

筑波ロー・ジャーナル

11号

青山慶二教授、小幡雅二教授、宮城啓子教授
退職記念論文集

2012年3月

論 説

EUにおける共通統合法人税課税ベース指令案の予備的考察青山 慶二	1
「憲法判断の対象」としての《規範》と《行為》 ——「義務賦課規範」・「権能付与規範」区別論の観点から——大石 和彦	25
CCCTBに関する2011年3月欧州委員会提案の概要と展望 ——ALPの海に浮かぶフォーミュラの貝殻——大野 雅人	43
Some Theoretical Problems Concerning the Sentencing under the Lay-Judge System in Japan岡上 雅美	87
任意後見契約の優越的地位の限界について上山 泰	97
米国の最良執行義務を巡る判例の展開 ——Newton事件判決後の諸相——木村真生子	133
EU公開買付指令と法の適用関係藤澤 尚江	161
商事法における会計基準の受容(16)——アメリカ(4)——弥永 真生	197
債権者保護をめぐる各国の状況の素描 ——危機時取引に係る取締役の責任と法人格の否認を中心として弥永 真生	219
青山慶二教授略歴・研究業績	275
小幡雅二教授略歴・研究業績	283
宮城啓子教授略歴・研究業績	287



筑波ロー・ジャーナル編集委員会



青山 慶二 教授



小幡 雅二 教授



宮城 啓子 教授

目 次

論 説

EUにおける共通統合法人税課税ベース指令案の予備的考察	青山慶二	1
「憲法判断の対象」としての《規範》と《行為》 ——「義務賦課規範」・「権能付与規範」区別論の観点から——	大石和彦	25
CCCTBに関する2011年3月欧州委員会提案の概要と展望 ——ALPの海に浮かぶフォーミュラの貝殻——	大野雅人	43
Some Theoretical Problems Concerning the Sentencing under the Lay-Judge System in Japan	岡上雅美	87
任意後見契約の優越的地位の限界について	上山 泰	97
米国の最良執行義務を巡る判例の展開 ——Newton事件判決後の諸相——	木村真生子	133
EU公開買付指令と法の適用関係	藤澤尚江	161
商事法における会計基準の受容(16)——アメリカ(4)——	弥永真生	197
債権者保護をめぐる各国の状況の素描 ——危機時取引に係る取締役の責任と法人格の否認を中心として——	弥永真生	219
青山慶二教授略歴・研究業績		275
小幡雅二教授略歴・研究業績		283
宮城啓子教授略歴・研究業績		287

EUにおける共通統合法人税課税 ベース指令案の予備的考察

青 山 慶 二

1. はじめに
2. EUにおける法人税のハーモニゼーションに向けた動き
 - (1) 20世紀中の活動
 - (2) 21世紀に入っての取り組み
3. 2011.3指令案の趣旨及び目的
 - (1) 解説メモの内容
 - (2) 検討
4. CCCTB指令案の概要
 - (1) 提案理由
 - (2) 課税ベース計算の諸原則
 - (3) 予備的検討
5. 終わりに——移転価格税制に及ぼす影響——

1. はじめに

2011年3月16日、EUの欧州委員会は、域内に本拠を有し複数の構成国（member State）で事業展開を行うグループ法人に対し、共通の統合法人税課税ベース（Common Consolidated Corporate Tax Base）計算方式により課税ベースを算定し、その結果算出された当該グループ法人の連結所得を労働・資本・売上の3要素からなるフォーミュラによりメンバー法人居住地構成国に分配して、最後に各国の法人税率を適用し納税額を算出するという、新しい法人税納税方式を選択制で認めることを内容とするEU指令案（以下、「CCCTB指令案」と呼ぶ）¹⁾を公表した。

EU内では、共通市場の確立のためには各国の法人税の調和が必要との認識

の下、1960年代から数次にわたって、制度の調和の可能性の検討が積み重ねられてきたが²⁾、付加価値税と異なり各国の財政主権に大きく影響を及ぼすことからコンセンサスを得ることが従来困難な状況にあった。

しかし一方では、欧州の多国籍企業はEU統合の拡大にともない、域内での多角的な事業展開を進めて国境を越える取引量を拡大したので、その結果各国での移転価格税制の適用による経済的二重課税のリスクが高まった。また、国境を越えたグローバル市場での競争相手である米国や我が国などの多国籍企業との比較で、域内の立地国の法人税制に個々に対応しなければならないという煩雑さに直面するEU多国籍企業の不利さも痛感されるようになってきた³⁾。このようなEU多国籍企業の直面する問題に対する処方箋として21世紀に入り本格的な検討が始まったのが、CCCTB指令案構想である。

本稿では、本CCCTB指令案が提案されるにいたる経緯を概観するとともに、その内容を通覧してその特徴を浮き彫りにし、移転価格税制の独立企業原則に対するアンチテーゼとしてのフォーミュラ按分方式の持つ問題点の予備的な検討をすることを目的とするものである。

1) 同指令案の公表は、欧州委員会報告書：COM（2011）121/4（以下「CCCTB報告書」と略す）によるものであり、本稿での内容紹介は同報告書の著者による翻訳をベースとしている。

2) 当初の試みは1962年のNeumark Reportや1970年のVan den Tempel Reportである。例えば前者においては、当時の西ドイツ型の複数税率方式（いわゆる部分統合方式といわれるもので、留保分50％、配当分15～25％）による単一法人税（株主段階での二重課税調整はなし）が提案されており、後者は検討のベースとして分離課税方式を採るオランダ法人税制を推奨するものであったが、いずれもEC委員会の支持を受けることはなかった。この経緯については、ADOLFO J. MARTIN JIMENEZ, TOWARDS CORPORATE TAX HARMONIZATION IN THE EUROPEAN COMMUNITY : AN INSTITUTIONAL AND PROCEDURAL ANALYSIS（1999）を参照。

3) この点を指摘するものとして、Lukasz Adamczyk, "The sources of EC Law relevant for Direct Taxation", (Introduction to European Tax Law : Direct Taxation, Michael Lang etc. ed. 2008) P.28

2. EUにおける法人税のハーモニゼーションに向けた動き

(1) 20世紀中の活動

Neumark と Van den Temple の報告が具体的な政策立案に至らなかった後、初めてEC内での法人税統合に向けた指令案まで到達したのが、1975年の「法人税及び資本所得税の調和に関する指令案」である。この指令案は法人税に関し複数税率方式（留保所得には45～55%の税率、配当分については完全な税額控除付きの25%の源泉課税方式を採用）を提案するものであったが、完全で真実の法人税制調和の達成は課税ベースの調和なしには不可能であるとの理由により、欧州議会により否決された。

その後課税ベースの調和に向けた検討はとん挫し、EUレベルでの税制検討の焦点は法人税制の調和から、法人の二重課税解消と付加価値税制にシフトしていったとみられる⁴⁾。

そのうち、法人の二重課税解消の必要性の観点から、詳細な域内法人税制のリサーチを行い、提言を行ったのが1992年3月に公表されたRuding 報告である⁵⁾。同報告は、比較検討の項目として、配当所得に対する課税方式、二重課税の救済手法、法定法人税率の水準、課税ベースの定義、源泉税の水準を取り上げた。加えて、国内取引との比較で国境を越える投資に対する課税扱いの国別相違点、海外子会社に発生する欠損を国内親会社の所得と相殺することの不可能性、居住者株主にしか税額控除を認めないインピュテーション方式の持つ差別取扱い効果、国際的二重課税の残存、外国源泉税の税額控除の欠如などが提起されている。それらの分析に基づき、Ruding 報告は以下の4つの勧告を行

4) Jan E. Brinkmann & Andreas O. Riecker, European Company Taxation : The Ruding Committee Reports Gives Harmonization Efforts a New Impetus, 27 INT'L LAW. 1061, 1063 (1993).

5) Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (1992) 邦訳として、木村弘之亮「Ruding 委員会のEC企業課税に関する結論と勧告(1)～(3)」(『税経通信』1992年8月, 9月, 10月号)

っている。

EU加盟国の居住法人について、子会社から親会社に支払われる配当に対する源泉徴収税の廃止

親会社所在地国における受取配当に対する経済的二重課税の排除（免除方式か税額控除方式かは構成国に選択権）

利子・ロイヤルティ指令の早期の導入と対象納税者の拡大及び適用制限の緩和

仲裁条約の全構成国への拡大（特に移転価格の紛争解決のための手続きの確定）

上記の提言は、その後各種の直接税に関する指令や仲裁条約への参加国拡大により具体化するが、いずれも構成国の個々の直接税制を前提としながら、国境を越える取引についての二重課税排除を目的とするものであり、課税ベースや本体税率に言及するものではない。

（2）21世紀に入っての取り組み

1) CCCTBへの絞り込みの過程

2001年に至り、欧州委員会は欧州の法人に対する共通の課税ベースを導入することを可能にする複数のスキームの検討を開始した。可能性があるとして検討された構想は以下の4つである。

課税ベースの強制的調和

EU法人税

居住地国課税

共通統合法人税課税ベース（CCCTB）

課税ベースの強制的調和は、法人税の課税ベースを定める各国の国内法制を

廃止して、すべてのEUの法人に対して単一の法人税課税ベースを規定するものである。これが導入されたなら、すべてのEUを本拠地とする法人にとって義務的な制度となるものであった。当初、欧州委員会は共通統合課税ベースへの第1段階と位置付けていたが、結論的にはそのような経過措置は不要と決定した。

2番目のEU法人税は、法人税制をEUによるものに統合するという最も徹底した構想である。この構想の下ではEUを拠点とする法人に対し、単一の課税ベースと税率に基づき、EUレベルでのみ賦課と徴収が行われる。なお、徴収した税収は納税者が活動した構成国へ一定のフォーミュラに従って配分されることとなる。この構想は直接税の分野で完全に構成国の課税主権を奪うこととなるため、構成国が最も受け入れ難い構想になったと判断され、その後の詳細な検討には至らなかったといわれている⁶⁾。

居住地国課税構想は、親会社が所在する構成国の税法を相互受け入れを前提に適用するものである⁷⁾。すなわち、課税ベースは子会社や支店の区別なくグループの連結ベースで親会社国の税法に従って算定され、その後特別のフォーミュラに従って、子会社や支店の所在する構成国に配分され、最後にそれぞれの構成国の税率を適用して課税が行われる。この構想については検討対象とされたものの、2003年の報告⁸⁾を最後に詳細な検討は中断されたままとなっている。

この結果、欧州委員会での検討は、2004年以降CCCTBに集約されることとなった。

2) CCCTBの検討過程

2004年に欧州委員会は、CCCTB作業グループを設立した。当グループは、

6) 前掲注3 P.29

7) この構想はMarcolin Gammie/Sven Olof Lodinによる“Home State Taxation”(2001)により提唱されたものである。

8) “An Internal Market without company tax obstacles : achievements, ongoing initiatives and remaining challenges.” Com (2003) 726

欧州委員会幹部が議長を勤めて各構成国の専門家が構成員となるものであり、時々にはビジネス界や学界の代表も参加している。なお、当作業部会には、CCCTBに反対するポジションを表明していた英国も参加している⁹⁾。

その後、CCCTBに対する反対論が根強い中で、欧州委員会は2008年に至りCCCTBの検討作業を、アイルランドがリスボン条約を批准するまでは中断する旨の決定を行った。当時の反対論の論拠は二つ挙げられている¹⁰⁾。第一はCCCTBにより自国の税収が奪われてしまうのではとの懸念であり、第二にはグローバルに進展している租税競争に対する過度の抑制につながるのではないかとの懸念である。租税競争に関しては、21世紀に入ってEU及びOECD租税委員会の取り組みが活発化したものの、攻撃の対象は税率水準よりも、法人税制の透明性と情報交換の欠如の方にシフトしていたという背景がある。これらの懸念の根底には、CCCTBはEUにおける完全な税制統合の第1歩であり構成国の課税主権が失われてしまうことへの拒否感があったといわれている。その後、2009年10月のアイルランド国民投票によりリスボン条約が批准されてCCCTB作業部会の検討は進み、当初2008年に予定されていたCCCTB指令案は2011年3月によりやく公表されることとなった。

3. 2011.3 指令案の趣旨及び目的

(1) 解説メモの内容

CCCTB 指令案には冒頭その目的と趣旨をまとめた解説メモ（Explanatory Memorandum）が付されているので、その内容をまず紹介する¹¹⁾。

9) その時点でCCCTBに反対の態度表明を行っていたのは、英国の外、アイルランド、チェコ、エストニア、スロバキア、マルタの5カ国であった。

10) H.T.P.M. van den Hurk, “The Common Consolidated Corporate Tax Base : A Desirable Alternative Corporate Income Tax?” (Bulletin for International Taxation, April/May2011) P.261 なお同論文の邦訳については、青山慶二訳「共通の統合法人税課税ベース」租税研究2012.3 p352-369を参照。

11) CCCTB 報告書P.4

1) 提案の趣旨

CCCTBは単一市場における成長を阻害する要因を、以下の切り口で除去することを目的としている。

まず第一に強調されているのは、単一市場の形成に向けた障害の撤去という点である。すなわち、共通の課税ベースが存在しない現状の下では、過大課税や二重課税の発生を避けることができず、(複数国で複数の税法に基づき申告・納付を行うという)重い執行上の負担とコンプライアンスコストをビジネスは負ってしまうために、EUに対する投資を阻害する要因になっている。それは、2010年に欧州委員会報告書(Europe2020)で提唱された賢明で持続的かつ包括的な成長戦略に反することになる。CCCTBは、成長と雇用創出のインセンティブを生み出す重要施策と位置付けられている。

第二に強調されるのは、構成国の財政主権の承認である。すなわち、CCCTBは、課税ベースの統合により各国の税制の間に一貫性をもたらすものであり、税率の統合は目的としていない。税率に関する公正な競争は維持されるとしている。税率は、自国の市場競争力と財政需要により各国により自由に決定されるものであり、そのような税率に基づく公正な租税競争は、税制の透明性をもたらすとしている、

第三には、CCCTBの制度設計に当たっては、研究開発費の損金算入の保証と国境を越えた損失控除を認めることによって、成長戦略にとって友好的なものとする点が強調されている。報告書の推計によれば、CCCTBを選択することにより、国境を越えた損益通算によりメリットを受けるのは、事業法人の50%、金融業法人の17%に上ると予測されている。

最後に強調されているのは、著者にとってはこれが納税者・当局を通じた最も実質的な導入趣旨と思われるのであるが、移転価格税制への高いコンプライアンスコスト問題への解決策としてのCCCTBへの期待である。報告書自体、移転価格税制の独立企業原則に基づく個別取引ベースでの国境をまたぐ所得調整は、グループ法人間の所得配分の適切な方式とは考えられないとしている。加えて、域内で発生する二重課税についての紛争解決手段としては、二国間租

税条約で解消する現行方式が必ずしも適切とは考えられないとする認識を示している。CCCTBの採用に伴い、構成国間での移転価格及び租税回避の各国制度の違いを利用した租税計画は減少し、その結果欧州裁判所や相互協議による紛争解決も減少すると見込まれている。

2) CCCTBの基本構造

次いで解説メモは、指令案が提示するCCCTBの基本構造を次の7点に集約して説明している。

イ．構成国における居住者法人又は支店の課税ベースの分配を目的とすることのみで税率の調和は含まないこと

ロ．あらゆるサイズの法人を対象とし、納税者による選択制で適用すること。従って国境を越える取引の少ない中小企業は新制度に移行するコストを負担する必要がないこと

ハ．課税所得の計算にのみ適用され、企業会計の在り方に影響を与えるものではないこと

ニ．選択したグループ企業にとっては、課税ベース法令の単一化といわゆるOne-stop-shop（親会社所在地国での課税ベース申告の集約）を実現できること。すなわち、前者については、グループ法人間の損益通算を行う連結が国境を越える状況でも可能となり、内外の中立性が確保される。また、後者については、企業の規模を問わず著しいコンプライアンス・コストの削減が見込めると試算している¹²⁾。

ホ．CCCTBが選択制を採用するため、各構成国においてはCCCTBと自国の法人税制の2つの税制執行を余儀なくされるが、CCCTBの執行に関してはEUからの支援が予定されていること

12) CCCTB報告書P.5 平均して税務関連コストの7%削減につながるとしており、より具体的には、構成国への新規子会社設立に伴う税務コストは、大企業の場合現行の140,000ユーロから87,000ユーロに、中規模法人の場合は128,000ユーロから42,000ユーロに引き下げられると試算している。

3) 作業グループによる詳細なコンサルテーションとインパクト評価

CCCTBの検討に当たっては、2004年の政府関係者による作業グループ会合の結成以来、2008年までの間に13回の全体会合の開催及び3回の実務界・学界等あらゆる関係者を含めた拡大会合の開催、更には、度重なる非公式な個別意見聴取を行ったことが紹介されている。

更に、選択式のCCCTBに絞り込む過程で外部シンクタンクに対して依頼した以下のインパクト評価の内容が紹介されている。

イ. インパクト評価に当たっての比較モデル

European Tax Analyzer, PWC, Amadeus and Orbis database, Deloitte及びCortaxの5つの団体がCCCTBを導入した場合の効果の評価を実施した。その中で特に焦点を当てたのは、現状のまま何も措置をとらない場合との比較で、共通法人税課税ベースについて、①連結を認める場合（CCCTB）と認めない場合（CCTB）、②強制適用とする場合と選択的適用を認める場合、の各種組み合わせによる4つのオプションを検討している。

ロ. 評価結果

どのオプションも現行の27の課税管轄における異なる制度への対応というコストの解消効果を狙ったものである。中でも、CCCTBについては、経済効果は選択式も強制方式もともにわずかに認められるものの、雇用に与える影響や執行の変更の影響などの点で選択式が有利と結論付けている。また、税収効果は各構成国の税率を含めた税制の選択如何で幅があるため予測不可能としているが、5年後にその結果をレビューする条項を指令案に含めている。

4) 本提案におけるEU法との関連

EUに関する条約（TEU）は、条約で授権された権限のみをEUが行行使するという個別授権の原則を規定し、かつ当該権限の行使に当たっては、補完性原則と比例原則に従うべしとされている¹³⁾。

間接税の調和に関してはEUの機能に関する条約（TFEU）113条に、EUに

構成国立法を調整する権限を与えているが、直接税の調和に関してはそのような調整権限が規定されておらず、したがって同条約114条及び115条の適用を受けることとなり、そこで用意されている手続に従って、域内市場の確立と機能に役立つ構成国の法制の近似化に向けた指令を出す権限が与えられているに過ぎない¹⁴⁾。従って、指令案は全会一致の原則の下で審査されるという高いハードルを越えなければならない。

それに加えて、CCCTB 指令案がEU 法上従わねばならない原則として、TEU5条が規定する補完性の原則（Subsidiarity）と比例原則（Proportionality）を満足しているかどうかの検証が必要とされる。

補完性の原則の検証

補完性の原則とはEU に関する条約（TEF）において、「補完性原則の下では、連合は、その排他的権限に属さない領域において、意図された行動の目標が、構成国の中央レベル又は地域及び地方レベルのいずれかにおいても、十分に達成できないものの、提案された行動の規模又は効果ゆえに連合レベルにおいてよりよく達成できるとき、その範囲においてのみ、行動するものとする

13) TEU4条（個別授權原則）、5条（補完性原則及び比例原則）

14) TFEU114条、115条は立法の近似化に関して以下の通り規定している。

114条

「1項：この条約に特別の定めがある場合を除き、本条は26条に定める目的の達成のために適用されるものとする。欧州議会および理事会は、通常の立法手続きを通じて、構成国の法令又は行政規則の定める規定の近似化措置であって、域内市場の設立又は運営を目的とした措置を定めるものとする。このような法律は、経済社会評議会への諮問を経て採択されるものとする。

2項：第1項は、租税規定、人の自由移動に関する規定又は被用者の権利及び利益に関する規定には適用されないものとする。」

115条

「114条を害することなく、閣僚理事会は、特別の立法手続きに従い、域内市場の設立または運営に直接に影響する構成国の法令又は行政規定の近似化措置のための指令を発出するものとする。閣僚理事会は、欧州議会及び経済社会評議会の諮問を経て全会一致により行動するものとする。」

る」¹⁵⁾とされている原則であり、要するに構成国レベルではなくEUレベルでなければ達成できないことの立証を求める原則である。

解説メモは、関連者企業の課税ベースを算定・連結・損益通算するための単一ルールは現在の27カ国の国別法人税制の併存に比べて市場の攪乱が少なく、特にCCCTBの構成要素である国境を越えた損失控除、非課税のグループ内資産移転、フォーミュラによるグループ内での課税ベース配分は、共通の規制の下でかつone-stop-shopの執行環境のもとでのみ実現されうると分析している。このように国境を越えて活動する関連者企業にとっての上記の問題への対処は、構成国の個々の措置では達成不可能であり、EUレベルでの法規制によってのみ達成されうると考えられるので、補完性原則に合致していると結論付けた。

比例性の原則の検証

EUレベルでの措置は必要な範囲内に限定されているかを審査する比例原則に関しては、何よりもCCCTBの採用如何が企業の選択に任されている点が答えとなるとされている。そもそも国境を越えるつもりのない企業に対しては、新たな執行コストを要する当該制度の使用を強制していない。加えて、選択した企業に対しては、移転価格の形成の必要性から解放し、グループ内法人間の損益通算を可能とし、更には非課税のグループ内組織再編を許容するというメリットが認められ、それは新制度導入による執行コストの増加を上回ると見込まれると評価している。税率の決定を租税主権に基づき各構成国の決定に委ねている点も含めて、比例原則に適ったものと結論付けた。

(2) 検討

1) CCCTB検討の必然性

まず、域内市場の攪乱要因の除去の必要性の論拠の一つとして、EU拠点企業の執行コストが米国及び日本の多国籍企業との比較で過大になっている点

15) TEF5条3項

（27構成国の法人税制への対応及びそれにより発生する域内での経済的二重課税問題への対応）に言及している点が注目される。この点については、直接税に関しEU条約の枠内で窮屈な対応を余儀なくされている状況の下で、CCCTBは唯一残された弾力性のある解決策と言えると思われる。すなわち構成国の課税主権に対しては税率決定権を残す形で対応しながら、課税ベースを統合し、連結会計で国境を越えた損益通算を認め、算出された純グループ利益をフォーミュラで按分してOne-stop-shopで申告を済ませる方式を選択方式で多国籍企業に認めるという解決策は、一定の構成国から反対論が出ている状況の下では唯一残されたオプションだったといえよう。

ただし、その背景には、移転価格の制度と執行に関してEUが近年取り組んできた種々のイニシアティブが必ずしも期待した成果を上げていないことも大きな要因となっていると考えられる。すなわち、EUは域内で発生する移転価格に起因する二重課税を解消するためのメカニズムとして、まず1990年7月に仲裁条約を締結した¹⁶⁾。しかし、仲裁条約には、批准に長い期間を要していることに加えて、その法的性格から次のような欠点が指摘され続けている¹⁷⁾。

イ．当該条約の解釈は国内法廷で行われるため統一的な解釈が保障されないこと

ロ．仲裁条約は移転価格の調整自体について答えを出すものの、延滞税や加算税の排除までカバーしていないこと

ハ．仲裁条約の解釈の指針を示すソフトローとしてのCode of Conduct

16) 当該条約は、相互協議開始後2年たっても解決策が見いだせない場合に、義務的に仲裁手続きに移行するという内容をとするもの。これについても、欧州委員会はECJの審査対象となる指令で対応しようとしたが、構成国の反対によりECJが関与できない国家間合意の形態を採ったものである。なお、2008年のフランスの加入により23カ国が批准している

17) Patrick Plunsky, “The EC Arbitration Convention” (Introduction to European Tax Law : Direct Taxation (2008)) P.184

(2004年)にも課題が残されていること

なお、仲裁条約の適用確保を主要目的としたEU移転価格フォーラムが、2002年に設立され、当該フォーラムでは上記の仲裁条約の執行のためのCode of conduct (2004年)の外に、移転価格のドキュメンテーションに関するCode of Conduct (2006年)を採択している。

フォーラムによるこれらの行動指針が一定の成果を達成したことは事実と思われるが、それらが事後的な紛争解決手段にとどまる点や強制力のないソフトローの性格を持っているゆえに域内における移転価格税制の執行に伴う市場攪乱効果を十分には払しょくしきれていないと指摘されている¹⁸⁾。また、ECJが無差別原則の下で直接税に関する国内法の租税回避否認規定に対しEU条約違反の判決を下し、構成国のCFC税制や過少資本税制等の改正が規制緩和の方向で進展されつつある状況に鑑みると、移転価格の問題(PE課税も含めれば「独立企業原則の適用に係る課税問題」と言い換えるべきかもしれないが)が域内市場確立の前に立ちはだかる障害として構成国並びに多国籍企業にとってより強く認識されるようになったと考えられる。

そのような状況下でのCCCTB指令案の提案は、確かに統一法人税の創設に次ぐセカンドベストと位置付けることもできるが¹⁹⁾、政策オプションとしては必然的な帰結と見ることもできよう。

2) 指令案という法形式の妥当性

前述したとおりCCCTBは理事会指令案の法形式を採っており、その採択には理事会での全会一致の原則が働く。既に本指令案発表後、英国、オランダ等8カ国が反対意見を表明したことから²⁰⁾、その採択の見通しには悲観的な見方も出ている。最終的に採択に至らなかった場合には、次善の策として「強化さ

18) 前掲注10)、P.260 なおHurk教授は27の課税管轄に分かれて自国の法人に対し分離会計に基づき課税する現行の構成国単位の移転価格税制につき、EU企業は日・米の多国籍企業と比較して明らかに規模の利益の面で劣位に立っていると指摘している。

19) 前掲注10) P.267

れた協力のスキーム」を利用して3分の1（9カ国）以上の賛成により一部分の構成国において実施に移す方法も考えられよう。その場合もインパクト審査が必要となるが、納税者の選択制で行う以上EU条約の諸原則に違反する恐れは少ないものと考えられる²¹⁾。しかし、いずれにしてもギリシャの財政危機に始まる幅広い構成国の同種の課題に直面している現在、具体的な検討を進めにくい状況にあると考えられる。

4. CCCTB 指令案の概要

指令案は、基本的に我が国の法人税法の課税ベースを定める規定に対応する条文に相当するものを内容としているため、条文数が多く全部で136条と別表からなっている（本稿末の別紙「指令案の条文構成」を参照）。本稿では、その概要について指令案の前文をフォローする方法で紹介し、法的な課題を抽出してみたい。

(1) 提案理由

提案理由として以下の4項目を掲げている

1) 域内市場のかく乱要因の撤去

EU内の各国で事業を展開する法人は、27の異なる法人税制が存在するため、に重大な障壁と市場の歪みに直面している。これらの障壁と歪みは域内市場の正常な機能を損ない、その結果、EUへの投資に対する抑制効果をもたらしている。それは、2010年3月3日に委員会が採択した報告書“Europe2020 – A strategy for smart, sustainable and incentive growth”で設定された優先戦略目標

20) EUの発表によれば、5月の意見提出期限内に反対意見を届け出たのは、英、蘭、アイ
ルランド、スウェーデン、ポーランド、ルーマニアブルガリア、マルタの8カ国である。

21) この点を詳細に検討するものとして、前掲注10) P.263-264。なお強化された協力は3
分の1以上の構成国により専横的でない項目について、域内市場内に適用対象となる部分
的な市場形態を創造し、その範囲で実施に移すものであり、TEU20条及びTFEU326-334
条に手続が規定されている。

に反するものであり、また高度に競争的な社会市場経済の要請にも抵触している。

なお、国境を越える事業に対する税の障壁は、通常、市場の非効率性を解決する手段を自ら持たない中小企業にとっては、特に厳しいものである。

2) 現行法制の限界

これに対して、構成国間の租税条約ネットワークは適切な解決を提供していない。法人税の問題に関する現存するEU立法は少数の特定問題に答えているのみである。

3) 域内市場における単一セットの法人課税ベース算定ルールの有用性

法人に対し、法人税の目的上EUを単一市場として取り扱うことを許容するシステムは、EU内に居住する法人に対し国境を越える活動を促進することになり、EUをして国際投資にとってより競争力のある管轄地とするという目的を助長する。そのようなシステムは、1構成国以上で租税上の存在単位を有する法人グループをして単一セットの規則に従って課税ベースを計算し、単一の税務当局とのみ対応する（ワンストップサービス）ことを可能ならしめることによって、最もうまく達成されるであろう。それらの規則はまた、グループの一部分を構成しない事業体でEU内で法人税を課されている者にとっても利用可能とすべきである。

4) 構成国の課税主権との調整

税率の相違は課税ベースの相違と同等な障壁をもたらすものではないので、当該システム（CCCTB）は法人税についての国別の税率に関する構成国の裁量権に影響を与える必要はない。

5) 損益通算の必要性

EU内の法人が直面する規模の利益が得られないという税の障壁を除去するためには、損益通算を認めることが本CCCTBシステムの本質的な要素となる。すなわち、納税者に発生する損失は同一グループに属する他のメンバーにより稼得される利益によって自動的に相殺されるのである。ただし、損益通算は、必然的にグループメンバーが設立されている構成国の間での結果の配分のため

の規則を伴うことになる。

なお、併せて、グループ企業を移転価格の堅苦しさから解放させ、グループ内の二重課税を排除する効果を持っている。

6) 納税者による選択制

本件 CCCTB は国境を越えて操業する法人のニーズに奉仕すべくデザインされるので、それは既存の国別法人税制との間で納税者が自由に選択できる制度とすべきである。

(2) 課税ベース計算の諸原則（注：以下において○書きは参照条文番号を示す）

1) 通則的規定

CCCTB は既存の指令や規則に反しない範囲で、法人の課税ベースを計算するための共通ルールを内容とすべきであるとしており（①）、条文構成の前半は以下の通り法人税法の通則的規定で占められている。

イ．適用対象法人（②、③）

構成国の法律により設立された法人で、次の2条件のいずれをも満たすもの
別表1に掲げる法形式を有する法人

別表2に掲げる法人税（またはそれに相当する税として将来課される税）の納税者であること

第3国の法令により設立された法人で、次の2条件のいずれをも満たすもの
別表1に掲げる法人と同様の形態を有するもの

別表2に掲げる法人税の納税者であること

なお、委員会は毎年上記の同様の形態を採る第3国法人のリストを公表する

ロ．定義規定（④）

本指令の重要な概念の定義がされており、主なものを例示すると今の通り
「主たる納税者」

他の構成国に所在する適格子会社、PE 又は第3国の居住者である適格子会社の1つ以上のPEでグループを構成する居住者等（第3国の居住法人を親会社として組織されるグループ法人にも適用）

「統合課税ベース」

第10条の規定に従って計算されたグループ法人の課税ベースを足し上げたもの

「配分される持分」

86-102条に規定されるフォーミュラの適用により一のグループメンバーに配分されたグループの統合課税ベースの一部

「主たる課税当局」

主たる納税者（それが非居住者のPEである場合には当該PE）が居住する構成国の権限ある当局

ハ、本指令が規定するシステムの選択の効果（⑦、⑧）

一旦、本指令の適用の選択をした場合は、構成国の法人税法の適用から離脱する

その場合、本指令の規定は二国間取決めのいかなる条項にも優先して適用される

2) 課税ベース計算の一般規定

イ、課税所得算定の基本ルール

実現主義、(⑨)

課税ベースの計算方式の基礎 (⑩)：我が国法人税法22条に相当するもの

課税収益 (⑪)：あらゆる収益は非課税と明示されない限り課税されるが、
以下は非課税とされる。

補助金、受取配当、株式譲渡益、第3国のPEの所得等

(注)

配当所得、グループ外の法人について保有する株式の譲渡収益及び外国のPEの所得が非課税とされるべき理由は、二重課税の救済をするに当たっては、ほとんどの構成国は、海外で支払われた税に対する納税者の税額控除の計算の手間を避けることとなるため、配当及び株式譲渡益を非課税としていることによると説明されている（免除方式による二重課税調整方式の採用）。

他方で、利子、ロイヤルティの支払の所得は、支払いに際して源泉徴収された税額の控除を伴って課税されるべきとされている。

控除対象費用（⑫-⑭）

課税収益には事業経費やその他項目の控除が認められるべきとされ、控除可能な事業経費は通常販売に関係するあらゆるコスト及び製造、補修、所得の保証に関連する経費とされている。損金算入の対象にはR&D費用と事業目的での株式や社債の調達コストも含められる。以下の項目は、損金算入が否認されている

株式の配当、交際費の50%、法人税、罰課金、非課税収益に見合う費用等
固定資産の減価償却（③②-④①）

固定資産は一定の例外を除き税務上償却可能である。長期にわたる有形資産や無形資産は個別償却し、他の資産は一つのプールにまとめて償却する。プール方式の償却は固定資産の種類ごとのリストと耐用年数の設定と維持の必要性をなくするという簡素化を図る趣旨である。

納税者の損失（④③）

納税者は損失の繰り延べを無期限で認められるべきであるが、繰戻しは認められるべきではないとしている。損失繰戻しは構成国での実施例が稀であり、過大な複雑性を伴うとしている。

ロ．損益通算（⑤④-⑥①）

損益通算の適格性（グループメンバーであること）は次の2つのテストに従って決定される。

第1は、支配（50%超の議決権保持）

第2は、所有（株式の75%超の保有）又は利潤に対する権利（75%超の利潤に対する権利）

上記テストは支配関係と高度の資本参加を要件としており、グループメンバー間の高度の経済的統合を要求するものである。これらのテストの充足は課税年度を通じて達成されるべきであり、条件を満たさない場合は法人は即座にグループを離脱しなければならない。グループメンバーシップには少なくとも9

か月間の要件も付される。

ハ、グループへの参加・脱退及び事業再編 (61-71)

事業再編に対する規則は、公平に構成国の課税権を守るよう確立されている。法人がグループに加入する際は、統合前の事業損失は納税者に配分される株式に対して相殺されるべく将来に繰り延べられる。法人がグループから退出する際は、統合期間中に発生した損失は退出法人に割り当てられることはない。グループに加入・退出する直後に一定の資産が譲渡された場合には、当該譲渡所得は一定の調整を受ける。自家創作の無形資産の価値は、適切な代用指標、すなわち特定の期間にわたる R&D、マーケティング及び広告宣伝費を根拠にして評価される。

ニ、グループ間取引の構築 (72-79)

納税者が支払う利子及びロイヤルティに源泉税が課されている場合には、当該税は当該年度のフォーミュラに従って分割される。納税者により支払われる配当に源泉税が課された場合には、利子やロイヤルティと異なりどのグループ法人によってもそれは損金算入されていないため、当該税額を分割する必要はない。

また、納税者と同一グループのメンバーではない関連企業との間の取引は、一般的に適用される基準である独立企業原則に従った価格調整に服する。

3) 租税回避の防止規定 (80-83)

本システムは、一般的な租税回避否認規定を備えるとともに、特定の態様の濫用行為を禁止する措置で補完されている。当該措置には、EU 外の一定の低課税国に税法上の本拠を有する関連企業に対して支払われる利子の控除制限が含まれている。一定の低課税国とは、直接税と保険料の課税分野における構成国の権限ある当局による相互協力に関する委員会指令及び CFC 税制に基づく支払者の情報交換を構成国に対し行わない国とされている。

4) 統合課税ベース配分のフォーミュラに関する規定（86-103）

統合課税ベースの配分のフォーミュラは、3つの同じウェイトを持つ要素（労働、資産、販売）で構成されている。労働ファクターは賃金と労働者数を半分ずつ考慮して計算される。資産ファクターはすべての有形資産が対象とされる。無形資産及び金融資産はそれらの移動可能性と本システムを濫用するリスクゆえにフォーミュラから除外される。これらのファクターの利用は原産地国である構成国の利益について適切なウェイトが付される。3つ目の販売については、仕向地国である構成国の公平な参加を保障するように考慮されている。

なお、これらのファクターとウェイト付けは利潤が稼得されたところで課税されることを保障するものでなければならない。一般原則に対する例外としては、配分の結果が事業活動の程度を公平に表していない場合には、セーフガード条項が代替的な手法を提供する。

5) ワンストップショップに係る規定（104-113）

法人のグループは単一の課税当局（主たる課税当局）とのみ対応することができる。それはグループの親会社（主たる納税者）が税目的上本拠地を置く構成国の課税当局である。本指令は、このシステムの執行のための手続き規定を置いている。更に事前ルーリング規則も追加されている。調査は主たる課税当局によって開始され調整を受けるが、グループメンバーが課税対象となる構成国の課税当局も、調査の開始を要請できる。グループメンバーが居住者であったりPEを有している構成国の権限ある当局は、選択通知および申告の更正に関して、主たる課税当局の決定を対象として、主たる課税当局の構成国の裁判所に訴えることができる。納税者と課税当局間の紛争は、当初は主たる課税当局の構成国の法令に従って不服申立が受け付けられ、権限のある行政機関により処理される。

6) その他

委員会の授権立法権（適格となる構成国・第3国の法人形態や法人税を列挙したAnnex等に関する定期的更新）や、補完性原則及び比例原則への適合、

更には、5年後の委員会によるレビューが規定されている。

(3) 予備的検討

以上の指令案を通覧すれば、我が国の観点から見ていくつか興味をひかれる点があるので、以下簡単にコメントしたい。

まず第1は、指令案が国際財務報告基準（IERS）の本場であるEUから提案されているながら、CCCTBの計算はそれとは無関係に構築されたという点である。納税者の選択制であり、第3国法人のPEも対象となるといった事情が考慮されたものとも考えられるが、Cerioniによれば、制度の明確性及び簡明性の観点からIFRSの使用に対する強い反対があり、それを受け入れたものと指摘されている²²⁾。その理由としてCerioniは、発生ベースでの収益の認識の原則（18条）と費用に関する発生主義の認識と資産・役務提供を受けたときの費用認識基準（17及び19条）は、会計原則と実務で発展してきた発生主義を暗黙のうちに反映しているとし、それにもかかわらず、IASやIFRSへの公式の言及をしないで、評価を含めた収益・費用の認識規則を22条で定めたのは、財務会計基準設定者により将来行われる決定に対して、CCCTBに抵抗力を持たせるためと分析している。著者もその見解に共感を覚える。

もう一点は、インセンティブを与える目的で幅広く域外国での国外所得の免除を認めている点である。EU構成国が免除方式に収束しつつある現在、当然とも受け止められるが、第3国法人のPEへの適用も行われるので、外税控除方式の国への影響が顕著になるとも考えられる。

その他、課税要件の各論についても、オールEU対その他国の間で課税ベースの相違が明白になり、新たな超過負担や租税回避の機会をもたらさないかについては慎重な検討が必要とされよう。

22) Luca Cerioni, "The Commission's Proposal for a CCCTB Directive : Analysis and Comment" (Bulletin for International Taxation, Sep/2011) P.520

5. 終わりに——移転価格税制に及ぼす影響——

以上、CCCTBの内容に即した検討を行った。しかし、著者にとって最も興味深いのは、CCCTB指令案のフォーミュラをめぐる議論である。指令案では労働、資本、売上の3要素を基本的にはイーブンで測定して統合課税ベースを配分するとされているが、既にオランダや英国の反対論に見られるように²³⁾、ウェイト付けの如何は構成国の税収に直接影響を及ぼす極めてセンシティブな問題である。しかも、損益通算がもたらすマイナスの影響は黒字会社が居住する投資回収率の良い管轄圏においてより強く出る。要は、CCCTBは損益通算の仕組みを通じて、納税者は確実にメリットを享受するものの、歳入当局への影響（税収のA国からB国へのシフト）は無視できないということであろう。無形資産と金融資産に大きく依存する英国、オランダ、アイルランドが反対する背景には、政治的にも根強い理由があるとも推測される。

一方、比較可能性の欠如により移転価格における独立企業原則の適用で苦労している各国にとっては、CCCTBの実験は配分ファクターの議論を中心として参考にした点が多くあると考えられる。理論面での興味に関しては、米国や我が国もその中に入る。しかし、おそらく日米両国にとっては、その問題より先にCCCTBが自国籍多国籍企業の欧州オペレーションに及ぼす影響の評価が先決と思われる。なお、定式配分方式は、新興国をはじめとする国連モデル条約適用下の国々でも興味をもって受け止められている²⁴⁾。

今後EUにおけるCCCTBの展開の中で、多くの国が関心を持つ独立企業原則の行く末に影響を与える示唆（独立企業原則を再評価することになるのか定

23) 2011.4.11付オランダ政府から欧州議会あての書簡では、「現行フォーミュラの下ではオランダの課税ベースは国境を超える損益通算により30%減少する。このフォーミュラはドイツのような大国に有利であり、無形資産や金融資産によるイノベーションに特化したオランダには不利である。」と反対理由を述べている。2011.5.11 *International Tax Review*

24) 国連モデル条約の下での独立企業原則の議論については、UNウェブサイトのECOSOC/Expert Committee on Tax Matterの議事録を参照。

式配分に向かうべしとなるのかは今のところ何とも言えない) が得られる可能性もあり、引き続き注目していく必要があると考える。

別紙：指令案の条文構成

第1章：適用範囲（1～3条）

第2章：基本的定義（4～5条）

第3章：本指令により提供されるシステムの選択（6～8条）

第4章：課税ベースの計算（9～16条）

第5章：タイミングと評価（17～31条）

第6章：固定資産の償却（32～42条）

第7章：損失（43条）

第8章：この指令により提供されるシステムへの参加と退出に関する規定（44～53条）

第9章：損益通算（54～60条）

第10章：グループへの加入と撤退（61～69条）

第11章：事業再編（70～71条）

第12章：グループと他の事業体との間の取引（72～77条）

第13章：関連者間の取引（78～79条）

第14章：濫用防止規定（80～83条）

第15条：透明な事業体（84～85条）

第16章：統合された課税ベースの配分（86～103条）

第17章：執行と手続き（104～126条）

第18章：最終章（127～136条）

Annexes

（あおやま・けいじ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）

「憲法判断の対象」としての《規範》と《行為》

——「義務賦課規範」・「権能付与規範」区別論の観点から——

大 石 和 彦

- 1 本稿の問題意識
- 2 破綻なく一貫しているかに見える連関イメージ
 - (1) 憲法判断対象としての下位《規範》
 - (2) 「規範の規範」としての憲法
 - (3) 両規範のコントロール対象の違い
- 3 上記連関イメージに対する阻害要因
 - (1) 学説
 - (2) 判例の中の現実とどう向き合うか
 - (3) 試論

1 本稿の問題意識

「憲法判断の対象」は何かというテーマを真正面に掲げると、「何をいまさら」と思われるかもしれない。だが果たして、この問題につきこれまで、本当に十分詰めた議論がなされてきたといえるのであろうか。確かに条約や「立法不作為」などが憲法判断対象となりうるかという問題が盛んに議論されてきたことは周知のとおりである。もっとも、これまで盛んに問われてきたのは専ら、それらいわばボーダーライン上の事象の包摂可能性問題に限られ、コア・ケース該当事象としては、法律以下の（憲法という上位規範から見た場合の）下位規範（一般的抽象的規範に加え、裁判判決や行政処分などにより産出される個別具体的規律をも含む）のみならず、それら規範の定立改廃行為（法行為）、さらには事実行為など雑多なものが想定されてきたにとどまり、そこに《規範》と《行為》という本来所属次元の異なるものが混在していること（そもそも混

在可能なかどうか）については十分意識されてこなかった、あるいは専ら立法上の《作為》対《不作為》または（授益的法規定の）《存在》対《不存在》という二項対立図式ばかりに気を取られる一方、《規範》（必要なそのの不存在含む）対《行為》（規範定立改廃行為〔必要なそのの不作為含む〕）のみならず事実行為をも含む）という、より根本的な対立図式に対しては十分注意が払われてこなかった、または、そうした対立図式の存在にそもそも気づかれないままであった、というのが実状なのではないか。本小稿では、この「憲法（違憲）判断の対象（は何か）」という問題につき、その問題が、「憲法とはどのような性質または種類の規範なのか」（憲法規範の特質）という問題と不可分一体であることを意識しつつ、考えてみようと思う¹⁾。この、「憲法判断の対象（は何か）」という問題と、「憲法規範の特質」という問題とが密接不可分であるという認識も、これまでのところ十分広く共有されてきたようには思えない²⁾。だが、「憲法とはどのような規範か」、という問いとは、「憲法とはどのような事象を規律対象とする規範か」、「憲法の規律対象すなわち憲法判断の対象とは、どのような事象か」という問いへとパラフレーズ可能であろう。つまり上記二

1) 本稿筆者は既に拙稿『『立法不作為に対する司法審査』・再論—それでも規範は二種なのか?—』立教法学82号（2011）130頁において、これと同様の問題意識からの考察の機会を持った。旧稿執筆時から本稿執筆時点までの私の勉強の進展は微々たるものに過ぎず、本稿において付け加える部分が乏しいことについては恥じ入るばかりであるが、旧稿には、各構成部分の並べ方や表現方法に事後改善すべき点があることを私自身痛感していたこともあったので、このたび旧稿で述べたかったことを、若干化粧直しを施したり陳列方法を変更して、より伝わりやすいようにと書き直したものが本稿である。こうした事情から、本稿には旧稿と重なる部分が多々あることを最初におことわりしておきたい。

2) 憲法が「授權規範」であって「義務づけ規範」ではないことから、立法不作為の違憲審査対象性を否定した尾吹善人「憲法規範の変性？」新正幸・鈴木法日児編『憲法制定と変動の法理—菅野喜八郎教授還暦記念—』（木鐸社 1991）383頁以下（尾吹善人『憲法の基礎理論と解釈』（信山社 2007）428頁以下に再録）、あるいは尾吹のような思考法を「消極説」として検討する新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社 2010）305頁以下は稀有な例外であろう。もっとも、そこでの関心対象もまた、立法不作為というボーダーライン上の事象に限定されてはいるのだが。

つの問いは結局のところ、殆ど同じことの違う表現に過ぎないように思われる。

2 破綻なく一貫しているかに見える連関イメージ

(1) 憲法判断対象としての下位《規範》

日本国憲法81条が憲法判断対象としてあげているものは「法律、命令、規則又は処分」であり、また同条と密接不可分の関係にあると考えられている同98条1項の言葉でいえば、それは「法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為」だということになる。後者のうち「及び国務に関するその他の行為」という部分をさしあたり意識しなければ³⁾、「日本国憲法」典が憲法判断対象として想定しているもの（のうちでも主要なもの）は、（形式的意味の）法律以下の、（憲法という上位規範から見た場合の）下位《規範》であることは明らかであろう。なお、ここにいる「下位規範」には、形式的意味の法律や地方議会の定める条例、行政立法または最高裁規則をはじめとする議会以外の機関が定める制定法など、いずれも（「処分的法律」などを除けば通常の場合）一般的抽象的な内容を持つものと想定されている規範の他、行政処分や裁判判決（正確にいうと、そう呼ばれる行為によって産出される規律）などの個別具体的なものも（憲法81条にいう「処分」に）含まれることについても現下特段争いはない。とにかく、憲法の統制対象（のうち少なくともその中核部分を構成すると考えられているの）は、諸々の《規範》であろう⁴⁾。

(2) 「規範の規範」としての憲法

次に「憲法規範の特質」につき、本稿の議論にとって必要最小限のこののみ

3) それを意識する例は後掲注22。

4) 条約と、憲法または法律といった国内法上の法形式との間の上下関係については議論があることもあり、条約が憲法判断対象となりうるかについては議論があることは周知の通りであるが、その条約もまた、規範であるという一点においては、本文にあげた国内法上の諸形式と違いはない。

確認をしておこう。

法規範の中でも典型的な類型としてはさしあたり、第1に「『その行為をすると処罰されることになる』ということ」を定めるタイプ、すなわち、ある行為（不作為含む）をした者に対し《制裁》を課すタイプと、第2に「『その行為をすると行為自体が法的に無効になる』ということ」を定めるタイプ、つまり一定の規律を定立（または改廃）しようとする行為につき、当該規律に対して法的効力が付与される条件を定めるタイプ、つまりその条件を満たさなければ当該規律が《無効》となることを定めるタイプ、以上2つをあげることができよう⁵⁾。第1タイプの典型例はいうまでもなく刑罰法規であるが、刑罰の他、過料、反則金、追徴課税、（行政上の義務違反者の氏名・法人名等の）公表の他さらに、民事上の債務の履行強制や行政上の強制執行をも、義務の不履行（不法行為から生じた損害賠償義務の不履行含む）に対して科される「制裁」としてさらに広く考えるなら、それにかかわる民法上の規範や、さらには行政上の強制執行の根拠法もまた、刑罰法規と基本的に同じ構造を持つものであるとの説明が可能となり、以上まとめて、「義務賦課規範」、「義務づけ規範」あるいは「行為規範」などと総称されることがある⁶⁾。

これに対し憲法は、国または公共団体の機関（例えば国会）に対し規律（形式的意味の法律）の定立改廃権限を積極的に与えると同時にその権限行使のありかたを制限している、つまり法律以下の下位規範に対して法的効力が付与

5) 本文中「 」内は、「『その行為をすると処罰されることになる』ということと、『その行為をすると行為自体が法的に無効になる』ということとの間の「ちがひ」を「すべての法律学のイロハ」だと述べる藤田宙靖『行政法入門〔第5版〕』（有斐閣 2006）98頁からの引用。なおここでは、「その行為」をしたことに対して「処罰」または「無効」いずれの法効果（後者の場合、その不発生？）が結び付けられているのかが、2タイプのうちいずれに該当するかを判別する際のメルクマールになっていることに注意されたい。上記藤田の議論と同じく、義務違反行為に対し「制裁」または「サンクション」を科すことを、第1タイプに属する諸規範の同一性の拠所としてあげるものとして他に、尾吹・前掲論文（注2）、新・前掲書（注2）188頁、田中成明『現代法理論』（有斐閣 1984）58頁、同『法理学講義』（有斐閣 1994）52頁、同『現代法理学』（有斐閣 2011）66頁など。

されるための要件を定めているという側面においては、上記でいうと第2タイプに属する。清宮四郎いわく、「およそ、一つの法規範が適法に存立し、通用するためには、それを定立する権能の所在（定立権者）、定立の手續および様式ならびに定立の内容を定める法規範が、前もって別に存立し、通用していなければならない⁷⁾。そこにいう「法規範」を清宮自身は「授權規範」と呼ぶが、ここで「授權」とは、（法規範を定立改廃する）権能を付与する、という

（前頁よりつづき）

なお、神橋一彦「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について—行政救済法における『違法』性に関する予備的考察をかねて—」立教法学75号（2008）67頁以下〔78-79頁〕は、上記法規範2タイプ論の先駆として美濃部達吉『日本行政法 上巻』（有斐閣 1936）203頁、同『法の本質』（日本評論社 1948）30-32頁における「義務法」・「権利法」2タイプ論をあげる（実際、美濃部『日本行政法 上巻』上掲頁が「義務法」・「権利法」2タイプ論を述べるのは、「命令的行為」・「形成的行為」という行政行為の2分類を説明する前提である点、藤田前掲入門書がやはり同じく上記行政行為2分類論を説明する文脈の中で上記法規範2タイプ論を語っているのとまさに一致する）が、美濃部による「義務法」に関する説明中、制裁につき語るところはない（そもそも美濃部は制裁を法の本質要素とする立場を採らない〔美濃部『法の本質』（上掲）71頁以下〕）。神橋自身もまた、本稿が念頭に置くような法規範2タイプ論に依拠してはいるものの（神橋前掲論文の他、同「行政救済法における違法性」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（2008）237頁、同「『職務行為基準説』に関する理論的考察—行政救済法における違法性・再論—」立教法学80号〔2010〕1頁）、違反行為に対し制裁を科すことを第1タイプの共通（しかも本質的）属性とするところがなく、むしろ規範の《名宛人》が行政処分根拠法（「権限規範」）の場合、行政庁または機関（という観念上の主体）であるのに対し、国賠違法判断の前提となる「行為規範」の場合、「現実に公務を行う自然人（生身の人間）」（傍点は本稿筆者。傍点部から推測するに、現実界次元に存在する主体ということであろう）であるという違いに、主たる立脚点を置くものであろうかと思われる。第1タイプの法規範を想定するに当たり制裁またはサンクションを必須の属性としてカウントしない神橋の議論については、「義務違反に強制行為（強制執行・刑罰）が規定されているか否かはさしあたり関係がない」とする彼の「義務」観（神橋一彦「行政法における「義務」の概念・再論—「強制行為による実効性確保」の要素との関連を中心に—」稲葉馨・亘理格編『行政法学の思考様式（藤田宙靖博士東北大学退職記念）』（青林書院 2008）3頁、同「法律上の争訟と『義務』の概念—公法学の基礎概念を検討することの意味—」法教377号（2012）96頁）との関係をも視野に入れつつ検討しなくてはならないであろう。

意味であるから、これを「権能付与規範」と呼ぶ例もある⁸⁾。清宮は上掲引用部において、「授権」の要素として、第1に下位規範「定立権者」の指定、第2に下位規範「定立の手続および様式」の指定、第3に下位規範の「内容」に関する制限、以上3つをあげる。国会を「唯一の立法機関」だとする日本国憲法41条や、政令制定権を内閣に与える同73条六号などは第1の要素に当らう。また法律制定改廃手続についていえば、憲法59条が上記第2の要素に当らし、憲法56条および57条1項も、法案審議に適用される限りにおいてその意味を持つであろう。さらに憲法98条1項によれば、憲法上の基本的人権規定等に

-
- 6) 田中・前掲3書（注5）では「義務賦課規範」、尾吹善人『日本憲法』（木鐸社 1990）5頁以下、同前掲論文（注2）では「義務づけ規範」、新・前掲書（注2）184頁以下では「行為規範」と呼ばれている。

なお制裁の種類については佐伯仁志『制裁論』（有斐閣 2009）9頁以下。行政上の不利益処分（典型例としては公務員や生徒・学生に対する懲戒処分）根拠法は、処分権者を主体として見れば処分権能付与規範（授権規範）であろうが、懲戒処分の対象者を主体として見れば、懲戒対象行為をした者に対して懲戒処分という《制裁》を科す義務賦課規範に見えることであろう。

- 7) 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（有斐閣 1979）16頁以下。
- 8) H・L・A・ハート（矢崎光圀監訳）『法概念』（みすず書房 1976）105頁以下では「変更のルール（rule of change）」と呼ばれている。日本の文献では、田中・前掲3書（注5）は「権能付与規範」、尾吹前掲論文（注2）は「授権規範」、新前掲書（注2）は「権限規範」と呼んでいる。

なお松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣 2007）が、憲法は「刑法・民法といった行為規範」すなわち「第1次的ルール」とは異なり、国会に立法権を授権する面では「変化のルール」であり、裁判所に司法権を授権する面では「裁決のルール」であるが、「とりわけ…ハートのいう認知のルールとしての性格を強くもっている」とするのも、基本的には本文で述べた法規範2タイプ論と同種であろう（もっともハート〔前掲邦訳書106頁〕は、民法上の規範のうちの全てを1次ルールだと言っているわけではなく、そのうち私人に対し法律行為により権利義務関係に変更を加える権能を付与するルールを2次ルール〔の一つとしてのrule of change〕に数えている）。本稿での検討対象たる「授権（権能付与）規範」は、ハートの言葉でいえば「2次ルール」のうち専ら「変更のルール」に限られるであろうが、これはあくまで本稿の目的との関係上、議論対象をさしあたりそのように限定したまでのことであって、憲法（中いくつかの規範）がハートいうrule of recognitionやrule of adjudicationに相当するという松井のような見方を否定するつもりは毛頭ない。

反する法令は「効力を有しない」。これは法令等の「内容を定める法規範」（つまり上記第3）の例であろう。つまり憲法は、法律をはじめとする下位規範の定立権者および定立手続を定め、さらに下位規範の内容に縛りをかける規範だという意味で「法の法」、「規範の規範」だということができる⁹⁾。もちろん授權規範（権能付与規範）の例は憲法のみにはとどまらない。行政処分の根拠規定もそれに該当しようし、農地法3条7項は、私人に対し法律行為権能を付与する規範のうち、行政庁から「許可」を受けることを、法律行為発効のための手続的要件の一つとして加重するもの、つまり上記のうち第2の例といえることができようし、また民法90条は法律行為の内容に関する縛り、すなわち上記第3の要素の例ということになる。

(1)で確認した、「憲法判断の対象」が《規範》であるというイメージと、「規範の規範」すなわち《規範》定立権限付与規範としての憲法という本項目において確認したイメージとの間の親和性は明らかであろう。

(3) 両規範のコントロール対象の違い

上述の、「『その行為をすると処罰されることになる』ということ」を定める義務賦課規範と、「『その行為をすると行為自体が法的に無効になる』ということ」を定める権能付与規範の区別論に戻る。ここでの「 」内の表現は藤田宙靖『行政法入門』¹⁰⁾からの引用であるが、上記区別はもともと、行政行為の分類論において用いられてきた「モデル概念」としての「命令的行為」と「形成的行為」との間の違い—「命令的行為」の一つとしての「許可」を受けないでなされた営業行為は、処罰対象となるものの、無許可業者が締結した契約自体が当然に無効とされるわけでないのに対し、「形成的行為」としての「認可（補充行為）」を得ないでなされた私人間の合意は、当然に処罰対象となるわけではないものの、法律行為としての効力の発生が認められないこと—を説明す

9) 清宮・前掲書（注7）16頁。

10) 藤田・前掲書（注5）98頁。

る文脈において述べられたものである。ここでは、「命令的行為」の一つとしての「許可」という観念の背後に、無「許可」営業行為に対し刑罰等の制裁を結び付ける規範、すなわち、『その行為をすると処罰されることになる』ということ」を定める一般的抽象的規範の存在が想定されているように思われる。むしろ「許可」処分は、本体としてのそのような一般的抽象的規範の、個々具体的場面への投影または表れ、とでも考えるべきものなのかもしれない。さらに言えば、やはり「命令的行為」の例とされる「下命」・「禁止」なるものも、結局のところ、それらの処分によって命じられた、または禁じられた『行為を〔しない、または〕すると処罰されることになる』ということ」を定める規範の、個々具体的場面における表れ、ということになろう。さらにやはり「命令的行為」の一つとされる「免除」についても、作為義務を「免除」されていない者が『その行為を〔しない〕と処罰されることになる』ということ」を定める規範の、個々具体的場面への投影であるという、やはり同様の説明が可能であろう。いずれにせよ、「命令的行為」（「下命」・「禁止」・「許可」・「免除」のいずれも）が語られる場合において、それら個々の行政処分の背後には、《『その行為をする〔またはしない〕と処罰されることになる』ということ」を定める規範》が（あるいは暗黙のうちに）想定されているように思われる。

「形成的行為」としての「認可（補充行為）」の背後にも、ある法規範が存在する。もちろん、「法律による行政の原理」の下、「命令的行為」であろうと「形成的行為」であろうと、処分を行う主体たる行政庁に対して行政処分を行う権能を付与する規範が前提として存在していなければならないことは言うまでもない。ここで行政処分の背後にある規範と言っているのは、そうした行政処分の根拠規定のことではない。本稿が先に述べたのは、「命令的行為」の場合いづれも、行政処分の根拠規定とは別に、処分の名宛人たる私人が『その行為をする〔またはしない〕と処罰されることになる』ということ」を定める規範が、命令的行為（行政処分）という個々具体的場面における事象の背後に存在する、言わば本体として想定される、ということであった。そして、「形成的行為」としての「認可（補充行為）」の背後にもやはり、私人が「その行

為をする〔またはしない〕と〕ということになるのかを定める規範の存在が想定される。もっともそれは、『『その行為をする〔またはしない〕と処罰されることになる』ということ』を定める規範ではなく、『『その行為をする』と行為自体が法的に無効になる』ということ』を定める規範である。藤田自身があげる例で言えば、農業委員会の（法令上は「許可」と呼んでいるが講学上は）認可（補充行為）を受けないでなされた農地売買の合意は「効力を生じない」とする農地法3条7項が、それに当ろう。「命令的行為」と「形成的行為」の区別につき、藤田はさらに以下のように述べる。

「前者（命令的行為）が、『私人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体を規制の対象とする行政行為であるのに対して、後者（形成的行為）は、私人がおこなう行動の法的効果をコントロールの対象とする行政行為である」¹¹⁾。（傍点原文）

上述の通り、命令的行為が『『その行為をする〔またはしない〕と処罰されることになる』ということ』を定める義務賦課規範へと、また形成的行為の一つとしての認可（補充行為）が『『その行為を〔しない〕と行為自体が法的に無効になる』ということ』を定める権能付与規範へと帰着還元可能であるとするならば、上記引用部からさらに以下のように言うことが可能であるように思われる。

①義務賦課規範の中でも刑罰法規の場合、その規律対象は、『『人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体』という「事実」界に属する事象である。もちろんタイムマシンが実用化されていない現下、過去既に行われてしまった行動それ自体をコントロールすることはできないが、同規範は、既に

11) 藤田・前掲書（注5）97頁。同『第四版 行政法Ⅰ（総論）【改訂版】』（青林書院 2005）185頁も同旨。

当該行動をした（または、しなかった）本人を処罰することを通じ、将来本人または他人が「事実」界で同種行動をしない（または、する）ようコントロール（間接強制）しようとしている¹²⁾。また義務賦課規範が、当該義務の内容の実現のため強制執行を認める場合、強制執行行為の向けられる先もまた「事実」界事象であること、言うをまたない。

②権能付与規範のコントロール対象は、人々が「事実として」どのような行動をするか「自体」、すなわち「事実」界に属する事象ではなく、当該行動を通じて表された意思の内容が法的効果を獲得するか否かという、「事実」とは対極の《観念》の世界に属する事象である。

ここで、両規範の《行為》に対するかかわり方について、本稿筆者の理解を示しておきたい。例えば新正幸によれば「行為規範とは、人間に一定の行為、すなわち作為または不作為を命じる規範である」¹³⁾のに対し、『権限規範』…は、法行為によって法的位置を変更・創出する…法規範である¹⁴⁾。また、ある不法行為法の教科書によれば、「不法行為の法律的性質は、…意思表示ないし法律行為と対比される意味では『事実行為』的な『行為』であるとされるのが普通であった」とされる¹⁵⁾。ここで、「行為規範」（義務賦課規範）の対象である「行為、すなわち作為または不作為」、あるいは「『事実行為』的な『行

12) もちろんここで義務賦課規範の要件部分において定められている「行動」が《一般性》を持つ（つまり過去既に行われた行動と将来誰かによって行われる行動いずれもが同じ義務賦課規範の要件部において定める「行動」に包摂される）からこそ、こうしたコントロール（既に「行動」した本人が将来同じような「行動」をしないための特別予防および同じ社会の構成員一般が同種「行動」をしないための一般予防）が可能なのである。つまりここでは「法の一般性」は、被治者の自由のために必要なのではなく、むしろ統治する側にとってこそ必要なのである。

13) 新・前掲書（注2）185頁。

14) 新・前掲書（注2）187頁。

15) 幾代通（徳本伸一補訂）『不法行為法』（有斐閣1993）1頁。

為』』と、「権限規範」（権能付与規範）の対象である「法行為」（「法律行為」含む）とを比較してみよう。まず言えるのは、義務賦課規範の要件部分に該当する可能性のある「行為、すなわち作為または不作為」とは——早くも先に引用した「意思表示ないし法律行為」v.『「事実行為」的な『行為』』対比図式に反して——「意思表示行為」とか「言述行為」などと呼ばれるケース（例えば、農地法64条一号が処罰対象としている、行政庁の「許可」を得ないでなされた農地売買の合意、背任罪の構成要件に該当する法律行為、「取引行為の形式をとってなされる」所有権侵害の不法行為〔「たとえば、他人の所有物を勝手に第三者に売却したり賃貸する場合」¹⁶⁾〕など）もあれば、「物理的行為」とか「非言述の行為」などと呼ばれるケース（例えば飲酒運転）もあるのに対し、権能付与規範の下での要件該当判断対象となる、下位規範を定立せんとして行われる行為（立法、行政処分、法律行為…）は常に「意思表示行為」とか「言述行為」と呼ばれるものだということである¹⁷⁾。つまり、義務賦課規範の方は「物理的行為」を含め広く全ての行為（不作為含む）を対象としうるが、権能付与規範は常に「意思表示行為」を要件該当判断対象とする（「意思表示行為」を伴わない「物理的行為」のみを対象とすることはない）という限りにおいて、両規範の要件該当判断対象は異なるともいえる。もっとも、例えば農地売買という両規範共通の要件該当判断対象行為もまた、確かに存在する。これをどう考えたらいいか。これにつき藤田・上掲書は以下のようにいう。

「もしここでの（農地法上の）許可が純粹に形成的行為としての『認可』であるとするならば、それを受けないでおこなわれた私人の行為については、それを法的に無効としさえすればすむわけで、それだけですまざさらに処罰をしようというのはつまり、農地法3条の許可が、まさに事実として権利移転行為が

16) 幾代・上掲書65頁。

17) 「言述行為」と「非言述の行為」という用語は、森田寛二『行政機関と内閣府』（良書普及会2000）137頁以下のもの。

おこなわれること自体をも規制の対象としている（つまり『命令的行為』である）からだ、と考えられるのではないでしょうか。」（傍点は本稿筆者）

ここでは、「認可」（の背後にある権能付与規範）の下での要件該当判断対象たる権利移転行為もまた、命令的行為（の背後にある義務賦課規範）の下での要件該当判断対象およびコントロール対象（『人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体）の中へと包摂されている。考えてみれば、義務賦課規範がその要件部分に該当する行為を「違法行為」と《意味づけ》るように、「法行為」というのも要するに権能付与規範を通じての生身の人間のナマの行為に対する《意味づけ》なのであって、つまりは「法行為」なるものも、法を通じた《意味づけ》を取り払ってしまえば、そこにあるのは生身の人間（たち）のナマの行為（の束）でしかない¹⁸⁾。その意味で、「法行為」と呼ばれているものも、『人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体の一つに過ぎないのである。とすれば、両規範の要件該当判断対象行為それ「自体」に両規範の決定的相違点を見出すことは困難である。では両規範の違いはどこに見出すべきか。「命令的行為」の背後には、違反行為に対し刑罰をはじめとする制裁や強制執行を結びつける義務賦課規範があり、一方「形成的行為」としての認可（補充行為）の背後には、私人間の合意が法律行為としての効力を獲得するための要件を加重する権能付与規範があることは先に見た。つまりここでは、権能付与規範が、「事実として」ある「行為がおこなわれること自体」ではなく、その行為を通じて示された意思の内容が法的効果を獲得するか否かという、「事実」とは対極の《観念》の世界に属する事象に関心を向けているのに対し、義務賦課規範の場合、あくまでも《事実》の世界でおこなわれることに関心が向けられている。

「憲法判断対象」だとされる《規範》（それを制定改廃する行為やそれを書い

18) 法を通じての現実の事象に対する意味づけ（Deutung）ということにつき、ケルゼン（横田喜三郎訳）『純粹法学』（岩波書店 1935）13頁以下。

た紙などの事実界の事象ではなく、紙に書かれたことの意味)は言うまでもなく、《事実》界の事象ではなく《観念》界の事象、すなわち権能付与規範の関心対象にはかならないから、「憲法判断の対象」が《規範》であるというイメージと、権限付与規範（規範の規範）としての憲法というイメージとの間の連関関係は、上記①②のうち特に後者を受け、さらに補強されるようにも見える。

3 上記連関イメージに対する阻害要因

(1) 学説

憲法とは、《事実》界の「ナマの」事象ではなく、下位《規範》という《観念》界の事象の変動要件を定める《権能付与規範》であるというイメージと、憲法判断の対象とは下位《規範》という《観念》界の事象であるというイメージとが密接不可分であること、そして「憲法判断の対象は下位規範である」と語られる際の背後にある（暗黙の）想定とは、実はそうしたイメージではなかったか。ここまでで述べたかったことを手短かに要約すると、こういうことになる。

ところが実のところよく見ると、「憲法判断の対象」として語られてきたものは《規範》だけにはとどまらない。例えば先に清宮四郎の概説書の一部を引用したが、同じ本は別の部分で、「審査の対象となる国家行為は、『一切の法律、命令、規則又は処分』である」と述べる¹⁹⁾（傍点は本稿筆者）。また例えば佐藤幸治は、「憲法よりも下位のおよそすべての抽象的ないし個別的・具体的な法規範が違憲審査の対象となると一般に解されてきた」とした上で、憲法81条にいう『「処分」』とは、個別的・具体的な国家行為²⁰⁾（傍点は本稿筆者）。さらに、憲法判断対象として「政府機関の行う事実行為」（「例えば、内閣総理大臣の靖国神社参拝や玉串料としての金銭支出など」）を明示

19) 清宮・前掲書（注7）374頁。

20) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂2011）634、635頁。

的にカウントに入れている点で注目される渋谷秀樹『憲法』²¹⁾は、「要するに、憲法81条は、法的行為・事実行為を問わず、政府機関のあらゆる行為が違憲審査権の対象となることを定めたものである」と述べている。渋谷が言うように、憲法判断対象は《規範》ではなく、むしろそれを定立改廃する行為、さらには事実行為を含め《行為》と言うべきなのであろうか。

憲法判断対象が違憲である場合、どのような法的帰結が帰属させられるか。日本国憲法98条1項によれば、「その効力を有しない」。《規範》が無効というのはわかりやすい。だが《行為》が無効というのは、すぐには腑に落ちない²²⁾。だが、上位規範により規範定立権を与えられていない者が下位規範を定立しようとする《行為》、上位規範が定める手続に則らないで下位規範を定立しようとする《行為》²³⁾、あるいは上位規範（例えば基本的人権規定）に違反する内容の規範を制定する《行為》が「無効」だというのは、結局のところそれら《行為》が定立しようとした《規範》が無効だということなのだと考えれば、《行為》の中でも規範定立行為と、それが定立しようとした《規範》とを、目くじら立てて区別する必要はない、とも言えそうである。実際「立法」、「行政立法」、「処分」、「判決」いずれの語も、規範定立《行為》と、その産物たる（「一般的抽象的」または「個別具体的」いずれにせよ）《規範》の両方を指し

21) 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣 2007）632頁。

22) 佐藤幸治は、憲法81条にいう「法律、命令、規則又は処分」と、同98条1項にいう「法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為」とは、「その範囲において同じもの」としつつ、「おそらく、[憲法81]条では、抽象的に憲法に反するものは無効ということにとどまらず、実際に裁判所によって違憲無効とされる点に鑑み、国法の形式が意識されたものと解され、『国務に関するその他の行為』が『規則又は処分』として表現されているものと解される」としている（樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅳ 第76条～第103条（注解法律学全集4）』（青林書院 2004）103頁〔佐藤幸治〕。なお引用文中2箇所傍点は本稿筆者）。

23) 憲法による下位規範定立の「手続」面コントロールにも目配りした記述として前掲書（注22）102頁〔佐藤幸治〕。その問題に特化したものとして畑尻剛「議事手続に対する司法審査・再考」法学新報108巻3号（2001）383頁以下およびそこ〔414頁〕に掲げられた諸文献。

て用いられている。つまり結局のところ、規範定立《行為》の違憲無効なるものも実はその正体は《規範》の違憲無効なのだと考えれば、上記関連イメージに特に破綻はないとも言えそうである。

(2) 判例の中の現実とどう向き合うか

もっとも《行為》の中でも《規範》を産まない「事実行為」については、そのような説明で切り抜けることはできない。

ところで、例えば先に見た佐藤幸治の記述のように、「法律、命令、規則」までは《規範》であるとされるのに対し、「処分」につき語る段になると個別具体的な国家《行為》であるとされる理由は何か。個別具体的な国家行為の場合、行政処分（いわゆる一般処分は除く）や裁判判決のように、個別具体的な《規範》創設に当たる場合もあれば、事実《行為》の場合もありうることが念頭に置かれるから、という一つの推測が可能ではないか。そしてそれら、事実行為を含む個別具体的な国家行為の合憲性は、しばしば国家賠償請求訴訟、すなわち義務賦課規範が語られる場面において争われる²⁴⁾。また例えば「愛媛玉串料訴訟」²⁵⁾では、宗教法人靖国神社の大祭に際して奉納される玉串料等を県の公金から支出した行為が、さらに「砂川市空知太神社事件」²⁶⁾では、市長が市有

24) 先に本稿が藤田の命令的行為と形成的行為（としての認可）の比較対照論から導出した、命令的行為の背後にある義務賦課規範のイメージは、刑罰法規を典型とする、違法行為（例えば無許可営業行為）に制裁を結びつける規範に適合的なそれであって、損害賠償法のそれではない、ということが問題となり得る。「義務賦課規範」という同一のカテゴリーの中に同居させられることが多いものの、加害者に対する制裁を目的とする刑罰法規と、むしろ不利益の公平分配という観点が重要となる不法行為法とでは、目的・機能がかなり異なる（分化している）ため、両者を同じ種類の規範と（あるいは損害賠償義務の履行強制を「制裁」と）見ることには無理が感じられないわけではない。もっとも国家賠償法1条1項の要件該当判断対象には、行政処分等の意思表示行為のみならず物理的行為も含まれており、その限りで、上記の義務賦課規範の要件該当判断対象行為と基本的に変わるところがない、と言うことができよう。また賠償金支払義務の履行強制が《事実》界の事象であることもまた、言うをまたない。

25) 最大判平成9年4月2日・民集51巻4号1673頁。

地上の神社物件の撤去及び同土地の明渡しを請求しないこと（怠る事実）が、それぞれ違憲判断対象とされている。このうち愛媛玉串料訴訟はいわゆる「四号請求」（地方自治法242条の2第1項第四号〔当時〕）であるから、自治体の機関というポストを占めていた者（生身の人間）が「事実としてある行動を[した] こと（しな[かった] こと）」につき、自治体に対する損害賠償責任を負うか、という義務賦課規範が語られる場面に憲法20条3項および89条が登場していることになる。

これらの、決して狭くはない範囲の現実と、2タイプ規範区別論との間に折り合いをつけるため、新正幸が導入するのは、これら「行政機関ないし司法機関の個別・具体的な行為」については、「基本権規定は、権限規範と行為規範の性格を両有することになる」という説明である（新自身が明示的に述べるところでないが、愛媛玉串料訴訟における政教分離規定も同じように考えることが可能のように思われる）。

（3） 試論

上記現実と2タイプ規範区別論との間に折り合いをつけるため、もう一つ方法があるように思われる。

日本国憲法第三章所定の基本的人権規定（および政教分離規定などの客観法規範）と、それらに違反する下位規範は「効力を有しない」という憲法98条1項が定める帰結とは、常に不可分一体なのだろうか。確かに憲法98条1項に言う「その条規」の中心は第三章所定の基本的人権規定等であろう。だが、それに反する下位規範は「効力を有しない」とあるからといって、人権規定等に照らした審査対象は常に法規範であり、違憲の帰結は常に無効だ、と考えることが妥当でないことは、事実行為に対する違憲審査が実際に行われていることからいえるのではないだろうか。こうして、ひとたび「違憲」ということと「存在する規範の無効」ということとを分離すれば、事実行為に対する違憲審

26) 最大判平成22年1月20日・民集64巻1号1頁。

査も、さらに立法行為（不作為含む）に対する違憲審査（国賠違法審査ではない）も、さらには立法不存在に対する違憲審査すら、2規範峻別論からして直ちに不可能事だとはいえなくなるのである。

このように「違憲」と「無効」とを分けて考えた場合、日本国憲法第三章所定の諸規定は、2種の規範峻別論から見て、どちらなのか。どちらでもない（ニュートラルだ）と答えるべきであろう。だが、例えば政教分離規定が「四号請求」住民訴訟という場面に導入されれば、同規定は義務賦課規範が語られる場面で機能することになる。これに対し、法律以下の下位規範の違憲無効が争われるという、本来憲法98条1項が想定する場面に基本的人権規定が導入されれば、それは権能付与規範が語られる場面で機能することになる。

違憲であることが誰の目から見ても「明白な」内容の立法を制定する立法行為（または放置する不作為）が国賠違法かどうか争われる場面²⁷⁾でも、憲法上の規定は、義務賦課規範が語られる場面で機能することになる。もっともこの場合、憲法規定が立法行為を直接評価するのではなく、憲法判断自体直接には、規範の内容に対して向けられるが、かように一定の内容の規範を定立する行為（法行為）が義務賦課規範の要件該当判断対象へと包摂されることは、上掲の無「許可」農地売買に対する処罰（農地法64条一号）の場合と基本的には同じ構造である。

以上要するに、日本国憲法第三章所定の諸規定は、それ自体2規範いずれかのカテゴリーへと単純に分別できるものでなく、むしろ義務賦課規範が語られる場面と権能付与規範が語られる場面の両方に導入され、機能する可能性のあるものだ、というのが本稿の試論である。

上記のように基本的人権規定等を、2種の規範峻別論から見てどちらでもない（ニュートラルな）規範だと考えた場合、違憲ならどういう法効果（規範の効力を否定したり国家賠償を命ずること）が結び付けられるのか、ということを含弧に入れた（それを問わない）判断（違憲かどうかの単なる確認）という、

27) 最大判平成17年9月14日・民集59巻7号2087頁。

まさに最高裁が在外邦人投票権訴訟²⁸⁾において用いた手法も、2種の規範峻別論から直ちに否定されるべきものとはいえない。それは2種の規範峻別論という法の一般理論とリンクした問題ではなくむしろ、そうした具体的請求を捨象したところでの憲法判断が付随的審査制を採用したはずの日本国憲法81条の下可能か、という実定憲法解釈論次元の問題であろう。

また、憲法判断の対象というテーマからは外れるが、2規範峻別論に依拠する以上、いわゆる「取消違法」と「国賠違法」の関係如何という問題について一言もしないで済ますわけにはいかないであろう。2規範峻別論からすれば、権能付与規範が語られる場面である前者と、義務賦課規範が語られる場面である後者とは峻別されるべきであろう。だがそれはあくまで議論の出発点であって、結論ではない。つまり、2規範峻別論に立ったからといって、結論として直ちに（少なくともそこから必然的に）「公権力発動要件欠如説」（違法性一元論）を否定しなければならなくなるわけではないように思われる²⁹⁾。確かに2規範峻別論からすれば、処分の「取消違法」直ちに「国賠違法」とはならないだろう。しかしながら、2規範峻別論から出発しつつも、例えば国賠制度もまた、「法律による行政の原理」に仕える制度の一画をなす点で、行政争訟制度と変わりがなく、従って両制度下における違法性は同一でなくてはならないはずである、といった理由付けを媒介にして、結論的には「公権力発動要件欠如説」を支持することは、決して不可能ではないように思われる。ここでもまた、結論を左右するのは実定法解釈レベルの議論であって、2規範峻別論という法の一般理論の一断面ではないように思われる。

（おいしい・かずひこ 筑波大学法科大学院教授）

28) 前掲注27。

29) 新・前掲書（注2）310頁は、同説は「法的様相論からみて問題がある」とする。

CCCTBに関する2011年3月欧州委員会提案 の概要と展望

——ALPの海に浮かぶフォーミュラの貝殻——

大 野 雅 人

1. はじめに
2. CCCTBについての欧州委員会提案に至る経緯
3. CCCTB指令案の基本的枠組み及び各章の概要
 - (1) CCCTB指令案の基本的枠組み
 - (2) CCCTB指令案の各章の概要
4. 独立企業原則との対比
 - (1) 定式配分方式に対するOECD移転価格ガイドラインの評価
 - (2) 独立企業原則の適用上の問題点
 - (3) CCCTB指令案が提案する定式配分方式の妥当性
5. 加盟各国にとってのCCCTB指令案の問題点
 - (1) EUの補充性原則及び比例性原則との整合性
 - (2) 法人税制に関する加盟国の権限の喪失
 - (3) 加盟国の法人税の減収
 - (4) 独立企業原則との不本意な共存
6. CCCTBの将来——「より強化された協力」条項の適用の可否
7. おわりに

1. はじめに

EU（欧州連合）の欧州委員会（European Commission）は、2011年3月16日に、CCCTB（Common Consolidated Corporate Tax Base, 「共通連結法人課税ベース」¹⁾）についての正式な提案²⁾を行った。これは、2001年の研究調査報告書「単一市場における法人課税」³⁾以後の10年間にわたる欧州委員会にお

ける検討の成果であり、EU内の複数の国家にまたがって活動する企業グループに、コンプライアンス・コストと法人税額との両面で、いくつかの大きな変化をもたらす可能性がある。

変化のひとつは、CCCTBの適用を受けるグループ法人間の取引について独立企業原則（Arm's Length Principle）の適用が要求されなくなることである。OECDモデル租税条約9条の下では、関連法人間の取引価格は独立企業原則に則って定められる必要があり、価格が独立企業原則に則った独立企業間価格（Arm's Length Price）からはずれているとされれば、税務当局から移転価格課税を受けることとなる。多国籍企業グループに対しては、多くの国で、その取引価格が独立企業原則に則っていることを証明するための文書化が求められるようになったが、そのことが企業には重い負担となっていると言われてきた（また、文書化を行ったからといって、必ずしも移転価格課税を回避できるわけでもない。）。それが、CCCTBの下では、同制度の適用を受ける企業グループの各法人の所得を合算した上で（合算に当たり、グループ内法人間の取引から生じた損益は無視される。CCCTB指令案59条1項）、当該合算所得（連結課税ベース）を労働・資産・売上の3要素を使った公式により各法人に按分することになるため（CCCTB指令案86条）、独立企業原則に則る必要がなくなることになり、コンプライアンス・コストの軽減につながるものが期待されている。ただし、同一の企業グループに属する法人であっても、後述のように、CCCTBの適用を受けることができる法人には一定の制限がかけられており、それ以外の法人との取引については、従来どおり、独立企業原則が適用される

-
- 1) Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) の訳としては、「連結法人課税標準の統一」(村島雅弘・後掲注10)、「一般的統合法人税課税ベース」(吉村典久・後掲注10)などがあるが、本稿では増井良啓・後掲注10により「共通連結法人課税ベース」とした。
 - 2) European Commission, COM (2011) 121/4, 2011/0058 (CNS), “Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)” SEC (2011) 315, SEC (2011) 316.
 - 3) “Company Taxation in the Single Market”, SEC (2001) 582, 通称 “The Company Tax Study”.

ことに留意する必要がある⁴⁾。

さらに、CCCTBの適用を受ける企業グループの法人については、課税ベースの計算についてCCCTBの独自ルールが適用され（その意味では、CCCTBは、欧州連合における28番目の法人税制となる。）、EU加盟国（以下「加盟国」又は「加盟各国」という。）の法人税制は適用されない（同7条）。これも企業グループにとってはコンプライアンス・コストの軽減につながると言われる。

もうひとつの変化は、CCCTBの適用を受けるグループ法人間における利益と損失の相殺が行えるようになることである（CCCTB指令案57条）。これまでは、関連法人間の利益と損失のクロスボーダーでの相殺については、加盟各国の国内法制による厳しい制限がかかっていた。それが、CCCTBの下では、グループ内の一の法人に損失が生じていれば、当該損失は他の法人の利益と相殺できることとなり、これは多国籍企業グループの法人税負担の軽減につながる。

欧州委員会は、CCCTBの導入によって、企業グループのコンプライアンス・コストが7億ユーロ削減され、連結の実現により法人税の負担は13億ユーロ軽減されると試算している（2011年3月16日付プレスリリース、IP/11/319）。これらは、EU内で複数の国にまたがって活動する多国籍企業グループにとっては朗報となるが、加盟各国にとっても朗報となるかどうかについては、意見が分かれるだろう。法人税制の統一が、将来的にはEU経済の活性化とともに各国経済の活性化にもつながるとして、これを歓迎する意見がある一方で、CCCTBの導入による法人税収の減収が懸念され（連結の実現による企業の租税負担の減は、加盟国にとっての歳入の減となる。）、また、CCCTBによる所得配分方式が適当でないと考える国や、法人税制の詳細を決める権限をEUに委譲することを好まない国もあるだろう。

4) グループは、居住法人とその「有資格子会社」（qualified subsidiaries）から構成されるので、「有資格子会社」に該当しなければCCCTBの適用を受けることはできない。またEU域外に所在する法人は、原則として、CCCTBの対象とならない。CCCTB指令案54条から56条まで及び78条・79条（後述3(2)(i)及び(m)参照）。

本稿では、多国籍企業グループの二重課税問題の解決策として、独立企業原則に代わる定式配分（Formulary Apportionment）方法を採用する CCCTB について、その正式提案に至る経緯を簡単に振り返り（後述2）、次いで CCCTB 指令案の全体像をみた後で（後述3）、CCCTB が採用する定式配分方式を独立企業原則との対比で検討し（後述4）、さらに CCCTB をめぐるその他の論点を概観した上で（後述5）、CCCTB が実現される可能性について考えてみることにしたい（後述6）。

2. CCCTB についての欧州委員会提案に至る経緯

EU における法人税制改革の議論は、1962 年の Neumark Report にさかのぼる⁵⁾。1990 年には、「法人課税についての独立専門家委員会」が欧州委員会から法人税制改革の諮問を受け、1992 年に Ruding Report⁶⁾ を提出した。この報告書自体は、具体的な改革の動きに直接に結びつくことはなかったが、1999 年に、理事会は欧州委員会に、Ruding Report 以来の状況の変化を踏まえて改めて EU における法人税制についての検討を行うよう求めた。これを受けて、欧州委員会は 2001 年に研究調査報告書「単一市場における法人課税」⁷⁾ を公表した。同報告書では、法人税制改革の選択肢として、次の 4 案が示された⁸⁾。

- ① Home State Taxation (HST)：本拠地国課税。複数の加盟国で事業を行う企業グループの法人税について、親会社の所在地国（Home State）の課税ベース計算ルールを、他の加盟国に所在する子会社及び PE にも適用しようとするもの。税率については、各加盟国の税制が適用される。

5) Neumark Report から委員会提案に至る経緯については、吉村典久・後掲注 10 の 38 頁-41 頁参照。

6) Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (“Ruding Report”), 1992, Brussels.

7) 前掲注 3。

8) 前掲注 3 の“The Company Tax Study” pp.373-382、後掲注 12 の「影響評価書」 pp.52-53。

- ② Common (Consolidated) Tax Base：共通（連結）課税ベース。法人課税ベースの算定のための共通ルールを新たに策定し、当該共通ルールを企業グループの各法人に適用しようとするもの。グループ内の各企業の所得は連結された上で、一定の定式によって各国に按分される。当該共通ルールを採用するかどうかは企業グループの任意となる。税率については、各加盟国の税制が適用される。
- ③ European Union Company Income Tax (EUCIT)：欧州連合法人所得税。EU内に適用される新たな法人税法を制定しようとするもの。その最も純粹な形態では、EUCITは単一の税務当局によって執行され、EU内を通じて単一の税率が適用され、その税収の全部又は一部はEUの諸機関の活動のために使われる。EUCITはEUの連邦税として加盟各国の法人税制と併存する。
- ④ A Single Compulsory 'Harmonised Tax Base'：単一の強制的な「調和した課税ベース」。EU内に適用される新たな法人税法を制定し、加盟各国の既存の法人税制は廃止とするもの。

そして、同報告書は、CCCTBを導入することの基本的な利点として、次の4点を指摘した⁹⁾。

- ・ EU内の27の税制に対処するための必要性から生じるコンプライアンス・コストが大幅に削減される。
- ・ 企業グループ内における移転価格問題がなくなる。
- ・ 原則として、EU内では利益と損失が自動的に通算される。
- ・ 多くの国際的事業再編が、税務的にシンプルになり、経費も削減される。

9) 後掲注12の「影響評価書」p.53参照。

これらの法人税制改革案については、2002年から数次にわたって民間との意見交換が行われた。そして、2004年11月に、全加盟国の税務当局の専門家によって構成される作業部会（Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group：CCCTB WG）が立ち上げられ、同作業部会は、2008年4月までに13回の全体会議を開いた。同作業部会には6つの専門部会がつくられ、特定された問題について作業部会への報告を行った。作業部会は、2005年12月、2006年12月、2007年12月の3回にわたり、民間企業、実務家、学者からの意見聴取を行った。2008年2月には、欧州委員会などが主催する会議がウィーンで開催され、2010年10月には加盟国、民間、学者及びシンクタンクからの意見聴取が実施された¹⁰⁾。そして、2011年3月16日に、「共通連結法人課税ベースに関する理事会指令についての提案」（“Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)”¹¹⁾）が公表された。以下、本稿では、この文書を「委員会提案」と呼び、この文書に含まれる理事会指令の案を「CCCTB 指令案」（又は「指令案」）と呼ぶ。「委員会提案」は、その冒頭の「説明のための覚書」（Explanatory Memorandum）と「CCCTB 指令案」から成っている。

10) 以上の記述は、主として委員会提案の「説明のための覚書」（“Explanatory Memorandum”）pp.6-7、後掲注12の「影響評価書」pp.4-7, pp.48-55による。このほか、2011年3月の欧州委員会の提案内容とその経緯などを紹介するものとして、村島雅弘「欧州における連結法人課税標準の統一（Common Consolidated Corporate Tax Baseの導入）～これまでの議論と今後の展望」国際税務31巻7号68頁（2011.7）、増井良啓「法人税制の国際的調和に関する覚書」税研160号30頁（2011.11）、吉村典久「法人税制の国際的調和・税率構造」税研160号38頁（2011.11）。2001年の“The Company Tax Study”（前掲注3）を紹介するものとして、小野島真「国際的定式配賦方式導入の可能性について」明治大学政経論叢72巻4＝5号235頁（2004）、同「EUにおける法人所得課税の租税協調をめぐる議論について—欧州委員会2001年報告書を中心に—」明治大学政経論叢74巻1＝2号235頁（2005）。また、野口剛「経済活動のグローバル化の進展と法人税—EUレベルでの法人税調和に向けた試み—」諸富徹編著『グローバル時代の税制改革—公平性と財源確保の相克—』（ミネルヴァ書房、2009）。

11) 前掲注2。

同日付で、CCCTBについての「影響評価書」(Impact Assessment)¹²⁾も公表されている。影響評価書は、これまでの経緯を詳細に記述するとともに、CCTB (Common Corporate Tax Base without consolidation、所得合算を伴わない共通法人課税ベース)とCCCTB (Common Consolidated Corporate Tax Base、所得合算を伴う共通法人課税ベース)を対象として、それぞれに、強制適用される場合 (compulsory)と納税者による選択適用が行われる場合 (optional)とに分けて評価を行っている¹³⁾。これら4つの選択肢について示すと、表1のとおりである¹⁴⁾。

表1 CCTB／CCCTBについての4つの選択肢

	選択適用	強制適用
連結なし	(optional CCTB) ・グループ内の各企業（一定の要件を満たすもの）の課税ベースは、<u>グループが選択した場合には、CCTBのルールによって計算される。</u> ・グループ内の各企業の損益は通算されない（グループ内企業間の取引には<u>独立企業原則が適用される。</u>）。	(compulsory CCTB) ・グループ内の各企業（一定の要件を満たすもの）の課税ベースは、<u>強制的に、CCTBのルールによって計算される。</u> ・グループ内の各企業の損益は通算されない（グループ内企業間の取引には<u>独立企業原則が適用される。</u>）。
連結あり	(optional CCCTB) ・グループ内の各企業（一定の要件を満たすもの）の課税ベースは、<u>グループが選択した場合には、CCTBのルールによって計算される。</u> ・グループ内の各企業の損益は、<u>グループが上記選択をした場合には、通算される（したがって、グループが上記選択をした場合には、グループ内企業間の取引には独立企業原則の適用はなくなる。）。</u> ・グループ内の各企業の課税所得は、<u>グループが当該選択をした場合には、定式に基づく按分計算による。</u>	(compulsory CCCTB) ・グループ内の各企業（一定の要件を満たすもの）の課税ベースは、<u>強制的に、CCTBのルールによって計算される。</u> ・グループ内の各企業の損益は、<u>強制的に、通算される（したがって、グループ内企業間の取引には、独立企業原則の適用はなくなる。）。</u> ・グループ内の各企業の課税所得は、<u>強制的に、定式に基づく按分計算による。</u>

上記の4つの選択肢の中では、選択適用のCCCTBが最も好ましいとの評価を受けたが、その主要な理由は、(i)雇用に対する影響が最も好ましいと予想されること、及び(ii) EU内のすべての法人について新たな課税ベース計算ルールを適用しなければならないという事態を避けられること、にあった¹⁵⁾。

3. CCCTB指令案の基本的な枠組み及び各章の概要

(1) CCCTB 指令案の基本的枠組み

CCCTB 指令案の基本的な枠組みは、つぎのようにまとめられる。

- ① 一の企業グループの各構成企業の所得を合算（利益と損失を相殺）した上で、一定の定式により、当該合算された所得（「連結課税ベース」(consolidated tax base)）をグループ内の各構成企業に按分するものであること（前文パラグラフ6、同7、86条1項・2項、57条2項、59条1項。後述(2)(p)参照）。したがって、企業グループの各構成企業の所得の算定は、独立企業原則を適用することなく行えることとなる。ただし、対象となるのは、CCCTBを採用する加盟国に所在するグループ構成企業のみであり、それ以外の国（加盟国以外の国、及び、EU内の一部の国のみがCCCTBを採用するとすれば、CCCTBを採用しない加盟国）に所在する企業とCCCTBの適用を受けるグループ構成企業との間の取引については、従来同様、独立企業原則が適用されることになる。また、CCCTBの適用を受けることができる法人も限定されており（54条、55条。後述(2)(i)参照）、

12) European Commission, 16 March 2011, “Commission Staff Working Document, IMPACT ASSESSMENT, Accompanying Document to the Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), COM (2011) 121 final, SEC (2011) 316 final. この文書は、http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax_base/index_en/htm から入手可能。

13) 「影響評価書」 pp.17-47.

14) この外に、「現状のまま」という選択肢（Option 1）があるが、ここでは省略する。

15) 委員会提案の「説明のための覚書」の2(b).

グループ法人内であっても CCCTB の適用対象外となる法人との取引については独立企業原則が適用されることとなる（78条、79条。後述(2)(m)参照）。

- ② 連結課税ベースの按分に用いられる定式は、労働・売上・資産の3つのファクターに同等のウェイトを置いたものであること（86条1項）。OECD 移転価格ガイドラインで言及されている、「全世界定式配分方式」に準ずるものといえる。なお、「労働」のファクターは、更に「従業員数」と「賃金額」との二つのファクターに分けられるため、実質的には4ファクター方式ともいえる。また、売上のファクターは、ある商品の売上を行った企業に帰属するのではなく、当該商品が配送される国の企業に帰属する（86条1項、96条1項。後述(2)(p)参照）。
- ③ CCCTB による所得按分を行うかどうかは、企業グループの選択に委ねられること（前文パラグラフ8、6条。後述(2)(c)参照）。したがって、企業グループは、CCCTBによらず、従来同様、グループ内の各構成企業が所在する加盟国の法人税制によって法人所得と法人税を計算することもできる（企業グループがCCCTBを選択する旨の通知を税務当局に行わなければ、従来どおりに各国税制が適用されることとなる。）。ただし、CCCTBを選択した企業グループについては、一定の条件を満たす関連企業はすべて当該企業グループに含まれることとなり、個々の構成企業について CCCTB の適用を受けるかどうかについて企業グループの任意の選択に委ねられるものではない（“all-in all-out”の原則。55条。後述(2)(i)参照）。
- ④ 按分の対象となる連結課税ベースの計算については、特定の加盟国の法人税制によるものではなく、CCCTB 指令案が独自の所得計算ルールを定めていること（前文パラグラフ9、9条～53条）。したがって、CCCTB は EU における 28 番目の法人税制といえることができる。
- ⑤ 定式によりグループ内の各企業に配分された所得に対しては、当該企業の所在国の法人税制によって定められた税率が適用される。CCCTB 指令案は、独自の税率を定めるものではない（前文パラグラフ5、103条）。

- ⑥ 企業グループがCCCTBの適用を選択した場合には、当該企業グループの中心となる企業（これを「主たる納税者」（principal taxpayer）という。4条6項）が、当該企業グループの構成企業（54条に規定される、グループの構成企業となる要件を満たしているもの）を代表して、連結納税申告書（consolidated tax return）を、当該主たる納税者の所在地の加盟国の税務当局（これを「主たる税務当局」（principal tax authority）という。4条(22)）に提出すれば、それによってグループの各構成企業の申告義務は果たしたことになる、いわゆるワン・ストップ・ショップ・アプローチ（one-stop-shop approach）が採用されている（「説明のための覚書」の1の paragraph 16、前文 paragraph 4、109条）。

(2) CCCTB 指令案の各章の概要

CCCTB 指令案は、前文、18の章及び3つの附属文書（Annexes）からなる。同指令案の概要を各章について述べれば次のとおりである¹⁶⁾。

(a) 「第1章 範囲（Scope）」

指令案第1章では、指令案の目的（1条）、指令案の適用を受けることができる法人の範囲（2条、3条、Annex 1、2）が定められている。EU内で設立されたAnnex 1に掲げられた法人で（Annex 1には、European Company, European Cooperative Societyの外、各加盟国の国内法で定義される法人が列挙されている。）、かつ、Annex 2に列挙されるEU加盟国の法人税制の対象になるものが指令の適用を受けることができる（2条1項）。この外、これらに類する第三国の法人も指令の適用を受けることができる（2条2項）。したがって、EU外の

16) CCCTB 指令案の、主として実体面からの検討として、L. Cerioni, “The Commission’s Proposal for a CCCTB Directive : Analysis and Comment” *Bulletin for International Taxation*, September 2011, p.515。また、主として手続面からの検討として、A. van Eijdsden, “The One-Stop-Shop Approach : A Discussion of the Administrative and Procedural Aspects of the CCCTB Draft Directive”, *EC Tax Review*, 2011 - 5, p.217。

法人も、そのPEについて、CCCTBの適用を受けることが可能である。

(b) 「第2章 基本的なコンセプト (Fundamental Concept)」

第2章には、定義規定(4条)、PEに関する定義規定(5条)が置かれている。この指令案において、「納税者」(taxpayer)とはCCCTBの適用を受けることを選択した法人をいい(4条(1))、「主たる納税者」(principal taxpayer)とは54条及び55条の規定に基づき形成されるグループにおいて中心となる納税者等をいい(4条(6)(a)~(d))、「構成企業」(group member)とは当該グループの構成企業(PEを含む。)をいい(4条(7))、「主たる税務当局」(principal tax authority)とは主たる納税者が所在する加盟国の税務当局をいう(4条(22))。

(c) 「第3章 本指令に規定される制度の選択 (Opting for the System Provided for by This Directive)」

第3章は、CCCTBが選択制である旨を規定する。本指令が規定するCCCTBの適用を受けるかどうかは、EU領域内で設立された法人の選択によること(6条1項)、EU領域外で設立された法人についても、EU領域内にあるそのPEについてCCCTBの適用を受ける選択をすることができること(6条2項)などが規定されている。法人が本指令の適用を選択した場合には、加盟国の法人税制は、別段の定めがない限り、適用されなくなる(7条)。本指令の規定は、加盟国間でこれに反する合意があったとしても、適用される(8条)。

(d) 「第4章 課税ベースの計算 (Calculation of the Tax Base)」

第4章には、本指令が適用される上での課税ベースの計算方法が示されている。原則として収益及び費用は実現主義により(9条1項)、取引は個別に測定され(9条2項)、課税ベースの計算方法には継続性が求められ(9条3項)、課税ベースは1課税年度ごとに計算される(9条4項)。課税ベースは、収入(revenue)から非課税収入(exempt revenue)、控除可能費用(deductible expenses)及びその他の控除項目(other deductible items)を差し引いて計算される(10条)。非課税収入は11条に、控除可能費用は12条に、それぞれ規定されている。32条から42条までに規定されている固定資産の減価償却費が、「その他の控除項目」として控除可能である(13条)。他方、控除できない費

用（non-deductible expenses）として、配当（14条1項(a)）、交際費の50%（同項(b)）、資本を構成する利益積立額（同項(c)）、法人税（同項(d)）、罰課金（同項(e)）などが列挙されている。

(e) 「第5章 時期及び数量化（Timing and Quantification）」

第5章では、発生主義の原則（17条）が示されるほか、収入（18条）、控除可能費用（19条）、非減価償却資産に係る費用（20条）、在庫・仕掛品（21条）についての規定が置かれている。評価に関しては、価額が金額で表示されるものについては当該金額によるが（22条1項(a)）、価額が金額で表示されないものや受贈益などは市場価格（the market value）により（同項(b)(c)(d)）、売買目的で保有される金融資産などについては公正価額（the fair value）による（同項(e)）などとされている。価額はユーロで評価される（22条2項）。売買目的で保有される金融資産などの定義は、23条に置かれている。

このほか、長期契約（Long-term contracts）についての特例（24条）、引当金（provisions）についての規定（25条）、年金（pension）についての規定（26条）、不良債権の償却（bad debt deduction）についての規定（27条）、ヘッジング（hedging）についての規定（28条）、在庫・仕掛品についての規定（29条）、保険業についての規定（30条）が置かれている。また、居住法人から第三国に所在するそのPEに対する固定資産の移転などは、当該固定資産の処分とみなされる（31条）。

(f) 「第6章 固定資産の償却（Depreciation of Fixed Assets）」

第6章では、償却費計算のルールが示されている。減価償却資産については、36条1項に規定するもの（建物、建物以外の長期減価償却資産（long-life tangible assets、定義は4条(16)）、無形資産）は個別に減価償却費が計算され、それ以外のものについては39条が適用されて一括計算（プール計算）が行われる。原則として当該資産の経済的所有者（economic owner）が、減価償却費を費用として控除できるが（34条1項）、リース資産の特例（同条2項）や、経済的所有者が特定できない場合の特例（同項3項）が置かれている。減価償却の詳細については、委員会が定めることができる（34条4項）。減価償却期

間は、建物は40年、建物以外の長期減価償却資産は15年、無形資産は当該資産が法的保護の対象となる期間などと定められており、減価償却方法は定額法（a straight-line basis）である（36条1項）。上記以外の減価償却資産については、ひとつの資産プール（asset pool）に入れられ、25%の償却率で償却される（39条）。土地、美術品、骨董品、宝石、金融資産等は減価償却の対象とはならない（40条）。固定資産の定義の詳細については、委員会が定めることができる（42条）。

(g) 「第7章 損失 (Losses)」

第7章では、本指令に別段の定めがある場合を除き、法人単体の損失は後年度において控除できること、また古い課税年度の損失から順次、控除の対象とされるべきことが定められている（43条）。

(h) 「第8章 本指令に規定される制度への参入及び離脱についての規定

(Provisions on Entry to and Exit from the System Provided for by This Directive)」

第8章では、納税者が本制度の適用を選択した場合と、本制度から離脱する場合の、資産・負債の評価手続等が定められている。納税者が本制度の適用を選択した場合には、すべての資産と負債は本制度が適用される直前の価額で評価される（44条）。固定資産は、原則として償却後の価額による（45条1項）。このほか、長期契約、引当金、年金引当金、不良債権償却などに関する規定が置かれている（46条～48条）。他方、いったん本制度の適用を選択した納税者が制度から離脱しようとする場合には、その資産と負債は本制度が定める規則に従って認識される（49条）。39条に規定する資産プールに入れられた資産、長期契約、引当金、繰越欠損金等に関する取扱い規定が置かれている（50条から53条まで）。

(i) 「第9章 連結 (Consolidation)」

第9章には、関連法人の所得の合算についての諸規定が置かれている。

A グループの構成

居住納税者（6条3項・4項の規定に基づき加盟国の居住者とされる法人。4

条(1)(4)) は、(i) EU内に所在するそのすべてのPE、(ii) 第三国の居住者であるその有資格子会社（qualifying subsidiaries）のEU内に所在するすべてのPE、(iii) 加盟国の居住者であるその有資格子会社のすべて、及び(iv) 第三国の居住者であり2条2項(a)の条件を満たす会社が共通の親会社となる、他の居住納税者（当該親会社の有資格子会社）とによって、そのグループを構成する（55条）。また、非居住納税者（居住納税者以外の納税者）は、EU内に所在するそのすべてのPEと加盟国の居住者であるそのすべての有資格子会社（EU内に所在するそのPEを含む。）によって、そのグループを構成する（55条2項）。ここで「有資格子会社」とは、居住法人が議決権の50%超を保有するすべての子会社及び直列下位の会社（all immediate and lower-tier subsidiaries）又は資本の75%超又は利益の75%超を要求する権利を持つ子会社及び直列下位の会社をいう（54条1項。割合の判断基準については54条2項及び58条参照。）。破産手続中の会社や清算中の会社はグループの構成企業となることはできない（56条）。

B 連結の範囲

グループ内の各社の課税ベースは連結される（57条1項）。連結課税ベース（the consolidated tax base）とは、10条の規定に基づいて計算された、グループ内のすべての構成企業の課税ベースの合計である（4条(11)）。連結課税ベースの計算に当たり、グループ内法人間の取引から生じた損益は無視される（59条1項）。源泉所得税その他の源泉税はグループ内法人間の取引に対しては課せられない（60条）。連結課税ベースが赤字（negative）の場合には、当該損失は繰り越され、次年度以降の黒字（positive）の連結課税ベースと相殺される（57条2項1文）。連結課税ベースが黒字の場合には、当該課税ベースは86条から102条の規定に従って按分される（57条2項2文）。

(j) 「第10章 グループへの参加及び離脱（Entering and Leaving the Group）」

第10章は、法人がグループに参加し、あるいはグループから離脱する場合の、資産の評価、長期契約、引当金等に関する取扱い（61条～64条、67条～69条）及びグループが存続しなくなった場合の取扱い（65条・66条）を定め

る。

(k) 「第11条 事業再編 (Business Reorganisations)」

第11章は、グループ内の事業再編に関する課税上の取扱いを定める。グループ内の事業再編は、連結課税ベースの計算においては損益を生じさせない(70条1項)。ただし、2年以内の期間におけるグループ内の事業再編により、ひとつの法人の実質的にすべての資産が他の加盟国に移転され、資産ファクターが実質的に変更された場合には、特別なルールが適用される(同条2項)。また、事業再編の結果、一若しくはそれ以上のグループ又は二若しくはそれ以上の構成企業が他のグループの一部となった場合には、当該吸収されたグループ又は構成企業の繰越損失は、86条から102条までの規定に従って配分され、次期以降に繰り越される(71条1項)。二又はそれ以上の主たる納税者(principal taxpayers)が合併した場合には、当該グループの繰越損失はグループ内に配分され、次期以降に繰り越される(71条2項)。

(l) 「第12章 グループと他の事業体との取引 (Dealings between the Group and Other Entities)」

第12章は、グループが他の事業体から利益の配当を受けた場合や第三国のPEから所得を得た場合などの税額計算の特例などを規定する(72条～77条)。

(m) 「第13章 関連事業体間の取引 (Transaction between Associated Enterprises)」

第13章は、一定の関係にある事業体間の取引の取扱いについて定める。ある納税者が、非納税者あるいは同じグループに属さない納税者の議決権の20%超を有している場合、資本の20%超を有している場合、又は事業経営に著しい影響力(significant influence)を有している場合には、両者は「関連事業体」(associated enterprises)とみなされる(78条)。そして、関連事業体間の取引において設定された条件が独立企業間で設定されたものと異なる場合には、当該納税者の所得は、そのような条件がなかったならば生じたであろうものに調整される(79条)。すなわち、CCCTBが適用される法人グループを構成する法人が、前述の「有資格子会社」に限定されるため、それ以外の一定の

表2 CCCTBを選択した法人グループにおけるCCCTBと独立企業原則の適用関係

CCCTB等 の適用 基準	CCCTBの適用あり (54条、55条)	独立企業原則の適用 あり(79条)	CCCTB・独立企業原則 ともに適用なし
議決権基準	50%超	20%超50%以下	20%以下
資本割合基準	75%超	20%超50%以下	20%以下
利益要求基準	75%超	－	75%以下
著しい影響力基準	－	著しい影響力あり	著しい影響力なし

要件を満たす関連法人には独立企業原則（移転価格税制）が適用されるということになる。79条と前述54条・55条で規定されるCCCTBと独立企業原則との関係を示すと、表2のとおりである。

(n) 「第14章 租税回避への対抗規定（Anti-Abuse Rules）」

第14章は、一般的租税回避対抗規定（general anti-abuse rule）、一定の場合の利子控除の否認、及び外国子会社所得合算税制（Controlled Foreign Corporation rule）を定める。

A 一般的租税回避対抗規定

租税回避のみを目的として行われる人為的な取引（“artificial transactions carried out for the sole purpose of avoiding taxation”）は、課税ベースの計算において無視される（80条1文）。この規定は、商業上の結果は同じであるが異なる課税を生じさせることとなる二又はそれ以上の選択可能な取引から納税者が選択できる、純粋に商業上の活動（“genuine commercial activities where the taxpayer is able to choose between two or more possible transactions which have the same commercial result but which produce different taxable amount”）に対しては適用されない（80条2文）。この条項は、加盟国の租税回避対抗規定がEU法に反するかどうかについての、一連の欧州司法裁判所の裁判例を想起させるものである。ただし、この文言からは、具体的にどのような運用が想定さ

れているのかは、必ずしも明らかではない¹⁷⁾。

B 一定の場合の利子控除の否定

指令2011/16/EUに規定する「要請による情報交換 (the exchange of information on request)」に相当する情報交換協定を有しない第三国に所在する関連事業体 (78条参照) に支払われた利子は、当該第三国の法人税率が加盟国の平均法人税率の40%未満であるか、当該関連事業体が当該第三国の一般的な制度におけるよりも著しく低いレベルの課税を受ける特別な制度の適用を受けている場合には、控除することができない (81条1項)。

C CFC税制

納税者が議決権の50%超又は資本の50%超を有し、かつ、法人税率が加盟国の法人税率の40%未満である第三国に設立されているなどの条件を満たす子会社については、CFC (controlled foreign companies) ルールが適用される (82条、83条)。

(o) 「第15章 透明事業体 (Transparent Entities)」

第15章は、納税者が透明事業体の持分を有している場合には、当該事業体の所得はその持分に応じて納税者の課税ベースに加算される旨を規定する (84条、85条)。

(p) 「第16章 統合課税ベースの按分」

第16章は、第15章までの規定に基づいて計算され、連結された (57条)、連結課税ベース (the consolidated tax base) の、グループ各社への按分方法を規定する。本章は、定式配分ルールを採用するCCCTB提案の中心となる部分である。

グループ内のA社に対する按分計算は、次の算式によって行われる (86条1項)。

17) CCCTB指令案80条と過去の欧州裁判所の裁判例について論じたものとして、Michael Lang, “The General Anti-Abuse Rule of Article 80 of the Draft Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base” *European Taxation*, June 2011, p.223.

A社への按分額＝

$$\begin{aligned} & \left(\frac{1}{3} \times \frac{\text{A社の売上}}{\text{グループ全体の売上}} \right. \\ & \quad + \frac{1}{3} \times \left(\frac{1}{2} \times \frac{\text{A社の賃金}}{\text{グループ全体の賃金}} + \frac{1}{2} \times \frac{\text{A社の従業員数}}{\text{グループ全体の従業員数}} \right) \\ & \quad \left. + \frac{1}{3} \times \frac{\text{A社の資産}}{\text{グループ全体の資産}} \right) \\ & \quad \times \text{連結課税ベース} \end{aligned}$$

すなわち、売上額の割合を3分の1、賃金の割合を6分の1、従業員数の割合を6分の1、資産額の割合を3分の1とする、加重平均による定式配分である。指令では、「売上、労働及び資産の各ファクターに同じウェイトを置いた定式」と説明されている（前文パラグラフ21、86条1項）。売上・労働・資産によるファクター方式とも、売上・賃金・従業員数・資産による4ファクター方式ともいえる。連結課税ベースは、それが黒字（positive）の場合にのみ按分の対象となる（86条2項）。連結課税ベースが赤字（negative）の場合には、当該損失は次年度以降に繰り越され、次年度以降の利益から控除される（57条2項）。

主たる納税者又は関係国の権限ある当局は、この定式の適用によれば適切な結果が得られないと考える場合には、代替的方法（an alternative method）の適用を要請することができる（87条。この規定は“safeguard clause”と呼ばれる。）。ただし、「代替的方法」についての具体的な記述はない。「代替的方法」を適用するためには、すべての関係国の権限ある当局の同意が必要である（87条2文）。

A 労働ファクター（Labour Factor）

労働ファクターは、その2分の1（全体の6分の1）は支払賃金額により、他の2分の1（全体の6分の1）は従業員数による（90条1項）。従業員数は、課

税年度末の数による（90条2項）。「従業員」（an employee）の定義は、雇用が行われている加盟国の国内法による。従業員は、原則として、その賃金を支払っている構成企業に所属するものとして取り扱われるが（91条1項）、当該従業員がその賃金を支払っている構成企業以外の構成企業の管理と責任の下で働いている場合には、特別な規定が適用される（91条2項）。

B 資産ファクター（Asset Factor）

資産ファクターは、所有、賃借又は賃貸されるすべての有形固定資産の平均価額による（92条）。資産は、原則として、その経済的所有者に帰属するものとされる（93条）。土地とその他の非減価償却資産については、その取得価額（original cost）により（94条1項）、個別の減価償却の対象となる資産については、課税年度の期首の価額と期末の価額の平均とされる（94条2項）。資産プール（39条）の対象となる減価償却資産の価額は、課税年度の期首の価額と期末の価額の平均とされる（94条3項）。リース対象資産や、グループ内で移転された資産についての計算の特例がある（94条4項、5項）。

なお、CCCTBの適用前6年間に納税者が支出した研究、開発、マーケティング及び広告のための費用は、適用後5年間は資産ファクターに加算される（92条2項）。これは、連結課税ベースの按分計算において、構成企業が有する無形資産を考慮するための規定である。

C 売上ファクター（Sales Factor）

売上とは、商品の販売及びサービスの提供に係るもの（売上値引及び返品後の額）である。付加価値税その他の租税・関税を含まない（95条2項1文）。非課税収入、利子、配当、使用料、固定資産の売却益は、原則として売上には含まれない（95条2項2文）。グループ内企業間での商品の販売及びサービスの提供も、売上には含まれない（95条2項3文）。売上のファクターは、商品については、当該商品の配送又は移転が終了する加盟国に所在する構成企業に帰属する（96条1項1文。当該商品を販売した構成企業に帰属するものではないことに注意が必要である。）。当該場所が特定できない場合には、最後に商品の所在が特定できる加盟国に所在する構成企業に帰属する（96条1項2文）。

サービスについても、売上と同様に、当該サービスが提供される加盟国に所在する構成企業に帰属する（96条2項）。商品が配達され、若しくはサービスが提供された加盟国に構成企業が存在しない場合、又は商品が配達され、若しくはサービスが提供された場所が第三国である場合には、当該売上は労働及び資産ファクターに従って各構成企業の売上に加算される（96条4項）。

D 各ファクターの計算ルール

各ファクターの詳細な計算ルールの策定は、委員会に委ねられる（97条）。金融機関（financial institution、定義は98条1項）の資産ファクターについては、金融資産の価額の10%のみが含まれ、また、金融機関の売上ファクターについては、利息、手数料、証券からの収入の10%のみが含まれるという特則が置かれている（98条2項）。その他、保険業（99条）、石油・ガス業（100条）、海運・空輸業（101条）についての特則が置かれている。按分計算の結果得られたグループ内の各構成企業への配賦額（apportioned share）は、繰越欠損金、固定資産の除却損等により調整される（102条、64条、66条(b)、71条、63条、30条(c)、Annex III）。

E 税額

グループ内の各構成企業の税額は、按分計算の結果額（102条による調整後のもの）に、それらが所在する加盟各国の税率を乗じ、さらに76条に規定する控除を行ったものとなる（103条）。前述のとおり、CCCTBは独自の税率を定めていない。

(q) 「第17章 執行及び手続（Administration and Procedures）」

第17章には、手続的な規定が置かれている。

A 選択通知

納税者は、その居住地国の権限ある当局に対し通知（これを「選択通知」（the notice to opt）という。）することによって、本指令が定める制度の適用を受けることを選択することができる（104条1項1サブパラグラフ1文。記載事項については106条）。EU外で設立された企業のPEの場合には、通知は当該PEが所在する国の権限ある当局に対して行う（104条1項1サブパラグラフ1

文)。グループの場合には、主たる納税者が、グループを代表して、主たる税務当局（主たる納税者の居住地国の税務当局。4条22項）に対して通知する（104条1項1パラグラフ2文）。選択通知は、すべてのグループ構成企業（54条及び55条で定義される group members のすべて）をカバーして行われなければならない（104条1項2サブパラグラフ）。主たる税務当局は、当該通知を直ちに關係する加盟国の権限ある当局に送付する（104条3項1文）。通知を受けた権限ある当局は、1月以内に、彼らの見解並びに選択通知の有効性及び範囲に関する情報を、主たる税務当局に提出しなければならない（104条3項2文）。

選択通知の提出を受けた権限ある当局は、当該通知を審査する。当該通知が3か月以内に拒絶（reject）されなかった場合には、当該通知は受け入れられたものとみなされる（107条1項）。納税者が、106条に従って關係する情報をすべて開示している場合には、グループ構成企業のリストが不正確なものであったという判断が後日にされても、それは選択通知を無効とするものではなく、当該事実が明らかになった課税年度の当初にさかのぼって、選択通知が訂正され、他のすべての必要な手段（all other necessary measures）が採られることとなる（107条2項）。納税者が情報を完全に開示していなかった場合には、關係する他の権限ある当局の同意により、選択通知を無効とすることができる（107条3項）。

選択通知が受け入れられた場合には、納税者又はグループは、本指令で定められた制度を5年間適用しなければならない（105条1項1文）。当該期間が経過した後は、期間は3年毎に更新される（同項2文）。終了の通知は、納税者（又は主たる納税者）から権限ある当局に対して、期限が終了する3か月以上前に通知することによって行われる（同項3文）。

B 課税年度

グループのすべての構成企業の課税年度は、同じでなければならない（108条1項）。納税者がグループに参加する場合には、当該納税者はその課税年度をグループの課税年度に合わせなければならない（108条2項1文）。その場合

において、当該納税者の按分割合は、当該グループに参加した期間の暦月に応じて計算される（108条2項2文）。グループの構成企業がグループから離脱する場合には、当該企業の按分割合は、当該グループに参加していた期間の暦月に応じて計算される（108条3項）。

C 申告書の提出

単一の納税者の場合には、当該納税者が納税申告書（tax return）を権限ある当局に提出する。グループの場合には、主たる納税者がグループの連結納税申告書（consolidated tax return）を主たる税務当局に提出する（109条1項）。申告書の記載事項は、110条に列挙されている。連結納税申告書に誤りがあった場合には、主たる納税者は、主たる税務当局にその旨を通知しなければならない。主たる税務当局は、必要に応じ、114条の規定に基づき修正評価書（an amended assessment）を発行する（111条）。

納税申告書は、グループの各構成企業の納税義務評価（an assessment of tax liability）として取り扱われる。一の加盟国の法が、納税申告書は課税評価（tax assessment）としての法的地位を有し、租税債務の強制的実現を許容する手段として取り扱われる旨を規定している場合には、連結納税申告書は当該加盟国の租税債務を負う構成企業にとって同様の効果を有する（109条2項）。連結納税申告書が租税債務の強制的実現のための課税評価としての法的地位を有さない場合には、一の加盟国の権限ある当局は、当該加盟国の居住者である構成企業又は当該加盟国に所在する構成企業に関し、当該加盟国での強制的実現の権限を与える国内法に基づく指示を発することができる（109条3項）。

主たる納税者が連結納税申告書を提出しなかった場合には、主たる税務当局は、入手し得るデータを考慮し、推計に基づいて、3か月以内に、評価書（an assessment）を発出する（112条）。これは、我が国における、無申告の納税者に対する決定通知書に当たる。

D 修正評価書

主たる税務当局は、連結納税申告書の最終申告期限から3年以内に、修正評価書（an amended assessment）を発出することができる（114条3項1文）。

これは、我が国における更正通知書に当たる。連結納税申告書が提出されなかった場合には、修正評価書の発出期限は、112条の規定に基づく評価書が発出されてから3年以内となる（同）。修正評価書の発出は、12か月の期間内に1度しかすることができない（114条3項2文）。ただし、114条3項は、123条に基づき、主たる税務当局の加盟国の裁判所の決定に従って修正評価書が発出される場合、及び第三国との相互協議の合意若しくは仲裁手続の結果として修正評価書が発出される場合には、適用されない（114条4項）。また、114条3項の規定にかかわらず、修正評価書の発出期限は、意図的な又は悪質な懈怠による誤申告（a deliberate or grossly negligent misstatement）の場合には6年に延長され、誤申告が刑事手続（criminal proceeding）の対象となっている場合には12年に延長される（114条5項）。連結納税申告書の場合、申告による課税ベースと正しい課税ベースの差額が、5000ユーロ又は連結課税ベースの1%のどちらか低い金額を超えない場合には、修正評価書は発出されない（114条7項1文）。また、一の加盟国に所在する構成企業の按分額（apportioned shares）の調整が0.5%未満である場合にも、修正評価書は発出されない（117条7項2文）。

E 権限ある当局に対する情報提供

納税者は、当該納税者が所在する加盟国の権限ある当局からの要請に基づき、当該納税者の租税債務の決定に関係するすべての情報を提供しなければならない（118条1文）。また、主たる納税者は、主たる税務当局からの要請に基づき、連結課税ベース又はグループ構成企業の租税債務の決定に関係するすべての情報を提供しなければならない（118条2文）。

F 権限ある当局の見解（アドバンス・ルーリング）

納税者は、実行が計画されている特定の取引又は一連の取引に対する本指令の適用に関して、当該納税者が所在する加盟国の権限ある当局の見解を求めることができる。納税者は、グループの構成に関する見解を求めることもできる。権限ある当局は、見解を求められた場合には、合理的な期間内に回答するように努めなければならない（119条1項1サブパラグラフ）。すべての関係する情

報が納税者から提供された場合には、権限ある当局の回答は拘束力を持つ。ただし、主たる税務当局の加盟国の裁判所が、その後にこれと異なる判断を下した場合はこの限りでない（119条1項2サブパラグラフ1文）。この規定は、CCCTBについてのアドバンス・ルーリング制度を定めるものである（前文パラグラフ23）。納税者が権限ある当局の見解に同意しない場合には、納税者は自身の見解に従って行動することができるが、その旨を申告書に記載しなければならない（119条1項2段2文）。

G 権限ある当局間の情報交換

権限ある当局が、指令2011/16/EUに基づき、協力又はグループ構成企業に関する情報交換の要請を受けた場合には、当該要請を受けた日から3か月以内に回答しなければならない（120条2項）。本指令の下で入手された情報について、加盟国は守秘義務を負う（121条）。

H 税務調査

税務調査（audits）は、関係各税務当局の協力の下に行われる（122条1項）。税務調査は、当該調査が実施される加盟国の国内法に基づき実施される（122条2項）。

I 加盟国間の意見の相違

加盟国の権限ある当局が、107条、114条3項、同条5項、同条6項2サブパラグラフに基づいて行われる主たる税務当局の決定に同意できないときは、当該権限ある当局は、3か月以内に、主たる税務当局の加盟国の裁判所に提訴することができる（123条1項）。

J 不服申立・訴訟

納税者は、①選択通知の拒否決定、②文書又は情報の開示要求、③修正評価書、④連結納税申告書が提出されなかった場合の評価書、に対して不服申立ができる。不服申立は、その対象となる通知を受けた後60日以内に行わなければならない（124条1項）。不服申立を受けた行政部局は、6か月以内に決定をしなければならない。もしも6か月以内に主たる納税者が決定通知を受け取らなかった場合には、主たる税務当局の決定が不服申立手続において支持されたも

のとみなされる（125条5項）。主たる税務当局の決定が行政部局により支持され又は変更された場合には、主たる納税者は60日以内に裁判所に出訴することができる（125条6項）。主たる税務当局の決定に対する訴訟手続は、主たる税務当局の加盟国の法に基づいて行われる（126条1項）。国内裁判所は、必要に応じ、主たる納税者又は主たる税務当局に証拠の提出を求めることができる。他の加盟国の権限ある当局は、主たる税務当局に対して、必要な協力を行わなければならない（126条3項）。

(r) 「第18章 最終規定 (Final Provisions)」

第18章は、見直し規定等を定める。

欧州委員会 (the Commission) は、本指令が効力を生じた5年後に、本指令の実施について見直しを行い、理事会 (the Council) に報告しなければならない。当該報告書には、特に、第16章に規定されたメカニズムの影響についての分析が含まれる（133条）。

4. 独立企業原則との対比

ここまで、欧州委員会による CCCTB 指令案の概要をみてきた。次に、CCCTB のコア部分といえる定式配分方式について、あらためてみてみたい。前述2で述べた経緯で欧州委員会により正式に提案された CCCTB 指令案であるが、同指令案が採用する定式配分方式は OECD 移転価格ガイドラインにおいては排斥されている。定式配分方式は何故 OECD 移転価格ガイドラインで排斥されながら、CCCTB 指令案において採用されることになったのだろうか。

(1) 定式配分方式に対する OECD 移転価格ガイドラインの評価

1979年 OECD 租税委員会報告書「移転価格と多国籍企業」¹⁸⁾（以下「1979年 OECD 移転価格ガイドライン」という。）及び1995年 OECD 租税委員会報告書

18) Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs, “Transfer Pricing and Multinational Enterprises” (1979)

「多国籍企業と税務当局のための移転価格算定に関する指針」¹⁹⁾（以下「1995年OECD移転価格ガイドライン」という。）は、どちらも、多国籍企業グループに属する法人への所得配分方式としての「定式配分方式」に否定的な見解を表明している²⁰⁾。少し長くなるが、1995年OECD移転価格ガイドラインの該当部分を引用する²¹⁾。

3.64 全世界的定式配分（global formulary apportionment）についての最も重大な懸念は、二重課税を防止しつつ各々の課税を確保する方法でこの方式を運用することが困難であるという点である。これを達成するためには、十分な国際的調整及び、使用されるあらかじめ決定された定式、当該グループの構成に関しての合意が必要となろう。例えば、二重課税を回避するためには、まず第一に、この定式を採用することに関する一般的合意、更に、多国籍企業グループの全世界ベースの課税標準の計算方法に関する合意、共通の会計基準の使用に関する合意、課税標準を異なる課税管轄（非加盟国を含む）に配分するために使用されるべき要因についての合意、及びこれらの要因をどのように測定しウェイト付けするかに関する合意がなくてはならないであろう。このような合意に至るには膨大な時間がかかり、非常な困難を伴うであろう。……

19) Report of the Committee on Fiscal Affairs, “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations” (1995)

20) 1979年OECD移転価格ガイドラインのpara.14、1995年OECD移転価格ガイドラインのparas.3.58-3.74。

21) 日本語訳は、「OECD移転価格ガイドライン：多国籍企業と税務当局のための移転価格算定に関する指針（2009年版）」（社団法人日本租税研究協会）による。なお、1995年OECD移転価格ガイドラインの第1章から第3章までは、2010年に大幅に改訂されているが、全世界定式配分に関する部分については、1995年版のパラグラフ3.58から3.74までは、2010年版のパラグラフ1.16から1.32までに引き継がれている。「OECD移転価格ガイドライン：多国籍企業と税務当局のための移転価格算定に関する指針（2010年版）」（社団法人日本租税研究協会）参照。

- 3.66 したがって、全世界的定式配分への移行は、膨大な政治的及び行政的複雑さをもたらし、また、国際課税の分野において期待することが非現実的な水準の国際的調整を必要とするであろう。……
- 3.67 上記で議論した二重課税問題のほかにも、重大な懸念がある。その懸念の一つは、事前に定められた定式は恣意的であり、市場の状況、個別の企業に特有の状況、及び経営に特有の資源配分を無視することから、その取引を取り巻く特定の事実と健全な関連性を持たない利益配分を作り出すという点である。……
- 3.70 各構成企業の売上高の決定及び資産の評価（例えば、取得価格か市場価格か）、とりわけ無形資産の評価においても困難が生じるであろう。これらの困難は課税管轄による会計基準の差異や複数の通貨の存在により、更に複雑なものとなるであろう。……
- 3.73 全世界定式配分アプローチは、多国籍企業グループの全ての構成企業を含まない場合には、この方式に従うグループ（全世界的定式配分適用グループ）と多国籍企業グループの残りのグループとの接点のために、別個の企業体ルールを残しておかなくてはならない。全世界的定式配分は、全世界的定式配分適用グループと多国籍企業グループの残りのグループとの取引を評価するのには使用できない。このように、全世界定式配分の明らかな欠点は、この方式は全企業を対象に適用されない限り、多国籍企業グループの利益の配分につき完全な解決策を提供するものではないという点である。……
- 3.74 これまでに述べてきた理由から、OECD加盟国は、加盟国及び非加盟国間において、長年にわたって見られる独立企業原則の採用についての合意を支持することを再表明し、また、全世界定式配分に代表される独立企業原則に対する理論上の代替案は拒否されるべきであるとすることに同意する。

以上を要約すると、1995年OECD移転価格ガイドラインの懸念は、(i)所得

を按分するための具体的な定式について各国が合意に至ることが、現実問題として不可能と考えられること、(ii)定式による配分を行うに当たっては、為替レートの変動、各国の会計制度の相違、各国の税制の相違等による問題が生じること、(iii)定式による配分では、無形資産の保有を含む、個々の企業が置かれた状況を適切に反映させることができないこと、及び(iv)一部の国家グループにおいて定式配分方式について合意が成立したとしても、それ以外の国家との関係では独立企業原則によらざるを得ないこと、にあるといえる。

上記(i)の問題については、CCCTB指令案をめぐる、加盟各国がどこまで歩み寄れるかが注目されよう（後述5でみるように、これまでに既に9か国の議会が、CCCTB指令案はEU条約の補充性原則に反しているとの意見を表明している。）。上記(ii)のハードルについては、現在EUでは加盟27か国のうち17か国で共通通貨ユーロが流通しており、CCCTB指令案によって法人税制について（少なくともCCCTBの適用を選択した企業グループにとっては）統一されることとなることから、EU内における定式配分方式の実現は、以前ほどの大きな障害ではないと考えられる。上記(iii)の問題は、定式による配分では独立企業原則に基づく所得の配分が実現できないという主張に等しいが、定式配分自体が、独立企業原則を放棄してでも、より簡便な、納税者にとって（あるいは税務当局にとって）負担の少ない所得配分方式を採用すべきとの立場に立脚するものであり、立場の違いというべきであろう。(iv)の問題は、仮にCCCTBが採用されることになったとしても、EU内とEU外の取引（あるいは、EUでCCCTBを採用する国と採用しない国との間での取引）においては独立企業原則によらざるを得ないのであるから、回避することはできない。全世界がフォーミュラ方式に移行しない限り、独立企業原則とフォーミュラ方式とは併存することとなる。

(2) 独立企業原則の適用上の問題点

OECD 移転価格ガイドラインは、前述(1)のような理由から、全世界的定式配分方式は適当でないとする。では、CCCTB 提案において、何故定式配分方式

が採用されたのだろうか。この点について、委員会提案及び「影響評価書」は、EU内に異なる27の法人税制が存在すること、クロスボーダーの企業活動に対して二重課税が生じていることと並んで、独立企業原則が関連企業間の所得配分ルールとして十分に機能しておらず、移転価格課税と事前確認に係る相互協議も順調に進んでおらず、多国籍企業グループが高いコンプライアンス・コストを負担していることを強調している²²⁾。そして、委員会提案は、「独立企業アプローチを用いる移転価格の公式性（formalities）を遵守するための高いコスト」が、単一市場における大きな問題となっていることを指摘している²³⁾。また、委員会提案は、「緊密に統合されたグループが彼ら自身を組織化している」状況をみれば、「独立企業原則による取引単位毎の価格付けは、もはや、利益配分のための最も適当な方法とはいえない」とも述べている²⁴⁾。

独立企業原則を採用する場合の執行上の問題点としては、筆者としては、次のような諸点が挙げられるものとする。

- ① グループ法人間の取引について独立企業原則に基づいて価格設定をすることが、次のような理由から困難であること。
 - イ 独立価格比準法（CUP法）を用いるほどに比較可能性の高い比較対象取引を見つけることは事実上困難。
 - ロ 再販売価格基準法（RP法）及び原価基準法（CP法）を用いるために必要とされる比較対象取引については、納税者にとって取引単位又は事業部単位の情報入手が困難。税務当局が調査対象納税者以外の第三者に対する質問検査権を行使して比較対象取引についての情報を入手したとしても、税務当局に課せられた守秘義務によって調査対象納税者に対する当該情報の開示ができないために、いわゆる「シークレット・コン

22) 委員会提案の「説明のための覚書」の1、CCCTB指令案の前文のパラグラフ6、「影響評価書」pp.11-14など。

23) 委員会提案の「説明のための覚書」の1のパラグラフ4。

24) 同上。

パラブル」の問題が生じる。

ハ 取引単位営業利益法（TNMM）を用いるために、民間会社が提供するデータベースなどによって比較対象取引を探索しようとしても、データの不完全性から、調査対象取引と一定の類似性を持つ複数の比較対象取引について統計的処理を施さざるを得ないことも多いが、この比較対象取引の選定と統計的処理の方法について明確なルールが存在しないため、関係者間（納税者と税務当局間、あるいは相互協議手続における税務当局間）で意見の対立が生じる。

ニ 利益分割法（PS法、特に残余利益分割法）を用いようとする場合には、利益を分割するファクターを何にするか、またそれらのファクター（特に無形資産）の価値（あるいはその存在・不存在）をどのように計測するかについて、関係者間で意見の対立が生じる²⁵⁾。

ホ 無形資産の評価について、その評価ルールが十分に確立されていない。現在、前述ニの観点も併せ、OECD租税委員会において、無形資産の評価に関する移転価格ガイドライン第6章の見直しのための議論が進められている段階である²⁶⁾。

- ② 納税者が設定した価格が独立企業間価格であることの説明責任を納税者に負わせるべく、各国において文書化義務が法制化されたが²⁷⁾、これが納税者にとっての大きな負担となっていること。

25) 例えば、外国製清涼飲料水を製造する外国親会社を持つ当該清涼飲料水についてのブランド価値をどのように評価するか、当該清涼飲料水を販売している日本子会社による販売努力や確立された販売網などをどのように評価するか（マーケット・インタンジブルを認めるか）という問題、あるいは、日本の自動車メーカーが安価な労働力が供給され消費市場にも近い開発途上国に工場を設置した場合に、当該開発途上国の地域的環境の寄与度をどのように認めるか（ロケーション・セービングを認めるか）という問題など。

26) OECD “Transfer Pricing and Intangibles : Scope of the OECD Project” (25 January 2011) para.7によれば、2013年末までに一定の結論を出すこととされている。

27) 米国の国内歳入法典（IRC）6662条(e)(h)、フランス租税手続法 L13AA 条、L13AB 条、L13B 条、ドイツ租税通則法（AO）90 条など。

- ③ 移転価格税制は、①及び②に掲げるような問題を抱えながらも、移転価格課税後の（あるいは事前確認における）相互協議の段階で、関係国の税の専門家同志による話し合い（相互協議）の中で解決されるものと期待されたが、実際には、相互協議においても、税務当局間で、納税者と税務当局との間でみられるのと同様の意見の対立が生じており、相互協議において合意に至らない（協議決裂）という事例も見られること（この場合には、課税処分を受けた納税者は、国内争訟手続で当該処分を争い全面勝訴しない限り、二重課税を解消できないこととなる。）。
- ④ OECDモデル租税条約は、2009年改正において、第25条（相互協議条項）に「仲裁」の項を加え、相互協議において長期間合意に至らないという事態及び相互協議が合意に至らないままに終了するという事態を回避するための枠組みをつくったが、仲裁制度が実際にどのように運用されるか、あるいは機能するかどうかについては、現在のところ予想が難しいこと²⁸⁾。

OECD移転価格ガイドラインは、A6版で400頁近い文書であるが、それでもなお納税者と税務当局の間、あるいは各国税務当局（相互協議部局）相互間での議論が絶えないのは、同ガイドラインが独立企業原則と独立企業間価格についての「考え方」を示すものであって、一義的な結論を導く「計算式」を示すものではないからである。独立企業原則を具体的な事案に適用することの困難さを考えれば、CCCTBは、関連企業間の合算所得の按分についての「考え方」ではなく「計算式」を示すものとして、多国籍企業グループにとっては魅力的なものに映ると思われる。

28) 我が国では、現在のところ、仲裁条項を持つ租税条約は、香港（2010年署名、2011年発効）とオランダ（改正条約につき2010年署名、2012年1月発効）との間でしか締結されておらず、まだ仲裁条項が発動されたことはない。また、世界では、100前後の租税条約に仲裁規定が置かれているが、具体的な事例は少ない模様である。

（3）CCCTB 指令案が提案する定式配分方式の妥当性

上記(1)及び(2)でみたように、OECD 移転価格ガイドラインが支持する独立企業原則と、CCCTB 指令案によって採用される定式配分方式には、それぞれに長短がある。CCCTB 定式配分方式は、抛るべき「計算方法」を端的に示すものとして魅力的なものではあるが、その「計算方法」の背後にある「考え方」は、妥当なものといえるだろうか。

CCCTB 指令案は、関連企業の合算所得の按分を、売上、労働、資産の3要素（厳密には、売上（仕向地基準）1/3、賃金1/6、従業員数1/6、資産1/3の4要素）を用い、それぞれに要素に均等のウエイトを与えている。しかし、関連企業の合算所得の按分をそのような方法で行うことの根拠は、必ずしも明らかではない²⁹⁾。委員会提案の影響評価書においても、CCCTB 指令案で採用された上記4ファクター方式以外に、①売上（仕向地基準）1/3・賃金1/3・資産1/3による均等3ファクター方式、②売上（販売地基準）1/3・賃金1/3・資産1/3による均等3ファクター方式、③売上（販売地基準）1/3・賃金1/6・従業員数1/6・資産1/3による4ファクター方式、④賃金1/2・資産1/2による2ファクター方式、⑤賃金1/4・従業員数1/4・資産1/2による3ファクター方式による試算が示されており³⁰⁾、各国の経済や税収に対する影響を慎重に見極めながらのシミュレーション作業が作業部会によって行われていたことが窺える。

米国でも、多くの州が、法人所得について、按分ファクターを用いて州間の按分を行っている。主な方式としては、①売上・賃金・資産による均等3ファクター方式（アラバマ州、アリゾナ州、デラウェア州、ハワイ州、ワシントンDC等）、②売上要素に2倍のウエイトを置いた3ファクター方式（カリフォルニア州、フロリダ州、イリノイ州、マサチューセッツ州、ニュージャージー州

29) むしろ政治的判断事項であるとされている。「影響評価書」pp.55-59記載の作業文書 CCCTB/WP/047、CCCTB/WP/060等参照。

30) 「影響評価書」pp.73-88。

等)、③売上要素に50%以上のウェイトを置いた3ファクター方式(60%のオハイオ州、70%のペンシルバニア州等)、④売上による1ファクター方式(ジョージア州、ミシガン州、ニューヨーク州、テキサス州、ウィスコンシン州等)のほか、これらの方式のなかから納税者による選択を認めるものなど、多様な方式が採用されている³¹⁾。しかし、そこで用いられている按分ファクター及び按分割合が合理的であることが理論的に証明されているとはいえない³²⁾。

さらに、これらの定式配分方式の問題点は、無形資産が収益に与える影響を適切に反映できないことにあると言われている。例えば、先進国Aが、高付加価値商品(特許等の高い技術力の成果によるもの、あるいは強いブランド力を有するものなど)を、賃金が比較的安く、消費市場も拡大している開発途上国Bに工場を設立して生産し、当該製品を現地で販売するような場合を想定してみる。このような場合、CCCTB型の3ファクター方式によるほうが、OECD型独立企業原則によるよりも、開発途上国Bにより多くの所得が配分されることになると思われるが、果たしてそのような結論が妥当なのか(先進国Aとして容認できるのか)という疑問が生じる。なお、定式配分方式は、多国籍企業グループが、資産(工場等)及び従業員を恣意的に低課税地国に移して租税負担の軽減を図ることができるという弱点も抱えている³³⁾。

31) J. Huddleston and S. Sicilian, "The Project to Revise UDITPA" From the proceedings of the New York University Institute on State and Local Taxation, 2009, Appendix D "State Apportionment of Corporate Income (Formulas for tax year 2008 - as of January 1, 2008)". 同文書は、[http://www.mtc.gov/uploadedFiles/Multistate_Tax_Commission/Uniformity/Minutes/The%20Project%20to%20Revise%20UDITPA.pdf#search= 'The Project to Revise UDITPA'](http://www.mtc.gov/uploadedFiles/Multistate_Tax_Commission/Uniformity/Minutes/The%20Project%20to%20Revise%20UDITPA.pdf#search=The%20Project%20to%20Revise%20UDITPA) で入手可能。なお、各州が異なる按分方式を採用することによって、必然的に二重課税が生じることになるし、按分が全世界ベースで行われることとなれば(全世界ベースのユニタリー・タックス)、国際的な二重課税が生じることとなる。この問題については、松永邦男「合衆国における州法人課税の基本構造－ユニタリー・タックス問題を中心として－(1)～(14)」自治研究62巻3号・5号・7号・10号、63巻2号・4号・7号・11号、64巻4号・9号、66巻12号、67巻1号・2号(1986～1991)。

32) 前掲注10の小野島真「国際的定式配賦方式導入の可能性について」明治大学政経論叢72巻4号(2004)249頁以下参照。

CCCTB 指令案は、CCCTB が無形資産について十分な考慮を払っていないとの批判に応え、CCCTB 適用前 6 年間に各法人が支出した R&D 費用、マーケティング費用等は、CCCTB 適用後 5 年間にわたって当該法人の資産ファクターに加算されるとしている（92 条）。これが無形資産の問題を解決するに十分かどうかについては議論があろう。しかし、CCCTB 提案は、機能とリスクの評価や無形資産の評価という困難な問題を棚上げして、一義的に計算できる所得配分ルールを定め、それにより納税者の負担を軽減し、納税者と税務当局との間（及び税務当局相互間）の紛争を回避しようとしているものである。そのような意味で独立企業原則は既に放棄されているのである。このような提案に加盟各国が同意できるかどうかは、今後、加盟各国が、EU という枠の中で、OECD ガイドラインのパラグラフ 3.64 から 3.67 ままでに予想する「期待することが非現実的なほどの国際的協調」ができるかどうかにかかっている。

5. 加盟各国にとっての CCCTB 指令案の問題点

CCCTB 指令案の実現については、EU 内の多国籍企業が強い期待感を示しているほか、EU 関係者も強い意欲を示しており、学者も法人税制の統合（国際的協調）の方向性については概ね好意的であるようである。他方で、欧州委員会がリスボン条約の第 2 議定書³⁴⁾に基づき各国の議会に CCCTB 指令案に対する意見を求めたところ、回答期限の 2011 年 5 月 18 日までにイギリスを含む 9 の加盟国の議会が補充性原則違反との意見を表明している（表 3）。

33) R. S. Avi-Yonah, K. A. Clausing and M. C. Durst “Allocating Business Profits for Tax Purposes : A Proposal to Adapt a Formulary Profit Split”, 9 *Florida Tax Review*, Vo.9. p.497 は、売上ファクターのみによる定式配分方式を提唱しているが、これは賃金ファクターと資産ファクターが納税者によって恣意的に操作されやすいことを考慮してのことである。N. Munin, “Tax in Troubled Time: Is It the Time for A Common Corporate Tax Base in the EU?” *EC Tax Review* 2011-3, p.127 は、CCCTB の導入により多国籍企業の本店の高税率国から低税率国への移転が起こり、それが CCCTB 採用国以外の国も含めた関係国の税率のコンバージェンスにつながる可能性を指摘する。

34) Protocol (No2) on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality.

第2議定書によれば、各国の議会にはそれぞれ2票（一院制の場合には2票、二院制の場合には各院に1票）が与えられており、補充性原則違反とする意見が全体の3分の1（27か国×2票÷3＝18票）以上となれば、欧州委員会は当該提案の再検討を義務付けられる（“yellow card” procedure）³⁵⁾。今回は、CCCTB指令案が補充性原則違反とする国は9か国（14票）で、18票に届かず、CCCTB指令案については、EU条約（TEU：Treaty on European Union）の規定にしたがって、理事会と欧州議会において議論が進められることとなる。しかし、既に9か国が反対の意見を表明している意味は大きいと思われることか

表3 CCCTB指令案に反対を表明した加盟
国議会³⁶⁾

加盟国	議会の一院制／二院制の別	票数
ブルガリア	一院制	2
アイルランド	一院制	2
マルタ	一院制	2
オランダ	二院制（一院のみ反対）	1
ポーランド	二院制（一院のみ反対）	1
ルーマニア	二院制（一院のみ反対）	1
スロバキア	一院制	2
スウェーデン	一院制	2
イギリス	二院制（一院のみ反対）	1
計		14

ら、各国が反対する理由についてみていきたい。

(1) EUの補充性原則及び比例性原則との整合性

EU条約5条（行動原則）3項及び4項の規定により、連邦政府としてのEU

35) 同議定書7条2項。

36) M. Vascega and S. van Thiel, “The CCCTB Proposal : The Next Step towards Corporate Tax Harmonization in the European Union?” *European Taxation* September/October 2011, p.377. 各国議会から提出された意見は、<http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/home/home.do>に掲載されている。

は、補充性原則（the Principle of Subsidiarity）と比例性原則（the Principle of Proportionality）を満たす限りにおいて活動することができることとされている。

まず、EU条約5条3項及び4項は、補充性原則及び比例性原則について、次のように規定する³⁷⁾。

- 3 連合は、補充性原則に基づいて、その排他的権限に属しない分野においては、提案された行動の目的が中央政府であれ地方政府であれ構成国によっては十分に達成できず、提案された行動の規模又は効果の点からいって連合により一層良く達成できる場合にのみ、かつその限りにおいて行動する。……
- 4 比例性原則に基づいて、連合の行動の内容及び形式は、基本条約の目的を達成するために必要な限度を超えてはならない。……

CCCTB指令案が補充性原則に整合的であることについて、委員会提案は、「説明のための覚書」において、次のように述べている。

クロスボーダーの損失の救済や無税のグループ再編成などの、この提案において設計されたルールは、もしも各加盟国がそれぞれの制度を適用したならば、効果のないものとなり、市場における歪み、特に二重課税と二重非課税を生じさせることとなるだろう³⁸⁾。……

本提案は、関連企業間の課税ベースの計算における各国制度の相違によってもたらされる租税障害（tax obstacles）への対処に限定されている。

37) 以下、EU条約とEU運営条約の訳は、松井芳郎・編集代表『ベーシック条約集 2011』（東信堂）による。

38) 委員会提案の「説明のための覚書」の3(b)、第3パラグラフ。

…これらの事項〔筆者注：法人課税ベースの計算とその国境を超えた連結についての共通の枠組み〕は、もっぱら国境を超えた性質を持つものであるから、連合のレベルでの立法化を行うことによってのみ対処され得る。したがって、本提案は補充性原則に照らしても正当化される。なぜなら、加盟国による個々の行動によっては、そのような結果を得ることはできないからである³⁹⁾。

また、比例性原則との整合性について、委員会提案は、次のように述べている。

本提案は、選択的制度として形作られており、特定された問題について最も比例的な解答となっている。本提案は、国外に進出する意図を有していない法人に、実際上の利益がないにもかかわらず、共通ルールを実施するための不必要な事務的費用を負わせるものではないからである⁴⁰⁾。

しかしながら、CCCTB指令案に反対する加盟国からは、(i)各加盟国の行動によってはクロスボーダーの経済活動に対する障害を取り除くことができない旨が十分には証明されていない、(ii)EUの行動によって更なる利益が得られるかどうか不明である、(iii)CCCTB指令案では、納税者のコンプライアンス・コスト及び加盟国の執行コストが増大するおそれがある、などの理由から、CCCTB指令案は補充性原則に反するとの主張がされている。また、比例性原則についても、クロスボーダーの経済活動に関する税制上の障害に対しては、既にEC仲裁条約、合同移転価格フォーラム、欧州裁判所の判例、事業課税に関する行動指針などが存在すると主張されている⁴¹⁾。今後、理事会において

39) 委員会提案の「説明のための覚書」の3(b)、第6パラグラフ。

40) 委員会提案の「説明のための覚書」の3(c)、第1パラグラフ。

41) 前掲注36のVascega and van Thiel, pp.377-378。

も、補充性原則と比例性原則に関する議論は続くものと思われる。

（2）法人税制に関する加盟国の権限の喪失

CCCTBの導入に伴い、加盟国は、CCCTB適用法人グループについては、経済政策（景気刺激、雇用促進等）の手段としての法人税制に関する権限を失うことになる。このため、いくつかの加盟国は、CCCTBは加盟国の課税自主権をEUに譲渡するものであると懸念し、あるいは法人税制に関する権限を失えば経済状況の急激な変化に対応できないのではないかと懸念している⁴²⁾。

（3）加盟国の法人税の減収

加盟各国は、CCCTBを導入した場合の法人税収の減少についても懸念している。これは、理論的な問題ではないが、各国政府にとっては政策判断上の極めて大きな問題となる。欧州委員会は、「本提案は、加盟国間の法人税収の増減を意図したものではない」と述べつつ⁴³⁾、「影響評価書」で、CCCTBの導入により法人税が増収となる加盟国と減収になる加盟国があるとしている。表4は、「影響評価書」の試算の一例である⁴⁴⁾。

委員会提案は、法人税率の設定は加盟各国の自由とされているところであり⁴⁵⁾、その他の国内租税政策もとられ得ることから、CCCTBを導入した場合の加盟各国の実際の法人税額の増減がどの程度のものになるかについての予想は困難であるとしている⁴⁶⁾。しかし、実際に税収減が生じたときに、これに応じて法人税額を引き上げることは、周辺国との競争上も不利となり、産業界

42) 前掲注36の Vascega and van Thiel, pp.379-380.

43) 委員会提案の「説明のための覚書」1のパラグラフ13。

44) 表4は、CCCTB指令案による按分ファクターを用いた試算である。この外にも「影響評価書」は、分割ファクターを様々に変えての試算を行っていることについては、前述4(3)のとおり。

45) 委員会提案の「説明のための覚書」の1のパラグラフ8、CCCTB提案の前文パラグラフ5。

46) 委員会提案の「説明のための覚書」の1のパラグラフ13。

表4 現在の課税ベースの分配と3要素による分配割合との比較

国名	現在の課税ベース	CCCTB提案(3ファクター)による課税ベース	
	Cross - country distribution	Cross - country distribution	差異
オーストリア	4.00%	2.90%	- 1.10
ベルギー	5.60%	3.90%	- 1.70
ブルガリア	0.00%	—	
キプロス	—	—	
チェコ	0.20%	0.40%	0.20
ドイツ	16.70%	19.50%	2.80
デンマーク	5.90%	3.90%	- 2.00
エストニア	0.19%	0.20%	0.01
スペイン	3.40%	4.60%	1.20
フィンランド	8.50%	5.50%	- 3.00
フランス	8.30%	10.00%	1.70
ギリシャ	0.70%	1.30%	0.60
ハンガリー	0.60%	0.40%	- 0.20
アイルランド	2.90%	2.50%	- 0.40
イタリア	6.10%	7.90%	1.80
リトアニア	0.10%	0.20%	0.10
ルクセンブルク	1.00%	—	
ラトビア	0.00%	0.10%	0.10
マルタ	—	—	
オランダ	6.40%	4.20%	- 2.20
ポーランド	2.00%	1.80%	- 0.20
ポルトガル	1.20%	1.20%	0.00
ルーマニア	0.10%	0.30%	0.20
スウェーデン	5.90%	4.90%	- 1.00
スロベニア	0.10%	0.10%	0.00
スロバキア	0.00%	0.10%	0.10
イギリス	20.30%	20.50%	0.20
EU合計	100.00%	97.30%	- 2.70

(注)「影響評価書」30頁のTable 3。データの欠如等のため、あくまでも参考としての試算である。試算条件の詳細については、「影響評価書」27頁以下参照。

から政治的支持を受けることは難しいであろう。法人税額の税収減に対応して他の税目（所得税など）の税率を引き上げることも同様に困難が伴うだろう。他方で、財政状況の悪化に悩む加盟国政府（及びその国民）にとっては、税収減による公共サービスの低下も受入れ難いものと思われる。

（4）独立企業原則との不本意な共存

前述4(1)で見たとおり、1995年OECD移転価格ガイドラインが、全世界的定式配分方式の採用を支持しないとした理由のひとつは、ひとつの定式について各国が合意すると考えることが非現実的であるからであった。他方、CCCTBについては、EUの全加盟国、あるいは全加盟国が無理でも一部加盟国において合意される可能性がある」と指摘されている⁴⁷⁾。しかし、CCCTBが、EUの全部又は一部の加盟国で実施されるということは、CCCTBが独立企業原則に取って代わるというよりは、CCCTB実施圏において、独立企業原則とCCCTBとが共存せざるを得なくなることを意味する。これも、1995年OECD移転価格ガイドラインが、定式配分方式を支持しない理由のひとつであった⁴⁸⁾。

前述のとおり、CCCTB指令案では強制適用のCCCTBではなく選択適用のCCCTBが規定されていることから、CCCTB実施圏においても、CCCTBの適用を選択する企業グループと従来どおりの独立企業原則の適用を希望する企業グループの双方が存在することとなる。そして、CCCTBの適用を選択した企業グループであっても、CCCTBのルール（54条・55条）によってグループ構成企業とされなかったCCCTB実施圏に所在する関係企業との取引、及びCCCTB実施圏以外の国に所在する関係企業との取引（79条）については、独立企業間価格によらざるを得ない。したがって、CCCTB圏に関連企業が所在する企業グループは、CCCTBを選択することによってCCCTB実施圏との取

47) 後述6参照。

48) 前述4(1)の1995年OECD移転価格ガイドライン para.3.73。

引で省ける手間と、CCCTBと独立企業原則との二つの異なるルールに従うことで増える手間とを考慮しながら、CCCTBを選択するかどうかを決定しなければならないことになる。他方で、従来どおりの独立企業原則に基づく税制を維持しつつ、並行してCCCTBも執行していかなければならないことは、加盟各国の税務当局にとっては大きな負担となるものと懸念される。

6. CCCTBの将来－「より強化された協力」条項の適用の可否

前述5のとおり、既に9か国が消極意見を提出しているCCCTB指令案は、今後EUにおいて理事会指令として実現するだろうか。

欧州連合の運営に関する条約（TFEU：Treaty on Functioning of the European Union、以下「EU運営条約」という。）115条の規定によって、CCCTB指令案の採択には理事会の全会一致が必要となる。このため、CCCTB指令案が、現在の形のままで理事会指令として成立する可能性は低く、今後のEU内での協議において大幅に変更されることになるか、あるいは結局は全加盟国の一致に至らず、立法化が実現しない可能性も十分にあると考えられている。

CCCTB指令案がEU加盟国の全会一致の支持を得られなかった場合（あるいは得られる見通しがたなくなった場合）の代替手段として、EU運営条約の「より強化された協力」（Enhanced Cooperationの可能性）の規定に基づく、CCCTBに賛同する一部の加盟国のみによる同制度の導入の可能性が議論されている。「より強化された協力」は、「ふたつのスピードを持つ欧州連合」（two-speed European Union）の概念の下に、全加盟国の一致には至らなくとも、EUの統合のための前進であると考えられる施策については、9以上の加盟国の合意によって、当該合意した加盟国の領域内においてのみ実施することを容認するものである。EU条約20条は次のように規定する。

20条

- 1 連合の非排他的権限の枠組内でみずから間でより強化された協力を確

立しようとする構成国は、基本条約の関連規定を適用することにより、その限度内でかつ欧州連合の運営に関する条約第326条から334条に規定する詳細な取極に従って、連合の機関を利用しこれらの権限を行使することができる。

より強化された協力は、連合の目的を推進し、その利用を保護し、その統合過程を強化することを目指す。……

- 2 より強化された協力を許可する決定は、当該協力の目的が合理的期間内に連合全体により達成できないことが証明された場合であって、かつ少なくとも9の構成国が当該協力に参加する場合に、最終的な手段として理事会により採択される。……

また、EU運営条約326条は、次のように規定する⁴⁹⁾。

326条 より強化された協力はすべて、基本条約及び連合法に従う。

こうした協力は、域内市場又は経済的、社会的及び領域的結合を害さない。強化された協力は、構成国間の貿易に障壁若しくは差別を設けるものであってはならず、かつ構成国間の競争を歪めるものであってはならない。

「より強化された協力」条項の適用により、CCCTBが一部ではあれEUの領域内で実現されるために越えなければならないハードルは、(i)これまでのところ、「より強化された協力」の実例は、離婚に関するものだけであること、(ii)CCCTBは、離婚と異なり、それが一部地域においてであれ実現すればEU運営条約326条にいう「域内市場又は経済的結合」に大きな影響を与えるものであるとも考えられること、(iii)「より強化された協力」は、EU条約20

49) 326条の外、EU運営条約327条から334条までに、「より強化された協力」に関する条項が置かれている。

条において、「連合全体により達成できないことが証明された場合」の「最終的手段」とされていること、(iv) 9か国以上の参加により実現可能であるとしても、そのためには理事会の全会一致による採択が必要であること（EU 条約 20 条、EU 運営条約 115 条）などである⁵⁰⁾。しかし、全加盟国の合意をめざすための新たな妥協案づくりという作業で時間を無駄にしないためにも、まずは「より強化された協力」規定によって CCCTB を実現し、その後に他の加盟国の参加を求めることが適当であるとの議論もされている⁵¹⁾。

7. おわりに

選択適用ができる CCCTB は、多国籍企業にとっては朗報であろう。CCCTB によってグループ企業内における租税負担の軽減（利益と損失の相殺などによる）とコンプライアンス・コストの負担の軽減（独立企業原則の適用がなくなることによる）を期待する企業は、自国の政府に、CCCTB の採用を強く求めていくことになるだろう。委員会提案自体、独立企業原則の適用に不満を募らせる産業界の意向を強く受けたものと思われる。

そのような圧力を受けて、CCCTB の導入によっても法人税収が減少しない加盟国は、CCCTB に賛成するかもしれない。他方、CCCTB の導入によって法人税収が減少する加盟国にとっては、実際問題として、CCCTB を容易に受け入れることはできないと思われる。さらに、加盟国にとっては、CCCTB による EU 経済や個々の国の経済へのマイナス影響も懸念されるだろう⁵²⁾。

CCCTB 指令案は、OECD 移転価格ガイドラインによって確立されてきた独立企業原則のアンチテーゼとしての意味を持つ。しかし、CCCTB 指令案が実

50) H.T.P.M. van den Hurk, “The Common Consolidated Corporate Tax Base: A Desirable Alternative to a Flat EU Corporate Income Tax?” *Bulletin for International Taxation*, April/March 2010, pp.263-264。このほか、前掲注 33 の Munin, pp.125-126、前掲注 36 の Vescega and van Thiel, pp.380-381 参照。

51) 前掲注 50 の van den Hurk, p.264 のほか、E.C.C.M. Kenneren, “CCCTB : Enhanced Speed Ahead for Improvement” *EC Tax Review*, 2011/5, p.210。

際に理事会指令としてEU全域で実現するにせよ、あるいは「より強化された協力」としてEU内の一部の国で実現するにせよ、CCCTBの定式配分方式は独立企業原則と併存していかざるを得ない。多国籍企業は、その事実を踏まえて、CCCTBを選択するかどうかを決定する必要がある。また、CCCTBの実現後もCCCTBと独立企業原則の併存は続くことになるので、加盟各国の税務当局にとっての執行の負担は大きくなるおそれ大きい。さらに、CCCTBがEU内における28番目の法人税制であることから、CCCTB導入後は、その執行に関し、詳細な（そして膨大な）細則の制定が必要となることも考えられる。

2001年の「単一市場における法人課税」報告書から10年にわたる議論・検討を経て、CCCTBは2011年3月に正式に理事会指令案として提案された。CCCTB指令案が、現在の形のままでEU全加盟国に受け入れられる可能性は小さいと思われるが、今後、大幅に修正されるにせよ、あるいは「より強化された協力」条項により一部の加盟国のみで受け入れられるにせよ、CCCTBが実際に実施されることになるかどうか注目される。また、CCCTBが実施された場合に、CCCTBが他の「独立企業原則」方式を採用する国々を惹き付けて「CCCTB圏」が拡大していくことになるのか、あるいはCCCTBと「独立企業原則」との共存がCCCTBをそれほど魅力的なものとはせず、CCCTBが消え行くことになるのかについても、多くの困難な問題を抱える独立企業原則を採用する国として、注目していく必要があるものとする。

（おおの・まさと 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻教授）

52) 「影響評価書」pp.136-138によれば、CCCTBの導入により、雇用は0.00%～0.01%減少、投資は0.74%～0.88%減少、GDPは0.15%～0.17%減少するとされており、各国意見もこの点について懸念を表明している。例えば、Reasoned Opinion of the House of Commons (U.K.), paras.12-15, para.24。

Some Theoretical Problems Concerning the Sentencing under the Lay - Judge System in Japan*

岡 上 雅 美*

I . Introduction

II . Sentencing Practice before the Lay Judge System

III . Sentencing Practice by Lay Judges

IV . Standard for Sentencing — Retribution and Proportionality between a Crime and a Punishment

V . Get - Tough - Tendency in Lay judges?

VI . Conclusion

I . Introduction

This thesis aims, first of all, at presenting, how sentencing under the lay-judge system¹⁾ has operated since its inception, and then points out some theoretical problems in relation to sentencing by lay-judges pursuant to the

* This thesis summarizes the presentation I gave in the 16th World Congress of the International Society for Criminology, which was held on the August 5 - 9, 2011 in Kobe, Japan. Our session was titled “Recent Trends and Issues in Japanese Sentencing System”. The organizer was Prof. Yuji Shiroita (Hokkaido University), and the two other presentations were “Tendency of Japanese Sentencing Observed with Statistics Data” by Prof. Toru Kojima (Aichi University) and “The Analysis of the Quantitative Criterion Discriminating the Sentencies of the Death Penalty and the Life Imprisonment with Labor in Recent Murder Cases by Prof. Kazuhiro Watanabe (University of Toyama). I present Prof. Obata and Prof. Miyagi with this thesis, taking the opportunity of their resignation.

Sentencing Theory in Japan.

Whether the punishment under the lay-judge system has changed from that under the professional-judge system, has not yet been statistically clarified²⁾. This problem will have to be verified in detail after there are a numerous number of cases to compare. As Table 1 indicates, there have already been 2,099 cases for two years that were tried under the lay judge system. These are the three most crimes, but even the most frequent crime, that is robbery causing injury, has only over 500 cases. For this reason I cannot reply only on official statistics, but must base my remarks on what I see as the prominent and recent tendencies I have observed. Certainly sentencing by lay judges has resulted in important changes from the past³⁾. Thereafter, I will give a few brief comments on some problems of this new tendency from point of view of the sentencing theory in Japan. The following Part II pertains to the former features of the sentencing in the trial, and in Part III I will give an account of the differences of sentencing under the lay judge system. In Part IV, I will examine the problems of the above mentioned new tendency as it pertains to the length of sentences or punishment theory in Japan, apart from criticizing the lay judge system itself.

1) The lay judge (saiban-in) system started on May 21, 2009. In this system the ordinary citizens who have been randomly selected from eligible voters participate in trials only for the most serious of criminal cases like homicide etc. The trial court consists of three professional judges and six lay judges. They determine not only fact-finding (whether the defendant is guilty or not), but also sentencing. Lay judges serve not in a certain term, but only in one case.

2) We can obtain information and some statistics about the present state of lay judge trials by the home page of the Supreme Court. I made the Tables 1 – 3.1 below on the ground of the data between May 2009 and March 2011 obtained from materials of the Supreme Court. See [Table 1].

3) It is generally said, that defendants are more severely sentenced especially for sexual offenses. Apart from the punishments, some important changes have occurred, for example, in the way of reasons and grounds of sentencing in decisions. See below for further details.

【Table 1】

2009.05 ~ 2011.03

Crimes	Finally pronounced persons	guilty	partly guilty	not guilty	Other*
Total	2,009	2,053	2	5	39
Robbery Causing Injury	523	513	—	—	10
Homicide	478	469	—	1	8
Arson of Inhabited Buildings	184	181	1	—	2

*Other: dismissal of prosecution, transfer

II . Sentencing Practice before the Lay Judge System

In this Part, I will explain some distinctive characteristics of the sentencing practice by professional judges, in order to compare that by lay judges with it later. First, professional judges observe what is called “Sentencing Quota”⁴⁾. That means there has been a tradition among judges regarding the sentencing of criminal defendants. Judges can and should consider all the circumstances of each case in detail and determine a correct and proper amount of punishment in every view of retribution, rehabilitation and deterrence and so on. This tradition is not written down anywhere nor described at all in anyway, and in this regard, this tradition is, so to speak, like a black box, which nobody except a judge can verify and determine. Only judges can understand this non - written tradition, and

4) Sentencing had long been held only in hand of judges and prosecutors. Because the statutory penalties of the Japanese Penal Code are very wide (that of homicide § 199 Japanese PC is “death penalty or imprisonment with work for life or for a definite term of not less than 5 years”), which is one of its characteristics, the role played by judges have been even more important. It is said, that they possess the Sentencing Quota in common with themselves. Based on this practice, in other words, their experiences, they can reach the concrete sentencing, so to speak, by intuition. According to the Sentencing Quota, standardized equal sentencing without big differences is to be realized overall in Japan.

because it is said, that judges can reach a right and just punishment⁵⁾ by intuition according to the tradition.

The second characteristic is, in connection with the first one, that the reasoning described in a decision is very difficult to find the real consideration of the judge on the ground of. One of the representative examples of reasoning is a very long and complex with a detailed story of the case itself and the defendant, beginning with his birth and ending the circumstances after the crime, for example. But it doesn't always give any detailed account, on which ground the judge principally estimate the punishment, which weight each factor had, whether each factor is aggravating or mitigating. Another of the representative examples is "the aggravating factors are …, and the mitigating factors are …". In this case, we, also researchers, cannot understand, which factor the judges found important. In this way it was almost impossible for researchers to do research in sentencing factors.

This practice has been significantly changed regarding some points of the lay judge trial. But lay judges only participate in certain serious criminal cases. Therefore, it can be said that sentencing are now divided into two ways, that is, sentencing by professional judges according to the sentencing Quota, on one hand, and sentencing by lay judges who don't know it, on the other hand. The tradition of sentencing also still remains for a majority of criminal cases tried only a professional judge or judges.

Ⅲ. Sentencing Practice by Lay Judges

Some new changes of the sentencing practice by lay judges⁶⁾ are very

5) At least in the postwar days, the retributive perspective has always been predominant among lawyers and ordinary people in Japan, even though its meaning is sometimes understood quite differently.

remarkable. It is clearly different from those by professional judges concerning some points. The past sentencing practice, that is, consideration of all various sentencing circumstances, very long reasoning, complicated consideration by judges like a black box, was made possible due mainly to the length of a given trial. It often took some years, and in extreme cases more than 10 years to complete a trial. Certainly one of the main aims of the recent reform of our judicial system was to make trials more rapid or speedy. A trial by lay judges only lasts 3 or 4 days on average now⁷⁾. Consequently evidence not only on guilt of an offense, but also on its sentencing has to be strictly selected and regulated, and not all evidence considered, but only the evidence that has be carefully selected should be brought forward on trial. Trial judges can no longer describe a long story regarding sentencing factors. Lay judges shall confer with each other and the three professional judges about the proper decision to be rendered in a given case. Therefore the evidence on which they can base their decision during deliberations is much more limited. In the decision they make it clear, what they took into consideration or what they didn't attach importance to. Moreover some decision denied the importance of a sentencing factor. We never saw this before in the former judge only style of reasoning. Apparently the stated reasoning of a sentence by lay judges has gotten shorter, more precise and easier to read and understand for the ordinary people, and at the same time also for researchers. Further analysis of the said reasoning are necessary and its result will lead to the development of Japanese jurisprudence.

6) The information below was obtained mainly from the research by the Japan Federation of Bar Associations.

7) See [Table 2].

【Table 2】

total, 1,949 cases, average; 4.4 days



IV. Criteria for Sentencing — Retribution and Proportionality between a Crime and a Punishment

In Part IV, I limit the discussion to only two problems, although there are a lot of theoretical and actual problems about sentencing practice these days. The first problem is what should be the leading criterion of sentencing.

The second problem is whether the sentencing tradition, what is called, “Sentencing Quota” should continue to play a role. I shall now discuss them in turn.

The first problem is quite basic and general in the sentencing theory. Up until now lawyers have laid weight on the “principle of responsibility”. It is derived from the German law⁸⁾, while at the same time we also speak of the “proportionality between a crime and a punishment”, which is known especially as a feature of the Angle - American law⁹⁾. A question arises as to whether these two criteria are identical with each other, whether they should be answered using

8) The German Law has constantly given a lot of great influences on our jurisprudence since the prewar days, including that the Japanese Penal Code was inherited from the Prussian Law.

9) The influences from the Anglo - American Law are new especially after the Second World War.

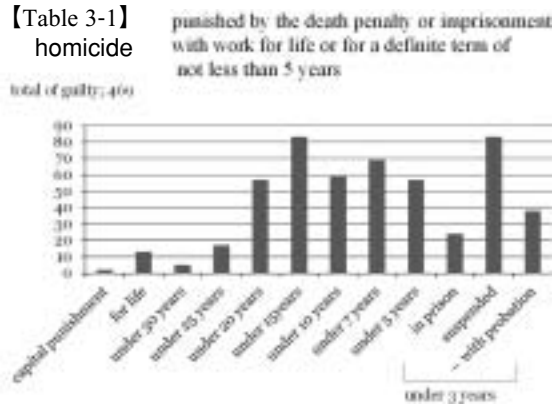
comparative law. Other various issues should be examined which accompanying these principles, that is, their grounds, contents, effects, and application etc. These problems remain as a matter to be discussed further and against a new and developing backdrop.

The second problem has provoked a controversy these days. That is: Should lay judges also obey the tradition of sentencing among professional judges? The point of this problem is as follows; we have introduced the lay judge system, by reason that we need democracy in our judicial system and also the common sense of the ordinary people, in order to pass appropriate judgment. Then should sentencing also be democratized and should lay judges decide sentences as they like? As time is limited, I have to give up treating various opinions about this point. I will instead present only my personal conclusion. That is, without obeying the tradition, lay judges should not base their decision concerning proportionality by relying on what happened in other similar cases.

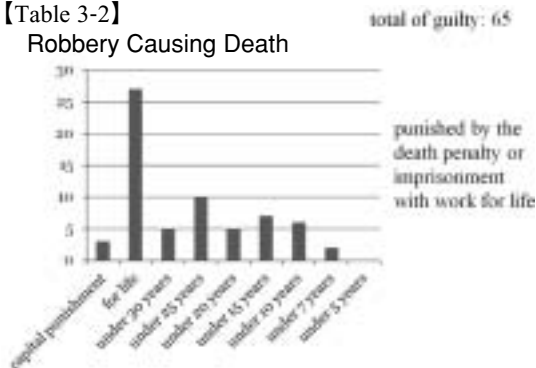
The sentencing practice by lay judges agrees in part with my opinion and disagrees in part. In the former aspect, the computer search system, what is called, “sentencing data base” is available for each court to confer about sentencing. This system was constructed by the Supreme Court and is nationwide in Japan, but it isn’t open to the public. When searching key words, for example, the term “one or two victims”, “with or without a weapon”, and so on, are input into the search, one can see both in a graph and in a table, to how punishment is determined in similar cases. Speaking of the latter aspect, some statistics indicate that sentencing by lay judges seems very chaotic¹⁰⁾ and it has done damage to the proportionality of punishment. It means that lay judges are not ready to follow the tradition.

10) See [Table 3 - 1] and [3 - 2].

【Table 3-1】
homicide



【Table 3-2】
Robbery Causing Death



V. Get-Tough-Tendency in Lay judges?

I will give only a brief comment in this Part. It would be premature to analyze the sentencing practice in the lay judge system statistically, because it is only two years since the lay judge system began. It is surely an assignment for us in the future. However, suppose that a get-tough-tendency in recent trials is supported by statistics, but it isn't necessarily due to the lay judge system itself, as we had some important reform in the Criminal Procedure Law. For example, a victim can give his opinion in the court. Not to mention, several reasons, combined with

the lay judge system, could lead to a certain tendency of the criminal justice.

Nevertheless we have gotten an impression, that well - known cases, as in the newspapers, are bipolarized, that is, serious crimes are punished with a severe sentence, like sexual offenses, on the one hand, and when lay judges feel sympathy toward an accused, they tend to granted a stay of execution with probation, in spite of a serious crime, on the other hand. For example, it is the case, in which the accused kill his or her father or mother, who had been ill in bed and whom the accused had been fatigue as a result of nursing him for a long time.

VI. Conclusion

Anyway we will have to keep our eyes open for the future, regarding how things go in the lay judge trials to come. There will certainly be a lot of materials to be examined. Then we will have to struggle further with the theoretical problems on sentencing, based on the practice in the lay judge trials. We will obtain a lot of productive results both for researchers and for the practice.

任意後見契約の優越的地位の限界について

上 山 泰

I. 序論

II. 現行法における任意後見制度優先の原則

- (1) 法定後見との調整の基本構造
- (2) 例外としての法定後見優先要件

III. 任意後見の優越的位置づけに対する批判的再検討

- (1) 法定後見に対する比較優位性の再検討
- (2) 自己決定支援の理念によるさらなる相対化に向けて—結びに代えて—

I. 序論

近年ふたたび、世界各国において、成年後見制度再改革の動きが激しさを増している。イギリス（2005年意思決定能力法〔2007年施行〕）¹⁾、ドイツ（2005年世話法第2次改正〔同年施行〕、2009年世話法第3次改正〔同年施行〕）²⁾、オーストリア（2006年代弁人法改正〔2007年施行〕）³⁾、フランス（2007年〔2009年施行〕）⁴⁾、スイス（2008年民法改正〔2013年施行予定〕）といった西

1) 菅富美枝『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』（2010年、ミネルヴァ書房）に詳細な紹介と分析がある。また、同法の邦訳として、新井誠監訳『イギリス2005年意思決定能力法・行動指針』（2009年、民事法研究会）がある。

2) 2005年改正の紹介として、黒田美亜紀「ドイツ成年者世話法の第二次改正について」成年後見法研究3号（2006年）3頁がある。また、2009年改正については、山口和人「「患者の指示（リビング・ウィル）」法の制定」外国の立法242-2号（2009年）に簡潔な紹介がある。さらに、後者の改正経緯については、松田純「ドイツ事前指示法の成立とその審議過程—患者の自己決定と、他者による代行解釈とのほごまで—」医療・生命と倫理・社会9巻1-2号（2010年）34頁に詳しい。

欧主要国に加えて、ハンガリー等の東欧諸国⁵⁾にもこの流れは広がっている。近隣の東アジアに目を転じて、台湾（2008年民法改正〔2009年施行〕）⁶⁾、韓国（2011年民法改正〔2013年施行予定〕）⁷⁾と法改正が相次ぐ。

-
- 3) この紹介として、田山輝明・青木仁美「2006年オーストリア代弁人法改正法」比較法学44巻1号（2010年）219頁、黒田美亜紀「オーストリアの成年後見制度」新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見法制の展望』（2011年、日本評論社）189頁がある。
- 4) 「成年者の法的保護の改革を定める2007年3月5日の法律」に基づく、フランス民法2007年改正の紹介については、今尾真「フランス成年者保護制度にみる補助活用への示唆」実践成年後見27号（2008年）26頁、今尾真「フランス成年者保護法改正の意義と理念」前掲『成年後見法制の展望』165頁、小林和子「後見—後見に関する2007年3月5日の法律第308号—」日仏法学25号（2009年）229頁、清水恵介「フランス新成年後見法」日本法学75巻2号（2009年）491頁、清水恵介「フランスの任意後見法制」実践成年後見35号（2010年）119頁がある。
- 5) ハンガリーでは、共産主義体制下の1959年に立法された民法典が経済体制の転換後も使用されてきたため、民法典の抜本的改正が、ここ10年ほどの懸案となっていた。2009年11月に、民法改正に関する法案が議会を最終的に通過し、当初の予定では、まず第1段階として、2010年5月1日に新民法典第1編と、成年後見に関連する規定を含む「人」に関する第2編を施行し、続いて第2段階として、2011年1月に新民法典の残りの部分を施行する運びであった。この新法の内容には、広範な能力制限を伴う全面後見（full guardianship）の廃止や、旧来型の後見の代替制度として、本人の能力制限を全く伴わない「支援付き意思決定（supported decision-making）」を法制度化することといった、成年後見法制の全面的改革も含まれていた。ところが、2010年4月26日にハンガリー憲法裁判所によって、新民法第1編及び第2編の施行延期を命じる判決が出された上（裁判官等にとって施行までの準備期間が短すぎることに、民法典を分割して2段階で施行することが法的安定性を害することが理由とされた）、ほぼ同時期の議会選挙により政権交代が生じ、新政権が新法の集中的な見直しとこれに必要な施行の延期を表明するといった想定外の状況が続いたため、現在に至るまで、新法施行は実現していない。なお、新法の成年後見法に関する改正は、障害者権利条約12条の「法的能力の享有の平等」との整合性を明瞭に意識したうえで行われた経緯があり、比較法的にも興味深い素材と思われる（ハンガリーは、新民法典改正作業中の2008年5月3日、世界で2番目の同条約批准国となっている）。さらに、チェコ共和国でも、2012年2月20日の大統領署名により、成年後見制度の全面改正を含む新民法典が成立した（2014年1月施行予定）。同法は、なお最終手段としての能力制限を残してはいるものの、後見期間の制限、事前指示書制度や支援付き意思決定制度の導入など、障害者権利条約12条の強い影響を受けた内容となっている。

こうした再改革の特徴の1つが、大陸法系諸国での任意後見（持続的代理権）制度（さらに国によっては、リビングウィルを含む事前指示書制度）に関する法整備である。特にEU圏内の国については、1999年の「判断能力不十分な成年者の法的保護に関する基本原則（Principles concerning the legal protection of incapable adult : Recommendation No.R (99)4）」と、2009年の「法的無能力に備えた持続的代理権と事前指示書に関する基本原則（Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity : Recommendation CM/Rec (2009)11）」という2つのEU評議会閣僚委員会勧告の影響がある⁸⁾。そこでは一般に、任意後見が本人の事前的自己決定に基づく仕組みであることから、ローマ法由来の伝統的な法定後見制度に比べて、現代における成年後見制度の基本原則である「自己決定（本人意思）の尊重」との

-
- 6) この紹介として、岡孝「台湾における成年後見制度の改正について」岡孝・沖野眞巳・山下純司編『東アジア私法の諸相』（2009年、勁草書房）1頁、張清雲（錢偉榮訳）「中華民法における成年監護制度についての検討」前掲書19頁、王仁越（錢偉榮訳）「台湾成年監護制度の新しい課題」東洋文化研究12号（2010年）155頁、林秀雄「台湾の成年後見制度」実践成年後見40号（2012年）106頁がある。
- 7) 韓国の成年後見制度改正の紹介については、金玟中（李妍淑訳）「韓国における任意後見制度の現状と立法的課題」東洋文化研究12号（2010年）205頁、金亮完「韓国における法定後見の現状と課題」東洋文化研究12号（2010年）223頁、金亮完「成年後見の導入・成年年齢の引下げに関する韓国民法改正案成立(上)(下)」戸籍時報667号（2011年）2頁、668号（2011年）10頁、鄭英模「韓国成年後見法の概要」実践成年後見39号（2011年）146頁がある。
- 8) 既に前者の第2原則第7項において、英米法系の持続的代理権（continuing powers of attorney）や事前指示書（advance directives）を念頭に、判断能力減退前の事前的自己決定を保障するための法整備の必要性が指摘されていた。後者は前者のアップトゥデートを目的として、より具体的に持続的代理権と事前指示書の手法による、将来の判断能力減退・喪失への事前準備を対象として、判断能力不十分者に関する専門作業部会（Working Party on Incapable Adults [CJ-FA-GT2]）がまとめた勧告であり、加盟国に対して、持続的代理権と事前指示書に関する法整備を通じて、判断能力を有する者の自己決定を促進すべきよう求めている。後者は、その第1原則第2項において、加盟国が、自己決定と補充性の原則に従って、持続的代理権や事前指示書に対して、他の保護手段に優先する地位を与えることを考慮しなければならないとして、任意後見制度優先の原則を確認している。

親和性がより高いと理解されている。また、この認識の結果として、通例、両制度の競合が問題となる場面において、任意後見を法定後見に対して原則的に優先させる制度設計が採られている。いわゆる「任意後見制度優先の原則」（裏から言えば、法定後見制度の補充性〔補完性〕の原則）の採用である。たとえば、オーストリア2006年改正は、持続的代理権の仕組みである予防的代理権（Vorsorgevollmacht）を、明文上の制度として明確に位置づけた（オーストリア民法284f-284h条）上で、法定後見制度（代弁人〔Sachwalter〕制度）の一般的な補充性原則（オーストリア民法268条2項）に加えて、特に予防的代理権について、この趣旨を具体化する規定（オーストリア民法284g条）を置いている。フランス2007年改正も同様に、任意後見制度である将来保護委任（mandat de protection future）を立法化した（フランス民法477-494条）上で、法定後見は将来保護委任では本人の利益を十分に図れない場合に補完的に機能するものとしている（フランス民法428条1項）^{9、10）}。

9) ただし、前掲清水実践125頁によれば、フランス法は、日本法と異なり、将来保護委任と法定後見の同時併存を認める（フランス民法483条1項2号、485条2項前段）。アメリカ統一任意代理法（Uniform Power of Attorney Act）もまた、持続的代理権の発効後に、本人について裁判所が法定後見人を選任する場合について、法定後見の補充性の観点から、特に裁判所が当該持続的代理権の制限、効力停止、終了を決定しない限り、その効力は継続するとして、任意後見人と法定後見人の同時併存を前提としている（アメリカ統一任意代理法108条(b)）。

10) このほか、前掲2009年EU評議会勧告の影響下で、持続的代理権に関する法的整備を実施した主要国として、スペイン、フィンランド、スイス等がある。スペインでは、2003年の法改正（Ley 41/2003 de 18 noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad）によって、当該委任契約が持続的代理権を設定する目的で締結された場合を除き、本人の無能力により終了する旨が規定された（スペイン民法1732条）。フィンランドでは、2007年に成立・施行された法改正（Laki edunvalvontavaltuutuksesta（648/2007））によって、持続的代理権に基づく任意後見制度が導入された（フィンランドの成年後見制度の紹介として、菅富美枝「フィンランドの成年後見制度—福祉国家における「制度としての後見行為」—」成年後見法研究5号（2008年）157頁がある）。スイスでは、2008年の法改正によって、任意後見制度と医療行為に関する事前指示書に関する法整備が行われた（施行は2013年）。

わが国でもまた、任意後見契約に関する法律（以下、条文引用に際しては、単に「法」とする）4条1項、2項及び10条1項、3項によって、任意後見制度優先の原則が明示されている。すなわち、①任意後見人と法定後見人の同時併存を認めないこと（原則①）、及び、②任意後見が原則的に法定後見に優先すること（原則②）を基軸として、両者の調整が図られている。立法担当者は、原則②を『任意後見制度による保護を選択した本人の自己決定を尊重する観点』¹¹⁾から採用したと説明している。確かに、本人による任意後見契約締結は、制度選択に対する意思の明示を含意しており、この文脈において任意後見を法定後見に優先させることは、自己決定（本人意思）の尊重に適うといえそうである。

しかし、現代型成年後見制度の第1原理ともいえるべき自己決定（本人意思）の尊重の要請は、こうした判断能力減退前の事前的意思決定についてだけでなく、後見開始後の意思決定に関しても最大限に顧慮されなければならない。そして、仮に判断能力減退後の個別具体的な意思決定の場面に焦点を合わせて議論を進めていくならば、「任意後見は法定後見よりも常に自己決定（本人意思）の尊重原理に親和性が高い」という理解は、いささか一面的であることが示されるだろう。というのも、任意後見では、制度の構造上、過去的意思決定が「いま・ここでの新たな意思決定」に原則として優位することになるが、そこで単純に後者を切り捨ててしまえば、別の意味で自己決定（本人意思）尊重原理との抵触可能性が生じることになるからである。特に、現有能力の尊重という視点を加味したとき、このジレンマは大きな難題となるだろう。加えて、先のような理解は、ある種の副作用として、「任意後見＝自己決定型：法定後見＝パターンリズム型」という短絡的な二項対立図式へと収斂して、法定後見の運用における自己決定（本人意思）尊重の等閑視へとつながる虞もある。これを踏まえるならば、自己決定（本人意思）尊重の文脈における任意後見の法定後見に対する優越性は、あくまでも相対的なものにすぎないと理解されるべ

11) 小林昭彦・原司『平成一一年民法一部改正法等の解説』（2002年、法曹会）477頁。

きであろう。さらに、こうした視点の延長線上には、エンパワーメントの手法を通じて、判断能力不十分者の「いま・ここでの新たな意思決定」の可能性を最大限に追求する仕組み、すなわち、自己決定支援の仕組みを中核に据えた新しい成年後見制度¹²⁾の可能性が見えてくるように思われる。こうした自己決定支援型の制度と対比するならば、代理・代行決定（他者決定）型の仕組みであるという意味において、任意後見は法定後見と基本的に同質である。とすれば、自己決定（本人意思）尊重の文脈において、むしろ任意後見は自己決定支援型の仕組みに劣位するわけである。ここでは、任意後見の法定後見に対する優越性はほとんど誤差の範囲といえるほど、希薄化されてしまう可能性がある。

本稿では、こうした視点を踏まえつつ、現行法上の任意後見制度優先の原則に対して批判的に検討を加え、その限界について分析していくこととする。

Ⅱ. 現行法における任意後見制度優先の原則¹³⁾

（1）法定後見との調整の基本構造

（a）任意後見契約法10条1項（任意後見登記先行型）

現行法は、法定後見との2種類の調整場面において、任意後見制度優先の原則を採用しており、任意後見が法定後見に対して優越的な地位に立つことを示している。

12) Supported decision-makingのような自己決定支援型の仕組みと、旧来のGuardianship、すなわち後見制度とを完全に異質な対立的制度として位置づける方が一般的かもしれないが、私見は、自己決定（本人意思）の尊重を両者に共通の基本原理とすることによって、両者の理念的な連続性の側面を強調できると考える。こうした理解を前提とすれば、具体的な制度設計の次元で、支援手法の1つとして、自己決定支援型の仕組みを従来型の後見制度の枠組みに接合していくことも可能であると思われる。既に菅前掲書143-177頁が同様の視点から詳細な分析を加えているが、イギリスの2005年意思決定能力法1条が掲げる5大原則の機能はこうした制度設計のモデルの1つといえるだろう。

13) 於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法（25）[改訂版]』（2004年、有斐閣）681頁以下及び715頁以下〔新井誠・上山泰〕参照。

まず、任意後見契約の締結及び登記¹⁴⁾が、法定後見開始の審判に時間的に先行する場合、家庭裁判所は、任意後見監督人の選任の有無、すなわち任意後見契約の発効の有無にかかわらず、原則として、当該後見開始の審判の申立てを却下する（法10条1項）。ただし例外として、家庭裁判所が、本人の利益のため特に必要があると認めたときに限り、法定後見が開始される（法10条1項）。この場合、既に任意後見契約が発効しているならば（任意後見既発効型）、原則①との関係上、法定後見開始に伴って、既存の任意後見契約は当然に終了することになる（法10条3項¹⁵⁾。他方、任意後見契約が未発効の場合（任意後見未発効型）には、法定後見人と任意後見人の同時併存が生じないため、法10条3項の反対解釈として、既存の任意後見契約は存続する¹⁶⁾。立法担当者は、この理由について、未発効の場合、『当該任意後見契約による保護の相当性自体を否定する確定的な司法判断がされたときまではいえないので、権限の抵触等が顕在化していない任意後見受任者との関係では、なお任意後見契約を存続させるのが相当である』¹⁷⁾ためと説明している。この結果、法10条1項に基づいて例外的に法定後見を開始した後で、あらためて未発効の任意後見契約につい

14) 登記まで要するとした理由は、法定後見開始の審判時に、任意後見契約の締結及び任意後見監督人の選任の有無を家庭裁判所が確認できる制度的な保障が必要な点に求められている（前掲小林・原420頁参照）。

15) 現行法上、任意後見と法定後見は二者択一の関係として設計されている。このため、たとえば、補助人の代理権の範囲と任意後見人の代理権の範囲とが競合しない場合であっても、両者は同時併存できない。立法担当者は、この理由として、「任意後見契約の終了の登記の前提として、登記手続の中で両者の権限が重なるか否かの審査を要することになるが、登記実務上の形式的審査ではそれは著しく困難であり、権限の競合の看過により終了の登記がされなかった場合には、任意後見契約法第一条の善意者保護の規定により、無権限の旧任意後見人による処分行為等により本人が重大な不利益を被るおそれがあること」、及び、「身上監護と財産管理のように形式的には権限の範囲が重ならない場合でも、実質的には両者の権限が抵触することがありえるが、家庭裁判所は、複数の補助人を直接監督する場合と異なり、任意後見人に対しては、任意後見監督人を通じての間接的な監督しかできず、代理権の範囲の調節等もできないので、権限の調整が困難な場合が想定されること」を挙げる（前掲小林・原431頁参照）。

16) 東京地裁平成18年7月6日判決・判例時報1965号75頁。

て監督人を選任して、法定後見から任意後見へと移行できる可能性が残されていることになる。

（b）任意後見契約法4条1項2号（法定後見開始先行型）

逆に、後見開始の審判が任意後見監督人選任の申立てに先行する場合、すなわち、被補助人、被保佐人、成年被後見人を本人として任意後見監督人の選任が申し立てられた場合についても、法4条の中で任意後見制度優先の原則が明定されている。すなわち、原則として、家庭裁判所は任意後見監督人を選任して契約を発効させた上で、原則①との関係上、既存の法定後見開始の審判を取消して、法定後見を終了させる（法4条2項）。ただし、例外として、法定後見の継続が本人の利益のために特に必要であると認めたときに限り、家庭裁判所は任意後見監督人選任の申立てを却下する（法4条1項2号）。法定後見を任意後見に例外的に優先させる判断基準は、先の任意後見登記先行型と意識的に統一されている¹⁸⁾。なお、法定後見開始後に、成年被後見人等が任意後見契約を締結した場合も本条の対象になる。本人の自己決定に基づいて、法定後見から任意後見へと移行できる可能性があることは、後述するように任意後見制度優先の原則に関する限界を検討する上でも重要なポイントとなる。

このように現行制度は、法定後見と任意後見の調整に関して、両者のいずれが先行した場合についても、必ず家庭裁判所の判断を介在させた上で、原則的には任意後見を優先させつつ、例外として、法定後見が本人の利益にとって特に必要であると家庭裁判所が認めた場合にのみ、法定後見による支援を優先させるという制度設計を採用しているわけである。

17) 前掲小林・原480頁脚注（2）。なお、同書436頁は、任意後見契約を存続させておく意義のある事案として、代理権のみが付与された補助事案において、本人の状態の軽快や代理権による保護の必要性の消失によって、補助開始の審判が取り消された場合を挙げる。

18) 前掲小林・原423頁。

(2) 例外としての法定後見優先要件

さて、こうした任意後見の優越性の限界を探る鍵は、例外的に法定後見を優先させる判断基準にある。明文では、任意後見登記先行型の場合が「(法定後見の開始が) 本人の利益のため特に必要があると認めるとき」(法10条1号)、法定後見開始先行型の場合が「(法定後見の継続が) 本人の利益のため特に必要であると認めるとき」(法4条1項2号)と規定されている。両要件の文言はほぼ同じであり、その機能も任意後見の優先効を排して法定後見を優越させる点で共通する。ただし、前者が法定後見の例外的開始に対する積極的要件であるのに対して、後者は任意後見の開始に対する法定障理事由3類型のうちの1つであるという規定の性質の違いから、厳密に言えば、両要件の直接的な射程には違いがある¹⁹⁾。後者では、任意後見受任者の不適格性に関して、別個の法定障理事由(法4条1項3号)として規定しているため、これを4条1項2号の判断要素に含める必要はない。他方、前者では、任意後見受任者の不適格性も、法定後見開始の特別な必要性を裏付ける要素の1つとして、10条1号の判断要素に組み込む必要がある。つまり、任意後見登記先行型と法定後見開始先行型の両類型において、任意後見制度優先の原則の適用範囲についての平仄を合わせるならば²⁰⁾、10条1号の判断要素は、4条1項2号よりも広く解釈されるべきことになる。

以下では、この点を踏まえたうえで、主として、射程が広いと思われる10条1号の「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」(以下では「法定後見優先要件」とする)の解釈に焦点を合わせつつ、この要件の具体的な構成要素について考察していく。まずは、この問題に関する裁判例と学説について概観しておこう。

19) 前者の場合、当該任意後見契約による保護の相当性自体を否定する確定的な司法判断が求められているわけではない(前掲小林・原480頁脚注(2)参照)。

20) 前掲小林・原423頁の記述から見る限り、立法担当官は、任意後見登記先行型と法定後見開始先行型の両者について、家庭裁判所が統一的な基準の下で任意後見と法定後見の優先性を評価すべきと考えていたように思われる。

(a) 立法担当官の見解

立法担当官は、法定後見優先要件を、特別養子縁組における「子の利益のため特に必要があると認めるとき」（民法817条の7）と同じく、特別の必要性を要件とする趣旨の規定であると位置づける²¹⁾。これを見る限り、立法担当官は、任意後見制度優先の原則をかなり厳格に捉えており、単なる両者の比較優位を理由とする法定後見の開始には否定的である。この要件を充足する具体例としては、「任意後見契約の代理権の範囲が狭く、かつ、本人の判断能力の減退・喪失によって、追加的な任意授権が困難な場合」（A-1：代理権の不足）と、「同意権・取消権による保護が必要な場合」（A-2：行為能力制限の必要性）を挙げている²²⁾。いずれも、任意後見人の法的権限が本人保護にとって不十分である場合（A：法的権限の不足）といえる。

(b) 裁判例

①札幌高裁平成12年12月25日決定・家庭裁判月報53巻8号74頁〔裁判例①〕²³⁾

本件は、本人の親族（長女：原審申立人・抗告人）による補助開始申立ての後で、補助開始の審判前に、本人と別の親族（実妹）とが任意後見契約を結んで登記したという事案である。ただし、本決定の事実認定によれば、補助開始の申立てに際して、署名、捺印した本人の同意書が提出されていたものの、その後、本人は家庭裁判所調査官や家事審判官の面前で、明確にこの同意を撤回する意思を表明している。このため、本件では、そもそも、補助開始審判の要

21) 前掲小林・原478頁脚注（2）。

22) 前掲小林・原478頁。なお、秦悟志「成年後見制度における法律実務家の役割」実践成年後見1号（2000年）74-5頁は、『本人に浪費の懸念が生じた場合、任意後見人は取消権を有しないので法定後見への移行が必要となる。また、任意後見契約締結後に本人が相続などによって多数の財産を取得し、任意後見人の代理権の範囲を拡張する必要がある場合には本人がすでに意思能力を喪失しているときは、法定後見へ移行せざるを得ない。』と指摘するが、これは立法担当官の例示を敷衍したものと理解できる。

23) 本件評釈として、西原醇・判例タイムズ1076号（2002年）89頁、平山也寸志・実践成年後見21号（2007年）103頁、平山也寸志・成年後見法研究5号（2008年）173号がある。

件である「本人の同意」（民法15条2項）が欠けており、任意後見との競合が生じえない状況だったといえる²⁴⁾。

しかし、本決定はこの点を踏まえつつも、なお抗告理由に応える形で、本件では、補助開始が「本人の利益のために特に必要がある」（法10条1項）とは認められないとした。そして、この理由として、本人の財産について既に財産目録が作成されており、今後の大きな支出については、任意後見受任者である実妹に管理が委ねられる手筈が整えられているという点を指摘している。本件は、任意後見を前提とする本人の保護が図れる限り、法定後見の開始は不要であるという、任意後見制度優先の原則を厳格に適用したとみることができる。

②大阪高裁平成14年6月15日決定・家庭裁判月報54巻11号54頁〔裁判例②〕²⁵⁾

本件は、本人の親族（長男：原審申立人）が、自らを保佐人候補者として保佐開始を申し立てた後で、保佐開始の審判前に、現に本人の資産を管理していた別の親族（次男：抗告人）と本人とが任意後見契約を結んで登記したという事案である。原審が、既登記の任意後見契約の存在に何ら言及しないまま、親族間の対立を理由に、第三者である弁護士を保佐人として選任したため、任意後見受任者である親族が抗告したというのが本件の経緯である。

本決定は、「本人の利益のため特に必要」であるとは、『諸事情に照らし、任

24) 民法15条2項の「本人の同意」の存在は、本人以外の請求権者が補助開始を申し立てるための要件ではなく、家庭裁判所が補助開始の審判をするための要件である。このため、申立時点での同意は不要であり、本人の同意の有無については、本人の陳述聴取等の審理の過程の中で、家庭裁判所自らが確認することが予定されている（前掲小林・原137-8頁参照）。したがって、本件申立時点において提出された同意書の有効性・真正性の如何に関わらず（つまりは、従前の同意の有効な撤回の有無という問題設定をするまでもなく）、審理の中で、家事審判官が補助開始に同意しない旨の本人の真意を確認できた以上、もはや補助は開始できないと考えてよい。

25) 本件評釈として、二宮孝富・民商法雑誌128巻6号（2003年）99頁、山田真紀・判例タイムズ1125号（2003年）112頁、星野茂・実践成年後見20号（2007年）138号、星野茂・成年後見法研究4号（2007年）186頁がある。

意後見契約所定の代理権の範囲が不十分である、合意された任意後見人の報酬額が余りにも高額である、法四条一項三号ロ、ハ所定の任意後見を妨げる事由がある等、要するに、任意後見契約によることが本人保護に欠ける結果となる場合を意味する』と判示した。また、これに加えて、既登記の任意後見契約が『人違いや行為能力の欠如により効力が生じないのであれば「本人の利益のために特に必要がある」かどうかについて判断するまでもなく』法定後見を開始できると指摘した。ここでは、立法担当官が既に指摘していた「A-1：代理権の不足」に加えて、不当な高額報酬の設定という契約内容の不当性（B：契約内容の不当性）と、任意後見受任者の不適格事由（C：任意後見受任者の不適格性）を、具体例として挙げた点が注目される。既述のように、法10条1号の解釈に当たっては、法4条1項3号の対象である任意後見受任者の不適格性を含める必要があり、本決定はこのことを明示したものと見える。

さらに、既登記の任意後見契約が無効である場合²⁶⁾について、当然に法定後見を開始できる旨を指摘した点も興味深い。任意後見契約が無効である以上、そもそも法定後見との競合は生じないため、法定後見優先要件の充足についての判断が不要なことは、理論上は当然である。ただし、任意後見契約の有効性自体は、別途、民事訴訟によって確定されることになるため²⁷⁾、この場面での判断はあくまで暫定的なものにすぎない。したがって、本決定とは異なるが、広く任意後見契約の有効性について客観的な疑念のある場合（D：契約の瑕疵に関する不審事由）について、法10条1号の法定後見優先要件の充足性の判断要素として位置づけることが適切だと思われる。

26) 本人の意思無能力を理由として、任意後見契約の締結と解除を無効とした裁判例として、前掲東京地裁平成18年7月6日判決がある。この評釈として、神野礼斉・判例タイムズ1256号（2008年）44頁、菅富美枝・実践成年後見27号（2008年）85頁、三輪まどか「高齢者の財産管理と意思能力—任意後見をめぐる裁判」〔東京地判H18.7.6判時1965号75頁〕を契機として—横浜国際経済法学18巻2号（2009年）139頁がある。

27) 前掲山田113頁参照。

(c) 学説

従来、任意後見制度優先の原則をめぐる学説は、主として、先の2つの裁判例の検討を通じて展開してきている²⁸⁾。以下に主要な見解を紹介する²⁹⁾。

①西原説³⁰⁾

裁判例①の評釈で、法10条1項の充足の有無は、単に法定後見の補充性という理念の問題としてではなく、任意後見と法定後見との長短を念頭に置いた上で、いずれが適当か、本人を取り巻く様々な状況に即して判断すべきと主張する。この説は、移行型を除く任意後見の場合、効力発生前の受任者の義務、契約の無効・取消原因の存在、受任者の適格性等の点で不明確であるという弱点を持つとして、任意後見制度優先の原則の厳格な運用がかえって本人の利益を損ねかねないと指摘する。特に、後見開始審判の申立後に、あたかもこの回避手段として締結されたような任意後見契約については、原則の適用にあたっ

28) 前註23及び25に挙げた各判例評釈のほか、飯島紀昭「任意後見と法定後見について」『21世紀の家族と法—小野幸二教授古稀記念論文集—』(2007年、法学書院)467頁、星野茂「任意後見と法定後見の関係—任意後見人選任をめぐる二つの高裁決定を中心に—」法律論叢80巻1号(2007年)67頁、星野茂「任意後見と代理」椿寿夫・伊藤進『代理の研究』(2011年、日本評論社)298頁、新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見制度—法の理論と実務—』(2006年、有斐閣)244-8頁[山崎政俊]、小賀野晶一「任意後見契約と任意後見人の権限をめぐる問題」野田愛子・梶村太市総編集『新家族法実務体系 第2巻』(2008年、新日本法規)550頁、奥林潔「任意後見契約の実情(付利用の実情)」公証162号(2011年)52頁等が、この問題に言及する。

29) このほか、岡部喜代子・三谷忠之『実務家族法講義』(2006年、民事法研究会)233頁、半田吉信・鹿野菜穂子・佐藤啓子・青竹美佳『ハイブリッド民法5 家族法』(2006年、法律文化社)174頁[半田吉信]、島津一郎・松川正毅編『基本法コンメンタール 親族(第5版)』(2008年、日本評論社)302、305頁[佐藤繁]、四宮和夫・能見善久『民法総則(第8版)』(2010年、弘文堂)60頁、高橋朋子・床谷文雄・棚村政行『民法7 親族・相続(第3版)』(2011年、有斐閣)221-2頁[床谷文雄]など、教科書類の一般的な記述においては、立法担当官の例示する「A：法的権限の不足」と、裁判例②が指摘した「B：契約内容の不当性」、「C：任意後見受任者の不適格性」への論及があるに留まる。

30) 前掲西原89頁。

て、別段の考慮が必要であることを示唆する。

②二宮説³¹⁾

裁判例②の評釈で、任意後見制度優先の原則を排すべき場合とは、任意後見によることが本人保護に欠けると判断されるときであるが、この際には、代理権の範囲といった任意後見の内容だけを対象にして判断すべきではなく、法定後見と任意後見のどちらが本人の利益になるかという観点から判断すべきと主張する。また、任意後見契約締結時における本人の意思能力の要素にも注目すべきことを指摘し、任意後見と法定後見の優先関係について、保佐・後見類型の場合は、本人の保護の理念に重きを置いて判断すべきとする。

③山田説³²⁾

裁判例②の評釈で、法10条1項の適用範囲について、立法担当官の例示を是とした上で、具体例として、「本人が任意後見契約の解除を希望している場合」と「任意後見受任者として弁護士を選任しているが、当該弁護士の心身などの故障により、職務を適切に行うことが困難である場合」を追加する。後述のように、前者は「E：本人の法定後見選択意思の存在」、後者は「C：任意後見受任者の不適格性」の要素として整理できるだろう。また、この説は、裁判例②の判旨について、法定後見開始の申立人と対立する親族が、申立後の對抗措置として任意後見契約を締結したとも考えうる場合でも、この要素だけで法定後見優先要件の充足を認めることはできない旨を示した点に意義があると指摘する。法定後見優先要件の要素として「E：本人の法定後見選択意思の存在」を挙げている点を含めて、立法担当官と同様、制度選択に関する自己決定の尊重にウェートを置き、任意後見制度優先の原則を厳格に適用すべきとの立場であると思われる。

31) 前掲二宮839頁。

32) 前掲山田112頁。

④星野説³³⁾

裁判例①②を素材として、法定後見優先要件について、当事者間で締結した任意後見契約をそのまま履行させると本人の保護に欠ける結果になる場合であると主張する³⁴⁾。そして、その具体例として、従前から指摘されてきた諸例示に加えて、特に「当事者の判断能力喪失ないし減退」と「保護者になろうとしている家族間の不仲」について検討する。前者については、一定の判断能力減退者による任意後見契約締結の有効性が一般に認められていること、及び、任意後見が委任者である本人の自己決定を重視する仕組みであることを理由に、基本的には消極に解すべきとしつつ、後見開始の申立てへの対抗手段として任意後見契約が締結された事案のように、任意後見の濫用といえる場合には、より慎重な判断が必要になると指摘する³⁵⁾。後者については、こうした家族間の不仲があるようなケースこそ、まさに紛争回避のために任意後見を活用して、本人の自己決定を尊重すべきであるとして、基本的には法定後見優先要件を充足しないと主張する。ただし、家族間紛争がある場合には、同居家族からの強い要請、恫喝、懇願等や、本人の同居家族に感じている後ろめたさ等のために、本人が真意を表明しえない場合も否定できないとして、現に家族が行っている財産管理が不適切であり、その発覚を免れようとしている場合等、任意後見の濫用と考えられる場合には、例外的に法定後見優先要件を充足すると解すればよいとする³⁶⁾。この説は、任意後見制度優先の原則の理念的な妥当性を基本的には認める一方で、「自己決定尊重の暴走化」³⁷⁾を回避するための解釈論的工夫として、任意後見制度の濫用という基準を持ち込むことを通じて、本人保護の理念との調整を図る点に特徴がある。なお、この説は、任意後見受

33) 前註25及び28に挙げた各星野論文参照。ただし、各記述が重複するため、本稿では最も包括的な記述のある法律論叢を基本的に引用する。

34) 前掲星野論叢79頁。

35) 前掲星野論叢80頁。

36) 前掲星野論叢80-1頁。

37) 前掲星野論叢71頁。

任者が制限行為能力者である場合について、「本人の利益のため特に必要がある」場合ではなく、法4条1項3号ハ「その他任意後見人の任務に適しない場合」に該当すると考えればよい³⁸⁾と指摘するが、法4条1項の解釈が問題となる法定後見開始先行型についてはそれでよいとして、法10条1項の解釈が対象となる任意後見登記先行型において委任者が被保佐人ないし被補助人の場合は問題が残るのではないだろうか。

⑤平山説³⁹⁾

裁判例①②と先行諸学説を整理した上で、まず、任意後見から補助への移行事案と、任意後見から保佐ないし後見への移行事案とを区分する必要性を指摘する⁴⁰⁾。この区分を前提に、前者の場合は本人の自己決定の理念に、後者の場合は本人保護の理念に、より重きを置いて判断すべきと主張する。さらに、補助への移行事案における法定後見優先要件の具体例として、「任意後見人に不正な行為、著しい不行跡がある場合、任意後見受任者として選任している弁護士が心身などの故障により適切な職務執行が困難である場合（法4条1項ロ・ハ参照）」、「任意後見人の報酬額があまりにも高額である場合」、「本人に浪費の懸念が生じて取消権による保護が必要となった場合」を挙げている。他方、「諸般の事情により代理権の範囲を拡張する必要性が生じた場合」は、本人の意思能力に問題がない限り、任意後見契約を変更すればよく、あえて補助に移行する必要はないとする⁴¹⁾。また、既登記の任意後見契約がある場合に、補助開始が申し立てられたときは、本人の申立てか、あるいは、申立てへの本

38) 前掲星野論叢82頁脚注（14）。

39) 前註23に挙げた各平山論文参照。ただし、両稿の記述が重複するため、本稿ではより包括的な記述のある成年後見法研究を基本的に引用する。

40) 前掲二宮101頁以下が、既にこの区分の必要性を示唆している。

41) 以上について、前掲平山研究178頁。ただし、立法担当官は、「A-1：代理権の不足」について、「本人の精神状況が任意の授権の困難な状態にあるため、他の法律行為について法定代理権の付与が必要な場合」（前掲小林・原478頁）を前提としているので、この点について、平山説の認識と実質的な差違はないと思われる。

人の同意があるならば、本人が任意後見契約の解除を希望している場合と同視して、本人の利益に反することが明らかでない限りは、補助への移行を認めるべきとする⁴²⁾。これは、山田説が挙げる「E：本人の法定後見選択意思の存在」を敷衍したものと理解できる。この説が挙げる法定後見優先要件の要素自体は既に指摘されてきた内容ではあるが、本人の自己決定と本人保護との理念的調和の視点から、本人の判断能力の要素に注目して、補助類型への移行事案と保佐・後見類型への移行事案を区別した上で、法定後見優先要件を弾力的に運用しようとする点に特徴がある。

⑥飯島説⁴³⁾

裁判例①②に対する評釈の分析を通じて、近時の学説の傾向が、立法担当官の厳格な理解とは逆に、任意後見制度優先の原則の貫徹に対して消極的であり、むしろこれを抑制的に運用しようとする傾向にあると指摘している⁴⁴⁾。また、この説自体、自己決定の尊重という、それ自体としては正しいイデオロギーが、自己目的化して暴走してしまうことへの懸念を表明しており、任意後見制度優先の原則は決して絶対的なものではないと論じ、近時の学説の傾向を支持する⁴⁵⁾。

⑦山崎説⁴⁶⁾

専門職後見人の視点から、法定後見申立後に締結された任意後見契約については、任意後見制度優先の原則を排除する旨の法改正を提言する。この理由と

42) 前掲平山研究178-9頁。

43) 前掲飯島467頁。

44) 前掲飯島479頁。

45) 前掲飯島473-4頁。

46) 山崎政俊「任意後見契約の濫用の防止に向けて—二つの提言を踏まえた提案—」実践成年後見33号(2010年)72-9頁。山崎政俊「任意後見制度の改善のために」前掲『成年後見法制の展望』513-4頁もほぼ同旨を論じる。

して、法定後見の申立てを知った親族等が、本人と任意後見契約を締結して、これを家庭裁判所に通知することで、法定後見の開始を妨害しようとする濫用的事案が、実務上、散見されることを指摘する。こうした「法定後見申立てを妨害するための契約」のほかにも、実務上、「有料老人ホーム入所契約において求められる身元引受人としての代替的契約」、「金銭信託や遺言信託の「指図権者」選任のための契約」、「相続争いの主導権を握るための契約」、「受任者に都合のよい契約（きわめて包括的な委任事項や委任事項に比べて高額な報酬の約定等）」のように、本人の真意によるというよりも、むしろ周囲の思惑等によって任意後見契約が結ばれている濫用的事案があるという⁴⁷⁾。なお、「法定後見申立てを妨害するための契約」との関係で、即効型任意後見契約の有効性に疑義を提起し、任意後見の運用は、本人の判断能力に全く問題がない場合に限定すべきであり、本人に軽度の判断能力低下がみられる場合には、補助を優先すべきと主張する⁴⁸⁾。

(e) 小括

まず、任意後見制度優先の原則の一般的な位置づけについては、既に飯島説が分析するとおり、立法担当官がかなり厳格な適用を想定していたと思われるのに対して、近時の学説はむしろそのリスクの面を警戒して、主に本人の客観的保護の視点から、法定後見を優先する場面を拡張する方向に動いている。こ

47) 日本司法書士会連合会・社団法人成年後見センター・リーガルサポート「任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見執務に対する提案」（2007年2月16日付）と、日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」（2009年7月16日付）の2つの提言が、いずれも、移行型における任意代理契約の濫用事例と併せて、任意後見の濫用に警鐘を鳴らし、その立法的対応の必要性を指摘している。本稿との関連では、任意後見契約の有効性の担保手段として、公証人の嘱託拒絶権限の導入を、両提言が揃って指摘している点が注目される。両提言の解説として、多田宏治「日本司法書士会連合会・社団法人成年後見センター・リーガルサポート「任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見執務に対する提案」の紹介」実践成年後見21号（2007年）91頁、高江俊名「日本弁護士連合会「任意後見制度に関する改善提言」の解説」実践成年後見32号（2010年）109頁がある。

の背後には、裁判例①②を含めて、任意後見の濫用が疑われる事案が散見されるという実務の現状もあると思われる。

次に各論的な問題として、これまでに提示されてきた法定後見優先要件の判断要素を整理しておこう。具体的には、「A：法的権限の不足」（任意後見人の代理権が不十分であり、かつ、本人の判断能力減退・喪失のために、任意代理ないし任意後見の代理権拡充が期待できない事案、または、同意権・取消権による保護が必要な事案）、「B：契約内容の不当性」（不当な高額報酬の約定等、任意後見契約の内容の不当性が著しい事案）、「C：任意後見受任者の不適格性」（任意後見受任者が法4条1項3号の各事由に該当するような事案）、「D：契約の瑕疵に関する不審事由」（任意後見契約に、意思無能力無効、錯誤無効、詐欺・強迫に基づく取消事由等の法的瑕疵がある蓋然性が非常に強い事案）⁴⁹⁾、

48) 前掲山崎実践75頁。新井誠「任意後見制度の現状と課題」成年後見法研究4号（2007年）19頁、新井誠「任意後見制度に関する一管見—その誕生から今後まで—」筑波ロー・ジャーナル5号（2009年）69頁も、即効型は、本人が特に受任者を信頼している場合や他の親族の介入を嫌がっている場合等の例外的なケースにのみ認めるべきであり、即効型の利用希望者には補助類型で対応するのが望ましいと論じる。他方、前掲小賀野552頁は、任意後見については契約の意味を緩やかにでも理解できればよいから、被補助人程度の能力減退ある者でも契約能力を認めてよい場合があるとする。また、立法担当官は即効型を承認しており、被補助人や場合によっては被保佐人に相当する者であっても、契約締結時点で意思能力がある限り、有効な任意後見契約の締結が可能であるとしている（前掲小林・原393頁）。ただし、公証人法26条との関係上、成年被後見人による任意後見契約の締結は、意思能力の回復時であっても、認められない可能性がある。他方、被保佐人の場合、保佐人の同意権の対象に任意後見契約の締結が含まれるかが問題となるが（民法13条1項3号参照）、先の立法担当官の見解からすれば、民法13条2項によって、特別に同意権の範囲が拡張された場合を除けば、被保佐人による締結の可能性は排除されないということになろうか。なお、ここでの諸見解の対立の一因も、本人の理念型を、能力の漸次的減退を前提とした「認知症高齢者モデル」に置くか、能力の開発可能性を視野に納めた「知的・精神障がい者モデル」に置くか（少なくとも後者の存在を重視するか）という点にあるように思われる。この点に関して、平田厚『権利擁護と福祉実践活動』（2012年、明石書店）80頁による、高齢者の自立支援の目的は「残存能力に即して支えること」であり、障がい者の自立支援の目的は「自立能力を獲得・形成できるよう支えること」であるという、両者の指摘の違いは非常に重要である。

「E：本人の法定後見選択意思の存在」（法定後見優先要件の判断時点において、本人が法定後見の利用を優先する意思を積極ないし消極に表示している事案（少なくとも当該任意後見契約の排除を表示している事案））の5つが挙げられる。むろん、これらの要素が重複する場合も想定できる。星野説が検討する「家族間の不仲」のような、任意後見当事者の社会的環境要因については、それが当該任意後見による支援を不適切とする状況に至っている場合であれば、通例はBCDEのいずれかの要素が存在すると思われるため、独立の判断要素とする必要まではないと考えられる。たとえば、契約締結自体が親族の不当な干渉等のために、本人にとって不本意な選択であった場合⁵⁰⁾にはDの要素が、契約締結後の状況変化によって、法定後見優先要件の判断時点では任意後見の選択が不本意となった場合にはEの要素が認められるのではないか。後述のように、任意後見制度優先の原則の理念的根拠を、本人の自己決定による制度選

49) B・Dの要素は、本来、公証人の介在によって排除されることが想定されている（たとえば、公証人法26条参照）。しかし、現在の実務上では、公証人の嘱託拒絶は、無効等の事由の存在が公証人にとって明らかである場合に限られており、無効等の疑いはあるものの確証がない場合には、公正証書の作成義務があると解されている（前掲高江110頁参照）。これと関連して、最高裁平成9年9月4日判決・民集51巻8号3718頁は、『公証人は…法律行為の法令違反、無効及び無能力による取消し等の事由が存在することについて具体的な疑いが生じた場合に限りて嘱託人などの関係人に対して必要な説明を促すなどの調査をすべきものであって、そのような具体的な疑いがない場合についてまで関係人に説明を求めるなどの積極的な調査をすべき義務を負うものではない』と判示している。なお、ここにいる「具体的な疑いがある場合」とは、審査資料から無効ではないかとの疑いが具体的に生じたものの、無効等の事由の存在が明白であるとまではいえない場合とされる（日本公証人連合会編『公証人法』（2004年、ぎょうせい）30頁参照）。

50) 前掲神野46-7頁は任意後見契約がその実質において生前遺言といえるならば、本人の意思能力評価において、通常取引行為とは異なり、本人の真意が尊重されるべきとする。任意後見契約の成立に関して、通常取引行為以上に、本人の真意性を重視した規範的评价を行うべきであるという指摘は正しいと思われるが、この点は、主として即効型で問題となる意思能力の文脈においてのみならず、より一般的に、本人の契約意思の有無（とこれに起因する契約の不成立）という文脈でも検討すべき課題を含んでいるように思われる。

択の要素に求めるならば、Eの内容として、法定後見選択に対する本人の真意が認められる場合には、逆に法定後見を当然に優先すべきということになるだろう。

二宮説、星野説、平山説が、それぞれの視点から考察する「本人の能力喪失・減退」の要素については、基準時を2つに分けた上で検討する必要がある。まず、任意後見契約締結時（基準時①）における能力喪失・減退は、端的に契約能力の問題となる。したがって、基本的にはDの要素として考察すればよい。ここでは、「本人の契約能力について、いかなる程度と性質を想定するか？」⁵¹⁾、「エンパワーメントの手法を通じた判断能力不十分者の契約締結を認めるか？」等が重要な前提問題となるが、本稿では紙数の都合もあり、この詳細な検討は他日を期したい。他方、法定後見優先要件の判断時（基準時②）における能力喪失・減退の問題は、主としてA及びEの要素として検討すべきことになる。ただし、裁判例①②で問題とされたような、法定後見申立ての対抗手段としての性格を持つ即効型事案の場合は、基準時①②の近接性から、ADEの要素の総合評価が求められることになるだろう。なお、Eの評価に当たっては、「法定後見の利用を求める積極的意思」や「任意後見を利用したくないという消極的意思」を具体的に徴表する行為、すなわち、前者なら「本人による補助申立

51) 須永醇「成年後見制度の解釈運用上の論点」須永醇『須永醇 民法論集』（2010年、酒井書店）269-272頁は、任意後見契約締結能力の立法例として、通常の契約能力を要する立場（カナダ・ケベック州法、フランス法）と通常の財産管理ないし身上ケアの能力がなくとも、任意後見契約の締結は可能とする立場（イギリス法、カナダ・オンタリオ州法、カナダ・ブリティッシュコロンビア州法）があると指摘した上で、能力減退後の契約締結を認める必要性は否定できないとして、後者を採るべきと主張する。また、前掲菅実践91頁は、イギリス法では、任意後見契約締結能力に関して、「受任者を信頼し、任せる」ことに対する積極的理解が求められているのであり、任意後見契約は財産取引よりも低い能力で足りるといった発想は取られていないことを指摘し、財産管理能力と任意後見締結能力とは単に「量（理解力）」の問題として比較すべきではなく、「質（任意後見契約について理解すべき「内容」）」の問題として把握すべきであると主張する（この議論は、個別的意思能力判定とエンパワーメントとの関係性の問題を絡めて、菅前掲書55-93頁において、さらに深く展開されている）。いずれもきわめて重要な指摘といえる。

て」ないし「他の申立権者による補助申立てに対する同意」、後者なら「任意後見契約の解除の意思表示」等について、本人の判断能力の程度と性質を個別事案ごとに検討する必要があるだろう。

二宮説、平山説が提起する、任意後見登記先行型での補助移行事案と保佐・後見移行事案との区分は、家庭裁判所の介入時点における本人の現有能力の程度に応じて、自己決定尊重の理念と客観的な本人保護の理念とを柔軟に調整する試みとして評価できる。この議論の方向性は支持できるが、両理念の優先の振り分け基準を補助類型と保佐・後見類型の間に置くか、補助・保佐類型と後見類型の間とするかは議論の余地がある。平山説は、補助の開始要件のみに本人の同意が求められている点を重視したと解されるが、本人の意思能力の有無という視点からみた場合、保佐と後見との間の線引きにも一定の説得力がある。また、任意後見に関する契約能力の位置づけによっては、被保佐人相当の現有能力の者が即効型任意後見によって、任意後見の利用を意識的に選択できる余地があり、この事案との整合性についても論点となるだろう。

Ⅲ. 任意後見の優越的位置づけに対する批判的再検討

(1) 法定後見に対する比較優位性の再検討

さて、近時の学説が任意後見制度優先の原則の適用を抑制する傾向にあることは、上述の通りである。私見もまた、任意後見の法定後見に対する比較優位性を相対化して理解すべきであるという結論には同意する。しかし、この結論は、対抗理念であるパターンリスティックな本人保護の強調を通じてではなく、むしろ、任意後見制度優先の原則の正当化原理とされている「自己決定（本人意思）の尊重」の理念を突き詰めていくことから導き出すべきではないかと考える。そこで以下では、若干の原理的な考察を交えつつ、「自己決定（本人意思）の尊重」という基本原理が、いったいどこまで任意後見の優越的位置づけを担保できるのかについて、少し掘り下げてみたい。冒頭で触れたように、任意後見の法定後見に対する優越的地位を認める制度設計は、近年、多くの国で採用されているわけだが、まずは、その政策的根拠について確認しておこう。

(a) 後見制度運用の社会的コスト抑制

高齢社会における社会保障費の合理的抑制は先進国共通の政策課題である。たとえば、ドイツ世話法の度重なる改正の背景には、法定後見運用に関する国家財政の削減要請があった。特に2005年の第2次改正では、任意後見利用への政策的誘導の仕組みを導入することで、法定後見の利用件数を抑制しようとする政府の意図が明確に示されていたといえる。このように、任意後見制度優先の原則が採用される背景には、後見制度運用に係る社会的コストの抑制という経済的側面もあることを見落とすべきではない。

もっとも、日独の制度の構造的な違いを踏まえるならば、現行制度を前提とする限り、わが国の場合、この面でのメリットはドイツほど大きくはならないだろう。まず、ドイツの場合、低資力者による法定後見の利用費（世話人の費用及び報酬）が国庫負担であること（ドイツ民法1835-1836e条）が、法定後見の社会的コストを高める最大の要因となっている。さらに、ドイツの任意後見⁵²⁾は、民法上の一般的な委任契約に基づく任意代理の運用形態の1つにすぎない。このため、その運用上、国家機関である世話裁判所が関与するのは、例外的にドイツ民法1896条3項によって任意代理監督世話人(Kontrollbetreuer)の選任を行う場合⁵³⁾と、任意後見人による身上監護に関する重大決定に対する許可を行う場合（ドイツ民法1904条5項、1906条5項）等に限定されている。任意後見運用の社会的コストの視点からは、裁判所に代表される国家機関の関与（他にも行政機関の関与や公的な契約認証・登録制度等の運用コストなども含まれるだろう）が小さいほど、すなわち、任意後見の運用を当事者の私的自治に委ねる範囲が広いほど、そのコストは原則的には安価となる。この点からいえば、任意後見契約の発効に当たって、常に裁判所の関与を要するわが国の

52) ドイツの任意後見の紹介として、神野礼斉「ドイツにおける任意後見」成年後見法研究4号（2007年）60頁、神野礼斉「ドイツにおける任意後見制度の運用」公証法学41号（2011年）1頁がある。

53) 任意代理監督世話人は、本人が任意後見人に対して持つ権利の行使を職務とする世話人（法定後見人）であり、日本法上の任意後見監督人と類似した監督機能を持つ。

制度はドイツに比べてコストが高くなる⁵⁴⁾。むろん、この高コスト性は、任意後見の濫用防止という正当な目的に起因するものであるから、これが直ちに日本法の欠点を意味するわけではない。しかし、濫用防止のための公的なセーフガードの強化が、通常は、任意後見の運用に係る社会的コストの安価性とトレードオフの関係に立つという事実の確認は、経済的側面における任意後見の法定後見に対する優位性を評価する上で重要な観点となる。

(b) 「自己決定（本人意思）の尊重」との親和性

一般的には、本人の自己決定による事前準備性という要素から、任意後見は法定後見に比べて、自己決定（本人意思）の尊重という理念により適合的であるとされている。こうした理解は、近年の大陸法圏における任意後見に関する法整備と任意後見制度優先の原則の導入を後押しした直接的な要因でもある。

わが国の場合、立法担当官が、任意後見制度優先の原則について、特に強調したのは、制度選択に関する自己決定の保障という側面である。つまり、任意後見契約の締結を通じて、本人が、法定後見ではなく任意後見による支援を自ら選択したという点に、その正当化根拠を求めている⁵⁵⁾。それでは、任意後見を選択する意義は、より具体的な次元ではどこに求められるだろうか。自己決定（本人意思）の尊重という視点からみるならば、①「支援者（任意後見人）の自己決定性」、②「支援範囲（代理権の内容・範囲）の自己決定性」、③「法

54) ドイツに限らず、欧米における任意後見の制度設計の出発点は、古典的な自由権の文脈における国家からの干渉の抑止、すなわち、まさに私的自治を通じた「個人的領域の確保」の点にあるように見受けられる。任意後見は、あくまでも本人のプライベートな資源（文字通りの個人資産のほか、親族・友人等の人的資源）をインフォーマルに組織化する仕組みであり、公的関与は必要最小限に留めるべきであるという発想が強く感じられる。したがって、欧米での任意後見制度優先の原則を論じる際には、この視点も加味して分析する必要があるだろう。これに対して、わが国の場合、判断能力不十分者に対する社会的保護の側面が、任意後見の文脈でも、強調されがちである。任意後見の濫用防止を目的とした公的セーフガードの構築に対する彼我の温度差は、ここに起因するように思われる。

55) 前掲小林・原477頁。

定後見の利用に伴う行為能力制限のリスク排除⁵⁶⁾」の3点がその中核といえるだろう。ところが、このうち②と③については、濫用事例のような病理現象を待つまでもなく、任意後見制度優先の原則のごく一般的な運用の中でも容易に覆されることになる。というのも、既に立法担当官が想定していた優先原則の限界を示す要素、すなわち「A-1：代理権の不足」と「A-2：行為能力制限の必要性」は、実務の運用次第では、広く一般的に認められてしまう可能性が大きいからである⁵⁷⁾。

まず前者について検討してみよう。②の要素を強調するならば、任意後見契約上の代理権の範囲は、本人の個別的ニーズに応じて、具体的かつ限定的なことが好ましい。ところが、本人の能力減退の進行や財産状況の変化によって、代理権の範囲拡張が必要になると、先の要素が充足されることで、法定後見への移行が生じ、当初の自己決定による任意後見選択が覆されてしまうことになる。これを回避するには、事前に包括的な代理権設定をすべきことになるが、これでは逆に、本人が支援範囲を選択できることの意味が希薄化してしまうだろう。後者についても事情は全く同じである。事後的に行為能力制限による保護の必要性が認められ、法定後見への移行が生じてしまえば、③に関する事前の自己決定は当然に覆されることになる。こうした実情を踏まえて、実務からは、裁判所の事後的判断による任意後見人への同意権・取消権の付与を認める

56) 民法上の行為能力制限とこれに自動的に連動した各種欠格事由の回避は、任意後見の重要なメリットではあるが、他方において、同程度の能力減退のある成年被後見人との間に著しい不公平をもたらすことにも留意する必要がある。特に選挙権制限の場面などでは、現有能力が同程度であるにもかかわらず、任意後見による保護か、法定後見による保護かの違いで形式的に区分することは、不合理な差別的取扱いというべきであろう。なお、厳密に言えば、法定後見人による法定代理権の行使にも、本人の自己決定に対する干渉の側面があるから、少なくとも法定代理権の成立について本人の意思的関与の要素を欠く後見類型との関係では、任意後見の選択は、この面でも、本人の自己決定に対する干渉可能性を減少させる働きを持つことになる。

57) 加えて、本人の能力減退が任意後見契約締結能力を下回った時点以後に、任意後見人の死亡・破産開始決定・後見開始審判によって契約が終了し（民法653条）、法定後見へ移行する場合もある。

法改正も提言されている⁵⁸⁾。しかし、この提言は、障がいを理由とする本人の法的能力制限をできる限り排除しようとする近時の国際的潮流（国連障害者権利条約12条「法的能力の平等原則」、前掲2009年EU評議会勧告第9原則「持続的代理権における本人の法的能力の維持の原則」等）に逆行する点で問題がある。また、任意後見への能力制限導入は、任意後見のもう1つの優越性の根拠である本人に対する制約の少なさという利点を失わせることになる。そして、何より注目すべきは、こうした発想が、結局のところ、任意後見と法定後見の差違をさらに相対化し、事前の自己決定による制度選択の意味を限りなく希薄化させていくことである。実際、提言の解説の中でも、任意後見人への同意権・取消権付与の発想を推し進めれば、裁判所の判断による事後的な代理権拡張も容認すべきことになるから、仮にこうした制度改正が実現したならば、『任意後見制度と法定後見制度は融合し、任意後見制度は、現行の法定後見制度との関係でいえば、任意後見人として誰を選任するかについての指名権を本人に与えるような意味合いをもつことにもなるかもしれない』と論じられている⁵⁹⁾。ここでは、任意後見制度優先の原則の意義は、もはや①の要素に尽きってしまうことになる。このとき、任意後見が法定後見に比べて自己決定の要素が大きいという論拠は、既に大きく崩れているというべきだろう。

（c） 法定後見の運用における自己決定要素の強化

しかし、任意後見と法定後見の差違の相対性は、この種の提言の実現を待つまでもなく、既に現行の補助類型の中で（その一部は保佐類型でも）明瞭に確認できる事実である。まず、先述の②「支援範囲の自己決定性」は、補助でも認められている要素である。なぜなら、補助人への代理権付与には、その具体的範囲の確定を含めて、本人の請求（民法15条、876条の9第1項）もしくは本人の同意（民法876条の9第2項）が必要となるからである⁶⁰⁾。③「法定後

58) 前掲日弁連提言。詳細については、前掲高江113-4頁。

59) 前掲高江117頁。

見の利用に伴う行為能力制限のリスク排除」に関しても、補助では、本人の請求（民法15条、17条1項）もしくは本人の同意（民法17条2項）が、補助人への同意権・取消権付与の要件であり、本人の意思に反する能力制限はできないという形で実現されている。加えて、補助の場合、開始の審判自体、本人の申立てか本人の同意が要件であるため（民法15条2項）、制度の利用あるいは選択が本人の意思に基づいているという意味でも、任意後見と共通することになる（即効型任意後見契約の場合、特に補助との実質的同一性が強い）。

私見は、こうした両制度の差異の相対性には、むしろ肯定的に評価すべき側面があると考ええる。成年後見の対象者全員が、必ずしも任意後見による事前準備をしているわけではなく、また、判断能力減退・喪失の原因によっては、そもそも、こうした事前準備を要求することが困難な場合もあることを考えるならば、本人の現有能力が同程度であるにもかかわらず、任意後見と法定後見という保護形態の違いのみに基づいて、自己決定（本人意思）の尊重の程度について顕著な差が生じることは、むしろ許されないのではないかと思うからである。したがって、解釈・運用はもとより、場合によっては法改正も視野に含めて、両制度の差異をさらに相対化し、任意後見制度優先の原則の実質的な意味を希薄化させていくことは、基本的には正しい方向であると考ええる。ただし、この相対化は、先の日弁連提言が示すようなパターナリズムの強化、すなわち「任意後見のさらなる法定後見化」ではなく、まずは「法定後見における自己決定要素の強化」という方向性を基本に据えて追求していくべきである。

当面の課題として考えられることは、法定後見の運用の中で、①「支援者（法定後見人）の自己決定性」を可能な限り確保できるように工夫することである。というのも、既述のように、自己決定（本人意思）の尊重という視点か

60) 法定後見制度の運用上、本人の意思の反映がどこまで制度的に保障されているかについて、日独の比較検討を加えた文献として、上山泰「成年後見制度における「本人意思の尊重」—ドイツ世話法との比較から—」大原社会問題研究所雑誌622号（2010年）2頁がある。後見人への権限付与については14-5頁を、後見人の指名については7-9頁を参照されたい。

らみて、これが、任意後見の優位性として最後に残る要素といえそうだからである。この点では、自己決定の尊重と後見事務の円滑な運営確保という理由から、本人の希望をできる限り尊重すべきであるとして、「成年被後見人等の意見」が、成年後見人選定の判断要素として明示されていることが注目される（民法843条4項、876条の2第2項、876条の7第2項）。立法担当官は、本人が指名する候補者の客観的な適性が疑わしい場合もあることから、家庭裁判所は本人の意見に拘束されないとして、家庭裁判所の原則的な裁量性を確認する一方で、本人が特定の候補者の選任の希望を明らかにできる場合には、できる限りその意向に沿った選任が望ましいと指摘している⁶¹⁾。したがって、法定後見において、本人に支援者の実質的な指名権を認める運用を原則とすることは、決して現行の制度の趣旨を逸脱するとはいえないだろう。

さらに進んで、運用上の工夫の1つとして、次のドイツの対応が参考になる。ドイツ法は、本人による法定後見人の指名が、原則として裁判所を法的に拘束することを認めており（ドイツ民法1897条4項）⁶²⁾、例外的に本人の指名を排除できるのは、当該候補者の選任が明らかに本人にとってマイナスとなる場合に限定している。このとき、当該候補者では本人の福祉を目指した支援を実行できず、実行する意思もないということについて、具体的な危険性が認められなければならない⁶³⁾。したがって、客観的に見て、他に最適任者が存在する場合であっても、本人の福祉に反しない限り、本人の指名候補者が選任されることになる⁶⁴⁾。しかも、候補者指名に関して、本人の自然的行為能力の存在

61) 前掲小林・原221-2頁。

62) 前掲清水実践126頁によれば、フランス法でも、本人が後見人・保佐人を事前に指名できる仕組みがあり、この指名は、候補者が任務を拒絶するか、あるいは任務行使不能である場合、及び、本人の利益が指名の排除を命じる場合を除いて、原則的に裁判官を拘束する（フランス民法448条）。また、アメリカ統一任意代理法108条(a)は、本人が、後日の法定後見人選任の事態に備えて、持続的代理権授与状の中で、法定後見人を指名しておくことを認める。この場合、裁判所は、当該候補者の排除に正当な理由があるか、欠格事由がある場合を除いて、本人による直近の指名に従って、選任を行わなければならない。

63) Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Bereuungsrecht Kommentar, 5.Aufl., 2011, S.204.

は要件ではない⁶⁵⁾。さらに、候補者の指名は、事前指示書の一種である世話に関する事前指示〔書〕(Betreuungsverfügung)の1項目として行うこともできる(ドイツ民法1901c条)⁶⁶⁾。こうした本人の指名権は、法定後見人の交替の場面にまで貫徹されている。すなわち、本人が、既存の世話人と同様の適性を持ち、かつ、世話人を引き受ける用意のある人物を、新しい世話人として提案した場合には、裁判所は既存の世話人を解任できることになっている(ドイツ民法1908b条3項)。

(2) 自己決定支援の理念によるさらなる相対化に向けて—結びに代えて—

以上のように、自己決定(本人意思)の尊重という視点を法定後見の枠組みの中で強調すればするほど、任意後見との差異は相対化され、この意味での任意後見の優位性を失わせていくことになる。かくして、任意後見制度優先の原則の抑制的解釈を主張する近時の学説の結論は正しいといえるが、その根拠を本人の保護という対抗理念の強調からのみ導く点には賛成できない。両者の相対化は、むしろ法定後見運用において自己決定(本人意思)尊重の可能性を最

64) BayObLG, 2001.1.10, BtPrax 2001, S.218.

65) Dodegge/Roth, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 3.Aufl., 2010, S.126.

66) Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, S.203. なお、世話に関する事前指示〔書〕とは、本人が希望する法定後見の内容について、本人が能力減退前に意思表示しておく仕組みである。法律上は無要式のため、口頭の前指示も有効だが、通例は実効性の観点から書面化されている(他方、カセットテープやビデオテープへの録音、録画方式を推奨する見解もある。Vgl. Looz, Die Lebensdecke ist nicht kochfest!, BtPrax 2002, S.181.)。世話に関する事前指示〔書〕は、世話人の指名について裁判所を拘束するほか、原則的に書面中の本人の希望に沿って活動するように、世話人をも義務づけるものであり(ドイツ民法1901条3項)、法定後見の枠組みの中で、本人の事前的自己決定の実現を図る工夫として注目に値する。オーストリアでも、同様の仕組みとして、代弁人に関する事前指示〔書〕(Sachwalterverfügung)が認められている(オーストリア民法279条1項)。ドイツ同様、無要式のため、口頭でも可能だが、やはり実効性の観点から、公証人の関与による書面の作成とその登記が推奨されている(Vgl. Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts, 2007, S.58.)。なお、前掲2009年EU評議会勧告第14原則も、事前指示書の内容の一例に後見人の指名(the choice of a guardian)を挙げている。

大限に追求することを通じて、たどり着かれるべき結論であると考えているからである。

ところで、先述の「E：本人の法定後見選択意思の存在」の要素から、任意後見制度優先の原則を排除した場合、事前の自己決定による意思の凍結を、判断能力減退後の「いま・ここでの新たな自己決定」によって覆すことになる。任意後見契約の締結は、「[現在における自分]の意思」が、「[将来の自分という他者]の意思」によって侵害されることを回避するための防衛手段としての意味（意思凍結機能⁶⁷⁾）を持つ。法9条2項が、任意後見契約発効後については、本人の任意解除権（民法651条1項）を排除して、解除に家庭裁判所の許可⁶⁸⁾を要すると規定した理由もここにある⁶⁹⁾。確かに、将来の判断能力減退を見越して、慎重な熟慮の末に下した事前準備的な意思決定が、事後の安直な一回的意思決定によって、完全に無に帰すことは容認しがたい。しかし、他方において、時間の経過が、意思決定の前提となる環境の変化とも相まって、事前的自己決定における本人の意思と、判断能力減退後における個別具体的な意思決定時における本人の意向との間に重大な乖離を生じさせた場合に、全面的に後者を切り捨てることにも問題がある。現代的な成年後見法の基本原理からすれば、本人の現有能力を最大限に活用した「いま・ここでの新たな自己決定」もまた、可能な限り、最大限の尊重を受ける価値があるといえるからである。もっとも、わが国の任意後見の運用は、事前的自己決定による意思凍結機能を重視する傾向が非常に強い。たとえば、法務省令に基づく附録第1号様式の代理権目録は、代理権の範囲指定について、きわめて詳細な項目を持つ。加えて、

67) 意思凍結機能の意義については、新井誠『信託法（第3版）』（2008年、有斐閣）85-7頁参照。

68) 任意後見制度優先の原則の適用場面において、常に家庭裁判所の判断を介在させる制度設計を採ったのと同様、ここでも裁判所の後見的機能が期待されているといえる。ただし、裁判所の介入は、単なる本人の客観的保護の視点からではなく、本人の真意性の確認という視点を中核として行われるべきであろう。

69) 立法担当官は、本人が判断を誤ることにより自己の利益を害するおそれがあるから、任意解除権の容認は、本人保護の趣旨に反すると指摘する（前掲小林・原468頁、471頁）。

相当数の専門職後見人が使用している「ライフプラン」が、この傾向をさらに強化している。これは、当該任意後見の運用に関する本人の希望を書面化したものであり、任意後見契約公正証書の付言事項等として作成されている。この中には、入所施設・入院先病院の指定や自宅処分の条件、ペットの処遇など、正規の代理権目録には記載できない、きめ細かな本人の希望が書き込まれることになる。こうした一種の事前指示書を通じた意思凍結機能の強化は、同時にその運用次第では、能力減退後の本人による「いま・ここでの新たな自己決定」の可能性を制約する虞も生み出す。このジレンマの解消は難題だが、さしあたり一般論としていえば、適正な自己決定支援の存在を前提にできる限りでは、「いま・ここでの新たな自己決定」をより重視する必要があるように思われる。ただし、ここでいう自己決定ないし意思決定の構造は、伝統的な近代市民法が想定してきたような、アトム的個人を主体として自己完結的に実現される閉鎖系の個人主義的な意思決定プロセスとしてではなく、支援者によるエンパワーメントの可能性を組み込んだ開放系の協働的・関係的な意思決定プロセスとして位置づけ直していく必要があるだろう⁷⁰⁾。また、現在の成年後見制度の枠組みを前提にするならば、この協働的・関係的な意思決定プロセスは、単に本人自身の意思表示としてだけではなく、本人との協働を踏まえた支援者の意思表示行為、すなわち、代理権・同意権の行使や裏面としての取消権の不行使として表現される場合があると理解すべきだろう。これを解釈論の次元に引き直すならば、たとえば本人意思尊重義務（民法858条）の解釈を通じて、同意権

70) こうしたエンパワーメントの要素を組み込んだ意思決定プロセスを、民法学における意思表示論や法律行為論の枠組みの中で整合的に体系づけていく作業が必要となる。もっとも、個人主義的な帰責原理を中核とする伝統的な民法体系とのすりあわせ作業には課題も多い。個人の意思決定プロセスに対する第三者の負の干渉については、詐欺・強迫に関する意思表示規定の中で既に位置づけられているが（特に契約相手方以外の第三者からの不当干渉である民法96条2項が目される）、いわば正の干渉であるエンパワーメントの位置づけについては、負の干渉との切り分けの問題も含めて、なお議論を重ねる必要があるだろう。ここでも、保佐人・補助人の同意権の分析から一定の示唆を引き出せると思われる。

の主要機能を、本人の意思実現の抑制ではなく、本人の意思実現の支援に重点を置いて読み替えていくこと（本人自身による意思決定を支援するためのエンパワーメントの介入根拠として、同意権を位置づけること）⁷¹⁾ や、取消権の謙抑的運用を行うことなどが考えられる⁷²⁾。

こうした認識を踏まえつつ、自己決定（本人意思）の尊重という理念を、「あらゆる場面における個別具体的な意思決定プロセスに対する本人の主体的関与の最大限の保障」という方向に向けて、さらに突き詰めていくなれば、法定後見と同様に、本質的には代理・代行決定（他者決定）型のシステムに属する任意後見の優位性は、ここでも相対化されることになる。なぜなら、現代的な成年後見制度は、「小さな成年後見」（本人にとって最も制約の少ない、必要最小限の介入）の理念に即して、自己決定支援型のシステム⁷³⁾ を中核として再構築されるべきであり、代理・代行決定（他者決定）型の支援手法を採る従来型の任意後見は、法定後見と同様に、これを補完するサブシステムとして機能させるべきだからである⁷⁴⁾。

ところで、従来、わが国では、現行成年後見制度への改正が介護保険制度の

71) 本人の意思を支援者の意思に優先させる機能を持つ点で、保佐人及び補助人の同意に代わる家庭裁判所の許可の仕組み（民法13条3項、17条3項）は、こうした理解の裏付けの1つとなる。ただし、現行の補助制度の基本構造は、あくまでも伝統的な代理・代行決定型（他者決定型）の後見の枠組みを前提としたものであり、これを直ちに、障害者権利条約12条等に関する議論において想定されている、Supported decision-makingと同視するのは、いささか短絡的であろう。

72) 上山泰『専門職後見人と身上監護（第2版）』（2010年、民事法研究会）205-218頁。

73) 自己決定支援型の後見制度を法的にどのように構築するかは、今後の大きな課題である。既存の法システムとして、最も注目されるのは、2005年意思決定能力法を中核とするイギリスの成年後見制度の運用体制であろう。この点は、菅前掲書で既に詳細かつ独自の分析が行われている。また、Supported decision-making authorizations（支援付き意思決定に関する本人の授権）の仕組みと、Co-decision-making orders for personal matters（身上監護事項に関する裁判所による共同意思決定者選任命令）の仕組みを法制化している、カナダ・アルバータ州のAdult Guardianship and Trusteeship Actの分析からも一定の示唆を得られるように思われる。

導入に付随して実現したという経緯や、現実には高齢者による利用が圧倒的に多いということも手伝って、本人の理念型を暗黙裏に「認知症高齢者モデル」に置いた議論が主流であったように思われる。たとえば、現行制度の基本理念の1つとされる「残存能力の尊重」という表現は、時の経過に伴って能力が減退していく認知症高齢者についてはともかく、時間によって能力の振れ幅が大きい精神障がい者や、地域社会生活への適応を通じて、能力の増進が見込める知的障がい者に見合った表現とは言い難い（私見は、より価値中立的な表現である「現有能力の尊重」の方が好ましいと考える）。自己決定（本人意思）の尊重という理念を、既に一定の判断能力減退がある者に対するエンパワーメント（意思決定支援）の視点から理解するのではなく、十分な能力を持つ者による事前的意思決定に対する制度的担保に重点を置いて、任意後見制度の意義をことさらに強調する傾向にも、同様に「認知症高齢者モデル」への偏向が感じられる。任意後見契約が持つ意思凍結機能の眼目は、「強く賢い現在の自分の意思」が、「弱く愚かな未来の自分（という他者）の意思」によって上書きされてしまうことを防ごうとする点にある。もとより、こうした事前準備の仕組みが、自己決定（本人意思）の尊重を具現化した制度の1つであることに異論はないが、この視点を強調しすぎるあまりに、判断能力の低い者による「いま・ここでの意思決定」の可能性を等閑視することになってはならないだろう。たとえば、「知的・精神障がい者モデル」を前提に、自己決定（本人意思）の尊重の意義を捉え返し、彼（女）らの社会的統合を目指した後見制度を考えるならば、その重点は、任意後見制度のような事前的意思決定の仕組みよりも、むしろ、「いま・ここでの意思決定」をエンパワーメントによって支える仕組み

74) 少なくとも、任意後見人の役割として、任意代理人本来の裁量的な代理権行使の機能に加えて、意思決定支援者としての機能も求められていくべきである。こうした視点の重要性については、上山泰・菅富美枝『成年後見制度の理念的再検討—イギリス・ドイツとの比較を踏まえて—』筑波ロー・ジャーナル8号（2010年）10-2頁を参照されたい。また、イギリスの成年後見制度を、自己決定支援としてのエンパワーメントと本人のベスト・インタレストという2つの中核的理念を中心に読み解く、菅前掲書が重要な示唆を与える。

の構築に置かれるべきだろう。しかし、現状のわが国の法律家の議論はほぼ前者に集中しており、後者の可能性を正面から模索する試みはほとんど見あたらない⁷⁵⁾。

現に本稿で確認してきたように、任意後見制度優先の原則をめぐる学説対立の構図も、「任意後見契約こそがもっとも自己決定（本人意思）の尊重を体现した仕組みである」という理解を無反省に共有した上で、本人の事前の自己決定を貫徹するか、あるいは、自己決定の暴走を抑止するためにパターンリスティックな介入を行うかという、単純な二項対立図式に収斂してしまっている。しかし、少なくとも、任意後見契約の成立が本人の事前的自己決定に基づくという一事を持って、自己決定（本人意思）の尊重の理念と最も整合的な仕組みであると評価することは、いささか早計だろう。任意後見が他者決定型の構造を採る以上、任意後見人による他者決定、すなわち代理権の行使態様しだいでは、過度にパターンリスティックな制度にもなることを見落としてはならないからである。これは、任意後見が、法定後見と同様に、支援者側への一定の裁量権留保を前提とする代理制度に基盤を置くことから生じる構造的なリスクである。むしろ、この裁量性は制度の単なる欠陥ではなく、むしろ判断能力不十分者の適正な保護を図る上で必須の要素であるから、これを安易に否定することはできない。他者決定型の後見制度から、こうした裁量性に潜むパターンリズム的要素を払拭しつくすことは背理でもある。さらにいえば、判断能力不十分者に対する法的支援の制度を構築するに当たって、そもそもパターンリズム的要素を完全に排除することはできないし、自己決定支援の補完原理とし

75) 自己決定支援または意思決定支援という視点を明瞭に持ちつつ、成年後見制度を分析する文献としては、前註74に挙げた菅前掲書および上山・菅論文のほか、平田前掲書177-183頁、池原毅和「法的能力」松井亮輔・川島聡『概説障害者権利条約』（2010年、法律文化社）183-199頁、池原毅和『精神障害者法』（2011年、三省堂）266-301頁等がわずかに見受けられるにすぎない。なお、前掲池原・法的能力190頁は、障害者権利条約12条3項の解釈として、条約が求める障がい者の支援は、本人の主体的な決定を前提として、この意思決定を支援することであって、代行決定を行うことなく、代行決定方式は自己決定支援の充実化によって消滅していくべきものであると、明瞭に指摘している。

ては、今後も重要な意義を持ち続けるというべきだろう。したがって、我々が目指すべきは、パターンリズムの完全否定ではなく、判断能力不十分者の法的支援に当たって、自己決定（本人意思）の尊重という要素を最大化し、パターンリズムの干渉の要素を最小化していくことである。おそらく、この実現には、支援手法の原則形態を自己決定支援型へと転換することが必要だろう⁷⁶⁾。むしろ、自己決定支援という理念ないし手法をわが国の成年後見制度の中に明確に位置づけるためには、終局的には何らかの立法的対応が要求されるかもしれない。しかし、任意後見人を含めた、成年後見人等の職務指針規定（法6条、民法858条の本人意思尊重義務、及び、その基盤とされる民法644条の善管注意義務）は、社会的な価値観の変動等の諸要素の変化を通じて、その具体的内容が変容する開かれた規範であるから、今後の後見実務の積み上げや裁判例の集積、さらには障害者権利条約の批准等を通じて、「成年後見人等の職務として、自己決定支援が裁量的な代理権行使に優先すること（自己決定支援を通じた本人自身による意思決定のあらゆる可能性が尽きた時点で、はじめて裁量的な代理権行使が正当化されること）」⁷⁷⁾を、解釈論の次元で確立していくこと

76) 大陸法系諸国における成年後見制度の沿革をごく大まかに整理すると、①「財産管理型自益後見」→②「財産管理型他益後見」→③「（身上監護事項を対象に含む）包括権利擁護型他益後見（＋英米法系の持続的代理権制度の継受）」という発展段階を経由してきているかに思われる（わが国の制度は、いまだ②と③の中間に留まっている印象がある）。筆者の理解では、さらに、この次の段階の理念型として、④「自己決定支援型後見」の形態が位置づけられることになる。

77) 菅富美枝「障害（者）法学の観点からみた成年後見制度」大原社会問題研究所雑誌641号（2012年）76頁は、イギリス2005年意思決定能力法について、『本人自身による決定を実質的に保障すること―（自己決定権の行使について）支援される権利』の保障―を前提として、他者が本人の決定過程に関与せざるを得ない例外的状況における代行決定の「手続的正当性」を徹底的に追究するという構造をとることによって、意思決定支援体制を実現させている』と評価する。菅前掲書第3章の詳細な分析が示すように、次善策としての他者決定（たとえば代理権行使）の段階においても、菅のいう「主観的ベスト・インタレスト主義」を通じて、常に本人を中心に置いた代理・代行決定が最大限に追求されている点を含めて、自己決定支援型の成年後見制度設計に関して、イギリス法は最も優れたモデルの1つを提示していると思われる。

も、あながち不可能ではないかもしれない。こうした視点からは、当面の運用課題として、たとえば、専門職後見人団体等の行動指針や倫理規定の中に、自己決定支援の最優先性を書き込むなどの工夫を通じて、自己決定支援を原則とした後見活動の理念型を社会的に確立していくことが、現実的な対応となるかもしれない。いずれにせよ、こうした運用を通じてであれ、あるいは、明確な立法を通じてであれ、「任意後見人も法定後見人も共に、自らの他者決定的な権限行使に先立って、まずは自己決定支援の可能性を最大限に追求すべきこと」が、法的ルールとして確立された暁には、自己決定（本人意思）の尊重という面からみた任意後見と法定後見の差異は限りなく相対化されることになり、任意後見制度優先の原則の実質的意義もほとんど失われてしまうのではないだろうか。

[付記]

*本稿は、科学研究費補助金（平成23-25年度基盤研究(C)課題番号23530087「障害者権利条約と整合的な制限行為能力制度の再構築」（研究代表者上山泰））に基づく研究成果の一部である。

（かみやま・やすし 筑波大学法科大学院教授）

米国の最良執行義務を巡る判例の展開

——Newton 事件判決後の諸相——

木村 真生子

- I. はじめに
- II. Newton 事件判決までの判例の動向
- III. Newton 事件判決後の展開
- IV. 結語

I. はじめに

1. 問題の所在

金融商品取引法 40 条の 2 に規定されているわが国の最良執行義務は、米国の制度に由来する¹⁾。しかし米国の最良執行義務は、わが国のように条文上明定された義務ではなく、自主規制機関が定める規則や判例法のなかで認められた概念として存在している。例えば、ニューヨーク証券取引所の規則は、成行注文の取扱い、取引所の定めた手続きに従い最良価格で執行するために相当な注意を払うものと規定する²⁾。また、NASD (National Dealers and Securities Association: 全米証券業協会) も、最良執行のために行動することが期待され

1) 米国の最良執行義務のルーツを検証し直し、電子化・高速化が進む現代的な証券市場で、現在同義務がいかなる機能を果たしているのかについては、拙稿「現代的証券市場における最良執行義務」証券経済研究 76 号 83 頁以下 (2011) で検討を試みている。

2) New York Stock Exchange Rule 123A.41, NYSE Guide, *available at* <http://rules.nyse.com/NYSE/Rules/>.

るブローカーに対して行為規範を定め、売買執行時の「相当な注意（reasonable diligence）」の基準について一定の解釈を示している³⁾。

他方で、判例法上の最良執行義務は1940年代後半、業者の吞行為を糾弾するために、従来の看板理論や受託者理論によらない独自の義務として生成した。その後、取引執行の局面で問題となる証券業者や投資顧問業者らの様々な利益相反行為を広くとらえる概念として発展していった。

しかし、市場統合を目指す全国市場システム（National Market System：NMS）構想⁴⁾が打ち出された後の市場では、最良執行義務は単なる投資者保護のための概念から、市場間競争時代のテーゼである「市場の透明性」を支えるコア（core）概念として新たな機能を持ち始めた。すなわち、最も良い条件の執行場所を投資者が選べるように、既存の取引所だけではなく、売買執行機能を持つすべての取引の場（trading venues）を公平な競争条件で競わせるための法的な論拠を与えることになった。例えば、最良執行義務についてのリーディング・ケースとなるNewton事件判決（Newton v. Merrill Lynch）⁵⁾は、ただ漫然と注文を市場全体の最良売買気配であるNBBO（National Best Bid and Offer）で自動的に執行させるのではなく、最も望ましい条件を提示している執行場所に注文を回送する（order routing）ことを証券業者らに求めた。そして同判決後、注文執行義務規則の施行と共に、注文がシステムによって自動回送されるようになったため⁶⁾、判決が示した課題は概ね解決されていく。

しかしながら、最良執行義務を巡る問題がアメリカにおいて完全に解決したとは言い切れない。Newton事件判決後も、最良執行義務を争点とする訴訟が複数提起されているからである。それでは、アメリカでは、最良執行義務に関して、なおどのような課題に直面しているのだろうか。

3) NASD Rules of Conduct Rules 2320(a) (adopted on June 19, 1969, the latest amendment approved on November 8, 2006), FINRA Manual, *available at* <http://finra.complinet.com/>.

4) NMS構想の詳細は、佐賀卓雄「市場間競争の論理と現実——レギュレーションNMSによせて——」証券経済研究48号13頁以下（2004）等を参照。

5) Newton v. Merrill Lynch, 135 F.3d 266 (3d Cir. 1998).

2. 記述の順序

本稿では、まず、最良執行義務に関するリーディング・ケースである Newton 事件判決までの、最良執行義務を巡るアメリカの判例の動きを概観する（Ⅱ）。次に、同判決後に出された最良執行義務をめぐる主要な論点を、ブローカー業務を営む証券会社についてのものと、投資顧問業者に対するもの、およびマーケット・メーカー業務を営む業者に対するものに分けて考察し（Ⅲ）最後に全体をまとめる（Ⅳ）。

Ⅱ. Newton 事件判決までの判例の動向

顧客の注文は最良の条件、つまり最も有利な条件で執行されなければならないとする「最良執行」の概念は、情報技術の進展に伴って株価情報が迅速・広範に市場に行きわたり、異なる市場間の裁定取引が活発化し、手数料体系をめぐって取引所間の争いが起き始めた 1930 年代頃米国で生まれた。同じ頃、アメリカの証券市場では、機関投資家や富裕層のみならず個人投資家が株式投資を行い始めたため、投資者を保護する必要性から、最良執行を果たすことが証券会社らの義務として意識され出した⁷⁾。しかし、最良執行義務違反が裁判上で争われるようになるのは 1940 年を過ぎてからである。

6) 注文執行義務規則は、マーケット・メーカーが顧客から優れた指値注文を受け取った場合に、ディーラー市場で執行ないし気配変更を行うか、そうでなければ ECN に回送することを定める。詳細は、SEC, Regulation NMS, Release No. 34-51808 (June 9, 2005), 大崎貞和「レギュレーション NMS 提案について」資本市場クォーターリー 2004 年春号 1 頁以下 (2004)、井上武「米国株式市場間競争のもう一つの側面」資本市場クォーターリー 2007 年冬号 123 頁以下 (2007) を参照。

7) Lipton, D. A., “Best Execution: The National Market System’s Missing Ingredient”, 57 *Notre Dame Law Review* 449, pp.478-483 (1982), Facciolo, F. J., “A Broker’s Duty of Best Execution in the Nineteenth and Early Twentieth Centuries”, 26 *Pace Law Review* 155, pp.169-178 (2005).

1947年、無登録ブローカーのHarry Marksに関する事件は⁸⁾、SEC（Securities and Exchange Commission: 証券および取引所委員会）が業者による吞行為の違法性を指摘する際、従来用いてきた看板理論や受託者理論を義務違反の根拠とせず、最良執行義務自体が独自の責任原因であることを示した初の事案となった。SECは、Harry Marksらが代理人としての基本的な義務を怠り、取引所に注文を出さず、顧客のために可能な限り最良の価格を入手しなかったことが詐欺防止条項（1934年証券取引所法（Securities Exchange Act 以下、34年法とする）規則10b-5）違反に相当するとした⁹⁾。

その後もSECは、顧客の保有口座における無権限取引¹⁰⁾に関するFirst Anchorage Corp.事件¹¹⁾や、株式の譲渡手続の不当な遅延をめぐるNed J. Bowman事件¹²⁾、複雑な売買の仕組みによって手数料を高く設定した投資顧問業者に関するDelaware Management Co.事件¹³⁾などで、業者らが「最良の価格を得る」という信任義務に違反したとし、34年法規則10b-5違反の廉で懲戒処分を命じた。

しかし1975年の証券諸法改正法が制定される前、つまりNMS構想が打ち出される以前の市場環境では、証券業者らと顧客は双方ともに「最良の価格」で執行することができたかどうかを精査する手段がなかった。したがって、注意義務違反による最良執行義務を根拠にして、証券会社らの民事責任を追及する

8) 本件は、無登録ブローカーのHarry Marksが顧客にLime Cola株式を売却した際に、自らは代理人として行為することを告げながら、密かに入手していたLime Cola株式を顧客の買い注文に向かわせ、売買手数料のほかに個人的な利益を得ていた事案である（*In the Matter of Harry Marks*, 25 S.E.C. 208（1947））。

9) *Id.*, 220.

10) 不正取引（unauthorized transaction）とよばれる。証券会社らによる権限外の取引はコモン・ロー上の代理原則に違反するほか、自主規制機関が定める各種の行為規範に違反する。ただし、詐欺や不実表示などの事実を伴わなければ、無権限取引が直ちに34年法規則10b-5違反に当たるとは解されていない（Poser S. and Fanto, J. A., *Broker-Dealer Law and Regulation* § 20.01 [D] 20-3-20-4, Aspen（4th ed 2007））。

11) *In the Matter of First Anchorage Corp.*, 34 S.E.C. 299（1952）。

12) *In the Matter of Ned J. Bowman*, 39 S.E.C. 879（1960）。

ことは事実上不可能だったと考えられる¹⁴⁾。もっとも、被告側の欺罔の意図 (scienter) を立証することが困難な投資者は、詐欺防止条項違反を根拠に損害賠償責任を追及することが概してむずかしいことに加え、訴訟コストが割に合わないことなどから、積極的に訴訟を提起してもデメリットの方が多かった¹⁵⁾。

ところが、1979年、オハイオ州北地区の地方裁判所に提訴された *Lesko v. Merrill Lynch*¹⁶⁾ では、執行市場の選択との関係で、業者の最良執行義務違反による民事責任が初めて争われた。原告 Lesko は、被告の証券会社メリル・リンチがアメリカン証券取引所 (American Stock Exchange) に故意に全注文を出したと主張し、他に利用可能な市場で最良価格を得る努力を怠ったため、結果として最良価格を得ることができなかったとして、被告に対して34年法規則 10b-5 違反に基づく損害賠償を請求した。

これに対して裁判所は、Y による訴えの取下げの申立てを審理する際、証券会社らの行為が認識ある過失 (reckless) または詐欺的 (fraudulent) 行為に相当することが証明される限り、業者の行為は34年法規則 10b-5 違反となる可能性があること、また、最良の市場価格を得るための回送手順があえて踏まれ

13) *In the Matter of Delaware Management Co.*, 43 S.E.C. 392 (1967). 1975年以前、すべての取引の手数料率は、各取引所が明文で規定していた。このため、投資会社または投資顧問業者が他のサービスを提供しているブローカレッジ会社に手数料を迂回して支払えば、投資者に転嫁される手数料は高騰するおそれがあった (D.ラトナー＝T.ハーゼン (神崎克郎＝川口恭弘監訳)『最新米国証券規制法概説』190-192頁 (商事法務、2003年)。なお、Loss, L., Seligman, J. and Paredes, T., *Securities Regulation* volume VI, Wolters Kluwer, 7.D.2.a (4th ed. 2011)) も参照。

14) Lipton, *supra* note(7), pp. 471-472.

15) 最良執行義務違反は概して訴額が小さく被害が広範に及ぶため、クラス・アクション制度がなじむところ。1960年代のクラス・アクションの増加は、最良執行義務の法理を発展させる重要な契機となった (Perino, M.A., “Fraud and Federalism: Fraud and Federalism: Preempting Private State Securities Fraud Causes of Action”, 50 *Stanford Law Review* 273, 284)。

16) *Lesko v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, No. C78-1740 (N.D. Ohio June 22, 1979)。

ていなければ、ブローカーの詐欺的な行為に該当する可能性がある」と判示した¹⁷⁾。本件では係る証明がなく、請求は棄却された。

ところが、Lesko 事件後、アメリカでは、取引所と同じ売買執行サービスを提供する私設取引システムでの取引が急増し始める。そこで、顧客注文の執行にあたり、証券会社らが最良執行義務を果たすために、国法証券取引所¹⁸⁾のみならず私設取引システムへも注文回送を行うべきかどうか議論されることになった。1995年に起きた *Newton v. Merrill Lynch* では¹⁹⁾、被告メリル・リンチら証券会社が原告ら顧客の注文を執行する際に、インスティネットなどの私設取引システムで提示されている取引所外取引の価格を調査せず、NBBOで自動的に執行したことが最良執行義務違反に当たるかどうか争われた²⁰⁾。被告らは、有利な価格が他市場で得られる可能性があるという理屈だけでは最良執行義務を怠ったということではできず、最良執行であったかどうかはコスト、スピード、執行可能性を総合考慮しなければならない²¹⁾と主張した。

原審は、被告の行為は必ずしも 34 年法規則 10b-5 違反の要件に当たらないとして請求を棄却したが、控訴審は、NBBO で自動的に注文を執行していた被告らの行為を最良執行義務違反と断定した。そして控訴審は、被告らの行為に注意義務違反がなかったかどうかを明らかにするために、審理を原審に差し戻した²²⁾。

17) Lipton, *supra* note(7), p. 477.

18) 34 年法第 6 条に基づく登録を SEC に行っている証券取引所をさす。

19) 地裁判決 (911 F. Supp. 754 (D.N.J. 1995)), 控訴審判決 (135 F. 3d 266 (3d Cir. 1998)) の後、差戻審 (191 F.R.D. 391 (D.N.J. 1999)、259 F.3d 154 (3d Cir. 2001)) を経て、原告の敗訴が確定した。

20) 事件の詳細については、大崎貞和「最良執行義務とは何か」資本市場クォーターリー 1998 年春号 5-9 頁 (1998)、梅本剛正『現代の証券市場と規制』22-24 頁 (商事法務、2005) 等を参照されたい。

21) 近年の最良執行の一般的な定義として、SEC や裁判所は Macey, J. and O'Hara, M., "The Law and Economics of Best Execution", 6 *Journal of Financial Intermediation* 188 (1997) を参照することが多い。

ところで、Newton 事件の控訴審判決は、最良執行義務とは何かについて裁判所の見解を明らかにした点で重要である。判決によれば、最良執行義務とは、ブローカー・ディーラーが顧客注文のために、諸般の事情の下で合理的に利用可能な最も望ましい条件を求めることとされ、また、最良執行の概念は技術の進歩と共に変化するために、証券会社らは最良執行義務の基準を高めていくよう努力する必要があると判示した²³⁾。

しかし、今日では、注文執行義務規則 (Order Handling Rule) によって ECN (electronic communications network: 一定の要件を満たした電子取引システム) がナスダックに接続され、システムが注文を最良の市場に自動的に回送している。このため、顧客のために最良の条件を提示する市場を探すために、証券会社らが負担する義務は大きく軽減されたといえる。ただし、これらの一連の措置によって、証券会社だけでなく取引所などの市場運営者も、顧客注文の最良執行について一定の義務を負担することになった点には注意しなければならない。これは、最良執行義務は個別の顧客に対する信任義務とは無関係に、電子システムの支援によって、市場全体が市場自らの責任において市場の効率性を確保しなければならないというメカニズムが生まれた帰結である。そして、そのような自動化された最良執行プロセスの透明性を図る観点から、電子取引市場に関する規制としてのレギュレーション NMS において、注文保護規則 (同規則 611) や公表気配に対するアクセスに関する規則 (同規則 610) などが定められ、証券会社らが最良執行義務を順守しているかどうかを精緻に検証する仕組みが整えられた²⁴⁾。

22) 裁判所が指標を用いて客観的にある取引を最良執行だと評価する能力があるかどうかについては疑問があるとして、Newton 事件判決の課題を提示するものに、Ferrell, A., “A Proposal for Solving the” Payment for Order Flow “problem”, 74 *Southern California Law Review* 1027, pp. 1069-1070 (2001) などがある。

23) 34 年法規則 10b-5 の構成要件に基づいて最良執行を判断したケースとして *Graham v. Taylor Capital Group*, 135 F. Supp. 2d 480 (2001) などがあり、業界の取引慣行について検討した判決として *Berkeley Inv. Group, Ltd. v. Colkitt*, 455 F. 3d 195 (2006) などがある。

一方で、上記のSECの措置に対応するかたちで、NASDは規則2320を2006年に改訂した²⁵⁾。まず、顧客の注文執行の質がコンピューターによる自動執行によって害されないように、ブローカー・ディーラーは顧客から受けた直接の注文だけでなく、他のブローカー・ディーラーから回送された注文についても同規則に基づく最良執行義務を負うこととした²⁶⁾。また、ブローカーやマーケット・メーカーに対しては、同一銘柄の取引が行われている市場であれば、ECNだけでなく、すべての市場の価格を参照することを義務づけた²⁷⁾。ただし、これらの義務は回送されてくる注文について課されるものであること、また、NASDのルールは原則としてNASD会員のみを拘束するものであることには留意する必要があるだろう。

24) SEC, Regulation NMS, Release No. 34-51808 (June 9, 2005). なお、注文保護規則は、マーケット・メーカーが顧客から優れた指値注文を受け取った場合に、ディーラー市場で執行ないし気配変更を行うか、そうでなければECNに回送することを定める。また、公平な市場アクセスルールは、取引所やマーケット・メーカー、ECNなど、気配情報の発信者が自らの会員や顧客でない者に対して、差別的取扱いに当たるような手数料を課することを禁じている（大崎貞和「レギュレーションNMS提案について」資本市場クォーターリー2004年春号、3-6頁（2004））。

25) See, *supra* note (3). See, also NASD, NASD Notice to Members 06-58 (October 9, 2006), SEC, Securities Exchange Act Release No. 34-54339 (August 21, 2006)。同規則の詳説として、Hazen, T.L., *Treaties on the Law of Securities Regulation* volume 5, West, pp. 368-378 (6th ed. 2009) などがある。

26) See, *supra* note (3)。

27) *Id.* なお、当事者が相当な注意を払ったかどうかは、チェックした市場の数（primary marketの数ではないことに注意）や取引値（quotation）の入手可能性（取引値が出ている場所は問わない）に加え、業者間のやり取りの結果としての注文条件の内容を基準としながら判断されることになっている。

Ⅲ Newton 事件判決後の展開

1. ブローカーの事例— *Gurfein v. Ameritrade, Inc.*²⁸⁾

上述のように、Newton 事件判決後の一連の市場参加者の取り組みにより、一定の株式取引については、コンピューター・システムが最良価格を提示している市場に顧客の注文を回送することで、同一銘柄の取引について複数の執行市場が存在していても、顧客の注文は自動的に最良の条件で執行される。このため、回送義務が課される取引については、最良執行義務違反によりブローカーの民事責任を問う事案はほとんど見られなくなったと考えられる。しかし自らの注文を他市場に回送されたことを不服として、証券会社が契約上の義務違反や最良執行義務違反を問われる事案が現れた。

*Gurfein v. Ameritrade, Inc.*は、原告で被控訴人の *Gurfein* が、被告で控訴人のオンライン証券会社の *Ameritrade* に対して、原告のすべての指値注文をアメリカン証券取引所（以下、AMEX という）に回送したことは契約上の義務に反し、また、SEC 規則や NASD、AMEX が定める自主規制規則にある最良執行義務にも違反しているとして、被告をニューヨーク地方裁判所に提訴した事件である²⁹⁾。

控訴審裁判所で、被控訴人は、控訴人が取引の回送先として AMEX を選択したことは適切ではなかったと主張した。2003 年 6 月の SEC レポートにおいて、AMEX のスペシャリストが最良執行義務違反を SEC に指摘されていたことを被控訴人が知ったからである。しかし、同裁判所は原審と同様、SEC のレポートは回送先に問題があるとする主張を十分に根拠づけることはできず、そのような主張は法律問題ではないとして被控訴人の主張を退けた。また、被控訴人は回送先としてどの市場が適切であったかを立証しなかったために³⁰⁾、

28) *Gurfein v. Ameritrade, Inc.*, 312 Fed. Appx. 410 (U.S. App. 2009).

29) *Gurfein v. Ameritrade, Inc.*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 51801 (S.D.N.Y., July 17, 2007).

当該主張は推論の域を出ないと判断された。さらに、SEC規則および自主規制規則違反についても、私的訴権（implied private right of action）が認められていないとして原告の主張を棄却した。

ところで、被控訴人は控訴人の契約上の義務の存否についても争っていた。この点について控訴審裁判所は、注文回送に関して当事者間に明確な取り決めがなかったことから、当事者の合意の存否を解釈によって探ることを避けている。

2. 投資顧問業者が負う最良執行義務

（1）義務の根拠

「最良執行義務」といえば、証券会社だけに課される義務のように思われがちだが、アメリカでは、投資顧問業者もあらゆる取引に関して最良執行を果たす努力義務を負う。ただし、これについて明文上の規定はなく、Ⅱ章で述べたように、1975年以前はSECの見解においても、最良執行義務は、信任義務とは別の投資顧問業者の独自の義務とまでは認識されていなかったようである³¹⁾。おそらく、当時の固定手数料制の下では、コストを抑制すれば容易に最良執行の条件を満たすことができるので、最良執行の質的な要素については、業者と監督機関の双方の強い関心が及ばなかったのだろう。

しかし投資顧問業の本性からすれば、投資顧問業者が売買執行を証券会社に委ねる際、より優れたリサーチ情報や営業担当者による助言などの付加的サービスを提供している証券会社に発注を行わなければ、受託者責任が問われうる。このため、過度にコストを削減すれば、投資顧問業者のサービスの質が低下するおそれがあった。

ところで、発注の過程で提供されるこのような付加的サービスの対価はソフトダラーと呼ばれる。1975年に売買委託手数料が自由化されると、固定手数

30) Newton, *supra* note (5), p.270.

31) See, *supra* note (13), p.396.

料制の下では利用の少なかった投資顧問業者と証券会社間のソフトダラー契約の利用は、サービスの差別化のために徐々に拡大していった³²⁾。ただし、留意しなければならないのは、ソフトダラー契約のコストが概して顧客に転嫁される点である。良質なサービスを提供すればコストがかさむが、それでも受託者責任を尽くせば最良執行といえるのか、それとも従前のようにできるだけコストをかけないことが最良執行であるのかという点に矛盾が生じた。

そこで、34年法第28条(e)項において最良執行義務のセーフハーバーが規定されることになり、投資顧問業者が証券会社から付加的な財・サービスを購入しても、受託者責任に問われないことが明定された³³⁾。しかしセーフハーバー・ルールができたことで、反って規定の拡大解釈を通じて顧客に過大なコストをかけることが正当化されるようになり、最良執行の概念も混乱を来した。

SECは同規定の解釈の統一を図るため、数度にわたり指針を公表し、1986年に公表された指針において、投資顧問業者が最良執行義務を負う必要があることを明らかにした。すなわち同指針は、投資顧問業者は取引ごとの事情を考慮して、できる限り最も有利な執行条件を求めなければならないとした³⁴⁾。そして今日では、当該指針が投資顧問業者の最良執行義務の根拠として参照されている。また、業界団体等はさらにこれを基にして指針を作成し、最良執行

32) 神山哲也「米国におけるソフトダラーを巡る動き」資本市場クォーターリー 2006 冬号 106 頁 (2006)。

33) 1934 年証券取引所法第 28 条(e)項は、顧客口座に関して裁量権を持つ者（他人の資産の運用を委託された投資顧問業者など）が、当該顧客口座に関し、証券会社より提供される売買執行およびリサーチの価値に照らして、証券会社を支払うコミッションが合理的であると誠実に判断したのであれば、他の証券会社に対して支払ったであろうコミッションよりも高い金額を当該顧客口座から支払ったというだけの理由で、違法行為若しくは受託者責任を問われないと規定する（日本証券経済研究所編『新外国証券関係法令集アメリカ（Ⅲ）』114 頁（日本証券経済研究所、2008 年）を参照）。

34) SEC, Interpretive Release Concerning Scope of Section 28(e) of the Securities Exchange Act of 1934 Release No.34 - 23170 (Apr. 23, 1986)。

義務の内容の具体化に努めている³⁵⁾。

他方で、市場間競争下での投資者の平等な取り扱いを求めたマーケット 2000 研究報告書³⁶⁾ が業者の果たすべき最良執行義務の意義を強調すると、SEC は、市場選択との関係において最良執行義務を負う証券会社への規制を強化するだけでなく、投資顧問業者の最良執行についても監視を強化するようになった。SEC は投資顧問業者に対する定期的な業務監査において、最良執行義務が遵守されているかどうかをチェックしている³⁷⁾。

(2) 義務の性質

投資顧問業者の負う最良執行義務は、顧客の利益を最大化するという観点からは、証券業者と同一の行為規範に従う必要があると考えられるが、その標準は証券会社の負う義務と必ずしも同じではない³⁸⁾。それは以下のような理由に基づく。

第一に、両者の業務の性質上の違いが、最良執行義務の標準に差をもたらしているからである。すなわち、証券会社は証券等の売買を主要な業務としており、顧客との関係では仲介業者（intermediary）としての役割を果たしているのに対し、投資顧問業者は顧客に対して投資助言を行い、あるいは投資者から投資判断や投資に関する必要な権限を委任され、投資運用を行うことを業の内容と

35) CFA Institute, CFA Institute Trade Management Guidelines, *available at* <http://www.cfapubs.org/doi/pdf/10.2469/ccb.v2004.n3.4007>).

36) SEC, “Best Execution, in MARKET 2000: An Examination of Current Equity Market Developments”, at V-1 (1994). 同報告書は、市場間競争下の市場で透明性を確保することが必要であることのほかに、投資家を平等に取り扱うことや公正な市場競争を行うこと、自由な市場アクセスを確保することの重要性を唱えている。

37) See, e.g., OCIE (office of Compliance Inspections and Examinations), “Examinations by the Securities Exchange Commission’s Office of Compliance Inspection and Examinations (February 2011).

38) Bines, H.E and Thel, S., *Investment Management Law and Regulation*, Aspen, pp. 550 - 551 (2d ed. 2004).

しているからである。このため、執行の質について、証券業者は様々な要素のうち価格や執行可能性ないしスピードを重視するが、投資顧問業者は best net price (最良の差し引きでの正味価格) を最良執行価格として見る傾向があり³⁹⁾、手数料などの執行コストに大きな関心を払う⁴⁰⁾。

第二に、業者と顧客の関係性の違いが、両者の最良執行義務の標準に違いをもたらす。すなわち、取引注文の執行者としての証券会社は、投資顧問会社の顧客と取引ごとに関係が生じるだけで、その関係は間接的であり、証券会社は代理法理の下で、本人として行動するにすぎない⁴¹⁾。また、証券会社はブローカーのみならずディーラーとしても行動するために、潜在的に顧客とは利益相反の関係に立つことになる。これに対して、投資顧問業者は顧客と継続的かつ直接的な契約関係に立ち、代理法理の下では代理人としての義務を負う。例えば、顧客の要請がない限りは、投資顧問業者は売買執行者となるブローカーの選択について重要な権限を有する。つまり、投資顧問業者は証券会社よりも相対的に顧客に対する忠実義務、注意義務の標準が高い。

このように、投資顧問業者の最良執行義務は、原則として顧客に対する信任義務との関係で義務違反を捉えることに重心が置かれるべきものである。しかし市場間競争が激化し始めた頃から、その射程が次第に広がって行き、市場選択との関係においても投資顧問業者が最良執行義務を負うべきかについて検討がなされ始めた⁴²⁾。他方で、上述のように、最良執行義務の解釈はソフトダ

39) *Id.*, p. 502ff. See also, Harris, L., *Trading and Exchanges - Market Microstructure for Practitioners*, Oxford University Press, pp. 160 - 161 (2003).

40) 1940年投資顧問法 202(a)(11) (Investment Advisers Act of 1940, 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)) によれば、「投資顧問」とは、「報酬を受けて証券の価値に関して、又は証券に対する投資、購入、もしくは売却の可否に関して、直接的に又は出版物若しくは文書を通じて、他人に助言することを業とする者、又は報酬を受けて定常的業務の一部として証券に関する分析又は報告を発行若しくは公表する者をいう」とし、(A)項から(G)項において銀行や弁護士、会計士、新聞や雑誌、ブローカー・ディーラー等を除外している（日本証券経済研究所編『新外国証券関係法令集（アメリカⅡ）』208頁（日本証券経済研究所、2008年）を参照）。

41) Bines and Thel, *supra* (38), p. 551.

ラー契約との関係を巡って従来から問題があり⁴³⁾、投資顧問業者が負うべき最良執行義務の内容と範囲については現在も議論が錯綜している状況にある。

(3) 近年の判例の動き

1940年投資顧問法（the Investment Advisers Act of 1940、以下投資顧問法という）206条は、投資顧問業者の行為規範のプリンシプルを定め、証券の購入や売却に関して相場操縦的または詐欺的戦略もしくは術策を用いることを禁止する⁴⁴⁾。34年証券取引所法10条(b)項に相当する規定だが、同規定の判例法上の運用実態とは異なり、私的訴権が認められていない⁴⁵⁾。またその際、SECは業者の顧客に対する欺罔の意図や実際の損害について立証する必要がなく、判例法上、行為に不注意または過失と詐欺の要素があれば、業者の責任を追及することができる⁴⁶⁾。このためであろうか、SECは同規定の要件を緩やかに解する傾向にあり、登録が不要な業者に対しても本規定を適用し、数多くのエンフォースメント訴訟を提起している⁴⁷⁾。このような訴訟において、近年、SECは最良執行義務に違反すれば投資顧問法206条違反となる

42) *Id.*, p.550. なお、投資顧問業者の負うべき義務について考察するものとして、Schnase, L.A., “Best Execution - Legal and Practical Consideration for Investment Advisers and Funds” (2010), *available at* <http://www.40actlawyer.com/Articles/Link9-Best-Execution-Paper.pdf>がある。

43) SECも、ソフトダラーを従来から批判しており、顧客に必要以上の手数料を請求するための言い訳として利用されているにすぎないとしており（SEC, “Disclosure by Investment Advisers Involving Soft Dollars”, Investment Advisers Act Release No. IA-1469 (February 14, 1995)、34年法第28条(e)項の文言の曖昧性から、カーペット代や旅費・交際費などの無関係な費用にコミッションが充当されている事実を問題視している（Chairman Christopher Cox, Opening Statement at the Commission’s Open Meeting (July 12, 2006), *available at* <http://www.sec.gov/news/speech/2006/spch071206cc2.htm>）。

44) 同条1項で、投資顧問が顧客又は顧客になろうとする者を欺罔するために手段、計画又は技巧を用いることを禁じ、2項で実際に詐欺または欺瞞となる取引、慣行または業務に従事することを禁じている。

45) *See e.g.*, *Transamerica Mortgage Advisors, Inc. v. Lewis*, 444 U.S. 11 (1979).

という論理を展開しているようである。以下で主な4つの事件を取り上げて検討してみよう。

(a) Founders Asset Management, L.L.C.に関する事件⁴⁸⁾

投資アドバイザーとして登録していたFounders Asset Management（以下、F社という）は、顧客のために最良執行を追及するための方針を開示していた。しかし顧客に代わってF社が証券会社らに支払うことになる基本手数料の扱いが小口顧客と大口顧客の口座で異なり、1株につき12セントから14セントもの差が生じることについては、F社は何ら明示していなかった。この差額はF社がブローカーに対して見返りとして支払うべき紹介料だったが、実際にはこれを顧客に転嫁していた。この点について、SECは、F社の内部的な取り扱いの不開示は同社の最良執行方針に矛盾するものであり、投資顧問法206条違反となると判断して、民事制裁金を科すなどの懲戒処分を行った。

46) 投資顧問法206条に基づいて提訴する際、コモン・ロー上の詐欺の要件の立証は不要であるとしたCapital Gains判決（SEC v. Capital Gains Research Bureau, Inc., 375 U.S. 180 (S.D.N.Y. 1963)）が、SECの訴権の強力な後ろ盾になっている。例えば、過失の立証のみで投資顧問法206条(2)項違反が認められた例として、SEC v. Steadman, 967 F.2d 636, 643 n.5 (D.C. Cir. 1992) などがある。ただし、現在Capital Gains判決に対する学説からの批判が高まっている点には注意を要する（例えば、Laby, A. B., “Current Issues in Fiduciary Law”, 91 *Boston University Law Review* 1051などを参照）。

47) 例えば、SEC v. Beacon Hill Asset Management, L.L.C., Litigation Release No. 18950 (Oct. 28, 2004) では、投資顧問法203条(b)(3)に基づき登録が不要な業者であった（過去12か月間における顧客数が15名未満であり、一般公衆に対し自己が投資顧問であることを一般的に表示しない等の要件を満たした者）が、詐欺的な投資スキームを用いて、投資家に300万ドル以上の損失を与えたなどとして起訴され、罰金や業務停止などを命じられている。

48) Founders Asset Management, L.L.C., Investment Advisers Act Release No. 1879, 73 SEC Docket 1627 (June 15, 2003).

(b) Sage Advisory Services, L.L.C.に関する事件⁴⁹⁾

登録業者である Sage Advisory Services（以下、S社という）は1993年中頃から1997年4月にかけて、一番の得意顧客であった Rollert（以下、Rという）に教会寄付基金（church endowment fund）での運用を勧め、投資を行わせていた。しかし当該基金の運用担当だった証券会社とS社が締結したソフトウェア契約については、Rに必要な情報を開示せず、過当取引を繰り返したほか、基金の重要な財務情報を提供しないなど、詐欺的な手法を用いて投資を行わせていた。以上の事実に加え、S社がRに代わって証券会社に支払う手数料は1株につき30セントと高額だった。SECは、この手数料が相場の2倍であったことを最良執行義務違反であると判断し、S社に対し民事制裁金を科したほか、業務停止などを命じた。

(c) Jamison, Eaton & Wood, Inc.に関する事件⁵⁰⁾

約180名の個人顧客から6億3千5百万ドルもの資産運用を委託されていた Jamison, Eaton & Wood, Inc.（以下、J社という）は、SECに開示義務違反と最良執行義務違反を指摘され、エンフォースメント訴訟を提起された。J社の最良執行義務違反は以下のような事実に基づく。

J社はフルサービスを提供するブローカーに運用を委託する45名の登録代表者となり、顧客に1株35セントの手数を請求していた。しかし委託先の証券会社を特に明示しない顧客に対しては、フルサービス・ブローカーとディスカウント・ブローカーの選択⁵¹⁾が可能であることを告げており、ディスカウント・ブローカーとの取引を希望する顧客は1株8セントの決済サービスを利用できた。一方、J社はフルサービス・ブローカーの登録代表者となることで、ブローカーから得意先の紹介を受けていた。J社は25年あまりにわたり、フル

49) Sage Advisory Services, L.L.C., Securities Act Release No. 7997, Investment Advisers Act Release No. 1954, 75 SEC Docket 1073 (July 27, 2001).

50) Jamison, Eaton & Wood, Inc., Investment Advisers Act Release No. 2129, 80 SEC Docket 599 (May 15, 2003).

サービス・ブローカーの利用顧客に対してかかる利益相反の事実を明らかにしておらず、また委託先のブローカーを選択できることについても開示していなかった。このため、結果として一定の顧客に高額な手数料を支払わせていたJ社は、SECによって最良執行義務違反とみなされ、投資顧問法 206 条に違反するとして、民事制裁金を科されるなどの懲戒処分を受けた。

(d) Portfolio Advisory Services L.L.C.に関する事件⁵²⁾

Portfolio Advisory Services L.L.C.（以下、P社という）は、自社の組織したヘッジファンドを顧客に紹介してもらう見返りに、運用委託先のブローカー5社に対して、顧客から受け取った手数料を回すことを口頭で約していた。すなわち、P社はまず市場時価で売買するマーケット・メーカーに取引を行うよう指示し、約定の確認を行う。するとP社は、決済や保護預かりなどのバックオフィス業務を担当する主要ブローカーAに取引を報告し、同時にAに対して、当該取引とは無関係なブローカーにも1株5セントの追加手数料を支払わせる。ところで、P社はこの取り決め、すなわち委託先のブローカーに手数料を支払う可能性があることについて、投資顧問業を行う際の登録書類（Form ADV）に明記していた。しかし委託先ブローカーが実際の取引に関与をしていなくても、手数料がかかることについては開示を怠っていた。さらに、この手数料はマーケット・メーカーへのマークアップに付加されていた。

SECは、このような手数料料率の取り決めの仕組み、いわば不知の業界の慣習により、顧客がP社に不要な手数料を支払わされていたことを明らかにし、

51) Full-service とは Morgan Stanley や Merrill Lynch 等に代表される証券会社が提供する様々なサービスをさし、そのサービスは投資に関する一般的なアドバイスから退職基金の運用、節税対策にも及ぶ。また、Full-service broker は投資商品としてデリバティブズや保険商品などを揃え、専属のリサーチ部門による情報提供なども行う。これに対して Discount broker は Charles Schwab や TD Waterhouse に代表される証券会社をさし、投資アドバイスは一切行わない代わりに、低額の手数料を売りにしている。

52) *In the Matter of Portfolio Advisory Services L.L.C. and Cedd L. Moses*, Investment Advisers Act Release No. 2038, 77 SEC Docket 2759-31 (June 20, 2002).

P社の行為が実質的な投資顧問法 206 条違反にあたるとして懲戒処分を行った^{53、54)}。

以上の事例（および本稿注（54）（56）（58）も参照）から、投資顧問業者は手数料率との関係で最良執行義務違反を問われることがあり、また場合によっては詐欺防止条項違反となるケースがあることがわかる。すなわち、(a)事件は、すべての顧客のために最良執行を求める方針を打ち出しながら、実際には顧客ごとに手数料を変え、その事実を開示していなかった事案である。(b)事件は、手数料率に関する開示は行っていたが、請求した手数料が標準よりも高額であったことが最良執行義務に反するとされた。つまり(b)事件では、高額の手数料が最良執行を妨げていたと判断されたことになる⁵⁵⁾。また、(c)事件は、業者が長期にわたり顧客の手数料負担について見直すことを怠り、結果として顧客を不平等に扱っていたケースだった⁵⁶⁾。なお、同事件では「最良執行概念は技術の進歩と共に変化する」という Newton 事件の控訴審判決が引用され⁵⁷⁾、業者が顧客との取引で最良執行を果たせたかどうかを見極めるために、

53) SECによる調査の過程で、P社がインターポジショニング（自らの地位と情報を不当に利用することで、顧客注文を優先すべきときに自己売買を行うこと）を行っていた疑いがあることも指摘されている（Schnase, *supra* note (37), pp. 18-19, note (13)）。

54) 投資アドバイザーを通じて顧客が証券会社に無用な手数料を支払わされていた同様のケースとして、Folger Nolan Fleming Douglas Capital Management, Inc., Neil C. Folger and David M. Brown, Release No. IA-2639（August 23, 2007）などがある。

55) 同旨につき、Barbash, B.P. & Massari, J., “The Investment Advisers Act of 1940: Regulation by Accretion”, 39 Rutgers Law Journal 627, pp. 642-643（2008）。

56) 顧客の不平等な取扱いが最良執行義務違反だと指摘された事件として、*In the Matter of Evergreen Investment Management Company, L.L.C.*, IA-2888（June 8, 2009）がある。投資信託の純資産価値を17か月間17%も多く水増したことで投資顧問法 204 条違反を指摘された Evergreen 社は、同時に、一方のファンドで顧客の資産価値を低下させる取引をし、他方のファンドで結果的に顧客を優遇していたことについて最良執行義務違反を指摘され、かかる行為が投資顧問法 206 条違反と判断された。

57) *Newton*, *supra* note (5), pp. 270-271.

顧客に対するコミッション料率の適性を定期的・計画的に見直す必要性があるという、最良執行に関する重要な指針が示されている。他方で(d)事件は、業者間で手数料に関する不明瞭な取り決めがなされていたことの不開示が、最良執行義務違反だとされている。

このように、手数料に関するSECの着眼点は様々だが、手数料を巡って投資顧問業者が利益相反の状態にあったこと⁵⁸⁾、またその結果として顧客を不平等に取り扱い、さらにこれらの事実を隠ぺいしていたことが最良執行義務違反とされ、信任義務違反と判断された点には共通性があるといえる。

3. マーケット・メーカーと最良執行義務

Newton 事件判決のあと、市場選択との関係で最良執行を問う議論は、一連の政策的および技術的な措置によって概ね終息した。代わって、SECや自主規制機関等の市場監視者が最良執行について着目したのは、OTC（相対市場取引）での執行コストの問題である。上記Ⅲ 2(3)(d)でみた Portfolio Advisory Services 事件が象徴するように、SEC からは売買執行の際に付加される手数料がいかなる要素で構成されているのかを分析対象とし始めた。とりわけ、ブローカーがマーケット・メーカーを通じて有価証券の売買を行う際の執行コストを問題視し、マーケット・メーカーのフロント・ランニングやインターポジショニング等の利益相反行為⁵⁹⁾と同様に、執行コストに関わる取引慣行にも厳しい目を向けるようになった⁶⁰⁾。

そこで以下では、マーケット・メーカーの最良執行義務違反が問われたSEC

58) 例えば、Fidelity Management Research Co., Inc. and FMR Co., Release No. IA-2713 (March 5, 2008) は、ブローカーから賄賂を得た見返りに当該ブローカーとの取引を推奨した従業員の行為が最良執行義務違反だとされた事案で、投資顧問業者の利益相反性が明白だった。

59) フロント・ランニングは、内部情報を不当に利用して、そのタイミングで売買をすることが市場価格に影響を及ぼすことを知りながら、顧客から受託した有価証券の注文の売買を成立させる前に自己売買を行うことをいう。インターポジショニングについては前掲注(53)を参照。

v. Pasternak（以下、本件という）を取り上げ、まず(1)において、事件の概要と当事者の主な主張、判旨の概要についてまとめる。次に(2)において、裁判所が本判決で示した新たな最良執行の概念をみることにしよう。

(1) SEC v. Pasternak 事件

(a) 事案の概要

2004年、SECは主要なマーケット・メーカーだったKnight Securities L.P.（現Knight Equity Markets, L.P. 以下、K社という）に対して66.5百万ドルの民事制裁金を科す命令を下した⁶¹⁾。SECによれば、K社は長期にわたり42名の機関投資家に過剰なコミッションを請求することで利益を得ていたという。これに対してK社の前CEO、Pasternak（以下、Pという）と、機関投資家向けのセールス担当長だったLeightonは、SECの下した処分の不当性を争うために、SECを相手取りNew Jersey 地方裁判所に提訴した⁶²⁾。本件の最大の争点はPらの最良執行義務違反の存否である。最良執行義務の存否は(1)Pらの得た過剰な利益の当否、(2)マークアップの不開示の当否、(3)不適切なフロント・ランニングの有無の点から検討された。

(b) 当事者の主張

SECは(1)について、Pらの取引の手法を以下のように批判した。すなわち、顧客の取引を直ちに執行せず、あえて遅らせて執行させることにより、市場に表示された価格が取得価格から乖離した場合、Pらが顧客に対して株を売買し、

60) ニューヨーク証券取引所のマーケット・メーカーであるスペシャリストが、同様の批判に晒されたことについて、関雄太「ニューヨーク証券取引所の新たな統治機構とスペシャリスト問題」資本市場クォーターリー 2004年冬号1頁以下（2004）を参照。

61) *In the Matter of Knight Securities, L.P.*, Securities Exchange Act of 1934 Release No.50867 (December 16, 2004). なお、同時に起きたNASDとの訴訟を解決するため、K社はNASDに12.5百万ドルの罰金を支払っている。

62) SEC v. Pasternak and Leighton, 561 F. Supp.2d 459 (D.N.J. 2008).

顧客の費用で利ザヤを稼ぐ。また、市場が機関投資家の注文に対して不利に動くと、Pらにとってなお利益が出る価格で顧客のポジションに向かい、取引を成立させる。つまり、顧客の利益を犠牲にすることでPらは過剰な利益(excessive profit)を上げた。また、(2)については、Pらが顧客に請求する手数料はマークアップも含めた額になっているところ、マークアップについて詳細な開示がないこと、さらに(3)については、顧客から受託した注文の売買を成立させる前に自己売買を行ったことは、不適切なフロント・ランニングにほかならないと指摘した⁶³⁾。

これに対してPらは、(1)について、機関投資家の注文執行に関するマーケット・メーカーの取引慣行を抗弁として主張した⁶⁴⁾。規模の大きい機関投資家がよく行う大口注文の売買執行は“not-held”オーダーと呼ばれ⁶⁵⁾、適切なタイミングを見ながら「最良の執行」となるよう注文を出すマーケット・メーカーの裁量に委ねられることが多い。「最良の執行」を確保するために、マーケット・メーカーは“not-held”オーダーを小口取引に分割し、マーケット・インパクトを回避するなどして売買注文を執行することもある。Pらは、このように、機関投資家の注文執行はあらゆる手法を駆使して行われるため、SECが主張するような意図的な利益相反行為はないと主張した。

(c) 判旨の概要

Pisano 判事は(1)から(3)の論点のいずれについてもSECの主張を認めず、請求を棄却した。まず(1)についてPisano判事は、取引上の利益については業界基準も法的な基準も存在しないとする専門家証言(NASDの前監督官Cangianoによる)を判断の決め手とした。また被害者であるはずの機関投資家が、Pらの主導した取引は市況とは無関係に執行されてはしないと証言したこ

63) *Id.*, p. 503.

64) *Id.*, pp. 467-470.

65) NASDは“not-held”orderを“working order”と呼んでいる(NASD, NASD Notice to Members 97-57, p. 460 (Sept. 1997))。

とも重く見た。そして、利益の限界値の基準について、業界基準の存在も、法的な根拠も立証できていないとSECを正した⁶⁶⁾。逆に、K社の上げた利益について、Pisano判事は、K社が顧客のために自らをリスクに晒しているような場合は特に、業務上、K社は利益を稼ぐ権利を有すると判示した⁶⁷⁾。

次に(2)について、Pisano判事は、SECの定義するマークアップは業界用語として一般に使われる用語とは意味合いが異なるため、計算根拠に誤りがあると指摘した。SECはマークアップをK社が顧客に支払わせた価格とK社の株の取得価格との差だと主張したが、通常マークアップは顧客に支払わせた価格と市場の一般価格との差をさすからである。さらにPisano判事はマークアップの開示義務について、トレーダーと顧客の間に信頼関係がある場合、または付加されたマークアップが過剰な場合にのみ生じるとし、本件ではそのいずれの場合にも当たらないと指摘した。

最後に(3)について、J社の“not-held”オーダーの執行は、NASD規則が認めた機関投資家の取引方法に合致しているため、フロント・ランニングには当たらないとPisano判事は判断している。NASDは機関投資家の注文を執行する前にトレーダーが取引することを認めており、裁量注文として受けた価格と同じか、それよりも優れた価格で執行されたとしても、“not-held”オーダーに関するトレーダーの裁量だとしているからである⁶⁸⁾。また、トレーダーが売買注文の執行において最良執行の要件を満たしたか否かは、事実認定の問題に帰着する。具体的には、証券のタイプ、価格、ボラティリティ、流動性、取引サイズ、取引時の市況、顧客による指示の内容そして他のマーケット・メーカーがオファーしていた価格がメルクマールとなる。本件では、以上についてSECが十分な証拠を示すことができなかったことから、J社の最良執行義務違反の不存在が認定された⁶⁹⁾。

66) Pasternak, *supra* note (62), p. 505.

67) *Id.*, p. 510.

68) See, NASD, *supra* note (65), p. 484.

69) Pasternak, *supra* note (62), p. 508.

(2) “plain vanilla” best execution と “sophisticated” best execution

——判決からの新たな示唆——

Pisano 判事は(3)について検討する際、Cangiano 氏の証言を受けて、「最良執行」概念について以下のような興味深い判示をしている。「最良執行義務は2種類に分けられうる。1つは“plain vanilla”、つまり単純な best execution であり、もう1つは高度な (sophisticated) best execution である。Plain vanilla best execution は、小口の株式注文が、直ちに利用できる最良の価格で執行される場合をさし、たいていはNBBO の内側の価格で執行され、指値注文の場合に利用される⁷⁰⁾。これに対して sophisticated best execution は大口で、値動きの激しい株式の注文である “not-held” オーダーに適用される。Sophisticated best execution の要件を満たすために、セールス・トレーダーは NASD 規則 2320 に基づいて最良価格で注文執行ができるように最善を尽くさなければならない」とした⁷¹⁾。これにより、従来法的には曖昧に捉えられてきた「最良執行義務」の概念が明確化されることになり、実際の取引慣行や最良執行に関する経済学的な意義⁷²⁾と平仄が合った。

また、Pisano 判事は、前例のない市場の乱高下やインターネット・バブル、個人投資家の「民主化 (democratization)」という現代市場の変化を特段の事情として考慮し、K 社のような「次世代型」のマーケット・メイキング業務を営む会社が執行手法を多様化することで、新たなビジネスモデルを構築していることにも理解を示した。そして、機関投資家の大口注文を小口化し、(コンピューターにより) 自動執行を行わせていれば、P らが市場を操作して悪意に

70) 指値注文については、FINRA (前 NASD) が、業者が顧客の取引を執行する前に取引を行うことを禁ずる特別なルールを定めている。詳細は、SEC, Securities Exchange Act Release No. 34-34279 (June 29, 1994) を参照。

71) Pasternak, *supra* note (62), p. 507.

72) See, e.g., Harris, L., *Trading and Exchanges - Market Microstructure for Practitioners*, Oxford University Press (2003), p. 65ff., Wagner, W.H. & Edwards, M., “Best Execution”, *Financial Analysts Journal*, Jan./Feb. (1993), pp. 65-71. なお、木村・前掲注 (1) 86-87 頁も参照。

利益を上げる余地はないと判断した⁷³⁾。

4. 分析と検討

市場間競争時代の複雑な市場環境の下では、市場関係者が市場の透明性を確保することが重要な課題となっている。かかる課題を克服するために、アメリカでは、「最良執行義務」を証券会社だけでなく主要な市場関係者にも課している。

しかし、Newton 事件判決後の裁判例をみると、SEC は透明性を過度に重視して開示義務を強化し、確たる基準によらぬまま、業者の上げた利益に疑問を持たず独自の価値基準で義務の内容を解釈し、業者の最良執行義務違反を追及してきたように思われる。特に、業者の請求する手数料の多寡で執行時の業者の利益相反を判断し、その取引慣行にまで踏み込んで最良執行義務違反の根拠を突き止めようとしていた。

これに対して同判決は、業界の取引慣行について疑義を呈した Newton 判決とは一線を画し、最良執行に関わる業界の取引慣行に理解を示した。さらに、最良執行義務の内容が機関投資家による大口注文と小口の指値注文とでは異なることを明らかにし、アルゴリズム取引など、コンピューター技術を駆使して機関投資家の最良執行を確保しようとする先進的な証券会社らの取り組みに対しても一定の評価を下した。

このように、Pasternak 事件判決は、Newton 事件判決が述べた以下の判旨、すなわち「最良執行義務とは、ブローカー・ディーラーが顧客注文のために、諸般の事情の下で合理的に利用可能な最も望ましい条件を求めることをいい、かかる概念は技術の進歩と共に変化するため、証券会社は最良執行義務の基準を高めていくよう努める必要がある」という部分について、「諸般の事情」の合理的な解釈を行ったと考えることができるだろう。具体的には、高度なシステム技術によって、大口投資家にとってより好ましい執行方法が生まれたこと

73) Pasternak, *supra* note (62), pp. 508 - 509.

を評価し、これを新たな最良執行の基準として認めたといえる。またこのことによって、同判決はNewton事件判決のいう「顧客」が、一義的には理解できないことを明らかにしたのでないだろうか。つまり、ここでいう投資家には様々な位相があり、「個人投資家」もあれば「大口投資家」もあり、各自が最良執行概念の下で、注文者としての執行上の権利を認められる。もっとも、「最良執行」という概念は本来顧客のニーズやタイプによって異なることを前提としているのであるから、Pasternak事件判決の考え方が従来の論理を超越しているわけではない。

他方で、投資顧問業者の負う最良執行義務は、顧客と業者の密接な関係に基づいており、信任義務や代理法理などをベースにした従来の最良執行の概念と親和性がある。近年の判決でSECは、最良執行の要素として手数料やスプレッド等のコスト要因を過大にみた嫌いがあるが、最良執行にかかるコストはこれに加え、タイミング・コスト、機会コスト、マーケット・インパクトに関するコストの総和として理解される⁷⁴⁾べきものである。したがって、投資顧問業者が最良執行とは何かについて検討する際、他に検討可能なあらゆる要素を考慮に入れて、信任義務に基づき、最良執行方針を決めることができる点については異論がないだろう。ただし、取引所ないし市場概念が拡大したことで執行手法の高度化がもたらされ、またそれが日々進化し続けていることから、投資顧問業者は、従来の最良執行義務の内容よりも、より多くのことを考慮に入れて義務を果たすべき必要に迫られている。

なお、ブローカーの最良執行義務違反が争われたGurfein判決について付言すれば、顧客である被控訴人の主張立証が功を奏せずに請求が棄却されていることにかんがみれば、同判決が類似の事案に与える影響は限定的だと思われる。しかしながら、最良執行義務違反に基づく民事訴訟の提起は依然として顧客側の立証負担が大きいことを同判決が示したことについては一定の意義があるといえるだろう。また、電子接続されていないすべての取引システムの市場価格

74) See, *supra* note (34). See also, *supra* note (35), pp. 7-8.

をブローカーが参照して取引を執行する義務があるか否かについて、従来学説は顧客とブローカーの間の個別の契約上の問題となると解していたが⁷⁵⁾、顧客がどの市場で執行したいかを明確に契約で指示しない限り、裁判所があえて契約の意思解釈を行わない可能性があることを示唆した点でも、同判決は参考になるといえるだろう。

IV. 結語

売買執行に関して既存の取引所と証券会社の役割分担を決めていた従来の価値基準は、PTSやATSと呼ばれる私設取引システムの登場によって見直しを迫られ、代わって、分散する市場や市場の関係者が、市場の透明性を確保するために依拠しているのが「最良執行」の概念である。その概念は義務化されることで市場関係者に共有されている。

しかし最良執行の概念は市場の電子化や執行技術の進化を背景にして生成した事情があることから、市場環境が変化すれば、その義務の標準も漸次変化するという性質を本来的に持っている。このため、最良執行義務の内容は捉えにくく、これを明定しておくことは容易ではない。そのためか、アメリカは最良執行義務に関する制定法を持たずにいる。しかしこれに代わり、行政機関の指針や自主規制などのソフト・ローや判例法理が充実し、義務を遵守すべき者に対して有意義な指針を与えている。

一方で、最良執行義務は、電子化された市場の執行サービスを豊かにするために、一定の役割を演じているとも考えられる。上述したPasternak事件判決が従来の最良執行概念に囚われずに、新たな価値基準を用いて、業者の試みに理解を示したことはその象徴ともいえるだろう。そして、わが国においても、現代的な市場での最良執行義務の役割を考慮に入れながら、顧客注文を最良の

75) Macey, J. and O'Hara, M., "Best Execution Regulation: From Orders to Markets", 13 *Journal of Financial Transformation* 43, pp.44 - 46, 54 (2005).

条件で執行するために業者が新たな執行サービスを展開できるよう、金融商品取引法上の最良執行義務をいかに運用すべきかについて、検討し直すべき時にきているのではないだろうか。

（本研究は、全国銀行学術研究助成の成果である。）

（きむら・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准教授）

EU 公開買付指令と法の適用関係

藤 澤 尚 江

1. はじめに
2. EU 公開買付指令
 - (1) 適用範囲
 - (2) 監督機関と準拠法
 - ① 会社の本国と市場地国とが同一の場合
 - ② 会社の本国と市場地国とが異なる場合
 - (3) 小活
- 3 英国・フランス・ドイツの公開買付けに関する規則
 - (1) 英国
 - ① 適用範囲
 - ② 公開買付指令との比較
 - (2) フランス
 - ① 適用範囲
 - ② 公開買付指令との比較
 - (3) ドイツ
 - ① 適用範囲
 - ② 公開買付指令との比較
- 4 日本法への示唆
 - (1) 規定の形式
 - (2) 市場地と会社の本国
 - (3) 問題
 - ① 証券の市場地国を基準とする方法
 - ② 会社の本国を基準とする方法
 - ③ 金融商品取引法
- 5 むすびにかえて

1 はじめに

金融商品取引法第27条の2は、「その株券、新株予約権付社債券その他の有価証券で政令で定めるもの…について有価証券報告書を提出しなければならない発行者又は特定上場有価証券…の発行者の株券等につき、当該発行者以外の者が行う買付け等…であって次のいずれかに該当するものは、公開買付けによらなければならない。」と定める。「公開買付け」とは、「多数の投資家に対して新聞広告などを通じて有価証券の取得を提案し、取引市場外で有価証券を取得する行為」¹⁾をいい、この公開買付けの制度は、「会社支配権に影響を与えるような取引等が行われる場合に、投資者にあらかじめ情報開示を行うとともに、株主等に平等に株券等の売却の機会を与える制度」とされる²⁾。

この規定が、国際的な証券取引の場面においていかなる範囲で適用されるのか、その適用範囲があいまいなことは、従来から指摘されている³⁾。たとえば、米国会社の証券が、米国・日本・ドイツ等の複数の国の市場で上場されている場合や、日本の会社の証券が、日本の市場に上場されているが、買付がもっぱら外国で行われる場合に、それらの証券を買付けようとする者は日本の金融

-
- 1) 山下友信＝神田秀樹編『金融商品取引法概説』248頁〔加藤貴仁〕（有斐閣、2010年）。
 - 2) 大来志郎「公開買付制度・大量保有報告制度」松尾直彦編『金融商品取引法・関係府令の解説』32頁（商事法務、2008年）。
 - 3) 金融商品取引法への改正前の証券取引法の公開買付制度に関し、法の適用関係に関する問題を提起したものとして、元永和彦「国際的な株式公開買付けにおける抵触法上の諸問題(上)(下)」国際商事法務19巻779頁、961頁（1991年）、石黒一憲「証券取引法の国際適用に関する諸問題—序説的覚書として—」証券研究102巻13-14頁（1992年）、浜田道代「国際的な株式公開買付けを巡る法的問題」証券研究102巻73頁以下（1992年）、龍田節「国境を超える証券取引」鴨武彦ほか『リーディングス 国際政治経済システム3 相対化する国境Ⅱ』144-147頁（有斐閣、1997年）、社団法人商事法務研究会「我が国公開買付(TOB)制度の見直しに関する調査研究」48-51頁（2001年）、金融法委員会「金融関連法令のクロスボーダー適用に関する中間論点整理—証券取引法を中心に—」11-12頁（2002年）、神谷光弘ほか「公開買付けにおける米国株主の取扱いの法的諸問題」商事法務1683号15頁（2003年）等がある。

商品取引法（以下「金商法」とする。）に従い手続をしなければならないのか、といった問題である。この問題に対する明確な解答はいまだ示されておらず、株式を取得しようとする者が、個別に金商法に従い公開買付けを行うか否かを決定しているのが実情のようである⁴⁾。

一方、証券市場のグローバル化は進展している。外国会社の中には、わが国の市場に自らの証券を上場する会社があり⁵⁾、東京証券取引所も、アジアにおける地位を確立するため、アジアの企業に上場誘致活動を行っている⁶⁾。また、日本における外国人の株式法有比率も、平成22年度は、20年間で4.7%から26.7%へと約6倍の増加をしている⁷⁾。さらに、日本企業による外国企業のM & A（合併・買収）は、2011年に総額約5兆円を超え過去最高となっている⁸⁾。

このような証券市場のグローバル化の中で、金融商品取引法上の公開買付規制に服すべきか否かが明らかでないことは、取引当事者の予測可能性を害し、取引自体を阻害する要因ともなりかねない。そして、公開買付けが会社の支配権取得またはその強化のために利用され、M&Aにおいて重要な役割を担うことも考慮すれば、国際的なM & Aをも阻むことになりうる。

他方、2004年4月に成立したEUの公開買付指令⁹⁾には、適用範囲と準拠法を定めるルールとが明記され、EUの各国で国内法化もされている。そこで、

4) 2011年1月の日本証券業協会客員研究員会合における実務家コメントに基づく。また、2011年6月の国際私法フォーラムにおいても、別の実務家より同趣旨のコメントを得る。

5) 2011年11月時点で、日本の証券取引所に上場する会社は、12社である。東京証券取引所「外株ウィークリー」*available at* <http://www.tse.or.jp/market/data/oversea/index.html>/参照。

6) 東京証券取引所「東京外国株式市場」*available at* <http://www.tse.or.jp/rules/foreign/>参照。

7) 東京証券取引所「平成22年度株式分布状況調査の調査結果について」*available at* <http://www.tse.or.jp/market/data/examination/distribute/index.html>参照。

8) 日本経済新聞2011年12月29日「海外M&A過去最高」参照。

9) Directive 2004/25/EC of The European Parliament and of The Council of 21 April 2004 on Takeover Bids, O. J. L 142/12 (2004).

本稿では、EUの公開買付指令が、国際的な公開買付に関する法の適用についていかなる規定をおいているか（「2」）、そして、その規定が、加盟国である英国・フランス・ドイツにおいて、どのように国内法化されているか（「3」）を明らかにする。そして、公開買付指令の法の適用関係に関する規定により、日本の公開買付規制の適用範囲について、いかなる示唆が得られるかについて言及したい（「4」）。

2 EU公開買付指令

EUの公開買付指令は、2004年4月に、EUにおける公開買付を利用した企業買収のためのルールとして成立した¹⁰⁾。公開買付指令の目的は、ヨーロッパにおける企業買収に関して「平等な場（Level playing field）」を確保することにある¹¹⁾。そして指令の中核的要素は、公開買付の透明性の創設、株主の平等扱い、義務的株式公開買付けおよび取締役役の中立義務にまとめられる¹²⁾。

（1）適用範囲

EU公開買付指令は、その適用範囲を第一条で次のように規定する¹³⁾。

10) EUの公開買付指令について解説をした日本の文献として、早川勝「株式公開買付に関するEU第13指令における企業買収対抗措置について」ワールド・ワイド・ビジネス・レビュー第7巻第1号20頁以下（2005年）、野田輝久「EUにおける企業買収－EU公開買付指令」法律時報79巻5号58頁以下（2007年）、上田廣美「EU公開買付指令運用状況とその問題点」亜細亜法学43巻2号145頁以下（2009年）、三浦哲夫「欧州における企業買収法制の新たな展開（その1）～（その3）」富大論集55巻2号27頁以下、3号85頁以下、56巻1号93頁以下（2010年）、三井秀範「我が国の公開買付制度と欧州制度との比較」金融法務事情1909号54頁以下（2010年）、三井秀範「欧州型の公開買付制度－わが国公開買付制度との比較の観点から－」商事法務1910号18頁以下（2010年）等を参照。

11) See Commission Staff Working Document, Report on Implementation of the Directive on Takeover Bids, p.3, COM（2007）.

12) 早川・前掲注（9）24頁参照。

13) 公開買付指令の日本語訳については、早川・前掲注（9）34－44頁を参照。

第1条 適用範囲

(1) 本指令は、有価証券の全部またはその一部が、指令 93/22EWG の意味における規制市場での取引が一もしくは複数の加盟国で認められている限りにおいて、加盟国の法律に服する会社の有価証券に対する公開買付に関して、加盟国の法律規定と行政規定および行為準則および公的権限を有する市場監督機関が定める規則を含むその他の規制の調整のための措置を規定する。

(2)(3) [省略]

すなわち、公開買付指令は、第一に、欧州経済領域 (EEA)¹⁴⁾ 加盟国の法に従い規律される会社であり、第二に、その会社の有価証券が EEA の規制市場で取引を認められている場合にのみ適用される¹⁵⁾。従って、加盟国外の法に服する会社の証券、または EEA の規制市場で取引を認められていない証券に関しては、加盟国のそれぞれが独自に規定をおくことになる¹⁶⁾。

(2) 監督機関と準拠法

上述のとおり、公開買付指令は、第1条でその適用範囲を、①EEAの加盟国法に従い規律される会社の証券で、②EEAの規制市場で取引される証券に制限した後、第4条で、その適用範囲内において、監督機関の権原と準拠法について規定する。第4条の規定は次のとおりである。

14) 2012年1月時点でのEEA加盟国は、アイスランド、リヒテンシュタイン、ノルウェーとEU加盟の27カ国である。

15) PAUL L. DAVIES ET AL., PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW, 28-15, at 981 (8th ed., 2008).

16) Daniel Zimmer, “Aufsicht bei grenzüberschreitenden Übernahmen”, ZGR 2002, 731, 737 (2002); Jan von Hein, “Grundfragen des europäischen Uvernahmekollisionsrechts”, AG 2001, 213, 232 (2001).

第4条 監督機関と適用法

(1) [省略]

(2) (a) 対象会社の有価証券が加盟国の規制市場で取引を許可されている場合には、対象会社が登録事務所（registered office）を有する加盟国の監督機関は、買付を監視する権限を有する。

(b) 対象会社の有価証券がその登録事務所（registered office）を有する加盟国の規制市場で取引を許可されていない場合には、会社の有価証券について規制市場での取引を許可している加盟国の監督機関が、買付を監視する権限を有する。

対象会社の有価証券が複数の加盟国の規制市場で取引を許可されている場合には、有価証券について最初に規制市場での取引を許可した加盟国の監督機関が、買付を監視する権限を有する。

(c) 対象会社の有価証券が複数の加盟国の規制市場で同時に初めて許可された場合には、対象会社は、買付の監視権限を有する監督機関を決定し、この決定を規制市場とその監督機関に最初の営業日に通知する。

対象会社の有価証券が第21条第1項で掲げたとき〔本指令の国内法化の期限（2006年5月20日）〕に既に複数の加盟国の規制市場で取引が許可され、およびこの許可が同時に与えられた場合には、当該加盟国の監督機関は、第21条第1項で掲げたときから4週間以内に、どの監督機関が買付の監督権限をもつか共同して確定する。監督機関が指名されない場合には、対象会社は、当該期間の経過後の最初の営業日に監督権限をもつ監督機関を決定する。

(d) 加盟国は、(c)に基づく決定が公表されることを保障する。

(e) (b)および(c)で掲げた事例においては、買付の場合に提供された反対給付、特に価格に関する問題、買付手続の問題、特に買付の提示に関する買収者の決定、買付文書の内容および買付の公示に関する通知は、権限を有する監督機関の加盟国の規定に従って規制される。対象会社従業員への情報に関する問題および会社法上の問題については、特に、

支配を創設する議決権の比率および買付の提示義務と異なる規定ならびに対象会社の指揮機関または管理機関が買付を失敗させることができる条件については、対象会社が登録事務所を有する国の規定が適用され、その国の監督機関が権限を有する。

(3)(4)(5) [省略]

[] 内筆者

① 会社の本国と市場地国とが同一の場合

明文で準拠法について規定するのは、公開買付指令第4条(2)(e)（以下では特に言及しない限り、条文は公開買付指令のものとする。）である。第4条(2)(e)は、第一文で、同条同項の(b)および(c)の事例での準拠法は、権限を有する監督機関の国の法と定める。(b)および(c)ともに、買付の対象となる会社（対象会社）が登録事務所を有する国（会社の本国）とその会社の証券の取引が認められた規制市場のある国（市場地国）とが異なる場合の事例である。従って、第4条(2)(e)は、対象会社の本国と証券の市場地国とが異なる場合の準拠法について規定するのみであり、対象会社の本国と証券の市場地国とが同一の国である場合については、公開買付指令に準拠法決定のための規則を見出せないようにも思われる。

しかしながら、第4条(2)(a)では、対象会社の本国と証券の取引市場地国とが同一の場合、本国でもあり証券の取引市場国でもある国の監督機関が、権限を有することが規定される。一般的に、会社は、その本国と証券の取引市場地国とが同一であることのほうが通常（原則）であり、本国と証券の取引市場地国とが異なる場合のほうが例外的であろう。公開買付指令が、例外の場合のみ統一的な準拠法選択規則を定め、原則の場合には準拠法の選択を各加盟国にゆだねたとは考えにくい。また、通常、ある国の監督機関は、内国法のみを適用する¹⁷⁾ことも考えれば、会社の本国と証券の取引市場国とが同一の国である場合には、その国の法に従うとすることが自然であろう。

② 会社の本国と市場地国とが異なる場合

第4条(2)(e)は、まず、問題を二つに分ける。一つは、「買付の場合に提供された反対給付、特に価格に関する問題、買付手続の問題、特に買付の提示に関する買収者の決定、買付文書の内容および買付の公示に関する通知」といった、反対給付および手続に関する問題、もう一つは、「支配を創設する議決権の比率および買付の提示義務と異なる規定ならびに対象会社の指揮機関または管理機関が買付を失敗させることができる条件」といった、買付の対象となる会社（対象会社）の会社法上の問題および従業員への情報に関する問題である¹⁸⁾。

後者の会社法上の問題および従業員への情報に関する問題については、対象会社が登録事務所を有する国の法（会社の本国法）に従い、その国の監督機関が権原を有することとなる。他方、前者の反対給付および手続に関する問題は、原則として、対象会社の証券が取引を認められた規制市場を有する国（市場地国）の監督機関が権原を有することになり（第4条(2)(b)）、市場地国の法に従う。

問題は、証券の市場地国が複数存在する場合である。このとき、準拠法は、第一番目に取引の許可を与えた市場地国の法となる（第4条(2)(e)、第4条(2)(b)）。他方、複数の市場で同時に取引の許可が与えられた場合には、関連する各市場の監督機関がいずれの国の機関が権限を有するか共同で確定する。そして、この確定がなされない場合には、買付の対象となる会社が、いずれの国の監督機関が自らの証券について監督権限を有し、いずれの国の法に従うべきかを選択することになる（第4条(2)(e)、第4条(2)(c)）。

17) Mathias M. Siems, *The Rules on Conflict of Laws in the European Takeover Directive*, 1 ECFR 458, 470 (2004).

18) Dirk Van Gerven, “*Rules of Community Law Applicable to Takeover Bids*”, 3, 14 : in DIRK VAN GERVEN ED., 1 COMMON LEGAL FRAMEWORK FOR TAKEOVER BIDS IN EUROPE (2008) によれば、会社の本国法に服する問題は、①対象会社の従業員に提供される情報、②会社法的な問題、特に支配権を与える議決権の割合、及び公開買付義務を発動させる義務の免除、③対象会社の取締役が買付を阻止する行為を行いかどうかという3つに分類される。

公開買付指令

	会社の 本国	取引市場 地国	市場の種類	従業員へ供与す る情報、会社法 に関する準拠法	買付、手続に関する 準拠法
4条2(a)	X国 (EEA)	X国 (EEA)	規制市場	X国	X国
4条2(b), (e)	X国 (EEA)	Y国 (EEA)	規制市場	X国	Y国
4条2(b), (e)	X国 (EEA)	YZW (EEA)	規制市場	X国	・最初に取引が許可され た市場
4条2(c), (e)					・同時に許可された場 合には、関連する監 督機関または対象会 社の選択による
指令の適用 範囲外	X国 (EEA)	EEA外の 国	規制市場、 規制市場外	???	???
		EEA	規制市場外		
	EEA外の 国	X国 (EEA)	規制市場・ 規制市場外	???	???

(3) 小活

以上から、公開買付指令は、法の適用に関して、主として3つの基準を用いていることがわかる。

第一の基準は、①買付の対象となる会社（対象会社）が登録事務所を有する国（会社の本国）と②その証券の取引が認められる規制市場を有する国（市場地国）という基準である。第1条では、公開買付指令の適用範囲自体を、①EEAの加盟国の法に従い規律される会社、すなわち、加盟国法に従い設立されたか、または本拠地を加盟国内に有する会社であるか、②その会社の証券がEEAの規制市場で取引されるものという基準で限定し、第4条でも、①会社の本国と②市場地とを基準に、監督機関および準拠法の決定を行っている¹⁹⁾。

第二の基準は、反対給付や手続等の買付（bids）それ自体に関する問題と従業員への情報や会社法に関する問題という基準である。公開買付指令は、この基準を用い、第4条(2)(e)において、前者を市場地法（market rules）に、後者

19) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, COM (2002) 534 final, art.4; MEMO/00/36 Brussels, 19 June 2000.

は会社の本国法（home rules）に従うこととする²⁰⁾。

第三の基準は、対象会社による選択である。複数の規制市場で取引が認められる場合には、初めに取引が許可された市場の法に服することになるが、いずれの国で最初取引の許可を得るかは、当該会社の選択しうるところである。また、同時に許可がなされた場合には、関連する監督機関による選択について規定もされているが、これは、公開買付指令の国内法化の期限である2006年5月20日以前に、複数の規制市場での取引が同時に認められたものに関してであり、2006年5月20日から4週間以内に確定することが求められている（第4条(2)(c)）。したがって、現在は、原則として対象会社の選択によることとなるう。

3 英国・フランス・ドイツの公開買付けに関する規則

公開買付指令は、最低限の基準を示すのみであり、指令に規定されていない部分については、加盟国の裁量にゆだねている。従って、渉外的な公開買付けに関して、いずれの法が適用されるかについては、加盟国各国の規則を見ることも必要であろう。以下、英国、フランス、ドイツの各国が、公開買付指令の影響により、いかなるルールを置くことになったか、法の適用関係に関する規定に焦点をあてて見ていきたい。

(1) 英国

英国での公開買付指令の国内法化は、2006年会社法第28編と、「公開買付コード（the Takeover Code）」（以下では「コード」とする）によってなされる²¹⁾。コードの起源は、もともと、民間の自主規制団体であるシティ・パネル（the Panel on Takeovers and Mergers）により作成されたシティ・コード（the City Code on Takeovers and Mergers）にある。公開買付指令が、監督機関として民間の団体も認めるため（公開買付指令第4条(1)）、2006年会社法第28編は、

20) *Id.*

シティ・パネルを英国における監督機関として指定し、それにともない、コードも国内法と化した。

① 適用範囲

公開買付に関する規制の適用範囲は、主としてコードの前文に規定される。通常、国際私法は、内国法の適用される場合だけでなく、外国法の適用される場合をも規定する双方的抵触規則の形をとるが²²⁾、コードは、原則として、双方的な抵触規則としてではなく、自らが適用される場合を規定する形で、次のとおり規定する。

前文 (Introduction)²³⁾

3 対象会社

(i) 英国等会社

英国、チャンネル諸島およびマン島に登録事務所 (registered office) を有する会社およびSE (欧州会社 (Societas Europaea)) が、自らの証券を英国の規制市場 (regulated market) またはチャンネル諸島もしくはマン島の規制市場で取引することを認められている場合、

21) 英国の公開買付規制に関する日本の文献として、田中庸介「英国の公開買付規制 (上)(下)」国際商事法務39巻5号680頁以下、6号820頁(2011年)、早川勝「英国におけるEU公開買付指令の国内法化」同志社法学61巻2号61頁以下(2009年)、乗越秀夫「英国新会社法研究シリーズ 第11回英国における公開買付けルール」国際商事法務35巻4号510頁以下(2007年)、原弘明「イギリスM&A法制の素描と日本法への示唆 - Panel & City Code対世をてがかりに」九大法学94号450頁以下(2007年)、田邊光正=坂上真美「イギリスにおける株式公開買付の法規制(1)~(3)」インベストメント第44巻第1号4頁以下、2号2頁以下、3号24頁以下(1991年)等を参照。

22) 山田鎌一『国際私法 [第3版]』40頁(有斐閣、2004年)、溜池良夫『国際私法講義 [第3版]』78頁(2005年)参照。

23) The Takeover Code, *Introduction* (9th ed., 2009). 日本語訳については、早川・前掲注(21)を参照。

(ii) その他の会社

コードは、英国、チャンネル諸島またはマン島に登録事務所を有する公開会社および非公開会社、SEに対する上述の(i)または後述の(iii)にあたらぬ申込みにも、パネルが、それらの会社が事業統括地（place of central management and control）を英国、チャンネル諸島またはマン島に有するとみなす時、適用される。ただし、非公開会社については、次の場合に限られる。

〔省略〕

(iii) Shared jurisdiction — 英国およびEEA（欧州経済領域（European Economic Area））登録および取引会社

コードは、（後述の限りにおいて）次の会社にも適用される。

- (A) 英国に登録事務所を有し、EEAの加盟国の1つ以上の規制市場での取引を認められてはいるが、英国の規制市場での取引は認められていない会社
- (B) EEAの他の当事国に登録事務所を有しているが、その証券の取引は、英国内の規制市場でのみ認められている会社
- (C) EEAの他の当事国に登録事務所を有しており、その証券はEEAの当事国の英国を含む複数の規制市場での取引が認められているが、登録事務所を有するEEAの当事国での規制市場では、取引を認められていない会社。ただし、次の場合に限る。
 - (I) 当該会社の当該証券が英国で最初に取引を認められた場合
 - (II) 当該会社がパネルおよび関連規制機関に、取引の初日に、パネルによる規制に服することを選択した旨通知した時、当該会社の当該証券が2006年5月20日以降、複数の規制市場において同時に取引を認められた場合
 - (III) パネルが、公開買付指令第4条(2)(c)の第二パラグラフに準ずる監督機関である場合
- (C) (II)もしくは(III)に言及された会社は、遅滞なく、パネルの選択する規制情報サービス（Regulatory information service）が、自らを規律することを通知しなければならない。当該申込みに適用されるコードの規定は、公開買付指令の第4条(2)に基づき決定されなければならない。従って、次のとおりとな

る。

- ・ 上述(A)に該当する場合、コードは、対象会社の従業員に供与する情報に関する問題、そして会社法（特に支配を創設する議決権の比率および買付の提示義務と異なる規定、ならびに対象会社の管理機関が買付を妨害することができる条件）（「従業員への情報および会社法上の問題」；買付の反対給付（consideration）の問題（特に価格）および買付手続（特に、買付の提示に関する買収者の決定、買収文書の内容および買付の公示）（「反対給付および手続の問題」））に関しては、指令の4条(2)(b)および(c)に従い、関連監督機関とされる加盟国の監督機関の規則が適用される。
- ・ 上述(B)または(C)に該当する場合、コードは反対給付および手続の問題に関し適用される。；従業員への情報および会社法的な問題に関しては、対象会社が登録事務所を有している加盟国の監督機関の規則が適用される。

すなわち、コード（以下条文は、特に言及しない限りコード前文の規定である。）は次の会社が公開買付の対象となる場合に適用される。第一に、登録事務所を英国等に有し、その証券を英国等の規制市場で取引することが認められている会社（3(a)(i)）、第二に、(A)英国に登録事務所を有するが、その証券は英国以外のEEAの規制市場での取引しか認められていない会社（3(a)(iii)(A)）、第三に、(B)英国以外のEEAに登録事務所を有するが、その証券は英国の規制市場でのみ取引を認められている会社（3(a)(iii)(B)）、第四に、(C)英国以外のEEAに登録事務所を有しており、その証券は、登録事務所を有する国以外の、英国を含むEEAの複数の規制市場で取引を認められている会社で、(I)その証券が英国で最初取引を認められたか、または (II)複数の規制市場に同時に取引を認められ、買付の対象となる会社がパネルを監督機関として選択した場合（3(a)(iii)）である。ただし、(A)の会社に対する公開買付に関しては、従業員への情報および会社法的な問題についてのみ、(B)および(C)の会社に対する公開買付に関しては、反対給付および手続に関する問題についてのみ、コードが適用されることになる。第五に、登録事務所を英国等に有する会社で、その証券が

EEAの規制市場内での取引を認められていないとしても、事業統括地（place of central management and control）を英国等に有する会社であれば、コードはその会社を対象とする取引に適用される。

② 公開買付指令との比較

公開買付指令をそのまま踏襲しているのは、次の点である。第一に、買付の対象となる会社（対象会社）が登録事務所を有する国（会社の本国）と、証券の取引が認められる規制市場（市場地国）とが、コードの適用範囲を画する基準となっている点、第二に、会社の本国とその証券の市場地とが異なる場合には、対象会社の従業員の情報に関する問題や取締役の行為等に関する会社法的な問題と対価や手続等の買付けそれ自身に関する問題とに分け、前者は会社の本国法に、後者は証券の市場地法に従わせる点、第三に、会社の本国とその証券の市場地とが異なり、市場地が複数の場合には、最初に取引を認められた市場地の法が適用され、同時に複数の市場で取引が認められたときには、対象会社による選択を認めた点である。

公開買付指令の規定によらず、英国が独自にルールを定めるのは、英国に登録事務所を有するが、その証券が加盟国の規制市場（regulated market）での取引を認められていない会社が、買付の対象となる場合である。コードによれば、買付けの対象となる会社が、英国に登録事務所を有し、事業統括地（place of central management and control）も英国におく場合には、その証券が規制市場での取引を認められていなかったとしても、コードが適用されることになる（3(a)(ii)）。これにより、コードは次の点について公開買付指令の規定を超える。第一に、公開買付指令は、第1条により指令が適用される範囲を、公開買付けの対象となる会社の証券が、加盟国内の規制市場で取引が認められる場合に限定している。従って、加盟国外の市場でしか証券の取引が認められていない場合には、公開買付指令の適用対象とならない。他方、コードは、対象会社の証券がEEA以外の市場でしか取引を認められていない場合であったとしても、コードの適用を認めうる。第二に、公開買付指令は、証券分野にお

ける投資サービス指令 (93/22/EEC)²⁴⁾ における意味での「規制市場」で取引が認められていなければ、その適用対象から外れる。すなわち、加盟国内の市場であったとしても、「規制市場」にあたる市場で証券の取引が認められていなければ、公開買付指令は適用されないことになる。他方、コードは、いわゆる「規制市場」のみならず、AIM (Alternative Investment Market)²⁵⁾ のように取引所が規制する市場 (exchange-regulated markets) のみで証券を取引するような会社に関しても、適用を認めている²⁶⁾。

そもそも、公開買付指令が国内法化される以前、シティ・コードでは、適用範囲の確定基準として「居所 (residence)」の概念が用いられてきた。シティ・コードは、ある会社が英国内に居所 (residence) を有するときに、適用が認められていたが、英国内の居所 (residence) とは、会社が英国法に従い設立し、かつ英国内に事業統括地 (place of central management) を有している場合を意味していた²⁷⁾。すなわち、以上から、英国のコードは、公開買付指令が示した、①会社の本国、②市場地という基準を受け入れながらも、従来の③事業統括地という基準を残したということがわかる。

(2) フランス

フランスでは、公開買付指令を国内法化するために、「公開買付けに関する2006年3月31日の法律第2006-387号 (Loi n° 2006-387 du 31 mars 2006

24) 2007年11月1日より、EUの金融商品市場指令 (Directive 2004/39/EC of The European Parliament and of The Council of 21 April 2004 on Markets in Financial Instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC) に置き換わる (金融商品市場指令69条)。

25) ロンドンAIMは、ロンドン証券取引所により1995年に設立された成長企業向け市場である。See at <http://www.londonstockexchange.com/companies-and-advisors/aim/aim/aim.htm>.

26) Companies Act 2006, art. 43; DAVIES ET AL., *supra* note 15, 979.

27) See Xstrata Plc, Panel Statement 2002/7.

英国法（コード）の適用範囲

	会社の本国	取引市場地国	市場の種類	従業員へ供与する情報、会社法に関する準拠法	買付、手続に関する準拠法
3(i)	英国	英国	規制市場	英国（コード）	英国（コード）
3(iii) (A)	英国	X 国（EEA）	規制市場	英国（コード）	X 国
(B)	X 国（EEA）	英国等	規制市場	X 国	英国（コード）
(c)	X 国（EEA）	X 国以外の複数の国（EEA）（英国を含む）	規制市場	X 国	英国（コード）
	(I) 最初に英国で取引を許可 (II) 同時に取引を許可された場合で、対象会社または関連監督機関が英国法に準拠することを選択				
3(ii)	英国	EEA 以外の国	規制市場・規制市場外	英国（コード）	英国（コード）
		EEA	規制市場外		
	事業統括地（central management and control）が英国				

relative aux offres publiques d'acquisition, JO 1er avril 2006, p.4882)」(以下「公開買付法」とする。)が制定された²⁸⁾。従来、フランスの公開買付規制は、通貨金融法典（Code monétaire et financier）とそれに従い規則を制定するAMF一般規則（Règlement general de l'Autorité des marchés financiers）、そして労働法典（Code du travail）等によりなされる。公開買付法は、これらの規制を改正し、商法典に新たな規定をおくものである²⁹⁾。

28) フランスにおける公開買付指令の国内法化について解説した日本の文献として、江口眞樹子「フランスにおけるEU公開買付指令の国内法化－公開買付けに関する2006-387号」桐蔭法科大学院紀要第3号99頁以下（2009年）、江口眞樹子「EU公開買付指令の国内法化－公開買付けに関する2006年3月31日の法律第387号」日仏法学25号234頁（2009年）、泉田栄一「フランスにおける公開買付指令の実施」国際商事法務35巻12号1643頁以下（2007年）等を参照。

29) 江口・前掲注（28）桐蔭法科大学院紀要参照。

① 適用範囲

公開買付法は、その第1章において、「金融市場庁（Autorité des marchés financiers : AMF）³⁰⁾の管轄および権原に関する規定」をおき、主として通貨金融法典を改正する。そして、監督機関と準拠法について定めた公開買付指令4条は、通貨金融法典L433-1条の改正により国内法化される。

通貨金融法典L433-1条も、英国のコードと同様、AMF一般規則が適用される範囲を定める形で、次のように規定する。

通貨金融法典L433-1

I 株主の平等および市場の透明性確保のため、金融市場庁（AMF）の一般規則は、フランスに本拠（siège social）を有する会社により発行され、かつ、フランスの規制市場において取引することが許可された金融商品を対象とする公開買付けに関して、規定を定める。

II 当該規定は、フランス以外のEC加盟国または欧州経済領域（EEA）の当事国に本拠を有する会社により発行される金融商品であり、当該会社の資本証券が議決権ある証券の公開買付けに関しても、次の条件を満たす場合、同様に適用される。

1° 会社が本拠を有する国の規制市場での取引が許可されていないこと

2° EC加盟国またはEEAの当事国の規制された複数の市場における取引が許可されているときに、初めて取引が許可されたのがフランスであること

2006年5月以前に、2°の初めての許可がEC加盟国またはEEAの当事国の複数の国で同時になされ、関連する他のECの加盟国の監督機関がAMFの当該買付を規制する権限を表明するとき、AMFがIの規定を定める。この表明が2006年5月20日から4週間以内になされないときには、対象会社がAMFの監

30) AMFについては、「金融市場機関」、「金融市場機構」等の訳もあるが、本稿では金融庁にない、「金融市場庁」の言葉をあてる。金融庁HP：<http://www.fsa.go.jp/link/index.html> 参照。

督権限を表明するとき、AMFはIの規定を定める。

2006年5月以降に、2°の初めての許可がEC加盟国またはEEAの当事国の複数の国で同時になされ、対象会社がAMFの当該買付を規制する権限を表明するとき、AMFが規定を定める。

III AMF一般規則は、EC加盟国またはEEAの当事国外に本拠を有する会社が発行し、フランスの規制市場での取引を許可された金融商品についても、これらに対する公開買付けに前述Iの規則を適用する条件を定めるものとする。

IV AMF一般規則は、規制市場以外の金融商品市場で取引が許可されている金融商品についても、これらに対する公開買付けに前述Iの規則が適用される条件を、当該市場の運営者の要請があった場合に定めることができるものとする。

すなわち、AMF一般規則は次の会社を買付の対象となる場合に適用される。第一に、フランスに本拠（siège social）を有し、その金融商品がフランスの規制市場で取引を認められている会社（通貨金融法典L433-1条I（以下特に明示しないかぎり、条文は通貨金融法典のものとする。）、第二に、フランス以外のEEAの当事国に本拠を有しているが、その金融商品が、本拠を有する国以外のEEAの複数の規制市場で取引を認められており、取引の許可が最初にフランスでなされたか、または同時に許可がなされたのであれば、関連監督機関または買付けの対象となる会社がフランスのAMFを監督機関として選択した会社（L433-1条II）。そして、第三に、本拠をEEA外に有している会社で、その金融商品がフランスの規制市場で取引を認められている場合にも、その会社に対する公開買付けには、AMF一般規則の適用が認められうる（L433-1条III）。第四に、規制市場外の市場でのみ取引が認められている金融商品についても、当該市場の運営者の要請があった場合には、これらに対する公開買付けに規則が適用される条件を定めることができるとした（L433-1条IV）。

なお、フランス法では、上述のとおり、法の適用範囲については規定するが、監督権限の分配については規定していない³¹⁾。しかしながら、AMF一般規則

が適用される際に、AMFが管轄権を有するであろうことは容易に推測しうるし、AMF一般規則 231-1 条からも確認される³²⁾。

② 公開買付指令との比較

公開買付指令をそのまま踏襲しているのは、次の点である。第一に、会社が本拠 (sieve social) を有する国 (会社の本国)³³⁾ と、その証券が取引を認められている規制市場を有する国 (市場地国) とを基準とする点。第二に、会社の本国とその証券の市場地国とが異なり、その証券が会社の本国以外の複数の規制市場で取引を認められている場合には、最初取引が認められた市場地国の法が適用され、同時に複数の国で取引が認められたときには、当事者による選択が認められる点である³⁴⁾。

他方、フランス法が独自にルールを定めるのは次の点である。第一に、会社の本国がEEA外にある会社が買付の対象となる場合、公開買付指令では適用の対象外とされたが、通貨金融法典では、その証券がフランスの規制市場での取引が認められているものについては、フランス法の規制に服しようとした点である (L433-1 条 III)。これには制限が付されており、AMF の定める一定の条件を満たす場合³⁵⁾ には AMF への報告義務等に関する限られた規定³⁶⁾ のみが適用されることになる (AMF 一般規則 231-24 条)。第二に、公開買付指令の対象は規制市場のみであったが、通貨金融法典では、規制市場以外の市場で

31) MARTIN (D.) et HAAS (F.), *《La compétence internationale de l'Autorité des Marchés Financiers en matière d'offre publique》*, RFDF N° 3-2006, 37, 41 (2006).

32) MARTIN (D.) et HAAS (F.), *op. cit.* (note 31) p.41.

33) フランスでは本拠地主義が採用されているため、原則として本拠をフランスに有している会社は、フランス会社となる。V. Thierry Bonneau, *《La réforme 2006 des offres publiques d'Acquisition, La Semaine Juridique Edition Generale》*, n° 17, para 9, p.838 (2006).

34) 取引の許可が2006年5月20日以前になされたものであれば、関連する国の監督機関の選択によることになるが、この選択が2006年5月20日から4週間以内になされない場合には、買付の対象となる会社 (対象会社) の選択による。2006年5月20日以降に取引の許可をなされた会社については、対象会社の選択による (L433-1 条 II)。

取引が認められている金融商品についても、当該市場の運営者の要請があった場合には、これらに対する公開買付けに規則が適用される条件を定めることができるとした（L433-1条IV）。第三に、公開買付指令では、従業員への情報・会社法に関する問題と反対給付や手続等の公開買付それ自体に関する問題とを区別し準拠法を定めるが、フランス法では、会社法的な問題や従業員への情報に関する規定を区別して取扱い、会社の本国法によらせることを明示した規定は見当たらない³⁷⁾。他方、義務的公開買付（*offres publiques obligatoires*）に関するL433-3条および強制買戻し（*le retrait obligatoire*）³⁸⁾について定めるL433-4条³⁹⁾は、その適用をフランスに本拠を有する会社に限定しており、フランス以外の国に本拠を有している会社には、たとえ本拠がEEA内にあり、その証券がフランスの規制市場で取引を認められていたとしても、これらの規定が適用されることはない。すなわち、義務的公開買付および強制買戻しに関

35) 当該条件は、AMF規則231-24条に定められ、証券がEUまたはEEA以外の国の市場でも取引され、AMFが管轄を主張しておらず、申込書類を外国の監督機関が定めた手続に従って準備しており、申込者および対象会社が、個別または連帯して、AMFの審査に服するニュースリリースを公示している場合がそれである。

36) 具体的には、AMF規則231-36条、231-46条、231-48条、231-49条、231-51条、231-52条のみが適用されることになる（AMF規則231-34条）。

37) MARTIN (D.) et HAAS (F.), *op. cit.* (note 30) p.42. 商法典に規定される法規およびそれを参照している法規は、会社の内部機能に影響を与えるものであれば、フランスに本拠（*siège social*）を有する会社に適用されると考えるのが一般的であるとされる。商法典L.210-3；「フランスの領域内に本拠（*siege social*）を有する会社は、フランス法に準拠する」。v. MARTIN (D.) et HAAS, *op. cit.* (note 30) p.41.

38) 特定の株主が上場会社の議決権等の多数を保有している場合、他の株主が、AMFに対し、当該株主に退出のための公開買付を行わせるよう申し立てることができる制度をいう。松尾健一「フランスの企業結合形成過程に関する規制－公開買付規制を中心として－」商事法務1882号29頁（2008年）参照。また、泉田・前掲注（28）も参照。

39) フランスに本店所在地を有し、ヨーロッパ共同体加盟国またはヨーロッパ経済圏の協定当事国の規制市場での取引を認められている証券、あるいは、規制市場での取引を認められた証券を発行している会社の特定の支配株主が単独でもしくは共同して、議決権の95%以上を保有している場合、または会社が株式合資会社である場合に、少数株主の退社のために行われる公開買付けの条件は、AMF一般規則が定める（通貨金融法典L433-4条）。

フランス法（AMF 一般規則）の適用範囲

	会社の本国	市場地国	市場の種類	準拠法
L433 - II	フランス	フランス	規制市場	フランス（AMF一般規則）
L433 - III	X 国 (EEA)	X 国以外の複数の国 (EEA)（仏を含む）	規制市場	フランス（AMF一般規則）（ただし、通貨金融法典 433 - 3 条、433 - 4 条については適用されない）
	・最初に仏で取引を許可した場合 ・同時に複数の市場で取引の許可を得た場合には、関連する監督機関または対象会社が仏を監督機関として選択した場合			
L433 - IIII	EEA 外の国	フランス	規制市場	フランス法（AMF一般規則）の適用条件を定めることができる。
L433 - IIV			規制市場外	市場の運営者からの要請により、適用条件を定めることができる。

する一般規定については、フランスに本拠を有する会社が対象となる買付けについてのみ、その適用を認めているのである^{40)、41)}。

この通貨金融法典 L433 - 3 条および L433 - 4 条の規定を会社法に関するものと考えれば、公開買付指令の規定に従うものと考えられましょう。しかし、L433 - 3 条 I には、対価（L433 - 3 条 I 第 3 文）についての規定も含まれており、これは、公開買付指令の規定に従えば、市場地法に服する問題ともいえよう。その意味で、L433 - 3 条の適用対象をフランスに本拠を有する会社のみに限定することは、会社の本国によるべき問題の範囲を公開買付指令よりも広げるものとも考えられる⁴²⁾。

40) MARTIN (D.) et HAAS (F.), *op. cit.* (note 31) p. 43.

41) 通貨金融法典 L433 - 3 は、公開買付の対象となる会社が、フランスに本拠を有し EEA 内の規制市場で証券の取引が許可された会社の議決権または資本権の 3 割以上を保有する場合にも、適用される可能性がある（L433 - 3 条 IIII）。

42) MARTIN (D.) et HAAS (F.), *op. cit.* (note 31) p. 43.

(3) ドイツ

ドイツでは、公開買付指令に先駆け、2001年に「有価証券取得および買付法（Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz）」（以下では「買付法」とする。）が採択されていた。その後、2004年に公開買付指令が採択されたことで、ドイツでも2006年に「買付申入に関する2004年4月21日の欧州議会および欧州理事会指令実施法」（Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21 April 2004 betreffend Übernahmeangebote）が制定され、買付法は公開買付指令を国内法化するための改正を受けることとなった⁴³⁾。

① 適用範囲

買付法もまた、英国やフランスと同様に、自らが適用される範囲を規定する形で、次のとおり定める⁴⁴⁾。

買付法 第1条 適用範囲

- (1) 本法は、対象会社が発行し、かつ組織された市場（organisierten Markt）において取引が許可されている有価証券の取得のための買付申入に適用する。
- (2) 本法は、議決権のある株式が国内ではなくEEA（欧州経済領域）の他の国で組織された市場において取引が許可されている2条(3)①の意味における対象会社の株式の取得のための公開買付申入（Übernahmenangebote）および義務的買付申入について、支配、買付申入の表明義務とこれと異なる規定、

43) ドイツの買付法に関する日本語文献としては、早川勝「EU 第一三公開買付指令の国内法化—ドイツにおける公開買付指令の行内法政府草案—」同志社法学58巻5号428頁以下（2006年）、泉田栄一「[資料集] ドイツの株式等の公開買付けに関する規定」明治大学法科大学院論集第3号323頁以下（2007年）、早川勝「資料Ⅰ ドイツ有価証券取得法と公開買付法」同志社法学59巻4号175頁以下（2007年）等を参照。

44) 条文の日本語訳については、前掲注参照。

対象会社もしくは買付者の従業員の通知、買付申入の成功を阻止できる対象会社の取締役の行為、またはその他の会社法的な問題について定めている限りにおいて、適用する。

(3) 本法は、2条(3)②の意味における対象会社〔ドイツ以外のEEAの国に本拠（Sitz）を有する会社〕の有価証券の取得のための買付申入については、第11条aを留保して、以下の要件の下でのみ適用する。

- 1 議決権のある有価証券の取得のためのEUの買付申入であること。および、
- 2(a) 議決権のある有価証券が内国においてだけ組織された市場において取引が許可されているか、または、
 - (b) 議決権のある有価証券が、対象会社の本拠（Sitz）を有する国ではなく、内国とEEAの他の国において組織された市場において取引が許可されていること。および、
 - (aa) 組織された市場において取引がまず最初に内国で許可されたか、または、
 - (bb) 同時に許可され、かつ、対象会社が所轄監督庁として連邦金融サービス監督庁（Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht）を決定したこと。

第一文で掲げた要件が存在する場合、本法は、反対給付、公開買付文書の内容および買付申入手続について定めている限りにおいてのみ適用する。

- (4) 連邦経済省は、連邦議会の同意を必要としない法令によって、本法の規定が(2)および(3)の場合に適用できる場合にについて詳細な規定を設ける権限を有する。
- (5) 2条(3)2の意味における対象会社〔ドイツ以外のEEAの国に本拠（Sitz）を有する会社〕は、その議決権のある有価証券が、対象会社の所在地国ではなく、内国と欧州経済圏の他の国において組織された市場において取引が許可されている場合、欧州での買付申入れに関する監督をいずれの監督機関が行うのか決定しなければならない。[以下、省略]

[] 内筆者

買付法第1条(1)にいう「対象会社」とは、内国に本拠（Sitz）を有する株式会社または株式合資会社、および、EEAの他の国に本拠（Sitz）を有する会社を言い（買付法2条(3)（以下特に明示しない限り、条文は買付法のものとする。）、「組織された市場」とは、内国の取引所の公的市場または規制市場、および、EEAの他の国の有価証券サービス指令1条13号の意味の規制市場を言う（第2条(7)）⁴⁵⁾。従って、買付法第1条(1)の規定に従えば、①ドイツ、またはEEAの他の国に所在を有する会社で、その証券が、②内国またはEEAの他の国の組織された市場で取引を許可されている場合に、買付法の規定が適用されることになる。

しかし、買付法第1条(1)は原則を述べたにすぎず、第1条の(2)以下でその適用範囲は限定される。第1条(2)は、対象会社がドイツ国内に所在を有してはいるが、その議決権のある株式の取引が許可された市場は、ドイツ以外のEEAの組織された市場である場合について規定し、この場合、買付法は、会社法的な問題についてのみ適用されるところとする。ここでいう会社法的な問題には、総則規定（第1条～9条）、買付申入れの概念規定（第29条）、議決権の加算（第30条）、対象会社の取締役の行為（第33条）、EUの阻止行為の禁止（第33条a）、EUの透視規定（第33条b）、相互性の留保（第33条c）、不当な給付の供与の禁止（第33条d）、第三章「有価証券取得のための買付申入」の規定の運用（第34条）、買付申入の公表義務と表明義務（第35条(1)第4文の第10条(5)第2文および第3文の準用に関する部分、第35条(2)第1文の公表義務に関する部分、第35条(2)第2文の第14条(4)第2文および3文の準用に関する部分、第35条(2)第3文、第35条(3)）、議決権の不算入（第36条）、買付申入れの公表義務と表明義務の免除（第37条）、利息請求権（第38条）、第三章および第四章「買付の申入」の規定の適用（第39条）、他の買主の締出し（第39条a）、締出手続（第39条

45) 公開買付指令にいう「規制市場（geregelten Markt）」と、買付法の「組織された市場（organisierten Markt）」は、実質的に同一であるとするものとして、泉田栄一「ドイツにおける公開指令の実施」国際商事法務35巻8号1054頁（2007年）。

b)、株式買受請求権（第39条c）および手続に関する規定（第40条～68条）が含まれる⁴⁶⁾。

一方、対象会社が、他のEEAの当事国に本拠を有する会社である場合には、ドイツの組織された市場においてのみ、議決権のある有価証券の取引が許可されているか、または、議決権のある有価証券が、対象会社が本拠（Sitz）を有する国以外の、ドイツを含む複数の欧州経済圏の国の組織された市場で取引が許可されているときには、(i)ドイツの市場で初めて取引が許可されたか（第1条(3)2(b)(aa)）、(ii)複数の市場で同時に取引が許可されたのであれば、対象会社が買付法に従うことを選択した場合（第1条(3)2(b)(bb)）、買付法が適用されることになる。このとき、買付法は、反対給付、買付申入書類の内容および買付申入手続の問題に限り、適用される（第1条(3)）。ここでいう反対給付および買付申入れ書類の内容および買付申入れ手続の問題には、総則規定（第1条～9条）、反対給付（第31条）、一部の買収申入の禁止、不当な給付の供与の禁止（第33条d）、第三章「有価証券取得のための買付申入」の規定の適用（34条）、買付申入の公表義務と表明義務（第35条(1)第1文～第3文、第4文の第10条(2)(3)第3文(4)(5)第1文(6)の準用に関する部分、35条(2)第2文の関する部分、35条(2)の14条(4)第2文(3)(4)第1文）、利息支払請求権（38条）、第三章と第四章「買付の申入」の規定の適用（第39条）および手続に関する規定（第40条～68条）が含まれる⁴⁷⁾。

② 公開買付指令との比較

ドイツの買付法が、公開買付指令をそのまま踏襲しているのは次の点である。第一に、ドイツの買付法においても、公開買付指令で示された①会社の本国、②その証券の市場地国が、適用範囲を画する基準となっていること。第二に、

46) *Angebote im Sinne des § 1 Abs. 2 des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes sind die folgenden Vorschriften dieses Gesetzes (WpÜG - Anwendbarkeitsverordnung) vom 17. Juli 2006 (BGBl. IS. 1698), § 1.*

47) *WpÜG - Anwendbarkeitsverordnung, § 2.*

ドイツ法（買付法）の適用範囲

	会社の本国	取引市場 地国	市場の種類	従業員へ供与する情 報、会社法的な問題	反対給付、買付申 入書類の内容、買 付申入手続の問題
1(1)	ドイツ	ドイツ	組織された 市場	ドイツ（買付法）	ドイツ（買付法）
1(2)	ドイツ	EEA	組織された 市場	ドイツ（買付法）	？
1 (3)2(a)	X国（EEA の国）	ドイツ	組織された 市場	？	ドイツ（買付法）
1 (3)2(b)	X国（EEA の国）	X国以外 の複数の 国（EEA） （ドイツ を含む）	組織された 市場	？	ドイツ（買付法）
	(aa) 最初にドイツで 取引を許可 (bb) 同時に取引が許 可された場合で、対象 会社が連邦金融サー ビス監督庁を監督機関と して選択				

会社の本国とその証券の市場地国とが異なる場合に、従業員等への通知、会社法上の問題等と反対給付や買付申入手続等の問題とに分け、前者は本国がドイツである場合にのみ、後者は市場地国がドイツである場合にのみ、買付法の規定の適用を認めること、第三に、会社の本国と市場地国とが異なり、市場地国が複数ある場合には、最初に取引が許可された市場地国の法が適用され、許可が同時になされたときには、当事者による選択を認めたことである。他方、買付法が独自にルールを定めるのは、いずれの規定が会社法上の問題にあたるのか、反対給付・手続等の問題にあたるのかについて、明確な規定をおいた点である。

(4) 小活

以上から、各国の国内法は、公開買付規制の適用範囲について、次の点に関して、共通することがわかる。

第一に、原則として、各国国内法の適用範囲を定めるという形で、規定がなされている点、第二に、会社の本国とその証券が取引を認められる市場地国とを基準とし、特に、本国と市場地国とが同一の場合に、その国の法を適用するという点、そして、第三に、市場地国が複数の場合、最初に取引を認められた国の法に従うとするか、または対象会社の選択により、準拠法を決定することが認められたという点である。

他方で、次の点については内国法により差異が存在する。第一に、本国の解釈についてである。公開買付指令では、「会社の本国」は、第2条の「加盟国の法律に服する会社」の、会社が準拠する法を有する加盟国、第4条の「登録事務所 (registered office) を有する」国としてあらわれる。これらがいずれの国をさすのか、公開買付指令に明示の規定はない。一般的に、会社の本国がいずれの国を指すかは、EU内では、いまだ統一見解は出ておらず、加盟国各国に解釈がゆだねられる。周知のとおり、イギリスでは、会社は、その会社が設立した際に従った法（設立準拠法）に従うものとされる一方、フランスでは、会社は、その本拠が所在する国の法（本拠地法）に従うものとされる^{48, 49)}。

結果、それぞれの内国法上の規定にも、その違いが見て取れる。フランスの通貨金融法典は、フランスに会社の「本拠 (siège social)」があることを、自国法の適用を認めるための基準とする。他方、英国のコードは、英国に会社の「登録事務所 (registered office)」を有することを基準としながら、別途「事業統括地 (place of central management and control)」という基準を入れており、「登録事務所を有する地」と「事業統括地」とを区別していることがわかる。

48) 法人の本国について、欧州各国の最新の状況を紹介する日本の文献として、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻 法の適用に関する通則法 § 31～23』153頁、154頁〔西谷裕子〕（有斐閣、2011年）がある。

49) ドイツ買付法上の「本拠 (Sitz)」が、会社の設立した地または会社の本拠のいずれをさすかについては、争いがある。「本拠 (Sitz)」を設立準拠法国であると解するものとしては、Münch Komm/Angebot, WpÜG, 2. Aufl. (2008), Rn. 47 ff.; Karsten Hilmer, Germany, 7.3 pp.167-168 in DIRK VAN GERVEN, 1 COMMON LEGAL FRAMEWORK FOR TAKEOVER BIDS IN EUROPE (2008).

すなわち、「事業統括地」を会社が「本拠」を有する地と考えれば、「登録事務所を有する地」は、本拠以外の地である、会社が設立の際に従った法を有する国（設立準拠法国）を意味することになろう。

第二に、従業員への情報・会社法的な問題と反対給付・手続の問題の区別についてである。公開買付指令は、公開買付の問題を従業員への情報・会社法上の問題と反対給付・手続の問題とに区別し、それぞれを市場地国法、会社の本国法に従わせる。

ドイツの買付法はこの区別について、個々の規定がいずれにあたるかを明確に示して対応している「(3)①」。一方で、フランスの通貨金融法典は、一定の規定（通貨金融法典 L433-3 条および L433-4 条）については例外的に、対象会社がフランスに本拠を有する場合にのみ適用されるとする。フランスの通貨金融法典 L433-3 条には、反対給付に関する規定も含まれており、公開買付指令では反対給付に関する問題は市場地法によるべきとされるため、これは公開買付指令が本国法によらせる問題の範囲を超えるものと指摘される⁵⁰⁾。同様の反対給付に関する規定は、ドイツでは、市場地がドイツにある場合にのみ適用されるものとされる。

第三に、公開買付指令の適用範囲を超える場合の規定についてである。公開買付指令の適用範囲を超える場合、すなわち、対象会社が EEA 外の国の法に服する会社であるか、または、その会社の証券が EEA の規制市場外ないし EEA 外の市場でしか取引を認められていない場合に、いかなる基準により公開買付規制の適用範囲が決定されるのかは、各国ごとに異なる。

英国では、会社が登録事務所を有する国、すなわち会社の設立準拠法を有する国が英国であり、かつ、会社の事業統括地（place of central management）が英国にあることで、取引の認められる市場が規制市場外であっても、EEA 外の市場であっても、コードの適用を認める（コード前文 3(iii)）。すなわち、証券の取引される市場がいずれにあるかよりも、会社の本拠および設立準拠法

50) MARTIN (D.) et HAAS (F.), *op. cit.* (note 31) p.43.

を有する国（会社の本国）がいずれであるかを重視しているといえよう。他方で、フランスでは、EEA外の国の法に服する会社であったとしても、その証券がフランスの規制された証券市場で取引を認められている場合（通過金融法典 L433-1 条 III、AMF 一般規則 231-24）、また、対象会社の証券が規制市場外でのみ取引を認められている会社についても、その証券が、かつてフランスの規制市場またはフランスの組織化された多角的取引市場で取引をみとめられていたか、かつてはフランスの規制市場で取引を認められていたが、現在はフランスの組織化された多角的取引市場で取引を認められている場合には（通貨金融法典 L433-I 条 V、AMF 一般規則 231-1）、その会社に対する買付にも、フランス法の適用をなしうる。しかしながら、フランスに本拠を有するが、フランスでの証券の取引が認められない場合については規定がない⁵¹⁾。すなわち、フランスでは、英国のように会社の本国がいずれであるかということよりも、証券の市場地がいずれであるかを重視しているといえよう。

4 日本法への示唆

以上の考察から、日本の金融商品取引法の公開買付規制の適用範囲を考える上で、いかなる示唆がえられるかについて、若干の言及を試みたい。

(1) 規定の形式

英・独・仏の各国は、通常国際私法がとる双方的抵触規則ではなく、それぞれの内国法の適用される場合のみを規定する形で、国際的な公開買付けにいかなる法が適用されるかを示す。日本の金融商品取引法についても、同様に、自らが適用される場合のみ規定する形を原則として、法適用のための規則が定められることが妥当であろう。

通常国際私法の原則に従わない理由としては、次が考えられる。第一に、狭義の国際私法は渉外的な「私法関係」を規律するもの⁵²⁾である一方、金融

51) MARTIN (D.) et HAAS (F.), *op. cit.* (note 31) p.48, note 104.

商品取引法の公開買付規制は原則として公的機関が関連することからも、国際的な公法関係に関わるものと考えることができ、国際的な公法関係に関しては、各国は自らの法の適用範囲のみを定めることができるためである⁵³⁾。第二に、金融商品取引法は、公法ないし公法的規則⁵⁴⁾であるとされ、通常の国際私法の原則に従わず、その立法目的の実現のため適用されるものと解されるからである⁵⁵⁾。

(2) 市場地と会社の本国

英・仏・独の各国内法は、自らが適用される場合のみを規定することを原則としてとしてルールを定めつつ、会社の本国および証券の市場地国を、その範囲を画するための基準とした。

公開買付制度に関する規定の基本的な部分が、資本市場や投資家の保護を目的とする⁵⁶⁾ことからすれば、市場地国が自らの規制を及ぼすことで自らの市場に上場された証券に関する取引を保護しようとすることは妥当であろう⁵⁷⁾。しかしながら、公開買付規制は、市場の保護を目的とする一方で、既存の株主も保護対象とする⁵⁸⁾。すなわち、公開買付規制は、会社の支配の在り方に根本的な影響を及ぼしうるものであるから、会社法と密接不可分の関係にあり、実質的な会社法の一部とも考えられるのである⁵⁹⁾。そうであるならば、公開

52) 溜池良夫「国際私法の性質」『国際私法の争点（新版）』6頁（1996年）参照。

53) Werner Meng, *Extraterritorial Jurisdiction im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, pp.201 *et seq* (1994); Sonnenberger, Münch Komm, EGBGB Internationales Privatrecht, 3d edn., Einl. para. 355 *et seq* (1998). ただし、損害賠償に関しては、別途考慮すべき。

54) 神前禎ほか『国際私法〔第2版〕』323頁〔早川吉尚〕（有斐閣、2006年）。

55) 横山潤「国際私法における公法」『国際私法の争点（新版）』22頁（1996年）参照。

56) 最近のものとして、山下＝神田・前掲注（1）248頁〔加藤貴仁〕、川村正幸編『金融商品取引法〔第3版〕』210－212頁〔古山正明〕（中央経済社、2010年）、近藤光男＝吉原和志＝黒沼悦郎『金融商品取引法入門〔第2版〕』351頁（商事法務、2011年）参照。

57) See Zimmer, *supra* note 14, 45 *et seq*.

58) 池田唯一ほか『金融商品取引法セミナー 公開買付け・大量保有報告編』18頁〔神作発言〕（2010年）、15頁〔藤田発言〕も同旨か。

買付規制の会社法的な部分については、法人の従属法を有する国である法人の本国を基準とすることにも一定の妥当性が見出せる。また、会社法的な問題を会社の従属法によらせることで、会社内部において会社支配の変動をもたらす重要な行為につき、株主の平等を確保することもできる⁶⁰⁾。

(3) 問題

上述のとおり、EUの公開買付指令の法の適用関係に関するルールには、日本法にも妥当する点がいくつかある。しかし、公開買付指令にならうことには、問題もある。その1つは、公開買付指令は、反対給付・手続きに関する問題と従業員へ供与する情報・会社法的な問題とを区別するが、この区別は容易ではないというものである⁶¹⁾。たとえば、配当 (repartition) に関する規定、ブレイクスルー条項⁶²⁾ について、区別の困難さが指摘されている^{63, 64)}。

解決法の1つは、ドイツ法のように、公開買付けに関する規定のそれぞれがいずれに属するかを明記することであろう (前述「3(3)」)。しかしながら、そもそも単一の公開買付けを分断し、内容的に矛盾するおそれさえある複数の法域の法を適用することには、「厄介でもあり、さらには収集がつかないことにさえなる」との批判がある⁶⁵⁾。一定程度に法が均質化されたEEA内であればともかく、多様な国々の法が適用される可能性を考えたときには、ドイツ法の

59) 山下＝神田・前掲注 (1) 10頁 [山下友信]。

60) 浜田・前掲注 (3) 115頁。

61) Andreas Fuchs, “Die Implementierung der 13. (Übernahme-) Richtlinie : Umsetzungspflichten und Umsetzungsoptionen aus der Sicht des deutschen Rechts“, in : THEODOR BAUMS UND REAS CAHN, Die Umsetzung der Übernahmerichtlinie in Europa, 110 (2006)。

62) ブレイクスルー条項とは、買収提案がなされている間、一連の敵対的買収への対抗策が無効化されるものをいう。

63) MARTIN (D.) et HAAS (F.), *op. cit.* (note 31) p. 41.

64) Jonathan Rickford, *Takeovers in Europe - Shareholder Decisions and Open Markets - a UK perspective*, in BAUMS UND CAHN, *supra* note 61, pp.76 - 77.

65) 浜田・前掲注 (3) 115頁。

ようにあまりにも細かく規定を分断し⁶⁶⁾、それぞれ異なる法域の法によらせることは、制度の矛盾を生じさせることになりかねない。

別の方法としては、英国法やフランス法が、公開買付指令の適用対象外の場合にそうしたように、会社の本国または証券の市場地国の法のいずれか一方に原則としてよらせるということが考えられる。このとき、株主保護が優先されるのであれば、英国のように自国が会社の本国を有する場合に、市場の保護が優先されるのであれば、フランスのように自国が市場地国である場合に、自国法の適用を認めることになろう。

① 証券の市場地国を基準とする方法

市場地を基準にするとすれば、自国を含む複数の市場地で証券の取引がされる場合に、常に自国法を適用すべきかということが問題となる。英・仏・独の国内法では、原則として、複数の市場のうち自国の市場で初めに取引が認められた場合、または買付の対象となる会社（対象会社）が選択した場合に、自国法の規制をおよぼすことになる。前述（「2(3)」）のとおり、いずれの市場で初めに取引の許可を得るかは当事者が選択しうるところであることを考えれば、結局、当該規定は、複数の市場地で取引を認められているときには、当事者にいずれの地の法に服すべきかを選択することを認めたことになろう。確かに、EEA内の市場であれば、法も一定程度均質化されているであろうが、EEAという枠のない状況では、対象会社が極度に規制の低い国を選択する可能性が生じ、規制逃れを助長するおそれがある。

そこで、フランスでは、証券の取引される市場がフランスとEEA外の市場

66) たとえば、買付申入の公表義務と表明義務について定めた買付法35条については、会社法的な問題として、第35条(1)第4文の第10条(5)第2文および第3文の準用に関する部分、第35条(2)第1文の公表義務に関する部分、35条(2)第2文の14条(4)第2文および3文の準用に関する部分、第35条(2)第3文、第35条(3)があげられ、手続等の問題として、第35条(1)第1文～第3文、第4文の第10条(2)(3)第3文(4)(5)第1文(6)の準用に関する部分、35条(2)第2文の関する部分、35条(2)の14条(4)第2文(3)(4)第1文があげられる。

である場合には、対象会社の選択にゆだねることなく、証券がフランスの市場で取引されていることのみをもって、自国法（フランス法）の適用可能性を認めている。しかしながら、ある国に上場されていることで、たとえ外国法人の発行した証券であったとしても、その国の公開買付規制に服さなければならないとすれば、その国と外国との二重の規制に服さなければならないおそれもある。これは買付者の規制に従うコストを増加させるだけでなく、買付者が二重の規制に服することを避けるため、その国の投資家を排除して公開買付けを行うおそれも増加する。そうすると、投資家保護を追求するはずの規制によって、結果、投資家が不利な立場に追いやられることになりかねない⁶⁷⁾。

従って、証券の市場地が自国にある場合には原則として自国の法が適用されることを前提に、自国の規制を及ぼさなかったとしても自国の公益が侵害される恐れが少ない場合には、一定の条件のもと、一定の範囲について、適用を免除することも考えられる。フランスが、AMF 規則 231-24 で、自国が市場地国である場合にも、一定の場合には自国法の適用を免除したのは、この例といえるのではなかろうか。

② 会社の本国を基準とする方法

それでは、会社の本国のみを基準とすることではどうか。上述の通り、複数の市場地の存在から市場地国法の適用には困難が生じるのに対し、会社の本国を基準とすれば、問題を単一の法によらせることが可能とされる⁶⁸⁾。日本の通説では、英国と同様に会社の本国法は、設立準拠法であると考えられるが、設立準拠法に従う場合、会社が設立地を選択することで規制逃れを可能にしかねない⁶⁹⁾。この批判に対しては、英国法のように（「3(1)(2)、(4)」）、会社が本拠を有する国と設立準拠法を有する国とがともに自国である場合に、自国法の

67) 浜田・前掲注 (3) 115 頁。JOHN C. COFFER, JR. AND HILLARY A. SALE, SECURITIES REGULATION, 843 (11th ed., 2009) にも同旨。

68) 浜田・前掲注 (3)、Siems, *supra* note 15, at 464.

69) 櫻田＝道垣内編・前掲注 (48) 144 頁 [西谷裕子]。

適用を認めるとの規定を設けることで、対処することもできよう。

しかしながら、公開買付規制は、多くの情報開示と関連し、対象会社の証券が取引される市場運営と密接に関連しているため、市場地国法を全く考慮せず、会社の本国法のみによらせることは困難であろう。それゆえに、EUの公開買付指令でも、会社の本国法のみを基準とする方法は選択されなかった⁷⁰⁾。そこで、会社の本国を基準とし、会社の本国が自国に在る場合にのみ自国法を適用することを原則としても、国際的な公開買付により市場の属する自国の公益が害される恐れがある場合には、例外的に自国法の規制をおよぼすことも考えられる。すなわち、会社の本国法に従うことを原則としながらも、自国の公益を考慮して一定の例外を設けるということである。

③ 金融商品取引法

金商法27条の2によれば、対象会社が、日本で有価証券報告書を提出する義務を負う場合、日本の公開買付規制に服することになる⁷¹⁾。有価証券報告書を提出する義務を負う「有価証券」には、「外国の者の発行する証券又は証書で前号に掲げる有価証券〔株券、新株予約券証券、新株予約券付社債権〕の性質を有するもの」（金商法施行令6条1項2号、〔 〕内筆者）が含まれる。これは、外国の会社が発行する証券であったとしても、その証券が日本の取引所に上場されているかぎり、その証券について買付けを行う場合には、金商法の公開買付規制に服しうることを意味する。すなわち、日本の公開買付規制は、フランスと同様に、会社の本国がいずれの国であったとしても、市場地国が日本であればその規制をおよぼしうることになる。

上記の検討から考慮すべきと思われるのは次である。第一に、金商法の公開

70) See DAVIES ET AL., *supra* note 15, 28-14, at 980.

71) 「発行者以外の者による株券等の公開買付けの開示に関する内閣府令」の第2条、「発行者による上場株券等の公開買付けの開示に関する内閣府令」の第4条の2および第6条からも、対象会社が外国法人である場合も、日本の公開買付規制の対象とされることがわかる。

買付規制を考える上で、立法者は、公開買付規制が市場保護のみならず株主保護という会社法的な側面を有することを前提として、市場地保護を優先させるべきと結論したのであろうか。もしそうでなければ、その点について再度考察し、適用範囲を決定すべきであろう。第二に、市場地保護と株主保護とを比較した上で、市場地保護を選択していたとしても、フランスのように、一定の場合に規制の免除を考えることが考えられるべきではなかったのか、再度検討すべきであろう。前述（「4(3)①」）のとおり、自国と外国との規制が二重に課せられることは、公開買付を行う者だけでなく、自国の投資家をも害することになりかねない。不要な規制は、避けるべきであろう。

5 むすびにかえて

本稿では、まず、EUの公開買付指令は、法の適用関係に関して、次の3つの基準を用いていることを明らかにした。第一に、買付の対象となる会社（対象会社）の本国とその証券の市場地国という基準、第二に、反対給付や手続等に関する問題と従業員の通知や会社法的な問題という基準、第三に、対象会社による選択という基準である（「2」）。

次に、英国・フランス・ドイツにおける公開買付指令の国内法化の状況を示し、それぞれの国内法の異同を明らかにした。すなわち、共通点としては、第一に、原則として自国法の適用範囲を定める形で規定がなされている点、第二に、会社の本国とその証券が取引を認められる市場地とを基準としている点、第三に、市場地が複数の場合、最初取引を認められた国の法に従うとするか、または対象会社の選択により、準拠法を決定することが認められたという点をあげた。そして、各国法で規定が異なる点として、第一に、会社の本国の解釈、第二に、従業員への情報・会社法的な問題と反対給付・手続の問題の区別、第三に、公開買付指令の適用範囲を超える場合の規定をあげた（「3」）。

以上を踏まえ、日本における公開買付規制の適用範囲を考える上でも、自国法の適用範囲を定める形で規定し、市場地国と会社の本国とを基準にすることが妥当しうるのであろうことを示した。他方、従業員への情報・会社法的な問題

と反対給付・手続の問題の区別は困難であり、それゆえに、市場の保護を優先するのであれば市場地法に従うことを原則とし、株主保護を優先するのであれば会社の本国法に従うことを原則とし、それぞれ一定の場合には例外が設けられるべきであろうことに言及した。その上で、金融商品取引法についても、公開買付規制の株主保護という性質を考慮し、適用範囲について再考されるべきではないかということを示した（「4」）。

本稿では、金融商品取引法の公開買付規制の適用範囲について、具体的にいかなる規定をおくべきかまで示すことはできなかった。この点については、米国の研究もあわせ、今後の課題としたい。本稿が、証券取引発展のための一助となることを祈念する。

* 本研究は、日本証券業協会の客員研究員としての業績の一部である。

（ふじさわ・なおえ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻准教授）

商事法における会計基準の受容(16)

——アメリカ(4)——

弥 永 真 生

- 1 財務会計基準審議会と「行政庁 (agency)」
- 2 行政手続法及び情報自由法の下での「行政庁」
- 3 財務会計基準審議会の「行政庁 (agency)」該当性
- 4 会計基準設定と国家行為

1 財務会計基準審議会と「行政庁 (agency)」

アメリカの会計検査院は、2001年の報告書『証券取引委員会』において、「証券取引委員会の財務報告方針編纂書及びRegulation S-Xに含まれるルールと解釈通牒は、証券取引委員会への登録者にとって、財務報告基準審議会のプロナウンスメントと類似した権威 (authority) を有する」と指摘していた (GAO [2001] pp.5-6)。このことから、かりに、財務会計基準審議会が行政庁 (agency) に該当し、財務会計基準審議会に行政手続法が適用されるとした場合には、財務会計基準書などは、規則 (regulation) に相当するという解釈につながる (Pearson [2005] p.98)。

2 行政手続法及び情報自由法の下での「行政庁」

アメリカにおいて「行政庁 (agency)」の定義は法典により異なり、行政手続法においては、「「行政庁」とは、合衆国統治機関の権限を行使する各機関 (authority) をいい、他の行政庁に属するか否か、または他の行政庁の審査に服するか否かを問わない」と定義されている (5 U.S.C. § 551(1))。そして、立

法過程においては、行政庁が機関 (authority) として定義されているのは、ある行政庁が他の行政庁の中に含まれていることがあることや内部の委員会や部局に最終的な権限が与えられていることがあることによるとされていた¹⁾。

他方、情報自由法 (Pub. L. 89-554, 80 Stat. 383) の下では、「行政庁 (agency)」には、さらに、政府企業 (government corporation)、政府支配企業 (government controlled corporation)²⁾ その他行政部の機構 (establishment)、独立規制行政庁 (independent regulatory agency)³⁾ などが含まれることとされている (5 U.S.C. § 552(f)(1))。

そして、たとえば、連邦準備銀行 (Federal Reserve) は、政府の重要な職務を遂行し、与えられた権限を行使し、合衆国法典第5巻551条によって明示的に除外されていない合衆国の機関であるから、行政手続法の下での「行政庁」にあたるとされ⁴⁾、行政部から独立した議会の機関 (agency) として設置された原価計算基準審議会も情報自由法の下での「行政庁」にあたるとされている⁵⁾。さらに、連邦住宅ローン抵当公社 (FHLMC) も、「政府支配企業」に含めることが明確に意図されていた⁶⁾ 政府の事業体と民間事業体とのハイブリッドである連邦事業体が有する多くの特徴を有しているとして、情報自由法に

1) Senate Judiciary Committee [1945] p.10, House of Representative Judiciary Committee [1946] p.19. *See also* Senate Judiciary Committee [1946] p.196

2) 全米鉄道旅客公社や公共放送公社はこれに含まれると解されていた (House of Representatives Committee on Government Operations [1974] p.9)。

3) 「規制行政庁 (regulatory agency)」とは、法としての強制力を有する規則を設け、エンフォースする権限を有する行政庁をいう。

4) *Flight International Group v. Federal Reserve Bank*, 583 F.Supp. 674, 678 (N.D.Ga. 1984), *vacated without op.*, 597 F.Supp. 462 (N.D.Ga. 1984)。

5) *Petkas v. Staats*, 501 F.2d 887 (D.C. Cir. 1974) (*Staats* は、原価計算基準審議会の会長であった)。この判決は、「行政庁」の定義は議会がどのようなラベルを付すかに依存しないと判示した。

6) *Rocap v. Indiek*, 539 F.2d 174, 180-181 (D.C. Cir. 1976). *See also* House of Representatives Committee on Government Operations [1974] pp.8-9 and Senate Judiciary Committee [1974] p.17.

いう「行政庁」にあたるとの判断が示されている⁷⁾。また、全米鉄道旅客公社 (National Railroad Passenger Corporation, AMTRAC) を創設した法律によれば、それは行政庁でもなければ政府の組織でもないとされており (Railroad Passenger Service Act of 1970, 45 U.S.C. § 541 (1988))、民間企業の性格を会計検査院院長は、全米鉄道旅客公社は、併せ有する政府企業に相当するが、情報自由法の立法過程における議論 (House of Representatives Committee on Government Operations [1974] p.9) に基づいて、情報自由法にいう行政庁にあたるとした⁸⁾。さらに、政府の職務を遂行する非営利法人も行政庁にあたるとされており、判例によると、スミソニアン協会は情報自由法にいう行政庁にあたるとされているが⁹⁾、1974年プライバシー法¹⁰⁾ にいう行政庁にはあたらないとされている¹¹⁾。他方、自主規制機関としての性格に注目しているようであるが、根拠を明確に示すことなく、ニューヨーク証券取引所は、情報自由法にいう行政庁にあたらないとした裁判例¹²⁾ も存在する。

すなわち、「行政庁」にあたるか否かの判断にあたってはさまざまなファクターが考慮に入れられるが¹³⁾、何らかの「独立した職務 (independent function)」を遂行しているか、それ自身の権限に基づいて規則 (rule) またはガイドラインを公布することができる場合¹⁴⁾、すなわち、その主体が「法令上、決定することができる権限 (authority) を有する」¹⁵⁾ 場合には、情報自由法の

7) *Rocap v. Indiek*, 539 F.2d 174, 176.

8) *National Railroad Passenger Corporation – Applicability of Freedom of Information, Privacy, and Sunshine Acts*, 57 Compt. Gen. 723, 777 (1979).

9) *Cotton v. Adams*, 798 F.Supp. 22, 24 (D.C. 1992).

10) Pub. L. No.93-579, 88 Stat. 1896, *codified as amended at 5 U.S.C.A. § 552a*.

11) *Dong v. Smithsonian Institute*, 125 F.3d 877, 879 (D.C.Cir. 1997), *cert. denied*, 524 U.S. 922 (1998).

12) *Independent Investor Protective League v. New York Stock Exchange*, 367 F.Supp. 1376, 1377 (S.D.N.Y. 1973).

13) *See Public Citizen Health Research v. Department of Health*, 449 F.Supp. 937, 941 (D.C.C. 1978), *reh'g. denied*, 477 F.Supp. 595 (D.C.C.), *rev'd on other grounds*, 668 F.2d 537 (D.C.Cir. 1978).

下での「行政庁」にあたるものとされてきている (See e.g. Shields [2011])。

3 財務会計基準審議会の「行政庁 (agency)」該当性

サーベインズ・オックスリー法第 108 条による改正後 1933 年証券法第 19 条は、証券取引委員会が、ある基準設定主体が設定した会計原則を、証券諸法にいう「一般に認められた」ものとして承認するためには、その基準設定主体は、民間主体 (private entity) として組織されたものでなければならないと定めており、証券取引委員会が、『方針書：指定民間基準設定主体としての FASB の地位の再確認』によって、財務会計基準審議회를指定したという事実は、証券取引委員会は財務会計基準審議会を民間主体であると位置づけていることを示している。実際、たとえば、証券取引委員会の委員長であった Ruder は、財務会計基準審議会は民間組織であり、政府の独立行政庁 (independent government agency) ではなく、行政手続法その他政府の行政庁に適用される法令の適用を受けないと述べていた (Ruder [2005] p.64)¹⁶⁾。また、サーベインズ・オックスリー法 101 条(a)は、公開企業会計監視委員会 (PCAOB) は非営利会社 (nonprofit corporation) として運営されると (See e.g. Carvin, *et al.* [2007] p.204)、同条(b)は、公開企業会計監視委員会は合衆国政府の行政庁 (agency) または機構 (establishment) ではない (shall not be) と定めており、*Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board* 事件において、一原告が主張しなかったためなのであろうが¹⁷⁾ —コロンビア特別区巡回区控

14) See e.g. *Ciba-Geigy Corporation v. Mathews*, 428 F.Supp. 523, 527 (S.D.N.Y. 1977), *Armstrong v. Executive Office of the President*, 90 F.3d 553 (D.C.Cir. 1996).

15) *Washington Research Project v. Department of Health, Education and Welfare*, 504 F.2d 238, 248 (D.C.Cir. 1974).

16) 財務会計基準審議会は、「他のすべての事業組織及び職業人組織から独立した」ものと自らを位置付けている (Financial Accounting Standards Board [2011])。

17) 原告代理人も、公開企業会計監視委員会が「行政手続法などの、広範な連邦法の下での政府の主体 (governmental entity)」とは取り扱われないということを前提としていた (See Carvin, *et al.* [2007] p.204)。

訴裁判所¹⁸⁾も最高裁判所¹⁹⁾も公開企業会計監視委員会が行政庁にあたるとは判示していない。

さらに、財務会計基準審議会が「行政庁」にあたるとしても、「当事者の代表者または当事者の団体の代表者から成る」行政庁として、行政手続法の適用除外（5 U.S.C. § 551(1)(E)）にあたるとはならないかという問題もある。

しかし、創設時から、財務会計基準審議会は、「行政庁」としての特徴を有していると指摘されており（Cunningham [2008] p.60）、ましてや、サーベインズ・オックスリー法の下では、財務会計基準審議会の運営資金は賦課金によってまかなわれ、また、証券取引委員会により、会計基準設定主体として認知されているという事実は、財務会計基準審議会が「行政庁」にあたると解される可能性を高めた（Pearson [2005] p.101）。

まず、財務会計基準審議会が開発・公表した会計基準が証券諸法及び税法において用いられているということからは、財務会計基準審議会は連邦の行政庁が有している決定権限を遂行していると評価することが可能であると指摘されている（Pearson [2005] p.102²⁰⁾）。ただ、行政手続法にいう「行政庁」にあたるというためには、財務会計基準審議会が連邦政府の監督の下にあるという要件をみとす必要がある。*Railway Labor Executives Association v. Consolidated Railway Corporation (Conrail)* 事件判決²¹⁾において、裁判所は、監査を受け、報告する義務を課し、一定の活動に制限を加えることは、政府出資を守る方法であり、実質的な（virtual）日常的監督にはあたらないとして、*Conrail*は連邦の行政庁ではないと判示しており（at 779）、また、*Gilmore v. United States Department of Energy*事件判決²²⁾においては、連邦からの資金を受ける私的組

18) 537 F.3d 667 (D.C.Cir. 2008).

19) 130 S.Ct. 3138 (2010).

20) たとえば、*Kripke*は、会計が何を意味するかを決定することは、行政庁ではない主体（nonagency entity）に委ねるには重要すぎると指摘していた（*Kripke* [1979] p.153）。

21) 580 F.Supp. 777 (D.C. 1984).

22) 4 F.Supp.2d 912 (N.D.Cal. 1998).

織は、広範囲に及ぶ、詳細かつ実質的に日常的監督を受けるというのでなければ、情報自由法にいう「行政庁」には該当しないとされていた。財務会計基準審議会が開発した会計基準を連邦議会が覆そうと試みるということがあったという事実や財務会計基準審議会がどの程度証券取引委員会に報告することあるいは協議することが求められているのかということにもよるが、Pearson は、「行政庁」にあたとされるに十分なほどの詳細な監督におそらく服していると評価している（Pearson [2005] p.102）。

また、サーベインズ・オックスリー法の下で、財務会計基準審議会が会計基準設定主体としての地位を維持するためには、同法が定める要件をみだし続けなければならない、証券取引委員会がある主体を会計基準設定主体として指定することができるのは、その主体が同法の要件をみだしているときに限られる。このことは、議会が、単にある利益を保護することを超えた政府の主体を創設したと評価することができる。すなわち、議会は連邦行政庁の組織構造を定めることができるが、証券取引委員会が会計基準設定主体として指定できる団体につき、ある特定の組織構造を有することをサーベインズ・オックスリー法第108条は求めており、このことは、事実上、財務会計基準審議会の組織構造が議会によってコントロールされていることを意味するからである。このように考えると、財務会計基準審議会は、連邦の行政庁として正式に認められたと評価できる（Ochoa [2011] pp.517-518）。しかも、サーベインズ・オックスリー法第109条は、財務会計基準審議会の予算につき、証券取引委員会の承認を得ることを、明示的には求めてはいないが、サーベインズ・オックスリー法後は、証券取引委員会の主任会計官室が財務会計基準審議会の予算を承認していると指摘されている（Rappeport and Leone [2007]）。

以上に加えて、財務会計基準審議会が行政庁にあたと評価される可能性を高めているのは、前掲 *Petkas v. Staats* 事件判決において、原価計算基準審議会が「行政庁」にあたと判断されていることである。原価計算基準審議会と同様、財務会計基準審議会は、行政部から独立しており、いずれも、広義の会計基準を公表し、修正しまたは撤回する権限を有し、それらの基準を、他の行政

庁に対して承認を受けるために提出することは要求されていない。すなわち、独立して職務を遂行しているということができる。たしかに、証券取引委員会は、財務会計基準審議会のプロナウンスメントとは異なる会計基準を設定して、実質的には覆すことができるが、財務会計基準審議会が、証券取引委員会から独立して、会計基準の設定を行なう権限を有することにかわりはない。

また、情報自由法の1974年改正により、ある種の政府主体と私的主体とのハイブリッドである主体に情報自由法の適用を拡張したという立法経緯、非営利法人も行政庁にあたるとされることが排除されていないことに照らすと、連邦住宅ローン抵当公社が行政庁にあたると同様、行政庁にあたると解することが首尾一貫する。さらに、行政管理予算局は、相当のスタッフと広範に委任された権限を有し存続期間が定められていない(permanent)機関であることを根拠として、情報自由法にいう行政庁にあたるとされたが²³⁾、財務会計基準審議会も相当のスタッフと広範に委任された権限を有する存続期間が定められていない組織である。

さらに、証券取引委員会が財務会計基準審議会に会計基準の設定を委任していると評価できるのであれば、証券取引委員会自ら設定するのと同じ規律に財務会計基準審議会も服すると解さないと、委任することによって、行政手続法などの規律を証券取引委員会は潜脱できることになるから、この点からも、財務会計基準審議会が、行政手続法などとの関連では、行政庁と評価されることが適当であるということになる(See Ochoa [2011] pp.519-520)²⁴⁾。

なお、財務会計基準審議会が連邦の行政庁であると解すると、その委員の選任及び解任に証券取引委員会に関与することができるという解釈がもたらされる可能性が高い。すなわち、公開企業会計監視委員会の委員の選任及び解任に

23) Meyer v. Bush, 981 F.2d 1288, 1294 (D.C.Cir. 1993).

24) もっとも、財務会計基準審議会は、手続き規則(Rules of Procedure)を定めており、それは、連邦行政手続法をモデルとしたものであるとしている(See House of Representatives [2001] p. 15 (Statements of Edmund L. Jenkins)). See also Mattli and Buthe [2005] p.239.

について、正当な事由があるときに限り、証券取引委員会が委員を解任することができ、正当な事由があるときに限り、大統領が証券取引委員会の委員を解任することができるという「二重の正当事由を要件とする解任」を定めるサーベインズ・オックスリー法第101条(e)(6)につき、*Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board* 事件最高裁判所判決²⁵⁾が、この定めは権力分立に反するとの判断を示し、その効果として、公開企業会計監視委員会の委員を証券取引委員会は自由に解任できると判示していることから、証券取引委員会は財務会計基準審議会の委員を自由に解任できるという解釈が首尾一貫することになるとも考えられる（Ochoa [2011] pp.523-524）。

4 会計基準設定と国家行為

本来、憲法の諸規定は政府の権限を制限するものであって、私人の行為を制限するものではないが、私人の行為が公的職務（public function）の遂行にあたる場合や連邦または州の関与、授権または奨励が存在する場合には、私人の行為が連邦または州の行為（国家行為）に該当するものとされ、憲法の諸規定に服する可能性がある（松井 [2008] 138-139頁参照）。

ところで、私人による規制の文脈において、*Abramson* は、政府によって正式に授権されたものは国家行為と認定されやすく、業界団体による自主規制など、政府との正式なつながりを持たない私的規制は、その規制が政府による規制と実質的に同一の機能を果たしている場合を除き、国家行為とは認められないであろうとする（*Abramson* [1989] p.213-214）。その上で、諮問機関や自発的基準設定者など、政府による正式な授権はないが、政府と何らかのつながりがあるもの（*Abramson* [1989] p.171）については、個別的検討の必要があると指摘する（*Abramson* [1989] p.213）。そして、財務会計基準審議会は、サーベインズ・オックスリー法に基づく証券取引委員会による指定前であっても、少なくとも、この類型にあたっていたと解される。

25) 130 S.Ct. 3138, 3161-3164 (2010).

私人によるある規制行為が国家行為にあたるとされる場合には、その規制行為がデュー・プロセスに従って行なわれなければ、第5修正条項及び第14修正条項に違反することになる。もっとも、その規制行為が立法的性格を有する場合には、どのようなデュー・プロセスが要求されるのかという問題がある。そして、財務会計基準審議会によるプロナウンスメントの開発及び公表は、立法的規制行為であると見る余地がある。*Abramson* は、立法手続きの中で聴聞を要求する個人的権利は、多くの場合、認められていないから (*Abramson* [1989] p.199)、立法的規制行為²⁶⁾ においては、手続的デュー・プロセスは適用されないとする (*Abramson* [1989] p.215)。他方、*Lawrence* は、「私的利益を排除した法形成」という憲法上の要請は、それに対する救済がないことによって否定されることはないと主張する (*Lawrence* [1986] p.684)。そして、公職者については、選挙を通じたチェックなど、私的利益を排除するような制度的安全策 (institutional safeguard) が存在するが、立法的規制行為を行なう私人についてはそのような安全策が存在しないことに鑑み、裁判所は、私的機関による立法的規制行為に係るデュー・プロセス審査として、その私人の利益と公的利益の間に利害衝突が存在しないか、及び、その利害衝突に応じた安全策がその規制行為に備わっているかを検討しなければならないとする (*Lawrence* [1986] pp.684-685)。*Lawrence* は、そのような安全策の具体例として、代表制的手続 (representative process)、すべての利害関係者の参加、連邦または州の機関による審査またはそれらの機関への不服申立、損害賠償請求の許容、行動基準の作成、手続きの公正の確保などを挙げる (*Lawrence* [1986] pp.688-693)。

26) もっとも、*Abramson* は、私人による行為においては立法的規制行為とデュー・プロセス条項の適用がある司法的規制行為との区別は必ずしも明確ではないと指摘している (*Abramson* [1989] p.215)。

Bibliography

- Abramson, H. I. [1989] A Fifth Branch of Government: The private regulators and their constitutionality, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 16, no. 2: 165-220
- Ackerman, T.C., Jr. and J.K. Sterrett, II [1976] California's New Approach to Dividends and Requisitions of Shares, *UCLA Law Review*, vol. 23, no.6: 1052-1093
- Administrative Conference of the United States [1973] Recommendation 72-5 (adopted: December 14, 1972), in: Administrative Conference of the United States, *Recommendations and Reports of the Administrative Conference of the United States*, vol.2
- Aman, A.C., Jr. [2001] Privatization and the Democracy Problem in Globalization: Making Markets More Accountable through Administrative Law, *Fordham Urban Law Journal*, vol.28, no.5: 1477-1506
- American Institute of Accountants, Study Group on Business Income [1952] *Changing Concepts of Business Income*, Macmillan
- American Institute of Accountants [1953] *Accounting Terminology Bulletin No.1, Review and Résumé*, American Institute of Accountants
- Andrews, F. [1976] Arthur Andersen Raises Scathing Protest to the SEC's Policy on Accounting Rules, *The Wall Street Journal*, June 22, 1976: 10
- Anonymous [1988] FASB Chair Defends Board against Charge It Ignores Consequences of Its Decisions, *Securities Regulation and Law Report*, vol. 20, no. 44 (November 11, 1988) : 1736-1737
- Ariens, M. [1994] A Thrice-told Tale, or Felix the Cat, *Harvard Law Review*, vol.107, no.3: 620-676
- Arthur Andersen & Co. [1976] *Request for Action by Commission with Respect to Certain Rules and Pronouncements Relating to Accounting Principles*, June 15, 1976
- Asimow, M. [1977] Public Participation in the Adoption of Interpretive Rules and Policy Statements, *Michigan Law Review*, vol.75, no.3: 520-584
- Attorney General [1947] *Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act*, Department of Justice
- Attorney General's Committee on Administrative Procedure, Department of Justice [1941a] *Securities and Exchange Commission* (Monograph no. 26), Government Printing Office
- Attorney General's Committee on Administrative Procedure, Department of Justice [1941b] *Final Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, Department of Justice
- Baker, R.J. [1942] Hildebrand on Texas Corporations - a review, *Texas Law Review*, vol.21, no.2: 169-208

- Ballantine, H.W. [1932] *California Corporation Laws*, Paker, Stone and Baird
- Ballantine, H.W. [1946] *Ballantine on Corporations*, revised ed., Callaghan
- Barber, S.A. [1975] *The Constitution and the Delegation of Congressional Power*, University of Chicago Press
- Barney, J.L. [2009] Beyond Economics: The U.S. recognition of International Financial Reporting Standards as an international subdelegation of the SEC's rulemaking authority, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.42, no.2: 579-620
- Benston, G.J. [2003] The Regulation of Accountants and Public Accounting before and after Enron, *Emory Law Journal*, vol.52, no.3: 1325-1351
- Benston, G.J., M.Blomwich, R.E. Litan and A. Wagenhofer [2006] *Worldwide Financial Reporting*, Oxford University Press
- Beresford, D.R. [1988] How Does the FASB Consider the Consequences of Its Work, *Financial Executive*, vol. 5, no. 2: 24-28
- Beresford, D.R. [1990] What's Right with the FASB, *Journal of Accountancy*, vol.169, no.1:81-85
- Berle, A.A., Jr. [1938] Accounting and the Law, *Accounting Review*, vol. 13, no. 1: 9-15
- Block, C.D. [2003] Congress and Accounting Scandals: Is the pot calling the kettle black?, *Nebraska Law Review*, vol.82, no.2: 365-459
- Bonbright, J.C. [1937] *The Valuation of Property: a treatise on the appraisal of property for different legal purposes*, vol.2, McGraw-Hill
- Bonfield, A.E. [1970] Public Participation in Federal Rulemaking Relating to Public Property, Loans, Grants, Benefits, or Contracts, *University of Pennsylvania Law Review*, vol.118, no.4: 540-611
- Bonfield, A.E. [1986] The Federal APA and State Administrative Law, *Virginia Law Review*, vol.72, no.2: 297-336
- Bressman, L.S. [2000] *Schechter Poultry* at the Millennium: A delegation doctrine for the administrative state, *Yale Law Journal*, vol.109, no.6: 1399-1442
- Briloff, A. J. [1969] *Unaccountable Accounting*, Harper & Row
- Bunn, G., K. Irwin, and F.F. Sido [1983] No Regulation without Representation, *Wisconsin Law Review*, no. 2: 341-378
- Bush, T. [2005] *Divided by a Common Language: where economics meets the law – US versus non-US financial reporting models*, Institute of Chartered Accountants in England and Wales
- de Capriles, M.A.and E.J. McAniff [1961] The Financial Provisions of the New (1961) New York Business Corporation Law, *New York University Law Review*, vol. 36, no.7: 1239-1273
- Carey, J. L. [1970] *The Rise of the Accounting Profession*, vol. 2, American Institute of Certified Public Accountants

- Carvin, M.A., N.J. Francisco and C.G. Vergonis [2007] Massive, Unchecked Power by Design: The Unconstitutional Exercise of Executive Authority by the Public Company Accounting Oversight, *New York University Journal of Law & Business*, vol.4, no.1: 199-243
- Chatov, R. [1975] *Corporate Financial Reporting*, The Free Press
- Cheadle, J.B. [1918] The Delegation of Legislative Functions, *Yale Law Journal*, vol. 27, no. 7: 892-923
- Christopher, T. W. [1951] Validity of Delegation of Power to Private Agency-the Pharmacopoeia Provision, *Food, Drug Cosmetic Law Journal*, vol. 6, no. 9: 641-654
- Committee on Corporate Laws [1978] Changes in the Model Business Corporation Act – amendment to require sending financial statements to shareholders: a report of Committee on Corporate Laws, *Business Lawyer*, vol. 33, no. 2: 931-934
- Committee on Corporate Laws [1979] Changes in the Model Business Corporation Act – Amendment to Financial Provisions, *Business Lawyer*, vol. 34, no. 5: 1867-1889
- Committee on Corporate Laws [1986] Changes in the Model Business Corporation Act – Amendment Pertaining Distributions, *Business Lawyer*, vol. 42. no. 1: 259-269
- Committee on Terminology, American Institute of Accountants [1953] *Accounting Terminology Bulletin No.1 Review and Résumé*, American Institute of Accountants
- Commission on Organization of the Executive Branch of the Government [1955] *Task Force Report on Legal Services and Procedure*
- Cooper, A.R. [2011] Sidestepping Chevron: Reframing Agency Deference for an Era of Private Governance, *Georgetown Law Journal*, vol.99, no.5: 1431-1468
- Cox, J.D. [2003] Reforming the Culture of Financial Reporting: The PCAOB and the metrics for accounting measurements, *Washington University Law Quarterly*, vol.81, no.2: 301-327
- Cunningham, L.A. [2003] The Sarbanes-Oxley Yawn: Heavy rhetoric, light reform (and it just might work), *Connecticut Law Review*, vol.35, no.3: 915-988
- Cunningham, L.A. [2005] Private Standards in Public Law: Copyright, lawmaking and the case of accounting, *Michigan Law Review*, vol.194, no.2: 291-343
- Cunningham, L.A. [2007] A Prescription to Retire the Rhetoric of “Principle-Based Systems” in Corporate Law, Securities Regulation, and Accounting, *Vanderbilt Law Review*, vol. 60, no. 5: 1411-1493
- Cunningham, L.A. [2008] The SEC’s Global Accounting Vision: A realistic appraisal of a quixotic quest, *North Carolina Law Review*, vol.87, no.1: 1-81
- Financial Accounting Standards Board [2011] *Facts about FASB, Our Independent Structure*<<http://www.fasb.org/jsp/FASB/Page/SectionPage&cid=1176154526495>>, accessed on November 1, 2011
- Davis, K.C. [1958] *Administrative Law Treatise*, vol.1, West Publishing
- Davis, K.C. [1969] New Approach to Delegation, *University of Chicago Law Review*, vol. 36,

no. 4: 713-733

- Davis, K.C. [1972a] *Administrative Law Treatise*, 2nd ed., vol.1, West Publishing
- Dreyfuss, G. [1976] Distributions to Shareholders under the New California General Corporation Law, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 9, no. 4: 839-864
- Edwards, J.E. [1985] Democracy and Delegation of Legislative Authority: *Bob Jones University v. United States*, *Boston College Law Review*, vol.26, no.3: 745-778
- Ehmke, H.P. [1961] *Delegata potestas non delegari* - A Maxim of American Constitutional Law, *Cornell Law Quarterly*, vol. 47, no. 1: 50-60
- Ely, J.H. [1980] *Democracy and Distrust: A theory of judicial review*, Harvard University Press
- Fiflis, T. and H. Kripke [1977] *Accounting for Business Lawyers*, 2nd ed., West Publishing
- Fessler, F.D.W. [1990] The Alaska Corporations Code: The Forty-Ninth State Claims the Middle Ground, *Alaska Law Review*, vol. 7, no.1: 1-69
- Fine, M.E. [1982] Rethinking the Nondelegation Doctrine, *Boston University Law Review*, vol.62, no. 1: 257-323
- Foss, D.A. [1979] The New York Corporate Finance Provisions: Some Problem Areas and a Need for Reform, *Albany Law Review*, vol. 43, no. 4: 903-917
- Freedman, J.O. [1976] Delegation of Power and Institutional Competence, *University of Chicago Law Review*, vol.43, no.2: 307-336
- Freedman, J.O. [1978] *Crisis and Legitimacy: The administrative process and American government*, Cambridge University Press, 1978
- Freeman, J. [1997] Collaborative Governance in the Administrative State, *UCLA Law Review*, vol.45, no.1:1 - 98
- Freeman, J. [2000] The Private Role in Public Governance, *New York University Law Review*, vol.75, no.3: 543-675
- Froomkin, A.M. [2000] Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to route around the APA and the Constitution, *Duke Law Journal*, vol. 50, no. 1: 17-186
- Gara, S.C. and C.J. Langstraat [2003] The Sarbanes-Oxley Act of 2002: A new ballgame for accountants, *University of Memphis Law Review*, vol.34, no.1: 73-114
- Garret, R. [1958] Capital and Surplus under the New Corporation Statutes, *Law and Contemporary Problems*, vol. 23, no. 2:239-263
- Gellhorn, E. [1972] *Administrative Law and Process in a Nutshell*, West Publishing
- Gellhorn, E., G.O. Robinson and P.H. Aranson [1982] Theory of Legislative Delegation, *Cornell Law Review*, vol. 68, no. 1: 1-67
- Gibson, G.D. [1962] Surplus, So What? The Model Act Modernized, 17 *Business Lawyer*, vol. 17, no.3: 476-499
- Gillette, C.P. and P.B. Stephan, III [1998] Constitutional Limitations on Privatization,

- American Journal of Comparative Law*, supplement to vol.46: 484-502
- Government Accounting Office (GAO) [2001] *Securities and Exchange Commission, Reviews of Accounting Matters Related to Public Filings*, GAO-01-718
- Hackney, W.P. [1957] The Financial Provisions of the Model Business Corporations Act, *Harvard Law Review*, vol. 70, no. 8: 1357-1405
- Hackney, W.P. [1965] Accounting Principles in Corporation Act, *Law and Contemporary Problems*, vol. 30, no.4: 791-823
- Hackney, W.P. [1983] Corporate Law Aspects of Some Recent Developments in Accounting, *Journal of Law and Commerce*, vol. 3, no. 1: 1-34
- Hagopian, B.K. et al. [2008] *Petition to the Securities and Exchange Commission for Review and Repeal of FAS 123R*, February 27, 2008 <<http://www.sec.gov/rules/petitions/2008/petn4-556.pdf>>
- Hale, R.L. [1939] Our Equivocal Constitutional Guarantees, *Columbia Law Review*, vol.39, no.4: 563-594
- Hamilton, R.W. [1972] Procedures for the Adoption of Rules of General Applicability: the need for procedural innovation in administrative rulemaking, *California Law Review*, vol.60, no.5: 1276-1337 (*reproduced in*: Administrative Conference of the United States [1973] *Recommendations and Reports of the Administrative Conference of the United States*, vol.2: 834-895)
- Hatfield, G.K. [2000] *Privatizing Commercial Law: Lessons from the Middle and the Digital Ages* <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=220252>
- Herwitz, D.R. [1966] *Business Planning*, Foundation Press
- Herwitz, D.R. and M.J. Barrett [2001] *Accounting for Lawyers*, 3rd ed., Foundation Press
- Hills, G.S. [1928a] Dividends from Unrealized Capital Appreciation, *New York Law Review*, vol.6, no.5: 155-160
- Hills, G.S. [1928b] Dividends from Unrealized Capital Appreciation, *New York Law Review*, vol.6, no.6: 193-198
- Hills, G.S. [1957] *The Law of Accounting and Financial Statements*, Little, Brown and Company
- House of Representatives Judiciary Committee [1946] *Administrative Procedure Act*, H.R. Doc. No.1980, 79th Congress, 2nd Session
- House of Representatives [1964] *Investor Protection, Part 2: Hearings before a Subcommittee of the Committee on Interstate and Foreign Commerce on H.R. 6789, H.R. 6793, S. 1642*, House of Representatives, 88th Congress, 1st and 2nd Session (December 3, 4, and 5, 1963; January 21, 22, 23; February 4, 5, 18 and 19, 1964)
- House of Representatives Committee on Government Operations [1974] *Amending Section 552 of Title 5, United States Code, Known as the Freedom of Information Act*, H.R. Rep.

- No. 93-876, 93rd Congress, 2nd Session
- House of Representatives [2001] *Current Issues before the Financial Accounting Standards Board: Hearing before the Subcommittee on Commerce, Trade, and Consumer Protection of the Committee on Energy and Commerce*, 107th Congress, 1st Session (July 31, 2001)
- Humphrey, S.R. [2000] Drawing Lines: The D.C. Circuit Forces the EPA and Congress to Clean Up the Process of Setting Air Quality Standards in American Trucking Associations, Inc. v. EPA, *Houston Law Review*, vol.37, no.3:859-892
- Jackson, R.H. [1941] *The Struggle for Judicial Supremacy: A study of a crisis in American power politics*, Alfred A. Knopf
- Jaffe, L.L. [1947a] Delegation of Legislative Power I, *Columbia Law Review*, vol. 47, no. 3: 359-376
- Jaffe, L.L. [1947b] Delegation of Legislative Power II, *Columbia Law Review*, vol. 47. no. 4: 561-593
- Jaffe, L.L. [1965] *Judicial Control of Administrative Action*, Little Brown
- Jaffe, L.L. and N. Nathanson [1968] *Administrative Law: Cases and Materials*, 3rd ed., Little Brown
- Jennings, R. W. and H. Marsh Jr. [1987] *Securities Regulation: Cases and Materials*, Foundation Press
- Johnson, A.T. [2007] Privatizing Eminent Domain: The Delegation of a Very Public Power to Private, Non-Profit and Charitable Corporations, *American University Law Review*, vol.56, no.3: 455-514
- Keefe, M.R. [2009] Constitutionality of the Double for-Cause Removal Restriction: Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board, 537 F.3D 667 (D.C. Cir. 2008), *University of Cincinnati Law Review*, vol. 77, no.4: 1653-1682
- Kennedy, J. F. [1961] 121 Special Message to the Congress of the Regulatory Agencies, April 13, 1961, in: *Public Papers of the Presidents of the United States, John F. Kennedy, Containing the Public Messages, Speeches, and Statements of the President; January 20 to December 31, 1961*, Government Printing Office, 1962: 267-276
- Kitch, E.W. [1995] The Theory and Practice of Securities Disclosure, *Brooklyn Law Review*, vol.61, no.3: 763-887
- Koch, C.H. [1976] Public Procedures for the Promulgation of Interpretative Rules and General Statements of Policy, *Georgetown Law Journal*, vol.64, no.5: 1047-1079
- Krauss, D.T. [1931] Maintenance of a Corporation's Capital, *Tennessee Law Review*, vol.7, no.4: 215-229
- Krent, H.J. [1990] Fragmenting the Unitary Executive: Congressional delegations of administrative authority outside the Federal government, *Northwestern University Law Review*, vol.85, no.1: 62-112

- Krent, H.J. [2011] The Private Performing the Public: Delimiting Delegations to Private Parties, *University of Miami Law Review*, vol.65, no.2: 507-554
- Lane, E.W., Jr. [1983] Schechter and the FTC: A roving Commission, *Business Lawyer*, vol. 39, no.1: 153-170
- Lanham, D. [1985] Delegation of Governmental Power to Private Parties, *Otago Law Review*, vol. 50, no. 1: 50-61
- Lannen, J. [2003] Nonlegislative Rulemaking: Is Texas Moving Toward the Federal Courts' Perspective on Agency Policy Statements and Interpretive Rules?, *Texas Tech Journal of Texas Administrative Law*, vol.4, no.1:111-134
- Larson, R. E. [1989] What Is the Role of the FAF, *Financial Executive*, vol. 5, no. 5: 20-23
- Lawrence, D. M. [1986] Private Exercise of Governmental Power, *Indiana Law Journal*, vol. 61, no. 4: 647-695
- Lee, F.P. [1940] Legislative and Interpretative Regulations, *Georgetown Law Journal*, vol.29, no.1: 1-35
- Liebman, G. W. [1975] Delegation to Private Parties in American Constitutional Law, *Indiana Law Journal*, vol. 50, no. 4: 650-719
- Linde, H.A. [1999] Structures and Terms of Consent: Delegation, Discretion, Separation of Powers, Representation, Participation, Accountability?, *Cardozo Law Review*, vol.20, no.3: 823-851
- Linde, H. and G. Bunn [1976] *Legislative and Administrative Processes*, Foundation Press
- Lippman, J. [1934] The Constitutionality of the Securities Exchange Act of 1934, *St. John's Law Review*, vol.9, no. 1: 1-23
- Locke, J. [1689] *Second Treatise, reproduced in:* Laslett, P. (ed.), *Two Treatises of Government*, Mentor Books, New American Library, 1965
- Mattli, W., and T. Buthe [2005] Global Private Governance: Lessons from a National Model of Setting Standards in Accounting, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, no. 3&4: 225-262
- Markham, J.W. [2003] Accountants Make Miserable Policemen: Rethinking the Federal securities laws, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol.28, no.4: 725-812
- Marsh, H., Jr. [1977] *California Corporation Law and Practice*, vol. 2 (California Practice, vol. 17), West Publishing
- McBain, H.L. [1921] Law-Making by Property Owners, *Political Science Quarterly*, vol.36, no.4: 617-641
- McGowan, C. [1977] Congress, Court, and Control of Delegated Power, *Columbia Law Review*, vol.77, no.8:1119-1174
- Merrill, T. [2004] Rethinking Article 1, Section 1: from nondelegation to exclusive delegation, *Columbia Law Review*, vol.104, no.8: 2097-2181

- Metzger, G.E. [2003] Privatization as Delegation, *Columbia Law Review*, vol.103, no.6: 1367-1502
- Metzger, G.E. [2009] Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise, in: Freeman, J. and M. Minow (eds.), *Government in Contract: outsourcing and American democracy*, Harvard University Press: 291-309
- Montgomery, R.H., N.J. Lenhart and P.L. Defliese [1957] *Auditing*, 8th ed., Ronald Press
- Nagy, D.M. [2005] Playing Peekaboo with Constitutional Law: The PCAOB and Its Public/Private Status, *Notre Dame Law Review*, vol.80, no. 3: 975-1071
- Nagy, D.M. [2010] Is the PCAOB a 'Heavily Controlled Component' of the SEC?: An essential question in the Constitutional controversy, *University of Pittsburgh Law Review*, vol.71, no.3: 361-402
- Note [1932] Delegation of Governmental Powers to Private Groups, *Columbia Law Review*, vol. 32, no. 1: 80-93
- Note [1935] Delegation of Power by Congress, *Harvard Law Review*, vol. 48, no. 5: 798-806
- Note [1936] Delegation of Power under the Securities Exchange Act, *Columbia Law Review*, vol.36, no. 6: 974-992
- Note [1937] Delegation of Power to Private Parties, *Columbia Law Review*, vol.37, no. 3: 447-461
- Note [1938] Legislative Ratification, Due Process and Undue Delegation of Powers, *Harvard Law Review*, vol.51, no.6: 1069-1074
- Note [1945a] Delegation of Legislative Power -Due Process -Sixth Amendment, *Iowa Law Review*, vol.30, no.2: 288-293
- Note [1945b] Delegation of Legislative Power, *New York University Law Quarterly Review*, vol.20, no. 3: 347-354
- Note [1948] Legislative Delegation of Authority to Administer a Detailed Statute, *Columbia Law Review*, vol.48, no. 4: 651-652
- Note [1950] Delegation of Legislative Power to Private Organizations, *Virginia Law Review*, vol.36, no. 3: 391-393
- Note [1954] *The State Courts and Delegation of Public Authority to Private Groups*, *Harvard Law Review*, vol.67, no.8: 1398-1408
- Note [1960] Subdelegation by Federal Administrative Agencies, *Stanford Law Review*, vol.12, no.5: 808-825
- Note [1962] Progress of Federal Agency Reorganization under the Kennedy Administration, *Virginia Law Review*, vol.48, no.2: 300-377
- Ochoa, O. [2011] Accounting for FASB: Why administrative law should apply to the Financial Accounting Standards Board, *Texas Review of Law & Politics*, vol.15, no.2: 489-526

- Pearson, T. C. [2005] Creating Accountability: Increased legal status of accounting and auditing authorities in the global capital markets (U.S. and EU), *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol.31, no.1: 65-144
- Pease, D.E. [1989] Delaware's Disclosure Rule: the complete candor standard, its application, and why sue in Delaware, *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 14, no.2: 445-498
- Perritt, H.H., Jr. [1999] International Administrative Law for the Internet: Mechanisms of Accountability, *Administrative Law Review*, vol.51, no.3: 871-900
- Pierce, R.J. Jr. [2000] The Inherent Limits on Judicial Control of Agency Discretion: The D.C. Circuit and the nondelegation doctrine, *Administrative Law Review*, vol.52, no.1: 63-95
- Posner, E.A. and A. Vermeule [2003] Nondelegation: A Post-Mortem, *University of Chicago Law Review*, vol.70, no.4: 1331-1344
- Pritchett, C.H. [1968] *The American Constitution*, 2nd ed., McGraw-Hill
- Rappeport, A. [2008] Marketing GAAP: Unlike FASB's avatars, International Financial Reporting Standards may be catching on because their creators are super sellers, *CFO*, January 11, 2008 <<http://www.cfo.com/article.cfm/10519396?f=search>>
- Rappeport, A. and M. Leone [2007] SEC Used Budget to Strong-Arm FASB, *CFO*, April 3, 2007 <<http://www.cfo.com/article.cfm/8959118>>
- Reeder, C. [2004] Regulation by Contractors: Delegation of legislative power to private entities in Texas, *Texas Tech Journal of Texas Administrative Law*, vol.5, no.2: 191-230
- Reiter, P., Jr. [1926] *Profits, Dividends and the Law*, Ronald Press
- Robbins, I. [1988] Impact of the Delegation Doctrine on Prison Privatization, *UCLA Law Review*, vol.35, no.5: 911-952
- Rome, E.P. and W.H. Roberts [1985] *Corporate and Commercial Free Speech*, Quorum Books
- Rossi, J. [2007] Antitrust Process and Vertical Deference: Judicial Review of State Regulatory Inaction, *Iowa Law Review*, vol.93, no.1: 185-245
- Ruder, D.S. [2005] Balancing Investor Protection with Capital Formation Needs after the SEC *Chamber of Commerce Case*, *Pace Law Review*, vol.26, no.1: 39-71
- Ruder, D.S., C.T. Canfield and H.T. Hollister [2005] Creation of Worldwide Accounting Standards: Convergence and Independence, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol.25, no.3: 513-588
- Russo, S.J. [1941] Delegation of Discretionary Powers, *Georgetown Law Journal*, vol. 29, no. 5: 649-650
- Sanders, T.H., H.R. Hatfield and U. Moore [1938] *A Statement of Accounting Principles*, American Institute of Accountants
- Scalia, A. [1980] A Note on the Benzene Case, *Regulation: AEI Journal on Government and Society*, vol.4, no.4: 25-28

- Schoenbrod, D. [1985] The Delegation Doctrine: Could the court give it substance, *Michigan Law Review*, vol.83, no.5:1223-1290
- Schoenbrod, D. [1993] *Power without Responsibility: How Congress abuses the People through delegation*, Yale University Press
- Scriggins, L.P. [2011] The Model Business Corporation Act financial provisions: a historical snapshot, *Law and Contemporary Problems*, vol. 74, no. 1: 121-128
- Segal, B.L. [1983] Administrative Law-The Delegation Doctrine and the Importance of Criminal Sanctions through Agency Regulation, *Wayne Law Review*, vol.29, no.6: 1317-1346
- Seidenfeld, M. [2000] Empowering stakeholders: Limits on collaboration as the Basis for Flexible Regulation, *William & Mary Law Review*, vol.41, no.2: 411-501
- Senate Judiciary Committee [1945] *Administrative Procedure Act*, S. Rep. No.752, 79th Congress, 1st Session
- Senate Judiciary Committee [1946] *Administrative Procedure Act: Legislative History*, S. Doc. No.248, 79th Congress, 2nd Session
- Senate Judiciary Committee [1974] *Amending the Freedom of Information Act*, S.Rep. No. 93-854, 93rd Congress, 2nd Session
- Seward, G.C. [1952] Earned Surplus – its meaning and use in the Model Business Corporation Act, *Virginia Law Review*, vol.38, no. 4: 435-449
- Shields, M.A. [2011] *What Constitutes “Agency” for Purposes of Freedom of Information Act (5 U.S.C.A. § 552)*, 165 A.L.R. 591 (originally published in 2000)
- Siegel, S. [1985] A Critical Examination of State Regulation of Accounting Principles, *Journal of Comparative Business and Capital Market Law*, vol. 7: 317-331
- Simon, S.I. [1965] *Accounting and the Law: a collection of essays*, Bureau of Economic Research, Rutgers
- Spacek, L. [1958] Need for an Accounting Court, *Accounting Review*, vol.33, no.3: 368-379
- Spacek, L. [1964] A Suggested Solution to the Principles Dilemma, *Accounting Review*, vol.39, no.2: 275-284
- Stanger, A.M. and S.P. Gunther [1981] Big GAAP - Little GAAP: should there be different financial reporting for small business, *New York University Law Review*, vol. 56, nos. 5-6: 1209-1235
- Steinberg, W. [1936] Delegation of Legislative Authority, *Notre Dame Lawyer*, vol.11, no.2: 109-120
- Strauss, P.L., T. Rakoff, R.A. Schotland and C.R. Farina [1995] *Gellhorn and Byse’s Administrative Law: Cases and comments*, 9th ed., Foundation Press
- Sunstein, C.R. [1999] Is the Clean Air Act Unconstitutional?, *Michigan Law Review*, vol. 98, no. 2: 303-394
- Sunstein, C.R. [2000] Nondelegation Canons, *University of Chicago Law Review*, vol.67,

no.2: 315-343

- Task Force [1983] Current Issues on the Legality of Dividends from a Law and Accounting Perspective: a Task Force Report, *Business Lawyer*, vol. 39, no.1: 289-306
- Taylor, C.L. [1984] The Fourth Branch: Reviving the Nondelegation Doctrine, *Brigham Young University Law Review*, no. 4, 1984: 619-645
- Verkuil, P.R. [2009] Outsourcing and the Duty to Supervise, in: Freeman, J. and M. Minow (eds.), *Government in Contract: outsourcing and American democracy*, Harvard University Press: 310-334
- Walker, D.I. [2007] Financial Accounting and Corporate Behavior, *Washington and Lee Law Review*, vol.64, no.3 :927-1009
- Wallace, P.E. [2003] Accounting, Auditing and Audit Committees after *Enron*, Governing outside the Box without Stepping off the Edge in the Modern Economy, *Washburn Law Journal*, vol.43, no.1: 91-120
- Williams, J.R. [2004] Funding FASB: Public money, public domain, *CPA Journal*, vol.74, no.5: 9
- Zeff, S.A. [2010] A Comment on 'Delegation', *Accounting in Europe*, vol. 7: 123-125
- 伊藤邦雄 [1996] 会計制度のダイナミズム (岩波書店)
- 宇賀克也 [1984] 「議会拒否権条項違憲判決と今後の動向」 *ジュリスト* 812号: 68-73
- 宇賀克也 [2000] 『アメリカ行政法 [第2版]』 (弘文堂)
- 加藤盛弘=鶴飼哲夫=百合野正博 (訳) [1981] 『会計原則の展開』 (森山書店)
- 釜田泰介 [1983] 「議会拒否権違憲判決の意味するもの」 *ジュリスト* 799号: 76-81
- 清都千春 [1981] 「アメリカ連邦議会の拒否権⁽¹⁾」 *法学論叢* 109巻3号: 60-79
- 清都千春 [1982] 「アメリカ連邦議会の拒否権⁽²⁾」 *法学論叢* 111巻4号: 47-75
- 清都千春 [1984] 「権力分立と議会の拒否権」 *判例タイムズ* 535号: 50-54
- 古城誠 [1986] 「規制緩和理論とアメリカ行政法—規制の失敗と裁判所の役割—」 *アメリカ法* 1986-2: 273-308頁
- 駒村圭吾 [1994a] 「アメリカ合衆国における「立法権委任法理」の展開(一)」 *法学研究* (慶應義塾大学) 67巻3号: 25-66
- 駒村圭吾 [1994b] 「アメリカ合衆国における「立法権委任法理」の展開(二)」 *法学研究* (慶應義塾大学) 67巻4号: 35-66
- 筑紫圭一 [2004] 「アメリカ合衆国における行政解釈に対する敬讓型司法審査^(上) *Chevron* 原則の意義とその運用」 *上智法学論集* 48巻1号: 218-192
- 筑紫圭一 [2005] 「アメリカ合衆国における行政解釈に対する敬讓型司法審査^(下) *Chevron* 原則の意義とその運用」 *上智法学論集* 48巻2号: 284-256
- 津守常弘 [1962] 配当計算原則の史的展開 (山川出版社)
- 松井茂記 [1985b] 「岐路に立つアメリカ行政法——議会拒否権制度の崩壊とその意味するも

の(2)』阪大法学 135 号: 27-63

松井茂記 [1985c] 「岐路に立つアメリカ行政法——議会拒否権制度の崩壊とその意味するも

の(3)』阪大法学 136 号: 29-76

松井茂記 [2008] 『アメリカ憲法入門 [第 6 版]』(有斐閣)

水野豊志 [1960] 『委任立法の研究』(有斐閣)

森淳二郎 [1974] 配当制限基準と法的資本制度 (大阪大学経済学部)

(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)

債権者保護をめぐる各国の状況の素描

——危機時取引に係る取締役の責任と法人格の否認を中心として——

弥 永 真 生

- 1 問題の所在
- 2 EU指令
- 3 デンマーク
 - (1) 資本欠損時の対応
 - (2) 法人格否認の法理
- 4 フィンランド
 - (1) 資本欠損時の対応
 - (2) 株主の責任
 - (3) 法人格の否認
- 5 ギリシャ
 - (1) 資本欠損時の対応
 - (2) 社員・株主の債権の劣後
 - (3) 法人格の否認
- 6 アイルランド
 - (1) 資本欠損時の対応
 - (2) 法人格の否認
- 7 イタリア
 - (1) 資本欠損時の対応
 - (2) 法人格の否認
 - (3) 社員・株主の債権の劣後
- 8 オランダ
 - (1) 資本欠損時の対応
 - (2) 法人格の否認
 - (3) 株主・社員の債権の劣後化
- 9 ポルトガル
 - (1) 資本欠損時の対応
 - (2) 社員・株主の責任
 - (3) 社員・株主の債権の劣後

- (4) 法人格の否認

10 スペイン

- (1) 資本欠損時の対応
- (2) 取締役の責任
- (3) 法人格の否認
- (4) 社員・株主の債権の劣後

11 連合王国

- (1) 資本欠損時の対応
- (2) 取締役の責任
- (3) 不当取引
- (4) 法人格の否認
- (5) 社員・株主の債権の劣後化

12 ノルウェー

- (1) 資本欠損時の対応
- (2) 取締役の責任
- (3) 法人格の否認

13 ニュージーランド

- (1) 資本欠損時の対応
- (2) 無謀取引
- (3) 法人格の否認

14 オーストラリア

- (1) 資本欠損時の対応
- (2) 支払不能時取引
- (3) 親会社の責任
- (4) 法人格の否認

15 カナダ

- (1) 資本欠損時の対応
- (2) 不当取引
- (3) 取締役の責任
- (4) 取締役の資格剥奪
- (5) 法人格の否認

1 問題の所在

会社法の下では、資本制度が会社債権者保護の観点から果たす機能は最小化されたといってもよい状況にある。したがって、どのような仕組みによって、会社債権者を保護するのか¹⁾ということが以前にも増して問題となる。本稿では、従来、わが国においては、必ずしも、紹介の対象とはされてこなかった国々²⁾を中心として、資本欠損時の対応、危機時取引に係る取締役の責任および法人格の否認について、ラフなスケッチを試みる³⁾。

2 EU 指令

EU 会社法第2号指令⁴⁾の17条は、引受資本につき重大な欠損が生じた場合

-
- 1) 会社法の下における状況については、弥永真生（2007）「債権者保護」『検証会社法（浜田道代先生還暦記念）』（信山社）483-511頁において、概観を試みた。
 - 2) アメリカおよびドイツにおける法人格否認の法理については、江頭憲治郎（1980）『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会）および森本滋（1971）「いわゆる『法人格否認の法理』の再検討（1～4）」法學論叢89巻3,4,5,6号のほか、青木英夫（1992・1993）「資産および業務の混和と社員の有限責任—アメリカ法およびドイツ法を中心として（1・2）」独協法学35号、36号、同（1993）「過少資本と社員の有限責任—アメリカ法およびドイツ法を中心として—」『現代会社法・証券取引法の展開（堀口亘先生退官記念）』（経済法令研究会）などが、ドイツにおける法人格否認の法理については高橋英治（2004）「ドイツ法における子会社債権者保護の新展開：変態的事実上のコンツェルンから法人格否認の法理へ」法学67巻6号などが、フランスにおける法人格否認の法理については、井上明（1987・1989・1990・1992・1996・1998・2000・2001・2002）「形骸に基づく法人格否認の法理における形骸概念の再構成（1～13）」成城法学25号・26号・30号・35号・40号・41号・52号・55号・58号・61号・62号・65号・69号などが、イギリスにおける法人格否認の法理については、蓮井良憲（1972）「イギリス会社法における法人格の否認」『英米会社法の論理と課題（星川長七先生還暦記念）』（日本評論社）などが、存在する。また、諸外国における債権者保護のための制度を分析した、比較的最近の包括的研究としては、齊藤真紀（2001・2002）「子会社の管理と親会社の責任（1～5）：子会社の債権者保護に関する基礎的考察」法學論叢149巻1号、3号、5号、150巻3号、5号があり、フランスなどにおける会社危機時の取締役の責任に関する研究として、佐藤鉄男（1991）『取締役倒産責任論』（信山社）などが存在する。

には、会社を解散すべきか、他の措置をとるべきかを検討させるために、加盟国の法制が定める期間内に、株主総会が招集されなければならないと定め（1項）、加盟国の法制は、第1項にいう重大とみなされる欠損の額について、引受資本の半額を超える額を定めることはできないと規定している（2項）。

（前頁よりつづき）

また、アメリカにおける劣後化については、須藤茂（1964・1966）「子会社の破産と親会社債権—“Deep Rock” Doctrineを中心として—⁽¹⁾⁽²⁾」国学院法学2巻1号、4巻3号、江頭・前掲、片木晴彦（1982）「過小資本金会社とその規制⁽¹⁾（2・完）」法学論叢111巻5号、112巻2号、田村諄之輔（1993）『会社の基礎的変更の法理』（有斐閣）、伊藤眞（1984）『債務者更生手続の研究』（西神田編集室）、松下淳一（1990）「結合企業の倒産法的規律⁽¹⁾」法学協会雑誌107巻11号、畑宏樹（1996）「倒産債権の劣後的処遇について⁽¹⁾⁽²⁾」上智法学論集40巻2号、3号、柏木昇（2001）「債務者を経営支配する株主ではない債権者の債権と衡平法上の劣後化」『民事訴訟法理論の新たな構築（新堂幸司先生古稀祝賀）〔下巻〕』（有斐閣）など、ドイツにおける劣後化については、上原敏夫（1988）「会社の倒産と内部債権の劣後的処遇—西ドイツにおける資本代替的社員貸付の法理（上・中・下）」判例時報1277号、1280号、1283号、片木・前掲など多数の文献が存在する。以上に加えて、危機時における取締役の責任について、前嶋京子（1980）「米国における取締役の会社債権者に対する責任—取締役のいわゆる受託者の地位をめぐって」阪大法学115号、黒沼悦郎（2000）「取締役の債権者に対する責任」法曹時報52巻10号、後藤元（2010）「取締役の債権者に対する義務と責任をめぐるアメリカ法の展開」金融研究29巻3号などがある。

3) 本号は、青山慶二教授の退職記念号であり、当初、租税法との関連で、危機時取引に係る取締役の責任と法人格の否認について分析を加えようと諸外国の制度を調査したが、時間的制約により、十分に果たすことができなかった。後日の課題としたい。しかし、とりわけ、英連邦諸国においては、法人格否認の法理の適用との関連で、課税当局が主要な債権者であることは注目されてよいであろう。

4) Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (OJ L 26, 31.1.1977, p. 1).

3 デンマーク

(1) 資本欠損時の対応

株式会社の取締役会は、法定資本の50%以上の欠損が生じたとき、または、純資産が62500デンマーククローネ⁵⁾未満となったときは、6ヶ月以内に、株主総会を招集し、会社の財政状態および必要なときは会社の解散を含む方策について意見を述べなければならない（株式会社及び有限会社法（Lov om aktie- og anpartsselskaber）119条）。改正前有限会社法の下での有限会社とは異なり⁶⁾、株主総会において、株主資本と純資産との関係を回復することについて決議をする必要はなく、取締役会は、倒産法上、倒産手続き開始の申立てをしなければならないことがあることは格別、会社法上は、任意解散を申し立てる義務を負わない。もっとも、判例上、取締役会は会社の財政状態について、詳細な開示を行う義務を負っているとされており⁷⁾、この義務に違反した場合には、取締役は、契約締結上の過失の法理に基づき、会社債権者に対して損害賠償責任を負う。

なお、商業及び会社庁は、会社の経営者が払込催告済株式資本と純資産との対応関係を回復しなかった場合には、破産裁判所に対して、強制的解散を申し立てることができる（株式会社及び有限会社法225条1号5.）。また、その瑕疵

5) 株式会社の最低資本金は50万デンマーククローネとされている（株式会社及び有限会社法、4条2項）。

6) かつて、有限会社の取締役会は、法定資本の40%以上の欠損が生じたときは、6ヶ月以内に、社員総会を招集し、会社の財政状態および必要な方策について意見を述べなければならないとされていた（有限会社法（Anpartsselskabsloven）52条）。そして、会社を解散・清算するか、株式資本と純資産の関係を調整するか、いずれかを決議しなければならず、後者の場合は、株式資本を最低資本金額まで減少させる、出資によって株式資本を増加させる、法定資本に影響を与えずに出資を行うという3つの選択肢があった。後者の場合の期限は法定されていなかったが、商業及び会社庁は期限を定めることができ、株式資本の調整が極端に遅延するときには、取締役会は任意解散を申し立てることができた。

7) e.g. UfR 1940 s.563, UfR 1961 s.515, UfR 1985 s.1029.

を治癒すべき期間を定め、その期間内に治癒されなかったときには、その会社は強制的に解散させられるべきであると決定することもできる（株式会社及び有限会社法225条2項）。

（2）法人格否認の法理

法人格否認の法理は学説上広く認められており⁸⁾、1997年の最高裁判所の判決（U1997.1642H）もこの法理を適用している。もっとも、この判決は、同一人によって支配されている2つの会社の間での法人格否認を認めたものである⁹⁾。

学説上は、会社の過小資本（会社の事業がさらされているリスクと会社の純資産との著しいまたは継続的な不均衡）、経営に対する頻繁かつ立ち入った影響が直接に行使されていること、会社の稼得利益が株主その他の者に移転されることによって、会社が立ちいかになくなっていること、株主が負っている義務を回避するために会社が用いられていること、会社支配者の忠実義務に照らして、会社における決定または会社のためになされる決定が、会社がするのでなければ実質的に違法であり、その決定が、支配株主その他の者に重要な経済的その他の利益を移転するものであることなどが、法人格否認の法理が適用される要件として挙げられている。

8) 詳細については、たとえば、Christian Schwarz- Hansen（2001）, Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, *Nordisk Tidsskrift for selskabsret*, 3. årg, nr. 4; Erik Werlauff（1997）, Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld, TfS1997.822; Nis Jul Clausen（1989）, Disregard of Legal Entity - Danish Case Law, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 31; H. V. Godsk Pedersen（1985）, Civilretlig identifikation i relation til kreditorer, U1985B.352; O.A. Borum（1971）, Disregard of Legal Entity, in : *Festskrift til Folketingets ombudsmand professor, dr. jur. Stephan Hurwitz 20. juni 1971* 参照

9) また、法人格否認の法理の適用により、一方会社に対する債権を他方会社に請求できるとされた債権者は租税当局であった。

4 フィンランド

(1) 資本欠損時の対応

取締役会は、会社の純資産の状況を監視する義務を負っているという前提の下で、会社の純資産が法定資本の2分の1を下回っていると取締役会が考える根拠があるときには、直ちに臨時貸借対照表を作成し、外部監査人に監査を求めなければならない（株式会社法25章23条3項1項）。その臨時貸借対照表に基づくと会社の純資産が法定資本の2分の1を下回っていると認められるときは、遅滞なく、会社の財政状態を改善するための方策を討議するため、株主総会を招集しなければならない（株式会社法25章23条3項）¹⁰⁾。また、会社が債務超過となっていることに気づいたときは、取締役会は、直ちに、その旨を登記所に通知しなければならない、その旨が登記される（株式会社法25章23条1項）。なお、第12章が定める劣後債は、ここでいう純資産とみなされ、実際の償却額と計画償却額との差額（償却差額）および任意準備金は純資産の算定にあたり考慮に入れられる。さらに、資産の推定時価が一時的に帳簿価額を大幅に上回っている場合を除き、資産の推定時価と帳簿価額との差額を純資産の算定にあたり考慮することができる（株式会社法25章23条2項）。

なお、任意清算を適時に申し立てなかったことによって、会社債権者に損害を与えた場合の役員の責任は、一般条項によって規律されている¹¹⁾。すなわち、会社法第22章1条1項は、取締役、監査役および業務執行者は、その任務の遂行にあたり、故意または過失によって、第1章8条が定める善管注意義務（会社の経営者は正当な注意をもって行動し、会社の利益を増進しなければならない）に違反し、会社に損害を与えた場合には、その損害を賠償する責任を負うと定めるが、同条2項は、取締役、監査役および業務執行者は、その任務

10) かつて、会社法13章2条2項は、その株主総会においては、会社を解散するか否かを決定しなければならないとしていたが、現在の会社法では、そのような要求はない。

11) See SOU 1999:36 *Likvidation av aktiebolag*, p.71.

の遂行にあたり、故意または過失によって、会社法のその他の規定または定款に違反し、会社、株主または第三者に損害を与えた場合には、同様に、その損害を賠償する責任を負うと定める¹²⁾。そして、任意清算を適時に申し立てることは、善管注意義務の問題であると解されている¹³⁾。

(2) 株主の責任

会社法第22章2条は、故意または過失により、会社法または定款に違反することに寄与することによって会社、他の株主または第三者に損害を与えた株主は、その損害を賠償する責任を負うと定め（1項）、その損害が関連当事者のためにする行為によって生じた場合には、株主が正当な注意を払ったことを証明しない限り、その損害は過失によって引き起こされたとみなされる（2項）。

(3) 法人格の否認

法人格の否認は、会社の法的別人格性を否定して、株主その他の法的主体が会社の債務について責任を負うという類型（直接責任）と株主その他の主体が会社に対して有する請求権が会社の破産の際には認められないという類型（間接責任）とに分けられるといわれている。そして、法人格の否認は、きわめて例外的な場合にのみ認められるが、直接責任は、会社が他の主体の利益のために行動していること、当事者間に現実の事業上の関係が存在しないこと、ある

12) 同条3項は、第1章に定める原則に単に違反した場合を除き、会社法に違反したことによって、損害が生じたときには、行為者が正当な注意を払って行為したことを証明しない限り、過失によって引き起こされたとみなされると定めている。また、関連当事者（第8章6条2項によると、会社とある者との間に一方が他方を支配し、または他方の財政上または事業上の意思決定に重要な影響を与えることができる関係にあるときに、当該ある者は関連当事者とされる）のためにする行為によって損害が生じた場合にも同様であるとする。

13) Leif Gustafsson (ed.) (1998), *Business Law in the Nordic Countries – Legal and tax aspect*, p.588.

主体が会社を支配していること、複数の会社が共通の管理下にあること、従業員が会社間で相互に移籍していること、複数の会社が共通の経済的目標を有していること、会社間の事業上および経済上の関係が不明確であること、株式資本が不十分であること、株主の権限が濫用されていることなどの要素が考慮されると指摘されている（Leppänen（1991））。

間接責任が認められるかどうかの判断にあたって考慮される要素は、直接責任が認められるかどうかの判断にあたって考慮される要素と同じであるが、間接責任が認められるかどうかは、ある有限責任会社が倒産した場合に、親会社や兄弟会社がその会社に対して有する債権に対する配当が認められるかという形で問題となる。そして、裁判所は、債権を行使しようとする法的主体は、事実上、倒産会社と分離された存在ではないとして、行使を認めないことがある。

判例上¹⁴⁾、株主の直接責任が認められたものの圧倒的多数は、関連会社の倒産により未払いとなった賃金についての会社の責任に関するものである。フィンランドにおいては、使用者が倒産した場合の未払い賃金は、国が社会保障の一類型として負担するのが一般的であるが、国と労働当局が、従業員の労働が契約上の使用者である会社ではなく、会社の株主の利益のためになされていたことを立証して、法人格の否認が認められる（会社の株主が未払い賃金の支払責任を負うとされる）ことがある。最高裁判所の1982年3月15日判決（KKO 1982-II-23）¹⁵⁾は法人格の否認という理論構成にはよっていないが、直接責任を認めたものであり、以後の立法および判例に重要な影響を与えた。また、トゥルク控訴裁判所の1989年4月21日判決（HO Turku 1989-T-326）は、親会社は、完全子会社の従業員の労働によって現実に利益を受けていた場合には、当該完全子会社と連帯して、子会社の債務について弁済をする責任を負う

14) I would like to express my sincere appreciation for the kind advice from Ms Marika Hakkarainen, Attorneys at law Borenus, Ltd., Helsinki, Finland.

15) 最高裁判所は、法的主体が未登記の会社に代わって行為をすることによって責任を負うことがあると判示した（この法理は、現在は、会社法に明文化されている）。

と判示した¹⁶⁾。

労働当局が賃金を立替払いした事案において、最高裁判所は、1996年1月4日判決（1996：2）において、ふたたび、法人格の否認が認められた。これは、1991年にある合資会社が倒産したが、その年に設立された有限責任会社に責任が認められたというものである。その合資会社は2人の兄弟によって所有されていたが、そのうちの1人の息子がその有限責任会社の株主であり、その有限責任会社は、その合資会社が破産宣告を受ける前に、その合資会社から事業の譲渡を受けていた。そして、その合資会社の従業員の一部は、その有限責任会社に移籍した。ヘルシンキ地方裁判所は、合資会社の事業は、現実の支配は同一人にあり、かつ、従業員と得意先関係は以前と同じ状態で、有限責任会社の形で継続されていることに注目して、有限責任会社の責任を認め、控訴裁判所もこの判決を是認した。最高裁判所は、労働契約法上、合資会社と有限責任会社との間の契約は事業譲渡であると解されるので、労働契約法7条2項により、事業譲渡後は、新しい使用者（有限責任会社）が賃金の支払義務を負うとする一方で、事業譲渡前の賃金については、会社間の契約全体を考慮に入れ、有限責任会社の株式資本を有する、合資会社の所有者の1人の息子がその有限責任会社の事業の現実の支配を有しているとは考えられないとして、有限責任会社は以前の合資会社の所有者によって支配されていると認定した。そして、事業の譲渡は、賃金支払義務を免れる一方で、異なった会社の名の下で事業を継続するために行われたとして、法人格の否認を認めた。すなわち、賃金保障法の誤用は許されるべきではないことを根拠として、法人格否認がなされた。

このように、判例上は、賃金保障法を誤用するために、株主がその権限を濫用したことが、賃金支払との関係で、法人格を否認する根拠となっているが、親会社と子会社との間に真の事業上の関係がないこと、会社の創業者としても

16) トゥルク控訴裁判所の1989年12月8日判決（HO Turku 1989-T-1121）は、3つの会社の本社が同じ場所にあり、3つの会社の所有者が同じであり、同じ者が経営者であったという事案において、それらの会社は1つの主体を形成しており、現実には、どの会社が、従業員の労働から利益を得ていたか明らかではないとして、法人格を否認した。

行動する1つの主体に権限が集中していること、親会社および子会社の経営者が共通すること、会社の従業員が会社間で移籍していることおよび複数の会社と同じ経済上の目的を有していることなどがファクターとして上げられている。

他方、最高裁判所が、間接責任を認めた歴史は古く、親会社または兄弟会社が会社の倒産手続きにおいて債権を有することを主張したのに対し、1929年1月29日判決（KKO 1929-II-54）は、倒産会社は、親会社または兄弟会社から別個独立の存在ではないとして、その債権に係る配当を認めなかった。

5 ギリシャ

(1) 資本欠損時の対応

純資産が株式資本の2分の1を下回った場合には、取締役会は、その事業年度の末日から6か月以内に、会社を解散すべきか、他の措置をとるべきかを決定する株主総会を招集しなければならない（株式会社法47条）。そして、純資産が株式資本の10分の1を下回り、かつ、株主総会が何らの措置も講じない場合には、正当な利益を有する者の申し立てにより、裁判所の裁判により、会社を解散することができるものとされている（株式会社法48条）。裁判所は、それが無益であると根拠をもって判断できる場合を除き、判決を下す前に、解散原因を治癒するための合理的な猶予期間を与えることとされており、その期間は2か月以上6か月以下とすることができ、さらに3か月延長することができる。

取締役は、会社がその債務を弁済することができなくなってから15日以内に、倒産手続きの開始を申し立てないと、開始を申し立てるべき日と実際に倒産宣告された日との間に発生した会社債務について弁済責任を負うことがある（倒産法（法律3588/2007）98条1項、5条2項）。また、過失または故意による、その行為または不作為により会社の倒産をもたらした取締役は、会社債権者に対して、弁済責任を負う（倒産法98条2項）。

取締役は、会社の経営にあたっての過失に起因する損害を賠償する責任を負

うとされ、とりわけ、会社の真の状況を隠べいする貸借対照表の不実記載あるいは不記載について責任を負うとされている(株式会社法22a条1項)。ただし、取締役が、慎重なビジネスマンとしての注意を払って会社の経営を行っていたことを立証すれば責任を免れることができ、この責任は、株主総会の適法な決議に基づいてなされた、または、十分な情報に基づき、かつ、会社の利益のみを図って行った合理的な事業上の決定に該当する作為または不作為については生じないとされている(株式会社法22a条2項)。

(2) 社員・株主の債権の劣後

社員の会社に対する貸付金の劣後規定が有限会社法(法律3190/55)には設けられている。すなわち、倒産の場合には、経営に重要な影響を与えることができる社員の会社に対する貸付金は劣後するものとされ、社員からの貸付金については担保を設定することできない(32条1項)。また、他の債権者への弁済に支障をきたすときは、会社は社員に対して弁済を拒絶できる(32条2項)。

(3) 法人格の否認

法人格の否認は認められている¹⁷⁾。法人格の否認は、とりわけ、企業集団について議論がなされており、両方の会社を1人の株主が直接的にまたは密接関連者を通じて間接的に完全にまたは実効的に支配しているか、両方会社のすべてのまたはほとんどの株式を保有しており¹⁸⁾、1人の株主が直接的にまたは選任した藁人形を通じて間接的に両方の会社の取締役または経営者としての権

17) 詳細については、英語文献としては、Dimitris K. Avgitidis (1996), *Groups of Companies: The Liability of the Parent Company for the Debts of its Subsidiary*, pp.5-6 ギリシャ語文献としては、Λιακόπουλος, *Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στη νομολογία*, 1993, ΔΙ 3, pp.54-59, Αυγητίδης, *Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στο δίκαιο της ΑΕ, στο Δίκ της ΑΕ, Τομ.1* (Εισαγ.Μερ. και Γενικές Διατάξεις- άρθρα 1-7) (επιμ.Ε.Περάκη), 2002, αρ.4-10, pp.245-247 など参照。

18) Piraeus 控訴裁判所判決1277/1990; 破毀院判決1046/1990; 同591/1988; Piraeus 第一審裁判所判決1990/1988。

限を行使しており¹⁹⁾、かつ、その会社自体が背後者である自然人の藁人形または表向きの顔になっているかのように活動していると認められる²⁰⁾ことが、判例上の要件である。

もっとも、学説上は、裁判所がこれらの規準を恣意的に適用しているきらいがあるという批判があり、1人または複数の自然人が会社を設立しており、それば、法人を用いた企業活動を行う権利の濫用にあたる場合にのみ法人格は否認されるべきであると論じられている²¹⁾。たとえば、法律上または契約上の義務を潜脱するために会社を設立し、用いている場合や第三者に経済的損害を与えるために会社を用いている場合には法人格が否認されるべきであるといわれている。

6 アイルランド

(1) 資本欠損時の対応

取締役は、純資産が払込済資本の2分の1を下回ったときには、これに対して何らかの措置をとるべきか、とるべきであるとすれば、どのような措置をとるべきかを検討するため、そのような欠損が発生したことを知った日から28日以内に56日以内の日を会日とする臨時株主総会を招集しなければならない(1983年会社(改正)法40条1項)。そのような株主総会を招集しないことを故意に承認し、または許容し、または招集すべき期間を経過した後に、株主総会を招集しないままにしておくことを故意に承認し、または許容した取締役は罰則の対象となる(1983年会社(改正)法40条2項)。

連合王国における不当取引とパラレルな制度として、無謀取引(reckless trading)に関する規定が設けられている。すなわち、1990年会社法138条によ

19) Athens 控訴裁判所判決8734/1986; Piraeus 第一審裁判所判決230/1988; Piraeus 第一審裁判所判決1900/1988.

20) Piraeus 控訴裁判所判決1514/1988; Athens 控訴裁判所判決11452/1986.

21) K.Pampoukis (1991), *Law of the Company Limited by Shares*, Issue A, 3rd ed., p.379, L. Georgakopoulos (1995), *Law of the Companies*, vol. I, pp.551 - 552.

る改正後1963年会社法297A条1項は、会社の解散などの過程において、ある者が、会社の役員（officer）である間に、故意に会社の事業を無謀な（reckless）方法で遂行した者であった、あるいは、故意に会社の債権者またはその他の者の債権者を害する意図をもって、または詐欺の意思で、会社の事業を遂行した者であったと認められるときは、裁判所は、管財人、検査役、清算人または会社の債権者もしくは出資者（contributory）の申立てにより、適当と考えるときは、当該者が、責任の限定なく、裁判所が指定する会社の債務その他の負債の全部または一部の支払義務を負うことを宣言することができるものと定める。同条2項は、(a)会社の役員は、その事業を遂行した者であり、かつ、同じ地位にある者に合理的に期待される通常の知識、技能および経験に照らし、自己の行為または会社の行為が会社債権者全体またはその一部に損害を与えることを知るべきであったとき、または、(b)会社を代表して債務を約定した者であり、会社がその債務を弁済期に（偶発負債および見積負債を考慮に入れた）他の債務ともども弁済することができるという合理的な根拠があると誠実に考えなかったときには、故意に会社の事業を無謀な（reckless）方法で遂行したとみなされると規定する。

他方、2項(b)に示されている根拠に基づいて、命令を発することが適当かどうかを判断するにあたって、裁判所は、その債権者が、会社がその債務を負担した時に、会社の財政状態を知っていたかどうか、また、知っていたとしても、債務の負担に同意を与えたかどうかを考慮に入れなければならないとする（4項）。

そして、裁判所は、この宣言を行うときに、宣言に実効性を与えるために、適切と考える追加的指示を行い、とりわけ、この宣言に基づいてある者が負う債務について、会社がその者に対して負う債務または義務、その者、もしくは、その者のために会社その他の者が有し、または責任を負う者からのまたは負う者を通じた譲受人²²⁾であると主張する者もしくはその者のために行為する会社その他の者の会社の財産上のモーゲージ、担保権、モーゲージまたは担保権に対する権利に対する担保権を設定し、また、そのような担保権を実行するた

めに必要な命令を折にふれて下すこと、および、本条の下で取り戻される金額が、ある者またはあるクラスの者に、宣言において定められる金額または割合で、時期に、それらの者の中での優先順位に従って、支払われるべきことを定めることができるとされている（7項）。

なお、この規定との関連での「役員（officer）」には、取締役や秘書役など（1963年会社法2条1項）のほか、監査人、清算人、管財人または影の取締役（会社の取締役会がその者の指示（directions or instructions）に従うことを常とする者。1990年会社法27条1項）が含まれる（10項）。

さらに、1990年会社法139条は、裁判所に対して、いかなる種類の会社の財産であれ、譲渡、移転、モーゲージ、担保、貸付によってまたは直接または間接を問わず、作為または不作為により処分されたことおよびその処分が会社、その債権者または社員に対する詐害を働く結果になることを示すことができたときには、清算中の会社の清算人、債権者または出資者の申立てにより、裁判所は、それが公正かつ衡平であると考えるときには、その財産またはその財産の売却もしくは変化の代金を使用し、支配しまたは占有すると考えられる（appear）者に対して、それを交付しまたはそれについての額を、裁判所が適切である（fit）と考える条件を付して、清算人に対して支払うことを命じることができるとしている（1項）。ただし、命令を下すことが公正かつ衡平であるかどうかを判断するにあたって、裁判所は、申立ての対象となっている財産に対する権利を善意（*bona fide*）かつ有償で取得した者の権利を考慮に入れなければならない（3項）。

なお、取締役の資格剥奪制度も設けられている（1990年会社法160条）。

22) 「譲受人」には、責任を負う者の指示に基づき、その者に対し、またはその者のために債務、義務、モーゲージまたは担保権が設定され、発行されまたは移転され、持分が創設された者を含むが、有償の約因（婚姻による約因を含まない）による、善意、かつ、その宣言がなされる根拠となった事柄についての通知を受けていない譲受人を含まない（10項）。

(2) 法人格の否認

Salomon v. Salomon & Co. Ltd. [1897] AC 22が先例的価値を有しているが、法人格が否認される可能性があるものとして、代理関係が存在する場合^{23、24)}、会社が法的義務を回避するメカニズムとして用いられている場合 (*Cummings v. Stewart* [1911] 1 IR 236, *Mastertrade (Exports) Ltd. v. Phelan* [2001] IEHC 171)、企業集団において、その事案における正義を実現するためには、その企業集団内の会社を1つの経済的主体とみなすべき場合²⁵⁾ および裁判所の命令の遵守を確保するために法人格を否認する必要がある場合 (e.g. *Dublin County Council v. Elton Homes Limited* [1984] ILRM 297.この事案では、会社に対する差止命令に加え、会社の取締役に対する差止命令も発せられた) が挙げられている。

23) ただし、*Smith, Stone and Knight v. Birmingham Corporation*, [1939] All ER 116が挙げた6つの規準については、一般的に適用できるものではなく、本判決に限定して、妥当するものと理解すべきであると指摘されている (Keane, R. (2000) *Company Law*, 3rd ed., p.130)。

24) なお、Gibson 判事は、*Munton Bros Limited v. Secretary of State*, [1983] NI 369において、会社が株主の代理人であると認めることには謙抑的であるべきであるが、子会社が親会社の代理人であると認めることについて謙抑的であるべきこととは異なると判示した。これに対しては、たとえば、Courtneyが、社員・株主が自然人であるか法人であるかということには依存しないと考えるべきであるとの批判を加えている (T.B. Courtney (2002), *The Law of Private Companies*, 2nd ed., p.216)。

25) *DHN Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlet London Borough Council* [1976] 3 All ER 462 [Denning L.J.], *Power Supermarkets Ltd. v. Crumlin Investments Ltd. and Dunnes Stores (Crumlin) Ltd.* (22 June 1981, unreported, High Court [Costello J]), *Re Bray Travel and Bray Travel (Holdings) Ltd.*, (July 13, 1981, unreported, Supreme Court). 他方、*The State (McInerney & Co Ltd.) v. Dublin County Council* (12 December 1984, unreported, High Court) などは、法人格の否認を認めなかった。また、*Allied Irish Coal Supplies Ltd. v. Powell Duffryn International Fuels Ltd.* [1998] 2 IR 519 (High Court), [1998] 2 IR 529 (Supreme Court) も、*Salomon* 判決に言及して、親子会社関係という密接な関係があることのみでは、親会社が子会社の債務について責任を負わないものとした。

7 イタリア

(1) 資本欠損時の対応

資本の欠損が法定資本の3分の1を超えているが、純資産が最低資本金額を超えている場合には、取締役会²⁶⁾は、直ちに、株主総会を招集しなければならない。また、会社の財政状態についての報告書を作成し、監査役会または監査人の意見を付して、閲覧に供さなければならない。次の事業年度の末日において、欠損が法定資本の3分の1以下になったときは何もしなくてよいが、そうでないときは、欠損額に相当する額だけ法定資本を減少しなければならない。株主総会が減資の決議をしない場合には、取締役会と監査役会は地方裁判所に対して、強制的な減資を命ずることを申し立てる義務を負う（市民法典2446条）。もちろん、株主総会は、1年待つことなく、減資の決議をすることができるし、法定資本を増加することなく、出資することもできる。

他方、資本の欠損が法定資本の3分の1を超えており、かつ、純資産が最低資本金額を下回っている場合には、取締役会（取締役会が招集しないときは監査役会）は直ちに株主総会を招集し、減資の決議を行い、かつ、最低資本金額に純資産が達するような出資をすることにつき合意するか、会社を組織変更する決議をするか（市民法典2447条）のいずれかを株主総会に求めなければならない。株主総会がいずれの決議もしない場合には、会社は解散する（市民法典2484条1項4号）。

取締役会が、2484条に従って解散の手続きを行わなかった場合あるいは遅延した場合には、取締役は、会社、株主および第三者に対して損害賠償責任を負う（市民法典2485条）。また、取締役会が、2446条または2447条に違反した場合には、取締役は、一般原則を定める市民法典2392条²⁷⁾および2393条²⁸⁾により、会社に対して損害賠償責任を負うほか、2394条により会社債権者に

26) 3つの機関構造が認められているが、ここでは、従来型の機関構造を有する株式会社を前提とする。

対する損害賠償責任を負う。すなわち、2394条は、取締役は会社財産の維持に関するその任務を懈怠したことにつき、会社債権者に対して損害賠償責任を負うとし、会社債権者²⁹⁾は、会社財産がその債権の満足を得るために不十分である場合には訴えを提起することができるとする。さらに、2395条は、取締役の悪意、詐害または過失の結果、直接損害を被った個々の株主または第三者が、損害賠償の一般原則に基づいて、損害賠償を求めることができることを明らかにしている。

なお、事実上の契約関係 (rapporti contrattuali di fatto) により、債務を負うことがありうると、民法の解釈上解されており³⁰⁾、従来、罰則³¹⁾との関係で発展してきた事実上の取締役 (amministratore di fatto) という考え方が、取締役の民事責任との関係でも意義を有するに至っている³²⁾。たとえば、破棄院

27) 取締役は法令または定款の定めによって課されている任務を受任者の注意をもって遂行しなければならず、そのような任務を懈怠したことによって会社に与えた損害を賠償する責任を負う。また会社の経営全般を監視し、または会社に不利益を与える行為に気づきつつ、その行為を防止し、またはその有害な結果を除去あるいは軽減するためになしえたことをしなかった場合には、損害賠償責任を負う。

28) 取締役に対する責任追及の訴訟は株主総会の決議に基づいて提起するものとされ、その決議は年度決算書の承認の際にすることができる。

29) 破産または特別清算の場合には、破産管財人または清算人も訴えを提起することができる。会社が取締役に対する訴権を放棄した場合であっても、債権者が行使することは妨げられない。

30) E. Betti (1957), *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, I, 1957, p.353, L. Ricca (1965), *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*. 最近のものとして、たとえば、Tranfaglia M. Elena e Piccini Elisabetta (2010), *I rapporti contrattuali di fatto*がある。

31) e.g. Cass. Torino, 3 dicembre 1884, *Riv. pen.* (*Rivista penale*), 1885, p. 331. Cass. pen., 16 febbraio 1933, *Ann. dir. proc. pen.* (*Annali di diritto e procedura penale*), 1934, I, p. 357, Cass. pen., 28 febbraio 1936, *Ann. dir. proc. pen.*, 1937, p. 181, Cass. pen., 18 dicembre 1942, *Giur. it.* (*Giurisprudenza italiana*), 1943, II, c. 39, Cass. pen., 19 dicembre 1952, *Giur. compl. Cass.pen.* (*Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione – sezioni penali*), 1952, II, p.412, Cass. pen., 29 maggio 1954, *Giust. pen.* (*La Giustizia penale*), 1954, II, p.918, Cass. pen., 23 marzo 1954, n. 791, *Giur. compl. Cass. pen.*, 1954, II, p. 334.

は、事実上の取締役とは、株主総会により適法に選任されていないにもかかわらず、会社の業務を経営者として反復・継続的に行っている者としている³³⁾。そして、責任が認められるか否かの判断にあたっては、当該行為が経営者としての権限の範囲内であるか否かが重要であると指摘している（Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906, *Giust. civ. (Giustizia civile)*, 2002, I, 952, e Cass. 14 settembre 1999, n. 9795)。

また、市民法典は明示的には定めていないが³⁴⁾、倒産法 217 条 4 号が罰則を定めていることから、会社が支払不能となったときは、倒産手続き開始を申し立てる義務があると解されている³⁵⁾。

(2) 法人格の否認

2003 年改正³⁶⁾ 前市民法典 2362 条は、会社の支払不能の場合、株式が 1 人のみ帰属していたことが明らかである期間中に生じた会社の債務については、この者が無限に責任を負うと定めていたが、現在はそのような規定は設けられていない。他方、法人格の濫用をめぐる議論³⁷⁾ はこれまでもなされてきた³⁸⁾。

法人格の否認の効果を説明するために、まず、隠れた企業家 (*imprenditore*

32) Franco Bonelli (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, p.131.

33) e.g. Cass. 12 marzo 2008, n. 6719, *Giur. comm.*, 2009, II, 309, Cass. 23 aprile 2003, n. 6478, Guida al Diritto, n. 26/03, p. 56, Cass. 14 settembre 1999, n.9795, *Giur. it.*, 2000, 1434, Cass. 6 marzo 1999, n.1925, *Giust. civ. Mass. (Giustizia civile - massimario annotato dalla Cassazione)*, 1999, p. 511. See also Cass. pen., 16 febbraio 1933, *cit.*

34) 1882 年商法典 685 条は明示的にこのような義務を定めていたが、現在の民法典が明文の規定をもたないことから、反対解釈して、そのような義務はないと解する余地もある。しかし、多数説は、倒産法の基礎的原則と目的に照らして、そのような反対解釈は適切ではないという立場をとっている。See e.g. Umberto Navarrini (1939), *Trattato di diritto fallimentare second la nuove legislazione*, 3^a ed., Nicola Zanichelli, p.109.

35) e.g. Piero Pajardi (2004), *Codice del fallimento*, 5^a ed., Giuffrè, p.61, Giuseppe Ragusa Maggiore (1994), *Istituzioni di diritto fallimentare*, 2^a ed., CEDAM, pp.70 - 72.

36) D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge delega 2 ottobre 2001*, n. 366.

occulto) という理論構成が提唱されてきた。すなわち、企業家 (imprenditore) とは、財またはサービスを生産し、または流通させるために組織的に、経済活動を専門的に引き受ける者であるとされており (市民法典2082条)、企業家は、その活動を自己の名において引き受けるのが原則である³⁹⁾。しかし、企業家は、リスク負担を軽減するために、会社形態 (とりわけ、過少資本の会社形態) を用いるのが現実であることに鑑み、隠れた企業家という法律構成が提唱され⁴⁰⁾、この法律構成によって、会社の背後者の責任を認めることの可能性が論じられてきた⁴¹⁾。

なお、破産法147条1項は、会社の破産宣告にあたって、無限責任社員の破産を宣告するという形で、責任の拡張を定めている。これは、社員は、会社を通じて事業を行う「間接的な企業家」という根拠に基づくものである⁴²⁾。しかし、これは、無限責任社員についての規定であるため、人的会社または株式合資会社については適用があるものの、株式会社の株主については適用がないという限界を有している。他方、同条2項は、会社の存在は明白であるときの隠れた社員の責任に関するものであるが、これは、これは会社の存在も明らかではない場合の隠れた社員の責任にも適用されると解されており、隠れた企業家の責任という考え方を反映していると評価されている。

37) N. Distaso (1971), *Superamento della personalità giuridica nei casi di abuso della stessa e ordinamento giuridico italiano*, in : Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, p.161 e ss. F. Galgano (1983), *Le società e lo schermo della personalità giuridica*, *Giur. comm.*, 1983, I, 14 ss 参照。

38) See App. Roma, 19 febbraio 1981, *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 145, App. Roma, 28 ottobre 1986, *Giur. it.*, 1987, I, 2, c. 460 e Trib. Genova, 3 aprile 1984 (citata da Francesco Galgano (1987), *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, *Contratto e impresa*, 1987, p.377)。

39) e.g. C. Angelici e G.B. Ferri (a cura di) (1991), *Manuale di diritto commerciale*, pp. 101 ss.

40) Walter Bigiavi (1957), *L'imprenditore occulto*, *Id.* (1962), *Difesa dell'imprenditore occulto*.

41) 判例上も学説上も、必ずしも広い支持を受けてきたわけではないが、検討の対象とはされてきた。See also Cass., 11 novembre 1986, n. 6596, *Mass. Foro it.*, 1986, 1324 e ss..

42) Walter Bigiavi (1957), *L'imprenditore occulto*, pp.89 e ss.

また、特定の事業のために財産の分離を行うことが認められているが（市民法典2447bis条以下）、2447*quinquies*条は、財産の分離が行われた場合であっても、会社は、不法行為から生じた債務については無限に責任を負うと定めており、このことは、株式会社などについて、会社の不法行為（*fatto illecito*）に関して、法人格を否認する途を開いたと評価されている⁴³⁾。

以上に加えて、不法行為に基づく責任との関連で、法人格の否認が認められる余地があるということが学説上受け入れられている⁴⁴⁾。これは、有限責任は絶対的なものではないと解されているためである⁴⁵⁾。そして、有限責任の原則は、法人に適用される特別のルールに従い、会社の機関に関する規範に従っていることを前提としていと考えられている⁴⁶⁾。Galganoは、株式会社においては、株主が会社債権者に対して責任を負わない代わりに、会社の適切な管理運営を確保するための厳格な統治組織と会社財産の健全性を確保する規律が定められていると指摘し⁴⁷⁾、この前提を欠く場合には、市民法典2740条が定める責任の一般原則が適用されると主張した⁴⁸⁾。

43) B. Inzitari (2003), I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.), *Contratto e impresa*, 2003, p. 164. See also G. Giannelli (2004), sub. art. 2447 - *quinquies*, in : G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres (a cura di), *Società di capitali, commentario*, Jovene, pp.1240 - 1241, C. Comporti (2003), sub art. 2447 *quinquies*, in : M. Sandulli e V.Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, vol. 2, tomo II, G. Giappichelli, p. 986 e ss.

44) Fulvio Mecenate (1993), La teoria della persona “relativa”, l’amoeba giuridica di Carnelutti : i precedent storici della teoria delle forme intermedie di soggettività, *Rassegna di diritto civile*, 1992, 2, Claudio Capponi (1988), Superamento della personalità giuridica?, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol.86, fasc. 1/2.

45) Francesco Galgano (1965), Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica, *Riv. dir. civ. (Rivista di diritto civile)*, 1965, I, p. 619. See also T. Ascarelli (1954), Considerazioni in tema di società e personalità giuridica, *Riv.dir. comm. (Rivista dei diritto commerciale)*, 1954, I, p.202.

46) Francesco Galgano (1965), Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica, *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 624 e 630,. Pavone la Rosa (1967), La teoria dell’*«imprenditore occulto»* nell’opera di Walter Bigiavi, *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p.669, nota 84.

(3) 社員・株主の債権の劣後

破棄院は、1980年に、株主からの資金が将来の資本増加のために区分されていた場合には、株主はそれを資本として扱う意図を有していたと推定されると判示した (Cass., 3 dicembre 1980, n.6315, *Giur. comm. (Giurisprudenza Commerciale)*, II, 895 (1980))。これを背景として、下級裁判所も株主からの借入金をその性格に応じて、資本であると法性決定することがしばしば見られる⁴⁹⁾。

他方で、2003年1月17日法律による改正により、有限会社および企業集団に属する株式会社について、株主からの借入金の劣後化が規定された。すなわち、会社が破産した場合には、貸付が会社の純資産に照らして過度に不均衡な結果をもたらす時またはより多くの資本を確保することが合理的であった時になされた株主・社員の会社に対する貸付金等は、その他の債権者が有する債権に劣後し、破産宣告前1年以内に株主に弁済されたものについて株主は会社に返還しなければならないものとされた (市民法典2467条、2497*quinquies*条)。

8 オランダ

(1) 資本欠損時の対応

払込済株式資本および払込催告済株式資本の2分の1を超える資本の欠損が

47) Francesco Galgano (1965), *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 630. See also G.L. Pellizzi (1978), *Personalità giuridica e infrazioni valutarie*, *Banca, borsa e titoli di credit.*, 1978, I, p.267.

48) Francesco Galgano (1965), *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p.566.

49) Trib. Milano, 5 dicembre 1988, *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 75, Trib. Milano, 25 marzo 1993, *Società* 1993, 534, Trib. Treviso, 18 dicembre 2001, *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, II, 723, Trib. Milano, 28 giugno 2001, *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, II, 723. *For details, see* L. Parrella (2002), *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, pp. 17ff., G. Tantini (2004), *I versamenti dei soci alla società*, in : G.E. Colombo e G. B. Portale (dir.), *Trattato delle società per azioni*, Vol.1/3, UTET, pp.795ff..

生じたことを把握したときまたは明白なときは、3か月以内に、取締役会は、株主総会を招集しなければならない（民法典2:108a）。監査役会も株主総会を招集することができる（民法典2:109）。株主総会を招集しない場合には、取締役および監査役は、破産の場合の責任の一般原則を定める2:138条に基づいて、善管注意義務に違反したことを理由として、会社に対して損害賠償責任を負うことがある。すなわち、取締役は、その任務を不適切に行っていたことが明白であり、かつ、それが倒産の重要な原因となったことが説得力を有するときには、他の資産の換価によっては破産財団が満足を得ることができなかった限度において、会社の負債について連帯して責任を負う。そして、2:10条または2:394条に定められている義務を順守していなかった場合には、任務を不適切に行っていたことにあたり、そのような不適切な任務の遂行が倒産の重要な原因となったと推定される（2:138条2項）。2:394条は年度決算書の公示を定めているが、2:10条1項は、業務執行者は法人の財政状態およびその活動に関連するすべてのことを管理し、法人の権利義務をいつでも確かめることができるように活動に関連する帳簿、記録およびデータベースに記録しなければならないと定めている。

ただし、倒産状態にある会社の取締役会に倒産手続き開始を申し立てる義務を定める明文の規定はなく、申し立てなかったことについての罰則も定められていないため⁵⁰⁾、会社債権者は、取締役の対第三者責任の一般原則にしたがって、損害賠償を求めることになる。たとえば、*Beklamel* 判決⁵¹⁾ は、会社が債務を履行することができないことを知り、または知るべきであったにもかかわらず、新たな取引を行うことを承認した取締役は、取引先（債権者）に対して損害賠償責任を負うとしている⁵²⁾。

50) cf. Cecile M. Bervoets (2005), Die Haftung von Vorstandsmitgliedern niederländischer Kapitalgesellschaften, in : Susanne Kalss, *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, Linde, S.632.

51) HR 6 october 1989, NJ (*Nederlandse Jurisprudentie*) 1990, 286 (m.nt. J.M.M. Maeijer).

(2) 法人格の否認

1977年のオランダ法曹協会の大会において、法人格の否認が、主として、子会社の債権者に対する親会社の責任という形で論じられ⁵³⁾、これまでのところ、不法行為法、取締役の責任および同一視 (Vereenzekviging)⁵⁴⁾ という形で、法人格の否認が実現されている。

すなわち、まず、最高裁判所は、*Osby-Pannan/Las* 事件判決⁵⁵⁾ において、親会社の子会社の経営に対して影響力を及ぼし、子会社の事業の性質に照らして、子会社の新たな債権者が子会社が十分な資産を有していないために害されることを親会社が知り、または知るべきであったときには、親会社の子会社の債権者に対して不法行為責任を負うと判示した。

また、親会社の子会社の日常の経営に重要な影響を与えている場合には、取締役に従ずる者として取締役が任務を懈怠した場合の責任を負うと解されている⁵⁶⁾。すなわち、上述した民法典2:138条の責任は、事実上の取締役も負うこととされており (2:138条7項)、親会社は事実上の取締役にあたることもありうるというのが、立法過程における理解であった⁵⁷⁾。

52) 契約債権者ではない債権者や支払不能状態になる前に債権を取得した債権者の保護は、この理論では図ることができない。そこで、株式会社の資本による保護に関する法についての報告書 (M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *Versoepeling van het BV-Kapitaalbeschermingsrecht*) では、連合王国における不当取引の規定に対応するような、倒産手続き開始を申し立てなかったことに対する責任について明文の規定を設けることが提案された (pp.89-92)。

53) H.L.J. Roelvink (1977), *Door rechtspersonen heen kijken*. Preadvies voor de Nederlandse Juristen - Vereniging, *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen - Vereniging*, Part I, M.J.G.C. Raaijmakers (1977), *Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen*. Preadvies voor de Nederlandse Juristen - Vereniging, *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen - Vereniging*, Part I.

54) S.M. Bartman and A.F.M. Dorresteyn (2000), *Van het concern*, p.219.

55) HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (m.nt. J.M.M. Maeijer).

56) M.L. Lennarts (1999), *Concernaansprakelijkheid*, pp.185-186.

57) See M.L. Lennarts (1999), *Concernaansprakelijkheid*, pp.185-186, S.M. Bartman and A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, p.237.

さらに、同一視によって、複数の会社が1つの法人であるかのように取り扱われ、一方の会社の行為と負債が他方の会社に帰属するかのように扱われる⁵⁸⁾。この法理は、たとえば、*Heuga* 判決⁵⁹⁾ において認められた。同一視がなされるか否かにあたっては、一方の会社が他方の会社を支配しているか否かが最も重要な要件とされているが⁶⁰⁾、会社の経営に対する濃密な関与、第三者による信頼、資産の混同、株主、取締役、住所などの重複・共通なども重要な判断要素である⁶¹⁾。もっとも、判例上、同一視が認められることは少なく、活動の密接な混同のみでは同一視が認められないし、ほとんどすべての株式を保有する株主と会社とが1つの経済的統合体を形成している場合であっても、通常は、その株主が会社の契約上の債務について弁済責任を負うとされるわけではない⁶²⁾。そして、学説上も、同一視は、制限的に適用されるべきであるという見解が多数を占めている⁶³⁾。

58) H.L.J. Roelvink (1988), De "corporate veil" in recente rechtspraak, in : S.C.J.J. Kortman, A.V.M. Struycken *et al.*, *Van vennootschappelijk belang*, p.217, S.M. Bartman (1996), *Vereenzelviging als methode van rechtsvinding; lange slagen snel thuis?*, WPNR, 6248, p.877.

59) HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 (m.nt. J.M.M. Maeijer). 完全親会社が完全子会社の取締役でもあり、完全親会社のただ1人の取締役が完全子会社の取締役としての職務を遂行していたという事案に関するものである。

60) S.M. Bartman and A.F.M. Dorresteyn (2000), *Van het concern*, p.220.

61) K. Vanderkerckhove, *Vereenzelviging en het doorbreken van de rechtssubjectiviteit van verbonden vennootschappen*, T.R.V. 2000, p. 277. See also R.C. van Dongen (1995) *Identificatie in het rechtspersonenrecht* pp.262 - 263.

62) K. Vanderkerckhove, *Vereenzelviging en het doorbreken van de rechtssubjectiviteit van verbonden vennootschappen*, T.R.V. 2000, p. 277.

63) See *e.g.* A.L. Mohr (1996), *Vereenzelviging; beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport*, WPNR, nr. 6243, p.790. See also L. Lennarts (1999), *Concernaansprakelijkheid*, p.243, L. Timmerman (1996), *Doorbraak van aansprakelijkheid; de kern van enige recente ontwikkelingen*, TVVS 1996, p.137, L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood - Wessels en J.A.W. Schreurs (1993), *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, pp.888 - 893.

（3）株主・社員の債権の劣後化

法令上の明文の規定はなく、裁判例も分かれている。2008年12月17日アムステルダム地方裁判所判決（Rechtbank Amsterdam 17 december 2008, JOR 2009, 171）は、法令に明文の規定がないことを理由として、劣後化は認められないとしたが、たとえば、2005年11月5日アムステルダム控訴裁判所判決（Gerechtshof Amsterdam, 5 november 2005, JOR 2007, 51）や2010年7月7日ブレダ地方裁判所判決（Rechtbank Breda, 7 juli 2010, JOR 2010, 293）は、株主の会社に対する貸付金の劣後化を認めている。

9 ポルトガル

（1）資本欠損時の対応

会社の年度決算書または臨時決算書に基づき、株式資本の2分の1にあたる欠損が生じたことが明らかになったとき、あるいは、いつでも、そのような欠損が生じたと考える正当な理由があるときは、その状況を知らせ、適切な措置を講じることを目的として、業務執行者は直ちに総会を招集し、または取締役会は速やかに総会を招集しなければならない（商事会社法35条1条）。会社の純資産が会社の株式資本の2分の1以下であるときには、株式資本の2分の1が欠損したとみなされる（商事会社法35条2項）。そして、その株主総会の招集通知には、少なくとも、議題として、会社の解散、純資産を下回らない額までの株式資本の減少（減資）、会社の資本を回復するための社員による出資を含めなければならない（商事会社法35条3項）。

業務執行者または取締役は、故意または害意をもって行っただのではないことを証明できない限り、その法律上または契約上の義務の懈怠に起因する行為または不作為によってもたらされた損害を賠償する責任を負う（商事会社法72条1項）。また、会社の財産の保全のための法令または定款の規定に故意に違反したことによって、会社財産が会社の債務を弁済するに足りなくなったときには、業務執行者または取締役は会社債権者に対して責任を負う（商事会社法78条1項）。会社が有する損害賠償請求権を会社または社員が行使しない場合

には、民法典（Código Civil）606条から609条の規定に従って、会社債権者はそれを代位行使できる（商事会社法78条2項）。さらに、業務執行者または取締役は、その任務の遂行から直接生ずる損害を被った社員または第三者に対して損害賠償責任を負う（商事会社法79条）。

(2) 社員・株主の責任

社員が1人のみの会社が破産宣告を受けた場合には、その社員は、すべての持分または株式を有するに至った後に会社が負担した債務について、すべての持分または株式を有している期間中、会社の純資産がどのように債務の弁済に充てられるべきかを定める法律の規定が遵守されていなかったときには、無限責任を負う（商事会社法84条1項）。この規定は、社員の数が複数に復した後に、会社が破産宣告を受けた場合にも適用される（商事会社法84条2項）⁶⁴⁾。

(3) 社員・株主の債権の劣後

倒産時には、社員の会社に対する債権は劣後するものとされている（商事会社法245条3項）。

64) なお、自分のみでまたは社員間契約に署名した他の社員と併せた行使可能議決権に照らして、業務執行者、取締役または監督役員を選任することができる社員は、その社員および社員間契約署名した他の社員が議決権を行使し、その行使した議決権数が出席し、または代理された他の社員の行使議決権の2分の1以上であった結果、当該選任決議がなされた場合において、被選者が会社または社員に対して損害賠償責任を法的に負うときには、当該被選者と連帯して損害賠償責任を負い、その選任について過失があったとされる（商事会社法83条3項）。同様に、自分のみでまたは社員間契約に署名した他の社員と併せた契約上の権利または有する議決権数に照らして、業務執行者、取締役または監督役員を解任し、または解任を求めることができ、かつ、それらの者にある行為または不作為をさせるように不当な影響力を行使した者は、それらの者が、当該行為または不作為のために、商事会社法の下で、会社または社員に対して損害賠償責任を負うときには、連帯して責任を負う（商事会社法83条4項）。

(4) 法人格の否認

判例上、主として、法人格の濫用が認められる場合に、法人格の否認が認められている⁶⁵⁾。

10 スペイン

(1) 資本欠損時の対応

取締役は、会社が支払不能である場合（倒産手続き開始を申し立てなければならない⁶⁶⁾）を除き、会社の純資産が法定資本の50%を下回ったときには、2か月以内に、株主総会を招集しなければならない。そして、株主総会は、会社を解散するか、議題とされている場合には、解散原因を治癒するための措置を決議しなければならない（資本金法363条1項d、365条）。解散原因を治癒する措置としては、最低資本金額を割り込まない限りにおいて、減資することなどがある。

取締役会が株主総会を招集しないとき、あるいは、株主総会において解散が否決され、または決議されなかったときには、利害関係者は、裁判所に対して、裁判による解散を申し立てることができる（資本金法366条1項）。また、取締役は、株主総会において解散が否決され、または決議されなかったときには、裁判所に対して、裁判による解散を申し立てなければならない（資本金法366条2項）。

なお、最低資本金を下回る減資の決議がなされて1年以内に組織変更、解散または株式資本の最低資本金以上への増加が登記されないときは、会社は当然に解散するものとされている（資本金法360条1項b号）。そして、組織変更、解散または株式資本の最低資本金以上への増加が登記されないで1年を経過した後は、取締役は、会社の債務について、連帯して支払う責任を負う（資本金

65) 詳細については、たとえば、Pedro Cordeiro (2008), *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, 3ª ed., Maria de Fátima Ribeiro (2009) *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a "Desconsideração da Personalidade Jurídica"* など参照。

66) この規定は、破産法 (Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal) の改正の際に導入された。

社法360条2項)。

そして、取締役は、2か月以内に、解散を決議するための株主総会を招集せず、または、株主総会の会日として予定された日あるいは解散決議が否決された日から2か月以内に裁判による解散を申し立てなかったとき（あてはまる場合には倒産手続き開始を申し立てなかったとき）には、会社債務について連帯して責任を負う（資本金会社法367条）。

また、倒産手続き開始を申し立てることは資本金会社法上の義務なので、取締役の責任の一般原則を定める資本金会社法236条の適用もある。236条は、法律上の取締役または事実上の取締役は、法律もしくは定款に違反した行為もしくは不作為またはその任務の遂行に必要な義務を果たさなかったことによって、会社、株主及び会社債権者に生じた損害を賠償しなければならないと定めている。

(2) 取締役の責任

破産法の167条から174条は、責任査定手続き（sección de calificación）を定めており、倒産が偶発的（fortuito）なのか有責（culpable）なのかについての判断がなされる（破産法163条、172条）。倒産手続き開始の申し立てが遅れた場合には、「悪意または重過失（dolo e culpa grave）」などが推定されるが、反証は可能である（165条1項1号）。当該倒産が有責であるとされた場合には、会社の法律上または事実上の取締役または清算人、代表者ならびに倒産宣告前2年以内に取締役が行う職務を行った者は、会社債権者が破産財団からの配当によって弁済をうけることができなかった債権の一部または全部について支払うように裁判所によって命じられることがある（破産法172bis条1項）。この場合には、債権者の申立てに基づいて、裁判所はそのような責任を負う者の財産を差し押さえを命じることができる（破産法172bis条2項）。また、有責であるとされた者は、倒産手続きにおいて有しうる権利を喪失し、不当に債務者（倒産会社）または破産財団から取得した財産を返還し（破産法172条2項）、与えた損害を賠償しなければならない（破産法172条3項）

また、裁判所は、有責であるとされた者について、2年から15年の間の期間を定めて、他人の物を管理し、または法人を経営しもしくは代表する資格を有しないものことができるとされており（破産法172条2項）、これは、イギリスにおける取締役の資格剥奪制度に相当する制度であると位置づけることができる。

（3）法人格の否認

法人格の否認（levantamiento del velo jurídico ; penetración en el substratum jurídico de la sociedad）は学説上も判例上も認められている⁶⁷⁾。

まず、1980年1月8日最高裁判所判決は、傍論であるが、法的形式にとられず、会社の背後にいる真の者を見ること（investigar el fondo real de la persona jurídica sin detenerse en la forma）が適切な場合があると判示し、業務執行者に対する請求は会社との関係で時効を中断するかが争われた事件に関する1984年3月28日最高裁判所判決（RJ（Repertorio de jurisprudencia）1984, 2800）は、法人格否認の法理に基づき、会社と株主との厳格な分離を否定した。そして、この判例を踏襲して、会社支配者が会社債権者に対して直接責任を負うことがあることは、下級審裁判例において広く認められている⁶⁸⁾。

（4）社員・株主の債権の劣後

破産法は、会社に対して特別な関係がある者（10％以上〔上場会社の場合

67) e.g. Carmen Boldó Roda (2000), *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 3ª. Edición.

68) José Miguel Embid Irujo (1999), Protección de acreedores, grupo de sociedades y levantamiento del velo de la personalidad jurídica, *Revista de Derecho de Sociedades*, pág. 364. See also Carmen Boldó Roda (2002), Veinte años de application de la doctrina del levantamiento del velo jurídico por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, in : *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, pág. 26, Catalina Ruiz - Rico Ruiz (2000), El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles : Argumentaciones jurídicas, tendentes a reducir su aplicabilidad, *Anuario de Derecho Civil*, Vol.53, N°.3, pág. 923ss.

は5%]以上の持分割合を有する株主など。93条)が会社に対して有している貸付債権は他の債権に劣後するものとしている(92条)。これは、会社の危機時に貸付けられたものであるか否かを問わない。そして、倒産手続きの開始前になされた、劣後化対象債権の弁済あるいはそれに対する担保の供与は、債権者を詐害するものと推定され、推定が覆らない場合には、否認されうる(71条3項)。

11 連合王国

(1) 資本欠損時の対応

公開会社の取締役は、純資産が払込済資本の2分の1を下回ったときには、これに対して何らかの措置をとるべきか、とるべきであるとすれば、どのような措置をとるべきかを検討するための臨時株主総会を招集しなければならない(2006年会社法656条1項)。すなわち、そのような欠損が発生したことを知った日から28日以内に株主総会を招集し、56日以内に株主総会を開催しなければならない(2006年会社法656条2項3項)。そのような株主総会を招集しないことを故意に承認し、または許容し、または招集すべき期間を経過した後に、株主総会を招集しないままにしておくことを故意に承認し、または許容した取締役は罰則の対象となる(2006年会社法656条4項5項)。

(2) 取締役の責任

2006年会社法の下では、取締役は、その権限内で行動する義務(171条)、会社の繁栄を促進する義務(172条)、他者に左右されず経営判断を下す義務(173条)、相当の注意力、手腕および配慮を用いる義務(174条)、利益相反を避ける義務(175条)、第三者から便益を受けない義務(176条)および利害関係を公開する義務(177条)を負うことが明文化されている。そして、これらの規定に違反した場合には、コモンローのルールおよびエクティの原則が適用され(178条1項)、174条の義務を除き、これらの義務は、取締役が会社に対して負っている他の信認義務と同様に強制可能であるとされている(178条2

項)。したがって、取締役がこれらの義務に違反した場合には、会社には、差止め請求、損害賠償、会社財産の原状回復、契約の取消し、得た利益の吐き出しなどの救済を求める権利が認められる。

そして、会社の清算手続きにおいては、清算人が会社の名においてこの権利を行使するが、1986年支払不能法（Insolvency Act 1986）の212条が略式な救済を認めている。すなわち、会社の清算において、清算人、債権者などの申立てにより、会社の役員（取締役、業務執行者、秘書役を含む）などが、会社の金銭その他の財産を不正に使用もしくは取得した場合、または失当行為（misfeasance）もしくは会社との関係における信認義務その他の義務の違反の責任を負うと認められる場合には、裁判所は、それらの者の行為を調査し、裁判所が正当である（just）と考える率の利息を付して、金銭の払戻しもしくは財産の回復を強制すること、または損害賠償として裁判所が正当であると考える額を会社財産に拋出させることができる。

（3）不当取引

支払不能法214条は、不当取引（wrongful trading）について規定している⁶⁹⁾。すなわち、清算人の申立てに基づき、裁判所は、不当取引を行った取締役に対して、裁判所が適当である（proper）と考える額を会社資産に拋出する責任を負う旨を宣告することができる。また、裁判所は、不当取引をした者に対して、

69) 不当取引については、たとえば、齊藤真紀（2001）「子会社の管理と親会社の責任（二）」法学論叢149巻3号17頁以下、佐藤鉄男（1991）『取締役倒産責任論』（信山社）129頁以下、本間法之（1996）「イギリス倒産法における『不当取引 Wrongful Trading』」『民事訴訟法学の新たな展開』（成文堂）574頁以下、中島弘雅（1998）「新再建倒産手続の1つの方向(下)」ジュリスト1142号95頁以下などがある。なお、1986年支払不能法213条は、詐欺的取引について定めており、会社の清算の過程において、会社債権者またはその他の者の債権者を詐害する意図または詐欺的な目的をもって会社の事業が行われたことが明らかになったときは、裁判所は、清算人の申立てに基づき、そのような事業経営を故意に行った者に対して、裁判所が適当である（proper）と考える額を会社資産に拋出する責任を負う旨を宣告することができる。

その者が会社に対して有する債権の劣後的取扱い（支払不能法215条4項）および取締役の資格剥奪（1986年会社取締役資格剥奪法6条）⁷⁰⁾を命じることができる。会社が支払不能による清算に入ったこと、会社の清算手続き開始以前のある時点（支払不能の予見可能時）において、会社が支払不能による清算を回避することができる合理的見込みがないことをその者が知っていた、あるいは、当然にそのように結論付けるべき状況にあったこと、支払不能の予見可能時に、その者が会社の取締役であったこと、および、その者との関係で、支払不能の予見可能時であるといえる状況になった時点以降、会社債権者に対する潜在的な損失を最小限にとどめるために当然にとるべき必要なすべての手段を尽くしていなかったことという要件がみたされれば、不当取引を行ったとされる。この不当取引についての規整は、適法に選任された取締役のみならず、事実上の取締役⁷¹⁾や影の取締役⁷²⁾にも及ぶ。ここで、会社の取締役会がある者の指図に従って行動することを常とする場合には、その者は影の取締役とされる（支払不能法251条）。

(4) 法人格の否認

法人格の否認⁷³⁾については、*Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* [1897] AC 22が支配株主と会社とは別個の法人格を有しているとして、支配株主の会社の債

70) イギリスにおける取締役の資格剥奪について、詳細は、たとえば、中村康江（2001）「英国における取締役の資格剥奪」立命館法学273号2236頁以下（2000）、277号884頁以下、中島弘雅（1999）「倒産責任としての取締役資格剥奪について」『社団と証券の法理』（商事法務研究会）437頁以下参照。

71) 石山卓磨（1984）『事実上の取締役理論とその展開』（成文堂）など参照。

72) 中村信男（1989）「イギリス法上の影の取締役」早稲田大学大学院法研論集51号165頁以下、石山卓磨（1999）「英国法における事実上の取締役と影の取締役の関係」『比較会社法研究』（成文堂）3頁以下、坂本達也（2009）『影の取締役の基礎的考察』（多賀出版）など参照。

73) なお、1985年会社法24条は1人会社の社員の責任を定めていた。すなわち、6か月以上社員が1人しかいないことを知りつつ事業を遂行した社員は、その期間内に契約した会社の債務について会社と連帯して支払義務を負うものとしていた。

務についての弁済責任を否定した。そのため、法人格の否認は、会社の独立した法人格を保護することを正当化できるような事情がないといえるような場合に例外的に許容されるという位置づけが与えられてきた⁷⁴⁾。

まず、不適切な動機（債権者に不利益を与えるというような目的）に基づく資産の移転が法人格否認の根拠となると解されている⁷⁵⁾。

また、法人格の濫用を理由として、法人格の否認が認められることは広く受け入れられている (*Adams v. Cape Industries Plc.* [1990] Ch.433)。もっとも、判例上は、背後にいる株主が現実の状況を隠すために用いている法人が単なる見せかけ (sham) またはうわべ (façade) にすぎない場合に限定されており、背後者の欺もうの意図が重要であるとされている (*Adams v. Cape Industries Plc.* [1990] Ch.433, 542)。ある時期においては、うわべという要件は欺もうの要件と表裏一体の関係にあるととらえられ、しかも、ここでいう欺もうは刑事法上の意味における欺もうであると解され、法人格を否認することによって、会社が脱税した場合において株主に支払を求めることができるという結論を導いた裁判例は多数存在する (*e.g. Regina v. Allen* (1999) T.L.R. 13.10.1999, *Re H and others* [1996] 2 All E.R. 401)。しかし、近年では、刑事法上の意味における欺もうに限定せず、法人格を否認する傾向がみられるようになっている (*e.g. Trustor AB v. Smallbone* (No.2) [2001] 3 All ER 987)。

さらに、*Smith, Stone and Knight v. Birmingham Corporation* [1939] All ER 116においては、子会社が親会社の代理人にあたるとして、法人格の否認が認められたが、子会社が親会社の代理人にあたるかを判断するにあたって、子会社の利益が親会社の利益として扱われているか、子会社の事業を遂行する者が親会社によって選任されているか、親会社が取引上の冒険を行うか否かを決定する中枢 (head and brains) か、親会社がその冒険を支配しているか、子会社

74) C.M., Schmitthoff (1976), *Salomon in the Shadow*, *Journal of Business Law*

75) *Yukong Line Ltd. of Korea v. Rendburg Investments Corporation of Liberia* (No.2) [1998] 1 WLR 294. See also *Jones v. Lipman* [1962] 1 WLR 832, *Creasy v. Breachwood Motors Ltd.* [1993] BCLC 480.

の利益が親会社の技量と指示によって生み出されているか、親会社が子会社を実効的かつ継続的に支配しているかという6つの要素が考慮された⁷⁶⁾。

他方、単一の経済的単位または企業主体性が法人格否認の根拠となりうるかが問題とされるが (*Adams v. Cape Industries plc.* [1990] Ch. 453⁷⁷⁾)、単一の経済的主体性のみを根拠として法人格を否認するという考え方は現在では受け入れられていない⁷⁸⁾。すなわち、*Dennings*卿は、企業集団を構成する会社は全体として1つの企業であると評価できるという発想を示したが (*Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. Inland Revenue Commissioners* [1969] 1 WLR 1241, *D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council* [1976] 1 WLR 852)、このような考え方に対しては、企業集団の中の会社も別個の法的権利義務を有する別個の法人であるという批判が加えられ (*e.g. The Albazero* [1975] 3 WLR 491, at 521, *Woolfson v. Strathclyde Regional Council* [1978] SC 90)、*Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon* [1987] 1 A.C. 45においてはこのような見解は受け入れられないとされ (at 64)、*Ord v. Belhaven Pubs* [1998] 2 BCLC 447においても同様の判断が下された⁷⁹⁾。また、資産の混同があるのみでは、法人格の否認は認められない傾向がある (*e.g. Wallersteiner v. Moir* [1974] 1. WLR 991, *Atlas Maritime Co. SA v. Avalon Maritime Ltd., the Coral Rose (No. 3)*, [1991] 4 All ER 783)⁸⁰⁾。さらに、判例上は、過少資本も法人格否認の根拠と

76) ただし、この規準については、批判が強く、この事案にのみ妥当するという学説が支配的である。See *e.g.* S. Ottolenghi (1990), From Peeping behind the Corporate Veil, to Ignoring It Completely, *The Modern Law Review*, vol.53, no.3, J Harris (2005), Lifting the Corporate Veil on the Basis of an Implied Agency : A Re - Evaluation of Smith, Stone and Knight, *Company and Securities Law Journal*, vol. 23, no. 1.

77) この事件においては、将来の法的債務を企業集団内の他の会社に負わせるという形で会社形態を用いた場合には、会社がその法的義務を免かれようとしたことを根拠として法人格を否認することはしないとされた。

78) L.C.B. Gower and Paul L. Davis (2003), *Principles of Modern Company Law*, 7th ed., pp.184 - 185.

79) C.M. Schmitthoff (1976), Salomon in the Shadow, *Journal of Business Law*, p.305.

80) ただし、*Gencor ACP Ltd. v. Dalby* [2000] BCLC 734。

しては認められないのが一般的である (e.g. *Re F.G. (Films) Ltd.* [1953] 1 All ER 615, *Atlas Maritime Co. SA v. Avalon Maritime Ltd., the Coral Rose (No. 3)*, [1991] 4 All ER 783)。

なお、*Gower* は、裁判所が法人格を否認するのは、法令、契約その他の文書を解釈する場合であって、会社が真実を隠すための「単なるうわべ (façade)」であると認め、かつ、会社が支配者または社員の、それが法人であれ自然人であれ、代理人であることが証明された場合に限られるように思われると整理している⁸¹⁾。

(5) 社員・株主の債権の劣後化

Cork 報告書⁸²⁾ においては、完全子会社に親会社がその事業資金の多くを貸し付け、その完全子会社の経営は親会社の利益を図って行われ、その利益は親会社が吸い上げ、その完全子会社は親会社をトップとする企業集団に属することを背景として、外部から与信を受けていたが、倒産し、清算に入ったという事案において、親会社が相当部分の配当をうけるという結論が生ずることを認める法は、疑いなく欠陥のある法であると指摘されていた (pp.435-436)。しかし、それにもかかわらず、連合王国においては、いまだ、会社が支払不能に陥った場合において、株主の会社に対する債権を劣後化させる一般的な規定は設けられていない。

12 ノルウェー

(1) 資本欠損時の対応

公開有限責任会社法第3章3-4条は、会社は常に会社の活動の範囲とそのさらされているリスクに基づき、健全なレベルの純資産を有しなければならないと定めている。これをうけて、同3-5条は、会社の活動の範囲とそのさらされ

81) L.C.B. Gower (1992), *Modern Company Law*, 5th ed., pp.133-134.

82) Review Committee (1981), *Insolvency Law and Practice : Report of the Review Committee*.

ているリスクに基づき健全であると考えられるレベルを純資産が下回った場合には、取締役会は直ちに措置を取らなければならないと定め、また、純資産が株式資本の2分の1を下回ったときも同様であるとする。すなわち、合理的な期間内（遅くとも6カ月以内）に、取締役会は株主総会を招集し、株主総会に会社の財政状態を報告しなければならない。会社が3-4条に従った十分な純資産を有しないときには、これを是正する方策を株主総会に提案しなければならない。

取締役会は、倒産手続き開始を申し立てる義務を負っていないが、上記の株主総会に是正策を提案できないとき、あるいは、提案した是正策を実施できないときは、株主総会に解散を提案しなければならない（3-5条2項）。なお、株主が適切な措置を講じなかったときには、株主は、第17章17-1条（会社、株主その他の者は、執行役員、取締役、株主などに対して、それらの者が、その資格において、故意または過失によって損害を与えたときには損害賠償を求めることができる。そのような損害を生じさせることにつき寄与した者も同じである）に基づき、会社に対して損害賠償責任を負うことがある。また、適時に倒産手続き開始を申し立てないことに対しては、刑法上の罰則が定められており⁸³⁾、執行役員や取締役が損害賠償責任を負うことがある。

（2）取締役の責任

取締役は、会社債権者に対して、契約締結上の過失の法理に基づき、会社債権者に対して損害賠償責任を負うというのが判例⁸⁴⁾・通説⁸⁵⁾である。すなわち、取締役は、会社が深刻な財政的危機に瀕している場合には、取引をしよう

83) 刑法典（Lov 1902-05-22 nr 10 : Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven)）284条および287条2項。事実上の取締役も罰則の対象となっている。

84) NRt 1939, s.679, NRt 1975 s.198.

85) e.g. Kristin Normann Aarum (1994), *Styrelsesmedlemmers erstatningssvar i aksjeselskaper*, Ad Notam Gyldendal, s.558ff., Rolf Dotevall (1989), *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, Norstedts Juridik, s.514.

とする相手方にその旨を伝えなければならず、その事実の開示を怠ったときは、相手方が信頼したことによって被った損害を賠償する責任を負うと解されている⁸⁶⁾。

(3) 法人格の否認

ある状況において、別個の法人格を有していることを理由として、責任を負わないとすることが債権者との関係で不合理であると考えられる場合または別個の法人格を有すると評価することが適当ではない法人間の業務・財産等の混同がある場合に法人格の否認がなされうる⁸⁷⁾。

なお、司法・警察省は、1989年⁸⁸⁾ および2006年⁸⁹⁾ に、環境損害について、法人格否認を法定することを検討したが、有限責任は株式会社法制における基本的な法原則であり、有限責任が事業に対する投資の前提となっていることに鑑み、早急に導入することは適当ではないという結論に、いずれも至り⁹⁰⁾、現時点では明文の規定は設けられていない⁹¹⁾。

86) *e.g.* Kristin Normann Aarum (1994), *Styrelsemedlemmers erstatningsnsvar i aksjeselskaper*, 1994, s.561.

87) Rt. 1996, s. 672 og Rt. 1996, s. 742 (*Kongeparken og Minnor*) og Rt. 1999, s. 353. See *e.g.* M.H. Andenæs (2006), *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, pp.39-41, Per Brunsvig (1988), „Hva eier en aksjeeier?“, in : Thor Falkanger (red.), *Lov, Dom og Bok, Festskrift til Sjur Brækhus*, s.71. See also Ot.prp. nr. 23 (1996-97) *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)*, 12 Ansvarsgjennombrudd og erstatningsansvar for tap voldt ved selskapets drift.

88) Ot.prp. nr. 33 (1988-89) *Om lov om endringer i lov 13. mars 1981 nr 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) m v (Erstatningsansvar ved forurensningsskade)*, p.68.

89) Justis- og politidepartementet, Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) *Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.*, pp.125-126. See also Utenriksdepartementet, St.meld. nr. 10 (2008-2009) *Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi*, 8.2 Sivilt erstatningsansvar.

90) 2006年の司法・警察省の意見は、Aarbakkeの意見書 (Magnus Aarbakke (2004), *Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksjeog allmennaksjeselskapsforhold*) を踏まえたものであった (Ot.prp. nr. 55 (2005-2006), p.125)。

13 ニュージーランド

(1) 資本欠損時の対応

EU 構成国とは異なり、資本金に相当する会社財産を維持することによる会社債権者保護は目指されていないため、EU 会社法第2号指令17条に対応するような規律（資本欠損時の対応の要求）は行われていない。

(2) 無謀取引

無謀取引（reckless trading）についての規定が1993年会社法135条および136条として設けられている。すなわち、135条は、会社の取締役は、会社の債権者に深刻な損失を生じさせる重大なリスクをもたらす可能性が高い方法で、会社の事業を行うことに同意し、または、会社の事業が行われるようにし、またはそれを放置してはならない旨を定め、136条は、会社の取締役は、その時点において、合理的な根拠に基づき、会社がその債務を弁済すべき時に履行できると考える場合でないかぎり、会社が債務（obligation）を負担することに同意してはならないと定める。

しかし、これらの義務は、会社に対する義務であり、株主に対する義務ではなく、差遣者に対して直接負う義務でもないと考えられている。これは、株主の取締役に対する個人訴訟について定める169条が、135条および136条が定

91) ただし、たとえば、*Hempel* 判決（2010年3月10日最高裁判所判決（HR-2010-00443-A, (sak nr. 2009/896)））は、環境法令の解釈として、実質的に法人格の否認をおこなった。この判決は、通常の債権者が有する請求権とは異なる性質を有すること、社会的利益を保護するという観点から会社法上の有限责任の解釈については、限定的に解することが適切であることを理由中で指摘していたが、同時に、当該事件は企業集団が存在する場合であり、親会社が通常、子会社を支配することができ、子会社の事業に対して経済的利害を有していることを指摘した。しかし、裁判所が最も強調したのは、会社の合併、分割やリスクチャリングによって、責任を負わない、支払能力を有する主体を創設するという結果をもたらすこと—これが当該事件にあてはまるということは認定されなかったが—は適当ではないという点であった。

める義務は、会社に対して負うものであって、株主に対して負うものではないと定めているからである。したがって、135条および136条のみを根拠として、会社債権者が取締役に対して損害賠償請求の訴えを提起できる可能性は低い。しかも、165条から168条が株主代表訴訟について定めていることから、会社債権者が会社を代表して135条または136条違反を理由として、取締役に対して訴えを提起することを裁判所が認めることは想定されていない。

ただし、1993年会社法301条は、会社の清算の過程において、裁判所が、会社の現在または過去の取締役、業務執行者などであった者が、会社の金銭その他の財産を不正に使用もしくは取得し、それについて責任を負い、または過失、債務不履行または会社との関係における義務違反もしくは信託違反の責任を負うと認めるときには、清算人、債権者または株主の申立てに基づき、裁判所は、取締役等の行為を調査し、裁判所が正当である（just）と考える率の利息を付して、金銭の払戻しまたは財産の回復もしくは損害賠償として裁判所が正当であると考えた額の財産の拠出を、または、債権者が申し立てた場合には、裁判所が正当である（just）と考える率の利息を付して、その債権者への金銭の払戻しまたは財産の回復を命じることができると定めている（1項）。したがって、301条の下では、債権者は135条違反を理由としても裁判所に申し立てることができるが⁹²⁾、会社に対する義務違反を根拠するときは全債権者の利益のためにしなければならない（会社財産の不正流用などの場合は、自己の利益のためにすることができる）というのが判例であり（*Mitchell v Hesketh*（1998）8 NZCLC 261, 559）、135条違反を理由とするときは全債権者の利益のためにしなければならない。

92) 1955年会社法189条および275条（1993年会社法135条および301条に相当する）が適用された事案として、*Nippon Express (New Zealand) Ltd v Woodward & Nutt*（1998）8 NZCLC 261がある。他方、1993年会社法136条違反が認められたものとしては、*Ocean Boulevard Properties Ltd v Everest*,（2000）8 NZCLC 262がある。

(3) 法人格の否認

連合王国におけるコモン・ローの原則によって法人格の否認が認められており、法人格の否認は例外的な状況の下でのみなされるとされている⁹³⁾。

そして、おおむね3つの場合、すなわち、会社が株主の代理人にすぎない場合、単なる見せかけ (sham) またはうわべ (façade) にすぎない場合 (*Official Assignee v. 15 Insoll Avenue Ltd.* [2001] 2 NZLR 492)、および会社が詐欺を行うためまたは法令上もしくは契約上の義務を潜脱するために用いられている場合 (*New Zealand Seamen's Union IUOW v. Shipping Corporation of New Zealand Ltd.* (1989) 2 NZELC 96708, *Hesketh Henry v. Aotearoa Television Ltd.* (1999) 8 NZCLC 262,089, *Bentley Poultry Farm Ltd. v. Canterbury Poultry Farmers Co-operative Ltd.* (No. 2) (1989) 4 NZCLC 64,780. See also *Gilford Motor Co. Ltd. v. Horne* [1993] 1 Ch 935) に、法人格の否認がなされると指摘されている⁹⁴⁾。

14 オーストラリア

(1) 資本欠損時の対応

EU 構成国とは異なり、資本金に相当する会社財産を維持することによる会社債権者保護は目指されていないため、EU 会社法第2号指令17条に対応するような規律 (資本欠損時の対応の要求) は行われていない。

(2) 支払不能時取引

連合王国における不当取引規制に類似した制度として、支払不能時取引 (insolvent trading) についての規定が2001年会社法588G条以下に設けられて

93) *e.g. Bamac Laboratories Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2002) 7 NZBLC 103,627 (H.C.), *Chen v. Butterfield* (1996) 7 NZCLC 261,086, *NZI Bank Ltd. v. Euro-National Corporation Ltd.* [1992] 3 NZLR 528 (C.A.), *Re Securitibank Ltd.* (No.2) [1978] 2 NZLR 136 (C.A.), *Savill v. Chase Holdings (Wellington) Ltd.* [1989] 1 NZLR 257.

94) R.Grantham and C. Rickett (2002), *Company and Securities Law : Commentary and Materials*, p.222.

いる。

すなわち、ある者が会社が債務（debt）を負担した時に取締役であったこと、債務を負担した時に会社が支払不能（insolvent）であったか、その債務を負担したことによって支払不能となったこと、会社が債務を負担した時に、会社が支払不能であるか、その債務を負担することによって支払不能となることを疑うべき合理的根拠があったこと、および、債務を負担したときに、その取締役が会社が支払不能であることを疑うべき合理的根拠があることを気づいていた（is aware）こと、またはその会社の同様の地位にある合理的な人であれば、その会社の状況にあれば気づいたであろうこと、という要件をみたすときに、588G条により、その者（取締役）は責任を負うことになる。ここでいう取締役には、事実上の取締役および影の取締役が含まれる（2001年会社法6条）。事実上の取締役とは、適法に選任されていないが取締役として行動しているものをいい、影の取締役とは、会社の取締役がその者の指示または希望（wishes）に従って行動することを常とするものをいうとされている。

588G条にいう支払不能時の取引にあたる場合には、会社の清算人は、その取締役に対して、会社が支払不能であった時に会社が負担した債務に係る債権者がこうむった損失または損害に相当する額の損害賠償を求めて訴えを提起することができる（2001年会社法588M条）。また、個々の債権者も、会社が清算中であり、会社の清算人から書面での同意を得れば、自ら、取締役に対して損害賠償請求の訴えを提起することができる（2001年会社法588R条）。また、清算人からの同意を得なくとも、裁判所の許可を得れば、債権者は、自ら、取締役に対して損害賠償請求の訴えを提起することができるが（2001年会社法588T条）、会社の清算人が取締役に対して訴えを提起している場合には、訴えを提起することはできない（2001年会社法588U条）。

（3）親会社の責任

会社法588V条により、子会社が支払不能であり、またはその債務を負担しまたはその債務を含む債務を負担することによって支払不能となった場合に

は、債務を負担した時点において、子会社が支払不能であることまたは支払不能となることを疑うべき合理的な根拠があり、かつ、会社または1人以上の取締役がそのように疑うべき根拠があることに気づいているか、子会社の活動に対する親会社の支配の性質と範囲および他の関連する状況に照らして、同じ状況にある親会社またはその1人以上の取締役であれば気付いたであろうと合理的に期待できるときには、子会社が負担した債務について親会社は責任を負うことがありうる。

(4) 法人格の否認

会社はその株主から分離独立した主体 (separate entity) であるとしたイギリスの *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* [1897] A.C. 22 は、オーストラリアにおいても、先例としての意義を有する。しかし、オーストラリアにおいては、きわめて限定された範囲においてであるが、法人格の否認が認められている⁹⁵⁾。法人格の否認はアド・ホックに行われており、ある明確な、共通の、統一された原則に従っているわけではないが (*Briggs v. James Hardie & Co. Pty Ltd. et al.* (1989) 16 NSWLR 549, 567)、事実上または法律上、ある集団内の会社間にパートナーシップが存在すること、会社が役割を演じている単なる見せかけ (sham) またはうわべ (façade) であること⁹⁶⁾、または会社の設立もしくは利用が法律上の義務もしくは信託義務を潜脱し、または詐欺を働くことを狙っていること⁹⁷⁾ が認められる場合には、裁判所は、法人格を否認すべきであると解されている⁹⁸⁾。また、会社がある株主の代理人といえるほどにその株主が

95) *Hadoplane Pty Ltd. v. Edward Rushton Pty Ltd.* [1996] Qd. R. 156, at 160. See also *Halsbury's Laws of Australia* [120-3010] Lifting the corporate veil.

96) *Donnelly v. Edelsten* (1994) 13 ACSR 196, 256, *Sharment Pty Ltd. v. Official Trustee in Bankruptcy* (1988) 19 FCR 449, 456. ただし、*Peate v. Federal Commissioner of Taxation* (1964) 111 CLR 443, 480 [Windeyer J.]。

97) J.Farrar (1998), Legal issues involving corporate groups, *Company and Securities Law Journal*, vol.16, p.185, J. Payne (1997), Lifting the corporate veil : a reassessment of the fraud exception, *Cambridge Law Journal*, vol.56, no.2, p.290.

会社を実効的に支配している場合には、代理の考え方を応用して株主に会社の債務について責任を負わせるという法人格否認もみられるが⁹⁹⁾、企業集団内の会社間の法人格否認¹⁰⁰⁾のほうが会社と株主との間の法人格否認よりも認められる傾向がある¹⁰¹⁾。

15 カナダ

(1) 資本欠損時の対応

EU構成国とは異なり、資本金に相当する会社財産を維持することによる会社債権者保護は目指されていないため、EU会社法第2号指令17条に対応するような規律（資本欠損時の対応の要求）は行われていない。

(2) 不当取引

連合王国における不当取引規制に類似した制度は存在しない（ただし、(3)および(4)参照）。

98) *Dennis Wilcox Pty Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1988) 79 ALR 267, 272. See also R. Baxt and T. Lane (1998), Developments in relation to corporate groups and the responsibilities of directors – some insights and new directions, *Company and Securities Law Journal*, vol.16, p. 646.

99) *International Harvester Company of Australia Pty Ltd. v. Carrigan's Hazeldene Pastoral Co.* (1958) 100 CLR 644, 652. See J. Harris (2005), Lifting the corporate veil on the basis of an implied agency : a re - evaluation of Smith, Stone and Knight, *Company and Securities Law Review*, vol.23, p.7ff..

100) ただし、持株会社と子会社との間に代理契約（黙示のものを含む）があるという証拠がなければ、子会社が親会社の代理人とされ、親会社が子会社の債務について責任を負うということにならない (*Briggs v. James Hardie & Co. Pty Ltd. et al.* (1989) 16 NSWLR 549, 556. See also *Norwich Fire Insurance Society Ltd. v. Brennans (Horsham) Pty Ltd.* [1981] VR 981)。

101) *Varanigan Pty Ltd. v. OFM Capital Ltd.* [2003] VSC 444, [143] [Dodds - Streeton J.]. See also I. Ramsay and G. Stapledon (1998), *Corporate Groups in Australia*, p.20.

(3) 取締役の責任

伝統的に、取締役は債権者に対して義務を負っておらず、不法行為法または契約法の下で義務を負う可能性を別とすれば、取締役は債権者の利益を無視することができる¹⁰²⁾と解されてきた。

カナダ事業会社法 122 条 1 項は、取締役の忠実義務と注意義務を規定しているが、*Re Trizec Corporation* 事件において、*Forsyth* 判事は、「株主に対する特定の義務は、弁済期が到来した債務を弁済する会社の能力に疑問が生じたときには、債権者に対する義務と混ざる」と判示し (*Re Trizec Corporation* (1994), 158 A.R. 33 (Q.B.))、*Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise* 事件の第一審判決において、*Greenberg* 判事もこの考え方を踏襲した (*Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise* (1998), 23 C.B.R. (4th) 200 (Qc. Sup. Ct.))。

しかし、ケベック控訴裁判所は、第一審判決を破棄し、取締役の義務の拡張は裁判所の役割ではなく、立法論の問題であるとした (*Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2003] R.J.Q. 796 (C.A.), paras. 95 and 96)。そして、カナダ最高裁判所も、取締役の信認義務の拡張には消極的な立場を示し、原審判決を支持した。最高裁判所 (*Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461) は、信認義務の遂行にあたって、取締役会は、株主、従業員、供給者、債権者、消費者、政府の利益および環境を考慮に入れることはできるが (para.42)、取締役は、会社に対して信認義務を負っているのであって、会社の利益は債権者その他のステークホルダーの利益と混同されてはならないとした (para.43)¹⁰³⁾。したがって、取締役は、

102) *Royal Bank of Canada v. First Pioneer Investments Ltd.* (1979), 106 D.L.R. (3d) 330 (Ont. H.C.J.). Jacob S. Ziegel (1993), Creditors as Corporate Stakeholders : The Quiet Revolution - An Anglo - Canadian Perspective, *University of Toronto Law Journal*, vol. 43, no.3, p.517.

103) この立場は、BCE 事件判決 (*BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, 301 D.L.R. (4th) 303) においても踏襲されている。

会社の財政的危機を緩和しようとするにあつて、会社の最善の利益を図るため誠実かつ善意で行動しなければならず、そうすれば、会社を救済しようと試みるか否かにかかわらず、法令上の信認義務には違反しないとした (para.67)。

ただし、この判決は、122条が定める注意義務は、少なくともケベック州においては、債権者との関係でも取締役は負っていることを前提としており、会社の弁済能力が十分であったとしても、個々の会社債権者は、この履行を求めて訴えを提起できると考えられる¹⁰⁴⁾。

カナダ事業会社法 241 条¹⁰⁵⁾ は、抑圧 (oppression) に対する救済を定めており、これは、債権者も申し立てることができる¹⁰⁶⁾。すなわち、会社またはその取締役が、証券所持人、債権者、取締役または役員に抑圧的または不公正に損害を与え、またはそれらの者の利益を不公正に無視するように行動したと認めるときは、裁判所が適切であるとする暫定的または終局的救済を与える。ここで、「抑圧的な」行為とは、負担となり (burdensome)、過酷であり (harsh) また不当 (wrongful) なものであると、「不公正に損害を与える」とは、不均衡であり不公正であると、債権者の利益を「不公正に無視する」とは不公正にまたは正当な理由なしに、債権者の利益に注意を払わないことをいう

104) Stéphane Rousseau (2005), Directors' Duty of Care after *Peoples* : Would it be wise to worrying about liability?, *Canadian Business Law Journal*, vol.41, p.225.

105) ブリティッシュ・コロンビア会社法では株主または裁判所が適切であると認める者に申立人適格を認めており、プリンス・エドワード・アイランド会社法およびケベック会社法にはこのような規定は設けられていないが、それ以外の法域では、同一または類似の規定が設けられている。アルバータ会社法 242 条 2 項、マニトバ会社法 234 条 2 項、ニュー・ブランズウィック事業会社法 166 条 2 項、ニュー・ファンドランド・ラブラドル会社法 371 条 2 項、ノバ・スコシア会社法第 3 附則 5 条 2 項、オンタリオ事業会社法 248 条 2 項、サスカチュワン事業会社法 234 条 2 項など。

106) *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461, paras. 47-51. See *Levy - Russel Ltd. v. Shieldings Inc.* (1998), 41 O.R. (3d) 54 (Ct.J. (Gen. Div.)), *Danylchuk v. Wolinsky*, 2007 MBQB 65, [2007] 6 W.W.R. 453, *Dylex Ltd. (Trustee of) v. Anderson* (2003), 63 O.R. (3d) 659 (Sup. Ct. J.). See also Janis P. Sarra and Ronald B. Davis (2002), *Director and Officer Liability in Corporate Insolvency*, p.35.

と解されている¹⁰⁷⁾。

もっとも、裁判所は倒産の危機時になされた場合にのみ、債権者に救済を与えるのが一般的であると指摘されている¹⁰⁸⁾。

なお、1986年の *Colter* 報告書 (Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency, *Proposed Bankruptcy Act Amendments : Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*) においては、イギリスの不当取引規制と類似した提案として、不当な行為 (wrongful conduct) が破産財団に損失を与えている場合には、「責任を負う者 (responsible person)」に対して、裁判所は損害賠償を命じることができるものとするを提案していたが (p.115)、これは立法化されなかった。

(4) 取締役の資格剥奪

1970年に公表された *Tassé* 報告書 (Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation, *Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*) においては、倒産会社の取締役の資格剥奪と会社財産の不足がある場合の取締役の責任を規定することが提案されていた。しかし、この報告書に沿った法案は結局成立せず¹⁰⁹⁾、取締役資格剥奪制度は導入されなかった。1986年にも *Colter* 報告書において、取締役の資格剥奪制度の導入が提案された。すなわち、「責任を負う者 (responsible person)」によって不当な行為 (wrongful conduct) が行われたときは、管財人、公的管理人その他債権者を含む利害関係者は、裁判所に対して、裁判所が十分であると認める期

107) *Heap Noseworthy Ltd. v. Didham* (1996), 137 Nfld. & P.E.I.R. 240 (S.C.), para.15, *Westfair Food Ltd. v. Watt* (1990), 106 A.R. 40 (Q.B.), paras. 46-61, *Stech v. Davies* (1987), 80 A.R. 298 (Q.B.), paras. 14-20.

108) D.Thomson (2000), Directors, Creditors and Insolvency, *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol.58, p.31.

109) この経緯については、たとえば、Corporate Law Policy Directorate (2001), *Insolvency Law in the Global Knowledge - Based Economy*, pp.7-9 参照。

間、当該「責任を負う者」を会社の取締役となる適格を有しないものとすることを申し立てることができることが提案されていた（p.114）。2002年の報告書（Marketplace Framework Policy Branch（2002）, *Report on the Operation and Administration of Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*）においても、取締役の資格剥奪は取り上げられ、そのような制度の有効性は認められるものの、そのような仕組みにおけるエンフォースメントのコストおよび能力がある者が取締役となることを控えるおそれがあるという問題が指摘されていた（pp.45-46）。

ただ、州の証券法の下で、証券取引委員会に、証券発行者の取締役または役員に辞任を命じ、また、発行者の取締役または役員となることあるいは取締役または役員として行為することを禁止する権限が与えられているのが一般的である¹¹⁰⁾。

（5）法人格の否認

一般論としては、法人格の否認がなされるべき場合があることは認められているが、現実には、認められた事案は少ない¹¹¹⁾。

たとえば、例外的な場合に法人格が否認され、会社が不当な（wrongful）行為をするという明示的な目的で設立された場合、設立後に不当な行為をするように明示的に指示する、支配に服している場合、詐欺がある場合、一方の主体が他方の主体の代理人として行動している場合、2つの一見分離独立した主体が実際には1つの企業である場合および会社が支配株主の単なる代理人または

110) オンタリオ証券法（R.S.O. 1990, c. S-5）127条、アルバータ証券法（R.S.A. 2000, c. S-4）198条、ブリティッシュ・コロンビア証券法（R.S.B.C. 1996, c. 418）161条、マニトバ証券法（R.S.M. 1988, c. S50）148条、ニュー・ブランズウィック証券法（S.N.B. 2004, c. S-5.5）184条、ニュー・ファンドランド・ラブラドル証券法（R.S.N. 1990, c. S-13）127条、ノバ・スコシア証券法（R.S.N.S. 1989, c.418）134条、135A条、136A条、145条、プリンス・エドワード・アイランド証券法（R.S.P.E.I 2007, c.17）58条から63条、ケベック証券法（R.S.Q. v.1.1, S-42.2）262.1条、サスカチュワン証券法（S.S.1988-99, c. S-42.2）134条、134.1条、135.1条、135.2条など。

分身 (alter ego) である場合に法人格は否認されうると整理されている¹¹²⁾。

Clarkson Co. Ltd. v. Zhelka et al. (1967), 64 D.L.R. (2d) 457 (Ont. H.C.) は、*Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* [1897] A.C. 22 に言及して、法人格を否認しないことが、「目にあまるほど (flagrantly) 正義に反する場合に」、裁判所は法人格を否認できるとし、「公正かつ衡平」の観点から、法人格が否認される場合があると判示した。そして、*Constitution Insurance Company of Canada et al. v. Kosmopoulos et al.* [1987] 1 S.C.R. 2 は、裁判所が、ある会社が支配株主または親会社の単なる代理人あるいは操り人形¹¹³⁾ に過ぎないとして、法人格を否認するのは、必ずしも一貫した原則に基づいているわけではなく、せいぜい、事業体は分離独立しているという原則を適用することが、正義、便宜または課税当局の利益に反し、「目にあまりすぎる」結果をもたらす場合である¹¹⁴⁾ と指摘した。

Gregorio v. Intrans-Corporation et al. (1994), 18 O.R. (3d) 527 (Ont. C.A.) においては、「一般に、子会社、それが完全子会社であっても、親会社の完全な支配下にあり、かつ、親会社が責任を免れるための道具 (conduit) にすぎない場合を除き、親会社の分身とはみなされない。分身原則は、それを認めな

111) See e.g. *W.D. Latimer Co. v. Dijon Investments Ltd.* (1992), 12 O.R. (3d) 415, 801962 Ontario Inc. v. MacKenzie Trust Co. [1994] O.J. No.2105. また、*Phillips v. 707739* (2000), 259 A.R. 201 においては、法人格が形骸化しており、法人格否認の必要性が認められるとしされつつも、先例に照らすと、カナダにおいて法人格否認が認められるのは、アメリカにおけるより狭い範囲に限られ、法人格の否認は認められないとされた (もっとも、*Schilligford v. Dalbridge Group Inc.* (1996), 28 B.L.R. 82d) 281 (Alta. Q.B.) および *Patton v. Yukon Consolidated Gold Corporation* [1934] O.W.N. 321 (C.A.) などに照らして、会社の背後者である自然人は会社と連帯して支払義務を負うとされた)。

112) *The Canadian Encyclopaedic Digest (Western)* (1998), vol.8, 3rd ed., Corporations, at 83.

113) *Anderson Exploration Ltd. v. Pan-Alberta Gas Ltd.* (1998), 224 A.R. 109, at 112. See also *Palmolive Manufacturing Co. v. R.*, [1933] 2 D.L.R. 81, *Aluminum Company of Canada v. Toronto*, [1944] 3 D.L.R. 609.

114) この定式を適用して、法人格を否認したものとして、たとえば、*Canada (Attorney General) v. Gardner*, [1998] O.J. No.3201 (Ont. Gen. Div.) がある。

ければ申立人から権利を不公正に奪うことになるような詐欺に近い行為を防止するために適用される」と判示された (p.536)。また、*Transamerica Life Insurance Company of Canada v. Canada Life Assurance Co. et al.* (1996), 28 O.R. (3d) 423 (Gen. Div.) は、会社の分離独立した法人格を無視するのは、会社が完全に支配され (dominated and controlled)、詐欺的なまたは不当な行為のための盾として用いられているときであるとした。そして、「完全な支配 (control)」とは所有以上のことを意味し、この要件をみたすためには、完全な支配 (domination) があり、子会社が、事実上、独立して機能していないことを示さなければならないとし、詐欺的なまたは不当な行為のための盾として用いられているという要件は行為の性質に関連し、それを認めなければ申立人から権利を不公正に奪うことになるような詐欺に近い行為があったかが問われなければならないとした。

この定式に基づいて、たとえば、*Sylvan Lake Golf & Tennis Club* 事件判決¹¹⁵⁾ は、法人格を否認した。

Reference

- Magnus Aarbakke (2004), *Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksjeog allmennaksjeselskapsforhold*, 19. oktober 2004 <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rapporter_planer/rapporter/2004/medvirkeransvar-og-identifikasjonsansvar/2.html?id=278396#>
- Kristin Normann Aarum (1994), *Styrelsemedlemmers erstatningssvar i aksjeselskaper*, Ad Notam Gyldendal
- Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency (1986), *Proposed Bankruptcy Act Amendments : Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*
- Manne Airaksine, Pekka Pulkkinen ja Vesa Rasinaho (2007), *Osakeyhtiölaki II*, Talentum
- M.H. Andenæs (2006), *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utg., Lobo Media
- C. Angelici e G.B. Ferri (a cura di) (1991), *Manuale di diritto commerciale*, UTET
- Dimitris K. Avgitidis (1996), *Groups of Companies : The Liability of the Parent Company for the*

115) *Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. V. Performance Industries Ltd.* (1999), 246 A.R. 272, *affirmed* (2000), 255 A.R. 329 (C.A.), *appeal dismissed* [2002] 1 S.C.R. 678.

- Debts of its Subsidiary*, Ant. N. Sakkoulas
- S.M. Bartman and A.F.M. Dorrestijn (2000), *Van het concern*, 4e dr. Gouda Quint
- R. Baxt and T. Lane (1998), Developments in relation to corporate groups and the responsibilities of directors - some insights and new directions, *Company and Securities Law Journal*, vol.16, No.8 : 628 - 653
- E. Betti (1957), Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, I, 1957 : 353 - 371
- Cecile M. Bervoets (2005), Die Haftung von Vorstandsmitgliedern niederländischer Kapitalgesellschaften, in : Susanne Kalss, *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, Linde : 593 - 655
- Walter Bigiavi (1957), *L'imprenditore occulto*, CEDAM
- Walter Bigiavi (1962), *Difesa dell'imprenditore occulto*, CEDAM
- Franco Bonelli (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè
- O.A. Borum (1971), Disregard of Legal Entity, in : *Festschrift til Folketingets ombudsmand professor, dr. jur. Stephan Hurwitz 20. juni 1971 : Liber amicorum in honour of professor Stephan Hurwitz LL.D.*, Juristforbundet : 75 - 85
- Per Brunsvig (1988), Hva er en aksjeeier?, in : Thor Falkanger (red.), *Lov, Dom og Bok, Festschrift til Sjur Brækhus*, Universitetsforlaget
- The Canadian Encyclopaedic Digest* (Western) (1998), vol.8, 3rd ed., Carswell
- Claudio Capponi (1988), Superamento della personalità giuridica?, *Rivista del diritto commerciale*, anno.86, II : 4 - 18
- C. Comporti (2003), sub art. 2447 *quinquies*, in : M. Sandulli e V.Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, vol. 2, tomo II, G. Giappichelli : 985 - 990
- Pedro Cordeiro (2008), *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, 3ª ed, Universidade Lusíada Editora
- Corporate Law Policy Directorate (2001), *Insolvency Law in the Global Knowledge - Based Economy*
- Corporations Amendment (Corporate Reporting Reform) Bill 2010, Explanatory Material* (2009 - 2010 The Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives) <http://www.treasury.gov.au/documents/1677/PDF/Draft_Explanatory_Material.pdf>
- Edoardo Courir (1997), *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi di terzi*, Giuffrè
- Nis Jul Clausen (1989), Disregard of Legal Entity - Danish Case Law, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 31 : 79 - 94
- T.B.Courtney (2002), *The Law of Private Companies*, 2nd ed., Butterworths
- N. Distaso (1971), Superamento della personalità giuridica nei casi di abuso della stessa e ordinamento giuridico italiano, in : Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, Giuffrè : 161 - 180

- R.C. van Dongen (1995) *Identificatie in het rechtspersonenrecht*, Kluwer
- Rolf Dotevall (1989), *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, Norstedts Juridik
- José Miguel Embid Irujo (1999), Protección de acreedores, grupo de sociedades y levantamiento del velo de la personalidad jurídica, *Revista de Derecho de Sociedades*, Año 1998, Número 11 : 363 - 373
- J.Farrar (1998), Legal issues involving corporate groups, *Company and Securities Law Journal*, vol.16, No.3: 184 - 203
- V.C.A. Funaioli (1952), I rapporti di fatto in materia contrattuale, *Annali dell'Università di Ferrara*, vol.10, I : 103
- Francesco Galgano (1965), Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica, *Riv. dir. civ. (Rivista di diritto civile)*, 1965, I : 553 - 633
- Francesco Galgano (1968), Il costo della persona giuridica, *Riv. soc. (Rivista delle società)* 1968 (anno13, n.1): 1 - 16
- Francesco Galgano (1983), Le società e lo schermo della personalità giuridica, *Giur. comm. (Giurisprudenza Commerciale)*, 1983, I : 5 - 16
- Francesco Galgano (1987), L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione), *Contratto e impresa*, anno3, fisc. 2 : 365 - 381
- Francesco Galgano (2004), *Diritto civile e commerciale*, III/2, CEDAM
- C.J.A. van Geffen (2004), De grens tussen eigen en vreemd vermogen, *Ondernemingsrecht* 2004, 72 : 207 - 211
- Leonidas N. Georgakopoulos (1995), *Law of the Companies* (Το δίκαιον των εταιρειών), vol. I
- Gianvito Giannelli (2004), sub. art. 2447 - *quinquies*, in : G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres (a cura di), *Società di capitali, commentario*, Jovene : 1240 - 1247
- H. V. Godsk Pedersen (1985), Civilretlig identifikation i relation til kreditorer, *Ugeskrift for retsvæsen*, 1985 : B.352 - 360
- L.C.B. Gower (1992), *Modern Company Law*, 5th ed., Sweet & Maxwell
- L.C.B. Gower and Paul L. Davis (2003), *Principles of Modern Company Law*, 7th ed., Sweet & Maxwell,
- R.Grantham and C. Rickett (2002), *Company and Securities Law : Commentary and Materials*, Brookers
- Leif Gustafsson (ed.) (1998), *Business Law in the Nordic Countries – Legal and tax aspect*, Norstedts Juridik
- C.M. Harmsen (2005), Financiële instrumenten en de rubricering ervan in de jaarrekening onder IFRS, *Onderneming & Financiering*, 2005, nr. 66 : 17 - 21
- J Harris (2005), Lifting the Corporate Veil on the Basis of an Implied Agency : A Re - Evaluation

- of Smith, Stone and Knight, *Company and Securities Law Journal*, vol. 23, no. 1 : 7 - 27
- Peter Holgate and Elizabeth Buckley (2009), *Accounting Principles for Non - Executive Directors*, Cambridge University Press
- L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood - Wessels en J.A.W. Schreurs (1993), *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Kluwer
- B. Inzitari (2003), *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, *Contratto e impresa*, anno 19, fasc. 1: 164 - 180
- Ahti Kaarenoja ja Seppo Suontaus (2007), Maksukyvttömyys ja osakeyhtiön varojen jako, *Defensor Legis* 2007 : 239 - 256
- Keane, R. (2000) *Company Law*, 3rd ed., Butterworths
- M.L. Lennarts (1999), *Concernaansprakelijkheid*, Kluwer
- M.L. Lennarts en J.N. Schutte - Veenstra (2004), *Versoepeling van het BV - Kapitaalbeschermingsrecht* <<http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/rapporten/2007/01/26/versoepeling-van-het-bv-kapitaalbeschermingsrecht/kapitaalbescherming.pdf>>
- Tatu Leppänen (1991), Vastuun samastus osakeyhtiön konkurssissa, *Hakemisto oikeustiede - Jurisprudentiassa*, XXIV : 271 - 332
- Jukka Mähönen ja Seppo Villa (2006), *Osakeyhtiö I*, Sanoma Pro
- Jukka Mähönen ja Seppo Villa (2006), *Osakeyhtiö III*, Sanoma Pro
- Gianmaria Marano (2004), *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n.57
- Marketplace Framework Policy Branch (2002), *Report on the Operation and Administration of Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*
- Fulvio Mecenate (1993), La teoria della persona "relativa", l'amoeba giuridica di Carnelutti : i precedenti storici della teoria delle forme intermedie di soggettività, *Rassegna di diritto civile*, anno 14, numero 2 : 380 - 410
- A.L. Mohr (1996), Vereenzelviging; beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport, WPNR (*Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*), nr. 6243, 789 - 790
- Umberto Navarrini (1939), *Trattato di diritto fallimentare second la nuove legislazione*, 3^a ed., Nicola Zanichelli
- S. Ottolenghi (1990), From Peeping behind the Corporate Veil, to Ignoring It Completely, *The Modern Law Review*, vol. 53, no. 3 : 338 - 353
- K. Pampoukis (1991), *Law of the Company Limited by Shares (Δίκαιο ανώνυμου εταιρας)*, Issue A, 3rd ed., Sakkoulas
- Piero Pajardi (2004), *Codice del fallimento*, 5^a ed., Giuffrè
- L. Parrella (2002), *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Giuffrè
- J. Payne (1997), Lifting the corporate veil : a reassessment of the fraud exception, *Cambridge*

Law Journal, vol.56, no.2 : 284 - 290

Pro - active Accounting Activities in Europe (PAAinE) (2008), *Distinguishing between Liabilities and Equity*

Luis Fernández del Pozo (2008), *El requisito de mantenimiento de la integridad del capital social tras la reforma contable* (Ley 16/2007, de 4 de julio), 2008 <<http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2008/03/EI%20requisito%20de%20mantenimiento%20de%20la%20integridad%20del%20capital%20social%20%20tras%20la%20reforma%20contable.pdf>>

M.J.G.C. Raaijmakers (1977), Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen. Preadvies voor de Nederlandse Juristen - Vereniging, *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen - Vereniging*, Part I

Pavone la Rosa (1967), La teoria dell' «imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi, *Riv. dir. civ. (Rivista di diritto civile)*, 1967, I : 623 - 686

G.L. Pellizzi (1978), Personalità giuridica e infrazioni valutarie, *Banca borsa e titoli di credit.*, 1978, I : 257 - 270

G.L. Pellizzi (1988), La società persona giuridica : dove è realtà e dove è vuota formula (Esperienze delle banche), in : G.L. Pellizzi (a cura di), *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè

Giuseppe Ragusa Maggiore (1994), *Istituzioni di diritto fallimentare*, 2ª ed., CEDAM

Giuseppe Ragusa Maggiore (2000), Premessa semantica ad una teoria sulle società per azioni, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, annata.75, I : 945 - 976

I. Ramsay and G. Stapledon (1998), *Corporate Groups in Australia*, Centre for Corporate Law and Securities Regulation

H.K.O. Reimers (2004), Aandelen met kenmerken van eigen en vreemd vermogen onder IAS 32, *Ondernemingsrecht*, 2004, 242 : 627 - 629

Review Committee (1981), *Insolvency Law and Practice : Report of the Review Committee*, Cmnd 8558 (Cork Report)

Maria de Fátima Ribeiro (2009) *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a "Desconsideração da Personalidade Jurídica"*, Edições Almedina

L. Ricca (1965), *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Giuffrè

Carmén Boldó Roda (2000), *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 3ª. Edición, Editorial Aranzadi

Carmen Boldó Roda (2002), Veinte años de application de la doctrina del levantamiento del velo jurídico por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, in : *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, McGraw - Hill Interamericana de España : 25 - 52

H.L.J. Roelvink (1977), Door rechtspersonen heen kijken. Preadvies voor de Nederlandse Juristen - Vereniging, *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen - Vereniging*, Part I

H.L.J. Roelvink (1988), De "corporate veil" in recente rechtspraak, in : S.C.J.J. Kortman, A.V.M. Struycken et al., *Van vennootschappelijk belang*, W.E.J. Tjeenk Willink

- Michael J. Ross (1994), Evaluating New Zealand's Companies Law, *Agenda*, vol.1, no.2 : 189 - 196
- Catalina Ruiz - Rico Ruiz (2000), El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles : Argumentaciones jurídicas, tendentes a reducir su aplicabilidad, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 53, Nº 3 : 923 - 937
- Stéphane Rousseau (2005), Directors' Duty of Care after *Peoples* : Would it be wise to worrying about liability?, *Canadian Business Law Journal*, vol.41, no. 2&3 : 223 - 235
- Janis P. Sarra and Ronald B. Davis (2002), *Director and Officer Liability in Corporate Insolvency : A comprehensive guide to rights and obligations*, Butterworths
- C.M. Schmitthoff (1976), Salomon in the Shadow, *Journal of Business Law* 1976
- Christian Schwarz - Hansen (2001), Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, *Nordisk Tidsskrift for selskabsret*, 3. årg, nr.4 : 433 - 448
- Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation (1970), *Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*
- G. Tantini (2004), I versamenti dei soci alla società, in : G.E. Colombo e G. B. Portale (dir.), *Trattato delle società per azioni*, UTET, Vol. 1/3, 743 - 800
- D.Thomson (2000), Directors, Creditors and Insolvency, *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol.58, no.1 : 31 - 52
- L. Timmerman (1996), Doorbraak van aansprakelijkheid; de kern van enige recente ontwikkelingen, *TVVS (Tijdschrift voor vennootschappen, verenigingen en stichtingen)* 1996/5. : 134 - 137
- M. Elena Tranfaglia e Elisabetta Piccini (2010), *I rapporti contrattuali di fatto*, CEDAM
- K. Vanderkerckhove (2000), Vereenzelviging en het doorbreken van de rechtssubjectiviteit van verbonden vennootschappen", T.R.V. (*Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap*) 2000 : 275 - 283
- K. Vandekerckhove (2007), *Piercing the Corporate Veil*, Kluwer Law International
- R. Weigmann (1994), La responsabilità limitata delle società di capitali di fronte ai fatti illeciti, in : P. Cendon (a cura di), *Studi in onore di R. Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, t.2, Giuffrè : 1231 - 1254
- Erik Werlauff (1997), Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld, *Tidsskrift for Skatter og Afgifter*, Vol. Nr. 46, No. Artk. 822 : 2150 - 2160
- Jacob S. Ziegel (1993), Creditors as Corporate Stakeholders : The Quiet Revolution - An Anglo - Canadian Perspective, *University of Toronto Law Journal*, vol. 43, no.3 : 511 - 531
- 石山卓磨 (1984) 『事実上の取締役理論とその展開』(成文堂)
- 石山卓磨 (1999) 「英国法における事実上の取締役と影の取締役の関係」『比較会社法研究』(成文堂) ; 3 - 19

- 齐藤真紀 (2001) 「子会社の管理と親会社の責任 (二)」法学論叢 149 巻 3 号 : 1-30
- 坂本達也 (2009) 『影の取締役の基礎的考察』(多賀出版)
- 佐藤鉄男 (1991) 『取締役倒産責任論』(信山社)
- 中島弘雅 (1998) 「新再建倒産手続の1つの方向(下)」ジュリスト 1142 号 : 95-100
- 中島弘雅 (1999) 「倒産責任としての取締役資格剥奪について」『社団と証券の法理』(商事
法務研究会) : 437-460
- 中村信男 (1989) 「イギリス法上の影の取締役」早稲田大学大学院法研論集 51 号 : 165-192
- 中村康江 (2000) 「英国における取締役の資格剥奪(1)」立命館法学 273 号 : 2236-2293
- 中村康江 (2001) 「英国における取締役の資格剥奪(2)」立命館法学 277 号 : 884-929
- 本間法之 (1996) 「イギリス倒産法における『不当取引 Wrongful Trading』」『民事訴訟法学
の新たな展開』(成文堂) : 563-584

- Ot.prp. nr. 33 (1988-89) *Om lov om endringer i lov 13. mars 1981 nr 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) m v (Erstatningsansvar ved forurensningsskade*
- Ot.prp. nr. 23 (1996-97) *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)* <<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/19961997/otprp-nr-23-1996-97-/12.html?id=299759>>
- Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) *Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.* <<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20052006/otprp-nr-55-2005-2006-.html?id=401810>>
- Utenriksdepartementet, St.meld. nr. 10 (2008-2009) *Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi* <<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/dok/regpubl/stmeld/2008-2009/stmeld-nr-10-2008-2009-.html>>

(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)

青山慶二教授略歴（2012年3月末現在）

1949年（昭和24年）2月2日	兵庫県に生まれる
1967年（昭和42年）3月	六甲学院高校卒業
1971年（昭和46年）6月	東京大学法学部第一類卒業
1973年（昭和48年）3月	東京大学大学院法学政治学研究科公法専門課程修了
1973年（昭和48年）4月	国税庁入庁
1987年（昭和62年）6月	外務省出向（在香港日本国総領事館領事（1990年（平成2年）6月まで）
1992年（平成4年）7月	仙台国税局調査査察部長
1993年（平成5年）7月	国税庁 調査査察部国際調査管理官
1995年（平成7年）7月	同 長官官房国際業務室長
1996年（平成8年）7月	東京国税局調査二部長
1998年（平成10年）7月	国税庁長官官房国際業務課長
2000年（平成12年）7月	関東信越国税局総務部長
2001年（平成13年）7月	財務省印刷局総務部長
2003年（平成15年）7月	人事院出向（長期在外研究員・ニューヨーク大学）
2004年（平成16年）7月	国税庁審議官（国際担当）
2006年（平成18年）3月	同 退職
2006年（平成18年）4月	筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授

その他

2007年（平成19年）4月	早稲田大学法学部非常勤講師（現在まで継続中）
2007年（平成19年）11月	税務大学校講師（同上）

2007年（平成19年）5月	JICA（国際協力事業団）講師（同上）
2007年（平成19年）6月	国際租税学会（IFA）日本支部 理事（同上）
2008年（平成20年）4月	慶応大学大学院商学研究科特別招聘教授 （同上）
2009年（平成21年）7月	国連・税の専門家委員会委員（同上）
2009年（平成21年）4月	21世紀政策研究所研究主幹（同上）
2008年（平成20年）4月	経済産業省国際課税小委員会座長（同上）
2008年（平成20年）4月	同 経済社会・企業税制改研究会委員 （2009年（平成21年）3月まで）
2010年（平成22年）1月	国際租税学会（IFA）常設研究企画委員会 委員（現在まで進行中）
2010年（平成22年）7月	財団法人租税資料館論文審査委員（同上）
2010年（平成22年）9月	租税法学会監事（同上）
2010年（平成22年）9月	政府税制調査会専門家委員会特別委員 （2011年9月まで）
2011年（平成23年）1月	財団法人全国法人会総連合税制アドバイザー （現在まで進行中）
2012年（平成24年）2月	筑波大学平成23年度 Best Faculty Member

青山慶二教授研究業績（2012年3月末現在）

・著書・編書については『』、論文・講演録などについては「」で表記した。

I. 著書

【単著】

青山慶二監訳『米国内国歳入法第482条（移転価格）に関する財務省規則』（社団法人日本租税研究協会、1995年）

【共著】

金子宏編『国際課税の理論と実務』（有斐閣、1997年）

水野忠恒編『改訂版国際課税の理論と課題』（税務経理協会、1999年）

本庄資編『租税条約の理論と実務』（清文社、2008）

土居丈朗編『日本の税をどう見直すか』（日本経済新聞出版社、2010年）

本庄資編『国際課税の理論と実務73の重要課題』（大蔵財務協会、2011年）

II. 論文

「アメリカ内国歳入庁 IRS）における管理者研修について」税大論叢 13 号（1979年）

「Mutual Agreement Procedure : Addressing New Challenges in Transfer Pricing」Tax Note International（2004.8）

「トリートイショッピングの歴史の再検討と最近の課題について」フィナンシャルレビュー 84 号（2006年）

「わが国企業のアジア進出と移転価格税制のあり方」国際税制研究 17 号（2006年）

「税率切下げ競争の中にある政府と多国籍企業」租税研究 685 号（2006年）

「国際課税の基礎知識第1回：国際課税の概要」TKC 税研情報 16 巻 3 号

(2007年)

「国際課税の基礎知識第2回：外国税額控除その1」TKC 税研情報.16巻4号
(2007年)

「国際課税の基礎知識第3回：外国税額控除その2」TKC 税研情報 16巻5号
(2007年)

「国際課税の基礎知識第4回：非居住者・外国法人の課税制度」TKC 税研情
報16巻6号 (2007年)

「多国籍企業の事業再編成と独立企業原則」租税研究 695号 (2007年)

「紛争解決メカニズムについての最近のOECD提案のドイツの制度との整合
性について」租税研究 697号 (2007年)

多国籍企業の事業再編成と独立企業原則—機能やリスクが限定された子会社
に帰属すべき所得について」国際税制研究 18号 (2007年)

「国際課税の基礎知識第5回：移転価格税制・過少資本税制」TKC 税研情
報.17巻1号 (2008年)

「国際課税の基礎知識第6回：外国子会社合算税制 (タックスヘイブン税
制)」TKC 税研情報 17巻2号 (2008年)

「事業体課税を巡る諸問題について第1回：投資形態の多様化と収益への課
税方法」TKC 税研情報 17巻3号 (2008年)

「事業体課税を巡る諸問題について第2回：会社法と法人税法——法人成り
を契機とした法人課税の検討」TKC 税研情報 17巻4号 (2008年)

「事業体課税を巡る諸問題について第3回：パススルー事業体を利用したボ
ートフォリオ投資に対する課税について」TKC 税研情報 17巻5号 (2008
年)

「事業体課税を巡る諸問題について第4回：パススルー事業体を利用した事
業所得の稼得 (その1 任意組合)」TKC 税研情報 17巻6号 (2008年)

「米国納税義務者による海外直接投資の課税の改革に向けて」租税研究 709
号 (2008)

「わが国企業の海外利益の資金還流について」租税研究 710号 (2008年)

- 「事業体課税を巡る諸問題について第5回：パススルー事業体を利用した事業所得の稼得（その2 匿名組合）」TKC 税研情報 18 巻 1 号（2009 年）
- 「事業体課税を巡る諸問題について第6回：パススルー事業体を利用した事業所得の稼得（その3 信託）」TKC 税研情報 18 巻 2 号（2009 年）
- 「租税計画と税法解釈第1回：租税計画概論」TKC 税研情報 18 巻 3 号（2009 年）
- 「租税計画と税法解釈第2回：譲渡所得（キャピタルゲイン）と租税計画」TKC 税研情報 18 巻 4 号（2009 年）
- 「租税計画と税法解釈第3回：関連者間取引と租税計画」TKC 税研情報 18 巻 5 号（2009 年）
- 「租税計画と税法解釈第4回：租税管轄選択を利用した租税計画」TKC 税研情報 18 巻 6 号（2009 年）
- 「米英における海外子会社配当の課税改革案について」筑波ロー・ジャーナル 5 号（2009 年）
- 「外国子会社配当益金不算入制度の考察」筑波ロー・ジャーナル 6 号（2009 年）
- 「多国籍企業による持株会社を利用したタックスプランニングと課税」租税研究 718 号（2009 年）
- 「所得課税における利子費用の取扱いの多国間解決方法」租税研究 720 号（2009 年）
- 「国際租税における租税回避否認論」月刊税務事例 41 巻 7 号（2009 年）
- 「租税計画と税法解釈第5回：金融商品への投資と租税計画」TKC 税研情報 19 巻 1 号（2010 年）
- 「租税計画と税法解釈第6回：租税条約の特典の享受と租税計画」TKC 税研情報 19 巻 2 号（2009 年）
- 「最近の税務判決から分析する国際課税第1回：全世界所得課税対象者としての居住者」TKC 税研情報 19 巻 3 号（2010 年）
- 「最近の税務判決から分析する国際課税第2回：国境を越える無形資産取引と我が国課税」TKC 税研情報 19 巻 4 号（2010 年）

- 「最近の税務判決から分析する国際課税第3回：外国税額控除の基本理念と控除対象外国法人税」TKC 税研情報 19 巻 5 号（2010 年）
- 「最近の税務判決から分析する国際課税第4回：国内法と租税条約（タックスヘイブン税制をテーマに）」TKC 税研情報 19 巻 6 号（2010 年）
- 「OECD と国連のモデル条約の比較」租税研究 730 号（2010 年）
- 「外国子会社合算税制について—我が国の改正と英国の比較検討—」租税研究 731 号（2010 年）
- 「国際課税を取り巻く環境と主要課題」21 世紀政策研究所研究プロジェクト 中間報告（2010 年）
- 「マリーズレビューと源泉地ベースの国際資本課税」フィナンシャルレビュー 102 号（2011 年）
- 「最近の税務判決から分析する国際課税第5回：移転価格税制と事業再編成（アドビ事件判決を中心に）」TKC 税研情報 20 巻 1 号（2011 年）
- 「最近の税務判決から分析する国際課税第6回：外国の組織体を通じて獲得される国外所得の課税問題（米国 NY 州 LLC 判決を中心に）」TKC 税研情報 20 巻 2 号（2011 年）
- 「租税法判決の比較法研究第1回：家族間の所得分割判決—S.36.9.6 最高裁二分二乗判決等（1929 米国最高裁 Lucas v. Earl）」TKC 税研情報 20 巻 3 号（2011 年）
- 「租税法判決の比較法研究第2回：財産分与契約に関する判決—S.50.5.27 最高裁・名古屋医師財産分与事件判決（1962 米国最高裁 US v. T.C. Davis）」TKC 税研情報 20 巻 4 号（2011 年）
- 「租税法判決の比較法研究第3回：債務の株式化と債務消滅益」TKC 税研情報 20 巻 5 号（2011 年）
- 「租税法判決の比較法研究第4回：法人が拠出する生命保険金の課税問題」TKC 税研情報 20 巻 6 号（2011 年）
- 「CFC 税制はどこでも同一の内容か：所得帰属方法のインパクト」租税研究 735 号（2011 年）

「英国の法人税改正の動向（国際課税の観点から）」租税研究 743 号（2011 年）

「国際課税を巡る世界的動きと移転価格」21 世紀政策研究所研究プロジェクト報告書（2011 年）

「租税法判決の比較法研究第 5 回：租税回避行為の否認の法理（フィルムリース判決と Knetsch 判決）」TKC 税研情報 21 巻 1 号（2012 年）

「共通の統合法人税課税ベース」租税研究 749 号（2012 年）

Ⅲ. 判例評釈

「タックスヘイブン税制の趣旨目的と租税条約との関係東京高裁 H.19.11.1 判決」税研 148 号（最新租税判例 60）（2009 年）

「人格のない社団の納税義務——熊本ねずみ講事件」別冊ジュリスト 207 号（租税判例百選第 5 版）（2011 年）

小幡雅二教授略歴（2012年3月末現在）

1947年（昭和22年）6月4日	東京都に生まれる
1966年（昭和41年）3月	都立両国高等学校卒業
1966年（昭和41年）4月	中央大学法学部法律学科入学
1970年（昭和45年）3月	同卒業
1970年（昭和45年）9月	司法試験合格
1973年（昭和48年）3月	司法修習修了
1973年（昭和48年）4月	東京地方検察庁検事
1974年（昭和49年）4月	長崎地方検察庁佐世保支部検事
1976年（昭和51年）4月	福岡地方検察庁検事
1978年（昭和53年）4月	大阪地方検察庁検事
1978年（昭和54年）3月	検事辞職
1979年（昭和54年）6月	東京弁護士会に弁護士登録
1983年（昭和58年）5月	小幡雅二法律事務所設立（現在に至る）
2005年（平成17年）4月	筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授

その他

1992年（平成4年）4月	東京簡易裁判所調停委員（2002年3月まで）
1996年（平成8年）4月	司法研修所刑事弁護教官（1999年3月まで）
2003年（平成15年）7月	江東区公害健康被害認定審査会委員
2004年（平成16年）6月	キョーリン製薬ホールディングス(株)外監査役
2006年（平成18年7月）	人権擁護委員

小幡雅二教授研究業績（2012年3月末現在）

・著書・編書については『』、論文・講演録などについては「」で表記した。

I. 著書

【単著】

経営刑事法研究会編『企業活動と経済犯罪』（民事法研究会、1998年）

経営刑事法研究会編『書式 告訴・告発の実務』（民事法研究会、2000年）

山室恵編『刑事尋問技術』（ぎょうせい、2000年）

司法研修所『刑事弁護実務（平成14年版）』（司法研修所、2001年）

三井誠、馬場義宣、佐藤博史、植村立郎編『新刑事手続』（悠々社、2002年）

吉原省三監修『ガイドブック弁護士報酬』（商事法務、2005年）

II. 論文

「公判における弁護人の役割」現代刑事法58号（2004年）

「刑事訴訟法321条1項2号前段に関する最高裁判決と弁護活動」法学新報112巻1・2号渥美東洋先生退職記念論文集（2005年）

「自白の証拠能力判断の簡明化に関する試論」融合する法律学（筑波大学法科大学院創設記念）（2006年）

「裁判員裁判に残された課題—2号書面問題を中心に—」筑波ロージャーナル5号（2009年）

III. その他

「なぜ、こんなことを」刑事弁護ものがたり（1992年）

「人権問題としてのセクシャル・ハラスメント」地方自治職員研修379号（1995年）

「被告人と弁護人の感情的対立のなかで」 弁護始末記（1996年）

実務業績

I. 検察官

松浦市における義姉および子ども2名の殺人事件（1974年）

元病院長夫人による多額詐欺事件（1975年）

親和銀行の集金員による多数回にわたる詐欺事件（1975年）

山口組系暴力団組長による暴力行為等処罰に関する法律違反事件（1976年）

その他、財政経済関係の犯罪の捜査、公判事件の立会を担当した。

II. 弁護士

東久留米市議会議員選挙に関連した公職選挙法違反等被告控訴事件において
量刑不当を理由に原判決が破棄された事件（1980年）

解体業者による談合被告事件（1982年）

アリバイを主張した特殊な詐欺被告事件（1983年）

有名漫画家による大麻取締法違反被告事件（1985年）

大麻の譲渡につき無罪が言渡された大麻取締法違反被告事件（1987年）

財団法人専務理事による詐欺被告控訴事件（2002年）

保護観察処分になった少年による集団暴行事件（2003年）

道路公団副総裁による独占禁止法違反被告事件（2005～2008年）

責任能力が否定されて不起訴になったストーカー規制法違反事件（2010年）

その他、当番弁護士活動も行い、多種多様の私選弁護、国選弁護事件を担当した。

宮城啓子教授略歴（2012年3月末現在）

1948年（昭和23年） 静岡市に生まれる。

I. 学歴

1967年（昭和42年）3月	東京都立西高等学校卒業
1967年（昭和42年）4月	一橋大学法学部法律学科入学
1971年（昭和46年）3月	同上 卒業
1971年（昭和46年）4月	一橋大学大学院法学研究科修士課程公法専攻入学
1974年（昭和49年）3月	同上 修了
1974年（昭和49年）4月	一橋大学大学院法学研究科博士課程公法専攻入学
1978年（昭和53年）8月	カリフォルニア大学（バークレー）ロー・スクール LL.M.コース入学〈フルブライト奨学金による〉
1980年（昭和55年）3月	一橋大学大学院法学研究科博士課程公法専攻単位取得退学

II. 学位

1999年（平成11年）1月	博士（法学）（一橋大学） 『裁量上告と最高裁判所の役割』（千倉書房） 1998年5月
----------------	--

III. 職歴

1980年4月1日—1981年3月31日	成城大学助手（法学部）
----------------------	-------------

1981年4月1日—1985年3月31日	成城大学専任講師（法学部）
1985年4月1日—1992年3月31日	成城大学助教授（法学部）
1992年4月1日—2004年3月31日	成城大学教授（法学部）
2004年4月1日—2005年3月31日	筑波大学大学院教授（ビジネス科学研究科企業法学専攻）
2005年4月1日—2012年3月末日退職	筑波大学大学院教授（ビジネス科学研究科法曹専攻）

IV. 学会活動

1971年10月—現在	日本刑法学会会員
-------------	----------

V. 社会における活動等

1989年12月—1999年1月	防衛庁離職者就職審査会委員
1996年4月—2002年2月	国立大蔵病院（現国立成育医療センター）倫理委員会委員
1996年6月—2009年1月	第二東京弁護士会懲戒委員会委員
2000年1月—2004年1月	司法試験考査委員（刑事訴訟法）
2001年1月—2011年1月	防衛省防衛人事審議会公正審査分科会委員

宮城啓子教授研究業績（2012年3月末現在）

・著書・編書については『』、論文・講演録などについては「」で表記した。

I. 著書

【単著】

- 1) 『裁量上告と最高裁判所の役割——サーシオレイライとヘビアス・コーパス——』千倉書房 290頁 1998年5月

【共著】

- 1) 渥美東洋編『刑事訴訟法』青林書院 1996年5月
- 2) 田宮裕・高田卓爾編『演習刑事訴訟法』青林書院新社 1984年1月
- 3) 八木國之先生古稀祝賀論文『刑事法学の現代的展開』上 法学書院 1992年1月
- 4) 芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開』上 有斐閣 1993年9月
- 5) 福田平・大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討』下 有斐閣 1993年11月
- 6) 憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』有斐閣 1998年7月
- 7) 八木國之博士追悼論文集『刑事法学の新展開』酒井書店 2009年10月

II. 論文

- 1) 「イギリスにおけるサーシオレイライの発展について」一橋研究1巻2号 69-82頁 1976年9月（単著No.1に収録）
- 2) 「アメリカにおけるサーシオレイライ発展の基盤」成城法学9号 85-115頁 1981年5月（単著No.1に収録）
- 3) 「上告審の取り調べ」田宮裕・高田卓爾編『演習刑事訴訟法』青林書院新社 474-480頁 1984年1月（共著No.2所収）
- 4) 「合衆国最高裁判所におけるケース・セレクションの研究(1)」成城法学16

号 99-120頁 1984年3月

- 5)「合衆国最高裁判所におけるケース・セレクションの研究(2)」成城法学17号 169-197頁 1984年7月
- 6)「サーシオレイライ拒絶の意味について」ジュリスト827号 79-84頁 1984年12月(単著No.1・共著No.6に収録)
- 7)「効果的な弁護を受ける権利」ジュリスト851号 132-136頁 1985年11月(共著No.6に収録)
- 8)「刑事上訴としてのヘビース・コーパス」成城法学25号 35-103頁 1987年7月(単著No.1に収録)
- 9)「『予防的ルール』とヘビース・コーパス」一橋論叢98巻5号 109-126頁 1987年11月(単著No.1に収録)
- 10)「精神異常者の自己負罪供述の任意性について」ジュリスト911号 96-100頁 1988年6月(共著No.6に収録)
- 11)「サーシオレイライと合衆国最高裁判所の役割」成城法学36号 1-41頁 1990年12月(単著No.1に収録)
- 12)「職権調査の限界」刑事訴訟法の争点〔新版〕(ジュリスト増刊)244-245頁 1991年6月
- 13)「サーシオレイライの許可基準」成城法学38号 21-38頁 1991年12月(単著No.1に収録)
- 14)「判例の産出とサーシオレイライ」八木國之先生古稀祝賀論文『刑事法学の現代的展開』上 法学書院 556-575頁 1992年1月(共著No.3所収、単著No.1に収録)
- 15)「ヘビース・コーパスに関する一考察——レンキリスト・コートにおける cause and prejudice 基準の拡張——」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開』上 有斐閣 823-849頁 1993年9月(共著No.5所収、単著No.1に収録)
- 16)「上告受理制度の趣旨と展望」福田平・大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討』下 有斐閣 723-742頁 1993年11月(共著No.4所収、単著

No.1に収録)

- 17)「裁量上告と最高裁判所の役割」刑法雑誌37巻3号 16-30頁 1998年4月
- 18)「訴訟構造と手続理念」現代刑事法創刊号 101-107頁 1999年5月
- 19)「刑事手続における弁護人の地位」現代刑事法2号 99-103頁 1999年6月
- 20)「刑事手続における検察官の地位」現代刑事法4号 86-91頁 1999年8月
- 21)「『公平な裁判所』」現代刑事法7号 115-119頁 1999年11月
- 22)「捜査の意義と構造」現代刑事法11号 100-104頁 2000年3月
- 23)「『令状主義の精神』と証拠排除」現代刑事法14号 107-111頁 2000年6月
- 24)「任意捜査をめぐる問題[1]」現代刑事法17号 109-112頁 2000年9月
- 25)「自白と補強法則」法学教室245号 33-37頁 2001年2月
- 26)「任意捜査をめぐる問題[2]」現代刑事法28号 101-104頁 2001年8月
- 27)「裁判員制度の導入と上訴」現代刑事法32号 57-61頁 2001年12月
- 28)「職権調査の限界」刑事訴訟法の争点〔第3版〕(ジュリスト増刊) 212-213頁 2002年4月
- 29)「任意捜査をめぐる問題[3]」現代刑事法39号 91-96頁 2002年7月
- 30)「被疑者の取調べと自白の採取」現代刑事法49号 106-110頁 2003年5月
- 31)「裁判員制度と上訴審のあり方」刑事法ジャーナル13号 8-14頁 2008年10月
- 32)「控訴審における事実誤認の審査とハームレス・エラー・ルール」八木國之博士追悼論文集『刑事法学の新展開』酒井書店 115-126頁 2009年10月(共著No.7所収)

Ⅲ. 判例評釈・解説(すべて単著)

- 1)「搜索・差押許可の裁判に対する準抗告(東京地裁昭和44年7月10日決定、松江地裁昭和55年5月30日決定)警察実務判例解説(別冊判例タイムズ10号) 185-187頁 1988年9月
- 2)「控訴取下による訴訟終了宣言の決定に対する不服申立の方法(最高裁第三

小法廷昭和61年6月27日決定」警察研究59巻11号 52-58頁 1988年11月

- 3)「逮捕の意義（大阪高裁昭和32年10月10日判決）」警察実務判例解説（別冊判例タイムズ11号）20-22頁 1990年4月
- 4)「攻防対象論と訴因（最高裁第一小法廷平成1年5月1日判決）」平成元年度重要判例解説（ジュリスト957号）191-193頁 1990年6月
- 5)「幼児の証言能力（東京高裁昭46年10月20日判決）」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕（別冊ジュリスト119号）132-133頁 1992年11月
- 6)「搜索差押許可状による住居立入り方法の適否（大阪高裁平成6年4月20日第六刑事部判決）」平成6年度重要判例解説（ジュリスト1608号）171-172頁 1995年6月
- 7)「共犯者の自白（最高裁第一小法廷昭和51年10月28日判決）」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕（別冊ジュリスト148号）178-179頁 1998年8月
- 8)「国際捜査共助の要請に基づき作成された供述書の証拠能力（最高裁第二小法廷平成12年10月31日決定）」平成12年度重要判例解説（ジュリスト1202号）188-189頁 2001年6月
- 9)「裁判官の忌避（最高裁第一小法廷昭和48年10月8日決定）」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕（別冊ジュリスト174号）115-115頁 2005年3月
- 10)「不利益変更の禁止（最高裁第二小法廷平成18年2月27日決定）」平成19年度重要判例解説（ジュリスト1354号）221-222頁 2008年4月
- 11)「即決裁判手続（最高裁第三小法廷平成21年7月14日判決）」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（別冊ジュリスト203号）132-133頁 2011年4月

Ⅳ. その他（すべて単著）

- 1)『『海外研修報告書』』成城教育66号 13-21頁 1989年12月
- 2)「校外研修 刑事裁判の傍聴」成城教育70号 76-78頁 1990年12月
- 3)「ロー・スクールと『一般教養』」成城教育90号 49-52頁 1995年12月
- 4)「人はいつ等しいか」成城教育92号 118-121頁 1996年6月

- 5) 「近代契約理論の思想史的背景(五)自然法の伝統における不連続」(近代契約理論研究会 加藤一郎・矢崎光圀・他) 成城法学52号 229-241頁 1996年7月
- 6) 「教育研究所への階段 68」成城教育93号 120-121頁 1996年9月

V. 講演

- 1) 「感性と人権」名古屋大学(「感性に関するシンポジウム」にて) 1992年10月17日
- 2) 「法学の基礎にあるもの」都立西高等学校(「訪問講義」にて) 2009年12月12日

筑波ロー・ジャーナル 11号

青山慶二教授、小幡雅二教授、宮城啓子教授退職記念論文集
2012年3月発行

発行者	筑波大学大学院	筑波大学法科大学院
	ビジネス科学研究科企業法学専攻	〒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 03-3942-6812
	TEL 03-3942-5433	03-3942-6815

教授	青山 慶二	教授	植草 宏一
	池田 雅則		大石 和彦
	江口 隆裕		大塚 章男
	大野 雅人		岡 伸浩
	大野 正道		小幡 雅二
	潮海 久雄		上山 泰
	平嶋 竜太		北 秀昭
	弥永 真生		下井 康史
	山田 務		徳本 穰
			藤村 和夫
			宮城 啓子
准教授	大淵 真喜子	准教授	照沼 亮介
	川田 琢之		
	木村 真生子		
	小林 和子		
	藤澤 尚江		

編集者	筑波ロー・ジャーナル編集委員会
制作	株式会社 TKC
印刷所	倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.11 March 2012

Articles

A preparatory research of the draft EU directive on the EU Common Consolidated Corporate Tax Base

.....**Keiji Aoyama** 1

Rethinking on the Image of Constitutional Law as “Norm on the Validity of Lower Norms”

.....**Kazuhiko Oishi** 25

European Commission’s Proposal of March 2011 on CCCTB and Its Future - A Seashell of Formula Floating on the Sea of ALP -

.....**Masato Ohno** 43

Some Theoretical Problems Concerning the Sentencing under the Lay-Judge System in Japan

.....**Masami Okaue** 87

Radically Rethinking the Principle of Precedence of Contractual Guardianship

.....**Yasushi Kamiyama** 97

United States Case Law on Best Execution-Recent Developments after *Newton v Merrill Lynch*-

.....**Makiko Kimura** 133

The Takeover Directive and the Rules for Applicable Law

.....**Naoe Fujisawa** 161

Legal Status of Accounting Standards in Commercial Legislation (16): United States (4)

.....**Masao Yanaga** 197

A quick sketch of creditor protection in selected countries-Europe and Commonwealth

.....**Masao Yanaga** 219

Curriculum Vitae and Publications of Professor Keiji Aoyama 275

Curriculum Vitae and Publications of Professor Masaji Obata 283

Curriculum Vitae and Publications of Professor Keiko Miyagi 287

ISSN:1881-8730