

# 筑波ロー・ジャーナル

21号

北秀昭教授退職記念論文集

2016年11月

## 論 説

平等分野における違憲審査手順について .....	大石 和彦	1
役員報酬とコーポレート・ガバナンス —— clawback 条項を手掛かりとして—— .....	大塚 章男	19
複数契約における当事者関係 —— 契約終了の場面・三当事者以上の場合—— .....	小林 和子	37
民事責任法と家族 (2) .....	白石 友行	69
日本の法制度における信認関係と契約関係の交錯 —— 注意義務と忠実義務の横断的考察—— .....	田村 陽子	111
倒産手続における不法行為に基づく損害賠償請求権の処遇に 関する序論的考察 .....	直井 義典	153
競争法に晒される公序保護 —— フランス警察法の変容と経済公法の位相—— .....	日野 辰哉	169
中小会社の計算書類の信頼性の確保：スイス (1) .....	弥永 真生	193
北秀昭教授略歴・研究業績		235







北秀昭教授



# 目 次

## 論 説

平等分野における違憲審査手順について .....	大石 和彦	1
役員報酬とコーポレート・ガバナンス —— clawback 条項を手掛かりとして—— .....	大塚 章男	19
複数契約における当事者関係 —— 契約終了の場面・三当事者以上の場合—— .....	小林 和子	37
民事責任法と家族 (2) .....	白石 友行	69
日本の法制度における信認関係と契約関係の交錯 —— 注意義務と忠実義務の横断的考察—— .....	田村 陽子	111
倒産手続における不法行為に基づく損害賠償請求権の処遇に関する序論的考察 .....	直井 義典	153
競争法に晒される公序保護 —— フランス警察法の変容と経済公法の位相—— .....	日野 辰哉	169

中小会社の計算書類の信頼性の確保：スイス（1） .....	弥永 真生	193
北秀昭教授略歴・研究業績 .....		235

# 平等分野における違憲審査手順について

大石和彦

はじめに

1. 「三段階」ではなく「二段階」なのはなぜか？
    - (1) 無いのは3つのうちのどの段階？
    - (2) 平等分野における違憲審査対象とは？
  2. 平等分野における違憲審査スタンスの決定要因とは？
    - (1) 総説
    - (2) 憲法14条1項に照らした審査における「属性」の役割とは？
      - i) 判例の基本的立場
      - ii) 民主過程を通じた是正可能性
      - iii) まとめ
    - (3) 不平等配分されている利益の重要性という観点が果たす役割とは？
  3. その他の考慮事項
    - (1) ある属性に直接着目した区別と間接的に着目した区別との間の違い
    - (2) 当該法令中において違憲審査対象規範が占めている位置
- むすび

はじめに

本稿筆者は平等分野の最近の判例につき、いくつかのコメントを書く機会を持ったが<sup>1)</sup>、それらの作業の中で見出した事の中間報告を含め、平等分野にお

---

1) 大石和彦・筑波ロー・ジャーナル15号111頁(2013)、同「婚外子法定相続分規定違憲決定」公法研究77号107頁(2015)、同「『国籍法違憲判決』は『郵便法違憲判決』又は『在外国民選挙権訴訟』判決と似ているか？」松井茂記・長谷部恭男・渡辺康行(編)『自由の法理—阪本昌成先生古稀記念論文集』(成文堂2015)419頁、同「国籍法12条が規定する国籍留保制度の合憲性」『平成27年度重要判例解説』(ジュリ1492号)14頁(2016)。

## 論説（大石）

いてある程度一般化し得ると思われる、違憲審査手順を構成する諸要素につき、以下にまとめておくことにした。

なお、本稿において2回以上言及する判例（および本稿における略称）は以下のとおり。

待命処分合憲判決：最大判昭和39年5月27日・民集18巻4号676頁（昭和39年判決）

尊属殺重罰規定違憲判決：最大判昭和48年4月4日・刑集27巻3号265頁（昭和48年判決）

衆議院中選挙区定数配分規定違憲判決：最大判昭和51年4月14日・民集30巻3号223頁（昭和51年判決）

サラリーマン税金訴訟：最大判昭和60年3月27日・民集39巻2号247頁（昭和60年判決）

婚外子法定相続分規定合憲決定：最大決平成7年7月5日・民集49巻7号1789頁（平成7年決定）

国籍法違憲判決：最大判平成20年6月4日・民集62巻6号1367頁（平成20年判決）

婚外子法定相続分規定違憲決定：最大決平成25年9月4日・民集67巻6号1320頁（平成25年決定）

国籍法12条合憲判決：最三小判平成27年3月10日・民集69巻2号265頁（平成27年判決）

## 1. 「三段階」ではなく「二段階」なのはなぜか？

### (1) 無いのは3つのうちのどの段階？

憲法上保護された自由に対する制約が違憲かどうかを判定するための手順は、

A：「憲法上保護された自由に対する国による制約」という憲法判断対象がそもそも存在するかどうか？

B：それ（自由に対する制約）は正当化可能か？

の2段階から構成されるが、このうち前者（A）はさらに、

A<sub>1</sub>：一方当事者が国によって制約されていると主張している利益が本当に「憲法上保護された」自由なのか？（例えば喫煙の自由が幸福追求権に、本心では謝ってなんかやりたくない気持ちが憲法19条にいう「思想」若しくは「良心」に、又は意見や思想の表現ではなく単なる事実の報道若しくは取材活動が憲法21条1項に言う「表現」に含まれるかどうか？）

A<sub>2</sub>：一方当事者が国によって「制約」又は「侵害」されていると主張している利益が憲法による保護の射程に含まれるとしても、国がそれを本当に「制約」していると言えるかどうか？（例えば集会目的で国が設置管理する会場の使用申請がなされたところ、国が使用不許可としたケースと、私有の会場において管理者の承諾を得て行われる集会を国が制約したケースとを比較した場合、集会が憲法21条1項の保護の射程に入ることは疑いないとしても、前者は授益の拒否に過ぎず、後者のように自由の「制約」又は「侵害」、すなわち不利益措置を行ったことにはならないのではないか？）

へと2分することが可能であるため、以上A<sub>1</sub>、A<sub>2</sub>及びBの3つの段階から成るという意味で、上記プロセスは「三段階審査」と呼ばれている。ところで、自由権分野の合憲性審査手法としては上記「三段階」が語られるのに対し、平等分野の合憲性審査手順は「二段階審査」になるといわれるのだが、なぜだろうか（より精確にいうと、後者に無いのは、前者における3段階のうち、どの1段階なのだろうか。）。

およそすべての憲法14条1項問題は、何らかの利益の不平等配分問題であるが、それらの中には、不平等配分されている利益自体が、憲法14条1項を

持ち出すまでもなく、それ以外の憲法上の条項の保護の射程範囲に含めることが可能な利益だと言えるものも少なくない。例えば昭和51年判決をはじめとする投票価値較差は正訴訟において、憲法14条1項のみならず憲法15条1項および同条3項との適合性も審査されてきたこと、「堀木訴訟」（最大判昭和57年7月7日・民集36巻7号1235頁）においても憲法14条1項問題のみならず、福祉受給権保障（憲法25条1項）に照らした問題としても論じられたことが想起される。これらは両者とも最高裁自身が憲法14条1項以外の憲法条項に言及したケースであるが、最高裁（法廷意見）自身が憲法14条1項以外の憲法条項に言及していないケースの中にも、不平等配分されている利益が憲法14条1項以外の憲法条項の保護の射程に入ると言い得るものがあるように思われる。例えば婚外子法定相続分に関する民法900条4号但し書き旧規定前段の問題も、そこで不平等配分されているのが相続財産である点に鑑みれば憲法29条問題だと言うこともできようし、昭和48年判決にしても、重すぎる刑罰によって処断されない権利（同判決に付された田中二郎裁判官意見は、これを「憲法36条の定める残虐刑に該当するかどうかの」問題だとするが、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第六版）』（岩波書店2015）244頁によれば『『罪刑の均衡』の原則』は憲法31条の要請の一つである。）が、尊属を殺した者とそれ以外の者を殺した者との間で不平等配分されていた問題だと見ることも可能であろう。

もっとも、不平等配分されている利益が常に憲法14条1項以外の憲法上の条項によって既に保護された権利であるとは限らない。平成20年判決を例に言えば、日本国民の子には憲法上の権利として、日本国民たる地位（日本国籍）の取得が保障されているという立場は、法廷意見のみならず、学界の多数が、少なくとも明示的に採るところとは思われない（逆に言えば、不平等配分されている利益そのものが憲法上の権利とは言い難いケースでも憲法問題に仕立てることができる点に、憲法14条1項の特徴があるといえるだろう。）。つまり平等問題については、不平等配分されている利益が憲法上の保護の射程に入るか否かを検討する（すなわち上記A<sub>1</sub>に相当する）段階は無用ということになる。

## (2) 平等分野における違憲審査対象とは？

憲法14条1項に照らした判断に際しては、上記の通り A<sub>1</sub> 段階の検討が無用であるとしても、そこでもやはり当然のことながら、違憲審査対象が存在する必要がある。平等分野における違憲審査対象とは、人間を複数のグループ（例えば女性と男性、あるいは婚内子と婚外子）に分けた上で、各グループに対する利益配分を不均等に行うこと、一言でいえば、「区別」である。

平等分野の判例の殆どは、区別が合理的（正当化可能）かどうかという、上記図式でいえば B 段階の問題に関するものだが、中にはそもそも憲法上の問題として取り上げるに値するほどの「区別」といえるかどうか（A 段階）が重要な部分を占めたケースもある。夫婦同姓を例にあげよう。婚姻後の姓として、夫の姓を選択することと並んで妻の姓を選択することも民法自体は平等に認めているし、夫の姓を選択した妻が婚姻後も旧姓を通称として用いることが禁じられているわけでもない。問題は、夫側の姓を婚姻後の姓として選択するカップルが9割以上という現在の日本社会の現実に鑑みた場合、法的な区別とは言えないにしても、事実上の区別に当たるといえるかどうか、ここで大きな問題となることがわかる。最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2586頁は、上記現実が認められるとしても、それが民法750条自体から生じた「法的な差別的取扱い」とは言えないとして、同規定が憲法14条1項に違反するとの上告人主張を退けた。

人種別学を違憲と断じた、アメリカの有名なブラウン判決<sup>2)</sup>における中心的争点も、「分離すれども平等 (separate but equal)」（人種隔離しても両方の施設とも同レベルであれば区別なし。）という理屈が、当時のアメリカ社会の現実に照らして、学校教育の分野でも妥当するのか、であった。出生届に「嫡出子又は嫡出でない子の別」の記載を求める戸籍法49条2項1号が婚外子に対する差別に当たるとの上告人（原告）主張に対し、その記載がない場合出生届が受理されない可能性がある点は「嫡出子又は嫡出でない子のいずれであっても」

---

2) Brown v. Board of Edc., 347 U.S.294 (1956).

同じであること等に鑑み、同号により両者（またはその父母）の間に「差異がもたらされるものとはいえない」とした最一小判平成25年9月26日・民集67巻6号1384頁は、まさに「分離すれども平等」型の議論といえよう。

昭和51年判決が語った「投票価値の不平等が、…合理性を有するものとはどうてい考えられない程度に達している」かどうかの問題は、「国会において通常考慮しうる諸般の要素」すなわち差異（区別）を合理（正当）化するB段階の要素を「しんしゃくして」判断されるため、区別そのものの有無の判定というAの段階の問題にとどまるものとは言い難いであろう。

なお、平等が、「等しき者には等しきものを」という要請のみならず、「等しからざる者には等しからざるものを」という要請をも含意するかどうかという問題は、「等しき者に等しからざるものを」与えた場合のみならず、「等しからざる者に等しきものを」与えた場合にも、違憲の疑いのある「区別」と等価のものを観念しうるかの問題といえよう。

## 2. 平等分野における違憲審査スタンスの決定要因とは？

### (1) 総説

次に、B段階での検討手順のうち、違憲審査基準の選択の問題について見て行こう。

平等分野において、現段階での判例としての到達点を示していると解されるのが平成20年判決だ。この事件では、外国人たる母親から生まれ、日本国民たる父親から生後認知を受けた子のうち、父母が法律婚関係にある子のみに限り、法務大臣への届出による日本国籍の取得を認め、婚外子については認めていなかった国籍法3条1項（当時）が憲法14条1項に違反しないかどうか争われた。この問題に関する検討の冒頭、同判決は以下のように述べた。

「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位でもある。一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否

かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である。したがって、このような事柄をもって日本国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについては、慎重に検討することが必要である。」(傍点大石)

国籍法3条1項(当時)による区別に「合理的な理由」があるか否かについて特に「慎重に」検討することが必要である理由として上記箇所であげられているのは、以下2要因である。

- ① 日本国籍(日本国民たる地位)の重要性
- ② 「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない…事柄である」こと

これらを一般化すれば、以下の通りとなる。

- ① 不平等配分されている利益の重要性
- ② 人間の持つ様々な属性のうちのどれに着目した区別か

平成20年判決の上掲引用部分(のうち特に「慎重に」という文言)が、上記2要因を理由として違憲審査スタンスをより厳格化させたものと見ることができるかどうかについては見解が分かれ得るが、さしあたり以下では上記の2つを、平等事案一般に対して適用し得る、違憲審査基準を左右する要因として想定しながら説明する。

## (2) 憲法14条1項に照らした審査における「属性」の役割とは?

### i) 判例の基本的立場

上記2要因のうち、まずは②から説明することにした。婚外子であること

も、また憲法14条1項列挙事項のいずれも、人間の持つ様々な「属性」だからである。

平等分野の代表判例としては、平成20年判決の他にも、昭和48年判決、昭和60年判決、平成7年決定および平成25年決定などがあるが、以上の全ての判例が必ず引用しているのが、昭和39年判決である。町職員であった原告（上告人）が高齢であることを理由の一つとして町長が行った待命処分（リストラ措置）は、高齢であることという一種の「社会的身分」により差別をしたものであって、憲法14条1項に違反するとの原告側主張に対し、1審は、同項にいう「社会的身分」とは、「人が社会において有する或る程度継続的な地位を指称するのであつて、人の成長に従つて生ずる人の自然的状態である55才以上の者ということは、右にいう社会的身分に該らない」との理由でこれを退け、2審もこれを支持した。これに対し最高裁（昭和39年判決）は、原審の結論（合憲判断）自体は支持したものの、原審（が支持した1審）の理由付けを支持せず、以下のように述べた。

「憲法14条1項…にいう社会的身分とは、人が社会において占める継続的な地位をいうものと解されるから、高令である<sup>(ママ)</sup>ということは右の社会的身分に当らないとの原審の判断は相当と思われるが、右…法条は、国民に対し、法の下での平等を保障したものであり、右…法条に列挙された事由は例示的なものであつて、必ずしもそれに限るものではないと解するのが相当であるから、原判決が、高令であることは社会的身分に当らないとの一事により、たやすく上告人の前示主張を排斥したのは、必ずしも十分に意を尽したものとはいえない。しかし、右…法条は、国民に対し絶対的な平等を保障したのではなく、差別すべき合理的な理由なくして差別することを禁止している趣旨と解すべきであるから、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、なんら右…法条の否定するところではない。」

憲法14条1項の「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」を例示ととら

えた上、そのうちのいずれかに該当するか否かは重視せず（もっといえば、無視して）、もっぱら当該区別が「合理的」といえるかどうかによって判断すべし、というわけである。しかしながら、当該区別が「合理的」かどうか、とだけ問われても、まさに「目盛りのないものさし」（愛媛玉串料訴訟上告審判決〔最大判平成9年4月2日・民集51巻4号1673頁〕における高橋裁判官意見が「目的効果基準」を評して述べた言葉）だし、もしここにいう「合理的」が、アメリカ人が「合理的根拠のテスト（rational basis test）」という時の“rational”と同じだとすれば、平等分野の全ての事案につき緩やかな審査基準を適用すべきだ（厳格度を高めた審査の出番は、平等分野にはない）ということになってしまいそうだ。

いずれにせよ、平成20年判決をはじめ、最高裁による昭和39年判決の度重なる引用には、憲法14条1項列举事項に該当するかどうかは重要ではない、という立場が含意されていると見なければならぬ。そして、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」のいずれかに該当するケースに対しては特に厳格度を高めた違憲審査を行うべきだという学界の有力説は、当該区別が「合理的」かどうか、という図式だけをいつでも使用可能な万能薬のように使い回す（しかも昭和48年判決の後、平成20年判決に至るまでの長い間、投票価値の較差に関する一連の訴訟という特殊領域を除けば、平等分野での違憲判断が皆無であった）当時の最高裁判例の状況に対する異議申立てであったということが出来るだろう。

こうして、違憲と合憲の結論を分ける判別基準として、当該区別が「合理的」かどうか、という底抜けの不確定概念のみしか示されていなかった平等分野における従前の判例に重要な変化が表れた（と解しうる）のが、平成20年判決の上記2要因に依拠した、「慎重な」検討の必要性の指摘なのである。もっとも、平成20年判決も昭和39年判決を典拠判例として引用している以上、婚外子という属性が憲法14条1項列举事項のいずれかに該当するということ、を、「慎重な」検討が必要であることの理由にするわけにはいかない。そこで平成20年判決が注目したのが、婚外子という属性が「子にとっては自らの意思や努力に

よって「変えることのできない」点である。言われてみれば、憲法14条1項列挙事項のうち「信条」以外の属性（人種、性別、門地）も「自らの意思や努力によっては変えることのできない」ものである（「社会的身分」についてもそういえるかは、その言葉の定義の仕方による。）から、平成20年判決の上記のような論の運び方は、憲法14条1項列挙事項を重視する学説の側から見ても、受け入れやすいものであろう。

ii) 民主過程を通じた是正可能性

その社会の中に同じ属性を共有する者がどのくらいの割合いるかという観点も、違憲審査スタンスの寛厳を左右する根拠として援用し得る。例えば最一小判平成15年3月31日・判タ1120号88頁（当時の民法900条4号ただし書に対する違憲主張を、平成7年決定を確認するだけで押し返していた、かつての事案の一つ）において泉徳治裁判官反対意見は以下のように述べている。

「…本件が提起するような問題は、立法作用によって解決されることが望ましいことはいうまでもない。しかし、多数決原理の民主制の過程において、本件のような少数グループは代表を得ることが困難な立場にあり、司法による救済が求められていると考える。」

こうした観点は、格差是正のための積極措置（affirmative action）を違憲とする結論を回避したいがため、違憲審査のハードルをどうしても下げたい人にとっては「渡りに船」だ。格差無き社会という、憲法（14条1項）自身が目指すところを実現するという当該措置の「目的」が良性であることを、審査基準選択論の段階において、基準のハードルを下げるための理由として援用した直後、目的審査の段階で再び同じことを言うという、まるで1回のゲームで同じカードを2回切るような、あまり格好の良くないこと（イカサマ!？）をせずとも、当該措置は多数派に対する不利益措置であるがゆえ、民主過程での是正が困難（厳格度を高めた司法審査の出番）ではない、と言えは済むからである。

なお上記観点からすると、性別も、本人の努力ではいかんともできない生まれによる属性ではあるけれども、有権者の半分は女性だから民主過程における是正可能性がそれなりにあるので、性による別扱いには、少数人種・民族に対する区別（厳格基準が妥当）よりも厳格度を一段落とした中間審査基準を適用すれば足るとの結論が導かれるようにも思えるが（実際芦部上掲書134頁は、「人種による差別は、その合憲性が最も厳格な基準によって司法審査される」とする一方、性による区別については「『厳格な合理性』の基準を適用するのが、妥当である」とするが、憲法14条1項後段の列挙事由内部でのこうした別扱いの根拠については、同書のみからは判然としない。）、有権者ではなく国会議員の中での比率、という観点から見ると、女性国会議員は、少なくとも現下の日本では、圧倒的少数派である（2割にも満たない）ことに鑑みれば、有権者内における人口比のみでそのように割り切ることは、疑問を提起する余地もあろう。またそもそも、当該グループの人数が多ければ多いほどかえって、当該グループは自己に有利な統一行動をとりにくくなる（例えば、数だけでいえば「生産者」よりも「消費者」の方が圧倒的多数派のはずだが、では実際の立法過程が後者に有利な法律を産出する明らかな傾向があると確信する日本社会の住民がどれだけいるだろうか？）という隣接分野からの指摘もあるが<sup>3)</sup>、ここでは立ち入らない。

### iii) まとめ

以上述べたことをまとめておく。もちろん我々の解釈対象が成文憲法（憲法典）である以上、そこに書いてあることは出発点としては重要だ。ただ、憲法14条1項列挙事項に該当する場合でも、例えば人種差別に対しては厳格審査で、性差別に対しては中間審査（「厳格な合理性の基準」）を用いるべきだという、いわば列挙事項内部のダブル・スタンダードの根拠は、当然のことながら、

---

3) これにつき佐佐美誠「司法審査と公共選択：立法裁量論の予備的検討（一）・（二）完」中京法学28巻3・4号86頁（1994）・29巻2・3・4号37頁（1995）、同「利益集団民主制下の公的規制」公法研究60号191頁（1998）。

列挙事項に該当するという事実のみから導出できるわけではない。また列挙事項該当性を重視する学説も、それに該当しないケースについても違憲判断の可能性を認めるので、その場合にどういう理由付けでどの基準を選択するのかという問題も残される。そこに、憲法14条1項列挙事項該当性以外の観点も必要となる理由がある。ここではその具体例として、本人の努力では変更不可能な属性かどうか、さらには、当該属性を共有する者の数が、その社会でどの程度の（当該属性を共有する者が、多数決主義の支配する政治過程を通じ自分たちに不利な立法を是正できる程の）比率を占めているか、という観点を確認した。

### （3）不平等配分されている利益の重要性という観点が果たす役割とは？

既に見たとおり、平成20年判決は、婚内子か、婚外子かということが「子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない」属性であることのみならず、日本国籍を持つことが「重要な法的地位」であることをも、国籍法3条1項（当時）の憲法適合性については「慎重に検討することが必要である」ことの理由としてあげていた。日本国籍は、社会権や参政権を含め、日本国憲法が保障する基本的人権をいわばフル規格で享有するために必須の、なるほど確かに憲法上極めて「重要な法的地位」である。

これに対し民法900条4号ただし書（当時）によって不平等配分されていたのは財産的利益（しかも不労所得）に過ぎず、少なくとも日本国民たる地位と同程度に重要だとは言い難いであろう。例えば平成7年決定に付された5裁判官反対意見の以下引用部分は、同規定によって不平等配分されている利益が財産的利益であることから、審査基準は緩やかで良いとする議論を想定し（つつ、それに反論し）たものといえる。

「[民法900条4号ただし書の合憲性]の判断は、財産的利益に関する事案におけるような単なる合理性の存否によってなされるべきではなく、立法目的自体の合理性及びその手段との実質的関連性についてより強い合理性の存否が検討

されるべきである。」(傍点大石)

同じ文脈でいえば、昭和60年判決における合憲判断の背景としては、税というものが財産に対する制約であるという要因、逆に上掲昭和51年判決をはじめとする一連の、いわゆる投票価値の較差是正訴訟におけるいくつかの違憲判断の背景としては、不平等配分されている利益が選挙権という、民主政において重要な権利であったという要因を、無視するわけにはいかないだろう。

### 3. その他の考慮事項

#### (1) ある属性に直接着目した区別と間接的に着目した区別との間の違い

以上の2つ(どのような属性に着目した区別か/不平等配分されている利益の重要性)が、平等分野における違憲審査基準の選択に当たり考慮すべき要因としてしばしばあげられてきたものであるが、その段階で考慮すべき要因はそれら2つに尽きるか。平成20年判決と平成25年決定という2つの婚外子差別に関する事案を比較しながら考えてみよう。

まず指摘すべきは、平成20年判決により「部分無効」とされた国籍法3条1項(当時)と、平成25年決定により違憲とされた民法900条4号但書(当時)の間に実は存する、違いである。不平等配分されている利益が、前者では日本国籍という「重要な法的地位」であったのに対し、後者では財産的利益に過ぎないといったことよりも、ここでむしろ注目したいのは、確かに両方とも婚外子のみに対する不利益扱いではあるのだが、後者においては婚外子を劣後して扱うことそれ自体を立法者が、いわば直接的に意図したものであるのに対し、前者における立法者の意図はあくまで、国籍付与対象者を「我が国との密接な結びつきを有する者」のみに限定することであり、婚外子を排除すること自体ではないことだ。ただ、「我が国との密接な結びつきを有する」はずの日本国民たる父と、そうであるとは限らない外国人たる母との間に法律婚関係という「密接な結びつき」がないケースでは、子は母と一緒に外国に住んでおり、「我が国との密接な結びつきを有」しないのが通例だろうという当時の立法者の事

実認識を媒介として、外国人たる母から生まれ日本国民たる父から生後認知を受けた子のうち婚外子のみが、国籍付与対象から外される結果となったのである。これは確かに婚外子に対する差別と言って言えないわけではないが、精確には、婚外子という属性に直接着目した区別なのではなく（そもそも、婚内子か婚外子か、というのはいうまでもなく家族法の関心事であって、国籍法の本来の直接的関心事ではないはずだ。）、ただ婚内子・婚外子の区別と「我が国との密接な結びつき」の有無という国籍法の直接的関心事との間に事実上の結びつきがあると1984年当時の立法者がたまたま考えたがゆえ、それが、いわば間接的に、国籍法の関心の射程に入ったに過ぎない。平成25年決定は、婚外子を相対的不利益対象者とするという立法者の決定の本質部分（価値判断そのもの）への真正面からの異議申立ということになるが、平成20年判決は、立法者の価値判断そのものではなく、むしろ事実認識の錯誤（その事後補正を怠ったこと）という、よりスケールの小さい次元の問題の指摘にとどまる。つまり、こうした観点からすると、立法者の聖域に対する侵襲度は、平成20年判決の方が、平成25年決定との相対比較上、低いことになる。

婚外子法定相続分規定の他、東京都管理職選考受験拒否事件（最大判平成17年1月26日・民集59卷1号128頁）における都の行為も、被上告人（原告）が外国人であることそのものに直接的に着目した扱いであると考えられる。逆に昭和39年判決における待命処分は、高齢であることそのものに直接着目したものであるというより、業務遂行能力等の判定に際して年齢をも間接的に考慮に入れたに過ぎないものであったといえよう。

さて、当該属性に直接着目した区別か、それとも間接的に着目した区別かという観点は、憲法判断のどの段階で取り上げるべき要素か。常識的に考えれば、違憲審査基準の厳格度は、違憲主張側が被った犠牲の大きさに比例する（それはさらに、犠牲にされた権利利益の要保護性と権利利益に対する侵襲度の2変数に比例する）であろう。立法者が何に着目したのか（立法者の意図）はあくまで立法者の側の都合であって、たとえ立法者が当該属性に間接的に着目したに過ぎない場合であっても、それによりダメージを受けた側の痛み（侵襲度）

がより小さくなるとは限らない。だとすれば、これを違憲審査基準の選択理由の一つとするのは妥当ではなく、むしろ違憲主張側が「あてはめ」段階で遭遇する問題の類型化論（立法者の価値選択への真正面からの異議申し立てか、それとも立法者の事実認識の錯誤の指摘にとどまるかの区別）なのかもしれない。婚外子相続分規定（当時）につき、平成7年決定における5裁判官反対意見も平成25年決定も、それが「個人の尊厳」にかかわる問題であることに触れているが、これには同規定が婚外子という属性に直接着目したものであった点も関係してはいないか。もっとも、前者は基準そのものの選択の段階（「二（相続制度と憲法判断の基準）」）においてこの点に触れているのに対し、平成25年決定では、「2 憲法14条1項適合性の判断基準について」ではなく、「3 本件規定の憲法14条1項適合性について」、つまり「判断基準」ではなく、「基準」を「本件」へと「あてはめ」る部分においてこの点に触れている。

## (2) 当該法令中において違憲審査対象規範が占めている位置

違憲判断は、立法裁量に遠慮しない「厳格な」審査の結果であると思われがちであるが、その点、平成20年判決の場合、実のところどうなのであろうか。同判決により違憲と判断された国籍法3条1項（当時）と平成27年判決において合憲とされた国籍法12条とを比較しながら考えてみたい。

平成27年判決の上告人（原告）は、日本国籍の父とフィリピン国籍の母との間に「嫡出子」としてフィリピンで出生しフィリピン国籍を取得したが、父母等が戸籍法104条が定める期間内（出生後原則3か月以内）に子の日本国籍を留保する旨の届出をしなかったため、国籍法12条により出生時に遡って日本国籍を失った。このため同人は、国を相手取り、日本国籍を有することの確認を求める訴えを提起し、出生により日本国籍との重国籍となるべき子を日本国内で出生した者と国外で出生した者とに区別し、後者のみに上記手続を定めている国籍法12条は憲法14条1項に違反する等主張した。

このように、日本国民たる父と外国人たる母との間に生まれた子が日本国籍を有することの確認を求める訴えである点において、平成20年判決の事案と

平成27年判決のそれとの間に何ら異なるところはない。にもかかわらず、平成27年判決は、国籍法12条を合憲とし、上告人の主張を退けたのだが、この平成27年判決の結論は、平成20年判決と矛盾なく説明できるだろうか。

上述の観点のみで考えれば、両者を矛盾なく説明するのは困難だろう。平成27年判決の上告人がフィリピンで出生したという事実にしても、子にとってはどうすることもできない「生まれ」による属性以外の何物でもない。不平等配分されている利益も、もちろん日本国籍である。立法者は、国外で生まれたことそれ自体に直接着目しているわけではなく、国内または国外で出生したという事実を、「我が国との密接な結び付き」の有無の指標としているに過ぎない。どれも平成20年判決の事案と同パターンである。

唯一の違いと思われるのは（この点平成27年判決自身が言及するところではないが）、両判決それぞれの違憲審査対象規範が国籍法の中で占めている位置である。国籍法において最も基本的な規範は、「父母両系血統主義」を定めた2条1号である。これに対し同法3条1項（当時）は、2条1号に定められた「日本国民の子には日本国籍を」という規範の延長上に位置付けるべき（後者は前者の要請をより徹底・貫徹するための）規範である（要するに両者の間の関係は順接関係）。従ってこれらの授益的含意を、授益対象から漏れた原告に及ぼしても、立法者自身の価値判断の貫徹に過ぎず、それと対立すること（立法権の篡奪）にはならない、というのが平成20年判決の法廷意見の立場であったと言えるだろう。これに対し国籍法12条の場合、1984年に同法2条1号が父系血統主義から父母両系血統主義へと改められた結果、重国籍の発生が増えることを見込まれたことに対応して現行の規定となった経緯がある。すなわち同法2条1項に対して12条は、前者に対し掣肘を加える但書のような、いわば逆接的關係に立つ規定である。同法のベースの立場を表明している2条1項とはまた別の価値判断を表明している12条を違憲と判断して、原告に日本国籍を認めるためには、立法者の価値判断との正面对決が避けられず、難度は高いと考えられる。

上記と同様の観点から説明可能な判例は、他にもあるように思われる。東京

高判昭和57年6月23日・判時1045号78頁では、父系血統主義を採っていた当時（1984年改正以前）の国籍法2条1項の合憲性が争点となったが、同事件の原告はまさに当時の国籍法のベースの立場（立法者の価値判断）そのものに正面から挑んだ形となるのであり、その難度は高かったと思われる。婚外子相続分規定（当時）の合憲性問題も、この観点から説明できよう。民法900条4号（旧規定）の第1文が民法のベースの立場、第2文（但書）が前者に掣肘を加える（つまり国籍法12条と同様の）パターンと考えられる。従ってやはり平成20年判決よりも違憲判断の難度は高いことになる。

### むすび

以上のうち特に3. は、現時点ではあくまで試論であるが、今後より広く国内外の裁判例を検証することを通じ、それらの有効性・妥当性につき、さらに考察を深めていきたいと考えている。

（おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授）



# 役員報酬とコーポレート・ガバナンス — clawback 条項を手掛かりとして —

大塚 章 男

1. 日本の役員報酬制度の概要
  - (1) 概観
  - (2) コーポレート・ガバナンス・コードの内容
2. アメリカ
  - (1) 概観
  - (2) 役員報酬改革
  - (3) クローバック条項
3. イギリス
4. EU
5. 日本への示唆
6. まとめに代えて

## 1. 日本の役員報酬制度の概要

### (1) 概観

日本の企業の役員報酬は、基本的には、固定報酬、変動報酬（年次賞与、ストック・オプション等）で構成されており、それぞれの比率は各社によって異なる<sup>1)</sup>。会社法361条は、取締役等の報酬につき規定を置いており、確定型、非確定型、非金銭型に分類している（同条1項）。非確定型つまり変動報酬と非金銭型についてはその算定方法を相当とする理由を株主総会で説明しなければならない（同条4項）。さらに、ストック・オプションを付与するについては、報酬規制との関係では、確定額（新株予約権の公正な評価額）の報酬（同

---

1) 実務的な観点からは大石篤史＝奥山健志＝小山浩「インセンティブ報酬の設計をめぐる法務・税務の留意点（上）（下）」商事法務2077号37頁、2078号31頁（2015）が詳しい。

条1項1号)で、かつ金銭でない報酬(同条1項3号)に該当する<sup>2)</sup>ほか、新株予約権の発行規制(236、238、240条等)にも服する。役員報酬としてはこれらの規制に従う必要がある。

開示規制について、公開会社は、当該事業年度にかかる会社役員の報酬等を事業報告に記載しなければならない(会社法施行規則119条2号、121条3号)。有価証券報告書では、コーポレート・ガバナンスの状況の一部として役員報酬の内容の記載が求められる。さらに、ストック・オプションは、事業報告及び有価証券報告書のほか、財務諸表規則・連結財務諸表規則による開示が求められている。

東証上場会社全社に対する2015年調査によれば、何らかのインセンティブ付与に関する施策を実施している会社は53.7%を占める。インセンティブ付与に関する施策の内訳を見ると、ストック・オプション制度を実施している会社は東証上場会社の31.8%、業績連動型報酬制度を導入している会社が19.8%、その他の施策が10.6%であった<sup>3)</sup>。

近時の傾向として変動報酬の割合を増やす方向で検討している企業が多く、中長期の業績目標等に連動した報酬の導入を検討しているようである。また、社外取締役は固定報酬のみとしている会社が多いが、社外取締役にストック・オプションを付与している会社もある。変動報酬を取り入れる場合、連動指標は、中期経営計画との連動も意識しつつ、各社において様々な経営指標を用いているが、現在のところは「当期利益」を指標とする企業が多いとされる。株式型報酬<sup>4)</sup>を利用する企業では、ストック・オプションについて、業績や株価等に連動する条件を付けることにより、さらに業績や株価との連動性を高める

---

2) 江頭憲治郎『株式会社法(6版)』452頁(有斐閣、2016)など。なお、役員報酬に関する比較的手法による分析として、伊藤靖史『経営者の報酬の法的規律』(有斐閣、2013)が詳しい。

3) 東証ガバナンス白書2015年版参照。

4) 内ヶ崎茂=武田智行「役員報酬ガバナンスの実践(上)(下)役員報酬ポリシーと業績連動型株式報酬の意義」商事法務2083号27頁、2084号42頁(2015)など参照。

会社もある。近年、信託を用いた株式報酬制度を導入する会社もある。

## (2) コーポレート・ガバナンス・コードの内容

コーポレート・ガバナンス・コードは、役員報酬につき、開示（原則3-1）、内容（補充原則4-2）及び決定手続（補充原則4-10）において下記の規定を置いた<sup>5)</sup>。

### \* 原則3-1. 情報開示の充実

上場会社は、法令に基づく開示を適切に行うことに加え、会社の意思決定の透明性・公正性を確保し、実効的なコーポレートガバナンスを実現するとの観点から、（本コードの各原則において開示を求めている事項のほか）以下の事項について開示し、主体的な情報発信を行うべきである。

(iii) 取締役会が経営陣幹部・取締役の報酬を決定するに当たっての方針と手続

### \* 原則4-2. 取締役会の役割・責務(2)

取締役会は……。また、経営陣の報酬については、中長期的な会社の業績や潜在的リスクを反映させ、健全な企業家精神の発揮に資するようなインセンティブ付けを行うべきである。

### \* 補充原則

4-2① 経営陣の報酬は、持続的な成長に向けた健全なインセンティブの一つとして機能するよう、中長期的な業績と連動する報酬の割合や、現金報酬と自社株報酬との割合を適切に設定すべきである。

### \* 補充原則

4-10① 上場会社が監査役会設置会社または監査等委員会設置会社であって、独立社外取締役が取締役会の過半数に達していない場合には、経営陣幹部・取締役の指名・報酬などに係る取締役会の機能の独立性・客観性と説

---

5) 伊藤靖史ほか「座談会 役員報酬の再検証：コーポレートガバナンス・コードを踏まえて」商事法務2075号（2015）6頁など参照。

明責任を強化するため、例えば、取締役会の下に独立社外取締役を主要な構成員とする任意の諮問委員会を設置することなどにより、指名・報酬などの特に重要な事項に関する検討に当たり独立社外取締役の適切な関与・助言を得るべきである。

補助原則4-2①は、中長期的な成長を促すための適正な報酬ミックスを求めるものであり、役員報酬ポリシーの構築が必要である。また、同4-10①は、役員報酬の決定プロセスの独立性を確保する趣旨であるが、これは社外取締役を含んだ報酬委員会が担うことになろう。

## 2. アメリカ

### (1) 概観

2012年の時点で、S&P500社の基本報酬（Base Salary）が金額ベースで全体の11%、年次ボーナス（Annual Bonus）（各事業年度の業績に連動する金銭報酬）が19%、長期インセンティブ・プラン（Long-Term Incentive Plan、以下「LTI」という）に基づく報酬が70%となっている<sup>6)</sup>。LTIとしては、株式報酬（ストック・オプション付与）と株価連動報酬（Stock Appreciation Rightといわれる株式でなく金銭を受領する権利）があげられる<sup>7)</sup>。S&P500の報酬MIXにおけるLTIの割合は、2010年55.8%から2014年57.2%と増加傾向にある<sup>8)</sup>。

アメリカの報酬改革では、報酬の決定過程に関する規制と情報開示に関する規制が用いられてきた。報酬の決定過程に関する規制では、株主の利益の観点

---

6) Towers Watson, Executive Compensation Bulletin, at [http://search.yahoo.co.jp/search?p=compensation+mix+%25+Base+Salary+Annual+Bonus+Long-Term+Incentive+S%26P500&aq=-1&oq=&ei=UTF-8&fr=top\\_ga1\\_sa&x=wrt](http://search.yahoo.co.jp/search?p=compensation+mix+%25+Base+Salary+Annual+Bonus+Long-Term+Incentive+S%26P500&aq=-1&oq=&ei=UTF-8&fr=top_ga1_sa&x=wrt)（2016年6月1日確認）

7) 熊谷真和=塩田尚也「米国における経営陣報酬の実務動向〔上〕」商事法務1996号（2013）38頁など参照。

8) Matteo Tonello, CEO and Executive Compensation Practices : 2015 Edition at <https://corpgov.law.harvard.edu/2015/09/15/ceo-and-executive-compensation-practices-2015-edition/>（2016年6月1日確認）

から報酬体系が設計、運用されることを確保するため、独立取締役によって構成される報酬委員会<sup>9)</sup>の関与を強化し、さらには株主自身が関与する機会も設けている。情報開示に関する規制は、株主に対して報酬の内容にかかる情報を提供するとともに、報酬委員会の構成員の独立性や、報酬決定過程において報酬委員会がどのように関与したかを開示させることによって、報酬委員会が期待通りの役割を果たすことを担保している。

## (2) 役員報酬改革

1990年代にアメリカの経営者報酬は増加の一途をたどった<sup>10)</sup>。エクイティ報酬の割合が増加したことがその主たる要因とされている。そのような中で2000年代初頭にエンロン事件、ワールドコム事件等の企業不祥事が発生した。粉飾決算の原因は、エクイティ報酬が増加したため、粉飾決算をしてまでも株価を吊り上げようとする経営者のモラルの低下、会計監査とは別に多額のコンサルティング報酬を得て、不正会計に加担する監査法人の職業倫理の欠如にあると言われている。これを受けて2002年に成立したサーベンス＝オクスリー法（Sarbanes-Oxley Act of 2002、以下「SOX法」という）は、監査の独立性強化、コーポレート・ガバナンス（企業統治）の改革、財務情報開示の強化に及ぶが、すべてが企業会計・財務諸表の信頼性確保のための規定といえる。

SOX法は、SEC規則10A-3を制定し、証券取引所等に対して、独立取締役のみによって構成される監査委員会を設置しない会社の上場を禁止することを命じた。これを受けてNY証券取引所及びナスダックは上場規則を改正した。なお、NY証券取引所は、上記に加えて、独立取締役のみによって構成される報酬委員会の設置をも義務づけることとした。

金融危機発生前の2006年にはストック・オプションの付与をめぐる不正が

---

9) 州法上は、役員報酬決定やストック・オプションの決定は取締役会の権限である。

10) S&P500を構成する株式の発行会社を対象にした調査では、1990年にはCEOの平均報酬額は従業員の平均報酬額の107倍であった（いわゆる Pay Ratio）が、2000年には525倍に達し、その後やや差が縮小したものの、2005年には411倍であったとされている。

明らかとなり、SOX 法による報酬規制も十分に機能していないと指摘され、高額な経営者報酬に対する批判が高まった。これを受けてドッド＝フランク法（Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act、以下「DF 法」という）が制定され、証券取引所規則の改正（SEC 規則 10C-1）により、証券取引所等に対して、上場規則において独立取締役のみによって構成される報酬委員会を設置することを上場の要件とするよう命じた<sup>11)</sup>。

DF 法の役員報酬関連規定で本稿と関連する条項は以下のとおりである。

1. 役員報酬に対する株主承認（951 条）<sup>12)</sup>
2. 報酬委員会の独立性強化（952 条）<sup>13)</sup>
3. 役員報酬の追加開示（953 条）<sup>14)</sup>

米国上場企業では、経営者の報酬に関する情報は登録届出書（registration statement）、年次報告書（annual report）、総会招集通知書（proxy statement）及び情報説明書（information statement）を通じて開示される。これらの書類に記載すべき経営者報酬に関する情報は規則 S-K 項目 402 によって統一的に規律されている。1992 年に SEC は規則を改正し、経営者報酬の重要な方針の開示を要求した<sup>15)</sup>。これにより「報酬に関する議論と分析（Compensation Discussion and Analysis: 以下「CD&A」という）」の項目は文章で（narrative）詳細に説明することとなった<sup>16)</sup>。このように CD&A は、開示対象となる役員の報酬に関する会社の方針及び決定を理解するために必要となる重要な情報を

---

11) 不正会計問題に端を発する監査委員会の独立性の確保、高額報酬問題に端を発する報酬委員会の独立性の確保、いずれも基本的には同様の考え方に基づいている。

12) 役員報酬とゴールデン・パラシュートに対するセイ・オン・ペイ（Say on Pay）の導入を規定している。

13) 報酬委員会の独立性とともに、同委員会が雇う外部コンサルタント等の要件や同委員会の権限等についての法的整理を行なった。

14) これは、支払われた役員報酬と企業の財務業績との関連性の開示、及びペイ・レシオ（Pay Ratio）の開示である。前者については、本文記載の規則 S-K 項目 402 に基づいて関連性を年次株主総会等の委任状勧誘書類で開示することを求めている。後者は、① CEO を除いた総ての従業員の年次総報酬の中央値と② CEO の年次総報酬との比率の開示を求めている。

投資家に提供することを目的としている。

CD&Aにおいて開示すべき重要な情報の具体例として、次のものが示されている<sup>17)</sup>。

「(viii) 報酬額算定の基礎とされた関連の業績指標が報酬額が減額される方法で修正又は調整される場合の、報酬の調整又は返還に関する方針及び決定<sup>18)</sup>」

これはクローバック (clawback) と呼ばれる仕組みである。

### (3) クローバック条項

#### ① 意義

クローバックとは、一般に、業績連動型報酬において報酬額算定の基礎となる業績指標等の数値が誤っていた場合、又は、エクイティ報酬において株価が誤った情報を反映して不当に高くなっていたために報酬額もそれに比例して高くなったという場合等に、正しい指標等に基づいて報酬額を算定し直し、差額の報酬を会社に返還させる仕組みである<sup>19)</sup>。このような報酬返還義務を定める報酬契約の条項は“クローバック条項”と呼ばれる<sup>20)</sup>。以下でみるように、一

15) なお、SECが2015年4月に公表したプロボーズド・ルール (Pay versus Performance) では、項目402に新たな(v)項を追加する案が示されている。この項目402(v)には、対象となる役員報酬を株主総利回り(TSR)やピア・グループ(同業他社)のTSRと比較することなどが含まれている。このような新たな開示は、役員報酬決定の透明性を高めることを目的としている。

16) これに関する最近の紹介として、内ヶ崎=武田・前掲注4) 2083号31頁以下。

17) Regulation S-K, Items 402 (b) (2).

18) 原文では“Registrant policies and decisions regarding the adjustment or recovery of awards or payments if the relevant registrant performance measures upon which they are based are restated or otherwise adjusted in a manner that would reduce the size of an award or payment.”

19) 役員の不正の場合、不正は違反を構成し、支払い済みの賞与を回収するためクローバック条項の執行が必要となる。契約法理からは、約定の損害賠償額がこの賞与の額にあると説明されてきた。See Miriam A. Cherry&Jarrod Wong, Clawbacks: Prospective Contract Measures in an Era of Excessive Executive Compensation and Ponzi Schemes, 94 Minn. L. Rev. 368, 417-18 (2009).

定の内容を定めたクローバック条項を報酬契約に定めることが、上場会社に対して強制されているが、強制される以前から自発的にクローバック条項を定めていた会社も既に存在した<sup>21,22)</sup>。

## ② SOX 法におけるクローバック制度

2000年代初頭の会社不祥事では、粉飾決算を行って株価を吊り上げ、経営者がストック・オプション等を通じて取得した自社株を高値で売却して利益を得ていたことが問題視された。このような不実開示によって水増しされた報酬を会社に返還させることを目的として SOX 法の 304 条<sup>23)</sup>が設けられた。

同条(a)項は、不正行為の結果、財務報告に関する規制の重大な違反を行ったことにより、会計上の修正 (accounting restatement) を行わなければならない場合、その会社の CEO・CFO は、(1)財務諸表を会社が最初に公表した時、又は SEC に提出した時のいずれか早い方から 12 ヶ月間に会社から受領したボーナス、その他のインセンティブ報酬又はエクイティ報酬、及び(2)その 12 ヶ月間にその会社の株式等の売却によって実現した利益を返還しなければならないとしている。

本条の対象者は CEO・CFO に限られる。返還すべき報酬額と不実開示との間の因果関係は不要とされており、不実開示がなかったとしても取得できていたであろうインセンティブ報酬等も返還の対象となる。本条に基づき役員に対して報酬の返還請求ができるのは SEC に限られ、会社及び会社を代表する株

---

20) クローバックは法律上他では正当化され許可される不当な利得の返還の権利であると定義されることもある。Id. at 412.

21) 米国では、過去 4 年間に Fortune500 社の約 85% がすでにクローバック制度を導入しているとのことである (Pay Governance ニュースレター 2015/8)。

22) 例えばモルガンスタンレーは、賞与対象の従業員全員につき、現金賞与はクローバック条項に服し、これは従業員が会社に有害な活動に従事する場合発動するとする。See Cherry & Wong, *supra* note 19 at 412 (quoting Morgan Stanley Executives Forgo Bonuses, as Program Is Changed, N. Y. Times : DealBook (Dec. 8, 2008, 3 : 31 PM), <http://dealbook.nytimes.com/2008/12/08/morgan-stanley-executives-forego-bonuses-as-program-is-changed>).

23) 15 U.S.C. § 7243, 116 Stat. 745 (2002).

主は返還請求の主体となりえないとされている<sup>24)</sup>。また SEC が必要かつ適切と認める場合には、返還請求の対象としないことができる。

### ③ DF 法におけるクローバック制度

DF 法 954 条は、証券取引所法 10D 条を追加した。証券取引所法 10D 条は、SEC は規則を制定して、証券取引所等に対して、経営者報酬についてクローバック条項を規定しない場合上場を禁止するよう命じなければならないとした。クローバック条項の制定根拠は、(a)報酬と業績との連動性を高める、(b)財務報告の不正を抑止する、(c)経営者への不当な財産の移転を是正・防止して株主との関係で公正性を確保する、などに求められている<sup>25)</sup>。

証券取引所法 10D 条が命じるクローバック条項は、証券取引所法に基づき要求される財務報告についての重大な違反によって会社が会計上の修正を行うことが必要となった場合に、その修正が必要となった日の直近3年間に、修正後の会計データのもとで支払われたであろう報酬額を超えて、不正な情報に基づいてインセンティブ報酬（ストック・オプションを含む）を受領した現在又は過去の役員に対して、会社が返還請求をするというものである。

クローバック制度について、DF 法 954 条と SOX 法 304 条とは次のような違いが認められる<sup>26)</sup>。第1に、クローバックの対象となる役員の範囲について、SOX 法 304 条は CEO・CFO に限定していたが、証券取引所法 10D 条が要求するクローバック条項は、現職及び退職した役員すべてを対象としている。

第2に、SOX 法 304 条に基づいて報酬の返還請求をすることができる主体は SEC に限られるとされているのに対し、証券取引所法 10D 条において、会社

---

24) 多くの連邦地裁は SOX 法 304 条は私訴を予定していないと述べている。See, e.g., *Kogan v. Robinson*, 432 F. Supp. 2d 1075, 1076 (S.D. Cal. 2006); *Neer v. Pelino*, 389 F. Supp. 2d 648, 657 (E.D. Pa. 2005) (stating “Congress did not intend to create an implied [private] right of action in Section 304”).

25) S. Rep. No. 111-176, at 136 (2010).

26) 比較的まとまったものとして、Joseph E. Bachtelder III, *Clawbacks Under Dodd-Frank and Other Federal Statutes* at <https://corpgov.law.harvard.edu/2011/06/09/clawbacks-under-dodd-frank-and-other-federal-statutes/> (2016年6月1日確認)

がクローバック条項に基づいて返還請求をなしうるか（更には代表訴訟で株主が返還請求できるか）は議論がある<sup>27)</sup>。

第3に、SOX法304条の返還請求の対象は、修正の対象とされた財務報告の公表後12ヵ月に受領したボーナス、インセンティブ報酬のすべてとされており、財務報告の虚偽記載がなくとも受領できたであろう報酬も返還対象とされていた。しかし証券取引所法10D条で返還請求の対象となるのは、会社が役員に支払った報酬のうち、修正後の財務報告の数値に基づいて算出された報酬額を上回る部分である。また、証券取引所法10D条は、詐欺や不正行為による会計上の修正である必要はないとしている。さらに、SOX法は過去12ヵ月間であるのに対し証券取引所法10D条は3年間と、より長期を対象としている。

#### ④ クローバック条項の実際<sup>28)</sup>

大手100社の公開会社を対象に調査したところでは、上場企業92%で財務報告の修正がある場合に報酬を返還請求するためのポリシーを定めている。しかし、その92%のうち73%は従業員が虚偽または不正な財務報告の原因となったことの証拠を求めており、他方27%は個人の説明責任のない修正が発生した場合にも返還を求めている。多くの場合、クローバックは重大な修正のみを原因としており、またはクローバックの金額は財務報告の修正後の支払いを超える支払額のみとなっている<sup>29)</sup>。

不正行為への従業員の関与を考慮したクローバックは以下のようになるう：

---

27) DF法954条は明示には私人の訴訟を規定していないが、会社はクローバックを”implement”することが求められているので、裁判所はこのことから条文上私訴を黙示に認めていると読み込むかもしれないとの見解がみられる。See Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act § 954, *124 Stat. at 1904*. これが認められれば代表訴訟も可能となろう。Terrance Gallogly, *Enforcing the Clawback Provision : Preventing the Evasion of Liability Under Section 954 of the Dodd-Frank Act*, *42 Seton Hall L. Rev.* 1229, 1245-46 (2012).

28) 2012年における株主提案では clawback は既に余り論点となっていないようである。LUCIAN A. BEBCHUK&ROBERT J. JACKSON, JR., *Shining Light on Corporate Political Spending*, *101 Geo. L. J.* 923, 938 (2013).

「この方針に従い、当社取締役会またはその適切な委員会が、役員による詐欺、過失又は意図的な不正行為がその財務諸表の全部または一部を修正しなければならない重要な要因だったと判断した場合、取締役会または委員会はその裁量でその不正行為の救済および再発防止に必要と判断する行為を行う。この行為は、この役員に払われた賞与又はインセンティブ報酬の返還を含む。」この条項は取締役会に返還させるか否かの裁量を認めるものである。

インセンティブの返還のための別のトリガー事由として「不正行為」があげられ（84%）、これは会社の行動規範や倫理基準のコードの違反、犯罪行為または他の罪で有罪となった場合も含まれる。またこの不正行為は修正の前提となった不正行為と重なることが多い。以下は、不正行為を原因とするトリガー条項の例である。

「特定の執行役員のRSU（restricted stock unit 制限付き株式）報奨はRSU契約の当社の標準的なフォームに従い付与される。従業員が重罪を犯し、信頼の違反を行い、窃盗、横領や詐欺の行為を行い、または当社との合意を重大に違反する場合、この契約により、従業員は当社にRSU報奨に関して払われる株式その他の金額を引渡すか返還する義務がある。」財務報告の修正と不正行為とを別の原因として規定する場合には、このような条項になるであろう。

#### ⑤ SECによる新たな規則の提案

2015年7月、SECは、過去の報酬の付与の基礎となった財務報告が、後に財務報告基準の重要な違反のために修正された場合、経営者が「超過報酬（excess compensation）」を受け取らないようにするための新たな規則案を公表した。具体的には、同規則はDF法954条の規定を施行するものである<sup>30)</sup>。同規則案は、上場企業が一定の条件下でインセンティブ報酬を回収することを

---

29) See PWC, Executive Compensation : Clawbacks 2014 Proxy Disclosure Study at <http://www.pwc.com/us/en/hr-management/publications/assets/pwc-executive-compensation-clawbacks-2014.pdf>; PWC, Executive Compensation: Clawbacks 2013 Proxy Disclosure Study at <https://www.pwc.com/us/en/hr-management/publications/assets/pwc-clawbacks-2013-proxy-disclosure-study.pdf> (2016年6月1日確認) 本文④は本稿を参照。

定めた方針を採用していない場合、その企業の有価証券の上場の禁止を証券取引所に命じる規則の採用をSECに要求している。また、同規則に基づき、規則S-K項目402(b)が改訂され、上場企業は年次報告書の別紙において回収方針を開示することを要求されるようになる<sup>31)</sup>。誤って給付された(“erroneously awarded”) インセンティブ報酬を対象とするが、それは財務報告への修正が生じる場合とされている。なおこの規則案につきその後の進展は聞こえてこない。

### 3. イギリス

「コーポレートガバナンス・コード」(The UK Corporate Governance Code 2010)の2012年9月の改訂版(The UK Corporate Governance Code 2012)に続いて、第2次改訂版が2014年9月17日に公表された。ここではクローバックに関連する部分のみを指摘する。

第2次改訂版の第D章「報酬」、D.1「報酬の水準および構成」は以下のように変更された。

“D.1.1. 業務執行取締役の業績連動型報酬スキームの設計にあたっては、報酬委員会は、本コードの付属文書Aの条項に従うべきである。スキームは会社が支払済み報酬(sums paid)を回収しまたは支払を留保できる条項を含めるべきである。また回収または支払が適切に行われる状況を特定する条項も含むべきである。”

これはクローバック制度をガバナンス・コードとして規定すべきとの結論に達したことを受けての変更である。したがってこのクローバックの採用につ

---

30) DF法954条に基づき、SECによって採択される規則によって、各発行体(上場企業)は、証券諸法に基づき報告が義務付けられている財務情報に基づいた発行体のインセンティブ報酬に関する方針の開示を規定する方針を策定し、実施することを義務付けられる。

31) この提案に対しては、対象役員が広汎であること、一旦財務報告の修正ということで適用されると(不正をしたか否かにかかわらず)全ての役員に且つ全ての報酬が対象となるなど、批判がなされている。Steven A. Bank & George S. Georgie v, Paying High for Low Performance, 100 Minn. L. Rev. Headnotes 14, 24 (2016).

き“comply or explain”の原則が適用され、採用しないのであれば説明が求められる。ただしFRCは、クローバック制度の自発的な発展を阻害するべきではないとの判断から、クローバックの詳細については記述を避けることとした。

#### 4. EU

EU域内の報酬規制改革として、公開会社の役員報酬を対象とした2004年取締役報酬勧告（2004/913/EC）が採択された。その後、金融危機を契機として広く公開会社の役員報酬について、従来は必ずしも明示的に求められていなかった会社の長期的な利益との調和が求められることになった。2009年取締役報酬勧告（2009/385/EC）においてこのような観点からの勧告が行われている。ここで変動報酬に関するクローバックも規定された。

またEUでは、金融危機後に制定された金融機関報酬勧告（2009/384/EC）などの勧告や指令によっても、各加盟国は金融機関の役員に対して報酬規制を行うことが求められている。なお、預金取扱機関と投資会社については、勧告に加えて資本要求指令Ⅲ（2006/48/EU、2006/49/EU）の中で報酬規制の対象とされた<sup>32)</sup>。

#### 5. 日本への示唆

コーポレート・ガバナンスの観点から、経営者報酬について業績連動型報酬・インセンティブ報酬による経営者の動機づけの重要性が説かれる機会が多くなってきた<sup>33)</sup>。日本においても経営者報酬の全体に占める業績連動型報酬の割合が高まれば、業績連動型報酬額の算定の基礎となる業績の数値が誤っていた

---

32) 現在、資本要求指令Ⅲは資本要求指令Ⅳ（2013/36/EU）へと改訂されている。CRD IV art 94, 1. (n). 変動報酬に関する規制内容として具体的な数値基準を明示したうえで加盟国に対応を要求している。その中で、金融機関の財務状況が悪化した場合には既支給分も含めてクローバックの対象となるとされている。

33) 業績連動型の場合、株主総会でその上限を定めて取締役会で配分する方式（確定額方式、会社法361条1項1号による）と総会で算定方式自体を定める方式（非確定額方式、361条1項2号による）とがある。大石ほか・前掲注1）2077号30、31頁。

場合やエクイティ報酬において株価が誤った情報を反映して不当に高くなっていったために報酬額もそれに比例して高くなったという場合に、水増しされた報酬をクローバックすることが必要となるかもしれない。なお、野村ホールディングスは既に下記のような条項を置いているようである。「繰延べられた報酬は、重大な収益の変更やその他野村のビジネスに大きな損害を及ぼす事態が起きた場合には、没収または『クローバック』に服するものとすべきである。」<sup>34)</sup>

クローバック条項の有効性や効率性等につき日本法ではどのように考えるべきか<sup>35)</sup>。まず言えることは、これは報酬契約の問題であるから、会社と役員との間の報酬契約でクローバックの事前合意があればそれとして有効であろう。問題となる判例としては最判平成4年12月18日（民集46巻9号3006頁）があげられるが、これは“報酬額が決まると事後では株主総会でもこれを変更できない”というに過ぎず、役員との合意の実行によって返還させることを禁じるものではない<sup>36)</sup>。なお、クローバック条項を業績連動型報酬に採用する場合（報酬支給条件の改訂案の提出もありえる）に、会社法361条4項によりこれを総会で説明しなければならぬかも知れない一応問題となろう。この説明義務を規定した理由は、業績連動型の場合不適切な運用がなされる危険等があるからだとされる。クローバックを規定すること自体が会社に有利とは言えそうであるが、後述のようにクローバック条項の内容によっては役員の不作為を容易に放任し是認するような条項を策定できることも確かなので、この条項が361条4項の説明対象から一般的にはずされることについては疑義をとどめておきたい。

また、日本の会社の多くは株主総会で全取締役の報酬総額の最高限度額を定め、この限度額内で取締役会決議により各人の報酬を決められる方式をとって

---

34) <http://www.nomuraholdings.com/jp/company/cg/compensation.html>（2016年6月1日確認）

35) アメリカでは、clawbackはcost-benefit standpointから顕著な利益をもたらすとの意見がある。Steven L. Schwarcz, EXCESSIVE CORPORATE RISK-TAKING AND THE DECLINE OF PERSONAL BLAME, 65 Emory L. J. 533, 570-71（2015）。

36) ほぼ同旨、伊藤靖史ほか「座談会 役員報酬の再検証」商事法務2075号（2015）27頁〔伊藤発言〕。

いる。クローバックにより返還させる対象の多くは変動報酬であり、総額方式とはいっても、いずれにしても取締役各個人が具体的にいくら当該変動報酬を得ていたかを確定できれば、返還させることは不可能ではない（加えて取締役不正行為があったことをトリガー事由とする場合、それは各取締役毎に判断するしかない）。

なおクローバック条項がない場合に、業績指標を算定ベースとして一義的に報酬額が算定されるようになっていた場合に、過年度財務報告の修正等によってその指標が過大であったことが判明したときは、その超過分については決定の一部が無効であり、法律上の原因がないとして、会社は役員に対して、超過分の業績連動型報酬について不当利得返還請求を行うことができるかが問題となりえる<sup>37)</sup>。困難な問題であるが、指標や算定式等が画一的に明確に定められており、それを事前に当該役員が認識していたといえるなら、所問を肯定してよいように思える。

以下では、報酬契約において規定すべきクローバック条項の内容について、アメリカでの実務をもとに若干の検討を加えていきたい。

(a) 何をトリガー事由とするかであるが、財務諸表や業績指標における重要な誤りが発覚したこと自体をトリガー事由とするか、それに加えて役員側の不正行為や帰責事由の存在を要件とするかがまず問題となる。アメリカの大手100社では、トリガー事由として、不正行為（財務上）76%、財務報告の修正（従業員関与あり）66%、詐欺46%、不正行為（財務以外）40%、高額のインセンティブを意図的に得るための業績の不当表示25%、財務報告の修正（従業員関与なし）25%、競争又は非競争の合意違反24%、その他23%となっている<sup>38)</sup>。このように何らかの不正行為や帰責性を付加的に求めているようである。

(b) 返還対象となる報酬の範囲をどうするかであるが、すなわち何年分遡るか、支払済みの報酬のうち不正行為や数値の誤りに起因する部分をどのように

---

37) なお中村直人編『取締役・執行役ハンドブック（第2版）』371頁〔高田〕（商事法務、2015）参照。

38) See PWC, *supra* note 29. 本文の(a)-(d)はこれに依拠する。

計算するか等である。全体の84%が返還の対象を株式と金銭賞与の両方としている。42%だけが遡及期間を開示しており、これを開示している会社では殆どが遡及期間を1年から3年間としている<sup>39)</sup>。

(c) どの役職員を対象とするか。全体の62%は、executive, senior managerのみ対象としている。28%は取締役会ベースの従業員（board-based employee）にも適用している。

(d) クローバック条項の発動に関する判断に裁量の余地がある場合、誰が最終的な判断者となるか。裁量の対象としては2種類ありえ、トリガー事由の発動とクローバックの実行である。トリガー事由は一般に裁量の対象とされていない。トリガー事由が発生したか否かを判断するため取締役会又は報酬委員会に包括的な裁量を付与する条項はないようである。他方で、トリガー事由が発生したことを確認した後に、報酬の取戻しの範囲を判断する裁量を与える例は多くある。76%はケースバイケースでクローバックを実行するか否かを決定する裁量を与えている。この点の裁量を与える例として以下がある。「報酬委員会は、業績の結果が、その後、下方修正又は財務・非財務の業績の修正に服する場合、インセンティブ報酬の返還を求めることができる。報酬委員会は、インセンティブ報酬が裁量ベースで付与されている場合、返還すべき金額を決定する際に裁量を用いることができる。」

## 6. まとめに代えて

日本企業の場合、不祥事が判明した場合、将来発生分につき報酬を自主的に全部または一部放棄することはあっても、支払った取締役報酬を返金するという事例はあまりない。しかし、日本企業が報酬ミックスにおいて業績連動型報酬の割合を増やしていけば、クローバックの問題に必ず直面する。東芝のように2008年度から過去6年にわたって訂正している（東芝プレスリリース

---

39) Jesse Fried & Nitzan Shilon, Excess-Pay Clawbacks, 36 J. Corp. L. 721, 735, 744 (2011). インセンティブ報酬のうち短期的の株価連動型に作用することが多いとされる。

015/9/7) 事例を見れば、投資家も必要性を感じるはずである。

ただし、クローバックはアメリカ等から得られる報酬改革の示唆のほんの一部であり<sup>40)</sup>(但し公正性の観点からすればかなり重要な論点ではある)、報酬の決定過程に関する規律、報酬開示規制および報酬内容の規律を含んだメカニズム全体から検討すべきことは言うまでもない。役員報酬改革が叫ばれているが、日本企業にあった報酬ポリシーを探求するとともに、任意機関である報酬委員会の役割を定着化させ、外部の報酬コンサルタントの要件をとりきめる<sup>41)</sup>ことなどが当面の課題になると思われる。その他の実務的な問題点としては、クローバックにより取締役が過去に支払った所得税が還付されるのか、定額固定報酬を前提とする役員報酬税制上、過去の役員報酬の減額が税法上どのように扱われるのか<sup>42)</sup>についても検討課題となろう。

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

(おおつか・あきお 筑波大学法科大学院教授)

---

40) なおアメリカでも clawback 条項への疑問がないわけではない。例えば、エンロン後に自主的に同条項を採用した企業は、これにより日和見主義的になり、また R&D 支出につき短期的指向になった、かつメリットも 3 年以内に消失したとの調査結果がある。Lilian H. Chan et al., Substitution Between Real and Accruals-Based Earnings Management After Voluntary Adoption of Compensation Clawback Provisions, 90 ACCT. REV. 147, 169-70 (2015).

41) DF 法では、報酬委員会が雇うコンサルタントや法律顧問に関する規定がおかれ、コンサルタント等にも企業との間で独立性が求められ、報酬委員会はこれらコンサルタント等を雇用する場合には SEC が規則で指定する要件を考慮しなければならないとされている (DF 法 952 条が規定する証券取引所法 Sec.10C (b) から (e))。

42) 会社側では益金に算入され (法人税基本通達 2-1-43 等)、役員側では控除できないという扱いなるとの指摘がある。大石ほか・前掲注 1) 2077 号 37 頁注 (26)。



# 複数契約における当事者関係

——契約終了の場面・三当事者以上の場合——

小林 和子

- I 問題提起
- II 特定商取引法に定められた取引
  - 1 クーリング・オフ
  - 2 中途解約・解除
  - 3 不実の告知・故意の不告知による取消
- III クレジット
  - 1 クーリング・オフ
  - 2 不成立・無効（名義貸し）
  - 3 不当な勧誘行為により締結された契約の取消
  - 4 過量販売による解除
- IV 適法転貸借
  - 1 解約申入
  - 2 更新拒絶
  - 3 法定解除
  - 4 合意解除
- V 土地の賃貸借・売買と土地上の建物の賃貸借・売買
  - 1 仮装譲渡
  - 2 法定解除
  - 3 合意解除
  - 4 更新拒絶
  - 5 期間満了
  - 6 瑕疵担保責任
- VI 考察
  - 1 ①について
  - 2 ②について

## I 問題提起

複数の契約が一つの取引を構成する場合がある。この根拠には、法に規定があること、契約当事者による特約があることのみならず、単に契約の目的が密接に関連していることがある<sup>1)</sup>。

この取引では、二人の当事者が行う場合と三人以上の当事者が行う場合がある。本稿は、三人以上の当事者が行う取引に着目をする。具体的には、売主・信販会社・買主が当事者となるクレジット、貸與人・転貸人・転借人が当事者となる転貸借などに着目をする。

この取引では、多様な場面で、複数の契約が相互に依存することになる。この場合、何が複数の契約を相互に結び付けているのだろうか。考えられうる具体例には、合意、契約、債権債務関係、全体としての目的、経済的一体性、取引などがある<sup>2)</sup>。

①複数の契約を相互に結び付けるものには、以上の具体例の他に、当事者関係があるのではないか。②かりに、当事者関係も複数の契約を相互に結び付けるものであるとすると、複数の契約が相互に依存するか否かを考えるとき、当事者関係をどのように考慮すべきであろうか。本稿は、契約の終了の場面を中心に、特定商取引法に定められた取引（Ⅱ）、クレジット（Ⅲ）、適法転貸借（Ⅳ）、土地の賃貸借・売買と土地上の建物の賃貸借・売買（Ⅴ）の具体例を通じて、この二つの問題を考える。

## Ⅱ 特定商取引法に定められた取引

特定商取引法には、契約の終了の場面で複数の契約が相互に依存することを定めた規定がある。その具体例には、クーリング・オフ（1）、中途解約・解

---

1) 森田修「契約目的」概念と解除の要件論—債権法改正作業の文脈化のために—」下森定先生傘寿記念論文集『債権法の近未来像』（酒井書店、2010）255頁は、契約の目的には、主観的なもの、客観的なもの、具体的なもの、抽象的なものがあるとする。

2) 小林和子・太田大三『複数契約の理論と実務』（民事法研究会、2013）6頁-9頁。

除 (2)、不実の告知・故意の不告知による取消 (3) がある。それぞれの場合を以下ではみる。

## 1 クーリング・オフ

特定商取引法には、連鎖販売取引 ((1))、特定継続的役務提供取引 ((2))、業務提供誘引販売取引 ((3)) についてのクーリング・オフの規定がある。

### (1) 連鎖販売取引

連鎖販売取引とは、特定利益を収受し得ることをもって参加者を誘引し、参加者と特定負担を伴う、商品の販売・あっせん、同種役務の提供・役務提供のあっせんに係る取引である<sup>3)</sup>(33条1項)。参加者は連鎖販売業を行う者以外の事業者と特定負担である商品購入や役務提供の契約を結ぶことがある。この場合、連鎖販売業を行う者との組織加入契約をクーリング・オフ(40条1項)した参加者は、他の事業者との商品購入契約や役務提供契約もクーリング・オフすることができるかが問題となる<sup>4,5)</sup>。この問題について、組織加入契約が特定負担である商品購入や役務提供の契約の前提となっているので、参加者は、組織加入契約のみならず、商品購入契約や役務提供の契約もクーリング・オフできるとされる<sup>6)</sup>。

### (2) 特定継続的役務提供取引

特定継続的役務提供取引とは、役務提供事業者が、特定継続的役務を、それぞれの特定期間ごとに政令で定める期間を超える期間にわたり提供することを約し、消費者がこれに応じて政令で定める金額を超える金銭を支払うこ

3) 圓山茂夫『詳解特定商取引法の理論と実務〔第3版〕』(民事法研究会、2014) 445頁-446頁。

4) 後藤巻則ほか『条解消費者三法』(弘文堂、2015) 763頁。

5) 圓山・前掲注3) 521頁は、組織加入契約をクーリング・オフした消費者は、特定負担とはならない商品の販売・役務の提供の契約を解除することはできないとする。

6) 圓山・前掲注3) 514頁。

とを約する取引<sup>7)</sup>である。

消費者は、特定継続的役務の提供に必要であると勧誘され、役務提供事業者以外の者から、関連商品<sup>8)</sup>を購入することがある。この場合、特定継続的役務提供等契約をクーリング・オフ（48条1項）した消費者は、他の事業者との関連商品販売契約もクーリング・オフすることができるかが問題となる。この問題について、48条2項は、特定継続的役務提供等契約をクーリング・オフした消費者は、関連商品販売契約もクーリング・オフできるとする。但し、48条2項により、消費者が関連商品販売契約をクーリング・オフするには、役務提供事業者が関連商品販売を代理・媒介をしたことが必要である。

### (3) 業務提供誘引販売取引

業務提供誘引販売取引とは、業務提供利益を収受し得ることをもって相手方を誘引し、その者と特定負担を伴う、商品の販売・あっせん、役務提供・あっせんに係る取引をいう（51条1項）。顧客は、業務提供誘引販売業を行う者以外の事業者から、業務に従事するのに必要な商品を購入したり、役務提供を受けたり、業務提供利益を得るために業務の提供を受けたりすることがある<sup>9)</sup>。この場合、業務提供誘引販売業者以外の者と顧客は商品販売契約・役務提供契約・業務提供契約を締結する。

58条1項により、業務提供誘引販売契約をクーリング・オフした顧客が、他の事業者との商品販売契約・役務提供契約・業務提供契約もクーリング・オフできるかが問題となる。この問題について、学説は、業務提供誘引販売契約が商品販売契約・役務提供契約・業務提供契約の前提となっていることから、顧客はこれらの契約もクーリング・オフできるとする<sup>10)</sup>。

---

7) 圓山・前掲注3) 546頁。

8) 関連商品とは、役務提供を受ける消費者が購入をする必要があり、また、政令で定める商品のことをいう（圓山・前掲注3) 553頁-559頁）。

9) 圓山・前掲注3) 650頁-653頁。

10) 後藤ほか・前掲注4) 971頁-972頁、圓山・前掲注3) 700頁。

## 2 中途解約・解除

特定商取引法には、連鎖販売取引（(1)）、特定継続的役務提供取引（(2)）についての中途解約・解除の規定がある。

### (1) 連鎖販売取引

参加者は、販売のあっせんを受けて、他の連鎖販売業を行う者との間で商品の売買契約を結ぶことがある。

クーリング・オフができる一定の期間が経過した後、連鎖販売契約の中途解約（40条の2第1項）をした参加者は、他の連鎖販売業を行う者との商品売買契約を解約できるかが問題となる。この問題について、40条の2第2項は、参加者が、一定の場合、商品売買契約を解除することを認めている<sup>11)</sup>。

### (2) 特定継続的役務提供取引

クーリング・オフができる一定の期間が経過した後、消費者は、特定継続的役務提供契約（49条1項）や特定権利販売契約（49条3項）の中途解約をすることができる。これらの契約を中途解約した消費者は、他の事業者との関連商品販売契約も中途解約できるかが問題となる。この問題について、49条5項は、消費者が関連商品販売契約を解除できることを規定している。49条5項は、消費者が関連商品販売契約を解除するには、役務提供事業者・販売業者が関連商品販売の代理・媒介をしたことが必要であるとする<sup>12)</sup>。

## 3 不実の告知・故意の不告知による取消

特定継続的役務提供等契約の勧誘の際、事業者が不実告知または故意の不告

---

11) 後藤ほか・前掲注4) 769頁-770頁。会員規約に違反した活動を行った参加者を規約に基づき統括者が除名する場合、統括者が会員契約を解除すること（除名処分）と参加者が会員契約を解除すること（中途解約）のどちらが優先するかの問題について、圓山・前掲注3) 524頁は、前者は会員規約に基づき、後者は特定商取引法に基づくため、後者が優先するとする。

知をしたため、誤認して申込み・承諾の意思表示をした消費者は特定継続的役務提供等契約を取消することができる（49条の2第1項）。

49条の2第1項により特定継続的役務提供等契約を取消した消費者は、関連商品販売契約を解除することができるかが問題となる。49条の2第3項は、消費者が関連商品販売契約を解除することを認めている<sup>13)</sup>。49条の2第3項は、特定継続的役務提供等契約を中途解約した消費者は関連商品販売契約も解除できるとする、49条5項を準用している<sup>14)</sup>。

### III クレジット

クレジット契約とその前提となった契約が、契約の終了の場面で相互に依存するかが問題となる場合には、クーリング・オフ（1）、不成立・無効（名義貸し）（2）、不当な勧誘行為により締結された契約の取消（3）、過量販売による解除（4）などがある。

#### 1 クーリング・オフ

特定商取引法に定められた一定の取引とこれに伴う個別クレジット契約を消

---

12) 49条1項・3項により、特定継続的役務提供契約や特定権利販売契約を解約した場合に限り、49条5項により、消費者は、関連商品販売契約を解除できる。特定継続的役務提供契約や特定権利販売契約を49条1項・3項による中途解約権の行使以外の事由により（例えば、債務不履行）解除した場合、判例の法理（債務不履行の場合、最三小判平成8年11月12日民集50巻10号2673頁）により、消費者は、関連商品販売契約を解除できるとするのは、後藤ほか・前掲注4）885頁。

13) 49条の2第3項が適用されるには、関連商品販売契約に取消事由・解除事由がなくよい。関連商品販売契約に取消事由・解除事由がある場合には、例えば、9条の2により、消費者は関連商品販売契約を解除することができる（圓山・前掲注3）635頁）。

14) 関連商品以外の商品の勧誘の際、不実告知または故意の不告知を事業者がした場合、消費者は、49条の2第3項により、商品販売契約を解除することができない。この場合、圓山・前掲注3）636頁は、特定商取引法の訪問販売等の取消事由、消費者契約法・民法の取消事由がある場合、役務提供と関連商品以外の商品販売に密接な関連性がある場合、消費者は商品販売契約を取消することができるとする。

費者が締結することがある。割賦販売法には、これらの取引に伴う個別クレジット契約を消費者がクーリング・オフできることを定めた規定がある。訪問販売取引・電話勧誘販売取引 ((1))、特定連鎖販売個人取引 ((2))、特定継続的役務提供等取引 ((3))、業務提供誘引販売個人取引 ((4)) をみる。

#### (1) 訪問販売取引・電話勧誘販売取引

特定商取引法9条1項により訪問販売契約を先にクーリング・オフした購入者等は、35条の3の10第1項により、これに伴う個別クレジット契約もクーリング・オフをすることができる。35条の3の10第1項により訪問販売契約に伴う個別クレジット契約を先にクーリング・オフをした購入者等は、同条5項により、訪問販売契約もクーリング・オフをしたことになる<sup>15)</sup>。

特定商取引法24条により電話勧誘販売契約を先にクーリング・オフした購入者等は、35条の3の10第1項により、これに伴う個別クレジット契約もクーリング・オフをすることができる。訪問販売契約と同様、電話勧誘販売契約に伴う個別クレジット契約を先にクーリング・オフをした購入者等は、同条5項の規定により、電話勧誘販売契約もクーリング・オフをしたことになる<sup>16)</sup>。

#### (2) 特定連鎖販売個人取引

参加者は、特定商取引法40条1項により、特定連鎖販売個人契約をクーリング・オフすることができ、35条の3の11第1項1号により、特定連鎖販売個人契約に伴う個別クレジット契約をクーリング・オフすることができる<sup>17)</sup>。

特定連鎖販売個人契約やこれに伴う個別クレジット契約をクーリング・オフした参加者は、特定負担となる商品の販売契約に伴う個別クレジット契約もクーリング・オフできるかが問題となる。この問題について、学説では、常に、参加者は、特定負担となる商品の販売契約に伴う個別クレジット契約もクーリ

---

15) 圓山・前掲注3) 260頁-261頁。

16) 圓山・前掲注3) 407頁-409頁。

17) 後藤ほか・前掲注4) 1410頁。

ング・オフできるとの見解<sup>18)</sup>がある。

特定連鎖販売個人契約とこれに伴う個別クレジット契約をクーリング・オフした参加者は、35条の3の11第2項により、特定商品販売等契約<sup>19)</sup>に伴う個別クレジット契約をクーリング・オフすることができる。但し、35条の3の11第2項により、特定商品販売等契約に伴う個別クレジット契約を参加者がクーリング・オフするには、特定連鎖販売個人契約に伴う個別クレジット契約と特定商品販売等契約に伴う個別クレジット契約を締結した個別クレジット業者が同一であることが必要である<sup>20)</sup>。特定商品販売等契約と特定連鎖販売個人契約の関連が明確ではないため、特定商品販売等契約に伴う個別クレジット契約のみを締結した個別クレジット業者が特定連鎖販売個人契約とこれに伴う個別クレジット契約のクーリング・オフのリスクを負担することは適切ではないからである<sup>21)</sup>。

### (3) 特定継続的役務提供等取引

消費者は、特定商取引法48条1項により、特定継続的役務提供等契約をクーリング・オフすることができ、35条3の11第1項2号により、特定継続的役務提供等契約に伴う個別クレジット契約をクーリング・オフすることができる。

特定継続的役務提供等契約とこの契約に伴う個別クレジット契約をクーリング・オフした消費者は、35条の3の11第3項により、関連商品販売契約に伴う個別クレジット契約をクーリング・オフすることができる。但し、特定継続的役務提供等契約に伴う個別クレジット契約と関連商品販売契約に伴う個別クレジット契約を締結した個別クレジット業者が同一であることが要件とな

---

18) 後藤ほか・前掲注4) 1412頁。

19) 特定商品販売等契約とは、特定負担とはならない商品の販売・役務の提供の契約のことをいう（後藤ほか・前掲注4) 1412頁）。

20) 後藤ほか・前掲注4) 1412頁、圓山・前掲注3) 520頁。

21) 後藤ほか・前掲注4) 1412頁。圓山・前掲注3) 521頁によると、特定商取引法9条の3などにより、参加者は特定商品販売等契約を取消することができる。

る。特定継続的役務提供等契約とこれに伴う個別クレジット契約を消費者がクーリング・オフした場合、関連商品販売契約に伴う個別クレジット契約のみを締結した個別クレジット業者がこのリスクを負担することは適切ではない。

#### (4) 業務提供誘引販売個人取引

顧客は、特定商取引法58条により、業務提供誘引販売契約をクーリング・オフすることができ、35条3の11第1項3号により、業務提供誘引販売個人契約<sup>22)</sup>に伴う個別クレジット契約をクーリング・オフできる。

顧客は、業務提供誘引販売業者以外の者と商品の購入契約を結ぶことがある。この場合、業務提供誘引販売個人契約やこれに伴う個別クレジット契約をクーリング・オフした顧客は、商品の購入契約に伴う個別クレジット契約もクーリング・オフできるかが問題となる。この問題について、学説では、業務提供誘引販売個人契約と物品の購入契約は密接に関連していることから、顧客は、商品の購入契約に伴う個別クレジット契約もクーリング・オフできるとする<sup>23)</sup>。

## 2 不成立・無効（名義貸し）

経済的効果を受ける目的で、他人の名を利用した名義使用者が相手方と契約を結ぶことがある。クレジットの場合、名義使用者は、架空の契約とこれに伴う立替払契約を締結する。生じうる様々な問題のうちの一つとして、名義使用者が立替金の返済の継続を怠ったため、信販会社は名義使用者ではなく名義貸人に立替金の返済を求めることがある。名義貸人は信販会社の請求に応じなければならぬかが問題となる。

この問題について、裁判所の具体例には、前提となる契約＝不成立、立替払

---

22) 事務所等によらない個人が業務提供誘引販売取引の特定負担として行う契約（割賦販売法8条1号ロ）のことをいう（圓山・前掲注3）703頁）。

23) 後藤ほか・前掲注4）1413頁。

契約＝無効（(1)）、前提となる契約＝不成立、立替払契約＝有効（(2)）、前提となる契約＝有効、立替払契約＝有効（(3)）の具体例がある。

(1) 前提となる契約＝不成立、立替払契約＝無効<sup>24)</sup>

(a) 93条但書を根拠とした例

長崎地判平成元年3月29日判時1326号142頁<sup>25)</sup>がある。ビルの一室で割烹料理店を開始するため、注文者Aは請負人Bにこの一室の内装工事の請負を依頼した。Aは、信販会社Cとの立替払契約によって、請負代金の一部をBに支払う予定であった。Aには信用能力がないとして、CはAとの立替払契約の締結を拒絶した。CはBに「Dに立替払契約の申込名義人になってもらえばよい」と示唆した。BはDに名義の使用を依頼した。一度は断ったものの、最終的に、名義の使用をDは承諾した。Dは立替払契約書に署名・捺印をした。DではなくAが真の立替払契約の当事者であることをCは知っていた。Aが立替金の支払いの継続を怠った。そこでCがDに立替金の支払いを求めた。

Cは、BとDとの間に何ら請負契約が存在せず、Dにおいて右請負代金債務を負担しなければならない理由が何ら存在しないことを知っていたにもかかわらず、Bに対し、Dに立替払契約の申込名義人になって貰うよう示唆し、かつ、Dの名義貸しによる立替払契約の申込を認容していたことから、Cは、93条但書により、Dに立替払契約に基づく債務の履行請求をできないと裁判所は判断した。

---

24) 民法93条但書の適用・類推適用により、立替払契約＝無効と判断とした他の具体例として、東京地判平成11年1月14日金判1085号31頁、大阪高判平成11年5月27日金判1085号25頁、広島高岡山支判平成12年9月14日金判1113号26頁などがある。住宅ローンについては、最判平成7年7月7日金法1436号31頁がある。

25) 評釈には、中山幾次郎「判批」判タ735号30頁、近藤光男「判批」ジュリ1022号177頁がある。

(b) 93条但書の類推適用を根拠とした例

福岡高判平成元年11月9日判時1347号55頁がある。前掲・長崎地判平成元年3月29日の控訴審である。

自己の名義使用を許諾したDは、仮に、他の者が立替金の返済をするので、自らはその支払をする必要がないと考えていたとしても、これは立替払契約を締結するに至る一つの動機に過ぎず、立替払契約を締結する意思を持っていたことを否定することはできないので、意思の欠缺に関する民法93条を本件にそのまま適用することはできない、Cは立替払契約の当事者が名義貸与者であることを知っていた、あるいは、知るべきであった場合、Cを立替払契約上保護する必要はない、民法93条但書の類推適用により、立替払契約の効力は生じないと裁判所は判断した。

(2) 前提となる契約=不成立、立替払契約=有効

大阪地判昭和63年9月22日判時1320号117頁がある。Aの販売員BはCに、水商売関係の人に宝石を売りたいが、クレジットを利用することができないので、名義を貸与してほしいと依頼した。Cがこれを承諾したため、C名義による立替払契約申込書をBは作成した。Bから申込書を受け取った信販会社Dは、Cに電話で立替払契約締結の意思を確認したところ、Cは立替払契約締結の意思を認めた。Cが立替払契約の申込者であると誤認したDは、Bに立替金を支払った。Dは立替金の弁済をCに求めた。

Dが電話で立替払契約の内容を告げ、立替払契約の締結意思を確認したとき、Cは肯定的な応答をしたことから、Cは立替払契約の一方当事者であることを承認したといえる、民法109条、商法23条などの法理により、外形を信賴したDに対しCは責任を負うべきである、立替払契約はB・D間で有効に成立したものと認められると裁判所は判断した<sup>26)</sup>。

東京高判昭和57年6月29日下民集33巻5-8号917頁がある。電気器具の販

---

26) 他の具体例として、名古屋高判昭和58年11月28日判時1105号138頁がある。

売を行っているAは、エアコンの購入者としての名義を使用することをBに依頼した。Bが名義の使用を承諾した。エアコンの代金を支払うため、Bを代行して、信販会社Cとの立替払契約の申込書（B＝申込人、D＝連帯保証人）の作成、B名義の記名・捺印をAが行った。立替払契約の申込みの意思をCはBに確認した。Bが申込の意思を認めたので、CはAに立替金を支払った。実際のところ、AはBとエアコンの売買契約を締結していないし、Bにエアコンを引渡していない。CはBに立替金等を請求した。

エアコンの購入契約と立替払契約は別個の契約関係であるから、エアコンの購入契約がなく、エアコンの引渡しもないことは、立替払契約の成立に影響はない、立替払契約の申込の意思表示をするとき、Bに立替金の返済の真意がなかったとしても、このことは、民法93条により、立替払契約の効力に影響がない、と裁判所は判断した。

### (3) 前提となる契約＝有効、立替払契約＝有効

東京地判昭和57年3月16日判時1061号53頁がある<sup>27)</sup>。自らがデパートCに出品した陶芸品が売れたように見せかける目的で、BはAに名義の貸与を求めた。名義の貸与の承諾をしたAは、売買契約の締結の代理権とこれに伴う信販会社Dとの立替払契約の締結の代理権をBに与えた。DがAに対し立替金の支払いを求めたが、Aは支払いを拒絶した。契約当事者としての名義を第三者に貸すことを承諾した者は、当該契約の相手方との関係では自己が当事者としてその法律効果の帰属主体になる、Aは、名義の貸与の承諾と同時に、売買契約締結の代理権及び立替払契約締結の代理権をBに与えたものと認められる、それぞれの契約の効力は失われないと裁判所は判断した。

## 3 不当な勧誘行為により締結された契約の取消

消費者契約法 ((1)) と割賦販売法 ((2)) の規定により、第三者による不当な

---

27) 他の具体例として、京都地判昭和59年7月19日金判709号40頁がある。

勧誘行為により申込またはその承諾の意思表示をした消費者は、一定の場合、前提となった契約のみならず立替払契約も取消することができる。以下ではそれぞれの規定をみる。

#### (1) 消費者契約法

5条1項<sup>28)</sup>は、事業者から消費者契約の締結の媒介の委託を受けた第三者が4条1項～3項に定める不当な勧誘行為を行い、それによって消費者が申込または承諾の意思表示を行った場合、消費者は不当な勧誘によって締結をした契約を取消することができる、とする<sup>29)</sup>。

売買契約等に伴う立替払契約締結の手続きを信販会社に代わって行う販売会社は、5条1項にいう、契約の締結の委託を受けた媒介者に該当するかが問題となる。消費者に物品の販売の勧誘をするとき、通常、販売会社は、消費者に提携先のクレジット会社との立替払契約を締結することを勧める。消費者が立替払契約を利用すると決定した場合、販売会社は、消費者と共に、立替払契約の締結に必要な手続き（例えば、書類の作成・提出）を進め、いかなる方法（例えば、分割方法について）によって支払いをするかなど支払条件の交渉をする。消費者から立替払契約の申込を受けた信販会社は、与信審査を行い契約締結の決定をする。信販会社からの確認の連絡においてではなく、販売会社との立替払契約の締結手続きにおいて、消費者は立替払契約の申込の意思表示をすることを考えられている。以上の立替払契約の締結手続きにより、販売会社は、5条1項にいう、契約の締結の委託を受けた媒介者に該当すると考えられている<sup>30)</sup>。

28) 消費者庁消費者制度課編『逐条解説消費者契約法〔第2版補訂版〕』（商事法務、2015）155頁-168頁、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタル消費者契約法〔第2版増補版〕』（商事法務、2015）112頁-118頁。

29) 例えば、東京簡判平成15年5月14日消費者法ニュース60号213頁（退去妨害）、札幌地判平成17年3月17日消費者法ニュース64号209頁（退去妨害）、小林簡判平成18年3月22日消費者法ニュース69号188頁（不利益事実の不告知）などがある。

## (2) 割賦販売法

個別クレジット契約の勧誘をするとき、特定商取引法が定めた一定の取引やこれに伴う個別クレジット契約に関する不実の告知・故意の不告知を販売業者等が行うことがある。この場合、誤認をして申込・承諾の意思表示をした購入者等は、割賦販売法の規定に基づき、個別クレジット契約を取消することができる。以下、訪問販売・電話勧誘販売 ((a))、特定連鎖販売個人契約 ((b))、特定継続的役務提供等契約 ((c))、業務提供誘引販売個人契約 ((d)) に関する規定をみる。

### (a) 訪問販売・電話勧誘販売

訪問販売・電話勧誘販売に伴う個別クレジット契約を勧誘する際、35条の3の13に定める事項について事業者が不実告知または故意の不告知をしたため、誤認して申込み・承諾の意思表示をした消費者は、個別クレジット契約を取消することができる。訪問販売や電話勧誘販売の取消しの要件（特定商取引法9条の3、同法24条の2）とこれらの契約に伴う個別クレジット契約の取消しの要件（35条の3の13）は重なっている。訪問販売や電話勧誘販売を取消することができる消費者は、これに伴う個別クレジット契約も取消することができる。

### (b) 特定連鎖販売個人契約

特定連鎖販売個人契約に伴う個別クレジット契約の勧誘をするとき、35条の3の14に定める事項について販売業者等が不実の告知・故意の不告知を行っ

---

30) 後藤卷則『消費者契約と民法改正－消費者契約の法理論第2巻』（弘文堂、2013）294頁-300頁、池本誠司「消費者契約法5条によるクレジット契約の取消」国民生活研究47巻4号4頁-7頁、落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001）98頁、野々山宏「消費者の立場からみた運用上の問題点と課題」金法1644号27頁-29頁、佐久間毅「消費者契約法5条の展開」現代消費者法14号55頁-56頁。販売会社が「契約の締結の委託を受けた媒介者」に該当するか否かが争われた最近の例として、東京地判平成26年10月30日金商1459号52頁がある（不動産の売主が、不動産売買契約と密接な関係にある金銭消費貸借契約の締結に関して媒介者に該当するかが争われた例。否定）。

たため、誤認をして申込み等の意思表示をした購入者等は、個別クレジット契約を取消することができる。特定連鎖販売個人契約の取消しの要件（特定商取引法40条の3）と特定連鎖販売個人契約に伴う個別クレジット契約の取消しの要件（35条の3の14）は重なっている。特定連鎖販売個人契約を取消することができる購入者等は、これに伴う個別クレジット契約も取消することができる。

同一の個別クレジット業者が特定連鎖販売個人契約と特定商品販売等契約に伴う個別クレジット契約を締結している場合に限り、購入者等は、特定商品販売等契約に伴う個別クレジット契約を取消することができる（35条の3の14第2項）。特定商品販売等契約に伴う個別クレジット契約のみを締結した個別クレジット業者は、特定商品販売等契約と特定連鎖販売個人契約との関連性を認識していないことがありうるためである<sup>31)</sup>。

#### (c) 特定継続的役務提供等契約

特定継続的役務提供等契約に伴う個別クレジット契約を勧誘するとき、35条の3の15に定められた事項について役務提供事業者が不実告知または故意の不告知をしたため、誤認して申込み・承諾の意思表示をした消費者は、個別クレジット契約を取消することができる。特定継続的役務提供等契約の取消しの要件（特定商取引法49条の2第1項）と特定継続的役務提供等契約に伴う個別クレジット契約の取消しの要件（35条の3の15）は重なっている。特定継続的役務提供等契約を取消することができる消費者は、これに伴う個別クレジット契約も取消することができる。

特定商取引法49条の2第1項により特定継続的役務提供等契約を取消した消費者は、同法49条の2第3項により、関連商品販売契約を解除することができる。関連商品販売契約を解除した消費者は、関連商品販売契約に伴う個別クレジット契約も取消しうる（35条の3の15第2項）。但し、役務提供事業者が関連商品販売の販売・代理または媒介を行い、特定継続的役務提供等契約に伴

---

31) 後藤ほか・前掲注4) 1452頁。

う個別クレジット契約と関連商品販売契約に伴う個別クレジット契約を同一の個別クレジット業者が締結しているときに限る。関連商品販売契約と特定継続的役務提供等契約の関係について、関連商品販売契約に伴う個別クレジット契約のみを締結した個別クレジット業者が認識していないことがありうるためである<sup>32)</sup>。

(d) 業務提供誘引販売個人契約

業務提供誘引販売個人契約に伴う個別クレジット契約について勧誘をするとき、35条の3の16に定められた事項について販売業者が不実告知・故意の不告知をしたため、誤認をして申込・承諾の意思表示をした顧客は、個別クレジット契約を取消することができる。業務提供誘引販売個人契約の取消しの要件（特定商取引法58条の2）と業務提供誘引販売個人契約に伴う個別クレジット契約の取消しの要件（35条の3の16）は重なっている。業務提供誘引販売個人契約を取消することができる顧客は、これに伴う個別クレジット契約も取消しうる。

#### 4 過量販売による解除

訪問販売の方法により、日常生活において通常必要とされる分量を著しく超える商品等を購入する契約を販売業者と締結した購入者は、勧誘行為の問題性を証明することなく、過量販売契約の申込の撤回・解除をすることができる（特定商取引法9条の2）<sup>33)</sup>。過量販売契約に伴うクレジット契約を締結した購入者は、このクレジット契約も撤回・解除をすることができる（35条の3の12）<sup>34)</sup>。

---

32) 後藤ほか・前掲注4) 1456頁。

33) 圓山・前掲注3) 186頁-189頁。

34) 後藤ほか・前掲注4) 1415頁-1422頁。

## IV 適法転貸借

原賃貸借契約と転貸借契約が契約の終了の場面で相互に依存するかが問題となることがある。ここでは、特に、適法転貸借についてみる。原賃貸借契約の契約終了原因には様々な原因がある。以下、解約申入（1）、更新拒絶（2）、法定解除（3）、合意解除（4）をみる。

### 1 解約申入

借地借家法には、解約の申入れによって建物の転貸借が終了する場合の規定がある<sup>35)</sup>。34条1項によると、適法に転貸借されている場合、建物の賃貸借が期間の満了または解約の申入れによって終了するときは、建物の賃貸人は、建物の転借人にその旨の通知をしなければ、その終了を建物の転借人に対抗できない。同条2項は、建物の賃貸人が上記の通知をしたときは、建物の転貸借は、その通知がされた日から6ヶ月を経過することによって終了する、とする。

### 2 更新拒絶

賃貸人Aや賃借人Bが更新拒絶により賃貸借契約を終了した場合、転貸借契約も終了するのか。

Bが更新拒絶によって賃貸借契約を終了した場合、A・BはこれをCに対抗することができるかが問題となった具体例として、最判平成14年3月28日民集56巻3号662頁がある。Aは、Bの勧めにより、収益を上げることを目的とした事業用ビルを建設した。転貸を要件として、AはBに建設されたビルを一括賃貸した。BはCに転貸し、さらに、A・Bの承諾を得て、CはDに再転貸した。ビルの経営が採算に合わないと判断したため、BはAに賃貸借契約を更新しない旨を通知した。最高裁は、Aは、再転貸借を承諾したにとどまら

---

35) 広中俊雄編『注釈借地借家法 新版注釈民法（15）別冊』（有斐閣、1993）（原田純孝）956頁。

ず、再転貸借の締結に加功し、Dによる転貸部分の占有の原因を作出したといえるから、Aは、信義則上、AB間の賃貸借の終了をもってDに対抗することはできず、Dは再転貸借に基づく転貸部分の使用収益を継続することができるとした<sup>36)</sup>。

### 3 法定解除

Bが賃料の支払いを怠ったため、賃貸人Aが賃借人Bとの賃貸借契約を解除した場合、転貸借契約も終了するのか。かりに、終了する場合、いつ終了するのか。

この問題を扱った具体例には、最判平成9年2月25日民集51巻2号398頁<sup>37)</sup>がある。昭和61年5月分以降、BがAに賃料を支払わなかったため、昭和62年1月31日、AはBとの賃貸借契約を解除した。昭和63年12月以降、CはBに転借料を支払っていない。平成2年10月、BはCとの転貸借契約を解除した。平成3年6月、AからCへの建物の明渡し及び賃料相当損害金（昭和62年2月以降分）の支払いの請求を認容する判決が確定した。平成3年10月、確定判決に基づく強制執行がなされた。Cは強制執行時まで建物を使用していた。B

---

36) 評釈には、矢尾渉「判解」最高裁判所判例解説民事篇（平成14年度）328頁、石垣茂光「判批」銀行法務21第618号89頁、小野秀誠「判批」金判1166号61頁、金山直樹「判批」ジュリ1246号71頁、河内宏「判批」判評531号180頁、佐藤岩夫「判批」民法判例百選Ⅱ〔第7版〕8頁、塩崎勤「判批」判タ臨増1125号58頁、関沢正彦「判批」金法1656号4頁、田高寛貴「判批」法セ575号118頁、中田英幸「判批」法学（東北大学）68巻3号191頁、中田裕康「判批」リマ27号34頁、平林美紀「判批」金沢法学45巻2号411頁、吉田克己「判批」法教別冊270号24頁がある。北居功ほか『コンビネーションで考える民法』（商事法務、2008）94頁以下も参照。

37) 評釈には、山下郁夫「判解」最高裁判所判例解説民事篇（平成9年度）220頁、内田勝一「判批」平成9年度重判75頁、加賀山茂「判批」リマ16号46頁、鎌田薫「判批」民法判例百選Ⅱ〔第6版〕126頁、塩崎勤「判批」判タ978号78頁、瀧浪武「判批」銀行法務21第549号12頁、田高寛貴「判批」法教380号111頁、千葉恵美子「判批」民法判例百選Ⅱ〔第7版〕132頁、辻伸行「判批」判評465号21頁、比嘉正「判批」銀行法務21第542号44頁、吉田克己「判批」判タ949号60頁がある。

はCに解除までの転借料、強制執行時までの転借料相当損害金の支払いを求めた。

最高裁は、「賃貸借契約が転貸人の債務不履行を理由とする解除により終了した場合、賃貸人の承諾のある転貸借は、原則として、賃貸人が転借人に対して目的物の返還を請求した時に、転貸人の転借人に対する債務の履行不能により終了すると解するのが相当である。」とした。

学説では、①賃貸借契約を前提とした契約である転貸借契約は、賃貸借契約が消滅した場合、当然に消滅するとの見解、②賃貸借契約が消滅した場合、賃借人が賃貸人に目的物を返還し、目的物の使用収益を転借人にさせる義務を賃借人が履行できないので、履行不能により、転貸借契約が消滅するとの見解がある<sup>38)</sup>。

#### 4 合意解除

賃貸人A・賃借人Bの契約が合意解除された場合、賃借人B・転借人Cの契約はどうなるのか。合意解除の場合、ABの合意がCの権利を消滅させることが許されるかが問題となる。

まず、ABの合意解除はCに対抗できないとした、最判昭和37年2月1日裁判集民58号441頁<sup>39)</sup>がある。この判決は、「転借人に不信な行為があるなどして賃貸人との間で賃貸借を合意解除することが信義誠実の原則に反しないような特段の事由がある場合のほか、賃貸人と賃借人とが賃貸借解除の合意をしても、そのため転借人の権利は消滅しない旨の原審判決の見解は、これを正当」とした。ABの契約の合意解除がCに対抗できない場合、Bの賃貸人たる地位

38) 金山正信「賃貸借の終了と転貸借」『契約法大系Ⅶ』（有斐閣、1973）7頁-8頁、三和一博「賃借権の譲渡・転貸の法律関係」『現代契約法大系（3）』（有斐閣、1983）138頁、鎌田薫ほか編『民事法Ⅲ債権各論〔第二版〕』（日本評論社、2010）（吉田克己）149頁。履行不能の時点とは、①賃貸人が転借人に目的物を返還請求した時、②転借人が事実上使用収益できなくなった時、③賃貸借契約が解除された時、が考えられる。

39) 最判昭和62年3月24日判時1258号61頁では、無断転貸にもかかわらず賃貸借の解除ができない場合に賃貸借の合意解除がなされた。

がAに承継されるので、BCの賃貸借契約がACの賃貸借契約となる<sup>40)</sup>。

次に、賃貸人A・賃借人Bの合意解除はCに対抗できるとした、最判昭和38年4月12日民集17巻3号460頁がある。賃借した建物で鉄工場を経営していたBが、この事業を株式会社Cとし、Cの代表取締役となった。Cの株の70%を保有するBはCに建物を転貸した。ABの賃貸借契約の合意解除の調停にCは立ち会った。最高裁は、賃借建物で鉄工場を経営していた賃借人が、その事業を自己が代表取締役となって会社組織にした結果その建物を右会社に転貸するに至った場合においては、賃貸人は賃貸借の合意解除の効果を転借人に対抗できる、とした<sup>41)</sup>。

最後に、最判昭和31年4月5日民集10巻4号330頁<sup>42)</sup>がある。Bが退去するときまでBCの転貸借を承諾したAが、Bとの賃貸借契約を合意解約した場合である。最高裁は、家屋の賃貸人が、家屋の一部の転貸借につき近く予想される賃借人の家屋退去に至るまでの間にかぎって承諾を与えたものであり、転借人もそのことを知っていたときは、右転借権は賃借人の家屋退去と同時に消滅するものと解すべきである、とした。

## V 土地の賃貸借・売買と土地上の建物の賃貸借・売買

別個の不動産である土地と土地上の建物について、賃貸借契約もしくは売買契約が締結されることがある。これらの契約が、契約の終了の場面で、相互に依存するか否かが問題となることがある。この具体例として、仮装譲渡（1）、法定解除（2）、合意解除（3）、更新拒絶（4）、期間満了（5）、瑕疵担保責任（6）などがある。以下それぞれの場合についてみる。

---

40) 東京高判昭和38年4月19日下民14巻4号755頁。

41) 評釈には、瀬戸正二「判解」最高裁判所判例解説民事篇（昭和38年度）105頁、星野英一「判批」法協82巻2号332頁、篠塚昭次「判批」民商49巻6号867頁がある。

42) 評釈には、大場茂行「判解」最高裁判所判例解説民事篇（昭和31年度）42頁、大場茂行「判解」曹時8巻6号59頁、岡本坦「判批」法協74巻3号334頁、山中康雄「判批」民商34巻6号929頁がある。

## 1 仮装譲渡

仮装譲渡には、土地の仮装譲渡 ((1))、土地上の建物の仮装譲渡 ((2)) の場面がある。

### (1) 土地の仮装譲渡

A が B に土地を仮装譲渡し、B が C に土地上の建物を賃貸した場合をみる。AB の土地の仮装譲渡の無効（民法94条1項）は、C に対抗することができるのか。

具体例には、最判昭和57年6月8日判時1049号36頁<sup>43)</sup>がある。昭和37年9月頃、Aらの先代DはBと土地の売買契約を締結し、所有権移転登記を行った。土地上に建物を建築したBはCにこの建物を賃貸した。昭和40年、Dが死亡したため、Dの地位を承継したAらはBに「DB間の土地売買は通謀虚偽表示により無効である」として、建物取去土地明渡等を求める訴えを提起した。昭和54年、Aらの勝訴が確定したため、AらはCに建物からの退去と土地の明渡しを請求した。仮装譲渡された土地については法律上の利害関係を有するものとは認められないから、Cは94条2項の第三者には該当せず、AはCに対抗できると最高裁は判断した。

かりにCが94条2項の第三者となる場合、Bは、建物賃貸人としてCから家賃を収取し続け、AB間の仮装譲渡が無効となるため、Aに地代相当額を不当利得もしくは損害賠償として支払い続けることになる<sup>44)</sup>。

---

43) 評釈には、石田喜久夫「判批」民商87巻5号125頁、鎌田薫「判批」判評296号10頁、鎌田薫「判批」判タ484号22頁、田尾桃二「判批」金商660号50頁、副田隆重「判批」名城法学32巻2号135頁がある。

44) 鎌田・前掲注43)判評296号12頁、鎌田・前掲注43)判タ484号23頁は、Cが虚偽表示の目的である土地について法律上の利害関係を有するかを検討するにとどまるのではなく、AとCの実質的な利益考慮・価値判断を行なう必要があるとする。

## (2) 借地上の建物の仮装譲渡

AがBに土地を賃貸し、BがCに借地上の建物を仮装譲渡した場合をみる。B・Cの建物の仮装譲渡の通謀虚偽表示による無効（民法94条1項）は、Aに対抗することができるか。

具体例には、最判昭和38年11月28日民集17巻11号1446頁<sup>45)</sup>がある。Aから土地を賃借したBは、この土地上に二棟の建物を有していた。借地権の譲渡・転貸や借地上建物の譲渡・賃貸を行う場合、書面によるAの承諾が必要である、Bが差押・仮差押・仮処分や競売・破産の申立てを受けた場合、Aは土地の賃貸借契約を解除しようという特約をAはBとの間で結んだ。Aに無断でBがCに建物一棟を譲渡したので、AはBに土地の賃貸借契約の解除、建物取去・土地明渡を請求した。BC間の建物の譲渡は仮装譲渡であり無効であるとのBによる主張に対し、民法94条2項の第三者であるとAは主張した。B・Cの建物の所有権譲渡は通謀虚偽表示によるものであるとした、Aは以上の事実関係においては民法94条2項の第三者には該当しないとした原判決は正当であると最高裁は判断した。

## 2 法定解除

賃借人Bの債務不履行により、賃貸人AとBの土地賃貸借契約を、Aが法定解除をした場合、Bと建物賃借人Cの建物賃貸借契約は終了するのか。かりに終了する場合、いつ終了するのか。

具体例には、最判昭和45年12月24日民集24巻13号2271頁がある。Aと土地の賃貸借契約を締結したBは土地上の建物を所有した（昭和38年8月1日）。CはBの建物を賃借した（昭和40年10月1日）。Bの賃料不払いによりAが土地賃貸借契約を解除（昭和41年1月3日）したため、CがAに建物からの退去・土地を明渡すべき判決が確定（昭和44年2月4日）し、強制執行（昭和

---

45) 評釈には、瀬戸正二「判解」最高裁判所判例解説民事篇（昭和38年度）335頁、瀬戸正二「判解」曹時16巻1号139頁、山下末人「判批」法協36巻5号79頁、川井健「判批」民商51巻2号82頁がある。

44年4月22日)がなされた。強制執行があるまでCは建物を占有使用していた。BのCに対する未払賃料債権の転付命令を得たAはCに賃料の支払いを請求した。この未払賃料債権は土地の賃貸借契約の解除後である昭和41年11月1日から昭和42年11月3日の分であり、この期間において、既にBのCに対する賃貸借契約上の債務は履行不能となっているため、Cの賃料債務は存在しないとCは抗弁した。

最高裁は、「土地の賃貸借が借地人の債務不履行により解除された場合においても、その地上の建物の賃貸借はそれだけでただちに終了するものではなく、土地賃貸人と建物賃借人との間で建物敷地の明渡義務が確定されるなど、建物の使用利益が現実妨げられる事情が客観的に明らかになり、ないしは、建物の賃借人が現実の明渡を余儀なくされたときに、はじめて、建物を使用収益させるべき賃貸人の債務がその責に帰すべき事由により履行不能となり、建物の賃貸借は終了するに至ると解するのが相当であってそれまでは建物賃借人の建物賃借人に対する賃料債務は依然発生するというべきである。」とした。建物賃貸借契約は、明渡すべき判決が確定したときに終了すると判断した<sup>46,47,48)</sup>。

### 3 合意解除

土地賃貸人Aと土地賃借人Bの契約が合意により解除された場合、Aは建物賃借人CにABの土地賃貸借契約の解除を対抗することができるか。原則(1)と例外(2)をみる。

---

46) 転貸借との違いについて、原賃貸借と転貸借は直接的な関係にあるのに対し、土地賃貸借と建物賃貸借は間接的な関係にあるとするのは、野田・後掲注47) 曹時23巻9号329頁。

47) 評釈には、野田宏「判解」最高裁判所判例解説民事篇(昭和45年度)875頁、野田宏「判解」曹時23巻9号324頁、平井宜雄「判批」法協89巻9号1233頁、篠塚昭次「判批」民商65巻5号855頁がある。

48) 最判昭和51年12月14日判時842号74頁は、AがBの債務不履行を理由に解除する要件として、AのCへのあらかじめの催告・通知は不要であるとした。学説では、Bに代わって債務の履行をする機会をCに与えるため、AはCにあらかじめ催告・通知すべきであるとする見解(甲斐道太郎「判批」判評224号35頁)がある。

## (1) 原則

最判昭和38年2月21日民集17巻1号219頁がある。昭和21年8月、土地賃貸人Aから土地を賃借したBは、期間10年という約定で、土地上の建物を所有した。昭和30年3月、Bは建物賃借人Cに建物を賃貸した。昭和31年7月31日限りで土地賃貸借契約を解除すること、AがBの建物を買い受けることを内容としたAB間の建物取去土地明渡の調停が成立（昭和31年12月）したので、AがCに建物取去土地明渡を求めた<sup>49)</sup>。最高裁は、「……たとえ土地賃貸人と土地賃借人との間で、右借地契約を合意解除し、これを消滅せしめても、特段の事情がない限りは、土地賃貸人は、右合意解除の効果を、借地上の建物の賃借人に対抗しえないものと解するのが相当である」「土地賃貸人は、土地賃借人が、……他にこれを賃貸し、建物賃借人をしてその敷地を占有使用せしめることをも当然に予想し、かつ認容しているものとみるべきである……」とした。

AがCにABの土地賃貸借契約の解除を対抗できない場合、それぞれの契約はどうなるのか。土地賃貸借契約は、Cの賃借権の根拠が失われない限度で、存続し<sup>50)</sup>、建物賃貸借契約も存続し、この契約上の権利義務全てをBとCは負うことになる<sup>51)</sup>。

## (2) 例外

この一般原則の例外の場合として、特段の事情があり、土地賃貸借契約の合意解除をAがCに対抗しえるとした例がある。土地の賃貸借契約が一時使用

---

49) 評釈には、瀬戸正二「判解」最高裁判所判例解説民事篇（昭和38年度）30頁、瀬戸正二「判解」曹時15巻4号93頁、広瀬武文「判批」判評59号61頁、星野英一「判批」法協82巻1号143頁、水本浩「判批」民商19巻4号579頁、平井一雄「判批」法学新報70巻6号50頁、広中俊雄「判批」法学28巻2号120頁、椿寿夫「判批」法時35巻7号84頁がある。土地の賃貸借契約の合意解除が借地上の建物の抵当権者に対抗できるかという問題もある（大判大正14年7月18日新聞2463号14頁、大判昭和8年2月15日新聞3525号7頁）。

50) 広瀬・前掲注49) 63頁。

51) 広瀬・前掲注49) 63頁。

である場合、様々な事情が総合的に考慮された場合、建物賃貸人と建物賃借人の間に特殊な関係がある場合がある。

まず、最判昭和31年2月10日民集10巻2号48頁がある。土地賃借人Bが土地に建物を建築するため、土地賃貸人AがBに土地を賃貸した。1ヵ月の予告により、必要なときはいつでも、AはBに土地の明渡を請求することができるという特約をAはBとの間で結んだ。Bが土地上の建物をAに無断でCに賃借した<sup>52)</sup>。土地賃貸借契約の合意解除が成立したため、AがCに建物収去明渡請求をした。最高裁は、AとBの土地賃貸借契約は一時使用のために締結されたこと、BのCへの建物の賃貸をAが承諾していなかったことなどにより、Aは土地賃貸借契約の合意解除をCに対抗しえるとした<sup>53)</sup>。

次に、最判昭和41年5月19日民集20巻5号989頁がある。Aから土地を賃借したBが土地上の建物をCに賃借したが、BがAへの賃料支払いを遅滞した。昭和33年12月、①昭和38年12月までに、建物を南側から北側に移築し、南側の土地をBがAに明渡すこと、②北側の土地はAがBに賃貸し続けること、③土地の明渡し完了するまで、南側の土地をAがBに賃借することを内容とする裁判上の和解が成立した。期限が到来してもBが義務を履行しないので、AがCに建物収去明渡請求をした<sup>54)</sup>。最高裁は、和解において、AはBに北側の土地を賃貸し続けること、AはBに南側の土地を、期限を昭和38年12月16日として、一時的に賃貸することとしたのであり、この事実をCが知っているか否かを問わず、Aは土地賃貸借契約の合意解約をCに対抗できるとした。

他に、最判昭和49年4月26日民集28巻3号527頁がある。Aから土地を賃借したBは、昭和27年6月、土地上の建物をC(合資会社)に賃借した。昭

---

52) 評釈には、北村良一「判解」最高裁判所判例解説民事篇(昭和31年度)7頁、北村良一「判解」曹時8巻4号76頁、加藤一郎「判批」法協74巻2号180頁、石田喜久夫「判批」民商34巻5号771頁がある。

53) 加藤・前掲注52)186頁。

54) 評釈には、後藤静思「判解」最高裁判所判例解説民事篇(昭和41年度)265頁、後藤静思「判解」曹時18巻8号114頁、篠塚昭次「判批」判評96号4頁、金山正信「判批」民商56巻1号116頁、高橋尚志「判批」法協84巻5号693頁がある。

和30年12月、土地賃貸借契約をABが合意解除し、Bが昭和35年12月末までに建物を取去し土地を明渡す調停が成立した。AがCに土地の明渡しを請求した。合意解除をAはCに対抗できないとCは主張した。最高裁は、①Bは設立と同時に建物をCに賃貸していたこと、②個人として行ってきた製造・販売業を会社組織に改めたBはCの設立と同時にCの代表者となり、昭和32年12月15日に死亡するまでCの無限責任社員であったこと、③設立当時からCの従業員は5、6名に過ぎずその経営規模に大きな変化はなかったこと、④調停時、BがCについて言及せず、AがCを知らなかったこと、等を考慮して、Aは土地賃貸借契約の合意解除をCに対抗しえるとした<sup>55)</sup>。

#### 4 更新拒絶<sup>56)</sup>

更新に対する異議に正当事由があるため、A・Bの土地賃貸借契約が終了した場合、B・Cの建物賃貸借契約も終了するのか。Cが土地を使用できるのは借地権があるためであり、Aが更新拒絶によりABの土地賃貸借契約を終了させると、Cの借地権が消滅してしまい、BCの契約も終了するという見解がある<sup>57)</sup>。反対に、Bが借地上の建物を賃貸し、Cが敷地を占有・使用することを当然に予想・認容しているAはCに対抗しえないと判断した、前掲・最判昭和38年2月21日（AB契約の合意解除）と同様、建物賃貸借契約は存続しうる

---

55) 評釈には、友納治夫「判解」最高裁判所判例解説民事篇（昭和49年度）524頁、友納治夫「判解」曹時29巻3号131頁、星野英一「判批」法協93巻6号936頁、篠塚昭次「判批」民商72巻2号351頁、沢田みのり「判批」法時47巻8号153頁、土屋茂「判批」日本法学41巻2号103頁がある。

56) 建物所有を目的とした土地賃貸借契約の更新に対する異議に正当事由があるかの判断において、第三者である地上建物賃借人の事情が考慮できるかが問題となった具体例がある。例えば、(1) 最判昭和56年6月16日判時1009号54頁、(2) 最判昭和58年1月20日民集37巻1号1頁がある。(1)は、地上建物賃借人の事情を考慮しないと判断した。(2)は、原則、地上建物賃借人の事情を考慮しないとし、その例外として、特段の事情がある場合（①借地契約が当初から建物賃借人の存在を認容した場合、②実質上建物賃借人を借地人と同一視することができる場合）には、地上建物賃借人の事情を考慮するとした。

57) 前掲・最判昭和58年1月20日の判例評釈である、内田勝一「判批」判タ493号119頁。

という見解がある<sup>58)</sup>。この見解によると、賃借権のないBC間で建物賃貸借契約が存続するのは問題であるため、建物買取請求権の行使により、AがBの地位をBから承継し、ACがこの契約を存続させるか否かを決定することになる。

## 5 期間満了

土地の賃貸借契約が期間満了となった場合、建物の賃借人は土地を明け渡さなければならない。借地借家法は、土地を明け渡さなければならない建物の賃借人の保護のために、建物の賃貸借契約の猶予期間を認めている。35条1項は、建物の賃借人が借地権の存続期間の満了をその1年前までに知らなかった場合に限り、裁判所は、建物の賃借人の請求により、建物の賃借人がこれを知った日から1年を超えない範囲内で、土地の明渡しにつき相当な期限を許与することができる、とする。35条1項に基づき裁判所が期限の許与をしたとき、同条2項は、建物の賃貸借契約は、その期限が到来することによって終了する、とする。

## 6 瑕疵担保責任

具体例として、最三小判平成3年4月2日民集45巻4号349頁<sup>59)</sup>がある。Cは、Bから土地賃借権付きの建物を買い受け、A（土地所有者）と賃貸借契約を締

---

58) 前掲・最判昭和58年1月20日の判例評釈である、武川幸嗣「判批」民法判例百選Ⅱ〔第7版〕121頁。

59) 評釈には、富越和厚「判解」最高裁判所判例解説民事篇（平成3年度）157頁、富越和厚「判解」ジュリ985号116頁、遠藤浩「判批」法セ495号31頁、小野秀誠「判批」不動産取引判例百選〔第3版〕152頁、潮見佳男「判批」民商106巻2号240頁、潮見佳男「判批」法教135号74頁、高木多喜男「判批」平成3年度重判72頁、野口恵三「判批」NBL481号60頁、半田吉信「判批」判評395号35頁、半田吉信「判批」民法判例百選Ⅱ〔第6版〕108頁、副田隆重「判批」法セ446号138頁、前田達明「判批」リマ5号56頁、水野智幸「判批」平成3年主判解説66頁、宮川博史「判批」ジュリ993号193頁、森田宏樹「判批」法協109巻8号1390頁、中田邦博「判批」民法判例百選Ⅱ〔第7版〕110頁がある。

結した。台風に伴う大雨により、擁壁に傾斜、亀裂が発生し、土地に一部沈下と傾斜が発生した。Aに擁壁の新規築造や改修補強の申入れをしたがAが何の措置も採らなかったため、Cは建物を取り壊した。瑕疵担保責任の規定に基づきBとの売買契約やAとの賃貸借契約をCが解除できるかが問題となった。

最高裁は次のように判断した。賃貸借契約上当然に予定された建物敷地としての性能を土地が有していないため、民法559条、570条により、CはAに敷地の修補の請求・賃貸借契約の解除ができるとした。建物の敷地の欠陥は売買契約の目的物である賃借権の欠陥ではないため、民法556条3項、570条により、CはBに売買契約の解除をすることができないとした。

## VI 考察

I問題提起で提起した問題について考察する。提起した問題は、①複数の契約を相互に結び付けるものには、合意、契約、債権債務関係、全体としての目的、経済的一体性、取引の他に、当事者関係があるのではないかと、②かりに、当事者関係も複数の契約を相互に結び付けるものであるとすると、複数の契約が相互に依存するか否かを考えるとき、当事者関係をどのように考慮すべきであろうか、であった。

### 1 ①について

複数の契約が相互に依存するか否かを考えるとき、全体において、当事者関係を考えなくてよい場合と当事者関係を考えなければならない場合とがある。

当事者関係を考えなくてよい場合、他の全体を考える。例えば、全体としての目的、取引（V6瑕疵担保責任）、当事者の合意（IV4合意解除の場合で特約がある場合。当事者のうちの一人が特約を認識しているにすぎない場合を含む）などを考える。

### 2 ②について

複数の契約が相互に依存するか否かを考えるとき、当事者関係を考慮する必

要がある場合がある。この場合には、まず、形式的な当事者関係を維持し、当事者の同一性を考慮しない場合 ((1))、当事者の同一性を考慮する場合 ((2)) がある。次に、実質的な当事者の一体性を考慮することがあるが、この場合には、何らかの法理に基づく場合 ((3)) と何らかの法理に基づかない場合 ((4)) がある。

(1) 形式的な当事者関係を維持し、当事者の同一性を考慮しない場合

Ⅲクレジット-2不成立・無効(名義貸し)の場合、名義貸しの事実を認識していた、あるいは、し得た信販会社は、民法93条但書きの適用あるいは類推適用により、履行の請求ができなかったとした判決(前掲・長崎地判平成元年3月29日判時1326号142頁、前掲・福岡高判平成元年11月9日判時1347号55頁)、立替払契約の申込の意思表示をするとき、名義貸人に立替金の返済の真意がなかったとしても、民法93条により、立替払契約の効力は有効であるとした判決(前掲・東京高判昭和57年6月29日下民集33巻5-8号917頁)では、当事者はそれぞれの形式的な地位を維持している。

V土地の賃貸借・売買と土地上の建物の賃貸借・売買-1仮装譲渡では、土地の仮装譲渡、土地上の建物の仮装譲渡があった場合、土地上の建物の賃借人や土地の賃貸人は、民法94条2項の善意の第三者に該当するかが問題となった。ここでも、当事者はそれぞれの形式的な地位を維持している。

(2) 形式的な当事者関係を維持し、当事者の同一性を考慮する場合

(a) Ⅲクレジット-1クーリング・オフ

35条の3の11第2項は、特定商品販売等契約に伴う個別クレジット契約を参加者がクーリング・オフするには、特定連鎖販売個人契約に伴う個別クレジット契約と特定商品販売等契約に伴う個別クレジット契約を締結した個別クレジット業者が同一であることを要件としている。35条の3の11第3項は、特定継続的役務提供等契約に伴う個別クレジット契約と関連商品販売契約に伴う個別クレジット契約について、同じ要件を必要としている。

(b) Ⅲクレジット－3 不当な勧誘行為により締結された契約の取消

特定連鎖販売個人契約に伴う個別クレジット契約の勧誘をするとき、販売業者等が不実の告知・故意の不告知を行ったため、誤認をして申込み等の意思表示をした購入者等は、この個別クレジット契約を取消することができる（35条の3の14）。35条の3の14第2項は、同一の個別クレジット業者が特定連鎖販売個人契約と特定商品販売等契約に伴う個別クレジット契約を締結している場合に限り、購入者等は、特定商品販売等契約に伴う個別クレジット契約を取消することができるとする。

特定継続的役務提供等契約に伴う個別クレジット契約を勧誘するとき、役務提供事業者が不実告知または故意の不告知をしたため、誤認して申込み・承諾の意思表示をした消費者は、この個別クレジット契約を取消することができる（35条の3の15）。35条の3の14第2項と同様、35条の3の15第2項は、特定継続的役務提供等契約に伴う個別クレジット契約と関連商品販売契約に伴う個別クレジット契約を同一の個別クレジット業者が締結しているときに限り、消費者は、関連商品販売契約に伴う個別クレジット契約も取消しうるとする。

(3) 代理・媒介などにより、実質的な当事者の一体性を考慮する場合<sup>60)</sup>

(a) Ⅱ特定商取引法に定められた取引

特定商取引法48条2項は、消費者は、役務提供事業者・販売業者が関連商品販売を代理・媒介をした場合に限り、特定継続的役務提供等契約を前提とした関連商品販売契約をクーリング・オフすることができるとする。同法49条5項は、特定継続的役務提供等契約を中途解約した消費者は、役務提供事業者・販売業者が関連商品販売を代理・媒介をした場合に限り、関連商品販売契約を解除できるとする。同法49条の2第3項は、特定継続的役務提供等契約を取消した消費者が関連商品販売契約を解除する場合について、同様の要件を必要としている。

---

60) 河上正二「当事者の認定」『民法の争点』（有斐閣、2007）168頁。

(b) Ⅲクレジット－3 不当な勧誘行為により締結された契約の取消

消費者契約法5条は、事業者から消費者契約の締結の媒介の委託を受けた第三者が不当な勧誘行為を行い、それによって消費者が申込または承諾の意思表示を行った場合、消費者は不当な勧誘によって締結をした契約を取消することができるとする。クレジットの場合、販売会社が消費者にクレジット契約を利用することを勧め、クレジット契約の締結に必要な手続きを行う。この手続きの方法により、販売会社は「媒介の委託を受けた第三者」と考えられている。

(4) 何らかの法理によらず、実質的な当事者の一体性を考慮する場合

(a) Ⅳ適法転貸借－4 合意解除

前掲・最判昭和38年4月12日民集17巻3号460頁は、A・Bの合意解除はCに対抗できるかについて、賃借建物で鉄工場を経営していた賃借人が、その事業を自己が代表取締役となって会社組織にした結果その建物を右会社に転貸するに至った場合においては、賃貸人は賃貸借の合意解除の効果を転借人に対抗できる、とした。この判決は、Cとは法律上別の人格であるBがCの代表取締役となっていたことを考慮している。

(b) Ⅴ土地の賃貸借・売買と土地上の建物の賃貸借・売買－3 合意解除

前掲・最判昭和49年4月26日民集28巻3号527頁は、土地賃貸人Aと土地賃借人Bの土地賃貸借契約の合意解除は、原則、土地上の建物の賃借人Cに対抗できないが、例外的に、①Cが設立と同時に建物をBから賃借していたこと、②設立と同時にCの代表者となったBは、死亡するまでCの無限責任社員であったこと、③設立当時からCの従業員は5、6名に過ぎなかったこと、等を考慮して、Aは土地賃貸借契約の合意解除をCに対抗できるとした。この判決は、BとCの実質的な一体性を考慮している。

(こばやし・かずこ 筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業法学専攻准教授)



## 民事責任法と家族（2）

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、前号）

II. 家族の責任

1. 家族に対する責任（以上、本号）
2. 家族外に対する責任（以下、次号）

おわりに

### II. 家族の責任

家族に団体としての性格を認めないとすれば、「家族の責任」といっても、それは家族それ自体の責任を直接的に問うものではない<sup>154)</sup>。ここでは、ある家族に属する者は当該家族のメンバーの権利や利益を侵害した場合にその者に対する関係で責任を負うことになるのか、また、ある家族に属する者が家族外の者の権利や利益を侵害した場合に当該家族のほかのメンバーはそのことを理由に責任を負うことになるのかといった問題が扱われる。前者においては、家族内での権利や利益の侵害に起因する責任という意味で、「家族に対する責任」が(1)、後者においては、家族外での権利や利益の侵害に起因する責任という意味で、「家族外に対する責任」が(2)、それぞれ問題となる。

---

154) 「家族の保護」の場面と同様、かつての家団論のように、家族に一定の法主体性を認めるとすれば別である。

## 1. 家族に対する責任

家族として捉えられる者は、当該家族のほかのメンバーの権利や利益を侵害した場合に、その者に対して、どのような根拠に基づきどのような内容の責任を負うのか。この問いに対してはいくつかの異なるアプローチの仕方が考えられるが<sup>155)</sup>、家族の捉え方と民事責任法の枠組という2つの視角からの分析を行い、本稿の問題関心および検討課題にとって有益な視座を得るためには(2)、「家族に対する責任」として問題となりうる事例をいくつかの視点から区別し、それぞれにおいて従前の議論の再解釈を試みるのが適切である(1)。

なお、「家族に対する責任」を検討する際には、家族と何らかの関わりを持つ義務の違反について、その民事責任法上の取扱いだけでなく、民事上のサンクションや救済全般、あるいは、より広く刑事的または行政的なサンクションや救済にも目を向け、これらを包括的に位置付けつつ、家族に関わる義務の意味付けとその違反に対するサンクションのあり方を探るという手法も有用である<sup>156)</sup>。しかし、こうした視点からの考察は、本稿の問題関心からは外れる。そこで、以下では、民事責任法上の「家族に対する責任」を理解するのに必要な限度でのみ上記の視点からの考察を行い<sup>157)</sup>、家族に関わる義務とその違反に対するサンクションについての包括的な分析は、別稿に委ねることとする。

---

155) 例えば、婚姻または親子制度一般との関連で民事責任法がどのような役割を果たすべきかといったアプローチの仕方（婚姻関係のみを扱うものであるが、藤岡・前掲注（8）215頁以下）、法的保護を受けうる存在としての婚姻関係や親子関係を民事責任法上どのように保護していくべきかといったアプローチの仕方（婚姻関係のみを扱うものであるが、岩志・前掲注（8）144頁以下）等がある。これに対して、以下では、それが上記のアプローチの仕方と密接な関わりを持つことを意識しつつも、本稿冒頭で述べた問題関心に鑑み、「家族に対する責任」が問題となる各場面において、家族や家族のメンバーがどのように捉えられるべきであるのかという視点を基礎に据えたアプローチの仕方を採用する。

(1) 再解釈——保護対象（一般的法益、身分、人格）と制約手法（社会、家族、個人）

本稿の問題関心からすれば、「家族に対する責任」が問題となる事例については、以下のように区別することが適切である。

第1に、問題となっているのが夫婦に代表される横の家族関係<sup>158)</sup>であるのか、それとも、親子のような縦の家族関係<sup>159)</sup>であるのかによって、検討対象を区別することが有益である<sup>160)</sup>。これは、今日、横の家族関係では個人としての幸福や自由が強調されているのに対して<sup>161)</sup>、縦の家族関係では子の利益

156) フランス法に関するものであるが、本文で述べたような視点から家族に関わる義務とその違反に対するサンクションを包括的に分析した近時のテーゼとして、Gaëlle Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. Pierre Murat, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol.138, Dalloz, Paris, 2014. また、カップルの関係について、Cf. Frédérique Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, préf. Janine Revel, Bibliothèque de droit privé, t.494, LGDJ., 2008 ; Jean Garrigue, *Les devoirs conjugaux : Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. Laurent Leveneur, Panthéon-Assas, Paris, 2012 ; etc. 親子関係について、Cf. Marie-Laure Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, préf. François Terré, Panthéon-Assas, Paris, 2003 ; Laurence Gareil, *L'exercice de l'autorité parentale*, préf. Laurent Leveneur, Bibliothèque de droit privé, t.413, LGDJ., 2004 ; Caroline Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français : Étude critique*, préf. Emmanuel Putman, PUAM., Aix-en-Provence, 2009 ; etc. 更に、対象（離婚、自然父子関係の搜索、親権喪失）と視点（サンクションのフォートからの切断と客観化）は限定的であるが、Cf. Christine Desnoyer, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, préf. Françoise Dekeuwer-Défossez, L'Harmattan, Paris, 2001.

157) フランス法に関するものであるが、本文で述べたような視点も踏まえて「家族に対する責任」が問題となる各事例を検討した近時のテーゼとして、Pons, *supra* note 16 ; Alexandra Arnault, *La responsabilité civile dans les rapports de famille*, th. Pau, 2008 ; etc.

158) 横の家族関係には、婚姻カップルのみならず、内縁やパートナーシップ関係のカップルも含まれる。

159) 縦の家族関係は、基本的には、法律上または事実上の親子を意味するが、問題となる場面によっては、そこに祖父母と孫の関係を含めることも可能である。

160) 家族と関わりを持つ義務とその違反に対するサンクション全般を対象とするものであるが、この区別の仕方については、Ruffieux, *supra* note 156.

161) この傾向は、婚姻の解消や婚姻外カップルの取扱いをめぐる議論等の中に顕著な形で現れている。

という観点からの議論が一般化しているところ<sup>162)</sup>、このような基本理念の相違が民事責任法上の解決や議論にも一定の影響を及ぼすべきではないか、その結果、「家族に対する責任」の場面における横の家族関係と縦の家族関係それぞれの捉え方にも何らかの差異が現れるべきではないかと考えられることに基づく<sup>163)</sup>。

第2に、問題となっているのが家族外の関係でも取り上げられうる権利や利益の侵害または義務の違反であるのか<sup>164)</sup>、それとも、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反であるのか<sup>165)</sup>という視点によって、検討対象を区別しておく必要がある。これは、従前の議論では、そもそも権利や利益を侵害された者からの家族のメンバーに対する損害賠償請求を認めるべきかどうか、それを肯定するとしてもどのような形で（どのような範囲で）認めるべきか（反対から言えば、どのような形で（どのような範囲で）制約を課すべきか）といった問題を検討するに際して、それぞれの場面で異なる考慮に基づく判断

---

162) この傾向は、親子関係の成立、親権、離婚後の親と子の交流をめぐる議論等の中に顕著な形で現れている。

163) 従前の議論では、横の家族関係における「家族に対する責任」には一定の関心が寄せられてきたものの、縦の家族関係における「家族に対する責任」については、親が不貞行為をした場合にその子が不貞行為をした親に対して損害賠償を請求することができるかという特定の問題を除いて（もっとも、これまで主として議論されてきたのは、子からの不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の可否であり、この問題を論ずる前提として、子からの不貞行為をした親に対する損害賠償請求の可能性に言及するものが散見されたに過ぎない）、ほとんど論じられることがなかった。そのため、本文の区別が「家族に対する責任」の場面で示されることもなかった。

164) これまでに問題となった例としては、家族内での交通事故のほか、物理的、性的、心理的な暴力や虐待、財産権の侵害、名誉毀損等を理由に、ある家族に属する者が当該家族のほかのメンバーに損害賠償を請求する事案等がある。

165) これまでに問題となった例としては、横の家族関係において同居、協力、扶助、貞操等の人格的義務の違反に基づいて損害賠償が請求される事案、離婚や（カップルまたは親子）関係の解消に伴って損害賠償が請求される事案、（元）夫婦間における子の監護や子との面会交流をめぐる争いに関連して損害賠償が請求される事案、親による教育や監護の放棄等を理由として子からその親に対して損害賠償が請求される事案等がある。

がなされており、その結果、両場面での家族やそのメンバーの捉え方にも差異が現れているのではないかと考えられることに由来する（「民事責任の制約手法」という視点からの対比の必要性）。また、「家族に対する責任」は、事象を加害者とされる者の側から見た場合の課題設定であるところ、これを被害者とされる者の側から見れば、ここでは「家族からの保護」も問題となっていることが分かる。そうすると、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反が問われる場面では、家族のメンバーには当該家族のほかのメンバーによる行為との関係でどのような意味での民事責任法上の保護が付与されるべきであるのかという問いを立てることが可能となる。その結果、この場面における検討課題は、「家族の保護」の場面で論じられた検討課題、すなわち、家族のメンバーには家族外の者による行為との関係でどのような形での民事責任法上の保護が付与されるべきであるのかという問いと一定の連続性を持つことになる。従って、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反に関わるケースについては、Iでの検討成果を踏まえた分析を行うことによって、より一層明確に、そこでの家族やそのメンバーの捉え方を浮かび上がらせることができるのではないかと考えられる（「民事責任の保護対象」という視点からの対比の必要性）<sup>166)</sup>。

第3に、とりわけ横の家族関係に関わることであるが、関係が存続している場面で損害賠償が請求されているのか、それとも、関係が解消される場面または解消された後に損害賠償が請求されているのかという視点による区別も必要である。この区別は、以下の2つの理由に基づく。1つは、第2点と同じ理由、つまり、従前の議論では、同じ関係継続中に生じた権利や利益の侵害を理由とする損害賠償請求であっても、その可否および範囲を論ずるに際して、それぞ

---

166) これに対して、家族外の関係でも取り上げられうる権利や利益が家族のメンバーによって侵害されたというケースは、少なくともそこで問題となっている保護対象に関する限り、それが家族とは関わりを持たない形で侵害されたケースと比較して特殊性を持つわけではない。従って、このケースでは、「家族の保護」が特別な形で問題になることはなく、そこでの検討課題が「家族の保護」の場面におけるそれと連続性を持つこともない。

れの場面で異なる考慮に基づく判断がなされてきたという点に由来する理由である（「民事責任の制約手法」という視点からの対比の必要性）。もう1つは、関係の解消時または解消後に問題となる損害賠償には、これまで、複数の異なる意味付けが与えられてきたという点に関わる理由である。すなわち、この場面では、関係継続中に生じた権利や利益の侵害に起因する損害の賠償とは別に、婚姻カップルでは古くから離婚それ自体に関わる損害の賠償が認められ<sup>167)</sup>、それ以外のカップルでも関係の解消それ自体に伴う損害の賠償が肯定されてきた<sup>168)</sup>。そうすると、本稿の問題関心からは、関係の解消それ自体を対象とする損害賠償の意味を正確に規定した上で、それが婚姻継続中に生じた権利や利益の侵害または義務の違反に基づく損害賠償とどのような関係に立つのかという点についても問題に付し<sup>169)</sup>、それぞれの場面において家族や家族のメンバーの捉え方に相違が見られるのかといった点にも検討を及ぼしておかなければならない（「民事責任の保護対象」という視点からの対比の必要性）<sup>170,171)</sup>。なお、

---

167) 最判昭和31年2月21日民集10巻2号124頁、最判昭和46年7月23日民集25巻5号805頁等。

168) 大判大正4年1月26日民録21輯49頁（婚姻予約不履行構成）、最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁等。

169) この問題設定は、離婚原因慰謝料と離婚自体慰謝料の区別およびそれらの関係をめぐって展開されてきた議論の背後にある問いにはほぼ対応する（議論の概要については、文献の所在も含め、右近健男「離婚の際の財産分与請求と慰謝料」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）411頁以下、成澤寛「離婚慰謝料概念とその必要性（1）～（4）（完）」戸時540号（2002年）19頁以下、541号15頁以下、547号9頁以下、549号9頁以下等を参照）。もっとも、家族や家族のメンバーの捉え方という分析視角が採用されている点において、本稿の問題関心は、従前の議論におけるそれとは異なる。

170) これまでの裁判例の中に現れた事案類型との関連で、本文で述べた問題関心をより丁寧に記述しておく。一方で、関係継続中に生じた権利や利益の侵害を理由に関係が解消された場合、関係の解消時または解消後に問題となる損害賠償の内容には、①関係継続中に生じた権利や利益の侵害を基礎にするものと、②関係の解消それ自体を基礎にするものが含まれる。まず、①について、仮に第2点の区別との関連でいずれの状況でも損害賠償が肯定されるとすれば、②についての請求が認められるかどうかは、法律構成として言えば、②の内容が①に関わる損害賠償の範囲に含まれるかどうかによって決せられる。もっとも、

縦の家族関係については、原則として、横の家族関係と同じような意味での関係の解消は考えられない。しかし、一旦は設定されたように見えた親子関係が後になって解消されたり、不存在とされたりする場面もありうるため、この区

(前頁からつづき)

損害賠償の範囲について純粹に因果関係の問題として決せられるとの立場によるのでない限り、②を損害賠償の範囲に含めるためには、関係継続中に生じた権利や利益の侵害から区別される何らかの権利や利益の侵害を観念しておかなければならない(パターン④)。また、①から切り離す形で②の内容のみが損害賠償として請求されているときには、これを肯定する前提として、当該場面における独自の権利や利益を想定せざるをえない(パターン⑤)。これに対して、第2点の区別との関連で一定の場合に損害賠償が認められないこともあるとすれば、そもそも①が存在しないという事態も考えられるため、その場合には、②に関わる独自の権利や利益を観念しその違反によって②の請求を基礎付ける必要がある(パターン⑥)。他方で、関係継続中に生じた権利や利益の侵害を理由とすることなく関係が解消された場合、関係の解消時または解消後に問題となる損害賠償の内容は②に限られる。そうすると、ここでも、②を肯定するためには、関係の存続それ自体に関わる何らかの権利や利益の侵害を想定しなければならない(パターン⑦)。このように見ると、いずれのパターンでも、②に関する損害賠償が認められるための前提として、関係の存続それ自体に関わる何らかの権利や利益が存在していることが必要不可欠な要素となっていることが分かる(パターン⑧(場合によってはパターン⑥))。では、関係の存続それ自体に関わる権利や利益の侵害に向けられた有責性が存在するののかという点が問題となるが、この点はひとまず措く)。ところで、第2点の区別との関連で言及したように、家族的な権利や利益が侵害されている場合、「家族に対する責任」の問題は、「家族からの保護」の問題でもあり、従って、Iで検討した「家族の保護」の問題と一定の連続性を有する。もっとも、関係の解消時または解消後に問題となる損害賠償のうち、①について言えば、損害賠償請求の可否およびその範囲を決するに際して関係解消という事態に基づく考慮が介在することがあるとしても、その中身それ自体は、関係継続中に請求がなされる場合のそれと異なるわけではない。そのため、「家族の保護」との関連で、関係解消後の①の請求を独立の類型として取り上げる意味はほとんどない。要するに、①については、「民事責任の制約手法」という観点からの対比が妥当する限りにおいて、関係継続中に請求がなされる場合と関係解消時または解消後に請求がなされる場合とを区別しておけば足りる。これに対して、②に関しては、それが関係の消滅それ自体を対象とするものであるため、①の場面とは異なる意味での「家族からの保護」が問題となりうる。従って、ここでは、Iでの検討成果を踏まえて、②のケースにおいて問題となっている権利や利益の中身を問うことにより、この場面での特殊な家族やそのメンバーの捉え方をより明確な形で浮かび上がらせることができると考えられる(「民事責任の保護対象」という視点からの対比の必要性)。

別は、（横の家族関係におけるそれとは異なるものではあるが）縦の家族関係においても一定の意味を持つものと思われる<sup>172)</sup>。

このような3つの区別を基礎として、以下では、横の家族関係と縦の家族関係のそれぞれについて、家族外の関係でも取り上げられうる権利や利益の侵害または義務の違反が問題となる場面（横の家族関係に関わるケースを類型①、縦の家族関係に関わるケースを類型②とする）と、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反が問題となる場面（横の家族関係に関わるケースを類型③、縦の家族関係に関わるケースを類型④とする）のそれぞれに関する裁判例および学理的な議論を、類型①と類型③については、被害者とされる家族のメンバーによる損害賠償請求が加害者とされる者との関係の存続中になされたのか、それとも、関係の解消時または解消後になされたのかという点にも留意しつつ扱い<sup>173)</sup>、その後、関係の解消それ自体の当否が問題となる事案（横の家族関係に関わるケースを類型⑤、縦の家族関係に関わるケースを類型⑥とす

---

171) 離婚の文脈では、関係の解消に伴う損害賠償と財産分与の関係も論じられるべき問題である。もっとも、包括説や限定説等、それぞれをどのように位置付けるかという法律構成それ自体は、家族やそのメンバーの捉え方に影響を及ぼすものではないと考えられるため、本稿は、この問いを直接的な考察の対象とはしない。これに対して、財産分与の内容にどのような意味を読み込み、それとの関連で、離婚に伴う損害賠償の内容をどのように捉えるかという問いであれば、それが「家族からの保護」に関わりを持つ限りにおいて、本稿の問題関心にも結び付く。従って、以下の考察では、後者の観点からのみ、関係の解消に伴う損害賠償と財産分与の関係に言及する。

172) 裁判例で問題となった例で言えば、親子関係が存在しないにもかかわらず虚偽の出生届が提出され、その後に親子関係不存在確認が求められたことに関連して、その対象となった子から虚偽の出生届を提出した者に対して損害賠償が請求された事案や（大阪地判昭和44年8月29日判時580号70頁）、父子関係が存在しないにもかかわらず虚偽の認知がなされ、その後に認知の無効確認が求められたことに関連して、その対象となった子から不実認知をした者に対して損害賠償が請求された事案（大阪高判平成21年11月10日家月62巻10号67頁。原審は、大阪家判平成21年3月27日家月62巻10号83頁）等がある。

173) 関係の解消それ自体が問題となる場面を除き、関係存続中に損害賠償が請求される場合と関係解消時または解消後に損害賠償が請求される場合を類型①または類型③に統合する理由については、注（170）を参照。

る)に関する裁判例および学理的な議論をこれらとは別に取り上げることにする。

まず、類型①と類型②について、本稿の問題関心に即した形で従前の議論を整理する。

ある者の特殊家族法的ではない権利や利益がその者の家族のメンバーによって侵害された場合に、その者が当該家族のメンバーに対して損害賠償を請求することができるかという問いについては、かつて、その可否および制約の有無をめぐる多くの議論が展開された<sup>174)</sup>。今日では、一定の場合に損害賠償請求の制約がありうるかどうかという点は別としても、少なくとも家族間の不法行為であるというだけで損害賠償請求が否定されることはないとの理解に異論は存在しない<sup>175)</sup>。もっとも、家族の中身という視点から民事責任法上の諸問題にアプローチを試みる際には、この問題の結論それ自体よりも、従前の議論の中に存在する肯定または否定という結論を導くための理由付けと、一定の場合に損害賠償請求を制約すべきであるとされる場合のその論理構造に関心が向けられる。というのは、そこには家族の把握の仕方という観点から見た場合に興味深い素材が含まれていると同時に、ここから、ほかの類型、更には、「家族の保護」や「家族外に対する責任」の分析にも影響を及ぼしうるような視座を抽出することができるからである。なお、細部において違いは存在するものの、結論に付された理由付けまたは制約の論理それ自体の中に類型①と類型②で有意な相違は見られないため、以下では、両者をまとめて扱う。

一方で、⑦夫婦や親子の一体性を強調すると、夫婦間や親子間で不法行為による損害賠償を請求することは原則として認められるべきではないという考え

174) 議論の概要については、文献および裁判例の所在も含め、金澤理「近親者間事故と自賠法16条請求——最高裁昭和47年5月30日判決を機縁として——」判タ283号(1973年)17頁以下、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)83頁以下、小野幸二「家族間の不法行為」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)400頁以下等を参照。

175) 最判昭和47年5月30日民集26巻4号898頁。

方が導かれうる<sup>176)</sup>。これによると、夫婦や親子の一方による他方への権利または利益の侵害は、その関係が存続している限り、あたかも自分自身の権利や利益の侵害と同じように扱われるため、不法行為の成立それ自体が否定される。また、この考え方は、加害者とされる者と被害者とされる者の一体性を根拠とするものであるから、不法行為の成立が否定されうるのも、一体性を語ることができる関係、つまり、夫婦間または親子間に限られるはずである。もちろん、たとえ夫婦や親子であったとしても各人には別の法人格が付与されている以上、近代以降の法制度の下でこの考え方をそのまま採用することは不可能である。しかし、家族との関係で民事責任が問題となる様々な場面において親子や夫婦の一体性を基礎としているかのような議論が展開されていることを想起するとき<sup>177)</sup>、こうした議論を批判的に検討するための素材として、現時点でもこの考え方を取り上げておく意味はある。

他方で、④家族のメンバーは相互に別の法人格を有している以上、家族間であっても原則として不法行為の成立を否定することはできないが、家族という存在を無視することもできないため、一定の理由により、その成立が否定されたり、仮に成立するとしても権利の行使が制約されたりするとの考え方もありうる<sup>178)</sup>。問題は、否定や制約の理由とそれらの範囲である<sup>179)</sup>。

まず、④-1. 社会全体の観点から、家族間における損害賠償請求の制約を基礎付けるものがある。大審院時代の判例で説かれていた、醇美なる家族制度の精神、古来の醇風である孝道の見地といった観点からの理由付けが、その代表であるが<sup>180)</sup>、社会全体の観点からの基礎付けそれ自体は、戦後における家族改革後の言説の中にも見られる<sup>181)</sup>。例えば、家族間で損害賠償を請求する

---

176) 夫婦関係のみを扱うものであるが、大谷津貴一「夫婦間の自動車事故と自賠法16条請求——「夫婦一体性」学説に基づく一考察——」都法23巻1号(1982年)131頁以下。なお、上野・前掲注(174)84頁以下は、夫婦間の不法行為を扱う文脈で、日本法が前提としている夫婦別体観に対置される考え方として、夫婦一体観があることを指摘する。

177) 家族の一体的把握を前提とした議論は、「家族の保護」の場面で見られたが(本誌前号79頁以下・98頁以下を参照)、それだけでなく、「家族外に対する責任」の場面にも存在する。

ことは情誼倫理の観念に反し許されないという説明は<sup>182)</sup>、あるべき夫婦や親子等についての特定的見方を想定し、これを社会的な観点から強制するものであるし<sup>183)</sup>、家族間での損害賠償請求を否定することによって家族秩序が害されることを防ぎ、そのことを通じて社会秩序全体を維持する必要があるといった説明も<sup>184)</sup>、個々の家族への配慮を超えて、社会全体の仕組みを視野に入れた理由付けになっている。

次に、④-2. 個々の家族の観点から、制限の論理を説明するものがある。

178) 一方で、家族間での不法行為の場合には違法性が厳格に評価されるという見方は、一定の場合に不法行為の成立それ自体を否定する考え方として捉えることができ、他方で、家族間での不法行為の場合には損害賠償請求が権利の濫用として許されないことがあるという見方は(前掲・最判昭和47年5月30日はこの見方を基礎に据えている)、一定の場合に損害賠償請求の行使を制約する考え方として理解することができる。これらの見方は法律構成レベルでは明確に区別されなければならないものの、不法行為の成立や損害賠償請求の行使を否定または制約する理由とその範囲に着目する本稿の立場からは、これらを区別して論ずる意味はほとんどなくなる(もともと、法律構成の問題を論じているにもかかわらず、これらの相違に着目することなく両者の観点を挙げる見解も多い(例えば、石田満「親族間の交通事故における被害者の自賠償保険金請求について」判評159号(1972年)10頁、同「最判昭和47年5月30日・判批」民商68巻1号(1973年)96頁、上野・前掲注(174)85頁以下、小野・前掲注(174)422頁以下等))。従って、以下では、法律構成レベルでの相違が重要であることを認識しつつも、両者の見方を損害賠償請求の制約という形で統一的に捉えることにする。

179) ここでは、家族間では愛情や信頼に基づき不法行為が宥恕されたり、相互の扶助や協力によって損害が填補されたりするため、損害賠償が請求されること自体が少ないという、法外在的な事実上の理由については、取り上げない。

180) 大判昭和18年7月12日民集22巻226頁(母の行為によって財産権が侵害されたことを理由に子が母に対して損害賠償を請求したケースで、子による請求を認容した原審が破棄された事案。ただし、同判決の射程については議論が存在した(中川善之助「大判昭和18年7月12日・判批」民商19巻4号(1944年)57頁等を参照))。また、東京地判昭和7年11月24日新聞3491号5頁も参照(ただし、親の行為によって名誉が毀損されたことを理由に子が謝罪広告を求めたケースで、その請求が棄却された事案である)。なお、一定の留保付きではあるが、このような理由付けを支持するものとして、高梨公之「大判昭和18年7月12日・判批」日法10巻4号(1944年)47頁以下(ただし、旧説であり、その後の論稿では④-2の観点が示されている(同「東京高判昭和44年4月5日・判批」日法35巻2号(1970年)169頁以下))。

例えば、法は家庭に入らずという法諺を援用しつつ<sup>185)</sup>、家族のメンバーに対する損害賠償請求が当該家族の平和を害することになるとときにはこれを否定すべきである等と説く見解は<sup>186)</sup>、その典型的な例である。ここでは、家族のメンバーに対する損害賠償請求は家族の平和を害することになるためおよそ許されないという論理ではなく、家族のメンバーに対する損害賠償請求は当該家族の平和を害することになる場合には個別具体的な事情に応じて制約されることがあるという論理が採用されている。

---

181) 一般的に、大審院時代の裁判例とその後の裁判例および学説上の議論については、明確に異なるものとして位置付けられているが（例えば、前者に関しては、前民主主義的な思想（谷口知平「親子間の不法行為について」同『親子法の研究』（有斐閣・1956年）163頁以下〔初出・1951年〕）、古色蒼然（田村五郎『家庭の裁判（親子）』（日本評論社・1970年）19頁）等の評価がなされている）、家族に対する損害賠償請求を否定または制約するための論理という観点から見れば、少なくとも④-1に関する限り、連続性を持って捉えることができる。確かに、大審院時代の裁判例には時代思潮からの影響が顕著に見られる。しかし、家族制度を社会と結び付けつつその観点から家族のメンバーに対する損害賠償請求を制約するという発想それ自体は、その背後に控えている時代思潮の中身を変えつつ、その後も一定の範囲で存続している。

182) 東京高判昭和44年4月5日高民集22巻2号263頁。

183) 表現の仕方は様々であるが、東京地判昭和44年7月16日判時561号20頁、青森地判昭和45年2月12日判時587号14頁、東京高判昭和46年1月29日高民集24巻1号13頁、東京地判昭和46年4月20日判タ265号252頁、大阪地判昭和46年9月27日判タ271号373頁、神戸地判昭和46年9月28日判タ275号334頁、名古屋地判昭和47年4月26日判時673号66頁等（いずれも、自動車損害賠償責任保険に基づく給付の有無を明らかにする前提として、家族間における損害賠償請求または慰謝料請求の可否について判断を示した裁判例である）。また、東京地裁八王子支判昭和36年7月20日下民集12巻7号1771頁は、夫が妻による名誉毀損行為を理由に損害賠償および名誉回復処分を求めた事案で、婚姻と矛盾するような請求は離婚を前提として初めて認められるものに過ぎないと述べて、これらを棄却する。

184) こうした説明は、類型④に即して言えば、婚姻の制度的側面、更には、あるべき婚姻秩序を守ることが必要不可欠であるとの見方へと連なる。

185) この法諺について、一般的な射程を持つ原則として理解し、およそ法は家族間の不法行為の問題に介入すべきではないという意味で捉えたと（S・H・E「最判昭和47年5月30日・判批」時法804号（1972年）54頁等）、そこでの制約の理由付けは④-1に近づく。

なお、被害者側に過失が存在することを理由に損害賠償額を減額する考え方には、その背後に、夫婦や親子の経済的一体性、あるいは、両者の財布共通といった発想が存在する旨が指摘されているところ<sup>187)</sup>、この発想は、それを肯定的に受け入れるならば、①の観点（同一性の意味を財産レベルに限定すれば㉞も含む）からの制約を基礎付けるための根拠となりうるはずである。しかし、類型㉞や類型㉟でこの発想が援用されることはない。対照的に、ここでは、夫婦や親子の財産的独立性が強調される<sup>188)</sup>。こうした態度には、問題となる事案ごとに家族の捉え方が変わることになってしまうという点で、捻じれや歪みの存在を指摘することができる<sup>189)</sup>、また、そこから、類型㉞や類型㉟が主として自動車事故の事案で生じてきたため<sup>190)</sup>、できるだけ損害の填補を認め

186) 表現の仕方は様々であるが、前掲・最判昭和47年5月30日のほか、同判決以前のものとして、大阪地判昭和46年2月8日判タ264号284頁、東京地判昭和46年10月12日判時654号75頁、高松地判昭和46年10月15日交民集4巻5号1509頁、函館地判昭和46年12月1日判タ274号201頁等、同判決以後のものとして、高松高判昭和47年6月28日判タ280号249頁、仙台高判昭和47年6月29日判タ280号246頁、仙台高判昭和47年7月27日判タ286号240頁、大阪地判昭和47年9月26日判タ285号193頁、東京地判昭和47年9月27日判タ288号341頁、東京地判昭和47年10月18日交民集5巻5号1439頁、東京地判昭和47年10月23日判タ289号340頁、京都地判昭和47年11月13日判時698号99頁、大阪地判平成7年9月12日交民集28巻5号1334頁、神戸地判平成14年8月19日交民集35巻4号1099頁等（いずれも、自動車損害賠償責任保険に基づく給付の有無を明らかにする前提として、家族間における損害賠償請求または慰謝料請求の可否について判断を示した裁判例である）。また、西島梅治「長野地裁松本支判昭和44年8月28日・判批」判タ242号（1970年）97頁以下、石田・前掲注（178）「親族間の交通事故」10頁、同・前掲注（178）「最判昭和47年5月30日・判批」96頁、岩志・前掲注（8）147頁等も参照。

187) 批判的に検討する文脈ではあるが、錦織成史「最判昭和51年3月25日・判批」論叢100巻2号（1977年）105頁、品川考次「最判昭和51年3月25日・判批」昭和51年度重判（ジュリ642号）（1977年）84頁等。この発想を肯定的に評価するものとして、山本進一「過失相殺と被害者の範囲」ジュリ431号（1969年）182頁以下、舟本信光「過失相殺における被害者側の範囲」判タ268号（1971年）176頁以下等。

188) 前掲・最判昭和47年5月30日のほか、同判決以前のものとして、前掲・東京地判昭和44年7月16日、前掲・大阪地判昭和46年2月8日等。また、柴田保幸「最判昭和47年5月30日・判解」『最高裁判所判例解説民事篇 昭和47年度』347頁の指摘も参照。

るべきであるという考えが背後にあったのではないかと推測を働かせることもできるが<sup>191)</sup>、それとは別に、このことは、④においては、財産のレベルというよりも、人格のレベルで、家族の存在を考慮した損害賠償請求の制約が語られているという事実を示すものとして、重要な意味を持つ。

ところで、社会または個々の家族のいずれの観点に重心を置くのかにかかわらず、④によれば、その間での損害賠償請求が制約される家族の範囲は、一義的には決まらなくなる。というのは、ここでは、保護されるべき家族のあり方や家族秩序（④-1）、守られるべき家族の平和（④-2）のとり方によって、その範囲は広くもなるし、狭くもなるからである。その結果、④-1と④-2は、社会の構成要素としての家族一般を考慮した上での限定であるのか、それとも、個々の家族を起点に据えた限定であるのかという点で、理念としては区別されるものの、実際上の帰結としては流動的なものとなる。例えば、④-1を基礎としつつ、家族関係が既に破綻しているときには保護されるべき家族秩序も存在しないと見れば<sup>192)</sup>、この考え方は、一定の範囲で④-2に近づく。反対に、

---

189) 確かに、被害者側の過失が問題となる場面と類型④や類型⑤では、求償の簡略化という事情が介在するかどうかという点で相違が存在する。従って、表面的に捉えれば、前者の場面で、身分上および生活関係上の一体性という被害者側の基準を採用し、その際、被害者側の過失を理由とする損害賠償額の減額には求償の簡略化という利点がある旨を説く判例と（最判昭和51年3月25日民集30巻2号160頁等）、④を基礎としているように見える前掲・最判昭和47年5月30日の間に、不整合は存在しない。しかし、家族の捉え方という次元で見れば、夫婦や親子の経済的一体性や財布共通という発想を背景とした前者とそれを拒絶する後者の間には、看過することのできない相違がある。この点については、拙稿・前掲注（9）412頁以下も参照。

190) 注（182）、注（183）、注（186）で引用した裁判例の多くは、交通事故の事案に関わる。

191) というのは、仮に類型④や類型⑤で家族間の経済的一体性や財布共通が強調されると、不法行為による損害賠償のみならず、自動車損害賠償責任保険に基づく給付についても、制約が課せられるおそれが存するからである。

192) この見方は、離婚時または離婚後における類型④については、これまでほぼ異論なく元配偶者に対する損害賠償請求が認められてきたことに現れている。なお、④-2から見ると、この解決は、家族関係が既に破綻しているときには守られるべき家族の平和は存在しないと説明されることになる。

①-2において、不法行為から生じた損害をカバーするための保険があるときには損害賠償請求を認めても家族の平和が害されることはないという点を強調すると<sup>193)</sup>、保険が付されていない場面ではおよそ損害賠償請求が制約されることにもなりかねず<sup>194)</sup>、その場合の結論は、①-1のそれと大きく異ならない。

以上のように見ると、①は、社会または個々の家族のいずれの観点を強調するかによってその広狭に差は生ずるが、多かれ少なかれ、ある家族のメンバーを当該家族またはそのメンバーに従属させ、個人としての権利行使を制約する契機を有する枠組として捉えることができる<sup>195)</sup>。

㊦や①とは対照的に、㊦家族のメンバーは相互に別の法人格を有している以上、家族間であっても家族外の関係と全く同じように不法行為は成立し、家族の存在を考慮した形で損害賠償請求を制約することは許されないとの考え方もありうる。これによると、社会の観点から損害賠償請求を一般的に制約することはもちろん、たとえそれが家族の平和に影響を与えるものであってもこれを制約することは認められない<sup>196)</sup>。確かに、場合によっては、信義則や権利濫用によって損害賠償請求の行使が制限されるという事態も想定されうるかもしれないが、それは、①のような家族や家族のメンバーへの配慮という視点から

193) 前掲・最判昭和47年5月30日は、保険の存在に言及しつつ、それ以外の事情をも考慮した上で、損害賠償請求権の行使が夫婦の生活共同体を破壊するものではないとの評価を行っている。また、いずれも損害賠償請求の制約を批判するための1つの論拠としてこの点に言及するものであるが(従って、①-2を基礎としているかどうかは明らかでないが)、森島昭夫「青森地判昭和45年2月12日・判批」判評139号(1970年)19頁、鍛冶良堅「東京高判昭和46年1月29日・判批」加藤一郎編『民法の判例(第2版)』(有斐閣・1971年)196頁、石田・前掲注(178)「最判昭和47年5月30日・判批」96頁等も参照。

194) 神戸地判平成11年9月8日判時1744号95頁は、婚姻中の暴行を理由とする損害賠償請求との関連で、交通事故の事案とは異なり保険が付されていないことを理由に認容慰謝料額を低く算定する(控訴審である大阪高判平成12年3月8日判時1744号91頁は、この考え方を否定する)。

195) 中川・前掲注(180)60頁の表現を用いれば、身分関係を地盤とする財産関係における財産権行使は、単純な財産関係における程度には自由でなく、身分関係の保全を失わない限度においてのみ自由であるということになる。

は切り離された形で、家族外で生ずる不法行為の場合と同じ論理に基づいて行われるに過ぎない<sup>197)</sup>。結局、㊸においては、家族外で生ずる不法行為との関係で類型㊸や類型㊹が特別に扱われることはなく、従って、㊸は、家族のメンバーを完全に個人化して捉えるものであるとすることができる。

次に、類型㊸と類型㊹について、本稿の問題関心に即した形で従前の議論を整理する。

ある者の家族法的な権利や利益がその者の家族のメンバーによって侵害された場合、その者は当該家族のメンバーに対して損害賠償を請求することができるか。家族の中身という視点からこの問題にアプローチをするときには、どのような権利や利益の侵害が観念されているのか、そして、権利や利益の侵害が存在する場合に損害賠償請求が制約されることはあるのかという問いに関心が向けられる。ところで、類型㊸と類型㊹に関する従前の状況を見ると、類型㊸のうち、配偶者の一方による不貞行為が関係継続中または離婚後に問われるケースと、同居、協力、扶助等の人格的レベルの義務違反が離婚後に問われるケースについては、多くの裁判例が存在するものの、それ以外に関しては、素材とすべき裁判例はあまり存在しない<sup>198)</sup>。もっとも、考慮されるべき事項は

---

196) 水野紀子「最判昭和47年5月30日・判批」鴻常夫ほか編『損害保険判例百選（第2版）』（有斐閣・1996年）99頁、前田陽一「特別な人間関係と不法行為」内田貴ほか編『民法の争点』（有斐閣・2007年）294頁等。また、上野・前掲注（174）85頁以下も参照（夫婦間の訴訟について、本文で述べたような考え方を前提に、それがどちらにとっても実質的利益をもたらさない場合には訴権の行使が制限されるに過ぎないという枠組を示しつつ、夫婦げんかや性関係の強要等では違法性が否定されることが多いとも述べている。本稿の分析枠組から言えば、後半部分の叙述は㊸を示しているようにも見受けられる）。

197) 必ずしも信義則や権利濫用の中身が本文のような形で明確にされているわけではないが、森島・前掲注（193）19頁、鍛冶・前掲注（193）196頁、柴田・前掲注（188）347頁等。また、過失相殺についての叙述であるが、金澤理「東京高判昭和46年1月29日・判批」判タ263号（1971年）84頁以下も参照。なお、穂積重遠「大判昭和18年7月12日・判批」判民昭和18年度38事件172頁が、同判決について、判例で形成されつつある信義誠実の原則の親子関係における一発展と評価するのも、本文と同趣旨を言うものとして評価することができる。

異なるとしても、問題把握の仕方それ自体は類型㉔と類型㉕の全ての事案に共通するため、上記のケースで展開された議論をほかの事案にも妥当する形で捉えることは許される。また、配偶者の一方による不貞行為の場面における権利や利益の捉え方については、「家族に関わる保護」の場面で行った分析を参考にすることができる<sup>199)</sup>。従って、以下では、配偶者の一方による不貞行為の場面における議論を起点としながら、それを類型㉔のほかの場面にも妥当するように一般化させつつ整理し、その成果との関連で類型㉕を扱う。

配偶者の一方により不貞行為がなされた場合に他方配偶者や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場面では、①配偶者または子としての身分や地位の侵害を問題にする見方と、②配偶者または親との関係に結び付く個人としての人格的な権利や利益の侵害を問題にする見方が存在した。これらのうち、類型㉔では①を、類型㉕では①と②を起点に据えることができると考えられる。その理由は、以下の通りである。

一方で、類型㉔について見ると、関係が円満に存続している限り②の侵害は問題とならないこと、類型㉔は関係の解消それ自体の問題には関わりを持たないことからすると、②は、類型㉔に適した見方ではない。そして、類型㉔では、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反が問題となっている以上、②のように、配偶者の貞操等について家族と関わりを持ちつつも家族法の外にある問題として位置付ける枠組ではなく、配偶者としての身分や地位に着目する①を起点に据えなければならない<sup>200)</sup>。他方で、類型㉕では、①のみならず、②も問題とすべきである。家族法的な義務の違反によりその関係が法的には存続しているものの事実上損なわれ、その結果、個人の人格が侵害されていると

198) こうした状況は、親子関係の設定拒絶に関わる場面も含め、類型㉕に属する興味深い事案とそれをめぐる立法および議論が存在しているフランス法のそれとは、対照的である。なお、フランス法の状況および日本法との対比については、本稿の連載終了後に本誌への掲載を予定している「民事責任法と家族——フランス法——」の中で扱われる。

199) 本誌前号84頁以下を参照。

200) ただし、類型㉔は、横の家族関係が存続している場面でも問題となりうるため、身分や地位それ自体の喪失に係る侵害を問題にすることは不適切である。

いうケースについては、横の家族関係であれば、関係解消に至った後にそれ固有の問題として捉えれば足りるが（類型⑤）、縦の家族関係の場合には、特殊な場面を除いて、関係の解消も、そのことを理由とする損害賠償請求も想定しえないこと、また、上記のケースには、祖父母と孫の関係が損なわれた場合のように、①では対応することができない事案も含まれることからすれば、こうしたケースに対応するためには、子や親等の人格に着目した②も基礎に据えておく必要がある<sup>201)</sup>。

1つ目として、類型③と類型④における①のアプローチを検討する。身分や地位に着目するとしても、そこには、身分や地位から導かれる、①-1. 支配的または絶対的な権利を構想する考え方と、①-2. 債権的な権利を想定する考え方が存在する。これらを類型③と類型④の典型的な場面に即して一般化すれば、①-1は、同居、協力、扶助、貞操等を相互に支配する権利の侵害、または、子について言えば、親からの監護、教育、愛情等を享受する絶対的な権利の侵害を、①-2は、他方配偶者に対して、同居、協力、扶助、貞操等を求める権利の侵害、または、子について言えば、親に対して、監護、教育、愛情等を求める権利の侵害をそれぞれ問題にするものとして位置付けることができる<sup>202)</sup>。

これらの考え方によれば、いずれを基礎に据えるとしても、家族関係の存続中に生じた権利の侵害である限り、類型③と類型④の損害賠償請求は原則として肯定されるべきことになる<sup>203)</sup>。類型③について言えば、配偶者の一方が不貞行為をした場合において婚姻継続中に他方配偶者が不貞配偶者に対して損害

---

201) もっとも、後に述べるように、②の見方が機能する場面は限定的である。

202) ①-2によれば、義務違反に基づく損害賠償の性質決定も問題になるが、ここでは、それが不法行為であることを前提に議論を進める。なお、婚姻義務違反を債務不履行と性質決定するものとして、勝本正見「離婚に因る損害賠償」穂積重遠ほか編『家族制度全集法律篇 第2巻 離婚』（河出書房・1938年）199頁以下等。

203) ①-1と①-2のいずれを基礎とするのかは明らかでないが、この見方を類型③につき明確に示すものとして、林信雄「夫婦の同居協力義務」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅱ（婚姻）』（有斐閣・1959年）177頁・179頁、藤岡・前掲注（8）216頁等。

賠償を請求したケースでこれを認めた裁判例や<sup>204)</sup>、同じく不貞行為の場面で婚姻継続中に他方配偶者が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求したケースで当該不貞行為が不貞配偶者とその相手方の共同不法行為であることを前提とした解決を示す裁判例は<sup>205)</sup>、こうした見方を基礎にしているものと思われる<sup>206)</sup>。また、類型④に関するものとして、子らが、一方の親の出奔により、愛情、養育、監護を受けることができず、放置されたことを理由に、当該親に対して損害賠償を請求した事案で、これを認めた裁判例があるが<sup>207)</sup>、これも①を基礎としている<sup>208)</sup>。更に、今日では、類型④の特殊な場面として<sup>209)</sup>、子

---

204) 不貞以外の要素を含むものも含め、福岡地裁直方支判昭和31年2月28日下民集7巻2号484頁、長崎家審昭和34年6月18日家月11巻8号128頁、東京高判昭和50年4月24日判時800号52頁、前掲・大阪高判平成21年11月10日(原審は、前掲・大阪家判平成21年3月27日)等、多数の裁判例がある。

205) 問われている法律問題は様々であるが、東京地判昭和37年3月1日下民集13巻3号327頁、熊本地裁山鹿支判昭和39年11月10日判時399号41頁、東京地判昭和51年6月10日判時849号99頁、横浜地判昭和61年12月25日判タ637号159頁、東京地判平成4年12月10日判タ870号232頁等、多数の裁判例がある。

206) これに対して、離婚時または離婚後に元配偶者が他方に対して不貞行為を理由に損害賠償を請求するケースに係る裁判例では、類型④との関連で配偶者としての身分や地位の喪失のみが問題とされることが多いため、また、離婚時または離婚後に元配偶者が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求するケースに係る裁判例でも、共同不法行為であることを前提とした解決が示されることがあるが、ここでも、配偶者としての身分や地位を失ったことそれ自体が問題とされることが多いため、これらの裁判例の中に、類型④でどのような権利や利益を想定するのかという問題関心を読み取ることはできない。

207) 大阪高判平成4年1月30日判タ788号205頁(他方の親が死亡した後の放置行為についてののみ不法行為性が肯定された事案。なお、原審である京都地判平成3年6月11日判時1407号95頁は、子らの請求を棄却する)。

208) 子からの不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面では、不貞行為の相手方の行為と親から愛情を注がれ監護や教育を受けるという子の権利の侵害との間に相当因果関係がないとの理由で、当該請求が棄却されているところ(前掲・最判昭和54年3月30日)、こうした子の権利の捉え方からすると、親が不貞行為を契機として子を放置した等の事情があれば、子からの不貞行為をした親に対する損害賠償請求は肯定される可能性がある。

209) というのは、この事例は、侵害されている権利の内実に着目すれば類型④に属するが、侵害行為に注目すれば類型④に位置付けることもできるからである。

の監護や子との面会交流に親の権利性を認めることを前提に<sup>210)</sup>、一定の場合に限定したものではあるが、これらの侵害を理由とする損害賠償請求の可能性が開かれているところ<sup>211)</sup>、この解決についても同様の枠組で捉えることができる。

もっとも、①-1や①-2を基礎に据えたとしても、損害賠償請求を制約する構成が考えられないわけではない<sup>212)</sup>。

第1に、類型④や類型⑤における④のように、家族秩序一般または個々の家族の平和という観点から制約を基礎付ける方法がありうる。例えば、他方配偶者からの不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面では、これを認めると、当事者間でプライバシーが暴露され、人間関係が徹底的に破壊されてしまうとの指摘がなされているところ<sup>213)</sup>、こうした問題意識は類型⑥にも妥当するた

---

210) 議論の概要については、文献の所在も含め、島津一郎ほか編『新版注釈民法（22）親族（2）離婚 § 763～761』（有斐閣・2008年）138頁以下〔梶村太一執筆部分〕、栗林佳代『子の利益のための面会交流——フランス訪問権論の視点から』（法律文化社・2011年）35頁以下等を参照。

211) 静岡地裁浜松支判平成11年12月21日判時1713号92頁、福岡高判平成28年1月20日判時2291号68頁（調停によって具体化された後の面会交流権の侵害の可能性は認められたものの、結論としては不法行為の成立が否定された事案。なお、原審である熊本地判平成27年3月27日判時2260号85頁は、不法行為の成立を肯定する）等。また、面会交流や監護の合意の不履行が問題となったケースとして、東京高判平成22年3月3日家月63巻3号116頁（肯定例。原審である横浜地判21年7月8日家月63巻3号96頁もほぼ同旨）、東京地判平成27年1月29日判時2270号62頁（否定例）等。更に、家族外の者によって監護権が侵害された事例であるが、名古屋地判平成14年11月29日判タ1134号243頁（別居中の妻からの依頼を受けて子を連れ去ったカウンセラーの不法行為責任が肯定された事案）も参照。

212) 配偶者の一方が不貞配偶者に対して損害賠償を請求するケースでは、前掲・最判平成8年3月26日の考え方をこの場面でも援用し、婚姻関係がその当時破綻していたかどうかによって不貞配偶者の不法行為の成否を判断する裁判例があるものの（東京高判平成7年1月30日判時1551号77頁（肯定例）、東京地判平成24年1月20日平22（ワ）18409号（否定例）等）、その制約の枠組は明らかでない。

213) 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。

め、仮にこの観点から家族法的な権利や利益の侵害に基づく損害賠償請求を制約するならば、それは、家族の平和という観点からの限定を試みるものにほかならないと言えることができる<sup>214,215</sup>。

第2に、家族法的な救済手段としての適合性という観点から損害賠償請求を制約する手法が考えられる。家族法上の義務違反については、家事事件手続法に独自の救済手段が用意されている以上それによって解決すれば十分であること、また、同居や貞操等、履行の強制が認められていない場面で<sup>216</sup>損害賠償を肯定すると、これらについて実質的な間接強制を認める結果になってしまうことが<sup>217</sup>、その理由として挙げられる<sup>218</sup>。より本質的に見れば、これは、家族法上の義務の履行における自発性や任意性、（元）配偶者や親による義務の違反によって（元）他方配偶者や子の家族法的な権利が侵害されたというケースに関わる紛争を自律的に処理することの重要性といった視点を背景とするものではないかと思われる<sup>219</sup>。

214) フランス法に関するものであるが、Catherine Philippe, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux : Essai sur l'entraide conjugale*, préf. Georges Wiederkehr, Bibliothèque de droit privé, t.170, LGDJ., Paris, 1981, pp. 284 et s. は、本文中述べたような観点から、フォートおよび損害の重大性を要求することによって、夫婦間における民事責任の成立を限定しようとする。

215) また、婚姻継続中に他方配偶者が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求したケースで、不貞配偶者に対して宥恕がなされたことにより不貞行為の相手方に対する損害賠償請求も放棄されているとの結論を基礎付けるための1つの理由として、夫婦間の経済的一体性や財布共通を援用する裁判例として、山形地判昭和45年1月29日判時599号76頁。

216) 同居義務について、大決大正5年9月30日民集9巻926頁。

217) 子との面会交流の阻害に関わるケースでは、監護親に対し非監護親が子と面会交流をすることを許さなければならないと命ずる審判に基づき間接強制決定をすることが一定の場合に認められているため（最決平成25年3月28日民集67巻3号864頁等）、前者が主たる理由になる。

218) 類型㉔について、上野・前掲注（174）90頁等。また、類型㉕について、調停や審判による解決を志向するものとして、有地・前掲注（112）15頁以下等。

219) 観点は異なるが、成澤寛「離婚慰謝料と不貞慰謝料に関する理論的考察——広島高判平成19年4月17日家月59巻11号162頁を契機として」岡商大17号（2009年）123頁以下も参照。

第3に、問題となっている事項に関わる制度の性格を考慮に入れて制約を正当化する方法も考えられる。例えば、類型㉔については、婚姻の制度的性格に由来する義務の相互性という観点からの制約が説かれることがある。これによると、夫または妻の義務には相互性があり、その履行も牽連関係によって支配されているため、一方がその義務を履行していないときには、他方にもその義務の履行を免れさせることによって、婚姻の回復と均衡の維持が図られる。その結果、こうした場面での損害賠償請求も認められなくなるとされる<sup>220,221)</sup>。また、類型㉕のうち、子に関わる問題については、子の利益を起点として損害賠償請求の可否を判断すべきことが説かれるが<sup>222)</sup>、これも、第3の方法の中に位置付けることができる。

これら3つの手法の相違点は、損害賠償請求という救済手段のレベルでの制約を考えるのか（第1の制約手法および第2の制約手法）、その前提としての義務または権利のレベルでの制約を想定するのか（第3の制約手法<sup>223)</sup>という点（制約対象の相違）、外在的な評価による制約を予定するのか（第1の制約手法）、各家族に内在的な観点からの制約を考えるのか（第2の制約手法および第3の制約手法）、また、後者の場合には、当事者による自律性を尊重するのか（第2の制約手法）、制度の性格を重視するのか（第3の制約手法）という点（制約観点の相違）、更には、関係が正常に機能していない場面での制約を問題にするのか（第1の制約手法および第3の制約手法）、一般的な形での

---

220) 注(91)で引用した諸論稿のほか、有地・前掲注(112)9頁以下等を参照。

221) 自らの行為によって婚姻関係を破綻させた者は、他方配偶者に対して不貞行為を理由に損害賠償を請求する実質的利益を持たないと判断した裁判例として、名古屋地判昭和54年3月20日判タ392号160頁。

222) 子の監護や子との面会交流の阻害に関わるケースで、本文で述べたような観点からそれを妨げたとされる者の不法行為の存在を否定したものとして、東京地判平成26年12月19日平25(ワ)8286号等。また、監護や面会交流の合意の不履行が問題となったケースに関わる裁判例であるが、前掲・東京高判平成22年3月3日（原審である前掲・横浜地判平成21年7月8日もほぼ同旨）、前掲・東京地判平成27年1月29日等も参照。

223) 横の家族関係でこうした方向性を更に推し進めると、婚姻義務の非法化が問題となってくる。この点については、二宮＝原田・前掲注(131)99頁以下を参照。

制約を構想するのか(第2の制約手法)という点(制約場面の相違)に求めることができる。そして、これらの相違は、家族の捉え方にも影響を及ぼすことになる。

2つ目として、類型⑤における②のアプローチについて簡単に言及する。類型⑤では、一定の家族法的な義務の違反によって関係が事実上損なわれた場合に、当該関係の背後にある身分や地位の侵害のみならず、それに結び付く個人としての人格的な権利や利益の侵害も問題となりうる。もっとも、②が機能する場面は限定的である。というのは、類型⑤の典型的なケースである、子からの親に対する損害賠償請求について見ると、①で前提とされている、親から監護、教育、愛情を受ける権利は、子の人格の実現や形成に直接的な関わりを持つため、親との関係に結び付く子の人格権の侵害も、この権利の侵害の中に包摂して捉えることができるからである。従って、②が独自の意味を持つのは、子からの親に対する損害賠償請求で言えば、例えば子が成人に達している等、親からの監護、教育、愛情を受ける権利を観念することができない場面で、子が親との関係を断ち切られたというケースに<sup>224)</sup>、それ以外の場面では、そもそもこうした権利や義務を持たない縦の家族同士の関係がほかの家族のメンバーによって破壊されたというケース<sup>225)</sup>に限られることになる。

最後に、類型⑥について、本稿の問題関心から従前の議論をごく簡潔に整理し、併せて、類型⑦に関しても若干の言及を行う。

---

224) もっとも、東京地判平成14年7月19日平10(ワ)4794号は、成人に達した子が父と良好な関係を保つことは事実上の利益に過ぎないと判示する。

225) 家出をした妻が夫の依頼により監護の任にあっていた叔母のもとから子を連れ去ったという事案で、叔母からの損害賠償請求を肯定した裁判例(長野地裁諏訪支判昭和42年12月11日判時521号78頁)、結論的に否定したが、ある者がかつて同居していた元内縁配偶者の連れ子との面会交流を妨げられたという事案で、不法行為の成立可能性を認めた裁判例(東京地裁立川支判平成27年10月1日平25(ワ)2920号)等は、本文で述べたような考え方を前提にするものとして読むことができる。また、祖父母がその子夫妻によって孫との面会交流を妨げられたという事案で、事実関係に照らして不法行為の成立を認めなかった裁判例もある(東京地判平成26年9月5日平(ワ)29275号)。

類型⑤に関しては、通常の意味での故意や過失を認定することなく離婚に伴う損害賠償を肯定しているかのような裁判例との関係で、あらゆる場合に有責性を認めることができるのかという問題関心が示され<sup>226)</sup>、また、類型③の損害賠償請求や財産分与との関係も問題となるため、多くの議論が展開されてきた<sup>227)</sup>。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際には、上記の問題との関連も踏まえつつ、関係の解消それ自体が問われる場面でのどのような権利や利益の侵害が想定されているのか、また、権利や利益の侵害が存在する場合に損害賠償請求が制約されることはあるのかという問いに関心を向けなければならない。そこで、このうちの前者の視点から従前の議論を大枠として再定式化すると、そこには、①配偶者としての身分や地位それ自体の喪失を問題にする考え方で、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や利益の侵害を問題にする考え方が存在することが明らかとなる。

一方で、①によれば、配偶者の一方に他方の配偶者としての身分や地位の喪失に向けられた故意または過失が存在する限り、他方配偶者には身分や地位の喪失それ自体を対象とする損害賠償が認められる。これまでの議論では、基本的にこうした見方が前提とされており、そうであるからこそ、身分や地位という本質的なものの喪失について、有責性を前提とした損害賠償による保護で十分であるのか、むしろ、有責性から解放された損害賠償を構想すべきではないかとか<sup>228)</sup>、同じく身分や地位の喪失に関連した救済である離婚給付との関係で、離婚に伴う損害賠償を認めることにどのような意味があるのか<sup>229)</sup>といった点が、重大な関心事とされてきたのではないかと考えられる。

他方で、②によると、配偶者の一方に他方が一方との関係で形成している人

---

226) 川島武宜「離婚慰藉料と財産分与との関係——法的保護と法的構成との関係の問題として——」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究上』（有斐閣・1957年）270頁以下等。

227) 議論の概要については、文献の所在も含めて、注（169）で引用した諸論稿等を参照。

228) 山島正男「最判昭和46年7月23日・判批」判評159号（1972年）27頁、小山昇「離婚慰藉料と財産分与の諸問題」判タ294号（1973年）68頁、久貴忠彦「財産分与請求権と慰藉料との関係」加藤一郎ほか編『民法の争点』（有斐閣・1978年）361頁等。

格的な権利または利益の侵害に向けられた故意や過失があれば、他方配偶者には当該人格的な権利または利益の侵害を対象とする損害賠償が認められる<sup>230)</sup>。従前の裁判例における離婚に伴う損害賠償には、離婚による社会的評価の低下、婚姻生活への期待感の侵害、将来の生活不安、子を手放すことによる心痛等が含まれているとの指摘がなされてきたが<sup>231)</sup>、これらの要素から離婚給付の対象となる財産的側面を差し引いて後に残るものに目を向け、かつ、それを現代的に把握するならば<sup>232)</sup>、上記の指摘についても、他方との関係で形成されていた個人としての人格の侵害を問題にするものとして捉えることができる。

もちろん、これらの考え方を基礎に据えたとしても、損害賠償請求を制約することが考えられないわけではない。ただし、そのための正当化は、①と②では異なる。というのは、①であれば、当事者間の平和を確保する必要があるという理由付け（類型Cにおける第1の制約手法）のほか<sup>233)</sup>、ここでの損失は離婚給付によって填補されうるという説明（類型Cにおける第2の制約手法）<sup>234)</sup>が可能であるが、②では、問題が配偶者としての身分や地位それ自体から切り離されるため、第1の制約手法であればともかく、第2の制約手法が妥

---

229) こうした観点からは、離婚に伴う損害賠償は、離婚給付が存在または不十分であった時代の仮託理論として位置付けられる。この点については、財産分与規定の立法過程も含め、高野耕一『財産分与・家事調停の道』（日本評論社・1989年）所収の諸論稿、水野紀子「離婚給付の系譜的考察（2・完）」法協100巻12号（1983年）2頁以下、本沢巳代子『離婚給付の研究』（一粒社・1998年）14頁以下等を参照。

230) 観点は異なるが、成澤・前掲注（219）126頁等も参照。

231) 瀬川信久「最判昭和46年7月23日・判批」法協91巻1号（1974年）177頁の注（1）、大津千明「離婚給付に関する実証的研究」司法研究報告書32輯1号（1981年）65頁以下等。

232) 本文で引用した4点については、社会の変容に伴いそれほどの重要性は見られなくなっているとの批判が提起されてきた。丸山輝久「離婚慰謝料の現状と基準化の試み」自正38巻9号（1987年）6頁、右近・前掲注（169）426頁以下等。

233) 右近・前掲注（169）422頁以下、鈴木真次『離婚給付の決定基準』（弘文堂・1992年）246頁、本沢・前掲注（229）221頁等。

234) ニュアンスの相違はあるが、水野・前掲注（229）48頁以下、緒方直人「財産分与請求権の本質」有地亨編『現代家族法の諸問題』（弘文堂・1990年）249頁以下、鈴木・前掲注（233）227頁以下、本沢・前掲注（229）216頁以下等。

当することはないからである。

類型⑤とは対照的に、類型⑥については、素材とすべき裁判例は乏しい。とはいえ、問題となりうるケースが存在しないわけではなく、例えば、一旦は成立したように見えた親子関係が後に至って不存在または無効とされる場合に、その対象となった子が親子関係の不存在や無効を確認しようとする者に対して損害賠償を請求するという事案を想定することができる。このうち、不実認知のケースについて言えば<sup>235)</sup>、判例上、認知者は血縁上の親子関係がないことを知りながら認知をした場合であっても自らした認知の無効を主張することができる<sup>236)</sup>、認知の無効確認を求めるとそれ自体に不法行為性を求めることはできない<sup>237)</sup>。しかし、類型⑥での整理を参考に被侵害権利の中身からこの問題にアプローチをするならば、以下のような見方を示すことができる。確かに、認知の無効により親子関係はそもそも存在しなかったことになるため、①子としての身分や地位の侵害を問題にすることはできない。しかし、たとえ表見的なものであったとしても一旦は親子類似の関係が形成されている以上、これによって、認知の対象となった子は不実の認知をした者との関係で自己の同一性を規定するに至るという事態も想定されるところ、この場合には、②不実認知者との関係に結び付く個人としての人格的な権利や利益の侵害を問題にすることができる<sup>238, 239)</sup>。

---

235) もちろん、それと知りながら不実認知をした者は認知の無効を主張することができないという立場によれば、以下で述べる問題が生ずることもない。

236) 最判平成26年1月14日民集68巻1号1頁。

237) 前掲・大阪高判平成21年11月10日。

238) ここで問題となるのは、人格権を侵害されたことによって生ずる非財産的損害の賠償である。前掲・大阪高判平成21年11月10日の反訴原告が主張するような逸失養育費相当額の賠償は認められない。

239) ②によれば、前掲・大阪地判昭和44年8月29日の事案でも、虚偽の出生届の対象となった子からの損害賠償を肯定するために、観念上の養親子関係の破棄という技巧的な方法を用いる必要はなくなる。

## (2) 分析——家族の中身、民事責任法の枠組

第1に、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。論旨を見通しやすくするため、ここでは、どのような権利または利益の侵害が観念されているのかという保護対象レベルでの議論と、損害賠償請求が制約されることはあるのか、あるとすればそれはどのような理由に基づくのかという制約手法レベルでの議論に分けて、考察を行う。

まず、保護対象レベルでの議論を扱う<sup>240)</sup>。①のように、身分や地位に着目した権利または利益を構想する場合、類型㉔と類型㉕が問題となるのはその間で家族法上の権利義務関係が存在している家族のメンバー相互間に、類型㉖が生じるのは法律上の夫婦関係にあった者相互間に、それぞれ限定される。もっとも、事実の先行性に基づく事実主義の立場からは、法律上の夫婦や親子との実質的同一性を理由として、婚姻外カップルや事実上の親子の間でも法律上の夫婦や親子の場合と同じような権利義務を問題にすることにより、類型㉔と類型㉕を想定し<sup>241)</sup>、また、婚姻外カップルの当事者にも法律上の配偶者の場合と同じような意味での身分や地位を問題にすることにより、離婚のケースに準じた形で類型㉖を観念していくことが考えられる<sup>242)</sup>。つまり、①では、実質的同一性を根拠とした家族の枠またはサークルの拡大の是非が問われる。

240) 類型㉔と類型㉕では、家族外の関係でも取り上げられうる権利や利益の侵害が問題となるため、保護対象レベルで家族の枠に影響を及ぼすような議論が展開されることはない。従って、類型㉔と類型㉕は検討対象から除外される。

241) 一方当事者の不貞行為等を理由として関係が解消された後に、解消それ自体に関わる損害も含む形で損害賠償が請求された事案(類型㉔と類型㉕の混合事案)であるが、東京地判昭和32年8月24日不法下民集昭和32年度607頁(婚姻予約不履行構成)、東京地判昭和33年12月25日判時174号23頁、東京地判昭和39年9月3日判時391号10頁、東京地判昭和62年3月25日判タ646号161頁、東京地判平成6年1月28日判タ873号180頁等。なお、前掲・大判大正8年5月12日は、内縁配偶者の一方が他方と不貞行為をした者に対して損害賠償を請求した事案で、婚姻予約不履行構成を前提に、「婚姻ヲ為スコトヲ求ムル権利」の侵害を認めたが、注(245)で引用する裁判例の傾向も併せて考えれば、そこでは、実質的に見ると、内縁配偶者の①-1または①-2の侵害が問題になっていたと見ることもできる。

しかし、こうした形での拡大に関しては、以下の諸点を指摘しておく必要がある。一方で、横の家族関係のうち類型㉔に即して言うとは、婚姻外カップルの当事者に特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反に基づく損害賠償を認める前提として、婚姻法上の権利義務関係をそのまま婚姻外カップルにも妥当させるという手法については、法律上の婚姻の側から見れば、その意義を希釈化させることに繋がることの批判が提起される<sup>243)</sup>。また、婚姻外カップルの側から見ると、個人の自由を背景としているカップルの場合には、そこに貞操を求める権利等の自由の制約となりうるような要素を持ち込むことが適切であるのかという疑問も提示される<sup>244,245)</sup>。他方で、類型㉕に関しても、この手法には、類型㉔におけるのと同様の意味での指摘が妥当するほか<sup>246)</sup>、カップル関係の解消に伴って一方当事者に生じうる不利益への対処としてやむをえず民事責任を用いなければならないという事情が存在しないとすれば<sup>247)</sup>、この手法は、婚姻外カップルと法律上の夫婦を全く同列に扱うこと以外に実践的な

---

242) 前掲・最判昭和33年4月11日以降の裁判例は、こうした枠組を所与の前提として、当事者の一方による損害賠償請求の可否を判断する。比較的明確にこの枠組を述べる裁判例として、宇都宮地判昭和31年1月11日不法下民集昭和31年度341頁、千葉地裁館山支判昭和35年10月13日判タ112号74頁、大阪高判昭和38年3月26日高民集16巻2号110頁等。

243) 注(107)で引用した諸論稿のほか、大島梨沙「フランスにおける非婚カップルの法的保護(2・完)——パックスとコンキュービナーージュの研究——」北法58巻1号(2007年)172頁以下等を参照。

244) フランス法に関するものであるが、Cf. Guy-Auguste Likillimba, *La fidélité en droit privé*, préf. Jacques Mestre, PUAM., Aix-en-Provence, 2003, n<sup>os</sup>240 et s., pp.160 et s.; Ruffieux, *supra* note 156, n<sup>os</sup>231 et s., pp.235 et s.; etc. これらにおいては、性関係の排他性を命ずることができるのは立法のみであることが強調されている。

245) この観点からは、純粋な婚約の事例で当事者相互に貞操義務を課すことには(大阪高判昭和53年10月5日判タ378号107頁(原審である神戸地裁尼崎支判昭和52年8月31日家月32巻10号55頁は、婚約当事者間に貞操義務は存在しないと判示する)、甲府地判昭和55年12月23日判時1023号107頁、佐賀地判平成25年2月14日判時2182号119頁等)、より一層の問題を指摘することができる。

246) 一般的な文脈での叙述であるが、水野・前掲注(107)「事実婚の法的保護」84頁以下、同・前掲注(8)「家族法とジェンダー」87頁以下、同・前掲注(8)「内縁準婚理論と事実婚の保護」627頁以下等を参照。

意義を持たないことになる。

これに対して、②のように、身分や地位それ自体からは切り離された個人としての人格的な権利や利益を構想する場合、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1つの要素に過ぎなくなるため、問題となる家族の枠は、①におけるよりも拡大される。従って、類型⑤のように横の家族関係が完全に破壊されている場面では<sup>248)</sup>、当該関係がその者の生き方の根幹に関わるというような事情があれば、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、有責性をもってその関係を破棄した相手方に対する損害賠償請求が認められる余地がある<sup>249)</sup>。また、類型④と類型⑥について言えば、その間に家族法上の権利義務の存在を認めることができない者同士の関係でも②は問題となるため、こうした縦の家族関係が事実上破壊され、これによって自己の人

247) 婚姻外カップル関係の解消に伴って生ずる財産的な不利益に関しては、財産分与規定の類推適用によるのか、それ以外の方法によるのかという法律構成上の問題があることを度外視すれば、①を拡大し、これを不法行為における保護法益として設定するという手法によらなくても、一定の範囲で填補することができる。また、人格的な不利益についても、②によれば、婚姻外カップルにも関係喪失に関わる保護を与えることができる。従って、少なくとも実際上の帰結だけから見れば、類型⑥で①を基礎に据えることを前提として、事実的同一性を根拠にこの解決をほかのカップルにも及ぼしていくという方策をとる必要はない。

248) ②は、関係が破壊されていることを前提とするため、類型③で問題になることはない。

249) 最判平成16年11月18日判時1881号83頁は、パートナーシップ関係が解消されたことを理由に損害賠償が請求された事案で、「婚姻及びこれに準ずるものと同様の存続の保障を求める余地がないことはもとより、上記関係の存続に関し、YがXに対して何らかの法的な義務を負うものと解することはできず、Xが上記関係の存続に関する法的な権利ないし利益を有するものとはいえない」と判示し、婚姻外カップルの存続保障についての二元的救済モデルを示している(吉田克己「最判平成16年11月18日・判批」民商134巻3号(2006年)155頁等)。この点、本稿の分析枠組によれば、上記引用箇所の前半部分に対応するものを①、後半部分に対応するものを②として再解釈することができる。このように理解すると、この判例は、結論的には否定しているものの、パートナーシップ関係の解消の場面で、②の侵害を理由とする損害賠償請求の可能性を認めた点において、重要な意義を持つ(ただし、①に相当するものを観念する必要があるかどうかには疑問が残る)。

格の実現が妨げられたときには、そのことを理由とする損害賠償請求の可能性が開かれる。そして、この方向性は、①を問題にすることができない場面では、子の利益にも適う。

次に、制約手法レベルでの議論を扱う<sup>250)</sup>。類型①と類型②で損害賠償請求に制約が課せられる家族については、⑦によれば、親子や夫婦といった同一性を語ることができる家族<sup>251)</sup>という形で一定の枠が設定されるが<sup>252)</sup>、④によると、各時代の家族観を背景にあるべきものと規定された家族（④-1）、守るべき平和を有する家族（④-2）等といったように、曖昧な枠しか設定されず、その範囲は、広くも狭くもなりうる。確かに、④は、社会における家族のあり方を法の世界に投影し、あるいは、現実に存在する個々の家族の実情を法の枠内に取り込もうとするものであり、こうした発想それ自体は、「家族の保護」の場面であれば一定の説得力を持つのかもしれない。しかし、仮に個人に帰属する権利を家族の存在によって制約することが何らかの理由によって正当化されると仮定しても、その範囲に明確な枠付けが設定されないというのでは、権利保障の手段である不法行為法のあり方として、④は問題を孕んでいる。これに対して、⑦によれば、そもそも損害賠償請求の制約という発想が存在しないため、家族の枠またはサークルという問題設定自体も意味を持たなくなる。

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観点から、(1)で整理した議論を検討する。ここでも、保護対象レベルでの議論と制約手法レベルでの議論に分けて分析を行い、その後、両者の分析成果の統合を試みる。

まず、保護対象レベルでの議論を扱う<sup>253)</sup>。初めに、「家族に関する保護」の

---

250) 類型①と類型②以外では、保護対象レベルで損害賠償請求をなすうる家族の範囲が限定されるため、制約手法レベルで家族の枠に影響を及ぼすような議論が展開されることはない。従って、ここでは、類型①と類型②のみを扱う。

251) この場面でも、その実質的同一性を理由に、婚姻外カップルや事実上の親子を法律上の夫婦や親子と同じように扱うことは考えられる。

252) もっとも、注(251)で述べた事情のほか、身分的な同一性という観念それ自体に内在する曖昧さのため、その枠が一義的に設定されるわけではない。

場面での分析成果を参考にしつつ<sup>254)</sup>、類型㉔と類型㉕における権利や利益の把握方法をめぐる対立がどのような形で家族の捉え方に影響を及ぼすのかを確認しておく。㉑-1は、配偶者間では相互に相手方を支配することができるという発想を、親子間では相互に相手方に対して絶対的な要求を貫くことができるという発想を介在させる。そのため、ここでの家族のメンバーは、当該家族のほかのメンバーに従属または依存する存在として把握される。これに対して、㉑-2は、配偶者間や親子間における諸要求から支配的または絶対的な契機を取り除いた上で、これらを個人に帰属する権利義務の問題として構想する。従って、ここでの家族のメンバーは、当該家族のほかのメンバーと身分上の関係を持ちつつも、そこから独立した存在として捉えられる。このように、㉑-1と㉑-2の対立軸は、家族内の各人は家族のメンバーである前に自由を享受する個人であるという認識を出発点とするかどうかという点にある。

次いで、類型㉖における権利や利益の把握方法の背後にどのような家族の捉え方が控えているのかを明らかにし、その成果を踏まえて、類型㉕と類型㉖で㉑の背景にあると考えられる家族の捉え方についても、その意義を中心に若干の言及を行う。

類型㉖における㉑は、配偶者という法律上の身分や地位を問題にするため、この考え方それ自体の中に、特定の夫婦の捉え方への親和性を読み取ることはできない。問題は、そこで想定されている身分や地位の中身であり、その理解の仕方によって、異なる夫婦の捉え方が浮かび上がってくることになる。一方で、 $\alpha$ 。その内容が㉑-1や㉑-2に局限されるとすれば、類型㉔におけるのと同じような意味での夫婦の捉え方が現れる。また、この場合には、夫婦という存在が婚姻法上の権利義務の枠内でのみ把握される。その結果、類型㉖における損害賠償の中身も、こうした権利義務の喪失に関わる要素に限られることになる<sup>255)</sup>。他方で、 $\beta$ 。配偶者としての身分や地位の中身は㉑-1や㉑-2に

253) 注(240)で述べたのと同じ理由により、類型㉗と類型㉘は検討対象から除外される。

254) 本誌前号95頁以下を参照。

限定されないと考えるならば、夫婦という存在にも婚姻法上の権利義務だけに還元されない豊かな内実が与えられる。これによると、類型⑥での損害賠償の内容には、権利義務の喪失に関わる要素のみならず、相手方との関係で築いていた人格的利益の侵害に関わる要素も含まれることになる。以上のように、 $\alpha$ と $\beta$ の対立軸は、夫婦の存在価値として家族法上の権利義務を超えるものを認めるかどうかという点にある。

このような形で①内部の対立軸を整理すると、配偶者との関係で形成していた人格の保護を問題にする②は、 $\beta$ と一定の連続性を有していることが明らかになる。というのは、②は、 $\beta$ によって把握されている①の内容のうち、権利義務の喪失に関わらない要素を、夫婦という身分や地位からは切り離し、個人を主体とする形で再構成して、明確化しようとするものだからである。従って、②と $\beta$ では、身分と人格のどちらを起点にするのかという点に違いがあるものの、いずれも、配偶者相互を完全に分離するのではなく、夫婦を緩やかに個人化させる形で把握する点で共通し、また、類型⑥の解決としては、少なくとも人格的な不利益の取扱いに関する限り<sup>256)</sup>、ほぼ同様の結論を導く構成である。

これに対して、縦の家族関係に関わる類型⑦と類型⑧では、②は、家族法上の権利義務の存在を認めることができない者同士の関係でも問題にすることができるため、特定の身分や地位の存在を前提とした $\beta$ とは、異なる意義を持つ。このことを、家族における子の地位という視点から捉え直せば、以下のようにまとめることができる。子が、一定の身分を持つ者との関係のみならず、それ以外の家族的な繋がりを持つ者との関係をも基礎としつつ、自己の人格を形成し、発展させていく存在であるとすれば、②は、子の利益に資する枠組である。

---

255) 婚姻の解消に伴って生ずる財産的不利益が離婚給付によって十分に填補されるとすれば、ここでの損害賠償に盛り込まれる要素はほとんど存在しなくなるのではないかと思われる。

256) ただし、婚姻の解消に伴って生ずる財産的不利益が離婚給付によって十分に填補されない場合、 $\beta$ であれば、これを損害賠償の中に取り込むことができるが、②によれば、その不十分さを損害賠償の問題として処理することはできない。

反対から言えば、②は、子を自律的な存在として把握しながらも、完全に独立した存在と見ることもせず、子に対して、親のみならずそれ以外の一定の家族との関係でも身分上または身分外の法的繋がりを提供しようとするものであり、(横の家族関係におけるよりも広い範囲での) 緩やかな個人化を志向するものである<sup>257)</sup>。

次に、制約手法レベルでの議論を検討する。ここでは、類型①と類型②、類型③と類型④、類型⑤と類型⑥に分けて、各制約手法が家族の捉え方に対しどのような含意を持つのかという問いを解明していくのが適切である。というのは、侵害の対象となっている権利や利益の性格によって、上記の問いへの解答の仕方とこれに対する評価も大きく異なってくるからである。

1つ目として、類型①と類型②で展開された制約手法における家族関係の捉え方を明らかにする。この点、⑦、⑧には、その濃淡に差はあるものの、個人を家族や家族のほかのメンバーに埋没または従属させようとする姿勢が見られる。しかも、これらにおいては、財産レベルではなく、人格レベルにおける埋没や従属が問題となっている。一方で、⑨に関して言うと、家族内の各人は独立の法人格を持ち権利や利益の享受主体となりうるという民法の基本的な立場から出発すれば、夫婦や親子を一体的に把握することによって損害賠償請求を制約する解釈は、民法の規律に由来しない家族観によって、いわば外在的に個人化を縮小させるものであると言わざるをえない<sup>258)</sup>。他方で、⑧についても、あるべき家族や家族の平和という観点から損害賠償請求を制約する可能性を認めることは、結局のところ、本来的には個人に帰属するはずの権利をその個人が属する家族全体または当該家族のメンバーの利益のために限定することには

---

257) 子どもの権利一般に関するものであり、ニュアンスの相違もあるが、子どもについて依存しながらも成長途上にある存在として捉えることの重要性を背景とした、佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣・2008年)203頁以下〔初出・1987年〕・224頁以下、米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣・1992年)243頁以下、芹沢斉「子どもの自己決定権と保護」『岩波講座 現代の法14 自己決定権と法』(岩波書店・1998年)154頁以下等の指摘を参照。

258) この点については、拙稿・前掲注(9)414頁以下も参照。

かならず、民法の基本理念に適合しない枠組であると評価しなければならない<sup>259)</sup>。これらとの対比も踏まえて㊦を見ると、この考え方は、一般的な権利や利益の侵害が問題になっている以上、個人の権利保護にとって家族が障壁となってはならないとの観点から、類型㊦と類型㊧の問題を完全に個人化して捉える構成である。

2つ目として、横の家族関係に関わる類型㊦と類型㊧で展開された制約手法における家族関係の捉え方を解明する。なお、類型㊧で想定されている制約手法は、類型㊦におけるそれと基本的には同一であるため、以下では、類型㊦に即した叙述を行い、その後、類型㊧の場面における留意点に言及する。

類型㊦では、家族秩序または家族の平和という観点からの制約（第1の制約手法）、家族法的な救済手段の適合性という観点からの制約（第2の制約手法）、関係する制度の性格、類型㊦で言えば、婚姻の制度的性格という観点からの制約（第3の制約手法）を観察することができたが、いずれの制約手法も、（元）夫婦間での対立を悪化させたり、新たな紛争を生じさせたりしないようにするため、関係の回復あるいは関係解消後の未来に目を向けているという点で共通している。そうすると、類型㊦で損害賠償請求の制約を予定する立場から見れば、（元）夫婦は、完全に分離された個人ではなく、家庭を築き、または、子を育てていくための協調者として把握されており<sup>260)</sup>、反対に、これを制約しない立場からすれば、（元）夫婦は、敵対者として捉えられていることが明らかとなる。

もっとも、これらの3つの制約手法における協調者の意味は異なっているように思われる。まず、第1の制約手法においては、外部的かつ事後的な評価者

---

259) 水野・前掲注（196）99頁は、前掲・最判昭和47年5月30日（本稿の枠組で言えば㊦-2）について、夫婦間の契約取消権を規定した754条に関する議論の例も挙げつつ、夫婦間の権利行使を過度に抑制するという特徴が現れていると評価する。

260) フランス法に関するものであるが、Pons, *supra* note 16, n<sup>o</sup>267 et s., pp.161 et s. は、類型㊦で不法行為責任を否定することは、調停的な婚姻法の証であると言う。また、この場面におけるサンクション一般に関する指摘であるが、Cf. Ruffieux, *supra* note 156, n<sup>o</sup>56 et s., pp.64 et s.

の視点から家族秩序や家族の平和が語られるため、いわば強制された協調者が問題となっている。次に、第2の制約手法では、当事者間における自律的対話が重視されるため、能動的な協調者が想定されることになる。最後に、第3の制約手法においては、婚姻制度に内在する自律的機能に基づいた秩序の回復と維持が問われているため、第2の制約手法との対比で言えば、受動的な協調者が観念されている<sup>261)</sup>。このように見ると、ここでの争点は、損害賠償請求を制約するための枠組としていずれの制約手法が適切かという点だけでなく、未来志向の措置を実効的なものとするためにはいずれの夫婦の捉え方が適切かという点にもあることが分かる。

ところで、類型©で損害賠償請求を制約することは、故意または過失により他方配偶者の家族法的な権利や利益を侵害した者に対して損害賠償の支払いを免れさせることを意味する。従って、各制約手法が家族の捉え方に与える影響を正確に見極めるためには、上記の点のみならず、制約の結果、各当事者、とりわけ、損害賠償責任を負うはずであった者が婚姻との関係でどのように把握されることになるのかという帰結の面にも目を向けておく必要がある。このような観点から3つの制約手法を比較すると、第3の制約手法は、義務または権利レベルでの制約を考えているため、この手法によれば、当事者は、義務のレベルでも婚姻から自由化されるのに対し、第1および第2の制約手法は、救済手段のレベルでの制約を想定しているため、これらの手法によれば、当事者は、婚姻法上の義務自体についてはこれを負い続けるものの、サンクションのレベルでは婚姻から自由化されるということになる。そうすると、ここでは、第3の制約手法によった場合に、たとえそれが婚姻の秩序と均衡を回復させるための措置であるとしても、夫婦を過度に自由化し、(家族の枠を拡大させないと仮定した場合には)夫婦とは異なる存在であるはずの婚姻外カップルの関係に

---

261) このような名称を付したのは、第3の制約手法においては、一方に婚姻義務に反する行為がある場合に、他方がこれに対応する婚姻義務の履行を免れるとされているだけで、当事者に対して関係の回復に向けた措置を講ずべきことが要請されているわけではないからである。

近づける結果が生じてしまわないかとの疑問も生ずる。

なお、類型⑥で想定されている制約手法についても、基本的には上記と同じ分析が妥当する。もっとも、類型③との対比で見ると、ここでは、以下の2点に留意が必要である。1つは、夫婦関係の解消に伴う事後処理が既に終了しているケースでは、（第1の制約手法で）考慮されるべき家庭の平和や、（第2の制約手法で）求められる対話は、類型③におけるよりも狭くなるため、これらの方法によって損害賠償請求が制約される場面も限られることになるという点である。もう1つは、類型⑥では、①のみならず、②の侵害も問われうるところ、また、婚姻外カップルでも②の侵害が問われるところ、これらの場合には、一般的な法益の侵害が問題になっているとして、類型①と同じように、損害賠償請求に対する一切の制約を認めないとする可能性も排除されないという点である。

3つ目として、縦の家族関係に関わる類型④と類型⑥で展開された制約手法における家族関係の捉え方を明らかにする。類型④と類型⑥で想定されている制約手法は、類型③の場面のそれと基本的には同一であるため<sup>262)</sup>、以下では、2つ目における分析成果を基礎にしつつ、それと対比させる形での考察を行う。

類型④の典型的なケースである、子の家族的な権利や利益が親によって侵害されたという場面や、子の監護や子との面会交流が（元）配偶者によって妨げられたという場面を想定すると、子という存在の性格を考えれば、親子または子をめぐって争っている（元）夫婦を完全な敵対者として捉えることはもちろん、第1の制約手法を前提に<sup>263)</sup>、親子または（元）夫婦を強制された協調

---

262) もっとも、最終的な帰結についてまで同一になるというわけではない。第1の制約手法と第2の制約手法によれば、類型③と類型④や類型⑥ではほぼ同様の帰結が導かれうるが、第3の制約手法による場合には、そこで問われることになる制度の性格が横の家族関係と縦の家族関係で本質的に異なるため、それぞれの場面で導かれる帰結にも大きな差異が生ずることになるからである。

263) 子の時期における監護や教育がその子の将来にまで大きな影響を及ぼすことを考えると、そもそも子の利益よりも家族秩序や家庭の平和を重視する第1の制約手法それ自体に疑問が残る。

者として把握することや、第2の制約手法を前提に、これらの者を類型③における夫婦と同じような意味での能動的な協調者として捉えることは<sup>264)</sup>、必ずしも事態適格的ではない。むしろ、ここでは、第3の制約手法を基礎に、親子または(元)夫婦を一応の協調者として位置付けつつ、親子制度に内在する性格、上記の場面で言えば、子の利益を考慮した形での制約を考えていくことが、未来に目を向けた解決のあり方としては適切である。そして、この手法によれば、当事者、上記の場面で言えば、親または子の監護や子との面会交流を妨げている(元)配偶者は、義務のレベルで親または(元)配偶者としての責務から自由化されることはないし、また、一定の場合に子の利益を考慮した上で損害賠償責任を免れることがありうるものの、多くのケースでは、サンクションのレベルでも上記の責務から自由化されることはなくなる。

最後に、保護対象と制約手法それぞれのレベルでの議論から導かれる家族の捉え方を統合すれば、以下ようになる。横の家族関係においては、関係継続中には個人化された①-2の侵害が、関係解消時または解消後には緩やかに個人化された①-βまたは②の侵害がそれぞれ問題となっており、その上で、損害賠償請求について当事者を協調者として捉えることを前提とした制約が考えられているところ、仮にこの制約を認めるとすれば、本来的に損害賠償責任を負うべき者は義務またはサンクションのレベルで自由化される。これに対して、縦の家族関係においては、関係継続中にも、個人化された①-2のほか、緩やかに個人化された②の侵害が問題となり、損害賠償請求の行使については子の利益の観点からの制約がありうるに過ぎず、そのため、本来的に損害賠償責任を負うべき者が義務またはサンクションのレベルで自由化されることも例外的である。ここでは、横の家族関係と縦の家族関係の性格の違いから、保護対象、制約手法、サンクションの強度における取扱いの差異が導かれていることが分

---

264) というのは、子が依存しながらも成長途上にある存在であるとすれば、子が親との関係を自らの意思で判断していくことには困難を伴う場面も想定されるほか、こうした把握の仕方によると、親子や(元)配偶者の自律的な決定という名の下に、子の利益を考慮しない帰結が導かれてしまうおそれも存するからである。

かる<sup>265)</sup>。

第3に、(仮に典型的な家族というものが想定されているとすればその) 典型的な家族という視点、また、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)で整理した議論を分析する。

まず、前者の視点から、「家族に対する責任」の場面で展開されてきた各議論がどのような典型的家族像を想定し、それにどのような意味付けを与えてきたのかを検討する。もっとも、一口に家族の像といっても、従前の議論では、2つの異なる意味での典型的家族像が問題となってきたと考えられる。

1つは、望ましいものとして想定されるという意味での典型的家族像である。一方で、類型Aと類型Bにおける①-1（家族の平和に盛り込まれる内容によっては、①-2や類型C等における第1の制約手法）は、評価者があるべきものとする家族秩序から典型的家族像を抽出し、そこから外れる場合に損害賠償請求を制約する。他方で、類型C等における各制約手法も、未来に目を向けた協調者があるべき典型的家族と見た上で、この観点から制約を基礎付ける。とはいえ、これら2つの立場において、典型的家族像に与えられている役割は全く異なる。前者においては、典型的家族像から外れる者には一切の救済が否定されるという点で、そこからの離脱を許さない強制された像が問題となっているのに対し、後者では、家族法的規律や各制度に内在する機能により損害賠償とは別の救済が存在していること（類型Cや類型D）、損害賠償請求の可能性が完全に排除されているわけではないこと（類型Dや類型E）からすれば、そこからの離脱も許されうる推奨された像が問題となっていると見る事ができるからである。

もう1つは、法律上の家族との関係における典型的家族像である<sup>266)</sup>。ここでは、とりわけ婚姻カップルを典型的なものとして、その取扱いを婚姻外カップルのそれと異ならせるのかどうかの問題となる。類型Cと類型Eの①は、基

---

265) このような対比の仕方は、Ruffieux, supra note 156から着想を得たものである。

266) 不貞行為の相手方に対する損害賠償請求の場面に即した検討について、文献の所在も含め、本誌前号99頁以下を参照。

本的に法律上の夫婦を典型的なカップルと位置付け、そこでの「家族に対する責任」とそれ以外の「家族に対する責任」を明確に区別するが、①を基礎にしつつ家族の枠を拡大する議論は、法律上の夫婦を典型的なカップルとは位置付けずに、実質的な同一性がある限り、両者における「家族に対する責任」の取扱いを一元化する。もっとも、前者の立場においても、損害賠償請求の制約の仕方によっては、法律上の夫婦における「家族に対する責任」は、多かれ少なかれ、婚姻外カップルにおける「家族に対する責任」に接近する。一方で、類型㉔で義務や権利のレベルでの制約を構想すると、こうした制約が妥当する限りにおいて、法律上の夫婦間の義務や権利と婚姻外カップル間のそれは同じように扱われることになり、その結果、両者における責任の取扱いも同一化する。これに対して、救済手段レベルでの制約を構想するならば、両者は、損害賠償請求の可否という結論の次元では同列に扱われることになるものの、義務や権利の存否という次元では違いを残すことになる。結局、ここでは、類型㉔で、義務や権利と救済手段の全てについて両者を同様に扱うべきなのか(①を基礎に家族の枠を拡大する議論)、一定の範囲でのみ義務や権利と救済手段を同様に扱うべきなのか(第3の制約手法)、一定の範囲で、かつ、救済手段についてのみ両者を同様に扱うべきなのか(第1の制約手法および第2の制約手法)という点が、対立軸となっている。他方で、類型㉕では、婚姻外カップルでも②の侵害が問題となり、かつ、夫婦間における①の中に②も内包されていると考えるならば、その限りにおいて、両者の取扱いは類似する。

次に、後者の視点から、「家族に対する責任」の場面で展開されてきた各議論が家族という存在にどの程度の自律性を認めているのか、それとの関連で家族内の個人をどのように把握しているのかを分析する<sup>267)</sup>。

267) この問いは、具体的なレベルで言えば、「家族に対する責任」の場面でも問題になるほか、より一般的なレベルで見ると、国家、家族、個人の間をどのように捉えるかという問題にも連なる。後者の点については、文献の所在も含め、吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社・1999年)62頁以下・219頁以下〔初出・1996年～1998年〕(民法上の議論)、野崎綾子『正義・家族・法の構造転換——リベラル・フェミニズムの再定位』(勁草書房・2003年)52頁以下〔初出・2000年〕(法哲学上の議論)等を参照。

類型①と類型②の①-1（家族の平和に盛り込まれる内容によっては、①-2や類型③における第1の制約手法）は、家族秩序（や家族の平和）という観点から家族内の問題への法の介入を制限する枠組であり、その結果、家族という存在の自律性を強調する結果となる。また、類型③における各制約手法も、当事者を協調者として把握する限りにおいて、家族への民事責任法の介入を抑え、家族内での自律的交渉を促進しようとする。もっとも、両者において、家族の自律の意味とそれが個人に与える影響は大きく異なる。前者においては、家族という存在それ自体の自律が観念されており、従って、たとえ問題となっているのが個人に一般的な形で帰属する権利や利益の侵害であっても、家族内の個人は家族という存在への従属を強いられることがある<sup>268)</sup>。言い換えれば、これは、家族内の個人ではなく、家族に一義的な意味を認める考え方である。これに対して、後者では、家族という存在それ自体ではなく家族のメンバーの自律が強調される。そのため、家族外でも問題となりうる権利や利益の侵害が問題となる場合には個人が家族に従属させられることはないし、特殊家族法的な権利や利益の侵害または義務の違反が問題になる場面でも、家族内の個人は、家族のほかのメンバーとの対話を求められるにすぎない。言い換えれば、これは、家族を個人の幸福追求のための手段として位置付け、家族内の個人に一義的な意味を認める考え方である<sup>269)</sup>。

第4に、民事責任法の枠組という視点から、(1)で整理した議論をごく簡単に検討する。ここでは、「家族に対する責任」の場面で展開されてきた各議論と民事責任法の本質や目的として設定されている諸理念との整合性が問われる。

一方で、類型①と類型②で被害者の損害賠償請求に制約を課す枠組は、民事責任の本質や目的として挙げられている諸理念に適合しない。というのは、こ

---

268) 米沢・前掲注(257) 274頁以下は、憲法上、家族の自律的機能は保障されるべきであるが、それを強調することは家族構成員のうち弱者が強者によって支配されることを国家が放置する機能を果たす場合がある旨を指摘する。

269) 契約アプローチを支持するかどうかは別としても、これは、野崎・前掲注(267)が説く、家族の個人化、自由な連帯としての家族という方向性である。

の枠組は、本来的に見れば個人に帰属する権利の保護が図られるはずの場面で、または、守られるべきものとして設定された行為規範への違反が存在するはずの場面で、あるいは、法秩序に反する行為がなされたとして否定的評価が下されるべき場面で、損害賠償請求を制約するものであり、個人の権利保障<sup>270)</sup>、行為規範を設定するタイプの抑止や制裁<sup>271)</sup>、非難としての制裁<sup>272)</sup>といういずれの目的にも反すると言わざるをえないからである。

他方で、類型④と類型⑤以外で、不法行為による損害賠償の可能性を認めつつ、一定のケースでそれに制約を課すことは、必ずしも民事責任の本質や目的として挙げられている諸価値に適合しないものではないと思われる。まず、前者の側面について言えば、ここでの損害賠償請求は、①や②という個人に帰属する権利、利益、地位の保護を問題にするものであるため、これを認めることと個人の権利保障という目的との間に不整合は存在しないし<sup>273)</sup>、不法行為法を通じて、家族法で予定されている義務の履行が促され、家族の行為が道徳化されるとすれば、損害賠償請求の認容は抑止や制裁という目的にも適う<sup>274)</sup>。次に、後者の側面に関しても、相手方の自由や人格への配慮という観点も重要であること（類型③や類型⑥における同居や貞操等の場面）、ほかの手段による権利保障、抑止や制裁の可能性が開かれていること（第2の制約手法による場合）、②のような一般的な人格権の侵害が問題となるケースにおいては制約を排除する可能性も想定されうること等に鑑みれば、損害賠償請求を制約した

270) 家族秩序や家族の平和という観点は、個人に帰属する生命、身体、自由、人格等の保護への制約を基礎付けうるような対抗価値ではない。

271) 家族内では守られるべき行為規範の内容が変わるとして、不法行為の成否の段階で義務違反の存在を否定することも考えられないわけではないが、その根拠の説明には困難を伴う。

272) 家族秩序等の中身を法秩序の中に取り込み、不法行為の成否の段階で法秩序への違反を否定することも考えられないわけではないが、その根拠の説明には困難を伴う。

273) もっとも、注(137)でも言及したように、それぞれの場面で①や②を価値的に回復するのに十分な賠償が付与されているかという点については、十分な検証が必要である。

274) これは、Pons, *supra* note 16およびRuffieux, *supra* note 156が、そのテーゼ全編にわたって強調している点である。

としても、そのことは、類型④や類型⑤の場合とは異なり、必ずしも民事責任の目的や本質として挙げられている諸理念に反するわけではないと考えられる。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・基盤研究C「現代法における人と家族を起点とした民事責任法理の構想」（課題番号16K03384）の研究成果の一部である。本稿については、当初、前号および本号に分割して掲載することを予定していたが、本号の紙幅の都合により、「家族外に対する責任」と「おわりに」を次号に回すことにした旨を付言しておく。末尾になって恐縮であるが、北先生には、筆者が筑波大学法科大学院に着任して以来、様々な面で多くのご指導およびご教示をいただいた。厚く御礼申し上げますとともに、このような連載の一部を先生の退職記念号に掲載する運びとなったことをお詫び申し上げます。

（しらいし・ともゆき 筑波大学法科大学院准教授）

# 日本の法制度における信認関係と 契約関係の交錯

——注意義務と忠実義務の横断的考察——

田 村 陽 子

- 第1章 はじめに
- 第2章 アメリカにおける信認関係と契約関係の概念の比較検討状況
- 第3章 信認関係の意義
- 第4章 信認関係における守秘義務と情報提供義務
- 第5章 アメリカ・イギリス信託法における受託者の忠実義務と善管注意義務
- 第6章 日本の信託法における受託者の義務をめぐる状況
- 第7章 日本の会社法における取締役の地位および職務・義務
- 第8章 日本の破産法における破産管財人の地位および職務・義務
- 第9章 信認法理の概括
- 第10章 おわりに

## 第1章 はじめに

### 1 本稿の契機——弁護士が関わるさまざまな職務の様相

日本のみならず諸外国においても、いわゆる弁護士は、依頼者に委任されて当事者の代理人となるだけでなく、通常業務として、例えば、株式会社の社外取締役、倒産手続における管財人、遺言信託の受託者、遺言執行者、相続財産管理人など種々の実体法上の法的地位を得てその法的地位および職務に合った法的サービスを提供している。

しかし、元来いかなる法的地位に基づいて、種々の法律業務を行っているのか。それぞれの職務の法的地位およびそれに基づき負う義務は、もとより同じに解せるのか、またどのような法的根拠および法的関係から派生するものなのか。弁護士法が定める義務と会社法・倒産法・民法・信託法などの規律にお

ける義務がある場合、例えば注意義務もしくは忠実義務に関する規定が重複するとしていかなる差異があるのか。弁護士資格がない者もなりうる会社の社外取締役といった職務の場合、弁護士としての注意義務と取締役としての注意義務の両方が関わりうるが、弁護士が取締役になると例えば取締役の義務は重くなるのか、弁護士の身分と各種職務とはどのように関連するのかしないのか。

実は、弁護士の関わる専門的な職務をめぐる法的地位そしてそれに基づく義務については、個別の実体法ごとに問題にされることはあっても、統一的な視点により横断的に研究されることは、法曹倫理や実務の実証の視点からはともかく理論的にはほぼ皆無であった。弁護士が上記に挙げたような各種業務に就く際には、それぞれの実体法で具体的な法的地位およびそれに基づく義務は、個別に立法時に検討され、その後も固有の法のうちで解釈に関し議論がなされ続けてきているが、日本の法制度における状況を統一的な視点から横断的にかつ具体的に考察したものはほぼ見当たらない。

そこで、本稿は、日本の弁護士が関わる各種業務の法的地位および義務のあり方に関する疑問を一つの契機として、改めて契約関係と信託法理という二大法理に着目して、弁護士といった身分的地位を有する者が課せられる注意義務および忠実義務といった規定に関する日本のいくつかの各種法制度状況につき、英米法の世界と比較しながら、俯瞰的かつ横断的に考察することを試みることを目的とする。

## 2 本稿の問題意識——英米法と大陸法の交錯状態

本稿が、契約関係と信託関係に着目するのは、そもそもイギリス・アメリカをはじめとする英米法もしくはコモン・ローの諸国では、信託 (trust) およびその根底に流れる信託法理 (fiduciary)<sup>1)</sup>は、契約法理と同じか（時としてはそれ以上に）重要な法原理であるとされ、これらの国での弁護士の法的地

---

1) 四宮和夫教授が、fiduciary という用語の訳として、「信任」ではなく「信託」という漢字を用い始めたようである（四宮和夫『信託法 [新版]』（有斐閣、1989年）参照）。

位は、信認法理により理解されているところに起因する。

日本は主として大陸法の国であり、弁護士の地位も基本的には契約関係によるものと考えられており、英米法のような発想には基づいていないはずである。しかしながら、例えば、アメリカ法の内容を主に継受している昨今の日本の会社法制度・信託法制度・倒産法制度などにおいては、知らず知らずのうちにアメリカやその母法のイギリスの信認法理を根底にしている制度を受け入れてきてしまっている。問題は、大陸法にはない法原理に基づく制度を継受したにも拘わらず、その由来を深く考慮することなく、弁護士が関わるこれらの制度における業務上の義務についても、大陸法の発想のみで本来の理念・枠組みとは異なるさまざまな解釈及び運用が各種法制度においてなされ、しかも相互の法の統一性を考えることなく、それぞれの法制度で独自の発展的解釈・運用がなされているきらいがあることである。

現在の大陸法と英米法の理念が入り交じったハイブリッドな日本法制度全体について、大陸法の理念のみで統一的に解釈しきれるのであれば、英米法の理論および解釈を離れて日本独自に規定の内容を解釈することも問題ないのであろうが、はたして大陸法には基本的には存在していなかった英米法的な価値観および理念に基づく信認法理に基づく制度を、大陸法的発想を根幹とする日本法制度に読み替えることに成功しきれているのかは疑問である。しかも、そもそも英米法固有の信認法理を継受する際、信認法理の基本的内容すら正しく理解していたかにつき、疑問なしとは言えないところである。

そこで、英米法固有の信認法理そしてそこから派生する信託制度というものはいかなるものか、これを出発点として検討したい。本稿は、日本の法制度が置かれている現況を原理原則に戻って捉え直すところから分析し、問題点を明らかにして、今後の日本の各種法制度における注意義務および忠実義務といった同種の義務の捉え方、改正の視点および方向性に示唆を得ることを目的とするものである。

### 3 英米法における信認関係と信託の理論的背景

では、英米法の世界に固有の信認法理とは何か、信託とは何であろうか。イギリスやアメリカでは、一般に「信託」とはどのようなものと説明がされているか。例えば、以下のような説明がある。

「信託は受託者と受益者の継続的な関係の上に成り立つ。受益者は契約の当事者ではなく、対価を提供するわけでもない。しかし、設定者と受託者の契約である信託証書によって、受託者には強制力のある広範な権利が与えられる。そのほか信託証書は受託者に対し、信託基金の保有と管理を引き受ける条件として、信託報酬や必要経費を信託財産から受け取る権利を明示的に与える。イギリスの法律で契約の実行を強制できるのは、相手方の約束に対価を支払った契約の当事者に限られる。信託の概念は、このような契約概念の弱点を克服するものといえる。その上、まだ生まれていないか特定できない者でさえも、彼らを受託者とする信託によって、一定の権利を取得することができる。信託はこのように、利用価値のすばらしく高い制度である。信託は、会社とは違って、いとも簡単にかつ弾力的に設定し、運用し、終了させることができ、終了させずに海外に移転することも可能である。このような融通性を利用して、今世紀には多数の投資家の資金を合同して運用する契約型の信託が次々に誕生した。ユニット・トラスト、社債信託、年金基金信託などがそうである。」<sup>2)</sup>

そして、信託法に関する古典的なイギリスの著書をひもとくと、おおむね「法学の分野でイギリス人が残した業績の中で、最も偉大で特徴的なものは何かと問われたら、信託の概念を幾世紀もかけて発展させてきたことだ、と答えるしかあるまい」という、イギリスの偉大な法律家メイトランドの記述を最初に

---

2) デイヴィッド・ヘイトン（新井誠監訳）『信託法の基本原理』（勁草書房、1996年）5頁。イギリスの信託そしてそれを継受したアメリカの信託は、基本的に民事信託と公益信託（非営業信託）を基礎に発展してきたものである（能見善久『現代信託法』（有斐閣、2004年）5頁以下参照）。

引用していることが判る。そして、かのメイトランドは、外国法、例えばドイツ民法典のどこにも信託が存在しないことは、「イギリスの法律実務家から見ると、大きな欠陥である」とすら言ったという記述に遭遇することになる。

他方で、ドイツをはじめとする大陸法系の法律家は、英米法が考えるような信託および信託法理がなくとも、大陸法に欠陥が存在するとは考えて来なかった。ドイツのギールケは、かつて「私はあなた方（イギリス）の信託がよく分からない（I don't know your trust）」とメイトランドに語った有名な一節がある<sup>3)</sup>。私権を債権と物権とに二分化する大陸法諸国においては、債権のようでありながら物権の性質も有する「信託」は、理解しがたいと言ったのである。

19世紀になり、大陸法系の国でも、信託制度が有用であることは次第に認識されてきたが、主に金融関係における商事信託を中心に発展してきた。ドイツの「トロイハント (Treuhand)」しかり、フランスの「フィデューシー (fiducie)」しかり、日本の「信託」しかりである。日本の「信託法」は「信託業法」と並び、商事信託ないし営業信託などの特定の財産管理のスキームのための狭い意味の法となっている<sup>4)</sup>。

信託およびその根底に流れる信託法理は、とりわけイギリスにおいては、「アングロ・サクソンの守護天使であり、揺籠から墓場まで分け隔てなく何処にでも従っていく。…老人をその最後の日まで支え、その後は墓場の陰で見守り、さらにその孫たちに優しい保護の手を差しのべる」<sup>5)</sup>と称されるような重要な

---

3) F. W. Maitland, *Equity*, 23 (Cambridge Univ. Press 1936). メイトランド (トラスト60・エクイティ研究会訳) 『エクイティ』 (有斐閣、1991年) 25頁。

4) なお、日本にも公益信託があり、これは「公益信託ニ関する法律」が規律する。また、信託特別法として、貸付信託法、投資信託法、資産流動化法、確定給付企業年金法等がある (神田秀樹=折原誠『信託法講義』(弘文堂、2014年) 13頁など参照)。金融分野においては、信託は広く普及している。しかも、梅澤拓「『フィデューシャリー・デューティー』をめぐる議論と金融機関の今後の課題」金法2033号 (2016年) 30頁以下によると、金融庁の平成27事務年度金融行政方針などにおいて「フィデューシャリー・デューティーの浸透・実践」が具体的重点施策として掲げられており、日本の金融業界においては、信託法理の浸透についても、政策的に推進されているようである。

固有の原理であり、「信託法」という金融分野などの特定の法にのみ存在するものではなく、イギリス法のすべての法領域の根底に流れる重要な原理なのである。そして、アメリカ法も、イギリスのような自負はないものの、イギリス法を継受する際、信託法理の理念を基本的にそのまま引き継いでいる。

信託法理というものは、近代市民革命で認められた対等な私人間の契約法理よりも前に、中世イギリスの騎士たちの身分社会において「ユース」という名で当初発達してきたものであり、むしろ歴史的には、身分法的な信託法理は、対等な私人間の一般契約法理よりも古い法原理であるともいえること（ただし契約法理自体はローマ法の時代からあることは言うまでもないが、万人に等しく関係し共通する原理としての近代的契約法理との比較においてという意味である）、また、すべての法分野において、各職業的身分に対して与えられる裁量の広さや報酬の高さに見合った責任を加重する重要な原理であること<sup>6)</sup>は、大陸法とりわけ日本の法律家には、その価値はほとんど知られていない。これは、特にイギリスの法律家からすれば驚愕の事実と言えよう。

それにも拘わらず、本来大陸法の日本において、金融・商事分野の特別法としての信託法を制定する際<sup>7)</sup>や、憲法・会社法・倒産諸法など各基本法分野においてアメリカ法を継受した改正がなされる際に、その意義・価値というものをほとんど検討することなく、知らず知らずのうちにこれらの日本法に断

---

5) ヘイトン・前掲注(2) 2頁に、フランスのピエール・ルポールがイギリスの信託を称賛した旨が書かれている。Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts, en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, 114 (Rousseau, 1932).

6) メイトランド・前掲注(3)、ヘイトン・前掲注(2)をはじめ、信託法の基本書には必ず歴史的経緯および信託の基本概念が紹介されている。

7) 実は、例えば、米倉明『信託法・成年後見の研究』（新青出版、1998年）3頁以下によると、日本にも歴史上、空海の綜芸種智院の創設に始まり、信長信託、秋田感恩講、家督相続および戸主制度等、公益信託・私益信託にあたるものが存在していたようである。

しかしながら、1898年（明治31年）に、大陸法的な所有権絶対原則に基づく民法典を施行したことにより、自生的な信託の概念が下火となっていった。他方で、1922年（大正11年）、信託会社を育成するために、アメリカ信託法を母法とした信託法・信託業法が併せて成立したようである（新井誠『信託法【第4版】』（有斐閣、2014年）25頁以下）。

片的に取り入れてしまってきたこと<sup>8)</sup>かつ継受後においては、本来の性質を看過して、大陸法の発想・理念の下で無理な解釈的運用を行っているおそれがあることは問題であろう。歴史的にイギリスとの接点が多かったドイツやフランスでは、英米法の信託および信託法理という発想を基本的に取り入れないよう封じてきたが、それはイギリス・アメリカが信託および信託法理を価値ある英米法固有の原理として特色を誇っていることを良く判った上でその影響を警戒してのことである。これに対し、日本は、英米法の法世界観をほぼ理解することなく、日本の各種法制度の構築・改正の際、信託および信託法理に裏打ちされた英米法の各種制度を、経済的に便宜なものとしてかはともかく、多方面で継受してしまったのである。日本では、英米法を研究する一部の先学を除き、信託または信託法理の持つ重要な根元的価値を理解するための努力すらしようとしてこなかったことは否めないだろう<sup>9)</sup>。

本稿は、このような英米法の信託および信託法理というものを、アメリカにおける契約法理との比較的検討の議論状況をも参照しながら、いくつかの日本の法制度状況における英米法と大陸法の発想の交錯状況を、とりわけ注意義務および忠実義務を中心に検討するものである。具体的には、主に、その人的関係たる「信託関係」(fiduciary relationship)を、「契約関係」と対比し、英米

---

8) 最たる例は、言うまでもなく、第二次世界大戦後アメリカ GHQ 草案に基づいて成立(形式的には改正)した現行日本国憲法前文の、「そもそも国政は、国民の厳粛な信託(sacred trust)による」という一節である。日本の国家と日本国民の関係は、信託関係によることが明文で明らかになっている。

9) ちなみに、ドイツでの英米法のトラストとドイツのトロイハントとの比較理解の試みとして、ハイン・ケッツ(新井誠監訳)『トラストとトロイハント—イギリス・アメリカとドイツの信託機能の比較』(勁草書房、1999)があり、日本でも翻訳紹介されているが、ドイツでも、一般的にはトラストの概念は浸透しておらず、トラストとトロイハントとは別物であるとして距離が置かれているようである。フランス信託法の紹介としては、小梁吉章『フランス信託法』(信山社、2011年)がある。フランスのフィデューシーは、契約によってのみ成立し(仏民法典2011条)、遺言によってフィデューシーを形成することはできず、また自己信託は認められていないが、自己信託類似の有限責任個人事業制度(EIRL)が2011年から施行されているようである(小梁・同7頁以下参照)。

法の下で、弁護士を含む専門家が、契約のみならず信認関係に基づいたさまざまな権利・義務を負っていることを紹介・検討し、現在の日本法の信認法理の継受に関する法制度状況の確認と、日本の法制度全体の調和を踏まえた今後の改正の方向性およびあり方などについての示唆を得ることを目的とする<sup>10)</sup>。

## 第2章 アメリカにおける信認関係と契約関係の概念の比較検討状況

### 1 信託も契約関係の一つにすぎないか

日本の法制度を俯瞰する前提として、アメリカの法制度状況を確認しておきたい。

アメリカは、基本的にイギリス法全体を継受していることは言うまでもないが、継受した法制度全体のうちに信認法理というものが「所与」のものとして含まれていたためか、英米法固有の重要な原理であるとの意識は、イギリスに比べるとかなり希薄のようである。歴史的にアメリカは、近代市民革命以降の自然権および基本的人権思想に基づき、イギリス「王」国と決別して対等な私人間の契約法理を中心に独自の途を歩んできた経緯からすれば当然とも思われるが、中世の身分法的な沿革・色彩を持つ信認法理は、意識的に周縁的なものとして捉え、特定の職業的地位にのみ限定的に発生するものとしてきたからのように見受けられる。

その中で、近時アメリカでも、改めて固有の価値ある理念として信認法理を捉え直そうとする議論が現れている。それに関して、信託は契約かあるいは特別の法理かという議論も昨今ではなされているようであり、アメリカの信託理論に関する学説の中には、信託を契約と捉える説（ラングバインの信託契約説）が登場してきている<sup>11)</sup>。信託の設定に際し、委託者と受託者との間で契約を結

---

10) 以下では、樋口範雄『フィデューシャリー時代〔信認〕の時代—信託と契約』（有斐閣、1999年）121頁以下を基に、イギリス発祥の信託の現代的発展に寄与したアメリカで生じた「信託は契約か否か」という論争を概観し検討する。なお、最近、タマール・フランケル（溜箭将之監訳）『フィデューシャリー「託される人」の法理論』（弘文堂、2015年）が出版され、こちらの218頁以下にも詳しい議論状況が説明されている。

ぶことが多いことを理由とする。

しかし、この信託契約説は、アメリカで定説になることはないと言われている。この説では、信託宣言の場合を説明できないこと、受託者破産の場合の信託財産の特別扱いを説明できないこと、契約で免除できない義務が受託者にあることを説明できないこと、などの弱点があるからである。

ラングバインの信託契約説に対し、フランケルは、信託を契約と呼ぶか否かは言葉の問題にすぎず、真の問題は、信託がアメリカの伝統的な契約モデルとは異なることを認識することであり、そうすれば、やはり、契約法と異なる信託法という特別なカテゴリーを立てる必要性が理解できるはずだとして、信託法理の固有の意義について論じている<sup>12)</sup>。

## 2 信託法理という特別な法カテゴリーを立てる理由

### (1) 信託関係に属する取引の例

アメリカでは、信託関係に関する例として良く挙げられるのは、①遺産の管理運用、②会社の取締役、③医者 of 医療行為、④守秘義務関係（弁護士等）などである<sup>13)</sup>。

### (2) 代理と4つの例の関係に共通する特色と信託法の役割

代理関係と上記の4つの例とが共通する性格として、「裁量を認めながら、濫用を防止する」必要があるというディレンマを抱えている点が指摘されている

---

11) John Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *Yale L. J.*, 625 (1995).

12) Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 *Cal.L.Rev.* 795 (1983). ラングバインの信託契約説をみるに、ラングバインが英米法の信託の「構造」を大陸法の人々にも分かるような契約法理で説明しようと試みた努力は評価しうるが、信託の原理の「根本的必要性」および「有用性」を説明しておらず、かえって英米法の最大の産物とも言われる信託の良さを、埋没させる結果になっているように思われる。フランケルの主張は、信託を中心とした信託法理という法理論の根本的有用性を解明し、その理論の利点を広く知らしめるところにあって、ラングバインとは論ずる目的がそもそも違っている点にも注意が必要と考える。

13) 樋口・前掲注(10) 126頁以下。

る。すなわち、①一方の当事者は他方に対し、何らかのサービスの提供を依頼し、そのために何らかの財産または権限を付与しているが、②依頼した人（trustor）は、相手方の受認者（もしくは受託者（trustee））が他の目的で財産を費消したり権限を行使したりしてしまうというリスクにさらされることになるので、このディレンマを解消すること、端的には、代理やその他の専門的職位にある者の横領を防ぐことに信託法理（fiduciary law）の役割があるとされる<sup>14)</sup>。

そして、信託法理のあるべき内容として、以下の点が言われている<sup>15)</sup>。

- ① 委託者には、受認者が義務を十分かつ正直に果たすことを期待してよい権利がある。これに対し、受認者には、忠実義務（duty of loyalty（「誠実義務」とも訳される））と善管注意義務（duty of reasonable care, duty of prudence）という基本的信託義務が課される。
- ② ただし、信託義務の内容は、委託者のリスク（権限・財産の委譲）の程度の違いによって変わってくる。
- ③ 個々の受認者の義務内容が明確でないことが効率的である。なぜなら、明確な指針があると、受認者はそれだけ容易に潜脱し易くなるからである。
- ④ 信託法理の適用対象は、新規参入が困難な一定の高度の専門的サービスに限られる。そのため、例えば自動車の修理など、多くのサービスは通常の契約法理の問題に留まる。

---

14) 前掲128頁以下。

15) 前掲130頁以下。なお、英語「duty of loyalty」の訳語とされる忠実義務は、誠実義務（duty of good faith）と同義であり、用語としては誠実義務の方が日本語でのイメージとして適当であるとして、誠実義務と呼ぶ者がある（例えば、田中實『信託法入門』（有斐閣、1992年）108頁参照）。また日本法には、忠実義務として規定するものと誠実義務として規定するものがある点に注意されたい。とはいえ、忠実義務と呼ぼうが、誠実義務と呼ぼうが、内容がどこまでの義務を指すのかが問題であり、信託義務を意味するのか契約上の義務を意味するのかも含めて、アメリカでも常にその内実が問題となっており、用語だけで意味が確定するわけではない点に注意が必要である。例えば、アメリカでの議論状況につき、フランケル・前掲注（10）231頁など参照。

また、信認関係と契約関係の差異については、以下の4つの点が挙げられている<sup>16)</sup>。

- ① 依頼された仕事を果たす上での専門的裁量の幅が異なる。
- ② 裁量の程度の大きさは、仕事の内容に対する依頼人の監督が容易か否かによる。
- ③ 依頼の内容の重要性が異なる。(例：自動車 vs. 身体・生命)
- ④ 職業への参入の容易さが異なる。(例：自動車修理工 vs. 医者)

ただし、どれも程度の差によるので、技術の進歩などにより、自動車修理が一般人には理解し得ない非常に高度なものになってくれば、自動車修理工にも信認義務が将来課されうることになると説明されている。

すなわち、樋口教授によると、①通常のサービスは契約関係とするが、選りすぐりのサービス関係だけ信認関係とする、②「選りすぐり」基準は、高度の専門性、監督困難性、社会的影響性を考慮した法政策的判断である、③契約と信認とどちらのラベルを貼るかは、義務内容の差と義務違反に対する救済の差を考慮した、機能実践的な判断によるとする。これを言い換えれば、自己責任・自己利益の追求を認めてよいものを契約とし、義務違反自体を防止しなければならない取引や関係を信認関係とすることにすぎないことになる<sup>17)</sup>。

信認関係というカテゴリーを契約関係とは別異に立てる目的については、①契約とは別個の救済（利得の吐き出し）を認めること、②裁判所の介入が期待される程度が契約よりも大きいこと、が挙げられる<sup>18)</sup>。

### 第3章 信認関係の意義

信認関係の意義は、以下のようにまとめられている。

「信認関係とは、契約関係がもつ取引の自由と身分関係の特色である権力と依存の関係を修正して組み合わせたもの」で、それぞれのいいところをとった

---

16) 前掲 133 頁以下参照。

17) 前掲 136 頁以下。

18) 前掲 137 頁以下。

関係であり、現代の分業の時代、専門家の時代においては、この信認関係の重要性が増加している<sup>19)</sup>。

「英米法では、信認義務は、通常、一方の当事者が相手方である受認者を信じざるを得ないという状況に限って発生する。受認者が財産や権限を託されるのは、託す人の利益のためであり、受認者による財産や権限の利用をコントロールしようとする、かえって受認者の提供するサービスの利便性を享受する妨げとなるような状況がそこにある。英米法では、託す必要がない場合や、託す人が（託した財産や権限を）合理的にコントロールすることができる場合には、信認法は適用されない可能性が高い。約束に違反した場合などは、契約などの他の法分野が適用されることもある。」「託す人が負うリスクは、社会にとってもリスクとなりうる。託すことによって損失を被る危険性があれば、託す人は受認者のサービスに頼ることを思いとどまるかもしれない。自らが信頼に値することを保証するコストが高くなれば、受認者はサービスの提供をやめるかもしれない。その結果、人々は相互に信頼関係を構築することをやめ、社会は損失を被る。信認法はこのような状況下で、関係に介入していくことになる。」<sup>20)</sup>

結局、信認関係とは、「信託を越えて、一方の他方に対する信頼を基礎とする法律関係において、義務者に対して信託の受託者に類似する義務を課すための概念として機能している」のであり、これを信託法理の「義務均質化機能」と呼ぶものもある<sup>21)</sup>。また受託者の義務違反に対する「救済均質化機能」もあることが指摘されている<sup>22)</sup>。

信認関係は、歴史的・内容的に、他の法律関係とはまったく異なるものと

---

19) 前掲38頁以下。かつて19世紀は「身分から契約へ」の時代と言われたが、アメリカの20世紀は「契約から信託へ」の時代だとする。ただし、契約と信託は相併存するものであるとす。

20) タマル・フランケル（樋口範雄監訳）「信認法原則の統一に向けて（上）・（下）」信託263号（2015年）36頁以下、同264号（2015年）71頁以下。Tamar Frankel, *Toward Universal Fiduciary Principles*, 39 (2) *Queen's L.J.* 391 (Spring 2014).

21) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996年）19頁以下、54頁参照。

22) 前掲59頁以下参照。

【身分関係、契約関係、信認関係の相違】<sup>23)</sup>

	身分関係	契約関係	信認関係
関係へ入る入口	運命	締結の自由あり。	締結の自由あり。
関係内容	規定済み	両当事者の自由	委託者の自由
当事者間の力関係	生来的強者・生来的弱者(絶対的な力関係) 権力者に制裁と奪権あり。	対等	知的強者・知的弱者(限定的な力関係) 受認者に裁量権あり。
相互の関係	依存関係。弱者は強者に支配される。	相互独立	依存関係。ただし、受益者は義務なし。
相手方への配慮	権力者は、弱者を殺さぬ程度に配慮する。	なし(自己の注意義務はあるが、自己利益のため。)	受益者のためだけに行動すべき忠実義務がある。
需要	両当事者が満足。	両当事者が満足。	一方のみを満たす。

して捉えられるのである。また、英米法上は、受認者が財産の法的な（コモンロー上の）所有者であり、権限を行使する法的な権利を有するものの、財産や権限から受益する（エクイティ上の）権利は託す人にある。それゆえに、受認者は不注意な行動をしてはならず、託す人の利益に相反する行動をとってはならないとされている。さらに、アメリカの裁判所は、信認義務違反に関し、道徳性の問題を強調する。弁護士的信認義務違反を訴える場合には、非道徳的な行いがあったことが必要となる。信認義務は、「最も高く、最も真なる道徳の原理」を呼び起こすものとされる。そのうえ、信認法違反に対する救済は、契約違反に対するものよりもはるかに広範であり、受託財産の横領に対する救済としては、受認者に対し、横領したものを委託者に返還させるとともに、不正な利益の吐き出しを命じたり処罰したりする。ただし、相手方の利益のために行動するという義務は、受認者となったときのみ発生し、受認者になるか否かについては、契約同様、個人主義的なものである<sup>24)</sup>。

これに対し、大陸法では、市場取引を円滑にするべく誰が真の所有者なのかを明らかにするため、財産の所有権を二分する（二重の所有権）という英米法の考え方を認めず、一度所有者になれば常に所有者であり、所有権の移転は完全でなければならないとする<sup>25)</sup>。大陸法の信認関係に関する規律は、契約と特

23) 樋口・前掲注(10) 45頁を参考に加筆・修正した。

別な制定法をベースにしており、信認義務違反についても、合意内容に焦点をあてる<sup>26)</sup>。また、契約法理がそもそも高度な道徳性を帯びており、裁判所は公正さや道徳性を契約条項や契約の結果に対し考慮することができる。両法制度間には、以上のような差異があると説明されている<sup>27)</sup>。

#### 第4章 信認関係における守秘義務と情報提供義務<sup>28)</sup>

信認関係から一般に生じるとされている守秘義務と情報提供義務についてここで検討しておくことにする。

##### 1 アメリカ法の解釈

代理人・パートナー・受託者は、それぞれ一定の守秘義務と情報提供義務を負う。アメリカ法の下では、これらは契約に基づいて発生する義務ではなく、むしろそれぞれの信認関係から当然に生ずるものとされる。ただし、当事者間の特約で制限したり排除したりすることも不可能でないことに留意する必要がある<sup>29)</sup>。

しかし他方で、日本では信託も契約だとされている。情報に関連した義務の場面で、それが意味するところは何か。

##### 2 日本法への示唆

日本の情報提供義務（説明義務）をめぐる論稿のほとんどが、「契約」によ

---

24) フランケル・前掲注(20)(上)38頁以下。受託者になる者は限定されておらず、開かれた分野である。①財産または権限を託すことを必要とするサービスが必要で、かつ②託す人が託した財産や権限をコントロールすることはできず、それをすればサービスの利点を損なうという矛盾を抱える関係には、信認法理が妥当すべきことになる(同41頁以下)。

25) 前掲37頁以下。

26) 前掲41頁以下。

27) 前掲43頁。

28) 樋口・前掲注(10)142頁以下参照。

29) 前掲164頁。

るものとしたうえで、契約締結「上」もしくは契約締結「前」の問題だけを念頭におき、契約が成立した「後」の説明義務につき論究しないのはなぜか。

日本では、一般に、契約成立後の説明義務については、個々の条文で格別に定めている。

例えば、委任契約（民法（以下「民」という。）645条）では、「委任者の請求があるときは」受任者は委任者に事務処理状況の報告義務があり、また委任終了後には、遅滞なく報告する義務があると定められている。また、組合（同671条）、組合員（同673条）、事務管理（同701条）でも委任の規定を準用している。

問題は、委任者の利益のために必要があれば、委任者の請求を待たないで報告する義務まであるかである。

アメリカの信認法理では、そのような義務はあるとされているが、日本でも、民法645条の委任契約の一般的内容として、そのような報告義務があると解されている<sup>30)</sup>。日本でも、民法644条の起草趣旨を踏まえれば、「委任の本旨に従い」というのは、「受任者は、委任者の信頼に依って、誠心誠意、忠実に、委任者のために委任事務を処理すべきであって、委任の目的に反する行動をしてはならない」との意味を含む広範なものだから、と説明されている。だとすると、情報提供義務は、善管注意義務（民644条）よりも、忠実義務と密接な関係を持つものであるといえよう。また、委任に記録の具備や閲覧に関する定めが存在しないが、組合契約では、組合員の検査権（同673条）などがある。

他に守秘義務についても同様であるが、このように明文規定が不存在でも、委任が信認関係の一態様であるという視座を持つと、いろいろ見えてくる。日本の委任でも、記録の具備や開示義務、守秘義務を構想すべきことになると解されてくるのである<sup>31)</sup>。

## 第5章 アメリカ・イギリス信託法における受託者の忠実義務と善管注意義務

第5章以下では、信託法理の受託者にあたる者の義務を個別法ごとに検討していく。

ここでは、信託法の受託者の義務について比較法的に検討したい。

---

30) 幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（20）』（有斐閣、1989年）238頁、潮見佳男『基本講義債権各論I【第2版】』（新世社、2009年）247頁以下など参照。また、大陸法系の契約法では、もともと契約類型ごとにその性質に着目して定型的な義務を設定することが、信義則や衡平などによって可能であり（大陸契約法の義務補填機能）、委任の性質上、信託義務を伴うべきものと考えられるのであれば、明示の合意がなくとも、当該契約の性質から信託義務が発生すると考えることが可能になるとし、ただし「信託義務を認めるためには、それを可能とする契約概念が存在するだけでは不十分なのであり、実質的な正当化の根拠が求められ」、「そして、ここでいう実質的な根拠は、委任契約の性質と関連づけられたものでなければならない」が、「委任は高度の信頼関係を基礎としている」ことを一般的な根拠とし、そのうち高度の信頼関係に基づく委任につき信託義務が課されるとの説明もなされている（大村敦「現代における委任契約」中田裕康＝道垣内弘人『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000年）102頁以下）。

なお、大村教授は、「日本法においては、忠実義務を善管注意義務から導くことも十分可能だ」とも述べておられるが、この点については、信義則や衡平から忠実義務が認められるということと、善管注意義務から導かれるということは根拠が異なるはずであり、善管注意義務を高度化すれば足りるという点についても、対等な私人間の契約法理とは異なる身分的な関係を根拠とする信託法理から派生する忠実義務の性質・内容（他人のためにもっぱら職務に専念する義務を始め様々な義務がある）・違反の効果（利得の吐き出し）などが、なにゆえに通常人の善管注意義務（合理的な範囲の注意で足りるという、自己のための義務と過失責任）から様々に派生しうるのかについての説明および理解を尽くされているにつき、疑問が残るように思われる。「委任の本旨」からは、善管注意義務のみならず忠実義務も別途発生すると解すれば良いとも思われるからである。他方で、契約も制度により支えられているものであり、「契約の制度（組織）化」により契約を社会的に強化することが必要である旨が述べられており、専門家や他の社会団体などに対置する知的弱者を保護するような衡平の発想を有しておられる点では、むしろ信託法理と発想の方向性を同一にすると思われる。

31) 樋口・前掲注（10）169頁以下。

## 1 アメリカの信託法第三次リステイトメントにおける受託者の義務の状況<sup>32)</sup>

170条「忠実義務（duty of loyalty）」

171条：自己執行義務。第三次リステイトメントで緩和された。

172・173条：記録具備と報告義務、情報提供義務。

174条「善管注意義務（duty to exercise reasonable care and skill, duty of prudence<sup>33)</sup>）」

175～178条：善管注意義務の具体的例示

179条：分別管理義務。（忠実義務と善管注意義務の両方に関連）<sup>34)</sup>

（180条以下省略…）

アメリカ法において、忠実義務と善管注意義務との関係は、車の両輪にあたると言われている<sup>35)</sup>。すなわち、信託とは、一定の財産につき受託者を信頼し所有権まで移して管理運用を委託する制度であるため、第1に委託者の財産を「きちんと」管理運用してもらう必要があるため、受託者に善管注意義務が発生し、第2に受託者には私利私欲や第三者の利益を図らないで「すべて」を委託者のために管理運用してもらうため、忠実義務が別途発生すると考えられている。

善管注意義務は、受託者が信託の管理運用する際の義務であり、この違反は過失責任である。善管注意義務を尽くせば免責されうる。これに対し、忠実義務は、受託者が受益者のためだけに行動する義務であり、その違反は外形的に判断され、責任の範囲も自己が利得を得たすべてに及ぶ。情報提供義務は、善管注意義務と忠実義務が履行されていることを確認するために必要とされる義

---

32) 前掲178頁以下による。

33) Prudence もしくは prudent の意味は、「慎重」もしくは「慎重な」と訳されることが多いが、用語としては、reasonable と互換的に使われており、むしろ受託者として「合理的な」注意義務を尽くすことを意味する点に留意が必要である。樋口範雄『アメリカ信託法ノートⅡ』（弘文堂、2003年）40頁以下。

34) 樋口・前掲注（10）181頁参照。

35) 前掲183頁以下。

**【善管注意義務と忠実義務】**

	善管注意義務（duty of care）	忠実義務（duty of loyalty）
意義	きちんと注意義務を尽くすこと	すべて委託者のために行うこと
損害の存在立証	必要。違反は不法行為。	不要。私欲分が不当利得。
義務違反の証明	必要。注意義務の基準や具体的内容、違反の存在の証明が必要。	不要。自己利益を図ったことや利益相反関係の証明でよい。
損害賠償	履行利益の賠償	利得の吐き出し

務であり、2つの義務を実質的に支えるものである<sup>36)</sup>。

**2 イギリスの信託法の受託者の義務をめぐる状況**

ここで、念のため、アメリカ法の母法たるイギリス信託法およびイギリスの信託法理の状況について簡単に確認しておくことにする。アメリカの信託法の起源はやはりこの国にあるところ、基本的理念の理解については母法にその鍵があり、かつアメリカとは異なる独自の理論の発展もあろうことから、比較および参考に値すると思われるからである。

そして重要な点は、一般に、イギリスの判例・学説は、善管注意義務をそもそも信託義務の一種としては位置づけない旨を明らかにしていることである。イギリスでは、善管注意義務はコモン・ロー（制定法）上の制度であり、エクイティ（衡平法）上の信託義務の一部と観念される必要性がないとしている。善管注意義務は受託者が負う義務の一つであるが、受託者の地位にあるが故に負う信託義務の中身としては基本的には考えられていないのである<sup>37)</sup>。ただし例外として、受託者の善管注意義務違反が、コモン・ロー上の訴訟によって救済されない特殊な事例<sup>38)</sup>においては、信託義務としての善管注意義務が認

36) 樋口・前掲注(33) 35頁。

37) 植田淳『英米法における信託関係の法理』（晃洋書房、1997年）36頁以下。

38) Nocton v. Lord Ashburton [1914] A. C. 932 ; [1914-15] All E. R. Rep. 45, HL. コモン・ロー上故意の不実表示についてのみ責任が生じるとされていたが、エクイティ上、過失の不実表示についても責任を負うことが信託義務違反として認められたものである（事件については、植田・前掲207頁以下に紹介がある）。

められている。従来、コモン・ロー上、無償の受託者は、自己の取引と同程度の一般通常取引人 (ordinary prudent man of business) の注意義務でよいとされていたが、2000年イギリス信託法で、特に当該受託者が特別の知識や経験を持つような場合および一般に取引や職業として特別の知識や経験を使うことが期待されるような場合は、合理的な範囲で「高度の注意義務」を負うとされたのである<sup>39)</sup>。注意義務の高度化の根拠が信託法理にあるとされているのである。

そして、その場合とは、①投資権限や投資の見直しや助言を得るために課された新しい義務の行使、②土地の取得や取得した土地をめぐる権限の行使、③代理、匿名受益者、管理人を選任するための取り組みに入ること、④和解その他の権限の行使、⑤保険の権限の行使、⑥将来の利益への合意あるいは信託に影響するような信託財産の価値の固定およびそれに準ずる行為の権限の行使の6種類が限定列挙されている<sup>40)</sup>。

しかし、当事者が信託証書で注意義務の免除を意図しているような場合 (in so far as it appears from the trust instrument that the duty was not meant to apply)、制定法上の高度の注意義務が免除される。この点、「免除の意図」というものが曖昧であり、紛争を生じかねないとの批判がある<sup>41)</sup>。

また、以下の場合には、制定法上の高度の注意義務が免除される。

(i) 受託者の信託財産を取得する義務は常に絶対的なものとされており、コモン・ローの原則や制定法の注意義務の規定により変更され得ない<sup>42)</sup>。こ

---

39) The Trustee Act 2000

§ 1 (1) Whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard in particular-

(a) to any special knowledge or experience that he has or holds himself out as having, and  
(b) if he acts as trustee in the course of a business or profession, to any special knowledge or experience that it is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession.

40) Parker & Mellows, *The Modern Law of Trust* 574-75 (Sweet & Maxwell, 2008).

41) *Id.*, at 574.

のことが意図されていることは明らかな基本原則と言える。

（ii）信託財産の保管・管理については限定列挙事由に入れていないことから、制定法上の高度の注意義務が免除されることになる。また、2000年イギリス信託法では、受託者に代理人や管理人を選任する権限については、③の限定列挙事由に入れていても拘わらず、これらの者を選任しなかった場合の信託財産の注意義務違反の責任の性質について規定がない。さらに、土地の管理については、②の限定列挙事由であり制定法上の注意義務の範囲内であるが、動産（chattels）の管理については注意義務の範囲外である。その上、受託者が会社の場合、コモン・ロー上の義務の方がより厳しくなっているからか、制定法上の注意義務が免除されている<sup>43)</sup>。しかし、コモン・ロー上の義務が課せられるとしても、何が意図されているかは明らかではない。

（iii）信託のために行う訴訟手続関連も、土地以外については制定法上の注意義務の範囲ではないようである。訴訟費用については、受託者が責任を負うはめになりそうな訴訟の場合であれば、受託者は前もって裁判所に将来の信託財産の費用を承認してもらい防御すると考えられるからである。問題は、ある訴訟を行うか否かを決定する義務についての責任である。それぞれ一定範囲で制定法上の義務もコモン・ロー原則も適用されるべきであるが、何が意図されているか、ここでも明らかではない<sup>44)</sup>。そのため、受託者になる者は気を付けないと、受益者により後で訴えられてしまう可能性がある。

また、コモン・ロー上の義務と信託法上の受託者の受益者の最善のために行為する義務と抵触する場合にも注意が指摘されている。この場合、信託法上の最善義務が優先するからである。たしかに、受託者に裁量権はあるが、売り物に対して第1の申込み50万ポンドと第2の申込み55万ポンドの申込みがあったら、受益者のため（たとえ自分の財産の場合でも同様であろうが）、特別の理由（第一の申込みにより契約の履行まで済んでいたときなど）がない限り、

---

42) *Id.*, at 575.

43) *Id.*, at 575-76.

44) *Id.*, at 576.

55万ポンドの申込みをした方と契約を結ぶべきであるとされる<sup>45)</sup>。

## 第6章 日本の信託法における受託者の義務をめぐる状況

日本の信託法の現状を検討する前提として、ドイツやフランスが固有の信託的制度を保有しているのと異なり、日本の信託法は基本的にアメリカ信託法を継受して制定され、現在、信託は契約のみならず遺言や宣言によっても設定できることを確認しておく（信託法3条）。

### 1 受託者の義務一般

日本の信託法によると、受託者とは、信託行為の定めに従い、信託財産に属する財産の管理または処分およびその他の信託の目的の達成のために必要な行為をすべき義務を負う者とされている（信託法（以下「信」という。）2条5項）。日本の信託法上でも、受託者には様々な義務が課せられている。第1に、信託事務遂行義務（信29条1項）が、第2に、「善管注意義務」（同29条2項）が、第3に、2006年（平成18年）改正により、明文で課された「忠実義務」（同30条）が課されている。信託法は、そのほか、自己執行義務および第三者の選任・監督義務（28条・35条）、合手的行動義務（同32条）、公平義務（33条）、分別管理義務（同34条）、事務処理状況報告義務（同36条）、帳簿作成等・報告・保存義務（同37条）などの義務を、受託者に課している。なお、受託者は信託の利益を享受することはできない（同8条）。

日本でも現物による原状回復を認めている以上、現在の時価で評価しうるので、現在の利益（利得）分での損害賠償をアメリカ同様に認めているといえる。

また、2004年（平成16年）12月に改正された信託業法28条は、信託法上の義務を先駆けて明文化しており、同条1項で「忠実義務」を、同2項で「善管注意義務」を、同3項で「分別管理義務」および「その他信託財産に損害を生じさせ、または信託業の信用を失墜させることのない体制を整備」する義務、

---

45) *Id.*, at 575-77.

【日米信託法上の「忠実義務」の相違】<sup>46)</sup>

日本（信30条）	アメリカ（第三次リステイメント）
任意規定	任意規定
違反の救済：損失填補信託財産復旧（信40条1項） 受託者の利得が損失と推定（同3項）	違反の救済：利得吐き出し（no profit rule, unjust enrichment）。損害の立証不要。損害賠償の内容が受益者に有利。
履行期（売却時）の損害 or 現物による現状回復	売却時または判決時の利益分を損害賠償

同29条で「利益相反防止義務」・「書類設置義務」などを定めている。

したがって、日本の信託法上、受託者にも、一般的に善管注意義務のみならず忠実義務その他の具体的義務が課せられていることは、日本の信託法・信託業法から明らかである。

それでは、これらの義務間の関係は、どのようなものと解されているか。

この点、信託法上、これらの義務は並列的な関係にあるのではなく、基本的義務である信託事務遂行義務（信29条）を除くと、一般的義務と特別義務とに区別されると言われている。そのうち、受託者の一般的義務としては、「善管注意義務」および「忠実義務」の2つの義務が、性質の異なるもの（異質なものの）として明文で別に定められている。

## 2 日本の信託法における善管注意義務の内容

善管注意義務の法的性質については、以下の3つの特徴が指摘されている<sup>47)</sup>。

第1に、受託者の行動が「合理的であるか否か」によって善管注意義務違反の存否が決まる。すなわち受託者の行動の合理性が個別事件の状況ごと（ad hoc）に判断される。

第2に、信託財産の管理処分の結果、受益者に損害が発生しても直ちに義務違反となるわけではない。受託者が合理的な行動を行っていたのであれば注意義務違反はないため、損害との因果関係がないことになる。ただし、通常は損

46) 樋口・前掲注（10）212頁以下。

47) 星野豊『信託法理論の形成と応用』（信山社、2004年）250頁以下。

害が生じれば、受託者が合理的な管理処分を怠っていることが多いことが指摘される。

第3に、受託者の行動が「合理的行動」であったか否かは、事後的に裁判所が判断するため、受託者が事前に義務違反を回避するための対処方法としては、情報開示を行って、投資判断の合理性について受益者の承諾を得ておくことが考えられている。

### 3 日本の信託法における忠実義務の内容

忠実義務は、受託者の一定の行為を典型的に禁止することにより、かかる行為による損害の発生を未然に防止しようとするものである。忠実義務は、受託者や第三者が実際に不正・不当な利益を得たか否かを問わず、また信託財産ないし受益者が受託者の行為によって損害を被ったか否かを問わず、一律の規制をかけることにより、受託者や第三者が不正・不当な利益を受けたり、信託財産ないし受益者が損害を被ったりする危険性を未然に排除し、信託財産の管理処分に関する適正さを確保することを目的とする<sup>48)</sup>。

現信託法は受託者の忠実義務を30条で正面から規定し、31条で自己取引の禁止、図利加害の禁止、信託財産との利益相反行為の禁止等を規定している。

## 第7章 日本の会社法における取締役の地位および職務・義務

アメリカでは、会社の取締役などについても、信認法理が適用されているが、そのようなアメリカ会社法の多くの内容を継受している日本の会社法では、取締役について、どのような規定になっており、どのように解されているのか。

アメリカでは、取締役が受託者として株主および会社（会社は株主の総体として観念的な所有者とされる）に対し信認義務を負うことは、会社制度の創世記から承認されているようで、取締役は取締役会の構成員として会社の財産および事業について支配力を有する一方、株主は株主総会決議事項を除き、会社

---

48) 前掲242頁以下。

の運営に対する影響力を原則として有しないことから、取締役と株主の関係が、信託における受託者と受益者の関係に擬せられている。会社と取締役の関係は信託法理の中の委任代理（agent）の関係と言われる<sup>49)</sup>。

また、取締役の信託義務は、忠実義務と注意義務を中核とし、経営判断の原則は注意義務違反の問題に関わり、忠実義務違反の領域には適用されないのが大原則である<sup>50)</sup>。

翻って日本の会社法をみるに、日本の会社の取締役の地位も、会社との委任関係にあるとされ（会社法（以下「会」という。）330条参照）、取締役は、委任に基づく善管注意義務（民644条）を負うとされているが、そのほか、明文で忠実義務（会355条）も定められている。また、忠実義務から派生する義務として、利益相反防止（競業避止）義務（会356条）、報告義務（会357条）、リスク管理体制の構築義務（大阪地判平成12年9月20日判時1721号3頁）なども認められてきている。

しかし、忠実義務がアメリカの信託法理によるものか否かについては、日本

---

49) 工藤敏隆「アメリカ合衆国連邦倒産法第11章手続におけるDIPの職務遂行規範—取締役の信託義務を中心に—」法学研究87巻12号（2014年）54頁以下が、アメリカにおける株主および会社と取締役などの関係が信託関係にあること、取締役の信託義務の内容が忠実義務と注意義務の二つを中核とすること、並びに倒産手続に入った後の管財人の信託義務とDIP型での取締役の信託義務の内容については詳しいのでそちらを参照されたい。

なお、平常時の会社では、株主こそが受益者であり、債権者は利害関係者ではあるが、受益者ではないとされる。債権者は、会社に対し契約上の請求権を有するにすぎず、また他の方法で自らの権利を護ることができる（信託法理適用の要件である一方が他方に一方的に依存する関係にはない）ことが挙げられている（同55頁）が、会社が倒産したときの取締役には、会社債権者に対する信託義務も一定の範囲で認められるケースは散見されるようであり、アメリカでも議論が若干揺れているところではある（同61頁以下、70頁以下）。付言すると、実際には倒産時の財団価値最大化原則の中で利害関係者の調整問題が別途あり、そこで債権者の利害は調整されるところではあるが、DIP型の第11章手続下では、存続会社の取締役は、管財人と同種の役割を負うため、直接の信託義務が債権者に対してもあるかという議論があり、ここでは肯定的な判例も見受けられなくはないようである（同73頁以下参照）。

50) 同上60頁。

の裁判所や会社法関連の学説は、否定的に解してきた経緯がある。すなわち、日本では、善管注意義務と忠実義務とは異なる概念かが争われ、判例上は同質のもの（同質説）と解されてきたのである（最判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁<sup>51)</sup>）。判例の見解によれば、忠実義務の規定の存在意義は、委任関係に伴う善管注意義務を強行規定とする点にあるに過ぎないと解されている<sup>52)</sup>。

これに対し、学会の有力説（異質説）は、戦後、アメリカのGHQの影響下で昭和25年（1950年）の商法改正により導入された取締役の忠実義務関連の規定は、アメリカ会社法（信認法理を含んでいる）の沿革によること、取締役・会社間に利害対立の可能性のある忠実義務の領域とそれがない注意義務の領域とを峻別すべきことから、やはり契約法理とは異なる異質の義務であると解すべきであること、別の条文でわざわざ日本法でも定めているのに同質とするならば、忠実義務の条文は不要なはずであること、などを理由とする<sup>53)</sup>。

詳しい学説上の議論は会社法関連の解説書に委ねるが、従来、異質説に対する同質説からの主な批判としては、異質説によるならば、善管注意義務は過失責任であり忠実義務違反は無過失責任となるはずだが、日本の会社法の規定は、過失に基づく損害賠償責任となっており、総株主の同意により会社に対する責任を免除できないわけではないこと（会424条<sup>54)</sup>）が指摘されている。また、アメリカの場合であれば、社外取締役として会社との利害対立が生じやすい立場の取締役が多いので、「忠実義務」違反に厳しく注意義務違反に甘くという法理が受け入れられやすいのに対して、日本の取締役の実態を前提とすると、

---

51) 忠実義務は、会社法330条（旧商法254条3項）、民法644条に定める善管義務を敷衍し、かつ一層明確にしたに留まり、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の高度な義務を規定したものではない」と判示された。

52) 江頭憲治郎『株式会社法【第6版】』（有斐閣、2015年）430頁。

53) 例えば、神田秀樹『会社法【第16版】』（弘文堂、2014年）222頁、北沢正啓『会社法【第6版】』（青林書院、2001年）412頁、赤堀光子「取締役の忠実義務（4・完）」法協85巻4号（1968年）532頁。

54) 江頭・前掲注（50）430頁以下。

アメリカのような截然たる二分法は不自然・不必要なものであると解されていたようである<sup>55)</sup>。

しかし、この立法がもともと母法たるアメリカの原理をよく理解してなされたものか、当時の昭和45年頃の最高裁の見解および従来の学説の見解が今なお妥当なものかについては、現在の日本で改めて検討する必要はあろう<sup>56)</sup>。もしアメリカの制度を導入しながら、その原理を曲解して解釈・運用していたようなことが他の法領域と横並びに改めて検討する中で明らかになれば、それに見合った修正が、解釈上または場合により立法上必要になりうるし、社会の変化に伴い、新しい問題が今後現れたときのために、これからの解釈・改正の方向性・視点を改めて検討しておくことには意味があると思われるのである。

## 第8章 日本の破産法における破産管財人の地位および職務・義務

会社法と同じく、アメリカ法の影響を多分に受けて、平成16年の破産法改正はなされている。また平成11年新設の民事再生法が、アメリカ連邦倒産法第11章手続を範としていることはとに有名であるが、破産管財人や再生債務者の地位についても、アメリカ法では信認法理に基づいたものになっていることは意識されていないまま継受したと思われるので、日本の破産法の立法状況および解釈の現状についても、確認しておくことにする。

---

55) 森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商81巻4号（1980年）476頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法【第3版】』（有斐閣、1994年）289頁注1など参照。

しかしながら、社外取締役が増えた現在の日本では、アメリカと状況が近接してきたとも言えるし、社外取締役の方がそもそも会社と利害対立し忠実義務違反を起こしやすいという発想の前提自体が、現在の社会状況に即しているのかといった点についても、再検討が必要であろう。

56) 例えば、近時、敵対的企業買収に際し現職取締役が対抗措置をとることが「忠実義務」の領域の問題と分類されるか否かで結論が大きく左右されることが指摘されるなど、アメリカ法の特色をどう捉えるかが改めて重要な課題となっている（徳本穰『敵対的企業買収の法理論』（九州大学出版会、2000年）51頁）。

## 1 破産管財人の地位（破産法74条以下）

### (1) 従来の学説

破産管財人の地位につき、当初、破産債権者代理説または破産債務者代理説が主張されたが、これはどちらも管財人の地位の一面しか捉えられていないと批判された。そこで、破産財団に法主体性を認める破産財団代表説というものが現れ、実定法の全趣旨から財団に法人格が推定され（法人格はないので暗星的法人）、管財人は代表者というような説明がなされた時期もあった<sup>57)</sup>。しかし、法人格を定める法規定がないことから、これも通説には至らなかった。

### (2) 近時の通説

近時は、破産財団の法人格（法主体性）を前提にせず、管財人を主体とする管理機構人格説が通説となっており、この説によると、破産管財人には独立した法主体性があり、破産債務者の法的地位を受け継ぐ側面と破産債権者の利益を代表する側面の二面性を持つものと解されている<sup>58)</sup>。

しかしこれも、破産管財人の地位およびそこから派生する義務を説明しきれるものではなかった。

### (3) 近時の有力説

そこで、アメリカ法の解釈に倣い、管財人を受託者とする説（信託型管理機構説または法定信託説）が有力になってきている。すなわち、信託構成を採ると説明がしやすいとして、債務者は委託者で、管財人は受託者で、債権者は受益者であると捉えるのである<sup>59)</sup>。

しかし、この説に対しては、①法定信託を認めることになるが日本の信託法に規定がないこと、②破産財団組成財産等の帰属換え（信託移転）が前提にな

57) 一般的な説明として、例えば、山本和彦ほか『倒産法概説【第2版補訂版】』（弘文堂、2015年）371頁以下参照。

58) 同372頁参照。

59) 例えば、山本克己編著『破産法・民事再生法概論』（商事法務、2012年）38頁以下〔佐藤鉄男〕。

るにも拘わらずそのような規定がないことが批判として言われている。

他方で、この批判に対する反論としては、私的整理における債権者委員長の地位は信託の受託者の地位にあたりと一般に解されているのと同様に解することができるはずであることなどが挙げられている。

#### （4）小括

破産法の管財人の地位に関しても、母法たるアメリカ・イギリスの信託法理という職業的身分に基づく特別な法原理を無視して、対等な当事者間の債権・物権関係に分けた契約法理的な発想で日本法独自の解釈を試みてきたひずみが見受けられる。アメリカでは、管財人は文字通り「trustee」であり、倒産制度における「trustee」は、法定信託における受託者として、破産者の財産を管理処分する権限を受託して職務を行うのであり、倒産制度は信託および信託法理をそのまま体现した制度になっているにも拘わらず、日本ではこのことにはほぼ触れられず、日本において管財人の地位をめぐる独自の解釈が厳然となされてきている。

しかしながら、管財人の地位を大陸法の発想ではうまく説明できずきたことは今までの学説状況からは明らかであろう。近時の有力説である信託型管理機構説もしくは法定信託説は、平成16年改正以降のアメリカ法継受による改正と相伴ってとりわけ浮上してきたものであるが、継受からみれば理論的に一番素直であると思われる。また、信託法上で従来法定信託を認めてこなかった日本法において、この説をとるには、日本でもそもそも法定信託というものを広く認めるかが一つの理論的前提課題にはなっていたが、平成17年改正信託法63条は法定信託を一応認めており、さらには、他の法分野でも法定信託なるものの成否が問題になっており、すでに判例上認められたケースがないわけではないことからすると、日本において法定信託が認められないという時代は終わった、すなわち、法定信託は、現在の日本では認められうると考えてよいのではないかと（法定信託の是非については、本稿ではこれ以上立ち入らない）<sup>60)</sup>。

## 2 破産管財人の職務・義務

破産管財人については、破産法上（以下、条文表記の際は「破」という。）、善管注意義務（破85条）および労働債権者に対する情報提供義務（破86条）、裁判所および財産状況報告集会または債権者集会への報告義務（破88条、破157条ないし破159条）が定められているものの、忠実義務に関する一般規定がない。信託法の受託者や会社の取締役と同様に信託関係に立ち、信託的構成を採るのであれば、破産管財人が忠実義務をも負うことが素直に帰結されうるが、そうでなくても、破産者から独立して裁量権を広く持ち、破産債務者のためのみならず総債権者のためにも職務に専念する義務があることから、やはり破産管財人には特別な義務として忠実義務が認められてしかるべきであるところ、アメリカ連邦倒産法第7章手続を参考にしてなされた平成16年の破産法改正では、忠実義務に関する一般規定は定められなかった。ドイツ破産法を範としていた旧法下の解釈においては、むしろ特に明文がなくとも忠実義務の存在に言及しているものも見受けられた<sup>61)</sup>が、現在の解説書では、忠実義務の存在につき沈黙しているものが多い<sup>62)</sup>。破産管財人の義務として、公正中立義務や忠実義務などが挙げられることがあると言及しているものも見受けられるが、具体的な義務の存否については曖昧なままである<sup>63)</sup>。

しかしながら、管財人に善管注意義務のみを負わせることで足りるかという問題が残る。たしかに、管財人には弁護士または弁護士法人が選任されることがほとんどなので、弁護士としての忠実義務または誠実義務があれば事実上足りるとの考えもありうるが、特定の依頼人のための本来的な弁護士業務と、総

---

60) 判例でも、公共工事の前払金保証制度の下での前払金支払いについて、法定信託らしきものを認めているものが見受けられる（最判平成14年1月17日民集56巻1号20頁、判時1774号42頁、判タ1084号134頁）。

61) 東京地裁破産・和議実務研究会編『破産・和議の実務（上）』（民事法情報センター、1998年）85頁、竹下守夫編『大コンメンタール破産法』（青林書院、2007年）362頁〔管家忠行〕。

62) 例えば、山本ほか・前掲注（50）372頁以下。

63) 例えば、伊藤眞『破産法・民事再生法【第3版】』（有斐閣、2014年）193頁以下。

債権者のための業務も関わる破産管財人の忠実義務とでは、具体的内容が異なることは当然に予想され、破産管財人としての忠実義務規定が欠如していることは、他の法律と比較しても問題がないとは思われない。

他方で、近時、産業廃棄物の処理に関し、破産管財人には公益配慮義務が認められるとする見解が出てくる<sup>64)</sup>など、これが注意義務からの派生的なものか否かの議論はさておき、破産管財人の義務の発展的な内容が問題になってきているので、信認法理に即してみると、日本の破産法上は、アンバランスな議論状況が見受けられるとやはり言えそうである。

また、アメリカの第11章手続を範として新設された民事再生手続でのDIP型における民事再生債務者は、手続前の債務者とは別の第三者的地位を取得するとされ<sup>65)</sup>、私法上の職務として公平誠実義務（民事再生法38条2項）および円滑進行・情報開示責務（民事再生規則1条1項・2項）が課せられている<sup>66)</sup>と説明されている。アメリカ連邦倒産法1107条aでは、DIP型の再生債務者は、管財人選任型の再生管財人と同じ地位にあるとされ、再生手続において管財人と同じく忠実義務を負い、否認権の行使もまた債務者自身が行使でき

---

64) 伊藤眞「破産管財人の職務再考—破産清算による社会正義の実現を求めて」判タ1183号（2005年）35頁、谷口安平監修『レクチャー倒産法』（法律文化社、2013年）43頁〔高田賢治〕、山本和彦『倒産処理法入門【第4版】』（有斐閣、2012年）68頁など。

65) 園尾隆司=小林秀之編『条解民事再生法【第3版】』（弘文堂、2013年）189頁以下〔河野正憲〕。

66) 日本でも、再生債務者が法人である場合における再生債務者の公平誠実義務の実質について、業務執行機関である取締役の義務を射程に入れたさらなる検討が進んでいるが、例えば、伊藤眞「再生債務者の地位と責務（上）（中）（下）」金法1685号12頁以下、同1686号113頁以下、同1687号36頁以下（いずれも2003年）、高田賢治「DIPの法的地位—公平誠実義務を負う主体とは何か」『最新倒産法・会社法をめぐる実務上の諸問題』（民事法研究会、2005年）172頁、森まどか「会社法から見た再生債務者の誠実義務—理論的検討」『民事特別法の諸問題・第5巻（上巻）』（第一法規、2010年）241頁以下、村田典子「民事再生法上の公平誠実義務と会社役員との義務への影響」神作裕之ほか『会社裁判にかかる理論の到達点』（商事法務、2014年）635頁、641頁、加藤哲夫「日米における『再生債務者・DIP』論の一断面—公平誠実義務と信認義務をめぐる理論状況—」民訴雑誌61号（2015年）1頁以下。

るとされている（同544条a・b、547条、548条）<sup>67)</sup>のに対し、日本の民事再生法では、アメリカの第11章手続を継受する際、再生債務者には自身の利害関係があることを無視しえないとして、管財人とまったく同じ義務を負わせることは厳密には難しいとの立法者判断から、忠実義務ではなく公平誠実義務という文言が入れられ<sup>68)</sup>、その上、再生債務者は否認権を行使できず監督委員または管財人が選任されていればそれらの者がこれを行行使することが規定された（民事再生法135条1項参照）。そのため、日本のDIP型民事再生手続では、監督委員または管財人が選任されない限り、否認権者はいないという状態が生じてしまっている。

公平義務は、原則として、同等の地位にある債権者を公平に扱う義務のことを言う。誠実義務は、一般に、自己または第三者の利益と債権者の利益が相反する場合に、自己または第三者の利益を図って債権者の利益を害することは許されない義務のことと解されている<sup>69)</sup>。再生債務者の公平誠実義務と同旨の規定は、特別清算手続の清算人（特別清算人）についてもみられる（会523条）が、これは、特別清算人の場合は、特別清算の開始によって清算人の性格が一変し、

67) アメリカの第11章手続についてはすでに多くの先学が紹介しているが、例えば、アメリカの立法経緯、判例・学説状況について比較的最近の詳細な論考として、工藤敏隆「アメリカ倒産法における管財機関の生成と信託理論（1）・（2）・（完）」慶應法学28号135頁以下、同29号325頁以下（どちらも2014年）、河崎祐子『企業再建手続運営のプロセスの法理』（信山社、2004年）、村田典子「再建型倒産処理手続の機能（1）・（2）・（完）—アメリカ合衆国における再建型倒産処理手続の発展過程—」民商129巻3号（2003年）50頁、同4-5号（2004年）184頁、松下淳一「米国連邦倒産手続の規律の現状及び立法論の動向—裁判権（jurisdiction）及び手続上の諸問題について—」学法34巻2号（1999年）23頁。

68) 村田・前掲（2）・（完）190頁以下参照。なお、2000年ドイツ倒産法270条1項・3項では、DIP型再建手続を導入する際、再生債務者自身の管理処分を認める場合でも、つねに監督委員の監視のもとに置くとして限定的な第三者的地位を認めるという制度設計がなされているのと比べても、日本の民事再生法は、財産の管理処分に関する責任の所在につき中途半端な制度になっていることから、その正当性を再検討する必要があることが指摘されている。

69) 才口千晴 = 伊藤眞監修『新注釈民事再生法（上【第2版】）』（金融財政事情研究会、2010年）188頁以下〔三森仁〕。

それまで会社のために忠実にその職務を遂行する義務を負っていた清算人が、あたかも特別清算手続開始時に改めて裁判所により清算人として任命されたのと同様に、中立的な立場に立つことを要求され、会社、株主および債権者に対して公平かつ誠実に清算事務を処理する義務が課せられたとされていることから、再生手続における再生債務者の公平誠実義務も同様に考えてよいと解されている<sup>70)</sup>ことから、公平誠実義務は忠実義務に関連するものといえる。

そうだとすると、なにゆえに忠実義務に関連する公平誠実義務が、DIP型の再生債務者本人には課されながら<sup>71)</sup>、管財人には（前述の破産管財人も含む）忠実義務の一般明文規定がないのか、他方で、再生債務者には公平誠実義務のみが課され、善管注意義務の規定が置かれていないのか。大陸法的な解釈を行う見解の中には、公平誠実義務には善管注意義務が含まれていると解せるからよいとの考えもあるようであるが、これらの規定は不揃いな状況であるとの感は否めない。

ただし、忠実義務の一般規定がないとはいえ、再生管財人には倒産手続の専門家として高度な注意義務が課されていると解されており、再建型の会社更生手続における更生管財人の義務と同様の内容となるとされているところ、会社更生法78条では自己取引が禁止され、同79条1項では競業避止義務が、同80条で善管注意義務が更生管財人に認められ、同80条の2では、労働者に対する情報提供協力義務が設けられている。忠実義務に関する一般規定は、破産法と同じく置かれていないものの、その前提として更生管財人は一般的な忠実義務を負っていると解することは一応可能ではあるが、忠実義務を一般的に更生

---

70) 前掲188頁 [三森] 参照。

71) なお、DIP型の手続においても、管財人はいないとはいえ、実際には、再生債務者（会社）が自身で実際に再生手続をするのではなく、弁護士が再生債務者代理人として再生手続に関与することがほとんどだとすると、その場合は代理人として再生債務者の代理として、債権者に対して公平誠実義務を負う（才口千晴「弁護士の役割と責任」自由と正義51巻2号90頁）のに対し、管財人になるなら善管注意義務はあるが公平誠実義務はないことになるといった形になるが、やはり管理処分に関する責任の所在・範囲としてこのような帰結が妥当か、疑問が残る。

管財人も負うのであれば（本来そうであると思われるが）、立法のあり方としては、一般的な忠実義務に関する規定を、会社更生法および破産法に定め置くのが素直であろう。

また、注意義務を高度化すれば足りるとの解釈もありうるが、管財人の責任が必ずしも適当な範囲に拡大して認められているわけでもない<sup>72)</sup>ことから、一般的な忠実義務規定が本当に不要なのかは疑問である。

なお、日本法の現在の立法状況のように、再生債務者と再生管財人の義務の範囲は異なってしかるべきだというのであれば、再生管財人は、倒産手続の専門家としてDIP型の再生債務者以上の責務を負っていても良いように思われるが、この点も法文上からは必ずしも明らかではない。

このように、破産法・民事再生法・会社更生法における管財人の義務内容は、DIP型の再生債務者の義務内容と併せて、信認法理の視点から俯瞰してみると、立法状況がかなり錯綜していると言えそうである。

## 第9章 信認法理の概括<sup>73)</sup>

前章までのところで、日本のいくつかの法における信認義務関連の状況を概観してきたが、ここで改めて信認法理全体を概括しておくことにする。

### 1 信認関係 (fiduciary relationship) の中心に位置するのは信託 (trust) であるが、さまざまな人間関係に適用されている。患者のカルテ開示が問題と

---

72) 例えば、敷金返還請求権に、質権を設定した貸借人の破産管財人が、破産手続開始決定後の賃料を支払うのに十分な銀行預金を有していたにも拘わらず、賃貸人との間で敷金をもって賃料に充当する旨の合意をして敷金返還請求権の発生を阻害した場合には、質権の目的たる債権の担保価値を維持する義務の違反となるとして責任が認められたが、他方で、この義務と破産債権者のために破産財団の減少を防ぐという破産管財人の職務上の義務との関係について裁判所の許可を得ていることから破産管財人が質権者への義務違反としないと考えるに当たっては、善管注意義務違反の責任を負うことにはならないとして免責されており（最判平成18年12月21日民集60巻10号3964頁）、善管注意義務の構成では一定の場合に免責がありうるため、忠実義務の構成に比べ、責任の範囲が狭くなってしまうことは否めない。

73) 樋口・前掲注(10)240頁以下参照。

なっている医師、依頼人の財産を預かった弁護士、下請けに払うお金を預かった元請業者、後見人となった金融機関などが典型とされている。

- 2 現代のアメリカにおいて、契約関係のみならず信託関係の重要性を考えると、受託者の裁量を尊重しつつ、その濫用や背信をいかにして防ぐかが課題となる。
- 3 アメリカでは、受益者の権利・受益権は、単なる債権ではなく物権的な効力を持ち、受託者のみならず第三者にも効力を及ぼしうる権利である。
- 4 従来、イギリス・アメリカにおいて信託は契約でないとされてきた。信託は、自己責任と自己利益の追求を基軸とする契約とは異なるものであり、第三者にも物権的効力の及ぶような受益権を設定する行為を契約とみることはできないとされてきた。

ところが、ラングバインは、現代のアメリカにおいて信託は契約とみるべきだと論じた。従来のアメリカでの通説は、契約との違いを強調しすぎて倫理性を説いたり、強行規定が多いかのような錯覚を生み出したりしてきたが、今や、当事者の自由の契機を強調し、その意思を尊重する信託法理を構想すべき時だと主張する。

- 5 これに対し、フランケルは、信託関係ゆえに認められる特別な効果（利益吐き出し制度）などを維持するためには、信託関係を契約関係とは別個のものとして立てておくべきであると主張する。
- 6 アメリカにおける契約関係と信託関係との違いは、信託関係においては、受益者の情報を他へ漏らしたり自己のために利用したりしてはならないという意味での守秘義務と、受益者に対する情報提供義務が生じる点にある。

守秘義務は、秘密の事柄・性格を示すと同時に、相手を信頼して打ち明けることも意味する。不用意に漏らせば善管注意義務違反であるが、信頼した受益者のためだけに情報を守り利用するという側面は、忠実義務の性格が強い。

情報提供義務には、受益者の求めがあって提供すべき情報と、求めがなくとも受託者が積極的に提供すべき情報がある。情報提供の態様として、口頭

その他の説明を意味する場合と、記録自体の閲覧・コピーを意味する場合との区分があり、代理やパートナーシップ、信託では、請求があった場合の記録の開示は当然とされている。また、情報提供義務の根拠には、3つの異なる側面があり、①自己決定のための情報提供、②忠実義務の履行を保証するための情報提供、③信頼関係の維持と強化のための情報提供である。①は自己責任へとつながるが、信認関係における情報提供義務は、自己責任を課すための手段ではない。

- 7 忠実義務と善管注意義務は、異なる概念であり、信認義務の両輪とされている。信認関係においては、重要な権限や財産を受認者の裁量にゆだねるために、権限濫用の可能性が大きい分、これらの違反については、外形的に判断し、不当な利得をすべて吐き出させる救済方法が提供される。損害賠償の算定についても、算定基準時を判決時にずらすなどにより厳しく判断されることがある。
- 8 信認関係においては、受認者の背信を防ぐために、契約関係に対するよりも強い公的介入（例えばアメリカでは裁判所の介入）が求められる。
- 9 信認関係と契約関係の相違に注目することが必要ではあるが、類似するものであることを否定するものではない。ある人間関係が、現実の社会において、自己責任法理ではなく、社会的に見て有益な依存関係として把握した方がよいとの法政策的判断が行われると、従来は契約法理で規律していた関係が信認法理に服するようになる。日本でも、公的介入を最小限度にした自己責任原理に基づく契約が支配すべき領域と共に、それと併存して、異なる原理に基づく人間関係の存在も重要であると認めるのであれば、契約法理とは別個の信認法理を確立することが求められることになる。
- 10 信認関係または信認法理に関連し、近時、弁護士の公共的役割に着目し、弁護士は依頼人に対してのみならず、第三者や公益に対しても一定の配慮義務（一般的損害発生回避義務）があることが、アメリカのみならず日本でも議論されるようになってきている<sup>74)</sup>。

## 第10章 おわりに

### 1 信認関係と契約関係について

信認関係または信認法理というものが日本法の考え方にも広く認められるのであれば、専門家責任もしくは職業的身分に基づく責任は、基本的にはこの理論で統一的に考えることができ、受認した専門家もしくは職業的身分にある者には専門知識を有するがゆえに大きな裁量権限や報酬権限が与えられ、他方で通常一般人とは異なる義務としての忠実義務や誠実義務などを負うこととなる。この理論はまた、国家、公的団体並びに公務員といった公的存在と国民または住民との関係にも該当し、これらも信認関係で説明されうるものである<sup>75)</sup>。

とはいえ、個々の専門職もしくは職業的身分の中身に応じて、それぞれ負うべき具体的義務は異なってくるものでもあることから、個別具体的に検討していく必要があることはいうまでもない。そのため、今後、信認法理一般を日本でどのように位置づけるか、また個別法規あるいは職務ごとにその法理をカスタマイズするのであれば、それをどのように行えば良いかは課題である<sup>76)</sup>。たしかに、本稿でも検討してきたように、日本の個々の法制度で個別に必要とされる具体的義務と内容を必要に応じて網羅的に定めれば、忠実義務というものを一般的に認めずとも結果としては足りるようにも思われるが、ドイツやフラ

---

74) アメリカの状況については、フランケル・前掲注(10) 157頁以下参照。日本では、加藤新太郎『弁護士役割論【新版】』（弘文堂、2000年）361頁以下が論じている。ただし、第三者ひいては公共に対する義務は、忠実義務の内実の問題ではなく注意義務の問題領域と思われるが、この問題に関する詳細は、他日を期したい。

75) フランケル・前掲注(10) 279頁以下。

76) フランケル・前掲注(20)(下)は、英米法の信認法理を大陸法に移植しようとする試みについて検討しているが、フランケルが述べるように、大陸法と英米法とで結論が異なるグレー・エリアも存在するが、異なるアプローチや異なる文化、英米法と大陸法それぞれの価値観を維持しながら、共通の目的を達成するために、同じような不正行為に対し同じような救済を認める共有されたシステムを作ることは可能なはずであろう（同82頁）。

ンスと異なり、日本では、アメリカ法の理念を、大陸法の理念と整合させるための精査および吟味が十分なされないままに継受した各種法律の改正が散見されるため、大陸法理とは本来異質なアメリカの信認法理に基づく規定をすでに導入してしまっているところの交錯状況をまず確認・検討する必要がある。

また、英米法の信認法理といった特別な法原理に基づく統一的視座を持たずに、大陸法型の契約法理のみを念頭に置いて個々の法について解釈・運用および今後の改正を別異に行ってきたので、それぞれに解釈・運用が分かれてしまい、法律相互間の整合性を欠いており、さらには本来の制度趣旨を実現するために理論的に必要とされるにも拘らず不足している法内容を把握しきれず、それぞれの法領域でアンバランスな立法状況を統一的に改善することが難しいまま放置されていることが懸念される。

## 2 弁護士の専門家責任について

会社法や破産法など他の法領域と共に再検討を行うかはともかく、日本の弁護士の職業的身分に基づく専門家としての責任をどのように規律していくかについても、信認法理の視点でいったん捉え直し、深い専門知識に基づく広範な裁量権を持つ資格職たる弁護士の地位にふさわしい、専門的な職務専念義務としていかなるものが必要か、現在および将来において足りないものは何かなどにつき、再検討することは有益であろう。

弁護士の職域が拡大する今日、例えば、弁護士が本来の法律業務として会社の顧問役を引き受ける場合のみならず、会社の社外取締役、監査役、清算人もしくは管財人または信託の受託者などに就任することがある際に、本来の弁護士の業務としての義務以外に当該兼職の義務をそれぞれどのように負うのかも、新たな難しい課題ではあるが検討しなければならない喫緊の課題と思われる。

信認法理という呼称を用いるか否か、または忠実義務と呼ぶか誠実義務と呼ぶかは別としても<sup>77)</sup>、重要なことは、依頼人・弁護士間の契約に基づく善管注意義務とは別に、自らの法の専門家あるいはプロフェッショナルとしての高

い職業的意識に基づき、自律的な特別規範たる弁護士法および弁護士基本職務規定などの立法・解釈により、個々の契約を超えた、弁護士という職業的身分にふさわしい固有の法的義務を、専門的職業としての一般的な義務として課し、そこから各種の法分野での役割に応じた具体的義務が十分に定められることが、社会の変化とともに改めて求められているのではないか。

中世のような生来的な身分社会は消滅したものの、技術の進化に伴い専門家が躍進する現代の社会においては、知的強者たる専門家に知的弱者たる依頼人が依存せざるを得ず、専門家に広範な裁量を与える関係が生じる一方で、知的強者の地位にあるがゆえに裁量権濫用の誘惑も高まる専門家の職業的身分を、社会的に規律し監督する特別な法制度もしくは具体的な特別な義務<sup>78)</sup>が、対等な私人間を前提とした契約法の修正原理として、私的にも公的にも求められている。

弁護士については、他の専門職にも増して、司法の担い役および正義の実現者として正義的役割・公共的役割が問われる中、弁護士の忠実義務、誠実義務、公平義務、情報提供義務、守秘義務、利益相反防止義務、ひいては近時説かれ

---

77) 田中・前掲注(15)の説明参照。また、加藤・前掲注(74)11頁、360頁以下も、弁護士の誠実義務(弁護士法1条2項)は、信認関係の弁護士・依頼者関係の構造に由来する忠実義務であると構成するのが相当とされている。

78) 付言すれば、日本の従前からの大陸法的な法制度の枠組みの中で説明すると、対等な当事者間の契約の建前を採りながら実際には当事者の力関係に偏りがみられる場合には、弱者保護のための社会経済立法がなされていることと同様の修正法理が必要なのだという説明の仕方もありうると思われる。

例えば、民法の雇用契約における労働者保護のための修正として労働三法などがあり、賃貸借契約における借主保護の修正原理として借地借家法があり、消費者保護の修正原理として消費者契約法などがあるように、一般人と専門家との契約においては、知識の偏りによる判断能力の力関係の差に基づき、依頼人と弁護士との委任もしくは準委任契約においては、弁護士法および弁護士基本職務規定を含む特別規定による依頼人保護を厚くするための修正が必要であり、また弁護士には公共的使命もあることから、依頼人のみならず第三者や社会全体の保護までが必要とされるといった説明もできるように思われるが、実は、このような説明の方が、高邁な思想性といったものは後退するものの、日本では一般の法律家の理解が得られやすいのかもしれない。

るようになった公益配慮義務（一般的損害発生回避義務）に至るまで、そのような要請を受けたものとして理解され、法的な内実を伴うものでなければならないと思われる<sup>79)</sup>。

### 3 善管注意義務および忠実義務の関係について

信認関係においては、第1に委託者の財産を「きちんと」管理運用してもらう必要があるため、受託者に善管注意義務が発生し、第2に受託者には私利私欲や第三者の利益を図らないで「すべて」を委託者のために管理運用してもらうため、忠実義務が別途発生する。注意義務は、対等な契約関係や利害関係ある相手方のみならず、第三者ひいては社会に対しても負うことのある一般的な義務であるが、忠実義務は一方が他方に依存せざるを得ない特別の人間関係もしくは力関係にある相手方に対して一方的に負う特別な義務である。

やや雑駁な私見にはなるが、英米法では、契約というものを基本的には結果責任的に考えており、契約内容を履行したか否かが問題とされており、行為責任的な注意義務の発想はほとんど契約行為の内容に入っておらず、契約関係にあるなしを問わず、何か人の不注意で損害が発生した場合は、損害軽減防止義務などを除き、基本的には不法行為の規律で処理するという法制度設計になっている。そのため、注意義務の相手方は元来契約関係の相手方と言うよりも一般を対象にした不法行為制度上の義務となっている。これに対し、大陸法では、契約関係には、特に高度の注意義務が個別に発生するとの観点から、契約内容に行為責任の発想が入っており、個別の注意義務が契約ごとに要請されているという前提になっており、契約不履行に基づく損害賠償の際も、契約が履行さ

---

79) 折しも、平成27年度の金融庁の重点施策として、金融業界では「フィデューシャリー・デューティー」という概念を浸透・実践することが要請されているように、日本法社会においても、信認法理の本格的な導入について積極的な動きが見受けられる（梅澤・前掲注（4）30頁以下）。ただし、特定人に対する義務を離れた一般的な公益配慮義務については、さすがに過大な義務ともなりうるので、一般不法行為法上の第三者（あるいは一般人）に対する注意義務を超えるものを負わせる必要性がどこまであるかについては、慎重に議論する必要があるだろう。

れたか否かで責任が決まるのではなく、不履行でも注意義務があったかなかったかが問題とされる構造になっているように思われる。ただし、現在の日本の債権法改正は、英米法との折衷から結果責任的に改正の方向が進んでいると言えよう。

忠実義務（ここに誠実義務は含まれるとするのが、アメリカの通説である）は、元来、英米法固有の身分法的な義務であることはすでに詳述してきたところであるが、日本法にある程度なじんではきたものの、注意義務あるいは誠実義務、公平義務といったものとの差異に関し、各種法域で理解がまちまちであるため、実質的な不都合性はさほど大きくはないとしても、また大陸法的に解釈を統一するにしても、この日本での錯綜した立法状況・理論状況につき、日本固有の統合的・整合的な法体系として、今後改善する必要はあるようには思われる。その際、信認法理という発想は、日本法ではこの用語を使うかは別にして、少なくとも、一つの統一の方向性を示唆する道具理論として有益であることは言えると思われる。

#### 4 今後の日本の法制度のあり方に関する示唆について

忠実義務あるいは誠実義務のような身分的な義務があることを認めるのは、万人の平等を謳った市民革命以降の近代国家にとっては、中世の身分制への回帰にも見えなくもないので懸念される向きもあるかもしれないが、冒頭で信認法理の現代的意義を検討してきたように、「20世紀は契約と信認の時代」とも言われ、現代の専門家社会および複雑な技術社会においては、万人が等しくすべての分野に精通しているわけではないことから、社会全体の身分における強者・弱者の関係ではなく、各専門的分野で「知的強者・知的弱者」の関係が生じうることを認識し、誰もが何かの専門家である限り、一般通常人以上の義務を負い、逆に自分の専門分野以外では、素直に知的弱者として専門家からの保護を受けうる社会に発展させることが実質的には豊かな法社会を形成していくのではないかとと思われるのである。英米法で発祥・発展してきた信認法理を、今日の文脈においては、現代の専門家社会を実りあるものにする概念として捉

えるべきだと考えるが、もちろん日本では、そのままの名前の法理として受け入れるかは別にして、その発想・内容を取り入れていくことは推奨されてよいのではないかと思われる。

(たむら・ようこ 筑波大学法科大学院教授)

---

\*本稿は、筆者が平成27年3月19日・20日開催の「法曹倫理国際シンポジウム東京2016『弁護士の本懐—弁護士の職業的役割と責任』」で行った報告に、加筆・修正したものである。

\*\*北秀昭先生には、本学での担当科目や担当業務が重なり、ご在職中に多くのご指導・ご教示を賜り大変お世話になりましたので、謹んでここに厚くお礼を申し上げます。



# 倒産手続における不法行為に基づく損害賠償請求権の処遇に関する序論的考察

直井義典

はじめに

第1章 優先的回収の正当化根拠

第2章 種々の手法の検討

- (1) 少額債権としての扱い
- (2) 請求権額の水増し
- (3) 非免責債権としての扱い
- (4) 直接請求権の付与
- (5) 債権者代位権の行使
- (6) 担保物権の付与
- (7) 間屋破産の場合の処理の類推による取戻権の付与
- (8) 信託・基金の設定

おわりに

はじめに

不法行為の加害者に倒産手続が開始された場合、倒産手続内で被害者の損害賠償請求権はどのように扱われるか<sup>1)</sup>。この問題は、すでに比較法的な検討がなされており<sup>2)</sup>、わが国でも実際に不法行為に基づく損害賠償請求権を他の債権よりも優遇した事例<sup>3)</sup>が存していたが、加害者が保険会社に対して有する保

---

1) 同様の問題は、倒産手続開始以前においても生じ得る（「保険法の見直しに関する中間試案」第2 6(1) (注2)）。事業再生 ADR での不法行為に基づく損害賠償請求権の扱いについて論じるものはないようだが、特定の種類の債権を優遇するという点では商取引債権の全額保証に関する議論が参考となるかもしれない。ここでは、全額補償の確約によって取引の継続を通じて倒産企業の事業活動の維持、事業の再生を図っている（富永浩明「私的整理から法的整理への移行の際の商取引債権の扱い」『倒産と金融』実務研究会編『倒産と金融』（平成25年・商事法務）377頁）。

險金請求権への被害者の請求を棄却した東京地判平成14年3月13日判時1792号78頁が出されたことによって再び注目を集めるに至っている。

この判決の事案は、加害者の製造した菓子を食べたことによる食中毒が原因で傷害を負った被害者が、加害者がその後に破産宣告を受けたために、加害者との間で生産物賠償責任保険契約を締結していた保険会社に対して加害者に代位して保険金を請求したというものである。なお、損害賠償請求権の額は、加害者の管財人に対する債権確定訴訟により確定している。裁判所は、被保全債権が加害者の破産宣告前に生じた原因に基づいて加害者に対して有する損害賠償請求権であるから破産債権に該当する以上は、破産手続を離れて個別に行使することはできないとして、被害者からの請求を棄却した。その結果として、不法行為に基づく損害賠償請求権といえども破産手続内で他の債権者の有する債権に比して優先的に弁済を受けるといことがないのである。

この判決に対しては、結論はやむを得ないが賛成できるものではないとの意見<sup>4)</sup>が大多数を占める。そこで不法行為に基づく損害賠償請求権を倒産手続内で他の債権者に先駆けて回収する方策が模索されることとなる。後述のように民事再生手続や会社更生手続の場合には破産手続におけるよりは柔軟な解決が可能であるとはいえ、根本的な解決は倒産法の内部で図り得るものではなく、問題は実体法の側に投げかけられている<sup>5)</sup>。

---

2) 伊藤眞「不法行為にもとづく損害賠償債権と破産・会社更生」判例評論330号（昭和61年）12頁。

3) 太平洋デパート更生事件ならびにオウム真理教事件である（伊藤眞＝岡正品＝田原陸夫＝林道晴＝松下淳一＝森宏司『条解破産法』第2版（弘文堂・平成26年）1681頁註17）。

4) 土田亮「判批」ジュリ1297号（平成17年）154頁、古笛恵子「判批」ひろば58巻2号（平成17年）54頁。

直接にはこの裁判例を問題としたものではないが、井上治典「債権者平等について」法政研究59巻3＝4号（平成5年）369頁も、「債権の発生原因、その後の債権者・債務者の関わりと債権の変遷などの経緯を捨象して、現時点での債権額のみを指標として形式的平等を図るとすれば、債権者の中には「不平等」と感じる者が出てくるに違いない。」との指摘をしている。

本稿では、不法行為に基づく損害賠償請求権を優先的に回収するための方法としていかなるものがあるのか、現行法下での解釈論として提唱されている手法のみでなく立法論的な手法も含めてそれらの特質を検討する。ただ、これらの手法について検討する前に検討しておくべき事柄がある。それは、なぜ不法行為に基づく損害賠償請求権を優先的に回収できるようにするべきかという点である<sup>6)</sup>。

そこで以下第1章では不法行為に基づく損害賠償請求権の優先的回収の正当化根拠について検討し、第2章で優先的回収を可能とする個々の手法について検討を加えることとする<sup>7)</sup>。

## 第1章 優先的回収の正当化根拠

不法行為に基づく損害賠償請求権を他の債権に先駆けて回収する根拠として衡平が挙げられることが多い。しかしそれだけでは内容を説明したこととならない。この点に関しては次の3つの考え方が<sup>8)</sup>。

第1は、人の生命・身体損害は財産権よりも保護に値するという法益の重要性に基づく衡平である<sup>9)</sup>。このような衡平の観念はすでに法制度にも取り入れられつつある。債権法の改正案においても724条の2が人の生命又は身体を害

---

5) 高橋宏志「債権者の平等と衡平」ジュリ1111号(平成9年)158頁、伊藤眞『会社更生法』(有斐閣・平成24年)190頁。

6) 広瀬裕樹「責任保険における被保険者の破産」愛知大学法学部法経論集165号(平成16年)97頁の指摘するように、不法行為に基づく損害賠償請求権について優先弁済を認めることは、債務者の不法行為の「つけ」を一般債権者に回すことを意味することにも注意を払っておかなければならない。

7) 損害賠償請求権を有する被害者が複数おり、損害賠償請求権額の合計が保険金額を超える場合の保険金分配方法も重要な論点であるが、本稿では扱わない。

8) 第1、第2の考え方については、沖野眞己「[保険関係者の破産、保険金給付の履行]補足」私法70号(平成20年)[以下、沖野①とする]65頁。

9) 佐藤鉄男「倒産手続における不法行為債権の処遇」福永有利ほか『倒産実体法』(別冊NBL69号)(平成14年)6頁も、不法行為に基づく損害賠償請求権を一般の倒産債権とすることは素朴な抵抗感を免れないとする。

する不法行為による損害賠償請求権の消滅時効を5年間としており、人の生命・身体損害が特別の扱いを受けているのである。

第2は、不法行為がなかったならば保険金請求権は発生していなかったはずであるにも拘らず、保険事故に起因して被害者を除いた加害者に対する一般債権者への配当が増加するのはおかしいという、原因結果関係に着目する考え方である<sup>10)</sup>。

第3は、取引関係から生じた債権の場合とは異なり、被害者は加害者に対して信用供与をしていない、すなわち加害者の無資力リスクを引き受けていないのだから、債務者の資力の有無を判断した上で債権者となった者よりも優先的に債権回収が図られてよいという考え方である。

これらの考え方の相違は、問題とする局面の相違をもたらす。

第1の考え方によれば不法行為に基づく損害賠償請求権のうち生命・身体損害に関するもののみを特別に保護すべきであるという考え方になる<sup>11)</sup>のに対して、第2の考え方によれば不法行為に起因して加害者の保険会社に対する保険金が発生する場合には損害内容のいかんにかかわらず一律の保護が与えられるべきであるが他方で保険金請求権が発生しない場合は他の一般債権者と按分での弁済となってもやむを得ないということになる。第3の考え方によれば、例えば不法行為者に貸与していた物がその者の故意または過失によって破壊された場合のように、不法行為の被害者であっても加害者に信用を供与している<sup>12)</sup>

---

10) なお、沖野眞巳「保険関係者の破産、保険金給付の履行」商事法務1808号（平成19年）〔以下、沖野②とする〕36頁註13は、一般責任財産からの保険料出捐により優先的に満足を受けることが当然に正当視されるのかはなお疑問なしとはしない、という。この点を強調すれば、保険料相当額については被害者に優先権を認めないという見解も成り立ちうる。この見解は、保険金請求権に対する抵当権の物上代位性に関するボアソナード草案839条2項に遡るものである。

839条「② 又其順序ノ如何ニ係ハラス右債権者中一人若ハ無抵当債権者中一人ノ為シタル保険ニ就テモ亦同シ但其保険賠償高中ヨリ保険ヲ為シタル者ノ従来支払ヒタル保険料ヲ控除ス可シ」

11) 「保険法の見直しに関する中間試案」第2 6(1)（注1）、沖野・前掲②31頁もこうした考え方の存在にふれる。

事例が考えられなくもない。そうだとすると、加害者と被害者との間の取引関係の有無によって、不法行為に基づく損害賠償請求権の優先的な取り扱いの可否を分ける可能性も認められる。

このうち第2の考え方のみでは立法論としては不十分なものであることは言うまでもない。前掲裁判例の事案のような場合には対処しうが、保険が付されていない場合の解決にはならない。このことは自賠法16条が自動車事故の被害者に保険会社に対する直接請求権を付与したにも拘らず、本稿の扱う問題が解決を見ていないことから明らかである。不法行為責任を生じ得るあらゆる活動について強制保険制度を構築することが非現実的である以上、第1の考え方も取り入れながら立法する必要がある。しかしながら第2の考え方が全く無用というわけではなく、保険に関する解釈論レベルではむしろこの考え方の方が説得的な議論を展開できるものと考えられる。保険金から一般債権者が利得すべきではないという衡平観はすでに担保物権に基づく保険金請求権に対する物上代位においても認められる考え方なのである。

そこで以下ではこれらの考え方を考慮しながら、不法行為に基づく損害賠償請求権を優先的に回収する手法を検討していくこととする。

## 第2章 種々の手法の検討

まずは現行法の下で不法行為に基づく損害賠償請求権に優先的な効力を与えるために取られている手法から検討していくこととする。

### (1) 少額債権としての扱い

民事再生手続ならびに会社更生手続においては、再生計画あるいは更生計画の認可決定確定以前に少額債権を弁済することが認められる（民再85条5項・会更47条5項）。これらの条文が適用されるには、少額債権に該当することに

---

12) もっとも、賃貸人には賃借人が破産した場合に取戻権が認められる（破62条）のであるから、信用を供与したといっても金銭貸与者や双務契約の一方当事者が先履行した場合は異なる面があることは否定できない。

加え、早期弁済により倒産手続を円滑に進行できることまたは早期に弁済しなければ倒産債務者の事業の継続に著しい支障を来すことが求められる。そして、少額債権に該当するかについては、これらの条項の前段の場合と後段の場合とで分けて考えられている。前段の場合は、債権額のみによって決定されるものではないが、再生債権者・更生債権者の頭数を減らすことによって削減される手続コストとの均衡の観点から判断される<sup>13)</sup>。これに対して後段の場合は、客観的・絶対的な数額が「少額」であることをことさら重視する見解はなく、一般に弁済対象となる債権額、再生債務者の資産総額、倒産債務者の業務の規模、弁済の必要性の程度などを判断要素として解釈されるという<sup>14)</sup>。倒産手続の円滑な進行要件が課されるのは、少額債権を弁済して債権者数を減らすことで債権の調査や関係人集会の招集通知等に要する時間と費用を節約することを目的とするものであり、少額であれば他の更生債権との間の実質的平等に反することもないことを理由とする<sup>15)</sup>。

では、不法行為に基づく損害賠償請求権はこの少額債権に該当するものと言えるのだろうか。

これらの規定の活用を解く見解も存在する<sup>16)</sup>。

---

13) 園尾隆司＝小林秀之編『条解民事再生法 第3版』（弘文堂・平成25年）431頁〔杉本和土〕。

また、商取引債権に関する指摘ではあるが、中森亘「私的整理から法的整理への移行における諸問題」「倒産と金融」実務研究会編・前掲362頁は、債権額ではなく、取引の時期（事業再生ADRの申請の前後）や種類（商取引債権か否かなど）を重視すべきものとする。

14) 園尾＝小林編・前掲435頁〔杉本〕。本文に示した要素のほか、「少額」とされている以上は数額は無制限というわけではなく、この文言自体が通常意味するところに限度がおかれることも指摘する。

15) 伊藤・前掲書185頁。園尾＝小林編・前掲431頁〔杉本〕はさらに再生計画の成立を容易にする利点も挙げる。

16) 伊藤・前掲書190頁註63は、不法行為に基づく損害賠償請求権について、会更168条1項柱書但書による解決を検討するほかに会更47条5項後段による弁済許可を活用する可能性があるとする。

公害や薬害あるいは製造物責任の事例におけるように被害者が多数にわたる場合については、債権者数を削減することによる手続コスト削減の効果は大きい。しかし削減される手続コストとの均衡が図れるかといえ、それは疑問である。すでに民事再生については10万円前後、会社更生については数十万円から数百万円程度が「少額」であるとの目安が示されているからである<sup>17)</sup>。不法行為による損害額がこの範囲に収まる事例であれば有用であるといえるが、被害者死亡事例ではこれらの条項の適用は困難である。

他方、不法行為に基づく損害賠償請求権の早期弁済をしなければ倒産債務者の事業継続に著しい支障が生じるかといえ、一般論としては否定的に解さざるを得ない。ごく例外的に、被害者が加害者の取引相手方であり、当該取引の打ち切りによって加害者である倒産債務者の事業が危殆化する場合<sup>18)</sup>や損害賠償請求権の弁済を早期に行わないと倒産債務者に対する社会的信頼が失われ事業の継続に著しい支障を来す場合<sup>19)</sup>にはこの要件をみたすものと考えられる。

以上のように、賠償額の金額あるいは被害者の属性によっては少額債権とすることによって不法行為に基づく損害賠償請求権を優先的に弁済することが可能であるが、必ずしも不法行為の場合一般に用いることができるものではない。また、加害者破産の場合は破産法に少額債権の弁済に関する規定がないことからこうした処理は不可能である<sup>20,21)</sup>。その意味で、現行法の解釈論としては意

---

17) 東京地裁破産再生実務研究会編著『破産・民事再生の実務 第3版 民事再生・個人再生編』（きんざい・平成26年）203頁、園尾＝小林編・前掲432頁註19〔杉本〕、伊藤・前掲書185頁註49。もっとも、東京地裁会社更生実務研究会編著『会社更生の実務 新版上』（きんざい・平成26年）222頁〔鹿子木康・氏本厚司〕は例外的に1,000万円という例もあり少額という文言にとらわれない弾力的運用がなされていると指摘する。

18) 被害者が加害者の事業の継続に不可欠な取引先であって、損害賠償請求権を弁済しなければ新規の取引を継続する可能性が高く、代替りの取引先が見つけれない場合である（伊藤・前掲書186頁、伊藤眞「新倒産法制10年の成果と課題 ～商取引債権保護の光と陰」伊藤眞＝須藤英章監著『新倒産法制10年を検証する』（金融財政事情研究会・平成23年）27～30頁、「新倒産法制10年を検証する ～事例に学ぶ企業再生」伊藤＝須藤監著・前掲91頁〔鹿子木康発言〕参照）。

19) 伊藤・前掲書186頁註52。

義深いものであるが、この手法には限界があると言わざるを得ない。

## (2) 請求権額の水増し

不法行為に基づく損害賠償請求権の金銭的評価が裁量に依拠する面が大きいことを利用して債権額の水増しによって一般債権者に比して優遇を受けることが破産手続において<sup>22)</sup>現実には行われているとされる<sup>23)</sup>。損害項目のうち積極損害・消極損害については裁量的な評価は困難であるが、慰謝料請求権については裁判官の裁量的評価にゆだねられている<sup>24)</sup>。したがって、慰謝料部分の数额を水増しすること自体は可能であろう<sup>25)</sup>。

しかし、裁判官はあくまでも慰謝料として妥当な金額内での水増しができるとに止まるものであって、無制限に金額の水増しができるというものではあるまい。金額の水増しがなされたからといって他の一般債権者が有する債権額が多額に上る場合には、水増しによって得られる配当率上昇の効果は極めて低いも

---

20) 川嶋四郎「無担保の一般債権者の処遇について」法セミ 526号（平成10年）45頁。

21) この問題に対処するために、佐藤・前掲7頁は、破産ではなく衡平的处理のしやすい民事再生・会社更生の選択を優先すべきであるとする。しかし、「当該債務者の事業又は経済生活の再生を図る」（民再1条）、「当該株式会社の事業の維持更正を図る」（会更1条）といった民事再生・会社更生の目的にはそぐわない面があることは否定できない。

22) 理論上は民事再生手続や会社更生手続においても同様の手法をとることは可能であるが、破産の場合には前述した少額債権としての扱いが認められないことから請求権額を水増しする必要性が高いのに対して、民事再生や会社更生の場合はその必要性は低いために現実には問題とならないものと考えられる。

23) 川嶋・前掲45頁。

24) 窪田充見『不法行為法』（有斐閣・平成19年）138頁、潮見佳男『債権各論Ⅱ 不法行為法 第2版増補版』（新世社・平成28年）71頁。

25) 中華人民共和国民法通則132条ならびにそれを承継した中華人民共和国侵權責任法24条は、被害者・加害者の双方に過失がない場合に実際の状況に基づいて双方が損失を分担するという公平責任を定める。これは加害者に故意・過失がない場合に損害賠償責任を負わせるものであるが、加害者の故意・過失に基づく行為によって発生した実損額を上回る賠償額を裁量によって支払わせるという意味では、請求権額の水増しも類例の発想に基づくものと言えなくもない。

のとならざるを得ない。また、加害者の倒産手続開始の有無とは無関係に被害者の取得する損害賠償額が等しくなるようにするというのであれば、加害者に破産手続が開始されることが見込まれるか否かによって慰謝料額を変動させるのが論理的であろうが、このように慰謝料額を変動させるのは奇妙である。加害者に倒産手続が開始された場合には被害者の精神的苦痛が増大するということはないだろう。さらに、水増しの主体は裁判官であることが想定されており、裁判外の和解によって加害者が自発的に慰謝料額を増大させたような場合には破産手続において管財人が否認権を行使する可能性があるのではないか。

このようにこの手法にはいくつかの疑問点がある。あくまでも結論の妥当性を追求した弥縫策に過ぎないというべきであろう。

### (3) 非免責債権としての扱い

破産法253条1項2号・3号によって、不法行為に基づく損害賠償請求権の保護を図ることも考えられる<sup>26)</sup>。確かに免責されないという意味では保護が強化されていると言えなくもないが、加害者に対する他の債権者との関係で優先されているのかといえ、そのようには言えない。また、そもそも2号の「悪意」とは他人を害する積極的な意欲を意味するものと解されており<sup>27)</sup>、3号も故意又は重大な過失に基づく生命・身体損害の場合に限定された規定である。したがって、軽過失に基づく生命・身体に対する不法行為や、害意はないが故意・過失あるその他の不法行為の場合にはこれらの規定を用いることはできず、これのみをもって、不法行為に基づく損害賠償請求権の実効性確保を図ることはできない。

### (4) 直接請求権の付与

この手法はすでに自賠法16条に見られるものであり、保険金一般について

---

26) 佐藤・前掲8頁以下。

27) 伊藤＝岡＝田原＝林＝松下＝森・前掲1680～1681頁。

被害者に直接請求権を付与することも検討されている<sup>28)</sup>。

ところでこの手法は、加害者の第三債務者に対する請求権の存在を前提とするものである。第三債務者の不法行為が原因となって加害者が被害者に対する加害行為をするようなことも考えられるが、現実には、加害者である被保険者が保険者に対して請求権を有する場合に用いることが想定される。保険金請求権はあくまでも加害者の責任財産に止まるものであるから、加害者の倒産手続内で被害者が行使するのは取戻権ではない。また、被害者は債権者の地位に立って保険金請求権を行使するものであり直接訴権の行使によって保険者の地位に変動が生じるものではないから、保険者は保険契約上の免責事由や抗弁を主張することができる<sup>29)</sup>。

前述のようにすでに商法旧667条<sup>30)</sup>や自賠法16条に取り入れられている手法であるので、立法にあたっての障害は少ないとも見受けられる。しかしながら、商法旧667条は他人物の保管者の責任に限定した規定であって、保険金請求権が保管していた物の地位に入れ替わったとの説明になじむ<sup>31)</sup>。また、自賠法がうまく機能している<sup>32)</sup>のは自賠責保険について加入強制が定められている（自賠法5条）ことによる<sup>33)</sup>。すなわち、任意保険の場合は加害者が保険に加

---

28) 「保険法の見直しに関する中間試案」第2 6(1) (注4) (i)、沖野・前掲②29頁以下、沖野・前掲①65～68頁。

29) 沖野・前掲②29頁。

30) 中西正明「責任保険における「第三者」の地位」香川大学経済論叢29巻4号（昭和31年）23頁は、契約法の一般理論に反することは認めつつも、責任保険の内在的な任務からすると、被害者は自己の名で直接保険者に保険金を請求し得るべきものであるとする。甘利公人「判批」損害保険研究64巻4号（平成15年）252頁は、商法旧667条の定める直接請求権は被保険者と保険者の意思に基づくものであり、被保険者につき生ずる契約上の効果として、保険者は保険金を被害者に対して支払う義務を負う。そして、加害者である被保険者が破産しておりかつ被害者の救済が第1に考えられなければならない事案では同条の類推適用により被害者の保険者に対する直接請求を認めることができる、とする。

しかしながら、被害者が当初から物の返還請求権を有していた商法旧667条の場合と、被害者が加害者に対して何らの権利も有していなかった不法行為の場合とを同視できるか疑問がある。

入しているとは限らないことから、保険契約の存在を被害者が知ることは困難である。すでに指摘されているように、保険者に対して保険契約の存在についての情報提供義務や被害者からの照会に対する対応義務を課すことは、保険者に過大な負担を負わせるものである<sup>34)</sup>。また、保険金を請求してきた者が本当に被保険者の不法行為の被害者であるのか、損害の範囲はどれほどのものであるのかなどにつき保険者が調査しなければならないというのも不当である<sup>35)</sup>。したがって、被害者の保険者に対する直接請求権行使を認めるためには、判決、

---

31) 抵当権設定者の下で抵当目的物が滅失した場合に保険給付請求権に対して物上代位が認められるのと類似の説明が妥当する。

これに対して中西・前掲47頁は、責任保険のうちで保管者の責任保険のみが商法旧667条のような督促を必要とする理由はなく、立法者が想定したのが保険者の責任保険のみであったことからこのような限定的な条文の定め方になったのではないかとして、直接請求権は責任保険契約全般に認められるべきだとの見解を示す。広瀬・前掲114頁もこの見解に賛意を示すが、直接請求権には手続面での問題があることも考慮すると責任保険契約全般への直接請求権拡張のは躊躇を憶えざるを得ないとする。

32) ただし、自動車保険では、加害者側である被保険者が保険者に示談交渉を依頼して保険者が対応するのが通例であること、約款上保険金の支払要件が定められていることから、実務上被害者の直接請求権に基づき保険金を支払うことはほとんどない、とされる(浅湫聖志「賠償責任保険において保険金から優先的な被害の回復を行う方法について」保険学雑誌599号(平成19年)240頁)。

33) 浅湫・前掲234頁も、強制保険に限って被害者から保険者への直接請求権を認めることに実務面での支障は少ないとの指摘をする。

34) 直接請求権を実効的なものとするためには被害者に保険契約の存在を知る機会を与える必要があることから、損害賠償請求権について被保険者と被害者との間で確定した段階で被害者から被保険者に対する責任保険契約についての情報を提供することを請求できるものとされる(沖野・前掲①68頁)。

35) 肥塚肇雄「責任保険契約における特別先取特権と第三者保護措置」竹瀝修＝木下孝治＝新井修司『保険法改正の論点』(法律文化社・平成21年)213頁以下は、保険者が請求者に対する対応に追われコストが増大するおそれがあり、被害者と被保険者の責任関係と被保険者と保険者の責任関係とで齟齬が生じるおそれがあることを理由に、保険会社としては直接請求権付与には消極的であるとする。遠山聡「責任保険契約」甘利公人＝山本哲生編『保険法の論点と展望』(商事法務・平成21年)180頁、浅湫・前掲235頁も同様の指摘をする。

裁判上の和解、倒産手続における債権の届出・調査・確定を経た破産債権者表等の記載等の公的な確定を要する<sup>36)</sup>。また、被害者の権利は破産債権・再生債権・更生債権でありながら、担保権者や租税債権者よりも優先させるのは違和感があるとの指摘<sup>37)</sup>も無視できない。

#### (5) 債権者代位権の行使

直接訴権と類似のものとして債権者代位権行使も考えられる。前掲の裁判例でも被害者は債権者代位権を行使している。しかしこの方法では、すでに指摘されているように<sup>38)</sup>、他の一般債権者が代位訴訟に参加したときは按分弁済を否定できないのであり、不法行為に基づく損害賠償請求権の優先的回収の手法としては不十分である。

#### (6) 担保物権の付与

特別先取特権、質権、抵当権を有する者は破産手続、民事再生手続においては別除権を行使でき、会社更生手続の場合は更正担保権者として更生手続に組み入れられるものの会社更生法168条3項が更生担保権を最優先順位のものとして扱っていることから優先的な弁済を受けることができる<sup>39)</sup>。また一般先取特権者は破産手続では優先的破産債権者（破98条1項）として、民事再生手続では一般優先債権者（民再122条1項）として、会社更生手続では第2順位の権利を有するものとして扱われる（会更168条1項）。このように、担保権が付

---

36) 沖野・前掲①66頁、沖野・前掲②29頁。

37) 「シンポジウム 保険法改正」私法70号（平成20年）89頁〔中島弘雅発言〕。

38) 沖野・前掲①66頁。

39) もっとも通説は、先順位者の権利変更の程度が後順位者のそれよりも少なければよいとする相対的優先説に立つ（伊藤・前掲書555～558頁参照）から、優先的な弁済が認められるといっても先順位者が全額の弁済を受けない限り後順位者は一切の弁済を受けることができないという意味ではない。川嶋・前掲44頁は、現行法の解釈として更生担保権との関係で劣後する不法行為債権者も相対的優先説によれば救済可能であるとする。伊藤・前掲書190頁註63も同様の趣旨であろう。

与されることによって債権者は優先弁済を受けることが可能となるが、一般先取特権には他の種の担保物権に比べると弱い効力しか認められていない。

それでは立法論として不法行為に基づく損害賠償請求権にいかなる担保権を付与することが考えられるだろうか。まず、不法行為の被害者と加害者との間の事前交渉というのは取引的不法行為の場合を除き通常は考えにくい。そこで法定担保物権である先取特権の付与が志向される。そして、加害者が保険者に対する保険金請求権を有する場合を除いては、被害者が取り立てて加害者の特定の責任財産に利害関係を有していると言うことはできないから、ここでは一般先取特権が付与されることとなろう<sup>40)</sup>。

この先取特権付与もすでに保険法見直し中間試案で指摘されていた手法であって<sup>41)</sup>、保険法22条1項は被害者に保険給付請求権に対する特別先取特権を付与している<sup>42)</sup>。このように直接請求権ではなく特別先取特権が付与された理由として、不特定多数人に生じる被害の範囲・程度が自動車事故のそれをはるかに凌駕することが想定されることから、被害者を救済するにしても被害者に直接請求権を認めることは保険者の被害者に対する関係を想定した場合に立法政策上妥当ではない、すなわち保険者が被害者に直接対峙することとなるから保険者のコスト増大につながるものが挙げられている<sup>43)</sup>。また、直接請求権は第三債務者が存在しない限り行使しえないのに対して先取特権は不法行為に基づく損害賠償請求権そのものに担保権を付与するものであるから第三債務者の存在を前提とするものではなく、したがって、被害者が保険者との間で保険契約を締結していない場合であっても用いうるという意味で広い射程を有する。

40) 先述したような倒産手続内での一般先取特権の効力に鑑みてより強力な法定抵当を導入することも考えられる。現に法定抵当制度を有する国もある。しかしわが国では抵当権は約定担保物権として確立されているのであり、その点を変動させてまで法定抵当を導入しなければならないものなのか、慎重に検討しなければならない。

41) 「保険法の見直しに関する中間試案」第2 6(1)(注4)(ii)、沖野・前掲①65～68頁、沖野・前掲②30頁以下。

42) 原子力損害の賠償に関する法律9条1項も同様である。

43) 肥塚・前掲215頁。

以上の点で先取特権付与の方が直接請求権よりも優れていると考えられるが、問題点がないわけではない<sup>44)</sup>。先取特権の行使に当たっては先取特権の存在を証する文書（民執法181条1項4号）が要求される。さらに、保険法22条の下では先取特権の存在を証するために被保険者に対する損害賠償請求権の存在のみならず、責任保険に係る損害賠償債権であることの両方が示される必要がある。これらの点は、被害者にとってやや負担が重いとも考えられる。また、先述のように会社更生手続においては更生担保権等として扱われるため、会更法168条3項が先取特権には第1順位又は第2順位を与えているとはいえ、倒産手続の影響を受けない直接請求権方式に比べると被害者に不利だと言える。特に、一般先取特権しか付与しえない場合には不利益の程度は相対的に大きい。

#### （7）問屋破産の場合の処理の類推による取戻権の付与

判例<sup>45)</sup>・学説は、問屋が破産した場合において、買入れ委託に基づいて取得した物品につき委託者に取戻権を認める。これを、実質的利益が認められ、他の債権者を害することのない客観的態様（公示・特定性）を備えていれば取戻権を認めているものと整理し、加害者が保険者に対して有する保険金請求権について被害者に取戻権を認める見解も主張された<sup>46)</sup>。

確かに、責任保険の趣旨が被害者救済にあるのであれば公示・特定性を備えたものと言える。しかし、前掲裁判例が指摘するように、責任保険の趣旨は不測の損害賠償義務を負担することによって加害者が被る損害を填補することであり被害者の救済はその反射的利益に止まるとの見解も有力に主張されるところである。そうだとすれば、問屋の場合ほどの公示・特定性を認めることはできないだろう。また、保険金請求権の場合を超えて不法行為に基づく損害賠償請求権に基づく取戻権行使を認めるのは、不可能といってよい。

---

44) 以下、沖野・前掲①67頁、沖野・前掲②30頁。

45) 最判昭和43年7月11日民集22巻7号1462頁。

46) 古笛・前掲57頁。ただし、保険法制定以前の見解であり、保険法制定によって議論の実益は失われたものと言うべきであろう。

## (8) 信託・基金の設定

保険金を信託財産あるいは基金として構成し、倒産手続上は取戻権を認める構成も提唱される<sup>47)</sup>。取戻権は破産・民事再生・会社更生のいずれにおいても認められているから、最も確実に不法行為に基づく損害賠償請求権の優先的な確保ができる。この場合、誰が設定者、受益者となるかについては、被保険者が設定者であり保険金請求権を信託財産として被害者を受益者として信託しているという構成、保険者が設定者であり保険給付である金銭を被害者のために信託財産としているとする構成などの複数の構成が考えられる<sup>48)</sup>。いずれの構成も可能であろう。

しかし、当然のことながら信託財産あるいは基金がなければならぬから、直接請求権と同様に、保険金請求権が生じる場合にのみ用いることができる手法である点に限界がある。また、信託の設定には信託契約・遺言・信託宣言の場合は公正証書その他の書面又は電磁的記録が要求されるが、現行法上は、この局面では黙示の信託契約がなされたものと見るほかないだろう。擬制信託 (constructive trust) を容認しているわけではないわが国では、信託構成を認めるのは困難と思われる。もちろん、立法論として法定信託を採用することはできる。

おわりに

以上、加害者の倒産手続において不法行為に基づく損害賠償請求権を優先的に処遇する方法を検討した。これまでに提起された手法を列記したにとどまり、結論としても現行法の解釈では処理できず実体法レベルでの立法が求められる

---

47) 甘利・前掲250頁は、保険給付は被害者救済の基金として破産者の資産から離脱しておりそれを保険者が管理しているとする。また、前掲シンポジウム89頁〔中島弘雅発言〕は信託財産構成を提唱する。

保険金が破産財団に属するとの前提を疑問視する広瀬・前掲85頁も同様である。

48) 前掲シンポジウム90頁〔沖野正巳発言〕。基金構成をとる甘利・前掲250頁は被害者に支払われるために保険者が管理しているとして後者の構成に依る。

という従来指摘されていた点を確認したに止まる。立法論としては、保険金請求権が発生しない場合も含めて処理が可能であり解釈論に依拠する点の比較的小さい一般先取特権の付与が最も適当であると言えようか。もっとも、保険金請求権が発生しない場合も含めた処理を志向することは先述した第1、第3の正当化根拠に依拠することを意味する。第2の正当化根拠なしに正当化を図ることができるのかは問題として残っている。また引き続き、諸外国における先取特権制度の変遷、保険金請求権についてどのような属性の者がどのような法的根拠によって優先権を行使できるものとされているのか等の検討が求められる。

本稿は、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。

（なおい・よしのり 筑波大学法科大学院准教授）

# 競争法に晒される公序保護

——フランス警察法の変容と経済公法の位相

日 野 辰 哉

- I. 序
- II. 警察措置の判断過程と競争自由原則
  1. <行政警察法>素描
    - (1) 行政警察と公序
    - (2) 警察法の基本的枠組
  2. 警察法と競争法調整の法構造
    - (1) Société L&P Publicité SARL 事件
    - (2) Commune d'Houlogate et Société d'exploitation du casino d'Houlogate 事件
- III. 競争規範考慮義務のインプリケーション
  1. 専門技術的知見を要する事実の評価と司法審査
  2. 公法・私法区分論へのインパクト
- IV. 結

## I. 序

日本で、事前規制型の行政から事後チェック型の行政へと転換すべく新たな制度作りや競争政策・消費者政策の展開に取り組む「規制改革」が提唱されたのは、90年代末であった<sup>1)</sup>。規制改革の名の下で、消費者契約法の制定や独禁法をはじめとする間接規制の整備・強化が推し進められると同時に、直接規制である経済的規制の緩和を目的として、いわゆる「業法」が改正された<sup>2)</sup>。業法規制の改革によって、市場での事業者間競争が活発化し、それによるメリットを消費者が享受する機会が増える一方で、行き過ぎた競争の歪みが、様々な

1) 総務庁編『規制緩和白書 2000年版』（大蔵省印刷局、2000）93頁～94頁。

2) 日野辰哉「経済行政における公的規制のあり方—競争促進と安全確保の行政手法—」佐藤英善先生古希記念論集『経済行政法の理論』（日本評論社、2010）43頁～45頁。

事故等の発生という形で現れるようにもなった。

この競争の歪みすべてを消費者の手による司法的な問題処理に委ねることは、現実的にも理論的にみても許容されるものではない。そのために業法規制の強化（再規制）が模索されただけでなく<sup>3)</sup>、事業領域横断的な規制制度が構築された。消費者庁の設置をはじめとする消費者庁設置関連3法がそれである。各種の業法を所管する行政機関は、様々なレベルでの接触を通じて業界団体等に取り込まれる危険に晒されるため、業法規制の消費者保護機能が弱められる傾向にあるが、新たに設置された消費者庁は、事業者に取り込まれるおそれが少なく、消費者保護機能に特化し、なおかつ、業界の区分を超えた横断的な行政活動が期待される<sup>4)</sup>。この消費者庁の設置によって、消費者法または経済（公）法は、新たな段階に入ったといえよう。

とりわけ、理論的に注目されるのが、消費者安全法に基づく内閣総理大臣の措置命令等の権限である（消費安全第17・18条）。この権限は、「商品等又は役務が消費安全性を欠く」場合に対処すべく定められたもので、業法規制が機能しない場合には補充的な位置付けが与えられ、業法規制がそもそも存在しない場合には唯一の規制手段ということになる<sup>5)</sup>。消費者安全法は、まさに、「警察概括条項」を備えているといえる<sup>6)</sup>。今や日本の行政は、市場で事業者間の競争を通じて消費者に提供される「商品等又は役務」に起因する消費者の法益侵害に対処することが求められている。換言すれば、市場における競争秩序、事業者の営業の自由、消費者の権利との関係を踏まえながら、行政規制のあり方を考察しなければならないのである<sup>7)</sup>。

同様の問題は、フランス行政法、とりわけ経済公法においても見出すことが

---

3) 中川丈久「消費者被害の回復—行政法の役割—」現代消費者法第8号（2010）34頁以下。

4) 内閣府に設置された消費者委員会は、消費者庁を含めた消費者行政全般に対する監視機能を有する独立した第三者機関という位置づけを与えられている。内閣官房消費者行政一元化準備室「消費者庁関連3法の概要」ジュリ1382号（2009）6頁～11頁。

5) 消費者庁編『逐条解説 消費者安全法』（商事法務、2010年）135頁～138頁。

6) 宇賀克也「消費者庁関連3法の行政法上の意義と課題」ジュリ1382号（2009）33頁。  
中川丈久「消費者行政—消費者庁の設置と今後の法制展開」ジュリ1414号（2011）56頁。

できる。それは、経済分野における積極的な国家介入を特徴としてきたフランス経済法<sup>8)</sup>が、新自由主義的な経済政策の下で、その様相を変えつつあることの現れともいえる。本稿の検討対象との係りでいえば、フランス法に大きな影響を与えたのが、「価格および競争の自由に関する1986年12月1日オールドナンス<sup>9)</sup>」であり、その淵源はEC条約（とりわけ81条と82条。現EU運営条約101条、102条）にあった<sup>10)</sup>。

市場における自由競争の実現を迫られていたフランスにおいて、公権力特権を有する行政機関が権限を行使する際に、競争法を考慮すべきか否かが問われるようになったのは90年代に入ってからであった。本稿の目的は、公権力特権を有する行政警察措置と競争法とが交錯する局面に焦点を置き、行政警察法のどの部分がいかに変容したのか、そして、行政警察法変容の意義を明らかにすることにある。

## II. 警察措置の判断過程と競争自由原則

### 1. 《行政警察法》素描

本稿で扱う警察法とは、フランスでは司法警察（*police judiciaire*）とは明確に区別される行政警察（*police administrative*）を指す。この行政警察は、行政活動一般から区別され、特別な位置付けを与えられるが、さらに、行政警察は、講学上、一般警察（*police générale*）と特別警察（*police spéciale*）とに区分さ

---

7) 道路運送法のタクシー運賃規制についての下級審判決を検討することで、運賃規制と市場競争や消費者の権利保護との関係について理論的考察を試みたものとして、日野辰哉「判批」判時2127号（2012）148頁。

8) 奥島康孝『フランス競争法の形成過程』（成文堂、2000・初出1971）3頁。

9) Ordonnance n°86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JO*, 9 décembre 1986, p.14773. この法律は、その後の数多の修正を加えられながら、商法典 L.410-1 以下に収められている。

10) EC競争法を概観するものとして、庄司克宏『EU法政策篇』（岩波書店、2003年）57頁以下。支配的地位の濫用に関する先例については、中村民雄・須網隆夫『EU法基本判例集第2版』（日本評論社、2010）301頁以下。蛭原健介「フランス経済公法の変容とEU法」立命300・301号（2005）778頁以下。

れている。本稿では、それぞれの警察措置と競争法との接点に焦点が置かれる。そこで、まずは、本稿の対象となる行政警察、及び、一般警察・特別警察の位置づけを明らかにし、次に警察法の基本的枠組を明らかにする<sup>11)</sup>。

### (1) 行政警察と公序

行政警察は公益 (*intérêt général*) よりも狭い概念である公序 (*ordre public*) の確保を目的とし、この点で、行政警察と司法警察は共通している。しかし、司法警察が事後制圧的な目的 (*but répressif*) 実現のために活動しているのに対して、行政警察は基本的に事前予防的 (*préventif*) な活動を行う<sup>12)</sup>。こうした区分は、行政機関と司法機関の分立原則 (*principe de séparation des autorités administratives et judiciaires*) を反映している<sup>13)</sup>。

次に、特別警察と対比させながら一般警察の特徴を明らかにする。特別警察とは、法律が一般警察権限を有していない行政機関（県または国の行政機関）に警察権限を付与する場合、又は、一般警察権限を有する行政機関（以下適宜、警察機関とする。）が厳密な意味での一般公序 (*ordre public général*) に含まれない特別公序 (*ordre public spécial*) の確保を追求する場合をいう。一方、一般警察は、個々の法律に基づくのではなく黙示の授權規範に依拠しており、かつ、一般公序の確保を目的とする<sup>14)</sup>。一般公序は、市町村警察の三つの基本的な追求目的である、公共の安全 (*sécurité publique*)、公共の静謐 (*tranquillité publique*)、及び、公衆衛生 (*salubrité publique*) から成ると伝統的には考えられてきた<sup>15)</sup>。これを反映したものが、市町村の組織化に関する1884年4月5日

---

11) Charles-Édouard MINET, *Droit de la police administrative*, 2007, Vuibert, p.21.

12) エティエンヌ・ピカール / 浜川清訳「フランス法における警察と個人情報の秘密」『各国警察制度の再編』（法政大学出版社、1995）60頁。

13) Minet, *op. cit.* (note 11), pp.65-66. 無論、この区別は理論上のものに止まり、個々の警察活動は明確に区分できるものではない。岡部正勝「フランス警察行政法における行政警察と司法警察—警察官の権限法を題材とした一考察—」渥美東洋先生古希記念『犯罪の多角的検討』（有斐閣、2006）271頁以下。

14) MINET, *op. cit.* (note 11), pp.56-57.

法律第91条以下であり<sup>16)</sup>、現行の地方公共団体一般法典（以下、CGCTとする。）L.2212-2以下の規定である。しかし、この公序概念は決して固定的なものではなく、CGCT.L.2212-2に示された公序の構成要素は例示と解されており、社会の変動に即応し得る柔軟性を備えた概念であるという<sup>17)</sup>。従って、一般警察と特別警察の区別は必ずしも厳格なものではない<sup>18)</sup>。

## (2) 警察法の基本的枠組

公序維持という行政目的を達成するために、警察機関は、警察措置と呼ばれる行政処分によって諸個人の自由を制限する。かつては、公序保護の要請と諸個人の自由とは対立的関係にあると考えられていたが、現在では、調整可能なもの（*conciliable*）であり、かつ、相互補完的な（*complémentaire*）関係にあると考えられている。そして、公序保護の要請と個人の自由との調整が適法になされているのかを最終的に担保するのが行政裁判所である。

行政裁判所による警察措置の適法性の統制は二段階に分けられる。すなわち、厳密な意味での「事実の性質決定（*qualification juridique des faits*）」と「必要性の統制（*contrôle de nécessité*）<sup>19)</sup>」である。事実の性質決定では、警察措置を根拠付ける公序侵害（*trouble à l'ordre public*）（または、そのおそれ

15) 三浦大介「フランスにおける行政警察の概念」渥美東洋篇『犯罪予防の法理』（成文堂、2008）250頁。

16) *Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale*. *JO*. 6 avril 1884, p.1557. この法律については、亘理格「フランスにおける国、地方団体、住民 — 1884年《コミュン組織法》制定前後（1）～（5・完）」自治研究第59巻第3号（以下、1983）92頁、第8号86頁、第9号95頁、第10号81頁、第12号79頁が詳しい。この時期の市町村警察については、浦田一郎「憲法的公共性とフランス警察法における『公序』観念について（二）（三）」山形大学紀要（社会科学）第12号第2号（1982）161頁～164、第13号第2号（1983）129頁～136頁が詳しい。本法を引き継いだCGCT.L.2212-2は「警察概括条項」といえよう。

17) MINET, *op. cit.* (note 11), pp.35-36.

18) 三浦・前掲注（15）259頁～260頁。

19) この必要性の統制は、最大限の統制（*contrôle maximum*）または比例性の統制（*contrôle de proportionnalité*）とも呼ばれている。

menace) が一定の具体的事実によって根拠付けられているのか否かが問われる。他方、必要性の統制においては、選択された警察措置が公序侵害の重大さ(程度)に適合しているのか否かが問われる。そして、裁判所は、公序侵害の重大さを厳密に評価するために、当該事案における事実状況全体を考慮しなければならない<sup>20)</sup>。このように、事実の性質決定は必要性の統制の必要条件となっている<sup>21)</sup>。また、裁判所は、措置の制限対象となる自由侵害の程度と回復されるべき公序侵害の重大性とがまさに比例関係にあるのかも間接的に統制する。

以上のような裁判所による警察措置の統制の結果を警察機関の側からみると次のようになる。警察機関は、警察措置を行う時点で、公序侵害の発生ないし発生のおそれという近接未来の事象(これをドイツ警察法のように、警察措置の対象となる「危険 *risque*」と表象することも可能である<sup>22)</sup>)を予測(将来予測)し、その予測に基づいて採るべき行動を選択する。この予測は処分(警察措置)時における事実状況からの確に根拠付けられなければならない。警察措置に対する司法的統制では、事実の性質決定が要であるため、警察機関による将来予測は裁量事項ではない。

警察機関は、公序侵害についての予測を事実状況によって基礎付けた上で、個人の自由と公序保護の要請とを調整しなければならない。この調整義務は、予想される侵害から公序を回復させるのに十分であり、かつ、個人の自由制限のより少ない措置の存否を問うという方法で実施される。さらに警察機関は、訴訟では、公序侵害の重大性を評価するために必要な事実全てを弁論に提出する義務を課せられている<sup>23)</sup>。

---

20) MINET, *op. cit.* (note 11), p.250.

21) Jean-Paul COSTA, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État, *AIDA* 1988, p.434.

22) 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社、2010) 122頁～132頁。

23) MINET, *op. cit.* (note 11), p.251.

## 2. 警察法と競争法調整の法構造

コンセイユ・デタ（以下 CE とする。）評定官 Christian Vigroux は、警察と競争それぞれの特徴を描き出しながら、その対称的な性質を明らかにしている<sup>24)</sup>。曰く「警察が権威の表現であるのに対して、競争とは当事者間の取引である。」「行政機関が有する特権ゆえに、警察とは一方的なものであり、他方で、競争は、各人の利益を追求する自律的な意思により締結される契約の領域にある。」「警察とは、裁量的とまでは言わないにしても、少なくとも行政の広範な行動の余地を意味するのに対して、競争とは商法典の条文<sup>25)</sup>の厳格な遵守を含意する。」各法的行為に係る当事者の意思の特性や法的行為を規律する法規範による拘束の程度という観点から、警察と競争の特性が簡潔に示されている。以下では、この際立った性質を有する二つの法（行為）が交錯する場合に、警察機関が、新たに負うことになる法的義務を履行することで、警察法と競争法とがいかなる方法で調整されているのかを明らかにする。

### (1) Société L & P Publicité SARL 事件<sup>26)</sup>

(a) 本件は、競争法と警察法との対峙を正面から認めた事案であるが、それ以前に二つの法が対峙する機会があった。まず、この事案を紹介する。それは、既に言及した「市町村の組織化に関する 1884 年 4 月 5 日法律」が市町村議会に付与した権限の私人への委譲の適否が争われた事案である。この権限委譲の対象となったのは農地の監督権限であり、これは市町村警察（*police municipale*）に属するものであった。知事は、権限委譲を認める市町村議会の議決の無効宣言を決定したところ、この決定の適否が訴訟で争われた。CE は次のように判示しながら、Castelnaudary 市の取消請求を棄却した<sup>27)</sup>。

24) Christian VIGOUROUX, LA POLICE, LA CONCURRENCE, L'ÉTAT, *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d' Yves Jégouzo*, 2009, Dalloz, p.187.

25) 商法典 L.420-1 ~ L.443-3.

26) C. E, Sect., Avis, 22 novembre 2000, *Société L & P Publicité SARL*, n°223645, *Rec.*p.526, *RFDA*2001, p.872, concl. S. AUSTRY, *RDP* 2001, p.393, note GUETTIER.

「農村警察という役務は、その性質上、行政の直接の権威の下に置かれる職員にしか付与され得ない。従って、この役務に関する責務を私的な性質を有する所有者団体に委ねることによって、Castelnaudary 市議会は自らの権限を逸脱しているのである。」

仮に、警察権限の委任が認められることになれば、この委任手続において競争法が関わる可能性が生じていたが、この CE 判決によって、その可能性は失われた。刑事施設の建設・管理の企業への委任を可能にする立法<sup>28)</sup>等により警察権を私人に委ねることを認める事例が増えてはいるが<sup>29)</sup>、この確立した判例（警察権不可委譲性の原則<sup>30)</sup>）は現在でも依然として存続している<sup>31)</sup>。

(b) こうして、警察法と競争法の接点は絶たれたかに見えたが、CE は、警察権（具体的には、広告警察 *police de l'affichage* であった。）行使に対するより高い統制密度を実現するために、競争法への言及を行なった。CE は、これまで、商工業の自由 (*liberté du commerce et de l'industrie*) を制限する警察権行使の適否を制限的統制 (*contrôle restreint*)<sup>32)</sup> という方法で統制するにとどめていた。立法者が、市民の生活環境の保護 (*protection du cadre de vie*) を目的とする積極的な広告規制を行うべく、広告制限区域の設定によって行政に包括的な規制権限を付与していることが、その理由である<sup>33)</sup>。こうした状況に風穴を開けるべく援用されたのが、競争法であった。

---

27) C. E, Ass., 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Rec.* p.595, *D.P.* 1932. III. 26, concl. JOSSE.

28) Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire. *J.O.* 23 juin 1987, p.6775.

29) Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 6<sup>e</sup> éd., 2008, LGDJ, pp..580-583.

30) Minet, *op. cit.* (note 11). pp.98-100.

31) 公道の駐車スペースに関する警察権の委任について、C. E, 1<sup>er</sup> avril 1994, *Commune de Menton*, n°144152, *Rec.* p.175. 公道の監視に関する警察権の委任について、C. E, 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*, n°170606, *Rec.* p.706.

32) René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, 14<sup>e</sup> éd., 2000, Montchrestien, pp.1038-1043. 制限的統制は、「法の過誤」「事実の過誤」「権限濫用」の統制に限定される。他方、「通常の統制 *contrôle normal*」では、上記違法事由の他に、事実の性質決定が加わる。

(c) そこで、次に、警察権限と競争法とが交錯する事例を扱った L&P Publicité SARL 事件を紹介する。

#### 【事実の概要】

L&P Publicité SARL 会社は、Bayonne 市内の広告制限区域において広告看板を設置したところ、当該広告看板が、「広告、貼紙、表示看板に関する 1979 年 12 月 29 日法律」10 条に基づく規定に抵触していた。そこで、Bayonne 市長は、同法 24 条に基づき L&P Publicité SARL 会社に対して看板除却命令を下したところ、同決定に不服を抱いた L&P Publicité SARL 会社は、当該市長の決定が「価格、及び競争の自由に関する 1986 年 12 月 1 日オールドナンス」の諸規定、とりわけ第 8 条の「支配的地位の濫用 (exploitation abusive)」禁止に抵触すると主張し、当該決定の取消訴訟を Pau 地方裁判所に提起した。Pau 地方裁判所は、「行政訴訟改革に関する 1987 年 12 月 31 日法律」第 12 条に基づき CE に事案を移送し、意見を求めた<sup>34)</sup>。

#### 【意見】

「警察措置が公序保護を目的とする状況であれ、行政庁が保護または確保を任務とする特別な利益が保護される一定の場合であれ、行政警察権限の行使が生産、流通、役務に関する活動に影響を及ぼすおそれがあることから、警察権限を付与された行政機関は、商工業の自由及び競争規範を考慮しなければならない。」

「広告、貼紙、表示看板に関する 1979 年 12 月 29 日法律第 10 条に基づき、広告制限区域における自治体の広告規制によって、広告が認められる条件お

---

33) Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes. *JO*. 30 décembre 1979, p.3314. この法律は、現在、環境法典 L.581-1 ~ L.581-45 に組み込まれている。

34) Loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif. *JO*. 1<sup>er</sup> janvier 1988, p.7. 当該規定は、行政裁判法典 L.113-1 に組み込まれている。下級審裁判所による CE への求意見制度について、橋本博之『行政訴訟改革』（弘文堂、2001）32 頁～33 頁、司法研修所編『フランスにおける行政裁判制度の研究』（法曹会、1998）47 頁～48 頁。

よび場所が定められ、並びに、使用されている手法や装置に即して定められた一定カテゴリーの広告が禁止され得る。こうした規制は、生活環境の保護を目的としているとはいえ、広告という経済活動に影響を与え得るものである。従って、市長は、広告制限区域においてこうした活動を規制する場合、既に言及した条件の下では、商工業の自由および競争規範を考慮しなければならない。」

「広告制限区域における自治体の広告規制は、それ自体、関連する市場における支配的地位を適法に作出する事を直接の目的としているわけではないが、当該規制は、とりわけ広告可能地点の制限を通じてそうした波及効果を有するといえる。しかし、広告制限区域において、自治体広告規制の波及効果による支配的地位の作出は、当該規制が支配的地位の濫用を必然的に至しめる場合においてのみ、競争に関する諸規定遵守と両立し得ない。以上のことから、市長は、当該自治体の領域内で広告規制を行う場合、自らなした警察措置が、広告規制の目的に照らして正当化される侵害だけを競争規範に及ぼしていないかに注意する義務を負うのである。」

(d) 本判決については、幾つかの意義が指摘されている。ひとつは、裁判所が、1986年12月1日オールドナンスではなく、競争規範、すなわち、競争自由の原則（*principe de la liberté de la concurrence*）に言及することで、規範の抽象度が高められ、なおかつ、それが「法の過誤（*erreur de droit*）」という違法事由により統制されることで、行政機関に課せられる考慮義務の範囲が拡張された（ $\alpha$ ）。いまひとつは、本件は警察措置それ自体の競争規範違反の有無が問われたのではない点である。すなわち、警察措置の実施により、特定市場から競争者が排除され、既存の事業者が支配的地位を濫用するおそれがあることから、警察措置実施の競争規範違反の有無が問われた（ $\beta$ ）<sup>35)</sup>。最後に、本件が、

---

35) 支配的地位の必然的濫用（*abus automatique de position dominante*）と支配的地位の直接的濫用（*abus direct de position dominante*）との区分が指摘されている。Jean-Philippe COLSON, Pascale IDOUX, *Droit public économique*, 5<sup>e</sup> éd., 2010, LGDJ, pp.591-593.

公権力特権を有する行政決定の司法審査に当たり、競争規範の考慮義務（以下、競争規範考慮義務とする。）を認めた EDA 会社事件判決を踏襲しているが<sup>36)</sup>、行政警察権はもともと王権（*régalia*）に連なり、公権力特権を有する行政決定の中でも特異な地位にあるため、競争法との調整の困難さが指摘された（*γ*）<sup>37)</sup>。

この競争規範と警察措置の要請との調整につき、CE は、警察機関の調整義務に言及することで、「必要性の統制」との関連性に踏み込んでいるかのように判示するが、その趣旨は必ずしも明らかではない。もっとも、本件の論告担当官 Stéphane Austry は、この困難な調整を「必要性の統制」によって行う旨を明示する。

「我々の考えによれば、警察措置がこの規範（競争規範、筆者注）を遵守しないという状況だけでは、必然的に、当該措置の違法性という結論に行き着くわけではない。これについては、長らく行政警察の領域であなた方が慣れ親しんできたように、……警察措置と制限される自由の調整と同様、全ての警察措置が追求しなければならない公序保護の要請と競争規範遵守との調整が行われているのかに注意することで、あなた方は当該警察措置の適切性を統制しなければならない。警察機関は、行政活動が追求する目的に照らして必要な制限だけを競争規範に課することができるのである<sup>38)</sup>。」

「手短かにいえば、我々は、あなた方に Pau 地方行政裁判所に対して以下のように応答することを提案する。すなわち、……行政機関は、当該法文から引き出された権限行使に当たり、競争規範侵害の程度が必要な範囲であるか否かに注意しながら、当該規範を考慮しなければならない<sup>39)</sup>。」

---

36) C. E, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, n°202257 et 202260, *Rec.* p.107, concl. J-H STAHL, *AJDA*1999, p.427, concl. J-H STAHL et note BAZEX, *RDP* 1999, p.1555, note MANSON.

37) Anne MARCEAU, *Police administrative et droit public de la concurrence*, *AJDA*2002, p.190.

38) Stéphane AUSTRY, conclusions sur l'avis *Société L&P Publicité SARL*, *Rec.* p.533.

39) *Ibid.*, p.537.

(e) この *Austry* の説示によれば、仮に警察措置が競争規範に抵触するとしても、この競争規範の抵触が、公序維持の観点から「厳密に必要 (*strictement nécessaire*)」で、かつ、「不可欠なもの (*incontournable*)」であれば当該警察措置は適法として扱われる、という方法で公序保護の要請と競争規範との調整が行われる（以下、公序・競争規範調整義務とする。）<sup>40)</sup>。もっとも、この調整方法についての *Austry* の説示にも拘わらず、本判決で提示された「必要性の統制」と通常の警察措置に対する統制方法としての必要性の統制とは完全に一致していない。通常の必要性の統制は、警察措置と当該措置の理由となった公序侵害の程度とが比例関係であるかを統制する一方で、本件で援用される「必要性の統制」は、警察措置と当該措置が抵触する法規範との比例関係を統制するからである。本件では、広告制限区域における詳細な規制に違反していることは自明であるが（1979年法律第10条）、自治体の採るべき措置（除却、その他の是正措置）が何かは判然としない（同法第24条）。そこで、警察措置の適切性を統制するべく、裁判所の審理は、競争規範違反の事実の有無に及ぶことになる。

*Austry* 論告によれば、本件において警察機関は、競争規範の一つ「支配的地位の濫用」に関して次のことを論証すべきとする。すなわち、①「関連市場 (*marché pertinent*)」の確定、②当該市場における支配的地位の存否、③支配的地位の濫用の有無である。③については、先述したように本件に固有の条件 ( $\beta$ ) から、支配的地位にある事業者が、「必然的に (*automatique*)」その地位を濫用するの否かが問われる<sup>41)</sup>。以上をまとめると、警察機関は、競争規範考慮義務を履行すべく、競争規範違反の有無に関する調査義務（以下、競争規範調査義務とする。）を負うこととなる。

---

40) 本件における司法統制は、費用便益衡量理論 (*théorie du bilan coût-avantages*) と並び、厳格な比例性の統制の一ヴァージョンという位置付けが与えられている。Jean WALINE, *Droit administratif*, 22<sup>e</sup> éd., 2008, Dalloz, p.611, 亘理格『公益と行政裁量』（有斐閣、2002）238頁～241頁。

41) *Austry, op. cit.* (note 38), pp.534-535.

次の問題は、警察機関が競争規範調査義務を履行した結果、競争規範違反が判明した場合、いかなる方法・構造で公序・競争規範調整義務がなされるのかである。Austry 論告では、先に指摘した「厳密な必要性」ないし「不可欠性」の基準、または、支配的地位の濫用を回避する警察機関の注意義務を述べるに留まり<sup>42)</sup>、競争規範考慮義務の規範的意義が未だ明らかでない。そこで次に、警察機関による調整義務違反を理由として警察措置の違法性が認められた事例の検討を行う。

## (2) Commune d'Houlgate et Société d'exploitation du casino d'Houlgate 事件<sup>43)</sup>

(a) 本件は、警察措置それ自体が競争規範に抵触していることが問われた事案である。本件における競争規範とは、公役務の委任に係る公募手続における候補者平等取扱いの原則を指す。

### 【事実の概要】

1907年6月15日の法律によって、海水浴場、湯治場、又は保養地におけるカジノの開設は内務大臣の決定により認められていた。保養地にあるHoulgate市は、1992年4月1日より9年間にわたり、ウルガー・タ・カジノ事業会社 (SECH) に公設カジノの経営を委ねていた。従前、カジノ建設ないし経営に関する契約は、公役務の特許 (concession de service public) と解されていた。しかし、1993年1月29日の法律 (la loi Sapin) 制定<sup>44)</sup>により、当該契約は公役務の委任 (délégation de service public) と見なされるようになった (サパン法第38条以下)。それゆえ、経営者を更新すべく必要な措置を執るために、

42) Austry, *op. cit.* (note 38), p.536.

43) C. E, Sect., 10 mars 2006, *Commune d'Houlgate et Société d'exploitation du casino d'Houlgate*, n°264098, *Rec.* p.138, *BCJP*2006, p.203, concl. D. CASAS et obs. C. MAUGUÉ, *AJDA* 2006, p.751, note J. -D. DREYFUS.

44) 亙理格「フランスのPFI的手法—『公役務の委任』(Délégation de service public)を素材に—」会計検査研究 No.25 (2002) 119頁、131頁～134頁。

議会はこの公役務の委任に関する公募手続に着手することとなった。当該手続完了後、市によって選任された施設管理者だけが、カジノ事業許可の申請をすることができる。

公募手続には、前受任者（le délégataire sortant）である SECH の他に、Emeraude 会社が新規参入者として応募してきた。しかし、市長は、Emeraude 会社の見積書（offre）を採用すべきでないとの当該自治体の公役務委任委員会（commission de délégation de service public）の意見を受けて、前受任者とのみ交渉を行う。そして、議会は前受任者への委任に関する合意、及び、当該特許に付する条件明細書を承認する議決を行った。

公役務委任委員会が、前任者との交渉開始という意見を提示したのは、後続する内務大臣によるカジノ事業許可権限行使をめぐる慣行（「前受任者優遇策 prime au sortant」と呼ばれる。）を考慮していたからである。すなわち、公序保護、ないし、公共の安全への配慮から、新規参入者の場合、カードゲームやルーレット等の卓上ゲーム（les jeux de tables）に関する許可は、1年という期限（これを保護監察期間 une période probatoire という。）を付して付与され、最も収益性の高いスロットマシン（machine à sous）に関する許可は、2年目から付与されていた。他方、前受任者の場合、賭博の種別毎ではなく、賭博全体に関する事業許可が付与された。

原告 Emeraude 会社は、公役務の委任等を承認した議会の議決の取消請求を Caen 地方行政裁判所に提起したところ、Caen 地方行政裁判所は訴えを棄却した。これに続き、Nantes 行政控訴院は原審判決を取消し、請求を認容したため、Houlgate 市及び SECH は、Nantes 行政控訴院判決の破毀を CE に申し立てた。CE はこの請求を棄却した。

### 【判旨】

「1907年6月15日の法律、及び、これを適用するための行政立法のいかなる規定も、賭博事業許可への権利を付与する委任者が遵守すべき要件を定めていない場合、内務大臣は、その権限行使にあたり、自らに付託された申請

の審査態様が、とりわけ市場へのアクセスを過度に制限することで、市場の競争作用を妨げ、制限し、または、歪める効果を有していないか否かを注意する義務を負う。……それ故、(内務)大臣は、公序保護の必要性和当該領域への平等なアクセス確保の要請 (impératifs tenant à la préservation de l'égalité d'accès) とを調整する義務を課せられているのである。」

「自動賭博機器に関する事業許可獲得を目的として Emeraude 会社に1年間の“保護監察”期間を課すことは、Houlgate カジノ経営の条件の観点からだけでなく、既に他のカジノを運営していた当該企業に固有の条件を考慮しても、正当化されない。この保護観察期間の実施は、公序保護の必要性によって十分に正当化されず、見積書の提示における2名の候補者の平等を過度に侵害する効果を有している。従って、市が当該慣行により生ずる違法な利益を理由として SECH の見積書を採用したことで、候補者平等取扱いの原則 (principe d'égal traitement des candidats) に違反したと判示した Nantes 行政控訴院は、法の過誤を犯すでもなく、一件記録を歪めるでもない。」

(d) 本件における取消訴訟の対象は、議会の議決行為である。但し、当該議決行為の適法性を判断する上で、議決行為に間接的に影響を与えた内務省の慣行、すなわち、内務大臣によるカジノ事業許可権限 (賭博警察 police des jeux) 行使のあり方が審理の対象となった。そこで、CE は、公共の安全という公序保護の要請と競争規範との調整の適否についての判断を示した。

まず、CE は、内務省の慣行が、候補者平等取扱いの原則という競争規範に明白に抵触していると指摘する。すなわち、新規参入者は、「保護監察期間」が課されることで、契約1年目では最も収益を期待できる事業に携わることができず、会計検査院の算定によれば、収益の90%の減少を覚悟しなければならない。これは、新規事業者の参入意欲を損い、委任手続における競争を不活発にする。他方、事業者の収益の一部 (上限15%以下) を自己の財政に組み込むことができるカジノ事業を委任する自治体も (CGCTL.2333-54 ~ L.2333-

57)、契約1年目の財政収入の減少を覚悟しなければならない。自治体が前受任者と契約する場合には、こうした財政上のデメリットが発生しないため、前受任者との再契約を選択する自治体がほとんどである<sup>45)</sup>。

問題は、この競争規範違反が、内務省の慣行を非難するほどに重大なものであるのか否かである。これについて、論告担当官 Didier Casas は、次のような指摘を行った。

「我々があなた方に提案する解決策は、公序を一切考慮せずに全ての新規参入者に遅滞なく事業許可を付与する義務を大臣に負わせるものではない。我々の考えでは、大臣は、……例えば公序を理由に、新規参入者と同じく前受任者にも当然に許可処分を拒否できる。その代わり、大臣が前受任者か新規参入者かということを一の拠り所として警察措置の方向性を予め決めることは違法であると我々は考える<sup>46)</sup>。」

この論告からは、競争規範への抵触を理由として警察措置の違法性を直ちに認めることへの懸念に対して丁寧に応接する姿勢が読み取れる。すなわち、内務省の慣行を否定しても、公序保護の観点から、新規参入事業者を排除する可能性が残されることが明示され、警察目的の実現はなお維持され得ることが暗示されている。

内務省の慣行は、前受任者が大過なく事業経営をしてきたという実績をもって、公共の安全に対する将来の支障を事前に取り除く意味があるように思われる。しかし、過去の実績は、公共の安全が将来において確保されることを必ずしも保障しない。新規参入者に実績が無く、素性が不明であることは、公共の安全確保の観点から、前受任者を優遇する理由として弱い。したがって、実績の有無だけを唯一の評価基準とするのではなく、その他の要素によって候補者すべ

---

45) Didier CASAS, conclusions sur l'arrêt *Commune d'Houlgate et Société d'exploitation du casino d'Houlgate*, Rec. 138, pp.204-205.

46) *Ibid.*, p.206.

てを同じ出発点から評価することができるのであれば、内務省の慣行は、公務の委任のプロセスにおける事業者間の競争を不必要に損なうことを意味する<sup>47)</sup>。

(c) 警察措置による競争規範違反が認められる場合、警察機関は、公序・競争規範調整義務を履行するために、競争規範違反を生じさせない、又は、競争規範違反の程度を弱める警察措置の選択肢がないかどうかを探求しなければならない。そして、競争規範考慮義務の規範的意義については、次のことがいえる。すなわち、競争規範考慮義務は、競争規範調査義務の履行によりその役割を終えるのではなく、調査の結果、競争規範違反が認められる場合に、代替措置の有無を探求する過程で、再度、この考慮事項が十分な重み付けを与えられながら、裁判所の検討対象となっている。この競争規範考慮義務の働きは、日本における裁量統制手法の一つ、判断過程統制における、考慮要素の重み付けにまで司法審査を及ぼす「考慮不尽」を想起させる<sup>48)</sup>。

警察機関に課せられた、公序・競争規範調整義務の履行を統制する局面は、基本的には、上述した警察法の基本的枠組の範囲<sup>49)</sup>にあるといえる(Ⅱ1(2))<sup>50)</sup>。もっとも、警察機関は、この調整義務を履行するために、通常の「必要性の統制」とは異なる要素の比例性を統制しており(Ⅲ1(1)(d))、さらには、この調整義務履行の必要条件である競争規範調査義務が新たに課される等、これまでの警察法の基本的枠組にない要素を見ることができる。それ以上に注目すべきは、競争規範考慮義務が警察法の基本的枠組を大きく変える要素(行政裁判所による競争評議会への求意見)を孕んでいることである。次章では、この要素がもつ警察法上の意義、さらに、警察機関が考慮しなければならない競争規範(競争公法)の特性を明らかにする。

---

47) MAUGÜÉ, *op. cit.* (note 43), p.209.

48) 橋本博之『行政判例と仕組み解釈』(弘文堂、2009) 149頁～155頁。

49) MARCEAU, *op. cit.* (note 43), p.199.

50) C. E, 19 mai 1933, *Benjamin*, n°17413-17520, *Rec.* p.541, S. 1934 III 1, concl. MICHEL, note MESTRE.

### Ⅲ. 競争規範考慮義務のインプリケーション

#### 1. 専門技術的知見を要する事実の評価と司法審査

(1) L&P Publicité SARL 会社事件において、CE は、競争規範考慮義務履行の前提として、既存の事業者の置かれた状況が「支配的地位の必然的濫用」に当たるのか否かに係り三つの局面（①関連市場の確定、②当該市場における支配的地位の存否、③支配的地位の恣意的行使の有無）についての調査義務を警察機関に課した（II(1)(d)）。この三つの局面は、それぞれ、専門的技術的知見、とりわけ、経済学的知見を要する。それ故、論告担当官 Austry は、「価格、及び競争の自由に関する 1986 年 12 月 1 日オールドナンス」第 26 条に基づく競争評議会（Conseil de la concurrence、現・競争機構<sup>51)</sup>）への事前諮問（consultation préalable）を CE に勧める<sup>52)</sup>。

CE による競争評議会への事前諮問は、行政活動それ自体が、直接、支配的地位の濫用に該当するか否かが問われた Société EDA 事件において初めて認められたものである。この事件の論告担当官 Jacques-Henri Stahl は、次のように説示した。

「それ故、あなた方の解釈が最大限の確実性をもって支えられ、かつ、独自の着想で競争法上の概念を展開させないことを明らかにするため、競争評議会の意見を求めることは有意義と思われる。1986 年 12 月 1 日オールドナンス第 26 条は、その可能性を認めている。確かに、《反競争的行為》について語る法文は、直接には、行政行為の適法性を審理する越権裁判官とは無関係なように思われる。しかし、明示的制限もなく、すべての裁判所を対象としていることから、この規定の表現は十分に一般的である。よって、行政裁判所が、提起された申立てを裁断する前に、競争法の適用に関する問題の解明

---

51) 大橋麻也「競争法執行機関の改革—競争の調整の現代化に関する 2008 年 11 月 13 日オールドナンス第 1161 号」日仏 26 号 (2011) 171 頁以下。

52) AUSTRY, *op. cit.* (note 38), p.537.

が有意義と判断した場合、(当該規定の対象は；筆者注) 行政裁判所をも含むと考えることができよう。民事裁判所、とりわけ商事裁判所、及び、刑事裁判所、とりわけ予審裁判所は、すでに何度も競争評議会に対してこの求意見 (demandes d'avis) を行っている。」

「本手続の特徴に言及すべきだろう。任意の求意見は独立行政機関に対して向けられることから、この求意見は、司法系統の裁判所や……行政機関を対象とする義務的な先決問題 (question préjudicielle) を構成するものではない。……実際のところ、行政裁判官にとってこの手続は、鑑定という形式、すなわち、十分に解明された事実に基づく判決に先行する準備手続上の措置に類似している<sup>53)</sup>。」

(2) 競争規範考慮義務の必要条件である競争規範調査義務が適切に履行されているかを審理する裁判所が、審理に必要とされる専門能力を有するのか、又は、適切に司法的統制を行うことができるのか、という問題に対して、Stahl は、競争評議会への求意見制度の活用という解決の方向性を示した。競争法の執行機関として、競争評議会は位置づけられており、専門能力の面での問題はない<sup>54)</sup>。しかし、Stahl の論告が、競争法違反の有無に関する事実の認定とその解釈適用を全面的に競争評議会に委ねる趣旨なのか、という問題は残る<sup>55)</sup>。Stahl は、行政裁判所による求意見制度の活用を、行政訴訟における鑑定<sup>56)</sup>に

---

53) Jacques-Henri STAHL, conclusions sur l'arrêt *Société EDA*, *Rec.* p.106.

54) 1986年オルドナンス第2条2項によれば、競争評議会委員は、裁判官の他に、経済・競争・消費に関する学識経験者や、製造業、流通業等に携わる者(携わった者)からなる。競争評議会の権限、とりわけその争訟機関的な側面とその手続について、奥島・前掲注(8) 237頁～247頁(初出・1988)。

55) Jacques CAILLOSSE, *Le droit administratif français saisi par la concurrence ? AJDA2000*, p.102.

56) Charles DEBBASCHE, Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, 8<sup>e</sup> éd., 2001, Dalloz, pp.549-550. なお、新民事訴訟法典における鑑定の位置付けについては、杉山悦子『民事訴訟と専門家』(有斐閣、2007) 196頁～203頁参照。

擬えていたが、それが適切なものであったのかには疑問の余地がある。証拠調べは通常、事実の立証を目的としているのであり、法律の解釈は言うに及ばず事実の性質決定といった法律問題に関して意見を開陳することを目的とするものではないからである<sup>57)</sup>。また、仮に Stahl 論告の趣旨が、競争法規範に関する事実認定とその解釈適用を競争評議会に委ねることだとすると、警察措置一般に対する司法的統制には見られない行政裁判所の限界を指摘することができる。警察措置の司法的統制は、事実の性質決定を必須項目としていることから（II 1(2)）、競争規範考慮義務が警察機関に課されたことによって、裁判所統制の限界が見出されるとすれば、これは警察法の基本的枠組を揺るがすこととなる。

もっとも、行政裁判所による競争評議会への求意見は、行政裁判所がこれを用いることが有用であると判断した場合にのみ活用される任意のものであり、行政裁判所は必ずしも経済的事実の法的評価を放棄しているわけではないと考えることもできる。仮にそうだとすると、経済的事実の法的評価における裁判所の判断能力の問題が改めて提起されることとなる。行政裁判所が、行政決定の適法性を判断するために競争法を考慮しなければならない事案を多数審理することで、その種の専門性を獲得する見通しを持っているのかは<sup>58)</sup>、今のところ不明である。

他方で、準備手続における競争評議会への求意見を、単なる証拠調べとして消極的に理解するのではなく、多様な利害が絡む紛争構造に適した紛争処理形態として積極的に把握する立場もある。Stahl も示唆したように、異なる系統の裁判所それぞれが同一の紛争に係わる本件のようなケースの場合<sup>59)</sup>、求意見は、先決問題（question préjudicielle）として扱われるのではなく、案件処理

---

57) Jean-Yves CHÉROT, Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence, *AJDA*2000, p.695.

58) 古城誠「独禁法の執行と司法審査の役割」経法第31号（2010）55頁～57頁。

59) 独立行政機関である競争評議会による反競争行為の判断は、行政裁判所による適法性の統制の対象ではなく、Paris 控訴院、さらには破産院のコントロールの対象となる。

についての裁判所間のコミュニケーション手段として解される<sup>60)</sup>。これは経済事象に対する司法的統制の可否という問題に直接係る見解ではないが、行政裁判所による競争評議会への求意見の意義を全く別の視角からとらえる見解として興味深い。

いずれにせよ、越権訴訟において、行政裁判所は、経済主体の活動の適否それ自体を審理するのではないものの、警察措置に係る判断過程を審理の対象とすることで、警察措置の社会的インパクトについての法的評価をせざるを得なくなった。結果として、行政裁判所は、私人または公法人による経済活動を間接的に統制することとなる<sup>61)</sup>。そのため、裁判所は、競争自由原則の適用に当たり、取消訴訟の本性に根ざす問題に逢着すると考えられている。越権訴訟において裁判所は、原則として行政決定の社会的インパクトを検討することなく、処分時における行政決定の「客観的」な統制を行い<sup>62)</sup>、他方、可変的な市場についての動態的な経済分析によって明らかにされた違法行為が、競争自由の原理によってサンクションされる。この相反する性質をもつ二つの司法統制を適切に接合させることは困難な課題であると考えられている<sup>63)</sup>。

## 2. 公法・私法区分論へのインパクト

(1) 企業に適用される競争法と同種の規範が警察措置にも適用すべき旨のStahl 論告について批判がある。判例の定式に従えば、仮に警察措置が競争法

---

60) Christine BRÉCHON-MOULÈNES, La place du juge administratif dans le contentieux économique public, *AJDA*2000, p.684.

61) RICHER, *op. cit.* (note 29), p.705.

62) 亘理・前掲注(40) 88頁は、Marcel Waline の所説を分析しながら、1920年代以降、行政裁判所が行政決定に起因する社会的影響についての行政庁の将来予測の統制を開始していた、との分析を示す。そのうえで、行政庁による将来予測の統制にあって、「最良の判断条件充足義務」が行政庁に課されていたとするWalineの論理に注意を喚起している。ちなみに、行政決定の社会的インパクトをも審理の対象とする典型として、費用便益衡量理論がある。

63) Bertrand du MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, 2004, Dalloz, pp.176-177.

に明白に抵触するものであったとしても、公序維持の必要性から当該警察措置が必用不可欠なものであれば、それは適法と扱われる。競争法の及ぶ範囲は、自ずと、公序維持という特殊な要請により限定されている。換言すれば、競争規範は、行政活動の必要性に適合させられているのであり、それは私企業に適用されている競争私法とは異なる性質を有する、競争公法（*droit public de la concurrence*）とでも呼ぶべきものである<sup>64</sup>。警察措置の実施に際して考慮される競争規範は、単に適用される（*applicable*）のではなく、対抗可能な（*opposable*）ものに留まっているといわれる<sup>65</sup>。

(2) しかし、この競争公法について競争法に対する特異性を強調することには異論もある。すなわち、競争公法の公法性が過度に強調されることで、公権力特権にまつわるメタファーに絡みとられ、競争公法の特異性が損なわれるというのである。

従来、公法は、市場を通俗的な現実であり、やや品位に欠けた危うい私益の働きに身を委ねた未熟な空間とみなしてきており、こうした市場に秩序と美徳を付与するものとして公法が位置付けられていた。しかし、今や情勢は変わり、多くの法学説は、競争法、そして、それを体現するEU法をフランス流の公役務や公的活動を現代化する契機とみなすことで一致している。こうした市場の論理を受容れている公的活動については、もはや、市場という墮落した論理から隔絶した中立的空間としての国家像は成立せず、むしろ、市場社会において自己を再構築する国家像を見出すことができる<sup>66</sup>。

このように性格付けられる競争公法は、私企業の活動を規律する競争法と単純に同一視することはできないものの、理念型としての純粹公法と純粹普通法（私法）という古典的組合せを両極に置いてみると、むしろ競争法と共通する要素・価値によって特徴付けられる<sup>67</sup>。以上のことは、IIにおいて検討した

---

64) RICHER, *op. cit.* (note 29), p.704. MARCEAU, *op. cit.* (note 37), p.191

65) MARCEAU, *op. cit.* (note 37), p.198.

66) CAILLOSSE, *op. cit.* (note 55), pp.101-102.

67) CAILLOSSE, *op. cit.* (note 55), p.103.

競争公法の働きにより裏付けられる。確かに、警察機関は、競争規範考慮義務を課され、競争法に抵触する事態を発生させたとしても、適法に警察措置をすることができる。しかし、競争規範考慮義務を課されたことで、警察機関は、可能な限りで競争秩序を攪乱しないよう方向付けられ、仮に競争秩序に介入する場合には、十分な理由付けのあることが求められることとなった<sup>68)</sup>。このような意味で、競争公法はその独自の意義を有しているのである。

#### IV. 結

本稿における検討の結果、警察機関が競争規範を考慮しなければならなくなったことで、その必要条件である競争規範調査義務、及び、「必要性の統制」の変異型としての公序・競争規範調整義務が警察機関に課されたことが明らかとなった。もっとも、この公序・競争規範調整義務は、警察法の基本的枠組に沿うものとの評価も可能であろう。他方で、注目すべきは、裁判的統制における行政裁判所による競争法執行機関への求意見である。これは通常の警察措置に対する司法的統制には見られない要素であり、警察法の基本的枠組を大きく変える可能性をもつからである。今後の議論の動向が注目される。また、行政機関による競争規範の運用が、競争私法と同じ運用を求められるのだとすれば、警察機関は、行政法の運用に際して、事前に競争機構と連絡・調整を行わざるをえないように思われる<sup>69)</sup>。

公法の最右翼に位置付けられる警察法ですら競争法に晒される現実が、個別の法現象としてではなく、より広く、公法の刷新、さらには国家観の変容として受け止められていることは、警察法と競争法の交錯の意義として注目してもよい。そしてこれは、競争公法という、公法と私法が交錯・融合する新たな

---

68) Sophie NICINSKI, Les évolutions du droit administratif de la concurrence, *AJDA*2004, pp.752-753.

69) 少なくとも、日本では、独禁法の運用を行政機関が行う場合、当該機関と公正取引委員会の事前調整は必須と考えられている。事前調整に伴う問題等について、來生新「政府と競争秩序」法時73巻8号(2001)22頁～23頁。

領域が根付き、着実に広がっていることの証左でもある。また、競争規範考慮義務が警察機関に課せられたということは、市場における競争秩序が、経済外的要素により攪乱されることにセンシティブになったフランス法の現状とそれを要請する EU 法の存在を如実に示しているといえよう。

【付記】北秀昭先生は、この度、筑波大学法科大学院をご退職されることになりました。先生とは主に学内行政で接する機会があり、裁判官に任官中のご経験と本法科大学院の創設期からのご経験を踏まえた、様々な場面での的確な判断には教えられ、とりわけ法科大学院での教育に戸惑っていた私には多くの示唆を与えていただきました。この拙い論文をもって先生のこれまでのご厚情への感謝の気持ちを捧げたいと思います。

（ひの・たつや 筑波大学法科大学院准教授）

# 中小会社の計算書類の信頼性の確保： スイス (1)

弥 永 真 生

- 1 2005年債務法改正
- 2 簡易監査と通常監査との共通点および相違点
- 3 簡易監査における監査人の独立性
  - (1) 原則主義的規制
  - (2) 被監査会社の記帳への関与その他のサービスの提供
  - (3) 他のサービスの提供
  - (4) 組織的および人的方策
  - (5) 経済的依存性
  - (6) 監査報告書への記載

## 1 2005年債務法改正

2005年改正前債務法（1991年改正<sup>1)</sup>後）（以下、旧債務法という）の下では、特別な資格を有しない監査人が決算監査を実施することが可能であり<sup>2)</sup>、多くの中小会社においては、以下のような状況が繰り返されていると指摘されていた<sup>3)</sup>。法は（正規の）監査を要求していたが<sup>4)</sup>、費用を気にする大多数の株主

---

I received generous support and assistance in finding and access to the relevant publications and preparatory documents from Professor Lukas Handschin and Mr. Flurin Riederer (Universität Basel, Juristische Fakultät) as well as Ms Elisabeth Noser (Stv. Leiterin Rechtsdienst, Parlamentsdienste). I would like to express the deepest appreciation to them.

- 1) Obligationenrecht (Die Aktiengesellschaft) Änderung vom 4. Oktober 1991, AS 1992 733, BBl 1991 III 1476.
- 2) 1991年改正後債務法727a条は、「監査人は被監査会社における任務を遂行できる能力を有していなければならない (Die Revisoren müssen befähigt sein, ihre Aufgabe bei der zu prüfenden Gesellschaft zu erfüllen.)」とのみ定めていた。

の考え方を背景として、監査人は合理的であると信じるに足りるかどうかに係るテスト (Plausibilitätsprüfung) に基づいた手法<sup>5)</sup>によって異常や法令違反を探すにとどまっていたか、アングロサクソン諸国におけるレビューに近いものを行っていた。また、経営者は、監査人を計算書類上の問題についてのコンサルタントとみるにとどまらず、計算書類作成の任務も監査人に委ねていた (いわゆる組込み監査《embedded audit》)<sup>6,7)</sup>。

ところで、1991年改正後、連邦参事会は、財務報告に関する規定の改正についての検討を専門家グループ (Groupe de réflexion 《Gesellschaftsrecht》) に委託し、専門家グループは、1993年9月24日に最終報告書<sup>8)</sup>を提出した。

その後、連邦法務警察省が設置した専門家委員会は、1998年に、財務報告および監査人に関する法律案と決算監査人となりうる資格に関する命令案とを提案した<sup>9)</sup>。しかし、この法律案は秘密準備金に対する制限を含んでおり、課税所得計算に影響を与えることから、批判にさらされ、お蔵入りとなった<sup>10)</sup>。その後、2003年に、連邦法務警察省により、Behrを委員長とする財務報告法の改正を検討する専門家委員会が設置され、2005年12月に中間試案<sup>11)</sup>が意見

---

3) Böckli [2004] § 15 N57-62 (S.1859-1861), N 79 (S.1868-1867).

4) 1991年改正後債務法728条1文。Botschaft [2004] S.3978, Ziff.1.1.3. See e.g. Baer [2007] S.48.

5) Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel [1996] § 33 N23 (S.378).

6) Botschaft [2004] S.4000, Ziff.1.4.4.3. 詳細については、Honold [2003] S.267-288.

7) 2006年改正前債務法の下では、監査人が記帳に関与できるかについて学説が分かっていた。多数説 (Abolfathian-Hammer [1992] S.61 ; Handschin [1994] S.344-346 ; Druey [1995] S.707 ; Luterbacher [1998] S.485-486 ; Meier-Hayoz/Forstmoser [1998] § 16 N 402 ; Watter [2002] Art. 727c N 13 ; Böckli [2004] § 15 N 79 ; Häfeli [2004] S.374-375 ; Watter [2002] S.667) は否定的であったが、できるとする見解 (Schultz [1994] S.983 ; Camponovo [1997] S.1150-1151 ; Müller/Dolensky [2001] S.811-812) もあった。なお、たとえば、Watterは、依存性と利益相反は実質的に織り込み済みであり、たかだか、組織レベルの方策としていわゆるチャイニーズ・ウォールが問題となると指摘していた (Watter [2002] Art. 727c N 13)。See also Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 76 (S.403-404).

8) <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/revision/schlussber-arbeitsgruppe-d.pdf>>.

募集手続きに付された。

他方、監査制度および監査の監督については、2001年白書（Botschaft [2002]）および2004年白書（Botschaft [2004]）を経て、2005年に債務法の改正が実現した<sup>12)</sup>。

この改正により、2008年1月1日以降、株式会社や有限会社は、通常監査または簡易監査（*eingeschränkte Revision*）を受けることが求められている<sup>13)</sup>。すなわち、株式を上場している会社、社債を発行している会社、株式上場会社または社債発行会社の連結財務諸表においてその総資産額または純売上高の20%以上を占める連結子会社、連結財務諸表を作成しなければならない会社（債務法963a条参照）のほか、直近2年間連続して、総資産額1000万スイスフラン、純売上高2000万スイスフラン、および、平均被用者（常勤者換算）50人という3つの規準のうち2つ以上を超える株式会社は通常監査を受けなければならないと当初はされたが（2011年改正前債務法727条1項）、2011年改正<sup>14)</sup>により、

---

9) Revision des Rechnungslegungsrechtes : Vorentwürfe und Begleitbericht zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (RRG) und zu einer Verordnung über die Zulassung von Abschlussprüfern (VZA) vom 29. Juni 1998. <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/revision/vn-veber-d.pdf>>.

10) Botschaft [2007] S.1602-1603.

11) Vorentwurf und Begleitbericht zu einer Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005.

12) Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) (OR) Änderung vom 16. Dezember 2005, AS 2007 4791 4839 ; BBl 2002 3148, 2004 3969 (2005年監査法と呼ばれることもある)。議会における審議の経緯については、たとえば、Geschäft des Bundesrates, 01.082 OR. Revision (GmbH sowie Revisionsrecht) <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20010082>> 参照。

13) たとえば、Bertschinger [2005] は、国民経済的に重要な企業には通常監査が要求され、国民経済的に重要性がより少ない企業には簡易監査が導入されたと説明している (S.584)。See also Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 66 [Vischer] (特に大規模会社について、監査が強化され、また、監督が強化されたと指摘)。

14) Obligationenrecht (Revisionsrecht) Änderung vom 17. Juni 2011, AS 2011 5863 ; BBl 2011 4843.

2012年1月1日から、総資産額2000万スイスフラン、純売上高4000万スイスフラン、および、平均被用者（常勤者換算）250人に、3つの規準が引き上げられた<sup>15)</sup>。また、株式資本の10%以上にあたる株式を有する株主が求めるときは、通常監査を受けなければならないし（債務法727条2項）、定款または株主総会の決議により通常監査を受けるものと定めることができる（債務法727条3項）。

それ以外の株式会社は、簡易監査を受けなければならないが、10人を超える平均被用者がいるものを除き、総株主の同意があれば、簡易監査を受けることも要しないとされている（債務法727a条<sup>16)</sup>）。

## 2 簡易監査と通常監査との共通点および相違点

通常監査の場合も簡易監査の場合も、監査人は株主総会によって選任される（債務法730条1項）。1またはそれ以上の自然人、法人またはパートナーシップを監査人として選任することができるが（債務法730条2項）、監査人のうち少なくとも1人はスイス居住者であるか、スイスに主たる事務所または従たる事務所を有していなければならない（債務法730条4項）。公監査機関（Finanzkontrollen der öffentlichen Hand）またはその被用者も、債務法の要件を満たす限り、監査人として選定されることができ、独立性に関する規定が準用される（債務法730条3項）。監査人は、3事業年度以内の期間で選定されるが、再任は可能である。任期は、最終年度の年度決算書の承認時に終了する（債務法730a条1項）。辞任したときは、監査人はその理由を取締役会に通知しなければならない、取締役会は次の株主総会にその理由を知らせる（債務法730a条3項）。株主総会は、監査人をいつでも解任することができ、その解任

---

15) これにより、95%以上の会社が簡易監査によるできるようになったと指摘されている（Nussbaumer [2013] S.20. なお、Nussbaumer [2011] S.65は90%超と述べていた）。約97%とするものもある（Zihler [2011] S.671）。

16) これらの規定は有限会社（債務法818条1項）、協同組合（906条）などについても準用されている。

は即時に効力を生ずる（債務法 730a 条 4 項）。

取締役会は監査人が求めるすべての文書および情報を、しかも要求されたときは書面で、監査人に提供する（債務法 730b 条 1 項）。監査人は、法律によって開示が求められる場合を除き、会社の事業上の秘密を守らなければならない、それは株主総会に対して通知し、また情報を提供する際にも同様である（債務法 730b 条 2 項）。監査人はすべての監査業務を文書化し、監査報告書その他の重要な文書を最低 10 年間保存しなければならない。電子データもその期間は見読可能な状態しておかなければならない（債務法 730c 条 1 項）。文書は、法令の規定に従っていることを効率的な方法で確認できるようにしなければならない（債務法 730c 条 2 項）。

年度計算書類について、該当するときは連結計算書類についても、監査人の通常監査または簡易監査を受けなければならない会社では、年度計算書類および連結計算書類が株主総会で承認され、利益処分決議がなされる前に、監査人の監査報告書が提出されなければならない（債務法 731 条 1 項）。要求されている監査報告書が提出されなかったときは、年度計算書類および連結計算書類の承認決議ならびに貸借対照表利益の分配決議は無効である。監査人の出席を定める条項に違反した場合には、それらの決議は取り消しうるものとなる（債務法 731 条 2 項）。

定款の定めまたは株主総会の決議によって、監査人の組織の詳細を定め、監査人の任務の範囲を拡張することができるが（債務法 731a 条 1 項）、取締役会の任務または監査人の独立性に悪影響を与える任務を与えることはできない（債務法 731a 条 2 項）。

他方、簡易監査の通常監査との相違点としては以下のような点を挙げることができる。

第 1 に、監査を行うことができる専門家の範囲に差がある。監査人監督法<sup>17)</sup>

---

17) Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, SR 221.302.

の下では、公認監査人 (eine zugelassene Revisorin oder einer zugelassenen Revisor) と公認監査専門家 (eine zugelassene Revisionsexpertin oder einer zugelassenen Revisionsexperten) という2種類の監査専門職業人が区別されており (4条から6条)、いずれも簡易監査を行うことができるが、公認監査専門家のみが通常監査<sup>18)</sup>を行うことができる (債務法 727b 条2項、727c 条)。また、公認監査人は、連邦監査監督庁による検査の対象とはならないが、簡易監査を行う公認監査人は、内部管理体制を構築しないときには、第三者による品質管理レビュー (ピアレビュー) を受けなければならない<sup>19)</sup>。

第2に、後述3. で詳細に紹介するが、簡易監査と通常監査とでは、独立性規制に差がある。簡易監査においては被監査会社の記帳への関与および被監査会社に対する非監査サービスの提供が、一定の条件の下で、広く認められる。

第3に、通常監査の場合は、監査責任者は、7年を超えて、その職務をしてはならず、同じ職務は3年の中断後でなければ引き受けてはならない (債務法 730a 条2項)。他方、簡易監査については、このようなローテーションは要求

---

18) 社会的重要度の高い会社の監査人に就任するにはさらに加重された要件が定められている (債務法 727b 条1項、監査人監督法7条以下)。

19) 監査監督令 (Revisionsaufsichtsverordnung, RAV) の下では、監査事務所は内部品質管理体制を導入するか (この体制を設け、その十分性と実効性をモニターしている監査事務所は、連邦監査監督庁 (Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB)) の承認を得るものとされている)、自主規制として、その監査業務について外部の専門家による評価を定期的に受ける体制 (ピアレビュー体制) を導入するかのいずれかをしなければならないこととされているが、同49条2項は、簡易監査のみを実施する1人監査事務所について2016年8月31日まで猶予を認めていた。これは、内部品質管理体制のためには、2人以上の有資格者が存在しなければならないため、1人監査事務所についてはピアレビューを受けるという選択肢しかないためであった。しかし、監査業界は自主規制としてのピアレビュー体制を提供することができず、内部品質管理体制を導入するには、残されている時間が短すぎるという理由で、連邦参事会により、同項は、2016年8月17日に、改正され、強制適用が1年延長された (<<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-63220.html>>; <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-08-170.html>>)。これにより、約1500の監査事務所が影響を受けると推測されている。

されていない<sup>20,21)</sup>。通常監査におけるローテーションは、一般論として、法的にみると明らかにはならないような<sup>22)</sup>、会社に対する高い親近性を避けることを意図したものであり、同じ監査責任者が長期間にわたって関与することの独立性に対する影響に鑑みたものである<sup>23)</sup>。もっとも、学説においては、同一人が長期にわたって監査責任者であることが会社に対する過度の親近性を生じさせ、その結果、独立性を損なうといえるのかという点については疑問が呈されている<sup>24)</sup>。

第4に、監査の範囲に差がある。通常監査においては、監査人は、年度計算書類、該当する場合にはさらに連結計算書類が法令の規定、定款または選択した1組の財務報告基準に従っているかどうか、取締役会が株主総会に提出する貸借対照表利益の分配に関する議案が法令の規定および定款に従っているかどうか、ならびに、内部統制体制が存在するかどうかについて監査しなければならない（債務法728a条1項）。取締役会の業務執行は監査人による通常監査の対象ではない（債務法728a条3項）。

他方、簡易監査においては、監査人は、年度計算書類が法令の規定または定款に従っていないこと、および、取締役会が株主総会に提出する貸借対照表利

20) ただし、(簡易監査を受ける)子会社の監査人と(通常監査を受ける)親会社の監査人とが同一である場合または同じ監査人グループに属する場合には、簡易監査を行う監査人についてもローテーションが要求される(Botschaft [2004] S.4013 ;Sanwald/Huser [2009] S.463 ;Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N169 (S.435))。

21) もっとも、中小企業の監査の場合であっても、同一人が監査責任者を長期にわたって継続することは独立性の原則とは整合的ではないという指摘もある(Bourqui/Bourqui [2007] S.433-434 ; Sanwald/Huser [2009] S.463 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N170 (S.436))。もっとも、たとえば、Bertschinger は問題はないとするし(Bertschinger [2012] S.1226-1127 ; Bertschinger [2013b] S.317)、議論の余地があるとする論者もいる(Peter/Cavadini/Dunant [2008] Art.730a N.27)。

22) Bertschinger [2013] S.317

23) Eberle/Lengauer [2016] Art. 729 N105 (S.688)。2004年白書によれば、高い個人的親近性や過度の信頼から生ずるリスクを防止するために、監査責任者のローテーションが通常監査には導入された(Botschaft [2004] S.4030)。

24) Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N70 (S.401)。

益の分配に関する議案が法令の規定または定款に従っていないことを示す状況があるかどうか（ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist）<sup>25)</sup>を監査すれば足りる（債務法729a条1項）。通常監査の場合と同様、取締役会の業務執行は監査人による簡易監査の対象ではない（債務法729a条3項）。

第5に、監査手続きに差がある。この詳細については、後述4.で紹介するが、簡易監査においては、質問、分析的手続きおよび適当な詳細監査手続き（angemessene Detailprüfungen）を行うことに限定される（債務法729a条2項）<sup>26)</sup>。

第6に、監査報告に差がある。まず、通常監査においては、長文式監査報告書（umfassender Revisionsbericht）を取締役に對して、要約監査報告書（zusammenfassender Revisionsbericht）を株主總會に對して、それぞれ提出しなければならないのに対し（債務法728b条1項）、簡易監査においては、要約監査報告書を株主總會に提出することのみが求められている（債務法729b条1項）。

また、通常監査の監査報告書においては積極的保証が表明され、簡易監査の監査報告書においては消極的保証が表明されるという差異のほかにも、要約監査報告書の記載事項に違いがある。すなわち、通常監査の場合、a. 監査結果の評価、b. 独立性に関する情報、c. 監査に従事した者およびその者の専門家としての資格についての情報、ならびに、d. 年度決算書および連結決算書が

---

25) これは、簡易監査は、財務諸表には重要な虚偽記載が含まれていないことについて中位の保証を与えるものであり、レビューと同様、消極的保証が表明されるというものだからである。

26) 簡易監査については、2007年に、スイス会計士会議所（Treuhand-Kammer）が、国際レビュー業務基準第2400号（改訂）「過去財務諸表のレビュー業務」が定めるレビューについての規律を踏まえて、簡易監査基準（Standard zur Eingeschränkten Revision）を策定している（2015年に改訂）。もっとも、主に質問と分析的手続きが実施され、確認、立会または内部統制体制のテストが要求されず、不正その他の法令違反を発見するための質問やテスト手続きを実施する必要はないという点では、簡易監査はレビューと共通するが、簡易監査基準では、適当な詳細監査手続きとして、その状況において必要と考えられる会社の文書についての一定の実証手続きが要求されている。

無限定または限定付きで承認されるべきか、不承認とされるべきかについての勧告を含まなければならない（債務法 728b 条 2 項）。他方、簡易監査の場合には、 $\alpha$  監査の限定的性質（簡易監査の限界）への言及、a. 監査結果の評価、b'. 独立性に関する情報、該当する場合には、記帳への関与およびその他被監査会社へ提供したサービスについての情報、ならびに、c. 監査に従事した者およびその者の専門家としての資格についての情報を少なくとも記載すべきものとされている（債務法 729b 条 2 項）。すなわち、簡易監査の特質に鑑みて、 $\alpha$  という記載事項が追加され、上記第 2 点との関係で、該当する場合には、記帳への関与およびその他被監査会社へ提供したサービスについての情報の記載が要求される一方で<sup>27)</sup>、d. 年度決算書および連結決算書が無限定または限定付きで承認されるべきか、不承認とされるべきかについての勧告を記載するものとはされていない。これとの関連で、通常監査が行われた場合には、監査人は株主総会に出席しなければならないのが原則であるが、株主総会は全員一致の決議で、監査人の出席を要しないとすることができるとされている（債務法 731 条 2 項）。他方、簡易監査の場合には、監査人の株主総会出席義務は定められていない。

第 7 に、通告義務に差がある。通常監査の場合に、監査人は、第 1 に、法令、定款または社内規則（Organisationsreglement）違反があることを発見したときには取締役会に対し書面で通告しなければならない。第 2 に、法令または定款違反の事実が重大であるとき、または、監査人が書面でした通告に基づいて取締役会が適切な措置を講じないときには、監査人は株主総会に法令または定款違反の事実を通告しなければならない。第 3 に、会社が明白に（offensichtlich）債務超過であり、かつ、取締役会がそれを裁判所に通告することを怠っているときには、監査人が裁判所に通告するものとされている（債務法 728c 条）。これに対して、簡易監査の場合には、会社が明白に債務超過であり、かつ、取締

---

27) なお、簡易監査の場合にも、その実施の過程で、監査人が一定の事実気付いたときには、行うことが現実的でない場合を除き、その事実を記載し、それから生じうる影響額を明らかにしなければならない。

役会がそれを裁判所に通告することを怠っているときに、監査人が裁判所に通告するものとされているのみである（債務法729c条）。

このような相違が設けられている趣旨は以下のようなものであると考えられている。

まず、2004年白書では、1991年改正後債務法の下での監査（Einheitsrevision）を明白かつ包括的に簡素化するもの（Vereinfachung）として、簡易監査は位置付けられていた<sup>28)</sup>。そして、簡易監査の導入の背景には、中小企業にとって、監査は高価であってはならないという発想が示されていた<sup>29)</sup>。また、公益の観点から中小企業に監査を要求する必要性は高くないことも認識されていた<sup>30)</sup>。

議会における審議の過程においても、簡易監査は中小企業の利益のために認められたものであって、監査手続きおよび監査範囲ならびに監査人に求められる専門家要件が通常監査に比べて大幅に削減されている<sup>31)</sup>、簡易監査は小規模企業の懸念に応えたものであり、簡易監査においては要求事項が少なく、財務的にはきわめて異なる前提に基づいている<sup>32)</sup>、コストの節約という点がきわめて重要である<sup>33)</sup>、簡易監査は中小企業の要望に応えたものであり、通常監査に比べてそのコストははるかに低い<sup>34)</sup>などと指摘されていた。

### 3 簡易監査における監査人の独立性

#### (1) 原則主義的規制

通常監査について、債務法728条1項は、被監査会社の取締役会の構成員で

---

28) Botschaft [2004] S.3970, S.3984, S.3989 und S.3992. *See also* Watter/Maizar [2011] N22 (S.425-426); Böckli [2007] N23; Isufi [2010] S.13.

29) Botschaft [2004] S.3992.

30) Botschaft [2004] S.3992. *See also* Camponovo/Camponovo [2014] S.3

31) Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 64 [Huber], N 67 [Baumann]; Amtliches Bulletin, Ständerat, 2005 S 619 [Germann].

32) Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 65 [Aeschbacher].

33) Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 67 [Baumann].

34) Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 74 [Thanei].

あることその他意思決定の職務を担っていることまたは被監査会社との間に雇用関係があること、被監査会社の株式資本に対する直接的または重要な間接的参加または被監査会社に対する重要な債権債務、監査責任者と被監査会社の被監査会社の取締役会の構成員その他意思決定の職務を担っている者または主要株主との間の緊密な関係、記帳への関与その他の監査人が自己の作業をレビューするリスクを生じさせるサービスの提供、経済的依存性をもたらす任務の引受、市場における条件によらない契約または監査人側に監査結果についての利害を生じさせる契約の締結、価値のある贈り物または特権の受領は、とりわけ独立性と両立しないと定めている<sup>35)</sup>。そして、独立性に関する規定は監査責任者その他監査に関与するすべての者に適用されると定められ、監査人がパートナーシップまたは法人であるときには、独立性に関する規定は最高経営機関または管理機関の構成員および意思決定権限を有する者にも適用される（債務法728条3項）。監査人の被用者のうち監査に関与しない者も被監査会社の取締役会構成員であってはならず、意思決定を行ってはならない（債務法728条4項）。独立性の要件を満たさない者が監査人、監査に関与する者または監査人の最高経営機関もしくは管理機関の構成員もしくは意思決定権限を有する者と緊密な関係にあるときには、監査人の独立性は認められない（債務法728条5項）。そして、独立性に関する規定は被監査会社または監査人と同じ経営の下にある会社に適用される（債務法728条6項）。

---

35) また、監査監督法11条は、国の監督を受ける監査事務所は、社会的影響度の高い事業体に監査サービスを提供する場合には、1つの企業集団から受ける監査および非監査サービスの年間報酬が、当該監査事務所の1年間の報酬総額の10%を超えてはならない、会社において意思決定する立場にあった者または会計上級職にあった者が監査事務所に転職し、監査事務所において上級職に就いた場合には、その監査事務所は当該会社に対して当該転職から2年間は監査サービスを提供してはならない、会社における会計に関与していた者が監査事務所に転職したときには、当該転職から2年間は当該会社に対する監査サービスをその者は担当してはならないとしている（1項）。また、社会的影響度の高い事業体は、過去2年以内に、その会社に対する監査サービスを担当していた者または監査事務所において意思決定する立場にあった者を雇用してはならないと定めている（2項）。

これに対して、簡易監査の監査人は、独立性を有し、監査意見を客観的に形成しなければならないとされ、実質的または外観的独立性は損なわれてはならないとのみ定められている（債務法729条1項）。このように原則のみが簡易監査については定められている<sup>36)</sup>。

しかし、通常監査と簡易監査とでは、独立性を要求する規定の目的は当然同じである<sup>37)</sup>。通常監査についても、簡易監査についての債務法729条1項と全く同じ規定が設けられており、監査人は独立性を有し、監査意見を客観的に形成しなければならないとされ、実質的または外観的独立性は損なわれてはならないとされている（債務法728条1項）<sup>38)</sup>。すなわち、簡易監査だからといって、軽い独立性（《Unabhängigkeit light》）——この概念は不明確であり、実用的ではないが——ということはない。記帳への関与その他のサービスの提供を一定の要件の下に認める729条2項の反対解釈として、それ以外の通常監査における独立性に関するルールは簡易監査にもあてはまるというのが通説<sup>39)</sup>および——少なくとも抽象論のレベルでは——判例がとる立場であり<sup>40)</sup>、連邦監査監督庁もそのように主張している<sup>41)</sup>。

もっとも、連邦通常裁判所と連邦行政裁判所との間では、一般論としては同じであっても、具体的な適用のレベルでは、見解に若干の差異がみられる。す

---

36) Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 187 (S.439) ; Haas/Schacher [2014] ; Camponovo/Camponovo [2014]; Nussbaumer/Feller [2014].

37) Botschaft [2004] S.4026.Widmer/Sanwald [2014b] S.1094.

38) たとえば、Eberle/Lengauer も、2005年監査法は、一般的に独立性に関するルールを厳格化し、通常監査と簡易監査における独立性規制の目的は必然的に同じであり（naturgemäss）、それゆえに債務法728条および729条が定める一般条項は同一の文言となっていると指摘している（Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N30 (S.655)）。

39) 債務法728条2項は簡易監査においてもガイドライン（Leitlinie）として機能すると考えられている。Bourqui/Bourqui [2007] S.433 ; Zihler [2007] S.18 ; Peter/Cavadini/Dunant [2008] Art. 729 N 2 und 6 ; Böckli [2008] S.129 ; Böckli [2009] § 15 N 607 ; Perrin/Wagner [2010] S.104 ; Oertu/Hänni [2012] Art. 729 N 2 ; Renggli/Kissling [2012] 375 ; Bertschinger [2013b] S.267 ; Watter/Rampini [2016] Art. 729 N 2 und 4 (S.1453). See also Botschaft [2004] 4026 ; RAB [2012] S.40.

なわち、連邦通常裁判所は、簡易監査における独立性の要求につき、連邦監査監督庁や連邦行政裁判所ほどは厳格な立場をとっているわけではないように思われるとも指摘されている<sup>42)</sup>。これに対し、連邦行政裁判所は、債務法729条2項が記帳への関与およびその他のサービスの提供を認めている点<sup>43)</sup>および監査責任者のローテーションが要求されていない点<sup>44)</sup>において簡易監査は通常監査と異なるもののその他の点では独立性の要求につき変わりが無いという立場をとっているようである。

多数説も連邦行政裁判所と同様の理解を示し<sup>45)</sup>、*EXPERTsuisse*の代表も、簡易監査における容易化（*Erleichterungen*）は監査の範囲および強度ならびに監査人の資格に影響を与えるものであり、独立性の要求に対しては影響を与え

---

40) 連邦通常裁判所2012年5月8日判決（BGer 2C\_927/2011 vom 8. Mai 2012）（*Erwägung* 3.2.2）および2013年6月20日判決（BGer 2C\_709/2012 vom 20. Juni 2013）（*Erwägung* 4.3）など。See Widmer/Sanwald[2014a] § 13 N 188(S.439-440),Widmer/Sanwald[2014b]S.1094. 比較的最近でも、連邦通常裁判所2015年6月1日判決（BGer 2C\_125/2015 vom 1. Juni 2015）（*Erwägung* 4.2 :《nicht grundlegend anders》）；連邦行政裁判所2015年10月8日判決（BVGer Nr.B-4868/2014 vom 8. Oktober 2015）（*Erwägung* 5.5 :《grundsätzlich dieselben》）および同2015年12月15日判決（BVGer Nr.B-2632/2014 vom 15. Dezember 2015）（*Erwägung* 3.2.1 :《grundsätzlich kein Unterschied》）などが、一貫して、通常の監査と簡易監査との間で独立性の要求について、本質的な違いはないとの判断を示している。

41) *e.g.* RAB [2016] S.39 ; RAB [2015] S.34.

42) Böckli [2014] S. 1086 ; Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N28 (S.654).

43) 連邦行政裁判所2011年4月20日判決（BVGer Nr. B-6373/2010 vom 20. April 2011）（*Erwägung* 2.5.4）；同2011年10月5日判決（BVGer Nr.B-1355/2011 vom 5. Oktober 2011）（*Erwägung* 4.2.2）；同2011年11月3日判決（BVGer Nr. B-4465/2010 vom 3. November 2011）（*Erwägung* 4.4.2）；同2012年5月3日判決（BVGer Nr. B-5065/2011 vom 3. Mai 2012）（*Erwägung* 3.7）；同2012年6月13日判決（BVGer Nr. B-8823/2010 vom 13. Juni 2012）（*Erwägung* 5.4.1）；同2012年7月27日判決（BVGer Nr. B-853/2011 vom 27. Juli 2012）（*Erwägung* 4.2.4）；同2012年9月6日判決（VGer Nr. B-739/2011 vom 6. September 2012）（*Erwägung* 3.2.3）；同2013年6月19日判決（BVGer Nr. B-2274/2012 vom 19. Juni 2013）（*Erwägung* 5.3）など。

44) 前掲連邦行政裁判所2012年9月6日判決（*Erwägung* 3.2.3）。

45) Perrin/Wagner [2010] S. 104 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 187 (S.439).

ないと述べたことがある<sup>46)</sup>。

もっとも、小規模会社における状況を解釈にあたって考慮に入れるべきであるという有力説も存在する<sup>47)</sup>。とりわけ、債務法728条2項1号にいう他の意思決定の職務、同項2号にいう重要な間接的資本参加および重要な債権債務、同項3号にいう緊密な関係、同項5号に経済的依存性<sup>48)</sup>、同項6号にいう「市場における条件によらない」、同項7号にいう価値のある贈り物または特権の受領のような漠然とした法概念の解釈においては、通常監査の場合に比べて、簡易監査の場合には緩やかに解すべきであるとの主張も存在する<sup>49,50)</sup>。監査を受けることを要求する基本的なコンセプトは被監査会社の経済的な重要性に依存するのであるから、通常監査の場合に比べ、簡易監査においては、独立性が欠如しているという外観は、より大きな警戒心をもって受け容れられる傾向があると見る見解もある<sup>51)</sup>。また、*Bertschinger* は、簡易監査を行う監査人の独立性は、債務法729条2項を別としても、さらなる制約に服するという見解を

---

46) Bürgy は、独立性なしには、監査意見は事実 (Realität) の厳密な検査に合格しないと述べている (Bürgy [2014] S.1052)。See also Haas/Schacher [2014] S. 1061.

47) Böckli [2009] § 15 N 607 ; Böckli [2014] S. 1086.

48) 連邦監査監督庁の見解によれば、経済的依存性については、簡易監査においては、自己監査の禁止が緩やかであることから、通常監査の場合に比べ、他の会計サービスに対する報酬を受け取る傾向があり得る。そして、ある被監査事業体 (すべての連結会社を含む) から受ける報酬が過去5年間の平均報酬収入額の10%を超える場合には、経済的依存の懸念がある。少なくとも20%を超えるような場合には、経済的独立性は認められない (RAB [2013] S.4)。

49) Montavon/Wichser [2009] S.177 und 183 ; Oertli/Hänni [2012] Art. 729 N 2 ; Bertschinger [2012] S.1226-1227 ; Bertschinger [2013b] S.319 ; Watter/Rampini [2016] Art. 729 N. 5. 簡易監査の場合には、被監査会社の持分の10%から20%を保有してもよいし、1つの被監査会社から受ける報酬が監査事務所が受ける30%または60%に達してもよいという見解もある (cf. RAB [2014] S.34)。For details, see also Haas [2014]。

50) ただし、このような解釈を判例は明示的に退けている (たとえば、前掲2012年9月6日連邦行政裁判所判決 (Erwägung 3.2.3) ; 前掲2012年5月8日連邦通常裁判所判決 (Erwägung 3.5.1.))。

51) Bertschinger [2012] S. 1227 ; Bertschinger [2013b] S. 318.

示している<sup>52)</sup>。さらに、*Camponovo/Camponovo* は、立法者意思に照らし、債務法729条2項は簡易監査には準用されないと主張している<sup>53)</sup>。

いずれの立場によるにせよ、監査人の独立性に係る要求事項との関係では、法律における不確定概念（たとえば、緊密な関係、重要な間接的持分など）が多く用いられており、ケース・バイ・ケースで判断されるべきことになりはしない。通常監査が行われる場合であっても、簡易監査が行われる場合であっても、法律における不確定概念には、すでに裁量の余地が存在する<sup>54)</sup>。

なお、債務法729条は、旧債務法727c条とは異なり、被監査会社の取締役会、多数派株主または株主からの独立性についても被用者としての地位を有してはならないことも明示的には定めていない。しかし、このことから、立法者が簡易監査については旧727c条および727d条よりも緩やかな独立性に関するルールを採用したと解釈すべきではないと指摘されている<sup>55)</sup>。たしかに、2004年白書においては、旧債務法においても、小規模企業の状況を考慮に入れて、独立性に関する要求事項は定められていたと指摘されており、新たな規律においては、通常監査と簡易監査とではある程度（*bis zu einem gewissen Grad*）要求事項に差を設けているとされていた<sup>56)</sup>。しかし、白書では、簡易監査においても、監査人が依存性とバイアスを有しているという外観が生じさせるような事実が存在してはならない、さもなければ監査は第三者にとってのその価値を失うと指摘されていた<sup>57)</sup>。

そして、簡易監査についての債務法729条には、債務法728条3項から6項

---

52) Bertschinger [2013b] S. 321.

53) *Camponovo/Camponovo* [2014] S.628.

54) Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N32 (S.655).

55) Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N3 (S.642) und N24-27 (S.652-653). *Eberle/Lengauer* は、立法資料において、簡易監査については独立性の要求が緩やかでよいという見解は示されていないとして、*Camponovo/Camponovo* [2014] S. 632における指摘は不適切であるとする。

56) Botschaft [2004] S.3999.

57) Botschaft [2004] S.4000.

のような規定は設けられていないが、独立性に関する規定の適用がある人的範囲は、簡易監査の場合も通常監査の場合と同じであると解されている<sup>58)</sup>。

## (2) 被監査会社の記帳への関与その他のサービスの提供

簡易監査の場合には、被監査会社の記帳への関与その他のサービスの提供が許される。一定の方策を講じ、かつ、監査報告書にその旨を記載することにより、記帳業務を含む助言業務を行うことができる。自己監査のリスクがある場合には、適切な組織的および人的な措置を講じることによって、信頼性ある監査を確保しなければならない(債務法729条2項)。これは、監査人の外観的独立性を損なう面を有するが<sup>59)</sup>、ワンストップ・サービス(Dienstleistungen aus einer Hand)<sup>60)</sup>に対する中小企業の必要に鑑みて定められたものである<sup>61)</sup>。

現在の債務法729条2項1文は、国民議会に連邦参事会から提出された原案通りの規定であるが、記帳への関与を認めるかどうかについては、国民議会の法律問題委員会および本会議において激論が戦わされた<sup>62)</sup>。まず、法律問題委員会においては<sup>63)</sup>、729条2項1文を「被監査会社に対するサービスの提供は

---

58) Montavon/Wicher [2009] S.183; Peter/Cavadini/Dunant [2008] Art.729 N11 (S.1231); Bertschinger [2013] S.318; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 189 (S.440)。ただし、Camponovo/Camponovo [2014] S. 644。

59) Feller [2012a] S.160 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N190 (S.440)。See also Linder/von der Crone [2007] S.501。

60) Botschaft [2004] S. 4026。国民議会では、これとの関連で、「受託者モデル(treuhändermodelle/modèle fiduciaire)」への言及がなされている(Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 84 [Burkhalter] [Egerszegi])。もっとも、議会における議論では、受託者モデルは一定規模以上の監査事務所でなければ妥当しないことについては共通の理解があったと推測される(Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Protokoll, 13/14. Januar 2005, S. 19 und 20 ; Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 83 [Aeschbacher])。

61) Eberle/Lengauer [2016] Art. 729 N85 (S.676) は、実務の便宜のための妥協(Kompromiss im Interesse Der Praktikabilität) と評している。

62) 他方、全州議会では、法律問題委員会においても本会議においても、国民会議で可決された729条の文言に対する修正は提案されなかったようである。See Amtliches Bulletin, Ständerat, 2005 S 627 [Inderkum]。

記帳への関与を除き許される。」とする修正案が提出されたが、原案が11対9という僅差で支持された<sup>64)</sup>。本会議においては、自己監査のリスクがあること<sup>65)</sup>、監査人の独立性を確保するという債務法改正の目的を貫徹すべきこと、記帳への関与を認めることによるコスト削減は必ずしも大きいとは考えられないこと<sup>66)</sup>が修正案を支持する議員から指摘された。これに対して、原案支持の立場からは、従来の実務を踏襲するものにすぎないこと、監査人の記帳への関与を認めないと、中小規模の会社にとってのコストの著しい増加を招くこと、および、729条2項2文により、適切な組織的および人的な措置を講じることが求められることによって、バランスのとれた解決が図られていると評価できることなどが指摘された<sup>67,68)</sup>。

どのように監査人が被監査会社の記帳に関与し、その他の関連サービスを提供するかは、監査事務所がその使用人に対する一般的なガイダンスにおいて定め、監査責任者が監査業務にあたってそれを適用しなければならない。連邦監査監督庁は、監査事務所は、品質保証および独立性の遵守に関する職業上の要求事項に従って、指示、プロセスおよびコントロールを定めなければならない、記帳への関与および他の関連サービスの提供に関しても定めなければならないとしている。そして、少ない割合の場合には、独立第三者による外部的モニタリングが適切であり得るとしている<sup>69)</sup>。

法は、監査事務所レベルでの方策と監査業務に関与する個人レベルでの方策

63) *For details, see* Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Protokoll, 13/14. Januar 2005, S. 16–20.

64) Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 84 [Burkhalter]. *See also* Protokoll Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, 13/14. Januar 2005, S.20.

65) Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 83 [Aeschbacher].

66) Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 83 [Sommaruga].

67) Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 83 [Hochreutener] [Blocher], N 84 [Burkhalter]. *See also* Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Protokoll, 13/14. Januar 2005, S. 18.

68) 本会議では、会派としては、たとえば、スイス自由民主党（FDP）およびスイス国民党（SVP）が原案に、社会民主党（SP）が修正案に、それぞれ賛成し、90対53で（Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 84）、原案が可決された。

の両方を講じることを求めている。記帳および他のサービスの提供にあたって、事務所レベルで、独立性が確保されるように、組織的方策<sup>70)</sup>および人的方策は講じられなければならない<sup>71)</sup>。簡易監査の枠組みでの活動から分離されなければならない<sup>72)</sup>。そして、これらの要件は監査業務ごと<sup>73)</sup>に累積的に満たされなければならない。

記帳その他の関連サービスの業務と簡易監査とは同一人または同一グループによって実施されてはならない<sup>74)</sup>。明確かつ実効的な役割の分担が確保されなければならない<sup>75)</sup>。すなわち、組織的分離との関連では、事務所レベルの品質管理手続きの枠組みにおいて、監査事務所は、監査部門と記帳に関与しその他の関連サービスを提供する被用者が属する部門の業務管理が同一人または（全部または一部が）同一の者の集団によってなされないようにしなければならない<sup>76)</sup>。組織的分離は監査業務ごとに行うことができる。個人は、両方の部門に属することができるが、同一の被監査事業体のために同時に業務を行ってはな

---

69) RAB[2013] S.1. *See also* Renggli[2012] S.291; Widmer/Sanwald[2014a] § 13 N208 (S.447).

70) Renggli [2012] S.294-295; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 204 (S.445).

71) Bertschinger [2012] S.1229; Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2014] S. 129.

72) *Standard zur eingeschränkten Revision 2015*, Anhang B, Unabhängigkeit, lit. a, S.44-45. 2007年独立性ガイドライン (*Richtlinien zur Unabhängigkeit*) (Treuhand-Kammer [2007]) の Teil VIII Buchführung sowie weitere Dienstleistungen, Abschnitt C Eingeschränkte Revision も参照。

73) *See* Feller [2012a] S.161.

74) Botschaft [2004] S.4026.

75) Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 206 (S.445). RAB [2011]; Böckli [2008] S.129; Böckli [2009] § 15 N 498. 過度に厳格な分離に対して否定的な態度を示すものとして、たとえば、Bertschinger [2012] S.1229; Hegetschwiler [2007] S.340-341がある。

76) 連邦監査監督庁によれば、コンツェルン関係については、独立性に関する規定は、監査人と共通支配下にある会社に及ぶ。言い換えるならば、法の要求事項を、禁止されている活動を法的には別個の会社によって行うことによって潜脱することはできない。法的に独立した会社によって行われる場合にも、明確かつ実効的な組織的および人的分離がなされなければならない (RAB [2013] S.3). *See also* Renggli [2012] S.293; Bertschinger [2013b] S.318; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N209 (S.447).

らない。さらに、記帳に関与し、その他のサービスを提供し、またはその部門を管理する個人は監査に関与しまたは監査部門を管理する者に対して指示する権限を有してはならず、その逆も許されない。指示に従うことを排除することは規則で正式なものとするができる。また、人的分離との関連では、監査業務レベルの品質管理手続きの一環として、監査事務所は記帳業務を行いまたはその他の関連サービスを被監査事業体に提供する者が当該会社のための監査業務に関与しないことを確保しなければならない<sup>77)</sup>。

したがって、1人監査事務所は、簡易監査に加えて記帳に関与したり、その他の関連サービスを提供することはできない<sup>78)</sup>。

議会における議論においては、監査人は記帳と監査を同時に行うことはできないということが強調され、関与という概念は比較的狭く解釈されていた<sup>79)</sup>。連邦監査監督庁および学説は、監査人に対する全面的なアウトソーシングという意味における全くかつ自律的な記帳の監査人による実施は許されないという見解をとっている<sup>80)</sup>。他方、*EXPERTsuisse*（スイス監査・税務・受託専門家協会）は、決算およびそこに含まれる裁量について取締役会と議論し、取締役会が関連する判断を行っている限り、監査事務所の受託部門による記帳の実行は許容されるという見解を示している<sup>81)</sup>。連邦監査監督庁にせよ

77) RAB [2013] S.3 ; Renggli [2012] S.277 ; Renggli/Kissling [2012] S.359 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N208 (S.447).

78) RAB [2011] ; Pfiffner [2008] N 2084 ; Böckli [2008] S.129 ; Böckli [2009] § 15 N 498 ; Montavon/Wichser [2009] S.178 ; Treuhand-Kammer [2011] ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N208 (S.447) ; Watter/Rampini [2016] Art. 729 N11 (S.1256).

79) Amtliches Bulletin, Ständerat, 2005 S 627 [Inderkum]. しかし、経済受託者会議所は、議会における討論からは、法律の文言の解釈について、発言者の間にはかなりの相違があり、このような背景をふまえると、監査人による計算書類の作成を議論することは少なくともミスリーディングであると指摘している (Treuhand-Kammer [2011] S. 1002. See Haas/Schacher [2014] S. 1068). 国民議会（法律問題委員会・本会議）における討論については、Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 192 (S.441) ならびに Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Protokoll, 13/14 Januar 2005, S. 16-20 および Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 83-84 参照。

*EXPERTSuisse* にせよ、取締役会が裁量を行使する責任を負っているということが決定的に重要であるという姿勢をとっており、おおよそ一致している<sup>82)</sup>。

いずれにせよ、記帳への関与は、計算書類の作成を補助すること (Unterstützung) を超えてはならないと解されている<sup>83)</sup>。

監査人の記帳への関与は単発的な助言にとどまらないことがあり<sup>84)</sup>、監査責任者は、許容される関与をケース・バイ・ケースで定めなければならない<sup>85)</sup>。計算書類に影響を与えるすべての重要な判断は、被監査会社の取締役会がしな

---

80) RAB [2011] ; Pfiffner [2008] N 2083 ; Böckli [2008] S.129 ; Böckli [2009] § 15 N 497 ; Zihler [2011] S.18 ; Bertschinger [2012] S. 1227 ; Renggli [2012] S.277 ; Renggli/Kissling [2012] S.379 ; Watter/Rampini [2016] Art. 729 N 8 (S.1455) ; Bertschinger [2012] S.1228 ; Bertschinger [2013b] S.319 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 200 (S.443-444) ; Watter/Rampini [2016] Art. 729 N 8 (S.1455). 経済受託者会議所は、アウトソーシングとの関係での概念的な漠然性があることを指摘し、法律に基礎を置く、組織的および人的な方策を十分に講ずることが重要であるとする (Treuhand-Kammer [2011] S.1001)。

81) Treuhand-Kammer [2011] S. 1003. 経済受託者会議所は、債務法 716a 条により、計算書類の作成の責任は取締役会にあるから、監査人は、記帳への関与およびその他のサービスの提供について詳細に説明しなければならないとする (Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2014] S. 127)。記帳および計算書類の作成の責任が「究極的に取締役会に残る」限り、監査人による決算整理仕訳は許容されるという Haas/Schacher [2014] S. 1068 の見解はこの点では妥当しない (Eberle/Lengauer [2016] S.677 Fn.121)。

82) Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N86 (S.677)。もっともは、経済受託者会議所は、人的分離および組織的分離が確保されていればアウトソーシングは許容されるとしており、アウトソーシングの問題について異なる意見を有している。そして、経済受託者会議所は、取締役会が究極的な判断を自ら行い、その判断を監査人に委ねないことこそが分水嶺であるとする (Treuhand-Kammer[2011]. See also Widmer/Sanwald[2014a] § 13 N201(S.444))。

83) RAB [2011] ; Montavon/Wichser [2009] S.179 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 200 (S.443). See also Bundesrat, Amtliches Bulletin, Nationalrat, 2005 N 83-84 [Blocher] und Amtliches Bulletin, Ständerat, 2005 S 627 [Inderkum]. もっとも、より緩やかに解釈する (より広く記帳への関与を認める) 見解も有力である (Bourqui/Bourqui [2007] S.433 ; Montavon/Wichser [2009] S.177 ; Watter/Rampini [2016] Art. 729 N 8 (S.1455))。

84) Böckli [2009] § 15 N497 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 200 (S.443). 経済受託者会議所も、関与は、単発的な性質を有することも包括的な性質を有することもあるとしていた (Treuhand-Kammer [2011] S.1000)。

なければならない<sup>86)</sup>。もっとも、具体的にどの様な範囲のサービスの提供が許容されないのかについては、学説が分かれている。計算書類の作成、したがって、貸借対照表、損益計算書および注記を規範に従って作成するために必要なすべての活動は、許容される記帳への関与であると解する見解がある<sup>87)</sup>。しかし、減価償却、評価減、引当金、一定の費用の資本化、再評価、会計方針の変更などは取締役会に専属するはずである<sup>88)</sup>。そして、債務法716a条1項3号にいう会計組織のみが会計システムとの関係で取締役会の委譲不能な職務に属するというように、より限定的に解釈する学説がある<sup>89)</sup>。この立場からは、適用すべき会計上のルールとの関係での主要な会計組織を取締役会は決定しなければならないが、その他の業務、とりわけ、記帳は委譲できる業務執行であることになる<sup>90)</sup>。

連邦監査監督庁は、計算書類作成の責任は、被監査事業体またはその取締役会にあり、監査人は、その責任を引き受けるという印象を与えるような仕事を引き受けないとする。監査人は、被監査事業体に記帳または会計上の裁量の余地（たとえば、減価償却、評価減、引当金、一定の費用の資本化、再評価、総額主義の例外、会計方針の変更など）があるときには、自ら行使するのではなく、その裁量の限界を教示することができるとする。そして、記帳への関与は、計算書類の作成を補助することに限定されるべきであり、これは被監査会社が計算書類の著者であり、霊的父親（geistiger Vater）であることを意味する<sup>91)</sup>。計算書類全体またはその主要な部分が監査人の使用人（かりに監査に関与していなくとも）によって作成された場合には、その法定監査人は、計算書類の実

85) RAB [2011].

86) Bertschinger [2012] S.1227.

87) Haas/Schacher [2014] S.1068. Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N 87 (S.678) は、この見解は行き過ぎ（zu weit geht）であるとする。

88) Böckli [2009] § 15 N 497 ; Bertschinger [2012] S.1227.

89) Bertschinger [2012] S.1228.

90) Bertschinger [2012] S.1228. なお、経済受託者会議所は、許容されている補助者の選定を含むとする（Treuhand-Kammer [2011] S.1000）。

際の著者であり、事実上の責任を引き受けることになる」と指摘する<sup>92)</sup>。

簡易監査基準は、計算書類についての責任は被監査会社の機関に留保されるとしており、さらに、監査人が業務執行の職務を遂行しているという外観を生じさせてはならないとする<sup>93)</sup>。そして、リスクは、明確に被監査会社に伝達されるべきであるとされている。連邦監査監督庁は、記帳への関与およびその他の関連サービスの提供は、責任の所在を定め、かつ、被監査会社がリスクを負っていることを明確化した別個の発注書に基づいて実施される<sup>94)</sup>。文書には、誰が計算書類について重要な役割を引き受けるかを示すことができるとする<sup>95)</sup>。もっとも、取締役会が財務諸表作成について責任を負うことを認め、完全性確認書（Vollständigkeitserklärung）に署名し、かつ、コンファメーション・ノート（Auftragbestätigung）にその旨を記載したというだけでは不十分であり<sup>96)</sup>、現実には、取締役会がその責務を引き受けることが、監査人がサービスを提供することが許容されるために必要である。

ところで、監査の過程において、監査人と被監査会社の経営者との間で情報交換や意見の交換が行われ、また、監査人から何らかの指摘が行われることが通常であると推測される。許容される関与と許容されない関与とは、債務法

---

91) *TREUHAND/SUISSE* は、人的および組織的分離が確保され、かつ、被監査会社が計算書類を理解し、その業務執行および意思決定機関によって承認されている限り、監査人は計算書類の霊的父親ではないとする（*TREUHAND/SUISSE* [2011]）。

92) RAB [2013] S.2. *See also* Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 200 (S.443).

93) *Standard zur eingeschränkten Revision 2015*, Anhang B, Unabhängigkeit, S. 43. *See also* RAB [2011]; Feller [2012a] S.161; Renggli [2012] S.277; Renggli/Kissling [2012] S.379,382-383; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 199 (S.443).

94) RAB [2011]; Renggli [2012] S.277; Renggli/Kissling [2012] S.379, 49-50; Montavon/Wichser [2009] S.178; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 205 (S.445). *See also* Anderegg [2013] S.37, und Feller [2012a] S.161.

95) 連邦監査監督庁は、個々の具体的な監査業務に関して、監査業務の受嘱および継続の判断における独立性の検討は監査調書に文書化しなければならないとする（RAB [2013] S.4）。*See also* Renggli [2012] S.290.

96) Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 199 (S.443). *See also* Feller [2012a] S.161.

716a 条 1 項 3 号および 6 号<sup>97)</sup>、729 条 2 項、729b 条 1 項 3 文などの法的な枠組みをふまえて、ケース・バイ・ケースで判断されなければならない<sup>98)</sup>。なお、通常監査においても、少なくとも問題の解決策を示すのでなければ<sup>99)</sup>、独立性の要求に反することなく、決算監査の枠組みの中では助言や勧告をすることは認められると解されている<sup>100)</sup>。

*Eberle/Lengauer* は<sup>101)</sup>、修正済の誤謬と未修正の誤謬の一覧を監査人が作成し、これを取締役に提供すること、これに基づいて、被監査会社の取締役会の見解によれば必要と考えられる勘定記入（科目の選択と額を含む）をすることを取締役に促すことは許容されるとする<sup>102)</sup>。また、監査事務所が計算書類のひな型を提供して、被監査会社がそれに基づいて、具体的な内容、たとえば、注記の記述を検討することは許容されるとする。

他方、監査人が、修正済の誤謬と未修正の誤謬の一覧において広範な判断と見積りを含む事項について具体的な金額を示すことは、独立性の観点から疑義があるとする。また、（おそらく、多くの包括的なポジションについて）未修正の誤謬のリストを検討し、それによりもっぱら計算書類の作成を支援することに疑義がないとはいえない<sup>103)</sup>。分配可能額についての検討を被監査会社がまだ行いたいため、監査開始の時点では貸借対照表利益の分配予定額が定

97) 債務法 716a 条 1 項は、会社の経営のために必要な、会計の組織、財務統制および財務計画システム（3 号）や事業報告の作成、株主総会の準備および総会の決議の実施（6 号）などを、委譲できない（unübertragbare und unentziehbare）取締役会の職務であるとする。

98) RAB [2011].

99) 自己監査になってはならない（Peter/Cavadini/Dunant [2008] Art. 728 N 33 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N77 (S.404)）。

100) Handschin [1994] S.345 ; Wey [2006] S.336 ; Pfiffner [2008] N650 ; Peter/Cavadini/Dunant [2008] Art. 728 N 33 ; Pfiffner [2008] N 650 ; Eberle [2009a] S.213 ; Renggli [2012] 277 ; . Haas/Schacher [2014] S.1064 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N77 (S.404) ; Eberle/Lengauer [2016] Art. 728 N142-144 (S.313-315). 2007 年独立性ガイドライン 30 条も参照。ただし、Watter/Rampini [2016] Art. 728 N 33 (S.1344)。

101) Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N89 (S.679).

102) See Renggli [2012] S.277 ; Renggli/Kissling [2012] S.379.

まっていないような場合も同様である。とりわけ、被監査会社が準備金の積立てまたは分配可能性およびそれに関する税務上の影響について専門的能力を有していない場合には、監査人が被監査会社の意思決定の職務をおこなっているという外観が生ずる<sup>104)</sup>。

決算整理仕訳がなされていない計算書類が監査人に提出され、リストされた未修正の誤謬の帳簿記入を監査人に依頼するようなことは、監査人の独立性に反する。決算整理仕訳（減価償却、減損、引当金の金額の決定、借方・貸方の繰延）は、債務法716a条により取締役会の委譲できない職務であり<sup>105)</sup>、また、監査人がこのようなことをすることは計算書類の作成に大きく寄与することになるからである<sup>106)</sup>。

ところで、監査の過程における監査人と被監査会社の機関との情報交換は記帳への関与から区別されなければならない。監査の過程における情報の交換は監査手続きの一環である。とりわけ、簡易監査については、監査の手続きとし

---

103) 少なくとも、監査人が計算書類を作成しているという外観は生ずる（Eberle/Lengauer [2016] S.679 Fn.132）。しかし、Haas/Schacher は、取締役会が、少なくとも原則として、専門的にすぎない検出された誤謬を理解でき、それに帳簿記入に反映させる場合であっても、独立性は損なわれていないとする（Haas/Schacher [2014] S. 1064）。

104) 利益配当の可能性と帰結を教示することも、取締役会が最終的な判断を行う限り、問題はないという見解（Haas/Schacher [2014] S. 1064 参照）は、関与の形式的な側面のみに着目する危険性を有している（Eberle/Lengauer [2016] S.680 Fn.133）。Widmer/Sanwald は、法律が定める監査人の職務と取締役会の職務の分離が追求されなければならないとし（Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 199）、Eberle/Lengauer はこの見解を支持している（Eberle/Lengauer [2016] S.680 Fn.133）。

105) Zihler [2007] S.18 ; Peter/Cavadini/Dunant [2008] Art. 729 N 6 ; Pfiffner [2008] N 2083 ; Böckli [2009] § 15 N 497 ; FAQ [2011] ; Treuhand-Kammer [2011] ; Oertu/Hänni [2012] Art. 729 N 3 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 198 (S.442) ; Watter/Rampini [2016] Art. 729 N 8 (S.1455)。

106) Haas/Schacher は、通例的な評価との関係での機械的または専門的な支援がある限り、決算整理仕訳および処理の選択肢を示す際の支援は、原則として、疑義があるとしているようである（Haas/Schacher [2014] S. 1065）。これは、被監査会社が暫定的な結論を出したうえで、通例の決算整理仕訳のうち誤謬があるわずかな一部分についてなされるときに認められ、監査人が包括的に、会社の決算整理仕訳を依頼された場合には認められない。

て質問と適当な詳細監査手続きが明示的に列挙されている（債務法729a条2項）。そのような監査手続きの実施は情報交換がなされる双方向のプロセスである。情報交換がなされる時点においては、通常、確定的で、もはや差し替えることができない計算書類は存在しない。むしろ、情報交換の後に、たとえば、計算書類の注記に一定の事項が記載され、確定的な計算書類が作成され、監査人の意見が表明されることになる。しかし、監査人自身が注記に示される情報を作成せず、被監査会社が文案を作成することを確保しなければならない。計算書類の作成の責任は被監査会社にあり、監査人による支援により監査人の専門的能力に被監査会社が依存することになってはならない<sup>107)</sup>。このような条件の下でなされる、監査人による専門的支援は簡易監査の一環となり、記帳への関与またはその他のサービスの提供にあたらぬこととなる<sup>108)</sup>。

なお、簡易監査を受けている子会社のうち、債務法727条1項3号により通常監査の対象となっている連結計算書類の連結の範囲に含まれているものとの関係では、記帳への関与が認められるのかという論点がある。連邦監査監督庁は、当該子会社が重要な子会社であるかどうか、また、当該子会社が簡易監査を受ける必要があるか、監査を受ける必要が全くないかにかかわらず、否定的である<sup>109)</sup>。

### (3) 他のサービスの提供

簡易監査においては、記帳への関与における自己監査の禁止を確保するための条件を遵守する限りにおいては、他のサービスを提供することができる<sup>110)</sup>。すなわち、記帳への関与の場合と同様、他のサービスの提供においても、被監査会社に責任があること、監査人は経営上の職務を引き受けないこと、他のサービスの提供に伴うリスクを被監査会社に伝達すること、および、適切な人的お

107) 2007年独立性ガイドライン30条。

108) Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N 90 (S.681).

109) RAB [2011].

110) Bertschinger [2012] S. 1233

よび組織的な分離によって信頼性を有する監査を行うことが求められる<sup>111)</sup>。

債務法729条2項は、自己監査のリスクがある場合に限定して適切な人的および組織的な分離を求めており、また、簡易監査の場合には、すべての非監査サービスについて人的および組織的な分離が必要であり、監査報告書において開示する必要があるとすると、通常監査の場合よりも厳格なルールが適用されることになり、同じように、自己監査のリスクがないサービスを提供する場合には、簡易監査と通常監査とは異なる方策を講じることが求められるとすることは適当ではない<sup>112)</sup>。したがって、人的分離および組織的分離が必要であるかどうか、監査報告書において開示する必要があるかどうかは、それらのサービスに自己監査のリスクが内在するかどうかに依存する<sup>113)</sup>。学説においては<sup>114)</sup>、税務目的での評価<sup>115)</sup>、税務申告書 (Steuer- und Abgabedeclarationen) 作成の支援または一般的なタックスプランニングに関する助言<sup>116)</sup>および法的助言<sup>117)</sup>が、監査人が提供するサービスの中で、自己監査のリスクがないと考えられる典型的なものとして挙げられることが多い<sup>118)</sup>。また、2007年独立性ガイドライン34条では、一般的な原則に従う限り、会社法、労働法その他の私法の事項についての助言や合併・買収の際の法的助言は原則として独立性

---

111) *Standard zur eingeschränkten Revision 2015*, Anhang B, Unabhängigkeit, lit. a, Buchführung und andere Dienstleistungen, S. 45

112) Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N.93 (S.682).

113) *Standard zur eingeschränkten Revision 2015*, Anhang B, Unabhängigkeit, lit. a, Buchführung und andere Dienstleistungen, S.44. 2007年独立性ガイドラインの Teil VIII (Buchführung und andere Dienstleistungen) も参照。

114) 他方、連邦監査監督庁は、連邦監査監督庁は、自己監査の禁止との関連では、とりわけ、記帳への関与、評価、コーポレート・ファイナンスおよびそれに類似した活動、弁護および法的助言、税務および社会保障法領域におけるサービスの提供、内部監査の領域におけるサービスの提供、財務情報システムの開発と導入、臨時的な人材供給、第三者のためのポートフォリオマネジメント、リクルートというような業務には自己監査のリスクがあるとしている (RAB [2013]) (圈点一引用者)。

115) 2007年独立性ガイドライン35条。

116) 2007年独立性ガイドライン32条 (そのような評価は、たとえば、税務当局による外部的チェックに服することを根拠する)。

と両立すると考えられている。しかし、会計法または合併・買収などの取引は、法的助言そのものは計算書類と関連を有する事項に関係しないものの、それ以外については自己監査のリスクを有する可能性がある<sup>119)</sup>。そして、設立、資本増加および組織再編行為における特別監査（Spezialprüfungen）については、債務法729条2項の適用はないとするのが通説である<sup>120)</sup>。

また、学説上、自己監査のリスクがあると考えられているものとしては、評価、資金調達方法の特定や予定されている取引の効果分析の形でのコーポレート・ファイナンスサービス<sup>121)</sup>、財務情報システム（会計システム）の開発または導入<sup>122)</sup>、デューデリジェンス<sup>123)</sup>、内部監査の領域におけるサービス<sup>124)</sup>、監査事務所から被監査会社への一時的な人材派遣<sup>125)</sup>およびリクルート<sup>126)</sup>がある。監査人が提供する評価サービスが、計算書類に直接結びつかないこと<sup>127)</sup>

117) 簡易監査基準も、税務および社会保障法領域（Bereich des Steuer-, Abgabe- und Sozialversicherungsrechts）における非監査サービスには自己監査のリスクがないという立場をとっている（Anhang B, Unabhängigkeit, lit. a, Buchführung und andere Dienstleistungen, S. 46）。なお、税務および社会保障法領域におけるサービスの例については、たとえば、Haas/Schacher [2014] S. 1066参照。

118) Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N.94（S.682）。

119) Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N.94（S.683）。

120) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009b] S. 141；Amstutz/Mabillard [2008] Art. 15 FusG N 5；Gelzer [2012] Art. 15 FusG N 5；Böckli [2009] § 3 N 115a；Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N.7（S.644）。また、たとえば、Gozzi [2009] S. 169（利益相反のリスクが大きいため、合併監査人・分割監査人の独立性の要件を高めるべきであるとする）。ただし、Renggli/Kissling/Camponovo [2014] S. 530。

121) 2007年独立性ガイドライン33条。

122) RAB [2013] S. 3.

123) 2007年独立性ガイドライン33条。

124) RAB [2013] S. 2.

125) 2007年独立性ガイドライン38条。緊急事態の場合には、例外的に、被用者が被監査企業において記帳または財務を行うことが、その被用者が当該企業の指示の下で業務を行い、かつ、経営的職務を行わず、意思決定の役割を果たさないことを要件として、認められる。

126) 2007年独立性ガイドライン40条。計算書類に重要な影響を与える可能性のある者の紹介は、独立性と抵触し、許されない。

もあるし、計算書類に含まれる数値または情報に直接影響を与えること（たとえば、設備資産や無形資産の評価）もある。計算書類に直接関係しない評価サービスの提供であっても、自己監査のリスクがありえ、計算書類の数値または情報に影響を与える評価サービスには常に自己監査のリスクがある<sup>128)</sup>。

#### (4) 組織的および人的方策

債務法729条2項は、記帳への関与またはその他のサービスを提供する場合に、監査の信頼性を確保するという観点から、組織的および人的な適当な方策を講じることを求めている。監査人は、そのような方策が事務所内部で講じられることを確保しなければならない<sup>129)</sup>。法律には、どのような方策が適当であるか、また組織レベルまたは人的レベルとはどういうことなのかについての具体的な定めは設けられていないが<sup>130)</sup>、2004年白書では、簡易監査の実施と記帳業務とは同一人または同一のグループによって行われてはならないと指摘されていた<sup>131)</sup>。また、このような方策には職業人団体<sup>132)</sup>のガイドラインに従った内部的品質保証<sup>133)</sup>へのコミットメントが含まれるとされていた<sup>134)</sup>。

---

127) 2007年独立性ガイドライン32条は、自己監査のリスクがありうる場合には実施してはならないとする。売却するかどうかを検討するための判断材料としての遊休資産についての評価書の作成であっても、それに記載される価値が過大評価の兆候であり、その結果、計算書類に影響を与えることがありうる。

128) 2007年独立性ガイドライン33条にいう、金融デューデリジェンスとの関係では、他の企業の購入（買い手側のデューデリジェンス）と被監査企業の株式または資産の売却（売り手側のデューデリジェンス）とを区別することができる。売却に関するその他のサービスの提供は、その結果が究極的に直接計算書類に反映されるわけではないので問題が少ないが、買い手側のためのデューデリジェンスにおいては、取得価額が計算書類に反映されるので、監査人について自己監査のリスクが生ずる（Eberle/Lengauer [2016] S.684, Fn.148）。

129) Botschaft [2004] S. 4026.

130) RAB [2013] S. 1 ff.

131) Botschaft [2004] S. 4026.

132) たとえば、経済受託者会議所（現在の *EXPERTsuisse*）や *FIDUCIARY/SUISSE*。

133) RAB [2011] ; Renggli [2012] S.278 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N195 (S.442)。

ところで、組織的方策は個々の監査業務（ある事業体の監査人としての任務）レベルで講ずるべきなのか、事務所レベルで講ずるべきなのかという問題がある。*Haas/Schacher* は、2007年簡易監査基準との関係で、監査業務レベルで考えなければならないという解釈を示していたが<sup>135)</sup>、2015年簡易監査基準は、信頼性を有する監査が確保されなければならないことを根拠に、監査業務レベルでの組織的方策が許容されることを明示的に定めている<sup>136)</sup>。他方、*Widmer/Sanwald* は、事務所レベルでの組織的方策が必要であるとしている。これは、監査業務レベルで考えると、組織的分離が事実上適用されないことになるからである<sup>137)</sup>。*Eberle/Lengauer* は、立法者が記帳への関与および他のサービスの提供の場合につき独立性の要求事項を減少させたこと<sup>138)</sup>に照らし、また、中小企業の必要性をふまえた受託者モデルの許容<sup>139)</sup>を踏まえると、独立性を遵守するための過度に形式的な安全策は退けられるべきであるとする<sup>140)</sup>。連邦監査監督庁も、2015年8月に、被監査会社の記帳への関与および他のサービスの提供における安全策のカatalogを適応させ、組織的分離を監査業務レベルで行うことができるようにした<sup>141)</sup>。組織的方策においては、指示の権限と従属関係に着目しなければならない。監査サービスを提供する者と会計業務を提供する者とは、互いに指示をする権限を有してはならない<sup>142)</sup>。この観点からは、内部規則、業務記述書または組織図は、実効性のある組織的方策を実装

---

134) Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB), Rundschreiben 1/2014 über die interne Qualitätssicherung in Revisionsunternehmen (RS 1/2014) vom 24. November 2014, Rz. 3. *See also* Treuhand-Kammer, Schweizer Qualitätssicherungsstandard 1 (QS 1).

135) Haas/Schacher [2014] S. 1068.

136) *Standard zur eingeschränkten Revision 2015*, Anhang B, Unabhängigkeit, lit. a, Buchführung und andere Dienstleistungen, S.45. Haas/Schacher [2014] S.1068 ; Feller [2012b] S.219 も監査業務レベルで講ずればよいとする。

137) Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 207 (S.446).

138) Botschaft [2004] S. 3995.

139) Botschaft [2004] S. 4026.

140) Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N99 (S.865).

141) RAB [2013] S. 3.

するものでなければならない。自らの責任で監査を実施し、監査人の報告書に署名するために、署名権限を有する者に権限が与えられなければならない<sup>143)</sup>。また、ある学説によれば、監査部門と会計業務を提供する部門との間に、いわゆるチャイニーズ・ウォールがあってはならない<sup>144)</sup>。むしろ、監査人は会計業務部門に対して問い合わせができるべきであるから、情報の流れは本質的なものである<sup>145)</sup>。このため、監査事務所は、二重の受託（たとえば、監査業務と会計サービス業務の両方の受託）には、自明な高い賠償責任リスクが内在していることに常に留意しなければならない<sup>146)</sup>。そして、記帳への関与およびその他のサービスの提供についての責任を明確化するために、監査人は、監査契約とは分けて、コンファメーション・レターを出すべきであるとされている<sup>147)</sup>。また、追加的な業務の受嘱にあたっては特別な注意を払わなければならないが、代位認識（Wissenzurechnung）のリスクが存在する<sup>148)</sup>。監査人が会計

---

142) RAB [2013] S.3 ; Oertu/Hänni [2012] Art. 729 N 3. 監査サービスを提供する者に会計業務を提供する者は指示する権限を有してはならないとするものとして、RAB [2011] ; Perrin/Wagner [2010] S.105 ; Bertschinger [2012] S.1229 ; Feller [2012] S.161 ; Renggli [2012] S.278 ; Renggli/Kissling [2012] S.359 und 371 ; Anderegg [2013] S.37 ; Haas/Schacher [2014] S. 1071 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 207 (S.446)。しかし、Widmer/Sanwald は、簡易監査の実施者、それに関与する者または監査部門を指揮する者が記帳に関与する者に対して、指示する権限を有することが許容されるかについては必ずしも十分に議論されているとはいえないとする (Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 207 (S.446))。

143) Haas/Schacher [2014] S. 1071 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 207 (S.446)。

144) これに対して、Böckli は、組織的分離として、チャイニーズ・ウォール (chinese walls) を設けることを挙げている (Böckli [2008] S.129)。

145) Bertschinger [2012] S. 1229。

146) Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2014] S. 128 ; Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N100 (S.866)。連邦通常裁判所2002年11月13日判決 (BGer 4C.200/2002 vom 13 November 2002, BGE 129 III 129) <[http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show\\_document&highlight\\_docid=aza % 3A % 2F % 2F13-11-2002-4C-200-2002](http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=aza % 3A % 2F % 2F13-11-2002-4C-200-2002)> および連邦通常裁判所1998年3月3日判決 (BGer 4C.506/1996 vom 3. März 1998) を参照。

147) Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 205 (S.445) ; Haas/Schacher [2014] S. 1071。

業務を引き受けるときには、その注意が経営機関が払うべき注意により評価されるリスクがある<sup>149)</sup>。

組織的および人的な要求事項によれば、資格を有する被用者が複数存在することが求められる<sup>150)</sup>。要求されている実効的な職務の分離は、記帳に関与する自営の監査人と1人監査事務所にとっては、不可能である<sup>151)</sup>。しかし、一定の条件の下で、監査事務所の所有者が受託業務を、1人の被用者が監査業務を行うことが許容される<sup>152)</sup>。なお、たとえば、*Eberle/Lengauer* は、厳格すぎる解釈をすると、ワンストップ・サービスに対する中小企業の需要にこたえるために立法者が明示的に導入したにもかかわらず、監査人がそれを行うことができないという結果になりうると指摘している<sup>153)</sup>。

#### (5) 経済的依存性

記帳への関与その他のサービスの提供に対する報酬を受けることから、限定監査の場合には、監査報酬と非監査サービス報酬との合計額が大きくなり、それが被監査事業体への経済的依存性をもたらす可能性がある。監査事業体（す

---

148) Hütte [1998] S. 210.

149) 前掲連邦通常裁判所2002年11月13日判決（BGE 129 III 129, 131）、前掲連邦通常裁判所1998年3月3日判決、および、監査人が同時に内部検査人としての職務を行っていた事案についてのザンクト・ガレン商事裁判所2007年11月15日決定（St. Gallen HG.2001.1 vom 15. November 2001）<[http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide\\_2007/hg\\_2001\\_1.html](http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide_2007/hg_2001_1.html)>（Erwägung E 3 c）など参照。また、*Feller* は、監査人が、事実上、取締役会の立場に立つことになると指摘する（*Feller* [2012] S.161）。*See Hütte* [1998] S. 208.

150) *Treuhand-Kammer* [2011] S. 1003.

151) *Pfiffner* [2008] N 2084 (S.1152) ; *Eberle/Lengauer* [2016] Art.729 N101 (S.686).

152) *Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten* [2014] S. 127. ある論者は、会計業務を行っている者、多数派社員、所有者または経営者が監査業務を行っている者をいつでもくびにすることができるのであれば、それが問題でないとはいえない（nicht unproblematisch）としている（*Widmer/Sanwald* [2014a] § 13 N 207 (S.446). *See also Renggli* [2012] S.292).

153) *Eberle/Lengauer* [2016] S.686 Fn.167.

すべての連結会社を含む）から受ける報酬が過去5年間の平均報酬収入額の10%を超える場合には、経済的依存の懸念がある<sup>154)</sup>。それを超えるような関係がある場合には、適切な安全策を品質管理システムに組み込まなければならない<sup>155)</sup>。

## (6) 監査報告書への記載

自己監査のリスクがあるため、監査人が被監査会社の記帳に関与した場合または被監査会社にその他のサービスを提供した場合には、それに関する情報を要約監査報告書に記載することが求められている（債務法729b条1項3号）<sup>156)</sup>。このように、株主総会に提出される要約監査報告書に、記帳への関与およびその他のサービスを被監査会社へ提供した場合には、それについての情報を記載することが求められているのは、外観的独立性の観点から<sup>157)</sup>であると理解されている。

どの程度の記載をすべきかについて学説は分かれており、一方では、被監査会社に対する非監査サービスはすべて完全に特定して記載すべきであるという見解がある<sup>158)</sup>。この見解によると、通常監査の場合には開示することを要しない事項を簡易監査の場合には監査報告書に記載しなければならないことになる（債務法728b条2項参照）。他方、自己監査のリスクのあるような非監査サー

---

154) 2007年独立性ガイドラインの Teil IX Wirtschaftlichen Abhängigkeit, Abschnitt B Die einzelnen Aspekte, (3) 参照。Bertschinger [2013b] S320 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 210 (S.447) ; Watter/Rampini [2016] Art. 729 N 9 (S.1455)。連邦監査監督庁は、少なくとも20%を超えるような場合には、経済的独立性は認められないとする（RAB [2013] S.4）。

155) Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N210 (S.447)。

156) Botschaft [2004] S. 4026。なお、監査報告書に署名する監査責任者と被監査会社の記帳または被監査会社のための他の関連サービスに関与した者とが同一人であることは独立性と両立しない（RAB [2013]）。

157) Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N 212 (S.448)。

158) Pfiffner [2008] N 1980 (S.1105-1106) ; Devaud [2014b] § 11 N 13 (S.355) ; Böckli [2009] § 15 N 609。

ビスのみを監査報告書には記載すれば足りるという見解も有力であり<sup>159)</sup>、簡易監査基準も自己監査のリスクがあるものについてのみ開示を要求している<sup>160)</sup>。監査人は、講じた組織的および人的な方策を監査報告書に特定して記載しなければならず<sup>161)</sup>、それは、「十分に詳細に (hinreichend detailliert)」記載すれば足りると解されている<sup>162)</sup>。

なお、監査報告書に署名する者と記帳への関与その他のサービスを提供した者とが同一人であることは、独立性の要求と整合的ではないと考えられている。この場合には、第三者にとっては、記帳への関与その他のサービスを提供した者が監査に関与したという外観が生ずるからである<sup>163)</sup>。

## Bibliography

- Abolfathian-Hammer, Rosmarie [1992] *Das Verhältnis von Revisionsstelle und Revisor zur Aktiengesellschaft*, Stämpfli
- Anderegg, Peter [2013] Die eingeschränkte Revision—Aktuelles zur Prüfdokumentation und zur Qualitätssicherung, *TREX (Der Treuhandexperte)* 1/2013 (Jg.20, Heft 1): 36-38
- Airaghi, Gianluca [1996] *Unabhängigkeit und interne Schranken im Prüfungsunternehmen*, Verlag Paul Haupt
- Amstutz, Marc/von Bhicknapahari, Sikander [2005] Die Mythen der Revision, *Jusletter*, 9. Mai 2005
- Amstutz, Marc/Mabillard, Ramon [2008] *Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003*, Helbing Lichtenhahn

---

159) Bertschinger [2012] S. 1223 ; Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2014] S. 129 ; Eberle/Lengauer [2016] Art.729 N103 (S.687).

160) *Standard zur eingeschränkten Revision 2015*, Anhang B, Unabhängigkeit, S.44.

161) Botschaft [2004] S. 4028.

162) Watter/Pfiffner [2016] Art. 729b N 8 (S.1474). 監査業務以外に提供されるサービスならびに組織的および人的方策をすべて列挙することは、実行不可能であり、したがって、監査報告書利用者にとっての価値を高めることなく監査報告書の明瞭性が損なわれることになる旨指摘されている。債務法 728b 条 2 項（通常監査において、株主総会に提出される要約監査報告書の記載事項）の文脈での同様の議論については、たとえば、Eberle [2009] S. 701ff 参照。

163) Renggli [2012] S.290 ; Widmer/Sanwald [2014a] § 13 N212 (S.448).

- Annen, Michael [2013] Vergleich eingeschränkte Revision zu Review nach PS 910, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 12: 910–915
- Arnet, Marc/Mattig, Claudia [2013] Berichterstattung bei der eingeschränkten Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 12: 903–909
- Baer, Jakob [2007] Revision und Revisionsaufsicht, in : Forstmoser, Peter *et al.* (hrsg.), *Neuerungen im Schweizer Wirtschaftsrecht*, Niederer, Kraft & Frey: 45–52
- Behr, Gorgio [2006] Grundzüge des neuen Revisionsrechts, Überblick und internationaler Kontext, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 80, Heft 5: 306–309
- Bertschinger, Urs [2005] Verantwortlichkeit der Revisionsstelle—Aktuelle Fragen und Perspektiven, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Band 124, II: 569–613
- Bertschinger, Urs [2012] Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der eingeschränkten und der ordentlichen Revision—Gleichauf und Differenz, *Aktuelle juristische Praxis (AJP)*, Jg.21, Heft 9 : 1221–1237
- Bertschinger, Urs [2013a] Honorardruck und Unabhängigkeit der Revisionsstelle, *Aktuelle juristische Praxis (AJP)*, Jg. 22, Heft 1: 16–32
- Bertschinger, Urs [2013b] Einschränkungen der Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der eingeschränkten Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 87, Heft 8: 317–321
- Böckli, Martin [2014] Die Revisionsstelle in der eingeschränkten Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 88, Heft 12: 1083–1088
- Böckli, Peter [1992] *Das neue Aktienrecht*, Schulthess
- Böckli, Peter [2004] *Schweizer Aktienrecht*, 3.Aufl., Schulthess
- Böckli, Peter [2006] Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungsrechts, *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)* 1/2006: 4–28
- Böckli, Peter [2007] *Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht*, Schulthess
- Böckli, Peter [2008] Zwanzig Knacknüsse im neuen Revisionsrecht, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Jg.80, Nr.2: 117–134
- Böckli, Peter [2009] *Schweizer Aktienrecht*, 4.Aufl., Schulthess
- Böckli, Peter [2010] Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Jg. 106, Nr. 1: 1–10, Nr. 2: 25–31
- Böckli, Peter/Huguenin, Claire/Dessemondet, François [2004] *Le gouvernement d'entreprise—Rapport du groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme*, CEDIDAC
- Bogdanov, Stefan [2007] *Neuordnung der Revisionspflicht bei KMU*, Masterarbeit, Universität St. Gallen, Nr. 99628828004
- Botschaft [2002] Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19. Dezember 2001 (BBl 2002 3148)

- Botschaft [2004] Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004 (BBl 2004 3969)
- Botschaft [2007] Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007 (BBl 2008 1589)
- Bourqui, Claude/Bourqui, Dominique Paola [2007] Le contrôle restreint et sa fiabilité, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Jg.79, Nr.6: 422-438
- von Büren, Roland/Stoffel, Walter A./Weber, Rolf H. [2007] *Grundriss des Aktienrecht*, 2.Aufl., Schulthess
- Bürgy, Dominik [2014] Unabhängigkeit—Worum es wirklich geht, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 88, Heft 12 : 1052-1005
- Bundesamt für Statistik [2010] Marktwirtschaftliche Unternehmen nach Wirtschaftsabteilungen und Grössenklasse—NOGA 2008 <[www.bfs.-admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/data.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/06/02/blank/data.html)>
- Camponovo, Rico A. [1997] Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle. Gesetzgeberisches Leitbild und Beratungstätigkeit, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 71, Heft 12: 1145-1154
- Camponovo, Rico A. [2005a] Gesetzesentwurf zum neuen Revisionsrecht, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 79, Heft 4: 221-227
- Camponovo, Rico A. [2005b] Wann ist die offensichtliche Überschuldung offensichtlich?, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 79, Heft 8: 543-550
- Camponovo, Rico A./Camponovo, Sara A. [2014] Anschein der Unabhängigkeit bei eingeschränkter Revision, Der Konkretisierungsauftrag des Gesetzgebers, *Aktuelle juristische Praxis (AJP)*, Jg. 23, Nr.5: 627-648
- Camponovo, Rico A./von Graffenried-Albrecht, Monique [2008a] Änderungsbedarf in den Statuten-Fragen zum Optionssystem, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 82, Heft 1-2: 25-35
- Campanovo, Rico A./von Graffenried-Albrecht, Monique [2008b] Neues Revisionsrecht—offene juristische Fragen, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.82, Heft 4: 204-214
- Devaud, Olivier [2014a] § 10 Eingeschränkte Revision, Gegenstand und Umfang der Prüfung, in: von Büren, Roland (hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, VIII/10 (Handelsrecht, Die Revision), Helbing Lichtenhahn: 316-351
- Devaud, Olivier [2014b] § 11 Eingeschränkte Revision, Revisionsbericht, in: von Büren, Roland (hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, VIII/10 (Handelsrecht, Die Revision), Helbing Lichtenhahn: 352-375
- Druey, Jean Nicolas [1988] Unabhängigkeit—ein knappes Gut, in: Helbling, Carl/Boemle, Max/Glaus, Bruno (hrsg.), *Revision und Rechnungslegung im Wandel, Festschrift für André*

Zünd, Schweizerische Treuhand- & Revisionskammer: 91–98

Druey, Jean Nicolas [1995] Die Unabhängigkeit des Revisors—Was besagt Art. 727c OR?, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 69, Heft 9: 703–708

Druey, Jean Nicolas [1996] Der Revisor als Batzenzähler?, in: Hertig, Gérard (hrsg.), *Die Führung der Gesellschaften und die Einhaltung der Regeln : Kolloquium Alain Hirsch*, Schulthess: 139–160

Druey, Jean Nicolas [2007] Die Unabhängigkeit des Revisors, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Jg. 79, Nr. 6: 439–449

Duc, Nicolas [2006] L'autonomie des associés : droit dispositif et droit impératif, notamment à l'exemple de la révision des comptes, in: Portmann, Urs (hrsg.), *Le nouveau droit de la société à responsabilité limitée*, CEDIDAC: 89–145

Eberle, Reto [2009a] Der Wirtschaftsprüfer im Spannungsfeld zwischen Prüfung und Beratung—Wie wird die Prüfungsqualität durch das Erbringen von Beratungsdienstleistungen beeinflusst?, in: Hail, Luzi/Pfaff, Dieter (hrsg.), *Rechnungswesen und Revision in der Schweiz—Erkenntnisse aus Theorie und Praxis*, SKV-Verlag : 195–222

Eberle, Reto [2009b] Angaben zur Unabhängigkeit im Revisionsbericht, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 83, Heft 10: 701–708

Eberle, Reto [2010] Wieso ein Audit in der Schweiz nicht ein Audit ist, in: Leibfrid, Peter/Schäfer, Dirk (hrsg.), *25 Jahre Unternehmertum*, Versus: 297–305

Eberle, Reto/Derya, Egeli [2013] Revision von Nonprofit-Organisationen (NPO), in: Zöbeli, Daniel/Neubert, Luzius (hrsg.), *Externe Mandate von Nonprofit-Organisationen*, CEPS, Centre for Philanthropy Studies, Universität Basel: 63–73

Eberle, Reto/Lengauer, Daniel [2016] Art. 729a, in: Handschin, Lukas (hrsg.), *Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Revisionsstelle*, Schulthess : 689–730

Eberle, Reto/Zöbeli, Daniel [2014] Rechnungslegung für NPO nach Überarbeitung von Swiss GAAP FER 21, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 88, Heft 8: 626–629

Feller, Christian [2012a] Die Unabhängigkeit—eine entscheidende Grundvoraussetzung für die Revision, *TREX (Der Treuhandexperte)* 3/2012 (Jg. 19, Nr. 3): 160–162

Feller, Christian [2012b] Praktikable Umsetzung der organisatorischen Trennung bei Doppelmandaten, *TREX (Der Treuhandexperte)* 4/2012 (Jg. 19, Nr. 4): 218–223

Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter [1996] *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli

Gelzer, Thomas [2012] Art. 15 FusG, in : Vischer, Frank/Martini, Claudia K./Müller, Roland M. (red.), *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht)*, 2. Aufl., Schulthess

Gozzi, Niccolo [2009] *Schutz der Aktionäre bei Fusion und Spaltung gemäss Fusionsgesetz*, Dike

- Haas, Christian [2014] *Gutachten betreffend die Unabhängigkeit der Revisionsstelle in der eingeschränkten Revision*, erstattet an die Treuhänd-Kammer, Basel, 10. 9. 2014  
<[http : //www.expertsuisse.ch/mm/TK\\_Gutachten\\_Unabhngigkeit\\_ER\\_Chr\\_\\_Haas\\_10\\_09\\_2014.pdf](http://www.expertsuisse.ch/mm/TK_Gutachten_Unabhngigkeit_ER_Chr__Haas_10_09_2014.pdf)>
- Haas, Christian/Schacher, Patrick [2014] Unabhängigkeit der Revisionsstelle, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 88, Heft 12: 1060–1071
- Häfeli, Rudolf [2004] Unabhängigkeit des Wirtschaftsprüfers, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 78, Heft 5: 373–376
- Häfeli, Rudolf [2006] Was bringt das neue Revisionsrecht den KMU?, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 80, Heft 5: 322
- Handschin, Lukas [1994] Zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle: Beratung und Buchhaltungsarbeiten durch die Revisionsstelle für die revidierte Gesellschaft, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Jg. 90, Nr.20: 344–347
- Hegetschwiler, Hans [2007] Die Unabhängigkeit der Revisionsstelle nach neuem Recht, *TREX (Der Treuhändexperte)* 6/2007 (Jg.14, Heft 6): 338–342
- Heini, Stefan/Arnet, Marc [2014] Unsicherheiten in der Rechnungslegung bei der eingeschränkten Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.88, Heft 12: 1111–1117
- Heinzelmann, Karin [2013] Der eingeschränkte Revisionsbericht—einheitlich oder zufällig?, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 4: 187–191
- Honold, Kersten Alexander [2000] Befreiung von der Abschlussprüfung, *Neue Zürcher Zeitung*, Nr.182 (8 August 2000): 21
- Honold, Kersten Alexander [2003] *Wirtschaftsprüfung und das Konzept der “Levels of Assurance” : Dienstleistungen mit einem weniger als hohen Mass an Gewähr als Alternativen zur Abschlussprüfung* (St. Gallen, Univ., Diss., 2002)
- Hütte, Klaus [1998] Fragen rund um die Haftung der Revisionsstelle aus nicht erkannten Veruntreuungen, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Jg. 70, Heft 4: 207–211
- Imark, Lukas/Fischer, Daniel [2006] Rechtsformunabhängige Revisionspflicht, Neuerungen für GmbH, Vereine und Stiftungen, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 80, Heft 5: 329–333
- Imfeld, Adrian [2005] Neuregelung der Revision—vor der Beratung im Nationalrat, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.79, Heft 3: 127–130
- Isufi, Shqiponja [2010] *Beurteilung der Eingeschränkten Revision aus Sicht der leitenden Revisoren : eine empirische Untersuchung bei Aktiengesellschaften in der Deutschschweiz* (Univ. Zürich, Diss., 2010)
- Kaban, Robert/Müßig, Anke [2011] Ist ein Neuordnung der Abschlussprüfung notwendig?, in: Funk, Wilfried/Rossmann, Jonas (hrsg.), *Internationale Rechnungslegung und Internationales Controlling*, Springer: 277–304
- Kelterborn, Kaspar W./Bachhofen Keller, Sandra [2009] Swiss GAAP FER—Ein optimaler

- Rechnungslegungsstandard, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 83, Heft 6-7: 430-435
- Kleibold, Thorsten [2008] Berichterstattungen des Revisors nach neuem Revisionsrecht. Testate für die ordentliche und die eingeschränkte Revision sowie Spezialtestate, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 82, Heft 11: 906-910
- Kleibold, Thorsten [2013] Eingeschränkte Revision—uneingeschränkt prinzipienorientiert!, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 12: 884
- Kleibold, Thorsten/Theobald, Oliver [2008] Kern-FER und eingeschränkte Revision. Aspekte der Prüfungsplanung, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 82, Heft 5: 390-394
- Koller, Heinrich [2006] Das gesetzliche Grundgerüst, Arbeitsteilung in Führung und Kontrolle in der Unternehmung, Das gesetzliche Grundrüst, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 80, Heft 11: 802-815
- Krähenbühl, Samuel/Zihler, Florian [2008] Handelsregisterrechtliche Praxis zum neuen Revisionsrecht, *REPRAX (zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht)* 2-3/2008: 62-75
- Küng, Joseph [1997] Kritische Bemerkungen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle in der Praxis, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Jg.93, Heft 16/17: 323-324
- Kunellis, Axel [2013] Praktische Anwendung der ISA in Deutschland: das Konzept der Wesentlichkeit (ISA 320 und ISA 450), *Die Wirtschaftsprüfung*, Jg. 66, Heft 16: 791-804
- Luterbacher, Thierry [1998] Die Pflicht zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 72, 5, Spezialnummer: 481-492
- Madörin, Bernhard [2008] *Revision und Revisionsaufsicht*, Stämpfli
- Marten, Kai Uwe/Quick, Reiner/Ruhnke, Klaus [2007] *Wirtschaftsprüfung*, 3.Aufl., Schäffer-Poeschel
- Meyer, Conrad [2007] Rechnungslegung für kleine und mittelgrosse Unternehmen in der Schweiz, in : *Jahrbuch Finanz- und Rechnungswesen 2007*, WEKA: 11-26
- Meyer, Max [1996] Thesen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle: die Bestimmungen des Aktienrechts im Vergleich zur 8. EG-Richtlinie, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 70, Heft 3: 159-162.
- Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter [1998] *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8. Aufl., Stämpfli
- Montavon, Pascal/Wichser, Jean-Marc [2009] *Droit suisse de la Révision & coresponsabilité des organes de la SA CO/LSR*, Juridique AMC
- Moro, Claudio [2010] Wirtschaftskrise und Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 84, Heft 8: 443
- Müßig, Anke/Blumer, Andreas [2008] Eingeschränkte Revision. Würdigung vor dem Hintergrund der Erwartungslücke, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 82, Heft 11: 947-951
- Müller, Andreas/Dolensky, Christoph [2001] Die Unabhängigkeit als Fundament der

- Wirtschaftsprüfung, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 75, Heft 9: 807-812
- Naumann, Klaus-Peter/Feld, Klaus-Peter [2006] Die Transformation der neuen Abschlussprüferrichtlinie—Erwartungen des Berufsstands der Wirtschaftsprüfer an den deutschen Gesetzgeber, *Die Wirtschaftsprüfung*, Jg. 59, Heft 14: 873-885
- Nussbaumer, Christian [2011] Erleichterung für KMU, *Handelszeitung*, Nr.40, 6. Oktober 2011: 65 <<http://www.audit-treuhand.ch/cms/upload/PDF/Presse/Audit.pdf>>
- Nussbaumer, Christian [2013] Eingeschränkte Revision: Sparziel schon erreicht?, *Zürcher Wirtschrift*, 13 Juni 2013 : 20 <[http://www.audit-treuhand.ch/cms/upload/PDF/ZH\\_Wirtschaft\\_Juni\\_2013.pdf](http://www.audit-treuhand.ch/cms/upload/PDF/ZH_Wirtschaft_Juni_2013.pdf)>
- Nussbaumer, Christian/Feller, Christian [2014] Unabhängigkeit—Kritische Würdigung aus Sicht der Praxis, *Der Treuhanderxperte (Trex)* 5/2014 : 270-272 <<http://www.audit-treuhand.ch/cms/upload/PDF/TREX6.pdf>>, later appeared in *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 88, Heft 12 : 1105-1107
- Oertli, Reinhard/Hänni, Rolf [2012] § 729, in: Roberto, Vito/Trüeb, Hans Rudolf (hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft*, 2.Aufl., Schulthess
- Perrin, Bertrand/Wagner, Christophe [2010] L'indépendance dans le contrôle restraint, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 84, Heft 3: 103-108
- Peter, Henry/Cavadini, Francesca/Dunant, Olivier [2008] Art. 727, 727a, 727c, 729a, 729b, in: Tercier, Pierre/Amstutz, Marc (editors), *Code des obligations* II, Helbing Lichtenhahn: 1167-1180, 1185-1189, 1232-1239
- Pfiffner, Daniel C. [2008] *Revisionsstelle und Corporate Governance*, Dike
- Renggli, Karl [2009] *Systematische Anleitung zur Eingeschränkten Revision* <[www.kmukom.ch/pix/files/Anleitung%20SER%20V2.01.pdf](http://www.kmukom.ch/pix/files/Anleitung%20SER%20V2.01.pdf)>
- Renggli, Karl [2010] Eingeschränkte Revision—Ein Erfahrungsbericht aus der Praxis, Verbesserungspotential und Handlungsbedarf liegt vor, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 84, Heft 3: 96-102
- Renggli, Karl [2012] Unabhängigkeit—Mitwirkung bei der Buchführung, in: Mathis, Andrea/Nobs, Rolf (hrsg.), *Treuhand und Revision*, Jahrbuch 2012, WEKA: 265-295
- Renggli, Karl/Kissling, Raphael [2012] *Die eingeschränkte Revision*, Scherrer Medien
- Renggli, Karl/Kissling, Raphael/Camponovo, Rico A. [2014] *Die eingeschränkte Revision*, 2.Aufl., KLV
- Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) [2011] *Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei eingeschränkter Revision—Mitwirkung bei der Buchführung und Erbringung anderer Dienstleistungen* <<https://www.rab-asr.ch/de/zulassung/zulassung/95/107.html>>
- Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) [2012] *Tätigkeitsbericht 2011*
- Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) [2013] *Unabhängigkeit der Revisionsstelle bei der*

*eingeschränkten Revision–Mögliche Schutzvorkehrungen bezüglich Mitwirkung bei der Buchführung und Erbringung anderer Dienstleistungen für die zu prüfende Gesellschaft*

<[https://www.rab-asr.ch/docs/Aktuell\\_Archiv/Archiv/Unabhängigkeit\\_der\\_Revisionsstelle\\_bei\\_der\\_eingeschränkten\\_Revision\\_d.pdf](https://www.rab-asr.ch/docs/Aktuell_Archiv/Archiv/Unabhängigkeit_der_Revisionsstelle_bei_der_eingeschränkten_Revision_d.pdf)> (angepasst per 20 August 2015)

Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) [2015] *Tätigkeitsbericht 2014*

Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) [2016] *Tätigkeitsbericht 2015*

Rohrer, Claude/Schweizer, Daniel [2013] Prüfungsdurchführung an der Schwelle zur ordentlichen Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 12 : 893–898

Roth, Mark [2014] § 70 Arten der Revision, in : Fischer, Willi *et al.* (hrsg.), *Handbuch Schweizer Aktienrecht*, Helbing Lichtenhahn: 886–892

Ruhnke, Klaus [2006] Prüfung von Jahresabschlüssen nach internationalen Prüfungsnormen, *Der Betrieb*, Jg. 59, Heft 22: 1169–1175

Ruud, Flemming/Pfister, Jan/Hess, Nicole [2006] Aktuelle Entwicklungen in der Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung, in: Florian, Jörg S./Arter, Oliver (hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I*, Stämpfli: 259–277

Sanwald, Reto/Huser, Daniel [2009] Rotationspflichten und Abkühlfristen im neuen Revisionsrecht, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.83, Heft 6–7: 461–468

Sanwald, Reto/Behr, Giorgio [2004] Neuordnung des Revisionsrechts, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 78, Heft 8: 579–590

Schacher, Patrick [2013] Die eingeschränkte Revision soll eine eingeschränkte Revision bleiben, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.87, Heft 12: 899–900

Schultz, Günther [1988] Revision und Beratung in grösseren Treuhandgesellschaften, in: Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer (hrsg.), *Der Revisor als Berater*, Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer: 55–63

Schultz, Günther [1994] Qualifikation und Unabhängigkeit der Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.68, Heft 11: 981–984

Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2014] *Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung: Eingeschränkte Revision*, Treuhand-Kammer

Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009a] *Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung: Abschlussprüfung*, Treuhand-Kammer

Schweizerische Kammer Wirtschaftsprüfer Steuerexperten [2009b] *Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung: Andere Prüfungen*, 2.Aufl., Treuhand-Kammer

Stenz, Thomas [2006] Der neue und differenzierte Prüfungsauftrag, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 80, Heft 5: 346–350

Stöckli, Hansjörg/Zaehner, Heinz [2006] Standard zur eingeschränkten Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 80, Heft 6–7: 400–404

Stöckli, Hansjörg/Spieß, Dominik [2007] Die eingeschränkte Revision und ihre Chancen.

- Positionierung der eingeschränkten Revision, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 81, Heft 12: 927–929
- Suter, Benedikt [2009] Verzicht auf die (eingeschränkte) Revision der Jahresrechnung bei der AG und der GmbH, *Jusletter*, 25. Mai 2009
- Thétaz, Samuel [2013] L'indépendance de l'organe de révision et ses interactions avec le droit pénal, *Jusletter*, 29 avril 2013
- Treuhand-Kammer [2007] *Richtlinien zur Unabhängigkeit*
- Treuhand-Kammer [2011] Eingeschränkte Revision und Mitwirkung bei der Buchführung—  
Positionspapier der Treuhand-Kammer, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.85, Heft 12: 1000–1103
- TREUHAND/SUISSE [2011] Brief vom 4. Oktober 2011 (zitiert bei Renggli [2012] S.288)
- Vogt, Hans-Ueli/Fischer, M. Pascal [2006] Neue Haftungsrisiken für die Revisionsstelle aufgrund des neuen Revisionsrechts?, in: Weber, Rolf H. (hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*, Schulthess: 111–145
- Volkart, Rudolf [2008] Transparenz, Vertrauen und Kommunikation—„In der Kürze liegt die Würze“, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 82, Heft 12: 993–994
- Watter, Rolf [2002] § 727c, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn
- Watter, Rolf/Maizar, Karim [2011] Vorbemerkungen zu Art.727 und 727a OR, in: Watter, Rolf/Bertschinger, Urs (hrsg.), *Basler Kommentar Revisionsrecht*, Helbing Lichtenhahn: 415–434
- Watter, Rolf/Rampini, Corrado [2016] § § 728, 729, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn: 1332–1352, 1452–1456
- Watter, Rolf/Piffner, Daniel Christian [2016] § 729b, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht II*, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn: 1472–1482
- Weber, Marc [2013] Art. 47, in: Spühler, Karl/Tenchio, Luca/Infanger, Dominik (hrsg.), *Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn: 297–312
- Wey, Hans [2006] Verstärkte Anforderungen an die Unabhängigkeit, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 80, Heft 5: 334–338
- Widmer, Manus/Sanwald, Reto [2014a] § 13 Unabhängigkeit der Revisionsstelle, in: von Büren, Roland (hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht*, VIII/10 (Handelsrecht, Die Revision), Helbing Lichtenhahn: 378–453
- Widmer, Manus/Sanwald, Reto [2014b] Enge Beziehungen zwischen Revisionsstelle und geprüftem Unternehmen, Abgrenzungsfragen im Bereich der Unabhängigkeit, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg. 88, Heft 12: 1094–1099
- Wind, Christian [1999] Die Grenzen der Beratung durch die Revisionsstelle, *Der Schweizer*

論説（弥永）

*Treuhänder*, Jg. 73, Heft 1-2: 81-86

Zihler, Florian [2007] Das neue Revisionsrecht des Obligationenrechts, *REPRAX (Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht)* 3/2007: 1-24

Zihler, Florian [2011] Erhöhung der Schwellenwerte von Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR, *Der Schweizer Treuhänder*, Jg.85, Heft 9: 670-676

本研究は JSPS 科研費 JP25285026 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）

## 北秀昭教授略歴（2016年9月末現在）

1951年（昭和26年）7月	和歌山県で生まれる
1970年（昭和45年）3月	県立桐蔭高等学校卒業
1975年（昭和50年）10月	司法試験合格
1976年（昭和51年）3月	大阪市立大学法学部卒業
1978年（昭和53年）3月	司法修習修了
1978年（昭和53年）4月	大阪地方裁判所判事補
1982年（昭和57年）4月	奈良地方・家庭裁判所判事補
1985年（昭和60年）4月	東京地方裁判所判事補
1988年（昭和63年）4月	裁判官を退官し、弁護士登録（東京弁護士会） 黒田法律事務所入所
1992年（平成4年）10月	緒方・片山・北法律会計不動産鑑定事務所設立
1999年（平成11年）10月	北・佐藤法律会計事務所設立
2003年（平成15年）9月	北・望月法律事務所設立
2005年（平成17年）4月	筑波大学法科大学院教授
2013年（平成25年）12月	北秀昭法律事務所設立

### その他

東京地方裁判所鑑定委員	2001年1月～現在
全国農業協同組合連合会（JA全農）監事	2002年12月～2005年7月
財団法人大学基準協会法科大学院異議申立審査会委員	2008年4月～2013年3月

## 北秀昭教授研究業績（2016年9月末現在）

### I. 著書

#### 【編著】

- 1) 河野玄逸・北秀昭編『保証契約の法律相談』（青林書院、2003年）
- 2) 河野玄逸・北沢義博・北秀昭編『実践コンプライアンス・ファイル』（商事法務、2003年）
- 3) 河野玄逸・北秀昭編『保証契約の法律相談改訂増補版』（青林書院、2005年）
- 4) 河野玄逸・北秀昭編『担保の法律相談』（青林書院、2006年）
- 5) 河上正二・高橋宏志・山崎敏彦・山本和彦・北秀昭・難波孝一編『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開（伊藤滋夫先生喜寿記念）』（青林書院、2009年）
- 6) 河野玄逸・北秀昭編『保証契約の法律相談第3版』（青林書院、2012年）

#### 【共著】

- 1) 林良平編『注解判例民法・債権法Ⅰ』（青林書院、1987年）
- 2) 椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 債権総論（1）』（日本評論社、1990年）
- 3) 東京弁護士会親和全期会訴訟技術研究会編『和解無効の研究—判例分析を中心に—』（商事法務、1991年）
- 4) 林良平編『注解判例民法・民法総則』（青林書院、1994年）
- 5) 園尾隆司・中島肇編『新・裁判実務体系10破産法』（青林書院、2000年）
- 6) 伊藤滋夫・山崎敏彦編『ケースブック要件事実・事実認定』（有斐閣、2002年）
- 7) 経済産業省サービス産業課監修『ゴルフ場事業と中間法人—会員の権利保護と事業再生の方途を探る』別冊 NBL No.84（商事法務、2003年）
- 8) 門口正人・西岡清一郎・大竹たかし編『新・裁判実務体系21会社更生法・民事再生法』（青林書院、2004年）

- 9) 別冊 NBL 編集部編『新破産法の実務 Q & A』別冊 NBL No. 97 (商事法務、2004年)
- 10) 伊藤滋夫総括編『民事要件事実講座2 総論Ⅱ 多様な事件と要件事実』(青林書院、2005年)
- 11) 伊藤滋夫・山崎敏彦編『ケースブック要件事実・事実認定第2版』(有斐閣、2005年)
- 12) 伊藤滋夫総括編『民事要件事実講座3 民法1 債権総論・契約』(青林書院、2005年)
- 13) 社団法人日本ゴルフ場事業協会会員権問題委員会ほか編『ゴルフ預託金償還ビジネスの諸問題と対策』(青林書院、2006年)
- 14) 園尾隆司・西謙二・中島肇・中山孝雄・多比羅誠編『新・裁判実務体系 28 新版破産法』(青林書院、2007年)
- 15) 五味廣文・中務嗣治郎・神田秀樹・川田悦男監修『銀行窓口の法務対策 3800 講Ⅳ担保編』(金融財政事情研究会、2009年)
- 16) 椿寿夫・堀龍兒・河野玄逸編『法人保証・法人根保証の法理—その理論と実務』(商事法務、2010年)
- 17) 伊藤眞・中務嗣治郎・深山卓也・中原利明・三上徹・能城弘昭編『新訂貸出管理回収手続双書「不動産担保(上)」』(金融財政事情研究会、2010年)

## Ⅱ. 論文

- 1) 「優劣を決定できない債権二重譲渡の法律関係」(椿寿夫教授との分担執筆) 法律時報54巻4号105頁～115頁(1982年)
- 2) 「指名債権の二重譲渡において残された論点は何か」前掲【共著】No.2) 151頁～176頁(1990年)
- 3) 「物上代位と優先順位」銀行法務21 511号80頁～83頁(1995年)
- 4) 「抵当権者の賃料債権に対する物上代位—他の第三者との関係と物上代位権行使の限界—」ジュリスト1099号122頁～126頁(1996年)
- 5) 「不動産の仮差押えによる時効中断の終了時期」銀行法務21 532号36頁

～ 40 頁 (1997 年)

- 6) 「同族会社における経営者の連帯保証と無償否認」銀行法務21 538号14頁～19頁 (1997年)
- 7) 「抵当権者の賃料債権に対する物上代位」銀行法務21 560号9頁～13頁 (1999年)
- 8) 「抵当権に基づく賃料債権に対する物上代位と執行妨害」銀行法務21 565号31頁～35頁 (1999年)
- 9) 「倒産手続における抵当権の物上代位権とその規制」銀行法務21 567号86頁～91頁 (1999年)
- 10) 「法定地上権とその濫用」銀行法務21 573号26頁～31頁 (2000年)
- 11) 「占有型執行妨害に対する保全処分の活用と抵当権の占有排除効」銀行法務21 584号38頁～43頁 (2000年)
- 12) 「今後の企業組織 会社分割法制の内容と活用」地銀協月報2000年6月号 (2000年)
- 13) 「指名債権の二重譲渡において残された問題点—要件事実論を踏まえて—」ジュリスト1207号120頁～125頁 (2001年)
- 14) 「抵当物件管理制度の創設について」ジュリスト1218号88頁～90頁 (2002年)
- 15) 「執行妨害対策の観点からみた担保・執行法制改正の概要—占有型執行妨害対策としての執行法改正を中心に—」銀行法務21 631号36頁～43頁 (2004年)
- 16) 「民事訴訟法改正後の弁論準備手続のなかの和解のあり方—峻別論を踏まえた上での和解論の再活性化を求めながら—」ジュリスト1266号176頁～182頁 (2004年)
- 17) 「コンプライアンスの観点からみた非営利法人の役員の責任のあり方—会社法制の現代化や公益法人改革の動向を踏まえて—」金融法務事情1724号42頁～50頁 (2004年)
- 18) 「倒産関係事件と要件事実—新破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」前掲【共著】No.10) 132頁～162頁(2005年)
- 19) 「債権譲渡」前掲【共著】No.12) 184頁～212頁(2005年)
  - 20) 「弁論主義下における「生の事実」と「法的に構成された事実」との関係における一考察」判例タイムズ1209号34頁～46頁(2006年)
  - 21) 「民事訴訟における不利益陳述の取扱いについての若干の考察」『融合する法律学(下巻)筑波大学法科大学院創設記念・企業法学専攻創設15周年記念』(信山社)485頁～504頁(2006年)
  - 22) 「会員権譲渡を受けたと主張する者からの預託金返還請求訴訟とその防御方法—最高裁平成14年1月22日判決を踏まえて」前掲【共著】No.13) 58頁～76頁(2006年)
  - 23) 「新認否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」法律時報増刊・椿寿夫ほか編『民法改正を考える』223頁～225頁(2008年)
  - 24) 「提訴予告通知」ジュリスト増刊『民事訴訟法の争点』154頁～155頁(2009年)
  - 25) 「破産者の不作為を対象とする否認権行使の本質とその機能の限界」前掲【編著】No.5) 639頁～663頁(2009年)
  - 26) 「法人(事業会社)保証と無償否認—新破産法下での保証等の「有害性」について—」前掲【共著】No.16) 301頁～323頁(2010年)
  - 27) 「詐害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—」筑波ロー・ジャーナル20号1頁～26頁(2016年)

### Ⅲ. 判例評釈

- 1) 「同一債権の差押通知と譲渡通知の到達先後が不明の場合における法律関係」(最判平5・3・30 椿寿夫教授との分担執筆)私法判例リマックス8号49頁～52頁(1994年)
- 2) 「譲渡担保設定者の目的不動産に対する受戻権と民法167条2項適用の可否」(最判昭57・1・22)ジュリスト増刊1994年6月号『担保法の判例Ⅱ』38

頁～40頁（1994年）

- 3) 「会員側からの会社更生手続開始の申立が棄却された事例」（東京高決昭和60・7・30）金融・商事判例別冊〔ゴルフ法判例72〕38頁～39頁（2001年）
- 4) 「全学生・教員から成る権利能力のない社団に対する大学の解散決定権」（最判平16・4・20）私法判例リマークス31号14頁～17頁（2005年）

#### IV. その他

- 1) 奥田かつ枝・北秀昭・平林康洋・長場信夫「座談会 改正会社更生法と鑑定評価の課題（上）（下）—法の考え方と鑑定実務での留意点」住宅新報社・月刊不動産鑑定2003年10月号8頁～22頁・同年11月号8頁～22頁、（2003年）
- 2) 小川秀樹・沖野真己・石川功造・益本広史・三上徹・吉元利行・北秀昭・河野玄逸「座談会 新しい破産法の実務と理論」NBL788号4頁～44頁（前掲【共著】No. 9）に収録 2004年）
- 3) 北秀昭「書評 伊藤滋夫著『要件事実・事実認定入門—裁判官の判断の仕方を考える』」NBL781号75頁（2004年）
- 4) 河野玄逸・北秀昭編「特集 最新 債権管理・回収実務 Q&A（143問）」季刊 事業再生と債権管理116号4頁～121頁（2007年）
- 5) 北秀昭「物事の本質を見抜く力を習得するために—伊藤滋夫著『民事法学入門』の刊行によせて」有斐閣、書齋の窓No.622 2頁～6頁（2013年）
- 6) 北秀昭「コラム 企業法務からみた民・商法の適用—留置権を題材として」別冊法学セミナー 潮見佳男・片木晴彦編『民・商法の溝をよむ』122頁（2013年）
- 7) 河野玄逸・北秀昭・古澤陽介編「特集 債権管理・回収実務 Q&A 155問（2014年版）」季刊 事業再生と債権管理143号4頁～130頁（2014年）

#### V. 教育業績

- 1) 筑波大学法科大学院授業担当

民法Ⅶ、民事訴訟法Ⅱ、要件事実論Ⅱ、倒産法、倒産法演習、民事執行・保全法など

- 2) 東京地裁における司法修習生指導担当補佐（1985年4月～1988年3月）
- 3) 早稲田大学エクステンションセンター非常勤講師 ビジネス法担当（1995年5月）
- 4) 経営法友会講師 演題「会社分割に伴う諸問題」（1997年5月）
- 5) 大東文化大学経営学部非常勤講師 有価証券法担当（2000年4月～2001年3月）
- 6) 大東文化大学法学部法学研究科非常勤講師 民事実務法特殊講義担当（2001年4月～2002年3月）
- 7) 東京弁護士会倒産法部会講師（戸田厚司公認会計士との共同） 演題「破産管財業務における税務について」（2001年6月）  
等

## Ⅵ. 弁護士実務業績（2000年以降の主要な倒産法関連実務に限定）

### 1. 【倒産法関係】

- 1) 会社更生事件（東京地方裁判所民事第8部 [商事部]）

株式会社宍戸国際ゴルフ倶楽部 調査委員、保全管理人、管財人  
（2000年3月～2003年1月）

共栄冷機工業株式会社 保全管理人（2003年5月）

等

- 2) 民事再生事件（東京地方裁判所民事第20部 [破産再生部]）

東新産業株式会社（ホテル・不動産等事業） 監督委員（2001年12月）

大日向森園株式会社（ゴルフ場事業） 監督委員（2002年10月）

東京油脂工業株式会社 監督委員（2003年9月）

東京温泉株式会社 監督委員（2004年10月）

株式会社つつじ（ゴルフ場事業） 監督委員（2005年10月）

株式会社東京法経学院出版 監督委員（2007年1月）

新潟精密株式会社	監督委員（2008年2月）
九十九電機株式会社	監督委員（2008年11月）
株式会社南総カントリークラブほか1社	監督委員（2010年1月）
株式会社ジュエリー・フوندほか1社	監督委員（2011年4月）
株式会社 ZKR（旧全管連）ほか3社 等	監督委員（2013年8月）

### 3) 破産事件（東京地方裁判所民事第20部〔破産再生部〕）

ツバメコート株式会社	破産管財人(2001年2月)
パワー建設株式会社ほか1社	破産管財人(2002年5月)
有限会社テクノ・ヴァイタル	破産管財人(2004年7月)
出光緑地建設株式会社ほか1社	破産管財人(2005年1月)
株式会社グランアドバンス	破産管財人(2005年10月)
亡前田明仁（仮名）相続財産	破産管財人(2006年9月)
医療法人社団杏稜会	破産管財人(2007年10月)
精工研株式会社	破産管財人(2010年7月)
株式会社ジュエリー・ストリームほか1社	破産管財人(2011年8月)
オフィステン株式会社	破産管財人(2011年11月)
株式会社太陽カントリークラブ  株式会社ノシアス	破産管財人（2012年 10月～現在）
株式会社三永	破産管財人(2014年9月)
株式会社神戸ビーフほか1社 等	破産管財人(2014年12月) 破産管財人(2015年4月)

## 2. 【民事訴訟関係】

- 1) 更生会社の管財人として、更生会社元経営者に対して提起した①損害賠償請求訴訟事件 ②査定異議訴訟事件（東京地判平成14・9・26判例時報1806号147頁 2000年10月～2002年9月）

- 2) 破産管財人として提起した否認権行使に基づく否認請求、否認請求認容決定に対する異議訴訟（東京地裁平成23年5月11日判決〔請求認容額：7億341万円〕、控訴審の東京高裁にて和解成立〔和解金額：6億5000万円〕、判例集未登載）（2009年12月～2011年11月）
- 3) 破産管財人として生命保険金請求権が破産財団に帰属することを主張して争った不当利得返還請求訴訟（東京地判平25・4・15判例タイムズ1393号360頁 2012年7月～2013年4月）
- 4) 破産管財人としてゴルフ場の地権者らに対して提起した有益費償還請求訴訟（①東京地判平26・7・24 LEX/DB 文献番号 25520816 ②東京高判平27・1・27 ③最決平28・1・22〔確定認容金額：8億1223万円〕（判例集未登載 2013年3月～2016年1月）  
等

### 3. 【独占禁止法関係】

更生会社の訴訟代理人として、課徴金債権は会社更生法204条1項の規定により免責されると主張して、公正取引委員会を被告として提起した審決取消請求事件（東京高判平25・5・17判例時報2204号8頁 2012年10月～2013年5月）

### 4. 【その他】

- 1) 旧千代田生命経営責任調査会の調査委員（2000年12月）
- 2) 日本加工製紙株式会社「抜本的経営改善計画」調査チームの調査委員長（2002年5月）
- 3) 経済産業省（社団法人日本ゴルフ場事業協会委嘱）ゴルフ場事業再生に関する検討会委員（検討結果は、前掲【共著】7）として公開  
2003年10月）  
等



筑波ロー・ジャーナル 21号  
北秀昭教授退職記念号

2016年11月発行

発行者 筑波大学大学院  
ビジネス科学研究科企業法学専攻 筑波大学法科大学院  
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1 〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1  
TEL 03-3942-5433 TEL/FAX 03-3942-6897  
FAX 03-3942-5434

教授	大野 雅人	教授	植草 宏一
	大淵 真喜子		大石 和彦
	岡本 裕樹		大塚 章男
	川田 琢之		北 秀昭
	木村 真生子		京野 哲也
	潮海 久雄		田村 陽子
	平嶋 竜太		徳本 穰
	本田 光宏		森田 憲右
	弥永 真生		
	山田 務	准教授	岩下 雅充
			白石 友行
准教授	小林 和子		直井 義典
	藤澤 尚江		日野 辰哉
	渡邊 絹子		渡邊 卓也
助教	上山 一	助教	奥山 光幸

編集者 筑波ロー・ジャーナル編集委員会  
制作 株式会社TKC  
印刷所 倉敷印刷株式会社

# TSUKUBA LAW JOURNAL

No.21 November 2016

## Articles

- Methodology of Judicial Review in Equality Cases  
..... **Kazuhiko Oishi** 1
- Executive Compensation and Corporate Governance - Adoption of Excess-Pay Clawbacks  
..... **Akio Otsuka** 19
- La relation des participants (plus de trois participants) à la réalisation d' un ensemble contractuel — dans la phase de l' anéantissement des contrats —  
..... **Kazuko Kobayashi** 37
- Le droit de la responsabilité et la famille (2)  
..... **Tomoyuki Shiraishi** 69
- Interplay between Fiduciary and Contract in Japanese Laws  
..... **Yoko Tamura** 111
- L' indemnité de délit dans la procédure collective  
..... **Yoshinori Naoi** 153
- L' ordre public face à la liberté de la concurrence  
..... **Tatsuya Hino** 169
- Enhancing the Credibility of Financial Statements of SMEs : Switzerland (1)  
..... **Masao Yanaga** 193
- Curriculum Vitae and Publications of Professor Hideaki Kita 235

ISSN:1881-8730