

# 筑波ロー・ジャーナル

39 号

2025 年 12 月

論 説

制御下人為感染式 (Controlled Human Infection Model : CHIM) 研究の刑法的課題について ——我が国における実施へ向けた法的議論の第一歩 .....	北尾 仁宏	1
他人物上に設定された質権の効力について .....	直井 義典	33
患者の自己決定権 ——ドイツにおける 2 つの価値の対立(1) .....	村山 淳子	59
課徴金と取締役の対会社責任 .....	弥永 真生	81

研究ノート

日本相殺法概観(6) .....	岡本 裕樹	127
---------------------	-------	-----



筑波ロー・ジャーナル編集委員会



# 目 次

## 論 説

制御下人為感染式（Controlled Human Infection Model：CHIM）

研究の刑法的課題について

——我が国における実施へ向けた法的議論の第一歩

..... 北尾 仁宏 1

他人物上に設定された質権の効力について

..... 直井 義典 33

患者の自己決定権

——ドイツにおける 2 つの価値の対立（1）

..... 村山 淳子 59

課徴金と取締役の対会社責任

..... 弥永 真生 81

## 研究ノート

日本相殺法概観(6)

..... 岡本 裕樹 127



# 制御下人為感染式 (Controlled Human Infection Model : CHIM) 研究の刑法的課題について ——我が国における実施へ向けた 法的議論の第一歩

北 尾 仁 宏

- 1 はじめに
  - (1) 100日ミッション
  - (2) 制御下人為感染式研究
  - (3) COVID-19パンデミック以前のCHIM
  - (4) 問題意識
- 2 COVID-19とCHIM研究
  - (1) イギリス（積極例）
  - (2) オランダ（消極例）
  - (3) 現地ヒアリング（蘭）
- 3 日本で検討されるべき課題
  - (1) 人為感染自体と「傷害」
  - (2) 正当化機序と倫理委員会
  - (3) 正当化と自由意思・自発性
  - (4) 集中医療能力との競合（「ベッドの予約」）
- 4 法令行為化の得失
- 5 おわりに

## 1 はじめに

### (1) 100日ミッション

2021年6月11日から13日の3日間の日程で開催された第47回先進国首脳会議（G7コーンウォール・サミット）は、その前年に当たる2020年3月11日に世界保健機関（WHO）によりパンデミックが宣言されていたCOVID-19<sup>1)</sup>の世界的流行を強く意識したものであった。特に、その席上、「次」のパンデミックではWHOの宣言から100日以内にワクチンや治療薬を実用化させるという極めて野心的な内容を含む「100日ミッション（100 Days Mission）」と銘打たれた国際目標<sup>2)</sup>が合意に至り、その達成のために各国の科学者は日夜努力を続けている<sup>3)</sup>。

この100日ミッション及びそれと相前後する協議と呼応するかたちで、我が国でも2021（令和3）年6月1日に「ワクチン開発・生産体制強化戦略」<sup>4)</sup>が閣議決定され、それに基づき日本医療研究開発機構（AMED）に先進的研究開発戦略センター（SCARDA）が設置された。このSCARDAの事業の一環として、「ワクチン開発のための世界トップレベル研究開発拠点の形成事業」<sup>5)</sup>が進められるに至った。そのフラッグシップ拠点として、東京大学に新世代感染症セン

---

1) 正確には、COVID-19は疾患名であり、その原因ウイルスはSARS-CoV-2であるが、記述の簡明さを重視して、本稿では敢えて区別せず前者のみを用いることとする。

2) See Cabinet Office (UK), “100 Days Mission to respond to future pandemic threats – A report to the G7 by the pandemic preparedness partnership”, [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60c20a14e90e07438ee5748f/100\\_Days\\_Mission\\_to\\_respond\\_to\\_future\\_pandemic\\_threats\\_\\_3\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/60c20a14e90e07438ee5748f/100_Days_Mission_to_respond_to_future_pandemic_threats__3_.pdf) [2025年9月29日最終閲覧。以下ウェブリンク最終閲覧日は同様]

3) なお、次のパンデミックとして各国の専門家たちの間で想定されている主な事例は、インフルエンザ等の呼吸器系新興疾患が中南米で出現するというものであり、中でも最悪の場合として、特に小児に対して深刻な影響を与える事態が念頭に置かれている。

4) <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/kenkouiryoutyousakai/dai28/siryou1-2.pdf>（首相官邸ウェブサイト）。

5) <https://www.amed.go.jp/program/list/21/02/002.html>

ター（UTOPIA）<sup>6)</sup>が置かれ、大阪大学、千葉大学、長崎大学及び北海道大学のシナジー拠点並びに各サポート機関と一体となって新規ワクチン開発の推進と迅速化に向けた各種の研究が進められている。

本稿は、筆者が本事業との関係で2023年4月に東京大学医科学研究所公共政策研究分野に特任研究員として採用されて以降、2025年4月に筑波大学へ移った<sup>7)</sup>現在に至るまで、この気宇壮大な国際目標に関連して法学の専門家として検討し、また悩んでもいる種々の論点を、特に筆者が専門とする刑事法の観点から描出し、刑法学界の諸氏と共有することを目的とする。そもそも本事業の一つの特徴として、全国規模でかなりの数の研究者が参画しているにも拘らず、倫理的・法的・社会的課題（ELSI）の検討に当たる人文系・社会科学系の研究者が、2025年9月時点でも医科研公共政策を中心とする我々のグループ計8名しかいない。しかも、2024年9月に民事法の専門家が加わるまで、法学の専門家は筆者しかいないという状態であった。より良い知見を得るためには、まず広くこの問題領域自体を同業諸氏に知ってもらい、馬力を増やす必要がある。

## （2）制御下人為感染式研究

本稿が特に検討の中心に据える制御下人為感染式（Controlled Human Infection Model：CHIM）研究について、ここで概略を説明しておきたい。この形式での研究は、いまだに原語・訳語ともに安定しておらず、例えば英語では Controlled Human Infection Studies, Human Challenge Studies, Human Challenge Trials などと呼称され、これに応じて日本語でもヒトチャレンジ試験、人チャレンジ試験、チャレンジ試験、チャレンジ・スタディーズなどとも呼ばれる。本稿では、研究モデル自体を CHIM、そのモデルを利用した研究を CHIM 研究として分けて呼称できるので、以降 CHIM を中心に使用する<sup>8)</sup>。加えて、将

---

6) <https://www.utopia.u-tokyo.ac.jp/>

7) 現職への移籍後も引き続き東大医科研公共政策研究分野客員研究員として本事業に参画する機会を得ている。

来的に法令等と言及する場合を想定して「制御下人為感染式（研究）」という訳語を提案する。

この訳語案が端的に示す通り、CHIM 研究とは、人為的に研究参加者<sup>9)</sup>を病原体等に曝露させ、感染（研究目的次第では発症まで）を惹起させる手法による研究である。従来型、つまり通常の臨床研究では対象となる疾病の患者を探し出す、いわば疾病に対して受動的な活動から始めるところ、CHIM 研究では患者を能動的に創出することになる。

CHIM 研究の位置付けを説明するために、まずは従来型の臨床試験を確認しておく必要がある。従来型の臨床試験は、第1相から第3相までの3段階が薬事承認前に実施され、そのデータをもとに薬事承認の申請がなされる。そして無事に承認・販売へ至った場合には、製造販売後臨床試験（第4相）も実施されることになる。

動物などを用いた前臨床試験の結果も踏まえ、まず第1相の臨床薬理試験では、原則として（少数の）健常な研究参加者<sup>10)</sup>で（ワクチンや医薬品等の候補となる）薬剤の安全性を確認する<sup>11)</sup>。これにより物としての安全性にある程度

---

8) WHO などではモデル自体を CHIM、CHIM を用いた研究を CHIS (Controlled Human Infection Studies) として使い分けているようである。他方、オランダの ZonMw のウェブサイト上では CHIM と CHIM studies という本稿と同様の使い分けも見られる (e.g. ZonMw, Faster and smarter with CHIM studies, <https://www.zonmw.nl/en/news/faster-and-smarter-chim-studies-0>)。

9) なお、研究参加者のことを従前「被験者」とも呼称したが、2024年のヘルシンキ宣言の改訂に際し、参加者の主体性の一層の尊重が打ち出され、research subjects（被験者・研究対象）に代えて research participants（研究参加者）の語を用いることとされたことに鑑み、本稿でも「被験者」ではなく「参加者」や「研究参加者」と呼称する。その他の点も含め、ヘルシンキ宣言の改訂内容の概要については、遠矢和希「ヘルシンキ宣言の改訂」年報医事法学40号（2025年）246頁以下参照。

10) ただし、例えば抗がん剤に関する研究など、健常者に対する身体的負担が過大であることなどを踏まえ、第1相の段階から健常者ではなく患者による参加を前提とするものもある。

11) 仮にそれが当該薬剤をヒトで試す世界初の事例であるならば、First in Human (FIH) と呼ばれ、特別の考慮を要するが、本稿の射程を外れることからこの点は割愛する。



見通しが立てば、今度は第2相の探索的臨床試験へ進み、少数の患者で薬剤の有効性を確認することになる。もちろん、この段階でも有効性のみならず安全性の検証は継続される。そして、薬剤として有効性についてもある程度見通しが立てば、第3相の検証的臨床試験へと進み、多数の患者を対象に（プラセボなども用いながら）薬剤の用法・用量を確認することになる。第3相で安全かつ有効な使用方法が分かれば、いよいよ規制当局（我が国の場合は厚生労働省）に医薬品等として販売するための通常の薬事承認を申請することになる。当局は、申請に際して出された臨床試験データなども検証し、最終的な販売承認の可否を決す。

以上が平時における臨床研究から薬事承認までの原則的な流れであるが、COVID-19のパンデミックを受け、我が国でも緊急時におけるその迅速化が目指されている。まず、手続面について緊急承認制度<sup>12)</sup>が創設された。これは、2022年の薬機法改正に伴い導入され、パンデミックその他の緊急時には、それまでに得られた安全性・有効性に関する暫定的資料に基づき2年を限度に暫定的な承認を与えることができるとする枠組である。これにより、第3相終了前であっても、一応は承認済みのものとして新規のワクチンや医薬品等を市場に流通させることができる。

こうした手続面での迅速化と並んで、臨床研究自体を実体的に迅速化させるものとして注目されているのがCHIM研究である。CHIM研究はいわゆる概念実証（proof of concept）に当たる。基本的には第1相と第2相の間で実施され、少数の健常者に対して特定の疾病を人為的に曝露させ、第2相以降における候補薬等の用量等を予め確認することを目的とする。主たる利点として、徐々に投与量を増やして候補薬の選別に使える点、（新興感染症等の場合には）病態生理学的知見を補える点、抗体価や免疫能を確かめて必要な投与量を知ることができる点、研究参加者が免疫を獲得できる点<sup>13)</sup>などが挙げられるが、最大の

---

12) 緊急承認制度の概要及び英米における類似制度との異同については、北尾仁宏＝武藤香織「新ワクチンの緊急承認と ELSI」Bio Clinica 39 巻6号（2024年）30頁以下参照。

「効能」として、早期に候補薬を絞り込めることから、必要な研究参加者の総数を大幅に削減できる点がある<sup>14)</sup>。例えば、仮に A・B・C の3つの候補薬があるとして、その全てを第3相まで行うとなると相当規模の研究参加者が必要となる。しかし、CHIM 研究によって A にだけ有効性が期待できると分かれば、（有効性の見込みが乏しい）B・C を早期に打ち切ることが可能となり、その結果、第2相以降に要する人員（研究参加者のみならず、研究側の要員も含む）と費用、時間が一挙に浮くことになる（或いは、浮いた人員等の資源を全て、有効性を見込める A に振り向けることも可能となる）。こうしたことから、我が国でも 2025（令和7）年の医療分野研究開発推進計画<sup>15)</sup>において、CHIM 研究についての（社会科学も含めた全分野的な）検討強化が打ち出された。

この CHIM 研究では、GMP（Good Manufacturing Practice）<sup>16)</sup>に則って人為的に制御された病原体株を GCP（Good Clinical Practice）<sup>17)</sup>に則って用いる、すなわち野生株は使わないのが通常である。この点を捉えて、自然科学系の研究者らの中には、化学物質を用いる通常の臨床研究と大差ない、或いは時により強毒な野生株に感染するよりもむしろ安全であるとさえ主張する者もいる。対象となる疾病は、例えば後述するオランダでは BSL-2<sup>18)</sup>以下とされるが、PubMed 等で検索すると BSL-3 相当の例も出てくる。何より、COVID-19 も BSL-3 相当であった。

---

13) 免疫獲得については結果論に過ぎず、また免疫の持続期間も疾病の種類や研究参加者の体質次第であることから、必ずしも利点とは言えないようにも思われる。

14) 例えば、CHIM 研究にも携わっている hVIVO の資料によれば、RSウイルスに関する種々の研究で用いられたサンプル数（研究参加者数）の中央値は、通常の臨床研究で 464、CHIM 研究で 64、その差は 7.25 倍であったとされる（<https://hvivo.com/articles-and-research/advantages-of-human-challenge-studies-part-1/>）。

15) 首相官邸健康・医療戦略推進本部「医療分野研究開発推進計画」（令和7年2月18日閣議決定）24頁。

16) 我が国でも、平成16年に「医薬品及び医薬部外品の製造管理及び品質管理の基準に関する省令」（通称 GMP 省令）として厚生労働省の管轄で法令化されている。

17) 我が国でも、平成9年に「医薬品の臨床試験の実施の基準に関する省令」（通称 GCP 省令）として（旧）厚生省（現 厚生労働省）の管轄で法令化されている。

### (3) COVID-19 パンデミック以前の CHIM

COVID-19 パンデミック以前から、一部の欧米諸国ではそれなりに CHIM 研究の実践例が積み重ねられてきた。対象はマラリア、インフルエンザ、ライノウイルス、住血吸虫症などで、いずれも自然治癒が可能であるか既存の治療薬で十分に対応可能なものばかりであった。この点が、COVID-19 との大きな違いであったと言えよう。

英米やオランダなどでは、実践に伴い、それに対応する社会制度・法制度も既に用意されてきた。例えばオランダでは、最終的には中央の委員会が一手に審査を引き受けることになるが、まず 1. 大学病院（universitair medisch centrum：umc）等の研究者が研究計画を立案し、2. 研究資金を獲得するために ZonMw（ZorgOnderzoek Nederland Medische Wetenschappen の略、「オランダ福祉研究・医科学機構」、概ね日本の AMED に相当）へ研究計画を提出して資金提供を要請する。その際、ZonMw は研究計画の自然科学的合理性を判定するのが本分であり、倫理審査自体は行わない。その後、3. ZonMw から資金提供の内定を得た研究者が CCMO（Centrale Commissie Mensgebonden Onderzoek の略、「人に関連した研究に関する中央委員会」）に倫理審査を申請し、CCMO が研究の合理性と倫理を、その当否、実行能力、許容範囲といった大局的観点から審査することになる。これとは別に、細目については研究者が所属する研究機関内部の倫理審査も必須とされる。

イギリスも機関内委員会ではなく常設の公的倫理委員会（地区単位）が審査を担当する。ただし、後述するように COVID-19 の際は各地区の委員らから選抜された者によるアド・ホック委員会が編成されて審査を担当した<sup>19)</sup>。

---

18) Bio Safety Level の略で、病原体等の危険度に応じて軽微なものから重大なものの順で 1、2、3、4 とされる。我が国では JIHS 傘下の国立感染症研究所が「病原体等安全管理規程（改訂第三版）」の中で一覧表をまとめている（<https://www.niid.jihs.go.jp/publications/byougen-kanri.html>）。

19) Williams E et al, Ethics review of COVID-19 human challenge studies : A joint HRA/WHO workshop, Vaccine 40(2022)3484-3489.

学術界に目を向けると、COVID-19パンデミック以前にも、倫理的 CHIM の構築に向けた論考は少数ながら定期的に見られた。その中には、例えばマラリア等の確立された CHIM と鉤虫や住血吸虫等の（当時）確立中の CHIM とで考察を分けるべきであるという提案<sup>20)</sup>がなされるなど興味深いものも見られる。合わせて GMP 遵守や専用施設の使用、インフォームド・コンセント（以下「ic」）の徹底、政府機関の強化などが謳われてはいたが、具体的な提案は（この文献に限らず）特になされてこなかったという事実には言及しておく必要があるだろう。

実は我が国でも、法的根拠不明ながらスギ花粉症について先例<sup>21)</sup>が知られる<sup>22)</sup>。確かに、今のところ特に直接的に禁止する法的枠組があるわけでもない反面、法的な許容基準が定まっているわけでもない。また、倫理審査という面でも、審査体制をめぐる制度論を措くにしても、実質的な審査基準が全国で統一されているわけではない点に注意を要する。こうした体制的未整備も受けて、CHIM その他の臨床研究を半ばビジネス的に受け入れる国々（例えばアジアやアフリカの一部諸国など）での実施を模索するような言説を（詳細は差し控えるが）実際に聞いたこともある。

---

20) Roestenberg M et al., Controlled human infections A report from the controlled human infection models workshop, Leiden University Medical Centre 4-6 May 2016, Vaccine 35 (2017) 7070-7076.

21) 例えば、「試験食品による花粉人工曝露時の生体反応に関する探索的試験」UMIN 試験 ID: UMIN000045328

22) もっとも、研究参加者自身がそれを CHIM 研究として認識しているかはまた別問題である。それというのも、筆者が、東大医科研で実施された「COVID-19 に対する RBD-mRNA ワクチン (DS-5670) 追加接種の免疫学的反応検討のための比較試験」(研究代表者: 古賀道子、jRCT 番号: jRCT1031240457) (通称 DS-5670 試験) の一環で研究参加者に対して実施したアンケート調査及び当該参加者に対して医科研公共政策研究分野が独自に実施したインタビュー調査に携わった際、アンケートでは CHIM 研究を知らないと答えていながらインタビューの際には花粉症の CHIM 研究に参加した経験を語るインタビューが複数名見られたからである。この事実が意味するところについてはさらなる検討を要するため、別稿に譲る。

#### (4) 問題意識

このように、我が国においても、或いは我が国の研究者が海外においても、CHIM 研究を実行しようという流れが出来上がりつつある中、そもそも法学的（のみ限らず、人文・社会的観点からの）検討が圧倒的に足りていない。例えば CiNii で検索し、全く無関係な結果を除いてから重複を整理すると、2025 年 9 月 28 日現在、「論文」又は「本」の内、ヒトチャレンジと人チャレンジが共に 0 件、Human Challenge が 39 件（自然科学系 36 件、倫理系 3 件（日本の著者によるものは 1 件のみ）、Controlled Human Infection が 9 件（自然科学系 8 件、倫理系 1 件（日本 0））に過ぎない。あとは芋づる式で日本の文献も多少出てくるが、どれも上述 1 件の関係者によるものばかりである。当然ながら、Westlaw と D1/Law では共に 0 件である。以上はタイトル検索の結果であるが、内容面に目を向けても、刑事法学に限らず、法学文献中で直接的に CHIM 研究に言及しているものは、筆者による 1 件<sup>23)</sup>のごく数行を除いてまだ見つからない。

もちろん、臨床研究自体に言及する（刑）法学の文献は、これまで数多く公表されてきた。しかし、そこで展開された検討や理論、主張は、人を敢えて病気にさせるという行為を前提に置いたときになお維持され（得）るものであるのか、改めて問い直す必要があるだろう<sup>24)</sup>。

国も検討の推進を掲げた今、我が国における、又は我が国の研究者による、本格的な CHIM 研究は目の前に迫りつつある現実である。そうである以上、何か起こってからでは遅い。特に、社会に対する説明根拠も曖昧なまま下手に踏み切れば、和田心臓移植事件の前轍に沿い、世論的疑念を不必要に喚起する

---

23) 北尾仁宏「重篤な有害事象の正当化と自己決定—健常な被験者を念頭に—」年報医事法学 39 号（2024 年）13 頁。

24) この間直しは、筆者一人の手に負えるものではない。しかも、上述の通り、本事業における法学関係者がごく限られている状況から、筆者が迂闊に何かを言えばそれが法学全体の見方とされかねない面がある。それでも、黙過は許されない。より多くの者が参画した多様な検討が急がれる。

ことにも繋がりがかねない。CHIM 研究が如何に有用・有望な手段であるとしても、社会の理解を欠けば、臓器移植と同様に数十年単位での遅滞を覚悟しなければならなくなる。その数十年の間に次のパンデミックが到来したらどうするのか。

同時に、取り敢えず外国でやれば良いという類の問題でもないのは言を俟たない。現地住民の保護という観点のみならず、下手をすれば国際問題に発展しかねないという点からしても、まずは適否の基準を急ぎ考える必要があろう<sup>25)</sup>。

## 2 COVID-19 と CHIM 研究

COVID-19 のパンデミックに際しても、事態を一日でも早く好転させるべく各国でワクチンや治療薬の開発が推進されたが、その際、いくつかの国では CHIM 研究の利用も検討された。2020 年 5 月には既に WHO の作業班が「COVID-19 ヒトチャレンジ試験の倫理的許容性に関する重要基準」<sup>26)</sup>と題する報告書を公表しており、①科学的正当化、②リスク及び潜在的ベネフィットの測定、③公衆、専門家、政策決定者との協議及び関与、④研究者、出資者、政策決定者及び規制当局者間の連携、⑤適切な施設の選定、⑥適切な参加者の選定、⑦インフォームド・コンセント (ic) の 7 つの基準を掲げつつ、COVID-19 について必ずしも CHIM 研究を実施する余地が否定されないことを示した<sup>27)</sup>。もっとも、この報告書で掲げられている 7 つの事項自体は臨床研究全般にとってごく一般的なものに過ぎず、具体的には各国、各機関に委ねられてい

---

25) 例えば、国外で実施した際に現地の参加者が死亡したとき、その実施者たる研究者を国外犯として我が国の刑法で処罰する（べき）かなどが当然問われ得る。

26) WHO, Key criteria for the ethical acceptability of COVID-19 human challenge studies, 2020 ([https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Ethics\\_criteria-2020.1](https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Ethics_criteria-2020.1)).

27) 2025 年 7 月には、射程を COVID-19 に限らないかたちでの改訂版が公表されたが、大枠に変更は見られない。WHO, Key criteria for the ethical acceptability of controlled human infection studies during public health emergencies, 2025 (<https://www.who.int/publications/i/item/9789240109063>).

る部分が大きかった。

以下では、種々の検討の結果として実行に至ったイギリスと、逆に実行を認めなかったオランダの実例を参考に、CHIM 研究自体が手法として定着している国々で COVID-19 のような場合に何が特に課題視され、どのような対応が取られ、何が問題として残されたのかを明らかにすることで、我が国における CHIM 研究体制の構築に向けた課題検討の手掛かりを得たい。

### （1）イギリス（積極例）

イギリスは、COVID-19 パンデミックを受けて早々に暫定承認制度を創設<sup>28)</sup>するなどして、2020 年 12 月に世界で初めて COVID-19 に対する mRNA を利用したワクチンを承認<sup>29)</sup>したが、その後もさらなる研究を継続・推進するために CHIM 研究の活用が模索された。2021 年にはイギリスやオーストラリアなどといった英国系の研究者が中心的な役割を果たすかたちで WHO からガイダンス<sup>30)</sup>が公表され、これによりイギリスが当時目指していた方向性は国連機関からある種のお墨付きを得た格好にはなった。もっとも、見方を変えれば、イギリス流のやり方を追認させたようにも思われなくはない。

いずれにせよ、このガイダンスにも沿うかたちで、イギリスでは COVID-19 の CHIM 研究に関して特別に設置されたアド・ホック委員会が審査を担った<sup>31)</sup>。審査意見も踏まえつつ、研究チームは、最初期のウイルス株に当たる武漢株を使用し、研究参加者を 18 歳から 29 歳の健常者に絞った上で、ワクチン

---

28) 詳しくは、北尾仁宏「英国医薬品等承認制度とパンデミック対応—EU との微妙な関係—」医事法研究 5 号（2022 年）129 頁以下参照。

29) See MHRA, Decision “Regulatory approval of Pfizer/BioNTech vaccine for COVID-19”, 2020 (<https://www.gov.uk/government/publications/regulatory-approval-of-pfizer-biontech-vaccine-for-covid-19>).

30) WHO, WHO guidance on the ethical conduct of controlled human infection studies, 2021 (<https://www.who.int/publications/i/item/9789240037816>).

31) See also Jamrozik E et al., Key criteria for the ethical acceptability of COVID-19 human challenge studies : Report of a WHO Working Group, Vaccine 39 (2022) 633–640.



接種や自然感染歴ない36人に対して、世界初（そして、現在に至るまで世界で唯一）のCOVID-19に対するCHIM研究が2021年に実行された<sup>32)</sup>。点鼻投与の結果、18人に感染が成立、16人が何らかの症状を呈したものの、若年健常でかつ武漢株を用いたこともあり、全員重症には至らなかった<sup>33)</sup>。研究チームは例えばごく僅かなウイルス量でも感染が成立することが分かった点などを成果として挙げているが、既にパンデミックも2年目に至りデルタ株などが蔓延していた当時の状況も考えると、武漢株を用いた点には自然科学的にも社会科学的にも課題が残ったとされる。例えば、前者については、人口のかなりを占めていた感染又はワクチン接種の済んでいる者に対しては投与量を増やし続けても発症しなかったことが予想される点、後者については、ロックダウンその他の社会的制限措置を撤廃するためには、まさに今問題となっている株への対抗策が求められるところ、既に当時ほぼ自然淘汰されていた武漢株での成果が社会に果たし得る役割は限定的であった点が挙げられるだろう。もっとも、今回は武漢株を用いたからこそ安全性の一部が担保されていた<sup>34)</sup>わけであり、ここに、研究参加者保護と研究の社会的意義との間のジレンマを看取できる。

こうした点も踏まえつつ、イギリスでも振返りと提言<sup>35)</sup>が見られる。もっとも、検討対象は主として技術面（用いられる株（チャレンジ株）の選定、GMPとの関係など）に関するものであり、審査と規制は必ずしも既存の当局（例えばMHRA（Medicines and Healthcare products Regulatory Agency「医薬品・医

---

32) なお、2025年現在も、対象を18歳から40歳まで広げた上で参加者を新規に募集しながら継続中である。See Imperial College London, COVCHIM-02: COVID-19 Human Challenge Study, 2025 (<https://www.imperial.ac.uk/infectious-disease/research/human-challenge/covchim02/>).

33) Chiu C et al., Safety, tolerability and viral kinetics during SARS-CoV-2 human challenge in young adults, *Nature Medicine* volume 28, 1031-1041 (2022).

34) See also O'Hare R, COVID-19 human challenge study reveals detailed insights into infection, 2022 (<https://www.imperial.ac.uk/news/233514/covid-19-human-challenge-study-reveals-detailed/>).

35) Bekereditian-Ding I et al., Controlled Human Infection Studies: Proposals for guidance on how to design, develop and produce a challenge strain, *Biologicals* 74 (2021) 16-23.



薬製品規制庁」))に拠らずともよいことなどが挙げられているに過ぎない。ただし、アド・ホック委員会のメンバーに平時から倫理委員としての実績があったという事実に対して一定の強調が置かれている点は注目に値する。

## (2) オランダ（消極例）

COVID-19のCHIM研究に関して、イギリスと好対照を成すのがオランダである。オランダではレイデン大学の研究チームが2020年に計画を立案し、ZonMwへの申請にまでは漕ぎ着けたが、結局ZonMwの審査を通らず資金が得られなかったことから、頓挫するに至った。すなわち、（この場合はイギリスのアド・ホック委員会に相当する）CCMOによる倫理審査にすら進めなかったのである。

ZonMw内で特に問題視されたのは、武漢株を使用する合理性の不足と、長期にわたる後遺症（Long COVID）に対する懸念の2点<sup>36)</sup>であった。この2点に関する説明も含め、ZonMwは「オランダにおけるCOVID-19に係るCHIMの有用性及び必要性に関する勧告」<sup>37)</sup>と題する報告書を公表している。その中で、ZonMwは、CHIM研究にはコホート研究や動物実験では得られない利点があるとしつつ、主に下記8点の問題を指摘している<sup>38)</sup>。

第1に、途中離脱と強制隔離に係る問題が挙げられた。臨床研究である以上、形式的にはいつでも離脱の意思を自由に表明できることが保障されなければならないが、COVID-19の場合は感染症拡大防止のために施設から解放できない。すなわち、離脱権（より分析的に見れば自己決定や移動に係る自由）の保障と公衆衛生上の懸念とがトレードオフの関係にある。刑法的に見れば、監禁の違

---

36) 後述する通り、筆者は本件に関して2024年2月現地調査に赴き、ZonMwの委員の1人であるラドバウト大学准教授のディアヴァトプーロス氏から事実関係やオランダにおける一般的な考え方などについて直接ヒアリングする機会を得た。この2点が委員内で特に問題視されたという証言も、氏によるものである。

37) ZonMw, Advies over nut en noodzaak Controlled Human Infection Model voor COVID-19 in Nederland, 2021.

38) ZonMw, op. cit. (opm. 37), p. 18 e.v.

法阻却をめぐる問題として位置付けられる。

第2に、重篤な合併症リスクが指摘された。特に、COVID-19の場合は根本的治療薬の不存在が問題視された。また、他の疾病と比しても COVID-19 の場合には予測が困難で、その点も研究参加者に不利益であるとされた。

第3に、Long COVID の問題に着目された。第2点を踏まえて比較的若い研究参加者を募る以上、仮に長期の後遺症が生じれば（ある程度年齢の高い参加者と比べた場合に）却って生涯にわたって影響が大きいこと、そうであるにも拘らず病態や持続期間といった詳細がなお不明であること、それに対応できる保険が存在せず、金銭その他の負担の担い手及びその程度も見通せないこと、結局それが却って研究機関や研究者にとって長期にわたる過大な負荷となりかねないことが問題視された。

第4に、一般の救急医療との競合も指摘された。これは報告書中で「ベッドの予約」とも表現された。感染後に発症して重篤な症状を呈するに至る研究参加者が出ることに備え、他でもないパンデミックの最中に、集中治療室の設備と人員を使いもせずに押さえておくことの許容性をめぐる問題である。これは近時ドイツ刑法学の一部でも注目されたトリアージをめぐるとも共通する課題を抱えているだろう。ただし、医療現場における通常のトリアージと異なり、CHIM 研究の場合、不幸にして感染してしまったのではなく、自らわざわざ感染しに行った者を（そうした不幸な感染者に対して）優先させることの是非が問われる。

第5に、変異株に晒すこと自体の危険性が挙げられた。性質が未解明なまま変異株に感染させれば予測できない不利益を研究参加者に与えかねないという問題である。これは下記第6点とトレードオフでもある。

第6に、得られる社会的価値の不透明さが指摘された。これは、チャレンジ株の選定をめぐる問題である。性質がある程度解明された従来株（COVID-19 の場合であれば武漢株）を今さら用いたところで、ロックダウンその他の行動制限の撤廃等といった社会的課題の解消に資するかは疑わしいとされた。

第7に、得られる自然科学的成果の減殺が懸念された。この背景には、オラ

ンダにおけるワクチン接種の普及があった。すなわち、既存のワクチンがある程度効果を発揮する従来株（武漢株）を今さら用いて得られる新たな科学的知見は乏しいのではないかと疑念である。少ない研究参加者でも成果が見込めるのが CHIM の利点である。それゆえに、自然感染の拡大とワクチンの普及とが相俟って第3相に相応しい研究参加者（患者群・対照群）が減少した状況では、CHIM 研究のニーズがむしろ高まった。その反面、従来株の感染者自体は減少し、むしろ変異株が流行の中心となっていたことから、従来株を利用した研究結果から見込まれる成果自体の自然科学的意義が薄まってしまう、すなわち最新の変異株の実態解明などには必ずしも結び付かないというトレードオフが生じたのである。

第8に、重篤な有害事象が発生した場合における CHIM という枠組自体に対する悪影響も懸念された。万が一の事態が起これば COVID-19に限らず CHIM 研究全体への信頼が揺らぎかねないというものである。

以上も踏まえ、ZonMw の9人の委員は、レイデン大学の研究計画に対して、その申請の質（設備・人員、手技・手法、目的等）には「非常に良い」7名、「良い」1名、「十分」1名との比較的高い評価を与えたものの、申請の有意性（リスク・ベネフィット衡量、見込まれる成果）については「高」1名、「中」4名、「低」4名という評価に終わり、最終的に方法は良いが有意性が足りないということで資金拠出を見送る判断へと至った。

元来、ZonMw にとって倫理審査は権限外であることから、この対応は異例中の異例ということにはなるが、COVID-19という異常事態への対応であることを理由にこうした判断に踏み切った。もっとも、オブザーバーとして CCMO の関係者も一部出席しており、助言を受けたとのことである<sup>39)</sup>。

他方で、ZonMw としてもオランダ全体では相当数の CHIM 研究の実績がありながら COVID-19という危機に際して実行に踏み切れなかった点は、パンデミックに伴い残された問題とされ、その反省と検証の上に将来へ向けた提言

---

39) ZonMw, op. cit. (opm. 37) p. 9.

を行う「ロードマップ」<sup>40)</sup>が作成された。このロードマップの著者であるディアヴァトプーロス（Dimitri Diavatopoulos）は ZonMw でレイデン大学の研究計画を審査した9人の委員の内の1名でもあり、デ・フラーフ（Hans de Graaf）はラドバウト大学の医師である。

「ロードマップ」では、ワーキング・グループの設置やハード面の増強、概念整理、設備への優先アクセスの公平な順位付け、研究基金の設置、「賃金モデル」の維持と補償・保険制度の新設・拡充などが提言された。もっとも、これら ZonMw が出した「ロードマップ」や先に挙げた8つの問題点を指摘する「勧告」を文字で追うだけではいまいち見えてこない部分もあったことから、筆者はデ・フラーフを介してディアヴァトプーロスとアポイントを取り、直接対面で内実、趣旨、意図を聞くこととした。

### （3）現地ヒアリング（蘭）

筆者は、2024年2月8日（金）11:00～13:30（現地時間）、ラドバウト大学医療センター（Radboudumc）のディアヴァトプーロス氏と面会の上、昼食も挟みつつ、事実関係（具体的な判断の流れ）、賃金モデルや保険・補償の意義を中心にヒアリングした。東大医科研における活動とも関わることから、内容は必ずしも法学的なものに限られず多岐にわたったが、本稿との関係では下記のような趣旨の回答に着目すべきであろう。

- 審査の際に特に重視されるのは、当然、研究参加者が負うリスクと研究目的だが、リスクについては通常、自然治癒可能か既存の手段で治療可能でなければ ZonMw による資金拠出等は見込めない。本件では最後まで LONG COVID の不透明さ（とワクチン普及に伴う研究の重要性自体の低下）が問題視された。
- チャレンジ株の具体的な選定に当たっては、GMP のみならず社会的倫理

---

40) Diavatopoulos D & de Graaf H, Controlled Human Infection Studies in the Netherlands : ROADMAP, ZonMw, 2023.

の影響も考慮する。完璧を目指せば時間も金も掛かるが、原則的により新しい株を用いるべきと考える（ただし、CHIM 研究の準備には相応の時間が掛かり、今日（2024年2月8日）着手したとして、どれほど急いだとしても開始は6月か7月になっているはずである）。

- 研究参加者に支払う金銭は「賃金モデル」で考える。具体的拘束時間に依らず終日働いたとみなす。それ以上の支払はしない。リスクが高いからといって追加で払うのはむしろ反倫理的だと考えられている。追加支払があれば、経済的弱者に事実上のインセンティブとして機能してしまい、結果として自由意思の侵害と搾取に繋がる。研究参加者は、最低賃金でもよいから公共のために役立ちたいと真に願う人々でなければならない。なお、オランダの最低賃金は全国一律で、年齢により決定される。
- 小児を対象とした CHIM 研究はオランダではできない。医療行為全般に関し、12歳未満は親の意思に、12歳以上16歳未満は本人意思及び親の意思の双方に従って実施する。16歳未満の者に対して本人同意だけで医療的な何かを実施することはできない。CHIM は本人の自発的参加こそが鍵であるから、16歳未満のように本人同意だけでは実施できない層を対象とすることは事実上不可能である。なお、オランダの成人年齢は18歳だが同意の実務上は16歳で線引きをしている。
- （国家レベルでの補償体制が求められる理由に関して）CHIM 研究は、国の法律に基づく枠組で実施され、その成果は国・公共に還元されるのだから、その過程で生じ得る危害の負担も国・公共が担うのが公平である。
- 「ベッドの競争」を指摘する委員もいたが、ZonMw 内では実のところそこまで問題視されなかった。オランダの CHIM 研究は専用施設で研究専門の医師・看護師・研究者によって実施されるので、直接的には本来競合せず、あまり現実味はない。
- （補償制度等に関するやり取りの中で感想めいたものとして）補償の観点からは、参加者向けの保険に加えて研究者向けの保険もある。また、民事全般は研究機関が最終的な責任を負う。犯罪の成否は全く考えたことが無

かった。公共セクターも含めて皆で計画を立て、自組織のみならず国の機関の評価も受けてから国の倫理委員会を通し、そこで提示・約束された方法に従って実施している以上、そもそも個人がどうと言う問題にはならない。icの存在と国家的プロセスの存在とが重要である。

### 3 日本で検討されるべき課題

#### (1) 人為感染自体と「傷害」

人に対して人為的に何らかの感染症を罹患・発症させる行為が傷害の構成要件該当性を満たすという結論は、刑法学上暗黙裡に共有されているように思われるが、具体的な事例はほぼ見られない。それは、因果関係の証明が著しく困難であるからであろう。すなわち、大抵の感染症の場合、自然に罹患（市中感染）したのか人為的行為により罹患したのか合理的疑いを超えて立証することがほぼ不可能である。例えば、インフルエンザ患者が意図的に誰かに咳を吹きかけ、その誰かが、咳を浴びたことによりウイルスに曝露したと仮定した際の潜伏期間として合理的な日数内にインフルエンザを発症したとしても、たまたま同じ時期に全く別の経路から同型のインフルエンザウイルスに罹患していた可能性を否定しない限り、咳の吹きかけを傷害行為として問責することはできない。

ところが、CHIM 研究の場合、科学的に適切に管理される CHIM という環境下、すなわち他の感染経路が完全に遮断された状況下で病原体が投与されることから、因果関係が明白である。このように、感染経路と因果関係が明白な場合、従来も少数ながら処罰例が存在する。例えば、大判大正 14 年 4 月 23 日刑集 4 卷 262 頁では被害者に梅毒をうつしたことを理由に強姦致傷が、最決昭和 27 年 6 月 6 日刑集 6 卷 6 号 795 頁では淋病をうつしたことを理由に傷害がそれぞれ肯定されているが、これらは性交等に伴う性感染症の感染という因果経過が明白であったからに他ならない<sup>41)</sup>。かくして、人為感染の処罰例がごく少数にとどまるのは、あくまでも手続法上の問題であって、実体法上の問題ではないことが分かる。

もっとも、これら性感染症の事例では、自然治癒もしなければ行為者による介入・治療も予定されていないところ、CHIM 研究の場合には症状が一定の時間的な幅があるとはいえ一時的なものであることが研究計画に予定されている点で異なるという主張もあり得なくはない。しかし、刑法学という立場からすれば、こうした一時性の有無を根拠に犯罪の成否を左右させることは難しいと答えざるを得ないだろう。例えば、ニコチンを井戸水に混入させて被害者に一時的な中毒症状を発生させたが自然治癒したという事実が傷害結果に当たるとした大判昭和8年6月5日大刑集12巻736頁が知られるが、薬物による一時的な症状も「傷害」である以上、病原体による一時的な症状も傷害に当たると見て差支えないはずである。

また、科学実験であること自体が無条件に違法阻却を導くものではないことにも付言しておかなければならない。たしかに、1952年に発覚した名古屋市長乳児院収容時人体実験（大腸菌投与で乳児死傷）や、1950年代に行われていたことが後に判明した新潟大学医学部恙虫病人体実験（精神疾患の患者をツツガムシ病に罹患）などは、市中感染と異なり、CHIM 研究のように因果関係が明白なものであったが、何故か立件されなかった。しかし、これはむしろ当時の対応が現代的観点からすれば異常に抑制的であったに過ぎず、もし同様の行為を今行えば、当然処罰の対象となるだろう。そもそも現代の自然科学系の研究者もまた、ここまでのことは企図も容認もしないと思われるが、例えばGMPやGCPに従っていることで上述の2件の人体実験とどこまで違うと言えるかは改めて考えなければならぬ。加えて、化学物質の場合、全く無害という可能性も一応は留保されているところ、ウイルスその他の病原体の場合はたとえ制御下であっても歴然とした有害物であるという点も無視し難い。

---

41) また、過失犯ではあるが薬害エイズ事件（最決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁（厚生省ルート）、大阪高判平成14年8月21日判時1804号146頁（ミドリ十字ルート））も血液製剤の使用という因果経過が明白な場合に感染症の罹患・発症を傷害結果とした例に位置付けることができる。また、民事賠償のものであるが東大輸血梅毒事件（最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁）なども類例として位置付けられる。



さらに、人体実験をめぐる従来の議論枠組（政策的人体実験／研究本位の人体実験／治療的実験）<sup>42)</sup>との関係も再考しなければならない。従来、軍事などの政策的なものは禁圧の対象に、研究本位的なものの相当慎重に、そして治療的なものであっても ic の徹底などが求められるというような整理がなされてきた。しかし、CHIM 研究はこうした区分には必ずしも収まりきらず、敢えて位置付ければ研究本位的なものと治療的なものとの狭間に存在すると考えられる。抽象的には公衆衛生、もう少し狭く解しても患者群に対する治療・予防法の開発という目的の下に行われる以上、研究本位というわけではない反面、敢えて疾病に感染・罹患させるという点で研究参加者に対する具体的行為は明らかに治療的ではないどころか、むしろ積極的に身体に対して有害である。たしかに、通常の第1相も治療的ではないが、上述した通り、有害でない可能性も一応あることから、やはり CHIM 研究は特異であると言わざるを得ない。

そして、ic の有効性という観点から、「同意」についても検討を加える必要があるだろう。周知の通り、同意をめぐる学説に種々対立はあるものの、形式的には刑法 202 条の存在を根拠に、生命に危険の及ぶ同意は無効であるとする点では広く一致が見られる。実際、通常の臨床研究のみならず、CHIM 研究においてもまた、自然治癒や治療が可能なものに限るのが原則とはされているが、COVID-19 のような新興感染症による、パンデミックやエピソードの場合には、自然治癒・治療ともに不透明なものであっても CHIM 研究の対象として考慮される場合がある。その際、現にイギリスは実行したがオランダは逆の結論を取るなど、国によって判断が分かれたのは既に見た通りである。特に、例えば日本その他の東アジアにおける流行に留まるような場合には、他地域での研究実施が望めない以上、否応なく日本における対応、特に研究参加者の「同意」<sup>43)</sup>の扱い方を検討せざるを得ない。

---

42) 甲斐克則『被験者保護と刑法』（成文堂、2005 年）38 頁以下参照。

43) 北尾・前掲註(23)11 頁以下参照。



## （2）正当化機序と倫理委員会

そもそも臨床研究における ic には、被害者の承諾に当たる部分（研究に伴う侵襲行為等）と危険引受け（副作用等）に当たる部分が混在している。しかし、特にパンデミックその他の公衆衛生上の緊急事態における CHIM 研究の場合、危険引受けによる正当化とは言っても、引受対象となるリスク自体が詳細不明であることが常であろう。もちろん、その程度は不明でも存否は明白である以上、正当化の余地が無いわけでもないのかもしれない。他方、何を引き受けているか実態不明であるにも拘らず、正当化が可能であるのかは問われなければならない。

そこでイギリス系の文献<sup>44)</sup>では、CHIM 研究の正当化について功利主義を前面に押し出した主張が展開されているように見受けられる。たしかに、CHIM 研究はたとえ最終的な成果物として新薬や新ワクチンに結び付かなかったとしても、必要な研究参加者数を大幅に削減する効果から、結果として意義の乏しい研究に参加させられる人々（例えば、先述した例における候補薬 B や C に伴う第2相以降に予定されていた潜在的参加者）を守ることができるという面がある。しかし、日本の場合、ドイツほどではないにせよ、功利主義だけでの正当化を容認する見解は少なくとも刑法学説においては少数であるように思われる。私見は優越的利益説に立つ以上、やはり何か本人にとっての優越的利益<sup>45)</sup>が欲しいところではあるし、仮に社会的相当性説から考えるとしても、功利主義だけで社会的相当性を肯定することは通常ないように思われる。

他方、イギリスにせよオランダにせよ、手続が非常に重視されている。このことから着想を得て、手続で支えるという途を模索することもできるだろうが、その際、次の2点が課題となるように思われる。

第1に、そもそも手続が実体的正当化に対して如何なる意味を有し得るのかという問いである。これは、近時ドイツを中心に手続化論の一環で論じられて

---

44) e.g. Jamrozik E et al., op. cit. (fn. 31).

45) 自己実現に伴う精神的満足などと結び付けて考察するものとして、北尾・前掲註(23) 12頁以下参照。

いるところでもあり、その我が国への移入についても可能性と限界が指摘されている<sup>46)</sup>。

第2に、手続の質をどう担保するのかという問いである。これについては、倫理委員会という制度が一つの回答とはなり得るだろう。しかし、我が国の場合、イギリスやオランダのような地域或いは全国規模における統一的審査機構が存在しない点で無視し難い相違が生じるのではなかろうか。例えば、上述したヒアリングの際、オランダにおける CHIM 研究の正当化への関鍵として臨床研究全体が国家的営為でもある<sup>47)</sup>という側面が指摘されていたが、日本の倫理委員会は各機関・組織ごとに設置されており、その構成や実態が一国内で一枚岩であるとはとても言い難い。そのような中で、如何にして国家レベルで一定の水準を確保できるのか、延いては国家レベルで正当化に対する一定の基準を提示できるのかという課題が真っ先に浮かぶ。イギリスのアド・ホック委員会も、臨時とはいえ法令に基づく国家的組織であったことは忘れるべきでないだろう。

また、この「国家的営為」が意味するところを刑法的に翻訳すれば、オランダでは CHIM 研究に限らず臨床研究が一種の法令行為的に把握されているということではないかと思われる。それは、もともと国が関与しているのだから犯罪の成否など考えたことも無かったという旨の回答に端的に表れているだろう。そこで、仮に我が国でも全国統一的な倫理委員会を設置したとして、それ

---

46) 医療との関係で詳論するものとして、天田悠「手続・医療・刑法：医事刑法における『手続化』論の比較法的考察」（一）～（三・完）比較法雑誌58巻1号（2024年）109頁以下、同3号（2024年）217頁以下、同4号（2025年）91頁以下。もっとも、同「手続化論の現状と今日的課題」香川法学43巻1・2・3・4号（2024年）94頁は、「わが国で議論されている手続化論はいまだ、『舶来品』の域を出ない」とも指摘する。

47) この点は、2025年大阪・関西万博への出展に際してオランダ政府が発行したパンフレットで同政府自身も強調するところではある。オランダ経済・気候政策省 Health-Holland『ようこそオランダへ：欧州各地とつながる生命科学と健康医療のメトロポリス』（2025年）26頁以下参照（[https://nlexpo2025.nl/sites/nlexpo2025/files/files/2025-06/Health\\_Holland\\_bidbook\\_JP.pdf](https://nlexpo2025.nl/sites/nlexpo2025/files/files/2025-06/Health_Holland_bidbook_JP.pdf)）。

による審査がオランダと同様に法令行為的な正当化を導き得るか検討する余地もあるように思われる。

これまで我が国において法令行為の例としてよく挙げられてきたのは、司法警察職員による逮捕、刑務官による死刑執行、消防吏員らによる破壊消防活動などである。しかし、これらの例と CHIM 研究とでは、主客体共に前提が違い過ぎるように思われる。加えて、ある行為を法令行為と解する、或いは新たに法令行為化することの得失をめぐる議論も従来手薄であった。むしろ、従来は法令行為独自の機能を探求するよりも、法令行為を可能な限り正当業務行為と同列化することによってその実質化を志向する<sup>48)</sup>動きが主流であったように思われる。さもなくば、具体的場面において逐一審査を要さない点を捉え、法令行為であれば正当性を特段問わずに違法阻却<sup>49)</sup>されるとさえ読める主張も一部には見られる。

しかし、仮に CHIM 研究を含めて臨床研究をオランダの意味で法令行為化するならば、倫理委員会による実質的審査を計画ごとに挟むことで正当性を担保するという枠組を正当化の前提とすることになるから、上述した法令行為をめぐる我が国の従来議論の双方とどうも噛み合わない。たしかに、実質化という観点からは従来主流の見解と同じ方向性にあると考えられる。しかし、この審査は、正当業務行為や正当防衛、緊急避難等と異なり、必ずしも特定個人間の関係における特定の行為を直接検討しているわけではないという点で、法令行為の特徴として一部で強調される形式性・無審査性とも相通じるものがある。さらに、こうした点を止揚・克服して法令行為的に位置付けたところで、結局そのことが本当に制度的な意味でメリットとなるのかは別途問われなければならない。

なお、こうした「国家的営為」を法令行為として解すか否かを措くとしても、

---

48) 大越義久「法令正当行為—とくに職務行為について—」平場安治ほか編『団藤重光先生古稀祝賀論文集第一巻』（有斐閣、1983年）228頁以下。

49) 甘利航司「警察官職務執行法7条と法令行為」国学院法学59巻4号（2022年）15頁以下、特に81頁。

そもそも一国内で同様の行為の法的評価に差異が生じ（得）るのは望ましくない。或いは、明確に禁止する法令も無いことから CHIM 研究の実行に踏み切る研究者・機関が登場したとして、その研究者が属する機関の独自判断で実施してよいのか、その独自判断の刑法上の位置付けは如何なるものであるのかといった点も、現状不明である。また、仮に統制するとしても、その法的基盤をどこに求めるべきかといったことも曖昧である。例えば薬機法や GMP 省令 27 条と治験審査委員会の判断が根拠となるかもしれないが、いずれも間接的なものに留まる。

### （3）正当化と自由意思・自発性

オランダでは、上述のヒアリングにおける回答にもあった通り、研究参加者に対する金銭的誘引を抑制して自発性を確保するためとして、賃金モデルが採用されている。これは、支払額に対して最低賃金によるキャップを被せるものであるが、オランダの場合、日本とは異なり全国一律で、且つ最低でも東京都（2025 年 10 月 3 日より ¥1,226）の約 2 倍に当たる（2025 年 1 月 1 日より、21 歳以上は €14.06（約 ¥2,500））。また、イギリスは賃金モデルを採用しているわけではないものの、NHS（National Health Service）のヘルスリサーチ機構（Health Research Authority：HRA）が全国ガイダンス<sup>50）</sup>を示し、計画や参加者の性質に応じて、不当な誘因と搾取の双方に配慮しつつ額を決定すべき旨を記載している。一例として、現在インペリアル・カレッジ・ロンドンで遂行されている COVID-19 の CHIM 研究ではスクリーニングから 180 日後の最後の健康観察まで必要な検査等に欠かさず参加した者に対しては総額で £4,935（約 ¥990,000）が支払われる<sup>51）</sup>。CHIM 研究に当たっては現状の倍は払うべきとの

50) HRA, Payments and Incentives in Research, 2025 (<https://www.hra.nhs.uk/about-us/committees-and-services/nreap/payments-and-incentives-research/>).

51) 前掲註(32)付属の説明文書 33 頁参照。このうち、£2,590 は最短 14 ～ 17 日間とされる隔離期間に対するものであり、現在のイギリスの 21 歳以上の最低賃金 £12.21 を基準に一日 8 時間労働として考えると約 26 日分の支払ということになる。もっとも、実施機関が所在するロンドンにおける現在の物価高状況に鑑みると決して高額とは言えない。

主張<sup>52)</sup>さえも一部に見られるが、いずれにせよ、これらは現在の日本の水準（1日¥7,000）<sup>53)</sup>よりも高額ではある。

そもそも、自発性確保のために最低賃金ベースで考えるというのは一見理に適っているようだが再考の余地はあるように思う。まず、我が国のように基本的に最低賃金の水準自体が安過ぎる場合、最低賃金と自発性担保とがオランダのように論理必然的に結び付き得ると思われ<sup>54)</sup>ない。むしろ、我が国で最低賃金に拘れば一種の経済的搾取に等しい状況も招きかねないのではなかろうか。したがって、自己決定を正当化根拠に置く場合であっても、それと支払われる金銭との関係については我が国独自の検討を要するだろう。

それに付随して、さらに突き詰めれば、そこまでして自発性一本で考えなければならぬのかという点も問われる。例えば、小児らを対象としたCHIM研究の余地を考えてみたい。対象となる疾患が小児らに特に影響を及ぼし得るものであり、むしろ成人にとっては殆ど無関係なものだった場合、一番新薬や新ワクチンが必要とされる群である小児らが原理的にその開発から排斥されるというのは自然科学的にも社会的にも歪ではないだろうか。自己決定の徹底追及は、理論的には美しい。しかし、それに固執すれば、決定能力を欠く乃至そ

---

52) Blumenthal-Barby J & Ubel P, Payment of COVID-19 challenge trials : underpayment is a bigger worry than overpayment, J Med Ethics 2021 : 47 : 585-586. See also Grimwade O et al., Payment in challenge studies : ethics, attitudes and a new payment for risk model, J Med Ethics 2020 : 46 : 815-826.

53) 厚生省「治験を円滑に推進するための検討会」報告書（平成10年）の記載や、同じく厚生省が政医第196号「受託研究費の算定要領の一部改正について」（平成11年7月2日）で国立病院・療養所で実施される治験の負担軽減費について「当面、7,000円を標準とすること」としたことに基づき、現在も1日当たり¥7,000を標準額とする機関が多い。

54) 現在の¥7,000という水準が成立した当時、最低賃金の全国加重平均は1時間あたり¥700に届かないものであったが、それから30年近くが過ぎた2025年現在、全国加重平均も¥1,118まで上昇している。標準額自体を相応に引き上げるべきではないだろうか（なお、近藤直希はか「被験者負担軽減費の算出方法の見直しとその経緯について」国立医療学会誌77巻3号（2023年）202頁以下も参照）。ただし、この点については本稿の射程から大きく外れることから、他日の検討を期したい。

れに制限のある者（小児、障害者、高齢者など）に対する社会的排除も伴う。これは、参画権という点から見れば憲法的问题でもあろうが、正当化原理としての自己決定を如何に位置付けるかという点から見れば刑法的问题でもある。加えて、通常の臨床研究はアセントを利用して、或いは場合によっては無同意であっても正当化される場合がある中、CHIM 研究だけが厳格な自己決定に拠らなければならない<sup>55)</sup>理由も今のところそこまで明瞭とは言えない。児童（特に、独自に医療同意は可能だが制限行為能力者たる未成年にも当たる17歳の者）自身が参加を望み、親権者が反対している場合、本人の意向通り CHIM 研究に参加させたとき、果たして研究者の行為は違法とされ得るのだろうか<sup>56)</sup>。

#### （4）集中医療能力との競合（「ベッドの予約」）

CHIM 研究と研究外の医療活動とは、オランダでは競合しないと現地ヒアリングの際に説明を受けた。しかし、我が国はこれから制度を組む以上、その設計次第で両者は競合し得る。この点、機縁法的に我が国の研究者にも聞いてみたところ「競合しない」旨の答えが返ってくるが、その確たる根拠は不明である。第一、現在の我が国の研究機関における設備・体制で研究参加者の身に何かあった際、一般患者に対して影響を全く与えずに、専ら自身の研究施設内で対応できるのだろうか。事前的又は事後的に「より優れた治療施設へ移そう」というような話が出て来得るのであれば、それはもう競合そのものである。

この競合をトリアージに関する議論<sup>57)</sup>と比較しながら眺めると、患者間の順位付けという限りで両者は共通する反面、現に存在しない将来の一般患者との間での衡量となる点で相違すると言える。この場合、ドイツ感染症予防法が想

---

55) See also WHO, op. cit. (fn. 26) pp. 15-16 ; id., op. cit. (fn. 27) p. 25.

56) これらの問題の背後には、「適格な研究参加者」像の決定権者は誰かという問いも潜んでいる。

57) ヘニング・ロゼナウ（仲道祐樹監訳、北尾仁宏訳）「医療におけるトリアージと連邦憲法裁判所、刑法及び立法者」比較法学 57 卷 3 号（2024 年）25 頁以下参照。



定するような事前的／事後的トリアージの区分論が必ずしも妥当しない。ドイツ感染症予防法は事前的トリアージのみ許容するが、その前提として衡量されることになる複数の患者が既に存在していることがある。しかし、「ベッドの予約」の場合、いずれの患者も衡量時点では基本的にはまだ存在していない。あくまでも将来の可能性同士での比較である。仮押さえを受けたベッドは空いているが他のベッドが全て埋まっているという状況での通常の患者との競合であっても、衡量対象の一方（重篤な状況に陥った研究参加者）はやはりまだ具体的には存在していない。したがって、ドイツ刑法学や我が国の刑法学がCOVID-19のパンデミック以降取り組んできたトリアージをめぐる議論とはまた異なる角度からの検討が必要となる。

また、こうした仮押さえをパンデミック下で行うこと自体、直感的には不公平に感じられなくもないが、禁止する理由も見出し難いように思われる。たしかに、研究不参加者からすれば、研究参加者の感染は答責的（いわば「余計なこと」）に見えなくもないだろう。ベッドを仮に押さえる研究者は、そのCHIM研究に参加する者を保護するためにも、「雇わなくてもいいのに自分から雇っておいてベッドまで塞ぎやがった」という容易に想定される怨嗟の声に対してどう反論するのか、考えておく必要がある。しかし、他方で、何かあった場合の体制が保障されていないと、そもそも研究参加者が集まらないのではなかろうか。加えて、何らかの保障策が無いと、倫理審査側としても研究計画を通し難いだろう。そうした保障策の一環として考えた場合、「ベッドの予約」という手段は相応の安心材料として研究参加者の目に映るものと考えられる。ただ、特にパンデミック等の緊急状況において、「ベッドの予約」とは異なる他の代替手段が存在しないのかはやはり問われ得るのではなかろうか。もちろん、「ベッドの予約」が最終手段的な安全確保策であるとか、常に謙抑的に検討されるべきものだとは思わないが、より軽微且つ有効な手段が存在しないのか、正当化の際に詰めて検討する余地はあるように思われる。

## 4 法令行為化の得失

最後に、倫理審査まで含めて臨床研究、特に CHIM 研究のような先端的なものを法令行為化することの利害得失を少し考えてみたい。

第1の利点としてはやはり、全国一律で研究の質を担保することに繋がるものが挙げられよう。これにより、研究参加者保護の水準も一定以上のものを担保することができる。他方、水準を満たさないものに対していきなり刑罰威嚇を向けるべきかについては慎重な検討を要する。特に、構成要件該当事実を例外的に処罰しない場合において、不処罰要件に対して純粹に手続的な違反しかないようなとき、それでもなお実体的に刑罰を科すべきかという問題は、例えば低地諸国における安楽死をめぐる刑法議論においても見られる<sup>58)</sup>ところであり、より詳細な比較法的検討も必要となろう。

第2の利点として、正当化に際して、多数の研究者と多数の研究参加者間の複雑な個人間関係を逐一直接把握するの必要がなくなるというものも挙げられるように思われる。生命・医科学分野も他の自然科学分野と同様に研究者の移籍や異動が比較的頻繁である上、注射などを要するとすれば試験現場で実務を担う看護師はその日限りのアルバイトということも珍しくはない。研究参加者の側に目を向けても、介入群と対照群を合わせて数千人単位ということも珍しくはない上、当日急遽欠席したり、或いは急遽のスクリーニングから組入れが決まって参加したりということもある。こうした多様・多数で動的な関与者が存在する研究という場を、正当業務行為その他の「個人」を中心とした正当化原理で把握しようとするのは不可能ではないが如何にも非効率的に思われる。その点、法令行為的に位置付けることができれば、要件を満たす限りで制度的に優越的利益が原則肯定されることになるから、個別的判断の必要性が下

---

58) Zie bvb J. Legemaate e.a., Vijftig jaar euthanasie (beleid), NJB 2023/2887. ここでは、オランダやルクセンブルクの例として、安楽死法の諸基準の内、実体的基準違反のみが「本質的」違反として訴追対象とされ、それ以外の手続的な「非本質的」違反は少なくとも刑事手続に乗せることはないという検察の実務運用が紹介されている。



がり、一定の類型的判断を通じてむしろ現場の動実態を正確に把握することができるのではなかろうか。すなわち、計画途中で研究者や参加者が入れ替わっても正当化判断が容易であるように思われる。他方で、このことは抽象化・形骸化への入口ともなりかねないように思われる。結局は、倫理委員会による審査の内実が正当化にとっても鍵を握ることになるだろうが、その反作用として、審査に瑕疵があった場合の委員の刑責といった、企業犯罪の際の取締役の責任にも似た議論が新たに必要となるかもしれない。

第3の利点として、制度外で行われる行為を法令外の行為、いわば闇行為として軒並み取り締まることができることが挙げられる。仮に科学的合理性と無関係に「取り敢えず外国でやればよい」という安易な動きが生じても、臨床研究が法令行為化されていれば、我が国の研究資本を使ったかたちでそのような試みを実行に移すことは事実上不可能となる。すなわち、実施場所が外国であったとしても、我が国の機関側が関知しない研究を我が国の研究者が勝手に実施するような事態は抑止できるだろう。何より、現状、仮にそのようなことが行われた場合、人が死傷したときに限り、傷害罪等の国外犯規定で対応することになり、且つそれしか対応方法はない。法令行為化しておけば、現実には人が死傷する前に一定の歯止めを掛けることができるようになるのではなかろうか。逆に、外国の企業・研究者が我が国で何らかの試験を実施する際の、研究者・参加者双方に係る法的リスクも低減できるだろう。

第4の利点として、研究成果を必ず国民へ還元させるよう方向づけることができることが挙げられるのではないか。臨床研究、その中でも特にCHIM研究などの先端的なものが半ば公的行為という位置付けになれば、その成果も当然公的な性格を（も）帯びることになる。それゆえに、私企業のモラルに頼ることなく、半公的性格を直接の根拠として、成果の恩恵を国民へ還元するよう要求しやすくなるようにも思われる。ただし、このことは行き過ぎれば当然に、経済活動に対する国家主義的で過剰な制約ともなりかねない。

もっとも、最大の課題はそもそも如何にして立法まで漕ぎつけるかという点にあるだろう。著作権を侵害するウェブサイトのブロッキングのような「王道」

というべき類のものでさえ、緊急避難論に引き付けようとして立法化は頓挫したという我が国の状況に鑑みると、臨床研究の倫理審査についても国会が立法するとは考えにくいかもしれない。よしんば立法に至るとしても、要件の立て方についてはさらなる問いが残るだろう。個別審査的な建付けで行くのか、専門的知見に基づくある程度一律・機械的な審査を前提とするのかなど、様々な選択肢が考えられる。

## 5 おわりに

本稿では、まず CHIM 研究の概要と問題意識を提示した後、コロナ禍における英蘭の CHIM 研究をめぐる状況を概観し、日本法における検討課題を列挙した上で、特に法令行為化の可能性を雑駁ながら検討した。CHIM 研究をめぐる（刑）法的課題の検討はまだ緒に就いたばかりであり、本稿に挙げた諸課題のみであるとも思われないが、とにかくまずは筆者なりに捻り出せたものを羅列の排りを恐れず一通り示すことに注力した。これらの課題に対して、現状何か明確な方向性を出せるところまでは至っていない上に、どこから手を着るべきかさえも半ば暗中模索状態である。個人的能力及び努力の限界を痛感せざるを得ない。

しかしながら、筆者は、綿密な事実分析と精緻な理論構築という2点につき、日本の法学界、とりわけ刑法学界に属する諸氏に対して全幅の信頼を置いている。それゆえに、本稿が一人でも多くの（刑）法学者の関心を惹き、この問題に対する知見をより豊かなものとすべくその力を一部でも提供してくれるに至ることを、心から願っている。

### 〔謝辞〕

本稿は、日本学術振興会科学研究費（若手研究 22K13300）及び AMED 課題番号 JP233fa627001 による助成並びに文部科学省「世界で活躍できる研究者戦略育成事業」の一環として実施される TRiSTAR プログラムによる支援を受けた研究成果の一部である。

本稿の前提となる CHIM 研究をめぐる倫理的・法的・社会的課題の検討は、東京大学医科学研究所公共政策研究分野の武藤香織氏、李怡然氏、西千尋氏、三村恭子氏、島崎美空氏、同生命倫理・医事法研究分野の遠矢和希氏、京都大学大学院医学系研究科の井上悠輔氏との協業によるものである。DS-5670 試験のアンケート調査については東京大学新世代感染症センターの古賀道子氏から御力添えを賜い、それに付随するインタビュー調査では東京大学医科学研究所公共政策研究分野の河田純一氏、松山涼子氏、胡錦程氏の協力も得た。両調査の参加者に対しても格別の謝意を表したい。また、オランダにおける現地ヒアリングに当たってラドバウト大学のディミトリ・ディアヴァトプーロス氏、ハンス・デ・フラーフ氏から受けた厚恩に深謝する。

本稿は、2024 年 10 月 5 日に早稲田大学 8 号館で開催された第 127 回早稲田大学刑事法学研究会における研究報告及び質疑応答がその下敷きとなっている。当日及び後日、筆者に対して貴重な意見を寄せて下さった会員諸氏にも厚く御礼申し上げる。

（きたお・まさひろ 筑波大学ビジネスサイエンス系助教）



# 他人物上に設定された質権の効力について

直 井 義 典

第1章 2006年以前のフランスにおける議論

第2章 2006年改正法の下でのフランスにおける議論

第3章 2021年改正後のフランスにおける議論

第4章 考察

## はじめに

最判平成30年12月7日民集72巻6号1044頁は、所有権留保の目的物を譲渡担保に供した事案につき、「本件動産の所有権は、本件条項の定めどおり、その売買代金が完済されるまでYから訴外Aに移転しないものと解するのが相当である。したがって、本件動産につき、Xは、Yに対して本件譲渡担保権を主張することができない。」と判示した。ここでは、所有権留保の目的物を譲渡担保に供しても譲渡担保権者は留保売主に対して譲渡担保の効力を主張することはできないことが示されている。もっとも、譲渡担保権が無効なのかそれとも留保売主には対抗できないというだけなのか、無効だとしても、誰が無効を主張できるのかは、明確ではない。

所有権留保の目的物に留保買主が担保を設定することができるかという問題についてはフランスでも議論があり、他人物の質入れの効力について2006年に規定が置かれ、さらに2021年にこの規定が改正された。

そこで本稿ではこの点に関するフランスの議論を、2006年改正前、2006年改正、2021年改正後の3つの時期に分けて検討し（第1章から第3章）、わが

国における他人物上に設定された担保権の効力についての示唆を得る（第4章）  
こととする。

## 第1章 2006年以前のフランスにおける議論

(1) 質権を設定するためには、設定者は質権の目的物の所有権を有しなければならない<sup>1)</sup>。そのため、2006年以前は、他人物上に設定された質権の効力については明文規定はないものの、無効であると解されてきた。そこで質権の即時取得の成否が問題となり、質権者について即時取得が成立する場合に限り、質権者は真の権利者からの取戻を拒絶できた。この時期にはいまだ占有非移転型質権が認められていなかったことから、質権者が質権の目的物を占有していることが多く、即時取得が成立する事例は比較的多かったものと考えられる<sup>2)</sup>。即時取得の成否をめぐる先例としては以下のものがある<sup>3)</sup>。

### 【1】Cass. Civ. 19 juin 1928, DP1929.1.45.

詐取された無記名証券が質入れされた事案である。質入れ後に詐取の事実が判明して無記名証券の仮保管者が定められたことから、質権者がこの仮保管者

---

1) この点は、現在でも変更はない。M. Cabrillac = Ch. Mouly = S. Cabrillac = Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 10<sup>e</sup>éd, 2015, n°762（設定者が質権の目的物の所有者または用益権者であることを要するとする。）; L. Aynès = P. Crocq, *Droit des sûretés*, 13<sup>e</sup>éd., 2019, n°504.

わが国においても、「質権の設定は処分行為であるから、債務者が設定するにも、物上保証人が設定するにも、その目的物について処分する権利（所有権等）または権能（代理権・管理権等）を有することを必要とする。」とされる（我妻栄『新訂 担保物権法』（岩波書店・昭和43年）129頁）。

2) 質権の即時取得の要件面での特殊性ならびに適用に際しての特殊性を所有権の即時取得の場合と比較しつつ詳細に検討するものとして、C. Lopard, *Le gagiste a non domino*, *Petites affiches*, 2004, n°16, p.5 et s.

3) すでにわが国でも西津佐和子「質権の即時取得」松川正毅ほか編『判例に見るフランス民法の軌跡』（法律文化社・平成24年）301頁以下によって【1】判決に先行する Cass. req., 12 mars 1888, DP1888.1.404の詳細な紹介がなされている。同判決についてはこちらに譲ることとして、本稿では扱わない。

に対して返還を請求している。

原判決は、旧2279条2項<sup>4)</sup>は制限的に解すべきではないから、盗難の場合だけでなく詐欺の場合にも類推適用されるとして、質権者による即時取得の成立を否定した。これに対して破毀院は、こうした類推適用を否定し、かつ、詐欺の被害者による即時取得成立に対する反論がなかったことを指摘して、即時取得の成立を認めた。

**[2] Cass. com., 14 nov. 1989, B.IV.n°290.**

ヒマワリの種の所有権留保売買がなされ、第三者の所有する倉庫内で保管されている。その間に、留保買主によって質権が設定された。その後留保買主に倒産手続が開始されたために、留保売主が留保買主の管財人に対して取戻しを主張した。

破毀院は、第三者の占有下に置かれている物についても即時取得の成立を認め、留保売主の取戻請求を棄却した。

**[3] Cass. Com., 28 nov. 1989, B.IV.n°300.**

**[2]**と類似の事案であり、所有権留保売買の目的物である種子が第三者の管理するサイロで保管されている間に質権が設定された。留保買主に倒産手続が開始されたために、留保売主が留保買主の管財人に対して取戻しを主張した。

留保売主は、設定者が所有者であることについて疑いがあるから質権者は善意ではない、所有権留保売買の目的物である種子が第三者の管理するサイロで保管されているので質権者が現実の占有をしていない、と請求を棄却した原判決を批判したが、破毀院はいずれも認めなかった。

---

4) 旧2279条「①動産に関しては、占有は、権原に値する。

②ただし、物を遺失し、又は盗まれた者は、遺失又は盗難の日から起算して3年間、その物がその手中にある者に対して、その物の返還を請求することができる。ただし、この者が、その物を入手した者に対して求償することを妨げない。」

2006年改正前のフランス民法典の翻訳にあたっては、法務大臣官房司法法制調査部『フランス民法典——物権・債権関係——』（法務資料441号）（昭和57年）を参照した。

**【4】 Cass. com., 13 fév. 1990, B.IV.n°45.**

留保買主及び保管業者は【2】判決と共通である。本件事案においても、所有権留保の目的物であるヒマワリの種が第三者所有のサイロに保管されている間に、留保買主によって質権が設定された。留保買主に倒産手続が開始されたために、留保売主が留保買主の管財人に対して取戻しを主張した。

本件においては、【2】判決・【3】判決と異なり、売主が第三者からサイロを賃借していたことから、留保売主が所有権留保売買の目的物であるヒマワリの種の占有を失っていなかったものと認定して、即時取得の成立を否定した。

**【5】 Cass. com., 5 avr. 1994, B.IV.n°146.**

所有権留保の目的物である機械に質権が設定された事例である。その後に留保買主に倒産手続が開始されたため、留保売主が留保買主から所有権留保売買の目的物である機械の返還を受けて占有している。質権者が留保買主の管財人に対して質権の目的物の付与を求めて提訴した。

破毀院は、質権の目的物を占有していないことから即時取得の成立を否定し、留保買主から質権の設定を受けた質権者は質物の付与を求めることができないと判示した。

**【6】 Paris, 27 oct. 1994, JCP E 1996.1.571.**

ある会社の主催する展覧会に出展するために無償で引き渡されていた2点の絵画に、この会社が自己の債権者である銀行のために質権を設定した事例である。後にこの会社に倒産手続が開始されたために、これらの作品の所有者が質権者たる銀行に対して返還を求めた。質権者は即時取得の成立を主張した。しかし、パリ控訴院は、設定者から銀行に対して質権設定時に一部の作品について誤って質権が設定され所有者の同一性に疑いが生じているとの説明がなされていたとの認定をした。その結果、設定者が質権の目的物の所有者ではないことについての質権者の善意が否定され、即時取得の成立は否定された。



**【7】 Cass. Com., 30 nov. 2004, n°01-16.737.**

夫のみの同意によって夫婦の有する財産に関する権利書の所持人の変更合意がなされ、その所持人によって質権が設定された。質権者による即時取得の主張が認められた。

以上の先例<sup>5)</sup>のうち、【1】・【2】・【3】・【7】が即時取得の肯定例、【4】・【5】・【6】が否定例であり、即時取得の成否が争われていることから当然ではあるが、質権者自身が質権の無効を主張した事例はない。即時取得否定の理由として、【4】・【5】は質権者による占有がないこと、【6】は質権者が占有をしていたものの善意ではなかったことを挙げる。紛争の当事者は、【2】・【3】・【4】が留保売主（所有者）と留保買主、【5】が質権者と留保買主、【6】・【7】が所有者と質権者<sup>6)</sup>であり、あまり共通性は見られない。

もっとも、盗品・遺失物については即時取得の成立に関して例外がある。こうした例外規定もまた、他人物上の質権設定に際して適用されることになるのだろうか。

**【9】 Cass. civ., 11 mai 1898, D.1898.1.504.**

盗取された証券が質入れされた後に、真の所有者からの取戻請求を受けた質

---

5) なお、2006年改正後においても、2006年以前に生じた事例に対して破毀院は同様の解決をする。

**【8】 Cass. com., 26 mai 2010, B.IV.n°98.**

留保売主による質権者に対する質物返還請求に対し、破毀院は、質権者は旧2279条により留置権を援用して、留保売主による取戻訴権に対抗できる。質権の当初の目的物とは別の性質を有するが同価値の物をもって質物が取り替わる条項は、留保売主に対抗できる、と判示した。

もっとも前者については、note par D. Legeais, JCP E 2010.1601, p.14で指摘されているように、本件では争いがなかった。

本件における主たる論点は、合意による代替性の認定を認めた点にある。

6) 【1】も、仮保管者が詐欺の被害者のために保管するものと考えれば、所有者と質権者の間の紛争事例と整理することが出来よう。

権者が旧2280条<sup>7)</sup>の適用を主張して、代価の償還を求めた。しかし破毀院は、同条は例外的規定なので拡大解釈は認められず、質権の設定を受けた者には適用されないとして、質権者による請求を棄却した。

これに対して、【1】判決は詐欺の場合について旧2279条2項の適用を否定するが、盗取の場合にも同項の適用を否定するものではない。

このように、盗品・遺失物についての即時取得の例外規定は厳格に解釈されているものと言える。

(2) 以上の先例では、他人物上に設定された質権の無効を暗黙の前提とした上で即時取得の成否が問題とされていた。それでは、この無効を主張できる者に制限があるのか。仮に無効の主張権者には制限がない絶対無効であると解すれば即時取得の可能性を論じることはできなくなるから、質権者のみが無効を主張できる相対無効であると解すべきもののようにも見える<sup>8)</sup>。

もっとも、破毀院判例にはこの点を明言するものはなく、下級審裁判例に相対無効を明言するものが見られるのみである。

#### 【10】 Trib. com. De Lyon, 29 juill. 1914, D.1920.2.71.

営業財産所有者の妻から質入れを受けた質権者と、営業財産の第三取得者との間の争いである。裁判所は、有体動産質について、他人物上の質権の無効は相対的なものであり、債権者すなわち質権者のみが無効を主張できるものと明言し、本件においては質権は有効とした。

---

7) 旧2280条「①盗品又は遺失物の現在の占有者が、その物を不定期市若しくは定期市にやいて、又は公売において、又は同種の物を販売する商人から購入した場合には、本来の所有者は、占有者に、その物の購入に要した代価を償還してでなければ、その物を自己に返還させることができない。」

8) Cl. Séjean-Chazal, Le gage du Code civil retrouve ses lettres de noblesse, JCP G 2021.n°7; A. Gouëzel, Le nouveau droit des sûretés, 2023, n°430.

**【11】 Paris, 2 oct. 1987, Banque, n°478, 1208.**

穀物の卸売商が倉庫業者によって管理されているサイロ内の穀物を質入れした。この穀物商が倒産したので、サイロ内の穀物の一部を所有権留保条項付きで売却した売主が取戻権を行使した。パリ控訴院は、他人物上の質権の無効は相対的なものであり、質権者のみが主張できるとした。

このように、少数かつ下級審の裁判例ではあるが、相対無効を明言するものが見られた。この点は、後述するように他人物の上に設定された抵当権については破毀院が絶対無効としていることと対比したときに注目すべきである。

(3) 質権設定時には質権の目的物は他人の所有であったが、後に設定者が所有権を取得した場合、質権の無効は治癒されることとなるのだろうか。この点について判断を示したのが次の判決である。

**【12】 Cass. com., 5 nov. 2002, JCP G 2002.IV.3077.**

他人の所有する営業財産に質権が設定されたが、後に設定者がこの営業財産の所有権を取得した事例である。設定者が営業財産の所有者となったのちに質権の設定を受けた第2順位質権者が、第1順位の質権の無効を主張した。

破毀院は、他人の所有する営業財産の質入れは無効であるが、質入れの場合についても、他人物売買に関する先例<sup>9)</sup>が買主によって無効の主張がなされる前に売主が所有権を取得した場合には無効は治癒されたとしたのと同様の扱いがなされる、と判示して、第1順位の質権は無効であるとの主張を認めなかった<sup>10)</sup>。

---

9) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juill. 1963, D.1963.246.; Cass. com., 2 juill. 1979, B.IV.n°224. 後者は、リース物件であった機材の売買契約が締結されたが、契約締結後に売主が当該物件の所有権を取得した事例である。他人物売買の当事者間の訴訟であり、売主による代金支払請求に対して買主が他人物売買の無効を主張したがこの主張は認められなかった。

(4) このように他人物上に設定された質権については、下級審裁判例が相対無効説を支持し、破毀院は無効の治癒を認めていた。これに対して、他人物上に抵当権を設定した場合について、破毀院の古い判決は抵当権は絶対無効であると判示し、かつ、無効の治癒も認めなかった。

**【13】 Cass. civ., 24 mai 1892, DP1892.1.327.**

本件抵当権は不動産持分権の上に1881年に設定されたが、その当時、設定者はこの不動産持分権を有していなかった。その後1886年になってはじめて設定者はこの不動産持分権を有するに至った。請求内容は明らかではないが、原告は抵当権の設定者であり被告は抵当権者であることから、抵当権の無効確認を求めたものと思われる。原判決はこの抵当権を有効と判示した。

これに対して破毀院は次のように判示して、原判決を破棄した。

他人の所有する不動産持分権に抵当権を設定した場合、絶対無効である。このことは、設定後に設定者がこの持分を所有することになったとしても変わらない。〔当時の〕2129条〔2項〕<sup>11)</sup>によれば、抵当権設定時に不動産の所有権が抵当権設定者の下になければならない。そしてこの要件は本質的なものであり、他人の所有物への抵当権設定は、客体を欠くものとして絶対無効となる。もっ

---

10) 破毀院としては、他人物上に設定された質権の効力について相対無効説を採って、第2順位の質権者は第1順位の質権の無効を主張する権限を有しないと判示することもできたはずである。【12】判決は他人物売買の例に依拠して無効の治癒を根拠としたが、後述するように他人物売買について相対無効説が採られているので、相対無効説を採ることに障害があったわけではない。【12】判決が相対無効説に明示的に依拠しなかったのが、相対無効説を適切ではないと考えたからなのか、無効の治癒のみで説明ができるからなのかは明らかではない。もっとも、無効な行為の追認はできない（わが国では119条でこの点が明確にされているのに対し、2016年以前のフランスでは贈与に関してのみ旧1339条が定めを置いていたにとどまる）ことから、【12】判決は暗黙裡に相対無効説に立つものと考えられる。なお、2016年改正後の1182条は無効な行為の追認を認める。

11) 1892年当時の2129条「②将来の財産には、抵当権を設定することはできない。」

同項は1955年1月4日のデクレによって、文言を変えることなく旧2130条1項となっている。

とも、原則として禁じられるものの〔当時の〕2130条<sup>12)</sup>によって厳格な例外のもとでのみ認められる将来物への抵当権設定を合意する可能性は認められる。

この判決に対する匿名の注釈<sup>13)</sup>は、この当時、以下の3つの見解が存していたことを指摘する。第1は無効説であり、通説・判例とされる。抵当権の無効は、不動産上に物権を有する第三者が援用することもできるし、債務者自身も援用できる。第2は有効説<sup>14)</sup>であり、設定者が後に抵当目的不動産の所有者となった場合には、黙示の承認によって遡及的に有効となるとする見解であり、一部の判例・学説で主張されていた。第3は折衷説であり、債務者との関係では抵当権は有効であるが、抵当権設定以前に抵当目的不動産に物権を有していた第三者との関係では無効とする見解である。【13】判決は、このうちの無効説を採用したものである。もっとも、エネス＝クロックは、こうした絶対無効が現在でも妥当するのかは確かではないとする<sup>15)</sup>。

(5) 以上、2006年改正以前は、質権の即時取得の成否が問題とされ、そこでは盗品・遺失物についての例外も含めて即時取得規定の適用が見られた。紛争の当事者は、所有者と留保買主、所有者と質権者であるものが若干多い傾向にある。これらの先例は他人物の上に設定された質権が無効であることを前提としているが、無効の主張権者について明らかにする破毀院判決はない。ただ、下級審判決には相対無効であるとして質権者のみが無効を主張できるとするも

---

12) 1892年当時の2130条「ただし、債務者は、その現在の自由な財産が債権の担保のために不十分である場合には、その不十分さを認めたとうえで、後に取得する財産を、その取得に応じて、債権の担保に特別に充当する旨を同意することができる。」

同条は1955年1月4日のデクレによって、若干の文言修正を加えつつ旧2130条2項となった。

13) Note anonyme, DP1892.1.327 note 1 et 2.

14) この見解は、無効が遡及的に治癒されるとの【12】判決と同様の考え方に立つものであって当初から有効であるとするものではないから、有効説という名称が適切であるかについては疑問もある。

15) Aynès=Crocq, op.cit., n°667.

のが見られ、破毀院判決にも無効の治癒を認める点で相対無効説に親和的と思われる判決が見られる。

これに対して他人物の上に設定された抵当権については、破毀院は古い判決において絶対無効であることを明らかにしている。しかし、このような抵当権と質権との扱いの相違について自覚的に論じたものはないようである。

## 第2章 2006年改正法の下でのフランスにおける議論

(1) フランスでは2006年に担保法の大改正がなされた。他人物上に設定された質権の効力については2005年草案<sup>16)</sup>の段階では規定がなかったものの、その後明文規定が追加されている<sup>17)</sup>。

本稿に直接に関わるのは、2006年に新設された2335条である。同条は、

2335条「他人の物(chose)の質権は無効である。[この場合に] 債権者がその物が他人に属することを知らなかったならば、[債権者に] 損害賠償[訴権]が認められる。」<sup>18)</sup>

と定める。

もう2か条、関連規定がある。それは将来物への質権設定を認めた2333条1項と、占有非移転型質権を認めた2337条1項である。それぞれ、次のように規定する。

2333条「① 質権[設定契約]は、設定者が債権者に、動産財産又は現在ないし将来の有体動産財産の集合体について、他の債権者に優先して支払を受ける権利を付与する合意である。」

2337条「① [有体動産] 質権は、それにつきなされた公示により第三者に

---

16) Avant-projet de réforme du droit des sûretés 2005.

17) その理由は必ずしも明らかではないが、後述のように占有移転型質権の場合には規定を置くメリットがほとんどないものの、占有非移転型質権の場合に規定を置く一定のメリットがあることが認識されたことによるものと考えられる。

18) 2006年改正法の翻訳は、平野裕之＝片山直也「フランス担保法改正オルドナンス（担保に関する2006年3月23日のオルドナンス2006-346号）による民法典等の改正及びその報告書」慶應法学8号（平成19年）163頁以下によった。

対抗できる。」

これらの規定も2006年法の2335条の解釈論に関わるが、どのように本稿の関心に関わるかについてはその都度説明することとして、同条の解釈論を見ていくこととする。

(2) 2006年改正の2335条は、他人物上の質権が無効であることを明記した。しかし、これが相対無効なのか絶対無効なのかについては議論がある。他人物売買に近づけて考えれば相対無効<sup>19)</sup>、他人物の上に設定された抵当権に近づけて考えれば絶対無効となる。

当初は、絶対無効説を支持する見解も見られた。デレベックは、2006年改正によって他人物上に設定された質権の効力に関する処理は変化し、抵当権の場合と同様に絶対無効であるとする<sup>20)</sup>。またルジェも、同様に抵当権の場合との対比から絶対無効と解する<sup>21)</sup>。

このほか、ル・コループロリも質権の公示を対抗できる第三者とは設定者の承継人のみであり、留保売主はこれに該当しないことを理由に絶対無効説を主張する<sup>22)</sup>。ただしこの見解は、論者が2006年改正法の下で占有非移転型質

---

19) 他人物売買を相対無効とするものとして、Cass. 3<sup>e</sup>civ., 9 mars 2005, B. III. n°63 など。

20) Obs. par Ph. Delebecque, JCP2006.1.195.

21) D. Legeais, Le gage de meubles corporels, JCP G 2006, supplement au n°20, étude4, n°18. これに続けてルジェは2335条第2文が損害賠償を定めた点に言及しており、質権が有効に成立するものと信頼した質権者の保護は損害賠償請求権を認めることで足りると解するようである。

なお、抵当権の場合についての言及をしていないことを除き、この説明はD. Legeais, Droit des sûretés et garanties du credit, 13<sup>e</sup>éd., 2019, n°461でも維持されている。とはいえ、これに続けて、立法者が即時取得規定の適用を制限する可能性が低いために2335条の射程には争いがあるとして相対無効説の説明を加えている点に変化が見られる。絶対無効説である抵当権の場合への言及をしなくなった点も併せ考えると、ルジェが相対無効説に改説した可能性を否定することはできないが、明確ではない。

22) E. Le Corre-Broly, La situation du porteur d'un warrant agricole après l'ordonnance du 23 mars 2006 et la LME, JCP E 2013.1446, n°s 17 et 18.



権の一種と位置づける<sup>23)</sup>農業ワラント<sup>24)</sup>の場合に限定して主張されたものである。

これに対して、近時の通説は相対無効説を支持する<sup>25)</sup>。その理由として、いくつかの点が挙げられている<sup>26)</sup>。

第1は、2006年の法律による2335条が他人物売買に関する1599条<sup>27)</sup>を模範としたものであることである<sup>28)</sup>。両者の文言を対比すれば、規定の仕方が類似であることは明確である。そして、判例・通説において、1599条は相対無効を定めたものと解されている<sup>29)</sup>ことから、2335条についても相対無効を定めたものと解すべきだということである。

第2に、絶対無効とすれば、真の権利者による無効主張も認められ、即時取

---

23) Le Corre-Broly, *op.cit.*, n°2.

24) 農事及び海上漁業法典 L.342-1 条以下に規定があり、2021 年に改正がなされている。

25) C. Albiges et M. -P. Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, 5<sup>e</sup> éd., 2015, n°429; Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°762; Aynès = Crocq, *op.cit.*, n°504.

26) ここに挙げる理由のほか、後付けとなるが、2021 年改正後の 2335 条が相対無効を規定しており 2006 年改正以前も相対無効であると解されるのに、2006 年から 2021 年に設定された質権のみが絶対無効であると解するのは、法の時的安定性の観点からしても適切ではない、との主張がなされている (Gouëzel, *op.cit.*, n°430.)。

27) 1599 条「他人物売買は無効である。売買目的物が他人物であることにつき買主が善意であるときは、損害賠償を請求できる。」

28) M. Bourassin = V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> éd., 2020, n°894; C. Juillet, *Le gage de meubles corporels dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés*, in L.Andreu et M. Mignot (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, 2019, p.147 et s., n°9.

29) フランス民法 1599 条は、起草者が、他人物の売買は売買による所有権の即時移転の原則と相容れないものと考えたことによって制定されたものである (Ph. Malaurie = L. Aynès = P. -Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 11<sup>e</sup> éd., 2020, p.145. 中田裕康「売買契約」北村一郎編『フランス民法典の 200 年』(有斐閣・平成 18 年) 388 頁)。ただし、同条をめぐっては古くから批判がなされており、制限的な解釈がなされてきた。このことは効果の解釈にも現れており、判例・学説とも、他人物売買が無効とされるのは買主保護のためであることを理由とする相対無効説が有力であることについては、同論文 390-391 頁。マロリー・エネス・ゴティエは、相対無効とする理由を、錯誤による合意の瑕疵の存在と事前の追奪担保とに求める (Malaurie = Aynès = Gautier, *op.cit.*, n°174.)。



得の可能性は否定されるが、即時取得のような「基本的な原則は暗黙のうちに排除されえない」というものである<sup>30)</sup>。

第3に、2006年の法律による2335条は質権者による損害賠償請求を認めており、質権者が損害を受けるというのは質権が絶対的に無効であり即時取得の成立が排除されるからなのではないかとの疑念が生じるが、これは正しくない。ここで問題とされているのは、質権者が即時取得の成立を主張せず、自ら真の権利者に質物を返還した場合のことでと解される、というものである<sup>31)</sup>。特に占有非移転型質権の場合には即時取得が成立しえないから、質権の設定を受けた後になってから設定者が所有者ではないことを知った質権者は、質権の無効を主張し質物を真の権利者に返還して、損害賠償請求をすることになる<sup>32)</sup>。

第4に、2333条1項が将来の有体動産の質入れを認めているが、いまだ設定者に帰属していない物については質物たりえないとの考えによれば、将来の有体動産質入れの可能性を大いに狭めることになる、というものである<sup>33)</sup>。

2008年に公表された政府見解<sup>34)</sup>も、相対無効説を前提として、即時取得の成立可能性を認め、即時取得が成立する場合には留保売主よりも占有移転型質権者を優先させる。なお、盗品・遺失物の場合は、2277条の「同種の物を販売する商人から買い受けた」という要件を満たさないことから、真の権利者は質権者に支払いをすることなく取り戻すことができる<sup>35)</sup>。

---

30) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°762.

31) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°762.

32) Albiges = Dumond-Lefrand, op.cit., n°429. 所有権留保の公示はなされないで、占有非移転型動産質の質権者は所有権が留保されていることを知る手段がなく、擬制占有では占有を開始したとはいえ即時取得が成立しない。そこで、占有非移転型質権と同じ登録簿に所有権留保を登録させて公示するという提案もあったが採用されなかった。

33) Albiges = Dumont-Lefrand, op.cit., n°429; Aynès = Crocq, op.cit., n°504.

他人物の質入れが将来取得する財産の質入れとして説明し得るかについては、(5)で検討する。

34) Rép. min. n°16491, JOAN Q 29 avr.2008, p.3667, JCP E 2008.2493, n°19, obs. Ph. Delebecque; D.2008.1335; RTD civ. 2008.519, obs. P. Crocq.

35) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°768; Aynès = Crocq, op.cit., n°504.

以上のように学説上は相対無効説が通説と言える状況にあるが、破産院はこの点の解釈を明確には示していない。しかし、控訴院判決には相対的無効としたものがある。

**【14】 Poitiers, 2<sup>e</sup> ch., 11 janv. 2011, Actualité des procédures collectives civiles et commerciales, 2011, n°305; JCP 2012.626, n°22.**

請求の詳細は不明であるが、判示内容からして、留保売主が善意の占有移転型質権者に対して質権の無効を主張して取戻しを図ったものと思われる。

裁判所は以下のように判示した。占有移転型質権において、所有権留保について善意であり適法な占有をしている質権者は、留保売主に優先しなければならない。他人物の質入れは2335条により無効であるが、これは相対的なものであり、質権者のみが援用できるものであって、取戻しを求める留保売主は援用できない。本条の適用により、善意の質権者は、質物について権利行使を行うことと質権の無効を主張してフォートのある設定者に対して損害賠償請求をすることとの選択が可能である。この選択権は留保売主のような第三者が行使するのではなく、この第三者は質権の無効訴権を常に受け入れなければならない。

この判決に対してデレベックは、本判決が相対無効としたことを正当として、以下のように論じる。この無効が質権者保護のためにあることから、質権者しか援用できないと解するべきである。もし留保売主が援用できるとすると、設定者が動産の所有者であると信じたという質権者の善意を考慮することができなくなる<sup>36)</sup>。

(3) 質権者が質権の無効を主張する利益につき、占有移転の有無によって違いがあることが指摘される<sup>37)</sup>。

---

36) Obs. par P. Delebecque, JCP 2012.626, n°22.

37) Juillet, op.cit., n° 10; Gouëzel, op.cit., n°429. いずれも2021年改正後の論考であるが、占有移転型質権を導入した2006年改正法に妥当する内容であることから、ここで紹介する。

占有移転型質権の場合は<sup>38)</sup>、担保の利益を失うこととなるから、無効を主張する利益があるのは例外的な場合のみである<sup>39)</sup>。

これに対して、占有非移転型質権の場合には、質権を無効とすることに重要な意義があることが指摘される。すなわち、占有非移転型質権者は即時取得をすることができないことから、真の所有者による取戻訴権にさらされることとなる。債務者の財政状況が悪化したときにこうした追奪が行使されるのを待つのであれば、質権を無効にして2016年改正後の1305-4条<sup>40)</sup>により他の担保を提供させた方が良いのである、と。

(4) 即時取得の成立要件の1つである「前主に処分権限がないことについての善意」を満たすために、質権者は質権設定に際して質権の目的物に所有権留保条項が付されていないかを確認する義務を負うのか。以下の判例はいずれも留保売主が質権者に対して質権の目的物の返還を認めた事例であるが、いずれにおいても確認義務は否定されている。

**[15] Cass.com., 26 sept. 2006, JCP2006.1.195.**

質権設定者以外の者<sup>41)</sup>の名義となっている石油製品が第三者の管理するタン

---

38) Juillet, op.cit., n°10は、質権者は即時取得によって保護され、留置権も機能することから無効を主張する利益はほとんどないとする。

39) Aynès=Crocq, op.cit., n°504; L. Aynès=P. Crocq=A. Aynès, Droit des sûretés, 16<sup>éd.</sup>, 2022, n°320は、真の所有者と質権者の争いは即時取得によってすでに規律されていることを指摘する。

Bourassin=Brémond, op.cit., n°894も質権者には無効を主張する利益がほとんどないことを指摘し、質権者に利益がない以上、真の権利者が無効を援用できるのでなければ2335条には有用性がないとする。しかし絶対無効説では、留置権の存否ならびに留置権が存在するとして真の所有者に対抗できるのかが問題となるとし、2355条の無効が絶対無効を意味するのか相対無効を意味するのかが次の改正の際に明確にされねばならないとしていた。

40) 1305-4条「債務者は、債権者に約束した担保を提供しない場合または債務の担保の価値を毀損する場合には、期限の利益を主張することはできない。」

クに保管されている場合において、質権者は旧 2268 条<sup>42)</sup>と旧 2279 条<sup>43)</sup>により善意の占有者であると推定され、前主の占有に瑕疵があるか否かは重要ではない。したがって、法律や商慣習によって義務付けられていない限り、確認や調査を行う必要はない。

**【16】 Cass. Com., 11 sept. 2012, n°11-22.240<sup>44)</sup>.**

所有権留保条項の付されたロシアへの輸出向けカゼイン（牛乳等に含まれるタンパクの一種）のロットが第三者所有の倉庫に保管されており、その間に質権が設定された。破毀院は原判決が質権者による調査義務を否定したのを肯認し、質権者には調査義務があるとした上告理由には理由がないとした。

クロックは【16】判決に賛成して、質権者には質権の目的物に所有権留保条項が付されていないことを確認する義務がないことを明言した点にこの判決の意義を見出す。そして、質権者に調査義務を課した場合、2274 条が占有者は善意と推定されるとした原則に反することになる、と指摘する。

破毀院のみならず、前掲した 2008 年の政府見解<sup>45)</sup>も同様の見解に立ち、その理由として、こうした調査義務を債権者に課すと信用創造に困難を来すことを指摘している。

(5) 2006 年改正に対しては、一方で将来物の質入れを有効としながら（2333 条 1 項）、他方で他人物の質入れを無効と規定したのは矛盾なのではないかと

---

41) 所有権留保売主であると考えられるが、明確ではない。

42) 現 2274 条である。

旧 2268 条「善意はつねに推定される。悪意を主張する者は、それを証明しなければならない。」

43) 前掲のとおり即時取得の規定であり、現 2276 条にあたる。

44) Cass. com., 27 juin 2006, B.IV.n°154; Cass. com., 16 déc. 2008, n°08-11.343 に続く本件 3 度目の上告審判決であるが、過去 2 回の上告の際には別の点が問題となっており、所有権留保目的物の質入れの点について破毀院が判断したのはこの判決が初めてであった。

45) Rép. min. n°16491, JOAN Q 29 avr.2008, p.3667.

の疑問が呈された<sup>46)</sup>。質権を設定した時点では設定者が質物の所有者でないにしても将来において所有者となる可能性はあるのだから、将来物の質入れとして有効なのではないかということである。

この疑問を解消するには、ここに言う将来物の定義を検討することが有用であると考えられる。将来物には、未製造の物品のようないまだ物理的に存在していない動産と、他人の所有物のようにいまだ設定者に帰属していない動産とが含まれる<sup>47)</sup>。ここに掲げた疑問が生じたのは、そもそも将来物とは後者を指すものと解したことによる。これに対して2006年改正についての大統領への報告書<sup>48)</sup>は、「将来の物というのは、設定者に未だ属しない物のことではない。何故ならば、2335条は、他人の物についての質権は無効であるということを示明らかにしているからである。」<sup>49)</sup>と説明しており、ここでは将来物とは前者を指すものと解されている。報告書の考え方によれば、後者は将来物ではないから、質入れをしても2333条1項によって有効となることはない、ということになる。

しかし学説の多くはこうした報告書の考え方とは異なり、後者も将来物であるとの考え方をしているように見受けられる。例えばグエゼルは、他人物の質入れには将来物の質入れが見いだされるとしており<sup>50)</sup>、また、クロックは、2333条1項が将来物の質入れを認めたのと調和するのは、他人物質権についての相対無効の考え方のみであるとする<sup>51)</sup>。すなわち、いまだ設定者に帰属していない動産も将来物に含まれる以上は2333条1項の適用対象となると解されるから、絶対的無効とは言えない。かと言って、他人物質権が完全に有効にな

---

46) 2021年改正後の論考であるが、Séjean-Chazal, op.cit., n°7.

47) Aynès=Crocq, op.cit., n°504.

48) Rapport au Président de la République relative à l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF 24 mars 2006, 1.2.2.2.1.1.

49) 翻訳は、平野=片山・前掲170頁によった。

50) Gouëzel, op.cit., n°430.

51) RTD civ. 2008.519. 他人物上に設定された抵当権の絶対無効は2419条により抵当権は将来物には設定できないことによって正当化されるとするAynès=Crocq, op.cit., n°667も参照。

るのではなく、質権者から無効を主張することは可能であり、また、設定後に設定者が質物の所有者となることにより無効が治癒される<sup>52)</sup>ことで有効と扱われるとの考えが現れている。

(6) 2006年改正によって2335条が置かれ、他人物上に設定された質権が無効であることが明らかになった。しかし、これが相対無効なのか絶対無効なのかについては議論があった。もっとも、絶対無効説の主たる理由は抵当権の場合との対比であり、将来物への質権設定が有効であることが明文化された以上、この点での抵当権と質権の相違が担保の効力に相違をもたらさないことを積極的に説明することが求められるだろう。政府見解は相対無効説であり、下級審裁判例にも相対無効説に依拠するものがある。

占有非移転型質権が認められたことにより、質権者が質権の無効を主張する利益も、即時取得の成否を反映して、占有移転の有無によって変わってくるものが指摘された。また、質権者には所有権留保条項の有無についての調査義務がないことは、破毀院判決によって明らかとされた。

他人物上の質権設定が将来物への質権設定に当たるか否かについては見解が分かれるが、将来物への質権設定に当たるとしつつも質権者による無効主張を認める見解が有力である。また、2006年以前と同様、質権設定者が設定後に質物の所有権を取得することによって無効が治癒されるとの見解が支持されている。

### 第3章 2021年改正後のフランスにおける議論

(1) 担保法については、2021年に再度大改正がなされることとなる。2335条もこの改正によって新規定に置き換えられた。

2021年改正のもととなった2017年草案<sup>53)</sup>2335条は次のように定める。

---

52) この点は2006年改正前に【12】判決で確認されていたところであるが、2006年改正後も通説はこの考え方を維持している（Albiges = Dumont-Lefrand, op.cit., n°429; Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, op.cit., n°768.）。

草案2335条「他人物の質入れは、目的物が債務者の所有に属さないことについて善意の債権者の要求によって無効とされる。」

この草案の概説においては、他人物の質入れが相対効であることを確認した点がこの草案の内容として指摘されている<sup>54)</sup>。

(2) その後、2021年9月15日のオルドナンス<sup>55)</sup>2021-1192号によって2017年草案にごくわずかな修正<sup>56)</sup>を加えたのみで現行の2335条となった。同条は、次のように規定する。

2335条「他人物の質入れは、目的物が設定者の所有に属さないことについて善意の債権者の要求によって無効とされうる。」

この改正によって、損害賠償の規定は削除されたが、この点は契約解除の効果に関する一般規定（1178条4項<sup>57)</sup>）により不法行為責任を追及することとなる<sup>58)</sup>。また、無効の主張権者が善意の債権者に限られること、すなわち相対無効であることが明らかにされた<sup>59)</sup>。

これに対してマゾーは他人物の質入れは相対無効ではなく有効であるとい

---

53) Avant-projet de réforme du droit des sûretés 2017.

54) M. Grimaldi = D. Mazeaud = Ph. Dupichot, Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés, D.2017.1718.

ピエール・クロック『フランス民法の伝統と革新Ⅱ 担保とその周辺』(信山社・令和7年) 25頁(初出:平成20年)は、2006年の法律2335条を、将来物の質権の有効性を認めた2333条との両立が難しい点、ならびに、即時取得が認められれば動産質権者が留保売主に優先するという判例法理を再び問題とするものたりうる点の2点で批判していた。

55) 2019年5月22日の法律(Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises) 60条1項3号が、適用上の問題が生じている有体動産質権に関する民法上の規則の明確化の一環として、他人物上に質権を設定したことに対する制裁(sanction)をオルドナンスによって定めることを政府に対し認めていた。

56) 物上保証人が質権を設定することもあることから、「所有者」を「設定者」に改めた点と、接続法を変更するという文法上の修正のみがなされている。

57) 1178条「④ 契約の解除にかかわらず、損害を受けた当事者は、契約外責任に関する一般法に基づき、損害賠償を請求することができる。」

58) Juillet, op.cit., n°12; Mercadal, op.cit., n°178.



う<sup>60)</sup>。その理由として挙げられるのが、錯誤を主張する余地は残しつつも有効と解する方がシンプルであること、契約法の草案にもそのようなものがある<sup>61)</sup>ことである。

しかしながら2355条は明文で無効としており、契約法草案とは文言が異なっていることから、立法論としてはともかく解釈論としては無理があると言わざるを得ない。

また、2335条をめぐる2つの点で疑問が呈されている。

第1に、他人物の質入れは「無効とされうる」と、無効の要件が満たされても裁判官に評価権限がある任意的無効<sup>62)</sup>の形式が取られている点に関する<sup>63)</sup>。この点は2017年草案を踏襲するものであるが、グエゼルは、裁判官に評価権限を与えることを正当化することはできないから任意的無効を認めることはで

---

59) Juillet, op.cit., n°3は、2006年改正の内容を明確にすることによって解釈問題を解決した例として、他人物質入れの無効の解釈を挙げる。Ph. Simler, La réforme du droit des sûretés, 2022, n°71は、こうした解決が他人物売買に関する1599条に適合的であるという2021年改正前から指摘されていた点に加えて、1179条が公益に関する規定に反する場合以外は相対無効としていることも言及する。

この点、A. Hontebeyrie, Le nouveau droit commun du gage dans la réforme des sûretés, JCP N 2021.1331, n°11は、条文の文言は文字通りには制限的なものではないとする。すなわち、善意の債権者のみが無効を主張できるという文言にはなっておらず、真の所有者も無効を主張する可能性が文言上は排除されないというのである。しかし、オントベイリも、起草者の意思は、善意の質権者のみが無効の主張ができるというものであり、本条の改正によって占有移転型質権者の地位が強化されたことを認める。

60) V. Mazeaud, Le droit nouveau du gage, enrichi et unifié, Revue de droit bancaire et financier, 2022, dossier 15, n°5.

61) Association Henri Capitant, Offre de réforme du droit des contrats spéciaux, avr. 2020, art.19.

契約法草案19条「①他人物売買をした売主は、所有権移転時期として合意された時期までに売買の目的物を取得する義務を負う。

②この義務が履行されない場合には、売買は当然に解除される。」

同条については、「他人物売買は、現行の1599条で規定されているように無効となるのではなく、解除の対象となる。」との説明が付されており、マゾーが指摘するように他人物売買は有効とされている。



きないと批判する<sup>64)65)</sup>。そして、条文によって援用される権限は、債権者のイニシアチブによるものであり、債権者は契約の維持に満足することもありうる、とする<sup>66)</sup>。しかし、最後の点は批判たり得ない。質権の無効を主張するか否かはあくまでも質権者の意思に委ねられているからである。質権者が無効を主張したときに裁判官の裁量で無効宣告を拒絶することができるかが問題なのである。質権者が質権の無効を主張する利益は、前述の通り、占有非移転型質権の質権者が債務者の財政状況が悪化したときに他の担保を提供させる点にある。この段階では債務者は倒産状態にあるとまでは言えないとはいえ、財政状況が悪化している状態で債務者に新たな担保の提供を要求することが他の債権者との関係で適当と言えるか、裁判官に裁量を与えることは許されるのではないか。

第2に、善意の質権者のみに無効の主張権限を与えた点である。これに対しては、ジュイレが批判を加えている<sup>67)</sup>。ジュイレは、一般に善意が法律行為の無効訴権行使の要件を構成することはない。質権者の悪意は1305-4条を適用できなくするのみであって、2335条を適用できなくするものではない、と批判する<sup>68)</sup>。確かに、2021年改正前の2335条であれば、善意の質権者のみが損

---

62) 任意的無効の最も著名な例としてグエゼルが挙げるのが、倒産手続内での債務者の一定の行為を「無効となしうる」とする商法 L.632-2 条である。

商法 L.632-2 条「①支払停止の日以降に行われた弁済期既到来の債務の弁済及び同日以降に行われた有償の行為は、債務者と取引を行った者が支払停止を知っていた場合には、無効となしうる。

②支払停止の日以降に、債権者が支払停止を知りながら実行した行政差押え、帰属＝差押、または異議申立も、同様に無効となしうる。」

63) 2335条が裁判官に評価権限を与えたことを強調するものとして、B. Mercadal, *Réforme du droit des sûretés*, 2021, n°178.

64) すでに2017年草案の段階でジュイレが批判を加えていた (Juillet, *op.cit.*, no 12.)。

65) 1178条1項は無効の宣告における裁判官の裁量を否定する。

1178条「① 有効とされるために求められる要件を満たさない契約は無効である。当事者が合意によりその無効を確認しない限り、無効は裁判官によって宣告されなければならない。」

66) Gouëzel, *op.cit.*, n°428.

67) Juillet, *op.cit.*, n°11.

害賠償を請求できることを明言したことに意味があった。しかし損害賠償については一般不法行為に委ねることとしたのであるから2355条で質権者の善意に触れる必要はないとも言える。しかし、悪意の質権者も質権の無効を主張できるとすると、1178条により損害賠償請求も可能であるように見えるのを避けたのではないかと考えられる。

以上の理由により、2335条に対する疑問はいずれも理由のないものと考えらる。

(3) 2021年改正では2355条の文言にも修正が加えられ、相対無効であることが明らかとされた。もっとも、文言上は無理があると言わざるを得ないものの有効説も主張されていること、また、相対無効説・有効説の論者のいずれもが他人物売買の処理を参照して自説の根拠を展開していることが注目される。

## 第4章 考察

(1) 前章までで紹介したフランスにおける議論をまとめることとする。

他人物上に設定された質権の効力について2006年改正以前は規定がなく、下級審裁判例には相対無効とするものが見られたものの破毀院判決はなかった。もっとも、質権の即時取得が認められることから、学説では相対無効であると解されていた。即時取得の成否をめぐる紛争当事者は多様であり、相対無効説では唯一の無効主張権者とされる質権者自身が質権の無効を主張した事例は見受けられなかった。

質権設定者が設定後にはじめて質物の所有権を取得した場合、質権の無効は治癒されるものと破毀院が判示していた。もっとも、質権者自身が無効を主張した事例ではないため、相対無効説に立つのと同じ結論が得られたにすぎず、

---

68) 絶対無効とするのは古臭く正当化は困難と思われる。また、解決が首尾一貫したものであるとしても、無駄に複雑で偽りのものであってはならない。こうした考えから、契約法では、無効は援用者の善意・悪意によって条件づけられていない、とする V. Mazeaud, op.cit., n°5 も参照。

無効の治癒に言及する意義は大きくなかった。

このように他人物上に設定された質権については相対無効説が採られていたのに対し、他人物上に設定された抵当権については絶対無効説を採り、無効の治癒も否定する破毀院判例が存在した。その根拠は、将来の財産に抵当権を設定できないとの明文規定の存在に求められた。

2006年改正で新たに規定された2335条により、他人物の上に設定された質権は無効であることが明らかにされた。これが絶対無効であるのか相対無効であるのかについて初期には争いもあったが、下級審裁判例や通説は相対無効説を採る。また、質権の無効を主張する利益は、即時取得の成否に対応して占有移転型質権と占有非移転型質権の場合とで異なり、前者においてはほとんど利益がないが、後者において利益があることが指摘される。破毀院は、質権者には所有権留保条項の有無について調査する義務がないことを明らかにしており、その結果、即時取得の成立が認められやすくなっている。

他人物上に設定された質権が将来物の質入れに当たるかについては見解が分かれるが、大統領への報告書の見解と異なり、将来物の質入れに当たるとの見解が有力である。そして、質権設定後に設定者が質物の所有権を取得することにより無効が治癒されるとの見解が引き続き採られている。

2021年改正においては、相対無効であることが明らかとなったが、有効説も主張されるに至った。その際、他人物売買の処理が参照されている。

以上のように、全期間を通じて、他人物上に設定された質権は相対無効であると解されてきた。これに対して抵当権については絶対無効とされているのであるが、これは将来の財産への抵当権設定が否定されることによるものであるから、2006年改正によって将来物の質入れが明文化されたことで、質権については相対無効説が一層妥当するのとなったと評価できよう。また、質権の即時取得も一貫して認められてきており、このことは質権者自身による質権の無効主張の利益を少ないものとしてきた。現に、質権者自身が質権の無効を主張する事例は見受けられなかった。しかし2006年改正において占有非移転型質権が認められたことによって、質権者に即時取得が成立しない事例が増加し、

それに伴って無効主張の利益が増大している。

(2) 以上のフランス法の分析から、わが国にいかなる示唆が得られるだろうか。

わが国においては、他人物の上に設定された動産質権の効力に関する規定はない。他方、最判昭和45年12月4日民集24巻13号1987頁は道路運送車両法の登録を受けていない自動車について質権の即時取得を認めている。民法192条は「取引行為」を即時取得の要件としていることから、仮に絶対無効説を採ると、質権設定行為すなわち「取引行為」が存在しないこととなって、即時取得が認められなくなるはずである。したがって、絶対無効説は取り得ない。

では、相対無効説と有効説のいずれによるべきか。フランスにおいては、相対無効説の論者もこれに疑問を呈する有効説の論者も、他人物売買の効力を参照していた。フランスの相対無効説の根拠の1つは2006年改正による2335条と1599条の類似性にあった。しかし、わが国ではこのような理由付けは妥当しない。もっとも、所有権移転の効力よりも担保権設定の効力の方が小さいものであるから、他人物売買と同等の効果は他人物の質入れについても認められてよいとの考慮が働く。そして、わが国において、他人物売買は有効である<sup>69)</sup>。したがって、わが国では有効説によってよいように考えられる。

ここで、フランスでは他人物上の抵当権の絶対無効が質権については参照されていなかったことをどう考えるかが問題となる。これが絶対無効とされる理由は、将来物への抵当権設定が認められないことにあった。わが国では将来物への抵当権設定の可否は明確ではないために、フランスと同様の議論が成立する可能性がある。しかし、不動産には即時取得が成立しない点で動産質権とは異なる。前述のように最高裁は質権の即時取得を認めていることから、仮に他人物上の抵当権について絶対無効と解するにしても、他人物上の動産質権につ

---

69) 中田裕康『契約法 新版』(有斐閣・令和3年) 295頁、潮見佳男『新契約各論Ⅰ』(信山社・令和3年) 104-105頁。

いて絶対無効説を採ることはやはりできない。

以上より、他人物上に設定された動産質権は有効と解してよい<sup>70)</sup>。

フランスにおいて、他人物上に設定された質権の効力が特に問題となるのは、占有非移転型質権の場合であった。わが国で占有非移転型質権に対応するのが譲渡担保と言えるが、譲渡担保の場合はどうか。占有改定によっては即時取得が認められないことから、担保を無効として別の担保を供させる必要性は認められる（137条2号・3号参照）。しかし、所有権移転という形式によっている以上は他人物売買と同様に有効と解することになろうか。

（なおい・よしのり 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

---

70) ただし、これは質権設定契約の効力の問題である。質権そのものは質物の引渡によって効力を生じる（344条）のであるから、質権設定契約の効力と質権自体の効力とは分けて考えられなければならない。



# 患者の自己決定権 ——ドイツにおける2つの価値の対立(1)

村 山 淳 子

- I 序論
  - II 問題の所在——2つの価値の対立
  - III 刑法領域における核心的議論
    - 1 すべての議論の発端である1894年「骨痛事件」判決
    - 2 専断的治療行為の刑法的評価をめぐる論争
    - 3 刑法典改正草案による立法的解決の企て
- 以上、本号
- IV 私法領域における説明義務をめぐる実践的攻防
  - V 補強材としての基本権条項の変遷
  - VI 結論と展望

## I 序論

法学領域において、同意や自己決定という、人の意思活動の自由を保障する手続やその権利化は、学説上氾濫している。しかし、それらの多くは、それ自体で独自の意味を有するようなものではなく、背後にある実質的な利益ないし価値を保護し、それを実現するための代替的・手段的な存在にはかならない（例えば、財産処分に関して自己決定する自由が奪われたことと、財産権それ自体が侵害されたこととは、価値としては異なる）。

しかし、患者の自己決定権は様相を異にする。なかんずく身体侵襲に先立って取得される患者の同意が保護実現するところの患者の自己決定権は、関係諸

領域において、特別の意味や価値を承認されている。この特別の意味ないし価値ゆえに、私法領域では、包括的に治療を目的とする医療契約の履行過程において、なお、身体侵襲に関し、契約締結合意とは別個独立に、その都度、患者の同意をたしかめる手続の履践が不可欠に求められるのである。

しかし、患者の自己決定権がいかなる意味において独自で特別なのか、なぜゆえ上記のような規律が導かれるのか、少なくとも私法領域では、長らく、十分な探索が行われてこなかった。「法的保護を受けるべき患者の自己決定権とは何か、彼のいかなる利益について決定する彼自身の権利であるのか」<sup>1)</sup>という刑法領域から発せられた問いは、医療にかかわる法を他から画して特徴づけるものであるにもかかわらず、関係諸領域に浸透普及し、学際的な知見を醸成するに至らなかった。

そこで本稿は、患者の自己決定権に関し、100年来の学際的議論の蓄積のあるドイツ法を素材に、このテーマをめぐる関係諸領域の法発展の過程と構造、相互の影響関係を詳らかにする。ドイツは、患者の同意を世界に先駆けて法的議論の俎上にあげ、米国発祥のインフォームド・コンセントとともに、わが国の議論に多大な影響を及ぼした国である。かの国で展開された学際的議論の過程を辿り構造を分析することで、ドイツ法継受の過程で<sup>2)</sup>わが国が見落としてきた<sup>3)</sup>いくつかの回答を見出すことができるだろう。

なお、ドイツにおける立論と展開には、ドイツ法を規定づける固有の要素が少なからず作用している。医師の職業像はもとより、基本法を頂点とする実定

---

1) 町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会、1986年）87頁

2) わが国では、唄孝一がドイツ法を紹介する先駆的論文を公表したのを嚆矢に、米国のインフォームド・コンセント法理を紹介する研究がそれに続き、それらに触発されて日本法の解釈論が展開された。しかし、同時期に米国から移入したインフォームド・コンセントが思想・運動先行的な広まり方をしたことと、国内で急増する医療訴訟での原告患者の立証救済の必要が相俟って、わが国での議論は、私法領域が先導する実践的議論として展開した。その帰結として、同意の意義を飲み込むようにして拡張を続ける説明義務（浦川道太郎ほか『医療訴訟第2版』（民事法研究会、2023年）48頁〔村山淳子〕参照）において、解釈論上の二重性が認識されつつも、私法領域ならではの曖昧さゆえに、理論上の矛盾や混乱が受容されてきた。



法秩序の構造や条文配置の違いは小さくはない。さらに、法理論とは別次元の、ドイツの政治情勢や医師（団体）の影響に晒されてきたことも看過してはならない。それらを注意深くフィルターにかけ、わが国にとって有意な、普遍性のある回答を抽出しよう。

## II 問題の所在——2つの価値の対立

ドイツは、その哲学的・宗教的な思想史を淵源として、肉体と精神の在りようや関係性に対する強い意識を文化的素地として有している<sup>4)</sup>。

ドイツ法では、人の意思と身体という2つの価値の対立関係が古くから法的テーマとして意識されてきた。すなわち、「意思は至上の法（*Volenti aegroti suprema lex*）」か、「健康は至上の法（*Salus aegroti suprema lex*）」かという2つの法的価値の優劣が、法学上の重要なテーマとして存在してきたのである。

こと医療においては、この普遍的なテーマが、医療が人間にとっていかなる意味をもつのかという固有のテーマと結びつき、医師の法的な権利義務の在り様、ひいては医師の法的責任に投影され、法廷において裁判官が決定すべき問題として浮上するのである<sup>5)</sup>。

患者の自己決定権の保障内容をめぐる議論の根底には、上記の2つの価値の対立が存在する。患者の自己決定権や医師の説明義務に関する諸説のみならず、議論の対立軸や構造そのものも、その二つの価値の間の優劣や関係性に対する意識を根底に有している。

---

3) もっとも、唄孝一は、肉体的完全性への権利の重大性を説き、「人間は人間としてのひとかたまりの肉体がここにあるということだけで、その存在自体を権利として主張できる。しかも……精神もそこにくっついているいわば実存につながる」（同「（講演）インフォームド・コンセントと医事法学」（1994年第1回日本医学会特別シンポジウム「医と法」での講演、同記録集18頁以下所収）22頁）とドイツの判例の立場と符合する言葉を残している。

4) 身近な邦語文献として、村岡晋一『ドイツ観念論』（講談社、2012年）を挙げておく。

5) 唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、1970年）はしがきv、64頁、69頁等参照。

### Ⅲ 刑法領域における核心的議論

#### 1 すべての議論の発端である1894年「骨癌事件」判決

元来、ドイツにおいて、医師が行う治療行為が適法な行為であることは自明の前提として認識されていた。治療行為の不処罰の根拠としては、古くから、業務権説や慣習法説などの諸説が存在していたものの、活発に議論されていたわけではなかった<sup>6)</sup>。

関係法領域を通じて「あらゆる議論の発端」<sup>7)</sup>となったのは、刑事事件に関する1894年のライヒ裁判所の「骨癌事件」判決である。以下に、事実概要と判旨を述べよう。

ライヒ裁判所1894年5月31日判決（「骨癌事件」判決）<sup>8)</sup>

#### 【事実概要】<sup>9)</sup>

V（7歳の女兒）は、足首の骨に結核性の膿潰を患い、そのまま病巣が拡大すれば、衰弱して死亡したであろう状態にあった。Vの父親であるWは、自然療法の信棒者であって、Vに対する外科手術の実施に関しては事前に明確に反対していた。それにもかかわらず、医師Aは、2回にわたりVに足の外科手術を施し、Vの足を切断した。Vは回復し経過も良好であったが、Aは傷害罪で起訴された。

原審（ハンプルク・ラント裁判所）は、本件手術によってVの健康は悪化させられたのではなく改善されたのであり、妥当かつ合理的で必要でさえある治療を「虐待」とすることは概念矛盾であるとして、Vは刑法223条の意味で

---

6) 天田悠『治療行為と刑法』（成文堂、2018年）162頁以下参照

7) 天田・前掲注(6)184頁

8) RGSt25,375. 本判決は、刑法学を中心に、多くの邦語文献で紹介されている。町野・前掲注(1)38頁以下、天田・前掲注(6)78頁以下および80頁注9の参考文献、天田・前掲注(6)163頁も参照。

9) 町野・前掲注(1)38頁参照。

の「健康侵害」や「虐待」を受けたということはできないとした<sup>10)</sup>。これに対して、検察側が上告した。

### 【判旨】

破棄・差戻し。以下、判決理由のうち、本稿テーマとの関係で重要な部分を訳出する（下線部筆者）。

「まず最初に、通常用語法において、「虐待」という言葉が、単に不適切で、ひどい、または悪い行動と理解すべきであって、決してそれ自体理性的かつ合目的な行動と理解すべきでないというだけの理由で、治療目的で実施された外科的手術が人間の身体や四肢の完全性に対し客観的に刑法223条に該当する「虐待 Mißhandlung」の性格を有することを否定しようとする原審の判断は誤りであると思われる<sup>11)</sup>。プロイセン刑法187条の、『故意に他人を突きもしくは殴り、または、そのほかの身体の虐待または傷害を加えた者は』という、よりカズイスティックな文言の代わりに、現行の刑法223条の文言『故意に他の者を身体的に虐待し、または、その健康を侵害した者』を選んだときに、最も広く一般的な意味においてすべての直接的・物理的に身体器官に加えられた侵害を包括しようとしたのである。加えて、少なくとも重要な構成要素において身体の不可侵性を歪める影響、つまり重大な物質的変形、四肢の一方の喪失のようなことが、刑法224条（訳注：未成年者略取誘拐罪）に照らして、考慮に入れられるべきである。このことについて疑いの余地はない<sup>12)</sup>。

「刑法223条の規範が違法な行為を想定していることは、もちろんよく知られており、そこから、違法でなく加えられた身体侵害は処罰可能な虐待ではないと推論され得る。しかし……客観的に違法であるのは、その行為者に、規範を制限する独立の権利が存在しない限りにおいてである」<sup>13)</sup>。

…（当該段落および次段落で「理性的な目的」や「医師の業務権」による医師

---

10) 町野・前掲注(1)38頁の記述を概ね変更せずに記述している。

11) RGSt25,377-378

12) RGSt25,378

13) RGSt25,378

の治療権を否定する記述がなされている)<sup>14)</sup>……

……………中略……………

「医師と患者との関係にとって、とりわけ両者間に存在する意思の合致（Willensübereinstimmung）は、指導的かつ決定的な観点として、民法と刑法の領域内において、固く保持されなければならない。……そもそも、まさに、この患者の治療を引き受けてもらうために、この医師を呼んだのは、あらゆるケースで、患者ないしその近親者および法定代理人の意思なのである。かかる意思が存在していないかぎりでは、原則に従い、両カテゴリーの人間の間には何らの法的関係も存在しない。このことを固く保持するならば、自ずと、次の帰結として、かかる形で医師に認められたそのあらゆる手技を用いるにあたっての権限の内容と範囲は、患者の法的意思によって規制されなければならないということになる」<sup>15)</sup>。

本判決は、刑事事件に関する判決であるが、刑法領域を出発点に、その後他領域にも波及する、あらゆる議論の発端となった（現在でも多くの文献で引用されている）。本判決は、後に、民事・刑事を問わず多くの判決に影響を及ぼすようになり、1930年代以降は、リーディングケースとしての地位を不動のものとしている<sup>16)</sup>。

本判決は、医学的に正しく行なわれ、かつ成功して治癒の結果をもたらした行為であっても、傷害罪の構成要件を充たすこと、そしてこれが正当化されるためには、患者または法定代理人等の同意が必要であることをあきらかにした（この見解は、後に同意説（Einwilligungstheorie）と呼ばれた）。

本判決の見解に対しては、刑法学説が厳しく批判するところとなり、これを機に、治療行為の不処罰根拠論が活発に論じられることになる。その治療行為の不処罰根拠論が主たる関心を寄せたのが、以下に述べるところの治療行為の犯

---

14) RGSt25,378f.

15) RGSt25,381

16) 天田・前掲注(6)81頁参照

罪論の体系上の地位の問題であったのである。

## 2 専断的治療行為の刑法的評価をめぐる論争<sup>17)</sup>

### (1) 刑法領域の問題関心とテーマ設定

患者の自己決定権とは何か、というドイツの法秩序に差し向けられた問いは、まずもって、刑法領域において、法学の議論の俎上に上げられた。

それは、医師の「専断」(何をもって専断とするのかについてはひとまずおく)で実施された、医学的適応があり (Indiziert)、医学準則に則った (lege artis) 治療行為 (ärztliche Behandlungsmaßnahme) が、患者のいかなる利益を侵害するから違法なのかという先鋭化した、かつ象徴的なテーマ設定のもとで議論された。

本論争は、2大潮流の対立としてかたられることが多い。本論争は、ドイツでは、犯罪論の体系に着眼し、「正当化による解決 (Rechtfertigungslösung)」と「構成要件による解決 (Tatbestandslösung)」に整理されている<sup>18)</sup>。本稿では、刑法学者以外にもわかるよう、傷害罪構成要件該当説と傷害罪構成要件非該当説と称する<sup>19)</sup>。

もっとも、本論争の議論状況は複雑多岐にわたり、単純な2項対立として描き尽くせるものではない (とくに傷害罪構成要件非該当説は、後述するように、歴史的展開を経て多彩である)。本稿では、各潮流の最大公約数的な共通内容を抽出し、傷害罪構成要件非該当説については、それに加えて本稿テーマと関係の深い近時の代表的学説を取り上げよう。

### (2) 傷害罪構成要件該当説<sup>20)</sup>

#### ① 総説

---

17) 以下に掲げる文献のほか、唄・前掲注(5)4頁以下、町野・前掲注(1)87頁以下、天田・前掲注(6)75頁以下を参照した。

18) z.B. Prütting Medizinrecht Kommentar, 7. Aufl., 2025, § 223 StGB Rn. 10 ff., 14 ff.

19) 天田・前掲注(6)は、「身体侵害アプローチ」と「自由侵害アプローチ」と称している。

ドイツの判例は、1894年「骨癌事件」判決以来一貫して、100年以上にわたり、治療行為を刑法の傷害罪（*Körperverletzung*）（独刑223条）<sup>21)</sup>の構成要件に該当する行為と評価してきた<sup>22)</sup>。本見解によれば、治療行為は、正当化（違法性阻却）の段階で、他の正当化根拠と並んで、とくに患者の同意（*Einwilligung*）によって正当化される<sup>23)</sup>。学説においては少数派であったが、第二次大戦後、判例の見解に対抗して生まれた新潮流の隆盛（なかでも1960年代以降のいわゆる結果説<sup>24)</sup>の台頭）に再対抗して、自覚的に再論され、1975年頃から支持を増やしている<sup>25)</sup>。

## ② 構成要件該当判断の構造

本説は、傷害罪の構成要件該当判断において、治療行為を個別の侵襲ごとに評価する。（一連の行為全体としては、患者の身体状態を改善・維持する目的をもって、医学的適応性を有し、医術的に正当に行われ、かつその結果として

---

20) Geilen, *Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht*, 1963; Satzger/Schluckebier/Werner, *StGBKommentar*, 6. Aufl. 2024, § 223, Rn. 26 (Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska); Prütting *Medizinrecht Kommentar*, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB Rn. 10 ff. (Gierok)

本説につき詳しくは *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. 2025, § 223 Rn. 73 (Hardtung)

21) 独刑法223条 傷害（*Körperverletzung*）

1項 他の者を身体的に虐待し（*körperlich misshandelt*）、または他の者の健康を害した（*an der Gesundheit schädigt*）者は、5年以下の自由刑または罰金に処する。

2項（未遂罪の規定）

独刑法223条は、傷害罪の構成要件として、身体的虐待と健康損害という2つの行為類型を立てている。医療が結果として患者の健康を回復することにある以上、治療行為に関連してとくに問題になるのは、身体的虐待類型である。ここで身体的虐待（*körperliche Misshandlung*）とは、「身体的に健全な状態（*körperliches Wohlbefinden*）を些細ならずに損なう、有害で不適切な行為」と解されている（BGHSt 14, 269, 271; NJW 1990, 3156; *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a.a.O. (Note 20), § 223 Rn. 26f. (Hardtung); Prütting *Medizinrecht Kommentar*, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB, Rn. 4 (Gierok)。

22) seit RGSt 25, 375; 74, 91; BGHSt 11, 111; 16, 309; 35, 246. その後も維持。

23) BGHSt 12, 379; NStZ 2011, 343

24) 後述参照。

25) 天田・前掲注(6) 117頁以下参照

奏功したものであってさえ) 個別の侵襲結果をもって、傷害罪の構成要件該当を肯定する。かかる解釈は、伝統的な犯罪論の体系(およびそれを反映した犯罪類型の区分や条文解釈)に対応している。すなわち、傷害罪が保護法益とする「身体」とは<sup>26)</sup>、生物学的意味における身体を意味するものであり<sup>27)</sup>、(創傷の惹起、四肢の切断といった)身体に対する個別的な侵襲をもってその侵害が認められる。すでに中間結果として生じた構成要件的结果を、その後生じた最終結果によって相殺ないし否定することは理論的に否定される。

### ③ 正当化(違法性阻却)の構造

このような治療行為は、次の正当化(違法性阻却)の段階で、他の正当化根拠と並んで、とりわけ患者の同意(Einwilligung)によって正当化される<sup>28)</sup>。

本説の依拠する伝統的な犯罪論では、「被害者の同意」は、法益の侵害を前提とした、法益侵害の正当化根拠である。古典的には、法益主体による法益の放棄による法益の欠缺を意味している(後に、優越利益原理による統一的理解も志向された<sup>29)</sup>)。

もっとも、治療行為に対する「患者の同意」は、同意傷害を正当化する「被害者の同意」とは、質的に異なるものと特徴づけられている<sup>30)</sup>。一方で、同意傷害を正当化する「被害者の同意」は、法益主体の同意意思のみをもって、法

26) 第17章「身体は無傷性(körperliche Unversehrtheit)に対する罪」との表記から、保護法益は、「身体は無傷性(körperliche Unversehrtheit)」とされる。とりわけ、独刑223条の保護法益は、身体の統合性(körperliche Integrität)と健康(Gesundheit)であるとされる(Spickhoff, Medizinrecht 4. Aufl. 2022, § 223 StGB Rn.1 (Knauer/Brose))

27) Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB, Rn.2 (Gierok)

28) BGHSt 12, 379; NSStZ 2011, 343

29) 古典的には、優越利益原理と利益欠缺原理の二元的な体系に基づいて違法性阻却事由を説明し、「被害者の同意」を利益欠缺原理に基づく正当化事由であるとする(Mezger Strafrecht, 3. Aufl., 1949, § 27 S. 206)。これに対し、後述する一元的理解の要請から、「被害者の同意」の有効性は、被害者の主観的価値と法律の客観的価値の相関的な衡量判断によって決まるとし、もって優越利益原理で正当化事由を一元的に理解する見解が主張された(Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 60f. u.a. 天田・前掲注(6) 383以下も参照)。



的に許容されない法益侵害を正当化する。他方で、治療行為を正当化する「患者の同意」は、医学的正当化諸要素によって本来的に正当化を徴表されている行為につき、同意の不存在をもって正当化を妨げる。同意の存在が治療行為の正当化を本来的に基礎づけるのではなく、同意の欠如が本来的な正当化の流れを阻止するのである。言い換えれば、患者の同意は、「治療行為を許容することによって「基礎（Fundament）」ではなく、「柵（Schranke）」である<sup>31)</sup>。このことは、患者による治療拒絶という局面において顕現する<sup>32)</sup>。すなわち、そこにおいては、「生存能力のある患者であっても、たとえ彼がそれによって、かつそれによってのみ彼の苦しみから解放され得る場合であっても、手術を拒否することに……真に価値のある根拠を持ちえる」<sup>33)</sup>のである。

#### ④ 自己決定権の保障内容

このような意味での「患者の同意」が保障するのは、患者の身体処分に關する自己決定権（Selbstbestimmungsrecht）に特化される<sup>34)</sup>。本説の上記理解に対応すると、（刑法上保護を受ける）患者の自己決定権は、身体の処分権にほかならない。それは、「具体的な治療行為を受けるか否かを決定することによって彼自身が自己の生命・身体に關する利益を左右する権利」<sup>35)</sup>を意味している。なかでも、重要な意義を有する拒絶意思は、「治療行為の身体への侵襲、あるいは併発結果発生の危険という身体的不利益を是認しない意思」であるとともに、「その意思決定によって、健康の増進、その可能性という利益を放棄する」

---

30) Vgl. von Bar, Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, GS 60, (1902), S.81ff., 94.（患者の同意なくば「治療行為」ではないとする）

31) von Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht, in: Festgabe zur Dr. Ernst Immanuel Bekker, 1899 (Nachdruck; 1973), S.42

32) 町野・前掲注(1)184頁は「患者の自己決定権の法律的な意義はまず第一次的にこのような患者の治療拒絶権にある。」とする。

33) BGHSt 11, 111, 114

34) Satzger/Schluckebier/Werner, StGBKommentar, „a.a.O. (Note 20), Rn.29. (Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska)

35) 町野・前掲注(1)131頁



意思でもある<sup>36)</sup>。

### ⑤ 戦後の解釈の弛緩傾向

もっとも、後述する戦後の私法領域における説明義務論の圧倒的展開の影響を受け、刑法領域における上記の核心的内容は、刑法領域でも説明義務が論じられるようになるとともに、希釈・弛緩の傾向にある。「専断」の意味するところは、当初患者の意思に反すること（拒絶意思の存在）であったものが、すでに1930年代後半、刑法改正草案を経て、患者の同意がないこと（同意意思の不存在）に変容した。さらに戦後は、説明義務違反（患者の有効な同意がないこと<sup>37)</sup>）をも「専断」の意味に含めて理解されるに至っている<sup>38)</sup>。後述する自己決定権の内実の私法領域での抽象化・主観化の影響は、刑法領域に及んだのである<sup>39)</sup>。

## (3) 傷害罪構成要件非該当説<sup>40)</sup>——諸説に分岐した新たな潮流

### ① 総説

すべての発端となった1894年「骨がん事件」判決に対する学説の批判的高揚の中で、判決の見解に対抗して、治療行為の傷害罪構成要件該当性を否定する諸学説<sup>41)</sup>が、医学界の上記判決に対する反発を背景に、有力に展開され始めた。この潮流に属する学説は、歴史的変遷を経る中で、複雑多彩に分岐していった。

36) 町野・前掲注(1)184頁（拒絶意思について）

37) Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB, Rn.11 (Gierok)

38) 町野・前掲注(1)196頁参照

39) Vgl. Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB, Rn.2 (Gierok)

40) Spickhoff, Medizinrecht, a.a.O. (Note 26), § 223 StGB Rn.7 (Knauer/Brose); Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB Rn.14 ff. (Gierok); Satzger/Schluckebier/Werner, StGBKommentar, a.a.O. (Note 20), Rn.27 (Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska)

41) 学説として最初に主張したのは Hess, Die Ehre und die Beleidigung des § 185 StGB., 1891, S.54 Anm.4.

それとともに、本潮流は、医学界から後押しされ、刑法典改正による独自の犯罪類型の新設の提案の動因をなし、かつその依拠する主流学説を形成した。

そして、戦後、基本法制定と私法領域における説明義務論とともに隆盛し、理論的到達期を迎えた。

1970年代半ば以降の傷害罪構成要件該当説の再評価を経てもなお、支配的学説の地位は揺るがない<sup>42)</sup>。

## ② 本潮流の共通内容

この潮流に属する学説は、医学的適応があり、医学の技術的準則に則って実施された治療行為の傷害罪の構成要件該当性を否定する。本説において、治療行為の傷害罪としての処罰可能性は、傷害罪の構成要件のレベルですでに排除される<sup>43)</sup>（もはや傷害罪としての違法阻却を問題にする余地はない）。

本説によれば、専断的治疗行為が患者の同意なく実施されたという点は、傷害罪ではなく、もっぱら自由侵害罪（自由侵奪罪（239条）ないし強要罪（240条））の問題となる。もっとも、治療行為でこれらの罪に該当するのは、限られたケース<sup>44)</sup>しか想定されてない。本説は、これを「処罰の間隙」<sup>45)</sup>と捉え、刑法典改正草案において、独自の犯罪類型を創出し、法定刑を軽減した形でも処罰することを提案するのである。

本説は、伝統的な犯罪論に対する有力な異説と結びついている。本説は、傷害罪の保護法益を再構成し、目的的行為論や社会的行為論を基礎に、生物学的なそのみならず、行為の目的設定や社会的価値、法益主体の意思や感覚といった主観をも取り込んで構成要素とする。法益侵害の判断は、最終結果にまで至る全体的考察<sup>46)</sup>が司るところとなり、侵襲による中間結果が最終的に生ずる健

---

42) Strafgesetzbuch Kommentar, 31. Aufl. 2025, § 223 Rn. 8 (Heger)

43) Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB, Rn. 14 (Gierok)

44) 例えば、麻酔や拘留によって患者の明示的意思に反して治療行為を実施した場合や、重病であると患者を脅して意思に反する治療行為を黙認させた場合などが挙げられる（天田・前掲注(6) 165頁）

45) Riedelmeier, Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, 2004, S. 19.

康の回復・維持というより大きな利益の維持によって相殺されるといういわゆる差引残高的発想が通用する。

本説は、その全体的考察ゆえに、社会的・政治的要請を吸収しやすい属性を有している。伝統的に医学界から強く押され<sup>47)</sup>、ナチス時代の政治的制約とも親和的でありながら、戦後は基本法や民法を取り込み、自己決定権の拡大傾向に与したという事実は、新潮流の外在的事情の作用を受けやすい属性を示している。

### ③ 複雑多彩な学説の分岐状況

本潮流に属する諸学説は、概ね上記を共通内容としつつも、歴史的変遷を経る中で、複雑多彩に分岐している。

理論的基礎ならびに処罰範囲画定の観点から、学説分岐の概況を述べるならば<sup>48)</sup>、以下のように整理することができよう。すなわち、i 処罰・不処罰を画する一定の指標を措定するもの（結果の成否、故意・過失の有無、行為の危険性、行為の社会的意味など）と、ii 傷害罪の保護法益の解釈を操作することで解決するもの<sup>49)</sup>である（以上諸説の理論的基礎付けの違いは、法益侵害の判断を行為の事前に行なうのか行為の事後に行なうのかの違いとしても表れる）。

多彩な学説の中で、比較的よく取り上げられているのが、1960年代以降有力化した結果説（Erfolgstheorie）<sup>50)</sup>である。本説は、治療行為の法的評価を治療行為の結果の成否によって分けて考え、結果として成功した治療行為は、患

46) Satzger/Schluckebier/Werner, StGBKommentar, a.a.O. (Note 20), Rn. 27. (Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczyńska)

47) 治療行為と傷害行為を同一視することに対する情緒的な反感、医療の社会的価値の承認への要求、そして業務上の深刻な懸念から生ずる法律論への抵抗や意見が常に医学界には存在した。

48) 天田・前掲注(6)416頁は、歴史的変遷をたどる研究の中で、現在の学説の分岐状況を以下のように整理する。すなわち、①「適法化メルクマールの措定・操作による解決」②「治療行為による危険の緩和・減少」③「治療行為の成否によって刑法的性質を特徴づける解決」④「傷害罪の法益論による解決（法益論アプローチ）」である。

49) 例えば Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58(1939), S.1, 5. (身体利益説。天田・前掲注(6)96頁以下参照)。

者の健康状態を維持・回復させたのだから、傷害や死亡という構成要件の結果が生じておらず、傷害罪の構成要件に該当しないとする（失敗した場合にどう評価するかについては、本説の中でさらに見解が分岐している）。

④ 近時の代表的有力説<sup>51)</sup>

多彩に展開する諸学説の中で、近時、本稿テーマとの関連で注目される学説がある。

本学説によれば、傷害罪の保護法益は、身体利益という基体たる利益と、身体利益と結びついた自己決定権（身体処分権）から構成される<sup>52)</sup>。傷害罪において、「身体」の不可侵は、その者を支配する「精神」と結びつくときにのみ、身体と肉体の不可分の統一体として保護の客体となりうる。法益侵害は、基体たる身体不可侵の侵害と身体処分権不行使の両方を備えることを要する<sup>53)</sup>。

本説は、近時台頭した革新的な法益論と結びついている<sup>54)</sup>。同説によれば、法益とは、「個人の自由な発展、個人の基本権の実現およびこの目標像に基づく国家体系の機能化にとって必要なすべての所与または目的設定」と定義される<sup>55)</sup>。本説は、法益の価値を、法益主体の行為自由の発展の手段として、法益主体が意のままに処分できることに求め<sup>56)</sup>、これを基本法2条1項で保障された一般的行為自由によって補強する<sup>57)</sup>。

---

50) Bockelmann, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten JZ 1962, S.525, 528; Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73 (1961), 341, 372f. 詳細につき Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB, Rn.15f. (Gierok)

51) Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., 2020 § 13; Tag, Der Körperverletzungstadbstand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2000. 近年では Spickhoff, Medizinrecht, a.a.O. (Note 26), § 223 StGB Rn.26 (Knauer/Brose) も支持。本説の邦語紹介文献として、天田・前掲注(6)276以下参照。

52) Vgl. Tag, a.a.O. (Note 51), S.66f.

53) 以上、Vgl. Tag, a.a.O. (Note 51), S.66f.

54) Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 2, Rn.7ff. (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳) 『刑法総論』第1巻 [基礎・犯罪論の構造] 第4版 [翻訳第一分冊] (信山社、2019) 参照)

55) Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 2, Rn.7 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54)20頁の訳)

同説によれば、処分可能な法益を保護する刑罰規定は、現実的基体の不可侵と併せて、それに対する法益主体の自己決定の自由という2つの構成要素からなる状態を保護している。構成要件に該当するといえるためには、行為者は、上記2つの構成要素を侵害した状態で行為しなければならない。現実的基体を侵さずに自己決定権のみを侵害する行為も、自己決定権を侵害せずに現実的基体のみを侵す行為も、構成要件を充足しない<sup>58)</sup>。同説によると、法益主体の自己決定は、同意を通じて法益侵害を正当化するものではなく、法益を行使し実現する行為にほかならない<sup>59)</sup>。

本説は、「被害者の承諾」をすべて構成要件阻却事由であるとする見解<sup>60)</sup>に依拠している（被害者の承諾を法益放棄とすると、利益衡量による正当化原理の中で異物になってしまうとの体系的考察による<sup>61)</sup>）。法益に対する処分権が法益主体の同意によって行使されるとき、法益侵害は存在せず、構成要件該当性は欠落するのである<sup>62)</sup>。同意者は、「法秩序が彼にゆだねた処分」を行っているのであって、そこに法益侵害は存在せず、それは法益の実現にほかならない<sup>63)</sup>。

56) Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 13. Aufl., 2019, Vor § 32ff Rn. 152 (Rönnau).

Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13, Rn. 12 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54) 709頁)

57) Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13, Rn. 12, 14 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54) 709, 710頁)

58) 以上、本段落こまでにつき、天田・前掲注(6) 280頁の表現参照。

59) Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13, Rn. 12 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54) 709頁)

60) 主唱者 Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, S. 30f. Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13, Rn. 12 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54) 709頁)

61) Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13, Rn. 22 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54) 715頁)

62) Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13, Rn. 12 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54) 709頁)

63) Weigend, Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), S. 61

#### （4）小括——犯罪論の体系が実現する価値判断

##### ① 刑法領域の議論の特徴

ドイツの哲学・宗教論争に淵源を有するところの、人の「身体」と「自由」の意味や関係性を問う意識は、刑法領域においてこそ、法的議論の俎上に上げられた。

特定の法益が具体的な刑罰法規によって保護されることを要し、法益侵害を罪責評価の出発点とする刑法領域において——しかも刑法典が専断的治療行為の固有の構成要件をもたない法状況下では——傷害罪の構成要件該当性という対立軸が設定され、傷害罪の保護法益の本質論と結びついた議論が展開されたのは必然である。

ドイツでの学説の呼称<sup>64)</sup>に象徴されるように、本論争の論者の最大の関心は、侵害罪の構成要件該当の有無として表出されるところの、治療行為の犯罪論体系上の位置づけ（構成要件段階で適法化されるのか、それとも正当化段階で適法化されるのか）にあった。それと併せ、「患者の同意」の体系的地位と機能（正当化事由か、それとも構成要件的要素ないし阻却事由か）が、犯罪論の体系と結びついて議論された。

各説の論者は、主として、刑法典の条文解釈や法体系上の整合性<sup>65)</sup>、後には基本法を援用して自説を根拠づけている。なかんずく刑法典の条文配置と、専断的治療行為の独自類型の不存在は、問題意識を傷害罪の条文に引き寄せた。専断的治療行為の独自犯罪類型を欠くことは、判例が傷害罪構成要件該当説を維持する理由であるとされ<sup>66)</sup>、傷害罪構成要件非該当説が刑法改正を提案した理由もそこにある。

##### ② 価値対立への回答

しかし、本論争において、各説はその立論において、それが適合し実現するものとしての、身体、自由、そして両者の関係性をどう考えるかという問いに

---

64) 「正当化による解決(Rechtfertigungslösung)」と「構成要件による解決(Tatbestandslösung)」

65) Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, t. 1, 12. Aufl. 2006. § 223 Rn. 13 (Grünewald)

66) 天田・前掲注(6) 165頁以下参照。

ふれる、法的価値判断を示している。

傷害罪構成要件該当説は、「人」を生物としてとらえ、「身体」の意味を生物学的に捉える。本説は、身体の有する客観的価値を重視し、その過度の相対化、主観化、そして自己決定や自由という精神的利益への還元や吸収を警戒する<sup>67)</sup>（「生存の価値なき生命の毀滅」への傾斜に対する警戒に通ずる<sup>68)</sup>）。このような見解において、客観的な身体利益と対峙し、刑法上保護を受けるべき患者の自己決定権は、身体処分権に特化されることになる。この自己決定権は、とくに治療拒絶の場面において、拒絶意思が、治療行為の正当化を絶対的に妨げるという意味で顕著な機能を果たしている<sup>69)</sup>。

他方で、傷害罪構成要件非該当説は、「人」を人間として全人的にとらえ——代表的有力説によれば、身体は肉と骨のかたまりとして保護客体となるのではなく、その中に宿り、それを支配する精神と結びつくことをもって保護客体となると考える<sup>70)</sup>。身体に対する侵害は、法益主体が身体にいかなる意味づけをあたえるかに影響を受けるものであると考えるゆえに<sup>71)</sup>、患者の意思も含めた全体的考察によって侵害の有無が判断される。本説において、身体利益とそれに対する処分権ないし自己決定権は切り離すことができず、不可分一体の存在として捉えられている。本説において、患者の同意は、法益侵害の違法性を阻却するものではなく、法益の行使・実現そのものにほかならない。

両説は、いずれも、客観的な身体利益と患者の自己決定権の利益衡量を違法

---

67) 表現につき天田・前掲注(6)275頁を参照した。Niese, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, S. 364 ff., 366 (法益の解体を危惧); Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, S. 775 ff., 785. (身体ではなく、身体を保持する意思が法益となってしまう). Vgl. Prütting Medizinrecht Kommentar, a.a.O. (Note 18), § 223 StGB, Rn. 2 (Gierok).

68) 天田・前掲注(6)276頁注238を参照した。

69) 町野・前掲注(1)131頁は、これを傷害罪構成要件該当説の第2の帰結であるとしている。

70) Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13, Rn. 14 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54)710頁)

71) Vgl. Roxin/Greco, a.a.O. (Note 51), § 13, Rn. 14 (クラウス・ロクシン (山中敬一監訳)・前掲注(54)710頁)



性阻却か構成要件のいずれかの段階で行い、その結果をもって、治療行為の処罰・不処罰を導いている（傷害罪構成要件該当説では、治療行為の客観的な優越利益と患者の自己決定権の利益衡量によって、違法性を阻却する患者の同意の有効性が決せられる。傷害罪構成要件非該当説では、構成要件の段階で、患者の意思を構成要素として含む利益衡量ないし相関的判断が行われる）。少なくとも患者の「同意意思」の存在による不処罰という場面では、両説の判断は大きくは変わらない。

しかし、両説は、以下の点において、決定的な相違を含んでいる。傷害罪構成要件該当説は、構成要件該当性と違法阻却の2つの段階に判断の場を分かつことで、身体利益の保護と自己決定権の保護にそれぞれに「異なった二つのもの」<sup>72)</sup>としての独自の意義を与えている<sup>73)</sup>。この構造においてこそ、身体利益は主観化・相対化による喪失から護られる（ひいては「生存の価値なき生命」はあり得ない）。さらに、同意をしないという患者の自己決定は、（独刑法の構造において）緊急事態を除く正当化への唯一のルートを塞ぐ——いかに客観的に優越する身体利益を前にしても、揺るがない絶対的存在としてある<sup>74)</sup>。

他方、傷害罪構成要件非該当説はこの構造を構成要件該当判断の全体的考察のなかで崩れてしまっているがために、身体利益は患者の意思や他の要素によって価値を失い得るものとなり、患者の同意なきことのみをもって治療行為の処罰を導き得ない<sup>75)</sup>。

### 3 刑典改正草案による立法的解決の企て<sup>76)</sup>

#### (1) 社会的・学術的背景

既述のとおり、刑法領域では、専断的治疗行為の刑法的評価をめぐり、先鋭

---

72) 町野・前掲注(1)134頁

73) 「目的観念ないし利益観念、他方には承諾の観念が構成要件を中にして対峙する」(唄・前掲注(5)7頁注4)も参照。

74) 町野・前掲注(1)187頁参照。

75) Vgl.Prütting Medizinrecht Kommentar,a.a.O. (Note 20), § 223 StGB,Rn.14 (Gierok)



化した論争が継続していた。

本論争と事実上の出発点を同じくして（つまり、1894年「骨癌事件」判決を契機として）、また本論争に終止符を打とうとして、本論争とほぼ並走して、1800年代末から1990年代末までおよそ100年にわたり、断続的に、刑法典の改正の議論の中で、専断的治療行為の処罰規定創設の試みが続けられた。

本試みは、専断的治療行為に対する処罰条文の欠落補充の要請を共通の動機とする<sup>77)</sup>。治療行為は既存の犯罪類型には収まらぬ本質を有し、刑法典の欠缺を独自規定で埋めるべきことは、治療行為傷害罪構成要件非該当説はもとより、傷害罪構成要件該当説の論者であっても認識を共有するところであった。なかならず傷害罪構成要件非該当説は、自説を採用し223条を排除した場合の処罰の空隙を埋める必要から、上記立法提案と密接不可分の関係にある。

さらに、本提案は、医学界と法律家の政治的対決（そして、医学界内部での対立<sup>78)</sup>）を背景に、医学界と法との対立の熱を反映して繰り返された。

## (2) 議論の概要と主要経過

本提案は、医学界の要請を背景に有し、かつ、治療行為を傷害罪の保護範囲から排除する立場をとる（ゆえに処罰の空隙を生み出してしまう）傷害罪構成要件非該当説が主導し、改正案のほとんどが同説の色彩の強い内容となっている。

改正案の骨子は、基本的には、治療行為への傷害罪規定の適用を排除する傷害罪排除規定と、そのうえで専断的治療行為を独自の犯罪類型として創出する専断的治療行為処罰規定からなる<sup>79)</sup>（なお、判例の呪縛のあった初期の頃には、

---

76) 独刑法典改正作業に関しては、豊富な邦語紹介文献がある。藤本直「医師の手術と身体傷害罪の問題に就て（一）～（三）」法学新報41巻2号（1931年）1頁以下、11頁以下、41巻3号（1931年）71頁以下、41巻5号（1931年）72頁以下、町野・前掲注(1)107頁以下、田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同支社法学58巻7号（2007年）263頁以下、348頁以下等。さらに天田・前掲注(6)157頁以下が詳しい。

77) 唄・前掲注(1)6頁参照。

78) 天田・前掲注(6)212頁参照（「二重の相克」）

独自規定ではなく、違法阻却や同意傷害の一般規定の改正で対応しようとするものも存在していた）。

後に、2つの価値の対立の具体化した一局面であるところの「ためらえば危険（Gefahr im Verzug）」の処置、そしてとくに戦後は、説明義務をめぐる判例とそれを受けた論争の激化を受け、医・法両界からの要望に応え、説明義務の特則にまで及んで展開された（これらの点は次号の内容とかかわる）。

### （3）価値対立に対する回答状況

一連の改正案は、上記の概要を有しつつ、構成ならびに価値判断において決して一枚岩であったわけではない。むしろ、背後にある論争、ひいてはその基礎にある価値対立の対立状況をそのまま反映した内容となっている。両構成のいずれを支持するのか、ひいては身体と自由に関する価値対立に対していかなる態度決定をするのか、いずれの草案も、条文で以て明確に表明しているわけではない。新しい犯罪類型の創出自体はほぼ一貫していたが、その法的基礎については以下のごとく曖昧なままであった。

まず、傷害罪排除規定は、構成要件の阻却を意味するのか、あるいは、違法性の阻却を意味するのか、改正案は条文上ははっきりさせていない（1927年、

---

79) 両規定は、1792年にはじめて、そしてドイツ刑法改正作業の1つの到達点（天田・前掲注(6)194頁）と評価される1962年草案においても併設された。

1962年草案については、ドイツ刑法研究会（佐藤金作主宰）による翻訳（法制省刑事局、1963年）を基に、天田・前掲注(6)157頁以下ほか、唄・前掲注(5)47頁以下で紹介されている。以下161条および162条1項の翻訳は天田・前掲注(6)194頁以下による。

「161条（治療行為）医学上の知識と経験および良心的な医師の諸原則にしたがい、病気・苦痛・身体損傷・肉体上の苦訴または精神的障害を予防し、診断し、治療し、または軽減する目的のために、適切とされとり行われたる諸侵襲および他の諸治療は、傷害としてはこれを罰しない。

162条（治癒を目的とする専断的治疗）

1項 他人に対しその承諾なしに病気・苦痛・身体損傷・肉体上の苦訴または精神的障害を予防し、診断し、治療し、または軽減するために、侵襲または他の治療を行った者は、3年以下の軽懲役、拘留または罰金の刑に処する」。

1959年第1・第2、1960年、1962年)。また、専断的治療行為処罰規定の保護しようとする利益がいかなるものであるのかも、改正案条文には書かれていない。

いずれも、草案理由やその位置する章の章題から解釈によって読み解くしかない。さらに、解釈から看取し得る内容自体も、それを支える発想は、2つの構成ならびに近時の新説が混在している。すなわち、自由侵害罪に対応する「自由の不可侵に対する権利」を保護する趣旨の草案が圧倒的に多い(1911年の章題、1927年の章題。1970年代案の章題で回帰)。他方、1959年～1962年の理論的到達点といえる時期において、近時の有力説に対応する患者の自己決定権そのものとする立案をする草案も挟んでいる(1959年第1・第2、1960年、1962年)<sup>80)</sup>。さらに、初期と近時においては、判例の呪縛や判例への回帰を現す内容となっている(1913年、1996年)。

なお、「ためらえば危険」の処置や説明義務の特則とその内容については、限られたケースや事項につき、判例の内容を規定化するにとどまっている。

#### (4) 小括——立法的解決の回避

このようにドイツの刑法改正論議は、専断的治療行為の刑法的評価をめぐる未決着の学説上の論争、ひいてはその背後にある判例と学説、法律家と医学界の対立に立法をもって断ずることは回避している。

むしろ、そのときどきの判例・学説状況を反映しようとし、ゆえに対立状況に苦慮し配慮していた。また、後述の緊急事態対応や説明義務の範囲など、激しい争いのある実務的課題に対しても、立法による基準設定を行うことはしていない。

---

80) 「身体の不可侵に対する罪」の章とも「人身の自由に対する罪」の章とも別に独自の章を設けている。

【本号の主要な邦語参考文献】

- ・ 唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店、1970年）
- ・ 町野朔『患者の自己決定権と法』（東京大学出版会、1986年）
- ・ 天田悠『治療行為と刑法』（成文堂、2018年）

【付記】

本研究は、JSPS 科研費 基盤研究（C）JP24K04658「民事責任法の比較領域研究——医師患者関係の起点を問う」の助成を受けた研究成果の一部である。

（むらやま・じゅんこ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

# 課徴金と取締役の対会社責任

弥 永 真 生

- 1 問題の所在
- 2 連合王国
  - (1) *Safeway Stores* 事件高等法院判決
  - (2) *Safeway Stores* 事件控訴院判決
  - (3) *Jetivia v. Billa* 事件最高裁判所判決
- 3 ドイツ
  - (1) *Villeroy & Boch* 事件判決
  - (2) *Thyssenkrupp* 事件判決
  - (3) ステンレス鋼製造会社事件判決
  - (4) 学説
  - (5) 立法的対応の不存在
- 4 オランダ
- 5 スペイン
- 6 オーストリア

## 1 問題の所在

独占禁止法や金融商品取引法の規定に基づき、会社が納付した課徴金相当額について取締役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がある<sup>1)</sup>。

---

1) 金融商品取引法上または独占禁止法上の課徴金が会社法第423条による損害賠償請求の対象となるかについての研究として、比較的最近のものとして、大島2021、浜田2023、應本2024及び廣瀬2024がある。

最近では、たとえば、東京地判令和5・3・28金判1679号2頁<sup>2)</sup>が、（金融商品取引法上の）課徴金の制度趣旨を会社に対する制裁を通じた違反行為の抑止に求めるのであれば、課徴金納付命令の原因となる作為または不作為を行った取締役及び執行役に対し、当該会社が課徴金相当額の損害賠償を求めることは、当該取締役及び執行役において違反行為をそれ以降は行わないという抑止効果を生じさせ（特別予防）、かつ、こうした損害賠償請求の可能性が社会一般に知られることを通じ、同じような立場にある自然人をして違反行為を思いとどまらせる（一般予防）という意味で、むしろ制度趣旨にかなうものといえとし、かりに会社の不当な経済的利益の剥奪という制度趣旨を考慮するとしても、各規定に定められた課徴金の額の算定方法に照らせば、会社が違法な会計処理に起因して得た経済的利得を超える額の課徴金を支払う場合が生ずる可能性があることも考慮すれば、当該課徴金の納付命令の原因となった作為または不作為を行った取締役及び執行役の当該会社に対する損害賠償責任を一律に否定する理由とはならないと判示した。

そして、これは、たとえば、東京高判令和元・5・16金判1585号12頁（第1審：東京地判平成29・4・27資料版商事法務400号119頁）や東京地判平成30・3・1金判1544号35頁などを踏襲したものと考えることができる<sup>3)</sup>。東京

---

2) ただし、控訴審判決である東京高判令和7・3・19金判1720号10頁により、重要な事項の虚偽記載があったとはいえないとされ、損害賠償請求は棄却された（原告「東芝」が上告受理申立て）。

3) 会社に科された罰金につき取締役の損害賠償責任を肯定したものとして東京地判平成8・6・20判時1572号27頁及び大阪地判平成12・9・20判時1721号3頁がある。また、課徴金についても、仙台地判平成27・1・14（平成24年（ワ）第1350号・第1465号）は、「課徴金制度の趣旨から直ちに課徴金について役員に対する転嫁を許容していないとの解釈が導かれるということではできず、本件において、そのように解釈すべき事情も認められない」として、被告取締役の任務懈怠と原告に生じた課徴金相当額の損害との間に相当因果関係を認めた。さらに、独占禁止法上の課徴金についての東京高判令和5・1・26（令和4年（ネ）第2134号）は当然のことであるかのように被告取締役の任務懈怠と会社に生じた課徴金相当額の損害との間に相当因果関係を認めている。なお、東京高判令和5・1・26についての評釈等として、得津2023、山下2024、山部2024、遠藤2024、王2024などがある。

高判令和元・5・16は、「会社法423条1項の取締役の責任は、債務不履行責任であって、取締役に対してその任務懈怠と相当因果関係のある損害の賠償義務を負わせているが、その賠償の範囲には任務懈怠と相当因果関係がある限り、特段の限定はなく、会社が取締役の任務懈怠によって課徴金・罰金の支払を余儀なくされた場合において、その課徴金・罰金を損害から除く根拠はない。また、課徴金が法人に対する制裁として、会社が得た利益を剥奪するものであり、罰金が法人固有の刑事責任を認め、法人の資産や事業規模等を考慮してその抑止力として期待できる額の法定刑を定めているとしても、それは課徴金・罰金の目的や性質であって、そのような目的、性質から直ちに課徴金・罰金が民事上の損害賠償の対象にはならないとされるものではない。そして、金商法207条1項1号及び同法172条の4の各規定の内容や沿革等を考慮しても、取締役の任務懈怠を理由とする損害賠償責任について、取締役の任務懈怠と罰金・課徴金の支払との間の因果関係を否定する根拠を見いだすこともできない。さらに、会社が自らの責任財産をもって課徴金・罰金の支払をし、納付を完了することによって、会社に対して課徴金・罰金を科す目的は達せられたのであって、その後に任務懈怠をした取締役等への損害賠償請求により、法人が支払った課徴金・罰金相当額についての損害が実質的に填補されたとしても、それは任務懈怠をした取締役に対する責任追及を認める会社法の規定に基づき取締役の損害賠償責任が認められた結果にすぎず、これをもって、会社が自己に科された罰金・課徴金を取締役等に転嫁したと評価されるべきものではない」としていた。

他方、東京高判平成29・6・15判時2388号84頁は、原告会社の損失隠しスキーム及び損失解消スキームの構築・実行に関与したコンサルティング会社の役員に対する不法行為に基づく損害賠償請求訴訟において、原告が支払った罰金及び課徴金を被告であるコンサルティング会社の役員に転嫁することを否定した。また、東京地判平成30・9・25金判1555号24頁は「外部の第三者との関係において、自己に科された罰金等を財産的損害とする損害賠償請求を許容することは、本犯が受けるべき刑罰を他に転嫁することになる」として、請

求を棄却した。

学説上も、法人に対する罰金及び課徴金については、その性質に鑑みて取締役への転嫁を認めるべきでないとする見解が有力である（たとえば、浜田2023, 7-8頁, 12-17頁参照）。法人に科された罰金及び課徴金の取締役への法人からの求償について「法人の刑事責任を法人固有の責任に基づくものと解する場合には、当然否定的なものとなる」こと、「これらの制裁金はいずれも、国家が一定の法益を実現するために、独自の視点から賦課したものにほかならず、これを会社法の規定を通じて……取締役に請求することをみとめることは、当該制裁の趣旨を損なう危険がある」こと、二重処罰の禁止という観点から法人への処罰を取締役に転嫁することは許されないことなどが根拠として挙げられている（佐伯1998, 655頁。佐伯2009, 159-160頁も参照）。「法人罰金は法人を名宛人として法人自体を罰したものであり、この罰金を取締役の賠償責任額に含めるべきではない。……会社には巨額の富の蓄積があり得るために、個人とは別に刑事罰を科したのであるから、これを取締役個人に転嫁することは背理である」という主張もなされている（上村2001, 8-9頁）。さらに、両罰規定の下で、法人重課が行われる場合には、法人の資力に注目して重課されている以上、会社法の規定を通じて取締役に転嫁することにより、法人処罰の目的を実現することは想定していない、転嫁をすると、過剰な制裁となりかねないということを根拠として、罰金相当額について会社法に基づく取締役に対する損害賠償請求を認めることは、刑事罰を科す根拠法令の趣旨を損なうことになる」と論ずるものもある（松井2007, 578頁）。

たしかに、これらの理由づけに対しては、以下のような反論が想定できる。まず、二重処罰が生ずることを論拠とすると、取締役等に対しては刑事罰が科されないケースでは、二重処罰は生じないのであるから、取締役等に転嫁することを妨げる理由はその限りにおいてはならないことになるが、そうであると、監視・監督義務違反のケースについては取締役等に転嫁することができ、取締役等が自ら行ったため刑事罰を科されると取締役等には転嫁されないというアンバランスが生ずる。また、会社が取締役等から損害賠償を受けると、会社の



懐が痛まないの、法人に対して罰金を科した目的が達成できないという考え方に説得力があるとしても、自然人である取締役等に十分な資力がなければ、会社は財産を回復できないのであるから、法人に対して罰金を科するという両罰規定の趣旨は没却されない。さらに、課徴金は、違反行為の防止に向けられた行政上の制裁であると位置付けられている上、両罰規定のように自然人に対する制裁を前提としていない。

しかしながら、——これまでの議論では中心的な争点とはなっていなかったように思われるが、——課徴金が会社の「損害」であるといえるのかという問題がある。「損害」とは「もし加害原因がなかったとしたならばあるべき利益状態と、加害がなされた現在の利益状態との差」をいうとする（差額説）のが判例（最判昭和39・1・28民集18巻1号136頁）、そして、（少なくともかつての）通説だからである（於保1972, 135頁。平井1992, 74頁；森島1987, 330頁；幾代1977, 260頁；中井1976, 92頁なども参照）。人身損害を主として念頭において、加害行為によって被った不利益として主張された事実を損害と捉える見解（損害事実説）が現在では有力となっているが（高橋2005；窪田（編）2017, 375頁以下〔前田陽一〕など参照）、財産損害については重要な相違はなく、潮見は『『事実状態比較説』によれば、損害とは侵害行為がなければ存在するであろう仮定的事実状態と、侵害行為の結果として現在あるところの現実的事実状態との『差』である。これにより、……侵害状態からの被害者の原状回復が不法行為の目的であるということも、より適切に表現できる」と述べる（潮見1991, 723-724頁）。

たしかに、課徴金の制度趣旨についてはさまざまな説明が可能であることは東京地判令和5・3・28の指摘する通りであるが<sup>4)</sup>、金融商品取引法における課徴金の水準は経済的利得相当額であると位置づけられていること<sup>5)</sup>からする

---

4) 課徴金を違反行為に向けられた行政上の制裁であると位置づけると、課徴金相当額を「損害」とみることができ、かつ、罰金とは異なり、二重処罰も問題とならず、会社法第423条による損害賠償請求の対象となりうるという考え方もありえよう（弥永2009, 191-192）。

と、会社に課徴金相当額の損害が生じたと評価できるのかという問題がありそうである。すなわち、会社が違法な会計処理に起因して得た経済的利得が剥奪されてもそれは会社の「損害」とはいえないと解するのが理論的帰結であり、得た利益を超える額の課徴金を支払う場合には、超過額部分が「損害」にあたり、その損害額は原告が主張立証すべきものというべきなのではないかとも考えられる<sup>6)</sup>。不当な利得を保有しているという状態に会社を回復させる必要はないからである。不当利得を返還したから「損害」が発生するとは考えられないし、一定の法令違反行為に対しては没収及び追徴が定められているが、没収や追徴による財産の減少を債務不履行責任や不法行為責任の文脈で「損害」と捉えることがないのだとすると<sup>7)</sup>、課徴金が不当な利得の吐き出しにとどまる限り、課徴金納付による会社（法人）の財産減少を「損害」とであると評価することは首尾一貫しないことになる<sup>8)</sup>。

---

5) 第14回金融審議会金融分科会第一部会（2003年12月19日）資料2-2「課徴金制度の骨格（案）」<[https://www.fsa.go.jp/singi/singi\\_kinyu/siryoku/kinyu/dai1/f-20031219\\_sir/02\\_02.pdf](https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/siryoku/kinyu/dai1/f-20031219_sir/02_02.pdf)>、同議事録<[http://www.fsa.go.jp/singi/singi\\_kinyu/gijiroku/kinyu/dai1/20031219\\_roku.html](http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/gijiroku/kinyu/dai1/20031219_roku.html)>〔三井調査室長の説明〕、岡田＝吉田＝大和2004、45頁、大来＝鈴木2008、31頁など参照。

6) 筆者は、有価証券報告書等の虚偽記載等を理由として会社（提出者）が課徴金を納付した場合に、当該課徴金を会社の「損害」とであると評価することが立法論として不適切であるという立場をとっているわけではなく、あくまで解釈論としては説得力を欠くといわざるを得ないのではないかという趣旨である。たとえば、公認会計士法は、「当該証明について第30条第1項に規定する場合（公認会計士が、故意に、虚偽、錯誤又は脱漏のある財務書類を虚偽、錯誤及び脱漏のないものとして証明した場合―筆者）に該当する事実がある場合」には、当該公認会計士に対して、「当該証明を受けた当該会社その他の者の財務書類に係る会計期間における報酬その他の対価として政令で定める額……の1.5倍に相当する額」「の課徴金を国庫に納付することを命じなければならない」と定めており（31条の2第1項柱書・第1号）、明らかに、不正に得た利得の吐き出しでは説明できないものとなっていることと対比するならば、有価証券報告書等の虚偽記載等を理由とする課徴金の制度趣旨として会社に対する制裁を通じた違反行為の抑止を措定できても、――違反行為者が過去5年以内に金融商品取引法上の課徴金納付命令等を受けたことがあるときの加算部分は格別――金融商品取引法上の課徴金の本質は違法に得た利得の剥奪であると言わざるを得ないのではないかということである。

このようなわが国における学説及び裁判例が内包する問題点を相対化するという観点から<sup>9)</sup>、今後の研究のための準備作業の一環として、本稿では、——それぞれの国に特有な法制度及び法原理があることを考慮に入れなければならないが——いくつかの国における状況の概観を試みることにする<sup>10)</sup>。

## 2 連合王国

*Safeway Store* 事件判決が控訴院レベルのものであるが、カルテルに対する罰金を取締役等に転嫁できるかどうかについての判断を示したものとして存在する<sup>11)</sup>。

- 
- 7) 高橋は、「犯罪によって得た利益にかかる没収・追徴についても、法人が役員等に損害賠償請求することができるかという問題がある（佐伯・前掲注9）〔佐伯2014—筆者〕20頁参照）。これについても損益相殺により法人に損害はないと解すべきであろう」と指摘している（高橋2021, 89頁注42）。
- 8) なお、独占禁止法の下での「課徴金額中に含まれる不当利得金額については役員の独禁法違反行為とは因果関係がないとして、あるいは損益相殺として、役員の損害賠償責任額から減額することが考えられる」とし、「課徴金額中、不当利得分は転嫁を否定すべきとしても、その利得額が、前述の8割（泉水2022, 695頁—筆者）は擬制的にすぎ、具体的に特定できないという問題もある。だが、損害事実と損害額（金銭的評価）とを区分して後者を裁判所が規範的に判断すべきという近時の立場からは、不当利益額についても裁判所が裁量で判断（民訴248条類推適用）することが認められよう」との見解がある（得津2023, 7頁）。浜田2023, 15頁も「課徴金と役員の任務懈怠との間の相当因果関係を否定する」というアプローチを示している。また、高橋は、「現行法上の課徴金額の算定における「経済的利得相当額」は、抽象的な想定に基づき一律かつ機械的に算出されるため、多分に擬制的なものであって、厳密に算定されているわけではない。そのため、実際には会社は得られた利得を超える額の課徴金を支払っている場合があり、課徴金について一律に会社の損害を否定することは妥当でない（会社が得た利得は損益相殺を通じて損害額から除外すればよく、一律に損害賠償責任を否定すべきではない）という考え方」がありえようとし、「課徴金の性質・目的を利得の剥奪であると解して、一律に損害賠償の対象から除外することは説得的ではない」（圏点—筆者）としている（高橋2021, 89頁）。
- 9) 罰金の取締役への転嫁可能性については、簡単にではあるが、弥永2009, 189-191頁で問題点を指摘し、検討を加えた。
- 10) アメリカ合衆国の状況については、たとえば、至田2009参照。
- 11) 連合王国における状況の詳細については、たとえば、Leclerc 2022, 168-181参照。

## (1) Safeway Stores 事件高等法院判決

2005年に、公正取引庁（OFT）は、Safewayが「乳製品小売価格イニシアチブ」に参加したことを理由として、同社に対する反トラスト法調査を開始し、違法な価格調整を行ったとして、1998年競争法第1章第2条(1)に基づき、Safewayに5,691,553ポンドの罰金を科した<sup>12)</sup>。この罰金決定前に、Safewayは取締役・元従業員を相手方として民事責任訴訟を提起していた。

高等法院は被告らの略式裁判による訴えの却下申立てを認めなかった<sup>13)</sup>。Flaux 判事は、1998年競争法第1章の禁止規定に違反する反競争の行為には「道義的非難可能性または卑劣性」という必要要素が含まれており、主として3つの理由を挙げて、原則として不道德な原因からは訴権は生じない（*ex turpi causa non oritur actio*）との原則が適用されるほど十分に重大であると述べた。第1に、第1章が定める禁止規定または市場支配的地位の濫用に関する規制（EU機能条約）第101条に違反する合意は違法な合意であり、当該合意の当事者は違法な合意への参加によって生じた損害の賠償を請求できないことは確立した法理である<sup>14)</sup>。第2に、公正取引庁が競争法違反に関して提起する訴訟は刑事訴訟ではないが、これは国内法が欧州委員会の取扱いとの整合性を保つためでもある。欧州委員会が刑事制裁を課す権限を有するとした場合に生じうる主権に関する法的・政治的論争を回避するため、欧州委員会による制裁は「行政的」とみなされているが、公正取引庁の違反手続は本質的に「準刑事的」なものであると見なされてきた<sup>15)</sup>。第3に、刑事罰である罰金と同様に、公正取引庁が違反に対して科す罰の目的は賠償ではなく懲罰と抑止にあると明記されており、刑事罰である罰金と同様に、いかなる罰金も国庫に納付されるなど、犯罪

---

12) Office of Fair Trading, 26 July 2011, CA98/03/2011, Case CE/3094/03, Dairy retail price initiatives, 373.

13) *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWHC 11 (Comm), [2010] 3 All ER 577 (Flaux J).

14) たとえば、Case C-453/99 *Courage v Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465.

15) *R (Crest Nicholson plc) v Office of Fair Trading* [2009] EWHC 1875 (Admin), [2009] UKCLR 895.

に対して科される罰金と多くの特徴を共有している。

もっとも、1998年競争法は企業とその従業員との間の関係を規律するものではなく、*Safeway* が第1次的責任を負うものではなく、*Safeway* が公正取引庁によって科された罰金はむしろ代理法上の責任としてのものであり、*Safeway* は個人的に（personally）責任を負うものではないから、不道德な原因からは訴権は生じないという被告らの抗弁は成り立たないとした。

## (2) *Safeway Stores* 事件控訴院判決

控訴院は、被告らに違法行為につき責任があるとしても、被告らに罰金を求償する権利が株主にはないと判断した。カルテルに対する罰金は会社の個人的責任に基づくものであり、使用者責任の事例とはみなされないとし、取締役や従業員は、1998年競争法違反の責任を負うことはなく、不道德な原因からは訴権は生じない（*ex turpi causa non oritur actio*）との原則に基づき、*Safeway* は、契約違反、信認義務違反、過失に基づく求償を請求することはできないとした。*Longmore* 判事は、不道德な原因からは訴権は生じないとするこの原則の根拠は、刑事司法制度と民事司法制度との一貫性を確保するためであると説明した<sup>16)</sup>。すなわち、原告が刑事的かつ個人的な責任を負う、または公正取引庁のような規制当局に対して罰金を支払う責任を負う一方で、同じ原告がその行為

---

16) *Safeway Stores Ltd v Twigger* [2010] EWCA Civ 1472 [29] (Longmore LJ). なお、*Pill* 判事は、「1998年法の方針は、公衆を保護することであり、具体的には企業に義務を課すことによってこれを実現する。企業が従業員または従業員の D&O 保険会社に責任を転嫁できる場合には、この法律の方針は損なわれることになる。企業自身が責任を負い、その不遵守の結果を受け入れる場合にのみ、公衆は保護される。抑止効果が期待されており、効果的な予防措置を講じる義務は企業自身にある」、「本件において、この法律のやり方は企業に責任を負わせ、違反を防止できるような方法で業務を運営することを企業に義務付けている」と指摘していた（[44] [46]）。*Pill* 判事は、株主が罰金を負担することなく、取締役や従業員、そして最終的には D&O 保険会社に罰金を転嫁できる場合には、反トラスト法違反に対する罰金が意図する抑止効果が損なわれるという見解によっていた。なお、D&O 保険に言及していることから、被告らの責任が認められた場合には、被告らの D&O 保険によって補償されるであろうと想定していたことがうかがわれる（Watts 2011, 220）。

について個人的に責任を負わないと民事裁判所で主張するのは矛盾していると述べ（[16]）、このように解することの重要性は、競争法が「企業」を反トラスト法の名宛人として概念化し、反トラスト法違反に対する会社の責任をどのように捉えているかによって本質的に説明され、「責任は『個人的』なものであり、格言（不道德な原因からは訴権は生じない—筆者）を適用する目的で会社の行為を『個人的』なものとするには十分である」とした（[27]）。また、*Lloyd* 判事及び *Pill* 判事の同意意見においては、反トラスト法違反の罰金は企業自身の「個人的」責任に関係するものであり、罰金の賦課に対して不服申し立てすることができるのは企業のみであるという事実になんが反映されていると指摘された（[36]（*Lloyd LJ*）, [43]（*Pill LJ*））。

### （3） *Jetivia v. Bilta* 事件最高裁判所判決

*Safeway Stores* 事件について最高裁判所は上告を受理しなかった<sup>17)</sup>。

ただし、反トラスト法違反に関するものではないが、2015年の *Jetivia v. Bilta* 事件最高裁判所判決<sup>18)</sup>において、判事らは *Safeway Stores* 事件控訴院判決の判示に対して見解を表明した<sup>19)</sup>。このことから、最高裁判所が、将来、この争点について判決を下す場合には、*Safeway Stores* 事件判決を覆すことを検討する可能性があると思われる（Robertson 2015, 326）。

すなわち、*Toulson* 卿と *Hodge* 卿は、*Safeway Stores* 事件控訴院判決の主な論拠に対して反対の見解を示した。彼らは、*Watts* の論文（Watts 2011, 220）においてなされた批判に同意し、反トラスト法違反に対する会社の個人的責任と、それに伴う罰金に対する個人的責任だけでは、反トラスト法違反に対する

---

17) Order dated 4 April 2011 <[https://supremecourt.uk/uploads/permission\\_to\\_appeal\\_april\\_2011\\_0eca25ba8c.pdf](https://supremecourt.uk/uploads/permission_to_appeal_april_2011_0eca25ba8c.pdf)>.

18) *Jetivia v Bilta Ltd* (in Liquidation) [2015] UKSC 23.

19) *Jetivia* 事件では、取締役の悪意と心的状態が会社の悪意と心的状態であるとみなされるかどうか、そして、これが取締役に対して信託義務違反を理由に会社が訴訟を提起することをどのような場合に妨げることになるのかという問題が取り上げられた。



罰金の求償を会社が取締役に対して行使することが禁じられる理由を説明できないとした。そのような請求権の制限には政策上の理由が必要であるとして<sup>20)</sup>、*Toulson* 卿と *Hodge* 卿は、法令の性質とその有効性を確保する必要性が、*Safeway* 事件でなされたような請求を企業がすることを許さない政策上の理由となる場合があるかもしれないとしたが、*Safeway Stores* 事件控訴院判決において *Pill* 判事が示した理由については、「*Safeway* の主張を退けた理由は妥当であった可能性があり、われわれは当該決定の是非について意見を表明しない」と述べた（[162]）。

他方、まず、*Mance* 卿は *Toulson* 卿及び *Hodge* 卿の見解に共感を示したものの、「その正しさについての判断は、十分な議論を経て、後日行うべきである」とするにとどめた（[52]）。また、*Sumption* 卿は、*Safeway Stores* 事件控訴院判決について、1998年競争法が定める「制定法上のスキームには、控訴院の判断において決定的であった特異性があり、すなわち当該犯罪は直接責任を負う個人によって犯されることが不可能であった。同法は禁止事項及びそれに伴う罰則を会社のみ課した。これにより、違反行為は会社に対して帰属させ、被告に対しては帰属させないことが必要であると判断された。この根拠に基づき、義務違反の例外を適用して被告からの罰金回収を認めることは、法定の枠組みと矛盾すると判断された。この判決は、より一般的に適用されるいかなる主張の根拠ともならない」（圏点一筆者）と指摘した（[83]）。さらに、*Neuberger* 卿（*Clarke* 卿及び *Carnwath* 卿が同調）は、「控訴院が当該事案（*Safeway Stores* 事件一筆者）において正しい結論に達していないことを納得させるには、相当の努力が必要であらう。しかしながら、本上告審において、当該判決が正当であったか否か、また正当であった場合、多数意見の理由付けと *Pill* 判事の理由付けのどちらが正しいかについて、最終的な見解を示すことは適切ではないと考える。そのような結論に至る必要はなく、当審においてこれらの点は詳

---

20) *Jetivia v Bilta Ltd* (in Liquidation) [2015] UKSC 23 [159]–[161] (Lord Toulson and Lord Hodge).

細に論じられておらず、実際、ほとんど触れられてもいないのである」とした（[31]）。

### 3 ドイツ

競争法違反に基づき会社が納付した罰金相当額について業務執行者に対して求償することができるかどうかについて、裁判例及び学説<sup>21)</sup>において、最も多くの蓄積を有する国がドイツであることについては疑う余地がなさそうである。

株式法第93条第2項は、任務を懈怠した取締役役員は、その行為から生じた損害について、会社に対し連帯して賠償責任を負うと定めている。同様に、有限会社法第43条は、業務執行者は、慎重な経営者として正当な注意をもって会社の業務を遂行しなければならないと定め、義務に違反した業務執行者は、会社に生じた損害について連帯して賠償責任を負うと定めている。

#### (1) *Villeroy & Boch* 事件判決

2010年に、欧州委員会は、*Villeroy & Boch* グループの親会社である *Villeroy & Boch* 株式会社に対し、価格カルテルを理由に約7,000万ユーロの罰金を科した<sup>22)</sup>。そこで、会社は元代表者を相手取って、欧州委員会によって科された罰金及び弁護士費用の一部の賠償を求めて訴えを提起した。

ザールブリュッケン地方裁判所は、時効が成立していると判断し、請求を棄却したが、時効が成立していないとしても、罰金については求償することはできず、弁護士費用についても少なくとも疑わしいとした<sup>23)</sup>。すなわち、少なくとも、カルテルに対する罰金の求償は、EU 機能条約第101条及び第105条の有用性（*effet utile*）を損なうものであるとした。欧州委員会は、EU 規則

---

21) 雑誌論文はもちろんのこと、筆者が入手できた、このテーマを取り上げた比較的最近の博士論文として、Erfurth 2020；Degner, 2021；Braun 2021；Leclerc 2022 などがある。

22) Bathroom Fittings and Fixtures（Case COMP/39092）[2010] OJ C 348/12.

23) LG Saarbrücken 15.9.2020, 7 HK O 6/16 Vorstandsregress, Rn. 149–151（*juris*）.



1/2003<sup>24)</sup>の枠組みの中で、カルテルに対する公法上の法執行をなすものであるが、欧州委員会が科す罰金は、十分な抑止効果をもたらさなければならず、その枠組みの中で、カルテルに対する罰金は、企業に対する抑止効果の重要な要素となっている。株式法は、会社の取締役会構成員の責任に関しては国内法であるものの、いわゆる欧州法の一般規則である非差別と有用性の維持<sup>25)</sup>と矛盾してはならない。ところが、EU 機能条約第 101 条及び第 105 条は、罰金の求償可能性によってその有用性が損なわれることになる。なぜなら、欧州法の規定に基づいて罰金を科される企業が、EU 機能条約第 101 条の対象者ではない取締役会構成員に罰金の一部を転嫁することができ、D&O 保険の保険会社にも転嫁される危険性が生ずることになるからである。控訴審であるザールブリュッケン上級地方裁判所も時効を理由に請求棄却を支持したが、求償の可能性に関しては地方裁判所は「尊重に値する根拠 (beachtlichen Gründen) をもって否定した」と評するにとどまった<sup>26)</sup>。

## (2) Thyssenkrupp 事件判決

連邦カルテル庁が、鉄道カルテルに参加したとして、*ThyssenKrupp GfT Gleistechnik* 有限会社に対して罰金を科したため<sup>27)</sup>、同社は、元業務執行者に対して、当該罰金相当額の損害賠償を求めて訴を提起した。デュッセルドルフ地方労働裁判所は、求償の可能性を一般論として否定し、請求を棄却した。その主たる理由は、求償を認めると、競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 違反に対する罰金の制裁効果が損なわれるというものであった。すなわち、そのような罰金の目的は、企業に適切な管理を促

24) Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, p. 1.

25) Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 21 September 1983. *Deutsche Milchkontor GmbH and others v Federal Republic of Germany*. Joined cases 205 to 215/82. European Court Reports 1983-02633. ECLI:EU:C:1983:233.

26) OLG Saarbrücken 16.2.2022, 1 U 114/20, S. 28.

し、適切な管理を行うよう促すことであり<sup>28)</sup>、企業に課される罰金は、企業が経営陣を十分に監視していなかったという暗黙の判断に基づいていることが指摘された。そして、EU法であれドイツ法であれ、競争制限禁止法違反に対する罰金はまさにこの種の制裁効果を意図していると述べ、この制裁効果は、企業がその代理人に罰金を転嫁することが阻止された場合にのみ実現する、企業が最終的に罰金を負担する場合にのみ、競争制限禁止法が罰金を定めていることの目的は達成されるとした（Rn.166 (juris)）。「ある法制度が企業に対する刑罰または少なくとも罰金を規定している場合には、その前提には、企業が刑罰を受ける可能性があるという考え方がある。企業に対する罰金の賦課も、有罪の原則に基づいている（BVerfG vom 25.10.1966 – 2 BvR 506/63；Heuking/von Coelln BB 2014, 3016）。特に、法人に対しても、個別の刑罰及び制裁の決定という原則を考慮に入れる必要がある（EuGH, 10.04.2014 – C-231 bis 233/11 P）。このような背景から、自然人に適用される原則は、内部関係における求償の可能性の問題についても、制裁を受けた企業にも適用されるのが当然である。なぜなら、企業に対する罰金も、企業自体に打撃を与えることを明確に目的としているからである（Mitsch in：KarlsruherKomm-OwiG § 17 [現在は Mitsch 2025—筆者] Rn.11）。そこにある非難は、機関に対する不十分な監督という形で組織的な過失があるというものである。企業と企業経営者は、目に見える損失によって適切な監督を行うよう促されるべきである。企業は責任を逃れることができないようにすべきである。しかし、内部責任の範囲内で、

---

27) 連邦カルテル庁は罰金支払命令を公表しておらず、この事件についても2012年7月5日付及び2013年7月23日付でプレスリリース（<[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/05\\_07\\_2012\\_Schienenkartell.html?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2012/05_07_2012_Schienenkartell.html?nn=3591568)>：<[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung/2013/23\\_07\\_2013\\_Schienen.html?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilung/2013/23_07_2013_Schienen.html?nn=3591568)>）のみを発していた。これらのプレスリリースでは、連邦カルテル庁がEU機能条約101条違反を認定していたかどうかは明らかにされていないが、後続訴訟の判決（BGH 13.4.2021, KZR 96/18, Rn. 10）から、そのように認定していたことが明らかである。

28) LAG Düsseldorf 20.1.2015, 16 Sa 459/14, Rn. 165 (juris).

企業がその企業のために行動した人物に罰金を転嫁することができれば、責任を逃れることができることになる」というのである（Rn.167）。

もっとも、控訴されたところ、連邦労働裁判所は、競争制限禁止法違反に対する罰金の賠償請求に関する事件の審理は労働裁判所ではなく通常の民事裁判所が管轄権を有するとして、判決を破棄した<sup>29)</sup>。

### (3) ステンレス鋼製造会社事件判決

連邦カルテル庁は、ステンレス鋼などの材料を冷間成形して型材、帯鋼、その他の半製品を製造する企業グループ<sup>30)</sup>に属する企業の元取締役が鉄鋼メーカー間の価格カルテル維持に加担していたと事実認定した上で、EU 機能条約第 101 条及びドイツの競争制限禁止法第 1 条に違反していると判断し、当該元取締役と当該企業に罰金を科した。そこで、当該企業<sup>31)</sup>は当該元取締役に対して、競争制限禁止法違反の罰金として支払った額の支払いを求めた。

*Thyssenkrupp* 事件についてのデュッセルドルフ地方労働裁判所判決（上述(2)）と同様、デュッセルドルフ地方裁判所は、有限会社法第 43 条第 2 項に基づく業務執行者の責任には、連邦カルテル庁が会社に対して科した罰金相当額の支払いは含まれないとの判断を示した<sup>32)</sup>。

デュッセルドルフ上級地方裁判所も罰金相当額の業務執行者に対する損害賠償請求を棄却した<sup>33)</sup>。すなわち、会社が業務執行者に対し競争制限禁止法違反

29) BAG 29.6.2017, 8 AZR 189/15. この結果、この事件は管轄権を有する地方裁判所に移送されたが、当事者間で和解が成立し、地方裁判所による判断は示されなかった。なお、D&O 保険の保険者は、会社の請求額の 10% に満たない額を支払ったとのことである (Albert 2022)。

30) 判決では X-Gruppe と仮名処理されている。

31) 原告 1 は当該グループの運営会社であり、その株式は持株会社である原告 2 が保有している。被告は 1998 年から 2015 年まで原告 2 の取締役を務め、2003 年以降は取締役会長を務めていた。同時に、1998 年から 2015 年まで原告 1 の業務執行者も兼任していた。

32) LG Düsseldorf 10.12.2021 – 37 O 66/20 (Kart), Rn.86 (juris).

33) OLG Düsseldorf 27.7.2023, 6 U 1/22 (Kart).

による罰金を求償することを認めると、それは罰金の制裁目的を損なうことになる、会社に科される競争制限禁止法違反の罰金は、業務執行者の法律違反によって不法に得られた利益を会社から剥奪すること、会社の財産をそれだけ減少させることを目的とするものであり、これは競争制限禁止法違反の防止において重要な要素の一つであることが根拠とされた。会社が罰金を業務執行者に転嫁できれば、このメカニズムは損なわれることになる」と指摘された。役員賠償責任保険の保険者が会社に科された罰金を最終的に負担するのであれば<sup>34)</sup>、会社に対する罰金の制裁効果は完全に無効化されるであろうし、経営者は、その個人に科される罰金など、他のメカニズムを通じて制裁を受けることになる」と指摘した（Rn 201-204 (juris)）。

なお、連邦最高裁判所に上告されたが、連邦最高裁判所は現在、手続きを中止して、欧州司法裁判所に判断を求めている<sup>35)</sup>。

#### (4) 学説

秩序違反法第30条及び競争制限禁止法81条以下に基づく団体に対する制裁に関連する目的は、資本金会社がその業務執行者に対して、当該会社が受けた制裁（罰金）を求償することを否定するものではないという見解が多数説であるようである（Thole 2009, 532-533；Koch 2011, 333-334；Fleischer 2014, 345；Blaurock 2014, 114-115；Bayer/Scholz 2015, 449-456；Hopt/Roth 2015, Rn.

---

34) なお、本件において、原告2は、被告の利益のために、参加人（保険会社）と2,500万ユーロの保険金額による役員賠償責任保険を締結していたが、保険契約の規定によれば、保険の補償範囲は、被保険者の故意の義務違反による損害賠償請求ならびに被保険者個人に課せられた契約上の違約金、罰金及び制裁金には及ばない。保険会社は当初、競争制限禁止法に対する故意かつ認識ある違反（wissentliche Pflichtverletzung）に対して科された罰金は保険の対象外であるとして、保険金支払いを拒否していた。しかし、フランクフルト地方裁判所は、被告が保険約款上の「認識ある」行為に該当しないと判断し、保険会社に対し保険金支払いを命じた。この点に関して、フランクフルト地方裁判所は適用される競争制限禁止法の複雑性を強調し、当該業務執行者が法的誤りを犯した可能性があり、自身の行為が合法であると信じる権利を有していたとした（LG Frankfurt 20.1.2023, 2-08 O 313/20）。

35) BGH, Beschluss vom 11.02.2025 – KZR 74/23.

419 ; Kersting 2016 ; Stancke 2018, Rn. 1316 ; Mühlhoff 2020, Rn. 9 ; Sailer-Coceani 2020, Rn. 37 ; Nietsch 2020, 69–78 ; Drescher 2021, 91 ; Degner 2021, 75 ; Spindler 2023, 211–213 ; Fleischer 2023, Rn. 322 ; Nietsch 2024, 474–475 ; Koch 2024, Rn. 88 ; Kersting/May 2024a und 2024b ; Pöschke 2025, Rn. 309.4 ; Fleischer 2025, Rn. 259–265)<sup>36)</sup>。また、有限会社法第43条第2項及び株式法第93条第2項の文言にはそのような制限は規定されておらず、競争法上の団体罰の目的から見て、目的論的な制限は必ずしも必要ではないとする。すなわち、罰金によって追求される公的制裁法の目的は、企業に対する罰金の賦課によって完全に達成される。したがって、団体内部におけるこの財産的損失の配分及び内部求償の許容性に関する問題は、民事法及び会社法の規定のみに基づいて判断される。これらの規定は、機関が法令を遵守した経営を行い、ひいて競争制限禁止法における禁止事項も遵守するよう促すことを目的としている。有限会社法第43条第2項または株式法第93条第2項に基づく求償が許されず、業務執行者が、競争制限禁止法に基づく罰金によって会社に生じた損害について、個人的に責任を問われることを予想する必要がないとすれば、求償によって業務執行者の行為が規律されることが期待できないことになる。もっとも、会社は罰金の懲罰的部分のみについて請求することができ、利益の没収に相当する部分は請求できない、会社が得た利益を超える部分について請求することができるという解釈が広く受け入れられている (Zimmermann 2008 ; Fleischer 2023, Rn. 320 ; Koch 2024, Rn. 88 ; Pöschke 2025, Rn. 309.4 ; Fleischer 2025, Rn. 264)。また、違法に得た利益を会社が保持することを許されるべきではないという前提の下に、会社は、機関に対して請求する損害の額について、カルテルによる不利益が全体としての利益を上回っていることを証明しなければならないという見解も示されている (Kersting 2016, 1273–1275)。さらに、会社は全額の損害賠償を取締役員に対して常に求めることができるわけではなく、取

---

36) Monopolkommission 2024, Rn. 349も求償できるという見解をとっている。もっとも、カルテルによる利益が会社に残るような求償は許されないとする (Rn.350–351)。

締役員に対する誠実義務と注意義務に基づき、任務懈怠の深刻さや報酬額も踏まえて、求償に適切な制限が加えられなければならないと主張されている（Fleischer 2008；Bayer 2009, 97-98；Hopt/Roth 2014, Rn. 419；Bayer/Scholz 2015；Pöschke 2025, Rn. 309.4；Spindler 2023, Rn. 211-213）。損害に対する内部的求償についての労働法の原則に基づいて、取締役及び役員の責任を軽減する可能性も指摘されている（Lotze 2014, 168；Hopt 2013, 1804 など）。以上に加えて、競争制限禁止法 81c 条が定める罰金は法人与自然人と異なることに着目し、自然人に適用される罰金の上限額である 100 万ユーロが求償請求の上限となるべきであるという見解もある（ArbG Essen, Urteil vom 19.12.2013, 1 Ca 657/13, NZKart 2014, 193, 195）。

他方、有限会社法第 43 条第 2 項及び株式法第 93 条第 2 項第 1 文は、企業に対して課せられた団体罰金について、その返還請求を認めないという制限的な解釈がされるべきであるという見解も有力である（Dreher 2006, 103-106；Mertens/Cahn 2010, Rn. 56；Lotze 2014, 167；Bachmann 2015, 911；Ackermann 2015, 560-561；Lotze/Smolinski 2015, 254-256；Thomas 2015, 1409；Dreher 2015, 781；Grunewald 2016, 1121；Thomas 2017, 596；Bürger 2017, 630；Labusga 2017, 394；Bunte 2018, 123-126；Baur/Holle 2018, 459；Ost 2018, 589；Erfurth 2020, 248-262；Verse 2022, Rn. 310-314；Leclerc 2022, 223-230；Wils 2023, 588-589；Friedl 2023, 439-443；Beck 2023, 654）。そうしないと、団体に対する制裁の目的が損なわれることになるという理由に基づく目的論的縮小解釈<sup>37)</sup>である。すなわち、法律違反に対して罰金を科すことで企業に不利益を与えるという制裁の目的、及び、違反によって得られた利益を罰金によって剥奪するという目的は、いずれも、会社が罰金を業務執行者に転嫁でき、業務執行者に対する請求が業務執行者のために締結された D&O 保険によってカバーされる場合には達成できなくなるというのである。秩序違反法第 9 条に基づく業務執行者に対する個人的制裁が存在すること及び法人与自然人と業務執行者とは異なる罰金上限額が定められていることを考慮すると、法人に対する制裁は、主に企業の資産に不利益を与えることを目的としているということ



ができ、これは、評価の矛盾を避けるため、民事法において留意すべき点であるという。さらに、罰金が有する抑止力も低下するから、罰金によって意図される財産的損害を業務執行者に転嫁することは、EU 法にも反するとも主張されている。

## (5) 立法的対応の不存在

(1)から(3)までで見たような裁判例は存在するものの(ただし、ドルトムント地方裁判所 2023 年 6 月 21 日判決(8 O 5/22 (Kart)))は、企業の実際の行為主体は業務執行者であるから、求償を認めても、制裁と民事法とは分離されており、企業に対する罰金の十分な抑止効果と予防的効果は依然として維持されるとして、カルテル企業に対する罰金は業務執行者が負担すべきであるとの判断を示した)、連邦最高裁判所は一般論として罰金の転嫁可能性を認めており<sup>38)</sup>、かつ、立法者はそれを制限するような提案を行ってこなかった。

有限会社法第 43 条、株式法第 93 条及びドイツ国内法のその他の規定のいずれにも、秩序違反法第 30 条及び競争制限禁止法第 81 条以下に基づき会社に課せられた罰金によって会社に生じた損害の賠償を求める会社の請求権を制限する規定は設けられていない。当該法律に基づいて団体に課せられた制裁及び法

---

37) 目的論的縮小解釈による司法上の法の発展は、認められた解釈方法の一つである(BVerfG, Beschluss vom 26. September 2011 – 2 BvR 2216/06, BVerfGK 19, 89 Rn. 57; BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2021 – EnVR 6/21, WM 2023, 630 Rn. 48) 法律の意図に反する不完全性を前提として、目的論的縮小解釈の可能性は規定の文言がその規範的目的から見て広すぎる場合に検討される。そのような不備が存在するかどうかは、法律の立場及びその基礎となる規制意図から判断される(BGH, Urteile vom 30. September 2014 – XI ZR 168/13, BGHZ 202, 302 Rn. 13; vom 7. April 2021 – VIII ZR 49/19, NJW 2021, 2281 Rn. 36; vom 21. Februar 2022 – VIa ZR 8/21, BGHZ 233, 16 Rn. 57; Beschluss vom 4. September 2024 – IV ZB 37/23, BGHZ 241, 158 Rn. 19)。その際、法秩序の統一性と評価上の矛盾を解消するため、関連規定の全体的な文脈を考慮する必要がある、それは無制限の適用に反対する理由となり得る(BVerfG, Beschlüsse vom 7. April 1997, 2230 [juris Rn. 15]; vom 6. Juli 2010 – 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286 Rn. 64; vom 31. Oktober 2016 – 1 BvR 871/13, WM 2017, 154 Rn. 22)。

の結果について、意思決定者または従業員に対する求償を排除する規定である、オーストリアの団体刑事責任法（Verbandverantwortlichkeitsgesetz）第11条に類似した規定はドイツ法では設けられていない。また、最終的には法律として成立しなかった2020年の団体制裁法案も、同法で規定されている罰の民事上の転嫁を禁止する内容を有していなかった<sup>39)</sup>。

なお、筆者の調査した限りでは、有限会社法及び株式法の立法資料には、特定の損害、とりわけ、秩序違反法第30条及び競争制限禁止法第81条以下に基づき会社に課せられた罰金によって会社に生じた損害が規定の適用範囲から除外されていることを示す記載は見あたらない<sup>40)</sup>。

#### 4 オランダ

学説では、反トラスト法に基づいて会社に科された罰金を取締役やその他の事実上の経営幹部に求償する可能性について、さまざまな観点から検討が加え

---

38) たしかに、犯罪または行政法規違反を犯した者は、その意味及び目的に従って、自身に対して課せられた制裁を自ら負担し、したがって、自身に課せられた罰金または過料も自身の財産から支払う義務がある。しかし、連邦最高裁判所の判例によれば、それだけでは、そのような財産上の不利益について第三者に対する賠償請求権が排除されるわけではない。罰金刑は、科された罰金の支払いで履行されるものであり、罰金の転嫁については、民事法上の一般原則から賠償請求権が生じるかどうかが重要な要素となる（BGH, Urteile vom 31. Januar 1957 – II ZR 41/56, BGHZ 23, 222, [juris Rn. 12] ; vom 14. November 1996 – IX ZR 215/95, NJW 1997, 518 [juris Rn. 13] ; vom 15. April 2010 – IX ZR 189/09, VersR 2011, 132 Rn. 8)。その場合、その請求は、経済政策上の目的を実現するための規定に対する違反により課せられた罰の転嫁を内容とするものであることを理由に、排除されるものではない（BGHZ 23, 222 [juris Rn. 12] 参照）。したがって、民事法上の規定により許容される国家の制裁の転嫁は、原則として、法秩序が嫌う評価の矛盾をもたらすものではない。したがって、顧客が自己に科された罰金相当額の支払を求める、助言者に対する民事上の損害賠償請求は排除されないというのが判例（BGHZ 23, 222 [juris Rn. 12] ; NJW 1997, 518 [juris Rn. 13] ; VersR 2011, 132 Rn. 7）である。

39) Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft vom 21. Oktober 2020, BT-Drucks. 19/23568を参照。

40) 求償を認める論者からは、適切な責任制限は立法府のみが行うことができると主張されている（cf. Bayer/ Scholz, 2015）。



られてきた (Bekkum 2013 ; Roth 2013 ; Slotboon 2013 ; Sluijs en van Osch 2016)。

民法典第2編第9条<sup>41)</sup>に基づき、取締役は、重大な非難を受ける場合にのみ ('ernstig verwijt'-maatstaf)、法人に対して責任を負うと解されている<sup>42)</sup>。重大な非難を認めるための高いハードルを考慮すると、法令違反への関与が必ずしも取締役の重大な非難可能性を意味するわけではない。民法典第2編第9条が、取締役が会社に対する責任を負う場合を限定的に定めているのは、取締役の責任追及の可能性を限定することで、取締役が防衛的な考慮によって望ましくないほど行動に影響されることを防ぐためである (Schouten 2020, 232)。取締役が法律を遵守せず、その行為の結果として法人に罰金が科せられた場合、その取締役は法人に対して責任を問われる可能性がある (Helstone 2023, 479)。

*Heiploeg* 事件<sup>43)</sup>では、北オランダ地方裁判所が、反トラスト法違反の罰金について元取締役が責任を負うとの判断を示し<sup>44)</sup>、アーネム＝レーワールワルデン控訴裁判所はこの判断を是認した<sup>45)</sup>。すなわち、被告取締役は、(罰金対象

#### 41) 取締役の職務執行及び責任

1. 各取締役は、自己に付託された職務の適正な執行について法人に対し責任を負う。法律または定款により他の一人または複数取締役が付託されていない取締役の職務は、すべて取締役の職務(任務)に属する。
2. 各取締役は、業務の全般的な遂行について責任を負う。他の取締役に割り当てられた職務に関しても、その不適切な職務遂行について重大な責めを負わず、かつ当該不適切な職務遂行の結果を回避するための措置を怠らなかった場合を除き、取締役は不適切な職務遂行の全結果について責任を負う。

42) *Staleman/Van de Ven* 事件判決 (HR 10 januari 1997, NJ (Nederlandse Jurisprudentie) 1997/360, m.nt. Maeijer) 参照。

43) 2013年、欧州委員会は北海エビカルテルに参加したことを理由として4社に罰金を科し (Shrimps (Case AT.39633) [2014] OJ C 453/16)、*Heiploeg* 社に科された罰金は約2,700万ユーロに上った。2014年に、*Heiploeg* 社が破産した際に、その破産管財人は、複数の元取締役及び監査役に対し損害賠償を請求し、ほとんどの取締役は管財人と和解したが、1名の取締役は和解に応じなかったため、裁判所に提訴された。

44) *Rechtbank Noord-Nederland* 23.9.2020, Gerald Willem Breuker, ECLI:NL:RBNNE:2020:3292. *See Beetsstra / Van De Sanden* 2020.

45) *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* 6.12.2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10497. 被告は、この決定に対して、最高裁判所に上告したが、間もなく和解したとのことである。

となった）価格カルテルの運営に直接関与し、会社に対する義務に違反していたとされ、民法典第2編第9条に基づく取締役の責任に基づく請求が認められ、元取締役は約1,300万ユーロの損害賠償責任を負うとされた<sup>46)</sup>。控訴裁判所は、民法典第2編第9条は、取締役の重大な非難可能な行為による有害な結果から会社を保護することを目的とすることを前提としており<sup>47)</sup>、価格協定の締結は、取締役が、それによって会社（禁止行為が発覚した場合の罰金という形で）が損害を被ることを承知の上で、故意に法律に違反したことから、明らかにこれに該当すると判断した。

*Helstone* は、元取締役が禁止されている価格協定に個人的に関与していたことは、民法典第2編第9条でいう「重大な非難」に相当すると合理的に判断できるから、この裁判において、民法典第2編第9条の適用が認められたことは驚くべきことではないと評価している（*Helstone* 2023, 480）。

控訴裁判所において、被告は、ドイツのザールブリュッケン地方裁判所の *Villeroy & Boch* 事件判決（上述3(1)）に依拠して、責任を負わせることによって、罰金の本来が効果を損なわれると主張したが<sup>48)</sup>、裁判所はこの主張を退けた。もっとも、裁判所は、本件においては、会社が破産したため、元取締役に對する請求によって利益を得るのは債権者のみであり、会社自身ではないという点で *Villeroy & Boch* 事件と本件とは異なるとしつつ<sup>49)</sup>、取締役が会社に対して責任を負うことによって会社の罰金支払義務が免除されるわけではないと指

---

46) なお、当該取締役の D&O 保険を引き受けていた会社は、保険金支払い請求が遅れて提出されたため、保険金支払義務はないと主張し（*See Rechtbank Noord-Nederland* 23.9.2020, r.o. 4.2 ; *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* 6.12.2022, r.o. 6.8.）、また保険契約において、保険事故から故意による場合が除外されていたことを理由として、支払いを拒否する権利を留保していた（*Beetstra/Van De Sanden* 2020, 5）という事情があった。

47) *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* 6.12.2022, r.o. 6.2.

48) *Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden* 6.12.2022, r.o. 6.4. *Drijber* 2017, 135 及び同論文で参照されている *Safeway Stores* 事件控訴院判決（上述2(2)）参照。

49) この点については、会社の債権者は、会社の破産の有無にかかわらず、取締役が会社に対して責任を負うことから利益を得ることができるとの批判が加えられている（*Karapetian* 2023, 1914, pt. 5）。

摘した<sup>50)</sup>。

さらに、アーネム＝レーワールワルデン控訴裁判所は、経営者が会社に対して損害賠償責任を負うということは、カルテルによって生じた損害について、だれでも賠償を請求できるようにする<sup>51)</sup>という EU 競争法の目的に沿っていることを強調した<sup>52)</sup>。ここで、競争を制限または歪曲する可能性のある契約または行為によって生じた損失について、個人が賠償を請求できない場合には EU 機能条約第 101 条(1)の有用性 (effet utile) が危険にさらされるとした、欧州司法裁判所の *Courage* 事件判決<sup>53)</sup>に言及した。*Courage* 事件判決において採用された法理に言及することにより、罰金を科された会社が(元)取締役に対して請求する求償権は、会社自身が独占禁止法違反の責任を負っている(取締役の行為が会社の過失を立証する)という理由で、当然に排除されるべきではないとしたのである。これは、*Courage* 事件における欧州司法裁判所の見解を経営者が負う責任の領域にまで拡大解釈するものであり、*Courage* 事件において

---

50) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6.12.2022, r.o. 6.5. See Beetstra/Van De Sande 2020, 5 ; Karapetian 2023, 1914, pt. 5.

51) 欧州委員会が競争法違反を認定し罰金を科した後、被害者が提起する請求を後続請求とというのが、これは競争法違反による損害賠償請求に関する指令 (Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, OJ L 349, 5.12.2014, p. 1) に基づいており、オランダでは民法典第 6 編第 193k 条から第 6:193t 条までに国内法化されているが、裁判所はこれに言及した (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6.12.2022, r.o. 6.6)。

52) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6.12.2022, r.o. 6.5.

53) Case C-453/99 *Courage v Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, para 26. *Courage* 事件において、欧州司法裁判所は、宿屋経営者が醸造所に対し反トラスト法違反による損害賠償を請求する権利は、彼自身が EU 機能条約第 101 条に違反する供給契約の当事者であったという理由で、当然に否定されるべきではないことを明確にした。これにより、イングランド・ウェールズ控訴裁判所が「汚れた手 (unclean hands)」の抗弁と EU 機能条約第 101 条が反トラスト法違反の契約当事者を保護することを意図していないという推定に基づき、損害賠償請求権の排除を導き出そうとしたイングランド法の変更が必要されることとなった (*Courage v Crehan*, paras 11-12)。

採用された法理に言及していることは、控訴裁判所が、会社が破産状態にない場合でも、経営者の責任を認めた可能性があることを示唆しているという見方も示されている（Helstone 2023, 480）。ただし、*Karapetian* は、裁判所は、本件では、会社自身の利益ではなく、債権者の利益が第2編第9条に基づく請求によって守られているという事実を重視しており、破産以外の場合では状況が異なる可能性があることを示唆している。これは、裁判所が「事実上、価格協定に関与していない企業の債権者のために」行われる請求について述べている」6.6項「からも明らかである」と指摘している（*Karapetian* 2023, 1914, pt.4）。そして、裁判所の論理には同意できるとしつつ、「債権者の利益に焦点を当てていることから、本事案においては民法典第2編第9条の基準を準用すべきではないか」という疑問が生じる。言い換えれば、債権者の利益（及び破産）が、本事案において取締役に対して民法典第2編第9条に基づく請求を行うことを正当化するものであるならば、取締役が価格協定の締結及び維持において不適切な経営を行ったかどうかを判断する際には、特に債権者の利益が中心的に考慮されるべきではないだろうか？取締役は、価格協定が発覚した場合に特に債権者が不利益を被ることを知っていたか、あるいは知るべきであったか？」と述べている（*Karapetian* 2023, 1914, pt.5）。

他方、オランダにおいても、取締役の会社に対する責任との関係で、会社が「フリーライダー」となる可能性が指摘されている。利益相殺が行われなかった場合、競争法違反には「フリーライダー」問題が生じる（Van den Bergh 1993, 49）。その場合、会社は競争協定によって不当な利益を得る。会社は、競争法上の協定による利益を何年も享受し、それが発覚すると、その損害を取締役に求償することができる。これにより、会社は一切のリスクを負わないため、このような競争法上の合意における「フリーライダー」となるから（Bainbridge 2002, 272）、会社がこのような法令違反において「フリーライダー」となり、それによって不当な利益を得ている場合、取締役の会社に対する責任は生じないはずであると主張されている（Santegoeds 2017, 44）。実際、2011年に、取締役の責任を会社が追及した訴訟<sup>54)</sup>において、裁判所は実質的に利益相殺をお

こなった<sup>55)</sup>。この訴訟では、会社は取締役に対して罰金と（没収された）不法に得た利益の両方の求償を求めているが、裁判所は、取締役に支払いを命じることによって、不法に得た利益が会社に残ることになると判断した。すなわち、利益「相殺が行われなかった場合、[会社]は、その取締役の職務遂行上の不適切さを理由に、その取締役を訴えた取引から、皮肉にも利益を得る結果となるだろう」(r.o. 2.30) と指摘した。

この判決をふまえて、たとえば、*Mussche* も、裁判所の判断は、正しい方向への大きな一歩であるが、利益相殺の限界として、この手法は利益が実際に実現した場合にのみ用いることができるということが挙げられ。利益が実際に実現するということは常に当てはまるわけではないとし、「たとえば、競合他社と禁止されている価格協定を結ぶ経営者を考えてみよう。彼は、発覚前の利益が発覚後のコストを上回ると予想して、このような行為を行うであろう。利益相殺がなければ、会社は常に禁止された決定から利益を得ることになる。つまり、法律違反から利益を得るか、あるいは（それ以上に）関係する取締役に損害賠償を請求することができる。しかし、利益相殺があっても、会社は不当な利益を得ていることになる。つまり、価格協定におけるフリーライダーである。なぜなら、会社は、長年にわたってカルテルの恩恵を受けるか、あるいは予想外に早期に発覚した場合、取締役に相殺後の損害を賠償させるかのいずれかを選択できるからである。会社は、いかなるリスクも負わない。会社がこの種の不当な利益を獲得することを完全に排除するためには、このような状況では、民法第2編第9条に基づく請求は、安直には認められるべきではない」と主張

---

54) ジャガイモ生産者の委託業者として活動していた有限会社の取締役は、石油食糧交換プログラムの一環として、イラクの国営企業にジャガイモを納入していた。契約には、納入後、会社が契約価格の10%をイラクの国営企業に返還するという違法な条項が含まれていたが、刑事訴追を回避するため、会社は検察官の取引提案に合意し、不法に得た利益は没収されたという事実があった。

55) Hof Arnhem 11 januari 2011, RF (Rechtspraak financieel recht) 2011/43, NJF (Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak) 2011/105, JRV (Journaal ondernemingsrecht) 2011, 230. ECLI:NL:GHARN:2011:BP7398.

する（Mussche 2013, 429-430）。

また、*Karapetian* は、アーネム＝レーワールワルデン控訴「裁判所が、反カルテル法違反に関する会社自身の認識が取締役の責任問題に影響を与え得るかどうかについて、一切の検討を行っていない点が注目される。もちろん、取締役がこれについて抗弁を主張しなかった可能性もある。とはいえ、これは重要な問題だと思う。会社が違反行為に同意し、それによって会社の資産が損害リスクにさらされることに同意した場合、取締役に対する請求を却下する理由になると思われる。この問題は、罰金を支払わなければならない泥棒が、その罰金を誘発者に償還しようとした事件を少し思い起こさせる。それは、同意した者には不法行為は生じない（*adagio volenti non fit iniuria*）という格言に反するであろう」とする（*Karapetian* 2023, 1914, pt.5）<sup>56)</sup>。

なお、*Helstone* は、民事上の責任及び法人による取締役への罰金の求償可能性は、他の公法違反にも同様に適用される、より広範な議論の継続的な主題であり、カルテル罰金に加えて、たとえばプライバシー法（データ保護庁）、金融監督法（オランダ中央銀行及び金融市場庁）、環境法（人間環境・交通検査院及びオランダ食品・商品庁）などの違反による法人への罰金も考えられ、法人（その法人が違反した規則の規制対象である場合も含む）が経営者を責任追及できる条件に関する、より根本的な問題は、少なくとも現時点ではまだ最終的に解決されていないと指摘する（*Helstone* 2023, 480）。

## 5 スペイン

商事会社の取締役は、その職務の遂行において、会社に対する信認義務に違反して、会社自身、社員または第三者である債権者に損害を与えた場合、損害賠償責任を負う（資本金会社法第236条）。この責任は会社訴訟と個人訴訟という形で追及されうる。会社訴訟は、取締役がその職務に内在する義務を過失に

---

56) もっとも、取締役による故意の法令違反については、取締役が知っていたことから当然に会社が知っていたことになるわけではないと解されている（*Kortmann* 2013）。



より違反した行為によって会社に生じた財産上の損害を、会社が内部的に請求することを可能にする法的手段であり、個人責任訴訟は、民法典第1902条が定める一般法<sup>57)</sup>を会社法分野に具体化したものであり、社員または第三者が、その職務の遂行において、その財産に直接的な損害を与えた取締役に対して、その損害の賠償を求めることを可能とするものである（資本公司法第238条・第241条）。

このような規定を前提として、会社に対して科された罰金を会社が取締役に対し求償し、または、損害賠償請求することは原則として可能であると考えられているようである<sup>58)</sup>。競争法違反による罰金について会社の取締役に對する損害賠償を認めた裁判例はみあたらないものの、その可能性は裁判所によって抽象的には認められている（D&O 保険についての裁判例であるマドリド県裁判所2018年6月6日判決（ECLI:ES:APM:2018:8750））。

また、他の性質の制裁（たとえば、税法違反による罰金など）の賦課によって生じた損害について、取締役の賠償責任は認められてきた（たとえば、マドリド県裁判所2021年4月23日判決（ECLI:ES:APM:2021:16696）<sup>59)</sup>）。

学説上も、求償できることが原則であると考えられている。たとえば、*Paz-*

---

57) 不法行為に関する民法典第1902条は「故意又は過失により、作為又は不作為でもって他人に損害を生じさせた者は、損害を賠償する義務を負う」と規定し、同第1903条は「前条の義務は、作為又は不作為を行った者のみならず、責任を負うべき者にも適用される。（以下略）」と定めている。

58) 2020年11月11日ジローナ県裁判所判決（ECLI:ES:APGI:2020:1813や区分所有建物管理組合についてのポンテベドラ県裁判所2019年2月20日判決（ECLI:ES:APPO:2019:216）も参照。

59) 競争法上の罰金の事案ではないが、被用者に対する求償につき、最高裁判所2011年11月30日労働部判決（ECLI:ES:TS:2011:8607）は、民法典第1101条（債務不履行に基づく損害賠償責任）に基づき、特別法が適用されない限り、会社は罰金を求償できるとしている。もっとも、この判決は、最高裁判所2007年11月14日労働部判決（ECLI:ES:TS:2007:7573）に言及して、雇用契約上の損害賠償責任はより厳格であり、被用者の落ち度または過失が深刻で、非難可能性が高く、十分な重大性を有すること（grave, cualificada o de entidad suficiente）が必要であるとしている。



*Ares* は、カルテルへの参加や支配的地位の濫用を理由として、行政当局から罰を科された企業が取締役に対して求償または損害賠償請求をするためには、取締役の責に帰すべきものである必要がある、つまり、少なくとも、会社が落ち度として処罰された違反行為が取締役に個人的に帰されるものである必要があるとする。そして、取締役は会社契約を形成する内部法、法令及び慎重な経営者としての注意の標準を遵守してその任務を遂行する必要があるが、慎重な経営者としての注意の標準との関係で外部法（財政法、労働法、環境法、競争法または自然法）の違反は位置づけられ、取締役が競争法の定めで違反して会社に損害を与えた場合には、法律・法令違反を理由として会社に責任を負うのではなく、資本金会社法第236条1項に従って、職務遂行に固有の注意義務または忠実義務を遵守しなかったことにより責任を負うという考え方を示す。法律に違反したことが責任原因ではなく、過失の証拠となるにすぎない<sup>60)</sup>とする（Paz-Ares 2023, 39）。そして、会社が法的な定めを遵守しなかった場合及び場合によっては制裁を受けた場合であって、法律の不遵守が主観的には取締役に起因し、法律の不遵守と最終的に生じた損害との間に因果関係がある、すなわち、損害が客観的にそのような不遵守に起因するものであるときには、取締役は会社が被った損害について会社に対して責任を負うことになるが、違反が事前に効率的であった場合、すなわち、その時点で利益追求と会社利益の観点から取締役の行為を無謀または軽率であると株主が非難できなかった場合にはそれは否定されるとする（Paz-Ares 2023, 39）。

他方、*Paz-Ares* は、取締役に對する求償禁止は、法人に刑事的制裁または行政的制裁を課す目的が、株主が取締役の職務執行と、その法令遵守義務及び法令遵守確保義務の一部への準拠を監視するための最後の手段としてのインセンティブを確立することであると概念的に仮定し、または前提としている場合にのみ、この文脈で正当化される可能性があると指摘する。なぜなら、その場

---

60) 資本金会社法第236条第1項第2文は、行為が法律または法令に反する場合は、反証がない限り、過失が推定されると規定している。

合には、株主が、法人に対する罰金や罰の賦課を引き起こしたとされる自分自身の監督義務違反の後、求償によってその罰による費用と罰金を他者に負担させることは不法な原因に基づく（*ex turpi causa*）と推測すること（推測に過ぎないが）はたしかに可能だからであるとする。もっとも、資本市場法の規定の立法趣旨を、ゲートキーパーの役割は株主ではなく取締役が果たす資本金会社の組織と意思決定の構造と矛盾するようには説明できない（Navarro 2019, 203, nt.81）から、このような仮定または前提は説得力を有しないとする（Paz-Ares 2023, 28）。そして、制裁の個人責任の原則は求償を排除するものではないが、制裁の個人責任の原則の観点から、求償自体は、法人に課せられた制裁の背後にいる自然人に対する実際の影響を正当化するのに役立つと評価する（Paz-Ares 2023, 28）。

他方、Paz-Ares は、刑事責任または行政責任は、暫定的または比喩的にのみ法人に帰属するものであり、それは究極的かつ実際には背後にいる自然人の間で分配され、罰金または制裁の経済的費用が比例的に株主によって支払われ、かつ、代表し、重要な役割を果たし、または主導し、その他の方法で、それに関連した者が公共またはメディアの領域で道義的及び評判上の汚名を着せられることになるということを強調しなければならないと述べる（Paz-Ares 2023, 28-29）<sup>61)</sup>。

法人についてのこのような理解を前提として、Paz-Ares は、制裁レベルにおける法人の責任は、複雑な組織において偶然に観察される執行上のギャップを補うことを目指しており、組織内で違法行為または行政法規違反が発生した場合、適切な予防体制が確立されておらず、したがって「組織上の欠陥」が生じたと判断された場合には、その法人（場合によっては法人のみ）にも法的責任が問われるとし、刑事的または行政的制裁によって会社財産に生じた損害が、損害発生を合理的に防止できたはずの措置を講ずることを悪意または過失で怠ったことによるリスクの増大の結果である場合には、損害賠償請求は正当化される、したがって、求償は、法人に科された罰金のコストを取締役へ移転または転嫁する役割を果たし、組織全体に広く帰属する刑罰の主体性の欠如と、

実際にその刑罰を受ける者（主に株主）の責任の欠如を補う役割も果たすと主張する（Paz-Ares 2023, 29）。

そして、会社のような複雑な組織では、取締役や会社財産を管理する者を監督し、管理することを株主に要求することはできず、取締役に対して会社が求償することを可能にすることによって、「求償は、民事上の手続きを通じて、組織のための判断の責任を負う自然人に対する罰則を課することになる。このように、制裁の経済的内容を彼らに負わせるということは、その最も象徴的またはコミュニケーション的な内容も転嫁することになる（取締役の責任は客観的なものではなく、彼らの有責または過失を認定する必要があると私は考える）。この結果、たとえ不完全であっても、求償によって株主は制裁による財産的負

---

61) 法人の責任、とりわけ、いわゆる法人の刑事責任（または RPPJ [responsabilidad penal de la persona jurídica]）を拒絶する理由は、「犯罪及び刑罰の理論の基本原則に照らせば、…これは、法人を帰責の主体または帰責の中心として見なすという「現実的な偏見」の根底に関わっており、…実際には、それは単なる帰責の分配に関する規則またはメカニズムに過ぎないにもかかわらず、そう見なすことを主張しているからである。法人への帰属は暫定的または比喩的なものであり、実際には、その背後にいる自然人の間で、それを規定する規則に従って分配される。法人の犯罪及び刑罰…国籍、名誉権、表現の自由、契約上の義務、民事責任、さらには法人の所有権は、そのようなものではなく、自然人に関する特別法の法的状況を表現するための簡略化された、またはコード化された方法である」、「刑事上の」という修飾語は、法人の場合と自然人の場合とは内容が異なり、…それを認識しない場合には…個人の責任に固有の有責性または価値（merecimiento）の概念を RPPJ に外挿するリスクがあり、…個人的制裁となる」、そうでない場合には「いかなるものも、その移転可能性、ひいては付保可能性を妨げるものではない。制裁の性格は、犯罪者の有責性（あるいはその行為の主観的非難可能性）と密接に関連しており、まさにそれが犯罪者を処罰に値するものとしている。しかし、このいずれも法人には当てはまらない。法人は、単純な負担配分の仕組みであり、有責ではなく、したがって刑罰を受けるべき者でもない。法人に課される罰則や制裁は、応報を目的とするのではなく、予防のみを目的とする」と主張する（Paz-Ares 2023, 27-28）。

もっとも、主流の法学説や判例、さらには2015年刑法改正法の立法趣旨説明においても否定されている考え方であるが、RPPJ は、他のあらゆる種類の法人の責任と同様に、ある程度、あるいはかなりの程度、代位責任または他者責任（heterorresponsabilidad）の性質を持つ（Del Moral 2023, 1787-1789；Silva Sánchez 2021, vi-viii）と認識すればよいと Paz-Ares は主張する（Paz-Ares 2023, 27）。

担から解放され、法人に公に結びついているその他の人物（主要株主、その他の責任のない取締役、上級執行役員など）は道義的負担や汚名から解放されることになる」とし、「まさにこの理由から、私は、制裁の個人責任原則（違反行為を行った取締役に対する求償責任の可能性）を侵害するどころか、むしろその逆、すなわち法人に科される罰金や罰に内在する個人責任の欠如を経験的に緩和・軽減することに寄与すると主張する」と述べる（Paz-Ares 2023, 30）。そして、罰金などの制裁の予防的機能について、Paz-Ares は、求償を認めることは、「むしろ予防的機能の完全性を強化する。…求償は、法人という集团的・拡散的な領域から、各取締役という個別的・明確な領域へと抑止力を導くことに寄与し、組織内での違反行為を防止するためのより強力なインセンティブを提供する」、「いずれにせよ、このように考えることは、刑事法及び行政法の制裁秩序と民事責任の賠償秩序との区別を崩壊させるものではないことに留意すべきである。両秩序はそれぞれ独自の前提と機能を持ち、分離されたままである。制裁の経済的負担を誰が負うべきかを決定する権限は…会社法に属し、その判断は比較的単純である：法人に（制裁により）生じた損害は、取締役の故意または過失に帰せられる場合を除き、株主の負担となる（資本金会社法第236条）」と指摘する（Paz-Ares 2023, 30-31）。

このように、Paz-Ares は、会社による取締役に対する罰金の求償を認めるが、求償できる額については以下のように述べている。

「罰金の算定は、その予防的機能に基づいて行われるため、経済的能力を考慮する必要があり、これは企業と取締役の場合では明らかに異なる。他方、賠償金の算定は、その補償的機能に基づいて行われ、それは（ほぼ）もっぱら生じた損害に依存する。…別の問題として、企業に対する罰金は、単に罰するだけでなく、違反によって得られた利益を没収または追徴するためにも算定されている。…この状況は、多くの機能不全の原因となっている。…その一つは、まさに求償の問題に投影されている。明らかに、これは没収を目的とした制裁の部分には適用されるべきではない。そうしないと、立法者が剥奪しようとした利益を会社に返還するという結果になってしまう。実務的な観点からは、罰

金のうち、制裁そのものに帰属する部分と、利益の没収・追徴に帰属する部分を区別することが問題となる。また、不道德または公序良俗に反する違反行為という特殊なケースにおいても、取締役の行為が客観的・主観的に特に非難されるべきものであるため、補償は主張できない。不道德な利益の返還不能性と同様の機能を果たす、不法に得られた利益の返還不能性は、まさにこの不測の事態を想定して設けられたものである」（Paz-Ares 2023, 31-32）。

また、「（取締役の）個人資産と、一定規模の企業に対する制裁金の額との不均衡は、しばしば法外なものである。取締役と会社との契約関係という性質を踏まえ、立法者が定めるべきであった補充的規制（民法典第1258条）について考察することが求められる」とし（Paz-Ares 2023, 32）、「まず、責任の補償的機能は、原則として、侵害行為の客観的な非難可能性の程度や取締役の行為の主観的な非難可能性の程度とは無関係に、損害のみに基づいて賠償額が決定されることを決定づけることを強調しなければならない。これは、契約外責任の分野では明らかである。…これは、取締役の責任が位置づけられる契約上の責任の分野では、やや不明瞭である。たしかに、ここでは、2つの是正措置が適用される。契約時に予測可能だった損害に賠償責任を限定すること（民法典第1107条I項）、及び、清算の結果、契約時に予見可能だった金額を超えた場合、裁判所がその金額を抑制すること（民法典第1103条）である。しかし、それ以上にできることはほとんどない。もちろん、その前提では、意図されているような求償の可能性を排除することはできない。少なくとも現行法上、予見可能な損害を報酬の倍数と一致させることさえ、実現可能とは思えない。企業経営の責任を引き受ける際に、自分が何にさらされるかはだれもが知っている。実際、取締役は、民事責任のリスクに対して保険をかけること（罰金は対象外だが、返還の対象となる法人に対する罰金は対象となる）を要求したり、何らかの形で責任を制限する（たとえば、報酬の倍数に制限する）ことで、自らを守る方法がある。これは、私が常々実現可能と考えてきたことであり、今日では議論の余地もほとんどない（資本市場法第230条第1項に基づく逆説的論証）。

当然のことながら、こうした保険や責任制限は、作為または不作為による故

意の法令違反に起因する損害は対象とすべきではない（民法典第1102条、資本金会社法第19条及び第76条）。いずれにせよ、不均衡の問題は、求償の実現可能性の問題とはまったく別問題である。これを緩和するために講じるべき措置は、責任を排除する（せいぜい制限する）ものではなく、制裁による損害のみに適用されるものではなく、職務の遂行において会社の財産に与える可能性のあるその他のあらゆる損害にも適用される。企業が大きい場合、会社の財産に対する比較的軽微な損害が、取締役の財産にとっては致命的な打撃となる可能性がある」と指摘する（Paz-Ares 2023, 32-34）。

もっとも、求償することができるとはいえ、考慮すべき点があるとするものが少なくとも多数説であるようである。たとえば、*De la Vega García* は、会社訴訟は、会社が支払った、競争法違反により第三者に生じた損害に対する賠償金や罰金の一部を、会社がその取締役から回収できる手段となるが、会社訴訟が、事実上、会社による罰金の自動的な回収手段となってはならないことに留意すべきであるとする（*De la Vega García* 2019, 1070）。

また、*Herrero Suárez* は、競争法違反は、すべての取締役に要求される注意義務及び慎重な経営者としての行動義務の違反を意味するため（*Quijano* 2016）、原則として、個人訴訟及び会社訴訟の両方が理論的には可能であるとし（*Herrero Suárez* 2023, 402）、会社訴訟は、競争法違反が発見され、それにより会社に制裁が課された場合に機能し、会社訴訟の目的は、支払われた罰金の回収と、そこから生じうるその他の損害（訴訟費用、評判の毀損、当該行為に起因する第三者への損害賠償など）の補償であるとし、この場合、それは求償として機能すると指摘する。ただし、会社「訴訟は、反競争的行為によって会社の資産に生じた損害を修復することを目的としたものではない。なぜなら、一般的に、こうした行為の影響は会社にとってプラスであり、利益の増加や損失の減少につながるからである。むしろ、制裁によって生じた損害を修復することを目的としている。これは、有機的帰属理論から生じうる過剰や濫用を是正する内部的な仕組みとして設定されている」と指摘する（*Herrero Suárez* 2023, 402-403）<sup>62)</sup>。そして、「職務執行中の行為について取締役個人に責任を問



う要求は、そのような行為は会社のものであるとみなすべきとする有機的帰属の理論と衝突する。再び、生じた損害が会社だけでなく取締役個人にも帰属することを正当化する事情を特定する必要がある。これらは一般規則の例外となる事情であり、したがって法的に規定されなければならない」と論ずる（Herrero Suárez 2023, 403）<sup>63)</sup>。その上で、「競争法違反に対する制裁から生じた損害について、会社が取締役に対して責任追及訴訟を提起する権利の適格性については、[損害を被った第三者が責任を追及する場合—筆者]より問題が多いように思われる」とする（Herrero Suárez 2023, 403）。

さらに、資本会社法第236条の解釈として、連合王国の *Safeway Store* 事件控訴院判決の判示はおそらくスペインにもあてはまる（...es, probablemente, también la Ley en España）という見解も示されており（Alfaro Aguila-Real 2010）、Alfaro は、会社が罰金を第三者に転嫁できると法令遵守体制を整備するインセンティブが減少することにより、カルテルの禁止及びその実効性に悪影響を与えることなどを根拠として、取締役に対する求償は認められないとする解釈がより穏当であると述べている（Alfaro Aguila-Real 2016）。

なお、Rodríguez Cembellín は、法制度が会社と違反の実質的加害者の両方に制裁を課すと規定している場合には、会社が会社訴訟の結果として罰金の額を

---

62) 他方、「個人訴訟は、取締役が関与した反競争的行為の結果として、制裁対象企業の社員や第三者、顧客、競合他社などが被った損害を補償することを目的としている。この意味で、個人訴訟は、民法典第1902条の一般的な不法行為責任訴訟と比べて、特に特別な点はない。単に、これを会社法上の枠組みに限定しているだけである。この訴訟を特徴づけ、会社法において特に言及される理由となる点は2つある。第1に、社員または第三者に直接的な損害が生じていること、第2に、その損害が取締役としての行為に起因していることである。これらの要件は、競争法違反の分野において具体化することが容易ではない。原則として、証明すべきは、取締役または経営幹部が職務の遂行において、競争法違反を構成する違法行為を行い、それによって社員または第三者（たとえば、会社の顧客や競合他社）の財産に損害を与えたという事実である」と指摘する（Herrero Suárez 2023, 403）。

63) なお、Herrero Suárez は「法的に定められた場合を除き、取締役は会社の保証人（fiador）ではなく、会社の債務の保証人（garante）ではない」という Pérez 判事の指摘（Pérez Benítez 2016）を引用している（Herrero Suárez 2023, 403, nota 49）。



会社に支払うことを請求できることは「必要でも適切でもないと思われる」とする (Rodríguez Cembellín 2025)。

## 6 オーストリア

取締役はカルテル法違反により会社に生じた損害について会社に対して賠償する義務を負う場合がある (有限会社法第25条及び株式会社法第84条)。すなわち、会社は、代表者または従業員に対し、会社が負担したカルテル罰金、訴訟費用ならびに被害者への賠償金の支払いをできるのが原則であるということになる。オーストリアと類似の法的枠組みを有するドイツにおいて、カルテル協定に積極的に関与した代表者に対してカルテル罰金を転嫁することはできないとした、上述3(2)で見たデュッセルドルフ地方労働裁判所2015年1月20日判決は、オーストリアにおいても注目されたが、オーストリアの法制度では、競争法の法執行がドイツと重要な点で異なることから、同判決の考え方はオーストリアでは適用されないというのが通説である (Leupold / Ramharter 2009, 261; Strasser 2017, 66; Kuszniar 2017, 159)。すなわち、オーストリアのカルテル法 (Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005)) とは異なり、ドイツの競争制限禁止法は、違反企業の代表者に対してカルテルを対する罰金を科すことを認めており (Leupold / Ramharter 2009, 261)、企業に対する罰金と個人に対する罰金の算定方法が異なる。したがって、代表者からカルテル罰金を回収することは、罰金の負担主体に関するドイツの競争当局の決定を損なうことになるが、オーストリア法の下では代表者に罰金は科されないため、競争法違反について代表者に責任を追及する選択肢を企業が有するべきであるとの見解が広く支持されている。なお、競争法の法執行に起因する損害賠償を求めて、会社が代表者を訴えることができるかについて、オーストリアの最高裁判所はまだ判断を下していない。

代表者または従業員に対して、企業が賠償請求可能な損害額の範囲については、企業が代表者や従業員に対して請求できる損害賠償額は、反競争的行為から得られる利益、すなわち、反競争的協定の結果として生じる可能性のある利

益の増加や生産コストの低下（Kusznier 2017, 159）によって損益相殺されるべきであるというのが一致した見解である（*Siehe Engin-Deniz / Kaindl* 2012, 947-951）。

また、カルテルに対する罰金は高額であるため、罰金全額を代表者に請求することは忠実義務違反と見なされる場合があり、損害賠償請求は相当な額に限定されるべきであるという考え方が示されている（Kusznier 2017, 159）<sup>64)</sup>。

さらに、「有益な法令違反行為」、すなわち利益増加をもたらす法令違反行為は代表者の責任を生じさせるべきでないとする学説もあるが（*e.g. Torggler* 2009）、代表者は合法性の原則を遵守する義務を負うとし、競争法違反の場合に会社は代表者に責任を追及できるとするものもある（Leupold / Ramharter 2009）。前者の立場からは、当該行為が事前に会社にとって有益であったと証明されれば、競争法違反は代表者の責任を生じさせないと主張される。しかし「有益な法令違反行為」に対する責任を認める立場からも、競争法違反が認められるすべての場合において代表者の責任を追及できるわけではないと解されている。たとえば、法的状況が不明確な場合、代理人は（法律専門家の支援を得て）徹底的な法的分析を行うことのみを求められるべきである（Leupold / Ramharter 2009, 265）。潜在的な利益が競争法違反の一定のリスクを上回る場合、そのようなリスクを伴う戦略を選択することさえ許容されることになり、この見解によれば、事後的に、競争法専門家が予想したものと異なる判断を競争当局が下した場合でも、代表者は非難されるべきではないということになる。

なお、団体刑事責任法（*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*）第11条は、当該法律により団体に課される制裁や法的結果については、意思決定者（代表者や取締役はこれに含まれる）や従業員に対する責任を問うことができないと定めているが、この規定は、EU またはオーストリアのカルテル法の下で科され

---

64) なお、従業員が過失により雇用主に損害を与えた場合、裁判官は従業員が雇用主に弁償すべき金額を減額する裁量権を有すると定める、従業員賠償責任法（*Dienstnehmerhaftpflichtgesetz*）第2条はこのような考え方を反映しているが、この規定は取締役には適用されない（*Siehe Reich-Rohrwig* 2015, Rn.47）。

た罰金に対して適用されるものではない (Leclerc 2022, 181-183 及びそこで引用されている文献参照)。そこで、学説上、この条項は EU またはオーストリアのカルテル法の下で科された罰金にも類推適用されるべきであるとする見解 (Madari 2021, 19-20 など参照) と類推適用は認められないとする見解 (Steiner, 2023, 25-29 など参照) とに分かれているが、この点について判断を示した裁判例はみあたらない。

## 参考文献

- Ackermann, T. (2015) Unternehmenssteuerung durch finanzielle Sanktionen, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 179 (5) : 538-562.
- Albert, Ch. (2022) *D&O-Versicherer zahlen für Verstöße bei Thyssenkrupp – ein bisschen* (Juve, 14.2.2022) <<https://www.juve.de/verfahren/do-versicherer-zahlen-fuer-verstoesse-bei-thyssenkrupp-ein-bisschen/>>.
- Alfaro Aguila-Real, J. (2010) ¿No cabe el regreso de la sociedad contra sus administradores por la cuantía de las sanciones pagadas por la primera por haber participado en un cártel?, *Derecho mercantile*, entrada de 21-12-2010 <<https://derechomercantilespana.blogspot.com/2010/12/no-cabe-el-regreso-de-la-sociedad.html>>.
- Alfaro Aguila-Real, J. (2016) ¿Por qué no puede regresar la sociedad contra el administrador exigiéndole el reembolso de las multas por cártel?, *Derecho mercantile*, entrada de 29-11-2016 <<https://derechomercantilespana.blogspot.com/2016/11/por-que-no-puede-regresar-la-sociedad.html#more>>.
- Alfaro Aguila-Real, J. (2025) Paz-Ares sobre el regreso de la sociedad contra el administrador por las sanciones administrativas, *Derecho mercantile*, entrada de 19-02-2025 <<https://derechomercantilespana.blogspot.com/2025/02/paz-ares-sobre-el-regreso-de-la.html>>.
- Armbrüster, Ch. (2020) § 108 D&O-Versicherung, in : Born, M./ N. Ghassemi-Tabar/ B. Gehle (hrsg.), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 7, 6. Aufl., C.H.Beck : 2067-2121.
- Bachmann, G. (2015) Zur Haftung eines Geschäftsführers für Kartellbußen des Unternehmens (LAG Düsseldorf, Teilurteil vom 20. 1. 2015 – 16 Sa 459 14), *Der Betriebsberater*, 70 (16) : 907-911.
- Bainbridge, S.M. (2002) *Corporation law and economics*, Foundation Press.
- Baur, A./ M. Holle, (2018) Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht nach der (Nicht-) Entscheidung des BAG, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 39 (10), 459-467.
- Bayer, W. (2009) Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen –, in :

- Bitter, G. et al. (hrsg.), *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt : 85–103.
- Bayer, W./ Ph. Scholz (2015) Zulässigkeit und Grenzen des Kartellbußgeldregresses. Zugleich Kommentar zu LAG Düsseldorf vom 20.01.2015 – 16 Sa 459/14, *GmbH-Rundschau*, 106 (9) : 449–456.
- Bayer, W./ Ph. Scholz (2025). § 43 GmbHG, in : Lieder, J./B. Schaub/U. Schmidt/J. Vetter (hrsg.), *beck-online Großkommentar zum GmbH-Gesetz*, Stand : 15.01.2025, C.H. Beck.
- Beck, D. (2020), Regressansprüche der Gesellschaft und D&O Versicherungen, in : Rübenstahl, M./A. Hahn/Ph. Voet van Vormizeele (hrsg.), *Kartell Compliance*, C.F. Müller : 629–664.
- Beck, D. (2023), Keine Organhaftung für Kartellbußgelder... oder etwa doch?, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 11 (12) 654–659.
- Beetstra, T. / M. Van De Sanden (2020) The Dutch District Court of Noord-Nederland Holds a Former Director Personally Liable for the North Sea Shrimps Cartel (Gerard Willem Breuker), *Concurrences*, N°97360 (September 2020).
- Behrens, S. (2020) *Gleiss-Mandantin Villeroy & Boch bleibt auf Kartellstrafen sitzen* (Juve, 20.11.2020) <<https://www.juve.de/verfahren/ex-vorstand-haftet-nicht-gleiss-mandantin-villeroy-boch-bleibt-auf-kartellstrafen-sitzen/>> .
- Biermann, J. (2024) Vor § 81 GWB, in : *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, 7. Aufl., C.H.Beck : 2221–2356.
- Binder, U./ J. Kraayvanger (2015) Regress der Kapitalgesellschaft bei der Geschäftsleitung für gegen das Unternehmen verhängte Geldbußen, *Der Betriebsberater*, 70 (21) : 1219–1230.
- Blaurock, U. (2014) Kartellbußgeldhaftung und gesellschaftsrechtlicher Rückgriff, in : Büscher, W./ W. Erdmann/ M. Haedicke/ H. Köhler/ M. Loschelder (hrsg.) *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, C.H.Beck : 107–120.
- Braun, R. (2021) *Die Regressfähigkeit von monetären Disziplarmitteln unter dem Gesichtspunkt einer Zweckverfehlung. Herleitung eines allgemeingültigen Ansatzes anhand von Untersuchungen des Verbands-, Kartell- und Datenschutzrechts*, Peter Lang.
- Bürger, S. (2017) Geldbußen gegen Unternehmen im deutschen Kartellrecht – quo vadis?, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 5 (12) : 624–629.
- Bunte, H.-J. (2018) Regress gegen Mitarbeiter bei kartellrechtlichen Unternehmensgeldbußen, *Neue Juristische Wochenschrift*, 71 (3), 123–126.
- De la Vega García, F. (2019) Daños a la competencia y responsabilidad de Administradores de sociedades de capital tras la Incorporación de la «Directiva de daños», en : González Fernández, B. y A. Cohen Benchetrit (dir.), *Derecho de Sociedades : Cuestiones sobre órganos sociales*, Tirant lo Blanch : 1067–1084.
- Degner, E. (2021) *Vorstandsinnenhaftung nach Kartellrechtsverstößen*, Nomos.

- Del Moral García, A. (2023) Responsabilidad penal de personas jurídicas, in : González Fernández M. B. (dir.), *Los acuerdos sociales*, tomo II, Tirant Lo Blanch : 1777-1843.
- Dreher, M. (2006) Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern – Vorstandshandeln zwischen aktienrechtlichem Legalitätsprinzip und kartellrechtlicher Unsicherheit, in : Dauner-Lieb, B / P. Hommelhoff (hrsg.), *Festschrift für Horst Konzen*, Mohr Siebeck : 85-107.
- Dreher, M. (2015) Versicherungsschutz für die Verletzung von Kartellrecht oder von Unternehmensinnenrecht in der D& O-Versicherung und Ausschluss vorsätzlicher oder wissentlicher Pflichtverletzungen, *Versicherungsrecht*, 46 (19) : 781-794.
- Drescher, I. (2021) Organhaftung für Verbandssanktionen, in : Bien, F./Jickeli, J./Müller-Graff, P.-Ch. (hrsg.), *Maß- und Gradfragen im Wirtschaftsrecht. liber discipulorum : zum 80. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Nomos : 91-110.
- Drijber, B.J. (2017) Mededingingsovertreding als grond voor bestuurdersaansprakelijkheid, in : Assink, B.F. e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (IVOR nr. 104), Wolters Kluwer : 125-136.
- Engin-Deniz, E. / P. Kaendl (2012) Haftung von GmbH-Geschäftsführern und AG-Vorstandsmitgliedern bei Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, *ecolex* 2012 (11) : 947-951.
- Erfurth, J. (2020) *Der Bußgeldregress im Kapitalgesellschaftsrecht*, Nomos.
- Franck, J.-U./ T. Seyer (2025) Management Liability for Companies' Antitrust Fines, in : Thépot, F./ A.Tzanaki, *Research Handbook on Competition and Corporate Law*, Edward Elgar : 535-585.
- Friedl, M.J. (2023) Zur Haftung von Geschäftsleitern für Schäden aus einer Kartellordnungswidrigkeit, insbesondere für Unternehmensgeldbußen, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 21 (4) : 428-445.
- Fleischer, H. (2008) Kartellrechtsverstöße und Vorstandsrecht, *Der Betriebsberater*, 63 (21) :1070-1076.
- Fleischer, H. (2014) Regresshaftung von Geschäftsleitern wegen Verbandsgeldbußen, *Der Betrieb*, 67 (7) : 345-352.
- Fleischer, H. (2023) § 43 GmbHG, in : *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 4. Aufl., C.H.Beck.
- Fleischer, H. (2025) § 93 AktG, in : Stilz, E./ R. Veil (hrsg.), *beck-online Großkommentar zum Aktiengesetz*, Stand : 01.06.2025, C.H. Beck.
- Grigoleit, H.Ch. (2020) § 93 AktG, in : Grigoleit, H.Ch./ L. Tomasic, *Aktiengesetz*, 2. Aufl., C.H.Beck:
- Grüneberg, Ch. (2023) vor § 249, in : Grüneberg, Ch. (hrsg.) *Bürgerliches Gesetzbuch*, 82. Aufl., C.H.Beck.

- Grunewald, B. (2016) Die Abwälzung von Bußgeldern, Verbands- und Vertragsstrafen im Wege des Regresses, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 19 (29) : 1121-1124.
- Hauger, Nils F. W./ Ch. Palzer (2015) Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 44 (1) : 33-83.
- Helstone, A. M. (2023) 2023/52 Bestuurder persoonlijk aansprakelijk voor opgelegde boete wegens kartelafspraken, Noot, *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 2023 (3) : 453-480.
- Herrero Suárez, C. (2023) La responsabilidad personal de los administradores por prácticas anticompetitivas : un poliedro normativo, in : Peñas Moyano, M.J (dir.), *Estudios de derecho de sociedades y de derecho concursal, libro en homenaje al Profesor Jesús Quintano González*, Ediciones Universidad de Valladolid : 391-406.
- Heuking, Ch. / S. von Coelln (2014) Die aktuelle Diskussion um Buße oder Strafe für Unternehmen, *Der Betriebsberater*, 67 (50) : 3016-3023.
- Heyers, J. (2016) Gestaltungsperspektiven aktienrechtlicher Organhaftung am Beispiel der Regressansprüche der Gesellschaft infolge von Kartellordnungswidrigkeiten – eine rechtsökonomische und wertungsjuristische Analyse –, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 70 (13) : 581-588.
- Hopt, K.J. (2013) Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat : Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 34 (38) : 1793-1805.
- Hopt, K.J./M. Roth (2015) § 93 AktG, in : Hirte, H./ P.O. Mülbert/ M. Roth, *Aktiengesetz Großkommentar*, 4. Band, Teilband 2, 5. Aufl., Walter de Gruyter.
- Karapetian, A. (2023) 2023/147 Bestuurdersaansprakelijkheid wegens overtreden mededingingsregels door vennootschap, Noot, *Jurisprudentie Onderneming & Recht*, 2023 (6) : 1913-1915.
- Kersting, Ch. (2016) Organhaftung für Kartellbußgelder, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 37 (27) : 1266-1274.
- Kersting, Ch./May, M., (2024a) Der Bußgeldregress gegenüber Organmitgliedern – Gesellschaftsrecht, Kartellrecht und Effektivitätsgrundsatz – Teil 1, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 28 (5) : 243-248.
- Kersting, Ch./May, M., (2024b) Der Bußgeldregress gegenüber Organmitgliedern – Gesellschaftsrecht, Kartellrecht und Effektivitätsgrundsatz – Teil 2, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 28 (6) : 313-321.
- Koch, J. (2011) Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, in : Hoffmann-Becking, M. (hrsg.), *Liber amicorum für Martin Winter, Otto Schmidt* : 327-350.
- Koch, J. (2024) *Aktiengesetz*, 18. Aufl., C.H.Beck.
- Kortmann, J.S. (2013) De bewuste wetsovertreding : geen 'onbehoorlijk bestuur'?

- Ondernemingsrecht*, 2013 (12) : 433-437.
- Krause, R. (2007) “Nützliche” Rechtsverstöße im Unternehmen – Verteilung finanzieller Lasten und Sanktionen, *BB-Special* 8/2007 (zu *Der Betriebsberater*, 72 (28/29)) : 2-16.
- Kuszniar, F. (2017) Vorteilsanrechnung bei Vorstandshaftung, *Der Gesellschafter : Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht*, 46 (3) : 156-161.
- Labusga, K. (2017) Die Ersatzfähigkeit von Unternehmensgeldbußen im Innenregress gegen verantwortliche Vorstandsmitglieder, *Versicherungsrecht*, 48 (7) : 394-402.
- Leclerc, S. (2022) *Der Kartellbußgeldregress*, Mohr Siebeck.
- Leupold, P. / M. Ramharter (2009) Nützliche Gesetzesverletzungen-Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht?, *Der Gesellschafter : Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht*, 38 (5) : 253-267.
- Lotze, A. (2014) Haftung von Vorständen und Geschäftsführern für gegen Unternehmen verhängte Kartellbußgelder, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2 (5) : 162-169.
- Lotze, A./ S. Smolinski (2015) Entschärfung der Organhaftung für kartellrechtliche Unternehmensgeldbußen, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 3 (6), 254-257.
- Madari, D. (2021) Die Regressfähigkeit von Kartellgeldbußen, *Der Gesellschafter : Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht*, 50 (1) : 14-21.
- Mertens, H.-J./ A. Cahn (2010) § 93, in : Zöllner, W./ U. Noack (hrsg.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. Aufl., Walters Kluwer.
- Mitsch, W. (2025) § 17, in : Mitsch, W. (hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 6. Auflage, C.H.Beck.
- Molina Fernández, F. (2016) Societas peccare non potest...nec delinquere, in : Bacigalupo Saggese, S. *et al.* (coord.), *Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Miguel Bajo*, Ceura : 361-416.
- Monopolkommission (2024) *Wettbewerb 2024. Hauptgutachten XXV* <<https://www.monopolkommission.de/images/HG25/HG25-Gesamt.pdf>>.
- Morfeý, A. / C. Patton (2011) *Safeway Stores Ltd v Twigger* : The Buck Stops Here, *Competition Law Journal*, 10 (1) : 57-64.
- Mühlhoff, U. (2020), Kartellstraf- und Kartellbußgeldverfahren aus Sicht der Staatsanwaltschaft, in : Rübenstahl, M./A. Hahn/Ph. Voet van Vormizeele (hrsg.), *Kartell Compliance*, C.F. Müller : 393-443.
- Mussche, M. (2013) Interne bestuurdersaansprakelijkheid voor bewuste wetsovertredingen, *Ondernemingsrecht*, 2013 (12) : 425-432.
- Navarro Frías, I. (2019) El deber de legalidad de los administradores sociales. Algunas reflexiones acerca de la infracción eficiente de la ley y la «legal judgment rule», *Revista de Derecho Mercantil*, (311) : 177-238.
- Navarro Frías, I. (2023) Business judgment rule, legal judgment rule y deber de legalidad de



- los administradores sociales. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1290/2023, de 31 de marzo, *Revista de Derecho de Sociedades*, 68 : 235-246.
- Nietsch, M. (2020) Grundsatzfragen der Organhaftung bei Kartellverstößen, *Inhalt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 184 (1) : 60-110.
- Nietsch, M. (2024) Der Geschäftsleiterregress im Zusammenhang mit Kartellvergehen, *Neue Juristische Wochenschrift*, 77 (8) : 471-476.
- Ost, K. (2018) „Einer trage des andern Last...“? – Die Unternehmenssanktion zwischen gesellschaftsrechtlichem Organregress und kartellrechtlichem Sanktionszweck, in : Kokott, J./ P. Pohlmann/ R. Polley (hrsg.), *Europäisches, deutsches und internationales Kartellrecht. Festschrift für Dirk Schroeder zum 65. Geburtstag*, Otto Schmidt : 589-600.
- Paz-Ares, C. (2023) ¿Existe un deber de legalidad de los administradores?, *Revista de Derecho Mercantil*, (330) : 9-100.
- Pérez Benítez, J. (2016) *El resurgimiento de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales* <<https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-resurgimiento-de-la-accion-individual-de-responsabilidad-de-los-administradores-sociales/>>.
- Pöschke, M. (2025) § 43 GmbHG, in : Ziemons, H./ C. Jaeger/ M. Pöschke (hrsg.), *beck-online Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 64. Ed. 01.05.2025, C.H. Beck.
- Quijano, J. (2016) Los presupuestos de la responsabilidad de los administradores en el nuevo modelo del Consejo de Administración (arts. 236.1 y 2 LSC), in : Rodríguez Artigas, F. et al. (dir.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad cotizada*, tomo II, Aranzadi : 591-613.
- Reich-Rohrwig, J. (2015) § 25 GmbHG, in : Straube, M./ T. Ratka/ A. Rauter (hrsg.), *Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Manz.
- Robertson, A. (2015) Pulling the Twigger : Directors and Employees Back in the Firing Line for Damages after Jetivia in the Supreme Court?, *European Competition Law Review*, 36 (8) : 325-326.
- Rodríguez Cembellín, D. (2025) El regreso de la sociedad contra el administrador por multas administrativas, *Almacén de Derecho*, entrada de 19-02-2025 <<https://almacenederecho.org/el-regreso-de-la-sociedad-contra-el-administrador-por-multas-administrativas>>.
- Roth, G.P. (2013) Bedenkingen bij bestuurlijke beboeting bestuurders', *Ondernemingsrecht*, 2013 (12) : 438-440.
- Sailer-Coceani, V. (2020) § 93 AktG, in : Schmidt, K./ M. Lutter, *Aktiengesetz*, Bd.1, 4. Aufl., Otto Schmidt.
- Santegoeds, M. (2017) *(Interne) aansprakelijkheid van bestuurders*, Tilburg University.
- Schouten, B. (2020) *Opzet en bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht en in het privaatrecht*, Bju.
- Seibt, Ch.H. (2015) 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im lichte des

- reformierten Kapitalmarktsanktionsrechts, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 18 (28) :1097–1103.
- Silva Sánchez, J. M. (2021) ¿'Quia peccatum est' o 'ne peccetur'? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo sobre la 'pena corporativa', *InDret*, (1) : vi–ix.
- Slotboon, M.M. (2013) Sancties voor leidinggevenden in het Nederlandse mededingingsrecht, *Markt & Mededinging*, 2013 (4) : 106–116.
- Sluijs, J.J.M. / P.J.H.M. van Osch (2016) Het beboeten van feitelijk leidinggevers in het mededingingsrecht, *Tijdschrift voor Compliance*, 2016 (2) : 96–101.
- Spindler, G. (2023) § 93 AktG, in : Goette, W./ M. Habersack/ S. Kalss (hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd.2, 6. Aufl., C.H.Beck.
- Stancke, F. (2018) Kartellregress, II. Regress bei Organmitgliedern und Mitarbeiterinnen : Fabian Stancke, F./ G. Weidenbach/ R. Lahme, *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Fachmedien Recht und Wirtschaft : 503–552.
- Steiner, M. (2023) Der Kartellbußgeldregress, *Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht*, 22 (1) : 21–29.
- Strasser, Ph. (2017) Die Deckung von Schäden aus Kartellgeldbußen in der D&O-Versicherung, *Versicherungsrecht*, 48 (2) : 65–72.
- Thole, Ch. (2009) Managerhaftung für Gesetzesverstöße, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 173 (4) : 504–535.
- Thomas, S. (2015) Bußgeldregress, Übelszufügung und D&O-Versicherung, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 18 (36), 1409–1418.
- Thomas, S. (2017) Haftungs- und Versicherungsrecht bei Kartellverstößen, *Versicherungsrecht*, 48 (10) : 596–601.
- Tjoa, C.M./ T. Var (2019) Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de (on) mogelijkheid van individuele disculpatie bij financieelrechtelijke wetsovertredingen, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk*, nr. 1 : 29–34.
- Torggler, U. (2009) Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 23 (4) : 168–176.
- Van Bekkum, J. (2013) Risicoaansprakelijkheid leidinggevenden voor persoonlijke bestuursrechtelijke boetes, *Ondernemingsrecht*, 2013 (16) : 579–586.
- Van den Bergh, R. (1993) *Economische analyse van het mededingingsrecht, een terreinverkenning*, Gouda Quint.
- Verse, D.A. (2022) § 43 GmbHG, in : Scholz, F. et al. (hrsg.), *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I, 13. Aufl., Otto Schmidt.
- Vollmer, Ch. (2022) § 81d GWB, in : *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, 4. Aufl. 2022.
- Wagner, G. (2016) Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe. Mehr Prävention durch

- Kriminalisierung, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 45 (1) : 112-152.
- Wagner-von Papp, F. (2025a) Bußgeldregress von Geschäftsleitern vor dem BGH : Kartellverstöße zum Rundum-sorglos-Tarif? : *Wirtschaft und Wettbewerb*, 29 (1) 1-2.
- Wagner-von Papp, F. (2025b) Managerial Liability, Managerial Duties, and Liability within Corporate Groups : Optimal Competition Law Sanctions by Rearranging the Deckchairs within the Undertaking?, in : Thépot, F./ A.Tzanaki, *Research Handbook on Competition and Corporate Law*, Edward Elgar : 474-534.
- Wagner-von Papp, F. (2025c) Regressus interruptus : Organhaftung für Verbandsgeldbußen zwischen Karlsruhe und Luxemburg, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 13 (7) : 347-354.
- Watts, P. (2011) Illegality and Agency Law : Authorising Illegal Action, *Journal of Business Law*, 2011 (3) : 213-228.
- Westenbroek, W.A. (2017) *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taal, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt*, Wolters Kluwer.
- Wils, W.P.J. (2023) EU Antitrust Fines and Managerial Liability – A Legal and Economic Analysis –, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 27 (11) : 583-589.
- Zimmermann, M. (2008) Kartellrechtliche Bußgelder gegen Aktiengesellschaft und Vorstand : Rückgriffsmöglichkeiten, Schadensumfang und Verjährung, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 62 (10) : 433-441.
- 幾代通 (1977) 『不法行為法』 (筑摩書房).
- 上村達男 (2001) 「取締役が対会社責任を負う場合における損害賠償の範囲」 旬刊商事法務 1600号 : 4-18.
- 遠藤元一 (2024) 「不当な取引制限により会社に課された課徴金を取締役の対会社責任を通じて取締役に転嫁することの可否」 上智法学論集 67 巻 1 = 2 = 3 号 : 129-139.
- 大来志郎 = 鈴木謙輔 (2008) 「改正金融商品取引法の解説 (4・完)」 旬刊商事法務 1840号 : 30-38.
- 應本昌樹 (2024) 「独禁法上の課徴金の取締役に対する求償に関する一考察 : 近時の裁判例を題材として」 総合政策研究 (ノースアジア大学) 1号 : 17-41.
- 大島一輝 (2021) 「継続開示書類の虚偽記載における会社の罰金・課徴金と会社法 423 条 1 項」 法学政治学論究 129号 : 33-65.
- 岡田大 = 吉田修 = 大和弘幸 (2004) 「市場監視機能の強化のための証券取引法改正の解説—課徴金制度の導入と民事責任規定の見直し」 旬刊商事法務 1705号 : 44-53.
- 於保不二雄 (1972) 『債権総論 (新版)』 (有斐閣).
- 窪田充見 (編) (2017) 『新注釈民法 (15)』 (有斐閣).
- 佐伯仁志 (1998) 「法人処罰に関する一考察」 芝原邦爾ほか (編) 『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』 (有斐閣) : 655-687.
- 佐伯仁志 (2009) 『制裁論』 (有斐閣).
- 佐伯仁志 (2014) 「法の実現手段」 長谷部恭男ほか (編) 『岩波講座 現代法の動態 (2) 法

- の実現手法』(岩波書店): 3-28.
- 至田圭佑 (2009)「会社の刑事罰金についての取締役の民事責任: 反トラスト法遵守における取締役の会社に対する義務と責任を中心に」同志社法學61巻1号 (334号): 295-350.
- 泉水文雄 (2022)『独占禁止法』(有斐閣).
- 潮見佳男 (1991)「人身侵害における損害概念と算定原理 (2・完)」民商法雑誌103巻5号: 709-734.
- 高橋眞 (2005)『損害概念論序説』(有斐閣).
- 高橋陽一 (2021)「法人に対する罰金・課徴金と役員等の損害賠償責任」『JSDA キャピタルマーケットフォーラム〔第3期〕論文集』<<https://www.jsda.or.jp/about/kaigi/chousa/JCMF/takahashironbun3.pdf>>: 75-92.
- 得津晶 (2023)「不当な取引制限による会社への課徴金の対会社責任を通じた取締役への転嫁」ジュリスト1587号: 6-7.
- 中井美雄 (1976)「損害の意義」奥田昌道ほか(編)『民法学4 債権総論の重要問題』(有斐閣): 92-105.
- 浜田道代 (2023)「カルテル課徴金の役員への転嫁に関する一考察: 世紀東急工業株主代表訴訟事件を契機として」旬刊商事法務2319号: 4-19.
- 平井宜雄 (1992)『債権各論 II』(弘文堂).
- 廣瀬翔太郎 (2024)「独占禁止法違反による罰金・課徴金と取締役の責任: 会社に課された課徴金の取締役への転嫁の問題を中心に」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 No.64: 373-420.
- 松井秀征 (2007)「会社に対する金銭的制裁と取締役の会社法上の責任」黒沼悦郎=藤田友敬(編)『企業法の理論(江頭憲治郎先生還暦記念) 上巻』(商事法務): 549-593.
- 森島昭夫 (1987)『不法行為法講義』(有斐閣).
- 弥永真生 (2009)『会社法の実践トピックス24』(日本評論社).
- 山下徹哉 (2024)「独禁法違反行為にかかる取締役の責任〔世紀東急工業株主代表訴訟事件〕」川濱昇=武田邦宣=和久井理子(編)『経済法判例・審決百選〔第3版〕』(有斐閣): 242-243.
- 山部俊文 (2024)「価格カルテルの課徴金と取締役の会社に対する責任——世紀東急工業株主代表訴訟東京高裁判決」『令和5年度重要判例解説』(有斐閣): 237-238.
- 王佳子 (2024)「独禁法違反により会社が排除措置命令や課徴金納付命令を受けたことにつき取締役が会社に対して任務懈怠責任を負うとされた事例」尾道市立大学経済情報論集24巻1号: 83-104.

(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)



## 日本相殺法概観(6)

岡 本 裕 樹

- 一 はじめに
- 二 法定相殺制度の趣旨
- 三 法定相殺における権利行使要件—相殺適状（以上、32号）
- 四 相殺制限事由
- 五 差押えと相殺
  - 1 旧規定下の議論（以上、34号）
  - 2 現行規定の規律内容
- 六 法定相殺における効力発生要件—相殺の意思表示
  - 1 相殺権の行使
  - 2 当然相殺の否定
  - 3 裁判外の相殺の承認（以上、35号）
  - 4 裁判上の相殺
  - 5 倒産法上の相殺（以上、36号）
  - 6 相殺権の濫用
- 七 相殺の効力（以上、37号）
- 八 合意相殺の取扱い
  - 1 概要
  - 2 相互性要件を欠く債務の合意による「相殺」
    - (1) 合意の基本的有効性
    - (2) 相殺的处理の要件
    - (3) 第三者に対する効力
  - 3 存在しない債権の合意相殺
  - 4 種類の異なる目的を有する債務の合意相殺
    - (1) 相殺的处理の有効性
    - (2) 選択債権化の合意に基づく相殺
  - 5 弁済期の到来していない債務の合意相殺
    - (1) 当事者間における効力
    - (2) 差押債権者に対する効力

- (3) 倒産手続における効力
  - (4) 一括清算ネットティング
  - 6 相殺制限を受ける債務の合意相殺
    - (1) 相殺許容性を欠く債務の相殺的处理
    - (2) 抗弁権の付着する債権の合意相殺
    - (3) 不法行為等による損害賠償債権の合意相殺
    - (4) 差押禁止債権の合意相殺
    - (5) 相殺禁止債権の合意相殺
    - (6) 第三者が権利を有する債権の合意相殺（以上、本号）
  - 7 将来の相殺に関する合意
  - 8 不動産賃貸借の際の合意による相殺的处理
  - 9 相殺の効力に関する合意
- 九 若干の考察

## 八 合意相殺の取扱い

### 1 概要

ここまで、倒産手続での相殺を含めた法律の規定のもとでの相殺の要件と効果をみてきた。これらの要件・効果に関する規律は、全てが強行的・排他的なものであるわけではない。契約自由の原則が及ぶ限りであれば、法規定に従うことなく、当事者の合意により複数の債務を対当額ないしは対当の評価額で消滅させることも可能とされている<sup>1)</sup>。つまり、相殺適状にない債権を合意により対当額について相互に消滅させることや、差引計算の時点を当事者の合意で定めることも、基本的には有効である。

そもそも、他の債務消滅原因との対比における法定相殺の独自性について改

---

1) 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964）353頁（以下、「我妻・新訂債総」と引用）、磯村哲編『注釈民法（12）債権（3）』（有斐閣、1970）379頁〔乾昭三〕（以下、「磯村・注民（12）」と引用）、於保不二雄『債権総論（新版）』（有斐閣、1972）414頁（以下、「於保・債総（新版）」と引用）、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992）572頁（以下、「奥田・債総〔増補〕」と引用）、淡路剛久『債権総論』（有斐閣、2002）620頁。



めて振り返ると、債務者は本来であれば現実の給付による本旨弁済の責任を負っているはずのところ、相殺であれば、一方的意思表示により、すなわち、債権者の意思に反するとしても、本旨弁済をすることなく自己の債務を消滅させることができる。これに対して、債務者を債務から解放する意思を債権者が有している場合であれば、債務者は相殺を援用するまでもなく、その意思に基づいて免責される。相殺契約とは「有因的な相互免除契約」と解釈すべき<sup>2)</sup>、と説かれる所以である。

もっとも、法定相殺が許容される範囲を超えて相殺的处理を可能にする合意は、とりわけ、相殺を主張する当事者と相手方当事者の債権者を始めとする第三者との間の利害を考慮した法律による調整を崩し、第三者に不利な影響を及ぼす可能性がある。そのため、合意内容によっては、第三者に対する効力が争われることがある。

## 2 相互性要件を欠く債務の合意による「相殺」

### (1) 合意の基本的有効性

簡易決済と公平保持を趣旨とする法定相殺制度において、2人の当事者が相互に債権を有し合っていることが、相殺適法の基礎的要件となっている。しかし、この要件が充足されず、法定相殺を用いることができない場面であっても、すなわち、3人以上の当事者の間に複数の債権が存在するときでも、当事者の合意によりこれらの債権を有効に差引計算して消滅させることができるとされている<sup>3)</sup>。

### (2) 相殺的处理の要件

このような差引計算の合意が用いられる場面として、AがBに $\alpha$ 債権を、B

---

2) 我妻・新訂債総・353頁、磯村・注民(12)・379頁〔乾〕。

3) 我妻・新訂債総・353頁、山田誠一編『新注釈民法(10)債権(3)』(有斐閣、2024) 514頁〔深谷格〕(以下、「山田・新注民(10)」と引用)、中田裕康『債権総論(第5版)』(岩波書店、2025) 490頁(以下、「中田・債総」と引用)。

がCに $\beta$ 債権を有している状況が想定されることがある。古い判例は、この状況において両債権を対当額で消滅させる合意が有効に成立するための要件として、A・B・C全員による契約を要求している<sup>4)</sup>。これに対して学説では、Aが $\alpha$ 債権を用いて $\beta$ 債権にかかるCの債務を消滅させようとする状況が、代物弁済による第三者弁済に相当することに着目して、民法旧474条2項の類推適用により、Aが $\beta$ 債権の弁済に利害関係を有しているか、または、Cの意思に反していないことを要件として、A・B間での契約により両債権の差引計算を認める見解が、通説的な支持を得ていた<sup>5)</sup>。債権法改正を経た現在、この見解は、民法474条2項の類推適用の主張において、弁済に関する「利害関係」が「正当な利益」に置き換わる形で、その意義を留めているものと解される。

そのほか、AがBに $\alpha$ 債権を、BがCに $\beta$ 債権を、CがAに $\gamma$ 債権をそれぞれ有している場合のように、債権関係が環状を形成しているときには、全員参加の契約により、各債権を対当額について消滅させることができると説かれている<sup>6)</sup>。

### (3) 第三者に対する効力

こうした合意が有効に成立すれば、当事者間において合意内容に従った効力が生じる。

また、目的とされる債務が合意により消滅した後であれば、当事者はその消滅効を第三者に対しても主張できる。たとえば、合意成立時に債務を確定的に消滅させる契約であったり、一方的な意思表示による債務消滅を生じさせる予約完結権を当事者に付与する予約が成立し、この予約完結権が行使されたりす

---

4) 大判大正6年5月19日民録23輯885頁。

5) 我妻・新訂債総・353頁以下、柚木馨〔高木多喜男補訂〕『判例債権法総論〔補訂版〕』（有斐閣、1971）492頁、松坂佐一『民法提要債権総論〔第4版〕』（有斐閣、1982）276頁、林良平ほか『債権総論〔第3版〕』（青林書院、1996）331頁〔石田喜久雄〕（以下、「林ほか・債総〔第3版〕」と引用）。

6) 我妻・新訂債総・354頁、中田・債総・496頁以下。

れば、これにより債務消滅効が発生して、以後は当事者のみならず、第三者も、合意の目的とされた債権・債務の存在を主張できなくなる<sup>7)</sup>。

これに対し、将来の差引計算について合意が成立したが、まだ債務消滅効が生じていない段階においては、合意の対象たる債権・債務に第三者が介入できるかが問題となる。この点について判例は、既に触れたとおり、否定的な態度を採っている。とりわけ、AがBに $\alpha$ 債権を、BがCに $\beta$ 債権を有している状況において、CがA・Bそれぞれとの個別合意に基づき、Bの再生手続の中で両債権の相殺的处理を主張した事案で、このCの意思表示につき、民事再生法92条1項における「相殺」に当たらないと明示している<sup>8)</sup>。

この問題をめぐっては、二当事者間相殺に関する規律を三者間相殺に類推する「相殺類推アプローチ」と、相殺以外の他の法律関係に再構成する「法的再構成アプローチ」があるとされる<sup>9)</sup>。このうち、「相殺類推アプローチ」に類別される学説の見解には、合意による三者間相殺の対外効の論拠として、両債権をそれぞれ生じさせた各契約の間の取引的関連性ないしは取引一体性を重視する立場と<sup>10)</sup>、Bの取引相手であるAとCの組織上・営業上の一体性に依拠する立場があり<sup>11)</sup>、前者の取引の一体性は「客観的牽連性」、後者の主体的一体性は「主観的牽連性」と表現されることがある<sup>12)</sup>。

もっとも、3人以上の当事者間では法定相殺を基礎づける公平維持の要請が働かない。そのため、三者間相殺には、これを法定相殺に準じて取り扱う理論

7) 中田・債総・499頁以下。

8) 三1.(3)[筑波ロー32号(2022)90頁以下]を参照。

9) 山本和彦「判批」金法2053号(2016)12頁以下。

10) 深川裕佳『多数当事者間相殺の研究—三者間相殺からマルチラテラル・ネットティングへ—』(信山社、2012)139頁以下、内田貴「三者間相殺の民事再生法上の有効性」NBL1093号(2017)17頁、山田希「判批」銀法820号(2017)22頁。

11) 最判平成28年7月8日民集70巻6号1611頁における千葉勝美裁判官の補足意見、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』(信山社、2017)270頁以下(以下、「潮見・新債総Ⅱ」と引用)。内田・民法Ⅲ・330頁(以下、「内田・民法Ⅲ」と引用)も参照。

12) 石田剛「相殺における「相互性」「合理的期待」「牽連性」」秋山靖浩ほか編『債権法改正と判例の行方—新しい民法における判例の意義の検証』(日本評論社、2021)216頁以下。

的基礎が欠けており、三者間相殺への当事者の期待は、法定相殺への期待と同様の法的保護を受けるに値しない<sup>13)</sup>。また、こうした状況は、三者間相殺に関する合意がある場合でも変わらない<sup>14)</sup>。そのため、「法的再構成アプローチ」に従って当事者間の合意を他の法律関係に再構成し、当該法律行為の規律によって処理すれば足りる。民事再生法に関する前述の判例法理を一般化して、民事法全般において相殺としての保護を与える必要はないと解すべきである<sup>15)</sup>。

### 3 存在しない債権の合意相殺

相殺に関する合意は、債権・債務を消滅させる効果を生じさせるものであるため、法定相殺と同様、存在しない債権を対象としえない<sup>16)</sup>。

この点につき、公序良俗違反などを理由とする絶対的無効でない限り、債権が無効であると知りながら、これを対象とする相殺契約が締結されたときに、債務承認を認定してよい場合や、非債弁済の法理ないしは信義則により無効の主張を封じうる場合があると説かれている<sup>17)</sup>。

この説示の妥当性は、差し当たり、無効な行為の追認が容認される否かの判断基準により画されるものと考えられる。ただし、追認が認められても、追認時の新たな法律行為が擬制されるにとどまる（民119但）。したがって、追認を伴う相殺合意の時点よりも前に、第三者が反対債権に関与しているときには、この第三者に対して債権消滅を主張できない。また、無権代理行為の追認には遡及効が付与されているが、この遡及効は第三者の権利を害することはできないため（民116）、同様の帰結となる。

---

13) 三1. (3)〔筑波ロー 32号(2022)89頁以下〕。

14) 拙稿「ドイツ倒産法の相殺規制におけるコンツェルン差引清算条項の問題性」中田裕康古稀『民法学の継承と展開』（有斐閣、2021）469頁以下。

15) 三1. (6)〔筑波ロー 32号(2022)94頁〕を参照。

16) 磯村・注民(12)・380頁〔乾〕。

17) 磯村・注民(12)・380頁〔乾〕。

#### 4 種類の異なる目的を有する債務の合意相殺

##### (1) 相殺的処理の有効性

当事者が相互に負担し合っている債務について、それぞれの目的の種類が異なる場合であっても、契約により各債務を差引計算して消滅させることは容認されている<sup>18)</sup>。

たとえば、XがYに対して金銭債権を、YがXに対して玄米の引渡債権を、それぞれ有している状況で、玄米の金銭的価値を算定して、両債権を対当額において「相殺」する旨のX・Y間の合意は有効である<sup>19)</sup>。

ただし、こうした合意については、「相殺」との名目であれ、相互的な債務免除と性質決定し、法的な意味における「相殺」の範疇から除外することも考えられる。

##### (2) 選択債権化の合意に基づく相殺

ところで、大審院の裁判例には、金銭給付と非金銭給付を選択内容とする選択債権が差し押さえられた後に、その債務者が金銭給付を選択した場合、この選択の遡及効（民411本）に基づき、当該債務者は差押え前に選択債権の債権者に対して有していた反対債権をもって、相殺をすることが可能と判示したものがあ<sup>20)</sup>。これによれば、XがYに対して金銭債権 $\alpha$ を、YがXに対して玄米の引渡しと金銭の支払のいずれかを請求できる選択債権 $\beta$ を、それぞれ有しているときに、Yの債権者GがYの選択債権 $\beta$ を差し押さえた後に、Xが金銭給付を選択すれば、Gの差押え前に $\alpha$ 債権と $\beta$ 債権の同種性が充足されていたものとして取り扱われる<sup>21)</sup>。

この大審院判決と後掲の昭和45年の大法廷判決をもとに、金銭債権と非金銭債権とが対立する場面で、非金銭債権に関して、その時価相当額の金銭債権

18) 我妻・新訂債総・354頁、磯村・注民(12)・380頁〔乾〕、林ほか・債総〔第3版〕・331頁〔石田〕。

19) 大判昭和17年2月18日法学11巻11号1187頁、我妻・新訂債総・354頁。

20) 大判昭和14年9月5日民集18巻1047頁。

を内容とする選択債権とする合意を締結しておいて、差押えや倒産手続の開始などの事情があった場合に選択権行使の遡及効により債権の同種性要件を充足させ、法定相殺としての法的保護を受けようとする取引手法がある<sup>22)</sup>。

## 5 弁済期の到来していない債務の合意相殺

### (1) 当事者間における効力

当事者間に債務が相互に存在しているが、その一方または双方の弁済期がまだ到来していない状況にあっても、当事者が合意によって期限の利益を放棄し、あるいは喪失させることに、何ら支障はない。こうした合意で相殺適状を調えたうえで相殺を実行することにつき、その当事者間での有効性が問題とされることはない<sup>23)</sup>。また、期限の利益に関わる合意は相殺適状を生じさせるのみで、

---

21) こうした事実関係では、差押債権者 G が民法 411 条ただし書の「第三者」に当たるかについても、問題がある。

前掲注 20 の大判昭和 14 年の事案を詳述すると、X が Y に対して貸付債権  $\alpha$  を、Y が X に対して地代債権  $\beta$  を、それぞれ有している状況において、X が  $\beta$  債権を差し押さえ、この差押手続のもとで、Y の債権者 G が配当要求を申し立てた。その後、X・Y 間の訴訟の中で、当初 Y は  $\beta$  債権の給付として玄米の引渡しを請求していたが、控訴審の口頭弁論において請求の趣旨を玄米の引渡し又は金銭の支払に変更し、これに対して X が金銭支払を選択したうえで、両債権の相殺を主張したというものであった。

こうした事実経過をもとに、大審院は、民法 411 条ただし書の「第三者」とは給付の目的物について権利を取得した者であり、選択債権の差押えに配当要求をただけの債権者はこれに含まれないとの見解を示し、差押え前に弁済期が到来していた両債権の相殺適状を認定して、X による相殺の主張を認めた。

これに対して学説では、 $\beta$  債権の差押え以前に X が自働債権  $\alpha$  を取得していたときには、民法旧 511 条・現 511 条 1 項によって処理されるべきであり、差押えによって  $\beta$  債権の選択権を失わない X による相殺が容認され、民法 411 条ただし書の適用を問題にする余地はないとの見解を前提としながら、「第三者」該当性を否定した大審院の判断を批判する立場がある。我妻・新訂債総・61 頁、奥田昌道編『新版注釈民法(10) I 債権(1)』(有斐閣、2003) 376 頁(山下末人・安井宏)、磯村保編『新注釈民法(8)債権(1)』(有斐閣、2022) 192 頁[北居功]。

22) 加藤和成ほか「担保付デリバティブ取引をめぐる法的視座——括清算法を踏まえて——」金法 1531 号(1998)22 頁[加藤発言]。

当事者間での相互的な債務免除の趣旨を含んでいないことから、こうした合意に基づく相殺は「準法定相殺」とも称される<sup>24)</sup>。

## (2) 差押債権者に対する効力

これまで大きな議論があったのは、将来に一定の事由が発生したときに自働債権の期限の利益を喪失させることを内容とする「期限の利益喪失特約」（広義の相殺予約）である。とりわけ、期限の利益を喪失させる事由に受働債権への差押手続が含まれており、こうした契約条項により差押えの効力発生前に相殺適状を生じさせることにつき、差押債権者に対する対外的効力を認めるべきかが争われてきた。

債権法改正以前の議論状況を簡単に振り返ると、この「差押えと相殺予約」の問題は「差押えと相殺」をめぐる論争と関連性をもって展開されてきた。

判例は、「差押えと相殺」について「弁済期先後基準説」を採用した昭和39年の大法廷判決<sup>25)</sup>（以下、「最判昭和39年」という）において、こうした当事者間の特約の差押債権者に対する効力を認めると、私人間の特約のみにより差押えの効力を排除することになり、契約自由の原則をもってしても許されないとの理由で、法定相殺の対抗が認められる場面以外での差押債権者に対する効力を否定していた。しかし、「差押えと相殺」をめぐる「弁済期先後基準説」から「無制限説」への判例変更を行った昭和45年の大法廷判決<sup>26)</sup>（以下、「最判昭和45年」という）は、期限の利益喪失特約の効力に関しても、このような合意が「契約自由の原則上有効であることは論をまたない」と述べて、無制限の対外的効力を承認した。

学説では、期限の利益喪失特約の対外効を否定する立場はほとんど支持を得

23) 大判昭和12年10月5日新聞4202号7頁、我妻・新訂債総・354頁、磯村・注民(12)・381頁〔乾〕、林ほか・債総〔第3版〕・331頁〔石田〕。

24) 磯村・注民(12)・460頁〔中井美雄〕、奥田・債総〔増補〕・572頁、内田・民法Ⅲ・319頁。

25) 最大判昭和39年12月23日民集18巻10号2217頁。

26) 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号587頁。



ていない<sup>27)</sup>。論争の焦点は、いかなる要件のもとで対外効を容認するかにあり、議論は錯綜していた。大まかに整理すると、無制限有効説のほか、特定の条件関係、とりわけ目的債権相互の密接な牽連関係と相殺予約の公知性が存在する場合に対外効を承認する条件説、当事者の相殺への期待利益と差押債権者の債権回収の利益と比較衡量して、前者の利益が保護されるべき場合に対外効を認める期待利益説、特約により自働債権の弁済期が到来して法定相殺が可能となるとする準法定相殺説、ならびに、相殺予約を譲渡担保や代物弁済予約と並ぶ非典型担保、あるいは債権質類似の典型担保として理解する担保的効力説がみられた<sup>28)</sup>。なかでも、「差押えと相殺」に関して弁済期先後基準説を採ったうえで、「差押えと相殺予約」については条件説または期待利益説を主張する見解（一括して合理的期待説と呼ばれることもある<sup>29)</sup>）が相対的な多数説を形成していた<sup>30)</sup>。また、対外効を契約自由の原則によって説明しようとする最判昭和45年の見解に対しては、そうした契約自由の援用は適切ではないとの批判的評価が多かった<sup>31)</sup>。

債権法改正の審議の中では、無制限に第三者効を承認する案（甲案）、最判

---

27) 伊藤進「差押と相殺—第三者の権利関与と相殺理論」星野英一編代『民法講座第4巻債権総論』（有斐閣、1985）445頁以下。

28) 伊藤・前掲注27・447頁以下。

29) 潮見・新債総Ⅱ・323頁以下。

30) 最判昭和45年の大隅健一郎裁判官の意見、平井一雄「判批」金判235号(1970)4頁以下、石田喜久夫「判批」法時43巻1号(1971)117頁以下、石川利夫「判批」ジュリ482号(1971)53頁、高木多喜男「相殺」奥田昌道ほか編『民法学4《債権総論の重要問題》〔改訂版〕』（有斐閣、1982）215頁以下、塩崎勤「相殺予約の対外的効力について」金法1000号(1982)11頁以下、林良平「相殺の機能と効力」『金融法論集—金融取引と担保』（有信堂、1989）222頁〔初出1984〕、平井宜雄『債権総論〔第2版〕』（弘文堂、1994）231頁以下、淡路・前掲注1・608頁以下、潮見佳男『債権総論〔第3版〕Ⅱ』（信山社、2005）389頁以下・396頁、内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権〔第3版〕』（東京大学出版会、2005）260頁以下、中田裕康『債権総論（第3版）』（岩波書店、2013）413頁以下、野澤正充『債権総論〔セカンドステージ債権法Ⅱ〕〔第2版〕』（日本評論社、2017）336頁以下。

また、民法（債権法）改正検討委員会が、特約の対外効を承認する場面を「継続的取引」に限定する提案をしていたことにつき、五2.（1）〔筑波ロー35号(2023)84頁以下〕を参照。

昭和45年での大隅健一郎裁判官の意見に準じて第三者効を制限する案(乙案)、ならびに、規定を設けないとする案(丙案)が列挙された<sup>32)</sup>。しかし、この論点は中間試案を取りまとめる前に審議対象から除外され<sup>33)</sup>、結果的には丙案が採られた形となった。これにより、期限の利益喪失特約の対外効に関しては、引続き解釈に委ねられたこととなる<sup>34)</sup>。

こうして、現在の規定のもとでも議論は続いている。その中には、特別な要件を付することなく対外効を認める見解がある。これによれば、民法511条1項により「差押えと相殺」について無制限説が採用されたことにより、Yを債権者とする $\beta$ 債権へのGによる差押えの場面において、 $\beta$ の債務者Xは、この差押え前に $\alpha$ 債権を取得しさえしておけば、両債権の弁済期の先後に関わりなく、 $\alpha$ 債権を自働債権とする相殺をGに対抗できるのであり、期限の利益喪失特約は相殺の対抗の可否に関係せず、Xが相殺できる時点とその効力が生じる時点を早くするという意味を持つと説かれる<sup>35)</sup>。

この見解には、契約自由を論拠とした最判昭和45年の無制限説との違いと、法定相殺が差押債権者に対抗されうる範囲で当事者間の特約を承認する最判昭和39年の考え方との類似性が見受けられ、その主張内容は、現行規定下での新準法定相殺説と称すべきものといえる。もっとも、この新準法定相殺説と最判昭和39年とは、前提となる法定相殺の対抗可能範囲が異なる。

最判昭和39年は、「差押えと相殺」に関して弁済期先後説を採っていた。こ

---

31) 米倉明「相殺と差押」ジュリ460号(1970)98頁注(17)、藤原弘道「差押・相殺と破産」鈴木忠一・三ヶ月章監『実務民事訴訟講座10』(日本評論社、1970)142頁・144頁・157頁、平井・前掲注30・5頁、石田・前掲注30・118頁、梶善夫「判批」法研44巻10号(1971)115頁、塩崎・前掲注30・13頁、同「相殺判例の形成と発展」加藤一郎＝林良平編代『担保法大系〈第5巻〉』(金融財政事情研究会、1984)604頁、林ほか・債総〔第3版〕・347頁〔石田〕、吉田邦彦「金融取引における民法典規定の意義」法時71巻6号(1999)62頁、潮見・前掲注30・395頁。

32) 法制審議会民法(債権関係)部会資料39・86頁以下。

33) 法制審議会民法(債権関係)部会資料56・5頁。

34) 法制審議会民法(債権関係)部会資料39・88頁。

35) 中田・債総・523頁以下。内田・民法Ⅲ・319頁も同旨。

の立場によると、 $\alpha$  債権が  $\beta$  債権よりも先に弁済期となる場合が、X が G に対して法定相殺を対抗できる限度となる。この場合、 $\beta$  債権を差し押さえた G がこれを行使できるようになる時点よりも前に、X は  $\alpha$  債権について履行請求できるのであり、さらには  $\beta$  債権に関する期限の利益を放棄することにより、両債権の相殺も可能となる。こうした X の相殺可能時点と G の債権行使可能時点との先後を基準として判断される X の相殺への期待と G の債権回収への期待の優劣関係は、X・Y 間の特約により G の差押えを契機として  $\alpha$  債権の期限の利益を喪失させたとしても、変わりはないため、この特約は G との関係に影響を生じさせることなく、X が相殺できる時点を早めるのみであるということが出来る。

他方で、現行の民法 511 条 1 項のもとでは、 $\alpha$  債権よりも  $\beta$  債権のほうが先に弁済期を迎える場合でも、X には、 $\beta$  債権を差し押さえた G に対して両債権の相殺を対抗できる可能性がある。しかし、この民法上の規律は、破産法における「債権の現在化」と同様の規律を伴っていない。そのため、 $\beta$  債権が  $\alpha$  債権よりも先に弁済期となる場合、 $\alpha$  債権の弁済期よりも前に G が X から法定相殺の対抗を受けることなく、 $\beta$  債権による債権回収を完了できる余地が残されている。この点において、現行法は、 $\alpha$  債権の弁済期が未到来である限りにおいて、X の相殺への期待よりも G の差押えによる債権回収の期待を優先させていると解することができる。こうした理解によると、期限の利益喪失特約に無制限な対外的効力を認めて、G の差押えを契機として  $\alpha$  債権の期限の利益を喪失させ、G に対抗できなかったはずの法定相殺の主張を X に容認することは、差押債権者に対する法定相殺の対抗可能性につき、民法が規律している範囲を超えて拡張することを意味する。この状況は、最判昭和 39 年をはじめとする多くの見解が懸念していたところの、私人間の特約による執行免脱財産の作出にほかならない。このように、期限の利益喪失特約は相殺の対抗の可否に関係しないとの評価に基づく新準法定相殺説には、現行規定の規律構造に関する理解について疑念がある<sup>36)</sup>。また、こうした法定相殺を超える効力の付与に伴う問題は、当事者に相殺契約の予約完結権を付与しておく（狭義の）相

殺予約にも同様に生じうる<sup>37)</sup>。

現行規定の規律構造を前述のように理解すると、現在でも、期限の利益喪失特約の対外効が当然に正当化されうるわけではない。実際に、債権法改正後も、銀行取引を念頭に、一定の場合に限り対外効を承認する合理的期待説の主張がみられる<sup>38)</sup>。ただし、相殺への期待の合理性を判断する基準の設定が困難であることが、以前から指摘されている<sup>39)</sup>。

なお、私見としては、相殺を主張する当事者と差押債権者との間の期待利益の衝突をめぐる調整は、それぞれの期待の合理性に関する評価を含め、債権法改正時の議論を経て法定相殺の枠組で完結しており、特約による法定相殺の範囲を超えた相殺を認めることは、契約の相対的効力の原則、ならびに、私人間の合意による執行免脱財産の作出に関する強行法規違反の観点から、正当化しえないと考え、対外効否定説を採る<sup>40)</sup>。

### (3) 倒産手続における効力

$\alpha$  債権の弁済期が未到来の段階で、その債務者 Y について破産手続が開始された場合、この開始時に  $\alpha$  債権の弁済期が到来したものとみなされ（破 103 ③、現在化）、その債権者 X は  $\alpha$  債権を自働債権として、自身に対する Y の  $\beta$  債権との相殺を許される（破 67 ②前）<sup>41)</sup>。このように、破産手続では現在化という処理が行われるため、手続を契機とした期限の利益喪失特約のような事前

36) 契約の相対的効力の原則との抵触に関する見地からの分析として、拙稿「いわゆる『相殺予約と差押え』を巡る一考察」名法 215 号(2006)38 頁以下、同『「契約は他人を害さない」ことの今日的意義』（日本評論社、2024）184 頁以下・195 頁も参照。

37) 内田・民法Ⅲ・320 頁は、狭義の相殺予約を譲渡担保権と同様の公示の不完全な担保権の設定合意と解釈し、悪意又は善意・重過失の第三者に対抗しうるとする担保的効力説を主張している。

38) 潮見・新債総Ⅱ・323 頁、山田・新注民(10)・599 頁以下〔深谷〕。

39) 伊藤・前掲注 27・449 頁。

40) 拙稿・前掲注 36・名法 215 号 65 頁以下も参照。

41) 六 5. (2)〔筑波ロー 36 号(2024)125 頁〕。

合意の効力を否定する必要もない。

これに対し、再建型手続である民事再生手続と会社更生手続では、債権の現在化は生じず、期限付債権の相殺を主張するためには、債権届出期間の満了までの期限の到来が要求される（民再92①前、会更48①前）<sup>42)</sup>。このような制度枠組のもとでは、 $\alpha$  債権の債務者 Y についての手続開始以前に、その債権者 X と Y との間で期限の利益喪失特約が合意されていた場合に、この特約に基づく X による相殺が認められるかが問題となる<sup>43)</sup>。

この点につき、裁判実務では、こうした特約の効力は一般的に否定されていないとして、当然に有効なものと考えられている<sup>44)</sup>。また、学説においても、再建型手続においても特約の効力を認める見解が多数説であるとされてきている<sup>45)</sup>。この有効説は基本的に前掲の最判昭和45年の判示内容に依拠している。ただし、同判決に関する理解の仕方により、2つの見解に分かれる。一つには、契約自由の原則を論拠とする最判昭和45年の法廷意見に基づく有効説がある<sup>46)</sup>。もう一つには、最判昭和45年の見解の実質的根拠につき、継続的取引関係にある当事者が相互に債権を有する場合に当事者の相殺の期待を保護すべきとする判断にあると理解して、大隅意見に沿った合理的期待説を主張する立

---

42) 六五。(10)[筑波ロー 36号(2024)139頁]。

43) 伊藤眞『会社更生法・特別清算法』(有斐閣、2020) 364頁、同『破産法・民事再生法〔第5版〕』(有斐閣、2022) 1001頁以下（以下、「伊藤・破産民再」と引用）。

44) いずれも民事再生事件を取り扱ったものとして、最判平成20年12月16日民集62巻10号2561頁における田原睦夫裁判官の補足意見（ただし、相殺ではなく債務不履行解除の可否をめぐる文脈）、東京地判平成14年3月14日金法1655号45頁、東京地判平成16年6月8日判時1883号73頁。また、和議事件に関するものとして、東京地判平成8年11月26日判タ940号265頁も参照。

45) 伊藤眞『債務者更生手続の研究』(西神田編集室、1984) 398頁以下、宮脇幸彦ほか編『注解会社更生法』(青林書院、1986) 598頁[伊藤眞]、伊藤・破産民再・1002頁。

46) 新堂幸司「銀行取引と会社更生」加藤一郎ほか編『銀行取引法講座〈中〉』(金融財政事情研究会、1977) 412頁以下、山内八郎『実務会社更生法（第3版）』(一粒社、1977) 196頁以下、石井眞司「更生手続と相殺権」金判554号(1978)81頁、遠藤元一「リース契約における倒産解除特約と民事再生手続(下)―東京高判平成19・3・14を契機として」NBL 894号(2008)36頁以下、小笠原浄二「判批」金法1862号(2009)7頁。

場がある<sup>47)</sup>。

しかし、これらの有効説に対しては、再建型手続の申立てを契機とする契約解除条項を無効とする判例法理<sup>48)</sup>との整合性をめぐり、疑義が呈されている<sup>49)</sup>。再建に必要な資産の流出を防止するために法定相殺の行使が可能な範囲を限定する再生手続の趣旨を重視する立場からは、期限の利益喪失特約の効力を否定し、本来の弁済期を基準として相殺の可否を判断すべきとの主張がみられる<sup>50)</sup>。

なお、この否定説の中には、一種の担保権といえる特約に基づく相殺権につき、会社更生手続外での独自行使を容認すれば、相殺権者にその他の更生担保権者以上の権能（別除権的権能）を認めることになるところ、相殺の許容範囲は債権届出期間の満了前までに相殺適状が生じた場合に限定されているため、この権能は制約されると説くものがある<sup>51)</sup>。こうした更生担保権者との権衡論に依拠する否定説に対しては、会社更生手続と異なり、民事再生手続では、物上担保権者が別除権者として再生手続に服せしめられるものとされていないため、特約の効力を否定する論拠はないとして、両手続で別異の処理をすべきとの見解がある<sup>52)</sup>。

---

47) 新堂幸司「スワップ取引における一括清算条項の有効性 1987年版 ISDA 基本契約について」新堂幸司＝佐藤正憲編『金融取引最先端』（商事法務研究会、1996）150頁以下。松田二郎『会社更生法（新版）』（有斐閣、1976）207頁以下は、銀行取引において「一体をなす貸付債権」と「一体をなす預金債権」との間に一種の牽連関係を認め、銀行は実質上の担保権を有し、更生担保権としてのみ権利を保全できると述べる。中島弘雅「判批」法研84巻7号（2011）87頁も参照。

48) 最判昭和57年3月30日民集36巻3号484頁（会社更生事件）、最判平成20年12月16日民集62巻10号2561頁（民事再生事件）。

49) 山本弘「非典型担保の倒産法への取込み」ジュリ1111号（1997）142頁以下、本間靖規「各種約款の倒産解除特約の効力」河野正憲＝中島弘雅編『倒産法大系』（弘文堂、2001）566頁、中島肇「民事再生手続におけるリース契約の処遇—最三判平成20・12・16にみる諸論点」NBL907号（2009）70頁。

50) 竹下守夫「判批」判タ505号（1983）280頁、宮脇ほか・前掲注45・598頁〔伊藤〕、山本・前掲注49・142頁以下、本間・前掲注49・566頁。

51) 森田修『債権回収法講義〔第2版〕』（有斐閣、2011）132頁。



さらに、「差押えと相殺」における弁済期先後基準説の考え方により、受働債権よりも自働債権のほうが先に弁済期に至る場合には相殺の期待を保護すべきとして、特約の効力を認める立場もみられる<sup>53)</sup>。

#### (4) 一括清算ネットティング

これらのほか、デリバティブ取引等において約定される一括清算ネットティングの合意についても、その有効性が問題となった。

一括清算ネットティングとは、デリバティブ取引等の当事者が基本契約書の定めに基づき、当事者の一方が倒産した場合に、通貨や履行期等を異にする取引を含めて、基本契約書に基づく全ての取引を一定の算出基準による倒産時の評価額に換算してしたうえで、一括して清算し、1つの債権の形に整える処理を指す<sup>54)</sup>。こうした清算処理には、法定相殺における同種性要件と弁済期到来要件を充足していない複数の債務を差引計算する合意としての性質がみられる。さらに、その有効性をめぐって特に懸念されたのが、倒産者とその相手方の双方が未履行の双務契約について、この契約を解除するか、倒産者の債務を履行して相手方に履行請求するかに関する選択権を管財人に付与している倒産法上の規定（破53①・会更61①）との整合性であった<sup>55)</sup>。

このような一括清算ネットティングの有効性については、これを正当化する見解はあったものの<sup>56)</sup>、肯定説を採用する最高裁の判例が存在せず、こうした法的状況は、日本での有効性に疑念を持った外国銀行が日本の銀行との取引を制

---

52) 園尾隆＝小林秀之『条解民事再生法〔第3版〕』（弘文堂、2013）480頁〔山本克己〕。伊藤・前掲注45・398頁以下・408頁、同「集合債権譲渡担保と事業再生型倒産処理手続 再考－会社更生手続との関係を中心として」曹時61巻9号（2009）29頁以下も、会社更生手続における特約の効力を否定する。

53) 兼子一監『条解会社更生法（中）』（弘文堂、1973）885頁以下。

54) 山名規雄「金融機関等が行う特定金融取引の一括清算に関する法律の解説」NBL 645号（1998）20頁。

55) 山名・前掲注54・22頁。

56) 新堂・前掲注47・137頁以下。



限する要因となっていた<sup>57)</sup>。現在では、この懸念を払拭して、デリバティブ取引等における決済の安定性の確保と取引の活性化を図り、日本の金融機能の信頼を向上させること等を目的とした一括清算法が制定され、一定の金融機関等によるデリバティブ取引等の特定金融取引における倒産手続の開始を契機とした一括清算ネットティングにつき、その有効性を認めることで、立法的な対応がされている。

ただし、この一括清算法の適用対象は、金融機関等による特定金融取引に限定されている。また、一括清算ネットティングと倒産法上の規律との関係をめぐっては、双方未履行の双務契約に関する規定の適用可能性のほかにも、支払停止後に取得・負担した債権債務の一括清算は、相殺禁止の規定（破71①三・72①三）により許されないのではないか、あるいは、債権債務の発生を基礎付ける基本契約が、相殺を解禁する際の「前に生じた原因」（破71②二・72②二）に該当するかについて、解釈問題が残されていた<sup>58)</sup>。しかし、一括清算ネットティングによることなく、契約解除に関する選択権を管財人に留めると、財団に有利か不利かを基準とした各契約の取捨選択についての恣意的な判断（cherry picking）を許すことになり、相手方に不測の損害をもたらしうることが懸念され、この状況は金融機関が当事者ではない取引においても同様に生じうる<sup>59)</sup>。こうしたことから、倒産法においても、より一般的に、「取引所の相場その他の市場の相場がある商品の取引」のうち、「その取引の性質上特定の日時又は一定の期間内に履行をしなければ契約をした目的を達することができないもの」を継続的に行うために締結された基本契約に含まれる一括清算ネッ

57) 山名・前掲注54・22頁以下。

58) 中田裕康「法律行為に関する倒産手続の効力」ジュリ1273号(2004)64頁、伊藤眞＝田原睦夫監『新注釈民事再生法(上)』（金融財政事情研究会、2006）249頁〔中島弘雅〕、竹下守夫編『大コメンタール破産法』（青林書院、2007）251頁〔松下淳一〕、田原睦夫＝山本和彦監『注釈破産法(上)』（金融財政事情研究会、2015）404頁〔森倫洋・鯉渕健〕、伊藤眞ほか『条解破産法〔第3版〕』（弘文堂、2020）475頁。

59) 伊藤＝田原・前掲注58・249頁〔中島〕、竹下・前掲注58・249頁〔松下〕、伊藤ほか・前掲注58・475頁以下。

ティングの定めについて、その倒産手続における効力を認める規定（破58⑤・民再51・会更63）が設けられるに至っている<sup>60)</sup>。

## 6 相殺制限を受ける債務の合意相殺

### (1) 相殺許容性を欠く債務の相殺的处理

相殺を制限される債権・債務についても、当事者の合意により、これらを相互に消滅させることが可能な場合がある。

たとえば、相互的な不作為債務や役務提供債務といった相殺許容性を欠く債務<sup>61)</sup>であっても、債務免除が認められる限り、当事者双方の意思に基づく「相互免除契約」による債務消滅の効力が否定される必要はない。ただし、この合意に「相殺」として法的性質を認める必要もないであろう。

### (2) 抗弁権の付着する債権の合意相殺

抗弁権の付着する債権の相殺については、この債権を自働債権とすることは認められないものの、これを受働債権とすることは妨げられない。抗弁権を有する者はこれを自由に放棄できるためである<sup>62)</sup>。したがって、当事者の合意により抗弁権の付着する債権を相殺することも、何ら妨げられない<sup>63)</sup>。

こうした合意相殺の有効性は、相殺を禁止または制限する意思表示（民505②）がある場合<sup>64)</sup>にも妥当する。

---

60) 小川秀樹編『一問一答 新しい破産法』(商事法務、2004) 97頁以下、伊藤＝田原＝前掲注58・249頁以下〔中島〕、竹下＝前掲注58・249頁以下〔松下〕、田原＝山本＝前掲注58・404頁〔森・鯉渕〕、伊藤ほか＝前掲注58・476頁。

61) 四1. 〔筑波ロー34号(2023)112頁〕。

62) 四2. (1)〔筑波ロー34号(2023)112頁以下〕。

63) 我妻・新訂債総・355頁、磯村・注民(12)・381頁〔乾〕、林ほか・債総〔第3版〕・334頁〔石田〕。

64) 四6. 〔筑波ロー34号(2023)120頁以下〕。

### (3) 不法行為等による損害賠償債権の合意相殺

債権法改正前の旧509条では、不法行為により生じた債権を受働債権とする加害者の相殺が一般的に禁止されていた。また、現行509条では、相殺禁止の対象を、悪意による不法行為に基づく損害賠償請求権と人の生命・身体の侵害による損害賠償請求権に限定している。このように禁止対象にずれのある新旧規定であるが、被害者への現実的弁済の保障と報復的な不法行為の誘発の防止が主たる趣旨であることにおいて、共通している<sup>65)</sup>。

そうした中で、不法行為等により生じた債権を合意相殺の目的としうるかについては、争いがある。

旧規定のもとでは、不法行為による債務の相殺を当事者が契約によって約定することは法律の禁じるところではないと判示した大審院の裁判例があった<sup>66)</sup>。また、多くの学説は、この裁判例をもとに、特に制限を付すことなく、不法行為から生じた債権の合意相殺を承認していた<sup>67)</sup>。現行規定のもとでも、公序良俗(民90)に反しない限り、合意相殺の目的とすることは可能と解する見解がある<sup>68)</sup>。

これに対して、旧規定について、これは強行法規であるとし、将来に発生する可能性のある不法行為に基づく損害賠償債権について予め相殺契約・相殺予約を締結することは許されないが、既に発生した損害賠償債権については、債権者である被害者の意思に反しない限り、合意相殺が認められるとする見解があった<sup>69)</sup>。また、現行規定に関しても、生命・身体に関する利益を保護する

65) 旧規定につき、我妻・新訂債総・330頁以下、磯村・注民(12)・427頁以下〔乾〕、於保・債総〔新版〕・418頁、奥田・債総〔増補〕・576頁、林ほか・債総〔第3版〕・338頁〔石田〕、潮見・前掲注30・374頁。現行規定につき、四3.〔筑波ロー34号(2023)115頁以下〕。

66) 大判大正元年12月16日民録18輯1038頁。この事件では、土地の賃貸借契約が期間満了により終了した後も賃借人が土地の占有を続けたとして、賃貸人が不法占有に基づく損害賠償を請求し、この損害賠償請求権は敷金により相殺されないと主張して争った。

67) 我妻・新訂債総・354頁以下、於保・債総〔新版〕・414頁・419頁、奥田・債総〔増補〕・572頁・576頁、林ほか・債総〔第3版〕・331頁以下・338頁〔石田〕。

68) 中田・債総・510頁。

民法509条2号を公序に関する規定と位置づけ、かつ、事前合意を有効とする  
と不法行為の抑止・制裁という同条1号の趣旨を損なうとの理由で、各号に定  
める債務につき、未発生のもをを対象とする事前の相殺契約・相殺予約を無  
効と解する立場がある<sup>70)</sup>。

この議論をめぐっては、改正により現行規定の強行法規性が強まったとの評  
価があるとおりの<sup>71)</sup>、旧規定と現行規定とで解釈対象となる規律が異なる点に留  
意すべきである。不法行為に基づく損害賠償請求権を受働債権とする相殺を一  
律に禁止していた旧規定によると、前述の趣旨に照らして容認してもよいはず  
の相殺まで認められない場合が生じてしまうと考えられたことから、その適用  
場面について種々の見解が主張されていたのであり<sup>72)</sup>、この議論をもとに現行  
規定が禁止の範囲を修正するに至った<sup>73)</sup>。つまり、現行規定による相殺禁止の  
対象は、旧規定と比べて、規律趣旨が特に要請される場面に限定されている。  
こうした認識をもとにすると、事前の合意相殺を認めた場合、合意してから損  
害を被るまでの間に資力に乏しい状況に陥った被害者（損害賠償債権の債権者）  
が、現実の救済を受けられなくなることや、元々の債権者が債務者に合意相殺  
を締結させ、これを免罪符とした報復的不法行為を犯すことにより、規律目的  
が達成されなくなるという懸念が生じる。加えて、この相殺禁止の趣旨に、当  
該債務の債務者（加害者）は相殺の保護を受けるに値しないとの評価も含まれ  
ると解するのであれば<sup>74)</sup>、この評価は事前の合意相殺が締結されていた場合で  
あっても妥当する。被害者保護の趣旨に着目すれば、一般条項たる民法90条  
による制限という、同条の適用に関する主張・立証責任が被害者に大きな負  
担となる方法ではなく、民法509条について事前合意を無効とする強行法規と

---

69) 磯村・注民(12)・381頁・434頁以下〔乾〕。

70) 深川裕佳「相殺(2)―相殺禁止」潮見佳男ほか編『詳解改正民法』(商事法務、2018)  
364頁。

71) 山田・新注民(10)・563頁〔深谷〕。

72) 中田・前掲注30・404頁以下。

73) 筒井健夫＝村松秀樹編『一問一答民法（債権関係）改正』(商事法務、2018) 202頁。

74) 中田・債総・508頁以下。

解釈するほうが簡明で望ましいであろう。以上の理由から、民法509条は、同条の掲げる債務を対象とする債務者（加害者）による相殺の主張を禁止する片面的強行法規であり、その限りで事前の合意相殺も無効と解する立場に賛同する<sup>75)</sup>。

#### (4) 差押禁止債権の合意相殺

差押禁止債権を受働債権とする法定相殺の禁止（民510）は、債権者への現実履行の実現という差押禁止の目的が相殺により阻害されることを防ぐための規律である<sup>76)</sup>。このように債権者の意思に反して現実履行の実現が妨げられないようにする相殺禁止であるため、債権者の意思に基づく合意相殺の対象とすることは可能と解されている<sup>77)</sup>。

ただし、差押禁止の趣旨によっては、これを潜脱するような差押禁止債権を対象とする合意相殺が、公序良俗に反することを理由に無効（民90）とされる場合があるとされている<sup>78)</sup>。たとえば、合意相殺により現実の履行を得られなくなる結果、債権者が極端な窮迫に陥ることを相手方が予見しうる場合などが想定されている<sup>79)</sup>。

#### (5) 相殺禁止債権の合意相殺

相殺禁止債権<sup>80)</sup>の合意相殺については、その禁止の趣旨が当事者の意思に

---

75) 敷金契約をめぐる紛争においても、賃借人であったXが賃貸借契約終了を認識しながら、積極的に賃貸人であったYを害する意思をもって目的不動産を占有し続ける場合には、民法509条の趣旨が妥当する場面として、この損害賠償債務を敷金による差引計算の枠組みから除外する旨のYの主張を認めてよい。

76) 四4. [筑波ロー 34号(2023)117頁]。

77) 我妻・新訂債総・355頁、磯村・注民(12)・381頁〔乾〕、於保・債総〔新版〕・414頁、奥田・債総〔増補〕・572頁・576頁、林ほか・債総〔第3版〕・332頁・339頁〔石田〕。

78) 奥田・債総〔増補〕・572頁、山田・新注民(10)・569頁〔深谷〕。

79) 磯村・注民(12)・381頁〔乾〕。

80) 四5. [筑波ロー 34号(2023)117頁以下]。

よって回避することを許さないものであるか否かによって、判断される<sup>81)</sup>。

たとえば、組合に対する債務者が組合員の債権者である場合には、民法676条2項・677条に基づき、同人に対する組合の債権と組合員に対する同人の債権との法定相殺が禁じられる。この禁止の趣旨につき、組合としての意思に反して組合財産が減少し、共同事業に支障が生じることを防止するものと解すれば、組合内でこれらの債権の相殺的処理のための意思決定が行われたときに、これに基づく合意を有効と解して差し支えない。

また、信託においては、受託者の固有財産等責任負担債務の債権者が信託財産に属する債権の債務者である場合に、同人による相殺が禁止されている（信託22①本）。この状況での受託者による相殺については、これを禁止する規定はないものの、利益相反行為規制が適用される<sup>82)</sup>。これらの債権債務を差引計算する合意は受託者の行為であるため、当該状況における合意相殺も、利益相反行為規制のもとで有効性が判断される<sup>83)</sup>。

さらに、会社法上の相殺禁止が適用される場面については、次のように整理されている。会社法208条3項は、募集株式の引受人が会社に対して金銭債権を有する場合に、この金銭債権を自働債権として引受人が払込請求権との相殺を主張することを禁じており、会社からの相殺権行使を直接の適用対象としていない<sup>84)</sup>。しかし、こうした相殺は、引受人の金銭債権による募集株式に関する現物出資と同義であるため、現物出資規制に服し<sup>85)</sup>、募集事項に金銭債権の現物出資について定めがなければ、会社による相殺も会社と引受人との合意に

---

81) 磯村・注民(12)・381頁〔乾〕、於保・債総〔新版〕・415頁、林ほか・債総〔第3版〕・332頁〔石田〕。

82) 道垣内弘人編『条解信託法』（弘文堂、2017）109頁以下〔角紀代恵〕・221頁〔沖野眞已〕。

83) 道垣内・前掲注(82)・110頁〔角〕。

84) 弥永真生「デット・エクイティ・スワップ（DES）」法セ643号(2008)114頁、酒巻俊雄＝龍田節編代『逐条解説会社法第3巻株式・2／新株予約権』（中央経済社、2009）129頁以下〔洲崎博史〕。

85) 前田雅弘「新株発行関係」証券取引法研究会編『新会社法の検討―ファイナンス関係の改正―（別冊商事法務298）』（商事法務、2006）85頁、弥永・前掲注(84)・114頁。

よる相殺も許されない<sup>86)</sup>。また、こうした定めが募集事項にある場合であっても、合意相殺の際には検査役の調査が必要となる(会社207)。ただし、引受人の金銭債権の弁済期が到来しており、かつ、当該金銭債権について募集事項として定められた金額が当該金銭債権に係る負債の帳簿価額を超えない場合には、この検査役の調査は不要となる(会社207⑨五)<sup>87)</sup>。さらに、当該金銭債権の弁済期が未到来であるときに、会社が期限の利益を放棄することは妨げられない<sup>88)</sup>。

加えて、労基法上の相殺禁止をめぐることは、前述のように、最高裁が労働者の自由意思に基づく合意による相殺の有効性を認めている<sup>89)</sup>。

#### (6) 第三者が権利を有する債権の合意相殺

契約は第三者の権利を害することができないため、第三者が権利を有する債権を合意相殺の対象とすることは認められない<sup>90)</sup>。民法469条に基づく相殺権の対抗が及ぶことなく譲渡された債権、民法511条により差止めを理由として相殺を禁止される債権、ならびに、質権の設定された債権などが、これに当たる<sup>91)</sup>。

(おかもと・ひろき 筑波大学ビジネスサイエンス系教授)

---

86) 神田秀樹編『会社法コンメンタール5株式(3)』(商事法務、2013) 93頁〔川村正幸〕。

87) 酒巻＝龍田・前掲注(84)・130頁〔洲崎〕、神田・前掲注(86)・93頁〔川村〕、江頭憲治郎『株式会社法〔第9版〕』(有斐閣、2024) 802頁。

88) 相澤哲＝豊田祐子「株式(株式の併合等・単元株式数・募集株式の発行等・株券・雑則)」相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説(別冊商事法務295)』(商事法務、2006) 57頁、酒巻＝龍田・前掲注(84)・130頁〔洲崎〕、神田・前掲注(86)・93頁〔川村〕。

89) 最判平成2年11月26日民集44巻8号1085頁。

90) 我妻・新訂債総・355頁、磯村・注民(12)・381頁〔乾〕、林ほか・債総〔第3版〕・332頁〔石田〕。

91) 我妻・新訂債総・355頁、磯村・注民(12)・381頁〔乾〕、林ほか・債総〔第3版〕・332頁〔石田〕。





## 筑波ロー・ジャーナル 39号

2025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

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.39 Dec 2025

## Articles

- Criminal Law Considerations as to Controlled Human Infection Model Studies:  
The First Step of Legal Discussion towards Their Implementation in Japan  
..... **Masahiro Kitao** 1
- La validité d'un gage constitué sur les biens d'autrui  
..... **Yoshinori Naoi** 33
- Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten:  
Ein Wertekonflikt in Deutschland (I)  
..... **Junko Murayama** 59
- Haftung von Vorständen für gegen Unternehmen verhängte Kartellbußgelder  
..... **Masao Yanaga** 81

## Note

- An Overview of Japanese Setoff Law (6)  
..... **Hiroki Okamoto** 127

ISSN:1881-8730