

筑波ロー・ジャーナル

20 号

2016 年 5 月

論 説

詐欺行為取消権の民法改正案の特質 ——否認権制度の「有害性」体系との対比を踏まえて——	北 秀昭	1
カナダのインサイダー取引規制（5・完）	木村真生子	27
民事責任法と家族（1）	白石 友行	59
オーストラリアにおける和解制度と裁判所の裁量 ——日本の和解制度への示唆——	田村 陽子	109
遺言による質権の設定について	直井 義典	149
証券取引における民事責任と法の適用関係	藤澤 尚江	173
会社の計算と外部的エンフォースメント（1）	弥永 真生	205



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目 次

論 説

詐欺行為取消権の民法改正案の特質 ——否認権制度の「有害性」体系との対比を踏まえて——	北 秀昭	1
カナダのインサイダー取引規制（5・完）	木村真生子	27
民事責任法と家族（1）	白石 友行	59
オーストラリアにおける和解制度と裁判所の裁量 ——日本の和解制度への示唆——	田村 陽子	109
遺言による質権の設定について	直井 義典	149
証券取引における民事責任と法の適用関係	藤澤 尚江	173
会社の計算と外部的エンフォースメント（1）	弥永 真生	205

詐欺行為取消権の民法改正案の特質

—— 否認権制度の「有害性」体系との対比を踏まえて ——

北 秀 昭

- I 本稿の趣旨・目的
- II 詐欺行為取消権改正案の概要
 - 1. 詐欺行為取消権の要件
 - 2. 詐欺行為取消権の行使の方法等
 - 3. 詐欺行為取消権の効果
 - 4. 詐欺行為取消権の期間の制限
- III 詐欺行為取消権改正案の特質
 - 1. 二元説思想を前提とした否認権制度
 - 2. 否認権制度との対比からみた民法改正案の特質
 - (1) 詐欺行為取消権改正案における「有害性」体系
 - (2) 詐欺行為取消要件の厳格化と適用対象の縮小
 - (3) 相対的取消（無効）構成の修正とその影響
- IV むすび

I 本稿の趣旨・目的

詐欺行為取消権の民法改正案¹⁾は、否認権制度との整合性を図るために破産法上の否認権と同趣旨の規律を新設した条項がコアの部分をお占めているが、明治期以降の詐欺行為取消権の判例法理の柱であった相対的取消（無効）構成を修正する重要な条項なども新設されている。そのため、詐欺行為取消権の改正案は、今回の民法改正案全体の中でも、その内容を的確に理解（解釈）することが比較的困難な改正分野の一つになっているのではないと思われる。

1) 2015年3月31日に閣議決定され、同日、国会に提出された「民法の一部を改正する法律案（第189回国会閣法第63号）」は、2016年1月4日召集にかかる第190回国会に継続審議となっている。

また、詐害行為取消権をめぐるのは、その制度論から派生した多くの法的論点が存在し、そこでの議論は、各論者によってその想定するあるべき制度目的等も異なることなどから各々の確たる考え（信念）に基づいて展開され、いわば百家争鳴の状態にあるといっても過言ではない。

本稿は、法務省ホームページに公表されている法制審議会での審議記録²⁾等を踏まえて、詐害行為取消権の民法改正案（以下「改正案」と略称する。）の内容を逐条的に概観した上で³⁾、その改正案の特質について、若干の検討を試みるものである。後者の改正案の特質についての考察は、専ら否認権制度との対比、殊に否認権の「有害性」体系との対比を踏まえた、筆者の関心事項を中心としたものであることを予めお断りしておきたい。

現行破産法の否認権制度の特質は、財産減少行為（狭義の詐害行為）と偏頗行為の有害性を峻別した立法化にあり、それが、否認要件の明確化、合理化に繋がり、否認の成否についての予測可能性を高め、取引の安全に資するとともに、債務者の再建にも寄与する大きな要因になったものと解される。他方、詐害行為取消権改正案は、偏頗行為（特定の債権者を利する債務消滅行為や担保の供与）を詐害行為取消請求の一般準則（改正案424条）の特則（同424条の3）としてその対象に取り込んでいる。そこで、詐害行為取消権の有害性体系が、否認権の有害性体系と対比して、改正案の立案に当りどのように構築されているかを考察することは、改正案の各条項を的確に理解し、その特質を理解するために必要不可欠であると考えた。このことが本稿の最も重要な趣旨である。

なお、否認権制度の「有害性」体系の捉え方等についての卑見は、現行破産法成立直後に執筆した⁽¹⁾拙稿「倒産関係事件と要件事実—新倒産法の否認権制度見直しにみる否認要件の明確化と要件事実論—」（伊藤滋夫編『民事要件事

2) 本稿での審議記録の引用に当たっては、例えば、「法制審議会民法（債権関係）部会第〇回会議議事録」は、単に「第〇回会議議事録」と、「法制審議会民法（債権関係）部会資料」は単に「部会資料」と略称する。

3) 潮見佳男「民法（債権関係）改正法案の概要」74頁～93頁（金融財政事情研究会、2015年）は、改正案の要点が簡潔に示されており、有益である。

実講座2総論Ⅱ』132頁～162頁〔青林書院、2005年〕に、詐害行為取消権改正の方向性等についての卑見は、(2)拙稿「新否認権との整合性からみた詐害行為取消権改正の方向性－取消対象としての行為類型を中心に」(椿寿夫ほか編『民法改正を考える』223頁～225頁〔日本評論社、2008年〕)に発表しており、現在も上記に関する筆者の理解や基本的な考えに変更はないので、本稿のなかで、適宜引用させて頂く(以下、前者の拙稿を「拙稿①」、後者の拙稿を「拙稿②」と略称する。)

Ⅱ 詐害行為取消権改正案の概要

1. 詐害行為取消権の要件

(1) 424条(受益者に対する詐害行為取消請求の一般準則)

i 改正案は、破産法上の否認権制度に倣い、受益者を相手方とする詐害行為取消権と転得者を相手方とする詐害行為取消権を区別して規律する構成をとったうえで、本条1項は、受益者に対する詐害行為取消請求の一般準則を定めている。

本条1項は、現行民法424条1項の規律を基本的に踏襲したものと解される。但し、改正案が、詐害行為取消権の根拠としての「有害性」を、「自分の資産を減少する行為をして債権者が十分の弁済を受けることをできなくすること」⁴⁾を意味する「責任財産減少行為」のみで捉えるのか、あるいは、否認権制度と同様に「責任財産減少行為」と「偏頗行為」の各有害性を峻別したうえで、その両者の有害性を包摂したものとして詐害行為取消権の有害性体系を構築しているかについては検討が必要であり、この点は、本条1項の「債権者を害すること」(有害性)の意義の理解に大きくかわるので、後記のⅢの2.(1)にてあらためて述べることにする。

4) 我妻栄ほか「我妻・有泉コンメンタール民法総則・物権・債権第3版」784頁(日本評論社、2013年)等。

ii 本条1項・2項では、現行民法の「法律行為」との文言が「行為」に改正されている。現行民法の下で、純然たる「法律行為」でないものも、詐害行為取消権の対象となると解されていることによる。

iii 現行民法の下で、被保全債権は、「詐害行為前に成立した」場合にのみ認められると解するのが一般的であるが、本条3項で、判例⁵⁾の動向等を踏まえ、被保全債権として認められる範囲を拡げる規律を新設した。

(2) 424条の2（相当の対価を得てした財産の処分行為の特則）

i 相当価格による不動産売却などは、詐害行為取消権の判例法理⁶⁾では、責任財産としての価値の高い不動産から消費・隠匿が容易な金銭への換価行為が実質的に債務者の責任財産を減少させるものとして、原則としてその有害性を肯定するが、現行破産法では、その否認要件が厳格化され⁷⁾（破161条1項）、前記判例法理とは逆に、原則としてその有害性が否定され、逆転現象が生じていた。

本条は、詐害行為取消権について、破産法161条1項と同趣旨の規律を新設して、否認権との整合性・連続性を確保している。すなわち、相当価格による売却等であるにもかかわらず否認や詐害行為取消の可能性があるとすれば、取引の相手方に萎縮的效果を与える結果となり、ひいては経済的危機に瀕した債務者が財産を換価して経済的再生を図る阻害要因となる。そこで、改正案は、そのような阻害要因を除去するため、破産法161条1項の規定に倣い、本条1号で、取消対象行為の客観的要件を明文化し、本条2号で、取消債権者に「隠匿等の処分をする意思」という詐害意思以上の重い主観的要件を課すことにより、詐害行為取消権の成立範囲を限定するとともに、本条3号の主観的要件の立証の負担を受益者に課さないこととして、証明責任の分配にも配慮がなされた立法案となっている。

ii 中間試案では、本条について、破産法161条2項（内部者取引の推定規定）

5) 最判平元・4・13金法1228号34頁、最判平8・2・8判時1563号112頁等。

6) 大判明治39・2・5民録12輯133頁、東京高判昭48・3・19判時705号50頁等。

7) 否認要件厳格化の詳細につき、拙稿①146頁～150頁参照。

と同じ規律の新設が予定されていたが⁸⁾、これについては、民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等を考慮し、実務上、同項の類推適用や事実上の推定等によって対応が図られることを想定して、明文の規定が見送られている⁹⁾。

iii 新規借入れとそのための担保設定（いわゆる同時交換行為）についても、本条の規律が及ぶこととなる¹⁰⁾。

(3) 424条の3（特定の債権者に対する担保の供与等の特則）

i 偏頗行為（特定の債権者を利する債務消滅行為や担保の供与）の規律について、改正案は、詐害行為取消権の対象に取り込んだ上で、偏頗行為の特質及び否認権制度との整合性を踏まえ、改正案424条の3の特則を新設した。

本条1項は、偏頗行為の基準時として、破産法上の偏頗行為否認と同様の支払不能基準を導入して否認権制度との整合性を図りつつ、その主観的要件につき、詐害行為取消権の判例法理¹¹⁾を踏まえ、債務者と受益者との間の通謀的害意をその行使要件とし、これにより、否認要件以上にその要件を加重して厳格化している。

なお、改正案における偏頗行為の有害性（詐害性）の意義や本条の位置づけについては、後述（Ⅲの2. (1)）する。

ii 本条2項は、偏頗行為のうち非義務行為について、破産法における否認要件（破産法162条1項2号）と同様に、基準時を支払不能前30日以内に前倒した規律を新設した（但し、本条1項同様、債務者と受益者の通謀的害意も要件としている点で、否認要件より厳格化されている）。この支払不能時の時期的前倒しの立法趣旨は、破産法162条1項2号と同じであると解される¹²⁾。すな

8) 中間試案第15、2 (2)。

9) 部会資料73Aの42頁。

10) 部会資料54の27頁参照。

11) 大判大6・6・7民録23輯932頁、最判昭和33・9・26民集12巻13号3022頁等。

12) 破産法162条1項2号の立法趣旨につき、拙稿①151・152頁参照。

わち、偏頗行為否認を支払不能後にしか認めないとすると、支払不能直前に債務者の財務状況を知悉する金融機関等の債権者と債務者とが共謀して期限前弁済や新たな追加担保の供与がなされても、これを否認することができなくなる。ところ、破産法162条1項2号の「支払不能になる前30日以内」という時期的前倒しの趣旨は、同条同項1号の偏頗行為否認を潜脱するような行為を防ぐことにあり、改正案の本条2項も同趣旨と解される。

本条2項の偏頗行為としての非義務行為は、支払不能の30日前から支払不能になるまでをその対象とし、支払不能以後の非義務行為については、本条1項の対象となると解される。取消債権者は、本条1項に基づき取消権を行使する場合は、当該偏頗行為が義務行為か非義務行為かの主張立証責任を負わないのに対し、本条2項に基づく場合は、当該行為が非義務行為であることの主張立証責任を負担することになる。

なお、非義務行為には、①行為自体が債務者の義務に属さない行為（新たな追加担保の供与等）、②時期が債務者の義務に属さない行為（期限前弁済が典型例）、③方法が債務者の義務に属さない行為（代物弁済が典型例）の三類型が考えられる。そして、本条2項の対象となる非義務行為に、①と②が含まれることについては問題がないが、③が含まれるかについては一義的に明らかではない。すなわち、破産法では、同法162条2項2号が、「債務者の義務に属さない行為」と「方法が債務者の義務に属さない行為」を条項上峻別していることから、同条1項2号の「債務者の義務に属さない行為」に③が含まれないことは文言上も明らかであるのに対し、本条2項ではこのような峻別がなされていないため、その対象に③が含まれるのか否かについて疑義が生じる。この点は、本条の対象となる偏頗行為の有害性の理解とも関連するので、後記のⅢの2. (1)にてあらためて述べることとする。

iii 中間試案では、破産法162条2項及び3項と同様の推定規定を民法にも新設することが予定されていたが¹³⁾、これについても、民法上の他の制度との関

13) 中間試案第15、3 (3) (4)。

係における規律の密度や詳細さのバランス等を考慮し、実務上、同項の類推適用や事実上の推定等によって対応が図られることを想定して、明文の規定が見送られている¹⁴⁾。

(4) 424条の4（過大な代物弁済等の特則）

i 改正案は、否認権制度との整合性・連続性を図るべく、破産法における対価的均衡を欠く代物弁済等の否認権規定（同法160条2項）と同様の規律を新設した¹⁵⁾。但し、本条の「——前条第1項の規定にかかわらず、——」との文言は、破産法160条2項の規定には存在しないが、この挿入文言は、否認権制度との対比で改正案における詐害行為取消権の有害性体系を理解するうえで極めて重要と解される。そのため、本条については、当該挿入文言の趣旨等を含め、後記Ⅲの2. (1)にてあらためて検討する。

ii なお、過大な代物弁済は、「責任財産減少行為」の性質を有すると同時に、代物弁済自体は、「偏頗行為（債務消滅行為）」の性質をも併せもつ行為である。そのため、改正案424条の3第1項又は第2項の要件を充足すれば、当該代物弁済を、過大か否かを問わず、詐害行為取消権の対象とすることができることになる¹⁶⁾。

(5) 424条の5（転得者に対する詐害行為取消請求）

i 本条1号は、受益者からの転得者を詐害行為取消請求の相手方とする場合、①受益者に対する詐害行為取消請求の要件を充足していることに加え、②転得当時、債務者の行為が債権者を害することを転得者が知っていた場合に限り、転得者取消しができる旨定める。②の主観的要件（転得者の悪意）については、詐害行為取消債権者（以下「取消債権者」と略称する。）が主張立証責任を負担する。この主張立証責任の所在は、受益者に対する詐害行為取消請求の場合

14) 部会資料73Aの46頁。

15) 破産法160条2項の立法趣旨等につき、拙稿①145頁～146頁参照。

16) 部会資料73Aの46・47頁。

に受益者の主観的要件の主張立証責任を受益者が負担するのとは異なっており、また、現行民法下での判例法理¹⁷⁾が変更されている。

ii 本条2号は、他の転得者からの転得者を相手方とする場合、①前記 i ①と同じ要件に加え、②転得の当時、当該転得者及びその前に転得したすべての転得者が、それぞれの転得当時、債務者の行為が債権者を害することを知っていたときに限り、転得者取消しができる旨定める。転得者の悪意の主張立証責任の所在は、上記 i と同じである。なお、「債権者を害することを前者が知っていた」ことを当該転得者が知っていたこと（いわゆる「二重の悪意」）は、要求されていない¹⁸⁾。

iii 現行民法下での判例¹⁹⁾は、当該転得者が悪意であれば、当該転得者の前者が善意であっても、転得者取消しの要件を充足すると判示していたので、改正案はこの点を変更する内容になっている。また、破産法170条1項1号は、「前者に対する否認の原因があること」を転得者が知っていたことを否認要件として、上記の「二重の悪意」を要求しているので、改正案は、破産法上の転得者否認の要件とも同じではない。因みに、転得者否認を定めた破産法170条1項、民事再生法134条1項及び会社更生法93条1項は、「二重の悪意」を要件として求めない改正案の内容に添って改正されることが予定されている²⁰⁾。

iv なお、受益者の主観的要件（受益者の悪意又は善意）の主張立証責任の所在については、条項上明確ではなく、畢竟、制度の趣旨から取消債権者と転得者との間の主張立証責任の分配について何をもって公平とみるかの価値判断（解釈）に委ねられていると解されるが、受益者を相手方とする場合に受益者が自己の善意につき主張立証責任を負うこととの均衡等を考慮すると、転得者が受益者の善意の主張立証責任を負担すると解するのが相当と思量する²¹⁾。

17) 最判昭37・3・6民集16巻3号436頁、最判昭39・12・4裁判集民事76号367頁等。

18) 部会資料73Aの49頁参照。

19) 最判昭和49・12・12裁判集民事113号523頁。

20) 民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案（第189回国会閣法第64号）参照。

21) 第82回会議事録56頁の金洪周発言参照。

受益者以降に転得が重なっている場合、転得の経路についての主張立証責任の所在も実務上は問題となり得るが（具体的には受益者又は転得者の単なる補助者か真の転得者かが問題となるような場合）、これについては、取消債権者がその主張立証責任を負うと解される²²⁾。

v 中間試案では、破産法170条1項2号の主張立証責任の転換に関する規定と同趣旨の規定を新設することが予定されていたが²³⁾、これについても、民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等を考慮し、実務上、同項の類推適用や事実上の推定等によって対応が図られることを想定して、明文の規定が見送られている²⁴⁾。

2. 詐害行為取消権の行使の方法等

(1) 424条の6（財産の返還または価額の償還の請求）

i 本条1項及び2項は、現行民法下での判例・通説²⁵⁾と同様、受益者又は転得者に対する詐害行為取消請求訴訟の訴訟物が、詐害行為の取消し（形成訴訟）と逸出財産の取戻し（給付訴訟）の合体した「詐害行為取消権」自体であることを明文化したものである。

ii また、本条1項及び2項ともに、上記の逸出財産の取戻しについて、現物返還が原則であること、現物返還が困難なときは価額償還になることを規定している。

iii なお、本条における現物返還とは、改正案424条の9の文言に照らすと、転得者に対する詐害行為取消請求の場合は、転得者の取得した物の返還を意味し、転得者が取得した金銭の取戻しを取消債権者が求める場合は、「価額償還」を意味することになる²⁶⁾。

22) 第42回会議事録29頁の山本敬三発言及び金洪周発言参照。

23) 中間試案第15、5（4）。

24) 部会資料73Aの49頁。

25) 大連判明44・3・24民録17輯117頁、我妻ほか・前掲注4）788頁～790頁。

26) 第97回会議事録19頁の金洪周発言参照。

(2) 424条の7（被告及び訴訟告知）

i 本条1項は、受益者に対する詐害行為取消訴訟の被告は受益者であること、転得者に対する同訴訟の被告は当該転得者であることを規定することで、その反面解釈として、現行民法下の判例法理²⁷⁾と同様、債務者は被告とならない（できない）ことを規律している²⁸⁾。

ii 本条2項は、債務者が被告とはならないものの、詐害行為取消請求を認容する確定判決の効力が債務者にも及ぶ（改正案425条）関係で、債務者の手続保障を図るため、取消債権者に対し、債務者に対する訴訟告知義務を課している。

(3) 424条の8（詐害行為の取消しの範囲）

i 本条1項は、詐害行為の目的が可分であるとき、現行民法下での判例法理²⁹⁾と同様、取消債権者の被保全債権額を限度として詐害行為取消請求ができるものとした。

ii 本条2項は、債権者が受益者又は転得者に対して価額償還請求をする場合も、iと同様、取消債権者の被保全債権額を限度として詐害行為取消請求ができるものとした。

なお、中間試案では、被保全債権額の範囲を超えて取消権が行使できるとされていた³⁰⁾。しかし、これを認めると、改正案424条の9で、取消債権者への直接の引渡しを認め、かつ相殺禁止の明文の規定が設けられていないことと相まって、取消債権者が受領した金銭を費消・隠匿するおそれがあり、その場合には債務者や他の債権者が不当な不利益を被ってしまう旨の指摘を踏まえ、改正案の内容になったとされている³¹⁾。

27) 大連判明44・3・24民録17輯117頁、最判昭39・12・4裁判集76号367頁等。

28) 部会資料35の56頁（2）ア【乙案】及び第41回会議議事録53頁の金洪周発言参照。

29) 大判明36・12・7民録9輯1339頁等。

30) 中間試案第15、7。

31) 第82回会議議事録53・54頁の金洪周発言。

iii 詐害行為の目的が不可分で、目的物の価額が被保全債権額を超えるとき、全部の取消し（現物返還）か一部の取消し（価額償還）かが問題となるが³²⁾、目的物の性質や事案の内容等によって異なる³³⁾。

(4) 424条の9（債権者への支払又は引渡し）

i 本条1項は、取戻対象財産が金銭又は動産の場合、取消債権者は、取消権行使の結果、受益者又は転得者に対し、取消債権者への直接の金銭の支払又は動産の引渡しを求めることができる旨を定めるとともに（但し、転得者が取得した金銭の支払を取消債権者が求める場合は、前述のとおり、本条2項の「価額償還」の規定の適用となる。）、受益者又は転得者が取消債権者に対して直接の支払又は引渡しをしたときは、受益者又は転得者の債務者に対する返還義務が消滅する旨の定めをしている。

ii 本条2項は、取消債権者が受益者又は転得者に対して価額償還請求をする場合も、上記同様に、取消債権者に直接の取立権と受領権を認めるとともに、受益者又は転得者が取消債権者に対して直接の支払又は引渡しをしたときは、受益者又は転得者の債務者に対する返還・償還義務が消滅する旨を定めている。

iii 中間試案では、上記の規律に加え、相殺禁止の明文の規律を新設することとされていたが³⁴⁾、相殺禁止の明文の規律は、取消債権者の取消権行使のインセンティブを失わせ、詐害行為に対する抑止機能を失わせることになる旨の指摘や、仮に相殺禁止の明文の規律を置かなくとも、相殺権濫用の法理などによって相殺が制限されることも考えられることなどを踏まえ、相殺禁止の明文の規律を設けずに、解釈等に委ねることとされている³⁵⁾。

32) 飯原一乗「詐害行為取消訴訟」371頁以下（悠々社、2006年）参照。

33) 全部の取消しを認めた判例として、最判昭30・10・11民集9巻11号1626頁、大阪高判昭31・6・28下民集7巻6号1656頁、東京地判昭41・4・26判タ193号158頁等があり、一部の取消し（価額償還）を認めた判例として、東京地判平11・12・7判時1710号125頁、名古屋地判平13・7・10判時1775号108頁等がある。

34) 中間試案第15、8（4）。

35) 第82回会議議事録54頁の金洪周発言。

相殺禁止の明文の規律がない以上、改正後の民法下でも、金銭を受領した取消債権者が相殺を介して被保全債権の事実上の優先弁済を受けることを回避することはできないが、改正案による後述の相対的取消構成の修正は、取消債権者の事実上の優先弁済効に大きな影響を及ぼす可能性がある。改正案425条により詐害行為取消しを認容する確定判決の効力が債務者に及ぶことが規定された結果、同判決によって、取消債権者の受益者又は転得者に対する請求債権とは別に、債務者にも（被告とされた）受益者又は転得者に対し、逸出財産の返還ないし償還を請求できる権利が発生することになり、この権利は、差押えの対象にもなると解されるからである³⁶⁾。

3. 詐害行為取消権の効果

(1) 425条（認容判決の効力が及ぶ者の範囲）

i 本条は、現行民法下における判例法理³⁷⁾である相対的取消（無効）構成を修正（変更）し、詐害行為取消訴訟の認容確定判決が、債務者及びそのすべての債権者に及ぶものとした。

なお、転得者に対してなされた詐害行為取消しの効力は、債務者のほか当該転得者に及ぶが、同訴訟の被告にはなっていない当該転得者の前に位置する転得者には及ばず³⁸⁾、また、同訴訟の被告になっていない受益者にも及ぶものではなく、その意味では、詐害行為取消しによる無効は、絶対的無効そのものではない。

ii 本条の定める判決効が訴訟の当事者でもない債務者に及ぶ根拠やその判決効の内容、さらに判決効と改正案424条の7第2項所定の訴訟告知義務との関係については、疑義が残るが、改正案の立案担当者の説明によれば、この判決効は、形成力と（形成要件の存在についての）既判力を指すとされている³⁹⁾。

36) 第2分科会第3回会議議事録51頁の金洪周発言参照。

37) 大連判明44・3・24民録17輯117頁。

38) 第91回会議議事録37頁の金洪周発言。

39) 第91回会議議事録37・38頁の金洪周発言。

(2) 425条の2（債務者の受けた反対給付に関する受益者の権利）

i 詐害行為取消しの効果が債務者に及ばないことを前提とする相対的取消構成の下では、受益者は、債務者から取得した財産を返還したとしても、その財産を取得するためにした反対給付の返還を債務者に請求できないという問題があったが、詐害行為取消しの効果を債務者に及ぼすのであれば、この反対給付の返還請求を認めることに理論上の問題はなくなる。そこで、本条は、債務者がした財産の処分に関する行為（債務消滅に関する行為を除く。）が受益者との関係で取り消された場合における受益者の債務者に対する反対給付返還請求権・価額償還請求権を定めている。

ii 本条の立案上、受益者による逸出財産の返還と債務者による反対給付の返還が同時履行の関係に立つことは想定されていないが、受益者が逸出財産の価額の償還をする場合、自己の反対給付の価額との差額を償還すれば足りるかどうかは、解釈に委ねられている⁴⁰⁾。

iii 中間試案では、受益者の債務者に対する反対給付の返還請求権につき優先権を与える規定（具体的には返還した物を目的とする特別の先取特権の付与）を設けることとされていたが⁴¹⁾、民法上の他の制度との関係における規律の密度や詳細さのバランス等を考慮し、その優先権の規律については、実務の運用や解釈等に委ねられている⁴²⁾。

(3) 425条の3（受益者の債権の回復）

i 本条は、債務者がした債務の消滅に関する行為が取り消された場合（424条の4により取り消された場合を除く。）において、受益者が（先履行として）債務者から受けた給付を返還し、又はその価額を償還したときは、受益者の債権が原状に復することを定めている。

ii 上記で、424条の4（過大な代物弁済等の特則）により取り消された場合

40) 部会資料79-3の20頁。

41) 中間試案第15、11(2)。

42) 部会資料73Aの59・60頁。

が除かれているのは、受益者が同規定に基づいて取り消された部分の価額を償還したとしても、当該代物弁済によって消滅した債務の額に相当する部分の価額の償還をしたことにならないからである。

（4） 425 条の 4（詐害行為取消請求を受けた転得者の権利）

i 債務者の行為が転得者との関係で詐害行為として取り消され、当該転得者が受益者から得た財産又はその価額を取消債権者又は債務者に返還したとしても、当該詐害行為取消しの効果は転得者の前者に及ばないから、前者に対する反対給付の返還請求や、前者に対する債権の復活は認められない。しかし、これでは当該転得者が一方的な不利益を受けることになるため、このような場合において、本条 1 号は、財産の処分が詐害行為として取り消された場合は、（仮に受益者を被告とする詐害行為取消請求が認められたとしたならば）受益者が債務者に対して有していたであろう反対給付返還請求権・価額償還請求権の行使を認め、本条 2 号は、債務の消滅に関する行為が取り消された場合は、（仮に受益者を被告とする詐害行為取消請求が認められたとしたならば）受益者が債務者に対して有していたであろう債権の行使を、現物返還・価額償還した転得者に認めるものである。詐害行為取消しの効果が債務者に及ぶのであれば、当該転得者の債務者に対する請求という形式を採る限り、詐害行為取消しの効果との関係で問題は生じないからである⁴³⁾。

ii なお、破産法、民事再生法、会社更生法上の各否認権規定には、転得者の反対給付や債権の取扱いについての定めはなかったので、これら倒産法についても、改正破産法案 170 条の 2・同条の 3、改正民事再生法案 134 条の 2・同条の 3、改正会社更生法案 93 条の 2・同条の 3 として、民法改正案の内容に添って新設することが予定されている⁴⁴⁾。

43) 部会資料 73A の 61 頁～ 63 頁参照。

44) 民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案（第 189 回国会閣法第 64 号）参照。

4. 詐害行為取消権の期間の制限

426条

本条は、現行民法426条の期間の法的性質を消滅時効・除斥期間から出訴期間に改めるとともに、長期の期間を10年に短縮している。

なお、否認権行使の期間に関する破産法176条、民事再生法139条、会社更生法98条も、民法改正案の内容に添って改正することが予定されている⁴⁵⁾。

Ⅲ 詐害行為取消権改正案の特質

1. 二元説思想を前提とした否認権制度

破産法上、財産減少行為（狭義の詐害行為）と偏頗行為の「有害性」の体系的な位置づけについて、これを一元的に把握する考えと二元的に把握する考えがあるが、平成16年破産法改正による否認権制度は、後者の二元説思想に立脚している⁴⁶⁾。この二元説思想の重要な理論的帰結は、財産減少行為の有害性について一元説思想の前提となっている「実価を基準とする考え方」を排除する点にある。旧破産法下において、一元説に立脚し、偏頗行為を故意否認に取り込んだことによる故意否認の対象範囲の拡大は、否認権の機能・実効性を高めた反面、否認の成否についての予測可能性を減殺し、取引の安全を脅かすものであった。しかし、現行破産法の否認権制度の特質は、財産減少行為と偏頗行為の有害性を峻別した二元説思想を前提とした立法化にあり、それが、否認要件の明確化、合理化に繋がり、否認の成否についての予測可能性を高め、取引の安全に資すると同時に、債務者の再建にも寄与する要因になったものと解される⁴⁷⁾。

45) 民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案（第189回国会閣法第64号）参照。

46) 山本克己「否認権（上）」ジュリ1273号76頁以下。同「否認権（下）」同1274号124頁以下（いずれも2004年）。

47) 拙稿①134頁～139頁参照。

このような二元説思想に基づく否認要件の明確化、合理化に加え、否認の効果について、否認権を行使される相手方の利益保護にも配慮した現行破産法の否認権制度は、新時代の潮流に適合した経済合性を有するものとして、高く評価されるべきものとする⁴⁸⁾。

2. 否認権制度との対比からみた民法改正案の特質

(1) 詐害行為取消権改正案における「有害性」体系

i 前述のとおり、現行破産法は、財産減少行為と偏頗行為の「有害性」の体系的位置づけについて、二元説に立脚している。このことは、財産減少否認を規定する破産法160条1項柱書きで、財産減少行為（狭義の詐害行為）否認の対象から偏頗行為を除外し、偏頗行為については、別途同法162条1項で規定し、それぞれ別に否認要件を規定し、かつ危機時期の始期についても異なった規律を採用していることがその根拠の一つとなり得るが、その決定的な根拠は、破産法160条2項の規律にある⁴⁹⁾。

例えば、債務者Yが3000万円の債権を有しているXに対し、その所有不動産を代物弁済したとする。代物弁済した不動産の時価が仮に3000万円であれば、XのYに対する債権の実価が名目額を大きく割り込んでいても、一元説の前提とした実価基準を排除した二元説的思想を前提とする限り、財産減少行為には当たらない。しかし、その不動産の時価が5000万円であれば、Yの代物弁済が債務消滅行為であるとはいえ、債務（名目額）との対価的均衡を欠く2000万円の部分については財産減少行為に当たり、破産法160条1項1号と2号が定める要件の下に、故意否認と危機否認の対象となる。そして、この否認要件を充たす場合には、破産管財人は、対価的均衡を欠く2000万円部分について、相手方に価額償還を求めることができるとの上記特則（破産法160条2項）

48) 拙稿②223頁。

49) 伊藤真ほか『新破産法の基本構造と実務』379・380頁〔山本克巳発言〕ジュリ増刊（2007年）。なお、同書387・388頁の小川秀樹発言によると、否認権制度についての山本（克）説は現行否認権規定の立案に強い影響を与えたとされている。

が設けられたのである⁵⁰⁾。これに対して、同じ例で、仮に実価の基準を採用する一元説に従えば、代物弁済の目的物の時価と当該債権の実価の差額が（責任）財産減少行為に当たることになり、破産法160条2項の規律とはならない。

ii 一方、改正案は、424条1項で詐害行為取消権の一般的準則を規定したうえで、424条の4において破産法160条2項と同趣旨の特則を新設している。このことは、改正案も、「責任財産減少」という意味での有害性につき、一元説思想の前提となる「実価基準」を排除していることを意味する。

しかし、「特定の債権者を利する債務消滅行為や担保の供与」（偏頗行為）についての規律のあり方は、改正案と否認権制度とは異なっている。改正案は、偏頗行為についても詐害行為取消権の対象となることを認め、その一般的準則である424条が適用されることを前提としたうえで、偏頗行為の性質を考慮した特則を424条の3に新設している。そして、424条の3の定める要件は、偏頗行為否認と同じく「支払不能時」を原則的基準時とする一方で、詐害行為取消権行使の主観的要件については、現行民法下での判例法理同様、債務者・受益者間の「通謀的害意」を要求して、要件の厳格化を図っている。

iii 改正案の偏頗行為の規律の在り方は、偏頗行為を詐害行為取消権の対象として取り込んだうえで、否認権制度との逆転現象を回避して同制度との整合性を図るためのものとしてその趣旨を理解できるものであるが、他方、改正案が、本来偏頗行為否認の有害性（債権者間の平等を害する行為）を根拠づける「支払不能」概念を新たに導入するとともに、前述の改正案424の4（特則）において、実価基準を「責任財産減少」という意味での有害性から排除した二元説思想に基づく規律となっていることを考慮すると、「特定の債権者を利する債務消滅行為や担保の供与」（偏頗行為）の詐害行為としての「有害性」をどのように捉えているのか、改正案424条の3第1項2号所定の「他の債権者を害する」ことの意義が、「責任財産の減少」という意味での有害性を指すのか、「債権者間の平等を害する」という意味での有害性を指すのかについての疑義が生ずる。

50) 拙稿①145頁。

現行破産法が偏頗行為否認の危機時期を画する始期として、財産減少行為否認のそれと峻別した「支払不能」概念を導入したのは、支払不能時が偏頗行為について確実に債権者平等に反する（有害性あり）と断ずることができる最も早い時期であることに因るものであり⁵¹⁾、そのことが、否認権制度における偏頗行為の有害性（債権者間の平等を害すること）の根拠となっている。仮に、改正案が偏頗行為の有害性を、「責任財産の減少」という意味での有害性の中に包摂しているのであれば、本旨弁済などは、その性質上、本来受益者が権利として債務者に要求できるものであるから、いかに債務者が無資力状態での弁済であっても、その行為の属性の中に「責任財産の減少」という意味での有害性があるとは言い難く、また、その責任財産の減少性は、「支払不能」概念と直接的な関連性もないから、その責任財産減少性を根拠づけるには、一元説の考えである「実価」基準（偏頗行為取消しの対象となる当該債権の実質的価値は債務者の無資力時には大幅に目減りしているので、当該債権の実価と名目額との差額が責任財産の減少を招くという考え。）で説明するほかないと解される。しかし、改正案は、前述のとおり、破産法160条2項と同趣旨の改正案424条の4を新設し、この一元説の前提である「実価基準」を排除している。それゆえ、改正案の偏頗行為の有害性を「責任財産の減少」という意味での有害性の中に包摂するのは困難である。

仮に上記の理解に誤解がないとすると、改正案の「詐害行為」は、破産法上の「財産減少行為（狭義の詐害行為）」と異なり、①「責任財産の減少」という意味での有害性のある行為と、②「債権者の平等を害する」意味での有害性のある行為の両者を含んだ広義の概念として捉えるほかないのではないかと考える。すなわち、詐害行為取消請求の一般的準則に当たる改正案424条1項の「債権者を害すること」の有害性には、①の有害性と、②の有害性を包摂し、同条の特則である改正案424条4（過大な代物弁済等の特則）の要件としての有害性は、①の有害性を意味し、偏頗行為を規律する改正案424条の3第1項2号

51) 拙稿①151頁。

所定の「他の債権者を害する意図」に含まれる有害性は、②の有害性を意味すると解すべきものとする。

このように解することによって、改正案424条の4の規律の中に、同趣旨の規定である破産法160条2項には存在しない「前条（424条の3）第1項の規定にかかわらず、」（（ ）内は筆者）との文言が挿入されている趣旨についても、一元説思想を前提とする「実価」基準を排除したうえで、同一の行為であっても、424条の3所定の②の有害性のある行為として詐害行為取消しの対象となることとは別に、①の有害性のある行為として詐害行為取消しの対象となることを明示した趣旨であるものと、整合的に理解できるのではないかと考える。そしてまた、改正案の偏頗行為の特則（424条の3）が、「支払不能」概念をその要件としたのは、偏頗行為が①の有害性のある行為ではなく、支払不能時が偏頗行為について確実に債権者平等に反する（有害性あり）と断ずることができる最も早い時期であることに鑑み、②の有害性のある行為として捉えたことによる理論的帰結であったものと理解できるのではないかと考える。

iv また、改正案424条の3第2項の対象となる非義務行為のなかに、代物弁済のような「方法が債務者の義務に属さない行為」が含まれるか否かについての前述の問題（Ⅱ 1. (3) ii）は、詐害行為取消権における偏頗行為の有害性を上記のとおり把握すべきであると考えるので、破産法162条1項2号の解釈と同じく、「方法が債務者の義務に属さない行為」は含まれないと解すべきものとする。ただし、改正案424条の3第2項の前記趣旨に鑑み、代物弁済のような「方法が債務者の義務に属さない行為」は、新たな追加担保供与や期限前弁済などと異なり、支払不能後の詐害行為取消権の潜脱という事情が生ずるわけではなく、その点で、通常の場合に比して、有害性の判断基準時期を支払不能時よりも前倒しして考える理由はないからである⁵²⁾。

v 改正案における詐害行為取消権の「有害性」についての筆者の理解は、以

52) 但し、潮見佳男・前掲注3) 81頁は、代物弁済が改正案424条の3第2項の非義務行為に当たると解されているように窺える。

上のとおりであるが、詐害行為取消権改正案の場合は、財産減少行為（狭義の詐害行為）と偏頗行為を峻別した否認権制度と異なり、両者を包摂した概念として広義の詐害行為を捉えることになるので、偏頗弁済について、詐害行為の一般的要件としての「無資力」要件と「支払不能」要件の関係をどのように理解するかの問題を別途検討する必要がある。

改正案は、明文で、「無資力」要件を明記していないものの、その要件の充足を当然の前提としていると解されるので、偏頗行為の場合には、詐害行為取消請求に当り、「支払不能」要件のほかに、「無資力要件」も充足する必要があると解される。「無資力」が何を指すかについては、なお議論があるが、仮に「債務超過」を指すと解した場合、債務者の財政悪化の時系列は、通常、①無資力（債務超過）→②支払不能→③支払停止と進むので、「支払不能」要件を充足すれば、「無資力」要件も併せて充足することになると解される。

この点につき、改正案立案担当者の「無資力要件も支払不能要件も両方要求されていると理解しています。」との見解⁵³⁾は、上記理解と同趣旨と解される。

（2）詐害行為取消要件の厳格化と適用対象の縮小

i 詐害行為取消権改正案は、前述のとおり、否認権制度との逆転現象を回避して両制度間の整合性を図るため、否認権規定と同趣旨の特則を新設しているが、その取消要件は、現行民法下での判例法理や否認要件と対比して、以下のとおり、厳格化されたものが少なくなく、その結果、適用対象も縮小されている。

① 偏頗行為についての詐害行為取消権の要件（改正案424条の3）は、偏頗行為否認の要件（破産法162条）に比してより厳格なものとなっている。取消債権者は、偏頗行為について、詐害行為取消権を行使する場合には、債務者と受益者との間の通謀の害意まで主張立証責任を負担しなければならない。そして、ここでの「害意」は、前述の「有害性」理解を前提とするならば、「支払

53) 第82回会議事録55頁の金洪周発言。

不能時の弁済が債権者間の平等を害する」ことの認識を意味する。取消債権者が、「行為の時点で債務者が支払不能であったこと」を立証することさえ、（破産者の財産管理権を専有する）破産管財人がそれを立証する場合に比して、相当の困難を伴うと考えられるが、債務者の支払不能を前提とした「債務者と受益者の間の通謀的害意」まで立証するのは一層困難を伴うと言わざるを得ない。

また、改正案424条の3第2項（非義務行為の特則）は、同趣旨の破産法162条1項2号の規律のあり方と異なり、主観的要件についての主張立証責任を転換させる規律とはなっておらず、取消債権者に対する主張立証責任の負担への配慮はなされていない。もっとも、中間試案の段階では、改正案423条の3第1項及び第2項の各適用について、偏頗行為の否認要件の推定規定（破産法162条2項・3項）と同様の主張立証責任の負担を軽減させる規律の新設が検討されたが、改正案では、同推定規定の新設は、見送られ、解釈に委ねられている。そこでは、前記のとおり、破産法162条2項の類推適用等がなされることを想定されているが、上記の「通謀的害意」に破産法162条2項を類推適用することは、経験則上、難しいのではないかと考える。

このように考えると、改正案は、偏頗行為を詐害行為取消権の対象として取り込んでいるとはいえ、実務上、取消債権者がその行使ができる事例は極めて限られたものになるのではないかと推察される。

② 相当の対価を得てした財産の処分行為の特則（改正案424条の2）は、破産法161条1項と同趣旨の規律を新設して、現行民法下での判例法理における原則と例外を逆転させたものであるが、破産法161条2項（内部者取引の推定規定）と同様の規定の新設が見送られた点で、破産法161条1項・2項の規律と対比して、より厳格な規律となっている。

相当価格による財産処分行為の否認は、破産管財人にとってもその厳格な否認要件を充足する立証をするのは極めて困難であるが、取消債権者が改正案424条の2所定の要件を立証するのは、一層、難しいのではないと思われる。

③ 過大な代物弁済等の特則（改正案424条の4）は、破産法160条2項と同趣旨の規律であるが、前述のとおり、一元説思想に基づく「実価基準」を明確

に排除している点で、実質的に過大な代物弁済についての詐害行為取消しの適用範囲が縮小されている。

一般的に、改正案におけるこの「実価基準」の排除は、詐害行為取消権の適用対象を縮小する方向に働くものとする。

④ 転得者に対する詐害行為取消権の要件（改正案424条の5）は、前述のとおり、現行破産法上の規律とも異なり、いわゆる「二重の悪意」までは要求されていないものの（但し、倒産法の転得者否認の要件は、今回の改正案の規律に添った改正がなされることが予定されている）、否認権制度との整合性を図るため、転得者の悪意についての主張立証責任が、現行民法下での判例法理と異なり取消債権者の負担とされている。

ii 改正案は、上記のとおり、否認権制度の有害性についての二元的思想を引き継いだうえで、詐害行為取消権の要件の厳格化・明確化を図り、その結果、その適用対象を現行民法下における判例法理より相当に縮小する内容になっているものとする。

筆者は、かねて、詐害行為取消権制度の改正に係る取消対象行為の方向性について、詐害行為取消権と否認権制度との不整合状況等を踏まえて、「詐害行為取消権の対象を財産減少行為に限定し、偏頗行為はその対象から切り離し、厳格な法的倒産手続である破産手続に委ねるべきである。詐害行為取消権は、その適用範囲を縮小する方向に改正すべきものとする。」⁵⁴⁾と提案した。改正案は、偏頗行為を詐害行為取消権の対象として取込んでいるが、その内容を実質的にみれば、同提案と同じ方向性の改正案ではないかと考える。

（3）相対的取消（無効）構成の修正とその影響

i 否認権行使の効果については、相対的無効説が通説であり、詐害行為取消権についても、前記のとおり、明治期以降の判例法理は、相対的無効説を採用してきた。

54) 拙稿②223頁以下。

否認権は債務者（破産者）の財産管理処分権を専有する破産管財人が行使するものなので、否認の相手方に対してのみ、かつ、破産手続限りでその物権的効果を生じさせる相対的無効説が妥当な帰結を導くが、詐害行為取消権の場合の相対的無効説は、その効果を債務者に及ぼすことができないため、債務者と（被告となった）受益者又は転得者の詐害行為取消し後の法律関係等について、適正な帰結を導く理論的な難点ともなっていた。

そこで改正案425条は、明治期以降の上記の判例法理を修正（変更）し、詐害行為取消訴訟の認容確定判決が、債務者及びそのすべての債権者に及ぶものとした。

そして改正案424条の7第2項は、債務者の手続保障を図るため、取消債権者に対し、訴訟告知義務を課している。

この点、訴訟告知制度は、被告知者に対して訴訟に参加して自己の利益を守る機会を与えることも制度趣旨の一つであるが、その主たる趣旨・目的は、被告知者に訴訟に参加させることで、その支援を期待できるとともに、被告知者が訴訟に参加しなかった場合でも、敗訴した場合には被告知者との間で参加的効力を発生させることにあり（民訴法53条4項・46条）、一枚の訴訟告知書によって、判決の効力を被告知者に及ぼすことまでは想定されていない。また、被告知者（債務者）と被告である受益者又は転得者との間には、債務者の訴訟追行権を受益者又は転得者に付与する訴訟担当の関係もないので、債権者代位訴訟と異なり、民事訴訟法115条1項2号を適用する余地もない⁵⁵⁾。

債務者に被告適格を認めない制度（改正案424条の7）のなかで、詐害行為取消しの効果として、判決の効力（形成力及び形成要件についての既判力）を債務者（及びすべての債権者）に直接に及ぼすことについては、上記の民事訴訟法理論の観点から違和感を覚えざるを得ないが、債務者に被告適格を認めた場合に、円滑な訴訟進行が阻害されるおそれがあること等や相対的無効説の理論的難点解消の必要性⁵⁶⁾は十分理解できるので、訴訟理論上の問題は将来の課

55) 第41回会議議事録53頁の山本和彦発言参照。

56) 部会資料73Aの56頁参照。

題として、以下、詐害行為取消しの効果が債務者に及ぶことを前提に考察したい。

ii 改正案425条による相対的無効説の修正は、同425条の2（債務者の受けた反対給付に関する受益者の権利）や同425条の3（受益者の債権の回復）、さらには同425条の4（詐害行為取消請求を受けた転得者の権利）の規律に理論的根拠を付与するだけでなく、取消債権者の相殺を介した事実上の優先弁済効に大きな影響を与える可能性がある。

すなわち、「詐害行為を取り消す」という内容の確定判決の効力（形成力）が債務者に及ぶ結果、取消債権者の受益者に対する金銭の直接の引渡請求権（以下、この債権を「甲債権」と略称する。）とは別に、債務者の受益者に対する金銭返還請求権（以下、この債権を「乙債権」と略称する。）が発生する。その結果、債務者に対するその他の債権者は、債務者に対する債権について債務名義を有しておれば、現行の判例法理と異なり、乙債権を差押えすることができる。また、受益者も、復活債権（受益者が乙債権にかかる債務を弁済したことを条件として復活する受益者の債務者に対する債権）を被保全債権として乙債権を仮差押えしたうえで乙債権を執行供託したときには、受益者は、復活債権につき乙債権の債権執行手続において配当等を受けることができる地位を有することになる⁵⁷⁾。

このように考えると、取消債権者は、改正案424条の9により、受益者に対する金銭の直接の引渡請求権が認められ、また、相殺禁止の明文の規律が導入されなかったことにより、相殺を介した事実上の優先弁済受領権を有しているとはいえ、今後の実務の動向次第では、改正案における相対的取消（無効）構成の修正が、同取消債権者の上記の事実上の優先弁済受領権に大きな影響を与える可能性があることになる。

iii なお、上記の「甲債権」と「乙債権」の関係については、今後の実務上の

57) 以上の点は、法務省 HP 掲載の大阪弁護士会民法改正問題特別委員会有志の「部会資料 73A「第6詐害行為取消権」等に対する意見」が的確に指摘するところである。

重要課題の一つであり、法制審議会民法（債権関係）第2分科会議でもこの点につき議論がなされている⁵⁸⁾。

甲債権と乙債権は、受益者がいずれかを支払えば、免責されるが、仮に乙債権につき差押えがなされていた場合、その差押えの弁済禁止効により、受益者が甲債権を支払うことができるか否かにつき議論され、法務省立案担当者より、「詐害行為取消しの効果が債務者に及ぶことになれば、詐害行為を取り消されたことを前提とする給付請求の部分については、債権者代位権と同じ構造になると整理すべきではないかと少し感じております。仮にそうだとすると、——受益者としては、差押えによって弁済禁止効が生じている債務者の受益者に対する債権を行使してきた取消債権者に対しても、やはり支払うことができないということになるのではないかと感じております。」との見解が述べられている⁵⁹⁾。

債権者代位権と同じ構造になると整理されるこの見解については、結論の妥当性の点は別として、詐害行為取消訴訟提起時の甲債権の給付請求権（訴訟物）が、「詐害行為を取り消す」判決時に乙債権の給付請求権という別の訴訟物に変更されることを認めるに等しくなるのではないかとの疑問があり、この問題は、筆者の今後の課題としておきたい。

iv 上記のとおり、改正案による相対的取消（無効）構成の修正は、詐害行為取消しによって生ずる取消債権者の事実上の優先弁済効の問題等を含めた既存の法律関係とその法理に再考を促す契機となる可能性を伏在させている。

IV むすび

詐害行為取消権改正案の筆者の前記「有害性」理解を前提とすると、今回の改正案の特質は、否認権制度との対比からみた場合、(1)財産減少行為（狭義の詐害行為）と偏頗行為の両者を包摂したものとして詐害行為（広義）を捉え、

58) 第2分科会議議事録51頁～53頁参照。

59) 第2分科会議議事録53頁の金洪周発言。

これにより、詐欺行為取消権の有害性体系が、二元説思想を前提とする否認権制度と整合的に接合し、現行民法下での詐欺行為取消権と否認権との逆転現象を解消させるだけでなく、理論面を含めた両制度の整合性・連続性を確保していること、(2)この否認権制度との整合性・接続性により、詐欺行為取消権は、その要件が現行民法下での判例法理より厳格となって明確化され、かつ、その適用対象が縮小される結果となっていること、(3)詐欺行為取消権の効果としての相殺的取消（無効）構成の修正は、現行民法下での判例法理の理論的難点を解消するとともに、取消債権者の相殺を介した事実上の優先弁済権等に関する既存の法律関係とその法理に再考を促す契機となる可能性を伏在させていること、の三点に総括することができるのではないかと考える。

中間試案の段階で検討されていた、詐欺行為取消権行使の相手方となる受益者又は転得者の利益保護についての配慮規定が、改正案では見送られている点などは、その点についての合理的な配慮がなされている否認権制度と対比した場合、今後の立法課題としてなお残されているが、改正案の内容は、全体として、大きな意義のある立法であると考ええる。

民法改正案の早期の成立と今後の実務での改正案の制度趣旨に添った適正な運用に期待したい。

※ 本稿は、筆者が平成27年11月21日開催の現代担保法・財産法研究会（代表：椿寿夫教授）にて発表した報告内容を一部加筆・修正したものである。

（きた・ひであき 筑波大学法科大学院教授）

カナダのインサイダー取引規制（5・完）

木村真生子

- I. 問題の所在
- II. 規制の背景
- III. 規制の構造（以上、筑波・ロー・ジャーナル12・13号）
- IV. 合法的なインサイダー取引とその規制（筑波・ロー・ジャーナル13・17号）
- V. 違法なインサイダー取引
 - 1. 概要（以上、筑波・ロー・ジャーナル17号）
 - 2. 証券法上の規制
 - (1) 取引の禁止（以上、筑波・ロー・ジャーナル18号）
 - (2) 情報伝達行為（Tipping）の禁止（以下、本号）
 - 3. 会社法上の規制
- VI. エンフォースメント
- VII. 総括
- VIII. 結語

V. 違法なインサイダー取引

2. 証券法上の規制

(2) 情報伝達行為（Tipping）の禁止

違法なインサイダー取引のもう1つの類型に Tipping (情報伝達行為)がある。Tipping とは、他人に重要な未公開情報を伝えることをいう¹⁾。カナダではすでに1965年に出されたキンバーレポートにおいて、情報伝達行為の問題点について次のような指摘がなされていた。

1) 直に情報を伝える場合だけでなく、電話や手紙、電子メールやネット上でのやり取りも含まれる。

「内部者が会社の機密情報を自らの利益のために利用することが不正行為であるならば、その者が当該情報を「情報受領者ら」に提供することもまた情報受領者が利益を享受することができるために不正行為である²⁾。」

つまり、情報伝達行為があれば、情報受領者は有利に売買を行う機会を有することになり、結果として、情報受領者は利得しまたは損失を被らずに済ませることができる。このような不正売買は大衆の不信を生み、その投資意欲を削ぐことになる。未公開情報にアクセスできる投資者が、他の投資者に対して不正に利益を得ることがあってはならないため、公正な市場を確保するために、内部者取引と同様に情報伝達行為は禁止されなければならない。

そこで、例えば、オンタリオ州証券法76(2)条は、次のように情報伝達行為を禁止している³⁾。

「報告発行会社及び報告発行会社と特別な関係（special relationship）にある個人または会社は、必要な業務の過程（in the necessary course of business）以外で、重要な事実または重要な変更が公表される前に、他の者または他の会社に報告発行会社に関する当該重要な事実または重要な変更を知らせてはならない。」

この条文からは、(1)情報伝達者が発行者と特別な関係にあること、(2)必要な業務の過程以外で情報伝達が行われたこと、(3)情報が公表されていないこと、が要件となることがわかる。

(i) 特別な関係

情報伝達行為において「特別な関係にある者」は、オンタリオ州証券法の場

2) Report of the Attorney General's Committee on Securities Legislation in Ontario, March 1965, Brief of Studies/Reports, Tab 1, at 12-13, para. 2.12.

3) 同様の規定がアルバータ州証券法147条(3)(4)、ケベック州証券法188条等にある。

合 76(5)条で定義されているほか、NP51-201 ではより明確な定義が置かれている。NP51-201 によれば⁴⁾、特別関係者とは(a)証券法の定義に基づく内部者、(b)取締役、幹部職員及び従業員、(c)会社のためにまたは会社に代わって専門的な行為又は事業活動に携わる者、(d)情報受領者が知るまたは知りうべき重要な情報のある者から入手した者（情報受領者）が該当する。すなわち、(d)は、情報受領者が未公開情報を他人に伝達すると、その者が情報伝達者になることを意味する。

(d)の定義に従えば、情報受領者の無限鎖（infinite chain）ができあがる⁵⁾。つまり、情報受領者のつながりが長ければ長いほど、違法なインサイダー取引を探し出して特定することが難しくなる⁶⁾。そこで、NP51-201 は、情報受領者の範囲が広範に及ぶことを考慮して、会社が独自に情報開示規定を定め、社内で誰がコーポレート・コミュニケーションに関する責任を有しているのかを明確にしておくことが必要であるとしている⁷⁾。以下では、情報伝達行為に関して重要な Rankin 事件を取り上げて検討する⁸⁾。

【Rankin 事件】

Rankin 事件は、情報伝達行為の違法性が争われたカナダで初めての事案としての意義を有する。本事案は、上告審においてオンタリオ州証券委員会(OSC)の主張が認められなかったことから、情報伝達行為を特定することの難しさを示した事件としても知られる。

事案の概要は以下のとおりである。OSC は、2002 年 2 月から 14 か月にわたり、RBC Dominion 証券会社（以下、「DS 社」という）の顧客の株式価格に影響を

4) NP51-201 (Disclosure Standard), at 3.2(1)(d)、(2002) OSCB 4495.

5) *Id.* 3.2 (3).

6) Condon, M., Anand, A. I. and Sarra, J., *Securities Law in Canada : Cases and Commentary*, 2d ed. (Toronto : Emond Montgomery, 2010) at 499.

7) NP51-201, at 3.2 (4).

8) *R. v. Rankin* (2006), 42 CR (6th) 297 (Ont. Sup. Ct.) ; (2007), 216 CCC (3d) 481, 221 OAC 184 (Ont. CA).

与えるような取引が行われる前後に、これらの会社の株式が購入され、Daniel Duicがこの取引によって4.5百万ドルの利益を得ていたことを突き止めた。その後、DuicはDS社のM&A担当部署の責任者であったAndrew Rankinの旧友であることが判明した。原審のオンタリオ州裁判所は、Rankinが証券法上の特別関係者であること、また、取引のタイミングや情報の機密性などの状況証拠などを考慮して、Duicの20のうち10の取引において、Rankinにより情報伝達行為が行われたと判断し、Rankinに対して6か月の禁固刑を言い渡した。

これに対してRankinとOSCが共に控訴し、新たに陪審が開かれた。事実審理においては、陪審では事案の全体的な信憑性や法的な責任のみが審理され、個別の取引で情報伝達行為が行われたかどうかの審理が尽くされなかったことが重く見られ、陪審の判断に誤りが認められた。その後、控訴も棄却された。

ただし、別途行われた行政手続きにおいて、Rankinはオンタリオ州において生涯にわたり証券業に就くことを禁じられ（外務員資格の永久剥奪）、証券取引を行うことを10年間禁じられたほか、OSCの調査費用および訴訟費用として25万ドルの支払いを命じられた⁹⁾。

(ii) 取引推奨行為

わが国では、金融商品取引法上、取引推奨行為が禁止されているが（同法167条の2）、カナダでは取引推奨行為を明確に禁止するアルバータ州やブリティッシュコロンビア州¹⁰⁾などと、禁止をしていないオンタリオ州などに分かれる。このうち、取引推奨行為を禁じるアルバータ州で2014年に出たWalton判決¹¹⁾は、取引の推奨（recommending or encouraging）の意義を厳格に解釈してアルバータ州証券委員会（以下、「ASA」という）の審決¹²⁾を覆したこと

9) その後、Rankinはオンタリオ州証券法144条に基づき、OSCの処分の無効を求める訴えを起こしたが、2011年11月22日に棄却されている。

10) See ASA s. 147 (5) ; BCSA s. 57.2 (5).

11) See *Walton v. Alberta Securities Commission* [2014] A.J. No.909, 2014 ABCA 273.

12) See *Re Holtby* (2013), 2013 ABASC 45 (ASC).

から、取引推奨行為を禁じている他州への影響が注目されている¹³⁾。

Walton 事件は、Clean Harbors 社による Eveready 社（以下、「E 社」という）の買収提案の情報を得た E 社の取締役 Holtby が、E 社株式にかかる内部者取引、情報伝達行為、取引推奨行為を行ったとして、アルバータ州証券委員会に起訴された事件である。

Walton 判決でアルバータ州控訴裁判所は、“recommending or encouraging”の解釈においては、重要事実を知っていたこと及び情報を伝達する意図があったことの両方が前提になると指摘した。そのうえで裁判所は、Holtby が E 社について情報受領者から尋ねられたときに、全体的に肯定的な見解を示していたとする ASA の集めた状況証拠のみでは、この2つの要件は満たされないという判断を示した。

つまり、情報伝達行為を行う内部者と、他人に株式の購入を推奨するにすぎない者とを区別し、仮に後者にあたる者が当該証券を売買した場合でも証券法違反とはならないとしている^{14,15)}。

(iii) 必要な業務の過程

一定の場合に内部者の情報伝達を免責する機能を有する「必要な業務の過程（において伝達する場合）」という文言は、会社の通常の業務活動を不当に妨げることがないようにとの配慮から、条文に加えられたものである¹⁶⁾。オンタリ

13) Findlay, K., *Insider Trading : Securities Commission to Think Twice about Excessive Sanctions and Speculation* (Sep. 24, 2014), available at <http://www.canadianappeals.com/2014/09/24/insider-trading-securities-commission-to-think-twice-about-excessive-sanctions-and-speculation/> (last visit on Mar. 30, 2016).

14) See Sarna, L. and Sarna, N, *Insider Trading, A Canadian Legal Manual*, (Toronto : LexisNexis Butterworths, 2015) at § 32, 3-33, 34.

15) この点については、わが国の取引推奨規制においても、「重要事実の公表前に売買等をさせることにより他人に利益を得させる」等の目的があることが要件（目的要件）として必要であるとされる（金融庁「情報伝達・取引推奨規制に関する Q&A」（2013年9月12日）、問7の回答を参照（<http://www.fsa.go.jp/news/25/syouken/20130912-1/01.pdf> 最終アクセス2016年3月30日））。

オ州証券法 76(3)条もまた、組織再編に係る一連の業務に携わる者が他人に重要な情報を与えることを禁じているが、公開買付けや合併等を達成するための「必要な業務の過程」においてのみ、この禁止を解いている¹⁷⁾。

もっとも、証券法上「必要な業務の過程」の意味は明らかではない。そこで、NP51-201 の 3.3(2)では「必要な業務の過程」の意義を明確にするために、必要な業務の過程でコミュニケーションを行う相手方を列挙している。すなわち、(a)販売業者、供給業者または調査・開発、販売営業、供給契約等に関わる戦略的パートナー、(b)従業員、幹部職員及び取締役、(c)金融機関、弁護士、監査人、引受業者および金融その他の会社の専門的アドバイザー、(d)交渉の相手方、(e)労働組合及び産業組合、(f)政府機関及び非政府規制機関、(g)格付機関である。ただし、実際には、「必要な業務の過程」において、アナリストや機関投資家などの市場の専門家に重要情報を会社が選択的に開示したかどうかを確認することは容易ではない。これについて、以下にみる George 事件¹⁸⁾は、OSC により「必要な業務の過程」の解釈が示された点で参考になる。

George 事件は、証券会社のトレーダーによる空売りがインサイダー取引に該当したかどうか争われた事件である。被告の証券会社では、セールス、アナリスト、トレーダーなどが集まるミーティングで様々な会社の機密情報が共有されており、被告はそこで得た情報を基に株式の売却を行っていた。社内のチャイニーズ・ウォールが機能していなかったと思われる本事件において、OSC は「必要な業務の過程」の解釈を次のように示した。

「未公開の重要情報を社内でアナリストが他者に伝達することに関しては、アナリストによっては「通常の (ordinary)」業務の過程で行われたと考えるかもしれないが、OSC の見解では、それは「必要な (necessary)」業務の過程ではない。どのような情報伝達が（関係者にとって）必要であるかを

16) NP51-201, 3.3 (2).

17) See also OSA, s.76 (3).

18) *In the Matter of Gary George* (1999), 22 OSCB 717 (OSC).

考えることは容易くはないが、情報受領者が当該情報を利用して取引を行うことは、禁止されている¹⁹⁾。」

なお、「必要な業務の過程（で）」という内部者による情報伝達行為の例外は、会社がアナリストや機関投資家などの市場の専門家に、会社の重要情報を選択的に開示することを認める主旨のものではない²⁰⁾ ことには留意しなければならない。

3. 会社法上の規制

未公開情報に基づく証券の売買や未公開情報の伝達行為はカナダ事業会社法 (CBCA) 上明示的に禁止されていないが、インサイダー取引を行った者または会社の民事責任が会社法上に定められている。同様の規定はオンタリオ州、ブリティッシュコロンビア州、アルバータ州の各会社法上にもあり、いずれも、投機取引に関する規定を除き、distributing corporation (流通会社)²²⁾ ではない会社 (非流通会社) のみに適用される²³⁾。

会社法上のインサイダー取引規制は3つの項目に分かれている。第1は、内

19) *Id.*, at para. 68.

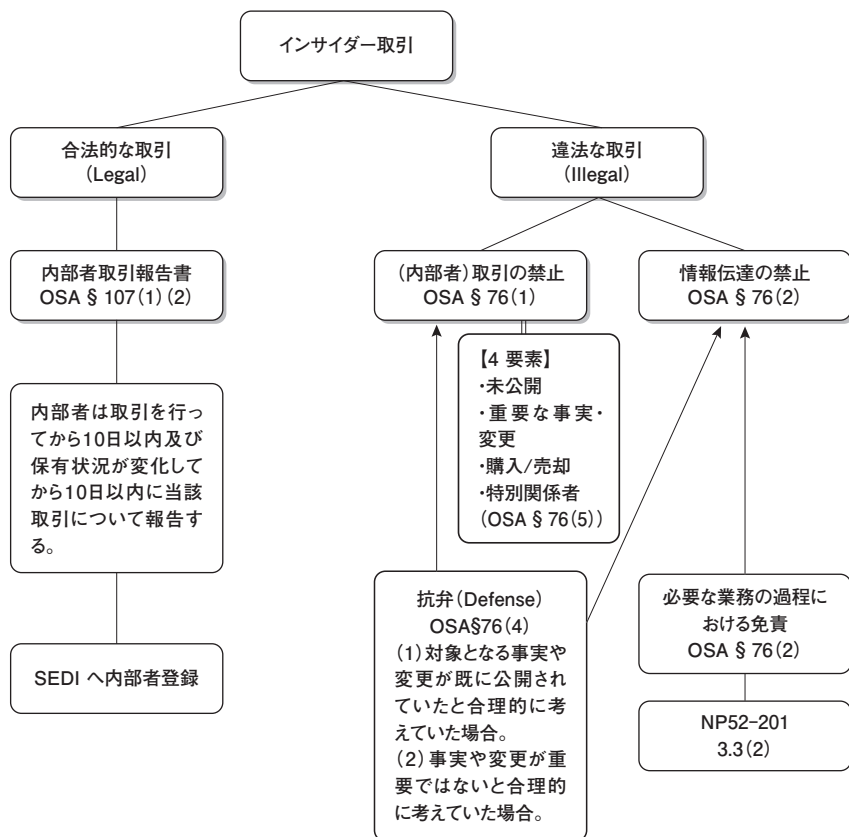
20) NP51-201, 3.3 (5).

21) 掲載した図はトロント大学法学部における Antia I. Anand 教授の証券法の講義 (2014 年 10 月 23 日) で利用された図に筆者が加筆したものである。

22) Distribution corporation とは、その発行済み証券の一部が流通して、1 名以上の者に保有されている会社をいう。公開会社に近い概念であると思われる (See, Becklumb, P, *Canada Business Corporations Act : Insider Trading*, PRB 99-38E, Parliamentary Information and Research Service (2008), at 6 and note (15), available at <http://www.lop.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb9938-e.htm> (last visit on Mar. 27, 2016)).

23) CBCA に服する公開会社及びオンタリオ州、ブリティッシュコロンビア州、アルバータ州の各会社法に服する公開会社は、会社を設立した州の証券法の民事責任規定に従う。ニューブランズウィック州など他の幾つかの州では、州会社法の民事責任規定がすべての会社に及ぶ (See Welling, B., *Corporate Law in Canada*, 3rd ed. (Mudgeeraba : Scribblers Publishing, 2006) at 355-356).

【インサイダー取引規制の概要（オンタリオ州証券法）】²¹⁾



※なお、CSAの指針(NI55-104)では、合法的な内部者取引報告を5日以内に行うことを求めている。

※ SEDI (System for Electronic Disclosure by Insiders: 内部者報告システム)

部者取引に関する民事責任、第2は、情報伝達行為に関する民事責任、第3は、投機取引罪である。以下では、CBCA第6章の規定を参照しながら、その概要をみることにする。

(i) 内部者取引に関する民事責任

一般に知られていれば会社の証券の価値に重大な影響を与えたと考え得る機密情報 (confidential information) を得て会社の証券を売買した内部者は、当該購入または売却の結果、売主または買主が被った損害に関し、売主または買主に対して、場合によっては、損害賠償責任を負う。但し、内部者が(a)情報が公開されていたと合理的に考えていた場合、(b)売主または買主が当該情報を知っていたか、または知るべきであったと合理的に考えられる場合、(c)証券の売買が法に規定された状況 (in the prescribed circumstances) において行われた場合は、その限りではない (CBCA131(4)条)。

また、内部者は、上記した CBCA131(4)(a)条の場合を除き、CBCA131(4)条に規定された売買の結果、内部者が得たまたは受領すべきいかなる利益についても会社に対して責任を負う。

違法な取引や情報伝達行為を行った内部者の民事責任を定める規定において、「内部者 (insiders)」は CBCA131(1)条で定義されている。後述する投機取引罪の規定に係る「内部者」の定義とは異なり、その範囲は次第に広がり、現在ではオンタリオ州証券法 76(5)条の「特別関係者」定義に近づく²⁴⁾。例えば、機密情報が未公開である間は、たとえ会社の取締役の地位を退いた後でも内部者であり続ける。会社と無関係な者であっても、未公開の機密情報を知ればまたは知っているとは合理的に考えられる場合は「内部者」とされる。わが国の金融商品取引法 167 条 1 項が規定する公開買付者等関係者に相当する者も、CBCA(3)、(3.1) 条で「内部者」として定義されている。また、対象となる「証券 (security)」の範囲も広く、株式や債券のような一般的な証券に加えて、オプションのような証券を売買するための権利義務も対象となる²⁵⁾。

24) See Groia, J. and Hardie, P., *Securities Litigation and Enforcement* 2d ed. (Toronto : Carswell Thomson, 2012) at 284. なお、オンタリオ州証券法 76(5)条の「特別関係者」の定義については、拙稿「カナダのインサイダー取引規制 (4)」筑波ロー・ジャーナル 18 号 28-31 頁 (2015 年) を参照。

25) CBCA, s. 131 (2).

CBCA131(4)条はいわゆる直接損害を規定しているが、その内容に匹敵するコモンロー上およびエクイティ上の責任はないとされる。これに対し、いわゆる間接損害を定める CBCA131(5)条は、その地位を利用して利益を得た受託者が受託義務を負う者に対して責任を負うという、エクイティの受託者責任 (fiduciary duty) の概念を敷衍した規定である²⁶⁾。

(ii) 情報伝達行為に関する民事責任

内部者による機密情報の伝達行為の後に、情報受領者と売買をした者に対して、内部者は損害賠償責任を負う (CBCA131(6)条)。但し、内部者が(a)情報が公開されていたと合理的に考えていた場合、(b)損害を被ったと主張する者が当該情報を知っていたか、または知るべきであったと合理的に考えられる場合、(c)内部者の業務の過程で当該情報の開示が必要だった場合 (内部者が公開買付者やその関係者等である場合を除く²⁷⁾)、(d)内部者が公開買付者やその関係者等である場合に、当該情報の開示が公開買付けまたは合併を達成するために必要であった場合はこの限りではない。

また、上記した CBCA131(6)条の(a)、(c)、(d)の場合を除き、情報受領者に対する情報開示に関して内部者が得たまたは受領すべきいかなる利益についても内部者は会社に対して責任を負う (CBCA131(7)条)。

(iii) 損害額の算定

裁判所が、ある者または会社が違法な内部者取引または情報伝達行為を行ったと判断した場合、裁判所は裁量により損害額を算定することができる。ただし、会社の証券が市場で取引されていた場合には、証券の取引価格および機密情報の開示直後の20取引日の証券の平均市場価格に基づいて、原告がどれだけの損失を被ったかを考慮しなければならない (CBCA131(8)条)。

26) Welling, *supra* note (23), at 359.

27) See CBCA, s.131 (3), (3.1).

(iv) 投機取引の罪

CBCA130条は、内部者 (insider) が distributing corporation (流通会社) の有価証券の空売り (同条(1)) またはプット・コールの売買 (同条(2)) をすることを禁じている²⁸⁾。これは、内部者が会社の有価証券の価値の減少から利益を得ることを防止するために設けられた規定である。

CBCA130条における内部者はCBCA126条で定義されている。すなわち、distributing corporation または関係会社の役員または幹部職員および distributing corporation の従業員であるとされ、通常の内部者取引や情報伝達行為で用いられる内部者の定義よりも対象となる範囲が狭い。

内部者が130条の規定に違反して投機取引を行った場合、得た利益の3倍の額または100万ドルのいずれか多い額の罰金を科せられるか²⁹⁾もしくは6か月以下の禁固またはその併科となる (CBCA130(4)条)。

(v) 分析

会社法の規定は証券法の定義と異なり、内部情報が「重要である (material)」かどうかを要件としておらず、「機密の (confidential)」情報であったかどうかを問題とする。また、損害額について、証券法の規定 (例えば、オンタリオ州証券法122(4)条) では、得た利益または回避した損失を賠償額の下限とし、上限を5百万ドルと設定しているが、会社法の規定にはそのような制限がない。

もっとも、損害額の限定については、上記3(i)(ii)の規定が非流通会社のみに適用されていることとの関係で理解する必要があるかもしれない。すなわち、

28) ただし、売却証券に転換可能な別の証券または売却証券を入手できる権利を内部者が保有する場合は、例外的に当該内部者が空売りをすることが認められ、売却から10日以内に(a)転換権、オプションまたは権利を行使して入手した証券を買主に受け渡すか、(b)転換権、オプションまたは権利を買主に譲渡することとされる (CBCA130(3)条)。

29) 利得の吐出し (Disgorgement) に止めた場合、犯罪を抑止するための2つの手段 (違反者に法的な責任を課すこと、厳罰の脅威を与えること) を実現できない可能性があると考えられる (See, Sanders, W. K., *Measure of Damages for Insider Trading: Elkind v. Liggett & Meyers, Inc.*, 56 (1) St. John's Law Review 142 (1981), at 152)。

会社法上の規定は州証券法の規定との重複を避けるために適用範囲を非流通会社に限定しているという見方ができる一方で、次のような実質的な考慮が働いている可能性もある。一般に、インサイダー取引に関する民事責任規定は相対取引においては機能するが、被害者の範囲が広範に及び被害額が莫大になることが予想される非個性的な取引所取引においては機能しないと考えられているからである³⁰⁾。したがって、損害の範囲を特定することが可能であると考えられる相対取引では、特段の制限を設ける必要がないということが推測できる。

しかしながら、会社法上に民事責任規定が存在するとしても、その実効性の問題とは分けて考えなければならない。実際に、原告が損害額および違法行為と損害との因果関係を立証することは容易ではなく、会社法上の規定に基づき、インサイダー取引に係る民事責任が問われた裁判例はこれまでのところ見当たらないからである。

カナダの会社法上にインサイダー取引に係る規制があるのは、1つには、証券法の制定以前にコモンロー上の規定を会社法上で整備していたことの名残であること³¹⁾、また1つには、インサイダー取引の違法性を所与のものとして、証券法がカバーしていない非流通会社による内部者のインサイダー取引を抑止するためにある³²⁾ということができよう。

VI. エンフォースメント

1. 概要

違法なインサイダー取引に対するエンフォースメントは、刑法典上の規制（本稿VI.2）、準刑事法的手続きおよび行政手続きに係る証券法上の規制（本稿VI.3、4）による。その具体的手段は主として罰金や禁錮刑であるが、行政手続きに

30) 栗山修「内部者取引と損害賠償額の算定：Elkind v. Liggett & Myers, Inc. 事件を中心として」同志社法學34号5巻90頁以下（1983年）、Sanders, *supra* note (29), at 153等を参照。

31) 拙稿「カナダのインサイダー取引規制（3）」筑波ロー・ジャーナル17号31-36頁（2014年）を参照。

32) Welling, *supra* note (23), at 360.

において科される制裁の方法はさまざまである。また、証券委員会が裁判所に申請して宣言的判決 (declaration) を取ると、裁判所が行政罰に加えて裁量で命令を発することがある³³⁾。なお、前述のように、会社法上の規制もエンフォースメントの手段を有している。

2. 刑法典上の規制

(1) 規定の概要

2004年、連邦政府は深刻なインサイダー取引犯罪を防ぐために、刑法典の詐欺罪の項目に以下にみるような382.1条を追加した³⁴⁾。

【刑法典382.1条：禁止内部者取引 (prohibited insider trading)】

- (1) 以下の各号に掲げる内部情報 (inside information) を故意に利用して、直接間接を問わず、証券を購入または売却した者は正式起訴犯罪により10年以下の禁錮刑に処する。
- (a) 当該証券の発行者の株主であることにより保持するもの；
 - (b) 発行者との取引上または職務上の関係により保持しているか、またはその過程で入手したもの；
 - (c) 発行者の提案中の買収、組織再編もしくは合併 (amalgamation/merger) または類似の企業結合により保持しているか、またはその過程で入手したもの；
 - (d) 発行者または(a)号から(c)号までに掲げた者との雇用上、職場、職務上 (duties or occupation) の理由で保持しているか、またはその過程で入手したもの、または；
 - (e) (a)号から(d)号までに掲げた方法によって情報を保持しているかまた

33) See OSA 128 (1).

34) *Act to Amend the Criminal Code*, S. C. 2004 (c. 3, s. 5) [*Criminal Code*], s. 382.1.

は入手した者から得たもの。

- (2) 必要な業務の過程以外で、他人が、直接間接を問わず、当該情報が関係する証券を購入または売却するために係る情報を利用する危険性があること、または同者が係る証券を購入または売却する可能性のある他人に当該情報を伝達する可能性があることを知りながら、前項(1)に掲げられた方法で保持しているかまたは入手した内部情報を故意に当該他人に伝達する者は、以下の各号に掲げる刑に処する。

- (a) 正式起訴犯罪により5年以下の禁錮刑に処する、または；
- (b) 即決判決で処罰に値する罪（offence punishable）とする³⁵⁾。

(3) （省略）

- (4) 本条において、「内部情報」とは、証券の発行者または発行者が発行したかもしくは発行する予定の証券に関係するかまたは影響を及ぼす情報であり、以下の各号に掲げるものをいう。

- (a) 一般に公開されていないもの、および；
- (b) 発行者の証券の価格または価値に重大な影響を及ぼすであろうと考え得るもの。

証券法の規定と刑法典の規定の違いは、犯意（mens rea）に係る要件である。刑事法院では、被告人が内部情報を保持していたこと及び保持している内部情報を「故意に」利用したことを訴追者が証明しなければならないのに対し、証券法の規定（例えば、オンタリオ州証券法76(1)条）では、内部情報が内部者

35) 即決判決では、最長2年、1日未満の禁錮刑が科せられる（Groia and Hardie, *supra* note (24), at 492）。

に保持されていたときに売買が行われたことを要件とする。そこでは、内部情報が当該取引に実際に影響を及ぼしたかどうかは問題とならない。この相違は、情報伝達行為における犯意の立証についても当てはまる。刑事事件におけるインサイダー取引罪については、被告人の「故意」を立証することができるかどうかは難しい問題として残されている^{36,37)}。

(2) 関連事例

現在までのところ、カナダにおいて刑法典上のインサイダー取引罪が科せられた事件は Grmovsek 事件³⁸⁾の1件にとどまる。Grmovsek 事件がどのような事件であったのか、以下で概要をみることにする。

【事実の概要】

Stanko J. Grmovsek (以下、「G」という) と Gil I. Cornblum (以下、「C」という) はロースクール卒業後、2人で役割分担を決め、違法なインサイダー取引に着手した。Cはニューヨーク、トロントの弁護士事務所に勤務し、発行会社の訴訟代理人として係争中の企業間取引にかかる未公開の重要な情報を入手し、同じくトロントの弁護士であったGに伝達した(なお、1997年5月にGは退職し、違法なインサイダー取引だけに従事した)。Cは時には秘書課の夜間スタッフの仮パスワードを利用するなどして、会社のコンピューター・データベースから機密情報を探し出していた。Gは機密情報を受け取ると、それをもとに会社の証券を売買し、得た利益をCとの間で分け合った。

36) Groia and Hardie, *supra* note (24), at 491-492.

37) なお、刑法典にインサイダー取引罪を追加することに伴い、証券市場の刑法犯罪を調査するために IMET (Integrated Market Enforcement Teams) が特別に組織された。IMETは、連邦警察である RCMP (Royal Canadian Mounted Police) の捜査官、法律家および他の調査専門官で組織され、証券市場での重大不正の発見・調査・阻止を目的に活動している (Groia and Hardie, *supra* note (24), at 65-66)。

38) *R. v. Grmovsek* (2010). なお、情報伝達者の Cornblum は有罪判決が言い渡される日の直前に自殺を図り死亡したため、不起訴となっている。

違法なインサイダー取引は1994年から2008年までの14年間に及んだ。Gがこの間に行った違法な取引は46の企業間取引に関わる機密情報を利用したもので³⁹⁾、家族や友人の口座を含む多数の証券口座を通じて、米国およびカナダに上場する企業の証券を売買することにより約10百万ドルの利益を得た。

【判決の概要】

Gは刑法上の詐欺罪（刑法典にインサイダー取引罪が追加される前の取引に関するもの）、インサイダー取引罪、マネー・ロンダリングの罪で起訴された。そしてGは2010年1月7日、39ヶ月の禁錮刑に処せられた。これは、カナダのインサイダー取引に関する事件で最も長い刑期となっている⁴⁰⁾。

なお、Gは米国SECからも起訴され、懲役刑と百万ドルの罰金を科されている⁴¹⁾。さらにGは不当利得返還命令に応じ、合計8.5百万ドルをSECに支払うとともに、オンタリオ州証券法127(1)条および127.1条に基づき、カナダのOSCに対しても利得した合計1.03百万ドルとOSCの調査費用として25万ドルを支払った⁴²⁾。

3. 準刑事法的手続き（Quasi-criminal proceeding）

(1) 概要

個人や会社に対する制裁的な訴訟手続として、刑事訴訟手続とは別に、州証券法の規定違反に基づき罰則を科す準刑事法的手続きがある。証券法上の犯罪に対して、行為者の故意や過失の立証を要しない厳格責任（strict liability）が認められるかどうかについては、かつては論争があったところだが、現在では、制定法上の抗弁の有無に関わらず、証券法に基づく犯罪には厳格責任が妥当す

39) See *Stanko Joseph Grmovsek and Gil I. Cornblum* (2009), 32 OSCB 9038 (OSC) (October 30, 2009) (hereinafter referred to as “*Grmovsek and Cornblum*”), at 9040–9041.

40) Groia and Hardie, *supra* note (24), at 490.

41) *SEC v. Stanko J. Grmovsek*, Case No. 09–9029 (S. D. N. Y. filed October 27, 2009).

42) See *Grmovsek and Cornblum*, *supra* note (39).

ると解されている⁴³⁾。

証券法上の厳格責任と真の刑法犯罪の違いは過失の程度による。また、犯罪の立証面においても違いがある。厳格責任においては、禁止された行為を行えば、法に規定された責任を問われる。言い換えれば、犯罪の構成要件として規定された作為または不作為 (actus reus) が証明されるだけで有罪となりうる。ただし、被告人にはコモンロー上のデュー・ディリジェンスの抗弁 (defence of due diligence)⁴⁴⁾ または制定法上の抗弁⁴⁵⁾ が認められている。一方で、真の刑法犯罪の場合、有罪判決を導くために、訴追者は合理的な疑いを残さない程度に被告人が罪を犯した主観的意図を証明しなければならない。

(2) 証券法上の罰則規定

オンタリオ州証券法 122(1)条は、証券法の規定に違反した個人または会社はすべて有罪であり、5百万ドル以下の罰金もしくは5年以下1日未満の禁錮刑に処し、またはこれを併科すると規定する⁴⁶⁾。ただし、インサイダー取引については同法 122(4)条において異なる罰則を定めている。これによれば、罰金額の下限は「違法行為により得た利益または回避した損失」と同額とされ、罰金額の上限は(a)5百万ドルと(b)違法行為により得た利益または回避した損失の額を3倍した額のいずれか多い額とされる⁴⁷⁾。ただし、罰金額の下限が定まらない場合は、122(1)条の規定に戻り (同法 122(5)条)、裁判所が罰金額および禁錮

43) Groia and Hardie, *supra* note (24), at 416.

44) デュー・ディリジェンスの抗弁は、ある者が告訴された場合に、被告人が無実を証明するために行うことができる正当防衛の手段であり、当該状況の下で被告が用心深く (precautious)、合理的に (reasonable) 行動していたことを証明することができなければならない。

45) オンタリオ州証券法 76(4)条において規定されている制定法上の抗弁事由は、(a)事実の錯誤の相当性 (重要事実および重要な変更がすでに公開されていたことへの合理的確信) があること、(b)必要な業務過程 (necessary course of business) であったこと、(c)内部者が重要事実または重要な変更を知らなかったことである。

46) なお、ブリティッシュコロンビア州では罰金の上限が3百万ドル、禁錮刑の上限が3年と定められている (BCSA, s. 155 (2))。

刑について決定する。

「違法行為により得た利益または回避した損失」は、オンタリオ州証券法 122(6)条で定義されている。「回避した損失」とは、76(1)条の規定に反して売却した証券から得られる額が重要な事実または重要な変更が公表された後20取引日の平均取引価格を上回った額（“perte évitée”）を意味する。これに対し、「得た利益」とは、(a)重要な事実または重要な変更が公表された後20取引日の証券の平均取引価格であり、(b)空売りを行った場合は、「回避した損失」の額と同様の方法で計算された額、もしくは76(1)条の規定に反して購入した証券に対して支払った額、または76(2)条または76(3)条の規定に反して報告発行会社に関する重要な事実または重要な変更を他者または他の会社に知らせることで受領した報酬（consideration）の価額（“profit réalisé”）となる。

4. 行政手続き

(1) 概要

証券委員会は「公益のために（in the public interest）」さまざまな命令を出す広範で強力な権限（public interest jurisdiction：公益管轄権）を有している⁴⁸⁾。このような権限の行使は、「不公正で、不当、詐欺的な行為から投資家を保護し、また、公正で効率的な資本市場を育成し資本市場の信頼を助長するために」という、オンタリオ州証券法 1.1 条を根拠として行われている。

M. C. J. C. Holdings and Michael Cowpland 審決⁴⁹⁾において、OSC はインサ

47) 裁判例では、罰金額は未公表情報に関係した部分だけを意味するのではなく、回避した損失または得た利益の全額であるとしている（*See R. v. Harper* [2003], 38 B. L. R. (3rd) 91, at para. 26.）なお、本件の最高裁判決で、最終的に Harper は2百万ドルの罰金（控訴審から約2百万ドルの減額）と6か月の禁錮刑に処せられた（事件の概要については、拙稿・前掲注（24）41頁、注（43）を参照）。

48) 証券委員会に特別の権限を付与する規定が証券法に設けられたのは1953年である。その後、証券委員会の権限は徐々に拡がり、2002年の改正において、証券委員会が行政処分で罰金を科し、不当利得返還命令を出す権限をも有するようになった（*See Groia and Hardie, supra note* (24), at 381-382）。

イダー取引に係る罰則と「公益」との関係を次のように述べている。

「我々は何が公益のためになるかを検討しなければならない。そのために、我々は違法なインサイダー取引が容認されている市場の統合性を守るために、いかなる制裁が適切であるのかを考慮に入れなければならない。……特定の被告が置かれている立場に応じて、制裁案が割合的に適切かどうかは、納得されるものでなければならない。」

証券委員会が執ることのできる制裁手段は多岐にわたる（オンタリオ州証券法 127(1)条）。例えば、証券委員会は発行会社の取締役および役員に就任することを禁ずることや、取締役や役員の職を辞するように要請する命令を出すことができる。また、取引中止命令（cease trade order）や、証券法上の適用免除の規定を適用させない命令も出すことができる。さらに登録者の資格停止処分や登録抹消、登録者として可能な行為に制限をかけることなども可能である。さらに、証券法違反行為を行った個人または会社に対して、行政処分を下すことができる。また、調査費や訴訟費用を当該個人または会社に請求すること（課徴金に相当）が可能である（同法 127.1(4)条）。

証券委員会にこのような強大な権限を行使させることについては、その行使が不透明かつ不公正であるとして以前から批判が少なくない⁵⁰⁾。以下では、証券委員会が行った行政処分にかかる象徴的な事例をみることにする。

49) *In the Matter of M. C. J. C. Holdings and Michael Cowpland* (2002), OSCB 1133 at 1134 ; *R. v. Duic* (2004), 27 OSCB 2754 (OSC), at para. 27.

M. C. J. C. 事件は次のようなものである。Cowpland が経営する M. C. J. C. Holdings（以下、「M 社」という）は、Corel 社が収益警告（earnings warning）を出す 4 週間前に、20 百万ドル以上の価値で同社の株式を 2.4 百万株売却した。売却期間はわずか 4 日間だった。OSC は、Corel 社が四半期の売上高を達成できないことが公表されていないという重要な事実を M 社が知った上で、当該株式を売却したと主張した。実際、Corel 社の株式は収益警告の公表後に下落し続けた。審決で M 社、Cowpland は共に有罪とされ、OSC は M 社に百万ドルの罰金を、Cowpland に 57.5 万ドルの罰金を科した。

（2）関連事案

【Danuke 事件】⁵¹⁾

本件は、トロント・ドミニオン銀行（以下、「TD 銀行」という）が TD 不動産投信を一口 24 ドルで買い付けることを間もなく公表しようとしていたことに気づいた Danuke が（以下、「D」という）、この事実を伝達したセールスの者 2 名（第 2 次情報受領者）と共に、同日、その投資口を 21 ドルまたは 21 ドル以下で買い付けたというものである⁵²⁾。

しかしながら、事実を提供したとされる TD 銀行の元役員が D にどのようなことを伝達したのかは明らかでなく、D は、OSC のいう事実とは「噂」にすぎないと主張した。一方で、第 2 次情報受領者らは、D が当該事実を TD 銀行の元役員から聞いたと話していたという証言をした。OSC は一連の事実経過から判断して、結論として D の主張は信用できないと判断した。

D から重要事実が伝達されたかどうかは必ずしも明らかでなく、仮に D の主張が正しいとすれば、D は特別関係者には当たらない。しかし OSC は行政権を行使して、D の外務員資格に関わる処分を下した⁵³⁾。

【Donnini 事件】

本件は、証券会社である Yorkton 社のトレーダー Donnini が、上司との立ち話で聞いた K 社の資金調達の実事をもとに、利益確定のために K 社株を大量に空売りしたというものである。審決では、Donnini が得た情報が重要事実に該当するかどうかが主な争点となったが、他方で、OSC は Donnini が当該内部情報の不正利用によって、個人的にいくらの利益を得たのかを明らかにする

50) See Campbell, N., Hault, E. & Badham, D., *Lesser Included Non-Offences ? : The Use of the Public Interest Power in Re Donald*, 27 Can J Admin L&Prac 161 (2014) ; Atkinson, T. & Price, C. *The Ontario Securities Commission's Public Interest Power : The Primacy of Principles*, 27 Can J Admin L & Prac 205 (2014).

51) *Re Danuke* (1981), 2. OSCB 31C (OSC).

52) *Id.*, 32C-33C.

53) See Groia and Hardie, *supra* note (24), at 290.

必要はない⁵⁴⁾という主張も行った。

Donnini は有罪とされ、証券トレーダーとしての資格を15年間停止させられるとともに、OSC の調査費および訴訟費用として186,052ドルの支払いを命じられた。

【Donald 事件】⁵⁵⁾

Research In Motion 社 (以下、「RIM 社」という) の役員であった Donald は、Certicom 社の普通株式を2008年8月に1株約1.5ドルで購入し、2009年3月に倍の価格で売却して29.5万ドルの利益を得た。Certicom 社はRIM 社により2009年3月に買収された会社であり、買収前にはトロント証券取引所に普通株式を上場していた。Certicom 社の買収事案が公表される前、Donald はゴルフのイベントでの食事の席で、RIM 社の副社長から買収の件を聞いていた。

OSC は Donald が未公表の重要な事実を知っていたと主張したが、審決では、Donald が Certicom 社の株式を入手した当時、オンタリオ州証券法の規定に照らして特別関係者ではなかったとして、同法76(1)条の規定するインサイダー取引を行っていなかったと結論づけられた⁵⁶⁾。

しかしながら、OSC はオンタリオ州証券法127条の Public Interest Jurisdiction を行使し、Donald の行為は資本市場の統合性に疑問を投げかける行為であり、かかる行為は公益に反すると断定した⁵⁷⁾。そして Donald に調査費および訴訟費用として15万ドルの支払いを命じ、報告発行会社で5年間役員または取締役の職に就くことを禁じた。

54) *Re Donnini* (2002), 25 OSCB 6225 (OSC), at 6241. 事件の詳細については、拙稿・前掲注 (24) 43-45頁を参照。

55) *Re Paul Donald* (2012), 35 OSCB 7383 (OSC).

56) *Id.*, at para. 286-288.

57) *Id.*, at para. 295-298.

【Stevenson 事件】⁵⁸⁾

本件は、合法的なインサイダー取引を行うために提出を求められている内部者取引報告書の不提出に係る事案である。

内部者取引報告書の提出は、公正な市場を形成するという証券法上の目的を達成するために、内部者に課せられた義務である⁵⁹⁾。そこで、各州の証券委員会は内部者取引報告書の不提出者に対し、「駐車違反切符（parking ticket）」の制度の仕組みを用いて、報告書の提出遅延回数等に応じて処分の態様を変えている⁶⁰⁾。

しかし、ブリティッシュコロンビア州証券委員会は Stevenson の書類不提出の件について処分を検討する際、違反の頻度ではなく違反の重大性にかんがみ、「相場操縦や違法な内部者取引のような加重要素はないが、（売買高を考慮すると、）Stevenson の行った（合法的）内部者取引は、当該会社の株式に係る市場取引との関係では重大であった」⁶¹⁾と判断した。そして、Stevenson に6,000ドルの罰金を科すとともに、Stevenson が報告発行会社の内部者である場合に当該発行者株式の（合法的）売買を3年間禁止し、また、命令発出後1年後および同氏が取締役および役員の義務と責任に関する学修課程を受講し修了証を提出するまでは、いかなる会社の取締役および役員の職にも就くことはできないとする処分を下した^{62, 63)}。

58) *Re Stevenson* (2002), 2002 BCSECCOM 802 (BCSC) (hereinafter referred to as “*Stevenson*”).

59) *Re Riley* (1999), 22 OSCB 3549 (OSC), at para. 22 (hereinafter referred to as “*Riley*”).

60) なお、アルバータ州では内部者取引報告書の遅延提出者リストを毎週公表している (Groia and Hardie, *supra* note (24), at 291)。

61) *Stevenson*, *supra* note (58) at para. 14, 21.

62) *Id.*, at para. 21.

63) ただし、OSC は、取引停止命令は内部取引報告書の不提出の制裁としては過酷であり、罰金が相当だという立場をとっている (*Riley*, *supra* note (59), at para. 20)。

【Finkelstein 事件】

Finkelstein 事件⁶⁴⁾は、OSC が間接証拠からの推論によって弁護士らによるインサイダー取引罪を認定し、Public Interest Jurisdiction を行使した事件として重要な意義を有する。

同事件は、弁護士の Finkelstein が2004年から2007年にかけて、CIBC（カナダ・コマース銀行）の投資アドバイザーである友人の Azeff に6件の M&A 取引に関する未公開の重要情報を漏えいし、また、4名の投資アドバイザー（Azeff、Azeff のパートナーの Bobrow、Miller とそのアソシエイトの Cheng）が未公開の重要情報を得て、違法な内部者取引で利益を上げ、家族や顧客にも当該未公開情報を次々に伝達していたとして起訴されたものである。しかし起訴された者全員が、違法な内部者取引行為にも情報伝達行為にも関与していないと主張して OSC と争った。

本審決では、証明度（standard of proof）は蓋然性の均衡（balance of probabilities）によるとされた^{65,66)}。OSC が提出した証拠は事実上すべてが間接証拠だったが、通話記録や電子メール、取引パターン・取引データなどの膨大な捜査資料が、違法な内部者取引と情報伝達行為を明らかにした⁶⁷⁾。また、5名の被告がそれぞれ高度専門職業人（sophisticated professional）であったことは、違法なインサイダー取引を深刻に受け止め、重要な未公開情報に関する

64) *In the Matter of Paul Azeff, Korin Bobrow, Mitchell Finkelstein, Howard Jeffrey Miller and Man Kin Cheng* (a. k. a. Francis Cheng) (2015), LNONOSC 142 (hereinafter referred to as “Finkelstein”).

65) *Id.*, at para. 61. 英米法における民事訴訟の証明度原則では、証明の程度は、原則として、証拠の優越（50%を超える確からしさ）で足りるとされる（田村陽子「アメリカ民事訴訟における証明論—『法と経済学』的分析節を中心に—」立命館法学 339・340号 197頁（2011年）、201-202頁、注（11）を参照）。

66) 類似事案として、*Walton v. Alberta Securities Commission* (2014), ABCA 273.

67) See Ritchie L. E., Irving, S. & Grove, G., *OSC Scores Important Victory in Finkelstein Insider Trading and Tipping Decision* (Mar. 26, 2015), available at <https://www.osler.com/en/resources/regulations/2015/osc-scores-important-victory-in-finkelstein-inside> (last visit on Mar. 30, 2016).

守秘義務を守る必要性に気づいていた⁶⁸⁾ことを強く示唆した。その結果、被告らは証券法 76(1)および(2)条に違反した蓋然性が優越する（more probable than not）と判断された⁶⁹⁾。そして結論として、6件のうち3件の M&A 事例において、Finkelstein が Azeff と Bobrow に重要な未公開情報を伝達し、かかる情報に基づいてこれらの者が違法な売買を行い、Miller と Cheng も1件の違法な内部者取引を行ったと断定された。

Public Interest Jurisdiction に関して下された処分については、Finkelstein に2百万ドル余りの罰金を科したほか、10年以上から永久に報告発行会社の役員および取締役、投資ファンドマネージャーの職に就くことを禁じられ、さらに、10年間の証券取引の禁止と、調査費用及び訴訟費用として12.5万ドルの支払いが命じられた。他の4名の被告にも同様に、証券取引の禁止や罰金及び調査費用等の支払命令が下された。

(3) 内部告発者制度

内部告発者制度（Whistleblower Program）は、重大な証券法違反に関する情報を個人が証券委員会に報告することを働きかけるために、予てより証券委員会によって採用されてきた制度である。オンタリオ州では、米国の Enron 事件を受けて、刑法典において内部告発者制度を定めていたが⁷⁰⁾、OSC は2015年10月、告発者の保護を重視した報奨金規定等を明定する証券法規則（OSC Policy 15-601）⁷¹⁾の制定を新たに提案する文書を公表した。

OSC Policy 15-601 は、目的と定義（Part 1）、情報提供の方法（Part 2）、内部告発者の保護（Part 3）、報奨対象資格（Part 4）、報奨金（Part 5）、情報提

68) *Finkelstein, supra* note (64), at para. 38.

69) *Id.*, at para. 46, 57, 65.

70) *Criminal Code* (R. S. C., 1985, c. C-46) 425. 1.

71) See OSC, OSC Policy 15-601 *Whistleblower Program*, available at http://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category1/rule_20151028_15-601_policy-whistleblower-program.pdf (last visit on Mar 30, 2016).

供先 (Part 6) に大きく分かれている。これによれば、同制度の下では、自発的に証券法違反に係る情報を証券委員会職員に提出した報奨対象資格を有する個人が、報奨金を得ることができるとしている。すなわち、当該情報が委員会職員の調査活動に効果的な支援を提供し、かつ、調査の結果、委員会が課徴金納付命令と 100 万ドル以上の自発的な支払いの両方またはいずれか一方を課す決定を行った場合、報奨対象者に 5 百万ドルを上限として報奨金が支払われるとされている⁷²⁾。

新たな制度には 5 つの特徴がある。第 1 に、証券委員会への報告が直接に行われるだけではなく、会社の内部統制報告システムを通じた方法も認められること、第 2 に、通報者にはコンプライアンス担当、会計監査役 (auditors)、取締役および役員、顧問弁護士が含まれないこと、第 3 に、証券法違反を犯した当事者も通報者として報奨対象者となること、第 4 に、可能なかぎり、内部告発者に保有情報に関する文書の提出を求めること、第 5 に、公益のために内部情報を提供した従業員に対して雇用者が報復した場合、OSC が当該雇用者に対して処分を科すことができることなどである。

5. 民事責任

上記 V.3. でみた会社法の民事責任規定のほかにも、証券法は違法なインサイダー取引を行った内部者に対して民事責任を課す規定を置いている。オンタリオ州証券法 134(1)条は、報告発行会社に関する未公開の重要な事実または重要な変更を知って当該報告発行会社の証券を売買した報告発行会社と特別な関係にある者および会社はすべて、当該証券の売主または買主に対して損害賠償責任を負うと定めている。

損害額の算定については、原告が買主である場合、重要な事実または重要な変更が公表された後 20 日間の証券の平均価格 (以下、「A 価格」という) 以下の原告の購入価格、または、原告が売主である場合、原告の売却価格以下の A

72) *Id.*

価格を裁判所は考慮しなければならない（オンタリオ州証券法 134(6)条）。

ただし、出訴期限には定めがある。オンタリオ州証券法 138(b)条は、別段の定めがないかぎり、処分の取消し以外のすべての訴訟について、(i)原告が訴訟原因の発生している事実を初めて知った後 180 日、または、(ii)訴訟原因が発生した取引日後 3 年のいずれか早く到来するときに訴えの提起ができなくなるとしている。

VII. 総括

本研究は、複雑で膨大な法規からなるわが国のインサイダー取引規制の体系を批判的に検証するために、これまで明らかにされてこなかったカナダのインサイダー取引規制について考察を行ってきた。

カナダは制定法で特別にインサイダー取引を規制したおそらく初めての国である。その規制体系は大きく 2 つに分かれていた。1 つは、内部者が証券の売買を申告する合法的なインサイダー取引であり、また 1 つは、未公開の重要情報を知った上で証券の売買を行う違法なインサイダー取引である。一般に「インサイダー取引」とは後者を意味するものと考えられているが、カナダでは「内部者によって行われる証券取引」という意味を「インサイダー取引」に含ませているにすぎず、2 つの体系の上位概念としてこの言葉を捉えている。

合法的なインサイダー取引とは、法定の内部者となった日または内部者が取引を行った日から一定の日以内に（オンタリオ州では 10 日、CSA の指針では 5 日）、電子システムを通じてその取引内容や変更を証券委員会に報告するものである。当該情報は取引所のホームページにも掲載され、市場の投資者に有益な情報として活用されている。内部者の取引行動は一種のシグナルとなって市場に発信され、市場を活性化させているのである。翻ってわが国では、違法なインサイダー取引ではないにもかかわらず、内部者が証券取引を行うことは慣習的に禁忌事項とされているように思われる。このことによって、わが国では違法なインサイダーが未然に防止されているといえなくもない。しかし、内部者の取引情報の市場活動への影響の大きさにかんがみした場合、カナダのよう

に合法的にインサイダー取引を明文で認めることには一定の意義があるようにも思われる。

一方で、違法なインサイダー取引とは、発行会社と特別な関係にある者（わが国の「会社関係者」に相当する）が、発行会社に関する未公表の重要事実または重大な変更を知ってその会社の証券を購入または売却すること、および重要事実などを他者と共有する情報伝達行為をさす。違法なインサイダー取引は複数の法規によって規制されていることがカナダのインサイダー取引規制の1つの特徴である。刑法が規範的応報として、会社法が損害調整として、証券法はその双方についての機能を果たし、それぞれがその法目的に合わせて、具体的な法的効果を違反者に及ぼしている⁷³⁾。

証券法の規制は、実質主義（プリンシプル・ベース）と形式主義（ルール・ベース）を併用した規定になっている。すなわち、情報の重要性（マテリアリティ）にかかる定義は実質主義的であり、特別関係者の定義は形式主義的である。

カナダの「重要性」の概念は「マーケット・インパクト」をその中核に据えている。「重要性」の要素となる「重要な事実」と「重要な変化」は、いずれも市場に出される情報の範囲とタイミングを示す。ただし、両者がそれぞれ具体的に何を意味するかについては事案の性質によって異なり、また、文言の抽象性からさまざまな解釈が可能であるため、判例法の解釈や CSA による指針（NP51-201）が重要な役割を果たしている⁷⁴⁾。これに対し、「特別関係者」は、情報に優位にアクセスできる者が個別に列挙されている。しかし、「特別関係者」の概念を詳細に定義づけることは本質的に難しく、関係者に関する規定を置くこと自体がかえって規制の潜脱に繋がるおそれがあると懸念されている^{75, 76)}。

また、カナダの証券法はアメリカと同様、証券法の下で行政法と証券法の一

73) ただし、会社法上の民事責任の追及においては因果関係や損害額について、刑法上の刑事責任の追及においては故意について、それぞれ立証が困難であるため、エンフォースメントの手段としての具体的な実効性には問題もある。

74) 拙稿・前掲注(24)を参照。

体化が図られており⁷⁷⁾、とくに実効力のあるエンフォースメント体制がカナダ市場の公正性や統合性の改善に寄与している⁷⁸⁾。本研究の一連の考察からは、以下の3つの点において興味深い示唆が得られた。

第1は、犯罪の立証に係る論点である。カナダでは、違法なインサイダー取引行為のうち重大な犯罪を刑法典の対象として捉えているようであり、罰則を重くする代わりに、訴追者は被告人の主観的意図を証明する必要がある。これに対して、証券法上のエンフォースメントは、わが国と同様、刑事罰による制裁を科しているにもかかわらず、準刑事法的手続として刑法上のエンフォースメントとは区別され、証券法上の犯罪は行為者の故意や過失の立証を要しない。また、民事訴訟の証明度原則が適用され、原告に課せられた証明の程度は、原則として証拠の優越で足りる。このことは、証券法上の要件の定め方や要件の解釈方法にも影響を及ぼしているように思われる。

第2に、エンフォースメントの実効性を高めるために、証券委員会に強力な権限が与えられていることである⁷⁹⁾。証券委員会の行政処分権限は、公益に反する行為への制裁を定めた証券法上の Public Interest Jurisdiction（公益管轄権）に基づく⁸⁰⁾。制裁としての取引の停止命令や役員への就任停止、外務員資格の

75) 関係者概念に基づくアプローチ（person connected approach）には限界があり、情報接続アプローチ（information connected approach：単に未公開の重要情報を得た者および情報が重要であり、公開されていないことを知っていたか知るべきであった者を違反者とする方法。EU、マレーシア、オーストラリア、シンガポールなどで採用されている考え方である）が望ましいとされる（カナダのビクトリア大学の Mark Gillen 教授より2011年12月に電子メールによって受けた助言に基づく）。

76) わが国の規制体系の分析については、松尾直彦『金融商品取引法〔第3版〕』（商事法務、2014年）549-550頁を参照。

77) アメリカ証券法についての分析について、Chiu, I.H. Y., *Regulatory Convergence in EU Securities Regulation* (Kluwer Law Int'l, 2008), at 218.

78) 佐伯仁志教授はアメリカのインサイダー取引規制について、「アメリカにおいて証券取引所法の規定によるインサイダー取引財の訴追が容易であったのは、証券取引委員会の規則制定と行政制裁を通じたその適用によってルールの特明確化が図られる仕組みがあったからではない」か、と指摘されている（佐伯仁志「規制緩和と刑事法」ジュリ1228号39頁（2002年）、49頁）。

剥奪などは、違法なインサイダー取引に対して実効性があり、犯罪行為の抑止力も高めている。この強力な権限の行使と市場監視システムが相まって、近年の違法なインサイダー取引の増加に歯止めがかけられているように思われる。

インサイダー取引に係る行政手続き— OSC, Enforcement Activity Report (2014-2010)※

	2014	2013	2012	2011	2010
手続き開始件数	1	2	2	0	4
被告の内訳 (個人)	1	2	12	0	9
被告の内訳 (会社)	0	0	1	0	0

(※ OSC のホームページより入手)

第3に、第2の点を補完するために、実定法上で違反を争う者の抗弁事由が明確にされていることである（例えば、オンタリオ州証券法76(4)条、122(2)条、144(1)条等）。その上、証券委員会が制定法上の決定権を行使する場合には、当事者に対する手続きの公正さを保障する法定権限手続法（Statutory Powers Procedures Act：SPPA）に従う必要がある⁸¹⁾。審決の手続きはSPPA25.1条の規定に基づいて定められ、証券委員会は原則として決定の前に聴聞の機会を設けなければならない⁸²⁾。

ただし、証券委員会の権限の行使は明確性や統一性に欠けるという批判もあるようであり、この点については、市場監視システムの構築および運営の高コスト化とともに、解決が要請されるべき問題になろう⁸³⁾。

79) カナダの証券委員会の役割は米国のSECに近い。米国SECのエンフォースメント体制については、瀬谷ゆり子「インサイダー取引規制と課徴金制度—アメリカにおける民事制裁金との比較」石山先生・上村先生還暦記念『比較企業法の現在』387頁（成文堂、2011年）、397-399頁、笹倉香奈「アメリカにおける制裁手続」法時85巻12号42頁以下を参照。

80) この点については、ドイツにおける秩序違反法における考え方とも整合性があるように思われる（西津政信「行政上の義務違反に対する制裁」高木光＝宇賀克也編『行政法の争点（ジュリスト増刊・法律学の争点シリーズ8）』（有斐閣、2014年）99頁を参照）。

81) See e.g. OSA s. 31, 37.

82) 過料を科すわが国の裁判については、学説において手続保障の問題があることが予てより指摘されている（西津・前掲注(80)等を参照）。

VIII. 結語

わが国のインサイダー取引規制については、これまで、民事責任と刑事責任を明確に峻別するというドグマの中で⁸⁴⁾さまざまな手段が講じられてきた。しかし過度に技術的で詳細な規定は、一見法適用が容易のように見えて、実は困難なことが少なくない⁸⁵⁾。実務界からは、犯罪の成否を一義的に判断できるようなガイドラインの制定が望まれ続けており⁸⁶⁾、現在の規制について、国民の理解が得られているとはいいい難い。不公正な取引の取締りにあたっては、ある程度一般的・抽象的な規定を設けざるを得ないため⁸⁷⁾、これまでの弥縫的な対策には限界が生じているように思われる。

このアポリアの解決を目指すためには、「違反者に対する制裁の「純粋型」の間にさまざまな中間的形態を認める」⁸⁸⁾という発想の転換が必要ではないだろうか⁸⁹⁾。すなわち、インサイダー取引規制違反に対する制裁の非犯罪化を検討し、行政制裁制度を活用すべき時期に来ているように思われる^{90,91)}。

83) なお、本研究では検討することができなかったが、カナダでは、一連の制定法上の規制の間隙を埋めるために、企業の社内規定が有効に機能しているという実証研究がある（See Beny, L. N. & Anand, A. I., *Private Regulation of Insider Trading in the Shadow of Lax Public Enforcement : Evidence from Canadian Firms*, 3 (2) *Harvard Business Law Review* 215 (2013)）。実効的に違法なインサイダー取引を抑止していくためには、制定法の規定だけではなく、“Disclose or abstain” ルールを核とした自主規制や社内規定などのソフトウェアが一体となって、機能していくことが重要になるだろう。

84) 田中英夫『英米法総論 下』（東京大学出版会、1980年）515-519頁を参照。

85) 芝原邦爾『経済刑法』（岩波書店、2000年）113-114頁、佐伯・前掲注（78）47頁。

86) 芝原・前掲注（85）118頁。

87) 佐伯・前掲注（78）47-48頁を参照。

88) 田中・前掲注（85）516頁。

89) 村上暦造「行政庁による処罰——行政法令違反に対する非刑事的金銭罪について——」
ジュリ 764号 110頁（1982年）、115頁。

90) 佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年）23-32頁、高山佳奈子「行政制裁法の課題——総説」法時 85巻 12号 4頁（2013年）等を参照。

91) なお、本研究の遂行にあたっては、中東正文教授にご協力を賜りました。心より謝意を表します。

お詫びと訂正

以下の箇所に誤りがありました。お詫びして訂正いたします。

『筑波ロー・ジャーナル 17号』

27頁下から3行目

誤) 内部者が秘匿情報を得てから

正) 法定の内部者となった日または内部者が取引を行った日から

(本研究は、JSPS 科研費 (課題番号 23530088) 及び公益財団法人石井記念証券研究振興財団の助成金による研究成果の一部である。)

(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教授)

民事責任法と家族（1）

白 石 友 行

はじめに

I. 家族の保護

1. 家族としての保護
2. 家族に関わる保護（以上、本号）

II. 家族の責任（以下、次号）

1. 家族に対する責任
2. 家族外に対する責任

おわりに

はじめに

家族のあり方を問うような民事責任法上の事件が注目を集めている。認知症高齢者が線路内に立ち入り列車と衝突して鉄道会社に損害を与えた場合においてその妻と子の責任が問題となった事例¹⁾、小学生が校庭でサッカーボールを蹴って他人に損害を与えた場合においてその父母の責任が問題となった事例が²⁾、その代表であり³⁾、これらの事件を中心として活発に展開されている議論は、その関心の高さを端的に示している⁴⁾。もっとも、民事責任法が家族と関わる場面は、家族として捉えられる者が他人に損害を生じさせた場合にその家族の別の者が責任を負うのかという問題⁵⁾以外にも存在する。他人によって

-
- 1) 最判平成28年3月1日裁時1647号1頁。また、名古屋高判平成26年4月24日判時2223号25頁（原審）、名古屋地判平成25年8月9日判時2202号68頁（第1審）。
 - 2) 最判平成27年4月9日民集69巻3号455頁。また、大阪高判平成24年6月7日判時2158号1頁（原審）、大阪地判平成23年6月27日判時2123号61頁（第1審）。

家族として捉えられる者に対し損害が生じさせられた場合や、他人によって家族に関わる事項が害された場合に、誰がどのような内容の損害賠償を請求することができるのかという問題、また、家族として捉えられる者によりその家族の別の者に対して損害が生じさせられた場合にどのような責任が発生するのかという問題も⁶⁾、民事責任法が家族と関わる場面である。

ところが、従前の議論においては、民事責任法上の一部の個別問題との関係で家族との関わりを意識した検討がなされることはあったものの、それが十分な展開をみることはなかったし⁷⁾、民事責任法が家族と関わる場면을包括的または総合的に分析する作業については、ほとんど試みられることがなかったと

-
- 3) 2つの判例においては、精神障害者が損害を生じさせた場合において誰が714条で責任を負うべき監督義務者にあたるのか（その前提として、そもそも監督義務者にあたる者は存在するのか）、監督義務者が尽すべき監督義務とはどのようなものかという点が問題になったが、これらの諸点については、家族のあり方という観点を抜きに論ずることはできない。また、本稿が採用する視点からの検討を踏まえることで、上記の諸点だけでなく、精神障害者や未成年者の自律と保護の関心のあり方、保護に重心が置かれる場合の保護主体の問題等、責任能力制度と監督義務者責任制度の全体像にも新たな見方を提供することができるものと思われる。
- 4) 家族のあり方を考えさせるような近時の不法行為裁判例については、拙稿「不法行為裁判例の動向」現代民事判例研究会編『民事判例Ⅻ——2015年後期』（日本評論社・2016年）28頁以下で言及した。
- 5) 本文で述べた場面とは反対に、ある者が損害を被った場合においてその者の家族として捉えられる者が当該損害の発生や拡大に寄与していたときに、その者に対して付与される損害賠償の額がそのことを理由として減額されるのかという問題もある。
- 6) ここには、家族間で一般的な権利または利益が侵害されたことにより損害が発生する場合と（かつて盛んに論じられた自動車事故のほか、ドメスティック・バイオレンス、児童虐待、育児放棄等）、家族間で家族法上の義務が守られなかったために損害が発生する場合（関係が継続しているときに問題となる場合と、関係が解消された後に問題となる場合（離婚のほか、元夫婦間での子の監護や子との面会交流をめぐる争い等））がある。
- 7) 例えば、配偶者の一方が不貞行為をした場合に他方がその不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求することができるのかという問題や、内縁やパートナーシップ関係の当事者の一方がこれを破棄した場合に他方が損害賠償を請求することができるのかという問題では、古くから、家族のあり方との関連を踏まえた検討がなされてきたが、そこでの議論がほかの民事責任法上の問題へと十分な形で展開していくことはなかったように思われる。

言ってよい⁸⁾。そのため、民事責任法上の個別問題の解決や解釈論が、現代における家族のあり方を適切に反映するものなのか、家族の捉え方一般にどのような影響を及ぼすのか、ほかの個別問題へのアプローチにどのような意味を持つのかといった問いが十分に認識されず、民事責任法と家族法それぞれの動向を踏まえ、時代的または社会的な背景をも視野に入れた、理論的に基礎付けられた整合性のある議論が展開されてこなかったのではないかとの疑問が生ずる⁹⁾。こうした状況の下では、以下のような視点に基づき民事責任法が家族と関わる場面を検討することが有益であると考えられる。

1つは、家族の中身という視点である。これは、それぞれの具体的場面において家族や家族のメンバーがどのようなものとして把握されているのかという点に関わる。もっとも、一口に家族の中身といっても、そこには、いくつかの

8) 民事責任法が家族と関わる場面を包括的または総合的に検討の対象とする先行研究が存在しなかったわけではない。例えば、藤岡康宏「家族関係と不法行為」同『損害賠償法の基本構造』（成文堂・2002年）192頁以下〔初出・1980年〕は、婚姻制度と不法行為法の機能という観点から、配偶者間の不法行為の問題を論じている。また、岩志和一郎「家族関係と不法行為」山田卓生編代＝藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 第2巻 権利侵害と被侵害利益』（日本評論社・1998年）143頁以下は、夫婦が法的保護を受ける関係であるという認識を出発点として、夫婦に関連する不法行為をいくつかの類型に分けつつ検討している。更に、水野紀子の一連の論稿（水野紀子「家族法とジェンダー」同編『家族：ジェンダーと自由と法』（東北大学出版会・2006年）69頁以下、同「内縁準婚理論と事実婚の保護」広中俊雄先生傘寿記念『法の生成と民法の体系』（創文社・2008年）611頁以下、同「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」山田卓生先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』（信山社・2008年）133頁以下等）は、いくつかの個別の問題を取り上げつつ、家族法の視点から、家族の問題に不法行為法が介入していくことへの批判を展開している。これらの先行研究（更には、個別の問題を扱った多くの先行研究）が貴重な知見を与えるものであることに疑いはない。しかし、そこでは、一定の問題関心から特定の家族関係や特定の問題群だけが取り上げられていたり、家族のあり方という視点が希薄であったり、民事責任法との接合が十分でなかったりする等、従前の先行研究は、以下の本文で述べる問題関心から見れば、必ずしも十全なものと言うことはできないように思われる（別の問題関心からは、射程を限定した検討が有用であることはもちろんである）。

9) こうした問題関心については、拙稿「民事責任法と人・家族——問題提起と課題設定——」法研88巻1号（2015年）393頁以下を参照。

異なるレベルに属する視点が存在する。第1に、家族の枠または家族のサークルとでも表現すべき視点がある。これは、ある民事責任法上の問題が家族との関係で把握されるべき内容を持つとして、そこでの家族という枠の中に、どのような者が含まれるのかということである。ここでは、家族として捉えられる者は誰かという意味での家族の中身が問題となる¹⁰⁾。第2に、家族として捉えられる者相互間の関係の把握の仕方という視点がある。これは、家族のメンバーとされる者も人格と主体性を持った個人であることに変わりはないところ、民事責任法が家族と関わりを持つ場面で、こうした個人の像がほかの家族のメンバーや家族それ自体との関係で何らかの変容を受けているのか、それはどのような意味での変容なのかということである¹¹⁾。ここでは、家族または家族関係とはどのようなことを指すのかという意味での家族の中身が問題となる。第3に、家族の自律性という視点がある。ここでは、それぞれの家族が、典型的な家族の像というものが措定されるとしてそこから自律的でありうるのか、また、当該家族以外の存在からの介入を受け付けないという意味で自律性を持つのかといったことが問題となる。これは、家族として捉えられる者、つまり、家族内の個人に焦点をあてるとすれば、第1点および第2点にも関わる視点ではあるが、それらとは独自に意味を持つこともあるので、別途、取り上げておくことが有益である。

もう1つは、民事責任法の枠組という視点である。家族が関わるとはいえ、民事責任法上の問題である以上は、その枠組に従った判断がなされなければならない。そうすると、家族が関わる場面で展開されてきた民事責任法上の様々な議論については、以下のような形で分析をすることが有益である。第1に、個々の議論が民事責任法の構造に適合しているかどうかを評価すること、また、

10) 家族の意味は個々の問題によって異なるため、それぞれの問題ごとに家族の枠に入る者も変わってくることに留意が必要である。そのため、ある場面では家族として捉えられる者が、別の場面では家族として捉えられないということもありうる。

11) 分かりやすい例を挙げれば、子がその父母（父母がその子）との関係で、配偶者の一方が他方との関係でどのように把握されるのかといった問題が、これにあたる。

家族が関わる場面では具体的な帰結と民事責任法上の要件および効果との接合が十分でないものが存在するため¹²⁾、その場合には、個々の議論について、民事責任法の構造に適合する形で修正を加え解釈として再提示すること、第2に、第1の視点からの検討によって再定式化された個々の議論が家族のあり方に対して持つ含意を正確に把握した上で、それを民事責任法の本質や目的との関連で評価すること、そして、第3に、そこでの議論が民事責任法の枠内で斟酌されるべき対抗価値または当該問題の解決に際して考慮されるべき諸価値に十分な配慮をすることができる枠組であるのかを検討することである。これらの点、とりわけ、第2点（および第3点）については、それ自体に多くの議論の蓄積が存在するだけでなく、現在でも論争が終結したとはいえない状況にあるが¹³⁾、家族が関わる場面においては、民事責任法の目的や諸価値が各場面で場当たり的に援用されてきたという側面もあることに鑑みれば¹⁴⁾、いくつかのありうる構図を指定して、そこからの評価を加えておくことは有益であると考えられる。また、民事責任法の本質や目的をめぐる従前の議論において、家族が関わる場面への言及がそれほどなされていないという現状からすれば、第2および第3の視点からの分析は、その不足を補うという意味も持ちうる。

本稿では、上記のような問題関心と視点を持ちつつ、理解の便宜を図るという目的を実現し、かつ、家族法ではなく民事責任法を出発点に据えるという意味を込めるために、「家族の保護」（Ⅰ）と「家族の責任」（Ⅱ）に分けて、民事責任法が家族と関わる場面を検討する。この整理の仕方は、ある家族に属する者が家族外の者に対して家族と関連を持つ形で被った損害の賠償を請求する

12) この点については、拙稿・前掲注（9）412頁を参照。

13) 第2点に関する議論の概要については、文献の所在も含め、潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第2版）』（信山社・2009年）13頁以下〔初版・1999年〕、瀬川信久「不法行為法の機能・目的をめぐる近時の議論について」淡路剛久先生古稀祝賀『社会の発展と権利の創造——民法・環境法学の最前線』（有斐閣・2012年）349頁以下、田中洋「不法行為法の目的と過失責任の原則」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題（別冊NBL155号）』（商事法務・2015年）17頁以下等を参照。

14) この点については、拙稿・前掲注（9）409頁を参照。

場面であるのか、それとも、ある家族に属する者が当該家族に属する者または家族外の者に対して家族との関連で生じた損害について責任を負う場面であるのかという点に着目したものである。以下では、「家族の保護」と「家族の責任」のそれぞれの場面において問題となりうる諸事例を取り上げ、まず、従前の議論を本稿の問題関心に即する形で解釈または再定式化した上で（2つめの視点の第1点）、次に、そこでの成果を、時的な観点も入れつつ家族の中身という視点から分析する（1つめの視点）。そして、その必要性が認められる限りにおいて¹⁵⁾、民事責任法の目的や配慮すべき諸価値といった視点からの評価も行うことにする（2つめの視点の第2点および第3点）。これらの考察を通じて、個別問題における各議論が前提とする家族の捉え方とその現代における適否、家族が関わる場面で民事責任法が有していた（または、有している）意味が解明されるだけでなく、民事責任法と家族法それぞれの動向を踏まえ、時代的または社会的な背景、更には、民事責任法が家族と関わる場面全体を視野に入れた整合性のある議論を構築するための基礎が提供されることになる。

なお、フランスでは民事責任法と家族という問題との関連で多くの興味深い議論が展開されている¹⁶⁾。本稿もそこからいくつかの重要な示唆を得ているが、フランス法の分析成果については、構成の都合上、別稿に委ねることとする。

I. 家族の保護

民事責任法上の保護が問題となる以上、「家族の保護」といっても、それは家族それ自体を直接的に保護するものではない¹⁷⁾。ここでは、家族外の者が家

15) というのは、第2点および第3点からの検討をしたとしても有益な結果を得ることができない問題も存在するからである。

16) 一般的なものとして、Ex. Marie-Christine Lebreton, *L'enfant et la responsabilité civile*, th. Rouen, préf. Yvonne Flour, Publications des Universités de Rouen et du Havre, 1999 ; Denis Mazeaud, *Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de « l'idéologie de la réparation »)*, in, *Études offertes à Pierre Catala, Le droit français à la fin du XX^e siècle*, Litec, Paris, 2001, pp.569 et s. ; Stéphanie Pons, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du code civil*, th. Aix-Marseille III, préf. Anne Leborgne, PUAM., 2007 ; etc.

族として捉えられる者の権利または利益を侵害した場合に当該被害者以外の家族のメンバーがそのことを理由に何らかの損害賠償を請求することができるのか、また、家族外の者が家族に関わるような権利または利益を侵害した場合に当該家族のメンバーはそのことを理由に何らかの損害賠償を請求することができるのかといった問題が扱われる。前者においては、ある者と家族の関係にあることに着目した保護という意味で、「家族としての保護」が (1)、後者においては、ある者が家族との関係で有する権利または利益に着目した保護という意味で、「家族に関わる保護」が (2)、それぞれ問題となる。

1. 家族としての保護

家族として捉えられる者の生命、身体、自由、人格権等が侵害された場合に、当該被害者以外の家族のメンバーは、どのような根拠に基づきどのような内容の損害賠償を請求することができるのか。この問いには、いくつかの問題が複層的に含まれるが、本稿の問題関心に鑑みれば、その全てを扱うのではなく、検討の出発点として、直接の被害者以外の者が行う固有の慰謝料請求の問題に焦点をあてることが適切である。というのは、上記の問題に関する従前の議論と裁判例には、家族のあり方という視点から見た場合に興味深い内容が含まれており、これらの素材については、本稿の問題関心からの検討に耐えうる形で再解釈を行うことができるからである ((1))。そして、この作業によって、個々の解釈論が前提としている、あるいは、少なくともそれに親和的であると考えられる家族の捉え方の存在が浮かび上がってくるとともに、民事責任法の枠組という視点からの検討も踏まえることで、固有の慰謝料請求以外の問題へのアプローチにも新たな見方を提示することができるはずである ((2))。

17) かつての家団論や家族共同生活体論のように (末弘厳太郎『民法雑考』(日本評論社・1932年)、同『民法雑記帳』(日本評論社・1940年)、同『続民法雑記帳』(日本評論社・1949年)所収の諸論稿、我妻栄『判例漫策』(有斐閣・1955年)149頁以下等)、家族に一定の法主体性を認めるとすれば、別である。

（1）再解釈——身分、人格、感情

家族の中身という視点から直接の被害者以外の者による固有の慰謝料請求の問題へとアプローチをする場合には、①いかなる範囲の者が、②どのような場合に、③どのような理由に基づき、自己固有の慰謝料を請求することができるのかという問いに関心が向けられる。これまでは¹⁸⁾、判例との関連で、①につき、711条所定の者以外の者に対する同条の適用の拡大とその範囲（711条の適用を拡大しないとすれば、709条および710条で固有の慰謝料を請求することができる者の範囲）が¹⁹⁾、②につき、直接の被害者が負傷した場合における近親者の慰謝料請求の可否とその根拠条文が²⁰⁾論じられており、家族との関わりを意識しつつその結論の当否が問われることは多かったように思われる。しかし、③の内容が①②を規定するはずであるにもかかわらず、初期の議論を除けば²¹⁾、③を出発点として①②を論ずるという視点は希薄である。すなわち、今日、③については、いわゆる間接被害者の一般論との関係で、直接の被害者に対する不法行為の賠償範囲の問題として構成するのか、間接被害者の独自の

18) 本稿の問題関心とは異なる整理の仕方ではあるが、民法制定後の711条に関わる学説上の議論および判例については、文献の所在も含め、大澤逸平「民法711条における法益保護の構造（1）——不法行為責任の政策的加重に関する一考察——」法協128巻1号（2011年）199頁以下等を参照。

19) 最判昭和49年12月17日民集28巻10号2040頁（身体障害があるため被害者と同居しその庇護の下で生活を維持していた当該被害者の夫の妹による慰謝料請求を肯定した事例）。

20) 最判昭和33年8月5日民集12巻12号1901頁（子が負傷したケースで母の慰謝料請求を肯定した事例）、最判昭和39年1月24日民集18巻1号121頁（子が負傷したケースで父母の慰謝料請求を肯定した事例）、最判昭和42年1月31日民集21巻1号61頁（子が負傷したケースで父母の慰謝料請求を肯定した事例）、最判昭和42年5月30日民集21巻4号961頁（夫が負傷したケースで妻の慰謝料請求を否定した事例）、最判昭和42年6月13日民集21巻6号1447頁（夫であり父である者が負傷したケースで妻と子の慰謝料請求を否定した事例）、最判昭和43年9月19日民集22巻9号1923頁（子が負傷したケースで父母の慰謝料請求を否定した事例）、最判昭和44年4月24日判時558号57頁（子が負傷したケースで父母の慰謝料請求を肯定した事例）、最判昭和45年7月16日判時600号89頁（子が負傷したケースで父母の慰謝料請求を肯定した事例）。

21) 初期の議論では、後に本文で述べる②-1の考え方が明確に提示されていた。

不法行為を問題にするのかという法律構成レベルの問いに関心が寄せられ²²⁾、それぞれの法律構成の背後にある賠償範囲または不法行為要件の一般論との関係で④⑤が検討されることはあるものの²³⁾、それらの一般論を家族のあり方という視点から具体化しつつ⑥を捉え、④⑤が議論されることはほとんどない。また、これとは別に、711条は、一定の者に対して特別に慰謝料請求権を認めた規定であるのか、それとも、709条および710条で固有の慰謝料請求権を基礎付けることができる以上、このことを確認的ないし例示的に規定したものに過ぎないのかという、条文解釈レベルの問題も古くから論じられているが、後者の理解による場合に、あるいは、後者の理解を基礎としつつ同条に何らかの解釈論的意味付けを与える場合に²⁴⁾、それが家族の捉え方という視点との関係でいかなる含意を持つのかについても、整理がなされていない。

こうした状況を受けて、⑥から出発しつつ従前の議論を大枠として再定式化すると、そこには、①直接の被害者以外の者は原則として自己固有の慰謝料を請求することはできないという考え方²⁵⁾、②直接の被害者以外の者は直接の被害者と近親関係にあったことを理由に自己固有の慰謝料を請求することができ

22) 議論の概要については、比較法および文献の所在も含め、山口成樹「不法行為に起因するPTSD等の精神疾患と損害賠償責任 (1)～(6)——間接被害論・賠償範囲論の一掃納的考察」都法42巻2号(2002年)43頁以下、43巻1号229頁以下、2号(2003年)57頁以下、44巻1号1頁以下、2号(2004年)195頁以下、新法113巻1＝2号(2006年)109頁以下、同「不法行為の間接被害者と損害賠償請求権」平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』(有斐閣・2007年)571頁以下等を参照。

23) 例えば、直接の被害者に対する不法行為の賠償範囲の問題として理解するならば、損害賠償請求権者を制限する契機は存在しないため、711条所定の者以外の者にも固有の慰謝料請求を認めることができる(反対に、損害賠償請求権者の範囲をどのような形で限定していくべきかという点が問題になる)といった形での議論や、間接被害者独自の不法行為の問題として理解するとしても、厳密な意味での権利の存在を問う必要はないし、また、権利侵害から違法性へと置き換えられた状況下では、固有の慰謝料を請求することができる者の範囲を711条所定の者に限定する必要はないといった議論が、これにあたる。

24) この点に関しては、711条につき立証責任を軽減するための規定と位置付けるのが一般的な理解である。加藤一郎『不法行為(増補版)』(有斐閣・1974年)239頁〔初版・1957年〕、幾代通(＝徳本伸一補訂)『不法行為法』(有斐閣・1993年)258頁等。

るという考え方（近親関係からのアプローチ）²⁶⁾、③直接の被害者以外の者は自己の感情が害されたことを理由に自己固有の慰謝料を請求することができるという考え方（感情または苦痛からのアプローチ）²⁷⁾が存在することが明らかとなる²⁸⁾。ところで、判例は、不法行為による生命侵害があった場合、711条所定の者に該当しない者であっても、「被害者との間に同条所定の者と実質的に同視しうべき身分関係が存在し、被害者の死亡により甚大な精神的苦痛を受けた者は、同条の類推適用により、加害者に対し直接に固有の慰謝料を請求しうる」と判示している²⁹⁾。ここには、711条所定の者以外の者が他者の生命侵害を契機に自己固有の慰謝料を請求することができるのかという問題を解決する際に考慮されるべき要素として、身分関係と甚大な精神的苦痛という2つが挙げられている。そうすると、この判例の枠組に即して言えば、②は身分関係に、③は甚大な精神的苦痛に重心を置くものであるとすることができる。以下、③を基点として、それぞれの考え方をより具体的な形で整理する。

まず、①は、起草者が想定していた理解である³⁰⁾。これによれば、他人の生

25) 他人の権利が侵害されたとしても自己に権利の侵害が存在しなければその者は損害賠償を請求することはできないという起草者やその趣旨を引き継ぐ理解が、①に属する。

26) 直接の被害者以外の者による損害賠償請求の問題を間接被害者独自の不法行為の問題として捉え、かつ、間接被害者に生ずる何らかの権利や利益の侵害を觀念しようとする理解の多くが、②に属する。

27) 直接の被害者以外の者による損害賠償請求の問題を直接の被害者に対する不法行為の賠償範囲の問題として捉える理解や、この問題を間接被害者独自の不法行為の問題として捉えつつも侵害される権利や利益の内容にこだわりを見せない理解が、③に属する。

28) ②と③の分類は、従前の議論を構造化するために用いられる枠組である。従って、損害賠償が問題となっている以上、②を採用したからといって③の観点が不要になるわけではない（反対に、③を採用すれば②の観点は必要でなくなる）。

29) 前掲・最判昭和49年12月17日。

30) この点については、好美清光「生命侵害の損害賠償請求権とその相続性について——とくに慰謝料請求権を中心として——」田中誠二先生古稀記念『現代商法学の諸問題』（千倉書房・1967年）676頁以下、吉村良一「民法710条・711条（財産以外の損害の賠償）」広中俊雄ほか編『民法典の百年Ⅲ個別的考察（2）債権編』（有斐閣・1998年）633頁以下等を参照。

命が侵害されたとしても、本人以外の者は、自己の権利を侵害されていないため、原則として自己固有の慰謝料を請求することはできないところ、711条は、政策的な考慮からその例外として一定の近親者に限って特別に慰謝料請求権を認めた規定であるとされる。そして、同条が請求権者の範囲を親、子、配偶者に限定したのも、政策的考慮の結果であるとされる³¹⁾。そうすると、この立場においては、政策的考慮の中身が㉔を構成することになる。この点に関する起草者の理解は必ずしも明確ではないが、請求権者の範囲を親、子、配偶者に限定した態度決定からすれば、最近親関係の保護という点に着目したものであると考えることができる。

このような理解を前提にすると、㉔については、ある者が被害者本人との間で最近親者と実質的に同じような関係を保持していた場合には、その者に固有の慰謝料請求を認める可能性が開かれるが³²⁾、㉕に関しては、死亡以外の事例では否定的な解釈がとられるべきことになる³³⁾。他方、711条の政策的考慮の中身を、権利者が存在しない権利侵害の場面において加害者の免責を防止することによって生命という権利を保護することに求めるならば³⁴⁾、㉔については、最近親者が存在しない場合にはそれに代わる者による慰謝料請求を肯定する余地があるものの、㉕に関しては、本来の権利者が存在するため、死亡以外の事例では否定的に解されることになろう。前者の理解は、最近親関係の保護という限度で家族と関わりを持つが、後者の理解は、直接の被害者本人に焦点をあ

31) 最初期の学説も同様の理解を示している。梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権篇』（明法堂・1897年）874頁、岡松参太郎（富井政章校閲）『註釋民法理由 下卷（9版）』（有斐閣書房・1899年）次472頁〔初版・1897年〕等。

32) 好美・前掲注（30）729頁、同「慰謝料請求権者の範囲」有泉亨監修＝坂井芳雄編『現代損害賠償法講座 第7巻 損害賠償の範囲と額の算定』（日本評論社・1974年）233頁等。

33) 最近親者は、自己の身体、健康、人格権等が侵害された場合に、そのことを理由として慰謝料を請求することができるだけである。好美・前掲注（30）730頁以下、同・前掲注（32）246頁以下等。

34) 大澤逸平「民法711条における法益保護の構造（2・完）——不法行為責任の政策的加重に関する一考察——」法協128巻2号（2011年）249頁以下。

てるものであり、実質的な面で家族と関わりを持つことはない³⁵⁾。

次に、②においては、近親関係を害されたことが直接の被害者以外の者による慰謝料請求権の根拠となる。もっとも、ここでは、近親関係の中身として、②-1. 親族権、身分権、一定の近親者を殺されない権利等のように、被害者本人との間に存在した一定の身分や地位を問題にする考え方と³⁶⁾、②-2. 被害者本人との間に存在した身分や地位そのものではなく、これらを含めた特定の関係に結び付く個人としての人格的な権利または利益を問題にする考え方³⁷⁾とを区別しておく必要がある。

一方で、②-1によれば、711条は親、子、配偶者といった特定の法的な身分や地位を保護するための規定として位置付けられるため、この態度決定を尊重すると、④については、これら以外の身分や地位を有する者による慰謝料請求は認められないことになりそうである。しかし、身分権概念の枠と内容を拡大していくことを通じて（親、子、配偶者以外の法的な家族関係を有する者への量的な拡大）、あるいは、ある者にこれらの者が持つ身分や地位と事実上同視しうる状況があることを考慮して（内縁の配偶者や未認知の子等、親、子、配偶者に準ずる者への質的な拡大）、固有の慰謝料を請求することができる者の範囲を広げていくことは可能である。また、⑤に関しても、一定の法的な身分や地位が侵害されたかどうかという観点からの評価がなされるため、例えば、

35) この理解は、権利を保護するための特別な損害賠償請求権を誰に帰属させるのかという形式の面で家族と関わりを持つに過ぎない。

36) 初期の一般的な見解である。菱谷精吾『不法行為論（再訂増補第3版）』（清水書店・1912年）284頁以下〔初版・1905年〕、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下巻）』（岩波書店・1924年）873-874頁の注（16）、岡村玄治『債権法各論』（巖松堂書店・1929年）702頁等。

37) ②を前提とする学説の多くは、問題としている権利や利益の中身を明確にしておらず、そのため、本文で述べた考え方も、明確な形で示されているわけではない。しかし、2で扱われる「家族に関わる保護」の場面で展開されている議論を参照するならば、本文のような考え方が基礎にあると評価することができるのではないと思われる。なお、この点との関連では、大塚直「大阪地判平成5年2月26日、福岡地判平成5年3月23日、東京地判平成5年5月21日、名古屋地判平成5年3月26日・判批」判タ846号（1994年）98頁以下の指摘も参照。

妻や子への傷害や強姦等の場合であっても、夫権や親権の侵害を認め、かつ、これらの身分権の内容を膨らませていくことで、夫や父による慰謝料請求を肯定する可能性が開かれる³⁸⁾。

他方で、②-2は、人は親しい者との関係を通じて自己の人格を確保し、実現していくという発想を基点に据えて、一定の关系到結び付く個人の人格的な権利または利益の保護を問題にする。そのため、④については、親、子、配偶者間で問題になるのと同じような关系到に係る人格権ないし人格的利益の存在が認められる限りにおいて、これらを有する者は、当該関係の相手方の死亡により固有の慰謝料を請求することができると考えられる³⁹⁾。また、⑤に関しては、一定の关系到結び付く人格的な権利または利益が侵害されたかどうかが重要であり、その相手方が存在している限り上記の意味での権利または利益の侵害を安易に認めることはできないから、当該相手方との意思疎通を図ることができない等、②-1による場合に比べて限定された場面でしか、直接の被害者以外の者による慰謝料請求は肯定されないことになる⁴⁰⁾。

なお、②との関係では、711条所定の者以外の者による固有の慰謝料請求を認める場合の根拠条文はどれか、また、711条の存在意義をどこに求めるのかという2つの問題との関連で、以下のような整理が可能であることに注意を促しておく。すなわち、仮にその根拠条文を711条に求めるか、それを709条お

38) 以上の点につき、中川善之助「身分権への不法行為——慰藉料請求権に関する1つの疑問」同『身分法の総則的課題』（岩波書店・1941年）46頁以下〔初出・1933年〕、同「身分権侵害と慰藉料の原理」前掲書74頁以下〔初出・1933年〕等。

39) 従って、②-1では、基本的には特定の身分や地位の有無を問題にすれば足りるのに対し、②-2では、直接の被害者との関係をより具体的および実質的に判断することが必要となる。

40) 直接の被害者が負傷した場合にその家族は固有の慰謝料請求をすることができるのかという問題との関連で、近時の学説は、直接の被害者がコミュニケーションをとることができない状態にある等の非常に限定された場合にのみこれを認めるという方向性を示しているが（窪田充見『不法行為法』（有斐閣・2007年）304頁、前田陽一『債権各論Ⅱ〔不法行為法〕（第2版）』（弘文堂・2010年）111頁〔初版・2007年〕等）、本文の叙述が想定しているのも、このような理解である。

よび710条に求めるとしても711条を単なる例示規定と捉える立場によれば、同条所定の者の保護とそれ以外の者の保護との間に軽重を認めない結果となる。反対に、仮にその根拠条文を709条および710条に求め、711条につき立証責任を軽減するための規定と捉える立場によれば、両者の保護に濃淡を付ける結果となる。

最後に、③においては、直接の被害者への不法行為により自己の感情が害されたことや自己が苦痛を被ったことが、直接の被害者以外の者による慰謝料請求権の根拠となる。この場合、不法行為当時、直接の被害者との間に近親関係があったかどうか、どの程度の近親関係があったのかといった点は、感情の侵害や苦痛の有無およびその程度を判断するための1つの要素となるに過ぎない⁴¹⁾。従って、④については、当該場面で親、子、配偶者の地位にある者が被るのと同程度の感情への侵害や苦痛の存在が認められれば、また、⑤に関しても、近親関係にある者が死亡した場合と同程度の感情への侵害や苦痛の存在が認められれば、これを受けた者は、自己固有の慰謝料を請求することができる。なお、②の場合と同様に、ここでも、根拠条文および711条の存在意義の理解との関連で、感情や苦痛に対する保護に濃淡を付けるかどうかが変わってくることに、留意すべきである。

（2）分析——家族の中身

まず、家族の枠または家族のサークルという視点から、(1)で整理した議論を検討する。検討の方法としては、いくつかの異なるアプローチが考えられるが、論旨を見通しやすくするために、ここでは、711条で予定されている家族（親、子、配偶者）を基点とした場合の拡大の範囲に注目する。

②-1は、親、子、配偶者といった特定の身分や地位を保護するとの考え方から出発して、身分権概念の枠と内容の拡張（量的拡張）および事実に着目し

41) このような考え方を明確に示しているものとして、鈴木貞吉「反射的無形損害賠償論（上）（下）」自正1巻12号（1950年）4頁以下、2巻1号（1951年）21頁以下、吉川日出男「最判昭和49年12月17日・判批」札幌商科大学論集18号（1976年）187頁以下等。

た拡張（質的拡張）という手法を用いて、そこでの保護をほかの者に対する関係でも拡大する。ここでは、特定の身分や地位の存在が当然の前提となっているため、拡大の契機は、②-2と比べれば、それほど大きくない。家族の枠は、内縁の配偶者や未認知の子等、親、子、配偶者に事実上準ずる者や、時代および社会の通念に支えられ家族として認識される身分や地位を持つ者へと広がりうるだけである。これとは反対の方向で、事実上の離婚状態にある夫婦、関係が破壊されている親子等について、たとえ一方が生命を侵害されたとしても、他方に固有の慰謝料請求権を認めるべきではないといった議論もなされうるが⁴²⁾、特定の身分や地位の保護が問題になっている以上、それらは法定の関係がある限り存続するはずであり、②-1を前提にこの議論を受け入れることは必ずしも説得的でない⁴³⁾。また、実定法は、一定の近親関係の存在を前提としつつも実質的な親密度を具体的に考慮して⁴⁴⁾、内縁の配偶者⁴⁵⁾、元配偶者⁴⁶⁾、事実上の子⁴⁷⁾、事実上の親⁴⁸⁾、子の配偶者⁴⁹⁾、配偶者の親⁵⁰⁾、祖父母⁵¹⁾、

42) ②-1の発想を基礎としているかどうかは明らかでないが、福岡地裁大牟田支判昭和58年9月13日交民集16巻5号1243頁は、事実上の離婚状態にあった妻が交通事故により死亡したという事案で、その夫による固有の慰謝料請求を棄却する。また、静岡地裁浜松支判昭和44年9月26日交民集2巻5号1385頁は、交通事故で死亡した被害者の父母が相続権を確保するために被害者の妻に墮胎させ、狡猾冷酷に搾取したという事案で、父母による固有の慰謝料請求を棄却する（なお、この判決は、被害者の損害賠償請求権の相続に係る主張についても、権利の濫用にあたるとして排斥している）。そのほか、夫婦または親子の実質的な関係を考慮して認容する慰謝料額を低く抑える裁判例は、数多く存在する（例えば、京都地判昭和45年3月3日判タ248号178頁、岡山地判平成3年6月25日交民集24巻3号709頁等）。

43) このような不整合は、「家族に関わる保護」の場面にも存在する。

44) 安藤一郎「近親者の慰謝料請求権」塩崎勲編『交通損害賠償の諸問題』（判例タイムズ社・1999年）393頁以下〔初出・1987年〕。

45) 盛岡地判昭和31年5月31日下民集7巻5号1438頁（肯定）、東京地判昭和36年4月25日下民集12巻4号866頁（肯定）、千葉地判昭和38年7月19日判時368号62頁（肯定）等、多数の裁判例がある。

46) 京都地判昭和60年12月11日判時1180号110頁（肯定）、大阪高判平成17年4月12日交民集38巻2号315頁（否定）。

孫⁵²⁾、兄弟姉妹⁵³⁾、伯父（叔父）・伯母（叔母）⁵⁴⁾、甥・姪⁵⁵⁾等が死亡したケースで⁵⁶⁾、その対にある者の固有の慰謝料請求権を認める（あるいは、認めない）というアプローチを採用しており⁵⁷⁾、②-1の発想は、これと整合的でない。他方、この見方においては、家族の規模が縮小していること、家族の絆が希薄

-
- 47) 東京高判昭和36年7月5日高民集14巻5号309頁（肯定）、大阪地判昭和41年8月20日判タ195号150頁（肯定）、東京地判昭和42年4月24日判時505号42頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 48) 名古屋地判昭和45年2月25日交民集3巻1号294頁（肯定）、神戸地裁尼崎支判昭和52年3月30日交民集10巻2号485頁（肯定）、東京地判昭和54年3月22日交民集12巻2号406頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 49) 大阪地判昭和41年5月31日判時465号52頁（肯定）、神戸地裁尼崎支判昭和43年12月23日交民集1巻4号1525頁（肯定）、東京地判昭和44年7月16日判時574号46頁（否定）等、多数の裁判例がある。
- 50) 大阪地判昭和42年5月26日判時486号64頁（肯定）。
- 51) 前掲・大阪地判昭和42年5月26日（一部の孫につき肯定、一部の孫につき否定）、大阪地判昭和44年5月16日交民集2巻3号682頁（肯定）、東京地判昭和47年3月27日交民集5巻2号461頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 52) 東京地判昭和42年11月20日判時499号27頁（肯定）、徳島地判昭和45年2月12日判時594号86頁（肯定）、大津地判昭和45年11月30日交民集3巻6号1843頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 53) 横浜地判昭和39年2月17日下民集15巻2号284頁（弟と妹につき肯定、兄につき否定）、東京地判昭和42年11月30日判タ216号244頁（妹につき肯定、ほかの兄弟につき否定）、東京地判昭和43年7月20日判時529号63頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 54) 大阪地判昭和46年7月30日判タ270号341頁（否定）、横浜地判昭和47年6月1日交民集5巻3号789頁（肯定）、大阪地判平成14年3月15日交民集35巻2号366頁（肯定）等、多数の裁判例がある。
- 55) 新潟地判昭和46年8月18日交民集4巻4号1199頁（否定）、東京地判昭和48年8月23日交民集6巻4号1336頁（肯定）。
- 56) そのほか、婚約者による固有の慰謝料請求を否定した裁判例として、名古屋地判平成11年10月22日交民集32巻5号1612頁。また、大叔母による固有の慰謝料請求を否定した裁判例として、大阪高判平成15年9月24日交民集36巻5号1333頁。
- 57) 網羅的ではないが、裁判例の状況については、好美・前掲注（32）234頁以下、福永政彦「民事交通事件の処理に関する研究」司法研究報告書25輯1号（1974年）284頁以下、安藤・前掲注（44）391頁以下、本山敦「近親者の慰謝料請求に関する一考察」山田卓生先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』（信山社・2008年）34頁以下等も参照。

化していること等、現在の家族を取り巻く状況の変化に鑑み、保護されるべき身分や地位をかつてよりも縮小していくことが考えられる。仮にこうした方向に進み、711条所定の者以外の者による固有の慰謝料請求を認めないという態度決定をするならば、②-1は、夫婦と親子からなる家族関係を特別に保護していく発想と親和的であるとも評しうる。しかし、その反面、固有の慰謝料を請求することができる身分や地位については画一的であることが要請されるため、この方向では、今なお現実には存在しているはずの旧来型の伝統的家族には対応することができず、たとえ上に示した様々な身分を持つ者が親子や夫婦と実質的に同じような状況にあるとしても、これらの者に固有の慰謝料を認めることができなくなる。

②-2は、特定の身分や地位を持つ者との関係で形成される個人の人格の保護を問題にし、ある者との間の関係が、実質的に親子や配偶者の関係と同視することができ、自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠であると評価される場合に、その保護を拡大していくという発想をとる。そのため、拡大の契機は、②-1に比べると大きい。また、②-1とは異なり、固有の慰謝料を請求することができる者の範囲を画一的に決定しなければならないとの要請も働かないため、この理解は、親、子、配偶者との事実上の同一性のみならず、個別具体的に行われる事実判断を踏まえた実質的な同一性をも考慮して、固有の慰謝料請求の可否を判断する実定法の状況とも、一定の限度で整合性を持つ。事実関係に左右されるところが大きいものの、例えば、ある者との間のパートナーシップ関係がその者の生き方の根幹に関わるようなときには、その当事者の一方が何らかの不法行為により死亡した場合に、他方による固有の慰謝料請求が認められることがあってもよいかもしれない。これとは反対に、この見方によると、核家族化、都市化、更には、脱家族化等、現代の家族を取り巻く状況の変化を踏まえ、個人が自己の人格の実現にとって必要とする家族関係の変化という観点から、この場面での家族の枠がかつてのそれよりも狭くなるといった事態に至ることも考えられる。膨大な数の裁判例が存在するため印象の域を出ないが、近時の裁判例の中には以前であれば固有の慰謝料請求が認められてい

たのではないかと思われる場面でこれを否定するものが存在していることも事実であり⁵⁸⁾、こうした傾向についても、この見方によって説明することができるのではないかと思われる。

③は、特定の者との関係から完全に切り離された個人の感情の保護を問題にし、ある者が死亡したときにその近親者に生ずるのと同程度の感情の侵害が請求者に発生していると評価される場合に、その保護を拡大していくという発想をとる。そのため、ここでは、家族の枠という問題設定は成立しえない。それでも、固有の慰謝料請求をする者がほぼ直接被害者の家族のメンバーに限られるという事実に着目して、家族の枠という視点から評価をしておくと、この立場によれば、保護されるべき感情の取り上げ方にもよるが、パートナーシップ関係の当事者のみならず、同棲カップルや同居人、同性のカップル、恋人、単なる友人に至るまで、その枠が拡大する契機を孕んでいることになる⁵⁹⁾。こうした理解は、少なくとも実定法の状況には適合的でないし⁶⁰⁾、家族の捉え方としても問題を含む。

次に、固有の慰謝料を請求する者と直接の被害者との間に存在する関係の把握の仕方、あるいは、（家族という実体を観念するとして）これらの者と家族の関係の捉え方という視点から、(1)で整理した議論を検討する。

58) 例えば、東京地判平成22年2月24日判タ1382号238頁は、同居および養育関係にあった事実上の親が過労に伴うくも膜下出血により死亡したという事例で、事実上の子による固有の慰謝料請求を否定している。また、横浜地判平成23年10月18日判時2131号86頁は、同居および世話をしていた孫が交通事故により死亡したという事例で、祖父母による固有の慰謝料請求を否定している。

59) 本山・前掲注(57)40頁以下は、今日、原告にとっては、死亡した被害者の近親者であったということよりも、精神的苦痛を受けたということの方が、請求の動機として重要になっており、このことを、近親者であるから精神的苦痛を受けるのではなく、精神的苦痛を受けたから近親者にあたるという形での発想枠組の転換と評価した上で、同性カップルの当事者やグループホームの同居人等にも固有の慰謝料請求を認める余地が生じてくるのではないかとする。

60) 確かに、公判裁判例を見る限りでは、固有の慰謝料を請求することができる者の範囲が過度に拡大されていくおそれは少ないが、そうであるからといって、③に関して、実定法の状況を十分に説明しうる枠組であると評価することはできない。

②-1は、親、子、配偶者といった特定の身分や地位の保護を問題にする。仮にこのことが特定の身分や地位それ自体を保護するという意味であるとすれば、固有の慰謝料を請求する者と直接の被害者との間に存在する関係は、完全に個人化された形で把握されていることになる。もっとも、これによると、家族として捉えられる者に対し、傷害、性的侵害、自由の拘束等がなされた場合に関しては、直接の被害者が存在している以上、直接被害者の家族のメンバーがその者との関係で有している身分や地位は失われておらず、当該家族のメンバーに固有の慰謝料請求を認めることはできないはずである。従って、これらの局面で家族のメンバーによる固有の慰謝料請求を肯定しようとするれば、そこでの身分や地位の中に、これらの存在それ自体およびそこから発生する権利義務だけではなく、一種の共同体的な発想に支えられた当該相手方との相互支配的ないし相互依存的な関係をも含ませ、これらが侵害されているとの評価を行う必要があるように思われる。そうすると、②-1における関係把握の仕方には、⑧へのアプローチの方法によっては、相互支配的ないし相互依存的な契機が強く内在されることになると言わなければならない。

他方で、②-2は、個人の人格の実現や発展という観点を基点とするため、そこに、他者との関係的な要素が入り込むとしても、相互支配的ないし相互依存的な発想が介在することはない。また、こうした理解を前提とする以上、⑧に関しては、判例の定式を参考にして言えば、直接の被害者につき死亡にも比肩しうべき権利侵害または生命侵害に比べて著しく劣るものではない権利侵害があり、これによって、その被害者との関係に結び付く人格の実現が妨げられたかどうかが問題とされるべきことになる⁶¹⁾。このような見方は、家族というものに身分や地位とは異なる一定の意味を認めながらも、家族のメンバーを家族それ自体や家族のほかのメンバーには従属させず、それらから緩やかに個人化させるものであると評しうる。反対に、もし家族メンバー間の関係を個人から切り離しそれ自体として問題にする方向性をとるとすれば、そこでの個人は、この家族関係の中に埋没してしまう⁶²⁾。そのため、②-2の発想を基礎に据える場合には、家族内の個人を基点として議論を構築する必要がある。

関係それ自体を保護する方向性とは対照的に、③は、関係から切り離された個人の感情それ自体の侵害の有無を問うため、問題を完全に個人化して捉えるものである。こうした発想によれば、⑥については、直接の被害者に対し死亡にも比肩しうべき権利侵害または生命侵害に比べて著しく劣るものではない権利侵害があるかどうかではなく、損害賠償を請求しようとする者に直接の被害者が死亡した場合にも比肩しうべき精神的苦痛または生命侵害の場合のそれと比べて著しく劣るものではない精神的苦痛があるかどうかを問題にすべきことになる。確かに、この理解は、個人主義的発想から導かれる1つの帰結ではある。しかし、たとえ損害賠償請求の場面であったとしても、個人を家族から完全に切り離してしまうことは、人が特定の者との関係で感情的または身体的な満足を味わえる場＝親密圏としての家族⁶³⁾というものの存在意義を薄めることにもなりかねないように思われる。なお、④⑤の問題の解釈論的帰結は正反対

61) この点、注(20)で引用した判例は、近親者に直接の被害者が死亡したときにも比肩しうべき精神上の苦痛が生じた場合、あるいは、近親者としての精神的苦痛が生命侵害の場合のそれと比べて著しく劣るものではない場合に、当該近親者に対する固有の慰謝料請求を認めており、ここでは、死亡にも比肩しうべき、あるいは、生命侵害の場合のそれと比べて著しく劣るものではないという評価が、直接の被害者への権利侵害ではなく、近親者に生じた苦痛を対象として行われる形になっている。もっとも、これらの判例が上記の違いを意識していたかどうかには疑いが残るほか、判例においては直接の被害者に生じた傷害および後遺症の程度や内容といった事実が近親者による慰謝料請求の可否を決するための判断の中心に据えられていることからすれば、死亡にも比肩しうべき等の評価が直接被害者の権利侵害についてなされているという読み方も不可能ではないように思われる。また、必ずしも意識的なものではないと考えられるが、この問題について判断を示した膨大な数の裁判例を読むと、死亡にも比肩しうべき権利侵害、生命侵害の場合のそれと比べて著しく劣るものではない権利侵害という表現を用いる裁判例があることにも、注意が必要である（例えば、横浜地判昭和45年4月25日判時612号68頁、大阪地判昭和47年3月16日交民集5巻2号389頁、長崎地裁福江支判昭和63年12月14日判タ696号173頁等）。

62) 議論の出発点や発想は異なるが、これは、かつての家団論や家族共同生活体それ自体を被害者と見る考え方（戒能通考「不法行為に於ける無形損害の賠償請求権（2・完）」法協50巻3号（1932年）120頁以下。また、近親者固有の慰謝料請求の問題には触れていないが、末弘巖太郎「被害者としての家団」同『民法雑記帳』（日本評論社・1940年）210頁以下も参照）に連なるものである。

であるが、①も、個人主義的な問題把握の1つの形態であると評しうる。

ところで、②と③のいずれの考え方を基礎に据えるのかは明らかでないが、直接の被害者が負傷した場合にその近親者が自己固有の慰謝料を請求することができるのかという問題を否定的に理解する立場から、直接の被害者に慰謝料が支払われることによって近親者の苦痛も慰謝されるという見方や⁶⁴⁾、近親者が被った苦痛は直接の被害者に対する慰謝料の額の算定にあたって斟酌されるという発想が⁶⁵⁾、その根拠として援用されることがある。問題を完全に個人化して捉える③はもちろん、②であっても、個人に帰属する身分や地位、個人の関係的な人格権、個人の感情を問題にする以上は、こうした議論は成り立ちえないはずである。それにもかかわらず、このような主張が展開されるのは、近親者の苦痛は直接の被害者の苦痛にほかならないという考え方、つまり、直接の被害者と近親者の関係を一体的に把握する考え方がねじれた形で現れているからではないか⁶⁶⁾。ここには、これまで触れてきたものとは別の意味で、いわ

63) 文脈は異なるが、大村敦志『家族法（第3版）』（有斐閣・2010年）374頁〔初版・1999年〕を参照。

64) 千種達夫「子の傷害と母の慰謝料」同『人的損害賠償の研究 下』（有斐閣・1975年）530頁〔初出・1963年〕等。また、奈良次郎「最判昭和43年9月19日・判解」『最高裁判所判例解説民事篇 昭和43年度（下）』684頁以下の指摘も参照。

65) 近親者固有の慰謝料請求を否定しつつ、直接被害者本人の慰謝料額の算定に際して、近親者の事情を斟酌する裁判例として、大阪地判昭和47年3月16日交民集5巻2号389頁、東京地判昭和58年8月29日交民集16巻4号1172頁、長野地判昭和60年2月25日判タ554号262頁等。

66) このような考え方は、親からみた場合の親子関係の把握の仕方により顕著な形で現れているように思われる。注（20）で引用した判例については、子が負傷したときにその父母が固有の慰謝料を請求する場合の方が、父母が負傷したときにその子が固有の慰謝料を請求する場合や、配偶者の一方が負傷したときに他方が固有の慰謝料を請求する場合よりも、請求が認められやすいのではないかとの評価もなされていたが（淡路剛久「最判昭和42年6月13日・判批」法協85巻6号（1968年）82頁以下、石田穰「最判昭和43年9月19日・判批」法協86巻12号（1969年）121頁以下、西井龍生「最判昭和43年9月19日・判批」民商60巻5号（1969年）104頁等）、こうした評価がなされたことの背後には、親からみた場合の親子の一体性という思想が一般的に受け入れられているという認識があったのではないか。

ば外在的な形で個人化を縮小させ、家族を一体的に把握させようとする強力な思想を看取することができる⁶⁷⁾。

更に、これまでの検討を踏まえ、直接の被害者と固有の慰謝料請求権者の間に存在する関係の程度に応じた「家族としての保護」の濃淡という視角から、典型的な家族というものが想定されとした場合のその典型的な家族からの自律性という視点も交えつつ、(1)で整理した議論を検討する。

この場面での家族の枠を711条所定の者から拡大させない立場は、夫婦と親子という特定の家族だけに損害賠償法上の保護を与えるものである。これは、それ以外の関係を持つ家族に対して配慮をしないことを意味するが、見方を変えれば、夫婦と親子＝典型的な家族だけを特別に扱い、その関係を損害賠償の側面で強化するものだと評価することができる。また、711条所定の者以外の者による固有の慰謝料請求を認める場合の根拠条文を709条および710条に求め、かつ、711条につき立証責任を軽減するための規定と見る立場は、夫婦や親子という中核的な家族に強い損害賠償法上の保護を与え、それ以外の関係を持つ家族には緩和された保護を与えるものである。そして、711条所定の者以外の者による固有の慰謝料請求の根拠条文を709条および710条に求め、かつ、711条を単なる例示規定と見る立場や、その根拠条文を711条に求める立場は、固有の慰謝料請求をすることができる家族である限りにおいて、均一的な保護を与えようとするものである。

このように従前の議論を整理してみると、単なる例示規定か立証責任の緩和規定かという711条の存在意義に関わる論争は、家族の枠を一定の範囲で拡大させる立場を前提に家族の中身という視点から評価すれば、中核部分の強い保護とそれ以外の緩和された保護という発想を受け入れるかどうかという形になって現れることが分かる。また、これをより一般化すれば、上記の各考え方には、夫婦と親子からなる家族を典型的なものとして想定しそれだけに損害賠償

67) このような家族の一体的把握を暗黙の前提とした議論は、「家族に関わる保護」や「家族の責任」の場面でも見られる。

法上の保護を付与するのか、こうした典型的なものから離れる形の家族にも緩和された保護を与えるのか、典型的なものであろうとなかろうと同一レベルの保護を付与するのかという点において、違いが存在することになる。

最後に、本稿の問題関心からは、民事責任の本質や目的という視点からの検討が行われるべきことになるが、個人の権利保障、損害填補、抑止、制裁等、どのような目的を設定するにしても、一定の親和性はあるものの、①から③の考え方のいずれに対しても一応の説明を付けることができないわけではないように思われるため⁶⁸⁾、ここでは、この場面で近親者としての満足や制裁感情といった観点が説かれていることだけを指摘し、この視点からの検討については、「家族に関わる保護」の場面で併せて行うことにする。そこで、以下では、これまでの検討がほかの問題へのアプローチに与える影響についてごく簡単に言及する。

第1に、直接の被害者以外の者による固有の財産上の損害賠償請求に関しては、②-1や③によれば、慰謝料の問題と全く同一の枠組で捉えられることになるが⁶⁹⁾、②-2によれば、特定の者との関係に結び付く人格とは別の権利または利益（直接の被害者が死亡したケースで言えば、扶養への権利等）の侵害が問題とされることになる。第2に、直接の被害者が死亡した場面における相続構成と固有侵害構成については、これまで、死者本位の考え方と遺族本位の考え方⁷⁰⁾、日本的親子・死生観と個人主義⁷¹⁾という対立構図で描かれること

68) まわりくどい言い方をしたのは、その説明に困難を伴うことがありうるからである。

例えば、権利保障という目的から③の考え方を説明しようとするときには、直接被害者以外の者に付与される損害賠償がどのような権利の価値を回復させようとするものであるのかという点についての説明を要するが、これは難しい問題である。

69) ただし、②-1によれば、身分や地位の侵害によって財産上の損害賠償請求権を直接的に基礎付けることができるものの、③によれば、固有の慰謝料請求の場面における感情や苦痛といった要素を、直接の被害者以外の者に生じた被害というように、より一般化した形で捉え直す必要がある。

70) 倉田卓次「相続構成から扶養構成へ」有泉亨監修＝坂井芳雄編『現代損害賠償法講座 第7巻 損害賠償の範囲と額の算定』（日本評論社・1974年）98頁以下。

もあったが、いずれも、法律論としては個人を基礎とした構成であることに変わりはない⁷²⁾。これまでの検討を踏まえて言えば、ここでの争点は、むしろ、法定の家族関係と実質的な家族関係のいずれの保護に力点を置くのかということではないかと思われる⁷³⁾。第3に、死亡または負傷の際の被害者本人としての損害賠償の内容について、公害や薬害等の場面で展開された全人間的被害の回復という思想⁷⁴⁾をより発展させ、被害の回復や今後の生活保障のみならず、個人の内面や可能性等にも十分な配慮をするとの目的の下で、その内容に、家族との楽しみの喪失等といった要素を含めていくとすれば⁷⁵⁾、それは、②-2の考え方に親和的である。第4に、不法行為のために胎児が生まれてこなかった場合の取扱いに関して⁷⁶⁾、胎児を人と見ることはできないことから、父母となるはずであった者に711条で固有の慰謝料請求を認めるという解釈⁷⁷⁾を受け入れることには困難を伴う。そのため、裁判例では、女性に対して、母体に対する侵害や出生への期待の侵害等を理由として709条に基づき、男性に対しては、妻やそれに準ずる者への傷害を理由として711条に基づき、または、出生への期待の侵害等を理由として709条に基づき、慰謝料請求が認められている

71) 四宮和夫「不法行為による人身損害に関する考え方の対立について」同『四宮和夫民法論集』（弘文堂・1990年）264頁以下〔初出・1981年〕。また、日本的親子・死生観について、楠本安雄「幼児損害とその相続性を考える」同『人身損害賠償論』（日本評論社・1984年）65頁以下〔初出・1977年〕。

72) 本文で述べたような対立構図が描かれているのも、直接の被害者と近親者の関係を一体的に把握する考え方が法律構成とは切り離された形で現れているからにほかならない。

73) 異なる問題関心からの整理ではあるが、この点については、拙稿・前掲注（9）400頁も参照。

74) 馬奈木昭雄「カネミ油症事件における損害論」法時49巻5号（1977年）44頁以下、鳥毛美範「スモン被害者救済の法理」法科8号（1980年）83頁以下等。

75) こうした要素を非財産的損害の中に取り込むのが、フランス法の立場である。その全体像も含め、住田守道「人身損害賠償における非財産的損害論（1）～（3・完）——フランス法を検討対象に——」法雑54巻1号（2007年）301頁以下、2号600頁以下、3号（2008年）172頁以下、同「フランス人身損害賠償とDintilhacレポート——非財産的損害の賠償が示唆するもの——」龍社40号（2010年）148頁以下等を参照。

76) 人の属性という観点からの評価について、拙稿・前掲注（9）402頁を参照。

程度である⁷⁸⁾。しかし、その慰謝料額の低さが問題となっているところ、仮に②-2を受け入れるとすれば、その発想自体は、出生してこなかった胎児との間でも問題となりえ、父母に支払われる慰謝料を増額する契機となりうる。

2. 家族に関わる保護

家族に関わりを持つような権利または利益が家族以外の者によって侵害された場合に、当該家族のメンバーは、どのような根拠に基づきどのような内容の損害賠償を請求することができるのか。様々な事例が想定されうるが、以下では、配偶者の一方が不貞行為をした場合に他方およびその子が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求することができるのかという問題をめぐって展開されてきた論争を出発点としつつ、家族に属していた死者との関わりが何らかの形で害された場合にその家族の生存者がこれを害した者に対して損害賠償を請求することができるのかという問題との関連で示されたいいくつかの見方をも検討の素材として、家族のあり方という視点から、従前の議論の再定式化を試みる ((1))。これにより、個々の主張が前提としている、あるいは、少なくともそれに親和的であると考えられる家族の捉え方が明確になるとともに、民事責任法の枠組という視点からの分析も踏まえることで、本稿の問題関心および検討課題にとって有益な視座を提供することができるはずである ((2))。

77) 関彌一郎「不法行為法における「胎児の被害法益」——わが国および英米系諸国の問題状況概観（その1）」横浜国立大学人文紀要第1類哲学・社会科学23号（1977年）3頁、齋藤修「交通事故による胎児の死亡と父の慰謝料」商大論集39巻1＝2号（1987年）83頁、野村好弘「胎児の法的地位〔日本不法行為法リステイトメント⑩〕」ジュリ903号（1988年）96頁、中川淳「胎児の死亡と父母の慰藉料請求——最近の交通事故判例における動向」同『家族法の現代的課題』（世界思想社・1992年）180頁〔初出・1989年〕等。

78) 高松高判昭和57年6月16日判タ474号221頁、東京地判平成11年6月1日交民集32巻3号856頁等。

（1）再解釈——身分、債権、人格

不貞行為と関連した損害賠償請求については、これを認めるかどうか、認めるとしてもどの範囲で認めるのか、請求主体が配偶者である場合と子である場合とで違いはあるのかといった結果に着目して、様々な観点からその当否が論じられるのが通例である⁷⁹⁾。しかし、家族の中身という視点からのアプローチを試みるときは、不貞行為が問題となる場面で他方配偶者や子のどのような権利または利益の侵害が問題となっているのかという問いに関心を向けなければならない。なお、問題となる権利または利益の把握の仕方それ自体は、請求主体が配偶者である場合と子である場合とで基本的には変わりはないが、論旨を見通しやすくするために、配偶者からの請求の場面を基点として従前の議論を整理する⁸⁰⁾。

判例によれば、配偶者の一方と肉体関係を持った第三者は、故意または過失がある限り、他方配偶者の夫または妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、不法行為が成立するとされ⁸¹⁾、また、配偶者の一方と第三者が肉体関係を持った場合において、婚姻関係がその当時すでに破綻していたときは、婚姻共同生活の平和の維持という権利または法的保護に値する利益の侵害は存

79) 議論の概要については、裁判例も含め、前田達明『愛と家族と』（成文堂・1985年）5頁以下・263頁以下〔初出・1980年～1985年〕、櫻見由美子「夫婦の一方と不貞行為を行った第三者の他方配偶者に対する不法行為責任について——その果たした機能と今日的必要性の観点から——」金沢41巻2号（1999年）139頁以下、同「婚姻関係の破壊に対する第三者の不法行為責任について——最高裁昭和54年3月30日判決以降の実務の軌跡を中心として——」金沢49巻2号（2007年）179頁以下、中里和伸『判例による不貞慰謝料請求の実務』（弁護士会館ブックセンター出版部 LABO・2015年）等を参照。

80) かつては、不法行為の要件として権利または利益の侵害ではなく違法性を設定する立場を前提に、いかなる権利が侵害されているのかを問う必要はなく、婚姻制度の精神や公序良俗の観点からその違法性を判断すれば足りるとの考え方も示されていた（末川博「権利侵害論」同『権利侵害と権利濫用』（岩波書店・1970年）532頁以下〔初版・1930年〕、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社・1937年）140頁以下等）。しかし、この見方による場合であっても、少なくとも違法性判断の1つのファクターとして被侵害権利ないし利益の内容を明らかにする必要があることに変わりはなく、そうであるとすれば、この立場に対しても以下の本文での整理が当てはまることになる。

在しないため、不法行為は成立しないとされる⁸²⁾。婚姻共同生活の平和の維持という権利または法的保護に値する利益についてはその内容が明確でないところもあるし、これら2つの判例の関係をどのように理解するのかという点も1つの重要な問題であるが⁸³⁾、ここでは、さしあたり、夫や妻といった立場それ自体に着目する考え方と、配偶者相互の関係に焦点をあてる考え方が現れていることに注目すべきである。というのは、こうした2つの考え方は、1での考察で示した近親関係に対する2つの捉え方（②-1と②-2）にそれぞれ対応しているのではないと思われるからである。そこで、1での検討を参考に再定式化を試みると、上記の2つの考え方については、①配偶者としての身分や地位の侵害を問題にする見方と、②配偶者との関係に結び付く個人としての人格的な権利または利益の侵害を問題にする見方という形で把握することができる。以下、それぞれの見方をより明確な形で定式化する。

まず、①については、配偶者としての身分や地位に関してどのようなものが想定されているのかという点を明らかにしておかなければならない。

一方で、①-1. 配偶者としての身分や地位それ自体を問題にすることが考えられる。しかし、これによると、配偶者の一方が第三者との間で不貞行為をしたとしても、他方が配偶者としての身分や地位それ自体を失わなければ、権

81) 最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁、最判昭和54年3月30日判時922号8頁。夫または妻としての権利という把握の仕方は、大審院時代に示されていた夫権の考え方に連なるものである（大判明治36年10月1日刑録9輯1425頁、大判明治40年5月28日刑録13輯500頁、大判明治41年3月30日刑録14輯331頁等）。なお、夫または妻としての権利は、夫権や妻権と比べて、配偶者である夫または妻の精神的平和等も含む点においてやや幅の広い概念であるとされるが（榎本恭博「最判昭和54年3月30日・判解」『最高裁判所判例解説民事篇 昭和54年度』176頁）、そもそも夫権および妻権なる概念が必ずしも明確でない以上、このような評価が適切かどうかには疑問もある。

82) 最判平成8年3月26日民集50巻4号993頁。

83) 事実関係の相違に着目すれば2つの判例を矛盾なく読むことはできるが（田中豊「最判平成8年3月26日・判解」『最高裁判所判例解説民事篇 平成8年度（上）』248頁）、以下の本文での検討による限り、被侵害権利ないし利益の捉え方という観点からは、2つの判例が整合性を持つようには思われない。

利侵害も存在せず、不法行為は成立しないことになる。配偶者としての身分や地位を問題にする見解は、他方が離婚等によって配偶者としての身分や地位を喪失しなかった場合であっても、相手方に対する損害賠償請求を認めていたはずであるから、ここでは、身分や地位それ自体が問題になっているわけではないことが明らかとなる。そうすると、従前の議論においては、配偶者としての身分や地位の内実として、他方配偶者との排他的な性関係を要求する権利⁸⁴⁾、他方配偶者の貞操を守らせる権利⁸⁵⁾といったものが一般的に観念されてきたと理解しなければならない。つまり、ここでは、夫または妻としての身分権の一内容として、夫婦は相互に相手方の貞操を支配しており、第三者が配偶者の一方と肉体関係を持ったときには、他方配偶者のこれらの権利が侵害されていると考えられているわけである⁸⁶⁾。

この考え方から出発すると、夫婦である限りは配偶者としての身分や地位は存続するため、夫婦関係が不貞行為の当時すでに破綻していた場合には当該権利または利益の侵害を認めないというような形で、権利または利益侵害のレベルで夫婦関係の状態を考慮し不法行為の成否を決することは困難である⁸⁷⁾。また、子が父または母との関係で排他的な性関係を要求する権利や貞操を守らせる権利を持つことはないため、子は、これらの侵害を理由とする損害賠償を請求することはできない⁸⁸⁾。もっとも、第三者が父または母と不貞行為をしたことによって、監護や教育といった子の身分や地位に直接結び付く絶対的な権利

84) 加藤一郎「大判大正8年5月12日・判批」加藤一郎ほか編『家族法判例百選』（有斐閣・1967年）25頁（ただし旧説）等。

85) 宗宮信次『不法行為論』（有斐閣・1935年）373頁〔初出・1934年〕等。前掲・大判明治36年10月1日も、「夫ハ妻ニ對シ貞操ヲ守ラシムル權アルモノナレハ本件上告人カ被上告人ノ妻ト姦シタルハ即チ本夫タル被上告人ノ夫權ヲ侵害シタルモノト云ハサルヲ得ス」と述べており、夫権の内容として貞操を守らせる権利を観念している。

86) 性関係の排他性や独占性を強調する見解も（例えば、泉久雄「親の不貞行為と子の慰謝料請求」ジュリ694号（1979年）88頁等）、こうした理解を前提とするものであろう。

87) 事実上の離婚（中川高男「事実上の離婚」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅲ（離婚）』（有斐閣・1959年）96頁以下等を参照）等の説明を用いることも考えられるが、必ずしも説得的ではない。

が侵害されたと評価することができるのであれば、そのことを理由とする損害賠償請求の可能性は開かれることになる⁸⁹⁾。

他方で、①-2. 夫婦が相互に貞操義務を負うことを出発点として、配偶者が他方の配偶者に対して有する貞操請求権の侵害を問題にすることも考えられる。これによると、配偶者を有する者と不貞行為をした第三者は、他方配偶者の当該配偶者に対する貞操請求権を侵害したと評価されることになり、ここでの問題は、債権侵害の場面と同じような構図で捉えられることになる⁹⁰⁾。また、この考え方から出発し、かつ、夫婦の義務の相互性、婚姻義務の履行についての相関性といった観点を採用すれば⁹¹⁾、夫婦関係が不貞行為の当時すでに破綻していた場合には夫婦間の貞操請求権それ自体が存在しなかったと評価される

88) 反対に、1の考察でも触れたように、親権なるものの中に子に対する支配的な契機を読み込んでいくと、父母が子との関係で貞操を守らせる権利を持つという発想に行き付く可能性があり、これによれば、未成年子が強姦された場合のみならず、自己の自由意思で性交渉を持った場合においても、父母によるその相手方に対する損害賠償請求が認められることにもなりかねない。

89) 前掲・最判昭和54年3月30日は、子からの不貞行為の相手方に対する損害賠償請求について、原則として相当因果関係が存在しないとの理由で否定するため、そこで、どのような被侵害権利または利益が想定されているのかは明らかでない。この点、同判決に付された本林裁判官の反対意見および同判決の調査官解説は、そこでの被侵害権利または利益につき、親から愛情を注がれ監護や教育を受ける一定の身分上の権利という見方と、共同生活を送ることによって享受することができる父親からの愛情、共同生活が生み出すところの家庭生活利益という見方がありうることを示唆している（榎本・前掲注（81）178頁以下。ただし、必ずしもこれら2つの見方が明確に区別されているわけではない）。そうすると、本文では、これらのうちの前者だけを取り上げたことになるが、それは、前者の見方は①に、後者の見方は②に、それぞれ親和的であるところ、他方配偶者からの損害賠償請求の場面では同判決に倣って①を前提とし、子からの損害賠償請求の場面では②を基礎に据えるというのは、整合性を欠くと考えられるからである（もっとも、学説の中には、配偶者からの請求の場面で夫または妻としての地位という被侵害権利または利益の把握に疑問を呈することなく、子からの請求の場面では、これを肯定するために、親から愛情を受ける利益、家庭生活の平和といった②に連なるような被侵害権利または利益を想定するものがある（中川淳「家族関係破壊と配偶者・子の慰藉料請求」同『家族法の現代的課題』（世界思想社・1992年）140頁以下・146頁以下〔初出・1979年〕、小野義美「最判昭和54年3月30日・判批」法政50巻3＝4号（1984年）192頁以下等））。

ため、夫婦関係の状態に応じて不法行為の成否を判断する可能性も開かれる⁹²⁾。更に、子は、父または母に対して貞操請求権を持たないため、その侵害を理由とする損害賠償を請求することはできない。もっとも、監護や教育を求める権利といった子の身分や地位に結び付く父母への債権的な権利を觀念し、第三者が父または母と不貞行為をしたことによってこれが侵害されたと評価することができれば、そのことを理由とする損害賠償請求の可能性は排除されない⁹³⁾。

次に、②は、配偶者の一方が他方と間で形成した関係に係る個人としての人格的な権利または利益の侵害を問題にする⁹⁴⁾。この考え方によれば、第三者による何らかの行為によって上記の権利または利益が侵害されたことが重要になるため、不貞行為ということ自体に何らかの意味が認められるわけではない。

90) 不貞行為の相手方に故意や高度の違法性があることを要求し不法行為の成立範囲を限定しようとする目的との関連で示されたものではあるが、上野雅和「夫婦間の不法行為」奥田昌道ほか編『民法学7《親族・相続の重要問題》』（有斐閣・1976年）91頁、島津一郎「不貞行為と損害賠償——配偶者の場合と子の場合」判タ385号（1979年）123頁、前田・前掲注（79）302頁以下等。

91) この点については、有地亨「夫婦間の義務の reciprocity ——婚姻の身分上の効果の実効性と限界——」私法22号（1960年）102頁以下、上野雅和「婚姻の破綻と婚姻の効果：同居義務、扶助義務（婚姻費用の分担義務）、夫婦の契約取消権についての裁判例をめぐって」松商12巻2号（1961年）1頁以下等を参照。

92) 夫婦の義務の相互性という観点からその旨を述べるものとして、伊藤司「「夫婦の義務」についての一考察」名法254号（2014年）859頁以下等。

93) 島津・前掲注（90）123頁等。なお、①-1の場合と同じく、配偶者による請求の場面における被侵害権利または利益の捉え方との整合性という観点から、ここでも、親の愛情や家庭生活利益といった②に連なる考え方を取り上げることはしていない。

94) 必ずしも本文のような考え方が明確に示されているわけではないが、適法な生活利益としての家庭生活上の平和（野川照夫「配偶者の地位侵害による損害賠償請求——姦通による場合を中心として——」中川善之助先生追悼『現代家族法大系2婚姻・離婚』（有斐閣・1980年）361頁以下。ただし、①の発想も随所にみられる）、夫婦という特殊な関係にあることから配偶者が互いに享受する人格的利益ないし精神的な平和（幾代・前掲注（24）84頁）、様々な場面で平穏に生活する利益が保護されていることを受けた婚姻共同生活の平穏（前田・前掲注（40）45頁）等の表現は、こうした理解を意味するものであろう。

従って、性的関係を伴わない男女間の行為、場合によっては男女の関係を契機としない行為によるときであっても、不法行為が成立する可能性はある⁹⁵⁾。また、問題を不貞行為の場面に限るとしても、ここでは、夫婦関係が不貞行為の当時すでに破綻していたかどうか等、夫婦関係の状態に応じて不法行為の成否を判断することよりも、当該行為の時点において自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠な関係があったかどうかを評価することが⁹⁶⁾、決定的に重要となる。更に、②の発想からすれば、被侵害権利または利益を夫婦間の「婚姻共同生活の平和」に限定する必然性はないため、「家庭共同生活の平和」といった観点から、父母の不貞行為の相手方に対する子の損害賠償請求を肯定する途も開かれる⁹⁷⁾。

このように見ると、②の発想は、不貞行為と関連した損害賠償請求の場面に限定されない、より広い射程を有していることが分かる。実際、ある者がその家族として捉えられる（捉えられていた）者に対して有する関係を、その者の人格に結び付けて把握する発想は、実定法や学説上の議論の中にも散在しているように思われる。いくつかの例を取り上げる。

例えば、死者の名誉が毀損されたりプライバシーが侵害されたりする場面においては、死者の人格を直接的に保護するのか、遺族の人格の保護を通じてこれを間接的に保護するのかという形で議論が展開されてきたところ、死者に法主体性を認めることはできず、前者の考え方を基礎付けることには困難を伴うため、後者の考え方を基礎にしつつそこでの被侵害権利または利益の内容を遺族としての敬愛追慕の情と把握する見解が一般的である^{98,99)}。敬愛追慕は、こ

95) 裁判例の中には、愛情表現を含むメールを送信する、手をつないで歩く、深夜の時間帯に面会する等の行為による不法行為の成立を認めたものがある（中里・前掲注（79）67頁以下で整理されている裁判例を参照。また、安西二郎「不貞慰謝料請求事件に関する実務上の諸問題」判タ1278号（2008年）46頁以下も参照）。

96) この観点からは、不貞行為の当時に婚姻関係がすでに破綻していたという事実は、本文の評価を行うに際して考慮される1つの要素に過ぎなくなる。

97) 窪田充見「最判平成8年3月26日・判批」水野紀子ほか編『民法判例百選Ⅲ親族・相続』（有斐閣・2015年）23頁の指摘を参照。

れを文字通り捉えると、ある者がほかの者に尊敬や親しみを持ったり、なつかしんだりすることを意味するから、生存者側の権利または利益として再構成すれば、ある者が死者との間で形成していた関係に係る個人の人格的な権利または利益にはかならないと見ることができる。そして、裁判例においては、敬愛追慕の情の侵害を主張することができる者の範囲は近しい家族に限られているようであり¹⁰⁰⁾、このことをも併せて考えれば、敬愛追慕の情という権利または利益は、家族との関係に係る個人の人格を対象とするものであると評する¹⁰¹⁾。

98) 学説上の議論の概要については、文献の所在も含め、村重慶一「死者の名誉毀損」判タ516号（1984年）46頁以下、安次富哲雄「死者の人格権」石田喜久夫＝西原道雄＝高木多喜男先生還暦記念論文集・中巻『損害賠償法の課題と展望』（日本評論社・1990年）171頁以下等を参照。

99) 東京地判昭和52年7月19日判時857号65頁、東京高判昭和54年3月14日判時918号21頁、大阪地裁堺支判昭和58年3月23日判時1071号33頁、東京地判昭和58年5月26日判時1094号78頁（否定例）、大阪地判平成1年12月27日判時1341号53頁、松山地判平成22年4月14日判時2080号63頁、東京地判平成23年6月15日判時2123号47頁等。また、ある者が寺に対して父母等の遺骨の返還を求めたところ、その寺が分骨をし、それを他人の遺骨とともに混和させる合葬をしたという事案で、敬愛追慕の情の侵害を認めた裁判例として、大阪地裁堺支判平成7年12月1日判時1581号110頁がある。更に、第1の自動車事故によりある者が即死し、第2の自動車事故でその死体が損壊されたというケースにおいて、第2の事故を起こした自動車の運転者に対する損害賠償請求の可否が問題となった事案で、死者に対して敬愛追慕の情を抱き死者を懇ろに弔い埋葬したいという近親者感情（宗教的感情）の侵害を認めた裁判例として、高知地裁中村支判平成8年5月28日交民集29巻3号801頁（ただし、運転者に過失は存在しなかったとして損害賠償請求自体は棄却）がある。なお、静岡地判昭和56年7月17日判時1011号36頁は、殺人事件に関する新聞報道により、被害者である死者の名誉が毀損されているだけでなく、そのことによって、被害者の母の名誉も毀損されていることを認める。

100) 例えば、前掲・東京地判昭和52年7月19日は、敬愛追慕の情の侵害を主張することができるのは死者の親族またはその子孫（これと同一視すべき者を含む）に限られるとする。また、東京地裁八王子支判平成1年11月9日判時1334号209頁は、故人の教え子からの損害賠償請求との関連で、仮にその教え子の故人に対する敬愛追慕の情が毀損されているとしても、遺族でもない者の情念は法律上保護される範囲の外にあると判示し、これを棄却している。

もう1つ、判例や裁判例に受け入れられているわけではないが、死者の追悼に関わる利益も、敬愛追慕の情と同様の意味を持つ。自衛官合祀拒否事件の法廷意見では、「静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益」なるものが、信教の自由に裏付けられた寛容論によって退けられたが¹⁰²⁾、そこでは、むしろ、「死去した近親者に関して、他者により自己の意思に反する宗教的方法で追慕、慰霊等が行われ」ない利益が問題になっていたのではないかとの見方が有力である¹⁰³⁾。また、一連の靖国神社合祀拒否事件で、原告らは、「緊密な生活を共に過ごした人への敬慕の念から、その人の意思を尊重したり、その人の霊をどのように祀るかについて各人の抱く感情などは法的に保護されるべき利益となり得る」との考え方を基礎に据えつつ¹⁰⁴⁾、家族のおよび人格的紐帯を強調しながら、死者をどのように悼み、追悼、慰霊するのにかについては遺族が自由に決定することができるとの主張を展開した¹⁰⁵⁾。これらの見解において展開されている権利または利益、つまり、死者の追悼や慰霊については遺族がその意思に従って決定することができるという利益も、死者との間の関係に着目した遺族各人の人格的利益である。

このように、②は、その当否は別としても、不貞行為に係る損害賠償請求の

101) このように理解すれば、敬愛追慕の情はひとり立ちすることができるほどに強固なものであるのか、主観的感情に過ぎないものを広く保護することはできるのか等、敬愛追慕の情という被侵害権利または利益に対して向けられている批判についても（浦川道太郎「静岡地判昭和56年7月17日・判批」ジュリ763号（1982年）138頁以下、竹田稔『名誉・プライバシー侵害に関する民事責任の研究』（酒井書店・1982年）99頁以下等）、一定の解答を与えることができる。

102) 最大判昭和63年6月1日民集42巻5号277頁。

103) 前掲・最大判昭和63年6月1日に付せられた坂上裁判官の意見。また、静謐な宗教的環境の下で信仰生活を送るべき利益という宗教上の人格権一般を問題にすることに疑問を呈し、坂上意見を高く評価する、星野英一「最大判昭和63年6月1日・判批」法教96号（1988年）18頁以下、戸波江二「最大判昭和63年6月1日・判批」ひろば41巻9号（1988年）39頁等も参照。

104) 最判平成18年6月23日判時1940号122頁（靖国参拝違憲確認等訴訟の1つ）に付せられた滝井裁判官の補足意見。

場を超えて、家族との関係に結び付く個人としての人格的な権利または利益の侵害が問題となる全ての場面で採用されうる考え方である。そして、このことは、別の面から見れば、①のように家族の特定の身分や地位に着目するだけでは、「家族に関わる保護」が問題となる全ての事例に対処することができないことを意味する。というのは、死者に関わる場面では、相続の問題を別とすれば、不法行為の時点である者が死者との関係で一定の身分や地位を有していたと言うことはできないはずだからである。

（2）分析——家族の中身、民事責任法の枠組

まず、家族の枠または家族のサークルという視点から、(1)で整理した議論を検討する。さしあたり、不貞行為を理由とする損害賠償請求という場に検討対象を限定すると、「家族に関わる保護」を主張する者として想定されるのは、基本的には、不貞行為をした者のカップルとしての相手方または子に限られるため、ここでは、それらの中身を問うことが求められる。

①は、配偶者（場合によっては子）としての身分や地位の保護を問題にする。これによれば、不貞行為を理由にその相手方に対して損害賠償を請求することができるのは、原則的には、法律上の配偶者（場合によっては子）に限定される。事実の先行性に基づく事実主義の立場から、法律上の配偶者（場合によっては子）との実質的な同一性を理由に、内縁配偶者（場合によっては同居する未認知の子や事実上の子）にもその可能性を認めていくことは可能であるが¹⁰⁵⁾、そのことは、法律婚の意義、①の考え方に即して言えば、配偶者や子としての身分や地位の意義を希釈化させる契機にもなりうることに、留意が必

105) ただし、大阪高判平成22年12月21日判時2104号48頁（原審は、大阪地判平成21年2月26日判時2063号40頁）、福岡高裁那覇支判平成23年9月6日訴月57巻8号2200頁（原審は、那覇地判平成22年10月26日訴月57巻8号2133頁）、東京高判平成25年10月23日訴月60巻6号1219頁（原審は、東京地判平成23年7月21日判タ1400号260頁）は、いずれもこうした主張を排斥している。なお、吉村良一「不法行為法学における新しい人格的権利・利益の保護——靖国合祀取消訴訟をてがかりに」同『市民法と不法行為法の理論』（日本評論社・2016年）253頁以下〔初出・2010年〕も参照。

要である¹⁰⁷⁾。これとは反対の方向で、法律上の配偶者であっても、事実上の離婚状態にある場合には、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求を認めるべきではないという解釈に対しても、同様の指摘が妥当する。

これに対して、②は、配偶者の一方が他方との関係で、または、子が父または母との間で形成していた関係に係る個人的な人格の保護を問題にする。そのため、両者間の法定関係の有無は、当該関係が自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠であるかどうかを判断するための（もちろん重要ではあるが）1つの要素に過ぎなくなる。②によれば不貞行為ということに特段の意味は認められないが、あえてこの場面に引き寄せて言えば、配偶者や子はもちろん、旧来型の内縁配偶者のみならず、場合によっては、パートナーシップ関係の当事者にも、ある者とのパートナーシップ関係がその者の生き方の根幹に関わるといような事情があれば、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の可能性が開かれてよいかもしれない。もっとも、これは、「家族に関わる保護」を求めうる者の枠を一方的に拡大することを意味しない。上記のような考え方からすれば、両者の間に一定の関係が存在することそれ自体ではなく、その関係が自己の人格や生き方にとって必要不可欠であるかという点を評価しなければならないからである。そのため、例えば、法律上の配偶者であっても、その関係の実質を考慮して、不貞行為の相手方に対する損害賠償請求が否定されることは十分にありうる。

(1)で取り上げたもう1つの場面、つまり、家族に属していた死者との関わりが何らかの形で害されたという場面に検討の対象を広げる。ここで、家族の枠という問題設定は、死者と一定の関わりを有していた者のうち誰が死者との関

106) 内縁配偶者について、大判大正8年5月12日民録26輯760頁（ただし、婚姻予約有効判決の時代の判例である）等。

107) これは、事実主義および準婚姻理論に対する批判として説かれているところである。例えば、水野紀子「事実婚の法的保護」石川稔ほか編『家族法改正への課題』（日本加除出版・1993年）69頁以下、同「中川理論——身分法学の体系と身分行為理論——に関する一考察」山畠正男＝五十嵐清＝藪重夫先生古稀記念『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』（信山社・1998年）279頁以下等。

係に結び付く人格権または人格的利益を持つのかという問いになって現れる。この点、死者の名誉やプライバシーが毀損または侵害された場面については、死者の人格権を肯定する立場から、そのことを理由として損害賠償を請求することができるのは誰かという問題との関連で、死者による請求権者の指定の可否が論じられたり、著作権法116条を参照する可能性が説かれたりしているものの¹⁰⁸⁾、これは死者本人に着目した議論であり、家族の側を基点とすべきことが要請される②の考え方からは、これを参考にすることはできない。一般化することは不可能であるが、②の立場からは、ある死者との関係で形成されている敬愛追慕の情が侵害されたことを理由に損害賠償を請求することができる者について、以下のように考えることができるのではないか。すなわち、1における「家族としての保護」の場面での議論を参考に、ある者と死者の生前の関係が、親子、配偶者、または実質的にそれらと同視することができるようなものである等、その者の人格の実現や展開にとって必要不可欠であったかどうかという点に関する評価を基点に据え、そこに、問題の性質上、（必ずしも正確な表現とは言えないが）死後における死者との関わり方を考慮に入れて、個別に判断していく。その結果、この場面での家族の枠は、多くの場合、配偶者、親、子に限定されることになり、場合によって、その直系卑属（更に、兄弟姉妹）に広がる程度ではないかと思われる一方¹⁰⁹⁾、死者との関わり方の変化、とりわけ、その関わり方が希薄化しつつあるという現状に鑑みれば、配偶者や子という身分や地位を有していた者が上記の判断の結果ここでの家族の枠から

108) 五十嵐清「死者の人格権：「事故のてんまつ」「落日燃ゆ」両事件を機縁として」同『人格権論』（一粒社・1989年）170頁以下〔初出・1977年〕、斉藤博「東京地判昭和52年7月19日・判批」判評228号（1978年）35頁、安次富哲雄「大阪地裁堺支判昭和58年3月23日・判批」判評297号（1983年）51頁以下、大島和夫「死者の名誉（2）」神戸外大論叢40巻2号（1989年）83頁等。

109) ここでは、死後における死者との関わり方が重要な考慮要素となるため、敬愛追慕の情を侵害されたことを理由に損害賠償を請求することができる者の範囲は、ある者が生命を侵害された場合にそのことを理由として固有の慰謝料を請求することができる者の範囲よりも、狭くなる。

除外される場面が増える可能性もあるのではないと思われる¹¹⁰⁾。

なお、1での検討で提示した家族の枠または保護の濃淡という視角は、敬愛追慕の情に関しても妥当し、ここでも、配偶者と子に強い保護を与え、それ以外の関係を持つ家族には緩和された保護を与えるという構図が描かれることになる。また、死者の追悼や慰霊について遺族がその意思に従って決定することができるという利益に関しては、各遺族の意思が異なる場合にその優先関係が問題となり、例えば、自衛官合祀拒否事件のような場面では、近代民法の理念からは死者の親の意思よりも配偶者の意思を優先させるべきであるとの議論もなされているが¹¹¹⁾、これも、保護の濃淡という観点から説明を付けることができる。

次に、不貞行為を理由とする損害賠償請求の場面に即して、不貞行為をした配偶者と損害賠償を請求する配偶者または子の関係の把握の仕方という視点から、(1)で整理した議論を検討し、併せて、死者との関わりが何らかの形で侵害された場面の取扱いをも視野に入れつつ、家族のメンバー相互間の一体的把握という問題に関しても簡単な分析を行う。

①-1は、配偶者という特定の身分や地位の保護を問題にし、そこに、配偶者は相互に相手方の貞操を支配するという観念を介在させる。そのため、こうした把握の仕方に対しては、他方配偶者を所有権類似の権利の対象としその人格を否定ないし冒涇するものであるとか、他方配偶者の性的自己決定や性的自由を完全に否定するものである等として、厳しい批判が向けられてきた¹¹²⁾。

110) もっとも、本文で述べた問題を争点とする紛争自体が少数であること、死者への名誉毀損やプライバシー侵害との関係で苦痛を感じ訴訟を提起しようとするのは基本的に死者との間で一定の濃密な関係を有していた者に限られるであろうと推測されることからすれば、訴訟のレベルでは、それほどの変化は見られないかもしれない。

111) 星野・前掲注(103) 21頁。

112) この点を特に強調するものとして、鳥津・前掲注(90) 121頁以下、水野紀子「最判昭和54年3月30日・判批」法協98巻2号(1981年) 162頁以下、有地亨「不倫をめぐる損害賠償請求の諸問題」ケ研242号(1995年) 12頁以下、二宮周平「東京地判平成10年7月31日・判批」判タ1060号(2001年) 112頁以下等。

確かに、これは、①-1に対するものとしては正当な批判である。しかし、これが不貞行為を理由とする損害賠償請求を肯定することそれ自体に同様の問題が内在されているとの批判であるとすれば¹¹³⁾、適切ではない。仮にこの批判が①だけを対象にするものであると理解するにしても、①に属するもう1つの見方、つまり、①-2が前提としている債権侵害の枠組に準えて考えるならば、配偶者の一方が他方に対して貞操請求権を持つこと、不貞行為の相手方になる者が配偶者ある者に不貞行為を働きかけること、そして、貞操義務を負っている配偶者がその意思でこれに違反することは、十分に両立しうるからである¹¹⁴⁾。従って、①-2によれば、少なくとも法律論のレベルでは、配偶者が相互に支配的な関係にあると評価することはできない。そうすると、①-2は、配偶者を相互に独立かつ対等なものとして、①-1からその支配的発想を排除する立場を基礎に、かつ、②との対比で言えば、配偶者という身分や地位そのものに関わる要素だけに着目しつつ、夫婦関係を個人化させるものであると評しうる。これに対して、不貞行為の相手方に対する子からの損害賠償請求の場面に焦点をあてると、そこで観念されうる被侵害権利または利益は、①-1によれば、監護や教育を求めることができるという子の身分や地位であり、①-2によれば、監護や教育を求めることができるという父母に対する債権的な権利であるから、ここに支配的要素を看取することはできない¹¹⁵⁾。

②は、個人の人格の実現や発展という観点を基点とするため、そこに、夫と

113) 不貞行為をした配偶者の性的自己決定や性的自由を強調する論法は、不貞行為を理由とする損害賠償請求を原則的に否定する立場において顕著に見られる。水野・前掲注(112)162頁以下(ただし、その後の同・前掲注(8)「不貞行為の相手方に対する慰謝料請求」139頁以下は、性的自己決定を強調する議論の限界にも言及している)、二宮周平「東京高判昭和57年9月30日・判批」松商34巻2号(1983年)131頁以下、同・前掲注(112)112頁以下、同「不貞行為の相手方の不法行為責任」山田卓生先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』(信山社・2008年)168頁以下等。

114) 従って、この立場からは、不貞行為をした配偶者の人格や性的自由に対する過度の介入にはならない形で、不貞行為の相手方に故意や高度の違法性がある場合に限ってその不法行為責任を肯定することができる。

妻、子と父または母という形での関係的な要素が入り込むとしても、一方による他方の支配という発想が介在することはない。また、ここでの権利または利益は、不貞行為の場面だけで問題になるものではない以上、不貞行為をした配偶者の性的自己決定や性的自由の考慮という観点も問題にならないし、仮に検討の場を不貞行為の場面に限定するとしても、そもそも、これらの考慮は、配偶者間における相互支配的発想の不適切さを指摘するためのものであって、配偶者相互の関係、あるいは、親子の關係に係る人格的利益の不存在を導くものではない¹¹⁶⁾。以上のように捉えると、②の見方は、夫婦や親子というものに身分や地位それ自体とは異なる意味付けを与えながらも、夫婦や親子を相互に従属させず、各配偶者、親と子を緩やかに個人化させるものであることが分かる。このことを①-2との対比で見れば、②は、家族のメンバーを当該家族から完全に切り離し、そこで生ずる問題を純粋な個人の問題としてしまうのではなく、これを個人の権利義務の問題に還元しつつも、一定の限度で家族という存在が有する親密圏としての価値に配慮しようとするものであると評しうる。

もっとも、こうした②の考え方は、2つの両極の方向に推し進められる可能性がある。1つは、家族の多様化、家族関係の個人化、家族関係の希薄化といった動向を背景に、家族関係の保護を強調することの実益に疑問を呈して¹¹⁷⁾、不貞行為によって配偶者や子に生ずる出来事を完全に個人の感情の問題としてしまう可能性である。これによれば、配偶者や子に権利または利益の侵害は存在せず、不貞行為の相手方の不法行為責任も成立しないことになる。しかし、

115) 不貞行為の相手方に対する子からの損害賠償請求の場面で支配的要素が看取されないのは、子は父母の貞操を支配するものではないという不貞行為の局面に即した理由のほか、そもそも、親の子に対する支配という発想であればともかく（この点については、注（88）を参照）、子の親に対する支配という発想を受け入れることはできないとの認識もあったのではないかと推測される。

116) ある者が自分の望まない性的関係を強制されないという点は重要であるが、そうであるからといって、その者が自分の望む性的関係を自由に実現することができるということにはならない。この点については、大村・前掲注（63）57頁以下の指摘を参照。

117) 有地・前掲注（112）13頁を参照。

この発想は、個人主義的把握の1つの形態であるとは解されるが、人は家族との関係を踏まえて自己の人格を形成していくという観点を完全に排除するものであり、適切な理解であるとは思われない。もう1つは、家族間における利益を、そのメンバーの人格的利益から切り離して、純粹に関係的な利益として把握する可能性である¹¹⁸⁾。確かに、家族の関係を保護するという発想には共感を覚えるところもあるが、関係的利益を個人の人格から切り離して捉えるとき、その内容は倫理観や正義といった一般的な観念のみによって規定されることになってしまい¹¹⁹⁾、個人がある家族のメンバーとの関係にどのような意味付けを与えていたのかといった観点が脱落してしまうおそれがある。

ところで、①と②のいずれの見方においても、個人に帰属する身分や地位、個人の関係的な人格権が問題とされている以上、不貞行為をした配偶者、他方配偶者、子を一体的に把握することはできないはずである¹²⁰⁾。それにもかかわらず、不貞行為の場面では、他方配偶者に付与される慰謝料額を算定するに

118) 林田清明「親子関係の法的保護——関係的利益論——」大分大学経済論集33巻3号(1981年)46頁以下。また、同「死者の名誉毀損の法的構成：関係的利益論」大分大学経済論集33巻6号(1982年)1頁以下、同「死者と近親者の関係上の利益」大分大学経済論集34巻2号(1982年)114頁以下も参照。

119) 林田・前掲注(118)「親子関係の法的保護」54頁以下は、子が父母との関係で有する関係的な利益が不貞行為の相手方の行為との関係で保護されるかどうかは、家族というものに対する倫理的問題と、賠償を肯定または否定することによって被害者が置かれる地位、つまり、正義という2つの観点から考察されるとしている。

120) 有地・前掲注(112)4頁以下は、不貞行為を理由とする損害賠償請求に関する判例および裁判例の変遷には、夫婦は一心同体であるという考え方から二心異体であるという考え方へと婚姻観が変化したことが影響を与えている旨を示唆する。仮にこの婚姻観の変化が夫婦間における相互支配的な発想からの解放を意味するとすれば、上記の示唆は正当であるが、これが夫婦の一体的把握からの解放を意味するとすれば、実態としてはともかく、少なくとも法律論のレベルでは正当なものとは言えない。本文で述べたように、①と②のいずれの構成においても、配偶者を相互に別個の存在として捉えることが前提となっており、その限りにおいて、夫婦を一体的に把握するかどうかは、この問題の法的構成には影響を与えていないと見るべきだからである。なお、この点については、深谷松男「婚姻の対外的保護——婚姻妨害の訴に関する一考察——」金沢大学法文学部論集法経篇10号(1962年)123頁以下の分析も参照。

際し配偶者間における子の存在を考慮する裁判例が存在する¹²¹⁾。この点については、子が存在する場合には不貞行為により関係が破壊された場合に生ずる他方配偶者の精神的苦痛も大きくなるという形で説明を付けることができないわけではないが、そうではなく、判例の立場を前提にすると子からの損害賠償請求が原則として認められなくなってしまうことを受けて、その不都合を補おうとする意図に出たものとも評しうる。仮に後者のような理解が正当であるとすれば、ここには、他方配偶者と子を一体視しようとする思想の一端が看取されることになる。

こうした思想は、死者に対する名誉毀損またはプライバシー侵害の場面では、より顕著な形で現れている。遺族の敬愛追慕の情に対する侵害という構成に対しては、遺族の権利の名を借りて死者の権利を保護しようとするものであるとか、反対に、本来的に遺族の権利が侵害されたとは言えない場面で死者に対する権利侵害を媒介として遺族の権利侵害を導くものにほかならないとの評価もなされていた¹²²⁾。裁判例の中にも、死者と遺族が別人格であることを議論の出発点としているにもかかわらず、死者への名誉毀損とは別に成立した遺族に対する名誉毀損につき損害賠償請求権が付与されたことで、死者の名誉の回復も図られ、その結果、遺族の名誉感情の侵害も社会通念上受忍すべき限度を超えたものではなくると説示したものが存在する¹²³⁾。このような主張が展開される背後にも、家族相互を一体的に把握する考え方があるように思われる。

更に、不貞行為を理由とする損害賠償請求の場面に即して、（仮に典型的な家族というものが想定されているとすればその）典型的な家族という視点、また、家族以外の存在による家族への介入の可否という視点から、(1)で整理した議論を検討する。

121) 中里・前掲注（79）105頁以下で整理されている裁判例を参照。

122) 浦川・前掲注（101）138頁、同「大阪地裁堺支判昭和58年3月23日・判批」判タ507号（1983年）116頁、潮海一雄「大阪地判平成1年12月27日・判批」法時62巻11号（1990年）96頁等。

123) 前掲・静岡地判昭和56年7月17日。

不貞行為の相手方の行為によって配偶者としての身分や地位が侵害されるといふ①の考え方は、配偶者としての身分や地位を持つ者相互間の性的関係を特別に扱い、そうでないカップル間の性的関係から区別することを意味している。そして、不貞行為の相手方の損害賠償責任を肯定するということは、配偶者相互間の性的関係を害することになるような配偶者間以外の男女の性的関係を排除することを含意している。ところで、裁判例の中には、不貞行為の相手方が不貞配偶者との間の子を妊娠し出産したことにつき、不法行為に該当すると判断したものが存在する¹²⁴⁾。これは、上記のような見方が誤った形で¹²⁵⁾子の妊娠および出産という問題にも拡大されてしまったものと評価することができ、ここには、配偶者間の性的関係だけを正当なものと見てこれを強力に保護していこうとする態度の一端を看取することができる。これに対して、不貞行為の相手方の不法行為責任を原則として否定する考え方は、少なくともその対外的な側面に関しては¹²⁶⁾、配偶者としての身分や地位を持つ者相互間の性的関係とそうでないカップル間のそれを同列に扱う。これによれば、性的関係に関する場面での恋愛と結婚の同質的側面が強調され¹²⁷⁾、男女関係の自由市場¹²⁸⁾とも表現される状態が出現することになる。このように見てくると、①と否定的立場の間では、性的関係の問題との関連で、婚姻カップルとそれ以外のカップルを区別して扱うのかどうか、見方を変えれば、婚姻カップルを典型的なものと位置付けそこから外れるカップルとの差別化を図るのか、それとも、

124) 大阪高判昭和44年6月24日判時586号66頁、東京地判昭和56年8月26日判時1031号135頁（ただし、控訴審の東京高判昭和57年9月30日判時1059号69頁は、子を懐胎および出産する行為は性的関係を持つこととは別個の不法行為を構成するものではないと判示している）。

125) 裁判例の考え方に対する批判については、池田浩一「大阪高判昭和44年6月24日・判批」判評138号（1970年）34頁以下、二宮・前掲注（113）「判批」134頁以下等を参照。

126) 対内的側面に関しては、配偶者間での貞操義務を否定する考え方をとらない限り、配偶者間の取扱いとはそうでないカップル間のそれとは異なることになる。

127) 植木とみ子「婚外関係の保護とその限界」有地亨編『現代家族法の諸問題』（弘文堂・1990年）98頁。

128) 伊藤昌司「東京高判昭和57年9月30日・判批」判タ499号（1983年）140頁。

この場面で典型的なカップルなるものを想定しないのかという点が、争点の1つを形成していることが分かる。

ところで、不貞行為の相手方の不法行為責任を原則として否定する考え方からは、その根拠として、性的問題というプライベートな事柄については裁判所による介入を避け、当事者間でプライバシーを暴露し合ったり、不貞行為をした配偶者と損害賠償を請求している配偶者の関係を更に悪化させたりしないようにすべきであるという点が挙げられている¹²⁹⁾。そのために、貞操義務を非法化すべきことも説かれている¹³⁰⁾。もっとも、貞操義務の非法化といっても、これを徹底し配偶者間でも貞操義務は問題にならないという立場¹³¹⁾によるのでない限り、配偶者間における貞操義務違反の問題は残らざるをえない。そうすると、この見解は、貞操義務の相対的な非法化を目指すもの、つまり、不貞行為の問題を当事者間における家族法上の解決に委ねるべき旨を説くものであると言うことができる¹³²⁾。確かに、裁判例を読む限り、上記のような問題が存在することは明らかである¹³³⁾。とはいえ、仮にこれらの見方が正当であるとしても、それは①との関係においてのみ成り立つものであることに注意が必要である。

すなわち、①は配偶者としての身分や地位を問題にするため、①の考え方と不法行為の成立を否定する見解との間では、配偶者としての身分や地位を持つ

129) ニュアンスの相違はあるが、前田・前掲注(79) 265頁以下、有地・前掲注(112) 12頁、二宮・前掲注(113)「不貞行為の相手方の損害賠償責任」167頁以下等。

130) この点を明確に述べるものとして、二宮・前掲注(112) 112頁以下、同・前掲注(113)「不貞行為の相手方の損害賠償責任」116頁以下、松本克美「最判平成6年1月20日・判批」判評434号(1995年) 39頁等。

131) 二宮周平＝原田直子「貞操概念と不貞の相手方の不法行為責任」ジェンダーと法10号(2013年) 99頁以下。

132) 水野・前掲注(112) 165頁、國井和郎「東京高判昭和57年9月30日・判批」久貴忠彦ほか編『家族法判例百選(第5版)』(有斐閣・1995年) 25頁、辻朗「不貞慰謝料請求事件をめぐる裁判例の軌跡」判タ1041号(2000年) 34頁等。

133) この点については、東京地判平成27年2月3日判時2272号88頁との関連で、拙稿・前掲注(4) 37頁でも指摘した。

者の性的関係に関わる問題につき民事責任法の規律を適用すべきであるのか、それとも、家族法の規律に委ねるべきであるのかという形での議論が成立する。これに対して、②の考え方は、不貞行為をしていない方の配偶者の人格の保護を対象とし、配偶者としての身分や地位を直接的に問題とするものではないため、また、不貞行為を超える射程を持つ枠組であるため、そこでは、配偶者としての身分や地位に直接関わる貞操義務の問題について家族法上の処理に委ねるべきなのかという問いは成立しえても、不貞行為をした配偶者との関係に係る人格的利益の保護に関して家族法の規律に委ねるべきなのかという問いが成立することはない。つまり、②によれば、貞操の問題を家族法に委ねることと、不貞行為の局面でそれとは直結しない関係的な人格権を民事責任法で保護することとは、重なり合うことはあるとしても、十分に両立しうるのである。配偶者の身分や地位に直接かかわる問題につき家族法の特殊性を考慮しない形で民事責任法を介入させることは許されるべきでないとしても¹³⁴⁾、そうでない問題については、家族法の理念を壊さない範囲で民事責任法による事後的かつ例外的な補完を認めることがあってもよいのではないかと考えられる。

最後に、民事責任法の枠組という視点から、(1)で整理した議論を検討する。論旨を見通しやすくするために、ここでも、不貞行為を理由とする損害賠償請求の場面に焦点をあてる。

第1に、①と②について、民事責任法の本質または目的として挙げられている権利保障、抑止、制裁等から十分に基礎付けることはできるのか¹³⁵⁾。まず、①と②のいずれも、個人に帰属する権利、利益、地位を問題にするものであるため、個人の権利保障という目的それ自体との間に大きな不整合は存在しない^{136, 137)}。次に、不貞行為の場面ではその相手方の非合理的な意思が不可避的

134) この点は、とりわけ「家族に対する責任」の場面で問題となる。

135) 以下の叙述に際し、民事責任法の目的としての抑止および制裁の具体的な中身については、田中・前掲注(13) 21頁以下の整理を参考にしている。

136) どのような権利観を採用するのかという点との関連で、①および②との親和性が決まってくるが、これは、個人の権利保障という目的それ自体とは別の議論である。

に介在するため、合理人や理性的な人を想定した抑止を語ることは困難である。更に、従前の議論では、不貞行為の相手方の不法行為責任を一般的に肯定することが、支配的モラル、国民感情、法律婚保護の思想に適い、正しい性秩序の宣言という意味を持つ旨が強調されており¹³⁸⁾、これは、配偶者ある者とは性的関係を持つべきではないという行為規範を設定してその遵守を働きかけたり、それに違反した者に制裁を課したりする議論として位置付けられる。しかし、仮にこの立場を受け入れるとしても、裁判例で認容されている慰謝料の額¹³⁹⁾がこれらの目的に適するものであるのかという点については十分な検証を要する。また、この場面で上記の行為規範を設定することは、法律婚保護の思想自体が緩やかに捉えられ、男女関係の価値観が多様化している現状の下では、仮に支配的モラルや国民感情なるものが存在すると仮定しても¹⁴⁰⁾、危険ではないかと思われる。従って、行為規範を強調するタイプの抑止や制裁という目的論から①と②の考え方を基礎付けることは、たとえその可能性がありうるとしても、受け入れることはできない。

137) もっとも、個人の権利保障という観点からは、①-1のように配偶者としての身分や地位を問題にするとときに、これらの身分や地位を価値的に回復するのに必要な賠償が付与されているのかという点や、不貞行為の場面での慰謝料は名目的なものに止めるべきであるとの有力な主張（島津・前掲注（90）121頁、竜喜喜助「不貞にまつわる慰謝料請求権」判タ414号（1980年）21頁、浅野公子「最判昭和54年3月30日・判批」谷口知平ほか編『新版・判例演習民法5親族・相続』（有斐閣・1984年）23頁等）との関係で、名目的な額で①や②の背後にある権利または利益を価値的に回復することができるのかという点に疑問が残る。

138) 加藤・前掲注（84）25頁（ただし旧説）、泉・前掲注（86）88頁以下、同「最判昭和54年3月30日・判批」昭和54年度重判（ジュリ718号）（1980年）92頁以下、同「最判昭和54年3月30日・判批」法教105号（1989年）29頁等。

139) 裁判例における慰謝料の請求額と認容額については、中里・前掲注（79）264頁以下の整理を参照。

140) とはいえ、男子の（広い意味での）名誉を守ること、離婚給付等の規律の不十分から女性を救済すること等のように、不貞行為の場面に民事責任法が介入していく契機となった実践的目的があればともかく、そうでない限り、支配的モラルや国民感情といった論証に適さない価値観だけを強調することは、実りある議論をもたらすとは言えない。

第2に、①と②は、当該問題の解決に際して考慮されるべき諸価値に十分な配慮をすることができる枠組なのか。まず、不貞行為をした配偶者の性的自己決定や性的自由について言うと、すでに見たように、①-1によれば、これらは著しく阻害されるが、①-2と②によれば、これらに十分な配慮がなされうる。次に、不貞行為の相手方の性的自己決定や性的自由に関して言えば、これらは無条件の自己決定権や自由ではなく、当然、他者の権利や自由、ここでは、他方配偶者および子の権利または利益との間で調整が行われなければならない¹⁴¹⁾。①-1のように要保護性の高い権利や利益を想定するならば、不貞行為の相手方の自由の制約は正当化されやすくなり、故意または過失がある限りその不法行為責任は肯定されうるが¹⁴²⁾、①-2のように保護されるべき権利を債権に準えたり、あるいは、②のように他者の自由との関係でその範囲が決まる権利または利益を観念したりするときには、例えば、故意がなければ不法行為責任は成立しない等の形で、不貞行為の相手方の自由に配慮することが必要となる¹⁴³⁾。更に、不貞行為を理由とする損害賠償請求を肯定すると、美人局類似の行為を誘発したり¹⁴⁴⁾、不貞行為の相手方側からの認知請求や養育費請求等を妨げたりする¹⁴⁵⁾弊害が生ずるという点に関しては¹⁴⁶⁾、①-1のように不

141) 従って、配偶者や子には保護されるべき権利や利益が存在しないというのであればともかく、①または②の考え方を前提とする限り、不貞行為の相手方の不法行為責任を完全に否定することはできない。

142) ただし、この場合には、配偶者や子としての身分や地位の侵害に向けられた過失を観念することが適切なのかという問題が生ずる。島津・前掲注(90) 122頁、水野・前掲注(112) 171頁、桎見・前掲注(79)「婚姻関係の破壊」181頁、窪田・前掲注(40) 280頁等。

143) ①-2と②では、他方配偶者および子の権利または利益と不貞行為の相手方の権利や自由の調整という文脈では類似の帰結がもたらされるものの、具体的な問題の解決に際して必ずしも同様の結論が導かれるわけではない。例えば、配偶者の一方が強姦された事例を想定すると、①-2では、常に貞操請求権の侵害を問題にすることができ、故意等が認められれば強姦をした者の他方配偶者に対する不法行為が成立することになる。これに対して、②によれば、配偶者の一方が強姦されたとしても、他方がその配偶者との間で形成していた関係に係る人格権を侵害されるとは限らない。そのため、権利または利益に対する侵害が存在せず強姦をした者の他方配偶者に対する不法行為も成立しないという結論に至ることも十分に考えられる。

法行為が成立する場面を限定する論理が内在されていない場合や、夫婦関係の状態だけに着目してその成否を判断する枠組を採用する場合には、これらの諸点が大きな問題になるが¹⁴⁷⁾、②のように、自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠な関係が害されたかどうかという観点から評価をしていくときには、保護されるべき権利または利益、あるいは、その侵害が存在しないとの判断を経ることで、上記の各場面における不法行為の不成立を導くことができる。

第3に、ほかの問題へのアプローチに与える影響について、ごく簡単に言及する。まず、不貞行為の相手方からの不貞配偶者に対する損害賠償請求に関しては、①は、法定の身分や地位を問題にするため、この問題の法律構成とは直接の関わりを持たない。もっとも、①-1には、配偶者相互間の性的関係を害することになるような配偶者間以外の男女の性的関係を排除する契機が存在していた。かつての判例が、不貞行為の相手方からの不貞配偶者に対する損害賠償請求を否定し¹⁴⁸⁾、その後の判例が、女性側の動機に内在する不法の程度に比し男性側の違法性が著しく大きいものと評価することができるときには、貞操等の侵害を理由とする損害賠償が認められるとの判断枠組を採用していることも¹⁴⁹⁾、こうした文脈で捉えることができる。これに対して、②は、当該関係が自己の人格の実現や展開にとって必要不可欠であるかどうかという観点からの判断を行うため、不貞行為の相手方にとっての不貞配偶者との関係が上記のようなものであると評価することができる限りにおいて¹⁵⁰⁾、②の発想をこの場面にも妥当させることができる。従って、②によれば、判例のよう

144) 最判平成8年6月18日家月48巻12号39頁（ただし、権利濫用により不貞行為の相手方に対する損害賠償請求を棄却した事例）等。

145) 認知請求との関連で、前掲・大阪高判昭和44年6月24日等を、損害賠償請求との関連で、山形地判昭和45年1月29日判時599号76頁等を、貸金返還請求との関連で、東京高判昭和56年10月22日判時1026号91頁等を参照。

146) 水野・前掲注（112）160頁以下、二宮・前掲注（113）「判批」128頁以下等。

147) 水野紀子「最判平成8年3月26日・判批」民商116巻6号（1997年）108頁以下等。

148) 大判昭和15年7月6日民集19巻1142頁。

149) 最判昭和44年9月26日民集23巻9号1727頁。

に、貞操を問題にすることも¹⁵¹⁾、不法の程度を比較することも必要でない^{152, 153)}。次に、不貞行為以外の場面について、本稿では、従前の議論の再定式化からのアプローチが採用されたために、死者との関わりが問題となる場面だけが取り上げられたが、生存する家族との関わりが問題となる場面であっても、その関係が侵害されたことにより、自己の人格の実現が妨げられるような場合であれば、②の考え方を妥当させてよい。これに対して、①-2は、基本的に不貞行為の場面だけを対象とするものである。

I のまとめ

I での検討成果を、家族の捉え方という観点からごく簡単に整理しておく。「家族の保護」の場面では、④家族としての身分や地位（「家族としての保護」における②-1、「家族に関わる保護」における①）、⑧家族との関わりの中における個人（「家族としての保護」における②-2、「家族に関わる保護」における②）、⑨家族から切り離された個人（「家族としての保護」における③（および①の一部）、「家族に関わる保護」における否定説）のいずれに着目して民事責任法上の議論を構築するのかが問われる。それぞれの考え方において考慮されるべき点をまとめると、以下のようになる。

まず、④について見ると、身分や地位それ自体に着目するだけでは「家族の保護」の問題に十分な対応をすることができないとして、これらの中に家族相

150) 家族の枠を検討する際にも言及したように、本文のような評価を行うためには、単に男女関係が存在したというだけでは足りない。その意味で、②の発想から損害賠償請求が認められる場面は非常に限定される。

151) この場面では、貞操というもののからの離脱が考えられるべきであるし、仮に貞操という発想にこだわるとしても、そもそも、自らの意思に基づいて形成した男女関係が問題となる局面でそれを語ることは違和感がある。

152) 近時の裁判例の中には、不法の程度を比較する枠組を採用せず、かつ、貞操ではなく人格権の侵害を問題にしたものが存在する。東京地判平成27年1月7日判時2256号41頁がそれである（この裁判例については、拙稿・前掲注（4）37頁でも言及した）。

153) もちろん、②以外の一般的な人格権等の侵害が認められれば、不貞行為の相手方は、それに基づき損害賠償を請求することができる。

互の関係を意識した内容を組み込んでいくこと、その場合に家族内における個人の自律に制約が課せられうること、民事責任法の領域において身分や地位に対応した形で画一的に家族の枠を設定すること、そして、身分や地位については家族法による規律がある中で民事責任法がこれらを直接的に扱うこと等の当否が検討課題となる。次に、㉔においては、「家族の保護」に関わる問題が完全に家族から切り離され個人の領域に属することになる。そうすると、この場合には、身分や地位はともかく、それらとは別に存在すると思われる家族の意義というものを考慮に入れなくてよいのかが問われる。最後に、㉕において、「家族の保護」に関わる問題は、緩やかに個人化された形で捉えられる。この場合、民事責任法の領域において、身分や地位に関わりつつもそこからは切り離された家族というものに一定の意味を認めること、身分や地位とは独立した形で柔軟な家族の枠を設定すること等の当否が問われるほか、こうした形での議論により家族法の規律の意義が希釈化されないよう配慮することが要請される。

「家族の保護」、「家族に対する保護」と「家族に関わる保護」、これらの中における個々の具体的問題に対する本稿の立場については、すでにこれまでの行論からある程度は明らかとなっているようにも思われるが、Ⅱの「家族の責任」における検討結果を踏まえ、かつ、民事責任法の枠組という観点からの考察も参照しながら、「おわりに」の中で提示する。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・若手研究B「民事責任法と人・家族——その変容と現代におけるあり方——」（課題番号25780067）の研究成果の一部である。

（しらいし・ともゆき 筑波大学法科大学院准教授）

オーストラリアにおける和解制度と 裁判所の裁量

——日本の和解制度への示唆——

田 村 陽 子

第1章 はじめに

第2章 オーストラリアにおける裁判上の和解制度

- 1 オーストラリアにおける和解制度概観
- 2 支出補填的訴訟費用
- 3 裁判上の和解の申込みとは
- 4 和解の申込みの手続
- 5 和解の申込みの承諾
- 6 和解の申込みに関する事項の裁判所への開示
- 7 承諾しないときの費用との関連
- 8 和解の申込みが複数あった場合
- 9 承諾された和解内容を履行しなかった場合
- 10 被告が複数の場合
- 11 寄与求償分の申込み (offer to contribute)

第3章 オーストラリアにおける裁判外の和解契約

- 1 裁判外の和解申込み

第4章 オーストラリアにおける裁判上の和解手続

- 1 裁判上の和解 (compromise of action) の手続
- 2 訴訟上の和解の執行 (enforcement of compromise)
- 3 同意判決 (consent judgment)
- 4 責任を認めずに行う和解 (settling without admitting liability)
- 5 幼児 (infants) または無能力者 (disabled person) の和解

第5章 オーストラリアにおける和解のための裁判所供託

- 1 裁判所供託 (payment into court) の法的性質
- 2 裁判所供託の通知
- 3 被告による裁判所供託の撤回の可否
- 4 原告による裁判所供託の承諾
- 5 費用判断における裁判所の裁量
- 6 反訴と裁判所供託

- 7 裁判所に残された金銭について
- 第6章 日本の和解制度への示唆
 - 1 オーストラリアの和解制度についての小括
 - 2 日本の和解制度との比較検討
 - (1) 日本の和解制度の現状と課題
 - (2) 日本の和解制度に対する示唆
- 第7章 おわりに

第1章 はじめに

日本で裁判所の面前でなされる和解（いわゆる「裁判上の和解」）には、確定判決と同一の効力があり（民訴267条）、基本的にはその和解内容に既判力が生ずるものと判例上¹⁾解され、判決と同様に、公的に紛争解決できる手段となっている。

裁判外の和解は、私的な紛争解決であり、裁判所が関与する公的な裁判上の和解と対置される概念である。日本では、紛争が生じて直ちに訴訟を提起するのではなく、その前に当事者間で私的な和解による紛争解決が試みられることが多く、また訴訟係属中にも裁判上もしくは訴外で和解が試みられ、和解の成立により訴訟が判決によらずに終結することも多い²⁾。

しかしながら、日本において、裁判上の和解の方式としての種類もしくはバリエーションが十分なのかという点については、改めて検証が必要であると思われるし、和解により紛争解決する際に、効果的に和解を締結させる裁判所の関わり方および裁量のあり方というものについても、再検討が必要に思われる。

というのも、今回、オーストラリアの和解制度を調査したところ、オーストラリアでは、「和解の申込み」をはじめとしたいくつかの日本にはない制度が

-
- 1) 最大判昭和33年3月5日民集12巻3号381頁、最大決昭和35年7月6日民集14巻9号1657頁など。
 - 2) 例えば、訴外の和解による訴えの取下げについては、拙稿「第5章第3節 取下事件の状況」民事訴訟実態調査研究会〔代表竹下守夫〕編・民事訴訟の計量分析（続）（商事法務・平成20年）513-528頁。

存在し、またこの制度が、和解による紛争解決の際に効果的に使われており、裁判所の関わり方および裁量権の範囲についても、独自の特徴が見受けられたからである。

本稿は、今まで紹介されていなかったオーストラリアの和解制度とそこにおける裁判所の関わりおよび裁量権の範囲について主に紹介し、日本の和解制度と比較法的に検討し、日本法への何らかの示唆を得ることを試みるものである。

第2章 オーストラリアにおける裁判上の和解制度

1 オーストラリアにおける和解制度概観

伝統的に、オーストラリア法は、イギリスに由来するコモンロー体系に属し、イギリスの和解制度および関連判例を基本的には継承しているので、イギリスの和解制度や他のコモンロー系のカナダとも内容がかなり重複するところであるが、オーストラリアの和解制度は州によってバリエーションが見られ、いくつかの和解方式およびその組み合わせが存在する。多くの州で一番使われているのが、裁判上の「和解の申込み (offer of settle, offer of compromise)」と呼ばれる手続である³⁾。

「和解の申込み」制度は、連邦裁判所、ニューサウスウェールズ州、北部準州 (Northern Territory)、クイーンズランド州、タスマニア州、ビクトリア州、ウェストオーストラリア州における民事訴訟規則 (Rule of Civil Procedure (以下、「法」と言う。)) で採用されている。両当事者のいずれからも和解の申込みは可能である⁴⁾。

被告からの現実的な内容での和解の申込みがあると、原告はそれに応えなければならず、そのまま訴訟を続けるか和解するかを検討しなければならない。もし訴訟を続けて結局判決で原告が和解申込額よりも少ない額しか得られな

3) Bernard Cairns, *Australian Civil Procedure* (2014, 10th ed.) 445.

4) *Id.*

かった場合、被告の法的費用（legal cost、オーストラリアでは訴訟費用に弁護士費用を含む点に注意）を負担することになりかねないからである。同様に、原告から和解の申込みがあったにも拘わらず和解に応じなかった被告は、原告に和解申込額より有利な額の判決が出たときに原告に対し費用を補償させられる。もし、ある当事者（被申込人）が和解申込みに応ぜず判決が被申込人により有利であったときにも、裁判所は、被申込人に対し、余分にかかった法的費用を命ずることが可能である⁵⁾。

オーストラリア首都特別地域、北部準州、タスマニア州は、和解を実効的にする手段として、「裁判所供託（payment into court）」制度（詳細は後述）を有する。北部準州およびタスマニアでは、和解の申込み制度と裁判所供託制度の両方を有している。サウスオーストラリア州では、被告は、「判決の同意（consent to judgment）の申込み」（詳細は後述）ができる。この制度は、訴訟において被告に責任があることに争いがなく、原告が損害賠償額の評価を求めているときに利用可能である。被告は、特定した額での判決に同意する旨を申込みする。もし、原告がこの申込みを断って結局申込み額以下しか認められなかったときは、原告は法的費用に関し同様のリスクを負う。同様に、原告もこの申込みを行うことができる⁶⁾。

2 支出補填的訴訟費用

裁判所は、申込みに応じるべきだったにも拘わらず断った当事者に対し、「支出補填的訴訟費用（indemnity cost）」⁷⁾の支払を命ずることができる。支出補填的訴訟費用とは、申込みを受けるべきであった当事者に制裁的に課せられる

5) *Id.*

6) *Id.*

7) イギリスの同様の制度について、「支出填補的訴訟費用」と訳されているようなので、同じ用語を使った（ニール・アンドリュース（溜箭将之＝山崎昇訳）『イギリス民事手続法制』（法律文化社、2012）159頁以下参照）。意味は、本文にも説明しているが、余分にかかった訴訟費用の補填に該当するものである。

法的費用のことであるが、不相当にかかったものや不相当な額は除かれる⁸⁾。

和解の交渉を行う前に、ソリシター（イギリスと同種の事務弁護士）は、依頼人が払うであろう法的費用の範囲の合理的な見積もりを出さなければならない。この費用には、相手方に支払うことになりうる費用もしくは相手方から受け取りうる費用を含めるものとされている⁹⁾。

この費用は、州により異なり、手続開始時からの費用としているところもあるれば、和解の申込み以降生じる費用としているところもある¹⁰⁾。

3 裁判上の和解の申込みとは

(1) 制度の趣旨

和解の申込みは、オーストラリアの首都特別地域以外のすべての地域で和解を促進する手段となっている。由来としては、イギリスそしてカナダを経た制度に由来するものとされており、サウスオーストラリア州では、被告からの和解の申込みは裁判所供託制度と併せてなされうる¹¹⁾。

ニューサウスウェールズ州上訴裁判所は、判例¹²⁾において、この和解の申込みの制度趣旨とは、弁護士費用を含む法的費用の負担を申込みの承諾をしなかった被申込人に移すことにより、当事者間の交渉意識を現実的なものへと促し、早期の和解を促進するものであるとしている。なぜなら、法的費用の負担を相手方に移転することにより、訴訟手続における新たなリスクを相手方に課すことで、相手方に対し、訴訟は本来的にリスクを負うものであることを分か

8) *Hazeldene's Chicken Farm Pty Ltd v Victorian Work Cover Authority* (NO 2) (2005) 13 VR 435 at 439.

9) 関連法規には以下のものがある。ACT : Legal Profession Act 2006, s273 ; NSW : Legal Profession Act 2004, s313 ; NT : Legal Profession Act, s307 ; Qld : Legal Profession Act 2007, s312 ; SA : Australian solicitors' Conduct Rules, r16B.2.4 ; Tas : Legal Profession Act 2007, s296 ; Vic : Legal Profession Act 2004, s3.4.13 ; WA : Legal Profession Act 2008, s264.

10) Cairns, *supra* note 3, at 446.

11) Cairns, *supra* note 3, at 446.

12) *Hiller v Sheather* (1995) 36 NSWLR 414.

らせるところに重点があるからである¹³⁾。

和解の申込みは、当事者の合意によるものであり、和解を促進するためのものであるから、金銭賠償のケースのみならず非金銭賠償のケースでも適用可能である¹⁴⁾。

和解が成立すると、契約としての拘束力が生じるが、和解の申込みによる和解は、通常の契約上の和解と2つの点で異なる。すなわち、①和解の申込みは、通常少なくとも相手方に対し、14日間の考慮期間が設けられなければならないとされている。この期間中は、交互申込みがなされた場合でも、自己の申込みを撤回できず、②裁判所は、裁判上での和解の申込みがなされていた場合には、判決に至ったときでも、法的費用の負担の判断において、和解の申込みがあったことを考慮しなければならない¹⁵⁾。

(2) 和解の申込みの適用範囲

当事者は、和解の申込みをする際、申込み内容に訴訟におけるすべての争点もしくはいくつかの争点を含めることができるとされている¹⁶⁾。

北部準州以外では、どんな種類の訴訟においても和解の申込み制度を利用することができる。北部準州では、和解の申込みは損害賠償のケースに限られている。損害賠償以外のケースで和解の申込みをした場合で申込みをした当事者により有利な内容の判決結果が出たときは、ソリシターの費用や当事者の訴訟費用の判断において、その旨を考慮するかは、当該裁判所の裁量に委ねられており、義務とはされていないのである¹⁷⁾。

13) Cairns, *supra* note 3, at 446.

14) Cairns, *supra* note 3, at 447.

15) *Id.*

16) *Whitehouse Properties Pty Ltd v Bond Brewing (NSW) Ltd* (1992) 28 NSWLR 17.

17) Cairns, *supra* note 3, at 448.

(3) 和解の申込みの効果

和解の申込みは特段の事情がなければ公平なものと解される。和解の交渉におけるやりとりは、和解を促進するべく証拠開示の対象とはならないとされているが、公序原則により、適切な情報開示は要求される。裁判所は、和解が成立したか否かにつき、開示しても問題ない情報を証拠として当事者に提出させ、それらにより判断する¹⁸⁾。

4 和解の申込みの手続

和解の申込みについては規定された形式はないものの、判決に比しても十分詳細であることが必要とされている。和解の申込みは、書面でなされかつ法¹⁹⁾に適した内容でなければならない²⁰⁾。

ニューサウスウェールズ州では、和解申込みをする際の要件が法定されている (r20.26)。和解申込みでは、関連する訴えまたは訴えの一部が特定され、かつ申込み内容の順序（金銭的判決がなされるときにおける判決額の提示を含む）が特定されていなければならない。また、原告からの申込みでは、もし申込みが訴えの一部にのみ関連するのであれば、残部については放棄するのかそれとも訴訟手続を続行するのかについて言及が必要であり、被告からの申込みでは、残部につき争うのかあるいは認容するのかについて述べられていなければならない。他方で、基本的には法的費用の額は申込みに入れてはならず、法的費用が申込み内容に含まれていると言及してはならない。それゆえ、ニューサウスウェールズ州法の民事訴訟規則 20.26 条は、同 42.13A 条と関連して解する必要がある。すなわち、法的費用の項目が入っていない申込みが承諾されたときには、法的費用については判決の提示したところに従うことになる（次項(5)参照²¹⁾）。

18) Cairns, *supra* note 3, at 449.

19) FCR : rr25.01, 25.03 ; NSW : r20.26 ; NT : r26.02 ; Qld : r353 ; SA : r187 ; Tas : r281 ; Vic : r26.02 ; WA : O 24A r1.

20) Cairns, *supra* note 3, at 449.

ただし同20.26条も、法的費用に関し、以下の3つのような申込みは認めている。例えば、①被告勝訴判決のときに、被告は費用を支払わなくてよいとするもしくは被告は原告の費用の特定額を原告に支払うこと、②合意した額または申込時までに評価された費用額を申込者が支払うこと、③合意額または通常（もしくは損失補償）の基準に基づき評価された額が、申込みに提示された具体的・抽象的財産または資金に合致すること、などを提示することはできる²²⁾。

和解の申込みは、陪審の評決が出るもしくは判決が下される前になされなければならない。また、裁判所の許可なくして、法に定められた申込みの最低有効期間内²³⁾は撤回ができない。その期間中は、たとえ被申込人が交互申込みを行っていたとしても、その申込みを承諾しうる。したがって、申込みの承諾期間は、評決もしくは判決の前かまたは申込みが指定された申込みの有効期間内になる²⁴⁾。

ただし、サウスオーストラリア州では、和解の申込みは、公開審理のために定められた日より少なくとも21日前までになされなければならない。被告からの申込みは、裁判所供託までに行えば足りるとされている²⁵⁾。

法の要件を満たさなかった和解の申込みであっても、申込人がなお裁判所外の「契約上の和解の申込み（以下、「カルダバンク申込み（Calderbank Offer）」と言う。）」²⁶⁾として扱う意図があるのであれば、裁判所はそのようなものとして扱う（詳細は後述）²⁷⁾。

21) *Id.*

22) *Id.*

23) 例えばウェストオーストラリア州では、申込み有効期間は28日とされている（WA：O 24A r3.）。

24) Cairns, *supra* note 3, at 449–450. FCR：rr25.05, 25.07；NSW：r 20.26；NT：r26.03；Qld：r 355；Tas：r 283；Vic：r 26.03；WA：O 24A r3.

25) SA：r187.

26) See Cairns, *supra* note 3, at 456–457 [11.180].

5 和解の申込みの承諾

和解の申込みが承諾されると事件は終結し、訴えの利益がなくなることになるが、訴え自体が満足したのと同様に、別の訴えで争うことはできなくなる²⁸⁾。連邦裁、北部準州、ビクトリア州、ウェストオーストラリア州では、原告は、被告からの申込みを承諾したことについての法的費用を被告に負担させることができる²⁹⁾。

ニューサウスウェールズ州では、もし和解の申込みが法的費用について何も提示していなかったときには、42.13A 条によることになり、裁判所には費用に関する判断裁量権はないとされている。すなわち、もし和解の申込みがなされていたときの判決が原告勝訴であった場合、原告は申込みがなされた時点までの通常費用を被告に負担してもらえるとされ、逆に、和解の申込みがなされていたときの判決が被告勝訴であった場合は、被告は申込みがなされた時点までの通常費用を原告に負担してもらえると定められている³⁰⁾。

タスマニア州では、和解の申込みを承諾した当事者は、申込みが送達された時点までの相手方の当事者の訴訟費用を負担することになる。この負担は、申込みの内容もしくは裁判所の判断で免除することができる³¹⁾。

もし申込みが金銭支払に関するものであった場合、法に定められたときに支払が可能となる³²⁾。

サウスオーストラリア州では、和解の申込みの承諾は、審理のために定めら

27) *Dean v Stockland Property Management Pty Ltd* (NO 2) [2010] NSWCA 141 at [31] ; *Whitney v Dream Developments Pty Ltd* [2013] NSWCA 188 at [43] per Bathurst CJ, [55]–[59] per Barrett JA ; [76]–[77] per Emmett JA.

28) *Cole v Austin Distributors Ltd* [1953] VLR 155 ; *Ex parte Richards* (1934) 51 CLR 190.

29) FCR : r25.12 ; NT : r26.03 ; SA : r 188 ; Vic : r 26.03 ; WA : O 24A r10.

30) Cairns, *supra* note 3, at 450.

31) Tas : r 284.

32) See Cairns, *supra* note 3, at 450. 連邦裁・ニューサウスウェールズ・ウェストオーストラリア州では 28 日 (FCR : rr25.04 ; NSW : r 20.26 ; WA : O 24A r4) であり、北部準州およびビクトリア州では、14 日 (NT : r26.03.1 ; Vic : r 26.03.1) である。クイーンズランド州とタスマニア州は、特に支払の時期を定めていない。

れた日の7日前までになされなければならない。承諾は裁判所に登録されたときから効果を生じる。申込みの内容を反映した合意判決が裁判所によりなされることもある。合意判決が下されるとその内容を強制執行できることになる³³⁾。

6 和解の申込みに関する事項の裁判所への開示

裁判所が当事者の和解の申込み内容から裁判に予断を持たないように、当事者は、重要な争点についての判断がなされるまでは、和解の申込みに関する事項を裁判所に開示してはならず、訴答や宣誓供述書にも書いてはいけないこととされている³⁴⁾。和解の申込みが本案審理の公平を害さない限りでのみ、和解の申込みについて裁判所に開示できる。費用に関する裁判がなされるときは、和解の申込みがあったことは裁判所に開示される。和解の申込みが承諾されて当該和解が強制執行されるときも、裁判所への開示が必要とされている³⁵⁾。

ただし、和解の申込みに関して裁判所に不当な開示がなされた場合についての罰則規定はない。裁判所供託を巡る判例³⁶⁾にならい、和解の申込みについて不当に開示されたときは、裁判所は、審理を継続するか新しい審理を開くか裁量で決めることになる³⁷⁾。

7 承諾しないときの費用負担との関連

和解の申込みを承諾しなかったことは、その後の法的費用負担に関連することになる。これに関し、和解の申込みが原告・被告のどちらからなされたかによって、それぞれ規定が定められているようなので、以下で分けて論じる。

33) Cairns, *supra* note 3, at 450.

34) FCR : r25.06 ; NSW : r20.30 ; NT : r26.05 ; Qld : r357 ; Tas : r286 ; SA : r187 ; Vic : r26.05 ; WA : O 24A r7.

35) Cairns, *supra* note 3, at 450–451.

36) *Harvey v Harvey* [1965] QWN 41 ; *Williams v Volta* [1982] VR 739.

37) Cairns, *supra* note 3, at 451.

(1) 原告から申込みがあったときの費用負担

原告から和解の申込みがあった場合で被告が申込みを承諾しなかったときに、その後の判決が原告の申込み内容と同等かそれよりも原告にとってより良い内容であったときは、ソリシターおよび依頼人にかかった費用および支出補填的訴訟費用を被告に負担してもらえる³⁸⁾。

北部準州、クイーンズランド州、タスマニア州では、被告が負担するソリシター費用および当事者費用の範囲は、訴訟開始から（判決に至るまで）に拡張されている。ビクトリア州では、生命身体に関する損害賠償請求の場合には、原告は、訴訟開始から判決に至るまでの間の費用を支払ってもらえ、その他の場合には、和解申込みがなされた日から判決日までの費用となるとされている³⁹⁾。連邦裁およびニューサウスウェールズ州では、特段の定めがない限り、原告が被告から受けられる費用は、和解の申込送達時から判決までの法的費用となる。ニューサウスウェールズ州では、もし和解の申込み内容に民事訴訟規則 20.26 条に定められた範囲で費用についての文言があれば、裁判所が費用に関し裁量権を有することになる。ウェスタンオーストラリア州では、申込み内容と同等以上の判決を得た原告は、申込みの前後を問わず、すべての当事者費用を得ることができる⁴⁰⁾。

(2) 被告から申込みがあったときの費用負担

被告から和解の申込みがあったのに原告がそれに承諾しなかった場合は、和解の申込みの前後に分けて考えられている。

もし原告が申込み内容よりも良い内容の判決を得られなかったときは、原告は申込みの送達時までの訴訟費用について負い、裁判所は、申込み送達時後の訴訟費用分を支払うよう原告に命じることができる。ただし、裁判所が原告の請求を棄却し被告勝訴の判決を下したときは別である。裁判所が原告の請求を

38) Cairns, *supra* note 3, at 451.

39) NT : r26.08 ; Qld : r360 ; SA : r188 ; Tas : r289 ; Vic : r26.08.

40) WA : O 24A r10.

退けたということは、法に定められた判決を「得た」とは解されないからである⁴¹⁾。連邦裁では、申立人が被申立人の申込みを不合理にも承諾せず裁判所が申立人の請求を棄却したときには、例外的に、申立人は和解申込み送達の日後までの法的費用について被申立人が負い、その後の法的費用については、損害賠償の基準によって申立人に支払ってもらえるとされている⁴²⁾。

ニューサウスウェールズ州では、連邦裁とは異なり、被告の申込みより原告が良い内容の判決を得たときと被告が良い内容の判決を得たときとを分けて規定している。原告が被告の申込み内容よりも良い内容の判決を得られなかったのであれば、原告は申込みの送達時までの通常費用についてのみ権利を有し（被告に支払ってもらえ）、その後の費用については損害賠償の基準によることになる。

（3）費用負担に関する裁判所の裁量権

和解の申込みがあったとしても、訴訟費用に関する判断についての裁判所の裁量権はなくなる。ニューサウスウェールズ州では、申込み内容に法的費用に関する文言を当事者が入れていたとしても、裁判所は法に反しない形⁴³⁾で、法的費用判断についての裁量権を有する⁴⁴⁾。法は法的費用判断に関する裁判所の裁量権に影響を与えるものではあるが、裁判所の裁量権を完全にコントロールするものではないとされている⁴⁵⁾。ニューサウスウェールズ上訴裁判所判決によると、訴訟の急迫性および不確実性は、法的費用について別に判断する理由にならないとしている。和解の申込み制度は、当事者がこれらの問題についても審理手続に入る前に検討させるように仕向けるところにねらいがあるからである⁴⁶⁾。

41) Cairns, *supra* note 3, at 451-452.

42) FCR : r25.14.

43) NSW : r20.26.

44) Cairns, *supra* note 3, at 452.

45) *Maitland Hospital v Fisher* (NO 2) (1992) 27 NSWLR 721.

一般に、以下のことが先例による原則として言われている⁴⁶⁾。

(i) 和解の申込みに関する規定は、訴訟における適切な和解を促進するところであり、個人の当事者の私益および訴訟の迅速で経済的な処理という公益に関わるものである。

(ii) 被申込人は申込みを承諾しないことによるリスクについて慎重に考慮する義務が課される。すなわち、①申込みを承諾しなかった時点以降は、訴訟が続行する原因は、和解申込みを拒絶した当事者の態様によるものとされ、承諾をしなかった当事者にその後の法的費用の責任があると考えられること、②和解の申込みににおける法的費用の負担に関する法の趣旨は、「訴訟は、まったく予測できないものである」という一般経験則に基づいており、この経験則がこの通常の事件に適用されること、である。

支出補填的訴訟費用負担の判断に関して原告と被告の場合を区別する理由は、被告にとっては、原告の申込みを承諾する誘因は、原告のソリシターおよび当事者の訴訟費用または損害賠償費用を支払うおそれがあることである。もし訴訟が原告勝訴判決に至ったときは、被告は原告の関係者および当事者の法的費用について責めを負うからである。このような観点からは、被告が原告の申込みを承諾する理由は、これ以上の費用負担を避けるところにのみ存することになる。この理屈は、被告が原告に対し和解の申込みをするときにはあてはまらないのである。もし原告が被告の和解の申込みを承諾すべきであるとしたら、それは申込みの送達後の被告に生じた法的費用のみ負い、被告は、申込み送達時までの原告の法的費用については、責めを免れないからである⁴⁸⁾。

当事者に支払われる支出補填的訴訟費用は当事者ごとに評価を判断される。被告から申込みがなされたときも等しく評価される。被告から和解の申込みが

46) *Hillier v Sheather* (1995) 36 NSWLR 414, 422-423.

47) *Morgan v Johnson* (1998) 44 NSWLR 578 ; *Nominal Defendant v Hawkins* [2011] NSWCA 93 at [76] per Sackville AJA.

48) Cairns, *supra* note 3, at 453.

あれば、被告は申込み送達後に生じた法的費用については負わないことになる。原告は、勝訴すればつねに法的費用分を得られるが、被告にとっては原告の申込みを承諾することで得られるものはない。訴訟を遂行する費用は多かれ少なかれ両当事者に等しくかかるところ、被告にとっては原告の申込みを承諾する誘因としては不十分であり、被告のソリシターの費用および被告自身の訴訟費用などの補填も必要とされるところである⁴⁹⁾。

ソリシターの費用や当事者費用もしくは支出補填的訴訟費用が原告に課されるかはともかく、もし原告が申し込んだ和解内容以上に原告に有利な判決が下された場合には、和解の申込み制度は、原告よりも被告にとって大きな意味を持つことになる。もし原告が被告からの申込みを拒絶したときは、原告は被告の法的費用を申込み送達時より負うことになり、かつ、原告は申込み後の自己のソリシターおよび自己の費用を負うことになる。申込み前の費用については、通常は各当事者の自己負担になるところ、原告は自己の費用分については責めを負うことになる。この責任は、被告の追加費用にも及びうる。さらに、原告は、被告が申込みを送達した以降の被告の訴訟費用のリスクも負う。もし被告の申込みが手続の早い段階でなされたのであれば、原告のリスクは重大になる。原告が被告の和解申込み後の被告の自己負担分の法的費用の責めを負いきれないのであれば、原告は申込みを承諾せざるを得なくなってくる。もし原告が好ましくない和解を強いられるようであれば、この制度は原告にとって不公平に働くことになる。しかしながら、法はこのような原告と被告との間の不公平な立場を認識しているがゆえに、支出補填的訴訟費用の判断に関して裁判所に裁量権を留保しているのである⁵⁰⁾。

結局、和解の申込み内容が正当なものであるときのみ、法的費用に関する裁判所の裁量判断権に影響を及ぼすにすぎないのであり、申込みが単に法的費用に関する利益を得ようとするにすぎないものであれば、裁判所は、その点を考

49) *Id.*

50) *Id.*

慮して法的費用に関する判断を別異に行うことができると判例上解されている⁵¹⁾。そのため、申込み内容は、公平・適切なものでかつ訴訟において実際に得られる可能性を反映したものでなければならない。申込人が一番利益を得られるような内容の和解の申込みは、「妥協 (compromise)」の申込みにはなっていないのである。例えば、相手方の責任自体が認められる可能性が低いにも拘わらず、ほぼ満額の損害を請求したようなときには、適切な申込みとは言えないのである。また、一部請求をしながら満額での和解を申し込むようなときも適切な申込みとは言えないとされる⁵²⁾。

申込みを受けた相手方当事者側は、その申込みを承諾するか否かにつき考慮する機会が与えられなければならない、訴訟手続において開示された資料に基づいてなされるべきものである。例えば、和解の申込みがなされた被告が、申込みを受けた時点では損害額の総額が特定しきれていなかったため承諾せず、結局原告勝訴判決が下されたときは、裁判所は裁量で被告に支出補填の訴訟費用を課さないことができるとされている。裁判所は、和解の申込時と裁判時における事情の変化（申込時よりも判決時の額が多くなったこと）に鑑みて法的費用負担を考慮するという制度なのである⁵³⁾。

(4) 申込み内容が不明確または履行不可能な場合の費用

和解の申込み内容が判決内容よりも良いものであるか否かを裁判所が判断できない場合には、裁判所の法的費用判断に関する裁量権に和解の申込みは影響を及ぼさない。また、和解の申込みが法的費用の判断に影響するためには、申込みをした当事者が申し込んだ和解内容を実際に履行しうることが裁判所により見込めなければならないとされている⁵⁴⁾。

51) *Prestige Residential Marketing Pty Ltd v Deptune Pty Ltd* (NO 2) [2008] NSWCA 341 at [18]–[24] per Bell JA, et al. See Cairns, *supra* note 3, at 453–454.

52) Cairns, *supra* note 3, at 454.

53) *Id.*

54) NSW : r42.17 ; NT : r26.08 ; Qld : r360–361 ; Tas : r289 ; Vic : r26.08 ; WA : O 24A r10. なお、連邦と南オーストラリア州には該当する規定はない。

8 和解の申込みが複数あった場合

例えば被告が2度にわたり和解申込みをしたが、結局最初の申込みよりも低い責任額の判決が下された場合には、被告は自己の法的費用につき最初の申込みの送達時以降の法的費用について原告に請求できる⁵⁵⁾。

9 承諾された和解内容を履行しなかった場合

サウスオーストラリア州では、承諾された和解について同意判決（consent judgment）もなされうる（同意判決の意義については、後述参照⁵⁶⁾）。また、強制執行は、その判決の文言内容による⁵⁷⁾。他の州では、和解内容を履行してもらえなかった当事者は、判決を求めて申し立てることができる⁵⁸⁾。

10 被告が複数の場合

被告が複数いる場合でも、和解の申込みが可能な州がほとんどである⁵⁹⁾。和解の申込みが認められるのは、複数の被告が全部または一部連帯して原告に対し責任を負うようなときである。被告全員に対して訴えを提起している中で原告が和解の申込みをするのであれば、被告全員に対して和解を申し込まなければならない。被告側から和解の申込みをするときは、その内容においてすべての被告が全部または一部連帯して原告に対し責任を負うものとなっていなければならない⁶⁰⁾。

被告が複数いる場合には、和解の申込みは、求償費用に関する誘因を与えるべく、その承諾により訴訟が終了するものでなければならないのである。した

55) Cairns, *supra* note 3, at 454.

56) SA : r188.

57) Cairns, *supra* note 3, at 454.

58) FCR : r25.10 ; NSW : r20.09 ; NT : r26.07 ; Qld : r365 ; Tas : r288 ; Vic : r26.07 ; WA : O 24A r8.

59) FCR : r25.11 ; NT : r26.09 ; Qld : r363 ; SA : r188 ; Tas : r290 ; Vic : r26.09 ; WA : O 24A r9.

60) Cairns, *supra* note 3, at 455.

がって、例えば、被告が原告に対し反訴を提起し、さらに共同被告を加えたようなケースで、原告がその共同被告に対する内容を加えた和解の申込みをしたところ、その内容の一部につき本来の被告が承諾しかねるものがあつたときは、和解の申込みの規定は適用されず、求償費用に関する判断を裁判所に下してはもらえないことになる⁶¹⁾。

クイーンズランド州では、不法行為に基づく死亡損害訴訟においては、2人以上の被害者が原告となり共同で訴えた場合でも、当事者は、1つ以上の訴えをまとめて和解の申込みをする際、その共同当事者の割合分担を定めずに総額で行うことが可能である。ただし、このような和解が成立したときには、裁判所が具体的な割合につき定めるかまたは配分につき拘束力ある合意がなされるかするまで、共同原告は支払を受けることはできない。行為無能力者に関する和解は、裁判所もしくは公的受託者による承認がなされないと拘束力が生じない⁶²⁾。

11 寄与求償分の申込み (offer to contribute)

多くの州では、求償関係の訴訟における和解の申込みについても考慮することが定められている⁶³⁾。すなわち、被告が他の被告または第三者に対しそれらの者の寄与分や求償分を求償訴訟として別に訴えているときには、この求償訴訟における当事者は、原告の訴えに対し自己の寄与分の和解申込みを行える。裁判所は、法的費用に関する判断においてこの寄与分の和解申込みについて考慮する。とはいえ、寄与分の範囲内容はさまざまでありうるため、裁判所は、この和解申込みについては何らかの考慮をすればよく、具体的にはどのように考慮すべきかについては法では定められていない⁶⁴⁾。

61) See *Barwon Region Water Authority v Aquattec-Maxcon Pty Ltd* (2007) 17 VR 480.

62) Qld : r362A.

63) FCR : r25.13 ; NSW : r20.32 ; NT : r26.10 ; Qld : r364 ; Tas : r291 ; Vic : r26.10.

64) Cairns, *supra* note 3, at 455.

第3章 オーストラリアにおける裁判外の和解契約

1 裁判外の和解申込み

当事者間での非公式な和解の申込み（informal offers）は、前章で述べてきたオーストラリアの各州法に沿った訴訟上の「和解の申込み」制度とは異なるものである。非公式な和解の申込みは、訴訟上の和解の申込みが不適切であるときまたは個別の事件でのニーズに合った申込みをするときに裁判所に予断を与えないのできる申込みである。このような類の申込みは、「Calderbank Offer（カルダバンク申込み）」と呼ばれることが多く、通常は「裁判所に予断を与えない（without prejudice）」という枕言葉がつけられている。

このような枕言葉付きの和解申込文書は、訴訟上の責任を認定するための証拠とすることはできない点が重要なポイントである。ただし、実務では、裁判所は、この申込みを費用判断の際には考慮しうる。どちらの当事者からも、この「カルダバンク文書」の形でこの申込みをすることができるが、もし被申込人が申込みを拒否し審理を進めたときは、裁判所は法的費用の判断においてこの申込みを参考にすることができる。したがって、拒否されたカルダバンク申込みは、裁判所が申込人のために有利に支出補填的訴訟費用を命ずる誘因となりうるのである⁶⁵⁾。

カルダバンク申込みは、イギリスの判例法（婚姻財産分配事件、Calderbank v Calderbank [1976] Fam 93.）に由来し、その後通常事件にも広く適用されるようになった原則である。裁判所外の契約上の和解の申込みがなされたが相手方に拒絶されて裁判になった場合に、和解の申込み内容については事実としての信用性がないので証拠としてこの書面を提出することは許されないものの、法的費用に関する裁判において考慮することができるとする判例法である。すなわち、申込額よりも申込みを拒絶した当事者側に本案において不利な判決が下された場合、あとでこの申込みを考慮して申込人の費用負担額を減額する

65) *Id.*, at 456.

判断をなしうるというものである。合理的な和解の申込みを不合理に拒絶した者は、判決によって増加した費用を払うべきであるという考えに基づく。オーストラリアでは、広くこの原則が適用されているとのことである⁶⁶⁾。

連邦裁判所、ニューサウスウェールズ州、クイーンズランド州、タスマニア州およびビクトリア州では、和解の申込みが認められる訴訟の種類に限定はないのに対し、北部準州では、損害賠償の訴えの場合においてのみ認められるのが原則であり、その他の訴訟では裁判所の裁量による⁶⁷⁾。

カルダバンク申込みにおいては、これを拒絶してその訴訟結果が申込み内容よりも申込人に有利な内容となったことが必要であり、また、その拒絶が不当であったことが必要とされ、それは拒絶した状況をみて評価されるべきであると言われている。すなわち、①申込みがなされた時期、②申込みを検討する時間がどれくらい与えられたか、③和解内容の範囲、④申込みがなされた日における被申込人が勝訴する見通し、⑤申込み内容の確定性、⑥もし被申込人が申込みを拒絶した場合に支出填補的訴訟費用を課されることが予見されるような申込みであったか、につき、裁判所は検討しなければならないとされている⁶⁸⁾。

カルダバンク申込みがあったことは、裁判所が法的費用の判断に際して考慮すべき要素の一つに過ぎないのである⁶⁹⁾。

カルダバンク申込みと区別されるものとして、「一括和解申込み（“all-up” offer）」がある。これは、文字通り、訴額に加えて利息や費用もすべて「込み」で行う和解申込みであるが⁷⁰⁾、一括申込みであるがゆえに、どの部分が訴額分でどの部分が費用分に該当するかなどの切り分けができないとされている

66) *Id.*, at 456-457.

67) Cairns, *Id.*, at 457.

68) 本文で引用したカルダバンク事件判例参照。

69) *Jones v Bradley (NO 2)* [2003] NSWCA 258.

70) *GEC Marconi Systems Pty Ltd (t/as Easams Australia) v BHP Information Technology Pty Ltd* (2003) 201 ALR 55.

る⁷¹⁾。そのため、申込人にとって、カルダバンク申込みと一括申込みのどちらが有利であるかは一概に言えないものと解されている。ただし、被申込人の代理人弁護士からすれば、訴訟を進めたときの金銭リスクは換算しうるはずであり、カルダバンク申込みは、裁判所に支出補填の訴訟費用判断についての裁量を与える点に意義があるとの見解もある⁷²⁾。

なお、ビクトリア州の上訴判決には、カルダバンク申込みでも、法的費用を和解内容に含めることは、その旨を明らかにすれば認めるとしたものがある⁷³⁾。

第4章 オーストラリアにおける裁判上の和解手続

1 裁判上の和解（compromise of action）の手続

当事者が訴訟において和解するときは、契約上の拘束力のある合意を行うかまたは裁判所に同意判決を下してもらうかを選択することになる。いずれの方法によっても、紛争解決に至ることになり、紛争を蒸し返すことは許されない⁷⁴⁾。

裁判所の介入なしになされた和解でも、契約上の拘束力は認められる。とはいえ、それが後に裁判上の争いになるのを避けるため、証印（seal）された形でなされることが多い。捺印証書（deed）には、さまざまな和解内容を入れることができ、それらには拘束力が生じ、関連する訴訟や他の訴訟をも拘束する⁷⁵⁾。

しかしながら、後の訴訟を防ぐため、証印されたか否かを問わず、和解には

71) *Australian Competition and Consumer Commission v Universal Music Australia Pty Ltd* (2002) 201 ALR 618 at [60].

72) Cairns, *supra* note 3, at 459.

73) *Berrigan Shire Council v Ballerini (NO 2)* [2006] VSCA 65.

74) *Holsworthy Urban District Council v Holsworthy Rural Council* [1907] 2 Ch 62.

75) Cairns, *supra* note 3, at 459.

裁判効があるとの条件を入れるべきであるとされている。そうでなければ、和解内容が実行されないときに裁判所で争われうるからである。裁判効を認める文言が入っていないければ、改めて訴訟手続をしないと執行できないことになる⁷⁶⁾。ただし、当事者は、和解内容の履行確保のため、和解契約に不履行があったときは裁判所に訴えられるという留保をつけておくべきであるとされる。

訴訟上の和解の形式は5種類に分類されている⁷⁷⁾。

① 原告の請求を認容する判決が出された後、和解の内容を被告が検討し履行する限りで、強制執行を停止するというもの。金銭債権回収に適した和解であり、和解内容に違反があれば、原告は直ちに強制執行を行える。

② 和解内容を同意判決にするもの。判決は、両当事者に一定の義務を課すもので、和解内容が複雑で両者に義務が課される場合に適している。

③ 「Tomlin Order (トムリン命令)」⁷⁸⁾と言われるもの。これは、②の和解と異なり、和解内容が判決内容にはならず、和解で定められた期日までは訴訟手続を停止するだけであり、和解に不履行があれば、改めて当事者が訴訟手続続行を申し立てることになる。

④ トムリン命令の亜種。代理人の書面で合意された文言に従って手続を停止するという同意命令を裁判所が下す。

⑤ 裁判所は命令を下さず、当事者が内容を定め合意し、裁判所は何も命令を出さずに、訴訟を終了するもの⁷⁹⁾。

2 訴訟上の和解の執行 (enforcement of compromise)

訴訟上の和解も申し立てれば強制執行できなければならないはずであるが、和解の強制執行には困難が生じがちである。もし強制執行を確実にしたければ、同意判決の形で和解をしておく必要がある。和解内容を含む判決が下された後

76) *Green v Rozen* [1955] 1 WLR 741.

77) *Id.*, at 743-746.

78) 注(76)判決 *Green v Rozen* at 744-745 でこの方法が指摘されている。

79) 同上の判決で説明された方法。

に執行手続を停止する命令がなされている状態であれば、必要に応じて停止が解除され、判決内容に従った執行が可能になるからである。和解内容が判決に含まれていれば、それは判決の一部として強制執行される⁸⁰⁾。

問題が生じがちなのは、当事者が訴訟上の和解を契約的に行い、判決にしない場合である。裁判所が単に当事者が合意した内容に基づき手続を停止するだけでは、判決にはなっていない。そのため、裁判所は手続の停止を解いて期日を再開し、当事者が和解内容に従った主張に変更することを認めることができる⁸¹⁾。

もし単純に期日を再開するだけでは不十分なようであれば、以下の2つの方法が考えられる。契約上の和解は、新たな手続によって強制執行するか、またはより迅速な方法として、関連手続の中で強制執行することが認められるかである⁸²⁾。

しかしながら、後者については、関連手続の中で強制執行しうる旨の文言が入った裁判所命令が下されかつ実際に関連手続で判決が下されていない限り、関連手続としての強制執行は認められないとの見解もあるようである。裁判所命令がないということは原告の請求については敗訴にあたると考え、和解内容の不履行があったとしても、原告は当初の請求内容は和解内容に吸収されてしまっており、新たな手続により執行しうるのみとしている判例がある⁸³⁾。

特に、本来の請求を超える範囲の合意がなされた和解においては、当初の手続における強制執行は難しいとされており、さらなる手続が必要となると言われている⁸⁴⁾。本来の手続で審理されていなかった重要な事項に和解がかかっている場合、和解内容を争うには別の手続が必要となりうる。また、和解内容の不履行に関する事実の争いについても、別途手続が必要とされる⁸⁵⁾。

80) Cairns, *supra* note 3, at 460-461.

81) *Necora v Talbot* [1960] VR 537.

82) Cairns, *supra* note 3, at 461.

83) 注(76) 判決 *Green v Rozen* 参照。

84) *Crisp and Gunn Cooperative Ltd v City of Hobart* (1963) 110 CLR 538.

3 同意判決 (consent judgment)

当事者にとって最善の和解方法は、同意判決により行うことである。これにより、和解は強制執行可能になるのである。同意判決は、当事者の弁論を行った後に与えられる判決と同様に、拘束力を持つ正式な判決である。これにより定められた事柄については禁反言 (estoppel) の効力を生じさせるし、通常の判決の強制執行によるのと同様の執行手続により執行される⁸⁶⁾。

和解に強制力を生じさせるためには、「判決 (judgment)」によることが重要であり、「命令 (order)」では足りない。したがって、「トムリン命令」により訴訟が停止している場合も、和解内容は直ちに強制執行されえない。当事者は、裁判手続を続行する権利を留保されている。第三者が自己の利害に関わるとして申立てがあったときまたは当事者の同意があれば、同意判決は破棄される⁸⁷⁾。

複数の当事者のうち同意判決が破棄されることに同意しない者がいる場合、和解を破棄するための手続は分離してなされる⁸⁸⁾。同意判決の破棄が認められるためには、当事者は、同意が誤解などによることを証明しなければならない。また、詐欺により同意していたときには、詐欺の主張に関する別の手続において同意判決は破棄されることになる⁸⁹⁾。

同意判決に執行力が生じないときには、裁判所は再審理することが可能である。ただし、これにより、一度合意した当事者が合意を撤回できることにはならない。同意判決を破棄したい旨の申立ては迅速になされなければならない、かつ明白で十分な証拠によってその根拠が証明されなければならない。そのうえで、裁判所が同意判決を破棄すべきかを独自に判断する⁹⁰⁾。したがって、当

85) Cairns, *supra* note 3, at 462.

86) *Id.*, at 463.

87) Cairns, *supra* note 3, at 464.

88) *Ainsworth v Wilding* [1896] 1 Ch 673.

89) Cairns, *supra* note 3, at 464.

90) *Dietz v Lennig Chemicals Ltd* [1969] AC 170.

事者の同意が単にいやいやながらなされたという事実だけでは、同意判決が破棄されるわけではない⁹¹⁾。

裁判所は、裁判所の権限内にあり当該事件を和解で処理することが妥当であるならば、代理人がついている当事者による和解を妨げてはならないとされる。ただし、このような同意判決の当事者的性質にも拘わらず、同意判決はあくまで司法権の行使によるものであり、裁判所には、和解内容が十分なものとなっているかにつき、監督する義務がある⁹²⁾。

4 責任を認めずに行う和解 (settling without admitting liability)

訴訟上で和解がなされ同意判決が下されても、当事者が責任を認めないことが内容として明記されていることは多いようである。しかしながら、責任を認めずに行う和解の法的意義については争いがあるようである。

従来の判例には、当事者が責任を認めずに何らかの支払をすることは矛盾するという意見もあったし、支払が認められる以上は法的には当事者に責任が認められるのであって、責任を認めないという言葉は使うべきではないという意見すらあった⁹³⁾。そうでなければ、金銭支払を認める裁判所の裁判権 (jurisdiction) がないと言うのである。責任が認められなければ、裁判所は金銭支払を認める裁判権を支える根拠事実が認められないのだと考えるのである⁹⁴⁾。

他方で、和解した同意判決において当事者が責任を認めていない以上、別の訴訟で、強制執行できないとの主張が出されたのに対し、裁判所は、「責任を認めず」との文言があっても、裁判所の判断に対する同意はなされているので、

91) *Harvey v Phillips* (1956) 95 CLR 235 ; *Tresize v National Australia Bank Ltd* (1994) 50 FCR 134.

92) Cairns, *supra* note 3, at 465.

93) 前者は Taylor AJA の意見 (*Ashenden v Stewarts and Lloyds (Aust) Ltd* [1972] 2 NSWLR 484, at 494) で、後者は、Hardie AJA の意見 (*Id.*, at 498) である。

94) Jacob JA の意見 (*Id.*, at 488) である。

金銭支払を認めた当事者に責任を課すだけの十分な根拠となり、その者に強制執行は認められるとの見解が示された判例もある⁹⁵⁾。

結局、この判例の多数意見によれば、責任を認めずと明記された同意判決によっても、和解内容で課された義務の履行責任は法的に認められると解されているようである⁹⁶⁾。

5 幼児 (infants) または無能力者 (disabled person)⁹⁷⁾ の和解

幼児または無能力者ら（以下「無能力者ら」と言う。）の和解が有効なものとなるには、これらの者の福祉的保護の観点から、衡平裁判所の認可 (sanction by the Court of Chancery) が必要とされている⁹⁸⁾。

無能力者らは、和解内容を完全に理解して法的同意をする能力に欠けるため、訴訟手続に係っていなくても、後見的役割としての裁判権 (parens patriae jurisdiction) から衡平裁判所の認可が必要とされる。裁判所の認可を受けていない和解については、他の契約行為の場合と同様、無能力者らは、履行を拒絶する (repudiate) ことができる。

和解認可の判断に際しては、裁判所は無能力者らの利益のみを考慮する。訴訟前の和解に際しても同様である。無能力者らは後見人と共に和解内容に関連する事柄すべてを慎重に考慮して後見人が本人にとって利益だと認めた内容でない限り、裁判所は和解を認可してはならない⁹⁹⁾。

95) Crockett J の意見 (*Murdoch v Murdoch* [1972] VR 855) である。

96) Cairns, *supra* note 3, at 465-466.

97) 「disabled person」の訳として、一般には「体の不自由な人」という語が使われ、政治的な表現としてはそちらの方が当然望ましいと思うが、ここでは、法的理解のため、日本での伝統的な法律用語を使うことにする。

98) ACT : r282 ; FCR : r9.70 ; NSW : *Civil Procedure Act 2005*, s76 ; NT : r15.08 ; Qld : *Public Trustee Act 1978*, s59 ; Tas : r299 ; Vic : r15.08 ; WA : O 70 rr10, 11. ただし、クイーンズランド州では、公的受託官 (Public Trustee) も、裁判所と同様、和解を認可することができ、実務では、訴訟前にも、公的受託官に和解を認可してもらうことができるので、重宝されているようである。Cairns, *supra* note 3, at 466 note54.

99) Cairns, *supra* note 3, at 466.

他方で、裁判所が和解を認可するか否か判断する際、通常は訴訟上の後見人（litigation guardian）の意見が関係してくるが、訴訟上の後見人は和解権限を有してはならず、訴訟追行権限しか有していない¹⁰⁰⁾。最終的には、裁判所の見解が判断を左右するのである。また、後見人の意見は必ずしも裁判所の判断において考慮しなくてもよいとされるが、無能力者らの利害に関するのであれば、後見人の意見を考慮しなければならない¹⁰¹⁾。

和解の認可手続においては、裁判所は無能力者らの状況について十分な情報を得なければならないところ、無能力者らに法的助言を行うアドバイザー達（事務弁護士（solicitor）、法廷弁護士（Council）および後見人（next friend or guardian））は、裁判所よりも無能力者らの状況について良く分かっているので、実際には、裁判所は、情報もなければじっくり提案されている和解案を検討する時間もないため、必要なすべての関連情報をアドバイザー達に頼ることになり、また依頼人の利益や評価に関する彼らの意見を大いに参考にして、和解認可の判断を行うことになる。無能力者らは自分では和解内容のリスクと利益についての吟味や判断ができかねるので、裁判所とアドバイザー達の責任が重大である¹⁰²⁾。具体的には、事務弁護士が法廷弁護士に対し、自己が取得したすべての関連情報を確実に提供し、法廷弁護士は和解を承諾するのが依頼人の最善の利益になるのか検討し、両者の意見を後見人は適切に理解し、和解案を拒絶する場合と和解案を承諾する場合のメリット・デメリットを比較衡量することとなっている。このようなアドバイザー達すべての意見は、裁判所の要求があれば、宣誓供述書（affidavit）にして、裁判所に提出しなければならない¹⁰³⁾。

認可裁判所への資料は、和解することの利益を示すものでなければならない。訴訟が開始し、当事者が訴答（pleading）段階で責任を否認していたのであれば、

100) *Glassford v Murphy* (1878) 4 VLR (L) 123.

101) *Karvelas (an Infant) v Chikirow* (1976) 26 FLR 381.

102) Cairns, *supra* note 3, at 466-467.

103) *Id.*, at 467.

責任に関する和解内容について、裁判所に対して説明が十分になされなければならない。とくに被告が人的損害に関する損害賠償事件で寄与過失（日本の過失相殺と同趣旨の制度）について主張していたときの和解認可手続においては、裁判所は、当事者の責任の割合について資料を十分に提供されたうえで和解が適切であったかについての判断を形成できなければならない。すなわち、裁判所は、当該事件の請求を支える事実について説明がなされ、かつ原告側の訴訟上の優劣に関する情報が提供されなければならない。裁判所が被告の責任および関連事実について意見を形成する際、原告のアドバイザー達に大きく頼ることにはなるものの、裁判所でも独自に判断できるだけの十分な情報を提供されなければならないのである。被告が責任を否認した事件では、責任に関する問題が将来生じかねないからである。裁判所は、すべての事件において、原告のアドバイザー達がすべての関連事実を考慮しており、またそれらの意見が正しく、そのうえで十分な説示に基づいて和解がなされているかについて、判断できなければならない¹⁰⁴⁾。

裁判所は、責任の所在について適切に判断ができるとなれば、次に責任の割合について検討することになる。アドバイザー達は、損害の種類、損失および損害、現在および将来分などを十分に提示しなければならない。これらの情報から、裁判所は、主張された損害額に対応する十分な和解額が申し込まれていたかを判断できなければならないのである。和解の申込額と損害額との間に差があれば、和解の取扱いについて注意が必要となり、その理由が問われなければならない。理由はいろいろありうるからである。また、裁判所は、和解を承諾することの確実性と訴訟に係属した場合のリスクとを考慮し、訴訟のリスクが和解内容の不利益を上回るようであれば、和解を承諾することが相対的に望ましいとの判断を行う¹⁰⁵⁾。

和解内容は、法的費用を含んだ一括払であることが多いが、それを受けて、

104) Cairns, *supra* note 3, at 467.

105) *Elliott v Diener* (1978) 21 ACTR 21; *Clement v Basset* (1987) 46 NTR 36.

当事者は受け取った額に見合った法的費用を支払うことになる。被告にとって、一括払での和解は便宜にかなっている。すなわち、個別に損害の項目や費用について原告と争わなくてすむからである。原告にとっては、法的費用について適切に助言されたうえ、支出した当該費用について正確な記録があれば、（法的費用を除いた）実際に具体的に得られる和解額を十分計算できることになる。しかし、これは、裁判所の関与の程度にもよることになる¹⁰⁶⁾。

法は、無能力者に判断能力があるとはしていないところ、一括払和解は、ソリシターと無能力者らとの間に利益相反の状況を創出しかねないことになるので、裁判所は通常は一括支払和解を認可しない。しかしながら、法的費用について別項目で定められていれば、裁判所は法的費用込みの一括払和解を認可しうる。その場合、和解認可額は無能力者らにいったん支払われ、その上で定められた法的費用がソリシターに支払われることになる¹⁰⁷⁾。

ニューサウスウェールズ州では、幼児に関しては、一括払の和解を交渉すべきではないとの実務指導がなされている。これによると、第一に損害賠償額についての合意がなされた後に、別途費用について検討された場合でなければ、一括払の和解を承諾すべきではないとされている。損害賠償額について合意が成立した後に、法的費用の合意がなされなければならないのである¹⁰⁸⁾。

裁判所が和解内容を認可すると、後見人が無能力者らのために実際に和解を行うことになる¹⁰⁹⁾。

106) Cairns, *supra* note 3, at 467-468.

107) *Sztockman v Taylor* [1979] VR 572.

108) Practice Note (Settlements of Claims for Damages by Infants) [1967] 1 NSW 276. 一括払い和解を否定した判例として、*McLennan v Phelps* (1967) 86 WN (Pt 1) (NSW) 86.

109) Cairns, *supra* note 3, at 468.

第5章 オーストラリアにおける和解のための裁判所供託

1 裁判所供託 (payment into court) の法的性質

原告の訴えに対して被告の和解申込みを実効的なものとすべく、被告側は、裁判所の供託制度を利用することができる。これが被告側の和解申込みのための「裁判所供託」制度である¹¹⁰⁾。

もしこの裁判所供託がうまく使われて、現実供託された額が妥当であれば、原告も、和解するか訴訟を続行するか検討せざるを得なくなる。もし審理に入り原告が受けた判決が供託された額よりも少なければ、原告には制裁的な費用負担も課されうるのである¹¹¹⁾。

和解のための裁判所供託は、防御的な手段ではなく、単に原告が訴えにおいて満足できるだけの額を裁判所に供託するものであり、供託により手続は停止する。判決にも至らない。供託を原告が受ければ裁判所は手続を終了するので、和解に基づく支払がなされたのと類似の効果をもたらす。設定された供託金を受け取る期間を超えた場合には、供託金は裁判所の排他的な権限の下に置かれ、原告は期間後には裁判所の許可なくして供託金を請求できなくなる¹¹²⁾。

原告の供託金の受領によっては禁反言効 (estoppel) は生じないとされるが、手続が停止するので、当該訴えを蒸し返すことはできないとされている¹¹³⁾。原告が供託金を受領することは、訴えのあらゆる原因について完全に満足したことと同様に扱われるのである。したがって、供託金の受領は、法的な性質は異なるものの、判決に類する結果が生じるのである。

被告は、原告の金銭給付に関する訴えであれば、裁判所供託ができる。した

110) ACT : r1000 ; NT : r26.12 ; Tas : r268. 母法のイギリスでは、イギリス民事訴訟規則の第36部にあり、「第36部供託 (Part 36 payment)」といわれているようである (研究社英米法律語辞典参照)。

111) Cairns, *supra* note 3, at 468-469.

112) *Id.*, at 469.

113) *Cole v Austin Distributors Ltd* [1953] VLR 155.

がって、不法行為訴訟や契約に基づく訴訟については裁判所供託ができることは明らかとされている。しかしながら、債権回収や損害賠償といった金銭給付訴訟ではないときでも、裁判所は現物給付などの衡平上の救済に加えてもしくはその代わりに衡平上の損害賠償を認めうる。したがって、原告が契約などの履行を求めている場合、被告は裁判所供託をすることができない。他方で、原告が衡平上の現実給付と共に債権や損害について金銭給付を求めているのであれば、裁判所供託が可能である。このとき、被告は、債権や損害賠償に関する部分について裁判所供託が可能である。例えば、土地取得に関する補償請求であれば、債権や損害賠償の請求と同視され、裁判所供託の対象となりうるのである¹¹⁴⁾。

なお、この裁判所供託は和解申込みのためのものであり、そのほかの実質的な理由で必要とされる権利や義務としての供託に影響するものではなく、別物である¹¹⁵⁾。

2 裁判所供託の通知

裁判所供託を行う際、被告は原告に対し、裁判所に供託したことの通知をしなければならない¹¹⁶⁾。もし複数の訴訟原因があった場合には、どの訴訟原因に対する裁判所供託であるか特定しなければならないし、複数の訴訟原因に対するものであれば、どの部分にいくら該当するか特定する必要がある。もしそのような特定なく供託がなされたのであれば、たとえ原告が判決で供託額よりも少ない額を認められたとしても、支出補填的訴訟費用に関する利益を得られないことになる。裁判所は、適切な形式を採っていない通知については、有効なものと扱ってはならないとされている¹¹⁷⁾。

オーストラリア首都特別地域では、裁判所供託の通知において、責任につい

114) *Crisp and Gunn Co-operative Ltd v City of Hobart* (1963) 110 CLR 538.

115) Cairns, *supra* note 3, at 470.

116) ACT : r1000 ; NT : r26.17 ; Tas : r268.

117) Cairns, *supra* note 3, at 470.

て認めるか否認するかをも特定する必要があり、通知内容が訴訟手続に関連するかについても明らかにしなければならないとされている。例えば、被告が当初、訴え提起段階の訴答（pleading）では責任について否認し、後に責任を認めた内容で裁判所に供託することは可能である。すなわち、訴答で争点が挙がりそこで責任を否認した場合、その後の責任を認めた裁判所供託をしても、審理においては責任を否認したままになる。反対に、被告は訴答段階で責任を認めておきながら、裁判所供託をする際、責任を否定することは許されないと判示されている¹¹⁸⁾。

ただし、複数の訴訟原因に対して単一の裁判所供託がなされた場合でも、例外的に、裁判所の裁量で適当に処分することが認められることがある。例えば、原告が著作権の侵害、抑止および変換についてそれぞれ訴えを提起しているもののすべての請求原因が同じ一連の事実により生じているようなときは、原告が1つの訴訟原因を主張しているとして、被告は単一の裁判所供託を行いうる。もし裁判所がそれぞれ損害賠償額を算出するのであれば、二重評価になりうるからである。原告の方が、被告よりも、訴訟原因を複数に分割しやすい立場にあることも理由にされている。また、名誉毀損の訴訟において、原告が3つの訴訟原因を主張していたが、そのうち1つの損害賠償額が認められる可能性が大きいようなときにも、単一の供託が認められている¹¹⁹⁾。

被告は、訴えで主張された訴訟原因がいくつであるかに関わらず、全体として責任があるのかどうかを考えるものであるのが実際であるところ、北部準州では、被告が複数の請求原因を区別することなく事件全体のための供託を行うことを認めている。もし被告がいくつかの請求原因に分けた形で供託するようであれば、どの供託がどの訴訟原因に該当するのかが特定されなければならない。また、もし原告が供託金を請求原因ごとに分割するのが困難なようであれば、裁判所が分割を命ずることは許される。どのようなときが分割困難なとき

118) *Bonitto v Fuerst Bros & Co Ltd* [1944] AC 75; *Davies v Rustproof Metal Window Co Ltd* [1943] KB 299.

119) Cairns, *supra* note 3, at 471-472.

であるかについては、個々の事件の状況によるようである¹²⁰⁾。

タスマニア州では、被告に訴訟原因を分けることもしくは分割して供託することは要求しておらず、訴訟原因の数に関わらず1つの供託で足りるとしている¹²¹⁾。

3 被告による裁判所供託の撤回の可否

裁判所にいったん供託がなされると、被告はその額を減らしたり総額を撤回したりすることは、裁判所の許可なくしては許されなくなる。

ただし、裁判所供託後に、さらなる証拠が見つかったようなときは別である。例えば、人的損害に関する過失責任の訴えが提起されていたが、被告が和解のために裁判所に供託した後に原告が死亡したときは、傷害から死亡へと損害賠償の内容は変容することになるが、供託金は傷害までを対象としていたのであるから、死亡に関する事項について供託金を充てることはできず、裁判所は供託金の撤回を認めることになる¹²²⁾。

4 原告による裁判所供託の承諾

裁判所に供託がなされてから14日以内に原告は供託額を承諾するか否かにつき決めなければならないと定められている州においても、一般的には、審理の再開がなされるまでは、承諾することが認められている¹²³⁾。原告が供託額につき承諾しそれが認められると、原告は、供託日までの法的費用についても、被告から受けることができる。原告が訴え全体に対する供託額について承諾したのであれば、訴訟手続において他に主張されていた訴訟原因については、放棄しなければならない¹²⁴⁾。

120) NT : r26.17, r26.18.

121) Tas : r268. 例外的な場合については、Cairns, *supra* note 3, at 472.

122) Cairns, *supra* note 3, at 472-473.

123) ACT : r1006 ; NT : r26.21 ; Tas : r269.

124) ACT : r1007 ; NT : r26.22 ; Tas : r269.

また、余分な費用を増加させないように、原告の承諾は可及的速やかになされなければならないが、一般的には、審理の最終日まで承諾することが許されている。供託がなされて供託の対象とされた訴訟原因に関する手続は停止しているが、供託額につき原告が承諾すると、対象とされた訴訟原因については、拘束力ある和解が生じることになる。ただし、原告が、供託金を受け取っても別の訴えについては訴訟が続くと錯誤していた場合には、供託額を裁判所に戻して手続を再開するよう求めることができると解されている¹²⁵⁾。

5 費用判断における裁判所の裁量

原告が裁判所供託金を受け取ってすべての訴えについて和解が成立すると、原告は、裁判所が別途定めない限り、裁判所供託がなされた日までの法的費用について支払を受けることができる¹²⁶⁾。逆に、原告が手続を続行し、判決で供託額よりも少ない認容額を得た場合には、裁判所は原告に裁判所供託後に生じた被告の法的費用を支払うよう命令することができるとされている。

裁判所は、法的費用の判断において裁量権を有しているものの、その判断の際、裁判所供託額を考慮しなければならない。他方で、審理が続行した場合には、訴えの内容そのものの判断においては、責任の問題およびその割合などについての判断手続が終わるまでは、裁判所供託のことは考慮も言及もしなければならないと解されている¹²⁷⁾。

原告には損害賠償について裁判所に判断してもらう権利があるとはいえ、その権利は合理的に行使されなければならない。もし裁判所に十分な額が供託されたのであれば、原告が裁判を続行することは合理性を欠くことになる。すなわち、原告は不合理な訴訟行為について費用を負うことになりうるのである。これらの事情は個別に判断されることである¹²⁸⁾。

125) Cairns, *supra* note 3, at 472–473. *S Kaprow & Co Ltd v Maclelland & Co Ltd* [1948] 1 KB 618.

126) ACT : r1007 ; NT : r26.26 ; Tas : r269.

127) Cairns, *supra* note 3, at 473.

今日では、被告が責任を認めることは、法的費用に関する裁判において裁判所が裁量権を行使する際にのみ影響する。責任を認めた裁判所供託がなされた場合に、判決が裁判所供託額よりも少ない額を認めたときは、原告は、判決額についてのみ支払を受けられる。裁判所に責任を認めつつ供託がなされたということは単なる情報に過ぎず、訴答では責任の所在について争われていたのであれば、何ら拘束力を有しない。最も便宜的な実務の考え方としての帰結は、もし原告が判決で供託額より少ない額を受け取ったときは、被告が供託日までの原告の費用を負担し、原告はその後に被告にかかった費用を負担するというものである¹²⁹⁾。

6 反訴と裁判所供託

反訴があった場合、裁判所供託においてその旨が考慮されうる。すなわち、もし被告が反訴しながら裁判所に供託し、原告が自己の訴えに関してその裁判所供託金を受けたのであれば、被告の反訴においても、そのことは考慮される¹³⁰⁾。

7 裁判所に残された金銭について

もし裁判所供託がなされたものの、定められた期間内に受け取られなかったのであれば、もはやその供託金は裁判所の命令なくして支払われることはない。ただし、タスマニア州では、当事者が書面による合意を提出すれば、裁判所の命令なくして、原告に支払われうる¹³¹⁾。同様に、当事者が書面で合意すれば、この手続の下、被告にも戻すことが可能と解されている¹³²⁾。

原告が供託金を受け取るのに遅れた合理的な理由があったのであれば、裁判

128) *Id.*, at 474-475.

129) *Id.*, at 475.

130) ACT : r1008 ; NT : r26.19, r26. 22. タスマニア州ではこれに関する定めはない。

131) ACT : r1009 ; Tas : r270. 北部準州ではこれに関する定めはない。

132) Cairns, *supra* note 3, at 475-476.

所は、定められた期間後でも原告が供託金を受け取ることを認めるのが一般である。その際、原告の行為が信義に反しないことが必要とされる¹³³⁾。ただし、原告の行為が遅れたことにより増加した法的費用分を支払わなければならないという点には注意が必要である¹³⁴⁾。

第6章 日本の和解制度への示唆

第2章から第5章までのところで、オーストラリアのさまざまな和解制度について紹介してきたが、本章では、日本の和解制度への示唆について検討したい。

1 オーストラリアの和解制度についての小括

オーストラリアの和解制度には、日本の和解制度にはないさまざまなものがあった。

裁判上の和解については、①訴訟費用の増加負担的制裁を伴いうる和解の申込み、②和解を試みる間は訴訟手続を停止するトムリン命令、③和解につき強制執行力を確保するための同意判決、④責任を認めないまま内容につき妥協して行う和解（有効性に問題はあったが）、⑤被告からの和解申込みに関する特別制度としての裁判所供託などである。

裁判外の和解としては、①カルダバンク申込み、②一括申し込みなどが挙げられよう。また、幼児および無能力者の和解については、後見人らの関与や裁判所認可などの特別手続が用意されていた。

これらは、どれも非常に興味深い制度と言えよう。それぞれ和解的解決を促進するためのさまざまな工夫がなされていた。

133) *Millar v Building Contractors (Luton) Ltd* [1953] 1 WLR 780.

134) Cairns, *supra* note 3, at 476.

2 日本の和解制度との比較検討

和解を促進するために、法的費用の負担を制裁的に課するような種々のオーストラリアの和解制度はとても興味深い制度であることは間違いないと思われるが、日本にも同様の制度を導入するに足る魅力があるのかが、ここで考察されなければならないだろう。日本では訴訟係属後に和解の申込みがあった場合、申込みを拒絶しその後も訴訟係属したことで生じた訴訟費用の増加負担について、判決内容が申し込み内容よりも良くなかったときに和解の申込みを拒絶した側に支出補填の訴訟費用（しかも弁護士費用も含む）の負担を制裁的に課するような和解促進制度は設けていないからである。

他方で、オーストラリアの同意判決は、訴訟係属中に訴訟上で行う和解として裁判拘束力を伴うものであるので、日本の一般的な訴訟上の和解（民訴267条）がこれに対応するものといえよう。日本では、オーストラリアと異なり、調書に記載されれば訴訟上の和解には、原則として裁判拘束力すなわち既判力が一般的に生じると解されているからである¹³⁵⁾。

(1) 日本の和解制度の現状と課題

オーストラリアと異なり、日本では和解を促進するような具体的な法制度は特に見受けられないが、裁判所の運用として一般的に言われているのが、訴訟係属中に、裁判所が本案判決の見込みについての予測を当事者それぞれに心証開示して言及し、判決まで訴訟続行しても勝訴の可能性がどれくらい薄いかをそれぞれの当事者に示し、それよりも今の時点で当事者相互に歩み寄って和解をしたらどうかというような言及をすることにより、事実上、当事者の和解を推進するという慣行があるということである。

これには具体的なデータなどがあるわけではないので、伝聞や推測の域を超えないが、裁判所にそのような勧告を受けると、多くの訴訟代理人弁護士は、裁判所の助言を真摯に受け止め、多少不本意であっても素直に裁判所の勧告に

135) 前掲注（1）判例参照。

従って依頼人を説得し和解に応じることが多いようにも聞く。裁判所の勧告を無視して訴訟を続行することはなかなかリスクであり、もし当事者がそれでもなお訴訟を続行し結審したとしても、本来本案の純粋な審理結果として受けるべき判決以上に制裁的な内容を含んだ不利な判決を受けるだけのことになりかねないという暗黙の理解がそこにはあるようにもまた伺うところである。

もし万が一そのような状況が日本に慣行上多少なりとも存在するのだとすれば、裁判所はどのような根拠もしくは基準でそのような勧告を行っているのだろうか。

もちろん、裁判所には和解勧試の権限はある（民事訴訟法89条）。しかしながら、日本での訴訟上の和解においては、「裁判官や訴訟代理人の強い説得を受けた当事者が十分に納得しないまま仕方なく妥協をした結果成立している場合が少なからずあるとの批判もある¹³⁶⁾」ところであり、また「当事者側からしてみると、裁判官の心証や判断がよく分からないままに和解勧試を受けると、和解に応じることの合理性があるかどうかの判断に困難を来すとか、手続の公平さに疑念を抱くといった問題がある¹³⁷⁾」とも言われている。当事者に対し、裁判所が十分に心証を開示した上で和解勧試がなされているのかも一応問題であるが、それがなされているとしても、その心証の内容の開示は、和解の手続が交互面接方式で行われると、当事者間の正確な情報共有がなされないままになされる（別々に面接をされると、それぞれの当事者に同じ心証内容を言っていたとしても、それをお互いに直接確認できないので疑心暗鬼になりかねない状況がある）という問題が残る。

そのうえ、「紛争が訴訟の場に持ち込まれた以上、あくまで、裁判所がきちんと事実を認定して法律を適用し、判決で黑白を付けるのが原則であり、和解では、当事者の正当な権利主張が貫徹されないし、裁判所または一方当事者が和解による解決にこだわるあまり、訴訟手続が無駄に遅延することがある」、「受

136) 三木浩一ほか『Legal Quest 民事訴訟法【第2版】』（有斐閣、2015年）481頁。

137) 同上482頁。

訴裁判所の裁判官が和解手続を主宰するので、和解手続の中で裁判官が得た情報がその事実認定上の心証に影響するおそれがある」とも言われる¹³⁸⁾。すなわち、和解にこだわるあまりに訴訟遅延が生じたり、「当事者等が和解手続のみで述べたことが實際上裁判官の心証に影響することがあるのではないかと指摘されることがあ¹³⁹⁾」と言われているのである。

(2) 日本の和解制度に対する示唆

日本の裁判所による和解の勧誘については、このような消極的評価もなされているところであるが、これは、①オーストラリアの当事者による和解の申込み制度に見られるような判決と比較した客観的・具体的な基準および法的費用の負担という明確な制裁内容などがなく、②和解の申込み内容が後の続行審理において考慮されてはならないといった、和解手続と本案審理とを明確に切り分けるような制限規制がないこと、③オーストラリアのように和解内容に不明な点があったまま和解で紛争が終結してしまっても、後に結論の公平性の点などに問題が発覚すれば新たに争えるようなシステムになっていない（一般に日本では裁判所が和解内容について公平性などを諮る監督的義務は具体的には特になく、かつ当事者間で和解が成立するとそのまま既判力をも認めて争えなくしてしまう）ことなどに大きな理由があるようにも思われるのである。

そうだとすると、日本の裁判所が具体的な基準なくして一般的な和解勧誘を純粹に裁量の範囲で行っているのであれば、例えば、日本でも和解の申込み制度もしくは裁判所供託制度などを導入し、具体的な和解促進策として活用することは、検討しても良いように思われるのである。

他方で、オーストラリアの責任を認めずに行う和解については、オーストラリアでも本当に責任を認めないまま金銭的妥協により和解することはできるかという点については、州によっても見解が相違し争いがあり、また多数説的見

138) 同上481頁。

139) 同上482頁。

解ではそれは難しいという解釈であったので、この和解制度は日本への導入はひとまず見送っても良さそうではある。この制度は、責任を認めずという宣言をすることを建前として認めて社会的体面を守るところに主眼があつて、実際の責任を免れているとはいえないからである。ただし、日本も（あるいは日本こそ）体面を重んじる社会であるので、このような方便を形式的に認めることはありうるであろう。

第7章 おわりに

裁判所に和解の勧試に関する裁量権が大ききこと自体は決して悪いことではないことはいうまでもない。和解とは、裁判の内外を問わず、本来的に柔軟な紛争解決手続であり、紛争全体を一挙に解決するところに主眼をおいて、本案訴訟の訴訟物にしばられることなく自由に和解内容を定められるところに長所があるからである。

他方で、日本の裁判所の和解裁量権にほぼ制限がない状態については、さまざまな消極的評価をみるに、おそらく行き過ぎのところもあると考えざるを得ない面がある。和解は、本来的に当事者の私的自治に基づくものであり、当事者の自由な意思による合意こそが何よりも重要とされなければならないからである。日本の和解勧試制度において、裁判所の裁量権に何ら客観的な制限をかけていないため、裁判所が裁量という名で当事者の自由な意思というものを奪うような余地を広く残したままであるのであれば、それは制度的に問題ではないか。個々の裁判官の自律的運用により、実際にはほとんどの訴訟上の和解においては問題が生じていないと思われるが、制度的に不安定さを残しているのは、良くないのではないか。裁判所の勧試によるのではなく、当事者から自主的・積極的に和解提案をさせるようなインセンティブを与える和解の申込み制度のようなものを日本でも導入することを検討しても良いのではないか。

和解という本質的には当事者の自主的解決制度においては、裁判所のイニシアティブを助長するのではなく、当事者自らの和解に向けての合理的意思形成

を最大限促す仕組み作りが望ましいと思われるのである。そしてそれにはまた、当事者からの自由な和解申込みを担保すべく、和解の申込みがあったことは、それでは和解が成立しなかったとしても、裁判所はそのことを審理の判断において考慮してはならないといった規制も必要であろう。

裁判官が事件に関する心証開示を積極的に行うといった運用により、妥当な和解を模索することも一つの有益な方向ではあるが、今後、日本の和解を促進するような制度設計もしくは和解制度の見直しにおいては、当事者による自発的かつ合理的な（公平な内容を含む）和解提案をも増やすような方策をも検討すべきものとする。その際、本稿で検討してきたオーストラリアの種々の和解制度は、大いに参考になるものと思われる。

（本稿は、平成26年度～平成28年度科学研究費補助金・基盤研究（c）による研究成果の一部である。）

（たむら・ようこ 筑波大学法科大学院教授）

遺言による質権の設定について

直井義典

はじめに

第1節 旧民法典の規定

第2節 ベルギー抵当権法

第3節 現行法の解釈

- (1) 起草者の見解
- (2) 遺言法からのアプローチ
- (3) 担保法からのアプローチ
- (4) 遺言信託による質権の設定

第4節 私見

はじめに

わが国の現行法制度上、遺言によって質権を設定することが許されるのか。これが本稿の課題である。

近時の体系書でこの問題が特段の注目を集めているわけではない。しかしこの問題は以下の二点において、注目すべき問題であるように思われる。

第一は、質権設定過程との関係である。従来、質権は目的物の引渡しによって成立する、すなわち質権設定契約は要物契約であると解されていた。このことは、後述するように、遺言による抵当権設定は認めながらも質権設定は認めないという現行法の下における通説的見解にも反映されている。目的物の引渡しを観念できない単独行為たる遺言によっては質権を設定することはできないというのである。しかし、近時、質権設定契約の要物契約性自体が疑問視されるに至っている。設定者と債権者の間で質権設定契約が締結されたが目的物は

いまだ引き渡されていない状態において、債権者は設定者に対して何も主張することができないのか。質権設定契約を要物契約と解するならば何も請求できないことになりそうであるが、契約の効力として債権者は設定者に対して目的物を引き渡すように要求できるのではないか。そうだとすれば、単独行為であることのみをもって遺言による質権設定を否定するのでは短絡的に過ぎるようにも思われる。質権を設定するという遺言の効力がいかなるものであるかを検討すればよいはずだからである。

第二は、平成18年に制定された信託法3条2号において、担保権の設定をすべき旨の遺言をする方法による信託設定が認められたことと関わる。この条文の文言上は、遺言による質権設定は禁じられていない。これに対して前述の通説的見解は遺贈としての質権設定を認めない。このことをどのように解すればよいのか。3つの解釈方法がある¹⁾。第1は、遺贈と遺言による信託設定との制度の違いから説明すること、第2は、遺贈によっても質権の設定が可能であると解釈すること、第3は、信託法3条2号の文言を無視し、遺言による信託設定においては、遺言の性格による制限が内在的に存するので質権設定はできないと解すること、である。本稿はこのうち第2の解釈方法の可能性を探ろうとするものである。

遺言による質権の設定に関してはすでに旧民法債権担保編に規定が置かれていた。そこで本稿では、この規定の趣旨を起源と考えられるベルギー法にさかのぼって検討するとともに、旧民法の規定が現行法制定過程でなぜ削除されたのか、現行法の下における議論とはいかなる関係にあるのかを明らかにすることによって、遺言による質権設定の可否を検討していくこととする。

以下、第1節では旧民法の規定の解釈について、第2節ではベルギー法について、第3節では現行法の下での議論についてそれぞれ検討を加え、第4節で私見を述べることとする。

1) 道垣内弘人「遺言でもしてみんとてするなり」法教332号121頁。ただし、道垣内は質権と抵当権とを特に区別していない。

第1節 旧民法典の規定

旧民法典において遺言による担保権設定を認めていたのは以下の各規定である。

- 債権担保編 119 条「① 不動産質カ合意上ノモノナルトキハ其質ハ公正証書又ハ私署証書ヲ以テスルニ非サレハ当事者ノ間ニ之ヲ設定スルコトヲ得
② 又不動産質ハ第二百十二条ニ従ヒ遺言上ノ抵当ノ許サルル場合ニ於テハ遺言ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得
③ 不動産質ハ之ヲ設定スル証書又ハ遺言書ニ依リ財産編第三百四十八条ニ従ヒテ登記シタル後ニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス
④ 右ノ登記ハ抵当ノ順位ヲ保存スル為メ抵当ノ登記ニ同シキ効力ヲ有ス」

債権担保編 203 条「抵当ハ法律上、合意上又ハ遺言上ノモノタリ」

債権担保編 212 条「抵当ハ遺贈ノ担保ノ為メ又ハ第三者ノ債務の担保ノ為メニミ遺言ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得」

債権担保編 203 条が抵当権の一種として遺言上の抵当権が認められることを明らかにし、それを受けて債権担保編 212 条が遺言上の抵当権は以下の2つの場合に認められることを明らかにする。第1は遺贈の担保目的であり、第2は第三者の債務の担保目的である。遺言者自身の債務を担保する目的で遺言上の抵当権を設定できるかについては明文規定が置かれていない。債権担保編 119 条2項は、遺言上の抵当権が認められる場合には遺言上の不動産質権も認められるとするものである。遺言上の動産質権・債権質権が認められるかという点に関しては特に規定がない。

以上から、以下の2つの疑問が生じる。第1に遺言上の質権はいかなる目的で用いることができるのか、第2に遺言上の質権は目的物が不動産以外の場合にも認められるのか、である。

第1の問題を解決するには、ボアソナード草案にさかのぼる必要がある。

ボアソナード草案 1124 条2項は、旧民法典におけると同様に、草案 1218 条によって遺言上の抵当権が設定できる場合には遺言上の質権が設定できると定

めるのみである。そこで、遺言上の抵当権に関するボアソナード草案1218条の規定から検討していくこととする²⁾。旧民法典との相違点としては、同条2項で第三者の債務の担保のために抵当権を有効に設定するためには、設定者が債務者ならびに債権者に対して、遺贈能力と受遺能力を有することを要するものとしていたのが旧民法典では削除されたことが挙げられるが、本稿の課題にとっては重要ではない。またボアソナード草案では、遺言上の抵当権は遺言者の所有不動産上に設定されることが明記されていたが、これも削除されている。しかし抵当権の目的が不動産に限られる（旧民法債権担保編195条）ことからすればこの点もあまり重要ではない。したがって、遺言上の抵当権の利用目的の点ではボアソナード草案と旧民法典の内容は同一と理解してよいだろう。

それでは、そもそもボアソナードはなぜ遺言上の抵当権という考え方を取り入れたのだろうか。この点に、遺言上の抵当権の利用目的を明らかにする鍵があると考えられる。ボアソナードによれば、遺言上の抵当権は、裁判上の抵当権を削除したのと引き換えにベルギー法³⁾が最初に認めたものであり、それを草案に取り入れたのものであると説明される⁴⁾。そして草案への導入理由としては、賃借権も含めて⁵⁾あらゆる物権を遺言によって設定することができる⁶⁾のだから、抵当権も遺言によって設定できるのは当然のことであるとの説明を加

2) ボアソナード草案1209条が抵当権の種類に関する規定であり、そこに遺言上の抵当権が含まれている。同条の参照条文としてボアソナードが挙げるのはフランス民法2116条・2117条であるが、法定抵当・合意による抵当に関して参考にあしることを意図したものと考えられるのであり、これらフランス民法典の規定はボアソナードが遺言上の抵当権という制度をなぜ取り入れたのかを説明するものではない。

3) ボアソナードは、後述する1851年12月16日ベルギー抵当権法43条・44条を参照させている。

4) G. Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*, nouvelle édition, t.4, 1891, n°440. この点は、井上操『民法詳解 債権担保編之部 下巻』（岡島宝文館・明治25年）459頁、宮城浩蔵『民法正義 債権担保編 卷之二』（新法注釈会・明治23年？）68頁・105頁でも指摘されている。

5) 周知のとおり、ボアソナード草案では賃借権は物権とされており、旧民法典も財産編第1部物権の中の第3章第1節に賃借権の規定を置いている。

える⁷⁾。ここでは、遺言によって抵当権を設定できることが物権一般の設定行為レベルで基礎づけられている。また、後述するベルギー抵当権法と同様にわが国でも裁判上の抵当権を導入しないことから遺言上の抵当権を認めたとの説明も付加されている⁸⁾。

もっとも、旧民法典と同様にボアソナード草案においても、遺言者自身の債務を担保する目的で遺言上の抵当権を設定できるかは明らかではない。この点についてボアソナードは次のように注意を喚起する。遺言者が自己の債務発生時には抵当権を設定しなかったがその後になって自己の死亡を見越して債権者のために抵当権を設定する場合というのは恵与であって、債務者の死亡によって確定する債権者の地位を変動させるものではない⁹⁾。すなわち、遺言者自身の債務を担保する目的での抵当権設定は遺贈にあたり、草案1218条の規律対象とはならないというのである^{10,11)}。

それでは、ボアソナードはなぜ遺贈の担保目的の場合と第三者の債務の担保

6) この点は、宮城・前掲105頁でも指摘されている。

なお、旧民法財産取得編397条1項は「不動産物権ノ遺贈ハ遺言者ノ死亡ノ後受遺者カ其遺贈ヲ知リタル時ヨリ三十日内ニ之ヲ登記シタルニ非サレハ遺言者ノ死亡ノ日ニ遡リテ第三者ニ対抗スルコトヲ得ス」と定めるが、ここにいう物権に担保物権が含まれるかは明確ではない。井上操『民法詳解 取得編之部 下巻』（岡島宝文館・明治25年）552-552頁も、「不動産物権タル土地家屋又ハ其用益権使用権等ヲ以テ遺贈スル」というのみである。

7) Boissonade, op. cit., n°440.

8) Idem.

9) Idem. これに対して、遺言上の抵当権設定に当たる遺贈の担保目的の場合は、他の受遺者との関係で受遺者の地位が改善されることになるという。

10) もっとも、Boissonade, op. cit., n°440では第三者の債務の担保目的の場合についても遺言上の抵当権設定は債権者又は債務者のための恵与であると説明する。そのため、なぜ遺言者自身の債務を担保する目的での抵当権設定が遺言による抵当権設定と性質づけられないのかは、よくわからなくなっている。

11) これに対して鶴丈一郎ほか『民法疏義担保編』（岡島宝文館・明治24年）623頁は、理由を述べることなく、従来無抵当であった遺言者自身の債務に対し遺言をもって新たに抵当権を設定することは許されないとする。これが抵当権設定を一切否定する趣旨なのか、ボアソナードと同様に遺言上の抵当権設定という範疇には入らないことを意味するにすぎないのかは明らかではない。

目的の場合には遺言上の抵当権設定を認めるのが適切であると考えたのか。

遺贈の担保目的での遺言上の抵当権については、比較的詳細な説明が加えられている¹²⁾。ここでは、財産分離との関係が問題とされる。財産分離が認められる以上、相続人の債権者との関係では受遺者の権利は保護されており、それで十分ではないかというわけである。この点についてボアソナードは、遺言上の抵当権はフランス民法1017条〔2項〕¹³⁾の一般法定抵当と同様の目的を有するものであると説明する。しかし遺言上の抵当権には財産分離には見られない利点がある。それは、一部受遺者に他の受遺者に対する優先権を付与することができる点である¹⁴⁾。これに対しては、遺言書または遺言補足書でその旨を決定しておくことができるのだから、遺言上の抵当権は無用であるとの反対意見もあり得る。しかし、財産分離が請求されなくても不動産を第三者の下に追及できる点で有益であるというのである。

他方、第三者の債務の担保目的については、後述するベルギー抵当権法には見られなかったものであるが、ボアソナードは物上保証と同様に位置付けるほかに特に説明を加えていない。また、旧民法の注釈書にも、物上保証人による抵当権設定一般と同じとの説明が見られるのみである¹⁵⁾。

さらに、ボアソナードは第三者の債務の担保目的の方が多く用いられるであろうと推測しているが、その理由について述べるところはない¹⁶⁾。

12) Boissonade, op. cit., n°440.

13) フランス民法1017条「① 遺言者の相続人又は遺贈の他の債務者はそれぞれ、それらの者が相続において利益を受ける相続分及び割合に比例して、遺贈を個人的に弁済する義務を負う。

② それらの者は、それらの者が所持者である相続不動産の価額を限度として、遺贈をそのすべてについて抵当権付きのものとして弁済する義務を負う。」（翻訳は、『フランス民法典——家族・相続関係——』法務資料433号（昭和53年）によった。）

14) ただし、抵当権を有する受遺者に優先権が付与されるのは自由分の範囲にとどまり、遺留分侵害部分については抵当権が存することを理由に遺贈の全部履行を求めることができないのは言うまでもない（井上・前掲債権担保編下巻460頁）。

15) 井上・前掲債権担保編下巻462頁。

16) Boissonade, op. cit., n°440.

第2の問題については、ボアソナード草案によってもあまり明らかにならない。草案1124条2項は、旧民法債権担保編119条2項と同様に、遺言上の不動産質権設定が可能であることを明らかにするのみである。

この問題に関し、旧民法典の注釈書の中に注目すべき説明がある。直接には不動産質権設定の方式に関する記述であり抵当権の設定については同旨が妥当するというに過ぎないものではあるが、「不動産質ハ抵当ノ性質ヲ含有スルモノ」という説明をするものが見られるのである¹⁷⁾。ここにいう「抵当ノ性質」とは何かがまず問題とされるべきところである。注目すべきは、質権一般ではなく不動産質に限って「抵当ノ性質」を有するとされていることであろう。そうだとすると、「抵当ノ性質」とは目的物が不動産であることと密接に関係がある事柄ということになるはずである。もし遺言上の不動産質権が認められる理由がこの点に尽きるのだとすれば、遺言上の動産質を認める明文規定がない以上は、遺言上の動産質については否定的に解されるべきこととなろう。すなわち、遺言上の質権は一般には否定されるが、遺言上の抵当権が認められることから、それと類似した性質を有する遺言上の不動産質のみは例外的に認められるものと理解するわけである。

もっとも旧民法典の注釈書の中にも、財産取得編97条¹⁸⁾が動産質は契約によって成立するものと規定し、ほかに遺言上の動産質権を認める明文規定がないことを理由にそれを否定するものがある¹⁹⁾。しかしここで注意しなければならないのは、この見解の論者も、遺言による動産質設定は全く効力がないとしているわけではないということである²⁰⁾。この論者は、遺言による動産質設定

17) 鶴ほか・前掲343頁。

18) 財産取得編97条「動産質ハ債務者カー箇又ハ数箇ノ動産ヲ特ニ其義務ノ担保ニ充ツル契約ナリ」

19) 井上操『民法詳解 債権担保編之部 上巻』(岡島宝文館・明治25年)544-545頁。なお、同書・658頁には「動産質ハ遺言ヲ以テヲモ之ヲ設定シ得ヘキ」との記述が見られるが、これは次註対応部分に言及するものであって、動産質を設定できるとすることの意味あいには注意を要する。

20) 井上・前掲債権担保編上巻544-545頁。

により直接に動産質が成立するわけではないものの、相続人は債権者と新たに動産質の設定契約を締結する義務を負うものと解しているのである。

このように、遺言による動産質設定の可否については学説上も見解が分かれていた。

以上のように、旧民法典の規定はベルギー抵当権法の規定をボアソナード草案を介して引き継いだものである。そして、ボアソナードの説明からはさらに、遺言上の抵当権という制度は裁判上の抵当権を導入しなかったことに伴い導入されたこと、遺言による物権設定の一環として抵当権設定も認められること、自己の債務を担保する目的での抵当権設定は遺言でなされたとしても恵与として性質決定されることが明らかとなった。また、動産質における遺言上の抵当権設定の可否については見解が分かれていたものの、効力を完全に否定する見解はなく、少なくとも相続人が質権設定契約を締結する義務を負うものと解されていたことが明らかとなった。

続いて次節では、旧民法典の母法と考えられるベルギー抵当権法の規定について検討することとする。

第2節 ベルギー抵当権法

前述のように、遺言上の抵当権に関する旧民法規定の起源は1851年12月16日のベルギー抵当権法²¹⁾にあった。そこで本節では、同法において遺言上の抵当権が導入された経緯ならびにその解釈について検討する。

遺言上の抵当権について規定するのは同法43条・44条であった。

43条「抵当権は、法定のもの、合意上のもの、遺言上のものである。」

44条「① 法定の抵当権は、法律によって定められたものである。

② 合意上の抵当権は、証書の形式によらず合意によって設定されたものである。

21) 同法の起草過程については、内田貴『抵当権と利用権』（有斐閣・昭和58年）37頁以下に詳しい。

③ 遺言上の抵当権は、遺言書で指示された1つあるいは複数の不動産上に遺言者の行った遺贈を担保するために、遺言によって設定されるものである。」²²⁾

まず、遺言上の抵当権を導入した理由を明らかにする。これは、抵当権法が抵当権に特定性原則・公示原則を導入することにより一般抵当権の廃止をはかったことと関係している。まず指摘されるのは民法1017条2項²³⁾との関係であるが、もし同項が存続するのであれば遺言による抵当権には存在意義がないとの説明がなされていたところである²⁴⁾。また、同じく一般抵当権に分類される裁判上の抵当権を削除したことも遺言上の抵当権導入の理由として挙げられる。裁判上の抵当権を削除した理由として挙げられるのは、一般抵当権であるから不動産信用を害すること、判決を得ただけで無担保債権者に優先権を与えるのは恣意的であって最初に判決を得た者が最初に訴権行使をしたとは限らないこと、債権者平等の原則を定めた抵当権法8条に反することであった²⁵⁾。

次いで、遺言上の抵当権の利用目的を検討する。条文自体はわが国の旧民法典の規定に類似しているのだが、一見してわかるように、ここでは遺言上の抵当権は遺贈の担保目的のものに限定されている。こうした目的で遺言上の抵当権が認められた理由は、次のように説明されている²⁶⁾。遺言上の抵当権によって他の遺贈との関係で特定の遺贈を優先させることができ、民法927条²⁷⁾が完

22) 不動産質については民法旧2085条1項が書面によって設定すべき旨を規定していた(2006年のフランス民法改正後は、2388条によって不動産質権にも適用される2416条が公正証書によるべきものとする。)。この書面性要件は、他の債権者を害して特定の債権者へのみ質権を設定すること、既に設定されている質権の确实さならびに被担保債権額を許害的に拡大すること、差押えを逃れるために存在しない質権を設定したものと偽装すること、を避けるために課されている(H. de Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.6, 1953, n°1039.)のだが、少なくともベルギーでは抵当権法44条が存することから、この「書面」に遺言書が含まれるとは解されていないようである。

23) 註13) 参照。

24) de Page, *op. cit.*, t.7, n°733.

25) de Page, *op. cit.*, t.7, n°431bis.

26) de Page, *op. cit.*, t.7, 2^eéd., 1957, n°732.

全なものとされる。ただし、相続債権者に対する優先権を付与するものではない。

それでは、他の目的のためには遺言上の抵当権は用いることができないのだろうか。遺言者自身の債務を担保する目的のそれについては、見解の対立がある²⁸⁾。肯定説の理由としては、債権者に対して債務を遺贈して抵当権を組み合わせれば結局のところ遺言者自身の債務担保目的で遺言上の抵当権を設定したことになる、所有権の遺贈はできるのだからその一部である抵当権の遺贈は当然できて然るべきであるというものである²⁹⁾。これに対して否定説の理由は、起草過程で *dettes* という文言が削除されたことに求められる³⁰⁾。

いずれの見解もそれなりに説得的ではあるのだが、その当否を検討するにあたっては、他人物上への抵当権設定禁止の説明が参考になるものと考えられる。ベルギーにおいては他人物上への抵当権設定は、抵当権法73条によって暗黙の裡に禁止されるものと解されている。他人物の売買は無効であり、抵当権設定は所有権の「部分的な譲渡」にあたることから、他人物への抵当権設定も禁止されるというのである³¹⁾。このことを抵当権設定の場面に移し替えれば、遺贈（遺言による所有権移転）が認められる以上、「部分的な譲渡」にすぎない抵当権の設定もまた遺言によって認められるはずであるということになるであろう。したがって、遺言上の抵当権は単なる創設的な制度として法律の規定が

27) フランス民法927条「ただし、遺言者がある遺贈が他の遺贈に優先して弁済されることを意図する旨を明示的に申述したすべての場合には、この優先が行われる。この目的となる遺贈は、他の遺贈の価額が法定遺留分をみたさない限りでなければ、減殺されない。」

なおベルギーでは基本的にフランス民法が適用される。抵当権法は、フランス民法のうちの先取特権・抵当権に関する節の内容を改める法律である。

28) de Page, op. cit., t.7, n°736. ド・パージュ自身は否定説である（de page, op. cit., t.7, n°432.）。肯定説を採るものとして、F Laurent, *Principes de droit civil français*, t.30, 4^eéd., 1887, n°542.

29) de Page, op. cit., t.7, n°736.

30) Voy., Laurent, op. cit., n°542.

31) de Page, op. cit., t.7, n°452. もっともド・パージュ自身は同所において、この見解は旧来のものであって、個人的見解としては他人物売買も有効であるという。しかしながら、他人物売買の場合とは異なり他人物上への抵当権設定は認められないとしているが、その理由は物権の設定行為であるからという以上には定かではない。

ある限りでのみ認められるものと言うわけではなく、明文がない場合であっても解釈によって導入する可能性を有する制度であると言える。

なお、遺言上の抵当権はどの種類の遺言によっても設定することができ、公正証書によって設定する必要もない³²⁾。

遺言上の質権に関してはベルギー法には規定が存しない。その最も直接的な理由は、抵当権法が先取特権及び抵当権に関するフランス民法第3編第18章を修正した法律であって質権に関する規定を含んでいなかったことにある³³⁾。また、債権者と設定者の間においては意思の合致があるのみでは質権は成立せず、質権設定契約は物の移転によって初めて効力を生じる³⁴⁾と解されている³⁵⁾ことが、遺言上の質権を認める障害となっている。

ベルギー法の内容をまとめると以下の通りとなる。遺言上の抵当権は一般抵当権を廃止する目的すなわち抵当権法に特定性原則を導入する目的で取り入れられた制度である。そのことから直接的には遺贈の担保目的で用いられることを想定した制度として設計されたものである。しかしながら、学説上は抵当権は所有権の一部であるとの考え方が根強く、遺言上の抵当権の利用目的を制限しない考え方が主張されており、それが説得的と考えられる。他方で遺言上の質権については立法の経緯から条文が存在せず、質権設定契約に要物性が認められていることがそれを認める障害となっている。

32) de Page, op. cit., t.7, n°735. ベルギーでは合意上の抵当権設定は公正証書による必要がある(抵当権法76条)。そのため、方式の潜脱が問題となるわけであるが、わが国ではこうした事情は存しない。

33) 不動産質権 (antichrèse) に関する規定は2085条以下に存置されている。

34) フランス民法2071条は「質は、債務者が負債の担保として、ある物を自己の債権者に引き渡す契約である。」と規定していた。

35) de Page, op. cit., t.6, n°1016. もっとも、de Page, op. cit., t.6, n°1013では、占有移転は第三者との関係では意味を持つが当事者間での契約の効力には影響しない、としている。本文中の見解と整合性を持たせるとすれば、当事者間では質権設定契約の効力に基づいて質物の引渡し請求権が発生するが、質権自体は質物が引き渡されたときに成立すると解することとなるのか。

第3節 現行法の解釈

以上のようにベルギー抵当権法からボアソナード草案を経て旧民法典に継受された遺言上の抵当権であったが、現行法には遺言上の抵当権の規定はない。このことは、遺言上の抵当権を否定したことを意味するのか。起草者の見解を明らかにした後、現行法下の学説を遺言法並びに担保法双方のアプローチから順に検討し、最後に遺言信託に言及することとする。

(1) 起草者の見解

旧民法典では遺言上の質権は遺言上の抵当権規定の準用によって肯定されていたことから、ここでも遺言上の抵当権に関する起草者の見解から見ていくこととする。

法典調査会において抵当権の説明を行ったのは梅謙次郎である。現行法制定過程において削除した旧民法の規定のうちに、遺言による抵当権に関する旧民法債権担保編212条が含まれており、梅は同条の削除理由を次のように説明する³⁶⁾。現行法の草案では遺言上の抵当権に関する規定は削除することとしたが、このことは決して遺言上の抵当権設定を禁ずることを意味するものではない。物権編総則で物権は当事者の意思で設定することができる（現行176条）とされており、当事者の意思で設定できると言えば契約または遺言ということはわかんと思う³⁷⁾。問題は、旧民法が遺言者自身の債務のために遺言上の抵当権を設定することを禁じていた点である。禁止の理由は、旧法原案によれば、死亡者に対する債権者の権利は死亡のときに決まってしまうから、その時点で無担保債権ということも確定してしまうのに、それを遺言で動かすことはできないはずであるというものである。しかしそれはおかしいのではないか。相続法に

36) 『法典調査会民法議事速記録二』（商事法務研究会・昭和59年）776-777頁〔梅謙次郎〕（抵当権の説明の冒頭部分である。）。

37) 梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之二 物権編』（有斐閣書房・明治44年）427頁は、抵当権は質権のごとく物の引渡しを要するものではないから、遺言によっても設定することができるという。

において、遺贈というのは、〔相続〕債権者が弁済を受けた後でなければ履行すべきものではない、と決まれば旧法原案の通りであるが、このように遺贈の履行を禁じる必要もない。遺贈について遺言上の抵当権設定ができるのだから、遺言者自身の債務のためにも同様に設定できるはずである。そこで、旧民法212条は不要と考えたわけである³⁸⁾。

このように、梅は176条を理由として遺言による抵当権は当然に設定可能なものである、契約によると遺言によるとは大きな問題ではないと解していたのである。こうした考え方はボアソナードのそれと同様である。また、旧民法典下では明らかではなかった遺言者自身の債務担保目的の遺言上の抵当権は現行法下では認められるものと解していた³⁹⁾。

他方質権については、富井政章が説明を行った。富井によれば、本案では質権設定に占有引渡が必要であるという主義を採ったので⁴⁰⁾、遺言によって不動

38) 広中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣・昭和62年）354頁においても同様に、遺言上の抵当には特別の明文を要せず当然に存在しうる。その理由は、物権は当事者の意思によって設定できることは177条（176条の誤り？）に規定するところであって、遺言による意思表示も可能なことから、反対の明文がなく行為の性質上遺言によることができない場合でもない限りは、認められるのだとされている。

39) 梅の説明の仕方のみからでは、梅自身が旧民法典の下でも遺言者自身の債務担保目的の遺言上の抵当権は設定可能と解していたものかは明らかではない。しかし、広中・前掲354頁には、旧法に見られた目的の制限を撤廃して自己の債務のためにも遺言によって抵当権を設定できるものとした点に関しては、死亡者に対する債権は死亡のときに確定するものであって死亡の後に効力を生ずべき遺言をもってこれを変更することができないことが自己の債務のためにする遺言抵当禁止の理由であったが、新たに遺贈をしてこれを担保するために抵当権を設定することができる以上は抵当権のみを遺贈することができないとする理由はないことから、旧民法の主義を採らなかったとの説明が見られる。ここからは、旧民法典下では遺言上の抵当権は否定されるものと解されていたものと思われる。

40) 広中346頁においても、旧民法債権担保編119条2項を削除した理由として質物引渡しを質権設定の要件としたことが挙げられている。

これに対して旧民法典においては、質物の引渡しは対抗要件とされており（動産質につき債権担保編102条1項、不動産質権につき債権担保編122条）、証書の作成（動産質につき債権担保編100条1項）あるいは公正証書または私署証書の作成（合意上の不動産質につき債権担保編119条1項）が質権の成立要件とされていた。

産質権を設定することはできない⁴¹⁾、とされる⁴²⁾。ここでは旧民法におけるとは大きく異なり、質物の占有移転が質権の成立要件であることと関連付けて、遺言上の質権設定は否定されているのである⁴³⁾。ただし、富井は遺言による不動産質権設定は全く効力を生じないとするのではないことには注意を要する。富井によれば、人権関係すなわち債権関係が生じるのであって、質権設定の義務が相続人に移る。これで差支えないから旧民法119条2項を削除した、と説明されているのである⁴⁴⁾。すなわち、起草者としては遺言上の質権の効力を全く否定するつもりはなく、債権的な効力のみを認めれば十分であると考えていたわけである⁴⁵⁾。こうした考え方は、遺言者自身の債務を担保する目的での遺言上の抵当権設定を遺贈であると性質決定してその執行を相続人に委ねるというボアソナードの見解を転用したものと位置付けることができよう。

(2) 遺言法からのアプローチ

それでは、その後の学説において遺言上の質権設定の可否についてはどのように考えられていたのだろうか。まずは遺言法の側面から検討する。

遺言上の担保権設定の可否については、中川＝泉が「遺言による抵当権の設定契約などということは許されない」とする⁴⁶⁾以外には見解を示すものではなく、

41) 『法典調査会民法議事速記録二』677頁〔富井政章〕。

42) 梅・前掲426-427頁も以下のように同様の説明をする。質権設定には物の引渡しを要するので当事者の一方的意思のみをもって設定することができない。遺言によって質権を設定するにも遺言があるだけでは質権は成立せず、相続人が遺言を執行するために質物の引渡しをなし債権者がこれを受け取ることを承諾したときに初めて質権の設定があるものとする。この場合に相続人と債権者との間に成立したのは契約であって、質権は遺言によって設定されて相続人はただ引渡しの義務を負うに止まるものと見ることはできない。

43) 沖野真巳「信託法と相続法」論究ジュリ10号（平成26年）136頁。

44) 『法典調査会民法議事速記録二』677頁〔富井政章〕。

45) なお、法典調査会において旧民法債権担保編119条1項・2項が参照条文として挙げられた箇所として、現行法344条にあたる草案341条がある。しかし、ここでの重点は書面を不要とした点にあり、特に債権担保編119条2項について論じられているわけではない。このほかには、債権担保編119条2項に触れる箇所はない。

46) 中川善之助＝泉久雄『相続法 第4版』（有斐閣・平成12年）492頁。

中川＝泉にしても特に理由を挙げていない。そこでこのように解する理由を検討するに、中川＝泉においては遺言による抵当権設定と借財とが併記され、その直後に単独行為であっても相殺のように相手方のあるものは遺言によることは許されないと説く⁴⁷⁾。したがって、遺言によっては相手方のない単独行為のみが可能であり、担保権の設定はそれが契約であるがゆえに認められないと解するものと推測される。

遺言の位置づけは論者によって異なるが、遺言事項は限定列举である⁴⁸⁾という点では見解の一致を見ている。質権の設定あるいは担保権の設定そのものは遺言事項として列举されているわけではない。しかし、すでに見たように抵当権設定は所有権の部分的譲渡とする見解も成り立ちうるものであり、そうだとすれば担保権の設定もまた遺贈に含まれると解することも不可能ではない。こうした見解の当否を判断するには、遺言事項が限定される理由にさかのぼって検討する必要がある。

遺言事項が限定される理由としては、遺言の明確性確保と後日の紛争予防が挙げられる⁴⁹⁾。それでは、質権の設定はこれらの限定趣旨に反するものと言え

47) 中川＝泉・前掲492頁。

48) たとえば鈴木禄弥『相続法講義 改訂版』（創文社・平成8年）134頁は、「遺言でおこなわれうる法律行為は、とくにその旨が法によって定められているものに、かぎられる。たとえ、遺言でおこなわれうる行為の種類の限定を立法により撤廃したとしても、遺言でおこなわれうるのは相手方のない単独行為にすぎず（もっとも、実際上は、負担つき遺贈の形で有償契約の申し込みをなしうる、と解すべき……）、相手方のない単独行為で効力をもちうるものは、その性質上、限定されざるをえない。」とし、伊藤昌司『相続法』（有斐閣・平成14年）81頁は、「もともと遺言は意思自治の原則の例外であると解するので、遺言でなし得る事項が法律による限定を受けるのは当然」とする。

なお、平成20年に制定された保険法44条1項によって、生命保険金受取人の変更は遺言によってもなしうることでされたが、同項制定以前には見解は分かれていた（萩本修『一問一答保険法』（商事法務・平成21年）185頁）。遺言事項が法定事項に限られることを理由とする否定説も有力であったが、他方で受取人変更を遺言事項として解釈する肯定説もあり（潘阿憲『保険法概説』（中央経済社・平成22年）225頁参照）、遺言事項は限定列举であるとの見解に対する異論が存していたとも考えられる。

49) 潮見佳男『相続法 第5版』（弘文堂・平成26年）217頁。

るのが、検討すべき課題となる。

（3）担保法からのアプローチ

担保法においては、遺言上の質権設定の可否について見解が分かれている。

遺言上の質権設定を否定する見解の論者は、質権設定はもっぱら契約によるものに限られるべきことは342条・344条の文言から明らかである⁵⁰⁾、質権設定には当事者の意思表示の合致に加えて客体の占有を移す必要があるためには相手方の承諾を得なければならない⁵¹⁾ことを理由とする。結局のところ、質権の成立には質物の占有移転が要求されることが遺言上の質権を認めるにあたり障害となると解されている。

これに対して肯定説の論者が遺言上の質権が肯定されると解する理由は必ずしも明らかではない。肯定されるのを当然の前提として、質権設定の効力は遺言者の死亡時からではなく遺言に従って遺言執行者から目的物の引渡しがあった時から生ずるとするのみである^{52,53)}。

以上のように、質権の場合にはその成立に当たって目的物の引渡しが要求さ

50) 三瀧信三『全訂 担保物権法』（有斐閣・大正14年）334頁。柚木馨＝高木多喜男『担保物権法 第3版』（有斐閣・昭和57年）222頁は遺言上の質権の可否について説明するところはないものの、「抵当権は抵当権設定契約によって設定せられる。」とするのみであることから否定説に立つものと解される。

51) 山下博章『担保物権法論』（巖松堂書店・昭和3年）204頁。質権は物の引渡しを要件とする契約によって成立する権利であるから、遺言のごとき一方的意思表示によって直接に設定することはできないとする小林俊三『担保物権法』（巖松堂書店・昭和14年）136頁も同様である。ただし、後述するように小林の見解は単純な否定説ではなく、富井の見解同様に結論的には肯定説と分類すべきものである。

52) 遊佐慶夫『新訂 民法概論（物権篇）』（有斐閣・昭和10年）463頁、石田文次郎『全訂担保物権法論 下巻』（有斐閣・昭和22年）399頁。遊佐は344条を理由に付加する。これが何を意味するのかは明らかではないが、344条には引渡しの主体が書かれていないことから、遺言執行者のする引渡しで足りるという趣旨であると考えられる。設定者の指示に基づいて実際に引渡しを行うこととなる主体は明らかではないが、設定者に限らず債権者（＝質権者）自身（簡易の引渡しの場合）や倉庫業者等の第三者（指図による占有移転の場合）は含まれると解してよいだろう。

れるために、遺言のみで設定できるか否かに争いが生じていた。

それでは抵当権の場合はどうか。起草者が物権変動の総則規定を根拠に肯定説に立っていたことは前述のとおりである。

ところが、現行法の解釈として「遺言抵当権は認められていない」と明言する見解もある⁵⁴⁾。この見解の論者は、抵当権は抵当権設定契約によってのみ成立するのであり、法定抵当権・裁判上の抵当権とならんで遺言上の抵当権が認められないとするのみであり理由を明言するわけではない。ただ、こうした説明が抵当権設定契約の諾成・無方式性を説明する中でなされており、そこでは物権変動についての意思主義が抵当権設定契約にも妥当することと質権設定契約と異なり目的物の占有移転を要する要物契約ではないことが指摘されている。したがって、意思の合致があることと諾成性とが抵当権設定契約の本質的な内容として理解され、遺言上の抵当権設定の場合は単独行為であることが設定の障害になると理解するものと思われる。しかし、物権変動について意思主義を採るのは良いとして、物権変動の意思表示は契約によってなされるものでなければならないのかは疑問である。なぜなら、物権変動は相続や取得時効完成等によっても成立するものだからである。もちろん物権の移転原因には遺贈も含まれている。こうしてみると、遺言上の抵当権否定説にはさしたる根拠が

53) なお小林・前掲136頁は、「遺言執行者が質権を設定すべき旨の遺言の趣旨を実行するのは、相続人の質権設定であって別問題である（〔旧〕1117条）」という富井に類似した説明を加える。すなわち、ここでの質権設定の当事者は債権者と相続人であって遺言という単独行為ではなく契約の効果であるというのである。

54) 高木多喜男『担保物権法 第4版』（有斐閣・平成17年）柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法(9) 改訂版』（有斐閣・平成27年）9頁〔高木多喜男〕。

小林・前掲208頁も、「抵当権は契約に依りてのみ発生する。」と説く。このほか、近時の体系書においても抵当権は契約によってのみ成立するとするものが多い（道垣内弘人『担保物権法 第3版』（有斐閣・平成20年）121頁、加賀山茂『現代民法 担保法』（信山社・平成21年）400頁、石田稷『担保物権法』（信山社・平成22年）277頁、生熊長幸『担保物権法』（三省堂・平成25年）25頁、河上正二『担保物権法講義』（日本評論社・平成27年）121頁）が、質権を含めて遺言による設定を積極的に否定する趣旨ではないと考えられるので、検討対象から外した。

ないように思われる。

他方で、遺言上の質権を否定する見解の論者が質権設定には目的物の引渡しが要求されることを挙げており、こうした事情のない抵当権の場合には遺言上のそれを肯定する見解⁵⁵⁾が多数であるとみてよいだろう⁵⁶⁾。

（4）遺言信託による質権の設定

平成18年に改正された信託法はその3条1号・2号でそれぞれ契約または遺言によって「担保権の設定」ができる旨を明記した。このように条文の文言上は遺言による信託設定においては質権設定であっても認められるように見られる。明文規定のなかった旧法についても、セキュリティートラストの扱いを質権と抵当権を区別することなく説明する見解があり⁵⁷⁾、旧法の下でもすでに遺言信託においては質権設定が認められていたといえる。

それでは、遺言信託によって質権を設定するとはいかなることなのか。セキュリティートラストは、受託者が担保権者となるという担保権管理目的の信託である。したがって、質権設定の場合は受託者の下に所有名義のほか目的物の占有が移転されなければならない。他方、遺言信託の効力発生時期は「遺言の効力の発生」（信託法4条2項）時点とされるので、被相続人の死亡時（985条1項）となりそうである。そうだとすると、この時点ですでに質物の占有移転があるのでなければ質権は成立しないと解釈する余地がないわけではない⁵⁸⁾。しかし、こうした解釈は妥当ではないだろう。なぜならこのように解すると抵当権の場合であっても被相続人の死亡時に登記がなされているのでなければならないこ

55) 三瀧・前掲497頁、山下・前掲277頁、石田文次郎『全訂担保物権法論 上巻』（有斐閣・昭和22年）110頁。遊佐・前掲547頁註2は肯定説が通説であると明言する。高橋眞『担保物権法 第2版』（成文堂・平成22年）91頁註1も、遺言上の質権設定について論じるところはないが、抵当権設定については結論として肯定説に立つ。

56) これに対して高橋・前掲91頁註1は「現在は一般に、遺言による設定は認められないと解されている」との認識を示す。

57) 新井誠『信託法 第4版』（有斐閣・平成26年）150頁。佐藤正謙監『シンジケートローンの実務 改訂版』（きんざい・平成19年）162頁以下も同様。

となるからである。

したがって、遺言信託による質権設定は認められるものと解される。契約による信託設定についてではあるが、信託法4条1項が信託契約は諾成契約であることを明らかにしたことによって、従来からの要物契約説は否定されたとの指摘がある⁵⁹⁾ことも、遺言信託による質権設定を肯定する方向に働くであろう。

第4節 私見

ここまで遺言上の質権規定の沿革ならびに遺言法・担保法・信託法の側面から現行法下での遺言上の質権設定の可否に関する議論を考察してきた。

沿革の考察からは、遺言上の抵当権に関しては、ボアソナードのような遺言による物権設定の一環として理解可能であるとの見解、ベルギーの学説に見られるような抵当権は所有権の一部であるから所有権について認められることは当然に抵当権についても認められるといった見解が目につくが、この命題自体が検証を要するものであり現行法下の学説に基づいて検討を加える必要がある。遺言上の抵当権の利用目的については、ベルギー法においてもボアソナードの見解でも制限的に解する必要はないと考えられる。むしろ、自己の債務を担保する目的での遺言上の抵当権設定についてはボアソナードが恵与と性質決定したように、遺言上の質権がいかなる効果を有することになるのかを検討し

58) このように解しても、実務上も多用されることとなるであろう権利質については、証書交付が求められる場合（譲渡に証書交付を要する債権に関する363条・株式の買入に関する会社法146条2項・為替手形の買入裏書に関する手形法19条など）を除いては占有移転が観念されないから影響はない。特に、指名債権質や特許等の知的財産質の場合は、実質的に抵当権と同様であると説明されており、そうだとすれば少なくともこれらの場合については、遺言による質権設定が認められるということにもなりそうである。また、不動産質について344条の適用を否定して引渡しは不要であるとする見解（石田穰・前掲215頁）に立つのであれば、占有移転がなくても質権が成立すると解することができる。しかし、この見解は条文の文言からの乖離が大きく抵当権のほか不動産質権が存在する意義を減殺するものであることから、賛成することはできない。

59) 寺本昌広『逐条解説 新しい信託法』（商事法務・平成19年）42頁註1、小野傑＝深山雅也『新しい信託法解説』（三省堂・平成19年）19頁註9。

なければならない。

現行法の下で遺言上の質権設定の可否につきどのように考えられているのだろうか。遺言信託において質権設定ができることには異論がないようである。このことと民法解釈との関係が問題となる。すなわち、信託ではできることが遺贈としてはできないということがあってもよいのかということである。信託法のセキュリティトラストは民法の特則に当たるから、遺贈としてはできないことでも信託ならばできることがあっても良いという考え方もあり得る。確かに、民法上は被担保債権の債権者と質権者が合致しなければならないのに対してセキュリティトラストではそれが分離されており、信託法が民法ではできないことを可能とする側面を有していることは否定できない。しかし明文規定のないところで民法の特別法である信託法につき民法と異なる解釈をするのは好ましくないだろう。遺言信託において質権設定ができるか否かは民法において遺言上の質権設定が認められるかに依存するものと解すべきである。

そこで、遺言法・担保法の側面から、遺言上の質権設定ができるかを検討することとする。

現行法の起草過程からは、遺言上の抵当権についてはその目的を限定する意図はなかったこと、これに対して遺言上の質権については質権設定には目的物の引渡しを要するために認められないとの見解を起草者が採っていたことが明らかとなった。

確かに質権設定契約は要物契約であると解されてきており、こうした理解のもとには起草者の考え方がある。しかし、そもそも質権設定契約は要物契約であるという前提自体から考え直されなければならないのではないか。すでに、質権者が質物の占有を失い、設定者が質物を占有しているケースについては、質権設定契約の効力に着目した議論がなされているのである⁶⁰⁾。

遺言は単独行為であることから、契約に基づく質権設定の場合の議論をそのまま取り入れるわけには行かないのは確かである。しかし、設定者の意思表示が有する効力と質権の成立とは分けて考えることができるという限りでは、契約に基づく質権設定の議論を参考にすることができると考えられる。すなわち、

質権を設定する旨の遺言自体が有する効力とは何かを探求すべきなのである。

この点については、すでに富井が注目すべき説明をしていた。そこにおいては、質権を設定する旨の遺言の効果として、相続人⁶¹⁾に質権設定の義務が課されることとされている。そしてこれを受けて相続人と債権者との間で質権の設定がなされるからこれは契約に基づく質権設定に過ぎないというのである⁶²⁾。

しかしながら、これは契約に基づく質権設定というべきなのだろうか。相続人は遺言執行の一環として質権を設定しているのであり、自己の意思に基づいて質権を設定しているわけではない⁶³⁾。その意味で、当事者の自由意思の合致を理念とする契約とは異なっている。また、相続人は自己の意思に基づいて遺言で指示された質権設定を拒絶することはできない。拒絶すればそれは遺言執行の妨害行為（1013条）ということになる。したがって、契約に基づく質権設定と構成するのは適切ではなく、やはり遺言上の質権設定には独立した意味があるものと言うべきである。

ところが、遺言法上の制約はこれに尽きるものではない。問題は2点ある。

60) 内田貴『民法Ⅲ 第3版』（東京大学出版会・平成17年）489頁は「質権設定契約そのものは合意で成立し、物権たる質権の効力が引渡しにかかっているというべき」とする。また、道垣内・前掲83-84頁は、「目的物引渡しを質権の効力発生要件ととらえる立場からは、占有喪失により質権者は質権者独自の権利・義務を失うが、質権設定契約に基づき設定者に返還を求めうる、と解すべきである。」という。大村敦志『基本民法Ⅲ 第2版』（有斐閣・平成17年）224頁も、これらの見解を肯定的に評価する。

61) 厳密には遺言執行者とすべきであろう。もっとも、遺言執行者は相続人の代理人とみなされる（1015条）ことから結論に大差はない。

62) 中川＝泉・前掲・492頁は、遺言による財産処分は、遺言者の死亡と同時に相続人に帰属することなく受遺者へ帰属するものでなければならないから、遺言者が相続人に対し遺産の一部を何某に贈与せよと明示する如きは、道義的効力についてはともなく、法的には無効である、としているが、遺言上の質権設定条項に基づいて質物の所有権帰属が決定されて質物所有者が遺言に従って質権を設定するのは場面が異なるものと言える。

63) 不動産を売却し売得金で相続債務を清算すべき旨の遺言につき、「共同相続の場合などには、相続債務を清算した後の残額を法定相続分に応じて分配しろという、遺産分割方法の指定と解釈されないこともない」とする加藤永一『遺言 増補』（一粒社・昭和62年）57頁も参照。

1つは遺言事項は限定列举されたものに限られると解されることであり、もう1つは仮にそれに該当するとしても内容面での制約を受けるということである。

前者に関しては、遺言上の質権設定は負担付遺贈と構成してよいものと考ええる。ここでの「負担」の内容については狭く解釈する見解もある⁶⁴⁾ものの、通説は「負担付贈与とは、受贈者が一定の給付をする債務を負う贈与である」と解する⁶⁵⁾。遺言上の質権設定は、質権設定を受ける者である受贈者自身が一定の給付をする債務を負うわけではないという意味では、本来の意味での負担付贈与ではない。しかし、質物とされる財産を取得した相続人あるいは受遺者は、質権設定後は被担保債権が完済されない限りその財産に質権の負担を課され続けるという意味では負担を負っているものであり、このようなものも負担付遺贈に含めてよいと考えられる。

また、遺言の明確性確保ならびに後日の紛争予防のいずれの点についても問題を引き起こすことはないと考えられる⁶⁶⁾。

それでは内容面での制約についてはどうか。後継遺贈は無効と解する見解が支配的であることから問題となる。後継遺贈においては、第1次遺贈の受遺者に財産の保持・保存義務が課されることによって財産の自由な流通が妨げられることが、無効と解される原因である⁶⁷⁾。しかし質権設定の場合は所有権を永久に制約するものではなく、所有者による処分を制約するものではないことから、内容面での制約もかからないものと解する。

64) 来栖三郎『契約法』（有斐閣・昭和49年）244頁も参照。そこでは、単なる用途指定、ことに単なる処分制限を負担と解することは、負担の効果（551条2項・553条）から見て疑問であるとされる。

65) 柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（14）』（有斐閣・平成5年）58頁〔柚木馨＝松川正毅〕。

66) あえて挙げるならば、第三者の債務を担保する目的で遺言上の質権が用いられる場合に質権が実行されるか否かがわからないために、相続人（場合によっては受遺者）がその質物を取得できるか否かが確定できない点が問題となり得る。しかしながら、この問題は被相続人の死亡以前に質権が設定されている質物が相続の対象となる場合にも生じる問題であって、遺言上の質権に固有の問題点ではない。

67) 潮見・前掲268頁参照。

以上から、現行法の下において、遺言上の質権設定は認められるものと解する。

最後に、遺言上の質権設定が認められる場合に生じ得る問題について2点ほど指摘しておく。

まずは遺言の効力発生前に質権の（潜在的）目的物が譲渡されたり滅失したりした場合の効力についてである。996条はそのまま適用されるものと解される。質権者となることが想定されていた債権者は遺言の発効前は期待権を有していたにすぎず、債権者が害されることはない。また、債権者としては遺言者の生前に担保を徴求することができたはずである。999条・1001条はどうか。質物が遺言時に想定したものと異なるものとなり第三者対抗要件等に変動が生じることとなることから問題となる。しかし、999条についてもそのまま適用して差支えないと考える。担保目的物が変動することは、流動型の担保権の場合のみならず、物上代位が認められていることから、当初から想定済みである。債権者としても遺言が効力を発生した時点で質物が確定すれば害されることはない。遺言書作成時には不動産が質物であったのにその後には付合が生じたことで共有持分権が質物となったような場合には、質権者の負担が増大するともいえる。しかし、債権者は質権を放棄することもできるのだから、999条・1001条が適用されても債権者を害することにはならない。

第2は、遺留分規定を潜脱することになる危険性に関連する。質物の価格に比して被担保債権額が極端に高額である場合、債務の弁済がなされないままに質権が実行されてしまうと遺留分が侵害される恐れがある。こうした恐れに対処するためには、遺留分算定における基礎財産の評価方法を慎重に決定する必要がある。債権については、名目額ではなく債務者の資力や担保の有無を考慮して取引価額を算定すべきものとされる⁶⁸⁾。質物の価額評価に当たっても、担保が実行される可能性を加味した評価が求められることとなろう。

本稿は、平成27年度の科学研究費補助金・基盤研究(c)による研究成果の一部である。

(なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授)

68) 潮見・前掲319-320頁。

証券取引における民事責任と法の適用関係

藤 澤 尚 江

- I 問題の所在
- II 日本
 - 1 学説
 - 2 判例
 - 3 小括
- III 欧州連合
 - 1 Rome II
 - 2 判例
 - 3 英国におけるアプローチ
 - 4 小括
- IV 米国
 - 1 Morrison 事件
 - 2 Absolute Activist 事件
 - 3 City of Pontiac Policemen's and Firemen's Retirement System 事件
 - 4 小括
- V 検討
 - 1 日本法への示唆
 - 2 金商法上の民事責任規定
- VI おわりに

I 問題の所在

日本の証券取引において、かつては、刑事責任が追求される事例はありながら民事責任が追求される事例は少なかった。この理由として、不実開示などの違反行為の発見されにくさや損害額の立証の困難さ等があげられていた¹⁾。そこで、平成16年の改正により、証券取引法は、虚偽記載について発行者に無

過失責任を負わせる規定、損害賠償の対象となる損害額を推定する規定が設けられた（現金融商品取引法（金商法）21条の2）。ライブドア事件では、この金商法21条の2が適用され、投資家による損害賠償請求が認められるに至ったのは記憶に古くない。

また、近年、様々な要因により、証券市場は国際化が進展している。例えば、国による金利の差異、技術の発達、投資先の多様化の要望等である²⁾。外国で設立された会社の中には、わが国の市場に自らの証券を上場する会社もあり³⁾、東京証券取引所はアジアにおける地位を確立するため積極的な上場誘致活動を行っている⁴⁾。また、日本における外国法人等の株式保有比率は、平成25年度には過去最高の30.8%となっている⁵⁾。

それでは、こうした国際的な証券取引に関して民事責任が問題となった場合、適用される法はいかなる方法によって定まるのか？例えば、日本の投資家が、外国（A国）の発行者の発行した証券をB国の法人を通じて購入した場合、発行者の開示情報に不実の記載があったとすれば、金商法を根拠に投資家は発行者に対して損害賠償請求することが可能なのだろうか？

本稿では、まず、日本の学説を整理し、国際的な証券取引に関し証券取引法

1) 「金融審議会金融分科会第一部会報告―市場機能を中核とする金融システムに向けて」17頁（2003年）*available at* [http : //www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/siryoku/kinyu/dai1/f-20031224_sir/02.pdf](http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/siryoku/kinyu/dai1/f-20031224_sir/02.pdf)（2016年4月に最終確認）。

2) JOHN C. COFFWER, JR ET AL., SECURITIES REGULATION CASES AND MATERIALS 1569 (13TH ED. 2015).

3) 2016年3月時点で、日本の証券取引所に上場する会社は9社であり、そのうち2社は日本の市場にのみ上場する単独上場外国会社である。本取引所グループ「銘柄一覧」*available at* [http : //www.jpx.co.jp/equities/products/foreign/issues/index.html](http://www.jpx.co.jp/equities/products/foreign/issues/index.html) 参照（2016年3月最終確認）。

4) 日本取引所グループ「東証外国株式とは」*available at* [http : //www.jpx.co.jp/equities/products/foreign/outline/index.html](http://www.jpx.co.jp/equities/products/foreign/outline/index.html) 参照（2016年4月に最終確認）。

5) 日本取引所グループ「平成25年度株式分布状況調査の調査結果について」*available at* [http : //www.jpx.co.jp/markets/statistics-equities/examination/tvdivq000000ci16-att/bunpu2013_3.pdf](http://www.jpx.co.jp/markets/statistics-equities/examination/tvdivq000000ci16-att/bunpu2013_3.pdf) 参照（2016年4月に参照）。

〔金融商品取引法〕の適用が問題となった判決を示す（「Ⅱ」）。次に、欧州連合では、証券取引に関する民事責任についても、2008年に制定された契約外債務の準拠法に関する規則（Rome II）が適用されると一般に考えられるが、Rome IIに従った場合にどのような法が適用されることになるのか、判例を参照しながら見ていく（「Ⅲ」）。そして、米国における最近の判例の流れを示し、米国の判例がいかなる基準によって、米国証券取引法を適用しているかを明らかにする（「Ⅳ」）。以上から、国際的な証券取引に関する民事責任について、日本の金融商品取引法が適用されるのはいかなる場合かについて考えたい（「Ⅴ」）。

金融商品取引法において民事責任を認める規定として、発行開示・継続開示の規制違反（18条、21条、21条の2、22条、23条、23条の12第5項、24条の4、24条の4の6、24条の4の7第4項、24条の5第5項、24条の6第2項、17条もほぼ同じ。27条の33、27条の3、27条の34の24。また、目論見書の不交付について16条）、公開買付規制違反（27条の15から27条の21）、相場操縦規制（160条）がある。このうち、公開買付に関しては、別稿で論じているため本稿の対象外とする⁶⁾。

Ⅱ 日本

1 学説

国際的な証券取引に関して民事責任が問題となった場合、日本での見解は大きく次の2つに分かれる。

(1) 法選択規則により準拠法を決定する見解⁷⁾

第1の見解は、金商法〔証券取引法〕の民事責任は不法行為の特則的なものとして、日本の法選択規則である法の適用に関する通則法（適用通則法）17

6) 拙稿「EU 公開買付指令と法の適用関係」筑波ロー・ジャーナル11号161-196頁（2012年）。

条〔法例11条から内容変更〕により準拠法を決定すべきとするものである⁸⁾。この見解に従えば、日本の金商法が適用されるのは、原則として「加害行為の結果が発生した地」、例外的にその地での損害発生が予見し得ない場合には「加害行為が行われた地」が日本となるときである（適用通則法17条参照）。

次に、「加害行為の結果が発生した地」とはいかなる場所を指すかが問題となる。開示義務違反については、「十分な情報開示を受けないで有価証券を取得した者の損害の填補として構成されていることから」、市場地または証券の流通地（証券の売出しおよび募集がなされた地）⁹⁾とされる。相場操縦については、外国で行われた相場操縦行為によってわが国の相場が変動し、その結果として投資家が損害を被った場合には、不法行為地は結果発生地であるわが国と解すべきとする考え方¹⁰⁾、相場操縦についても同様に証券を取得した市場地を結果発生地とする考え方とがある¹¹⁾。

7) 不破茂「証券取引規制における民事責任規定の国際的適用」国際商取引学会年報13巻200頁（2011年）、佐野寛「第7章 国際取引と独占禁止法・証券取引法」渡邊惺之ほか『論点解説 国際取引法』183頁（2002年）、元永和田彦「国際的な株式公開買い付けにおける抵触法上の諸問題（下）」国際商事法務19巻8号965頁以下（1991年）、澤木敬郎「証券取引法の域外適用」証券研究第50巻103頁（1976年）。また、スイス国際私法156条には証券の公募に関する規定があり、発行会社の従属法、または、証券が発行された国の法が準拠法とされる。

8) 佐野寛「第7章 国際取引と独占禁止法・証券取引法」渡邊惺之ほか『論点解説 国際取引法』181頁（2002年）、石黒一憲「証券取引法の国際的適用に関する諸問題－序説的覚書として－」証券取引研究102巻12頁、18-19頁（1992年）。ただし、証券取引法189条では、民事的側面・行政的規制の側面がワン・セットになって機能することが予定されるため、全体として法廷地国の絶対的強行法規と考えることも可能とされる（石黒一憲「証券取引法の国際的適用に関する諸問題－序説的覚書として～」証券取引研究102巻19頁（1992年））。

9) 日本の「証券取引法〔金融商品取引法〕」は開示規制について域外適用を予定していないと解されるから、開示義務が要求されるのはわが国で公募され、あるいは流通する証券ということになり、証券の公募地および流通地と届出義務地は一致する」との見解が取られる（佐野・前掲注（8）182頁）。

10) 佐野・前掲注（8）182頁。

11) 不破・前掲注（7）201頁。

(2) 法規が直接適用されるとする見解

第2の見解は、「証券取引法〔金商法〕は、当事者自治に委ねては守られない投資の利益を確保するために制定されたものであるから、絶対的強行法規としてその適用を確保すべき」とするものである¹²⁾。ある規定が絶対的強行法規とされる場合、法選択規則（日本では主として法の適用に関する通則法）により、いかなる国の法が準拠法とされようとも、当該法規が適用される¹³⁾。当該見解を主張する根拠としては、「民事責任が届出制度の実行を担保していることからすると、前記の強行法的性質〔有価証券報告書等の諸制度が強行法であり、外国証券にも適用されること〕はこれにも及ぶものと考えられ」¹⁴⁾、「証券取引法〔金商法〕は、当事者自治に委ねては守られない投資の利益を確保するために制定されたものであるから」¹⁵⁾との理由があげられる。

本見解によれば、募集・売出しについては、日本市場で行われたものに関する限り日本法によって処理され¹⁶⁾、継続開示については証券取引法〔金商法〕に規定の会社が義務を負う¹⁷⁾。そして、相場操縦行為については、証券が外国証券か日本証券か、相場操縦行為が外国で行われたか日本でされたかにも関わらず、当該行為を受けて日本の相場が変動しその価格により日本市場で取引をした場合に、日本の法が適用されうとする¹⁸⁾。

12) 龍田節「商法483条と証券取引法」『国際私法の争点〔新版〕』102頁（1996年）。ただし、龍田・争点では、「目論見書等の不実記載等に対する民事責任の規定…は、私法的性質のものであるが、届出義務地を不法行為地とすることにより、それらの適用も肯定される。」「詐欺・相場操縦・インサイダー取引など、流通にまつわる違法行為についても、証券取引法の規定（157条以下）が、行為地または損害発生地の強行法として適用される」、としており、この部分のみを読むと法例11条〔適用通則法17条は内容変更〕に従い不法行為地法の適用を認めるかのようにも読める。

13) 野村美明編著『ケースで学ぶ国際私法〔第2版〕』138頁（法律文化社、2014年）、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第7版〕』183頁（有斐閣、2012年）等参照。

14) 龍田・前掲注（12）102頁。括弧〔 〕内筆者。

15) 龍田節「証券取引法の域外適用」国際経済法2号33頁（1993年）。

16) 龍田・前掲注（15）26頁。

17) 龍田・前掲注（15）27頁。

18) 龍田・前掲注（15）31-32頁、駐27。

2 判例

日本の裁判所で、金融商品取引法または証券取引法に基づいて、外国人に対する民事責任が争われたものとしては、東京高判 H24・5・30（東京地判 H22・11・30）¹⁹⁾があげられる。当該事件では、複数の被告のうち1人が外国銀行であった。

(1) 事案の概要

事案の概要は次の通りである。

原告全国小売酒販組合中央会は、私的年金制度を営む法人（設立準拠法所属国、本拠地ともに日本）である。原告は、被告 Y1（日本人、仕組み債の紹介を業とする。）から、ツンドラ社の設立したチャンセリー社（カナダ法に基づく特定目的会社（SPC））が発行する仕組み債（本件仕組み債）を紹介された。ところが、本件仕組み債は、原告が直接購入できないものであった。そこで、被告クレディ・スイス（設立準拠法所属国、本拠地ともにスイス）²⁰⁾は、当該仕組み債を原告に代わって購入・管理する契約（本件契約）を原告と締結した。被告 Y2（日本人、クレディ・スイスのジュネーブ支店勤務）は、本件契約のために来日し、原告と、重要事項説明書や契約書等のやり取りをした。ところが、チャンセリー社は、償還日になっても、本件仕組み債の発行原資となった貸付債権の回収をすることができず、原告は、当該仕組み債の元本を一切受け取ることができなかった。

そこで原告は、Y1 に対し、当該仕組み債の仕組み及びリスクについて虚偽の記載のある資料等を示し、原告の担当者にリポートを供与する等不当な勧誘行為を行ったとして、旧証券取引法（証取法）17 条²¹⁾に基づく損害賠償責任、

19) 判例評釈として、渡辺惺之「判評」私法判例リマークス 44 巻 142-145 頁（2012）、高橋一章「判批」ジュリ 1470 号 107-110 頁があるが、いずれも国際裁判管轄についてのみ触れ、法の適用に関しては議論されていない。

20) 平成 17 年に「クレディ・スイス・ファースト・ボストン」を存続会社として合併する。現在も本拠地はスイス。

旧金融商品の販売に関する法律（金販法）4条²²⁾に基づく損害賠償責任、民法709条、719条に基づく損害賠償責任を、Y2に対し、当該仕組み債の仕組み及びリスク、クレディ・スイスが原告との契約上投資判断を行う立場にあるか否かの役割について適切な説明を行わなかったとして、旧証取法17条に基づく損害賠償責任、民法709条、719条に基づく損害賠償責任を、クレディ・スイスに対し、Y2の行為についての使用者責任、Y2との共同不法行為又は幫助により、旧証取法17条に基づく損害賠償責任、旧金販法4条に基づく損害賠償責任、民法709条、715条（使用者責任）、719条に基づく損害賠償責任を求めた。

これに対して、東京地裁は、Y1に対する責任は認めたものの、Y2及びクレディ・スイスに対する責任は認めなかった。そこで、原告は、Y2及びクレディ・スイスの責任について東京高裁に控訴したが、東京高裁は原告の請求をいずれも棄却した。

(2) 判旨

東京高裁は、Y2及びクレディ・スイスの責任については、東京地裁の判断をほぼ引用している。そこで、本稿が対象とする法の適用関係に関する部分について、主として東京地裁の判断を示し、必要な部分に限り東京高裁の判断を示すこととする。また、被告Y1に関しては国際私法的な判断も証取法の判断も行っておらず、被告Y2に対する判断は、被告クレディ・スイスに対するものとはほぼ同じであるため、本稿ではクレディ・スイスに対する判断のみを取

21) 旧証取法17条（平成16年法律第97号による改正前の証券取引法）

「重要な事項について虚偽の表示があり、又は表示すべき重要な事項若しくは誤解を生ぜしめないために必要な重要な事実の表示が欠けている目論見書その他の表示を使用して有価証券を取得した者が受けた損害を賠償する責めに任ずる。〔但書省略〕」

22) 旧金販法第4条（平成18年法律第66号による改正前の金融商品の販売等に関する法律）

「金融商品販売業者等は、顧客に対し前条の規定により重要事項について説明をしなければならない場合において、当該重要事項について説明をしなかった時は、これによって生じた当該顧客の損害を賠償する責めに任ずる。」

り上げるものとする。

① 旧証取法17条に基づく損害賠償責任の有無

「[旧証取法17条]は、「目論見書その他の表示」に不実の記載がある場合を問題としているところ、「目論見書」とは、旧証取法上、有価証券の募集又は売出し等のために相手方に提供される書面をいう（同法2条10項）。この点、同法17条は、条文上、有価証券の募集又は売出し等の場合に適用される旨の限定を課していないが、「目論見書その他の表示」と「目論見書」と「その他の表示」を並列的に規定していること、同条の周辺条文はいずれも有価証券の募集又は売出し等の場合を前提とした規定を定めており、改正後の金融商品取引法においても同条に対応する規定が有価証券の募集又は売出し等の場合に限定して適用される旨明示された経緯に鑑みれば、同条は有価証券の募集又は売出しの場合を規制の対象とした規定であると解するのが相当である。」

② 旧金販法4条に基づく損害賠償責任の有無

「原告が同法[旧金販法]3条1項に反する義務違反行為と主張する行為の実質は不法行為の性質を有し、その行為及び損害はいずれも日本国内で発生していることが認められるから、……改正前の法例……11条1項が適用され、日本法によるべきものと解され、不法行為の特則を定める旧金販法についてもこれが適用されるものと解される。」

③ 民法709条に基づく損害賠償責任については、東京地裁・高裁ともに、いずれの国の法が適用されるか判断していない。

3 小括

日本では、国際的な証券取引に関して民事責任が問題となる場合、学説上、不法行為と性質決定し、法の適用に関する通則法[法例]の規定に従って準拠法を決定する見解と、準拠法いかに関わらず、金商法の規定が適用されるべ

きとの見解とがあることを示した（「1」）。しかしながら、東京高判 H24・5・30では、日本人と外国人との間の渉外的な案件であるにも関わらず、証券取引法が直接に適用され、適用の有無について実体的な判断しかされていない。また、金販法違反については、不法行為と性質決定し、行為及び損害が日本で発生したとするが、日本で行われたのはいかなる行為で、いかなる損害が発生したのか、具体的には示されなかった。筆者が調べた限りでは、当該判決意外に、国際的な証券取引に関し、証取法または金商法の適用が争われた民事責任の事案は、日本では見当たらなかった。それが正しいとすれば、日本の裁判所は、証券取引に関する民事責任について、いかなる場合に金商法が適用されるか具体的な見解を示していないといえよう。

以下では、欧州連合及び米国で証券取引に関する民事責任について、どのように適用される法が決定されるのかについて見ていく。

Ⅲ 欧州連合

1 Rome II

欧州連合では、不法行為や事務管理等、契約外の民事責任に関する準拠法については、一般に、契約外債務の準拠法に関する規則（Rome II）²³⁾により決定される。以下では、Rome II の原則規定及び Rome II における証券取引に関する民事責任の扱いについてそれぞれ見ていきたい。

(1) 原則規定

Rome II の第4条²⁴⁾が原則規定であり、不法行為の準拠法は、不法行為の損害が生じた地の法（損害発生地法）に従うことが定められる（4(1)条）。ただし、次の例外がある。第1に、当事者の双方が、損害が生じた時点に、同一の国に常居所を有する場合には、その国の法が適用される（第4(2)条）。第2に、当

23) Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations.

該不法行為に明らかにより密接な関連を有する国が別にあれば、その国の法が適用される（第4(3)条）。

(2) 証券取引に関する民事責任

Rome II では、例えば、会社の内部問題等に関しては、Rome II の適用が除外される旨の規定が設けられる（1(2)(b)条）。他方、証券取引に関する民事責任については、Rome II に明示の除外規定が設けられることはなかった。

しかしながら、全く異論が唱えられなかったわけではない。Rome II の制定過程において、まず、フィンランド代表により、証券取引（stock exchange）に関する契約外債務に関しては、Rome II の適用対象外とすべきとの提案がなされた²⁵⁾。次いで、イギリス代表からも、金融商品（financial instruments）（e.g. 譲渡可能証券（transferable securities）、金融市場商品（money market instruments）、集団投資事業（collective investment undertakings）の一部、オプション、フューチャー（future）及びその他のデリバティブ）に関連する、マーケティング、募集（offering）、取引の許可の問題のように、取引から生じる契

24) *Article 4 “General rule*

1. Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to a non-contractual obligation arising out of a tort/delict shall be the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur.

2. However, where the person claimed to be liable and the person sustaining damage both have their habitual residence in the same country at the time when the damage occurs, the law of that country shall apply.

3. Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question 2.”

25) Council, Outcome of Proceedings, Committee on Civil Law Matters (Rome II), Summary of discussions on 1 and 2 March 2006, Brussels, 5, 22 March 2006, 7551/06.

約外債務に関しては、Rome II の対象外とすべきとの提案があった²⁶⁾。しかしながら、最終的には、目論見書に関する責任やその他の請求について、Rome II が適用される可能性は排除されなかった²⁷⁾。

結果、欧州では一般的に、国際的な証券取引法の民事責任についても、Rome II が適用されると解されることとなった²⁸⁾。しかしながら、自動車事故等の場合と異なり、証券取引から生じる経済的な損害は、その損害の発生地の特定が困難である。以下では、国際裁判管轄に関する事案を参考に、証券取引に関する民事責任が問題になった場合、損害発生地をどのように解するか見ていきたい。

2 判例

欧州連合において、証券取引に関する民事責任関し Rome II の適用が問題となった事案は見当たらない。他方、国際裁判管轄については、証券取引に関する民事責任が問題となった最近の事案がある。いずれの法が適用されるべきかについて定める準拠法決定の問題と、いずれの国が裁判を行う権限を有するかという国際裁判管轄の問題とでは、議論の前提が異なるようにも思われる。しかしながら、Rome II の前文では、Rome II の実質的範囲や規定は、Brussels I 規則（民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する規則）²⁹⁾と整合性を保つことが規定されている³⁰⁾。そのため、国際裁判管轄に関する Brussels I 規則の議論も、Rome II を解釈する上での参考となる。

以下で取り上げる2つの事案は、いずれも不法行為が生じた地（place where the harmful event occurred）の解釈について争われた。

26) Council of the European Union, Note, from UK delegation to Committee on Civil Law Matters (Rome II), Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations (“Rome II”), 1, Brussels, 30 March 2006, 2928/06 ADD 1.

27) ANDREW DICKINSON, THE ROME II REGULATION : THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS, 3, 172 pp.211-212 (2008).

28) *Id.* at 212.

(1) **Rudolf Kronhofer v. Marianne Maier et al.** ECJ 10 Jun. 2004, C-168/02

① 事実の概要

Protectas 社（ドイツで登録）の取締役や投資コンサルタントである被告ら（ドイツにドミサイル³¹⁾）は、原告 Kronhofer（オーストリアにドミサイル）に、株式に関するコールオプション契約を締結するよう電話で勧めた。しかし、被告らは、当該取引に関するリスクについて原告に警告をしなかった。Kronhofer は、ドイツにある投資口座に 82,500 ドルを送金し、ロンドンの証券取引所で投機性の高いコールオプションに出資した。結果、当該取引に損失が生じ、Kronhofer は投資元本の一部しか返還を受けることができなかった。

そこで Kronhofer は、被告らに対し、被告らの不法行為により金銭的損害（financial loss）を被ったとしてオーストリアの裁判所に訴えた。オーストリアの裁判所は、オーストリアが Brussels 条約³²⁾ 5(3)条³³⁾の「不法行為の生じた地

29) Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. ただし、2012 年には、Brussels I 規則を改正する規則（改正 Brussels I 規則）が成立している。Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).

30) *Rome II* (7) “The substantive scope and the provisions of this Regulation should be consistent with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I) and the instruments dealing with the law applicable to contractual obligations.”

31) 「人が固定的な生活の本拠をもち、そこを離れても帰来する場所」であり、単なる居所（residence）や住所よりも厳格な概念であり、1つしか持てないものである（田中英雄『英米法辞典』（東京大学出版会、1991 年））。

32) 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters（民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する条約）。本条約は、Brussels I 規則に置き換えられた。

33) *Brussels* 条約 Article 5

“A person domiciled in a Contracting State may, in another Contracting State, be sued :

(3) in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred.”

(place where the harmful event occurred)」に当たるか否かに疑義があったため、欧州連合司法裁判所に問題が付託された。

② 判旨

Brussels 条約 5(3)条の「不法行為が生じた地 (place where the harmful event occurred)」とは、損害が生じた地及び損害を生じさせる行為のあった地の双方を意図する (para. 16)。この不法行為が生じた地が、他の加盟国で生じかつ被った資産の一部の損害により金銭的損失を被ったという事実をもって、「請求者の資産が集中している地」または請求者がドミサイルを有する地を指すものとは言えない」。(para. 21)

すなわち、本判決は、不法行為が生じた地を、請求者の資産が集中していることから、被害者がドミサイルを有する地であるとは解しえないとしたものである。

(2) Harald Kolassa v. Barclays Bank plc. CJEU 28 Jan. 2015, C-375/13

① 事実の概要

被告 Barclays Bank は、英国で会社として登録されており、ドイツに支店を有していた。Barclays Bank が機関投資家向けに証券 (certificate) を発行したところ、オーストリアの銀行である direktanlage.at を通じ、原告 Kolassa (オーストリアにドミサイル) がこれを購入した。当該証券は、DAB Bank (本拠地はミュンヘン) の口座に、direktanlage.at 名義で Kolassa のために保管されており、direktanlage.at の Kolassa の口座に記録がされていた。その後、当該証券の価値がなくなり損害を被ったとして、Kolassa は、ウィーンで Barclays Bank に対し損害賠償を求めた。

本件では、オーストリアが裁判管轄を有するか否かが争われた。Kolassa がオーストリアに管轄があるとした根拠は、Brussel I 規則 15(a)(c)条 (消費者契約の特例：消費者のドミサイル)、予備的に 5(1)(a)条 (契約：義務履行地)、5(3)条 (不法行為：不法行為地) である。そこで、オーストリアの裁判所は、

Brussel I 規則の解釈の問題として、欧州連合司法裁判所に本件を付託した

② 判旨

Brussel I 規則 15(a)(c)条、5(1)(a)条についての判断もされたが、本稿の対象からは外れるため、以下では5(3)条に言及する部分のみ示す。

「控訴人がドミサイルを有する地の裁判所は、損害が生じた地であるということを根拠に、特に当該裁判所の管轄内で設立した銀行に控訴人が銀行口座 (bank account) を有しており、当該口座に直接に損害が生じた場合、管轄権を有する。

当該損害の発生地は、本件の状況において、EU で生じる法的保護にかなうものである。なぜなら、控訴人に、自らが訴えることのできる裁判所を容易に特定させ、また、証券の発行者が目論見書に関する義務に反して、当該証券に関する目論見書の交付を他の加盟国で行う場合、不適切な情報を受けた運用者らが当該証券に投資し損失を被るかもしれないことを予測しておかなければならず、被告にもいずれの裁判所で訴えられうるか妥当に予見させうるからである。」 (paras. 55, 56)

Brussel I 規則「5(3)条³⁴⁾は、証券に関する目論見書およびその他の発行者の法定の情報提供義務違反を根拠に、証券の発行者の責任が問題となる訴訟において、当該問題が5(1)条の契約に関連する問題とならない限りにおいて適用さ

34) *Brussels I* 規則 Article 5

“A person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued :

3. in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur ; ”

Brussel I 規則を改正した、改正 Brussels I 規則7(2)条でも、同様に「損害が発生した地 (the place where the harmful event occurred)」の裁判所で訴えを行うことができることに変わりはない。

改正 *Brussels I* 規則 Article 7

“A person domiciled in a Member State may be sued in another Member State :

(2) in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur ; ”

れる。5(3)条に従い、原告がドミサイルを有する地の裁判所が、損害が生じた場所であること、特に問題となる損害が当該裁判所の管轄内で設立された銀行が保管する原告の銀行口座に直接に生じた場合、こうした訴訟を判断する管轄を有する。」(para. 53)

すなわち、本判決では、①原告のドミサイルがあること、及び②関連する原告の銀行口座があることにより、その地を不法行為の生じた地として認めたものである³⁵⁾。他方で、目論見書が開示(notify)された「市場」であることは、管轄を判断する上での決定的な基準としてあげられていない³⁶⁾。

(3) Rome II への影響

準拠法の決定についても、Kollasa 判決の示したように、損害発生地を①原告のドミサイルがあり、②関連する原告の口座がある地とすればどうなるか。まず、裁判所が示した「関連する口座」とは、金融商品(financial instruments)が登録されている証券口座なのか、当該証券を購入するための金銭が支出された口座³⁷⁾なのかも明らかではない³⁸⁾。もし後者によるとすれば、投資家により損害の発生地が操作される恐れがあり、予測可能性も低くなる³⁹⁾。他方で、前者の見解⁴⁰⁾でも、複数の異なる地に複数の被害者がドミサイルと口座とを有している場合、証券の発行者は、複数の地の法に従い手続きをする必要が生じる⁴¹⁾。

35) See T. M. C. Arons, Case Note, *On Financial Losses, Prospectuses, Liability, Jurisdiction (Clauses) and Applicable Law*, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 377, 380 (2015).

36) ANDREW DIKINSON AND EVA LEIN ED., *THE BRUSSELS I REGULATION RECAST*, 4.106 at 168 (2015).

37) See ULRICH MAGNUS AND PETER MANKOWSKI EDs., *BRUSSELS I REGULATION*, 256 (2nd ed. 2012).

38) Matteo Garagantini, *Capital Markets and the Market for Judicial Decisions : In Search of Consistency*, MPILux Working Paper 1, 14 (2016).

39) Garagantini, *id.*, 15.

40) Mathias Lehmann, *Where Does Economic Loss Occur?*, Vol.7 No.3 *Journal of Private International Law*, 527, 544 (2011).

41) Arons では、これは間接保有者の所在地での訴えを認めたものとする。T. M. C. Arons, *supra* note 36, 380. See also, Lehmann, *supra* note 41, 546.

Rome II 規則の解釈と Brussels I 規則の解釈とを、必ずしも一致させなければならないわけではない⁴²⁾。そこで、Rome II の4(1)条の「損害の発生した地」の法がうまく機能しないとすれば、Rome II の4(3)条の例外条項に従い、明らかにより密接な関係を有する地として、証券が発行され、購入された地（市場地）の法を適用することも考えられる⁴³⁾。しかしながら、市場地の概念は曖昧であり、資本市場の特殊性やそこでの様々な開示について十分に説明できるものではない⁴⁴⁾。

3 英国におけるアプローチ

目論見書指令が国内法化される際、英国では、財務担当政務官から Davis 教授に、発行者責任に関するレポートの作成が依頼された。そのレポートにおいて、Davis 教授は、英国で上場している会社の多くは、異なる法域に居住する投資家を有しているが、これら投資家からの請求を規律するのがいずれの法かは明確ではないとし、複数の様々な法に基づく請求にさらされる恐れから、単一の法制度、たとえば、発行者が設立した法域の法や発行者が主として上場を行っている法域の法が適用されることが望ましいとした⁴⁵⁾。

Davis 教授のレポートを受け、2010年に、英国の2000年金融サービス市場法（FSMA）は、発行者の開示に関する民事責任について規定した90A条⁴⁶⁾の適用を、次の証券に限った⁴⁷⁾。すなわち、第1に、英国に所在または英国で運営（operating）されている市場で取引が認められた証券、第2に、発行者の本国が英国である場合に証券市場での取引が認められた証券である⁴⁸⁾。これはつまり、FSMAは、英国法が適用されるのはいかなる場合かについてのみに規定を

42) DIKINSON AND LEIN ED., *supra* note 37, 4.76 at 158.

43) Wolf-Georg Ringe and Alexander Hellgardt, *The International Dimension of Issuer Liability*, 31 Oxford Journal of Legal Studies 23 (2011).

44) *Id.*, at 23.

45) Paul Davies, *Davies Review of Issuer Liability : Final Report*, para. 63 at 27, June 2007, available at http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100407010852/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/davies_review_finalreport_040607.pdf (2016年4月に最終確認)。

おき（一方的抵触規定）、その他の国の法が適用される場合については規定をおかないとしたものである⁴⁹⁾。

Rome II の第16条⁵⁰⁾は、問題となる規定が絶対的強行法規（overriding mandatory rule）である場合には、準拠法がいずれの国の法であったとしても、当該規定が強行的に適用されるものとする⁵¹⁾。目論見書指令第6条⁵²⁾および透

46) “90A Amendments to the Financial Services and Markets Act 2000

Schedule 10A makes provision about the liability of issuers of securities to pay compensation to persons who have suffered loss as a result of-

(a) a misleading statement or dishonest omission in certain published information relating to the securities, or

(b) a dishonest delay in publishing such information.”

47) The Financial Services and Markets Act 2000 (Liability of Issuers) Regulations 2010, SI 2010/1192.

48) *Financial Services and Markets Act 2000, “Schedule 10A*

Securities to which this Schedule applies 1 (1) This Schedule applies to securities that are, with the consent of the issuer, admitted to trading on a securities market, where-

(a) the market is situated or operating in the United Kingdom, or

(b) the United Kingdom is the issuer’s home State.”

49) See, Paul Davis, *Liability for Misstatements the market*, Vol.5 No.4 Capital Markets Law Journal 443, 451 (2010).

50) “Article 16 Overriding Mandatory Provision

Nothing in this Regulation shall restrict the application of the provisions of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the non-contractual obligation.”

51) EU 法上の規定が強行的に適用されるか否かは、文脈（context）と目的（objectives）とを考慮し、当該条項が含まれた法令（measure）を解釈することにより判断する。

52) Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC (Text with EEA relevance)

“Article 6 Responsibility attaching to the prospectus

1. Member States shall ensure that responsibility for the information given in a prospectus attaches at least to the issuer or its administrative, management or supervisory bodies, the offeror, the person asking for the admission to trading on a regulated market or the guarantor, as the case may be. The persons responsible shall be clearly identified in the prospectus by

明性指令の第7条⁵³⁾は、当該絶対的強行法規と解されうることが示される⁵⁴⁾。特に英国の規定が絶対的強行法規となり得ることが指摘されるのは、英国が上述の一方的抵触規定を設けていることが一因であろう⁵⁵⁾。

2015年2月から5月にかけて目論見書指令のレビューに対する公開コンサルテーションが行われた。その結果、現状、発行者は異なる加盟国の異なる枠組みに直面しなければならず、これは国際的な資本増強戦略を抑制させ、または

（前頁よりつづき）

their names and functions or, in the case of legal persons, their names and registered offices, as well as declarations by them that, to the best of their knowledge, the information contained in the prospectus is in accordance with the facts and that the prospectus makes no omission likely to affect its import.

2. Member States shall ensure that their laws, regulation and administrative provisions on civil liability apply to those persons responsible for the information given in a prospectus.

However, Member States shall ensure that no civil liability shall attach to any person solely on the basis of the summary, including any translation thereof, unless it is misleading, inaccurate or inconsistent when read together with the other parts of the prospectus.”

53) Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC.

“Article 7 Responsibility and liability

Member States shall ensure that responsibility for the information to be drawn up and made public in accordance with Articles 4, 5, 6 and 16 lies at least with the issuer or its administrative, management or supervisory bodies and shall ensure that their laws, regulations and administrative provisions on liability apply to the issuers, the bodies referred to in this Article or the persons responsible within the issuers.”

54) Council, 26th meeting of the Council of the European Union (JUSTICE AND HOME AFFAIRS), held in Brussels on 2 and 3 December 2004, 5, Brussels, 20 January 2005, 15556/04 ADD1. *See also*, DICKINSON, *supra* note 28, 15.20 at 635 (2008). これに対して、目論見書責任は、内国法上の強行法規ではあるが、国際的な強行法規とまでは言えないとする見解として、GALF-PETER CALLIESS ED., *ROME REGULATIONS, COMMENTARY ON THE EUROPEAN RULES OF THE CONFLICT OF LAWS*, para. 13, at 566 [von Hein] (2011).

55) *See* LORD COLLINS OF MAPESBURY GENERAL ED., DICEY, MORRIS AND COLLINS ON THE CONFLICT OF LAWS para. 34-024 at 2159 (15th ed., 2012) ; DICKINSON, *supra* note 28, 15.20 at 635 (2008).

法的及びコンプライアンス上のコストを引き上げるとして、EU レベルでの責任や制裁条項の統一化をすべきとの意見が示された⁵⁶⁾。当該意見は、Davis 教授が示し、英国が一方的抵触規定をおくに至った根拠に類似するものである。

4 小括

欧州では、国際的な証券取引に関する民事責任には、Rome II を適用すると解されるのが一般的である。Rome II の原則規定である4(1)条に従えば、国際的な証券取引に関する民事責任の準拠法は、不法行為の損害が発生した地の法となる。しかしながら、実体をともなわない経済的な損害について、損害が発生した地を特定するのは困難である。

損害発生地の特定については、裁判管轄に関する判例が参考となる。Rome II の前文には、Rome II の実質的範囲や規定は、裁判管轄について定めるBrussels I 規則と整合性をもって解釈するよう規定されているためである。Kronhofer 事件では、不法行為が生じた地 (place where the harmful event occurred) を、請求者の資産が集中している地、すなわち被害者がドミサイルを有する地と解釈することはできないとした。次いで Kollassa 事件では、①原告のドミサイルがあり、かつ②関連する原告の銀行口座があることで、その地を不法行為の生じた地として認めた。その上で、目録見書が開示された「市場」であることは管轄判断の決定的な基準とはならないことも示した。これらの裁判所が示した基準は、準拠法の決定にも一定程度の影響を与えうるであろうが、そのまま用いてしまうことには問題がある。

他方、英国では、証券の発行会社が複数の法による訴えにさらされる恐れから、第1に、英国の市場で取引が認められた証券、第2に、発行者の本国が英国である場合に証券市場での取引が認められた証券に対してのみ、発行者の開

56) Consultation on the Review of the Prospectus Directive 18/02-2015-13/05/2015-Feedback statement on the public online consultation, p.23, *available at* [http : //ec.europa.eu/finance/consultations/2015/prospectus-directive/docs/summary-of-responses_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/prospectus-directive/docs/summary-of-responses_en.pdf) (2016年4月に最終確認)。

示規制に関する民事責任を限定するという一方的抵触規定をおいた。これにより、発行者の開示規制に関する民事責任については、Rome II の16条に従い、絶対的強行法規と解される可能性が残されている。

IV 米国

米国で、外国的要素が関連する証券取引に関して民事責任が問われる時、多くの場合、1933年証券取引所法（Securities Regulation Act of 1933）の10(b)条および証券取引委員会（Securities Exchange Committee）の規則10b-5⁵⁷⁾の適用がなされるか否か（いわゆる域外適用）が問題となる⁵⁸⁾。規則10b-5は、取引所法10(b)条に基づき、SECにより制定された詐欺防止条項である。規則10b-5は、様々な場面で用いられており、会社による虚偽記載・重要な事実の記載の欠除、インサイダー取引、相場操縦等で適用がされる⁵⁹⁾。米国が民事責任に関しても、いずれの法が適用されるかを問題とするのではなく、当該法が適用されるか否かを問題とするのは、私人が民事責任を求める場合にも、政府は規制に関する判決に対して直接の利益を有するためとされる⁶⁰⁾。すなわち、米国では、証券取引法の民事責任に関する規定も、公法的な規定と解していたと考えられる。

57) *Rule 10b-5 "Employment of manipulative and deceptive devices"*

It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange,

- (a) To employ any device, scheme, or artifice to defraud,
- (b) To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or
- (c) To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security."

58) 森田章「証券詐欺の民事責任—日米を比較して」大証金融商品取引法研究会10号（2012年）。

59) COFFWER, JR. ET AL., *supra* note 2, 1039. 黒沼悦郎『アメリカ証券取引法 [第2版]』115頁（弘文堂、2006年）も参照。

次で紹介する Morrison 判決も、規則 10b-5 の適用が争われた事件であり、米国の最高裁判所が、初めて外国的要素が関連する事件で適用の可否を判断した事案である。

1 Morrison 事件⁶¹⁾

(1) 事実の概要

被告 National Australia Bank (NAB、オーストラリア法人) は、1998 年に被告 Home Side Lending (Home Side、フロリダ州法人) を買収した。NAB は、2001 年に Home Side の資産評価額の評価損を計上せねばならず、これにより NAB の株価が下落した。そこで、評価損の計上前に NAB の株式を購入したオーストラリア人原告らが、被告ら (NAB、Home Side、両社の役員 (officers)) に、損害賠償請求を求めた。

(2) 判旨

Scalia 判事は、次の通り意見を示した。

① 原審が、本件の問題を事物管轄権 (subject-jurisdiction) の問題として考えたことに対し、「証券取引所法 10(b)条がいかなる行為を対象とするかは、10(b)条がいかなる行為を禁止するかということであり、すなわち実体的問題 (merits question) である」とした (p.2877)。

② 「『米国法の伝統的原則は、‘議会による立法は、反対の意思が示されない限り、米国の領域内 (territorial jurisdiction) でのみ適用が意図される’』

60) HG Maier, *Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads : An Intersection between Public and Private International Law* 280, 289 (1982). See also, Ringe and Hellgardt, *supra* note 44, at 23. これに対し、証券取引所法 10(b)条及び規則 10b-5 は、私法的性質を有すると主張する者として、Robert W. Hillman, *Cross-Border Investment, Conflict of Laws, and The Privatization of Securities Law*, 55 Law & Contemp. Probs. 331, 346 (1992).

61) Morrison et al. v. National Australia Bank Ltd. et al., 130 S.Ct. 2869 (2009).

Morrison 判決については、拙稿「米国証券取引法と域外適用—Morrison 判決を中心に」証券経済研究 74 号 45-60 頁 (2011 年) に詳述する。

とするものである。…ある制定法に域外適用の効果を与えるため『議会が肯定の意思を明示的に示さなければ』、『我々は、当該法は主として国内の問題に対処するものと推定しなければならない。』」（p.2877）とし、「証券取引所法には10条(b)項の域外適用に関する肯定的な示唆（indication）はなく、従って、域外適用はされないと判断」した（p.2883）。

③ 「証券取引所法の焦点（focus）は、詐欺の起因した場所ではなく、米国内での証券の買付けもしくは売付けにあると考える。」「10条(b)項は、米国の証券取引所に上場された（listed）証券の売付けもしくは買付け、およびその他の証券の米国内での売付けもしくは買付け（the purchase or sale of a security listed on an American stock exchange, and the purchase or sale of any other security in the United States）に関連する相場操縦的または欺瞞的手段のみを対象とする。」（p.2884）本件は、内国の取引所に上場された証券との関連はなく、申立人の主張する買付けのあらゆる側面も米国外で生じている。従って、申立人の請求を認める原因はないとして、本件での域外適用を否定した（p.2888）。

（3）Morrison 判決で示されたルール

Morrison 判決で示されたのは、次のルールである。

第1に、管轄問題としての判断を否定した。以前から、第2巡回区控訴裁判所等では、証券取引所法10(b)条が適用されるか否かという域外適用の問題を、裁判所が事件を審理する権限を有するか否かの「管轄（jurisdiction）」の問題として扱ってきた。Scallia 判事は、これを否定し、規則10b-5が適用されるか否かは実体的な問題（merits question）であるとした。すなわち、当該問題は、国際的な管轄の問題ではなく、当該法の適用範囲の問題であるとしたのである⁶²⁾。

62) 本判決以前に、「域外適用問題は、国内裁判所における国際的法律関係への国内法…の適用の在り方という一般的問題の一部に他ならない」との意見を示すものとして、出口耕自「ドイツ競争制限法の「域外適用」問題（1）」上智法学論集40巻2号36頁（1996年）。

第2に、「域外性否定の推定 (presumption against extraterritoriality)」である。かつて下級審では、証券取引所法は10(b)条の適用について沈黙しているため、裁判所が議会の当該規定の適用意思を判別するものとされていた。この時用いられた基準が「行為 (conduct)」や「効果 (effect)」であった。しかしながら、Scalia 判事は、これらのテストを否定し、域外適用の意思が明示的に示されていない限り、制定法上の規定は域外的に適用されることはない、という「域外性否定の推定」の原則を示した。

第3に、証券取引所法の焦点は、米国における証券の売付けまたは買付け (purchases and sales of securities) であるとした。そして、証券取引所法10(b)条は、「内国の証券取引所に上場された証券の売付けまたは買付け、その他の証券の内国での取引」に関する場合にのみ適用されるとした。すなわち、証券取引所法10(b)条は、①内国の取引所に上場された証券の売買、または②内国の取引所に上場されていない証券であっても、内国での証券の売買に適用されることが示された。

しかしながら、本判決については、①何をもって「内国の取引」というのか、②米国で上場された証券であれば、取引が米国外でなされる場合であっても、証券取引所法10(b)条の規定が適用されるのか等の疑問が提示されていた⁶³⁾。これに対し、①の「内国での取引」について判断を示したのが、次の Absolute Activist 事件であり、Absolute Activist 事件で示した基準をより明確にし、②の内国取引所で上場された証券の売買についても判断を示したのが、「3」の City of Pontiac Policemen's and Firemen's Retirement System 事件である。

2 Absolute Activist 事件⁶⁴⁾

(1) 概要

原告らは、ヘッジファンド9社（ケイマン法人）であり、米国人を含む投資

63) 詳細は、拙稿・前掲注(61)。

64) Absolute Activist Value Master Fund Limited et al. v. Todd M. Fiket et al., 677 F3d. 60 (2nd Cir. 2012).

家のために、様々な資産に投資をしていた。いずれの原告についても、Absolute Capital Management Holdings Limited（ACM）がインベスタマネージャーを努めており、手数料を徴収していた。原告らは、被告ら（ACMのCIO、CEOら、ブローカー・ディーラー（カリフォルニア州法人とその代表取締役（米国在住））が、原告らに対して株式を暴騰した価格で詐欺的に売付けたと主張する。原告らの主張する被告らの詐欺的行為とは次の通りである。まず、被告らが、原告らにU. S. Penny Stock Companies（U. S. Penny）（複数の米国法人）の株式をU. S. Pennyから直接に購入させる。これらの募集はPIPE（限定された投資家に私募の形で募集・売出を行う）によって行われ、U. S. Pennyの株式は、SEC（米国の証券取引委員会（Securities Exchange Committee））に登録されていた。被告らは、自らがU. S. Pennyの株式の募集代理人として手数料を得るとともに、低額でU. S. Pennyの株式も取得していた。その後、被告らは、原告らの間でU. S. Pennyの株式を売買させ手数料を取得し、当該株式の価格を高騰させ、その高騰した価格で自らが有するU. S. Pennyの株式を売却して利益を得た。

そこで、原告らは、NY州南部地方裁判所で被告らに対し、証券取引所法10(b)条及び規則10b-5及びコモン・ローに基づく詐欺的請求を行った。しかしながら、地方裁判所により請求を棄却されたため、控訴したのが本件である。

(2) 判旨

Katzmann 判事は、Morrison 事件を引用し、証券取引所法10(b)条は、①内国の取引所に上場された証券の取引及び②その他の証券の内国の取引に適用されるとした。これらの要件を前提とし、原告が①の要件について主張していないため、②の要件を充足するか否かについて判断した。

証券取引所法上の定義によれば、「証券を買付ける（purchasing）または売付ける（selling）行為とは、証券を買付けるまたは売付けるための拘束力を有する契約を締結する行為である。言い換えれば、「買付け（purchase）」及び「売付け（sale）」は、当事者が取引を遂行する（effectuate）義務を負うときに生

じる。」「当事者が撤回不可能な (irrevocably) 義務を負う時点が売付け及び買付けの時点を決断するために用いられるとするならば、同様に、証券の買付けまたは売付けの場所を決断するために、撤回不能な責任の時点を用いることができるだろう」(pp.67-68)。

さらに、「売付け (sale)」とは通常、「価値に対する資産または権利の移転」であり、「証券の売付けとは、権利が移転された地で生じるものと理解される」。すなわち、「内国で上場されていない証券の取引が内国で行われたものと主張するためには、原告は、米国内で、撤回不能な責任を負うか、または権利の移転がなされたとする事実を主張しなければならない。」(p.68)

原告らが「米国内で撤回不能な義務を負った、または米国内で権利が移転したという事実（例えば、契約の成立や買付け申し込み、権利の移転または金銭のやりとり）に関する主張を行わなければ、単に取引が「米国内で行われた」という主張のみでは内国の取引の存在を適切に訴えるには不十分である。」また、U. S. Penny の株式が米国の会社により発行され、SEC に登録されているという事実は、買付けまたは売付けが米国内でなされたことを示す事実とならない (p.70)。

以上から、原告らは内国の証券取引の存在を適切に主張していないため、証券取引所法 10(b)条及び規則 10b-5 に基づく主張を認められない。

(3) Absolute Activist テスト

本件では、Morrison 判決が示した①内国の取引所に上場した証券の取引、②それ以外の証券の内国での取引という、2つの要件のうち、後者の要件について、「内国での取引」とはいかなるものかについて判断した。そして、米国内で、①撤回不能な責任を負う、または②権利が移転する場合に、「内国での取引」が認められることを示した (Absolute Activist テスト)。

本判決の後、第二巡回区控訴裁判所で、さらに Morrison 事件及び「Absolute Activist テスト」を用いた判断がされた。それが、次の City of Pontiac Policemen's and Firemen's Retirement System 事件である。

3 City of Pontiac Policemen's and Firemen's Retirement System 事件⁶⁵⁾

(1) 事案の概要

原告らは米国人を含む被告 UBS（スイス法人、スイスに本拠）の株主である。原告らは、UBS の株式を米国外の証券取引所で購入した。しかし、UBS の株式は、米国でも上場されていた。原告らは、UBS を含む被告らが、原告らが購入した普通株を発行する際に、モーゲジに関するポートフォリ及び米国法へのコンプライアンスに関して詐欺的な記載をしていたとして、証券取引所法 10(b)条及び 20(a)条違反を主張した。原告らは、2011 年に NY 州南部連邦地裁に訴えたが、訴えの棄却をされたため控訴したのが本件である。

(2) 判旨

Cabranes 判事は、原告らを外国人株主と米国人株主に分け、まず、外国人株主について、次の通り意見を示した。すなわち、「Morrison 事件は、「証券取引所法の焦点は…米国内での証券の買付け及び売付けにある」ことを強調した。地裁の認定通り、これは「複数の証券が上場されうる証券取引所の所在ではなく、証券取引の所在」が問題であることを示すものである。Morrison 事件では「内国証券取引所に上場された証券の取引」が強調されているが、これは、内国の取引の代わりとして内国での上場行為を用い、2つの選択肢の焦点が、いかなるものに関してであったとしても内国の取引にあるということを明確にしたものである」。それゆえ、Morrison 事件でも、ADR（米国預託証券）は米国に上場されていたにも関わらず、多数意見は 10(b)条を適用しなかった。従って、たとえ内国の証券取引所に株式が上場されていたとしても、外国人が発行した株式を外国の証券取引所で外国人が購入したことによる請求に、証券取引所法 10(b)条は適用しないとした（pp.179-181）。

次いで、米国人株主について意見を示した。Absolute Activist 事件では、

65) City of Pontiac Policemen's and Firemen's Retirement System et al. v. UBS AG. et al., 752 F.3d 173 (2nd 2014).

「〔(Morrison 事件の第2の要件を満たすため、) 証券取引が内国でなされたものとされるのは、米国内で当事者が取引を実行するための撤回不能な義務を負う場合か、米国内で権利が移転するかされた場合である。〕」ことが示された。米国人株主らは、米国で株式購入の注文を行ったと主張するが、「米国内で、外国証券取引所の外国証券を購入する注文を単に出しただけでは、当該証券の購入を米国証券取引法で規律するほどに、購入者が米国内で撤回不能な責任を負ったと主張しうる」には、十分ではない。そして、証券の購入者の国籍 (citizenship) や居所は、取引がなされた地に影響を与えないことを明確にした (pp.181-182)。

3 小括

米国では、外国的要素が関連する証券取引の民事責任に関しても、公法的な問題であるとして、米国証券取引法が適用されるか否かを考える。Morrison 事件で連邦最高裁は、外国的な要素が関連する証券取引の民事責任に関し、初めて証券取引所法 10(b)条及び規則 10b-5が適用されるか否か判断した。当該事件では、証券取引所法 10(b)条及び規則 10b-5の問題は国際法的な管轄の問題ではなく、法の適用範囲の問題であるとされた。そして、証券取引所法の焦点は、米国における証券の売付けまたは買付けであり、証券取引所法 10(b)条及び規則 10b-5は、①米国に上場された証券の取引、および②その他の証券の米国内での取引に関する場合にのみ適用されるとされた。

Morrison 事件を受け、Absolute Activist 事件では、②の基準である米国内で取引がなされた場合とは、米国内で、①撤回不能な責任を負う、または②権利が移転する場合であることを示した。さらに、City of Pontiac Policemen's and Firemen's Retirement System 事件では、Morrison 事件の①の基準、米国内に上場された証券の取引に関するものであることについて、問題となる証券が米国で上場されていたとしても、当該証券が米国外の証券取引所で購入された場合には証券取引所法 10(b)条は適用されないことを示した。そして、Absolute Activist 事件の①米国内で撤回不能な責任を負うという要件を満たすためには、

米国内で購入の注文がされただけでは不十分であることを示した。

以上から、米国の判例は、いずれの国の法が適用されるかではなく、米国の法規が適用されるか否かについて、証券取引法の解釈から適用基準を導き出し、それを明確化する方向へと向かっていることがわかる。そして、証券取引所法 10(b)条及び規則 10b-5が適用されるためには、①米国内に上場された証券の取引であり、かつ、②米国内でなされた取引であることが必要であり、「米国内で取引がなされた」とされるためには、米国内で①撤回不能な義務を負うか、または②権利の移転がされることが必要である、という基準が示されている。

V 検討

以下では、上述の欧州連合、米国の状況を受けて、日本で国際的な証券取引に関する民事責任が問題となった際、どのような場合に金商法が適用されるべきか検討する。

1 日本法への示唆

本稿の「Ⅲ」及び「Ⅳ」では、海外の状況として、欧州連合、米国を見てきた。欧州連合では、国際的な証券取引の民事責任についても、Rome II（契約外債務の準拠法に関する規則）が適用されると一般的に考えられる。しかしながら、証券取引について、Rome IIの原則規定に従い「損害の発生地」を特定するのは困難であり、例外規定によった場合も、妥当な解決が導かれるとはいえない。他方、英国では、開示制度の民事責任について、当該規定の適用される範囲について規定しており（一方的抵触規定）、これらの規定は、絶対的強行法規（overriding mandatory rules）とみなされる余地も残されている。

また、米国では、従来、証券取引法の民事責任規定は公法的な規定であると解されている。その性質から、米国の規定がいかなる場合に適用されるかは、当該規定の解釈の問題としてその範囲が明確化されつつある。

以上からは、欧州連合でも米国でも、問題となる規定の性質いかんによって、国際私法を介してではなく、問題となる証券取引法の民事責任規定が、直接的

に適用されることが認められうるとわかる。

2 金商法上の民事責任規定

それでは、金商法上の民事責任規定はいかなる性質を有するのか。金商法上の民事責任は、民法及び会社法の特則とされる⁶⁶⁾。その目的について、開示規制そして相場操縦の別に見ていくと次の通りとなる。

まず、開示規制に関する民事責任には、①投資者が被った損害の回復とともに、②損害賠償責任という「制裁」を課すことで不実記載を未然に防止する（資本市場の健全性確保）という機能が期待される⁶⁷⁾。特に、取引の当事者である銀行と比べ、単なる仲介者でしかない証券会社等は、情報の生産に寄与はするが、開示情報に虚偽や欠陥があったとしても、それによって生ずる損失を証券会社自らは被らない。このことから、銀行と比較した時、金融商品取引業者は、正確な情報の生産をしようとする誘因が弱いとされる。したがって、法は、虚偽記載等に関し、金融商品取引業者等にも、損害賠償責任を課し、開示される情報の信頼度を高めようとしている。また、取締役等の関係者にも民事責任を課し、関係者が負う注意義務の履行を強制し、開示の実効性の確保を図っている⁶⁸⁾。

次に、相場操縦に関する民事責任について、通説は民法709条の特則⁶⁹⁾と解している。他方、有力説は、市場において不当に資金が配分された場合に、事

66) 松尾直彦『金融商品取引法〔第3版〕』186頁（商事法務、2014年）。

67) 近藤光男ほか著『金融商品取引法入門〔第4版〕』194頁（商事法務、2015年）、松尾・前掲注186頁。

68) 「粉飾決算を行うのは発行会社の役員であるのに、その役員が証券取引法上投資者に対し責任を負わず、会社だけにその責任を負わせたのでは、ほとんど粉飾決算の予防的効果は期待できない」とするものとして、河本一郎「証券取引法の基本問題—民事責任を中心として—」神戸法学雑誌21巻3・4号237-238頁（1972年）。近藤ほか著・前掲注（67）194-195頁も参照。

69) 松尾・前掲注（66）542頁、田中誠二＝堀口亘『再全訂コンメンタール証券取引法』981頁（勁草書房、1996年）。

後的に資金を一度供給者の手に戻す制度を設け、再び市場に当該資金を供給し、最終的には市場の適正な資源分配機能の維持を目的とするものとする⁷⁰⁾。

以上から、金融商品取引法の民事責任規定は、取引に関与した者の個別的な救済という、目的のみではなく、市場の健全性確保・適正な資源配分の維持という目的も有しているものと考えられる。

日本の金商法上の民事責任規定が、投資者の個別的な救済だけではなく、市場の健全性確保・適正な資源配分の維持という政策的な目的も有しているのであれば、金商法の民事責任についても、公法的な性質を有するものとして、国際私法を介さない直接適用を認めるべきではないだろうか⁷¹⁾。そして、その適用範囲は、それぞれの個別的な救済の原因となる規定の適用範囲によるべきと考える⁷²⁾。すなわち、金商法上のある規定により課せられた義務に違反するかどうかで、その結果として負う民事責任規定の適用される範囲も決められるべきではないだろうか⁷³⁾。金商法の民事救済の規定は、他の刑罰規定や行政罰規定とともに、金商法が定める規制を順守させる一般予防的な効果を有している⁷⁴⁾。刑事罰や行政罰と区別することなく、一体的に民事責任を課すことによ

70) 神田秀樹監修『注解証券取引法』1162頁註1（有斐閣、1997年）。有力説は、160条の責任を一定の政策目的に基づいた法定の特別責任と捉えると解するものとして、川村正幸編『金融商品取引法〔第5版〕』594頁〔品谷篤哉〕（2014年）。川村編では、有力説に対し、160条の文言からは、再び資金が市場に供給されることや、市場の適正な資金配分機能が維持されることを、少なくとも直接の目的としているようには読めないとする（川村編・前掲注594頁〔品谷篤哉〕）。

71) 独占禁止法に基づく損害賠償請求について、国際私法を介さない適用を認めたものとして、次のような文献がある。櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』452-453頁〔西谷裕子〕（有斐閣、2011年）、横溝大「私訴による競争法の国際的執行—欧州での議論動向とわが国への示唆—」日本国際経済法学会34号62頁（2013年）、金美善「私的執行に係るアメリカ反トラスト法の域外適用」国際私法年報16号120頁（2014年）等。

72) 金融商品取引法または証券取引法の適用範囲を示したものとして、澤木・前掲注（7）、佐野・前掲注（8）、龍田・前掲注（12）（15）のほか、松尾・前掲注（66）79頁以下等がある。横溝・前掲注（71）62頁も参照。

73) 例えば、目論見書や有価証券報告書等の虚偽記載や重要事項の記載の欠如が問題となる場合には、金商法上、目論見書や有価証券報告書等の開示義務が課される範囲をいう。

り、金商法が予定した効果を得られるのではなからうか⁷⁵⁾。

VI おわりに

本稿では、国際的な証券取引の民事責任について、いかなる方法で適用される法が決定されるのか、欧州連合および米国との比較から検討した。

日本の学説では、国際的な証券取引の民事責任については、①法選択規制により準拠法が決定されとする見解と②問題となる法規が直接適用されとする見解とがある。しかしながら、いかなる方法で適用される法が決定されるべきか、具体的に示した事例は見当たらない。

欧州連合及び米国での状況からは、いずれの地でも、証券取引法の民事責任規定は、問題となる規定の性質いかんによって、法選択規則を介することなく、直接的に適用されることが認められうる、ということが示される。

日本の金商法の民事責任規定も、その性質を見れば公法的な要素を有していると解しうる。従って、国際的な証券取引の民事責任を考える際には、法の適用に関する通則法等の法選択規則を介するのではなく、直接的に金商法の規定を適用すべきと考える。そして、金商法の民事責任が適用されるその範囲は、行政罰や刑事罰と区別することなく、金商法の責任の元となる義務と一体的に考えるべきではなからうか。

74) 神崎克郎他編『金融商品取引法』27頁（青林書院、2012年）。競争法の請求についてはあるが、民事責任で問題となるのは損害を被った被害者への救済のみであり、当局による強制もなく、当事者によって解決が図られるのであるから、双方的抵触規則（本稿でいう法選択規則）により準拠法が選択されるべき、と主張するものとして、西岡和晃「競争制限行為の準拠法—EU およびスイスにおける議論からの示唆」国際私法年報17号168頁（2016年）。

75) 証券取引法〔金商法〕の規定の適用範囲自体、それぞれの規定の趣旨と目的によって確定されるのであれば、民事責任規定の適用を証券取引法の他の規定とは別個に判断することも可能であるとする見解もある（佐野・前掲注（8）181頁）。確かに、それぞれの規制ごとに適用範囲を確定することは可能かもしれないが、同一の金商法違反に対する責任が、刑事的なものか行政的なものか民事的なものかでそれぞれ適用範囲が異なるのは、当該規制の目的にかなわないように思われる。

近年、欧州でも米国でも、国際的な証券取引に関する民事責任について、本稿でも取り上げたように注目すべき事例が散見されている。これを受けて、各国の法律家の間で、証券取引の民事責任に適用される法の問題について議論が精緻化されている。国際的な場面での法の適用を考える際には、他国の法制度との調整も重要となってくる。今後の各国の法制度のあり方によっては、金商法の適用のあり方について見直す必要が生じる恐れがあることは否めない。しかしながら、本稿が、国際的な証券取引発展の一助となれば幸いである。

【附記】 本稿は、若手研究（B）（課題番号：26780024）の研究成果の一部である。

（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）

会社の計算と外部的エンフォースメント (1)

弥 永 真 生

- 1 財務報告とエンフォースメント
- 2 EU (及び EEA)
- 3 連合王国
- 4 オーストリア
- 5 スペイン

1 財務報告とエンフォースメント

会社の計算（財務報告）の質を高めるという観点からは、会計基準または会計慣行のエンフォースメントが欠けては、いくら、会計基準の質を高めても、無駄になるばかりである。本稿において、エンフォースメントとは、計算書類等（計算書類及び附属明細書・連結計算書類・臨時計算書類）及び財務諸表等（財務諸表・連結財務諸表・中間財務諸表・中間連結財務諸表・四半期財務諸表・四半期連結財務諸表）における会計基準の適用における重要な誤謬及び脱漏を、事前に防止し、事後的には、つきとめ、是正するシステムをいうものとする。①実効的で十分な資源を有する経理部門が存在すること、②内部的な品質確保の仕組み、③計算書類等及び財務諸表等について適切な承認手続きが存在すること、④品質保証手続きに服する外部の監査またはレビューの対象となること、⑤実効的なエンフォースメントの主体、⑥上場規則を通じた証券取引所によるモニタリングとサンクションなどは、「一般に公正妥当と認められる企業会計の基準」に従って、計算書類等及び財務諸表等が作成され、質の高い財務報告がなされる上で重要な役割を果たすものと考えられる。また、

疑わしい財務報告に対する利害関係者・市場の反応がどのようなものであるかも、経営者等が質の高い財務報告を行うインセンティブとなると期待される。

ところで、諸外国においては、財務報告のエンフォースメントを行う外部の主体が設けられていることが一般的であり¹⁾、本稿では、いくつかの国における状況を概観する。

2 EU（及び EEA）

2003年3月12日に、欧州証券規制当局委員会（Committee of European Securities Regulators：CESR）は、『財務情報に関する基準第1号 欧州における財務情報に関する基準のエンフォースメント（Enforcement of Standards on Financial Information in Europe）』を公表した²⁾。

ここでは、エンフォースメント主体（enforcers）については、以下のような原則を定めていた。

- 1) 日本においても、有価証券届出書については、金融庁（財務局）において審査がなされている。他方、有価証券報告書についても、一定の重点項目について、審査が行われているが、それを超えて、継続開示書類についてプロアクティブ（事前対応型）な審査は行われていないようである。すなわち、金融庁は、有価証券報告書の記載内容の適切性を確保するため、各財務局及び福岡財務支局ならびに沖縄総合事務局（「財務局等」）と連携し、平成24年から、「法令改正関係審査」（法令改正により有価証券報告書の記載内容が変更又は追加された事項のうち、特に重要な事項について記載内容をアンケート形式で審査するもの）、「重点テーマ審査」（特定の重点テーマに着目して審査対象となる企業を抽出し、当該企業に対して所管の財務局等が個別の質問事項を送付し、回答を受けることで（ヒアリングを行うこともある）、より深度ある審査を実施するもの）及び「情報等活用審査」（当該年度の重点テーマに該当しない場合であっても、適時開示や報道、一般投資家等から提供された情報等を勘案して、所管の財務局等より、個別の質問事項を送付することがある）を柱とした有価証券報告書レビューを実施しているとされている（たとえば、金融庁『有価証券報告書レビューの実施について（平成27年3月期以降）』<<http://www.fsa.go.jp/news/27/sonota/20160325-4.html>> 参照）。
- 2) この公表に至る経緯等については、たとえば、佐藤 [2007] 参照。なお、2014年7月10日に、欧州証券市場監督局（ESMA）が、『最終報告書 財務情報のエンフォースメントに関する ESMA ガイドライン』を公表している。

第1に、規制市場に上場されている証券の発行者または規制市場にその証券を上場することを申請中の発行者（原則9）が提供する財務情報が報告フレームワークに従うことをエンフォースすることにつき究極的な責任は構成国によって設けられた管轄を有する独立の行政庁が負うべきである（原則3）。第2に、他の組織も、当該所管行政庁によって監督され、かつ、当該所管行政庁に対して責任を負う限りにおいて、当該所管行政庁に代わって、エンフォースメントを行うことができる（原則4）。第3に、エンフォースメントを行うものが誰であろうと、その者は CESR が定めたエンフォースメント基準を遵守しなければならない（原則5）。第4に、所管行政庁は、政府及び市場関係者から十分に（adequate）独立し、かつ、必要な権限と十分な資源を有さなければならない（原則6）。第5に、必要な権限—それは所管行政庁に代わってエンフォースメントを行う者に委任されうるが—には、少なくとも、財務情報をモニターし、発行者や監査人に追加的情報の提出を求め、かつ、エンフォースメントの目的と整合的な措置を講ずる権限が含まなければならない（原則7）。第6に、当該所管行政庁は、財務情報に関する基準第1号に示された原則の適用と整合的に、エンフォースメントの適切なデュー・プロセスを構築し、そのデュー・プロセスを実施する責任を負う（原則8）。

エンフォースメントの方法については、以下のような考え方を示していた。まず、目論見書以外の財務情報については、事前照会（pre-clearance）³⁾の余地が排除されないとしても、事後的（ex-post）エンフォースメントが通常（normal）手続きであるが（原則11）、EU 指令で定められているように、目論見書については、事前の（ex-ante）承認が通常の手続きであり、目論見書で提供される財務情報についての事後のエンフォースメントは、補充的な措置として認められる（原則12）。また、すべての財務情報のエンフォースメントは、通常、検査の対象とする発行者及び文書を選定して行う。エンフォースメント

3) 注釈においては、事前照会によって、エンフォースメント主体が基準設定主体となるような結果を招いてはならないということが重要であると CESR は認識していると述べられている。

のために財務情報を選定する上での好ましいモデルは、リスクベース・アプローチとローテーション・アプローチ及び／またはサンプリング・アプローチとを組み合わせた混合型モデルとするが、リスクのみに基づいて選定するという方法も許容される。他方、ローテーションのみのアプローチも何らかの契機があったときにのみ選定するというアプローチ（pure reactive approach）も許容されないが、監査人または他の規制当局によって示された虚偽記載の兆候や根拠のある告発を考慮にいれる必要はある（原則13）。その上で、エンフォースメント主体が原則13に定められた選定方法を漸進的に採用することを可能にするためには、ランダムな選定とローテーションとの組合わせに基づく混合型選定技法が実行可能な移行ステップと考えられるものの、そのような方法による場合には、発見リスクを十分なレベルにすることができるようになければならない（原則14）。選定された情報についてのエンフォースメントの方法には、純然たる形式的チェックから徹底的な実質的チェックまでさまざまな手続きが含まれ、通常、エンフォースメント主体が行うべきレビューの密度（intensity）はリスクのレベルが律することになるが、検査される文書のタイプや発行者について入手可能な情報のレベルもまた考慮に入れられる。

エンフォースメント主体がとる行動については、以下のような原則を示していた。第1に、財務情報に重要な⁴⁾虚偽記載があることが発見されたときには、エンフォースメント主体は、適切な開示がなされ、かつ、該当するときに、（報告フレームワークの要求にそった）その虚偽記載の公的訂正がなされるように適切な行動をとるが、報告フレームワークからの逸脱が重要でないときには、通常であれば、行動が必要なときであっても公的に訂正することまでは要しないのが通常である（原則16）。第2に、エンフォースメント主体がとる行動と、国内法によって課される制裁とは区別されなければならない。これは、エンフォースメント主体の行動は、一般的に、市場の健全性と信頼性を改善することを目的とするものだからである（原則17）。第3に、行動は、効果的であり、

4) なお、重要性は、適用される報告フレームワークに従って判断される。

適時になされ、かつ、発見された違反のインパクトに見合ったものでなければならない(原則18)。同様の違反が明らかになったときには、同様の行動が採られるように、一貫した行動方針が定められなければならない(原則19)。なお、注釈では、エンフォースメント主体がとることができる行動として、正誤表または訂正書の要求、修正再表示、取引の停止、上場廃止などが挙げられている。

以上に加えて、原則20は、エンフォースメントにおける協調を定め、原則21では、エンフォースメント主体は、定期的に、公衆に対して、少なくとも、採用したエンフォースメント方針及び会計及び開示の問題を含む個々の事案においてした決定についての情報を含め、その活動についての報告をしなければならないとしている。

	主体	主体の性質	事前 照会	事後 調査	事前 監督	選定基準	対象への 接触
イギリス	財務報告評議会の 行為委員会	プライベート セクター主体	N	Y	Y	リスク / ランダム	informal
フランス	金融市場庁	証券取引(所) 監督主体	Y	Y	Y	リスク / ローテーション	informal
ドイツ	連邦金融監督庁 / 財務報告エン フォースメント パネル	政府機関 / プ ライベートセ クター主体	N	Y	Y	リスク / ランダム [パネル]	informal [パネル]
オーストリア	金融市場監督庁 / オーストリア 財務報告エン フォースメント パネル	政府機関 / プ ライベートセ クター主体	N	Y	Y	リスク / ランダム [パネル]	informal [パネル]
アイルランド	アイルランド監 査・会計監督庁	政府機関	N	Y	Y	原則としてリスク	formal
オランダ	金融市場監督庁	政府機関	N	Y	Y	リスク / ローテーション	informal
ベルギー	金融サービス・ 市場庁	政府機関	Y	Y	Y	リスク / ローテーション	formal
デンマーク	金融監督庁	政府機関	Y	Y	Y	リスク / ランダム	informal
スウェーデン	金融監督庁 / OMX/NGM	政府機関 / 取 引所 / 取引所	N	Y	Y	リスク / ローテーション	informal
ノルウェー	金融監督庁	政府機関	N	Y	Y	リスク / ローテーション	formal
スペイン	証券取引委員会	証券取引(所) 監督主体	Y	Y	Y	リスク / ランダム ローテ ーション	informal

OMX : NASDAQ OMX (証券取引所) ; NGM : Nordic Growth Market

		サンクション			
		氏名公表	罰金・課徴金 など	裁判所への 申立て	上場廃止
イギリス	財務報告評議会の行為委員会	Y	N	Y	N
フランス	金融市場庁	Y	Y	Y	Y
ドイツ	連邦金融監督庁／財務報告エン フォースメントパネル	Y	Y	Y	Y
オーストリア	金融市場監督庁／オーストリア財務 報告エンフォースメントパネル	Y	Y	Y	Y
アイルランド	アイルランド監査・会計監督庁	Y	Y	Y	N
オランダ	金融市場監督庁	N	N	Y	N
ベルギー	金融サービス・市場庁	Y	Y	Y	Y
デンマーク	金融監督庁	Y	Y	Y	Y
スウェーデン	金融監督庁／OMX/NGM	N	Y	Y	N/Y/Y
ノルウェー	金融監督庁	Y	Y	Y	N
スペイン	証券取引委員会	Y	Y	Y	Y

なお、EY とコペンハーゲンビジネススクールが共同で行った調査⁵⁾によると、2013 年段階では、欧州経済地域構成国 30 カ国のうち回答が得られた 17 カ国のうち、8 カ国では事前照会手続きが存在するとされている。また、レビューの対象の選定基準は、リスクのみ 3 カ国、リスク＋ランダム 3 カ国、リスク＋ローテーション 8 カ国、リスク＋ランダム＋ローテーション 3 カ国という回答が得られている。

3 連合王国

1988 年 9 月に会計団体諮問委員会に答申された *Dearing* 委員会報告書⁶⁾は、財務報告評議会（Financial Reporting Council：FRC）、会計基準審議会（Accounting Standards Board：ASB）及び財務報告審査パネル（Financial Reporting Review Panel：FRRP）という 3 つの機構を設置することを提案した。財務報告評議会は、会計基準審議会の作業プログラムを監視し、また、健全な会計実務が育成されるように提言や助言を行い、会計基準審議会が会計基準の

5) Copenhagen Business School and Ernst & Young Denmark [2014].

6) Review Committee [1988].

設定・公表を行うこととし、財務報告審査パネルは大規模会社の計算書類、とりわけ会計基準からの離脱がなされている計算書類について、審査を行うことを提案した。会計基準審議会は会長を含めて9名以内の委員から構成され、いずれも有給とするが、会長とテクニカル・ディレクターはフルタイムとすること、委員は指名委員会の決議に基づき、財務報告評議会が任命すること、会長とテクニカル・ディレクターは会計士の有資格者でなければならず、他の委員も会計に関する高度の見識・能力を備えたものでなければならぬとすること、会計基準審議会は財務報告評議会（保証有限会社）の子会社（保証有限会社）とすることなどに加え、委員の3分の2以上の賛成により、会計基準を確定・公表できることとすること及び緊急問題タスク・フォース（Urgent Issues Task Force）を設置することなどを提言した。

なお、財務報告審査パネルは、財務報告審査パネルが計算書類の訂正が必要であると認めたにもかかわらず、それに会社が応じない場合には、証券取引所及び会計団体諮問委員会構成団体に対して、制裁を発動することを求め、場合によっては、計算書類の訂正を求めて民事訴訟を提起すべきであるとされた。

この提案を踏まえて、1990年8月1日に会計基準審議会、財務報告審査パネル及び財務報告評議会という体制が整備された。他方、1989年改正後1985年会社法245A条は、国務大臣は、計算書類が会社法に準拠して作成されているかどうかについて疑義があるときは、これを会社に通告し、会社の説明または計算書類の訂正を求めることができ、同245B条及び245C条は、国務大臣または国務大臣が適当と認める者は、瑕疵のある計算書類の訂正を求めて訴訟を提起できる旨を定めた。また、同256条3項は、国務大臣は、会計基準や会社法の会計規定からの離脱を調査し、これらを遵守させるために必要な措置をとる機関を認可することができると定めていたが、1991年会社（瑕疵のある計算書類）（被授權者）令（SI 1991/13）は、財務報告審査パネルをそのような機関として指定した。

その後、エンロン事件及びワールドコム事件を背景として、経済産業大臣と大蔵大臣が監査・会計問題調整グループ（Co-ordinating Group on Audit and

Accounting Issues）に対し会計規制の枠組みについて諮問を行い、監査・会計問題調整グループは、2002年7月に中間報告書⁷⁾を、2003年1月に最終報告書⁸⁾を、それぞれ提出した。従来、財務報告審査パネルは、第三者からの告発及び新聞報道に基づいて調査を開始する事後対応的（reactive）活動を行っていたが、中間報告書はより事前対応的（proactive）に活動を行う必要があると指摘した。そして、アメリカのSECほどでないにせよ財務報告審査パネル自らが問題のある財務報告を発見することを期待しているとした（パラグラフ6.9）。そして、パラグラフ6.12では、会計基準のエンフォースメントはきわめて重要であり、国際的なアジェンダにおいてますます高く位置づけられているとされ、EU内においては、エンフォースメントのための最低限の受け入れ可能なメカニズムについての合意が、国際的な会計基準への移行の本質的な要素と見られていると指摘されていた。また、既存の連合王国のモデル及びパネルのアレンジメントは、これまで十分に機能してきたと一般に認められているとされていた。そして、「事前照会（pre-clearance）」システムの引き付ける力に関して一部の者が有する懸念をわれわれも共有するとし、とりわけ、それらは、財務諸表について判断をするという会社及びその監査人の責任を減ずることを意図し、何がルール の範囲内にあるかについての絶え間ない細かい議論を促すものであると指摘した。そのうえで、CESRのエンフォースメントについての報告書がいずれ出されるとしても、それまでの間、(i)財務報告審査パネルが、急いで、プロアクティブな要素をその活動に盛り込むことにむけて検討し、2002年末までに特定された提案をまとめること（われわれはこのことがパネルの活動方法及びその財源に対してインプリケーションを有していることを認識している）、及び、(ii)政府が、連合王国における現在のエンフォースメントのアレンジメントの十分性をより広い脈絡で、国際的な発展を十分に考慮に入れ、考察することを勧告するとした。

7) Co-ordinating Group on Audit and Accounting Issues [2002]

8) Co-ordinating Group on Audit and Accounting Issues [2003]

これに対して、財務報告審査パネルは、*Ian Brindle* 副議長を委員長とするグループを立ち上げ⁹⁾、事前対応型活動についての検討を行い、監査・会計問題調整グループに提出した¹⁰⁾。そこでは、資金と資源の制約に服するが、2002年に開始し、2004年からは少なくとも300組の計算書類のレビューを行うという事前対応型活動の段階的な実施が提示されていた。そして、財務報告審査パネルとしては、これには21名のスタッフ、パートタイムの議長が必要であり、年間に350万ポンドの費用を要すると見積もっているとした。

より具体的には、まず、公開会社の公表された計算書類からリスクベースでレビュー対象を選定するアプローチを開発するが、そこでの「リスク」は、特定の1組の計算書類が真実かつ公正な外観を示さないリスクと市場の安定性と投資家の信頼に対するリスクを考慮に入れるとした。また、この付託された権限を、義務的な要求に従って公表される中間報告書や暫定的公表を含む上場会社が公表するすべての公表財務情報¹¹⁾を含むように拡大するが、そのためには財務報告審査パネルに新たな権限を付与することが必要であるとした。さらに、このレビューは選定されたリスク領域の第1段階の机上のチェックまたは計算書類全体のレビュー、そして、適当な場合には、特定の会計処理を説明または明確化することまたは公表された情報からは容易には明らかににはならないコンプライアンスの様子を確認することを求める会社の議長とのやりとりから成るべきであるとした。以上に加えて、財務報告審査パネルの従来の実務に沿って、重要な不遵守の調査を検討するとした。

ただし、どのようなエンフォースメントの体制も財務報告の完全無欠性を保障することはできず、またはそのように期待されるべきではないことを強調し、

9) See Financial Reporting Council [2003] p.61-63 (Chairman's Report, paras.16-25) ; Financial Reporting Council [2004] p.55 (Chairman's Report, para.7).

10) 以下は、Co-ordinating Group on Audit and Accounting Issues [2003] のパラグラフ 4.12 及び 4.13 に基づく。

11) 中間財務報告、取締役報告書、「営業・財務概況」(Operating and Financial Review : OFR) など開示が要求されている全ての財務情報を対象とすることを意味していた。

また、コンプライアンスの第1次的責任は取締役と監査人にあることから、特定の会計処理の「事前照会」の体制をエンフォースメント主体で採用することには反対であるとした（パラグラフ4.13）。すなわち、財務報告審査パネルは、問題先取り型活動に転換することによって過大な期待、すべての違反を財務報告審査パネルが摘発できるというような期待が財務報告審査パネルによせられることを懸念しつつも、基本的には中間報告書における提案を受け入れるという方向をまず示唆した¹²⁾。もっとも、財政的制約があるため、アメリカのSECのように活動することはできないとし、金融サービス庁（FSA）などと連携しつつ、リスク評価に基づくサンプリング調査によって違反の摘発を行なうという姿勢を示した¹³⁾。

これらを背景として、2004年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法（Companies（Audit, Investigations and Community Enterprise）Act 2004）の14条が、上場有価証券の発行者の定期的計算書類及び報告書の監督について定めるに至った。

上場有価証券の発行者によって作成され、上場規則によって課される会計についての要求事項に従うことが求められる定期的計算書類及び報告書をレビューすること及び指定主体が適切を考えるとときには、そのような計算書類または報告書に関して当該主体が達した結論を金融サービス庁に通知するという職務（2項）を行う主体（指定主体）を指定する命令を国務大臣は定めることができることとされた（1項）¹⁴⁾。これについては、2004年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法10条による改正後1985年会社法245C条とパラレルに規定が設けられた。すなわち、法人または法人格を有しない団体であって、上場有価証券の発行者によって作成される定期的計算書類及び報告書に関して上場規則が課している会計上の要求事項を上場有価証券の発行者が遵守をモニ

12) Financial Reporting Council [2003] p.62-63 (Chairman's Report, paras.20-24).

13) Financial Reporting Council [2004] p.55-56 (Chairman's Report, paras.6-13).

14) 指定が取り消される場合には、取消命令に国務大臣が適当と認める手続きの停止に関する規定を設けることができる（10項）。

ターすることに利害関係を有し、それに向けられた十分な手続きを有するもの、及び、その他指定するに適當であると国務大臣が認めるものは指定されることができる (3項)。命令には、指定主体による職務の執行に関連して、国務大臣が適當であると認める要件その他の規定を定めることができ (8項)、その場合には、国務大臣は、その者が指定された場合に、当該要件その他の規定に従って、職務を執行すると認められないときには、その主体を指定することはできない (4項)。

主体は、一般的に、または特定のクラスの発行者、特定のクラスの定期的計算書類または報告書に関して指定されることがあり、これらの一方または両方の異なるクラスに関して、異なる主体が指定されることもある (5項)。ただし、ある主体が指定され、金融サービス庁がその主体に第2項の下での職務を特定の上場証券発行者に関して執行することを要請したときには、そうでなければ、当該発行者に対しては職務を執行することができない場合であっても、職務を執行することができる (7項)。

指定された主体が法人格を有しない団体である場合には、当該団体の設立を定める定款を有する法人の名において、関連訴訟手続き (指定主体としての当該主体による職務の執行において提起しまたはそれに関連した訴訟手続き) を提起し、またはその相手方となることができる (9項)。14条の規定に基づいて命令を定める権限は行政委任立法 (statutory instrument) によって行使可能であり、議会のいずれかの院の決議によって無効とされうる (11項)。

なお、2004年会社 (監査、調査及びコミュニティ企業) 法により、1985年会社法に、文書、情報及び説明を求める被授權者の権限についての245F条が新設された。245F条は、245C条の下での被授權者が、会社の年度計算書類が本法の要求事項を遵守していることについて疑問を抱く場合に適用され (1項)、被授權者は、当該会社、当該会社の役員、従業員または監査人、及び、被授權者が文書または情報を要求した時点において当該会社の役員、従業員または監査人である者 (3項) に対して、245B条に基づく裁判所への申立ての根拠が存在するか否かの解明、申立てをするか否かの決定のために、合理的に

必要な文書（document）¹⁵⁾を作成し、または情報もしくは説明の提供を求めることができる（2項）¹⁶⁾。第3項に定める者が第2項の求めに従わない場合には、被授權者は、第5項の下で裁判所に命令を申し立てることができる（4項）。裁判所は、その者が第2項に定める求めに応じていないと認める場合には、その者に対して、文書の作成または情報もしくは説明の提供を確保する措置を講じることが命じることができる（5項）。第2項の求めまたは第5項の命令に応じて作成された書類はいかなる刑事手続きにおいても、その者に対する証拠として用いることはできない（6項）。また、245F条は、高等法院（High Court）における訴訟における法律専門職業人の秘匿特権または（スコットランドの）民事控訴院（Court of Session）における訴訟におけるコミュニケーションの守秘が維持される場合に関して、文書または情報の開示を何人に対しても強制するものではないとされていた（7項）。

この245F条及び245G条は、2004年会社（監査、調査及びコミュニティ企業）法14条の下での指定主体とその職務にも適用がある（15条1項c号4項から7項）。

また、1989年改正後1985年会社法と同様、2006年会社法でも、455条が、国務大臣は、計算書類が会社法に準拠して作成されているかどうかについて疑義があるときは、これを会社に通告し、会社の説明または計算書類の訂正を求めることができる旨を、456条及び457条が、国務大臣または国務大臣が適当と認める者は、瑕疵のある計算書類または戦略報告書・取締役報告書の訂正を求めて訴訟を提起できる旨を、それぞれ定めている。そして、これをうけて、2008年会社（瑕疵のある計算書類及び取締役報告書）（被授權者）ならびに計算書類及び報告書の監督（指定主体）令（The Companies（Defective Accounts and Directors' Reports）（Authorised Person）and Supervision of Accounts and Reports（Prescribed Body）Order（SI 2008/623））の第2項が、会社法456条

15) いかなる形態で記録された情報も含む（8項）。

16) 本条に基づいて得た情報をさらに開示することについては、制約が加えられていた（改正後1985年会社法245G条）。

との関係で、財務報告審査パネルを指定していた。

しかし、FRC の改組¹⁷⁾により、FRC の戦略的運営と基準及びどのようにその責任を果たすかについての重要な決定は理事会 (Board) がなすこととされた。そして、理事会は、3つの委員会、すなわち、コード及び基準委員会、行為委員会 (The Conduct Committee) ならびに執行委員会によって支えられることとされた。そして、行為委員会¹⁸⁾は、2つの小委員会、すなわち、モニタリング及び監督業務を担当するモニタリング委員会と懲戒問題を扱うケースマネジメント委員会によって支えられるものとされた。

これをうけて、2008年会社 (瑕疵のある計算書類及び取締役報告書) (被授權者) ならびに計算書類及び報告書の監督 (指定主体) 令は、2011年計算書類及び報告書の監督 (指定主体) ならびに会社 (瑕疵のある計算書類及び取締役報告書) (被授權者) 令 (The Supervision of Accounts and Reports (Prescribed Body) and Companies (Defective Accounts and Directors' Reports) (Authorised Person) Order 2012 (SI 2012/1439)) により廃止され、同第4項によって会社法 456条との関係で、FRC の行為委員会が指定されている。

2006年会社法 456条との関係では、行為委員会の権限は、2006年会社法の下で計算書類を作成しなければならないすべての会社に及ぶが、実務上は、ビジネス・イノベーション・技能省 (Department for Business, Innovation & Skills : BIS) との合意に基づき、行為委員会は、通常、公開有限会社 (PLC)、公開有限会社を親会社とする企業集団内の会社、会社法 382条、383条、465条または466条の下で小会社または中会社とはされない私会社、会社法 384条または467条により小会社または中会社として扱われる対象から除外されている私会社、会社法 383条または466条の下で小規模グループまたは大規模グループにあたりとされないグループに属する私会社及び会社法 384条または467条

17) *For details, see* Financial Reporting Council [2012].

18) 行為委員会は、議長、行動規範事務局長 (Executive Director of Conduct)、他の財務報告評議会の非執行理事、モニタリング委員会の議長、ケースマネジメント委員会の議長及びその他の委員会構成員から成るものとされている。

の下での非適格グループに属する私会社との関連でのみ権限を行使している（Conduct Committee [2014] para.15）。

行為委員会の業務手続書（Operating Procedures）によれば、まず、計算書類及び報告書（以下、併せて計算書類等）はFRCの行為部門のスタッフにより、適用される会計上または報告上の要求事項に違反しているおそれの兆候がないかがレビューされる。勧告を伴った暫定的な分析は議長に提出される。議長は、その分析及び勧告を検討し、ある計算書類及び報告書が適用される会計上または報告上の要求事項に違反しているかどうかについて問題がある、または問題があるありうるかどうかを決定する。議長がそのような問題があるまたはありうると決定しない限り、さらなるレビューはされない（Conduct Committee [2014] para.16）。議長がそのような問題があるまたはありうるとし、違反のおそれについて調査を開始すべきかどうかを決定するために追加的情報が必要であるという見解であるときは、議長（または議長に代わって行為するFRCの行為部門のスタッフのメンバー）はレビューの対象となっている主体の議長に書簡を送ってそのような情報を求めることができる。書簡には当該主体の計算書類等の他の側面について、将来の報告の質を高めるためことを奨励するコメントを含めることができる（Conduct Committee [2014] para.17）。

そのような書簡はレビューの対象となっている主体の議長に宛てられ、写しが、実行可能な場合には、その財務担当取締役及び監査委員会議長に提供される。（Conduct Committee [2014] para.18）。以後のやりとりは、財務担当取締役のように計算書類の作成の責任を負っている者と直接行うことができる。当該主体への最初の書簡には、業務手続書の写しを同封し、行為委員会の職務と権限またはその業務手続書またはその活動もしくは役割のその他の局面に関連して質問があれば、FRCの行為部門の特定のスタッフに話すことを当該主体に勧める。行為委員会または他の委員会またはこれらの業務手続書に従って行為している者は通常、問題となっている事柄にどのようにして気付いたかを開示することはしない（Conduct Committee [2014] para.18）。

パラグラフ17及び18に従って最初の書簡を送った後、議長（または議長に

代わって行為する FRC の行為部門のスタッフのメンバー) は、当初の検討の段階において、いつでもレビューの対象となっている主体に書簡を送ることができる (Conduct Committee [2014] para.19)。情報を求める議長 (または議長に代わって行為する FRC の行為部門のスタッフのメンバー) の書簡はレビューグループ調査の一部を成すわけではなく、議長が当該書面で提起したこと以外の事項を調査することを妨げるものではない。また、そのような書面はモニタリング委員会が後に調査を開始することを妨げるものではない (Conduct Committee [2014] para.20)。レビューの対象となっている主体から提供された文書、情報及び説明は、FRC の行為部門のスタッフによって分析され、議長のために報告書が作成される (Conduct Committee [2014] para.21)。このような段階を踏んで、議長が、当該主体の回答によって、適用される会計上及び報告上の要求事項に対する違反はなかったまたは当該主体によるさらなる行動を必要としない違反であったと納得したとき、または改訂 (revision) によって1つまたは複数の計算書類等の瑕疵を治癒し、もしくは他の是正するまたは明確化する行動をとるという当該主体の取締役の提案を受け入れるべきであるという結論に至ったときは、さらなるレビューは行われぬ (Conduct Committee [2014] para.22)。他方、このようには結論づけられず、適用される報告上の要求事項への違反があった可能性があるか、そのような違反があったかどうかをさらに調査する必要があると議長が結論付けたときは、調査を開始するために、当該事案をモニタリング委員会に付託する (Conduct Committee [2014] para.23)。

当初の検討の段階において、いつでも、議長は、FRC の行為部門のスタッフ、コンサルタントまたは財務報告審査パネルのメンバーに助言を求めることができる。議長が必要と考えるときは、独立した弁護士または会計士に意見を求めることができる (Conduct Committee [2014] para.24)。

当初の検討の後に、議長からの付託を受けて、モニタリング委員会は、調査を開始し、問題となっている事柄を検討するためにレビューグループを設置するかどうかを決定する (Conduct Committee [2014] para.25)。レビューグルー

ブは、5人以上の財務報告審査パネルのメンバーから成り、通常は、財務報告審査パネルの議長と副議長のうちの1人を含む。財務報告審査パネルの議長が特定のレビューグループの議長を務めることができないときは、財務報告審査パネルの副議長のうちの1人が当該レビューグループの議長を務め、財務報告審査パネルの議長は、通常、当該レビューグループのメンバーとなる。財務報告審査パネルの議長と副議長のうちの1人は当該レビューグループの少数派となる。財務報告審査パネルの議長と副議長のうちの1人のいずれもがあるレビューグループの議長となることができないときは、他のメンバーが議長となることができる。通常、レビューグループは、1人の法律家を含み、会計専門職業人を代表する者を含む。

実務上可能であれば、レビューグループは関連する専門家であるまたはセクターについての専門知識を有するメンバーを含む。いつでも、レビューグループに追加的なメンバーが任命されたら、レビューの対象となっている主体にそれが知らされる。レビューグループに加わることを求められたときには、財務報告審査パネルはレビュー対象となっている主体に有している利害または当該主体に関して有している利害を申告しなければならない。利害を有するメンバーは、その利害がわずか（remote）であり、かつ、当該主体に申告し、受け入れられた場合を除き、レビューグループに加わるできない（Conduct Committee [2014] para.26）。

FRCの行為部門のスタッフは、モニタリング委員会の指示の下、当該主体に、モニタリング委員会がレビューの対象となっている計算書類等について調査を開始した旨及びその調査を行うためにレビューグループが設けられた旨を知らせる書簡を送る。レビューグループのメンバーの名前は明らかにされ、当該主体には外観的な利害相反を指摘する機会が与えられる（Conduct Committee [2014] para.27）。当該主体への書簡においては、レビューの対象となっている計算書類等を示し、その計算書類等が適用される会計上及び報告上の要求事項に従っているかどうかについての疑問があり、または、疑問がありうる側面を示す。その書簡では、実務上可能かぎり速やかに提起された事柄についてコ

メントするように当該主体に求め、その回答が求められる期限を指定することができる (Conduct Committee [2014] para.28)。

レビューグループは、その調査の過程において、調査の範囲を拡張し、または変更することができる。レビューグループは、適用される報告上の要求事項への違反があった可能性があるか、そのような違反があったかどうかをさらに調査する必要があると考えられる新たな問題点を識別したときに、そのようにする。かりに、新たな問題点を提起することにより、調査の性質を拡張すると決定したときは、モニタリング委員会に通知し、その決定の後できるだけ速やかに当該主体に通知し、その事項についての当該主体のコメントを求める (Conduct Committee [2014] para.29)。

レビューグループの会議の定足数は、そのメンバーの過半数であり、レビューグループによる決定には3分の2以上の多数で、かつ、4人以上のメンバーの賛成が必要である (Conduct Committee [2014] para.30)。レビューグループの議長（または議長に代わって行為する FRC の行為部門のスタッフのメンバー）は、いつでも、レビューの対象となっている主体とやりとりすることができる。適切な場合には、レビューグループは財務報告審査パネルの他のメンバーと協議し、または、独立した助言を求めることができる (Conduct Committee [2014] para.31)。レビューの対象となっている主体から提供された文書、情報及び説明は、FRC の行為部門のスタッフによって分析され、レビューグループのために報告書が作成される (Conduct Committee [2014] para.32)。

レビューグループは、当該主体の回答によって、適用される会計上及び報告上の要求事項に対する違反はなかったまたは当該主体によるさらなる是正行動を必要としない違反であったと納得することがある。そのときは、レビューグループは、当該主体によって提案された行動に同意し、モニタリング委員会に報告し、それに従って、さらなるレビューはなされない (Conduct Committee [2014] para.33)。合意に達しなかった場合には、レビューグループは、当該主体の説明を聞いたうえで、当該事項は、行為委員会が追求すべき会計上及び

報告上の要求事項違反であると結論付けることができる。レビューグループは、当該主体に対して、書面で、行為委員会が裁判所に対して申立て、かつ、レビューの対象となっている主体の取締役にも、もし希望すれば、会合において、当該計算書類等は法律を遵守しているとレビューグループと説得するか、さもなければ、レビューグループが検討するために是正するまたは明確化する行動を提案する機会を与えることを行為委員会に対して勧告する報告をするつもりであることを知らせる（Conduct Committee [2014] para.34）。レビューグループは、この書簡に対する反応及びレビューの対象となっている主体によって通信によって、または会合においてなされたさらなる申出を検討する。レビューグループが依然として、当該主体の返事または是正するまたは明確化する行動の提案に満足しないときは、当該主体の議長に最終書簡を送る。この書簡では、レビューグループが当該計算書類には会計上及び報告上の要求事項違反があると考えた根拠を示し、レビューグループはこの事項を、書簡の日付から14日以後に裁判所に対して申し立てをするかどうかを決定するため、行為委員会に託するつもりであることを示す（Conduct Committee [2014] para.35）。レビューグループは、この最終書簡に対する反応も検討する。この反応に満足しなかったときまたは反応を受け取らなかったときは、レビューグループは、この事項を行為委員会に託する（Conduct Committee [2014] para.36）。

行為委員会は、問題点、当該主体の反応及びレビューグループの勧告を示したレビューグループの報告書を検討する（Conduct Committee [2014] para.37）。行為委員会はレビューグループの報告書を検討し、当該事項は会計上及び報告上の要求事項違反であり、レビューの対象となっている主体によって提案された是正するまたは明確化する行動は適切ではなく、かつ、当該事案のすべての状況を考慮に入れて、裁判所に対する申し立てが適切であるという結論に至ったときは、裁判所に申し立てするという決議をする（Conduct Committee [2014] para.38）。行為委員会による裁判所に申し立てるという決定には、当分の間、行為委員会のすべてのメンバー（出席しているかどうかを問わず）の過半数の賛成を要する（Conduct Committee [2014] para.39）。裁

判所に申し立てたときは、行為委員会は適切な他の当局、たとえば、健全性規制機構（Prudential Regulatory Authority：PRA）、金融行為監督機構（Financial Conduct Authority：FCA）¹⁹⁾、ビジネス・イノベーション・技能省及び証券取引所に通知し、かつ、通常は、公告する（Conduct Committee [2014] para.40）。

なお、当初の検討またはレビューグループによる調査段階でレビューの対象となっている主体と会合を持つことができる。FRCの行為部門のスタッフがそれぞれの会合の目的を特定し、議長またはレビューグループがカバーしようとしているポイント及び会合の出席者を当該主体に通知する。実務上可能であれば、FRCの行為部門のスタッフは、また、当該主体が準備することを望む可能性がある、ありうべき次のステップを摘示する（Conduct Committee [2014] para.41）。レビューグループ及びFRCの行為部門のスタッフの出席は状況とその会合が持たれる目的による。通常、レビューグループが設けられた場合には、レビューグループのすべてのメンバーが参加する。会合に出席しないレビューグループの個々のメンバーはその会合の記録の写しを受け取る。レビューグループが設置されているときは、当該主体はその監査人を出席させることを奨励される。しかし、他のアドバイザーを出席させるかどうかは当該主体に任されている。これは、会合の目的による（Conduct Committee [2014] para.42）。事案の検討のいかなる段階においても、議長またはレビューグループは、当該主体を専門的会合（technical meeting）に招くことができる。専門的会合は、より小規模なワーキンググループ（通常、レビューグループのメンバーから選ばれた者から成り、FRCの行為部門のスタッフのメンバーも含む）に当該事案を進展させる機会を与えるもので、さまざまな形態をとりうる。当該主体は、ある専門的会合の目的及びそれに参加する者を通知される（Conduct Committee [2014] para.43）。レビューの対象となっている主体と議長またはレビューグループとの間のそれぞれの会合の後には、討議した事項及び合意し

19) 2013年4月1日に、金融サービス庁は、健全性規制機構と金融行為監督機構とに分けられた。

た重要な点について確認する討議の記録が作成される。当該主体には、その記録の内容についてコメントする機会が与えられる（Conduct Committee [2014] para.44）。

他方、議長またはレビューグループ（調査が開始されていたとき）及びレビューの対象となっている主体が1つまたは複数の計算書類等が改訂によって瑕疵が治癒されることに合意したときは、取締役は完全に改訂して、当該計算書類等を再発行することによって行うか、補足書類によって行うかを決定する。当該主体による瑕疵のある情報の改訂は、モニタリング委員会に代わってFRCの行為部門のスタッフによりモニターされる。当該主体がモニタリング委員会にとって受け入れ可能であるとして合意された方法で改訂しないときには、調査を開始または再開する（Conduct Committee [2014] para.45）。議長またはレビューグループは、取締役による代替的な是正するまたは明確化する行動、たとえば、当該主体が、別個に、またはタイミングが適切であるときは、次の半期報告書または年度報告書において、適切で、法令により求められる関連する比較数値及び注記に対する調整とともに、公表する訂正の記載を受け入れることができる場合もある。どのような是正するまたは明確化する行動が議長またはレビューグループにとって、受け入れ可能であるかは、個々の事案の状況に依存する。とりわけ、欠陥の性質と効果、計算書類の利用者を保護する必要、市場の誤った動きを正し、または防止する必要、及び、当該主体の報告のサイクルを考慮に入れる（Conduct Committee [2014] para.46）

レビューグループが設置されたかどうかにかかわらず、事件終結の書簡の写しを当該主体の監査人のシニアパートナーまたは議長に送付することができる（Conduct Committee [2014] para.47）。

なお、事前照会制度は設けられていない（Conduct Committee [2014] para.49）。

4 オーストリア

ドイツ²⁰⁾に倣って、オーストリアも、上場会社の決算書につき、オーストリア財務報告エンフォースメントパネル (Österreichische Prüfstelle für Rechnungslegung) が第1段階エンフォースメントを、金融市場監督庁 (Finanzmarktaufsicht) が第2段階エンフォースメントを、それぞれ、担うという2層エンフォースメントを採用した。

会計統制法²¹⁾では、その証券がオーストリアの規制市場 (ウィーン証券取引所の Official Market (証券取引所法²²⁾ 66条) または Second Regulated Market (証券取引所法 68条)) で取引されている会社が規制対象とされている (会計統制法 1条・2条)。年度計算書類 (連結計算書類を作成していない場合に限る) 及び状況報告書、連結計算書類及び状況報告書ならびに証券取引所法 81a 条 1 項 9 項に規定されているその他の情報が金融市場監督庁による検査 (Prüfung) の対象とされる (会計統制法 2 条 1 項 2 項)。検査の対象となる連結計算書類には直近の会計年度に係るもの (または承認された連結計算書類のうち直近のもの) のほか、当該会計年度及び当会計年度の半期報告書が含まれる (会計統制法 2 条 2 項)。ただし、株式法 201 条または刑法典 163a 条に従った手続きがなされているときまたは株式法 130 条以下の特別検査の対象となっているときは、対象とされない (会計統制法 2 条 2 項)。

しかし、金融市場監督庁はパネル (Prüfstelle) によって検査をさせることができるとされており (会計統制法 1 条 1 項)²³⁾、会計統制法 8 条に基づいて、オーストリア財務報告エンフォースメントパネルを承認している。会計統制法

20) ドイツにおける状況については、たとえば、弥永 [2016] 参照。

21) Bundesgesetz über die Einrichtung eines Prüfverfahrens für die Finanzberichterstattung von Unternehmen, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind (Rechnungslegungs-Kontrollgesetz-RL-KG) (BGBl. I Nr. 21/2013)。

22) Bundesgesetz vom 8. November 1989 über die Wertpapier- und allgemeinen Warenbörsen und über die Abänderung des Börsensensale-Gesetzes 1949 und der Börsegesetz-Novelle 1903 (Börsegesetz 1989-BörseG) (BGBl. Nr. 555/1989)。

8条1項によれば、連邦財務大臣は、連邦司法大臣と協議の後、証券取引所法81a条1項7号によりオーストリアを本国とする会社が会計基準を遵守しているかどうかを検査するものとして、独立した非営利社団を決定（Bescheid）により承認でき、そのような社団はオーストリア財務報告エンフォースメントパネルと名乗らなければならない。社団がパネルとして承認されるための要件は、その定款により、専門的で、独立して、秘密に社団の任務を遂行すること及び検査が所定の手順に従って行われる適当な組織的アレンジメントを定めていることである（会計統制法8条2項）。そして、定款と手続規程の改正は、連邦法務大臣との協議を経てなされる連邦財務大臣の認可を受けなければならない（会計統制法8条2項）。決定によるパネルとしての承認は5年間を上限とするが、再度、承認することは許される（会計統制法8条2項）。検査の実施にあたって、とりわけ、事業上、財務上または個人的な関係を有するなど合理的に不偏性が疑われる者は関与してはならない。また、直近3年以内に企業法典271条2項1号、2号、4号、5号または7号に該当した者は関与してはならない（会計統制法8条3項）。パネルは金融市場監督庁に2条1項1号に従った検査の手続きを通知しなければならない（会計統制法8条4項）。金融市場監督庁は、パネルによる検査活動についてのガイドラインを発することができ、パネルはこれに従わなければならない。パネルは金融市場監督庁にこのガイドラインの提案をしなければならない（会計統制法8条5項）。

パネルによる検査²⁴⁾は、会社との任意の合意に基づいて実施され、会社がパネルと協働することに合意すれば、会社の担当役員及びその補助者はパネルに正確で完全な情報と文書を提供する義務を負う（会計統制法9条1項）。検査には、事象を契機としてなされる検査とランダムになされる検査が含まれる。前者は、会計及び報告の規制の不遵守があったと考える十分な理由があり、か

23) パネルを承認せず、自ら検査を行う場合であっても、適当な第三者を実施にあたって用いることができる（会計統制法3条4項）。

24) Verfahrensordnung der Prüfstelle <http://www.oepr-afrep.at/fileadmin/user_upload/Verfahrensordnung_lt_Bescheid_BMF.pdf> 参照。

つ、ありうべき違反が正確な情報を資本市場に提供することにつき潜在的に重要な懈怠をしたことを意味するときには、調査は公益にかなうとされている(会計統制法2条1項)。毎年のエンフォースメント上の優先事項は、パネルによって提案され、金融市場監督庁によって承認される(会計統制法1条2項)。ESMAによって選定されたエンフォースメント上の優先事項は考慮に入れられる。

パネルの議長は、検査を開始し、問題となっている会社に通知する。当該会社が協力することを拒んだときは、パネルの議長は金融市場監督庁に通知し(会計統制10条1項1号)、協力することに同意したときは、議長は検査を開始する。後者の場合には、パネルの議長と副議長及び独立検査員として活動するパネルのメンバーから成る検査委員会を任命する。パネルの他のメンバーを担当検査員として指名する。担当検査員によるレビュー報告書及び独立監査検査員の報告書は検査委員会において検討され、検査委員会は当該会計及び報告に誤謬がある(fehlerhaft, 不正確またはミスリーディングである)かどうかを決定する。どのような場合に誤謬があるとされるのかは定義されていないため、議論があるが、会計基準からの重要ではない逸脱があれば、すべて誤謬があるとされるわけではなく、重要な逸脱のみが誤謬があるという判断につながると解されている²⁵⁾。なお、パネルの従業者は、良心的かつ普遍的に検査を行う義務を負う。パネル及びその従業者は、資本市場における安定し首尾一貫した財務報告という公益のために活動する(会計統制法10条2項)。

検査の結果、問題があると判断されなかったときには、会社はその旨が通知される(会計統制法5条3項)。他方、検査により、会計及び報告に誤謬があることが明らかになったときは、パネルはその発見事項を根拠づけ、パネルの発見事項を受け入れるかどうかを述べるための合理的な期間を会社に与えなければならない(会計統制法9条2項)。パネルは検査による発見事項及びその発見事項を会社が受け入れたかどうかを金融市場監督庁に通知しなければなら

25) Schrank [2013] S. 312 und 314 ; Houf/Milla [2013] S.29.

ない（会計統制10条1項2号）。金融市場監督庁は、誤謬がある情報と発見事項の根拠の重要な部分の公表を命じることができる。公表される情報と発見事項は問題となっている会社によって資本市場法²⁶⁾10条3項3号から5号に従って、会社のウェブサイト、金融市場監督庁のウェブサイトまたは規制市場のためのウェブサイトにおいて公表しなければならない。オーストリアが本国である場合には、会社はどこに公開したかを示して、*Wiener Zeitung* 中の公報（*Amtsblatt zur Wiener Zeitung*）において発表しなければならない（資本市場法10条4項）。会社の申請に基づき、公開が会社の正当な利益をおびやかす可能性が高いときには、金融市場監督庁は当該要求を免除することができる（会計統制法5条2項）。

パネルは、会社による会計に関する犯罪の疑いを根拠づける証拠を金融市場監督庁に知らせなければならない（会計統制法10条3項）。パネルと金融市場監督庁は、決算監査人に職業上の落ち度があったことを示唆する情報を経済受託者会（*Kammer der Wirtschaftstreuhänder*）に伝達する義務を負っている（会計統制法6条1項・10条3項）。金融市場監督庁は、決算監査人の品質保証対策に重要な欠陥があると考えた根拠があるときには、外部品質レビュー・タスクフォース（*Arbeitsausschuss für externe Qualitätsprüfungen*）に通知しなければならない（会計統制法6条1項）。

会社がパネルによる検査に協力することを拒んだ場合には、その旨が金融市場監督庁に知らされなければならない、金融市場監督庁が検査についての責任を引き受ける（会計統制法3条1項1号）。金融市場監督庁は、パネルの検査による発見事項の正確性またはパネルが検査を正しく行ったかについて疑問を持つ理由がある場合または特定の事案における会計及び報告の正確性についての公益ゆえに金融市場監督庁が一般行政手続法²⁷⁾18条1項に定められている原則に

26) Bundesgesetz über das öffentliche Anbieten von Wertpapieren und anderen Kapitalveranlagungen und über die Aufhebung des Wertpapier-Emissionsgesetzes (Kapitalmarktgesetz-KMG) (BGBl. Nr. 625/1991).

27) Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991-AVG (BGBl. Nr. 51/1991).

従って検査する必要がある場合には、その責任を引き受けなければならない(会計統制法3条1項2号3号)。検査の対象は、パネルが行う検査の場合とパラレルであるが、パネルが対象とした連結計算書類その他の情報を検査の対象とすることができる(会計統制法3条2項)。検査の実施にあたって、金融市場監督庁は、パネルその他適当な団体及び個人を用いることができる。金融市場監督庁の求めに応じて、パネルは検査の結果と手続きについて説明し、検査報告書を提出しなければならない(会計統制法3条3項)。

対象会社及び連結の範囲に含まれる子会社ならびにそれらの機関の構成員、従業員及び決算監査人に対して、検査に必要な情報及び資料の提出を求めることができる。ただし、監査人の義務は、監査の過程において知った事実に限定される(会計統制法4条1項)。なお、一般行政手続法36a条に基づいて、自己または一定の親族が刑事訴追にさらされるリスクがある場合には情報提供義務を負わない。金融市場監督庁は供述拒否権を有する旨を義務者に告知しなければならない。資料提出義務は影響を受けない(会計統制法4条2項)。情報及び資料の提出義務を負う者は、検査に必要な限り、金融市場監督庁の職員または委託を受けた者に、通常の営業時間内であれば、その不動産及び事務所内に立入ることを認めなければならない(会計統制法4条3項)。

金融市場監督庁による検査によって、会計及び報告に誤謬があることが明らかになったときは、金融市場監督庁は、当該誤謬を詳細に示す公式の報告書を発行しなければならない(会計統制法5条1項)。

パネルまたは金融市場監督庁に正確かつ完全な情報を故意に提供しなかったり、正確かつ完全な文書を提出しなかった場合には、10万ユーロまでの行政罰を金融市場監督庁は課することができる(会計統制法13条1項)。

パネルは、翌暦年に必要な資金について事業計画を立て、連邦金融大臣の承認を得なければならない。翌暦年の予想費用については、まず、1暦年あたり、会社がそれぞれ7,500ユーロ拠出し、かつ、社団の社員がそれぞれ10,000ユーロ拠出する。残りの額は、パネルが、それぞれの会社の時価総額に応じて、会社に請求する(会計統制法12条1項)。

なお、会計統制法の下での検査活動によりパネルが検査対象である法的主体に与えた直接損害については連邦政府が国家賠償法²⁸⁾の規定に従って賠償責任を負う。パネル及びその従業者は被害者に対して損害賠償責任を負わない（会計統制法10条4項）。第4項に基づいて、連邦政府が被害者に対して損害賠償をした場合には、連邦政府はパネルまたはその従業者に対して、国家賠償法の下で求償することができる（会計統制法10条5項）。そして、パネルは、国家賠償責任及び求償の手続きに、都合がつく方法で協力しなければならない。とりわけ、それらの手続きに関連するすべての情報及び文書を提供し、問題となっている実施された検査活動についてパネルの機関及びスタッフの知識と技能を連邦政府が把握できるようにしなければならない（会計統制法10条6項）。

5 スペイン

証券市場法²⁹⁾は、規制対象となっている継続開示情報が適用される規則に従って作成されていることを検証することを証券市場全国委員会（Comisión Nacional del Mercado de Valores：CNMV）の任務の1つとしている。

この任務を果たすために、CNMVは発行者に対して、特定の事項について明確化または情報を書面で求める³⁰⁾。そして、CNMVには、上場会社に対して、追加情報を公表すること、公表済み財務諸表の調整、訂正、場合によっては、再発行を命じる権限を与えられている³¹⁾。このプロセスにおいては、この要求に対して発行者が送付した追加情報は、公的記録で公表され、かつ、CNMVのウェブサイトで調べることができる。

CNMVが年度財務報告書について行うレビューは、形式レビューと実質的レビューに分けられる。まず、受領されたすべての報告書は、法的要求事項を

28) Bundesgesetz über die Haftung der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für in Vollziehung der Gesetze zugefügte Schäden（Amtshaftungsgesetz-AHG）（BGBl. Nr. 20/1949 idF BGBl. I Nr. 194/1999）。

29) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

遵守しているかどうかのレビューを含む、形式レビューの対象となる。このレビューの範囲は、適用される規則に特定の変更から生ずる他の問題点にも及ぶ。

たとえば、2013年に行われた³²⁾年度計算書類及び事業報告書についての形式レビューは、最低限のものとして、①年度財務報告書の内容について責任がある旨の陳述書にすべての取締役の署名がなされていること（王令第1362/2007号³³⁾8条)³⁴⁾、②年度コーポレート・ガバナンス報告書が事業報告書の一部として含められ、かつ、「財務報告プロセスに関する内部統制システム及びリスクマネジメントの主要な特徴の記述（Una descripción de las principales características de los sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financier）」³⁵⁾を含んでいること、③年度計算書類と以前に送付した当該年度の第2半期の財務情報との間に重要な差異がないこと、④該当する場合には、監査人（パートナー）

30) CNMVの監督及び検査の権限には、法律によって定められた方式により、かつ制限の下で、①いかなるフォーマットにおける文書にもアクセスし、その写しを受領する、②CNMVによって定められた合理的な期間内に、いかなる者に対しても情報を要求し、必要な場合には、情報を得るために呼び出し、質問する、③いかなる事務所または建物においても、現地検査を行う、④存在する電話及びデータトラフィックの記録を要求する、⑤証券市場法及びその下位法令に定められた規定に反する実務を止めることを要求する、⑥資産の差押えまたは凍結を求める、⑦専門家としての活動の暫定的禁止を求める、⑧投資会社及び証券市場法84条1項a)及びb)にいう企業の監査人からその者が任務の過程において取得した情報を得る、⑨監督対象の人または企業が適用されるべきルールと規定または改善もしくは訂正のための要求を遵守することを確保する措置を講じること、そのためにそのような人または企業に独立専門家、監査人または内部統制もしくはコンプライアンス組織からの報告書を提出することを求める、⑩自然人または法人が証券市場において行う可能性のある取引または活動を停止し、またはそのタイプもしくは量を制限することを命ずる、⑪公的な流通市場または多角的取引システムにおいて金融商品を取引することを停止し、または行わないことを命ずる、⑫刑事上の起訴をすることを勧告する、⑬監査人または専門家が証券市場法91条4項c)の状況に従って、確認または調査をすることを認める権限を含む（証券市場法85条2項a)からm)）。⑤⑦⑨⑩及び⑪は、それらが実効的な投資者保護または市場の正常な機能のために必要である場合には懲戒手続きその他の過程で予防的措置として採用でき、採用した理由が残存する限り、維持されるべきであるとされている（証券市場法85条2項）。

の強制的ローテーションがなされたこと（会計監査法³⁶⁾19条³⁷⁾を検証したとされている。また、監査報告書の内容は分析され、過年度のレビューにおいて識別された事項は適時にモニターされているとされている。さらに、事業報告書の作成にあたって、CNMV が2013年に公表した『上場会社の年度報告書の作成のためのガイド』³⁸⁾を発行者が考慮に入れたことも検証した。資産証券化

（前頁よりつづき）

証券市場法85条2項に基づいて、同84条に列举された自然人または法人は、顧客または投資家の事前の承諾を得て録音された、その性質が商業的である電話の会話を含み、コンピュータプログラム、磁氣的及び光学的ディスクファイルその他のタイプのファイルを含む、そのフォーマットのいかなを問わず、CNMV が適当であると認める帳簿、記録及び文書を提供する義務を負う。自然人は、証言のための CNMV からの呼び出しに応じる義務を負う。CNMV による監督及び検査の職務の遂行に必要な範囲において、上述の者に専門家サービスを提供する自然人または法人は、その職業または活動を規律する条項に従って、CNMV によって求められたデータと情報を提供する義務を負う。監督及び検査の職務の遂行のために CNMV によって求められた情報及びデータへのアクセスは個人情報保護法11条2項 a) にあたる。アクセスされたデータは本法に定められた条件の下で、上記の権限を行使するためにのみ用いることができる。行政組織と行政機関、会議所及び会社、専門職業人団体、専門職業人団体の理事会、社会保障の運営及びサービス主体ならびに一般的に公的職務を遂行する主体を含むその他の公的主体は、CNMV に協力し、本法13条に定められた職務を CNMV が遂行するために求められるデータ、文書、記録、報告書及び背景情報を、記録媒体にかかわらず、特定の要求と指定された期限に従って、提供しなければならない。質問を含む、検証及び調査は、CNMV の裁量により、検査される主体もしくは人またはその代表者の事務所、部局または建物において、または、CNMV その他の行政組織の建物で行われる。検証及び検査が検査される主体もしくは人またはその代表者の事務所、部局または建物において行われる場合には、他の日時に関する双方の合意がある場合を除き、当該場所の通常の営業時間を守らなければならない（証券市場法85条3項）。

- 31) ⑭証券市場法35条にいう年度開示をチェックする任務を遂行するにあたって、CNMV は、欧州連合に所在する公的流通市場その他の規制市場において上場されている証券の発行者の監査人から、書面による要求により、監査法に従って、必要となる情報または文書を取得することができる。CNMV によって要求された情報の監査人による開示は守秘義務違反にあたらない。CNMV は、欧州連合に所在する公的流通市場その他の規制市場において上場されている証券の発行者に追加的情報、定期的開示の調整、訂正または修正再表示を公表することを要求できる（証券市場法85条2項 n)）。CNMV は、そのような開示が証券市場を大きく脅かし、または関与する当事者に不相当な損害をもたらす場合を除き、適

ファンド及び銀行資産ファンドを別として、形式レビューの結果、13事業体に対して CNMV からの要求がなされた。その理由は、①監査報告書における除外事項 (3事業体)、②形式面 (3事業体)、③認識または評価についての会計方針についての追加情報 (7事業体) 及び④年度財務報告書において提供された情報の拡張 (6事業体) の1つまたは複数であった。

2014年に行われた形式レビューにおいては、2013年の①から④のほか、繰

(前頁よりつづき)

用される規定違反を理由として採用した措置を公衆に対して開示することができる。⑤⑦⑩または⑭の措置がスペイン銀行の監督の下にある会社に適用されるときには、懲戒手続きにおいて予防的措置としてなされるかどうかにかかわらず、事前に通知されなければならない。⑥の措置の場合には事前に協議しなければならない (証券市場法 85 条 2 項)。

また、投資会社の監査人は、監査法 (Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas) の最終追加条項において規律されている CNMV への通知義務に拘束される (証券市場法 85 条 4 項)。

さらに、CNMV は、書面または口頭で、84 条に列挙された者または主体に対して、証券市場における活動または市場に影響を与える可能性のある活動に関して CNMV が適当であると認める情報を直ちに公表することを命じることができる。そのような者または主体が直接にそのようにしないときは、その情報は CNMV によって開示されなければならない (証券市場法 85 条 5 項)。

- 32) 以下、2013 年の活動に関しては CNMV[2013]に、2014 年の活動に関しては CNMV[2014]に、それぞれ依拠している。
- 33) Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea.
- 34) 署名がなされていないものがあるときは、署名をしていない取締役が反対したという記録があるかどうかについて取締役会の秘書役に対して明示の陳述書を求める。
- 35) Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, Artículo 540, 4. h).
- 36) Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.
- 37) 現在では、2015 年会計監査法 (Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas) 40 条 2 項が監査人及びパートナーのローテーションを定めている。
- 38) *Guía para la elaboración del informe de gestión de las entidades cotizadas.*

延税金資産・負債を測定するために所得税に関する2014年11月27日法律第27/2014号により定められた新たな税率を、また、主要な事業活動をベネズエラで行っている事業体については、ハイパーインフレ経済のための会計基準で要求されている情報を、発行者が財務報告書の作成にあたって考慮に入れたかがレビューの対象とされた。資産証券化ファンド及び銀行資産ファンドを別として、形式レビューの結果、13事業体に対してCNMVからの要求がなされた。その理由は、①監査報告書における除外事項（4事業体）、②形式面（4事業体）、③認識または評価についての会計方針についての追加情報（4事業体）及び④年度財務報告書において提供された情報の拡張（5事業体）の1つまたは複数であった。

他方、実質的レビューは監査済み年度計算書類の一部について行われる。レビュー対象となる会社の選定は、CESRの基準第1号で示された原則に沿って、リスクとランダムローテーションに基づいてなされる。ここで用いられているリスクの概念は、財務諸表が重要な誤謬を含む可能性と重要な誤謬が市場に対する信認と投資家保護に与える潜在的インパクトという2つの要素を結合したものである。リスクベースの選定は、すべての株式の発行者が少なくとも4年に1回、すべての債券の発行者が少なくとも8年に1回、レビューの対象となるようなランダムローテーション規準によって補完されている。

他方、実質的レビューとの関係では、2014年には、①監査報告書における除外事項（6事業体）、②形式面（6事業体）、③認識または評価についての会計方針についての追加情報（42事業体）及び④年度財務報告書において提供された情報の拡張（49事業体）のうち1つまたは2つ以上の根拠に基づいて、51の事業体に要請を発した。多くの場合、CNMVの要請に応じて、発行者が提供した説明は採用した会計方針を根拠づけていたし、適用が求められている会計基準と整合的な会計処理方法を適用したことによって生じた調整額は全体としてみれば計算書類の公正な外観に重要な影響を与えないと考えられるものもあったとされている。しかし、事業体が採用した会計処理方法が会計基準と異なり、調整額がその性質上重要であるときには、その事業体は計算書類を再

発行することまたは将来の計算書類における比較情報を修正再表示することを求められた。まず、監査における除外事項に基づいて行われたエンフォースメント活動の結果、2つの発行者が年度計算書類を再発行した。また、重要性が低い不遵守が2つの発行者について発見され、2014年度の年度末の数値を訂正し、比較情報を修正再表示することが求められた。いずれの場合にも、CNMVのウェブサイトで公表された。

同様に、2015年には、①監査報告書における除外事項（3事業体）、②形式面（1事業体）、③認識または評価についての会計方針についての追加情報（37事業体）及び④年度財務報告書において提供された情報の拡張（44事業体）のうち1つまたは2つ以上の根拠に基づいて、44の事業体に要請を発した。多くの場合、CNMVの要請に応じて、発行者が提供した説明は採用した会計方針を根拠づけていたし、適用が求められている会計基準と整合的な会計処理方法を適用したことによって生じた調整額または一定の情報開示が欠けていたことは全体としてみれば計算書類の公正な外観に重要な影響を与えないと考えられるものもあったとされている。しかし、事業体が採用した会計処理方法が会計基準と異なり、調整額がその性質上重要であるときには、その事業体は計算書類を修正再表示することまたは再発行することを求められ、公表済み財務情報に含められている1つまたは複数の具体的な事項に関し重要な不正確さがあったときは、訂正書の発行が求められた。まず、監査における除外事項に基づいて行われたエンフォースメント活動の結果、2つの発行者が年度計算書類を修正再表示した。また、3つの発行者が、2015年度の年度末で比較情報を訂正し、修正再表示することに同意した。いずれの場合にも、CNMVのウェブサイトで公表された。さらに、6つの発行者が訂正書³⁹⁾を発行した。

39) 訂正書 (nota correctiva) とは、監督者もしくは発行者によって発行され、または監督者のイニシアティブにより、もしくは求めに応じた書面であって、以前に公表した財務情報に含まれる1つまたは複数の重要な不正確、及び、実行不可能でない限り、訂正後情報を公表するものである。

Bibliography

- Brown, Ph. and A. Terca [2005] A Commentary on Issues Relating to the Enforcement of International Financial Reporting Standards in the EU, *European Accounting Review*, vol.14, no.1 : 181-212
- CNMV [2013] *Report on the review of the annual financial reports filed with the CNMV 2013*
- CNMV [2014] *Report on the review of the annual financial reports filed with the CNMV 2014*
- Conduct Committee [2014] *Operating procedures for reviewing corporate reporting*
- Co-ordinating Group on Audit and Accounting Issues [2002] *Interim Report*, URN 02/1092
- Co-ordinating Group on Audit and Accounting Issues [2003] *Final Report*, URN 03/567
- Copenhagen Business School and Ernst&Young Denmark [2014] *Financial Reporting Enforcement : A study of Enforcement activities in 17 European countries*
- Financial Reporting Council [2003] *2002 Annual Review*
<<https://frc.org.uk/FRC-Documents/FRC/Annual-Review-2002.aspx>>
- Financial Reporting Council [2004] *2003 Annual Review*
<<https://frc.org.uk/FRC-Documents/FRC/Annual-Review-2003.aspx>>
- Financial Reporting Council [2012] *Future Structure and Regulatory Procedures* (March 2012)
- Houf, H. und A.Milla [2013] Bilanzpolizei „Made in Österreich“, *persaldo* 2013/1 : 29
- Review Committee [1988] *The Making of Accounting Standards*, Institute of Chartered Accountants in England and Wales
- Schrank, Ch. [2013] Das neue „alte“ Rechnungslegungs-Kontrollgesetz (RL-KG), *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 27. Jahrgang, Heft 6 : 311-315
- 佐藤博明 [2007] 「EU とドイツにおける会計エンフォースメント」 佐藤誠二（編）『EU・ドイツの会計制度改革』（森山書店）：97-144
- 弥永真生 [2016] 「財務報告のエンフォースメント」 早川勝＝正井章笹＝神作裕之＝高橋英治（編）『ドイツ会社法・資本市場法研究』（中央経済社、近刊）

本研究は JSPS 科研費 25285026 の助成を受けたものです。

（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）

筑波ロー・ジャーナル 20号

2016年5月発行

発行者 筑波大学大学院

ビジネス科学研究科企業法学専攻

〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1

TEL 03-3942-5433

FAX 03-3942-5434

筑波大学法科大学院

〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1

TEL/FAX 03-3942-6897

教授 大野 雅人
大淵 真喜子
岡本 裕樹
川田 琢之
木村 真生子
潮海 久雄
平嶋 竜太
本田 光宏
弥永 真生
山田 務

准教授 小林 和子
藤澤 尚江
渡邊 絹子

助教 上山 一

教授 植草 宏一
大石 和彦
大塚 章男
北 秀昭
京野 哲也
田村 陽子
徳本 穰
森田 憲右

准教授 岩下 雅充
白石 友行
直井 義典
日野 辰哉
渡邊 卓也

助教 奥山 光幸

編集者
制作
印刷所

筑波ロー・ジャーナル編集委員会
株式会社TKC
倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.20 May 2016

Articles

The Trait of Obligee's Right to Demand the Rescission of Fraudulent Act in the Civil Code Reform Bill — Comparison with a Concept of “Prejudicing” in the Right of Avoidance System —

..... **Hideaki Kita** 1

Insider Trading Laws in Canada (5)

.....**Makiko Kimura** 27

Le droit de la responsabilite et la famille (1)

..... **Tomoyuki Shiraishi** 59

Settlement System and Discretion of Court in Australia

.....**Yoko Tamura** 109

Du gage testamentaire

..... **Yoshinori Naoi** 149

Private Enforcement of Securities Laws and Applicable Law

.....**Naoe Fujisawa** 173

External Enforcement of Financial Reporting (1)

.....**Masao Yanaga** 205

ISSN:1881-8730

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board
University of Tsukuba, Tokyo, Japan