けた者は、指定に不服があれば、書面 又は口頭による指定通知を受けてから30日以内に人民法院に提訴できるものとされてい た。この期間制限は総則の下でも効力を有するものと考えられる。

⁵⁵⁾ 起草過程では、まず居民委員会・村民委員会・民政部門が後見人を指定する方が被後見人の利益にかない、後見の職責につき早期に確定することができる。人民法院に申請されると、人民法院は居民委員会等を調査しなければならなくなるとして、人民法院への直接申請を削除すべきとする意見も、一部の裁判官から出された(「張徳江委員会長主持召開民法総則草案成都座談会簡報」編写組・前掲71頁)。居民委員会等の基層組織を機能させ、法院の負担を軽減するという見地から同様の見解を主張する者もある(「李建国副委員長主持召開民法総則草案上海座談会簡報」編写組・前掲130頁)。

通則では後見人の確定について争いがある場合には、まず所属組織・居民委員会・村民委員会が指定し、それに不服がある場合には人民法院が裁決するものとされていた(通則17条2項)。しかしこれでは実際に後見人が選任されるまでに時間がかかる点が批判されていた $^{58)}$ 。この点につき総則では、居民委員会・村民委員会・民政部門による指定を待つことなく人民法院に対して後見人指定を申請できるとした(31条1項) $^{59)}$ 。また、臨時後見人についても定めが置かれ(31条3項)、これによって通則の問題点は解決された。

被後見人の心身の健康を損なう行為を行う、後見事務の履行を怠るなどの事由がある場合には、後見人の資格が取り消される。取消し手続は、関連する個人又は組織が法院に申請することによって開始され、新たな後見人が指定される(36条1項)。ここにいう関連する個人又は組織には、24条3項に示された関連組織のほか、法が認めた後見人有資格者、未成年者保護組織が含まれる(36条2項)⁶⁰⁾。民政部門については、36条2項に列記された個人及び民政部門以外の組織が後見人資格の取消しを早急に申請しなかった場合に申請義務を負うものとされており(36条3項)、被後見人の利益を最終的に保護する主体として位置付けられている。

後見人資格が取り消された場合であっても、取消しの対象となったのが被後 見人の父母と子であれば、被後見人に対して故意に犯罪を行った場合を除き、 申請により、被後見人の真実の意思を尊重することを前提に、状況を考慮して、

⁵⁶⁾ 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲65頁は、被後見人が識別能力を有する場合は、被後見人の意見を求めるものとする。

⁵⁷⁾ したがって、先順位の監護資格者が監護能力を欠き又は明らかに被監護人に不利益な場合は、次順位の者から監護人を決定することも許される(中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲65頁)。張新宝『《中華人民共和国民法総則》釈義』(中国人民大学出版社・2017年)61頁、張栄順・前掲84・95頁は、より端的に、順位には拘束されないとする。

⁵⁸⁾ 銭・前掲①197頁、李・前掲書91頁。

⁵⁹⁾ もっとも、すでに通則意見16条2文は、居民委員会等の後見人指定を受けずに人民法院に後見人指定の訴えを提起しても受理されないことを明記していた。

⁶⁰⁾ 中国法制出版社・前掲8-9頁、杜・前掲156-157頁で紹介されている事案(いずれも同一の事案である)では、村民委員会が申請人かつ新たな後見人となっている。

改物による後見人資格の復活を認める(38条)。これは、後見人は家族が就任するのが望ましいという家族主義残存の現れとも評価できるだろう 61 。しかし、後見人資格の復活によって、法院が指定した後見人と被後見人との後見関係が終了する(38条)。そのため、ようやく落ち着いた後見関係を再び混乱させることになるし、元後見人が本当に改物したかどうかについては確認しにくいため、被後見人の利益を損なう行為を再びしないという保証もないとの批判がある 62 。

後見事務の内容は、被後見人を代理して法律行為を行い、被後見人の人身権、 財産権およびその他の合法的な権利利益を保護することとされている(34条1 項)。通則意見10条にはさらに詳細な規定があり、被後見人の健康維持を図る こと、被後見人の生活上の世話をすること、被後見人の財産を管理・保護す ること、被後見人を代理して法律行為を行うこと、被後見人を監督・教育す ること、被後見人の合法的な利益が侵害された場合又は他人との間で紛争が生 じた場合に被後見人を代理して訴訟を行うことが挙げられていた。

後見事務を行うにあたっては、後見人は被後見人に最も利益となるようにしなければならず、被後見人の利益になる場合を除き被後見人の財産を処分してはならない(35条1項)。また、後見事務の履行ならびに被後見人の利益にかかわる決定をするに際しては、被後見人の年齢・知力・精神健康状態を考慮して、被後見人の真実の意思を尊重しなければならないともされる(35条2項・3項)。

通則意見22条では、後見人は、職責の全部又は一部を他人に委託すること

⁶¹⁾ 王利明・前掲175頁〔孟強〕は、父母と子女との関係は代替性のない最も密接な関係であることを理由とする。

⁶²⁾ 草案規定に対するものであるが、何・前掲201頁。張新宝・前掲75頁もこれらの批判を想定して、資格の復活にあたっては慎重な審理を要するとする。また、杜・前掲163頁は、民政部門が未成年後見人になった場合に限ってではあるが、後見人資格の復活は3か月から1年の間に申請しなければならないとする。3か月以内の申請を認めないのは、後見人資格を剥奪された者に改悛のための期間を与えるためであり、1年を超えてからの申請を認めないのは、未成年後見の関係が長期にわたり不安定になるのを避けるためとする。

ができるものとされていた⁶³。この点については、この規定は元々留守児童に対する保護措置であり、成年者には相応しくないものである。また、法定後見の場合に人民法院がわざわざ後見人の範囲を規定し、適切な後見人を選任する意味がなくなるという理由で、職責を他人に委託することは妥当ではないとの見解が見られた⁶⁴)。

後見人は費用の償還を請求することができる(34条2項)⁶⁵⁾が、報酬については規定がない。支払い請求は認められないものと解し、その理由を伝統的な家族観の影響により、行為無能力者等の世話は基本的には家族の責務とされ、後見人のほとんどが被後見人と扶養関係にあることに求める見解が見られる⁶⁶⁾。

総則では、後見関係の終了についての規定が新設された(39条)。しかし後 見関係終了を主張する、確定する主体のいずれについても定めがなく、終了事 由が生じた場合には自動的に後見関係が終了するものと解される。終了事由に は、被後見人が完全に行為能力を取得し又は回復したこと(39条1項1号)や 被後見人の死亡(同項3号)のように後見を不要とする状況が発生した場合と、 後見人の後見能力喪失(同項2号)や後見人の死亡(同項3号)のように引き 続き後見を必要とする場合の双方が含まれている。39条2項では後見関係終了 後、被後見人が後見を必要とするときは、法により新たに後見人を確定しなけ ればならないとされているが、この義務を負う主体も明らかではない。新規に 後見人を定める場合に倣って、法定の順序によって後見人が決定され、争いが ある場合には居民委員会・村民委員会・民政部門が後見人を指定する義務を 負うことになると思われる(31条1項参照)。

⁶³⁾ 中国法制出版社・前掲8頁に紹介された事例では、傍論ではあるが、後見人の職責を学校に委託するためには、委託についての明確な約定を要するものとされている。

⁶⁴⁾ 何・前掲209頁。

⁶⁵⁾ 同項は「後見人が法に従い後見事務の履行から生じた権利は、法的保護を受ける。」と 定めるが、費用償還請求権はここにいう権利に含まれると解される。

⁶⁶⁾ 銭・前掲①206頁

成年者については、行為無能力者又は制限民事行為能力者であることの認定⁶⁷⁾を人民法院に申し立てることができる(24条1項)。申立権者は、利害関係人⁶⁸⁾と関連組織⁶⁹⁾である(24条1項)。関連組織が申立人に付け加えられた点は、民法通則19条1項からの変更点である⁷⁰⁾。本人は申立権者には含まれていない⁷¹⁾。

- 68) 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲59頁によれば、利害関係人は後見人に限定されず、これよりも広いものであるとされる。これに対して後見人に限定されるとする見解もあり、この見解によれば、後見人のみが法定の義務を負っており、被後見人の人身・財産上の利益を保護するのにふさわしいとされる。ただし、この制度が本人保護を目的とするものであり、取引の安全・効率性を守るためのものではないことから、本人の債権者・債務者は含まれない。しかし、これらの者を含むとする見解も主張されている(銭・前掲①196頁)。
- 69) 関連組織の定義は総則24条3項にあり、居民委員会、村民委員会、学校、医療機関、婦女連合会、障害者連合会、法によって設立された高齢者組織、民政部門等とされている。中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲59頁は、これらの組織を限定列挙したものと解し、責任転嫁を許さないという意味で妥当であるという。しかしながら、「等」という文字が入っている以上は例示列挙と解するほかないのではないか。もっとも、例示された組織は他の組織と比べて重い責任が課されていると解することは可能であり、それが適切であると考えられる。
- 70) すでに何・前掲196-197頁は、本人ならびに本人住所地の居民委員会・村民委員会に も申立て権限を付与すべきものとしていた。

総則が申立人の範囲を拡大したのは、総則が高齢者の保護拡大を図ったことと関連している(孫・前掲②88頁も参照)。

71) 江=何・前掲12頁。中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲58頁も本人による申立てには全く触れないので、同様と解される。これに対して劉=黄=席・前掲73頁は本人による申立てを認めるようである。文言上の決め手はないが、回復認定の申立権者には利害関係人とならんで本人が明記されている(総則24条2項)こと、後述するように行為無能力・制限行為無能力の申立ては訴訟事件として扱われるため訴訟能力が要求されることから、本人による申立ては否定されるものと解すべきであろう。しかし、被後見人の範囲が拡大されれば、本人にある程度の判断能力が残されていることもあるだろう。本人の意思尊重が総則の1つの理念である(例えば、総則31条2項参照)ことから、少なくとも、本人の意見の聴取は認められるべきであろう。

⁶⁷⁾ 通則19条では「宣告」とされていた。総則の起草過程では「宣告」とするか「認定」とするかで議論があったものの、民事訴訟法187条などが「認定」としていることとノーマライゼーションの理念から「認定」が選択された(本・前掲書70頁)。

具体的な手続は2012年に改正された民事訴訟法の187条以下に定められている。そのため、訴訟事件として扱われることとなる。申立ては行為無能力・制限行為能力の事実及び根拠を記載した書面(民訴法187条2項)を当該公民⁷²⁾の住所地の基層人民法院に提出することによって行う(民訴法187条1項)。人民法院は、必要な場合には、当該公民について鑑定又はすでに提出されている鑑定意見の審査を行うことを義務づけられる(民訴法188条)。

実体法上は、行為無能力・制限行為能力の認定にいかなる効果があるのかは必ずしも明らかではない。なぜなら、行為無能力者・制限行為能力者の定義には法院による認定は含まれていない(総則21条1項・22条1項)ため、法院による認定を受けていないものの自己の行為の弁識能力が不十分な成年者について認定を経ることなしに行為無能力者・制限行為能力者とすることは、条文上は否定されていないからである。ただし、後見開始要件としての意味があるものと解される⁷³⁾。なぜなら、このように解さないと後見人指定の要否が確定しないこととなるからである。他方、訴訟法上は行為無能力・制限行為能力の認定に意味がある。訴訟当事者について行為無能力・制限行為能力の認定に意味がある。訴訟当事者について行為無能力・制限行為能力。

行為無能力者又は制限民事能力者が制限民事行為能力者又は完全民事行為能力者に回復したことの認定も人民法院に申し立てることができるが、こちらの申立権者には利害関係人・関連組織に加えて本人が含まれている(24条2項)。

(4) 任意後見制度

民法総則では、民法通則にはなかった任意後見規定が置かれた(33条)75)。

⁷²⁾ 民事訴訟法の条文では「公民」とされていることから、そのまま記載した。今後、民 法総則に合わせて自然人に変更することが想定される。

⁷³⁾ 李・前掲書69頁は認定が後見開始の要件であることを明言する。通則についてではあるが、銭・前掲②150頁も同様。

⁷⁴⁾ 最高人民法院関于適用《中華人民共和国民事訴訟法》的解釈。

起草理由は、後見人の候補者が後見人の地位を押し付け合ったり奪い合ったりして後見人の職責を果たす者を見つけられないといった状況では、関係組織も主体的に後見の職責を果たすことができず、被後見人の利益が保護されないことにある⁷⁶。

もっとも、任意後見規定は民法総則ではじめて導入されたものではない。2012年に改正された中華人民共和国老年人権益保障法26条1項は「完全民事行為能力を有する高齢者(《老年人》)⁷⁷⁾は、協議により、近親者又は関係が密接で後見人となる意思のある個人、組織のうちから、自己の後見人を決定することができる。後見人は、当該高齢者が行為能力を喪失または一部喪失したときは、法に従い後見人としての責務を履行とする。」と定める。同項については、任意後見の枠組みのみを提示したに過ぎないとの評価が見られ⁷⁸⁾、①契約締結時において本人に契約締結に必要な判断能力があることを確認したり契約書の改ざんや滅失を防止したりするために必要であるから、任意後見契約の締結はたとえば公正証書といった厳格な方式によるべきである、②任意後見開始後に受任者がその職務を忠実に遂行しているか否かを委任者に代わって監督する機関を置くことが必要不可欠である、③法定後見との関係では任意後見が優先する⁷⁹⁾が制度間の接続および移行に関する要件と手続に注意を配る必要がある、と指摘する学説がある⁸⁰⁾。

民法総則は書面によって後見人を確定すべきことを明文化した(33条)ので上記①については解決されたが、②と③については手当はなされていない。書面要件については、身分に関わる協議を内容とする書面であるからこの協議の背後にある関係を審査すべきであり、人身に関する信任関係であって普通の

⁷⁵⁾ 劉新宇「ビジネス面からみた中国民法総則」NBL1097号(平成29年)23頁註1は、成年後見人の任意指定を個人への影響が大きいとして議論となっている事項の1つに挙げる。

⁷⁶⁾ 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲73頁。

⁷⁷⁾ 同法において「高齢者」とは60歳以上の公民とされている(同法2条)。

⁷⁸⁾ 何・前掲204頁。

⁷⁹⁾ 張栄順・前掲103頁、李・前掲書99頁、中国法制出版社・前掲8頁。

⁸⁰⁾ 銭・前掲①212頁。

財産上の協議とは大きな差異があるので、協議の効力について人民法院は厳格 に審査すべきである。また、慎重を期するために公正証書によって双方当事者 の権利・義務を確定することが望まれるとされる⁸¹。

第2章 日本法との比較

1 能力規定の位置づけ

中国民法総則では、後見規定が行為能力の有無に関する規定のすぐ後に置かれている。これは通則をそのまま踏襲したものであるが、広義の能力規定が総則と親族編とに分置されているわが国の民法典と比較した場合に特徴的である。中国民法総則のような配置を選択する余地はある⁸²⁾。ただし、こうした配置は自覚的に採用されたものではなく、親族に関する法規が婚姻法くらいしかなく、そこに後見規定を組み入れることが適切ではないことから、結果的にこうした配置になっているにすぎない。統一民法典が制定されたときにどのような配置になるかは不明である⁸³⁾。

⁸¹⁾ 中国審判理論研究会民商事專業委員会·前掲73頁、揚立新主編『中華人民共和国民法 絵則要義与案例解読』(中国法制出版社·2017年) 145頁。

なお、揚・前掲145頁以下には、書面がないにも拘らず、法院で合意がなされたことによって任意後見契約の成立を認めた事例が紹介されている。

⁸²⁾ 大村敦志『民法読解 総則編』(有斐閣・平成21年)(以下、「大村・前掲①」という) 43頁も、「後見(さらには親権)の規定も行為能力の規定とあわせておいてしまうというやり方」も考えられるが、未成年後見の場合は財産以外に関する権限もあることから、後見規定は親権とともに親族編に置くべきだという理由で、起草者が明示的に退けたことを指摘する。

[「]人の法」という考え方をとるものとして、広中俊雄『新版民法綱要 第1巻総論』(創文社・平成18年)110-111頁は、「配偶者」のみが定められていた旧法と異なり、成年後見人・保佐人・補助人は、はじめから家庭裁判所が一切の事情を考慮して選任することとされている(843条4項・876条の2第2項・876条の7第2項)結果、成年後見制度は親族法上の制度ではなくなったにも拘らず親族編に規定が置かれているのは、体系上軽視しがたい問題をはらむとする。

2 能力規定の内容

(1) 意思能力と行為能力

意思能力を明文化した日本と従来通り明文化しなかった中国という点では両国の法制度は大きく異なることとなった。しかしながら中国でも意思能力概念自体は認められており、その内容もわが国で主張されてきたものと大きく異なるものではない。

これに対して、行為能力については差異が大きい。まず中国法が行為無能力概念を残している点、平成11年の成年後見制度の創設によって行為無能力を廃止したわが国とは異なっている。中国民法総則が行為無能力者の行った法律行為を一律に無効とする(144条)のは、被後見人の意思の尊重とは程遠いものであるから、改めるべきであろう。また、行為無能力・制限行為能力は法的概念であるとされながらも、21条1項・22条1項の規定ぶりは、対象となる者の弁識能力の有無を個別に判断して行為能力の有無を決するというものである。そのために法院による認定との関係が不明確となっている。この点においても、わが国のように裁判所による審判と行為能力の制限とが連動していることを明確にする制度の方が優れていると考えられる。

(2) 制限行為能力・行為無能力

日本法においては20歳をもって成年とされており(4条)、18歳とする中国 法と異なる点が目につく。しかし、成年者が完全行為能力を有する点は共通で あり、成年年齢の相異は小さな問題に過ぎない⁸⁴⁾。

⁸³⁾ 梁慧星「中華人民共和国民法典大綱(草案)」徐国棟編『中国民法典起草思路論戦』(中国政法大学出版社・2001年)54頁では、後見規定は第6編親族の第9章に置かれている。また、中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲66頁は、成年後見については将来の「監護法」制定の余地を残しているとしており、後見規定が民法典の外に出される可能性すら否定できない。「李建国副委員長主持召開民法総則草案上海座談会簡報」編写組・前掲128頁も、民法総則と後見制度とは、後見人が被後見人の法定代理人となる点でのみ関連しているのであり、他の点は民法総則に含まれるべきものではないから、諸外国にならって後見規定は新族編または婚姻家庭編に組み入れるべきとする意見があったことを紹介する。

むしろ大きな相違は、以下の点にある。

第1に、中国法では未成年者を制限行為能力者と行為無能力者に区分するにあたり、8歳という明確な数値をもってしているのに対し、わが国ではそうした区分はない。この点では、中国法はドイツ法を踏襲している⁸⁵⁾。これに対してわが国では、未成年者はすべて制限行為能力者とされており、法定代理人の同意によって未成年者自身が法律行為をすることができる(5条1項)⁸⁶⁾。また、法定代理人の同意なしに未成年者のした法律行為は取り消すことができる(5条2項)が、法定代理人が追認することによって取り消せなくなる(122条)。法定代理人の代理・同意・追認によって法律行為を行うものとされる点は、中国の制限行為能力者制度と同様である。しかし、わが国では法定代理人の同意のない法律行為は取消しの対象とされる(5条2項)⁸⁷⁾のに対して、中国法では無効である(行為無能力者の行った法律行為につき144条、制限行為能力者につき145条1項の反対解釈)。また、行為無能力者については同意・追認によって法律行為を行う余地が認められておらず(20条)、この点に我が国との差異がある。

未成年者のうち制限行為能力者に区分される者には単独で行える行為が認められている点は日本法と中国法で共通している。ただしいかなる行為を単独で行えるかについては細かな点で差異がある。単に利益を獲得する行為をなしうるのは共通である(中国民法総則19条ただし書、日本民法5条1項ただし書)が、義務を免れる法律行為については日本法にのみ規定がある(5条1項ただし

⁸⁴⁾ 現にわが国でも成年年齢を18歳とする方向で議論が進んでいる。

⁸⁵⁾ BGB104条1号は7歳未満の者を行為無能力者、BGB106条は7歳以上の成年者を制限 行為能力者とする。

⁸⁶⁾ ただし、未成年者であっても意思能力がない幼児については、法律行為の要素である 意思を欠くから法律行為は成立しないと解される(梅謙次郎『民法要義 巻之一総則編』(有 斐閣・明治44年)16-17頁)ため、結論の差異は見かけほどは大きくない。

⁸⁷⁾ 大村・前掲①48頁は、未成年者の行った法律行為を取消し可能な行為としており無効とはしていない点で、「未成年者は無能力者ではなく制限能力者と呼ばれるにふさわしい」とする。

書)⁸⁸⁾。また、日本法では、法定代理人が目的を定めて処分を許した財産の目的の範囲内での処分、目的を定めずに処分を許した財産の処分を未成年者単独でなしうるとされる(5条3項)のに対して、中国民法総則では未成年者の年齢・知力に相応する法律行為を未成年者は単独でなしうるものとされる(19条ただし書)。法定代理人による処分許可の有無は個別に判断されるのに対して、年齢・知力に相応する法律行為か否かは規範的・客観的に判断されることとなる。多くの場合、法定代理人は未成年者の年齢・知力を考慮して処分の可否を決するであろうから、未成年者が単独でなしうる法律行為の範囲は結果的にはほぼ同様となろう。しかし、紛争において当事者が主張・立証すべき内容は異なってくる。

日本法では、単に権利を得又は義務を免れる行為に該当することは、未成年 者側の取消権行使の抗弁に対する再抗弁に位置づけられるが、具体的に機能す る局面は考えにくいとされる⁸⁹⁾。中国法においても、単に権利を得る行為に該 当することは、未成年者側の無効の抗弁に対する再抗弁となるものと考えられ る。

日本法においては、処分に対する法定代理人の許可(5条3項)は、取消の抗弁に対して取消の効果発生障害事由として再抗弁の機能を果たす。目的を定めて許したか否かは、再抗弁の段階では問題とならない。しかし、目的を定めたときは、その目的を定めたことと未成年者の処分行為がその目的に反していることの2点が再々抗弁となるというべきであろうとされる⁹⁰⁾。したがって、相手方は法定代理人の許可を立証しなければならない。そしてこの立証が成功した場合、未成年者の側は、法定代理人が目的を定めたときは、その目的の内

⁸⁸⁾ 杜・前掲79頁ならびに揚・前掲103頁は、義務を免れる行為も、19条ただし書の「単に利益を獲得する行為」に含まれると解する。また、通則に関する注釈書である麦・前掲8頁は、単に利益を獲得する行為と並んで義務を免れる行為も、制限行為能力者が単独でなしうる行為としていた。

⁸⁹⁾ 大江・前掲145頁。

⁹⁰⁾ 大江・前掲147頁。

容ならびに処分行為と目的との齟齬の2点を立証しなければならない。これに対して中国法においては、以下のようになるものと考えられる。すなわち、未成年者の相手方が法律行為の実現を求めてきた場合、当該法律行為が未成年者の年齢・知力に相応する法律行為であることは、無効(143条1号)の抗弁に対する再抗弁となる。ここでは、相手方は当該法律行為の内容、未成年者の年齢、未成年者の知力の程度、当該法律行為の相応性のすべてを立証しなければならない。なお、通則意見3条では、当該法律行為の相応性は、当該法律行為と当該未成年者の生活との関連する程度はいかなるものか、本人の知力により当該行為を理解できるか、本人が当該行為の効果を予見できるか、当該法律行為の目的となる価額はいくらか等91)を考慮することによって判断するものとされている。

このように日本法の下では、相手方は未成年者と取引をするにあたって処分許可があったことの立証を求めることによって、当該法律行為が取り消されるリスクを回避することができる。これに対して中国法では相手方は未成年者の知力の程度や当該法律行為の相応性まで立証しなければ法律行為が無効とされるリスクを避けることができないだろう⁹²⁾。「年齢、知力に相応する法律行為」という一見すると客観性の高い基準を採ってはいるが、立証責任を考慮した場合、必ずしも取引の安全に資するものとは言えないように思われる。

第2に、未成年者を完全行為能力者とすることは日本法・中国法のいずれに おいても認められているが、要件が異なる。

⁹¹⁾ 唐=高・前掲153頁は、意見に明記されている事項のほか、地域性(《不同地区環境》)・ 風俗習慣・教育(《文化教育》)・家庭等の多様な要素の影響を考慮すべきものとする。

⁹²⁾ 中国審判理論研究会民商事専業委員会・前掲51頁も、この文言の解釈には裁判所の裁量の幅が広いことを認める。白出博之「中国民法総則草案の要点について(上)」国際商事法務44巻9号(平成28年)1307頁註9によれば、2016年6月29日の法制日報もこの文言の明確化が必要と指摘している。

銭・前掲①202頁は法院の負担が課題になるのではないかとの懸念を示す。しかし、主張・立証責任を考えると、本文に書いたように、法院よりもむしろ法律行為の相手方に不当に重い負担を掛けることになるのではないだろうか。

中国法では、16歳以上であること、ならびに、自己の労働収入を生活の主たる収入源としていることである(18条2項)。

これに対して日本法では、営業を許可されていること、ならびに、当該法律行為が許可された営業に関するものであることである(6条1項)。紛争における主張・立証責任の所在は以下のように解されている。法定代理人による未成年者に対する営業許可の事実は、取消しの効果発生障害事由として再抗弁の機能を果たす⁹³⁾。また、問題となる法律行為が未成年者が許された営業に直接・間接に必要な行為であることは再抗弁となる。これは、請求原因である法律行為と再抗弁である許可された特定の営業とを対比することによって明らかとなることが多く、その場合は改めての主張は不要である⁹⁴⁾。法律行為に先立ち未成年者の営業についての商業登記(商法5条)⁹⁵⁾がなされていたことも、再抗弁にあたる⁹⁶⁾。これに対して営業許可の取消し又は制限(6条2項)は、再々抗弁として位置づけられるから、未成年者の側で立証すべきである⁹⁷⁾。

中国法では、16歳以上の未成年者であること、ならびに、その未成年者が 自己の労働収入を生活の主たる収入源としていることは、いずれも無効主張に 対する再抗弁にあたるものと解される。

日本法においては再抗弁事由が多いものの、商業登記の有無は形式的に判断できる事柄であるし、当該法律行為が営業に関連するという事実は許可された営業との対比で決せられるのであるから、結局のところ相手方としては営業許可の事実の立証に注力すれば足りることとなる。したがって、相手方としては未成年者と取引をするにあたり、親権者又は未成年後見人が営業を許可した旨を未成年者に対して証明するように求めることで、法律行為が取り消されるリ

⁹³⁾ 大江・前掲150頁。

⁹⁴⁾ 大江・前掲151頁。しかしながら、「営業に関して」(6条1項)の範囲は明確ではない との指摘もなされているところである(四宮和夫=能見善久『民法総則 第8版』(弘文堂・ 平成22年)39頁)。

⁹⁵⁾ 手続は商業登記法6条2号、14条~26条、35条~39条に定められている。

⁹⁶⁾ 大江・前掲153頁。

⁹⁷⁾ 大江・前掲150頁。

スクを避けることができる。これに対して中国法では自己の労働収入を生活の主たる収入源としていることを相手方が立証しなければならない。未成年者の収支状況に関する正確な情報を相手方が知ることは困難であり、また、収支状況が変動する中で当該法律行為の時点でのそれを立証することを求めるのは、相手方に過大な負担を掛けるものと言わざるを得ない。その結果、法律行為が無効とされるリスクを避けるためには相手方はこうした未成年者との取引を回避することとなって、結局のところ総則18条2項によって未成年者の真意を尊重しようとした目的は達せられないこととなる。

確かに、日本法のように同一人でありながら行為能力制限がある部分とない部分があるという制度よりも、中国法のような定め方の方がある人が完全行為能力者であるか否かを決することができるという意味では分かりやすいとも言える。しかし、日本法のような定め方は、制限行為能力者が単独でできる事柄とそうでない事柄とを併存させる点で、被保佐人や被補助人の場合(13条1項・17条1項)と全く同じである。中国法のように人的単位で行為能力の有無を確定すると、完全行為能力者とされた場合には、未成年者の行ったあらゆる法律行為について未成年を理由として無効とすることができなくなる。16歳以上という年齢制限がかけられているとはいえ、自己の労働収入を生活の主たる収入源としているのみで成人並みの判断能力があるとまでは言えず、本人保護⁹⁸⁾の点では疑問がある。

第3に、中国法では制限行為能力者・行為無能力者の行った法律行為の効果

⁹⁸⁾ なお、1991年制定の未成年者保護法(《未成年人保護法》)(2006年・2012年改正)もあるが、同法は未成年者の心身の健康を保護し、合法的権利の保障等を目的とし(1条)、未成年者は保護を受ける権利等の権利を有する(3条)。未成年者の後見人も未成年者を保護する責任を負う(6条1項)。もっとも、未成年者の保護は、未成年者の人格の尊厳の尊重、未成年者の心身の発達段階及び特性への配慮、教育及び保護の両立という原則に基づいて行われるとするものの、財産権保護に関しては規定されていない。したがって、未成年者の財産権保護は同法の適用対象外と見られるだろう。

未成年者保護法の2006年改正内容ならびに翻訳は、鎌田文彦「中国における未成年者保護法の改正」外国の立法232号(平成19年)77頁以下参照。

規定が、民事法律行為の行為能力の箇所に定められている。そのために、これが行為能力の箇所に定められている日本法(5条2項・9条本文・13条4項・17条4項)と比べて一覧性に欠ける。

また、制限行為能力者・行為無能力者の行った法律行為の効果が無効とされている点もわが国と異なる。通則58条1項1号・2号については絶対無効と解されていたところであり、これを行き過ぎとして批判する見解も根強かった⁹⁹⁾。契約法47条と総則では法定代理人が追認可能としたが、追認がなされない場合はたとえ被後見人にとって有益な法律行為であっても無効とされてしまう点で不十分なのではないだろうか。また、行為能力回復後に本人が追認権を行使できるか、規定を欠くために明らかではない。

無効・取消しの効果も中国法と日本法とでは異なっており、中国法では、無効の効果は原状回復とされる(157条)のみである。日本法のような返還範囲を現存利益に限定する旨の保護規定(121条の2第3項)を欠く点も、不十分であると考えられる。

(3) 後見制度

誰を後見人とするかについて、中国民法総則は詳細な規定を置く。また、後 見資格取消し事由についても明文規定を置く(36条)が、欠格事由について は規定がない。これに対して日本法では後見人の解任事由(846条)・欠格事 由(847条)に関する規定はあるものの、成年後見人の候補者の範囲に限定は ない。旧840条では夫婦の一方が禁治産宣告を受けた時は他の一方が法定代理 人となるものと定めていたが、この規定も削除された。すべてを家庭裁判所の 職権に委ねる(843条1項)日本法に比べ、中国法の方が明確な手続を定めて いるようにも見える。しかしわが国で旧840条が削除された理由がそうであっ たように、先順位の後見人候補者であっても後見人として不適格な者がおり、 結局のところ、そうした事情も踏まえて後見人が決定されるのであるとすれば、

⁹⁹⁾ 銭・前掲①201頁。

大差はない。むしろ、先順位の後見人候補者であることのみをもって不適格者が後見人に就任する危険性は高いものとも考えられる。中国法には後見人の欠格事由に関する規定がないが、不適格者を定型的に排除するためにも規定を置くべきであろう 1000。

中国民法総則24条1項は利害関係人のみならず関連組織も、行為無能力認定・制限行為能力認定の申立権者に含む。申立権行使につき特に要件は課されていないから、利害関係人が認定を不要と考えた場合であっても、関連組織が申立てを行うことができることとなっている。

わが国でも市町村長が後見・保佐・補助開始審判の申立権者となることがあるが、それには一定の制約がある。例えば、老人福祉法32条は「六十五歳以上の者」につき、「その福祉を図るため特に必要があると認めるとき」審判開始の申立を認め(取消の申立は認めない)(「六十五歳以上の者」という文言については同法5条の4第1項が「六十五歳未満の者であつて特に必要があると認められるものを含む。」とする)、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律51条の11の2は「精神障害者につき、その福祉を図るため特に必要があると認めるとき」につき同様に審判開始の申立を認め、知的障害者福祉法28条は「知的障害者につき、その福祉を図るため特に必要があると認めるとき」につき審判開始の申立を認める。また、任意後見受任者・任意後見人・任意後見監督人は後見・保佐・補助開始審判の申立権者である(任意後見法10条2項)が、任意後見契約の締結自体が委任者本人の意思に基づくものであるから、やはり無条件に申立権者となるわけではない。

確かに、後見・保佐・補助開始審判は本人の行為能力制限のきっかけとなりうるものであるのに対して、中国民法総則24条による認定がなされることに何らかの効果が結び付けられているわけではない。その意味では、後見・保佐・補助開始審判の申立てはより慎重になされるべきであって、そのため

¹⁰⁰⁾ もっとも、禁治産者・準禁治産者が削除されたことには立法論的に疑問があるとの指摘がなされており(大村敦志『民法読解 親族編』(有斐閣・平成27年)(以下、「大村・前掲②」という)413頁)、日本法の規定をそのまま取り入れればよいというものではない。

に「特に必要があるとき」といった要件が加重されているのだと解することもできる。しかし、行為無能力・制限行為能力の認定は不要という利害関係人の判断を無視して関連組織が認定申立てをできるというのは疑問がある¹⁰¹⁾。

とはいえ、関連組織の申立権限を民法典の中に明文化した中国民法総則の定め方は、申立権者の一覧性という観点からも、また、申立権の積極的行使を促すための象徴的意味という観点からも、注目するに値するだろう¹⁰²⁾。

(4) 任意後見制度

特別法を制定したわが国と異なり、民法総則の中に規定を置いた点に中国法の構成上の特徴がある¹⁰³⁾。任意後見契約については、任意後見人に代理権を付与するだけで本人の行為能力を制限するものではなく、任意後見制度の実質は「公的機関の監督を伴う任意代理制度」であるとの指摘がなされている¹⁰⁴⁾。この点、後見制度よりも代理制度や委任契約に近い制度として位置付けられる。民法総則の後見規定の中に組み込むのが良いのか、慎重な検討が求められよう。

また、規定内容の面では、中国民法総則には1箇条が設けられただけであるため、任意後見監督人も置かれておらず、協議によって作成された書面をどのように保管するのか、公示はどのようになされるのかなど、ほとんどの事項が空白となっている。法定後見との関係や移行の手続も明らかではない。特に公的機関による監督がない点は、任意後見制度の実質は「公的機関の監督を伴う

¹⁰¹⁾ もちろん、中国民法総則28条では関連組織は第4順位の後見人候補であって、近親者 に後見人が見つからない場合の最後の砦として位置付けられていることから、現実には利 害関係人の意向を無視してまで認定を申し立てることは考えにくい。李・前掲書73頁も、 24条1項に基づく関連組織による申請は限定的になされるべきことを指摘する。

¹⁰²⁾ 高齢化社会の進展に伴い後見制度が今後ますます重要性を増すであろうことに鑑みると、後見・保佐・補助制度の利用が望まれる高齢者の情報を要介護認定の際の調査を通じて有していると考えられる市町村の役割は大きいのではないか。

¹⁰³⁾ 銭・前掲①211頁は、任意後見制度につき、特別法モデルと民法典に導入するモデルと を提示している。

¹⁰⁴⁾ 大村・前掲②456-457頁。

任意代理制度」であるとの指摘¹⁰⁵⁾があり、公的機関による監督は制度を運用する上での本質部分と考えられることに鑑みると問題がある。

結語

以上のように、中国法と日本法とでは種々の相違点が見られる。

これらの相違点のうち、わが国の参考になりうると考えられる点をすでに論 じた事の繰り返しとなるが、2点だけ指摘しておく。

第1に、後見制度に関する規定を民法総則に組み入れる点である。親族後見 人の割合が減少していることも考えあわせると、後見規定を親権と連続性を 持ったものとして位置付けるのが良いのか、再考の余地がある。

第2に、居民委員会・村民委員会・民政部門といった機関の果たす役割が大きいことである。わが国においても市町村長が後見・保佐・補助審判の申立権者となりうるが、特別法に規定が置かれているのみである。確かに行政機関の果たすべき役割は補助的なものに止まるべきであるという考えにも一理あり、過度の介入は避けなければならない。しかしながら、行政機関の権限を民法典で明らかにすることによって、行政機関がその役割を適切に果たすように促す象徴的な効果が得られるものと考えられる。

(なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授)

209

¹⁰⁵⁾ 大村・前掲②456-457頁。

利益相反の概念についての一考察

――遺言執行者をめぐって――

森田憲右

- 第1 はじめに
- 第2 利益相反の概念について
- 第3 裁判例、懲戒先例の流れ
 - 1 東京高等裁判所平成15年4月24日判決(平成15年東京高判)
 - 2 日弁連徽戒委員会平成18年1月10日議決(平成18年議決)
 - 3 日弁連徽戒委員会平成27年10月19日議決(平成27年議決)
 - 4 小活
- 第4 職務の中立・公正と利益相反との関係について
 - 1 両者を対置する見解について
 - 2 弁護士法25条、規程27条、28条の適用について
 - 3 適用条文は、利益相反規定か一般条項か
 - 4 弁護士に利益相反同避義務が課される根拠
 - (1) 理論的な観点
 - (2) 背景事情の観点
 - 5 利益相反回避義務を免れる場合
 - (1) 行為の性質について
 - (2) 平成27年議決にいう特段の事情
 - 6 他の任務との関係
- 第5 おわりに

第1 はじめに

利益相反の概念は、時代や社会の要請により拡張する。

近時、社会や価値が複雑となり各種業界において職務の公正さや業界に対する信頼保持のために業法上利益相反の規制が問題とされるようになり、それに伴い、各業界における特性に応じて、規制される利益相反の意義や範囲が拡がりをみせている¹⁾。

論説 (森田)

弁護士業界も例外ではなく、利益相反の概念が拡大し、規制が厳しくなっている。その一例として、遺言執行者と特定の相続人の代理人の兼併が弁護士懲戒事由にあたるかどうかの問題がある²⁾。本稿では、この問題に焦点をあてて、利益相反の根拠や範囲について検討する。

第2 利益相反の概念について

利益相反の明確な定義づけはない。私法上利益相反については、自己契約・ 双方取引(民法108条)、親子(民法826条)、後見人(民法860条)、会社の取 締役・業務執行社員(会社法356条1項2号3号、365条1項、416条4項、419 条2項、595条)などの規制があり、会社以外の法人の場合にも規制がある(一 般社団法人財団法人法84条1項、92条1項、197条、水産業協同組合法39条の 2、農業協同組合法35条の2、中小企業等協同組合法38条、宗教法人法21条1項、 酒税の保全及び酒類業組合等に関する法律27条、学校法人法40条の5、労働 金庫法37条の3など)。いずれも、委任契約ないし法律に基づく善管注意義務、 忠実義務が根拠とされる。

弁護士法25条及び弁護士職務基本規程³⁾(規程)27条、28条は、弁護士が利益相反として職務を行ってはならない事件として事前的・予防的に禁止しており、各条項が弁護士における利益相反の法源となる⁴⁾。上記各条項の趣旨は、

¹⁾ 弁理士について弁理士法31条、金融機関について、銀行法13条の3の2、52条の21の2、金商法36条2項~5項(平成20年改正)、医学について、『臨床研究の利益相反ポリシー策定に関するガイドライン』(平成18年)、公認会計士について日本公認会計士協会『利益相反に関する指針』(平成26年)、保険仲立人について、一般社団法人日本保険仲立人協会『行動倫理規範』など。なお、各士業団体における倫理に関する規程については、佐瀬正俊「各士業団体における会員に対する監督等に関する調査」『自由と正義』2009年11月号52頁以下の一覧表に整理されている。

²⁾ 遺言執行者がその後相続人間の争いに巻き込まれ一方の代理人となってよいかどうかについて、近年の懲戒先例と判例が厳しい対応をしているとするものとして、宮川光治「利益相反事件等の受任」『プロブレムブック法曹の倫理と責任第2版』(2007年)77頁

³⁾ 弁護士職務基本規程は、平成16年11月10日、旧弁護士倫理が廃止され、新たに会規として制定された。

①当事者の利益保護、②弁護士の職務執行の公正の確保、及び③弁護士の品位 と信用の確保にある⁵⁾。

第3 裁判例、懲戒先例の流れ

遺言執行者と特定の相続人の代理人との兼併が懲戒事由にあたるかどうかに 関する裁判例や日本弁護士連合会(日弁連)懲戒委員会先例は、以下の流れを 辿っている。

1 東京高等裁判所平成 15年4月24日判決(平成 15年東京高判)6)

被相続人は、生前、対象弁護士と同行して、その遺産の全部を特定の相続人 1人(受益相続人)に相続させる旨の公正証書遺言が作成したが、その際、同 弁護士は公正証書の作成につき証人となり、かつ、同遺言により遺言執行者に 指定されていた。被相続人の死後、同弁護士は遺言執行者の就職を承諾したに もかかわらず、他の相続人から受益相続人に対する遺留分減殺請求事件の調停 事件について、受益相続人の代理人となった。

上記事案について、日弁連懲戒委員会は、平成12年2月5日、遺言執行者は相続人の代理人であり(民法1015条)、遺言執行者に就任後、少なくとも執行終了までの間、個々の相続人から遺留分減殺事件等を受任することは、(旧)弁護士倫理26条2号に違反するとして、同弁護士を戒告するのを相当とする議決をし、同議決に基づき日弁連は同弁護士を戒告処分とした。

これに対し、同弁護士が懲戒処分の取消しを求めて提訴し、東京高等裁判所は、平成15年4月24日、次のとおり判示して、原告である同弁護士の請求を棄却した。

⁴⁾ 弁護士法25条と規程27条、28条の相互関係については、小宮稔・二宮照興「改訂版利 益相反行為の判断と処理の実際」(平成22年) 66頁以下に詳しい。

⁵⁾ 日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著「解説 弁護士職務基本規程第2版」(2012年) 66頁、前掲小宮・二宮69頁

⁶⁾ 判例時報1932号80頁

「遺言執行者は、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の権利義務 を有し(民法1012条)、遺言執行者がある場合には、相続人は、相続財産の処 分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができない(同1013条)。す なわち、遺言執行者がある場合には、相続財産の管理処分権は遺言執行者にゆ だねられ、遺言執行者は善良なる管理者の注意をもって、その事務を処理しな ければならない。したがって、遺言執行者の上記のような地位・権限からす れば、遺言執行者は、特定の相続人ないし受遺者の立場に偏することなく、中 立的立場でその任務を遂行することが期待されているのであり、遺言執行者が 弁護士である場合に、当該相続財産を巡る相続人間の紛争について、特定の相 続人の代理人となって訴訟活動をするようなことは、その任務の遂行の中立公 正を疑わせるものであるから、厳に慎まなければならない。弁護士倫理26条2 号は、弁護士が職務を行い得ない事件として、「受任している事件と利害相反 する事件」を掲げているが、弁護士である遺言執行者が、当該相続財産を巡る 相続人間の紛争につき特定の相続人の代理人となることは、中立的立場である べき遺言執行者の任務と相反するものであるから、受任している事件(遺言執 行事務)と利害相反する事件を受任したものとして、上記規定に違反するとい わなければならない。|

2 日弁連懲戒委員会平成18年1月10日議決(平成18年議決)7)

被相続人は、生前、対象弁護士に依頼して、所有不動産の相当部分とその余の遺産を相続人Aに相続させ、他の4人の子に他の不動産を相続させる旨の公正証書を作成し、同公正証書において同弁護士が遺言執行者に指定されたが、被相続人の死亡後、同弁護士は平成11年5月相続人全員に財産目録を交付して遺言作成の経緯と相続財産の内容について説明したところ、A以外の相続人らから、遺言作成の経緯とともに現金がないことについての疑問が呈せられ、現金調査して財産目録を再調整するよう求められたが、同弁護士はこれに応じ

⁷⁾ 弁護士徽戒議決例集(以下「議決例集」)(第9集)3頁

なかった。同弁護士の遺言執行業務が完了した後、他の相続人のうち3名は、 平成12年2月A及び相続人1名を被告として、遺言無効確認請求訴訟を提起し、 同弁護士が被告ら訴訟代理人として受任して活動した。

上記事案において、原弁護士会は、「遺言執行が完了するまでは、遺言執行 制度に関与する弁護士の職務の公正さと弁護士に対する信用確保、弁護士の品 位の保持のために、遺言執行者が同時併行的に相続人のいずれかの代理人と なって相続事件に関与することは弁護士倫理26条2号に違反するとして制限 すべきであろう。これに対し、遺言執行が完了した後は、遺言執行者としての 立場と実質的・具体的に利益相反のない事件(遺言執行者であるなら当然主 張したであろう主張と同じ主張をなすような事件)について特定の相続人の訴 訟代理人となって事件を受任することは、懲戒に値する倫理上非難すべき行為 とはいえない。」と判断した。これに対し、日弁連懲戒委員会は、平成18年1 月10日、「遺言執行者は、特定の立場に偏することなく、中立的立場でその任 務を遂行することが期待されているのであって、当事者間に深刻な争いがあり 話し合いによっては解決することが困難な状況があった場合は、遺言執行が終 了していると否とに関わらず、遺言と相続財産を巡る相続人間の紛争について、 特定の相続人の代理人となって訴訟活動をすることは慎まなければならないと いうべきである。」、「本件は、旧弁護士倫理第26条第2号の問題ではなく、正 しくは旧弁護士倫理第4条、同第5条による、弁護士の信用と品位の保持、職 務の公正の確保の問題である。」として、戒告相当との議決をした⁸⁾。

3 日弁連懲戒委員会平成27年10月19日議決(平成27年議決)9)

被相続人は、生前、対象弁護士が関与して、全財産を受益相続人に相続させる旨の公正証書遺言を作成し、同遺言において対象弁護士を遺言執行者に指定をしていたが、被相続人の死後、相続人間に相続財産の範囲について争いはな

⁸⁾ これに対し、対象弁護士は懲戒処分取消請求訴訟を提起したが、東京高裁は、日弁連 懲戒委員会の判断理由と同様の理由で請求を棄却している(議決例集(第9集)9頁)。

⁹⁾ 議決例集第18集62頁

かったものの、他の相続人が受益相続人に対して遺留分減殺請求の通知をし、 対象弁護士は受益相続人の代理人として交渉提案をした。その後、他の相続人 の代理人弁護士が対象弁護士に対し遺言執行者に就任するかどうかの質問をし たところ、対象弁護士は遺言執行者に就任するよう迫られたと理解して就任す る旨回答をした。

上記事案について、原弁護士会は、対象弁護士が一部の相続人の代理人として職務を行っている以上、遺言執行者に就任することは規程28条3号で定める職務を行ってはならない場合に当たるとして、戒告相当と判断したところ、日弁連懲戒委員会は、平成27年10月19日以下のとおり判断して、対象弁護士を懲戒にしないことを相当とすると議決した。

「相続人間の相続を巡る紛争において、遺言執行者たる弁護士が一部の相続人の代理人となることは許されず、たとえ遺言執行行為が終了した後であっても、遺言執行者としての職務の公正さを疑わしめ、遺言執行者に対する信頼を害するおそれがあり、ひいては弁護士の職務の公正さを疑わしめるおそれがあるため、懲戒処分を免れない場合があることは、既に当委員会が議決しているところである(当委員会平成18年1月10日議決一『弁護士懲戒事件議決例集第9集』3ページ)。しかしながら、具体的事案に即して実質的に判断したときに、遺言の内容からして遺言執行者に裁量の余地がなく、遺言執行者と懲戒請求者を含む各相続人との間に実質的にみて利益相反の関係が認められないような特段の事情がある場合には、非行に当たらないと解すべきである(当委員会平成22年5月10日議決一『弁護士懲戒事件議決例集第13集』19ページ)。」。

4 小活

平成18年議決までは、遺言執行者に就任後少なくとも執行終了までの間、個々の相続人から遺留分減殺請求事件等を受任することはできないが、執行終了後は、職務内容に裁量の余地がない場合には受任できるというのが日弁連の立場であるとされていた。しかし、平成18年議決は、遺言執行が終了していたかどうかを問わないこととされ、遺言執行の職務内容に裁量の余地があるか

どうかについての検討はなされていなかった¹⁰⁾。その後、裁量の余地がない場合については、前記平成22年議決及び平成27年議決において、特段の事情がある場合に例外を認めるに至った。遺言執行者と特定の相続人の代理人との兼併については、先例がほぼ固まったといってよい。

もっとも、理論的根拠や適用範囲について明確になっているわけではな \mathbf{v}^{11} 。

第4 職務の中立・公正と利益相反との関係について

1 両者を対置する見解について

平成18年議決は、「本件は、旧弁護士倫理第26条第2号の問題ではなく、正しくは旧弁護士倫理第4条、同第5条による、弁護士の信用と品位の保持、職務の公正の確保の問題である。」としていることから、規程5条及び6条(旧弁護士倫理4条、5条に相当)の問題として捉える見解と利益相反の問題として捉える見解があるとされる¹²⁾。

しかし、本稿は、職務の中立公正の問題と利益相反の問題とを対置して捉えるのではなく、統合的に捉えるべきであるとするものであり、弁護士は複数人に対して善管注意義務を負う場合には、中立公正に職務を遂行する義務が導かれ、弁護士と各人との利益相反を回避する義務が導かれると考えるものである。

2 弁護士法25条、規程27条、28条の適用について

この問題については、まず、利益相反に関する弁護士法25条、規程27条、 28条のいずれの要件を充足するかについて検討する必要がある。

¹⁰⁾ 解説弁護士職務基本規程『自由と正義2005年臨時増刊号』54頁、条解弁護士法〔第4版〕 日本弁護士連合会調査室編著(平成19年)188頁、山田裕洋「弁護士倫理・ここが問題(第 3回 弁護士が遺言執行者となる場合の問題点(その1) LIBRA Vol.8 2008/3.30頁))

¹¹⁾ 前掲解説規程第2版85頁

¹²⁾ 前掲解説規程第2版85頁、柏木俊彦「弁護士が遺言執行者に就任した場合と利益相反の問題|判例タイムズ1283号32頁

遺言執行者の法的性格については、民法1015条の「遺言執行者は、相続人の代理人とみなす。」との規定の解釈をめぐって争いがあり、文言どおり遺言執行者は相続人の代理人というものではなく、相続人の意思とは関係なく、被相続人の遺言の実現のため執行者として自己の名において行為するものであり、行為の効果が相続人に帰属するものであるとする見解が有力である¹³⁾。有力説に立てば、弁護士法25条1号、規程27条1号は「相手方の協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾した事件」との要件を満たさない。

法25条4号、5号、規程27条4号、5号は、「公務員」、「仲裁人」であるところ、遺言執行者はこれらに該当しない¹⁴。

また、相続人は、規程28条3号にいう「依頼者」とはいえない。なお、平成15年東京高判の事案では、日弁連懲戒委員会議決が「遺言執行者は、これを相続人の代理人とみなす。」(民法1015条)を根拠に、旧弁護士倫理26条2号にいう「受任している事件と利害相反する事件」にあたるとしたのに対し、東京高判は、民法1015条の法的性質論に踏み込まず、遺言執行事務が「受任している事件」であるとの構成をとった。その後、旧弁護士倫理26条2号は、規程28条3号に引き継がれたが¹⁵⁾、同条項が「依頼者」の存在を要件としたことから、同条を直接適用することに疑義が生じた¹⁶⁾。

以上のとおり、遺言執行者については、上記各条項のいずれの要件も充足されない。

¹³⁾ 泉久雄「新版注釈民法(28) 中川善之助外編集(平成8年)340頁

¹⁴⁾ 弁護士法25条5号、規程27条5号の役割衝突型利益相反違反と解すべきものとして、前掲柏木・判タ43頁。これに対し、遺言執行者は調整者ではないとするものとして、前掲 宮川78頁

¹⁵⁾ 前掲解説規程第2版77頁

¹⁶⁾ これに対して、遺言執行者の立場にありながら、相続人の一人の代理人となって他の相続人との間で訴訟等を行った事案について、日弁連懲戒委員会平成26年8月18日議決(議決例集17集40頁) は、原弁護士会が対象弁護士を戒告とした議決を是認しており、同議決において、「弁護士職務基本規程28条3号に違反し、遺言執行者の中立・公正性を損なうとともに、弁護士に対する社会的信用を失わしめる非行に当たる | としている。

3 適用条文は、利益相反規定か一般条項か

弁護士法25条、規程27条各号及び28条各号は、「利益相反自体を要件とはせず、利益相反の蓋然性の高い一定の行為の要件を定めて、その当該要件が充足されれば、それ自体利益相反として予防的に事件受任および受任の継続を禁止している」¹⁷⁾ものであるから、各条項の要件が充足されない以上、みだりに類推適用するのは謙抑的であるべきである。他方で、利益相反に関する弁護士法25条、規定27条、28条は「重い使命を課せられた弁護士に対する信頼を保護するために必要最小限の職務禁止事項を各号に定めたもの」¹⁸⁾であるから、上記各条項の要件が充足されないからといって、これをもって利益相反の問題が否定されたことにはならない¹⁹⁾。

このような考慮が働いたかどうかはともかくとして、平成18年議決は、遺言執行者は、中立的立場でその任務を遂行することが求められ、旧弁護士倫理4条、5条による弁護士の信用と品位の保持、職務の公正の確保の問題であるとした。平成18年議決が、規程5条、6条(旧弁護士倫理4条、5条に相当)にいう職務の中立公正の問題であるとすることは妥当であるが、他方、これをもって利益相反とは別個の問題と捉えると、規程5条、6条は一般条項であることから、その適用範囲をめぐり具体的な行動指針となり得ず萎縮的効果を生むおそれがある²⁰⁾。そこで、職務の中立公正の問題と利益相反の問題を統合的に検討する必要がある。

4 弁護士に利益相反回避義務が課される根拠

ここでは、弁護士に利益相反回避義務が課せられる根拠から、適用範囲を導

¹⁷⁾ 柏木俊彦「法曹倫理」日本法律家協会編(2015年)141頁

¹⁸⁾ 日本弁護士連合会調査室「条解弁護士法」(平成5年) 218頁

¹⁹⁾ 前掲柏木「法曹倫理」139頁は、弁護士法28条、規程17条、25条なども利益相反と同様の性格を有するものであるとする。

²⁰⁾ 前掲解説規程第2版86頁、山田裕祥「利益相反(遺言執行者)」『改訂弁護士倫理の理 論と実務』(平成25年) 109頁

く必要がある。

受遺者ないし受益相続人が遺言執行者を兼ねることについては、民法上、これを制限する規定はなく、両者は利益相反規制に服していない²¹⁾。民法上受遺者ないし受益相続人が遺言執行者を兼併することができるのに、弁護士法上弁護士が遺言執行者と受遺者ないし受益相続人の代理人になることが利益相反になるとする理由としては、弁護士には高度な善管注意義務が加重されていることに求められる²²⁾。これにより、弁護士には、民法規制とは異なる、利益相反回避義務が課せられる。

問題は、善管注意義務が加重される程度である。

弁護士法25条、規程27条、28条が利益相反のおそれのある行為を予防的に禁止したものであるとすれば、各条項の要件に該当しない場合は、事後的に、行為の性質から個別具体的、実質的に利益相反行為であるか否かを検討すれば足りるとするのが素直である。そのため、平成18年議決の事案で原弁護士会懲戒委員会議決は「実質的に懲戒に値する利益相反行為に該当するというためには、かかる行為が、単に形式的・外形的にではなく、実質的にも遺言執行者による遺言執行行為における原告たる相続人の利益に反するという関係が成立し、かつ、それが反倫理的で非難すべきものでなければならない」と判断した。しかし、平成18年議決は、上記見解を採用せず、遺言執行者であった者が特定の相続人の立場を兼ねたことをもって懲戒事由とした。その理由としては、以下の点が挙げられる。

²¹⁾ 前掲泉341頁

²²⁾ 詳細にわたる文献として、加藤新太郎「弁護士役割論[新版]」(2014年)345頁、専門家責任の特徴として、専門家に委ねられている裁量的判断が依頼者の利益のために、適切になされたか否かの問題であり、注意義務とは異なる信認的な義務の違反であるとするものとして、能見善久「専門家の責任―その理論的枠組みの提案」別冊NBLNo.28『専門家の民事責任』(平成6年)6頁

(1) 理論的な観点

理論的には、平成15年高判の論理をより徹底したものとしてとらえることが可能である。平成15年高判は、遺言執行者が、利益相反回避義務規制にかかる実質的根拠として、相続財産の管理処分権が委ねられているという点を指摘し、法的根拠として、善管注意義務を負う点を指摘した上で、善管注意義務を負う相手である相続人全員に対して、中立的な立場で任務を遂行する義務を導き、そして遺言執行者は各相続人に対して利益相反回避義務(旧弁護士倫理26条2号)を負うものとした。

利益相反回避義務の法的根拠である善管注意義務は、必ずしも委任契約に基づくものである必要はない。また、遺言執行者は遺言の実現のため執行行為をなすものであり、相続人の妨害行為と対立することから、その限りで対立する相続人の利益に反するが、遺言執行者は、各相続人に対し、少なくとも財産目録調整交付義務(民法1011条)を負い、中立公正な善管注意義務を負う²³⁾。遺言執行者の利益相反回避義務が中立公正な義務から導かれるとすれば、遺言執行が終了しているか否かにかかわらない。

(2) 背景事情の観点

以上からすれば、中立公正義務と利益相反回避義務とは対置されるものではなく、前者から後者が導かれるという関係にある。そして、利益相反回避義務は、行為の性質から個別具体的実質的に検討されるのではなく、執行終了前後にかかわらず特定の相続人の代理人に就任したかどうかが問題とされるのであるから、畢竟、弁護士法25条、規程27条、28条以外に予防的な禁止類型を先例により創出して拡げたものにほかならない。その背景事情としては、第1で述べたとおり、司法改革により、弁護士の職域拡大及び複雑化に対応して利害衝突の場面は一層拡がることが予想され、弁護士にはより一層厳しい自律自制

²³⁾ 包括遺贈の場合、遺留分権のない相続人にも財産目録調整交付義務を負うとするものとして、前掲泉310頁。但し、遺言が特定財産に関する場合は特定の財産についてのみ適用される(民法1014条)。

が求められることとなったことにある。

5 利益相反回避義務を免れる場合

(1) 行為の性質について

前述のとおり、遺言執行者の相続人全員に利益相反回避義務は、行為の性質の如何により免れるものではない。

遺言執行者と受益相続人の両名が妨害排除請求をすることできる場合、例えば、唯一の相続人が遺産である不動産について相続を原因とする所有権移転登記手続をした場合に、遺言執行者が受遺者の代理人として相続人に対して所有権移転登記の抹消登記手続請求訴訟を提起することが許されるかどうかという事案について、遺言執行者は公正証書に従い受遺者に本件不動産の所有権移転登記手続をすべき職務を負っており、これの障害となっている相続登記の抹消を求めることは遺言執行者の任務に適うものであり、遺言執行事件と利害相反するものではないとの見解がある²⁴⁾。しかし、受遺者または受益相続人は、遺言により取得した権利の行使として移転登記手続等の請求をするのに対し、遺言執行者は遺言の執行行為として抹消登記手続等の請求をすることができるにすぎない²⁵⁾。両者は併存するとしてもその法的根拠が異なるのであるから、遺言執行者は利益相反回避義務を免れるものではない。

(2) 平成27年議決にいう特段の事情

平成27年議決は、利益相反の関係にあるかどうかの必要条件として、遺言の内容からして遺言執行者に裁量の余地がないことを挙げる。これに対して、裁量性の有無で区別することの合理性に疑問を呈する見解がある²⁶⁾。確かに、弁護士法25条、規程27条、28条は裁量性の有無によりその適用が左右されるものではないから、遺言執行者の場合を各条項と同列に扱うとすれば、一貫し

²⁴⁾ 山川隆久「遺言執行者と相続人の関係」自由と正義1997.6.162頁、小島武司・田中成明・ 伊藤眞・加藤新太郎編「法曹倫理〔第2版〕」(2006年) 102頁

²⁵⁾ 最1小判昭和62.4.23民集22.5.1137、最1小判平成11.12.16民集53.9.1989

ない。しかし、遺言執行者の場合は各条項の適用はなく、予防的禁止の類型を拡張したにすぎないものであるから、必ずしも上記各条項の要件と同列に扱う必然性はない。これまでの先例を考慮して、適用例外の要件を定立することに問題はない。

遺贈の場合と異なり、相続させる遺言の場合は、相続分の指定であり、対象財産を、何らの行為を要せずして、直ちに受益相続人に承継させる効力を有する²⁷⁾。相続させる遺言をした遺言者は、不動産の占有・管理について、受益相続人が相続開始時から所有権に基づき自らこれを行うことを期待しているのが通常であるから、遺言書にこれらを遺言執行者の権限とする旨の記載があるなど特段の事情がない限り、遺言執行者は財産管理義務や相続人への引渡し義務を負わない²⁸⁾。利益相反回避義務の実質的な根拠について、専門家に委ねられている裁量的判断が依頼者の利益のために適切になされたか否かの問題である捉えれば²⁹⁾、遺言の内容から遺言執行者に裁量の余地がなく、管理権限を有しなければ、利益相反規制に服する実質的な根拠が失われることとなるし、また、遺言執行者は具体的な善管注意義務を負う余地がないから、利益相反回避義務は発生しない³⁰⁾。したがって、平成27年議決が遺言の内容の裁量性を要件としたことは相当である。

しかし、相続させる遺言における遺言執行者の権限は、統一的な解釈がなされているとはいいがたく、相続させる遺言の実現に際してもなお、遺言執行者が財産目録調整、妨害排除請求³¹⁾、あるいは金融機関に対する口座解約手続³²⁾

²⁶⁾ 山川隆久「職務を行い得ない事件―事例を中心として」『日弁連研修叢書現代法律実務 の諸問題〈平成12年版〉』(平成13年)934頁、加藤新太郎「コモン・ベーシック弁護士倫 理」(2006年)76頁、前掲小島ほか103頁

²⁷⁾ 最 2 小判平成 3 年 4 月 19 日民集 45 巻 4 号 477 頁

²⁸⁾ 最2小判平成10年2月27日 · 民集52巻1号299頁

²⁹⁾ 前掲能見4頁

³⁰⁾ 財産目録調整交付義務はないと解する余地があるとするものとして、議決例集(第18集) 63頁

³¹⁾ 最1小判平成11年12月16日 · 民集53卷9号1989頁

などの行為をする場合があり、この場合、遺言執行者は裁量権限を行使していることとなるから、利益相反回避義務が発生する。したがって、遺言の内容から遺言執行者に裁量の余地がないことは必要条件であっても、十分条件とはいえず、実質的に利害相反関係であるかどうかを検討しなければならない。平成27年議決が、遺言の内容からして遺言執行者に裁量の余地がなく、遺言執行者と懲戒請求者を含む各相続人との間に実質的にみて利益相反の関係が認められないような特段の事情がある場合には、非行に当たらないとしたのは、相当である。

そこで、次に問題となるのが、特段の事情を判断する考慮要素である。平成27年議決が利益相反回避義務を免れる要件として、特段の事由を要求していることは、単なる裁量性の有無という判断基準よりも厳格な基準を採用したといえる³³⁾。遺言執行者の相続財産調整義務との関係では、①相続財産の範囲につき相続人間に争いがないかどうかがが重要な考慮要素となる³⁴⁾。裁量性との関係では、②対象弁護士が遺言執行者として具体的な執行行為を行わなかった

³²⁾ 銀行実務では、相続させる遺言の対象となった預金について、遺言執行者に管理権はなく、受益相続人のみが名義書換、払戻し権限を有するものとし、遺言執行者の指定があるときは、信用できる遺言執行者の場合に限り、受益相続人の承諾のもとに、また、受益相続人の意向に明らかに反しない限り、その関与を認め、原則として受益相続人と連名で関与させるのを相当とするとしている(石井眞司=伊藤進=上野隆司「鼎談・金融法務を語る12」手形研究466号49頁、堂園昇平「預金の相続実務の再検討」金融法務事情1351号26頁、同「遺言執行者の権限」金融法務事情1459号54頁、同「相続預金と遺言執行者の権限」金融法務事情1961号5頁、木内是壽「相続預金取扱事例集(第二版)」(平成16年)71頁、東京弁護士会相続・遺言研究会編「実務解説相続・遺言の手引き」(2013年)235頁

³³⁾ 日弁連懲戒委員会平成21年1月13日議決 (議決例集12集3頁)、前掲平成26年8月18 日議決はいずれも非行に該当すると議決されながらも反対意見が付されているが、これは 特段の事情をどれだけ厳格に適用するのかについて意見が分かれたためではないかと推測 される。

³⁴⁾ 日弁連懲戒委員会平成26年8月19日議決(議決例集17集47頁)の事例(非行該当) では、遺産に属するか否か争われている財産が含まれていた。平成27年議決は相続財産の 範囲に争いがないことを非行不該当の判断の考慮要素としている。

か、あるいは行う予定がなかったかが重要な考慮要素となる³⁵⁾。また、③対象 弁護士が遺言執行者就任時に利益相反状況があったかどうか、その認識があっ たかどうかが重要な考慮要素となる。③との関係では、④執行の終了前である か³⁶⁾、終了後であるか、終了後であるとして相当の期間か経過しているかが考 慮要素となる³⁷⁾。さらに、③との関係で、⑤遺言執行者就任の経緯として、対 象弁護士が自ら進んで就任をしたか、対立している他の相続人側から遺言執行 者の就任を求められるなど受動的なものであったかどうかなどが考慮要素とな る³⁸⁾。これらを考慮要素として、実質的にみて利益相反の関係が認められない ような特段の事情があるかどうかが判断される。なお、対立する相続人の明示 ないし黙示の同意があれば免責される³⁹⁾。

6 他の任務との関係

上記中立公正誠実義務を根拠とする利益相反回避義務については、遺言執行者のみならず、破産管財人、相続財産管理人など他の職務についても同様の検討が可能であり、予防的な禁止の類型として拡張される。

破産管財人の法的性格は、破産者代理人、債権者代理人、第三者機関などの 見解があるが、破産管財人は破産手続開始決定と同時に裁判所が選任し監督す ることとされ(破産法31条1項、74条1項、75条1項)、破産手続開始決定があっ

³⁵⁾ 前掲平成26年8月18日議決の事例(非行該当)では、対象弁護士が遺言執行事業務として相続人の一人に対し排除請求を行っていた。

³⁶⁾ 遺言執行者に就任後執行終了までの間に特定の代理人に就任した場合は、特段の事由が認められる余地はないか、あるいは、極めて限定的である(平成15年東京高判は今なお先例としての意義を有すると思われるし、前掲平成26年8月18日議決は原弁護士会懲戒委員会の議決において規程28条3号に違反しているとの判断を是認している。)。

³⁷⁾ 日弁連懲戒委員会平成22年5月10日議決(議決例集13集19頁)

³⁸⁾ 平成27年議決、相手方から事実上遺言執行者の催促がなされた事案であり、黙示の同意があったと認めることもできたのではないかと思われる。

³⁹⁾ 弁護士職務基本規程28条3号は依頼者及び他の依頼者のいずれもが同意した場合を除 外事由としている。相手方の相続人から協議を受けて賛助したことにより弁護士法25条1 号、規程27条1号に触れる場合には、同意は除外事由とならないが、それは別論である。

た場合には破産者が破産手続開始決定時において有する一切の財産は破産財団とされ(破産法34条1項)、破産財団に属する財産の管理及び処分をする権利は裁判所の選任した破産管財人に専属し(破産法78条1項)、破産管財人は善管注意義務を負い、利害関係人に対し善管注意義務違反に基づく損害賠償義務を負う(破産法85条1項、2項)。また、破産債権は原則として破産手続によらなければ行使することができない(破産法100条1項)。このように、破産管財人は、利害関係人に対し善管注意義務を負うから、中立公正に職務を執行する義務を負い、利害関係人との間で利益相反回避義務を負うというべきである。

また、相続財産管理人は、相続人不存在の場合、家庭裁判所により選任され、法人とされた相続財産を管理し(民法 951条、952条1項)、財産目録を作成するほか(民法 953条、27条1項)、相続債権者または受遺者の請求がるときは相続財産の状況を報告しなければならない(民法 954条)。相続債権者はその行使が制限され、所定の手続を経た上で弁済を受けうるにすぎず、相続財産管理人は相続債権者に対し損害賠償義務を負う場合がある(民法 957条1項、2項、927条2項~934条)。これにより相続財産管理人は、相続債権者等に対し善管注意義務を負い、中立公正義務を負うことになるから、利益相反回避義務を負うというべきである。

成年後見人は、後見開始の審判をするときに家庭裁判所が職権で選任をし、被後見人の財産目録を作成するなどの職務を行い(民法853条1項)、家庭裁判所の監督に服することから(民法863条1項、2項、864条)、遺言執行者の場合と比較される。しかし、成年後見人は、本人の法定代理人であり、本人に対し善管注意義務を負うから(民法859条、869条、644条)、弁護士が成年後見人に就任した場合、本人に対して善管注意義務に基づく利益相反回避義務を負うのであり(民法826条1項)、ことさらに本人以外の者に対して中立公正義務を負うものではない⁴⁰⁾。本人の死後本人の遺産を巡る紛争において特定の相続人の代理人になることは、一般的に公正誠実に反するとの疑いがかけられてもおかしくはないとされるが、遺言執行者と異なり、対象弁護士は他の相続

人から本人に対する善管注意義務を尽くしていたのか否かが追及されることと なる。

第5 おわりに

弁護士の利益相反は、加重された善管注意義務を根拠とする。弁護士が、各人に対し善管注意義務を負う場合には、中立公正に任務を遂行する義務を負い、各人に対して利益相反回避義務を負うこととなるのであり、中立公正義務と利益相反回避義務とは統合的に把握されるべきである。そして、権利意識の高まりや利害の錯綜する社会にあって、また、多様な弁護士活動を求められる状況にあって、予防的禁止類型を含む利益相反の概念は拡張することとなる。

本論文は、植草教授の退官記念論文として掲載させていただいた。植草教授は、司法研修所教官、本学開講以来本学の教授として、法曹養成に尽くされてこられ、そのような植草宏一教授の背中を見ながら、法曹養成の重要性について思いを巡らせたものである。退官後においても是非とも本学に対し熱心な叱咤激励をお願いしたい。

(もりた・けんすけ 筑波大学法科大学院教授)

⁴⁰⁾ 後見人の職務の公正に対する社会的信頼を確保するために後見人は行動すべきであって、公正さを害するような行為を慎むべきであるとするものとして、前掲解説規程第2版 87頁

チュニジアにおける会計及び監査に 対する規制

弥 永 真 生

- 1 会計規制
- (1) 1996年法律第112号
- (2) 全国会計審議会
- (3) チュニジア会計基準
 - 1) 一般会計基準
 - 2) 専門的基準
 - 3) 業種別基準
- (4) チュニジア会計基準の現状の分析
- 2 監査についての規制
- (1) 会計監査役
- (2) 監查委員会
- (3) 監查基準

1 会計規制

(1) 1996年法律第112号

チュニジアにおいては、上場会社であるかどうかを問わず、会社の会計は、企業会計システムに関する 1996年 12月 30 日法律第 112 号 $^{1)}$ によって規律されている。 1996年法律第 112 号制定の背景には、会計専門職業人からの強い働きかけがあったと指摘されている $^{2)}$ 。

2010年初頭に、チュニジアの所管当局はチュニジアの会計基準を2014年までにIFRSに移行するという方針を示したが³⁾、現在のところ、IFRSへの移行

¹⁾ Loi nº 96-112 du 30 décembre 1996 relative au système comptable des entreprises. この立 法前は、フランスに倣ったプラン・コンターブル・ジェネラル(1968年)によって企業の 会計は規制されていた。

の見通しは不透明であり⁴⁾、上場会社も法令上要求されている財務諸表・連結 財務諸表を IFRS によって作成することはできない⁵⁾。

1996年法律第112号は、会計の概念フレームワークは、会計基準の開発とその解釈にとってのガイドであるとし、会計の概念フレームワークはデクレによって承認されると定め(6条)、会計基準には一般会計基準、専門的基準及び業種別基準を含むとし、会計基準は財務大臣のアレテによって承認されるとしている(7条)。そして、1996年12月30日デクレ第2459号⁶⁾によって承認された会計の概念フレームワークは、国際会計基準委員会「財務諸表の作成及び

²⁾ Trabelsi, R., Towards a platform for evaluating the relevance of IFRS in a prior implementation context, *International Journal of Innovation and Applied Studies*, vol. 3, no. 3, 2013, p.626-650.

³⁾ Ben Ali 氏の大統領選挙に向けた公約では、13番目の軸である「効率的な金融政策と公平な課税」の第7点として、財務情報の透明性を向上させ、投資家の信頼を高め、金融市場を活性化させるという観点から国際基準の採用に向けた会計システムの改革が挙げられていた(Le Programme Electoral 2009-2014 du Président Zine El Abidine Ben Ali, 2009, p.69)。
See also, Fayçal Derbel(n.d.), IFRS Comment réussir leur mise en œuvre en Tunisie http://www.leaders.com.tn/uploads/FCK files/file/IFRS.pdf>.

^{4) 2017}年7月19日に実施した Abir Matmti 氏へのインタビューに基づく。もっとも、チュニジア専門会計士協会の活動計画(Ordre des Experts Comptables de Tunisie, Plan d'action 2015-2017 http://www.oect.org.tn/tiny_mce/plugins/filemanager/files/Actions/OECT_PlanDaction_2015_2017.pdf では、プロジェクト第10に、国際基準(IFPS 及び IPSAS)のアドプションに向けて活動することが含まれている。また、社会的影響度や規模の大きい会社(上場会社、親会社、金融機関からの借り入れが大きい会社など)による IFRS の採用を主張することもプロジェクト第10の下でのアクションに含まれている(p.16)。

⁵⁾ もっとも、情報提供目的のために、会社法・資本市場規則の下で作成が要求されている財務諸表・連結財務諸表のほかに、IFRS に基づいて財務諸表・連結財務諸表を任意に作成することはみられ、Tunisie Télécom https://www.cmf.tn/sites/default/files/pdfs/emetteurs/informations/references/doc_reference_TT_2010.pdf などが作成している (For details, see, e.g., Sana Ben Ghodbane, Voluntary adoption of IFRS by Tunisian listed firms: analysis of the incentives factors, International Journal of Critical Accounting, Volume 8, Issue 5-6, 2016: 433-443)。

Décret nº 96-2459 du 30 décembre 1996, portant approbation du cadre conceptuel de la comptabilité.

表示に関するフレームワーク(Framework for the preparation and presentation of Financial Statements)」(1989年)と同内容であり、また、チュニジア会計基準(Normes Comptables Tunisiennes)第1号から第15号までが1996年12月31日財務大臣アレテで承認されているが、これらは、当時のIAS2「棚卸資産」、IAS8「収益」、IAS16「有形固定資産」、IAS25「投資の会計」、IAS8「純利益、誤謬及び会計方針の変更」、IAS11「工事契約」、IAS20「政府補助金」、IAS23「借入費用」、IAS10「偶発事象及び後発事象」及びIAS21「外国為替レート変動の影響」ならびに草案 E53「財務諸表の表示」及び草案 E50「無形資産」に沿ったものであった。

ところが、その後は、チュニジア会計基準第35号から第39号(2003年12月 1日財務大臣アレテにより承認)、チュニジア会計基準第40号(2007年8月21 日財務大臣アレテにより承認)、チュニジア会計基準第41号(2008年1月28日 財務大臣アレテにより承認)、チュニジア会計基準第42号(2011年3月11日 財務大臣アレテにより承認)のみが設定されており、その結果、設定時点にお ける中間財務諸表(IAS34)、研究開発費(IAS9)、連結財務諸表(IAS27)、関 連会社への投資(IAS28)、ジョイント・ベンチャーに対する持分(IAS31)、 企業結合(IAS22)、関連当事者との取引の開示(IAS24)及びリース会計基準 (IAS17) のみが取り入れられている。したがって、たとえば、金融商品:表 示(IAS32)、金融商品:認識と測定(IAS39)、金融商品:開示(IFRS7)、金 融商品(IFRS9)及び公正価値評価(IFRS13)に相当するものは、チュニジア 会計基準には含まれていない。また、キャッシュ・フロー計算書(IAS7)、所 得税(IAS12)、セグメント会計(IAS14)、退職給付会計(IAS19)、資産の減 損(IAS36)準備金・偶発負債・偶発資産(IAS37)、投資不動産(IAS40)な どの国際会計基準は採り入れられていないし、国際会計基準を改訂した国際財 務報告基準(企業結合 (IFRS3)、事業セグメント (IFRS8)、連結財務諸表 (IFRS10)、共同支配の取決め(IFRS11)、顧客との契約からの収益(IFRS15)、 リース(IFRS16))などもチュニジア会計基準には反映されていない。

(2) 全国会計審議会

上級会計審議会が1975年12月3日デクレ第846号 (décret n°75-846 du 3 décembre 1975, portant création d'un conseil supérieur de la comptabilité) によ り設けられ、その後、1991年7月1日デクレ第1017号による改正によって、会 社の会計システムを作成することを任務とするものとされた。しかし、1996 年12月30日法律第112号5条により、全国会計審議会が設置され、上級会計 審議会は廃止された。2007年5月2日デクレ1096号⁷⁾が全国会計審議会の構成 と組織に関する規律を定めている。全国会計審議会は、財務大臣またはその代 理が会長と、チュニジア中央銀行の総裁またはその代理が副会長とされており、 会計領域に関与する省庁の代表者(首相省、司法・人権省、産業・エネルギー・ 中小企業省、開発・国際協力省、高等教育・科学研究・技術省など)、行政上 の監督組織の代表(会計検査院 [cour des comptes]、公共サービス統制委員 会 [comité général du contrôle des services publics]、財務統制委員会 [contrôle général des finances] など)、財務省に設けられている総局(税制研究・立法、 財政統制、財務省資金調達、公会計など)の代表、チュニス証券取引所、保険 委員会 [comité général des assurances]、金融市場審議会 [conseil du marché financier」、社会保険基金などの代表、銀行協会、保険会社協会、全国統計協会、 計量経済学協会、内部監査人協会、専門職業人(チュニジア専門会計士協会 (Ordre des experts comptables de Tunisie)、チュニジア会計協会 (Compagnie des comptables de Tunisie)、企業に勤務している専門家など)の代表及び大学 の会計学⁸⁾の教授のほか、その識見に基づいて財務大臣によって指名された2 人⁹⁾によって構成されている¹⁰⁾。

Décret nº 2007-1096 du 2 mai 2007, relatif à la fixation de la composition et les règles d'organisation du conseil national de la comptabilité.

⁸⁾ ただし、2007年5月2日デクレ1096号第2条によると、経営学(会計学はこれに含まれる)及び商事法を専門とする教授が2名選任されることになっている。

⁹⁾ ただし、2007年5月2日デクレ1096号第2条によると、3人選任されることになっている。

 $^{10) &}lt; http://www.finances.gov.tn/index.php?option=com_content&view=article&id=88\&Itemid=394\&lang=fr>.$

全国会計審議会は、会計基準及びその適用のあり方の案、会計に関する規定を含む法令案または会計に関するトピックについて検討し、意見を述べることを任務とする 11 。また、会計問題を検討し、それを改善する方法を提案することも任務である。

(3) チュニジア会計基準

チュニジア会計基準(Normes Comptables Tunisiennes)は、一般会計基準、 専門的基準及び業種別基準を含んでいる。

1) 一般会計基準

一般会計基準は財務諸表がどのように表示されるかを定め、勘定体系及びその運用及び会計組織に関するルールを定めるものである(1996年法律第112号 8条)。

チュニジア会計基準第1号「一般会計基準(La norme comptable générale)」は、概念フレームワークにおいて示された目的を実現するために、財務諸表の作成方法、会計組織に関するルールならびに勘定の術語及びその適用のルールを定めている(1996年法律第112号8条参照)。内容的には、当時のE53「財務諸表の表示」及びフランスなどにおけるプラン・コンターブルに相当するものである。

2) 専門的基準

専門的基準は、取引についての会計、その評価及び財務諸表における開示に

¹¹⁾ 全国会計審議会は、有価証券及びコマーシャルペーパーの再売買予約を伴う購入取引の会計処理についての意見(Conseil National de Comptabilité, Avis du CNC N°01-2005 du 5 février 2005 relatif aux traitements comptables des opérations d'achat avec l'engagement de revente des valeurs mobilières et des effets de commerce)及び債権回収会社の会計に関する意見(Conseil National de Comptabilité, Avis du CNC N°01-2007 du 16 juillet 2007 relatif à la comptabilité des sociétés de recouvrement des créances)を表明している。

ついてのルールを定めることによって、会社の取引及びその事業に関する事象の効果を会計処理する手続きを定めるものである(1996年法律第112号9条)。

現時点では、自己資本(Les capitaux propres)(チュニジア会計基準第2号)、 収益 (Les revenus) (チュニジア会計基準第3号)、棚卸資産 (Les stocks) (チュ ニジア会計基準第4号)、有形固定資産(Les immobilisations corporelles)(チュ ニジア会計基準第5号)、無形固定資産 (Les immobilisations incorporelles) (チュ ニジア会計基準第6号)、投資(Les placements)(チュニジア会計基準第7号)、 純利益及び非通例的項目(Le résultat net de l'exercice et éléments extraordinaires) (チュニジア会計基準第8号)、工事契約 (Les contrats de construction) (チュニジア会計基準第9号)、繰延費用 (Les charges reportées) (チュニジア会計基準第10号)、会計方針の変更 (Les modifications comptables) (チュニジア会計基準第11号)、政府補助金 (Les subventions publiques) (チュニジア会計基準第12号)、借入費用 (Les charges d'emprunt) (チュニジア会計基準第 13号)、偶発事象及び後発事象 (Les éventualités et événements postérieurs à la date de clôture) (チュニジア会計基準第14号)、 外貨建取引(Les opérations en monnaies étrangères)(チュニジア会計基準第 15号)、中間財務諸表(Les états financiers intermédiaires)(チュニジア会計基 準第19号)、研究開発費 (Les dépenses de recherche et de développement) (チュ ニジア会計基準第20号)、連結財務諸表(États financiers consolidés)(チュニ ジア会計基準第35号)、関連会社に対する投資(Participations dans les entreprises associées) (チュニジア会計基準第36号)、ジョイント・ベンチャー に対する持分 (Participations dans les coentreprises) (チュニジア会計基準第 37号)、企業結合 (Regroupements d'entreprises) (チュニジア会計基準第38号)、 関連当事者との取引の開示(Informations sur les parties liées)(チュニジア会 計基準第39号)、リース会計基準(Contrats de location)(チュニジア会計基準 第41号)、及び、簡略化会計(Comptabilité simplifiée)(チュニジア会計基準 第42号)がアレテにより承認されている。

3) 業種別基準

業種別基準は、適切な場合には、会社の取引及びその事業に関する事象の効果を会計処理する手続きを定めるものである(1996年法律第112号10条)。そこでは、当該業種に関する取引を記帳し、評価し、表示するルールのみならず、特有の内部統制及び会計ルールも規律される。

譲渡性有価証券集団的投資スキーム(UCITS)についての会計基準として、 UCITS の財務諸表の表示(La présentation des états financiers des OPCVM) (チュニジア会計基準第16号)、UCITSの有価証券ポートフォリオ (Portefeuille titres et autres opérations effectuées par les OPCVM) (チュニジア会計基準第 17号)及び UCITS の内部統制及び会計組織 (Contrôle interne et organisation comptable dans les OPCVM)(チュニジア会計基準第18号)(1999年1月22日 財務大臣アレテにより承認)が定められている。銀行企業については、財務諸 表の表示(Présentation des états financiers des établissements bancaires)(チュ ニジア会計基準第21号)、内部統制及び会計組織 (Le contrôle interne et l'organisation comptable dans les établissements bancaires) (チュニジア会計基 準 第 22 号)、 通 貨 取 引(Les opérations en devises dans les établissements bancaires) (チュニジア会計基準第23号)、コミットメント及び関連する収益 (Les engagements et revenus y afférents dans les établissements bancaires) (チュニジア会計基準第24号)及び銀行企業における有価証券ポートフォリオ Le portefeuille-titres dans les établissements bancaires)(チュニジア会計基準 第25号)という5つの業種別基準が定められている(1999年3月25日財務大 臣アレテにより承認)。保険会社または再保険会社については、財務諸表の表 示 (La présentation des états financiers des entreprises d'assurance et/ou de reassurance) (チュニジア会計基準第26号)、内部統制と会計組織 (Le contrôle interne et l'organisation comptable dans les entreprises d'assurance et/ ou de reassurance) (チュニジア会計基準第27号)、収益 (Les revenus dans les entreprises d'assurances et/ou de reassurance) (チュニジア会計基準第28 号)、技術的準備金(Les provisions techniques dans les entreprises d'assurances et/ou de réassurance Les provisions techniques dans les entreprises d'assurances et/ou de reassurance) (チュニジア会計基準第29号)、技術的費 用 (Les charges techniques dans les entreprises d'assurance et/ou de reassurance) (チュニジア会計基準第30号)、投資 (Les placements dans les entreprises d'assurance et/ou de reassurance) (チュニジア会計基準第31号) という6つの業種別基準が定められている(2000年6月26日財務大臣アレテ により承認)。そして、マイクロ・クレジットを提供することを認められてい る社団については、財務諸表の表示(La présentation des états financiers des associations autorisées à accorder des micro-crédits) (チュニジア会計基準第 32号)、内部統制と会計組織 (Le contrôle interne et l'organisation comptable dans les associations autorisées à accorder des micro-crédits) (チュニジア会計 基準第33号)、マイクロ・クレジットと関連する収益(Les micro-crédits et revenus y afférents dans les associations autorisées à accorder des microcrédits) (チュニジア会計基準第34号) という3つの業種別基準が定められて いる(2001年11月22日財務大臣アレテにより承認)。以上に加えて、私有スポー ツ・クラブに関する基準(Structures sportives privées)(チュニジア会計基準 第40号)(2007年8月21日財務大臣アレテにより承認)が定められている。

(4) チュニジア会計基準の現状の分析

2000年代中ごろから、会計基準設定活動は時折なされるという程度のものとなり¹²⁾、その結果、チュニジア会計基準は、徐々に、「深刻な欠陥を有するものとなり、現代の証券市場の透明性の要求に適応できなくなった」と指摘され¹³⁾、また、チュニジア会計基準は国際的な基準の実質を取り込むことに失敗

¹²⁾ Jeriji, M., Professionnalisme d'un normalisateur comptable et adoption d'un référentiel de nature anglo-saxonne, *La Revue des Sciences de Gestion*, *Direction et Gestion*, vol.2, no.236, 2009: 63–72.

¹³⁾ World Bank, Report on the observance of standards and codes (ROSC), Republic of Tunisia (Accounting and Auditing), 2006: 11.

したと評されている¹⁴⁾。この結果、今や、国内基準は、中小企業の必要にのみ 合致するように思われると指摘されている¹⁵⁾。

このように、チュニジアにおける会計基準設定がきわめて遅いことの背景に は、まず、全国会計審議会が適時に国際的な会計基準を取り込み、関連する会 計基準設定活動を行う資源を有していないことが挙げられる¹⁶⁾。また、全国会 計審議会は、属する部局または業種を代表するためにのみ出席し、会計につい て何らの知識も有しない委員を含んでおり、「そのような委員は不必要であっ て、署名の文脈を超えるものではない」とも評価されている¹⁷⁾。もっとも、 Klibi は、チュニジア会計基準が国際的な会計基準を取り入れるスピードが遅 くなったのは、国際会計基準審議会が公正価値モデルを、資産及び負債の再評 価、金融商品、企業結合、退職給付など、さまざまな領域で参照点とするとい う戦略をとるようになった時期からであると指摘する¹⁸⁾。このような国際会計 基準審議会のアプローチは市場が活発な先進国の必要により適合しており、開 発途上国の会計基準設定主体は、公正価値を測定基礎とする新たな国際財務報 告基準を取り入れようとすると重大な懸念に直面するからであるとする。活発 で、透明性があり、かつ流動性のある市場がない国にとって、公正価値を測定 基礎とする国際会計基準・国際財務報告基準を取り入れることが可能なのか ということである19)。そして、チュニジアでは、歴史的原価が資産及び負債の 評価において参照されるモデルであり 20)、このモデルが報告主体の必要に応え

¹⁴⁾ World Bank, *op cit.*, p. 13. *See also*, International Accounting Standards Board (IASB), IFRS *as a Global Standards*, IFRS Foundation, 2015: Ben Othman, H. and Kossentini, A., IFRS adoption strategies and theories of economic development: effects on the development of emerging stock markets, *Journal of Accounting in Emerging Economies*, vol.5, no.1, 2015: 70–121.

¹⁵⁾ Klibi, Mohamed Faker, Using international standards as a complement to overcome the unachieved nature of local GAAPs: The case of a developing country, *Journal of Applied Accounting Research*, vol.17, no.3, 2016: 358; Trabelsi, *op cit*..

¹⁶⁾ World Bank, op cit., p.9.

¹⁷⁾ Jeriji, *op cit.*, p.68.

¹⁸⁾ Klibi, op cit., p.361.

るような会計基準を全国会計審議会が設定する妨げになっている可能性が高い と Klibi は指摘する。

もっとも、Trabelsi によれば、チュニジアにおいては、上場会社が国際財務報告基準に従うように仕向ける会計専門職業人による、かなり強い規範的圧力ないし規範的同型(isomorphism) $^{21)}$ が観察される $^{22)}$ 。やや古いが、Klibi の研究によれば、2013年(会計年度)において、チュニジアの上場会社は27社存在していたが、IAS12は10社(37%)で、IAS21は5社(18.5%)で、IAS19は4社(14.8%)で、IAS39、IFRS5、IAS28は2社(7.4%)で、IAS33、IFRS3は1社(3.7%)で、Antiversize Antiversize Antivers

See, Ball, R., International Financial Reporting Standards (IFRS): pros and cons for investors, Accounting and Business Research, vol.36, Special Issue, 2006: 5–27.

^{20) 2017}年7月19日に実施した *Abir Matmti* 氏へのインタビューでもこの点が指摘されていた。

²¹⁾ 自己の業務の条件と方法を定めようとする、ある専門職業に属する者による集団的奮 闘 (collective struggle) (DiMaggio, P. and Powell, W., The iron-cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational field, *American Sociological Review*, vol. 48, no. 2, 1983: 152).

²²⁾ Trabelsi, R., Towards a platform for evaluating the relevance of IFRS in a priorimplementation context, *International Journal of Innovation and Applied Studies*, vol.3, no.3, 2013: 626-650.

²³⁾ Klibi, op cit., p.363.

2 監査についての規制

財務関係安全性強化法²⁴⁾による商事会社法典の改正により、監査について規制が強化されている。

(1) 会計監査役

第1に、商事会社は、商事会社法典の規定に従って、会計監査役を選任しなければならないのが原則である。しかし、株式会社・株式合資会社(société par actions)以外の会社については、事業開始後初めての会計年度については会計監査役を選任することを要しない。また、総資産、税引前総所得及び平均従業員数についての3つの規準値(総資産額:10,0000ディナール、税引前総所得:30,0000ディナール、平均従業員数:10人。2006年6月6日デクレ第1546号1条)のうち2つ以上を満たさない場合、及び、直近2会計期間において3つの規準値のうち2つ以上を満たさない場合には、会計監査役を選任することを要しない。

第2に、総資産額:1,500,000 ディナール、税引前総所得:2,000,000 ディナール、平均従業員数:30人(2006年6月6日デクレ第1546号2条)という3つの規準値のうち2つ以上を満たす会社は、チュニジア専門会計士協会(Ordre des experts comptables de Tunisie) $^{25)}$ の名簿に登載された専門会計士(expert comptable)から会計監査役を選任しなければならないが、それ以外の場合には、チュニジア会計協会(Compagnie des comptables de Tunisie) $^{26)}$ の名簿に登載

²⁴⁾ Loi nº 2005-96 du 18 octobre 2005, relative au renforcement de la sécurité des relations financières.

²⁵⁾ Loi nº 82-62 du 30 juin 1982, portant réglementation de la profession d'expert comptable et de la profession de commissaire aux comptes des sociétés et instituant l'ordre des experts comptables et des commissaires aux comptes de sociétés de Tunisie ; Loi nº 88-108 du 18 août 1988, portant refonte de la législation relative à la profession d'expert comptable.

²⁶⁾ Loi n° 2002-16 du 4 février 2002, portant organisation de la profession des comptables の 4 条以下により設立された。

された会計専門家(specialisté en comptabilité)から選任することもできる(13条)。

第3に、資金公募信用機関及び複数の支店を有する保険会社、連結財務諸表 を作成することが要求される会社であって連結財務諸表レベルでの総資産額が デクレ (2006年6月6日デクレ第1546号4条) で定める額 (100,000,000 ディナー ル)以上のもの、及び、信用機関に対する負債総額または社債発行総額がデク レ (2006年6月6日デクレ第1546号4条) で定める額 (25,000,000ディナール) を超える会社には、2人以上の会計監査役を選任することが、要求されている (商事会社法典13ter条1項)。それらの会計監査役の間には提携関係その他の その独立性を制約するような関係があってはならず、対審的検査(examen contradictoire) の手続き²⁷⁾に基づいて監査報告書を作成する条件とあり方を 定めなければならない(商事会社法典13 ter 条2項)。この共同会計監査(cocommissariat aux comptes) に関するルールと手続きは職業基準によって定め られるべきものとされており(商事会社法典13 ter 条3項)、チュニジア専門 会計士協会は、「複数の会計監査役による共同会計監査の実施に関する基準 (Norme relative à l'exercice du co-commissariat aux comptes par deux ou plusieurs commissaires aux comptes)」²⁸⁾を2006年9月6日に定めている。意見 及び結論が異なる場合であっても、共同して1通の監査報告書を作成するが

²⁷⁾ これは、フランスの2003年改正 (Loi no 2003-706 du 1 er aôut 2003 sur la sécurité financière) 後商法典 L.225-228条 (See, A.Couret et M.Tudel, Le nouveau contrôle légal des comptes, Bulletin CNCC, n° 131, 2003, n° 35[p.411]: J.-F. Barbièri, De l'administrateur indépendant à l'auditeur indépendant et efficace, Bulletin Joly Société, janvier 2004, p.5 et n° 25 [p.18]) に倣ったものと推測される。

²⁸⁾ これは、フランスの全国会計監査役協会の Norme 1-201 (Exercice du commissariat aux comptes par deux ou plusieurs commissaires aux comptes) (2007年に監査基準が改正され、現在は、NEP-100. Audit des comptes réalisés par plusieurs commissaires aux comptes [homologuée par arrêté du 10 avril 2007 publié au J.O. n°103 du 3 mai 2007 et nouveau homologuée par arrêté du 21 juin 2011 publié au J.O. n° 0178 du 3 août 2011] が定めている)を参考にしているが、本文で述べるように、チュニジアにおいては、共同監査ではなく重複監査という性質を有しており、この観点からの相違が認められる。

(§17)、リスクの評価は、会計監査役ごとに別個に行うべきであるとされていること(§13)、内部統制の評価も原則として別個に行うべきとされていること(§16)、実証手続きは別個に行うべきこととされていること(§16)から、二重監査を求めるものであると理解されている $^{29)}$ 。

なお、チュニジア専門会計士協会の名簿に登載された者から複数の会計監査 役を選任しなければならない会社の経営機関及び財務・会計事項について任 務を負う機関は、財務諸表の完全性と会計法規への準拠性を確保するための手 続きを設けていることを証するため会計監査役に提出する年度宣誓書³⁰⁾に署名 しなければならない(商事会社法典13 quinter条)。

第4に、会計監査役の任期は3年であり、再任可能である(商事会社法典13 bis 条1項)。しかし、チュニジア専門会計士協会の名簿に登載された者を会計監査役に選任しなければならない会社の場合、会計監査役が自然人である場合には3期を超えることはできず、会計監査役がチュニジア専門会計士協会の名簿に登載された専門会計士3人以上を有する監査会社の形をとり、かつ、監査報告書の内容について個人的に責任を負う専門会計士及び監査の実施に関与するチームが少なくとも3期後にはいったん交替する場合であっても5期を超えることはできない(商事会社法典13 bis 条2項)。なお、連続可能期間に達した会計監査役が監査会社の持分を有している場合の監査会社、連続可能期間に達した監査会社の持分を有している会計監査役、合併当事監査会社の一方が連続可能期間に達していた合併後監査会社、及び、連続可能期間に達していた監査会社からの分割によって設立された監査会社はこのローテーション規制に抵触することになる(2006年6月6日デクレ第1546号3条)。

^{29) 2017}年7月19日に実施した Abir Matmti 氏へのインタビューに基づく。

³⁰⁾ 年度宣誓書の内容は、財務大臣のアレテ(Arrêté du ministre des finances du 17 juin 2006, portant fixation du contenu de la déclaration annuelle signée et présentée aux commissaires aux comptes par les organes de direction et les chargés des affaires financières et comptables des sociétés commerciales soumises à l'obligation de désigner un ou plusieurs commissaires aux comptes inscrits au tableau de l'Ordre des Experts Comptables de Tunisie)が定めている。

第5に、資金公募会社、連結財務諸表を作成することが要求される会社であって連結財務諸表レベルでの総資産額がデクレ(2006年6月6日デクレ第1546号5条)で定める額(10,000,000ディナールディナール)以上のもの、及び、信用機関に対する負債総額または社債発行総額がデクレ(2006年6月6日デクレ第1546号5条)で定める額(5,000,000ディナール)を超える会社の会計監査役は、被監査会社の株主総会に提出した監査報告書をチュニジア中央銀行に提出しなければならない(商事会社法典13 quater条)。

なお、チュニジアにおいては、任意監査を受けるということは一般的ではないが、(主として外国の)親会社の連結財務諸表との関係で、子会社の財務諸表につき合意された手続きやレビューが行われることはしばしばみられるということである³¹⁾。

(2) 監査委員会

財務関係安全性強化法による改正後商事会社法典は、一定の会社について、常設監査委員会を設置することを要求している。株式会社(société anonyme)のうち、社債の発行以外の資金公募を行った会社、連結財務諸表レベルでの総資産額がデクレ(2006年6月6日デクレ第1546号6条)で定める額(50,000,000ディナール)を超える親会社、及び、総資産額がデクレ(2006年6月6日デクレ第1546号6条)で定める額(50,000,000ディナール)を超える会社または信用機関に対する負債総額または社債発行総額がデクレ(2006年6月6日デクレ第1546号6条)で定める額(25,000,000ディナール)を超える会社は常設監査委員会を設置しなければならない(商事会社法典256 bis 条1項)。常設監査委員会は、会社が効率性、実効性、会社資産の保護、財務情報の信頼性及び法令の遵守を促進する内部統制体制を整備することを確保する。常設監査委員会は会社の監督機関の職務執行をモニターし、会計監査役の選任を提案し、内部監

^{31) 2017}年7月19日に実施した Abir Matmti 氏へのインタビューに基づく。なお、会計監査役の監査をうけない会社の財務諸表の質は、税と会計との密接な結びつきを背景として、税務申告を通じてある程度確保されているのではないかとの指摘があった。

査人の選定を承認する(商事会社法典256 bis 条2項)。常設監査委員会は少なくとも3名以上から成り、取締役会または監査役会(conseil de surveillance)によって、その構成員は選任される(商事会社法典256 bis 条3項)。会長(président-directeur général)、社長(directeur général)及び副社長(directeur général adjoint)は、構成員となることはできない(商事会社法典256 bis 条4項)。

(3) 監査基準

チュニジア専門会計士協会の評議会は、2002年に、国際会計士連盟の国際監査基準審議会の監査基準を採用する旨の決議を行い、2010年5月5日決議第85/10号では、2008年12月15日時点の国際監査基準(カナダ勅許会計士協会によるフランス語訳(2009年11月版))を採用するものとした。さらに、2016年11月2日決議第161/2016号では、2017年12月15日以降終了する事業年度から、監査上の主要な事項(KAM)の報告を要求するISA701(Communication des questions clés de l'audit dans le rapport de l'auditeur indépendant)を含む最新版国際監査基準(カナダ勅許会計士協会によるフランス語訳)を強制適用することとされた(2016年12月15日以降終了する事業年度からの早期適用が推奨されている)32。

JSPS 科学研究費補助金(課題番号 15K12975)を得て行っている研究及び地球規模課題対応国際科学技術協力プログラム『エビデンスに基づく乾燥地生物資源シーズ開発による新産業育成研究』(研究代表者:礒田 博子)の一環として行っている研究の成果の一部である。

(やなが・まさお 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授)

³²⁾ Procès-verbal n°15/2016 de la réunion du Conseil National du 2 novembre 2016 http://www.oect.org.tn/tiny_mce/plugins/filemanager/files/Actions/résolutions-du-Conseil-du-deuxième-semestre-2016.pdf。なお、評議会では、この決議に対して1名の反対があった。

植草宏一教授略歴(2017年9月末現在)

1952年 (昭和27年) 6月 東京都で生まれる

(学歴)

1974年 (昭和49年) 10月 司法試験合格

1975年(昭和50年)3月 東京大学法学部卒業

(職歴)

自1975年(昭和50年)4月 司法修習生(第29期)

至1977年(昭和52年)4月

自1977年(昭和52年)4月 弁護士登録(東京弁護士会)

至現在

自1977年(昭和52年)4月 江尻安藤法律事務所入所

至1980年(昭和55年)3月

自1980年(昭和55年)4月 植草宏一法律事務所設立

至1981年(昭和56年)3月

自1981年(昭和56年)4月 弁護士吉田正夫をパートナーとして、植草・

吉田法律事務所と名称変更

至1994年(平成6年)3月

自1994年(平成6年)4月 弁護士吉田正夫が事務所移転のため、弁護士大

野裕紀をパートナーとして、事務所名を植草・

大野法律事務所に変更

至2007年 (平成19年) 3月

自2007年 (平成19年) 4月 事務所を港区虎ノ門に移転し、事務所名をみな

と協和法律事務所に変更

至現在

自1998年(平成10年)4月

最高裁判所司法研修所民事弁護教官

至2001年(平成13年)4月

自2005年(平成17年)4月 筑波大学法科大学院教授

至現在

(日本弁護士連合会関係)

自2004年(平成16年)4月 日本弁護士連合会常務理事

至2005年(平成17年)3月

自2008年(平成20年)5月 日本弁護士連合会司法修習委員会委員

(平成20年度委員長)

至2010年(平成22年)4月

自2013年(平成25年)5月 日本弁護士連合会弁護士推薦委員会委員

(平成25年度委員長)

至2015年(平成27年)4月

(弁護士会関係)

自1999年(平成11年)2月 東京弁護士会民事訴訟問題等特別委員会委員

(平成14年度委員長)

至現在

東京弁護士会法曹養成センター委員 自2001年(平成13年)4月

至2003年(平成15年)4月

自2003年(平成15年)4月 東京弁護士会司法修習委員会委員

(平成15年度委員長)

至2004年(平成16年)3月

自2004年(平成16年)4月 東京弁護士会副会長

至2005年(平成17年)3月

自2005年(平成17年)5月 東京弁護士会法曹養成センター委員

(平成18年度委員長代行)

至2009年(平成21年)4月

自2010年(平成22年)6月 東京弁護士会司法修習費用給費制維持緊急対策

本部委員(平成22、24年度本部長代行)

至2016年(平成28年)3月

自2013年(平成25年)4月 東京弁護士会人事委員会委員

(平成25年度委員長)

至2015年 (平成27年) 4月

(弁護士会連合会関係)

自1997年(平成9年)4月 関東弁護士会連合会理事

至1998年(平成10年)3月

(裁判所関係)

自2004年(平成16年)4月 東京家庭裁判所家事調停委員

至2008年(平成20年)3月

自2010年(平成22年)5月 最高裁判所災害補償審査委員会委員

(平成28年5月から委員長)

至現在

(省庁関係)

自2004年(平成16年)12月 法務省旧司法試験第二次試験考查委員 (民事訴訟法)

至2006年(平成18年)11月

自2006年(平成18年)11月 法務省新司法試験考查委員(民事訴訟法)

至2007年 (平成19年) 3月

植草宏一教授研究業績(2017年9月末現在)

I. 著書

【編著】

「契約書作成の基礎と実践」(青林書院 2012年)

「訴状・答弁書・準備書面作成の基礎と実践(規範的要件の主張の要領)」(青 林書院 2015年)

【共著】

「新民事訴訟法施行三年の総括と将来の展望」(西神田編集室 2002年) 「要件事実論学習への誘い」(法学セミナー624号 2006年) 「民事訴訟代理人の実務Ⅲ証拠収集と立証」(青林書院 2012年)

Ⅱ. 教育業績

筑波大学法科大学院授業担当

筑波ロー・ジャーナル 23号 植草宏一教授退職記念論文集

2017年12月発行

発行者 筑波大学大学院

ビジネス科学研究科企業法学専攻 筑波大学法科大学院 〒 112-0012 東京都文京区大塚 3-29-1 〒 112-0012 東京都文京区大塚 3-29-1 TEL 03-3942-5433 TEL/FAX 03-3942-6897

FAX 03-3942-5434

教授 大野 雅人 教授 植草 宏一 大渕 真喜子 大石 和彦 岡本 裕樹 大塚 章男 川田 琢之 京野 哲也 木村 真生子 田村 陽子 潮海 久雄 德本 穣 平嶋 竜太

森田 憲右 本田 光宏

弥永 真生 准教授 岩下 雅充 山田 務 白石 友行 直井 義典

准教授 小林 和子 日野 辰哉 藤澤 尚江 渡邊 卓也 渡邉 絹子

助教 上山 一

編集者 筑波ロー・ジャーナル編集委員会 株式会社 TKC 制作 倉敷印刷株式会社 印刷所

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.23 December 2017

Articles

The Role of "Legislative Facts" in Reviewing Constitutionality of Law (1)	1
Board Evaluation -Qualification of Statutory Auditor as Internal Facilitator	11
Die Vorlagepflicht von Ermittlungsakten	39
A study about the concept of "Shobunshosho" and triple presumption Japanese Law of civil procedure - and the proposision of a theory that agreement precedes the contractpaper of it. Tetsuya Kyouno	
La responsabilité civile du fait des membres de la famille en droit franç Essai sur les modèles de la famille et les normes de la responsabilité civile 	-
De la capacité d' exercice en droit chinois Yoshinori Naoi	177
A study of the concept of conflict of interest – on Executor Kensuke Morita	211
Accounting and auditing in Tunisia	229
Curriculum Vitae and Publications of Professor Hiroichi Uekusa	245
ISSN:1881-8730	

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board University of Tsukuba, Tokyo, Japan