

筑波ロー・ジャーナル

31 号

2021 年12 月

論 説

独立企業原則（ALP）と定式配分について	栗原 克文	1
取引的不法行為と純粹經濟損失の算定基準・補論 ——権利の価値的な回復及び実現という視角からの検討——	白石 友行	39
動産質における占有移転の意義	直井 義典	77



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目 次

論 説

独立企業原則（ALP）と定式配分について	栗原 克文	1
取引的不法行為と純粹経済損失の算定基準・補論 ——権利の価値的な回復及び実現という視角からの検討——	白石 友行	39
動産質における占有移転の意義	直井 義典	77

独立企業原則（ALP）と定式配分について

栗 原 克 文

- I はじめに
- II ALP と定式配分に対する認識の変化
- III OECD のデジタル経済への課税に関する検討と定式配分
- IV 定式配分の類型
- V 定式配分の評価
- VI ALP と定式配分の今後
- VII おわりに

I はじめに

国際租税制度は、恒久的施設（Permanent Establishment：以下「PE」）や独立企業原則（Arm's Length Principle：以下「ALP」）といった国際的課税原則に基づいて制度が設計されてきた。しかし、利益獲得の源泉としての無形資産の増加、デジタル化の進展によるビジネスモデルや経済取引手法の多様化等により、これまでの原則では適切な課税を実現することが困難な局面が浮かび上がってきている。

デジタル経済への課税に関して、OECD の包摂的枠組みにおいて精力的な議論が続けられているところ、2020年10月に公表されたブループリント¹⁾の第1の柱では、「PE なければ課税なし」の原則の例外として、市場国に物理的拠点がなくてもネクサスを認定し市場国にも課税権を与えることや、ALP の例外として市場国への利益配分を定式によって行うなど、これまでの PE や

1) OECD (2020)

ALP の概念のみでは対応が困難となっているものへの対応策が提案され、2021 年 10 月には OECD の包摂的枠組みにおいて合意されている。これらの実施は国際租税制度が新たなフェーズに入っていくことを意味するであろう。つまり、「PE なければ課税なし」の課税原則や ALP による取引価格の算定にとらわれない、従来の枠組みを超えた課税の手法が加わることになる。こうした中、価値を生み出す源泉としての無形資産の重要性の高まりと、ALP 算定の困難性が増加する一方で、近年、定式配分のメリットを評価する意見が増えており、ALP に対する認識に変化がみられるところであり、ALP と定式配分による利益配分のアプローチを再評価する時機に來ているといえる。今後、評価困難な無形資産を含む取引等に関する利益配分について、定式配分を活用する余地が拡大していくことが考えられる。一方で、長年にわたり培われてきた ALP による利益算定の経験やこれまで築かれてきた国際的な共通認識は重要である。本稿は、ALP と定式配分に焦点を当てて、近年における両者に対する認識の変化（Ⅱ章）、OECD のデジタル経済への課税の検討における定式配分の活用（Ⅲ章）、これまでに提案されてきたいくつかの定式配分の類型（Ⅳ章）を踏まえた上で定式配分の評価を行い（Ⅴ章）、今後の ALP と定式配分のあり方について検討する（Ⅵ章）。Ⅶ章はまとめである。

Ⅱ ALP と定式配分に対する認識の変化

ALP は、国外関連取引について、非関連当事者が同様の市場状況で行う取引（比較対象取引）を考慮して関連当事者間の価格を設定するものであるが²⁾、無形資産のように、独立の第三者間で行われることが僅少で比較対象取引を追及できない場合や価格の算定が困難な場合が増加してきている。無形資産に関

2) “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017”（以下「2017 年移転価格ガイドライン」）では、「独立企業原則は、比較可能な状況下での比較可能な取引において（すなわち「比較可能な関連者間取引」において）、独立企業間であれば得られたであろう条件を参考として所得を調整しようとするもの」とされている（パラ 1.6）。

する移転価格の算定は、比較対象取引が限られる中で、利益法、特に残余利益分割法が多く適用されてきた。残余利益分割法は、ALPに基づいて基本的利益を配分し、残余利益を利益の発生に寄与したと推測される費用の額や使用した資産その他の要因に応じて法人及び国外関連者に配分するものである。しかし、残余利益分割法によっても評価困難な無形資産の問題は残り、所得相応性原則の適用やディスカウント・キャッシュフロー法の導入等による対応が行われている国があるものの、問題の解決には至っていない。

こうした中、定式による利益配分に対して、かつては消極的な意見が多かったが、近年その評価に変化が見られる。ALP 算定の困難性ととともに、OECD でのデジタル経済への課税の検討の中で、市場国への利益配分に定式による配分手法を採用入れることが検討され、利益配分における ALP と定式配分の位置づけのあり方は重要な検討対象となってきた。

英国 Exeter 大学の Lynne Oats 教授らは、ALP と定式配分に対する認識・評価に関して、2006 年と 2016/17 年に英国と米国での移転価格専門家へのインタビューを実施し、その間の認識・評価の変化を示したうえで、ALP の実行可能性に関する現在の議論と、潜在的な代替アプローチとしての定式配分について論じている³⁾。以下では、その内容を①2006 年の認識、②2016/17 年の認識及び 2006 年からの変化に分けて述べる。

(1) 2006 年の認識⁴⁾

・ OECD の 1995 年移転価格ガイドラインの公表から 10 年余り後の 2006 年のインタビューでは、ALP は原則的で柔軟なアプローチとしてのコンセンサスが構築されていた。その利点には、経済状況とマーケットを考慮した原則的な方法として、その柔軟性が含まれていた。ALP の柔軟性には、ALP が経済やビジネス環境の変化に対応するために、時間の経過とともに進化できる

3) Rogers and Oats (2019)

4) Id., pp.158-160.

利点がある。

- ・インタビュー対象者は、ALP の適用が今後数年間でより改善された方法で適用されることを想定し、「ALP は基盤である。ALP の一般的理解は改善していることから異常値は減少し、以前よりも政治的ではなくなってきた。」との意見もあった。
- ・定式配分に対する認識として、柔軟性の不備と確実性の必要性が指摘された。
- ・ALP に対する強い支持は、定式配分に対する意欲の欠如につながった。多くの者から、定式配分は実現することはないため検討する価値はないとの見解があった。定式配分に反対する理由として、定式配分は原則的なアプローチではなく型にはまったアプローチであり、個々の納税者の市場と経済状況を反映していないことや、柔軟性が欠如していることが挙げられた。
- ・多くの者は定式配分を多国籍企業の状態を反映したアプローチと考えておらず、定式配分を検討することに消極的であった。

(2) 2016/17 年の認識及び 2006 年からの変化⁵⁾

- ・2016/17 年のインタビュー結果は、2006 年のインタビューに比べて、移転価格専門家の間で ALP に対する信頼性が弱まるとともにフラストレーションが強まり、定式配分への強い反対が緩和している。
- ・インタビューでは定式配分の許容性が高まった。これは実務的課題の増加にも関連し、複雑さを生じさせる柔軟性と柔軟性の不足から生じる簡索性との間での対立が繰り返し指摘された。
- ・2016/17 年のインタビュー対象者の中には、利益分割法の使用の増加を定式配分に結び付けて、「利益分割のより広範な使用は、必然的に定式配分につながるものであり、定式配分は、利益分割の実施における簡略化されたバージョンであって、一定割合による利益分割アプローチが、時間の経過とともに適切なものとして徐々に受け入れられてきた。」との意見があった。

5) Id., pp.160-163.

- ・ 2016/17年のインタビューでは、ALP がより大きな問題になっており、実務での将来の変化を促進するため定式配分を検討すべきとの意欲が示された。この点は、不公平な所得移転への懸念によって弱められる一方、ALP の実務上の作業の複雑さからくる不満により強められている。
- ・ 2006年には、ALP に対して構築されたコンセンサスが高まっていると指摘されたが、2016/17年には、ALP が予想されていたよりも不安定であり、その適用に関する問題への不満が高まっていた。
- ・ 一部のインタビュー対象者は、定式配分は原則的なアプローチではないことを強調したが、定式配分を拒否するのではなく、それが現在議題に上っているという認識があり、「グローバルな定式配分は、実際の価値と活動に基づいている限り機能し、その定義が非常に困難という点に戻るだろう。」との意見があった。
- ・ 2006年には、ALP は定着し、確立され、その理解を深め、発展していると見られていたが、2016/17年には、ALP への支持は依然としてあったものの当初の回答よりは少なかった。知名度の高い多国籍企業による移転価格操作と租税回避に関する報道を受けて、国民の懸念が高まっているとの認識、つまり、ALP は、確実性を持って適切な税額を決定するルールを提供していないという認識がすべてのインタビュー対象者にあった。
- ・ 多くの移転価格の複雑性は主として ALP の柔軟性から生じており、法人税に対する国民の関心の高まりは、説明がより簡単であるため定式配分アプローチへの移行の推進力となり得る。
- ・ 2006年にはALP は強い柔軟性を持っていると説明されたが、2016/17年には、以前は強みとして強調されていたこの柔軟性は複雑性をもたらす課題とみられた。
- ・ 2016/17年のインタビューでは、2006年と比較してALP に対する懸念の表明が多く、定式配分に対する拒否反応は大幅に減少した。定式配分に対する懐疑的な見方は、主に使用するファクターや合意に達する方法など実用性の問題に起因するものであった。

- ・2006年から2016/17年にかけて、ALP に対する国際コンセンサスの重要性や各国のコンセンサスの強さが弱まっている。そして、定式配分の支持者は、定式配分について、移転価格の課題を完全に解決するものではないものの、所得移転のインセンティブと機会を減少させるアプローチとして捉えている。

(3) 小括

インタビュー対象者の認識の変化の背景として、デジタル化の進展等によって ALP 算定の困難性が増していったことが挙げられる。デジタル化された社会においては、無形資産の重要性が従来に比し格段に高まっている。米国の S&P500 社の市場価値の構成要素をみると、1975 年には 17% だった無形資産の割合が、1985 年は 32%、1995 年は 68%、2005 年は 80%、2015 年は 84%、2020 年には 90% と、無形資産の割合が年々増してきている⁶⁾。無形資産の価値評価は、製品などの有形資産に比べて非常に困難である。市場や第三者との間で取引される製品であれば、ALP に基づく取引価格の算定が可能であっても、無形資産は通常、市場での取引や第三者との取引が行われず関連者との間での取引となるため、ALP により取引価格を算定することが難しいためである。

こうしたことを背景に、ALP の困難性を指摘する意見が増加し、代替する利益配分の方法として定式配分への期待が高まっている。また、次章で説明する OECD のデジタル課税の提案には、定式配分の手法が採り入れられており、定式配分はさらに重要な検討論点となってきた。

OECD の BEPS プロジェクトを通じて、経済活動が行われ、価値が創出される場所で課税は行われるべきとする考え方が各国間で共有されたが、どこで、どの程度の価値が生じたかは必ずしも明確になっていない。シドニー大学の Cooper 教授は、日本での講演の中で、「BEPS プロジェクトは、所得は稼がれ

6) OCEAN TOMO, LLC, “Intangible Asset Market Value Study, 2020, Interim Study Update as of 7/1/2020.” [<https://www.oceantomo.com/intangible-asset-market-value-study/>]

たところで課税される仕組みであるべきとの考え方から始まったが、BEPSの報告書の中で、どこで所得が発生して稼がれているかということをこうやって決定しているのだという決定の仕方を具体的に説明されている箇所はない」と述べている⁷⁾。

価値が創出される場所が不明確な中で、定式配分への期待が高まっているが、どのような仕組みとするかはまだ固まったものはない。ALPに対する評価を踏まえながら、定式配分がALPの難点を補完する役割をいかに果たすることができるのかを考えていくことが有益であろう。

Ⅲ OECDのデジタル経済への課税に関する検討と定式配分

(1) 2019年2月討議文書の3つの提案から2019年10月事務局案による統合的アプローチ

OECDの包摂的枠組みは、経済のデジタル化に伴う課税上の課題に関して、2019年2月に、「ユーザー参加」、「マーケティング上の無形資産」及び「重要な経済的存在」の3つの選択肢を示した討議文書を公表した⁸⁾。

その後、OECD事務局は、3つの案のいずれかを選択するのではなく、3つの案を統合した討議文書を2019年10月に事務局案として公表し⁹⁾、それぞれの利点を抽出した「統合的アプローチ」を提案した。

「ユーザー参加」の提案は、ユーザーによる貢献に着目するアプローチであり、デジタル事業のみを課税対象とし、市場国に企業の拠点がなくても、消費者がオンライン契約をしたりサービスを利用したことが確認できれば、その利用実績に応じ、クリック数やオンライン契約数を国別に集計し、それを基にして課税するものである。「統合的アプローチ」における「ユーザー参加」の提案からの考慮点は、ユーザーの貢献が市場国での売上高に反映されると考えることである。

7) Cooper (2017)、p.119.

8) OECD (2019a)

9) OECD (2019b)

「マーケティング上の無形資産」の提案は、IT 企業だけでなく、より幅広い分野の事業に課税するもので、市場国に拠点がなくても、ブランド力や顧客基盤を強める投資やマーケティング活動が行われ、それに応じた売上がその国で生じれば利益の一部に課税するものである。「統合的アプローチ」における「マーケティング上の無形資産」からの考慮点は、通常利益を超える部分がマーケティング上の無形資産から生じると考えることにより、その超過利益の一定割合に対する課税権を市場国に与える点に反映されている。マーケティング上の無形資産を特定し、既存のルールに基づき精緻な超過利益の配分計算をすることは実施上の困難性が大きい。つまり、マーケティング上の無形資産に起因する利益と、その他の無形資産に起因する利益を切り分けることは極めて困難であることから、一定のフォーミュラを用いることは、実施上の観点を踏まえたものといえる。

「重要な経済的存在」の提案は、市場国において収入に結びつく要素がある場合に、重要な経済的存在という形のネクサスを認定するものである。新たなネクサスが認定されるためのファクターとして、市場国におけるユーザー数、デジタルコンテンツ量等が提案され、課税ベースは市場国で生じた収入に多国籍企業のグローバルな利益率を適用して決定するとされている。

2019年2月の討議文書で示された OECD の3つの提案について、米国 Michigan 大学の Reuven S. Avi-Yonah 教授らは以下のように評価している¹⁰⁾。

3つの提案のうち2つの提案（ユーザー参加及びマーケティング上の無形資産）は、従来の PE の概念を放棄する点では急進的であるものの、両者とも、ALS を用いてルーティン利益を配分した後に、市場国（またはユーザーの所在地国）に残余利益を配分するものであり、依然として ALS に基づくものである¹¹⁾。

10) Avi-Yonah and Clausing (2019), pp.839-849.

OECD 討議資料の3つ目の提案である重要な経済的存在はさらに極端で、PE という要件を放棄したのみでなく、「部分的配分方式 (fractional apportionment method)」により、ALS も明確に放棄した。これは、「定式配分のアプローチ」と呼ばれ、インドで近年導入されたものである。ALS を定式配分に置き換えることにこれまで抵抗していた OECD の方針転換は注目に値する。

このように Avi-Yonah and Clausing (2019) は、「ユーザー参加」、「マーケティング上の無形資産」の提案について、ALS を用いてルーティン利益を配分した後に、市場国（またはユーザーの所在地国）に残余利益を配分するものであり ALS に基づくものと評価する一方、「重要な経済的存在」の提案については、ALS を明確に放棄し定式配分に置き換えるものとしている。

その後、OECD 事務局は3つの提案を統合した統合的アプローチを公表し、市場国への利益配分に一定のフォーミュラを用いることを提案した。「ユーザー参加」により、どれだけの利益が創出されるかを明確に測定すること、マーケティング活動から生じた無形資産による利益獲得を明確に測定すること、「重要な経済的存在」から算出される利益を特定することは困難であり、それらを定式により配分することとした提案は現実的な対応といえよう。

(2) 2020年10月ブループリント

2020年10月には、詳細なブループリントが公表された。その中の第1の柱の構成要素は、利益 A (Amount A)、利益 B (Amount B) 及び効果的な紛争防止や解決等の課税の確実性からなる。この第1の柱の利益 A 及び利益 B においては、より簡便な利益配分方法が取り入れられている。

11) ALS (Arm's Length Standard) は、移転価格税制を規定した米国内国歳入法 482 条に規定されている用語で、ALP と同様の概念である。本項では、引用文献で ALS が用いられている場合にはそれを用いるが、それ以外は ALP を用いる。

① 利益 A

利益 A は、市場国への課税権の配分ルールであり、多国籍企業が活動する市場国に対して、PE の有無にかかわらず、新たな課税権を配分するものである。

利益 A の適用対象となる事業の範囲は、「自動化されたデジタルサービス」(ADS : Automated Digital Services) と「消費者向けビジネス」(CFB : Consumer-Facing Business) とされている。ADS は、多数の顧客・ユーザーに対して標準化・自動化されたデジタルサービスを提供するビジネスであり、オンライン広告サービス、ユーザーデータの販売、オンライン検索エンジン等が含まれている。CFB は、消費者に販売される商品やサービスであり、消費者向けに販売される多くのビジネスが対象となり得る。また、消費者と事業者との双方に販売される商品も対象となり得る。

利益 A の市場国への配分利益は、以下のように算定する。

- (i) 多国籍企業グループの総利益のうち、合意された一定割合を通常利益とみなす（みなし通常利益）。
- (ii) みなし通常利益を超える額を超過利益とする（みなし超過利益）。
- (iii) みなし超過利益の一部を、一定の定式配分方式によって市場国に配分する。
（各市場国に帰属するみなし超過利益を、各市場国での売上に基づき、国際的に合意された固定比率等の定式により各市場国に配分する。）

このように利益 A は、算定の過程で定式配分の方法を用いており、この算定方法は、残余利益分割法に定式配分を加味したアプローチとなっている。

OECD の租税委員会次長の Grace Perez-Navarro 氏は、利益 A が、全世界での利益を定式により配分するステップの暫定措置と位置付けられるかについては不明であるが、今回のケースでは唯一の実現可能な方法であるとし、この利益 A は、定式配分をより広範に用いることができるかの試金石になることは明らかであると述べている¹²⁾。

利益 A の位置づけについて、青山慶二教授は、新ルールは新しい概念を取

り入れているものの従来のルールと共通性をもったルールであり、従来の課税原則との連続性が一定程度認められるのではないかとの見方をしており、さらに、ALP 自体についても実際のコンパラを伴った ALP というのは既に古くなっていて、利益分割法など、コンパラを必要としない仮想的な、ある意味バーチャルな ALP の適用が拡大しつつあると述べている¹³⁾。

利益 A の算定における定式配分の利用は、移転価格税制での利益分割法との親和性があると考えられる。移転価格の算定は、特に無形資産から生じる利益を含む算定が困難化、複雑化している状況の中で、国際間で合意された一定の定式配分を利益分割の一つの手法として位置づけ、定式配分を簡易な算定方法として一つの選択肢と位置づけることも可能であろう。

② 利益 B

利益 B は、市場国での販売活動に関する移転価格ルールの定式化であり、市場国で行われた基礎的な販売活動やマーケティング活動に関して、一定割合の課税権を市場国に保証するものである。利益 B は、市場国での事業活動、特に販売機能に対しては既存のルールにより課税するが、販売活動に関連した税務上の紛争が多いことから、基本的な活動を反映した固定的利益を配分するものである。OECD はこの利益 B を ALP に従って算定された結果に近似するものとし¹⁴⁾、基礎的な販売活動の一定割合の課税権を市場国に保証するものであり、これは定式による利益配分の一類型といえる。OECD が、これまで頑なに否定していた定式配分を¹⁵⁾、部分的にも容認した意義は大きい。

利益 B について、英国 International Centre for Tax and Development の Michael C. Durst 氏は、移転価格算定に広く利用されている方法である取引単

12) Johnston (2021), p.354.

13) 青山 (2020)、149 頁。

14) OECD (2020), p.15, para14.

15) 2017 年移転価格ガイドラインにおいても、「OECD 加盟国は、(略) 全世界定式配分に代表される、独立企業原則に対する理論上の代替案が否定されるべきであることに同意する。」とされている (パラ 1.32)。

位営業利益法（TNMM）は複雑であり、発展途上国が利用するのは困難であるため、利益 B のような定式配分の算定手法は執行上の制約の多い発展途上国にとっても有効であり、また、多国籍企業からも支持があるとし、TNMM の再構築が国際租税制度の再構築にもつながるとしている¹⁶⁾。

利益 B に関するビジネス界からの評価は、課税の法的安定性、予測可能性、紛争の防止等の観点から概ね好意的である。また、利益 B に関して課税上の紛争が生じた場合には、強制力・拘束力のある紛争解決手段が利用されることも提案されている。

このように、2020 年のブループリントは、それまでの提案の利点を統合し、また、一定のフォーミュラを使った利益配分を取り入れるなど、実務上・執行上の観点も考慮したものとなっている。

(3) 2021 年 10 月合意¹⁷⁾

OECD の包摂的枠組みが2021年10月8日に合意したデジタル課税のルールでは、売上高200億ユーロ超、利益率10%超の多国籍企業を対象として、市場国にも課税権を配分することとされている。利益率が10%を超える部分について、残余利益の25%が市場国へ配分され、それを各市場国の間で分割する。これは、定式配分を利用した利益配分であり、企業のコンプライアンス負担を含めた実施上の考慮により、適用対象が限定されている。また、市場国での基本的なマーケティング及び販売活動に関する利益 B については、作業を継続して2022年までに完了させることとされた。

(4) 小括

デジタル経済においては無形資産の重要性が高まるが、無形資産はその所在を特定することが難しく、評価も困難である。グローバルで事業を展開する企

16) Durst (2020), pp.917-931.

17) OECD (2021)

業グループが、その事業活動を市場国に物理的拠点を置くことなく事業を展開できるようになったことから新たなルールの検討が行われてきた。

OECD はこれまで ALP に基づく課税を貫いてきたが、デジタル経済への課税に関する 2020 年 10 月討議文書では、前述のように一部に定式配分の仕組みを取り入れており、定式配分を一部容認する姿勢に転換してきている。

この OECD の転換に関して米国 Yale 大学の Michael J. Graetz 教授は、「独立企業間価格と定式配分とを結びつけることは本質的に複雑であり、理論的にそれを正当化することは困難である。しかしながら、賢明な政治的判断として、OECD が現行の実務から徐々に離れていくことを決断したことは驚くことではない。」と述べている¹⁸⁾。

BEPS プロジェクトでは、価値が創造された場所において課税されるとの考え方が各国に共有されたが、ALP に基づく課税は、各国での価値創造を ALP に基づいて測定して課税するものである。一方、定式配分は、配分ファクターと価値創造の場所とは必ずしも一致するものではない。価値創造の場所と価値の測定といっても、デジタル経済において消費者やユーザーが産み出す価値がどの程度なのか測定することは困難であり、定式配分のアプローチは、一種の割り切りを取り入れているといえる。

価値がどこでどれだけ創造されたかは明確ではなく、それを探究しようとするほど納税者と税務当局の負担は増加する（それでも正確な測定ができるわけではない。）。現在の移転価格ルールにおいても、価値創造の場所と金額を正確に把握しているわけではない。例えば、無形資産を含んだ取引については、残余利益分割法を用いることが多いが、残余利益の分割に当たっては、無形資産の開発に要した費用に基づいて利益を配分することが行われる。無形資産の開発コストが生じた場所は必ずしも価値が創造された場所とは限らないにもかかわらずこうした算定が行われているのは、価値創造の場所とその創造された価値の金額を、いわば各関連者が負担したコストに擬制しているとも考えることも

18) Graetz (2021), p.202.

できよう。

現行の移転価格ルールでは、無形資産に関する関連者間取引について、機能分析に基づいてその価値への貢献の状況を把握して価値を算定している。無形資産からの利益を享受すべきものを判定する際の検討項目として、無形資産の開発、改善、維持、保護及び使用（Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation：DEMPE）の機能を重視している¹⁹⁾。一方で、デジタル経済への課税の検討からは、需要が価値を高める面があり得ることが指摘され、市場国での課税のあり方が検討された。需要が大きい国においては、その商品の価格を高く設定することが可能となり、創造される価値が高まる。定式配分のファクターに売上を含めるのは、需要が価値を産み出すという観点から合理性があるものとも考えられる。

価値創造の場所を明らかにできない場合に残余利益分割法の要素に売上げを含めることも一つの合理的な方法と考えられ、統合的アプローチもその一つの形態である。ALPに基づく算定の中においても、価値の測定が困難な無形資産やデジタル取引等に関する利益配分に定式配分を用いていくことについて議論が必要である。通常利益に対しては現行の移転価格ルールが適用されるものの、OECD がこれまで慎重であった定式による利益配分を OECD 自体が提案したことは、国際租税制度が新たなフェーズに入ったものといえる。

IV 定式配分の類型

一定の定式により各国に課税ベースを配分する定式配分の方式は、これまで様々な類型が提案されている。以下では、定式配分の類型について RPA, RPA-I、及び EU で長年検討されている CCCTB を概観する。

(1) RPA (Residual Profits Allocation)

Avi-Yonah, Clausing and Durst（2009）が提案した RPA は、利益を通常利益

19) 2017年移転価格ガイドライン、第6章B。

と残余利益に分割し、通常利益は費用の7.5%として費用が発生した場所に配分し、残余利益は売上をファクターとする定式により各国に配分するものである。つまりこの提案では、通常利益は費用の一定割合で各国に配分され、残余利益は仕向地ベースの売上により配分する。残余利益の配分を売上によることで、後述する RPA-I に比べると簡易な仕組みといえる。

売上を基にした定式配分は、ALP と比較して、以下のような利点がある²⁰⁾。

- (i)各企業が独立企業の関係にあるときには、各企業は同様の利益を獲得するという前提がある ALS と対照的に、売上ベースの定式配分は、多国籍企業が得ている追加的な利益はグローバルな生産プロセスから生じるものであるため、いずれの国に源泉があるかを容易には判断できない。この配分方式は、複雑で、グローバルな、技術的に洗練された経済に適したものである。
- (ii)売上ベースの定式配分の重要な論点は、それが租税競争のプレッシャーを減少させることである。利益移転が防止されるとともに、顧客はさほど可動的ではないため、企業は税負担軽減のためのオペレーションの調整が限定される。
- (iii) ALS の下では、適正な所得源泉の不明確さが租税回避の機会を増加させており、企業は、そのファイナンスをアレンジして、最も軽く課税される場所とするよう調整し、（課税されない）国籍のない所得を生み出す。ALS は膨大な複雑性を生み出しており、定式配分への移行により、多くの複雑性を有する現行制度は実質的に減少していくであろう。

鈴木将覚教授は、RPA（RPA-I も含む）について、以下の長所と短所を指摘している²¹⁾。長所として、(i)企業の立地選択への影響は大きくないこと、(ii)企

20) Avi-Yonah, Clausing and Durst (2009), pp.510-515.

21) 鈴木 (2020)、192 頁。

業の租税回避への影響について、企業が負債、無形資産、移転価格を用いた租税回避を行う誘因が生じないこと、(iii)グループ内負債に関する支払利子は控除されないために、低税率国の会社から高税率国の会社に貸出を行っても影響はないこと、(iv)無形資産からの利益は残余利益に含まれることが多いため、無形資産の移転による所得移転を行う誘因は小さいこと、(v) RPA においては、通常利益が独立企業間価格ではなく決められたマークアップ率により決まるため、移転価格操作による利益移転の誘因が小さいことである。一方、RPA の短所として、(i)仕向地に PE がない場合の問題、(ii)第三者の流通企業を介して販売する場合の問題、(iii)サービスの仕向地の特定の問題があることを指摘している。

前述の OECD の第1の柱の利益 A の算定方法は、残余利益に対して、売上による定式によって利益を配分するという点で RPA に類似している。

(2) RPA-I (Residual Profit Allocation by Income)

英国 Oxford 大学の Devereaux 教授らが提案した RPA-I は、通常利益は費用により配分し、残余利益は所得により配分するものである。前述の RPA が超過利益を売上により配分するのに対して、RPA-I は超過利益を所得により配分する点が異なる。RPA-I は、多国籍企業の総利益を基本的利益と残余利益の2つに分ける。2つに分けることは、既存の利益分割法と親和性があるが、RPA-I は利益分割法の先を行くものであり、既存のシステムからの大きな発展ではあるものの、広義の意味合いからは、既存制度の範囲内にあるとする²²⁾。

RPA-I では、費用の性質により異なる割合を設定し、その費用に基づいて通常利益を計算する。残余利益の各国への配分は、各国における総所得を要素とした定式により行う。そして、機能と活動が所在する国に基本的利益に対する課税権を配分し、残余利益を売上が計上される市場国又は仕向地国に配分する。RPA との相違点として重要な点は、(i)基本的利益は、費用に一定の固定マー

22) Devereaux et al (2019), p.3

クアップを加えて算定するのではなく、通常の移転価格の手法により算定すること、(ii)残余利益の配分は、各国における売上ではなく残余総所得（各国の売上から分割可能な費用と通常利益を差し引いたもの）によることである。この点が経済効率性や租税回避への強靱性といった利点につながる²³⁾。

Devereux et al (2021) は、OECD 移転価格ガイドラインの利益分割法と RPA-I とを比較して論じており、利益分割法は、RPA 等の定式配分に類似しているものの、以下のような相違点があるとする²⁴⁾。

第1に、RPA は残余利益を多国籍企業全体から算出する一方で、利益分割法は、利益の配分を、多国籍企業の一部の関連企業間というより限られた状況で行う。RPA-I は RPA に近いが、プロダクト毎の残余利益の配分を残している。第2に、RPA の適用対象は、広くすべての多国籍企業であるのに対し、利益分割法の適用対象は、高度に統合され、評価困難な無形資産に強く依存しているなど、特定の特徴を有する多国籍企業に限られる。第3に、RPA は、利益分割法と異なり、基本的利益の算定に完全な移転価格ルールに基づく算定を適用しない。第4に、利益分割法による残余利益の課税権の配分は、資産又は活動をベースとするが、RPA-I や RPA は、利益に対する課税権を仕向地国に配分する。全体としてみると、残余利益を仕向地に配分するのは、経済効率性を高め、利益移転を減少させる。このように、Devereux et al (2021) は、仕向地にも利益を配分する RPA や RPA-I を利益分割法と比べて有効なアプローチと評価している。

一方、Avi-Yonah and Clausing (2019) は、RPA と RPA-I を比較して以下のよう²⁵⁾に評価している。

RPA-I はそれまでの提案を改善したものであるが、依然として大きな欠点がある。ALS に依存していることが実務家にとって許容しやすいものである

23) Id., p.5

24) Devereux et al (2021), pp.197-199.

25) Avi-Yonah and Clausing (2019), p.842.

ものの、ALS の欠点を抱えている。さらに、2009 年提案（RPA）は単にルーティン利益に ALS を取り入れたものである一方、RPA-I はルーティン利益の算定に ALS を維持して、ルーティン利益を特別な利益から分離して比較対象取引の分析により計算するという多くの複雑性と執行コストを伴う。

2009 年提案が残余利益を売上の仕向地にに基づいて配分する一方、RPA-I 提案は、残余利益をルーティン利益と同様、売上と売上に帰属する費用を考慮して配分する。両者の結果は通常は類似するが、利益と費用の比率は国毎に実質的に変化するのが通常である状況では残余所得に基づく配分の方が適している。

RPA-I への改革は、明らかに、ALS と定式配分アプローチの両面を用いたハイブリッドである。両制度の妥協であり、源泉地国がルーティン利益に課税し、仕向地国が残余利益に課税するもので、いずれかの国が税収を得るかの妥協案である。

さらに、Avi-Yonah and Clausing（2019）は、「RPA-I にも ALS の欠点である複雑性があり、代替的なアプローチは複数のファクターからなる定式を利用するものとなろう。可能性のある定式は、生産サイドの要素も取り入れ、支払賃金や従業員数も含めて、市場地と生産地との両方に 50% ずつウェイト付をすることであろう。」と述べている²⁶⁾。

このように、Avi-Yonah and Clausing（2019）は RPA-I でも算定の複雑性が多く、より簡素な定式による代替案を提案している。定式配分のファクターに支払賃金、従業員数を含めたものとしては、CCCTB（後述（3））があり、何をファクターとするかは、制度構築上の重要論点となる。

26) Id., pp.845-855.

(3) CCCTB (Common Consolidated Corporate Tax Base : 共通連結法人課税ベース)

欧州委員会は、CCCTBを2011年に提案した²⁷⁾。欧州委員会は、このCCCTBにより単一市場におけるビジネスをより容易かつ安価に行え、租税回避に対する強力なツールとなるとし、その利点として、資本と負債との税制上の取扱いの不均衡の是正を挙げている。その後、加盟国の反対もあり合意には至っていなかったが、2016年に、EU内での多国籍企業の租税回避問題が生じ、CCCTBは租税回避に対しても有効として、欧州委員会は法人課税に関する行動計画の中でCCCTBを再提案した²⁸⁾。2011年の提案では、CCCTBを採用するかは企業の任意とされていたが、2016年の再提案では、租税回避防止の目的から、年間売上高が7億5,000万ユーロを越える企業に強制的に適用される。

2011年及び2016年に提案されたCCCTBでは、関連者の所得を合算した上で、所得の各加盟国への配分を、売上を3分の1、賃金を6分の1、従業員数を6分の1、資産を3分の1の割合で行うとしていたが、2018年に配分要素として「データ・ファクター」が加えられている²⁹⁾。データ・ファクターは、オンラインプラットフォームやユーザー提供の個人データの収集と利用を反映するものである。

CCCTBについてIMF(2021)は、EU内での利益移転を大きく減少させる効果がある一方、可動性の高い生産ファクターを誘引する租税競争は残るという面がある（ただし、配分のフォーミュラに売上を用いることにより、その影響は弱められる。）という指摘や、CCCTBを実効的なミニマム税とともに導入すれば租税競争をさらに抑制することができるといった評価をしている³⁰⁾。他方、EU加盟国の一部の国からは、CCCTBは国家主権を侵害するとともに、

27) European Commission (2011). 分析したものとして大野(2012)参照。

28) European Commission (2016).

29) European parliament legislative resolution of 15 March 2018. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0087_EN.pdf]

30) IMF (2021), pp.31-32.

小国にとっては不公平な仕組みであるとしており³¹⁾、加盟国の同意を得られるかが課題である。

IMF（2021）は、CCCTB は各国への法人税収へ大きな影響を与えるので、全 EU 加盟国の合意を得るには段階的な実施が求められ、その最初のステップとして、超過利益に対して適用することが望ましいとしている³²⁾。

CCCTB は単一市場の下での EU 内での所得配分であるが、定式配分の一つの方法として注視していくべきものといえる³³⁾。

（4） 小括

RPA や RPA-I は ALP の下で築いてきた利益配分の仕組みの中に、定式配分の要素を一部取り入れるものといえる。つまり、残余利益の配分の一要素として定式のファクターを組み入れるものである。一方で、DBCFT のように仕向地ベースの法人税の仕組みが議論されている。実現の困難性はあるものの、法人課税が仕向地ベースでの付加価値に対する課税といった考え方へ徐々にシフトしていく可能性がある。OECD の第1の柱も仕向地での課税を取り入れている。

定式配分のいずれの類型も、利益配分の算定の簡素化、利益移転の抑制が見込まれる。一方、定式配分の課題は所得や配分ファクターの定義である。

第1の柱の利益 A も通常所得を全世界所得の一定割合とする。これは RPA や RPA-I よりもさらに簡素化を目指した利益配分の方式であり、デジタルサービスなど、通常利益と超過利益の区分けが難しい場合には、検討の対象となろう。

31) Paez（2021）, p.1111.

32) IMF（2021）, pp.40-41.

33) 伊藤（2015）は、定式配分の計算式について、通常所得の配賦に用いられる配賦計算式と、超過所得の配賦に用いられる配賦計算式の2種類から構成されるとし、超過所得は全世界所得のうち一定の割合を超過所得とみなし、通常所得には資産・労務費・売上の3要素による配賦計算式を用いることを提案している（172-173頁）。資産・労務費・売上の3要素を配賦計算に用いる点で CCCTB と共通性がある。

定式配分では利益が創造された場所との一致は軽視されることになる。両者のバランスをどのように図っていくかが課題であり、ALP と定式配分の利点を効果的に組み合わせていくことを目指していくべきであろう。

V 定式配分の評価

(1) ALP に基づく利益算定の困難性

経済のデジタル化が急速に進んでおり、デジタルプラットフォーム企業をはじめデジタル技術を積極的に活用している多国籍企業グループは、ビジネスに多くの無形資産を用いているが、特に無形資産について ALP を厳密に適用して価格を算定するのは容易ではない。

米国 Texas A&M 大学の Lorraine Eden 教授は、ALS と定式配分に関して、これまでの定式配分の経験は一国内での州レベルのものであり、EU が導入を目指している CCCTB も地域的な定式配分であり、EU 加盟国は域外国との間の取引には ALS の使用を継続するため、ALS から定式配分に移行しようとする先進国及び発展途上国にとって、マクロレベルの政策が異なる国々が定式配分をコーディネートするのはより困難であるとする。一方で、現行の移転価格ルールの問題点として、(i)移転価格の濫用と、(ii)比較対象取引の欠如があり、その代替としての定式配分を紹介しつつも、ALS の問題点を解決する方向での移転価格ルールの改善が望ましいとしている³⁴⁾。

一方、現行移転価格ルールの適用可能性について、Rosenthal (2018) は、高度にデジタル化されたプラットフォーム型ビジネスに対して、現行の移転価格ルールを適用するのは以下の理由から不適切であるとする³⁵⁾。

- ・プラットフォーム型ビジネスにおいてはネットワーク効果が価値の主要な決定要因であり、ユーザー数とユーザーの関与度合等の要素が個々のプラットフォーム・ビジネスの価値につながる。

34) Eden (2016), pp.168-170.

35) Rosenthal (2018), p.1279.

- ・ 価値のある無形資産は、企業内の R&D 投資のみで構築されたものではなく、ユーザーによる貢献を反映している。
- ・ ネットワークによる価値創造は、現行の移転価格の概念でのバリューチェーンではなく、バリューネットワークによるものである。
- ・ 現行の移転価格ルールでは個々の無形資産を評価する必要があるが、高度に統合されたプラットフォーム型ビジネスでは、無形資産の価値を個々に切り出して評価することは困難である。例えば、割引現在価値を算出する方法も無形資産を個別に分けることができなければ利用不可能である。

特に巨大デジタル企業は、デジタル技術を含む無形資産を有し、複数の無形資産がネットワークのようにつながり、大きな価値を創造する原動力となっている。こうした無形資産は、比較可能な取引が存在しないことが多く、独立企業間価格を見出すのは困難である。また、無形資産が価値を創造した場所を特定することも困難である。無形資産の価値は、利用者や消費者の行動の情報により高められ、利用者が多いほど、その価値が高くなるネットワーク効果を有する。従来であれば、多国籍企業グループの価値のグループ内でのつながりはバリューチェーンと捉えられてきたが、現在のデジタル関連の多国籍企業グループのつながりはバリューネットワークになっており、どこで価値が創造されているかは従来に増して不明確となってきている。つまり、利用者の検索情報や消費者の購買情報等のデータは無形資産であり、それらとユーザーを惹き付けるアルゴリズム等の無形資産が結びついた無形資産のネットワークから、どこでどの程度価値が創造されているかを算定することが極めて困難となっている。

多国籍企業グループにおける各企業が、多様な無形資産を利用して一体となって事業を行っている場合、利益発生 の場所と金額、獲得した利益への各企業の貢献度合いを算定することは困難である。このように、ネットワーク型の無形資産を含む取引に対する移転価格ルールを適用することは、無形資産を切り出して個々に評価することができないことから、バリューネットワークによ

る価値創造が行われる高度にデジタル化したプラットフォーム型ビジネスに対して ALP に基づく算定を行うことは困難化してきている。

(2) 定式配分に対する評価

無形資産等に関する評価の困難性はこれまでも存在し、これに対して残余利益分割法の活用、所得相応性基準の導入、ディスカウント・キャッシュフローによる算定方法等で対応しているところであるが問題は解消されていない。

市場国におけるデータやユーザー参加等の無形資産が創出する価値にどの程度貢献しているかの認識が統一されていない中で行われてきた OECD のデジタル経済への課税の検討において、定式配分の仕組みを一部取り入れたことから理解できるように、無形資産が創出する価値を ALP に基づき厳密に測定することは困難であることが定式配分への期待につながっている。

Devereaux et al (2020) は、定式配分に対して、例えば資産、労働、売上をベースとした定式配分は、複雑性の排除という観点、実施上のコストの削減、租税回避の機会の減少といった大きな利点があるとする。その一方で、定式配分が経済効率性を高めるかは明確ではなく、CCCTB に見られるように関係国の合意を得ることは困難であり、仮に関係国の合意が形成されたとしても、経済活動を誘致するための税率引下げ競争のインセンティブは残ることになると評価している³⁶⁾。

Matheson et al (2021) は、IMF の政策ペーパーの中で、定式配分について以下の点を指摘している³⁷⁾。

- ・現在の法人課税システムの欠点は、複雑性と利益操作可能性であり、租税競争と相まって歳入の侵食をもたらしている。定式配分は簡素性と利益操作可能性の排除につながり、これらの観点は特に発展途上国にとって重要である。

36) Devereaux et al (2020), pp.150-151.

37) Matheson et al (2021), pp.304-305.

- ・ 定式配分の効率性については、生産ファクターをフォーミュラとすると、低税率国に生産を移転するインセンティブにつながり、生産の効率性を歪めることになる。仕向地での売上げをファクターにする場合には、この歪みは緩和される。
- ・ 簡索性は定式配分の重要な利点であり、グローバルで定式配分を導入する場合に、その効果が最大化される。ただし、簡素な仕組みにすると、異なる業種をどのように区分するかなど新たな複雑性をもたらすことがある。
- ・ 定式配分への完全な移行のみが選択肢ではない。取引単位での利益分割における活用も一つの選択肢となる。

無形資産の評価は、特に税務執行上の人的リソースが十分でない発展途上国にとって困難性がより高く、定式配分の活用は発展途上国にとってより有用となり得る。発展途上国だけでなく先進国にとっても無形資産評価に関する困難性があり、課税上の紛争も生じている。こうした中で、デジタル経済への課税の検討で部分的に取り入れられた定式配分が、利益 A による市場国への利益配分に限られることなく、価値創造の場所と測定が困難な他の取引に対しても適用できるか、どのように適用するかという検討が必要となる。

定式配分には、簡素化、移転価格の算定や執行の困難性の軽減、取引価格操作による租税回避の防止等の利点がある一方で、以下のような課題がある。

- ・ どのような定式を使用するかに対する国際的なコンセンサスを得ることが難しいこと。
- ・ 定式配分は、利益配分が経済活動から生じた利益と直接に結びつかなくなること。
- ・ 定式配分では、いくつかの国が異なる定式を適用する場合、二重課税を招く可能性があること。

定式配分はこのような課題があるものの、ALP に基づく適切な利益配分を

行うことの課題が継続し、税務上の紛争が多数生じている状況を踏まえると、それへの対応として定式配分の活用を前向きに捉えていくべきであろう。

(3) 定式配分の経済的効果に関する IMF のワーキングペーパー

2019年10月のIMFのエコノミストによるワーキングペーパー“An Assessment of Global Formula Apportionment”は、定式配分に関する経済的効果を分析し、以下のような影響を述べている³⁸⁾。

- ・定式配分の主要な利点は、多国籍企業グループ内での利益シフトの排除、及び大幅な制度の簡素化につながることである。このことは特に発展途上国にとって重要である。
- ・一方、定式配分ファクターによっては、経済活動への新たな歪みやタックスプランニングの余地が残る。また、定式配分のファクターとなる要素が国境を越えて移動可能である場合、税の競争はなくなる。
- ・定式配分の各国税収への効果としては、投資ハブとなっている国（外国直接投資がGDPに比して不均衡に高い国）では減収が見込まれ、主要先進国では増収が見込まれる。発展途上国は、雇用が配分要素に大きなウェイトをもつ場合には増収の可能性が高まる。
- ・各国への分配の影響は、現在利益が帰属している場所と、生産に関する配分ファクター及び売上に関する配分ファクターとが不一致の場合に大きくなる。

定式配分の経済的効果を分析したこのワーキングペーパーでは、定式配分によっても、経済活動への歪みやタックスプランニングの余地は残るとする一方、多国籍企業グループ内での利益シフトを排除できることや簡素化の長所を強調している。その長所を活かすような仕組みの検討が重要性を増してくる。

38) Mooij et al (2019), pp.6-12.

(4) 小括

BEPS プロジェクトでは、経済活動が行われ価値が創造された場所で課税されるべきとの共通認識が醸成されたが、グローバル取引の中でどこで誰によってどの程度の価値が創造されるかについては明確になっていない。BEPS プロジェクト最終報告書（行動8-10）の表題は「移転価格税制と価値創造の一致」であるが、その報告書の中では価値創造の概念についての定義は示されておらず³⁹⁾、特にデジタル技術を活用したグローバルなサプライチェーンの中での「価値創造」について共通の理解には至っていない。この点に関しては、OECD 自体も価値創造の場所と価値創造者の特定についての合意には至っていないと述べている⁴⁰⁾。

そこで、デジタル取引における帰属利益を算定するには、価値創造について考察する必要がある。データやユーザー参加による価値創造について、2018 年 OECD 中間報告書は、「データやユーザー参加がどの程度価値創造に貢献するかについての意見の違いは、変容するビジネスモデルから生じる課税上の問題があると考えるか、国際課税ルールの適用がデジタル企業に固有なものか、あるいはその問題が国際課税ルール一般に広範に適用されるべきかといった点にインパクトを与えるであろう。」としている⁴¹⁾。

ユーザーの貢献から生じる価値について、ユーザーの活動は消費の一形態であり、価値を創出する対価性のある労働ではなく、プロバイダーへプラスの外部性を提供しているに過ぎないとの見方もあり⁴²⁾、ユーザーから創出されるデータの価値に対する認識は一樣ではない。

そこで、ユーザーの貢献やデータの価値を含む無形資産を通じた取引について、独立企業間価格を設定することが可能なのかといった問題が生じる。多くの無形資産は類似のものがいないために価値があるのであり、比較可能な独立企

39) Olbert and Spengel (2017), p.10.

40) OECD (2018), pp. 53-59.

41) Id., para.160.

42) Finley (2018), p.222.

業間価格が存在しないことも多い。

デジタル企業が消費者の購買行動等の情報のデータを含む多くの無形資産を活用しており、無形資産やその利用がネットワークになっている場合に、どこでどの程度価値が創造されているかを算定することは困難である。無形資産をはじめとして価値の算定が困難化していることが、定式配分への期待が高まってきている一方で、定式配分への完全な移行にも問題があり、いかに ALP と定式配分それぞれの利点を効果的に利用していくかを検討していくべきと考えられる。

VI ALP と定式配分の今後

(1) ALP に基づく利益算定

これまで述べてきたように、デジタル化が進展した経済においては、どこでどの程度の価値が生じているのかが従来に比し不明確になっている。特に無形資産は、顧客や利用者が生み出すネットワーク効果も含めたものとなるため今後ますます多様化していくと予想される。無形資産による価値創造が、利益の主要な源泉になってきている現代的ビジネスの中で、無形資産から生じる利益の算定は、比較対象取引の不存在からますます困難化していく。価値を生み出す源泉としての無形資産に関する評価の難しさは、独立企業間価格が存在しないことからくる。同等のもの、類似のものがいないから無形資産なのであり、そこに利益を生み出す源泉がある。また、無形資産からもたらされる価値が将来どのように変化していくか予測不能なケースがますます増加していくものと見込まれる。

創設された無形資産の価値については、時間とともに価値が減少していくようなのであれば（例えば、競合者が類似のものを開発するなど）、従来のようなコストを基礎とした利益算定手法も考えられるが、時間の経過とともに、消費者の需要や利用者の活動によって価値が大きく変動するものについては、他の算定手法の検討が必要と考えられる。

ALP 適用の困難性が招く弊害について、Avi-Yonah and Clausing（2019）は、

「ALPの下では、適正な所得源泉の不明確さが租税回避の機会を増加させており、企業は、そのファイナンスをアレンジして、最も軽く課税される場所とするよう調整し、課税されない国籍のない所得を生み出すであろう。米国財務省の2016年の国別のデータベースによると、報告された外国所得は22%が国籍なしと分類され、さらに37%は極めて低税率の国に分類されている。（中略）加えて、ALPは膨大な複雑性を生み出しており、定式配分への移行の流れからすると、多くの複雑性を有する現行制度は実質的に減少していくであろう。」と指摘している⁴³⁾。

このようにALPを貫徹することが困難となってきた一方で、定式配分の手法が取り入れられる局面が出現してきている。特に、デジタル取引に組み込まれた無形資産が多国籍企業グループの複数の企業にネットワークとして利用されるようなデジタル化された社会では、ALPによる算定は困難である。ただし一方で、長年積み上げられてきたALPの経験や各国間の共通認識は重要で、安易に放棄すべきではない。

(2) OECDの第1の柱における定式配分の活用

前述のようなALPに基づく利益算定の困難性を勘案すると、無形資産による超過利益を勘案して所得を算定する際に、超過利益をALPに基づいて算定することは容易ではなく、評価困難な無形資産に関する利益配分を含めて、定式配分の仕組みを取り入れた算定手法を考慮していくべきであろう。米国Georgetown大学のItai Grinberg教授は、OECDの包摂的枠組みでの検討は部分的な定式配分アプローチであり、それは将来各国間で開発すべき定式配分の教訓となるとしている⁴⁴⁾。

第1の柱の利益Aの算定においては、利益配分の方法に、ALPを超えた定式配分を取り入れている。残余利益の一定比率を市場国に配分する利益Aは、

43) Avi-Yonah and Clausing (2019), p.844

44) Grinberg (2020), p278.

自動化されたデジタルサービスや消費者向ビジネスが適用対象とされ、2021年7月の大枠合意においても適用対象をデジタル企業に限定していない。将来的に、定式配分の方式を評価困難な無形資産や利益 B のような基本的なマーケティングや販売活動に関する利益等の配分にも適用範囲を拡大していくべきかが重要な検討論点となろう。

(3) 定式配分の適用可能性

多国籍企業の居住地で創造された無形資産から創出された利益と、市場国でのマーケティング上の無形資産から創出された利益を厳密に区分することは不可能であり、利益が創造された場所が不明確な場合に、定式配分を利用する余地がある。また、利益 B のように、基本的利益の配分手法や少額のケースなどの簡素な配分手法は、予見可能性、コンプライアンスコストの削減、紛争防止の観点から利点が多い。

デジタル経済に対する課税の検討において、市場国での活動により生じたマーケティング上の無形資産を重視して消費の場所に着眼して課税する場合、価値創造の場所は不明確であり、特にインターネットを通じたデジタル取引では、価値創造の場所や所得源泉地がさらに不明確になるし、プラットフォーム等のデジタルビジネスの仕組みの構築への貢献と、マーケティング上の無形資産への貢献等の価値をそれぞれ測定することは困難であることから、定式配分の手法を利用せざるを得ない。

定式配分の利点として、多国籍企業グループの利益の合計額を基礎として、定式配分によりその利益を配分していくことにより、利益を低税率国に移転する誘因がなくなることや、二重課税を回避し紛争の未然防止となること、簡索性、予見可能性、途上国の執行可能性の向上、租税回避の防止、コンプライアンスコストの低減、事後の相互協議の負担、二重課税リスクの低減等が挙げられる。

現行の移転価格ルールにおいては、比較対象取引を実際に伴った ALP よりも、利益分割法など比較対象取引を必要としない ALP の適用が拡大しつつあ

る。そして、無形資産の算定の難しさは、所得相応性基準やディスカウント・キャッシュフロー法の導入が示しているように、現時点での比較対象がなく、現時点までの情報での評価が困難であることにあることからきており、比較対象取引は、その時点で把握できるものに加えて、将来の見通しを含めた ALP の算定にまで踏み込んできている。

無形資産を活用したビジネスを各国で展開して利益を獲得している場合、企業と取引先とが「1対1」の関係であれば、ALPに基づく独立企業間価格を見出す余地があるとしても、プラットフォームの技術を多数国における多数の取引先で利用するような「1対多」の関係である場合、利益分割法により利益の合計額を関連者間で費用や貢献度等により配分を行うことも考えられる。これまでも、グローバルトレーディングにおける複数国間における利益配分を利益分割法により行ってきた経験はあるが、この場合でも、実際に各地で生じた利益に基づき全体の利益を各国に配分するのではなく、コストをベースとして配分しており、これも定式による配分的一种と考えることができる。ALPと定式配分は組み合わせて適用することがあり得るものと考えられる。

（4） ALP と定式配分の組み合わせ

OECD でのデジタル経済への課税の第1の柱や2021年7月大枠合意では利益Aの算定の適用範囲が限定されているが、そこで適用対象とされているものの以外にも定式配分の適用可能性を今後検討すべきである。特に、評価困難な無形資産等、ALPの適用が困難な取引に対してである。ただし、定式配分の適用可能性の検討といってもALPか定式配分のいずれかを選択するのではなく、ALPと定式配分の利点を組み合わせて、望ましいハイブリッドの仕組みを如何に構築するかが課題である。

II章で述べたように、定式配分に対する近年の認識の変化が見られる中で、定式配分の適用可能性を検討していく必要性が高まっている。検討に当たっては、これまで長年にわたり構築してきたALPによる利益配分も維持すべきであり、ALPの短所を定式配分により補完する方式を目指すべきであろう。

両者を組み合わせたハイブリッドの方式は ALP の中に定式分配の要素が入り込んでくるものである。OECD は、第1の柱の利益 B を ALP に近似するものであり、算定の簡素化であると説明しているように、ALP の合理的代替としての定式分配方式の利用である。

Grinberg（2020）は、OECD の包摂的枠組みでの検討や定式分配に関する多様な論点を検討し、各国間の課税権の分配を検討に当たって国際租税の政策決定者が行う ALP と定式分配の特徴とを組み合わせたハイブリッドによる定式分配活用の再評価を行っている⁴⁵⁾。Musselman（2020）も、ALP と定式分配のハイブリッドによる適用が望ましいとしている。取引データが入手可能なものに関しては ALP を用い、取引データがなく類似取引のないものに関しては ALP では不十分であり定式分配も取り入れた残余利益分配によることが望ましいとし、BMW 社のケーススタディを行っている。

すでに用いられている移転価格算定手法の残余利益分割法や営業利益法は、各国で創出された利益そのものではなく、一定のファクターによる利益分配を部分的に利用した一種の定式分配を取り入れているとも考えられる。つまり、通常所得は ALP による利益算定によって分配、残余利益は費用等を分配ファクターとして分配しており、無形資産から生じた利益について、利益の源泉の所在地での利益を直接的に算定できないため、無形資産の開発等に要した費用による代替的な算定方法によっていると考えることができよう。濱田明子教授は、「移転価格税制において関連者間取引における利益分配に関しては、営業利益率のような特定の投資コストに対する収益の割合が独立企業原則に基づく分配データとして利用されている。確かに、非関連者取引により生じる利益の集積が利益率として現れると言えようが、こうした利益率は独立企業原則に基づく人的な所得帰属の結果を表すというよりもむしろ、市場において投下されたコストの予想利益率を所得算定の基礎情報に置き換えていると言ってよいであろう。」と述べている⁴⁶⁾。現行移転価格ルール、コストに対する収益の割

45) Id, p296.

合からの算定や利益分割法は、投資コスト等をファクターとして算定（擬制）した利益によって配分するものとも考えられる。

RPA や RPA-I 提案では、通常利益についての利益配分は ALP に基づき行い、その上で、残余利益の分割におけるファクターとして定式が用いられている。RPA-I を提案している Devereau et al（2019）は、RPA は広い意味で従来のシステムの範囲内であるといえとし、定式配分と利益分割法とは親和性があるとしている⁴⁷⁾。

ALP が適用される取引と、定式配分方式が適用される取引との間で、大きな断層ができることは避けるべきであろう。ALP の代替としての定式配分として、定式配分による算定額は、ALP による算定額とできるだけ近似する数値であることが望ましい。定式配分における配分基準の合理性は、関係国が基準に合意するために重要であり、各国が合意するためにも配分基準はできるだけ ALP に近似する値に設定すべきであろう。

残余利益分割法は、法人と国外関連者とが、国外関連取引においてそれぞれ無形資産を含む独自の機能を有する場合に適用されることが多い。残余利益分割法の中に、定式配分のファクターを含めることも一案であり、配分ファクターや算定方法は現在検討が進められている OECD のデジタル経済への課税の状況を参考としつつ、需要面も考慮して売上を配分ファクターの1つとすることやビジネスの業態をも勘案した配分ファクターとすることも考えられる。

定式配分の、紛争の未然防止効果、多国間の相互協議の困難性を緩和する効果、企業側のコンプライアンスコストの減少等の効果を考慮すると、一定の割り切りも必要であり、複雑になりすぎず、各国が合意できる明確性と簡素性が求められよう。

定式配分について、Waerzeggers et al（2021）は、IMF ポリシーペーパーの中で実現可能性の観点から以下の5つの政策オプションを示している⁴⁸⁾。

46) 濱田（2018）46 頁

47) Devereau et al（2019）, p.3.

48) Waerzeggers et al（2021）, p.346.

- ・ PE がなくても重要な経済的存在（significant economic presence）があれば課税権を与えるネクサス要件の拡大。
- ・ OECD の第2の柱のような居住地国でのインバウンド投資に対するミニマム税と組み合わせた、米国 GILTI（Global Intangible Low-Taxed Income）のようなアウトバウンド投資へのミニマム税。
- ・ 定式配分によるユニタリー課税。
- ・ OECD の第1の柱のような売上ファクターによる残余利益分割。
- ・ 地域特有のレントを除いた仕向地主義キャッシュフロー税

長年の経験の蓄積のある ALP は引き続き利用しつつも、評価が困難な無形資産等については、定式配分による配分利益の算定方法を活用し、それにより透明性の向上、予測可能性の確保、紛争の防止に役立つ仕組みを検討していくべきである。なお、移転価格分野で発展途上国が主張することがあるロケーション・セービングその他現地市場の特徴⁴⁹⁾の問題、国連モデル条約5条3(b)に規定されている「サービス PE」、同12条Aに規定されている「テクニカル・サービス・フィー」、及び2021年4月に承認された同12条B（自動化されたデジタルサービス（Automated Digital Services）への支払いに対する源泉徴収税）について、売上等に基づく定式配分方式の検討の中で考慮していくことも、二重課税の排除と紛争の未然防止の観点から有益であろう。

(5) 小括

ALP に基づく所得算定の困難性から、定式配分への期待が高まっている。

49) 2017年移転価格ガイドラインでは、「ビジネスを展開する地理的なマーケット（市場）の特徴が、比較可能性及び独立企業間価格に影響を与えうる（略）。地理的市場間の差異の評価及び適切な比較可能性の調整に当たり、難しい問題が生じることがある。この問題は、特定の市場での事業活動上のコスト削減に関するものである。これは、ロケーション・セービングと言われることもある。」としている（パラ1.139）。

定式配分によるコンプライアンスコストの低減、事後の相互協議の負担、二重課税リスク等を考慮すると、定式配分を利用すべき取引を整理し、その利点を生かした利用の方法を前向きに検討していくべきであろう。

定式配分の類型は様々なものが考えられる。デジタル経済への課税の局面では、残余利益配分に定式配分の活用が合意されたように、ALP か定式配分かの二者択一ではなく、どのような場面で定式配分を活用するかが今後の検討論点である。

適用対象となり得る分野として、評価困難な無形資産に関する超過利益の配分における活用、利益Bのような基本的利益の配分への活用、少額取引への簡便法としての活用が考えられ、目指すべきはALPと定式配分それぞれの利点を組み合わせた算定方法であろう。実際の定式配分の設計に当たっては、以下のような検討論点がある。

- ・適用対象の範囲
- ・多様な取引に対する利益配分のファクター
- ・各配分ファクターの比重
- ・多国籍企業グループ全体の利益算定⁵⁰⁾
- ・租税回避への対応⁵¹⁾
- ・評価困難な無形資産に適用する場合における、無形資産の種類ごとの定式配分的方式
- ・業種・業態ごとに異なるみなし利益率の適用
- ・対象となる移転価格の額が一定以下の場合の簡易な算定方式

50) 多国籍企業グループ全体の利益については、OECD 包摂的枠組みのデジタル課税に関する大枠合意（2021年7月）において、基準となる利益の額は、税務上の所得ではなく、会計上の利益に一定の調整をして算出することとされており、参考となろう。

51) 例えば、①一定規模以上の取引に適用する場合における取引分割の可能性への対応、②売上を配分ファクターとした場合、多国籍企業グループが低税率国の第三者経由で販売することにより課税を減少させることができるが、そうした迂回取引への対応。

定式配分の設計は、各国への利益配分について、需要面（売上、ユーザーや顧客等）と供給面（無形資産の開発コスト、人件費、資産等）のどちらを重視するかの選択と考えられ、各国での立場が異なってくる。配分ファクターについての立場の異なる国々の間で妥協点を見出していくことは容易ではないが、無形資産がビジネス取引の価値の源泉となっておりその重要性が高まっている現状において定式配分の活用可能性を探っていくべきであろう。

VII おわりに

OECD のデジタル経済への課税に関する検討では、市場国に物理的拠点がなくてもネクサスを認定し、ALP の例外として市場国への利益配分を定式によって行うことが検討されてきた。これらが実現すると国際租税制度が新たなフェーズに入っていくことを意味するであろう。

こうした中で、価値を生み出す源泉としての無形資産の重要性と ALP 算定の困難性の高まりを背景として、近年、定式配分のメリットを評価する意見が増加し、ALP に対する認識に変化がみられるところであり、ALP と定式配分による利益配分のアプローチを再評価する時機に來ているといえる。特に評価困難な無形資産を含む取引の利益配分について、定式配分を活用する余地が増していくと考えられる。

一方で、これまで長年にわたり積み上げてきた経験や各国の共通認識が醸成されてきた ALP を安易に放棄すべきではなく、両者の利点を取り入れながら制度を構築していくべきである。将来の国際租税制度の再構築に向けて目指すべきは、ALP か定式配分かの二者択一ではなく、企業の予測可能性、企業のコンプライアンスコスト、効果的な紛争解決といった観点を踏まえ、ALP と定式配分の双方の利点を活用する仕組みによって、ALP を維持しつつも定式配分方式を利用すべき分野を探り、企業の予測可能性の向上、コンプライアンスコストの低減、税務当局の執行コスト、二重課税の防止、紛争の未然防止を図り、より明確で予測可能性の高い算定方法を目指していくべきであろう。これは発展途上国を含めた実施可能性の向上にもつながる。OECD の第1の柱の

利益 A 及び利益 B の算定手法も参考としつつ、より望ましい利益配分の仕組みの構築のための検討が進んでいくことが期待される。

【参考文献】

- Avi-Yonah, Reuven S., and Kimberly A. Clausing (2019), "Toward a 21st-Century International Tax Regime," *Tax Notes International*, August 26, 2019, pp.839-849.
- Avi-Yonah, Reuven S., Kimberly A. Clausing, and Michel C. Durst (2009), "Allocating Business Profits for Tax Purpose : A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split," *Florida Tax Review*, Vol.9, pp. 497-553.
- Clausing, Kimberly A., and Reuven S. Avi-Yonah, (2007), "Reforming Corporate Taxation in a Global Economy : A Proposal to Adopt Formulary Apportionment," *The Brookings Institution Discussion Paper 2007-08*, June 2007.
- Cooper, Graeme (2017), "Australia's Progress in Implementing the BEPS Action Plan," *租税研究* 2017 年 9 月、110-129 頁。
- Devereux, Michael P, Alan J. Auerbach, Michael Keen, Paul Oosterhuis, Wolfgang Schön, John Vella (2021), "Taxing Profit in a Global Economy," Oxford University Press, 2021.
- Devereux, Michael p., Alan J. Auerbach, Paul Oosterhuis, Wolfgang Schön, and John Vella (2019), "Residual profit allocation by income," Working Paper, WP 19/01, March 2019, Centre for Business Taxation, University of Oxford, pp.1-95.
- Durst, Michael C. (2020), "Simplifying Developing Country Multinational Taxation: The 'Amount B' Proposal and the Repair of Transfer Pricing," *Tax Notes International*, August 17, 2020, pp.917-931.
- Eden, Lorraine, "The Arm's Length Standard, Making It Work in a 21st-Century World of Multinationals and Nation States," in "Global Tax Fairness," Oxford University Press, pp.153-172.
- European Commission (2011), "Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)," COM (2011) 121/4, 2011/0058 (CNS), SEC (2011) 315
- European Commission (2016), "Commission proposes major corporate tax return for the EU," Press release, 25 October 2016.
- Finley, Ryan (2018), "'User Involvement' Doesn't Create Value, Paper Argues," *Tax Notes International*, October 8, 2018, p.222.
- Graetz, Michael J., "A Major Simplification of the OECD's Pillar 1 Proposal," *Tax Notes International*, January 11, 2021, pp. 199-211.
- Grinberg, Itai (2020), "Formulating the International Tax Debate : Where Does Formulary Apportionment Fit?", in Krever, Richard and François Vallancourt (ed), "The Allocation of Multinational Business Income : Reassessing the Formulary Apportionment Option," Wolters

- Kluwer, 2020, Chapter 11, pp.277–296.
- IMF (2021), “Taxing Multinationals in Europe, European and Fiscal Affairs Departments,” Department Paper series, No. 21/12, Prepared by Ernesto Crivelli, Ruud De Mooij, Erik De Vrijer, Shafik Hebous, and Alexander Klemm, 2021.
- Institute for Fiscal Studies (1978), “*The Structure and Reform of Direct Taxation*,” George Allen & Unwin.
- Johnston, Stephanie Soong, “Amount A Plan Is a Formulary Approach Test, OECD Official Says,” Tax Notes International, July 19, 2021, pp.353–354.
- Matheson, Thornton, Sebastian Beer, Maria Coelho, Li Liu, and Luca Oana (2021), “Formulary Apportionment in Theory and Practice,” in “Corporate Income Taxes Under Pressure, Why Reform Is Needed and How It Could Be Designed,” Chapter. 14, pp.283–308, IMF, 2021.
- Mooij, Ruud De, Li Liu, and Dinar Prihardini (2019), “An Assessment of Global Formula Apportionment,” IMF Working Paper, WP/19/213, October 2019, pp.6–12.
- Musselman, C. Annalise (2020), “The Best Methods : A Proposal for a Hybrid International Transfer Pricing Method,” South Carolina Journal of International Law and Business : Vol.16 : Ass.3, Article 8.
- OECD (2018), “Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018,” March 2018, pp. 53–59.
- OECD (2019a), “Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy, Public Consultation Document,” 13 February 2019.
- OECD (2019b), “Secretariat Proposal for a ‘Unified Approach’ under Pillar One,” 9 October 2019.
- OECD (2020), “Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint,” October 2020.
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (2021), “Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy,” 8 October 2021.
- Olbert, Marcel and Christoph Spengel (2017), “International Taxation in the Digital Economy : Challenge Accepted?” World Tax Journal, February 2017, p.10.
- Paez, Sarah (2021), “Irish Finance Minister Finds New CCCTB Proposal Unfit,” Tax Notes International, May 24, 2011, pp.1111–1112.
- Rogers, Helen and Lynne Oats (2019), “Emerging perspectives on the evolving arm’s length principle and formulary apportionment,” British Tax Review, 2019, No2, pp.150–165.
- Rosenthal, Elizabeth (2018), “Taxing Platform Businesses with Highly Digitalized Businesses Models”, Tax Notes International, June 11, 2018, pp. 1279–1294.
- Waerzeggers, Christophe, Cory Hallier, and Irving Aw, “The Evolution of Tax Law Design within an Increasingly Destabilized international Tax Law Framework,” in “Corporate Income Taxes

Under Pressure, Why Reform Is Needed and How It Could Be Designed,” Chapter. 16, pp.341-357, IMF, 2021.

青山慶二（2020）「コロナ環境下での電子経済課税ルールの課題」租税研究第853号、2020年11月、134-157頁。

伊藤公哉（2015）『国際租税法における定式所得配賦法の研究 多国籍企業への定式配賦法適用に関する考察』中央経済社、2015年4月。

大野雅人（2012）「CCCTBに関する2011年3月欧州委員会提案の概要と展望」筑波ロージャーナル11号、2012年3月、43-86頁。

鈴木将覚（2020）「法人税はどこへ向かうのか」、証券税制研究会編『企業課税をめぐる最近の展開』日本証券経済研究所、2020年6月、第7章、173-206頁。

濱田明子（2018）「BEPS プロジェクト後の独立企業原則と源泉地国の課税権」明海大学経済学部研究紀要 Vol.49 No.1・2、2018年1月、39-47頁。

（くりはら・かつふみ 筑波大学大学院ビジネスサイエンス系教授）

取引的不法行為と純粹經濟損失の 算定基準・補論

——権利の価値的な回復及び実現という視角からの検討——

白 石 友 行

はじめに

I. 望む取引を実現することができなかった場面

1. 裁判例における損害賠償額の基本的な算定枠組
2. 一定の内容を持つ取引をする自己決定権、信頼、期待、営業上の利益、信用等の侵害とその価値的な回復及び実現
3. 他の権利の侵害とその価値的な回復及び実現の可能性、権利の価値的な回復及び実現に即した損害賠償額の算定枠組の可能性

II. リスクのある取引へと誘導される場面——補遺

1. 裁判例における損害賠償額の基本的な算定枠組
2. 取引をするかしないかの自己決定権及び取引自体に関わる信頼の侵害とその価値的な回復及び実現
3. どの取引をするかの自己決定権及び取引後の経営に関わる信頼の侵害とその価値的な回復及び実現の可能性

おわりに

はじめに

本稿は、権利の価値的な回復及び実現という視点から、取引的不法行為の場面における純粹經濟損失の算定基準を検討しようとするものであり、前稿¹⁾の補論としての位置付けを持つ。以下、前稿の検討内容を整理する形で、本稿の問題意識をごく簡単に提示する。

人的又は物的被害を伴わず被害者に生じた経済的損失、すなわち、純粹經濟

1) 拙稿「取引的不法行為と純粹經濟損失の算定基準——権利の価値的な回復及び実現という視角からの検討——」新美育文＝浦川道太郎＝畑中久彌編『不法行為法研究②』（成文堂・2021年）111頁以下。

損失が問題となる場面でも、被害者には何らかの権利又は利益の侵害が発生している。純粹經濟損失の責任否定原則を持たない日本の不法行為法の下では、この損失を受けた者にどのような権利又は利益の侵害があったかという観点から責任の成否と枠付けを検討する必要がある²⁾。他方で、不法行為法は権利又は利益の保障を目的とする制度であるため、そこでは侵害された権利又は利益の価値的な回復及び実現が図られなければならない、被害者に付与される損害賠償の額もその目的の実現に適うものでなければならない³⁾。これらの点を踏まえると、純粹經濟損失の算定が問題となる場面でも、損失を受けた者にどのような権利又は利益の侵害が発生したかという問いを起点として、これらの権利又は利益を価値的に回復及び実現するために適した損害賠償はどのようなものかという視点から、具体的な損害賠償額を確定していくことが求められる。

前稿においては、こうした問題関心に基づき、取引的不法行為、その中でも、広い意味での契約締結過程における不法行為を素材に、ある者が望まない取引に引き込まれた場面、ある者がリスクのある取引に誘導された場面、ある者が不利益な取引の締結を余儀なくされた場面という三つの類型に分けて⁴⁾、純粹經濟損失の算定基準を検討した⁵⁾。これに対して、本稿は、前稿では紙幅の制約のために扱うことができなかった類型や事例群、すなわち、第四の類型としてのある者が望む取引を実現することができなかった場面(I)、及び、ある者がリスクのある取引へと誘導される場面のうち投資や金融取引以外に関わる事例(II)に即して、純粹經濟損失の算定基準を分析する。本稿で望む取引を実現する

2) 橋本佳之「不法行為法における総体財産の保護」論叢164巻1～6号（2009年）404頁以下、山本周平「不法行為法における経済的利益の保護とその立法的課題」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』（商事法務・2015年）117頁以下、中原太郎「純粹經濟損失と不法行為法」法教478号（2020年）35頁以下等

3) 潮見佳男『不法行為法』（信山社・2005年）222頁以下、長野史寛『不法行為責任内容論序説』（有斐閣・2017年）等。

4) 類型化の仕方及び問題関心は異なるが、笠井修「判批」NBL795号（2004年）70頁以下、吉田克己「取引的不法行為と自己決定権」西谷敏先生古稀記念論集・上『労働法と現代法の理論』（日本評論社・2013年）184頁以下等を参照。

ことができなかった場面を検討の対象にするのは、この類型では、ほかの三つの類型におけるそれと表面的には同じようにみえるものの、実質的に捉えると微妙ではあるが異なる形で保護法益が指定されており、想定される権利又は利益の中身の違いが損害賠償額の算定にも現に反映され又は反映されるべきであると考えられるからである。また、リスクのある取引へと誘導される場面のうち投資や金融取引以外に関わる事例を取り上げるのは、複数の事例群を検討することにより、リスクのある取引へと誘導される場面における権利又は利益の

- 5) 前稿の検討成果は、以下のとおりである。ある者が望まない取引に引き込まれた場面では、取引をするかしないかの自己決定権の価値的な回復という理念と結合した原状回復的損害賠償と、人格権や生存権の保護という理念に結び付いた非財産的な損害の賠償が認められた。次に、ある者がリスクのある取引に誘導された場面では、これらの規律に加えて、後見的な配慮に基づく財産権や信認関係を背景とした信頼を価値的に回復するための原状回復的損害賠償のほか、どの取引をするかの自己決定権を価値的に回復及び実現することを目的とし、被害者に一定のリスクを負担させたり取引機会の喪失を填補したりする形での損害賠償額の算定枠組が受け入れられていた。また、事案によっては、取得対価との関連でどのように取引するか自己決定権を価値的に回復および実現するため、高値で取得させられたことに関わる不利益を填補する形で損害賠償額を算定することが適切なケースもあった。最後に、ある者が不利益な取引の締結を余儀なくされた場面では、不利益な取引の原因を作出した他者が取引の相手方である場合でその不利益が治癒不可能なものであるとき（相対＋治癒不可能型）とそうでないとき（相対＋治癒可能型）、不利益な取引の原因を作出した他者が取引の相手方でない場合で当該取引が代替不可能なものであるとき（市場＋代替不可能型）とそうでないとき（市場＋代替可能型）という四つの型の特徴に応じて、取引をするかしないかの自己決定権の価値的な回復という理念と結合した原状回復的損害賠償（相対＋治癒不可能型、相対＋治癒可能型、市場＋代替可能型）、どの取引をするかの自己決定権を価値的に回復及び実現することを目的とし、被害者に一定のリスクを負担させたり取引機会の喪失を填補したりする形での損害賠償（市場＋代替可能型）、どのように取引をするかの自己決定権を価値的に回復及び実現することを目的とし、当該不利益部分に加えて自己の財の利用可能性の喪失を填補するための損害賠償が（相対＋治癒可能型、市場＋代替不可能型、市場＋代替可能型）、認められた。また、一定の場合には、取引をするかしないかの自己決定権を補完するための権利又は利益を指定した上で、これを価値的に回復するための損害賠償を認めることが適切な事例も存在した（相対＋治癒不可能型）。更に、取引をするかしないかの自己決定権については、その価値的回復のために、原状回復的損害賠償のみならず、一定の範囲でその侵害から生じた非財産的損害の賠償が認められるべきであった。

捉え方やこれを価値的に回復するのに必要な損害賠償額の算定枠組がより明確になると考えられるからである。そして、本稿の検討成果を前稿のそれと接合させることによって、取引的不法行為全体における保護法益の内容及び損害賠償額算定のための指針が明らかになるはずである。

I. 望む取引を実現することができなかった場面

この類型は、ある者が他者による特定の行為により自らが望んでいた取引又は自らが望んでいたであろう取引を実現することができなかったことにより一定の損失を受けたという場면을対象にする。この類型には、ある者が他者との間で何らかの取引をしたものの、当該他者による説明が不十分であったこと等によって、当該取引に一定の内容を盛り込まなかったり、当該他者との間で別の取引をしなかったりした場合（遺漏型）と、ある者が他者との間で取引のための交渉をしたり、すでに一定の取引をしたりしていたものの、取引の相手方になるはずであった者や第三者の行為により、その相手方との間で取引をすることができなくなったり、取引を継続することができなくなったりする場合（挫折型）とがある。

遺漏型と挫折型とにおいては、価値的に回復及び実現される対象としての権利又は利益が異なる形で措定されている。遺漏型では、一定の内容を持つ取引をするという意味での自己決定権の侵害が問われるのに対して、挫折型では、こうした意味での自己決定権の侵害ではなく、自己決定権とは別の権利又は利益の侵害が想定されるからである。以下、裁判例における損害賠償額の基本的な算定枠組を簡単に整理し(1)、そこで、どのような権利又は利益の侵害が措定され、それがいかなる形で価値的に回復されているかを明らかにした上で(2)、裁判例では把握されていない別の権利又は利益の侵害を措定してその価値的な回復及び実現を図る可能性、及び、裁判例で把握されている権利又は利益をより適切な形で価値的に回復及び実現する可能性に言及する(3)。

1. 裁判例における損害賠償額の基本的な算定枠組

まず、遺漏型について、その典型的な例は、保険会社との間で火災保険契約を締結していた者が、地震に起因する火災により建物等を失ったものの、当該契約に地震免責条項があり、また、当該契約とは別に地震保険契約が締結されていなかったために、保険金の支払を拒絶されたことを受けて、保険会社に対して損害賠償を請求する事例である⁶⁾。この事例で、仮に地震保険に関する事項について保険会社側からの情報提供や説明に不十分な点があり⁷⁾、かつ、保険会社側による十分かつ適切な情報提供や説明があれば当該顧客が地震保険に加入していた高度の蓋然性があったと評価されれば⁸⁾、地震保険金相当額から保険料相当額を控除した額の財産的損害の賠償が肯定される⁹⁾。この場合、情報提供義務や説明義務の違反がなければ当該取引は締結されていたとの評価を経て、当該取引が締結されていればそうであったであろう

6) その他、保険会社との間で自動車保険契約等を締結していた者が、年齢制限の特約が存在したために、または、運転者家族限定特約が存在したために、保険金の支払を受けることができなかったことから、保険会社に対して損害賠償を請求する事例や（前者の事例について、東京高判昭和57年11月30日判タ490号152頁、東京高判平成3年6月6日判時1443号146頁等。後者の事例について、東京高判平成18年9月13日金判1255号16頁等）、保険会社との間でドライバー保険を締結していた者が、同居の親族が所有する自動車を運転している際に生じた事故が保険の対象とならない旨の特約が存在したために、保険金の支払を受けることができなかったことから、保険会社に対して損害賠償を請求する事例（東京高判平成7年4月28日判タ887号226頁等）もある。裁判例では、保険会社に告知義務違反や説明義務違反が存在しなかったとされたため、損害賠償額の算定に関して具体的な判断は示されていないものの、保険会社側に責任原因が認められれば、これらの事例でも、本文で言及した事例において示された算定枠組に従って、損害賠償額が算定される。

7) 大阪高判平成13年10月31日民集57巻11号2057頁（ただし、上告審では、保険会社側に情報提供義務や説明義務の違反があったかどうかについて明示的な判断はされていないものの、結論として、原告からの損害賠償請求は棄却されている。最判平成15年12月9日民集57巻11号1887頁）。これに対して、函館地判平成12年3月30日判時1720号33頁は、一般的な情報開示説明義務の違反と個別の具体的な契約締結状況における信義則違反とに分けて（ただし、このような評価の方法については疑問がある。河上正二「判批」ジュリ1202号（2001年）99頁、出口正義「判批」ジュリ1215号（2002年）182頁以下、木下孝治「判批」リマ26号（2003年）108頁等）、いずれについてもその存在を認めなかった。

状態が損害賠償の形で実現される。

これに対して、上記のような評価が妥当しない場面については、二つの考え方が示されている。一方で、判例は、地震保険に加入するかどうかについての意思決定が人格的利益ではなく財産的利益に関するものであることを踏まえて、保険会社側からの情報提供や説明に不十分ないし不適切な点があったとしても、特段の事情がない限り、慰謝料請求権の発生を肯定することはできないとする¹⁰⁾。この考え方では、財産的利益に関する自己決定権は保護法益として弱いものであるとの評価を起点として、保険会社側の行為態様に重大な悪性がなければ、こうした意味での自己決定権は保護されないとの態度決定がされている¹¹⁾。他方で、この判例の原審は、保険会社側による十分かつ適切な情報提供や説明があれば当該顧客が地震保険に加入していた高度の蓋然性があったということとはできないが、その可能性を否定することもできないとした上で、地震保険に加入する自己決定の機会の喪失を認め、精神的苦痛の慰謝料として、地震保険金相当額から保険料相当額を控除した額の10分の1に相当する額の賠償を認めていた¹²⁾。この考え方では、因果関係の評価や財産的損害の算定の困難さ等を理由に、慰謝料に仮託する形で、一定の内容を持つ取引をするとい

8) 大阪高判平成13年10月31日・前掲注(7)は、当時の状況において巨大地震が自己の住む地域で起こることはないと考えるのが通常人の認識であったこと、当該地域における当時の地震保険加入率が非常に低い状況にあったこと、地震保険に加入するには高額な保険料の負担が伴うこと等の事情から、保険会社側による十分かつ適切な情報提供や説明があれば当該顧客が地震保険に加入していた高度の蓋然性があったということとはできないとした。

9) 志田原信三「判解」最判解民平15（2006年）766頁以下。また、木下考治「損害保険代理店の説明義務と顧客による商品選択」損保58巻2号（1996年）191頁以下、磯村保「判批」セレクト2004（2005年）25頁等も参照。

10) 最判平成15年12月9日・前掲注(7)。

11) 不利益な取引の締結を余儀なくされる場面に関する最判平成16年11月18日民集58巻8号2225頁は、売主である旧住宅・都市整備公団側の行為態様における違法の程度を考慮し、最判平成15年12月9日・前掲注(7)がいう特段の事情を認めた事例として位置付けられる。

12) 大阪高判平成13年10月31日・前掲注(7)。

う意味での自己決定権と結び付いた財産的利益の割合的な保護が図られている¹³⁾。

次に、挫折型については、ある者が他者との間で取引の締結に向けた交渉等をしていたにもかかわらず、取引の相手方になるはずであった者または第三者の行為により、当該相手方との間で取引をすることができなくなった場面（挫折＋不実現型）と、ある者が他者との間で一定の取引をしていたものの、当該相手方または第三者の行為により、その者との間で取引を継続することができなくなった場面（挫折＋不継続型）とが想定される。

一方で、挫折＋不実現型の典型的な例は、取引の締結に向けた交渉が挫折したことを受けて、この交渉を打ち切られた当事者の一方がこの交渉を打ち切った又は交渉挫折の原因を作った他方等に対して損害賠償を請求する事例である¹⁴⁾。多くの裁判例は¹⁵⁾、交渉過程における他方の言動等によって生じた正当な信頼や交渉の成熟に伴って生成される契約成立への正当な期待を措定した上で、これらの信頼や期待に基づき支出したものの、取引が成立しなかったために無駄になった費用相当額に加えて¹⁶⁾、これらの信頼や期待に基づきとられた各種の行動により生じた損害¹⁷⁾の賠償を認めている。その際、裁判例は、取引が成立していれば得ることができたであろう利益の賠償を明確に否定している¹⁸⁾。

13) 笠井・前掲注(4) 70頁以下、吉田・前掲注(4) 192頁以下等を参照。

14) 最判昭和58年4月19日判時1082号47頁、最判昭和59年9月18日判時1137号51頁、最判平成2年7月5日集民160号187頁、最判平成19年2月27日判時1964号45頁等。また、最判平成18年9月4日判時1949号30頁も参照。

15) 裁判例の所在について、今西康人「契約準備段階における責任」石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集・上巻『不動産法の課題と展望』（日本評論社・1990年）175頁以下、島岡大雄「当事者の一方の過失により契約締結に至らなかった場合の損害賠償責任」判タ926号（1997年）44頁以下、池田清治『契約交渉の破棄とその責任——現代における信頼保護の一態様——』（有斐閣・1997年）9頁以下、渡辺博之「わが国における「契約交渉のさいの過失責任」の総合的分析（4）（5・完）」判評490号（1999年）2頁以下、491号（2000年）7頁以下、千野博之『交渉破棄責任の実証的研究』（日本評論社・2015年）17頁以下等を参照。

ところで、一部の裁判例では、実質的に履行利益の賠償を認めたのと同様の解決が導かれている。例えば、賃貸借契約の締結に向けた交渉が挫折したことを受けて、賃貸人になる予定であった者が賃借人になる予定であった者に対し

16) 東京地判昭和53年5月29日判時925号81頁（映画製作請負契約の成立を信頼して請負人になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、東京高判昭和54年11月7日下民集30巻9～12号621頁（不動産売買契約の成立を信頼して買主になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、東京地判昭和56年3月23日判時1015号84頁（ガス漏れ防火機器の販売に関する総代理店契約の成立を信頼して販売代理店になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、東京地判昭和56年12月14日判タ470号145頁（マンションの売買契約の成立を信頼して売主になる予定であった者が支出した諸費用相当額の賠償が認められた事例）、東京高判昭和62年3月17日判時1232号110頁（大規模林業開発計画の実現を信頼して当事者の一方が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、仙台高判昭和63年5月30日判時1286号85頁（不動産仲介契約の成立を信頼して受任者になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、大阪高判平成1年4月14日判タ704号224頁（医薬分業契約の成立を信頼して薬局側が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、大阪高判平成1年6月29日判時1329号155頁（同業企業間での店舗併設の実現を信頼して当事者の一方が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、東京地判平成3年6月19日判時1420号85頁（サービス業務委託契約の成立を信頼して業務を受託する予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、東京地判平成5年1月26日判時1478号142頁（不動産売買契約の成立を信頼して売主になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、福岡高判平成5年6月30日判時1483号52頁（不動産売買契約の成立を信頼して買主になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、東京地判平成6年2月21日判時1511号83頁（百貨店に対する改装計画の申し出が実現することを信頼してテナントが支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、東京地判平成6年6月28日判時1535号101頁（医院を開業するための賃貸借契約の成立を信頼して賃借人になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、東京地判平成8年3月18日判時1582号60頁（土地およびその土地上に建設する予定のマンションの売買契約の成立を信頼して売主になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、東京地判平成10年11月26日判時1684号75頁（製造用機器の製造請負契約の成立を信頼して請負人になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、大阪地判平成11年1月29日判時1697号82頁（パンフレットの制作、広告宣伝、開設準備プロモート等に関する請負契約の成立を信頼して請負人になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例）、東京地判平成14年3月13日判タ1136号195頁（賃貸借契約の成立を信

て損害賠償を請求した事案で、当該目的物を別の者に賃貸していれば得ることができたであろう利益の賠償を認めた事例¹⁹⁾、売買契約の締結に向けた交渉が

(前頁からつづき)

頼して賃借人になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例)、大阪高判平成17年7月7日平17(ネ)617号(コーヒードリッパーの金型製造契約の成立を信頼して請負人になる予定であった者が支出した費用相当額等の賠償が認められた事例)、千葉地判平成17年7月11日平15(ワ)514号(インフルエンザHAワクチンの原料である熟卵の売買契約の成立を信頼して売主になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例)、東京地判平成24年4月16日平21(ワ)18514号(システム構築契約の成立を信頼して請負人になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例)、東京地判平成28年4月14日判時2340号76頁(賃貸借契約の成立を信頼して賃借人になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例)、札幌高判令和1年9月3日判タ1473号33頁(店舗用建物の賃貸借契約の成立を信頼して賃借人になる予定であった者が支出した諸費用相当額等の賠償が認められた事例)等。また、賠償されるべきものとして取り上げられた損害の内容は明確でないが、大阪地判昭和43年4月26日判タ224号250頁、東京地判昭和53年9月18日判タ377号102頁も参照。

- 17) 福岡高判昭和47年1月17日下民集23巻1～4号1頁(売主になる予定であった者が農地の売買契約の成立を信頼し蘭の早狩りをしたことによって生じた損害の賠償が認められた事例)、東京地判昭和61年4月25日判時1224号34頁(注文者になる予定であった者がマンションの建築請負契約の成立を信頼し旧建物を取り壊したため余分な賃料を支払わざるをえなくなったことによって生じた損害の賠償が認められた事例)、京都地判平成1年1月26日判時1320号125頁(売主になる予定であった者が不動産売買契約の成立を信頼し違約条項付きで当該不動産を購入する契約を締結したため違約金の支払を余儀なくされたことによって生じた損害の賠償が認められた事例)、大阪地判平成5年6月18日判時1468号122頁(賃借人になる予定であった者がマンションの賃貸借契約の成立を信頼し違約条項付きで引越しの契約を締結したため違約金の支払を余儀なくされたことによって生じた損害の賠償が認められた事例)、福岡高判平成5年6月30日・前掲注(16)(買主になる予定であった者が購入資金を調達する目的で融資を受けたことによって生じた損害の賠償が認められた事例)、東京地判平成6年1月24日判時1517号66頁(買主になる予定であった者が土地売買契約の成立を信頼し同土地上に建物を建設する目的で設計管理委託契約を締結したことによって生じた損害の賠償が認められた事例)、福岡高判平成7年6月29日判時1558号35頁(売主になる予定であった者が分譲マンション用地の売買契約の成立を信頼し同土地の購入資金を調達する目的で融資を受けたことによって生じた損害の一部の賠償が認められた事例)、東京地判平成8年12月26日判時1617号99頁(売主になる予定であった者が買主になる予定であった者と協力してリゾートマンションを建築した後にこの者に

挫折したことを受けて、売主になる予定であった者が買主になる予定であった者に対して損害賠償を請求した事案で、当該目的物を別の者に賃貸等していれば得ることができたであろう利益の賠償を認めた事例²⁰⁾、雇用契約等の締結に向けた交渉が挫折したことを受けて、被用者等になる予定であった者が使用者等になる予定であった者に対して損害賠償を請求した事案で、別の使用者等の下で働いていれば得ることができたであろう利益の賠償を認めた事例²¹⁾等が、それである。しかし、これらの事例で賠償が認められた逸失利益は、当該取引が成立していれば得ることができたであろう利益ではなく、当該取引の対象として予定されていた目的物等を別の形で利用したり、他の者との間で別の取引をしたりしていれば得ることができた利益である。また、建物を賃借しそこで店舗を経営していた者が、賃貸人との間で新築店舗建物の賃貸借の締結に向けた交渉を行い、旧店舗建物からの退去に応じたものの、その後に新築店舗建物の賃貸借契約の締結を拒絶されたことを受けて損害賠償を請求した事案で、同程度の建物を他から賃借するまでに要する期間の逸失利益の賠償を認めた事例²²⁾、テレビ放送枠の売買契約の締結に向けた交渉が挫折したことを受けて、

（前頁からつづき）

対してこれを売却する契約の成立を信頼し開発許可申請及び建築確認申請をしたことによって支出した費用相当額の賠償が認められた事例）、神戸地尼崎支判平成10年6月22日判時1664号107頁（賃借人になる予定であった者が店舗用の建物に関する賃貸借契約の締結を信頼し店舗を経営するための準備をしたことによって生じた損害の賠償が認められた事例）、東京地判平成13年7月19日判時1780号116頁（Xが土地を取得するための融資を受ける際にYから建物建築融資の約束を取り付けていたにもかかわらず、融資を受けることができず、当初の借入金の返済をすることができなかったことにより生じた損害の賠償が認められた事例）等。また、東京高判平成6年2月1日判時1490号87頁（ある企業が新規事業のために銀行に融資を申し込み融資証明書の発行を受けたにもかかわらず融資を拒絶されたため損害賠償を請求した事案で、借主になる予定であった者が計画されていた売買契約及び請負契約を解消せざるをえなかったことにより生じた損害の賠償が認められた事例）、東京高判平成19年12月17日判タ1285号159頁（産婦人科医院の営業譲渡の実現を信頼して譲渡人になるはずであった者が自らでは遂行困難であるとして中止していた分婉の取扱いを再開し継続せざるをえなかったことにより生じた非財産的損害の賠償が認められた事例）も参照。

売主になる予定であった者が買主になる予定であった者に対して損害賠償を請求した事案で、後者が実際にテレビ放送を実施した期間についての売買代金相当額の賠償を認めた事例²³⁾、借地上で飲食店を経営していた者が、同地域でマンション建設を計画していた建設会社との間で建物及び賃借権の売却に向けた

-
- 18) 東京地判昭和61年4月25日・前掲注(17)(注文者になる予定であった者がマンションの一室を取得することができなかったこと及び駐車場の賃料収入を失ったことによる損害の賠償が認められなかった事例)、東京高判昭和62年3月17日・前掲注(16)(共同事業が実現していれば当事者の一方が得ることができたであろう利益相当額の賠償が認められなかった事例)、大阪高判平成1年6月29日・前掲注(16)(店舗併設が実現していれば当事者の一方が得ることができたであろう利益相当額の賠償が認められなかった事例)、東京地判平成3年6月19日・前掲注(16)(契約が成立していれば業務を受託する予定であった者が得ることができたであろう利益及び契約金に相当する額の賠償が認められなかった事例)、東京地判平成6年2月21日・前掲注(16)(店舗が改装されなかったために減少した売上に相当する額の賠償が認められなかった事例)、東京地判平成14年3月13日・前掲注(16)(賃借人になる予定であった者が賃貸不動産で店舗を経営していれば得ることができたであろう利益相当額の賠償が認められなかった事例)、東京地判平成18年9月29日判時1976号65頁(テレビ放送枠の売買契約が成立していれば売主になる予定であった者が買主になる予定であった者から受け取っていたであろう代金相当額の賠償が認められなかった事例)、東京地判平成28年4月14日・前掲注(16)(賃貸借契約が成立していれば賃借人になる予定であった者が賃借人になる予定であった者から受け取ることができたであろう賃料相当額の賠償が認められなかった事例)等。また、賠償されるべき損害が信頼利益に限られることを説く裁判例として、大阪高判平成1年4月14日・前掲注(16)、東京地判平成22年10月6日判タ1356号191頁等。これらとは異なり、算定の困難さや立証の不存在を理由に履行利益に相当する部分の賠償を否定する裁判例もある(東京地判平成10年12月21日判時1681号121頁、東京地判平成13年7月19日判時1780号116頁等)。これによれば、算定が困難でなく、かつ、その立証がされていれば、履行利益に相当する部分の賠償が認められる可能性もある。
- 19) 横浜地川崎支判平成10年11月30日判時1682号111頁、東京高判平成20年1月31日金判1287号28頁、東京高判平成30年10月31日金判1557号26頁等。これに対して、東京地判平成28年4月14日・前掲注(16)は、当該目的物を別の者に賃貸していれば得ることができたであろう利益について、賃貸借契約が締結されるであろうと期待したために被った損害とはいえないとの理由で、賠償されるべき損害から除外している。
- 20) 福島地判平成8年3月18日判例自治165号42頁、仙台地判平成15年12月15日判タ1167号202頁等。

交渉を行い、飲食店を廃業したものの、その後に売買契約の締結を拒絶されたことを受けて損害賠償を請求した事案で、飲食店の経営を継続していれば得ることができたであろう利益の賠償を認めた事例²⁴⁾等もある。しかし、これらの事例で賠償が認められた逸失利益も、当該取引が成立していれば得ることができたであろう利益ではなく、相手方の言動を信頼したり当該取引の成立を期待したりしたことに起因してとられた各種の行動のために得ることができなくなった利益である。更に、交渉挫折が問題となった事案ではないが、手形の振出人である取引先企業から手形割引を依頼された銀行が支払銀行に対して不渡返還手続の猶予を要請すべきであったのにこれをしなかったため、当該企業が手形の不渡りをだすに至ったことを受けて損害賠償を請求した事案で、すでに受注していた請負契約が解約され、予定されていた工事を受注することができなくなったことにより生じた逸失利益の賠償を認めた事例がある²⁵⁾。ここでも、手形割引がされていれば得ることができたであろう利益という意味での逸失利益の賠償は問題となっていない。従って、上記のいずれの事例についても、最終的に実現しなかった取引が成立していれば得ることができたであろう利益という意味での履行利益の賠償を認めた事例として位置付けることは、適切でない。

他方で、挫折＋不継続型の例として、独禁法違反行為が取引の当事者間でされ、一方当事者が他方当事者から取引を拒絶される事例や²⁶⁾、独禁法違反行為

21) 東京高判昭和61年10月14日金判767号21頁、東京地判平成3年6月19日・前掲注(16)（ただし、この裁判例は、原告による主張及び立証がないとして、この損害の賠償が認められなかった事例である。）等。また、東京地判平成6年6月28日・前掲注(16)も参照。

22) 静岡地判平成8年6月17日判時1620号122頁。

23) 東京地判平成18年9月29日・前掲注(18)。

24) 東京地判平成24年3月5日平22（ワ）47338号。

25) 大阪地判平成2年10月12日判時1376号91頁。

26) 独禁法違反行為が取引の当事者間でされ、一方当事者が不利益な取引を強制される事例は、不利益な取引の締結を余儀なくされる場面のうち、相対＋治癒可能型に属する。この点については、拙稿・前掲注(1) 135頁以下。

が並行方向でされ、当該行為をした者の指示や要請に基づきある企業が取引先から取引を拒絶される事例がある²⁷⁾。これらの事例では、取引が継続されていれば得ることができたであろう利益の賠償が認められている。前者の事例として、例えば、メーカーとの間で化粧品の継続的売買契約を締結していた販売代理店が、メーカーの意向に反して商品を量販店に低価で卸売りしたことを理由にメーカーから契約を解消されたことを受けて損害賠償を請求した事案では、1年間の営業利益相当額の賠償が肯定されている²⁸⁾。また、厳密に言えば不継続型に属する事案ではないものの、エレベーターの急停止等の事故が起こった後、その所有者との間で保守契約を結んでいた独立系保守点検業者がメーカー系業者に対して同業者が独占販売していた保守部品を発注したが、同業者が納期を3か月後に指定し直ちに保守部品を納入しなかったために、所有者との保守点検契約の解約に応じざるをえなかったことから同業者に対して損害賠償を請求した事案では、不法行為がなければ保守契約が確実に継続したと認められる1年間について保守契約に係る逸失利益の賠償が認められている²⁹⁾。後者の事例として、例えば、遊戯銃の製造を行う中小事業者を組合員とする事業者団体とその代表理事が、ユーザーの安全を守るという名目の下に、問屋に対してエアソフトガン及びBB弾等の製造販売を業とする会社の製品を仕入れて販

27) 独禁法違反行為が並行方向でされ、当該行為をした者の競合他社がこれにより不利益を受ける事例は、不利益な取引の締結を余儀なくされる場面のうち、市場+代替不可能型に属する。この点については、拙稿・前掲注(1) 137頁以下。

28) 大阪高判平成9年3月28日判時1612号62頁及びその原審である大阪地判平成7年11月7日判時1566号85頁。

29) 大阪高判平成5年7月30日判時1479号21頁及びその原審である大阪地判平成2年7月30日判時1365号91頁。なお、いわゆるエレベーターの閉じ込め事故が起こった後、その所有者がメーカー系の保守点検業者に対して同業者が独占販売していた保守部品を発注したが、同業者が取り換え調整工事込みでなければ注文を受けず、かつ、納期を3か月後に指定し、これに応じなければ部品を売らないとしたことを受けて、同業者に対して損害賠償を請求した事案では、利用者等に対し危険な状態でエレベーターの利用を強いざるをえなかったこと等から生ずる名誉及び信用の毀損に基づく10万円の慰謝料が認められている。

売しないよう要請したことを受けて、同社が事業者団体とその代表理事に対して損害賠償を請求した事案では、BB 弾との関連で、取引中止要請文書が配布されてからその撤回文書が配布されるまでの間に三つの取引先との間で取引をしていれば得ることができたであろう利益相当額から市場の動向を考慮して2割を減じた額が、また、新開発のエアソフトガンとの関連で、市場占有率理論に基づき算定される逸失利益相当額が賠償されるべき損害額として認定されている³⁰⁾。更に、生コン協同組合がゼネコンに対して生コン製造販売業者との契約を破棄させるような行動をとったため、当該業者がゼネコンから納入契約を破棄されたことを受けて協同組合に対して損害賠償を請求した事案でも、当該納入契約により得られたであろう利益相当額の賠償が認められている³¹⁾。

挫折+不継続型の別の例として、XがYの違法な保全処分の申立てにより³²⁾信用を害されたと主張し第三債務者との間で新たな取引が行われなくなったことで喪失した逸失利益の賠償を求める事例がある^{33,34)}。判例は、当該事案の状況に照らし、Xが第三債務者との間でこれまでと同様の取引を行って利益を取得することを具体的に期待することができたとはいえないとして、Xの請求を棄却しているが³⁵⁾、これは、その存在自体が不確実な逸失利益の賠償を否定しているにすぎない。従って、この判例は、特定の相手方との間で取引の成立に向けた交渉が現に行われていたという状況の下で、違法な保全処分の申立てがされたため当該相手方がその交渉を打ち切ったという場合に、これまでと同様の取引を行っていれば得ることができたであろう利益の賠償を認めない趣旨を判示したものではない³⁶⁾。

2. 一定の内容を持つ取引をする自己決定権、信頼、期待、営業上の利益、信用等の侵害とその価値的な回復及び実現

それぞれの裁判例で用いられていた具体的な損害賠償の算定枠組は、各型に

30) 東京地判平成9年4月9日判時1629号70頁。

31) 名古屋地判平成11年2月10日審決集45巻475頁。

32) 不法行為の成否の判断について、最判昭和43年12月24日民集22巻13号3428頁等。

において措定される権利又は利益を価値的に回復及び実現するのに適したものとなっている。

まず、望む取引を実現することができなかった場面のうち遺漏型では、望まない取引に引き込まれる場面、リスクのある取引へと誘導される場面、及び、不利益な取引の締結を余儀なくされる場面の一部とは異なり³⁷⁾、事案の性格上、取引をするかしないかの自己決定権の侵害は問題とならない。遺漏型においては、実際に締結された部分についてその取引をするかどうかに関する判断は歪められていないからである。従って、ここでは、原状回復の損害賠償は認められない。これに対して、遺漏型では、ある者が十分な情報提供や説明を受けなかったため取引に一定の内容を取り込んだり別の取引を締結したりすることができなかったという意味で、一定の内容を持つ取引をする自己決定権の侵害が

33) 本文で言及した事例は、違法な保全処分の申立てにより、債務者が保全処分の対象となった財産について処分権限を制約され、当該財産を売却したり、賃貸したり、担保に供したりすることができなくなったこと等を受けて、違法な保全処分等を申し立てた者に対して損害賠償を請求する事例とは異なる。確かに、後者の事例においても、債務者が当該財産に対する処分権限を制約されたことから生ずる逸失利益の賠償が認められているものの（例えば、違法な保全処分の対象になった財産を売却していれば得ることができたであろう利益の賠償が認められた事例（最判平成8年5月28日判時1572号53頁等。当該財産について具体的な処分の計画が存在しなかったことを理由に逸失利益の賠償が認められなかった事例として、名古屋高判昭和55年3月31日判時977号77頁、東京地判平成26年8月5日平24（ワ）35467号等。違法な保全処分の対象になった財産を売却して得られる金銭の特殊な運用利益が特別損害に当たるとされた事例として、傍論であるが、東京地判昭和43年6月24日判時541号46頁。また、違法な保全処分がなければその対象になった財産を売却していたであろう時点からこれを現実に売却した時点までの運用利益相当額の賠償が認められた事例として、東京地判平成4年4月20日金法1385号37頁、東京地判平成7年10月9日判時1575号81頁等。なお、違法な保全処分がされたことによりその対象になった不動産の売買契約を解除せざるをえずそのために支払った違約金相当額の賠償が認められた事例として、東京地判平成4年1月29日金法1329号39頁。違法な保全処分の対象になった財産を売却することができなかったため借入金の返済をすることができず負担することになった利息相当額の賠償が認められた事例として、大阪地判平成5年10月8日判タ874号238頁）、違法な保全処分の対象になった財産を利用していれば得ることができたであろう利益の賠償が認められた事例（違法な保全処分の対象になった機械を賃貸していれば得

措定される。こうした意味での自己決定権は、実際に締結された取引の内容それ自体に関わるものではないため、不利益な取引の締結を余儀なくされる場面のうち、相対＋治療可能型、市場＋代替不可能型、市場＋代替可能型、及び、リスクのある取引へと誘導される場面に関する一部の裁判例でみられた³⁸⁾、ど

（前頁からつづき）

ることができたであろう利益の賠償が認められた事例として、大阪地判昭和55年5月28日判タ419号131頁。なお、商品が違法な保全処分の対象になった事案で営業することができなかったことによる逸失利益の証明がないとしてその賠償が認められなかった事例として、東京地判昭和61年1月30日判タ620号119頁。預金債権が違法な保全処分の対象になった事案で諸状況を考慮し逸失利益の賠償が認められなかった事例として、東京地判平成30年6月29日判タ1457号194頁。不動産が違法な保全処分の対象になった事案で当該不動産上での店舗のオープンが遅れたことにより生じた損害の賠償がその可能性として認められた事例として、傍論であるが、東京地判平成6年7月27日金法1423号53頁。土地が違法な処分禁止の仮処分の対象になった事案で、当該処分がされたとしてもマンションの建設ができなくなるわけではないことを理由に、その建設が遅延したことによって生じた損害の賠償が認められなかった事例として、東京地判平成2年7月31日判時1384号63頁）、賃貸人が賃借人のもとにある賃貸物について違法な保全処分をしたことで、賃借人が賃貸物である建物で営業することができなかったり、賃貸物である土地上の建物を賃貸することができなかったりしたために得ることができなかった利益相当額の賠償が認められた事例（前者の事例について、横浜地判昭和46年9月3日判時666号73頁等。後者の事例について、東京高判昭和53年1月30日判時885号119頁、東京地判昭和52年8月25日判時882号70頁。また、後者の事例で、逸失利益の証明の不存在を理由にその賠償が認められなかった事例として、東京地判昭和51年10月25日判時856号60頁。逸失利益が原告らの言動により生じたものであることを理由に結論として請求が認められなかった事例として、水戸地判昭和50年9月9日判時810号77頁。なお、賃貸人が賃借人のもとにある賃貸物について違法な保全処分をしたことで、賃借人が賃貸物である土地上の建物の工事計画を中止せざるをえず、既払いの工事代金を無駄にした事案で、当該工事代金相当額の賠償が認められた事例として、東京地判昭和48年2月26日判時714号207頁）、所有権留保者が対象物件である機械について違法な保全処分をしたことで、この機械を即時取得していた者がこれを利用することができなかった事案で、作業能率と採取量の低下により得ることができなかった販売純利益相当額の賠償が認められた事例（広島地呉支判昭和47年11月27日判時705号93頁）、違法な保全処分の対象になった財産を担保に供していれば得ることができたであろう利益の賠償がその可能性として認められた事例（ある企業が違法な保全処分の対象になった財産を担保に供することができなかったために当初の計画どおりに東京進出を果

のように取引をするかの自己決定権とは異なる一方、あらかじめ開かれた複数の選択肢の中からどれを選択するかという点の判断に関わるものではないため、不利益な取引の締結を余儀なくされる場面のうち市場+代替可能型や、リ

(前頁からつづき)

たすことができず被った営業利益の喪失が特別損害とされ、予見可能性の不存在を理由にその賠償が否定された事例であるが、最判昭和48年6月7日民集27巻6号681頁。なお、ある者が違法な保全処分の対象になった財産を担保に供することができず営業の苦戦を強いられたことについて、慰謝料の算定にあたり考慮した事例として、東京地判昭和53年1月30日判時896号57頁)等が、それである。なお、仮差押解放金に充てた借入金に対する通常予測しうる範囲内の利息及び債務者の自己資金に対する法定利率の割合に相当する金員の賠償が認められた事例(最判平成8年5月28日民集50巻6号1301頁。同判決以前の裁判例として、東京地判昭和50年9月1日下民集26巻9～12号731頁、東京地判昭和59年3月29日判時1139号55頁、東京地判昭和61年1月30日・前掲、東京地判昭和61年10月29日判タ650号218頁、東京地判昭和63年9月22日判時1313号138頁等。同判決以後の裁判例として、秋田地判平成15年3月6日金判1171号28頁、東京高判平成26年5月22日金判1446号27頁等。否定例として、仙台高判昭和59年11月19日金判714号29頁もあるが、その理由付けは適切さを欠く。)、違法な保全処分のために担保権実行手続が停止された事案で、同処分がなければ売却された蓋然性の高い価額と実際の売却許可決定価額との差額及び配当として受領することができた額に対する停止期間中の法定利率で計算した額の遅延損害金の賠償が認められた事例(東京高判平成7年12月25日判タ919号178頁、盛岡地判平成20年9月2日判時2070号109頁)もある。)、そこでは、財産権に対する侵害を措置することが可能であるため、この逸失利益を人的又は物的被害を伴わず被害者に生じた経済的損失という意味での純粹經濟損失として位置付けることは適切でない。

34) ただし、違法な保全処分の申立てにより、債務者が、保全処分の対象になった財産について処分権限を制約され、当該財産を売却することができなくなっただけでなく、訴訟対応等に取り組まざるをえなくなった結果、販売活動に力を入れることができず、損益も悪化し損失に転じたという事案で、営業損失等に相当する額の賠償が認められた事例についていえば(東京高判平成7年12月18日判時1579号94頁)、少なくともその一部に関しては、純粹經濟損失として位置付けることが可能である。これは、本稿の分析枠組でいえば、挫折+不実現型の一事例である。

35) 最判平成31年3月7日判時2423号20頁。

36) 中原太郎「判批」リマ61号(2020年)49頁。また、加藤雅之「判批」Watch25号(2019年)83頁も参照。

37) 拙稿・前掲注(1)113頁以下、117頁以下、133頁以下。

38) 拙稿・前掲注(1)132頁以下、140頁以下。

スクのある取引へと誘導される場面に関する一部の裁判例でみられた³⁹⁾、どの取引をするかの自己決定権とも異なる。

そして、こうした自己決定権の捉え方は、最終的な損害賠償額にも反映される。一定の内容を持つ取引をする自己決定権が指定される結果、情報提供義務や説明義務の違反によりこの自己決定権が侵害されたときには、損害賠償の額は、取引を締結していなければそうであったであろう状態を価値的に回復することではなく、望むような形で当該取引に一定の内容を取り込んだり別の取引を締結したりしていたとすればそうであったであろう状態を価値的に実現することに向けられた額になる。一定の内容を持つ取引をするという意味での自己決定権の侵害が肯定される場合、当該自己決定権を価値的に実現するためには、当該内容を持つ取引が締結されていればそうであったであろう被害者の財産的状态が金銭の形で実現されなければならないからである。

ところで、判例は、1で整理した事例で、地震保険に加入するかどうかについての意思決定が財産的利益に関わるものであることを理由に、慰謝料請求を認めなかった。これは、情報提供義務や説明義務の違反がなければ地震保険に加入していた高度の蓋然性がある場合に、一定の内容を持つ取引をする自己決定権の侵害を理由とした上記の額の損害賠償が認められることを否定するものではなく、その可能性を残しつつ、情報提供義務や説明義務の違反がなければ地震保険に加入していた高度の蓋然性が証明されない場合には、財産的利益に関する自己決定権の保護法益としての弱さと行為態様の悪性の不存在を理由に、こうした意味での自己決定権の侵害を理由とする損害賠償請求は認められないとしたものである。とはいえ、人の自己決定の重要性に鑑みれば、財産的利益に関わるものであることを根拠としてその保護の程度を低く設定することには、疑問もある。この場合にも、ほかの類型と同じような形で、慰謝料を通じて一定の内容を持つ取引をする自己決定権の非財産的側面の価値的な回復を

39) 拙稿・前掲注(1) 129頁以下、140頁以下。

40) 笠井・前掲注(4) 70頁以下、後藤巻則「判批」法教287号（2004年）103頁等。

図ることが考えられてよい⁴⁰⁾。他方で、上記判例の原審の判断にみられたように、慰謝料に仮託して一定の内容を持つ取引をする自己決定権の財産的側面の一部を価値的に実現する考え方も想定されないわけではないが⁴¹⁾、3で言及するとおり、この考え方には問題が含まれている。

次に、挫折+不実現型について、この型では、取引の締結に向けた交渉を打ち切られた当事者の一方は自らの望む取引を実現することができていないものの、この者について取引をするという意味での自己決定権の侵害を認め、損害賠償を通じて取引が成立していればそうであったであろう状態の価値的な実現を図ることは、不適切である。相手方にも取引の自由が存在する以上、この型において、取引をするという意味での自己決定権を指定することは許されないからである。同様に、取引の締結に向けた交渉を打ち切られた当事者との関係で契約や取引上の利益を保護法益として想定し、損害賠償を通じて取引が成立していればそうであったであろう状態を価値的に実現することも⁴²⁾、適切でない。挫折+不実現型では、そもそも取引が成立していない以上、契約や取引上の利益を保護法益として予定することはできないからである⁴³⁾。

この型では、多くの裁判例が指摘しているように、相手方による一定の行為

41) 吉田・前掲注(4) 193頁以下。

42) その可能性を示唆するものであるが、円谷峻「判批」判タ499号(1983年)110頁以下、同「判批」金判687号(1984年)50頁以下、松本恒雄「判批」判評317号(1985年)26頁、半田吉信「判批」判評346号(1987年)53頁、平林慶一「契約締結上の義務」小川英明＝長野益三編『現代民事裁判の課題①〔不動産取引〕』(新日本法規・1989年)67頁、田山輝明「契約締結過程での独占交渉権等の合意の効力——民法(契約法)の観点から——」中東正文編『UFJ vs. 住友信託 vs. 三菱東京 M & A のリーガルリスク』(日本評論社・2005年)100頁、新谷勝「UFJの経営統合をめぐる法律上の問題点」判タ1172号(2005年)104頁、清水建成「住友信託 vs. UFJ 事件——レターオブインテントに定めた独占交渉権条項の効力——」判タ1259号(2008年)76頁等。

43) 磯村保「違法な取引行為に対する救済——効果を中心として」ジュリ1097号(1996年)111頁以下、池田・前掲注(15) 343頁以下、潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣・2004年)5頁以下・27頁以下、山本敬三『契約法の現代化Ⅰ』(商事法務・2016年)16頁以下等。また、安永正昭「判批」リマ1号(1990年)87頁、河上正二「判批」リマ34号(2007年)34頁等も参照。

や言動に基づき生じた正当な信頼や、交渉の進展に伴い生成される取引実現への正当な期待が、保護されるべき権利又は利益として措定される。そして、交渉の挫折によってこうした意味での正当な信頼や期待が侵害された場合、これらの権利又は利益を価値的に回復するためには、正当な信頼や期待に基づき支出した費用または正当な信頼や期待に基づきとられた各行動により生じた損失に相当する額の賠償を認めれば、ひとまずは十分である。また、挫折+不実現型で逸失利益の賠償を認めた裁判例の解決のうち、取引の対象として予定されていた目的物等を別の形で利用したり、他の者との間で別の取引をしたりしていれば得ることができた利益の賠償を認めたものについても、これらの事例においてその実現に向けて交渉が進められていた取引の内容や当該取引の対象として予定されていた目的物の性質に照らせば、相手方への正当な信頼又は取引実現への正当な期待に基づき、交渉を打ち切られた者は当該目的物を別の形で利用したり他の者との間で別の取引をしたりしなかったと評価することができるため、正当な信頼又は期待の価値的な回復という観点から説明することが可能である⁴⁴⁾。

ところで、挫折+不実現型では、事案によって、正当な信頼や期待とは別の保護法益が措定され、その権利又は利益を価値的に回復するための損害賠償が認められることもある。この型で逸失利益の賠償を認めた裁判例の解決のうち、相手方の言動を信頼したり当該取引の成立を期待したりしたことに起因してとられた各種の行動のために得ることができなくなった利益の賠償を認めた事例や、手形割引を依頼された銀行が支払銀行に対して不渡返還手続の猶予を要請すべきであったのにこれをしなかったため、手形割引を依頼した企業が手形の不渡りをだしたという事案で、当該企業につき逸失利益の賠償を認めた事例が、それである。これらの事例においては、正当な信頼や期待とは別に、それぞれ、賃借権、テレビ放送枠の権利、営業上の利益、取引先に対する個別の信用⁴⁵⁾を

44) 潮見・前掲注(43) 28頁以下、奈良輝久「判批」金判1263号（2007年）10頁の指摘を参照。また、前田達明「判批」民商88巻1号（1983年）97頁も参照。

45) 山本・前掲注(43) 19頁以下。

措定することが可能であり、裁判例では、これらの権利又は利益を価値的に回復するために逸失利益に相当する額の賠償が肯定されていると理解することができるからである。裁判例の解決は上記のような形で基礎付けられる。

最後に、挫折＋不継続型に関して、この型の事案でも、挫折＋不実現型の場合と同じく、取引の継続を拒絶された者について、取引を継続するという意味での自己決定権の侵害を一般的な形で肯定することはできない。この型では、問題となっている加害行為が取引継続の阻止に向けられたものであるかどうか、このことを保護法益の側からいえば、規範の保護目的として取引継続に関わる権利又は利益の保護が直接的に取り込まれているかどうかに応じて、事案ごとに保護されるべき権利又は利益の内容を確定し、これを価値的に回復及び実現するために必要な損害賠償の額を算定していくことが適切である。そして、裁判例の中にみられた具体的な解決も、こうした視点から正当化される。

例えば、独禁法違反行為が当事者間又は並行方向でされ、一方当事者が他方当事者や当該行為をした者からの要請を受けた取引の相手方によって取引の継続を拒絶される場面では、取引の継続を拒絶された者について、公正で自由な競争が行われている状態から享受しうる利益等の侵害を認めることが可能である⁴⁶⁾。このことは、一定の範囲で、取引継続に関わる権利又は利益が措定されていることを意味している。その結果、こうした意味での権利又は利益を価値的に回復するための額として、公正で自由な環境の下で取引が行われていればそうであったであろう状態を金銭の形で表現した額、すなわち、当該取引が継続されていれば得ることができたであろう利益に相当する額がとられる⁴⁷⁾。また、特定の相手方との間で取引の締結又は継続に向けた交渉が現に行われていた場合において、ある者による違法な保全処分の申立てがされたことを理由に

46) 山田誠一「独占禁止法違反の行為にもとづく損害賠償」ジュリ 1199 号 (2001 年) 30 頁。
また、吉田克己「総論・競争秩序と民法」NBL863 号 (2007 年) 42 頁以下も参照。

47) 具体的な算定方法について、泉水文雄「独占禁止法と損害賠償」民商 124 巻 4 = 5 号 (2001 年) 110 頁以下、村上政博 = 山田建男『独占禁止法と差止・損害賠償 (第 2 版)』(商事法務・2005 年) 113 頁以下等。

当該相手方がその交渉を打ち切ったときには、取引の締結又は継続を拒絶された者について、当該相手方との関係における個別的な信用の侵害を認めることができる。ここでは、保護されるべき権利又は利益として、取引継続に関わる権利又は利益が直接的な形で想定されているわけではなく、それとは別に特定の相手方との関係における信用が措定され、こうした意味での信用が侵害された結果、当該相手方との交渉がまとまらないという帰結が発生したとの構図が描かれている。そのため、この場面においては、特定の相手方との関係における個別的な信用を価値的に回復するための額として、当該相手方との間でこれまでと同様の取引が行われていれば得ることができたであろう利益に相当する額がとられる。なお、ここでいう信用は、特定の相手方との関係におけるそれであり、債務者の信用一般とは異なる⁴⁸⁾。仮に違法な保全処分の申立てにより債務者の信用一般が侵害され、これにより個々の取引の実現が妨げられるという結果が生じていなければ、信用一般を価値的に回復させるための金銭の支払、つまり、非財産的損害の賠償が認められる⁴⁹⁾。

3. 他の権利の侵害とその価値的な回復及び実現の可能性、権利の価値的な回復及び実現に即した損害賠償額の算定枠組の可能性

この類型に属する場面では、2で整理した様々な権利又は利益に加え、事案に応じていくつかの権利又は利益を措定し、これらの権利又は利益を価値的に回復及び実現するための損害賠償額を認めていくこと、また、2で整理した様々

48) 中原・前掲注(36) 49頁。

49) 東京高判昭和47年4月7日金判321号13頁、鳥取地判昭和49年5月29日判時759号91頁、東京地判昭和51年10月25日・前掲注(33)、東京地判昭和59年3月29日・前掲注(33)、東京地判昭和61年1月30日・前掲注(33)、大阪地判平成9年3月28日判タ970号201頁等。また、東京地判昭和45年9月11日判時627号57頁も参照。また、信用毀損の証明がないとして非財産的損害の賠償が認められなかった事例として、東京地判昭和45年5月30日判時611号45頁、東京地判昭和45年12月22日金法609号30頁（上告審である最判昭和49年3月15日金法717号40頁も参照）、名古屋高判昭和55年3月31日・前掲注(33)、東京高判平成26年5月22日・前掲注(33)、東京地判平成27年2月3日判時2272号79頁等。

な権利又は利益をより適切な形で価値的に回復及び実現するための損害賠償額を認めていくことが望まれる。

まず、前者の例としては、遺漏型において一定の内容を持つ取引をしていた相当程度の可能性を想定し、これを価値的に回復するための損害賠償額を認める可能性がある⁵⁰⁾。この型を扱う裁判例では、一定の内容を持つ取引をする自己決定権の侵害が措定され、この権利について、いずれもその可能性が示唆されているにすぎないが、当該取引に一定の内容を取り込んだり別の取引を締結したりしていたとすればそうであったであろう状態を金銭の形で実現することによるその財産的側面の価値的回復及び慰謝料によるその非財産的側面の価値的回復又はその財産的側面の部分的な価値的回復が図られている。しかし、このうち慰謝料に仮託した財産的損害の割合的回復という構成は、自己決定権の侵害を認めつつ、それと損害との間の因果関係等の証明がないことを理由に割合的に損害額を算定するという意味を持つため、なぜ割合的にでも損害賠償請求を認容することができるのかという点の説明に問題を抱える。もっとも、財産的損害の割合的回復という帰結それ自体は、自己決定権と関連付けながら他の権利又は利益の侵害を措定し、この権利又は利益について価値的な回復を図ることによっても基礎付けることができる。自己決定権が重要な保護法益であることに鑑みれば、医療の場面で生存していた又は重大な後遺症を残さなかった相当程度の可能性を保護法益として措定する判例を参考に⁵¹⁾、本件説明を受けていれば地震保険に加入していた高度の蓋然性があるかどうかはともかく、その相当程度の可能性があったとみて⁵²⁾、自己決定権の保護をいわば前倒しし、地震保険に加入していた相当程度の可能性それ自体の保護を図るという構成が

50) この点については、不利益な取引の締結を余儀なくされる場面のうち相対＋治癒不可能型との関連で、拙稿・前掲注(1) 145頁以下を参照。

51) 最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁、最判平成15年11月11日民集57巻10号1466頁等。

52) ただし、最判平成15年12月9日・前掲注(7)の事案では、原告について地震保険に加入していた相当程度の可能性を認めることは困難である。

想定されるからである⁵³⁾。

次に、後者の例としては、挫折＋不実現型において契約成立への正当な期待をより適切な形で価値的に評価するための損害賠償額の算定枠組を確立する可能性がある。この型を扱う裁判例では、相手方による一定の行為や言動に基づき生じた正当な信頼や、交渉の進展に伴い生成される取引実現への正当な期待が、保護されるべき権利又は利益として措定され、これらの権利又は利益を価値的に回復するために、正当な信頼や期待に基づき支出した費用または正当な信頼や期待に基づきとられた各行動により生じた損失に相当する額の賠償が認められていた。もっとも、取引の実現に向けた交渉が当事者間でその内容についてほぼ合意に達したという段階にまで進展している場合には、支出した費用等の賠償を認めるだけでは、交渉を破棄された者の権利又は利益を価値的に回復及び実現するのに十分とはいえないこともありうる。挫折＋不実現型における保護法益を相手方による一定の行為や言動に基づき生じた正当な信頼に限定するのであればともかく⁵⁴⁾、保護されるべき権利又は利益として取引実現への正当な期待をも措定するのであれば、取引の実現に向けた交渉が行われなかった状態への回復という視点のみならず、場合によっては、交渉が進展した状態の実現という視点からの損害賠償額の算定があつてよいと考えられるからである。こうした観点からは、取引の実現に向けた交渉が上記のような段階まで進展しており、交渉挫折により契約成立への正当な期待が侵害されたといえるときには、この期待を価値的に回復及び実現するために、取引が実現していれば得ることができたであろう利益の一部に相当する額の賠償が肯定されうる^{55,56)}。なお、取引が成立していない以上、契約や取引上の利益を保護法益と

53) 角田美穂子「取引における自己決定権の法的保護——金融商品取引を中心に」現代不法行為法研究会編『不法行為法の立法的課題』（商事法務・2015年）156頁以下を参照。また、機会の喪失を問題にするものとして、笹本幸祐「判批」判評530号（2003年）39頁以下、後藤・前掲注(40)103頁等。

54) 例えば、戸田知行「判批」法時60巻5号（1988年）105頁、上田貴彦「判批」同法58巻7号（2007年）609頁以下、橋本・前掲注(2)407頁以下等。

して措定し、当該取引が成立していれば得ることのできたであろう利益の全部に相当する額の賠償を認めることは適切でないし⁵⁷⁾、また、少なくとも現在の判例法理による限り、相当程度の可能性という保護法益は生命や身体等の前提となる権利の重要性に結び付けられているため、取引が成立していた相当程度の可能性を保護法益として措定し、当該取引が成立していれば得ることができたであろう利益の一部の賠償を認めること⁵⁸⁾に困難が伴うことは、もちろんである。

Ⅱ. リスクのある取引へと誘導される場面——補遺

この類型は、ある者が勧誘等を契機に又は自ら望みつつ他者による不十分な説明や情報提供等を受けただけでリスクのある取引を行い一定の損失を受けたという場면을対象にしている。この類型に属する様々な事案のうち、前稿は、

55) これは、最決平成16年8月30日民集58巻6号1763頁及びその原審と原々審である東京高決平成16年8月11日金判1199号8頁と東京地決平成16年7月27日金判1199号9頁並びに東京地判平成18年2月13日判時1928号3頁をめぐる学理的な議論の中で強調された視点である。中山裕介「独占交渉権の有用性と限界——UFJグループ統合交渉差止仮処分事件をめぐる——」金法1729号(2005年)62頁、畑郁夫「最近の大型企業統合(M & A)紛争を巡る法的諸問題について——住友信託 vs. UFJ 経営統合交渉破綻仮処分事件に即して——」民商132巻1号(2005年)32頁以下、松本恒雄「M & A 基本合意書の拘束力と損害賠償の範囲」金判1238号(2006年)5頁、中東正文「積極的な法創造を」金判1238号(2006年)9頁、同「判批」野村修也＝中東正文編『M & A 判例の分析と展開』(経済法令研究会・2007年)224頁等。また、吉川吉樹「判批」判評575号(2007年)4頁の分析も参照。

56) この意味において、挫折＋不実現型において認められる損害賠償の対象を信託利益に限定する必要はなく、取引が実現したとき以上の額の損害賠償が認められることはないという程度の理解があれば十分であるとの指摘は(河上正二「判批」リマ10号(1995年)51頁、島岡・前掲注(15)62頁以下、円谷峻『新・契約の成立と責任』(成文堂・2004年)193頁以下等)、正当である。

57) いわゆる中間的合意等を想定し、その合意から生じた誠実交渉義務の不履行を理由とする損害賠償を認める場合であっても、本来的な取引が実現していれば得ることができたであろう利益に相当する額の賠償を肯定することはできない。ここでは、中間的合意との関連における履行利益の賠償が認められるにすぎない。

58) 山本和彦「民事手続法の観点から」金判1238号(2006年)11頁。

投資や金融取引の場面で生ずる紛争を検討の素材としたが⁵⁹⁾、本稿は、前稿の補遺として、フランチャイズ取引の場面で生ずる紛争を取り上げる。なお、ある者が詐欺又は詐欺的手法の被害を受けフランチャイズ取引に引き込まれたという場面は⁶⁰⁾、望まない取引に引き込まれる場面に属するため⁶¹⁾、ここでは、こうした意味での悪質な勧誘が存在しない場面が扱われる。

前稿で示したように、この類型は、取引をするかしないかの自己決定権に加えて、これとは異なるいくつかの権利又は利益が措定されていること、明確な形ではないものの上記の意味とは異なる自己決定権が措定されているようにみえること、これらの点が具体的な損害賠償額の算定に一定の影響を及ぼしていることに特徴を持つ。以下、フランチャイズ取引の場면을素材として、多くの裁判例が採用する損害賠償額の基本的な算定枠組を簡単に整理した上で(1)、そこで、どのような権利又は利益の侵害が措定され、それがいかなる形で価値的に回復されていると捉えられてきたかを明らかにするとともに(2)、一部の裁判例の中に現れている考え方の検討を通じて、取引をするかしないかという点とは異なる意味での自己決定権や取引の実現に向けられたのとは異なる意味での信頼がどのように想定され、価値的に回復されるべきかを分析する(3)。

1. 裁判例における損害賠償額の基本的な算定枠組

フランチャイジーがフランチャイザーからの不十分な説明や情報提供等を受けただけでフランチャイズ取引を行い一定の損失を受けたことを理由に損害賠償を請求する場面では、ほとんどの事例でフランチャイザーの情報提供義務違反が問われている⁶²⁾。裁判例は⁶³⁾、フランチャイザーとフランチャイジーになろうとする者との間に情報力の格差があること等を起点として、前者が後者に

59) 拙稿・前掲注(1) 117頁以下。

60) 大阪地判昭和53年2月23日判タ363号248頁、大阪地判昭和53年5月29日判時920号178頁、福岡地判平成6年2月18日判時1525号128頁、水戸地判平成7年2月21日判タ876号217頁、東京高判平成30年5月23日判時2384号51頁等。

61) 拙稿・前掲注(1) 113頁以下。

対し当該フランチャイズ取引をするかどうかについて適切な判断をするために必要となる情報を提供する義務を負うことを認め⁶⁴⁾、その違反を理由に損害賠

62) 以下で引用する裁判例のほか、フランチャイザーによる情報提供義務違反を認めなかった裁判例として、東京地判平成1年11月6日判時1363号92頁、大阪地判平成2年11月28日判時1389号105頁、東京地判平成3年4月23日判タ769号195頁、浦和地判平成5年11月30日判時1522号126頁、東京地判平成5年11月30日判時1521号91頁、千葉地判平成6年12月12日判タ877号229頁、大阪地判平成7年8月25日判タ902号123頁、大阪地判平成8年2月19日判タ915号131頁、東京地判平成14年1月25日判時1794号70頁、名古屋高判平成14年5月23日判時1798号86頁、那覇地沖縄支判平成17年3月24日判タ1195号143頁、大阪地判平成22年5月27日判時2088号103頁、福岡高判平成26年11月7日判時2244号28頁等。

63) 裁判例の所在について、金井高志「フランチャイズ契約締結段階における情報開示義務——独占禁止法、中小小売商業振興法及び「契約締結上の過失」を中心として」判タ851号(1994年)40頁以下、同『フランチャイズ契約裁判例の理論分析』(判例タイムズ社・2005年)、三島徹也「フランチャイズ契約の締結過程における情報提供義務」法時72巻4号(2000年)70頁以下、川越憲治『フランチャイズシステムの法理論』(商事法務研究会・2001年)、相澤聡ほか「フランチャイズ契約関係訴訟について」判タ1162号(2004年)32頁以下、宮下修一『消費者保護と私法理論——商品先物取引とフランチャイズ契約を素材として——』(信山社・2006年)363頁以下、西口元=奈良輝久=若松亮編『フランチャイズ契約：判例ハンドブック』(青林書院・2012年)等を参照。

64) この点を明確に説く裁判例として、京都地判平成3年10月1日判時1413号102頁、千葉地判平成6年12月12日・前掲注(62)、大阪地判平成7年8月25日・前掲注(62)、大阪地判平成8年2月19日・前掲注(62)、福岡高判平成13年4月10日判時1773号52頁、名古屋地判平成13年5月18日判時1774号108頁、千葉地判平成13年7月5日判時1778号98頁、東京地判平成14年1月25日・前掲注(62)、大阪地判平成14年3月28日判タ1126号167頁、名古屋高判平成14年4月18日平13(ネ)516号、名古屋高判平成17年6月20日判時1931号48頁、名古屋高金沢支判平成17年6月22日平14(ネ)148号、福岡高判平成18年1月31日判タ1216号172頁、福岡高判平成18年1月31日判タ1235号217頁、さいたま地判平成18年12月8日判時1987号69頁、千葉地判平成19年8月30日判タ1283号141頁、大津地判平成21年2月5日判時2071号76頁、千葉地判平成21年9月29日平18(ワ)1996号、仙台地判平成21年11月26日判タ1339号113頁、大阪地判平成22年5月12日判時2090号50頁、大阪地判平成22年5月27日・前掲注(62)、横浜地判平成27年1月13日判時2267号71頁、東京地判平成29年12月21日判時2384号59頁(ただし控訴審である東京高判平成30年5月23日・前掲注(60)は、詐欺による不法行為の問題として捉えている。)、東京地判平成31年3月14日消費者法ニュース122号275頁等。

償を基礎付けている。

各裁判例で最終的に認容された損害賠償額、及び、賠償されるべきものとして取り上げられた損害項目は、当事者の主張の仕方に応じて大きく異なっているものの、比較的多くの裁判例では、以下のような損害賠償額の基本的な算定枠組が前提とされている。まず、フランチャイザーによる情報提供義務の違反がなければ、フランチャイジーが開業することもその経営を悪化させたり破綻させたりすることもなかったとの評価が、出発点に据えられている⁶⁵⁾。そして、判決文の中で明確に示されているわけではないが、フランチャイジーが賠償されるべき損害として主張した内容と裁判所が実際に賠償を認めた内容とを照らし合わせると、結論的には原状回復の損害賠償が受け入れられている⁶⁶⁾。そこでは、例えば、開業に際し加盟料等の名目でフランチャイジーがフランチャイザーに対して支払った金銭に相当する額⁶⁷⁾、フランチャイジーが事業を営む店舗を借り受けるために支出した費用に相当する額⁶⁸⁾、フランチャイジーが店舗を改装したり備品を購入したりするために支出した費用に相当する額⁶⁹⁾、フランチャイジーが被った営業上の損失に相当する額^{70,71)}、更に、場合によっては、フランチャイジーがフランチャイズ取引をすることなく元の職場等で働いていたとすれば得ることができたであろう利益に相当する額⁷²⁾等の賠償が認められ

65) この点を明確に説く裁判例として、名古屋地判平成10年3月18日判タ976号182頁（ただし、この裁判例では、本文で示した理解の仕方が具体的な損害賠償額に適切な形で反映されていないように見える。）、大阪地判平成14年3月28日・前掲注(64)、名古屋高金沢支判平成17年6月22日・前掲注(64)（また、原審である金沢地判平成15年4月28日判時1931号58頁も参照）、仙台地判平成21年11月26日・前掲注(64)、横浜地判平成27年1月13日・前掲注(64)等。また、千葉地判平成13年7月5日・前掲注(64)も参照。

66) 結論的に原状回復の損害賠償を認めたのと同じ解決を示している裁判例として、東京地判平成11年10月27日判時1711号105頁、福岡高判平成13年4月10日・前掲注(64)、千葉地判平成13年7月5日・前掲注(64)、金沢地判平成15年4月28日・前掲注(65)、名古屋高金沢支判平成17年6月22日・前掲注(64)、福岡高判平成18年1月31日・前掲注(64)「判タ1216号」、千葉地判平成19年8月30日・前掲注(64)、大津地判平成21年2月5日・前掲注(64)、仙台地判平成21年11月26日・前掲注(64)、横浜地判平成27年1月13日・前掲注(64)等。

ている⁷³⁾。反対に、フランチャイザーが示した予測どおりの売上げが存在していれば得ることができたであろう利益についての賠償は、認められていない⁷⁴⁾。その上で、自己責任とフランチャイジの事業者性等に着目して、大幅

67) 東京地判平成11年10月27日・前掲注(66)、福岡高判平成13年4月10日・前掲注(64)、千葉地判平成13年7月5日・前掲注(64)、金沢地判平成15年4月28日・前掲注(65)、名古屋高金沢支判平成17年6月22日・前掲注(64)、さいたま地判平成18年12月8日・前掲注(64)、千葉地判平成19年8月30日・前掲注(64)、大津地判平成21年2月5日・前掲注(64)、千葉地判平成21年9月29日・前掲注(64)、仙台地判平成21年11月26日・前掲注(64)、横浜地判平成27年1月13日・前掲注(64)、東京地判平成29年12月21日・前掲注(64)、東京地判平成31年3月14日・前掲注(64)等。なお、原状回復的損害賠償の内容として認められるべきであると考えられるほかの損害項目の賠償を否定しているため、本文で示した理解の仕方を前提とするものとはいえないが、この損害項目の賠償を認めた裁判例として、大阪地判平成14年3月28日・前掲注(64)、名古屋高判平成17年6月20日・前掲注(64)、大阪地判平成22年5月12日・前掲注(64)等。

68) 東京高判平成11年10月28日判時1704号65頁、福岡高判平成13年4月10日・前掲注(64)、大津地判平成21年2月5日・前掲注(64)等。なお、原状回復的損害賠償の内容として認められるべきであると考えられるほかの損害項目の賠償を否定しているため、本文で示した理解の仕方を前提とするものとはいえないが、この損害項目の賠償を認めた裁判例として、京都地判平成3年10月1日・前掲注(64)、大阪地判平成14年3月28日・前掲注(64)等。

69) 東京地判平成11年10月27日・前掲注(66)、福岡高判平成13年4月10日・前掲注(64)、千葉地判平成13年7月5日・前掲注(64)、福岡高判平成18年1月31日・前掲注(64)「判タ1216号」、福岡高判平成18年1月31日・前掲注(64)「判タ1235号」、千葉地判平成19年8月30日・前掲注(64)、大津地判平成21年2月5日・前掲注(64)、千葉地判平成21年9月29日・前掲注(64)、仙台地判平成21年11月26日・前掲注(64)、横浜地判平成27年1月13日・前掲注(64)等。なお、原状回復的損害賠償の内容として認められるべきであると考えられるほかの損害項目の賠償を否定しているため、本文で示した理解の仕方を前提とするものとはいえないが、この損害項目の賠償を認めた裁判例として、京都地判平成3年10月1日・前掲注(64)、大阪地判平成14年3月28日・前掲注(64)、名古屋高判平成17年6月20日・前掲注(64)、大阪地判平成22年5月12日・前掲注(64)等。

70) 浦和地判平成7年7月20日判時1572号109頁、福岡高判平成13年4月10日・前掲注(64)、名古屋高判平成14年4月18日・前掲注(64)、名古屋高金沢支判平成17年6月22日・前掲注(64)、福岡高判平成18年1月31日・前掲注(64)「判タ1216号」、福岡高判平成18年1月31日・前掲注(64)「判タ1235号」、大津地判平成21年2月5日・前掲注(64)、横浜地判平成27年1月13日・前掲注(64)等。

な過失相殺がされ、当事者間で損失の分配が図られている⁷⁵⁾。慰謝料に関しては、財産的損害が填補されることにより精神的損害も慰謝される等との理由でこれを否定する裁判例がほとんどである⁷⁶⁾。

もっとも、裁判例の中には、このような損害賠償額の基本的な算定枠組とは異なる理解の仕方に依拠しているようにみえるものも存在する。例えば、フランチャイザーによる労務等の提供の対価としての性格があること、不返還特約が存在すること等を理由に、開業に際し加盟料等の名目でフランチャイジーがフランチャイザーに対して支払った金銭に相当する額の賠償を否定した裁判例⁷⁷⁾、同じくフランチャイザーによる労務等の提供の対価としての性格があることを理由に、ロイヤリティ等の名目でフランチャイジーがフランチャイザー

71) 本文で示した理解の仕方を前提としているようにみえる裁判例においても、ロイヤリティ等の名目でフランチャイジーがフランチャイザーに対して支払った金銭に相当する額の賠償は認められていない（名古屋地判平成13年5月18日・前掲注(64)、名古屋高判平成14年4月18日・前掲注(64)、金沢地判平成15年4月28日・前掲注(65)等を参照）。もっとも、ロイヤリティ等の名目で支払った金銭に相当する額については、営業上の損失の中で考慮することも可能であり、この場合には、後者の項目が賠償されることにより、実質的には前者の項目も填補されている。

72) 福岡高判平成18年1月31日・前掲注(64)「判タ1216号」、福岡高判平成18年1月31日・前掲注(64)「判タ1235号」、東京地判平成31年3月14日・前掲注(64)等。この損害項目の賠償を否定する裁判例もあるが（浦和地判平成7年7月20日・前掲注(70)、横浜地判平成27年1月13日・前掲注(64)等）、そのために付された理由は必ずしも説得的でない。

73) その他、フランチャイジーが事業を営むために光熱費や通信費等として支出した費用に相当する額の賠償を認めた裁判例として、東京地判平成11年10月27日・前掲注(66)、横浜地判平成27年1月13日・前掲注(64)等。また、フランチャイジーが事業を営むための人件費として支出した費用に相当する額の賠償に関しては、これを肯定する裁判例（東京地判平成11年10月27日・前掲注(66)等）と、否定する裁判例（名古屋地判平成13年5月18日・前掲注(64)等）とがある。もっとも、人件費等として支出した金銭に相当する額については、営業上の損失の中で考慮することも可能であり、この場合には、後者の項目が賠償されることにより、実質的には前者の項目も填補されている。

74) 本文で示した理解の仕方を前提とする裁判例ではないが、京都地判平成3年10月1日・前掲注(64)を参照。

に対して支払った金銭に相当する額の賠償を否定した裁判例⁷⁸⁾、現実には店舗が経営されていたこと等を理由に、フランチャイジーが事業を営む店舗を借り受けたり、店舗を改装したり、備品を購入したりするために支出した費用に相当する額の賠償を否定した裁判例⁷⁹⁾、同じ理由で商品等の仕入れに要した費用に相当する額の賠償を否定した裁判例⁸⁰⁾、自己責任であることを強調してフラン

75) 東京高判平成11年10月28日・前掲注(68)(7割の過失相殺がされた事例)、福岡高判平成13年4月10日・前掲注(64)(8割の過失相殺がされた事例)、千葉地判平成13年7月5日・前掲注(64)(原告に応じて5割から8割の過失相殺がされた事例)、千葉地判平成19年8月30日・前掲注(64)(7割の過失相殺がされた事例)、大津地判平成21年2月5日・前掲注(64)(5割の過失相殺がされた事例)、千葉地判平成21年9月29日・前掲注(64)(5割又は8割の過失相殺がされた事例)、仙台地判平成21年11月26日・前掲注(64)(5割の過失相殺がされた事例)、東京地判平成29年12月21日・前掲注(64)(5割の過失相殺がされた事例)等。また、名古屋地判平成13年5月18日・前掲注(64)(4割の過失相殺がされた事例)、名古屋高判平成14年4月18日・前掲注(64)(同上)、福岡高判平成18年1月31日・前掲注(64)「判タ1216号」(4分の1の割合での過失相殺がされた事例)、福岡高判平成18年1月31日・前掲注(64)「判タ1235号」(3割の過失相殺がされた事例)、さいたま地判平成18年12月8日・前掲注(64)(4割の過失相殺がされた事例)、横浜地判平成27年1月13日・前掲注(64)(35パーセントの割合での過失相殺がされた事例)等。なお、この点については、原状回復的損害賠償の内容として認められるべきであると考えられる損害項目の賠償を否定しているため、本文で示した理解の仕方を前提とするものとはいえない裁判例でも、同様である。京都地判平成3年10月1日・前掲注(64)(7割の過失相殺がされた事例)、名古屋地判平成10年3月18日・前掲注(65)(8割の過失相殺がされた事例)、大阪地判平成14年3月28日・前掲注(64)(3分の1の割合での過失相殺がされた事例)、大阪地判平成22年5月12日・前掲注(64)(7割の過失相殺がされた事例)等。

76) 福岡地判平成6年2月18日・前掲注(60)、浦和地川越支判平成7年7月20日・前掲注(70)、東京高判平成11年10月28日・前掲注(68)、福岡高判平成18年1月31日・前掲注(64)「判タ1216号」、さいたま地判平成18年12月8日・前掲注(64)、横浜地判平成27年1月13日・前掲注(64)等。また、名古屋地判平成10年3月18日・前掲注(65)も参照。

77) 京都地判平成3年10月1日・前掲注(64)、名古屋地判平成10年3月18日・前掲注(65)、金沢地判平成14年5月7日平12(ワ)242号等。

78) 名古屋地判平成10年3月18日・前掲注(65)、大阪地判平成14年3月28日・前掲注(64)、名古屋高判平成17年6月20日・前掲注(64)等。

79) 名古屋地判平成10年3月18日・前掲注(65)等。

80) 京都地判平成3年10月1日・前掲注(64)等。

チャイジーが被った営業上の損失に相当する額の賠償を否定した裁判例⁸¹⁾、フランチャイジーがフランチャイズ取引をすることなく元の職場等で働いていたとすれば得ることができたであろう利益に相当する額の賠償を否定する解決が、それである。これらの様々な解決は、情報提供義務の違反がなければフランチャイズ取引が行われることはなかったとの評価を経て原状回復的損害賠償を認める多くの裁判例の解決とは、明らかに異なっている。

2. 取引をするかしないかの自己決定権及び取引自体に関わる信頼の侵害とその価値的な回復及び実現

本稿の問題関心に鑑みれば、情報提供義務違反を根拠とする損害賠償においてどのような権利又は利益の侵害が想定されているかを明らかにし、1で整理した多くの裁判例において前提とされているようにみえる損害賠償額の基本的な算定枠組がその権利又は利益を価値的に回復及び実現するのに適したものであるかを問わなければならない。

裁判例は、フランチャイザーが負う情報提供義務について、投資や金融取引の場面でみられた説明義務と同じように⁸²⁾、自己決定の基盤の確保という視点から捉えている。このような情報提供義務の基礎付けに基づき1で整理した多くの裁判例が採用する解決を正当化しようとするならば、情報提供義務違反によって侵害される権利は、自己決定権、より正確に言えば、フランチャイズ取引をするかしないかの自己決定権として把握される。この意味での自己決定権を価値的に回復するためには、フランチャイズ取引をしなかった状態にフランチャイジーを復帰させる必要があるため、原状回復的損害賠償は、この目的に合致する⁸³⁾。従って、フランチャイザーによる情報提供義務の違反によってフランチャイジーがフランチャイズ取引をするかしないかの自己決定権を侵害さ

81) 名古屋地判平成10年3月18日・前掲注(65)、大阪地判平成22年5月12日・前掲注(64)等。

82) 文献の所在も含めて、拙稿・前掲注(1) 117頁以下。

83) 問題関心は異なるが、三島徹也「判批」リマ35号（2007年）56頁以下を参照。

れたと評価することができる事例であれば、1で整理した多くの裁判例が採用する枠組に依拠して具体的な損害賠償額を算定していくことが適切である。なお、この理解では、フランチャイズ取引をするかしないかの自己決定権の侵害のみが問われるため、当該フランチャイズ取引を契機とする店舗の経営が順調に行われていれば得ることができたであろう利益の賠償が認められる余地はない。また、この理解によると、当該フランチャイズ取引をするかしないかの自己決定権の侵害のみが問題となり、どのフランチャイズ取引をするかについての自己決定権の侵害は問われないため、フランチャイジーが他のフランチャイズ取引をしていれば得ることができたであろう利益の賠償が認められることもない⁸⁴⁾。

ところで、原状回復の損害賠償という帰結は、情報提供義務を専門家への信頼⁸⁵⁾、Ⅱで検討の対象とする場面に即していえば、フランチャイジーになろうとする者が取引の開始の場面でフランチャイザーに対して寄せる信頼によって基礎付け⁸⁶⁾、情報提供義務違反によって侵害される権利又は利益としてこの信頼を措定する考え方からも正当化される。こうした意味での信頼を価値的に回復するためには、フランチャイジーがこの信頼に基づきフランチャイズ取引を開始したことに伴い支出した額に相当する損害や、フランチャイジーがこの信頼を前提としてとった行動により受けた損失が填補されなければならないからである。ただし、このような形でフランチャイズ取引の開始の場における信頼

84) これに対して、フランチャイジーがフランチャイズ取引をすることなく元の職場等で働いていたとすれば得ることができたであろう利益に相当する額は、フランチャイジーが当該フランチャイズ取引をしていなければ得ることができたであろう利益に相当する額であるため、フランチャイズ取引をするかしないかの自己決定権を価値的に回復するために賠償されるべき損害額に含まれる。

85) 主に投資又は金融取引の場面における説明義務を念頭に置くものであるが、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ 1094 号(1996 年) 129 頁以下、円谷・前掲注(56) 264 頁以下等。

86) 有馬奈葉「フランチャイズ契約締結課程における情報提供義務——経験・情報量格差の考慮——(上)」一橋 2 巻 2 号(2003 年) 694 頁以下、千葉恵美子「判批」NBL835 号(2006 年) 17 頁以下等。

を保護法益として措定するときには、原状回復の損害賠償を超える額の賠償が認められる可能性もある。ここでは、フランチャイザーが情報の提供を通じてフランチャイジーに供与した信頼の保護が問題となっているため、当該フランチャイズ取引やこれに基づく店舗の経営が提供された情報どおりの内容を持つものであったとすれば得ることができたであろう利益に相当する額も、信頼の価値的な回復及び実現の中に含まれる余地が存するからである。

3. どの取引をするかの自己決定権及び取引後の経営に関わる信頼とその価値的な回復及び実現の可能性

1で整理した裁判例の中には、フランチャイザーによる情報提供義務違反がなければフランチャイジーが当該フランチャイズ取引をすることはなかったという観点を採用することなく、具体的な損害賠償額を算定しているものが存在した。これらの裁判例では、上記の観点を前提とする場合にその存在を肯定すべき損害項目が賠償の対象から除外され、最終的な損害賠償額が算定されているからである。従って、本稿のように、どのような権利又は利益が措定され、その権利又は利益を価値的に回復及び実現するのに必要な損害賠償額はどのようなものかという視点から、純粋経済損失の算定を考えていく立場を前提とする限り、ここでは、フランチャイズ取引をするかしないかの自己決定権の侵害は問題となっていないと理解せざるをえない。ところで、原告が主張したもののうち賠償されるべきものとして取り上げられた損害項目の内容及びその具体的な評価の仕方をみると、これらの裁判例では、フランチャイズ取引をするかしないかの自己決定権とは異なる形で権利又は利益が措定され、その結果、2で整理したものとは異なる形で損害賠償額の算定枠組が示されているようにみえる。

まず、営業上の損失に相当する額の賠償だけを否定し、それ以外の損害項目の賠償を少なくともその可能性として肯定する解決については⁸⁷⁾、取引をする

87) 大阪地判平成22年5月12日・前掲注(64)。

かしないかの自己決定権ではなく、どの取引をするかの自己決定権の侵害を措定することにより説明を付けることが可能である。フランチャイジーに生じた営業上の損失の賠償を否定する理由としては、フランチャイジーが独立した主体であり、自らその経営リスクを把握し、事業を行う存在であること、つまり、フランチャイジーが経営に伴うリスクを引き受けていたことが挙げられている。この理解の下では、フランチャイジーは、当該フランチャイズ取引で予定されている事業を行うことそれ自体については、その判断を歪められていない⁸⁸⁾。言い換えれば、フランチャイジーは、フランチャイザーによる情報提供義務違反がなくても、当該フランチャイザーとの間でフランチャイズ取引をすることはなかったが、別のフランチャイザーとの間で同じ事業に関するフランチャイズ取引をしたり、それとは別の形で同じ事業をしたりしていたであろうとの評価に基づき、当該フランチャイズ取引をしたという点でのみ自己決定権の侵害が肯定され、広くフランチャイズ取引をするかしないかの自己決定権の侵害は否定される。その結果、ここでは、当該事業に結び付くリスクとしての営業上の損失が賠償の対象から除外され⁸⁹⁾、当該フランチャイズ取引に固有の損失のみが賠償の対象とされる⁹⁰⁾。以上のように、この裁判例においては、どの取引をするかの自己決定権の侵害が措定され、こうした意味での自己決定権を価値的に回復するための損害賠償額が算定されている。

次に、営業上の損失に加えて加盟金やロイヤリティとして支払った金銭に相当する額の賠償を否定するだけでなく、フランチャイジーが事業を営む店舗を借り受けたり、店舗を改装したり、備品を購入したりするために支出した費用との関連でも、現実に営業をしていた期間に関する部分についてはそれらに相

88) 実際、大阪地判平成22年5月12日・前掲注(64)の事案で、フランチャイジーは、フランチャイズ取引が終了した後も、当該フランチャイズ取引で予定されている事業である駐車場の経営を続けている。

89) また、土地に関する取引の仲介手数料、建物工事費用、備品代は、当該事業を営むために必要な経費であるとして、これらの費用に相当する額の賠償も否定されている。

90) 具体的には、エリアエントリーフィーとブース工事費用に相当する額の賠償が認められている。

当する額の賠償を認めず、経営の破綻により準備した店舗や備品等を実際に利用することができなくなった期間に関する部分についてのみそれらに相当する額の賠償を認める解決に関しては⁹¹⁾、これを正当化しようとするれば、自己決定権でも、取引の開始の場面における信頼でもなく、取引後の経営に関わる信頼の侵害を措定することが必要となる。その理由は、以下のとおりである。裁判例では、上記の結論を導くための理由として、フランチャイズが開始され、フランチャイジーがフランチャイザーから労務の提供を受けたり、実際に店舗の経営を行ったりしていたことが、挙げられている。この理解の下では、フランチャイジーは、当該フランチャイズ取引で予定されている事業を行うことのみならず、当該フランチャイズ取引をすることについても、その判断を歪められていないばかりでなく、当該フランチャイズ取引の開始にあたりフランチャイザーに対して寄せた取引自体への信頼も裏切られていない。従って、フランチャイズ取引をするかどうかの自己決定権の侵害も、どの取引をするかの自己決定権の侵害も、フランチャイズ取引それ自体との関連での信頼の侵害も認められない。上記のような賠償されるべき損害項目の捉え方とその具体的な額の算定方法に説明を付けるとすれば、この場面では、フランチャイザーにより取引開始に際して提供された情報に起因する信頼が、取引をするかどうかという次元ではなく、短期間のうちに経営が行き詰まることはないという次元でのみ生成されているという形で捉えることが要請される。こうした形で保護されるべき信頼の内容を措定すると、その信頼が裏切られ一定の期間内に経営が行き詰まったときには、これを価値的に回復するために、上記の損害賠償額を算定することが求められるはずからである⁹²⁾。

91) 名古屋地判平成10年3月18日・前掲注(65)。

92) とはいえ、裁判例では、このような形で信頼の中身を捉える理解の仕方、更には、こうした意味での信頼の保護に向けられたいわば限定的な情報提供義務の構想は、明確な形で現れていない。この点において、責任原因と保護されるべき権利又は利益との接合の仕方に問題が残されている。

おわりに

契約締結過程における取引の不法行為では、保護法益として様々な内容の権利又は利益が指定され、これらの価値的な回復及び実現を図るために複合的な損害賠償額の算定枠組が用意されなければならない。

まず、ある者が望む取引を実現することができなかった場面においては、それぞれの型の特徴に応じて、遺漏型では、一定の内容を持つ取引をする自己決定権を実現することを目的とし、望むような形で当該取引に一定の内容を取り込んだり別の取引を締結したりしていたとすればそうであったであろう状態を価値的に表現するための損害賠償と、一定の内容を持つ取引をする自己決定権を補完するための権利又は利益を想定し、これを価値的に回復及び実現するための損害賠償が、挫折＋不実現型では、正当な信頼や期待、その他の個別的な権利又は利益を価値的に回復することを目的とし、これらに基づき支出した費用に相当する額やとられた行動に伴う損失に相当する額を填補するための損害賠償に加えて、正当な期待をより適切な形で価値的に評価するため、取引が実現していれば得ることができたであろう利益の一部に相当する額の損害賠償が、また、挫折＋不継続型では、競争に結び付いた営業上の利益や個別的な信用を価値的に回復するため、一定の範囲で逸失利益に相当する額の損害賠償が認められるべきである。次に、ある者がリスクのあるフランチャイズ取引に誘導された場面では、取引をするかしないかの自己決定権の価値的な回復という理念と結合した原状回復的損害賠償と、信認関係を背景とした信頼を価値的に回復するための原状回復的損害賠償のほか、どの取引をするかの自己決定権を価値的に回復及び実現することを目的とし、被害者に一定のリスクを負担させる形での損害賠償額の算定枠組が受け入れられる。こうした解決は、ある者がリスクのある投資や金融取引に誘導された場面との対比でいえば、取引の内容や当事者の属性の相違に起因して、どのように取引するか自己決定権や財産権が保護されるべき権利として指定されていないという点で異なることを除けば、ほぼ共通している。

確かに、本稿及び前稿での検討を通じて明らかにされた純粋経済損失の算定基準は、現在の実定法の全てに関する説明になるものではない。しかし、事案に応じて権利又は利益を複合的に構想し、その価値的な回復及び実現という視角から純粋経済損失の額を算定していく方向性は、少なくとも実定法の中にその端緒を見出すことはできる。加えて、この見方は、権利保障を起点に据えた不法行為法の構想に適合するだけでなく、自己決定権の価値的な保障を多元的に実施することができるという点で、現代における人の多様性への応接にも繋がる。

損害賠償額の算定基準という検討課題との関連では、純粋経済損失というカテゴリ化はそれほど大きな意味を持たない。しかし、このカテゴリ化は、人的又は物的な被害が存在しない分、その算定を適切に実施するために、価値的な回復及び実現の対象である権利又は利益の中身を強く意識させる契機になる。本稿と前稿で設定した各類型に含まれるものの取り上げなかった事例及び取引以外の場面でも、想定される権利の価値的な回復及び実現という視角から純粋経済損失の算定基準を探究することは有益である。これらの個別問題の検討を積み重ねるとともに、本稿及び前稿で扱った場面についてより精緻な解釈論を展開すること、その成果を不法行為法及び人の法の一般理論へと還元することが次の課題になる。

【付記】本稿は、科学研究費補助金・基盤研究C「現代における「人の法」の構想」（課題番号20K01388）の研究成果の一部である。

（しらいし・ともゆき 筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）

動産質における占有移転の意義

直 井 義 典

はじめに

第1章 2006年改正前の状況

第2章 2006年改正後の状況

第3章 わが国への示唆

はじめに

(1) 質権の総則規定である民法342条は、質権の内容として質権者への質物の占有移転を定め、344条は引渡しを質権の効力要件とする。そして、動産質において占有は第三者対抗要件でもある(352条)。質権者が占有を奪われた場合は占有回収の訴えにより質物を回復することができ(353条)、占有権は消滅しなかったものとして扱われる(203条ただし書き)。それゆえ、質権者は対抗要件を具備し続けたこととなる。

このように、動産質においては、占有は質権の成立要件としてのみならず対抗要件としての役割を十分に果たしているものと言える。

これに対し不動産質の場合、引渡しは効力要件であるとともに、登記が対抗要件となる(361条・177条・不登法3条6号)。引渡しと登記の関係はいかなるものなのか。動産質の場合とは異なり、不動産質については占有回復に関する規定がない(353条参照)ことから、不動産質権者が占有を奪われた場合の質権の効力がいかなるものであるかは明確ではない。対抗要件は具備されているのだから、一旦成立した以上は質権の効力に影響がないようにも思える。しかしそれならば、なぜ引渡しを効力要件としなければならないのかという疑問

が残る。

権利質の場合は引渡しが観念化されており、証書の交付を債権譲渡の効力要件とする債権について証書の交付を効力要件としていた旧363条ならびに指図債権への裏書を第三者への対抗要件としていた旧365条は平成29年改正によって削除された。改正法は520条の7で520条の2を準用することにより、指図証券の質入れについては、裏書の上で証券を交付することが効力要件とされた。また、株券発行会社の株式を質入れする場合、株券の交付が効力要件とされる（会社法146条2項）。このように、指図証券や株券発行会社の株式質については証券の占有が意義を有しているものの、権利質一般についてそのように評価できるものではない。さらに、電子記録債権も質入れが可能とされている（電子記録債権法36条1項）が、そこでは民法344条が準用されておらず（電子記録債権法36条3項）、債権の引渡しは観念的にも想定されていない。

質権の総則において質物の引渡しが質権の効力要件とされているにも拘らず、実際には占有移転は動産質においてのみ重要な意義を有するものと考えられる。

(2) これに対して動産譲渡担保においては、占有移転は効力要件とはならない。そのため、動産質において占有移転を効力要件・対抗要件として要求するのはどのような意義があるのか。譲渡担保を認めるのであれば、質権との併存を認める必要はあるのか。現に、占有移転を要求する質権の使い勝手の悪さはすでに指摘されているところである。使い勝手の悪い占有移転型担保である質権を制度として維持しておく必要はあるのか¹⁾。このような疑問が生じる。

(3) そこで本稿では、動産質に焦点を当てて、そこにおいて占有移転が有する意義について検討することを通じて、動産の占有非移転型質権について民法典で規定を置く場合の指針を示すこととする。

フランスでは2006年の担保法改正において、民法典に占有非移転型の有体

1) 「動産・債権を中心とした担保法制に関する研究会報告書」(別冊 NBL177号)(商事法務・令和3年)29頁も、動産を目的とする非占有型の担保に関して、どのような規律が妥当かを検討する必要性を指摘する。

動産質権に関する規定が挿入されている。そこでフランス法を参照することが動産質における占有移転の意義を明らかにするのに有用であると考えられる。

以下、第1章では、2006年改正以前に動産質において占有が有していた意義ならびにそこで考えられていた占有の内容について、第2章では、2006年に導入された占有非移転型質権が占有移転型質権と対比してどのような特徴を有するのかについて、それぞれ明らかにする。そして第3章では、前章までで得られた知見に基づいてわが国への示唆を得ることとする。

なおフランスでは動産には有体動産のみならず無体動産も含まれ（フランス民法529条）、後述するように2006年改正において有体動産質と無体動産質とが別個の規律を受けることとなったが、本稿では動産としては有体動産のみを念頭に置くこととする。

第1章 2006年改正前の状況

本章では、まず動産質に関する2006年以前の法規定を概観した後、占有移転の意義、機能、意味内容について順に考察を加え、最後に占有移転型質権について指摘されていた問題点をみていくこととする。

(1) 2006年改正以前のフランス民法典では質権の総称として *nantissement* が用いられており、その下で動産質である *gage* と不動産質である *antichrèse* に分類されていた²⁾。質権の総論である旧2071条³⁾では質権は質物を「引き渡す契約」であるとされており、民法典では占有移転型質権のみが規定されていた。そしてその例外として⁴⁾特別法で営業財産・ホテル等についてのワラント

2) 民法典上、*nantissement* は *gage* と *antichrèse* を包摂する占有移転型物的担保一般の名称である。ところが民法典制定後に営業財産質等が認められて占有非移転型質権をも含むこととなったために混乱を招いたとされる（D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du credit*, 13^e éd., 2019, n°428.）。

3) 旧2071条「質は、債務者が負債の担保として、ある物を自己の債務者に引き渡す契約である。」

2006年改正以前の民法典の訳は、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典——物権・債権関係——』（法務資料第441号・昭和57年）によった。

や自動車について占有非移転型質権が認められていた⁵⁾。

(2) 旧2076条は「すべての場合において、先取権は、質物を債権者の占有又は当事者間で合意される第三者の占有のもとに置き、かつ、そこにとどめる限りでなければ、質物の上に存続しない。」と定める。この占有移転の意義については議論があった。

判例・通説が占有移転を質権の効力要件と解する、すなわち、質権設定契約を要物契約と解するのに対し、一部の学説が占有移転は対抗要件にすぎないと解していたのである。この対立は、次の2点において意義を有する。第1に、違反に対する制裁、すなわち質権設定契約は締結されたものの質物の占有移転がない場合に、質権は無効なのかそれとも対抗不能であるに止まるのかという問題である。当事者間で質権設定の合意が成立した後に占有移転が拒絶された

4) Aynès=Crocq, Droit des sûretés, 13^eéd., 2019, n°500 ; H. et L. Mazeaud=J. Mazeaud=F. Chabas, Sûretés, publicité foncière, 7^eéd., par Y. Picod, 1999, n°69.

5) もっとも、判例（Cass. civ., 22 avr. 1918, D.1919.1.33.）はワラントが担保目的物の法的表象であり現実の占有と同等の占有を与えるものと解していた。

ワラント以外の債権質についても、旧2075条は、債権譲渡の対抗要件を定める旧1690条と同様に、適法に登録された公署証書又は私署証書が債務者に対して送達されるか、質入債権の債務者が公署証書で質入れを受諾することを、債権質の対抗要件とする。この形式を履むことによって、質入債権の債務者が設定者たる債権者に有効に弁済することができなくなることから、債権者への占有移転と同等とされる。また、旧1690条は *saisi* という文言を用いているが、*saisi* とは占有に置くことと同意味と解される。このように、無体の権利については物質的に掌握することは不可能であるが、この権利上に設定者が有していた権限を債権者に移転するには質入債権の債務者による設定者への弁済を禁じるという方法によっており、これが占有と同視されている（Aynès=Crocq, n°527 et p.315 note19.）。また、判例では、債権質権者への占有移転の方法として証書の引渡しを定めていた。質権者が弁済受領の委託を受けていれば、弁済期日になると証書によって質権者は弁済を受けることとなる。質権者に証書が引き渡されることによって、設定者は弁済を受けることも、新たに質入れすることもできなくなる。ただし、判例は証書の引渡ししが不可能な場合にはこの要件を満たさなくてよいとしていた（Cass. civ1, 10 mai 1983, B. I. n°141.）（Aynès=Crocq, op.cit., n°528.）。

以上のように、債権質においても質権から占有要件を完全に切り離したわけではなく、抽象的ながら占有要件を維持していたのである。

場合、前者の見解によれば効果は損害賠償に止まることから他の債権者と按分での救済となるのに対し、後者の見解によれば質権の成立が認められ強制執行が可能となる⁶⁾。第2に、占有移転のない質権を認めるかという問題である。例えば、質権の目的が無体物で占有を移転することが不可能な場合⁷⁾や、占有移転を受けても債権者にはその物の用途がない一方で占有を移転してしまうと債務者が弁済の原資を得られなくなる財のように占有移転が不適切な場合に問題となる⁸⁾。これは占有の移転を質権の本質的要素と解すべきかとも言い換えられる。

判例・通説は、ローマ法の沿革に依拠し、質権の元々の目的は債権者に留置権を与えることにあり⁹⁾、競売代金からの優先弁済効はその後に現れたものであることを理由とする¹⁰⁾。また、質権を設定するとの契約からは債権しか生じず、質権という物権までは生じるものではないとの理由を挙げる論者も見られる^{11,12)}。

Cass. civ., 18 mai 1898, S.98.1433 は、占有の移転がないことを理由に債務者が質権の無効を主張した事案について、質物の占有が移転されていなくても当事者間では有効とした原判決を破毀して次のように判示する。「質権設定契約は要物契約であり、質物が債権者又は第三者に占有移転されることはこの契約の本質である。この要件の遵守は、債権者が債務者に対して契約の効果を主張

6) M. -N. Jobard-Bachelier, *Exist-t-il encore des contrats réels en droit français ? ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif*, RTDciv 1985, p.1, n°45. ジョバル＝バシュリエは後者の見解に立つと質権者に優先権が与えられるとするが、第三者対抗力がないわけであるから善意の第三者との関係では按分弁済となるはずであり、結論的には両者の見解に大きな相違は生じないこととなる。

7) 債権質については、既述の通り、占有移転要件は目的債権の債務者に対する通知で足りる。

8) L. Aynès, *Sûretés, publicité foncière*, 9^eéd., 1998, n°506.

9) なお、民法典の制定過程においても「債務者から債権者への質物の移転は契約の本質である」との説明が見られた (P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t.15, 1827, p.214.)。

10) Aynès, *op.cit.*, n°500.

するためには、当事者間で必要とされる。」¹³⁾。

Cass. civ., 21 mars 1938, D.H.1938.257 は、質物の占有移転は契約締結と同時になくてもよく、占有が移転されたときに質権が成立するものとする。

Cass. com., 12 nov. 1958, B. III. n°387, arrêt n°1 は、質権成立のためには第三者との関係で占有移転が必要とし、Cass. com., 12 nov. 1958, B. III. n°387, arrêt

11) Jobard-Bachelier, op.cit., n°45 は、無償の消費貸借と並んで質権設定契約には弱い効力しか認められないとしていた。Jobard-Bachelier, op.cit., n°80 ; Aynès = Crocq, op.cit., n°507 も参照。

さらに M. -N. Jobard-Bachelier, op.cit., n°48 は、要物契約を当事者意思に基づくものと法律の効果によるものとに分類する。前者の例は、売買契約において引渡日が契約締結よりも後に設定されているような場合であるが、ここでは契約の効力発生が延期されているのみであって強制執行が可能であることに疑いはない。これに対して後者の場合、引渡し of 欠缺により物権契約の成立そのものが妨げられるとされる。ジョーバル＝バシュリエは明言はしていないものの、質権設定契約を後者の一例と解する。

12) 対抗要件説に立つ Mazeaud = Mazeaud = Chabas, op.cit., n°66 も、条文の解釈としては、要物契約性が認められるとする。

13) Note par Ch. Lyon-Caen, S.1898.1.433 は本判決の結論に反対するものの、占有移転を対抗要件に過ぎないとする原判決の理由付けにも反対する。リヨン＝カーンは、以下のように主張する。占有移転は、①債務者が自己の手許にある質物を処分するのを回避するという第三者の利益のためにする公示条件であると同時に、②質権契約存在のための本質的要件である。①のみが占有移転の理由だとすると、第三者のみがこの要件の不遵守を主張できることになり、これが原判決の考え方であるが、占有移転を①の観点からのみ見ており質権設定契約が要物契約であることを忘れて点あまりに単純に考えすぎである。破産院は占有移転を効力要件とする点は正しいものの、結論は誤っている。物の代金を按分で弁済すべく債務者に債権者による占有の欠缺を主張させるのは法の一般原則に反する。質権設定契約によって、債権者には主たる義務として主債務の消滅後に質物を返還する義務が生じる。債権者への占有移転がなければ、受け取っていないものを返還することを義務付けられないのだから、質権契約は存在しない。しかしだからといって、債務者は占有移転の欠缺を持ち出せるわけではない。ローマ法と異なりフランス法では合意のみで義務が生じる。動産を債権者のために充当するという債務者による合意は、それだけでは質権を成立させるものではないが義務を生じさせるものである。債務者は債権者に対する義務を履行していないことから、損害賠償を義務付けられる。

このようにリヨン＝カーンは要物契約性を認めつつも、契約の拘束力によって質権設定者の損害賠償責任を認める見解に立つ。

n°2は、債務者の遺産管理者が占有移転がないことを理由に質権の無効を主張した事案につき、当事者間でも占有移転が必要とする。いずれの判決も、倉庫内のワインを質入れしており、設定者が処分可能で質権の目的となったワインの量や種類を示すラベルがなく、倉庫の鍵は執行官にあった事案で、質物の占有移転がなかったと判断した¹⁴⁾。

Cass. civ1, 6 janv. 1994, B. I. n°4は、グループ保険証書の清算価値を質入れするとの私署証書は、旧2075条の要件を満たさなければ、質権設定の約定であるにすぎず、これだけで質権が成立するものではないとする。

このように判例は一貫して占有移転を質権の効力要件と解する。

これに対して、占有移転は対抗要件に過ぎないとの有力な批判が一部の論者からなされた。

マゾーらは、次のように批判する。第1に、通説は占有移転を効力要件とすることによって、設定者による質物の不当処分などによる質権の消滅が回避されると言うが、債権者の方が債務者よりも優越的な地位にあるのだから、当事者の合意に委ねてよい。立法者が介入して強者を弱者から保護するのは称賛されるべきことではない。第2に、通説によれば債務者から動産の占有を奪うことがこの物について取引をする第三者に注意を促すための唯一のしるしであるとされるが、第三者の権利を保護するためには、占有移転がない限り質権の効果を第三者に対抗できないとすれば十分であり、当事者間でも質権を無効とする必要はない¹⁵⁾。

要物契約という概念¹⁶⁾に対する敵対視や、民法典の外での占有非移転型質権の発展もこうした見解を支持する根拠となる。

14) なお、4か所の倉庫のワインが質物とされていたものの、原判決は3か所のみで質物の量を満たしているとして3か所についてののみ検討したが、この点については上告がなされたものの破毀院は問題がないとした。

15) Mazeaud = Mazeaud = Chabas, op.cit., n°66. G. Marty = P. Raynaud = Ph. Jestaz, Les sûretés, La publicité foncière, 2^eéd., 1987, n°79bis も同様。

16) 要物契約概念の存在意義について検討する論考として、Jobard-Bachelier, op.cit.

このように反対説も有力ではあるが、判例・通説といえども質権設定契約には全く効力がないとしているわけではなく、設定者が目的物を引き渡さない場合には損害賠償責任を認めており目的物の引渡しは質権の効力発生要件と解していること、占有移転を対抗要件と解しても善意の第三者には対抗できない以上実際にはほとんど結論に差異が生じないであろうことからすると、あえて確立した判例法理を否定するほどの理由はない。

(3) それでは、質権における占有移転にはいかなる機能が認められるのだろうか¹⁷⁾。

カブリラックらは、以下の3つの機能を挙げる¹⁸⁾。第1は、事前の保全差押え機能である。質権者に質物の占有があることによって、設定者による質物の隠匿や加工ができなくなり、さらに第三取得者による即時取得も生じないようになることで、債権者に権利を確実に行使できような保証が与えられる。第2は公示機能である。そして第3は、質物を特定する機能であり¹⁹⁾、種類物売買における引渡しと同じ作用をすると説明される。

エネス＝クロックは、以下の4つの機能を挙げる²⁰⁾。第1は、占有移転によって、設定者による質権侵害から質権者を保護する機能である。第2は、設定者の一般債権者や質物の特定承継人などの第三者に質権者が有する先取権を対抗させる機能である。第3は、抵当権の特定性原則と同様に、未分化の物全体に課される一般質権の成立を否定することで、設定者とその債権者を保護する機能である。これらはいずれもカブリラックらの挙げる機能である。

エネス＝クロックの議論の特徴は、これら3つの機能は他の手段によっても

17) 以下、2006年改正後の論考も含まれているが、占有移転の機能に関する理解に変化がないことによる。

18) M. Cabrillac = Ch. Mouly = S. Cabrillac = Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 10^e éd., 2015, n°757.

19) この機能に関連して、Ch. Albiges, *La place du gage sans dépossession au sein des sûretés réelles mobilières*, in N. Borga = O. Gout, *L'attractivité du droit français des sûretés réelles*, 2016, p.117, n°7は、代替物上の質権が規定されていなかったのは質権の設定が目的物の占有移転を本質としていたことによるものとする。

20) Aynès = Crocq, *op.cit.*, n°507.

果たしうるものであることから、占有移転型の動産質権の存在を正当化するものとは言えないとする点にある。すなわち、第1・第2の機能については、登記などの公示手段によっても果たしうるとされる²¹⁾。確かに、設定者が質物を処分しようとしても、質権の公示がなされ、それによって質権が第三者に対抗可能とされているのであれば、質物処分によって質権が害されることはない。エネス＝クロックも指摘するように、これはまさに占有非移転型質権の対抗力そのものであり、占有移転型質権を正当化するには足りない。また、第3の機能は、設定行為において質権の目的動産を明記する義務（旧2074条）を課すことによっても果たしうる、というのである。

そこでエネス＝クロックは、占有移転が質権の効力要件であることを正当化しうる唯一の理由として、第4の機能を挙げる。それは、現実には設定者の下から占有が奪われることで、設定者自身が質権設定行為の重要性を認識するという意味での設定者保護機能である^{22,23)}。

以上が占有移転の機能であるが、反対に占有を移転しないことの効果について触れておく。これは抵当権において設定者が占有を保持することの効果として現れる。具体的には以下の3つの効果が指摘される。第1に、第三者に対抗可能とするために、担保は公示される。第2に、債権者は留置権を有しない。第3に、目的物について裁判による付与が認められない（旧2078条1項）。

(4) それでは、いかなる場合に質物の占有移転があると評価されるのか。

旧2076条の引渡しは、債権者による目的物の物理的な把握以外の方法によることもできるが、債権者による占有は、その目的物が債務者の自由にできる

21) ただし、Aynès=Crocq, op.cit., n°507は、登録された動産または場所を固定された動産はともかく、通常の有体動産については同定が困難であり場所を固定することも困難であるから、公示は困難であるとしている。

22) O.Salvat, note sur Cass. com., 7 juill. 1998, JCP G. 1998. II. 10206, n°11はこの機能を注目すべきものとする。

23) もっとも、エネス＝クロックはこの第4の機能を合意による抵当権設定において要求される様式の同等物であるとしており、そうだとすれば結局この機能も占有移転の独自の機能ではないのではないかとの疑念が生じる。

財産ではないことを第三者に知らせるだけの十分な周知性を要するというのが判例である²⁴⁾。

例えば、Cass. req., 29 déc. 1875, D.1876.1.219 は、蒸気船の質入れについて、従前と同様の用法のまま新聞2紙に広告を出したのみでは引渡しがないとした原判決を是認した。

Cass. com., 7 juill. 1998, JCP G, 98. II. 10206 は、新酒のワインを買主が売主の下に留めておいたとしても、買主が質権を設定するものと理解していたことを示すものではない。買主が引き取らなかったという事実だけでは、担保に供する意思とするには不十分であるとする。

また判例は、質権者による占有は継続的なものでなければならないとする²⁵⁾。しかし、質権の目的物が必要な処理をするために債務者に対して一時的に返還された場合は、質権は消滅しない。

Cass. civ., 25 nov. 1891, D.1892.1.505 は、購入した石油を質物とした場合で、売却のために海事証書を設定者に一時的に引き渡したケースで質権の存続を認めた。

Cass. req., 11 avr. 1933, Gaz. Pal., 1933.2.172 は、粃を質権の目的物として倉庫に保管していたが、質権者と設定者の口頭の合意によって粃摺りによって米とした後に再度倉庫に戻された事案について、加工者は質権者の計算でのみ所持しているに過ぎないことを理由とした原判決の結論を是認し、加工後であっても質権者に占有があるものとした^{26, 27)}。

さらに、質物の保管場所を設定者が質権者又は第三者に賃貸することによっ

24) Cass. req., 29 déc. 1875, D.1876.1.219 ; Cass. req., 11 fév. 1885, S.1886.1.117 ; Cass. req., 28 mai 1910, S.1910.1.488. Mazeau = Mazeau = Chabas, op.cit., n°68 は、実効性・明確性・周知性を要求し、本質的要素は質権の存在を第三者に十分に知らせることのできる外観であるとする。Aynès = Crocq, op.cit., n°508 は占有移転が現実の、明白な、不明確でないものであることを要求する。

25) Cass. civ., 9 avr. 1894, D.1894.1.409.

26) ただし、Note anonyme. Gaz. Pal., 1933.2.173 の指摘するように、本件では真の意味での「加工」はない。

でも引渡しが認められ得る²⁸⁾。ただし、賃借人に鍵を引き渡し、プラカード・張り紙などによる質権の設定の事実及び賃借人の明示が要求される。なぜなら、単に賃貸がなされるだけでは設定者から質物の処分権限を奪ったことにならず、質権を公示する効果もないからである^{29,30)}。

引渡しの有無の判断は事実審の専権であり、引渡しが存在を認めた事例³¹⁾と認めなかった事例³²⁾とがある³³⁾。

(5) 占有質については、占有を移転することからその使い勝手の悪さが指摘されてきた。具体的には、設定者が動産の使用を継続できないこと、質権者に質物の保管・保存義務が生じること、他の債権者のために後順位の質権を設定できないために質物の有する経済的価値の最大限までの信用供与が得られな

27) M. Planiol = G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.12, 1927, n°89, p.87 et s は、本判決の結論とは異なり、加工のために質権者が一時的に所持を放棄した場合には、物的代位は例外的にしか認められないものであるために、質権の効力は加工物に及ばないことを理由として、質権の効力を否定する。

28) 2017年に公表されたアンリ・カピタン協会の作業グループ案では2337条2項に以下の第2文を付け加えることが提案されている。「第三者の下での占有は、第三者が設定者の義務を尊重して実効的な保管と監視を保証する限り、物を移動させなくても認められる。」

アンリ・カピタン協会の作業グループ案に対するユーロプラスによるコメントでは、「実効的な保管」の部分で「コントロール」に置き換えることが提案されている。その根拠としては、「実効的な保管」概念に依拠するのは、外観と継続性という他の占有における基準とは合致しない点で、適切ではないからとする。また、Cass. com., 8 avr. 2015, n°14-13.787に見られるように、破産院は移転なき第三者保管型質権に対して厳格に過ぎることから、その緩和を図るこの案の方向性は歓迎されるとする。

29) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°767.

30) 2006年改正後の判例であるが、Cass. com., 23 sept. 2014, n°12-26.203は、設定者が倉庫の賃借人であり、賃貸借契約で転貸禁止とされている場合には、第三者への付託による質権設定は賃借人による差押えに対抗できないものとする。

31) Cass. civ., 25 nov. 1891, D.1892.1.505. 設定者が買い入れた石油の質入れにおいて、設定者の所有する場所に貯蔵されたが、この場所は質権設定契約で合意された第三者に賃貸され、鍵もこの第三者に引き渡されていた事例である。

32) Cass. req., 28 mai 1910, S.1910.1.488. 7,000トンの木材を工場に隣接する囲いの中に置き、その囲いの鍵を債権者に引渡し、工場と木材搬出用のレールでつながっている状況では占有移転はないと評価した原判決を認容した。

いこと³⁴⁾、将来物・代替物への質権設定ができないこと、である。

これらの問題点を解決すべく、特別法において占有非移転型質権が導入されたが、特殊な質権が多数存在すること自体が問題であるとされた³⁵⁾。

ただし、質権者自身ではなく第三者に占有を移転することで、これらの問題

33) 不動産質においては、債権者が質権の目的不動産を設定者に賃貸することが認められる (antichrèse-bail)。これは債務者からの占有奪取による物の用益の奪取、ならびに、債権者の管理費用負担といった不都合を避けることを目的とする。

不動産質権は不動産価値に見合った与信を十分に受けられないことから従前はあまり用いられていなかったが、1985年1月25日の法律によって抵当権の効力が弱体化されたのを機に用いられるようになった。そこで、前記の不都合を回避するために antichrèse-bail が開発されたのである (N. Rontchevsky, note sur Cass. civ.3, 18 déc. 2002, Banque & Droit, n°88, 2003, p.55.)。これが有効であることは、2006年改正によって2390条で認められる以前から判例で認められていた。

Cass. civ.3, 18 déc. 2002, B. III. n°261 は、質物であるホテル敷地を債務者に使用させ続けていたが、占有の対価を債務者が支払うのを止めた後も占有を質権者の下に置くような行為に着手しなかったことをもって、設定者からの占有奪取という要件が充たされなくなったとした原判決を、設定者は不動産質権者の計算で占有を継続しているとして、破毀したものである。破毀院は、債務者からの占有移転は純粹に法的なものであってよく公示によることができるとし、賃料の支払が停止されても法的な占有奪取は消滅しないとした。

学説の多くも従前から antichrèse-bail に好意的である。その理由は、例えば次のように説明される。不動産質権者は不動産を第三者に占有させることができる。不動産が質権設定前に第三者に賃貸されていた場合がそうであるし、質権設定後であっても可能である。賃借人は不動産質権者の計算で所持する単なる所持者である。同様に、特に不動産質権が複数の質権者のために設定されている場合には、「適当な第三者」に占有させることもできる。債権者が個人的に収益することは必要ではない。このように物的な所持のない法的な移転を認めるのであるから、質物を債務者自身に貸してはならないということはない (Avis de M. Olivier Guérin, JCP G. 2003. II. 10024, p.297.)。また、不動産質権者が自らの法的占有を保持する意思を示すための行為をしていないとして質権を無効とすると、債務者は賃料を支払わなければならず不動産質権も消滅することで、債務者が債権者に対して優位に立つという奇妙なこととなる。不動産質権者が管理を怠ったからといって、不動産質権者としての占有の性質を変化させるものではなく、担保は消滅しない (Guérin, op. cit., p.298.)、というのである。

34) 占有非移転型質権導入の目的は、特定性原則を緩和することで、質権によって担保された信用の供与を促し、経済を活性化することにあったとする Albiges, op. cit., n°10 はこの問題点を裏側から説明するものである。Legeais, op. cit., n°484 et s も同様。

点のうちのいくつかは解決される³⁶⁾。質権者が質物の保管・保存義務を負う点については、第三者がこれらの義務を負うことになる一方、設定者が質物を不当に処分するリスクも負わなくて済む³⁷⁾。また、第三者が質物を占有することで同一物を複数の質権者のために質入れすることが可能となり、質物の有する経済的価値のすべてについて信用を得られるようになる。

しかし、第三者が無償で質物を占有することは考え難く、費用が掛かるのが難点である³⁸⁾。

第2章 2006年改正後の状況^{39), 40)}

本章では、まず動産質に関する2006年改正の内容を概観した後、占有移転型質権と占有非移転型質権との効果の差異を明らかにする。そして最後に、占有移転型質権と占有非移転型質権とを併存させた理由について論じる。

(1) 2006年の担保法改正により、質権は有体動産質である *gage*、無体動産質である *nantissement*、不動産質である *antichrèse* に整理された。有体動産質と無体動産質に別個の名称を付与した点が注目される。

また、本稿との関係で最も重要なのは、有体動産質の一種として占有非移転型質権を認めた点である。もっとも、この点については、占有非移転型質権を

35) Legeais, op. cit., n°455.

36) Aynès=Crocq, op. cit., n°508 ; L. Andreu, Gage avec dépossession contre gage sans dépossession, D.2012.1763.

37) 他方で、設定者も質権者による不当処分のリスクを負わなくて済む。

38) Aynès=Crocq, op. cit., n°510.

39) 2006年改正後のフランス動産質法制については、白石大「フランスにおける動産・債権担保法制の現在」比較法学（早稲田大学）46巻2号（平成24年）53頁以下、同「フランスの動産・債権担保制度」池田真朗＝中島弘雅＝森田修編『動産債権担保』（商事法務・平成27年）171頁以下。本稿では占有移転型質権と占有非移転型質権の効果の相違にのみ着目していることから、それ以外の効果についてはこれらの論考を参照されたい。

40) 2021年9月15日の担保法改正に関するオルドナンス2021-1192号によって、自動車質に関する特別規定が廃止されるなど有体動産質に関する規定も一部が改正されている。本稿では、このオルドナンスによる改正は必要に応じて註で言及するにとどめる。

認めた特別法が従前からあったため、改革は見かけだけのものであるとの評価も見られるところである⁴¹⁾。

占有非移転型質権が認められたことから、有体動産質を定義する2333条1項も優先効に着目した規定ぶりとなっている。有体動産質の効力要件は、書面の作成とされている（2336条）。そして質物の占有移転は効力要件ではなく、公示とならんで対抗要件の1つとなった（2337条1項・2項⁴²⁾）。この点は、占有移転を効力要件としていた改正前の判例・通説の考え方からの大きな変化である。占有非移転型質権は、コンセイユ・デタのデクレによって定められる特別の登録簿への登録によって公示される（2338条）。

その後2008年改正により、占有非移転型質権に擬制留置権⁴³⁾が付与された（2286条1項4号）。

さらに2009年改正により、不動産質の名称が *antichrèse* から *gage immobilier* に変更された（2387条）。

この名称変更は、学説では極めて評価が低い。

クロックは、この変更によって用語が明確になったとも言えず、担保法の発展を無視するものである。2006年の立法者が担保の種類ごとに呼称を与えたのに *gage* としたのは混乱を招く、とする⁴⁴⁾。

また、カブリラックらは、2009年改正では、*gage* は「不動産に関しては」占有移転という担保化の方法によって特徴づけられるものであり、目的物の性質によるのではないことが示唆されている。これは、2006年の改正が有体動産か否かという区分を取ったことと矛盾している、とする⁴⁵⁾。

41) Legeais, op.cit., n°481.

42) なお、2022年1月1日に施行される2337条2項では、船荷証券等の目的財産を表象する証書の引渡しも、質物の占有移転と並んで対抗要件とされる。

43) 擬制留置権については、下村信江「フランス法における留置権の効力に関する一考察」道垣内博人ほか編『社会の発展と民法学 上巻』（成文堂・平成31年）456頁以下。

44) P. Crocq, Des chrysanthèmes pour l'antichrèse?, *Revue Lamy droit civil*, n°55, 2008, p.65, n°2.

45) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op. cit., n°588.

両者とも2006年改正によって、有体動産・無体動産・不動産の担保についてそれぞれ別個の名称を付与したにもかかわらず、有体動産質に用いられたgageという文言を不動産質に用いた点を、混乱を招くものとして批判している。

占有移転の有無によって用語を変えるべきかについては両者の見解は明確ではないが、別の名称を付与すべきとの見解が見られる。

ルジェは、占有非移転型質権を指すのにgageという文言を維持したのは遺憾である。占有移転の有無によって根本的に異なっているからである。立法者は担保目的物に着目して分類基準としている。しかし、占有非移転型質権は占有移転型質権よりも抵当権に近いものである、とする⁴⁶⁾。

それでは、占有非移転型質権と占有移転型質権は、性質上も2つの別の担保なのか。この点につきアンドルーは、次の4つの理由から1つの担保であると解すべきであるという⁴⁷⁾。第1に、当事者は、設定時に第三者に質権を対抗する方法を選択することを求められておらず、途中で対抗の方法を変えることもできる。第2に、債権者が質物を占有している場合に質権を公示することは妨げられない。これによって債権者は公示によって得られる利点（例えば商法L.622-24条）を享受できる。第3に、質権に関する民法の規定は、対抗要件がいかなるものであるかに関わりのない単一のルールに従うものとして規定されている。第4に、2006年改正当時は、2286条1項1号により占有移転型質権者にのみ留置権が認められたことで、一定の条件下では留置権が無効化される（2340条2項参照）ものの、占有非移転型質権者よりも優位になっていた。ところが、2008年に占有非移転型質権者に擬制留置権が認められ、こうした占有非移転型質権の利用を抑止するような差異は消滅している。

後述するように擬制留置権の効力は占有移転型質権者に与えられる留置権のそれよりも弱いものであることから、第4の理由付けに関しては疑問もあるも

46) Legeais, op. cit., n°481.

47) Andreu, op. cit., p.1761.

の、他の理由付けはいずれも説得力があり、有体動産質という1つの担保類型として把握すべきである。

(2) それでは、占有移転型質権と占有非移転型質権とで効力に差異はないのか。以下のいくつかの差異が見いだされる。

第1は、質権処分の相手方保護に関する。

質権設定後に設定者が質物を第三者に不当に処分した場合について、2337条3項は、「有体動産質権が適式に公示された場合には、設定者の特定承継人は2276条を援用することはできない。」⁴⁸⁾とする。

ここでは、質権者からの直接の取得者については即時取得の成立が排除されている。しかし、転得者については即時取得が認められている⁴⁹⁾。

これに対して占有移転型質権の場合は質権者のもとに質物の占有があるわけであるから、仮に設定者が不当処分をしても処分の相手方は目的物の占有を取得することができない⁵⁰⁾ために、即時取得の成立する余地はない。2337条3項は設定者からの直接の取得者について即時取得を排除することによって⁵¹⁾占有移転型質権の場合と同等の保護を質権者に付与しようとしたものと考えられるが、前述のように転得者による即時取得が排除されていないことから、この点

48) 2006年改正法の翻訳は、平野裕之・片山直也訳「フランス担保法改正オールドナンス（担保に関する2006年3月23日のオールドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号163頁（平成19年）を参照した。

49) この点については、2337条3項が *les ayants cause à titre particulier* という複数形の表現を取っていることから、転得者も含みうるのではないかとの疑問もある（R. Boffa, *L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession*, D.2007.1161 et s, n°5.）。しかし、公示が物によっては検索できないことから、転得者や無権利者からの取得者に対しては、公示が機能しない、として転得者は含まないとの結論に至る（Boffa, *op. cit.*, n°21.）。

50) 現実の占有がない点とならんで、占有非移転型質権においては密行性がない点も指摘されており（Andreu, *op. cit.*, p.1762.）、これも即時取得を妨げる要因となる。すなわち、占有移転型質権ではインターネット上で無償での公開という形での公示がなされないことから、債務の存在や動産を担保に供したことを第三者に知られないで済むという点で密行性があるというのである。そして、質権設定を知られることは多くの設定者の回避したいところであるとして、占有移転型質権の優位を説く。

で占有非移転型質権の方が効力が弱いとの評価を受けることとなる^{52,53)}。

また、占有非移転型質権の目的物については即時取得が認められないことから、動産を取得する際には、当該動産が占有非移転型質権の目的とされていないことを常に確認しなければならない、このことは有体動産取引を阻害することになるとの批判もある⁵⁴⁾。特に、占有非移転型質権の公示は物によって検索するシステムとなっておらず⁵⁵⁾、設定者の氏名によって検索するものとされていることから、確認をするについても非常な困難を来すことが想定される。

それでは、質権が設定されたものの質物が実は設定者の所有物ではなく他人

51) 2337条3項が即時取得に関する2276条を援用したことについては、2276条は前主が無権利であることを即時取得の成立要件とするのであり、設定者の権利の特定承継人に適用されることを想定したものではない。占有非移転型質権の設定者は質物の処分権限を有しているのだから、即時取得によるまでもなく所有権や後順位の質権を取得できる。前主が所有者ではないことを知らなかったが公示により担保を知りえた占有者については、担保を対抗できる。すなわち、2279条と担保の対抗力は峻別されなければならないのである、との批判がある。(Boffa, op. cit., n°4, 10, 11 et 19.)

しかし、前主は質権の負担付でしか質物を処分できないと考えれば、質権の負担なしに質物を即時取得する可能性は認められるのではないかの疑問がある。

52) J. -J. Ansault, L'efficacité du gage sans dépossession, in N. Borge = O. Gout, L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 2016, p.101, n°6.

53) なお、A. Hontebeyrie, Le gage et le nantissement, in Y. Blandin = V. Mazeaud (dir.), Quelle réforme pour le droit des sûretés?, 2019, p.21, n°12は、2337条3項は3つの側面から修正されるべきとする。第1に、問題となる権利承継人が公示後に物について権利を取得した者に限定されていないことである。質権契約締結後だが公示前に現れた善意の第三者は即時取得ができない。しかしこれは条文の意図するところではない。第2に、転得者への適用問題である。転得者は質権の存在を知りうる手段を持たない。しかし2337条3項は転得者への適用可能性を明確には排除していない。同項がles ayants causeとしているのも、連続的な取得者の存在を示唆する。第3に、同項は営業活動の場合を除いては適用すべきでない。

54) Boffa, op. cit., n°4, Aynès = Crocq, op. cit., n°509.

55) 動産の所在を固定することができないこと、占有非移転型質権の目的となりうる動産が多様多様なものであることによる (Boffa, op. cit., n°25.)。ボッフアは、占有非移転型質権の目的動産を一般化した点を批判し、占有非移転が設定者にとって必要な物に限定するのが賢明であったと考えられる、とする (Boffa, op. cit., n°25.)。

物であった場合はどうか。他人物への質権設定は無効である（2335条）⁵⁶⁾。そして、占有移転型質権の場合にのみ即時取得が成立しうる⁵⁷⁾。占有非移転型質権の場合は、質権者が占有を有しないためである。この点でも、占有移転型質権の方が強い効力を有するものと言える⁵⁸⁾。

第2は、代替可能物の質入れに関わる。

2341条1項は、「①占有移転型質権が代替可能物を対象とする場合には、債権者は、自分に属する物とは分離してその物を保管しなければならない。これに違反した場合には、設定者は、2344条1項の規定を援用することができる。」と定める。

代替可能物に占有移転型質権を設定した場合は、質権者の手元に質権の目的物があり、かつ、同2341条1項によって質権者には分別保管義務が課されるわけであるから、設定者の所有物のうちで質権の目的物となったとそうでない物との区別は明確である。その点で、占有移転型質権の場合は、代替可能物を質物としても、包括担保となる危険が少ないものと言える。

代替可能物である質物が質物保管者の権限内の処分によって特定性を失ったり譲渡されたりした場合に質権者が設定者に何を返還すべきかについては、2341条2項と2342条が定める。占有移転型質権の場合については、2341条2項が、「②合意により債権者がこの義務を免除されている場合には、債権者は質に供された物の所有権を取得し、同等のまた同量の物を返還することを義務付けられる。」と定め、占有非移転型質権の場合については、2342条が、「占

56) 2022年1月1日施行の改正2335条では無効ではなく取消し可能とされる。

57) Andreu, op. cit., p.1762.

58) 第三者所有物について質権を設定することはできないが、所有権留保の目的物であっても占有移転型質権の場合には即時取得によって質権の効力を留保所有権に優先させることができる（代替可能物の質入れ事例であるが、Cass. com., 26 mai 2010, B. IV. n°98. 当事者間の合意で質物を元の質物とは性質・品種の異なるものに差し替えることが認められていた事例であり、熟成中のハムが熟成済みのハムに差し替えられた事案において、熟成済みのハムの売主が有していた留保所有権に質権を優先させたものである）。この点も、占有非移転型質権に比べて優位である。

有非移転型質権が、代替可能物を対象としている場合には、同等の物の同量によって補填することを義務付けつつそれを合意により容認しているときは、設定者はその物を譲渡することができる。」と定める。いずれにおいても、元の質物と同等のまた同種の物を返還しなければならないとされており、この点に差異はない。

占有移転型質権の場合は、質権者の分別保管義務を免除しうるものとされている。混合保管をするばかりでなく質物を処分することができるかは明文がないが、質権者が所有権を取得するのであるから、これも認められる⁵⁹⁾。占有非移転型質権の場合は当事者間の合意がある限りで⁶⁰⁾設定者は質物を譲渡できる。いずれにおいても、当事者間で合意があれば、質物保管者は質物を処分できる。

以上のように、代替可能物の質入れに関しては、包括担保の危険という事実上の問題において差異がありうるととどまる。

第3は、留置権の内容に関わる。

占有移転型質権の場合、占有によって質権者には留置権が認められる（2286条1項1号）。質物の留置権には不可分性が認められ、留置権は第三者に対抗でき、占有非移転型質権の登録が先行するのでもなければ（2340条2項）、他の先取特権者や所有権留保売主による差押えを禁じることができる。

これに対して2006年改正の時点では、質権者が質物を占有していないことから、占有非移転型質権には留置権が認められていなかった。その後、2008年になってようやく擬制留置権が認められた（2286条1項4号）。しかし、擬制留置権には、実現方法が明確ではないこと、擬制留置権によっては質権者に

59) アンリ・カピタン協会の作業グループ案では、2342条を占有移転型質権にも適用することで処分可能性を明確にすることが提案されていた。この提案は、2022年1月1日施行の改正2341条3項によって実現されている。

60) この点について、アンリ・カピタン協会の作業グループ案は、反対合意がない限り質物を譲渡できるとの提案を行っていた。この点は2022年1月1日に施行される改正2342条ならびに前述の改正2341条3項に織り込まれた。

は質物の使用差止権は認められないこと⁶¹⁾という弱点がある。また、商法 L.626-1 条によって事業譲渡がなされる場合を除き、商法 L.622-7 条 I-2 項ならびに L.631-14 条 1 項は、擬制留置権は、観察期間ならびに保護計画、裁判上の更生計画遂行中は、倒産手続に対抗できないとする⁶²⁾。これに対して占有移転型質権の場合には、債務の支払いがあるまでは留置権を対抗できる（商法 L.622-7 条 II 第 2 項）から、擬制留置権の方が効力が弱い⁶³⁾。

第 4 は、権利行使に関わる。

質権者による権利行使に関しては、占有移転型質権の方が以下の 3 点で優位に立つ⁶⁴⁾。第 1 に、質権者は質物の果実を取得し、利息・元本に充当できる（2345 条）。第 2 に、判例⁶⁵⁾は、質権者に占有期間中の時効中断効を与えているため、質物を占有している限りは消滅時効が完成せず、占有移転型質権の方が有利である。第 3 に、占有移転には、事前の保全差し押さえとしての機能があると言われる。占有移転がないと、「債権者は質物を発見できないという重大なリスクを負ったり、第三者が即時取得したりするリスクを負うことになる」というのである。もっとも、この第 3 点については、異論もある。2337 条 3 項は占有非移転型質権の質権者のために、質物が第三者に譲渡された場合につき即時取得を排除しており、また、2340 条 2 項は登録後には占有非移転型質権の質権者に対抗できる留置権の成立を否定している、というのである。しかしながらこれらの条文は弥縫策にすぎず、占有移転の機能を凌駕するには不十分である。2337 条 3 項は、特定承継人による即時取得の成立を否定するのみである。この条文の要件が満たされていることは質権者が立証しなければならないばかりか、転得者が現れた時には質権者は保護されないのである。2340 条については、

61) Ansault, *op. cit.*, n°17.

62) 非占有質であることは、目的物が企業活動に有用・不可欠で再生の機会を与える物であることを意味するから、擬制留置権は原則として倒産手続で効力を失うと説明される（Hontebeyrie, *op. cit.*, n°14.）。

63) 倒産手続における擬制留置権の効力一般については、下村・前掲 459 頁以下。

64) 以下、この段落の記述はすべて Andreu, *op. cit.*, pp.1763-1764 による。

65) Cass. com., 31 oct. 2006, B. IV. n°212.

後順位質権者の留置権を無効にするのみであって、先行する質権者にさらに優先する権利の存在を否定するものではない。

このほか、裁判による付与によって質権を実行するには、質権者が質物を保管していることが要求されている（2347条1項）から、占有非移転型質権では裁判による付与は認められないものと言える。さらに、占有非移転型質権では質権者が占有を有しないために、強制売却のための費用ならびに時間がかかること⁶⁶⁾、2340条1項・2項によって配当の順位が決まることから、配当に際して他の債権者が優先権を主張してくる可能性があること⁶⁷⁾も、占有移転型質権の優位性を示す。

(3) 2006年改正では占有移転型質権は存置された。なぜ、占有移転型質権と占有非移転型質権とが併存しているのだろうか。

占有移転は、質権の公示という点では不完全であるとされる。それは、質権の設定者は占有を失っているから外観上も所有者とは見られず、外観に対する信頼は生じない。その反面、質権者が動産を占有しているからといって、その占有がいかなる権原に基づくものであるかは質権設定契約の当事者以外の者には明らかではない、ということである。

このように占有移転型質権には公示の点での弱点があり、かつ、前述のように設定者が動産の使用を継続できないなどの点で不便である⁶⁸⁾にも拘らず占有移転型質権は存置されている。

それは、従前の慣習の影響⁶⁹⁾や前述した種々の利点、とりわけ擬制留置権に比べて格段に強い効力の留置権が占有移転型質権には認められることによるばかりでなく、登録による公示によって質権設定の事実が明らかになることを設

66) Ansault, op. cit., n°5.

67) Ansault, op. cit., n°9.

68) Andreu, op. cit., p.1762は、債権者への占有移転という「原始的かつ非経済的な」実務上の不便がある占有移転型質権との戦いに、占有非移転型質権は勝利したとする。

69) Andreu, op. cit., p.1762は、「慣習の力」のみによるのではなく、占有非移転型質権の不十分さによるものと説明する。

定者が嫌ったことによるものと解される。

第3章 わが国への示唆

(1) 2006年のフランス民法改正によって占有非移転型質権が導入されるまでは、わが国とフランスの質権をめぐる状況は類似していた。質物の占有移転が要求されることに伴う問題点として、設定者が動産を継続的に使用できないことや質権者が質物を占有することで質物の管理義務が生じることなどは、両国で共通して問題視されていた⁷⁰⁾。

また、質権設定契約の要物性についても、動産の引渡しが無ければ全く効力がないと解するのではなく、質権者の設定者に対する質物引渡請求権は発生し、引渡しが質権の効力発生要件と解する見解が有力である⁷¹⁾点も共通である。

占有移転の機能のうち、占有移転によって設定者に担保権の設定を自覚させる機能はわが国ではそれほど強調されてこなかったが、質権の留置的権能の裏面としての弁済促進効は指摘されていたところである。

(2) 以上のように、2006年改正以前のフランスにおけるわが国の状況とは類似していたところ、フランスでは占有非移転型質権を導入することによって問題点の解決を図ったわけである。

こうした占有非移転型質権の導入自体に対する反対はあまり強くない。その要因としては、第1に、前述のような質物の占有移転が要求されることに伴う問題点が存在していたこと、第2に、質権設定契約が要物契約であるか自体をめぐる議論を通じて質物の占有移転がない状態での質権設定契約にも一定の効力を認めるとのコンセンサスが得られていたために、この効力を登録という形で公示するとの発想が出てきやすかったこと、第3に、すでに特別法によって占有非移転型質権が認められていたために、それを民法典に導入して一般化できるだけの素地があったこと、が挙げられる。わが国においても、第1、第2

70) わが国の議論について、道垣内弘人編『新注釈民法(6)』(有斐閣・平成31年)459頁〔直井義典〕。

71) わが国の議論について、道垣内編・前掲478頁〔直井〕。

の点は共通であるし、第3の点に関しても、「質権」という名称ではないものの、動産の占有非移転型担保として船舶抵当や航空機抵当が認められている。以上から、わが国でも占有非移転型の動産担保を民法典に取り込んで明文化することは検討に値する⁷²⁾。

しかし、フランスにおいても占有非移転型質権の導入によって問題点が解決されたわけではない。それは、占有非移転型質権の効力が占有移転型質権のそれに比べて弱いことに起因しており、占有移転型質権と占有非移転型質権が併存する原因ともなっている。

占有非移転型質権に対する占有移転型質権の優位性を関係者それぞれの立場から改めてまとめると、以下のようになる。質権者にとっては、質権者自身が質物を占有していることから設定者が質物を不当に処分する危険がないこと、不当処分の相手方が即時取得できないとしてもさらに転得者が即時取得する危険があるがこうした危険から免れること、設定者に倒産手続が開始されても倒産手続外で担保権を実行できることが挙げられる。設定者にとっては、自己のもとに占有がないことから質物の管理をしなくてよいこと、担保目的物が明確であり包括担保となる危険が少ないことが挙げられる。第三者にとっては、質物であることが明確になることが挙げられる。

他方で占有非移転型質権の問題点は、占有非移転型質権の公示手段が登録であることから、動産を取得しようとする第三者は常に登録の有無を調査しなければならないことである。フランスでは登録がインターネット上で無償公開されていることから取引費用の増大は回避されているものの、取引の迅速性は阻害される。この原因は、動産一般に占有非移転型質権を認めたことにある。また、インターネット上で公開されているために、氏名を入力すれば動産に質権を設定した事実は容易に知りうることから、質権設定の事実を公にしたくない設定者にとっては利用しづらい制度となっている。

そこでわが国で占有非移転型質権を導入するにあたっては、公示手段として

72) 動産譲渡担保が実務上広く認められていることは指摘するまでもない。

登録を用いるとしても、あらゆる動産について登録を認めるのではなく一定種類の動産についてのみ登録を認めることとするべきである。また、占有非移転型質権の利用を促進するためには、質権の登録をインターネット上で公開するのではなく利害関係人のみが閲覧できる仕組みとすることが望まれる。

そして、占有非移転型質権の対象となるのは一定の種類の動産に限定される以上、占有移転型質権に関する規定と併存させることが必須となる。

(3) 最後に名称の問題について触れておく。

フランスでは2006年改正によって有体動産質に限定された *gage* という名称が、2009年改正により占有移転型不動産質にも用いられることとなった。これによって、*gage* という名称は、担保目的物を画する機能を失ったこととなり、この点が学説で強く批判された。他方、動産担保については占有移転の有無を問わず *gage* という名称が用いられており、この点については、占有移転型質権と占有非移転型質権とは別個の担保類型ではなく、また、これら相互の移行は認められるべきであると考えられていることから、学説上の批判はない。

わが国においては、民法上、不動産の占有非移転型担保のみが抵当とされるほかはすべて質との名称が付与されており、目的財産によって動産質・不動産質・権利質と分類されている。特別法では、船舶抵当や航空機抵当のように動産の占有非移転型担保に抵当という名称が用いられている。

フランスでは *gage* に有体動産質と不動産質とが含まれる点が批判されるわけであるが、これは無体動産質に *nantissement* という別個の名称が付与されていることに起因するものと考えられる。すなわち、質権全体を包摂する用語がないところで *gage* に有体動産質のほか不動産質を含んだ点が批判されるのである。これに対してわが国の質は *gage* と異なり、質権全体を包摂する用語である。したがって、動産質・不動産質・権利質との名称を維持すべきである。そして、占有非移転型動産担保を民法典に導入した場合、これに動産抵当という名称を付与して、担保の目的財産と占有移転の有無という2つの観点から分類軸を形成するのも一案である。しかし、占有移転の有無を物理的に想定できる動産や不動産の場合とは異なり、権利については占有移転の有無を論じるこ

とが困難であり、権利の担保化については質と抵当の区分は困難なものとならざるを得ない。したがって、あえて動産抵当概念を導入して抵当権を不動産抵当と動産抵当とを包摂する用語として再構成する必要はなく、抵当という名称は不動産の占有非移転型担保に特有の概念として存置し、その他の担保には質という名称を付与すべきである。船舶抵当や航空機抵当も船舶質・航空機質へと名称を変更することが求められる。

*本稿は、令和3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 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)

筑波ロー・ジャーナル 31号

2021年12月発行

発行者 筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
ビジネス科学研究群
法学学位プログラム
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL 03-3942-5433
FAX 03-3942-5434

筑波大学大学院
人文社会ビジネス科学学術院
法曹専攻〈法科大学院〉
〒112-0012 東京都文京区大塚3-29-1
TEL/FAX 03-3942-6897

教授 大淵 真喜子
岡本 裕樹
川田 琢之
木村 真生子
栗原 克文
潮海 久雄
本田 光宏

准教授 小林 和子
藤澤 尚江
渡邊 絹子

教授 大石 和彦
田村 陽子
直井 義典
姫野 博昭
森田 憲右

客員教授 松家 元

准教授 白石 友行
日野 辰哉
萬澤 陽子
吉田 大輔
渡邊 卓也

特任助教 山岸 久晃

編集者
制作
印刷所

筑波ロー・ジャーナル編集委員会
株式会社TKC
倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.31 December 2021

Articles

- Perspectives on Arm's Length Principle and Formulary Apportionment
..... **Katsufumi Kurihara** 1
- La responsabilité civile et le préjudice économique pur
..... **Tomoyuki Shiraishi** 39
- La signification de la dépossession dans le gage mobilier
..... **Yoshinori Naoi** 77

ISSN:1881-8730

Edited by Tsukuba Law Journal Editorial Board
University of Tsukuba, Tokyo, Japan