

SOPHIA LAW REVIEW

上智法學論集

第66卷 第4号

論説

公害等調整委員会の軌跡と展望

..... 北村 喜宣

結合企業における悪意判断の法的構造 (2・完)

—グループ会社間での情報伝達の法的規律をふまえて—

..... 溝渕 将章

アートメイク規制の合憲性について

—「イレズミ」をめぐるもうひとつの憲法問題—

..... 上田 健介

議決権信託の有効性について

..... 早川 咲耶

上智大学法学会

論説

暗号資産と「財産権」の意義 照沼 亮介

結合企業における悪意判断の法的構造（1）

—グループ会社間での情報伝達の法的規律をふまえて—

溝渕 将章

住居侵入罪における犯罪の継続の有無

牧 耕太郎

雑報

■目次

論説

公害等調整委員会の軌跡と展望
..... 北村 喜宣 (1)

結合企業における悪意判断の法的構造 (2 ・ 完)
——グループ会社間での情報伝達の法的規律をふまえて——
..... 溝渕 将章 (35)

アートメイク規制の合憲性について
——「イレズミ」をめぐるもうひとつの憲法問題——
..... 上田 健介 (85)

議決権信託の有効性について
..... 早川 咲耶 (129)

論 説

公害等調整委員会の軌跡と展望

北村 喜宣

1. 半世紀を迎えた公調委
2. 「難産」だった公害紛争処理法
3. 1970年公害紛争処理法
4. 矢継ぎ早の改正
5. 停滞する公害紛争処理法
6. 公害対策基本法から環境基本法へ
7. 私人間紛争への行政法的介入の実際
8. 任意事務としての公害審査会の事務
9. 対象拡大への期待
10. 都道府県における実験的取組みの可能性
11. 環境法学の課題

1. 半世紀を迎えた公調委

紛争処理のための非司法的組織を正面から規定する法律のなかで、1970年に制定された公害紛争処理法は、まさに「老舗」といえるだろう⁽¹⁾。同法のもとでの紛争処理を担当する組織は、中央政府と都道府県政府に設置される。現在、前者の組織は公害等調整委員会（以下「公調委」という）、後者の組織は公害審査会である。

(1) 小池勝雅「公害等調整委員会」小島武司+伊藤真（編）『裁判外紛争処理法』（有斐閣、1998年）83頁以下・89頁参照。中央政府による公害紛争処理法の解説として、公害紛争処理問題研究会（編著）『公害紛争処理法解説』（一粒社、1975年）（以下「旧解説」として引用）、公害等調整委員会事務局（編著）『解説 公害紛争処理法』（ぎょうせい、2002年）（以下「現解説」として引用）参照。

公調委を設置する組織法は、1972年に制定された公害等調整委員会設置法である⁽²⁾。公調委の設置から、半世紀が経過した。その間に、公調委を取り巻く社会的状況は、大きく変化している。この小稿では、公調委の50年を簡単に振り返るとともに、この組織の今後について、若干の展望をする⁽³⁾。公調委および公害紛争処理法の全体的な検討ではなく、公害審査会を含めて、筆者の関心のある論点についてのものであることをご了解いただきたい。

2. 「難産」だった公害紛争処理法

(1) 制度の必要性

裁判所を利用しない公害紛争の処理制度に関しては、1967年に制定された公害対策基本法が、「政府は、公害に係る紛争が生じた場合における和解の仲介、調停等の紛争処理制度を確立するため、必要な措置を講じなければならない。」(21条1項)と規定していた⁽⁴⁾。この制度は、民事訴訟や民事調停との対比で、「行政上の紛争処理」⁽⁵⁾と性格づけられている。

公害紛争処理制度の必要性については、それ以前からも指摘はされていた。たとえば、公害審議会「公害に関する基本的施策について」(1966年10

(2) 現行の公害等調整委員会設置法2条は、「国家行政組織法(昭和三十二年法律第二百十号)第三条第二項の規定に基づいて、総務省の外局として、公害等調整委員会(以下「委員会」という。)を設置する。」と規定する。

(3) 本稿は、「公害等調整委員会50周年記念シンポジウム」(2022年5月19日)における筆者の基調講演「公害等調整委員会の軌跡と展望」を踏まえたものである。記念すべき機会にお招きいただいた公調委関係者に対して、厚く御礼申し上げる。なお、講演は、同委員会の機関誌ちょうせい110号(2022年)に収録されている。YouTubeでも視聴可能である(<https://www.youtube.com/watch?v=10AtzbDrjtE>)。

(4) この規定は、上程された閣法案には含まれていなかった。衆議院における修正によるものである。その経緯について、六車明「環境基本法の下における裁判外紛争解決手続の在り方：環境破壊の事前防止の観点からの検証」法曹時報52巻12号(2000年)1頁以下・6~7頁参照。

(5) 旧解説・前註(1)書3頁。

月7日)は、「公害に関する住民その他からの苦情、相談についても適確な処理が行なわれるよう必要な態勢を整備すべき」としていた。

公害にかかる一般的な紛争処理制度については、自治体が先行していた。1969年に制定された東京都公害防止条例は、「知事は、公害に係る紛争について迅速かつ適正な解決を図る」(10条)という基本認識を踏まえて、「公害に係る損害賠償に関する紛争その他の民事上の紛争が生じたときは、当該紛争の当事者は、知事に和解の仲介等紛争の調整を申し立てることができる。」とし、東京都都市公害調整委員会がこれに関与することを規定していた(57条の2)⁽⁶⁾。「調整」という言葉が用いられている点を確認しておこう。水や大気といった分野別に条例を制定していないからこそ可能になった対応といえよう。

公害対策基本法制定後には、具体化のための作業が進められる。中央公害対策審議会「公害に係る紛争の処理及び被害の救済の制度についての意見」(1968年10月18日)は、「簡易迅速に行政的解決を図るため、広汎かつ実効性のある統一的な行政上の紛争処理制度を設けることが必要」という認識を示す。具体的には、「まず、地方公共団体の苦情処理体制の整備充実を図るべきであり、つぎに、苦情処理によって解決できない紛争を処理するため、都道府県及び国にそれぞれ紛争処理機関を設けて和解の仲介、調停及び仲裁を行い、さらに紛争処理に関連して必要な施策の調整等を関係行政機関に要請することができるようにするべき」⁽⁷⁾という。

1962年制定の「ばい煙の排出の規制等に関する法律」(以下「ばい煙規制法」という。)には、「第5章 和解の仲介」(22~25条)が制度化されていた。同法を廃止して1968年に制定された大気汚染防止法も、「第4章 和解の仲介」(22~25条)を規定していた。このように、個別法にもとづく仕組みもあった⁽⁸⁾。そうしたなかで、法律や条例にもとづく制度を吸収・結合する

(6) 東京都公害局規制指導部(監)『東京都公害防止条例逐条解説』(公人社、1971年)212~213頁参照。

(7) 旧解説・前註(1)書2頁、現解説・前註(1)書4頁。

(8) 「和解の仲介」について解説する厚生省環境衛生局公害部(編)『大気汚染防止法の解説』(新日本法規出版、1969年)175~176頁は、大気汚染防止法以外におけるものとし

通則法的制度が求められたのである。

(2) 3度目の正直

中央公害対策審議会の意見を踏まえて、法案作成作業が進められた。その結果、公害紛争処理法案が取りまとめられ、第61回通常国会に上程された(1969年3月)⁽⁹⁾。法案の提案理由説明は、総理府総務長官が担当した。

法案は、衆議院産業公害対策委員会における一部修正可決を受けて衆議院本会議で可決され、参議院に送付されたが、会期末の混乱のなかで廃案となった。そこで、第62回臨時国会に修正された案を再上程したが(1969年11月)、衆議院解散により再度廃案となった。

3度目の挑戦は、第63回特別国会である。修正された法案が再々提出され(1970年2月)、衆議院産業公害対策委員会における一部修正を受けて衆議院本会議で可決され、参議院でも公害対策特別委員会および本会議で可決され、成立した⁽¹⁰⁾。公布は1970年6月1日、施行は同年11月1日である。公害紛争処理法については、その名称および内容のゆえに、「公害国会」と称される第64回臨時国会において成立したと誤解している研究者もいるようであるが、そうではないことを確認しておこう。

法案それ自体に起因する問題ではないものの、3度目の挑戦で可決成立したから、「難産」といえないではない。また、法案審議においては、裁定制度をめぐる閣法と社会党案の対立、中央政府内の担当組織である「中央公害審査委員会」(後の公調委)を国家行政組織法上のいわゆる3条機関にすべきか8条機関で十分かの対立があり、「すんなりと成立」ではなかった。

て、「公共用水域の水質の保全に関する法律」および騒音規制法による和解仲介制度を紹介する。

(9) 以下の経緯については、旧解説・前註(1)書2頁、現解説・前註(1)書4頁参照。

(10) 法案成立の経緯については、旧解説・前註(1)書2頁、現解説・前註(1)書4頁のほか、野村正幸「公害紛争処理法の内容と運用の方向」旬刊商事法務研究525号(1970年)2頁以下参照。

(4) 第 63 回国会における法案審議

公害紛争処理法案の委員会審議の内容は、多岐にわたる。以下では、本稿の関心にもとづき、公害紛争処理制度が対象とする紛争の内容および処理の手續について確認しよう。

第 1 は、紛争の内容である。公害対策基本法は、「公害」を「事業活動その他の人の活動に伴って生ずる相当範囲にわたる大気汚染、水質汚濁……、土壌汚染、騒音、振動、地盤沈下……及び悪臭によつて、人の健康又は生活環境に係る被害が生ずることをいう。」(2 条 1 項)と定義していた⁽¹¹⁾。ここでは、相当範囲性要件に注目しておきたい。この点に関しては、政府解説書において、「公害問題が社会問題としてとりあげられるゆえんは、単なる相隣関係的な問題にとどまらず、ある程度の地域的な広がりを示して」⁽¹²⁾とされている。事業活動に起因する環境負荷に対して公法的介入をするための理由として、「単なる相隣関係的な問題」であれば民事法的処理に委ねればよいけれども、それを超えた社会的事象となつているところに、公権力による規制の必要性を見出したのであろう⁽¹³⁾。

(11) 制定時の公害対策基本法 2 条 1 項には、「土壌の汚染」が含まれていなかったが、第 64 回国会における改正によって追加された。これにより、「典型六公害」が「典型七公害」となったのである。

(12) 岩田幸基(編)『新訂公害対策基本法の解説』(新日本法規出版、1971 年) 144 頁。

(13) 公害対策基本法案審議における以下の答弁が参考になる。「国が方針を定め、一定の方式に従つて公害対策をするというような対象として今後施策で取り上げるのは、ある程度の広がりを持ったものでなければ、いわゆる私害として民法上の関係で、隣の家がやかましいというようなことは、これはすでに相互で解決できる問題でありましてあるいは軽犯罪法で処分できるものもあるわけでありまして、そのようなものを、わざわざこのような基本法を設けてまで処理しなくても、民法上の損害賠償なりあるいは騒音の軽犯罪法上の取り締まりなり、そういうようなもので片づけられるものを、何もこういう大きな基本法を定めて国が処理をするという必要はない。やはりある程度の広がりを持ったものに対して、公法上の処理の規定を設け、あるいは国の責務をうたいたい、あるいは事業者の責務をうたうというようなことで、国が大きな方針をきめてやらなければ解決しないということを、この法の対象とした」というのである。第 55 回国会衆議院産業公害対策特別委員会議録 13 号(1967 年 7 月 5 日) 27 頁〔館林宣夫・厚生省環境衛生局長〕。伊藤和夫「公害関係法制の変遷と公害関係主要法律の概要(3)」時の法令 888 号(1975 年) 1 頁以下・11 頁は、「公害は、社会的に問題のある現象として公法上の規制の対象と

法案審議においては、同旨の答弁がされている。すなわち、「日照権のように相隣的なものは、公害の対象にしておらない」「相隣関係は割合因果関係がはっきりしておる……。また加害、被害の関係も特定でありまして、比較的小範囲……。……公害としてとらえますものは、やはり社会的な問題の広がりなり、深刻化の度合いを中心に考えた結果、おそらく公害基本法の定めた公害になった」⁽¹⁴⁾のである。要するに、相隣関係の紛争は、民事紛争として司法過程に処理を委ねておけばよいが、それを超えた場合に、行政的仕組みを通じた介入をするという整理である。

第2は、処理の手続である。争点になったのは、調停のほかには裁定を規定するかであった。この点に関しては、「裁定制度というのは……イエスかノーをきめる。……そういう単純な答えがこの公害の場合にはなかなか引き出しにくい……。……加害と被害の因果関係の究明についても非常に難しい。……やはり調整制度を中心にして、実体に即した解決を〔図る〕」⁽¹⁵⁾と説明された。「やはり当事者の満足を得られるような形でもって極力迅速な解決をはかるということを本旨としておりますので、裁定は制度としては採用しません」⁽¹⁶⁾とまで断言された。最大野党であった社会党(当時)が裁定制度を取り込んだ独自の公害紛争処理法案を提出したがゆえにその主張には乗れないのであるとしても、この手続は公害紛争処理制度の基本哲学とはおよそ相容れないという絶対否定的評価がされている点が興味深い。

すべきものを取り上げるべき」とする。この論点の簡単な検討として、北村喜宣「限定か拡張か? : 公害紛争処理法の「公害」概念」自治実務セミナー 634号(2015年)9頁参照。

(14) いずれも、第63回国会衆議院産業公害特別委員会議録9号(1970年4月9日)6頁[青鹿明司・内閣総理大臣官房審議室長]。

(15) 第63回国会衆議院産業公害特別委員会議録5号(1970年3月20日)30頁[湊敏郎・総理府総務副長官]。

(16) 第63回国会衆議院産業公害特別委員会議録9号(1970年4月9日)8頁[青鹿明司・内閣総理大臣官房審議室長]。

3. 1970年公害紛争処理法

1970年に制定された当時の公害紛争処理法は、全5章全52か条であった。現在は、全5章全92か条に成長している⁽¹⁷⁾。

付託された委員会における可決にあたって、衆議院・参議院とも、5項目からなる附帯決議を付している。いずれにおいても、その第1番目は、裁定制度の採用と組織の国家行政組織法3条機関への移行について検討し「速やかに結論を出すよう努めること」であった。同法は、最初から大きな宿題を背負って施行されたのである⁽¹⁸⁾。

4. 矢継ぎ早の改正

(1) 1972年改正

この政治的要求に応えるべく、公害紛争処理法は、制定後5年のうちに、大きな改正を2度経験している。第1は、1972年の、第68回通常国会における公害等調整委員会設置法の制定に伴う一部改正である。公害等調整委員会設置法設置法案の附則において、公害紛争処理法の一部を改正する内容が含まれている。

改正の中心的内容は、第63回国会における附帯決議に対応するものであった。すなわち、裁定制度の導入と国家行政組織法3条機関への移行である。前述のように、裁定制度については、およそ公害紛争処理とは相容れないがごとき答弁がされていた。ところが、まるで手のひらを返したように、導入が決定された。中央政府の解説書は、「公害紛争処理制度の一層の充実強化を図るという観点から、法施行後の経験にも照らして検討を重ねた。そ

(17) 最後の条文番号は「第55条」であるが、枝番号が付された条を加え、削除された条(4～12条、42条の23)を差し引いた条数である。

(18) 公害紛争処理法の成立とその後の展開については、いわば「正史」である、公害等調整委員会事務局(編)『公害等調整委員会30年史』(2002年)[非売品]参照。

の結果、深刻化し激化の度を加えつつある公害問題に適切に対処し、公害紛争処理の実効をあげるためには、裁定制度の導入が是非とも必要であるとの結論に達した」というのである⁽¹⁹⁾。同法の施行は、1970年11月1日であった。第68回国会に関係法案が上程されたのは1972年2月であった。1970年法が制定された際の社会的状況からそれほどの変化がないにもかかわらず、わずか1年10か月の実施経験を通じてこのような認識に至ったのであるとすれば、閣法のメンツにこだわるばかりに、法案審議において硬直的な対応をしたようにもみえる。

そうであるとしても、深刻さの度を増す公害被害の救済にあたって、より効果的な手法の導入を躊躇なくすることそれ自体は、適切な対応である。「裁定権限を行使するとなると、このことが当該機関の法律上の性格にも影響を及ぼし、国家行政組織法上の三条機関とすべきであるということになる。しかし、機構の新設については、行政機構の簡素化、能率化という別個の政策的観点からの制約があるので、既存の三条機関との統合によって、裁定機関を三条機関とするという道がとられ[た]」のである⁽²⁰⁾。選ばれたのは、「鉱業、採石業又は砂利採取業と一般公益等との調整を図ることを主たる任務とし、土地利用調整等に関する不服の裁定等を行っていた三条機関である土地調整委員会」であった⁽²¹⁾。この立法方針によって、公害紛争処理法は大改正を受ける。公害等調整委員会設置法の制定に伴い、中央公害審査会について規定していた条文(4~12条)が削除され、実質的に、同法に移

(19) 旧解説・前註(1)書4頁。

(20) 旧解説・前註(1)書4頁。

(21) 旧解説・前註(1)書4~5頁。そうした組織的制約のもとで、社会的認知度が低く事案も少ないけれども裁定権限を持っている土地利用調整委員会という「貴重な三条機関」を、「換骨奪胎した新しい別の角度から」中央公害審査委員会にも裁定権限を与えて統合したと説明されている。第68回国会衆議院公害対策並びに環境保全特別委員会議録7号(1972年3月23日)13頁[山中貞則・国務大臣(総理府総務長官)]参照。この措置に対しては、土地利用調整委員会側から、内閣総理大臣に直訴するような強い反対があったようである。第68回国会参議院内閣委員会会議録3~4頁[谷口寛・土地調整委員会委員長]参照。組織整備に関する行政法学的整理については、磯部力「公害環境紛争と行政委員会：公害等調整委員会の課題と可能性」ジュリスト1233号(2002年)55頁以下・56~59頁参照。

設された。土地調整委員会の所掌事務が追加規定されるとともに、公害紛争についての責任裁定および原因裁定に関する規定が新設された。また、調停や仲裁に関する規定も改正を受ける。現行法に規定される多くの枝番号規定は、1972年改正による対応である。1970年法の際には、組織法的対応をするための政治的・行政的調整が間に合わなかったのかもしれない。

(2) 1974年改正

第2は、職権あっせん制度の導入をする改正であり、1972年の第72回通常国会で成立した。職権あっせん制度の導入を主たる内容とする。和解の仲介制度は、あっせん制度に吸収される。あっせんは、紛争処理機関が、受動的でなく積極的に問題解決に介入する制度である。その背景には、「公害紛争の実態を見てみると、当事者間の対立が一層激化し、かつ紛争が長期化する様相が顕著であり、これを放置するときは、緊急を要する被害者の救済が遅延する等の社会的に重大な影響を及ぼすことが懸念されたのである。このような事態に対処するためには、当事者からの申請を待たずに、できるだけ早い機会に紛争処理機関があっせんに乗り出し、当事者による紛争の解決を援助し、促進する制度を設ける必要がある」とされた⁽²²⁾。公害苦情相談員の職務を明確にして公害苦情処理体制の整備をしたのも、この改正による。

現行の公害紛争処理制度は、以上の2つの改正によって整備されたといっ
てよい。外形的にみれば、公害対策基本法21条1項の趣旨を踏まえた、
社会実態に応答的な改正である。同条同項の背景には、当事者主義を基本と
する私法的手段による紛争処理の限界への認識があった⁽²³⁾。

5. 停滞する公害紛争処理法

1972年と1974年の2つの改正で、公害被害の救済に対して十分であった
のか。筆者にはその評価をする能力はないが、その後の状況をみるかぎり

(22) 旧解説・前註(1)書5頁。

(23) 岩田(編)・前註(12)書247～248頁参照。

[図表1] 「その他の改正」

昭和57年法律第83号	民事訴訟法、民事調停法改正に伴う改正(45条の2)
昭和60年法律第90号	地方公共団体の事務に係る国の関与等の整理、合理化等に関する法律制定に伴う改正(49条、49条の2)
平成元年法律第91号	民事保全法制定に伴う改正(42条の22、42条の23削除)
平成5年法律第92号	環境基本法制定に伴う改正(2条、24条、50条)
平成8年法律第110号	民事訴訟法改正に伴う改正(41条、45条の2)
平成11年法律第87号	45条2項条例で手数料を定める旨の規定を削除(45条)
平成11年法律第151号	民法改正に伴う改正(16条)
平成11年法律第160号	中央省庁等改革関係法施行法制定に伴う改正(48条)
平成13年法律第41号	弁護士法改正に伴う改正(23条の2)

[出典] 現解説・前註(1)書10~11頁を踏まえて筆者作成。

は、少なくとも中央政府においては、「然り」と考えられているほかないように思われる。中央政府の解説書においても、上記改正についてはそれなりの解説がされているものの、それ以降の改正については、「その他の改正」と総括され、年号・法律番号・内容が簡単に紹介されているだけである。まとめると、[図表1]の通りである⁽²⁴⁾。

これは、2002年時点での実績であるが、同解説書は、これらを「主要な改正のほか」と位置づけ、「民事訴訟法や環境基本法等関連する法律の改正や制定に伴って必要な改正が行われている。」とする⁽²⁵⁾。たしかに、前出の2つの改正と比較すれば、他律的な手続的・形式的改正である。その後、仲裁法制定に伴う改正(2003年)(41条)、行政不服審査法関係法律整備法の制定に伴う改正(2014年)(46条の2)、民法一部改正関係法律整備法制定に伴う改正(2017年)(36条の2、42条の25)、外国人弁護士特措法一部改正に伴う改正(2020年)(23条の2)がある。いずれに対しても、同様の評価が

(24) 現解説・前註(1)書10~11頁参照。そのほか、環境庁設置法(昭和46年法律第88号)による当時の公害紛争処理法4条の改正として、中央公害審査委員会の所掌事務に地方公共団体が行う公害に関する苦情の処理についての指導等を加える改正、そして、「防衛施設周辺の生活環境の整備等に関する法律(昭和49年法律第101号)の附則によって、公害紛争処理法50条に規定される法律の名称の改正がされている。

(25) 現解説・前註(1)書10頁。

あてはまる⁽²⁶⁾。

1970年代前半に経験した2つの大きな改正のような措置が、その後不要であったのかは定かではない。結果的にそうしたものがなかったのは、公調委が国民との関係においてもそれを必要としなかったからと受け止めるほかない。唯一、「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」(2020年)の制定に伴う改正(18条)は、公害審査会を常設しない都道府県における委員候補者の任期について、従前の「毎年」を「毎年又は1年を超え3年以下の期間で条例で定める期間ごとに」とするものである。毎年対応するのは事務負担が大きいという自治体からの要望を受けての改正である。受動的対応ではあるけれども、自律的といえそうである。しかし、そもそもこれは、こうした改正がなくても条例対応ができる内容であった⁽²⁷⁾。後にみるように、「公害」の内実の拡大や多様化、さらには、公害紛争から環境紛争への展開という社会情勢に鑑みるならば、1970年代後半以降の公害紛争処理法は、超然としてみるとみえないではない。

6. 公害対策基本法から環境基本法へ

(1) 変わらなかった役割

抜本的検討をする機会があったとすれば、それは、公害紛争処理法の根柢となっている公害対策基本法が廃止されて環境基本法が制定された1995年あたりであったかもしれない⁽²⁸⁾。1967年制定の公害対策基本法は、「公害

(26) 六車明「行政機関における公害・環境紛争解決システムの現状と課題：利用者からみた制度の検証」南博方先生古稀記念論集『行政法と法の支配』(有斐閣、1999年)305頁以下・306頁は、中央公害審査会と土地調整委員会が統合されて公害等調整委員会になったこと「を除くとこの紛争解決システムに大きな変更はない。」とする。

(27) 北村喜宣「現行法律実施条例の分類と意義」北村喜宣+飯島淳子+磯崎初仁+小泉祐一郎+岡田博史+釵持麻衣+公益財団法人日本都市センター(編著)『法令解釈権と条例制定権の可能性と限界：分権社会における条例の現代的課題と実践』(第一法規、2022年)131頁以下・135~140頁参照。

〔図表2〕 「公害に係る紛争の処理及び被害の救済」

公害対策基本法 21 条 1 項	環境基本法 31 条 1 項
政府は、公害に係る紛争が生じた場合におけるあっせん、調停等の紛争処理制度を確立するため、必要な措置を講じなければならない。	国は、公害に係る紛争に関するあっせん、調停その他の措置を効果的に実施し、その他公害に係る紛争の円滑な処理を図るため、必要な措置を講じなければならない。

〔出典〕 筆者作成。

対策の総合的推進を図り、もつて国民の健康を保護するとともに、生活環境を保全すること」(1条)を目的としていた。これに対し、環境基本法は、「環境の保全に関する施策を総合的かつ計画的に推進し、もつて現在及び将来の国民の健康で文化的な生活の確保に寄与するとともに人類の福祉に貢献すること」(1条)を目的としている。公害から環境へ、現在から未来へと、法律の射程が事項的にも時間的にも空間的にも、劇的に拡大したのである⁽²⁹⁾。

公害紛争処理制度は、公害対策基本法においては、第2章第5節「公害に係る紛争の処理及び被害の救済」のもとの1か条(21条しかない)として規定されていた。これに対し、環境基本法においては、第2章第5節「国が講ずる環境の保全のための施策等」のもとの1か条となっている(31条は、13か条のひとつである)。いずれにおいても、第2項は公害健康被害補償に関する規定である。第1項の公害紛争処理に関する条文を比較すると、〔図表2〕のようになる(公害対策基本法21条1項は、廃止直前のもの)。両者を比較すると、主語が「政府」から三権を総称する「国」に変わっているほかは、実質的内容に違いはない。

(28) 公害対策基本法の廃止は、1995年制定の「環境基本法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」1条による。

(29) 環境省総合環境政策局総務課(編著)『環境基本法の解説(改訂版)』(ぎょうせい、2002年)(以下「基本法解説」として引用。)117~123頁参照。

(2) 環境基本法のもとで「すわりの悪い」公害紛争処理制度の位置づけ

環境基本法のもとでの「公害」概念について考えてみよう。同法は、「環境の保全について」（1条）、その取組みのあり方を示す基幹法である。その対象は、地球環境の保全、国内環境の保全、そして、公害の防止である。

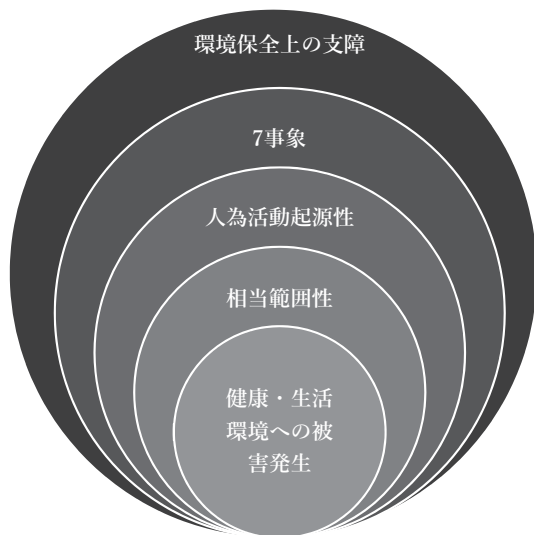
上記の通り、公害対策基本法の枠組みのなかで、公害紛争処理制度は、まさに「公害に係る紛争の処理及び被害の救済」という節名のもとにあり、何の違和感もなかった。ところが、環境基本法になって、「国が講ずる環境の保全のための施策等」という節の最後にひっそりと置かれているようにみえる。「公害」のみを扱う組織であるがゆえの遠慮だろうか。環境基本法31条には、同法のなかでの「すわりの悪さ」を感じてしまう。

それまでの所掌事務に変更を加えないのであれば、同法35条のあとに「第7節 公害に係る紛争の処理及び被害の救済」として1か条を設ければよかったのではないだろうか（公害対策基本法と同方式）。そうではなくて、「国が講ずる環境の保全のための施策等」という第5節の最後に置いたのは、将来的には、「環境保全」に関する紛争をも対象にすることを想定した配慮だったのだろうか。政府解説書は、これを「環境保全に関する施策として明確に位置づけるため」⁽³⁰⁾と説明するが、それならそれにふさわしい内容とすべきであろう。しかし、環境庁（当時）には、公害より広く「環境の保全」との関係で紛争処理制度を位置づける意思はなかったようにみえる⁽³¹⁾。

(30) 基本法解説・前註(29)書280頁。六車明「環境基本法の下における裁判外紛争解決手続の在り方：環境破壊の事前防止の観点からの検証」法曹時報52巻12号（2000年）11頁も参照。

(31) 筆者の手元には、環境庁（当時）が作成したとみられる『第126回 環境基本法案想定問答集』（平成5年4月）〔未定稿 部内限り〕がある。そこにおいては、「国民が健康で文化的な生活を確保するためには公害の防止が極めて重要であり、公害に係る紛争処理及び被害救済を行うことは依然として重要であることから、公害対策基本法の規定を引き継ぎ、本条をおくものである。」とされている。ひたすら「公害」との関係で整理されており、環境の「カ」の字もない。

[図表3] 「公害」「公害に係る被害」「公害に係る紛争」の関係



[出典] 筆者作成。

(3) 「公害」と「公害に係る紛争」

ここで、環境基本法のもとで用いられている2つの概念、「公害」と「公害に係る紛争」の関係を確認しておこう。[図表3]を参照されたい。

公害紛争処理法における「公害」概念を定義する2条は、公害対策基本法時代には同法2条1項、環境基本法時代には同法3条3項をいうとしている。公害対策基本法が1967年に制定された当時では、土壌汚染は公害事象に含まれていなかったり(1970年改正で追加されて現在の「典型7公害」となる)、生活環境の定義が項を別にして規定されていたりした。環境基本法の制定に当たって、改めて同法3条3項にまとめられた。現行の公害の定義は、以下の通りである(付番・カギカッコ筆者)。

「①環境の保全上の支障」のうち、「②事業活動その他の人の活動に伴って生ずる」「④相当範囲にわたる」「③大気汚染、水質の汚濁(水質以外

の水の状態または水底の底質が悪化することを含む。第21条第1項第1号において同じ。)、土壤の汚染、騒音、振動、地盤の沈下(鉱物の採捕のための土地の掘削によるものを除く。以下同じ。))及び悪臭)によって、「⑤人の健康又は生活環境(人の生活に密接な関係のある財産並びに人の生活に密接に関係のある動植物及びその生育環境を含む。以下同じ。))に係る被害が生ずる」ことをいう。

まず①をとらえるが、そのすべてではなく、③の典型7事象に限定される。そしてそれは、火山の噴火や台風の洪水に起因するのではなく、②の限定がかけられる。しかし、すべての人為活動起源事象が対象になるではなく、相隣関係などを除く趣旨で④の絞りがかけられる。そして、公「害」というのであるから、⑤が必要となる。この多段階の絞りによって、環境基本法のもとでの公害が確定する。そして、それはそのまま、公害紛争処理法のもとでの公害となる。

それでは、公害紛争処理法のもとでの救済制度が、事態が⑤にならないと動員できないかというところではない。同法1条にいう「公害に係る紛争」とは、「現に生じている被害に関するものであると、将来生ずるおそれがある被害に関するものであるとを問わない。」とされている⁽³²⁾。「公害に係る被害」についても、「既に発生している被害のほか、将来発生するおそれのある被害も含まれる。」とされている⁽³³⁾。判断に主観性は伴うが、「おそれ段階」での利用は可能である。未然防止を基調とする環境政策のもとでは、適切な解釈である。環境基本法のもとでは、「環境の保全は、……科学的知見の充実の下に環境の保全上の支障が未然に防がれることを旨として、行われなければならない。」と規定する4条との関係でも、そのように整理できよう。中央政府の解説書は、この部分を規制措置との関係においてのみ理解するようであるが⁽³⁴⁾、そのように狭く解する必要はない。未然防止のみな

(32) 旧解説・前註(1)書8頁、現解説・前註(1)書16頁。六車・前註(30)論文20頁も参照。

(33) 旧解説・前註(1)書62頁、現解説・前註(1)書83頁。

(34) 基本法解説・前註(28)書148～149頁参照。

らず、4条が内容として含む予防アプローチにもとづく救済対応が必要な場面もあるだろう⁽³⁵⁾。

この点に関して不合理性が指摘されるのは、同法24条1項1号が公調委の管轄事件として定めるいわゆる重大事件の要件である。そこでは、「現に人の健康又は生活環境（環境基本法第2条第3項に規定する生活環境をいう。）に公害に係る著しい被害が生じ、かつ、当該被害が相当多数の者に及び、又は及ぶおそれのある場合における当該公害に係る紛争であって政令で定めるもの」（傍点筆者）と規定されている。同項2号の広域事件、3号の県際事件においては、「公害に係る紛争」とのみされており、同条2項が規定する都道府県の公害審査会の管轄についても同様である。傍点部は、必要的要件となっている。同法施行令1条1号が水俣病やイタイイタイ病を具体的に規定するように⁽³⁶⁾、そのような深刻な被害が発生している事態が制度創設の前提となっていたのである。

広域事件や県際事件については、公調委のみに管轄権があるが、そうでなければ公害審査会にも管轄権があるところ、両者が取り扱う対象を区別する境界線を引くための限定である。著しい被害の発生がなければ重大事件ではないため、公調委に申立てをしても却下される⁽³⁷⁾。

この整理は、結果的には、公害審査会が管轄する事件の範囲が広がることを意味する。歴史的遺物のような規定であるが、少なくとも現在では、施行令が例示するような事象の発生を想定するのは難しい。未然防止を基調とする環境基本法の制度趣旨とは整合しない規定ぶりであり、少なくとも現在においては、その適切性は疑わしい⁽³⁸⁾。なお、「被害が将来発生するおそれ

(35) 北村喜宣『環境法〔第5版〕』（弘文堂、2020年）75～76頁・280～281頁参照。

(36) 水俣病やイタイイタイ病を明記した経緯については、「公害に係る健康被害の救済に関する特別措置法」2条の政令がこれらを規定していたことになったものである。第68回国会衆議院公害対策並びに環境保全特別委員会議録8号（1972年4月4日）3頁【川村皓章・中央公害審査委員会事務局長】参照。

(37) 旧解説・前註（1）書53頁、現解説・前註（1）書72頁は、「著しい」被害であることを要するから、単に被害が発生しているだけではならず、それが著しい程度に達していなければならない。」とする。

(38) 六車・前註（30）論文14～19頁参照。

がある旨の具体的な主張があり、すでに紛争状態にあると認められる場合には、現に被害が発生していなくても、申請を受理するのが相当」⁽³⁹⁾というように、運用上は、柔軟な対応がされている。しかし、被申立人の合意があったとはいえ、明文規定を超えていると評せないではない。以下にみるように、制度の正当性に対する疑念も生じるところである。

7. 私人間紛争への行政法的介入の実際

(1) 相当範囲性要件の意味

公害紛争処理制度は、十分な行政法的規制がないなかでの「(弱き)私人 vs. (強き)私人」という古典的モデルを前提にして、民事訴訟との関係でのADRとして制度設計された。(強き)私人がした行為は民法的には不法行為であるから、その法的責任は司法的に問われうるものではある。ところが、司法過程においては当事者主義が基本的であり、基本的人権の保障の観点から、たとえば貧困ゆえに十分な司法的サポートが受けられない結果として生じる不正義に対応するような行政法的介入が求められたのである。

それにあたっては、介入、すなわち、それを受ける側の不利益を受忍すべきものとして正当化するだけの社会的公共性が必要になる。「相当範囲にわたる」として、相隣紛争を明示的に排除した背景には、そうした事情があったのではないだろうか。公害対策基本法のもとで、ばい煙規制法を廃止して1968年に大気汚染防止法が制定され、1970年には、1958年に制定された「公共用水域の水質の保全に関する法律」「工場排水等の規制に関する法律」(いわゆる「水質二法」)を廃止して水質汚濁防止法が制定された。こうした本格的な環境規制法の対象となる「公害」については、何でもかんでもでは

(39) 南博方「環境紛争処理の在り方を考える：裁断から調整の時代へ」判例タイムズ 833号(1994年)4頁以下・7頁は、公調委がこうした考え方にもとづいて山梨・静岡ゴルフ場農薬被害等調整申請事件を受理し、調停が成立(判時1405号38頁)した経緯を説明する。同事件については、榮春彦+谷口敏彦「公害等調整委員会による山梨・静岡ゴルフ場調停事件の解決」判例タイムズ758号(1991年)81頁以下参照。

なく、対応を必要とする理由、すなわち、規制を受ける産業界を納得させられる理由が求められたのである。

しかし、この相当範囲性は、少なくとも公害紛争処理法の運用においては、それほど厳格に考えられているわけではなかった。事案ごとの判断のなかで、現実的対応の必要性から緩和され、それが前例となってまた緩和が拡大するというように、前例の積重ねによる概念の変容が発生しているようにみえる。実際、公調委の最近の年次報告においても、「近年は、近隣店舗の室外機からの騒音や飲食店からの悪臭など、人口・住宅が密集している都市部における比較的小規模な事件が目立つ傾向」「このような都市型・生活環境型の紛争についても、公害紛争処理制度を活用した解決が求められることが多くなっている」と記述されている⁽⁴⁰⁾。

原因者に対して行政指導がされるだけの公害苦情処理についてであれば、こうした緩和もあるいは受け入れられるのかもしれない。しかし、上記年次報告において紹介されている事件をみると、農業施設であるボイラーの騒音による被害について、1人の申請人が原因裁定および責任裁定を申し立てたものである。公調委は、これを受け付けている⁽⁴¹⁾。

もちろん、被害者の多寡は、相当範囲性に必ずしも影響しない。中央政府も、環境基本法の解説書において、「汚染状況などが広範囲にわたっていれば、被害者は一人であってもこの法律においてはこれを公害と考える」としている⁽⁴²⁾。もっとも、これは、地理的広範囲性が前提なのである。上記事案においては、睡眠不足による健康被害というように、発生源と被害者の近接性が推察される。それにもかかわらず、申立ては却下されていない。公調委自身が「純粋な相隣関係を排除する趣旨」⁽⁴³⁾とする方針が、揺らいでい

(40) 公害等調整委員会『令和2年度公害等調整委員会年次報告』(2021年)(以下「年次報告」として引用。)12頁。

(41) 「熊本市における農業施設からの騒音による健康被害等責任裁定申請事件及び同原因裁定申請事件」年次報告・前註(40)4頁参照。

(42) 基本法解説・前註(29)書134頁。

(43) 旧解説・前註(1)書11頁、現解説・前註(1)書21頁。「公害紛争処理法の施行について」(昭和45年11月1日総審第255号各都道府県知事あて総理府総務副長官通達)(以下「施行について」として引用。)は、「相当範囲にわたる」とは、大気汚染等の

るのである。

(2) なしくずしの拡大と制度の正当性

救済の範囲を拡大するのが環境法において適切な法政策であるのは、間違いない。しかし、環境基本法2条3項の「公害」の定義をそのまま用いながら、そこに明記される相当範囲性を無視するようななしくずしの運用が適切であるとは思われない。

相当範囲性に関しては、公調委に設置された研究会（公害紛争処理制度に関する懇談会）の報告書（以下「懇談会報告書」として引用。）においても、議論がされている⁽⁴⁴⁾。それまでの裁定書を分析したうえで、「相当範囲にわたるか否かは、人的範囲及び地理的範囲を総合勘案して、一定程度の社会的な広がりを持つるか否かによって判断されるべきとした上で、個別の事実ごとに相当範囲性の判断を行っているところであるが、余り厳しく解することはしていない。」とされている。そして、「議論においては、相当範囲性の定義を余り厳しく判断することはしないとの従来どおりの方向性を認める意見が多数であった。」と総括する。その一方で、「救済を重視する立場からはなるべく紛争を広く解することや、紛争の性質の変化に合わせて、かつては対象としなかった紛争をも対象とするのが適切であるとしても、過度の拡張解釈は被申請人の立場からすれば問題であり、法治主義の観点からは、紛争処理法第2条を改正し、環境基本法第2条第3項の「相当範囲にわたる」とい

現象が単なる相隣関係的な程度でなく、地域的にある程度の広がりを持つていることが必要」という、常識的な読み方を確認している。第68回国会参議院内閣委員会、公害対策及び環境保全特別委員会連合審査会会議録1号（1972年5月17日）7頁〔小澤文雄・中央公害審査委員会委員長〕は、「向こう三軒両隣だけの問題といったようなもの、たとえば隣のお嬢さんがピアノをひくんで、こちらがどうも夜眠れないとか、あるいは隣の大工さんがとんとんとか何か細工もんでといをたたくんで、自分のうちの愛犬、かわいがっている犬が神経質になって騒いで困るとか、そういう紛争が、これは実はほんとうにそういう苦情なり紛争なんかが多いんでございます。おそらくこれは公害対策基本法に言う定義には、やはり公害に当てはまらぬじゃないかと思えます」と述べる。

(44) 『公害紛争処理制度に関する懇談会報告書』（2015年6月）25～26頁参照。同報告書は、公調委ウェブサイトで閲覧可能である（https://www.soumu.go.jp/main_content/000360935.pdf）。

う部分は適用しないとする対応が望ましいとの意見もあった。」とされている。公調委としても、問題の所在には気がついている。

後述のように、法改正ができるような政治状況ではない。そうであるから運用で対応する。現実的にはそうするほかないのであろうが、法治主義や民主主義の観点からは、権限濫用的であると評されよう。

8. 任意事務としての公害審査会の事務

(1) 選択したことの意味

公害紛争処理法のもとで自治体を実施している事務としては、大きく、都道府県公害審査会によるあっせん、調停、仲裁(14条)、都道府県および市町村(特別区を含む。)の公害苦情処理がある(49条)。いずれの事務も、自治体の任意的自治事務であり、この点は、同法制定時から変わっていない。以下では、公害審査会について検討する。そもそも設置は任意である。

公害審査会については、「都道府県は、条例で定めるところにより、都道府県公害審査会……を置くことができる。」(13条)とされているように、設置の根拠は条例によるとされている。その規定ぶりは多様である。たとえば、東京都公害紛争処理条例や山形県公害審査会条例のように独立条例を根拠とする自治体もあれば、京都府附属機関設置条例のように通則的条例のなかに根拠を設ける自治体もある。1970年代における設置の決定がどれくらい自主的になされたのかは定かではないが、「……置くことができる。」と規定するものを、「……置く。」(東京都条例2条)と確定的に規定する意味は大きい。整理としては、同法に定められるこの仕組みが住民の福祉向上にとって有用であると自律的に判断したからである。

義務的設置としなかった理由は、「公害は、地域社会に極めて密接な関係を有する問題であり、各都道府県に固有の地域的特色が反映する面も少なからずある」からとされる⁽⁴⁵⁾。2000年分権改革の30年前に、こうした適切

(45) 旧解説・前註(1)書23頁、現解説・前註(1)書35頁。

な認識にもとづいた制度設計がされていたのは驚きである⁽⁴⁶⁾。

(2) 強い枠付け

公害紛争処理法においては、組織について（15～23条）、および、手続について（23条の2～42条）、相当に強い枠付けがされている。あっせん、調停、仲裁については、「中央委員会又は審査会等による」と規定され、実施するなら国と同じ内容にすべきとされている。その理由については、「審査会が設置された場合の所掌事務、組織、委員の服務、委員会の会議等の審査会に関する事項は各都道府県を通じて統一されていることが必要であるし、紛争処理手続については、その性質上国及び都道府県を通じて統一されている必要がある」と説明される⁽⁴⁷⁾。「その性質上」がポイントであるが、十分な説明にはなっていない。

決定は任意としておきながら、決定するなら国が定めるようにせよというものは、法律によくみられる方式である。それが強行規定力を持つのは、現在においては、地方自治法1条の2第2項が規定するように、「全国的に統一して定めることが望ましい」「全国的な視点に立って行わなければならない」場合である。公害紛争処理は、同法同条1項にいう「地域における行政」たる任意的法定自治事務である。義務的ではないから、国の決定が最終となる範囲は、より少なくなるはずである。同法2条13項が規定するように、「地域特性に応じて当該事務を処理することができるよう特に配慮する」義務が国に課されている点に鑑みれば、公害紛争処理法の上記枠付けのなかには、これをデフォルトとして受け止めて、条例により修正・追加できる点もあるように思われる⁽⁴⁸⁾。導入を決定した都道府県には、少なくとも分権改革後

(46) 公害紛争処理制度における公調委と公害審査会の関係についても、「施行について」（前註（43））は、「国の紛争処理機関と都道府県のそれとの関係は、いわゆる上・下の関係にあるものではなく、それぞれが第24条に定められた管轄に従い、紛争の処理を行なうものである。」としていた。

(47) 旧解説・前註（1）書22頁、現解説・前註（1）33～34頁。

(48) 法定事項を修正・追加する条例を、筆者は法律実施条例と称している。その可能性については、北村喜宣「北村条例論の来し方・行く末」北村喜宣先生還暦記念論集『自治立法権の再発見』（第一法規、2020年）243頁以下参照。

の現在においては、この制度を地域により適合的にする義務があるといえよう。「その性質上」という文言は、より制約的に解するのが適切である。「服に体を合わせる時代」から、「服を体にあわせる時代」に変わっている。調停事件については公調委への引継制度(38条)があるけれども、カスタマイズした組織や手続を踏まえて対応した公害審査会から事件を受け取る公調委の側においても、上述の配慮義務が課されている点を確認しておきたい。

(3) 公害審査会の権限の拡充

前出の懇談会報告書は、都道府県の公害審査会の権限を拡充する可能性についても議論している。第1は、現行法では公調委のみに与えられている裁定権限を、都道府県の発意による「手挙げ方式」を通じた移譲である。実施能力を持つ都道府県は多くないだろうが、少数なりとも存在することが確認できれば制度改正を検討すべきとしている⁽⁴⁹⁾。第2は、原因裁定と調停のハイブリッド型の制度を都道府県に設けることである。それにあたって、職権調査の権限を明確にする改正が必要とも指摘されている。この点は、後にみる日本弁護士連合会意見書でも指摘されている。第3に、公害審査会から公調委に原因裁定の嘱託ができるようにすることである。要件を限定する必要があるとしつつも、制度化には前向きな記述がされている。第4は、政令指定都市や中核市に対し、調停事務権限を、事務処理特例条例制度を通じて移譲することである。これについても、法定の組織要件を緩和するなどしての実現に向けての前向きの記述がされている。

懇談会報告書は、上記4点以外にも、公害紛争処理法に対する現在における社会的需要を広く検討している。前述のように、1970年に制定され、その直後に大きな改正を経験して以来、同法には大きな変化がない。その間には、地球、国家、地域のそれぞれのレベルにおける大きな環境変化が生じている。改正が本格的に検討されてよい時期になっているといえよう。

(49) 1972年当時において、「裁定という準司法的な仕事をする体制までは、残念ながらまだ画一的には充実されていない」と認識されていた。第68回国会衆議院公害対策並びに環境保全特別委員会議録8号(1972年4月4日)5頁[砂田重民・総理府総務副長官]参照。この点は、半世紀を経過した現在でも、同様であろう。

9. 対象拡大への期待

(1) 典型7公害に限定されない

公害紛争処理法にもとづく公害紛争処理に対する社会的期待のひとつに、「典型7公害以外の事象」への対象の拡大がある。懇談会報告書は、この論点について、次のような認識を示している。若干長くなるが、関係箇所を引用する。

公害紛争処理制度では、これまでも典型7公害に関係する人の健康又は生活環境に過ある被害であれば、取り扱う対象については柔軟な対応をとってきたものと考えられる。例えば、低周波音に関する紛争も騒音・振動に関係するものと考えられる場合は対象にする、廃棄物に関する紛争も水質汚濁・土壌汚染に関係するものと考えられる場合は対象にする、海洋汚染に関する紛争も水質汚濁が漁業被害などの財産被害を伴う場合は対象にするなどの事例がみられるところである。

公害紛争処理制度が取り扱う対象に典型7公害以外の事象を加えることについては、まず環境基本法との関係が問題となる。この点について、環境基本法が制定された際、紛争処理制度については公害のみを対象とするとされ、従来の公害対策基本法を踏襲しているところであるが、一方で、平成4年の中央公害対策審議会・自然環境保全審議会の答申においては、「公害紛争処理制度の対象については、典型7公害以外の苦情が全体の約3分の1を占めるなど、現在の制度の対象と国民の期待する紛争の対象とに相違があり、個別の法律で将来どのように位置づけるかは今後の課題である。」と言及されており、環境基本法上、公害紛争処理制度の対象に典型7公害以外の事象を加えること自体は否定されていないものと考えられる。

また、紛争処理法の制定当時、公害紛争処理制度が取り扱う対象を典型7公害に限定したのは、当時社会問題となっていた事象であることや、既

に規制法が整備されており、それに基づき判断がしやすいと考えたことが背景にあると思われるが、現在においても規制法のある典型7公害しか取り扱えないとする理由はないものと考えられる。

公調委も、公害審査会の設置との関係で、「地域社会の公害、環境問題の動向等を踏まえて、審査会の設置を積極的な方向で検討するのが妥当」(傍点筆者)としている⁽⁵⁰⁾。傍点部分にあるように、公害だけを対象とは考えていないようである。それでは、どのような環境問題が、この組織の事務対象としてふさわしいのだろうか。

(2) 法曹界・学界からの要望

環境基本法のレジームのもとで公害紛争処理制度が取り扱う対象を「公害」から拡大する方向性については、多くの指摘がある。まず、日本弁護士連合会の意見書⁽⁵¹⁾をみておこう。同意見書は、法律名を公害紛争処理法から「環境紛争調整法」に変更し、公害に係る紛争に加えて「環境に係る紛争」も「調整」の対象に含めるべきとする⁽⁵²⁾。事後対応よりも未然防止の視点が強調される。環境の対象として何を含めるのかは必ずしも明確ではないが、里山の開発による生活環境破壊や自然環境の保全上の支障への対応が具体例としてあげられている。その趣旨は、典型7事象起因の健康被害や生活環境被害に限定せずに、とりわけ生活環境に関しては、土地の区画形質変更や樹木伐採などによる直接の生活環境破壊行為をも対象にすべきということであろう。

環境法学界からも、こうした方向性を支持する見解が表明されている。たとえば、「環境利益の調整の場として、環境紛争処理制度を再構築すべき時期がきている」⁽⁵³⁾、「迅速性、低廉性、専門性、柔軟性の諸点で優れた特色

(50) 旧解説・前註(1)書23頁、現解説・前註(1)35頁。

(51) 日本弁護士連合会『公害紛争処理制度の改革を求める意見書』(2020年2月21日)。

(52) たしかに、名称はシンボリックである。六車・前註(26)論文318~319頁は、「国民主権を定めた憲法の下において、紛争は「処理」されるべきものでなく、「解決」されるべきものである。」という認識を踏まえて、「解決」という名称を提案する。

(53) 上野宏+麻植貢+大塚正夫+勝見嘉美+小早川光郎+水野武夫+南博方「〔座談会〕公

を持つ本制度が必ずしも十分に活用されていない理由は、処理しうる案件が典型 7 公害に限定されているため……。もし……都市問題や自然保護等より幅広い案件を対象とでき、環境紛争処理制度として再構成されるなら、飛躍的に重要な役割をはたしうる」⁽⁵⁴⁾、「根本的には、リスク訴訟や自然を含めた環境訴訟を対象とすることが必要……。公害紛争処理手続は、……公害対策基本法の時期の制度が温存され……。基本法が環境基本法に変わったことが何ら反映されていない」⁽⁵⁵⁾、「対象事項を公害紛争から環境紛争に明文で拡大する……べきである。本来、1993 年、公害対策基本法に代えて環境基本法が制定された際に、これらの改正をすべきであった」⁽⁵⁶⁾といったものである⁽⁵⁷⁾。

(3) 公害問題を越えた環境問題の難しさ

公害対策基本法ではなく、現在は環境基本法のもとに位置づけられる制度であるから、その対象も、公害から環境へと拡大すべきである。こうした主張が大勢であり、筆者も、「環境基本法 31 条を改正して、この制度が公害紛争を含む「環境紛争」全般を扱えるようにすべき」「環境基本法のもとの制度であるのに「公害」に関する紛争のみを対象にしている射程の狭さも、再検討を要しよう。」⁽⁵⁸⁾とコメントしていた。

しかし、公調委のリソースの増強がたとえされるとしても、そうした紛争を ADR として全面的に受け止めうるのかどうかは、今一度、慎重に検討してみる必要がある。これは、環境法学にとっても、大きな課題である。筆者の上記コメントは、やや不用意であった。

害紛争処理制度の充実と発展」ジュリスト 1008 号 (1992 頁) 10 頁以下・26 頁〔南博方〕。ほかに、南博方「20 周年を迎えた公害等調整委員会：その実績と課題」ジュリスト 108 号 (1992 年) 27 頁・31 頁も参照。

(54) 越智敏裕『環境訴訟法〔第 2 版〕』(日本評論社、2020 年) 117 頁。

(55) 大塚直『環境法 Basic〔第 3 版〕』(有斐閣、2021 年) 547 頁。

(56) 大久保規子「環境紛争における行政型 ADR：都道府県公害審査会を中心として」自治体学研究 91 号 (2005 年) 32 頁以下・37 頁。

(57) そのほかにも、小池・前註 (1) 論文 89 頁、淡路剛久「公害紛争の司法的解決と公害紛争処理制度による解決」立教法学 65 号 (2004 年) 23 頁以下・57 頁など参照。

(58) 北村・前註 (35) 書 255 頁・262 頁。

この論点に関しては、2つの判決を確認しておこう。いずれも、環境に関する権利が主張された事案である。第1は、伊達火力発電所事件地裁判決(札幌地判昭和55年10月14日判タ428号145頁)である。本稿との関係で注目されるのは、「人の社会活動と環境保全の均衡点をどこに求めるか、環境汚染ないし破壊をいかにして阻止するかという環境管理の問題は、すぐれて、民主主義の機構を通して決定されるべき」という説示である。第2は、国立市大学通りマンション事件最高裁判決(最一小判平成18年3月30日判タ1209号87頁)である。同判決は、以下のように述べる。札幌地裁判決との認識の共通性が確認できる。

景観利益は、これが侵害された場合に被侵害者の生活妨害や健康被害を生じさせるという性質のものではないこと、景観の保護は、一方において当該地域における土地・建物の財産権に制限を加えることとなり、その範囲・内容等をめぐって周辺の住民相互や財産権者との間で意見の対立が生ずることも予想されるのであるから、景観利益の保護とこれに伴う財産権等の規制は、第一次的には、民主的手続により定められた行政法規や当該地域の条例等によってなされることが予定されている。

公害とは、究極的には人の生命・健康にかかわる問題である。そうであるがゆえに、「まもるべきもの」が明確に観念され、それと加害者とされる側の財産権とを天秤の両側に載せることができるのである。ところが、それに至らない「生活環境の悪化」については、そもそも何がまもるべき内容なのか曖昧となる。それぞれの判決は、「民主主義の機構」「民主的手続」という文言を用いている。そうした利益に関する紛争については、立法過程ないし行政過程における調整によるべきであり、少なくとも当事者主義を基調とする司法的処理になじまないという。裁断にあたってよるべき法規範を裁判所は持っていないというのである。

(4) 公調委の手に負えるのか？

(a) 「好みの問題」への対応

公調委による紛争処理の特徴として、申立者側にコストを負わずに調達

できる専門性があげられる。それを動員して、申立てにかかる健康被害について、公調委が科学的な調査をするのである。公費負担によってこれを実現する法制度は、正義衡平の観点からも、高く評価されてよい。

その制度は、そのままに環境紛争に適用できるだろうか。拡大提案の対象となっている環境紛争は、「加害者・被害者」という構造を超えた性質を持っている。

国立市事件最判が説示するように、たとえば、景観保護となると、相当に「好みの問題」の面がある。同判決は、有名な3要件（①歴史的・文化的環境を形成する客観的価値を有する都市景観、②近接居住、③恵沢の日常享受）を充たすかぎりでそれが「法的保護に値する利益」になるとした。そうであっても、それを侵害するとされる財産権行使が違法となるのは、「刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗違反は権利の濫用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められる」というのである。内容は異なるけれども、明確な法規範が必要とされる。この枠組みを踏まえれば、3要件を充たさないような多くの事案においては、司法判断の次元において「違法」と評価されるような状況は想定しにくい。

そうしたなかで環境紛争が「環境紛争処理制度」の調停に持ち込まれるとした場合、互譲の精神を基調とするこの手続のもとで、どのような専門性サポートを確保しつつ、どのような調整がされるのだろうか。一般的には司法的救済の手に負えないといわれる環境紛争なのである。そうした場面において、行政上の救済制度はどのような役割を果たしうるだろうか。

(b) 法定計画がある場合への限定

たしかに、すべての環境紛争を対象にできるとも思えない。そうしたなかで、ひとつの可能性は、法律や条例にもとづく法定計画が作成されている場合における紛争ではないだろうか。上記最判が「行政法規」というとき、そこで念頭に置かれているのは、都市計画法や建築基準法の法的拘束力を有する具体的規制のように思われる。これらの行政法的基準に不適合な開発は違法であって、基本的には、実現されるはずはない。原告適格の問題は別にす

ると、当該法規範の適用の違法性は、審査請求や行政訴訟を通じて争うことができる。

ところが、紛争になるのは、具体的な規制基準はすべてクリアしているために「適法開発の結果としての濫開発」⁽⁵⁹⁾と評されるものである。そうであっても、法律や条例にもとづき、当該環境空間に関して計画なり方針なりが作成されている場合がある。その作成過程においては、一般的には、住民参画がされているだろう。それらが裁判規範性を有するかは別問題であるが、現在世代と将来世代の利益に配慮した地域的な環境公益⁽⁶⁰⁾を体現した内容が、そこに表現されている。そうした正当性を持つ枠組みのもとであれば、場当たりの調整ではなく、また、調停委員会が「あるべき内容」を非民主的に考えるのでもない対応が可能になるのではないだろうか。こうした法定計画の例としては、景観法にもとづく景観計画(8条)、生物多様性基本法にもとづく生物多様性地域戦略(13条)、自然公園法にもとづく公園計画(7条)、環境基本条例にもとづく環境基本計画がある。こうした表現が適切であるかは自信がないが、「保護されるべき環境」とそれ以外とに境界線を引くことが、拡大対象を考える際にも重要になるように思われる。「公害紛争」と「環境紛争」の違いがここにある。

環境負荷を発生させる行為をする側も、こうした計画の枠組みのなかにある。しかし、それは司法的判断に親しむほどの内容ではないため、あるいは、そうであるからこそ、まさに互譲の精神によって、最適解をみつける作業も可能になってくる。景観や自然の専門家は、全国的に多く存在する。その枠組みのもとで、専門的知識の提供を得るのである。事業者は、地域社会の一員であったり、そうならうとしたりする存在である。企業にとっても、とりわけ資金調達においてESG(環境、社会、ガバナンス)への対応が重視される現在、行為それ自体は実現できるとしても、それなりの正当性を持つローカル・ルールへの適合は、その立場を踏まえた互譲の精神の発露として、期待してもよいだろう。そのための正統性を持つ枠組みが、法定される

(59) 北村喜宣『自治体環境行政法〔第9版〕』(第一法規、2021年)13頁。

(60) 環境公益については、北村・前註(59)書124～126頁参照。

必要がある。

こうした類型の紛争を国と都道府県のどちらに振り分けるのかは、検討が必要である。生命・健康という人格権のコアの部分への侵害が問題となっていないような場合に、税金を用いた公費の調査はありうるだろうか。

(c) 現代型環境問題事象への対応

筆者は、現代環境法が対処すべき事象の特徴が、「多量、集中、特定、短期、単独、確実」から「少量、広域、不特定、長期、複合、不確実」へと変容してきていると整理した⁽⁶¹⁾。1970年に公害紛争処理法が制度設計された当時は、紛争の前提となる問題は、前者のようであったらう。

そうした事象はなお存続する一方で、後者のような問題も発生している。「公害から環境への拡大」は、こうした問題への公害紛争処理法の適応可能性を問うている。最終的に2012年に公調委が調停申請を却下した「シロクマ事件」は、典型例である。環境保護団体などが、電力会社11社に対して、事業活動に伴う二酸化炭素排出量の削減を申し立てた調停事案である。公調委の却下理由は、二酸化炭素等の排出による地球環境問題は公害とは別である、特定の原因者と特定の被害者の間の具体的な紛争ではなく互譲の精神により解決できる問題ではない、といったものである⁽⁶²⁾。

公害紛争処理法1条にいう「紛争」とは、「一定の法律関係に関連して利害関係を有する当事者間に、意見の不一致による争いが生じていること」⁽⁶³⁾である。ここにいう「法律関係」「利害関係」を、前述の対象事象の変容との関係でどのように整理するのかが論点となる。たしかに、「意見の不一致」はあるけれども、一方当事者の不法行為を通じて債務者と債権者の関係となるというような古典的な紛争ではない。「行政上の紛争処理」とい

(61) 北村・前註(35)書4～5頁参照。

(62) 却下決定の取消訴訟も却下・棄却されている。大橋真由美・環境法判例百選〔第3版〕(2018年)212頁以下参照。シロクマ事件の関係資料については、気候ネットワークのウェブサイトを参照されたい(<https://www.kiconet.org/national/monitoring/shirokuma-saiban>)。

(63) 旧解説・前註(1)書7頁、現解説・前註(1)書16頁。

うこの制度の存在理由そのものを根本的に検討する必要があることを示唆する事案であった。

10. 都道府県における実験的取組みの可能性

(1) 環境基本法改正の「風」

これまで議論してきた内容は、公害紛争処理法の運用で対応できる範囲を超えている⁽⁶⁴⁾。「公害」を超える必要がある。そうであれば、法改正となるし、懇談会報告書もそうした方向性を示唆していた。ところが、関係者にヒアリングするかぎりでは、改正に関する政治的風は「まったく吹いていない」のである。

法制度的に言えば、公害紛争処理法の根拠規定ともいうべき環境基本法31条1項の改正が、まず必要になるだろう。しかし、関係者にヒアリングするかぎりでは、同法を改正する政治的風も「まったく吹いていない」のである⁽⁶⁵⁾。

(2) 条例にもとづく対応

(a) 独自の紛争処理制度

もっとも、自治体における紛争処理制度は、公害紛争処理法にもとづく必要は必ずしもない。同法の射程に含まれなくても、法定外自治事務として、独立条例にもとづいた制度を創設するのは十分に可能である。一例として、滋賀県環境基本条例にもとづく「滋賀の環境自治を推進する委員会」による「知事の施策」に対する審査申立制度がある(27~29条)⁽⁶⁶⁾。これは、行政

(64) 小池・前註(1)論文は、一般的なながら、「公調委は、公害紛争の質の変化に対し、これまで専ら同法の柔軟な解釈運用によって対応してきた。しかし、このような対応のみで近時の公害紛争に対処するのはもはや限界となってきた」とする。

(65) 西尾哲茂「みんな集まれ!」生活と環境令和4年11月号(2022年)43頁以下・48頁は、「基本法の制定改廃は、大きな国際国内の社会思潮のうねりがないと容易でない」として、環境基本法を改正する状況にはないとみているようである。

(66) そのほかの例については、北村・前註(59)書104~105頁参照。

庁としての個別法上の権限行使に限定せず、より広く行政の活動を対象にしている。

都道府県の公害審査会は、公害紛争処理法 13 条にもとづく組織として位置づけられている。その組織および手続は、同法に規定されているが、地域特性を踏まえた修正・追加が必要であれば、法律実施条例によってそれを措置する。そのほかに、同法の対象外となる「環境紛争」を独自に対象とする。必要なかぎりにおいて、同法の関係条文を準用すればよいだろう。

(b) 行政権限の発動

個別法にもとづく行政権限の行使について、公調委は、「被害者と加害者との間の民事に関する紛争のほかに、加害行為と関連する許認可又は規制権限の行使に関する被害者と行政庁との間の行政に関する紛争が生ずることもある。公害紛争処理制度において取り扱うのは、もちろん民事紛争だけである。」⁽⁶⁷⁾として、これを排除する解釈を示している。公害紛争処理法 1 条は「公害に係る紛争」とするのみであるが、同法 26 条は「民事上の紛争」と明記する。事業主体としての行政ではなく規制主体としての行政が申立相手にならないのは、規定上明らかである。

この点で注目できるのは、2014 年の行政手続法改正によって導入された「処分等の求め」である（36 条の 3）⁽⁶⁸⁾。行政指導権限が法定されていたり不利益処分権限が規定されたりする場合に、「何人も」がその的確な行使を求めうる画期的な制度である⁽⁶⁹⁾。申立人適格は問題にならない。行政手続条例にも同旨規定が整備されている。これらは、「法律に違反する事実」が前提となっているけれども、環境紛争との関係でも利用できる。行政手続法および行政手続条例の関係規定を、独立条例の枠組みのなかで確認的に規定する方法もある。この部分は、法律実施条例となる。行政手続法のこの改正

(67) 旧解説・前註 (1) 書 8 頁、現解説・前註 (1) 書 16 頁。

(68) 高木光＋常岡孝好＋須田守『条解 行政手続法〔第 2 版〕』（弘文堂、2017 年）402 頁以下〔高木光〕参照。

(69) 活用例として、池田直樹「『処分等の求め』のポテンシャル」同『自治体環境紛争解決のデザイン：住民・事業者・行政のけん制と協働関係の構築へ』（日本評論社、2022 年）139 頁以下参照。

は、行政権限行使をめぐる公害紛争処理法の限界を補填したと評価できるだろうか。

(c) 法律実施条例による対応

そのほかの法律実施条例としては、前述のように、任意的法定自治事務となっている公害紛争処理法の公害審査会に関する規定に対して、地域特性に応じた追加・修正を施す内容を規定するものが考えられる。

(d) 総合的環境紛争処理条例

これらの独立条例と法律実施条例をまとめた内容が、「総合的環境紛争処理条例」の柱となる。そうした展開の必要性を感じている都道府県であれば、同法の制度に汲々とする必要はない。体に合った仕組みを自らつくればよいのである。

公害紛争処理法にもとづく都道府県の事務は、任意的自治事務である。それに対して、独自の判断で必要と認める仕組みを追加して、環境紛争解決のための総合的な内容の条例とする。そうした取組みが全国に拡大すれば、動かぬ国・動けぬ国に対して、一定のメッセージを送れるのではないだろうか。

11. 環境法学の課題

公調委50年の通観は、現在の環境法学が取り組むべき多くの課題を認識させる。前述のように、環境法が対応すべき事象の特徴も、大きく変容した。

1970年当時、自然環境に関する法規制は、自然環境保全法の体系のもとにあると整理されていたが、1995年に制定された環境基本法のもとで、「環境の範囲は広くとらえられるようになった」⁽⁷⁰⁾。典型的なものが、自然環境である。自然環境保全法の基本理念部分は、環境基本法に吸収された。さらに、2008年には、体系上、環境基本法の個別分野基幹法である生物多様

(70) 西尾哲茂+石野耕也「環境基本法の意義と課題」新美育文+松村弓彦+大塚直(編)『環境法大系』(商事法務、2012年)395頁以下・398頁。

性基本法が制定された。その附則 2 条は、「政府は、この法律の目的を達成するため、野生生物の種の保存、森林、里山、農地、湿原、干潟、河川、湖沼等の自然環境の保全及び再生その他の生物の多様性の保全に係る法律の施行の状況について検討を加え、その結果に基づいて必要な措置を講ずるものとする。」と規定する⁽⁷¹⁾。とりわけ自然環境保全を論点とする紛争に対して、どのような行政的紛争処理制度を設計するのか。現行制度に限界があるのは明白である。公調委の英語名は The Environmental Dispute Coordination Commission（直訳すれば、「環境紛争調整委員会」）であり、現在のところ、「誇大表示」となっている。あるいはこれは、将来の発展への気概を示したものののだろうか⁽⁷²⁾。

本稿では、若干の検討をするにとどまった。環境紛争調整のあり方は、政府に課された課題であると同時に、環境法学にも課された大きな課題である。

（本学法学部教授）

(71) 谷津義男＋末松義規＋北川知克＋江田康幸＋田島一成＋村井宗明＋盛山正仁『生物多様性基本法』（ぎょうせい、2008 年）57～58 頁参照。

(72) なお、公調委のウェブサイトを見ると、公害紛争処理法の英語名は、The Act of the Settlement of Environmental Pollution Disputes（直訳すれば、「環境汚染紛争解決法」）となっている。自然環境・都市環境紛争を含まないというニュアンスも感じ取れる。

論 説

結合企業における悪意判断の法的構造（2・完）——グループ会社間での情報伝達の法的規律をふまえて——

溝渕 将章

第1章 問題の所在

第2章 ドイツ法における議論の展開

第1節 本章における検討対象の確認

第2節 前提となる法的理論の確認

第3節 結合企業間における悪意の効果帰属

I 連邦通常裁判所判決における問題の顕在化

II 学説における議論の端緒——ボルクおよびドレクスルの見解（以上、63巻1・2・3合併号）

III 学説の展開①——従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するか

IV 学説の展開②——支配会社の悪意が従属会社に効果帰属するか

V 学説の展開③——役員・被用者の兼任と悪意の効果帰属

第3章 日本法への示唆

第4章 結語

第2章 ドイツ法における議論の展開

第3節 結合企業間における悪意の効果帰属（承前）

III 学説の展開①——従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するか

支配会社の法律関係に影響する情報について、従属会社（その役員・被用

者)がこれを認識していることに基づき、支配会社を悪意者と扱えるか。当該行為の決定権者が善意でも、「情報伝達上の組織編成義務」法理に基づき、従属会社の悪意の効果を支配会社に引き受けさせるかが問題となる(例えば、第1節の事例①)⁽¹⁾。2000年代以降の学説では、この問題について詳細な検討を加える見解が、複数登場する。現在の学説はいずれも、従属会社内の組織編成に対する支配可能性は、効果帰属の「必要条件ではあるものの、充分条件ではない」とする点で、意見がおおむね一致している⁽²⁾。まずは学説に共通の前提として、このように支配可能性だけでは悪意の効果帰属を正当化できないとする点を、とくにその理由づけを中心に説明する(一)。

そのうえで、この時期の学説は、効果帰属の「必要条件」たる支配可能性として、どの程度のものを要求するかという観点から、これを分類できる。「情報伝達上の組織編成義務」法理を結合企業間に適用するには、支配会社が、従属会社内の組織編成を支配し、自社への情報伝達を確保する可能性を有することが必要になる⁽³⁾。ここで要求される支配可能性の程度については、第1に、支配会社が従属会社内の情報に対して、法律上保障されたアクセス可能性を有しなければならないとする説がある。他方で、第2に、ドレクスルと同様に、株式法17条1項の従属関係があれば足りるとする説がある。第1説の代表例としてフライシャー(二)、シュピンドラー(三)、およびザイデル(四)の各見解が、第2説の代表例としてシュルンブランド(五)の見解がある。これらの見解は、支配可能性に加えてどのような正当化根拠が必要か(何が加われば「充分条件」となるのか)という論点についても、それぞれ特徴的な理論を展開している。

(1) *Mathias Habersack*, Verschwiegenheitspflicht und Wissenszurechnung, DB 2016, 1551, 1553; *Jan Schürnbrand*, Wissenszurechnung im Konzern –unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten, ZHR 181, 357, 360, 364 (2017).

(2) *Jochem Reichert*, Wissenszurechnung im faktischen Konzern und Verschwiegenheitspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern bei Doppelmandaten in: Festschrift für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag am 23. 10. 2020, 2020, S. 657ff., S. 662; Aktiengesetz : Großkommentar, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 312 (*Fleischer*) [im Folgenden zit. Großkomm AktG/ *Bearbeiter*, Band, Aufl., Jahr]; Koch, Aktiengesetz, 16. Aufl., 2022, § 78, Rn. 29.

(3) *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 368.

一 支配可能性のみに基づく悪意の効果帰属？

現在の学説によれば、(支配可能性の意味をどう理解するかを問わず) 従属会社内の組織編成に対する支配可能性だけでは、悪意の効果帰属は正当化されない。この結論は、結合企業間に支配契約が存する場合、存しない場合ともに妥当する⁽⁴⁾。

学説が挙げる理由はこうである。支配会社が、従属会社への支配可能性のみを根拠に、従属会社の悪意の効果を引き受ける、と仮に考えるとする。このような規律のもとでは、支配会社は、従属会社からの情報伝達がなかったことで生じる不利益⁽⁵⁾を避けるべく、指揮を実行し、従属会社内に綿密な情報伝達体制を設置させておくことを余儀なくされる。これでは、悪意の効果帰属法理が、従属会社への指揮の実行を支配会社に間接的に強いるのと、実質上等しい結果になる⁽⁶⁾。この結果は、第1に、支配会社が、純然たる資本参加にとどまることも許されていることと矛盾する⁽⁷⁾。また、第2に、支配会社が集権的な指揮の実行を余儀なくされる結果として、従属会社の自

(4) したがって、契約コンツェルンにおいても、支配会社が指図権を有することだけでは、悪意の効果帰属は認められない(この点で、ドレクスルの見解(第3節Ⅱ32)と異なる)。Gerald Spindler, Wissenszurechnung in der GmbH, der AG, und im Konzern, ZHR 181, 311, 346 (2017); Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, 5. Aufl., 2019, § 78, Rn. 103 (Spindler); Schürnbrand, a. a. O. (Fn. 1), S. 363; Andreas Seidel, Die wertende Wissenszurechnung, 2021, S. 244ff.; Großkomm AktG/ Fleischer, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 310.

(5) その意味については、第2節Ⅰ21、および、第3節Ⅱ33(2)の脚注(127)(本誌63巻1・2・3合併号69頁)を参照。

(6) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 343; Christian Liese, Grenzen der Wissenszurechnung Konzern und Outsourcing, 2020, S. 172. この点については、第3節Ⅱ3で紹介したドレクスルの見解も参照。Josef Drexler, Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 161, 491, 515 (1997); ders., Wissenszurechnung im unabhängigen und Konzernunternehmen - Zivil-, gesellschafts- und bankrechtliche Überlegungen in: Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte - Wissenszurechnung bei Kreditinstituten. Bankrechtstag 2002, 2003, S. 112.

(7) Spindler, a. a. O. (Fn. 4), S. 343f.; Schürnbrand, a. a. O. (Fn. 1), S. 361; Christian Armbrüster/ Maximilian Kosich, Wissenszurechnung in Unternehmen, ZIP 2020, 1494, 1504; Reichert, a.a.O. (Fn. 2), S. 663. また、スイス法上の議論ではあるが、Sandro Abegglen, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, 2004, S. 258ff.

治・独立性が害されてしまい、分権的コンツェルンを定めた株式法（とくに同311条以下）の価値判断にも反する⁽⁸⁾。

のみならず、前記のように考えると、支配会社（取締役）が、従属会社への統一的指揮を実行する法的義務（いわゆるコンツェルン指揮義務）を負うのと、変わらないことになる。とくに、悪意の効果帰属は、支配会社を、その取引相手との法律関係で不利に扱えるかを問う対外関係上の法理であるから、これでは、支配会社（取締役）が従属会社を指揮すべき義務を、取引相手に対して事実上負うことになる⁽⁹⁾。このことは、株式法学説上、支配会社取締役は、自社の株主や従属会社に対する内部関係ですら指揮義務を負わないと一般に解されている⁽¹⁰⁾ことと、対立する⁽¹¹⁾。以上のように学説は、悪意の効果帰属と株式法上の価値判断とが衝突しかねないことを根拠に⁽¹²⁾、従属会社に対する支配可能性を、効果帰属の「十分条件」とすべきではない

(8) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 344; *Armbrüster/Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 279.

(9) Noack/Servatius/ Haas, GmbHG, 23. Aufl., 2022, § 35, Rn. 65 (*Beurskens*).

(10) *Heinrich Götz*, Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle der Aktiengesellschaft hinsichtlich abhängiger Unternehmen, ZGR 1998, 524, 530; *Holger Fleischer*, Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund, DB 2005, 759, 760f.; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.62f., Rn.66; *Emmerich/Habersack* (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9.Aufl., 2019, AktG § 308, Rn.34f. (*Emmerich*), § 311, Rn.10f. (*Habersack*); *K. Schmidt/ Lutter* (Hrsg.), Aktiengesetz: Kommentar, 4.Aufl., 2020, § 76, Rn.48 (*Seibt*); *Liese*, a.a.O. (Fn.6), S.144f.; *Koch AktG*, a.a.O. (Fn.2), § 76, Rn.47ff., § 311, Rn.5. コンツェルン指揮義務の存否をめぐるドイツ法の議論の概要は、*Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.59ff. コンツェルン指揮義務に関するわが国の先行研究としては、とくに船津浩司『「グループ経営」の義務と責任』（2010年）があり、ドイツ法の議論は、同書125頁以下で詳らかにされている。

(11) *Spindler*, a.a.O. (Fn.4), S. 334, S. 338, S. 344; *MüKoAktG/ Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 361f.; *K. Schmidt/ Lutter/ Seibt*, a.a.O. (Fn. 10), § 78, Rn. 11; *Armbrüster/ Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2021, § 166, Rn. 86 (*Schubert*); *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 278f., S. 300f.; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 310. このことは、支配会社・従属会社間に支配契約が存在する場合でも同様である。契約コンツェルンにおいても、支配会社取締役は指図権を有するだけで、指図を行う義務を負うわけではないからである。

(12) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 343.

とする。

それでは、悪意の効果帰属を正当化するには、従属会社への支配可能性に加えて、どのような要件が必要になるのか。また、そもそも、ここでいう「支配可能性」とは具体的に何を指すのか。つぎに、この問題に関する代表的な見解をみていく。

二 フライシャーの見解

学説では、この「支配可能性」の意味を厳格に解し、支配会社が、情報提供を求める法律上の権利を従属会社に対して有していなければならないとする見解がある。その代表例が、フライシャーの見解である。フライシャーは、支配可能性を、「支配会社が、従属会社内の情報にアクセスする可能性を法律上保障されていること」と理解し、前掲判決【1】のレイシオ・デシデンダイもこの点にあるとする⁽¹³⁾。フライシャーによれば、結合企業間に支配契約があるときは、支配会社は情報提供を求める指図権を従属会社に対して有するので、支配可能性が肯定される。これに対して、支配契約がない場合は、コンツェルン内部の情報規則が定められているとき、または、支配会社と従属会社が情報交換に関する合意を交わしているときに、支配可能性を認めうる⁽¹⁴⁾。したがって、同説によれば、結合企業間に従属関係（株公司法17条1項）があればよいとするドレクスルの見解よりも、支配可能性の意味は限定される⁽¹⁵⁾。

さらに、フライシャーは、結合企業間で悪意の効果帰属を認めるには、以上の意味での支配可能性に加えて、以下に列挙する特別事情がなければならないとする⁽¹⁶⁾。そして、効果帰属の成否を決するこのような判断方法を、

(13) Großkomm AktG/*Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 312.

(14) Großkomm AktG/*Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 312.

(15) 支配会社が従属会社に対して情報提供の請求権を有することを要件とみる見解としてほかに、*Florian Mader*, Die Pflicht zur Informationsweitergabe im faktischen Konzern, Der Konzern 2015, 476, 477, 484; *Thomas Gasteyer/Christof-Ulrich Goldschmidt*, Wissenszurechnung bei juristischen Personen und im Konzern, AG 2016, 116, 124; *MüKoBGB/Schubert*, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 87.

(16) フライシャーは、これら5つの特別事情相互の関係性についても言及しているが、こ

「二段階の検討図式(Prüfungsschema)」と呼ぶ(ただし、これらの特別事情は、従来の判例・学説上の議論から一般化が可能なものとしてフライシャーが抽出したものである。その意味でフライシャーの見解は、判例・学説の現状分析としての性格が強い)⁽¹⁷⁾。第1に、支配会社の役員・被用者が従属会社の役員・被用者を兼任しており、従属会社のための活動のなかで情報を取得した場合である(役員・被用者の兼任をめぐるドイツ法の議論は、Vにて改めて詳述する)⁽¹⁸⁾。第2に、支配会社・従属会社間で現実に情報交換が行われていること、または、特定の取引において、両者が機能的に一体となっていることである⁽¹⁹⁾。第3に、前掲判決【2】が示したように、支配会社の任務の一部が、従属会社に移転していることである⁽²⁰⁾。第4に、対外関係上、支配会社と従属会社が一体をなしていることである⁽²¹⁾。そして、第5に、支配会社が従属会社に対して、その指揮権を現実に行使していることである⁽²²⁾。

三 シュピンドラーの見解

フライシャーと同様に支配可能性の意味を厳格に解するのが、シュピンドラーの見解である。シュピンドラーは、参与形態の選択は支配会社の自由であることや、支配会社(取締役)の指揮義務が存しないことなどから、結合企業間での悪意の効果帰属は、ごく例外的な事情がある場合に限り、これを認めうるとする⁽²³⁾。この例外的事情について、シュピンドラーは、①支配

の点は今後解明を要する問題だとして、結論を避けている。とくに、これらのうちひとつでも存すればよいのか、何かが欠けていてもよいのかについては、問題となる状況の多様性に鑑み、統一的な指針は認められないとする。Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 319.

(17) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 311, Rn. 313.

(18) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 314.

(19) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 315. ここでは前掲判決【1】が主に念頭に置かれている。また、この点については、*Armbrüster/ Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1503も参照。

(20) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 316.

(21) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 317.

(22) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 318.

(23) *Spindler*, a. a. O. (Fn. 4), S. 333, S. 343ff.; *MüKoAktG/ Spindler*, a. a. O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103.

会社のする法律行為の場面で同社の悪意が問題になるときと、②法律行為以外の場面で同社の悪意が問題になるときに分けて検討を加えている。

1 法律行為の場面で支配会社の悪意が問題になる場合

法律行為の場面では、結合企業間での情報共有に対する契約相手の信頼が、悪意の効果帰属を正当化する例外的な事情となる。これによれば、支配会社の契約相手が、コンツェルン内に集中的な情報伝達体制があって、従属会社の情報を支配会社が共有していると信頼してよいときに、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属する⁽²⁴⁾。そして、以下の諸事情を踏まえれば、情報共有への信頼を契約相手が許されるのは、支配会社と従属会社が支配契約を締結しているとき(契約コンツェルン)に限られる。第1に、従属関係があるときでも、指揮を実行するか(それゆえ、情報伝達体制を設けさせるか)は、支配会社の裁量に委ねられる⁽²⁵⁾。第2に、支配会社は、支配契約を締結していない限り、情報提供を従属会社に強制できない⁽²⁶⁾。そして、第3に、支配会社と従属会社間の情報共有は、情報保護法の規律や、従属会社の秘密保持義務などにより法律上禁止されることがある⁽²⁷⁾。したがって、コンツェルン内での情報共有を契約相手が信頼して無理もないといえるのは、従属会社の利益を蔑ろにできるだけの特別な支配関係があるとき、すなわち、支配契約が交わされているときだけである⁽²⁸⁾。

また、契約コンツェルンの場合でも支配会社は、従属会社に情報伝達を求めない、分権的なコンツェルン運営を選択できる。シュピンドラーはこの点も考慮し、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するには、両者間の支配契約に加えて、支配会社が集権的な指揮を実行し、従属会社が支配会社の業務過程に統合されていることが必要だとする⁽²⁹⁾。

(24) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 344.

(25) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 344.

(26) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 344.

(27) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 345f.

(28) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 346.

(29) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 346f.

2 法律行為以外の場面で支配会社の悪意が問題になる場合

法律行為以外の場面では、情報共有がされていることへの契約相手の信頼は、問題となりえない⁽³⁰⁾。そこで、シュピンドラーは、支配会社に権利濫用的な行動があるときに限り、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するとする⁽³¹⁾。

四 ザイデルの見解

さらに最近の学説では、この問題についてより体系的な理論を展開するザイデルの見解がある。ザイデルは、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属する要件として、「情報伝達の支配可能性」と、両者の「機能的一体性」を掲げる⁽³²⁾。ザイデルは、ある人格(A)に別人格(B)の悪意に基づく効果を引き受けさせるには、①BからAへの情報伝達の確保がAに可能であること(可能性)、および、②その情報伝達の確保をAに期待できること(期待可能性)が必要だとする。そして、結合企業間での悪意の効果帰属との関係では、①を肯定するために「情報伝達の支配可能性」が、②を肯定するために支配会社と従属会社の「機能的一体性」が、それぞれ存しなければならないとする⁽³³⁾。同説の内容を以下で概観しよう。

1 情報伝達の支配可能性

ザイデルによれば、従属会社の悪意を支配会社に効果帰属させる第1の要件は、支配会社が、従属会社から自社への情報伝達を支配できることである。この支配可能性を認めるには、支配会社が、従属会社内の情報にアクセスする、法律上保障された可能性を有しなければならない。そして、支配会社が、法律上および事実上貫徹可能な情報提供の請求権を従属会社に対して有するときは、原則として法的なアクセス可能性が認められる⁽³⁴⁾。

(30) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 354.

(31) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 355.

(32) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 246ff.

(33) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 246f.

(34) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 248f.

ザイデルは、支配契約がある場合とない場合とに分けて、以上の意味での支配可能性（法的なアクセス可能性）について検討を進める⁽³⁵⁾。まず、支配契約がある場合、支配会社は、指図に関連して従属会社に情報提供を請求する権利を有する（第2節Ⅲ-2（1））⁽³⁶⁾。また、その指図権行使により、コンツェルン規模での情報システムの構築を、従属会社に命じることができる（株式法308条）⁽³⁷⁾。このため、支配会社には、従属会社の情報に対する法的なアクセス可能性が当然に認められる。

これに対して支配契約がない場合、支配会社は、従属会社に対して情報提供を請求する一般的な権利を有しない（第2節Ⅲ-2（2））⁽³⁸⁾。このため、原則として、支配会社には、従属会社から自社への情報伝達の支配可能性がない⁽³⁹⁾。ただし、この場合においても、支配会社と従属会社が、合意によって情報共有の体制を設けているときは、結論が異なる。例えば、結合企業が共通のデータバンクを利用し、従属会社が入力した情報に支配会社がアクセスできる場合などが、これにあたる⁽⁴⁰⁾。このような場合には、従属会社への法律上の情報請求権がなくても、支配会社は、当該情報について情報伝達の支配可能性を有する⁽⁴¹⁾。

2 支配会社と従属会社の「機能的一体性」

ザイデルは、以上の意味での支配可能性があっても、それだけでは、従属会社の悪意を支配会社に効果帰属させることはできないとする。支配会社は従属会社を指揮する法的義務を従属会社に、ましてや第三者に対して負わず、また、各コンツェルン企業は別個独立の法人格である。このため、支配会社は、従属会社から自社への情報伝達が支配可能であっても、その情報伝達の確保を、直ちに期待されるわけではない⁽⁴²⁾。そのうえで、ザイデルは、

(35) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 262ff.

(36) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 262.

(37) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 263.

(38) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 264f.

(39) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 265, S. 271.

(40) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 272.

(41) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 272, S. 276f.

情報伝達の確保を支配会社に期待できるのは、支配会社と従属会社がコンツェルン内で「機能的一体性」を形成しているときに限られるとする。結合企業が機能的一体性の形成により会社法上の分離独立性を克服し、そうして分業的に協働する決定をしたときのみ、情報伝達の確保を要求できるようになる⁽⁴³⁾。

ザイデルは、結合企業間の機能的一体性を認めうる場面として、以下の具体例を挙げる。第1に、支配会社が従属会社への法律上の指揮権を行使し、集中的な支配を実行している場合である⁽⁴⁴⁾。集中的支配により、支配会社(取締役)は、実質上、従属会社の意思決定の主体となる。この場合、支配会社は、注意を尽くした指図決定を行えるよう、(情報請求の権利を行使して)従属会社内の諸事情につき包括的に情報を取得しておくことを義務づけられる。そうである以上は、同様の情報取得、情報伝達の確保が、悪意の効果帰属との関係でも期待されてよい⁽⁴⁵⁾。

第2に、支配会社が、自らの任務を従属会社へ外部委託(アウトソーシング)した場合である⁽⁴⁶⁾。この任務において従属会社が取得した情報については、支配会社は情報伝達の確保を期待される。仮に当該任務を支配会社内部の分業により処理していれば、当該任務に伴って取得された情報について、支配会社は悪意者となっていたはずである(BGB166条、または「情報伝達上の組織編成義務」法理による)。これと同一の任務を、法律上独立した従属会社にさせた場合にも、支配会社はやはり悪意者と扱われるべきである。組織内分業を選択するか、従属会社への外部委託を選択するかの支配会社の決定が、同社の悪意判断との関係で異なる結論を導くべきではないからである⁽⁴⁷⁾。

(42) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 247, S. 278f., S. 300f.

(43) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 280.

(44) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 283ff. 株式法で法的な指揮権が認められるのは契約コンツェルンの場合のみなので、この第1の事由は契約コンツェルンにのみ妥当する。Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 284.

(45) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 284f.

(46) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 287ff. ここには、支配会社が自社の情報管理を従属会社に委ねていた場合も含まれる。Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 287.

第3に、コンツェルン内で情報システムが共同利用されている場合である⁽⁴⁸⁾。現在では、電子媒体による情報の保管や参照が通例なので、従属会社からの情報を、情報システム上ほぼ無制限に参照することができる。ここでは、支配会社側の情報照会が期待可能であるため、共同利用されているデータベースの範囲内において、コンツェルン規模での悪意の効果帰属が認められる。

そして、第4に、支配会社と従属会社が市場において共同で現れているとき⁽⁴⁹⁾、第5に、同一人が支配会社と従属会社で役員（または被用者）を兼任しているとき⁽⁵⁰⁾が挙げられている（役員・被用者の兼任をめぐるドイツ法の議論は、Vにて改めて詳述する）。前者は、例えば、統一的なコーポレート・デザインの利用などによって、支配会社・従属会社が一体となって市場で現れ、その結果、両者が協働し、機能的一体性を形成しているような印象を取引社会に与える場合である⁽⁵¹⁾。

五 シュルンブラントの見解

悪意の効果帰属の「必要条件」たる支配可能性の意味については、以上の各見解よりも緩やかに解し、株式法17条1項の従属関係があればこれを認めてよいとする見解もある。代表例として、シュルンブラントの見解を紹介しよう。

1 効果帰属の「必要条件」としての支配可能性の意味

シュルンブラントは、支配可能性を認めるために指図権や情報提供の請求権を必要とする見解に対して、このような要件設定は支配可能性の意味を過剰に狭めるものと批判する⁽⁵²⁾。従属関係・従属性（株式法17条1項）は、

(47) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 288f.

(48) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 289f.

(49) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 290ff.

(50) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 292ff.

(51) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 290f.

(52) *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 368.

単なる事実上のものではなく、会社法にその根拠を有する⁽⁵³⁾。そして、従属関係があれば、従属会社取締役は、法人間の垣根をこえた情報伝達のシステムに組み入れられるのを、通常は確実に容認する。したがって、支配契約があるときはもちろん⁽⁵⁴⁾、同契約が存しないときであっても、ここでいう支配可能性を認めるべきである⁽⁵⁵⁾。

2 「二段階の検討図式」と結合企業間の分業

ドレクスルらと同様に、シュルンブランドも、支配可能性に加えて、悪意の効果帰属を正当化する特別事情の存在を必要とする⁽⁵⁶⁾。ただし、シュルンブランドは、ドレクスルがこの特別事情として提唱した「統一的な企業計画」を、効果帰属の基準として不適切だと批判する。第1に、単なる資本参加にとどまっているか、統一的な企業計画を行っているかの線引きは、困難である⁽⁵⁷⁾。第2に、企業が結合している場合は、多かれ少なかれ統一的な企業計画は存在するものなので、この基準によれば、原則と例外則の関係が逆転し、結合企業間での悪意の効果帰属が原則と化してしまいかねない⁽⁵⁸⁾。そのうえでシュルンブランドは、効果帰属の正当化根拠を、結合企業間での「分業または外部委託」に求める⁽⁵⁹⁾。そして、ここでいう「分業」の具体的

(53) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 368. この指摘は、同項の従属関係は、従属会社役員の人事に対する支配会社の影響力に基づくものであって、さらに、この影響力は、株式（議決権）の過半数を有する者に対して株式法の規定が保障している、という意味のものだと推測される。

(54) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 367.

(55) Schürnbrand, a. a. O. (Fn. 1), S. 368. 同旨と思われるものとして、Großkomm AktG/ Habersack/ Foerster, Bd. 4/ 1, 5. Aufl., 2015, § 78, Rn. 44; Liese, a. a. O. (Fn. 6), S. 202ff. ただし、シュルンブランドは、従属会社が情報提供への協力を拒絶したことを、支配会社が個別事案において立証すれば、ここでいう支配可能性は否定されるとみているようである。

(56) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 364.

(57) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 378.

(58) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 378.

(59) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 378ff. シュルンブランドはこのほかに、①支配会社と従属会社間で役員・被用者の兼任があること、②支配会社と従属会社が一体として相手方に対峙することが、効果帰属の正当化根拠として適切かを検討している。①および②の特別事情については、別の箇所それぞれ他の学説とあわせて詳説する（後述Ⅳ二、

意味を以下のように説明する。

第1に、支配会社が、自社の情報管理を従属会社に委ねていることである。このような場合には、従属会社内に情報が存することをもって支配会社は悪意者となる⁽⁶⁰⁾。第2に、より一般的に、判決【2】が示したように、支配会社の任務の実行が組織化され、その一部が従属会社へと移転していることである。この場合において、当該任務の実行において従属会社が情報を取得したときは、支配会社はその悪意の効果を引き受ける⁽⁶¹⁾。このようにシュルンプラントは、コンツェルン内で任務を分業的に処理すること、およびその分業利益の享受が、悪意の効果帰属を正当化するとみている。

3 「特有の機能連関」の要件

他方で、コンツェルン内での分業的な任務処理は企業活動では通常のことなので、分業を基準とすると、結合企業間での悪意の効果帰属が原則となってしまうおそれがある。そこで、シュルンプラントは、結合企業間に分業関係があるときでも、悪意の効果帰属にさらに一定の制限を設けることが必要だとする。具体的には、「特有の機能連関 (Funktionszusammenhang)」を効果帰属の要件とする⁽⁶²⁾。これによれば、当該の分業と比較可能な協働が、ひとつの法人内でされていたとしても、(情報伝達確保の期待可能性に基づいて)悪意の効果帰属が認められたはずである場合に限り、結合企業間での効果帰属が正当化される。とくに、従属会社に委ねられた任務が、支配会社が本来担うはずの機能であれば、従属会社から支配会社への悪意の効果帰属は認められやすくなる⁽⁶³⁾。

V)。

(60) Schürnbrand, a. a. O. (Fn. 1), S. 379. 同旨の見解として、Großkomm AktG/ Habersack/ Foerster, Bd. 4/ 1, 5. Aufl., 2015, § 78, Rn. 44.

(61) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 379.

(62) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 379.

(63) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 379f.

六 小括

従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するかにつき、Ⅱで挙げたものも含めて、ドイツ法の現在の理論状況をここでまとめておこう。

支配会社は、法律上(株式法308条)または事実上(株式法17条1項、311条)、従属会社に命じて同社内に情報伝達体制を構築させ、自社への情報伝達を確保できる。しかし、こうした支配可能性は、悪意の効果帰属の「十分条件」にはならない。支配可能性の存在だけで効果帰属を認めると、①支配会社は、従属会社への指揮を実行するかどうかを裁量で決定でき、コンツェルン指揮義務を負わないこと、②従属会社の自治・独立性が尊重されるべきことといった、株式法上の価値判断に反する結果になるからである。

そこで、「必要条件」たる支配可能性に加えて、さらなる特別事情が加わるときにのみ、効果帰属の「十分条件」が充たされることとなる(二段階の検討図式)。何をもってこの特別事情とするかは、学説上現在でも意見の帰一をみない。ただし、単なる多数参与をこえて、支配会社と従属会社の間に何らかの分業関係があれば悪意の効果帰属を認める点には、ほぼ異論がないようである⁽⁶⁴⁾。争いがあるのはその先であり、それでは、具体的にどのよ

(64) 本文中で紹介した見解のほかにも、結合企業間での分業という視点に言及する見解は多い。Großkomm AktG/*Habersack/ Foerster*, Bd. 4/ 1, 5. Aufl., 2015, § 78, Rn. 44; Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2019, § 166, Rn. 32a (*Schilken*); *Liese*, a. a. O. (Fn. 6), S. 202ff.; *Armbrüster/ Kosich*, a. a. O. (Fn. 7), S. 1503f.; *Reichert*, a. a. O. (Fn. 2), S. 663f., S. 671; MüKoBGB/*Schubert*, a. a. O. (Fn. 11), § 166, Rn. 88, Rn. 93. また、スイス法上の議論として、*Abegglen*, a. a. O. (Fn. 7), S. 269ff.

なお、下級審裁判例ではあるものの、同様の趣旨を述べる判決として、ハム上級地方裁判所2001年2月19日判決(BKR 2002, 958)がある。事案は、被告金融機関(A社)から融資を受けてB社から不動産を購入した原告が、当該不動産取引のリスクについてA社が情報提供および助言を怠ったとして、損害賠償等を請求したものである。連邦通常裁判所の判例によれば、融資の目的である取引のリスクにつき金融機関が情報提供や助言の義務を負うのは、そのリスクを現実認識していたなど、例外的な事情がある場合に限られる。原告は、A社とB社が同一の企業グループに属していることから、取引のリスクに関するB社の悪意がA社に効果帰属すると主張した。本判決は、ドレクスルの学説を引用しつつ、以下のように述べて原告の主張を斥けた。「両者が同一の企業グループに属していることが、単なる資本参加の結果ではなく、本件取引との関係で、統一的な企業目的の実現のために意図的に分業というかたちで利用されていた事実は、立証されていない。被告の不利益における悪意の効果帰属は、後者の場合に限りこれを認め

うな分業関係があればよいのか。この点については、比較的広く解するものから、より限定的に解するものまで、論者ごとに理解が異なる。例として、(a) 支配会社・従属会社間に「統一的な企業計画」があればよいとする見解 (ドレクスル)、(b) (a) では広すぎるとして、支配会社が、何らかの任務、とくに同社が本来自ら担うはずの業務を、従属会社に行わせていること (外部委託および「特有の機能連関」) を求める見解 (シュルンプラント) がある⁽⁶⁵⁾。また、(c) 支配会社が、分業により情報取得の可能性を従属会社に移転させた場合に、後者の悪意を前者に効果帰属させる見解 (ポルク)⁽⁶⁶⁾も、この流れに位置づけられよう (第3節II二)。(c) の見解は、支配会社が、自ら情報を取得して悪意になることを分業によって免れた点を重視するものであり、ここには、権利濫用法理の発想を看取できる⁽⁶⁷⁾。さらに学説では、(d) 支配会社と従属会社間に支配契約が存すること、および、同契約に基づき支配会社が現実指揮を実行していることを要件とし、悪意の効果帰属の範囲を極めて限定的に捉える見解 (シュピンドラー) もある。(d) の見解は、指揮を実行することや、従属会社内に情報伝達体制を設けさせることは原則として支配会社の裁量に委ねられる点を、とくに尊重するものであろう。

以上のように現在の学説は、従属会社から支配会社への悪意の効果帰属は、限定的な要件のもとでのみ認められる例外則だと理解している⁽⁶⁸⁾。

ることができる」。

(65) サイデルが結合企業間の機能的一体性を認めるために掲げた第2の事情も、これにはほぼ相当すると思われる。

(66) Reinhard Bork, Zurechnung im Konzern, ZGR 1994, 237, 256.

(67) Großkomm AktG/ Fleischer, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 316.

(68) Petra Buck-Heeb, Wissenszurechnung, Informationsorganisation und Ad-hoc-Mitteilungspflicht bei Kenntnis eines Aufsichtsratsmitglieds, AG 2015, 801, 804; Habersack, a.a.O. (Fn. 1), S. 1553; Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 333; Staudinger/ Schilken, BGB, a.a.O. (Fn. 64), § 166, Rn. 32a; K. Schmidt/ Lutter/ Seibt, a.a.O. (Fn. 10), § 78, Rn. 11; Armbrüster/ Kosich, a.a.O. (Fn. 7), S. 1503; Großkomm AktG/ Fleischer, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 308; Noack/ Servatius/ Haas/ Beurskens, a.a.O. (Fn. 9), § 35, Rn. 65.

IV 学説の展開②——支配会社の悪意が従属会社に効果帰属するか

つぎに、以上とは反対に、支配会社から従属会社への悪意の効果帰属は認められるか。すなわち、従属会社の法律関係に影響する情報について、支配会社(その役員・被用者)がこれを認識していることに基づき、従属会社を悪意者と扱えるか(例えば、第1節の事例②)。

従属会社は、支配会社に対して、その保有する情報を提供させたり、組織内に情報伝達体制を構築させたりする権利を有しない(第2節Ⅲ二)。また、支配会社(取締役)は、従属会社からのこれらの求めに任意に応じることはあっても、これに事実上従わざるをえない状況に置かれることは通常はない⁽⁶⁹⁾。したがって、従属会社は、いかなる意味においても、支配会社から自社への情報伝達に対する支配可能性を有しない。このため、ドイツの学説は、「情報伝達上の組織編成義務」法理の適用によって、支配会社の悪意を従属会社に効果帰属させることはできないとする⁽⁷⁰⁾。

そこで、学説は、同法理以外の根拠によって、支配会社の悪意を従属会社に効果帰属させうるかを検討している。学説上、とくに議論の俎上にのるのは、つぎの諸理論である。第1に、支配会社が、従属会社の代理人として行っている場合である。この場合には、両者の間にBGB166条1項が適用されるので、当該行為との関係では、支配会社の悪意を考慮して従属会社の法律関係が決せられる。この結論については、学説上異論がない⁽⁷¹⁾。

(69) この点については、*Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 249ff.

(70) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 337, S. 343; *MüKoAktG/Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 365; *Reichert*, a.a.O. (Fn. 2), S. 671; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 261; *Koch AktG*, a.a.O. (Fn. 2), § 78, Rn. 29. この点については、従属会社が、自己の情報と同様に支配会社内の情報にアクセスする法律上および事実上の可能性がある場合で、かつ、そのアクセス可能性の行使を取引社会が期待してもよいときは、例外的に支配会社から従属会社への悪意の効果帰属を認める見解もある。*Dirk A. Verse*, *Doppelmandate und Wissenszurechnung im Konzern*, AG 2015, 413, 420. また、近年では、支配会社と従属会社の間に分業関係が存するときは、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属することを認めてよいとする見解も提唱されている。*Liese*, a.a.O. (Fn. 6), S. 205ff., S. 209.

(71) *Wolfgang Schüler*, *Die Wissenszurechnung im Konzern*, 2000, S. 149; *Gerd Nobbe*, *Die Wissenszurechnung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in: Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte - Wissenszurechnung bei Kreditinstituten*. Bankrechtstag 2002, 2003, S. 162; *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 419; *Gasteyer/Goldschmidt*, a.a.O. (Fn. 15), S. 124; *Schürnbrand*, a.a.

第2に、支配会社が指図または誘発を行い、従属会社に特定の行為をさせた場合である。この場合には、当該行為との関係で支配会社の悪意が従属会社に効果帰属すると考える見解が、学説上有力である。

第3に、①支配会社と従属会社とが、一体として相手方に対峙している場合、または、②支配会社が従属会社の単独の社員(株主)である場合である。ドレクスルは①②をともに効果帰属を正当化する根拠として掲げていたが、2000年代以降は、この①②の根拠の当否が、学説で議論されるようになる。

これらの諸理論、とくに第2および第3の理論に関するドイツ法の現状を以下で詳論する。

一 支配会社から従属会社への指図・誘発

第1に、支配会社が指図または誘発を行い、従属会社に特定の行為をさせた場合である。当該行為に影響する情報が支配会社内にあったとき、従属会社は当該行為との関係で悪意者と扱われるか。現在のドイツでは、この場面で悪意の効果帰属を肯定する見解が極めて有力である⁽⁷²⁾。ただし、ここで効果帰属を肯定する法的根拠については見解が分かれており、代表例として、①支配会社を従属会社の「準意思決定機関」とみる見解と、②BGB166条2項を類推する見解とが提唱されている。

1 支配会社を従属会社の「準意思決定機関」とみる見解

このような場面に関する解釈論を最も早期に提唱したのがシューラーである。シューラーは、指図または誘発をした支配会社(取締役)を従属会社内部の一部分(「準意思決定機関」)とみることで、「情報伝達上の組織編成義

O. (Fn. 1), S. 365; MüKoBGB/ *Schubert*, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 90; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 248.

(72) *Großkomm AktG/ Habersack/ Foerster*, Bd. 4/ 1, 5. Aufl., 2015, § 78, Rn. 44; *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 335f.; MüKoAktG/ *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 365f.; *Armbrüster/ Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Reichert*, a.a.O. (Fn. 2), S. 664, S. 671; MüKoBGB/ *Schubert*, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 90; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 253ff., S. 262; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 318.

務」法理をこの場面に適用する。

第1に、契約コンツェルンで指図があった場合、従属会社は同指図に従う法律上の義務を負うので、従属会社の意思決定を実質上担うのは、従属会社取締役ではなく、支配会社(取締役)となる。したがって、支配会社(取締役)は、従属会社の「準意思決定機関」として、その分業的な活動過程の一部となる⁽⁷³⁾。この場合は、同指図の実行としてする法律行為・業務に影響する情報であって、支配会社内に存するものについて、従属会社は悪意者と扱われる⁽⁷⁴⁾。ただし、この効果帰属は、「正常な情報伝達体制」のもとであれば、当該情報が決定権者に行為時までには伝達されていたことを、要件とする⁽⁷⁵⁾。これは、支配会社(取締役)を従属会社の内部機関と同一視して、「情報伝達上の組織編成義務」法理を(ひとつの法人内部に適用するのと同様に)この場面に適用する解釈論である。

第2に、シューラーは、事実的コンツェルンにおいても、以上と同様の解釈を提唱する。事実的コンツェルンの支配会社が従属会社に誘発を行った場合、従属会社は、同誘発に従う法律上の義務を負わない。このため、誘発に基づく行為は、従属会社が自己の判断・決定によってしたものというべきである。しかし、この場合、誘発に基づく行為につき従属会社に責任を負うのは、従属会社取締役ではなく、支配会社(取締役)となる。従属会社内でのこのような責任状態の変更には、ここでも、支配会社(取締役)は、当該行為との関係で従属会社の意思決定の一部を担っているといえる。このため、「情報伝達上の組織編成義務」法理により、支配会社の悪意が、従属会社に効果帰属する⁽⁷⁶⁾。

以上の解釈の基礎には、指図または誘発によって従属会社に行為させる場合、支配会社は、従属会社の内部機関に準じるものとして、当該行為に関連する情報を従属会社(取締役)に提供する義務を負う、とする理解があるようである⁽⁷⁷⁾(そのように解さないと、従属会社は、当該情報を取得する手段が

(73) Schüler, a.a.O. (Fn. 71), S. 152ff.

(74) Schüler, a.a.O. (Fn. 71), S. 154ff., S. 171f.

(75) Schüler, a.a.O. (Fn. 71), S. 154ff., S. 162, S. 172.

(76) Schüler, a.a.O. (Fn. 71), S. 185ff., S. 190.

全くないにもかかわらず、悪意者と扱われかねない⁽⁷⁸⁾。このような理解と、支配会社の情報提供義務を原則として否定する通説(第2節Ⅲ二)との整合性は、当然に問題となろう。

2 BGB166条2項を類推する見解

つぎに、BGB166条2項によってこの問題を解決する見解をみていこう。同説によれば、支配会社が指図または誘発によって従属会社(取締役)に特定の行為をさせた場合は、BGB166条2項の類推により、支配会社の悪意を考慮して、当該行為につき従属会社の法律関係が決せられる⁽⁷⁹⁾。

ただし、理論的観点からは、同項を類推する基礎がこの場面で本当に存するのかに、若干の疑問が生じる。この場面で従属会社取締役は、支配会社ではなく従属会社を代理(代表)して行為しているので、支配会社をBGB166条2項の「本人」に擬することには無理があるためである⁽⁸⁰⁾。この問題点については、学説上、以下のような理論的説明がある。すなわち、BGB166条2項からは、「代理人の独立の行為から利益を享受する者は、分業活動上のリスクを第三者に一方的に転嫁することはできない」とする価値判断が導かれる⁽⁸¹⁾。支配会社は、コンツェルン全体の利益のために当該行為を従属会社にさせているので、当該行為の利益享受者である⁽⁸²⁾。そして、当該行為が従属会社の善意により判断されると、悪意の支配会社が自ら行為した場合と比較して、行為の相手方が不利な地位に置かれる。BGB166条2項の前記法意によれば、このことを防止するため、当該行為の効力を、支配会社の

(77) *Schüler*, a.a.O. (Fn. 71), S. 185ff.

(78) なお、シューラーは、悪意者として不利な扱いを受けた従属会社の保護を、同社から支配会社または支配会社取締役に対する損害賠償請求により実現しようとしている。
Schüler, a.a.O. (Fn. 71), S. 164ff., S. 190f.

(79) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 335f.; *MüKoAktG/ Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Schürnbrand*, a. a. O. (Fn. 1), S. 365f.; *Reichert*, a. a. O. (Fn. 2), S. 664, S. 671; *MüKoBGB/ Schubert*, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 90; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 253ff.

(80) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 335; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 366.

(81) *Spindler*, a. a. O. (Fn. 4), S. 335; *MüKoAktG/ Spindler*, a. a. O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Armbrüster/ Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 254.

(82) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 336; *Armbrüster/ Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504.

悪意によって判断するべきである⁽⁸³⁾。

二 支配会社と従属会社の一体的行為

第2に、ドレクスルが提唱したように、支配会社と従属会社とが、一体として相手方に対峙する場合である。この場合、従属会社の取引相手は、支配会社内の情報を従属会社が共有していると信頼するはずなので、この信頼を保護するため、支配会社の悪意を従属会社に効果帰属させる(信頼を基礎とする悪意の効果帰属)。

しかし、2000年代以降の学説は、この解釈論に否定的である⁽⁸⁴⁾。第1に、従属会社の相手方は、従属会社がコンツェルンに属している事実から、コンツェルン内部での情報共有を信頼することはなく、また、そのような信頼があってもそれは保護に値しない(この点は、コンツェルンの形態を問わない)。統一的指揮が実行されていても、そのことから、特定の情報が従属会社に伝達されている事実が、当然に推認されるわけではないからである。統一的指揮実行の事実、指揮の範囲や程度を何も明らかにせず、それゆえ、特定の情報共有体制の存在に対する相手方の信頼を基礎づけるものではない⁽⁸⁵⁾。

(83) 他方で従属会社としては、この効果帰属により、決定権者が善意であるにもかかわらず、当該行為との関係で悪意者として不利に扱われることになる。このような従属会社の不利益を救済するには、①指図または誘発の実行に際して、当該行為にかかわる情報の提供を支配会社に請求する権利を従属会社に与えるか、少なくとも、②悪意者と扱われたことで被った損害について、支配会社への賠償請求権を認めることが、必要となろう。BGB166条2項類推を支持する学説のなかには、①の点を肯定する見解がある。これによれば、支配会社は、従属会社に特定の行為を誘発する(株式法311条)ときは、当該措置に関連する諸事情について従属会社に説明をする義務を負う。これにより、情報伝達確保の可能性のないまま悪意の効果帰属を受けることから、従属会社は保護される。*Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 255f.

(84) *Größkomm AktG/Habersack/Foerster*, Bd. 4/1, 5. Aufl., 2015, § 78, Rn. 44; *Gasteyer/Goldschmidt*, a.a.O. (Fn. 15), S. 124; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 378; *Liese*, a.a.O. (Fn. 6), S. 113ff.; *Armbrüster/Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Größkomm AktG/Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 317.

(85) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 340f.; *Liese*, a.a.O. (Fn. 6), S. 113ff.; *Armbrüster/Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 261.

第2に、仮に相手方の正当な信頼があるとしても、そこから導かれる効果は、かような信頼の惹起に対する支配会社の責任を、損害賠償請求というかたちで相手方が追及することだけである(契約締結上の過失に基づく支配会社自らの賠償責任)。これに対して、支配会社の信頼責任からは、その悪意が従属会社に効果帰属するという効果は生じない⁽⁸⁶⁾。

三 従属会社少数社員(株主)の不存在

最後に、これもドレクスの提唱した、支配会社が従属会社の単独社員(株主)である場合である。この場面では、従属会社の少数社員(株主)の利益を考慮しなくてよいので、支配会社の悪意に基づき、従属会社が悪意者と扱われるという。

この解釈論については議論の進展があまりみられないものの、現在の学説は、やはり否定的な姿勢をみせている。第1に、完全支配の事実のみをもって悪意の効果帰属を認めると、各会社の法律上の独立性を無視することになり、コンツェルンの単一体説と変わらない結果になる⁽⁸⁷⁾。第2に、ここでも、完全支配の事実は、指揮のあり方、とくにコンツェルン内部での情報伝達がどのようにされているかを示すものではない。完全支配関係があるときでも、支配会社は、指揮および指図権の行使を限定的な範囲にとどめてよいからである⁽⁸⁸⁾。

四 下級審裁判例の動向

支配会社から従属会社への悪意の効果帰属の問題については、同問題を争点とする下級審裁判例が、2000年代以降相次いで登場している。これらの裁判例は、同問題をめぐる連邦通常裁判所の判例がいまだ存しない状況下で、実務の現状を知る手がかりとなろう。そこで、IVの最後に、これらの下

(86) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 340; *MüKoAktG/Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Liese*, a.a.O. (Fn. 6), S. 124; *Armbrüster/Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 260.

(87) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 343; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 243.

(88) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 343; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 362; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 244.

級審裁判例の動向を確認しておく。

下級審裁判例では、当初、支配会社と従属会社の関係に「情報伝達上の組織編成義務」法理を適用し、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属することを認める判決があった。

【3】 ミュンヘン上級地方裁判所 2006年7月27日判決⁽⁸⁹⁾

【事案の概要】

Xは、ホームセンター店舗のフランチャイザーであるY社とフランチャイズ契約を締結し、ホームセンターを運営していた。Yのフランチャイズシステムでは、商品の仕入れにYの支配会社A社が関与することとなり、Aの交渉による有利な仕入価格などが、フランチャイズの利点とされていた。ところが、本件契約締結後、Aが仕入先とリベートの授受を合意していた事実、およびリベートの利益はフランチャイザーには配分されないこととされていた事実が、判明した。Xは、仮に契約前に当該事実を知っていたならば、本件フランチャイズ契約を締結しなかったこと、および、当該事実を開示する義務にYが違反したことを理由に、Yに対して損害賠償を請求した。これに対してYは、Aによる前記リベート合意の事実は、本件契約時Yの社内でも知られていなかったとして、自らの開示義務を否定した。第1審は、Xの請求を棄却した。これに対してXが控訴した。

【裁判所の判断】

裁判所は、以下のように述べて原判決を取り消し、Xの請求を認容した（ただし、具体的な損害額を確定させる限りにおいて、事件を原審に差し戻した）。

「親会社の担当部門の悪意は、Yに効果帰属する。このため、Yには、Xの契約相手としての有責性を認めうる。（中略）Yは、自己の善意を援用できない。本件契約からも分かるように、Yの取引活動は、その親会社に由来するものだからである。

法人、または、その分業形態に基づき情報が複数の人員もしくは部門へと分かれている組織体においては、取引保護、および、情報交換を正常に組織編成すべき義務に基づき、悪意の効果帰属が生じる。本件では、このことを認めうる。仕入先とのリベートに関する合意は、（中略）文書化され、記録保管されるべき事項である。（中略）契約相手にとって重要な情報を（支配会社の一筆者注）担当部署に照会する状態を確保しておくことは、Yのなすべき事柄である。本件でこの点が、Yとその親会社が別法人であることを理由に変わることはない。（悪意の効果帰属に関する一筆者注）上記の原則は、認識分裂（情報取得者と決定権者の不一致一筆者注）を生じさせうるすべての組織体に適用される」。

(89) BB 2007, 14.

本判決は、支配会社と従属会社を一体の組織とみて、「情報伝達上の組織編成義務」法理を（ひとつの法人に適用するのと同様に）両者の関係に適用するようである。これにより、リポートに関する本件情報につき従属会社の悪意を認めている。ただし、学説上で指摘があるように、従属会社は、支配会社内の組織編成を支配する可能性を有しないので、この場面で同法理を適用することは、理論的観点からは困難なはずである⁽⁹⁰⁾。このような理論上の問題点を意識してか、本判決より後の裁判例では、より限定的な要件のもとで悪意の効果帰属を肯定する判決が多くなっている。

つぎの判決【4】と【5】はいずれも、社会問題として記憶に新しいフォルクスワーゲン社（以下ではVW社と表記する）の排出ガス不正事件（Abgasskandal）を背景とする争いである⁽⁹¹⁾。

【4】 ミュンヘン地方裁判所 2016 年 4 月 14 日判決⁽⁹²⁾

【事案の概要】

X は、自動車販売店の Y 社から、VW 社製の本件自動車を購入した。購入に際して X は、排出ガスの少ない車種を希望しており、この希望に基づき Y の販売員は本件自動車を推奨していた。ところが、本件自動車は、VW 社の排出ガス不正事件の

(90) 同判決に対する批判として、Liese, a.a.O. (Fn. 6), S. 123.

(91) VW 社の排出ガス不正事件との関係で結合企業間での悪意の効果帰属が争点となった判決として、本文で紹介するもののほか、シュトゥットガルト上級地方裁判所 2017 年 4 月 25 日判決 (MDR 2017, 816) がある。事案は、VW 社の不正事件を報道で知った原告が VW コンツェルンに不信感を募らせ、VW 社の孫会社である被告と交わしていたポルシェ社製自動車のリース契約を、詐欺を理由に取り消すなどし、リース契約終了の確認を求めて提訴したというものである。原告は、不正の事実に関する VW 社の悪意が、孫会社たる被告に効果帰属するので、被告の詐欺を認めようと主張した。本件で原告は、本件自動車が不正事件の対象車種である事実をそもそも立証しておらず、第 1 審および本判決とも原告の請求を棄却したが、本判決は、結合企業間での悪意の効果帰属に関して、以下のように付言している。「関係する会社がひとつのコンツェルンにおいて結合されている事実だけでは、悪意の効果帰属を生じさせるのに不十分である。コンツェルンにおける分業および指揮権行使のあり方、ならびに、当該情報がどの会社に存在するかが明らかにならない限り、当該コンツェルン内部で情報交換をどのように組織編成することを要するか、そして、これにかかわる組織編成上の有責任という視点のもとで悪意の効果帰属が肯定されるかを決することはできない。原告はこの点についても十分な立証をしていない。そもそもエンジンの製造者すら特定していないのである」。

(92) LG München, 14. 04. 2016, 23 O 23033/ 15 (Juris) .

対象車種であり、窒素酸化物等の排出ガスを、台上試験時の排出量および基準値を大幅にこえて排出する不正ソフトが組み込まれていた。Xは、本件自動車の販売に際してYに詐欺(BGB123条1項)⁽⁹³⁾があったとして、本件売買契約を取り消し、支払った代金の返還等をYに請求した。これに対してYは、契約時、本件自動車に不正ソフトが組み込まれている事実を自らは知らなかったとして、詐欺の事実を否定した。

【裁判所の判断】

裁判所は、以下のように述べてXの請求を認容した。

①(本件不正ソフトに関する)「VW社の悪意は、Yに効果帰属する。Yは、VW社が複数の会社を介して間接的にYに資本参加しているだけだと主張するが、これは、インターネット上のYの企業説明と異なる。同説明によれば、Yは、VWコンツェルンの一員であるオーストリアのA社に属する。もっとも、この点については判断をしなくてもよい。Yは、いずれにせよ、資本参加の連鎖を介して、VWコンツェルンの一員となっており、これにより、悪意の効果帰属が認められる」。

②「Yは、少なくとも権利の外観に基づいて、VW社の100パーセント子会社と扱われるべきであり、VW社の悪意はYに効果帰属する。Yは、その行動を通じて、コンツェルン子会社としての特別な信頼を要求していた。そのように認めるのに、Yが、営業所でVW社のロゴを顕著に使用していたことをもって足りるのかどうかについては、ここで判断しなくてもよい。少なくともYは、インターネット上で、以下のように『元は同じ』とする見出しを用いて宣伝活動をしている。

『2011年3月1日以降、A社はVW社の100パーセント子会社であり、最も成功しているヨーロッパ自動車メーカーの一員です。』

以上のようにしてYは、対外的な宣伝上、VW社の100パーセント子会社としての特別な信頼を意図的に要求していた。VW社が、本件自動車の汚染物質排出について不実の情報開示をしていた場合にも、Yはこうしたことに拘束される。(中略)客観的な相手方の視点からすれば、Yは、単にメーカーの説明を引用したにとどまらず、VW社の100パーセント子会社として、それゆえ、『VW企業』または『VWコンツェルン』の一員としてメーカー説明を行ったのである」。

本判決は、結論として悪意の効果帰属を認めているものの、判決【3】と異なり、「情報伝達上の組織編成義務」法理を直接の根拠にはしていない。むしろ、Y(従属会社)がVWコンツェルンの一部としてXと対峙したことを重視して、VW社の悪意がYに効果帰属するとしている(判旨②)。この

(93) BGB123条1項 詐欺または違法な強迫により意思表示を行うことを決定させられた者は、その意思表示を取り消すことができる。

(以下省略)

判旨には、支配会社と従属会社の一体的行為に基づく相手方の信頼保護のために、前者の悪意を後者に効果帰属させるという発想（前記二）を看取できよう⁽⁹⁴⁾。

【5】 フランクフルト上級地方裁判所 2019 年 9 月 4 日判決⁽⁹⁵⁾

【事案の概要】

X は、自動車販売店の A から、シュコダ社製の本件自動車を購入した。ところが、その後、本件自動車には、VW 社の排出ガス不正事件にかかる不正ソフトを含むエンジン（EA189 型ディーゼルエンジン）が搭載されていることが判明した。そこで、X は、本件自動車をチェコから輸入した Y 社に対して、不法行為に基づく損害賠償請求をした（BGB823 条、826 条）⁽⁹⁶⁾。なお、Y は B 有限会社の、さらに B は（本件エンジンの製造者である）VW 社の 100 パーセント子会社である。また、Y と B、B と VW 社の間では、それぞれ支配契約および利益支払契約が交わされていた。原審は、X に対する Y の詐欺や良俗違反の加害行為はなかったとして、X の請求を棄却した。これに対して、X は、不正ソフトに関する VW 社の悪意が Y に効果帰属するので、Y が同事実を秘匿して本件自動車を市場に流通させた点で不法行為が成立すると主張して、控訴した。

【裁判所の判断】

裁判所は、以下のように述べて X の控訴を棄却した。

① 「社員は通常、代表者ではなく、また、企業内の意思形成に関与することもないので、その悪意は原則として会社に効果帰属しない。また、会社は通常、社員に対する報告請求権を有していないので、会社が社員の認識にかかわることはないし、また、そのことについて責めを負うこともない。ただし、例外として、会社が社員の指図に基づいて行為した場合は、BGB166 条 2 項の類推により、総会における意思形成に関与した社員の悪意は、会社に効果帰属する。（中略）本件で不正ソフトに関して VW 社または B から Y の機関に対してかかる（具体的な）指図が行われた点

(94) 学説では、相手方の信頼保護を根拠に悪意の効果帰属を認めた点で、本判決に批判的な意見もある。Liese, a.a.O. (Fn. 6), S. 123f.

(95) WM 2019, 1927.

(96) BGB823 条 故意または過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権、またはその他の権利を違法に侵害した者は、これにより生じた損害を賠償する義務を負う。

2 項 他人の保護を目的とする法律に違反した者も同様の義務を負う。法律の違反が、同法律の内容からして有責性がなくても可能な場合は、賠償義務は、有責性が存するときのみ生じる。

BGB826 条 良俗に反する方法で他人に故意に損害を与えた者は、その他人に対して損害賠償の義務を負う。

について、Xは主張立証をしていない」。

②「コンサルティングにおける悪意の効果帰属という法的形象を根拠としても、結論は同様である。(中略)当民事部は、当該会社がコンサルティングにおいて結合している事実だけでは、悪意の効果帰属を認める根拠として不十分だとする通説に従う。決定的なのは、コンサルティング企業が、情報伝達上の組織編成義務という意味において、他の企業に存する情報にアクセスできたかどうか、およびその範囲である。このような責任は、例えば、コンサルティングに関連して上級会社の負う義務から生じうる。この義務に従って上級会社が子会社の有する情報を組織編成することを要する場合、同情報に関する子会社の悪意は、上級会社に効果帰属する。しかし、本件の争点は、子会社の悪意を上級会社に効果帰属させることではなく、その反対に、上級会社の悪意を、コンサルティングの組織編成について通常は(それゆえ本件においても)責任を負わない子会社に効果帰属させることなのである」。

③「上級会社たるVW社が、事業目的の追求のために協働を要し、一体的な行動を当初から予定している複数の法人に、自己の事業を分配して新たな危険を作出したときにも、悪意の効果帰属が正当化される可能性がある。しかし、本件でXは、そのような事実を主張立証していない」。

本判決は、学説に従い、「情報伝達上の組織編成義務」法理の適用によって支配会社の悪意を従属会社に効果帰属させることは、原則としてできないとする(判旨②)。そのうえで、支配会社の指図があった場合(BGB166条2項類推)(判旨①)、または、支配会社から従属会社への業務分配があった場合(判旨③)にのみ、悪意の効果帰属を認めうとする⁽⁹⁷⁾。

五 小括

学説は、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属することを、例外的な場面に限って認めている。下級審裁判例もまた、判決ごとで説示内容に違いはあるものの、学説上の議論をおおむね受け入れているようである。

学説および裁判例によれば、従属会社は、支配会社内の組織編成を支配す

(97) このうち判旨③については、判決【2】やⅢでみた学説と同様に、支配会社と従属会社間に分業関係がある場合に悪意の効果帰属を認めるものようである。ただし、判決【2】や学説の議論は、ある会社(A)が自己の任務を他社(B)に委ねることで分業関係を生じた(それゆえ、情報取得の可能性をB社に移転させた)場合に、B社の悪意がA社に効果帰属すると説明するものである。これに対して本判決は、支配会社(A)が分業関係を生じさせた場合に、支配会社(A)の悪意が従属会社(B)に効果帰属するとしており、従来の議論との間で説明上の齟齬があると思われる。

る可能性を有しないので、「情報伝達上の組織編成義務」法理をこの場面で適用することはできない。このため、①支配会社から従属会社への指図または誘発、②支配会社と従属会社の一体的行為、③少数社員（株主）の不存在、または④支配会社と従属会社間の分業関係の存在など、「組織編成義務」法理とは異なる根拠に基づいてのみ、悪意の効果帰属が認められる。これらの根拠のうち、①は、理論構成に争いがあるものの、悪意の効果帰属を正当化する根拠として学説上広く支持されており、下級審裁判例でもこれに言及したものがある。これに対して、②③については、②と同様の発想を採用した裁判例があるものの、学説は批判的である。

V 学説の展開③——役員・被用者の兼任と悪意の効果帰属

一 議論の概要

結合企業では役員・被用者の人事交流により、ひとりの役員または被用者が、支配会社と従属会社の双方で職務を兼ねていることが少なくない。近年のドイツ法では、このような役員・被用者の兼任と悪意の効果帰属法理との関係が、とくに重要な争点のひとつとして議論されている。そこで、この議論を独立の項目を置いて概観する。

この議論の問題意識はこうである。例えば、A社とB社は結合企業の関係にあり、A社の役員（または被用者）Cは、B社の役員（または被用者）を兼任している。Cが、A社の法律関係に影響を及ぼす情報で、B社内に存するものを、B社のための職務のなかで知ったとする。これによって、A社の組織内には、当該情報を認識しているCがいることになる。そこで、A社は、Cの事実認識に基づいて当該情報につき悪意者となるか。問題となるA社の行為にCが関与していればBGB166条1項が、関与していなければ「情報伝達上の組織編成義務」法理が、それぞれ適用されるかが検討課題となる。いずれの場合にも、A社が自社の役員または被用者であるCの悪意の効果を引き受けるべきかを問うことになるため、例えば、A社とB社の間に分業関係があったか、B社がA社に指図・誘発をしていたかなどを問題としなくてもよくなる（第2節Iでみた理論の適用の可否のみを問うことに

なる)。

しかしながら、議論の争点は、悪意の効果帰属法理、とくに「情報伝達上の組織編成義務」法理をこの場面のCに適用できるのかという、まさにその点にある。Cは、B社の役員(または被用者)として同社に対して守秘義務を負っているはずであり、A社内で同情報を伝達することは、Cにとって、B社に対する守秘義務の違反になりかねない。このことが、「情報伝達上の組織編成義務」法理適用の可否にどのような影響を及ぼすのかが、問題となるのである。

二 議論の社会的背景

この議論の背景には、わが国でもよく知られている、ポルシェSEのVW社買収をめぐる一連の騒動がある。この買収劇のなかで2008年10月、ポルシェSEは、2009年中にVW社株式を75パーセント取得し、支配契約の締結を目指すことを公表した。ところが、ここで、ポルシェSEは、75パーセント取得の決定をすでに2008年上半期にしていたのではないかという疑惑が生じた。仮にこれが真実であれば、以下のような法律問題が生じる。周知のとおりポルシェ社とVW社は同族組織であり、フェルディナント・ピエヒをはじめとするVW社の監査役らは、ポルシェSEの役員を兼任していた。したがって、これら監査役は、ポルシェSEの前記決定を、同社の役員としての活動のなかで2008年上半期の時点で知っていたはずである。ポルシェSEの前記決定は、適時開示を要する未公開事実にあたる。このため、仮に監査役の認識をもってVW社が同事実を認識したと考えれば、VW社には、2008年上半期の時点で適時開示の義務が生じていたことになる(ドイツ証券取引法旧15条1項。現在では2014年欧州市場濫用規則17条がこれに相当する)。VW社はかかる開示を現実にはしなかったのであるから、同社は適時開示義務違反に基づく責任を負う(ドイツ証券取引法旧37b条。現在では同法97条がこれに相当する)⁽⁹⁸⁾。

(98) Hans-Peter Schwintowski, Die Zurechnung des Wissens von Mitgliedern des Aufsichtsrats in einem oder mehreren Unternehmen, ZIP 2015, 617.

学説上の議論にきっかけを与えたのは、このような VW 社の適時開示義務の成否を扱ったツェレ上級地方裁判所 2011 年 8 月 24 日判決である⁽⁹⁹⁾。同事件では、VW 社の監査役がボルシェ SE の職務で情報を知った場合に、その悪意が VW 社に効果帰属するかが争点となった。同判決は、前記決定に関する VW 社監査役の悪意は、VW 社に効果帰属しないとし、同社の適時開示義務を否定した。監査役らは、当該情報を VW 社に伝達することを、ボルシェ SE に対する守秘義務(株式法 93 条、116 条)によって禁止されていた、というのが理由である。

役員・被用者の兼任と悪意の効果帰属をめぐるドイツ法の議論は、以上の判決に対する学説の批判と、それに対するさらなる批判というかたちで、展開されている。なお、前記事件の事実関係に沿うかたちで、同議論は、「従属会社の役員(とくに監査役)で支配会社の役員を兼任する者の事実認識に基づき、従属会社が悪意者と扱われるか」を、主な検討対象としている(一の表記に沿っていえば、A 社が従属会社で、B 社が支配会社、そして C が B 社役員を兼ねる A 社の監査役である場合である)。

三 シュウイントウスキの問題提起

ツェレ上級地方裁判所の前記判決を批判し、この問題をめぐる論争の口火を切ったのが、2015 年に公表されたシュウイントウスキの論稿である。シュウイントウスキは、守秘義務を理由に悪意の効果帰属を否定した同判決に対し、同事件のような場面でも監査役の事実認識に基づき、従属会社は悪意者になると主張する。その主張の骨子は以下のとおりである。第 1 に、従属会社内での情報伝達は、兼任役員の守秘義務によって禁止されない⁽¹⁰⁰⁾。第 2 に、仮に守秘義務により従属会社内での情報伝達が禁止されるとしても、「情報伝達上の組織編成義務」法理に基づき、兼任役員の悪意は従属会社に効果帰属する。すなわち、同人が支配会社に対して負う守秘義務は、従属会

(99) OLG Celle, 24. 8. 2011 - 9 U 41/ 11. 同判決の概要は、*Schwintowski*, a.a.O. (Fn. 98), S. 617; *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 413; *Jens Koch*, *Wissenszurechnung aus dem Aufsichtsrat*, ZIP 2015, 1757.

(100) *Schwintowski*, a.a.O. (Fn. 98), S. 617f.

社内での「情報伝達上の組織編成義務」法理の適用を妨げない⁽¹⁰¹⁾。第3に、コンツェルンは一体的な組織体であるため、そこに「情報伝達上の組織編成義務」法理がそのまま(ひとつの法人に対するのと同様に)適用される。したがって、支配会社内に情報があって、かつ、それがコンツェルン内の「正常な情報伝達体制」のもとで従属会社に伝達されるものならば、従属会社は悪意者となる⁽¹⁰²⁾。

このうち第3の点については、ここまでみてきた学説の理論からして、到底支持されることが分かるであろう⁽¹⁰³⁾。この点に賛同する論者は学説上皆無であるし、また、この解釈によれば、兼任者の存在や、同人が情報を取得したか否かを問わずに悪意の効果帰属が認められるので、ここでの問題設定自体が無意味なものになる。そこで、以下では、第1、第2の論点に焦点を絞って、シュウイントウスキの学説をみていこう。

1 兼任役員(監査役)の守秘義務

シュウイントウスキによれば、第1に、兼任役員の守秘義務は、従属会社内での情報伝達を禁止しない。シュウイントウスキは、この結論を、支配会社に対する従属会社の情報提供の請求権から導き出す。この請求権(およびこれに対応する支配会社の情報提供義務)は、通説によって否定されている(第2節Ⅲ二)ものの、株式法311条およびBGB254条⁽¹⁰⁴⁾に基づき同請求権を肯定すべきである。支配会社は、誘発により従属会社に与えた損失について補償義務を負う(株式法311条)。他方で、BGB254条によれば、従属会社は、誘発から自社に生じる損失を可能な限り回避し、または軽減する義務を

(101) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 618ff.

(102) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 622f.

(103) この第3の点に対する批判として、Verse, a.a.O. (Fn. 70), S. 418ff.; Koch, a.a.O. (Fn. 99), S. 1765.

(104) BGB254条 損害の発生に際して被害者の有責性が共働したときは、賠償責任の成立、および給付されるべき賠償の範囲は、諸事情、とくに、その損害が当事者のいずれにより主として惹起されたかの程度によってこれを決定する。

2項 被害者の有責性が、債務者が知らず、かつ知ることを要しない異常に高い損害に債務者の注意を促さなかったこと、または、損害の回避もしくは軽減をしなかったことに限られるときも、前項と同様とする。278条の規定を準用する。

負うはずである。そして、この損害回避・軽減義務を履行するには、自社の損害発生の実事またはその可能性について、支配会社からの情報提供が不可欠である⁽¹⁰⁵⁾。したがって、BGB254条の法意に照らし、支配会社は、損失補償義務を負うことの勿論解釈として、損害回避または軽減に要する情報を従属会社に提供する義務を、加害に先立って負う⁽¹⁰⁶⁾。

以上のように支配会社自らが提供の義務を負う情報については、従属会社に対する関係で秘密保持の利益がないのであるから、兼任役員（監査役）は、同情報を従属会社に伝達してもよい。そして、情報伝達を許される以上は、情報伝達を義務づけられる⁽¹⁰⁷⁾。

2 兼任役員（監査役）の守秘義務と悪意の効果帰属法理の関係

第2に、シュウィントウスキは、仮に従属会社内の情報伝達が兼任役員の守秘義務により禁止されるとしても、従属会社には「情報伝達上の組織編成義務」法理が適用され、兼任役員の悪意が従属会社に効果帰属するとする。兼任役員の守秘義務と、従属会社への悪意の効果帰属は、無関係の問題である⁽¹⁰⁸⁾。

「情報伝達上の組織編成義務」法理によれば、悪意の効果帰属の成否を決めるのは、もっぱら、当該情報が、「正常な情報伝達体制」のもとで記録・保管され、伝達、照会されていたか否かのみである⁽¹⁰⁹⁾。したがって、役員（監査役）が兼任先支配会社で情報を取得した場合も、これによって自社組織内に情報が存するようになり、かつ、その情報に重要性がある以上は、同法理に基づき従属会社は悪意者となる。兼任役員が当該情報につき守秘義務を負うことも、この判断に影響を及ぼさない⁽¹¹⁰⁾。

(105) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 618.

(106) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 618, S. 623.

(107) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 618. このように考えるのは、おそらく、守秘義務の制限が外れる結果、兼任役員（監査役）が従属会社に対して負う利益擁護義務や注意義務が働いてくる、とみるためであろう。

(108) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 618f., S. 623.

(109) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 621.

(110) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 621.

四 シュウイントウスキ説に対する学説の反応

シュウイントウスキが提唱した第1、第2の結論は、支配会社と従属会社の法律関係、および悪意の効果帰属に関するそれまでの学説の理解と、相当の隔たりがある⁽¹¹¹⁾。このため、同見解に対しては、その公表の直後から批判が相次いで登場する。とくに、同見解に対して直ちに反論を展開したが、フェルゼ、およびコッホである。シュウイントウスキ説に対する学説の批判は、この2人の反論におおむね集約されているとみてよい。

1 フェルゼの批判

フェルゼは、シュウイントウスキの提唱した(先に掲げた第3の結論にはもちろんのこと)第1、第2の結論に対して、つぎのように批判を展開する。

(1) 兼任役員(監査役)の守秘義務

まず、兼任役員が、兼任先支配会社で得た情報を従属会社に提供してもよいとする結論は、不当である。当該情報が一方(従属会社)にとって重要だということは、他方(支配会社)に対する守秘義務から兼任役員を解放する根拠にはならない⁽¹¹²⁾。両者の間にコンツェルンの関係があっても、このことは同様である。

また、この結論の根拠を支配会社の情報提供義務に求める点も、妥当ではない。かかる情報提供義務を肯定するこの見解は、株式法311条の誤った理解に基づいている。同条は、支配会社が不利益措置を従属会社に誘発し、これを受けて従属会社が、損失補償と引き換えにして当該誘発に従う、という状況を規律対象とする。このような状況のもとで、従属会社(取締役)は、当該の不利益措置を行うのはまさに自らなのであるから、自社に不利益が生

(111) とくに、シュウイントウスキ説より前の学説では、法人内部での情報伝達が、守秘義務や情報保護法上の命令から禁止されるときは、「情報伝達上の組織編成義務」法理は適用されないとする見解が、一般的であった。この点については、溝渕将章「法人における分業的組織構造と『悪意の効果帰属』(2・完)」常葉4巻1号85頁以下、96頁以下、132頁以下(2017年)を参照。

(112) *Verse, a.a.O.* (Fn. 70), S. 414.

じることやその内容を、当然に認識しているはずである。このため、不利益発生的事実やその可能性に関する情報提供の義務を支配会社に負わせることは、不要である⁽¹¹³⁾。

のみならず、シュウイントウスキのこの理論は、彼自身が想定しているツェレ上級地方裁判所の事案に適用できない。同事案でボルシェ SE は、株式取得を決定しただけであり、VW 社に特定の行為を誘発 (株式法 311 条) したわけではない。このため、シュウイントウスキの理論によれば、VW 社に対するボルシェ SE の情報提供義務は生じないはずである⁽¹¹⁴⁾。

以上のことからして、兼任役員は、兼任先支配会社で取得した情報を従属会社に伝達することを、前者に対する守秘義務により禁止される⁽¹¹⁵⁾。

(2) 兼任役員 (監査役) の守秘義務が悪意の効果帰属に与える影響

つぎに、フェルゼは、シュウイントウスキの提唱する第 2 の結論に批判を向ける。フェルゼは、ここでの課題は、兼任役員が支配会社で得た情報を守秘義務に従い従属会社 (その決定権者) に伝達しなかった場合に、「情報伝達上の組織編成義務」法理がなお適用されるかを問うことだとする⁽¹¹⁶⁾。そして、結論としてその適用を否定する⁽¹¹⁷⁾。この場合にまで同法理の適用を認めることは、法律に違反する情報伝達を兼任役員に命じることを、法人 (従属会社) に強いるに等しい。同法理、または取引社会は、このようなことまで法人に要求・期待しない⁽¹¹⁸⁾。とくに、悪意の効果帰属を認めると、従属会社は、兼任役員に秘密情報を伝達させるための、または、同人が (守秘義務に従い) 伝達をしなかった場合に同人に求償するための手段をもたないま

(113) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 415.

(114) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 414f.

(115) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 415, S. 420.

(116) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 416.

(117) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 418, S. 420. なお、守秘義務の問題を考える前提として、被用者や業務執行機関の役員を念頭に置いて展開された「情報伝達上の組織編成義務」法理が、監査役にも適用されるかが、そもそも問題となる。フェルゼは、同法理の監査役への適用の可否には解釈論上争いがあることを指摘したうえで、さしあたり、この適用を肯定するという仮定のもとで、以下の論説を進めている。*Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 416f.

(118) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 417f.

ま、悪意者としての不利益を負担することになる。つまり、組織内に違法行為をした者が全くいないにもかかわらず、予測不可能なリスクを負わされてしまうのである⁽¹¹⁹⁾。従属会社がこのリスクを避けるには、守秘義務の対象になる情報を有していない者を選別して、自社の監査役に就かせることしかない。しかし、これは、「ばかげた結論」⁽¹²⁰⁾である。監査役が他企業でも兼任し、守秘義務の対象になる情報をそこで取得していることは、兼職としての監査役の性質上、法律上前提とされ、かつ是認された通例だからである⁽¹²¹⁾。

2 コッホの批判

フェルゼと同時期にシュウイントウスキ説への反対を表明したのが、コッホである。コッホの批判は、とくに、「情報伝達上の組織編成義務」法理を監査役に適用する点に向けられている⁽¹²²⁾。

コッホは、監査役の悪意が、「情報伝達上の組織編成義務」法理に基づいて法人(従属会社)に効果帰属することはないとする。コッホによれば、シュウイントウスキは、同法理の理解において情報の重要性という基準にだけ着目し、同法理のなかで情報伝達の確保を行うのは組織内の誰か、という視点を見落としている⁽¹²³⁾。同法理は、決定権者への情報伝達を確保することが法人に期待できたときに、その情報について法人を悪意者とするものである。この法理においては、情報伝達を確保しておくことが、法人組織内の、具体的に誰にとって可能だったかを問うことが当然に必要となる⁽¹²⁴⁾。そして、その基準となるのは、法人内の組織編成権限を有する機関、とくに株式会社の場合には取締役(会)である(株式法76条1項)。ところが、このような取締役の組織編成権限が及ばない機関、すなわち、監査役および株主総

(119) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 418.

(120) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 418.

(121) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 418.

(122) *Koch*, a.a.O. (Fn. 99), S. 1760ff. 監査役の悪意の効果帰属に否定的な見解としてほかに、*Buck-Heeb*, a.a.O. (Fn. 68), S. 807ff.

(123) *Koch*, a.a.O. (Fn. 99), S. 1761.

(124) *Koch*, a.a.O. (Fn. 99), S. 1761.

会に対しては、取締役が情報の伝達を命じることができない。したがって、「情報伝達上の組織編成義務」法理は、監査役や株主の有する情報には、原則として適用されない⁽¹²⁵⁾。

以上の理由づけのほか、コッホは、①監査役は兼職が常であるため、他会社内の秘密情報を保有していることが多く、そうした情報について悪意の効果帰属を認めることは、会社にとって著しい不利益になること⁽¹²⁶⁾、および、②監査役の情報伝達は、同人が他会社に対して負う守秘義務により妨げられるはずであることを、指摘している⁽¹²⁷⁾。これらの指摘は、先に紹介したフェルゼの批判と軸を一にするものであろう。

五 その後の学説展開

以上のように、シュウイントウスキ説に対しては、①他会社に対する守秘義務に基づき、会社(取締役)が兼任役員(監査役)に対して情報伝達を命じることができないこと、②それにもかかわらず、兼任役員(監査役)の悪意を会社に効果帰属させると、会社は、決定権者が情報を得る可能性が全くないのに、悪意者として不利に扱われてしまうことから、学説は批判的な姿勢をみせている。とくに、「従属会社の監査役で支配会社の役員を兼任する者の事実認識に基づき、従属会社を悪意者と扱えるか」という議論は、フェルゼおよびコッホの反論をもって、効果帰属を否定することで決着がついたとみてよい⁽¹²⁸⁾。

他方で、前記議論が直接の対象とした場面以外のところでは、なお検討の余地が残されている⁽¹²⁹⁾。すなわち、第1に、従属会社A社の(監査役ではなく)取締役または被用者Cが、兼任先の支配会社B社で情報を取得した場合に、A社はCの事実認識に基づき、当該情報につき悪意者となるか。

(125) Koch, a.a.O. (Fn. 99), S. 1761f., S. 1766. 同旨の見解として、Buck-Heeb, a.a.O. (Fn. 68), S. 808; MüKoBGB/Schubert, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 12.

(126) Koch, a.a.O. (Fn. 99), S. 1762.

(127) Koch, a.a.O. (Fn. 99), S. 1763ff., S. 1766.

(128) この点については、Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 370f.

(129) 議論状況の総括として、MüKoBGB/Schubert, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 91; Großkomm AktG/Fleischer, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 314.

ここでも、Cに「情報伝達上の組織編成義務」法理が適用されるかが問題になる。この論点については、CはB社で取得した情報を、A社で活動する際に「クロークに預けることはできない」⁽¹³⁰⁾として、Cの悪意がA社に効果帰属する余地を認める見解がある⁽¹³¹⁾。もっとも、CがA社の取締役であっても、B社の役員として同社に守秘義務を負うことは変わらない⁽¹³²⁾。したがって、A社内でのCの情報伝達がB社に対する守秘義務により妨げられる点は⁽¹³³⁾、前記議論が対象としている場面と全く同様である⁽¹³⁴⁾。

第2に、支配会社A社の役員または被用者Cが、兼任先従属会社B社で情報を取得した場合に、A社は、Cの事実認識に基づいて悪意者となるか。前例とは反対に、支配会社が、兼任者が従属会社内で得た情報について、他人の事実認識に基づき悪意者となるかが問題となる。この論点についても、議論状況はおおむね同様のものである。すなわち、兼任役員の悪意が支配会社に効果帰属することは、当然には否定されない⁽¹³⁵⁾。しかし、この場面でも、兼任役員は、従属会社の取締役または監査役として、従属会社に対する守秘義務に服する。この会社法上の制限を無視して、従属会社内で得た情報を支配会社に伝達することは許されない⁽¹³⁶⁾。したがって、「情報伝達上の

(130) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 341; *MüKoAktG/ Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 293.

(131) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 341.

(132) CがB社の(役員ではなく)被用者であるときも、雇用契約上CはB社に守秘義務を負うはずであるから、同様の結論に至る。

(133) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 341f.

(134) なお、この点については、連邦通常裁判所2016年4月26日判決(NJW 2016, 2569)が参考になる。事案は、投資助言業を営むB社を介した投資により損害を受けた原告が、取引先銀行(A社)に対して、取引に際しての警告義務を履行しなかったことを理由に、損害賠償を請求したものである。投資取引の危険性について銀行が顧客に警告義務を負うのは、投資助言に誤りがあることを自ら認識しているなど、例外的な場面に限られる。原審は、A社の支配人CがB社の監査役を兼任していたことから、Cは原告の受けた投資助言の危険性を認識していたはずであり、その悪意がA社に効果帰属するとした。連邦通常裁判所は、(仮にそのようなCの認識があったとしても)「その悪意の効果帰属は、CがB社の監査役として株式会社116条および93条1項に基づいて負う守秘義務によって妨げられる」として、原判決を破棄した。

(135) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 351; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 293ff., S. 299.

(136) *Habersack*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1553f.; *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 351f.; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4),

組織編成義務」法理は、このような兼任役員には適用されない⁽¹³⁷⁾。

また、学説ではこのほかにも、①役員・被用者が会社の職務外で取得した情報には、「情報伝達上の組織編成義務」法理は適用できないところ、②A社の役員が兼任先B社で取得した情報は、同役員がA社の職務外で取得した情報にあたるとして、同法理の兼任役員への適用を否定する見解がある⁽¹³⁸⁾。

第3章 日本法への示唆

第1章第1節で例示したように、ある行為、例えば解除権行使や売買契約との関係でA社の法律関係に影響する情報を、A社の子会社（または親会社）であるB社（その役員・被用者）が認識しているとする。この場合、B社の事実認識に基づき、当該行為との関係でA社を悪意の当事者とできるか。前章で紹介したように、この問題についてドイツの学説では豊富な議論があり、限定的な要件のもとではあるものの、B社の事実認識に基づいてA社を悪意者と扱うことが認められている。本章では、このドイツ法の議論から、日本法で同種の問題を考えるにあたって有益となりうる視点を摘出し、若干の考察を行う。

ドイツ法は、①会社の悪意判断の第1の基準が、日本民法101条1項・2項に相当するBGB166条1項に基づき、当該行為（前記例でいうと解除権行

S. 295, S. 299.

(137) ただし、支配会社と従属会社の間に支配契約があるときは、以上とは別異に解する余地があるとの指摘もある。すなわち、契約コンツェルンでは、支配会社またはコンツェルンの利益のために従属会社の利益を犠牲にすることが許されるので、例外的に、兼任役員は、従属会社で得た情報を支配会社へと伝達できる。この例外的な場面では、役員が兼任先従属会社で得た情報について、支配会社は悪意者と扱われうる。Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 299. この点については、Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 352も参照。

(138) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 375ff. ただし、①の理論に関しては、情報の取得が法人のための職務においてであったか否かで同法理適用の可否を決すべきかをめぐり、学説で意見が分かれている。本文で紹介した見解の論者は、「取引社会における保護すべき期待によれば、役員は、私的に取得した情報を伝達する義務を負わされない」との理由から、①のように理解している (Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 377)。

使や売買契約)の決定権者とされている点、②親会社と子会社(支配会社と従属会社)⁽¹³⁹⁾とが別個独立の法人格とされている点で、議論の前提となる考え方が日本法と共通している。このような共通点にもかかわらず、ドイツの判例・学説は、子会社の事実認識に基づき親会社を悪意者とするを一定の要件のもとで認めており、これを否定する日本法の従来の理論と結論に違いがある。まずは、こうした結論の違いが何に由来するかを確認するところから、考察を始めよう。

第1節 ドイツ法の理論枠組と日本法への示唆

ドイツの判例・学説は、前記①の点に関連して、会社が、決定権者以外の者の事実認識に基づく効果を引き受けるべきことを、情報伝達確保の期待可能性という要件のもとで認めている。親子会社の悪意判断に関して日本法とドイツ法とで結論が異なる原因も、このような効果引受けの理論の存否にある。親会社と子会社は、別個独立の法人格である。このため、一方の役員・被用者の事実認識に基づき他方を悪意者とするには、自社の決定権者以外の者の事実認識に基づく効果を会社に引き受けさせる法的理論が、必要となる。ドイツの判例・学説は、このような効果の引受けを、「情報伝達上の組織編成義務」法理によって認めているのである。そして、ドイツ法上、こうした効果引受けの理論の基礎にあるのは、事実認識者から決定権者への情報不伝達のリスクは、第三者との関係において会社がこれを負担すべきだという発想である⁽¹⁴⁰⁾。親子会社間の関係でも、とくに親会社は、子会社の事実

(139) ドイツ法の理論紹介を目的とする前章と異なり、日本法との比較考察を目的とする本章では、日本法上の表現にあわせて、「支配会社」を「親会社」と、「従属会社」を「子会社」と表記する。また、本章で念頭に置く親子会社関係とは、親会社が子会社の総株主の議決権の過半数を有することによって子会社の財務および事業の方針の決定を支配している場合を指すこととする(会社法2条3号、会社法施行規則3条3項1号)。なお、ドイツ法で会社間に支配契約が存する場面に類似の状況として、日本法でも、親子会社間で経営委任契約、経営管理契約(その意味については、とくに、柴田和史「子会社管理における親会社の責任(下)」商事1465号68頁以下、69頁以下(1997年)、前田重行『持株会社法の研究』(2012年)132頁以下)が交わされている場面があるが、この状況は、考察の対象からひとまず除外する。

(140) 繰り返しになるが、ここでいうリスク負担とは、当該情報に基づく行動を自己の側で

認識者から自社の決定権者へ情報が伝達されなかった場合に、そのリスクを負担すべきときがあるとされる。

以上のような情報不伝達のリスク負担という観点は、日本法で本稿の課題を検討する際にも、有益な示唆を与える。例えば、第1章第1節で挙げた保険会社の解除権行使の事案で考えてみよう。

保険法（55条4項など）が除斥期間の起算点を解除原因の認識時とするのは、解除原因を知った以上はいつでも解除権を行使できるので、その時から1か月を置いて解除権を喪失させても保険会社に酷ではないからである。そして、保険会社が解除権を行使できるようになったといえるには、保険会社のために解除を担当する役員または被用者（決定権者）が解除原因を現実に認識する必要がある。したがって、保険法の趣旨を徹底させれば、前記東京地判昭和61年のような事案では、親会社（保険会社）の決定権者が解除原因を知らない限り、親会社を悪意とせず、除斥期間の進行開始を認めないということになる⁽¹⁴¹⁾。このように考える場合、子会社から親会社（決定権者）へと情報が伝達されなかったことに基づく不利益（除斥期間の進行開始がそれだけ遅れること）は、親会社の相手方（保険契約者）がこれを負担することになる。以上とは反対に、同様の事案で、子会社が解除原因を知ったことをもって親会社が同情報を知ったことにし、この認識時から除斥期間が進行を始めるとする。これによれば、親会社は、決定権者が解除原因をいまだ知らず、同情報に基づく行動（解除権行使）を自社の側でとれないにもかかわらず、除斥期間の進行開始という法律上の不利益を受ける。この場合、決定権者への情報不伝達から生じる不利益は、相手方との関係において親会社がこれを負担することになる。

以上のとおり、親会社の法律関係を定めるにあたり子会社の事実認識を考慮できるか否かの判断は、実質的には、子会社から親会社への情報不伝達のリスクを、相手方との関係で親会社に負担させるべきか（負担させてよいか）

とりえなかつたにもかかわらず、これが可能であったときと同様の、つまり、悪意者としての不利な法的扱いを受ける、という意味である。

(141) 保険法学説上は、基本的にはこのように考えるのが多数説である。例えば、山下友信『保険法（上）』（2018年）427頁以下。

否かの価値判断に帰着する⁽¹⁴²⁾。そこで、本稿の課題に対する考察として以下では、この情報不伝達のリスク負担のあり方を考えていく。この点に関してドイツ法には議論の蓄積があり、これが日本法の解釈にも参考になるとと思われる。

第2節 親子会社間での情報不伝達のリスク負担のあり方

I 情報伝達確保の可能性

ドイツの学説は、親子会社の一方(A社)が他方(B社)の悪意に基づく効果を引き受ける要件として、B社からA社への情報伝達を確保する可能性がA社にあったことを挙げる。B社からA社への情報不伝達のリスクをA社に負担させるには、こうした情報伝達確保の可能性が第1の要件となる。そして、このことから、以下の考え方が帰結されている。第1に、子会社から親会社への情報不伝達のリスクを親会社に負担させることはできるが、親会社から子会社への情報不伝達のリスクを子会社に負担させることはできない。株式法上の規律によれば、子会社は、情報提供や情報伝達体制の設置を親会社に要求する権利を通常有していないからである。このため、子会社の悪意が親会社に効果帰属することは認めうるものの、親会社の悪意が子会社に効果帰属することは、原則として認めえない。

第2に、親会社が(子会社から自社への)情報不伝達のリスクを負担する範囲・程度は、支配契約の有無により左右される。契約コンツェルンの場合、親会社は指図権行使により、情報提供、または情報伝達のための体制構築を命じることができるので、情報伝達確保の可能性が肯定される。これに

(142) 同じく第1章第1節で挙げた親会社(売主)の契約不適合責任(572条)との関係でも、事情は同様である。この事案で、子会社の実認識をもって親会社を悪意とし、買主との関係で免責特約の援用を不許とする。これによれば、親会社は、契約の決定権者が地中障害物を知らず、それゆえ、自己の側で責任を免れるための行動(障害物の存在を買主に告げる、契約締結を差し控えるなど)を同情報に基づいてとりえなかったにもかかわらず、契約不適合責任を負う。ここでも、親会社は、子会社の実認識者から自社の決定権者に情報が伝達されなかったことによる不利益を、買主との関係で自らが負担することになる。

対して、事実的コンツェルンの親会社は、子会社に対して情報提供を請求する権利を有しない。このため事実的コンツェルンの親会社が情報不伝達のリスクを負担するのは、子会社と情報伝達・情報共有の合意があるときや、子会社と共通のデータバンクを運営しているときなど、例外的な場面に限られる⁽¹⁴³⁾。

第3に、事実認識者が負う守秘義務への配慮である。当該情報の伝達が事実認識者にとって守秘義務違反となる場合、親会社は、事実認識者から決定権者への情報伝達を確保できない。事実認識者に違法行為を命じることは許されないからである。このような場面では、事実認識者の悪意は親会社に効果帰属しない。このことは、事実認識者が親会社と子会社で役員（または被用者）を兼任している場面でも、同様である。

II 親会社の組織編成の自由および子会社の利益

つぎに、ドイツの学説は、以上の意味での情報伝達の確保可能性があっても、それだけでは、情報不伝達のリスクを親会社に負担させることはできないとする。学説がこのように考える基礎には、つぎのような発想がある。すなわち、子会社からの情報不伝達のリスクを親会社に負担させることは、場合によっては株式法上の価値判断に反する結果を招くという点である。親会社が、決定権者が善意であったために情報に基づく行動を自社の側でとりえなかったときでも、悪意者として不利な法的扱いを受ける、とする。仮にこのような法的規律があれば、親会社は、情報伝達がなかったことで生じる不利益を回避するために、子会社に対する指揮を実行し、子会社から自社への情報伝達体制を設置・維持することを間接的に強いられる⁽¹⁴⁴⁾。しかし、このことは、親会社は、子会社への指揮義務を負わず、指揮の実行やその内容・程度を裁量で決定できるとする株式法の原則に反する。また、子会社の

(143) この点は、情報伝達確保の「支配可能性」の意味をどのように理解するにかにもかかわる。ドイツ法では、従属関係の存在をもって直ちに「支配可能性」を肯定する見解もあるものの、親会社が「子会社の情報にアクセスする可能性を法律上保障されていること」を求め見解を、多数派とみて差し支えないように思われる。

(144) この点については、第2章第3節II三三(2)の脚注(127)も参照。

側でも、親会社からの集権的な指揮、自社組織内の体制への介入を受けることになるので、子会社の自治・独立性を尊重する株式会社311条以下の規律(分権的コンツェルン)にもそぐわない結果になる。ドイツ法ではこうした考慮に基づき、子会社から親会社への悪意の効果帰属を認めるには、両者の間に具体的な分業関係があるなど、特別事情の存在がさらに要件とされている。

第3節 若干の考察

本節では、ドイツ法の議論を手がかりに、日本法における解釈論を提案する。以上のドイツ法の議論からは、親子会社間の情報不伝達のリスク負担に関して、以下のような基本的発想を看取できる。すなわち、親会社による情報不伝達のリスク負担は、「当該情報の伝達確保を親会社に強いることが株式法の規律に反しない」範囲でのみ認められる、という考え方である。情報不伝達のリスクを親会社に負担させることを法律上の原則とすることは、法律が、子会社からの情報伝達の確保を親会社に間接的に強いることを意味する。この点は、ドイツ法と日本法で変わらないはずである⁽¹⁴⁵⁾。また、法秩序内での矛盾が生じないようにするには、こうした情報伝達確保を法律上強いることを、株式法(会社法)上の規律に反しない範囲に限定するべきである。この点も、ドイツ法と日本法とで同様に解される。したがって、前記の考え方は、日本法で結合企業の悪意判断の問題を検討する際にも、妥当する。以下では、この考え方を念頭に置きつつ、親会社が、子会社の役員・被用者の悪意に基づく効果を引き受けるべきかどうかを⁽¹⁴⁶⁾、検討してみよ

(145) 例えば、先の事案で、子会社が解除原因を認識したことをもって、その時点で直ちに保険会社(親会社)が同原因につき悪意になるとする。この規律のもとでは、解除担当者が解除原因を知らず、それゆえ解除権を行使することがいまだできない状況のなかで、除斥期間が進行することになり、保険会社には、結果的に1か月の期間が与えられないことになる。保険会社は、この不利益を回避するために、子会社による情報取得後直ちに解除権行使が可能になるよう、子会社から解除担当者への情報伝達の確保を余儀なくされる。このように、法律上子会社の悪意に基づく効果を保険会社に引き受けさせることは、子会社からの情報伝達確保を、法律が保険会社に間接的に強いることを意味する。

(146) ドイツ法では、これとは反対に、子会社が親会社の悪意の効果を引き受けるべきかについても学説上議論があり、かつ、昨今の下級審裁判例ではこれを争点とする事案もみ

う⁽¹⁴⁷⁾。

I 会社法上の親会社の権利・義務と情報不伝達のリスク負担

前記の考え方に照らして日本法の解釈論を展開するとき、留意すべきなのは、日本の会社法には、親子会社の法律関係に関する包括的・体系的な規律が存しないという点である。とくに、ドイツ株式法と異なり、会社法は、親会社（およびその取締役）が子会社の支配・管理監督に関してどのような権利を有し、義務を負うかについて、明文の規定を置いていない。このため、親会社による子会社の支配・管理監督は、株主権、とくに支配株主として有する子会社取締役の選任・解任の権限を介して、事実上のものとして行われている⁽¹⁴⁸⁾。

子会社から親会社への情報伝達の確保もまた、こうした「事実上の支配力」、「事実上の拘束力」⁽¹⁴⁹⁾に基づいて行うことになり、親会社は、子会社から情報提供・情報伝達を受ける権利を、法律上は、原則として保障されていない（子会社は、自己の有する情報を、自発的に、あるいは、親会社からの求めに応じて親会社に提供すべき法的義務を通常負わない）。しかしながら、

られる。しかし、このような効果帰属の成否やそのための要件については、ドイツでも学説上いまだ議論が熟していないと思われるし、また、日本法でこのような論点が裁判上の争点となる可能性は、現在ではそれほど高くはないと思われる。このため、本文で述べたとおり、以下の論述では、親会社が子会社の悪意の効果を引き受けるべきかを考察の対象とし、子会社が親会社の悪意の効果を引き受けるべきかどうかは、今後の検討課題としたい。

(147) なお、法人が、自社の役員または被用者の悪意の効果を引き受ける基本的構造に関する筆者の見解は、拙稿・前掲注（111）135頁以下（とくに144頁以下）を参照。

(148) 柴田和史「子会社管理における親会社の責任（上）」商事1464号2頁以下、3頁以下、6頁（1997年）、山下友信「持株会社システムにおける取締役の民事責任」金融法務研究会『金融持株会社グループにおけるコーポレート・ガバナンス』（2006年）24頁以下、34頁以下、前田・前掲注（139）127頁以下。親会社は、子会社株主総会の議決権の過半数をもって子会社の取締役を選任・解任することができる。このため、第1に、子会社取締役は通常、人事への懸念から親会社の意向や指図に事実上従う。また、第2に、親会社は、自らの意向に従う者を子会社取締役として送り込むことにより、その者を介した支配が事実上可能である。いずれの場合にも、子会社（取締役）には親会社からの指図等に従う法的義務はなく、その意味で、いわば「事実上の支配」である。

(149) 前田・前掲注（139）129頁。

ドイツ法の議論でもみたように、親会社が、子会社からの情報伝達を確保する可能性を法律上有することは、子会社からの情報不伝達のリスクを親会社に負わせる不可欠の要件である。情報伝達を確保する手段が法律上保障されていない規律のもとで、情報不伝達のリスクを親会社に負わせること、それゆえ、情報伝達の確保を親会社に法律上強いることは、矛盾しているからである。

また、第2に、日本の会社法のもとでも、親会社およびその取締役は、子会社の支配・管理監督を原則として裁量により決することができ、指揮を実行する義務を負わないと従来から解されてきた⁽¹⁵⁰⁾。株主権の行使は原則として株主の自由に委ねられるのだから、親会社が子会社に対して株主権を行使しないことも自由なはずであり、その不行使が親会社に責任を生じさせることはないためである⁽¹⁵¹⁾。また、親子会社が別個独立の法人格である以上⁽¹⁵²⁾、親会社の取締役は、親会社内の業務執行についてだけ責任を負い、子会社内部の事情に介入する義務を負わない⁽¹⁵³⁾。このような管理監督・介

(150) 江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』(1995年)197頁以下、柴田(下)・前掲注(139)70頁、吉本健一「事実上の取締役概念の親子会社関係への適用」判タ975号17頁以下、20頁(1998年)、志谷匡史「親子会社と取締役の責任」小林秀之・近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』(2002年)122頁以下、124頁以下、高橋英治「企業集団における内部統制」ジュリ1452号26頁以下、30頁以下(2013年)(以下では、高橋①と表記する)、高橋英治「現代日本における企業結合と企業結合法」商事2075号64頁以下、70頁以下(2015年)(以下では、高橋②と表記する)、高橋陽一『多重代表訴訟制度のあり方——必要性と制度設計』(2015年)206頁以下、渡辺邦広・草原敦夫「親会社取締役の子会社管理責任」商事2158号33頁以下(2018年)。親会社の管理監督義務を否定的に解した裁判例としては、東京地判平成13年1月25日(判時1760号144頁)がよく知られている。同判決は、「親会社と子会社(孫会社も含む)は別個独立の法人であって、(中略)財産の帰属関係も別異に観念され、それぞれ独自の業務執行機関と監査機関も存することから、子会社の経営についての決定、業務執行は子会社の取締役(中略)が行うものであり、親会社の取締役は、特段の事情のない限り、子会社の取締役の業務執行の結果子会社に損害が生じ、さらに親会社に損害を与えた場合であっても、直ちに親会社に対し任務懈怠の責任を負うものではない」と述べる。

(151) 山下・前掲注(148)31頁、高橋・前掲注(150)208頁、渡辺・草原・前掲注(150)33頁。同旨の指摘として、志谷・前掲注(150)125頁以下。

(152) 柴田(下)・前掲注(139)70頁。この点については、高橋①・前掲注(150)30頁も参照。

(153) 山下・前掲注(148)31頁。

入を親会社（取締役）に義務づけることは、子会社の独立性を害することにもつながる⁽¹⁵⁴⁾。このため、例えば親会社（取締役）が子会社の管理監督をしなかった結果として、子会社（取締役）に違法行為等があった場合でも、親会社やその取締役は、子会社、親会社株主または第三者に対して責任を負わない。情報不伝達のリスク負担との関係でも、以上の観点は重要な意味をもつ。情報不伝達のリスクを親会社に負わせ、子会社からの情報伝達確保を親会社に法律上強いることは、以上のような、子会社内の事情について関与・介入しないという、会社法上親会社に認められた自由を害しうるのである。

たしかに近年の会社法学説では、親会社取締役の子会社管理義務を一定の範囲で認める見解が極めて有力である⁽¹⁵⁵⁾。しかし、この学説が主に想定しているのは、取締役（受任者）が親会社（委任者）に対して負う善管注意義務としての子会社管理義務であり⁽¹⁵⁶⁾、同義務は、親会社とその取引相手と

(154) この点については、江頭・前掲注(150)198頁以下、高橋①・前掲注(150)32頁、高橋②・前掲注(150)70頁、72頁を参照。なお、山下・前掲注(148)36頁も参照。

(155) 山下・前掲注(148)31頁以下、33頁以下、船津・前掲注(10)155頁以下、230頁以下、船津浩司「子会社管理義務をめぐる理論的課題」ジュリ1495号51頁以下、52頁以下（2016年）、船津浩司「親会社取締役の子会社管理義務をめぐる実務認識、理論動向と裁判例」法教453号90頁以下、93頁以下（2018年）、神作裕之「親子会社とグループ経営」江頭憲治郎編『株式会社法大系』（2013年）57頁以下、101頁以下、高橋①・前掲注(150)30頁以下、高橋・前掲注(150)208頁以下、齊藤真紀「企業集団内部統制」神田秀樹編『論点詳解平成26年改正会社法』（2015年）119頁以下、132頁以下、渡辺・草原・前掲注(150)34頁。

この見解の立論はおおむね以下のとおりである。すなわち、親会社は、子会社の株式保有を通じて子会社の価値を把握しているという関係にあるので、親会社の保有する子会社株式は、親会社の資産である。そして、親会社取締役は、親会社に対して負っている利益増大義務の消極的側面として、保有する資産の減価を防ぐ義務を負う。この利益増大義務を遂行するうえで、親会社の保有する資産としての子会社株式、およびこれに付随する株主権を活用する義務を負う（船津・前掲注(10)156頁、230頁以下）。以上の考え方は、平成26年会社法改正時の部会会議でも、支持を集めている。高橋・前掲注(150)210頁、渡辺・草原・前掲注(150)34頁。

(156) 柴田（下）・前掲注(139)70頁以下（68頁も参照）、山下・前掲注(148)31頁、33頁、船津・前掲注(10)230頁以下、神作・前掲注(155)97頁以下、高橋①・前掲注(150)31頁、高橋②・前掲注(150)72頁、高橋・前掲注(150)208頁、210頁以下、213頁、齊藤・前掲注(155)133頁。なお、志谷・前掲注(150)123頁も参照。

の関係において、後者の利益保護を直接の目的としたものではない。したがって、このような子会社管理義務を認めても、親会社またはその取締役が、親会社の取引相手との関係で、子会社に対する支配力を実行する(そうして、情報伝達を確保する)責任を負うことが、直ちに導かれるわけではない。

以上のように、日本法上、子会社からの情報不伝達のリスクを親会社に負担させることは、①子会社から情報提供・情報伝達を受ける親会社の法的権利を保障しておらず、かつ、②子会社に対する介入の義務を、(とくに自社の取引相手に対して)親会社が負わないとする会社法の規律に反する⁽¹⁵⁷⁾。それゆえ、親子会社の関係にあるだけで、子会社の悪意に基づく不利な効果を親会社に引き受けさせることはできない。その意味では、「極めて密接な親子会社関係にある場合でも、それだけの理由で子会社の知を親会社の知とするのは妥当でない」⁽¹⁵⁸⁾とする従来の学説・裁判例の結論は、これを正当と評すべきである。

II 親子会社間の分業と情報不伝達のリスク負担

ただし、以上の原則は、親会社が子会社の悪意に基づく効果をいかなる場面でも引き受けない、ということの意味しない。この点も、ドイツ法の議論

同義務の違反によって子会社に違法行為等があった場合、親会社取締役は、これにより親会社に生じた損害(例えば、子会社株式の価格低下によって生じた財産的損害)について、これを賠償する責任を親会社に対して負う。

(157) ドイツ法でも指摘があるとおり、情報不伝達のリスクを親会社に原則的に負担させる規律によれば、親会社は、そのリスクを回避するために、子会社から自社への漏洩のない情報伝達を確保するよう、促されることになる。このように中央集権的なコンツェルン組織を形成するインセンティブを親会社に与える規律は、分権的コンツェルンを定める株式法の規律にそぐわないと批判されている。以上の考え方は、「従属会社取締役に大きな自由裁量権を与え従属会社の独立を促進する」点(江頭・前掲注(150)198頁)、「『現場の知識(中略)』を生かすため、子会社の具体的業務執行に関する決定権限を大幅に認め」る点(高橋②・前掲注(150)67頁)にその特徴があると評される日本の親子会社については、一層強く妥当するのではないか(なお、親会社取締役の子会社管理義務をめぐる議論との関係で、高橋②・前掲注(150)72頁も参照)。もともと、この点は、分権型の企業集団と中央集権型の企業集団のいずれを、わが国の法政策上で是とするかの価値判断に帰着することになろう。

(158) 落合誠一「批判」鴻常夫編『別冊ジュリスト97号生命保険判例百選(増補版)』(1988年)235頁。

が教えるところである。ドイツの多数説は、親子会社間の支配関係に加えて、とくに両者の間に分業・外部委託の事実があるときは、子会社の悪意に基づく効果を親会社に引き受けさせている。この発想は、日本法でも同様に解することができる。親会社が、自己の業務を子会社に外部委託した場合において、当該業務に伴い子会社役員または被用者が情報を取得したときは、親会社はその悪意に基づく効果を、自社の取引相手との関係において引き受けるべきである。親会社は、当該業務の委託により分業利益を得ているのだから、同業務に伴う情報取得の結果についてもこれを甘受すると考えるのが公平だからである。第1章第1節で掲げた事例は、まさにこのような場面に該当する。子会社が、親会社から委託された事実調査または不動産管理に伴って、告知義務違反または地中障害物の情報を取得したとき、親会社は、当該情報について、悪意者としての効果を引き受けるべきである⁽¹⁵⁹⁾。

以上の結論は、Iでみた会社法上の観点を考慮しても、なお正当化しうる。第1に、親会社が業務を子会社に委託している以上、その委託契約上の権利として、親会社は、少なくとも当該業務上取得された情報については、その提供を子会社に請求する権利を有するはずである（子会社もまた、受任者として、引き受けた業務で取得した情報を、委託者たる親会社に提供する義務を負う）。このような情報提供は、例えば事実調査を委託している場合は、委託契約上の本来の給付内容となるし、それ以外の場合でも、委託契約上の付随的義務の内容になると思われる（受任者の報告義務を定める645条が参考になろう）。したがって、この場面で親会社は、子会社からの情報伝達を確保するための権利を法律上保障されている。

第2に、自己の業務を子会社に外部委託した親会社は、当該業務で子会社が取得した情報を自社へと伝達させる責任を（それゆえ、伝達がなかった場合の不利益を負う責任を）、自らの取引相手に対して負うべきである⁽¹⁶⁰⁾。外

(159) 結論的には同旨のものとして、伊沢和平「判批」鴻常夫ほか編『別冊ジュリスト121号商法（保険・海商）判例百選（第2版）』（1993年）93頁。

(160) 筆者が念頭に置くのは、親会社が、かかる責任を自社の取引相手に対して負うかどうかであり、これと同一の責任を親会社が子会社に対して、または、親会社取締役が親会社や子会社に対して負うかは、本稿の検討の射程外にある。

部委託をした親会社は、これにより分業利益を享受するとともに、「当該業務に伴って情報を取得する」地位、可能性を、子会社に移転させている。これにより、当該業務に伴って取得される情報については、自らは善意の状態にとどまる。他方で、親会社は、仮に外部委託を選択せず、当該業務を内部で処理していれば、同じ情報を組織内で取得していたはずである。この場合、親会社は当該情報につき悪意者となって法律上不利な扱いを受け、その反面、親会社の取引相手は、親会社が善意のときと比べて有利に扱われているはずである⁽¹⁶¹⁾。したがって、外部委託の場面で親会社を善意者と扱うことは、その取引相手にとっては、自らの法的地位が、内部処理と外部委託とのいずれを選択するかという親会社の決定に左右されてしまうことを意味する。この結論は、取引相手にとって不合理である。そこで、相手方保護の観点から、親会社には、委託業務に伴って取得された情報が自社に伝達されなかった場合の不利益を、分業利益の代償として負わせるべきである。

第4章 結語

本稿の最後に、本稿が提案する解釈論の骨子を簡単にまとめたうえで、今

(161) 例えば、前記東京地判昭和61年の事案で、保険会社が告知義務違反にかかる事実調査を自社内で自ら行っていたとする。この場合、被保険者に告知義務違反があったという情報は、当該事実調査に伴い保険会社の組織内で取得され、保険会社はその時点で直ちに悪意者となっていたはずである。これによって、除斥期間はその時点から進行を始め、それだけ、保険契約者側に有利となる（なお、事実調査を担当した部門と解除権行使を担当する部門とが組織内で異なる場合には、部門間での情報不伝達の問題が生じうるが、この場合にも、情報不伝達のリスクは保険会社が負い、保険会社は、原則として、事実調査を担当した部門が情報を取得した時点で、当該情報につき悪意者となると解される。この点については、拙稿・前掲注(111)157頁以下、161頁以下を参照）。

同じく第1章第1節で挙げた親会社(売主)の契約不適合責任(572条)との関係でも、事情は同様である。この事案で、親会社が、売買目的物である土地を組織内部で管理していたのであれば、その管理に伴って地中障害物の存在を自ら認識していたはずである。このため、後に自社が行う売買契約との関係でも、当該情報について当然に悪意者となり、免責特約の援用を不許とされていたはずである。その結果、相手方(買主)は、親会社が地中障害物につき善意であるときと比べて、有利に扱われる(ここでも、土地を管理していた部門と売買契約を担当した部門とが組織内で異なっていることがあるが、この場合に生じる問題については前記と同様に解される)。

後の検討課題を確認しておこう。

本稿が提唱する基本的な考え方は以下のとおりである。親会社の法律関係を決するにあたって子会社（その役員・被用者）の事実認識を考慮するには、子会社の悪意に基づく効果を、親会社に引き受けさせることが必要である。この効果引受け（悪意の効果帰属）は、子会社から親会社への情報不伝達のリスクを親会社に負担させてもよい場合に、これを正当化できる。そして、このリスク負担の許否を判断する際には、会社法上、親会社は、①子会社に対して情報提供・情報伝達を求める法的権利を有しないこと、②子会社に対する介入は原則としてその裁量に委ねられていることを考慮するべきである。これによれば、親会社は、原則として、子会社から自社への情報不伝達のリスクを負わず、子会社の悪意に基づいて不利な法律上の効果を受けることはない。ただし、例外的に、自己の業務を子会社に外部委託した場合において、子会社が当該業務で情報を取得したとき、親会社は、子会社の悪意に基づく不利な効果を、自社の取引相手との関係で負うべきである。この結論は、親会社による外部委託の選択によって、その取引相手の法的地位が害されないようにする、という考慮に基づく。

ただし、以上で説明した親子会社間の分業・外部委託は、子会社の悪意の効果を親会社に引き受けさせる根拠の、あくまでひとつにすぎない。ドイツ法では、分業・外部委託のほかにも、この効果引受けを正当化する根拠として、複数の可能性が提案されている。これらの可能性についてはドイツ法でも評価が一定しておらず、今後の議論の動向を注視する必要があるものの、日本法の解釈としても、同議論を手がかりにして、外部委託以外の根拠を検討していきたい。この点が、今後の検討課題の第1である。そして、第2に、子会社が親会社の悪意に基づく効果を引き受けるべき場合があるかを検討することも、今後の課題となる。子会社は、親会社から自社への情報伝達を確保する手段を法律上保障されておらず、その意味では、親会社からの情報不伝達のリスクを子会社に負わせることは原則としてできない。もっとも、子会社と親会社の間に分業関係がある場合（例えば、子会社が、自社の情報管理を親会社に委託している場合）などには、例外的に親会社内の情報に基づいて子会社を悪意者と扱うことが正当化されることもあるのではない

か。この場合、子会社が、自社に関する情報の管理業務を親会社に委託したことにより、悪意者の扱いを免れるのは不当である、ともいえそうだからである。

さらに、より根本的な問題として、会社(法人)の悪意を法律上認めるために自然人の認識を常に必要とするのかを改めて検討することも、今後の重要な課題である。会社(法人)の悪意判断をめぐる従来の議論は、本稿および筆者自身の先行研究も含め、ある自然人が情報を認識していることに基づいて会社を悪意者とできるかを、検討の対象としてきた。これに対して、昨今の情報技術の発展によれば、自然人(役員や被用者)が認識していない(認識できない)膨大な量の情報が、会社内の電子記録媒体に自動的に集積され、処理されていくことが、今後は常態化していくと思われる。このように組織内に現存するものの、自然人は誰も認識していない情報について、会社を悪意者とできるか。自然人の認識を前提とする従来の理論枠組では、こうした問題に対応できないのである⁽¹⁶²⁾。

以上の問題を今後の課題と確認し、ここでひとまず擱筆する。

(本学法学部准教授)

(162) この点を指摘する先行研究として、加毛明「法人における事実認識の有無に関する法的判断の構造」神作裕之編『フィデューシャリー・デューティーと利益相反』(2019年)171頁。本稿が比較研究の対象としたドイツ法でも、同様の問題意識から、従来とは大きく異なる悪意判断の理論が、近年提唱されている。グスキの所説がそれであり(*Roman Guski, Was wissen Verbände? Zur "Wissenszurechnung" im Gesellschaftsrecht, ZHR 184, 363 (2020)*)、同説は、システム理論の知見に基づき、自然人の認識状態を介さずに、組織体そのものを認識の主体とする理論を提唱する。これによれば、会社は、自己統制をする自律的な組織システムとして、システム固有の認識(システム認識)を有する。ある情報がシステム内部のコミュニケーションで利用可能である場合、当該情報について組織体のシステム認識を認めうる(S. 382ff., S. 388)。したがって、例えば情報が電子媒体に記録されているだけで自然人が誰も同情報を認識していないときであっても、会社の悪意を認めることができるし、反対に、組織内の誰かが情報を知っていても、そのことだけでシステム認識が認められるわけではない(S. 384)(同様の問題意識を示す論稿として、*Carmen Freyler, Das Wissen der juristischen Person und die Informationsverantwortung im Konzern, BB 2021, 2178*)。この論点については、さらなる議論の進展が予想されることであり、今後の動向に注目していきたい。

論 説

アートメイク規制の合憲性について ——「イレズミ」をめぐるもうひとつの憲法問題——

上田 健介

はじめに

- 一 日本におけるアートメイク業の生成と発展
 - 1 アートメイクとは
 - 2 アートメイク業の生成と発展
 - 3 医療（とくに美容外科）との違い
 - 二 諸外国におけるアートメイク業とその規制
 - 1 英国
 - 2 米国
 - 3 カナダ
 - 4 EU 諸国
 - 5 小括
 - 三 日本におけるアートメイク業に対する規制とその合憲性
 - 1 医師法 17 条による規制
 - 2 医師法 17 条による規制の合憲性
 - 3 近時の最高裁による医師法 17 条の解釈とアートメイク
- おわりに

はじめに

イレズミ（タトゥー）の施術行為が医師法 17 条にいう「医業」に当たるかについて、最決令和 2 年 9 月 16 日刑集 74 卷 6 号 581 頁（以下「令和 2 年決定」という）はこれを否定して一応の決着をみた。この「大阪タトゥー裁判」を契機として、イレズミをめぐる法的問題についての検討が学界でも進み、その中でこの規制には職業の自由に抵触するという憲法問題があるということも明らかとなっている⁽¹⁾。

もつとも、ここで規制対象となったイレズミは、様々な文様・図柄を身体の諸部位に彫る、いわば伝統的なものである⁽²⁾。これに対し、メイクのためにイレズミと類似の方法で皮膚に色素を注入する施術行為(アートメイク〔コスメティックタトゥー〕⁽³⁾)もまた、医師法17条に基づく規制対象となるかが問題となるところ、近時はこれを肯定する行政解釈が通用してきているようにみえる。

しかし、令和2年決定を前提とすれば、かかる解釈は見直されるべきではないか。以下では、アートメイクの内容とアートメイク業の生成・発展について述べた後(一)、諸外国における法状況について紹介し(二)、これらを踏まえたくうえで、医師法17条に基づく規制のあり方につき、憲法22条1項の職業の自由の観点からも含めて、批判的に検討する(三)⁽⁴⁾。

一 日本におけるアートメイク業の生成と発展

1 アートメイクとは

本稿でいう「アートメイク」とは、眉やまぶたのアイラインなどのメイクを、皮膚に針を用いて色素を注入するという方法を用いて行うことをいう。「皮膚に針を用いて色素を注入する」という意味ではタトゥーと同じであるが、目的が異なり、また針を刺す(彫る)深さや使用する機械がタトゥーとは異なる(この点、令和2年判決の調査官解説では、平成2年判決(注(49))

(1) 小山剛=新井誠『イレズミと法』(日本評論社、2020年)、とくに同書所収の曾我部真裕「タトゥー施術規制をめぐる憲法問題」同書92頁、小山剛「職業と資格」同書147頁を参照。

(2) 参照、山本芳美「日本のイレズミの歴史と現在」小山=新井・前掲注(1)30頁。

(3) 本稿では本文のような施術行為について「アートメイク」という言葉を用いているが、令和2年判決やその調査官解説との関係では、注意が必要であると認識している。この点について、一1の冒頭箇所および注(49)を参照されたい。

(4) 本稿の一以下および参照条文は、日本アートメイク推進協会(現:日本コスメティックタトゥー協会)の依頼を受けて2021年5月に厚生労働省に提出した意見書に若干の加除修正を行ったものである。論文としての公表をお認め下さった協会および天野雄介弁護士に御礼を申し上げる。

を参照)に関連して、「アートメイク」を「しみ・あざ等を目立ちにくくする施術」と説明するが⁽⁵⁾、本稿でいう「アートメイク」とはこれとは異なるものであり、注意を要する)。

施術の技法は、大きく、機械によるものと手彫りによるものに分かれる。機械は、ペン状で、電動で、皮膚を彫り、色を付けるものである。機械は、外国(米国、中国、台湾等)の専門業者が製造しているところ⁽⁶⁾、タトゥー用の機械とは類似しているものの異なる。手彫りの技法は、一本針によるものが基本であるが、針の本数が3本、5本、9本など様々に異なる。また、彫る深さは表皮と真皮の境あたりまで、すなわち0.08ミリ前後⁽⁷⁾であり、タトゥーが約2ミリ⁽⁸⁾であるのに比較して浅いという点でも違いがある。

2 アートメイク業の生成と発展

アートメイクという言葉が初めて用いられたのは、A氏が1988年に自らの会社名に「アートメイク」を入れたときである。「アートメイキング」という言葉は、それより少し前、1980年代前半頃に、名古屋で、「アートメイキング三井」という会社によって使われ始めたようである⁽⁹⁾。その後、A氏が1988年に「アートメイク」の会社を設立した当時、アートメイキングを業としていたのは、名古屋で3社ほどであったという。もっとも、「アー

(5) 池田和史「判解」法曹時報74巻6号(2022年)198頁、234頁。

(6) たとえば、アメリカのbiotouch社は、1980年代半ばに創業され、33カ国・地域で製品を販売している。

(7) アートメイクの施術者のウェブサイトには、0.02～0.03ミリという数字を掲げるものがあるが、それだと角質になり1カ月ほどで取れるので、それはあり得ないのではないかとのことである。もっとも、アートメイクの施術を教える学校の中には「真皮の上層部まで彫る」という指導をしているところもあるようである。

(8) 参照、彫静ウェブサイト<<http://horisei.jp/whats/>>(最終確認日、2022年11月30日。以下同じ)。

(9) 同社の会社としての設立は1986年であるが(大阪地判平成10年9月28日判時1682号78頁の中に、その旨の記述がある)、「アートメイキング」の業自体はこれよりも少し前から行われていたかもしれないとのことである。また、2008年の新聞記事に「日本でアートメイクが始まったのは約30年前。当初、主な利用者は視力低下などでうまくメイクができなかった高齢者だった」との記述がある。毎日新聞2008年5月29日朝刊12面。

トメイク三井」社の当時の施術は、台湾における眉を青く深く彫る技法によっていた。両眉を15分ほどで彫ることができ、また一度彫った眉は、「刺青」と同様、ずっと消えないもので、「入れ墨眉」などと呼ばれていた。これに対し、A氏は、技法は台湾で修得したが、より自然な仕上がりとなるよう、片眉に1時間ほどをかけて、彫りをより浅く緻密に行い、また色も青ではなく茶系統にするという技法を編み出した。その仕上がりも従来の「入れ墨眉」と異なり、ナチュラルなもので、また時間が経てば消えるものであった。そこで、A氏は、この施術を従来の「アートメイク」から区別するために「アートメイク」と名付けたのであった。この新たな技法が利用者の評判を呼び、A氏から技法を学ぶ者が増え、各地で施術者が増えたことが、日本においてアートメイクが広がった大きな契機であったといえる⁽¹⁰⁾。

その後、1990年代を通し、アートメイクは普及をし、遅くとも2000年代前半には一般的な普及をした。次の記事がその消息の一端を示している。

若い女性に人気のアートメイクも、実は高齢者のおしゃれに向いている。アートメイクは入れ墨の要領で、皮膚の上層部に染料を針で染み込ませ、まゆ毛の形などをデザインする。入れ墨と違い、数年後には薄くなって落ちていく。「まゆ尻が下がったり、薄くなったりした高齢者がアートメイクでまゆ毛を描くと、印象がぐんと若返るし、毎日の化粧の手間が省ける」と××は薦めている⁽¹¹⁾。

顔全体を印象付けるまゆ。目元をくっきりさせるアイライン。「これアートメイクなんです」。洗っても落ちないメイク法、それがアートメイク。いま、女性の間で静かなブームになっている。3~4回に分けて皮膚の表面に色素を定着させる。1カ月半ほどで今までとは違った自分に。「まゆの高さやラインが決まるので描くのも楽。24時間、隙(すき)

(10) 次のような記述をする新聞記事も存在する。「アートメイクは、『消えないまゆ』として1980年代後半から広まり、朝の化粧時間が節約できると、若い女性を中心に根強い人気だ」(毎日新聞2000年5月16日夕刊〔大阪本社版〕11面)。

(11) 日本経済新聞2003年4月14日夕刊11面。××は美容室の名前である。

がない美しさを保てるんです」⁽¹²⁾

また、2000年代には、「beauty world」という、ビューティにかかわる商材、情報が展示される見本市で、アートメイクは、エステ、ヘア、ネイルといった業と並んで、ひとつの纏まった分野を形成されていたことが知られる⁽¹³⁾。その当時、日本で1万人を超えるアートメイク施術者がいたという⁽¹⁴⁾（なお、2015年頃から、医療従事者が行う「医療アートメイク」「メディカル・アートメイク」が広がってきている。この点については後述3を参照）。

以上から明らかなおおりに、アートメイクは、もともとは、彫りもの（タトゥー）の一種であったが、眉毛やアイラインなどをより自然なかたちで美しくするため、彫りの深さや着色の方法に独自の工夫を加え、美容目的に特化してタトゥーから派生して独自の発展を遂げた独立の一業種といえる。

3 医療（とくに美容外科）との違い

なお、アートメイクは、その成り立ちからいって美容外科とは似て非なるものである。美容外科は、「大正から昭和初期にかけて欧州のゲルスニー・ヨセフ氏らの美容外科の医療技術が日本に紹介され、日本の民間病院の医師の先覚者達の間で研究され」たのが始まりのようであるが⁽¹⁵⁾、ここでは、二重眼瞼術や隆鼻術が対象であった。現在でも、美容外科の内容としては、二重術・目もとの美容整形、鼻・フェイスラインの美容整形、若返り術⁽¹⁶⁾、

(12) 毎日新聞 2005年9月17日（福岡地方版）26頁。「アートメイクアーティスト」を紹介する記事である。

(13) 時期は下るが、2014年5月の美容業界関係者向け見本市でも、アートメイクの施術用機器を並べる業者がいたことが新聞記事から確認できる。日本経済新聞 2014年8月3日朝刊 30頁。

(14) この「1万人を超える」という数字は、当時、アートメイクの商材を扱う業者から協会のメンバーが聞いた数字である。

(15) 参照、日本美容外科学会ウェブサイト「沿革」<<http://www.jsas.or.jp/contents/history.html>>

(16) 若返り術には、「耳の前のシワ部分から耳の後ろにかけて切開し、たるんだ顔の皮膚や軟部組織を引き上げて固定する」フェイスリフト、「皮膚を切らずに、特殊な糸で引き上げる施術方法」であるフェザーリフト、「ヒアルロン酸またはボツリヌス・トキシン（ボ

プチ整形、豊胸術、脂肪吸引、美容皮膚科⁽¹⁷⁾、ワキガ・多汗症治療、婦人科形成が主たるものであって、アートメイクは入っていない⁽¹⁸⁾。

もっとも、近年、皮膚科医や美容外科医の中に「医療アートメイク」「メディカルアートメイク」と呼ばれるアートメイクを医師、あるいは医師の監督のもとに看護師、准看護師が行う例が増え、現在、この「医療アートメイク」「メディカルアートメイク」が広まっていることもたしかである。しかし、これらの用語が一般的に使用されるようになったのは近年のことである。「日本メディカルアートメイク協会」が設立されたのが2011年、「医療アートメイク学会」が創設されたのが2017年だからである⁽¹⁹⁾。また、「医療アートメイク」「メディカルアートメイク」としてアートメイクを医療機関が行う場合が増えたのも、近年である。これは、一方で、2014年に医師免許を持たない者による施術を医師法違反で摘発する例が増え⁽²⁰⁾、従来からのアートメイク施術師が営業を止めることが増えたためにサービスの供給が減ったこと、他方で、〈医師の監督のもとであれば、看護師、准看護師が施術することは許される〉との厚生労働省の解釈⁽²¹⁾が固まった結果、医療

トックス)を注入・注射する」方法があるようである。参照、日本美容外科学会ウェブサイト「美容外科ってどんなもの?」<<http://www.jsas.or.jp/contents/cosmetic-sergery.html>>

(17) 美容皮膚科には、レーザー治療、光治療、「薬剤を塗り、肌表面にこびり付いている古い角質を剥がし落とす」ケミカルピーリング、「ダーマローラーで肌に効果的なダメージを与え、その回復の過程で、徐々に肌を新しく入れ替えていく肌新治療法」であるスキンヒールセラピーがあるようである。参照、日本美容外科学会ウェブサイト・前掲注(16)。

(18) 日本美容外科学会ウェブサイト・前掲注(16)に挙げられているのは、これら8種である。

(19) 北村久美『だれでも美しい眉が手に入るメディカルアートメイク』(セルバ出版、2016年)149頁、2017年1月27日日本経済新聞13面など参照。このほか、2008年に「日本アートメイク協会」が設立されている。もっとも、公表されている事業報告書を見る限り、この協会の活動は活発ではない。

(20) 「医師免許がないのに眉や唇に色素を注入する「アートメイク」を行ったとして、2014年に摘発された医師法違反は40事件あり、前年の2.5倍に増えたことが26日、警察庁のまとめで分かった。摘発人数も2.9倍の52人に上り、いずれも統計を始めた10年以降の最多となった」。日本コスメティックタトゥー協会ウェブサイト<<https://www.artmake-japan.jp/news/1502263.html>>が引用する時事通信記事を参照

機関がアートメイクを始める例が増えたものだと分析することができる。この分析の当否はともかく、これらの事実は、アートメイクが、元来、医師の業務（医療）に含まれるものではなかったことを傍証しているように思われる。なぜなら、上述のとおり日本でアートメイクが始まったのは1980年代であるのに、医師による施術が広まったのが30年ほど後であるということが推認できるからであるし、「医療アートメイク」、「メディカルアートメイク」と「医療（メディカル）」という形容詞を付すのは、言葉の発生からみてアートメイクそのものが医療とは別のものであることを表象していると解することができるからでもある。また、現在でも実際に医師がアートメイクの施術を行う例は少なく、看護師、准看護師が行うことがほとんどのようであり、さらに看護師や准看護師など医療従事者が施術の技法を学ぶための「学校」も存在する⁽²²⁾。このことも、アートメイクの施術に必要な技能が医療とは別のものであることを傍証している。

二 諸外国におけるアートメイク業とその規制

1 英国

諸外国では、今世紀に入ってから、アートメイク業に対して医業とは区別された若干の規制を定める法制度が整えられてきているようにみえる。以下、数カ国に限られ、かつ各国についても管見の範囲ではあるが、アートメイク業に対する規制を紹介する。

英国では、2003年地方自治法120条による1982年地方自治（雑則）法（Local Government（Miscellaneous Provisions）Act 1982）15条の改正によって、

(21) この解釈は、口頭のものであり、管見の限り文書では存在しない。日本アートメイク推進協会（当時）の者が2016年に厚生労働省にこの解釈の存在につき電話で質問をしたところ、回答は曖昧であったのに対し、2017年に同じ質問をしたところ、明確にかかる解釈の存在を回答されたという。

(22) たとえば、Bio Touch Japan 社（2011年創業）〈<http://biotouchjapan.com/>〉などが知られる。

感染症予防を目的とするアートメイク業に対する規制が導入された(現在の1982年法15条、16条は下記【参照条文1】を参照)⁽²³⁾。規制は、地方自治体の責務とされる。これによれば、アートメイクを業として営む場合には、地方自治体での登録(ライセンス)が必要になる。申請人と営業を行う建物に関する情報を提供して、登録証の交付を受けなければならない(出張して行うことも可能であるが、建物の登録は必要になる)。もっとも、管見の限り、この登録(ライセンス)を得るための要件は、建物、設備および器具の衛生の確保にすぎない。というのは、地方自治体の条例で行われる具体的な規律につき保健省が提示しているモデル条例には、これらの事項しか含まれていないからである(【参照条文2】を参照)。2010年の時点で100を超える地方自治体がこのモデル条例をもとにアートメイクを規制するための条例を制定していたようである⁽²⁴⁾。無登録での営業、条例違反は、刑事罰の対象となる。

ここでは、アートメイク(1982年法にいう「半永続肌彩色[semi-permanent skin coloring]」がアートメイクに該当する)が、タトゥー、美容ピアス等と並列するかたちで規制されている。これは、これらが何らかのかたちで肌に針を刺すため、感染症のリスクや、肌に注入する様々な物質に対するアレルギー性・中毒性の反応のリスク、そして血液中にいるウイルスの感染のリスクに対応する必要があるという点で共通しているからのようである⁽²⁵⁾。

この英国における規制からは、次の3点を引き出すことができる。第1に、アートメイクを、ひとつの独立した職業として位置づけていることである。第2に、アートメイクは、医療に含まれていないことである。1982年法15条8項によれば、医師が監督をする場合には登録(ライセンス)が不要とされている。しかし、この規定は、アートメイクについては、2003年地方自治法による1982年法の改正までは規制がなく、自由に任されていたところ(放任)、この規制が初めて加えられたものの、医師の監督のもと行う場合には感染症予防のための規制を適用する必要がない(もともと要件を

(23) See, Louise Smith, Regulation of tattooing and body piercing businesses, SN/ SC/5079, 2010.

(24) Ibid., p. 2.

(25) Ibid., p. 2.

充足している)のでこれを免除する、という趣旨であると理解できる。第3に、英国の規制は日本でいえば登録制であり、また地方自治体が条例で行う規制も建物や設備、器具の衛生確保にのみかかわるということである。管見の限り、英国にはタトゥーやアートメイクの施術師の公式の資格は存在せず、民間が経営する学校はあるものの国家が公認した養成制度はない⁽²⁶⁾。建物、器具等の衛生を確保し、地方自治体への登録を行うことだけが求められており、これさえ充足すれば、アートメイクは業として誰でも行うことができるのが英国の法状況である(消費者法による一般的な規制、すなわち、財やサービスの提供は合理的な注意とスキルをもって行わなければならない、それが守られなければ契約違反となる、という規制には服する⁽²⁷⁾)。

2 米国

米国では、アートメイク(microblading)の施術に対する規律は、基本的に州レベル(州あるいは地方自治体)で行われている。

連邦政府によるアートメイクに関する規律は、アートメイクで用いる染料についての規律があるにとどまる。また、「規律がある」といっても、その実情は次のようなものである⁽²⁸⁾。すなわち、連邦食料医薬品局(U. S. Food & Drug Administration: FDA)のウェブサイトによると、「FDAは、皮内のタトゥー(パーマネント・メイキャップを含む)に使用されるインクは、化粧品(cosmetics)であると考えている。化粧品に関係して安全上の問題を特定したときには、消費者の病気または傷害を防止するため、調査を行い、適切な処置をとる。インクに使用される色素は、色添加物(color additives)であり、これは連邦食料医薬品化粧品法に基づき流通前の承認に服する。しかしながら、他の優先すべき公衆衛生上の問題が存在し、また、この色素と特別に結びついている安全上の問題の証拠がないために、FDAは伝統的に、タトゥーインクに用いられる色素の色添加物に対して、規制権限を行使してこなか

(26) Ibid., p. 3.

(27) Ibid., p. 3.

(28) 連邦食料医薬品局のウェブサイト < <https://www.fda.gov/cosmetics/cosmetic-products/tattoos-permanent-makeup-fact-sheet> >を参照。

った」という。2004年、2012年、2017年に、汚染したインクからの感染が発生したとの報告や、微生物が混入したとの調査結果を受けて製造業者がインクを自主回収した事例があるが、現在までのところ、FDAは、タトゥーによる悪影響の評価と、タトゥーインクの研究を行っている段階で、これ以上の法的措置をとるには至っていないようである⁽²⁹⁾。

なお、アートメイクにも関係する連邦政府による規律として、もうひとつ、感染症をもたらす物質に職務上触れるおそれがある労働環境にある被用者の保護のため、雇用者に義務づけられる一般的な規律がある⁽³⁰⁾。これは連邦行政命令法典(Code of Federal Regulations) 29編1910.1030条に基づく連邦法上の規制であり(【参照条文3】を参照)、連邦の労働省(United States Department for Labor)の職業安全衛生局(Occupational Safety and Health Administration: OSHA)が所管している。具体的には、血液媒介病原体に被用者が曝露されるおそれを減少させるための計画(曝露コントロール計画)の作成の義務づけ、また血液または感染症をもたらすおそれのある物質との接触を避けるために普遍的予防措置(universal precautions)としての、技術および労働実践を通じたコントロール、また身体保護器具(personal protection equipment. 手袋、ガウンなど)の使用、作業場の清掃の義務づけなどが含まれている。もっとも、繰り返しになるが、この規律は一般的な衛生規則であり、アートメイクに対し特別に適用されるものではない。

州レベルの規制は、タトゥーの施術についてであるが、次のような歴史をたどっている⁽³¹⁾。1960年代前後にタトゥー施術を原因とする肝炎が問題視されて、その防止のためにタトゥーの施術に医療系資格を要求する規制の導入がした州が広がった。その内容は、州により、医師免許を持つ者に限るところ、医師及び医師の監督下に看護師等の医療系資格や「テクニシャン」の資格を持つ者であればよいところなど、様々である。しかし、その後、効果的な感染症対策が定着したこともあり、施術に医療系資格を要求する規制を

(29) 小谷順子「アメリカ——タトゥー施術の医療系資格要件とゾーニング規制の合憲性」
小山=新井編・前掲注(1) 187頁以下、187~8頁も参照。

(30) OSHAのウェブサイト<<https://www.osha.gov/bloodborne-pathogens/general>>も参照。

(31) 小谷・前掲注(29) 188~97頁。

廃止し、タトゥー・アーティストやタトゥー施術施設の免許制、許可制、登録制（これについては後述）に移行する州が増えた。2000年現在で5州がタトゥーの施術に医療系資格を要求する規制を存置させていたが、同年にマサチューセッツ州裁判所の判決がタトゥーの施術も合衆国憲法修正1条の表現の自由の保障を受けるとしたうえで、タトゥーの施術を医師のみに限定する規制は疾病防止のために必要な程度以上に表現の自由を制約しており違憲であるとしたことを契機に、すべての州で（事実上のものも含めて）規制がなくなった。

アートメイクの規制についても、基本的に、タトゥーと同様であると思われる。現在、アートメイクに対する規律として管見の限り確認することができるものは、地方自治体（カウンティ）単位での、body art practitionerとしての登録の義務づけである。この規律は、州ごとに行われ、厳密に言えば州によって規律の内容は少しずつ違いがあるようであるが、大雑把にいつて、body art practitioner または tattoo artist（後者の場合、アートメイクはタトゥーの1種として解されている）としての登録といえそうである。body art practitioner ないし tattoo artist としての登録には、「血液媒介病原体に関する学修証明書（bloodborne pathogens training certificate）の提出が求められるものの、あとはB型肝炎ワクチンの接種証明書が求められるくらいで、身分証明、写真、手数料を提出することで登録証の発行を受けることができる⁽³²⁾。「血液媒介病原体に関する学修証明書」の取得には、血液媒介病原体の拡散の仕組み、拡散防止方法、感染した場合の対応方法等について学習するコースを受講し、これを修了すればよいようである⁽³³⁾。

州による規制の一例として、フロリダ州の規制のあり方をみる。フロリダ州では、上の記述よりやや厳しい規制ではあるものの、なお登録制の中に取

(32) Elite PMU のウェブサイト < <https://elitepmu.com/blog/microblading-license/#:~:text=Microblading%20is%20a%20very%20weird%20industry%20when%20it%20comes%20to%20regulations.&text=For%20most%20states%2C%20California%20included,in%20order%20to%20perform%20microblading.> > を参照。

(33) アメリカ赤十字のウェブサイト < <https://www.redcross.org/take-a-class/classes/bloodborne-pathogens-training-online/a6R0V0000015FUN.html#:~:text=Designed%20for%20those%20who%20are,if%20exposed%20to%20infectious%20material.> > を参照。

まっているものといえる。すなわち、同州では、① tattoo artist としてのライセンスを取得したうえで、②タトゥー施術所のライセンスを取得することが求められる(フロリダ州制定法典〔Florida Statutes〕381.00775条、381.00777条。【参照条文4】を参照)。①のライセンス取得には、「血液媒介病原体に関する学修証明書」に加えて、この学修内容に関する試験の合格証の提出が要求される。この学修のための教育コースと試験については、州が認可を行うようである。また、②のライセンス取得の要件として、施術所が地域の建築、職業、ゾーニングおよび衛生に関するコードを充足していることが求められている。

以上、米国法においても、アートメイクは、州法によりライセンス取得が求められるが、そのためには「血液媒介病原体に関する学修証明書」の取得が求められる程度であり、実質的には登録制といえる緩やかな規律である。また、連邦法上の規律もあるが、それは労働安全衛生法規の一般的な規律にすぎないことが窺われる。米国でも、アートメイクは、職業として自由に行うことができ、ただ安全衛生(血液媒介感染症の防止)の観点からの軽微な規律に服するだけであるとみえる。

3 カナダ

カナダでも、事情は英国・米国と同様にみえる。ブリティッシュコロンビア州を例にみる。同州では、アートメイク(Microblading や Micropigmentation と呼ばれる)の施術師向けに州保健省が出している文書(Fact Sheet)によると、アートメイクの施術には、「特定の、法的に要請された訓練は存在しない」が、「アートメイクは身体を侵襲する施術(invasive procedure)であるので、アートメイクを施術するサロンの所有者および運営者は、感染症の予防およびコントロールの訓練を受けなければならない」、「手洗いならびに感染症の予防およびコントロールのための手続は、健康上の危害を防止するのに不可欠である。これらの手続について環境保健官(environmental health officer)の審査を受けることが重要である」と書かれている⁽³⁴⁾。この記述は、アー

(34) Ministry of Health, Microblading Services (Fact Sheet for Operators BC Ministry of Health),

トメイクを施術するのに、法的な資格（国家資格）は不要であること、ただ設備に対して公衆衛生法上の規律を受けること、を表していると理解できる。

この点、ブリティッシュコロンビア州の公衆衛生法（Public Health Act）は「健康上の危害をもたらすおそれのある活動」に対する規制を定める。具体的には、「規制される活動（Regulated Activities）」の運営者に、健康上の危害の防止措置と、健康上の危害が発生したときの対応措置を講ずることを義務づけ（18条）、規則でライセンスの取得が必要とされる場合の手続（19条）、ライセンスの停止・取消等（20条）、停止・取消等に対する不服申立て（21条）につき定めを置く。ライセンスの取得に関する規則は、州の副総督が定めるが（115条）、同法をうけた公衆衛生法規制活動規則（Regulated Activities Regulation）2条は、「対人サービス施設（Personal Service Establishment）」として、すなわち、「他人の身体に（to or on the body of another）サービスを施す施設」として、理髪店、美容室、スパ、マッサージ店、サウナ、スチームバスとともに、タトゥーを明記して挙げる⁽³⁵⁾。ここには、条文上はアートメイクが明記されていないが、ブリティッシュコロンビア州の当局のウェブサイトによれば、「対人サービス施設」として、まず、大きく「髪、肌、爪および身体の外エルネス」と「身体の変容（Body Modification）」に括ったうえで、後者の中に、ボディピアス、耳ピアス、タトゥー、タトゥー除去と並べて、アートメイクを明示して挙げている⁽³⁶⁾。もっとも、この規則中には、ライセンスに関する規定は存在せず、管見の限り、ライセンスの詳細について定める州の法令を見つけることはできていない。しかし、州保健省が出している上記文書には「すべてのアートメイクの施設は、環境保健官の承認を受けなければならない（should be approved）」⁽³⁷⁾と書かれていること、また

p. 1.

(35) 条文については、< https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/loos87/loos87/161_2011>を参照。

(36) ブリティッシュコロンビア州のウェブサイト< <https://www2.gov.bc.ca/gov/content/health/keeping-bc-healthy-safe/pses-mpes>>を参照。

(37) Ministry of Health, above n. 34, p. 1.

ブリティッシュコロンビア州都のタトゥー規制条例 (Bylaw) が、タトゥーを業として行うには、設備、備品が規律を充たしていることについて医療官 (Medical Health Officer) の承認を得ることが必要だとしているところからすると、このライセンスは、英国と同様に、建物、設備や器具の衛生の確保を要件とするもので、かつ地方自治体の所管事項であることが窺われる。

もう一点、ここで非常に注目されるのは、州政府が出している「身体の変容」に関するガイドラインによれば、「身体の変容」とは「非医療目的で人の身体に改変を加える (altering a person's body) こと」(圏点引用者) とされていることである⁽³⁸⁾。そして、このガイドラインは医師等には適用がないとしたうえで、「保健プロフェッション法 (Health Profession Act) は、医師でない者が『保健プロフェッション』の定義に含まれるサービスの提供および業務の遂行の中で規制活動および規制行為を行うことは罪になる。注射可能な麻酔物質 (anesthetics) および注射可能な顔面整形物質 (facial contouring substances) は、規律を受ける保健プロフェッションの構成員でなければ施術することはできない」との記述もみられる (圏点引用者)⁽³⁹⁾。これらの記述からは、①アートメイクは非医療目的の行為であるので、医師等による業務独占の対象外であると解されていること、②注射をするという行為は、これを医療サービスの中で行うことが医師等による業務独占であると解されていること、③医療サービスの中で行っているか非医療目的で行っているかの判別は、注射であればそこで注入する物質によって行っていること (行えること) が窺える⁽⁴⁰⁾。

(38) See, Health Protection Branch Ministry of Health, 'Guidelines for Body Modification', 2017, p. 1.

(39) Ibid..

(40) この点は、同州のポートムーディにある美容学校のブログ <<https://www.halcyoncosmetic.com/halcyon-cosmetic-clinic-blog/page/2/>> (4月8日付。掲載年は不明である) から覗うことができる。これによれば、やはりアートメイクは (も) 規制の対象にならず、アートメイクの施術師になるにあたり、施術を教える教室はあるが、これも法的に根拠づけられたものでないため、しっかりした訓練を受けたい者は、アメリカの学校に通い、The Society of Permanent Cosmetic Professionals の Certified Permanent Cosmetic Professional (CPCP) という資格を取得するようである。この資格を取得するためには、100時間の講習を受け、また「血液媒介病原体に関する学修証明書」を取得することが

4 EU 諸国

EU 諸国の中について簡単にみると、フランスでは、2008年2月19日デクレ (Décret n° 2008-149 du 19 février 2008) による改正以後、公衆衛生法典 (Code de la santé public) によって、タトゥーと同じ安全衛生上の規制がアートメイク (maquillage permanent) にも適用されているようである (公衆衛生法典 R1311-1 条参照⁽⁴¹⁾)。公衆衛生法典については【参照条文 5】を参照。しかし、アートメイク業の開始にあたって、地方衛生局長 (directeur général de l'agence régionale de santé) に対し、一定の書式による届出が必要とされるにすぎない (公衆衛生法典 R1311-2 条)。そして、施術の実施にあたっては、安全衛生に関する一般的な規則——公衆衛生法典が明記するのは、器具の殺菌及び施術専用の部屋の確保である——を遵守しなければならないこと、この規則に関する研修の受講が義務づけられるだけで (公衆衛生規則法典 R1311-3 条、R1311-4 条)、免状 (diploma) や資格 (qualification) は必要とはされていない⁽⁴²⁾。このほか、公衆衛生法典が定める規律は、廃棄物の取扱い及び使用する針や器具に関する規制 ((R1311-5 条、R1311-10 条)、未成年者に対する施術につき親権者の書面による同意を必要とする旨の規律 (R1311-11 条)、施術前にリスクの説明及び施術後に注意事項の説明の義務づけ (R1311-12 条) にとどまっている⁽⁴³⁾。そして、これらの規律は、医療行

条件となるようである。民間の資格であり、主としてデザインも含めて彫る技術そのものの取得 (証明) のための仕組みにみえるが、資格取得の条件に、先に見た、「血液媒介病原体に関する学修証明書」という、法令上の要請が組み込まれているようである。The Society of Permanent Cosmetic Professionals のウェブサイト < <https://www.spcp.org/information-for-technicians/cpcp-certification/> > も参照。

- (41) フランスの厚生省 (Ministère des Solidarités et de la Santé) のウェブサイト < <https://solidarites-sante.gouv.fr/soins-et-maladies/qualite-des-soins-et-pratiques/securite/securite-des-pratiques-esthetiques/article/tatouage-et-piercing#nh3-15> > も参照。タトゥーの規制について、磯部哲「フランス——公衆衛生法典の仕組みを中心に」小山=新井編・前掲書注(1) 209頁以下、219~23頁を参照。
- (42) 次のウェブサイトを参照。 < <https://www.avise-info.fr/services/dermopigmentation-et-microblading-les-regles-respecter> > 公衆衛生規則法典 R1311-3 条には、資格 (免状) の語が出てくるが、これは、研修を受講したことと同視しうる資格 (免状) という趣旨である。

為(actus des soins)を行う際には適用されないとされるが(公衆衛生法典R1311-13条)、これも、英国におけると同様、医療行為はすでに安全衛生の規律を充足して行われているので、ここでの公衆衛生規制を適用する必要がないので適用を免除するという趣旨だと思われる。

また、ドイツにおいては、医業が医師に独占されておらず、ハイルプラクティカー(Heilpraktiker:「治療師」と訳される)として許可を得れば、医業の遂行が認められる⁽⁴⁴⁾。ハイルプラクティカー法(Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung)1条2項は、「医業の遂行」を「人の病気、苦しみまたは身体の損傷を認定し、治療し、または緩和すること」と定義する⁽⁴⁵⁾。そこで、アートメイク業の規制は、アートメイクの施術にハイルプラクティカーの資格が必要か、というかたちで問題となる。

ミュンヘン行政裁判所の決定(VG München, Beschluss vom 19. 4. 2002)は、まさにこの論点を扱い、そして資格は不要だと結論づけた⁽⁴⁶⁾。すなわち、美容目的の身体への侵襲についても、①手法において医師による病気の治療と同等と認められ、②医師の専門知識を必要とし、③健康上の問題を誘発しうるときは、ハイルプラクティカー法1条が適用され、資格が必要になるとされてきたが、③について、わずかな危険の契機が存在するだけでは資格義務を課すのに十分ではないところ、唇および眉のアートメイクについては、わずかな危険の契機を超える害がもたらされる十分な蓋然性があるとはいえない、としたのである。また、アートメイクの施術には、無菌状態の作業が必要であり、滅菌器、滅菌材、消毒剤を適切に使う能力が要求されるのはたしかであるが、だからといって、手術補助看護師のレベルの医療知識が必要

(43) なお、R1311-6条からR1311-9条は、穿孔器を用いて耳殻及び鼻翼に行う穿孔に関する特則を定める。すなわち、R1311-6条は、この施術に関する特則を定める旨を、R1311-7条は、R1311-2条の定める届出等を行った者のみがこの施術を行える旨を、R1311-8条は、この施術を行う者は衛生に関する一般的な規則を尊重しなければならない旨を、R1311-9条は、装身具の密封包装に、製品名や製造者等の氏名・住所等一定事項を記載しなければならない旨を、それぞれ定める。

(44) 栗島智明「ドイツ——職業の自由の憲法的保障の観点から」小山=新井編・前掲注(1) 226頁以下、229頁。

(45) 栗島・前掲注(44) 229頁(訳語は若干変えている)。

(46) 栗島・前掲注(44) 232～5頁。以下の決定内容もこの文献の要約である。

不可欠かは疑念が残る、とも述べ、資格取得は要求されないとした。

現在、ドイツでは、タトゥーで使用する色素物質に関する規制（「同視しうる物質および物質の調合物を含むタトゥーのための資材規則」〔Verordnung über Mittel zum Tätowieren einschließlich bestimmter vergleichbarer Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen (Tätowiermittel-Verordnung)〕〔2008年11月13日制定 (BGBl. I S. 2215)〕と、感染症予防法およびラントの衛生命令に基づく一般的な保健所の監督はあるものの、アートメイクの業そのものを禁止したり資格を必要としたりするといった特別な規制を見出すことはできない⁽⁴⁷⁾。

このほか、EU法としては、一般製造物安全指令 (General Product Safety Directive) による規律が妥当するようであるが、とくにアートメイク (Permanent Make-up) のインクや処置を取り上げての規律はないようである⁽⁴⁸⁾。

5 小括

以上、欧米の限られた国について管見しただけであるが、ここからは、次のような知見が得られる。第一に、アートメイクに対する規制は、総じて、今世紀に入ってから行われるようになってきているが、その内容は軽微なものである。「ライセンス」が要求される場合でも、その実質は、登録制、届出制といえるものであり、そこで要求されるのは感染症や安全衛生に関する講習の受講（せいぜいその内容に関する試験の合格）にすぎない。アートメイクの施術や関連する知見についての資格は要求されていない。一般的な公衆衛生規制として、施術所の設備や器具の安全衛生の確保が義務づけられているだけである。第二に、アートメイクの施術行為は、これらの規制の導入以前は、一時期の米国を除き、自由であったようであることである。そして第三に、アートメイクの施術行為は医療とは異なるものだと考えられている。これは、カナダ（ブリティッシュコロンビア州）の例をみると明らかであるが、

(47) 施術場所の安全衛生に関する規制は（州によっては？）あるようであるが、管見の限り具体的な規律内容を確認できていない。

(48) 欧州評議会のウェブサイト < <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC101601> > を参照。

他の諸国においても同じであると思われる。上記の規制の意味は、もともと自由であったアートメイク業に対し公衆衛生上の最低限の規律を初めてかけたということであって、もともと医業に独占されていたものを開放したという性質のものではないと理解するのが自然ではないか。

三 日本におけるアートメイク業に対する規制とその合憲性

1 医師法17条による規制

アートメイクの施術を業として行うことに対しては、これが医師法17条にいう「医業」に当たり、医師によらなければならないとの解釈が存在する。すなわち、2000年の厚生省健康政策局医事課長通知(平成12年6月9日医事第59号)が、この解釈を医師法所管の行政官庁の行政解釈として通知したことが知られる⁽⁴⁹⁾。すなわち、「医師免許のないエステサロン従業員

(49) なお、これ以前にも、1989年に「入れ墨メイク」を業として行うことについて、医師法17条の医業に該当する旨の医事課長通知が出されている(平成元年6月7日医事第35号)が、これは、「顔面にあるシミ・ホクロ・あざなどの部分の皮膚に肌色等の色素を注入するに際して(1)問診を行い、その結果をカルテに記入し、(2)シミ部分等に麻酔薬(製品名キシロカイン)により塗布または注射の方法で局部麻酔したあと(3)シミ等の部分の皮膚に針(縫針等をスティック棒に差し込んで、接着剤で固定して作ったもの又は電気紋眉器)によって相当時間反復して刺すことより色素を注入し(その際血を拭き取りながら行う)、又は直接、注射器で液体色素を注入するなどの行為をなすことは医師法第17条の医行為に該当するか」との照会に対し、「御意見のとおりである」と回答したものである。

この照会と回答は、おそらく同時期に次の事案が知られるので、これに関連して出されたものだと推測される。すなわち、1989年「あざが“入れ墨メイク”で治る」ことを広告で知り、顔のあざの治療で通院を始めたところ、その美顔サロン役員が、医師の資格がないのに客に注射し、美顔術を行ったとして、医師法違反で逮捕・起訴されたという事例である。この結果、治療が継続して受けられなくなったとして治療費・慰謝料の支払いと治療費残金の債務の無効確認を求めて提訴したという記事がある(毎日新聞1989年11月5日朝刊26面)。

そしてまた、東京地判平成2年3月9日判時1370号159頁(以下、「平成2年判決」という。)、あざやしみ等皮膚の病変を目立ちづらくしようとするものとして皮膚に針を

が、来店した患者に問診する等して眉、アイラインの形をアイブローペンシルで整えた後、患者を施術台に寝かせ、電動式のアートマシンに縫い針用の針を取りつけたアートメイク器具を使用して、針先に色素をつけながら、皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為をした後、患部をアイスゲルで冷やし、更に鎮静効果のあるキシロカイン等の薬剤、化膿止め薬剤を患部に塗布している」という事案に関して、「非医師である従業員が、電動式アートメイク器具を使用して皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為は医師法に規定する医業行為に抵触すると解してよいか」との質疑に対する、「御照会の行為を業として行えば医業に該当する」との医事課長の回答である。ここで取り上げられている「事案」は典型的なアートメイクの施術だといえるので、この解釈は、アートメイクの施術を業として行うことは「医業」に当たるものだというものだといってよい。

また、その後再度、同様の通知が出されている。2001年の「医師免許を有しない者による脱毛行為等の取り扱いについて」（平成13年11月8日医政医発第105号）がそれである。これによれば、「以下に示す行為は、医師が行うのでなければ保健衛生上危害の生ずるおそれのある行為であり、医師免許を有しない者が業として行えば医師法第17条に違反すること」とされ、

用いて色素を注入する行為を業として行ったことが医師法31条1項1号、17条に違反するとして有罪（懲役1年）としたが、この判決もおそらくこの事例のことであると思われる。

もっとも、この事例は、眉を描くといった通常の（そして本稿でいう）アートメイク（コスメティックタトゥー）ではなく、あざ、しみ、火傷跡等を目立ちづらくするため、皮膚の弱い箇所施術を行っているものであること、客から痛みを訴えられるので施術の際に大量の麻酔薬を使用しているものであること、といった点で特異なものであったという点には注意が必要である。

また、この判決は、「医行為とは、医師の医学的知識及び技能をもって行うのでなければ人体に危険を生ずるおそれのある行為をいい、これを行う者の主観的目的が医療であるか否かを問わない」と述べ、主観的目的が医療でなくても医行為に当たると明言したが、「[医] 領域性を問わないと明言する判決は、これが唯一のものであり、また全体の流れからみると突出したものである」（辰井聡子「医行為概念の検討」立教法学97号〔2018年〕285頁、278～7頁）、「医行為に主観目的を問わないとして、傍論的に入れ墨行為について医行為該当性を認めているが、医療関連性がない行為の医行為該当性を認める趣旨か否かは明らかではない」（池田・前掲注（5）219頁）と評価されている点にも注意が必要であろう。

その行為のひとつとして、「針先に色素を付けながら、皮膚の表面に墨等の色素を入れる行為」が挙げられている。「これらの行為については、『医師法上の疑義について』(平成12年7月13日付け医事第68号厚生省健康政策局医事課長通知)において、医師法の適用に関する見解を示しているところであるが、国民への危害発生を未然に防止するべく、下記のとおり、再度徹底することとしたので、御了知の上、管内の市町村並びに関係機関及び関係団体等にその周知を図られるようお願いする」という趣旨で発出されたものである。これらの通知が契機となって、以後、アートメイクの施術師が医師法17条違反で逮捕・起訴される例が増えているように見える。

このような医師法17条の「医業」に関する解釈は、《医師免許を取得した医師でなければアートメイクを業として施術できない》という規制(以下「本件規制」という。)と理解することができる。

2 医師法17条による規制の合憲性

(1) アートメイクの「職業」該当性と制約の存在

しかし、本件規制は憲法22条1項に違反するのではないか。憲法22条1項は「何人も、公共の福祉に反しない限り、……職業選択の自由を有する」と定める。ここで職業とは、「人の生計の維持にかかわる社会・経済的活動」⁽⁵⁰⁾、「その人の生計を立て、それを維持するための経済的・社会的活動」⁽⁵¹⁾、「人が社会において、通常は生計を得ることを目的に、一定の継続性をもって行う活動」⁽⁵²⁾などと説明される。これを整理すれば、「職業」とは、①生計を得ることにかかわる、②社会・経済的な、③(①のコロラリーともいえるが)継続的な活動であると言える。最高裁によれば、職業選択の自由を憲法が保障する基本権のひとつとしたのは、職業のもつ次の性格と意義に着目したものである。すなわち、「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて

(50) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2019年)334頁。

(51) 初宿正典『憲法2〔第3版〕』(成文堂、2010年)336頁。

(52) 渡辺康行ほか『憲法I』(日本評論社、2016年)324頁〔宍戸常寿執筆〕、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017年)462頁〔宍戸常寿執筆〕。

社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。右規定が職業選択の自由を基本的な権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものということができる⁽⁵³⁾。職業が個人にとって生計の手段という意味で重要なものであるだけでなく、自己の個性を発揮する場という意味で個人の生にとってかけがえのないものであり、さらに、分業社会の中で社会の発展に資するという観点からも意義があるからだというのである。このような意義に照らせば、「職業」の範囲は、できるだけ広く捉えるべきである。また、昔からある職業だけでなく、社会や技術の進展に伴い、また人間の創造（イノベーション）によって新しく生成する職業も、憲法 22 条 1 項の保護範囲に含まれると解される。

アートメイクも、一及び二で述べたことからすると、1970 年代頃から、東アジアをはじめ世界各地に古くからあった「刺青」の技法を応用し、眉を皮膚の表面に化粧の都度描く代わりに皮下のごく浅い部分に着色を施すことで長期間維持して美容に資するサービスとして、創造（イノベーション）によって生まれ、ここ数十年の間に世界中で広まった、ひとつの職業であるということができる。それは、当然のことながら、アートメイクの施術師が生計を得ることにかかわる継続的な活動であり、また顧客の幸福の増進に資する——だからこそ世界中で広まるだけの需要があるわけである——社会・経済活動であるといえる。

なお、憲法 22 条 1 項の保護範囲について、近年、次のように論じる学説がある。すなわち、「殺人請負業、麻薬・覚醒剤の密売業等のように、公共の福祉に明らかに反する『職業』は憲法の保障の対象ではなく、したがってこれらの反社会的職業の禁止は、あえて職業選択の自由の制限と捉える必要はない」とする説である⁽⁵⁴⁾。この点、従来は、「売春を助長する行為を刑罰をもつて禁止することは、結局人の尊厳を保ち、性道徳を維持し、社会を健

(53) 民集 29 卷 4 号 575 頁。

(54) 渡辺ほか・前掲注(52)324 頁〔戸常寿執筆〕。

全ならしめるために必要なことであつて、公共の福祉に適うことは、言を俟たない」として売春防止法12条における管理売春の禁止を合憲とした判例⁽⁵⁵⁾を引き合いに出しつつ、反社会性を帯びる職業の禁止は合憲であると説明されることがあった⁽⁵⁶⁾。この従来の説明は、《反社会性を帯びる職業も、一応は憲法22条1項の保護範囲に含まれる》(しかし、全面禁止というかたちで制約を行うことは合憲である)という捉え方をしていたようにもみえる。これに対し、上で挙げた近時の学説は、《反社会的な職業は憲法22条1項の保護範囲にそもそも含まれない》という認識を示しているといえる。このように、反社会的な職業を職業選択の自由の保護範囲に一応含めるのか否かは、学説上ゆらぎがあるようにもみえる。また、初めから保護範囲に含めないとしてもどこで線引きをするのかは、判例・学説上定かでない。しかし、いずれの説に立つとしても、アートメイクはそもそも反社会的な職業とはいえないであろう。一及び二で述べた通り、アートメイクは、日本国内でも、また世界各国でも普及し、諸外国では(公衆衛生に関する軽微な規制を受けながら)適法な職業であることが明確になっているものだからである。

そうである以上、本件規制は、《医師免許を取得した医師でなければアートメイクを業として施術できない》という規制であるから、アートメイク業を職業として行う自由に対する制約であると評価できる。

(2) 医師法17条による規制の合憲性

本件規制は、アートメイクの施術に医師免許の取得を要求するものであるから、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業選択の自由そのものに制約を課す、職業選択の自由に対する強力な制限である⁽⁵⁷⁾。そして、この規制の目的は、医療及び保健指導が高度の医学的

(55) 最判昭和36年7月14日刑集15巻7号1097頁(引用は1098頁)。

(56) 佐藤・前掲注(50)339頁、初宿・前掲注(51)340頁。

(57) 厳密に言えば、薬事法違憲判決で問題となった適正配置規制が客観的な、すなわち本人の能力や努力とは無関係な許可条件による事前規制であったのに対し、本件における資格制は、主観的な許可条件に基づく事前規制であるので、上記の適正配置規制に比べれば規制は強くない、ということになる。しかし、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制と比較すれば、狭義における職業選択の自由そのものに制約を課すもので強い

知識及び技能を具有した医師により実施されることを担保することで、公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もって国民の健康な生活を確保することであると解される（参照、医師法1条）。この目的は、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的な目的である。いわゆる薬事法違憲判決⁽⁵⁸⁾などが形成した判例法理によれば、このような職業選択の自由に対する強力な制限を消極的、警察的な目的で行う場合、かかる規制は、原則として重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であり、かつ、職業選択の自由に対するよりゆるやかな制限によっては目的を十分に達成できないと認められることを要する。

しかし、本件規制は、この審査基準を用いれば合憲にはならない。たしかに、アートメイクの施術は、人の皮膚の中に針を刺して色素を注入するもので、感染症を引き起こすなど保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為である以上、かかる保健衛生上の危害の発生を防止し、もって国民の健康な生活を確保する、という立法目的が重要な公共の利益であることは否定できない。しかし、この立法目的の達成のために、医師免許を取得した医師でなければ業として施術できないとするのは、過剰な規制である。二でみた諸外国の例をみても、米国では1960年代以降しばらく、タトゥーは医師・医療従事者でなければ施術できないとの規制が存在し、アートメイクもタトゥーの一種として規制の対象とされていたとみられるものの、これを除けば、近年になって公衆衛生法上の若干の規制が導入されるまで、アートメイクは規制の対象となっておらず、いわんや医師でなければ施術できないとする規制は行われていない。それは、人の皮膚の中に針を刺すとはいっても浅いものであるゆえ身体に与える影響が軽微なものであるからであると推察される。また、近年になって諸外国で導入された規制も、感染症の予防・対策についての講習・試験合格の義務づけ、施術師の氏名や施術場所の地方自治体への登録、施術場所や設備、器具等の衛生状態の確保といった弱いものにとどまっ

規制であるといえる。また、資格制といっても、医師免許の取得は非常に困難を伴うもので、主観的な許可条件に基づく事前規制の中では規制の程度が強いものであるということもできる。後掲注(59)も参照。

(58) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。

ている(「ライセンス」と言われるが、日本法に引き付けていえば届出制・登録制であり、許可制と性質づけるとしてもそのための要件は軽い)。また、アートメイクで用いる資材についての規制を行う国・地域もあるようであるが、これもまた、職業活動の内容及び態様に対するゆるやかな制限である。これら諸外国における状況をみれば、上記の立法目的は、本件規制のごとく医師免許の取得までを義務づけなくとも、感染症の予防・対策の講習・試験合格の義務づけ、施術師の氏名や施術場所の登録、施術場所や設備、器具等の衛生状態の確保の義務づけといった、職業選択の自由に対するよりゆるやかな制限によって十分に達成できるといえる⁽⁵⁹⁾。

また、本件規制の立法目的にアートメイクの施術の適正な遂行が含まれているのであれば、本件規制はこの立法目的の達成とはそもそも無関係であって合理的な措置ですらない。アートメイクの施術行為は、医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、医師免許取得過程等でこれらの知識及び技能を習得することは予定されていないからである。アートメイクの施術行為には、たとえば顧客のそれぞれの顔や目の形に応じた美しい眉の色や形とは何かについての美術的な知識が必須である。また、皮膚に針を刺して色素を注入する技能も必要であり、そしてその技能は、彫りが浅く、より繊細なものが求められるという点ではタトゥーとも異なる独特のものであるといえることができる。このような知識及び技能の習得は、医学部のカリキュラムでも、また医師国家試験においても、想定されていない。この点は、一で述べた通り、医療従事者向けにアートメイクの施術の技法を別に教える「学校」が存在していることから明らかである。

(59) なお、小山剛は、タトゥー規制の合憲性について論じるにあたり、この規制が許可の主観的条件に関わるものであることに着目して、ドイツ憲法裁判所の判断枠組みである狭義の比例性審査、すなわち、「手段は追求される目的との比例を失ってはならない」「手段は追求される目的と適切な比例関係になければならない」という判断枠組みを用いている。そしてこれをタトゥーの施術に医師免許を要求する規制についてみて、「彫師の職業活動と、医師免許取得に際して習得が求められる技能・知識との間には、明らかに開きがある」と述べ、さらに、他の手段によっては立法目的が効果的に達成されえないことが「高い蓋然性をもって証明」されなければならないのにそれがなされていないことや、医師免許を要請することが職業の自由の制約との均衡を失っていることから、比例性が存在していないことを示唆している。小山・前掲注(1)151～5、159～62頁。

以上、本件規制がもし存在するならば、それは、保健衛生上の危害の発生を防止し、もって国民の健康な生活を確保するという立法目的との関連では過剰な規制であり、アートメイクの業務を適正に遂行するという立法目的との関連では合理性を欠く規制であって、アートメイク業を営むという職業選択の自由に対する侵害として憲法 22 条 1 項に違反するということになる。

3 近時の最高裁による医師法 17 条の解釈とアートメイク

もともと、本件規制は、タトゥーの施術行為が医師法 17 条の医業に該当しないとされた令和 2 年決定の解釈を前提とすればとり得ず、現実には《アートメイクの施術を業として行うことは、医師法 17 条によって制限されておらず、自由にできる》という法状態が妥当していると考えられる⁽⁶⁰⁾。

すなわち、令和 2 年決定は、医師でない被告人が、業として、タトゥーショップで、4 回にわたり、3 名に対し、針を取り付けた施術用具を用いて皮膚に色素を注入する医行為を行い、もって医業をなしたとして、医師法 17 条違反に問われた事案であるが、最高裁は、「医師法 17 条にいう『医業』とは、医行為を業として行うことであると解されるところ」「医行為とは、医療及び保健指導に属する行為のうち、医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為をいうと解するのが相当である」とし、医行為というためには、①医師が行うのでなければ保健衛生上危害を生ずるおそれのある行為であるというだけでなく、②医療及び保健指導に属する行為であることが要件となることを明示した（以下②「医療関連性の要件」という）。

そして、最高裁は、医行為該当性の判断にあたっては、「当該行為の方法や作用を検討する必要があるが、方法や作用が同じ行為でも、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況等によって、医療及び保健指導に属する行為か否かや、保健衛生上危害を生ずるおそれがあるか否かが異なり得る。また、医師法 17 条は、医師に医行為を独占させ

(60) 令和 2 年決定については、池田・前掲注(5)のほか、憲法学の観点によるものとして、河嶋春菜「判批」新・判例解説 Watch28 号（2020 年）31 頁を参照。

るという方法によって保健衛生上の危険を防止しようとする規定であるから、医師が独占して行うことの可否や当否等を判断するため、当該行為の実情や社会における受け止め方等をも考慮する必要がある⁽⁶¹⁾として、「ある行為が医行為に当たるか否かについては、当該行為の方法や作用のみならず、その目的、行為者と相手方との関係、当該行為が行われる際の具体的な状況、実情や社会における受け止め方等をも考慮した上で、社会通念に照らして判断するのが相当である」⁽⁶²⁾と判断指針を示した。ここでは、考慮事項として、㊦当該行為の方法や作用のほか、㊧当該行為の目的、㊨当該行為の行為者と相手方との関係、㊩当該行為が行われる際の具体的な状況、実情、㊪当該行為の社会における受け止め方が例示されているのが注目される。

そのうえで、本判決は、タトゥーの施術行為について、象徴的な要素や美術的な意義がある社会的な風俗として受け止められてきたものであって、医療及び保健指導に属する行為とは考えられてこなかったこと、タトゥー施術行為は医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であって、医師免許取得過程等でこれらの知識及び技能を習得することは予定されていないこと、タトゥー施術行為は歴史的にも長年にわたり医師免許を有しない彫り師が行ってきた実情があり、医師が独占して行う事態は想定し難いことを挙げて、被告人の行為は医療関連性の要件を充足しないので医行為にはあたらないと結論づけた。

この最高裁判決が示した医行為該当性の要件、また判断指針に照らせば、アートメイクの施術行為は医行為にあたらないと解される。すなわち、アートメイクも、「針を取り付けた施術用具を用いて皮膚に色素を注入する」という行為であり、これにより感染症等の保健衛生上の危険が存在することはたしかであるが、一で述べた通り、タトゥーと比較しても、針を刺す深さが浅い分だけいっそう危険性は小さい。そして、アートメイクの施術行為の目的は、眉を描くという美容目的である。針を刺す深さが浅いものであるがゆ

(61) 刑集74巻6号583頁

(62) 刑集74巻6号583頁

えに、タトゥーとも異なる繊細な手先の動きに関する技能が求められ、またメイクアップ（化粧）であるがゆえに、それに関する美的感覚が求められる。2（2）で述べた通り、医師免許取得過程等でアートメイクの知識及び技能を習得することは予定されていないことから、アートメイクは医学とは異質の美術等に関する知識及び技能を要する行為であるといえる。

この点、たしかに、アートメイクは、タトゥーと異なり歴史的に長年にわたり行われてきたわけではなく、1970年代頃に発生し、その後、世界中で広まったサービスである。しかし、逆にいえば、それまで医師がアートメイクを医療行為として行っていたという事実も管見の限りなく、いわばイノベーションによって発生した新たなサービスの業態であるといえることができる。二で見たように、諸外国で、近年、アートメイクを公衆衛生の観点から新たな規制の対象とするようになってきているのは、アートメイクが社会で医療とは異なるサービスとして発生し普及してきたことの裏返しと理解することができる。なお、近年、日本では、アートメイクを医師ないし医師の監督のもとに看護師や准看護師が施術を行う例があるのはたしかであり、タトゥーのように医師に独占させると将来タトゥー施術行為を業として行う者が消失する可能性が高いということまではいえない（参照、最判令和2年決定の草野耕一裁判官補足意見）。しかし、アートメイク業の創成期から活躍し優れた技能を有している施術師が活動できない一方、医師の監督のもとに看護師や准看護師が施術を行う場合にはデザイン面で不足があるようであり、このままでは業としての発展が適切でないかたちで抑制されるおそれがある。2（2）で述べた通り、医師に独占させることは、安全衛生の観点からの規制としては過剰であり、独自の美術等に関する知識及び技能を確保、発展させるといふ観点からは、合理性を欠いている。

他方、アートメイクは、メイクアップ（化粧）の一種といえるものである。タトゥーについて、日本では一部の反社会的勢力が自らの存在を誇示するための手段として利用してきた事実があるため、公共的空間においてこれを露出することの可否について議論を深めるべき余地はあるのだとしても（令和2年決定における草野耕一裁判官補足意見を参照）、アートメイクについては、公共的空間においてこれを露出することの可否はそもそも問題となら

ない。むしろ、自然でかつ美しいアートメイクは社会において肯定的に受け入れられてきているといえる。アートメイクに対する需要がこの数十年の間に日本だけでなく世界中で高まっているのは、まさにそのことを裏付けている。

これらの事情を総合的に考慮し、さらに、タトゥーの施術行為が現在は医師法17条にいう医行為に該当しないとする令和2年決定の判断と比較してみると、アートメイクの施術行為は、医師法17条にいう医行為に該当しないと考えられる。そうであるならば、《アートメイクの施術行為を業として行うことは、医師法17条によって制限されておらず、これを自由に行うことができる》というのが現時点での法状態とみることも十分に可能である。

なおこの点、令和2年決定の調査官解説は、「補論」として、「入れ墨と同様に、皮膚に針を用いて色素を注入する行為であるアートメイクのうち、多くの事案は、美容目的やしみ等を目立ちづらくする目的で、色素を付着させた針で眉、アイライン、唇等に色素を注入する施術であるから、上記美容整形の範疇として医行為に当たる」などと述べる控訴審判決を引用するかたちで、「美容整形手術やアートメイクも、本決定の示す判断方法に従って検討すれば、医療及び保健指導に属する行為と判断されることになるように思われる」と述べる⁽⁶³⁾。しかし、一で述べたアークメイク(コスメティックタトゥー)業が発展してきた経緯やその内容、美容整形との違いに鑑みれば、いささか勇み足の記述ではないか⁽⁶⁴⁾。二で述べたように、諸外国での実態や規制のあり方に鑑みても、アークメイク(コスメティックタトゥー)はむしろタトゥーの一種として取り扱い、美容整形とは区別されるべきであると考ええる。

おわりに

アートメイクは、ここ40～50年ほどの間に、タトゥーをもとにして創造

(63) 池田・前掲注(5)238～9頁。

(64) 「補論」であるから本判決とはもともと別の議論だと解することもできる。

イノベーションされ、発展し、世界中に普及した、ひとつの新しいサービスである。それは、美しい眉を手入れ不要なかたちで描くことで顧客の幸福を増進する業であるとともに、独自の知識と技能をもって施術行為を行うアートメイク施術師にとっても職業として重要なものである。また、社会全体としてみた場合でも、アートメイクは、国富の増大に繋がるひとつの産業であるとみることができる。

にもかかわらず、医師法の広範ないし曖昧な規制の影響を受けて、アートメイクについても、長年、医師法との関係で適法なのか違法なのかという次元だけで議論され、かつ違法であるとの認識もある時点からの所管官庁の行政解釈によって導かれているところ、その合憲性、ひいてはかかる解釈の適切さについての議論は十分になされてこなかった。さらに、タトゥーの医行為該当性を否定した令和2年決定によって、アートメイクの医行為該当性に関する上記の解釈も変容を被る可能性が高いにもかかわらず、その点が不透明な状況に陥っている。そしてその影で、本来重要であるはずの、アートメイク業の健全かつ適切な発展のためにふさわしい規制のあり方についての議論が放置されてきているように見える。

もちろん、アートメイクには施術行為に伴う保健衛生上の危険が伴うので、何らかの規制は必要であるだろう。しかし、それが医師による独占であるならば、職業の自由に対する過剰な、あるいは不合理な制約であるのは、本稿で論じた通りである。そこで、タトゥーと同様、施術行為に伴う保健衛生上の危険については、医師に独占的に行わせること以外の方法により防止することが考えられる。具体的な方法としては、本稿で瞥見した諸外国の例を参考にすれば、アートメイクの施術行為を業として行う場合の届出制ないし許可制（ただし、諸外国では国家資格〔免許制〕のような厳格なものまでは求められていない。また、許可の条件としても、感染症等に関する知識や感染防止・対応方法の知識の修得が求められる程度であり、メイクアップ等に関する知識及び技能の習得は許可条件とされていないようである）、施術場所や器具・備品等の安全衛生の確保、色素等の資材の安全性の確保が考えられる。また、施術不良に関わるトラブルは、一般的な消費者保護法制的枠内で対応できると考えられる。

このように、保健衛生上の危険等について新たな立法によって対応しつつ、その新たな規制のもとで安心してアートメイクを業として行うことができるようにすることが、アートメイク施術者の権利の観点からも、利用者の幸福ひいては国の経済・産業政策の観点からも求められる。

(本学法学部教授)

＜参照条文＞

○英国

【参照条文 1】1982年地方自治（雑則）法（抄）

第15条 タトゥー・半永続肌彩色（semi-permanent skin coloring）・美容ピア
ス・電気分解（electrolysis）

- ① いかなる者も、本条が効力を有する区域で、本条が効力を有する区域を所管する地方自治体により登録されなければ、次のことを営業することはできない。
 - (a) タトゥー
 - (aa) 半永続肌彩色
 - (b) 美容ピアス
 - (c) 電気分解
- ② 本条が効力をもつ区域において、前項の営業は、その営業を行うために本条に基づき登録した建物でしか行うことができない。しかし、タトゥー、半永続肌彩色、美容ピアスまたは電気分解を営業し本条に基づき登録をした者は、人びとの要請に基づき訪問してタトゥーを施し、また半永続肌彩色、美容ピアスまたは電気分解を行っても、本条に違反することにはならない。
- ③ 地方自治体は、第16条8項b号に従い、本条に基づく登録の申請に基づき、申請人および申請人が営業を行う建物を登録し、申請人に登録証を交付するものとする。
- ④ 本条に基づく登録の申請は、当該地方自治体が合理的に要求する明細書類を付して行うものとする。
- ⑤ 地方自治体が要求する明細書類は、前項の一般性を損なうことなく、次の事項を含むものとする。ただし、申請人がタトゥーもしくは電気分解を行い、または身体に半永続肌彩色もしくは美容ピアスを施す特定個人の情報を含まないものとする。
 - (a) 申請人が営業を行う建物に関する明細書類
 - (b) 16条に基づき申請人
- ⑥ 地方自治体は、本条に基づく登録のために、合理的な金額の手数料を決

定して賦課することができる。

- ⑦ 地方自治体は、次の事項を確保する目的で条例を定めることができる。
 - (a) 本条に基づき登録する建物およびそこでの備品の清潔
 - (b) 登録者および登録者を補佐する者の、登録した営業を行う際の清潔
 - (c) 本条に基づき登録した営業に関連して使用する器具、材料及び装具の洗浄および適切な限りでの殺菌
- ⑧ 本条の規定は、医師として登録された者の監督のもとにおける1項に定める営業の遂行または医師として登録された者の監督のもとにおいて1項に定める営業が遂行される建物には適用しない。
- ⑨ 本条にいう半永続肌彩色とは、人の肌の中への半永続彩色の挿入を意味する。

第16条

- ① 何人も、次の規定に違反した者は、刑事罰の対象となり、略式手続に基づきレベル3を超えない罰金に処する。
 - (a) 第14条1項または2項
 - (b) 第15条1項または2項
- ② 何人も、次の規定に基づく条例の規定に違反した者は、刑事罰の対象となり、略式手続に基づきレベル3を超えない罰金に処する。
 - (a) 第14条7項
 - (b) 第15条7項
- [③ 略]
- ④ 第15条に基づき登録している者が第2項b号に基づき有罪とされたとき、裁判所は、第2項に基づく刑罰の代わりに又は刑罰に加えて、登録の停止又は取消を命令することができる。
- [⑤~⑦ 略]
- ⑧ いかなる者によるものであれ第14条または第15条に基づく登録が本条に基づく裁判所の命令により取り消される場合には、
 - (a) その者は、取り消された登録証を7日以内に当該地方自治体に返上するものとする。これを怠ったならば、刑事罰の対象となり、略式手続に

基づき 50 ポンドを超えない罰金および 1 日につき 5 ポンドを超えない〔滞納の〕罰金に処する。

(b) その者は、その者を有罪とした治安判事裁判所の同意がない限り、第 14 条および該当する場合に第 15 条に基づき地方自治体によって再登録されない。

〔⑨以下 略〕

【参照条文 2】モデル条例（保健省が作成したもの）⁽⁶⁵⁾

第 2 条 建物および設備の清潔を保つため、経営者は、以下のことを確保するものとする。

- (a) 室内の壁、扉、窓、仕切り、床、床のカバーまたは天井を清潔に保ち、および効果的に清潔に保つことができるよう取り替えること
- (b) 施術区域はもっぱら施術のために使用すること
- (c) 施術区域の床が滑らかで不浸透性の表面でおおわれているようにすること
- (d) 施術により生じる廃棄物質その他のごみは、関連法律および地方当局が助言するガイダンスに従って臨床廃棄物（clinical waste）として取り扱い処分すること
- (e) 施術に用いる針は可能な限り 1 回限りの使用としかつ処分可能なものとし、関連法律および地方当局が助言するガイダンスに従って保管し臨床廃棄物として処分すること
- (f) 建物内部の家具および備品は、清潔に保ち、および効果的に清潔に保つことができるよう取り替えること
- (g) 施術区域で顧客が使用する机、椅子および座席ならびに第 3 条 b 項で定める物を処置の前に直接に置く表面は、滑らかかつ不浸透性のものとし、使用直後および各業務日の最後に除菌すること
- (h) 施術の際に用いる机、椅子その他の備品は、不浸透性の用紙でカバー

(65) Department of Health, Regulation of Cosmetic Piercing and Skin-Colouring Business, pp. 19-21.

をし、用紙を顧客ごとに交換すること。

- (i) 施術区域における飲食、喫煙を禁止し、「禁煙」「飲食禁止」の告知を掲示すること

第3条 施術に関連して用いる器具、物質および装置を洗浄し適切な限り滅菌するために、事業主および施術者は、次の事項を遵守しなければならない。

- (a) 施術者は、施術に関連して用いる前に、ガウン、ラップその他の防護服、紙その他のカバー、タオル、布その他の施術で用いる物品を
 - (i) 清潔、良好な状態かつ適切な限り滅菌すること
 - (ii) 他の顧客との関連で使用したものを使用しないこと。ただし、十分に洗浄され、適切な限り滅菌されている資材で構成されているものはこの限りでない。
- (b) 施術者は、次の事項を遵守しなければならない。
 - (i) 施術で用いる、または施術で用いる器具および針を取り扱うために用いる、針、金属器具またはその他の物品もしくは装置を殺菌し使用時まで滅菌された状態を保つこと
 - (ii) 半永続肌彩色のために用いるすべての染料を滅菌し不活性化しておくこと
 - (iii) 各顧客のための染料を保管する容器は、各回の施術後に処分するか、再利用する前に消毒し殺菌すること
- (c) 事業主は、次の事項を遵守しなければならない。
 - (i) 本条例に基づき要求される殺菌（あらかじめ殺菌された物を用いる場合を除く。）および洗浄のための十分な設備および装置を提供すること
 - (ii) 本条例に適合することができるよう、十分な数の安全なガス口および電気コンセントを提供すること
 - (iii) 建物内で常に直ちに利用可能な清潔な湯および水を十分かつ絶えず供給すること
 - (iv) 汚染のリスクを可能な限り避け、第3条a項およびb項にいう物

品を清潔でふさわしい場所に適切に貯蔵するため、十分な貯蔵場所を確保すること

第4条 施術者の清潔を確保するため、事業者および施術者は次の事項を遵守しなければならない。

- (a) 施術者は次の事項を遵守しなければならない。
 - (i) 手および爪を清潔にしかつ爪を短く保つこと
 - (ii) 他の顧客に用いていない、処分可能な医療用手袋を着用すること
 - (iii) 清潔で洗淨可能なガウン、ラップその他の防護服を着用するか、他の顧客に用いていない、処分可能な覆いを装着すること
 - (iv) 表にさらされている腫物、傷、切り傷もしくは開き傷を、不浸透性の包帯で覆うこと
 - (v) 施術区域で喫煙、飲食を行わないこと
- (b) 事業者は次の事項を遵守しなければならない。
 - (i) 施術者専用の、適切かつ十分な洗面設備（湯および水ならびに石鹸または洗剤を含む。）を提供すること
 - (ii) 施術者のための、適切かつ十分な衛生設備を提供すること

○米国

【参照条文3】連邦命令法典（Code of Federal Regulations）29編（抄）

1910.1030条⁽⁶⁶⁾

- (c) 曝露コントロール
 - ① 曝露コントロール計画
 - (i) 本条第(b)項にいう職務上の曝露にさらされる被用者をもつ雇用者は、被用者の曝露を消滅または減少させる曝露コントロール計画を書面で作成するものとする。
 - (ii) 曝露コントロール計画には、少なくとも次の事項を含むものとする。

(66) <https://www.osha.gov/laws-regs/regulations/standardnumber/1910/1910.1030>

- (A) 第(c)項第2号で定める曝露にさらされる職務の決定
 - (B) 第(d)項にいう遵守方法、第(e)項にいう HIV および HBV 調査研究所及び生産所、第(f)項にいう Hepatitis B ワクチン及び曝露後評価およびフォローアップ、第(g)項にいう被用者に対する危険の通知、第(h)項にいう記録保管
 - (C) 本基準第(f)項第3号(i)が定める曝露事故の状況評価の手続
 - (iii) 雇用者は、曝露コントロール計画の複写物を 29 CFR 1910.20 (e) に従い被用者が閲覧可能な状態にするものとする。
 - (iv) 曝露コントロール計画は少なくとも1年に1回ならびに職務上の曝露に影響を与える業務および施術方法の更新を反映しおよび職務上の曝露にさらされる被用者の地位の更新を反映して必要なときにはいつでも見直すものとする。計画の見直しおよび改定の際には、次の事項を行うものとする。
 - (A) 血液媒介病原体への曝露を除去または減少させる技術を反映すること
 - (B) 職業上の曝露を消滅または減少させるべく設計された、商業的に入手可能で効果的な、より安全な器具の考慮および使用に関する証拠書類を毎年提供すること
 - (v) 曝露コントロール計画の作成を求められた雇用者は、効果的な技術および労働実践を通じたコントロールの同定、評価および選択の際に、直接に顧客のケアを担当し汚染された針等に傷が暴露されるおそれのある非管理職の被用者から意見を求めるものとし、意見聴取に関する証拠書類を曝露コントロール計画の中で提出するものとする。
 - (vi) 曝露コントロール計画は、検査要請がある場合には、局長および事務官に提出するものとする。
- ② 曝露測定
- (i) 本条第(b)項にいう職務上の曝露にさらされる被用者をもつ雇用者は、曝露測定を準備するものとする。この曝露測定には次の事項を含む。
 - (A) すべての被用者が職業上の曝露にさらされるすべての職務分類リ

スト

- (B) 一部の被用者が職業上の曝露にさらされる職務分類リスト
 - (C) 職業上の曝露が発生し本基準 (c) 項 2 号 (i) (B) の規定に適合してリストに挙げられた職務分類にある被用者が遂行するすべての業務および施術ならびにこれらの業務および施術に密接に関連する業務および施術のリスト
- (ii) 曝露測定は、身体保護器具 (personal protection equipment) の使用を考慮しないで行うものとする。
- (d) 遵守手法
- ① 総則
- 血液または感染症をもたらすおそれのある物質との接触を避けるために普遍的予防措置 (universal precautions) を遵守するものとする。
- ② 技術および労働実践を通じたコントロール
- (i) 技術および労働実践を通じたコントロールは、被用者の曝露を除去または最小化するために用いるものとする。これらのコントロールを用いた後なお職業上の曝露が残る場合には、身体保護器具も使用するものとする。
 - (ii) 技術を通じたコントロールは、その実効性を確保するため、定期的な計画に基づき、審査し保持または改定するものとする。
 - (iii) 雇用者は、被用者が直ちに使用可能な手洗い設備を提供するものとする。
 - (iv) 手洗い設備の提供が容易でない場合には、雇用者は、手指消毒液 (antiseptic hand cleaner) を清潔な布又は紙のタオルと合わせて提供するか、または消毒布を提供するものとする。手指消毒液または消毒布を使用するときは、石鹸および流水の使用が容易になり次第、手をこれらで洗うものとする。
 - (v) 雇用者は、被用者が手袋その他の身体保護器具を外した後、直ちにまたは容易になり次第、手を洗うことを確保するものとする。
 - (vi) 雇用者は、被用者が血液または感染症をもたらすおそれのある物質

を伴う身体の部位と接触をした後直ちにまたはできる限り速やかに、手およびその他の皮膚を石鹸および水で洗浄し、粘液状の生体膜を洗浄することを確保するものとする。

[以下略]

③ 身体保護器具

(i) 提供

職業上の曝露がある場合には、雇用者は、被用者に費用を負担させないで、手袋、ガウン、研究用コート、フェイスシールドまたはマスクおよび眼鏡、マウスピース、蘇生バッグ、ポケットマスクその他の換気装置などの適切な身体保護器具を提供するものとする。身体保護器具は、通常の使用条件のもと、また身体保護器具の使用時間で、血液または感染症をもたらすおそれのある物質が被用者の作業衣、日常着、下着、肌、目、口または粘液状の生体膜に浸透もしくは到達することを防御しうる限りでのみ、「適切な」ものと考えられる。

[以下略]

④ 清掃

(i) 総則

雇用者は、作業場が清潔で衛生的な条件を維持されていることを確保するものとする。雇用者は、建物内部の作業場の清掃および除去方法に関する適切な書面での予定表、清掃する表面の種類、廃棄物の種類、遂行している作業および施術について決定し実施するものとする。

[(ii) 以下 略]

(c) HIV および HBV 調査研究所及び生産所 [略]

(f) Hepatitis B ワクチン及び曝露後評価およびフォローアップ [略]

(g) 危険の通知 [略]

(h) 記録保管 [略]

(i) 発効日 [略] [以下略]

【参照条文 4】 フロリダ州制定法典（抄）

381.00775 条

- ① 381.00773 条の場合を除き、本条に基づき、タトゥー・アーティストとしてのライセンスを受け、またはゲスト・タトゥー・アーティストとして登録しなければ、本州において、いかなる人間の身体に対しても、タトゥーを施すことはできない。
- ②(a) タトゥー・アーティストとしてのライセンスを申請する者は、省が定める様式に従い、省に対して申請を行わなければならない。申請書には、次の事項を記載することとする。
1. 申請者の氏名及び住所
 2. 申請者が本州においてタトゥーを施す予定であるタトゥー施術所および一時施術所の名称及び所在地
- (b) 省は、次の要件を充たす者にライセンスを付与するものとする。
1. 年齢が 18 歳以上であること
 2. 申請書を提出していること
 3. 381.00781 条で定める申請手数料を支払っていること
 4. 省が承認した血液媒介病原体および伝染性疾病に関する教育コースの修了証明書を提出していること
 5. 前項の教育コースで提供された資料に関する、省が承認した試験の合格証を提出していること
- (c) 省は、前号 4 及び 5 の要件を充足するための対面またはインターネットウェブサイトを通じた教育コースおよび試験を 1 及び 2 以上承認することとする。
- (d) タトゥー・アーティストは、次の情報について、直近のライセンスの発行または更新時に提示したものから変更があるときは、変更後 30 日以内に、省が定める様式で届出をしなければならない。
1. タトゥー・アーティストの氏名及び住所
 2. 直近のライセンスの更新またはライセンスの発行のときから、14 日よりも長い間タトゥーを施術した本州内におけるタトゥー施術所の名称及び所在地

〔③ 略〔上田注：ゲスト・タトゥー・アーティストについての定めである〕

④ (a) タトゥー・アーティストのライセンスは1年間有効とし、毎年更新しなければならない。

381.00777 条

① (a) 381.00773 条の場合を除き、本条に基づきライセンスを受けたタトゥー施術所および一時施術所でなければ、本州において、いかなる人間の身体に対しても、タトゥーを施すことはできない。

(b) 本条に基づき施術所がライセンスを受けていなければ、本州において、タトゥー施術所および一時施術所を運営することはできない。

② タトゥー施術所のライセンスを申請する者は、省が定める様式に従い、省に対して申請を行わなければならない。申請書には、次の事項を記載することとする。

(a) 登録した事業名。当該タトゥー施術所が本州において営業を行う架空の名称を含む。

(b) 当該タトゥー施術所の住所および電話番号

(c) 当該タトゥー施術所の運営者の氏名、メールアドレスおよび電話番号

(d) 本州において施術サービスを行う当該タトゥー施術所の登録代理人の氏名および住所

③ 省は、次の要件を充たす者にライセンスを付与するものとする。

(a) 申請者が申請書を提出していること

(b) 申請者が381.00781 条が定める申請手数料を支払っていること

(c) 当該施術所が地域の建築、職業、ゾーニングおよび衛生に関するコードを充足していること

④ 一時施術所は、永続的施術所と同じライセンスのための要件を充足していなければならない。

⑤ (a) ライセンスは、ライセンスに記載されている場所でのみ有効とする。タトゥー施術所は、場所の変更があるときには、省に、省が定める様式に従い届出をしなければならない。2カ所以上の場所をもつ施

術所は、各場所につき、別のライセンスを取得しなければならない。

- (b) タトゥー施術所のライセンスは、1年間有効とし、毎年更新しなければならない。

〔以下 略〕

381.00779 条

- ① タトゥー施術所または一時施術所は、次の事項を遵守しなければならない。

- (a) タトゥーを当該施術所で施術している間、常に、公衆が容易に認識できるように、施術所の有効なライセンスを掲示すること
- (b) タトゥー・アーティストおよびゲスト・タトゥー・アーティストが、当該施術所でタトゥーを施術する間、381.00771 から 381.00791 で定める要件を充足することを確保すること
- (c) 当該施術所の衛生を常に維持すること
- (d) 州および地方自治体のすべてのコードを遵守すること
- (e) 第4項に基づき、省が立入検査を行うことを受け入れること
- (f) 381.0098 条及び同条に基づき定める規則に適合していること

- ② タトゥー・アーティストおよびゲスト・タトゥー・アーティストは、次の事項を遵守しなければならない。

- (a) 常に、公衆が容易に認識できるように、施術所の有効なライセンスを掲示すること
- (b) 381.00771 から 381.00791 で定める要件を充足する施術所でのみタトゥーの施術を行うこと
- (c) 衛生を常に維持すること
- (d) 州および地方自治体のすべてのコードを遵守すること

〔③④ 略〕

○フランス

【参照条文5】公衆衛生法典(抄)

R1311-1条

本節の諸規定は、皮下侵入を伴うタトゥーの施術の実施に適用する。ここにいうタトゥーの施術には、恒久的メーキャップ(maquillage permanent)及び身体ピアスの施術を含むが、穿孔器を用いて耳殻及び鼻翼に行う穿孔を除く。

R1311-2条

前条の施術を実施する者は、当該活動を行う場所を管轄する地方衛生局長に当該活動につき届出を行うものとする。当該活動の停止についても同じ官署に届出を行うものとする。届出の方法は衛生を所管する大臣のアレテにより定める。

R1311-3条

R1311-1条の施術を実施する者は、R1311-4条により定められる衛生条件(conditions d'hygiène et de salubrité)の研修を受講しなければならない。地方衛生局長がこの研修を実施する資格を付与する施設及び組織の種別、研修の内容並びにこれに相当すると認められる資格は、衛生を所管する大臣のアレテにより定める。

R1311-4条

① R1311-1条の施術の実施は、衛生に関する一般的な規則を遵守して行うものとする。とくに次の規則を遵守するものとする。

皮下に侵入するか又は顧客の皮膚若しくは粘液と接触する器具及びその器具が直接接触する台は、殺菌したものを1回のみ使用するか又は毎回の使用前に殺菌すること

施術所には、施術の実施のための専用の部屋を設けること

② 本条の適用方法は衛生を所管する大臣のアレテにより定める。

R1311-5 条

発生した廃棄物は、感染症のリスクに対する手当ての活動による廃棄物と同一に取り扱う。この廃棄物の排出は、R1335-1 条から R1335-8 条、R1335-13 条及び R1335-14 条の諸規定に服する。

R1311-10 条

- ① 皮下侵入を伴うタトゥーは、L513-10-1 条から L513-10-10 条が定める規定に従ったタトゥー器具によってのみ実施することができる。
- ② 穿孔時に癬痕まで使用する針及び癬痕後に使用する針は、2006 年 12 月 18 日欧州議会及び評議会規則 1907/2006 号の諸規定及び環境法典 L521-6 条 2 項 1 号に基づき定めるアレテに適合しているものとする。

R1311-11 条

未成年者に対して、親権者又は後見人の書面での同意なしに R1311-1 条及び R1311-6 条にいう施術を実施することは禁止する。未成年者に対して施術を実施する者は、3 年間、L1312-1 条にいう監督官庁に同意の証拠を提出できる状態にしておかなければならない。

R1311-12 条

R1311-1 条及び R1311-6 条にいう施術を実施する者は、顧客に対し、施術の実施前には顧客がさらされるリスクにつき、施術の実施後には遵守すべき注意事項につき情報提供を行うものとする。この情報は、施術を実施する場所で見えるように掲示し、顧客に書面を手渡すものとする。この情報の内容は、衛生を所管する大臣のアレテにより定める。

R1311-13 条

本章の規定は保健プロフェッションが医療行為 (actes de soins) を行うときには適用しない。これらの行為について、保健プロフェッションは、医療プロフェッションに関係する法律及び命令の諸規定により規律する。

論 説

議決権信託の有効性について

早川 咲耶

- 一 議決権信託の概要と本稿の問題意識
- 二 議決権信託についての日本法の規律と裁判例
- 三 アメリカでの議決権信託
- 四 まとめ

一． 議決権信託の概要と本稿の問題意識

株主を委託者とし、信託財産を委託者保有株式とし、委託者のために議決権行使をすることを目的とする議決権信託（Voting Trust）⁽¹⁾は、伝統的に小規模閉鎖会社における会社支配の手法として用いられてきた制度である⁽²⁾。公開会社においては会社関係者の持株制度による安定株主機能を期待して、信託を用いた従業員持株制度⁽³⁾が採用されており⁽⁴⁾、ここでも議決権信託が用いられ、現在広く活用されている⁽⁵⁾。さらに、議決権信託は、中小企業の承継ス

-
- (1) 佐藤勲「現代の議決権信託とその実質的效果であるエンブティ・ボータイング」小出篤ほか『前田重行先生古稀記念企業法・金融法の新潮流』39頁以下（商事法務、2013）58頁。
 - (2) 森田果「議決権拘束契約・議決権信託の効力」浜田道代＝岩原伸作編『会社法の争点』102頁以下（有斐閣、2009）。
 - (3) 上場会社について、太田洋監修『新しい持株会設立・運営の実務—日本版ESPOの登場を踏まえて』（商事法務、2011）16－20頁。日本証券業協会「持株制度に関するガイドライン」（令和3年1月1日改正）（https://www.jsda.or.jp/shijyo/minasama/content/20201020_motikabuguideline.pdf）（2022/11/28 接続確認）。非上場会社については、大森正嘉＝後藤陽子『従業員持株会導入の手引 改訂版』（UFJ総合研究所、2005）39-41頁、64-67頁。
 - (4) 従業員持株制度自体は戦前から用いられていた（園田光司「わが国企業における従業員持株制度の発展についての一考察」国際経営診断学会年報13号139頁以下（1981）参照）。

キーム⁽⁶⁾としても活用法が検討されている。

以上のように広範に用いられているにもかかわらず、日本での議決権信託についての法的な議論が広くなされてきたとは言い難い⁽⁷⁾。2010年代には、エンブティ・ボートینگ⁽⁸⁾についての議論が活発となり、その関連で議決権信託についても一定の議論がなされたが、議決権信託そのものの適法性や限界などではなく、議決権分離による株主の行動傾向の変容や、ガバナンスとの関

-
- (5) 2021年3月末時点で、東証上場会社の約9割で導入されている(日本証券業協会2022年6月10日付調査報告(https://www.jpx.co.jp/markets/statistics-equities/examination/tvdivq0000001xhe-att/employee_2020.pdf)(2022/11/28接続確認))。従業員持株会で定められた譲渡制限ルールの適法性を確認した判例として最判平成21年2月17日集民230号117頁。
- (6) 平成20年9月5日中小企業庁「信託を活用した中小企業の事業円滑化に関する研究会における中間整理」(https://www.chusho.meti.go.jp/zaimu/shoukei/2008/download/080901shoukei_chun.pdf)(2022/11/28接続確認)。議決権信託を用いた企業承継については、山田裕子「事業承継目的の株式信託について」信研38号89頁以下(2013)、中田直茂「事業承継と信託」ジュリスト1450号21頁以下(2013)、白井正和「信託を用いた株式の議決権と経済的な持分の分離」信託法研究39号77頁以下(2014)、加藤真仁=辰巳郁「信託を利用した株主権の分離—大阪高決昭和58・10・27高民集36巻3号250頁を踏まえて」ジュリスト462号110頁以下(2019)、辰巳郁「実務的検討：事業承継信託を題材にして」田中亘他編『論究会社法—会社判例の理論と実務』63頁以下(有斐閣、2020)、石綿学ほか「事業承継における信託の活用」金融法務事情2135号46頁以下(2020)等参照。
- (7) 議決権信託については、鴻常夫「証券投資信託と株主議決権の行使」旬刊商事法務研究445号2頁以下(1968)、鈴木竹雄「議決権信託の効力」吉永榮助編『現代商法学の諸問題』259頁以下(千倉書房、1967)、山下正彦「議決権信託の法的性質と効力」慶應大学大学院法学研究科論文集昭和47年度III109頁以下(1972)、中村正俊「株主議決権の信託行使について」法制法学2号59頁以下(1974)、吉本健一「議決権信託に関する若干の法的問題点」阪大法學95号69頁以下(1975)77頁、神田秀樹「有価証券の信託」鴻常夫編『商事信託法制』224頁以下、(有斐閣、1998)、前掲(1)佐藤、佐藤快三「信託受託者の議決権行使とスチュワードシップ・コード」信託法研究41号73頁以下(2016)など。
- (8) エンブティ・ボートینگについては、仮屋広郷「金融工学と会社法」『会社法・金融法の新展開 川村正幸先生退職記念論文集』61頁以下(中央経済社、2009)、得津晶「Empty Votingに関する近時の議論状況」北大法學論集61巻1号200頁以下(2010)、井上聡「共有権と自益権の乖離 (Empty Voting)」岩原紳作他編『会社法施行5年 理論と実務の現状と課題』12頁以下(有斐閣、2011)、佐藤勤「議決権と経済的所有権の分離」南山法學35巻3・4号65頁以下(2012)、日本銀行金融研究所・コーポレートガバナンスに関する法律問題研究会「株主利益の観点からの法規制の枠組みの今日的意義」金融研究31巻1号1頁以下(2012)、白井正和「エンブティ・ボートینگをめぐる議論の状況とそこから得られる示唆」法律時報86巻3号12頁以下(2014)など。

係で検討する文脈が主流であった。

現在広く用いられている議決権信託について、単に法律に規定がないことを理由としてその効果を否定することは適切ではない。他方で、議決権信託の利用法によっては、会社に何らの出資もしない者が、会社支配権を獲得してしまいかねない⁽⁹⁾。議決権信託が、広範囲に用いられているからこそ、その限界や基本的な論点を確認しておくことに一定の意味があると思われる。

本稿では、議決権信託の規律と裁判例を確認した上で、議決権信託の有効性、その限界を規律づける議決権行使の在り方と期間制限について、主にアメリカ法⁽¹⁰⁾を比較対象として、検討を行いたい。

二． 議決権信託についての日本法の規律と裁判例

1 はじめに

日本の会社法及び信託法には、議決権信託についての明文規定は存在しない⁽¹¹⁾。既に記載したとおり、議決権信託は外形的にはあくまでも一般的な株式の信託であるため、原則として信託法の規律を受けることとなる。

また、議決権信託についての裁判例の数も少ない。

2 日本の議決権信託についての裁判例

(1) 大阪高決昭和 58 年 10 月 27 日判時 1106 号 139 頁

本件は、議決権信託について、従業員持株会の規約内容にまで踏み込んで効

(9) 前掲 (10) 菱田 (1960) 178 頁。

(10) アメリカの議決権信託については、島本英夫「Voting Trust 制度を巡る諸問題」法学論叢第 35 巻 2 号 269 頁以下 (1952)、同「アメリカ成文法上の議決権信託制度」同志社法学 13 号 1 頁以下 (1952) 菱田政宏「米国会社法における議決権信託」立命館法学 18 号 70 頁以下 (1957)、同『株主の議決権行使と会社支配』(酒井書店、1960) 161-178 頁、島本英夫「ノースカロライナの議決権信託制度」同志社法学 14 巻 8 号 341 頁以下 (1963)、中野正俊「株主議決権の信託行使について いわゆる議決権信託についての考察」法制法学 2 号 59 頁以下 (1971) 砂田太士「アメリカにおける議決権信託」福岡大学法學論叢第 37 巻第 1 号 1 頁以下 (1992)、前掲 (1) 佐藤、今野美綾「議決権買いと法ルール」同志社法學 64 巻 6 号 1807 頁以下 (2013)、横沢恭平「議決権と経済的持分の分離に関する序説的考察—米仏両国の諸制度を参考に」法学研究論集 51 号 195 頁以下 (2019) など参照。

(11) 立法による制度整備を行うべきと主張するものとして、前掲 (10) 菱田 (1960) 181 頁、松波港三郎「無記名株式」株式会社講座 2 巻 590 頁。

力を判断した珍しい裁判例である。本件は、従業員持株会会員であった従業員に検査役選任申立の株主権者としての地位があるかという点が争われ、タクシ一会社の従業員持株会の従業員持株制度の効力が問題となった事案である。

当該会社の従業員持株会の規約では、従業員と持株会理事との株式信託契約締結によって、当該従業員が持株会の構成員の資格を得ることとなり、持株会から従業員が除名された場合や株式信託契約締結を従業員が拒否した場合には、当該従業員の株式は受託者たる理事に譲渡されることとなっていた。理事と従業員との間での株式信託契約書では、議決権は受託者である持株会理事が行使し、配当請求権と残余財産分配請求権は委託者に帰属し、信託期間は委託者が株主の地位を喪失するときまでと定められていた。

このような従業員持株会のシステムについて、裁判所は、「従業員は、・・・株式信託契約を締結しない者は株式を取得できないから、株式を取得するためには株式信託契約を強制され」ることを指摘した上で、このような「信託契約は、株主の議決権を含む共益権の自由な行使を阻止するためのものというほがなく、委託者の利益保護に著しく欠け、会社法の精神に照らして、無効」と判断した。

本件と同一の信託契約が問題となった別の事案において、大阪高等裁判所⁽¹²⁾は、再度本件株式信託契約について「株主の地位を不可分のものとする会社法の精神にもとる」契約であると評価して無効と判断している。同決定は、本件株式信託契約締結以外に株式取得方法がなかったこと、株主に共益権行使についての指示の権利が認められていなかったことを理由として、無効にしているように思われる⁽¹³⁾。

(2) 東京地判平成7年12月13日判タ938号160頁

本件は、原告が米国法人との間で締結した株式売買契約に議決権信託条項が存在していたところ、原告が、同条項によって定められた条件付き株式買戻契約を根拠として代金支払等を求めた事案である。

裁判所は、「議決権信託契約が日本法上無効」とする当事者の主張を採用した上で株式買戻条項の効果も否定した。

(12) 大阪高決昭和60年4月16日判タ561号159頁

(13) 後者(共益権行使指示の権利)が無効と判示された主たる要因であると指摘するものとして加藤貴仁「理論的検討:従業員持株制度を題材にして」田中亘他編『論究会社法—会社判例の理論と実務』55頁以下(有斐閣、2020)57頁。

(3) 東京地判平成 31 年 1 月 25 日／平成 29 年（ワ）第 32855 号⁽¹⁴⁾

香港法人の株式を保有する原告が、同社法人の株主であり原告の実妹でもある被告との間で締結した株式管理処分信託契約の有効性の確認を求めた訴訟である。

裁判所は、議決権のみを第三者に譲渡する目的である本件株式管理処分信託契約の効力は認められないという被告の主張に対して、「自然人である株主間においては、その支配権を特定の株主に帰属させるべく株式等を譲渡とすることが禁止されておらず、又、その支配を実現するために信託譲渡による方法を用いることを信託法も制限していない」として、「同目的のみからその信託譲渡が不当」であるとはいえないと判示した。

また、当該株式管理処分信託の期間が 30 年であることについては「その期間のみを捉えて不当と評価することもできない」としている。さらに議決権行使について委託者指図権が当該契約に存在しないことについても、「信託法においてそのような制限を合意で設けることが禁止されておらず」、信託契約の効力に影響を及ぼすものではないとして、公序良俗違反の主張を排斥している。

最終的に裁判所は、本件株式管理処分信託契約が有効であると判示した。本件では会社法との抵触について争われた様子がない。

(4) 東京地判平成 31 年 3 月 8 日金判 1574 号 46 頁／東京高判令和元年 10 月 17 日金判 1582 号 30 頁

本件は、上場会社 Y 社の株主総会において取締役選任議案に会社提案と株主提案とが提出され、株主提案議案が可決されたため、Y 社株主が株主総会決議不存確認などを求めて提訴した事案である。本件事案の論点は多岐にわたるが、取引先持株会（保有議決権 1221 個）の理事長 A が、会社提案に対する修正案として株主提案を行い、同持株会の議決権全てを株主提案議案に賛成として投じた点について取り上げる。なお、本件持株会の規約では、会員は取得株式を管理の目的で理事長に信託すること、その議決権の行使については持株会が行うこと、議決権行使については会員が株主総会ごとに持株会に対して書面をもって指示を与えることができることが定められていた。

第一審判決は、「本件持株会の会員は・・・会社提案に賛成する旨の意思・・・を黙示に表示したというべきである。」「本件の事実関係の下において

(14) 2019WLJPCA01258009

は、会員全員から本件会社提案に賛成するとの特別の指示があったとみるのが相当である。」「Aによる本件修正動議に賛成する旨の本件持株会の議決権行使は無効というべきである」と判示した⁽¹⁵⁾。

本判決は、持株会制度による議決権信託の効力を否定することなく、あくまでも問題となった受託者による議決権行使のみを取り上げてその効力を無効と判断した。

3 小括

議決権信託について判断をした裁判例自体少ないものの、その判断は分れている。(1)判決(および同社持株会制度について判断した大阪高決昭和60年4月16日判タ561号159頁)は、「会社法の本質」との抵触を理由として信託契約の効力を否定した。(2)判決は議決権信託契約について特に理由を述べることなく無効としたのに対し、(3)判決は会社法との抵触などは一切検討せず、株式管理信託契約を信託法上有効と判断した。

(4)判決は、信託を利用した持株会の在り方の効力には言及することなく、問題とされた議決権行使行為の効力のみを否定した⁽¹⁶⁾。

三． アメリカでの議決権信託

1 議決権信託の有効性について

当初は議決権信託の無効説も存在した⁽¹⁷⁾が、現在では議決権信託が有効であることについて争いはない⁽¹⁸⁾。ただし「議決権信託」という名前ではあるが、信託対象は株式全体であり、議決権のみを信託することは認められないと

(15) 控訴審でもその判断は維持されている。

(16) ただし④は、認定事実から詳細は不明であるが、議決権を保有する持株会の意思と、同持株会の代表者の意思表示が異なっていたに過ぎない事案との評価も可能であるように思われる。

(17) 松田二郎『株式会社の基礎理論：株式関係を中心として』(岩波書店、1942)667頁以下、同『会社法概論』(岩波書店、1968)139頁、松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法上巻』(弘文堂、1951)201頁など。松田博士は、議決権が人格権であるという前提に立ち、信託の対象となり得ないことを理由として議決権信託について絶対的無効説を主張している(前掲(7)鈴木262-264頁参照)。

(18) 鈴木隆元「従業員持株制度と株式信託契約の有効性」『会社法判例百選 第4版』別冊ジュリスト254号64頁以下(2021)64頁。

いう点で学説は一致している⁽¹⁹⁾。その理由としては、議決権を株主権から別個独立して処分することはできないこと⁽²⁰⁾、議決権は信託財産の対象となる「財産」（信託法3条）には含まれないこと⁽²¹⁾があげられる。

議決権信託は常に有効とされるのではなく、①信託契約の意図によって会社法の精神または公序良俗に反する場合には無効となる説⁽²²⁾、②株主の利益保護（信託期間、解約の自由、議決権行使の指図権）が害されている場合には無効となる説⁽²³⁾、③弱小株主の議決権を不当に制限する等の目的がある場合には会社法310条2項の精神に照らし無効となる説⁽²⁴⁾など分かれている⁽²⁵⁾。

これらの学説は、信託法上有効な議決権信託であっても会社法との抵触を理由に無効となり得る場合があるという点では共通しており、学説①から③の順に抵触規範が具体化されているといえる。これらの抵触規範はアメリカ法の議決権信託の議論と深く関連するため、以下アメリカ法における議決権信託について概観する。

2 アメリカ法

アメリカにおいて、議決権信託（Voting Trust）は十九世紀後半には既に行われていた。当初の議決権信託は、取締役選出を通じた会社支配のために設定されており⁽²⁶⁾、主に企業独占手段として用いられたため、トラスト規制の文脈で禁止されることとなった。アメリカの判例は、当初議決権信託を違法として

(19) 四宮和夫『信託法 新版』（有斐閣、1989）135-136頁。

(20) 神田秀樹『会社法 第24版』（弘文堂、2022）72頁。

(21) 新井誠『信託法 第4版』（有斐閣、2014）340頁。なお、前掲（19）四宮・136頁以下は、議決権が信託財産たり得る「財産権」（改正前信託法1条）に該当しないことを理由としている。信託財産が「財産権」から「財産」に改訂されたが、これは実質改正には当たらないという立場からすると（村松秀樹他『概説 新信託法』（きんざい、2008）3頁）、四宮教授の指摘は現在も有効であるように思われる。

(22) 岩原紳作編『会社法コンメンタール7』（商事法務、2013）〔山田泰弘〕182-183頁は、議決権行使を会社が決定しうような議決権信託、独立第三者が受託者であったとしても委託者／受益者による議決権行使の指図が保障されておらず長期間にわたる契約解約ができない議決権信託を例として挙げている。

(23) 前掲（7）鈴木111頁。

(24) 江頭憲治郎『株式会社法 第8版』（有斐閣、2021）353頁、前掲（1）佐藤60-61頁。

(25) 前掲（18）鈴木64-65頁。

(26) American Bar Association “*Model business corporation act annotated : model business corporation act with official comments and reporter's annotations*” 5th ed (c 2020) § 7.30, p7-211. 前掲（10）菱田（1960）164頁

いた⁽²⁷⁾が、次第にその目的や信託内容が公序に反しない限り議決権信託が有効であるという裁判例⁽²⁸⁾が出されるようになった。その後1901年のニューヨーク州法を契機として次第に州法で議決権信託が認められるようになり、1984年に模範事業会社法において議決権信託を認める規定が置かれ⁽²⁹⁾、現在では全ての州で議決権信託が認められている⁽³⁰⁾。

アメリカの議決権信託とは、株主らと受託者との間の合意又は個々の株主と受託者との間の同一内容の合意によって、株主が、一定期間受託者にその株式を譲渡し、受託者は信託期間中契約の規定に従って、株式の議決権その他の権利を、特定の目的等のために行使する制度⁽³¹⁾である。なお、アメリカにおいても議決権信託は株式そのものの譲渡であり、議決権のみの譲渡ではない⁽³²⁾、との理解に異論はない。

1966年のデラウェア州裁判所⁽³³⁾は、議決権信託の基準について次のような基準(criteria of voting trust)を示した。①株式の議決権が他の所有者の属性から分離していること②付与された議決権が限定された期間の間撤回することが出来ないことが意図されていること③議決権付与に関する主たる目的が会社の議決権支配取得であることの3点である⁽³⁴⁾。法的には、受託者が会社の所有者(legal owner)となり、会社の議決権行使を行使するのは受託者となる⁽³⁵⁾。従って、原則として元々の株主は議決権信託証書(voting trust certificates)を受け取る。議決権信託証書所持人は、会社に対しては第三者であり(stranger)であり、株主総会での議決権行使の権利もなく、その他の帳簿閲覧権等も認められない⁽³⁶⁾。

(27) Bostwick v. Chapman, 60 Conj. 553, 24 Atl. 32 (Shepaug Voting Trust Cases) (1890); Harvey v. The Linville Improvement Co., 118 N. C. 693, 24S. E. 489 (1896); (菱田).

(28) Smith v. Sans Francisco & North Pacific Railway Company, 15 Cal. 584 (1897); Brightman v. Bates, 55 N. E. 809 (Mass. 1900). (筆者未見)

(29) Model Bus. Corp. Act § 7.30 (1984).

(30) Fletcher cyclopedia of the law of corporations § 2075, (2019 revised volume. V5) p 441.

(31) Supra 30 p437-438.

(32) Supra 30 p440.

(33) Lehrman v. Cohen, 222 A. 2d 800 (Del. Sup. Ct. 1966).

(34) 222. A. 2d 800, at 802-803.

(35) 前掲(10)菱田(1952)94頁は、「株式の普通法上の権利は受託者に帰し、現株主には衡平法上の所有者たる地位が残る」とするが、株式の普通法と衡平法との規律の違いは判然としなない。

(36) 前掲(10)菱田(1952)94頁。

ただし、アメリカにおいてもあらゆる議決権信託が適法と解されているのではなく、他の株主の権利が損なわれたり、議決権信託が詐欺的又は不公正な方法で運営されたりした場合には違法となり得る⁽³⁷⁾。

会社の株主名簿には、受託者が株主として登録され、受託者は株式の議決権を行使する。受託者が複数いる場合には、受託者の過半数の決定によって議決権行使の決定を行うこととされている⁽³⁸⁾。この場合、議決権信託契約に何らの規定がない場合には、受託者が議決権行使の決定権を有することとなるが⁽³⁹⁾、会社の解散決議などの場合には、信託契約で明示的な規定がない限り受託者に議決権行使の決定権は存在しないとする裁判例が存在する⁽⁴⁰⁾。

アメリカ法でも、議決権信託は一定期間内であることを前提としている⁽⁴¹⁾。現在ほとんどの州で議決権信託の有効期間は10年間と規定されている⁽⁴²⁾。法定限度を超えた期間条項の議決権信託を無効とする裁判例も存在する⁽⁴³⁾。

信託法上の原則としては、裁量信託 (discretionary trust)⁽⁴⁴⁾においては受託者自身による権利行使が義務づけられており、第三者に委任することは許されないため、議決権行使についても代理人に委任することは許されないと解されている⁽⁴⁵⁾。

3 小括

日本においては議決権信託の有効性限界の線引きが不明確である。

アメリカの裁判例で議決権信託が無効となったものを引き出し、「株主の利

(37) *supra*26)・ABA § 7.30, p7-211、212.

(38) *supra*26)・ABA § 7.30, p7-215.

(39) 前掲 (10) 菱田 (1960) 176 頁。

(40) *Mannheimner v. Keehn*, 41 N. Y. S. 2d 542 (1943).

(41) 前掲 (10) 菱田 (1957) 82 頁。19 世紀末のアメリカにおいて、永久権禁止則違反 (rule against perpetuities) を理由として議決権信託が違法とされたとの指摘がある (前掲 (10) 菱田 (1960) 169 頁参照)。

(42) S. T. Bainbridge *CORPORATE LAW 4th ed* (2020) § 14.2, p522. ただし、模範事業会社法では、当初 10 年間の期間制限が設けられていたが、2013 年改正によって撤廃された (*supra*26) ABA § 7.30, p7-213)。

(43) *In Christopher v. Richardson*, 394 Pa. 425, 147 A.2d 375 (1959) (*supra*26) ABA § 7.30, p7-220 より) (筆者未見)。

(44) 受託者に対して厳格な権限行使の指示がなく、ある程度の自由裁量が認められている信託 (鴻常夫他編『英米商事辞典』(商事法務、1986) 247 頁参照)。

(45) 前掲 (10) 菱田 (1960) 177 頁。

益保護」という共通項でくくりだしている学説(三1②)や、議決権信託の中でも議決権集中による会社支配というところに重きを置いて、根拠条文を会社法310条2項に引きつけて有効無効を判断する学説(三1③)などが存在するが、通説的見解とまでは評しがたい。個人的にはやはり学説③はいささか範囲が狭いと思われる。また、対外的には議決権信託の受託者が会社にとっては株主であって、当然に株主として議決権を行使することができる以上、委任者と受託者の間の信託契約の内容のみによって、会社法310条2項との抵触や、議決権信託の有効性を決してしまうのは、やや違和感がある。一般的持株会の規約では議決権以外の共益権の行使については、規定が置かれていないようである⁽⁴⁶⁾。

アメリカでは、一定期間を超えた議決権信託は無効とされている。しかしながら、信託法は、後継ぎ遺贈型信託(信託法91条)と受益者の定めのない信託(信託法259条)以外に、信託期間を定めた規制は存在しない。ただし、長期にわたる信託期間を設定する信託契約については、民法上公序良俗に反し無効となりうるとの指摘⁽⁴⁷⁾は存在する。

四 まとめ

議決権信託は非常に幅広く用いられている株式管理方法である。しかし、その根拠は会社法にも信託法にも明文では存在しない。このような議決権信託について、会社法の法理に抵触するとして効力自体を否定した裁判例も存在している。日本での議論のモデルとなっているアメリカのVoting Trustは、そもそも会社支配目的が要件とされているので、日本の上場会社などの持株制度とはその性質を異にする。

議決権信託が、会社法との抵触を理由としてその効果が否定されることの限界はどこに存在するのか、議決権信託の用いられ方も含めて、再度検討するに値するようになると思われる。

* 本稿は、日本証券業協会第8期客員研究員の研究成果の一部である。

(本学法学研究科准教授)

(46) 牛丸與志夫「従業員持株制度の問題点」浜田道代=岩原伸作編『会社法の争点』(有斐閣、2009)62-63頁。前掲(3)ガイドラインにも共益権についての規定は見当たらない。

(47) 前掲(6)石綿ほか53頁。

上智大学法学会教員名簿

(アルファベット順 ●法学会会長 ○編集委員)

安西	明子	卷	美矢紀
朝山	芳史	松本	尚子
東	史彦	三浦	まり
筑紫	圭一	溝渕	将章
出口	耕自	森下	哲朗
江藤	淳一	永野	仁美
羽生	香織	永下	泰之
●原	強	越智	敏裕
早川	咲耶	大橋	真由美
堀口	健夫	岡部	みどり
伊藤	栄寿	○奥田	純一郎
○伊藤	渉	佐藤	結美
伊藤	雄司	宍戸	博幸
岩崎	政孝	田頭	章一
岩下	雅充	田澤	奈津子
兼原	敦子	照沼	亮介
加藤	浩三	富永	晃一
川瀬	剛志	土田	亮
北村	喜宣	対木	和夫
駒田	泰土	上田	健介
小山	泰史	梅村	悠
楠	茂樹	善塔	章夫
桑原	勇進		

令和5年3月10日 印刷

令和5年3月20日 発行

編集兼発行人 原 強

発行所 上智大学法学会

102-8554 東京都千代田区紀尾井町7-1

03(3238)3231/03(3238)3232

<http://www.sophialaw.jp/law-web/>

制作 成文堂

Printed in Japan

SOPHIA LAW REVIEW

Vol. LXVI, No.4 2023

CONTENTS

Articles

- The Past and Future of Environmental Dispute Coordination Commission
..... Yoshinobu Kitamura (1)
- Zur Wissenszurechnung in der Unternehmensgruppe (2)
.....Masaaki Mizobuchi (35)
- Constitutionality of the 'Art-make (Cosmetic Tattoo)' Regulation in Japan
..... Kensuke Ueda (85)
- Validity of the Voting Trust in Japan
..... Sakuya Hayakawa (129)

**Published by the Sophia Law Society
Sophia University, Tokyo**

Address all Communications to the Sophia Law Society,
Sophia University, 7-1 Kioi-cho, Chiyoda-ku, Tokyo (102-8554)

ISSN 0447-7588