筑波ロー・ジャーナル

33 号
大塚章男先生追悼号
2022 年12 月

論　説

ステークホルダー・キャピタリズム時代の会社のパーパス
……奥乃真弓　1

株主アクティヴィスムとシヴィル・ロー
……小梁吉章　23

親との関係を妨げられたことを理由とする成年に達した子からの損害賠償請求――『民事責任法と家族』の一つの補遺――
……白石友行　41

国外で設定された動産上の約定担保物権の効力に対して国内法の改正が及ぼす影響
……直井義典　89

信託と信認法理の公的意義
――国民の基本権の保障と法曹三者の信認義務
……田村陽子　113

EU 国際私法と労働契約の概念
……藤澤尚江　147

租税条約において定義されていない用語の解釈についての考察
――日ルクセンブルク租税条約みなし配当事件を素材として――
……本田光宏　177

インサイダー取引規制の検討
――内部者が内部情報を「職務に関し知った」とされる場合――
……萬澤陽子　199

弁護士の中立公正義務の理論的分析（1）
……森田憲右　225

企業に対する人権デューデリジェンスの要求
……弥永真生　251

判例評釈

在外国民審査権訴訟大法廷判決（最大判令和 4 年 5 月 25 日）
――これまでの最高裁判例の延長線上における位置づけ――
……大石和彦　271

大塚章男先生略歴・主要著作目録……　289

筑波 ロー・ジャーナル編集委員会

故 大塚 章男　先生

追悼の言葉

2021年10月9日に大塚章男先生が急逝されてから、早いもので1年以上が経過しました。あまりにも突然のことでしたので、いまだに信じられず、大塚先生の面影は、今も私の瞼に浮かんで離れようとしません。

大塚先生は、1984年に一橋大学法学部をご卒業後、1986年に弁護士登録（第一東京弁護士会）をされて、以降、渉外法務、企業法務等に携われてきました。その後、米国サザン・メソジスト大学ロースクール修了（LL.M.)、米国サザン・メソジスト大学ビジネススクール修了（MBA)、筑波大学大学院博士課程を修了とともに、博士号（法学）を取得され、国際企業法、会社法等を専門とする実務家兼研究者として、2005年に筑波大学教授に着任されました。筑波大学法科大学院には設立時から関与され、2013年に筑波大学大学院ビジネス科学研究科法曹専攻長（法科大学院長)、2018年に筑波大学大学院ビジネス科学研究科長と要職も歴任されてきました。

このようなご経歴をお持ちの大塚先生は、筑波大学を心より愛し、常に筑波大学の教員であることに誇りを持たれていました。私たち教員にも、ことある毎に、筑波大学の教員であることに誇りと責任を持ちなさいと仰っておられたのを覚えております。

そのようなご姿勢もあって、大塚先生は、大学でのお仕事にも人一倍責任感を持たれる方でした。お亡くなりになる直前も、私と一緒に担当していた大学の仕事の最終確認をお願いしていましたところ、「これで確定で結構です。よろしくお願い申し上げます。大塚拝」との確認完了のメールを頂いておりました。大塚先生がお亡くなりになる前日の10月8日20時02分着信のメールでした。まさか、これが大塚先生との最後の通信になるとは夢にも思っておりませんでした。ですので、その翌日に大塚先生の訃報に接した際には、まったく信じられず、誤情報で嘘であって欲しいと願うばかりでしたが、その願いも叶わず、現実を知らされ、悲嘆の思いに暮れた次第です。

思い起こせば、私が大塚先生と初めてお会いしたのは、10年ほど前の2011年の秋でした。私が、筑波大学法科大学院の実務家専任教員として着任するのを前に、当時、法曹専攻の教務委員長であられました大塚先生の研究室にお邪魔して、担当予定科目である「民事訴訟実務の基礎」についてご教示を頂きました。その際、大塚先生は、当時、民事訴訟法の指定教科書でありました『大学双書　新民事訴訟法講義　第2版』（有斐閣）を手にされ、「姫野さんには、民事訴訟実務の基礎を担当いただきますが、民事訴訟法の深い理解も必要になります。授業では、学生からこの本の中のどこから、どのような質問が出ようと、即座に的確な回答ができなければなりません。2単位という重要な科目ですし、ここでの指導如何で、学生が民事訴訟法を理解できるかどうかが決まるといっても過言ではないのです。」とご指導頂きました。当時、私は、司法研修所所付の任期を終えて間もない時期で、ある程度、民事訴訟法にも通じているとは思っておりましたが、実務家である私にとって民事訴訟法の体系書や文献を隅々まで検討する機会からは遠ざかっており、大塚先生の厳しいお言葉に接し、内心、果たして、自分に大学の教員が本当に務まるのかと、とても不安な思いに駆られました。他方で、このお言葉は、実務家でありながら博士号も取得して研究者としても多方面でご活躍されていた大塚先生ならではの、同じ実務家である私に対する「激励」の表現だと受け止めることもできました。

この大塚先生からの「激励」のお言葉を頂いた日以降、私は、民事訴訟法を一から勉強し直し、翌年に始まる講義の内容をノート等にできるだけ詳細にまとめるなど、ご指導のとおり、どんな質問にも即座に対応できることを目指して準備を重ねました。このときの大塚先生の「激励」は、理論と実務を兼ね備えた法曹を養成するという法科大学院の実務家教員に課された使命とこころえ、以後、法科大学院教員としての私の基本姿勢となりました。いま、若輩である私が、まかりなりにも法科大学院の実務家教員として教壇に立ち続けられているのは、大塚先生から頂いた厳しくも、暖かい「激励」を頂いたからに他ならず、この「激励」への感謝を忘れることは一時もありませんでした。

以来、私は、実務家でありながら研究者としても次から次へと先端領域の研

究成果を発表されていく大塚先生を心から敬愛し、また、大学の仕事にも研究にも妥協を許さないそのご姿勢を常に尊敬しておりました。ですので、私に何か迷いがあれば、いつも大塚先生を頼り、ご指導を仰ぐという関係を続けさせて頂いておりました。

大塚先生が筑波大学を去られるまでの間には、仕事を離れ、ゆっくりとお話しする機会をみつけて、「激励」から始まった大塚先生への敬愛や尊敬の思いをお伝えしようと思っておりましたが、突然に、それも適わぬことになってしまいました。今となっては悔やまれてなりません。せめて、ここで、その思いをしたためさせて頂くことによって、大塚先生への追悼の言葉とさせて頂きたく、僭越ながら、冒頭に本稿を記させて頂いた次第です。

私に限らず、大塚先生と交流のあった方々は、皆さん、大塚先生に様々な感謝の気持ちをお持ちと思います。

そこで、ここに大塚先生の名を冠した追悼号を編むことによって、私たちの感謝の念を表し、大塚先生への追悼とさせて頂きたいと存じます。

令和4年11日

筑波大学法科大学院長（法曹専攻長）　姫野博昭

目　次

追悼の言葉 i

論　説

ステークホルダー・キャピタリズム時代の会社のパーパス
..... 奥乃真弓　1

株主アクティヴィスムとシヴィル・ロー
..... 小梁吉章　23

親との関係を妨げられたことを理由とする成年に達した子からの
損害賠償請求――『民事責任法と家族』の一つの補遺――
..... 白石友行　41

国外で設定された動産上の約定担保物権の効力に対して国内法の
改正が及ぼす影響
..... 直井義典　89

信託と信認法理の公的意義
――国民の基本権の保障と法曹三者の信認義務
..... 田村陽子　113

EU 国際私法と労働契約の概念
..... 藤澤尚江　147

租税条約において定義されていない用語の解釈についての考察
——日ルクセンブルク租税条約みなし配当事件を素材として——
..... 本田光宏　177

インサイダー取引規制の検討
——内部者が内部情報を「職務に関し知った」とされる場合——
..... 萬澤陽子　199

弁護士の中立公正義務の理論的分析（1）
..... 森田憲右　225

企業に対する人権デューデリジェンスの要求
..... 弥永真生　251

判例評釈

在外国民審査権訴訟大法廷判決（最大判令和 4 年 5 月 25 日）
——これまでの最高裁判例の延長線上における位置づけ——
..... 大石和彦　271

大塚章男先生略歴・主要著作目録 289

論　説

ステークホルダー・キャピタリズム時代の会社のパーパス

奥　乃　真　弓

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　ステークホルダー主義に関する議論
　1　手段としてのステークホルダー主義と啓発された株主価値
　2　多元的ステークホルダー主義
　3　株主利益最大化とステークホルダーの利益
Ⅲ　会社（株主）の利益の犠牲におけるステークホルダー利益の追求
　1　会社（株主）の利益の犠牲と公共の利益
　2　株主厚生：株主の社会的志向からの検討
Ⅳ　会社のパーパスと公共の利益からの検討
　1　公共の利益の追求を支持する法と新たな法人形態
　2　新たな法人形態、Benefit Corporation の採用と課題
Ⅴ　会社のパーパスから検討する公共の利益の促進
　1　Benefit Corporation と会社の利益
　2　会社のパーパスと経営課題としてのサステナビリティ
Ⅵ　おわりに

Ⅰ　はじめに

日本では、株式会社は営利法人であり、株式会社の目的は、対外的経済活動で得た利益を構成員である株主に分配することである[1)]。こうした意味での営

1)　会社法3条。同法105条第2項。江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣、第8版、2021）22-31頁。社団につき、江頭は、株式会社は株主を構成員とする法人のため一種の「社団法人」であるが、「社団」には複数人が結合する団体等言う意味があること、株式会社には一人会社が極めて多いこと等から、株式会社を「社団」とする規定がない、と説明する。なお、本稿では、「会社のパーパス」のように「会社の存在意義や存在理由」(「会社は何のために存在しているのか」）を指すときには「パーパス」を用い（注56の本文参照)、「成し遂げようとすること」という一般的な意味では「目的」を用いる。

利の目的から、「株主の利益最大化」が会社関係者の利害調整の原則とされ、取締役・執行役（以下、「取締役等」という。）の善管注意義務および忠実義務とは、株主利益最大化を図る義務を意味する[2)]。また、株主が出資を行うのは、利益を得ることを期待しているからであり、株式会社が利益を追求する必要がなくなれば、出資を行う者、すなわち株主となる者はいなくなるであろうという指摘もある[3)]。

アメリカにおいても、Dodge v. Ford Motor Co. の裁判や[4)]、1970年の「企業の社会的な責任は市場価値としての利益を向上させることである」という Friedman の New York Times Magazine での発表を代表とし[5)]、株主を第一と考える株主利益最大化論は、支配的な考え方である[6)]。

一方、近年において「株主利益最大化が企業の目的である」という方針からの大きな転換が世界の注目を集めた声明がある。2019年8月の Business Roundtable（以下、「BRT」という。）の声明（Statement on the Purpose of a Corporation）である[7)]。ビジネスと社会がともに繁栄と持続可能性（サステナ

2）　江頭・前掲注(1) 22-23頁。善管注意義務につき、会社法330条、民法644条、忠実義務につき会社法355条。

3）　松元暢子「会社の目的」法教493号（2021）11頁。「営利法人」の仕組みを利用している以上、株主の利益を追求することが不可欠と述べる。

4）　Dodge v. Ford Motor Co., 204 Mich. 459；170 N.W. 668（Mich. 1919）. 企業は、株主利益を最優先すべきであり、それを追求しなかった取締役は信認義務違反であると判示された。

5）　Milton Friedman, *A Friedman Doctrine*, *The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits*, N. Y. Times, Sept. 13, 1970, available at https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html（2022.09.11）. 「公開会社は市場価値としての利益最大化に集中し、社会的・倫理的課題（外部性）は個人や政府に任せるべきである」という見解である。

6）　Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 GEO. L. J. 439（2001）.

7）　Business Roundtable（BRT）, *Redefines the Purpose of a Corporation to Promote 'An Economy That Serves All Americans'*, Aug. 19. 2019, https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans（last visited on Sept. 20, 2022）.

ビリティ）を共有するため、株主以外に顧客、従業員、取引先、地域コミュニティの重視を基礎とするBRTの声明に、181のアメリカの大企業のCEO（Chief Executive Officers）が署名をした[8)]。また、翌年1月のダボス会議（世界経済フォーラム）では、ダボス・マニフェスト（Davos Manifesto 2020）において、ステークホルダー主義を基に、ESG（「Environment（環境）」「Social（社会）」「Governance（ガバナンス）」）やSDGs（Sustainable Development Goals）の要素が反映され、サステナビリティがその重要なキーワードの一つとなった[9)]。

日本においても、2021年6月11日に公表された「コーポレートガバナンス・コード～会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のために～」[10)]において、取締役会の機能発揮、会社の中核人材における多様性の確保、サステナビリティを巡る課題への取組みが主要な改訂として挙げられている[11)]。また、岸田内閣の「新しい資本主義」[12)]においてもステークホルダーの考慮について

8）　BRT, *supra* note 7. なお、アメリカにおいては、古くは、1940年代のBerleとDoddによる「会社は誰のものか」の論争におけるDoddのBerleに対する反論、「株主と同様に従業員、消費者、ならびに公共の利益に経営陣は考慮すべきとし、利益のみならず社会的機関として企業は存在する」がある。*See also* John H. Mathesen & Brent A. Olson, *Corporate Law and the Long Term Shareholder Model of Corporate Governance*, 76 Minn. L. Rev. 1313, 1330-1331（1992）; Jill Fisch, *Measuring Efficiency in Corporate Law: The Role of Shareholder Primacy*, 31 J. Corp. L. 637, 646-8（2006）.

9）　Klaus Schwab, *Davos Manifesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution*, Dec. 2, 2019, https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/（last visited on Sept. 20, 2021）; World Economic Forum, Measuring Stakeholder Capitalism Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation, White paper, Sept. 2020, http://www3.weforum.org/docs/WEF_IBC_Measuring_Stakeholder_Capitalism_Report_2020.pdf（2022.09.16）.

10）　東京証券取引所「コーポレートガバナンス・コード～会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のために～」（2021年6月11日）https://www.jpx.co.jp/news/1020/nlsgeu000005ln9r-att/nlsgeu000005lne9.pdf（2022.09.12）.（以下、「CGコード2021」という。）同日、金融庁「投資家と企業の対話ガイドライン」（2018年6月1日策定、2021年6月11日改訂）https://www.jpx.co.jp/news/1020/nlsgeu000005ln9r-att/nlsgeu000005lncs.pdf（2022.09.21）も公表された。

議論がなされている[13)]。

株主利益最大化は唯一の会社の目的なのか。ステークホルダーの利益の考慮は会社の利益に資する範囲でのみ可能であるのか。会社（株主）の利益を犠牲にしてステークホルダー利益を促進することは許されないのか。本稿では、株主利益最大化とステークホルダーの利益考慮の関係を会社の目的という観点から検討し、会社のパーパスについて課題を提起し提案を行う。

まず、第2章では、BRTやダボス会議で株主利益最大化からステークホルダー主義に大きく舵を切ったと言われるアメリカから示唆を得るべく、アメリカのステークホルダー主義に関する議論を検討する。続く第3章では、アメリカにおける「公共の利益のために会社の利益を犠牲にすることはできるのか」という議論、また、株主の社会的志向の観点から株主厚生について検討する。第4章では、経済的利益と同時に社会的利益の追求を主たる会社の目的とするBenefit Corporationという新たな法人形態から会社の目的について検討を行い、課題を提起し、第6章で会社のパーパスについて提案を行いまとめる。

Ⅱ　ステークホルダー主義に関する議論

本章では株主利益最大化とは異なる理論である、ステークホルダー主義と株主厚生について検討する。ステークホルダー主義は、手段としてのステークホルダー主義（instrumental stakeholderism）と多元的ステークホルダー主義

11）　スチュワードシップ・コード及びコーポレートガバナンス・コードのフォローアップ会議「コーポレートガバナンス・コードと投資家と企業の対話ガイドラインの改訂について」（2021年4月6日）1頁 https://www.fsa.go.jp/news/r2/singi/20210406/01-1.pdf（2022.09.21）. こうした取り組みに加え、グループガバナンスの在り方や監査に対する信頼性の確保、株主総会等に関する事項も含むことが明記されている。

12）　首相官邸「未来を切り拓く『新しい資本主義』－成長と分配の好循環－」https://www.kantei.go.jp/jp/headline/seisaku_kishida/newcapitalism.html（2022.09.21）.

13）「新しい資本主義（ステークホルダー論）を巡る識者の議論の整理（令和3年10月26日）」https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/kaigi/dai1/shiryou4.pdf（2022.09.21）.

（pluralistic stakeholderism）の2つに分類される[14]。

1　手段としてのステークホルダー主義と啓発された株主価値

まず、手段としてのステークホルダー主義について述べる。この分類の例として、2006年に成立した英国の会社法（Companies Act 2006, 2006, c. 46: 以下「2006年会社法」という。）の172条「会社の成功を促進すべき義務」が挙げられる。同条は、「会社の取締役は、当該会社の社員全体の利益のために当該会社の成功を促進する可能性がもっとも大きいであろうと誠実に考えるところに従って行為しなければならず、且つ、そのように行為するに当たり（特に）次の各号に掲げる事項を考慮しなければならない」と第1項で規定する[15]。この172条第1項の各ステークホルダー利益に対する考慮義務は、EUが提唱する企業の社会的責任論（Corporate Social Responsibility: 以下「CSR」という。）が影響を与えていると考えらえる[16]。

同条においては、株主利益最大化に資する範囲でステークホルダーの利益を考慮すべきと規定する[17]。なお、2006年会社法においては、172条の義務を担保する情報開示として、第417条が規定されている[18]。

2006年会社法は取締役の義務に啓発された株主価値（Enlightened

14）　Lucian A. Bebchuk & Roberto Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, 106 Cornell L. Rev. 91, 97（2020）.

15）　Companies Act 2006, §172.（§172: Duty to promote the success of the company.）Geoffrey Morse et al., Palmer's Company Law: Annotated Guide to the Companies Act 2006 166–169（Sweet & Maxwell, 2007）.

16）　大塚章男「イギリス2006年会社法における取締役の責任－会社の成功促進義務を中心として－」国際商事法務42巻3号（2014）361頁。大塚は、従来のコモンロー原則から導き出されたものではなくCSR論の影響を指摘する。

17）　Andrew Keay, *Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom's 'Enlightened Shareholder Value Approach'*, 29 Sydney L. Rev. 577, 599（2007）. 大塚・前掲注(16) 362、368–369頁。拙稿「英国スチュワードシップ・コード2020から導かれる日本版スチュワードシップ・コードの検討課題」国際取引法学会6巻（2021）21–34頁。

18）　後に、417条は削除され414条Cで同内容が規定された。

Shareholder Value: 以下「ESV」という。）[19]を規定していると指摘する見解もある[20]。ESV については、a）例えば、雇用条件の改善等のステークホルダーに資する決定は長期的には株主利益最大化となることから、株主を第一とする利益最大化論と概念的に違いはない、b）会社のリーダーである経営陣たちは、経営判断の原則により、裁判所に対して自分たちの判断を正当化できないということはまずないという指摘がある[21]。

2　多元的ステークホルダー主義

次に、多元的ステークホルダー主義について述べる。当該主義は、各ステークホルダーの利益・厚生を増進することを目的としてステークホルダー相互間の利益を調整する役割を取締役が担うべきであるという考え方である[22]。

一方、多元的ステークホルダー主義については複数の問題点がある。例えば、Bebchuk は、株主のコントロール権を弱体化させ、会社法における経営者の義務や責任の履行を妨げる恐れがあると指摘する[23]。また、Bainbridge は、ス

19）　Eric Pichet, *Enlightened Shareholder Theory: Whose Interests Should Be Served by the Supporters of Corporate Governance?*, 8 Corp. Ownership & Control 353（2011）, https://ssrn.com/abstract=1262879.

20）　*See* Renginee G. Pillay, *Hampel Report*（*UK*）*and CSR*, in Encyclopedia of Corporate Social Responsibility, at 1333–1334（Samuel O. Idowu et al. eds., Springer, 2013）.

21）　Bebchuk & Tallarita, *supra* note 14, at 112–113. *See also* Stephen M. Bainbridge, Corporate Law 278–281, 479–481（Foundation Press, 4th ed. 2020）. Bebchuk は b）について Bainbridge を参照して述べる。また、ESV について、法的効果という観点からは株主利益最大化と同義であるという指摘につき、神作裕之「第62回東京大学比較法政シンポジウム 報告(1) サステナビリティ・ガバナンスをめぐる動向」商事2296号（2022）10頁。

22）　神作・前掲注(21）10頁。

23）　Bebchuk & Tallarita, *supra* note 14, at 108–114. Bebchek は、過去30年間の Constituency Statute 採用会社が M&A を受けた100件以上の実証研究において、取締役がステークホルダーを考慮した事例は僅少であることを示すとともに、ステークホルダー主義者はこの失敗から学び直す必要があると説く。Lucian A. Bebchuk, Kobi Kastiel & Roberto Tallarita, *For Whom Corporate Leaders Bargain*, 94 South. Cal. L. Rev. 1467（2021）. なお Constituency Statute につき、注(39）およびその本文参照。

テークホルダーは債権者、従業員、コミュニティ等、多種多様であり誰の利益を代表すべきか明確ではないと指摘する[24]。加えて、神作は、1）ステークホルダーの範囲と代表者をどのように確定するのか、2）特にESG要素のうち「S（社会）」の要素と株主利益との衝突に対する解決の困難性について指摘する[25]。

3　株主利益最大化とステークホルダーの利益

手段としてのステークホルダー主義と多元的ステークホルダー主義については、それぞれに問題点があることが分かった。これに対し、ステークホルダーの利益の考慮については、当該考慮に対する問題を株主の長期的な利益と切り離して考えるべきであるという見解がある[26]。

具体的には、手段としてのステークホルダー主義、言い換えると、ステークホルダー利益の考慮は長期的な株主利益最大化と同義という考え方に対し、株主利益は長期的につじつまが合えばよいのか、長期的な利益に反しなければその途上で大きな打撃を受けても取締役の善管注意義務とはならないのかという疑問を呈し、そのうえでステークホルダー利益（ESG要素）も一定程度考慮すべきであると直截に認めるべきであると指摘する[27]。

こうした指摘、すなわち、株主利益最大化とステークホルダー利益とは、理論上は分けて考えるべきであるという指摘のもと、目指す株主利益最大化として主張されたのが、市場価値ではなく株主厚生（shareholder welfare）の最大化である。

24）　Stephan M. Bainbridge, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, 97 Nw. U.L. Rev. 547, 581（2003）. Bainbridgeは聖書マタイ伝の “no one can serve two masters.” を引用し、“two masters problem” と呼ぶ。

25）　神作・前掲注（21）10頁。その他複数の問題点について指摘する。

26）　大塚章男『法学から考えるESGによる投資と経営』133-134頁（同文舘出版、2021）。

27）　大塚・前掲注（26）133-134頁。

Ⅲ　会社（株主）の利益の犠牲におけるステークホルダー利益の追求

1　会社（株主）の利益の犠牲と公共の利益

Elhauge は株主の厚生の向上について、株主に社会的志向がある場合、例えば環境問題等の社会的課題の解決に役立つことを望む場合、経営陣が会社の利益でもってその課題に取り組むと判断することは株主の意向に合致し株主の厚生を高めることとなると論じる[28)]。具体的には、取締役は公共の利益（例えば地球温暖化などの環境問題）のために会社の利益、すなわち株主の利益を犠牲にする裁量権を有するべきであると述べる[29)]。

公共の利益の促進のための会社の利益の犠牲における広範な経営上の裁量権を説いた Elhauge は、たとえ株主の意向に反している場合でも、A）取締役の裁量権でもって公共の利益のために会社の利益を犠牲にすることができ、B）A）の場合においても取締役の判断は、会社の行動をより社会的に望ましいものにすると主張する[30)]。また、取締役の裁量権について、社会的・道義的規範に従って合理的に行使されるべきであり、公共の利益のために会社の利益を犠牲にすることができるという範囲に留まると述べる[31)]。

28）　Einer Elhauge, *Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest*, 80 N.Y.U. L. Rev. 733, 737–738（2005）. 松元・前掲注（3）13 頁。

29）　*Id*. at 739–740. 大塚章男「企業の社会的責任（CSR）の法的位置づけ」大塚章男著『ステークホルダー・キャピタリズム時代のコーポレートガバナンス』202–203 頁（中央経済社、2021）。当該主張の根拠として、取締役は agency cost の総量を最少化するにあたり経営判断原則に従うことになり、これは会社利益を犠牲にする裁量権を必然的に取締役に付与することとなるからと述べる。

30）　Elhauge *supra* note 28, at 739–740. 大塚・前掲注（29）203–205 頁。松元・前掲注（3）13 頁。なお、会社の公共の利益への考慮に対し、会社の評判を向上させるという点から、長期的な株主利益への貢献という説明が行われる場合もあるが、株主利益最大化のもとにおいてでも取締役はこの動機を保有するという指摘がある。田中亘「信用の基礎理論構築に向けて（3-1）株主第一主義の合理性と限界（下）」法時 92 巻 7 号（2020）84 頁。

31）　Elhauge *supra* note 28, at 741, 763–776. 大塚・前掲注（29）205–206 頁、大塚・前掲注（26）119–122 頁。裁量権について、Elhauge は法的に強制が可能である義務を負っているのではないと述べる。また、Elhauge の見解につき、田中・前掲注（30）79–86 頁。

2　株主厚生：株主の社会的志向からの検討

Elhauge が主に経営者・取締役の経営行動の問題として議論しているのに対し、Hart らは、Friedman の市場価値としての株主利益最大化、すなわち「企業の社会的な責任は市場価値としての利益を向上させることであり、公開会社における営利活動と社会的・倫理的な活動を分けて考えるべきである」という見解[32]に対して異を唱えた。Hart らの見解の大要は下記の通りである。

Friedman の「公開会社は社会的・倫理的な課題は政府や個人に任せ、営利活動に集中すべきである」という見解が有効なのは、公開会社の営利活動と損害を生み出す活動が完全に分離できるとき、あるいは、政府が法律を用いて外部性（externalities）を内部化（internalize）させることができる時に限定される[33]。一方、こうした条件がそろわない場合、特に、営利活動と社会的・倫理的な活動を分離させることができない場合は往々にしてあり、このような場合、株主厚生と市場価値は同じではなく、公開会社は市場価値ではなく株主厚生を最大化する必要がある[34]。

会社が遭遇するシステムリスクの問題の多くは、まだ内部化されていない外部コストの問題である。例えば、環境問題、気候変動、洪水などの自然現象や有事によって引き起こされるグローバルなサプライチェーンの混乱、原材料の高騰などを通じて、特定の会社にとっては、内部化されていない外部コストを内部化することを迫られており、そうしたコストが大きな財務上のリスクをもたらす[35]。また、Hart らは、株主も社会的・倫理的な見解を促進する会社の

32）　Friedman *supra* note 5; Oliver Hart & Luigi Zingales, C*ompanies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value*, 2 J. L. Fin. & Acct. 247, 249（2017）. Hart は 2016 年にノーベル経済学賞を受賞。大塚・前掲注（26）121 頁。

33）　Friedman *supra* note 5; Hart & Zingales, *supra* note 32, at 249, 270–271. 大塚・前掲注（29）231–232 頁。

34）　Hart & Zingales, *supra* note 32, at 249, 270–271. 大塚・前掲注（29）231–232 頁。

35）　大塚・前掲注（29）231–232 頁。現在のウクライナ危機や物価の高騰、小麦をはじめとする原材料の輸入価格の高騰による値上げを余儀なくされる会社はまさにこのケースであると言えよう。

活動を評価し、外部性を内部化することを支持すると指摘する[36]。こうした点から、市場価値としての株主利益の最大化は株主厚生と同じではないと述べ、この場合会社は株主厚生を最大化すべきであると述べる。

Ⅳ　会社のパーパスと公共の利益からの検討

アメリカで展開される議論、株主厚生をはじめステークホルダー利益の追求について論じてきた。Elhauge や Hart らが提唱する株主厚生の追求、会社の利益の分配を変えることで、環境問題をはじめとするステークホルダー利益の促進は、現在、いかにして支持を得ているのかについてアメリカの法と法人形態から示唆を得るとともに、日本における課題を検討する。

1　公共の利益の追求を支持する法と新たな法人形態

Elhauge は、経営者・取締役は公共の利益（経営陣以外の非株主の利益）のために会社の利益を犠牲にする裁量を持つと述べる[37]。アメリカでは、これを支持するものとして、ALI（American Law Institute）の §2.01[38]や Constituency Statutes が挙げられる[39]。また、日本の「新しい資本主義」においても検討が進められている Benefit Corporationがある[40]。

サステナビリティを巡る取組みへの重要性について実務家からも株主利益最大化についての見直しの声（BRT の声明やダボス会議のマニフェスト）が挙

36）　Hart & Zingales, *supra* note 32, at 248. 例えば、環境を考慮して、ガソリン車よりも電気自動車を買う、レギュラーコーヒーよりも、たとえ高くておいしくなかったとしてもフェアトレードのコーヒーを飲むという株主もいるのではないかと述べる。拙稿「コーポレートガバナンス・コード改訂が示すロードマップ～サステナビリティの観点から～（下）」国際商事法務 49 巻 12 号（2021）1527 頁以下を参照。

37）　注(28）から（31）およびその本文参照。

38）　Principles of Corp. Governance Analysis and Recommendations §2.01（Am. L. Inst. 1994）. 大塚・前掲注(29）209–210 頁。会社利益に資することはなかったとしても、①法人も法の定める範囲内で行動する義務を負う、②合理的に適切と考えられる範囲で倫理的考慮をすることができる、③公共の福祉、人道、教育、慈善の目的に合理的な額の資源を拠出することができる。①②③の訳は大塚を参考。

げられる中、注目されるのが、Benefit Corporation という法人形態である。Benefit Corporation は Social Enterprise（社会的企業）という法人形態の仕組みを採用し、その目的は公的な役割である。アメリカの Benefit Corporation 法の特徴は、①社会と環境に対して material にプラスの影響を与えることを企業目的とする、②取締役等の職務は拡大され、株主の財務的利益に加え、他の利益も考慮する必要がある、③包括的で信頼性が高く、独立した透明性の高い第三者基準（third-party standard）を用いて、社会と環境の総合的なパフォーマンスに関する報告書を毎年提出することが義務付けられる[41]。この内容から、Benefit Corporation は、経済的利益を上げ、株主に配当を行うことが可能でありながら、同時に社会的課題の解決や社会的利益の追求を主たる会社の目的とする法人形態であると言える[42]。

Benefit Corporation 法は、1）Maryland 州において2010年10月に最初の法

39） Paul Davies et al., *The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies*, in The Anatomy of Corporate Law 205, 209 note 26（Reinier Kraakman eds., 3rd ed. 2017）. *See also* Alissa Mickels, *Beyond Corporate Social Responsibility: Reconciling the Ideas of a For-Benefit Corporation with Director Fiduciary Duties in the U.S. and Europe*, 32 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 271, 290 note 113（2009）. 取締役に有事の時に株主以外のステークホルダーの利益の考慮を認める。一方、企業買収に対する政治的な反発の結果であり、ステークホルダー利益の考慮は長期的な株主の利益に資する範囲でのみステークホルダーの利益を考慮することができる旨を規定したに過ぎないという解釈もある。Elhauge *supra* note 28, at 737-738, with referring to Robert C. Clark, Corporate Law 682-683（Little, Brown, 1986）. 田中亘「信用の基礎理論構築に向けて（3-1）株主第一主義の合理性と限界（上）」法時92巻5号（2020）128頁注33）。*See also* Stephen M. Bainbridge, *Interpreting Nonshareholder Constituency Statutes*, 19 Pepp. L. Rev. 971, 1025（1992）.

40） Frederick H. Alexander, Benefit Corporation Law and Governance: Pursuing Profit with Purpose xvi, 156-157（Berrett-Koehler Publishers, 2017）. Benefit Corporation と類似の会社組織として、Constituency Statute を採用した会社、Social Purpose Corporation、Benefit LLC をあげ、州ごとの制度の違いを示す。B Lab の法務部長を務め、Delaware Public Benefit Corporation Legislation や ABA の Benefit Corporation White Paper の初期起草者の一人でもあった Alexander は、「新しい benefit corporation 法の意図するところは、株主第一主義の主張であり、株主のための金儲け以外のすべてはそのゴールへの寄与という下で実施されなければならない。」と指摘する。

律が施行されたが、それから2017年12月までの間に、7704社のBenefit Corporationが設立あるいは株式会社から移行している、また、2）Delaware州に絞った実証研究によると、同州におけるBenefit Corporationへの投資額は2014年からの5年間で6倍に増加しており、設立や移行の数のみならず投資額においても広く拡大していると言える[43)]。

41） Davide Galli, Riccardo Torelli ＆ Veronica Tibiletti, *Signaling the Adoption of the Benefit Corporation Model: A Step towards Transparency*, 2021 Sustanability 6967, at 3（2021）アメリカでは、会社法が州法であるため細部は州ごとに異なる。大きく2通りの類型－ a）Model Benefit Corporation Legislation（MBCL）, ver. of Sept. 16, 2016と b）Delaware Public Benefit Corporation Statue（DPBC）－がある。Alexander, *supra* note 40 at 85-108, app A; Del. Code Ann. tit. 8, §361-368（General Corporation Law, Subchapter XV Public Benefit Corporations）. 本文の①から③は両者に共通する事項である。両者の差異についてAlexanderによると、④DPBCでは、全ステークホルダーの考慮に加えて、促進すべき特定の公益（public benefit）を1つ以上選択しなければならないのに対して、MBCLではそのような選択は強制されない、⑤DPBCでは、第三者基準の使用を必須とはしておらず、ステークホルダー価値を実現する仕組みは取締役会の裁量に委ねられている、⑥PBCは「利益執行手続き」を想定しておらず、その結果、企業がステークホルダー・ガバナンスを適切に実施しているかどうかに関する法的な争点は、受託者の請求から構成しなければならない、⑦DPBCでは、取締役が利害関係なく、十分な情報を得たうえで誠実に行動し、株主の利益、ステークホルダーの利益および特定の公益に関し均衡を図る決定を行った場合は、当該決定に対して裁判所は当該取締役の責任を問うことはできない、一方、MBCLでは、株主は、会社がその公益目的を追求・達成していないとして取締役に対して訴訟を提起することができる。Delaware州の法律の影響力は膨大であるので、④から⑦を通じて、(D)PBCという事業形態が大企業にまで根付くかどうかにBenefit Corporationの成否がかかっていると言える。

42） 詳細につき、高橋真弓（a）「営利法人形態による社会的企業の法的課題（1）：英米におけるハイブリッド型法人の検討と日本法への示唆」一橋法学15巻2号（2016）747頁以下、高橋真弓（b）「営利法人形態による社会的企業の法的課題（2・完）：英米におけるハイブリッド型法人の検討と日本法への示唆」一橋法学15巻3号（2016）1043頁以下を参照。*See also* Fields Pierce, *Dynamic Purpose: Decentralizing the Choice over Director Orientation*, 75 Vand. L. Rev. 325（2022）; Briana Cummings, *Benefit Corporations: How to Enforce a Mandate to Promote the Public Interest*, 112 Colum. L. Rev. 578（2012）.

2　新たな法人形態、Benefit Corporation の採用と課題

日本では、株式会社は営利法人であり、取締役・執行役の善管注意義務および忠実義務とは、株主利益最大化を図る義務を意味する[44]。一方、Benefit Corporation の仕組みを利用することができれば、経営者は株主利益最大化に寄与していないと追及されるリスクを恐れずに、公的利益を追求することができると言える[45]。また、Benefit Corporation に対する投資家の特徴として利益追求型の投資家も投資を行っているという調査結果がある[46]。こうした結果を鑑みると、Benefit Corporation となれば、社会課題に取り組むことができるだけではなく、社会面や環境面を重視する投資家に加え利益を追求する投資家や、そういった商品を好む消費者にも魅力的な会社となりうる[47]。

一方、Benefit Corporation の仕組みを日本に取り入れることに課題もある。第一の課題として挙げられるのが path dependence（経路依存性）である。すなわち、特定の国における特定の仕組みはその国の置かれた条件に依存して形成されたものである[48]。例えば、ある国で有効な法やルールまた仕組みは、その国の他の制度と補完関係にあるからこそ、有効である。それゆえ、それが有効であるからと言ってその仕組みだけを抜き取り、別の国に持っていったところで、その国における制度等と補完関係に立つとは言えず、必ずしも有効に作用するとはいえない。確かに、アメリカ以外にもイギリス、フランス、ドイツ

43）　内閣官房 新しい資本主義実現本部事務局「新しい資本主義実現会議（第6回）基礎資料（資料1）（令和4年4月）」17-18頁。https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/atarashii_sihonsyugi/kaigi/dai6/shiryou1.pdf（2022.09.23）.

44）　注(1)(2) およびその本文参照。

45）　松元・前掲注(3) 14頁。

46）　内閣官房 新しい資本主義実現本部事務局・前掲注(43) 20頁。

47）　松元・前掲注(3) 14頁、参照。

48）　岡部光明『環境変化と日本の金融』（日本評論社、1999）60頁。*See also* Lucian A. Bebchuk & Mark J. Roe, *A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance*, 52 Stan. L. Rev. 127,（1999）; Bernard S. Black & John C. Coffee, Jr., *Hail Britannia?: Institutional Investor Behavior under Limited Regulation*, 92 Mich. L. Rev. 1997, 2000（1994）.

などでも公的な役割を目的とする会社の法律は整備されているが、その内容は各国により異なる[49]。

第二の課題は、Benefit Corporation のような営利と非営利の混在する法人、換言すると、経済的利益を追求する一方、社会課題の解決に取り組むことを目的とする法人形態を新たに作るのが良いのか、あるいは株式会社の形態を用いて非営利の目的を追求するのが良いことなのかという点である[50]。

第三の課題として、Benefit Corporation という新たな法人形態を設立することで、Benefit Corporation とならなかった法人は株主利益最大化のみを目的とする法人形態であるという区分ができてしまわないかという懸念である。換言すれば、Benefit Corporation ではなく従来の株式会社の法人形態を選択したということで、そうした会社は ESG 要素をはじめとするステークホルダー利益を考慮することに対して委縮するようになるのではないかという懸念がある。

また、Benefit Corporation についてはフランス食品大手ダノンの会長解任という衝撃的なニュースもある。2014 年に最高経営責任者（CEO）に就任し、2017 年から会長職も兼務していたエマニュエル・ファベール氏は ESG 経営を推進し、2018 年 4 月にアメリカの最大の子会社が Benefit Corporation の認証を取得し、その後 2019 年に、フランスで Benefit Corporation に当たる公的な役割を目的とする企業の法律である “Entreprise à Mission”（ミッションを有する企業）に、上場企業で初めてこの法人形態を採用することとなった[51]。しかし、

49） 内閣官房 新しい資本主義実現本部事務局・前掲注（43）21 頁。

50） 神作裕之「第 62 回東京大学比較法政シンポジウム 報告（1）『サステナビリティ・ガバナンスの最新動向と企業法上の諸論点』各報告に対するコメント・ディスカッション（上）」商事 2302 号（2022）111-112 頁。Benefit Corporation のような法人形態を作ることについて、株式会社と競争させる方が良いのかという点を検討中であると述べる。なお、英米の立法例を分析、検討し、社会的企業向けに、特別の法人形態の設計においては課題が多いことを指摘するものとして、高橋（a）・前掲注（42）および高橋（b）・前掲注（42）。

51） 林順一「米国での社会的企業の新しい認証制度と法制化の動向」3-4 頁, https://www.jabes1993.org/article_2020.1_hayashi.pdf（2022.09.23）. 酒井耕一「仏ダノン、パーパス経営の CEO を解任」(2021.05.12) 日経ビジネス https://business.nikkei.com/atcl/gen/19/00159/050600023/（2022.09.23）.

2021年3月15日、ダノンは業績不振の責任があるとしてファベール氏を解任したと発表した[52)]。

ESG要素の視点を資金運用に反映させることなどを原則として掲げる国連責任投資原則（Principles for Responsible Investment: PRI）に署名した年金や運用機関などは現在、世界で3,000を超え、ESGを無視した投資はますます難しくなる[53)]。一方、ESG投資が平均的な市場リターン以上の利回りを得られる明確な根拠はないとの見方も多く、ESGと投資収益のバランスの最適解を投資家はまだ見つけられずにいるという指摘もある[54)]。

V　会社のパーパスから検討する公共の利益の促進

1　Benefit Corporationと会社の利益

現在、日本においてはBenefit Corporationのような法人形態を作るべきかどうかは議論の途中である。また、ダノンのケースを考えると、Benefit Corporationになったところで、公益の利益を追求することに対しては責任を追及されない可能性もある一方、業績不振による会社利益すなわち株主利益の減少に対する責任が免責されるわけではないと言える。実際、アメリカの

52）「仏ダノン、CEOを解任　株主圧力で」日本経済新聞（a）2021年3月16日日経速報ニュースアーカイブ。「ESG優等生ダノン、会長解任にみる理念と市場の相克－ESG光と影①」日本経済新聞（b）2021年5月17日日経速報ニュースアーカイブ。アクティビストはESG経営を直接批判はしなかったが、2020年までの過去5年の1株当たり利益の成長率を見ると、ESG経営を推進するイギリスのユニリーバやスイスのネスレはともに8％強である一方、ダノンは7.3％で業績の指標でダノンは見劣りすると指摘した。

53）日本経済新聞（b）・前掲注(52)。

54）日本経済新聞（b）・前掲注(52)。例えば、ESG投資の最近の傾向として、2020年に8年ぶりに改訂された英国のスチュワードシップ・コード（The UK Stewardship Code: 以下「S. Code」という。）の署名機関には、1）ポリシーだけではなく、スチュワードシップの活動と結果が重視され、2）投資判断およびスチュワードシップを実践する際のESG要素の考慮、3）英国以外の投資を含め、資産クラス全体でどのようにスチュワードシップを行使したかの説明、4）機関の目的、投資哲学、戦略および文化に対する説明、が要求される。S. Code 2020を検討し、日本のスチュワードシップ・コード（再改訂版）の検討すべき課題について論じたものとして、拙稿・前掲注(17)参照。

Benefit Corporation 法は株主第一主義をベースにしている。また、複数の課題もある。

Benefit Corporation という法人形態をとらずとも、現在の株式会社の形態で、例えば環境問題に配慮する、コロナ禍で従業員の雇用を確保するといったESG 要素に対する考慮の促進をすることで株主へのリターンを少し軽減させる場合、こうしたステークホルダー利益を促進することは許されないのだろうか。European Commission（以下「EC」という。）は double materiality という考え方で、気候変動に関する外部コストの内部化という従来の TCFD（「気候関連財務情報開示タスクフォース（Task Force Climate-related Financial Disclosures）」）reporting の対象である financial materiality に加えて、逆に会社活動の気候変動に与える影響という environmental & social materiality を非財務情報開示として求めている[55]。報告書の対象は、前者が投資家であるのに対して、後者は消費者、市民社会、従業員、投資家である。後者は気候や環境への影響という測定の困難さ、その費用・労力・時間の大きさから、その有効性が疑問視されているものの、EC は双方向からのリスクの検討を通じて、会社にも気候にも新たな機会を与えることになると期待する。

2　会社のパーパスと経営課題としてのサステナビリティ

「会社のパーパス」とは、「会社の存在意義や存在理由」、言い換えれば「会社は何のために存在しているのか」を示す[56]。株式会社は営利を求める法人であり、ア）資本市場、イ）財市場、ウ）労働市場と対峙するが、これらの市場が昨今、それぞれ統合価値の訴求が会社の存続のカギであることを示し、会社は経済価値のみならず社会・環境価値を含む統合価値の訴求の観点から自社

55）　European Commission, New Guidelines on Reporting Climate-Related Information, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/company_reporting_and_auditing/documents/190618-climate-related-information-reporting-guidelines-overview_en.pdf（2022.09.29）

56）　神作・前掲注(21）10 頁、参照。

のパーパスを見直すことが指摘される[57]。また、会社は慈善活動のために存在するのではないが、社会に対して大きな社会責任を負っている[58]。

CG コード2021においても主要な目的として「会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上を図ること」を挙げる[59]。具体的には、【基本原則2】の「考え方」で「…中長期的な企業価値の向上に向け、サステナビリティ（ESG 要素を含む中長期的な持続可能性）が重要な経営課題であるとの意識が高まっている[60]。こうした中、我が国企業においては、サステナビリティ課題への積極的･能動的な対応を一層進めていくことが重要である。」とし、【補充原則2-3①】において取締役会がサステナビリティに主体的に取り組むよう求める[61]。サステナビリティの動向に加え、東京証券取引所の有価証券上場規程に取り込まれている CG コード2021の主要な目的を鑑みると、サステナビリティ・ガバナンスが主張される中、会社法は会社のパーパスについてまさに検討する時期に来ている[62]。

一方、会社のパーパスについて会社法においては、1）権限分配の問題という観点から、パーパス規定を定めるのは誰か、2）パーパスを法的・技術的に定款にどのように記載できるのか、3）パーパスを会社法に取り込んだ場合に、

57） 河本裕也「パーパス、企業の存続を左右」日本経済新聞2022年9月6日朝刊27面。ア）イ）ウ）はそれぞれ「投資行動の喚起に当たって」「消費行動の喚起に当たって」「求職行動の喚起に当たって」、統合価値の訴求がカギとなり、統合価値を訴求しなければ投資･消費･求職などの行動を喚起できず、資源を獲得できなくなり、資源の獲得ができなければ会社は存続できなくなると指摘する。

58） 中山淳史「不運時モデルの転換点」日本経済新聞2022年9月22日朝刊7面。

59） 東京証券取引所・前掲注(10)、神田秀樹ほか「座談会 二〇二一年コーポレートガバナンス・コード改訂（上）市場構造改革を踏まえて」商事2266号（2021）30頁【島崎発言】。拙稿「コーポレートガバナンス・コード改訂が示すロードマップ～サステナビリティの観点から～（上）」国際商事法務49巻11号（2021）1397頁以下、参照。

60） 東京証券取引所・前掲注(10) 8頁。

61） 東京証券取引所・前掲注(10) 8, 9頁。

62） 神作・前掲注(21) 10頁。会社法には会社の存在意義・存在理由という意味でのパーパスという概念を受け入れる法概念は規定されていないが、今や会社法は会社のパーパスについて真剣に受け止める必要があると指摘する。

取締役の義務と責任にどのような影響があるのかという問題があると神作は指摘する[63]。

こうした指摘のなか、一つの方法として会社のブランディングを確立するという方法がある。例えば、ジョンソン・エンド・ジョンソンの「Our Credo（我が信条）」（以下「Credo」という。）で掲げられている会社の主要な責任をまとめると、①我々の製品およびサービスを使用してくれる患者をはじめとするすべての顧客に対するもの、②世界中で共に働く全社員に対するもの、③我々が生活し、働いている地域社会、更には全世界の共同社会に対するものである。世界中のより多くの場所で、人々がより健康でいられるよう支援する、④会社の株主に対するものとなり、株主よりもまずステークホルダーの利益考慮が明記される[64]。その一方で、同社は売上高、営業利益とも高成長を続け、その結果、高い配当を行っている[65]。

会社定款の記載についてはまだまだ検討を必要とする部分が多く、取締役等のリスクにならないとも限らない。一方、CG コード 2021 では、取締役会がサステナビリティに主体的に取り組むよう求める[66]。そうであれば、まず取締役が自分たちの会社はどのような方向に進むべきか。いずれ内部化されるリスクを伴う外部コストにどのように対応すべきか。会社利益を促進する中で、ステークホルダーの利益への考慮はどうあるべきか。また、ステークホルダーの中でどこに materiality を置くのか。その割合はどれくらいでその根拠は何か[67]。まずは、会社が進むべき方向を経営理念として株主たちに開示し、株主たちと

63） 神作・前掲注（21）10-11 頁。1）についてパーパスを定めるのは、株主総会の特別決議によるのか、取締役会で決議する事項なのかという権限分配の問題を指摘する。なお、Hart らは株主へのリターンの減少を伴うステークホルダー利益の促進について、1つの方法として、株主に企業方針について問う、すなわち株主総会での議決権行使を提案する。Hart & Zingales, *supra* note 32, at 271.

64） ジョンソン・エンド・ジョンソン「我が信条（Our Credo）」https://www.jnj.co.jp/jnj-group/our-credo（last visited on Sept. 24, 2022）.

65） 中山淳史「J&J の ESG 歴 79 年」日本経済新聞 2022 年 6 月 30 日朝刊 7 面。

66） 注（61）およびその本文参照。

の対話の中で株主からの疑問点を明らかにするとともに会社を一つの方向にブランディングしていくことから始めることを提案する[68]。会社のブランディングを行う際に注意しなければならないのが、経営理念が形骸化しないように柔軟性を持たせるということである。例えば、ESG 要素の対象は温暖化対策や地域社会への貢献など多岐に富む。また、目指すべき ESG 要素はその時々により異なる。具体的には、コロナ禍においては従業員の雇用、給与、取引先への支払い等といった従業員の安全やサプライチェーンの保全、ウクライナ危機においてはグローバルなサプライチェーンの混乱における外部コストの内部化のリスクへの対応といったものが挙げられる[69]。社会状況や事業の内容等から materiality を判断すべきであり、それを継続して株主に開示して対話を進めることが重要である[70]。

Ⅵ　おわりに

サステナビリティに関する検討は日本のみならず世界的な潮流である。日本では、株式会社は営利法人であり、アメリカにおいても株主を第一と考える株主利益最大化論は、支配的な考え方である。株主利益最大化においては、取締役の裁量によって会社関係者が不公平な扱いを受けることを防止し、社会厚生の増進という点では基本的な合理性があるという指摘もある[71]。一方、実業界からも BRT やダボス会議における市場価値としての株主利益最大化からの脱

67）　例えば、非営利施策の限界について「対象となる事業部門のキャッシュ・フローの正味額の期待値がマイナスとならないことをもって正の外部性を生み出す非営利施策の規範的限界とする」という提案がある。草野耕一『株主の利益に反する経営の適法性と持続可能性：会社が築く豊かで住みよい社会』（有斐閣、2018）182-183 頁。

68）　*See* Brett H. McDonnell, *The Corrosion Critique of Benefit Corporations*（Sept. 9, 2019）, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3450747.

69）　拙稿・前掲注（17）参照。

70）　参考として SASB（Sustainability Accounting Standards Board, サステナビリティ 会計基準審議会）スタンダードがある。日本取引所グループ「ESG 情報開示枠組みの紹介」https://www.jpx.co.jp/corporate/sustainability/esgknowledgehub/disclosure-framework/03.html（2022.09.24）.

却、SDGs や CG コード 2021 におけるサステナビリティを巡る課題への取組みに対する重要性について声が挙げられている。アメリカにおいても ALI の§2.01 に ESV の内容を取り組むことが 2022 年 5 月の年次総会で決定し改訂が行われている[72)]。また ALI の改訂に加え、2022 年 5 月、投資家に対しても証券取引委員会（Securities and Exchange Commission: SEC）が ESG 投資に統一した基準を設け開示を強化する規制案が提出された[73)]。こうした状況を踏まえて、株主利益最大化以外の非営利の観点である気候変動や温暖化といった環境問題への取組みをはじめステークホルダーへの考慮を法律論からも包摂していく必要がある[74)]。

本稿ではステークホルダー利益の促進をいかに株式会社に取り込むのか。株主利益最大化のもと、会社の利益の一部を社会的課題に充てること、例えば、地球温暖化等の問題に取り組むことは許されないのか。また、CG コード 2021 のサステナビリティの促進にいかに対処すべきなのかをアメリカから示唆を得るべく検討し、会社のパーパスに至るブランディングの確立を提案した。

会社のパーパスにはまだまだ課題がある。第一に、考えるべきは私法の関与

71） 安易な「脱･株主第一主義」を打ち出すことを批判したものとして、田中亘「経済教室･脱・株主至上主義の行方（下）日本企業、安易な追随避けよ」日本経済新聞 2019 年 12 月 18 日朝刊第 30 面。なお、田中は当該批判に対し、「安易な」株主第一主義からの脱却に対して警鐘を鳴らしたものであると述べる。田中・前掲注(39) 123 頁。なお、大塚も「株主利益最大化をあいまいにすれば経営者の無責任をもたらす」と指摘する。大塚･前掲注(26) 198 頁。

72） Stephan M. Bainbridge, *A Critique of the American Law Institute's Draft Restatement of the Corporate Objective*（Aug. 4, 2022）. UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No.07, 2022, https://ssrn.com/abstract=4181921. Bainbridge は当該改訂について適切な改訂ではないとして自ら提案を行っている。

73） *The utopian world where carbon and crypto meet* Fin. Times, Aug. 17, 2022. SEC の提案にファンドは反対していると指摘する。*See also* Bloomberg, *ESG Funds Face SEC Probe Over Ceding Votes on Social Issues*, Aug. 16, 2022 https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-08-15/esg-funds-face-us-probe-over-ceding-their-votes-on-social-issues（last visited on Sept. 24, 2022）.

74） 大塚・前掲注(26) 195-198 頁、参照。

の範囲である。CG コード2021はサステナビリティに関する社会全体のロードマップを示しており、社会問題の解決を委ねられるのは私法ではなく、国や政府の役割である[75]。この点を鑑み、国のロードマップのもと、国の役割の範囲と私法が関与すべき範囲について今一度考える必要がある。

第二に取締役の忠実義務の観点である。会社法では「取締役は、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない。」と規定する[76]。「株式会社のため忠実に職務を行う」ことが株主利益最大化を図る義務を意味するのであれば、会社の資源の配分方法を変えること、すなわち、株主のリターンを少し減らしてそれを公共の利益に充てることは取締役の忠実義務違反になるのだろうかという点である。

最後に、株主から賛成を得られるかという点である。Hart らは株主総会での議決権行使を提案すると同時に、すべての株主が社会的志向を持つのかと指摘する[77]。実際、株主全員のコンセンサスを得ることは困難である。

サステナビリティ要素に関する考慮は世界的な潮流であり不可避的な課題である。だからこそ、株主厚生という観点を踏まえて株主利益最大化の意味を今一度検討し、会社のバーパスに真剣に向き合うべきである。

［付記］

脱稿直前に、「上場ベネフィットコーポレーションの増加と日本法への示唆」[78]に接した。

（おくの・まゆみ　東洋大学法学部准教授）

75）Edward Rock, *For Whom is the Corporation managed in 2020?: The Debate over Corporate Purpose*, ECGI－L. Working Paper No. 515/2020 at 30（2020）. 社会問題の解決に私法を用いると、私法が生み出しうる本来の価値を毀損する一方で、社会問題の解決にも失敗し、この結果誰にとっても状況が悪化してしまうと指摘する。拙稿・前掲注(36) および (59) 参照。

76）会社法355条。

77）Hart & Zingales, *supra* note 32, at 271.

78）DPBC の最新の状況を述べたものとして、澤口実＝中尾匡利「上場ベネフィットコーポレーションの増加と日本法への示唆」商事2310号（2022）4頁以下。

論　説

株主アクティヴィスムとシヴィル・ロー

小　梁　吉　章

はじめに
Ⅰ　各国の株主アクティヴィスム
Ⅱ　アメリカでの株主アクティヴィスムの論理
（1）　会社の「信託」構成
（2）　エージェンシー理論
Ⅲ　フランスの場合
（1）　会社の形成と法人格
（2）　会社の資金調達
（3）　株主アクティヴィスムへの反応
結論

はじめに

「株主アクティヴィスト」(shareholder activists) とは上場会社の株式を取得し、株主の権利行使として会社の経営者に増配や事業再編などを求める自然人または法人をいい、こうした行為一般を「株主アクティヴィスム」(shareholder activism)、アクティヴィストの個々の要求を「エンゲージメント」(engagement) と呼んでいる。

株主アクティヴィスムはアメリカの1926年の事例に始まる[1)]。その後同国では1930年代から40年代にプロキシ・ファイトが頻繁に行われ、1942年にアメ

1)　当時アメリカの上場会社 Northern Pipeline は株式額面65ドルに対して6ドルの配当をしたが、同社株主の Benjamin Graham は同社に財務上一株当たり95ドルの資産があるとして、同社株式4万ドルのうち2千株を取得し、同社経営者に保有資産の売却と配当の増額を求めた（A Prophet on Wall Street, *Audacity Fall*, 1996, p. 54；Walter Frick, The Case for Activist Investors, *Harvard Business Review*, March 2016）。

リカ証券取引所法（Stock Exchange Act of 1934）の改正で株主提案権（shareholder proposal）が規定されると個人投資家がアクティヴィスムの中心になったが、1980年代から機関投資家が中心になり、コーポレート・レイダーやLBOが市場を席巻したあとヘッジ・ファンドなど投資ファンドがアクティヴィスムの中心になっている[2)]。

わが国での株主アクティヴィスムは2002年のわが国の投資家による事例が最初で[3)]、2010年代後半以降は外資系投資ファンドが多くなっている[4)]。わが国での株主アクティヴィスム登場が2000年代以降になった背景としては1990年のバブル経済崩壊によって割安になったわが国の上場企業株式を米機関投資家が取得したこと、わが国の株式持合い慣行が解消されたこと、コーポレート・ガヴァナンス意識の高揚が挙げられる[5)]。

本稿では株主アクティヴィスムがアメリカ固有の法人理論に基づくもので、シヴィル・ロー法理には合わないことを説明する。最初に国ごとの株主アクティヴィスムの件数を確認し（Ⅰ）、アメリカ固有の法理を明らかにし（Ⅱ）、シヴィル・ロー国であるフランスでの事情を取り上げ（Ⅲ）、結論を述べている[6)]。

2）　Stuart Gillan and Laura T. Starks, The Evolution of Shareholder Activism in the United States, *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 19（2007）, no. 1, pp. 55–73.

3）　わが国の最初のエンゲージメントは東京スタイルの2002年5月の決算総会前に一株主が経営陣に不要不急資産の売却による増配または株式消却を提案した例とされる。

4）　外資系ファンドの関与として2017～18年のアルプス電気によるアルパインの株式交換に関する例がある。アルプス電気はアルパイン株式40.43％を保有し、株式交換による完全子会社化を公表し、投資ファンドOasis Managementはアルパイン株式が過小評価として、株主総会で配当の引上げを提案し、否決。その後、Elliott Managementが参入した。

5）　Bruno Amann, Jacques Jaussaud et Akira Kanie, Activisme des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise au Japon, *Ebisu – Études Japonaises*, 2004, no. 33, pp. 153–171.

6）　少額投資家の利益の保護や環境・社会・ガヴァナンスの観点から投資先の経営者に「物言う」こともあるが、本稿では投資ファンドによる自己利益の実現のための株主アクティヴィスムに限定する。なおフランスには少額株主利益保護団体（ADAM）がある。

Ⅰ　各国の株主アクティヴィスム

マフェット准教授らの2021年の論文は2010年～2018年の国別のエンゲージメント件数としてアメリカ4,105件、カナダ、オーストラリアとイギリス合計1,420件、わが国189件、ドイツ124件、イタリア69件、フランス68件、ベルギー7件と報告している[7)]。また投資銀行ラザールの2021年のレポートは同年単年の件数としてアメリカ173件、イギリス21件、ドイツ6件、オランダ6件、フランス4件、ベルギー1件と報告している[8)]。アクティヴィスムのエンゲージメントはコモン・ローの国で圧倒的に多く、シヴィル・ローの国で少ない。

これはアメリカに巨大な株式市場があることが理由とも考えられるが[9)]、アクティヴィストは市場全体を相手にするのではなく標的は個別企業であるから、株式市場の規模がきめ手とは考えにくい。

次に考えられる説明は機関投資家の地位である。アメリカ通信労働組合の2021年のレポートに「年金基金は2008年のリーマン・ショックで蒙った損失を補填するためにヘッジ・ファンドを使った運用に転じた。大手アクティヴィスト Elliott Management はこの恩恵を受け、管理資産は2010年に300億ドルであったが2021年には480億ドルに増加」とある[10)]。またニューヨーク州退職年金の2021年レポートには資金運用委託先として株主アクティヴィストの名がある[11)]。1974年の ERISA 法以降、確定拠出型年金資金を吸収した投資ファンドが成長したためで[12)]、チェフィンズ教授は2018年の論文で「1950年代～

---

7)　Mark Maffett, Anya Nakhmurina, and Douglas J. Skinner, Importing Activists: Determinants and Consequences of Increased Cross-border Shareholder Activism, *SSRN Electronic Journal*, September 2021, pp. 1-58.

8)　Lazard Capital Markets Advisory Group, 2021 Review of Shareholder Activism, Jan 2022.

9)　2021年12月の時価総額は、NYSE 27兆ドル、Nasdaq 24兆ドル、Euronext（2000年にパリ・ブリュッセル・アムステルダム市場を統合）6兆ドル、東京6兆ドル、ロンドン4兆ドル、オーストラリア2兆ドル。

10)　The Communications Workers of America, Activist Hedge Fund Risks to Pension Funds: The Case of Elliott Management, Sept. 2021.

60年代の経営者にとって株主は従業員や取引先、顧客などと同程度の考慮要素であったが、1980年代の一連の敵対的買収によって企業経営者は株主から経営能力をどう評価されるかによって命運が決まることを知り…機関投資家は経営者が株主利益に専心するよう求め、…2000年以降株価指数を重視する投資ファンドの影響が強まった」と分析している[13)]。

わが国でも2001年に年金基金の自主運用として外部機関への運用委託が認められ、公的年金は投資顧問会社など内外の機関に運用委託されており、2016年（平成28年）経済財政報告は「1980年代後半以降、金融資本市場の自由化を背景に、大企業を中心に金融資本市場からの直接的な外部資金調達が進み、メインバンク制にも後退がみられる中、他の先進諸国と同様に機関投資家を中心とする外部株主重視」に変わったとするが、それにしてもわが国でのアクティヴィスムはアメリカよりかなり少ない。

機関投資家がリターンを重視するのは国を問わない。考慮すべきはわが国では『責任ある機関投資家』の諸原則が「企業の企業価値の向上や持続的成長を促すこと」を求め、フランスでは法令上、投資にあたって「社会・環境・倫理的配慮」を求めるのに対し[14)]、アメリカではこうした配慮がないことである。これはなぜなのか。

11） Office of the New York State Comptroller, 2021 Comprehensive Annual Financial Report for Year ended March 31, 2021, New York State and Local Retirement System, A Pension Trust Fund of the State of New York. p. 116.

12） シャレティ教授はアメリカ上場会社の資本に占める機関投資家の比率は1950年代の6％から2017年末に70％に上昇し、これがアクティヴィスム活発化の原因としている（Patricia Charléty, L'activisme actionnarial dans l'assemblée générale : quels bénéfices pour les actionnaires et les entreprises ? *Revue d'économie financière*, no. 130, 2018, pp. 195-221）。

13） Brian R. Cheffins, Corporate Governance and Countervailing Power, *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, No. 54/2018, Auguste 3, 2018, pp. 1-82.　わが国の1992年（平成4年）年次経済報告「第3章日本の市場経済の構造と課題・第1節 企業の所有と経営の分離・2株主からのコントロール」を参照。

Ⅱ　アメリカでの株主アクティヴィスムの論理

上記の問いへの答えは株主アクティヴィスムがアメリカ固有の会社法理に基づいていることである。投資家株主をプリンシパル、経営者をそのエージェントとする「エージェント理論」では、プリンシパルの財産を「受託」したエージェントはプリンシパルの利益を極大化する責任があるとされる。会社という存在は単に雇用や売買などの契約を集中処理するための接点にすぎず、実在しない法的擬制であるとされ、従業員や取引先、地域社会への配慮がない。一方、シヴィル・ローにはエクイティ法理の「信託」概念はなく[15]、また会社は実在する法主体であって[16]、雇用や売買などの契約の当事者であり、不動産・動産の所有主体である[17]。会社法理の違いには歴史的要因の影響が大きい[18]。

(1)　会社の「信託」構成

アメリカの会社法理では会社はひとつの財産であり、法主体性はない。法人を法律上の擬制ととらえるのはコモン・ローの伝統で、古くはイギリスの1612年の事件でエドワード・クック卿が「(国王の認許を得て）複数人が設け

---

14)　フランスの退職年金は公的な貯蓄供託金庫（CDC）が管理運営し、企業年金（PEE, PERCO）は通貨金融法典で「企業共同投資ファンド」(FCEP）が管理運営する。FCEP ファンドは「社会、環境または倫理的配慮および投資先会社の種類に応じて、株式・債券の売買および付帯する権利の行使にあたって管理会社が遵守すべき配慮を明確に」する義務があるとされている（通貨金融法典の L214-614 条を参照)。

15)　フランスは2007年2月19日法律第2007-211号により民法典の第三部「所有権の取得方法」に第14編「フィデュシー」(fiducie）を加えたが、これはアメリカでいう「信託」とはまったく異なる。

16)　拙稿「会社の従属法の制約要因」国際私法年報17号、2015年、180-203頁。

17)　シャサニョン教授は「フランスでは企業の実体に注目し」、「会社という社会的な生産者の存在を認め、会社の法的・経済的側面に加え社会的政治的環境の中にも位置づける」としている（Virgile Chassagnon, Une analyse historique de la nature juridique de la firme, *Revue de la régulation*, 2012（en ligne)）。

18)　Olivier Weinstein, Les théories de la firme, *Idées économiques et sociales*, no. 170（2012), pp. 6-15.

た法人（Corporation aggregate of many）は無体・不死であって、法律の枠内でのみ存在する」として[19]、法人を法律上の擬制（fictitious）と位置づけ、1766年にもブラックストーン卿は「法人（corporations）はつねに代理人（attorney）を通して現れ…法律の目的の中でのみ存在」とした[20]。したがって会社は株主財産であり、経営者にこの財産を「信託」する構成になる。アメリカでは1784年4月6日にニューヨーク法「宗教区の一般的な設立規定」[21]が定められた。当時、集団で財産を所有するのは宗教施設に限られ、同法は「ニューヨークの宗教各教派が受託者（trustee）を指名することを認める。各教区の世俗的な事項を管理するために法人（body corporate）とすることを認める」と規定した[22]。この構成は1811年3月22日ニューヨーク製造会社設立法[23]で事業会社に適用され、ここでも信託構成がとられた。同法1条は「会社名、目的、資本金額、株式数、受託者数、初年度の経営者の氏名などを記した設立定款の提出」を定め、設立定款が受領されると会社（corporate）と認められることを規定した。会社の経営者を代理人・受託者とする構成はここに由来し、哲学者ジョン・デューイ教授は1926年の論文で「イギリス判例は大陸法と異な

19） Edward Coke, The Case of Sutton's Hospital, King's Bench（in The Reports of Sir Edward Coke, Knt, vil. v., 1826, pp. 253–307. especially p. 294）.

20） Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England,* 1766, Book 1, Chapter 18.

21） Act of Apr. 6, 1784, 1784 N.Y. LAWS ch. 18, at 613–18. Paul G. Kauper and Stephen C. Ellis, Religious Corporations and the Law, Mich. L. Rev. vol. 71（1973）, no. 8, pp. 1499–1574；Kellen Funk, Church Corporations and the Conflict of Laws in Antebellum America, Published online by Cambridge University Press, 25 September 2017.

22） ローレンス教授は「多数者の権利と財産基金に関する保護と支援はコモン・ローとエクイティ判例の原則に従う」と説明する（Wm. Lawrence, The Law of Religious Societies and Church Corporations, Chapter I, *Univ. of Pennsylvania L. Rev.*, Chapter I, vol 21（1873）, no. 4, pp. 201–223）。

23） The New York Annual Register for the year of our Lord 1836, pp. 350–352, Paul G. Kauper and Stephen C. Ellis, Religious Corporations and the Law, Mich. L. Rev. vol. 71（1973）, no. 8, pp. 1501, 1502, Eric Hilt, Corporation Law and the Shift toward Open Access in the Antebellum United State, *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 21195, May 2015.

り『信託』の手段で対応する」と説明し[24]、以来、会社の法人格について議論がなく[25]、バーリ教授は1931年の論文で会社を信託として法律構成し、会社の経営者の権限は「信託受益者（cestui que trust）のために受託者（trustee）として行動する衡平法上のルールによる」としている[26]。株主が所有者として経営者に信託した会社は事業を遂行するために要する雇用や売買などの契約の接点（nexus of contracts）であるとされる[27]。

(2) エージェンシー理論

エージェントである経営者とプリンシパルである株主の関係についてミシガン州最高裁の1919年2月7日判決は「事業会社は一義的には株主の利益になるように組織され事業を遂行する」と判示した[28]。すなわち経営者は株主の代理人であり、株主の利益の極大化、企業価値の増出、配当率の引上げが経営者の義務であることになった。現在のデラウェア州会社法[29]は、株主の議決権は主として取締役の選任と定款・付属定款の変更、合併、会社の重要な資産の売

24） John Dewey, The Historic Background of Corporate Legal Personality, *Yale L.J.*, vol. 35（1926）, no. 6, pp. 655–673.

25） メイトランド教授は、シヴィル・ローで法人は権利義務の主体（right-and-duty-bearing-unit）であるが、コモン・ローでは「信託が社会的な重要性と法的関心の面で他の追随を許さず、信託は擬人化された組織（personified institution）の法的代替」としている（Frederic William Maitland, Moral Personality and Legal Personality, 1904（in State, Trust and Corporation, 2003, pp. 62–74）。

26） Adolf A. Berle, Jr., Corporate Powers as Powers in Trust, *Harvard L. Rev.*, vol. 44（1931）, no. 7, pp. 1049–1074.

27） Michael C. Jensen and William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Cost, and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics*, vol. 3（1976）, no. 4, pp. 305–360.

28） Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668（Mich. 1919）. フォード自動車の資本構成は創業者 Henry Ford が58%、Dodge 兄弟合計10%であったが、Ford 社長は自動車大衆化のため工場新設と従業員給与の引上げのため特別配当を停止し、これに対し Dodge 兄弟が特別配当実施と工場新設の停止を求めた。ホスマー判事は特別配当を命じたが、工場の新設の是非は経営判断（business judgment）にあたるとした。

却と任意の解散の承認に限っている。

こうした会社法理は「所有と経営の分離」を説いたバーリ・ミーンズ両教授の1932年の共著にも共通で「会社は所有権の一手段、また経済生活の手段と化している」とし[30]、同書を批評したドッド教授も同年に「会社は株主が個人的利益を得るために、またそのために取締役会が経営するための株主の団体」として株主利益最優先を説いている[31]。ただし所有と経営の分離を説いたバーリ教授は1932年の論文では上場企業の経営者は株主利益だけでなく地域社会などステークホルダーにも配慮すべしと説き[32]、その後も経営者の社会的責任を説く論文はあったが[33]、1970年のフリードマン教授の新聞論説はこうした「社会的責任論」を「自由社会の基礎を無視」するもので、「自由企業、私的所有権の下では会社経営者は企業の所有者の使用人であり」、「所有者の望み通りに企業を経営」すべきであるとした[34]。アルキアン教授らは1972年の論文で「仮に株主全員が会社の意思決定に参加することになれば、膨大な管理費用が生じ、また予想外の意思決定がとられ、その費用を株主が負担する」から「会社の意思決定を……経営者に任せること」が合理的であり、株主には「経営者の解任や経営方針変更のための委任状合戦と株式買増し」があると主張した[35]。法哲

29） デラウェア州会社法102条は定款（certificate of incorporation）に多くの事項を譲り、121条は会社の権限として「(a) 本節122条に規定するほか、会社（corporation）、役員（officers）、取締役（directors）と株主は本章または他の法律あるいはその定款が付与する権限と特権およびそれに付帯する権限を、これらの権限と特権の行使が定款に記載された事業または目的の実行、促進または達成に必要な限り、規定することができる」としている。同141条（a）は会社の取締役会が会社を経営することを規定している。

30） Adolf A. Berle, Jr. and Gardiner C. Means, *The Modern Corporations and Private property*, 1932, pp. 220–276.

31） E. Merrick Dodd, Jr, For Whom Are Corporate Managers Trustees? *Harvard L. Rev.*, vol. 45（1932）, no. 7, pp. 1145–1163.

32） Adolf A. Berle, Jr., For Whom Corporate Managers are Trsutees: a Note, *Harvard L. Rev.*, vol. 45（1932）, no. 8, pp. 1365–1372.

33） Howard R. Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, 1953, Introduction.

34） Milton Friedman, The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits, *The New York Times*, Sept. 13, 1970.

学者グリーン教授は1993年の論文でフリードマン教授の意見がその後も有力であるとし、「会社経営者は会社の『主人』(principals）である株主に『代理人』(agents）として奉仕することを同意すると会社と所有者株主に受託者義務(fiduciary duties）を負い」、「経営者は…株主の利益の極大化という広範な義務がある」と認めながら、グリーン教授は「会社の経営者は多くの要素で構成される利益を考慮すべきで…労働者、地域社会、顧客と供給者など株主以外のことを考慮すべきである」としたが[36]、ベインブリッジ教授は2002年のふたつの論文で株主優位とは株主の富の極大化を意味し、取締役は長期的な株主利益を基準に意思決定する義務があり、これはアメリカ会社法理で定着した原則であり、株主は日常の経営に関与はしないが、アクティヴィスムや株主訴訟を通じて意思決定権を行使するとした[37]。

Ⅲ　フランスの場合

1990年代後半からフランスでもアメリカ起源の投資ファンドによる間接投資が増加し始めたことを、クーレ教授は2002年の論文で「グロバリゼーション・インペリアリスム」と評して、フランス企業の資金調達が間接金融から直接金融に変化し、フランス主要企業の外国株主比率が46％に達し、アメリカの法理を無視することができなくなったとした[38]。マニエ教授は2001年の論文で会社法制はとくに外国法の影響を受けやすく、フランスでもアメリカの会社法

35）　Armen A. Alchian and Harold Demsetz, Production, Information Costs, and Economic Organization, *The American Economic Review*, vol. 62 81972), no. 5, pp. 777–795.

36）　Ronald M. Green, Shareholders As Stakeholders: Changing Metaphors Of Corporate Governance, *Washington and Lee L. Rev*. vol. 50（1993), no. 4, pp. 1409–1421.

37）　Stephen M. Bainbridge, Director v. Shareholder primacy in the Convergence Debate, *Transnational Law*, vol. 16（2002), pp. 45–62；Stephen M. Bainbridge, The Board of Directors as Nexus of Contracts: A Critique of Gulati, Klein & Zolt's 'Connected Contracts' Model, UCLA, School of Law Research Paper No. 02–05（2002), pp. 1–36.

38）　Alain Couret, La structure juridique des entreprises（corporate governance), *Revue internationale de droit économique*, vol. XVI（2002), pp. 339–367.

理が入り、伝統的経営形態が修正を迫られ、機関投資家が経営者の行動を直接間接にコントロールするようになっているとした[39]。

(1)　会社の形成と法人格

フランスの会社理論はアメリカ法理とは大きく異なる。メルル教授は「会社（société）は法人格（personnalité morale）を得ることで株主の財産とは別の固有の財産（patrimoine social）を有することができ、固有の主体性、名称、住所、国籍、行為能力、訴訟能力を有する」とし、「会社は法令上と定款上の制限を除いて権利の主体」であり、「会社経営者は法定の機関（organes）である」と説明している[40]。この法理には歴史的背景がある。

中世に住民が寄進した教会や施療院という財産には「不死財産」(bien de mainmorte）という独立した地位が与えられ[41]、世俗財産についても住民が共同出資する水車に会社類似の性格が認められた例がある[42]。13世紀後半のボマノワールのボヴェジ慣習法には複数の商人が共同出資する「団体・会社」（compagnie）が記され[43]、これらは「信託」という構成をとっていない。伝

39）　Véronique Magnier, Réception du droit américain dans l'organisation interne des sociétés commerciales, *Archives de Philosophie du Droit,* no. 45（2001）, pp. 213–225

40）　Philippe Merle et Anne Fauchon, *Droit commercial, sociétés commerciales*, 22e éd., 2018, pp. 116–173.

41）　不死財産について1463年7月20日王令、1547年9月2日王令がある（Isambert, Decrusy et Armet, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Tome XIII, 1828, pp. 29–32, 464–465）。フェリエールは「教会、農村共同体、教会参事会、学校・修道院の財産は不死財産と呼ばれ、死ぬことなく、永遠に存在する」と書いている（Claude-Joseph Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Tome I, 1740, pp. 939）。中世イギリスでは「不死財産」が禁じられた（戒能通厚『イギリス土地所有権法研究』(岩波書店、1980）74頁）。

42）　12世紀後半トゥールーズ市内のガロンヌ川に住民が共同で水車（Moulins de Bazacle）を設け、水車への通路を設けたが、川沿いの土地所有者・修道院が通行を禁じ、1177年に仲裁事件になった。水車の共同出資者持分は譲渡可能で「これは構成員とは別の社会的な一体」であった（Germain Sicard, *Aux origines des sociétés anonymes: les moulins de Toulopuse au Moyen Age*, 1953, pp. 69, 175）。

統的に会社は法人格を有する経済主体である。

(2) 会社の資金調達

19世紀以降の産業化の過程でのフランスとのアメリカでは会社の資金調達構造に大きな違いがある。フリデンソン教授の1972年論文がフランス企業の資金調達構造について格好の題材を提供している。同教授は19世紀後半以降のフランス自動車産業の動向を紹介し、1903年にフランスの自動車生産台数は約3万台で世界一の座にあり、一方のアメリカでは約1万台にとどまっていたが、1908年にアメリカでT型フォードの生産が始まり、1914年にアメリカで48万5千台に達し、一方、フランスでは4万5千台にとどまり、アメリカ自動車生産が急速に成長したと教えている。ひとつの背景は人口動態である。1820年のフランス人口3千万に対しアメリカは1千万人に過ぎず、それが1870年にはいずれも約4千万人で並んだが、1915年にフランスは依然4千万人に対しアメリカは1億人を超え、両国の消費市場に大きな差が生じた[44)]。より大きな原因は別にある。フランスの自動車会社プジョーの創立は1810年、ルノーは1898年であるのに対し、フォードは1903年、GMは1908年でかなり差があったが、その後生産台数で大きく劣後することになり、これは資金調達と事業形態の差が原因である。フリデンソン教授はフランス企業の「大多数の生産者はコスト削減よりも独立性の維持のためもっぱら自己資金に満足し、短期の資金だけ銀行に依存し」、自動車会社では「資金面での独立と労働者の自律が支配した」としている[45)]。フランスの自動車会社創業者は伝統的なブルジョア層であり、株主は利益の拡大による増配を要求するが、短期資金提供者の銀行なら

---

43) Philippe de Beaumanoir（éd par Amédée Salmon）, *Coutumes de Beauvaisis*, Tome I, 1899, p. 309.

44) Angus Maddison, *The World Economy*, 2006, OECD-Development Cenrtre Studies, pp. 412-431, 459-464. フランスとアメリカを比べると、GDP総額は1820年に354億ドル対125億ドル、1870年に721億ドル対983億ドル、1915年に1,314億ドル対4,909億ドルで、Per Capita GDPでは1820年に1,135ドル対1,257ドル、1870年に1,876ドル対2,489ドル、1915年に3,248ドル対4,864ドルと産業化と大量生産によりアメリカ経済が優位に立った。

約定金利を支払えば済むとして、事業拡大のリスクをとらなかったのである。前述のバーリ・ミーンズ両教授が描いたアメリカ産業資本主義の勃興期の株式発行とは対照的であった。またボナン教授は2011年の論文で19世紀前半、旧体制下のブルジョアがいわゆるオート・バンク（hautes banques）を設立して、陸運海運融資を担い、また国立機関として貯蓄供託金庫などが設立され、民間の投資銀行が創業されたことを紹介している[46)]。

一方アメリカでは1927年マクファデン法で銀行の州際業務が規制され、1933年グラス・スティーガル法で商業銀行の投資銀行の兼営が制限され、1956年銀行持株会社法で銀行業務に密接に関係する業務を営むことが原則とされたが、これらはアメリカの特殊事情であり[47)]、アメリカと大陸欧州の会社の資金調達の構造とその変化の違いを述べる論文は多い[48)]。

(3)　株主アクティヴィスムへの反応

現在のフランスでは国を挙げて株主アクティヴィスムに対応しているようで

45）　Patrick Fridenson, Une industrie nouvelle: l'automobile en France jusqu'en 1914, *Revue d'histoire moderne et contempolaine,* Tome 19, no. 4, 1972, pp. 557-578.

46）　Hubert Bonin, Les banques françaises devant l'opinion（des années 1840 aux années 1950）, *Les français et l'argent, XIXe –XXIe siècle*, 2011, pp. 281-302.

47）「平成4年・年次経済報告・第3章日本の市場経済の構造と課題・第1節企業の所有と経営の分離・企業の経営目標・第2節企業と金融・資本市場の関係」を参照。

48）　ベクト教授とマイアー教授はフランスとドイツの各170社の8割の会社に25%以上を有する株主があり、アメリカでは6%であること、企業の資金調達に市場依存と銀行依存があること、大陸欧州では創業者が株式を保有し、また会社間株式持合いもあるとする（Marco Becht and Colin Mayer, Coporate Control in Europe, *Revue d'économie politique*, vol. 112（2002）, pp. 471-498）。シャペル准教授の分析ではベルギー上場会社の株主構造も同様で（Ariane Chapelle, Separation between Ownership and Control: Where Do We Stand? *Corporate Ownership and Control*, vol. 2, nNo. 2, pp.91-101）、アルブイ教授らはさらに「大陸欧州では場会社が少なく、資本市場への依存が低く、株主が集中」としている（Michel M. Albouy, Clément Decante, Aurélien Mauro et Pauline Studer, L'impact des actionnaires activistes sur les performances à court, moyen et long terme des entreprises européennes, *Revue Finance contrôle stratégie*, vol. 20（2017）, no.1）。

ある。投資のリターン向上のため企業合理化を要求するアクティヴィスムは、従業員を会社の重要な構成要素とするフランスでは受け入れがたく[49]、同国では企業経営が近視眼的にならないように2014年3月29日に法律第2014-384号（実体経済再構築法）が成立し、長期保有株主の議決権を2倍とした。同法案の審議中の2013年7月17日に法案の提案者はアクティヴィスト Colony Capital の例を取り上げ、「投資ファンドが利益目的で短期的な行動をとることで企業のリストラが生じ、従業員の解雇という社会的損失、また産業減退という悪効果を生じさせる」と述べている[50]。

その後2017年10月25日にフランス政府は「企業の成長と変革の行動計画」を閣議決定し、国際競争力のない国内先端技術産業の育成のため「長期の資本と株主が必要である」としたが[51]、2018年3月9日に財政大臣などに提出された企業経営者による提案書は「一部投資家による短期利益狙いの動きがあり、企業を再考しなければならない」と始まり、「短期の株主は民法典上の社員・株主（associés）ではない。大陸欧州の企業は『社会性』と『責任』に基づく」、「大陸欧州の経済モデルは市場依存のアングロ・サクソン資本主義と対立」している、「アメリカでは経営者の『受託者責任』とは株主にとっての資本価値の極大化であると解しているが、フランス法にこの考え方はない。アングロ・サクソンの資金がフランス企業に流入し、株主利益極大化によって企業業績を評価し、ストックオプションを設けることは短期利益狙いの『独裁』(dictature) を招く」、として株主アクティヴィストに対する忌避感を示した[52]。さらに

49） 1945年2月22日オルドナンスで従業員が企業経営に意見を具申する制度が設けられ、2013年6月14日法律は従業員取締役の選任を規定する。

50） Assemblée Nationale, no. 1283, Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur la proposition de loi visant à redonner des perspectives à l'économie réelle et à l'emploi industriel par Mme Clothilde Valter, le 17 juillet 2013.

51） Gouvernement, Compte rendu du Conseil des ministres du 25 octobre 2017, Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises. 欧州連合2017年5月17日「長期的な株主の関与を促進するための指令」第 UE 2017/828号も投資ファンドが過度な短期的リスクをとることを懸念した。

2019年5月22日法律第2019-486号（パクト法）は①企業の成長と雇用創出と②社会の中核としての企業の再構築を目的と図った。同法成立前2019年4月5日に記者の取材に応じたル・メール経済財務大臣は「企業価値を破壊するアクティヴィストは新しい資本主義と相容れない」、「企業価値破壊のアクティヴィストとは戦う」と答えている[53)]。

その後2019年10月2日には国民議会の財政委員会に「株主アクティヴィスト」と題する報告書が提出され、Elliotte Management、Charity Investment Asset Management などの個別案件を取り上げ、「フランスの既存権威を揺るがすか？」として警戒姿勢を示し[54)]、その後も各種団体が報告を出している[55)]。

フランス経済財務省は2021年9月に「新資本主義」に関する報告書を出した。ここでアメリカなど11カ国の資本主義の態様を比較し、フランス型の新たな資本主義を模索して、「2008年のリーマン・ショックは資本主義が資源の有効配分という点で失敗した」、「金融機関が救済される一方で、その負担は労働者に負わされ、失業の増大と雇用の流動化が生じ、経済政策の失敗のつけが労働者に負わされている」とし、前述のフリードマン教授の論説を挙げ、「このドグマは1990年から2000年にかけては賛同を得たが、現在のアメリカでは異論があり、2008年の金融危機後の景気後退と地球温暖化は株主利益の極大モデルが近視眼的であり、不道徳であるという批判の対象になり…企業の『社会的』

52） Ministère de l'économie des finances et de la relance, Mission « Entreprise et intérêt général » : remise du rapport de Jean-Dominique Senard et Nicole Notat, le 9 mars 2018.

53） Leigh Thoma, La France prépare sa riposte aux fonds activistes, dit Le Maire, *Reuters*, le 5 avril, 2019.

54） Assemblée nationale, Rapport d'information relative à l'activisme actionnarial, le 2 octobre 2019.

55） 2019年11月にフランス法律家協会は「株主アクティヴィスム」と題する報告書を出し（Le club des juristes, Activisme actionnarial, novembre 2019）、同年12月には私企業協会（Afep）が報告書を発表（Association française des entreprises privées, Activisme actionnarial, décembre 2019）、2020年4月28日に金融市場庁は「株主アクティヴィスムに関する通知」を公表した（Communication de l'AMF sur l'activisme actionnarial, le 28 avril 2020）。

な動きはコーポレート・ガヴァナンスにおける従業員の参加の声となっている…短期利益を狙う株主アクティヴィストは企業に過大なリスクを負わせるので、マイナスの効果しかない」とした[56)]。フランスでは政府企業全体としてアクティヴィスムを忌避しているようである。

結論

わが国を含むシヴィル・ロー国の会社法理から見るとアクティヴィスムの行動には違和感がある。かつてラ・ポルタ教授らはコモン・ロー国とフランスを中心にシヴィル・ロー国の会社法制について一連の比較分析の論文[57)]を発表して「コモン・ロー国では株主の権利が強く、フランス系のシヴィル・ロー国で最も弱い」、「コモン・ロー国の法制は投資家保護の点ではシヴィル・ローとくにフランス法起源の国より充実している」と評したが、会社法理が違うのでこの比較は無益であろう[58)]。

また株主アクティヴィストについて2013年にジルソン教授らがあらたな視点を提供している。アクティヴィストは自己資金を運用しているのではなく、年金基金や投資信託という機関投資家の資金を受託しているのであり、アク

56） Ministère de l'économie, des finances et de la relance, Le capitalisme avant la crise du COVID, Document de travail, no. 2021/4, septembre 2021.

57） Rafael LaPorta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, *Law and Finance*, *Journal of Political Economy*, vo. 106（1998）, no. 61, pp. 1113-1155；Rafael LaPorta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, Legal Determinants of External Finance, *The Journal of Finance*, vol. LII（1997）, no. 3, pp. 1131-1150；Rafael LaPorta, Florencio Lopez-de-Silanes and Andrei Shleifer, Corporate Ownership Around the World, *The Journal of Finance,* vol. LIV（1999）, no. 2, pp. 471-517.

58） ロー教授はアメリカでは「企業の所有と経営の分離」モデルはどこでも妥当すると考えたが、実はアメリカ固有であるとしている（Mark J. Roe, Some Differences in Corporate Structure in Germany, Japan, and the United States, *Yale L. Journal*., vol. 102（1993）, no. 8, pp. 1927-2003）。ベルギーのクールス教授もラ・ポルタ教授らの論文を批判している（Sofie Cools, La Répartition juridique des pouvoirs au sein des sociétés d'Europe continentale et des sociétés américaines, *Revue pratique des sociétés,* 2007, no. 2, pp. 149-200）。

ティヴィストは機関投資家のエージェントに過ぎず、従来の「経営と所有の分離」や「エージェンシー理論」の妥当性が問われているとしている[59]。すなわち株主アクティヴィスムとは経営者とアクティヴィストという二つのエージェントの間の争いである。最近、アメリカの労働組合年金団体は株主過度のアクティヴィスムが労働者にはマイナスであると警鐘を鳴らした[60]。わが国経団連の2020年9月15日の意見書[61]は「世界の多くの機関投資家が投資先企業に目先の利益ではなく雇用維持を求め」ていると書いているとおりである。

附録：フランスでの株主アクティヴィスト・エンゲージメント事例は相応の件数があるが、ここでは三つのタイプに分けそれぞれ一件を挙げる。

（1）　買収事案便乗型：2015年4月　Norbert Dentressangle の株式公開買付け

物流会社 Norbert は1979年に創業してから国内外で同業会社を買収し拡大路線をとってきた。2015年4月28日、アメリカの同業会社 XPO Logistics は Norbert の経営者一族から株式67％を買い取り、さらに86％超まで買い増し、Norbert の上場廃止を計画した。株主アクティヴィストの Elliott はこの時期に Norbert の株式を9.12％取得した（上場廃止には95％超の株式保有を要した）。Norbert は XPO の子会社となり、2016年2月に XPO Logistic Europe に名称変更した。この事案で2015年7月に XPO はパリ商事裁判所に Elliott を相手に1億52百万ユーロの損害賠償と Norbert の株式取得差止などを求めて訴えを提起し、同裁判所は2019年2月5日（RG j2019000036）に本案を金融市場庁に移送、同年9月に開始された調査の結果、2020年4月17日に同庁制裁委員会は不実

59）　Ronald J. Gilson & Jeffery N. Gordon, The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and the Revaluation of Governance Rights, *Colum. L. Rev*. vol. 113（2013）, pp. 863–927.

60）　すでにその動きとしてアメリカ通信労働組合は2021年9月23日報告がある（The Communications Workers of America, New Report Exposes Elliot Management's Harm to Pensions and Telecom CompaniesManagement, Sept. 23, 2021）。

61）　日本経済団体連合会「企業と投資家による建設的対話の促進に向けて」2020年9月15日。

報告、報告遅滞、調査妨害を理由に Elliott グループ2社に総額2千万ユーロの課徴金の支払いを命じた。

(2)　企業価値増殖型：2016年6月　Rexel の経営方針への提言

Rexel は1967年創業の電気製品製造販売会社で、従業員2万6千人を数える。株主アクティヴィストの Cevian Capital は2015年末から Rexel の株式投資を始め、2016年には10.47％に達した。フランス金融市場庁によると Cevian は Rexel の経営支配権を得ることは考えていないが、取締役のポストを求めるかもしれないと答えた。2016年6月、Rexel は機構改革（取締役会長辞任、指名委員会・報酬委員会・監査委員会の設置、取締役12人のうち10人を独立取締役とする）を発表し、その後、Rexel の経営陣は従来の拡大方針から事業の集中方針に転じ、2017年5月には Cevian の代表者が Rexel の取締役、監査委員・報酬委員に就任した。Cevian は株式を買い増し、2018年12月には19.5％に達した。

(3)　空売り型：2015年12月 Casino に対する Muddy Waters の空売り

Casino は1898年創業のフランスのスーパー・マーケット会社。投資ファンドの Muddy は 2015年12月に Casino の株価は過大評価、過大債務の存在、適正な株価は7ユーロ（市場株価は49ユーロ）などを内容とするレポートを公表。この結果 Casino の株価は急落し、Muddy は Casino 株を空売りしていた。金融市場庁は2016年2月から調査を開始した。

なお欧州連合2012年3月14日規則第236/2012号「空売りとクレジット・デフォルト・スワップに関する規則」、2014年4月16日規則第596/2014号を参照。

（こはり・よしあき　広島大学名誉教授）

論　説

親との関係を妨げられたことを理由とする成年に達した子からの損害賠償請求

――『民事責任法と家族』[1]の一つの補遺――

白　石　友　行

はじめに
Ⅰ．権利または法律上保護される利益の捉え方
　1．親との親密な関わりの中で生きる子の人格権および人格的利益
　2．従前の判例が基礎に据えている考え方の定式化
　3．家族のメンバーとの親密な関わりの中で生きる個人の人格権および人格的利益の重要性
　4．成年に達した子に認められる権利または法律上保護される利益
Ⅱ．責任原因行為と権利または法律上保護される利益の侵害との間の因果関係の捉え方
　1．責任原因行為と権利または法律上保護される利益の侵害との間の法的な因果関係の存在
　2．責任原因行為と関係的な人格権および人格的利益の侵害との間の法的な因果関係の存在
　3．例外的に法的な因果関係が認められる場面の拡大
　4．責任原因行為と成年に達した子に認められる権利または法律上保護される利益の侵害との間の法的な因果関係の存在
おわりに

はじめに

成年に達した子は、その親の一方が婚姻またはパートナーの関係にある他方以外の第三者と親密な関係を築き同棲するなどしたときに、当該第三者に対して損害賠償を請求することはできるか。また、仮にこの問いが肯定されることがあるとして、この請求が認められるのは、どのような場合であり、どのような理由に基づいているのか。これらが、本稿で検討の対象とする問題である。

1）　拙稿『民事責任法と家族』（信山社・2022年）。

これらの問題は、素材とすべき裁判例が乏しく、また、おそらく、判例において同様の場面で未成年の子からの損害賠償請求が認められていない以上、成年に達した子からの損害賠償請求が認められることはないという認識が支配的であったこともあって、これまでほとんど論じられることはなかった。しかし、これらの問題では、親の一方と不貞行為に及び同棲するなどした第三者に対する未成年の子からの損害賠償請求や、パートナーの一方と不貞行為に及ぶなどした第三者に対する他方からの損害賠償請求のみならず、より広く、ある者が家族と関わりを持つ形で有している権利または利益を侵害されたときにその者はこのこととの関連で損害賠償を請求することはできるのかという「家族に関わる保護」が問われる場面、更には、「民事責任法と家族」全般においても問われうる法的課題がより前面に出る形で現れているため、これらの問題を丁寧に検討することにより、「家族に関わる保護」や「民事責任法と家族」の場面における従前の議論および判例や裁判例に含まれる様々な問題点はもちろん、これらの場面で基礎に据えられるべき基本的な考え方が明確に浮かび上がってくる。その意味で、これらの問題の検討は、これまでほとんど論じられてこなかった問いに取り組むという意味を持つほか、『民事責任法と家族』の中で「家族に関わる保護」の基礎として示した考え方を補強するための一つの重要な補遺にもなると考えられる[2)]。以下で、本稿の問題関心を簡単に提示する。

本稿で検討の対象とする場面で成年に達した子からの損害賠償請求が認められるためには、成年に達した子に何らかの権利または法律上保護される利益の侵害が存在したこと、および、第三者の責任原因行為と成年に達した子の権利または法律上保護される利益の侵害との間に法的な因果関係が存在したことが必要となる。そして、これらの点を明らかにするためには、成年に達した子が当該第三者と不貞行為に及び同棲するなどした親との関係でどのような権利または法律上保護される利益を有していたのか、また、その権利または法律上保

2）「家族に関わる保護」および「民事責任法と家族」については、拙稿・前掲注(1)を参照。拙稿・前掲注(1)113頁以下は、本稿で検討の対象とする問題について、それ自体としてはほとんど言及していない。

護される利益が当該第三者の責任原因行為により侵害されたといえるのかを丁寧に解明しなければならない。本稿で検討の対象とする問題を扱った従前の裁判例においては、いずれの問いについても、否定的な結論は示されているものの、それらで示された各問いに関する理解の仕方は、十分に説得的なものとはいえない。

一方で、成年に達した子に権利または法律上保護される利益の侵害は存在しないという理解についてみると、従前の裁判例では、子が成年に達しているという一事をもって、上記の結論が導かれている。例えば、ある裁判例（以下「裁判例①」とする。）は、Aに対し貸付をしていたXが、Aの死後に、その相続人でAの妻であるY1およびAとY1との間の子であるY2からY6までに対して、貸金返還請求をしたことを受けて、Yらが、XはAと親密な関係を持ち7年にわたって同棲していたこと、従って、YらはXに対して損害賠償債権を有することなどを理由に、相殺の抗弁を主張した事案で、Y1およびAがXとの同棲を始めた当時に未成年であったY2からY4までとの関係では、上記の抗弁を容れたのに対し、その当時すでに成年に達していたY5およびY6との関係では、Y5およびY6は「XがAと同棲を始めた昭和54年ころ既に成人に達していたものであり（Y6については、仮に正確には満20才に達していなかったとしても、ほぼ成人に近いものである。）、このように、成人した子については、未成年の子の場合と異なり、その親との親族共同生活によって得られる精神的平和、幸福感その他の愛情利益をもって法の保護に値する人格的利益とまでは未だ認められない」として、その抗弁を排斥している[3)]。

また、別の裁判例（以下「裁判例②」とする。）は、昭和45年5月に生まれ平成6年に至るまで父Y1および母Aと同居していた子Xが、Y1およびその不貞行為の相手方Y2に対して損害賠償の支払等を求めた事案で、Y1がY2とともに外国に行った際には、Xは自ら当該国に出向いてY1にAのもとへ戻るよう懇願したが、Y1はこれを拒んだこと、それにもかかわらず、結局Y1は帰国

3）　京都地判昭和62年9月30日判時1275号107頁。

してY2との同棲を続けていることなどからすると、「Xは、Y1とY2の出国およびその後の同棲により、大きな心理的衝撃を受け、残されたAを支援すべき物心両面における負担を課せられたことは、十分に理解し得るところではある。しかしながら、Xは、平成6年当時、すでに成人に達しており、Y1の監護、教育が不可欠な状態を脱していたのであって、Y1とY2の失踪およびその後の不貞行為は、Aとの関係で不法行為となるとしても、Xに対する関係では、不法行為を構成しない」と判示している。また、裁判例②は、これに続けて、「Xに、平成6年当時、Y1との間で平穏な同居生活を続け、父娘の良好な関係を保つことについての事実上の利益があったとしても、これが法律上保護されるべき利益であるとまではいえない」としている[4)]。

更に、また別の裁判例（以下「裁判例③」とする。）は、すでに成年に達していたXがその母であるAと不貞行為に及び同棲するに至ったYに対して損害賠償の支払等を求めた事案で、以下のように判示して、Xの請求を棄却している。「未成年の子は、親との間に家族共同体を構成し、親とともに生活することによって、親から愛情を注がれ、監護、教育を受けられるという一定の身分上の権利又は親族としての権利を取得しているということができ、このような権利は、民法上、親権者による子に対する監護及び教育の権利義務（民法820条）として規定されているところである。そして、未成年の子が両親とともに共同生活を送ることによって享受することのできる親からの愛情、親子の共同生活が生み出すところの家庭的生活利益（中略）は、未成年の子の人格形成に強く影響を与えるものであって、その保護の必要性は高いものといえる」。「これに対し、成人の子については、現在の我が国において、成人の子が、親との間に家族共同体を構成し、親とともに生活することが一般的であるとはいえないし、民法上も、親が、直系血族として子を扶養する義務（同法877条）

4）　東京地判平成14年7月19日平10（ワ）4794号。この事件では、Aも、Y1に対して、Y1の債務を立替払いしたとして、事務管理に基づき立替金返還請求等をし、また、Y1およびY2に対して、不貞行為等を理由に不法行為による損害賠償請求等をしている。裁判例②は、Aからの請求については、一部認容している。

を負うことがあるものの、親による成人の子に対する監護及び教育の権利義務はない。確かに、成人したからといって、未成年の子と同様の家庭的生活利益の重要性が直ちに失われるものではないが、成人の子については、人格形成が一応完了したと考えられ、上記利益の法律上の保護の必要性は、相対的に低いものとならざるを得ない。また、上記利益が法律上保護される利益であると解する場合、親が、成人した子に対して愛情を与えなくなったり、子と共同生活を送らなくなったりしたとき（その原因は不貞行為に限らない。）、親は、成人した子の上記利益を侵害したものとして損害賠償責任を負い得ることとなるが、親がそのような法律上の責任を負うべきであると解することが、現在の社会通念に合致するとはいえない」。「なお、親が成人した子に対して具体的な扶養義務を負っている場合、これをもって法律上保護される利益と解する余地があるが」、本件では、そのような事情は存在しない[5)]。

ところで、本稿で検討の対象とする問題は、カップルの一方が不貞行為等をした場合に、他方やその未成年の子はその不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求することができるのかという問題、ある家族に属していた死者との関わりが何らかの形で害された場合に、その家族に属する生存者はこれを害した者に対して損害賠償を請求することができるのかという問題、更に、同じ家族のメンバーとして生まれてくるはずの子が生まれてこなかったこと、同じ家族のメンバーとして生まれてきた子が望まない形で生まれてきたこと、または、障害を持って生まれてきたことなどを理由に、その家族のメンバーは損害賠償を請求することができるのかという問題等と並んで、ある者が家族と関わりを持つ形で有している権利または利益を侵害されたときに、その者は、このこととの関連で損害賠償を請求することはできるのかという、「家族に関わる保護」の問題の一つとして位置付けられる。そして、これらの各場面で損害賠償を請求する主体について措定されうる権利または法律上保護される利益の内容の捉え方、すなわち、「家族に関わる保護」の基礎については、身分または地位そ

5)　名古屋地判令和4年7月6日令3（ワ）4465号。

れ自体の保護や身分または地位から生ずる個別的な権利や利益の保護の問題として位置付ける構想、家族との関わりの中で生きる個人の人格的な権利や利益の保護の問題として位置付ける構想等が存在する[6)]。これらの諸構想を用いて従前の裁判例で示された理解の仕方を捉えると、そこでは、成年に達した子には親との関係で子という身分から生ずる権利や利益は存在しないという理由で、前者の構想に基づく権利または法律上保護される利益が否定され、また、成年に達した子には家族との関わりの中で形成した人格の保護の必要性が認められないという理由で、後者の構想に基づく権利または法律上保護される利益が否定されていることが分かる。しかし、成年に達した子について前者の構想に基づく権利または法律上保護される利益は認められないという点に異論はないとしても、子は成年に達していたとしてもその親と親密な関係をともに過ごすなどして当該親との間で自己の人格の実現および展開に必要不可欠な関係を築くことがありうる以上、成年に達しているという一事をもって後者の構想に基づく権利または法律上保護される利益の存在を一律に否定することには、問題がある。

他方で、親の一方と不貞行為に及び同棲するなどした第三者の責任原因行為と成年に達した子の権利または法律上保護される利益の侵害との間に法的な因果関係は存在しないという理解についてみると、従前の裁判例では、未成年の子が父（または母）と不貞行為に及び同棲するなどした相手方に対して損害賠償を請求した事案で、未成年の子を持つ男性（または女性）と不貞行為に及んだ女性（または男性）がこの男性（または女性）と同棲するに至った結果、その子が日常生活において父（または母）から愛情を注がれ、その監護、教育を受けることができなくなったとしても、そのことと当該女性（または当該男性）の行為との間に相当因果関係はないため、当該女性（または当該男性）が害意をもって父（または母）の子に対する監護等を積極的に阻止するなどの特段の事情がない限り不法行為は成立しないと判示した判例の理解[7)]が、ほぼそのま

6)　以上の点について、拙稿・前掲注(1)113頁以下。

ま適用され、上記の結論が導かれている。例えば、裁判例③は、「成人の子の上記利益が、法律上保護される利益であり、それが侵害されたと解するにしても、母親が、その成人の子に対して愛情を注ぎ、家庭的生活利益を享受させることは、他の男性と同棲するかどうかにかかわりなく、母親自らの意思によって行うことができるから、その男性の行為との間に相当因果関係があるというためには、その男性が害意をもって母親の子に対する上記利益の享受等を積極的に阻止するなどの特段の事情が必要であると解すべきである（昭和54年最判参照）」としたうえで、「Yが、Aに対し、有形力を行使して拘束するなど、AのXに対する上記利益の享受等を積極的に阻止する行為をしたことを認める証拠はなく、むしろ（中略）、Aが、X宅を出た翌日（中略）に、Aの姉夫婦、B（Aの夫―筆者注。）、Aの4名で、AとBの関係に関して再度の話合いの場を設けることなどが話し合われたと認められ、これによれば、Aは、自らの判断で、Xらとの関係を考えた上で、Yとの同棲を継続していることが窺われ」、更に、「Xは、Yが、Aとの間で、1年8か月もの間、不貞関係を継続し、令和2年7月頃にはアパートを契約して、計画的にAとの同居を開始していること、YとAの同棲の場所が、X宅の生活圏内に存在していることから、上記特段の事情があると主張するが、これらの事情が存在したとしても、Aが、自らの意思によってXに愛情を注ぎ、家庭的生活利益を享受させることを行い得なくなるわけではないから、上記特段の事情に該当するということはできない」と判示している。

しかし、判例が未成年の子からの損害賠償請求との関連で示した相当因果関係の判断の仕方を、現時点において成年に達した子からの損害賠償請求が問題となる場面にも無条件で妥当させてよいかについては、慎重な検討が求められる。というのは、判例が示した相当因果関係の不存在という一般論それ自体には、前提としているはずの因果関係の捉え方との関係で整合性が欠けているのではないかという疑問が生ずるほか、仮に上記の一般論を受け入れるとしても、

7）　最判昭和54年3月30日民集33巻2号303頁、最判昭和54年3月30日判時922号8頁等。

これをあらゆる場面で用いることができるのか、すなわち、前記のとおり、子には親との関係で二つの異なる保護法益が措定されうるところ、上記の一般論を、親の一方と不貞行為に及び同棲するなどした第三者の責任原因行為と子としての身分から生ずる個別的な権利や利益の侵害との間の因果関係の評価に対してのみならず、当該第三者の責任原因行為と父または母との関わりの中で生きる子の人格権または人格的利益の侵害との間の因果関係の評価に対しても用いることができるのか、更に、上記の一般論がいずれの権利または法律上保護される利益の侵害との関連でも妥当すると仮定しても、その論理による限り一定の範囲で法的な因果関係が認められるべき場面が存在するはずであるが、それは、判例が例示的に説くように、当該第三者が害意をもって父または母の子に対する監護等を積極的に阻止するといった事情が存在する場面に限られないのではないかといった、様々な疑問が浮かび上がってくるからである。

以下では、上記のような問題関心に基づき、親の一方が婚姻またはパートナーの関係にある他方以外の第三者と親密な関係を築き同棲するなどしたときにその成年に達した子が当該第三者に対して損害賠償を請求することはできるのかという問題に即して、成年に達した子について認められるべき権利または法律上保護される利益の捉え方（Ⅰ）、および、責任原因行為と成年に達した子の権利または法律上保護される利益の侵害との間の因果関係の捉え方（Ⅱ）を検討し、『民事責任法と家族』の一つの補遺とする。

Ⅰ．権利または法律上保護される利益の捉え方

子は、成年に達していたとしても、その親と親密な関係をともに過ごすなどして、当該親との間で自己の人格の実現および発展に必要不可欠な関係を築いている場合には、当該親との関わりに由来する人格権を有しており、こうした人格権がその子の生にとって持つ重要な意味に鑑みれば、その関係が平穏に維持されることについての人格的利益、言い換えれば、当該親との家族共同生活の平和が維持されることについても人格的な利益を有している。従って、当該親が、第三者と親密な関係を持って同棲し、その子との緊密な生活を解消して、

その関係を断つに至ったときには、当該親との関係で形成されている人格権およびその関係維持についての人格的利益が侵害される。これが、本稿で検討の対象とする問題との関連で、成年に達した子の権利または法律上保護されるべき利益の捉え方として、基礎に据えられるべき基本的な考え方である。

以下では、まず、論旨を見通しやすくするために、上記の基本的な考え方をより明確に提示したうえで（1)、次に、この基本的な考え方が、ある者が第三者と不貞行為等をした場合にその者の配偶者またはパートナーおよび未成年の子が当該第三者に対して不法行為による損害賠償を請求する場面に関する従前の判例の立場から導かれること（2)、また、家族のメンバーとの親密な関わりが妨げられたことを理由とする不法行為による損害賠償請求が問題となる場面でも広くみられ、かつ、現代における個人とその家族のメンバーとの関係を適切に反映したものであること、その結果、この基本的な考え方が基礎に据えられるべきこと指摘して（3)、最後に、これらの検討を踏まえ、本稿で検討の対象とする問題に即して、成年に達した子にも、一定の範囲という限定は付くものの、上記の意味での権利または法律上保護される利益の侵害が認められることを示す（4)。

1. 親との親密な関わりの中で生きる子の人格権および人格的利益

人は、その家族のメンバーと緊密な関係を築き、相互に愛情や支援を受けたり与えたりしながら、自己の人格を形成していくだけでなく、絶えずこれを実現および発展させていくことによって、自己の生を描いていく存在である。そのため、人は、その家族のメンバーとの親密な関係が自己の人格の形成、実現および発展に必要不可欠である場合には、その関わりから愛情や支援を受け自己の人格を形作り自己実現を図るという意味での人格権を有し、また、その関わりが平穏に維持されること、つまり、当該家族のメンバーとの家族共同生活の平和が維持されることについて人格的利益を有する。これらのことは、人が成年に達しているかどうかにかかわらず、妥当する。家族のメンバーとの関わりは、未成年者にとっては、その人格の形成に資するものであるが、成年者に

とっても、その人格の実現および発展のために重要な意味を持つからである。人は、成年に達した後であっても、その家族のメンバーとの関わりを通じて、自己の生を構築していく。従って、その関係の親密さによっては、例えば、成年に達した子が親との関わりの中で、親が子との関わりの中で、更に、祖父母が孫との関わりの中で、上記のような意味での人格権および人格的利益を持つことは十分にありうる。そして、こうした人格権および人格的利益は、例えば、親や子等のように、当該家族のメンバーとの間における特定の法定的な身分に由来するものではなく、また、例えば、監護および教育や扶養等のように、当該家族のメンバーとの間における特定の法定的な身分から生ずる個別的な権利または利益でもなく、当該関係の親密さに由来し、特定の身分の有無からは切り離された人的な権利または利益である。

以上の理解によれば、成年に達した子が、その親と緊密な生活をともに過ごすなどして、当該親との間で自己の人格の実現および発展に必要不可欠な関係を築いている場合において、当該親が、第三者と親密な関係を持って同棲し、その子との緊密な生活を解消して、その関係を断つに至ったときには、その子は、たとえ成年に達しているため当該親との関係で子という身分に由来する何らかの権利や利益を有していないとしても、当該親との親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益を侵害される。

2. 従前の判例が基礎に据えている考え方の定式化[8)]

1で示した権利または法律上保護される利益の捉え方は、単なる学理的な提案にとどまるものではなく、ある者が第三者と不貞行為等をした場合にその者の配偶者またはパートナーおよび未成年の子が当該第三者に対して不法行為による損害賠償を請求する場面に関する従前の判例の中に存在した考え方を、よ

8)　以下の点について、拙稿・前掲注(1)187頁以下も参照。

り明確な形で定式化したものにほかならない。

まず、配偶者またはパートナーからの損害賠償請求が問題となった場面についてみると[9]、大審院時代の判例では、夫は妻に対して貞操を守らせる権利を持つため、妻と不貞行為に及んだ者は、この夫権を侵害したことを理由に夫に対して損害賠償の支払を義務付けられた[10]。その後の判例は、権利または法律上保護される利益の捉え方については、上記の理解をより現代的な装いのもとで基本的には承継し、夫婦の一方の配偶者と肉体関係を持った第三者は、故意または過失がある限り、右配偶者を誘惑するなどして肉体関係を持つに至らせたかどうか、両名の関係が自然の愛情によって生じたかどうかにかかわらず、他方配偶者の夫または妻としての権利を侵害し、その行為は違法性を帯び、不法行為が成立するとした[11]。もっとも、その後の判例は、上記の理解とは異なる形で権利または法律上保護される利益を捉えている。これによれば、夫婦の一方と第三者が肉体関係を持った場合において、婚姻関係がその当時すでに破綻していたときは、婚姻共同生活の平和の維持という権利または法律上保護される利益の侵害は存在しないため、特段の事情がない限り、不法行為は成立しない[12]。これらの判例では、配偶者やパートナーの権利または法律上保護される利益として、それぞれ、夫権（または妻権）、夫または妻としての権利、および、婚姻共同生活の平和の維持という権利または法律上保護される利益が措定されている。

9）　現在の法状況において、内縁は婚姻に準ずる関係として位置付けられており（最判昭和33年4月11日民集12巻5号789頁等。）、内縁のパートナーの一方が他方と不貞行為に及んだ者に対して損害賠償を請求する場面で適用される規律は、夫婦の一方が他方と不貞行為に及んだ者に対して損害賠償を請求する場面で適用される規律と基本的に同じである（宇都宮地真岡支判令和1年9月18日判時2473号51頁等を参照。）。そのため、本文では、配偶者またはパートナーからの損害賠償請求という表現が用いられている。なお、判例および裁判例が前提とするアプローチの仕方の問題について、拙稿・前掲注(1)を参照。

10）　大判明治36年10月1日刑録9輯1425頁、大判明治40年5月28日刑録13輯500頁、大判明治41年3月30日刑録14輯331頁等。

11）　最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「民集」。

12）　最判平成8年3月26日民集50巻4号993頁。

大審院時代の判例で使われていた夫権（または妻権）とその後の判例で用いられていた夫または妻としての権利とに違いがあるかどうか[13]、また、不貞行為によって生じた損害の賠償を認めた諸判例の関係をどのように理解するかについては[14]、議論があるものの、措定されている権利または法律上保護される利益の中身に着目すると、この場面に関する判例においては、少なくとも大枠としてみれば、夫権（または妻権）や夫または妻としての権利のように、夫や妻といった身分それ自体に着目して権利または法律上保護される利益の内容を捉えていく発想から、婚姻共同生活の平和の維持という権利または法律上保護される利益のように、身分というよりも夫婦相互の実質的な関係に焦点を当てて権利または法律上保護される利益の内容を捉えていく発想への移行が看取される。このことは、最近の判例で、夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者は、これにより当該夫婦の婚姻関係が破綻して離婚するに至ったとしても、特段の事情がある場合を除き、当該夫婦の他方に対して、離婚させたことを理由とする不法行為責任を負うことはないとされていること[15]、従って、この判例では、夫または妻といった身分それ自体に着目した権利または法律上保護される利益の侵害は問題となっていないことからも、裏付けられる。そして、現代において、婚姻またはカップルの関係は、それ自体として保護されるべき存在であるというよりも、個人の善き生や個人の幸福を実現するための仕組みとして捉えられていることを踏まえると、後者の発想は、婚姻共同生活の平和の維持という権利または法律上保護される利益を守ることを通じて、夫婦またはカップルの一方が他方との関わりの中で形成していた人格の保護を図ろうとする理解の

13） 夫または妻としての権利は、夫権（または妻権）と比べて、配偶者である夫または妻の精神的平和等も含む点においてやや幅の広い概念であるとされるが（榎本恭博「判解」最判解民昭和54年度176頁。）、そもそも夫権（または妻権）という概念が必ずしも明確でなかった以上、このような評価が適切かどうかには疑問もある。

14） 事実関係の相違に着目すれば、最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「民集」と最判平成8年3月26日・前掲注(12)とを矛盾なく読むことは可能であるが（田中豊「判解」最判解民平成8年度（上）248頁。）、措定されている権利または法律上保護される利益の捉え方という観点からみると、二つの判例の考え方には大きな違いがある。

仕方として、位置付けられる。

次に、未成年の子からの損害賠償請求が問題となった場面についてみると、判例は、未成年の子を持つ男性（または女性）と不貞行為に及んだ女性（または男性）がこの男性（または女性）と同棲するに至った結果、その子が日常生活において父（または母）から愛情を注がれ、その監護、教育を受けることができなくなったとしても、そのことと当該女性（または当該男性）の行為との間に相当因果関係はないため、当該女性（または当該男性）が害意をもって父（または母）の子に対する監護等を積極的に阻止するなどの特段の事情がない限り、不法行為は成立しないとしている[16)]。この判例は、相当因果関係の不存在を理由に未成年の子からの損害賠償請求を棄却しているため、未成年の子に認められる権利または法律上保護される利益の内容を明確に提示しているわけではない。もっとも、判決文からは、この判例では、未成年の子が父または母から愛情を注がれ、その監護や教育を受けるという意味での権利または法律上保護される利益が措定されていると考えられる。

15）　最判平成31年2月19日民集73巻2号187頁。同判決は、以下のように判示している。「夫婦が離婚するに至るまでの経緯は当該夫婦の諸事情に応じて一様ではないが、協議上の離婚と裁判上の離婚のいずれであっても、離婚による婚姻の解消は、本来、当該夫婦の間で決められるべき事柄である」。「したがって、夫婦の一方と不貞行為に及んだ第三者は、これにより当該夫婦の婚姻関係が破綻して離婚するに至ったとしても、当該夫婦の他方に対し、不貞行為を理由とする不法行為責任を負うべき場合があることはともかくとして、直ちに、当該夫婦を離婚させたことを理由とする不法行為責任を負うことはないと解される。第三者がそのことを理由とする不法行為責任を負うのは、当該第三者が、単に夫婦の一方との間で不貞行為に及ぶにとどまらず、当該夫婦を離婚させることを意図してその婚姻関係に対する不当な干渉をするなどして当該夫婦を離婚のやむなきに至らしめたものと評価すべき特段の事情があるときに限られるというべきである」。こうした理解の仕方と従前の判例で示された考え方とを接合させれば、夫婦の他方は、一方と不貞行為に及ぶなどした第三者に対し、離婚により夫または妻としての権利を失ったことを理由に損害賠償を請求することはできないが、婚姻共同生活の平和の維持という権利または法律上保護される利益を侵害されたことを理由に損害賠償を請求することは妨げられないという基本的な枠組みが浮かび上がる。

16）　最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「民集」、最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「判時」。

このような意味での権利または法律上保護される利益については、配偶者またはパートナーからの損害賠償請求が問題となった場面に関する判例で二つの異なる権利または法律上保護される利益の捉え方が示されていたことを踏まえると、一方では、親から愛情を注がれ監護や教育を受けるという子としての身分に関わる権利または法律上保護される利益として捉えることも、他方では、共同生活を送ることによって享受することができる父や母からの愛情、あるいは、共同生活が生み出すところの家庭的な生活利益といった形で、子としての身分からは切り離された権利または法律上保護される利益として捉えることも可能である。こうした二つの異なる保護法益の捉え方は、少なくともその端緒としては、従前の議論の中だけでなく[17]、上記の判例に付された反対意見の中にも看取される[18]。この反対意見は、「Yの行為とXらが被った不利益との間に相当因果関係が認められるとすれば、次に検討されなければならないのは、Yの行為によってXらが被った不利益は、はたして不法行為法によって保護されるべき法益となり得るかの問題である」としたうえで、以下のように続けている。「民法820条は、親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負うと規定する。右義務及び教育の義務が国家社会に対する義務なのか、子に対する私法上の義務なのか、又はその両方の性質を有するものかは、にわかに決し難いものがあるが、いずれにしても、少なくとも親が故意又は過失によって右義務を懈怠し、その結果、子が不利益を被ったとすれば、親は、子に対して不法行為上の損害賠償義務を負うものというべきであるから、右利益は、不法行為法によって保護されるべき法益となり得ると考えられるのである（Ⓐ—筆者注。）。また、未成年の子が両親とともに共同生活をおくることによって享受することのできる父親からの愛情、父子の共同生活が生み出すところの家庭的生活利益等は、未成年の子の人格形成に強く影響を与えずにはいられないものであり、かつ、人間性の本質に深くかかわりあうものであることを考えると、法律は、それらへの侵害に対しては厚い保護の手を差し伸べなければならない、換言すれば、右利益等は、十分に法律の保護に値する法益であるというべきである（Ⓑ—筆者注。）」。上記の引用部分で、Ⓐの部分とⒷの部分とが「ま

た」という接続詞で繋がれていること、および、Ⓐの部分では「右利益」とされているのに対しⒷの部分では「右利益等」とされていることからすると、Ⓐの部分とⒷの部分とでは異なる保護法益が措定されていると考えられる。そうすると、上記の引用部分のうちⒶの部分では、子としての身分に関わる権利または法律上保護される利益が、また、Ⓑの部分では、子としての身分からは切り離された人格的な権利または法律上保護される利益が、それぞれ示されてい

---

17) これらの二つの異なる保護法益の捉え方は、必ずしも明確な形で定式化されていたわけではないものの、従前の議論の中に看取される。例えば、中川善之助「判批」判評52号（1962年）4頁は、子への身上監護には、生活費を送るという側面に加えて、愛護というべき側面も含まれ、たとえ親の一方が子に生活費を送っていたとしても、子を愛護していなければ、子に対して不法行為責任を負うとしたうえで、親の一方と不貞行為に及び同棲するに至った者も、親の一方との共同不法行為者として、子に対し不法行為責任を負うとする。また、泉久雄「親の不貞行為と子の慰謝料請求」ジュリ694号（1979年）89頁以下は、子が親から監護および教育を受けたとしても、親の一方が他の異性に走って家族的生活が破壊されそのために精神的平和が乱されたとすれば、その精神的苦痛の賠償が認められるべきであるとして、注(16)で引用した判例を批判している。更に、中川淳「家族関係破壊と配偶者・子の慰藉料請求」同『家族法の現代的課題』（世界思想社・1992年）146頁以下〔初出・1979年〕および同「家族にたいする不法行為」同『現代家族法の研究』（京都女子大学・1994年）25頁以下〔初出・1985年〕は、未成年の子は父母の愛情に包まれて家庭において精神的な安定と幸福を享受することができるものであり、このような愛情的利益は家庭における未成年の子を支える精神的支柱であるとしたうえで、未成年の子からの損害賠償請求を否定する見解について、子と親との関係を民法上の扶養の権利義務、身上監護権、財産管理権の総体にすぎないものと解し、愛情的利益という実質を見逃していると批判し、このような愛情的利益も法によって保護されるべき利益であるとする。加えて、小野義美「判批」法政50巻3＝4号（1984年）187頁以下は、未成年の子の被侵害利益として、論理的には、親に対して扶養や身上監護を要求しうる権利のほかに、親と子の共同生活から得られる愛情を受ける利益が措定されるとしたうえで、親との共同生活が持つ価値の重大性に鑑み、「共同生活から醸成される、各構成員の精神的平和幸福感その他相互間の愛情的利益」が重視されるべきであると述べて、未成年者の子の被侵害利益を前者に限定してしまっているとして注(16)で引用した判例を批判している。以上のように、これらの議論においては、子としての身分に関わる権利または利益とは別に（または、これらに代えて）、それとは切り離された保護法益が想定されていることが分かる。

18) 注(16)で引用した二つの判決に付された本林譲裁判官の反対意見。なお、引用部分は、最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「民集」に付された反対意見による。

るとみるべきことになる[19]。そして、こうした見方は、判例が前提とする未成年の子の権利または法律上保護される利益の内容をよりよく理解するために、参考にされるべきものである[20]。

これらの二つの捉え方をより一般化すれば、前者の捉え方に関しては、子の権利または法律上保護される利益として子という身分またはそこから生ずる法定的な権利や利益を措定する考え方として、後者の捉え方に関しては、子の権利または法律上保護される利益として父または母との親密な関わりから愛情や支援を受け人格を形成し自己実現を図るという意味での個人としての人格権およびこうした関係を平穏に維持することに関わる人格的利益を措定する考え方として、それぞれ定式化することができる。加えて、後者の捉え方は、現代において家族のメンバーとの関わりが個人の善き生や幸福を実現するための手段としても捉えられていることを強調し、かつ、この観点からは、配偶者またはパートナーからの損害賠償請求の場面で示されていた婚姻共同生活の平和の維持という権利または法律上保護される利益について、「婚姻」共同生活というように限定を付けることなく、より広く、父または（および）母との「家族」共同生活の平和の維持という権利または法律上保護される利益として拡張することが適切であることを踏まえると[21]、こうした意味での権利または法律上保護される利益を守ることを通じて、子が父または母との関わりの中で形成していた人格の保護を図ろうとするものとして、位置付けられる[22]。なお、配偶者

19）　本文で示したような形で本林譲裁判官の反対意見を読む場合には、注(16)で引用した二つの判決に付された大塚喜一郎裁判官の補足意見で示された本林裁判官の反対意見の読み方、すなわち、「本林裁判官は、子が被る不利益が法の保護に価する法益であるといわれるので、この点について附言すると、右判示は、つまり不法行為における加害者の行為の違法性の問題を指摘したものと解される」という理解の仕方は、十分なものとはいえない。

20）　注(16)で引用した二つの判決に付された本林譲裁判官の反対意見は、法廷意見が相当因果関係を否定したことに向けられたものである。従って、同裁判官の反対意見における権利または法律上保護される利益の捉え方は、法廷意見のそれと異なるものとして提示されているわけではなく、後者を理解するために前者を参考にすることは許される。

またはパートナーからの損害賠償請求が問題となる場面とは異なり、未成年の子からの損害賠償請求が問題となる場面では、これらの二つの権利または法律上保護される利益の捉え方は、いずれか一方のみが基礎に据えられるべきものであるというよりも、重層的な形で意味を持つものであると考えられる[23)]。未成年の子の福祉および利益の観点からは、未成年の子としての身分に由来する権利または利益と、親との事実上の関係に由来する人格権または人格的利益がともに保護されることが望ましいからである。

以上のように、2で検討の対象とした現在の判例においては、配偶者もしくはパートナーの一方または未成年の子について、（未成年の子としての身分ま

21）　窪田充見『不法行為法（第2版）』（有斐閣・2018年）313頁以下〔初版・2007年〕は、不貞行為をめぐる損害賠償責任が問題となる場面において、保護法益が家庭生活の平和の維持といったものであれば、それは、子についても同様に認めることができるはずであり、従って、父または母が出て行って、別の女性または男性と暮らし、それによって家庭が崩壊してしまったという場合、妻または夫に損害賠償請求権を認めるのであれば、それと同様に子についても損害賠償請求権を認める余地はあるとする。

22）　用いられている表現は様々であり、そのためいくつかの解釈が可能なものではあるが、本文で述べた権利または法律上保護される利益の捉え方は、従前の議論の中にも看取される。注(17)および注(21)で引用した文献のほか、例えば、竜嵜喜助「不貞にまつわる慰謝料請求権」判タ414号（1980年）21頁は、子について認められるべき被侵害利益は純粋な意味での家庭平和であり、不貞行為によって従来通りの監護、教育、愛情を受けられなくなり、同棲でもされればその不安は倍加するのが通常であるから、相手方に害意がなくても子からの慰謝料請求は認められるべきであるとする。また、宗村和広「配偶者の一方と通じた者の他方配偶者および子に対する不法行為責任」信法4号（2004年）153頁以下は、子について認められるべき被侵害利益を「平穏な家庭生活を営むことによって享受してきた精神的利益」というように広く理解すべき旨を説く（もっとも、同論文は、そのうえで、違法性判断に際して親の不倫相手側に子に対する害意が存在したことを要求すべきであるとしており、この点において、問題を含んでいる。）。本文で示した捉え方は、これらの議論で萌芽的に示されていた構想を、現代法における人および家族のあり方を踏まえる形で定式化したものである。

23）　注(16)で引用した二つの判決に付された本林譲裁判官の反対意見も、本文で示したⒶの部分およびⒷの部分で、二つの意味での異なる権利または法律上保護される利益の捉え方を示し、それぞれが十分に保護に値する法益であると述べており、当該事案における権利または法律上保護される利益として両者をともに問題にしているようにみえる。

たはそこから生ずる監護や教育を受ける権利もしくは利益に加えて）他方または父もしくは母との親密な関わりから愛情や支援を受け人格を形成し自己実現を図るという意味での人格権およびその関係を平穏に維持することに関する人格的利益としての家族共同生活の平和の維持という権利または法律上保護される利益が措定されている。なお、こうした権利または法律上保護される利益は、これらを持つ者の生き方や人格に関わり、憲法的な価値に基礎を置いた強固な権利または利益であるため、例えば、債権または契約に対する侵害の場面や氏名を正確に呼称される利益の侵害の場面等でみられるように[24)]、行為者側に故意またはそれに準ずる主観的態様がなければ不法行為の成立を認めないという形で、その要保護性を低く見積もることは許されない[25)]。

24）　最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁は、氏名を正確に呼称される利益について、その性質上不法行為法上の利益として必ずしも十分に強固なものとはいえず、他人に不正確な呼称をされたからといって直ちに不法行為が成立するというべきではなく、むしろ、氏名に社会的機能があることを考慮すれば、氏名を不正確に呼称した行為であっても、当該個人の明示的な意思に反してことさらに不正確な呼称をしたとか、害意をもって不正確な呼称をしたなどの事情がない限り、容認されるとしている。ところで、親との親密な関わりから愛情や支援を受け人格を形成し自己実現を図るという意味での人格権およびその関係を平穏に維持することに関する人格的利益としての家族共同生活の平和の維持という権利または法律上保護される利益は、憲法的な価値に基礎を置く強固な権利であり、また、氏名のように社会的側面を持たない。従って、これらの権利または法律上保護される利益の侵害との関連で不法行為の成立要件を加重することは、そのように理解する理論的な前提を欠くものである。

25）　榎本・前掲注(13)180頁以下の指摘を参照。同解説は、以下のように述べている。最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「民集」のように相当因果関係の有無ではなく、違法性が強度である場合に限って不法行為の成立を認めるという構成も考えられないわけではない。こうした構成の背後には、本件のような被侵害法益が通常の不法行為が成立する場合のそれと比べて、法律上の要保護性が低いという思想があるのではないかと思われる。しかし、本林譲裁判官の反対意見もいうように、未成年の子が両親とともに共同生活を送ることによって享受することのできる父親からの愛情、父子の共同生活が生み出すところの家庭的生活利益等は、未成年の子の人格形成に強く影響を与えずにはいられないものであり、かつ、人間性の本質に深くかかわりあうものであることを思うと、本件のような被侵害利益について法律上の要保護性が低いということはできないのではないか。

ところで、こうした権利または法律上保護される利益は、その父または母との親密さの程度によっては、成年に達した子についても認められる。確かに、成年に達した子は、父または母との関係で、場合によっては一定の範囲で扶養に関する権利や利益を認められることはあるにしても、監護や教育を受ける権利または利益を有しておらず、この点において、成年に達した子につき、子としての身分またはそこから生ずる個別的な権利や利益を想定することはできない。しかし、成年に達した子も、父または母との間の親密な関係を通じて自己の人格を実現し発展させていくことがありうる以上、この場合には、成年に達した子に、当該父または母との親密な関わりの中で人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権やその関係を平穏に維持することに関わる人格的利益が認められなければならない。そして、成年に達した子について措定されるべき上記のような権利または法律上保護されるべき利益の捉え方は、2で検討の対象とした判例で示された基本的な考え方の枠内に位置付けられ、そこから論理的に導かれるものである。

3. 家族のメンバーとの親密な関わりの中で生きる個人の人格権または人格的利益の重要性[26)]

1で示した権利または法律上保護される利益の捉え方は、2で検討の対象とした判例のみならず、家族のメンバーとの親密な関わりが妨げられたことを理由とする不法行為による損害賠償請求が問題となる様々な場面に関する判例および裁判例の中にも看取される。

例えば、死者の名誉やプライバシーとされるものが侵害されたことを理由に当該死者の家族のメンバーであった者がこれを侵害した者に対して損害賠償を請求する場面において、多くの裁判例は、家族のメンバーが当該死者に対して抱いている敬愛追慕の情の侵害を問題にしている[27)]。敬愛追慕の情は、ある他者に対して尊敬や親しみを持ったり、懐かしんだりすることを意味するため、

26) 以下の点について、拙稿・前掲注(1)77頁以下、187頁以下も参照。

これを遺族側の権利または法律上保護される利益として捉え直せば、単なる主観的感情などではなく、ある者が死者との間で形成していた親密な関係に由来する個人の人格的な権利または利益として位置付けられる。

また、判例は、ある者が他者による何らかの責任原因行為により死亡した場合に、民法711条で列挙されている者以外の者についても同条の類推適用に基づく慰謝料請求を認めており[28]、その際、多くの裁判例は、直接被害者との間で特定の身分を持つ者からの請求につき、当該身分が存在することだけを理由として一律に認容したり棄却したりするのではなく、直接被害者とその各家族のメンバーとの間の実質的な関係の濃度を慎重に評価して個別に慰謝料請求の可否を決している[29]。更に、判例は、ある者が他者による何らかの責任原因行為により負傷した場合において、その者の一定の家族のメンバーに、直接被害者が「死亡したときにも比肩しうべき精神上の苦痛」が生じたと認められるとき、あるいは、「被害者が生命を害された場合にも比肩すべき、または右場合に比して著しく劣らない程度の精神上の苦痛」が生じたと認められるときであれば、当該家族のメンバーからの慰謝料請求が認められるとしている[30]。これらの解釈および帰結は[31]、直接被害者の各家族のメンバーに、身分それ自体またはそこから生ずる個別的な権利や利益の侵害があったかどうかではなく、直接被害者との間で築いていた自己の人格の実現および発展に必要不可欠な実質的関係が阻害されたかどうか、従って、直接被害者との関わりに由来する人格

27） 東京地判昭和52年7月19日高民集32巻1号40頁、東京高判昭和54年3月14日高民集32巻1号33頁、大阪地堺支判昭和58年3月23日判時1071号33頁、東京地判昭和58年5月26日判時1094号78頁（ただし、結論として請求は棄却されている。）、大阪地判平成1年12月27日判時1341号53頁、松山地判平成22年4月14日判時2080号63頁、東京地判平成23年6月15日判時2123号47頁等。

28） 最判昭和49年12月17日民集28巻10号2040頁等。

29） 安藤一郎「近親者の損害賠償請求権」塩崎勉編『交通損害賠償の諸問題』（判例タイムズ社・1999年）393頁以下〔初出・1987年〕等。このことは、例えば、ある者が他者による何らかの責任原因行為により死亡した場合において、その者の孫、祖父母、兄弟姉妹等が慰謝料請求をする場面について判断を示した、膨大な数の裁判例の解決をみれば、より一層明らかとなる。

権およびその関係を平穏に維持することに関わる人格的利益の侵害があったかどうかを問うアプローチを基礎に据えるものにほかならない。このように理解することによってはじめて、直接被害者との間である一定の身分を持つ者からの慰謝料請求について事案によりその結論に違いが生ずる理由[32]、および、直接被害者との間で持つある一定の身分またはそこから生ずる権利や利益を喪失していない者からの慰謝料請求が一定の範囲で認められている理由[33]を説明す

30） 最判昭和33年8月5日民集12巻12号1901頁（不法行為により子が負傷した事案で母からの慰謝料請求が肯定された事例。）、最判昭和39年1月24日民集18巻1号121頁（不法行為により子が負傷した事案で父母からの慰謝料請求が肯定された事例。）、最判昭和42年1月31日民集21巻1号61頁（不法行為により子が負傷した事案で父母からの慰謝料請求が肯定された事例。）、最判昭和42年5月30日民集21巻4号961頁（不法行為により夫が負傷した事案で妻からの慰謝料請求が否定された事例。）、最判昭和42年6月13日民集21巻6号1447頁（不法行為により夫であり父である者が負傷した事案で妻および子から慰謝料請求が否定された事例。）、最判昭和43年9月19日民集22巻9号1923頁（不法行為により子が負傷した事案で父母からの慰謝料請求が否定された事例。）、最判昭和44年4月24日集民95号207頁（不法行為により子が負傷した事案で父母からの慰謝料請求が肯定された事例。）、最判昭和45年7月16日判時600号89頁（不法行為により子が負傷した事案で父母からの慰謝料請求が肯定された事例。）等。

31） 以下の本文における評価は、間接被害者からの損害賠償請求を、直接被害者に対する不法行為の賠償範囲の問題としてではなく、間接被害者固有の権利または法律上保護される利益の侵害の問題として捉えることを前提としている。

32） 損害賠償の保護対象として措定される身分権の枠を量的に拡大し、親、子、配偶者以外の法定的な家族関係を有する者が持つ身分権をも損害賠償の保護対象にすることによって、または、損害賠償の保護対象として措定される身分権の枠を質的に拡大し、ある者にこれらの者が持つ身分や地位と事実上同視しうる状況があることを考慮して、内縁の配偶者や未認知の子等が持つ地位をも損害賠償の保護対象にすることによって、死亡した直接被害者との関係で民法711条において列挙されている者以外の身分や地位を持つ者からの慰謝料請求を基礎付けることは不可能ではない。しかし、この理解では、死亡した直接被害者との関係である特定の身分を持つ者が事案によって慰謝料請求を認められたり認められなかったりすることについては、説明が付かない。

33） 直接被害者の生命以外の権利または法律上保護される利益が侵害された場面では、家族のメンバーが直接被害者との間で有している身分権は存在している以上、身分権を内容的に膨らませ、その中に支配的要素を読み込むのでなければ、家族のメンバーによる慰謝料請求は認められないはずである。

ることが可能になるからである。

これらのいくつかの例をみるだけでも明らかになるとおり、ある家族のメンバーとの親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権やその関係を平穏に維持することに関わる人格的利益の侵害を問う考え方は、不貞行為を理由とする損害賠償請求の場面を超えて、広く家族のメンバーとの親密な関わりが妨げられたことを理由とする不法行為による損害賠償請求が問題となる様々な場面で抽出される。このことは、家族や家族のメンバーとの関わりの中で生ずる不法行為が問題となる場面においては、損害賠償を請求する者にある者との間で特定の法定的な身分またはそこから生ずる権利や利益が存在したかどうかに着目する考え方だけでは、事案に適切な解決を与えることができないことを示唆している。従って、本稿が検討の対象とする問題においても、成年に達した子に不貞行為をした親との間で子としての身分に由来する何らかの権利や利益があったかどうかという点ではなく、当該子が当該親との間で自己の人格の実現および発展に必要不可欠な関係を形成し、当該親との関係を平和的に維持することについて人格的な利益を有していたかどうかという点こそが問われなければならない。

ところで、家族や家族のメンバーとの関わりの中で生ずる不法行為が問題となる場面で、1から3までで示したように権利または法律上保護される利益を捉えることには、以下のような意義が認められる。その結果、この捉え方は、現代における個人とその家族のメンバーとの関係を適切に反映させたものとして、実定法でも、その位置付けを得るに至ったと考えられる。

まず、不法行為法により保護される権利または利益として、ある家族のメンバーとの関係で形成される人格権およびその関係を平穏に維持することについての人格的利益を措定することで、ある個人とその家族のメンバーとの関わりに対して、特定の法定的な身分またはそこから生ずる個別的な権利や利益に還元されない豊かな内容を与えることができ、人が特定の者との関係で感情的または身体的な満足を味わえる場＝親密圏としての家族[34]というものにより実質的な存在意義を認めることができる。家族のメンバーとの関わりは、特定の者

と身分の関係で繋がることだけに意義を持つのではなく、そのこととは別の次元で、特定の者とより愛情的および人格的な関係で結び付くことにも意義を有する。1から3までで示した権利または法律上保護される利益の捉え方の背後にあるのは、家族法（および場合によっては別の保護法益を介した不法行為法）の規律で身分またはそこから生ずる権利や利益が保護されることを前提に、それに重ねて、不法行為法の規律で家族のメンバーとの関係に由来する人格権およびその関係を維持することについての人格的利益を保護するという、重層的な構造である。そのため、こうした構想は、多様な善き生のあり方を求める個人が、単に一定の身分関係を持つ者と家族法上の権利および義務の関係でのみ繋がるだけでなく、特定の者と相互に親密な関係を築くことによって、自己の人生を描き、その人格を実現および発展させていくという、現代法が想定する人の姿によりよく適合する。2および3で引用した様々な判例および裁判例でみられた保護法益の捉え方は、こうした現代的な人と家族の像を適切に反映するものとして位置付けられる[35)]。

次に、上記のような保護法益の捉え方によれば、ある者との間で一定の身分またはそこから生ずる権利や利益を有する者だけに対して当該身分またはそこ

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

35） 1から3までで示した権利または法律上保護される利益は、個人の人格により基礎付けられるものである。家族間における利益を、そのメンバーの人格的利益から切り離して、純粋に関係的な利益として把握する方向性（林田清明「親子関係の法的保護――関係的利益論――」大分大学経済論集33巻3号（1981年）46頁以下。また、同「死者の名誉毀損の法的構成：関係的利益論」大分大学経済論集33巻6号（1982年）1頁以下、同「死者と近親者の関係上の利益」大分大学経済論集34巻2号（1982年）114頁以下も参照。）は、適切ではない。関係的利益を個人の人格から切り離して捉えるとき、その内容は倫理観や正義といった一般的な観念のみによって規定されることになってしまい（林田・前掲「親子関係の法的保護」54頁以下は、子が父母との関係で有する関係的な利益が不貞行為の相手方の行為との関係で保護されるかどうかは、家族というものに対する倫理的問題と、賠償を肯定または否定することによって被害者が置かれる地位、つまり、正義という二つの観点から考察されるとしている。）、これによると、各人が各家族のメンバーとの関係にどのような意味付けを与えていたのかといった観点が脱落してしまうおそれがある。

から生ずる権利や利益につき特別の保護が与えられ、ある者との間でそれ以外の身分を有する者や身分を持たない者には何の保護も与えられないという帰結、従って、家族法が典型的なものとして予定した家族の像を形成する者に対してのみ強力で均一的な保護が与えられ、それ以外の家族の形態を築いている者がすべて考慮の外に置かれるという帰結を回避して、様々な家族のメンバーとの多様な関わり方を法の領域で受け止めることができる。法律上の夫婦とそこから生まれた（未成年の）子を正統家族とする思想の後退、多様な家族形態を承認する社会の現状、法外の家族関係に対し不利益な取扱いをしない方向性、更に、横の家族関係と縦の家族関係または婚姻と生殖を一定の範囲で切り離して考える姿勢等、現代の家族を取り巻く動向に照らせば、典型的な家族の像を家族法の規律に従って形成したうえで、身分やそこから生ずる権利義務を規定する家族法のルールと民事責任法上の保護法益の捉え方とを直結させ、家族法上の身分およびそこから生ずる権利義務を持たない者同士の関係を典型的な家族の像から外れるものとして、完全に法の外の問題にしてしまうことには問題がある。そうではなく、不法行為上の保護法益を1から3までで示したように捉えることで、家族法上の規律が特定の家族形態に対し典型像としての地位を認めているかどうかにかかわらず、そうした像に一定の配慮しながら、家族法の理念を壊さない範囲で、民事責任法を通じ、個人の人格の形成、実現および発展に必要不可欠な家族のメンバーとの関係を保護していくことが、現代における家族のあり方にも沿う。

なお、学理的な議論では、主として夫婦の一方が他方と不貞行為に及んだ第三者に対して損害賠償を請求する場面を念頭に置いたうえで、性的問題というプライベートな事柄については裁判所による介入を避け、当事者間でプライバシーを暴露しあったり、不貞行為をした配偶者と損害賠償を請求している配偶者や子との間の関係を更に悪化させたりしないようにすべきであるという観点等を踏まえて、不貞行為が問題となる場面での損害賠償請求を認めることに否定的な立場を示す見解も有力に主張されている[36)]。この見解は、不貞行為およびその前提としての貞操義務の問題を当事者間における家族法上の解決に委ね

るべきことを前提とする[37]。しかし、仮にこれらの見方が正当であるとしても、こうした批判は、子が親の一方と不貞行為に及び同棲するなどした第三者に対して損害賠償を請求する場面には、妥当しない。この場面で、子は、（未成年の子としての身分またはそこから生ずる監護や教育を受ける権利もしくは利益に加えて）当該親との関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権およびその関係を平穏に維持することに関する人格的利益としての家族共同生活の平和の維持という権利または法律上保護される利益の侵害を理由に損害賠償を請求しているのであって、親の貞操との関連で有する権利または利益の侵害を理由に損害賠償を請求しているわけではないからである。従って、夫婦間における貞操義務の問題をどのように扱うべきかという問いと、子が親との関係で形成した人格権およびその関係を平穏に維持することについての人格的な利益の保護をどのように図るべきかという問いとは、直接的な関わりを持たないため、仮に不貞行為およびその前提としての貞操義務の問題を家族法上の規律に委ねるという方向性を受け入れたとしても、後者の問いを肯定することは何ら妨げられない。

また、一部の議論では、不貞行為を契機として婚姻が破綻することで子には重い不利益が生じうることは確かであるが、こうした不利益はあくまでも親子間で解消されるべきであり、離婚法における子の保護規定や家庭裁判所による監督および調整等によって対応されるべきであって、そこに不法行為法を持ち込むことは適切ではないという批判もされている[38]。しかし、この理解に対し

36）　前田達明『愛と家族と』（成文堂・1985年）265頁以下〔初出・1980年から1985年まで〕、有地亨「不倫をめぐる損害賠償請求の諸問題」ケ研242号（1995年）12頁以下、二宮周平「不貞行為の相手方の不法行為責任」山田卓生先生古稀記念論文集『損害賠償法の軌跡と展望』（信山社・2008年）167頁以下等。

37）　水野紀子「判批」法協98巻2号（1981年）165頁、國井和郎「判批」久貴忠彦ほか編『家族法判例百選（第5版）』（有斐閣・1995年）25頁、辻朗「不貞慰謝料請求事件をめぐる裁判例の軌跡」判タ1041号（2000年）34頁等。

38）　水野・前掲注(37)167頁以下。同評釈は、本文で示した観点から、子には権利または法律上保護される利益の侵害が存在しないという法律構成を導く。

ても、上記と同じ指摘が妥当する。1で示した権利または法律上保護される利益は、子の人格の保護を対象とし、子としての身分の保護を直接的に問題とするものではないため、そこでは、子としての身分に直接関わる問題について家族法上の処理に委ねるべきかという問いは成立しえても、第三者と不貞行為をして同棲するに至った親との関係に由来する人格権および人格的利益の保護に関して家族法上の規律に委ねるべきかという問いが成立することはない。つまり、この考え方では、子の身分またはそこから生ずる権利や利益の問題を家族法の規律に委ねることと、それと直結しない人格権および人格的利益を民事責任法で保護することとは、特に未成年の子に関しては一定の範囲で重なり合うことはあるとしても、十分に両立する。

以上によれば、たとえ夫または妻としての身分に直接関わる問題につき、また、場合によっては、子としての身分に直接関わる問題につき、家族法の特殊性を考慮しない形で民事責任法を介入させることは許されるべきでないと仮定しても、そうでない問題については、すなわち、本稿で検討の対象とするケースのように、子自身の人格権や人格的利益の保護が問われる場面については、家族法の理念を壊さない範囲で民事責任法による事後的な補完を認めることがあってよいと考えられる。

4. 成年に達した子に認められる権利または法律上保護される利益

その親の一方が婚姻またはパートナーの関係にある他方以外の第三者と親しい関係を築き同棲するに至るまで、成年に達した子が当該親と同居し、経済的にも精神的にも当該親との間で相互に親密な関係を築いていたとすれば、このような当該親との緊密な繋がりは、当該子の人格の実現および発展にとって、また、その子の主体的な生き方にとって、必要不可欠なものであったと考えられる。こうした場合、当該子には、たとえ成年に達しているため当該親との関係で子という身分に由来する何らかの権利や利益を有していないとしても、当該親との親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりして自己実現を図るという意味での人格権およびその関係が平穏に維持されることについ

ての人格的利益が認められる。そして、当該親が第三者と不貞行為に及び同棲するなどしたために、その子と当該親との親密な関係が破壊され、回復しえない状態に至ったとすれば、その子は、この第三者の責任原因行為によって上記のような意味での権利または法律上保護される利益を侵害される[39)]。

以上の検討によれば、従前の裁判例が成年に達した子の権利または法律上保護される利益について示した理解の仕方に対しては、以下の三つの問題を指摘することができる。

第一に、従前の裁判例の中には、成年に達した子に認められるべき権利または法律上保護される利益の内容を、子としての身分やそこから生ずる権利または利益だけに結び付けて理解してしまっているものが存在する。例えば、裁判例③は、未成年の子について、民法820条を引用して、「親との間に家族共同体を構成し、親とともに生活することによって、親から愛情を注がれ、監護、教育を受けられるという一定の身分上の権利又は親族としての権利を取得している」とし（以下「ⓐ」とする。）、これが「未成年の子が両親とともに生活利益を送ることによって享受することのできる親からの愛情、親子の共同生活が生み出すところの家庭的生活利益」として具体化されるという理解を前提としたうえで（以下「ⓑ」とする。）、成年に達した子に関しては、「民法上も、親が、直系血族として子を扶養する義務（民法877条）を負うことがあるものの、親による成人の子に対する監護及び教育の権利義務はない」との理解、つまり、成年に達した子には親との関係で子としての身分に由来する権利や利益が存在

39）　従って、子は、自己固有の権利または法律上保護される利益の侵害を理由に、自己の名で損害賠償を請求することができる。一部の裁判例でみられるように（中里和伸『判例による不貞慰謝料請求の実務』（弁護士会館ブックセンター出版部LABO・2015年）135頁以下で整理されている裁判例を参照。）、子の存在を斟酌して不貞行為をされた夫または妻に付与される慰謝料の額を算定することを通じ、親からの損害賠償請求の中でいわば間接的に子からの損害賠償請求を考慮するという手法は（これは、一部の学説によって示唆されていた手法である。泉久雄「判批」昭和54年度重判（1980年）93頁等。）、適切ではない。不貞行為をされた夫または妻と子とは、法的に別人格であり、それぞれ別の保護法益を有する以上、両者を一体的に捉えることはできないからである。

しないとの理由を挙げて（以下「ⓒ」とする。）、上記の意味での権利または法律上保護される利益は認められないと理解しているようにみえる。

しかし、2で示した整理によれば、ⓑの部分については、裁判例③がⓐの部分で示すように身分上の権利または利益に限定して捉えることは適切ではなく、人格の形成、実現および発展に必要不可欠な関係を平穏に維持することについての人格的な利益、そして、その背後にある父または母との親密な関係の中で人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権という観点からも把握されなければならない。この理解によると、ⓒの部分は、成年に達した子がその親との関係で身分上の権利や利益を持たないことを示すものではあっても、成年に達した子がその親との関係で上記のような関係を築きえないこと、従って、その親との親密な関わりの中で生きる個人の人格権および人格的利益が存在しないことを説明するものになっていない。換言すれば、ⓐからⓒまでの論理は、成年に達した子に権利または法律上保護される利益が存在しないという結論を導くに際して、親との親密な関わりの中で生きる子の人格権および人格的利益の存在を完全に無視してしまっている。

第二に、仮に従前の裁判例が子としての身分やそこから生ずる権利または利益とは別に親との親密な関わりの中で生きる個人の人格権およびその関係を平穏に維持することについての人格的利益を措定していると理解したとしても、これらの裁判例は、後者の権利または法律上保護される利益を過小評価したり、その意義を否定したりしてしまっている。裁判例③が、ⓒの部分で成年に達した子には子としての身分上の権利または利益が存在しないとしながら、それに続けて、「成人したからといって、未成年の子と同様の家庭的生活利益の重要性が直ちに失われるものではない」としていること（以下「ⓓ」とする。）を強調すれば、裁判例③の判断については、ⓐの部分とⓑの部分とで並列的な形で異なる権利または法律上保護される利益を措定し、成年に達した子に関しては、ⓒの部分で、ⓐの部分に相当する権利または法律上保護される利益は認められないものの、ⓓの部分で、ⓑの部分に相当する親との親密な関わりの中で生きる個人の人格権およびその関係を平穏に維持することについての人格的利

益は認められるとしたものとして読むこともできる。このように読めば、ⓓの部分は、1から3までの検討成果に照らして、正当な指摘を含んでいる。

もっとも、裁判例③は、ⓓの部分に続けて、「成人の子については、人格形成が一応完了したと考えられ、上記利益の法律上の保護の必要性は、相対的に低いものとならざるを得ない」と判示することで（以下「ⓔ」とする。）、その要保護性を過小に評価してしまう。また、裁判例①および裁判例②は、より直接的に、「成人した子については、未成年の子の場合と異なり、その親との親族共同生活によって得られる精神的平和、幸福感その他の愛情利益をもって法の保護に値する人格的利益とまでは未だ認められない」（裁判例①）（以下「ⓕ」とする。）、または、「Y1との間で平穏な同居生活を続け、父娘の良好な関係を保つことについての事実上の利益があったとしても、これが法律上保護されるべき利益であるとまではいえない」（裁判例②）（以下「ⓖ」とする。）として、その要保護性を否定してしまう。しかし、ある個人とその家族のメンバーとの関わりは、その者の人格の形成のみならず、その実現および発展にも資するものであり、場合によっては、その生き方の根幹に関係することからすると、裁判例③がいう「家庭的生活利益」、裁判例①がいう「親族共同生活によって得られる精神的平和、幸福感その他の愛情利益」、裁判例②がいう「平穏な同居生活を続け、父娘の良好な関係を保つことについての…利益」、そして、本稿がいう親との親密な関わりの中で人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権やその関係を平穏に維持することについての人格的利益の要保護性を、成年に達した子との関係で低く見積もったり、否定したりすることは許されない。また、ⓔからⓖまでの部分は、2で検討の対象とした判例の基本的な考え方とも調和しない[40]。

この点、裁判例③は、ⓒの部分に先立つ形で「現在の我が国において、成人の子が、親との間に家族共同体を構成し、親とともに生活することが一般的であるとはいえない」とも述べており（以下「ⓗ」とする。）、このような認識がⓔの部分で示された評価をもたらす一因となっているのかもしれない[41]。また、裁判例①がⓕの部分で当該利益をもって法の保護に値する利益とまでは「未だ」

認められないと述べている点についても、「未だ」という表現が社会の状況に照らして「現時点では」ということを意味するとすれば、同様の認識に基づくものとして理解することができないわけではない。しかし、各種の統計調査の結果によれば、こうした認識の正当性それ自体に問題があるほか[42]、仮にこの点を措くとしても、成年に達した子が親との関係で家庭的生活利益を持つことが一般的ではないとの理由で、こうした利益が個別的に存在する場面でその要保護性を否定するという手法は、他者の権利や自由に影響を与えることがないにもかかわらず少数派であるという一事をもってその保護を否定することにほかならず、不法行為法における権利保障の目的に反する。

第三に、裁判例③は、家庭的生活利益が「法律上保護される利益であると解

40） このことは、裁判例①から裁判例③までの各事案で、成年に達した子である原告等に、親との親密な関わりの中で人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権やその関係を平穏に維持することについての人格的利益の侵害が認められ、その結果、これらの者からの損害賠償請求も肯定されるべきであったという主張ではなく、上記のような権利または利益が存在したかどうかがより丁寧に検討されなければならなかったという指摘を意味する。裁判例①から裁判例③までは、成年に達した子に認められるべき権利または法律上保護される利益の要保護性を過小評価したり否定したりすることで、当該子と親との具体的な関係の中身をほとんど検討することなく、当該子からの損害賠償請求を棄却しているため、判決文で明らかにされた事実だけからは、各事案で、成年に達した子に親との親密な関わりの中で人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権やその関係を平穏に維持することについての人格的利益が存在したといえるかどうかも、判断することはできないからである。

41） 成年に達した子についてⓐの部分に相当する権利または法律上保護される利益が認められないことは、ⓒの部分により基礎付けられるから、ⓗの部分に意味を持たせるとすれば、本文で示したような読み方にならざるをえない。

42） 第8回世帯動態調査によれば、生存している親と同居している20歳以上の者の割合は、35.2パーセントであり（https://www.ipss.go.jp/ps-dotai/j/DOTAI8/kohyo/kohyo.asp（2022年9月21日に最終検索。））、総務省統計研修所の西文彦の調査（2016年）によれば、親と同居の若年未婚者（20歳から34歳まで）の割合は45.8パーセントである（https://www.stat.go.jp/training/2kenkyu/pdf/parasi16.pdf（2022年9月21日に最終検索。））。これらの調査からは、「成人の子が、親との間に家族共同体を構成し、親とともに生活することが一般的であるとはいえない」との認識は導かれない。

する場合、親が成人した子に対して愛情を与えなくなったり、子と共同生活を送らなくなったりしたとき（その原因は不貞行為に限らない。）、親は、成人した子の上記利益を侵害したものとして損害賠償責任を負い得ることとなるが、親がそのような法律上の責任を負うべきであると解することが、現在の社会通念に合致するとはいえない」と述べて（以下「ⓘ」とする。）、成年に達した子の家庭的生活利益の要保護性を否定する。しかし、ⓘの部分は、以下の三つの点において、正確な理解とはいえない。

まず、親について成年に達した子との関係で不法行為が成立するためには、当該子について認められる人格権および人格的利益を保護範囲とする故意または過失が当該親に存在したことが必要である。仮に成年に達した子について上記のような権利または法律上保護される利益が認められたとしても、裁判例③がいうように、「親が成人した子に対して愛情を与えなくなったり、子と共同生活を送らなくなったりした」という一事をもって、当該親に故意または過失が認定されるわけではない。

次に、上記の点と表裏の関係に立つものではあるが、成年に達した子が親と同居しているからといって、当該子について常に親との関係で形成された人格権やその関係を平穏に維持することについての人格的利益が認められるわけではない。上記のような権利または法律上保護される利益の捉え方からすれば、その有無の評価に際しては、成年に達した子と親との間の関係が前者の人格の実現や生き方に必要不可欠であったかどうかを判断することが決定的に重要になる。人は、他者との関わりを通じ成長するに連れて、また、自ら家庭を築くことなどによって、自己の人格の実現および発展にとって親との関係が持つ意味を変化させていく。そうすると、成年に達したからといって一律に上記のような権利または法律上保護される利益は認められないとすることが適切でないのと同じく、親と同居していたという一事をもって一律に上記のような権利または法律上保護される利益が認められるとすることもまた適切でないことは明らかである。従って、成年に達したすべての子について親との関係で上記の権利または法律上保護される利益が認められるわけではない。

更に、上記の二点で指摘したような形で、成年に達した子に権利または法律上保護される利益が認められ、親に責任原因が認定されるとすれば、後者の不法行為の成立が認められなければならない。それにもかかわらず、「親がそのような法律上の責任を負うべきであると解することが、現在の社会通念に合致するとはいえない」と評価し、不法行為の成立を妨げることは、損害賠償を請求する者と損害賠償を請求される者が家族関係にあることを理由に不法行為の成立を否定したりその請求を棄却したりすることにほかならず、従前の判例の立場に反するほか[43]、権利保障の著しい制約にもなる。

Ⅱ．責任原因行為と権利または法律上保護される利益の侵害との間の因果関係の捉え方

成年に達した子がその親と自己の人格の実現および発展にとって必要不可欠な関係を築いていた場合において、ある第三者が故意または過失をもって当該親と親密な関係を持ち同棲するなどし、その結果、当該親がその子との緊密な生活を解消して、その関係を断つに至ったときには、当該子に認められる当該親との関係で形成された人格権およびその関係が平穏に維持されることについ

43） 最判昭和47年5月30日民集26巻4号898頁。同判決は、「夫婦の一方が不法行為によって他の配偶者に損害を加えたときは、原則として、加害者たる配偶者は、被害者たる配偶者に対し、その損害を賠償する責任を負うと解すべきであり、損害賠償請求権の行使が夫婦の生活共同体を破壊するような場合等には権利の濫用としてその行使が許されないことがあるに過ぎないと解するのが相当である。けだし、夫婦に独立・平等な法人格を認め、夫婦財産制につき別産制をとる現行法のもとにおいては、一般的に、夫婦間に不法行為に基づく損害賠償請求権が成立しないと解することができないのみならず、円満な家庭生活を営んでいる夫婦間においては、損害賠償請求権が行使されない場合が多く、通常は、愛情に基づき自発的に、あるいは、協力扶助義務の履行として損害の塡補がなされ、もしくは、被害を受けた配偶者が宥恕の意思を表示することがあるとしても、このことから、直ちに、所論のように、一般的に、夫婦間における不法行為に基づく損害賠償債務が自然債務に属するとか、損害賠償請求権の行使が夫婦間の情誼・倫理等に反して許されないと解することはできず、右のような事由が生じたときは、損害賠償請求権がその限度で消滅するものと解するのが相当だからである」と判示している。同判決の説示は、夫婦関係に特殊な規律に由来する部分を除き、基本的に、親子間の不法行為の場面にも妥当する。

ての人格的利益は[44]、当該第三者の責任原因行為によって侵害されている。つまり、当該第三者の責任原因行為と当該子に認められる当該親との関係で形成された人格権およびその関係を平穏に維持することについての人格的利益の侵害との間には、法的な因果関係が存在する。これが、本稿で検討の対象とする問題における責任原因行為と権利または法律上保護される利益の侵害との間の因果関係として、基礎に据えられるべき基本的な考え方である[45]。

以下では、まず、未成年の子が親の一方と不貞行為に及び同棲するなどした第三者に対して損害賠償を請求する場面との関連で、判例が示した相当因果関係の不存在という一般論それ自体を検討し、その問題を明らかにしたうえで(1)、次に、仮に上記の一般論を受け入れるとしても、それは未成年の子に認められる子としての身分またはそこから生ずる個別的な権利や利益の侵害との関連においてのみ可能であり、子が成年に達しているかどうかにかかわらず認められうる、親との関係で形成された人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益との関連では、上記の一般論が妥当しえないことを指摘する（2)。また、併せて、上記の一般論がすべての保護法益との関連で妥当すると仮定しても、一定の範囲で法的な因果関係が認められるべきであり、

44） Ⅰでの検討によれば、親の一方が第三者と不貞行為に及び同棲するに至った場合、（成年に達した）子には、固有の権利または法律上保護される利益の侵害が認められうる。従って、ここでの問題を、不貞行為等をされた親の他方について成立する不法行為による損害賠償の効果として捉え、子を当該不法行為の単なる間接被害者として位置付けること、従って、注(46)で引用する判例について、直接被害者との関連性を欠くことを理由に相当因果関係を否定した判決として把握することは（このような可能性を示唆するものとして、窪田・前掲注(21)313頁以下、窪田充見編『新注釈民法（15）債権（8)』（有斐閣・2017年）471頁〔前田陽一〕等。)、適切ではない。

45） 学理的な議論においては、判例が前提とする相当因果関係という判断枠組みに対して、多くの批判がある。そして、そこで展開されている様々な議論を参照しつつ、Ⅱで扱う判例の理解に対して問題を指摘したり、Ⅱで検討の対象とする課題を因果関係とは別の次元に属する問題として位置付け、この観点から解釈論を提示したりすることも可能である。Ⅱで示される議論は、これらの可能性があることをひとまず留保したうえで、相当因果関係という判断枠組みを前提として記述されるものである。

それは、判例が例示的に説くような場面に限られるものではないことを提示する（3）。最後に、これらの検討を踏まえ、本稿で検討の対象とする問題に即して、親の一方と親密な関係を築いた第三者の責任原因行為と成年に達した子に認められるべき権利または法律上保護される利益の侵害との間の法的な因果関係について、その評価の仕方を示す（4）。

1. 責任原因行為と権利または法律上保護される利益の侵害との間の法的な因果関係の存在

判例は、「妻及び未成年の子のある男性と肉体関係を持った女性が妻子のもとを去った右男性と同棲するに至った結果、その子が日常生活において父親から愛情を注がれ、その監護、教育を受けることができなくなった」としても、「父親がその未成年の子に対し愛情を注ぎ、監護、教育を行うことは、他の女性と同棲するかどうかにかかわりなく、父親自らの意思によって行うことができるのであるから、他の女性との同棲の結果、未成年の子が事実上父親の愛情、監護、教育を受けることができず、そのため不利益を被ったとしても、そのことと右女性の行為との間には相当因果関係がないものといわなければならない」と判示し、原則として、「右女性の行為は未成年の子に対して不法行為を構成するものではないと解するのが相当である」としている[46]。ここでは、子の権利または法律上保護される利益の侵害について、第三者と不貞行為に及び同棲するなどした親の意思が介在していることを理由に、当該第三者の責任原因行為と子の権利または法律上保護される利益の侵害との間の相当因果関係が否定されている。問題は、ここでいう相当因果関係の不存在がどの次元における因果関係の不存在を意味しているのかという点、そして、その結論が前提としている因果関係の考え方に照らして適切なものといえるかどうかという点にある。

46） 最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「民集」。また、母が不貞行為等をしたことを受けてその未成年の子が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求した事案で同旨を説く判例として、最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「判時」。

まず、判例がいう相当因果関係の不存在は条件関係の不存在を意味するという理解の仕方が想定される。相当因果関係という判断枠組みにおいても[47]、相当因果関係があるとされるためには、その行為がなければその権利または法律上保護される利益の侵害がなかったであろうと認められることが必要であるとされており[48]、これは、不可欠条件公式によって基礎付けられる条件関係の存在を意味しているからである[49]。この理解の仕方によると、判例の上記引用部分は、第三者と不貞行為に及び同棲するなどした親の一方の自由意思が介在しているため、当該第三者の行為がなければ子の権利または法律上保護される利益の侵害が生じなかったとはいえないことを示したものとして、位置付けられる。

ところで、本稿で検討の対象とする問題のように、責任を問われている者とは別の主体の自由意思が介在した結果として何らかの権利または法律上保護される利益の侵害が生じた場合であっても、当該具体的事実関係のもとで、当該責任を問われている者の行為が契機となって別の主体がそのような行為をしたという関係が認められれば、当該責任を問われている者の行為と被害者に生じた権利または法律上保護される利益の侵害との間には条件関係が肯定される[50]。この整理によれば、判例がいうように、たとえ子に生じた権利または法律上保護される利益の侵害について、第三者と不貞行為に及び同棲するなどし

47） 相当因果関係という判断枠組みを批判する見解に即していえば、これは、事実的因果関係の問題である。

48） 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社・1937年）154頁、加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣・1974年）154頁〔初版・1957年〕154頁等。

49） 条件関係について、合法則的条件公式（結果が変化の連鎖を通して行為と法則的に結合していれば、その結果は当該行為の結果であるという考え方。）によって判断する場合であっても、以下の本文で述べる説明の仕方とは異なるものの、親の一方と不貞行為に及び同棲するなどした第三者の行為と子の権利または法律上保護される利益の侵害との間の条件関係は肯定されうる。

50） ニュアンスの相違はあるが、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 中巻・下巻』（青林書院・1983年、1985年）410頁以下、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（弘文堂・1992年）86頁以下、窪田編・前掲注(44)363頁以下〔橋本佳幸〕等。

た親の一方の自由意思が介在しているとしても、当該第三者の行為が契機となって親の一方がそのような行為をしたと評価することができる以上、当該第三者の責任原因行為がなければ、子の権利または法律上保護される利益の侵害もなかったとみることができ、従って、両者の間に条件関係を肯定することができる。

次に、判例がいう相当因果関係の不存在は因果関係における相当性の不存在を意味するという理解の仕方が想定される。伝統的な議論によれば、相当因果関係が認められるためには、その行為がなければその権利または法律上保護される利益の侵害がなかったであろうと認められることだけでなく、そのような行為があれば通常はそのような権利または法律上保護される利益の侵害が生ずるであろうと認められることが必要であるとされ[51]、相当性の判断に際しては、結果に対する行為の影響力等について規範的な評価が行われるとされている[52]。この理解の仕方によると、判例の上記引用部分は、第三者と不貞行為に及び同棲するなどした親の一方の自由意思が介在しているため、当該第三者の行為があれば通常は子の権利または法律上保護される利益の侵害が生ずるとはいえないことを示したものとして、位置付けられる。

しかし、こうした評価には、疑問が残る。子を持つ者と親密な関係を築いたりすることによってその相手方と子との間の緊密な関係を妨げてはならないという規範の保護目的には、Ⅰで示したような子の権利または法律上保護される利益の保護が含まれる。そして、親の一方と不貞行為に及び同棲するなどした者の当該行為は、当該親による意思決定を容易化することなどを通じて、子の権利または法律上保護される利益の侵害が生ずる可能性を有意的に高めている。従って、不貞行為の相手方の責任原因行為と不貞行為をされた夫婦の一方に生じた権利または法律上保護される利益の侵害との間の相当因果関係が肯定されていることと対比しても[53]、親の一方と不貞行為に及び同棲するなどした

51）　我妻・前掲注(48)154頁以下、加藤・前掲注(48)154頁等。

52）　沢井裕「不法行為における因果関係」星野英一編代『民法講座 第6巻 事務管理・不当利得・不法行為』（有斐閣・1985年）262頁等。

者の当該行為があれば通常は子の権利または法律上保護される利益の侵害が生ずるであろうと認められ、その結果、両者の間に因果関係の相当性を肯定することが適切である[54]。この点については、判例に付された反対意見が相当因果関係を肯定していることに説得力があり[55]、このことは、判例の解決を結論として支持する学説によっても承認されているところである[56]。

以上の検討によれば、親の一方と不貞行為に及び同棲するなどした者の当該行為と子の権利または法律上保護される利益の侵害との間には、相当因果関係が認められるべきである[57]。この点において、上記の判例で示された理解は、適切なものとはいえない。

2. 責任原因行為と関係的な人格権および人格的利益の侵害との間の法的な因果関係の存在

1で示した議論とは異なり、仮に親の一方と不貞行為に及び同棲するに至った者の当該行為と子の権利または法律上保護される利益の侵害との間に相当因果関係は存在しないという理解を受け入れるとしても、この理解は、未成年の子に認められる子としての身分またはそこから生ずる個別的な権利や利益の侵害との関連においてのみ妥当するものであって、子が成年に達しているかどうかにかかわらず認められうる、親との親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権およびその

53） 中川（善）・前掲注(17)4頁、中里・前掲注(39)101頁以下等。また、榎本・前掲注(13)178頁以下も参照。なお、子からの損害賠償請求が相当因果関係の不存在を理由に否定されるのであれば、夫婦の一方からの損害賠償請求も同様の理由により否定されるべきであるという観点からの記述であるが、島津一郎「不貞行為と損害賠償――配偶者の場合と子の場合」判タ385号（1979年）122頁以下、人見康子「第三者の家庭崩壊による慰謝料」別冊判タ8号（1980年）235頁、二宮・前掲注(36)169頁等。

54） 沢井裕「判批」加藤一郎ほか編『家族法判例百選（第3版）』（有斐閣・1980年）53頁。同評釈は、子を棄てた親の自由意思が介在していても、相手方には、法的評価において、事態を誘発させたことについての責めを肯定すべきであり、因果関係は中断されないとしている。

関係が平穏に維持されることについての人格的利益の侵害との関連では妥当しない[58]。

判例が相当因果関係の不存在という結論を導く理由は、それが条件関係また

55） 注(7)で引用した二つの判決に付された本林譲裁判官の反対意見。同裁判官は、以下のように述べている（引用部分は、最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「民集」に付された反対意見による。）。「なる程、父親が未成年の子に対して行う監護及び教育は、父子が日常起居を共にしなければできないものではなく、他の女性と同棲していたとしても、父親が強靭な意思を持って行えば行えなくはないものだろう。しかし、私は、未成年の子を持つ男性と肉体関係を持ち、その者の子供を出産し、妻子のもとを去った右男性と同棲するに至った女性がたとえ、自らその同棲を望んだものでもなく、同棲後も、男性が妻子のもとに戻ることに敢えて反対していないのであっても、同棲の結果、男性がその未成年の子に対して全く、監護、教育を行わなくなったのであれば、それによって被る不利益は、その女性の男性との同棲という行為によって生じたものというべきであり、その間には相当因果関係があるとするのが相当であると考える」（ⓐ）。「けだし、不法行為における行為とその結果との間に相当因果関係があるかどうかの判断は、そのような行為があれば、通常はそのような結果が生ずるであろうと認められるかどうかの基準によってされるべきところ、妻子のもとを去って他の女性と同棲した男性が後に残して来た未成年の子に対して事実上監護及び教育を行うことをしなくなり、そのため子が不利益を被ることは、通常のことであると考えられ、したがって、その女性が同棲を拒まない限り、その同棲行為と子の被る右不利益との間には相当因果関係があるというべきだからである（ⓑ―筆者注。）。更に、日常の父子の共同生活の上で子が父親から日々、享受することのできる愛情は、父親が他の女性と同棲すれば、必ず奪われることになることはいうまでもないのであり、右女性の同棲行為と子が父親の愛情を享受することができなくなったことによって被る不利益との間には、相当因果関係があるということができる（ⓖ―筆者注。）」。

56） 前田・前掲注(36)18頁以下は、注(7)で引用した二つの判決が相手方に害意がある場合等でなければ子からの損害賠償請求は認められないとしたことに賛成しつつ、相当因果関係の不存在という理由付けには説得力がなく、むしろ、債権侵害が問題となる場面に準えてこの結論を説明すべきであると説く。

57） 津田賛平「判批」ひろば32巻7号（1979年）48頁は、本文で示した考え方に対し、親の一方とその同棲相手のいずれが同棲に至るについて積極的であったかに関して考慮の外に置くものであり、妻および未成年の子を持つ中年の男性が社会経験の浅い未婚の若い女性に積極的に働きかけ不倫な関係を持ち同棲するに至ったという場合を例に挙げて、これによると不法行為責任が認められる範囲を広げすぎることになってしまうと批判する。しかし、本文における検討によれば、こうした批判が正鵠を得たものとはいえないことは明らかである。

は相当性のいずれの次元における判断であるのかはともかく、子の権利または法律上保護される利益の侵害については、第三者と不貞行為に及び同棲するなどした親の意思が介在しているという点にあった。確かに、子の身分またはそこから生ずる個別的な権利や利益との関連でみると、親の一方が第三者と不貞行為に及び同棲するに至ったとしても、その親が子を監護したり、子に教育を与えたりすることが不可能とまではいえないから、この点を捉えて、当該第三者の行為が契機となって当該親が子への監護や教育を放棄したのではないと評価することにより、条件関係の存在を否定したり、当該第三者の行為があっても通常は子の監護や教育への権利の侵害が生ずるのではないと評価することにより、因果関係の相当性を否定したりすることで、（その適否はともかく）相当因果関係の不存在という結論を導くことができないわけではない。しかし、親との親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益の侵害との関連では、上記のような評価をすることはできない。親の一方が第三者と不貞行為に及び同棲するなどして、当該親と子との親密な関係が破壊されると、これらの権利または利益は必然的に侵害されるため、当該第三者の行為が契機となって当該親は子との親密な関係を放棄するに至ったといわなければならないし、また、当該第三者の行為により当該親の行為が容易化され、その結果、これらの権利または利益の侵害が生ずる可能性が有意的に高められたとみなければならないからである[59、60]。

このように整理し、かつ、当該事案では未成年の子からの損害賠償請求が問題となっていたため、また、時代的な制約のため、上記の判例においては、子

58）　保護法益との関連で相当因果関係の有無を個別に評価していく理解の仕方は、注(7)で引用した二つの判決に付された本林譲裁判官の反対意見にもみられる。注(55)で引用したⓑの部分では、監護および教育を受けるという子としての身分に由来する権利の侵害との関連における相当因果関係が論じられ、ⓖの部分では、日常の共同生活のうえで親から日々享受することのできる愛情に関わる利益の侵害との関連における相当因果関係が問われているようにみえるからである。

の身分またはそこから生ずる個別的な権利や利益のみが保護法益として措定されていたと理解すると、上記の判例が示した相当因果関係についての判断は、

59） 用いられている表現は様々であり、また、必ずしも法的な因果関係の捉え方を踏まえて立論がされているわけではないが、本文で述べた相当因果関係の評価の仕方は、従前の議論の中にも看取される。例えば、中川（善）・前掲注(17)4頁は、子への身上監護には、生活費を送るという側面に加えて、愛護というべき側面も含まれる以上、親の一方が第三者と同棲していても子への身上監護は可能であるという理解は適切でなく、第三者が親の子に対する不法行為的措置を誘発したとすれば、その第三者は子に対して責任を負わなければならないとしている。また、泉・前掲注(17)90頁は、判例がいうように監護教育費用が十分に確保されたとしても、子は、親の一方が他の異性に走って親の夫婦関係が破壊され、そのために乱された精神的平和を取り戻すことはできず、この精神的苦痛が第三者の行為に起因するならば、苦痛に対する慰謝を第三者に請求することは許されるべきであると述べている。更に、林修三「判批」時法1039号（1979年）58頁以下は、判例がいうように物質面の仕送りがされたとしても、子には親の一方が家庭生活をともにしないという点からくる精神的不利益は残り、この精神的不利益を生じさせた責任の一半は相手方にあるとして、注(55)で引用した本林譲裁判官の反対意見を高く評価している。加えて、小野・前掲注(17)195頁以下は、親の一方が第三者との生活を維持しながら同時に自らの意思で子に対し十分な監護および教育をすることができるかどうかは疑わしいが、まして、愛情的利益の享受という点でいえば、当該親の意思に基づきその享受を可能にするということは、第三者との同棲関係を解消することにほかならず、同棲関係の維持と両立しえないとして、注(7)で引用した判例を批判している。本文で示した理解は、これらの議論で萌芽的に示されていた構想を、相当因果関係をめぐる議論の到達点を踏まえる形で定式化したものである。

60） 裁判例①は、注(7)で引用した二つの判例に言及することなく、「XがAと同棲を始めた昭和54年ころ当時、Y2、Y3、Y4は、それぞれ15才、13才、11才の未成年であったが、Y2らは、XがAと同棲した結果、Y2については約5年間、Y3、Y4についてはそれぞれ約7年間Aから父としての愛情、監護を受けられず、父母との共同生活によって得られる精神的平和を乱され、その人格的利益を侵害されたものということができ、これによりY2らは精神的苦痛を受けたことが推認される」と述べて、Xからの貸金返還請求に対するY2らからの慰謝料請求を基礎とする相殺の抗弁を容れている。同判決がどのような理由で相当因果関係を肯定したのかは明らかでないものの、同判決では、被侵害利益として、本稿がいう父との親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益に相当するものが措定されているようであり、このことは、同判決が先行判例に言及することなくY2らの慰謝料請求を認めたことの説明になる。

子の監護や教育への権利の侵害との関連でのみ意味を持つものとして、位置付けられる[61]。従って、その判断の射程は、親の一方と不貞行為に及ぶなどした第三者の当該行為と、当該親との関係で形成された人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益の侵害との間の相当因果関係には、及ばない。

以上の検討によれば、少なく見積もっても、親の一方と不貞行為に及び同棲するなどした者の当該行為と、親との関係で形成された人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益の侵害との間には、相当因果関係が認められるべきである。この点において、上記の判例で示された理解をこれらの保護法益との関連でそのまま適用することは、適切なものとはいえない。

3. 例外的に法的な因果関係が認められる場面の拡大

1および2で示した議論とは異なり、仮に親の一方と不貞行為に及び同棲するに至った者の当該行為と子の権利または法律上保護される利益の侵害との間

---

61) 注(7)で引用した二つの判例に付された大塚喜一郎裁判官の補足意見は、本文で述べた理解を裏付けるものである。同裁判官は、以下のように述べている。「本林裁判官は、右の不利益は本件のような場合には、女性の同棲行為によって通常生ずるのであるから、相当因果関係があるとされるのである。なるほど、不法行為における行為とその結果との間に相当因果関係があるかどうかの判断は、そのような行為があれば、通常はそのような損害が生ずるであろうと認められるかどうかの基準によってされるべきであり、私は、一般論として同裁判官と意見を異にするものではないけれども、本件のような場合においては、家に残した子に対し、監護等を行うことは、その境遇いかんにかかわらず、まさに父親自らの意思によって決められるのであるから、相当因果関係の有無の判断に当たっては、この父親の意思決定が重要な意義を持つものと考えるべきである」。「そして、右父親の意思決定のいかんによって未成年の子が監護等を受けられるか、又は受けられないかの結果が生ずるものであるところ、多数意見摘示にかかわる原審の確定した事実関係のもとにおいては、相手方の女性の同棲行為によって未成年の子が不利益を受けることが通常であるとはいゝ難く、右不利益は、あくまでも事実上もたらされたものにしかすぎず、それを法的に評価して原因行為と相当因果関係にある結果であるということはできない」。上記の引用部分では、子が監護等を受けることができないこと、つまり、子としての身分から生ずる権利や利益の侵害のみを念頭に置く形で、相当因果関係の有無が論じられている。

に相当因果関係は存在しないという理解を受け入れる場合であっても、この理解はあらゆる場面に妥当するものではなく、例外的に相当因果関係の存在が認められるべき場合も存在する。判例も、「妻及び未成年の子のある男性と肉体関係を持った女性が妻子のもとを去った右男性と同棲するに至った結果、その子が日常生活において父親から愛情を注がれ、その監護、教育を受けることができなくなったとしても、その女性が害意をもって父親の子に対する監護等を積極的に阻止するなど特段の事情のない限り、右女性の行為は未成年の子に対して不法行為を構成するものではない」と判示し、「その女性が害意をもって父親の子に対する監護等を積極的に阻止するなど特段の事情」があれば、当該女性の不法行為責任が成立する可能性を認めており[62]、こうした特段の事情がある場合には、親の一方と不貞行為に及んだ第三者の当該行為と子の権利または法律上保護される利益の侵害との間に相当因果関係が存在するという評価を前提としている。なお、上記の引用部分は、「その女性が害意をもって父親の子に対する監護等を積極的に阻止するなど特段の事情」という形で、保護法益として子の身分またはそこから生ずる権利や利益を措定した書きぶりとなっているが、「監護等」とされていることからも明らかになるとおり、特段の事情が認められる場面を上記の意味での権利または法律上保護される利益の侵害がある場合に限定する趣旨ではなく、親との親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益との関連でも、同様の特段の事情は認められる。このことを前提として判例の言い回しを記し直すと、「その女性（または男性）が害意をもって父親（または母親）の子に対する監護を積極的に阻止したり家族共同生活の平和を積極的に害したりするなど特段の事情」があれば、相当因果関係の存在が肯定されるという表現になる。

判例よれば、第三者と不貞行為に及び同棲するに至った親の自由意思が介在

62）最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「民集」。また、母が不貞行為等をしたことを受けてその未成年の子が不貞行為の相手方に対して損害賠償を請求した事案で同旨を説く判例として、最判昭和54年3月30日・前掲注(7)「判時」。

していることを理由に相当因果関係の存在が否定されるというのが原則である以上、ここでは、当該第三者が害意をもって当該親の子に対する監護等を積極的に阻止したり家族共同生活の平和を積極的に害したりするなどの特段の事情がある場合には、親の自由意思の介在が認められないため、当該第三者の行為と子の権利または法律上保護される利益の侵害との間の相当因果関係も肯定されるという論理が基礎に据えられていると考えられる。このような理解によると、相当因果関係が認められる場面を、第三者が害意をもって当該親の子に対する監護を積極的に阻止したり家族共同生活の平和を積極的に害したりする場合に限定する必然性は、全く存在しない。むしろ、第三者と不貞行為に及び同棲するに至った親の自由な意思による決定が制約されていたと評価することができるような事情があれば、相当因果関係の存在を肯定するというのが論理的である。従って、判例がいう「その女性（または男性）が害意をもって父親（または母親）の子に対する監護等を積極的に阻止する」場合は、単に相当因果関係の存在が認められる一つの場面を例示的に示したものとして捉えられなければならない。

本稿で検討の対象とする問題のように、親との親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益の侵害が問題になる場面との関連でいうと、例えば、第三者が積極的に誘惑的な挙措を用いて当該親の無知や経験不足に乗じた場合のみならず[63]、第三者が家庭を棄てて家族生活を破壊するという親の行為を誘発した場合や[64]、第三者が当該親と子との間の親密な関係を認識しながら後戻りすることができない程度に当該親との共同生活を準備し実行させた場合等であっても、当該親による自由な意思は制約されているため、この第三者の責任原因行為と上記権利または法律上保護される利益の侵害との間の相当因果関係は肯定されうる。

63）　津田・前掲注(57)49頁。

64）　泉・前掲注(17)90頁。

4. 責任原因行為と成年に達した子に認められる権利または法律上保護される利益の侵害との間の法的な因果関係の存在

Ⅰでの検討によれば、成年に達した子には、一定の範囲という限定は付くものの、父または母との親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益の侵害が認められた。そして、1および2での検討によれば、父または母と親しい関係を持ち同棲するに至った第三者の責任原因行為と上記の権利または法律上保護される利益の侵害との間には、原則的な理解として、相当因果関係が認められうる。また、仮に判例の判断枠組みをそのまま前提とするにしても、この第三者が当該子とその父または母との間の親密な関係を認識しながら計画的に父または母との共同生活を準備し実行させたとすれば、やはり、相当因果関係が認められうる。

裁判例③は、Ⅱで検討の対象とした判例を参照しつつ、成年に達した子の家庭的生活利益が法律上保護される利益であり、それが侵害されたと解するとしても、「母親が、その成人の子に対して愛情を注ぎ、家庭的生活利益を享受させることは、他の男性と同棲するかどうかにかかわりなく、母親自らの意思によって行うことができるから、その男性の行為との間に相当因果関係があるというためには、その男性が害意をもって母親の子に対する上記利益の享受等を積極的に阻止するなどの特段の事情が必要である」との一般論を述べたうえで（以下「㋐」とする。）、本件において、YがXの母Aに対し有形力を行使して拘束するなど、AのXに対する家庭的生活利益の享受等を積極的に阻止する行為をしたことを認める証拠はないこと（以下「㋑」とする。）、Aが自宅を出た翌日にBらと話合いの場を設けていたことなどからすると、Aが自らの判断でYとの同棲を継続していることが窺われること（以下「㋒」とする。）、仮にYがAとの間で不貞関係を継続し自らアパートを契約して計画的にAとの同居を開始しているという事実が存在するとしても、Aが自らの意思によってXに愛情を注ぎ家庭的生活利益を享受させることを行いえなくなるわけではないこと（以下「㋓」とする。）を挙げて、上記の特段の事情は存在しないとし

ている。これまでの検討によれば、この裁判例が第三者の責任原因行為と成年に達した子の権利または法律上保護される利益の侵害との間の因果関係について示した理解の仕方に対しては、以下の問題を指摘することができる。

まず、1および2での検討によれば、少なくとも、裁判例③がいう家庭的生活利益、本稿がいう父または母との親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益の侵害が問題になる場合には、Ⅱで検討の対象とした判例の判断枠組みに基づいて相当因果関係の有無を判断すべきではないにもかかわらず、裁判例③は、㋐の部分で、本稿で検討の対象とするケースにおいても判例の判断枠組みがそのまま妥当することを当然の前提として、問題を特段の事情の有無に矮小化しまっている。伝統的な相当因果関係説を基礎とした評価をする限り、（子としての身分またはそこから生ずる権利や利益の侵害に関してであればともかく）上記の意味での権利または利益の侵害に関しては、その侵害は親の一方と不貞行為に及ぶなどした第三者の責任原因行為により生じたと評価することが適切である。

次に、仮に判例の判断枠組みを前提とするにしても、相当因果関係が認められるべき特段の事情の評価について、いくつかの問題を指摘することができる。㋑の部分は、当該事案が特段の事情が認められるべき一つの例示的な場面に当たらないことを示すものにすぎず、相当因果関係の不存在という結論を導くための決定打とはならないこと、㋒の部分について、話合いが存在したという一事をもって、Aの自由な意思による決定があったと速断することはできないこと、そして、㋓の部分では、子としての身分に由来する権利や利益と裁判例③がいう家庭的生活利益との違いが適切に認識されておらず、後者の侵害が問題になる場面では、前者の侵害が問題になる場面とは異なり、父または母との親密な共同生活の解消と子による家庭的生活利益の享受との間には基本的に両立可能性がないにもかかわらず、そうした両立が可能であるという前提に立っていること、その結果、X側によって主張されている出来事がAの自由な意思による決定の制約を基礎付ける事実であるかどうかを全く確認していないことな

どが、それである。

おわりに

成年に達した子は、その親の一方が婚姻またはパートナーの関係にある他方以外の第三者と親密な関係を築き同棲するなどした場合において、それ以前にその親と親密な関係をともに過ごすなどして、その親との間で自己の人格の実現および発展に必要不可欠な関係を築いていたときには、その親との親密な関わりの中で自己の人格を形成したり発展させたりすることで自己実現を図るという意味での人格権およびその関係が平穏に維持されることについての人格的利益の侵害を理由に、当該第三者に対して損害賠償を請求することができる。これが、本稿で検討の対象とした問題への一つの解答である。そして、こうした考え方は、『民事責任法と家族』の中で「家族に関わる保護」との関連において示した方向性、すなわち、「家族に関わる保護」が問題となる場面では、家族から切り離された個人としての人格や感情の保護を図る規律が要請される場面を除き、家族との関わりの中で生きる個人の人格を基礎に据えて、「家族に関わる保護」についての具体的な解決や解釈論を構築すべきであるという理解の仕方を[65]、本稿で検討の対象とする問題に即して具体化したものにほかならない。

【付記】

大塚章男先生に哀悼の意を込めて本稿を捧げる。筆者が大塚先生と初めてお会いしたのは、筑波大学法科大学院に着任する前の2014年5月頃に大塚先生の研究室でのことであった。それ以降、大塚先生からは、多くの面でご指導およびご教示を賜った。特に、大塚先生の研究室で、学生達が法曹実務家として備えるべき素養を身に着けるためには法科大学院としてどのような教育をすることが求められるかについて、議論をさせていただいたことは、つい昨日のこ

65）　拙稿・前掲注(1)113頁以下。

とであるかのように鮮明な記憶として、筆者の胸に刻まれている。大塚先生のご訃報は、今でも信じられない思いであるが、今後は、法曹を目指す学生達に、大塚先生からの教えを伝えていきたいと思う。なお、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　千葉大学大学院社会科学研究院教授）

論　説

国外で設定された動産上の約定担保物権の効力に対して国内法の改正が及ぼす影響

直　井　義　典

はじめに
第1章　2006年改正前のフランスの判例
第2章　担保法改正による影響
　第1節　非占有移転型質権
　第2節　フィデュシー
　第3節　公示の問題
　第4節　小括
第3章　国内法改正の限界
　第1節　準拠法の選択
　第2節　担保法制の統一化
　第3節　小括
第4章　わが国への示唆

はじめに

(1)　従来、民法学においては担保物権の国内的な効力、すなわち担保目的物・担保権設定者・担保権者のいずれもが国内に所在する場合の効力について議論がなされてきた。民法が国内で効力を持つ法律である以上、このこと自体はきわめて自然なことである。しかし、担保物権も国際的な関係と無縁なわけではない。[1] 国内所在の不動産に国外所在の債権者が国内法に基づいて担保権を設定するケース、[2] 国内所在の動産に国内法に基づいて約定担保権が設定され、その後にこの動産が国外に移動されたケース、[3] 国外所在の動産に動産所在地法に基づいて約定担保権が設定され、その後この動産が国内に移動されたケース、[4] 国内で成立した債権が国外所在の債権者に質入れされたケー

スのそれぞれにおける担保権の効力の如何の問題が想定される。

このうち［1］については、担保目的物の所在に変動はなく、不動産所在地法に基づいて担保権が設定されるわけであるから、不動産所在地法が適用されることに問題はない[1)]。ここでの問題は、国外所在の債権者による不動産所在地法に基づく担保権の公示方法、わが国に即していえば不動産登記簿へのアクセスのしやすさに尽きる[2)]。

むしろ大きな問題をもたらすのは［2］や［3］である。［2］と［3］とは表裏の関係にあり、いずれも、動産が国境を超えることによって、従前設定されていた担保の効力がどうなるかという問題を生じさせる。［2］において、仮に担保の効力が消滅するとした場合、移転先の国において動産を取得する者の保護が図られる反面、担保権者には大きな損害が生じることとなる[3)]。そしてこうした損害を避けるべく与信を控えるようになるから、結局は動産を担保に供することが困難となり、与信を受ける者にとっても不利益が生じる。この問題は、当初から国外への移転を想定した動産にのみ関わるものではない。担保権の負担を免れさせるために設定者が担保権者に無断で動産を国外に移転するよ

1）　M. Farge, La réception en France des sûretés constituées à l'étranger, in N. Borga ＝ O. Gout（dir.）, L'attractivité du droit français des sûretés réelles, 2016, p.73, n°5 は、こうした事例として、担保目的のためにイングランドで設定されたトラストがフランスの不動産を含んでいるケースや、イングランドのフローティングチャージがフランスの財産に設定されたケースを挙げるが、これらがフランスの裁判所で問題となることはほとんどないとする。

2）　もっとも、問題が全くないというわけではない（Farge, op.cit., n°s12 et 13.）。

フランスでは、民法2416条が抵当権の設定にあたり公署証書の作成を要求しており、さらには2417条が2006年改正前の旧2128条をそのまま維持して、条約や強行規定のない限り外国で締結された契約そのものによってフランス所在の財産に抵当権を設定することはできないとしていることから、抵当権設定契約へのフランスの公証人による関与が避けられない。もっとも、2417条は比較的厳格に解釈されており、船舶抵当・航空機抵当の設定、フランス所在の不動産に抵当権を設定する旨の契約自体、抵当権によって担保される消費貸借契約自体、すでに設定された抵当権についての譲渡・代位・放棄については適用されないものと解されている。また、Cass. civ1, 14 avr. 2016, B. I .n°92 は、抵当権を設定することの委任は、真正な外国の機関によってもなされ得るものであるとする（ただし、事案の解決としてはオーストラリアの公証人は真正な外国の機関に該当しないとする）。

うな事態は、当初から国外への移転を想定している動産以外の動産についても起こり得る。そうだとすると、国内での信用供与にも悪影響を及ぼすことになりかねない。他方で、[3] において、国外で設定された担保権の効力が認められることとなると、国内に移転された動産の所有権を取得した者は、国外で設定された担保の制約を受けることとなる。こうした担保の公示がなされていればよいが、そうでない場合、取引の安全を大きく害する。確かに、当該動産が国外から国内に移転されたものか否かを知ることは不可能ではない。しかし、そのような動産であることが判明したとしても、その動産上に課されている可

（前頁からつづき）

もっとも、船舶抵当・航空機抵当の場合や真正な外国の機関が関与した場合を除いては、当該契約の前または後にフランス公証人の関与によるフランス国内での抵当権設定手続を回避することはできないのであるから、厳格な解釈によっても外国において抵当権を設定するのが極めて困難であることに変わりはない。こうした状態は不便でありかつ信用供与にかかる費用を増大させるものである。そこでこうした制約を回避するために、不動産の取得に際して信用供与がなされる場合については、不動産購入資金提供者の先取特権によることができないかが問題となる（この先取特権については、直井義典「不動産購入資金提供者の先取特権」筑波ロー・ジャーナル29号（令和2年）185頁以下で紹介した。）。しかし、不動産所在地であるフランス法と消費貸借契約に適用される外国法の双方においてこの種の先取特権が認められていなければならないと解されていることから、抵当権の代用とはならない（この種の先取特権を認めるのは、ルクセンブルク・モナコ・モーリシャスのみとされる。なお、第3章第2節で取り上げるアンシトラル動産担保モデル法38条は財産取得担保権の規定を置く。同法における財産取得担保権の定義は、同法2条（b）。）。このほか、不動産フィデュシー・不動産質・トラストのような外国担保を利用することで、フランス公証人の排除を図ることも考えられるが、これらの担保の効力がフランス国内で認められるのかは大いに疑問である。

また、2011年に改正された710条-1第1項は「あらゆる証書又は権利は、不動産公示の形式を与えるためには、フランスにおいて公証人がなした公署の形式のある証書によるのでなければならない。」と規定する。その結果、外国の公署行為は、フランス公証人に委託されなければならないこととなる。これによって、従前と異なり、非居住者はフランスの不動産に抵当権を設定することを委託することもできなくなったとされ、この点も強く批判される。

3） Farge, op.cit., n°17は、後述する破毀院判決を評して、第三者保護のために債権者の予測を犠牲にするものという。

能性のある担保物権の有無を確認することは、国内での公示が要求されているのでもない限り極めて困難である。

したがって、国内外を問わず動産の流通を促進するという観点からは、国境を越えたという一事をもって動産上の約定担保物権の効力を全面的に失わせることも適当でなく、逆に移転先国において公示を要求することのないままに効力を全面的に認めることも適当ではない。

［4］も重要な問題ではあるが、所在地を観念できない点で有体動産とは異なる考慮を要する[4]ことから、本稿では扱わない。

(2)　国外で設定された担保の目的動産が国内に移転した場合に、この担保権の効力がどうなるかについては従来、国際私法において議論の蓄積がある[5]。そこでは、いずれの国の法律によって担保権の成否が決せられるのかという形で問題となる。法定担保物権と約定担保物権とを分け、動産上の約定担保物権については、法の適用に関する通則法13条と同様に、物所在地法によって規律されるとするのが通説的見解である[6]。そして成立した担保物権の内容および効力についても、もっぱら物所在地法によって決定される[7]。しかし、物所在地法主義の不都合も指摘されており、担保の設定地法によるとの考え方、仕

---

4)　澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門　第8版』(平成30年）249頁。

5)　ドイツにおける議論を詳細に検討したものとして、楢崎みどり「ドイツ国際物権法における非占有動産担保権の渉外的効力について」法学新報105巻6＝7号（平成11年）317頁以下。

6)　山田鐐一『国際私法　第3版』(有斐閣・平成16年）296頁、溜池良夫『国際私法講義第3版』(有斐閣・平成17年）337頁。動産上の約定担保物権は物所在地法によって規律されるという点は同様であるが、石黒一憲「いわゆる法定担保物権の準拠法について」『金融取引と国際訴訟』(有斐閣・昭和58年）314頁以下、道垣内正人『ポイント国際私法　各論第2版』(有斐閣・平成26年）290頁以下、澤木＝道垣内・前掲249頁は、法定担保物権と約定担保物権の区別は不要であると解する。

物権一般について論じるものではあるが（もっとも、国際私法上、物権一般と別個に担保物権法について論ずべきかについても議論がある（石黒・前掲323頁)。)、物所在地法主義の根拠については、原田央「物権準拠法再検討のための準備報告」千葉大学法学論集27巻4号（平成25年）396頁註8に詳しい。

向地法によるとの考え方、当事者自治による準拠法選択を認めるとの考え方なども主張される[8)]。

他方、民法学においてはこの問題はあまり注目されてこなかった。しかし、国内における担保物権の効力をいかに定めるか、特に他国の担保物権法との協調をどこまで追求するかによって、国外における担保物権の効力は変わってくる。このことは、前述のように［2］のケースにおける与信の得やすさにも影響する。ある国の民法典が国外で設定された担保権の効力の維持を認めるものであれば、その法律は担保権者の有する期待を保護することのできるものとされる。そして、担保権者にとっては、その国の民法典は国際取引において魅力的なものとして理解され、その国の民法典のもとで与信が促進されることとなる[9)]。したがって、民法学にとっても無視できる問題ではない。

(3) そこで本稿では、国内法における担保物権の効力の定め方がこの問題にいかに影響しうるのかをフランス法を題材として検討することとする[10)]。フランス法を取り上げるのは、以下の理由による。第1に、後述のように、フランスの通説ならびに破毀院判例が物所在地法主義に立っており、この点でわが国

(前頁からつづき)

なお、「約定担保物権の成立について、主たる債権の準拠法を累積的に適用することは、債権者、債務者および第三者の利害関係からみて無用の考慮をするものである」ことから、主たる債権の準拠法上そのような担保物権の成立が認められる必要はないとされる（山田・前掲299頁註3）。

7) 山田・前掲296頁。

8) 物権一般につき物所在地法主義の再検討を図るものとして、原田・前掲366頁以下。

9) とりわけ、物所在地法主義に立つ場合に与信の得やすさへの影響が大きくなる。Farge, op.cit., n°6は、フランス法に魅力があるか否かは、外国で設定された担保のフランスにおける効力について、外国の銀行や投資家をフランスのシステムが安心させることができるかにかかっているとする。

担保法においては自国民の与信の受けやすさ、債権法においては契約準拠法としての選択のされやすさという点で現れ方がやや異なるものの、国際社会における自国法の魅力の程度について軽視しえないことは、わが国においてもいわゆる債権法改正に関して「日本の国際的プレゼンスのかかった国家戦略の問題でもある」(内田貴『債権法の新時代』(商事法務・平成21年）34頁）との指摘がなされたことによっても示されていたところである。

の見解と同様であると評価できることによる。第2に、その結果として、従前、フランスでは、外国において設定された担保物権の効力を認めることに消極的な姿勢が見られたところ、2006年の担保法改正による占有非移転型質権の導入や2007年フィデュシー導入によって、民法典が担保の種類を多様化させており、このことが譲渡担保やフローティングチャージのフランス国内での効力を肯定する手がかりとなり得る。そしてわが国での担保法改正においてもこうしたフランスの経験は参照するに値するものと考えられることによる[11)]。

以下、第1章では2006年改正前のフランスの判例を紹介し、物所在地法主義の下で外国で設定された担保の効力が認められることが少なかったことを示す。そして、第2章では2006年以降の担保法改正によって、こうした状況にいかなる変化が生じ得るものと考えられているのか、ファルジュの見解を中心に紹介する。第3章では、第2章で紹介した見解を受けて、国内法の改正による問題解決の限界への対処法として、当事者自治による準拠法決定による問題解決の試みと担保法制の国際的統一化についてごく簡単に検討を加える。最後に第4章で、わが国の担保法改正にあたっての示唆を得ることとする。

第1章　2006年改正前のフランスの判例

破毀院は、準拠法については物所在地主義に立ち[12)]、外国で設定された担保物権はフランス国内で認められる担保物権に転換しうる限りでのみ認められるとの見解を示す。そのため、以下の3つの判例に見られるように、多くの場合において、外国の担保の効力は否定されていた[13)]。

10）　設定者に倒産手続が開始された場合には、担保権の効力が平時から変容させられることとなって平時とは別段の考慮を要する。担保権が最もその効用を発揮する局面ではあるが、こうした事情から、本稿では考察の対象としない。

11）　Farge, op.cit., n°3も、外国で設定された担保のフランスにおける受容のための調整方法を探求することが、2006年担保法改正のなした貢献の本質を検討することになるとする。

12）　G. Khairallah, Les sûretés mobilières en droit international privé, 1984, n°208は、フランス法が動産の占有に重きを置いているためとする。また、物権法定主義も根拠とされてきたが異論もある（Khairallah, op.cit., n°358; Farge, op.cit., n°24.）。

【1】Cass. req., 24 mai 1933, S.1935.1.257.

ロッテルダム所在の法人がブザンソン所在の組合に金銭を貸与するにあたり、契約に適用される法として当事者はドイツ法を選択した。契約締結地はドイツ国内のマインツである。担保として、借主は貸主に対して5台の自動車の所有権を移転し、これらの自動車に相応する価額が弁済されたときに、借主は自動車の取戻ができるものと定められた。契約締結時点での自動車の所在は明確ではないが、フランス国内にあったものと思われる。その後借主は破産し、貸主は破産管財人に対して、フランス所在の第三者のもとにある3台の自動車の引渡しを所有権に基づいて要求したが否定された。原審が請求を棄却したため、貸主が上告した。

破毀院は、以下の理由で上告を棄却した。フランス国内所在の動産を目的とする物権についてはもっぱらフランス法が適用される。外国において外国法に基づきフランス所在の動産について外国人とフランス人との間で締結された合意においても、フランスで禁じられた流担保契約（pacte commissoire）を含むものは無効である。

本判決は物所在地法主義に立ちつつ、譲渡担保の実行方法としての流担保契約を無効としたものである。

【2】Cass.civ1, 8 juill. 1969, JCP G 1970, Ⅱ,16182[14)]

ドイツで登録された自動車の購入資金融資の事案であり、貸主・借主ともドイツの会社である。契約時には自動車はドイツ所在であり、この自動車について貸主のために所有権留保付き[15)]の非占有移転質の設定がなされた。その後、この自動車はフランス国内に移動した。修理業者が、買主に設備を供給したと

13） Farge, op.cit., n°18は、こうした態度がドイツとは対照的であることを指摘し、誤った性質決定がなされているとして破毀院の態度を批判する。

14） 本判決を紹介するものとして、相澤吉晴「所有権留保の準拠法について」富大経済論集35巻3号（平成2年）3頁以下、藤澤尚江「動産担保取引の発展と国際私法（上）」筑波ロー・ジャーナル8号（平成22年）66頁以下。

して、自己がフランス国内で所持する自動車を保全差押え（saisie consevatoire）した。そこで、貸主が差押え解除を求めた。これに対して原審は、流担保契約はフランスの公序に反するとして却下したために、貸主が上告した。

破毀院は、ドイツの会社間で締結された契約によって担保権が設定された場合であっても、フランス所在の動産にはフランス法が適用されるとした上で、公序には言及せず、流担保契約はフランスでは禁じられているとして上告を棄却した。

本判決は、外国人同士の締結した所有権留保においても【1】判決と同様に流担保契約は無効と解されることを明らかにしている。

【3】Cass. civ1, 3 mai 1973, Rev. crit. DIP 1974,100[16)]

オランダの銀行がオランダの会社との間でアムステルダムにおいて締結した契約によって工業設備を9万ギルダーの現金で購入した。そして、同様にアムステルダムで締結された買取選択権付賃貸借（location-vente）とされる第2の契約によって、銀行は、この工業設備を現金4万ギルダーと5万ギルダーの12か月の分割払いで売主たる会社に譲渡した。これらの設備は元の売主とは別のオランダの会社が自由に使用することが認められ、この会社がフランスに持ち込んだ。そして、この会社の振り出した手形3通が未払であることから、債権者と手形のうち1通の被裏書人によって工業設備が差し押さえられて売却命令が出されたため、銀行が第三者異議を提起した。原判決が第三者異議を認めなかったため、銀行が上告した。上告理由[17)]は、第1に、契約は当事者の選択した法律に従うものであり、本件契約はオランダ人の間でオランダにおいて締結された契約であるからフランス法に依拠することはできない、第2に、本件契

15）判決文ではこのように記載されているが、売主ではなく融資者に所有権を帰属させるものであるから真正の所有権留保ではない。所有権が一旦は買主に帰属するのか、それとも売主から直接に融資者に移転するものであるのかは判決文からは明らかではない。

16）本判決を紹介するものとして、相澤・前掲4頁以下、藤澤・前掲67頁註134。

17）相澤・前掲4頁は以下の部分を破毀院の判示事項と理解しているようである。

約を所有権留保付きの信用売買であると同時に占有非移転型質権付きの貸付であると判断することはできない、第3に、フランス法においては、売買契約の中に所有権留保条項を挿入することは禁じられておらず、占有非移転型質権付きの貸付であるならばこの契約はフランスでの公示の欠如について論じるまでもなく私署証書によって工業設備の購入が確認されたことで有効なのであり、契約はオランダで締結されているがオランダ法は公示を要求しておらず公示もなされていないことは、本件訴訟にいかなる影響を及ぼすものでもない、というものである。

これに対して破毀院は、以下のように判示して、上告を棄却した。当事者間の契約準拠法はともかく、物権の目的となる動産がフランスに所在する場合にはフランス法のみが適用される。証書には「代金未払いのうちは売主のために所有権を留保する条項の付いた信用売買である」と表示されているとしても、実際には「銀行による5万ギルダーの貸付であり、銀行のために設備上に占有非移転型の質権が設定された」ものであるとの事実認定の下、質権の要物性を定める旧2076条に依拠して、銀行はフランス所在の工業設備については第三者に対抗できる権利を立証していない、とした原判決は正当である。

本判決は、当事者間での契約の効力を規律する法律とは別に物権に対して適用される法律を観念し、従来の判決と同様に、フランス所在の動産についてはフランス法が適用されるとしたものである。そして、証書に所有権留保との記載があるとしてもそれは占有非移転型質権を偽装したものにすぎないと解し、フランスにおける効力を否定する[18]。フランス法の下での所有権留保の効力については明確には論じていないが、契約の性質決定を入念に行った原判決を正当としていることからは、所有権留保の効力自体は認容するものと考えられ

18） Farge, op.cit., n°20は、フィデュシー譲渡が占有非移転型質権と解釈されてフランス国内での効力が否定された事例であると整理する。銀行による現金での購入が単に形式的に所有権を移転するのみであることに着目してフィデュシー譲渡であると解しているのであるが、破毀院もまた所有権留保であることは否定しており、破毀院判決の理解としては正当な整理であると考えられる。

る[19]。仮に、所有権留保と占有非移転型質権のいずれもがフランス法の下では効力を認められないということであれば、契約の性質決定はごく簡単に済ませることもできたはずだからである。

以上のように、破毀院は物所在地主義に立ちつつ、フランス国内所在の動産についてはフランス法の下において担保権の効力が認容されるかを検討する。その結果、外国の担保の効力が多くの場合に否定されていたのである[20]。

国内法の改正がこうした状況にどれほどの変化をもたらすのか。2006年以降の担保法改正の影響を検討するのが次章の課題である。

第2章　担保法改正による影響

フランス民法の担保法分野は2006年以後、大幅な改正を受けている。このことが国外で設定された動産上の約定担保の効力にいかなる影響を与えているのか。ファルジュは、非占有移転型質権の創出とフィデュシーの認容の2点に着目する。

以下、ファルジュにしたがって、これら2点及び公示の問題について順に検討する。

19）　相澤・前掲5頁は、「オランダ法上の「所有権留保」に相当する所有権留保の制度がフランス法上存在しないためか「占有移転を伴わない質権」の設定のみが問題とされ」たとするが、本件において所有権留保としての性質決定が否定されたために判示の必要がなかったにすぎないのではないか。

20）　こうした態度が、外国で設定された担保権であっても公序良俗に反しない限り国内での対応する担保の効力を以て認めるドイツの態度とは対照的であることはしばしば指摘されている。その理由としては、国際取引を活発化させるという政策だけでなく、ドイツにおいては動産担保が公示なしに当事者の合意のみによって設定されることから説明されている（K. Kreuzer, La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères, Rev. crit. DIP, 1995.479.）。

第1節　非占有移転型質権

占有非移転型質権は、2006年の担保法改正によって認められた。

改正前の2076条と異なり、2333条は動産質設定者からの占有移転を質権の成立要件としていない。同条は、質権は設定者と債権者との間の合意であると定め、2336条が、動産質は被担保債権、質権が設定される財産の数量・種類・性質を記載した書面の作成により成立するという。

質権の目的は、単体動産、現在ないし将来の[21]有体動産の集合である（2333条1項）。

2337条は、2種類の第三者対抗要件を定める。第1は、コンセイユ・デタのデクレに定められた方式の特別の登録簿への登録による（2338条）公示である（2337条1項）。この場合、設定者の特定承継人による即時取得が排除される（同条3項）。第2は、質物の債権者または合意された第三者への引渡しである（同条2項）。

このように、引渡しは動産質の成立要件から対抗要件へと位置づけが変化したのである。

また、質権の実行方法として、旧2078条2項が廃止されて流質が認められた（2348条1項）[22]。ただし、市場における公定価格がある場合を除いては、所有権移転時点における質権の設定された財産の価値が鑑定人によって決定されるものとされている（同条2項）。

以上の結果、外国で設定された非占有移転型質権がフランス国内で効力を認められる道が開け[23]、また、担保権者が担保の目的物を自己のものとして引き揚げることも可能となった。

しかしながら、いかなる動産質であってもフランスで効力を認められるというわけではない。その例としてファルジュが挙げるのが、フローティングチャー

21）　将来物が質権の目的となったのも、占有移転が質権の成立要件ではなくなったことによる。

22）　流質禁止規定の廃止については、直井義典「フランスにおける動産質権の実行」筑波ロー・ジャーナル19号（平成27年）44頁以下で論じた。

ジである[24]。フローティングチャージでは、債務者企業の現在または将来有する一切の不動産・動産が担保の目的とされる。

ファルジュは、以下の2つの理由から、改正法の下でもフローティングチャージはフランス国内での効力が否定されるものと解する[25]。

第1は、フローティングチャージの目的の包括性である。前述のように、2333条1項は有体動産の集合を質権の目的とすることは認めるものの、質物の数量・種類・性質が示されていること、すなわち特定性が要求されている（2336条）。そこでファルジュは、目的の包括性の点でフランス法のもとでフローティングチャージに引照しうる制度として、裁判費用の先取特権（2331条1号・2375条1号）や給与の先取特権（2331条4号・2375条2号）といった一般先取特権を持ち出す[26]。しかしこれらは法定担保である。また、フローティングチャージを営業財産（fonds de commerce）質と引照する試みも不十分とされる。営業財産質においても、質権は不特定の財の集合に課されるのではなく、営業という特定の財に課されるからである。

第2は、特定の財に結晶化する以前の段階におけるフローティングチャージの性質に関わる。ファルジュによれば、この段階では物権あるいは物的担保と

23） もちろん、2006年担保法改正以前にも航空機抵当・自動車質・各種ワラントのように占有非移転型の動産担保は存在していたことから、航空機や自動車については外国で設定された占有非移転型担保がフランス国内で認められる可能性は従前から存在していた。しかし、いずれの客体も登録を要するものであることから、外国で設定された非占有移転型担保がフランスで認められるためにはフランス国内での公示を要するものと解されていた（M. Cabrillac, La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger, Rev. crit. DIP, 1979,487, n°20.）

24） Farge, op.cit., n°20.

25） Id. 2006年改正以前の論考であるが、Cabrillac, op.cit., n°17; Ch. Mouly, Efficacité en France des sûretés anglaises, RD bancaire et bourse, 1992, p.160も、フローティングチャージの目的の包括性を根拠にフランス国内での効力を否定していた。

26） わが国の一般先取特権が債務者の総財産上の担保権として306条という単体の規定で定められているのに対し、フランス法では、2328条が先取特権が動産・不動産に成立しうることを定めるものの包括的な規定というわけではなく、動産一般先取特権（2331条）と不動産一般先取特権（2375条以下）に規定が分かれている。

みなすことは困難であるとされる。物権が成立するためには客体の特定性が要求されるから、包括財産上の権利は物権に当たらないというのである。

以上のように、非占有移転型質権が認められることによって、外国で設定された担保であってもその目的が特定し得るものである限りは、フランス国内で効力を認められる可能性が格段に広がった。しかしながら、フローティングチャージのような包括担保については、依然として、フランス国内では効力が否定されるものと解されている。

第2節　フィデュシー

フィデュシーは、2007年の改正により、2011条以下で認められた。

フィデュシーとは、1人または複数人の設定者が、現在または将来の財産・権利・担保の単体または集合体を、1人または複数人の受託者に移転し、受託者はそれを自己の固有財産から分離して、1人または複数人の受益者のために定められた目的に供する制度である（2011条）。

ファルジュが問題とするのは、セキュリティトラストをフランスにおいてフィデュシーと読み替えることの可否である。そして、フィデュシーにおける受託者と受益者の権利の性質が問題となるとする[27]。これは、わが国における、受益権の性質に関する物権説と債権説の対立[28]に対応する。

フィデュシー受託者が有するのは544条の定める伝統的な所有権とは異なるフィデュシー所有権であってフィデュシー受益者にも所有権が分属するものと考えると、セキュリティートラストをフィデュシーとして扱うことが可能である[29]。これに対して、フィデュシー受益者はフィデュシー財産に対して物権を有しておらずもっぱらフィデュシー受託者に対する債権しか有していないと解

27）　Farge, op.cit., n°21.

28）　この問題につき、能見善久『現代信託法』（有斐閣・平成16年）は、「現在でも重要な問題ではあるが、信託法の規定で解決されている範囲ではあえて議論する必要はなくなった。」とする。この指摘は、フランスにおいてもフィデュシーに関する規定が補充されることによって問題が解消される可能性を示唆する。

する場合には、セキュリティートラストはフィデュシーとは異なる制度ということになる。

このように、フィデュシーの導入によっても、トラストがフランスにおいて効力を認められるか否かは明確とはならない[30,31]。

第3節　公示の問題

外国で設定された動産担保権の効力がフランス国内で認められうるとしても、担保権者は、フランス法の定める方式により、フランス国内で公示をしなければならない[32]。外国での公示ではフランス国内の第三者を保護するには不十分だからである。

29）ファルジュはグリマルディの見解を引用して、次のように説明する（Farge, op.cit., n°21.）。担保フィデュシーにおいて、受託者は「権限所有権」(propriété pouvoir）を有しているのに対し、受益者が被担保債権の弁済を確保するためにフィデュシーの目的物処分によって得られた収益に排他的な権利行使ができるとすれば、受益者は「収益所有権」（propriété richesse）を有することとなる。トラストにおいては、受託者が法的所有権を、受益者が経済的所有権を有するものと解される。このように所有権が分割される点で、フィデュシーはトラストと類似する。

なお、Farge, op.cit., n°7では、フランスのフィデュシーはアングロサクソンのトラストと血縁関係にあるとされており、ファルジュ自身もこの見解を支持しているように見受けられる。

30）Khairallah, op.cit., n°236では、古いものではあるがフランスにおいてトラストの効力を認める裁判例が複数存在していたことが指摘されている。

31）もっとも、ファルジュによれば、ハーグ信託条約（同条約につき簡単には、三菱UFJ信託銀行編著『信託の法務と実務　7訂版』(きんざい・令和4年）831頁以下。）が批准されることにより、フランスにおけるトラストの効力に関する議論は意義を失うとされる。同条約6条は、「トラストは設定者の選択した法律によって規定される」と定めており、設定者がイングランド法を準拠法とすれば問題は解消されると主張するのである（Farge, op.cit., n°21.）。しかし、設定者が信託準拠法を決定することができるとしても、同条約においては設定者の決定した信託準拠法の適用範囲は限定されており（8条）、信託財産準拠法上の所有権の移転や担保物権に関わる規定による制限のもとに置かれる（15条1項d）から、必ずしも問題が解消されるわけではないのではないか（田中美穂「信託準拠法と信託財産準拠法の適用関係について」近大法学58巻4号（平成23年）12頁以下。）。

ファルジュによれば、公示に関して2つの点で問題がある[33]。第1に、外国の担保権の内容を知らない登記官が登記を留保する可能性がある。そして第2に、登記官に登記してもらえたとしても、公示の方法はフランスにおける対応する担保権を反映したものによらねばならない。この第2の問題により、例えば、フランスの登記を探索してもフローティングチャージ[34]であるとはわからないこととなる。元の担保権の内容が、フランスで認められる担保権の内容に変性してしまうのである。

また、仮に外国で設定された担保権がフランスにおける担保権に対応するものを見つけ出せるとしても、問題がないわけではない。自動車質の場合、登録は自動車登録証が交付された県でなされるものとされる。しかし、自動車が外国で登録されている場合には、この方式によることができない。

以上のように公示についての問題点の解決もまた2006年担保法改正に際しては望まれたわけであるが、2006年12月23日のデクレ2006-1804号による登記方法の改正は、期待外れのものであったとされる。ファルジュは、このほか、外国で設定された担保権をフランス国内で登記するための猶予期間制度を設けなかった点も、立法者の怠慢であると非難する[35]。

第4節　小括

以上のように、担保法改正によって、外国で設定された占有非移転型質権や

32）　Farge, op.cit., n°15. フランスに限った記述ではなく、担保成立地において公示を欠く場合についてであるが、Kreuzer, op.cit., p.472は、公示なしに設定された動産担保は、目的物が外国に移転された場合には効力を生じ得ないのがルールであるとする。

33）　Farge, op.cit., n°15.

34）　前述のように、ファルジュは2006年改正法の下でもフローティングチャージがフランス国内で効力を認められることはないと解しているから、ここでフローティングチャージを例とするのは適切ではないように思われる。

35）　Farge, op.cit., n°28. 猶予期間を認める例としては、外国で有効に設定された所有権留保は3か月間効力を妨げられないとする1987年のスイス連邦国際私法典102条2項がある（Kreuzer, op. cit., p.477は、これがヨーロッパでは初の制度であるとする。）。

フィデュシー譲渡がフランス法の下でも一定の範囲で効力を認められ、流担保契約も可能となった[36]。ファルジュは、2006年の担保法改正によってフランス法の魅力が増したと評価する[37]。国内法の改正による諸外国との統一化[38]が、外国で設定された担保権の効力を安定的なものとするのに有用であることがここには示されている。

もっとも、改正によってもフローティングチャージの効力はフランスにおいて否定されるものと考えられ、また、トラストの認否も明確ではない。このように国内法の改正のみでは、外国で設定された担保権を受容するには限界がある。

このほか、公示制度の改革が不十分であるために、外国で設定された担保権の効力がフランス国内で認められるとしても、フランス法で認められた担保類型での公示が要求されるなどの問題点が残っている。

こうした限界の根源は、物所在地法主義ならびに各国の担保法制の不統一にある。物所在地法主義の再考[39]や担保法制の統一による限界の克服は可能なのだろうか。そこで次章では、こうした限界を克服する方法について検討する[40]。

36） もっとも、流担保を実行するには鑑定人による評価が求められており、しかもこれは強行規定である（2348条2項）。担保権者が自ら担保目的物の価値を決定して自己に所有権を帰属させることができないのはもちろん、第三者との間で契約を締結して処分価格を担保目的物の価値とすることもできない。こうした手続に外国の担保権者が拘束され、なおかつ鑑定人がフランス国内所在でなければならないとされると、清算手続は煩雑なものとなる可能性が否定できない。残債務の額が担保目的物の価額を上回っていることが明白であり、かつ、債権者が流担保の実行により残りの債権をすべて放棄する場合でもない限り、フランス所在の動産に対する担保権の実行は容易ではないと考えられる。

37） Farge, op.cit., n°19.

38） Farge, op.cit., n°7は、1992年に著された「フランスの担保物権法はここ10年の間外国から借用することよってしか進展していない。」とのムリーの記述（Mouly, op.cit., p.162.）を引用し、また、2006年の担保法改正は外国法の後追いであるとする。

39） Farge, op.cit., n°5は、物所在地法主義による破毀院判例が果たして永続的なものであるのか、再検討の余地があるとする。

第3章　国内法改正の限界

本章では、国内法の改正による解決の限界を克服する方法として準拠法の選択と担保法制の統一化を取り上げる。もっとも、本稿の目的が国外で設定された動産上の約定担保に国内法の改正が与える影響を検討することにあることから、これらの方法によっては限界の克服としては十分ではないことを示すに止める。これだけでも、国内法改正の意義を無視することができないことは十分に示すことができると考えられるからである。

第1節　準拠法の選択

前掲の破毀院判決に見られるように、フランスでは伝統的に物所在地法主義がとられてきた。このことは、フランス国内での動産取得者の保護には資するものであった。他方で、外国で設定された担保権の効力を弱めることがありうることは、前章で見たとおりである。

そこで、物所在地法主義に代わり、当事者自治による準拠法決定が試みられる。これによって、国外で担保の設定を受けた担保権者と国内で動産を取得した者の利益の双方が十分に保護されることとなるのだろうか。

当事者自治による準拠法決定のメリットとしては、動産についての抵触法の問題を除去することで国際協調に資すること[41]と、担保の物的・人的効果の

40）　このほか、外国で設定された動産担保を一律に最も後の順位とするといった解決が提案される（Kreuzer, op.cit., p.493 et s.）。ところが、論者自身も、この考え方は「時において勝る者は権利において勝る」との原則に反し、最も後の順位とされることによってとりわけ留保所有権者の保護がなくなる（担保が機能する債務者の倒産局面では、最も後の順位の担保権者にまで配当が回らないことを前提とするものであろう。）ことから解決策としては不十分であるとする。

また、EU 加盟国に限定した議論であるが、コーイングは、EU 加盟国がそれぞれ登録所を作り、占有非移転型担保を債権者が登録することを提案する。これに対しては、費用が掛かる点、ならびに、各加盟国に登録制度のある占有非移転型担保が存在するという前提が満たされない点が批判されている（Kreuzer, op.cit., p.496.）。結局のところ、担保法制の統一化が問題となるということである。

区別の問題[42]が除去されることが挙げられる[43,44]。また、2006年以降の担保法改正により担保の非物質化が進んだ[45]ことで、責任財産の範囲に関する外観に対する信頼保護は後退した。このことも、当事者自治による準拠法に優位にはたらく[46]。なぜなら、外観に対する信頼保護が後退した以上、物所在地法主義を採って、即時取得によって物所在地における取引の安全を図る必要性が薄れたものと言えるからである。

しかし、そもそも当事者が準拠法を決定していないこともある[47]。また。当

41） 物所在地法主義と異なり、外国で設定された担保権の効力を貫徹することが可能となることによって、国による担保法制の差異が相対化されるということである。

42） 約定担保物権の設定行為は、主債務に対する付随的な物権を設定するものであるとの物権法的な側面を有すると同時に、権利を創出するという債権的な側面を有する。前者の物的効果の問題については物所在地法主義によるのに対して、後者の債権的効果の問題については当事者自治によって準拠法が決定されるものとされる（Farge, op.cit., n°9.）。

43） Farge, op.cit., n°22.

44） また、2006年の担保法改正によってフランス法に留置権の規定（2286条）が置かれ、流質の禁止が廃止され、充填式抵当（旧2422条1項）やフィデュシーが認められたように、法定の担保の種類が増え担保の実行方法が自由化されることが当事者自治による準拠法決定に優位に働くのではないかとも考えられる。確かに、物所在地主義が物権法定主義と結びついたものであることの反対に、物権法定主義が緩和されることで物所在地主義が否定されるものと考えることも不可能というわけではない。しかし、これらの担保の柔軟化がなされたからといって、物権法定主義の範囲内で物権のリストが拡充されたにすぎないと解することもできるのであるから、準拠法の決定には直接の関係はないものと言うべきである（Farge, op.cit., n°23も同様。）。

なお、破毀院は物権法定主義を堅持しているが、フィデュシーや所有権留保は所有権という既存の物権を担保目的で使用しているのみであるから、物権法定主義に抵触するものではないと解される。そして破毀院は、債権のフィデュシー譲渡につき、2011条以下のフィデュシー規定や2372-1条以下の担保目的での債権譲渡の規定が挿入される以前において、法律に定められた場合以外で債務者が債権者に担保のために債権を譲渡する行為は債権質であると性質決定している（Cass. com., 19 déc. 2006, B. Ⅳ .n°250.）。

45） 具体的には、占有非移転型質権への擬制留置権の付与（2008年の法律による2286条1項4号の追加）・antichrèse-bail（不動産質－賃貸）の認容（2390条）・処分合意のあるフィデュシーの導入を指す。

46） Farge, op.cit., n°24. 原著では校正ミスにより、n°24が2つ連続してあらわれているが、こちらは2番目のn°24を指す。

事者自治による準拠法が担保権者にとって一方的に有利なものであって、仮にこの準拠法選択が担保権を設定した当事者以外の第三者に対しても効力を生じるものとすると、物所在地における取引の安全を害するものであることは否定できない。そこで個別の事案ごとに外観理論などを用いて第三者の利益を保護するといった利益衡量論的な手法が考えられるが、ファルジュは、法的安定を害するものとしてこうした見解を退ける[48]。そこでファルジュは、当事者自治による準拠法を基調としつつ、第三者保護に不可欠な規定を強行規定と性質決定するとの見解を示す[49]。

このように、当事者自治による準拠法決定がなされても、それは担保権者の利益保護には資するものの第三者の保護を欠くこととなる。そのため、第三者保護の方策として利益衡量的な処理がなされたり、第三者保護が強行規定化されたり、準拠法選択の効力は当事者間に止まると解したり[50]する必要がある。準拠法の決定のみでは十分な解決が図れないということである。

第2節　担保法制の統一化

それでは担保法制の統一化による解決は有用だろうか。

カブリラックは、担保法制を統一的なものとする条約締結に対しては、第1に各国の占有非移転型動産担保法制が一致していないこと、第2に担保権を公示する必要があることが障害となるという[51]。そして、結局は刑事罰によって、担保権者に無断での後続の担保設定を禁じるのが最も一般的かつ伝統的な手法であると結論付ける[52]。

47）　Khairallah, op.cit., n°206. わが国の法の適用に関する通則法8条1項もこうした事態を想定するものである。

48）　Farge, op.cit., n°25.

49）　Id.

50）　Kreuzer, op.cit., p.491は、このように解すると担保設定者の債権者が目的物上に権利行使をしてきた場合には、準拠法選択に意味がなくなるとする。

51）　Cabrillac, op.cit., n°28.

52）　Cabrillac, op.cit., n°29.

クロイツァーもまた、動産担保法制が各国の法的伝統ならびに商慣習に根差したものであることを理由に、担保法制の世界的統一に対して悲観的な見通しを示す。もっともクロイツァーは、EU 加盟国限りでは、単純な所有権留保が売主の担保手段として認められることが多いことから、担保法制統一の可能性があるかもしれないとする[53)]。

確かに、物権法については各国間の相違が強調され、契約法に比べても国際的な統一化は遅れていることからも、これらの論者の見通しは妥当なものと言えそうである。しかしそうした中で、2016年にアンシトラル動産担保モデル法が採択された点は注目に値する[54)]。ただし、これはあくまでもモデル法に止まり国際条約の形式を採るには至っていない。これは、担保手段として用いられる法的な手法と利害衝突の実質的な解決方法が国によって大きく異なること、国際条約とした場合には国内取引に適用される法と国際取引に適用される法との調整の問題が生じること、国際条約が締結国全体の連邦法であるかのように位置づけられるのに対してモデル法であれば対等の国家間の関係が維持されることによる[55)]。

このように担保法制の統一化に向けた動きはあるものの、統一的な条約締結の見通しは立っておらず、また、国際条約締結による担保法制の統一化が望ましいとも考えられていない。

第3節　小括

フランスでは物所在地主義に代わる当事者自治による準拠法決定も主張されている。しかしながら、物所在地法とは反対に、物所在地における取引の安全

53）　Kreuzer, op.cit., p.500.

54）　このモデル法の内容については、小梁吉章「アンシトラルの動産担保モデル法とビジネス」国際商事法務45巻8号（平成29年）1175頁、伊達竜太郎「アンシトラル動産担保モデル法の概要と実務的課題」沖縄法学47号（平成29年）81頁参照。翻訳としては、曽野裕夫＝山中仁美「担保取引に関する UNCITRAL モデル法の対訳（1）・（2・完）」北大法学論集68巻1号268頁・2号508頁（いずれも平成29年）がある。

55）　United Nations General Assembly A/CN.9/475 of 27 April 2000, No.46 and 48.

を害することは否定できない。そこで、第三者保護規定の強行法規化が主張されることとなる。

他方で担保法制の国際的統一化は、動産担保法制の内容が国によって異なり、担保権の公示の必要があることもあって、必ずしも順調に進んでいるとは言えない。

以上のように、国内法改正以外の方法での対応も、それだけでは十分なものとはなりえないのである。

第4章　わが国への示唆

(1)　ここまで見てきたフランスの議論からは、わが国にいかなる示唆が得られるだろうか。

わが国では、担保目的のものも含めて信託が認められている（信託法3条1号・2号）ものの、占有非移転型質権が認められない（345条）点や流質が認められない（349条）点は、2006年改正前のフランス法と似ている。もっとも、すでに非典型担保物権として譲渡担保や所有権留保が認められており、そこでは債務者が担保目的物を占有することが認められ、帰属清算型の担保権実行が認められている点は従前のフランス法とは異なる。しかし、非典型担保物権に止まることから、法改正によって明文化を図る際にはフランス法の経験は参照に値する。

フランスにおいては2006年以降に担保法改正がなされたことによって、外国で設定された担保権の効力がフランス国内でも認められ、担保権の効力に安定性が増したと評価できる。また、こうした担保権についてもフランス国内での公示が求められることから、国内での取引の安全は害されていないようである。他方、外国所在の担保権者によるフランス国内での公示について猶予期間が与えられなかったために、公示以前に国内で即時取得がなされる可能性がある。また、公示手続についてもフランスでは特段の措置が取られていないことから、公示自体が登記官の下で拒絶されたり担保権の内容が変性されたりするといった問題がある[56)]。わが国では非占有移転型質権が認められておらず、動

産担保を公示する登記・登録制度がない。わが国には一般的な動産登録簿がないことから、今後動産登録簿を制度化するのであれば、いかなる権利が登録可能とされるのか、慎重に検討する必要がある。不動産登記法3条は登記可能な権利を限定列挙しているが、こうした限定列挙主義を採ると、フランスと同様に担保権の内容が変性されるといった問題が生じる可能性が高い。

また、わが国では現在でも流質が禁止されている一方で、動産抵当に相当する制度として譲渡担保が認められている。外国で動産に占有非移転型質権が設定された場合に、わが国ではこれを質権と譲渡担保のどちらに類するものとして考えるのか。現行法の下では、明文規定のない譲渡担保ではなく質権に類するものと考え、わが国では非占有移転型質権が認められないことから効力を否定することとなろうか。新規立法によって譲渡担保の規定を置く場合、占有非移転型質権を質権として扱うのか譲渡担保として扱うのかは難しい問題となる。当事者は国外において占有移転型担保と占有非移転型担保とを自由に選択したのであり、なおかつ、所有権は移転していないという点に着目すれば質権として扱うこととなる。これに対して、占有非移転型担保としての実質に着目すれば譲渡担保として扱うことになる。占有非移転型質権に関する規定を置くのでない限り、質権と譲渡担保のいずれとして扱うのかによって、わが国での効力の認否が変わってくる。占有非移転型質権の効力を認めようというのであれば、わが国でも占有非移転型質権の規定を置くか、譲渡担保として扱うか、いずれかの道を選択する必要があるだろう。

(2)　国外に移転されることが想定される動産上の担保権の効力を安定的なものにするためには、各国内法で認められた担保権の種類・内容ができる限り統一化されることが望ましい。そして、その際には権利の内容を定める実体法のみならず公示に関する法規の内容にも気を配る必要がある。ところが実体法の内容の統一が容易ではないことはすでに見たところである。

---

56)　このほかフランスでは外国からの公証人へのアクセスの問題も生じうるが、公証人の位置づけが大きく異なるわが国では同様の問題は生じないであろう。

かといって、準拠法の選択のみで解決できる問題ではないことは、国際私法分野におけるさまざまな努力によっても問題が完全に解決されているわけではないことからも明らかである。

国際私法による処理と民法による処理のいずれにも限界があり、当然の指摘ではあるが、国際私法と民法の協働が求められる問題である。

＊本稿は、2022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）

論　説

信託と信認法理の公的意義

――国民の基本権の保障と法曹三者の信認義務

田　村　陽　子

Ⅰ　はじめに
　1　英米法系と大陸法系の理論における重大な差異――信認法理（fiduciary）の有無
　2　英米法系の信認法理の適用範囲
　3　信認法理および信託の沿革――エクイティ（Equity）
Ⅱ　公的信託――公的信認法理に基づく国家の公正と合理性・相当性の義務
　1　契約法理と信認法理との差異についてのホッブスの説明
　2　公的信託理論もしくは公的信認法理の特徴
　　(1)　国家機関の政治的正当性の原理としての公的信認法理
　　(2)　多様な受益者に対する包括的な信認義務
　　(3)　公的信認義務違反の救済
Ⅲ　司法制度における公的信認義務――法曹三者の役割
　1　検察官の信認義務
　　(1)　検察官の地位に関する歴史的経緯
　　(2)　公的受託者としての検察官
　　(3)　検察官の公的信託における受益者とは
　　(4)　検察官の信認義務の内実
　　(5)　検察機関としての信認義務――説明可能性および可視化のメカニズム
　2　裁判官の信認義務
　　(1)　裁判官の受託者としての地位に関する歴史的沿革
　　(2)　裁判官の公的信託における受益者とは
　　(3)　裁判官の信認義務の内実
　　(4)　裁判所機関としての信認義務
　3　弁護士の信認義務
　　(1)　依頼者に対しての信認義務
　　(2)　依頼者との通信（交信）秘密について
　　(3)　弁護士の法制度に対する「法の番人」としての義務
　　(4)　弁護士の依頼者に対する「法の番人」としての義務
　　(5)　弁護士の第三者に対する注意義務

(6)　弁護士会の信認義務――公的信託機関としての役割
Ⅳ　公的信託と基本権
Ⅴ　おわりに――日本国憲法と信認法理

"Beyond the trust, beyond the company, the most fundamental of fiduciary relationships in our society is that which exists between the community (the people) and the State and its agencies.... Though it had earlier stirrings, the fiduciary principle in *private* law began its uninterrupted march to prominence from the middle of the last century [the 19th century]. And as we now well appreciate, its object was to safeguard against the abuse of fiduciary power and position. Yet much more so than in the private sector, it was–and is–in the realms of government that fiduciary power is the most pervasive, the most intense, and its abuse, the most threatening to the community and to its trust in its institutions."

—Paul D. Finn, 'The Forgotten "Trust": The People and the State.'[1)]

---

1)　Paul D. Finn, 'The Forgotten "Trust": The People and the State' in Equity : Issues and Trends 131–2 (Federation Press, 1995). なお、Finn はオーストラリアの法律家である。この文言にあるように、(英米法諸国の) 社会におけるもっとも根源的な信認関係は、「国民」と「国家およびその機関（以下「国家機関」と言う。)」との間に存すると述べている。公的な信認関係が初期には隆盛したにも拘わらず、19 世紀半ば以降は、私的な信認関係が突出してきたとのことである。しかしながら、信託や会社関係といった私的関係以上に、国家と国民との公的関係では、信認による国家の受託権限が最も広大かつ強大となり、その権限や地位の濫用は、国家機関への信頼および国民に対する最も脅威となるとし、それゆえ、信認法理が国家の権限や地位濫用を防止することを目的としていることは、今もなお望ましい旨を述べている。

英米法諸国における信託法理論もしくは信認法理の学説史については、例えば、植田淳『英米法における信認関係の法理』（晃陽書房、1997）5頁以下がある。また、イギリスでの信託の権利構成に関する理論状況については、星野豊『信託法理論の形成と応用』（信山社、2004）などがある。アメリカの最近の信託法関連の紹介については、例えば、樋口範雄＝神作裕之編『現代の信託法―アメリカと日本』（弘文堂、2018）がある。

なお、「信託」という言葉は多義的であり、日本ではややもすると財産管理の側面での道具概念として捉えられがちであるが、ここでは、広義の「信託」の理論として「信認法理」という言葉を中心に説明する。信認関係をめぐる制度やスキームとして、「信託」という言葉も使うことにする。信託の多義性については、新井誠『信託法【第4版】』（有斐閣、2014）1頁以下など参照。

「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民（受益者）に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」―日本国憲法97条
「そもそも国政は、国民（委託者）の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民（委託者）に由来し、その権力は国民の代表（受託者）がこれを行使し、その福利は国民（受益者）がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。」―同前文第1段第2文（（ ）は筆者注。）

Ⅰ　はじめに

1　英米法系と大陸法系の理論における重大な差異――信認法理（fiduciary）の有無[2)]

英米法諸国においては、契約法理（contract）と同様もしくはときにはそれ以上に重大な法理として信認法理（fiduciary）・信託（trust）の法理論（以下、

2)　日本で信託を含む法理としての信認法理および信認関係の性質・内容について鋭く指摘したのが、樋口範雄『フィデューシャリー［信認］の時代―信託と契約』（有斐閣、1999）である。従来、多くの実体法が大陸法系に由来してきた日本では、英米法で育成された信託は「水の上に浮かぶ油のように異質的な存在」として、大陸法的な債権的な取扱い（債権説）で説明され、語られていると指摘されている（四宮和夫『信託法【新版】』（有斐閣、1989）旧版はしがき3頁）。また、日本の信託論は、英米法の「沿革を離れて大陸法的な概念論をもって構成され、…その対象ないし内容は、伝統的な英米信託法とはかなり離れた如何にも日本的な信託法理に終始するものが圧倒的に多く、中には、本来の信託の理念ないし制度を全く誤解もしくは曲解していると思われる著書論文も決して少なくはない。」とも言われた状況があった（海原文雄「監訳者あとがき」G.W. キートン＝L.A. シェリダン（海原文雄＝中野正俊監訳、日本信託銀行信託法研究会訳）『イギリス信託』（有信堂、1988）253頁）。末弘厳太郎、谷口知平、大阪谷公雄などの先学も、信託の研究に努められたところであるが、近年改めて日本でも、民法・商法と信託法とが一体となって形成する矛盾のない私法体系を構想することが必要であり、日本で「信託のある風景」を描くことが必要はないか（道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）2頁）との指摘がなされ、日本で信託と信認法理が日本の大陸法的な制度にどのように調和できるかを正面から検討されるようになってきた。現在の日本での信託に関する主な著書については、例えば、神田秀樹・折原誠『信託法講義』（弘文堂、2019）、道垣内弘人『信託法【第2版】』（有斐閣、2022）、同『信託法の問題状況』（有斐閣、2022）などがある。ひとまず本稿は、英米法諸国の信託理論および信認法理からの説明で、一貫させて頂く。

一般に「信認法理」という。）が発達してきた。契約法理と信認法理との基本的差異は、おおむね以下の点が挙げられている。

契約法理とは、対等な人間関係すなわちお互いに一般的に相当な意思能力および行為能力がある私人間において合意された契約が破られたときの相互の相当な責任が原則となる。これに対し、信認法理とは、対等ではなく力に差のある強者・弱者の関係を規律するものである。すなわち、専門家にまつわる信認法理としては、人には専門の知的能力に差があることを前提に、一方では、知的強者たる「専門家」の裁量権限や報酬を大きくすると共に、他方で、その広大な権限を濫用させないよう、専門家には知的弱者たる「依頼者」に対する忠実義務（duty of loyalty）を負わせ、その忠実義務に違反する行為があれば、免責がない絶対的な責任を負わせるものである。

したがって、英米法諸国では、契約法理における相当な注意義務（duty of care）のみならず、専門家には依頼者に対し特別に、信認法理における絶対的な忠実義務というものが、両輪の輪のように重要なものとして、一般に課されているとされている[3)]。

また、知的強者たる専門家が権限濫用しないよう報酬規程に関する定めが法規上にあったり、依頼者では濫用を判断し抑止し自分で救済できないので専門家の権限濫用を防止しかつ依頼者を救済し、専門家を懲戒したりする公的な監視制度若しくは報酬に関する制度が特別に設けられたりしている。

例えば法律の専門家として、弁護士には、専門職としての行為に関する一般的かつ相当な注意義務に加えて、特に依頼者等（委託者や受益者）に対し、特別に職務専念義務として守秘義務、利益相反禁止義務および報告義務もしくは説明義務といった排他的かつ絶対的な忠実義務があるとされている。また、国家の行政行為の専門家としての国家公務員には、国家公務員に関する法などで職務専念義務や違反の処分などが、情報公開制度などで公的な監視措置が、法

3）　拙稿「日本の法制度における信認関係と契約関係の交錯－注意義務と忠実義務の横断的考察－」筑波ロー・ジャーナル21号（2016）114頁以下で示したところである。

制度として整備されているのが通常である。

2　英米法系の信認法理の適用範囲

従来、日本では、英米法系の信認法理については、主に会社法や信託法からの継受により、私的領域とりわけ商事法分野における財産管理スキームといった道具概念として、信託の仕組みおよびその根底に流れる信認法理が紹介され論じられてきた。これは、もとより日本にとって戦後の関わりが強いアメリカで、信認法理の起源たるイギリス法と異なり、商事的信託を中心に発展させてきたところにも由来する。

しかしながら、近時のアメリカでも、公的関係（国家機関と国民の間）における信認法理の存在が、改めて注目されている。例えば、アメリカでは、「合衆国憲法（United States Constitution）は公的権力（public power）に関する信認法（fiduciary law）であり、他方で、私的な信認法は、私的権限（private power）に関する憲法（constitution すなわち権力を構成する法）なのである。」と言われるように、国家と国民の間の公的関係こそ、信認法理に基づくことが、強調され、認識し直されている[4)]。

大陸法的発想を基礎としてきた日本には、一層なじみが薄い公的信認関係を検討する前に、前提となる信認法理の基本的な内容について、英米法の起源たるイギリス法の沿革に遡って確認しておくことにする。

3　信認法理および信託の沿革――エクイティ（Equity）

信認法理（fiduciary）[5)]および信託（trust）の起源は、古くはローマ法にま

---

4)　英米法の国では、国家と国民の間も信認関係であることについての、日本での先学による紹介は、タマール・フランケル（溜箭将之監訳）『フィデューシャリー－「託される人」の法理論』（弘文堂、2014）279頁以下がある。

5)　Evan Fox-Decent, Sovereignty's Promise: The State as Fiduciary 30（Oxford University Press, 2011）．信認関係の主体の用語については、広い意味での信託を意味する信認法理においては、「委認者」および「受認者」を使う方が正確とも言われているが、本稿では通用性の見地から、さしあたり伝統的な「委託者」・「受託者」という用語を使う。

で遡るが、プラトンもしくはキケロなどの古代法制史的な説明にまでは、本稿は立ち入らない[6)]。

中世以降の英米法の世界では、沿革的に、コモン・ローとエクイティの大きく2つの法体系から成り立ってきたことはよく知られているが、信認法理が、エクイティ（衡平法）の代表的な法原理であることは意外に知られていないように見受けられる。そのため、コモン・ローの基本的な性質については省略するが、エクイティを中心に、イギリスにおける信認法理および信託関連法制度の成立ちの概要を確認しておく。

信託は、ローマ法の「fiduciarius」（信託に基づきすべてを有する者）という語に遡ると言われている。エクイティ（衡平）裁判所が信託を監督したが、さまざまな形態の信託が統合されて発展したようである。ローマ法の概念「fideicommissum」および「fiducia」というものは、受託者（受認者）が他人に代わり他人のために財産を保有し法的権限を有するが、受益権限は委託者（委認者）に分離するもので、これが中世の「ユース（use）」となり、その後「信託（trust）」となっている。「fiducia」は、債務者が、自己の財産を、債務が支払われるまで当該財産は他に譲渡できないことを前提に、債権者に移譲することが許されるという制度であった。また、「fideicommissio」は、結婚前の成年者（受益者）で法的に相続がまだできない間、財産を遺言者から仲介者（法的に相続しうる資格のある者）に管理させ（use）、その仲介者が、受益者にその財産や特定の他の目的物を渡す義務があるという制度であった。

その後、中世のローマ・カトリック教会では、「utilitas ecclesia」（教会の利益のために）というローマ法の概念に基づき、聖職者が法的には財産を所有できないという宗教上の禁忌に触れることなく、財産を使うことを許す制度となった。ノルマン征服後は、土地の信託すなわちユース（uses）として活用さ

---

6)　プラトンは「公的役人は自身らを社会の一部ではなくむしろ社会全体として考慮せよ」と述べ、キケロは「国家の後見は、信託の一種である。」と述べたと言われている。*See* Fox–Decent, Sovereignty's Promise, *supra* note 5, at 3–5. 以下、中世以降の沿革の説明は、*Id*., at 30–34.

れ、委託者の財産につき、受益者（cestui que use）のために所有する法的権限（enfeoffment）を、人（受託者、feoffee to uses）に移譲することが認められた。封建制度の下では、土地が成年相続人に相続されると土地の所有者は相続税（relief）を支払わなければならないが、ユースでは、法的所有者（受益者、cestui que uses）に所属する納税責任が免除されるため、広く活用された。それが、1535年にユース法として、衡平法から制定法上の権利に変換された。しかしながら、法的権限に転換されることを避けるために多くの（脱法的な）ユースも構成されたので、衡平裁判所で処分されたりした（ただし、問題あるユースをすべて取り込めたわけではなかった）[7]。

イギリスでは、歴史的にそれぞれの地域の慣習で裁判が行われていたところ、12世紀以降、国王が全土に裁判権を拡大しても最適な慣習をイギリス共通の法とするため、コモン・ローが成立したわけであるが、平行して、裁判官による判決・判例が先例として発展したので、コモン・ロー判例法としての意味合いもあることは言うまでもない。13世紀以降は、国王の巡回裁判では迅速な救済ができないこともあったため、ロンドンに定着した裁判所ができ、国王裁判所と呼ばれた。そして15世紀頃になると、コモン・ローで救済できない事案については、エクイティという法体系が登場してくる。14世紀頃から、国王に対して、特別に書面で救済を願い出ることが一般的に行われるようになり、これらの請願は、内容に応じて、国王評議会で処理されたり大法官（Chancery）と大法官府によって扱われたりしていたが、後者のエクイティに関する裁判所は、15世紀に大法官府裁判所（Court of Chancery）により機能するようになる。もともと大法官府は、重要文書に押される印章である国璽を管理するとともに、裁判を開始するために必要な訴訟開始令状を発給していたが、後者の機能が大法官府裁判所となり、裁判所の先例やコモン・ローでは厳しい結果となる場合に、法的な権利に基づいてではなく、良心（エクイティという自然的正義や衡平の概念）を基準に判決を下したのである[8]。

7）　Fox–Decent, Sovereignty's Promise, *supra* note 5, at 31.

地域の共同体裁判所（communal court、後のコモン・ロー裁判所）の通常の法的手続に、イギリス国王が大権（prerogative）に基づき特別に令状（writ）を発行して介入した結果として、コモン・ロー裁判所とエクイティ裁判所が発現し、特別な種類の事件の救済に令状が発行された[9]。信認法理は、当初、コモン・ローの不備を補うエクイティ裁判所で取り扱われ、17世紀初めにはエクイティがコモン・ローに優先するとの裁定も出たりしながら、その後、両裁判所は1875年に高等法院（High Court of Justice）に統合された[10]。

イギリスの裁判所は、時代を経て、この信認法理の概念を、財産管理的な信託から私的関係の取引ひいてはさまざまな専門家との関係に広げていった。親子関係、会社の取締役、船の所有者と船長、年金基金関係、仲裁人、そして原住民と王との関係などである。これらの信認関係が合わさって、国家と国民の信認関係（公的信託）を認める途につながったと解されている[11]。

公的信託においては、法の支配に内容を与えるよう、受託者たる国家に公正義務と合理性・相当性の義務が特別に課されることが主張されている[12]。

Ⅱ　公的信託―公的信認法理に基づく国家の公正と合理性・相当性の義務

1　契約法理と信認法理との差異についてのホッブスの説明

イギリスのホッブスは、近代国家と国民の間の関係について次のように説明する。すなわち、国家と国民の間での関係の始まりは、契約による。国民との間の契約により、国家は国民より権力を受け、国家はその権力を基本的には自由に行使しうることになる。ただし、その後の継続関係や本質においては、国家は国民の信託を受けているため、両者の関係は道徳的意義を持つ信認関係と

8）　例えば、戒能通弘＝竹村和也『イギリス法入門』（法律文化社、2018）15頁以下、21頁以下が詳しい。

9）　Fox-Decent, Sovereignty's Promise, *supra* note 5, at 31–32.

10）　*Id.*, at 33.

11）　*Id.*, at 34.

12）　*Id.*, at 34.

なり、国家は国民に対して信認義務を負い、その権力を行使することになる。国家の国民に対するパターナリスティックな義務も、信認関係から導かれるとする[13)]。

ホッブスは、契約法理と信認法理の両方の要素が国家と国民の関係において存在するとしていたのである。国家の権力は、主権者たる国民との契約から発するが、契約が成立した後の継続中の国家と国民の関係においては、国家の権力行使は、主権者からの信託による信認関係に基づくと解される。契約時の国民が委託者で、国家が受託者となり、その受益者は過去および将来を含む国民である。国家機関は公的受託者として、裁量権の行使に際し、信認義務や忠実義務を国民に対して負うというのである[14)]。

従来、カナダでも、制定法上の忠実義務を中心に議論されてきたが、近時、公的地位には、制定法がなくとも第二の見解としてコモン・ローの正義（justice）からくる黙示義務として公正義務が、あるいは、第三の見解として、コモン・ロー上の憲法上の「法の支配」からの内在的要請として、国家機関は、信認義務として、具体的には手続的公平義務および合理性・相当性（reasonableness）の義務があるとの見解[15)]が有力になってきている。

さまざまな受益者がいる公的信託において信認義務とりわけ忠実義務がどのように適用されるかが問題となりうるが、どの受益者も重要であるということ

13） Fox–Decent, Sovereignty's Promise, *supra* note 5, at 1–21.（リヴァイアサンの内容は、以下の段落とも全編翻訳本のみ参照。）

14） なお、ロックは、主権は常に国民にある（革命権を認める）とし、立法権は、単に特定の目的のために行為する受託権者と述べている。国家は、国民から強制力を委譲されているだけであり、自力救済や正当防衛の権利が国民にあるのは自明だとしている。John Locke, Second Treatise on Civil Government, as reproduced in Social Contract 125–26, ch. 13, para. 149（Oxford University Press, 1948）(first published in 1690). ロックに対し、ホッブスやカントは、革命には非親和的であり、行政権は必然に公的なものと考えている。ベンサムは、ロックと同様すべての政治的権力は信認関係であると述べている。Jeremy Bentham and John Bowring, View of a Complete Code of Laws, in The Works of Jeremy Bentham 182（Tait, 1843）.

15） Fox–Decent, Sovereignty's Promise, *supra* note 5, at 175–179.

は、結局はそれぞれ平等であるため公正に扱うということ、および受益者それぞれを調整するには、それぞれに対して合理的・相当であることを要求することになるとする[16]。

例えば、公的機関による国民の電信傍受などは、特定の誰かを実際に害しなくとも、一般国民に対する公的信認義務違反となる[17]。そして、その対象は、現在の国民に限られず、植民地国などの他国民や将来の国民にも広がりうるものとする。

また、政治秩序は民主主義、封建主義、独裁主義などさまざまな形態をとりうるが、法秩序は、衡平、正当、謝意などの道徳的美徳に関する正当性原則を含む自然基本法（fundamental law of nature、以下「自然法」という。）に基づくものであり、これらは実際には制定された法律ではないが、市民社会が成立した後は、市民社会に対する規範としての市民法（civil law）となるとした。とりわけ、ホッブスは、市民法及び自然法には特定の制度が必要であるとした。すなわち、①主権を持つ法の作者、②公開性、③正当な解釈が、市民社会における法的制度として必要だとしたのである。（なお、ホッブスの実証主義（positivism）との調和的説明についてはここでは省略する。）

ホッブスは、自然法は制定法が規定しきれていない隙間をうめ、衡平などの相当性に基づく法原則を提供し、その際、公的行為を行う公務員（行政、司法、立法機関）は信認義務（fidelity/trust）を主権国家ひいては主権者たる国民に対して負う、と考えていたと解されている[18]。

2　公的信託理論もしくは公的信認法理の特徴

公的信託理論もしくは公的信認法理（以下「公的信認法理」という。）にも諸説がある。とりわけ国家もしくは政府は、国民の信託に基づくという信認政府（fiduciary government）もしくは信認国家であることを全面的に押し出す

16）*Id*., at 34–36.

17）*Id*., at 185.

18）*See e.g*., *Id*., at 21.

理論は、「信認国家論」とも呼ばれる。信認国家論は、法的にも意義が「厚い（thick）」理論であり、基本的には、国家機関には国民の様々な基本権を守る政治的正当性を裏付けるとする見解である[19]。

この信認国家論に対しては、すべての国家と国民の法的関係を説明できず、公的信認関係というものは、政策決定により解決すべきところがあり、法的には意義が「薄い（thin）」理論だとする見解もある[20]。

いずれの見解にせよ、信認法理は、英米法諸国における国家機関と国民の間の公的関係をも規律する原理として、一般に考えられている。

（1） 国家機関の政治的正当性の原理としての公的信認法理

公的信認法理により国民の厚い保護を考える説によると、憲法は、国家にとって信認の根本規範（弁護士にとっての委任状、会社にとっての定款と同様）となるとされる。例えば、行政機関は、議会や大統領に対して信認を負うのではなく、立法上の直接の受益者や全体の国民に対して信認義務を負うと説明される。

したがって、第1に、憲法の意義や憲法の適正手続条項、社会福祉条項、弾劾条項および報酬条項の解釈指針を与えるものとする。第2に、政治的代表制における集団行為、本人―代理人関係、多数派による圧政などの固有の問題の理解にも資するとする。第3に、信認法理を政治的正当性の理論ではなく組織の理論として捉えると、民主主義における裁判所の弱者保護の役割の指針にもなるとする。第4に、信認国家機関たる裁判所としては、積極的権利（社会福祉関係など）をめぐる訴訟について、少なくとも人々が道ばたで餓死しないように裁定する義務があるとされるが、国家がいかなる程度で信認義務を果たすべきかを判断する具体的指針はないので、法の支配の下、様々な利益考量によ

19） Evan Fox-Decent, New Frontiers in Public Fiduciary Law, in The Oxford Handbook of Fiduciary Law 909, 910（Oxford University Press, 2019）.

20） *See e.g.*, Paul B. Miller, Political（Dis）trust and Fiduciary Government, in Fiduciaries and Trust 223-227（Oxford University Press, 2020）.

ることになるとする[21]。

(2)　多様な受益者に対する包括的な信認義務

公的信認関係においては、私的関係における信認義務とは異なり、多種多様な受益者が存在する。そのため、多種多様な受益者に対する包括的な忠実義務および注意義務がある点で、公的信託上の特徴があるとされる。

(a)　公的忠実義務

第1に、「法の支配」に基づく公的な忠実義務として、種々の受益者を公正に扱う義務や合理性・相当性の義務があるとされる。さらにこの考えを進化させると、行政機関は、「明確な目的で、清廉で、深慮して、合理的で、可視的に」行為しなければならないとされ、国家機関は、すべからく適正手続に調和する義務があるとされる[22]。

第2に、利益相反防止としての公的忠実義務としては、さまざまな受益者がいることに注意し、特定の高官に対して忠実義務を負うことのないようにする必要があるとされる。

第3に、衡平な取扱いとしての公的忠実義務として、現在の多数者や少数者保護のみならず、将来の国民についても長期的視野に立って利益考量する義務があるとされる。

第4に、道義（Conscientiousness）としての公的忠実義務があるとされる。すなわち、単に国民の最善の利益に資するだけではなく客観的な正当性が必要であり、裁判官には、多数派による政治と道義的正しさとを調和させるという難しい義務があるとされる[23]。

21）　D. Theodore Rave, Two Problems of Fiduciary Governance, in The Oxford Handbook of Fiduciary Law 324, 332–34（Oxford University Press, 2019）.

22）　Evan J. Criddle, Fiduciary Administration: Rethinking Popular Representation in Agency Rulemaking, 88 Tex. L. Rev. 441, 476（2010）.

23）　Rave, *supra* note 21, at 335.

(b)　公的注意義務

公的忠実義務のみならず、公的注意義務も種々あるとされている。例えば、三権分立の下、①司法府には、立法府尊重の注意義務（Care as Deference）と言われるものがあるとされる。これは、会社法上の経営判断の原則と同様に、司法府には、立法府の判断を尊重するもしくは敬意を表すべき注意義務があるということである。また、②行政府の手続上の注意義務（Care as Process）として、行政府は、その行政権限を行使するには、手続上、相当で慎重であるべきとの注意義務があるとされる。さらに、③立法府には、立法上の考慮をすべきという注意義務（Care as Deliberation）があるとされ、立法者は、正当な理由に基づき立法する義務があるというものである[24]。

(3)　公的信認義務違反の救済

国家の信認義務違反の司法的救済は、私的関係における信認義務違反と異なり、困難になりがちである。国家の違反行為が直ちに金銭賠償請求の対象となるわけではないうえ、国民の損害も抽象的なものになりがちで具体的で特定の損害が生じるとは限らないため、訴えの利益が認められにくいという問題がある。他方で、国家の信認義務違反に対する政治的な救済は、選挙制度や弾劾制度を通じて可能ではあり、国民が政治的活動により政治的救済を促すこともありうるが、政治的救済は、権力者により妨害されるおそれもあり、不完全である。そのうえで、公的信託もしくは公的信認法理による衡平上の救済が、司法的救済として可能であると主張されている。信認法理を用いて、憲法を解釈することで、裁判所は、行政の行為を濫用的で違憲だと審査することができるというのである。

なお、公的信託もしくは公的信認法理が柔軟であることの有用性については、過去にはそれが植民地主義の正当性の修辞として使われたという苦い歴史があるとも言われるが、この法理をより良く解し活用すれば問題がないことなども

24）　*Id.*, at 337–39.

説かれている[25]。

III　司法制度における公的信認義務――法曹三者の役割

英米法諸国とりわけイギリス法を継受しその後独自にも発展したアメリカの法曹三者をめぐる公的信認義務の議論状況について、検察官、裁判官、弁護士の順にここでは検討する。アメリカでは、イギリスの伝統を受け継ぎ、刑事裁判も私的訴追が当初の制度設計であったところ、植民地時代を経てだんだん独自の公的訴追制度へ変遷している。

大陸法諸国では、国家が罪を犯した私人を糾弾する刑事手続と私人間の争いをめぐる民事手続は峻別されるのが大原則であることは言うまでもない。これに対し、イギリス法を起源とする英米法諸国では、刑事手続も被害者（委託者）から信託を受けた私人（受託者）が罪を犯した私人（加害者）を糾弾する手続として発祥し、民事も刑事も私人間での争いであった。このような沿革からは、英米法の起源には、公的・私的二分論という発想はなく、民事・刑事の両手続の根底には、信認法理の思想が同様に流れていたことが判る。そこで、英米法の制度に特徴的な検察官の地位の沿革および理念から比較検討していくことにしたい。

1　検察官の信認義務

(1)　検察官の地位に関する歴史的経緯

イギリスでは、個人に対する犯罪については、私人が訴追するという伝統が、中世から19世紀に至るまで存在していた。イギリスでは、1879年に公訴事務所（the Office of Public Prosecutions）が創設されて、初めて正式に公的訴追が認められるようになった。しかしながら、イギリスでは、もとより、私的訴追ですら公益のために提起されるものと考えられていたところである。したがって、検察官は、「主権者（国民）として訴追するのと同様の公的義務を負い、

25）　*Id.*, at 339–42.

公的信託を行使する」者として、公的信託の受託者と解されてきた[26]。

アメリカも、東部13州の植民地時代にイギリスの法制度を取り入れており、初期の頃の訴追は、個人の被害者から私的になされていた。当時の人々は、公的訴追制度は権限濫用のおそれをはらむものとして否定的だったのである。しかしながら人口増加により犯罪が増加し、私的に訴追を成功させた者に報奨金を与える立法がなされたことなどにより、社会が混乱した。

徐々に多くの植民地（州）で、犯罪被害者とお金で雇われた代理人が不正に経済的利益を享受するという問題が増長しているとの批判が高まっていった。すなわち、私的訴追により当事者が公費で個人の利益を得ることが正当化されてしまっているとの批判が、公的訴追制度を支持する者からなされたのである。私的訴追制度に対し批判が高まる中、多くの州が公的訴追制度に徐々に移行していった。そして、被害者個人の代理人としてではなく、抽象的な公益もしくは最大多数公衆のために信託を受けた者として、州や国家の代理人（State Attorney）といった公的訴追者（以下「検察官」と総称する。）が認められるようになっていったのである[27]。

この制度の移行には実務的に重要な点が含まれていた。すなわち、被告人の有罪が不確かな場合に、私的弁護士が被害者たる依頼人のために過剰に有罪追及をしがちであるところ、公的代理人もしくは検察官は、無罪（無辜）の者を有罪にしないようにすることが期待されたのである。1888年のウィスコンシン州裁判所は、私的訴追は、違憲であるとの判決を下した。そして、「検察官は、公益を代表するものであり、無罪の者を有罪にすることは決してあってはならない。検察官の目的とするところは、裁判所と同様、単に正義であることであり、専門家としての成功のプライドのために無罪の者を犠牲にしてはならない」と述べている[28]。また1893年のインディアナ州裁判所も、「個人のためではな

26） Bruce Green & Rebecca Roiphe, A Fiduciary Theory of Prosecution, 69 Am. U.L.Rev. 805, 814（2020）.

27） *Id.*, at 815.

28） Biemel v. State, 37 N.W. 244, 247（Wis. 1888）.

く公的に信託を行う」ことが、検察官の役割であるとした[29]。ただし、私的訴追制度の考えがアメリカで根絶されたわけではなく、しばらく制度として残っており、またその支持者が完全にいなくなったわけではなかった。

19世紀終わりには、検察官は専門職として、国家の刑事的司法権限を使って狭い範囲の特定の者や党派的な利益を助長することのないよう、その行為のみならず判断過程についても、倫理的規範、経験および職業訓練により拘束されるようになった。裁判官が法の解釈や先例の適用において司法的規律を牽引するように、検察官も、成文および不文の訴追伝統の進化を追求することが求められたのである。このような検察官についての現代的な理解は、検察官が受託者・受認者であるとの考えに親和的であった。信認法理により、検察官は、加害を受けやすく扶助が必要な者のために裁量権を行使するとみなされ、また自己取引あるいは裁量権の濫用のおそれを最小限にするよう、規律による制限を受けると根拠づけられたのである[30]。

(2) 公的受託者としての検察官

歴史的に、信認による組織統制論は、私法領域のみならず公法領域において裁判官を含む公務員の役割と責任の理解を牽引してきた。ただし、検察官は、他の公務員と異なる受託者としての地位の側面がある。

検察官は、第1に、依頼者のために裁判所に訴訟を提起する弁護士と同様、伝統的な依頼者からの信認を受けた公的受託者である。ただし、他の公務員と同様、検察官は特定の者の利益のためではなく、公衆ひいては抽象的な公のために法を司る者である。そのため、検察官は捜査および刑事訴追の主導、司法有罪取引もしくは不起訴処分を行うか否かの判断をするに際し、依頼者から指

29） State ex rel. Gibson v. Friedley, 34 N.E. 872, 875（Ind. 1893）. 検察は公的信託機関であるとの判決が、複数の州で出されている。State ex rel. Black v. Taylor, 106 S.W. 1023, 1027（Mo. 1907）; People ex rel. Peabody v. Attorney General, 13 How. Pr. 179, 183（N.Y. Sup. Ct. 1856）; Commonwealth v. Burrell, 7 Pa. 34, 39（Sup. Ct. 1847）.

30） Green & Roiphe, *supra* note 26, at 816.

示を受ける訳ではないものの依頼者の目的を劣位にするものでもないし、他方で単に事務的な行為をおこなっている訳でもない。とりわけ裁判官と同様であるが、他の公務員と同様に広範な裁量権を有している。信認関係では、一方が裁量権限を有し、他方が構造的な弱者である。受託者が広範な裁量権限を受益者に対して有するがために、結果として権限が濫用されやすい。この顕著な関係は信託に該当し、裁量者の管理費用は通常高額となる。検察官はこの枠組みに当てはまる[31)]。

問題は、検察官の受益者は誰かということである。検察官にとっての受益者は、刑事訴追を行う名宛人としての公的主体であり、アメリカでは、国や州もしくは（州ではない）コモンウェルス、あるいは国民などであるが、受益者とは、「全体としての公衆（the Public）」のことか、あるいはある「部分的な公衆」なのか。もしくは検察官の専門職（lawyer）としての信認義務と公務員としての信認義務との間に抵触はあるのか。検察官は、特に特定の小さな公的集団としての被害者や、被告人のためにも強い信認義務を課されているのか[32)]。

検察官の受益者は「公衆」であるところ、刑事的な意味での公的目的は、正義を達成するところにあり、検察官の信認義務は、利益や価値の集合体としての正義における抽象的な公益を追求することにある。検察官や他の種々の公務員はさまざまな集団の利益バランスを衡量しなければならないが、検察官の場合は、国家的利益や刑事司法制度の適切な機能の必要性と、さまざまな集団の利益とのバランスをも衡量しなければならない[33)]。

31） *Id.*, at 817.

32） *Id.*, at 819.

33） *Id.*, at 819. Evan J. Criddle & Evan Fox-Decent, Guardians of Legal Order：The Dual Commissions of Public Fiduciaries, in Fiduciary Government 67（Cambridge University Press, 2018）は、公的信認関係においても私的信認関係においても、抵触する利益のバランスを衡量しなければならない点を詳細に述べている。

(3)　検察官の公的信託における受益者とは

検察官は、第一次的に「公衆」に、第二次的に「裁判所および刑事司法（正義）」に対して信認義務を負う。そのため、複数利益のバランスを考慮した信認義務の意義は、忠実義務から、「公平」義務と「合理性・相当性」の義務に移行する。検察官は、受益者の利益の評価および価値の対立の衡量において公平でなければならない。公衆の一部が有する価値と国家の利益とは、刑事司法制度が適切に機能しているならば重なるはずであるが、そうでない公衆も存在しうる。検察官の公平義務は、公衆の利益を全体として考慮することになるが、少なくとも優先されない公衆に対しては、特定の刑事上の正義を優先する理由を示す必要があることになる。また、強力な多数派の影響から検察官は独立して職務できることがさまざまな利益バランスを考慮するために重要であるとされる[34)]。

他の公務員がより明確な信認義務内容を有していることがあるのに対し、検察官の有する信認義務は、抽象的な公衆の利益を追求することにあり、また司法の利益を進化させることにあるため、さまざまに対立する解釈がなされうるという特徴がある。そうであったとしても、検察官は、変容しうる手続のあり様に関わり続ける必要がある。この手続のあり様は、検察機関の伝統及び政策状況によるものである。司法判断理由の許容性に限界があるように、検察実務慣行も、個々の検察官の裁量を制限し、手続を限定しうるので、個々の検察官の理想とする正義感に基づいて手続がなされるわけではないことをわれわれに改めて確証するのである。いずれのときにも対立する見解はありえるが、検察官が、伝統、政策および検察官実務慣行の文脈に合致し合理的な意味での正義を追求するべく配慮され、可視化された手続に従事するのであれば、抽象的な理念（公衆のため）であっても、実務を重ねることで意味を与えられ、場合によっては総意も得られるようなものになることが期待される[35)]。

34）　Green & Roiphe, *supra* note 26, at 820.

35）　*Id*., at 820.

したがって、これらの規範および実務の実効性について監視（monitoring）することおよび説明可能であること（accountability）に注力する必要がある。

（4） 検察官の信認義務の内実

刑事手続において、検察官が注意義務や忠実義務をどのように果たせばよいのか。対立する利害とは関係なく不偏の結論を出すにはどうすればよいのか。法や先例からは明らかではないときはどうすればよいのか。検察官の独立と説明可能性の間の複雑な関係を明らかにする鍵は、検察官の信認義務の概念にある[36]。

公務員は公衆から見張られるものではないが、私人や共同の受託者としての機関が監視の役割を担うべきと言われている[37]。しかしながら、私人や機関による監視はまれでかつ弱い。検察官は、公平な正義を貫くべく、政治的影響や人々からのコントロールから独立していないといけないため、監視役とは距離を置く必要があるからである。外部的な監視がないので、代わりに検察官は説明可能な状況になければならない。そのためには、検察機関が、判決にいたる過程や手続が必要十分で、可視的かつ熟慮できるものであるように維持しなければならない。個々の検察官の個々の判断が可視的である必要はないが、判決に至る手続を順守しているか、あるいは司法における抽象的な公益にかなうべく職場における様々のメカニズムが機能しているかは可視的でなければならない。ただし、検察官の職場の可視化と検察官の独立性との兼ね合いが難しく、公的信託における監視は不完全にならざるをえない。それゆえ、改革の焦点は、手続の可視化や刑事手続のみならず、検察官が権限を適切に行使するような教育や文化を改善することにもある[38]。

検察官の受託者としての役割を強調しても、個々の事件における注意義務の

36） *Id.*, at 821.

37） Paul B. Miller & Andrew S. Gold, Fiduciary Governance, 57 WM. & Mary L. Rev. 513, 555（2015）.

38） Green & Roiphe, *supra* note 26, at 823–24.

内容について具体的な答えを提供できるものではないが、この役割には、公衆に説明可能なメカニズムを発展させることの重要性が含まれる。しかしながら、（アメリカでは）検察官固有の訓練制度がなく、検察官としての教育も弁護士教育としてのものに限られており、また特定の依頼者が常に意見を言ってくるわけでもない。検察官は依頼者の意見というよりも裁判官の様子に注意をしているし、裁判所の方も、手続において検察官の監視ができるとはいえ、それも間接的で弱いものに留まる。例えば、弁護士が弁護士会や依頼者による評価を受けるのに対して、それに類する検察官の監視メカニズムは（アメリカでは）ないのである。検察機関による内部の規律が、まだ最も意味があるメカニズムであるが、上の者が良い判断ができないときには下の者も良い判断ができないという問題がある[39]。

検察官の忠実義務についても、少なくとも利益相反防止義務があるということが考えられる程度である。公益を自益目的で使ってはいけないということである。裁判官は利益相反のおそれがある検察官を外すことができるし、検察官は自ら回避できるが、個々の手柄という自己利益を重要視して利益相反防止義務を怠っても公衆はなかなか知りえない。また、検察機関も評判という自己利益を有しているが、個々の検察官の場合以上に、検察機関自体が利益相反しているようなときにはそれを探知することはさらに難しい。無罪の者を有罪にしたときでも、検察機関としては、それが明るみに出たときの当惑を避けるという機関の利益により、当該有罪を擁護することになりがちだからである[40]。

さらに、被害者や被告人およびその他の第三者と利害関係があるときについて、法律はあるものの、実際には規律が難しい。公益のために利益相反なく役務をすると言っても、ある程度は個々の被害者の利益を含んだ正義を追求するからである[41]。

検察官の法の番人としての注意義務としては、検察官は、相当の理由なくし

39） *Id.*, at 827.

40） *Id.*, at 829–33.

41） *Id.*, at 833–34.

て人を起訴してはならないし、弁護人がいない被疑者・被告人にプリトライアルの段階での権利放棄を得るべくその状態を利用してはならないし、その者に弁護人をつける権利があることを確認するという相当の義務がある。また、検察官は、被告人側や裁判所に対し、潜在的に無罪を証明したり罪を軽減したりするような証拠を開示しなければならない。もし検察官がもし自分の管轄内で誤った訴追がなされているとの明らかで説得的な証拠があることが分かれば、単にそのことについて開示する義務があるだけではなく、「訴追からの救済」をする義務がある。これらの義務は、検察官が法の番人であることからくるものであり、熱心すぎる訴追をいさめる役割があることによる。公衆の代表としての検察官の最も高潔な義務は、法手続および法の支配に仕えることにある[42)]。

(5) 検察機関としての信認義務——説明可能性および可視化のメカニズム

手続の可視化は、説明可能性の枠組みとして有効である。しかしながら、私的信認関係であれば受益者が直接監視できるのに対し、検察官の判断過程には秘密にすべき事柄が多いため、可視化には問題も多い。大陪審の非開示、制定法上の守秘義務、証人の安全の確保や無罪となった被告人の尊厳を守る必要があるからである。さらに守秘義務には、将来および進行中の捜査の尊厳を守るためや、ときには国家秘密を守ることも含まれる[43)]。

検察官の独立も守られる必要があることから、そのバランスも確保するとなると、個々の事件における裁量判断内容において公衆から隔離されていることが必要であるが、同時に、手続においては、より丁寧かつ合理的および可視的であることが要求される。特定の事件でなぜ公衆の意見と異なる方向の判断となったか、明らかにする必要がある。また、通常の手続を補完するべく、検察機関が個々の判断の指針となる政策および判断の施策について可視的であるこ

---

42) Criddle & Fox-Decent, *supra* note 33, at 73.

43) Green & Roiphe, *supra* note 26, at 854.

とが言われている[44]。

手続や判断の説明可能性を高めるためには、公衆を教育することも重要である。公務員全体に共通することであるが、公務員に関する規範や手続およびその役割がいかに制度を正しく機能させるために重要なのかにつき、しかるべき地位の者が公衆に説明するべきであるとの指摘もなされている[45]。

2　裁判官の信認義務

(1)　裁判官の受託者としての地位に関する歴史的沿革

アメリカ建国当時におけるジェームス・マディソン、アレクサンダー・ハミルトンおよびトーマス・ジェファソンといった思想者は、イギリスの政治思想およびイギリス法実務に影響されて、司法府を公的信託および信認関係の形態の神髄と捉えていたようである。裁判所は、人民と立法府の仲介者として、立法府が与えられた範囲でその権限を行使するように保つ存在として創られたと言われている。したがって、裁判官が憲法や法規の意味を確認する役割を担い、人民と立法府に考えの相違があれば、憲法が法規に優越し、人民の意思が人民の代理人たる立法府に優越するので、裁判官は憲法や人民の意思を尊重する義務があるとされた。裁判官の憲法および法規の解釈における二重の義務の中で、裁判官の職務は、信託において人民の意思を保持し、人民の「代理人」として行為する立法府から人民を守ることとされた[46]。

アメリカでの司法府の役割が公的信託であるとの見解は、イギリスからアメリカ植民地に伝来されたものであるが、合衆国建国当時の立役者たちが影響を受けたイギリス人の一人であるジョン・ロックによるものである。すべての国家の機関は、信託において人民の権限を保持するとされ、裁判官の職務は、平和、安全および人民の公共善にのみ従うとされた。人民が信託においてふさ

44）　Green & Roiphe, *Id.*, at 859.

45）　Green & Roiphe, *Id.*, at 859–62.

46）　Ethan J. Leib, David L. Ponet & Michael Serota, A Fiduciary Theory of Judging, 101 Calif. L. Rev. 699, 714（2013）.

わしいと思う者に立法権限を政治代表として移譲し、立法府の法に人民は従うが、立法府が信託に背いた立法を制定しているときには、司法府がやはり人民の信託を受けている機関として機能するとされた。このように、信託理論によって三権分立の役割が説明されていたのである[47]。

(2) 裁判官の公的信託における受益者とは

すでに検察官に関して検討してきたが、公的信認関係において、裁判官にとっての受益者も、「人民」すなわち「公衆」となる。ここでも、さまざまな利益集団が存在することが考えられるのであるが、裁判官は、例えば個々の事件で和解を試みたとしても、目の前の当事者の利益のみならず、公益全体のことをも考慮しなければならないことになる。裁判官は、公平・不偏かつ法の支配を維持する責務を果たすことで、受益者たちに仕えるのである。他方で、立法府が人民の代表であるため、裁判官は法律の解釈において、人民を代表する立法府の代理人でもある点に留意が必要である[48]。

(3) 裁判官の信認義務の内実

裁判官の信認義務も、基本的な①忠実義務および②注意義務に加え、③公平無私性、公開性、説明可能性などの周辺義務が含まれる。

裁判官の忠実義務は、具体的には例えば自己取引の禁止などがあたるが、私的信託から公的信託に変容させた文脈で裁判官の忠実義務を説明すると、訴訟当事者に不偏（impartiality）であることの要請がこれに該当する。日本で言う裁判官の除斥・忌避・回避制度も不偏義務に関わり、この制度のあり方が議論されている[49]。

裁判官の注意義務は、一般の注意義務（reasonable diligence and prudence）に相当するが、その内実は当事者間の訴訟を注意深く判断し、さらには判決で

47） *Id.*, at 715.

48） *Id.*, at 719–23.

49） *Id.*, at 731–35.

理由を明らかにするところにある。裁判官には信認関係の下、広い裁量権があるが、他方で法の支配に合致しているかを明らかにする義務がある。ただし、私的信認関係にある経営判断の原則（business judgment rule）は裁判官にもあてはまり、職務内の事項については、民事責任から免責される[50]。

(4) 裁判所機関としての信認義務

公的信認関係から信認義務を捉えなおすと、①忠実義務を果たすためには、当事者にインフォームド・コンセントを得るべく、充実した審理を行うこと、②注意義務に基づき訴訟手続には理由づけがいること、③信認関係の下、受益者の意向や利益を把握すること、④裁量権の行使内容を開示し、また裁量権の行使に関して監視（monitoring）を受けることである。①の充実した審理については、具体的には、口頭審理、争点整理、公開審理、大規模な訴訟などでは書面で明瞭かつ多くの意見が反映されうること、多くの判例は公刊されて公衆が知りうるようになっていること、引用しうることなどが挙げられる。

ただし、法律用語や法の内容は難しいため、公衆が判る様に、判決以外に公衆のレベルに合わせた説明（two-tiered system）も別途、裁判所から必要ではないかとの指摘もなされている[51]。

公衆に向けて十分な公開をし、憲法問題などでは公衆の意見を十分にインプットし、あとは独立を保つことが大事であるとも言われている[52]。

50） Leib, Ponet & Serota, *supra* note 46, at 736–38. なお、この裁判官の注意義務の文脈からは、アメリカの裁判官は、判決理由の起草をリーガル・クラークに委ねすぎているとの指摘もなされているところである。

51） *Id.*, at 740–42. 裁判所が公衆に説明をしないので、メディアが代わりに公衆に向けた説明をしている状態があるが、メディアに任せていてよいかという問題意識である。

52） *Id.*, at 742–46.

3　弁護士の信認義務

(1)　依頼者に対しての信認義務

弁護士も司法機関も組織のために信認義務・忠実義務を負うのであって、組織のCEOや高官のために信認義務や忠実義務を負うわけではない。しかし、エンロン会社の事件やウォーターゲート事件に代表されるように、弁護士が組織ではなく特定の高い地位の者に対して忠実になりその者の違法行為について沈黙してしまうことがあった。これらは明らかに法違反である。真の依頼者・委託者は、組織そのものであるので、長期的に見て組織が正しい判断を下せるように会社であれば取締役会や他の取締役に適時に伝える必要があり、それをしなければ、真の依頼者に対する忠実義務違反となるのである[53)]。

(2)　依頼者との通信（交信）秘密について

依頼者と弁護士の間での法的助言に関する交信内容の秘密の保護については、依頼者が組織の場合が問題となる。弁護士は、誰の代理かを考えないといけないからである。中間管理職か、CEOか取締役会か。弁護士が間違った者と交信したり、情報が必要な人に情報を渡さなかったりすることは、忠実義務違反となる。弁護士は、誰に情報を与えるか誰に与えるべきでないかを認識していなければならない。判断権者に情報を伝えて交信しなければならない。エンロン事件以降、証券取引法関連では、公開会社においては、弁護士は、まずは会社のシニア経営者に情報を伝え、それで会社が適切な措置を講じなかったら、取締役会全体に知らせることとされた。通称サーベンス・オクスリー法（Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002）や弁護士のABA職業行為模範規則（Model rule of Professional Conduct）1.13条等でSECへの強制的な報告義務を明確化した。弁護士は、会社が違法な行為に携わっていることをシニア経営陣が止めないのであれば、会社について正しい

---

53)　Richard W. Painter, Fiduciary Principles in Legal Representation, in The Oxford Handbook of Fiduciary Law 271, 271–75（Oxford University Press, 2019）.

判断をすべき者と交信し、必要な情報を取締役会に明確かつ適時に伝えて正しい判断を会社ができるようにしなければ、依頼者たる会社に対する忠実義務違反となる[54]。

(3) 弁護士の法制度に対する「法の番人」としての義務

弁護士は、依頼者に対して信認義務を負うとされる。さすれば、本来、弁護士は依頼者に対して忠実であるべきなので、例えば、第三者に対しては依頼者の同意なくして依頼者の情報を開示できないはずである。また弁護士が、依頼者と対立するような者の代理を引き受けることも、依頼者の同意なくしては利益相反行為として禁止されているところである。

しかしながら、他方で弁護士には、アメリカでも日本でも「正義」に仕える義務があることは言うまでもない。この「法の番人（guardians of the law）」としての二次的な正義を担う義務は、依頼者に対する一次的な義務と抵触することがある。その場合は、弁護士は、二次的な公益的義務を優先することになる。弁護士は、依頼者から職務上独立しているのもそのためである。法制度に調和しないような依頼者の代理はできないのである。問題はどのような場合に、依頼者の意向が法制度に調和せず、法の番人としての二次的義務を依頼者の意向よりも優先させなければならないかである。弁護士が濫用的な訴えを禁止されていたり、手続の迅速化に応じなければならなかったり、裁判官や陪審と裁判外で交流して事件について影響力を与えることが禁止されるのも、この文脈においてである。これらの義務は、弁護士会の一員として、共同して法の番人として受託者の地位にあることと合致するのである[55]。

行政関係弁護士（government lawyer）は、法の番人の役割がより当てはまる。例えば、税務関係の弁護士は、依頼者に対し租税関係のプランニングの助言および法的助言をするとともに、法の番人としての法令順守義務がある。税理士

54） Painter, *Id.*, at 273–75.

55） Criddle & Fox–Decent, *supra* note 33, at 72–73.

は、租税制度全体を最前線および中心で維持する役割を二次的に担っているのである[56]。

さらに、証券関係の弁護士（securities lawyers）も、公的な門番としての役割を負っていることが挙げられる（アメリカ証券取引法10b–5条、サーベンス・オクスリー法307条等）。弁護士は、公開のための準備において証券関連の評価および認証のためのデュー・ディリジェンスを尽くさなかったときには責任を負うことになるが、弁護士のこのような義務は、依頼者たる法人を守るというよりも、むしろ一般の潜在的な投資家を守るためにある。弁護士は、依頼者と法制度の両方の代理人であることが示されている[57]。

(4)　弁護士の依頼者に対する「法の番人」としての義務

弁護士は、一般的に法的サービスについて能力がなければいけないし、特定分野についても代理する能力がなければならない。また、法令を遵守する義務があり、（アメリカでいうところの）出訴期限を守り、依頼者に報告をし、代理に必要な事実に通じ、依頼者が判断できるよう法的助言をする義務がある。他の義務と信認義務との抵触に関し、殺人を犯した被告人が偽証をしようとしているような事例で、弁護士自身が死刑に反対している立場だったとしても、弁護士は「法の番人」として、依頼者たる被告人を証人台に立たせて偽証することをさせてはならない。将来の罪を犯すような場合も、弁護士は依頼者に「NO」と言わなければならないとする。短期的ではなく長期的な視野に立って、良い弁護士として依頼者に向き合う必要があるのである[58]。

また、アメリカ連邦民訴規則11条およびABA職業行為模範規則3.3条(a)(1)および（3）に規律されるように、弁護士は、虚偽の主張や偽証などをはじめ適正手続を阻害するような行為はしてはならないこともいうまでもない。これらの二次的な義務は依頼者に対する一次的な信認義務よりも優越するものであ

56）　*Id.*, at 73.

57）　*Id.*, at 74.

58）　Painter, *supra* note 53, at 275–85.

り、かくして弁護士は、法制度の尊厳を守っているのである[59]。

(5)　弁護士の第三者に対する注意義務

弁護士がもしも単に依頼者の代理人に過ぎないのであれば、依頼者が法的に行為できるようにすることで足り、第三者に対する義務は相対的に最小限のものと解されることになる。すなわち、第三者に対し不法行為をしない程度の義務に留まることになる。しかしながら、弁護士はそれよりは高い義務を負う。例えば、第三者に対して偽証してはならないし、依頼者の将来の犯罪や詐欺的行為を防ぐために必要な情報開示をしなければならない。弁護士は、依頼者が第三者に対して生命身体に関わる危害を加えるおそれがあったり、裁判所の命令に従う必要があったりすれば、依頼者に関する守秘義務に違反して依頼者に関する情報を開示する必要がある。悪徳な依頼者が、刑事的もしくは詐欺的目的で弁護士の地位を利用しないよう、法の番人として積極的に動く必要があるのである[60]。

(6)　弁護士会の信認義務――公的信託機関としての役割

本稿では、紙幅の関係から詳細は省くが、公的信託および公的信認法理は、弁護士会にも該当する。弁護士会は、独自の公的機関として公衆に対して信認義務があること、職務上の独立性が高い受託者としての個々の弁護士を中間的な機関として監督する信認義務があること、それゆえ個々の弁護士の法知識および法倫理の意識の発展に努める教育的・指導的・管理者的役割があること、あるいは新しい立法（実体法・手続法双方）や法制度の整備・発展に関して機関として広く貢献すべきであること、などが言われている。

59）　Criddle & Fox-Decent, *supra* note 33, at 74–75.

60）　*Id*., at 75–76.

Ⅳ　公的信託と基本権

公的信託および公的信認法理に基づき、公務員は、公平かつ合理的に権限を行使するべきであること、またそれに伴い、手続上の公平性や合理的な判断決定が法的に要求されているとの説明が以上のところでなされてきた。しかし、公平かつ合理的の中身が何を意味するのかあるいはそれらの行為を正当化する目的が何かは、信認法理だけでは明らかになっていないとの批判がありうる。

法の支配の解釈は基本権とは関係がないとの見解もある。Joseph Raz は、法の支配を、民主主義、正義、平等、あらゆる基本権および個人の尊厳などとは混同してはならないとしている。Raz は、法の支配を道具概念として捉え、道徳的な内容はないとの見解（no–rights thesis、法の支配無権利論）を主張しており、奴隷制度も許容しうるとも述べている[61)]。

しかしながら、公務員が人民と公的信認関係にあるということは、法の支配の下、公務員は、人民のため、人民の基本権を侵害することまでの権限はないことを意味し、また基本権侵害にまで至らない侵害であっても、正当性が必要とされることになる。言い換えれば、国家と人民の信認関係は、法の支配の制限を受ける立法権に対し、実体的な立法権の制限を課していると解されなければならないはずである。

公的信認法理を主張する論者は、以下の2つの関連する考えから、法の支配には基本権の保障が含まれるとする[62)]。

第1に、「法の内在的道徳性（internal morality of law）」に着目する。基本権の実体的な代理機関としての意味合いが公的機関には含まれるとする、カントの概念に基づいて説明できるとする。第2に、与法者（lawgivers）と法主体（legal subjects）は互いに作用し合う関係があることから説明する。人民に対して、立法者は立法し、裁判官は事件を判断し、警察官は交通を整理するという作用

61）　Joseph Raz, The Rule of Law and Its Virtue, in The Authority of Law：Essays on Law and Morality 211（Clarendon Press, 1979）.

62）　Fox–Decent, Sovereignty's Promise, *supra* note 5, at 234–236.

があるが、反対に、人民は国家に対し、市民ホールでの集会、公聴会、デモ行進、メディアおよび選挙などの公的手段を通じて法に対して影響を与える。人民は、他人や国家との相互関係を決める法規範の解釈をしなければならない世界で、法を解釈して生活し法秩序を織りなすという価値的な貢献をしており、与法者と法主体が相互関係にあることを表わしていると主張する[63]。

この相互関係が国家は人民との間で信認関係にあることを意味すると考えるのである。信認関係の本質は、与法者がその権力に従う人民の代理であるために、法的のみならず道徳的な義務を課しているとする。この義務の中身は、法の支配に合致しなければならず、法の支配は、正しく理解すると、基本権への寄与に関わると主張するのである。

本稿では詳しい説明を省略するが、公的信認法理では、法の主たる目的を、人々が安全で等しく自由であるとする法体制によって構築された国家に適した制限の中で、互いに他人の影響なく独立して自身が思うところの「善」を選択し追求できることを可能にするべく、互いに影響できるようにすることとする。そして、法の下の個人の地位は、特定の権利や特定の何かにあるわけではなく、自由で自己決定できるところにあるところ、国家権力は、自由で自己決定できる個人に仕えなければならない。すなわち、国家権力は、個人の尊厳および基本権に寄与すべきであるという内在的道徳性に服さなければならないことになる。基本権は、法の支配と同様、国家や他人からの権力に従う必要がないことを保障する。個人は、表現、宗教、思想および結社の自由などにつき自律的に相互に影響し合う。個人の保護は、法の目的であり、決して単なる手段とはならない。個人は、生命身体の自由や権利を有するのであり、基本権はその意味で、内在的道徳性以上の実体的な内実を有している。個人の安全や独立を守ることで、国家機関の法の支配への寄与も正当化されるからである[64]。

かくして、法の支配は個人の尊厳を保障するものであり、個人の尊厳は与法

63） *Id.*, at 236–37.

64） *Id.*, at 261–62.

者と法主体の信認関係による構造において保障され、国家機関は個人の基本権の保障に資することが要請され、法の支配無権利説は否定されると説明される。例えば、奴隷法があるとして、個人を奴隷とした国家機関は、人を皆等しく扱うべき法の支配の下で、個人に対する信認義務に反することになる[65]。

ただし、法と道徳との間にはギャップがあること、また基本権を尊重することは、経済や社会のさまざまな政策と必ずしも矛盾せず、特定の政策に結びつくものではないことが留意されている[66]。

V　おわりに――日本国憲法と信認法理

信認法理を有する英米法系のアメリカ GHQ 草案に基づく日本国憲法前文・97条について、信認法理の文脈で改めて条文の文言を素直に読むと、日本国民と日本国家との関係は、公的信託および公的信認法理に基づいているようにも見えてくる[67]。その延長で、関連しそうな以下の条文も参照しておく。

日本国憲法99条「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」

同15条2項「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。」

65）*Id.*, at 264.

66）*Id.*, at 263–64. 法と道徳のギャップについて、例えば、人が昨日の夕食で何を食べたか聞かれてうそをついた場合、道徳的には良くはないが、他人の権利を違法に侵害するものとはならないと述べる。同様に、貧困政策をどのように考えるかは、国家の政策の裁量権の範囲内で種々ありうることを指摘する。

67）日本国憲法の前文第1段第2文の「信託」と同97条の「信託」が異なるもののような議論がなされることがあった（例えば、高田敏「日本国憲法における『権利問題と事実問題』の区別―社会契約と日本国憲法」『憲法と行政法の現在』（北樹出版、2000）21頁以下）が、これは、大陸法的な理解（権利者と義務者の二当事者構造）で解釈しようとした故に、2つの信託があるかのような話になったとも思われてくる。英米法の信認関係（委託者、受託者、受益者の三当事者構造）からは、国民が委託者と受益者の両方に登場することになるが、委託者としての国民の側面と受益者としての国民の側面の意味合いが異なることは判りやすいのに対し、二当事者構造では二つの国民の差異が判りにくいからである。

同31条「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」

同32条から40条（条文略）

これらの条文を信認法理からみるに、日本の国家、公務員および司法正義の一端を担う弁護士には、委託者たる国民（当時）から信託され、「法の支配」を守る受託者として、広く公平に受益者たる国民（将来にわたる）の基本権の保障に努めるべき公的義務と、裁量権の濫用を防止すべく合理的で説明可能な適正手続保障義務とが課せられていることが認識できるように思われる。

日本では、戦前・戦後の経緯や経済的結びつきから、憲法の人権保障規定をはじめとするアメリカ法の制度や概念を日本法の各分野に導入することが多かったため、アメリカ法を参考にして英米法の概念を解釈することが多かった。英米法の母法もしくは起源たるイギリス法の理念の研究は、明治時代の初期には一時盛んになされていたものの、二度の世界大戦などを経て、近年の日本ではかなり希薄になっていたところで、英米法と大陸法の根本的な差異を意識することなく、経済的な理由もしくはときには政治的な契機でもって、戦後はアメリカの商事的な法制度とりわけ会社法、信託法、倒産法制度などを、日本法の特定分野に断片的に導入したものと思われる。これらが日本法となった後は、日本の裁判所や研究者らが、各種法分野の英米法的な条文の文言や概念につき、従来からの大陸法的な発想に基づき、解釈・運用してきた。それゆえ、日本の大陸法的な各法領域の各所で、アメリカ法を断片的に導入する際にすでに生じていた全体の法制度や概念の不整合に加え、基底に流れる信認法理の本来の趣旨が正しく理解されないままに、関連条文が解釈・運用されるという状況が続いている[68)]。

信認法理は、元来、専門的な判断行為能力が高く裁量権が広い一方の者（受託者）が、判断行為能力が低いかまたはない者（受益者）のために、財産や権利義務一切の管理といった職務を行う関係に適用されるものである。広大な裁

68）　拙稿・前掲注3）111–151頁など参照。

量権を握る受託者が権限を濫用しないような仕組みが必要とされており、それが公的な受託者に対しては、信任義務として広く公平・公正義務や説明義務（情報公開や可視化）および合理的で相当な手続義務といった内実につながっている。

しかしながら、これらの信認法理に関する固有の内容は、戦後、信認法理に裏打ちされていたアメリカ型の憲法を冠しながら、日本では見過ごされてきたと見受けられる。これは、アメリカですら、イギリス法継受の折から、私的な財産管理スキームあるいは私的な専門家責任としての側面に関心が集中し、公的信託および公的信認関係という概念およびその根本的な重要性について、近時に至るまで見過ごされてきたので、やむをえないところもあろう[69]。

日本国憲法の条文および国民の基本権を保障すべき国家などの公的機関（弁護士を含む）と国民の関係のあり様について、英米法諸国で主張されているように、始まりは契約によるが、その後の関係性は公的な信認関係とする見地から、公務員や国家機関や法曹三者を受託者たる地位、とりわけ国家運営における知的強者たる専門家として見直してみると、今まで見過ごされてきた人権保障や手続保障の内実が、一方では公的受託者の信認義務としても浮かび上がってくるように思われる。

例えば、公務員の全体の奉仕者性あるいは政府もしくは他の行政機関の情報公開などによる説明義務についても、国民からの信託の受託者としての公務員や政府機関の信認義務のあり方の問題として、理解できるのではないか。

なお他方で、私的存在としてのみ伝統的に考えられてきた企業もしくは法人の役員の信認義務の内容に関しても、公的側面があることが言われるようになって久しい[70]。すなわち民間の大企業およびその役員には、環境配慮や人の生命身体の健康・安全保護などの社会的責任（CSR）があることが国際的な準則となってきているが、日本でも、国際的な社会基準に準拠する必要があると

69） アメリカでも、公的機関に対しての、公的信託論もしくは公的信認法理の適用に関しては、まだ公的信託の旅路の途についたばかりであると言われている。Fox–Decent, New Frontiers, *supra* note 19, at 924.

70） Fox–Decent, Sovereignty's Promise, *supra* note 5, at 169.

して、私的団体にも社会的責任の存在が認識されてきている。そういう意味では、大陸法的な公的・私的二分論も見直す必要がありそうである。

英米法系では、弁護士は司法裁判所の番人もしくは役人とも称されている。日本でも、弁護士を含む法曹三者の司法制度における公的役割について、広く国民や司法正義の専門家たる受託者として、いったん捉え直してみてもよいのではないか。

例えば、依頼当事者の秘密などにまつわる基本権の保護について、日本の法曹三者も、それぞれいかなる注意義務あるいは忠実義務もしくは公平誠実義務を依頼者および司法制度に対して負うべきか、ひいては日本の法曹三者が、日本の司法制度下で協同して受益者たる国民のために資するべく、法の専門家としてそれぞれいかなる権限および義務を有するべきかといった課題を、信認法理の理念に基づき捉え直して検討してみると、今まで見えていなかった法解釈や議論の指針およびより良い日本の司法制度設計を模索するための、総合的かつ有益な示唆が得られるものと思われる[71]。

（たむら・ようこ　筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

71）　日本での信認法理関連の評価について、かつて明治の頃には「信託法は文明法中の文明法とも称すべきものであります。何となれば、此法律は人類の最高程度の徳義を其基礎とするもの…」とも言われたことがあることには着目しておきたい（穂積陳重「信託法及び陪審法の制定に就て」『穂積陳重遺文集（4）』（岩波書店、1934）383頁）。日本においても、実は信託制度および信認法理の法価値について、すでに十分理解され認められていた向きがあったものの、その後、社会の動向や政治情勢などもあり、その価値が何か忘れ去られ、最近まで見過ごされたままとなってしまっていたように思われる。

（本稿は、2021年3月6日に開催された法曹倫理国際シンポジウム東京2021（ILEST21）での個別報告文に、加除・修正したものであるが、同年10月の大塚章男教授の急逝に伴い、同教授の今までの筑波大学でのご貢献に対する謝意と共に捧げさせて頂くものである。）

論　説

EU 国際私法と労働契約の概念

藤　澤　尚　江

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．日本の抵触法上の労働契約
　1．法の適用に関する通則法
　2．「労働契約」の解釈
Ⅲ．EU 法
　1．制定法
　　(1)　抵触規則
　　(2)　国際裁判管轄規則
　2．裁判例
　　(1)　Holterman 事件
　　(2)　Bosworth & Hurley 事件
　　(3)　ROI Land Investments 事件
　　(4)　小括
Ⅳ．検討
　1．法性決定の方法
　2．具体的な判断基準
Ⅴ．おわりに

Ⅰ．はじめに

近年、ギグ・エコノミー（インターネットを通じて短期・単発の仕事を請負い、個人で働く就業形態）の拡大や多様な働き方の拡大に伴い、労働関係法令の適用のされ方について活発に議論がされている[1)]。

1)　たとえば、内閣官房「フリーランスとして安心して働ける環境を整備するためのガイドライン」（令和3年3月26日）*available at* https://www.mhlw.go.jp/content/11911500/000759477.pdfq。

仕事の発注者（事業者）と就労者とが常に同一国にいるとは限らない。事業者と就労者が異なる国にあり、当事者間の契約に争いが生じた場合、いずれの国の法が適用されるか（準拠法）が問題となる（抵触法の問題）。日本では、抵触法の問題は、主として法の適用に関する通則法（適用通則法）によって解決される。適用通則法は、労働契約に関し労働者保護のために例外規定を有する。しかし、適用通則法は「労働契約」または「労働者」を定義する明文の規定を有さず、例外規定が適用される範囲は明らかではない。労働者または労働契約をどのように定義するかは各国において様々であり、欧州という限られた地域においてでさえ判断の結果は国により差異がある[2)]。労働契約と認められることで、抵触法上の保護を与えられ、かつ、適用される法により得られる結論が異なるとすれば、抵触法上の労働契約に該当するか否かの判断は重要であろう[3)]。

他方、欧州連合（EU）においては、近年、労働契約該当性に関して抵触法の解釈に影響を与える裁判例が続けて示されている。そこで本稿は、EU のこれらの裁判例により、日本の抵触法上の「労働契約」の範囲について示唆が得られないか考察する。EU の抵触規則は、適用通則法を制定する際に参照され[4)]、規定ぶりも日本法に類似する。したがって、EU 法の解釈論は、適用通則法の適用範囲を考える上で参考になりうるだろう。

以下では、まず、労働契約に関する日本の適用通則法の規定を概観し、これ

2）　ILO, The role of digital labour platforms in transforming the world of work, pp.25–26（2021）*available at* https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--en/index.htm；Uglješa Grušić, The European Private International Law of Employment, pp.73 and 77（2015）.

3）　*See also*, Mirriam A Chery, *A Global System of Work, A Global System of Regulation?*：*Crowdwork and Conflicts of Law*, 94 Tul L. Rev. pp.187–188（2019）.

4）　たとえば、適用通則法制定のための要綱中間試案補足説明も、試案中の「労働契約」のメルクマールが「ローマ条約6条における「労働契約」の概念と原則一致する」旨を記載する（法務省民事参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」44頁（平成17年3月29日）『法の適用に関する通則法関係資料と解説』別冊 NBL110号（2006年）（以下では、「補足説明」））。

までその適用範囲につきいかなる議論がされてきたかを確認する（Ⅱ）。次に、EU の労働契約に関する抵触規則・国際裁判管轄規則を概観した後、労働契約の性質について欧州司法裁判所がいかなる判断をしたか示す（Ⅲ）。そして、EU の裁判例から、日本の抵触法にいかなる示唆が得られるか考察したい（Ⅳ）。

Ⅱ．日本の抵触法上の労働契約

以下では、まず、日本の法の適用に関する通則法（適用通則法）上の「労働契約」に関する規定を概観し、適用通則法上の「労働契約」がどのように解釈されてきたのかを確認する。

1. 法の適用に関する通則法

国際的な私法関係につきいずれの国の法が適用されるか、この決定は、主として、適用通則法に従いなされる。通常、契約の準拠法は、当事者が準拠法を選択していればその法により（適用通則法７条）[5]、当事者の準拠法選択がなければ適用通則法８条[6]に従い当該問題と最も密接な関係がある地（最密接関係地）の法による。労働契約には、適用通則法12条[7]に特例がある。本条に従っ

5）　**適用通則法 第七条**　法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による。

6）　**適用通則法 第八条**　前条の規定による選択がないときは、法律行為の成立及び効力は、当該法律行為の当時において当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による。
２　前項の場合において、法律行為において特徴的な給付を当事者の一方のみが行うものであるときは、その給付を行う当事者の常居所地法（その当事者が当該法律行為に関係する事業所を有する場合にあっては当該事業所の所在地の法、その当事者が当該法律行為に関係する二以上の事業所で法を異にする地に所在するものを有する場合にあってはその主たる事業所の所在地の法）を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法と推定する。［第３項省略］

7）　**適用通則法 第十二条**　労働契約の成立及び効力について第七条又は第九条の規定による選択又は変更により適用すべき法が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法以外の法である場合であっても、労働者が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示したときは、当該労働契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する。

た場合にも、当事者は契約の準拠法を選択することが可能である。しかし、当事者がA国法を準拠法として選択したとしても、労働者は、当該労働契約の最密接関係地（B国）の強行規定の適用を主張できる（適用通則法12条1項）。また、最密接関係地について、通常は適用通則法8条2項の推定規定によるが、労働契約には本法12条2項・3項に労務提供地を最密接関係地とする推定規定がある。当事者による準拠法の選択がない場合、契約の準拠法は最密接関係地法となるが（適用通則法8条）、本法12条3項により、労働契約は反証のない限り労務提供地の法により規律されることになる。

適用通則法に労働関係に関する特例が設けられたのは、労働者保護のためである[8)]。すなわち、労働者と事業者との間には交渉力に格差があるのが一般で、通常の契約と同様に労働契約についても当事者による準拠法の選択を認めれば、比較的法律知識に乏しい労働者にとって不利な法が選択され、事業者にとって労働者保護を定める法制が、容易に潜脱・回避されうる。それゆえに本法12条1項で当事者自治に制限を設けた。

適用通則法の文言からすれば、本法12条は問題となる契約が「労働契約」である場合に適用されるものと解される。しかし、日本の裁判例で、通則法上の労働契約にあたるか否かを争ったものは見当たらない。他方、適用通則法12条の労働契約の範囲について問題となりうる事案として、ケイ・エル・エム・

（前頁からつづく）

2　前項の規定の適用に当たっては、当該労働契約において労務を提供すべき地の法（その労務を提供すべき地を特定することができない場合にあっては、当該労働者を雇い入れた事業所の所在地の法。次項において同じ。）を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。

3　労働契約の成立及び効力について第七条の規定による選択がないときは、当該労働契約の成立及び効力については、第八条第二項の規定にかかわらず、当該労働契約において労務を提供すべき地の法を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。

8)　小出邦夫編著『逐条解説 法の適用に関する通則法〔増補版〕』156頁（商事法務、2014年）、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻 §§1～23』286頁［高杉直］（有斐閣、2011年）、神前禎『解説 法の適用に関する通則法－新しい国際私法』106頁（弘文堂、2006年）。

ローヤルダツチエアーラインズ事件(東地判令4・1・17 労判1261号19頁)、ゲーテ・インスティトゥート事件（東地判平28・3・24（平成26年（ワ）第24339号）などが見られる。実質法上の労働者性が争われ、少なくとも当事者の一方が外国法人であることから、準拠法について争う余地もあったといえる。

2.「労働契約」の解釈

適用通則法12条の「労働契約」を定義する明文の規定は存在しない。他方、適用通則法制定過程における要綱中間試案では、次の通り「労働契約」の定義が示されていた[9]。すなわち、「労働契約とは、労働者（労務の供給をする者をいう。）が使用者（労務の供給を受ける者をいう。）に対しその指揮監督に服して労務を供給し、その対価として報酬を得る旨の契約をいうものとする」とする。要綱中間試案補足説明はこのような定義をとる理由を説明しないが、要綱中間試案が公表される前年の法制審議会では、事務局より「日本の労働基準法が適用になりますところの労働契約…その定義にほぼ合致するもの」と説明される[10]。また、適用通則法制定前の学説には、抵触法独自の性質決定が日本の実質労働法から大きく外れないとし、その理由として、労働契約存否の判断基準は日本、欧州の大陸国法諸国、英米法系の労働法において大きな隔たりがないこと、いずれの国の労働法の実質労働法の基本目的も労働者と使用者の対等性の確保・労働者保護に求められ、抵触規則の法目的も同様であることをあげるものがある[11]。

適用通則法制定後の学説は、要綱中間試案における定義にほぼ合致する。すなわち、本法12条の「労働契約」を、①一方の指揮命令下において、②もう一方が労務を提供し、③その対価として報酬を得ることを内容とする契約とするのが一般的である[12]。ある文献は、労働基準法9条の定義とその裁判例を参

---

9)　「国際私法の現代化に関する要綱中間試案」3エ(イ)(平成17年3月22日)、補足説明・前掲注(4) 47頁。

10)　法制審議会国際私法（現代化関係）部会第15回会議（平成16年7月20日開催)。

11)　米津孝司『国際労働契約法の研究』157–158頁（尚学社、1997年)。

照する[13]。他方で、同様の基準について労働契約法6条を参照し考えるべきとする文献[14]もある[15]。

多くの文献が、適用通則法12条の労働契約は上述3つの要素からなると考えるが、より具体的にどのような基準により判断すべきか示すものは多くない。ある文献は「使用者による指示の拘束性の存否が労働契約か否かの基準となるから、経済的にも社会的にも他人の指示に服することなくなされる労務の提供は委任契約などとして性質決定され」るとする[16]。また別の文献は、労働契約と請負契約・委任契約との違いは「交渉力格差に鑑みて労働者の保護を図るという、本条の趣旨を前提とすれば、労働者が使用者の指揮命令に服するかどうかを主たる基準とすべきであろう。請負契約･委任契約においては、請負人･受任者が労働内容を決定することができるのに対して、労働契約では労働内容を労働者自身が決定できない（労働者の従属性ないし労働の他人決定性）とい

12）　中西康ほか『国際私法［第3版］』235頁（有斐閣、2022年）、道垣内正人『国際契約実務のための予防法学―準拠法・裁判管轄・仲裁条項』59頁（商事法務、2012年）（澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門［第8版］』208頁（有斐閣、2018年）も同旨）、横山潤『国際私法』183頁（三省堂、2012年）、櫻田＝道垣内編・前掲注(8)275頁［高杉直］、須網隆夫＝道垣内正人編『国際ビジネスと法』133頁［北澤安紀］（日本評論社、2009年）、村上愛「法の適用に関する通則法12条と労働契約の準拠法」一橋法学第7巻第2号313頁（2008年）、西谷祐子「契約の準拠法決定における弱者保護」法律のひろば59巻9号28–29頁（2006年）、補足説明・前掲注(4)44頁。神前・前掲注(8)107頁は、「指揮監督下における労務の提供」と「それに対する報酬」の2つの点と整理する。

13）　神前・前掲注(8)107頁。なお、本書は労働契約法成立前の文献である。

14）　櫻田＝道垣内編・前掲注(8)［高杉直］276頁。

15）　労働基準法・労働契約法では適用対象を「労働者」とするため、適用範囲の問題は「労働者」の解釈の問題としてあらわれる。労働基準法と労働契約法の「労働者」は、これを統一的に把握すべきとする見解もあるが、それぞれの法規ごとに趣旨・目的に沿って判断すべきとの見解もある（石田眞「「雇用によらない働き方」浜村彰ほか編著『クラウドワークの進展と社会法の近未来』424–425頁（労働開発研究会、2021年）、『新基本法コンメンタール 労働基準法・労働契約法［第2版］』別冊法学セミナー263号［毛塚勝利］352頁（2020年））。後者の見解によれば、労働基準法を参照するか労働契約法を参照するかにより結論が異なりうるであろう。

16）　横山・前掲注(12)183頁。

う、労働者の従属的地位ゆえに、労働者を保護する必要性が認められる」とする[17]。そして、具体的な判断基準として、①契約締結段階における従属性・他人決定性、②契約履行過程における従属性・他人決定性、③報酬の額や性格（労働対償性）、④材料等の経費負担や損害の負担（事業者性）をあげる[18]。

他方で、「事案ごとに弱者保護の必要性（事実上の雇用関係、交渉力の格差など）を考慮して、国際私法独自に判断すべき」であり、請負契約や委任契約は、「一方が独立の事業者としての実態を欠く場合は、労働契約に含まれる」との文献もある[19]。

Ⅲ．EU 法

以下では、労働契約に関する EU の抵触規則および国際裁判管轄規則を概観し、欧州司法裁判所の「労働契約」に関する判断を見ていく。本稿は、抵触規則上の労働契約の範囲について考察することを目的とするが、EU 法については、国際裁判管轄規則についても触れる。これは、EU では国際裁判管轄規則に関する議論が、抵触規則の解釈に大きく影響を与えるためである。

1．制定法

（1）抵触規則

準拠法選択に関する欧州の統一規則としては、1980年契約債務準拠法に関するローマ条約（ローマ条約）[20]、契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則（ローマⅠ規則）[21]がある。ローマ条約制定前の報告書では、個別労働契約[22]においては当事者が同等ではないため、社会経済的観点から弱者と見

17） 櫻田＝道垣内編・前掲注(8)276頁［高杉直］。

18） 前掲注。

19） 奥田安弘『国際財産法』94頁（2019年、明石書店）。

20） 80/934/EEC：Convention on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980, OJ L 266, 9.10.1980, p. 1–19.

21） Regulation（EC）No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations（Rome I）, OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16.

なされる当事者（労働者）に対し、よりふさわしい保護を保障することが問題とされた[23]。このような考慮にもとづいて、ローマ条約では、労働者保護のために個別労働契約に関する特別規定が次のとおり設けられた。すなわち、まず、個別労働契約に関しても、当事者による準拠法選択を認めながら、準拠法選択のない場合に適用される法のうち、強行法規によって労働者に与えられる保護が奪われないものとし（ローマ条約6条1項）、次に、当事者による準拠法選択がない場合には、労働者が通常労務を提供する国の法[24]を準拠法とした（ローマ条約6条2項）[25]。ローマ条約を2008年に規則化・現代化したのがローマⅠ規則[26]である。個別労働契約の準拠法はローマⅠ規則の8条[27]に規定されるが、その内容はローマ条約6条と大きく変わらない[28]。

22） この文言からも明らかなように、ローマ条約の労働契約に関する特例は個別的な労働契約のみを対象とし、労働協約は対象としない。Mario Giuliano and Paul Lagarde, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, 25, OJC 282/80, 31 October 1980. 本報告書の翻訳については、野村美明ほかの一連の業績を参照するが特に、野村美明ほか「翻訳 契約債務の準拠法に関する条約についての報告書（五）」阪大法学47巻457頁（1997年）を参照した。

23） Giuliano & Lagarde, *id.*

24） ただし、より密接な関係を有する国が他にあれば、その国の法が準拠法となる（ローマ条約6条2項ただし書）。

25） **ローマ条約 第6条**

1　第3条の規定にかかわらず、個別労働契約に関して当事者により選択された法は、労働者に対する保護であって、法選択がない場合に、本条2項にしたがい適用される法の強行規定（mandatory rule）が付与するものを、労働者から奪う結果となってはならない。

2　第4条の規定にかかわらず、3条にしたがい準拠法が決定されない場合、労働契約は次の法により規律される。

(a)　労働者が一時的に他国で雇用されるとしても、労働者が通常当該契約上の労務を提供する国の法。

(b)　労働者が通常一国で労務を提供しない場合、労働者が雇用された事業所の所在国の法。ただし、個別労働契約により密接な関係を有する国がある場合には、当該国の法により規律される。

(2) 国際裁判管轄規則

国際裁判管轄規則は、国際的な民事事件につき、ある国の裁判所が当該事件を扱うことができるかを規定する。欧州の国際裁判管轄権に関する統一規則として、1968年に民事および商事事件における裁判管轄の執行に関する条約（ブリュッセル条約）[29]が成立した。ブリュッセル条約は欧州共同体構成国間で締結された。他方、欧州共同体（EC）および欧州自由貿易地域（EFTA）構成国の間で1988年に締結された条約がEC・EFTAの裁判管轄及び判決の執行に関

26） 本条文の訳および改正のローマ条約からローマⅠ規則への改正点等については、高橋宏司「契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則（ローマⅠ規則）–4つの視点からのローマ条約との比較」国際私法年報13号14–15頁（2011年）、高橋宏司「契約債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則：ローマ条約からの主要な変更点を中心に」同志社法学63巻6号21–22頁（2012年）も参照。

27） **ローマⅠ規則 第8条**

1　個別労働契約は、第3条にしたがい当事者により選択された法が準拠法となる。しかし、法選択がない場合に本条の2項、3項、4項にしたがい適用されるべき法の中で当事者による別段の合意の許されない規定によって労働者に与えられる保護は当事者による法選択によっても奪われない。

2　当事者による法選択がない場合、個別労働契約の準拠法は、常に労務提供がされる国の法となり、そのような国がない場合は通常提供される労務の起点となる国の法となる。常に労務が提供される国は、労働者が一時的に他の国で労務を提供しても変わらないものとする。

3項　本条2項にしたがい準拠法が決定されない場合、個別労働契約は、労働者が雇用された事業所の所在地国法により規律される。

4項　本条2項または3項に示されるよりも、個別労働契約により密接な関係を有する国がある場合には、その国の法が適用される。

28） 個別労働契約の準拠法に関する規定の変更点としては、①同条1項の強行規定（mandatory）の明確化、②同条2項の労務提供地の文言の変更、前文(36)の一時的な労働に関する説明の追加、④前文（20）への推定規定に関する説明の追加が挙げられる。*See also*, Louise Merret, Employment Conracts in Private Internaitonal Law, paras. 6.21 and 6.24（2nd ed. 2022）；Rome Regulations Commentary, paras.1–3［Franzen/Wutte］（Gralf–Peter Calliess and Moritz Renner ed. 2020）.

29） 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters /*Consolidated version CF 498Y0126（01）*/OJ L 299, 31.12.1972, p. 32–42.

するルガノ条（ルガノ条約）[30]である。ブリュッセル条約とルガノ条約の内容はほぼ同じであるが締約国が異なるため、それぞれの条約は両者の適用関係を明記する（ブリュッセル条約55条、ルガノ条約54条b）。

成立当初のブリュッセル条約には、個別労働契約に関する規定は存在しなかった。労働契約の特則の成文化は、時期尚早とされたためである[31]。その後、ブリュッセル条約下での裁判例を受け、ルガノ条約は労働契約に関する特則を設けた。これにより、個別労働契約（individual contracts of employment）については、労働者が通常労務を提供する地に管轄が認められ（ルガノ条約5条1号）、紛争発生前になされた合意管轄は効力を有しないこととなった（ルガノ条約17条）[32]。

1989年改正ブリュッセル条約[33]は、ルガノ条約の成立をうけてブリュッセル条約を改正したものである[34]。ルガノ条約とほぼ同内容であるが、若干の点でより労働者保護に資する[35]。これを2000年に規則化したのが民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する2000年12月22日の理事会規則（ブリュッセルⅠ規則）[36]である。規則化に伴い、従来は5条と17条とに分けて規定されていた個別労働契約に関する規定が、第2章第5節[37]にまとめて規

30） 88/592/EEC：Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters－Done at Lugano on 16 September 1988, OJ L 319, 25.11.1988, p. 9–48

31） 欧州における労働契約事件の国際裁判管轄権に関する立法化の流れについては、芳賀雅顯「労働事件の国際裁判管轄―ヨーロッパ民訴法における労務給付地の決定問題を中心に―」法律論叢77巻6号161–163頁（2005年）も参照。*See also*, Grušić, *supra* note 2, at 59.

32） **ルガノ条約 第5条**

締約国の領域内に住所を有する者は、次に定められる場合においては、他の締約国の裁判所において訴えられる。

一　契約事件については、義務履行地の裁判所。個別労働契約事件については、労働者が通常その労務を提供する地であり、労働者が通常、同一国で労務を提供しない場合には、労働者を雇用した営業所の所在地の裁判所となる。［以下略］

ルガノ条約 第17条［1項から4項まで略］

5　個人の労働契約については、管轄合意は、紛争発生後に行われた場合にのみ、法的効力を有する。

日本語訳については、奥田安弘『国際取引法の理論』308頁以下（有斐閣、1992年）参照。

定されることになった。これによる内容の変化はほとんどない。その後、ルガノ条約が2007年にブリュッセルⅠ規則の内容を反映した改正を行い（改正後の条約を「ルガノⅡ条約」[38]とする）、2015年にはブリュッセルⅠ規則がブ

33） 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters（consolidated version）（OJ C, C/27, 26.01.1998）. 本規則の翻訳については、中西康「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する2000年12月22日の理事会規則（EC）44/2001（ブリュッセルⅠ規則）〔上〕〔下〕」国際商事法務30巻3号311頁（2002年）、30巻4号465頁（2002年）を、開催の背景やその内容については、中西康「ブリュッセルⅠ条約の規則化とその問題点」国際私法年報3号147頁以下（2001年）を参照。

34） 報告書の日本語訳は関西国際民事訴訟法研究会の一連の成果を参照するが、特に、関西国際民事訴訟法研究会「民事及び商事に関する裁判管轄並びに判決の執行に関するルガノ条約公式報告書〔全訳〕〔3〕」国際商事法務29巻6号755–757頁（2001年）を参照する。

35） 第一に、5条について、ルガノ条約では、労働者が同一国で通常労務を提供しない場合、労働者も雇用者も労働者を供した営業所の所在地で訴えられるのに対して、改正ブリュッセル条約は、これを労働者のみにしか認めない。第二に、17条の管轄合意に関しても、ルガノ条約では、個別労働契約に関する紛争発生前の合意は効力を有しないとされていたところ、改正ブリュッセル条約では、労働者が合意を主張する場合には、紛争発生前の合意であっても効力を有することになった。*See*, P. Jenard and G. Moller, Report on Convention on jurisdiction and the enforcement of judgements in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988（90/C 189/07）C189/57, pp.72 and 76.

36） Council Regulation（EC）No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters OJ L 12, 16.1.2001, p. 1–23.

37） **ブリュッセルⅠ規則　第2章第5節 個別労働契約事件の管轄**

第18条

1　個別労働事件における管轄は、本節による。ただし、第4条及び第5条第5号の適用を妨げない。

2　労働者と個別労働契約を締結する雇用者が、構成国の領域内に住所を有していない場合であっても、その者が構成国に支店、代理店その他の営業所を有しているときは、その業務に関する紛争については、その構成国の領域内に住所を有するものとみなす。

第19条

構成国の領域内に住所を有する雇用者は、次のいずれかの裁判所に訴えられる。

1　住所を有する構成国の裁判所

2　他の構成国で、次のいずれかの裁判所

リュッセルⅠa規則[39]へと改正する。しかし、個別労働契約に関する規定は、ブリュッセルⅠ規則とほぼ同内容である[40]。

2. 裁判例

以下では、欧州司法裁判所の裁判例3点を紹介する。これらはいずれも、労働契約に関する国際裁判管轄規則の適用が争われた事例である。しかし、これ

（前頁からつづき）

a　労働者が通常その労務を給付する地若しくは通常その労務を給付した最後の地の裁判所

b　もし労働者が同一の国で通常その労務を給付しているのではなく、また同一の国で通常その労務を給付したのでもない場合には、労働者を雇用した営業所の所在地若しくは所在していた地の裁判所。

第20条

1　雇用者がなす訴えは、労働者が住所を有する構成国の裁判所においてのみ提起することができる。

2　本節の規定は、本節の規定に従い本訴が係属する裁判所において、反訴を提起する権利を損なうものではない。

第21条

本節の規定は、次のいずれかの場合にのみ、これと異なる合意をすることができる。

1　紛争が生じた後に合意がされたとき

2　その合意が、労働者に対し、本節により管轄が認められる裁判所以外への提訴を認めるとき。

38）Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 339, 21.12.2007, p. 3–41.

39）Regulation（EU）No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters（recast）OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32.

日本語訳は、春日偉知郎訳「民事及び商事事 件における裁判管轄並びに裁判の承認及び執行に関する2012年12月12日の欧州議会及び理事会の（EU）Nr. 1215/2012規則（官報ABl.（EG）2012 Nr. L 351, 1.）– 略称「ブリュッセルⅠa規則」法務資料464号（2015、法務大臣官房法制部）47頁も参照。

40）ただし、他の規定の変更により、個別労働契約事件に関する第2章第5節の条文番号が、ブリュッセルⅠ規則では18条から21条であったところ、ブリュッセルⅠa規則では20条から23条となった。ブリュッセルⅠ規則の改正の経緯等については、岡野祐子「Brussels I規則改正に見る諸問題」国際法外交雑誌113巻1号30頁（2014年）も参照。

らの裁判例は、準拠法決定に関する Rome I 規則の解釈にも適用されうると考えられる[41]。第一に、ルガノ条約およびブリュッセル I および I a 規則、Rome I 規則のいずれもが、個別労働契約に関する規定は労働者保護を目的としているということ、第二に、Rome I 規則前文7条により、Rome I 規則の適用範囲および規定はブリュッセル I 規則と調和すべきとされるためである。

(1) Holterman 事件[42]

本件は、ブリュッセル I 規則2章5節「個別労働契約事件の管轄」に規定される「個別労働契約（individual contract of employment）」への該当性が問題となった事案である。本件で争われたのは、ある持ち株会社のマネージャー（manager）、ディレクター（director）、株主であり、当該持株会社の子会社のマネージャーである者と当該持ち株会社・子会社との関係である。

(a) 事実の概要

本件の当事者は、ドイツ国籍・ドイツに住所を有する Spies von Bullesheim 氏（以下、「Spies 氏」）と、オランダで設立された持株会社である Holterman Ferho Exploitatie BV（以下、「Holterman 社」）およびそのドイツ法上の子会社3社（以下、Holterman 社および子会社3社をまとめて「Holterman 社ら」）である。Spies 氏は子会社3社の署名の権限を有するマネージャー（manager）であったが、2001年4月25日の Holterman 社の株主総会で同社のディレクター

41） Peter Stone, Stone on Private International Law in The European, paras.16.34 and 16.35（4th ed. 2018）；Franzen/Wutte, *supra* note 28, para.6；Merret, *supra* note 28, paras.3.23 and 6.49. そのままローマ I 規則の解釈に適用することはできないが、同様に従属関係がない場合には契約当事者を弱者とみなすことはできず、ローマ I 規則8条の対象とはならないとするものとして Richard Plender And Michael Wilderspin, The European International Law of Obligations, para. 11–024（5th ed. 2020）.

42） Holterman Ferho Exploitataie BV v von Bulleshein, Case C–47/14, ECLI：EU：C：2015：574［2015］. 野村秀敏「〈資料〉EU 司法裁判所民事手続規則関係判例概観（2015年）(I)」専修法学論集138号420–423頁（2020年）、橋本陽子『労働者の基本概念、労働者性の判断要素と判断方法』307–308頁（弘文堂、2021年）も参照。

（director）に任命された。2001年5月7日にドイツで、Spies氏をディレクター（director）（Geschäftsführer）とする契約がHolterman社とSpies氏との間で締結された。2001年7月20日、Spies氏はHolterman社のマネージャーとなった。Spies氏はHolterman社の株式を保有していたが、株式の過半数はHolterman氏により保有されていた。2005年12月に子会社のうちの一社とSpies氏との契約が終了し、2006年12月31日には子会社2社およびHolterman社との契約も終了した。

Holterman社らは、Spies氏に対して、義務履行につき重大な違反行為（misconduct）があったとして、責任の確認と損害賠償を求めてオランダのAlmelo裁判所に提訴した。Holterman社らは、マネージャーとしての義務を不適切に履行したことによりオランダ法に基づき責任を負うことに加え、主位的に、オランダ法上、労働契約上の履行に欺罔または無謀（deceit or recklessness）があり、予備的に義務の不履行がオランダ法上の不法行為（wrongful conduct）となると主張した。

Spies氏は、オランダの裁判所が国際裁判管轄権を有しないと主張した。Almelo裁判所は、ブリュッセルⅠ規則5条1項（義務履行地管轄）または3項（不法行為地管轄）に従い国際裁判管轄権を有しないと判断した。控訴審もこの判断を是認し、オランダ最高裁は、欧州司法裁判所に先決裁定を求めた。

（b）判旨[43)]

まず、欧州司法裁判所は、Brussels I規則は「個別労働契約（individual contract of employment）」についても「労働者（worker）」についても定義しないとし［35］[44)]、これらの法性決定は内国法によらず［36］、全ての加盟国に共通の独立した解釈が与えられなければならないとする［37］。

次に、ブリュッセル条約5条1項（義務履行地管轄）に関し、労働契約（contract of employment）の特徴として、欧州司法裁判所は次を示しているとする。す

43）　本件では「個別労働契約」への該当性以外に、義務履行地管轄や不法行為地管轄についても判断をするが、本稿の対象から外れるためにこれらについては省略する。

44）　以下を含め「［（数字）］」は、欧州裁判所の裁判例のパラグラフ番号を示す。

なわち、「労働契約は、労働者（worker）を企業または雇用者の事業組織（organizational framework of the business）に一定程度組込む継続的な関係（lasting bonds）を構築するものであり、強行規定および集団協約の適用を決める活動の遂行地に結びつけられる」[45)]［39］。こうした解釈は、ルガノ条約に関する Jenard/Moller 報告書でも裏付けられ、当該報告書によれば、独立した「雇用契約」の概念は、雇用者に対する労働者の従属関係を前提として考えうるとする[46)]［40］。また、他の EU 法上の「労働者（employee）」に関する判断において、欧州司法裁判所は次を示すとする。すなわち、「労働関係（employment relationship）の重要な特徴とは、ある者が一定期間、他者のためにその者の指示に従い労務を提供し、賃金を対価に労務を提供すること」[47)]である［41］。

以上を踏まえ、付託裁判所は次の判断をしなければならないとした。すなわち、「Spies 氏が Holterman 社のディレクター（director）またはマネージャー（manager）として、一定期間、当該会社のためにその指示に従い労務を提供しその対価として報酬を受領していたか、当該会社の事業組織に一定程度組み込まれるような継続的関係（lasting bonds）に拘束されていたか」［45］である。

特に従属関係（relationship of subordination）については、「個々の事案ごとに、当事者間の関係を特徴づけるあらゆる要素や状況をもとに検討しなければならない」［46］とする。そして、「Spies 氏が Holterman 社の株主としての資格において、自らがマネージャーである会社の運営機関（administrative body）の意思決定にどの程度影響を与えることができたかを検討し、Spies 氏に指示

45） Hassan Shenavai v Klaus Kreische, Case 266/85, ECLI：EU：C：1987：1；ブリュッセル条約５条１項（義務履行地管轄）に基づく国際裁判管轄権が問題となった事件である。ドイツの建築家である Shenavai 氏が、オランダに住所を有する Kreische 氏にドイツの別荘を設計した報酬を求めてドイツの区裁判所に訴えを提起した。

46） Jenard & Moller, *supra* note 35, para.41.

47） 労働者の移動の自由に関する裁判例（Deborah Lawrie–Blum and Land Baden–Württemberg C–66/85 EU：C：1986：284, paras.16 and 17）および Directive92/85（母性保護指令）に関する裁判例（Dita Danosa v LKB Līzings SIA, C–232/09, EU：C：2010：674, para.39）が参照される。

を出しその指示の遂行を監督（control）する権限を有していたのは誰かを確認する必要があり、Spies 氏の運営機関への影響力が軽微なものでないとすれば、労働者（worker）の定義に関する裁判例の目的からすれば従属関係は存在しないと結論付けるのが適当である」とする［47］。

以上から導き出される本裁判所の回答は次のとおりである。すなわち、ブリュッセルⅠ規則2章5節の規定は「ディレクターおよびマネージャーとしての資格で、一定期間当該会社のため当該会社の指示に従って労務を提供し、その対価として報酬を受領するのであれば、当該規則5条1項［（義務履行地管轄）］および3項［（不法行為地管轄）］の適用を排除するものとして解釈されなければならない」（［ ］内は筆者）［49］。

（2） Bosworth & Hurley 事件[48)]

本件はルガノⅡ条約の「個別労働契約」該当性が問題となった事件である。契約の当事者は、企業グループの CEO（Chief Executive Officer）、CFO（Chief Financial Officer）であり、グループ会社のディレクター（director）であり、株主であった。

（a） 事実の概要

Arcadia London、Arcadia Singapore、Arcadia Switzerland（以下では三社をまとめて「子会社ら」）は、いずれも Farahead Holdings Ltd の 100％子会社であり Arcadia グループに所属し、粗製油と油のデリバティブ取引事業を行っていた。Bosworh 氏および Hurley 氏（以下では両者をまとめて「Bosworth 氏ら」）はそれぞれ Arcadia グループの CEO（Chief Executive Officer）、CFO（Chief Financial Officer）であり、ともに英国国籍を有しスイスに住所を有していた。また、両者は、Arcadia London、Arcadia Singapore、Arcadia Switzerland のディレクター（director）であり、これらの会社を一方当事者とする雇用契約の当

48） Peter Bosworth and Colin Hurley v Arcadia Petroleum Ltd and Others, C–603/17 EU：C：2019：310,［2019］I.L.Pr.22.

事者であった。当該雇用契約は、Bosworth 氏らが起草するかまたは彼らの指示に従い起草されたものであった。Arcadia London、Arcadia Singapore、Arcadia Switzerland、Farahead Holdings Ltd（以下では、「Arcadia ら」）は、グループ会社に関連する不正取引によって Arcadia グループが損害を被ったとして Bosworth 氏らを英国で訴えた。Arcadia らによる訴えは、不法な方法での共同謀議（unlawful means conspiracy）、忠実義務（fiduciary duty）違反、雇用契約上の明示または黙示の義務違反に基づくものであった。

Bosworth 氏らは、本件訴えはルガノⅡ条約の個別労働契約に関する規定の対象となり、原告らが住所を有するスイスの裁判所に提起されるべきものであると異議を申し立てた。これに対して、Arcadia らは訴えを修正し、契約違反に基づく請求および共同共謀（conspiracy）の不法な手段による契約違反に基づく請求を取り下げた。

2015 年 4 月 1 日、高等法院女王座部（商事法廷）は、忠実義務違反および不法な方法での共同謀議に関する請求には管轄権を認めたが、忠実義務については、Bosworth 氏らが Arcadia らのうち一社と締結した雇用契約の当事者である時に生じたものに限り、これらの請求は個別労働契約に関するものであるからルガノⅡ条約に基づきスイス裁判所が管轄権を有するとした。

Bosworth 氏らは、控訴院（民事部）に控訴したが棄却されたため、本件の付託裁判所である連合王国最高裁判所に上訴した。連合王国最高裁判所は欧州司法裁判所に、ルガノⅡ条約 2 章 5 節［個別労働契約事件の管轄］の「個別労働契約」と判断するためにはどの程度の従属関係（relationship of subordination）が求められるか、契約当事者である個人が会社の日常的な業務や当該個人の義務の履行につき管理・決定できるが、株主が当該関係を終了させる権限を有するような場合にも従属関係は存在しうるのか、先決裁定を求めた[49]。

49） 連合王国裁判所は、欧州司法裁判所にその他 3 点の裁定を求めたが、欧州司法裁判所はその他の問題は Lugano II 条約 2 章 5 節の個別労働契約該当性を前提とするものであり、回答の必要はないとした［36］。

(b)　判旨

裁判所は、まず、ブリュッセルⅠ規則2章5節とルガノⅡ条約2章5節の個別労働契約事件に関する規定の文言の類似性から、前者の規定に関する欧州司法裁判所の解釈を、後者の規定の解釈に適用できるとする［22］。そして、Bosworths 氏らがルガノⅡ条約18条2項の「個別労働契約（individual contract of employment）」の当事者であり、「労働者（employee）」であるかを考える必要があり［23］、これらの「個別労働契約」や「労働者」の判断は、国内法により解釈されるのではなく、全ての締約国に共通の独立した解釈がなされるべきとした［24］。

「労働者」の概念については、欧州司法裁判所は一貫して、「問題となる者の権利及び義務を考慮し労働関係（employment relationship）を特徴づける客観的な基準により定義されなければならない」と判示してきたとし、さらに「労働関係」について次の通りとする。すなわち、「労働関係の重要な特徴とは、ある者が一定期間、他者のためにその者の指示に従い労務を提供し、賃金を対価に労務を提供すること」であり［25］、「労働関係は、労働者と雇用者の階層的な関係の存在を前提とするものであり、かつ、このような関係の存在は個々の事案ごとに、当事者間の関係を特徴づけるあらゆる要素や状況をもとに検討しなければならない」。［26］

さらに、ルガノⅡ条約2章5節の規定に従えば、これらの規定の適用は、形式的な契約の存在を要件とするものではなく［27］、労働関係は会社と取締役との間に従属関係（relationship of subordination）が存在する場合にのみ、「個別労働契約」として扱われうるとした［28］。

裁判所は、本件における次の事情を示す。すなわち、Bosworth 氏らは、Arcadia グループの CEO または CFO であり、子会社らのディレクター（director）である。Bosworth 氏らが締結した雇用契約は自ら起草するか彼らの指示に従い起草されたものであり、Bosworth 氏らは Arcadia グループの全会社を代表して活動していた。［29］また、Bosworth 氏らは、誰をどこでどのような条件で雇用するかも管理していた［30］。

以上から、裁判所は次の通り判断する。すなわち、「Bosworth 氏らは Arcadia らに影響力（ability）を有しており、この影響力は些細な（negligible）ものではなく、それゆえ、彼らが Arcadia らの株主であるかどうかに関わらず、従属関係は存在しないと結論付けなければならない」［31］。そして、当該判断に関し、Arcadia グループの株主らが原告らの「雇用および解雇」の権限を有していることは無関係であるとする［32］。

本裁判所は、本件で示された状況のもとでは、ある会社と当該会社のディレクターとの間で締結された契約は、ルガノⅡ条約2章5節における個別労働契約にあたらないとする「34」。

以上から導き出される本裁判所のルガノ条約2章5節の規定の解釈に解する回答は次のとおりである。すなわち、「ある会社と当該会社のディレクターとしての義務を遂行する者の間の契約であって、従属関係を形成しないものについては、当該規定における個別労働契約として扱われえない。たとえ当該会社の株主が当該契約を終了させる権限を有していたとしても、当該者が自らの義務の履行や当該会社の日常的な業務に対してコントロール権や自治権（autonomy）を有しており、当該契約の文言を決定したりこれを決定しうる場合にはそうである。」［35］

(3)　ROI Land Investments 事件[50)]

本件は、ブリュッセルⅠa 規則上の「個別労働契約」への該当性が問題となった事件である。本件の当事者もディレクター（director）であるという点で上述の二つの判例と共通するが、問題となった契約が、雇用契約ではなく雇用契約から生じる報酬の支払いを保証する契約であるという点に特徴がある。

(a)　事実の概要

ROI Land 社（以下「ROI 社」）は、カナダに本拠を有する不動産会社であった。FD は、ドイツに住所を有し、2015年9月から ROI 社で「Deputy vice

50)　ROI Land Investments Ltd v. FD, C-604/20［2022］.

president investors relations（投資家向け情報担当代理副部長）」として働いていた。FD と ROI 社は、設立予定のスイス会社に契約関係を移すこととし、2015 年 11 月に雇用契約を遡及的に終了することで合意した。

2016 年 1 月 24 日、ROI 社を親会社とし、スイス法に基づいて R Swiss AG 社（以下、「R Swiss 社」）が設立された。2016 年 2 月 12 日、FD は R Swiss 社と文書による雇用契約を締結した。R Swiss 社は FD をディレクター（director）に任命し、スタートアップボーナスとして 17 万米国ドル、毎月の給与として 42,500 米国ドルを支払うものとした。また、FD は、ROI 社との間で 2015 年 10 月 1 日に遡り FD が 17 万米国ドルの融資を受ける契約を締結した。当該融資契約の目的は、雇用契約上の 4 か月分の FD への報酬を、スタートアップボーナス同額を ROI 社に弁済する融資へと変えることにあった。同日、FD と ROI 社は、R Swiss 社との雇用契約から生じる FD への義務を ROI 社が直接負う契約（本件保証契約）へ署名した。

2016 年 7 月 11 日に FD は R Swiss 社に解雇され、ドイツのシュトゥットガルト労働裁判所へ異議を申し立てた。同裁判所は解雇無効と FD への給与およびボーナスの支払いを認めた。しかし、R Swiss 社は支払いをなさず、2017 年 3 月上旬に R Swiss 社倒産手続が開始されたが財産不存在により終了した。

FD は、同裁判所に、ROI 社と FD との間の本件保証契約を理由に、R Swiss 社が FD に負う債務を ROI 社が支払う命令を求めた。しかし、国際裁判管轄権を有しないとして、訴えは却下された。FD が控訴したところ、バーデン＝ヴュルテンベルク州労働裁判所がドイツの国際裁判管轄権を認めたため、ROI 社がドイツ連邦労働裁判所へ上訴した。本件は、ドイツ連邦労働裁判所が、雇用契約から生じる債務を保証する契約に関する訴えについて、ブリュッセル I 規則の個別労働契約事件の規定に従い管轄権の判断をなしうるか等[51]に関して先決裁定を求めたものである。

51） 本件の訴えが Brussels I 規則の個別労働契約事件に当たらない場合についても判断されるが、本稿の対象から外れるために省略する。

(b)　判旨

裁判所は、まず、ブリュッセルⅠa 規則2章5節の規定は、弱者の利益により適した規定をおくことで弱者を保護することを目的とするという［25］。

そして、ブリュッセルⅠ規則との関係から次を示す。すなわち、ブリュッセルⅠ規則19条2項［(ブリュッセルⅠa 規則21条2項の前身)］に関する欧州司法判所の判例によれば、「当該規定の法的概念は、すべての加盟国で統一的な適用がされるために、自律的に解釈されなければならない」とされる［28］。ブリュッセルⅠa 規則21条2項はブリュッセルⅠ規則19条2項に対応するものであり、ブリュッセルⅠa 規則21条2項も自律的に解釈されなければならない（ブリュッセルⅠa 規則80条および Annex III）（［ ］内は筆者）［29］。

さらに裁判所は、ブリュッセルⅠa 規則21条の適用には、労働者と雇用者の間の労働関係（employment relationship）が前提となるとする［30］。そして、この「労働関係」については、判例法から次が明らかであるとする。すなわち、「労働関係は客観的な基準により定義されるが、その主要な特徴は、ある者が一定期間、他者のためにその者の指示に従い労務を提供し、賃金を対価に労務（service）を提供することである」［31］。また、「形式的な契約の不存在は雇用関係の存在を排除するものではなく、労働関係は、労働者と雇用者間の従属関係（relationship of subordination）を前提とするものである。このような従属関係の存在は、当事者間の関係を特徴づけるあらゆる要素や状況を考慮して事案ごとに検討されなければならない。」［32］

裁判所は「考慮すべき状況」として次を示した。すなわち、「考慮すべきは、FD と ROI 社との保証契約や FD と R Swiss 社との間の雇用契約締結に関する状況であり、たとえば、当該雇用契約の締結前に FD は ROI 社との雇用契約に拘束されていたという事実や ROI 社が保証契約を締結しなければ本件雇用契約は成立しなかったであろうという事実、そして、本件保証契約は FD の給与の支払いを保証することを意図していたという事実などである。また、これらの契約の締結が、FD が初めは ROI 社のために、次に ROI 社の100％子会社である R Swiss 社のために行っていた活動の性質を変えるものではなかったと

いう事実も関連するものである。」[35]

以上から導き出される欧州司法裁判所の回答は次のとおりである。すなわち、「労務を提供する相手方が加盟国に本拠を有するかどうかにかかわらず、形式的な雇用契約には拘束されないが、第三者との雇用契約が依拠する保証契約により当該第三者の義務履行について労働者に直接責任を負う者は、当該者と労働者との間に従属関係があれば、」労働者はブリュッセルⅠa規則の労働契約の規定に従い訴えを提起することができる。[36]

(4) 小括

以上の裁判例からは、次の（i）から（v）のルールを導き出すことができる。

(i) ブリュッセルⅠ規則、ブリュッセルⅠa規則、ルガノⅡ条約上の概念は、内国実質法によらず自律的に解釈されるべきである（Holterman事件［36］、［37］、Bosworth & Hurley事件［24］、ROI Land Investments事件［28］［29］）。

これらの条約・規則上の概念については、準拠法に従い法性決定すべきとの見解も見られた。しかし、上述裁判例により、自律的に解釈されることが明らかになったとされる[52)]。

(ii)「労働契約（contract of employment）は、労働者を企業または雇用者の事業組織（organizational framework of the business）に一定程度組込む継続的な関係（lasting bonds）を構築するものであり、強行規定および集団協約の適用を決める活動の遂行地に結びつけられる」（Holterman事件［39］）

(iii)「労働関係（employment relationship）の重要な特徴とは、ある者が一定期間、他者のためにその者の指示に従い、賃金を対価に労務（service）を

52) 第4版では準拠法により判断すべきとしていたところ、見解を変えたものとして Plender & Wilderspin, *Supra* note 41 paras.11-022 and 11-023（5th ed. 2020）.

提供すること」である（Holterman 事件［41］、Bosworth & Hurley 事件［25］、ROI Land Investments 事件［31］）。

（iv） 労働関係（employment relationship）は雇用者と労働者の間の従属関係（relationship of subordination）を前提とする（Holterman 事件［40］、ROI Land Investments 事件［28］）。

（v） 従属関係（relationship of subordination）は、「個々の事例に応じて、当事者間の関係を特徴づけるあらゆる要素や状況をもとに検討しなければならない」（Holterman 事件［46］、Bosworth & Hurley 事件［26］、ROI Land Investments 事件［32］））。

以上の（ii）–（v）からは、個別労働契約を判断するため、次の要素が考慮されていることがわかる。すなわち、①契約の他方当事者への労務提供、②当該労務の対価として報酬の受領、③契約の他方当事者による指示・管理、④契約当事者間の従属関係、⑤契約の他方当事者の組織への組入れである。上述三判例では、特に従属関係の存在を重視していた[53]。そして、従属関係は、個々の事案ごとに判断がされなければならないとする。ここでいうあらゆる要素や状況とは、事業のリスク分担、労働時間を選択できたり、アシスタントを雇用したりする自由などをいうとされる[54]。

しかし、これらの要素については不明確な点もある。第一に、⑤の要素である。①②③④の要素は、3つの裁判例のいずれでも示されていたが、⑤の要素は、Holterman 事件にのみ示される。また、文献によっては、これを個別労働契約の判断要素に挙げないものがある[55]。

次に、④の従属関係である。Holterman 事件では、Jenard/Moller 報告書により、「雇用契約」の概念は、雇用者に対する労働者の従属関係を前提にする

53） Adrian Briggs, The Contrlict of Laws, 228（2019）；Plender & Wilderspin, *supra* note 41, para.11–015 note 30；Staudinger–BGB/Magnus（2021）Rom I–VO Art. 8, Rn. 37.

54） C–3/87 The Queen v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Agegate Ltd.［1989］ECR 4459；［1990］1 CMLR 366,［36］. *See also*, Grušić, *supra* note 2, at 79.

ものと考えられるとする［40］[56]。また、ROI Land Investments 判決も同旨を示す［28］。他方、Bosworth & Hurley 事件では「労働関係は…従属関係が存在する場合にのみ、…「個別労働契約」として扱われうる」［28］とする。この判示からは、従属関係と独立して労働関係は存在し、「個別労働契約」として認められるためには従属関係の存在が求められるようにも読める。しかし、本判決では同時に「労働関係は、労働者と雇用者の階層的な関係の存在を前提とする」［26］ともされており、「階層的な関係」が「従属関係」を意味するのであれば Holterman 事件・ROI Land Investments 判決の趣旨に沿う。

Ⅳ．検討

1．法性決定の方法

欧州司法裁判所は、上述の条約や規則上の個別労働契約の概念を自律的に解釈することを示した。自律的な解釈がされる理由として、まず、適用の統一性を促進するという点があげられる[57]。また、自律的解釈によれば、保護の必要な労働者すべてを個別労働契約に含むことができることから、労働者保護に資するという点もあげられる[58]。他方で、法性決定を個別準拠法によらせるとすれば、準拠法を決定する法性決定のために準拠法を決定しなければならず循環論に陥る[59]。日本でも、同様の理由から、抵触規則の概念の解釈は国際私法独

55） 判断基準に挙げるものとして、Staudinger–BGB/ Magnus（2021）Rom I–VO Art.8, Rn.36；1 Chitty on Contracts, para.33–204［Louis Merret］（Hugh G. Beale Gen. ed. 34th ed. 2021）；Wolfgang Kozak, *Crowdwork mit Auslandsbezug, available at* https://www.gig–economy.at/kapitel–11–crowdwork–mit–auslandsbezug/；McClean et al. The Conflict of Laws, para.15–401（9th ed. 2016）があり、判断基準に挙げないものとして、2 Dicey Morris & Collins on The Conflict of Laws, para.33–279（16 ed. 2022）、Merret, *supra* note 28, para.6.49 がある。

56） *See also*, Merret, *supra* note 28, para.3.48

57） *Id.*

58） Grušić, *supra* note 2, at 68；Franzen/Wutte, *supra* note 28, para.6. 同様の趣旨から、適用通則法 18 条は「製造物責任」等の文言を用いず、適用通則法に特有の「生産物責任」等の文言により規定される。

自の立場から行うとする考え方が、広く受け入れられ[60]、適用通則法の立法担当者による解説書でも適用通則法上の「労働契約」は「実質法上の契約の累計名（雇用、請負、委任等）に左右されるものではない」とされる[61]。法性決定を国際私法独自の立場によるとしたとき、次に問題になるのは、いかなる方法により国際私法独自の概念を導き出すかである。これには、世界各国の実質法を比較して得られる共通法概念を基準とすべきとの考え方もあるが現実的ではなく、抵触規則の趣旨・目的を考慮して検討すべきとの考え方が有力である[62]。この考え方によれば、性質決定は、日本の国際私法の体系の中で決められ、個々の抵触規則の解釈を行うことで、規定に含まれる事項的概念の適用範囲が確定されるというのである。

2. 具体的な判断基準

上述の考え方によれば、国際私法上の法性決定を行う際、考慮すべきは適用通則法12条の趣旨・目的である。適用通則法12条は、契約において弱者である労働者の保護を目的として規定される（上述Ⅱ1）。

EU の裁判例において、従属関係の存在が決定的な要素とされていたのは、労働契約事件の特則が弱者である労働者保護を目的とするためである。弱者でなければ保護の必要性はなく、特則を適用する必要もないからである[63]。労働者保護を目的とするのは、日本の適用通則法12条も同じである。実質法によ

59） Merret, *supra* note 28, para.3.11.

60） 中西ほか・前掲注(12)61頁、澤木＝道垣内・前掲注(12)21頁、櫻田嘉章『国際私法〔第7版〕』77頁（有斐閣、2020年）、山内惟介＝佐藤文彦編『〈標準〉国際私法』20頁（信山社、2020年）、神前禎ほか『国際私法〔第4版〕』34頁［元永和彦］（有斐閣、2019年）、山田鐐一『国際私法〔第3版〕』51頁（有斐閣、2004年）。横山・前掲注(12)38–39頁も同旨か。

61） 小出編著・前掲注(8)156–157頁。

62） 中西ほか・前掲注(12)63頁、櫻田・前掲注(60)79頁、山内＝佐藤・前掲注(60)20頁、横山・前掲注(12)40頁、山田・前掲注(60)52頁、木棚照一ほか『国際私法概論〔第5版〕』39頁（有斐閣、2007年）。

63） Plender and Wilderspin, *supra* note 41, para.11–015.

れば労働契約の存在が認められる場合にも、当事者の一方が弱者であると言えない場合には、日本の抵触法上も保護を与える必要はないだろう。

しかし、当事者保護の必要性判断を EU に倣い従属関係により行うとすれば、次の点に注意が必要である。第一に、従属関係という概念自体が必ずしも明確ではないという点である。ある文献では、従属関係の決定的な要素は、労務の経済的かつ社会的リスクの保有であるとする[64]。他方、別の文献は、従属関係の判断要素として雇用者の指揮命令権を重視しているように読める[65]。

第二に、労働契約の多様性から判断の予測可能性や確実性の確保が難しいという点も挙げられよう。労働契約は多様である。それゆえに、消費者契約に関する適用通則法11条が消費者の常居所地法の適用を認めるのに対して、労働契約に関する同法12条は最密接関係地法によらせるものとし、柔軟性を確保する[66]。近年、テレワークやギグワークの進展など、2006年の適用通則法制定時以上に働き方はますます多様化しているといえる[67]。このような労働契約の多様性からすれば、従属関係が一定程度明確化されたとしても、労働者保護の必要性は、EU の裁判例が示すように当事者間の関係を特徴づけるあらゆる要素・状況を考慮し、事例ごとに判断しなければならない。この時、判断は裁判官の裁量によるところが大きくならざるをえず、結果の予測可能性や確実性が十分に保証されうるとは言い難い[68]。日本の実質法においても、労働者性の判断は「使用従属性」[69]に基づいてなされるが、ケース・バイ・ケースの判

64） Staudinger–BGB/Magnus（2021）Rom I–VO Art.8, Rn.3.　また、従属関係の判断要素と明記はしないが、雇用者への経済的な依存を労働概念（concept of employment）の重要な考慮要素とするものとして、Merret, *supra* note 28, para.3.45 at 59。

65） Franzen/Wutte, *supra* note28, para.s. 6a and 8. これによれば、Holterman事件の裁判所は、自身へ指示・監督する会社の機関に、取締役が影響力を有しそれが些細なものではない場合に従属関係を認めないものとしており、抵触規則について定めたローマⅠ規則の労働者の解釈においても、雇用者が指揮命令をする権利を重視している

66） 補足説明・前掲注(4)158頁。

67） いわゆるプラットフォームワークについても、その種類は様々であることを示したものとして、Janine Berg et al. *Digital Labour Platforms : A Need for International Regulation?,* Revista de Economia Laboral 16(2) 105（2019）などを参照。

断となることが多いとされる[70]。

第三に、近年の働き方の変容に伴い、実質法にも変化が見られるという点があげられる。確かに、上述の EU の裁判例は、役職者と会社との関係についてはある程度判断の基準を明らかにした。しかし、これらは、プラットフォームを介して行うような新しい働き方について明確な基準を示すものではない[71]。新しい働き方について、EU では、プラットフォーム就労指令案（プラットフォーム就労における労働条件の改善に関する欧州議会および閣僚理事会による指令案）[72]が提案されているところであり[73]、日本でも「フリーランスに係る取引適正化のための法制度」[74]について検討が進んでいる。また、日本の実質法に関する学説にも、労働者の判断は使用従属性によりなされるとするのが現在の支配的な見解であるが[75]、働き方の変容から、労働契約法について次のように考えるものがあらわれている。すなわち、労働契約法が「契約の成立、変更、解約に関する私法的保護を中心とする契約保護をはかるものであること、

68） Merret, *supra* note 28, para.3.37 at 56. また、従属性基準は不明確であるとの見解として、Briggs, *supra* note 53, at 228。また、指揮や組織への参入にという基準についても判断に幅があり “明確（hard–edged）” な基準ではないとする見解（2 Dicey, Morris & Collins, *supra* note 55, para.33–279）や、その柔軟性を指摘する見解（Louise Merret, *The Contract of Employment in its Inernational and European Law Setting*, The Contract of Employment, 632（Mark Freedland ed. 2016））がある。

69） 日本における「使用従属性」は「指揮監督下の労働」と「賃金支払」の2つの基準を総称するものとされる（労働基準法研究会「労働基準法の「労働者」の判断基準について」1頁、昭和60年12月19日 *available at* https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r9852000000xgbw–att/2r9852000000xgi8.pdf。

70） 橋本・前掲注(42)92頁。

71） *See also*, Merret, *supra* note 33, para.3.59.

72） Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work, COM/2021/762 final. 条文および解説についての日本語訳として、井川志郎「EU のプラットフォーム就労指令案：条文全訳と解説」労判1261号5頁以下（2022年）、本指令案の解説として、濱口桂一郎「EU のプラットフォーム労働指令案」『労基旬報』2022年1月5日号（*available at* http://hamachan.on.coocan.jp/roukijunpo220105.html）（2022年11月2日確認）も参照。

また、事業概念を用いず、労働者の定義を与えていることを考えれば、労契法上の労働者は、契約当事者の交渉能力の不均衡を基準に捉えるべき」とするものである[76]。確かに、日本法・EU法ともに、国際私法上の労働契約の概念は、独立・自律的に解釈すべきとされている。しかし、実質法上の概念の影響は否定できない。プラットフォームを介して仕事を請け負うような新しい働き方に関しては、今後の実質法の進展にも注視しながら、改めて検討する必要があると考える。

V．おわりに

本稿では、EUの裁判例から、日本の適用通則法の個別労働契約の判断に、得られる示唆があるかを考察した。

欧州裁判所は、近年、個別労働契約事件の国際裁判管轄に関して、3件の判

73） プラットフォーム就労令案（就労指令案）の目的は、プラットフォーム就労者の就労従事者の労働条件を改善することにある（就労指令案1条1項）。労務の提供がEU域内で提供されれば適用されるとし（就労指令案1条3項）、プラットフォームが労務提供をコントロールしている場合に、当該プラットフォームとそのプラットフォームを介して働く労働者との間には労働関係（employment relationship）の存在が推定される（就労指令案4条1項）。労務提供に対するコントロールは、次の2つ以上を行っている場合に認められる（就労指令案4条2項）。すなわち、①報酬額の実質的な決定または報酬水準の上限設定（effectively determining, or setting upper limits for the level of remuneration）、②外見、サービス受領者に対する振舞い、または労務提供に関連する特定の拘束ある規律への順守を労働者に要求、③電子的な方法によるものも含め、労務提供の監督または労務の成果の審査、④制裁による場合も含め、労務の編成にかかる自由、とりわけ、労務に従事する時間もしくはしない時間の選択、または下請けもしくは代替要員の利用についての裁量に対する実質的な制約、⑤顧客基盤の形成または第三者への労務提供の可能性への実質的な制約、である。

74） 2022年9月にパブリックコメントが求められ、その結果が公表されている（「フリーランスに係る取引適正化のための法制度の方向性」に関する意見募集の結果について *available at* https://public-comment.e-gov.go.jp/servlet/Public?CLASSNAME=PCM1040&id=060830508&Mode=1.）。

75） 新基本法コンメンタール・前掲注(15)82頁［毛塚勝利］参照。

76） 前掲注。石田・前掲注(15)431頁も同旨。

断を示している。裁判例はいずれも、当事者間の従属関係の存在を重視し、労働契約の有無を判断する。従属関係を重視する理由は、労働契約に適用される規定の労働者保護にあるためである。保護に値すべき弱者でないとすれば、保護の規定は適用されないとするのがその趣旨である。

日本の抵触法でも、法律関係の性質決定は、その規定の趣旨・目的を考慮してなされるべきと考えられる。適用通則法12条も、労働者保護をその目的とする。従って、EU の裁判例と同様に、本条は、保護に値しない者への適用を排除すべきものと考える。

しかしながら、保護の妥当性の具体的な判断基準を、本稿で取り上げた EU の裁判例に倣うべきか考える際には注意が必要である。第一に、欧州裁判所の示す「従属関係」の概念それ自体が明確とは言えず、第二に、従属関係の概念がある程度明確になったとしても、契約の多様性から判断はケースバイケースになり、予測可能性や確実性に不安があり、第三に、本稿で取り上げた裁判例は、従来の働き方を前提とし役職者と会社との間の関係について判断するものであり、情報技術の進展に伴う新しい働き方に妥当しうるか疑問が残るからである。

現時点、新しい働き方に対する労働法規のあり方が実質法においても検討され、欧州・日本で立法化が進んでいるところである。また、本稿では扱いきれなかったが、国際裁判管轄権に関する日本の民事訴訟法の規定でも、EU 法と同様に労働契約に関して適用範囲が問題となりうる（民訴法３条の４第２項・第３項、３条の７第６項）。実質法の進展にも注視しさらに検討していきたい。

【謝辞】本研究は、JSPS 科研費 22K01172 の支援を受けたものである。

（ふじさわ・なおえ　筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）

論　説

租税条約において定義されていない用語の解釈についての考察

――日ルクセンブルク租税条約みなし配当事件を素材として――

本　田　光　宏

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　日ルクセンブルク租税条約みなし配当事件
　1　事実関係
　2　判旨
　3　問題意識
Ⅲ　租税条約の解釈の基本原則
　1　概要
　2　ウィーン条約法条約と OECD モデル租税条約３条２項との関係
　3　租税条約の解釈について
Ⅳ　本件文言の解釈について
　1　制度的側面
　2　目的的側面
　3　歴史的側面
　4　小括
Ⅴ　おわりに

Ⅰ　はじめに

日ルクセンブルク租税条約[1)]10条（配当）の規定する親子間配当の特別税率の適用に係る株式の保有期間要件の ”the end of the accounting period for which the distribution of profits takes place”[2)]（以下「本件文言」という。和訳は「利得の分配に係る事業年度の終了の日」。）の解釈が争点となった還付金（過誤納

1)　所得に対する租税及びある種の他の租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国とルクセンブルク大公国との間の租税条約（平成４年条約第11号、改正平成23年条約第14号）

金）返還請求事件[3]（以下「日ルクセンブルク租税条約みなし配当事件」という。）は、租税条約において定義されていない用語の解釈が争点とされた事件である。

OECD モデル租税条約における定義規定としては、「居住者」(4条)、「恒久的施設」(5条)、「不動産」(6条）の他、各条の定義として「配当」、「利子」、「使用料」があり、また、3条1項では、一般的定義として、文脈上他の意義に解すべき場合を除き、「者」、「法人」、「企業」、「一方の締約国の企業」・「他方の締約国の企業」、「国際運輸」、「権限ある当局」、「国民」、「事業」、「認定年金基金」の定義を規定する。

2）　日ルクセンブルク租税条約10条（配当）

2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident, and according to the laws of that Contracting State, but if the recipient is the beneficial owner of the dividends the tax so charged shall not exceed:

(a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company which owns at least 25 per cent of the voting shares of the company paying the dividends during the period of six months immediately before the end of the accounting period for which the distribution of profits takes place;

(b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.

The provisions of this paragraph shall not affect the taxation of the company in respect of the profits out of which the dividends are paid.

（和文）

2 1の配当に対しては、これを支払う法人が居住者とされる締約国においても、当該締約国の法令に従って租税を課することができる。その租税の額は、当該配当の受領者が当該 配当の受益者である場合には、次の額を超えないものとする。

(a) 当該配当の受益者が、利得の分配に係る事業年度の終了の日に先立つ6箇月の期間を通じ、当該配当を支払う法人の議決権のある株式の少なくとも25パーセントを所有する法人である場合には、当該配当の額の5パーセント

(b) その他のすべての場合には、当該配当の額の15パーセント

この2の規定は、当該配当を支払う法人のその配当に充てられる利得に対する課税に影響を及ぼすものではない。（下線は筆者）

なお、日ルクセンブルク租税条約では、正文は英文である。

3）　東京地裁判決令和4年2月17日（令和元年（行ウ）第453号、還付金（過誤納金）返還請求事件）、LEX/DB 文献番号25604054。

一方、その他の多くの租税条約において定義されていない用語の解釈については、3条2項の規定する解釈ルールに委ねられている。

OECDモデル租税条約3条2項の解釈を巡っては、海外でも裁判例[4]や研究者の見解の相違等[5]も見られるところ、日ルクセンブルク租税条約みなし配当事件の東京地裁判決では、その論点の1つである「文脈により別に解釈すべき場合を除くほか」については検討せずに、直ちに国内税法を参照した判断を導いており、租税条約の固有の解釈の観点からの検討も必要ではないかと思われる。

本事件は、租税条約で定義されていない用語の解釈が正面から争われた初めての訴訟事件であり、条約の正文である英文の本件文言の解釈が争われている。また、争点となっている本件文言は、OECDモデル租税条約にはない我が国独自のモデル案文で、多くの租税条約で規定されている文言である。

本稿では、まず、東京地裁判決で示された租税条約で定義されていない用語の解釈に係る判断について考察を加え、次に、その解釈に当たり重要となる判断枠組みを中心に、本事件を素材として考察することとする。

Ⅱ　日ルクセンブルク租税条約みなし配当事件

1　事実関係

ルクセンブルク法人P社は、内国法人であるS1社及びS2社（いずれも10

---

4)　海外の最近の裁判例については、今村隆「租税条約3条（2）と性質決定の抵触－英国とドイツの最近の判例を検討して－」税大ジャーナル30号（2019年12月）で詳しく紹介されている。また、OECDモデル租税条約3条2項に関する先行研究として、谷口勢津夫『租税条約論』（清文社・1998年）がある。

5)　M. Lang, Tax Treaty Interpretation – A Response to John Avery Jones, 74 Bull. Intl. Taxn. 11（2020）, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD; J.F. Avery Jones, The Benefits of Article 3（2）of the OECD Model, Essays on Tax Treaties: A Tribute to David A. Ward（2012）, A Fresh Look at Article 3（2）of the OECD Model, 74 Bull. Intl. Taxn. 11（2020）, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD. 研究者の見解については、坂巻綾望「租税条約において定義されていない用語の解釈－ OECDモデル租税条約3条2項は条約法条約における解釈規則の特別法か？」国際取引法学会7号（2022年3月）で詳しく紹介されている。

月決算、以下「S社ら」）の全株式を平成26年4月29日に取得し、同日から平成26年10月31日までの期間を通じ100％所有し、現在に至るまでその取得した株式を所有し続けている。

S社らは、平成26年8月1日に子会社である他の内国法人に特定の事業部門を承継させる会社分割を行い、対価として取得した分割承継法人の持分の全てをP社に分配した。当該会社分割は非適格分割型分割に該当したため、みなし配当が発生した。

P社に生じたみなし配当につき、S社らは、当初、国内法に基づき20.42％相当の税額を源泉徴収して所得税（約28億円）を納付したものの、P社は日ルクセンブルク租税条約10条2項（a）の規定する特別税率5％の適用を受ける旨の届出書を提出するとともに、当初納付額と5％の税率との差額（約21億円）の還付請求を行った。

これに対し、国は、P社に対して特別税率5％の適用は認められない伝え、当初納付額と10条2項（b）の限度税率15％による税額との差額部分（約7億円）を還付した。

P社は、当初の還付請求額約21億円と還付額約7億円との差額14億円の還付金と還付加算金の支払を求めて訴訟に至った。

国側は、日ルクセンブルク租税条約10条2項（a）が保有期間要件を設けている趣旨は、特別税率の適用対象者を適切に特定するためであり、本件文言についても「利得の分配」の種類や内容に応じて解釈すべきであり、本件文言は、利得の分配と関連付けられた一時点として配当の受領者が特定される時点を意味するものとする。本件のような分割型分割によるみなし配当の場合には、「分割型分割の日の前日」がこれに当たり、その結果、P社は日ルクセンブルク租税条約10条2項（a）に規定する保有期間要件を満たさないとする。

これに対し、P社は、本件文言は、「配当を支払う法人がその原資である所得を一般に公正妥当と認められる会計処理の基準に従って計算する会計期間の末日」とし、その結果、P社は日ルクセンブルク租税条約10条2項（a）に規定する保有期間要件を満たすとする。

（時系列イメージ）

争点は、本件みなし配当について、日ルクセンブルク租税条約10条2項（a）に定める保有期間要件を満たすか否かであり、具体的には、本件文言を意味する日とは、いつかである。

2　判旨

（1）　判断枠組み

本件文言の解釈を検討するに当たり、国際条約に関する基本原則を定めたウィーン条約[6)]31条1項に基づき、「まず、①本件租税条約3条2項に定められた文脈に従って、日本の法令における当該用語の意義について政府訳文を参照しつつ検討し、次いで、②ウィーン条約31条1項が提示するもう一つの規則である『趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味』についても、正文である英文に基づき検討する」。

6)　条約法に関するウィーン条約（昭和56年条約第16号）（以下「ウィーン条約法条約」という。）

(2)　日本の法令における用語の意義

「本件文言は、政府訳文によれば、『利得の分配に係る事業年度の終了の日』であるところ、…法人税法の規定（筆者注:法人税法13条）の規定に照らせば、…法令又は定款等に1年を超えない会計期間の定めがある法人については、その会計期間が『事業年度』となる。以上によれば、本件文言は、日本の法令における用語の意義としては、『利得の分配に係る会計期間の終了の日』を意味するものと言うべきである。」

(3)　趣旨及び目的に照らして与えられる通常の用語の意味

本件保有期間要件は、「源泉地国における配当課税の軽減に関する濫用的な事例への対策という趣旨からは、…配当受領法人において一定期間以上、配当支払法人の株式の保有が継続していることが求められるところ、具体的に、…要件の定め方は、条約締結国の合意によって選択、決定すべき事柄である。実際に二国間条約で定められた例としては、例えば、旧日英租税条約のように『利得の分配に係る事業年度の終了の日に先立つ』期間とするものや、新日英租税条約のように『当該配当の支払を受ける者が特定される日を末日とする』期間とするものが見られ、また、モデル条約2017年版では、『当該配当の支払の日を含む365日の期間』という規定例が示されている。これらの例に照らすと、…濫用的な事例への対策という目的を達成するためには、最低保有期間として定められる期間が当該配当と一定の関連性を有するものであれば足りるというべきであり、必ずしもこれが配当受領者の特定される時点に先立つ期間であることまでをも要するということはできない。」

「『the period』は『会計』を意味する『accounting』…という単語によって修飾され、…かつ、『利得の分配』、…『行われる、起きる』…という修飾も付されているところ、…上記の各修飾は最低保有期間について課税の対象とされている配当と一定の関連性を有することを示すものであると解される。そうすると、本件文言のうち、『the accounting period for which the distribution of profits takes place』とは、利得の分配（配当）が行われる会計期間をいうもの

と解するのが相当である。」

(4)　小括

「以上によれば、本件文言は、日本の法令における当該用語の意義…としては、『利得の分配に係る会計期間の終了の日』を意味するものであり、その趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味としては、『利得の分配（配当）が行われる会計期間の終期』を意味するものであるところ、前者と後者は実質的に同義であるということができる。そうすると、本件文言の解釈については、正文に基づき検討した後者の表現に従い、『利得の分配（配当）が行われる会計期間の終期』と解するのが相当である。」

(5)　国側の主張について

①「配当受領者が特定される時点」について

「本件文言の文理に反し、文脈としても、その趣旨及び目的に照らし与えられる用語の通常の意味としても採用することができない」。

②「分割型分割の直前の日」について

「本件規定（a）に本件保有期間が設けられた趣旨は、同規定が5％の軽減税率を定めることにより課税の繰り返しを避け国際投資の促進を図ろうとする一方、その適用について濫用的な事例への対策を図るため、配当支払法人の株式を一時的に取得するだけでは足りず、最低保有期間においてその保有を継続することを要するとしたものであるところ、このような濫用的な事例への対策という目的を達成するためには、最低保有期間として定められる期間が当該配当と一定の関連性を有するものであれば足りるものであって、最低保有期間における投資（株式保有）のすべてが当該配当の受領に向けられたものであること、すなわち最低保有期間の全てが配当受領者の特定に先立つものであることまでは、必ずしも必要とされるものではない」。

③親子間配当の特別税率の趣旨について

「本件租税条約において法的二重課税の除去は24条に定められており、両国間の課税の公平を図るために10条2項（本件規定（b））において源泉地国の配当課税につき15％の限度税率が定められているところ、これに加えてさらに5％の軽減税率を本件規定（a）において定めたのは、相手国法人が源泉地国への投資をする際に、源泉地国において子会社の利得に対する所得税及びその利得の分配に対する配当課税という形で課税が繰り返されることが相手国法人にとって投資の障害となるため、源泉地国における配当課税を5％という低い税率に軽減することによってかかる障害を除去しようとしたものと解すべきであり、モデル条約コメンタリーもこの趣旨をいうものと解される。」

3　問題意識

上記の東京地裁判決については、以下の3つの点が指摘できると思われる。

(1)　判断枠組みについて

まず、東京地裁判決は、ウィーン条約法条約31条1項にいう「文脈」及び「趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味」に基づく解釈の枠組みを示すものの、ここでいう「文脈」に当たる日ルクセンブルク租税条約3条2項が規定する「文脈に別に解釈すべき場合を除く」については検討されていない点が指摘できる[7)]。

日ルクセンブルク租税条約3条2項では、下記のとおり、条約において定義されていない用語の意義については、まず文脈により別に解釈すべき場合の検討が必要とされる。東京地裁判決では、本件文言について、直ちに国内法に定

7)　OECDモデル租税条約コメンタリー、3条、パラグラフ12は、「2は、文脈により別の解釈を必要としない場合においてのみ、定義されていない用語を意味付けている国内法が適用される」とする。OECD（2017）, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris. 和訳は、水野忠恒監訳『OECDモデル租税条約2017年版』（日本租税研究協会・2019年）参照。

める意義を有すると解しており、条約において定義されていない用語の意義についての解釈という点では、東京地裁判決の判断は十分ではないと思われる。

> 2. 一方の締約国によるこの条約の適用上、この条約において定義されていない用語は、文脈により別に解釈すべき場合を除くほか、この条約の適用を受ける租税に関する当該一方の締約国の法令における当該用語の意義を有するものとする。（下線は筆者）

(2) 親子間配当の特別税率の趣旨について

次に、東京地裁判決は、親子間配当の特別税率の趣旨について、「源泉地国において子会社の利得に対する所得税及びその利得の分配に対する配当課税という形で課税が繰り返されること」の障害の除去、いわゆる経済的二重課税の排除と解し、法的二重課税の排除を否定する点である[8)]。また、法的二重課税の除去は、日ルクセンブルク租税条約24条[9)]（二重課税の排除）の規定によると解している。

親子間配当の特別税率の趣旨を、経済的二重課税の排除と解することにより、保有期間要件の起算点を、配当支払法人に対する所得課税が発生する「利得の分配が行われる会計期間の終期」に解することと整合を図るものと思われるが、

---

8) OECDモデル租税条約コメンタリー、10条、パラグラフ10では、親子間配当の特別税率の趣旨について、「課税の繰り返し（recurrent taxation）を避けるため、また、国際投資の促進のために、当該子会社から当該親会社への配当の支払に対してはより軽減された課税を行うべきこととされることは、合理的である」としている。

9) 日ルクセンブルク租税条約24条（二重課税の排除）

2 日本国以外の国において納付される租税を日本国の租税から控除することに関する日本国の法令に従い、

(a) 日本国の居住者がこの条約の規定に従ってルクセンブルグにおいて租税を課される所得をルクセンブルグにおいて取得する場合には、当該所得について納付されるルクセンブルグの租税の額は、当該居住者に対して課される日本国の租税の額から控除する。ただし、控除の額は、日本国の租税の額のうち当該所得に対応する部分を超えないものとする。

租税条約の限度税率の規定は、基本的には法的二重課税の排除目的のためと解されており、この点は親子間配当の特別税率の場合でも変わるものではないと考えられる。

また、租税条約で規定する二重課税の排除規定は、国内法で定める二重課税排除措置としての外国税額控除制度を規定しており、その適用方法は我が国の法令に従って定められている。外国税額控除制度では、納税者の所得に占める国外を源泉とするものに対応する我が国の税額を限度としており、相手国の課する税率が高い場合には二重課税を完全には排除できないため、租税条約で限度税率を規定することで、二重課税の排除の確実性を高めているとされる[10)]。

(3) 株式の保有要件の趣旨について

第3に、東京地裁判決は、株式の保有期間要件の趣旨として、OECDモデル租税条約2017年改正で新たに導入された保有期間要件の考え方を本件文言の解釈に用いて、濫用的な事例への対策という保有期間要件の目的を達成するためには、最低保有期間が配当と一定の関連性を有するものであれば足りるというべきと解する点である。

OECDモデル租税条約の2017年改正では、親子間配当の特別税率の適用に、「配当の支払の日を含む365日の期間を通じ」た保有期間要件を追加している[11)]。これは、BEPSプロジェクトの行動6：租税条約の濫用防止の最終報告書[12)]に基づいて、親子間配当の特別税率の適用を受けるために配当の支払の直

（前頁からつづき）

(b) ルクセンブルグにおいて取得される所得が、ルクセンブルグの居住者である法人によりその議決権のある株式又はその発行済株式の少なくとも25パーセントを所有する日本 国の居住者である法人に対して支払われる配当である場合には、日本国の租税からの控 除を行うに当たり、当該配当を支払う法人によりその所得について納付されるルクセンブルグの租税を考慮に入れるものとする。

（下線は筆者）

10) 竹内洋「我が国の租税条約締結ポリシー」水野忠恒編著『国際課税の理論と課題』（税務経理協会・平成7年）33頁参照。

前にその持分を増加させるような濫用行為に対処するためのものである[13)]。

しかし、この保有期間要件の規定は、支払の日を起算日としてその前後に365日の期間を設定する方法であり、配当に先立つ保有期間を設定して親子関係を判定しようとする方法を採用する本件文言とは異なるものである。

また、我が国は、この2項a）を規定するBESP防止措置実施条約[14)]の第8条（配当を移転する取引）については、同条2項に基づいて8条の規定全体を適用しない権利を留保している[15)]ことからも明らかなように、本件文言の解釈に当たっては、OECDモデル租税条約の2017年改正で追加された濫用防止のための保有期間要件の考え方やコメンタリーは有益な参照情報とはならないと言える[16)]。

11） OECDモデル租税条約10条（配当）2項

a）当該配当の受益者が、当該配当の支払の日を含む365日の期間を通じて、当該配当を支払う法人の資本の25パーセント以上を直接に所有する法人である場合には、当該配当の額の5パーセント。当該期間の計算に当たり、当該株式を保有する法人又は当該配当を支払う法人の組織再編成（合併及び分割を含む。）の直接の結果として行われる所有の変更は、考慮しない。（下線は筆者）

12） OECD（2015）, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

13） 川田剛、徳永匡子「2017OECDモデル租税条約コメンタリー逐条解説（第4版）」（税務研究会出版局・平成30年）276-277頁参照。

14） 税源浸食及び利益移転を防止するための租税条約関連措置を実施するための多数国間条約（平成30年条約第8号）

15） 受託書の寄託時における留保及び通告の一覧（日本国、8条）、中澤弘治「BEPS防止措置実施条約について」租税研究820号（2018年2月）172頁参照。

16） なお、OECDモデル租税条約3条2項では、条約において定義されていない用語の意義について、適用時点での意義を有するとする、いわゆる動態（ambulatory）アプローチが採用されているが、あくまで適用国の国内法令の用語が適用時点で有する意義である。

Ⅲ　租税条約の解釈の基本原則

1　概要

ウィーン条約法条約は条約解釈の基本原則として、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」(31条1項）と定める。ここで文脈とは、「条約文（前文及び附属書を含む。)」のほかに、「条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」や「条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であってこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」も含まれる（31条2項)。この基本原則は条約の種類を問わず、すべての条約の共通の解釈原則として提示されたものであり[17]、したがって、租税条約の解釈に当たっても基本原則とされる。

また、OECDモデル租税条約3条2項[18]は、条約において定義されていない用語の解釈の基本原則を、次のとおり定めている。

> 2. 一方の締約国によるこの条約の適用に際しては、この条約において定義されていない用語は、文脈により別に解釈すべき場合又は両締約国の権限のある当局が第25条の規定に基づいて異なる意義について合意する場合を除くほか、この条約の適用を受ける租税に関する当該一方の締約国の法令において当該用語がその適用の時点で有する意義を有するものとする。当該一方の締約国において適用される租税に関する法令における当該用語の意義は、当該一方の締約国の他の法令における当該用語の意義に優先するものとする。

17）　杉原高嶺「国際法学講義（第2版)」(有斐閣・2013年）148頁参照。

18）　OECDモデル租税条約3条2項のルーツについては、今村教授の先行研究によると、1945年米英租税条約に遡り、租税条約上の定義規定をできるだけ減らすために規定されたとされている。また、「文脈により別に解釈すべき場合」の文言は、英国の当時の制定法上の定義においてよく用いられていたこと等から、英国の提案によるものと考えられている。前掲注4）今村47頁参照。

日ルクセンブルク租税条約3条2項の規定は、1995年改正前のOECDモデル租税条約に基づくため、OECDモデル租税条約の1995年改正で、適用する法令は適用時点の法令であること及び租税法の用語の意義が他の国内法令の用語の意義に優先する第2文の追加及び2017年改正で、両国の権限のある当局が異なる意義について合意した場合には適用国の国内法の意義に優先することの追加は反映されていないが、条約で定義されていない用語の解釈の基本的な考え方は同様となっている。

2　ウィーン条約法条約とOECDモデル租税条約3条2項との関係

OECDモデル租税条約のコメンタリー、3条、パラグラフ11では、3条2項を「本条約で用いられているが定義されていない用語の解釈のための一般原則」と位置付けている。ここで、ウィーン条約法条約31条等との関係が問題となるが、租税条約の代表的なコンメンタールである『Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, fifth edition』（以下、「Vogel」）では、ウィーン条約法条約は条約の解釈のための一般原則とし、OECDモデル租税条約3条2項を、租税条約の解釈のための特別原則（special rule of interpretation）と位置付けて、ウィーン条約法条約に優先して適用されるとする[19]。この両者の関係については、同様の見解が多く示されており[20]、いわゆる特別法と一般法の関係と言える。

また、OECDモデル租税条約3条2項自体が、ウィーン条約法条約31条にいう「文脈」に当たることから、OECDモデル租税条約3条2項の規定に基づいた解釈方法が、租税条約の解釈に当たっては特に重要となる。

19）　Ekkehart Reimer and Alexander Rust, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, fifth edition, Wolters Kluwer, 2022, p. 230参照。

20）　E. van der Bruggen, Unless the Vienna Convention Otherwise Requires: Notes on the Relationship between Article 3（2）of the OECD Model Tax Convention and Article 31 and 32 of the Vienna Convention of the Law of Treaties, 43 European Taxation, 5, 2003, pp. 142–143参照。

ところで、ウィーン条約法条約31条及びOECDモデル租税条約3条2項のいずれも「文脈（context）」を規定しているが、両者の関係については、OECDモデル租税条約3条2項の規定する「文脈」は、ウィーン条約法条約31条2項の定める「文脈」よりも広いと解されており、Vogelは、租税条約3条2項の「文脈」には、条約本文や補助的な手段だけでなく、規定の趣旨及び目的、締約国の法制度の適切な規定[21]、OECDモデル租税条約及びそのコメンタリーが含まれるとしている[22]。ウィーン条約法条約にいう「文脈」は、条約解釈に当たっての主たる文書（primary material）とそれ以外の文書（secondary materials）と区別するために定義されているのに対して、OECDモデル租税条約3条2項の「文脈」は、租税条約で定義されていない用語について国内法の意義を有するか否かの基準として用いられているためである[23]。

3　租税条約の解釈について

（1）　国内税法の解釈との相違

租税条約は30条程度の条文で二国間の課税権の配分等を規定しており、その規定内容も、課税要件等を詳細に規定する国内税法とは異なり、かなり大まかなものとなっており、租税条約に特有の解釈が必要とされている[24]。

Roy Rohatgiは、租税条約の解釈と国内税法の解釈との違いとして、次の5

21）　ここでいう「締約国の法制度の適切な規定（the relevant provisions of the two national legal systems）」には、用語に他方の締約国の立法によって意義が付与されている場合が考えられている（OECDモデル租税条約コメンタリー、第3条、パラグラフ12参照）。例えば、我が国の最近の条約例では、「匿名組合」についての特別な規定を設けているが（日米条約議定書13、日英条約20条等）、その定義については相手国においても我が国の商法535条（匿名組合契約）が参照されることになると考えられる。

22）　前掲注19、Vogel、pp. 235-236参照。

23）　J. F. Avery Jones & J. Hattingh, Treaty Interpretation – Global Tax Treaty Commentaries, Global Topics – 5. Specific Interpretation Issues（Last Reviewed:1 February 2021）, IBFD参照。

24）　前掲注19、Vogel、pp. 43-62参照。なお、本田光宏「租税条約の統一的な解釈・適用」本庄資編著『租税条約の理論と実務』（清文社・平成20年）13頁参照。

点を指摘する[25)]。

- 租税条約の解釈には、ウィーン条約法条約の解釈原則が適用されるため、国内税法の解釈ルールとは異なる[26)]。
- 国内法は各国に固有の専門的法律用語を規定するのに対し、租税条約は両間の共通理解に基づくため、両国で共通に解釈・適用される必要がある。
- 租税条約は課税を制限するのに対し、国内法は課税要件を規定する。また、租税条約は一旦締結されると長期間維持されるため、国内税法の改正に適合できるように柔軟な解釈が必要である。
- 租税条約の規定は一般に詳細ではないため、実質原則に基づく目的論的解釈が求められる。
- 条約解釈は国内法解釈の単なる延長でないため、租税条約の解釈は、国内法の解釈ルールから可能な限り距離を置くべきである。

(2) 租税条約の解釈方法

また、Lang 教授は、OECD モデル租税条約3条2項の規定する「文脈」を広く捉え、租税条約の解釈手法としては、「すべての制度的、目的的及び歴史

---

25) Roy Rohatgi, Basic International Taxation, Second Edition, Vol. 1, Principles, BNA International, 2005, pp. 38-39参照。

26) ウィーン条約法条約では、①条約締約国の意思の探求を重視する主観的解釈（意思主義解釈）、②条約条文を重視し、その文章と用語の意味に従って、内容を確認する客観的解釈（文言主義解釈）、③条約は固有の目的をもって締結されるとの観点から、その目的を重視して条文の意味を捉える目的論的解釈があるが、これらの解釈アプローチのいずれかを採用又は排除することを具体的に明記せずに、31条1項で基本原則を確認している。文言主義解釈を基本に据えつつ、主観的解釈及び目的論的解釈も方法も取り入れたものとされる。前掲注17、杉原・147－148頁参照。岩沢雄司『国際法』（東京大学出版会・2020年）106－107頁参照。

一方、国内税法の解釈手法としては、最高裁は、「租税法規はみだりに規定の文言を離れて解釈すべきものではない」として、文理解釈を原則とすべきする解釈姿勢を明らかにしている（ホステス源泉徴収事件、最判平成22年3月2日（民集64巻2号420頁））。

的側面の考慮が必要とする（All systematic, teleological and historical aspects must be considered.）。このような解釈方法により、租税条約で定義されていない用語について国内法の意義によることは限定的と考えている[27]。

このように、租税条約の解釈に当たっては、条約法条約の一般原則のみならず、特に租税条約の固有の解釈方法を踏まえることが必要である。

筆者の租税条約締結の経験に照らしても、条約の締結に際しては可能な限り相手国の租税制度を含む法制度を調査･研究するものの、両国の異なる事業体、事業年度、所得分類等のすべてに対応した詳細な規定を設けることは困難であり、両国の制度上の相違を前提として、OECD モデル租税条約に沿った基本原則及び規定について合意に至るのが実情と言える。

また、租税条約の締結以降にも両国で制度改正が行われることが多いため、租税条約の解釈に当たっては、個々の規定の文理だけでなく、条約締結時の意図を踏まえて、その趣旨・目的を探求することが必要と考えられる。

Ⅳ　本件文言の解釈について

ここで、Lang 教授の提示する租税条約の解釈に当たっての考慮要素としての制度的側面、目的的側面及び歴史的側面に沿って、本件文言の解釈のあり方について検討を加える。

1　制度的側面

①租税条約の規定

租税条約の規定はすべての取引内容を網羅するものではなく、典型的な取引を対象としているため、個々の規定の適用・解釈に当たっては、その規定の目的とともにその対象とすべき取引内容を明確にすることが重要である。

日ルクセンブルク租税条約10条2項は、配当に対する源泉地国での課税を、

27）　Lang, Introduction to the Law of Double Taxation Conventions, 3rd Edition, IBFD, 2020, p. 17、pp. 27-30参照。

親会社が子会社から受け取る配当については配当の額の5%、その他の配当については配当の額の15%を超えないことと規定する。親子会社間の配当に対する税率を一般の配当に対する限度税率よりも低く定めるのは、親子会社を通じた重複課税をできる限り排除し、直接投資に伴う課税上の障害を除去しようという趣旨によるものである。

和文では、ここにいう親子関係は、「利得の分配に係る事業年度の終了の日」に先立つ6箇月の期間を通じ、議決権のある株式の25パーセント以上を保有することにより判定されるが、「利得の分配に係る事業年度の終了の日」に先立つ6箇月の期間を通じての保有期間要件を付していることから明らかなように、本件文言の和文が念頭に置いているのは通常の期末配当である。

そのため、随時発生するみなし配当に対して、本件文言の和文を機械的に適用してしまうと、例えば、親子関係にはない上期の期間に生じたみなし配当に対して、下期に保有期間要件を満たすことで、親子会社間配当に係る特別税率の適用が可能となる等、租税条約が親子会社間の配当に対する税率を一般の配当に対する限度税率よりも低く定めるという制度趣旨から乖離した結果が生じることとなる。

したがって、「利得の分配」の種類や内容に応じて、親子間配当に対する特別税率の適用という観点からこの保有期間要件を解釈することが必要であり、分割型分割の場合のみなし配当は、分割の直前の株主の株式の保有状況を基に算定されることを踏まえる必要があると思われる。

②パラレル条約の重要性

租税条約は二国間条約であるため、個々の条約ごとに解釈することが原則であるものの、OECDモデル租税条約等に基づきつつも締約国が独自の規定を標準的に規定する場合（own standard formulations）には、締約国の並行的な条約（パラレル条約）を参照することが有益な場合があるとされる[28)]。

28） 前掲注19、Vogel、pp. 60-62、川端康之「我が国の租税条約の解釈適用に関する省察」日税研論集78号『租税法における法解釈の方法』（日本税務研究センター、2020年）238-239頁参照。

このパラレル条約の観点からは、我が国の条約例では親子間配当の特別税率の適用に同様な保有期間要件を設けているところ、日米租税条約[29]10条（配当）では、親子間配当に係る保有期間要件の起算日について、条約本文では「配当の支払を受ける者が特定される日」としつつ、我が国の法人については、「利得の分配に係る会計期間の終了の日」をいうものとされており（交換公文4[30]）、いわゆる「基準日」がこれに該当すると解されている[31]点が参考となると考えられる[32]。

二国間条約では、双方の国がモデルとしている文言を共通の理解の下で読み替えることは少なくなく、日米租税条約の親子間配当に係る保有期間要件の起算日の規定は、本文において米国モデル租税条約[33]の文言を規定しつつ、交換公文で我が国がモデルとしている文言を規定したものと考えられる。各国がモデルとする条約の文言は、自国の法制度等を踏まえて作成されているものの、日米両国の理解では、本文と交換公文の規定する起算日はあくまで同じものと

29） 所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の条約（平成16年条約第2号、改正令和2年条約第8号）

30） 交換公文（平成16年外務省告示第114号）

4. 条約第10条2項及び3項に関し、日本国については、配当の支払を受ける者が特定される日は、利得の分配に係る会計期間の終了の日であることが了解される。

31） 浅川雅嗣『コンメンタール改訂日米租税条約』（財団法人大蔵財務協会・平成17年）100－104頁参照。

32） その他に、他の租税条約を参照することが有益な解釈を示す場合として、我が国の条約例では、二重課税の排除の条項に、「日本国の法令の規定に従い」をモデル案文として規定しているが、その意義については、日仏租税条約の議定書12の「条約23条2に関し、『日本国の法令に従い』とは、同条2に規定する控除の適用方法が日本国の法令に従って定められることをいう。」の規定が有益な解釈を示すと考えられる。本田光宏「（海外論文紹介）国外転出をする個人及び法人に対する出国税：比較及び租税条約の分析」租税研究788号（2015年）386頁、増井良啓「外国子会社配当益金不算入制度の導入と租税条約」『国際商取引に伴う法的諸問題（16・完）』（財団法人トラスト60・平成22年）107頁参照。

33） Article 10 of United States Model Income Tax Convention（2016）. 米国財務省ウェブサイト（https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/documents/treaty-us%20model-2016.pdf）。

の前提で読み替えられていると考えられることから[34]、「利得の分配に係る会計期間の終了の日」の解釈として、「配当の支払を受ける者が特定される日」と同義にされていると考えられる。

なお、日米租税条約では和文も正文とされていることから、本件文言については、日米租税条約の和訳である「利得の分配に係る会計期間の終了の日」の方が、日ルクセンブルク租税条約の和訳である「利得の分配に係る事業年度の終了の日」よりも正確な和訳となるのではないかと考えられる。

2　目的的側面

我が国の条約例では、親子会社間配当に適用される特別税率の適用については、2017年のOECDモデル租税条約の改正による保有期間要件の導入以前から、特別税率の濫用防止のために保有期間要件を導入している。

本件文言が示すように、配当に先立つ株式の保有期間を設定して親子関係を判定しようとすることを基本的な考え方としている。

この保有期間要件の考え方は、受取配当等の益金不算入（法人税法23条）や旧間接外国税額控除制度（旧法人税法69条4項）において、配当等の計算期間等を通じて株式を保有することをその適用要件とする国内税制と整合的であるとともに、直接投資を行い、親子関係を有する期間において、配当原資となる利益を生み出した者に対して、その投資リターンたる配当に対して特別税

34）　日米租税条約のTechnical Explanation（米国財務省）では、次のように解説されている。「5％の限度税率のための2項（a）の最低保有を満たしているか否かは、配当の支払を受ける者が特定される日に判定される。したがって（thus）、米国法人が配当を支払う場合には、最低保有を満たしているかは、通常、配当の権利確定日に判定される。日本法人が配当を支払う場合には、交換公文4で、利得の分配に係る会計期間の終了の日に判定されることが了解されている。」

Department of the Treasury, Technical Explanation of the Convention between the Government of the United States of America and the Government of Japan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital Gains, signed at Washington on November 6, 2003, pp. 40-41. 米国財務省ウェブサイト（https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/tejapan04.pdf）。

率を適用することが、濫用を防ぎつつ、直接投資の促進に効果的とされたものと考えられる。したがって、親子会社間配当の特別税率の保有期間要件については、配当が行われる以前の期間、すなわち直接投資が行われた期間とリンクさせて考えることが合理的と考えられる。

期末配当に関しては、保有期間要件の起算日としては、和訳の「利得の分配に係る事業年度の終了の日」が容易に解釈可能であるが、みなし配当に関しては、「利得の分配に係る事業年度の終了の日」の基準と考え方を同じくする「配当の支払を受ける者が特定される日」に先立つ6箇月の期間を通じて保有期間要件を満たしているか否かで解釈することが、親子会社間配当の特別税率の規定の趣旨からは妥当と考えられる。

3　歴史的側面

我が国の条約例では、OECDモデル租税条約2017年改正に先立って、旧日オーストリア租税条約（1961年署名）[35]以降、親子会社間配当の特別税率については、「利得の分配に係る事業年度の終了の日」からの保有期間要件をモデル案文として規定してきたところであるが、2003年の日米租税条約以降に締結又は改正された条約においては、基本的には「配当の支払を受ける者が特定される日」に統一が図られてきている。

2003年の日米租税条約がその後の租税条約モデルとされたこととともに、近年の法人税法の改正によりみなし配当が生ずる場合が多くなってきたことを受けて、みなし配当も含めて統一的に解釈が容易な「配当の支払を受ける者が特定される日」に統一が図られたものと考えられる。

なお、日ルクセンブルク租税条約は、2010年（平成22年）に改正が行われているが、本改正は情報交換に係る規定を見直すために、シンガポール、マレーシア、ベルギー租税条約と並行して改正されたものである。そのため、本改正

35）　所得に対する租税に関する二重課税の回避のための日本国とオーストリア共和国との間の条約（昭和38年条約第11号）

では情報交換規定以外は基本的に改正されておらず、親子会社間配当の特別税率についての本件文言を起算日とする保有期間要件も従前のままとなっている状況である。

4　小括

租税条約の解釈に当たっては、ウィーン条約法条約の基本原則のみならず、特に租税条約に規定されている解釈方法（3条2項）を踏まえることが必要である。その際に、租税条約の規定の制度的、目的的及び歴史的側面を考慮に入れて解釈することが適切である。

特に親子会社間配当の特別税率の保有期間要件については、配当が行われる以前の期間、すなわち直接投資が行われた期間とリンクさせて考えることが合理的と考えられる。

期末配当に関しては、保有期間要件の起算日としては「利得の分配に係る事業年度の終了の日」が容易に解釈可能であるが、みなし配当に関しては、「利得の分配に係る事業年度の終了の日」の基準と考え方を同じくする「配当の支払を受ける者が特定される日」に先立つ6箇月の期間を通じて保有期間要件を満たしているか否かで解釈することが、親子会社間配当の特別税率の規定の趣旨からは適当と考えられる[36]。

V　おわりに

企業取引のグローバル化が進展する中で、租税条約の重要性は以前とは比較にならない程度に増しており、租税条約で定義されていない用語の解釈が問題

36）なお、国税庁では、これまでも同様な考え方に基づいて、親子間配当の特別税率の適用に関するガイダンスを公表している（「みなし配当に係る日加租税条約の親子間配当の軽減税率の適用要件」https://www.nta.go.jp/law/shitsugi/gensen/06/59.htm）、「日米租税条約の親子会社要件における『配当の支払を受ける者が特定される日の意義』https://www.nta.go.jp/law/shitsugi/gensen/06/44.htm、「期中配当に対する租税条約における親子間配当の限度税率の適用要件（所有期間要件の判定時期）」https://www.nta.go.jp/law/shitsugi/gensen/06/02.htm」等）。

となるケースは今後も増加すると思われる。

本件訴訟が明らかにするように、租税条約の文言の解釈に当たっては、正文の解釈によることや国内法解釈と異なる固有の解釈原則や解釈方法が必要とされるが、他方で、租税条約の適用に当たっての納税者の予測可能性や法的安定性を高めることも重要である。そのため、当局による租税条約の適用ガイダンスの充実や事前照会制度の活用の他、両国の当局間協議の活用等により、租税条約の解釈・適用の明確化を図る方向性が望まれる。

（ほんだ・みつひろ　筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

論　説

インサイダー取引規制の検討

――内部者が内部情報を「職務に関し知った」とされる場合――

萬　澤　陽　子

はじめに
Ⅰ．従来の解釈
　1．インサイダー取引規制の趣旨
　2．「職務に関し」の解釈
　3．「知った」の解釈
Ⅱ．最三小決令和4年2月25日刑集76巻2号139頁
　1．事実
　2．決定要旨
　3．検討
Ⅲ．2つの下級審裁判例
　1．東京高判平成29年6月29日判時2369号41頁
　2．東京地判令和元年5月30日金判1572号14頁
　3．検討
Ⅳ．令和4年最決の検討
おわりに

はじめに

ある会社（甲社）の取締役が、同社が業績の大幅な下方修正をすることを事前に「職務に関し」知って、それが公表される前に、甲社の株式を売却した場合、または、別の会社（乙社）の取引先の従業員が、同社が丙社を公開買付けすることを事前に「職務に関し」知って、それが公表される前に、丙社の株式を購入した場合、インサイダー取引に該当する（金融商品取引法166条、167条）。ここにいう「職務に関し知っ［た］」には、例えば、甲社取締役が取締役会に出席して当該情報を聞いた場合や、乙社取引先の従業員が乙社との取引に関連して当該情報を聞いた場合が含まれるが、それによってどの程度の情報を得れ

ば、「職務に関し知っ［た］」に当たるとされるのかは、それほど明らかなことではない。たとえば、甲社取締役が、同社の業績の下方修正自体の報告を受けていれば、当然肯定できるであろうが、もし、乙社取引先の従業員が、乙社による公開買付けに関する情報を得たものの、対象会社（丙社）の情報を欠いていた場合は、「職務に関し知っ［た］」となるであろうか。対象会社がわからなければ、そうは解されないであろうか。では、もしその対象会社が明らかでなくても、それ以外の情報から容易に推測できるような場合ならどうであろうか。容易には推測できないが、少し調査をすればその対象会社をある程度絞れるような場合だったらどうであろうか。

金融商品取引法166条1項は、会社と関係を有する者（その取締役、株主や取引先）が、内部情報（重要事実）を「職務に関し知った」（同1号、5号）等、会社との関係性ゆえに「知った」場合に、当該会社の株式を取引することを禁ずる。また、同167条1項は、公開買付者と関係を有する者（その取締役、株主や取引先）が公開買付けの実施といった内部情報（公開買付け等事実）を「職務に関し知った」（同1号、6号）等、公開買付者との関係性ゆえに「知った」場合に、当該公開買付けの対象会社の株式を買い付けることを禁ずる。

この「職務に関し知った」は、後述するように、従来、インサイダー取引規制の趣旨（内部情報を知りうるという、いわば特権的立場にある者が重要事実を知って取引等を行うことは一般投資者との関係できわめて不公平で、このような取引が横行すると投資家の市場への信頼を失わせてしまうことから、規制すべき[1]）から広く解釈すべきとされてきたが、これについて争われた裁判例はあまりなく[2]、実際の事案でどういった場合に「職務に関し知った」とされるのか（あるいはされないのか）明確ではなかった。特に、上記のような、内部情報の一部を知って、他の足りない部分を自ら推測したり調査したりして補ったような場合の解釈については、ほとんど議論がなされてこなかった。

この点について論じた最高裁の決定が、令和4年2月25日に出された（最三

1）　本稿 I. 1. 参照。

小決令和4年2月25日刑集76巻2号139頁、以下、「令和4年最決」ということがある。)。これは、公開買付者と契約を締結していた証券会社の従業員によるインサイダー取引が問題となった事案で、具体的には、証券会社の従業員が公開買付け等事実を「職務に関し知った」か否かが論点となった。

本稿は、まず、令和4年最決を概観した後、近年出された2つの下級審裁判例を紹介し、それらとの比較検討を通じて、令和4年最決の意義および「職務に関し知った」の意味するところの考察を行いたい。

Ⅰ. 従来の解釈

1. インサイダー取引規制の趣旨

立案担当者は、「一般投資家は、発行会社の内部にある投資判断に影響を及

---

2) 167条1項4号にいう「当該契約の締結若しくはその交渉又は履行に関し知ったとき」との関係で、同項6号の「その者の職務に関し知ったとき」について論じた事案として、東京地判平成15・5・2判タ1139号311頁がある。同判決は、「…公開買付者等と契約を締結している者等（4号）は、いずれもその地位や職務等からみて通常公開買付け等の実施に関する事実についての内部情報を知り得る立場にある者であるのに対し、同項5号［現6号］は、同項2号及び4号に該当する法人の役員等のうち、その地位や職務等からみて通常は公開買付け等の実施に関する事実についての内部情報を知り得る立場にはないものの、状況によっては、その者の職務に関してその内部情報を知ることがあり、その場合には情報受領者の立場にあるとはいえ、その者が2号又は4号に該当する法人の役員等という立場にあることに鑑み、同項1号ないし4号に該当する者と同様、公開買付者等関係者として処罰しようとした趣旨と理解される。」とし、契約の締結・交渉又は履行を補助する担当者が知ったときや、さらに、この担当者等からその職務上当該契約の締結若しくは交渉又は履行の状況等について報告を受ける立場にある上司や同僚等がその報告等の機会に知ったときは、(167条1項6号にいう「職務に関し知ったとき」ではなく、) 4号にいう「当該契約の締結若しくはその交渉又は履行に関し知ったとき」に当たると解するのが相当と述べた。これらの解釈につき、学説も同様に解し（本稿Ⅰ.2参照)、166条1項5号（167条1項6号に相当）に当たるものとして、たとえば発行会社と証券の引受契約を締結している証券会社の引受部門の担当者（166条1項4号）から、当該発行会社の増資に関する重要事実を営業に利用するということで営業部門の担当者に流されたような場合が挙げられている。横畠裕介『逐条解説インサイダー取引規制と罰則』（商事法務研究会・1989年）42-44頁。

ぼすべき事実については、会社が開示（公表）しない限りこれを知り得ない立場にあるのに対し、発行会社の役員など会社と一定の関係がある者は、そのような事実の発生に自ら関与しあるいはその立場によってそのような事実を知り得る場合があるのであるから、このような者が、当該事実を知って、その公表前に当該会社の有価証券の取引を行うことは、一般の投資家と比べて著しく有利となってきわめて不公平であり（公開買付者等一定の関係のある者が、公開買付け等の実施または中止に関する事実を知って…取引を行うことも同様である。）、このような取引が横行するとすれば、そのような市場は人々の信頼を失い、健全な投資家はそのような市場から退避することとなり、ひいては証券市場として果たすべき機能を果たし得なくなると言わざるを得ない。したがって、インサイダー取引は、そのような行為が投資家の証券市場に対する信頼を著しく損なうものであるという観点から規制する必要があり、そのような行為自体を処罰すべきものと考えられるのである。」と述べている[3)]。

学説でも、インサイダー取引規制の趣旨として、未公表情報を知り得ない一般投資家との間で不公平が生ずること、証券市場の公正性と健全性が失われ、市場に対する信頼を損なうことに求めており、同旨の理解がなされている[4)]。

2.「職務に関し」の解釈

「職務に関し」は、上記のインサイダー取引規制の趣旨に基づき、以下の通り、広く解釈されてきている。

（1）「職務」の解釈

「職務」とは、その者の地位に応じた任務として取り扱うべき一切の執務をいい、現に、具体的に担当している事務であることを要しないと解釈されている[5)]。

3）　横畠・前掲注（2）9–10頁。

4）　河本一郎＝関要監修『逐条解説　証券取引法［三訂版］』（商事法務・2008年）1329–1330頁、神崎克郎＝志谷匡史＝川口恭弘『金融商品取引法』（青林書院・2012年）1212頁等。

(2) 職務に「関し」の解釈

これについては、学説上見解が分かれており、具体的に、①職務と密接に関連する行為により知った場合を含むが、その者の職務が当該重要事実を知りうるようなものでなければならないとする見解、②有価証券の投資判断に影響を及ぼすべき特別な情報に自ら関与し、または接近しうる特別な立場にある者が、その特別な立場ゆえに重要な情報を知ったときとする見解、③その職務の実行に関して知る必要のある情報または知る立場にある情報を知った場合とする見解、④職務行為自体により知った場合のほか、職務と密接に関連する行為により知った場合を含むとする見解がある[6)]。いずれの見解も、その者が職務行為自体により知った場合に限定されず、職務と密接に関連する行為により知った場合も含むとする点で共通する。ただし、これらはいずれも規範としてはなお抽象的で、どの見解をとるかと具体的帰結が直接結びついておらず、個別の事案において、同一の見解に立ったとしても、事実関係の評価の仕方次第で、「職務に関し」知ったといえるかは結論が分かれ得る[7)]。したがって、実際は、いずれの見解に立つかというより、その者が会社との特別な関係ゆえに未だ一般投資者には知られていないような情報を有しているかどうかといった観点から常識的に判断していくことが求められると解されている[8)]。

例えば、上場会社等の各部署に郵便物を配布する業務に従事している職員が、配布途中に(勝手に)開封して中身を見て未公表の重要事実を知った場合は、(封筒の中身を見ることは本来職務ではないが、封筒を自分の占有下に置くことは職務の一部であり、職務と密接に関連する過程で重要事実を知ったことになるといえ)「職務に関し」に該当するが、配布業務中にある部署の机の上の極秘書類を偶然みて重要事実を知った場合は、(配布先の職務に首を突っ込むこと

---

5) 横畠・前掲注(2)36頁。

6) 松本真輔『最新インサイダー取引規制』(商事法務・2006年)45頁。

7) 松葉知久「情報受領者によるインサイダー取引事案の諸論点」商事法務2010号15,16頁(2013年)。

8) 三國谷勝範『インサイダー取引規制詳解』(資本市場研究会・1990年)17頁。

はその職員の職務とはいえないから）「職務に関し」に該当しないとされる[9]。これについて、役員等がその職務の内容として内部情報を知りうる立場にあることに直接起因して未公表の重要事実を知った場合（前者）は規制対象としてよいが、単なる物理的アクセスを通じて他の部署の内部情報を知ったにすぎない場合（後者）には、かかる売買を許しても投資家の信頼を損なわないとして規制対象とはならないと説明される[10]。もっとも、後者のような場合でも、当該役員等であるからこそ偶然見ることもできるとして職務関連性を肯定すべきとの見解もある[11]。結局、法が「関し」という外延不明な文言を用いている以上は、インサイダー取引規制の趣旨に立ち返って考えていく必要があり、前述の規制趣旨に基づいて、「関し」について合理的な限定解釈をする必要がある[12]。

重要事実を知った方法（誰から聞いたなど）は、職務に関し知ったものであれば、問わないと解されている[13]。

3.「知った」の解釈

「知った」も、上記のインサイダー取引規制の趣旨に基づき、広く解されている。

具体的に、学説では、投資者の投資判断に影響を及ぼすべき重要事実の内容の一部を知った場合も、職務に関し「知った」と解すべきとする[14]。そのような事実の一部であれ、その職務に関し知った会社関係者は、会社が開示（公表）

9） 内部者取引規制研究会『一問一答インサイダー取引規制』（商事法務研究会、1988年）131, 132頁。

10） 河本一郎＝龍田節＝神崎克郎＝芝原邦爾＝江頭憲治郎＝森本滋『〔座談会〕証券をめぐる不公正取引の検討〔第1回〕――インサイダー取引規制の諸問題――』商事法務1160号6、17–21頁（1988年）、木目田裕＝上島正道『インサイダー取引規制の実務〔第2版〕』（商事法務・2014年）62頁〔山田将之＝八木浩史〕。

11） 黒沼悦郎「インサイダー取引規制と法令解釈」金法1866号42, 49頁（2009年）。

12） 木目田＝上島・前掲注（10）61頁〔山田将之＝八木浩史〕。

13） 横畠・前掲注（2）36頁。

しない限りそのような事実の一部すら知り得ない一般投資家との関係において、特権的立場に立つものであるからとする[15]。

このように、「職務に関し知った」は、インサイダー取引規制の趣旨にそった形で、すなわち、内部情報を知りうるという他の投資家と比べて特権的立場にある者が内部情報を知って取引等を行うことは一般投資者との関係できわめて不公平か否かという観点から、解釈すべきことが強調されてきたように思われる。

では、「職務に関し知った」について解釈した令和4年最決を、以下紹介する。

Ⅱ　最三小決令和4年2月25日刑集76巻2号139頁

1. 事実

(1)　概要

これは、A証券株式会社（以下「A社」という。）の従業者のBらが、株式会社C（以下「C社」という。）とのファイナンシャルアドバイザリー契約の締結に関し知った、C社の業務執行を決定する機関において、株式会社D（以下「D社」という。）の株券の公開買付けを行うことについての決定をした旨の公開買付けの実施に関する事実（以下、「本件公開買付け等事実」という。）を、平成28年7月27日頃、被告人Yが、その職務に関し知ったところ、知人のEにあらかじめD社の株券を買い付けさせて利益を得させる目的で、本件公開買付け等事実の公表前にEに対して同事実を伝達し、Eにおいて、法定の除外事由がないのに、同事実の公表前である同月28日から同年8月3日までの間、D社株券合計29万6000株を代金合計5326万8100円で買い付けたとされた事案である。

本件公開買付け等事実は、A社従業者（F部に所属していた）のBらが、A社とC社間のファイナンシャルアドバイザリー「契約の締結…に関し」（法

14）　横畠・前掲注（2）35頁。

15）　横畠・前掲注（2）35頁。

167条1項4号）知り、その後同じくF部のYがその「職務に関し」知って（同6号）、Eに伝達した（法167条の2第2項）とされたところ[16]、争点は、Yがその「職務に関し」知ったか否かであった。

(2) 事実の経緯

本件で、Yが実際どのように本件公開買付け等事実を知るに至ったか、少し詳細にみてみよう。

(1) C社の業務執行を決定する機関は、本件公開買付けを行うことについての決定をし、平成28年7月11日、C社はA社との間で本件公開買付けの実施に向けた支援業務の提供を受けることを内容とするファイナンシャルアドバイザリー契約を締結して、A社のF部（以下「F部」という。）がその業務を担当していた。F部では、ジュニア（上司の指示を受けて業務に従事する下位の実務担当者）のBを含むA社の従業者数名が本件公開買付けに係る案件を担当し、Bらは、上記契約の締結に関し、本件公開買付けの実施に関する事実を知った。F部に所属する従業者は、担当案件の公表前情報が担当外の従業者に知られないようにするため、発言に注意し、案件名等については社名が特定されないような呼称を用いることとされており、本件公開買付けに係る案件は「Infinity」と呼ばれていた。また、F部では、上司がジュニアの繁忙状況を把握できるようにするため、ジュニアは、担当業務の概要をF部の共有フォルダ内の一覧表（以下「本件一覧表」という。）の各自の欄に記入することとされており、F部に所属する従業者であれば本件一覧表にアクセスできた。

(2)Yは、F部のジュニアであり、本件公開買付けに係る案件の担当ではなかったが、以下の方法で、本件公開買付けの実施に関する事実を知った。

---

16) 本文記載の通り、本件で内部情報を知ったとされるYは自分で取引したわけではない。知人Eにその情報を伝達したにすぎない。しかし、その場合でも、Yがその情報を「職務に関し知った」なら、法は、Yが他人に対して利益を得させる目的で伝達することを禁ずるのである（金商法167条の2第2項）。

（ⅰ） Yは、平成28年7月27日までに、本件一覧表のBの欄を閲覧し[17]、BがInfinity案件を担当しており、同案件は、A社とファイナンシャルアドバイザリー契約を締結している上場会社が、その上場子会社の株券の公開買付けを行い、完全子会社にする案件であるという事実を知った[18]。

（ⅱ） Yは、同月27日、自席において、Bが、その席で電話により上司との間でInfinity案件に関する通話をする（午後7時12分から18分までの5分間余りであった）中で、不注意から顧客の社名として「C」と口にするのを聞き、Infinity案件の公開買付者がC社であるという事実を知った（Yは、Bと同じ室内で執務しており、電話で通話中のBの発言を聞き取ることができたところ、Yは、Bの通話が始まった直後から、インターネットでCやDに関する検索や閲覧をした（具体的には、午後7時13分から「C'」「C」「C有報」で検索、午後7時20分から「C”　子会社」「C”　子会社　上場」で検索、次いで、ウィキペディアのCの項目を閲覧、午後7時21分から「D　株価」で検索、次いで、Dの株式の価格が記載されたサイトを閲覧した））。

（ⅲ） その後、Yは、インターネットで検索してC社の有価証券報告書を閲覧し、関係会社の中で上場子会社はD社のみであることを確認し（B通話中の午後7時14分からCの有価証券報告書を閲覧し、その関係

17） 原判決の認定したところによると、7月22日午後4時台に2回、27日午後3時台に数回閲覧している。

18） 原判決の認定したところによると、本件一覧表には、Bの担当する本件案件につき、「プロジェクト名・△△」「種類・M&A」「親子上場解消、完全子会社化、親会社側FA」という記載がされていた。FAとはファイナンシャルアドバイザリー契約を意味しており、以上の記載により、Bは△△というプロジェクト名の案件を担当しており、同案件は、AとFA契約を結んでいる上場会社が、同じく上場会社である自社の子会社の株式の公開買付けを行い、これを完全子会社にする案件であることが認識可能であった。また、本件一覧表には、同月27日午後3時台の閲覧までの間に、本件公開買付けの公表予定日が8月3日であることも記載された。

会社の状況の項目には、Cが52パーセント余りの株式を有している上場子会社としてDが記載されており、かつ、同項目にはほかにCによる公開買付けの対象となり得る子会社は記載されていなかった)、本件公開買付けの対象となるのはD社の株券であるという事実を知った。

原判決（大阪高判令和2・12・18 LLI/DB L07520716）は、Yが本件公開買付け等事実を「聴務に関し」知ったことを肯定し、金融商品取引法197条の2第15号、167条の2第2項（167条1項6号）を適用した第1審判決（大阪地判令和2・6・8裁判所Web〔平成30年（わ）第4857号〕）を是認した。

これに対し、Yは、公開買付け等事実の一部を職務に関し知った場合にも法167条1項6号を適用できると解した原判決の解釈は、日常的に株式市場等の情報を収集分析するなどの業務を行っている証券会社の従業者にとって処罰範囲が不明確となると主張した。

2. 決定要旨

上告棄却。

「F部に所属するA社の従業者であったYは、その立場の者がアクセスできる本件一覧表に社名が特定されないように記入された情報と、F部の担当業務に関するBの不注意による発言を組み合わせることにより、C社の業務執行を決定する機関がその上場子会社の株券の公開買付けを行うことについての決定をしたことまで知った上、C社の有価証券報告書を閲覧して上記子会社はD社であると特定し、本件公開買付けの実施に関する事実を知るに至ったものである。このような事実関係の下では、自らの調査により上記子会社を特定したとしても、証券市場の公正性、健全性に対する一般投資家の信頼を確保するという金融商品取引法の目的に照らし、Yにおいて本件公開買付けの実施に関する事実を知ったことが同法167条1項6号にいう『その者の職務に関し知つたとき』に当たるのは明らかである。」

3. 検討

このように、YはBの担当するInfinityの案件に強い関心をもち（原判決によると、YがEに利益を得させる目的で金融商品取引に関する公表前の情報を探索していたことはY自身も認めている）、本件一覧表を数回にわたって閲覧し（これにより、Infinity案件が、ある上場会社がその上場子会社に対する公開買付けを行う内容のものであることを知った）、その内容を探るために、インターネット検索等をしていたところ、Bの本件公開買付けの実施に関する通話のなかで不注意な発言を自席で聞いて（これにより、当該上場会社が「C」であることを知った）、それに基づいてさらにまたインターネット検索等をし（この際、C社の有価証券報告書を閲覧して、当該上場子会社が「D」であることを知った）、本件公開買付け等事実を知ったとされた。最高裁は、このような状況のもとでは、Yが「自らの調査により上記子会社を特定したとしても…『その者の職務に関し知つたとき』に当たる」とした。

I. で見たような従来の解釈からすれば、Yが「職務に関し知った」に当たることは明らかなように思われる。なぜなら、Yは、特権的立場ゆえに公開買付け等事実を知ったのであり、そのような者が取引等（知人に知らせることも含め）を行うことは、事実を知り得ない一般投資家との関係で極めて不公平と考えられるからである。問題となり得るとすれば、Yが特定の者しかアクセスできない社内資料等から得られた本件公開買付けに関する情報には、対象会社がどこであるかの部分を欠いており、Y自らの調査でその部分を埋めたということであろう。このような特権的立場ゆえに得られた内部情報（すなわち、法の規制する重要事実・公開買付け等事実）だけでは十分ではないところを、自らの調査等、それ以外の経路から得られた情報・噂で補ったようなとき、言い換えれば、（上場会社や公開買付者に由来する未公表の）内部情報と、それ以外の情報（すでに公表されている情報や生じている事象、それらを分析することによって得られた情報）を組み合わせたときに、「職務に関し知った」と解釈されるのはどのような場合であろうか。

これについて、令和4年最決前に判断を示した2つの下級審裁判例がある。

それらを紹介し、学説の動向も踏まえながら、令和4年最決の判断の意義について検討する[19]。

Ⅲ．2つの下級審裁判例

1．東京高判平成29年6月29日判時2369号41頁

（1） 事実の概要

コンサルティング業務や資産運用に関する情報提供等を業とする株式会社の代表取締役であったX（原告・被控訴人）において、G證券会社の機関投資家営業二部営業員Jから、同人がその職務に関し知った重要事実（H社の公募増資）の伝達を受け、上記事実の公表日（平成22年9月29日）前に、H社株式を売り付けたことが、法166条3項に違反するとして、平成25年6月27日付で課徴金納付命令を受けたことにつき、Xが本件決定の取消しを求めたものである[20]。

上記重要事実は、G證券の引受部門のIが、H社との間の引受「契約の締結…の交渉…に関し」知り（法166条1項4号）、その後Jがその「職務に関し」知って（同項5号）、Xに伝達された（同3項）と主張されたところ、(i) Jが上記重要事実を「職務に関し」知った（法166条1項5号）か、(ii) XらがJから上記重要事実の「伝達を受けた」（法166条3項）か、が争点となった（この事案では、(i) が否定されており、(ii) は検討されていない）。

課徴金納付命令の決定（平成24年度（判）第10号）は、下記の（α）（β）を挙げてこれを肯定していた。すなわち、（α）Jは、平成22年9月中旬から

19） 令和4年最決の判例評釈等として、弥永真生「内部者取引をめぐる近時の裁判例を考える――イトーキ事件、モルフォ事件からみえてくるもの」ビジネス法務7号（2022年）88頁、浅井弘章「判批」銀行法務21 883号（2022年）67頁、大山徹「判批」刑事法ジャーナル73号（2022年）160頁等がある。

20） 本文記載の通り、本件で内部情報を知って取引したとされたXは、その情報をJから得ていた。Xのインサイダー取引（166条3項違反）が肯定されるためには、Xに情報を伝達したJが内部情報を「職務に関し知った」とされる必要があることから、ここでも「職務に関し知った」かが争点となっている。

下旬ころ、G 證券の証券アナリストで H 社のカバレッジを担当していた K（同月 15 日頃には本件公募増資を認識していた）に対して、H 社の噂が出ているが、資金はどうするのかなどと聞いたところ、K は、可能性は否定できない、やってもおかしくないなどと答える一方、他社については公募増資の実施を否定するような言動を示していたこと、（β）J が、同月下旬ころ、G 證券の機関投資家向け営業部門において公募増資等のファイナンス案件に関する部内の取りまとめ等を行う募集担当を務めていた L に対して、同月 29 日に機関投資家との食事の予定を入れることについて確認をすると、同人から、同日に何かがあるかもしれない、規模は大きいかもしれないなどと言われ、さらに、9 月 22 日から 24 日ころ、L に対して、同月 27 日の週の休暇取得の可否を問い合わせたところ、同人は、その週は忙しくなりそうである旨回答したこと、である。

原審は、X の本件請求を認容し、本件決定を取り消した。Y（国。被告・控訴人）が控訴した。

(2) 判旨

控訴棄却。

「上場会社等の契約締結の交渉中の法人等の他の役員等がその者の職務に関し重要事実を知ったとして法 166 条 1 項 5 号に該当するというためには、その者が職務に関し重要事実を構成する主要な事実を単に認識したというだけでは足りず、その者を会社関係者と位置づけることを正当化する状況、すなわち、その方法や態様等を問わないものの、当該契約の締結若しくはその交渉をする役員等が知った重要事実が法人内部においてその者に伝播したもの（流れて、伝わったもの）と評価することができる状況のもとで重要事実を構成する主要な事実を認識した場合であることを要するもの［下線筆者］と解するのが相当である。」そこで、「J に対し、K または L から本件重要事実が伝播したものと評価できるか否かを検討する」。

K の回答（上記（α））について、「その言い方や文脈（前後の会話の内容）等によっては、H 社が本件公募増資を行うことについての決定をした可能性を

積極的に示唆し、あるいは暗にその可能性を伝えるものと評価できることもあり得なくはないが、Kがどのような趣旨で上記回答をしたのかは、Kに対する質問調書にも全く記載がなく（そもそも、調査官はそのような質問すらしていない。）、Jに対する質問調書にも、その前後の会話内容等やKに尋ねた趣旨、Jの受け止め方についてはほとんど記載がないから、Kの上記回答は、H社の公募増資の可能性について肯定も否定もしなかったというにとどまるものというほかなく、H社が本件公募増資を行うことについての決定をした可能性を積極的に示唆し、あるいは暗にその可能性を伝えるものであったとは認められない。」

Lの回答（上記（β））について、これによって本件重要事実がJに伝播したというためには、「少なくとも、上記回答が、Lが本件公募増資についてイン登録された［筆者注：この時点でLが本件重要事実を知ったことが認められている］後に行われた必要があるが、両者の先後関係を示す的確な証拠はなく、Lは、Jが飲み会の設定の可否を細かく聞いてくるので、これには情報が漏れないように警戒していたというのである…から、Lが、イン登録後に、本件重要事実を念頭に置きながら上記回答をしたとは考えにくく」、K、LからJに本件重要事実が伝播したことは認められない。

2. 東京地判令和元年5月30日金判1572号14頁

(1) 事案

投資運用会社であるX（原告）のファンドマネージャーであるM及びN（以下「Mら」という。）において、T証券会社のセールストレーダーOから、同人がその職務に関し知った重要事実（P社の公募増資）の伝達を受け、上記事実の公表日（平成22年8月24日）前に、P社株式を売り付けたことが、法166条3項に違反するとして、平成26年12月26日付で課徴金納付命令を受けたことにつき、Xが本件決定の取消しを求めたものである[21]。

上記重要事実は、T証券の株式資本市場部（以下、「ECM部」という。）の従業員Qらが、P社との引受「契約の締結…の交渉…に関し」知り（法166条

1項4号)、その後Oがその「職務に関し」知って(同項5号)、Mらに伝達された(同3項)と主張されたところ、この事案でも、(i)Oが上記重要事実を「職務に関し知った」(法166条1項5号)か、(ii)FらがJから上記重要事実の「伝達を受けた」(法166条3項)か、が争われた(本件では、(i)が否定されているものの、(ii)が検討されているが、ここでは扱わない)。

課徴金納付命令の決定(平成25年度(判)第29号)は、以下の3点を挙げてこれを肯定していた。すなわち、(α)Oは、平成22年6月頃以降、社内の株式営業部門のマネジメント陣から、夏季休暇の取得時期を事前に申請するよう指示されたり、同月1日から同年7月1日までの間に、国内機関投資家向け営業の責任者であった株式営業部門のRから、夏季休暇を取得しないよう言われたこと、(β)同年7月中旬頃、社内ミーティング等で、RからS社の公募増資は前哨戦であり、次は落とせない旨、顧客とのつながりを確保しておくべき旨、同業他社との競争に負けるわけにはいかない旨などを聞いたこと(この頃OはP社の公募増資の噂を聞いており、翌月頃、T証券が引き受ける公募増資案件が控えていると思ったこと)、(γ)同年7月中旬頃、ECM部の従業員から、Oに対し、数日間にわたり継続してP社株式のフロー照会(ある銘柄の売買において、どのような投資家がどの程度の量の売買を行ったのかについての照会)がなされ(継続してフロー照会を受けた銘柄は、P社とメガバンク銘柄以外になかった)、ECM部がP社に強い関心を持っており、本件公募増資の引受けを受託しようとしている動きであることは、容易に予想できたこと、である。

(2) 判旨

本件処分取消しについて、請求認容。

---

21) 平成29年東京高判同様、本件で内部情報を知って取引したとされたX(M, N)は、その情報をOから得ていた。Xのインサイダー取引(166条3項違反)が肯定されるためには、Xに情報を伝達したOが内部情報を「職務に関し知った」とされる必要があることから、ここでも「職務に関し知った」かが争点となっている。

重要事実を「その者の職務に関し知った」（法166条1項5号）ことが争われている対象となる者が、証券会社の従業員である場合には、日常的に、上場会社等に関わる情報収集や市場状況の分析といった業務活動を通じて、収集した情報等の分析に基づく推測を得たり、市場関係者等の間における噂を聞くなどして、契約担当役員等（同項4号に当たる、契約の締結やその交渉等に関与した者、以下同様）とは別の経路から重要事実に関する何らかの情報を入手することもあり得、これら情報から重要事実を知ったとしても同項5号による取引制限の対象には当然当たらない。

そういった「別の経路から重要事実に関する何らかの情報を入手した場合において、金商法166条1項5号による取引制限の対象に当たるというためには、当該別経路による情報だけでは重要事実を知ったというのに十分でなかったものが、契約担当役員等との直接又は間接の職務上の関わり合いを通じて得られた情報（内部情報）を加えたことにより重要事実を知るに至ったと認められることが必要であり、例えば、別経路による情報は単なる推測や噂にとどまるものであったが、内部情報によりこれが確実なものであると裏付けられた場合などは、これに当たるものというべき［下線筆者］である」。そこで、Oが、契約担当役員等であるECM部の従業員（同項4号）との直接又は間接の関わり合いを通じて得られた情報（内部情報）により、上記重要事実が確実なものであると裏付けられたといえるかについて、検討する。

ECM部によるフロー照会（上記（γ））は、ECM部の従業員が、平成22年7月中旬頃、具体的にいつ、何回にわたり、Oに対するフロー照会をしたかは、証拠上明らかでなく（むしろ他の時期には集中的なフロー照会がなされたことが認められている）、P社については、公募増資の話が出始めた平成20年10月頃から、株価が大きく変動したときなどにその要因を調査していたことから、P社株についてフロー照会があるというだけでは、本件公募増資の実施が確実であることと直ちに結び付く情報であるとは言えない。

また、株式営業部門による夏季休暇の取得に関する指示・発言（上記（α））は、いずれも本件公募増資に関する平成22年7月6日のキックオフミーティン

グの前にされたものである上、株式営業部自体が、公募増資の公表まで当該情報に接することのできない情報隔壁の外に置かれたものであるから、かかる株式営業部の従業員の言動から得られる情報をもって、本件公募増資の実施について確実なものであると裏付けられたということはできない。

さらに、Rの発言（上記（β））も、公募増資の公表まで当該情報に接することのできない情報隔壁の外に置かれた部署の者によるものである上、内容的にも、買取引受のシェアが少ないS社増資においても積極的な営業活動を行うよう関係各者を鼓舞するため、過去に実際、受注競争に大きく負けたことを引き合いに出したにすぎないと見ることもできるものであり、同様に否定される。

3. 検討

このように、東京高判平成29年6月29日判時2369号41頁（以下、「平成29年東京高判」という。）および東京地判令和元年5月30日金判1572号14頁（以下、「令和元年東京地判」という。）では、いずれも、証券会社の従業員が、業界内におけるH社またはP社が公募増資を行うといった噂を聞き、その真偽を確かめるために、契約担当役員等（166条1項4号、上場会社に由来する内部情報を知る立場の者）に積極的に接触したり、その言動を注意深く観察していた。すなわち、証券会社の従業員JやOが、（上場会社や公開買付者に由来する未公表の）内部情報と、それ以外の情報（すでに公表されている情報や生じている事象、それらを分析することによって得られた情報）を組み合わせていたことをもって、重要事実を「その者の職務に関し知った」（法166条1項5号）と解されるかが問題となった。

これについて、どういった解釈が示されたのか、以下、検討する。

(1) 「職務に関し」につき、意思的な情報伝達は必要か

平成29年東京高判で原告（J）は、重要事実を「職務に関し知った」といえるためには、「その者が役員等である法人の他の役員等［166条1項4号］が重

要事実を当該会社関係者に『伝達した』又は『流した』といえることが必要…」であり、「同号［166条1項5号］の会社関係者が他の役員等［166条1項4号］を一方的に調査して得た情報は、『伝達された』又は『流された』といえない」と主張していた（以下、「情報伝達要件説」という。）。

すなわち、Jは、H社の公募増資について、社内の証券アナリストであるKや機関投資家向け営業部門において募集担当を務めていたLに対して、スケジュールの確認やH社の噂について聞いているが、それは、契約担当役員等から「伝達された」又は「流された」ものではないから、166条1項5号の「職務に関し知った」に当たらないとしていた。

これについて、平成29年東京高判は、「その方法や態様等を問わないものの、当該契約の締結若しくはその交渉をする役員等が知った重要事実が法人内部においてその者に伝播したもの（流れて、伝わったもの）と評価することができる」ことを求めており、「伝播」を要求したところ、この「伝播」は、伝達意思に基づく情報伝達行為を要求するのかが問題となった[22)]。

これを肯定する見解は、その根拠として、平成29年東京高判のKの回答について判断した箇所を挙げ（本稿212頁参照）、「Kがどのような趣旨で上記回答をしたのかは、Kに対する質問調書にも全く記載がなく」、「H社が本件公募増資を行うことについての決定をした可能性を積極的に示唆し、あるいは暗にその可能性を伝えるものであったとは認められない」と述べた部分を引用し、伝播を否定したとする[23,24)]。そして、意思的な伝達行為を求める情報伝達要件説は、インサイダー取引規制の趣旨に沿うものとは言えず、支持できないと批判する[25)]。

この点、平成元年東京地判は、「契約担当役員等［166条1項4号］との直接又は間接の職務上の関わり合いを通じて得られた情報」であれば、「職務に関し」

22） 166条3項にいう「会社関係者…から…伝達を受けた者」の解釈については、会社関係者が当該業務等に関する重要事実を伝達する意思で実際にその伝達行為を行い、その結果伝達の対象となった者が当該重要事実を知った場合に、それに該当すると解される。横畠・前掲注（2）122–123頁。

知ったを肯定し得ることを認めている。すなわち、意思的な情報伝達行為は必要ないとの立場をとるもので、学説でも妥当と判断されている[26]。もっとも、令和元年東京地判は、「少なくとも情報の発出・流通が当該［契約］担当役員等に帰因することが求められている点」で、平成29年東京高判のとった「伝播説」と異ならないと解されている[27]。

(2) どのような場合に「知った」に当たるか

平成29年東京高判では、（契約担当役員等の知った重要事実が「伝播」した状況で）「重要事実を構成する主要な事実」の認識を求めていたのに対し、令和元年東京地判ではより広い射程で捉え、契約担当役員等による経路とそれとは別の経路による情報を組み合わせて、「別経路による情報は単なる推測…にとどまるもの…が、内部情報により…確実…と裏付けられた」なら「知った」

23） 陳宇「判批」法学研究92巻2号95, 102–103頁。また、湯山智教「判批」ジュリスト1529号108,110頁も、規範としては意思的な伝達行為を求めていないが、事実認定の過程ではその影響を相当に受けているように解されると述べ批判する。

24） 判旨は、Kの回答が「その言い方や文脈（前後の会話の内容）等によっては、H社が本件公募増資を行うことについての決定をした可能性を積極的に示唆し、あるいは暗にその可能性を伝えるものと評価できることもあり得なくはない」として、「Jに対し、K…から本件重要事実が伝播した」かにつき、その検討要素の1つとして上記のKの回答の趣旨を検討し、さらに「その前後の会話内容等や［Jが］Kに尋ねた趣旨、Jの受け止め方については［Jに対する質問調書に］ほとんど記載がない」ことにも言及し、JとKの前後の会話内容やJ側の意図、Kの発言をJがどう受け止めたのかも考慮した上で、「Kの上記回答は、H社の公募増資の可能性について肯定も否定もしなかったというにとどまるものというほかなく、H社が本件公募増資を行うことについての決定をした可能性を積極的に示唆し、あるいは暗にその可能性を伝えるものであったとは認められない」と判断したようにも思われ、必ずしも意図的な情報伝達行為を求めたものではなかったとの解釈も可能なようにも思われる。なお、大山・前掲注（19）166–167頁は、情報伝達要件説について、詳細な興味深い分析を行なっている。

25） 陳・前掲注（23）103頁。また、段磊「本件原審判批」ジュリ1508号124, 126–127頁、湯山・前掲注（23）110頁等も同様に批判する。

26） 松尾健一「判批」金法2145号55, 56頁。

27） 行澤一人「判批」ジュリ1544号108, 109頁。

とされると論じられた[28]。

平成29年東京高判におけるJや令和元年東京地判におけるOは、H社やP社の公募増資の噂を聞き、その真偽を確かめるために、契約担当役員等といった重要事実を知る立場にあったK、L、ECM部の従業員から情報を得ようとしていたところ、令和元年東京地判が、平成29年東京高判より広く、重要事実の一部もしくは断片的なものでも組み合わせて推測を確信に変えるなら「知った」となるとしたことは、こうしたJやOを規制対象に含めることができるようになり、学説でも評価されている[29]。

他方で、確実には至らなくてもその認識を強めたなら「知った」とすべきとの批判がなされている[30]。この批判の理由として、令和元年東京地判の事案におけるOは一般投資家には知り得ない情報にアクセスできる「特権的立場」に立ち、実際、契約担当役員等であるECM部と積極的にコンタクトを取っており、「直接的に内部情報を照会できるような関係」にあったと推認されることを挙げ、そうした状況では、本件公募増資が確実とまでいかなくても、「より強く認識するに至った」と強く推認され、規制対象に含めるべきとする[31]。

確かに、業界内の慣習や業界内の人間なら通常有する認識、契約担当役員等

28） 平成29年東京高判は、法166条1項にいう「知った」について、「会社関係者が法人内の複数の断片的な情報を取得しそれらを組み合わせることによって重要事実を認識するに至った場合であっても」肯定されるべきとの控訴人（Y）の主張に対し、「Yのいう複数の断片的な情報には、上場会社等に由来しない法人内部の事実や、重要事実とは関係がないような事実も含み得るものであって、しかもそれを組み合わせることによって認識するというのも、金融商品取引市場に流布する噂、当該上場会社の業績、開示情報、株価の動向、証券アナリストの分析、予測等の外部情報の収集力や分析力といった営業員個人の資質に左右される主観的な推測との区別を曖昧なものとし、客観性、明確性に欠けるものであり、上記の程度の認識をもって『知った』に当たると解することは、法…の…趣旨に沿うものとはいえない」と論じた。このように、重要事実の一部の伝播と市場情報などを組み合わせて総合的に重要事実を認識することでは「知った」とはならないとしたことを学説では批判していた。湯山・前掲注（23）111頁、松尾・前掲注（26）57頁等。

29） 行澤・前掲注（27）109頁、湯山智教「判批」ジュリ1545号99, 101頁。

30） 湯山・前掲注（29）101頁。

との関係性等から、平成29年東京高判の事案におけるJや令和元年東京地判におけるOが、重要事実の認識に結びつく可能性のあるヒントやシグナル（示唆情報等[32]）をくみ取り、内部情報に近い内容を知ることもあり得ること等に鑑みると[33]、上記のような批判も一定の説得力を有すると思われる。

しかし、そういった示唆情報等も、上場会社に由来する（チャイニーズ・ウォール内で管理される）ものにつながらなければならず[34]、平成29年東京高判の事案におけるJや令和元年東京地判におけるOのような、チャイニーズウォールの外側の人間について、重要事実を「職務に関し知った」と解釈するためには、単にその者が「市場における噂」を認識しただけでは足りず[35]、まさにチャイニーズウォールの内側で管理されている重要事実を認識したことが必要[36]ということには留意しなければならないと思われる。そして、こうした示唆情報等の認定に当たっては、当該示唆情報等の内容、性質、それに対する関係者の

31） 湯山・前掲注（29）102頁。また、陳・前掲注（23）104–105頁も、平成29年東京高判の事案で、JがKやL等の重要事実を知り得る立場にある者に、積極的にH社の公募増資の有無の確認をしようとしたことや、KやLの発言がH社の公募増資を示唆しうるもので他の情報と組み合わせると本件公募増資を推知しうるものであることを挙げ、このような場合には「正に、特権的立場を利用した場合」にあたるとして、一般投資家との比較において有利・不公平であるから、判旨が「知った」としなかったことを批判する（段・前掲注（25）127頁も同旨と思われる）。しかし、業界内の噂も含め契約担当役員等からではない情報に基づけば、さまざまな推測が成り立ち得た当時の状況に鑑みれば（また、判旨は、J自身が、Lの発言と自分の推測を組み合わせてH社の公募増資があるかもしれないと思ったと述べており、Kの発言には触れていないことにも言及している）、そういったK及びLから、後から考えれば示唆するようにも思える発言がなされたとしても、それをもって「知った」とすることには慎重になるべきと思われる。

32） 日本証券業協会の「協会員における法人関係情報の管理態勢の整備に関する規則」によれば、「示唆情報等」とは「それ自体は法人関係情報に該当するわけではないが、他の情報と相まって法人関係情報となり得る情報」と定義される。同規則は、2022年6月に、「金融商品取引業等に関する内閣府令」、「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」等の改正を踏まえ、改正され、示唆情報等の管理等に関する規定も改められた。

33） また、松尾・前掲注（26）58頁は、公募増資の確実性を裏付ける情報を契約担当役員等から担当外役員等が得たことを示す直接的証拠を入手することは、事案によってはかなり困難である旨、指摘する。

認識、重要事実との関連性を断絶するための措置の有無等を勘案し、他の公開情報ないし未公表の非重要事実と相俟って重要事実の存在やその内容をチャイニーズウォールの外側の人間が認識し得るか否かを慎重に検討する必要があると思われる[37]。

この点、令和元年東京地判が述べた、契約担当役員等による経路とそれとは別の経路による情報を組み合わせて、「別経路による情報は単なる推測…にとどまるもの…が、内部情報により…確実…と裏付けられた」こと（噂を確実なものとして裏付けた示唆情報）を示した事案として、平成25年1月8日付で課徴金納付命令が発出された平成24年度（判）第15号が指摘されている[38]。

Ⅳ．令和4年最決の検討

最高裁は、すでに紹介した2つの下級審裁判例での議論を踏まえ[39]、「職務に関し知った」（167条1項6号）の解釈につき、次の点を明らかにしたと考える[40]。

まず、「職務に関し」について、本件では契約担当役員等であるBから意思的な情報伝達がYになされたわけではないから、「情報伝達行為」は要しないとしたと解される。また、本件公開買付けの実施の事実を知っていたBが作成した「本件一覧表」とB自身の発言を「組み合わせること」が、経路として指摘されているから、「情報の発出・流通が…［契約］担当役員等に帰因す

34）　深水大輔「『公募増資インサイダー事案』に見られる解釈・事実認定上の課題について」信州大学法学論集22号151, 153–154頁参照。同論文は、「『職務に関し知った』と認定するには、少なくとも、当該役職員がその職務の内容として内部情報を知りうる立場にあることに起因して、チャイニーズウォールの内側で管理されている『重要事実』を認識するに足る、重要なシグナルないしヒントを認識したことが必要となろう」と述べている。

35）　深水・前掲注（34）153頁。同論文は、チャイニーズウォールの外側にいる人間も、市場においてさまざまな噂に接することがあるが、そのような「市場における噂」のみに基づいて公募増資の存在を「予測」したとしても、それはあくまでも「噂に基づく予測」に過ぎず、結果としてその予測が的中しても、「重要事実」を「職務に関し知った」とはならないことも指摘する。

36）　深水・前掲注（34）153頁。

37）　深水・前掲注（34）154頁。

る[41)]」ことは求めていると思われる。さらに、自分の業務遂行のための閲覧ではなくても（業務とは関係なくファイルを見た場合でも）、特定の部署のみ閲覧可能な情報を閲覧した場合には「職務に関し」が認められるとし、「職務に関し」を広く解したと思われ評価できる。

次に、「知った」について、上場会社等に由来する（チャイニーズ・ウォール内で管理される）情報と由来しない情報とを組み合わせて、判断されるとしたことも意義があると思われる。ただし、上場会社等に由来する情報が、より

38） これは、資産運用をしていた被審人の代表社員において、平成22年8月20日、U證券会社の営業部門の従業員V1から、同社の引受部門の従業員V2らが同社とW社との間の引受契約の締結の交渉に関して知り、その後V1がその職務に関し知った、W社の公募増資の伝達を受け、上記事実の公表日（平成22年8月24日）前に、W社株式を売りつけたことが166条3項に違反することが問題とされたものである。上記重要事実は、U証券の引受部門の従業員V2らが、W社との引受「契約の締結…の交渉…に関し」知り（法166条1項4号）、その後Zがその「職務に関し」知って（同項5号）、被審人に伝達された（同3項）とされたところ、V1が「職務に関し」知ったということの検討において、次の点が指摘された。(i) U證券の中で、W社の公募増資の話は噂されていたこと（V1の所属する営業部門に隣接するトレーディング部門において、W社の公募増資が実施される可能性が高いことが噂され、同部門のV3は営業部門のV4にその旨問い合わせたこと、営業部門V5は自らの分析や同社を担当するアナリストの動向等からW社の公募増資の可能性が極めて高いと考えており、営業部門V6とその話をしていたこと、トレーディング部門のV7はV1にW社の公募増資を行う理由を確認したこと、営業部門のV8は外部にW社公募増資の噂を話したこと等、指摘されている）、(ii) 同年8月20日の朝会で、V9またはV10から、同月24日にドライラン（公募増資の実施の公表後、株式の発行者が主幹事証券会社に対して公募増資の概要等を説明するために開催される説明会）及びドライラン後のアナリストとのミーティングが予定されているため、その時間帯は空けておくよう指示があったこと（営業部門に所属する者であれば、ドライランが行われる日には、公募増資または新規株式公開の公表がなされることを容易に認識できた）である。これらのことから、V1は、W社の公募増資の実施の可能性を示す情報に接していたところ、8月20日にドライランの実施に係る情報を得たことで、W社の公募増資が同月24日に実施されることを確信するに至ったとされた。

39） もっとも、2つの下級審裁判例は、チャイニーズ・ウォールの外側にいた者が「職務に関し知った」か否かが問題となっており、チャイニーズ・ウォールの内側にいた者が問題となった令和4年最決とは事案として大きく異なる。

40） ここでの検討につき、東京大学商法研究会において有益な示唆を得た。

部分的であった場合については、最高裁は解釈を示していない。すなわち、「本件一覧表」とB自身の発言で、Yは「重要事実を構成する主要な事実」を認識したと解されるから（上場会社等に由来しない情報は、公開買付けの対象会社となるC社の上場子会社がどこか、ということだけであった）、「主要な事実」を認識するとまでは言えない場合に、どの程度認識すれば、職務に関し「知った」とされるのかは、明らかにされていない。たとえば、本件で、YはBの不注意な発言でInfinity案件の公開買付者がC社であることを明確に知ったとされるが、これほど明らかな形では公開買付者を認識しなかったらどうであったのか。または、本件で、YはC社の上場子会社がD社のみであることをC社の有価証券報告書を閲覧することで確認したが、これがもし1社に絞られず、3社であったら（またはそれより多かったら）どうであったのか。

本件ほど「主要な事実」を明確に認識しなかった場合に、どのように解釈されるのか、今後の動向が注目される。

おわりに

本稿Ⅰ．で述べた通り、従来、「職務に関し知った」の要件は、インサイダー取引規制の趣旨（内部情報を知りうるという他の投資家と比べて特権的立場にある者が重要事実を知って取引等を行うことは一般投資者との関係できわめて不公平か否か）にそって解釈されるべきとされてきた。これと整合的に解釈するのであれば、本稿で取り上げた2つの下級審裁判例も令和4年最決も、インサイダー取引に当たるとなるであろうことは、すでに本稿Ⅲ．3．で見てきた通りである。いずれも、証券会社の従業員が、内部情報を知り得る特権的立場にあることを利用して、内部情報にアクセスしようとしていた事案であり、そのような者が取引等を行うことは、一般投資者との関係で極めて不公平になるからである。

しかし、チャイニーズ・ウォールの外にいたJ（平成29年東京高判）やO（令

41） 行澤・前掲注（27）109頁。

和元年東京地判）は、日常的に株式市場等の情報に接しており、業界内の噂も飛び交い、契約担当役員等からではない情報に基づけば、さまざまな推測が成り立ち得る状況に身を置いていた。そのような中で、JやOのような担当外役員等が「職務に関し知った」（法166条1項5号、167条1項6号）と言えるためには、契約担当役員等の回答や発言によって、その者が有していた推測の一つがそれ以外の推測とは異なるものになる（これを「確実」と裏付けられるというかどうかは別として）ということは、最低限満たされなければならないのではないかと思われる。

【付記】

筆者が筑波大学に赴任して3年半の間、大塚章男先生から、法曹を目指す社会人を対象とした大学院における授業のこと、研究に対する想い・その姿勢、外国の法制度を研究するということの意義等、本当にたくさんのことを御教示賜った。大塚先生は、研究に対しては大変厳格でおられながらも、教育に関しては常に大きな愛で接しておられ、法科大学院での教歴がなく、右も左もわからないような状況にあった筆者にも、親身になって相談に乗って下さり、さまざまな御助言をくださった。

大塚先生の訃報はあまりに突然で、筆者は大塚先生に御礼をきちんと申し上げることすらできなかった。せめて、大塚先生から御教示賜ったことを少しでも生かすことができるように努力することを誓い、大塚先生に哀悼の意を込めて本稿を捧げたい。

なお、本稿は、日本証券業協会の客員研究員としての研究成果である。

（まんざわ・ようこ　筑波大学ビジネスサイエンス系准教授）

論　説

弁護士の中立公正義務の理論的分析（1）[1)]

森　田　憲　右

第１　はじめに（中立公正をめぐる事例とその問題意識）
　１　問題意識
　２　結論の概要
　３　遺言執行者にかかる懲戒事例
　４　破産管財人にかかる倫理
　５　責任調査委員会の委員にかかる裁判例
　６　検討課題（まとめ）
第２　中立公正さが問題となる場面と利益相反の関係
　１　中立公正について
　２　利益相反について
　３　中立公正と利益相反との関係
　４　中立公正と利益相反を検討するにあたっての視座
第３　利益相反を検討する上での出発点としての「依頼者」
　１　問題の所在
　２　依頼者を基点とする各国の制度と類型化
　３「依頼者」の確定
　４　前掲大阪高決について
第４　中立公正を検討する上での「依頼者」とその類型化
　１　問題の所在
　２　中立公正の類型化　（以上、本号）
第５　【類型Ａ：双方型】（依頼者と別の依頼者との利益相反）について、弁護士の中立公正さが問題となる場合
第６　【類型Ｂ：非双方型】（依頼者と他の立場や役割との間の利益相反）について、弁護士の中立公正さが問題となる場合
第７　まとめ

---

1)　本稿は、原案について、諸先生方（肩書略・五十音順）（石田京子氏、柏木俊彦氏、加藤新太郎氏、手賀寛氏、永石一郎氏、森勇氏、我妻学氏）から様々なご助言やご指摘をいただいた上で手を加えたものである。厚く御礼申し上げる次第である。

第1　はじめに（中立公正をめぐる事例とその問題意識）

1　問題意識

弁護士は、依頼者に対して誠実義務ないし忠実義務を負う。依頼者を代理して依頼者の利益を擁護することにより、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする（弁護士法1条）。

裁判官のような中立公正義務を負うものではない。

弁護士の本来的業務は依頼者に対する助言ないし代理行為ではあるが、弁護士は法の支配の担い手として社会のあらゆる領域に活動の場を拡げ国民や公共利益に貢献することが求められ、非常勤裁判官・調停委員・ADR手続主宰者・非常勤公務員・会社役員・相続財産管理人など代理業務とはいえない中立公正さが求められる職務に就く場合が多くなった[2)]。

これらの職務に関しては個別の制限規定や制裁規定などが設けられており、弁護士であると非弁護士であると問わず各規定を遵守する義務を負う。もっとも、弁護士は、弁護士の使命を果たすため高い倫理や責任を求められているから（弁護士職務基本規程（以下「職務基本規程」という。）前文）、本来的業務ではない職務に就任した際に、その前後を通じて、弁護士法ないし職務基本規程（以下、両者をあわせて「弁護士法制」という。）に抵触する場面が想定され得る。

懲戒事例などでは、依頼者を措定しない職務についたとき、職務の中立公正さに対する信頼を損なったことを非難されて、非行といえるかどうかが問題となる事案が多い。著名な事案としては遺言執行者と受益相続人の代理人との兼

---

2)　司法制度改革審議会平成13年6月12日司法制度改革審議会意見書「第3 弁護士制度の改革」「弁護士の活動領域の拡大」において、「弁護士は、公職への就任が制限され（弁護士法第30条第1項）、民間企業に所属する場合には所属弁護士会の許可を必要とされている（同条第3項）。今後は、弁護士が、個人や法人の代理人、弁護人としての活動にとどまらず、社会のニーズに積極的に対応し、公的機関、国際機関、非営利団体（NPO）、民間企業、労働組合など社会の隅々に進出して多様な機能を発揮し、法の支配の理念の下、その健全な運営に貢献することが期待される。」と述べる。

併が挙げられる。また、近時では、会社の責任調査委員会の委員と会社の訴訟代理人との兼併について中立公正さを根拠に弁護士法の利益相反規定を類推適用した裁判例[3)]が現れた。

弁護士がこれまで以上に活動領域を拡大し、依頼者を措定しない職務に就くとき、弁護士法制が捕捉できない事態に陥ることは避けなければならない。その反面、中立公正は多義的であり、その意味や位置づけを曖昧なままにしておくと、マジックワードと化し、弁護士法制の適用範囲ないし懲戒事由の判断が曖昧となり、弁護士の活動に萎縮的効果を生じさせるおそれがある。

そこで、本稿では、弁護士に求められる職務の中立公正さをできる限り類型化して、各類型における理論的根拠を検討しつつ弁護士法制の適用範囲を画することが適当な方法の一つであると考え検討を加える[4)]。また、そのことと関連して、弁護士法1条の誠実義務（職務基本規程5条にいう誠実義務と同義である。）について、依頼者に対する誠実義務にフォーカスされてきたものを職務の中立公正さに対してもその適用について必要な範囲で検討を加えるものである。

2　結論の概要

結論を先んじて述べるとすれば、概要以下のとおりである。

弁護士法1条にいう誠実義務は、法律専門家として求められる高度な善管注意義務をいうが、そのうち、依頼者を裏切らないという忠実義務を内包してお

---

3)　後掲令和3年12月22日大阪高決

4)　以前の拙稿（森田憲右「利益相反の概念についての一考察－遺言執行者をめぐって－」（筑波ロー・ジャーナル223号2017年）218頁）では、遺言執行者と相続人の代理人との兼併について、「職務の中立公正の問題と利益相反の問題とを対置して捉えるのではなく、統合的に捉えるべきであるとするものであり、弁護士は複数人に対して善管注意義務を負う場合には、中立公正に職務を遂行する義務が導かれ、弁護士と各人との利益相反を回避する義務が導かれると考えるものである。」としていたが、職務の中立公正の根拠や内容、利益相反回避義務との関係について必ずしも理論的な分析が十分であったとは言い難かった。本稿では、できるだけこれらの理論的分析を試みるものである。

り、利益相反行為は忠実義務違反にあたる[5)]。職務の中立公正さが俎上に載せられるとき、依頼者を措定する場合に問題とされている場合があれば、依頼者を措定しない場合に問題とされている場合もある。

依頼者を措定する場合は忠実義務が問題となる。

これに対して、依頼者を措定しない場合、忠実義務は問題とはならないから、忠実義務違反による利益相反は観念できない。しかし、弁護士の職務である以上、弁護士法1条の誠実義務は適用される。具体的に言えば、中立公正さが求められる各職務に関しては個別の制限規定や制裁規定が課されているから、弁護士が各個別規定に違反した場合には、当該契約ないし法定に基づく善管注意義務違反に問われ得る。その場合依頼者に対する忠実義務違反を観念することはできないが、弁護士が担うその職務の中立公正さに対する信頼を損ない、それが忠実義務違反と同価値である場合には、利益相反回避義務違反を問われる。その意味で、弁護士法1条の誠実義務の内容となる。このように弁護士法1条の誠実義務は、依頼者に対するもののほか、職務の中立公正さに対しても適用される。

もっとも、弁護士法制における利益相反規定の拡大適用ないし類推適用については慎重であるべきであり[6)]、みだりに類推適用がなされないよう手立てを講じる必要がある。それを防ぐ手立てとして、弁護士に求められる中立公正さを類型化して各類型の理論的根拠と適用範囲を画していく必要がある。

検討の出発点として、比較的問題となる事例として、遺言執行者・破産管財人・会社の責任調査委委員会の委員について、裁判例や懲戒議決例を概観

5）　誠実義務に関する議論状況としては、日本弁護士連合会調査室編著［条解弁護士法［第5版］2019年12頁、加藤「弁護士役割論〔新版〕」2014年345頁以下に詳しい。本稿では、誠実義務について、弁護士には専門的知識・技能に応じて高度に専門的な仕事を遂行する注意義務という側面と、依頼者から信任を受けて広範な裁量権を与えられることにより依頼者に不利益を与えてはならない忠実義務という側面に分けて検討をするものである（能見善久「専門家の責任－その理論的枠組みの提案」別冊 NBLNo.28（平成6年）4頁参照）。さらに、忠実義務をどのように分類するかについては諸説があるが、ここでは、依頼者を裏切らないという忠実義務、すなわち利益相反回避義務を中心に論じる。

しつつ、どのような場合に中立公正さが問題とされているかについて疑問点や検討課題を抽出した上で検討を加える。

3　遺言執行者にかかる懲戒事例

（1）　遺言執行者にかかる懲戒事例においては、中立公正と利益相反についての言及がみられる。遺言執行者と特定の相続人の代理人との兼併が懲戒事由にあたるかどうかに関する裁判例や日本弁護士連合会（日弁連）懲戒委員会先例としては、主として、東京高等裁判所平成15年4月24日判決（判例時報1932号80頁）、日弁連懲戒委員会平成18年1月10日議決（弁護士懲戒議決例集第9集3頁）、及び日弁連懲戒委員会平成27年10月19日議決（同議決例集18集3頁）が挙げられる。

ア　東京高等裁判所平成15年4月24日判決（平成15年東京高判）[7)]

被相続人は、生前、対象弁護士と同行して、その遺産の全部を特定の相続人1人（受益相続人）に相続させる旨の公正証書遺言を作成したが、その際、同弁護士は公正証書の作成につき証人となり、かつ、同遺言により遺言執行者に指定されていた。被相続人の死後、同弁護士は遺言執行者の就職を承諾

---

6)　加藤新太郎「原告訴訟代理人の訴訟行為の排除」（NBL1225.98頁）によれば、懲戒処分は不利益処分であるから、罪刑法定主義と同様の原則が妥当するとして、明確な定めを要するほか、文理解釈を基本として、類推解釈など拡大解釈にわたる解釈は許されず、謙抑的な解釈が要請されるとする。基本的な考え方として賛成である。私見によれば、弁護士法25条、規程27条各号及び28条各号が「利益相反自体を要件とはせず、利益相反の蓋然性の高い一定の行為の要件を定めて、その当該要件が充足されれば、それ自体利益相反として予防的に事件受任および受任の継続を禁止している」のであり（柏木俊彦「弁護士の利益相反」（『法曹倫理』日本法律家協会編、2015年）141頁）、拡張規定である以上、みだりに類推適用するのは謙抑的であるべきである（森田219頁）。ただし、類推適用が一切許されないのかについて、後掲の令和4年6月27日最決によれば、「『弁護士法25条に違反する弁護士の訴訟行為を排除する判断において』同条の規定についてみだりに拡張又は類推して解釈すべきではない。」と述べており、懲戒処分の判断においてまで拡張又は類推解釈の禁止を明示はしていない。そこで、本稿では、利益相反条項がみだりに類推適用されないような理論構成を試みる。

7)　判例時報1932号80頁

したにもかかわらず、他の相続人から受益相続人に対する遺留分減殺請求事件の調停事件について、受益相続人の代理人となった。

上記事案について、日弁連が同弁護士を懲戒処分（戒告）としたことをうけて、同弁護士が懲戒処分の取消しを求めて提訴し、東京高等裁判所は、平成15年4月24日、次のとおり判示して、原告である同弁護士の請求を棄却した。

「遺言執行者は、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の権利義務を有し（民法1012条）、遺言執行者がある場合には、相続人は、相続財産の処分その他遺言の執行を妨げるべき行為をすることができない（同1013条）。すなわち、遺言執行者がある場合には、相続財産の管理処分権は遺言執行者にゆだねられ、遺言執行者は善良な管理者の注意をもって、その事務を処理しなければならない。したがって、遺言執行者の上記のような地位・権限からすれば、遺言執行者は、特定の相続人ないし受遺者の立場に偏することなく、中立的立場でその任務を遂行することが期待されているのであり、遺言執行者が弁護士である場合に、当該相続財産を巡る相続人間の紛争について、特定の相続人の代理人となって訴訟活動をするようなことは、その任務の遂行の中立公正を疑わせるものであるから、厳に慎まなければならない。弁護士倫理26条2号は、弁護士が職務を行い得ない事件として、「受任している事件と利害相反する事件」を掲げているが、弁護士である遺言執行者が、当該相続財産を巡る相続人間の紛争につき特定の相続人の代理人となることは、中立的立場であるべき遺言執行者の任務と相反するものであるから、受任している事件（遺言執行事務）と利害相反する事件を受任したものとして、上記規定に違反するといわなければならない。」

イ　日弁連懲戒委員会平成18年1月10日議決（平成18年議決）[8)]

被相続人は、生前、対象弁護士に依頼して、所有不動産の相当部分とその余の遺産を相続人Aに相続させ、他の4人の子に他の不動産を相続させる旨の公正証書を作成し、同公正証書において同弁護士が遺言執行者に指定され

8)　弁護士懲戒議決例集（第9集）3頁

たが、被相続人の死亡後、同弁護士は平成11年5月相続人全員に財産目録を交付して遺言作成の経緯と相続財産の内容について説明したところ、A以外の相続人らから、遺言作成の経緯とともに現金がないことについての疑問が呈せられ、現金調査して財産目録を再調整するよう求められたが、同弁護士はこれに応じなかった。同弁護士の遺言執行業務が完了した後、他の相続人のうち3名は、平成12年2月A及び相続人1名を被告として、遺言無効確認請求訴訟を提起し、同弁護士が被告ら訴訟代理人として受任して活動した。上記事案において、日弁連懲戒委員会は、平成18年1月10日、「遺言執行者は、特定の立場に偏することなく、中立的立場でその任務を遂行することが期待されているのであって、当事者間に深刻な争いがあり、話し合いによっては解決することが困難な状況があった場合は、遺言執行が終了していると否とに関わらず、遺言と相続財産を巡る相続人間の紛争について、特定の相続人の代理人となって訴訟活動をすることは慎まなければならないというべきである。」、「本件は、旧弁護士倫理第26条第2号の問題ではなく、正しくは旧弁護士倫理第4条、同第5条による、弁護士の信用と品位の保持、職務の公正の確保の問題である。」として、戒告するとの議決をした[9]。

ウ　日弁連懲戒委員会平成27年10月19日議決（平成27年議決）[10]

被相続人は、生前、対象弁護士が関与して、全財産を受益相続人に相続させる旨の公正証書遺言を作成し、同遺言において対象弁護士を遺言執行者に指定をしていたが、被相続人の死後、相続人間に相続財産の範囲について争いはなかったものの、他の相続人が受益相続人に対して遺留分減殺請求の通知をし、対象弁護士は受益相続人の代理人として交渉提案をした。その後、他の相続人の代理人弁護士が対象弁護士に対し遺言執行者に就任するかどうかの質問をしたところ、対象弁護士は遺言執行者に就任するよう迫られたと理解して就任する旨回答をした。

9）　対象弁護士は、平成18年議決に対して懲戒処分取消請求訴訟を提起したが、東京高裁は、日弁連懲戒委員会の判断理由と同様の理由で請求を棄却している（議決例集（第9集）9頁）。

10）　議決例集第18集62頁

上記事案について、日弁連懲戒委員会は、平成27年10月19日以下のとおり判断して、対象弁護士を懲戒にしないことを相当とすると議決した。

「相続人間の相続を巡る紛争において、遺言執行者たる弁護士が一部の相続人の代理人となることは許されず、たとえ遺言執行行為が終了した後であっても、遺言執行者としての職務の公正さを疑わしめ、遺言執行者に対する信頼を害するおそれがあり、ひいては弁護士の職務の公正さを疑わしめるおそれがあるため、懲戒処分を免れない場合があることは、既に当委員会が議決しているところである（当委員会平成18年1月10日議決－『弁護士懲戒事件議決例集第9集』3ページ）。しかしながら、具体的事案に即して実質的に判断したときに、遺言の内容からして遺言執行者に裁量の余地がなく、遺言執行者と懲戒請求者を含む各相続人との間に実質的にみて利益相反の関係が認められないような特段の事情がある場合には、非行に当たらないと解すべきである（当委員会平成22年5月10日議決――『弁護士懲戒事件議決例集第13集』19ページ）。」とした。

(2)　中立公正と利益相反との関係（疑問点と検討課題）

平成15年東京高判は、遺言執行者の中立的立場から利益相反を論理的に導いている。

平成18年議決については、原弁護士会の議決（懲戒せず）は「遺言執行が完了した後は、遺言執行者としての立場と実質的・具体的に利益相反のない事件（遺言執行者であるなら当然主張したであろう主張と同じ主張をなすような事件）について特定の相続人の訴訟代理人となって事件を受任することは、懲戒に値する倫理上非難すべき行為とはいえない。」としていた。これに対して、平成18年議決は、旧弁護士倫理第26条2号（現行の職務基本規程28条3号に対応）の問題ではなく、中立公正の任務を根拠に旧弁護士倫理4条・5条（現行の職務基本規程5条・6条に対応）にいう弁護士の信用と品位の保持、職務の公正の確保の問題であるとし、遺言執行の終了前後を同列に扱うとともに、遺言執行者と受益相続人との間の実質的な利益相反の有無を適用範囲の検討対

象とは認めなかった。

平成27年議決は、平成18年議決を援用したものの、実質的に利益相反関係の有無を検討し、中立公正と利益相反との間の論理的な連動を認めた。

平成15年東京高判、平成18年議決及び平成27年議決の経過をうけて、適用法条については、概して、職務基本規程27条1号違反に準じるという考え方、職務基本規程28条2号ないし3号違反とする考え方、職務基本規程27条5号違反とする考え方のほか、職務基本規程5条・6条の問題として捉える見解に分かれている[11)]。ただ、平成27年から令和4年に至るまでの遺言執行者に関する懲戒事例によると、職務基本規程5条、6条の問題として捉える見解に固まってきたといってよい[12、13)]。

とはいえ、遺言執行者にかかる問題は、職務の中立公正さという独自の領域の問題なのか、あるいは実質的には利益相反の領域の問題であり適用法条の違いがあるだけなのかという検討課題がある。

4　破産管財人にかかる倫理

（1）　破産管財人にかかる中立公正義務

破産管財事件については、破産債権者の中に顧問先があった場合に破産管財

11）　日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著「解説　職務基本規程　第3版」（2017年）（以下「解説」という。）98頁、柏木俊彦「弁護士が遺言執行者に就任した場合と利益相反の問題」判例タイムズ1283.30、加藤新太郎「遺言執行者に就任した弁護士の関連訴訟の受任の可否」NBL1213.61

12）　永石一郎「訴訟制度内における弁護士倫理」（日本法律家協会『法曹倫理』2015年）169頁によれば、個別の構成要件がない場合は、職務基本規程第2章「一般規律」や5条の「信義誠実」違反という一般条項を用いる、これが現在の日本弁護士連合会懲戒委員会の運用である、とされる。

13）「自由と正義」に掲載された懲戒公告において、京都弁護士会の2020年12月21日懲戒処分によれば、同規程5条、6条及び第28条3号に違反するとする。これは、共同事務所における弁護士に対して第57条を適用することを意図してか28条3号の適用を肯定したものと推測されるが、同条を適用すれば一般条項としての5条、6条の適用は不要となる点で、論理的な整合性に疑問がある。

人弁護士は利益相反回避義務を負うかについて問題とされる。通説は、職務基本規程28条2号の問題ではなく、職務基本規程5条･6条ないし81条にいう「職務の公正を保ち得ない事由」の問題とする。そして、特定の債権者（自己の顧問先）と全債権者との間に厳しい利益相反の関係がない場合には、直ちに破産管財人を辞任するか、顧問関係を解消するかのいずれかを選択すべきであるとまではいえないとされる[14)]。

(2)　中立公正と利益相反との関係（疑問点と検討課題）

通説は､｢公正｣の問題としつつも､実質的な利益相反をも考慮している点で、中立公正と利益相反との論理的な連動を認めている。破産管財人について職務基本規程28条2号を適用するとの見解によれば、利害関係者全員が同意をしなければ債権者に顧問先がある弁護士は破産管財人に就任することができないとの結論が導かれ、事実上例外が認められないこととなるのに対し、通説によれば、中立公正の問題としつつ例外をある程度認める方向に働いているかのようである。

これに対して、遺言執行者についての平成18年議決によれば「中立公正」は利益相反の問題ではないとして例外を認めない方向に働いているかのようである。一見すると中立公正という概念が、一方では例外を許す根拠となり、他方では例外を許さない根拠となっているかのようであり、場当たり的に利用されているかのような印象さえ受ける。

矛盾があるとすれば是正をすべきであろうが、矛盾がないとすれば、これらを統一的に説明することのできる理論的根拠が検討課題となる。

5　責任調査委員会の委員にかかる裁判例

(1)　会社の責任調査委員会の委員について利益相反を検討した裁判例が現れた。会社の不祥事に関して、第三者委員会が設置され、その後会社の監査

14)　解説103頁

役が金品受領問題に関して元取締役の会社法423条1項に基づく損害賠償責任の有無を調査検討するために設置した責任調査委員会について、監査役から委員の委嘱を受けた対象弁護士がその後会社の元取締役に対する損害賠償請求訴訟の会社側訴訟代理人に就任した場合に利益相反規定に抵触するかどうかが争われた事案について、大阪高裁は利益相反規定違反を認めたが、その抗告審である最高裁はこれを否定した。

ア　令和3年12月22日大阪高決

大阪高決は、責任調査委員会は会社から独立して第三者的職務を行う機関であり、「独立性を確保した利害関係のない立場にある社外の弁護士からなる取締役責任調査委員会」「調査の中立性・公正性を担保する」旨の記載や公表をもって中立・公正な立場で調査検討を行う機関であるとした上で、対象弁護士が会社側の訴訟代理人に就任して訴訟行為をすることは、元役員が責任調査委員であった対象弁護士らの独立性、中立・公正さに対して特別な信頼に基づいて回答をしたことについて元役員の上記信頼を裏切ることになり弁護士法25条2号の趣旨に反するし、対象弁護士らの立場は弁護士法25条4号が想定する裁判官と変わるところはないから同条の趣旨に反するとして、25条2号及び4号の類推適用により、対象弁護士らの訴訟行為を排除する旨の決定をした。

イ　令和4年6月27日最決

抗告審である令和4年6月27日最決は、責任調査委員会は会社から委嘱を受けて上記調査を行うものであり、元役員は事情聴取の結果が会社の元役員に対する損害賠償請求訴訟において証拠として用いられる可能性があることを当然認識していたというべきであるとした上、元役員の回答が法律的な解決を求めるためにされたに等しいということはできず、弁護士法25条2号にあたらないし、責任調査委員会の設置目的や委員の職務の内容等に照らし対象弁護士が裁判官と変わらない立場にあったということもできず、25条4号にあたらないとした。

(2)　中立公正と利益相反との関係（疑問点と検討課題）

前掲最決においては、責任調査委員会の委員について弁護士法25条2号・4号の適用ないし類推適用は否定されたが、前掲大阪高決によれば、責任調査委員会の委員の独立・中立公正さないしそれに対する信頼が利益相反規制[15]の適用の根拠となっている。

責任調査委員会の委員の中立公正さと、遺言執行者や破産管財人でいう中立公正さとは同じであるか、異なっているのかが検討課題である。

6　検討課題（まとめ）

以上の3つの事例について検討課題を抽出したが、これらをまとめると、弁護士に求められる職務の中立公正さは利益相反の領域の問題であるのか否か、中立公正の各種類型と利益相反との関係如何ということに収斂される。

第2　中立公正さが問題となる場面と利益相反との関係

1　中立公正について

中立とは、字義によれば、対立が存在する際に、そのどちらにも与しないことをいう。公正とは、字義によれば、公平で偏っていないことをいう。

中立と公正は多義的である。最高裁判例によれば、公務員としての中立公正（「中立かつ公正」）について、「政治的偏向を排する」「一党一派に偏することがない」との言及がなされるが、それ以上に中立と公正の内容を明らかにしていない。両者が同義であるのか異なるのかについても明らかではない。その中立と公正の根拠として、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策の忠実な遂行及び全体の奉仕者性から導いている。また、最高裁判例によれば、裁判官としての中立公正については、公正中立な審判者との言及がなされるが、それ以上に中立と公正の内容を明らかにしていない。ここでも両者が同

15）　以下では、「利益相反規制」を、明文のある場合のほか、広く利益相反禁止に当たる場合を指して説明する。

義であるのか異なるのかについても明らかではない。その中立と公正は、三権分立、司法の本質、司法権の行使主体から導かれるもので、より厳格な中立公正であるとされる[16)]。

中立と公正の定義や区別については、諸説がある[17)]。公務員においてその中立性の把握は千差万別である[18)]。また、裁判官に求められる厳格な中立公正さについても、その広狭が議論される[19)]。

もっとも、最高裁判例によれば、中立と公正を区別せずに、「中立・公正」「中立かつ公正」という複合語として使用されている（本稿においても、中立と公正についてその相違を厳密に区別することなく、ほぼ同義のものとして、中立公正という複合語を使用することとする。）。

弁護士法制には、中立という言葉はないが、公正については、職務基本規程5条、57条及び81条等に規定がある[20)]。職務基本規程5条にいう「公正」とは、解説16頁によれば、基本的人権の擁護と社会正義の実現という使命に基づきその職務を遂行するものであることから、弁護士は、いかに依頼者の利益のた

16）　最大決平成10年12月1日（民集52.9.1761）は「憲法は、近代民主主義国家の採る三権分立主義を採用している。その中で、司法は、法律上の紛争について、紛争当事者から独立した第三者である裁判所が、中立・公正な立場から法を適用し、具体的な法が何であるかを宣言して紛争を解決することによって、国民の自由と権利を守り、法秩序を維持することをその任務としている。このような司法権の担い手である裁判官は、中立・公正な立場に立つ者でなければならず、その良心に従い独立してその職権を行い、憲法と法律にのみ拘束されるものとされ（憲法76条3項）、また、その独立を保障するため、裁判官には手厚い身分保障がされている（憲法78条ないし80条）のである。」、「司法権を行使する主体である」とする。

17）　田中成明「手続的正義からみた民事裁判の在り方について」（法曹時報55巻5号、2003年）21頁、ジョン・ロールズ（田中成明ほか訳）「公正としての正義　再説」（2001年・翻訳発行2004年）384頁、岩佐憲明「政治的中立の不可能性」（徳島大学総合科学部人間社会文化研究第21巻、2013年）51頁

18）　田中守「行政の中立性理論」（1963年）65頁以下、嶋田博子「公務の『中立性』はどう理解されてきたか」（政策科学24–4.2017–3）37頁

19）　田中成明21頁

20）　そのほか、職務基本規程64条、65条、74条に「公正」が規定されている。

めであろうと、不当な目的のために職務を行ったり、不当な手段を用いたりすることは許されないとされ、具体的に職務基本規程21条・31条・75条を挙げている。職務基本規程57条にいう「職務の公正を保ち得る事由」とは、解説169頁によれば、客観的・実質的に考えたときに、依頼者の信頼確保、弁護士の職務の公正確保という本条の趣旨に照らして、所属弁護士が、他の所属弁護士（所属弁護士であった場合を含む）が職務基本規程27条または28条の規定により職務を行い得ない事件について職務を行ったとしても、なお弁護士の職務に対する信頼感を損ねるおそれがなく、弁護士の職務執行の公正さを疑われるおそれがないと判断される特段の事情（事由）をいうものとされる。職務基本規程81条にいう「職務の公正を保ち得ない事由」とは、解説219頁によれば、一般的には、客観的・実質的に考えて当該委嘱にかかる職務に対する信頼を損ねる事情といえるとし、官公署委嘱にかかる職務は一般に公平・中立を求められる面がある、その公平性・中立性を保ち得ない事情あるいは公平性・中立性を疑われる事情であるとされ、当事者や関係者との利害関係がないことが重要な要素とされる。

このように職務基本規程においても「公正」は多義的に使用されており、各条文の趣旨に応じて目的的に解釈されている。とはいえ、それでも解説16頁にいう職務基本規程5条の公正の意味内容（不当目的不当手段の職務禁止）については、公正の字義からは著しくかけ離れているかのように思える。遺言執行者についての裁判例や懲戒先例によれば、「中立」と「公正」は区別なく同義で使用されており、職務基本規程5条の「公正」を適用する。しかし、解説16頁のいう同条の公正の意味内容と同義に用いられてはいないと思われる。そうすると、懲戒先例の解釈と解説16頁の解釈との間には飛躍や矛盾があるとの疑問が生じる。この点については、後記3（4）で述べるが、同条は「誠実かつ公正」に職務を行うと規定され、誠実義務の内容との関係で公正義務の内容に広狭の解釈がなされ得るのであり、解説16頁の「公正」の解釈や遺言執行者についての懲戒先例の「公正」の解釈適用は、いずれも相当であり矛盾はない。

2　利益相反について

弁護士の利益相反については、各国において、その規定は統一されておらず、その意義について明確に定められた規定は見当たらない。

日本の弁護士の利益相反規制については、弁護士法25条や職務基本規程27条、28条などに定められているが、その趣旨は、①当事者の利益保護、②弁護士の職務執行の公正の確保、③弁護士の品位と信用の確保にあるとされ、アングロサクソン法系の依頼者と弁護士との信認関係に基づく忠実義務と大陸法系（ドイツ）の弁護士の職務の公正に対する信頼の確保の両者の折衷型であるとされる[21)]。

3　中立公正と利益相反との関係

(1)　問題の所在

弁護士は弁護士法1条の誠実義務を負い、依頼者に対して専門家として高度な善管注意義務を負う。誠実義務のなかには、依頼者を裏切らないという忠実義務（利益相反回避義務）が含まれる。すなわち、弁護士は党派的な活動を行う。これに対して、中立公正は、非党派的なものであるから、忠実義務と中立公正は、対立する概念といえる。利益相反は忠実義務から派生するものであるから、利益相反と中立公正とは対立し、別個の領域の問題といえそうである。

(2)　従前の取扱い

しかし、中立公正の役割と代理人の役割との兼併の問題については、後述するとおり、各国の弁護士倫理規制にあって利益相反の項において取り扱われている。また、日本の弁護士倫理にかかる解説書においても利益相反の項において取り扱われている。遺言執行者にかかる事例のように、利益相反として認定されている議決例も多い。責任調査委員会の委員について、前掲大阪高決は、

---

21)　柏木俊彦「弁護士の利益相反」（日本法律家協会編『法曹倫理』平成27年）140頁、加藤新太郎「利益相反」（高中正彦・石田京子編『新時代の弁護士倫理』2020年）62頁

中立公正に対する信頼を理由にして利益相反であると判断している。このように中立公正は利益相反の問題として扱われている。

(3)　実質的観点

利益相反規制は本来的には依頼者に対する忠実義務違反の問題である。しかし、弁護士の活動領域拡大により中立公正の職務を担うとき、中立公正な役割は、依頼者代理人の役割と相容れない関係に立つ場合がある。このような場合には、利益相反が本来想定する双方の依頼者代理人の兼併と近似する。また、中立公正な職務を通して利害関係人や依頼者に実害を及ぼすほか職務の公正に対する信頼確保を損なうこととなり、利益相反禁止の趣旨と同じくする。

(4)　職務基本規程５条の解釈

前記1のとおり、職務基本規程5条は、誠実「かつ」公正に職務を行うことを要請されており、誠実「または」公正に職務を行うことと規定されているのではない。誠実義務と公正義務は同時に要請されている。しかし、誠実と公正は対立する概念といえるから、両者のバランスをはかる必要がある。

依頼者に対する誠実義務・忠実義務は弁護士の本質的な価値の高い義務であることからすると、「公正」義務の内容は文理解釈からは大幅に後退し、解説16頁のように、不当な目的や不当な手段を用いたりすることは許されないという程度のものにとどまる。これは、弁護士が依頼者に対して忠実義務を負うとしても、基本的人権の擁護と社会正義の実現という使命に基づきその職務を遂行するものであるから（弁護士法1条1項）、依頼者に対する忠実義務は無制限ではなく、その歯止めないし内在的制約としての「公正」をいうものである。

これに対して、遺言執行者のような中立的立場にある場合、その場合であっても、職務基本規程5条にいう誠実義務は要請される[22]。しかし、その場合の

22）　解説13頁では、遺言執行者の問題について、誠実義務の項で言及している。

誠実義務は依頼者に対するものではないから忠実義務を含むものではない。依頼者に対する誠実義務が存在するとき、第三者に対する誠実義務を認めるべきかどうかについて議論されているが[23]、ここでは依頼者が措定できない場合の誠実義務の内容を問題としている。依頼者が措定されていない場合であっても弁護士の職務である以上誠実義務を負う。そして、後述するとおり、いわゆる「中立公正義務」が利益相反回避義務を導くものであるとし、それが誠実義務の内容をなすものと解するとき、職務基本規程5条の「公正」の内容は、（忠実義務の内在的制約として働くのではなく）中立公正義務にいう「公正」と同義（「誠実義務」⊃「中立公正義務」＝「公正」）となる[24]。このように解することにより、遺言執行者についての懲戒先例が同条の「公正」に違反しているとしていることを矛盾なく説明することができる。

遺言執行者についての懲戒先例が職務基本規程5条の「公正」に違反するとの結論は、誠実義務の内容をなす中立公正義務から導かれる利益相反回避義務に違反していることによる。

(5)　まとめ

以上のとおり、中立公正さが問題となる場面は利益相反の領域の問題として捉えるべきである。遺言執行者についての問題は、実質的には利益相反の領域の問題であり、適用法条の違い（職務基本規程27条・28条とするか5条・6条とするか）にすぎない。

23）　誠実義務が依頼者に対するもののほか相手方その他第三者に対するものを含むかどうかの議論がなされている（加藤「弁護士役割論」357頁以下、永石169頁、田村陽子「弁護士の誠実義務と職務の独立性」（高中正彦・石田京子編著『新時代の弁護士倫理』2020年）34頁）。本稿では、別の観点で論じるものであり、中立公正な職務に就いたときの誠実義務を検討するものである。

24）　後述するとおり、例えば、調停委員に求められる「公正」と遺言執行者に求められる「公正」とは、その意味内容は異なる。とはいえ、いずれも「誠実義務」に含まれる中立公正義務が「公正」と同義となることには変わりはない。

4　中立公正と利益相反を検討するにあたっての視座

前掲大阪高決のように、「独立」「中立公正」の多義的な概念をもって、弁護士法や職務基本規程が安易に拡大解釈したり類推適用したりすることを許せば、よってたつ具体的な基準がなく恣意的な運用のおそれがある。また、懲戒議決例において適用される規程5条・6条は一般条項であることから、その適用範囲をめぐり具体的な行動指針となり得ず萎縮的効果を生むおそれがある[25]。このことはひいては法の支配の担い手である弁護士の職務活動の自由（憲法22条1項）を過度に制限することにもなりかねない。

そのようなことを防ぐ観点から、本稿では、弁護士がその職務上中立公正さを求められ、あるいは求められていたとき、利益相反規制に抵触する場合を理論的な分析を通して検討する。その際、弁護士の中立公正さがどのような場面で何を根拠にいかなる内容のものが求められ、それがどのようにして利益相反規制に抵触することとなるのかについて検討する。

依頼者に対する忠実義務違反である利益相反は、主に依頼者との委任契約内容から導かれ、いわば閉じられた構成要件であるのに対して、中立公正さが利益相反規制（あるいはその趣旨）に抵触するかどうかは、中立公正が非党派的であり、また、多義的であることから、いわば開かれた構成要件である。とすれば、中立公正さが利益相反規制に抵触したというためには、忠実義務違反との同価値性を要すると解すべきである[26]。

仮に、弁護士の中立公正さが利益相反規制に抵触する場合、弁護士の中立公正さは、法的義務を帯びることとなるので、その意味で、弁護士の「中立公正義務」と表記することとする。

以下では、弁護士の利益相反規制を中心に、比較法的見地をも含めて、弁護

25）　規程第2版86頁、山田裕祥「利益相反（遺言執行者）」『改訂弁護士倫理の理論と実務』（平成25年）109頁

26）　後述のとおり、忠実義務違反との同価値性は、弁護士法25条4号の解釈適用において、公務員が個々人において実質的に関与をすることを要件とすること等を導く根拠となるし、破産管財人・遺言執行者・相続財産管理人が利益相反規制に抵触する理論的根拠となる。

士の中立公正義務を検討することとする。

第３　利益相反を検討する上での出発点としての「依頼者」

1　問題の所在

遺言執行者に関する前掲懲戒議決例や責任調査委員会の委員に関する前掲大阪高決（但し、前掲最決により否定されている）は、いずれも弁護士が依頼者を一義的に措定することができていないものである。

利益相反を考えるにあたっては、「依頼者」の措定は極めて重要なポイントであり議論の前提となるので整理をしておく必要がある。

2　依頼者を基点とする各国の制度と類型化

弁護士の利益相反は、依頼者に対する背信（大陸法系）[27]ないし忠実義務違反（英米法系）を本質とし、いずれも依頼者を出発点とする。

そこで、弁護士の利益相反を検討するに際しては、第1に、依頼者と別の依頼者との間において問題となる場合【類型Ａ：双方（代理）型】、第2に、依頼者と他の立場や役割との間において問題となる場合【類型Ｂ：非双方（代理）型】を分けて検討するのが便宜であり、各国においてもそれを前提とした法整備がなされている[28]。

(1)　日本の制度

弁護士法25条1号ないし3号及び6号ないし9号並びに職務基本規程27条1号ないし3号及び28条2号・3号等によれば、複数の依頼者がいる場合に依頼者の利益と別の依頼者の利益が相反する場合【類型Ａ：双方型】を規定している。

また、弁護士法25条4号・5号並びに職務基本規程27条4号・5号及び28条

27）　ウルリッヒ・ヴェッセルズ（訳　森勇）「ドイツの実務における利益相反」（森勇編著『弁護士の基本的義務・弁護士職業像のコアバリュー』2018年）170頁

28）　解説74頁、ABA模範規則2.4条

1号・4号は、弁護士と事件ないし当事者の間に特別の関係がある場合【類型B：非双方型】を規定している[29]。

「依頼者」の意義について、弁護士法25条1号、2号は、「相手方の協議を受けて賛助し、又はその依頼を承諾した事件」または「相手方の協議を受けた事件で、その協議の程度及び方法が信頼関係に基づくと認められるもの」とする。「依頼を承諾した」とは事件を受任することの依頼に対する承諾をいうものと解されている[30]。

会社役員や成年後見人など弁護士が本人に対して忠実義務を負う場合は、「二重の立場」[31]を有することからこれに含まれると解される。

(2)　ドイツの制度

2021年改正[32]ドイツ弁護士法BRAO（以下、改正ドイツ弁護士法を「BRAO」という。）43条a（4）項によれば、弁護士は、同一の事件において、利害の対立する他の依頼者にすでに助言又は代理をしている場合には、職務を行うことができない、と規定する【類型A：双方型】。

また、同法45条によれば、他の業務と兼業する際の活動制限を規定する【類型B：非双方型】。

なお、ドイツでは弁護士の利益相反には刑事罰が定められており、ドイツ刑法StGB356条によれば、（1）弁護士その他の法律専門家が、業務上依頼された事件に関して、同一事件において、その義務に反して、双方に助言または法

29）　解説74頁

30）　解説80頁

31）　柏木33頁

32）　ドイツ弁護士法BRAOは、2021年7月大きな改正がなされ、2022年8月施行された。特徴的なところとしては、弁護士と他の職種の者との専門的協力に関して大きな変更が設けられたこと、利益相反禁止が企業内弁護士等に拡大されたこと、コミュニティメールボックスが導入されたことを挙げることができる。ただ、本稿の主題に関する限りでは、実質的な変更は少ないので、改正前BRAOの解説や注釈については改正BRAO下においても妥当するものとして取り扱う。

的援助をしたときは、3月以上5年以下の懲役に処する（2）前項の者が、相手方と共謀して依頼人に不利益を及ぼしたときは、1年以上5年以下の懲役に処すると規定する。

依頼があったかどうかは、BRAO43条a（4）項によれば「助言又は代理」とされている。通説によれば、具体的事件について一定の法的利益を擁護することの申出を受け直ちにこれを拒絶しなかったことと解されている[33,34]。

もっとも、ドイツでは、独立役員の選任、成年後見人などは兼業という位置づけであり、BRAO45条または43条a（6）項により規制される。

（3） EUの制度

CCBE行動規範は、EUにおける弁護士の職業行動規則であり、EUにおける弁護士の国境を越えた移動を規制するものである。

CCBE3.2.1条によれば、弁護士は依頼人の間に利益相反またはその深刻なおそれがある場合は、同一事件について助言または受任をしてはならないと規定する【類型A：双方型】。

また、3.2.2条によれば、弁護士は、利益相反が生じる場合、守秘義務違反のおそれがある場合、または独立性が損なわれるおそれがある場合には、関係する依頼人の事件を避けなければならないと規定する【類型B：非双方型】。

（4） 米国の制度

ABA模範規則の前文（法律家の責任）コメント3によれば、依頼者との関係にはない中立の第三者としての役割を認め、その規律について、1.2条と2.4条を挙げている。

利益相反にかかる規定として、1.7条は、複数依頼者間の利益相反を規定する【類型A：双方型】。

33） Satzger, Schluckebier, Widmaier, StGBStrafgesetsbuchKommentar, 5Aufl.2021, 2757, 2758

34） 弁護士法25条1号は、旧弁護士法14条と同様の規定であるが、旧弁護士法14条はドイツ帝国弁護士法31条を継受したものとされている（条解199頁）。

1.8条は現在の依頼者との利益相反の特別規定【類型B：非双方型】、1.9条は過去の依頼者に対する義務【類型A：双方型を含む】、1.10条は共同事務所における一般規律、1.11条は政府弁護士の特別規定、1.12条は裁判官・仲裁人・調停人その他中立者の規定【類型B：非双方型】、1.13条は依頼者が組織である場合の規定を定めている。

ABA模範規則1.7条のコメント2によれば、利益相反を検討する前提として依頼者を特定することを求めている。

3 「依頼者」の確定

以上のとおり、各国においては、依頼者（その範囲については異なるが）を前提として利益相反を規制する。典型的な弁護士業務は、依頼者を代理して、依頼者のために誠実かつ忠実に職務を行い、相手方と対峙する。しかし、弁護士は、このような典型的な業務に限られず、複数関係者が取り巻く業務を求められてその利害調整を目的とする法律業務を担うことがあり得る。例えば、契約締結、共同事業の形成や解消、夫婦間調整、遺産分割協議などが挙げられる。そのような場合、弁護士の「依頼者」は誰なのか、関係者全員であるのか、1人ないし一部の関係者であるのか、あるいはいずれも依頼者ではないのか、について確定をしておく必要がある[35,36]。

4 前掲大阪高決について

前掲大阪高決は、弁護士法25条2号及び同条4号の類推適用をしたが、その根拠として、元役員の責任調査委員会への回答をもって元役員を依頼者に準じるものと捉え、さらに、責任調査委員会委員を裁判官に準じるものと捉えた。しかし、前掲大阪高決は、利益相反を考える上で必要不可欠な出発点としての「依頼者」を確定することをしなかった点で論証の前提を欠いていた。前掲最

35） 職務基本規程29条、30条、32条、ABA模範規則1.2条

36） 竹内朗「企業不祥事対応における調査委員会の実務上の課題と今後の展望」自由と正義 Vol73No.8、32頁

決のいうとおり、責任調査委員会委員の「依頼者」は、会社である。元役員は、【類型A：双方型】において依頼者ではないし依頼者と同視することはできないから、弁護士法25条2号の類推適用は認められない。また、元役員は、【類型B：非双方型】における裁判官ではないし裁判官と同視することもできないから、弁護士法25条4号類推適用は認められない。

第4　中立公正を検討する上での「依頼者」とその類型化

1　問題の所在

責任調査委員会の委員に関する前掲大阪高決（前掲最決で否定された）は、責任調査委員会の委員の職務の中立公正さを指摘した上で弁護士法25条2号及び4号の類推適用を導いたが、その誤りは中立公正さの類型化が不十分であったことによる。中立公正は、対立当事者の一方に与しない、偏しないことをいうから、対立当事者すなわち「依頼者」を基点にして類型化を試みる。

なお、利益相反における「依頼者」概念は各国において異なることを踏まえると、そもそも中立公正について検討する際の「依頼者」と、利益相反における「依頼者」を同義のものとして議論をしてよいかを踏まえておく必要がある。利益相反は「依頼者」本人に対する忠実義務（党派的活動）から派生するものであり、中立公正の職務は非党派的活動であり両者は対立する。また、前述のとおり、弁護士法25条ないし職務基本規程27条にいう「依頼」者ないし「依頼を承諾」とは、本人に対して忠実義務を負う場合をいうものと解される。とすれば、「依頼者」＝「忠実義務を負う場合」に利益相反が検討され、それ以外の場合に中立公正が検討されるものであるから、中立公正について検討する際の「依頼者」は、利益相反における「依頼者」と同義のものとして議論を進めてよいと思われる。

2　中立公正の類型化

中立公正については、以下のように類型化して検討する。

(1)　依頼者を措定することできる場合

代理人活動など弁護士本来の活動において、依頼者を措定することできる場合、弁護士は「依頼者」との関係において、中立公正が俎上に載せられる場合がある。

その場合、主体である複数依頼者間の中立公正【類型Ｘ①:依頼者同士型】と依頼者の依頼内容における中立公正【類型Ｘ②：依頼内容型】に分けることができる。

いずれも利益相反の【類型Ａ：双方型】の場面で検討することとなる。

(2)　依頼者を措定することができない場合

公務員その他の公益的な活動など依頼者を措定することができない場合、弁護士は、その職務において、中立公正さが求められる。

その場合、大きくわけて、弁護士法25条4号・5号ないし職務基本規程27条4号・5号に掲げる主体の場合【類型Ｙ①：規定型】と明文のない場合【類型Ｙ②：非規定型】が挙げられる。

いずれも利益相反の【類型Ｂ：非双方型】の場面で検討することとなる。

(3)　類型整理

以上の類型を整理すると、下表のとおりである。

これらについて検討を試みる。

【類型A】双方（代理）型		【類型B】非双方（代理）型	
【類型Ｘ①】 依頼者間の中立	（例） 複数依頼者・ 調整型業務など	【類型Ｙ①】 法25④⑤	（例） 公務員・裁判官・ 仲裁人など
【類型Ｘ②】 依頼内容の中立	（例） 独立役員・第三者 委員会など	【類型Ｙ②】 明文なし	（例） 遺言執行者・破産 管財人など

【付記】本稿は、科学研究費補助金・基盤研究Ｃ「弁護士の中立公正義務の理論的分析」（課題番号22K01273）の研究成果の一部である。

【後記】本号は、故大塚章男教授の追悼号である。先生は、実務家教員であり

ながら、豊富な研究業績を有し、また、筑波大学法曹専攻長、ビジネス研究科長をそれぞれ歴任された。とりわけ先生が法曹専攻長の在任時に既修者コースを新設されるなど多くの改革を断行されたことは、現在の本学法科大学院の礎を築くこととなった顕著な功績である。先生の急逝の報は今なお信じがたいが、先生から数々の薫陶を受けた者としてあらためて謝意を申し上げる次第である。

（もりた・けんすけ　筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

論　説

企業に対する人権デューデリジェンスの要求

弥　永　真　生

Ⅰ　問題の所在
Ⅱ　EU
Ⅲ　オランダ
Ⅳ　フランス
Ⅴ　ドイツ
Ⅵ　スイス
Ⅶ　これからの課題

Ⅰ　問題の所在

1999年開催の世界経済フォーラムにおいて、コフィー・アナン（国連事務総長（当時））が提唱した「国連グローバル・コンパクト」[1)]は、4分野（人権、労働、環境、腐敗防止）にわたる10原則の実践を企業に要請しているが、うち6つの原則は人権および労働に関するものである。すなわち、人権との関係では、企業は、原則1「国際的に宣言されている人権の保護を支持し、かつ、尊重し」、原則2「自らが人権侵害に加担しないことを確実なものとすべきである」とされている。また、労働との関係では、企業は、原則3「結社の自由および団体交渉権の実効的な承認」、原則4「あらゆる形態の強制労働の撤廃」、原則5「児童労働の実効的な廃止」、および、原則6「雇用と職業における差別の撤廃」を支持すべき（should uphold）であるとしている。

また、2005年に、第69回国連人権委員会は、「人権と多国籍企業」に関する

1）〈https://www.unglobalcompact.org/about〉.

国連事務総長特別代表として、ジョン・ラギー（ハーバード大学ケネディ・スクール教授）を任命し、2008年に、ラギーは、「保護、尊重および救済」フレームワークを第8回国連人権理事会へ提出した。このフレームワークでは、企業を含む第三者による人権侵害から保護する国家の義務、人権を尊重する企業の責任、および、救済へのアクセスという3つの柱が示されていたが、この「保護、尊重および救済」枠組みを現実に適用するため、2011年に、「ビジネスと人権に関する指導原則：国連「保護、尊重および救済」フレームワークの実装」[2)]が策定された。

また、OECD多国籍企業行動指針（The OECD Guidelines for Multinational Enterprises）の2011年5月改訂にあたっては、「IV. 人権」に以下のような規定が設けられた。

「企業は、国際的に認められた人権、活動を行う国の国際的人権義務ならびに関連する国内法および規則の枠内において、以下の行動をとるべきである。

1. 人権を尊重する。これは、企業は他者の人権を侵害することを避けるべきであり、企業が関与した人権への悪影響に対処すべきであるという意味である。

2. 企業自身の活動の文脈において、人権への悪影響を生じさせまたはそれに寄与することを避けるとともに、そのような影響が生じた場合には対処する。

3. 企業が人権への悪影響に寄与していなくとも、取引関係により、企業の事業活動、製品またはサービスに直接結び付いている人権への悪影響を防止しまたは緩和するようにする。

4. 方針として、人権を尊重するコミットメントを行う。

5. 企業の規模、事業の性質および活動の文脈ならびに人権への悪影響のリスクの重大性に応じて適切に人権デューデリジェンスを実施する。

6. 企業が人権への悪影響を生じさせたまたはそれに寄与したことを識別した

2） *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*（March 2011）〈https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100165917.pdf〉.

場合には、企業はそれらの悪影響からの修復を提供するか正統な手続を通じて協力する。」[3)]

これらを背景として、日本国政府も、「ビジネスと人権」に関する行動計画（2020-2025）[4)]を、2020年10月に最終決定した。行動計画中、「人権を尊重する企業の責任を促すための政府による取組」においては、「国内外のサプライチェーンにおける取組および「指導原則」に基づく人権デュー・ディリジェンスの促進」と「中小企業における「ビジネスと人権」への取組に対する支援」という2つの側面に分けて、今後行っていく具体的措置が記述されている。もっとも、今後行っていく具体的な措置として挙げられているものは、業界団体等を通じた、企業に対する行動計画の周知、人権デュー・ディリジェンスに関する啓発、「OECD多国籍企業行動指針」の周知の継続、「ILO宣言」および「ILO多国籍企業宣言」の周知、在外公館や政府関係機関の現地事務所等における海外進出日本企業に対する、行動計画の周知や人権デュー・ディリジェンスに関する啓発、「価値協創ガイダンス」の普及、「ビジネスと人権」に関するポータルサイト構築を通じた中小企業への情報提供、経済団体・市民社会等と協力して、中小企業を対象としたセミナーを実施といった周知・啓発活動にとどまり、人権デューデリジェンスの義務化には踏み込んでいない。

しかし、欧州諸国をはじめとして、人権デューデリジェンスを企業に求める国が増加している。そこで、本稿では、諸外国における実体的規制[5)]の動向を概観することとする。

これは、東京証券取引所『コーポレートガバナンス・コード』の【原則2-3. 社会・環境問題をはじめとするサステナビリティを巡る課題】は「上場会社は、

---

3)　外務省/OECD東京センターによる仮訳〈https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/csr/pdfs/takoku_ho.pdf〉をもとに、若干の修正を加えた。

4)　〈https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100104121.pdf〉.

5)　開示させることによって、市場原理を働かせようとするアプローチが連合王国の2015年現代奴隷法では採用された（弥永真生「人権保護等への取組み状況に関する開示」會計193巻6号（2018）591頁以下、同「S（社会）と開示規制」国際取引法学会誌8号（掲載予定）参照）。

社会・環境問題をはじめとするサステナビリティを巡る課題について、適切な対応を行うべきである。」とし、同補充原則2-3① は「取締役会は、気候変動などの地球環境問題への配慮、人権の尊重、従業員の健康・労働環境への配慮や公正・適切な処遇、取引先との公正・適正な取引、自然災害等への危機管理など、サステナビリティを巡る課題への対応は、リスクの減少のみなら

（前頁からつづき）

これは、コモンウェルス諸国で踏襲されており、オーストラリアの現代奴隷法（Modern Slavery Act 2018（Cth））は、内国企業であるか外国企業であるかにかかわらず、オーストラリア国内で事業を行う、その傘下にある事業体を含む年間収益が1億オーストラリアドルを超える会社、信託、パートナーシップ、個人事業、投資組合、NPO などの事業体に、サプライチェーンとその事業運営における現代奴隷の存在について、調査し、リスク評価の方法とその軽減措置について報告することを義務付けている。

すなわち、対象事業体は、その組織の詳細、事業運営とそのサプライチェーン、その事業体およびその事業体が所有または支配する事業体の企業運営上の現代奴隷のリスク、その事業体のサプライチェーンに存在する現代奴隷のリスク、リスクの分析・評価と現代奴隷への対処措置およびその措置の有効性に関する分析・評価、ならびに、その事業体が所有または支配する事業体との協議プロセスについての報告書を連邦内務省のウェブサイトに登録・提出しなければならない。提出された報告書は内務省のデータベース（Modern Slavery Statements Register）に反映され、一般に公開される。提出期限は、2019年1月1日以降に開始する各企業の各会計年度の終了から6カ月以内とされており、毎年、提出することが求められる。報告書には、その事業体の最高経営決議機関（取締役会など）の承認と責任者（取締役など）の署名が求められる。現代奴隷法には報告書の作成・提出義務違反に対する罰則は定められていないが、内務大臣は、適正な報告書の提出義務を怠った企業に対して、不適正事項について説明を要求し、リスク軽減措置を講じることを要求し、事業体の名称を含む違反行為に係る事項を公表する権限を有する。

カナダにおいても、同様の内容を有する現代奴隷法案が何回か提出されており、2022年12月16日時点では、2021年11月に提出された法案S-211「サプライチェーンにおける強制労働および児童労働との闘い法を制定し、かつ、関税法を改正する法律（An Act to enact the Fighting Against Forced Labour and Child Labour in Supply Chains Act and to amend the Customs Tariff）」が審議されている（〈https://www.parl.ca/legisinfo/en/bill/44-1/s-211〉）。すなわち、2022年4月28日に上院では可決され、下院では、第2読会を経て、同年6月1日に外務・国際開発常任委員会に付託され、同委員会は、同年11月28日に法案修正の必要はない旨の報告書を承認し、同月30日に本会議に提出した（2022年12月16日時点）。

ず収益機会にもつながる重要な経営課題であると認識し、中長期的な企業価値の向上の観点から、これらの課題に積極的・能動的に取り組むよう検討を深めるべきである」（圏点―引用者）としていることに表れているように、日本企業にとっても、人権の尊重は重要な課題であると考えられるからである。

Ⅱ　EU

EUにおいては、開示アプローチが採用され、企業サステナビリティ報告指令[6]による会計指令などの改正により、開示要求が拡張されることとなっている[7]。

他方、これと並行して、実体的規制を導入することが検討されている。すなわち、2021年3月10日、欧州議会が、企業のデューデリジェンスおよび企業の説明責任（Corporate due diligence and corporate accountability）について決議した[8]。これを背景として、2022年2月23日には、欧州委員会が企業持続可能性デューデリジェンス指令案（以下、CSDD指令案）[9]を公表した。欧州議会では、法律問題委員会に付託されたが、5つの関連委員会（外交委員会、経済・通貨問題委員会、国際通商委員会、雇用・社会問題委員会、環境・公衆衛生および食品安全委員会）から意見が提出された。法律問題委員会では、同年11月17日に報告者（Lara Wolters）から報告書案が提出され、最近では、同年12月8日に討議がなされた。また、同年11月30日に欧州閣僚理事会はgeneral approachを決定した。

CSDD指令案では、EU域内で設立された企業のうち、（a）全世界での年間

6）　Directive（EU）2022/2464 amending Regulation（EU）No 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting, OJ L 322, 16.12.2022, p.15 2022年11月10日に欧州議会で、同月28日には欧州閣僚理事会で、それぞれ可決され、同年12月16日にEU公報で公布された。

7）　弥永・前掲注5の文献参照。

8）　〈https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html〉

9）　Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive（EU）2019/1937, COM（2022）71 final, 2022/0051（COD）.

純売上高が1億5,000万ユーロ超、かつ、年間平均従業員数が500人超の企業、および、(b) 全世界での年間純売上高が4,000万ユーロ超、かつ、人権・環境の観点からハイリスクと指定された生地、衣類、皮革、履物、農業、森林、漁業、食品、飲料、鉱物資源、鉄鋼などの分野の売上高が年間純売上高の50%以上、かつ、年間平均従業員数が250人超の企業を対象とし、EU域外で設立された企業のうちEU域内での売上高が（a）または（b）の年間純売上高の規準を満たす企業を対象とすることが提案されている。

対象会社は、自社と子会社の企業活動のみならず、バリューチェーンにおける結び付きの強さや期間の観点から、継続的なビジネス関係を有する取引先による企業活動をデューデリジェンスの対象に含めなければならない。そして、対象企業には、(1) 企業方針へのデューデリジェンス方針の取り込み、(2) 現実化した、または潜在的な人権・環境への悪影響の識別、(3) 潜在的な悪影響に関しては、予防行動計画の策定・実施、および、(4) 現実化した悪影響に関しては、被害者に対する金銭的補償の提供を含む是正措置計画の策定・実施が求められる。

また、取引先に対し、予防行動計画および是正措置計画の遵守に関する契約上の保証を求めるとともに、遵守状況を監督し、遵守されない場合には取引先との契約関係の停止などの措置を講じなければならない。

さらに、被害者や市民団体に開かれた苦情申立制度の創設、少なくとも12カ月ごとの自社、子会社、取引先の企業活動と対応策の評価の実施およびデューデリジェンスの内容の公表も求められる。

対象企業の取締役は、デューデリジェンスを実施・監督する義務を負い、デューデリジェンスを遂行するに当たっては人権や気候変動、環境への影響を考慮することが求められる。

対象企業（a）には、気候変動に対するパリ協定と持続可能な経済への移行に整合的なビジネスモデルと企業戦略を策定する義務が課され、その遵守と取締役の変動報酬を連動させることが求められる。

対象企業が義務に違反した場合には、構成国は売上高に応じた罰金を科すも

のとされ、対象企業は取引先による場合を含め、予防行動計画または是正措置計画の策定・実施義務に違反し、損害を生じさせたときには、損害賠償責任を負う。ただし、取引先による違反の場合には、契約上の保証を得ていれば、損害賠償責任を負わない。

なお、付属書でデューデリジェンスの対象となる人権・環境関連の違反行為および禁止行為を規定し、違反行為および禁止行為の根拠となる条約等を列挙している。人権に関するものとしては、世界人権宣言、国際人権規約（社会権規約・自由権規約）、ILO コア労働基準と呼ばれる 8つの基本条約などが、環境保護に関するものとしては、生物の多様性に関する条約、水銀に関する水俣条約、残留性有機汚染物質に関するストックホルム条約、有害廃棄物の国境を越える移動およびその処分の規制に関するバーゼル条約などが列挙されている。

Ⅲ　オランダ

2017年2月17日に児童労働デューデリジェンス法案[10]が下院で可決され、「児童労働の助けを借りて作られた物品およびサービスの供給を防止するためのデューデリジェンス義務を導入する2019年10月24日法律」[11]として成立したが[12]、未施行である[13]。この法律は、一定の企業に対して、そのサプライチェーンにおいて児童労働があるかどうかを判断し、それに対する行動計画を定める

10）　Voorstel van wet van het lid Van Laar houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen（Wet zorgplicht kinderarbeid）. *See also*〈https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2016Z12996&dossier=34506〉.

11）　Wet van 24 oktober 2019 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen.

12）　議会での成立後、公布が遅延したが、この法律が予算に与える影響と事業者にとっての規制上の負荷への含意について、さらなる検討が必要であったことによると説明されている（Kamerstuk, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2019-2020, 26 485 Maatschappelijk verantwoord ondernemen, nr. 317 Brief van de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking, blz.2）。

ことを要求するものである。オランダの最終消費者に物品を販売し、またはサービスを提供する企業[14]は、規制当局[15]に対し、その全サプライチェーンにおける児童労働に関するデューデリジェンスを実施したことの宣誓書を提出しなけ

13） 施行日は、2020年1月1日以降の王令で定められる日とされている（12条1項）。2022年1月1日に施行されると予想されていたが（Stibbe, *Stand van zaken Wet zorgplicht kinderarbeid*（07.07.2020）〈https://www.stibbe.com/en/news/2020/july/stand-van-zaken-wet-zorgplicht-kinderarbeid#:~:text=De%20Wet%20Zorgplicht%20Kinderarbeid,januari%202022%20in%20werking%20treedt.〉）、2022年12月16日時点では施行されていない。企業にとっての負担の問題（Kamerstuk, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2019-2020, 26 485 Maatschappelijk verantwoord ondernemen, nr. 373 Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken）や未解決の問題（Kamerstuk, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2019-2020, 26 485 Maatschappelijk verantwoord ondernemen, nr. 337 Brief van de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking）があることもあり、政府は同種の規制が欧州レベルで施行されるまで施行を延期する方針であると述べていた（Antwoorden van de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking op vragen van het lid Van Dijk（SP）over de lobby en vertragingen in zowel het Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen（IMVO）op Europees niveau als de Wet Zorgplicht Kinderarbeid op nationaal niveau.〈https://open.overheid.nl/repository/ronl-b7c707e7-2695-44f2-81d9-143864ade004/1/pdf/beantwoording-vragen-over-de-lobby-en-vertragingen-in-zowel-het-imvo-op-eur-niveau-als-de-wet-zorgplicht-kinderarbeid-op-nationaal-niveau.pdf〉, Antwoord Vraag 6）。さらに、2021年12月には、独自のデューデリジェンス法案を政府が提出するという意向を示し、現時点では、2023年夏に提案が示される予定となっている (Betreft stand van zaken nationale IMVO-wetgeving <https://open.overheid.nl/repository/ronl-4086309b89c24edefd4b43080ebc53524902ddf2/1/pdf/kamerbrief-inzake-stand-van-zaken-nationale-imvo-wetgeving.pdf>。

他方では、2021年3月11日に、Voordewind らによって、「責任ある、持続可能な国際事業法案」というイニシアチブ法案が提出され（Tweede Kamer der Staten-Generaal, Vergaderjaar 2020-2021, 35761 Voorstel van wet van de leden Voordewind Alkaya, Van den Hul en Van den Nieuwenhuijzen houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in productieketens om schending van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel（Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen））、その後、Van der Graaf らがこれを引き継ぎ、下院で審議されている。最近では、2022年11月17日の議事進行会議において、キリスト教同盟、労働党、民主66および自由民主党の議員で構成される準備グループによる報告書が2023年1月26日に通商・開発協力常設委員会に提出されることが決定された。

ればならず、当該規制当局はそのウェブサイトでこの宣誓書を公開する（4条）[16]。したがって、この法律は、単なる開示を要求するものではなく、デューデリジェンスを強制するものであり、連合王国の現代奴隷法よりも踏み出したものということができる。本法にいうデューデリジェンス（zorgvuldigheid）は、供給する物品やサービスが児童労働によって創出されたことについて合理的な疑いが認められるかどうかを調査し、合理的な疑いが認められるときは、『国際労働機関と国際経営者団体連盟による事業体のための児童労働ガイダンスツール（ILO-IOE Child Labour Guidance Tool for Business）』に準拠して適切な対応策を策定し、実施することである（5条1項1文・3項）。4条に基づいて、宣誓書を提出している企業から物品またはサービスを購入する企業も、当該物品またはサービスについてデューデリジェンスを行わなければならない（5条1項2文）。調査は当該企業が合理的に知ることができ、かつ、アクセスできる情報源に向けられる（5条2項）。

宣誓書を提出しない企業には行政罰が科されうるが（7条1項、刑法典23条4項第2カテゴリー）、未提出が続き、法的拘束力がある命令が規制当局によって出されたにもかかわらず、それに従わなかったときは、より高額の罰金が科される。他方、5条に違反して、適切なデューデリジェンスを行わない場合にも行政罰が科されうる（7条2項、刑法典23条4項第6カテゴリー）。そして、5年間以内に行政罰が科された企業の再度の違反は、担当取締役の禁固をもたらすことがある（9条、経済犯罪法1条2号）。

14） 行政規則（algemene maatregel van bestuur）により、政府は、児童労働のリスクが低い一定のセクターまたは範疇の企業を適用対象外とすることができる（6条）。行政規則では、企業に対する他の法令上の義務との調和を図り、かつ、中小企業の負荷を軽減するために、会社の規模に着目して適用範囲を絞り込むことが予想される。

15） 行政規則により指定される（1条d号）。消費者・企業庁 [Autoriteit Consument & Markt] が指定される可能性が高いと予想されている。

16） 毎年、提出することは要求されておらず、この法律の施行に関して定められることになる行政規則に委ねられることとされている。

Ⅳ　フランス

「親会社および発注企業の警戒義務に関する法律」[17]により、商法典に、L. 225-102-4条が新設され、フランスに本店を有し、連続する2事業年度において、直接または間接の子会社を含め、フランス国内で5000人以上の被用者を有する会社、および、フランスに本店を有する否かを問わず、直接または間接の子会社を含め、全世界で10,000人以上の被用者を有する会社[18]は、警戒計画（plan de vigilance）を策定し、実施することが求められるに至った。警戒計画には、自己の活動、直接または間接に自己が支配する企業の活動ならびに確立した事業上の関係を有する[19]下請人およびサプライヤーの活動から生ずる人権、基本的自由および人の健康と安全に対する重大な違反ならびに環境に対するリスクの発生を識別し、防止するための方策を含めなければならない。そして、警戒計画には、リスクの識別、分析および順位付けのためのリスク・マッピング、このリスク・マッピングを考慮に入れた、子会社または確立した事業上の関係を有する下請人もしくはサプライヤーの評価手続き、リスクを緩和し深刻な害を防止するために適合するアクション、当該会社の代表労働組合組織との協議を経たうえで策定された、リスクの存在または現実化について警報を発し、および、警報を収集するメカニズム、ならびに、実施された方策をモニターし、その実効性を評価するメカニズムを規定しなければならない[20]。

なお、警戒義務の実効性を確保するという観点から、議会において可決された法案[21]では、警戒計画を策定しなかった会社に対しては、1,000万ユーロに罰金を科すことができ（本法1条による改正後商法典L. 225-102-4条2項3文）、また、その計画が存在しないことによって、損害が発生したときは、3倍（3,000

17）　Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

18）　適用対象となったのは150社程度である。

19）「重要な影響を与えることができる」という趣旨である。

20）　これらは、国連『ビジネスと人権に関する指導原則』に沿ったものと評価できる。

万ユーロ）の罰金を科すことができるものとされていた（本法2条による改正後商法典 L. 225-102-5条2文）。しかし、憲法院は、立法者が創設した義務を定義するにあたって、法律の文言にあいまいさがあることに鑑み、罰金の規定の合憲性は認められないとの判断を示し[22]、これらの条項は削除された。

もっとも、法は実施命令と民事上の損害賠償請求という2つの制裁メカニズムを規定している。すなわち、訴えの利益を有する者（人権団体、環境団体、組合など）は、企業が警戒義務を果たしていないと考えたときには、その企業に対し3カ月以内に義務を遵守するよう催告することができる。そして、3カ月経過しても、その企業が警戒義務を果たしていないと判断したときには、その企業に対して情報の開示または計画の履行を命じることを、管轄を有する裁判所に対し申し立てることができる（本法1条による改正後商法典 L. 225-102-4条2項。裁判所の決定による実施命令）。また、被害者と警戒義務の不遵守との間の因果関係の証拠を提出することを条件として、その企業に対し損害賠償請求訴訟を提起することができる（本法2条による改正後商法典 L255-102-5 条、民法典 1240 条・1241 条。民事上の損害賠償請求）[23]。他方、公的機関には、警戒計画を発表していない企業に命令通知を出す権限は与えられていない[24]。

そして、NGO の CCFD-Terre solidaire と Sherpa の2020年版の報告書[25]によれば、少なくとも265社が「親会社および発注企業の警戒義務に関する法律」

21） Texte adopté n° 924《Petite loi》, Assemblée Nationale, Quatorziéme Législature, Session ordinaire de 2016-2017, 21 février 2017, Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre（Texte définitif）〈https://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0924.asp〉.

22） Conseil constitutionnel: Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017〈http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-750-dc/decision-n-2017-750-dc-du-23-mars-2017.148843.html〉.

23） Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de la relance, *Sénat, Journal Officiel de la République Française. Débats parlementaires*. Année 2021.-n° 3 S（Q）, Jeudi 21 janvier 2021〈https://www.senat.fr/questions/jopdf/2021/2021-01-21_seq_20210003_0001_p000.pdf〉, page 393.

が定める義務を負っているとされ、そのうち、直近3年間、警戒計画を公表していない企業は72社にのぼるとされていたが、2021年版[26]でも、少なくとも263社が法的義務を負っているとされ、そのうち、44社は依然として計画を公表していないと指摘されていた。そのなかには、マクドナルド、アデコ、ユーロディズニー、ビカードなど規模の大きい企業が含まれている（ネスレ、アマゾンフランスロジスティークなどは、初めて公表し、フランステレビも公表するとしていたが、2021年版報告書発行時には未公表［後に公表した］）。そして、警戒義務の不遵守を理由として、6社が提訴され（Total Energies[27], Électricité de France, Casino）、または、NGOなどによって正式な通告を受けていた（Teleperformance, Suez, XPO Logistics Europe）[28]。その後、La Poste、McDonalds FranceおよびBNP-Paribasが通告を受け、また、Suez、La Poste、Yves Rocher、IdemiaおよびDanoneは提訴されている。

V　ドイツ

サプライチェーン・デューデリジェンス義務化法（Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, LkSG）が実体的規制を加えている。主たる管理部門や本店、定款上の所在地がドイツ国内にある企業（外国企業も対象となる）のうち、従業員3,000人以上の企業（900社程度）は2023年1月1日から、従業員1,000人以上の企業（4,800社程度）は2024年1月1日から、国内外のサプライチェーンにおける人権と環境に関するデューデリジェンスの実施を求められる。

24）cf. Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de la relance, *Sénat, Journal Officiel de la République Française. Débats parlementaires*. Année 2021.-n° 3 S（Q）, Jeudi 21 janvier 2021, page 393.

25）*Radar du devoir de vigilance, Identifier les entreprises soumises à la Loi*, Édition 2020〈https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2020/06/2020-06-25-Radar-DDV-Edition-2020.pdf〉.

26）*Radar du devoir de vigilance, Identifier les entreprises soumises à la Loi*, Édition 2021〈https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2021/07/2021-07-05-Radar-DDV-Rapport-2021.pdf〉.

ここで、デューデリジェンスとは、調達元の企業が自社や取引先を含めたサプライチェーンにおける人権侵害や環境汚染のリスクを識別し、責任を持って予防策や是正策をとることをいうとされ、「人権デューデリジェンス」としては、強制労働や児童労働、ハラスメント等の「人権侵害リスク」を、「環境デューデリジェンス」としては、水質汚濁や大気汚染等の「環境汚染リスク」を、それぞれ、企業が識別して、予防・軽減策を採ることが求められる。

具体的には、リスク管理体制の確立（リスクの識別、責任の明確化、使用者への年1回以上の報告等）、社内の責任者の明確化、定期的なリスク分析の実施、優先順位付け、人権尊重や環境汚染防止に関する方針の策定（識別したリスクや自社と直接取引先に対する人権・環境についての要求事項を含むデューデリジェンスの手続・手法等）、自社と直接取引先における予防措置（人事戦略、調達方針、慣行に関する研修や遵守状況の確認）の実施と、その有効性の評価

27） ただし、当該事件についての管轄を有する裁判所が争われ、実体的判断はまだ示されていないようである。（*See* Le procès Total, un test grandeur nature pour le devoir de vigilance（26 septembre 2022）〈https://www.cncd.be/Le-proces-Total-un-test-grandeur-7709?lang=fr〉）原告は、ウガンダとタンザニアにおける石油メガプロジェクトの結果として生じる人権および健康被害を防ぐために *Total* が十分な措置を講じなかったとして提訴したが、2020年1月30日にナンテール大審裁判所が管轄違い（商事裁判所が管轄を有する）を理由として却下したため（Tribunal judiciaire de Nanterre, 30 janvier 2020, n° 19/02833）、原告が控訴した。同年12月10日にベルサイユ控訴裁判所も第一審判決を支持したが（Cour d'appel de Versailles, 14e chambre, 10 décembre 2020, n° 20/01692）、破毀院は、2021年12月15日判決で、本件において、原告は商事裁判所と通常裁判所のいずれも選択できるとした（Cour de cassation, 15 décembre 2021, n° 21-11.882）。なお、*Total* が被告となっている他の事件については、2021年2月11日にナンテール大審裁判所が自らが管轄を有するとし（Tribunal judiciaire de Nanterre, 11 février 2021, n° 20/00915）、同年11月18日にはベルサイユ控訴裁判所がその判断を支持していた（Cour d'appel de Versailles, 14e chambre, 18 novembre 2021, n° 21/01661）。また、司法制度に対する信頼に関する2021年12月22日法律第2021-1729号による改正後司法組織法典 L.211-21条が、2021年12月24日以降、商法典 L. 225-102-4条および L. 225-102-5条に基づく警戒義務に関する訴えはパリ高等裁判所の管轄とする旨を定めるに至っている。

28） *Radar du devoir de vigilance, Suivre les affaires en cours*, juillet 2021〈https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2021/07/A4-VF-FICHES-FR-020721-V3.pdf〉.

が求められる。間接取引先については、潜在的な人権リスクなどについて、内部告発、あるいは労組やNGOなどからの指摘を受けるなどして、実質的に企業が認識していた場合に限り、対象となる。もっとも、製品の製造国が国際協定を批准していない場合でも、その事実のみで当該国の企業との取引関係を絶たなければならないわけではない。なお、ドイツ企業の子会社が国外にある場合でも、その子会社の経営が本社の経営管理下にあるときには、直接取引先でなく、「企業本体の一部」として取り扱われる。

また、人権侵害や環境汚染を起こした場合の是正措置とその有効性の評価、苦情処理制度の確立（苦情処理手続きを明確かつ分かりやすく開示すること）ならびにデューデリジェンスの実施に関する報告書の作成と開示および7年以上の保存が求められる。

デューデリジェンス義務に反した場合、原則として最大80万ユーロの罰金が科される。ただし、平均年間売上高が4億ユーロ以上の企業の場合、違反内容によっては、平均年間売上高の2%が科される可能性があるし、17.5万ユーロ以上の罰金が科された場合、3年を上限として公共入札から除外される可能性があるが、違反は企業の民事責任の原因とはならない。

経済輸出管理庁（Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle）が所管し、対象企業は、経済輸出管理庁へ年次報告書を提出する必要があり、経済輸出管理庁は法律の執行・管理・評価を行う。なお、経済輸出管理庁が得た情報に基づく達成状況等の評価は、2026年6月30日までに行われる。また、IIでみたCSDD指令が採択された場合、6カ月以内にサプライチェーン・デューデリジェンス義務化法の見直しを行うものとされている。

Ⅵ　スイス

「責任ある企業」というイニシアチブ[29]に対する対案として、部分的にデュー

29）Swiss Coalition for Corporate Justice, *The initiative text with explanations*〈https://corporate-responsibility.org/wp-content/uploads/2019/10/KVI_Factsheet_5_E.pdf〉.

デリジェンス義務を課す法改正がなされた。すなわち、スイスに登記上の事務所、中央機関または主たる事業所を有する会社であって、①紛争地域もしくは危険性の高い地域から錫、タンタル、タングステンもしくは金を含有する鉱物もしくは金属を輸入もしくは加工する会社、または②ある製品もしくはサービスのために児童に労働を行わせていると疑うに足る合理的な理由がある場合においてその製品もしくはサービスを提供する会社は、そのサプライチェーンに関するデューデリジェンスおよび年次報告義務を負う（債務法964j条）。

デューデリジェンス義務を遵守するために、会社は、そのコンプライアンス・プログラムにおいて、実効的なデューデリジェンスや追跡プロセスを含む方針およびプロセスが含まれており、紛争鉱物や金属および／または児童労働が関わる製品やサービスの調達に関連するサプライチェーン全体のリスクに対処していることを高いレベルで確認しなければならない（債務法964k条1項2項）。紛争鉱物の分野におけるデューデリジェンス措置の実施については、独立した専門家の監査を受けなければならない（債務法964k条3項）。取締役会は、デューデリジェンス措置の実施に加え、会社がこれらの措置を遵守していることをコンプライアンス報告書によって報告しなければならない（債務法964l条1項）。このコンプライアンス報告書については、株主総会の承認は不要である。コンプライアンス報告書は、スイスの公用語の1つまたは英語で作成し、10年間、オンラインで公衆の閲覧に供されなければならない（債務法964l条2項3項）。

Ⅶ　これからの課題

2022年9月に、ビジネスと人権に関する行動計画の実施に係る関係府省庁施策推進・連絡会議は、「責任あるサプライチェーン等における人権尊重のためのガイドライン」[30]を策定した。そこでは、「人権尊重への取組は、企業が直面する経営リスクを抑制することに繋がる。具体的には、例えば、人権侵害を理

30）〈https://www.meti.go.jp/press/2022/09/20220913003/20220913003-a.pdf〉.

由とした製品・サービスの不買運動、投資先としての評価の降格、投資候補先からの除外・投資引き揚げの検討対象化等のリスクが抑制され得る。また、大企業のみならず、中小企業にとっても、人権侵害を理由に取引先から取引を停止される可能性は重大な経営リスクである。」と指摘され（4頁）、「企業がその人権尊重責任を果たすことの結果として、企業は、企業経営の視点からプラスの影響を享受することが可能となる。例えば、人権尊重の取組を実施し適切に開示していくことで、企業のブランドイメージの向上や、投資先としての評価の向上、取引先との関係性の向上、新規取引先の開拓、優秀な人材の獲得・定着等に繋がり、国内外における競争力や企業価値の向上が期待できる。」とされている（4～5頁）。

ところで、最判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁（八幡製鉄政治献金事件）は、「会社は、他面において、自然人とひとしく、国家、地方公共団体、地域社会その他（以下社会等という。）の構成単位たる社会的実在なのであるから、それとしての社会的作用を負担せざるを得ないのであって、ある行為が一見定款所定の目的とかかわりがないものであるとしても、会社に、社会通念上、期待ないし要請されるものであるかぎり、その期待ないし要請にこたえることは、会社の当然になしうるところであるといわなければならない。そしてまた、会社にとっても、一般に、かかる社会的作用に属する活動をすることは、無益無用のことではなく、企業体としての円滑な発展を図るうえに相当の価値と効果を認めることもできるのであるから、その意味において、これらの行為もまた、間接ではあっても、目的遂行のうえに必要なものであるとするを妨げない。災害救援資金の寄附、地域社会への財産上の奉仕、各種福祉事業への資金面での協力などはまさにその適例であろう。会社が、その社会的役割を果たすために相当程度のかかる出捐をすることは、社会通念上、会社としてむしろ当然のことに属するわけである」としている。

いわゆる政治献金ですら、会社の目的の範囲内の行為であるとすれば、人権リスクへの適切な対応は会社の目的遂行の上で必要なものであると考えることができそうである。のみならず、人権デューデリジェンスを適切に行わないこ

とは、取締役の善管注意義務違反であると評価される状況に至っていると考えることもできる[31)]。「責任あるサプライチェーン等における人権尊重のためのガイドライン」が指摘するように企業にとって人権侵害を生じさせ、またはそれに関与したことのリスクが重要なものであるとするならば、リスク管理体制の確立（リスクの識別、責任の明確化、報告等）、社内の責任者の明確化、定期的なリスク分析の実施、優先順位付け、人権尊重に関する方針の策定（識別したリスクや自社と直接取引先に対する人権についての要求事項を含むデューデリジェンスの手続・手法等）、自社の直接取引先における予防措置（人事戦略、調達方針、慣行に関する研修や遵守状況の確認）の実施とその有効性の評価、人権侵害を生じさせた場合の修復措置とその有効性の評価、苦情処理制度の確立などは会社経営に不可欠なものになっているということができそうである。

かりに、このように解釈できるとすると、会社法362条5項は、大会社である取締役会設置会社においては、取締役会は、「取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務並びに当該株式会社及びその子会社から成る企業集団の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備」（同条4項6号）を決定しなければならないと定め、同400条2項も指名委員会等設置会社の取締役会は「執行役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務並びに当該株式会社及びその子会社から成る企業集団の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備」（同条1項1号ホ）を決定しなければならないとしているから、人権デューデリジェンスの実施は、取締役・執行役の職務の執行が善管注意義務を定める会社法330条・民法644条に適合することを確保する体制の一環を成すものと位置づけることができる。

さらに、東京地判令和4年7月13日（平成24年（ワ）第6274号・第20524号・

31） 蔵元左近「コーポレートガバナンス／CSRに関する国際的規範・基準の近時の動向」NBL1065号（2016）26頁、奥島孝康「社会的責任の国際規格と会社法」金判1324号（2009）1頁など参照。

第30356号、平成25年（ワ）第29835号。LEX/DB 25593168）（東京電力代表訴訟事件）は、原子力発電所の安全性や健全性に関する評価および判断は、自然事象に関する評価および判断も含め、きわめて高度の専門的かつ技術的事項にわたる点が多いから、原子力発電所を設置、運転する会社の取締役としては、①会社内外の専門家や専門機関の評価ないし判断が著しく不合理でない限り、これに依拠でき、また、そうすることが相当であり、逆に、②特段の事情もないのに、これと異なる評価ないし判断を行った場合には、その判断の過程、内容は著しく不合理と評価されるとしたうえで、かなり、あっさりと、当該事案においては特段の事情は認められないとした。

これを人権デューデリジェンスに応用するならば、会社内外の専門家や専門機関が人権リスクの重要性を強調し、企業にとって人権デューデリジェンスが欠かせないものであるという見解を示しているような場合には、――特段の事情がないのであれば――取締役の経営判断について認められる裁量[32]の幅はそれだけ収縮し、人権リスクに対して適切な予防・軽減の措置を講じ、また、万一、人権侵害が生じた場合には適切な修復措置を講じることが求められるし、適切な頻度で人権デューデリジェンスを実施することが必要となると考えることになろう。

（やなが・まさお　明治大学専門職大学院会計専門職研究科教授）

32）たとえば、東京地判平成5年9月16日民集54巻6号1798頁（野村証券損失補填株主代表訴訟事件）は、「取締役は会社の経営に関し善良な管理者の注意をもって忠実にその任務を果たすべきものであるが、企業の経営に関する判断は、不確実かつ流動的で複雑多様な諸要素を対象にした専門的、予測的、政策的な判断能力を必要とする総合的判断であるから、その裁量の幅はおのずと広いものとなり、取締役の経営判断が結果的に会社に損失をもたらしたとしても、それだけで取締役が必要な注意を怠ったと断定することはできない。会社は、株主総会で選任された取締役に経営を委ねて利益を追及しようとするのであるから、適法に選任された取締役がその権限の範囲内で会社のために最良であると判断した場合には、基本的にはその判断を尊重して結果を受容すべきであり、このように考えることによって、初めて、取締役を萎縮させることなく経営に専念させることができ、その結果、会社は利益を得ることが期待できるのである。

（前頁からつづき）

このような経営判断の性質に照らすと、取締役の経営判断の当否が問題となった場合、取締役であればそのときどのような経営判断をすべきであったかをまず考えたうえ、これとの対比によって実際に行われた取締役の判断の当否を決定することは相当でない。むしろ、裁判所としては、実際に行われた取締役の経営判断そのものを対象として、その前提となった事実の認識について不注意な誤りがなかったかどうか、また、その事実に基づく意思決定の過程が通常の企業人として著しく不合理なものでなかったかどうかという観点から審査を行うべきであり、その結果、前提となった事実認識に不注意な誤りがあり、又は意思決定の過程が著しく不合理であったと認められる場合には、取締役の経営判断は許容される裁量の範囲を逸脱したものとなり、取締役の善管注意義務又は忠実義務に違反するものとなると解するのが相当である。」と判示した。そして、このような判断枠組みが多くの下級審裁判例で踏襲されている（東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ〔第3版〕』（判例タイムズ社、2011）239頁参照）。しかも、たとえば、東京地判平成8年2月8日資料版商事法務144号111頁も「広範な裁量」が認められるとしている。

判例評釈

在外国民審査権訴訟大法廷判決（最大判令和4年5月25日）

――これまでの最高裁判例の延長線上における位置づけ――

大　石　和　彦

Ⅰ　事案の概要
Ⅱ　判旨
Ⅲ　評釈
　1　本評釈の関心の焦点
　2　本判決における違憲判断
　　(1)　判断枠組（いわゆる違憲審査基準）
　　(2)　違憲審査対象――「不作為」なのか？
　　(3)　「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別とし」た部分のゆくえ
　3　本判決における国賠違法判断
　　(1)　平成17年判決および平成27年判決との関係
　　(2)　「国会にとって」明白となったといえる時点

本稿は、令和4年5月25日に言い渡された「在外国民審査権訴訟」大法廷判決（以下「本件」または「本判決」という。）を紹介した上で、若干の検討を加えるものである。

Ⅰ　事案の概要

国外に居住していて国内の市町村の区域内に住所を有していない日本国民（以下「在外国民」という。）であるX1（令和2年（行ツ）第255号被上告人＝（行ヒ）第290号上告人＝（行ヒ）第291号被上告人＝（行ヒ）第292号附帯上告人）は被告国に対し、主位的に、次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあることの確認を求め（以下「訴え1」という。）、予備的に、被告国がX1に対して国外に住所を有することをもって次回の国民審査におい

て審査権の行使をさせないことが憲法15条1項、79条2項、3項等に違反して違法であることの確認を求めている（以下「訴え2」という。）。また、上記X1に加え、平成29年10月22日当時に在外国民であったX2～X5（令和2年（行ヒ）第290号上告人）は被告国に対し、国会において在外国民に審査権の行使を認める制度（以下「在外審査制度」という。）を創設する立法措置がとられなかったこと（以下「本件立法不作為」という。）により、同日施行された国民審査（以下「平成29年国民審査」という。）において審査権を行使することができず精神的苦痛を被ったとして、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めた（以下「訴え3」という。）。

一審（東京地判令和元年5月28日・判時2420号35頁）および原審（東京高判令和2年6月25日・判時2460号37頁）とも、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは憲法15条1項、79条2項、3項に違反するとした。訴え1については一審および原審とも不適法として却下したが、訴え2については、一審がこれも不適法としたのに対し、原審はX1の請求を認容した。訴え3については、一審は本件立法不作為は国家賠償法1条1項に照らし違法であるとして請求を一部認容する一方、原審は本件立法不作為が同項に照らし違法であるとはいえないとして、これを棄却した。

Ⅱ　判旨

1　最高裁判所裁判官国民審査法（以下「国民審査法」という。）が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは憲法15条1項、79条2項および同条3項に違反する。

2　(1)　訴え1は、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解され、平成29年国民審査において審査権を行使することができないものとされたX1が、次回の国民審査に先立ち、審査権を行使することができる地位を有することを確認することは、その地位の存否に関する法律上の紛争を解決するために有効適切な手段であると認められる。したがって、現に在外国民であるX1の訴え1を不適法とした原

審の判断には、法令の解釈適用を誤った違法がある。もっとも現行国民審査法により在外国民に審査権の行使が認められていると解することはできないのであるから、同法の解釈に基づいてX1が次回の国民審査において審査権を行使することができる地位にあるとする同人の主張は理由がなく、同訴えは棄却すべきである。

(2)　現に在外国民であるX1による訴え２は、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして適法である。そして、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことは違憲であるから、被告国がX1に対し次回の国民審査において審査権を行使させないことは違法である。そうすると、訴え２に係る請求には理由があり、これを認容すべきである。

3　遅くとも平成29年国民審査の当時においては、在外審査制度を創設する立法措置をとることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠ったものであり、本件立法不作為は、平成29年国民審査の当時において、国家賠償法１条１項の適用上違法の評価を受けるべきものであるから、訴え３についてはX1～X5に対し各5000円およびこれに対する遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余を棄却すべきである。

Ⅲ　評釈

1　本評釈の関心の焦点

本稿では、本判決において論じられた論点の全てを網羅的に扱うのではなく、上記判旨１における論点（国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことが憲法15条１項、79条２項、３項に違反するか）と、判旨２における論点（本件立法不作為が国家賠償法１条１項に照らし違法か）のみに焦点を絞って検討する。もちろん判旨２における論点も重要であるが、これについては他の評釈に委ねることにしたい。

以下本稿では、上記２論点につき、専ら、これまでの最高裁判例の延長線上でどのように位置づけられるべきか、という観点から検証してゆく。これまで

の最高裁判例とは、具体的には下記①～③である。

① 在宅投票制度廃止訴訟上告審判決：最一小判昭和60年11月21日・民集39巻7号1512頁（以下「昭和60年判決」という。）
② 在外国民選挙権訴訟上告審判決：最大判平成17年9月14日・民集59巻7号2087頁（以下「平成17年判決」という。）
③ 再婚禁止期間一部違憲判決：最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁（以下「平成27年判決」という。）

本判決のうち上掲判旨1に対応する部分は、私にとって平成17年判決の延長上で十分予測可能なものであったが、判旨3が国賠請求を一部認容したことは若干意外であった。その理由は、それぞれ以下2および3で述べる。

2 本判決における違憲判断

(1) 判断枠組（いわゆる違憲審査基準）

本判決が、上掲判旨1の結論に至る過程で用いた判断枠組（いわゆる違憲審査基準）は、以下のようなものである。

「…国民の審査権又はその行使を制限することは原則として許されず、審査権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには国民審査の公正を確保しつつ審査権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに審査権の行使を制限することは、憲法15条1項、79条2項、3項に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が審査権の行使を可能にするための所要の立法措置をとらないという不作為によって国民が審査権を行使することができない場合についても、同様である。」

これは、平成17年判決の以下部分と同様の「厳格な違憲審査基準」[1]であると考えられる。

「…国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条１項及び３項、43条１項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である。」

衆院旧「中選挙区制」の下での投票価値の較差をめぐる最大判昭和51年４月14日・民集30巻３号223頁（以下、「昭和51年判決」という。）以来、最高裁は、選挙制度の合憲性をめぐる事案において、選挙制度の具体化をめぐる国会の裁量権に依拠した議論を基調としてきた。もちろん、立法裁量論に立つことが必ずしも合憲判決へと直結するわけではないことは、昭和51年判決が当時の公選法別表１を違憲と判断したことからも明らかである。とはいえ現行衆院議員選挙における重複立候補制（最大判平成11年11月10日・民集53巻８号1577頁）、小選挙区制（上掲平成11年判決）、衆議院議員選挙および参議院議員選挙に採用されている比例代表制（衆議院比例代表選出議員選挙につき最大判平成11年11月10日・民集53巻８号1577頁、参議院比例代表選出議員選挙につき最大判平成16年１月14日・民集58巻１号１頁）の合憲性が争われた事案において、最高裁は同様の立法裁量論に依拠しつつ、ことごとく合憲判断

1）『最高裁判所判例解説 民事篇平成17年度（下）』635頁［杉原則彦］。

を下してきた。

上記のような文脈の中、同じく選挙制度の合憲性をめぐる事案であるはずの平成17年判決が、国会の「裁量」という言葉を法廷意見の中で一言も用いることなく「厳格な違憲審査基準」を適用した理由が問われなければならない。これに関する可能な一つの説明は、立法裁量論に立つ上掲諸判例がいずれも選挙権の不十分保障問題に関するものであるのに対し、平成17年判決の対象は、在外国民に対する選挙権ゼロ保障問題であったという対照性に依拠するものであろう[2)]。もちろん、このように解した場合、当時の郵便法68条および73条が、郵便業務従事者の不法行為に基づく国の損害賠償責任を制限（不十分保障）するのみならず免除（ゼロ保障）している点についても部分違憲と判断した、いわゆる郵便法違憲判決（最大判平成14年9月11日・民集56巻7号1439頁）が立法裁量論を前提とし、それに明示的に言及した判断を下したことが、平成

---

2)　私はかつて、この対照性を表す言葉として、「過少保障（過少代表）」と「ゼロ保障（ゼロ代表）」という言葉を用いたことがあるが（大石和彦「立法不作為に対する違憲審査」白鷗法学14巻1号〔2007〕171頁以下［175頁］）、本稿本文でいう「不十分保障」と「過少保障」に特段意味の違いはない。

なお、この点（不十分保障か、全くのゼロ保障かの違い）により立法裁量論と厳格審査とを使い分けるのが平成17年判決の立場と解した場合には、重度身体障害者に対する選挙権ゼロ保障問題を対象とする事案であったはずの昭和60年判決が原告の請求を退ける理由の一つとして昭和51年判決に言及しつつ、憲法「47条は…選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨である」と述べていた部分は、平成17年判決を境に、実質的に変更されたと解すべきことになる（『憲法判例百選Ⅱ（第7版）』〔別ジュリ246号2019〕415頁［大石和彦］）。

もちろん、上記区別論による切り分けが困難なケースも想定される。帰化により日本国籍を取得したものの、公職選挙法21条1項の3か月記録要件を満たさないとして選挙人名簿へ登録がされず、選挙権を行使できなかった（が、3か月記録要件を満たした以後は選挙権が完全保障されるに至る）原告による国家賠償請求につき、同項を合憲と判断した一審（東京地判平成24年1月20日・判時2192号38頁）が判断枠組自体は平成17年判決の厳格審査を適用したのに対し、控訴審（東京高判平成25年2月19日・判時2192号30頁）はこれを国会の裁量を逸脱したものと断ずることができないため合憲としたのは、その例であろう。憲法上の権利に対する制約とはいっても期限付きである点では再婚禁止期間（民法733条1項）も同様である。

17年判決法廷意見が立法裁量に一言も言及することなく厳格審査により憲法判断した理由を上記とおり不十分保障とゼロ保障の違いに求めることと矛盾しないのかが、今度は問われざるを得ないであろう。もっとも、これについては、当該権利の重要性という、不十分保障かゼロ保障かという問題軸とは別の視点を導入すれば足りるであろう。公務員の不法行為に基づく国家賠償請求権は、いうまでもなく債権の一つであり、したがって財産権の一つである（ちなみに、仮に事件当時、郵政事業の主体が国ではなく現在のように民間会社であったなら、同事件は憲法17条ではなく29条関係事案になっていたであろうし、当時の郵便業務従事者の雇用主である国に対し不法行為責任ではなく債務不履行責任が問われていたなら、これまた同事件は憲法17条ではなく29条関係事案になっていたであろう。）。これに対し選挙権は民主政が正常機能するためのインフラとなる重要な権利であり、各事案における憲法上の権利の重要度の違いから、国の賠償責任の制限（不十分保障）のみならず免除（ゼロ保障）の合憲性についても裁量論ベースの判断を行った郵便法違憲判決と、厳格審査を行った平成17年判決の違いを説明することが可能であるように思われる。

こうした従前の判例（をめぐる本稿筆者の解釈）の延長線上で見た場合、「審査権が国民主権の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において選挙権と同様の性質を有すること」に注目した本判決が、その審査権につき国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないこと（ゼロ保障状態）につき厳格審査を適用したことは、至極自然な成り行きと思われる。

(2)　違憲審査対象――「不作為」なのか？

立法の内容の違憲性の問題と、国会議員の立法行為（立法不作為を含む。）が国賠法１条１項の適用上違法かどうかの問題との間の区別論は、昭和60年判決で初めて示されたが、この点は、本判決を含め、これまでの一連の最高裁判例において振れることなく、一貫して維持されてきたところである。もっとも、この区別論を再確認するに当たり、平成17年判決は、「立法の内容」の後にも「又は立法不作為」という文言を書き加えたため、以下引用のとおり、区別さ

れるべきはずの両者（「国会議員の立法行為又は立法不作為」と「立法の内容又は立法不作為」）に「立法不作為」という共通項が含まれることとなった。

「…国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

平成27年判決および本判決では、「立法の内容」の後に平成17年判決が挿入した「又は立法不作為」の部分は削除されたが、本判決では、平成17年判決の上掲引用部分にあった「また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である」との一文を、ほぼそのまま取り入れたため、再び（立法）不作為が判旨1対応部分においては立法の内容と同じく違憲審査対象となる一方、判旨3対応部分においては国賠法の適用上違法か否かの判断対象ともなっている。

「料理」や「彫刻」という言葉が、それを作る作業（過程）と、その作業の産物の両方を指すように、「立法」、「契約」、「法律行為」、「処分」といった用語も、過程と産物の両方を指すことがある。そういう用語法が許されるのであれば、同じように「立法不作為」という言葉で、必要な立法行為を怠ること（過程）と、その産物としての必要な法規定の不存在状態の両方を呼んで何が悪いのかと思われるかもしれない。だが、「料理」や「彫刻」の場合、過程と産物の両方とも現実世界の事象であるのに対し、法的議論に登場する上記の各用語の場合は、産物を創出する過程はやはり現実世界の事象である一方、産物の方はその社会の住人の頭の中の約束事（観念的事象）に過ぎないという違いがある。では、同じ用語を用いるにしても、2つのうちどちらの意味で用いられて

いるかに留意すれば足りるではないかと思われるかもしれない。だが、とりわけ「立法不作為」の場合は、過程としての立法行為の懈怠と、産物としての必要な法規定の不存在とが、きれいな形で一対一対応するわけではない。確かに本件のように、制度創設のための法改正の不作為（過程）が制度具体化規定の不存在（産物）を帰結するケースもある一方、熊本ハンセン病訴訟（熊本地判平成13年5月11日・判時1748号30頁）のように法律改廃の不作為が違憲の法律が存在する状態の継続を帰結するケースもある。さらに昭和60年最判のうち制度廃止（作為）の違法性を争う部分は、制度具体化規定の削除という作為が制度具体化規定の不存在を帰結したケースだからだ[3)]。

こうしたことを踏まえると、過程（国賠違法判断対象）としての「立法不作為」ではなく、立法の内容上の瑕疵の一つとしての、必要な法規定の不存在の両方とも（後者も含め）、（立法）「不作為」と呼ぶのではなく、両者をそれぞれ別の言葉で（さしあたり卑見では、後者は（立法）「不存在」と）呼ぶ方が、無用な混乱がなくて済むように思われる。この分野の最高裁判例を貫く、立法内容（産物）の違憲問題と、立法行為（過程）の国賠違法問題との間の「区別」論からしても、前者に登場する言葉と後者に登場する言葉を区別する方が良いのではないか。

ところで平成17年判決が上掲引用部分に「また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である」との一文を加えた理由は、そこでの違憲審査対象を、在外投票制度を創設した平成10年公選法改正前の同法が、在外国民の投票を全く認めていなかったこと（権利具体化法の不存在）と、同改正により同法に置かれた附則８項の規定のうち在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に

3）「過程と産物の両義性」問題、および立法府の不作為がもたらす産物が必要な立法の不存在のみにとどまらないこと、また必要な法規定の不存在をもたらす原因行為（過程）も立法府の不作為のみではないことについては『憲法判例百選Ⅱ（第７版）』（前掲・注2）415頁［大石和彦］。

限定する部分（存在している権利制限規定）の2つであると捉えた上、前者を意識したためと考えられる。本件においては原審が、在外国民の審査権の行使を一切認めずこれを制限している最高裁判所裁判官国民審査法（存在している権利制限規定）を違憲判断対象としたのに対し、本件上告審判決は最高裁判所裁判官国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないこと（権利具体化法の不存在）を対象に違憲判断を行っている。こうした、原審とは異なり、存在している権利制限規定ではなく、権利具体化法の不存在が違憲審査対象であるという本判決の基本認識からすれば、本件は平成17年判決のうち平成10年公選法改正以前の状態に近いものであり、本判決上掲引用部に「また、このことは、国が審査権の行使を可能にするための所要の立法措置をとらないという不作為によって国民が審査権を行使することができない場合についても、同様である」との、平成17年判決とほぼ同じ一文が加えられているのも、最高裁の上記のような基本認識から発したものであろう。

(3) 「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別とし」た部分のゆくえ

平成17年判決の上掲引用部分には、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として」とする部分があったが、この部分は本判決では、なぜか消失している。

この部分が本判決においては消失したことを、平成17年判決の延長線上で理解することは困難である。本判決が平成17年判決と同様の厳格な違憲審査基準を用いた理由として、「審査権が国民主権の原理に基づき憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において選挙権と同様の性質を有すること」を強調していることが、その理由の一つである。さらに、「国民審査に関する犯罪により禁錮以上の刑に処せられその刑の執行猶予中の者」は公選法11条1項5号により、選挙権を失う一方、国民審査法4条も「衆議院議員の選挙権を有する者は、審査権を有する」（つまり、選挙犯罪を行ったため公選法252条により公民権停止されている間の者を含め、選挙権を有しない者は審査権をも

有しない）としており、要するにこの点、公選法と国民審査法は相互乗り入れしているのであるのであるから、平成17年判決において選挙権について語られた上記部分が、審査権について語る本判決にだけない理由は、よくわからない。

平成17年判決に上掲部分が挿入された理由としては、選挙犯罪を行った者に対する一定期間の公民権停止が厳格審査に耐えられない可能性を視野に、同条を違憲判断の危険から逃がすためであるとの理解、さらにはそれが一定期間の制約に過ぎないため、厳格審査を課す必要がないと考えたとの理解も、不可能ではないかもしれない。だが、同判決において適用された厳格審査とは、一定範囲の者の選挙権を制約するという手段と、選挙の公正の確保という目的の実現との間に、事実次元での強度の因果関係を要求するものであるところ、選挙犯罪を行った者に対する公民権停止の正当化根拠として最高裁が考えるものが、そもそも手段と目的との間の事実上の因果関係の有無を問う思考とは異質のものである可能性も、視野に入れてよいのではないか。例えば、当時の婚外子法定相続分規定（民法900条４号但書）を合憲とした最大決平成７年７月５日・民集49巻７号1789頁はおける可部裁判官反対意見は、次のように述べている。

「今ここで論ぜられているのは、この両者の扱いを必ずしも同等にしない（相続分に差等を設ける）ことが､果たして法律婚を促進することになるかという、いうなれば安易な目的･効果論の検証ではなく、およそ法律婚主義を採る以上、婚内子と婚外子との間に少なくとも相続分について差等を生ずることがあるのは、いわば法律婚主義の論理的帰結ともいうべき側面をもつということなのである。」

ここで「目的・効果論の検証」（事実上の因果関係の有無を問う思考）と対置されているのは、法の基本ポリシー（法律婚主義）と、婚内子と婚外子との間の相続分の差異の発生との間に、後者が前者の「論理的帰結」という、事実上の因果関係とは異なる、むしろ規範的な次元での関係があるかどうかという

思考である。これを選挙犯罪者の公民権停止に適用すれば、彼らに対する公民権停止は、選挙における公明性や適正性の確保という法の基本ポリシー（公選法1条）の、規範的次元の「論理的帰結」だということになる[4)]。

いずれにせよ、平成17年判決の「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として」とする部分のゆくえの解明は、今後残された課題である。

3　本判決における国賠違法判断

(1)　平成17年判決および平成27年判決との関係

「立法の内容の違憲性の問題」と、そのような違憲の内容を持つ法律の改廃を怠る立法府の不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうかの問題とは区別すべきであり、法律上の規定が前者の観点からたとえ違憲であるとしても、そうした違憲の法律を改廃しない立法不作為が同項の適用上違法と評価されるのはあくまで「例外」的ケースに限られるとの立場は、昭和60年判決において初めて示されて以来、最高裁判例が一貫して維持してきたところである。もっとも、立法不作為が同項の適用上違法と評価される「例外」的ケースはどのような場合なのかにつき、これまで最高裁の各判例が用いてきた表現には、下記のような推移も見られるところである。

「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」（昭和60年判決）

「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が

4)　これら2つの思考法の違いについては大石和彦「婚外子法定相続分規定違憲決定」公法研究77号（2015）107頁。

正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」（平成17年判決）

「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」（平成27年判決）

特に昭和60年判決と平成17年判決との間の違いについては、前者が原告の損害賠償請求を全面的に退けたのに対し、後者が一部認容したという結論そのものの違いもあって、判例の実質的な一部変更だとする見方もある。また、平成27年判決の上掲部分につき千葉勝美裁判官補足意見は、「従前の当審の判断をも包摂するものとして、一般論的な判断基準を整理して示したもの」とする。こうした千葉裁判官補足意見の見方が、学者が論文を書く際とは異なり、裁判所の判決では、法理を必要以上に一般化した形で示すことに慎重にならざるを得ない事情を強調している退官後の彼自身の論稿[5]といかなる関係に立つのかも、興味が惹かれる点であるが[6]、その点はおくとして、昭和60年判決の「ごとき」、平成17年判決の「など」という、そこで語られている「場合」が、あくまで例示に過ぎないことを示すと思しき文言が平成27年判決の上掲引用部末尾にも含まれていることからすれば、平成27年判決の上掲部分は、昭和60年判決および平成17年判決の上掲部分と同じく、あくまで立法不作為が国家賠償法上違法となる例外的場合の例示にすぎないと見るべきように思われる。

このように各判例の上掲各部分を例示と見た場合、平成17年判決および平成27年判決との間の表現の違い、すなわち、前者の「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可

5）　千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』（有斐閣2019）16頁。

6）　この点については渡辺康行「最高裁裁判官と『司法部の立ち位置』――千葉勝美裁判官の違憲審査観」工藤達朗他編『戸波江二先生古稀記念 憲法学の創造的展開 下巻』（信山社2017）563頁以下［578頁］。

欠であり」の部分が後者では消失していること、および「制約」という前者には見られなかった文言が後者に現れていることを、どのように理解すべきか。平成17年判決のうち平成10年公職選挙法改正前の在外投票制度不存在状態を対象とした部分では、授益的（権利具体化）法令の不存在が問題とされたのに対し、平成27年判決は権利「制約」法令の存在が問題とされていたという、両事案の違いに帰着しうるのではないか[7)]。権利「制約」法令の存在が問題となるケースとしては、熊本ハンセン病訴訟のように自由権制約立法（「らい予防法」はそれに当たる）の改廃不作為をめぐる事案が、まずは考えられるが、さらに、権利制限的でない制度具体化法が現行法上のベース（一般法）として存在するにもかかわらず、それ（いったんは一般法により具体化された権利）にあえて制約を加える特別法の合憲性およびその改廃不作為の国賠法上の違法性が問題となる事案も想定される。平成27年判決の他、平成17年判決における違憲審査対象のうち平成10年公選法改正以後の状況も後者のケース（再婚の自由または在外選挙権に対し、あえて前婚解消後3か月以内の女性のみに制約を加える民法733条1項の当時規定または衆院小選挙区選出議員選挙および参院選挙区選出議員選挙のみ在外投票を認めない当時の附則8項は、そうした特別法の例）と考えられる。これに対し、平成17年判決における違憲審査対象のうち平成10年公選法改正以前の問題は、同判決に理解によれば、先に本稿でも確認したとおり、授益的（権利具体化）規定の不存在をめぐるものであり、同判決の上掲引用部分において示された判断枠組の適用対象も、平成10年公選法改正以降、在外選挙権を制約してきた附則8項ではなく、専ら平成10年公選法改正以前の授益的（権利具体化）規定の不存在状態を放置してきた国会の不作為であることは、同判決の以下部分を見れば明らかである。

「在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するために

7）　大石和彦（本件一審評釈）新・判例解説 Watch vol.26（2020年4月）31頁以下。

は、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない。」

そこでは、平成10年公選法改正前後のうち、専らそれ以前の時期、具体的には、在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定され国会に提出された昭和59年（国会提出は同年４月27日）から「本件選挙」が実施された平成８年10月20日までの期間のみしか対象とされてはいない。つまり、平成17年判決が示した上掲の「例外」該当要件に関する表現は、同判決における違憲審査対象のうち、専ら平成10年公選法改正前の状態を意識したものであって、同判決における違憲審査対象のうち平成10年公選法改正以後の状態は、むしろ平成27年判決の「例外」該当要件に関する表現に馴染むもの（ではあるが、実際には平成17年判決は、平成10年公選法改正以後の附則８項により在外選挙権が侵害されていた状態につき国賠法の適用上違法といえるかどぅかについては判断を示さなかった）ということになる[8)]。

本判決は、立法不作為が国家賠償法上違法となる例外的場合につき、

「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにも

8)　渋谷秀樹「時論　在外国民は最高裁判所裁判官国民審査において審査権を行使できるか――2019（令和元）年５月28日東京地方裁判所判決をめぐって」ジュリ1538号（2019）58頁は平成17年判決につき、附則８項を改正しなかった立法不作為が国家賠償法上違法に当たるとしたものとして紹介するが、本文で述べた点に鑑み、疑問がある。

かかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」

としたところまでは平成27年判決の表現と共通するが、その直後、

「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するための立法措置をとることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠るときは、上記の例外的な場合に当たる」

と述べる部分は、むしろ平成17年判決と共通しており、「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するための立法措置をとることが必要不可欠」かどうかを含め判断している。これは、本判決が国民審査法の下、在外国民が審査権を行使できないという問題を、平成17年判決のうち平成10年公選法改正以前の状態に関する判示部分と同様、権利具体化法の不存在によるものと理解したことを示すと考えられる。

本判決が、平成17年判決の表現と共通する部分のみならず、まずはその前に平成27年判決の表現と共通する部分を置いた事実は、確かに平成27年判決の上掲判示部分を「一般論的な判断基準」と解する千葉裁判官補足意見の上記立場を補強するものといっていえなくはないのかもしれない。もっとも、結局は本判決が本件事案に当てはめたのは、「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するための立法措置をとることが必要不可欠」かどうかを含め平成17年判決が示した判断枠組であったのも事実であって、国賠法の適用上違法か否かの判断に当たって適用されるべき枠組は、事例類型ごとに使い分けをせざるを得ないことを示しているようにも思われる。

(2) 「国会にとって」明白となったといえる時点

平成17年判決にも、平成27年判決にも、さらには本判決にも共通に見られる要素として「明白」という要件があるが、これは誰にとって「明白」でなく

てはならないということなのか。この点、平成17年判決がどのように考えているのかは必ずしも判然としないが、平成27年判決は、最三小判平成７年12月５日・判時1563号81頁が、国会が民法733条を改廃しなかったことにつき直ちにその立法不作為が違法となる例外的な場合に当たると解する余地のないことは明らかであるとの判断を示していたことなどを踏まえ、上告人（原告）が再婚した当時、再婚禁止期間のうち100日超過部分が憲法14条１項及び24条２項に違反するものとなっていたことが、「国会にとって明白」であったということは困難であるとして、当該立法不作為が国家賠償法上違法とはいえないとした。

平成17年判決が「長期」の起点として着目していると思われるのは、「昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出された」時点である。同判決には、「既に昭和59年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に上記の法律案を国会に提出していることを考慮」すべきと述べた部分があり、そこで着目されているのは、国会（議員）の認識ではなく内閣の認識であるものの、この部分はあくまで平成10年公選法改正による在外投票制度創設前の段階での「不作為」が憲法15条１項等に違反するかどうかを検討する過程で述べられたものであり、当時の立法不作為が国賠法１条１項の適用上違法かどうかをめぐって述べられたものではない。そもそも国会議員にとってとりわけ高い関心対象であるはずの公選法改正案につき閣議決定がなされ国会に提出された以上、昭和59年当時の国会議員の中にこれにつき知らない者がいたとは想定し難いところであろう。

これに対し本判決が「明白」要件との関係で言及する国会を舞台とした動きとしては、「国会においては、在外選挙制度を創設する平成10年公選法改正に係る法律案に関連して在外審査制度についての質疑がされている」点があげられるのみであって、本判決に至るまで、在外審査制度の創設に係る法律案が国会に提出されたことはない。また、そこにいう「国会」における質疑とは、在外選挙制度を創設した平成10年公選法改正に向けての参院地方行政警察委員

会における議論の途上での質疑であるため、それがなされたことをもって在外審査制度の創設が喫緊の課題であることが当時の国会議員全員にとって明白であったとはいい難いように思われる。そうであるにもかかわらず本判決は、「平成17年大法廷判決により在外国民に対する選挙権の制約に係る憲法適合性について判断が示され、これを受けて、平成18年公選法改正により在外選挙制度の対象が広げられ」たこと、さらに「平成19年には、憲法に明記された主権者の権能の一内容である点において審査権と同様の性質を有する国民投票の投票権について、在外国民にその行使を認める国民投票法も制定されるに至っている」といった、あくまで周辺的な事情をも援用し、本件立法不作為が国賠法の適用上違法との結論へと至っている。本判決のこうした結論自体の当否はさておき、何をもって「国会にとって明白」となったものと判断し得るのかについては、今後さらに詰められなければならない課題として残されているように思われる。

（おおいし・かずひこ　筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

大塚章男先生　略歴

1959年1月28日　生まれ

1983年　司法試験合格

1984年　一橋大学法学部卒

1986年　弁護士登録（第一東京弁護士会所属）

1990年　米国サザン・メソジスト大学ロールスクール修了・法学修士（LLM）

1991年　米国サザン・メソジスト大学ビジネススクール修了・経営学修士（MBA）2001年　筑波大学大学院修了・博士（法学）（PhD in Law）

2004年　東海大学法科大学院教授

2005年　筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授
東京センチュリー法律事務所設立・パートナー弁護士

2011年　大塚総合法律事務所

2013年　筑波大学大学院ビジネス科学研究科法曹専攻（法科大学院）長（～2015年）

2018年　筑波大学大学院ビジネス科学研究科長（～2020年）

2021年10月9日　　逝去

大塚章男先生　主要著作目録

I　著作

2002年2月　『独占禁止法訴訟の実務 Q & A』（中央経済社）

2002年6月　『会社法改革で変わる M&A 防衛法』（中央経済社）

2004年4月　『ケースブック国際取引法』（青林書院）

2007年6月　『事例で解く国際取引訴訟 - 国際取引法・国際私法・国際民事訴訟法への総合アプローチ』（日本評論社）

2017年9月　『英文契約書の理論と実務』（中央経済社）

2018年3月　『事例で解く国際取引訴訟 - 国際取引法・国際私法・国際民事訴訟法への総合アプローチ　[第2版]』（日本評論社）

2019年6月　『国際取引における 準拠法・裁判管轄・仲裁の基礎知識』（中央経済社）

2021年3月　『法学から考える ESG による投資と経営』（同文舘出版）

2021年7月　『ステークホルダー・キャピタリズム時代のコーポレートガバナンス』（中央経済社）

II　共著書

2002年2月　『新株予約権・種類株式・招集通知等の IT 化の実務』（中央経済社）

2002年8月　『平成14年商法改正のすべて』（中央経済社）

2003年1月　The Center for International Legal Studies, INTERNATIONAL IMMIGRATION AND NATIONALITY LAW (a three-volume loose leaf, Japan part), Martinus Nijhoff Publishers (Lei dem: Netherland).

III　研究論文

「民事救済に関する外国経済関係法規の適用可能性」筑波大学、博士（法学）

2006年11月　「国際的合併の法的考察」青柳幸一編『融合する法律学（下）（筑波大学法科大学院創設記念・企業法学専攻創設15周年記念）』（信山社）

2007年12月　「スクイーズアウトにおける『事業目的基準』の有用性」筑波ロー・ジャーナル2号15-44頁

2009年10月　「少数株主の締め出しと株主平等原則に関する一考察（上）、（下）」旬刊商事法務1878号31-38頁、1879号24-32頁

2011年10月　「コーポレート・ガバナンスにおける今日的課題―権限集中と利益調整原理―」筑波ロー・ジャーナル10号51-80頁

2014年2月　「コーポレート・ガバナンスの規範的検討―日本型モデルの機能的分析へ―」慶應法学28号31-56頁

2014年3月　「イギリス2006年会社法における取締役の責任―会社の成功促進義務を中心として―」国際商事法務42巻3号359-371頁

2015年1月　「企業の社会的責任（CSR）の法的位置づけ」企業法学会編『企業責任と法』（文眞堂）

2015年5月　「国際的な知的財産権侵害における国際裁判管轄と準拠法の考察」筑波ロージャーナル18号1-26頁

2016年3月　「会社法と抵触法の交錯」国際取引法学会誌1号80-104頁

2016年11月　「役員報酬とコーポレート・ガバナンス―clawback条項を手掛かりとして―」筑波ロー・ジャーナル21号19-36頁

2017年7月　「情報の欠陥に対する製造物責任」国際商事法務45巻7号927-935頁

2017年秋　“Reforms of Corporate Governance: Competing Models and Emerging Trends in the United Kingdom and the European Union”, South Carolina Journal of International Law and Business, Vol.14, Issue 1, pp. 71-105.

2017年12月　「取締役会の実効性評価―実施主体としての監査役の関与の可能性―」筑波ロー・ジャーナル23号11-38頁

2018年3月　「取締役会の実効性評価プロセスへの監査役の主体的参加」月刊監査役680号27-35頁

2018年5月　「労働契約における通則法12条と絶対的強行法規」柏木昇ほか編『国際取引の現代的課題と法(澤田壽夫先生追悼)』(信山社)

2019年1月　「機関投資家による水平的株式保有と独占禁止法」旬刊商事法務2188号15-26頁

2019年5月　"For Institutional Investors, the Alternative of "Exit or Voice", or "Empowerment or Engagement" in the U.S. and the U.K.", International Comparative, Policy & Ethics Law Review, Vol.2, Issue 3 pp. 673-712.

2020年3月　「機関投資家による水平的株式保有と反トラスト法―競争法とコーポレートガバナンスの交錯―」国際取引法学会5号103-117頁

2020年4月　"Can the World's Largest Pension Fund, Japan's GPIF, be a Responsible Steward ? Stewardship Responsibility as Asset Owner", Journal of Governance and Regulation Vol.9 Issue 1 pp. 44-52.

2020年6月　「インターネットによる知的財産権のユビキタス侵害」企業法学会編『先端技術・情報の企業化と法』(文眞堂)

2020年8月　「ESG投資」国際商事法務48巻8号1087-1093頁

2020年12月　「いわゆるボイラープレート条項の研究(第19回・完)補償条項(indemnity clause)」国際商事法務48巻12号1713-1718頁

2021年6月　"ESG Investment and Reforming the Fiduciary Duty", Ohio State Business Law Journal, vol.15 Issue1, pp. 136-163.

2021年8月　"The Global Progress of Stewardship and Corporate Governance by Passive Investors", Transnational Law & Contemporary Problems, Vol. 30. No. 2, pp. 205-266

2021年11月　「ESGとコーポレートガバナンス」月刊監査役727号10-18頁

Ⅳ　評釈・解説等

1992年5月　「米国反トラスト法の域外適用」国際商事法務 20巻5号486-495頁

2001年10月　「国際的な知的財産権紛争の裁判管轄と準処法」国際商事法務 29巻10号1171-1180頁

2002年1月　「株式制度に関する商法改正の企業買収防衛策としての活用」旬刊商事法務 1618号26-32頁

2004年1月　「最近の日米の並行輸入問題の判例動向」国際商事法務 32巻1号6-13頁

2004年8月　「敵対的TOBの予防と対抗策」ビジネス法務4巻8号19-24頁

2005年7月　「総会前に知っておきたいM＆A防衛対策一覧」ビジネス法務5巻7号41-48頁

2007年4月　「合併による少数株主の締め出しと救済方法」MARR2007年4月号

Ⅴ　研究報告等

2012年7月15日「企業責任と法の役割」企業法学会研究報告会

2015年2月　「コーポレート・ガバナンスの各国比較（イギリス・EUの最近の動向を中心に）」国際取引法学会・企業法制部会研究会

2016年6月　「役員報酬とガバナンス―clawback条項を手掛かりとして―」国際取引法学会・国際企業法制部会研究会報告

2017年6月　「13年目の夜間法科大学院の現状と課題」日本大学大学院法務研究科FD研修会

2017年7月8日　「イギリスにおける取締役会評価とガバナンス」国際取引法学会研究会

2018年7月8日　「機関投資家とコーポレートガバナンス」企業法学会研究会

報告

2019年3月16日　「機関投資家による水平的株式保有と反トラスト法」国際取引法学会総会・研究報告

2019年3月16日　「機関投資家による水平的株式保有と反トラスト法―競争法とコーポレートガバナンスの交錯―」国際取引法学会個別報告

2020年9月19日　「ESG投資と受託者責任」国際取引法学会個別報告

2020年9月26日　「ボイラープレート条項の研究　indemnity clauseについて」国際取引法フォーラム個別報告

2020年10月11日　「ファンド管理者と会社取締役の受託者責任(fiduciary duty)について」企業法学会研究報告会

2021年6月7日　「会社法におけるESG」CGネット講演会

2021年9月25日　「会社法制におけるESGインテグレーションの課題」国際取引法フォーラム研究報告会

筑波ロー・ジャーナル　33 号
大塚章男先生追悼号

2022 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　大渕　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
平山賢太郎
藤澤　尚江
山中　利晃
渡邉　絹子

教授　大石　和彦
田村　陽子
直井　義典
姫野　博昭
村山　淳子
森田　憲右
渡邊　卓也

客員教授　松家　元

准教授　日野　辰哉
萬澤　陽子
吉田　大輔

特任助教　山岸　久晃

編集者　筑波ロー・ジャーナル編集委員会
制　作　株式会社 TKC
印刷所　倉敷印刷株式会社

TSUKUBA LAW JOURNAL

No.33 December 2022

Articles

Corporate Purpose in the Era of Stakeholder Capitalism
.....**Mayumi J. Okuno** 1

L'activisme actionnarial n'est pas conforme aux idées du droit civil
.....**Yoshiaki Kohari** 23

Essai sur la demande de dommages-intérêts par l' enfant majeur au motif que la relation avec le parent a été perturbée
..... **Tomoyuki Shiraishi** 41

L' influence des réformes du droit des sûretés sur les sûretés mobilières établies dans un pays étranger
.....**Yoshinori Naoi** 89

Public Implication of Trust and Fiduciary: Protection of Fundamental Right and Fiduciary duty of Legal Professions
.....**Yoko Tamura** 113

Characterisation and Employment Contracts in EU Private International Law
..... **Naoe Fujisawa** 147

Review on the interpretation of undefined terms in tax treaties
..... **Mitsuhiro Honda** 177

Reconsideration of Insider Trading Regulations：
When an insider "has come to know the fact in the course of his/her duty"
.....**Yoko Manzawa** 199

Theoretical Analysis of Lawyers' Duty of Neutrality and Impartiality (1)
..... **Kensuke Morita** 225

Mandatory human rights due diligence for businesses
..... **Masao Yanaga** 251

Case Note

Decision of the Japanese Supreme Court on May 25, 2022：
Constitutionality of Act on National Review for Judges of Supreme Court
.....**Kazuhiko Oishi** 271

Curriculum Vitae and Publications of Professor Akio Otsuka 289

ISSN:1881-8730

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