

筑波ロー・ジャーナル

40 号

2026 年 6 月

論 説

プロダクトガバナンスの研究(2)	木村真生子	1
フランスにおける用途による不動産に対する質権の効力	直井 義典	25
小法廷にて判決された選挙無効事件 ——最二判令 7 年 9 月 26 日	永島 賢也	47
患者の自己決定権 ——ドイツにおける 2 つの価値の対立(2)	村山 淳子	71
第三者に対する行為と懲戒事由(1)	森田 憲右	97

研究ノート

日本相殺法概観(7・完)	岡本 裕樹	117
--------------	-------	-----



筑波ロー・ジャーナル編集委員会

目 次

論 説

プロダクトガバナンスの研究 (2)	木村真生子	1
フランスにおける用途による不動産に対する質権の効力	直井 義典	25
小法廷にて判決された選挙無効事件 ——最二判令 7 年 9 月 26 日	永島 賢也	47
患者の自己決定権 ——ドイツにおける 2 つの価値の対立 (2)	村山 淳子	71
第三者に対する行為と懲戒事由 (1)	森田 憲右	97
研究ノート		
日本相殺法概観 (7・完)	岡本 裕樹	117

プロダクトガバナンスの研究(2)

木 村 真 生 子

1. はじめに
2. プロダクトガバナンスの背景
 - 2-1. 行為リスク概念の変容
 - 2-2. TCF（顧客を公正に扱うこと）の原則
 - 2-3. 金融商品規制の考え方（以上、筑波ロー 38 号）
3. 各国の規制
 - 3-1. イギリス（以上、筑波ロー 40 号）
 - 3-2. オーストラリア
 - 3-3. EU その他
 - 3-4. 日本
4. 分析
5. おわりに

3. 各国の規制

本論文の第2章では、プロダクトガバナンスの史的展開と理論面の考察を行った。リーマンショック後に規制当局が信用財である金融商品を規制しなければならなかった経緯、その規制の本質は金融事業者における行為リスク管理であること、投資家をより適切に保護するために、行為リスク管理の対象は販売時点のみならず、商品のライフサイクルの各段階に広がったことを述べた。

この新たな金融商品の管理体制すなわちプロダクトガバナンスは、最終的には組織文化（企業文化）の変容を促すことが目的にある。金融機関では、顧客を公正に扱い、顧客の利益を優先するという企業文化を組織内に浸透させてい

くことが目指されている。

第3章では、プロダクトガバナンスについて詳細なルールを定めている国・地域の事例を見て行く。

3-1. イギリス

3-1-1. はじめに

低金利環境が長引くと、顧客はより高い利回りを求めることから、事業者は商品構成などを変えることで顧客のニーズに応えようとする。しかしこれらの行為はかえって商品の複雑さを増すことに繋がりやすい¹⁾。実証研究によれば、事業者が金融商品を設計する際に、顧客の行動バイアスを利用していることが明らかになっている²⁾。例えば、Célériery と Vallée の研究では、仕組商品（structured products）を扱うヨーロッパのリテール市場において、発行会社が、リスクを覆い隠しつつ潜在的なリターンをより目立たせるために、商品の複雑さを戦略的に利用しているという分析結果が示されている³⁾。事業者とリテール顧客とは情報の非対称性が著しいことから、事業者が顧客に無意識に生じる認知バイアスを悪用するようなことは、厳に慎まなければならない。

FCA（金融行動監視機構）は2000年代初めにTCF（顧客を公正に扱う）原則を掲げて、金融サービス業者の自発的な取組により、顧客に対して公正に金融商品の取引を行うよう求めてきた。しかし、この規制アプローチは直ちには奏功しなかった。プリンシプルベースの規制戦略に基づき、事業者の自主性に任せることは、金融サービス業者に自社ビジネスにおいて、その原則が何を意

1) R. Thomas, *Regulation Financial Product Design in Australia: An Analysis of the UK Approach*, 28 JOURNAL OF BANKING & FINANCE LAW AND PRAC (TICE 95 (2017)), at 103.

2) *Id.*

3) See C. Célériery & B. Vallée, *Catering to Investors thought Product Complexity*, Working Paper Series No.14 / June 2016 (2016), available on SSRN 2289890. Célériery らの研究によれば、中低所得世帯をターゲットとする貯蓄銀行は、平均してより複雑な商品を提供しているという。

味するかを決める自由を尊重することでもある⁴⁾。これは、ややもすれば、規制当局と事業者との間で、原則の解釈にずれが生じていくことを意味する⁵⁾。

実際、事業者側は「公正性 (fairness)」をビジネス・マーケティングの指標 (顧客維持、顧客満足度、市場規模など) と結びつけ、顧客体験 (customer experience) を向上させることが TCF 原則を遵守することであると理解し、原則を守るための追加的な措置は不要だと考えていた⁶⁾。つまり、事業者側は、これまでの金融商品の組成・販売プロセスを形式化・合理化し、客観的に測定可能な状態にすることで対処すればよいと考えたのである⁷⁾。しかし規制当局は「顧客を公正に扱う」こととは、良質で建設的な企業文化を構築することに関わる問題であり、そうした企業文化を育成するのはシニアマネージャーの責務であると考えていた⁸⁾。

FSA は、このため、2007 年 7 月、プロダクトガバナンスのための基準として「顧客の公正な取扱いに関する商品の提供者および販売会社の責任 (The Responsibilities of Product Providers and Distributors for the Fair Treatment of

4) J. Edwards, *Treating Customers Fairly*, 14(3) JOURNAL OF FINANCIAL REGULATION AND COMPLIANCE 242 (2006), at 243, 245.

5) See S. Gilad, *How Firms Translate Regulatory Messages*, LSE DISCUSSION PAPER No. 70 (March 2012), at 18.

6) *Id.*

7) *Id.* at 21.

8) *Id.* at 17. 企業において重要な役割 (上級管理職機能 [Senior Management Functions : SMF]) を担う最高位の幹部は、その職務に着任する前に FCA または健全性監督機構 (Prudential Regulation Authority : PRA) の承認を得なければならない。シニアマネージャーは、2000 年金融サービス・市場法 (FSMA) に基づき責任を負う。企業が FCA の定める要件に違反した場合、担当シニアマネージャーが、その違反を防止または阻止するための合理的な措置を講じていなかったと認められれば、責任を問われる可能性がある (FSMA 第 66A 条 5 項および第 66B 条 5 項)。SMF は職務を遂行するために適格かつ適正である必要があり、企業は少なくとも年 1 回、その継続的な適格性および適正性を評価する必要がある (See, FCA, Senior Managers Regime (Mar. 30, 2023), <https://www.fca.org.uk/firms/senior-managers-and-certification-regime/senior-managers-regime>, last visited on Mar. 31, 2026)。

Customers : RPPD)」と題する規制ガイドを導入し、FSA ハンドブックに追加した。これは、特定の状況下で顧客を公正に扱うために、金融商品の提供会社⁹⁾と販売会社¹⁰⁾が何をすべきかについて、FSA の見解を示すものだった¹¹⁾。RPPD はリテール顧客への金融商品またはサービスの提供に関与することになるすべての事業者に適用された。

その後、2012年及び2015年に、FSA ないし FCA は仕組商品の設計と販売に関して金融サービス業者の監査や行動分析を行い¹²⁾、仕組商品に関する追加のガイダンスを公表した。このイギリスの流れを受けて、EU では、金融商品市場指令（MiFID II）と保険販売指令（Insurance Distribution Directive : IDD）の規制アプローチをさらに強化することになった¹³⁾。このため、2016 年、FCA は厳格な MiFID II の要件をイギリス法に組み込むための規則とガイダンスの草案を作るための協議を開始した。2018 年、FCA はこれらを「商品介入およびプロダクトガバナンス ソースブック（the Product Intervention and Product

9) 「提供者（provider）」とは、ポートフォリオ管理などのサービス（を販売代理店などを通じて）を提供する者、生命保険、損害保険などの商品の開発者、管理者、パッケージ化を行う者、住宅に係る金融取引（住宅ローン、住宅返還プラン、住宅購入プランなど）を開発または締結する者などが含まれる（FCA, *infra* note 11, at para. 1.12）。

10) 「販売会社（distributor）」とは、顧客に投資の提案・推奨・販売または投資サービスを提供する会社を指し、ファイナンシャルアドバイザーや第三者管理者、指定代理人、銀行、住宅金融組合、および付随的な業務として保険販売を行う者が該当する（FCA, *infra* note 11, at para. 1.13）。

11) FCA, *The Responsibilities of Providers and Distributors for the Fair Treatment of Customers (RPPD)*, at para. 1.1, https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/document/RPPD_20070716_20130331.pdf?date=2007-07-16, last visited Mar. 31, 2026.

12) See FSA, *Finalised guidance: Retail Product Development and Governance-Structured Product Review* (Mar. 2012), <https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fg12-09.pdf>; FCA, *TR15/12: Structured Products: Thematic Review of Product Development and Governance* (Mar. 2015), <https://www.fca.org.uk/publication/thematic-reviews/tr15-02.pdf>, last visited on Mar. 31, 2026.

13) N. Asthana & M. Austen, *Product governance is a continuing concern for the FCA* (Nov. 02, 2021), <https://www.grantthornton.co.uk/insights/product-governance-is-a-continuing-concern-for-the-fca/>, last visited Mar. 31, 2026.

Governance Sourcebook : PROD)」として、FCA ハンドブックに挿入することにした¹⁴⁾。

3-1-2. 「商品紹介およびプロダクトガバナンスソースブック (PROD)」の概要

商品紹介およびプロダクトガバナンスソースブック (PROD) は、MiFID 投資会社などを対象とし¹⁵⁾、金融商品の組成および販売における適切な管理とガバナンス (Product Oversight and Governance : POG) のプロセスを規定している¹⁶⁾。本制度の根幹は、商品管理プロセスの改善と顧客への公正な対応を重視する企業文化の醸成にある。リテール商品を顧客ニーズに合致させ、適切な情報提供や助言を行うことで、最終的に「消費者にとっての望ましい成果 (consumer outcome)」¹⁷⁾を向上させることを目的としている¹⁸⁾。具体的には、金融商品の組成の適切性および流通戦略の適切性、ならびにそれらの定期的なレビューが、組成会社と販売会社の双方に義務づけられる¹⁹⁾。

14) PROD は拘束力がないソフトローである一方で、EU 指令により、加盟国は関連する投資会社や保険会社に対してプロダクトガバナンス要件を定めることが求められる。

15) EU 資本指令 (CRD : Capital Requirements Directive 2013/36/) によって定義された信託銀行、MiFID 任意除外規定の適用を受ける投資会社、および第三国の投資会社の支店も PROD の対象となる (FCA, Reader's Guide: An Introduction to the Handbook, January 2019, at 7, available at https://www.fca.org.uk/publication/handbook/readers-guide_0.pdf, last visited Mar. 31, 2026)。

16) PROD3 のルールとガイダンスは、主に MiFID II (リサイタル 71 および 9 条 3 項、16 条 3 項、24 条 2 項) および MiFID 委任指令 (EU) 2017/593 (リサイタル 15 ~ 20 および 9 ~ 10 条参照) を参照している。なお、金融商品のうち、投資性のない保険商品の組成・販売に関するルールは PROD4 が規定する (本論文 3-1-3-2 も参照)。

3-1-2-1. 金融商品の組成に関する義務

(1) 概要

組成会社は、組成する金融商品が、関連する顧客区分²⁰⁾内の最終顧客（end clients）²¹⁾のニーズを満たすように設計されていることを確保しなければならない。また、組成会社は、金融商品の販売戦略が特定されたターゲット市場に適合していることを確保し、当該商品が特定されたターゲット市場内で流通するように合理的な措置を講じなければならない（PROD 3.2.1R）²²⁾。PROD 3.2では、組成会社がこれらの義務を履行するにあたり留意すべきポイントを9つの項目（①商品のガバナンス体制、②複数の事業者による商品の組成、③ターゲット市場、④商品テスト、⑤販売会社への情報開示、⑥金融商品の定期的な見直し、⑦利益相反、⑧監督・研修の要件、⑨コンプライアンス報告書）に分けて規定している。以下では、ターゲット市場、商品テスト、販売会社への情報開示、金融商品の定期的な見直しに係る規則の詳細を見ていく。

17) 「顧客（消費者）の成果」とは、第1に、顧客への公正な対応が企業文化の中心となっている企業と取引していることに顧客自身が確信を持つことができること、第2に、リテール市場で販売される商品およびサービスは、特定された顧客グループのニーズを満たすように設計され、それに応じてターゲットが絞られていること、第3に、顧客は、販売前、販売中、販売後に明確な情報を提供され、また適切に情報を提供され続けること、第4に、顧客が助言を受ける場合、その助言は適切であり、顧客の状況を考慮したものであること、第5に、顧客は、事業者が期待させたとおりの機能を持つ商品を提供され、関連サービスは許容できる水準にあり、期待通りのものであること、第6に、顧客は、商品の変更、プロバイダー（商品提供者）の変更、請求、苦情の申立てに際して、企業が課す不当な（制限や追加費用のような）販売後の障壁に直面しないこと、を指す（FCA, *Fair Treatment of Customers* (May 11, 2015), <https://www.fca.org.uk/firms/fair-treatment-customers>, last visited Mar. 31, 2026)。

18) *Id.*

19) FCA, Finalized guidance: *FG22/5 Final non-Handbook Guidance for firms on the Consumer Duty* (Jul. 2022), at para. 6.3, <https://www.fca.org.uk/publication/finalised-guidance/fg22-5.pdf>, last visited Mar. 31, 2026.

20) 顧客区分とは、リテール顧客、プロ投資家、適格投資家をいう。

21) サプライチェーンの末端に位置する個人又はグループをいう。

22) See Article 24(2) of MiFID II.

(2) ターゲット市場

金融商品が顧客に販売または提供される前に、金融商品が最終顧客に適していることを確保するため、組成会社は各金融商品の承認プロセスを維持・運営し、見直さなければならない (PROD 3.2.3R)²³⁾。金融商品の承認プロセスは商品ごとに行われ、該当する顧客カテゴリー内の最終顧客に係る明確なターゲット市場を指定しなければならない (PROD 3.2.4R)。

組成会社は、発行する各金融商品について、それが対象市場の特定されたニーズ、特性および目的に合致しているかどうかを判断しなければならない。その際、組成会社は、①当該金融商品のリスク・リターンのプロファイルが対象市場と整合しているか、②当該金融商品の設計が、顧客の利益に資するものであるかを確認し、顧客の不利益を前提とした収益モデルを排除しなければならない (PROD 3.2.10R)²⁴⁾。なお、他の事業者を通じて流通することが予定されている金融商品を組成した事業者は、その商品が適合する顧客のニーズと特性を特定する必要がある (PROD 3.2.11R)²⁵⁾。比較的単純で一般的な金融商品の場合、ターゲット市場を詳細に特定する必要はないが、相対的に複雑な金融商品やあまり一般的でない金融商品の場合、ターゲット市場を詳細に定義しなければならない (PROD 3.2.9G)²⁶⁾。

(3) 商品テスト

組成会社は、金融商品が最終顧客に悪影響を及ぼすリスクを評価するため、シナリオ分析を行わなければならない。また、どのような状況で悪影響が発生し得るかを特定する必要がある (PROD 3.2.12R)。

シナリオ分析を実施する際、組成会社は、次のような負の条件、すなわち、①市場環境が悪化する場合、②組成会社等が財政的困難に直面し、またはその

23) これは既存の金融商品の重要な変更の場合にも適用される (PROD 3.2.3R)。

24) See Article 9(11) of the MiFID Delegated Directive.

25) See Article 9(9) of the MiFID Delegated Directive.

26) See recital 19 of the MiFID Delegated Directive.

他のカウンターパーティーリスクが顕在化した場合、③金融商品が商業的に採算が取れなくなる場合、④金融商品に対する需要が予想を大幅に超え、事業者の資源や、基となる金融商品の市場に負担を与える場合を想定して、金融商品を評価しなければならない（PROD 3.2.13R）。また、商品テストを行うにあたり、組成会社は、各金融商品に対して提案された手数料体系も考慮しなければならない。これには、①金融商品のコストおよび手数料がターゲット市場のニーズ、目的、特性に適合していること、②コストおよび手数料が、期待される税制上の優遇措置を上回り、商品の期待リターンを過度に毀損していないか、③金融商品の手数料体系はターゲット市場において適切で、透明性が高く、手数料が隠蔽されたり、理解が困難なほど複雑ではない、などの検証が含まれる（PROD 3.2.14R）。

また、組成会社は金融商品の発売を決定する前に、当該金融商品が金融市場の秩序ある機能または安定性に脅威を及ぼす可能性があるかどうかとも検討しなければならない（PROD 3.2.15R）。

（4） 販売会社への情報開示

組成会社は、当該金融商品の販売会社に対し、①商品に関する詳細及び承認プロセスに関する情報、②特定されたターゲット市場とその評価に関する情報、③当該商品の適切な流通チャネルに関する情報を提供しなければならない（PROD 3.2.16R）。加えて、組成会社は、販売会社が当該金融商品を理解し、適切に推奨・販売できるように、提供する情報が十分な水準であることを確保する必要がある（PROD 3.2.16R）。なお、提供する情報が最終顧客による利用を想定していないものである場合には、組成会社はその旨を販売会社に対して明確に告知する必要がある（PROD 3.2.17）。

（5） 金融商品の定期的な見直し

組成会社は、特定されたターゲット市場における潜在的リスクに重大な影響を及ぼし得るあらゆる事象を考慮し、組成した金融商品を定期的に見直さなけ

ればならない。その際、組成会社は、各金融商品について①金融商品が特定されたターゲット市場のニーズ、特性、目的に合致したままであるかどうか、②意図された流通戦略が引き続き適切であるかどうか、③金融商品がターゲット市場で流通しているかどうか、④金融商品が、そのニーズ、特性、目的に適合しない顧客に届いているかを、最低限評価しなければならない(PROD3.2.19R)。

なお、金融商品の組成を検討する際、組成会社は、契約上のブレイクポイントを最終顧客に伝えなければならない(PROD 3.2.21G)。これは、一定の基準値を超えると、手数料率や条件が段階的に変化する地点のことである。具体例としては、契約期間があまりに長期であるため、最終顧客がその満了期間を適切に把握し得ないような「拘束期間(タイアップ期間)」の終了時などが挙げられる。組成会社が最終顧客を特定できない場合、組成会社は販売会社にあらゆる契約上のブレイクポイントを伝えるべきである。

顧客のリスク特性に重大な影響を及ぼす事象を、組成会社が認識している場合、追加の発行または再販売の前に、当該金融商品を見直さなければならない(PROD 3.2.22R)。また、組成会社は金融商品の潜在的なリスクや期待リターンに影響を与える「重要な出来事・事象」を特定し²⁷⁾、そのような事象が発生した場合には、組成会社は適切な行動を取らなければならない。具体的には、以下の対応が求められる。①直接販売を行わない場合、商品情報および事象の影響について、顧客や販売会社へ情報提供を行うこと、②金融商品の承認プロセスを見直すこと、③当該商品の新規発行を停止すること、④不当な契約条件を排除するため、商品内容を変更すること、⑤想定外の販売状況を認識した場合、流通チャネルの適切性を再検討すること、⑥流通過程の変更について協議するために、販売会社に連絡すること、⑦販売会社との提携・契約を解消すること、⑧当局(FCA)への報告・情報提供を行うこと、が求められる(PROD

27) 金融商品の潜在的なリスクまたは期待リターンに影響を及ぼす可能性のある重要な事象には、①商品のリターンプロファイルに影響を及ぼす閾値の超過、または②その証券および保証が商品のパフォーマンスに影響を及ぼす可能性のある特定の発行体の支払能力、が含まれる(PROD3.2.23G)。

3.2.24 R)。

組成会社は、金融商品が意図したとおりに機能しているかどうかを評価するために、定期的にレビューを行わなければならない（PROD 3.2.25R）。また、組成会社は、投資戦略の複雑性や革新性といった諸要因を考慮し、金融商品の見直しを行う頻度を決定しなければならない。（PROD3.2.26R）。

3-1-2-2. 販売会社の義務と組成会社へのフィードバック

(1) 概要

PROD は、販売会社が、①顧客に販売する商品について理解すること、②投資サービスを提供する顧客のニーズと商品の適合性を評価すること（組成会社が特定した最終顧客のターゲット市場を考慮して評価を行うことが含まれる）、③商品が顧客の利益に最も適している場合にのみ販売されることを確保することを、販売会社の義務として定めている（PROD3.3.1）²⁸⁾。また、販売会社は、特定の組成会社を選定する際、手数料や組成会社の財務力が最終顧客に与える影響を考慮すべきである。また、入手可能な情報に基づき、販売時やその後の問い合わせ・苦情、請求、満期時において、組成会社が顧客や自社に対して「どの程度効率的かつ確実に取引を行えるか」についても検討する必要がある（PROD 3.3.2G）。

PROD 3.3 では、組成会社がこれらの義務を履行するにあたって留意しなければならないポイントを8つの項目に分けている。具体的には、①組成会社からの情報取得、② PROD 3.2 の適用対象外である事業者（第三国の企業を含む）が組成した金融商品の流通、③ターゲット市場と流通戦略、④監督および研修の要件、⑤コンプライアンス報告書、⑥販売後の評価、⑦情報共有、⑧販売会社の連鎖における責任（流通チェーンにおける責任）なお、販売会社も組成会社と同様に重い責任が課せられる。以下では、組成会社からの情報取得、ターゲット市場と流通戦略、監督および研修の要件、販売後の評価（事後レビュー）、

28) See Article 24(2) of MiFID II.

情報共有について見ることにする。

(1) 組成会社からの情報取得

販売会社は、商品が対象市場のニーズに適合するよう、組成会社から必要な情報を取得しなければならない²⁹⁾。これは単なる資料の入手にとどまらず、内容を十分に理解し、必要に応じて組成会社に追加研修を依頼するなどの対応が求められる。理解が不十分な場合は販売を行ってはならない (PROD 3.3.4G)。

(2) ターゲット市場の特定と流通戦略

組成会社が対象市場を定めていない場合でも、販売会社は各々の金融商品に対するターゲット市場を決定しなければならない (PROD 3.3.9R)。ターゲット市場を特定し、流通戦略を立てる際、販売会社は顧客情報や手数料の影響、リスク許容度、組成会社の信頼性などを考慮し、細分化したレベルで定義しなければならない (PROD 3.3.11G)。また、適合しない顧客層 (ネガティブ・ターゲット) を明確にする必要がある。

(3) 監督および研修

商品ガバナンスの体制はコンプライアンス部門が監視し (PROD 3.3.20R)、効果的に管理・決定する責任は経営陣が担う (PROD 3.3.21R)。また、販売会社の従業員は商品の特性、リスク、ターゲット市場のニーズを理解するために必要な専門知識を有していなければならない (PROD 3.3.22R)。

(4) 販売後の評価 (事後レビュー)

販売会社は、商品がターゲット市場に適合し続けているか、販売戦略が適切かを定期的に見直さなければならない (PROD 3.3.26R)。市場環境の変化等で適合しなくなった場合は、ターゲット市場の再検討やガバナンス体制の更新な

29) PROD 3.2.17を参照。

ど、適切な措置を講じる必要がある（PROD 3.3.28R）。

（5） 情報共有

商品のガバナンスを機能させるため、販売会社は組成会社に対し、販売状況や顧客の苦情、ターゲット市場外での販売情報などを定期的に提供しなければならない（PROD 3.3.30R）。これは組成会社による商品の見直しを支援することを目的とする。

（6） 流通チェーンにおける責任

最終顧客に商品を販売する事業者は、PROD 3.3の義務が遵守されていることを保証しなければならない（PROD 3.3.32R）。中間業者として他の販売会社に商品を提供する場合は、適切な情報の伝達を担い、組成会社の義務の履行（情報取得）を支援する責務を負う（PROD 3.3.33R）。また、最終顧客に商品を販売する事業者が実質的に組成に関与する場合は、販売会社は追加的に組成会社の義務（PROD 3.2）も負う。

3-1-3. 規制の遵守状況

3-1-3-1. 2021年のレビュー

FCAは2021年2月、プロダクトガバナンス規制（PROD 3）の遵守状況についてサンプル調査を開始した³⁰⁾。8つの投資会社が対象となり³¹⁾、各社について「ケーススタディ」の対象となる商品が1つ選定された。選定された商品はいずれもイギリスで認可されたファンド（集団投資スキーム）であり、株式や債券、デリバティブなど、幅広い資産クラスを網羅していた³²⁾。FCAは、各

30) See, FCA, *MiFID II: product governance review* (Feb. 26, 2021), <https://www.fca.org.uk/publications/multi-firm-reviews/mifid-ii-product-governance-review>, last visited Mar. 31, 2026.

31) *Id.* 運用資産が20億ポンドの小規模なものから1000億ポンドの巨大な運用会社まで多岐にわたった。

32) *Id.* これらの商品はアドバイザー型および非アドバイザー型（「執行のみ」）の両方のプラットフォームを通じて個人投資家が利用できるものであった。

社が商品を組成・提供するにあたり、MiFID IIを反映したPRODをどのように考慮しているのか、また商品のライフサイクル全体を通じて最終顧客の利益をどの程度重視しているかを評価し、同年8月に報告書を公表した。

調査の結果、プロダクトガバナンスの枠組みに利益相反管理が適切に組み込まれていないという、重大な構造的欠陥が明らかになった³³⁾。特に、金融商品の設計段階で利益相反の問題が十分に考慮されておらず、投資家間での公平な待遇が損なわれるリスクに対し、十分な検証・分析が行われていない実態が明らかになった³⁴⁾。

(1) 商品設計と利益相反

PRODは、投資会社に対し、各金融商品の潜在的なターゲット市場を特定し、当該商品が適合する顧客層と、適合しない顧客層（ネガティブ・ターゲット市場）を明示することを求めている（PROD 3.2.10R）。しかし、多くの事業者がネガティブ・ターゲット市場を十分に特定していないことが判明した（明確に特定していたのは8社中1社のみであった）。通常、商品は「どのような者に売るか（ポジティブ・ターゲット）」を考えるが、複雑な金融商品の場合、不適切な販売（ミスセリング）を防ぐために、逆の視点が必要になる。つまり、対象顧客の知識と経験、損失負担能力、リスク許容度、目的とニーズといった要素から、商品が適さない理由を理論化しなければならない。FCAは、PROD規則に基づき、リスク・リターンがターゲット層と整合しているか、厳格な判断が求められるとした³⁵⁾。なお、調査対象となった全社が利益相反管理体制を整備していたものの、手数料体系のような特定の商品特性が、投資家の不利益の下に、事業者利益をもたらす可能性については検討が不十分であった³⁶⁾。

FCAのルール体系では、金融機関が組織運営、管理体制、内部統制をどのよ

33) *Id.*

34) *Id.*

35) *Id.*

36) *Id.*

うに構築・維持すべきかを定めた規則集（Senior Management Arrangements, Systems and Controls Sourcebook：SYSC）があり、SYSC10は「利益相反の識別・管理」について規定している。SYSC10は、利益相反を識別・管理し、公平性を確保することを目的としたリスク管理・コンプライアンスについて定めるものであり、投資家への誤販売を防止するためのプロセス・ガバナンスである PROD とは目的や性質が異なる。しかし、FCA は、これらを相互補完的に機能させることが必要だとしている。具体的には、①商品設計時の利益相反チェック、②ターゲット市場の設定時の公平性のチェック、③販売戦略の策定時の販売会社に関する利益相反チェック、④販売後のレビュー時の利益相反の再評価である³⁷⁾。

コスト開示が不十分な場合、手数料構造に潜在する利益相反が顧客から見えにくくなり、透明性が損なわれるという問題が生じる。しかも、事業者が金融商品の組成と販売の両方を兼ねる場合は、自社の金融商品に対して偏った見方を持つ可能性があり、細心の注意を払う必要がある。したがって、利益相反は「後付け」ではなく、商品設計の最初の段階から組み込むべきであり、組成会社は販売会社の利益相反リスクも把握しながら、商品の公平性を確保しなければならない³⁸⁾。

37) 例えば、SYSC 10.1.4BR では、事業者は、少なくとも、当該事業者、関係者、または当該事業者と支配関係により直接的または間接的に結びついている者が、①顧客を犠牲にして金銭的利益を得る、または金銭的損失を回避する可能性が高いか、②当該顧客の利益よりも、他の顧客または顧客グループの利益を優先させるような金銭的またはその他のインセンティブがある、③顧客と同一の事業を行っている、④当該顧客に提供されるサービスに関連して、そのサービスに対する標準的な手数料や報酬以外の金銭・物品、またはサービスの形で、顧客以外の者から報奨を受け取っている、または受け取る予定である、⑤保険契約の管理または開発に実質的に関与している場合、特に、当該者が当該保険契約の価格設定または販売コストに影響力を持っている場合、のいずれかに該当するかどうかを考慮しなければならないと規定する。

38) Eversheds Sutherland, *FCA publishes findings of its MiFID II product governance review* (May 13, 2021), <https://www.eversheds-sutherland.com/en/united-kingdom/insights/fca-publishes-findings-of-its-mifid-ii-product-governance-review>, last visited Mar. 31, 2026.

(2) 商品テストとコスト開示

市場の混乱など困難な状況下で商品特性を検証するシナリオ・ストレステストについては、各社の実施手法に相当のばらつきが認められた。具体的には、市場変動やストレス下における原資産の状況、投資家層、集中リスク (concentration) といった商品固有の特性が分析においてどの程度考慮されたか、商品化の可能性 (commercial viability)、過去のシナリオにどの程度依存していたか、などである³⁹⁾。中には、市場動向や商品固有のリスク特性が、商品の評価・見直しに十分反映されていない事例も見受けられた⁴⁰⁾。

コスト開示については、マーケティング資料と投資家への情報提供文書 (KIID 等) の間の不一致が問題視された。より詳細には、リテール投資家向けパッケージ型金融商品 (RIIPs : Packaged Retail and Insurance-based Investment Products)⁴¹⁾の投資家向け文書 (KIID : Key Information Document) と公募投資信託 (ミューチュアルファンド) の主要投資家向け文書 (UCITS KIID : Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities Key Investor Information Document)⁴²⁾において、コストの計算方法が根本的に異なり、表示が統一されていないことなどから、投資家が正確なコストが把握できないという問題があった⁴³⁾。また、評価対象となった事業者の大半において、特にポートフォリオの取引コスト⁴⁴⁾などの特定の手数料項目が、開示から漏れている実態が確認された⁴⁵⁾。

39) *Id.*

40) *Id.*

41) RIIPs は、EU およびイギリスの投資信託、仕組債、保険ベースの投資商品等の小口投資家向けパッケージ型金融商品に適用される開示規制である。異なる種類の投資商品を横断的に比較できるようにすることを目的としており、最大3頁の標準化されたフォーマットが用いられる。コスト (特に取引コスト) とリスクの数値化が厳格である。PRIIPs の取引コストの計算には アライバル・プライス (arrival price) 方式が使われる (Alternative Investment Management Association Limited (AIMA), *PRIIPs and MiFID2 costs and charges*, <https://www.aima.org/static/uploaded/33463dab-ba2b-4d96-a5f9782ea5b8040c.pdf>, last visited Mar. 31, 2026)。

FCAは、事業者が顧客に対して「公正かつ誤解を招かない」情報提供を行うべきであると指摘した。具体的には、会社が広範なマーケティング資料を通じて提供する情報は商品の本質的な特性を反映したものであるべきであり、ポートフォリオの取引コストを含む手数料に関しても、公正かつ明確な説明を行うよう求めている⁴⁶⁾。

(3) 販売会社との連携

一部の事業者では、販売会社の体制の評価（デューデリジェンス）が極めて形式的であった。このプロセスが形骸化すると、販売会社が想定する顧客層と、本来のターゲット市場が合致しているかを確認できなくなり、不適切な層へ商品が提供されるリスクが高まることになる⁴⁷⁾。

一方で、イギリスの仲介サービスへの高い依存度を背景に、組成会社は販売

42) UCITSは、EUおよびイギリスの公募投資信託（ミューチュアルファンド）に適用される枠組みであり、2頁の標準化された文書で、1から7の数値で表されるリスク指標（SRRI: Synthetic Risk and Reward Indicator）により、投資信託などのリスクとリターンの特徴を示すために用いられる共通の基準が用いられる。コスト開示は継続費用（ongoing charges）が中心で、取引コストは原則 KIID に含まれない。ただし、戦略上「リターンに重大な影響がある場合」は記載する必要がある（FIN-USE, *CESR's technical advice at level 2 on the format and content of Key Information Document disclosures for UCITS*, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/FIN_USE_Response_to_KIID_CESR_CP_2009_0909_1.pdf, last visited Mar. 31, 2026）。FCAは、現在、RIIPsおよびUCITS KIIDの要件を、消費者の理解を深めることを目的としたより柔軟なものに置き換えるための準備を進めている。

43) FCA, *Review on disclosure of costs by asset managers* (Feb. 28, 2019), <https://www.fca.org.uk/publications/multi-firm-reviews/review-disclosure-costs-asset-managers>, last visited Mar. 31, 2026。

44) 株式や債券などの資産で構成されたポートフォリオ全体を売買ないし再構築（リバランス）する際にかかる費用であり、単一の銘柄の売買手数料だけでなく、大規模な取引によって生じる市場への影響なども含む包括的なコストをさす（日本証券経済研究所＝証券経済学会編『証券事典』（きんざい、2017）577頁等を参照）。

45) See, FCA, *supra* note 30.

46) *Id.*

47) *Id.*

会社から最終顧客に関する情報を入手できると想定していたが、実際にはこの情報の伝達は極めて稀であった。その要因の1つとして、データ提供の要請が商業的機密に触れるため、組成会社が販売会社に対して影響力を及ぼせていないと感じていることが挙げられる⁴⁸⁾。

FCAは、組成会社と販売会社間の商業的な合意や利害への配慮を優先させるのではなく、適切なデータ共有を可能にする協力関係の構築を最優先すべきだと指摘した⁴⁹⁾。

(4) ガバナンスと監督体制

すべての投資会社がプロダクトガバナンス委員会を設置していたものの、取締役会レベルでの監督機能が弱く、利益相反管理の形骸化により実効性に課題が見られた。また、商品の定期レビューも不十分な実態があった⁵⁰⁾。

具体的には、第2の防衛線（リスク管理・コンプライアンス等）としての役割が不明確であるため、執行部に対する有意義な異議申立て（meaningful challenge）が困難となっていた点が挙げられる。認可ファンドマネージャー（Authorised Fund Manager：AFM）の取締役会においても、プロダクトガバナンスに関する監督責任は認識されていたが、独立非業務執行取締役の専門的知見の不足から、第2の防衛線や関連委員会の業務に対し、実効性のある監督や提言が行われるまでには至っていなかった⁵¹⁾。

また、大半の会社で記録管理の不備が顕著であった。これは、商品設計や監督における正式なプロセスの欠如を示唆している。異議申立てや監督の実施を立証できないことは、プロダクトガバナンスについて責任を負う会社およびシニアマネージャー等の責任者にとって、記録保持を定めた SYSC9（上級管理職体制・内部統制規則集）に抵触するというリスクを伴う⁵²⁾。

48) *Id.*

49) *Id.*

50) *Id.*

51) *Id.*

FCAは、投資会社は、適切な投資サービスがそれぞれのターゲット市場に届くように、自社商品のガバナンスプロセスに対して効果的な統制を講じるべきだとして、社内研修を通じて、投資家のニーズや成果を重視した内容へと改善することが重要だとした⁵³⁾。

3-1-3-2. 2024年のレビュー

イギリスでは、保険商品について独自のプロダクトガバナンス規則を設けている。2021年10月1日に発効したプロダクトガバナンス規則（PROD4）は、非投資型保険商品（一般保険および純粋補償保険）の組成会社および販売会社に適用される⁵⁴⁾。

PROD 4では、組成会社に対し、①商品の承認プロセスの維持・運用の見直し⁵⁵⁾、②商品の定期的な見直しにより⁵⁶⁾、③当該商品が顧客にとって期待どおりの成果を上げ、意図した価値を提供していることを確認すること、④販売会社の適切な営業に対する理解を促進するための情報提供を行うこと⁵⁷⁾を求めている。また、販売会社については、①適切な商品販売体制を整備すること、②当該商品が、特定されたターゲット市場の利益・目的・特性に合致していない場合、またはその他顧客に悪影響を及ぼす可能性のある商品に関連する事情を把握した場合は、直ちに組成会社に通知し、必要に応じて当該商品の流通戦略を修正しなければならないとしている⁵⁸⁾

52) *Id.*

53) *Id.*

54) FCA, *Thematic Review (Product Oversight and Governance thematic review – General Insurance and Pure Protection (PROD 1.4 and PROD 4))*, TR24/2, paras. 2.1-2.4, Aug. 21, 2024, available at <https://www.fca.org.uk/publication/thematic-reviews/tr24-2.pdf>, last visited Mar. 31, 2026. なお、対象からは大規模リスク契約や再保険契約が除かれる。

55) *Id.*, at para. 2.5.

56) *Id.* 見直しは年1回とされるが、必要に応じてそれ以上の頻度になることがある。

57) *Id.* 組成会社は販売会社に対し、①組成会社によって実施された価値評価の結果、②販売活動が商品の全体的な価値に与える影響、③当該商品が公正な価値を提供しない可能性のある顧客層について、情報提供が必要であるとしている。

2022年2月、FCAは損害保険セクターの継続的な監視のために、保険商品の組成会社および販売会社がPROD 4規則を遵守しているかどうかについて96社にアンケート調査を実施し、その一部についてヒアリング調査も実施した⁵⁹⁾。調査は2024年8月に公表された。その結果、保険会社および保険仲介業者において、全体として、適切な商品監督およびガバナンスを定着させる取組が進んでいないことが明らかになった。とりわけ、組成会社の多くが、自社の商品が公正な価値と良好な成果をもたらしていることを適切に評価・立証できないことがわかった。具体的には、調査対象会社の多くが、商品のバリュー（価値）の妥当性について厳格な検証を行ったことや、商品レビューおよびFVA（Fair Value Assessment）の検証の過程で客観的な証拠に基づき明確な判断を下したことを、十分に立証できなかった。また、意思決定を支える管理情報が整備され、それに基づき適切な分析が行われていたかという点についても、確かな回答を得ることはできなかった⁶⁰⁾。また、一部の組成会社は、ターゲット市場の記述が曖昧かつ広範であり、顧客の年齢・性別・収入といった人口統計学的要因のみを定義したものが多く見受けられ、顧客のリスク選好度やリスク許容度が反映されていないものもあった⁶¹⁾。こうした規則の不遵守は、商

58) *Id.*, at para. 2.6.

59) FCAは、調査対象会社にマーケットを代表する22の一般保険商品（General Insurance：GI）の組成会社と6社の純粋補償保険（Pure Protection Insurance：PP）商品の組成会社を含め、45のGI商品（具体的には、住宅保険、自動車保険、旅行保険、ペット保険、医療給付型保険、および民間医療保険商品）と11のPP商品を調査した。その際、各社の商品のガバナンス体制、FVAの記載状況、商品の定期的な見直しの状況、ターゲット市場、複数企業による商品の組成（共同組成）、販売代理店への情報提供を含む販売体制が具体的に検証された。一方で、販売業者については、39社（GI販売業者29社、PP販売業者10社）が対象となり、組成会社と同じ対象商品について調査が行われ、PROD 4.3の関連規定に基づき、商品の流通体制、ターゲット市場、販売戦略が調査された（*Id.*, at paras. 3.1-3.7）。

60) *Id.*, at paras. 1.10-1.11. 特定の指標に関するデータが市場の標準と一致していることで、商品が公正な価値を提供していると説明した会社や、全商品において保険金支払率の許容閾値を20%に設定した会社などがあった。

61) *Id.*, at para. 4.46.

品の本来の価値を享受し得ない顧客に対して商品が販売されてしまうという、現実的なリスクを顕在化させる⁶²⁾。

また、販売会社についても同様に、販売戦略を理解するために必要な情報が十分に得られておらず、販売会社自身の報酬が商品の価値にどのような影響を与えるかが理解されていないことが明らかになった。その背景には、ターゲット市場が詳細に定義されていないことや、販売会社が顧客の目的・関心事および特性を十分に考慮できていないこと、販売会社の策定した販売戦略が、組成会社が特定したターゲット市場と整合しているかどうか疑わしいことがある⁶³⁾。さらに、販売会社が「商品は公正な価値を提供していない」と結論づけられたにもかかわらず、組成会社側で適切な是正措置が講じられないケースも見受けられた⁶⁴⁾。また、問題の特定や検証に不可欠な基礎データが欠如したまま、プロダクトガバナンス委員会や責任者に対し、情報を過度に簡略化して報告していた事例もあったという⁶⁵⁾。加えて、調査では、多くの保険会社や仲介業者が共同組成に関する要件やその適用手法を十分に理解していない実態も明らかになった。共同組成における各社の役割や責任が曖昧な状態では、PROD要件の遵守が危うくなり、ひいては顧客の不利益に直結するリスクが高まることになる⁶⁶⁾。

しかし、実務家からは、FCAが指摘した問題の一部は、PRODと消費者義務規則（Consumer Duty）⁶⁷⁾自体の起草を巡る混乱を反映しているという⁶⁸⁾。例えば、組成会社と販売会社間の責任分担や、脆弱な顧客への対応方法は、市場の多くの関係者にとって依然として不明確なままであるという。ただし、この点についてFCAは、「商品またはサービスの提供を共同で行う事業者に関する声明」と題する文書を公表し⁶⁹⁾、現行規則の解釈を示すとともに、2026年内

62) *Id.*

63) *Id.*, at para. 5.23.

64) *Id.*, at 17.

65) *Id.*

66) *Id.*, at para. 4.50.

に規則の見直しを行う見通しを示している。

3-1-4. イギリスにおけるプロダクトガバナンスの理解

(1) Iscenko および Thomas による分析

PROD の目的は、消費者に適さない商品が販売されるリスクを最小限に抑えることにある。顧客に不利益をもたらす要因は、往々にして構造的な問題と行動経済学的な要素が複雑に絡み合っている。その原因が多岐にわたる一方で、市場を監視する規制当局のリソースは本質的な限界がある⁷⁰⁾。これに対し、

67) 消費者義務規則とは、FCA によって 2023 年 7 月 31 日に導入された、金融サービス企業向けの一連の規則であり、英国の金融機関に対し「顧客にとって良い盛果をもたらすよう行動する」ことを義務づけることで、消費者保護の新たな基準を打ち立てるものである。同規則は、事業者に対し、誠実に行動し、予見可能な損害を回避し、顧客の財務目標を支援し、また、顧客にとって良好な盛果をもたらすことを求めており、特に商品・サービス、価格・価値、消費者理解、消費者サポートという 4 つの主要分野に重点を置いている。なお、同規則には、投資会社や保険会社が、PROD 3 ないし PROD 4 と消費者義務規則の両方の規則の適用を受けないことを明確にするための条項 (PRIN 2A.3) が含まれている。現在、ガイダンスとして PROD 3 を遵守している企業は、PROD の規則に従うか、消費者義務規則に従うかを選択できる (FCA, *FCA highlights areas of focus for firms implementing the Consumer Duty* (Jan. 25, 2023), <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-highlights-areas-focus-firms-implementing-consumer-duty>, last visited Mar. 31, 2026; FCA, *PS22/9 A new Consumer Duty*, <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps22-9.pdf>, last visited Mar. 31, 2026)。

68) Simmons & Simmons LLP, *FCA critical of product oversight and governance in Thematic Review* (Aug. 28, 2024), <https://www.simmons-simmons.com/en/publications/cm0e19rm400gqvc0o0djpycd/fca-critical-of-product-oversight-and-governance-in-thematic-review>, last visited on Mar. 31, 2026.

69) FCA, *Statement on firms working together to manufacture products or services* (Dec. 8, 2025), <https://www.fca.org.uk/publication/good-and-poor-practice/statement-firms-working-together-manufacture-products-services.pdf>, last visited on Mar. 31, 2026.

70) Z. Iscenko, *Have we finally hit on a formula that can transform the efficiency of policy makers' interventions?* (Mar. 17, 2016), <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20240306151452/https://www.fca.org.uk/insight/new-approach-policy-making>, last visited Mar 31, 2026.

FCA は実効性の高い規制を実現すべく、「実効的規制のための経済学(Economic for Effective Regulation : EFER)」のアプローチを導入している⁷¹⁾。この経済分析は、規制設計における市場ベースのアプローチであり、当局が直面する主要な課題（情報の非対称性、外部性、市場支配力、行動の歪み）を総合的に評価するものである。そこには、規制環境の変化に対する市場の反応や、過去の介入実績から得られた知見も包括的に反映されている⁷²⁾。

これを踏まえ、Thomas はイギリスのプロダクトガバナンスにおける3つの経済的特徴を指摘している⁷³⁾。第1は、規制の対象が事業者の「行動」に置かれている点である。同制度は、事業者の行動に介入することで、市場の結果や消費者の選択に間接的な影響を及ぼす。市場参加者に特定の反応を促すべく、市場のダイナミクスそのものを変容させようとする規制戦略といえる。第2に、「ターゲット市場」の概念とニーズを重視することで、リテール金融における2つの市場の不全（行動の歪み⁷⁴⁾と情報の非対称性）への対処を事業者に促している。そして第3は、情報の作成・収集・分析に重点を置いている点である。

Iscenko によれば、EFER の考え方を活用することで、政策立案における「今日の一針、明日の十針（早期の対策が後の大きな手間に勝る）」が実現するといふ⁷⁵⁾。すなわち、初期段階で市場の実態を深く理解し、当局の介入が市場に

71) FCA, Occasional Paper No. 13: *Economics for Effective Regulation* (Mar. 10, 2016), <https://www.fca.org.uk/publications/occasional-papers/occasional-paper-no-13-economics-effective-regulation>, last visited on Mar. 31, 2026. EFER は、規制対象の問題の診断から介入策の設計、そして影響評価に至る規制分析の段階を通じて、行動経済学やデータサイエンスの手法を活用して実社会における市場を評価するための構造を提示している。EFER は、影響評価 (IA) や費用便益分析 (CBA) のような従来のアプローチを重要な点で補完できるとされる (Iscenko, *supra* note 70)。

72) Thomas, *supra* note 1, at 103.

73) *Id.*

74) 商品の組成会社が商品設計にあたり、行動バイアスを利用していることを示唆する文献が増えていることに伴い、2013年、FCA は「金融行動監視機構における行動経済学の適用 Occasional Paper No.1 : *Applying behavioural economics at the Financial Conduct Authority* (Sep. 2013)」を公表した。

及ばず変化を多角的に分析することは、単に想定される影響を定量化するだけの場合よりも、はるかに優れた規制上の意思決定をもたらすことができる⁷⁶⁾。

(2) Chiu による分析

ところで、Chiu によれば、FCAが参照した MiFID のプロダクトガバナンス規則には2つの問題があるという⁷⁷⁾。第1の懸念は、ターゲット市場の設定が、顧客のリスク選好度や財務状況への適合性に偏っており、投資に対する顧客の最終的なニーズと十分に結びついていないのではないかと、という点である。これについて Chiu は、市場リスクを伴う商品であっても、それが顧客の福利 (Customer welfare)⁷⁸⁾や期待をいかに充足させるのかを、より明確に説明しなければならないと指摘する。第二に、プロダクトガバナンス規則は事業者の内部プロセスに依存しているため、当局の監視が及ばないまま事業者が自ら実施する結果となる可能性があることである。これは、ガバナンスの欠如により、事業者による不正または違法な行為を誘発しかねないことを意味する。

この点、イギリスの PROD (プロダクトガバナンス規則) について、Chiu は肯定的な評価を下している。PROD は組成会社に対し、商品が満たすべき具体的な福利のニーズと、それがターゲット市場に適した設計である理由を、平易な言葉で当局に説明するよう求めているからである⁷⁹⁾。当局による直接的な商品の認可制度を採らずとも、こうした事前の精査プロセスは、組成会社が自

75) Iscenko, *supra* note 70.

76) *Id.*

77) Iris H-Y. Chiu, *More Paternalism in the Regulation of Consumer Financial Investments? Private Sector Duties and Public Goods Analysis*, 41 (4) LEGAL STUDIES 657 (2021), at 673.

78) 「顧客の福利」では、単に商品やサービスを提供するだけでなく、顧客の生活の質を向上させる取組が求められる (See, OECD, *Consumer Welfare Standard* (2023), at 11, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2023/05/consumer-welfare-standards-advantages-and-disadvantages-compared-to-alternative-standards_4de3277e/3d174fdf-en.pdf.)

79) Chiu, *supra* note 77.

社の利益（インセンティブ）を優先した設計を行う傾向を抑制し⁸⁰⁾、ガバナンス基準を遵守する規律を植え付ける。その結果、投資会社は、消費者の長期的な福利への影響の可能性を、商品設計の段階から組み込むことを余儀なくされるのである⁸¹⁾。

（3）私見

イギリスのプロダクトガバナンスは、事業者の内部プロセスと記録管理（SYSC9）を厳格に求める一方で、その背後には経済学的な市場の失敗の是正と消費者の実質的な幸福（福利）の追及という、明確な理論的裏付けがある。記録の不備や、第2の防衛線の機能不全といった実務上の問題は、単なる事務的なミスではなく、こうした高度な規制戦略そのものを根底から揺るがす重大なリスクとして認識されている。

また、イギリスの規制環境は、ますますデータ主導型へとシフトしていくことが予想される。金融商品の組成会社および販売会社は、商品が公正な価格と価値（fair value）を提供し、良好な投資成果に寄与していることを証明するために、当局から確固たるエビデンスと運用データの提示を求められていく可能性が高い。この意味において、イギリスのプロダクトガバナンス規制は、形式上は事業者の自主性を重んじるソフトローの枠組みを維持しつつも、実態としては、データによる立証責任を伴うハードローとしての性質を急速に強めているといえる。

（きむら・まきこ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

80) *Id.* and note 152.

81) *Id.* at 674.

フランスにおける用途による 不動産に対する質権の効力

直 井 義 典

はじめに

第1章 伝統的議論状況

第2章 2021年改正

第3章 わが国への示唆

はじめに

(1) 2021年5月15日のオルドナンス2021-1192号によってフランスでは比較的大きな担保法改正がなされた。質権の設定に関しては、用途による不動産(immeuble par destination)上の質権の効力と他人物上の質権の効力の2点につき改正がなされた¹⁾。このうち後者についてはすでに検討を加えたところである²⁾。

本稿では前者について検討を加えるのであるが、その理由はただ単にこれが2021年担保法改正における質権設定要件の変更に関わるからというだけではない。次述のように、これはフランスにおける質権の定義とも関わる重要な問題であると考えられるのである。

1) C. Séjean-Chazal, Le gage du Code civil retrouve ses lettres de noblesse, JCP G 2021 suppl. au n°43-44, nos 5 et 7.

2) 直井義典「他人物上に設定された質権の効力について」筑波ロー・ジャーナル39号（令和7年）33頁以下。

2006年3月23日のオルドナンス2006-346号によってフランス担保法は大改正を受けた。質権に関しては、従前の占有移転型質権に加え、占有非移転型質権が認められることとなった点は、質権と抵当権とを占有移転の有無によって区別するわが国の整理の仕方に鑑みた時に、とりわけ注目に値する。もっとも2006年以前から各種ワラントについては占有非移転型の質権が認められていた。そのため、ワラントにおいて生じていた各種の問題が、2006年改正によって質権一般に拡大された問題となる素地³⁾が生まれたものと言える。こうした問題の1つが、本稿で扱うこととなる用途による不動産に対する質権と不動産上の抵当権との衝突という問題なのである。この問題について、2006年改正においては立法的解決がなされなかったが、改正から15年を経て、残された問題が立法によって解決されたわけである。

(2) 以下の叙述の前提として、用途による不動産とは何かを明らかにしておく。

フランス民法517条は、

「財産は、あるいはその性質によって、あるいはその用途によって、あるいはその権利の客体によって不動産である。」⁴⁾

と規定し、不動産を性質上の不動産、用途による不動産、目的とする物による不動産⁵⁾の3つに分ける。

そして用途による不動産については、524条が以下のように規定する⁶⁾。

3) なお、質権に関する2021年改正の特徴として、Séjean-Chazal, op.cit., n°1は、条項の積極的な修正よりも規定の廃止が目立つこと、特別法の規定が廃止されることによって質権に関する一般規定が民法に統合されていることを挙げる。

4) フランス民法の翻訳にあたっては、以下を参照した。

2021年改正については、片山直也＝齋藤由起訳「2021年フランス担保法改正オルドナンスによる民法典の改正」法学研究95巻11号（令和4年）65頁以下、2006年改正については、平野裕之＝片山直也訳「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、それ以前の規定については、神戸大学外国法研究会編『仏蘭西民法Ⅱ』（有斐閣・昭和31年復刊）及び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——』（昭和57年）。

「①土地の所有者がその土地の用役及び経営のためにそこに設置した物は、用途による不動産である。

②土地の所有者がその土地と同じ目的のために土地上に置いた動物は、用途による不動産である。」

③したがって、「以下の物は、」所有者が土地の用役及び経営のために設置したときは、用途による不動産である。

農業用具

定額小作人又は分益小作人に与えられる種子

蜜蜂の巣箱

圧搾機、ボイラー、蒸溜器、貯蔵槽及び樽

鍛冶場、製紙場その他の工場の経営に必要な用具

藁及び肥料

④所有者が土地に常設的に付着させたすべての動産物件もまた、用途による不動産である。」

用途による不動産とされることによって、動産としての性質を残しながらも不動産としての扱いを受けることとなる。また、本条は1項から4項のいずれにおいても、不動産本体と用途による不動産の所有者が同一であることを求めている。このことが不動産本体に設定された抵当権の効力範囲に影響するのであるが、この点は後述する。

また、525条は524条4項の「土地に常設的に付着させた」の文言の意味内容を、以下のように説明する。

「①動産物件が土地に漆喰、石灰若しくはセメントによって接着されている

5) 不動産を客体とする権利であって、所有権以外のものを指す（前掲・仏蘭西民法Ⅱ 19頁〔實方正雄〕）。

6) 522条1項も動物の不動産化を定める。

「①土地の所有者が耕作のために定額小作人又は分益小作人に引き渡す動物は、評価されているか否かにかかわらず、それが合意の効果によって土地に付着させられている限り、不動産とみなされる。」

とき、又はそれらが破砕も毀損もされずに、若しくはそれらが付着している土地の部分破壊も毀損もすることなしに分離することができないときは、所有者は、動産物件を常設的にその土地に付着させたものとみなされる。

②部屋の鏡は、それが付着している裏板が壁板と一体をなすときは、常設的に付されたものとみなされる。

③絵画、その他の装飾物についても、同様である。

④彫像については、それを受け入れるために特に作られた壁龕に設置されているときは、それらが破砕も、毀損もなしに除去することができても、不動産である。」

もともと「これらの規定は、主として、農地（不動産）への事業用固定資産の付加という形で農業社会に対応しようとしたものである。その後、判例は、造園業に必要な培養土のストック、製造機械、ブラッスリーの樽などに拡張し、19世紀後半以降の産業社会にも対応している。」⁷⁾近時、用途による不動産の例として挙げられるのは、ソーラーパネル・風車・タービン・トランス（変圧器）・太陽光発電所・工場設備等であり⁸⁾、現代的産業に対応するものとなっていることから、用途による不動産という概念が決して現代的意義を有しないものではないことを物語っている。

本稿では、フランスにおける用途による不動産に対する質権の効力につき、立法の変遷に即して検討する。

(3) 以下、第1章では、伝統的に、用途による不動産に関する質権と抵当権

7) 片山直也「財の集散的把握と財の法」吉田克己＝片山直也編『財の多様化と民法学』（商事法務・平成26年）129頁。

8) Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés; C. Leveneur, La réforme des sûretés et le gage d'immeuble par destination, JCP N 2021, n°1332, n°1; D. Legeais, Droit des sûretés et garanties du credit, 15^e éd., 2022, n°457; A. Gouëzel, Le nouveau droit des sûretés, 2023, n°416.

Ph. Simler, La réforme du droit des sûretés, 2022, n°70は、これらの財産に関わることから2334条は重要な規定であるとする。

の競合が判例・学説上どのように解決されていたのかを概観する。第2章では、2006年の担保法大改正を受けてこの問題の発生領域が拡大され2021年改正に至る過程、2021年改正の内容及び学説による批判を取り上げる。そして第3章では、フランス法のまとめをした後に、わが国への示唆を得ることとする。

第1章 伝統的議論状況

これについてはすでに優れた論考⁹⁾があることから概観するにとどめる。

(1) 用途による不動産上に抵当権と質権の双方が設定されてこれらの衝突が問題となるケースとしては以下の2つが考えられる¹⁰⁾。第1は、動産に質権が設定された後に、その動産が用途による不動産となるケースである。第2は、当初から用途による不動産であって抵当権の効力が及んでいる財産に後に質権が設定されるケースである。

もっとも、2006年改正以前には、以下に述べるように、ここに挙げたケースのいずれも限定された局面でのみ生じるものであった。

第1のケースにおいては質権の帰趨が問題となりうる。仮に、用途による不動産化によって質権が消滅するものとすれば、質権者が損害を被るばかりでなく、質権の目的たる動産が将来用途による不動産化する恐れから動産を目的とする融資が回避され、そのことが動産所有者が融資を受ける可能性を狭めることになる。明文規定はなかったものの、質権 (gage) は動産にのみ設定できるものと解されていた^{11, 12, 13)} ために質権の客体が用途による不動産化すること

9) 伊藤英樹「仏民法・用途上の不動産に関する担保権の競合」愛知学院大学論叢法学研究30巻1・2号(昭和61年)1頁以下。

10) A. Hontebeyrie, Le gage sans dépossession et l'immeuble par destination, JCP N 2016 1108, n°1; Séjean-Chazel, op.cit., n°5; Leveneur, op.cit., n°2.

11) Grenoble, 3 mars 1903, S.1905.2.230.

このことは不動産質という制度が存在しなかったことを意味するものではない。2006年に廃止されるまで、旧2085条以下に不動産質 (antichrèse) という制度が存在しており、gage と antichrèse とを統合する概念として nantissement の語が用いられていた(旧2071条・旧2072条)。ここでの問題は、gage が用途による不動産を含め不動産には設定できないとされていたことである。

によって質権が消滅する^{14, 15)}ことから、こうした懸念が妥当しそうである。すなわち、このケースでは、不動産上に設定された抵当権は、抵当権の設定後に生じたものであっても、用途による不動産に自動的に効力が及ぶ¹⁶⁾のであるから、抵当権の効力のみが認められることとなる。しかし、そもそも2006年の担保法大改正以前の民法典においては、質権には占有移転型のものののみが認められており、そのため、質権の設定後に目的物たる動産が用途による不動産化

12) Séjean-Chazal, op.cit., n°5も、質権が有体動産上の担保と定義されることによって、用途による不動産への質権設定が有効であるかが問題となるとする。

13) L. Aynès = P. Crocq = A. Aynès, Droit des sûretés, 16^eéd., 2022, n°316によれば、質権は元来、不動産・動産を問わずあらゆる財 (bien) に設定できるものであった。英語の表現である mortgage〔死質を意味する〕が古代の活質 (vif-gage) (抵当と同等のものを示す) と対比されることがこれを物語る、とする。

14) Cass. req., 20 janv. 1913, S.1920.1.33; Cass. crim., 26 oct. 1960, Bull. Crim., n°479〔質物の横領に関する刑事事件〕; Cass. 3^e civ., 26 juin 1991, B.Ⅲ.n°197〔所有権留保の目的動産が用途による不動産となったことにより動産としての性質を失うとした事例〕. 学説においても同様に解されていた (Leveneur, op.cit., n°1.)。

15) 動産先取特権についても同様の扱いがなされている (M. Mignot, Les sûretés réelles relatives aux immeubles par destination, JCP G 2023, n°142, n°2.)。すなわち、動産先取特権にはそれが用途による不動産に拡張されることを定める一般的な法規定がないために、動産が用途による不動産化した場合には動産先取特権は失われる。動産売買先取特権 (2332条3号) の場合がこれである。例えば、Alger, 15 fév. 1892, D.1892.2.472は、大樽に付着していた動産売買先取特権が、この大樽が用途による不動産化されることによって抵当権に劣後するものと判示する。ただし、不動産貸主の先取特権 (2332条1号) は例外的に目的動産が用途による不動産化されても存続する。

16) 2006年改正前2118条「以下のものののみが抵当権の目的たりうる。

- 1 取引される不動産及び不動産とみなされるその付属物
- 2 その存続期間中について、同様の財産及び附属物の受益権」

Cass. req., 15 juill. 1867, D.1868.1.269; Cass 3^e civ., 6 janv. 1972, B.Ⅲ.n°11. また、Cass. req., 2 juill. 1901, D.1909.1.342は、抵当権の効力は、性質による不動産 (immeuble par nature) であると用途による不動産であるとを問わず、改良部分に及ぶ、とし、Toulouse, 15 mars 1911, D.1911.2.309は、抵当権の効力が及ぶことを抵当証書において言及する必要はない、とする。

用途による不動産に入れ替わりが生じた場合は、新たに用途による不動産となった財に対して物的代位によって及ぶこととなる (Mignot, op.cit., n°3.)。

することは考え難い。

第2のケースはさらに2つに分けられる¹⁷⁾。1つは、法律を遵守する場合である。法律によって認められた場合を除いては、所有者は用途による不動産を担保に供することができない¹⁸⁾。このため、抵当権と質権の競合は特別法の適用範囲でのみ生じる問題であった。もう1つは、所有者が用途による不動産という性質決定を無視して質権を設定した場合であるが、この場合は質権が無効とされるため、抵当権との衝突の問題は生じない。

このほか、用途による不動産に及んでいた抵当権の効力が問題となるケースとして、抵当権設定者が用途による不動産を取り外して第三者に譲渡するケースが考えられる。この場合、買主が抵当権の存在について善意であれば、取り外された動産は用途による不動産としての性質を失い、抵当権は消滅する¹⁹⁾。ここにおいて、抵当権は第三者への売却代金上に移転することとなる。また、買主は占有改定によって引き渡しを受けるのみで足りる²⁰⁾。

第三者が所有権ではなく質権を取得した場合については明確ではないが、質権について即時取得が成立すれば、抵当権が消滅することとなるものと考えられる。

(2) それでは、用途による不動産について抵当権と質権が競合した場合、それらの優劣はどのようにして決せられることとなるのか。

この問題は、本体不動産とそこに据え置かれる動産とが同一所有者に属する

17) Leveneur, op.cit., n°2.

18) 例えば、ホテルワラントに関する商法旧 L.523-1 条 1 項・設備機材備品質（訳語は、片山直也「動産・債権担保をめぐる新たな2つの動向」『財産の集散的把握と詐害行為取消権』（慶應義塾大学出版会・令和6年）184頁（初出：令和3年）によった。）に関する商法旧 L.525-8 条 1 項・旧 L.525-9 条のような法定の例外を除き、用途による不動産は質権の目的とならなかった。

19) Cass. req., 30 mars 1868, D.1868.1.417; Cass. civ., 5 juill. 1880, D.1880.1.321; Cass. req., 21 nov. 1894, D.1895.1.277.

Cass. civ, 1 mai 1906, D.1909.1.345 は、即時取得の成立を肯定した原判決を破毀して1審判決と同様に即時取得を否定する。

20) Caen, 24 mars 1902, S.1904.2.233 など。

場合にのみ生じる。なぜなら、前述のように用途による不動産化が生じるためには、本体不動産とそこに据え置かれる動産とが同一所有者に属するのでなければならぬものと定められているからである。これらの所有者が同一でない場合には不動産化が生じないために抵当権の効力は及ばず、担保権の競合は生じないこととなる²¹⁾。

用途による不動産上の担保権競合の解決方法として、抵当権優先説、質権優先説、対抗要件説の3説があるが、抵当権優先説が判例の主流であった²²⁾。抵当権優先説の根拠は、用途による不動産となった結果、営業財産等に設定された質権は無効となるという点にある²³⁾。

しかし、抵当権優先説に対しては、抵当権を優先させる前提として、この見解が用途による不動産への質権の効力を否定する点につき、有力説による批判が加えられていた。その根拠としては、用途による不動産化した財に抵当権のほかには営業財産質権が及ぶかは営業財産に関する1909年3月17日の法律9条の解釈によってなされるべきこと、農業ワラントに関する1906年4月30日の法律1条は用途による不動産が動産担保の目的となるのを禁止されるのは例外的な場合に限られるものと規定していること、用途による不動産の不動産としての性質決定は擬制的なものにすぎず本来の動産としての性質が失われるわけではないこと²⁴⁾、用途による不動産を動産質権の客体とする場合は営業財産質

21) 伊藤・前掲25頁。なお、Ch. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, 2016, n°434は、債務者がその活動を自己の所有する不動産上で行う場合と賃借不動産上で行う場合とで不釣り合いを生じさせる、と指摘する。

22) 伊藤・前掲5頁。

23) 伊藤・前掲10-11頁。

24) M. Cabrillac = C. Mouly = S. Cabrillac = P. Pétel, *Droit des sûretés*, 10^eéd., 2015, n°1042は、動産が性質による不動産となった場合、当該動産は同一性を失うから質権は消滅するのに対し、用途による不動産は擬制に過ぎないから、用途による不動産化によっては動産はその同一性もその動産としての性質も失わず質権は消滅しないとする。そして、目的(assiette)がより狭い担保はより広範な担保に勝り、また、その基礎付けを理由として保存者の先取特権や債務者の責任財産を増大させた者に優位を認めるといった考え方によって、抵当権との優劣が決められるべきであると解する。

権の登記をもって動産の現実の引渡しと等質のものとなしうるのであってその場合は営業財産質権の登記は用途による不動産を本体不動産から分離させるという所有者の分離意思を第三者に示すものなのではないか、といった点が挙げられていた²⁵⁾。

第2章 2021年改正

(1) 以上のように、伝統的には、用途による不動産について抵当権と質権が競合するのは特別法によって質権の成立・存続が認められる場合に限定されていた。ところが、2006年改正によって占有非移転型質権が認められる²⁶⁾ことで用途による不動産上の質権の効力が認められることによって、問題の発生領域が拡大されることとなった。

すなわち、動産に占有非移転型質権が設定された場合、占有をするのは設定者であるから、設定者が当該動産を一定の用途に供することによって用途による不動産化を生じさせることが可能となる²⁷⁾。そして、動産が用途による不動産化した時点ですでに土地上に抵当権が設定されていたケース、あるいは、後に土地上に抵当権が設定されたケースのいずれにおいても土地の抵当権が用途による不動産に及ぶこととなる。そのため、用途による不動産について質権と抵当権が競合することとなる。

また、占有非移転型質権が認められることによって、当初から用途による不動産である財の占有を移転することなく質権を設定することも可能となる²⁸⁾。用途による不動産には抵当権の効力が及んでいたわけであるから、ここでも用途による不動産について質権と抵当権が競合することとなる。

25) 伊藤・前掲特に26頁以下。

26) 2006年改正2337条

「① 有体動産質権は、それにつきなされた公示 (publicité) により第三者に対抗できる。

【②以下、略】」

27) M. Mignot, Les sûretés réelles relatives aux immeubles par destination, JCP G 2023, n°142, n°2 も、2006年改正2334条1項により用途による不動産は質権の目的となったため、用途による不動産化は質権の有効性に影響しないものと言わなければならない、とする。

このように伝統的には営業財産のように明文規定のある例外的ケースを除いては用途による不動産上の担保権が競合することは考え難かったわけであるが、こうした競合が一般に生じることとなったのである。それにもかかわらず、用途による不動産に質権を設定できるかについて明文規定は置かれなかった²⁹⁾。

他方、以下の3つの理由により用途による不動産に質権を設定することで融資を獲得することの重要性が増すこととなった。第1に、前述したように産業構造の変化により用途による不動産として想定されるのが農業資産からソーラーパネルや風力発電設備・タービンのような工業資産へと変化するに伴って、用途による不動産の価値は増大したために、用途による不動産の担保適格が増したことである。第2に、それと同時に、質権の設定には抵当権に比べて費用が掛からないことが指摘されている³⁰⁾。すなわち、不動産全体に抵当権を設定するよりも、用途による不動産についてのみ質権を設定の方が、公示費用がかからないということである。第3に、用途による不動産に抵当権しか設定できないとすると、信用供与を受けるに際して設備品は動産として扱われないこととなって、占有非移転型質権を認めることによって担保の浪費現象の根絶を目指したにもかかわらず、こうした浪費現象が生じることとなることも指摘されている³¹⁾。これはすなわち、設備品上への担保設定のみで融資が可能であるにもかかわらず不動産全体を担保に供ししなければならないことで、過剰担保を

28) Ph. Théry = Ch. Gijssbers, *Droit des sûretés*, 2022, n°226 は、2333 条は質権の目的を「動産 (mobiliers)」とするが、今日では、不動産であるものが不動産化が止んだ時を見越して質権の目的となることを妨げない、とする。

2006 年改正 2333 条「① 質権は、設定者が債権者に、有体動産又は現在ないし将来の有体動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。

② 被担保債権は、現在のものであっても将来のものでよい。ただし、将来の債権は特定可能なものでなければならない。」

29) Leveneur, *op.cit.*, n°1 は、占有非移転型質権が認められたにもかかわらず用途による不動産への質権設定の可否について規定を置かなかったことで隙間が生じており、2021 年改正はこの隙間を埋めるものであったとする。

30) Gijssbers, *op.cit.*, n°433; B. Mercadal, *Réforme du droit des sûretés*, 2021, n°175.

設定せざるを得ないという問題を指摘するものである。

2021年改正法は、用途による不動産への質権設定を認めることによってこうした実務上のニーズに対応しようとするものであった³²⁾。

(2)(a) この問題について、まず、グリマルディ委員会による担保法改正草案2333-1条が規定を置いた³³⁾。

31) 2021年改正後の論考であるが、Séjean-Chazel, op.cit., n°5. また、Leveneur, op.cit., n°3 も、用途による不動産の所有者が信用供与を受ける可能性を制限するものと述べる。

2021年改正前の論考では、Gijsbers, op.cit., n°434 が、質権設定を可能とするには用途による不動産であることを止めなければならないが、判例 (Cass. civ., 27 juin 1944, D.1944.93; Cass. 1^{re} civ., 4 juin 1962, B. I. n°284; Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1998, B. I. n°143.) は所有者がそのような意思を表明しているだけでは足りず、「財産の実効的な除去」を要求している。こうした要求は、自己の経済的目的にかかった使用を継続しつつ、不動産を全体として担保目的に供することはせずに信用供与を得たいという債務者の期待に応えるものではない、との批判を加える。さらに Gijsbers, op.cit., n°436 は、財産の実効的な除去は第三者への情報提供のためだけに求められるものに過ぎない。用途による不動産化の取りやめを第三者に示すことが十分にできるのであれば、財産の実効的な除去がなくてもその財産に動産としての性質を取り戻させて良い。占有非移転型動産担保の公示は、この要件を満たすものと考えられる。これに対しては不動産に権利を得ようとする者は動産の登記の状態を見ようとはしないとの反論が考えられる。しかし、こうした追加的な負担は、不動産所有者が不動産化した要素〔附属物〕を別途充当することで信用を得られることによってバランスが取れているものと考えられる、とする。J. -D. Pellier, *Réflexions sur le gage ayant pour objet un immeubles par destination ou un meuble par anticipation*, D.2020.1236, n°1 も、用途による不動産上の質権設定を認めることによって、多くの財産が抵当権や不動産質権よりも拘束的でない方法によって債権担保に供されることは喜ばしいことである、としていた。

32) ジャン＝ジャック・アンソー「有体動産・集合財産上の担保」法学研究97巻7号(令和6年)15頁は、2021年改正法を、「立法者は、この場面で、動産と不動産との対比の絶対的性格にとらわれることを拒み、いくつかの資金調達、特に風力発電所や太陽光パネルについての資金調達に、より適合的な法的道具立てを提供している」と、資金調達を容易化した点を肯定的に評価する。

33) 企業の成長と変革に関する2019年5月22日の法律2019-486号60条1項3号は、適用にあたっての困難を解決するために有体動産質権に関する民法の規則を明確にし、特に、質権が用途によって不動産化された動産にも設定し得ることを規定し、質権に関する規則と民事執行手続法に規定された規則との連携を規定し、質権設定者の質物に対する権利および他人の物の質権の制裁を明確にし、職業上の目的で確立された質権の実行に関する規則を緩和する。)ことを、政府がオルドナンスで制定できる事項とした。

「質権は、用途によって不動産化した動産を目的とすることができる。」³⁴⁾

これを受けて、2021年改正の2334条は次のように定める。

「①質権は用途によって不動産化した動産を目的とすることができる。

②抵当債権者と質権債権者の間の優先順位は、第2419条に従って決定される。」

1項では、グリマルディ草案と同様に、用途による不動産に質権が設定されることが明文で認められている。1項は用途による不動産化された時期を質権設定の前後で区別していないことから、同項は、動産に質権が設定された後にその動産が用途による不動産となるケースと、用途による不動産であって抵当権の効力が及んでいる財産に後に質権が設定されるケースの双方に適用されることとなる³⁵⁾。

これによって用途による不動産上に質権と抵当権との競合が生じることとなったために、2項でその優劣の決定基準は2419条³⁶⁾によるものとする。

2419条「不動産とみなされる財産に質権が設定されている場合における抵当権と質権の優劣は、質権者の有する留置権に関わりなく、それぞれの権利証書（les titres respectifs）が公示された日の先後で決する。」

本条は、大統領に対する報告で明らかにされていたように³⁷⁾、ワラント所持者の質権と不動産担保権者の有する先取特権や抵当権との衝突を規定する2021年改正前の2425条7項³⁸⁾を拡大適用³⁹⁾するものである。2021年改正前

34) 翻訳は、片山直也＝齋藤由起訳「2017年フランス担保法改正準備草案」法学研究94巻6号（令和3年）104頁によった。

35) この点は大統領に対する報告書（Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. 総論部分の翻訳は、片山＝齋藤訳・前掲（法学研究95巻11号）72頁以下。）でも明らかにされているところであり、学説上も異論はない（Séjean-Chazal, op.cit., n°5; Leveneur, op.cit., n°4. アンソー・前掲15頁。）。

36) 本条は、グリマルディ草案2430条3項をもとにしているが、留置権に関する部分は後に付加されている。

37) こうした規定内容とした理由を、わかりやすさのため（pour des raisons de lisibilité）とする。

2425条7項と比べると「質権者の有する留置権にも関わりなく」という文言が付加されているが、この点は、大統領に対する報告書によると、質権者の有する留置権が時系列順の優先ルールを混乱させることがないようにとの配慮によるものである。

なお、抵当権設定後に生じた用途による不動産にも抵当権の効力が及ぶことは、すでに2006年改正前2133条1項によって明らかにされていたが、2021年改正において2389条が次のように後段を付加することによって、一層明確となっている。

2021年改正2389条「抵当権は、不動産について生じた改良に拡張される。不動産とみなされる附属品に対しても同様に拡張される。」

もっとも、すでに論じているように用途による不動産上の質権と抵当権の競合という問題自体は2021年改正によって新たに生じたものではなく⁴⁰⁾、また、2334条2項は少数とはいえ2006年改正前から特別法上の質権について有力に主張されていた対抗要件説を採用したものである。

(b) 用途による不動産上の質権を実効的なものとするために⁴¹⁾、民法典を改正したのと同じオルドナンスにおいて、担保権の実行方法につき民事執行法典の修正がなされた⁴²⁾。

38) 2021年改正前2425条「⑦ 不動産とみなされる財産にワラント所持者が質権を有している場合における先取特権者や抵当権者とワラント所持人の優劣は、それぞれの権利証書が公示された日の先後で決する。ワラントの公示は特別法の定めるところによる。」

39) Leveneur, op.cit., n°5. また、Simler, op.cit., n°104; Mercadal, op.cit., n°348; Pellier, n°1 も、2425条7項の一般化とする。

40) Simler, op.cit., n°70.

なお、Leveneur, op.cit., n°8では「用途による不動産上の質権という新種の質権」とされているが、明文化されたのが2021年改正法によるという意味であって問題自体が従前より存在していたことをも否定するものではない。

41) Leveneur, op.cit., n°8.

42) 民事執行法典の翻訳にあたっては、2017年1月1日現在の同法典の翻訳である法務省大臣官房司法法制部編『フランス民事執行法典（法律部・規則部）』（法曹会・平成30年）を参照した。

民事執行法 L.112-3 条「用途による不動産は、不動産と独立して差し押さえてはならない。ただし、その対価の支払のためであるとき及びそれに設定された質権の実行のためであるときは、この限りでない。後者の場合、それが結合されていた不動産との分離によって財産に損害を生じさせずに分離が可能である場合に限り、差し押さえることができる。」

本条は、用途による不動産上の質権設定が認められたことを受けて、2021 年改正前の条文⁴³⁾に用途による不動産上の質権実行のための差押えを認めるとの規定を付加し、その条件として本体不動産との分離によって損害が生じないことを定める⁴⁴⁾ものである。

2021 年 12 月 29 日のデクレ 2021-1888 号で追加された民事訴訟法 1281-20 条は、用途による不動産上の担保権の競売による実行手続について規定する。また、民事執行法典 L.221-5 条⁴⁵⁾は、用途による不動産について担保権を公示したすべての債権者に対して売却差押え（saisie-vente）を終結させる配当への加入を認め⁴⁶⁾、民事執行法典 L.331-1 条⁴⁷⁾は、質権者に対して、不動産全体の差押を終結させる配当への加入を認める⁴⁸⁾。同法 R.331-4 条・R.331-5 条⁴⁹⁾は、

43) 2021 年改正前民事執行法 L.112-3 条「用途による不動産は、不動産と独立して差し押さえてはならない。ただし、その対価の支払のためであるときは、この限りでない。」

44) 大統領に対する報告書によると、この部分は所有権留保に関する 2370 条を参照したものとされる。これに対し Gouëzel, op.cit., n°425 は、差押えが質権実行の唯一の方法ではないことから、2370 条の場合と相違が生じることを指摘する。

2370 条「所有権留保がされた動産の別の財産への付合は、その物が損害を生じることなく分離可能であるならば、債権者の権利を妨げることはない。」

45) 民事執行法典 L.221-5 条「売却代金についての権利の主張が認められるのは、差押財産の検認前に申立てをしていた差押債権者又は参加債権者及び差押前にこの財産について保全処分の手続又は担保の公示をしていた者に限られる。」

46) ここにおいては抵当権者との競合も生じうる。

47) 民事執行法 L.331-1 条「売却代金に対して権利を主張することが認められるのは、差押債権者、差押の効力を有する差押前支払催告の公示の日に差押不動産につき登記されている債権者、売却証書の公示前に当該不動産につき登記され、かつ、手続に参加した債権者、民法典第 2377 条及び第 2402 条第 3 号所定の債権者及び売却証書の公示前に用途による不動産上に担保権を公示した債権者のみである。」

質権者に対する債権届出の請求・届出期間を定める。

担保目的物が任意売却された場合、先取特権(2330条4項)や留保所有権(2372条1項)は、いずれも追及効が認められておらず、物的代位によって売却代金債権上に移転する。用途による不動産が本体不動産から取り外されて任意売却された場合、抵当権者は物的代位によって売却代金債権に対して抵当権を行使できる。以上を根拠に、ミニヨは、用途による不動産に質権が設定されていた場合には質権者も同様に売却代金債権上に質権を行使できるのでなければならない、と主張する⁵⁰⁾。

(3)(a) 2021年改正法に対しては、特に2334条2項が対抗要件説を採用した点をめぐって、学説⁵¹⁾は、これが明瞭でわかりやすいものであることを評価しつつも、問題点を指摘する。

第1は、登記の一元化が提案すらなされなかったことである⁵²⁾。登記の一元化がなされていないゆえに、担保権設定の有無を調査するのに手間がかかることになる。

第2は、改正以前から指摘されている、いわゆる順位の格下げ問題である。

これは、すでに質権の目的となっていた財産が後に用途による不動産となったケースで問題となる。仮に本体不動産上の抵当権設定登記が質権の設定登記

48) Séjean-Chazal, op.cit., n°6は質権者自らが差押ができる可能性があるのみでは不十分であり、担保権者が手続によって得られた配当に参加できるのでなければならないと指摘する。これが配当加入を認める民事執行法典 L.221-5条・L.331-1条の規定に反映されている

49) 2021年12月29日のデクレ2021-1887号で追加された規定である。

50) Mignot, op.cit., n°7. ミニヨは、先取特権者や留保売主と異なり質権者には追及権があることを根拠とするが、この点は疑問がなくもない。用途による不動産に対する抵当権の効力についてもそうであるように、任意売却によって担保権が消滅するからこそ物的代位によって担保権を保護する必要があるのであって、追及効があるのなら物的代位を認める必要はないとも考えられるからである。もっとも、2472条2項は、用途による不動産が売却された場合、第三取得者は質権者による追及権を濫除できるものと規定しており、この場合を想定すればミニヨの指摘には理由があることになる。

51) Leveneur, op.cit., n°6. また、Séjean-Chazel, op.cit., n°6は、伝統的な選択とする。

52) Leveneur, op. cit., n°7; Gouëzel, op.cit., n°423.

よりも前になされたものであったとする。ここにおいて、用途による不動産化が生じるまでは、質権者は第1順位の担保権者であった。しかし、用途による不動産化がなされることにより、担保権の順位は抵当権と質権の登記の先後によって決せられることとなるから、質権者は第2順位の担保権者となる。質権者は、第1順位から第2順位に格下げされたわけである。これは当事者の当初の想定を覆すものであるとして、問題視する見解が多い⁵³⁾。

そして、こうした問題に対処すべく、実務上は以下のような対応が取られることになる。すなわち、質権者は、設定者の今後の事業計画がいかなるものであるかを精査することになり、用途による不動産となることが予定されていないかを確認することになる。他方、抵当権の設定を受けて与信をする際にも、抵当目的不動産のうちに用途による不動産が含まれていないこと、含まれている場合には事前に登記がなされた質権が存在しないことを確認することとなる⁵⁵⁾。

こうした対応を要するということは、担保権の設定に際して調査すべき事項が増加し、取引コストを増大させることとなる。また、質権を利用した動産信用を抑制する要因となるだろう。

(b) このように対抗要件説には問題があることを指摘して、ジュリエヌは質権優先説を主張する⁵⁶⁾。すなわち、すでに用途による不動産となっている財にワラントを設定できるとする農業ワラントに関する農業及び海洋漁業法典 L.342-1条2項やホテルワラントに関する商法旧 L.523-1条の解決、設備機材備品質は「担保の目的たる財が用途による不動産となっても存続」（商法旧 L.525-8条）し、通告がなされているのであれば抵当権に優先する（商法旧 L.525-9

53) M. Julienne, Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun?, D.2016, p.1266, n°7; Leveneur, op. cit., n°6; Séjean-Chazal, op.cit., n°6. 伊藤・前掲 19頁もこの批判に賛成する。

54) Leveneur, op.cit., n°6.

55) Simler, op.cit., n°70 も、抵当権者・質権者とも設定時に、質権・抵当権が存在しないか公示を確認する必要がある、としていた。

56) Julienne, op.cit., nos 6 et 7.

条Ⅱ)といった解決が、動産信用を強化するものであり、質権一般に拡大されるべきである、というのである。しかしこの見解は異端にとどまる。

(4) 用途による不動産とは反対に、収穫物のように、現時点では不動産であるが後に動産となるものがある。これが先取による動産 (meuble par anticipation) である。

Cass. 1^{re} civ., 12 nov. 2015, D.2016.178 は、農業ワラントによる担保権⁵⁷⁾はすでに存在する収穫物 (農業及び海洋漁業法典 L.342-1 条) だけでなく、民法の質権規定を適用することにより将来の収穫物にも及ぶものと判示していた。他方、2333 条 1 項が将来動産の質入れを認めることから、設定時には不動産であっても、先取による動産について占有非移転型質権を設定することができる。そのため、先取による動産についても、用途による不動産の場合と同様に担保権の競合が生じ得ることとなる。このことを明確にするために、グリマルディ草案 2333-1 条に「また先取による動産」という文言を加えて、用途による不動産だけでなく先取による動産にも質権が設定できることを明確にすべきである、との主張もあった⁵⁸⁾。こうした方向性を支持する見解も見られた⁵⁹⁾ものの、2021 年改正において先取による動産に関する規定は設けられなかった。

57) 2006 年の担保法改正で占有非移転型質権が認められたことで、農業ワラントによる担保の性質が変化したのが問題とされた。一方では、この担保権の性質はもともと民法上の質権のそれを前提とするものであるから、質権の性質の変化に伴いこの担保の性質も変化するようになる。従前は擬制による占有移転によって基礎づけられていたものが、占有移転を擬制する必要がなくなったことから、今日ではこの担保は占有移転がないものとして抵当としての性質を有することとなる、との見解が主張された。他方では、質権の性質の変化に伴い、立法者は元々質権とは異なるモデルの下で形成されていた特別法上の担保の性質を改めて検討することとなった。しかし、結局、立法者は従前の特別法上の担保権には言及しておらず、従前どおり擬制的占有移転による質権という性質を維持している、との見解が主張された。破毀院は、設定の時点で将来の収穫物にも農業ワラントによる担保の効力が及ぶことから、前者の見解によるものと解されている (Ch. Juillet, Le warrant agricole, les sûretés mobilières spéciales et le droit commun du gage, D.2016.178, n°5 et s.)。

58) J. -D. Pellier, *Réflexions sur le gage ayant pour objet un immeubles par destination ou un meuble par anticipation*, D.2020.1236.

第3章 わが国への示唆

(1) 前章までのフランスの議論の内容をまとめておく。

2006年改正以前、用途による不動産上の質権と抵当権の衝突は、抵当権優先説によって規律されていた。これは、質権（gage）は動産上のみ設定されることから用途による不動産上には質権の効力は認められないとの前提から導かれるものであった。この点で、財が不動産であるか動産であるかという性質決定によって質権の帰趨が決まるという形式的な考え方が採られていた。しかし、この前提に対しては、有力説による批判がなされていた。

用途による不動産となっていた動産が本体不動産から取り外された場合、第三者が即時取得することによって抵当権の効力が及ばなくなる。

2006年に占有非移転型質権が認められると、設定者の占有下におかれた質権の目的物が用途による不動産化されることによって、質権と抵当権とが衝突することとなり、問題の発生領域が拡大されることとなった。しかしながら2006年の時点ではこの問題について立法による対処はなされなかった。他方で、産業構造の変化によってソーラーパネルや風車などの発電関連設備が用途による不動産のうちでも重要なものと認識されるようになり、経済的価値も増大することとなった。その結果、こうした財を担保に供することによって金融を得るといった実務上のニーズが高まり、財の効率的な担保化のために、用途

59) Cabrillac = Mouly = Cabrillac = Pétel, *op.cit.*, n°1041 は、公示の先後によって抵当権と用途による不動産や先取による動産上の質権との衝突を解決することを支持し、公示の論理に由来するものであることを理由として、旧2425条7項を一般化して公示日の先後で担保の優劣を決すべきものと主張していた。

なお、こうした解決のみでは詐害が容易であるため、農業ワラントに関する農業及び海洋漁業法典 L.342-3条1項は、設定者に対して、ワラントの目的動産に不動産担保が設定されているか否かを証書上で言及することを義務付けた。同法 L.342-6条は、公証人に対して、抵当目的物にワラントの目的財産が含まれるか否かを抵当権設定証書に記載することを義務付ける。これらに違反した場合には、ワラント所持者は登記において先行する場合であっても不動産に登記をした債権者に対抗できない（Cass. 3^eciv., 28 janv. 1975, Defrénois 1975, art. 30935, p.773.）。

による不動産上の担保権の優劣基準を明確化する必要性が強まった。

2021年の担保法改正によって、用途による不動産上に質権を設定できることが明確となった。また、用途による不動産上の担保権の優劣決定基準が公示の先後によるものとされた。これは2021年改正前のワラント所持者の質権に関する規定を一般化したものであり、2021年改正が民法典の基本法としての性格を強めることとなっているのと呼応している。こうした優劣決定基準に対しては、その簡明さが肯定的に評価されているものの、公示制度が一元化されていないことによる調査の煩雑性の問題、用途による不動産化がなされることによる質権の順位格下げの問題があることが指摘されている。

先取による動産についても用途による不動産と同様の規律を求める見解が一部で主張されていたが、2021年改正においては立法化されなかった。

(2) 以上のフランス法の議論は、わが国にいかなる示唆を与えるだろうか。

わが国には用途による不動産という概念は存在しないことから、フランス法の議論をそのまま導入することはできない。しかし、フランスで2006年に導入された占有非移転型質権がわが国の動産譲渡担保に対応するものと言えることに鑑みると、同一の客体上に譲渡担保と他の担保とが競合した場合の優劣を決定するに際して参照するに値するものと考えられる。

(a) 令和7年に制定された譲渡担保契約及び所有権留保契約に関する法律（以下、「譲渡担保法」という）では、動産上で動産譲渡担保権と他の担保が競合するケースについていくつかの規定が置かれている。34条は先取特権との競合、35条は動産質権との競合、39条は抵当権との競合について定める。もっとも、同条の対象となるのは、動産でありながら抵当権の目的となる農業用動産（農業動産信用法12条1項）や登録自動車（自動車抵当法3条）に限られる。

このうち、農業用動産上の抵当権との競合を定める譲渡担保法39条1項から3項が、単体である財産に設定された担保権同士の競合ではなく経営の用に供する動産（農業動産信用法2条1項・農業動産信用法施行令1条）を担保目的とする抵当権の動産譲渡担保権との競合を定めている点で、本稿の検討対象とした用途による不動産上の抵当権と質権の競合問題に対応する問題を扱うも

のと言える。

譲渡担保法39条1項はフランス法と同様に対抗要件説に立つ。対抗要件説に対しフランスでは、公示制度が一元化されていないことによる調査の煩雑性の問題と、用途による不動産化がなされることによる質権の順位格下げの問題が指摘されていることは前述のとおりである。

前者に関しては、譲渡担保法39条のケースに限っても、わが国でも農業用動産上の抵当権は法務局等の登記所に備え付けられた登記簿に登記される（農業用動産抵当登記令3条）のに対して、動産譲渡担保の対抗要件は引渡しである（動産譲渡登記ファイルへの譲渡登記を含む（動産債権譲渡特例法3条1項））のであるから、やはり同様の問題が生じるものと言わざるを得ない⁶⁰⁾。ただ、譲渡担保法39条2項は占有改定を対抗要件とする動産譲渡担保権は抵当権に劣後する⁶¹⁾ことを明記している点がフランス法と異なる。もっともフランス法では占有非移転型質権の対抗要件として公示が要求されている（2337条1項）のでありわが国と同様の問題は生じない構造となっているのであるから、譲渡担保法39条2項は、わが国において必要となる規律を補うものと位置付けられる。

後者の問題は、わが国の農業用動産上の抵当権では原則として問題とまらないものと解される。なぜなら、農業用動産抵当登記令8条は、農業動産信用法施行令1条1号から9号までに掲げる動産については個別に登記をすることを求めていることから、これらの場合には、譲渡担保権が対抗要件を具備した後に農業用動産上の抵当権が及ぶこととなっても、対抗要件具備の順序に逆転が生じることはないからである。もっとも、農業動産信用法施行令1条10号に

60) むしろ引き渡しには現実の引渡し等が含まれることから、一見すると、フランスにおけるよりも問題は深刻であるようにも見える。しかし、譲渡担保権者への現実の引渡しがなされている場合には農業用動産上の抵当権を及ぼすことは困難であるから、フランス法と同様、担保権の競合自体が生じにくいものと言うべきである。

61) 占有改定で対抗要件を備えた動産譲渡担保権の対抗力を弱いものとするのは、譲渡担保法全体に見られる方針である（譲渡担保法36条1項）。

掲げる「羊、豚（種豚ヲ除ク）、鶏及あひる」については個別の登記が求められていないことから、フランスと同様の問題が生じる可能性がある。

(b) 同一不動産上で抵当権と他の担保権が競合するケースとしては、いかなるケースが考えられるだろうか。抵当不動産の付加一体物のうち、242条の付合物の場合は247条1項によって付合物上の担保権は消滅するから、担保権の競合は問題とならない。担保権は248条によって償金請求権に転化する。よって、不動産上の担保権の競合は生じず、付加一体物のうちで、目的不動産と一体的に利用されるものの法的には独立した動産である物に設定された担保権のみが問題となるものと解される。そして、わが国では占有非移転型質権は認められていないことから、質権については抵当権との競合は生じない。よって譲渡担保権と抵当権の競合が主たる問題ということになる。そして、この問題はフランスにおける用途による不動産上の担保権の競合にあたる。この問題についてわが国には明文規定はないが、動産におけると同様に對抗要件説に拠るといふことであれば、フランスと同様の問題が生じることとなる。とりわけ譲渡担保権の順位格下げの問題は重要である。

この問題の解決として、フランスで主張されている質権優先説に倣って譲渡担保権が常に優先すると考えることもできる。しかし、すでに抵当不動産の付加一体物として抵当権の効力が及んでいる動産について、後に設定された譲渡担保権の効力が常に優先するというのでは妥当でないだろう。これでは抵当権者の期待を害することとなるし、抵当不動産からの分離物に対する抵当権の効力は分離物が抵当不動産から搬出されるまでは及び続けるということについては大方の見解の一致が見られる⁶²⁾のであるから、搬出前の時点でも譲渡担保権が優先すると解することはできないからである。やはり對抗要件説に拠るのが妥当であると考えられる。

對抗要件説を前提としつつ格下げ問題に対処するために、抵当権の対抗力は、

62) もっとも、搬出されたのみで抵当権の対抗力が失われるのか、さらに第三者の即時取得があるまでは対抗力が維持されるのかについては争いがある。

動産が付加一体物になった時に付与されるものとするのが考えられる。しかし、現状では、付加一体物となった時点を登記簿上明らかにすることはできず、また、同じ抵当権の効力が及ぶ範囲にありながら対抗力を具備する時点が異なるというのでは煩雑に過ぎる。そこで、譲渡担保権者は、設定者が目的動産を抵当不動産の付加一体物とすることを予定していないかを確認することが求められることになるが、付加一体物には多種多様なものが含まれることから、フランスにおいて用途による不動産となることが予定されているか否かを確認する場合以上の困難が予想される。とは言え、この問題の解決策はなく、譲渡担保権者にこの困難な確認作業を求めるよりなさそうである。

（なおい・よしのり 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

小法廷にて判決された選挙無効事件

——最二判令7年9月26日——

永 島 賢 也

- I はじめに
- II 結論
- III 本件最高裁判決の概要
- IV 判決の類型
- V 大法廷と小法廷
- VI 裁判所法10条（大法廷と小法廷の取り扱い）
- VII 問題提起（裁判所法10条1号括弧書）
- VIII 裁判所法逐条解説の解釈
- IX 要件の検討
- X 改正前の法律に対する憲法判断であっても「同じ」と言えるか
- XI 令和4年改正法の内容
- XII 付随的違憲審査制からの立論
- XIII 合一化傾向からの反論
- XIV 改正法の改正時期からの反論
- XV 再反論について
- XVI まとめ
- XVII 高須意見について
- XVIII 最高裁判所裁判事務処理規則について

I はじめに

本稿は、上述の選挙無効請求事件が大法廷に回付されることなく、小法廷において判決言渡しがなされたことについて、その法的根拠を分析・検討するものである。投票価値の平等に関する憲法論は、この分析と関連する範囲で触

れる。この論考は、筑波大学法科大学院におけるリーガルクリニック（法廷傍聴等）の教材にすることを予定している。

II 結論

最初に結論のみ簡潔に述べる。①本件訴訟は、小法廷にて裁判することはできないと解するのが相当である。②本件判決が、裁判官全員一致の意見と述べているのは誤解を招くものである。③裁判所法10条1号括弧書の適用の有無については大法廷が判断すべきである。

III 本件最高裁判決の概要

令和7年9月26日、最高裁判所第二小法廷にて投票価値の平等を論点とする判決が言い渡された。いわゆる「一票の格差」と呼ばれる一連の事件のひとつである。この原審となる判決のひとつが東京高裁令和7年2月13日（令和6年（行ケ）第26号選挙無効請求事件）である。これは、令和6年10月27日に行われた衆議院議員総選挙（以下、「本件選挙」という。）について、公職選挙法の規定を合憲（請求棄却）と判示したものである。その後、同判決は最高裁に上告された。そして、最高裁（令和7年（行ツ）第155号／以下、「本件判決」という。）でも合憲と判断され、上告が棄却されたが、同判決には違憲状態とする意見（以下、「高須意見」という。）が1つ付されていた¹⁾。

IV 判決の種類

1 昭和51年4月14日に始まる投票価値の平等に関する一連の判決群²⁾は、いくつかの種類に分けられて来ている。すなわち、一般的な合憲か違憲かのほか、いわゆる違憲状態という名の合憲判決、そして、違憲であるが無効ではないと

1) この判決には、大法廷にて審理されるべきであるとして、再審の申立てがなされたが、令和7年12月10日、第二小法廷にて棄却決定がなされている。

2) その前の最大判昭和39年3月9日が先駆けになる。この判決では単なる立法政策の問題とされた。

するいわゆる事情判決である。憲法判断の対象となった法律（たとえば、公職選挙法13条1項、別表第1など）が違憲と判断されれば、通常、その法律条項は無効とされるが（憲法98条1項）、その場合でも事情判決の法理を適用して違法の宣言にとどめる、という判決手法がなされて来ている（最大判昭51・4・14）。このときの主文は「上告人の請求を棄却する。ただし、……における選挙は、違法³⁾である」と宣言されている。また、投票価値の不平等（定数配分の不均衡）は違憲状態にあるものの、それを解消するために認められる合理的期間内にあるとして、結論としては合憲とする判決もなされてきている（最大判昭58・11・7）。

2 このように、投票価値の平等をめぐる判決群は、①合憲判決、②違憲状態だが合憲判決（合理的期間内）、③（違憲状態で、かつ、合理的期間が経過して）違憲だが無効でないという事情判決（違法宣言）、と④違憲無効判決に区別することができる。ただし、最後の④の判決は、理論的にはあり得るはずであるが、いまだ実現していない。

①	合憲判決	合憲
②	合憲判決	違憲状態＋合理的期間内＝合憲
③	違憲判決	違憲状態＋合理的期間経過＝違憲（事情判決）
④	違憲判決	違憲無効

【表1】

3 ところで、最高裁判所広報課は、口頭弁論や判決言渡の傍聴人向けに事件の概要を説明する書面を配布している⁴⁾。同書面には上述とは異なり、「合憲状態」という用語が用いられている。これにより、①と②の類型を区別しやすくなってくる。①も②もどちらも合憲ではあるが、①は合憲状態であり、②は違憲状態と区別できるからである。

3) 最大判昭和60年7月17日の補足意見（寺田治郎、木下忠良、伊藤正巳、矢口洪一）は、この違法宣言は、違憲宣言の趣旨であったとしている。

4) 「開かれた最高裁」を志向するものとして積極的に評価されている。

①	合憲判決	合憲状態
②	合憲判決	違憲状態
③	違憲判決	違憲・事情判決
④	違憲判決	違憲・無効

【表2】

4 したがって、いわゆる一票の格差を論点とする選挙無効訴訟の場合、合憲か違憲かにだけ区別するのではなく、合憲状態か、違憲状態か、違憲・事情判決か、違憲無効かという4つに区別するほうがわかりやすく、かつ、正確な議論に資するであろう。

①	合憲状態
②	違憲状態
③	違憲・事情判決
④	違憲・無効

【表3】

V 大法廷と小法廷

上述のとおり、本件判決は小法廷で言い渡されている。この点については、裁判所法に定めがある。同法によれば、最高裁判所は、大法廷または小法廷で審理及び裁判をすると定め、最高裁判所裁判事務処理規則⁵⁾（以下、「事務処理規則」という。）によれば、小法廷は、第一小法廷、第二小法廷、第三小法廷とし、小法廷の裁判官の員数は5人とされている。このうち、最高裁長官は第二小法廷に属しているが、普段、小法廷の裁判には出席しない。出席すると長官が裁判長となる⁶⁾。このように、第二小法廷は、長官が抜けて4名構成となるので、

5) 昭和22年11月1日規則第6号。

意見が分かれて2対2になると結論が出ないことになる。長官が入れば3対2になるが、そうすると長官が結論を決める事態となる⁷⁾。本件判決にも第二小法廷に属する今崎幸彦長官の名はない。尾島明裁判官を裁判長として三浦守裁判官、岡村和美裁判官、高須順一裁判官の4名で判決がなされている。

VI 裁判所法10条（大法廷と小法廷の取り扱い）

事件を大法廷または小法廷のいずれで取り扱うかについては、裁判所法10条に定めがある⁸⁾。その1号ないし3号では、小法廷で裁判することができない、という類型が定められている。たとえば、当事者の主張に基づいて、法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを判断するときは、小法廷では裁判することはできない。ただ、意見が前に大法廷でした、その法律、命令、規則または処分が憲法に適合するとの裁判と同じであるときは、小法廷で裁判することができる⁹⁾とされている。

VII 問題提起（裁判所法10条1号括弧書）

投票価値の平等が争われた選挙無効訴訟は、実施された選挙に適用される公職選挙法の合憲性が判断されることになるため、同条1号によれば、小法廷にて判決することはできないことになるはずである。そこで、同号の括弧書が適用にならないか。その意見が前に大法廷でした法律を合憲とする裁判と同じであるかどうかが問題になる。

6) 事務処理規則3条但書

7) 鬼丸かおる「最高裁判所裁判官を終えて考えたこと」比較法雑誌第55巻第4号(2022) 23頁参照。

8) 裁判所法10条に関連する最高裁判所規則として、前掲の事務処理規則がある。同法10条の「最高裁判所の定めるところ」とは最高裁判所規則による規定を意味する。

9) 裁判所法10条1号括弧書。昭和23年12月21日法律第260号により、一部改正され、括弧書が加えられたものである。

VII 裁判所法逐条解説の解釈

1 この問題については、裁判所法10条の解釈になるため、裁判所法逐条解説¹⁰⁾の記述を確認してみたい。それによれば、裁判所法10条は、「最高裁判所における大法廷と小法廷との事件処理の関係について規定したもの」であり、「最高裁判所は、大法廷または小法廷で審理および裁判をすべきものとされているが、前にも述べたとおり、最高裁判所の権限のうち、憲法で直接定められた具体的な権限は、裁判官全員で行使しなければならないものと解されるから、法令等が憲法に適合するかしないかを裁判上判断する場合には、事件を全員の裁判官の合議体である大法廷で取り扱わなければならないし、その他にも大法廷で取り扱うことが相当であると考えられる事件がないではない。」とされる¹¹⁾。

2 ここで「前にも述べたとおり」とは、同逐条解説の次の記述を指している。すなわち「最高裁判所が憲法上与えられている権限、すなわち違憲審査権（憲八一）、規則制定権（憲七七）、下級裁判所裁判官の指名権（憲八〇）等は、後述のとおり、最高裁判所裁判官の全員をもって構成する合議体で行うことを要するものと解せられ、また、一般の裁判権についても、最高裁判所が最終審の裁判所であることからすれば、判例統一の必要上、なるべく裁判官全員をもって構成する合議体で行われることが望ましい。そして、一の合議体を構成すべき裁判官の数には、合議ということの性質上、おのずから制限があり、その数が多いすぎるときは、能率を著しく妨げ、裁判その他の事務の甚しい渋滞をまねく結果ともなる。」とされている¹²⁾。

3 そして、裁判所法10条1号括弧書の解釈ないし立法趣旨の説明については、次のとおりである。すなわち、「当事者の主張に基づいて法令等が憲法に適合するかしないかを判断する場合でも、『意見が前に大法廷でした、その法令等

10) 「裁判所法逐条解説【上巻】」法曹会（1967年）

11) 前掲注10）81頁

12) 前掲注10）49頁

が憲法に適合するとの裁判と同じであるとき』は、小法廷で裁判をすることができる。わが国の現状からすると、当事者が法令等の違憲性を主張する事件は、おびただしい数に達しており、そのすべてを必ず大法廷で処理しなければならないものとするれば、大法廷の負担を著しく過重なものとし、かえって事件の迅速かつ能率的な処理を害する結果となる。しかして、憲法問題に関する事件であっても、すでに一度大法廷が憲法違反ではないとの判断を下している以上、同様の判断を、大法廷においてくりかえして行う必要はない。この種の事件について一々大法廷を開く繁を避け、小法廷をしてすでに定まった大法廷の判例に従って裁判をさせても、すこしもさしつかえないばかりでなく、かようにして大法廷の負担を軽くすることは、大法廷をしますますその本来の任務を効果的に遂行させるゆえんでもある。そこで、大法廷でした法令等の適憲の判断と同じ判断をしようとする場合にかぎり、小法廷で裁判をすることができることとされたものである」。

4 このように、裁判所法10条1号括弧書は、我が国においては法令等の違憲性を主張する事件が多数あるため、事件の迅速かつ能率的な処理のため、大法廷でした合憲判断と同じ判断をする場合に限り小法廷で裁判することを認めている。

5 条文解釈の詳細は、逐条解説によると、次のとおりである。「小法廷で裁判をすることができるのは、大法廷でした、法令等が、『憲法に適合する』との裁判と同意見である場合に限られる。」、「『前に大法廷でした……裁判』であれば、全員一致の裁判であることを要せず、少数意見があっても差し支えない。」、「意見が、前に大法廷でした裁判と『同じ』であることを要する。意見が同じであるというためには、必ずしも判断の対象となる法令等の条項および憲法の条項が同一である必要はなく、前に大法廷でした裁判が他の条項に関するものであっても、その趣旨とするところと同一であればよいと解される。意見が同じであるというについては、憲法に適合するという結論が同じであれば、その結論に達する理由づけは、前に大法廷でした裁判の内容と全く同じであることを要しない。」

6 このように、当該裁判上の意見が、前に大法廷でした裁判と「同じ」と言えるかどうかについては、違憲が主張される多数の事件の迅速かつ能率的な処理のために、比較的広く解釈されているようである。というのは、法令等の条項が同一でなくともよいし、憲法の条項が同一でなくともよく、他の条項に関するものであっても、その趣旨とするところが同一であればよく、結論に達する理由も全く同じである必要はない、とされているからである。

IX 要件の検討

- 1 それでは、改めて、本件判決は、この「前に大法廷でした裁判と同じ」という要件を充たしているか、検討してみよう。
- 2 本件判決の場合、前に大法廷でした裁判とは、最大判令和5年1月25日民集77・1・1（令和5年大法廷判決）のことである。これは、令和3年10月31日施行された衆議院議員総選挙について公職選挙法の規定が憲法に違反するとして争われたものである。このとき、憲法判断の対象となった法律（公職選挙法）は、①平成28年法律第49号（平成28年改正法）と②平成29年法律第58号（平成29年改正法）であった。
- 3 他方、本件判決の憲法判断の対象となった法律は、③令和4年法律第89号（令和4年改正法）である。すなわち、前に大法廷でした裁判（令和5年大法廷判決）では、令和4年改正法は、憲法判断の対象となっていない。選挙は令和3年10月31日に実施されており、まだ、令和4年改正法は存在しなかったからである。令和4年改正法は、令和3年10月31日に実施された総選挙には適用されない。時間的に遡ることはできないからである。いまだ適用のない法律についてこれを憲法判断の対象とすることはできない。我が国の違憲審査制は具体的な訴訟事件を裁判する際に、その前提として事件の解決に必要な限度で、適用法条の違憲審査を行う方式（付随的違憲審査制）を採用しているからである。もっとも、日本国憲法は、法律で抽象的違憲審査制を定め、最高裁判所に憲法裁判所としての権能を付与することを禁止してはいない、とする説も有力である¹³⁾。ただし、現在、そのような権能を付与する法律はない。

4 前の大法廷の裁判と本件判決とで、憲法判断の対象となった法律を整理すると次のとおりである。

①	平成28年改正法	平成28年法律第49号（アダムズ方式）	前の裁判
②	平成29年改正法	平成29年法律第58号	前の裁判
③	令和4年改正法	令和4年法律第89号	本判決

【表4】

5 実施された選挙や、法律改正、判決について、時系列を整理すると次のとおりである。

1	令和3年10月31日	衆議院議員総選挙の実施（第49回）
2	令和4年11月18日	令和4年改正法の成立（令和4年法律第89号）
3	令和5年1月15日	令和5年大法廷判決の言い渡し
4	令和6年10月27日	衆議院議員総選挙の実施（第50回）
5	令和7年9月26日	本件判決の言い渡し

【表5】

X 改正前の法律に対する憲法判断であっても「同じ」と言えるか

1 このように時系列的にみると一目瞭然であるが、令和4年改正法が適用されたのは令和6年10月27日の総選挙であるから、同法が憲法判断の対象となるのは、本件判決が最初のことになる。

2 それでも、本件判決が、前に大法廷でした裁判と「同じ」とであるとすれば、改正前の法律の合憲判断をもって、改正後の法律の合憲判断と趣旨が「同じ」となることが認められなければならないことになる。

3 上述の逐条解説の説明に沿って言えば、「前に大法廷でした裁判が他の条項

13) 芦部信喜「憲法【第8版】」岩波書店（2023年）405頁

に関するものであっても、その趣旨とするところと同一であればよい」とは、「前に大法廷でした裁判が改正前の条項に関するものであっても、その趣旨とするところが同一であればよい」ということが含まれている、ということになる。要するに「同じ」とは改正の前後を問わないか（改正を跨いでもよいか）ということが問題になるのである。

4 この点、改正前の条項についてなされた合憲判断が、改正後の条項についても、その趣旨とするところが同一となることは、一般論として認められるものではないであろう。なぜなら、改正の前後で内容が同一であれば、それは改正とは言えず、他方、改正があったとすれば、改正前後でその内容は異なるはずだからである。

5 したがって、これは論理的な推論（ないし文言的な解釈）から導かれる帰結ではなく、実質的な判断が必要になってくる。改めて、令和4年改正法の実質的内容が問題になる。

XI 令和4年改正法の内容

1 令和4年改正法は、令和4年11月18日、区画審の改定案を受けて、その内容のとおりに成立している。

2 同改定案は、令和2年10月1日の大規模国勢調査により、各都道府県の小選挙区選出議員の定数を5都県（東京都、神奈川県、埼玉県、千葉県、愛知県）で合計10人増員し、10県（宮城県、福島県、新潟県、滋賀県、和歌山県、岡山県、広島県、山口県、愛媛県、長崎県）で各1人減員したものである（いわゆる10増10減）。そして、25都道府県の140選挙区において区割りを改めるものであった。

3 たとえば、上述の各都県の令和2年日本国民の人口は、東京都1356万4222人、神奈川県904万1802人、埼玉県718万3326人、千葉県614万2303人、愛知県731万1046人、宮城県228万2543人、福島県182万0284人、新潟県218万6244人、滋賀県138万4906人、和歌山県91万6555人、岡山県186万3316人、広島県275万1969人、山口県132万7681人、愛媛県132万3682人、長崎県130

万4001人である。

4 したがって、令和4年改正法により議員定数の変更や区割り変更の影響を受けた都道府県民数は概算でも6040万人余りであり、全国民1億2374万人余りのうち、その約49%にあたる。同法は、実に日本国民の約半数の投票の価値に影響がある改正であったものと言える。

XII 付随的違憲審査制からの立論

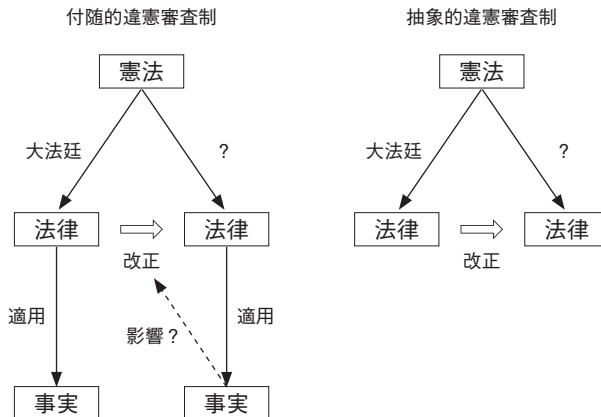
1 上述のことを基礎にして、その趣旨が同じといえるかどうか、まず、付随的違憲審査制という点から考えてみよう。我が国の違憲審査制は、特別に設けられた憲法裁判所が、具体的な争訟と関係なく抽象的に違憲審査を行う方式(抽象的違憲審査制)ではない。通常の裁判所が、具体的な争訟事件を裁判する際に、その前提として事件の解決に必要な限度で、適用法条の違憲審査を行う方式(付随的違憲審査制)である。

2 法律改正が行われた場合、付随的違憲審査制では、改正前の法律を事実へ適用する際に、その前提として同法律につき大法廷による憲法判断がなされ、その後、法律が改正され、その改正された法律が事実へ適用される際、その前提として改正法について憲法判断がなされるという扱いがなされることになる。改正の前と後とで各法律が適用される具体的な事実は異なり¹⁴⁾、その異なる範囲が上述のように国民の約半数に影響が及ぶことに鑑みれば、実質的にみて重大な改正がなされたと解され、改正前の憲法判断と「同じ」と解することはできず、改正後の法律について改めて大法廷による憲法判断が必要になると解するのが相当である。

3 他方、仮に、抽象的違憲審査制であったならば、付随的違憲審査制にみられるような法律が事実适用されるという場面はなく、抽象的に、制定された法律が憲法に反するかどうか最高裁判所が判断する、ということになる。

14) 第49回衆議院議員総選挙と第50回衆議院議員総選挙というように、法律が適用される事実が異なる

4 以上の比較を簡潔に図示すると、次のとおりである。抽象的違憲審査制では、法律が事実へ適用される場面がない。



5 したがって、付随的違憲審査制を前提にすれば、改正前と後とは適用される事実の違いが大きく、6040万人余りの国民の投票価値に影響を与えているため、改正前の法律に対する憲法判断をもって改正後のそれと同じ趣旨のものであるということは到底できないので、本判決は大法廷でなされなければならない、本件判決が小法廷でなされたことは裁判所法10条1号括弧書に違反すると結論づけられる。

XII 合一化傾向からの反論

1 この結論（裁判所法違反）に対する反論としては、付随的違憲審査制と抽象的違憲審査制の合一化傾向という観点からのものが考えられる。

2 付随的違憲審査制と抽象的違憲審査制との本質的な区別（私権保障型か、憲法保障型か）については、これを維持しながらも、近年、両者はそれぞれ他の機能を合わせもつようになり、一定の限度で、歩み寄りの傾向がみられる^{15, 16)}。たとえば、ドイツの憲法裁判所は、公権力による人権侵害を理由として個人が提訴する違憲訴訟を審判する権限をも有するし、付随的審査制も、実

際には、個人の人権の保障を通じて憲法秩序そのものを保障するという意味を強く帯びようになっている。我が国の付随的違憲審査制の性質を検討する場合、伝統的な私権保障型の付随的審査制を基礎としながらも、それが憲法保障の機能をもつべきものであるということにも十分配慮しなければならない¹⁷⁾。

3 実際、最大判昭和51年4月14日¹⁸⁾以来、選挙実施後に、議員定数不均衡訴訟が提起され、その判決内容に沿って、徐々に不平等が是正されて来たという経緯がある。また、定数不均衡を争う特別の手続はいまだ法定されておらず、民衆訴訟たる選挙無効訴訟（公選法204条）によって争われてきたという経緯もある¹⁹⁾。民衆訴訟は原告の個人的権利利益の救済を直接の目的とするものではない。客観訴訟で違憲審査が行われているということ自体、法律で抽象的違憲審査権を裁判所に付与したとみることもできる。こうした制度の運用と経緯に鑑み、主に弁護士グループによる訴訟提起を契機として、長年²⁰⁾にわたって公選法の合憲性がチェックされ、ある程度、事後的に²¹⁾憲法保障機能が果たされて来たと言うことができる²²⁾。

15) 芦辺・前掲注13) 406頁

16) 渡辺康之・穴戸常寿・松本和彦・工藤達朗「憲法Ⅱ 総論・統治」日本評論社（2020年）347頁。アメリカ型とドイツ型は合一化傾向にあるとする。

17) 芦辺・前掲注13) 407頁

18) このときは一票の較差は最大4.99対1であった。小数点以下は2桁であった。

19) なお、穴戸常寿「法曹実務にとつての近代立憲主義」判例時報社・129頁は「選挙の差止訴訟や一票の較差の是正を怠る立法不作為に対する国家賠償請求訴訟等、新たな訴訟類型の検討も必要になっている」という。

20) 昭和51年は1976年であり、現在、2025年であるから、49年になる。

21) 選挙の事前差止の法的手続はいずれも却下されて来ている。たとえば、平成26年11月18日に申し立てられた仮処分申立事件は、債務者国から不適法との意見が提出され、同月21日に却下され（平成26年（ヨ）第3825号仮処分命令申立事件）、抗告審でも同月28日に棄却されている（平成26年（ラ）第2292号仮処分命令申立却下決定に対する抗告事件）。また、平成29年9月29日申し立ての人権（平等権）侵害の事前差止め請求（国賠1条1項、同法4条、民法710条）も被告国から本案前の答弁が出され、同年10月6日、却下され（平成29年（ワ）第33209号国家賠償請求事件）、控訴審は同月17日、棄却している（平成29年（ネ）第4354号）。

4 今回の区画審の勧告した改定案では、鳥取2区と福岡2区とで1.999倍の較差にとどまり2倍を超えるものではなかった。また、1.9を超える選挙区も18区に過ぎず、その数は全選挙区数289の6%にとどまっている。その後、選挙実施までの間に人口異動があり、鳥取1区と北海道3区とは2.059倍の較差が生じ、2倍という基準を超えてしまったものの、鳥取1区の2倍を超えた選挙区は、全部で10選挙区に過ぎず、全選挙区289の3%弱にとどまっている。

5 こうしてみると、具体的な争訟事件との関係性については、これをある程度抽象化したうえ、憲法保障の機能を前面に打ち出し、最大最小の較差がたとえ2倍を超えていたとしても、小数点以下のわずか0.059ポイントであり、2倍超の選挙区数も全体の3%程度²³⁾であるから、それほど大きな改正がなされたものではなく、本件判決は、改正前の憲法判断とその趣旨を同じくし、小法廷にて裁判することができると結論づけることができそうである。

XV 改正法の改正時期からの反論

1 さらに、法律が改正された時期は、前の大法廷判決が言い渡される前の時点であり、言渡し後ではなかったという観点からも反論ができるかもしれない（【表5】参照）。すなわち、改正前の法律に対する裁判（令和5年大法廷判決）の時点では、既に、令和4年改正法は成立していたため、同法が事件に適用される法条ではないとしても、改正法の内容が最高裁の視野には入っていたものであり、これを反映する趣旨が令和5年大法廷判決に含まれていると考えるのである。

2 確かに、令和5年大法廷判決の判決文には令和4年改正法に触れた箇所が

22) 米国での「一人一票」訴訟である *Reynolds v. Sims* 377 U.S. 533, 84S.Ct.1362, 12 L. Ed. 2d 506 (1964)では、現行の配分規定が違憲であるとの宣言と、それによる将来の選挙の差止め、そして、1962年の選挙については州全体で行うことの義務づけ判決が求められ、Warren 主席裁判官の法廷意見では原審判決を支持し、本判決に従って手続きを続行するよう事件を差し戻している。（別冊ジュリスト・英米判例百選・第三版・有斐閣・10頁）。もっとも、Harlan 裁判官の反対意見が付されている。

23) 289のうちの10であるから、 $10 \div 289 \div 3.46\%$ と計算できる。

ある。すなわち、「平成29年6月9日、同年法律第58号（以下「平成29年改正法」という。）が成立し、同法による改正後の平成28年改正法によって区割規定が改正された（以下、同改正後（令和4年法律第89号による改正前）の区割規定を「本件区割規定」といい、本件区割規定の定める選挙区割りを「本件選挙区割り」という。）」とされている。この令和4年改正法による改正「前の」という記述は、令和4年改正法の成立を知っていなければならない。

3 このように考えてみると、令和5年大法廷判決には、次の選挙訴訟が提起された場合、あらかじめ小法廷による裁判を実現できるような記載がなされていたと解することもできる。この点、マーベリー戦略を彷彿させるところがあるが、本稿では触れない²⁴⁾。

4 そこで、改正前の法律に対する裁判である令和5年大法廷判決が、すでに令和4年改正法が成立していた時期になされたものであり、同法に全く触れずになされた判決ではなく、本件判決は、令和5年大法廷判決とその趣旨が同一のものであるとして、小法廷で裁判することができるという結論を導くこともできるかもしれない。

XV 再反論について

1 これらに対する再反論としては、次のようなものが考えられる。

2 付随的違憲審査制と抽象的違憲審査制の合一化傾向について言えば、この指摘は、もともと「司法」という概念が、歴史的に時代の要請に従って変わっていくものである、ということ、私権保障型や憲法保障型という道具概念を用いて記述したものであり、このような傾向から現代司法のあるべき姿を規範

24) マーベリー戦略については、法学セミナー 2025年8・9月号29頁、木下昌彦「政治的文脈なかでの憲法判断—Justice と Backlash の狭間で」の説明がわかりやすい。「日本は、司法消極主義の代表とされてきたが、そもそも最高裁は基本的に自民党内閣が任命した裁判官だけで構成されてきた。それでも、尊属殺判決、議員定数不均衡関連の諸判決、性別変更生殖腺摘出要件判決など、自民党や保守派と対立し得る判決を出してきたことにむしろ注目すべきである」とし、その後、政治的反撃を回避するための司法戦略について説明している。

的に導き出そうとする趣旨のものではない。これは、憲法保障の役割を裁判所が担わなければならない客観的状況が訪れたとき、その役割を果たすために裁判所はどのような理論をもって対処すべきかを常に考えるべきであるというメッセージと考えられる²⁵⁾。どのように解されるべきかについては、たとえば、日本国憲法における司法の概念は、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」よりも広いのではないか、などが考えられる。

3 また、合一化傾向を正面から認めて、より抽象的な違憲審査に接近する方向性と、差止めなど事前訴訟を認めない方向性とはには矛盾がある。抽象的な審査を容認するのであれば、選挙が実施される前に公職選挙法の憲法適合性を争う手段が認められるべきことになるからである。本件判決も、令和2年国勢調査の人口を基礎にした較差（1対1.999）だけではなく、選挙当日における選挙人数（有権者数）を基礎にした較差（1対2.059）について触れている。選挙当日の選挙人数を選挙前に知ることは困難²⁶⁾であるから、事後的な憲法保障を前提とした考え方である。

4 民衆訴訟たる選挙無効訴訟については、民衆訴訟という制度が、法律で例外的に認められた訴訟であるから許されるという趣旨で従来から説明されてきた経緯はあるものの、この訴訟は何らかの具体的な国の行為を争うという点で法律の純粋な抽象的審査ではなく、国の行為と提訴権者の権利・利益の侵害との間に一定の関係があり、具体的事件ないし権利侵害の要件もなしに抽象的に法令の解釈や効力について争うという趣旨のものではないことは明らかというべきである²⁷⁾。それゆえ、仮に投票価値の平等を争点とする選挙無効訴訟（定数訴訟）をもって公職選挙法204条を借用適用して判例法理で創設した客観訴訟であると解するとしても²⁸⁾、なお具体的な事件・争訟性を擬制するだけの実

25) 高橋和之・長谷部恭男編「芦部憲法学」軌跡と今日的課題・岩波書店・2024年・563頁参照（渋谷秀樹）

26) 衆議院については、事前に選挙日を特定すること自体困難である。

27) 芦辺・前掲注13) 364頁参照

28) 最大判平27・11・25民集251・55、千葉勝美補足意見

質を備えていることが求められ、そうだからこそこれは司法権に含まれる作用であると解されるのである。

5 最高裁は、原告自身ではなく、他者（第三者）の選挙権の制限（公選法9条1項、11条1項2号3号）について、公職選挙法204条の選挙無効訴訟において争うことを認めていない²⁹⁾。これも司法権の作用として具体的な事件性を要求した結果と考えられる。

6 法律が合憲であるためには、その法律の背後にあってそれを支えている社会的、経済的、文化的な一般事実の存在と、その事実の妥当性が認められなければならない（立法事実）。このような立法事実を検証しないまま、ただ憲法と法律の条文だけを概念的に比較して違憲か合憲かを決める憲法判断の方法は、実態に適合しない形式的・観念的な説得力の弱い判決なる可能性がある³⁰⁾。較差論は、最大と最少を比較して1.0対1.999³¹⁾とか、1.0対2.059³²⁾とか、較差が2倍以上の選挙区がいくつあるとか、形式的・観念的な比較を卓上の計算で可能にしてしまうところがある。ここで言う1.0とは、実際は、鳥取第2区の27万3973人や、鳥取第1区の22万3713人のことを指しているものである。同様に1.999とは福岡第2区の54万7664人を指し、2.059とは北海道第3区の46万0689人のことを指していることになる。議員の定数が、27万3973人に1人か、54万7664人に1人か、22万3713人に1人か、46万0689人に1人か、という大きな格差が、小数点以下3桁の小さな数字で表現されてしまう。格差が矮小化されているという批判がなされる所以である。また、較差論は、何らかの定数を（いわば初期値として）配分した後、その最少人口区から算出される数値を「1」として、他の選挙区との割合を算出することになるので、分配がなされた後、それを事後的に評価する基準としては機能しても、これから、ど

29) 最二決平26・7・9。千葉勝美補足意見は、原審（東京高裁）が受刑者の選挙権の制限に係る憲法判断に言及する説示を付加したことを批判している。

30) 芦辺・前掲注13）409頁参照

31) 令和2年国勢調査の結果（確定値）を基準とした較差値

32) 選挙当日の選挙人（有権者数）を基準とした較差値

のように配分するかという基準（行為規範）としては機能しないことになる。較差論では、立法機関は何度も試行錯誤を繰り返さざるを得なくなり、いわば立法と司法とのキャッチボールは続いて行くのである。ルール・ベースの配分の提案が望ましいところである。

7 議員定数について基準となる数値を求めるとすれば、全人口を全議員数で割った数値しかないであろう³³⁾。たとえば、令和2年国勢調査の日本国民の人口は1億2374万3639人であるから、全議員数289で割った42万8178人を「1,000」に据えて、この値から離れる選挙区数を最小にするように選挙区割りをするとか、各都道府県の人口を42万8178人で割って、配分されるべき議員定数を配分する（最大剰余法）のが、合理的かつ相当である。

8 また、最高裁判所は、本来、大法廷で裁判するというのがたてまえであり、ただ、事件数との関係上、一般の上告事件については、便宜、小法廷で審理、裁判をすることが認められている、というものである³⁴⁾。衆議院議員選挙は、昭和22（1947）年4月25日から令和6（2024）年10月27日までの約77年の間で実施されたのは29回であり、約2～3年に1度の割合である^{35,36)}。この程度の事件頻度をもって大法廷の負担を著しく過重するものとするのは不合理である。参議院については3年毎である。すなわち、裁判所法10条1号括弧書を設けた立法趣旨（大法廷の負担軽減）に鑑みれば、数年に1回程度の衆参の議員定数にかかわる憲法訴訟を小法廷で裁判することは認められるものではない。

33) 令和2年国勢調査の日本国民の人口は1億2374万3639人であるから、全議員数289で割った42万8178人を1,000に据えて、これから離れる選挙区を最小にする選挙区割りするのが合理的である。いわば、その差を関数ととらえ、かかる差の関数を最小にする値を算出するのである。あるいは都道府県ごとの人口を42万8178人で割れば配分されるべき議員定数が計算できる。

34) 前掲注10) 94頁、86頁

35) 参議院議員選挙は、3年に1度であり、衆議院議員選挙と同様に、大法廷に過重な負担をかけるほどの事件数ないし頻度とは言えない。

36) その後、2026年1月23日、衆議院が解散され、同年2月8日投開票となった。第51回衆議院議員総選挙である。ちなみに、このときの最高裁判所裁判所国民審査は第27回となる。

9 改正時期については、選挙実施後、最高裁に上告がなされたころまでに公職選挙法（議員定数）を改正しておけば、大法廷への回付を避けられ、判決に少数意見が付される機会を封ずることができる、ということになり、最高裁と国会との抑制均衡の関係を歪ませるであろう。

XVI まとめ

1 このように考えてくると、令和4年改正法は、その実質的内容に鑑みれば多数の国民・有権者の投票価値に影響を及ぼすものであるから、改正前の法律に関する令和5年大法廷判決と本件判決とは趣旨を同じくするものとは言えず、小法廷にて裁判することはできない、と解するのが相当である。そのほか、本件判決には、以下のような問題点が指摘できる。

XVII 高須意見について

1 高須意見は、上述の【表3】区分で言えば、②の違憲状態とする意見である。したがって、高須意見も含め、これをもって全員一致の意見と言えるかどうか、疑問が残る。

①	合憲状態	多数意見
②	違憲状態	高須意見
③	違憲・事情判決	
④	違憲・無効	

2 上述のとおり、「意見が……同じである」（裁判所法10条1号括弧書）とは、憲法に適合するという結論が同じであれば、その結論に達する理由づけは、前に大法廷でした裁判の内容と全く同じであることを要しない、とされている。

3 本件判決では、「裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官高須順一の意見がある。」としている。すなわち、憲法に適合するという最終的な結論は、前に大法廷でした裁判と同じであるが、「違憲の問題が生ずる程度の不平等状態（いわゆる違憲状態）であった。」という高須意見が付

された判決である、ということの意味する。

4 裁判書には、各裁判官の意見を表示しなければならない（裁判所法11条）。これを意見表示制度という³⁷⁾。裁判に関与した裁判官の各自の意見は、必ず裁判書に示されなければならないが、同一の意見は共同に表示して差し支えない。全員一致の意見や多数意見は、この方式がとられている。

5 これに対し、個別意見は、「補足意見」、「反対意見」、「意見」として個別に表示されるのが通常である。このうち、「補足意見」は、多数意見に加わった裁判官の意見である。「反対意見」は、多数意見に結論、理由ともに反対の意見である。「意見」は、結論は多数意見と同じであるが理由付けが異なるものである。

6 本件判決は、裁判官全員一致の意見であり、かつ、「意見」が付されているとしているので、選挙区割りに関する公職選挙法の規定について、合憲であるという意見と、同規定は違憲状態だが是正のための合理的期間を経過していないという意見は、意見としては一致しているものとし、ただ、合憲とする意見と、違憲状態だが合理的期間内とする意見とは、理由付けを異にするものに過ぎない、と理解されていることになる。

7 しかしながら、確かに、合憲という結論は同じであるが、上述のとおり、合憲状態と違憲状態はいずれも合憲判決でありながらも区別されて来たという経緯がある。昭和51（1976）年³⁸⁾から現在まで約50年にわたって、選挙無効訴訟は、単に合憲か違憲かの結論だけでなく、違憲状態か、あるいは、違憲だが無効でないとする事情判決か、という類型化が定着し、そのことによって憲法保障機能が働いて来ている。このことに鑑みれば、合憲か、違憲状態（だが合憲）かは、結論に達する理由付けを異にするにとどまるものではなく、結論と

37) 法律用語辞典・有斐閣・2020年・15頁参照

38) 最大判昭和51年4月14日は、昭和39年の法改正後8年余にわたって是正が行われなかったことを考慮すると、このとき既に合理的期間は経過していたものである。最大判58年11月7日は、違憲状態にあるが合理的期間内であったとして合憲と判示している。このときからカウントすれば約43年（2026-1983=43）となる。

しても区別されるものととらえるのが相当ではないかと思われる。

8 したがって、憲法上、投票価値の平等が問題となる選挙無効訴訟において、合憲状態3名、違憲状態1名という意見をもって、裁判官全員一致の意見と表記するのは誤解を招く。この点からも、結論としては、大法廷への回付が相当な事案であったのではないかと思われる。

XIII 最高裁判所裁判事務処理規則について

1 裁判所法10条は、大法廷と小法廷のいずれかで事件を取り扱うかについては、法律で定めるほか、最高裁判所規則に委ねている。そこで最高裁判所裁判事務処理規則をみると、その第9条によれば、事件は、まず小法廷で審理されることになる³⁹⁾。小法廷の裁判長（本件では尾島明裁判官）は、裁判所法10条1号に該当する場合は、大法廷の裁判長（本件では今崎幸彦裁判官）にその旨を通知しなければならない⁴⁰⁾。したがって、裁判所法10条1号括弧書にあたるかどうか（前の大法廷でした憲法適合性判断と同じであるか）も、小法廷の権限に属するように読める。1号本文と同号括弧書は一体であり、当該事例が括弧書にあたると解される以上、大法廷の裁判長には通知する必要はないと解釈するのである。

2 ただし、裁判所法10条1号括弧書が加えられたのは、昭和23年12月21日法律第260号であり、最高裁判所事務処理規則は、その前の昭和22年11月1日施行であるから、同規則制定後に、同法が改正されていることになる（括弧書追加）。すなわち、同規則は、同法の改正を知らない。

3 ここで、裁判所法10条1号括弧書の適用の可否についてまで、小法廷の権限として残したとすれば、疑問が残る。というのは、裁判所法は、この条項で小法廷では裁判することができない場合を定めているからである。小法廷みずからが裁判できるかどうかという判断を、当該小法廷みずから終局的ないし確

39) ただし、裁判官分限事件、人事官弾劾事件は、直ちに大法廷で審理される。

40) 最高裁判所事務処理規則9条2項

定的に判断できるというのは不合理である⁴¹⁾。前の大法廷判決と「同じ」かどうか、比較的広く解釈されているのであれば、なおさらである。最高裁判所の有する憲法保障の機能を弱体化させるおそれがある。他の小法廷に属する裁判官の意見の表示される機会を失わせる結果となるからである。今日の少数意見、反対意見などは、明日の多数意見となり得るものである。

4 たとえ、前の大法廷判決と同じかどうか微妙な場合でも、同じであると解する小法廷の判断に終局性ないし確定性を付与するという帰結は、大法廷と小法廷とを区別した段階的な規範構造（事務処理の効率性等）に反するものとして本来避けるべきことではないかと考える。

5 小法廷が、裁判所法10条1号括弧書にあたると判断していたとしても、その前提として裁判所法10条1号にあたると解している以上、小法廷の裁判長は、大法廷の裁判長にその旨を通知しなければならないと解するのが相当である。その場合、最高裁判所事務処理規則9条3項により、大法廷で審理され、最高裁裁判官全員で判断されることになる。

6 ところで、大法廷で取り扱うものとされた事件について、大法廷の実質的な裁判を経ることなく再び小法廷でこれを取り扱うものとするができるか。これは、ひとつの問題である。この場合は、大法廷にて裁判所法10条1項括弧書にあたると判断されれば、小法廷が、大法廷についての先の通知を撤回するという手続をとれば足りると考える⁴²⁾。

7 すなわち、小法廷は、当事者の主張に基づいて法律等が憲法に適合するかしないかを判断するときは、裁判所法10条1号本文にあたるとして、事

41) ただし、前掲注10) 88頁は、「意見が前に大法廷でした裁判と同じであるかどうかということ自体、小法廷の判断にかかっており」としている。

42) 前掲注10) 84頁・注3参照。「事件がいたずらに小法廷と大法廷のとの間を往復することとなり、一般的には好ましいことではないが、事情によっては、許されないことでもないであろう。現実には、第一の方法により、当該小法廷がさきにした通知を撤回するという手続がとられているようである。」第一の方法とは、「当該小法廷みずから大法廷で取り扱うとした裁判（または処置）を取り消して事件を小法廷で取り扱うものとする」というものである。

務処理規則9条2項1号に基づき、大法廷の裁判長にその旨通知し、小法廷みずからは、たとえ裁判所法10条1号本文にあたるとしても、同号括弧書にもあたるので、大法廷の裁判長にその旨の通知をしない、という判断をしてはならない、と解釈するのが相当ではないかと考える。同号括弧書の適用の有無は大法廷が判断すべきものである。

8 また、このような手続ないしプロセスが経由されていることは訴訟当事者に通知されるべきである。たとえば、大法廷に回付されたときには、当事者（訴訟代理人）に対し、大法廷の書記官名義で「下記の事件は、大法廷において審理裁判することになりました。」と通知される。もっとも、その通知書には、事件番号、事件名、上告人、被上告人のみ記載され、法律や規則の根拠となる条文や、どのようなプロセスを経たのかは記されてはいない。そこで、大法廷に回付されるときはもちろん、大法廷の裁判長に通知された後、審理の結果、結局、小法廷で審理裁判されることになったというときも、その旨を根拠条文とともに当事者に通知する（か、少なくとも判決書にその旨付記する）のが、開かれた最高裁判所というコンセプトに資することになると考える。

（ながしま・けんや 弁護士、筑波大学非常勤講師）

患者の自己決定権 ——ドイツにおける2つの価値の対立(2)

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「骨癌事件」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、39号
- IV 私法領域における説明義務をめぐる実践的攻防
 - 1 説明義務法理の生成と展開
 - 2 説明義務の保護法益をめぐる論争
 - 3 医療契約法による理論的成熟と体系的整理
 - 4 自己決定権の私法的変質の背景と理論的基礎

以上、本号
- V 補強材としての基本権条項の変遷
- VI 結論と展望

IV 私法領域における説明義務をめぐる実践的攻防

1 説明義務法理の生成と展開

(1) 分岐点としての1930年代¹⁾

私法領域でも、刑法領域の「骨癌事件」判決の頃には、患者の同意について

1) 戦前の法状況については唄孝一『医事法学への歩み』(岩波書店、1970年)参照。

活発に議論されるようになっていた（説明義務の起源について後述4(2)参照）。しかし、1つの分岐点と目されるのは、私法領域に特徴的な説明義務法理が判例において登場した1930年代である²⁾。以下にて、説明義務のリーディング・ケースとされる1931年の「子宮腫瘍判決」の概略を述べよう。

ライヒ裁判所 1931 年 5 月 19 日判決（「子宮腫瘍判決（Myomurteil）」）³⁾

【事実概要】

Xは、子宮筋腫を患い、婦人科医Yを受診した。YはXに子宮摘出手術を提案した。その際、YはXに、生殖能力の喪失などの手術による重大な影響について、十分な説明をしていなかった。Xは、手術前から生殖能力の喪失に対する恐れを表明していた。Xは、Yの説明を受けて、本件子宮摘出手術に同意し、YはXに手術を実施した。その結果、Xの生殖能力は失われた。Xは、ライヒ裁判所への上告理由において、Yの助言義務違反の主張を加えた。

【判旨（下線筆者）】

破棄差戻し。

生殖能力の喪失などの手術の重大な影響についてYが説明をしなかったことを助言義務違反とするXの主張について、以下のように判示する。

「……まさに医師の技術の領域では、民242条（訳注：独民法の信義則の根拠条文）を正しく適用するならば、倫理の基本原則と医師の職業上の識見は……無条件に望ましい結果を約束するものではなく、結果は一定の副作用を排除しないということになるはずである。ためらえば危険（Gefahr im Verzug）が存在する例外的なケースを除き、医師は手術の実施について患者の同意（Einwilligung）を必要とする（RG,68,433）……。そうである以上、医師は、手術の実施に関する患者の決定（Entschlieβung）を、患者の決定にとって本質的な錯誤（Irrtum）を引き起こすような説明によって誤らせてはならない。さ

2) 唄孝一は、1930年代を、患者の自己決定権の強化という意味で「一つの分岐」と評価している（同書29頁）。

3) JW 1932,3328. 判決文のほか、唄・前掲注(1)25頁以下参照。

もなければ、医師は、個別的な諸配慮（örtliche Rücksichten）が彼の行為を正当化しない限りは、一般的な助言義務（Beratungspflicht）に対する違反を理由に責任を負う」。

本判決は、一般的な「助言義務（Beratungspflicht）」として、独民242条（信義則）を根拠に、医師の説明義務を初めて法的に構成したという点で古典的価値がある。

本判決に代表される1930年代の判決は、政権を獲得したナチスの圧力と、それに対する司法の抵抗という両極の作用を受けていた⁴⁾。そして、後者の影響により、患者の自己決定権に関する判決は、この頃より次第に増加していったといわれる⁵⁾。もっとも、この頃、説明義務は、論点として登場するにとどまり⁶⁾、いまだ切実な課題にはなっていなかった⁷⁾。医師の側においても、不安感と疑惑が増大してきていたものの、後に述べるような医師と法律家との深刻な乖離はまだ生まれていなかったとされる⁸⁾。

(2) 戦後の基本判決——「第一電気ショック判決」

第二次大戦後、基本法の制定による基本権尊重の機運の高まりの中で、患者の自己決定権をめぐる議論は、新たな段階を迎えた。契機となったのは、1950年代に相次いで登場した連邦裁判所の判決群である（一般的によく知られているのは、1954年「第一電気ショック判決」、1957年「第一筋腫判決」、1958年「第二電気ショック判決」、1959年「放射線判決」である）。なかでも当時の理論状況に照らして基本的判決であるといえる1954年の「第一電気ショック判決」を、以下にて取り上げよう。

4) 唄・前掲注(1)28頁以下、55頁等参照。

5) 同書29頁

6) 同書29頁

7) 同書25頁

8) 同書29頁参照。

1954年7月10日連邦通常裁判所判決（「第一電気ショック判決1. Elektroschockurteil」）⁹⁾

【事実概要】¹⁰⁾

Xは、退行期内因性鬱病のために、Y市立病院の神経病棟に入院していた。担当医は、Xに対し、複数回にわたり電気ショック療法（Elektroschockbehandlung）を実施した。最後の治療の際に、Xは、第12脊椎を骨折した。その結果、Xは、骨折の治癒まで約6か月半ギブスベットに入れられることになり、骨折が治癒した後も、左足の麻痺、腸と心臓の異常に悩まされた。Xは上記症状から、作業能力なしと宣告された。

Xは、電気ショック療法による「あり得べき損傷の結果（die mögliche schädliche Folgen）」について十分に説明されていなかったことを主張し、Yを相手取って、財産的損害と慰謝料の賠償を請求した。

第一審X敗訴（略）。

原審は、Xが電気ショック療法の性質・範囲・危険、とくに脊椎骨折の可能性につき説明を受けていなかったことを理由として、電気ショック療法へのXの有効な同意を否定し、Xの肉体的損傷に起因する損害賠償を認めた。これに対してYが上告したのが本件である。

【判旨】（下線部は筆者）

上告棄却。

「患者の身体の無傷性（körperliche Unversehrtheit）に対する医的侵襲（ärztliche Eingriff）は、患者の同意が十分なものである限りにおいてのみ、契約に適合し、かつ違法ではない。」（RGZ88,433（436））「医師は、あらゆる侵襲に先立ち、当該侵襲の性質（Art）と結果（Folgen）に関する適切な考えに基づく、明白な患者の同意を……たしかめなければならない。」（RGZ163,129（138））「有効な同意のためには、いかなる場合でも、同意者が、医的侵襲の本

9) NJW 1956,1106

10) 判決文の原文のほか、唄・前掲注(1)30頁以下参照。

質的な性格 (Wesen)、意味 (Bedeutung)、範囲 (Tragweite) の基本的特徴 (Grundzügen) を認識していたことが求められる。」(Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S.96)

「医師と患者の関係には特別な基準の適用が求められるため、身体の統一性 (körperliche Integrität) に対する侵襲に関する決定の自由 (Entschließungsfreiheit) に配慮すべき義務を否定することはできない。医師の倫理的課題は、患者の言葉に耳を傾け、適用する治療方法の望ましくない副次的な現象について最大限説明することを求めている。……当該治療方法の「あり得べき傷害の結果 (die mögliche schädliche Folgen)」に関するこの説明義務は、まさに同時に (gerade mit)、人格と身体の統一性に配慮しなくてはならない医師の職業上の義務である。……(精神病患者において) 医師が患者を有害な不安から守ろうとし、また、その病気がもしかしたらもたらすかもしれない悪結果を不必要に指摘しないようにすることは自明のことであろう。しかし、そのことも、医師があらゆる侵襲に先立ち当該侵襲の性質と結果に関する適切な考えに基づく、明白な患者の同意をたしかめる必要があることの前では、後退しなければならない。同意取得と結びつく説明が患者の気分もしくは全身状態すら悪化させる結果となるとしても、それは甘受せねばならぬ不可避の不利益として扱われるだろう。」

本判決は、「身体が無傷性」という独刑法の傷害罪の条文の表現¹¹⁾を使用し、医的侵襲の適法化には患者の同意を要することを述べる。これと同時に、医師の倫理的課題を理由に、「身体の統一性に対する侵襲に関する患者の決定の自由」に配慮すべき義務であるとして、医師の説明義務を導出している。

さらに、本判決は、患者の精神疾患との関係で、治療上の理由ないし裁量（後に「治療上の特権 (therapeutische Privileg)」¹²⁾と呼ばれる）の問題に立ち入る。本判決は、同意取得と結びつく説明は、説明による患者の気分もしくは全身状

11) 第17章「身体が無傷性 (körperliche Unversehrtheit) に対する罪」との表記。傷害罪はこの章下の犯罪類型。

12) 後述参照。

態の悪化を不可避の不利益として甘受してでも貫くべきことを説示し、後続判例に影響を与える準則を定立した¹³⁾。のみならず、患者の精神状態を考慮して必要な説明の程度（Maß）を判断すべきことを述べることで、説明義務の存否の問題と説明の仕方の問題は別であるとする発想をも生み出している（この発想は、後にがん告知に関する1959年「放射線事件判決」（後述参照）でより明確化されることになる）。

本判決は、以上のごとく内容をもって、強化された説明義務を認め、治療義務優先の思想に決定的な打撃を与えた。以後、医師の治療義務の前には、説明義務が立ちはだかることになったのである¹⁴⁾。

（3）戦後の民事判例の特徴——説明義務をめぐる実践的攻防

ほかの重要判決および学説の理論状況を補足しつつ、説明義務をめぐる戦後の民事判例¹⁵⁾の全体的な特徴を以下にて描出しよう（なお、1957年の「第一筋腫判決」は、戦後の重要判決の1つであるが、基本法にかかわる刑事判決であるため、次号で取り上げることにする）。

戦後の民事判例は、一貫して、ライヒ裁判所判決によって生成した説明義務法理を継承している（上記1931年「子宮筋腫判決」と1954年「第一電気ショック判決」を対比参照されたい）。さらに、戦後の民事判例は、基本法の保障する「人格」と「身体の一貫性」（「第一電気ショック判決」の表現）をいずれとも根拠として説明義務を導出している。

戦前の説明義務判例は事例によって説明義務の認否に波があったという¹⁶⁾。しかし、1950年代の一連邦裁判所判決群は、説明義務の強化を方向性として

13) 次号で扱う1957年11月28日連邦通常裁判所判決（「第一筋腫判決（1.Myomurteil）」（BGHSt11,111）でもこの見解は継承されている。

14) 唄・前掲注(1)65頁

15) 医師の説明義務に関する戦後の民事裁判例について、とくに山下登「医師の説明義務をめぐる最近の論議の展開(1)～(3)」六甲台論集30巻1号（1983年）96頁以下、30巻3号（1983年）33頁以下、31巻3号（1984年）68頁以下参照。

16) 唄・前掲注(1)28頁以下参照。

決定づけた。のみならず、自己決定権に関する議論の主軸は説明義務に移行し、爾来、患者の自己決定権は説明義務の問題として論ぜられることになった。さらに、1970年代になると、説明義務の主張が医療技術過誤の立証困難を迂回する捕捉的機能¹⁷⁾を担う現象が加わり¹⁸⁾、訴訟において説明義務の強化拡大現象はいっそう進んだのである。

上記のごとく圧倒的な説明義務の強化拡大の流れの中で、説明義務は程度や範囲として強度を上げるのみならず、質的にも豊饒化し射程を拡げている（とくに、患者への治療上の配慮が問題となるケースで顕著である）。説明は、医師と患者の対話や協働の要素として倫理上求められる広範多彩な内容をも包摂し、法的義務として医師に課されるようになった。諸学説はこれに対応して、多彩なレベルと視点を基準に、医師の説明を分類した¹⁹⁾（例えば、主要なものとして、「自己決定のための説明（Selbstbestimmungsaufklärung）」、「安全のための説明（Sicherungsaufklärung）」、「経済的説明（Wirtschaftliche Aufklärung）」などがよく挙げられている）。そして、このように捉えられる説明は、法化の出発点であった治療行為の適法化のための同意からはもはや独立した存在感を帯びようになっていったのである。

臨床の場での医師と患者のやり取りが現実の法的制裁を生み出すようになって

17) Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 1981, BGB § 823 I Rn. 41. 技術過誤は患者が立証しなければならないが、患者の同意とその基礎たる説明は正当化事由として医師が立証せねばならない。説明義務違反を理由に訴えれば、証明責任の分配が有利であるにもかかわらず、損害賠償額において技術過誤の場合に匹敵する効果が得られる。

18) 「捕捉的構成要件（Auffangtatbestand）」 ebd., Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008, Rn. 245; Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 59, Rn. 3u.a.

19) 例えば, Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18) Rn. 266 ff. は、説明の種類（Art）と項目を立てて、自己決定のための説明（Selbstbestimmungsaufklärung）、診断の説明（Diagnoseaufklärung）経過の説明（Verlaufsaufklärung）、代替的療法の説明（Aufklärung über Alternativen）リスクの説明（Risikoaufklärung）医薬品の作用の説明（Aufklärung über Medikamentenwirkung）治療をしない場合の説明（Aufklärung über Nichtbehandlung）、安全のための説明（Sicherungsaufklärung）、治療の質の説明（Qualitätsaufklärung）経済的説明（Wirtschaftliche Aufklärung）を挙げている。

たことで、説明義務論の底にある価値対立は先鋭化した²⁰⁾。説明義務の問題は、説明の限界づけの困難が顕在化するクリティカルで微妙な場面²¹⁾——「ためらえば危険 (Gefahr im Verzug)」²²⁾、「治療上の特権 (therapeutische Privileg)」²³⁾——をめぐり、それを契機として、説明義務の範囲²⁴⁾・限界・例外の問題として、1958年「第二電気ショック事件」や1959年「放射線判決」に代表され後続する幾多の判例を通じて激しく争われた。医師と法律家の間に「冷たい戦争 (kalter Krieg)」²⁵⁾が勃発したのも、戦後になってからである。

20) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18) Rn.243

21) 唄・前掲注(1)58頁の表現参照

22) いわゆる「ためらえば危険 (Gefahr im Verzug)」とは、患者の生命健康に重大な危険が迫っている場合に、成功の見込みのある医的侵襲ないしその拡大が緊急に必要なときに、患者ないしその法定代理人の同意が得られないか、それを得るために労することによってその侵襲の有効性と可能性が重大な賭にさらされる状態のことを指す (唄・前掲注(1)42頁参照)。事務管理ないし推定的同意によって対応される。

戦前の1931年「子宮腫瘍事件判決」ですでに、戦後も1954年「第一電気ショック判決」にて言及、1958年「第二電気ショック判決」で説明義務の例外を詳細に説示する中でその理論を容認した。さらに1957年「第一筋腫判決」(BGHSt 11, 111, 113 f) は、拡大侵襲の事例につき言及している。

23) Deutsch, Das therapeutische Privileg, NJW 80, 1305. この「治療上の特権 (therapeutic privilege)」とは、説明を行うことが患者の心身や治療効果に悪影響を与える場合において必要な説明を差し控えることができる医師の権利である。

精神疾患に関する前出1954年「第一電気ショック判決」および前出1958年「第二電気ショック判決」、そしてがん告知に関する連邦通常裁判所1959年1月16日判決 (「放射線判決」) BGHZ 29,176が、一定の準則を定立した (しかし、とくにがん告知について、その後の判例の制限的傾向につき、河原格『医師の説明と患者の同意——インフォームド・コンセントの日独比較』(成文堂、1998年) 24頁以下参照)。

24) なお、(後の判例で否定されたため) 現代的意義は疑わしいが、連邦通常裁判所1958年12月9日判決 (「第二電気ショック判決2.Elektroschockurteil」) BGHZ 29,46では、説明義務の範囲について詳細な説示がなされた。そこでは、前出「第一電気ショック判決」と併せ、「ティピカルな危険については説明を要し、アティピカルな危険については説明を要しない」(唄・前掲注(1)30頁) というドグマが定立された (同書30頁以下参照)

25) Schwalm, Die strafrechtliche Bedeutung der ärztlichen Aufklärungspflicht, MDR 1960, S. 722 ff., 723.

なお、「推定的同意 (mutmaßliche Einwilligung)」²⁶⁾や「患者の事前指示書 (Patientenverfügung)」²⁷⁾などの解釈論やその法制化も並行して進展したことを付け加えておきたい。これらは、激化する2つの価値の対立を止揚・調整し、2つの価値の実質的な均衡をカバーする役割を担ったのである。

2 説明義務の保護法益をめぐる論争²⁸⁾

(1) 私法領域のテーマ設定の特徴

刑法領域では、患者の自己決定権の保障内容は、医師の専断で実施された、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。

これに対し、私法領域では、適切十分な説明なくして実施された治療行為が悪結果を生じた場合に、患者のいかなる利益を侵害し、ゆえに、いかなる種類

26) BGHSt 45, 219, 223 : Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.262 ff. 刑法では、慣習法上認められ、被害者の同意と正当化的緊急避難の間に位置づけられている (Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, § 18 Rn.4,8)。現実的同意に対して補充的に用いられる。

27) 「患者の事前指示書 (Patientenverfügung)」は、患者が意識喪失や判断能力減退によって自身に施される医療行為に関して同意ないし拒絶を行うことができなくなる場合に備えて、予め、特定の医療措置に関して、同意ないし拒絶の意思表示を書面で行っておくものである。一種の予防的措置であり、自己決定の時間的拡張にあたる。従来判例 (BGH BGHZ, 202, 206) によって認められてきたものが、2008年の世話法の改正によって立法化した (村山淳子「ドイツにおける高齢者医療の法的問題の現状と課題——世話制度を用いた医療上の自己決定支援」甲斐克則編『医事法講座14巻 高齢社会と医事法』(信山社、2014年) 289頁参照)。

28) 患者の自己決定権をめぐる私法領域の議論に関する独語文献は、2013年の医療契約法制定の前後でかなり内容が異なるため、本項目および次項目では医療契約法制定以前の版のものを中心に参照している。なお、医療契約法制定前の説明義務に関する議論状況を紹介する邦語文献として、山下登「医師の説明義務をめぐる最近の論議の展開(1)」六甲台論集30巻1号(1983年)96頁、山下登「医師の説明義務をめぐる重要争点の検討——脊髄疾患に対して椎弓切除術が施行された事例を手がかりとして——」臨床法務研究18巻(2017年)32頁参照。

と範囲の損害の賠償責任を生じさせるのかという民事責任法の目的と構造に沿ったテーマがみいだされる（両テーマの建付けは似通っているようで異なっている）。

私法的に再現したともみえる2つの価値の対立は、違法性阻却構成と義務構成の対立という形をとって現われたかのようにみえる。

なお、ドイツでも、医師責任については、債務不履行責任と不法行為責任が観念的競合（Idealkonkurrenz）の関係にあり、互いに排除しあう関係にはない（違法性阻却構成をとった場合の契約法の機能の問題については後述3(2)参照）。実際には、2002年の債務法改正を境に、医師責任の法的根拠は不法行為から契約法に移行してゆき²⁹⁾、その流れは後述の医療契約法の制定をもって決定的なものとなった。

(2) 違法性阻却構成

判例・多数説³⁰⁾の支持する構成である。

違法性阻却構成は、治療行為を身体法益の侵害であると評価し、その徴表される違法性が患者の有効な同意によって阻却され则认为。本構成において、同意と説明は、「真正な意味で法的義務」³¹⁾であるわけではない。患者の同意は、身体法益の処分³²⁾ないし放棄³³⁾を意味するものであり、説明は同意の有効性の前提要件（Voraussetzung）である³⁴⁾。適切十分な説明を行わなかったことは、

29) 2002年の債務法改正（半田吉信『ドイツ債務法現代化概説』（信山社、2003年）参照（巻末にはドイツ債務法現代化法の邦訳を所収））前は、医療訴訟のメインの責任根拠は不法行為であった。債務法改正（旧847条にもとづく慰謝料請求権が債務法の一般的部分に移ったことにより、両責任構成に実質的差異がなくなった）後、患者の自律性の志向や医療の多様化と相俟って、責任根拠の重心は契約法に移行していった。

30) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.243

31) Weitnauer, Fragen der ärztlichen Verantwortlichkeit in zivilrechtlicher Sicht, DB1961, Beilage Nr.21, S.3（山下・前掲注(28)(1983年)125頁より）

32) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.248

33) ebd., Rn.265

34) ebd., Rn.248

患者の同意の有効性の前提を崩壊させ、もって当該同意を無効化し、そのために治療行為は同意なきものとなり、違法性は阻却されず、治療行為は違法性を帯びるのである³⁵⁾。このようにして違法な治療行為を実施した医師は、それを原因とするあらゆる財産的および非財産的損害に対して賠償責任を負う。

判例は、上記構造において、説明の適否と同意の有無の関係を、違法性関連(Rechtswidrigkeitszusammenhang)——行為の違法性と結果との間に行行為者に責任を負わせるに足る関連性があるかどうか——の問題として捉えている³⁶⁾。適切かつ十分な説明をしたとしても患者が当該治療行為に同意していたであろうこと(仮定的同意 Hypothetische Einwilligung³⁷⁾)を医師が主張立証できれば、医師は責任を免れる。この主張に対して、患者側は、適正な説明を受けていれば、当該治療行為の実施に関し、重大かつ持続的な内心の葛藤に陥ったであろうことを、あとづけ可能でもっともらしい理由を付して陳述しなければならない³⁸⁾。

この違法性阻却構成は、説明義務の保護法益を、患者の身体法益と、身体に関して自ら決定する人格的な利益であると捉える。この2つの保護法益の関係に関しては、論者の見解は一様でないが、以下に述べる Deutsch の見解³⁹⁾が支配的であったといえる⁴⁰⁾。Deutsch は、違法性阻却構成を叙述する中で、説明を受けたいうでの同意を違法阻却の前提条件とすることは、一般的人格権の現

35) この構造において刑法の判例の立場と共通している。

36) 山下・前掲注(28)(2017年)41頁

37) BGHZ 90,96; 後に刑事判例でも BGHSt 15, 200 (「第2筋腫判決」).Vgl. Laufs/Kern, a.a.O. (Note 18), § 63,Rn.5ff. (Laufs).

38) 松本博之『民事訴訟における事案の解明』(日本加除出版、2015年)75頁以下参照(証明責任を負わない「具体的事実陳述義務」)

39) 以下は、Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18) Rn.248の一部をその表現を使いながらまとめた内容である(本書の前身である Deutch,Arztrecht und Arzneimittelrecht,2.Aufl.1982,S, 52でも同旨見解が述べられている)。

40) Vgl.Laufs/Kern,a.a.O. (Note 18), § 63,Rn.2,note 2 (Laufs). なお、私法領域では、2つの保護法益の関係までには深く立ち入らないのが、むしろ一般的な文献状況であったといえる。

れであるとする。そして、不法行為に関する民法823条の列挙するところの身体・健康・自由といった法益が、患者の同意によって処分されるとしたうえで、それら身体・健康・自由といった法益の背後には、それらの侵害を許容することも拒否することも自由になしうる人格権が潜んでいる (verbergen sich) と説明する⁴¹⁾。Deutschによると、専断的治療行為は、患者の人格権を侵害し、そのみならず、患者の身体・健康・自由をも侵害する。

なお、違法性阻却構成の論者は、説明義務の基本法上の根拠を、当初は、基本法2条の1項と2項の双方に求めていたが⁴²⁾、次第に、基本法2条1項、あるいは2条1項と1条1項に求めるようになっていった⁴³⁾(憲法論については、次号で詳述する)。

(3) 義務構成⁴⁴⁾

かつて少数の支持者を有していたが、現在では言及されることが多い。

義務構成は、説明や同意を、身体侵害の損害賠償の問題とは切り離して、それ自体、義務としてとらえ、それら義務に対する違反が独立の責任原因をなすとする。本構成において、説明の有無適否は、同意の有効性を左右するもの

41) Deutsch, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, 1989 は、一般的人格権には透明性があり、その背後には、固有規定を当てられた法益(身体と健康)がみられると述べている。

42) Deutsch, Arztrecht und Arzneimittelrecht, 2. Aufl. 1982, S. 52; Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 9 (患者の自己決定権の根拠に関する最近の裁判例・学説の見解として); Taupitz, Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, 2000, 274 ff. D3, D5 (説明の保護法益を、身体は無傷性に対する権利(2条2項1文)、それと密接に結びついた一般的人格権(基本法2条1項)、基本法1条1項1文で保障された人間の尊厳とする)

43) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18) Rn. 248; (医療契約法制定後に) Spickhoff, a.a.O. (Note 18), § 630d BGB Rn. 1 (Spickhoff) (2条1項と1条1項を根拠とする)

44) Wiethölter, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der Freien Berufe (Hrsg.), Die Aufklärungspflicht des Arztes, 1962, 71 ff. (79); Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht, 1983, S. 149 ff.

ではない⁴⁵⁾。適切十分な説明をしなかったこと、あるいは有効な同意を取得しなかったことは、いずれも、医師の義務違反、ないしは過失を構成する⁴⁶⁾。

義務構成は、適切十分な説明をせずに、または同意を取得せずに実施した治療行為であっても、医学的に正当な行為であれば、身体の侵害にはあたらないとする考えを基礎としている。適切十分な説明を行わなかったことは、人格権である自己決定権単独の侵害として評価される⁴⁷⁾(本構成は、人格権である自己決定権を独立の保護法益として承認する)。説明義務違反の効果は、患者の自己決定権を顧慮しなかったことを理由とする、慰謝料の賠償にとどまる⁴⁸⁾。

(4) 小括——自己決定権概念の弛緩と核心的問いの喪失

自己決定権の保障内容を問う、違法性阻却構成と義務構成の対立は、刑法領域における専断的治療行為論争と構造的に似通っている(実際、とくに違法性阻却構成は、刑法の判例の立場の影響を受けている)。

しかし、違法性阻却構成と義務構成の論争において、身体と意思の価値対立を究極的に問う視点をみいだすことはできない。刑法の傷害罪構成要件該当説におけるように、差引勘定を完全に排した、「生のままの」身体法益を保護することは、民事責任法の構造ではできない。損害の発生を要件としその填補を法の目的とする以上、損害と評価される悪結果が生じていないケースは、民事責任法の保護の対象には入ってこない(このことは、義務構成から違法性阻却構成に対する批判の論拠として挙げられ⁴⁹⁾、だからこそ義務構成はむしろ人格権である自己決定権単独の問題として保護しようとしたのである)。私法領域では、身体と意思の価値の関係は、法の構造のレベルで解決される問題ではなく、身体法益の解釈や同意の有効性の判断における社会規範に即した利益衡量

45) 「違法性判断の前方移行」(山下・前掲注(28)(1983年)100頁)

46) Kern/Laufs, a.a.O. (Note 44), S.149.

47) Kern/Laufs, a.a.O. (Note 44), S.149.

48) Kern/Laufs, a.a.O. (Note 44), S.149

49) ebd., S.149f.

にゆだねられる問題なのである。

3 医療契約法の立法による理論的成熟と体系的整理

(1) 患者の権利法の一部としての医療契約法の制定

2013年、長年の患者の権利の法制化の運動に応えて、「患者の権利法 (Patientenrechtegesetz)」⁵⁰⁾が制定された。同法は、患者の権利の向上という1つの目的をめざして⁵¹⁾、私法・社会法にわたる7法令⁵²⁾の改正を包括した形式で成立し、その中心をなすのが民法典の改正であった。

改正により挿入された民法630a～630hは、医療契約と医師責任に関して、判例によって形成されてきた諸規範を、雇用契約⁵³⁾の下位類型の箇所に条文化して挿入するものである。

本規定群をもって、医療における説明や同意をめぐる規律も、従来曖昧さのあったところにつき、一定の理論的成熟と体系化を達成した。また、法案理由においては、立法者の解釈が示された。ここでは、説明と同意にかかわる体系

50) Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.Februar 2013 (BGBl. I S.277).

本法の邦語参考文献として、渡辺富久子「【ドイツ】患者の権利を改善するための民法典等の改正」外国の立法月刊版255-1号(2013年)16頁以下、服部高宏「ドイツにおける患者の権利の定め方」法学論叢172巻4・5・6号(2013年)255頁以下、村山淳子「ドイツ2013年患者の権利法の成立——民法典の契約法という選択——」西南学院大学法学論集46巻3号(2014年)117頁以下、小野秀誠「医療契約：ドイツ民法典の改正」国際商事法務629号(2014年)1679頁以下、村山淳子「〈翻訳〉ドイツ医療契約法の法案(理由付)(上)」同誌51巻1号(2018年)45頁以下等。本稿で用いる条文ならびに法案は上記拙稿(2014年)154頁以下の翻訳を基にしたものである。

51) 連邦政府法案の前文(Drucksache 17/10488,S.1)および法案理由(ebd.,S.9)。

52) 民法(BGB)、社会法第5編(SGB V)、患者参加令(Patientenbeteiligungsverordnung)、病院財政法(Krankenhausfinanzierungsgesetz)、契約医許可令(Zulassungsverordnung für Vertragsärzte)、契約歯科医許可令(Zulassungsverordnung für Vertragszahnärzte)、そして連邦医師法(Bundesärzteordnung)である。

53) 本改正により典型契約化する以前の医療契約は、判例により、雇用契約の一種として性質決定されてきた(BGHZ 47, 75 ff.; 76, 259, 261; 97, 273, 276)。

と解釈の到達点を確認しよう。

【資料1 新・医療契約規定（下線筆者）】

独民法第2編債務関係法のうち、第8章個別の債務関係のうち、第8節の改正である。

第8節 (Titel 8)

「雇用契約とそれに類する契約 (Dienstvertrag und ähnliche Verträge)」

第1款 (Untertitel 1)

「雇用契約 (Dienstvertrag)」(611条～630条)

第2款 (Untertitel 2)

「医療契約 (Behandlungsvertrag)」

630a 条 医療契約における契約に典型的な義務

630b 条 適用可能な規定

630c 条 契約当事者の協力 (Mitwirkung) (1項)、情報提供義務 (Informationspflichten) (2項・3項)

630d 条 同意 (Einwilligung)

630e 条 説明義務 (Aufklärungspflichten)

630f 条 医療上の記録 (Dokumentation der Behandlung)

630g 条 医療記録の閲覧 (Einsichtnahme in die Patientenakte)

630h 条 医療過誤および説明過誤責任に関する立証負担

(2) 同意 (Einwilligung) (630d 条)

医療契約の定義規定である630a条⁵⁴⁾とは別に、あえて医療上の措置に関する同意について本条を設けている。これをもって、医療上の措置 (medizinische Maßnahme) に関しては、契約締結合意とは別個独立に、患者の同意を要すること⁵⁵⁾が条文をもって確認された (もし、治療を目的とする医療契約の存在のみをもって治療行為を正当化し得るのであれば、本条は存在する必要のない、余計な条文であるということになる⁵⁶⁾)。

本条を630e条の説明義務（Aufklärungspflichten）とは別条文で規定したことは、戦後の説明義務論において、説明が同意から分化独立して内容を発展させたことを反映している。

法案理由では、630d条の保護法益について以下のように述べられている。すなわち、一方で、本条は、「患者の人格の自由な発展と人間の尊厳の尊重に対する憲法上の保障の私法による具体化という意味での、患者の自己決定権」⁵⁷⁾を保護する。他方で、その同意は、「不法行為の法益保護の枠組みでも、つまり侵襲の違法性ないしその正当化の問題にとっても、意味がある」としている⁵⁸⁾。

さらに法案理由は、これまで医療契約の法規定を欠くために、「同意」に関して、契約法と不法行為法との区別・関係性が判例において精密でなかったとの認識を述べる⁵⁹⁾。そして、この問題を630d条の制定をもって整理する意図を述べる⁶⁰⁾。立法による整理の成果を、有力説は以下のように理解している。

54) 参考のため、医療契約の定義規定を下記に訳出する。

630a条 医療契約における契約に典型的な諸義務

1項 医療契約によって、患者の医療上の処置（medizinische Behandlung）を約束する者（医療者 Behandelnder）は、約束した処置を給付する義務を負い、もう一方の当事者（患者 Patient）は、第三者が支払義務を負わないかぎりにおいて、合意された報酬を支払うべき義務を負う。

2項 前項の処置は、別段の合意がないかぎりにおいて、当該処置の当時に存在し、一般的にみとめられている専門の水準に則って行われなければならない。

55) Vgl. Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 85. Aufl. (2026), § 630d Rn. 1 (Weidenkaff)

56) Vgl. Linoh, Die mutmaßliche Einwilligung im Medizinrecht : Gewohnheitsrechtlich anerkannte Illusion der Selbstbestimmung?, medstra Heft 4, 2017, 216 (キム・フィリップ・リノー／仲道祐樹・天田悠（訳）「医事法における推定的承諾——慣習法上認められた自己決定という幻想か？」比較法学 53 卷 1 号（2019 年）167 頁以下参照）

57) BT-Drucksache 17/10488, S.23（法案理由）

58) ebd., S.23（法案理由）

59) ebd., S.23（法案理由）

60) ebd., S.23（法案理由）

すなわち、同意は、不法行為法および契約法のいずれにおいても、患者の一般的人格権に奉仕する。どちらの構成によるかで異なるのは、同意の機能である⁶¹⁾。不法行為法上の同意は治療行為の正当化の根拠としての機能が前面に出るが⁶²⁾、630d 条は同意に契約上の義務の対象としての機能を獲得させるものである⁶³⁾。

【資料2 第 630d 条 同意 (Einwilligung) (下線筆者)】

第1項 医療上の処置、とくに身体又は健康への侵襲の実施に先立ち、医療提供者は患者の同意を取得すべき義務を負う。患者に同意能力がない場合、1901a 条1項1文にもとづく患者の事前指示が当該処置を許容し、若しくは禁止していないかぎり、同意権者の同意を取得しなければならない。他の規定により、同意についてさらに要件が定められている場合には、このかぎりでない。延期不能な処置に関して適時に同意が取得できない場合、推定上の患者の意思に適合しているかぎりにおいて、同意なく当該処置を実施することができる。

第2項 患者、若しくは1項2文の場合には同意権者が、同意に先立ち、630e 条 (1～4項) の準則に則り説明を受けていることが、同意の有効要件である。

第3項 同意は、無理由・不要式・随時に撤回可能である。」

(3) 説明義務 (Aufklärungspflichten) (630e 条)

① 説明義務概念の体系化

630e 条は630c 条と併せ、従来裁判例によって広範多彩に認められ、学説が分類を試みてきたところの説明義務を、それまでの議論を基に種類分けし、条文をもって体系化して示した。すなわち、630c 条の情報提供義務 (Information

61) Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 630d BGB Rn.1 (Spickhoff) Vgl. Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Nomos Kommentar: Gesamtes Medizinrecht, 4. Aufl., 2023, BGB § 630d Rn.1, 2 (Wever)

62) Spickhoff, a.a.O. (Note 61), § 630d BGB Rn.1 (Spickhoff)

63) ebd., § 630d BGB Rn.1 (Spickhoff)

spflichten) と 630e 条の説明義務 (Aufklärungspflichten) に大別したうえで⁶⁴⁾、さらに前者につき、630c 条2項1文の医療 (Behandlung) にとって重要な事情について情報提供する義務⁶⁵⁾、2文の医療過誤についての情報提供義務、そして3項の経済的な情報提供義務 (wirtschaftliche Informationspflicht) の3類型に分ける。

630e 条の説明義務 (Aufklärungspflichten) に相当するのが、それまで、「自己決定のための説明 Selbstbestimmungsaufklärung)」ないし「侵襲とリスクの説明 Eingriffs- und Risikoaufklärung」と呼ばれてきた説明である⁶⁶⁾。630d 条の同意 (の有効性) の前提条件であるのは、この 630e 条の規定する説明義務の方であることが、630d 条2項に明記されている (前述(3)参照)⁶⁷⁾。法案理由では、「自己決定のための説明」を求める患者の権利は、人格に関する彼の自己決定権が流れ出たもの (Ausfluss) と表現されている⁶⁸⁾。

② 説明義務の範囲・例外・方法の規定化

630e 条は、説明の範囲や例外について、それまでの確立した判例を反映した条文化を行っている。患者に説明すべき、同意にとって本質的な事情として、具体的項目を列挙する (1項2文)⁶⁹⁾ (これは例示であって、閉じられたカタログではない⁷⁰⁾)。さらに代替的療法の説明義務の基準 (1項3文)⁷¹⁾のほか、説明が例外的に不要となる条件⁷²⁾として「ためらえば危険」と患者による説明放

64) とくに 630c 条2項1文の治療上の情報提供義務について BT-Drucksache 17/10488,S.21 (法案理由)

65) それまでの判例で「治療上の説明義務 (therapeutischen Aufklärungspflicht)」や「安全上の説明 (Sicherungsaufklärung)」と捉えられてきたものに相当する (Vgl.Thole, Das Patientenrechtgesetz-Ziele der Politik, MedR 2013,S.146)。

66) BT-Drucksache 17/10488,S.24 (法案理由)

67) ebd.,S.24 (法案理由)

68) ebd.,S.24 (法案理由) (BGH VersR 1959, 153 ff. を参照表示)

69) ebd.,S.24 (法案理由)

70) ebd.,S.24 (法案理由)

71) 詳細は ebd.,S.24 (法案理由) 参照。

72) 詳細は ebd.,S.25 (法案理由) 参照。

棄を例示的に列挙する(3項)。さらに、条文の複数個所にわたり、説明の相手方や方法⁷³⁾までも規定化されている。

【資料3 630e 条 説明義務(Aufklärungspflichten)(下線筆者)】

第1項 医療提供者は、同意をするために重要なすべての事情を患者に説明すべき義務を負う。それにはとりわけ、医療上の処置の種類、範囲、実施、期待される結果およびリスク、および診断と治療からみた必要性、緊急性、適応、及び成功の見込みが含まれる。適応があり通常行われている医療上同程度の方法が複数存在し、負担、危険、又はもたらしうる治癒の機会に重大な差異がある場合、医療提供者は説明に際して別の選択肢としての処置も摘示しなければならない。

第2項 説明は、以下の各号の定めるとおりに行わなければならない。

第1号 医療提供者、又は当該処置を実施するのに必要な能力を有する者が、口頭で行わなければならない。補足的に、患者に文書を交付して、説明に用いることもできる。

第2号 同意に関する決定を患者が熟慮のうえで行えるよう、適時に、行わなければならない。

第3号 患者にとって理解しやすいものでなければならない。患者が説明又は同意に関連して署名した文書のコピーを、患者に交付しなければならない。

第3項 特別な事情により患者への説明が例外的に必要なでない場合、とくに当該処置が延期不能であるか、又は患者が説明を明示的に放棄している場合には、これを不要とする。

第4項 第630d 条第1項第2文により、同意権者の同意を取得すべき場合には、第1項から第3項までの準則に則って、同意権者に説明しなければならない。

第5項 第630d 条第1項第2文のケースにおいて、患者がその成長段階と理解能力から説明を受容しうる状態にあり、かつそれが当該患者の福祉に反しない

73) 以下条文参照。

限りにおいて、患者にも、第1項による重要な事項を、その理解力に応じて説明しなければならない。第3項を準用する。

（4）小括——判例による法形成の継続

2013年の医療契約法は、法の透明性の確保のために⁷⁴⁾、従来の判例の内容を整理し体系的に纏めることにとどまるものであった。判例法による曖昧さを立法的に解決した要素もあるが、判例の内容を明確に否定したり、新たな内容を加えることはしていない。加えて、医療という進展の早い領域を対象とする立法であることを考慮し⁷⁵⁾、立法後もなお、判例による継続的な法発展を妨げるものがないよう⁷⁶⁾十分な余地⁷⁷⁾を残す書きぶりとなっている。

この立法姿勢は、20世紀後半の刑法改正論議におけるそれにも通じている。刑法改正論議でも、説明義務の特則が重要な争点となったが、適切な条文化の可能性やその成果に疑問が呈せられた⁷⁸⁾。ようやく立案された1962年草案の説明義務の特則も、説明義務の例外についての判例法の条文化であって、判例により認められていた説明義務の根拠や意義につき制定法上の根拠を与える以上のものではなかった⁷⁹⁾。

4 自己決定権の私法的変質の背景と理論的基礎

（1）自己決定権の私法的変質

上記のごとく、判例および制定法の展開をみると、私法領域において、同意や説明が保護するところの患者の自己決定権の保障内容は、刑法領域におけるそれとは質的に異なっている。私法領域において患者の自己決定権とは、身体

74) とくに法案前文の叙述（BT-Drucksache 17/10488,1）参照。

75) Vgl.Katzenmeier,Der Behandlungsvertrag-Neuer Vertragstyp im BGB,NJW 2013,823

76) Thole,Das Patientenrechtgesetz-Ziele der Politik,MedR 2013,S,149（法務省の担当官の立場から）

77) BT-Drucksache 17/10488,S.9（法案理由）

78) 唄・前掲注(1)46頁以下参照

79) 以上、天田悠『治療行為と刑法』（成文堂、2018年）211頁以下参照。

法益の処分に対する権利ではなく、自己の身体に関して自身で決定することのできる人格的な利益（一般的人格権）であって、それが身体法益に結び付けられる構造になっている（その結びつきの在りようについては、次号の憲法論に譲りたい）。この構造において、刑法領域において保護されてきた身体法益とその処分の拒絶意思の構造上の絶対的地位は喪失した。

このような自己決定権の私法的変質の原因としては、私法領域特有の、以下のような背景と理論的基礎を考えることができる。

(2) 医師の説明の2つの起源

医師が患者に対して行う「説明」には、2つの起源が存在する。

1つは、刑法の影響を受けた、法律論としての、治療行為の適法化論である。刑法領域における「骨癌事件」と同じ頃、私法領域でも、19世紀後半には⁸⁰⁾、治療行為を適法化するためには患者の同意が必要であるとする議論が存在していた。有名な証左として、1898年のビスマルクの自著⁸¹⁾における以下のような叙述がある。すなわち、後にフリードリッヒ三世となる皇太子が咽頭癌に罹患したことにつき、「治療にあたった医師団は、1887年5月末、皇太子にその意図を告げることなく、彼の意識を（訳注：麻酔で）失わせ咽頭を摘出することを決めた。これに対して、私（訳注：ビスマルク）は異議を唱え、患者の同意なく手術を実施しないよう、また、王位継承者が手術を受けるのだから、家長（訳注：皇帝）の同意も取得するように求めた。私から報告を受けた皇帝は、息子の同意なく手術を実施することを禁止した」⁸²⁾。Deutsch は、このエピソードを紹介して、「道徳的および法的に必要な不可欠なものとしての患者への説明は、19世紀後半の落し子である」と述べるのである⁸³⁾。

もう1つは、それよりも時代的に遡る、近代的な医療観ないし医療倫理であ

80) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.244

81) Bismark, Gedanken und Erinnerungen, 2 Bd. 1898, 306 (Neue Auflage. 1920, S.349)

82) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.244 による引用。

83) Deutsch, Theorie der Aufklärungspflicht des Arztes, VersR 1981, S.293.

る。医療の主体は患者であって、医療の効果や目的達成のためには、医師と患者との協働が不可欠であるという思想である。このような近代以降の医療観⁸⁴⁾は、社会道徳に基礎づけられ、医師の職業倫理にも取り込まれていた。かような医療の在り方についての理念は、医師と患者の対話（Gespräch）を要請する⁸⁵⁾。医師は病気と治療について患者に情報提供し⁸⁶⁾、患者の治癒に向かう意思を強化し⁸⁷⁾、助言者として患者の正しい決断を導かねばならない⁸⁸⁾（他方、患者は自身の苦しみと状態について情報提供しなければならない⁸⁹⁾）。私法領域では、むしろ⁹⁰⁾、説明の担うこの道徳的機能こそが、実際の医療⁹¹⁾に根差した本来的な要請であり続けた。

19世紀後半以降、説明が法的議論の俎上に上げられるようになったとき、伝統的な医療倫理が要請する医師と患者の対話の一部としての説明が、医師の訴訟上・法律上の責任を免ずる同意の前提条件としての意義も併せ有することとなり（これは、説明にとっては重大な変性を意味する⁹²⁾）、両方の意味を併せて説明が法的に義務付けられた⁹³⁾。説明という1つの所為が、協働者としての患者に対する対話的・人格的働きかけの要請と、医師の身体侵害の法的免責の前提条件という2つの意味を併せ帯びることになった⁹⁴⁾。このことが、

84) 山下・前掲注(28)(1983年)102頁参照（近代以降の医療観の変化について述べる。個人の自己決定権の承認が、医師・患者関係にも決定的な影響を及ぼし、患者は解放された自立した個人であって、患者に何がなされるのかを決定するのは、国家でも教会でも医師でもなく、患者自身であると考えられるようになったとする）

85) Vgl. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.247; Laufs/Kern, a.a.O. (Note 18), § 63, Rn.1,2 (Laufs)

86) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.243

87) Laufs/Kern, a.a.O. (Note 18), § 64, Rn.4 (Laufs)

88) Vgl. ebd., § 64, Rn.4 (Laufs)

89) Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.243

90) ebd., Rn.247（第一に）

91) ebd., Rn.243（違法性阻却構成の立場を述べつつ、現実是这样な一方的なものではないとしている）

92) Vgl. ebd., Rn.245

93) Vgl. auch ebd., Rn.246

説明義務の保護法益の融合的理解や曖昧さを生み、ひいては自己決定権概念の弛緩をもたらしたのである。

(3) 一般的人格権 (Das allgemeine Persönlichkeitsrecht)⁹⁵⁾の生成の影響 ——人間の存在にかかわる人格的利益の登場

戦後の私法領域における議論の質的な変容にいわば法的な受け皿を与えたのが、1950年代から1970年代にかけての不法行為法の解釈における「一般的人格権 (Das allgemeine Persönlichkeitsrecht)」の生成である。

この権利は、連邦通常裁判所の20年余にわたる一連の判決⁹⁶⁾を通じて、基本法1条1項と結びついた2条1項を根拠として、不法行為に関する民法823条の「その他の権利」の枠を用いて生成した。

戦前から認められてきた経済活動の保護を内容とする個別的な人格権⁹⁷⁾と異なり、一般的人格権は人間の存在にかかわる⁹⁸⁾観念的、包括的な非財産的利益⁹⁹⁾である。ナチス支配下での人間性の墮落に対する反応として、基本法制定による倫理的価値観の高揚を受け、基本法を根拠とする人間の尊厳や自己決定の基礎的価値¹⁰⁰⁾(人間らしさやそれを取り巻く不可侵の権利や自由¹⁰¹⁾)をはじめて法的保護の対象とするものであった。基本法の条文に即した判例の表現によれば、「個人が個性を発展させ維持するのに必要な」¹⁰²⁾、「人格的な生活領域

94) Vgl. auch ebd., Rn. 245 (「変性 denaturieren」とは、このことをも含意している), Rn. 246

95) 村山淳子「死後の人格権——その概念に託されたもの——」只本誠=佐伯仁志=北川佳世子編『甲斐克則先生古稀祝賀論文集 下巻 医事法学の新たな挑戦』(成文堂、2024年) 99頁以下およびそこでの参考文献を参照。さらに、木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成 (2・完) 人格権概念に仮託された意味・機能に着目して」立命館法学 296号 (2004年) 175頁も参照。

96) BGHZ 13, 334; 20, 345; 24, 200; 26, 349 (以降、後続判例によって内容が明確化されていった)。

97) 木村・前掲注(95) 175頁以下参照 (氏名権や商標権など)

98) 同論文 221頁等参照

99) 木村・前掲注(95) 249頁注 377 参照。

100) 以上、木村・前掲注(95) 236頁 (Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 6の見解を引用) 参照

とその基本的諸条件の維持」¹⁰³⁾に民法上の保護を与えるものである。

伝統的な医療倫理に根差し、私法領域で発達した説明義務論は、不法行為法における基本法2条1項と1条1項を根拠とする、人間のひととしての存在にかかわる抽象的・観念的な自由権に法的な受け皿をみいだしたのである。

（4） 民事責任法の構造上の制約——差引勘定の支配する世界

違法性阻却構成をとる場合、刑法と民事責任法において治療行為の適法化の構造は似通っており、同意の解釈論においても共通性がある。しかし、民事責任法は損害の発生を要件としその賠償を目的とするゆえに、前提として差引勘定のフィルターを通過することになり、その構造には差引勘定がもとより織り込まれている。仮に患者の明確な拒絶意思に反して治療行為を実施したとしても、損害と評価し得るような悪結果が生じていないケースでは、責任は生じえない。差引勘定を排した、「生のままの」身体法益を保護することも、その処分の拒絶意思に絶対的地位を与えることもできない。民事責任法の本来的な構造において、刑法の傷害罪構成要件該当説における核心的価値構造の意義は失われる（故に、私法領域の議論では、刑法領域での専断的治療行為論の論争を意識しつつ、その論争は立証責任の違い¹⁰⁴⁾くらいしか実益を認識されなかった¹⁰⁵⁾）。傷害罪構成要件該当説と傷害罪構成要件非該当説の2大潮流の核心的な相違点は私法領域では意味をなさなかったのである¹⁰⁶⁾。

101) Vgl. Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, S. 1693. (「自然法秩序の中心的要素」としての「人間らしさとそれを取り巻く不可侵の権利領域および自由領域」)

なお、木村・前掲注(95)241頁は、一般的人格権には、倫理的な意味での「人格」という脈絡で「人格的な権利」を構想したカントの思想と、法律上の権利概念として基本権的な一般的人格権概念を設定したギールケの思想が、統合的に組み込まれているとみることができるといふ。

102) Vgl. BVerfGE 79,256/268; Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 17. Aufl., 2022, C.H. Beck, Art. 1 Rn.43 (Jarass)

103) BVerfGE 121,69/90; Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 17. Aufl., 2022, C.H. Beck, Art. 2 Rn.39,43 (Jarass)

(5) 小括——刑法領域と私法領域の相互作用

刑法領域を発生源とする患者の自己決定権の保障内容は、私法領域に固有の背景と理論的基礎ゆえに、その内容を弛緩させるのみならず、核心的な価値構造を喪失した。そして、このような自己決定権の私法的変質は、発生源である刑法領域にも逆流して影響を与えた¹⁰⁷⁾。前号で述べたとおり、私法領域での説明義務論を契機に、戦後、刑法領域でも専断的治療行為論争が再高揚し、説明義務論を取り組むとともに、民法や基本法に力を得た（人格を保護法益に取り込む）傷害罪構成要件非該当説が勢力を伸ばした。判例の確固とした立場である傷害罪構成要件該当説さえ、自己決定権の解釈を弛緩させたのである（明示的拒絶ではなく説明過誤による同意無効の認定をもって専断的治療行為と評価することで、身体処分権に人格的利益の混入を許した）。

【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）

104) 違法性阻却構成とった場合には、患者の同意は正当化事由であるから、患者が有効に同意をしたこと、つまり説明および同意の立証責任を負う。これに対して、注意義務構成をとった場合には、有効な同意の欠缺は「自由の侵害」という構成要件の一部であるから、同意や説明なきことの立証責任は患者が負う。

105) 本論争に言及する学説は、立証責任への影響について叙述するととどまる。z.B. Deutsch/Spickhoff, a.a.O. (Note 18), Rn.248

106) z.B. ebd., Rn.248; Laufs/Kern, a.a.O. (Note 18), § 59, Rn.2 (Laufs)

107) 医療契約法の制定をもって確認された学術的成果は刑法領域の議論にとっても指針ともなつたとされる (Satzger/Schluckebier/Werner, StGBKommentar, 6. Aufl. 2024, § 223, Rn.35 (Momsen-Pflanz/Momsen/Leszczynska))

第三者に対する行為と懲戒事由(1)

森 田 憲 右

- 第1 はじめに（本稿の目的）
- 第2 議決例や裁判例
- 第3 問題の所在
- 第4 懲戒事由の法的根拠（狭義の誠実義務と広義の誠実義務）（以上、本号）
- 第5 誠実義務の内容、範囲
- 第6 狭義の誠実義務とそれ以外の義務との調整

第1 はじめに（本稿の目的）

1 弁護士は、依頼者に対して誠実義務を負い、高度な善管注意義務を負う（弁護士法1条2項）。弁護士は、依頼者の権利及び正当な利益を擁護することを通して、基本的人権を擁護し社会正義を実現する（法1条1項）。弁護士が依頼者に対する誠実義務に反するとき、品位を失うべき非行として懲戒事由にあたる（法56条）。

2 弁護士の職務は、当事者の依頼等により訴訟事件など一般の法律事務を行うことであるから（法3条1項）、弁護士の依頼者に対する誠実義務は、相手方を含む第三者（以下、断りのない限り「相手方」を含む意味で用いる。）の権利利益と対立する。また、真実・信義・公正（弁護士職務基本規程（以下、単に「規程」という。）5条）ないし独立（規程2条、20条）と緊張関係に立つ。これにより、弁護士の行為が第三者の権利利益を侵害したなどとして違法を論難される場合がある。

3 ここで、留意すべきは、違法の物差しは場面ごとに異なることである。

私法上の違法と、公法上、刑事上の違法とは異なる。弁護士法上の違法は、法56条の解釈適用の問題であり、同条は、懲戒事由として「品位を失うべき非行」を定める。もっとも、この法律概念は非常に抽象的である。それ故に、例えば、第三者のプライバシー違反が民法上の不法行為の成否の場面で違法であるとして、それを直ちに懲戒事由該当性の場面で違法であると判断することは慎重であるべきである。この区別については理論的な分析、整理をする必要がある。

4 本稿では、弁護士の第三者に対する行為が弁護士法上違法として懲戒事由にあたる場合、その法的根拠をどこに求めるか、どのような内容（限界）であるのかを理論的に分析することを試みる。

分析にあたっては、弁護士の第三者に対する行為として、相手方に対する告知やプライバシー違反が問題とされた懲戒先例や裁判例について取り上げ、問題の所在を導き出しつつ、検討を進める。

5 考え方の方向性としては、次のとおりである。

弁護士の多くは、法1条2項にいう誠実義務について、依頼者に対する誠実義務として限定して捉える。従前の私の見解であり、多くの実務家弁護士の見解でもあると思われる。依頼者に対する誠実義務は、弁護士の基本的義務のうち中核に位置づけられるからである。しかし、法1条2項にいう誠実義務を依頼者に対する義務に限定すると、第三者の権利利益や真実・信義・公正等といった他の価値・法益について、弁護士法に根拠規定を見い出さないまま、専ら誠実義務の限界に焦点を絞ることとなる。これら他の価値・法益の法的根拠を条理や慣習、あるいは法56条にいう「品位」に求めて懲戒処分を科すとなれば、その要件は不明確となり、弁護士に萎縮的效果を及ぼし、ひいては弁護士の依頼者に対する誠実義務を脆弱化させるおそれがある。弁護士は他の価値・法益を侵害しないよう注意を怠らないことは肝要であるが、過度に強調する余り、依頼者のために活動する範囲を必要以上に自主規制することとなれば、依頼者の正当な利益の実現が制約されるおそれがある。弁護士の依頼者に対する

誠実義務が弁護士の基本的義務の中で中核の位置を占めることを揺るがせにしないためには、依頼者に対する誠実義務以外の法的義務について、弁護士法上の法的根拠を基礎づけて、価値序列化、合理的調整による類型化、義務内容の実質化をはかるのが適当である。

第2 議決例や裁判例

1 相手方に対する告知が問題となる事例

(1) 議決例①：2019年弁護士懲戒事件議決例集（第22集）18頁

不貞行為の相手方に対して多数回携帯電話に電話して不安を煽り勤務先に電話して不安を高めるなどして相当以上の高額な慰謝料を請求した事案である。日弁連懲戒委員会が支持した原弁護士会懲戒委員会の認定事実及び判断によれば、「弁護士は、良心に従い、依頼者の権利及び正当な利益を実現すべく、委任の趣旨に関する依頼者の意思を尊重して職務を行うものであるが（弁護士職務基本規程21条、22条）、その職務遂行に当たっては、基本的人権の擁護と社会正義の実現という使命に照らして、名誉を重んじ信用を維持し、信義に従い誠実かつ公正にこれを行わなければならないのであって（同規程1条、5条、6条）、社会通念上一般に許容される程度を逸脱した方法による権利行使をしてはならない。弁護士の権利行使の方法が社会通念上一般に許容される程度を逸脱したか否かについては、弁護士に要求される弁護士倫理の趣旨に照らして、事案の性質、行為態様、行為に至る経緯、当事者の地位、動機、目的、行為が与える影響その他一切の事情を総合的に考慮して判断するのが相当である。」とし「被審査人のこれら一連の行為を全体的かつ総合的に見ると、弁護士の職務行為として社会通念上一般に許容される程度を著しく逸脱した行為であると言わざるを得ない。」とし、品位を失うべき非行に該当するとした。

(2) 議決例②：2022年弁護士懲戒事件議決例集（第25集）27頁

顧問会社の商品等に否定的な記事を投稿した相手方に対して記事の削除や損

害賠償を求めて3通の通知書を送付した事例につき、一連の交渉態度は殊更に相手方を威圧し困惑させるものであり、「違法とまではいえないまでも」品位を失うべき非行に該当するとした。

2 プライバシー違反が問題となる事例

(1) 議決例③：平成26年弁護士懲戒事件議決例集（第17集）145頁

妻の代理人であった対象弁護士が婚姻費用分担調停事件で相手方である夫から提出された夫の源泉徴収票を、夫が代表者である法人が妻と共同で自動車を無断使用したとしてその者を被告として提起した別件損害賠償請求訴訟において、提出した事案である。日弁連綱紀審査会で同じ結論が得られた原弁護士会綱紀委員会議決によれば、「違法か否かは、そのプライバシーの内容、使用の必要性・態様等を総合衡量して決せられるべきである」とし、被告は妻と共同で防御すべき立場であったこと、一審で一部敗訴し控訴審で新たな証拠を提出する必要があったこと、原告の使用許可を推認する間接証拠となり得ることなどから、被告の防御にとって必要な行為であり、かつこれにより夫のプライバシーが著しく侵害されたともいえないことから、懲戒相当とはいえないとした。もっとも、日弁連綱紀審査会では、夫のプライバシーを侵害するものであり、証拠提出の必要性、関連性は極めて希薄であることから、懲戒相当とする半数にわたる反対意見があった。

(2) 平成11年東京高判（東京高裁平成11年9月22日判決（判タ1037号195頁）

弁護士が別件家事調停事件の申立書の控えを同事件とは無関係の別の当事者間の民事保全事件の疎明資料として裁判所に提出したところ、同保全事件の債務者が上記申立書控えを閲覧して第三者の身上等の内容を知るところとなったため、当該第三者がプライバシー侵害を理由に不法行為に基づく損害賠償請求をした事案である。判決では、上記申立書控えには第三者の身上、経歴、財産関係のほか紛争の実情や経過が記載されており、これらは「一般に第三者に知

られたくないものとして、みだりに漏洩ないし公開されないという法律上の保護に値する利益（プライバシー）がある」、「第三者に知られたくない事項を含むものとしてその開示、漏洩から保護されるべき程度が高い文書である」とした。そして、「弁論主義の下では、訴訟当事者に訴訟資料、証拠資料等の自由な提出を保証することにより、実体的真実を基礎とした誤りのない裁判を実現することが可能となるのであるから、民事訴訟における主張立証活動は、通常の言論活動よりも厚く保護されなければならない、このことは、民事保全事件においても当然に妥当することである。したがって、訴訟活動において相手当事者又は第三者の名誉、プライバシー等を損なうような行為がとられたとしても、それが直ちに相手方又は第三者に対する不法行為となるものではなく、その違法性の有無は、一方においてその訴訟活動の目的、必要性、関連性、その態様及び方法の相当性、他の方法による代替性の有無と、他方において被侵害利益であるプライバシー等の内容等を比較総合して判断すべきものと解せられる。そして、その検討において、訴訟活動によるプライバシー等の侵害が当事者間において生じる場合には、正当な訴訟活動の自由を根拠に違法性が阻却されることが少なくないであろうが、訴訟行為による当事者以外の第三者に対するプライバシー等の侵害については、訴訟活動の自由を理由に違法性が阻却されるかどうかの検討は、当事者間におけるよりも厳格であるべきものと考えられ、当該訴訟行為をすることが、これによって損なわれる第三者のプライバシーの保護を上回る必要性、相当性について首肯できる特段の事情がない限り、違法性を帯びるというべきである。」とした。

第3 問題の所在

1 懲戒事由となる事実

議決例①では、懲戒事由となる事実を、「弁護士の職務行為として社会通念上一般に許容される程度を著しく逸脱した行為」としている。

議決例②では、懲戒事由となる事実を「殊更に相手方を威圧し困惑させるこ

と」としている。

議決例③では、懲戒事由となる事実を、「相手方の著しいプライバシー侵害」であるとして、違法性阻却事由の有無につき必要性、相当性を検討している。

2 懲戒事由となる事実と法的義務

懲戒は、弁護士会の弁護士自治に基づくが、弁護士の職業活動の自由を制限する行政法上の重大な制裁であるから、罪刑法定主義（憲法31条）が準用される¹⁾。懲戒事由を認定するには、特定の構成要件に該当する事実、すなわち禁止規範や命令規範である法的義務に違反することが必要である。

懲戒事由は、弁護士法56条に列举される²⁾。懲戒先例の多くは、懲戒事由のうち、会則（日本弁護士連合会会則（以下、単に「会則」という。））及び規程の違反と品位を失うべき非行を問題とする。品位を失うべき非行には、職務上の義務違反と私生活上の行為が含まれる³⁾。職務上の義務違反は、職務上の義務の存在を前提とする。

ここでは、いかなる禁止規範や命令規範（である法的義務）がどのような根拠をもって基礎づけられ、どのような適用範囲となるのかが問題となる。

3 懲戒事由となる事実と違法性との関係

議決例①では、「弁護士の職務行為として社会通念上一般に許容される程度を著しく逸脱した行為」を、規程の一般条項から導き出している。これは、構成要件該当性（法的義務違反）をいうものか、違法性阻却事由（あるいは依頼者に対する誠実義務の内在的制約）をいうものか明らかではない。

議決例②では、殊更に相手方を威圧し困惑させることをもって構成要件とす

1) 加藤新太郎「原告訴訟代理人の訴訟行為の排除」（NBL1225.98）

2) 4要件説（4要件は同列であるとする見解）による（加藤新太郎「弁護士懲戒における裁量の範囲と司法審査」高中・石田編『論究新時代の弁護士』2024年182頁）。

3) 日本弁護士連合会調査室編著「条解弁護士法第5版」（2019年）（以下「条解」という。）452頁

る。しかし、法的紛争において相手方に対して威圧し困惑することは通常想定されるから、殊更に相手方を威圧し困惑させることの一事をもって構成要件(法的義務違反)とすることには疑問がある。また、「違法とまではいえない」ことを前提に懲戒事由を肯定するが、懲戒事由は弁護士法上の違法をいうことからすれば論理矛盾である。仮に「違法」の表記を私法上の違法あるいは刑法上の違法という趣旨であると善解するとしても、私法上の違法あるいは刑法上の違法と懲戒事由との関係は明らかでない。

議決例③では、相手方のプライバシー侵害を構成要件に該当するものとし、違法性阻却事由として必要性、相当性を検討している。しかし、相手方のプライバシー侵害は私法上違法とされても刑法上違法でない。私法上違法であることを弁護士法上違法とする論理必然性があるのか疑問がある。

4 第三者に対する行為についての弁護士法上の法的義務

前記のとおり、懲戒は弁護士に重大な不利益を及ぼす制裁であるから、懲戒事由の認定にあたっては、弁護士法上の命令規範、禁止規範である法的義務に違反することを要する。

弁護士法は、第4章(弁護士の権利及び義務)において法20条ないし法30条を定め、主に、依頼者と弁護士との関係について規律する。各条項は懲戒根拠規定である。これに対して、弁護士法には、第三者と弁護士との関係や第三者の権利利益保護にかかわる明文規定はない⁴⁾。仮に、弁護士法が第三者に対する関係で弁護士に対して何らの法的義務を課していないとすれば、第三者の権利利益の侵害について弁護士法による懲戒は予定されていないというべきであり、第三者は別の法制度(不法行為に基づく損害賠償請求など)により法的救済を受けることとなるはずである。他方、仮に、弁護士法が第三者に対する

4) 第三者のプライバシーについて、法23条にいう秘密が依頼者の秘密に限定されないという見解(非限定説)に立つときは(条解169頁、日本弁護士連合会弁護士倫理委員会編著「解説弁護士職務基本規程・第3版」(平成17年)(以下「解説」という。))59頁)、法23条違反が問題となる。

関係で弁護士に対して何らかの法的義務を課しているとして、第三者の権利利益を依頼者の権利利益と同等に取り扱うとするのならば、依頼者が弁護士に助言を求めたり依頼をする利益や弁護士の弁論権や弁護権は大きく減殺される。

とはいえ、弁護士は、依頼者に対する誠実義務を遵守したとしても、その他の職務上の義務違反に及ぶ場合に懲戒事由となる⁵⁾。

弁護士の依頼者に対する義務とその他の義務との関係をどのように整理をすればよいのかが問われる。弁護士法は、弁護士の第三者に対する行為について、いかなる命令規範、禁止規範（である法的義務）を課しているのかを中心にして本稿の検討課題とする⁶⁾。

第4 懲戒事由の法的根拠（狭義の誠実義務と広義の誠実義務）

1 緒論

弁護士法が弁護士に対して、依頼者に対する誠実義務のみならず、その他の職務上の義務を課していると結論づけるには、法1条2項にいう誠実義務について、依頼者に対する誠実義務（狭義の誠実義務）に限定せずに、それ以外の義務を含むもの（広義の誠実義務）と解し、狭義の誠実義務を最も価値の高いものとしてその他の義務との合理的調整をはかるのが相当である。

まず、法1条2項にいう誠実義務について、狭義の誠実義務と広義の誠実義務をあわせもつものであることを論じる。

2 委任立法の適法性

前述のとおり弁護士法は、依頼者に対する関係で、弁護士に対して誠実義務や具体的権利義務を課すが、第三者に対する関係で、第三者の権利利益保護にかかわる明文規定はない⁷⁾。弁護士法が弁護士に対して第三者の権利利益にか

5) 永石一郎「訴訟制度内における弁護士倫理」（日本法律家協会編「法曹倫理」平成27年168頁）

6) 森勇「ドイツ弁護士職業研究」（2025年）71頁

かわる法的義務を課していないのであれば、委任命令である会則や規程（弁護士法33条2項7号、8号、法46条2項1号、会則16条）に、白紙的包括的にすぎる委任をすることはできないはずである。すなわち、第三者の権利利益にかかわる関係を規律するのに、会則や規程を懲戒根拠規定とすることは委任の範囲を逸脱する^{8,9,10)}。職務上の義務（法56条にいう品位を失うべき非行）に、第三者の権利利益にかかわる弁護士の法的義務は含まれないことに帰する。

弁護士に直接的または間接的に何らかの第三者の権利利益にかかわる法的義務を課すことを正当化するには、以下述べるとおり、授權法である弁護士法にその旨の規定がなされているものと解釈し、会則や規程に対する包括的授權ないし白紙委任でないことを説明する必要がある。

3 法2条

弁護士が第三者に対する行為について何らかの法的義務を負うとすれば、その懲戒根拠規定として、法2条が考えられる。

以下、検討する。

7) 前掲4)

8) 最大判昭和46年1月20日民集25巻1号1頁、最判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁、最判平成25年1月11日民集67巻1号1頁、最判令和2年6月30日民集74巻4号800頁

9) 前掲6) 森勇32頁

10) ドイツでは、1986年7月14日バスティーユ判決まで、弁護士の職業上の義務を定めるには、その時点で存在する職業倫理観を確定し、収集し、ガイドライン（弁護士倫理綱要）に盛り込むことで十分であるという見解が主流であった。しかし、連邦憲法裁判所は、職業上の慣行の集積を、自由な職業の遂行を制限する正当な根拠として認めなかった。連邦憲法裁判所は、職業の自由の遂行に対する介入は、法律に規定され、民主的な決定の枠内で成立した規範によって正当化されるべきであるとした。その結果、今日では、弁護士の職業上の義務は、正式な法律または定款によってのみ規定することができる（Prütting,in Henssler/Prütting,BRAO,6.Aufl.2023,238）。

(1) 日本弁護士連合会調査室編著「条解弁護士法第5版」(2019年)(以下「条解」という。)の説明

品位を失うべき非行にいう「品位」は、法2条（弁護士の職責の根本基準）をうけている。同条について、条解19頁は、「弁護士は、その職務を行うについて外形的にも内容的にも品性を陶やし、品位を保持すべきことを要求されているものというべきである。この規定を受けて、弁護士法は、弁護士の品位を保持するため、20条から30条にかけて権利義務に関する定めを置いているが、これらの規定を遵守しさえすれば品性の陶やが完了することになるわけではないのは当然である。更に、弁護士会及び日弁連に対して弁護士の品位保持を図るべき職責を負わせ（法31条1項・45条2項）、弁護士に対しても、品位を失うべき非行があったときは懲戒を受けることとして（法56条1項）、本条の趣旨を全うすることとしている。」とする。

(2) 法2条前段

他方、条解18、19頁は、法2条「前段は、精神的規定であって、その違反があったとしても、そのことゆえをもって直ちに懲戒を受けるものではない」、「これらの規定を遵守しさえすれば品性の陶やが完了することになるわけではない」という。

同条は、弁護士として不断の努力が必要であるとする精神的規定であり、法的義務を定めたものではない。

倫理・道徳と法規範の区別はつきづらく、法2条前段をもって懲戒根拠規定とすれば、倫理・道徳（自律規範）違反にすぎないにもかかわらず、品位を失うべき非行と認定されるおそれがある。とりわけ近時は、情報化社会であることが手伝って、倫理・道徳の変遷が著しい。例えば、個人情報、LGBT、ハラスメントなど従来倫理・道徳や哲学であった事項が法規範化される。しかし、弁護士の行為を広く倫理・道徳違反として弁護士法上の責任を追及することを許せば、不利益処分範囲が不明確となるし、内容の適正さが揺れ動く。また、法制定前の弁護士の行為を問義すれば、遡及適用のおそれも生じる。それ

は弁護士の自由独立や依頼者の権利や弁護士の弁論権・弁護権を侵害するおそれを生じさせるし、萎縮的効果を及ぼす。

法2条前段は、明確性、適正、不遡及の禁止の観点から、職務上の義務（法規範）の法的根拠として十分ではない。

品位保持等に反するかは、懲戒事由該当性において考慮要素となるが、法2条前段を懲戒根拠規定に求めるのは十分ではない。

(3) 法2条後段

条解18頁は、「後段については、その違反の程度が著しい場合には、懲戒処分の対象となり得る」とする。法2条後段の法的性格は、研鑽に重点を置いた努力義務と解せられるが（規程7条）、依頼者との関係における規律の観点からは、法的義務規定と解せられる（同37条1項）。

事件処理について、弁護士に広く法令調査義務が課されると解すれば、依頼者のみならず善管注意義務を負わない第三者に対しても、不法行為に基づく損害賠償責任などは法令調査義務違反を問われ得る。そのように解すれば、法2条後段を授權の根拠と解することは可能である。

しかし、法令調査義務違反が直ちに懲戒事由にあたりとされるものではなく、「違反の程度」を問題とする。逆に、議決例②によれば、弁護士の行為を他の法令に違反していないとしても品位を失うべき非行に該たるとする。

他の法令違反は、弁護士法上の違法の必要条件でもなければ十分条件でもない。法令に適するか反するかは、懲戒事由該当性において考慮要素となるが、法2条後段を懲戒根拠規定に求めるのは十分ではない。

4 法1条2項という誠実義務

会則や規程に対する授權条項や職務上の義務の根拠規定としては、法1条2項に求めるのが最も適切である。

（1） 法的性格についての諸見解

法1条2項にいう誠実義務の法的性格について、通説は、倫理的な義務にとどまるものではなく、法的義務を規定したものであるとする。

また、誠実義務については、依頼者に対する関係だけに適用されるとする考え方（以下「限定説」と呼ぶ。）と、第三者に対する関係においても発現することがあるとする考え方（以下「非限定説」と呼ぶ。）がある^{11, 12)}。

なお、同条には「社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力しなければならない」とあるが、努力目標を規定したものであり、法的義務を規定するものではない¹³⁾。

（2） 依頼者に対する誠実義務に限定する考え方（限定説）

以下のア～エが挙げられる。

ア 法1条2項にいう弁護士の誠実義務は、旧弁護士法20条をうける。同条は、「弁護士ハ誠実ニ其ノ職務ヲ行ヒ職務ノ内外ヲ問ハズ其ノ品位ヲ保持スベシ」と定める。同条は、依頼者との関係を規律するものとして立法化された経緯がある¹⁴⁾。

イ 弁護士の誠実義務は、弁護士の基本的義務のうち中核である。これまで弁護士の誠実義務の性質論は、依頼者に対する誠実義務について議論されてきた。依頼者に対する誠実義務は、法律専門職として負う高度な善管注意義務である¹⁵⁾。

ウ 他の士業法では、「公正かつ誠実」（司法書士法2条、弁理士法3条、公認会計士法1条の2）、「公正」（税理士法1条）が明記されるが、弁護士法1条

11) 条解12頁

12) 田村陽子「弁護士の誠実義務と職務の独立性」高中・石田編『新時代の弁護士倫理』（2020）35頁

13) 条解17頁

14) 条解12頁

15) 忠実義務がこれに含まれるかどうかは争いがある（加藤新太郎「弁護士役割論〔新版〕」（平成12年）352頁）。

2項は「誠実」のみ明記し「公正」は明記されていない。

エ 限定説はABA模範規則に親和的である。

ABA模範規則によれば、誠実義務を依頼者に対するものと位置付け、それ以外の関係における義務は別に定める。

前文[1]ないし[9]が定められ、(依頼者と弁護士の関係) 1. 1条ないし1. 19条(誠実義務、報告・協議、報酬、秘密保持、利益相反回避義務等)と(依頼者以外の者との関係) 4. 1条ないし4. 4条(真実義務、相手方に対する配慮義務等)を規定する。

前文[5]によれば、「弁護士の行動は、依頼者に対する法専門的なサービス、並びに弁護士の業務及び私生活において、法要件に適合する必要がある。弁護士は、正当な目的のためにのみ法的手続を利用し、他人に対するハラスメントや脅迫を行ってはならない。弁護士は、法制度、並びに裁判官、他の弁護士、公務員など司法関係者を尊重しなければならない。弁護士は、必要に応じて公的行為の正当性に異議を述べる義務を負うが、他方で、法的手続を支持する義務も負う。」と定め、前文[8]によれば、「弁護士は、依頼者の代理人としての責任、司法制度の執行者としての責任、そして公人としての責任を、通常は調和させている。したがって、相手方が適切な代理人を選任している場合、弁護士は依頼者のために熱心な弁護を行うと同時に、正義が実現されていると確信することができる。」と定める。

このように、弁護士の代理人としての責任(誠実義務)と公人としての責任(真実義務等)とを区別している。

(3) それ以外の誠実義務を含むとする考え方(非限定説)

法1条2項は、「前項の使命に基き」とされ、その公共性から、依頼者以外に対する誠実義務を含むと解する¹⁶⁾。

16) 前掲15) 加藤361頁、高中正彦「法曹倫理[第2版]」(2025年)150頁

（4）検討

上記のとおり、法1条2項については、限定説と非限定説があるが、以下のア～キの理由から、非限定説が妥当である。

ア 法1条2項の体系的位置

法1条2項は、旧弁護士法20条をうけて依頼者に対する誠実義務を規定する。

しかし、法1条2項は、旧弁護士法20条とは異なり、第4章（弁護士の権利及び義務）に位置付けられておらず、第1章（弁護士の使命及び職務）に位置付けられる。このことは、法1条2項が、弁護士の権利及び義務のほか、弁護士の意義・役割など基本的な理念や包括的な規定の役割を有することを意味する。

イ 法1条2項の手段性

法1条2項は、「前項の使命に基づき」と規定する。法1条1項は「弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする」と規定する。同条は目的規定、法1条2項は手段規定の關係に立つ。これにより、同条は、弁護士の公共性や使命（法の支配と同義であるから、以下では単に「法の支配」ともいう¹⁷⁾。）のために広く弁護士の地位にかかわる職業上の義務をあわせもつ。

ウ 法3条との関係

法1条2項には、「依頼者に対する」ものであると限定を付していない。

法1条2項にいう「職務」は、法3条にいう「職務」と同義である。

確かに、同条にいう「職務」である「一般の法律事務」には、「事件性」を要さない¹⁸⁾。しかし、「事件性」は弁護士の「職務」において主要なものであり、多くの弁護士の職務には「依頼者」が想定される。とはいえ、同条にいう「職務」には、依頼者を措定する職務のほか、破産管財人や遺言執行者など依頼者

17) 福原忠男「弁護士法〈増補〉」（平成2年）44頁は「英国における「法の支配」（Rule of Law）の思想も、国家機関その他の権力の乱用に対して人権を守るものが法であるとの考え方であり、ここにいう社会正義の実現を意図するものというべきである。」とする。

18) 条解27頁、647頁

を指定しない職務を含む¹⁹⁾。

法1条2項にいう誠実性は、依頼者に対するものに限定されるものではなく、職務に対して求められる²⁰⁾。

エ 旧弁護士法20条との関係

旧弁護士法20条は、弁護士法1条2項と法2条前段をあわせて法的義務として規定されていた。法1条2項は法規範であり、法2条は精神的規定である。法1条2項は、法2条の精神的規定を読み込んで解釈することが相当である。

オ 沿革と比較法的視点

法1条2項の沿革は、旧弁護士法20条をうけているが、同条はドイツ帝国弁護士法28条を起源とする。ドイツ連邦弁護士法 BRAO43条は、ドイツ帝国弁護士法28条をうけている²¹⁾。BRAO43条は、(一般的義務)「弁護士は、その職務を誠実に遂行しなければならない。弁護士は、職業の内外において、弁護士の立場に求められる尊敬と信頼に値する行動をとらなければならない。」と

19) 条解25頁

20) 森田憲右「弁護士の中立公正義務の理論的分析(3)」(筑波ロー・ジャーナル35号2023年74頁)

21) 法1条2項にいう誠実義務は、旧弁護士法20条を取り入れたものとされる(条解12頁)。旧弁護士法20条は、「第3章 弁護士の権利及び義務」の章にあり、「弁護士ハ誠実ニ其ノ職務ヲ行ヒ職務ノ内外ヲ問ハズ其ノ品位ヲ保持スベシ」と規定する。同条前段は、弁護士法1条2項にいう誠実義務に受け継がれ、旧弁護士法20条後段は、弁護士法2条前段に受け継がれている(条解18頁)。旧弁護士法20条は、ドイツ帝国弁護士法28条の規定に倣ったものとされる(条解12頁)。同条は、「弁護士は、その職業活動を誠実に行使し、職務の内外を問わず、弁護士の立場として求められる尊敬に値する行動をとらなければならない。」と規定する。他方、ドイツ連邦弁護士法 BRAO43条は、ドイツ帝国弁護士法28条を引き継ぐ(Henssler,in Henssler/Prütting,BRAO,6.Aufl.2023,239)。BRAO 第3部(弁護士の権利と義務、弁護士間の業務協力)第1章(総則)43条(一般的義務)は、「弁護士は、その職務を誠実に遂行しなければならない。弁護士は、職業の内外において、弁護士の立場として求められる尊敬と信頼に値する行動をとらなければならない。」と規定する。また、BRAO43条a(基本的義務)は、独立性、守秘義務、客観性、利益相反回避義務を規定する。弁護士法1条2項及び2条前段とBRAO43条とは、それらの沿革がドイツ帝国弁護士法28条を起点としている点で共通する。

定める。同条は、一般条項であり、具体的条項への授權条項、具体的条項がない場合の補完条項（受け皿条項）であって、職業法上の典型的な懲戒根拠規定である。その最終目的は弁護士司法制度における任務の遂行を保証することであり、そのために、弁護士には能力と誠実さが求められる。同条は、弁護士の法律事務独占の基礎となり、個人の利益ではなく法の支配を守るためにある。誠実義務は法の支配の実現のためのものであり、依頼者、裁判所、相手方に対する誠実性は間接的なものと解される。

BRAO43条a（基本的義務）は、43条を具体化し、独立性、守秘義務、客観性²²⁾、利益相反回避義務を定める。

BRAO43条a(1)項は、「弁護士は職務上独立を脅かす関係に立つてはならない。」と定める。

同条(3)項は、「弁護士は、職務を遂行するにあたり、非客観的な行為をしてはならない。特に、他の関係当事者または訴訟手続の経過によらない虚偽の事実や誹謗中傷的な発言を公然と摘示する行為は、非客観的な行為である。」と定める。同条にいう客観性とは、弁護士が法律を熟知し、依頼者のために法律を執行するためにあらゆる合法的・適法な手段を尽くすことを要する。法の発見と執行は国家作用であるため、弁護士が常識に導かれれば導かれるほど、成功を期待することができる。弁護士の助言と代理を受ける利点は、単にその法的専門知識を活用できるということだけではなく、客観的な判断をするに際して、感情的な感受性に妨げられないという点にある（「客観化された代理」）。弁護士は正義のための闘争を主張することを特徴としていること、刑法上の違法性以外にその該当性の判断をすることができないことなどが指摘される。客観性の要件違反は、①刑事上の侮辱行為、②嘘の禁止、③訴訟経過が原因となっていない虚偽の事実や中傷的な発言を意図的に流布した場合の3類型である^{23, 24)}。

22) BRAO43a(3)項にいう Sachlichkeitsgebot を本稿では「客観性」とするが、前掲6) 森167頁によれば、「ことに則して振る舞うべし」とする。

カ 独立性、真実義務、公正、名誉、品位などとの関係

独立性や真実義務は基本理念の一である。しかし、弁護士法には、独立性や真実義務に関する明文はない。規程2条ないし6条は、「自由と独立」、「司法の独立を擁護」「真実を尊重」、「信義」、「誠実かつ公正」、「名誉」「信用」「廉潔」「品位を高める」と定める²⁵⁾。これらの規定は懲戒根拠規定として機能している。

弁護士法において、これらの法的義務に関する規定がないとすれば、会規や規程への委任は白紙的包括的すぎる委任となるとの疑念が生じる。

ドイツでは、BRAO43条（誠実義務にかかる一般規定）及び弁護士倫理綱要について、1986年バステューユ連邦憲法裁判所判決が弁護士倫理綱要の法規範としての機能を否定したのをうけて、BRAO43条aなどの具体的義務規定が設けられるに至った²⁶⁾。弁護士法1条2項はその沿革をBRAO43条と同一とするから、ドイツでの判例や立法動向は特に留意すべきである。弁護士法は、法1条2項のほか、具体的規定である法20条ないし法30条を定めるが、同各条にかかわらない法的義務について会規や規程で定めることは、委任の範囲を逸脱していると解される可能性がある。弁護士法56条は、懲戒事由として「品位を失うべき非行」を定め、職務上の義務違反を予定するが、肝心の職務上の義務の法的根拠が弁護士法に定められていなければならない。

確かに、我が国の弁護士法は、議員立法により弁護士会の完全な自治を認め、国家から独立しているところにその成立ちと特徴があり²⁷⁾、必ずしもドイツの場合と同一視すべきとはいえない。しかし、限定説をとれば、上記基本理念にかかる法的義務は、弁護士法の条項によるものではなく、慣習法や勿論解釈によるものとなり、委任命令である規程2条ないし6条の解釈適用について限定

23) Prütting, in Henssler/Prütting, BRAO, 6. Aufl. 2023, 238-240, Henssler, in Henssler/Prütting, BRAO, 6. Aufl. 2023, 294-297

24) 前掲6) 森 183 頁

25) 解説4頁、10頁等。これに対して、条解では、独立性や真実義務についての説明はない。

26) 前掲10)

27) 大野正男「職業史としての弁護士および弁護士会の歴史」（大野正男編「講座 現代の弁護士2 弁護士の団体」1970年、110頁）

や基準なくなされるおそれが高くなる²⁸⁾。弁護士法の成り立ちや完全な自治が認められていることを考慮してもなお白地性を払拭しきれない。

これに対して、非限定説は、上記基本理念にかかる法的義務は、法1条2項という誠実義務に内包するものとして、その内容や基準に拠らしめ、その上で、会規や規程に対して授權していると解する。そう解することで、規程2条ないし6条のような一般条項の解釈適用について一定の限定や基準を導くことができる。本項(4)(検討)ア～キを考慮して、法1条2項の誠実義務を一般的包括的な懲戒根拠規定であると合理的に解釈することにより、委任立法の適法性が認められる。

キ 価値序列と調整

法1条2項という誠実義務のうち依頼者に対する誠実義務は中核的義務である。この点は、ABA 模範規則の考え方に通じる。

これに対して、同条にいう誠実義務には、他の誠実義務（独立性、真実義務、公正等）が含まれる。この点は、BRAO43条と43条aとの関係に通じる。

依頼者に対する誠実義務と他の誠実義務とが対立するとき、合理的な調整をする必要が生じるが、その場合、依頼者に対する誠実義務が中核であることを踏まえ、依頼者に対する誠実義務の価値相対化や脆弱化を防ぐことが重視されるべきである。

他の誠実義務は、独立性、真実義務、公正等であり、法の支配の実現という弁護士の使命から導き出される基本理念を遵守する義務である。他の誠実義務は、依頼者に対する誠実義務との対立調整において、弁護士には、法の支配を揺るがせにするような行為が禁止され、そのような行為をしない法的義務が課

28) 加藤新太郎「ハラスメント相談を担当した弁護士が当該案件を訴訟代理したことによる懲戒処分（戒告）が取り消された事例」（NBL1305、116頁）によれば、「実定懲戒規範（行為規範・義務規定）として明示されているのではなく、行動指針・努力目標（倫理規範・努力規定）である規程5条違反に該当するような事項を懲戒事由として捉え、「品位を失うべき非行」と評価するに当たっては、法令・会則違反や、社会的に確立している行為規範に違反し、または、法律実務家が共有する確立した公益的価値を毀損した場合に限定することが要請されると解すべきである（規程82条参照）。」とする。

せられる。

他の誠実義務について、その対象ごとに分類すると、第三者に対する誠実義務と裁判所に対する誠実義務を觀念することができる²⁹⁾。前述のとおり、ドイツにおけるBRAO43条の解釈によれば、誠実義務は法の支配の実現のためのものであり、依頼者、裁判所、相手方に対する誠実義務は間接的なものと解されるが、弁護士法においては、依頼者に対する誠実義務は中核的なものと捉えられる³⁰⁾。

弁護士法1条2項が「誠実」のみを規定し、独立、真実、公正などを明記していないのは、上記の趣旨として捉えるべきである。

(5) 法的性格（まとめ）

1条2項にいう誠実義務は、広狭2つの意義を有するものとして合理的に解釈される。

狭義の誠実義務は、依頼者に対する誠実義務であり、弁護士の基本的義務の中核である。広義の誠実義務は、弁護士法1条2項にいう誠実義務であり、狭義の誠実義務とそれ以外の職務上の義務をあわせ有する。両者は、法の支配を実現するために重なり合うが、時に対立することがある。そこで、二項対立の説明概念として、狭義の誠実義務と他の誠実義務を設定する必要がある。

弁護士は、専門家として法の支配の実現を担い、これを遵守するからこそ、国民の信頼を得る。そして、それが弁護士自治や法律事務独占を基礎づける。広義の誠実義務は、狭義の誠実義務を中核とするが、弁護士制度の存立の基盤であるから、狭義の誠実義務の前提条件でもある³¹⁾。

29) 解説16頁によれば、「弁護士の職務との関係では、信義則は、大別して3つの方向すなわち①裁判所との関係における信義則（職基74条～76条）、②依頼者との関係における信義則（職基22条、23条）、③相手方代理人との関係における信義則（職基70条から73条）に向かって適用されるが（注釈倫理31頁）、それに限られない。」とする。

30) 森際康友・石田京子・矢吹公敏編「法曹の倫理」〔第4版〕（2025年）32、36頁〔森際康友・馬場陽・北川ひろみ〕によれば、第三者、裁判所に対する配慮義務について、「社会正義が要求する「職務執行の制約原理」として捉え」とする。

法1条2項は、弁護士の誠実性についての法規範であり、一般的包括的規定、懲戒根拠規範と解せられる。同条は、会則や規程などの下位規範に適法に授權するとともに、具体的な条項の適用が問題とならないときに補完条項（受け皿条項）として職務上の義務（品位を失うべき非行）を包含する。

（もりた・けんすけ 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

31) 条解361頁参照、奈良道博「弁護士の誠実義務と真実義務」（日本法律家協会編「法曹倫理、平成27年、130頁）参照

日本相殺法概観(7・完)

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」
 - 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
 - 5 弁済期の到来していない債務の合意相殺
 - 6 相殺制限を受ける債務の合意相殺（以上、39号）
 - 7 将来の相殺に関する合意
 - (1) 相殺の予約
 - (2) 停止条件付相殺契約
 - (3) 交互計算
 - 8 不動産賃貸借の際の合意による相殺的処理
 - (1) 抵当権に基づく物上代位と合意相殺

- (2) 敷金契約
- (3) 倒産手続における敷金
- 9 相殺の効力に関する合意
 - (1) 合意相殺の効力
 - (2) 法定相殺の遡及効を制限する合意
- 九 若干の考察
 - 1 相殺の二面性
 - (1) 受働債権の消滅原因
 - (2) 自働債権の実行手段
 - 2 「相殺への期待」の多様性
 - (1) 相殺適状発生後の相殺への信頼
 - (2) 将来の法定相殺への期待
 - (3) 相殺的処理の願望
 - (4) 相殺に期待される機能
 - 3 終わりに（以上、本号）

八 合意相殺の取扱い（承前）

7 将来の相殺に関する合意

(1) 相殺の予約

合意時に差引計算するのではなく、将来の相殺的処理を予定する合意も可能である。

このような合意に該当するものとして、日本では長らく、「相殺の予約」が一般的に認知されている。これは、将来一定の事由が発生したときに当事者間の相対立する債権について相殺できる旨の合意の総称であり、①将来一定の事由が生じたときに、当事者の一方が予約完結の意思表示をして相殺の効力を生じさせる合意、②一定の事由が発生したときに、当然に相殺の効力を生じさせる合意（停止条件付相殺契約）③一定の事由の発生によって自働債権の弁済期が到来し、受働債権について期限の利益を放棄して、相殺できるとする合意が想定されてきた¹⁾。

ただし、これらのうち、民法の規定（民556）に即した本来の意味で「相殺の

予約」と称しうるのは①の合意のみである²⁾。これに対して、③の合意は、前述した期限の利益喪失特約を伴うものであり、実際には相殺適状の要件を緩和する特約に過ぎないため、厳密には「予約」に当たらない³⁾。しかし、相殺の予約完結権の行使であれ、法定相殺における相殺権の行使であれ、一方的意思表示により相殺の効力を生じさせる点で変わりがないことから、広義としての「相殺の予約」に含めて整理されてきた⁴⁾。

これらの相殺合意をめぐっても、当事者間での相殺的処理が認められることとは別に、第三者に対する効力が問題となる。③の合意については、先に期限の利益喪失特約に関する議論をみたとおりである。①と②の合意に関しては、現行規定のもとで、これらを公示のない担保権を設定する合意と評価し、公示の不完全な譲渡担保権を参考として、悪意又は善意・重過失の第三者に対抗できるとする見解がある⁵⁾。

(2) 停止条件付相殺契約

②の合意は、相殺の意思表示を要することなく、相殺的処理が行われる点で、①・③と異なる。

具体例としては、貸金の債権者 X が債務者 Y 所有の土地に永小作権の設定を受け、将来の利息債権と永小作料債権につき、毎年のそれぞれの発生額を差引計算する合意が挙げられる⁶⁾。また、一括清算法に基づく清算は、一括清算事由の発生と同時に行われ、当事者の意思表示を不要とする自動清算であると

1) 林良平＝中務俊昌編『担保的機能から見た相殺と仮処分』(有信堂、1961) 85頁以下、磯村哲編『注釈民法(12)債権(3)』(有斐閣、1970) 460頁〔中井美雄〕(以下、「磯村・注民(12)」と引用)、林良平『金融法論集—金融取引と担保』(有信堂高文社、1989) 225頁以下、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(悠々社、1992) 572頁、林良平ほか『債権総論〔第3版〕』(青林書院、1996) 332頁以下〔石田喜久夫〕(以下、「林ほか・債総〔第3版〕」と引用)。

2) 我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、1964) 357頁(以下、「我妻・新訂債総」と引用)、磯村・注民(12)・460頁〔中井〕。

3) 我妻・新訂債総・358頁、磯村・注民(12)・460頁〔中井〕。

4) 林＝中務・前掲注1・85頁以下、林ほか・債総〔第3版〕・333頁〔石田〕。

5) 内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権〔第4版〕』(東京大学出版会、2020) 320頁。

されており⁷⁾、停止条件付相殺契約の一種と位置づけられる。

(3) 交互計算

民法学において相殺契約の典型例の一つとされてきたものとして、商法の定める交互計算がある⁸⁾。交互計算とは、当事者の一方又は双方を商人とする平常取引において、一定期間内の取引から生ずる債権債務の総額について相殺し、その残額の支払をする旨の契約である（商529）。将来の発生が不確定な債権債務の集団を対象としており、期間満了時に相殺の意思表示を必要とすることなく当然に相殺を行う合意であることから⁹⁾、停止条件と期限が付された相殺契約としての性質を含んでいる。

交互計算に関しては、古くより「交互計算不可分の原則」ないしは交互計算の消極的効力が説かれてきており、交互計算期間中に当事者間の取引から生じた債権債務は交互計算に組み入れられ、各弁済期が期末まで猶予される反面、当事者は債権行使や譲渡・質入れなどの処分を禁じられるとともに、個別債権への差押え・転付命令も認められないとされる¹⁰⁾。また、当該期間中には組み入れられた債権債務を個別に決済せず、期間満了時に一括して相殺し、残額のみが一方当事者の債権を構成するとの理解は、古典的交互計算理論と呼ばれ

6) 大判昭和17年7月31日民集21巻824頁、於保不二雄『債権総論[新版]』(有斐閣、1972) 415頁。

7) 神田秀樹「一括清算法の成立」金法1517号(1998)19頁、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」NBL645号(1998)25頁。

8) 我妻・新訂債総・359頁、磯村・注民(12)・385頁[中井]、於保・前掲注6・414頁、奥田・前掲注1・572頁。

9) 磯村・注民(12)・385頁[乾昭三]。

10) 大判昭和11年3月11日民集15巻320頁、石井照久=鴻常夫『商行為法』(勁草書房、1978) 89頁以下。

これに対し、期間満了時に債権債務の総額を差引計算し、一方当事者による計算書の提出と相手方によるその承認によって残額を確定すること（商532①）が、交互計算の積極的効力とされる。西原寛一『商行為法』(有斐閣、増補第3版、1973) 169頁以下、石井=鴻・前掲・91頁、鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法[全訂第2版]』(弘文堂、1993) 23頁以下。

ており、交互計算期間中であれば、ある時点に存する債権債務を差引計算した残高への差押えも許されないと説明する際に用いられてきた¹¹⁾。これに対して、当事者間の継続的取引関係よりも差押債権者の利益を保護する観点から、「交互計算不可分の原則」を否定し、当事者間の取引から生じる債権債務をその発生の度に決済して残額債権に置き換え、この残額債権への差押えを認める段階交互計算理論を提唱する立場¹²⁾があるなど、交互計算の効力を合理的範囲に制限すべきとする諸見解がある¹³⁾。

倒産手続では、手続の開始により交互計算は終了し、この時点で計算を閉鎖して、当事者の一方に残額の支払請求権が生じるものとされており、この残額請求権は、その債権者が破産者等であれば破産財団等に属し、破産者等の相手方であれば破産債権等となる(破59・民再51・会更63)。交互計算の期間内に倒産手続が開始されれば、本来なら双方未履行双務契約として処理されるはずであるが、当然終了とされているのは、交互計算はその期間中の当事者間の取引継続を前提とし、それぞれの支払能力への相互信頼をもとに信用供与をして、期末に債権債務を簡易決済することを目的としていることに鑑み、取引の継続可能性と支払能力への信頼可能性の観点から、倒産手続の開始とともに交互計算を終了させるものと説明されている¹⁴⁾。この当然終了の結果、手続開始後に

11) 前田庸「交互計算における担保的機能について(一)―交互計算残高に対する差押えの可否をめぐる―」法協78巻6号(1962)629頁以下。

12) 前田・前掲注11・630頁以下、同「交互計算における担保的機能について(二・完)―交互計算残高に対する差押えの可否をめぐる―」法協79巻4号(1962)424頁以下。

13) 議論状況については、森本滋編著『商行為法講義〔第3版〕』(成文堂、2009)77頁以下〔早川徹〕、神作裕之「交互計算の対第三者効についての覚書(下)」曹時62巻6号(2010)1433頁以下を参照。

14) 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)250頁〔中島弘雅〕、竹下守夫編代『大コメンタール破産法』(青林書院、2007)252頁〔松下淳一〕(以下、「竹下・大コメ」と引用)、園尾隆＝小林秀之『条解民事再生法〔第3版〕』(弘文堂、2013)262頁〔西澤宗英〕、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)406頁〔上田慎〕(以下、「田原＝山本・注破産(上)」と引用)、伊藤眞ほか『条解破産法〔第3版〕』(弘文堂、2020)477頁以下(以下、「伊藤ほか・条解破産」と引用)。

発生した債権債務は交互計算の対象とならず¹⁵⁾、その後に負担した債務や取得した債権による相殺は問題とならない（破71①一・72①一、民再93①一・93の2①一、会更49①一・49の2①一を参照）¹⁶⁾。また、危機時期以前に締結された交互計算契約は倒産法上の相殺禁止を解除する「前に生じた原因」（破71②二・72②二、民再93②二・93の2②二、会更49②二・49の2②二）に当たり、交互計算の基礎となる平常取引は破産者等との間の契約（破72②四、民再93の2②四、会更49の2②四）に該当しうると解されている¹⁷⁾。加えて、この規定は手続開始時における相互の債権債務の存在を前提としており、ここでの交互計算には段階交互計算は含まれないが、交互計算終了の効力は段階交互計算にも生じると説かれることがある¹⁸⁾。

以上のような規律が整備されているものの、交互計算不可分の原則の適用を受ける古典的交互計算の利用実態ははっきりしないとの指摘があり、実際にほとんど利用されていないのであれば、当事者間の合意のみにより差押禁止債権を作り出せる規定の存置が必要なのかにつき、疑念の目が向けられている¹⁹⁾。

なお、債権法改正後、「交互計算不可分の原則」を民法469条2項1号・511条2項の類推適用によって根拠づけるとともに、後者の規定により第三債務者の相殺期待を強く保護する改正民法を古典的交互計算理論と親和的と評価する立場がある²⁰⁾。

15) 伊藤ほか・条解破産・478頁。

16) 竹下・大コンメ・252頁[松下]、田原＝山本・注破産(上)・407頁[上田]。

17) 竹下・大コンメ・252頁[松下]、田原＝山本・注破産(上)・407頁[上田]、伊藤ほか・条解破産・479頁。

18) 伊藤ほか・条解破産・477頁。

19) 民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針V—各種の契約(2)』（商事法務、2010）478頁。

現代の商取引でも交互計算の利用可能性は稀ではないと推測する神作裕之も、交互計算との性質決定を回避する実務の傾向があるとする。神作裕之「交互計算の対第三者効についての覚書(上)」曹時62巻4号(2010)902頁以下。

20) 江頭憲治郎『商取引法〔第9版〕』（弘文堂、2022）39頁以下。

この理解は、交互計算における支払猶予効を前提とするものと推察される。

8 不動産賃貸借の際の合意による相殺的处理

(1) 抵当権に基づく物上代位と合意相殺

先に「抵当権に基づく物上代位と相殺」についてみたように²¹⁾、契約当事者が相互に金銭債権を有するという状況が少なくない不動産賃貸借においては、当事者間における相殺の期待利益と目的不動産上の抵当権に基づく物上代位とが対立することがある。すなわち、一方において、Xを賃借人・Yを賃貸人とする不動産甲の賃貸借において、YがXに対して賃料債権 β を有し、また、XもYに対して金銭債権 α を有しており、他方において、Yの債権者Gが甲上に抵当権を有している場面である。このときに賃貸借当事者X・Yが賃料債権 β を対象とする合意相殺を締結していた場合について、最高裁は次のような見解を示している。

まず、Gのための根抵当権設定について甲建物の登記簿に登記された後に、X・Y間で甲建物の賃貸借契約が締結され、続いて、Yに対するXの保証金返還請求権 α をYの将来の賃料債権 β が発生する毎に相殺する旨の合意がされた事例において、物上代位により抵当権の効力が賃料債権に及ぶことが抵当権設定登記により公示されているとの理解を基礎として、賃借人Xが賃貸人Yに対する α 債権を抵当権設定登記後に取得したときは、物上代位権の行使としてGによる差押えがされた後に発生する賃料債権 β につき、Gに対して相殺合意の効力を対抗できないと解し、法定相殺の場合と同様に、Xによる α 債権の取得とGの抵当権設定登記との先後関係を判断基準とする立場を採った²²⁾。

また、この理解をもとに、X・Y間の相殺合意が、将来の賃料債権 β について賃借人Xが期限の利益を放棄したうえで、Yに対する α 債権と直ちに対当額で相殺するとの内容であった場合でも、 α 債権が抵当権設定登記後に取得されたものであるときには、Gによる差押えがされた後の期間に対応する賃料債権 β との相殺合意の効力につき、XはGに対して対抗できないと判示してい

21) 五2. (6)〔筑波ロー 35号(2023)100頁以下〕。

22) 最判平成13年3月13日民集55巻2号363頁。

る²³⁾。

こうした最高裁の見解を受けて、抵当権設定登記前後にXがYに対して複数の金銭債権を取得しているとき、X・Y間の相殺合意の中で、設定登記後に取得された α_2 債権を先に賃料債権との相殺に充当する旨の内容としておけば、XはGに対して、その差押え前に生じていた賃料債権 β_1 につき相殺による消滅を主張でき、かつ、差押え後に生じる賃料債権 β_2 に関しては、設定登記前に取得していた α_1 債権との相殺を対抗できることになるのではないかとの指摘がある²⁴⁾。

加えて、Gによる物上代位の差押えの前に、賃借人Xが将来の賃料債権 β について期限の利益を放棄し、現実の弁済給付により前払をしたとき、民法613条1項ただし書のような前払の効力を制限する規定が存在しない中、この前払が同304条1項ただし書の「払渡し又は引渡し」に当たり、差押え後に生じた賃料債権 β_2 に関する弁済効をGに対して対抗できるかについても、残された問題とされている²⁵⁾。

(2) 敷金契約

ところで、不動産賃貸借の際の敷金契約は、賃貸借開始時に敷金を授受し、賃貸借終了時等に賃借人の残債務を控除して返還する点で、機能面において相殺的处理に類似している。

敷金に関しては、債権法改正の折に、従来の判例法理を明文化する形で、民法622条の2が設けられている²⁶⁾。これによると、敷金とは「いかなる名目によるかを問わず、賃料債務その他の賃貸借に基づいて生ずる賃借人の賃貸人に

23) 最判令和5年11月27日民集77巻8号2188頁。

24) 白石大「判批」速報判例解説36号(2025)48頁。前掲最判令和5年の三浦守裁判官の補足意見と草野耕一裁判官の意見も参照。

25) 藤澤治奈「判批」法協121巻10号(2004)1737頁。白石大は、YがXから給付された金銭をもって、Xの α 債権に反対給付をする場面を想定し、その有効性を問うている。白石・前掲注24・47頁以下。

26) 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）327頁以下。

対する金銭の給付を目的とする債務を担保する目的で、賃借人が賃貸人に交付する金銭」である。賃貸人は、賃貸借が終了して賃貸物の返還を受けたとき、又は、賃借人が適法に賃借権を譲り渡したときに、受け取った敷金の額から賃貸借に基づいて生じた賃借人の賃貸人に対する金銭の給付を目的とする債務の額を控除した残額を、賃借人に返還しなければならない(民622条の2①)。また、前掲の状況に至らなくても、賃借人が賃貸借に基づいて生じた金銭の給付を目的とする債務を履行しないとき、賃貸人は敷金をこの債務に充当することができ、他方で、賃借人はそうした敷金の充当を請求することができない(同②)

こうした敷金ないしは敷金契約の法的構成をめぐっては議論がある²⁷⁾。判例・通説は、敷金の交付につき、賃貸目的物の返還の時点において賃貸人に対する賃借人の未履行債務が存在すれば、その弁済に当然に充当され、なおも残額があることを停止条件とした返還債務を伴う、担保目的の金銭所有権の移転と解する²⁸⁾。

そのうえで、最高裁は、抵当権設定後に締結された賃貸借契約における未払の賃料債権をめぐって、敷金の充当と物上代位に基づく相殺が競合した場合、先に触れたとおり、敷金の充当による債権消滅効を優先させている。その根拠としては、敷金契約に基づき未払賃料等は相殺のように当事者の意思表示を必要とすることなく敷金の充当により当然に消滅すること、ならびに、抵当権者は物上代位に基づく差押えの前には原則として抵当不動産の用益関係に介入で

27) 石外克喜「判批」民商69巻3号(1973)553頁以下、森田宏樹『債権法改正を深める—民法の基礎理論の進化のために—』(有斐閣、2013)152頁以下、中田裕康『契約法[新版]』(有斐閣、2021)413頁とこれらに挙げられている文献を参照。

28) 大判大正15年7月12日民集5巻616頁、大判昭和13年3月1日民集17巻318頁、最判昭和48年2月2日民集27巻1号80頁、最判昭和49年9月2日民集28巻6号1152頁、幾代通「敷金」谷口知平=有泉亨編『総合判例研究叢書 民法(1)』(有斐閣、1956)154頁、我妻栄『債権各論中巻一』(岩波書店、1957)472頁、星野英一『借地・借家法』(有斐閣、1969)268頁以下、幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(15) 債権(6) [増補版]』(有斐閣、1996)319頁〔石外克喜〕。

きず、抵当不動産所有者等は敷金契約の締結を自由に決定することができ、これが締結された場合には、賃料債権は敷金の充当を予定した債権となり、このことを抵当権者に主張できることが挙げられている²⁹⁾。

この理解によれば、敷金額から賃借人の残債務額を控除することは、予め合意されていた支払方法に基づく弁済の充当であり、相殺には当たらないとされる³⁰⁾。この説明は、一方において、賃借人保護の観点から前述の物上代位と合意相殺に関する判例法理との結論の違いを正当化する意義を含み³¹⁾、他方において、学説の指摘するところの物上代位の差押え前にされた賃料前払の効力につき、これを肯定することと親和的に映る。また、最高裁の見解に対しては、抵当不動産所有者等の敷金契約締結の自由を論拠とするのであれば、敷金の充当にとどまらず、敷金返還請求権と賃料債権との相殺予約や合意相殺の効力についても、抵当権者への主張が根拠づけられうることになり、物上代位と合意相殺に関する判例法理との抵触を回避できていないとの批判がある³²⁾。

(3) 倒産手続における敷金

なお、賃貸人が破産した場合、敷金返還請求権を有する賃借人には、賃貸借終了・目的物返還時の差引計算に備えて、賃料債務に係る弁済額の寄託請求が認められている（破70後）³³⁾。差引計算は敷金額の範囲で実行されるため、この寄託請求の上限額も既存の敷金の総額と解されている³⁴⁾。破産手続の開始

29) 最判平成14年3月28日民集56巻3号689頁。

30) 中村也寸志「判解」曹時55巻9号(2003)187頁。

31) 下村信江「判批」リマークス26号(2003)24頁以下、道垣内弘人「判批」ジュリ1246号(2003)66頁。

32) 松岡久和「物上代位に関する最近の判例の転換(下)」民研544号(2002)13頁以下、高橋眞「判批」金法1656号(2002)12頁、生熊長幸「判批」民商130巻3号(2004)551頁以下。

33) 六5.(2)[筑波ロー36号(2023)124頁]。

34) 竹下・大コンメ・303頁[山本克己]、田原＝山本・注破産(上)・486頁[岡伸浩]、伊藤ほか・条解破産・564頁、伊藤眞『破産法・民事再生法〔第6版〕』(有斐閣、2025)544頁以下(以下、「伊藤・破産民再」と引用)。

から最後配当に関する除斥期間の満了までの間に賃貸借が終了し、目的物が返還されれば、寄託対象の弁済が無効となり、寄託金は賃借人に返還され、未払状態となった賃料債務等に敷金が充当される³⁵⁾。

また、賃貸人の再建型手続においては、手続開始後、賃借人が賃料を弁済期に弁済した場合、賃借人の敷金返還請求権は、賃料6か月分に相当する金額を基準とする範囲内で弁済額を限度として、共益債権として取り扱われるものとされ、賃借人が賃料債務について相殺権（民再92②、会更48②）を行使していれば、賃料6か月分相当額から相殺された賃料債務額を控除した額が共益債権化の基準額になる（民再92③、会更48③）。

これらの敷金に関する諸規定をめぐっても、主として債権者平等の観点に基づく解釈問題がある。具体的には、手続開始後に目的不動産が譲渡された場合、敷金契約関係も譲受人に承継されるとの規律（民605の2④）を適用することは、敷金返還請求権の債権者たる賃借人を優遇し、他の破産債権者との平等を害することにならないか³⁶⁾。抵当権者が賃料債権に物上代位権を行使して、賃借人が抵当権者に賃料債務を弁済する場合にも、賃借人は破産管財人に対して弁済額の寄託を請求できるか³⁷⁾。弁済額が寄託された後に破産手続から再生手続に移行したとき、寄託金はいかなる取り扱いを受けるか³⁸⁾、などである。

35) 竹下・大コンメ・303頁〔山本〕、田原＝山本・注破産(上)・486頁以下〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・564頁、伊藤・破産民再・544頁以下。

36) 山本和彦『倒産法制の現代的課題』（有斐閣、2014）189頁以下、中島弘雅「敷金返還請求権と倒産法—破産手続と民事再生手続を中心に」中島弘雅ほか編『民法と倒産法の交錯—債権法改正の及ぼす影響』（商事法務、2023）641頁以下。

37) 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)61頁以下、伊藤眞＝松下淳一＝山本和彦編『新破産法の基本構造と実務』（有斐閣、2007）287頁以下、山本・前掲注36・193頁以下、田原＝山本・注破産(上)・487頁〔岡〕、伊藤ほか・条解破産・565頁以下、中島・前掲注36・646頁以下、伊藤・破産民再・545頁。

38) 伊藤＝松下＝山本・前掲注37・41頁、山本・前掲注36・206頁以下、伊藤・破産民再・545頁。

9 相殺の効力に関する合意

(1) 合意相殺の効力

合意相殺により対象となる債権債務がどのように消滅するかは、合意内容に依存し、遡及効を付すことも可能である。ただし、契約により第三者の権利を害することはできないため、この遡及効は、第三者に対抗できない³⁹⁾。

なお、前述のとおり、相殺の充当に際して、指定充当は認められていない⁴⁰⁾。

(2) 法定相殺の遡及効を制限する合意

また、法定相殺の効力は相殺適状時に遡るものと定められているところ（民506②）、この規律は任意規定であると解されている。そのため、相殺の対象とする債権債務に係る利息や遅延損害金等の計算を簡便にするなどの目的により、債務消滅効を相殺の意思表示の時点から将来に向けて生じさせる旨の合意も、基本的に有効とされる⁴¹⁾。

もっとも、こうした遡及効制限条項の効力が、倒産手続においても承認されるのかについて、議論がある。これは、倒産法上の開始時現存主義における非控除準則（破104①②、民再86、会更135②）に起因する。すなわち、非控除準則のもとで当該条項の効力を認めると、相殺により破産債権の一部が消滅したとしても、破産債権者はこの消滅を破産手続開始後に生じたものと主張し、なおも破産債権の全額について権利行使できることになり、その当否をめぐって見解が対立している⁴²⁾。

39) 我妻・新訂債総・356頁、磯村・注民(12)・383頁〔乾〕、林ほか・債総〔第3版〕・332頁〔石田〕、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（信山社、2017）260頁（以下、「潮見・新債総Ⅱ」と引用）。

40) 七3.〔筑波ロー 37号(2024)181頁以下〕。

41) 林ほか・債総〔第3版〕・354頁〔石田〕、潮見・新債総Ⅱ・248頁、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）。

九 若干の考察

1 相殺の二面性

(1) 受働債権の消滅原因

本稿の最後に、ここまで確認した相殺法の規律について、相殺の性質と「相殺への期待」の観点から整理する。

まず、対向する債権を対象とするがゆえに、相殺には二面的性質が本来的かつ不可分に備わっていることを、改めて確認しておく⁴³⁾。

民法典での位置づけのとおり、相殺は弁済の次に並ぶ債権消滅原因である。相殺は自働債権と受働債権とを対当額の範囲で消滅させるところ、相殺の意思表示をする者にとり、弁済に代わる手段として相殺を利用するという側面からみれば、相殺とは、自身が債務者である受働債権を消滅させる法的手段である。

他の債権消滅原因と比較すると、弁済と異なり、受働債権の債権者には、債務の本旨に従った現実の給付が与えられず、これに相応する経済的利益しかもたらさない⁴⁴⁾。この点で代物弁済との類似性がある。

もっとも、代物弁済と異なり、受働債権の債権者からの承諾を要することなく、債務者の一方的な相殺の意思表示により、債権消滅効が生じる（民506①

42) 山本和彦「相殺と開始時現存額主義」木内道祥古稀・退官『家族と倒産の未来を拓く』（金融財政事情研究会、2018）401頁、杉本和士「倒産手続における相殺の遡及効制限合意の効力」中島弘雅ほか編『民法と倒産法の交錯—債権法改正の及ぼす影響』（商事法務、2023）511頁。

肯定説をとるものとして、神戸地尼崎支判平成28年7月20日金法2056号87頁、神戸地尼崎支判平成28年7月20日金法2056号91頁、山本・前掲・412頁以下、栗田口太郎「判批」金法2097号(2018)25頁、上田純「銀行取引約定書の条項の解釈と破産手続における効力—神戸地裁尼崎支判平28.7.20と岡山地判平30.1.18を踏まえて—」金法2113号(2019)14頁以下、杉本・前掲・527頁以下。否定説をとるものとして、岡山地判平成30年1月18日金法2088号82頁、伊藤ほか・条解破産・792頁以下、伊藤・破産民再・333頁。

43) 弁済と相殺の同質性と異質性の両面を調整する作業の重要性を指摘する中田・債総・489頁以下も参照。

44) 磯村・注民(12)・375頁〔乾〕。

本)⁴⁵⁾。こうした債権者の承諾を不要とする特徴と関連して、受働債権額が自働債権額を超過する場合、相殺は受働債権の債権者に一部弁済と同様の利益しかもたらさず、結果的に一部弁済を債権者に強制させうる。この点でも、弁済の規律における例外的性質が見受けられる⁴⁶⁾。

また、債権者への現実給付の欠如という特徴は、債務者が法定相殺により一方的に債権を消滅させることが可能な範囲を限定する一因となっている。すなわち、債権者にとって現実の給付を要する債務については、相殺許容性の欠如を理由に、相殺は許されない（民505①但）⁴⁷⁾。悪意による不法行為に基づく損害賠償請求権又は人の生命・身体への侵害による損害賠償請求権を受働債権とする相殺の禁止（民509）の趣旨にも、現実給付の保障が含まれている⁴⁸⁾。加えて、差押禁止は一般的に、債権者への現実給付を実現するための措置であるし⁴⁹⁾、法律上の相殺禁止のうち、会社法と労働法によるものも同旨である⁵⁰⁾。

その他、相殺の充当に関して、自働債権が受働債権の全部を消滅させるのに足りない場合に適用される規定（民512②・512の2前）は、相殺が債権消滅原因として機能する場面に対応した規律である。

さらに、裁判上の相殺が抗弁として主張されることも⁵¹⁾、債権消滅原因たる性質の現れである。

（2） 自働債権の実行手段

他方で、自働債権に目を向ければ、法定相殺はその債権者に、対当額において弁済に相当する経済的利益を実現させる。債権者は一方的な相殺の意思表示

45) 磯村・注民(12)・375頁〔乾〕。

46) 我妻・新訂債総・345頁、磯村・注民(12)・399頁〔中井〕。

47) 四1. 〔筑波ロー34号(2023)112頁〕。

48) 四3. 〔筑波ロー34号(2023)115頁以下〕。

49) 四4. 〔筑波ロー34号(2023)117頁〕。

50) 四5. 〔筑波ロー34号(2023)119頁以下〕。譲渡担保法71条3項による対抗不能も、現実給付を命じる規律に含まれよう。

51) 五4. 〔筑波ロー36号(2024)114頁以下〕。

(民506①前)により、債務者の承諾を要することなく⁵²⁾、裁判手続を経ることなく⁵³⁾、債務者の資力に依存することなく、強制的かつ簡易、確実に債権を回収できる。

さらに、民法と倒産法は、債権回収の引当てとなる受働債権に第三者が関与した場合に、この第三者に対する法定相殺の対抗を一定の範囲で承認している(民469・511、破67～73、民再92～93の2、会更48～49の2)⁵⁴⁾。

その結果、一方的意思表示による差引計算を実行できる地位たる相殺権は、実質的にみて、執行手続を必要としない優先的な担保権として機能する。特に、倒産法では、受働債権に係る債務の負担につき、率直に自働債権のための担保権設定と同視する評価態度が相殺法を基礎づけている。たとえば、倒産手続開始後または危機時期に倒産債権者が負担した債務を用いる相殺の禁止(破71①、民再93①、会更49①)⁵⁵⁾や、倒産者の債務者が倒産者との契約に基づき債権を取得した際の相殺の解禁(破72②四、民再93の2②四、会更49の2②四)⁵⁶⁾が、そうした評価態度に基づいている⁵⁷⁾。ここでは、受働債権の消滅原因としての相殺の性質が、一切捨象されている。

ただし、その裏返しとして、自働債権について履行請求できない状況においては、法定相殺も認められない。自働債権の弁済期の到来は、相殺適状の要件の一つである(民505①本)⁵⁸⁾。再建型の倒産手続で相殺権を行使するには、債権届出期間の満了前に相殺適状が生じる必要がある(民再92①前、会更48①前)⁵⁹⁾。また、自働債権に抗弁権が付着していれば、法定相殺は認められな

52) 六1. (1)〔筑波ロー 35号(2023)101頁〕。

53) 六3. 〔筑波ロー 35号(2023)106頁〕。

54) 三1. (2)(d)〔筑波ロー 32号(2022)88頁以下〕、五2. 〔筑波ロー 35号(2023)84頁以下〕、六5. 〔筑波ロー 36号(2024)122頁以下〕。

55) 六5. (4)・(10)〔筑波ロー 36号(2024)127頁以下・141頁〕。

56) 六5. (6)・(10)〔筑波ロー 36号(2024)134頁・141頁〕。

57) 竹下・大コメ・306頁・315頁以下〔山本〕、田原＝山本・注破産(上)・491頁・504頁〔小畑英一〕、伊藤ほか・条解破産・570頁・586頁。

58) 三4. 〔筑波ロー 32号(2022)104頁〕。

い⁶⁰⁾。

その他、相殺の充当に関して、受動債権が自動債権の全部を消滅させるのに足りない場合に適用される規定（民512③・512の2後）は、債権実行手段としての性質に対応している。

2 「相殺への期待」の多様性

(1) 相殺適状発生後の相殺への信頼

次に、相殺法を解釈する際の中心的な考慮要素である「相殺への期待」についても振り返っておく。先に「「相殺期待」の概念は一種の合切袋として正当化のためのレッテルに堕してしまった」⁶¹⁾との評価を紹介した。法的保護に値する「相殺への期待」の判断基準や評価因子をめぐり一致した理解が未だ存在しない中で、差し当たり、3つの類型を指摘できる。

第一に、相殺適状が発生して以降の当事者には、いつでも相殺による清算が可能であることへの信頼が当然に生じる。こうした相殺適状発生後の相殺への信頼は、多岐にわたって保護されている。

まず、相殺適状がいったん生じれば、その後に自働債権が時効消滅したとしても、自働債権の債権者は相殺を主張することができ（民508）、同人の「相殺への期待」が保護されている⁶²⁾。

また、事前通知をすることなく弁済等をした連帯債務者や委託を受けた保証人の求償権に対する相殺の対抗可能性（民443①前・463①前）についても、相殺適状発生後の弁済等の場面が適用対象となることに疑問の余地はない⁶³⁾。

59) 六5. (10)〔筑波ロー 36号(2024)139頁〕。

60) 四2. (1)〔筑波ロー 34号(2023)112頁以下〕。

61) 森田修『「債権法改正」の文脈—新旧両規定の架橋のために』(有斐閣、2020) 609頁。

62) 我妻・新訂債総・325頁、磯村・注民(12)・389頁〔中井〕・423頁以下〔乾〕、潮見・新債総Ⅱ・277頁、山田誠一編『新注釈民法(10)債権(3)』(有斐閣、2024) 540頁〔深谷格〕、中田・債総・501頁、三2. (2)〔筑波ロー 32号(2022)96頁以下〕。

63) 相殺適状発生前の弁済等に際して、どのような範囲で相殺の対抗が承認されるかは、解釈問題といえる。三1. (2)(a)・(d)〔筑波ロー 32号(2022)85頁以下・89頁〕。

さらに、いわゆる「差押えと相殺」ないしは「債権譲渡と相殺」をめぐる議論では、当初から少なくとも「相殺適状説」に基づく法定相殺の対抗が承認されていた⁶⁴⁾。

もっとも、倒産手続では、破産債権者間の平等が強く要請されるために、相殺適状が生じていても、法定相殺が制限されることがある。大前提として、倒産手続開始後の相殺権の行使においても、相殺適状が必要である。破産手続では、非金銭債権の金銭化（破103②一イ）や弁済期未到来債権の現在化（破103③）によって実質的な相殺適状擬制がもたらされ、その限りで差押え時や他の倒産手続よりも法定相殺を主張できる状況が拡張されているものの、相殺適状が生じなければ相殺できないことには変わりはない⁶⁵⁾。そのうえで、相殺適状にあっても、相殺禁止の適用場面に該当し、この禁止を解除する要件を充足しないときには、相殺権行使が認められない⁶⁶⁾。

(2) 将来の法定相殺への期待

第二に、判断の基準時には相殺適状はまだ生じていないときでも、当事者としては、将来の相殺適状のもとでの法定相殺による処理を期待することがある。こうした期待も、判断基準時の状況をもとに、一定の範囲で保護されている。

具体的には、将来の法定相殺において受働債権として用いられる可能性のある債権が譲渡されて、その債務者対抗要件が具備された場合、または、その債権が差し押さえられた場合、これらの判断基準時前に当該債権に係る債務者が債権者に対して自働債権を有していれば、それ以降に相殺適状が生じたときに、受働債権の債務者はその譲受人や差押債権者に対して相殺を対抗できる（民469①、同511①）⁶⁷⁾。また、上記判断基準時の時点で、受働債権の債務者が債権者に対する自働債権を有していなかったとしても、その後に基準時より前の

64) 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）379頁以下、五1. (2)〔筑波ロー 34号(2023)122頁以下〕。

65) 六5. (2)〔筑波ロー 36号(2024)123頁以下〕。

66) 六5. (4)～(6)・(10)〔筑波ロー 36号(2024)127頁以下・141頁〕。

原因に基づいて生じた債権を取得したときには、これが他人の債権の取得でない限り、譲受人や差押債権者に対する相殺の主張が認められる（民469②柱但・一、同511②）⁶⁸⁾。さらに、債権譲渡に際しては、主に継続的取引関係を念頭に、自働債権と受働債権の発生原因である契約が同一であれば、この契約が債務者対抗要件具備後に締結された場合であっても、受働債権の債務者はその譲受人に対して相殺を対抗することができる（民469②二）⁶⁹⁾。

これらの規定は債権法改正時に新設されたものであるところ、再建型の民事再生手続と会社更生手続においては、この改正以前から差押えの場合と同様の規律が置かれている。すなわち、再生債権・更生債権が手続開始前の原因に基づいた請求権（民再84①、会更2⑧柱）であることを前提に、これらを自働債権とする相殺に関しては、手続開始時にはまだ相殺適状になっていなくても、債権届出期間満了前に調べば、再生債権者・更生債権者は相殺権を行使できる（民再92①前、会更48①前）⁷⁰⁾。

加えて、破産法70条もまた、将来の法定相殺への期待を保護する趣旨の規律である。同条によると、破産債権に停止条件が付されていて、手続開始時には条件未成就である場合や、賃貸人の破産において、賃貸借が終了していないために賃借人の敷金返還請求権がまだ発生していない場合につき、最後配当の除斥期間満了前に停止条件が成就し、または賃貸借が終了する可能性に備え、破産債権者には受働債権に係る弁済額の寄託を請求することが認められる。そのうえで、上記期間満了前に停止条件の成就または賃貸借の終了に至れば、破

67) 三1. (2)(d)〔筑波ロー 32号(2022)88頁〕、五2. (2)〔筑波ロー 35号(2023)86頁〕。

なお、抵当権に基づく物上代位と相殺との優劣に関する問題では、判例によると、判断基準時が差押え時ではなく、抵当権設定登記時とされ、かつ、敷金関係については、賃貸借契約の締結が抵当権設定登記後であっても、敷金の充当が優先される。五2. (6)〔筑波ロー 35号(2023)100頁〕。

68) 三1. (2)(d)〔筑波ロー 32号(2022)88頁〕、五2. (2)〔筑波ロー 35号(2023)86頁以下〕。

69) 三1. (2)(d)〔筑波ロー 32号(2022)88頁以下〕、五2. (5)〔筑波ロー 35号(2023)97頁以下〕。

70) 六5. (10)〔筑波ロー 36号(2024)139頁以下〕。

産手続による制約を受けることなく、破産債権者は相殺をすることが可能となり、あるいは、敷金関係内での差引計算が行われる⁷¹⁾。

このように、現在の相殺法では、将来の法定相殺への期待も幅広く保護されている。しかし、相殺適状の調っていない段階での当事者間の内部関係では、この期待に法的効果は付与されていない。相殺による債権消滅効はもとより、自働債権の弁済期前の受働債権に係る弁済請求に対する抗弁としての効力も認められない⁷²⁾。いわば、仮登記の順位保全効に類似した形での保護が、対外関係で承認されている。

(3) 相殺的処理の願望

第三に、自身の関与する債権債務が差引計算され、その効果が第三者にも対抗されうることを、当事者が個人的に願望することがある。法定相殺が認められない状況でも、当事者が合意により相殺的処理を行うことは、原則として自由である。ただし、先にみたように、そうした合意が許されない場合もあり、また、当事者間で有効であっても、対第三者関係でも効果が認められるかについては別の問題となる⁷³⁾。

なお、こうした願望をめぐるのは、ある時代に法的保護を受けられなくても、その評価が後に改められることがある。つまり、法規範外の単なる個人的願望に過ぎなかったものでも、社会経済状況や取引上の社会通念の変化に伴い、「相殺への合理的な期待」であるとの価値判断が優勢になれば、法解釈を通じて法定相殺に取り込まれ、あるいは、これに準じる差引計算と位置づけられることにより、当事者の期待に対応する効果が承認されうる。

たとえば、「差押えと相殺」に関する議論を振り返ると、最判昭和39年が現れるまで、相殺適状修正説が判例の立場であり、差押え時に自働債権の弁済期が到来していなかった場合の相殺への期待は、個人的な願望でしかなかった。

71) 六5. (2)〔筑波ロー 36号(2024)123頁以下〕、八8. (3)。

72) 五2. (4)〔筑波ロー 35号(2023)93頁〕。

73) 八〔筑波ロー 39号(2025)128頁以下〕。

しかし、最判昭和39年による弁済期先後基準説の採用とともに、この願望は保護されるべき相殺期待として取り扱われることになった。さらに、最判昭和45年が無制限説に舵を切り、法定相殺の埒外であった相殺への願望が一層、法的保護の対象に取り込まれた⁷⁴⁾。そして、前述のとおり、債権法改正により、法定相殺による保護の対象がさらに拡張されている。

また、期限の利益喪失特約について最判昭和45年が最判昭和39年の見解を改めて、無制限の対外効を認めたことや⁷⁵⁾、一括清算ネットティング条項が立法により有効性を承認されたことも⁷⁶⁾、相殺的处理への願望が「合理的な期待」に昇華された先例である。これらに対して、三者間における2つの債権を将来に差引計算する旨の合意については、相殺としての取扱いが否定されており⁷⁷⁾、未だ当事者の個人的願望に留まっている。

(4) 相殺に期待される機能

さらに、こうした相殺を期待する当事者の状況をもとにした3つの類型による区分とは別に、相殺の機能の観点から「相殺への期待」を分類することもできる。すなわち、両当事者の資力が潤沢である「平時」には、法定相殺に簡易決済の機能が期待され、当事者の一方の資力が悪化した「非平時」には、担保的機能が期待されるといわれている⁷⁸⁾。この機能的観点からの区分は、相殺の効力が当事者関係において争われているのか、第三者との関係においてか、という人的紛争状況による「期待」の違いとみることができる。

74) 五1. (2)〔筑波ロー 34号(2023)122頁以下〕。

75) 八5. (2)〔筑波ロー 39号(2025)135頁以下〕。

76) 八5. (4)〔筑波ロー 39号(2025)142頁以下〕。

77) 八2. (3)〔筑波ロー 39号(2025)130頁以下〕。なお、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は補足意見の中で、金融機関によるデリバティブ取引における三者間相殺条項に関して、相殺的处理についての担保的機能や相殺的处理による債権回収への合理的期待が存在しているものと評価している。

78) 民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ—契約および債権一般(2)』（商事法務、2009）65頁。

当事者間で相殺を主張する基本的目的は、自己の債務の現実履行を免れることにある。この目的に対応する「相殺への期待」は、「相殺適状発生時の債務の消滅への信頼」として保護されている。具体的には、こうした期待ないしは信頼は、相殺の遡及効（民506②）や相殺適状後に時効消滅した債権を自働債権とする相殺（民508）を根拠づけており⁷⁹⁾、また、相殺の充当（民512）の際の主要な考慮要素となっている⁸⁰⁾。

他方、対第三者関係において自働債権の債権者は、受働債権の奪い合いに勝ち抜くために相殺を主張する。そのため、ここでの「相殺への期待」は、「相殺による債権回収への期待」である。この「相殺への期待」の保護の程度は、対立する第三者の利害との調整により定まる。

3 終わりに

以上の整理をもとに、総括として、3点述べておきたい。

第一に、相殺は元来、本旨弁済に対する例外的取扱いを含む受働債権消滅原因であること、別の表現をすれば、相殺の意思表示をする者が債務者として、債権者の意思に反しても、本旨弁済をすることなく自己の債務を消滅できるようになる法的手段であることについて、その意義を今一度、法解釈の中で確認すべきと考える。相殺が差押手続や倒産手続に際して優先弁済を可能にする担保としての役割を果たすのは、日本法において単独行為とされることにより相殺が当事者間で簡易な決済方法としても機能すること、ならびに、立案当事者の法政策的判断として民法と倒産法がこの決済の効果に第三者に対する対抗可能性を付与したこと、これら2つの要因からもたらされる結果である。担保的効力があるから相殺を担保に準じた債権回収手段として取り扱うという思考は、結論先取の循環論法であり、正当化のための論拠を欠いている。原点に立ち返って、債務者の法的地位に関する制度としての本来的性質に焦点をあて、

79) 三2. (1)(a)〔筑波ロー 32号(2022)96頁〕、七2. (1)〔筑波ロー 37号(2024)178頁〕。

80) 七3. 〔筑波ロー 37号(2024)180頁以下〕。

解釈問題に際しては、自働債権ではなく、受働債権を主たる考慮対象として立論すべきであろう。たとえば、「相殺への期待」が法的保護に値するほどの合理性を帯びているか否かを評価する際には、自働債権の回収に関する合理性ではなく、受働債権の消滅に関する合理性に主眼を置く。また、「相殺権の濫用」⁸¹⁾が問題となる場面では、相殺を主張する者について、自働債権を行使する債権者たる態度の許容性よりも、受働債権の本旨弁済を免れるに値する債務者たる態度であるか否かを、より重視する。こうした考察姿勢は、相殺制度全体と体系的に整合する解釈を基礎づけるものと考ええる。

第二に、とはいえ、対第三者関係の局面では、相殺は自働債権の実行行為として認識され、その当否を評価される。そして、法が第三者に対する相殺の主張を承認する場面では、相殺権は担保権と同視される。この法による相殺承認の範囲は、最高裁の判例変更と債権法改正により拡張されてきた。現在、相殺制度は担保手段として安定した取引を支える重要な法基盤となっている。こうした経緯と現状を踏まえたうえで、気掛かりなのが、担保手段としての相殺に相応の規律が及んでいるかという点である。対第三者関係では、倒産法規において顕著のように、当事者関係で相殺を基礎づける簡易決済や公平保持の趣旨は、ほぼ顧慮されない。「法定相殺への期待」を根拠に、担保の設定された財産の取得者に準じた地位におかれる受働債権の譲受人や受働債権による債権回収について競合する他の債権者の利益との比較において、相殺の優先性が承認されている。このように第三者に対する担保的機能が前面に出る局面では、当事者関係とは別異の担保法的見地からの規律が及んでしかるべきではないか⁸²⁾。本稿で触れたところでいえば、民法398条の3第2項の準用の当否について⁸³⁾、なおも議論の余地があると解される。また、譲渡担保等に際しては、

81) 六6. [筑波ロー 37号(2024)160頁以下]。

82) 中田裕康は、相殺における「公平」について、①当事者間の公平、②債権者間の公平、③倒産債権者間の公平の3段階に分けて、それぞれ検討すべきと述べている（中田・債総・489頁）。この区分に倣って換言すれば、①の段階と他の2つの段階とでは、「公平」の意義が本質的に異なる。

担保目的財産の価額が被担保債権額を上回る場合、担保権者には差額分の清算金について支払義務が課され、この支払までは担保の実行を完了することができないことが、担保法の通則となっている⁸⁴⁾。これに準じて、自働債権額よりも受働債権額のほうが高額である状況で第三者に対して相殺を主張する際には、当事者間における簡易決済の要請を脇に寄せて、差額の弁済を要件とすることも想定されよう⁸⁵⁾。

第三に、今述べたところと関連する議論として、民法511条2項における「原因」をめぐる解釈問題がある。この文言は、立案担当者が破産法の規定に倣って採り入れたものであり、そのような経緯から、破産法上の文言と同じ意義で解すべきか、異なる意義で解すべきかが問題となっている⁸⁶⁾。ただし、異義論に立ったとしても、先行する破産法上の議論は、民法規定の解釈に際して、なおも参照に値する⁸⁷⁾。こうした関連性のもとで、破産法のいずれの規定に関する解釈が参照されるべきかについて、いくつかの見解がみられる。大きくは3つに分かれ、民法511条2項本文と破産法67条・2条5項ならびに民法511条2項ただし書と破産法72条1項1号がそれぞれ対応すると説く立案担当者の見解⁸⁸⁾、民法511条2項と破産法71条2項2号とが対応すると解する見解⁸⁹⁾、さらに、民法511条2項と破産法70条・2条5項との対応性を主張する見解⁹⁰⁾がある⁹¹⁾。私見は、これらのいずれにも与しない。これまでの考察をもとにする

83) 六6. (4)〔筑波ロー 37号(2024)163頁〕。

84) 最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁、最判平成9年4月11日裁時1193号1頁、仮登記担保法3条2項、譲渡担保法60条5項・6項、同61条6項・7項及び同111条1項など。

85) こうした取扱いは、相殺当事者間の公平にも資する。

86) 五2. (4)〔筑波ロー 35号(2023)94頁以下〕。

87) 中田・債総・522頁。

88) 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（2013）308頁以下、民法（債権関係）部会資料69A・28頁以下。

89) 潮見・新債総Ⅱ・313頁、石田剛「抗弁としての相殺と倒産」中島弘雅ほか編代『民法と倒産法の交錯—債権法改正の及ぼす影響』（商事法務、2023）378頁、伊藤・破産民再・573頁以下。岩川隆嗣「相殺の担保的機能の基礎理論—相殺期待と牽連性」米倉明米寿『現代の担保法』（有斐閣、2022）111頁以下も参照。

と、民法と破産法のそれぞれにおける相殺の取扱いについて、「債権の現在化」（破103③）や停止条件付債権を自働債権とする将来の相殺利益を保護するための寄託制度（破70）の有無等の違いがあることから⁹²⁾、「原因」という文言の解釈をめぐっては異義論を採るべきである。そのうえで、こうした相違点に着目すれば、民法の相殺法と規律構造が類似しているのは、再建型手続であるといえる⁹³⁾。また、民法と再建型手続は、清算型手続である破産手続と異なり、債務者の総財産の包括的清算を目的とせず、自働債権の債務者の取引継続を前提とする点でも共通している。これらのことから、民法511条2項における「原因」の解釈に際して参照すべきは、民事再生法92条1項前段・84条1項や会社更生法48条1項前段・2条8項柱書に関する議論状況であると考えられる。「原因」の文言をめぐって、清算型手続と再建型手続とで大差ない解釈がされている限り、私見に実益はほとんどないであろう。しかし、この問題に限らず、民法と破産法との相違は、相殺法全般において十分に留意されるべきである。

【本稿はJSPS 科研費 JP21K01214の助成を受けた研究による成果の一部である。】

（おかもと・ひろき 筑波大学ビジネスサイエンス系教授）

90) 山本和彦「差押前の原因に基づき生じた債権を自働債権とする相殺—自働債権と受働債権の牽連性の問題を中心として」潮見佳男追悼（家族法）『家族法学の現在と未来』（信山社、2024）868頁以下。

91) 田高寛貴「差押と相殺に関する規律と倒産法」中島弘雅ほか編『民法と倒産法の交錯—債権法改正の及ぼす影響』（商事法務、2023）463頁以下、中田・債総・521頁以下。

92) 五2. (4)〔筑波ロー 35号(2023)93頁以下〕。

93) 六5. (10)〔筑波ロー 36号(2024)139頁以下〕、八5. (2)・(3)〔筑波ロー 39号(2024)135頁以下〕、九2. (1)・(2)を参照。

筑波ロー・ジャーナル 40号

2026年6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.40 June 2026

Articles

- Theoretical and Institutional Study of Product Governance (2)
..... **Makiko Kimura** 1
- L'effet d'un gage sur un immeuble par destination en France
..... **Yoshinori Naoi** 25
- An Analysis of the Malapportionment-Based Election Invalidation Case
Decided by the Petty Bench of the Supreme Court of Japan:
Judgment of September 26, 2025
..... **Kenya Nagashima** 47
- Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten: Ein Wertekonflikt in Deutschland (2)
..... **Junko Murayama** 71
- Disciplinary liability of attorneys toward parties other than their clients (1)
..... **Kensuke Morita** 97

Note

- An Overview of Japanese Setoff Law (7)
..... **Hiroki Okamoto** 117

ISSN:1881-8730