

修士論文 要旨

平成12年度 修了生

## 《税法研究》

# 不良債権に関する税務処理の一考察

——債権の償却を中心として——

笠 井 学

本稿では不良債権を保有し、償却という処理方法を通じて損金処理をする主体を特に金融機関に限定しようとは想定していない。私の想定している主体は金融機関を包括した企業、すなわち「内国法人」であり、かつ「普通法人」であるものを意図している。

## 第1章 我が国における不良債権問題の現状と問題点

不良債権とは、「売掛金、受取手形等の売上債権のみならず、貸付金、未収入金等の非売上債権をも含めた金銭債権であり、法律的には回収できるが、その回収が著しく困難ないし遅滞したために、元本及び利息収入が回収できず、かつ税法上の貸倒損失及び個別評価の貸倒引当金の対象となり得る債権」であると定義する。

## 第2章 近年の不良債権処理方法の展開

不良債権の売買における評価算定、時価の評価方法、不良債権の評価と寄附金との関連性、実際に算式を使用した不良債権の評価方法、譲渡・買取りの会計と税務、債権買取りに係る収益の帰属時期、等々の論点について言及した。

## 第3章 不良債権を巡る判例研究

第一の判例（横地 平成5年4月28日判決）は、資産状況、支払能力等からみて、債権金額の回収不能が明らかであるということはできず、また、債権放棄に相当な理由があるということもできないから、本件債権放棄に係る

金額を寄附金と認定したことは相当である、と判示して棄却した。債務超過の状態が相当期間継続しているとは必ずしも言えないし、当該債務の弁済を受けることはまだ可能であると考えられ、判決に賛成する。

第二の判例（名地 平成8年3月22日判決）は、当該債権放棄がその債権の回収不能に基づき行われた場合には、経済的利益の供与があったとはいえないから、当該債権放棄を寄附金の供与として扱うことは相当ではない、と判示して棄却した。この判例で焦点となる法人税基本通達9-6-1はあくまで貸付債権が貸倒れた際の対応方法を謳ったものであり、債権放棄を寄附金の供与として取り扱うべきことなどを想定して制定されたものではないと考えられ、判決に賛成する。

第三の裁決（国税不服審判所 平成9年10月27日裁決）は、住専処理法の成立がなければ本件解除条件の要件である「営業譲渡の実行及び解散の登記」もそのよりどころを欠くという実態から判断すると、その債権放棄の効力は早くとも住専処理法施行後でなければならないから、本件解除条件は税務上停止条件と解するのが相当、と判示して棄却した。会計の専門家である公認会計士があらゆる観点から慎重に判断した結果として貸倒れ処理したわけであるが、被告がこれを覆せる特別の事実が存在しないのに、独自の判断により貸倒れとした時期を「尚早」として片付けてしまったことには、いささかの違和感がある。

#### 第4章 不良債権に関する税務処理の問題点

法人税法22条3項2号では、「償却費以外の費用で当該事業年度終了の日までに債務の確定しないもの」を損金の範囲から除外している。思うに、「損失」というのは「原価」や「費用」と違って、通常の場合であれば現金の支出を伴わないものである。であれば、債務を確定するのに際して原価や費用と同じように確定の処理を踏んでいても構わないのであろうか。

原価や費用は現金の支出をした時点となり、または当該事業年度中に現金の支出を伴わなくとも「資産の販売、有償又は無償による資産の譲渡又は役

務の提供、無償による資産の譲受けその他の取引」による施しを受ければその時点で見越計上することによって債務の確定をすることにより当該事業年度の損金に算入することはできよう。しかしながら、損失に限っては通常必ず資産の滅失により発生するものである。であれば、損失の損金算入額の算定にあたっては原価や費用とは異なり、更に厳密に解釈されるべきであり、また厳密に計算されるための規定も存在しなければならないのではないか。

#### 第5章 総括及び全体の私見

貸倒損失が法人税基本通達において規定されているという問題については、租税法律主義を前提とする租税法体系のありかたからはそぐわない。法人税基本通達において規定されている貸倒損失に関する規定は、法人税法33条の例外規定として制定し直す、つまりは法人税法33条に関連する法人税法施行令68条に「格上げ」して規定するのが妥当である。

次に、一括評価による貸倒引当金の今後のあり方については、貸倒引当金について貸倒れが偶発的に発生する偶発損失性のある引当金であると考え、前三年の平均貸倒率ではなく、現在の経営状況を踏すのに一番近い事業年度、すなわち前事業年度の貸倒率を用いて引当てを認めればよい。したがって、法定繰入率は本来不要だが、実績貸倒率の計算が面倒だという中小企業に実績平均最高貸倒率より少し低い計数の繰入率を定めてやればよい。

## 記帳義務制度に関する一考察

——青色申告制度を中心として——

佐久間 幸 夫

現在の商法、税法における帳簿組織において明確な帳簿記載要件が規定されていないことから様々な解釈の違いが生じ、帳簿の記帳義務定着の促進を阻害した。このことは、商法に関しては、商法32条において商業帳簿の規定が明示され、商法計算書類規則及び財務諸表規則等に規定されているがその条文自体に罰則が明確でないことから法的強制力は乏しく、記載要件に関する法的根拠も曖昧である。他方、法人税法及び所得税法については、その規定上に明示されている青色申告制度が現行税制において特典の附与に終始し、明確な罰則規定がないことから記帳義務制度の定着において効果を生じているのか疑わしい。これは、法人税及び所得税法上、記帳義務制度を支える帳簿の記載要件に関する規定が明記されておらず、法人税法及び所得税法の施行令及び施行規則、大蔵省告示において明示するに留まっている。また、現行の制度上で許容されている簡易帳簿制度については、その記帳義務制度の定着を遅らせ一定レベルの帳簿に達しない納税義務者を多く生じさせたことも問題である。

戦後、シャープ勧告によって青色申告制度が提唱された理由として、戦後の敗戦におけるインフレや国民の納税意識の低さがあった。そして、シャープ勧告によって民主的租税制度が勧告され、抜本的税制改革が行われた。しかし、納税義務者は国家中心的な制度から民主的制度への急激な変革に順応できなかった。また、国民の納税義務者としての意識の希薄さと租税負担の公平という概念の欠如が存在した。そして、シャープ勧告の勧告当時の税制が賦課課税方式によったことによる国民の記帳義務に関する意識の低さから記帳義務の法定義務化が困難であった。

しかし、依然として我が国では、賦課課税が多くなされていた戦前の租税制度の概念や国民の多くが納税義務を有するに至った戦後の申告納税制度に馴染めなかった。これらの問題から我が国の商法や税法に記帳義務制度に関する法令を十分に盛込むことが出来ず現行制度に至っている。歴史的な経緯によると現在もお納税者の意識の中には、『みつからなければ……』という意識が色濃く存在し、脱税が多いということが見られる。このことから、シャープ勧告が勧告されたにもかかわらず、勧告とは、異なった方向へと税制が進み、租税負担の公平化を行うことは、増々困難となっていった。

また、青色申告制度も特典という権利付与という立場から、最高裁判例でも明らかなように申請に多くの制約を設けた。このことから記帳義務制度の法制化は、名目だけのものになっていった。このような意識を拭いさるには、更なる記帳義務の徹底強化が求められる。これにより、国民の意識を適正な申告納税制度へ導くことができる。青色申告制度の申請について記帳義務制度との観点から考えた場合、記帳義務の促進を図ることを念頭におき事後の申請についても認めるべきである。法定手続を複雑かつ困難にする手続きの在り方こそ再考すべきである。

また、現行の青色申告制度においてとられている特典制度として、納税者の本来の権利と認められるものについては記帳義務制度における権利としてこれを認め、これに対し差別的優遇措置のものは、税負担の公平化の観点から廃止するべきである。現在、様々な観点から帳簿の記帳義務の定着に関する政策がとられてきたが、いずれも納税義務者において義務的なものということが出来ず、任意的な規定にとらえられている。このことから任意的な規定でなく、より法的強制力を持った制度にする必要がある。このために帳簿記帳義務に関し、より義務的な色合いの濃い強制力のある制度が望まれる。記帳義務制度の定着という観点からは、納税義務者の要件不備に対し罰則を検討せざるをえない。現行の制度において税法上は特に罰則は設けておらず、青色申告が否認された場合には青色申告制度における特典等が認められなくなるという罰則があるにすぎない。この罰則の設けられなかった主な理由と

して、青色申告制度の経緯から小規模事業者の実情に配慮したためであろう。その他の理由として青色申告制度の成熟を待ったための奨励期間とされたこと、記録義務違反及び記帳義務違反者には既に重加算税ないし罰則の制度があること、記録義務違反及び記帳義務違反者は課税処分取消し訴訟において立証責任の分配や証拠提出の在り方との関連で不利益を受けることがある。

しかし、直接に税法上の規定に罰則のないことは、記録保存義務及び記帳義務の税法の条文そのものが名目化し、不利益をうけないことがその実効性という観点から疑問を生じさせる。現在、青色申告制度が始まって十分な期間が経過したことを考えると個人納税者の青色申告割合が50%前後を推移していること等、現在の記帳義務における制度が青色申告制度では十分でないことを示している。現状の納税義務者における帳簿の在り方は様々であり、なんら制度的統一もとられていない。そのため、現在の青色申告制度を下敷きにした制度的帳簿記帳の在り方を法定化すべきであり、明確な記帳要件の記載についての規定が必要になる。企業の財務情報の公開が国際的視野から広範なものとして求められており、なんらかの対策を取らない限り日本企業（個人）の国際的同和化はますます遅れ、他の先進国の後塵を拝することになる。これらの点からも我が国の民主的な納税制度である申告納税制度の基盤となる帳簿の記帳義務制度の充実が強く望まれる。その記帳義務制度を促進するうえで、明確に専門的職業人の法律上の責任が益々強化される必要がある。このことから現在のような曖昧な立場でなく、明確な立場と専門的知識における慎重な対応が強く求められる。

## 《税法研究》

### 国際租税法上の外国芸能人課税に関する一考察

——韓国芸能人に支払った人的提供の報酬は、日韓租税条約上免税とならないとした事例を契機として——

吉 内 弘 充

わが国の経済取引の国際化は、わが国企業の海外への進出と同時に外国企業のわが国への進出の増加をもたらしている。人的交流もその例外ではなく、外国芸能人や芸能法人等によるわが国での公演も年々増加している。それに伴って問題となるのが、これらの者に対する課税問題である。そこで、わが国における芸能活動所得課税の問題を、本事例の検討を通じて、外国芸能人に対する課税のあるべき形を考察するものである。

#### 第1章 国際租税法の意義及び目的

現在、居住者及び内国法人に対しては、全世界の所得を課税対象としている反面、非居住者及び外国法人については、国内に源泉のある所得のみを課税対象としている。このため、両国間で課税権の競合が生じ、国際的二重課税が発生する。また、国際的な脱税及び租税回避は、租税上の公平を阻害するとともに、国際競争関係や資本の流れを歪めることになる。これらの問題に対処するために、非居住者及び外国法人に対する国内での課税関係や居住者及び内国法人に対する外国での課税の調整策を規定した国内法及び、国際的二重課税や国際間の脱税及び租税回避を防止するために締結された租税条約が整備されており、この両者を総称して国際租税法という。

#### 第2章 外国人等の芸能活動所得課税の内容

国内法では、芸能人等の所得は役務提供地が国内にあればこれを国内源泉所得と定め、課税することとしている。また、OECDモデル条約等におい

ては、芸能人等について、自由職業所得規定及び給与所得規定によることなく、所得源泉地国で課税することとしている。さらに、芸能人等としての個人的活動の所得が他の者に帰属する場合においても、事業所得規定によることなく所得源泉地国において課税することで、芸能人等がいわゆる芸能法人を作り、芸能所得を当該法人に帰属させ、その法人に「恒久的施設（Permanent Establishment）なければ課税なし」の事業所得課税原則によって課税を回避するというケースに対抗している。他の対抗策には、芸能人等の役務提供を行う企業については、役務提供地国に恒久的施設を有するとみなす方法がある。これは、「みなしP E」といわれる。

### 第3章 判例の検討——韓国芸能人に支払った人的役務提供の報酬は、日韓租税条約上免税にならないとした事案——

外国法人等の芸能所得に対する課税方法につき、旧日韓租税条約においては「みなしP E」方式が採用されていたが、この方式の「網の目」をくぐりぬけようとしたものが本事案である。それは、日本に所在する法人が自己を旧日韓租税条約上の独立の地位を有する代理人であり、芸能人の役務提供所得に対し源泉徴収義務を負わないと主張したものである。本事案は、原告は、協会のために入管法上等の代理業務を行うものであり、本条約の「独立の地位を有する代理人」に当たるので、協会は、「他方の締約国内に恒久的施設を有しない」こととなり、その結果、原告は、対価の支払いについて源泉徴収義務を負わないことになるかどうか争点となった。

### 第4章 代理人課税の内容

代理人は恒久的施設の構成要素である「従属的代理人」及び、恒久的施設から除外される「独立的な地位を有する代理人」に分けられる。ところで、本条約においては「仲立人……その他独立的な地位を有する代理人」という規定があり、ここに仲立人はこの代理人に含まれるか否かという文理解釈上の問題が存する。仲立人の意義が本条約上明らかではないことから、仲立人

は独立的な地位を有さなくても恒久的施設から除外されるという解釈を導くことも可能なのである。

### 第5章 非居住者等に対する課税方式の再検討

さらに上述の問題は、本事案の原告の業務は独立的な地位を有する代理人ではなく、仲立人であると仮に主張した場合に、本条約の規定ぶりから、わが国において源泉徴収義務が免れられるという問題を引き起こす。このように、外国芸能法人の所得に対する課税は、本事案のような「みなしP E」規定によった場合、「独立的代理人」の主張による「恒久的施設」概念の濫用を許すという意味で問題がある。これに対処するため、所得源泉地国に恒久的施設を有するか否かを問わず所得源泉地国で課税するという方式が採用されなければならない。

### おわりに

将来締結される、又は改正される租税条約においては、芸能法人所得課税につき本事案のような「みなしP E」規定が採られることはないと思われる。さらに、電子商取引の台頭により、事業所得に対する課税の一般原則についても問題があるとされていることから、その結果、従来の「恒久的施設」概念が大幅に変更されるか、もしくは全く異なった課税原則が導き出される可能性もある。

## 《税法研究》

## 消費税法30条7項に関する一考察

——帳簿等の保存を中心として——

太 田 充

はじめに

わが国の消費税法は、30条7項において帳簿等を「保存しない場合」には仕入税額控除は適用しないとしており、この「保存」の意義が解釈上の大きな問題点となっている。

## 第1章 消費税法の沿革

わが国の一般消費税（売上税ないしは付加価値税）の導入の検討は、昭和12年の馬場税制改革案に始まり、取引高税、シャープ勧告における附加価値税を経て、さらに、大平内閣による一般消費税導入断念、中曽根内閣の売上税法案の廃案等の紆余曲折を経て、消費税法が成立した経緯がある。仕入税額控除については、納税事務負担軽減の観点からEU諸国で採用されているインボイス方式によらず帳簿方式が採用された。消費税には、中小事業者に対する特例措置により生ずる「益税」の問題、所得に対する「逆進性」の問題、さらに、仕入税額控除に関する問題が存在する。

## 第2章 消費税法30条7項の意義

消費税法30条7項は、事業者が帳簿等を保存しない場合には、仕入税額控除を行うことができない旨を規定している。平成9年4月より、消費税法30条7項の改正によって、保存すべき帳簿等は「帳簿又は請求書等」から「帳簿及び請求書等」に改正され、帳簿及び請求書等を保存しない事業者については、仕入税額控除が認められないこととなった。この改正については、法

定の記載事項を記載している請求書等を保存している場合も、帳簿にも同様の重複記帳を事業者に要求し過重な事務負担を課するものであるといった実務上の問題点の指摘がある。仕入税額控除の問題は消費税の本質に関わり重要であるとともに、今後、消費税率の引き上げが予想される中で、その影響は大きく、解決の方向性を見いだすことは重要である。

## 第3章 判例にみる消費税法30条7項

税務調査の段階において、納税者が帳簿等の提示をせずに消費税の仕入税額控除が否認され、その後、不服審査又は訴訟の段階ではじめて帳簿等が提示された場合に仕入税額控除が認められるか否かを争う判例が散見する。帳簿等の「保存」の意義について、大阪地裁（平成10年8月10日判決）は、「保存」とは、原則的には、その文言どおり、事業者が帳簿等を所持・保管していたことを意味すると解すべきであるとした。また、津地裁（平成10年9月10日判決）は、「保存」とは、単なる客観的な帳簿等の保存と解すべきでなく、税務職員による適法な提示要求に対して、帳簿等の保存の有無及びその記載内容を確認しうる状態におくことを含むと解している。さらに、東京地裁（平成10年9月30日判決）は「保存」とは、適法な提示要請があれば、直ちにこれを提示できる状態での保存を意味するとした。学説もさまざまな見解があるが私見としては、「保存」の意と「提示」の意を同意にとらえた解釈には無理がある。法全体の解釈からは単なる物理的に存在することでは足りず、文理解釈によって規定の意味内容を明らかにすることが困難な場合には、規定の趣旨目的に照らしてその意味内容を明らかにする観点からの解釈が重要である。

## 第4章 今後の消費税法と仕入税額控除

「帳簿等」は仕入税額控除の課税仕入れに係る税額の調査、確認のための資料とみた上で、「保存」とは、税務調査において適法な提示要請があれば直ちにこれを提示できる状態での保存を意味すると解する。仕入税額控除が

適正に機能しなければ取引の連鎖が切断され消費者の負担した消費税相当額は国庫に帰属されない。帳簿方式はインボイス方式に比べ相互牽制作用が働かないため、税務調査による仕入税額の調査、確認は重要であり、その資料である帳簿等の保存は、けっして納税義務者である事業者だけの都合によるべきものではない。一方、消費税法30条7項にいう帳簿等の記載事項に関しては、導入の趣旨であった「事務負担の軽減」や改正の趣旨である「仕入税額控除の正確性の担保」といった意味を踏まえると、不正等は別として、一部記載不備などの形式的な誤りについては、帳簿と請求書等を関連付けることによりすべての記載事項を備え、記載事項を満たす解釈をしてもよいのではないだろうか。消費税法上の納税義務者である事業者と担税者である消費者の両者の観点からバランスのとれた解釈が必要である。

おわりに

消費税は消費に担税力を見だし、消費一般に広く公平に負担を求めたものである。消費税法の法解釈にあたっては、立法趣旨、制度の仕組みといった消費税の本質を考慮した解釈が重要である。

## 《税法研究》

### 環境税導入に関する一考察

近 藤 光 宣

今日の地球温暖化の問題は、人間活動により、自然界での健全な物質の循環がゆがむことにより生じる環境問題の典型的事例である。特に環境汚染は、地球規模でその対象範囲を拡大させつつある。地球温暖化、オゾン層の破壊、酸性雨といった現象は、地球環境そのものの破壊につながる。グローバルな視点からの環境政策への転換が不可避となる。環境はただで無限に使えとの考え方を見直し、地球環境は将来世代に返すべき限りある貴重な財であるとの理念に立って、環境から享受する恵沢が持続できるよう、その保全のための負担を適正に払うという考え方を受け入れる必要がある。

環境税はいろいろなタイプのものがあるが、いずれも環境汚染物質の排出や環境に直接・間接に悪影響を与える製品の生産・消費等の活動を削減・抑制するねらいをもっている。

第1章では、現在の環境問題となっている主なものを取り上げた。温室効果ガスの濃度が上昇したことによる地球温暖化、昨今アメリカやドイツで特に問題となっている地下水汚染・土壌汚染、大量生産・大量廃棄を基調とする経済活動や生産様式が定着しつつある中で発生している廃棄物処理、経済政策発展による開発行政による自然破壊があり、そのような環境問題を解決する手段としての環境税は有効である。

第2章では、環境税の前身として考察されていたものとしてピグー税やボームル＝オーツ税がある。環境税の目的は「環境を保全するために環境汚染物質の排出量を基準にして、この環境物質の排出量を圧縮し、少なくすることである。そして環境汚染を無くすという人類の幸福を目指し、そのために費用を共同で負担すること。」である。環境税の役割は、「環境問題の発生にと

もなって生み出され、本来はその原因者が負担すべきであるにもかかわらず、第三者に転嫁されている『社会的費用』を、租税という手段によって原因者に負担させる。」というものである。また、現在のエネルギー税と環境税との間には密接な関係がある。

第3章では、地球温暖化京都防止会議で脚光を浴びた通り、世界的に環境対策を行わなければグローバルな環境汚染問題が解決できないことを受けて、他の各国の動向を見た。

第4章では、いよいよ我が国でも環境税導入論議が盛んになってきているが、どのように地球温暖化対策を行っているのか、地球温暖化対策の推進に関する法律が施行されたが、1997年の京都温暖化防止会議で我が国が義務づけられた二酸化炭素の削減を検討した。税収の使途についても環境税の賦課の目的が汚染者に汚染防止のインセンティブを提供することにある、という点を確認した上で、検討すべきである。

さらに汚染者負担原則に従うことが理想的であるのか、どのように課税していくべきかについて考察した。税法の意義は何かということに基づいて環境税を位置づけ、機能させなければならない。租税原則に従って「担税力に即した課税」と租税の「公平」ないし「中立性」を要請することを基本において、法的妥当性を持たせた環境税の実現を行わなければならないのである。産業界の反対もあるが、自主的取組みだけでは環境負荷の低減のインセンティブが弱いという理由から、環境税を導入することが必要である。環境税を国税とするのか、地方税とするのかについては、環境問題のそれぞれの特性に応じて課税権を行使すべきである。

我が国は環境税を率先して導入し、世界のすべての国に、その導入を働きかけていくべきである。その場合に、国際競争力の面で劣っている国に対しては、その環境税の税源による国際環境基金をつくって援助するというような仕組みを併行して実施していく必要がある。今後は我が国の環境税のあり方について、他の政策手段には代え難い有効性と役割が期待できる政策手法であるとの認識を踏まえて、環境政策における位置づけと既存のエネルギー

税制も含めた税制の中での位置づけの双方から議論を深め、具体化を図っていくことが期待される。

たとえば、二酸化炭素排出の大きな原因となっている、自動車関連の税を調整するのが最善策である。自動車取得税、自動車重量税の二つの税を減税し、その減税分を環境税（炭素税）とすべきである。

## 持株会社に対する課税の試論的考察

保 田 宗 久

持株会社を頂点とした新たなグループ形成が脚光を浴びている。本稿は、持株会社の経済的機能に着目した課税について試論的考察を行うものであり、税法の中に経済学的な考え方を持ち込んだ、やや学際的なものである。

すなわち中里実教授の説く、ファイナンス的発想（株式会社を、株主が法人名義の資産に投資するためのファンドであると考え発想）により「持株会社は、その顧客である投資家（＝自らの株主）の資金を投資先（＝傘下の事業会社の株式）へとつなぎ、また、逆に、投資先からリターンを投資家に戻すための金融仲介機関としてとらえることが可能である。（中里実『金融取引と課税—金融革命下の租税法—』〈有斐閣、初版、1998年〉298頁）」と捉え、会社型投資信託で採用されているペイ・スルー方式（受取配当益金算入、支払配当損金算入を認めた上、両者の差額にのみ法人課税を行う方式で一種の導管措置）の採用の可能性の示唆につき検討した後、本稿ではさらに集団投資スキームの観点から横断的検討を加え、試論的考察を行っている。

これまで持株会社に関する税法の議論としては、持株会社設立に際し株式交換・株式移転を行う株主に対する課税手当と連結納税制度導入の議論が主なものでコーポレートな発想（株式会社を組織体としてとらえ、会社の法的構造を中心的なテーマとする発想）であったが、金融仲介機関たる機能に着目した課税を検討することは以下の意味から意義深いものである。モノづくりを基礎とした経済に情報の経済が金融・証券市場を媒介として影響し課税理論の変更を強要しつつある流れが金融審議会や税調の各種答申から読み取れること。他の金融仲介機関との横断的比較を経て持株会社自体の導管性の検討を行うことは金融ビッグバンが行われた本稿執筆当時タイムリーなもの

であること。持株会社で適用される課税理論は法人一般に拡張適用が可能なことから膠着状態にある所得税と法人税の統合議論という税法の根本問題に対して側面から多少なりとも揺さぶりをかけることができうること。

次に、このような措置すなわちファイナンス的な視点に立った課税の実現化に際して税法学としての基本に立ち返り、税法の解釈原則や基本原則に照らして整合性がとれるかどうか検討を行った。具体的には基本原則では租税公平主義、解釈原則では実質課税の原則である。

租税公平主義との整合性では、持株会社の経済的機能が金融仲介機関ないし集団投資スキームなのであれば、マーケットの論理に適合的であることが当然求められることを述べた。持株会社がマーケットの論理の中で「人に奉仕する手段にすぎない」のであれば、持株会社株主の投資家の側面に光を当てるのが担税力に則した公平・中立な課税を図るキーとなる。それは株式会社間、いいかえると人に奉仕する手段どうしに対する課税の不公平が生じることよりも投資家たる人自体に対する課税の不公平が生ずることの方が問題だからである。「所得課税にこだわる限り、真に中立的な課税は不可能である。」のであれば、相対的に尊重すべき法的価値を優先せざるをえないのである。

実質課税の原則との整合性では、同原則が法的実質主義のみならず経済的実質主義をも含むものと考え、また私法と公法たる税法の法概念が異なることがあることは、その終局的目的が異なる以上、ある意味当然であると考え。従って、持株会社に対する課税の導管の取扱いを考える際に予想される批判である、当然持株会社は私法で考えられているものと同一の概念であり、その発行した株式もまたしかりであるという前提に対して、税法上、直ちに私法上のそれと同一に解すべき必要はないと考える。ただし、持株会社が中小規模の閉鎖会社である場合には一種の組合ないしパートナーシップに実態が近いので、課税方式としても組合における導管方式（パス・スルー、所得が投資媒体を通り抜けて、投資者に直接帰属する方式）を採用した方が良いだろう。

持株会社に対する課税の区分に関しては、米国における法人課税区分論が極めて示唆に富むものと考え、検討した結果、実質的には、公開市場で上場等して明らかに大規模な持株会社と、小規模な同族持株会社のような、やはり明らかに個人企業に近い持株会社、そして中規模でどちらとも取れる、いわばグレーゾーンに位置する持株会社とが存在するのではないかと考える。そうすると前2者については客観的・形式的な基準を立法すること、中規模の持株会社について米国のチェック・ザ・ボックス規則のように、持株会社に課税方式（ペイ・スルーかパス・スルー）を選択させる方式が有効である。このように税法上、持株会社を3区分する方式を提案する。

## 《税法研究》

# 国税通則法23条2項についての一考察

——合意解除の取扱いを中心として——

塚 本 静 雄

はじめに

更正の請求、特に、後発的理由による更正の請求（国税通則法23条2項）の適用範囲、適用要件は必ずしも明確ではない。

今回は、所得等の基因となった契約の合意解除を後発的理由とした更正の請求を中心に考察する。これは一旦確定した税額等を納税者の意思のみにより覆すもので、租税法律関係の安定との調整が最も明確に問題となる。

## 第1章 更正の請求の意義、法的位置付け及び制度の特色

通常の更正の請求（国税通則法23条1項）は、その計算の誤りなどにより申告納税額が過大である場合等に、法定申告期限から1年間、納税者が税務署長等に更正（同法24条）を請求し得る制度である。

これに対して、後発的理由による更正の請求は、納税者が、法定申告期限後の所定の後発的理由の発生から2ヶ月間、更正の請求をなし得る制度である。この他、各個別税法に更正の請求の特例がある。

更正の請求は、減税更正の請求手続として租税債務確定手続の一環に位置付けられる。また、法令に基づく申請（行政不服審査法2条1項）である更正の請求は、税務署長等の減額更正をしない不作為に対する不服申立ての前提行為でもある。

更正の請求には原則的排他性があるとされる。最一小判昭和39年10月22日は、納税者は原則として、他の救済手段により過大な申告納税額の是正を図ることはできない旨判示した。

ところで、国税通則法23条2項括弧書の解釈上、法定申告期限から10ヶ月以内に生じた後発的理由による更正の請求は無制限に認められるとの見解がある。しかし、同括弧書は更正の請求の期間についてのものであり、後発的理由自体は国税通則法23条2項各号の制限を受けると解する。

なお、更正の請求の期間は、減額更正の除斥期間（国税通則法70条2項、71条）、還付請求権の消滅時効（同法74条）との整合性をとるべく延長すべきである。

## 第2章 国税通則法23条2項の更正の請求をめぐる諸問題

国税通則法23条2項1号は確定判決等を後発的理由として規定するが、名古屋地判平成2年2月28日は、専ら租税負担を回避する目的の和解をした納税者に帰責性を認め、更正の請求を否定した。財産の移転等の実体的真実があっても否定し得るかの問題が残る。

また、大阪地判昭和58年12月2日は、脱税に係る刑事事件判決を理由とした更正の請求を否定したが、例外を認める余地もあろう。

そして、最三小判昭和57年2月23日は、青色申告の承認の取消処分（法人税法127条）の職権による取消しを理由とした更正の請求を肯定した。国税通則法23条2項の何号該当かの判示はなかったが、判決による取消しに準じて同項1号によるべきものと解する。

## 第3章 合意解除を理由とする更正の請求の可否

当事者の合意により契約の効果を遡及的に失わせる合意解除の効果は、税法上、国税通則法施行令6条1項2号の「やむを得ない事情」により制限されるものと解される。東京高判昭和61年7月3日は、「やむを得ない事情」とは、法定の解除事由があること、事情の変更により契約を維持するのが不当であることその他の客観的理由である旨判示した。

思うに、「やむを得ない事情」は必ずしも明確な要件ではないので、謙抑的に解釈すべきである。よって、専ら租税負担の回避を目的とする合意解除

以外の合意解除をもって「やむを得ない事情」による合意解除と解する。

そして、後発的理由による更正の請求の要件は、第一に国税通則法23条2項各号、第二に同条1項各号の税額の過大等の二段階構造をもつところ、税額の過大等について、継続的事業における取扱いが、所得税法及び法人税法の解釈上問題となる。

所得税法施行令141条1号は、商品の返戻又は値引き（これらに類する行為を含む）による収入金額の減少を、その年の必要経費に算入すると規定する。これによる更正の請求の制限は解釈上やむを得ない。しかし、事業を行う個人以外の個人の取扱いと著しく均衡を欠く場合には、例外的に更正の請求を認めるべきである。

また、企業会計上、合意解除等による利益の減少は、その年度の特別損失に計上される。横浜地判昭和60年7月3日は、法人税の所得計算は公正妥当な会計処理基準に従うとする法人税法22条4項により更正の請求を否定した。しかし、特別損失の計上は損金算入に必ずしも直結しない。むしろ、仮装経理に基づく確定申告に対する減額更正について、後の各事業年度の確定した決算における修正経理を要求する法人税法129条2項が、間接的にせよ合意解除による更正の請求を認める根拠となる。

## おわりに

法定申告期限後の合意解除による更正の請求は、合意解除であることのみをもって否定し得ず、専ら租税負担の回避を目的とするもの以外の多くの合意解除については許容すべきである。

## 交際費等課税に関する一考察

小 山 恵 一

企業にとって、得意先等との商談の際の接待、中元、歳暮、得意先等の慶弔禍福に際する祝金等の支出は、避けられないところである。法人が支出した交際費等は、企業が事業を営むに当たって必要な費用であり、企業会計上は、その全額が費用となるべきものである。

税法上においても、企業会計上の費用は、法人税法第22条第3項の規定によって、原則として、損金の額に算入されるのであるが、交際費等については、政策的な観点から、租税特別措置法に「別段の定め」が設けられ、交際費等の全部もしくは一部が損金の額に算入されないこととなっている。

それでは、なぜ、このような課税の特例が設けられているのであろうか。

交際費等課税の特例が設けられた昭和29年当時は、戦後、戦災からの復興の中で、経済倫理の弛緩などによって企業の経理が乱れ、交際費等の支出がその本来の目的から逸脱して行われ、事業遂行の名の下に濫費される傾向がみられたこと、あるいは、我が国の経済の建て直しを図ることを目的として、昭和29年の前後には、税制上においても、企業資本の充実のための一連の特別措置が講じられていたことから、一つには社用的冗費の抑制の観点から、二つには企業資本の蓄積策の一環として、交際費等課税の特例の制度が設けられたといえる。

制度を実施していく上で、何が冗費的な交際費等であるか、また、何が真に事業遂行上必要な交際費等であるか、判断が難しい。結果的には、広い枠で交際費等の範囲を定め、その何割かを損金不算入とすることによって交際費支出の節減を求める制度に落ち着いたものと考えられる。しかし、税法上の交際費等の意義及び範囲に関する規定が、政令によって除外されるものに

一部改正があったほかは、制度創設当初から全く変わっていないことを考え併せると、制度創設当初における、この制度に関する考え方は現在も生きているものと考えることができ、したがって、事業遂行上の必要性の程度に関係なく、支出する交際費等の全額が損金不算入となる現行制度には一考の余地があるものといわざるを得ない。

なお、法令上、広い枠で定められている交際費等の範囲について、裁判例にそのアウトラインを求めてみても、我が国の交際費等課税制度が個々の費用の性質に応じて損金算入の是非を決める建前ではなく、量的な規制を採ってきたことも原因として、交際費課税に関する裁判例の数は少なく、判例に明確な基準を求めることは難しい。取扱い上は、租税特別措置法関係通達において、隣接する費用との区分などについてかなり厳密な定めがなされ、交際費等の範囲については、ほぼ完全に網羅されていると思われる。

交際費支出の実態をみると、平成11年の交際費支出額は、総額で4兆3,918億円という巨額に達しており、しかも、累次の課税強化もあいまって、損金不算入額も、平成11年には2兆5,195億円に達し、損金不算入割合は、57.4%にまでなっている。

このことから、企業がバブルの崩壊後の平成不況という厳しい経済環境下に在りながらも、交際費の支出を税以前の問題として認識し、事業遂行上必要不可欠な、しかも有効な支出としてやむを得ず支出しているのではないかと考えることが出来る。

諸外国においても、交際費が増加しつつあり、それに対処するため、それぞれの国の政策、租税制度などに応じて、いろいろな規制の方法が採られている。交際費の規制の方法としては、大別して、一つには、個々に支出の内容を検討し、控除の是非を決める方法、二つには、交際費を広くとらえ、量的に規制する方法が考えられる。

以上の研究の結果、結論としていえることは、課税の公平という観点から考えると、交際費等課税の在り方として、理論上は、課税対象とすべき交際費等の範囲を明確にし、できる限り、個々の支出の実情から判断して、事業

遂行上、真に必要なものについては損金として認めるとともに、冗費・濫費的なものは全額損金不算入とすべきではないかと考えられる。

しかしながら、現実には税務の執行面から、支出を個別的に判断することが困難であるとすれば、いわゆる量的な規制の方法を採ることはやむを得ない。だが、交際費等課税制度の創設当初の考え方に立ち戻ってみると、他の費用同様、支出交際費についても、事業遂行上、真に必要なものは損金算入を認めるという基本原則に立って、交際費等課税制度を考えるべきである。そこで、法人税法の中だけで交際費等課税制度を捉えるのではなく、別の税体系により交際費等課税制度の構築を提唱する。その方法として、オーストラリアのフリンジ・ベネフィットタックスを応用した課税方法を提案する。そこでは、支出交際費は全額損金に算入することとなる。

## 《税法研究》

### 配偶者控除に関する一考察

西 嶋 加奈子

（第1章）従来は、男性が就労し、女性は家事に従事するという役割分担が一般的であったが、近年は、女性の高学歴化や晩婚化から女性の就労意欲が高まり、社会進出が著しく増加した。

だが、現状では未だに家事労働は主に女性が負担することが多く、1日の1人当たり平均家事労働は女性が約4時間であるのに対し、男性は約30分である。しかし、収入が103万円以下のパート主婦は、二重の人的控除を受けているという問題がある。

こうした状況の中で、配偶者控除及び配偶者特別控除の存在は、課税の公平の観点からみると専業主婦優遇制度であり見直すべきだと批判が強く、その存廃をめぐる議論されている。

そもそも、配偶者控除は、昭和36年に扶養控除から独立して創設された。創設趣旨は、①納税義務者の所得の稼得に対する配偶者の貢献を認める、②主婦の家事労働に配慮する、③事業者の専従者控除とのバランスを図る必要がある、④課税単位との関係で二分二乗方式への移行は急激な税負担を招くためその緩衝方法である等があげられる。

（第2章）しかし、家事労働は専業主婦に限ったことでなく、専業主婦だけ内助の功として評価されるのは疑問があり、これらの制度はパートタイム労働の既婚者に対しても多大な影響を及ぼしている。現行税制では、妻が一定額以上の年間給与を稼いだ場合、本人が課税されるのと同時に、夫は配偶者控除を一切受けられない。この限度を超えた場合、手取りの逆転現象が生じるために年収を限度内に抑えようと就労調整を行う人が続出した。

こうした「103万円の壁」といわれるパート問題の改善策や二分二乗制度

導入についての要請の代替案として、昭和62年に配偶者特別控除は創設された。建前としては専業主婦の内助の功に対する評価とされた。しかし、800万円以下の世帯の専業主婦にだけ貢献を認めるべき理由はないし、共働きの主婦に対しては貢献を認めないことにも抵抗がある。それにもかかわらず、配偶者特別控除を導入した目的は、①給与所得世帯と事業所得者世帯の税負担格差の調整、②共働き世帯と世帯主のみが稼得している世帯との税負担格差の調整、③主婦のパート勤務の所得が90万円を超える場合に生ずる手取り所得の逆転現象の緩和にあるといわれている。これにより、世帯における税引後手取り所得の逆転現象は解消されたように思われた。

しかし、企業でも妻が専業主婦なら配偶者手当が支払われる場合が多いし、年金制度でも、専業主婦は第3号被保険者として扱われ、国民年金保険料を自ら払うことなく、夫も追加的保険料の負担なしに、基礎老齢年金を受け取れるため、社会保険の加入義務が発生しない範囲内で調整する人もいる。このように税制改革で収入の壁はなくなったはずだが、就労調整を行う人が依前として多く、配偶者控除が既婚者の社会進出に影響を及ぼしているとされる。

（第3章）配偶者控除の判例はどうなっているのか具体的に検討してみる。

（第4章）さらに、主要諸外国において配偶者控除制度の可否について検討してみる。配偶者が就労の場合と非就労の場合では適用している国も違う。配偶者が非就労の場合、配偶者控除を適用しない国は、デンマーク、フィンランド、ニュージーランド、トルコである。その他の国は、何らかの形で配偶者に対する控除を行っている。また、配偶者が就労している場合に、配偶者控除を適用しない国は、もともと配偶者控除を認めていない4カ国はもちろん、ギリシャでも配偶者に所得がある場合、他方の配偶者は配偶者控除を受けられない。他にも条件付きで配偶者控除を認めていない国は多く、配偶者の所得が一定額を超えると配偶者控除を適用しない国と配偶者の所得が一定額を超えると配偶者控除が逡減する国の2種類がある。このように、諸外国でも何らかの形で配偶者に対する控除を行っている。

（第5章）配偶者控除及び配偶者特別控除の改善策としては、配偶者控除、配偶者特別控除を段階的に消失させる代わりに基礎控除額を現在の控除額から引き上げることや配偶者特別控除の対象を絞ること、高所得者の専業主婦世帯優遇を改めるための配偶者控除方式の変更、専業主婦からの公的年金保険料徴収・全体の保険料引き下げ等がいられている。所得税の配偶者控除及び配偶者特別控除は、現在適用している人のことを考慮し段階的に数年に分けて廃止する代わりに基礎控除額を引き上げることが課税公平の観点から見ても望ましい。所得金額によって配偶者控除の適用を決めることは妥当ではない。少子・高齢化が進み、将来の労働力不足が心配される中で、やはり女性の労働力は必要である。税制面で配偶者の貢献を評価するのではなく、男女が共に仕事と家庭を両立できる働きやすい社会環境（例えば保育所の拡充、育児休暇のとりやすい環境等）を政府や企業が整えることが重要である。あわせて、女性を1人前の納税者として扱うとともに、専業主婦の帰属所得にも課税することにより、女性間の真の公平がはかれると解する。

## 土地所有権制限と公共性

——バブル崩壊後の土地法再構成を目指して——

小 林 宏

1980年代後半からの地価高騰は、長期にわたる大幅な金融緩和とわが国経済の先行きについての強気の期待を背景に、金融行動が過度に活発化し、大量の資金が不動産市場に流れ込んだため発生した。その過程で、ファンダメンタルズから離れた地価の高騰、即ち「バブル」が発生した。バブルはファンダメンタルズが悪化したり、人々がリスクを警戒することにより、いずれ崩壊するものである。

バブルの発生・崩壊は、実体経済や金融システムに悪影響を及ぼした。第一に、バブルの発生過程では、地価高騰が形成され、これをもとに人々が誤った行動をとった。例えば、保有土地の高騰により人々はこの見せかけの経済成長によって豊かになったとの錯覚が生れ、高額商品の購入や浪費が行われた。第二に、地価高騰は、土地所有者が自らの努力によることなく莫大な利益を得ることを許したため、土地所有者と土地を持たない者との資産格差が拡大し、社会的不公平が増大した。土地を持たない大部分の勤労者は生涯働いてもマイホームを手に入れられないこととなった。このような地価高騰はバブルが崩壊し、地価が下落しても所得や資産の分配に攪乱的な影響を及ぼした。第三に、土地の価格の極端な変動は、わが国経済活動上不可欠な金融システムの安定性を損なうことになった。銀行においては、保有債権の担保価値は土地価格の変動に伴って変動する一方、負債は預金、金融債という形で金額が確定していることから地価の下落により不良債権の増大によって銀行経営が不安定化することになった。従ってバブルで生ずる様々な悪影響を排除するためには、バブルを再び発生させないことである。

土地所有権は、憲法（29条1項）で財産権として保障され、その処分、利

用も個人の自由意志に委ねられ、またその取引は、自由な市場において行われ、価格は需給により形成される（民法206条）。しかし、土地は、人間生活の基盤として欠くことのできないものであり、量的に限りのある資源であり、その性質上再生産や移動ができない特性をもっている。さらに土地は、利用の前提として、社会資本や公共的サービスの供給が不可欠であること、他の土地の利用形態と互いに影響を及ぼし合うこと、土地取引に必要な情報が不十分であり、かつ、取引の最小単位が相当高額であることなどの特性がある。

このような土地の特性は、土地の保有、利用、処分をすべて自由な市場メカニズムに委ねることは経済的社会的に最適な結果を得ることを不可能にしている。土地は、他の財貨よりもはるかに公共的、社会的制約を受けるものであり、公的な意思に基づく強制、公的主体による制限を欠くことができない。このような意味で土地は、人間生活の基盤をなす重要なもので他の財貨よりもはるかに公共性の強い財貨である。

このような土地の特性に鑑みて、土地基本法（平成元年12.22法84号）においては、土地が、現在及び将来における国民のための限られた貴重な資源であること、国民の諸活動にとって不可欠の基盤であること、その利用が他の土地の利用と密接な関係を有するものであること、その価値が主として人口及び産業の動向、社会資本の整備状況その他社会的経済的条件により変動するものであること等公共の利害に関する特性を有するものと規定している。さらに、土地に関する第一の基本理念として、公共性、公共の福祉を優先させるものとする（土地基本法2条）を定めている。

問題は公共性の中味である。従って、公共性による土地所有権制限が認められる条件は何か具体的に策定しなければならない。そのための前提条件としてももちろんその事業に高度の公共性が存することが必要である。しかし、財産権の制限として、公共の福祉の名のもとに大資本の利益のために市民の財産権である土地所有権が制限される場合には問題である。結論として、私は、土地所有権が「どのような目的で」、「誰の土地が」、「誰によって」、「どのように」、「どのような手続によって」制限されるかという点が具体的に提

示されなければならないと考える。単なる、その事業の公共性の有無・強弱だけでは制限を伴う公共性の要件としては不完全であるというべきである。

具体的提示に関しては、公共の福祉による土地所有権の制限や負担が、どんな要件のもとで、どんな態様において許されるかという客観的な合理性ある判定基準を準備する必要がある。さらに、土地基本法は、土地に関する基本理念として、「適正な利用及び計画に従った利用（3条）」、「投機的な土地取引の抑制（4条）」、及び「価値の増加に伴う利益に応じた適切な負担（5条）」を規定している。したがって、開発利益の処理は、「価値の増加に伴う利益に応じた適切な負担（5条）」にかかわり、処理の目的、論拠、処理方法等のあり方については、公共の福祉優先の原則にのっとり、他の基本理念と整合性を保つものでなければならない。

わが国では、公共投資による地価高騰分の利益は、当然に土地所有権の本質のように考えられ土地所有者に帰属してきた。イギリスにおいては、1427年法（Sewers, Land, Drainage and Sea Defence Acts 1427）にその源があり、開発利益について、社会によって創りだされたものは社会に還元すべきであるという法理が存在する。

公共投資によって社会資本の整備を行う場合には、その費用は一般納税者の税金によって負担されるが、それによって地価が高騰し、土地所有者に、開発利益が帰属することになれば、国民の負担において土地所有者が法律の原因なくして開発利益を利得することになり、一種の不当利得（民703条参照）の関係が成立する。結論として、開発利益は、社会的公平の観点から、国・地方公共団体に還元されるべきであると考えられる。

わが国においては、二度と地価高騰を起さない制度的枠組みを築きあげることが必要である。つまり、土地の公共性を基本理念とした土地基本法に沿った土地政策、とりわけ開発利益吸収の実効性ある立法措置が望まれるところである。

## 《財産法研究》

### 「住宅の品質確保の促進等に関する法律」の検討

桔 梗 隆 司

平成11年6月15日第145回国会において「住宅の品質確保の促進等に関する法律」（以下、本法という。）が成立した。本法は、（1）住宅の性能に関する表示基準及びこれに基づく評価の制度を設け、（2）住宅に係わる紛争の処理体制を整備するとともに、（3）新築住宅の請負契約又は売買契約における瑕疵担保責任についての特別の定めをすることにより、①住宅の品質確保の促進、②住宅購入者等の利益の保護、及び、③住宅に係わる紛争の迅速かつ適正な解決を図ることを目的としている（本法第1条）。本法は平成12年4月1日に施行され、同時に（3）の制度である瑕疵担保責任の特例制度が開始された。次いで、同年10月3日から（1）と（2）の制度である住宅性能表示制度が開始され、その間の7月19日には、本法に関連した建設省告示（平成12年度建設省告示第1652号、第1653号、第1654号）も定められた。これにより、本法の制度は形式上、すべて整ったことになる。そこで、本稿はこれを機会に本法の検討をしてみたいと考えるものである。

1995年1月17日に発生した阪神淡路大震災においては、死者5420人の89パーセントが倒壊した家屋等の下敷きになり圧死したと報告されていたが、その一方で、激震地区にあってほとんど損傷を受けなかった住宅も存在したと言われている。これらのことは、あらためて、市民にとっての一生の買い物である住宅について、欠陥住宅の防止と欠陥住宅被害の救済の必要性を痛感させるものである。本稿では、主として、このような要請に本法がどのような形で、又はどの程度応え得るものなのかを検討すると共に、残された課題についてもふれていきたい。

検討の仕方としては、まず第1章において欠陥住宅問題の現状を概観する。

次に第2章では、民法の関連規定について従来から指摘されている問題点を明らかにしていく。これは、本法が欠陥住宅対策の必要性から住宅取得者の適正な利益の保護のために、瑕疵担保責任に関する特別の定めをしたことをうけて、その検討に入る前に問題点を整理しておこうという趣旨である。そして、第3章において、本法の検討をする。まず、欠陥住宅対策として期待されている本法の瑕疵担保責任の特例制度を取り上げて、この制度がどのような形で、どの程度、住宅取得者の利益の保護を図るものなのか、問題点はないのかを検討していく。次に、本法の住宅性能表示制度についても同様に、欠陥住宅の防止と欠陥住宅被害の救済という観点から検討していくことにする。また、ここにおいて残された課題についてもふれていく。

以上こうした検討の結果、本法はまず、10年間の瑕疵担保責任の義務付けと売主の瑕疵修補請求を明文化したことによって、欠陥住宅問題における事後的救済の面で一步前進であると共に、10年間の瑕疵担保責任が住宅供給業者の重しになることで欠陥の予防につながり、事前的救済の面でも期待できるものであること。次に、住宅性能表示制度についても、従来よりも住宅相互の比較が容易となるほか、他面からみれば瑕疵を明確にし、請負人又は売主に担保責任を負わせるものであること。また、同制度の指定住宅性能評価機関が行う検査により、中間検査3回と完了検査が1回行われることになるため、欠陥の予防としてある程度期待できるものであることなどがわかった。

このように、本法は欠陥住宅の防止と欠陥住宅被害の救済という要請に対して、一定程度応え得るものであると言える。しかし一方で、当初、導入が予定されていて、結果的に本法では見送られることとなった法律上の瑕疵の推定規定などの問題や、検査の方法や評価をする者の能力といった運用上の疑問点も存在する。これらの点については、今後に残された課題として、引き続き検討されるべきであろう。なお、早急に解決が迫られているものの一つとして、中古住宅の問題がある。本文のなかでもふれたように、瑕疵担保責任の方は具体的に検討が進んでいるようであるが、性能表示制度についても今後の検討が望まれるところである。

## 《不動産法研究》

# 老朽化したマンションの合意形成と住宅ローン

池田 公 頼

分譲マンションのストックは、1960年代後半から飛躍的に増加し、平成11年にはマンションストック数は約368万戸に達したと推計される。

これらが現実の建て替え事業に結び付くには、幾多の困難なハードルを越える必要がある。それは分譲マンションが複数の所有者が区分所有する建物であり、その補修もしくは建て替えにあたっては、多くの区分所有者の意思をひとつの方向にまとめあげるという困難な過程を要するからであり、この問題に否応なく、そして急激に直面させられたのが被災地のマンションである。

本稿では区分所有者間の合意を形成する基準を検討していこうと思う。そのためには老朽化、復旧における1/2、事業の反対者に支払う時価といった区分所有法上不明確な文言を明確にして基準を示す事が必要であろう。また抵当権が付いたまま再建に着手すると工事期間中の不測の事態（差し押さえ）発生リスクがあるのでこの抵当権をどうするか、さらにローンの負担についても検討しようと思う。

結論を言えば老朽とは年月の経過によって建物としての効用の減退はあるが、未だ建物としての社会的効用を維持している状態をいうと思われる。

費用の過分性について私は再調達価格×減価率を修繕する費用が超えてしまう場合には過分の費用を要するにいたった時に該当し、建替えの決議をする事になる。

復旧については専有部分と共用部分の修復金額とを合わせた金額と再調達価格×減価率とを比較し、その1/2以下であれば「建物の1/2以下に相当する部分」それを超えた場合には特別多数決議（3/4）が必要となるとい

えるのではないだろうか。

ただし震災で建物が完全に滅失した場合は敷地の共有関係のみが残ることとなり、再び区分所有建物を建てる為には他の区分所有者の同意が必要となる。

そこで大規模な災害により滅失した区分所有建物の再建を容易にするために作られた特別措置法では敷地利用権者は集会を開け、その議決権を敷地共有者の4/5とし、さらに再建の意思形成の阻害を防止するため共有者の持分割合を3年間分割禁止、6ヶ月以内に決議がないと買取請求されてしまうのを1年以内とする。

時価の評価として原価法と収益還元法とを比較考慮し、どちらか少ない方を、また原価法ではその答えが一般的にみて低い場合やマイナスとなってしまう場合は収益還元法によって求めるのが良いのではないかとと思われる。

そして不動産を譲渡した者、購入した物には税金が課されるが、震災に遭った地域には一定の特例措置がある。

反対者に時価を支払った事で再建に着手するわけだが、ここで抵当権の問題がある。

まずローンを抹消する方法としてa代価弁済b滌除c自ら競落人となるd抵当権者の同意e建て替え団体が資金を提供してローンを返済するf国庫による補助金といった方法が考えられる。次に一時的に抹消してもらう方法として①一部の返済や保証人の追加。②修繕積立金の一部を積み立てておき、依然として抵当権が残っている場合にはこれを追加担保としておく。そして建替え完了後金銭を返していく。③個別事情を総合勘案して一時的に抵当権を抹消してもらう。

二重ローンになった場合には現時点において借り換え、繰上げ返済、条件変更や公庫の救済措置、そして改正される民事再生法を将来的な資金繰りも考慮に入れて比較検討していくべきであろうと思われる。

そもそも日本の金銭消費貸借契約はリコース型、つまり借金は当事者が亡くなるまでついてくる。また亡くなってもその相続人が単純相続すれば相続

人にも負債は残ったままである。そこでノンリコースローン制度を提案したい。これは担保となっている不動産にしか債権者の求償権が及ばない貸付で、将来債務不履行が発生した場合に回収不足があっても債務者の他の資産からの回収は求められない。ただしリスクプレミアムがあるので多少金利は上がると思われる。

私はこれからの住宅ローン制度はリコース型とノンリコース型が選択できるようにすべきと考える。従前型の場合は追加担保が可能という、金融機関にとって有利だがその分金利も低めに押さえてあるのでこれは借主にとっても決して損ではない。また震災とはいづくか全く予想がつかずいちいちそこまで考えてローンを考えるというのは現実的ではないといえる。

一方で多少高い金利であってもリストラや倒産といった危機が生じた場合には担保を差し出せばローンがなくなるというノンリコース型を選ぶという方法もあるからである。

最後に資金がなく市場においては自力で必要な住宅サービスを確保できない者（住宅弱者）に対するセーフティネットを充実するため、国及び地方公共団体は住宅困窮者に対して安くて品質の良い住宅を所有、賃貸型共に大量に供給し、またその情報を容易に入手できる支援を図るべきであると提案したい。

## 高齢社会における療養看護と寄与分

百 原 昌 彦

### 1 はしがき

わが国の人口構造の高齢化は急速に進行しており、諸外国に比べ、その社会問題化は深刻である。今日すでに、老親に対する介護が深刻な問題となっており、寄与行為の類型のうち「療養看護型」による寄与分の主張が今後ますます増加することが予想される。

### 2 寄与分の法的性格

寄与分の新設により、寄与分の理論構成、要件、手続等の基本的な問題点はおおよそ明確となったが、すべての問題が解決されたわけではない。寄与分として被相続人が相続開始の時に有した財産の価額から控除される分を、法的にいかに理解するか、現在も調整説と身分的財産権説の対立がある。このような学説の対立は、実際の寄与分制度の運用にも大きな影響を与えている。さらに、均分相続の矛盾を解決するという法役割を期待された寄与分は、一方で数々の問題点を残したままである。特に、相続人でない寄与者について、社会実態としては相続人でない者でも遺産形成に相当貢献している場合もあり得るが、寄与分権者は相続人に限ることとされた。今日、解釈論的に一定の相続人でない寄与者については履行補助者論によって救済することも考えられているが、履行補助者論をとり得ない者の救済は、今後、議論、検討されて整合性ある法解釈ないし立法がなされるまで遺言によってなす他はない。

### 3 寄与分と扶養・相続

一方老親の死亡により残された老親を、子の一人が今後扶養する代わりに多く遺産を取得するような遺産分割がなされることがある。将来老親扶養をなし終えた後で寄与分を主張するとすれば、特別の寄与でないために寄与分が認められないものが、老親扶養を遺産分割に絡めると、通常の寄与に相当する部分をも確保できることになり、特別の寄与であることを要する寄与分との均衡が保てなくなる。この問題を寄与分の先取りとして位置付け、寄与分形態の一つとして取り上げた。遺産分割において、残された老親の今後の面倒を見ることを約し遺産の殆どを取得した子が、分割協議後、老親を虐待し扶養しなかったような場合でも、判例は民法541条による債務不履行を原因とする遺産分割協議の解除を認めていない。学説は一定の場合には解除を認めるべきであるとする積極説が有力であり、筆者も積極説を支持する。しかし、遺産分割協議の解除が認められない現状では、老親扶養を絡める遺産分割は、よほどのことがない限り慎むべきである。反面、このような背景には、「家」制度の意識から脱却できない高齢者の責任もある。高齢者の真の自立こそがこのような問題を解決することになるのだと確信する。

### 4 療養看護による寄与分

苛酷な療養看護の実態がある場合でも、現行の算定基準では寄与分は看護費用の範囲を超えることはできない。そこで、「特別の寄与」と認めるための要件のうち専従性と継続性は緩和され、療養看護に要した時間総量によって判断されるべきことを提案した。東京家裁平成12年3月8日審判は、一日わずか1.5時間の療養看護につき寄与分を認めた。介護保険の導入により一日当たりの療養看護時間は今後短くなることが予想されるが、本審判は、なお要する家族構成員による療養看護について、一日当たりの療養看護時間が短くても寄与分として法的評価をなしうることを示した先例となる。最後に、療養看護による寄与分算出の基準とすべく寄与分算出の算式を示した。算式

において、実務等では減算要素として機能してきた裁量的割合を、筆者は加算要素として機能させようと試みた。苛酷な療養看護の実態があるような場合には、それを加算要素として評価してよいし、療養看護のために仕事を辞めたような場合には、逸失利益的な部分をもある程度吸収することができる。上限一杯の評価をなすことで寄与者に満足感を与えることができるのではないかと考えたのである。さらに、貢献倍率を積極的に機能させる理由として、療養看護は今後質的充実を目指さなければならない。そのために、貢献倍率は広く療養看護の質的充実を促す意味でその採用に意義があるものと確信する。筆者は理論的には身分的財産権説に立ちつつも、具体的な寄与分の算定に当たり、調整説のもつ弾力的要素も取り入れた。すなわち、貢献倍率に共同相続人間の実質的衡平感を満足させるための裁量機能を持たせたのである。

## 5 まとめ

介護保険制度が導入され、療養看護の質、量は今後、変化することが予想されるが、なお療養看護による寄与分主張の意義が失われることはない。介護保険制度により療養看護の負担が軽減されとしても、なお家族が果たさなければならない役割は大きい。日本的な家庭内における療養看護は今後も続くものであり、その中で、療養看護による寄与分は機能させていかざるを得ない。介護サービスにより療養看護に精神的余裕が生まれると、家族による療養看護は徐々に精神的なケアへと比重が移り、療養看護は実質的に充実していくものと思われる。

## 《家族法研究》

### 重婚的内縁に関する一考察

——重婚的内縁配偶者の生活費留保と

婚姻費用分担請求について——

茨 木 徳 海

1 重婚的内縁とは、内縁配偶者の一方もしくは双方に法律上の配偶者がある場合の内縁を意味する。従来、重婚的内縁の問題として議論されてきたものは、重婚的内縁の消滅時、もしくは消滅後に生じる事後处理的次元の救済理論の問題であり、この点については一夫一婦制の原理を一時一婚と解する限りにおいて、一夫一婦制秩序との直接的な対立は生じないとして積極的な保護がなされてきた。しかし、重婚的内縁でもっとも問題となるのは、法律婚と事実婚が同時に存在していることを前提とし、同一の権利義務が競合する場合、その中でも特に一方配偶者から婚姻費用分担請求がなされ、その分担額の算定のときであると考ええる。重婚的内縁配偶者の生活費を認めることは、法律婚を侵害する内縁の存続維持を図ることになり、一夫一婦制の原則に反しないかという問題も含んでおり、形骸化した法律婚と実体ある内縁をどう調整してゆくべきかが問題となる。

2 重婚的内縁の問題を考える上で、重婚的内縁を保護するか否かということは、有責配偶者の離婚請求の問題と深くかかわっている。従来は、有責配偶者の離婚請求は否定的に解されていたが、昭和62年9月2日の最高裁大法廷判決において、一定の条件付ながら有責配偶者からの離婚請求をも積極的に解するものが出現して以降、離婚請求につき積極的に解する傾向である。また、立法論的にも、平成8年2月26日に法制審議会で決定された民法の一部を改正する法律案要綱において、具体的離婚原因に五年別居を附加するなど条件付ではあるが積極的破綻主義の傾向を強める条文案も盛り込まれた。その意味においては、従来の消極的破綻主義からいわれる法律必然的な重婚

的内縁は縮小されることになり、保護の必要性も減少してくるかのようにも思われる。しかし一方において、破綻主義離婚法のもとで、離婚が自由化され、離婚・再婚が日常化してくると、重婚的内縁も、婚姻が破綻し、新しい夫婦関係が形成される過程で、通常生じ得ることになり、いままでの重婚的内縁の保護とは違った意味で、現代的な意味での必要性もまた生じてきているのではないかと思われる。

3 そこで、重婚的内縁配偶者の生活費が留保されうる余地があるかどうかについてであるが、この問題は競合する法律婚配偶者の権利をどうとらえるかの問題であると思われる。すなわち、民法の届出婚主義の下においては、法律婚配偶者の権利がなお存する場合においては、重婚的内縁配偶者に同質の権利が同時に認められることは、一夫一婦制の原則の面から考えても消極的に解されるべきだからである。

4 ところで、事実上の離婚状態にある場合においても夫婦間に扶養義務はいまだ存すると解すべきであろうか。ここで、保護の対象となる婚姻のあり方が変容してきていることに注目したい。有責配偶者の離婚請求の判例法理では、前記大法院判決において、従来の消極的破綻主義の立場から積極的破綻主義の立場を支持する見解をとり、有責配偶者からの離婚請求といえども、婚姻関係が破綻している場合には信義誠実の原則に反しない範囲で有責配偶者の離婚請求をも認容することができるとした。また、配偶者の一方と不貞行為をなした相手方に対する他方配偶者の損害賠償請求の判例法理でも、従来は不法行為を理由として損害賠償を請求することは一貫して認めていたが、平成8年3月26日の最高裁判決において、婚姻関係破綻後においては、守られるべき婚姻共同生活がないから法的保護に値する利益の侵害がないとして、損害賠償責任を否定する見解がとられた。前述二例の判例法理の変容をみる限り、法律上の夫婦であるがゆえに常に保護されるわけではなく、保護の対象たる婚姻のあり方が変化してきているといえる。

5 以上のことから考察するに、夫婦共同生活を廃止し実質離婚状態にある夫婦については、法律上の夫婦であるがゆえに、常に婚姻法の段階の問題

で処理すると考えるのではなく、離婚法の段階の問題として処理すべきことも考えていいのではなかろうか。すなわち、婚姻破綻後においては、夫婦間の扶養を婚姻費用分担義務に求めるのではなく、財産分与の一要素である離婚後の扶養に求める構成が適切である。けだし、一方配偶者（多くは妻）が離婚によって自活困難状態に陥るのは、婚姻中の性別役割分業により自活能力を低下させることとなったからであり、この能力を回復させるまでの間の生活を保障すべきであるからと考える。このように解するかぎり、形骸化した法律婚の生活費は離婚法のレベルの問題として処理され、重婚的内縁配偶者の生活費は婚姻法のレベルの問題として処理されるため、あくまで別次元の問題であるから、同時に同質の権利が競合しているとはいえず、一夫一婦制の秩序に反しないものと解される。

## 株主代表訴訟における 経営判断の原則に関する一考察

高 橋 桂 子

### 序論

現行の株主代表訴訟制度では、取締役の責任が訴訟の対象となる。しかし、そのような一方的な責任のみを追及するものでは、企業経営の健全性の確保という点でバランスを失するのではないかという疑問が生じる。従って、アメリカで発展・確立してきた経営判断の原則を、わが国においてもその思考を検討することは極めて意義のあることである。

そこで本稿では、まず、アメリカにおける経営判断の原則の意義と機能及び適用事例について検討し、それを踏まえて、わが国における同原則の理論的位置付け、及び株主代表訴訟におけるその取り扱いについて、学説・判例を中心に整理・検討していく。最後に、わが国において経営判断の原則を今後どのように考えていくべきであるかを考察する。

### 第1章 取締役の会社に対する責任と経営判断の原則

本章では、経営判断の原則の前提となる取締役の対会社責任を述べ、次に、経営判断の原則の意義と機能を主にアメリカ法律協会の定式化をもとに論じる。それを踏まえて、わが国の学説の状況を整理していく。

わが国の学説はアメリカに大きく依拠している。私見としては、ALIの定式化を参考にしながら善管注意義務違反の審査基準を明確にしていこうとする考え方、その中でも、経営判断の過程と内容を区別して審査すべきであると考ええる。

具体的には、当時の状況に照らし、経営判断の過程については、その判断

をするために合理的だと思われる程度に情報収集・調査・検討等をしていかどうかを、経営判断の内容については、その判断が取締役として通常的能力・識見を有する者の立場からみて、明らかに不合理でないかを審査基準とすべきであると考ええる。

なぜなら、今日の企業経営は複雑多岐にわたっているので、裁判所は取締役の経営判断の過程と内容を区別し、きめ細かい審査をした方がより適切な判断を下すことができるからである。又、経営判断の過程と内容を区別しないと、その過程まで明らかに不合理でなければ責任を問われないと解される可能性があり、基準が緩くなってしまうであろう。

以上を踏まえ、経営判断の原則がどのように取り扱われているのかということにつき、次章以降の裁判例で具体的に検討していく。

### 第2章 米国における経営判断の原則の裁判例

本章では、アメリカにおける経営判断の原則の機能及び適用事例について検討する。

ピューマ対マリOTT事件では、取締役が十分な情報に基づいて慎重に検討を行っていたら、たとえその結果として会社が損害を蒙ることになっても、取締役は経営判断の原則によって保護され、注意義務違反の責任は問われまいとしている。ザパタ事件は、株式買受権計画の修正が株主総会の承認を経ずになされたことに対し株主が提起した事例であるが、各裁判所の判決が結論を異にしていることから、攻撃的用法に関してはその問題の解決が解釈上困難であることが伺える。ミラー対AT&T事件は、法令違反が問題となった事例であるが、たとえ会社のためであっても、法令違反の行為は経営判断の原則によって保護されず、取締役の会社に対する責任が認められるということが伺える。

### 第3章 わが国における経営判断の原則の裁判例

本章では、わが国の裁判例における経営判断の原則の取り扱いにつき、福

岡山魚市場事件、三井鉱山事件、野村證券損失補填事件、日本サンライズ事件を検討する。

経営判断の過程と内容を区別するという視点から裁判例を考察すると、取締役が政策決定をする過程において、必要な情報を収集・検討した上で合理的に判断したのであれば、裁判所はその経営判断にある程度の裁量を認めている。しかしながら、経営判断の過程と経営判断の内容を明確に区別しているといった印象はあまり受けない。

三井鉱山事件は法令違反が問題となった事例であり、当該行為の違法性が明らかため経営判断の原則は適用されない。よって、その過程と内容に触れる必要はないであろう。

福岡県魚市場事件と日本サンライズ事件は、判旨によれば、経営判断の過程と内容との間には矛盾がみられないことから、その過程と内容を区別するか否かによって結論に差は生じないと考えられる。

これに対し、野村證券損失補填事件は、経営判断の過程と内容を区別するか否かでは結論が異なると思われる。裁判所は、経営判断の過程と内容を区別していないため、審査基準が緩くなり取締役の責任を否定したと考えられるが、この結論には反対である。なぜなら、経営判断の過程は合理的と思われる程度に情報収集・調査・検討をしているとしても、経営判断の内容、すなわち、一部の顧客に損失補填を行うという判断は株主平等の原則という点からみて明らかに不合理だからである。この事例から、経営判断の過程が合理的であっても経営判断の内容が明らかに不合理な場合があるということが伺える。従って、ここに経営判断の過程と内容を区別して審査する存在意義があるといえよう。

## 結論

日本はアメリカと訴訟制度が異なるため、経営判断の原則をそのままわが国に導入するという考え方は好ましくない。わが国において経営判断の原則をどのように考えるべきかについては、裁判所が取締役の善管注意義務違反

の有無を判断する際の指針あるいは基準として働くにとどまり、できるだけわが国の会社経営の実態に即した形で、より明確化・類型化をしていく必要があると思われる。

株主代表訴訟において経営判断の原則を以上のように考察すると、株主側と経営者側との両者のバランスを保つことを可能にすると考えられる。ひいては企業経営の健全性の確保に資するものであろう。

## 株主代表訴訟と取締役の責任に関する一考察

——法令違反行為と取締役の責任——

今 瀬 聡

昭和25年の商法改正により、株主代表訴訟制度が導入されたが、訴訟の提訴手数料が高かったこと、勝訴判決を得ても株主には直接に利益が得られなかったことなどにより、導入後かなりの期間にわたりほとんど利用されることが無かったが、平成5年の商法改正で株主代表訴訟の提起が容易になったことにより、それまでは皆無であった株主代表訴訟の濫用の危惧とその対応策というものが議論され始め、また、あまりに巨額な賠償金額だけに反響を呼んだのは記憶に新しいところであるが、平成12年9月20日に出された大和銀行ニューヨーク支店の巨額損失をめぐる株主代表訴訟の判決を契機に、一時下火であった株主代表訴訟制度の改革についての議論が再燃し始めた。

上記の議論においては主に行為時所有の原則、取締役の責任・賠償額制限、取締役に対する弁護士費用などの補償、D&O保険などが挙げられているが、私は上記のような立法を伴う方法ではなく、現行条文中で株主代表訴訟について検討すべき箇所はないかと考えた。

そこで、私は今までの株主代表訴訟の裁判例において、取締役の責任の多くは商法266条1項5号の「法令」違反に基づいて追及されているという事実に着目し、その「法令」の解釈の仕方如何によっては、本来損害賠償責任を負うべきである取締役がその責任を負わない場合が生じる可能性があるなど、本来の株主代表訴訟の役割が抑制されてしまう場合があるのではないかと考え、本論文では、株主代表訴訟制度にとって、商法266条1項5号の「法令」を如何に解すべきかについて考察した。

商法266条1項の各号には取締役の会社に対する責任について定められているが、1号から4号まではそれぞれ、明らかに違法性が高く会社と株主の

利益を確保すべき必要性の高い行為について厳格に連帯責任として取締役の責任を追及すべき場合を具体的に列挙してあるのに対し、5号の規定は「法令又は定款に違反する行為をなした場合」の責任と定めてあり、その「法令」については“限定する”説（限定説）と“限定しない”説（非限定説）に見解が分かれている。

まず、限定説については、商法266条1項5号の「法令」にはすべてのありとあらゆる法令が含まれると解するのは適切ではなく、会社・株主の利益保護を図った規定および公の秩序に関する規定は含まれるが、それ以外の規定については、法令に違反することが取締役の善管注意義務違反になるかどうかという観点で検討するという説（近藤光男教授）が有力に主張されている。その他、若干の相違はあるが、森本滋教授、伊勢田道仁助教授らが「法令」について限定する見解を主張されている。

また、野村證券・TBS事件―東京高裁平成7年9月26日判決―では「法令」について限定する解釈がとられている。

それに対して、非限定説については、まず従来の通説が挙げられる。それは商法266条1号5項にいう「法令」とは商法210条（自己株式の取得・質受け）や264条（競業禁止義務）のような具体的な規定ばかりでなく、取締役の一般的な注意義務（商法254条3項、民法644条）や忠実義務（商法254ノ3）をも含み、取締役がその任務を怠って会社に損害を与えたすべての場合を包含するという見解である。その他、従来の通説とは若干の相違があるが、吉原和志教授、吉本健一教授らが「法令」を限定しない見解を主張している。

また、日興証券事件―東京地裁平成9年3月13日判決、東京高裁平成11年2月23日判決―、野村証券事件（損失補填）―東京地裁平成10年5月14日判決、東京高裁平成11年1月27日判決―、野村証券・TBS事件―最高裁平成12年7月7日判決―では、「法令」について限定しない解釈がとられている。

結論として私は、「法令」を限定することが実務的に困難なのではないかと考え、本論文で判例として挙げた一連の証券不祥事に加え、その後の数多くの企業の不祥事を鑑み、法令を遵守して経営を行うという企業の意識を向

上させ、株主代表訴訟制度の存在意義を考慮して企業の経営にあたることを促すという意味で、商法266条1項5号の「法令」についていたずらに解釈することなく、「法令」を限定しない説、つまり従来通説に従った最高裁で判示された意見に賛成する。

しかし、一方で、商法266条1項5号の規定違反を理由に、取締役に対し不当に過酷な責任を負わせることには疑問があり、責任を肯定した上要賠償額の量定を妥当なものとする方法、例えば損益相殺、過失相殺の規定の適用ないし類推適用、その他の調整方法も法改正を含め、考えていく必要があるのではないかとも思う。

## 《商法研究》

# 株主代表訴訟における 経営判断原則に関する一考察

——わが国での適用の可否とその限界——

小 林 浩 二

## 序論

本論文ではわが国の株主代表訴訟において経営判断原則の考え方が商法上の解釈として援用できるか否か、援用できるとしたら実際の裁判あるいは取締役に対していかに機能するかを考察する。

## 第1章 経営判断原則をわが国に取り入れることの可否

経営判断原則は、アメリカにおいて判例を通じて生成・発展してきたが、その内容については意見の一致が見られていなかった。しかしそれでも経営判断原則が広く認められてきたのは、その適用を正当化する十分な論拠が示されてきたからに他ならない。

主な論拠として①取締役が企業家精神を発揮し、冒険的事業を果敢に着手する上で経営判断原則は不可欠であることがあげられる。②は会社経営に必要な専門知識を有しているとはかぎらない裁判官が事後的に判断を下すことは必ずしも適切なことではないからである。

以上のことから、結果として経営判断が失敗したときであっても、取締役に責任を課すことが適当ではなく、取締役の善管注意義務違反に基づく責任について、アメリカで論じられているような経営判断原則の考え方を日本でも取り入れるべきだということになる。

## 第2章 株主代表訴訟で追及される取締役の責任の範囲

代表取締役を頂点として社内出身者が多数を占める取締役会の現状を勘案すると社内で浄化作用を期待するのは限界があることから、株主が代表訴訟により追及しうる取締役の責任は、取締役が会社に対して負担する一切の債務が含まれると解する。このように株主代表訴訟で追及される取締役の責任の範囲を限りなく広く把握する反面、経営上の過失を理由とする株主代表訴訟の提起に関していかに対処すべきかという点で、アメリカの判例法の中で生成した経営判断の原則の援用をはかることで不適切な訴訟に対処するのである。

## 第3章 わが国における経営判断原則の学説の展開

初期の学説は、アメリカ法の一部有力学説の影響を受け経営判断原則を取締役の善管注意義務を軽減し、軽過失を免責するもののように捉え、わが国においても採用されるべきことを主張する。

最近の学説は、取締役に善管注意義務違反があったかどうかを判断する際に、経営判断の考え方を取り入れることによってその基準をより明確化しようとしているようである。また、経営判断原則を推定ないし立証責任の転換機能を有するものと理解し、わが国への導入を主張する見解もある。

ここでは、取締役に善管注意義務違反があったかどうかを判断する際に、経営判断原則の考え方を取り入れることによってその基準を明確化しようとする学説の中でも経営判断の過程と内容とを区別する学説を支持する。

## 第4章 わが国における経営判断原則の判例の展開と その検討

取締役がおこなった経営判断が善管注意義務違反に該当するか否かについて審理した判例の多くは、取締役が経営上広範な裁量権を有することを前提とした上で、当該経営判断が企業人として許容される裁量の範囲を逸脱する

ものでなかったかどうかを問題としているという。なお、その際の基準は、通常の企業経営者を基準としてその合理性の有無によって判断される。

経営判断の過程に関しては、裁判所は取締役の問題の経営判断に係る状況を的確に理解するのに必要な情報を当時の状況に照らして合理的と思われる程度に収集・調査し、慎重に検討したかどうかを厳重に審査すべきである。

他方、経営判断の内容に関しては、裁判所は企業経営について取締役に広範な裁量権が認められること等から、事後的な裁判所の判断尺度で取締役の行った決断の当否を厳格に判定することはせず、それが特に当時の状況に照らして明らかに不合理・不適切でないかどうかを審査すべきである。

## 結論

本論文では、取締役の善管注意義務に関する審査基準を明確にする際に経営判断原則を「参考」とすべきものとする。なぜならアメリカと日本とでは法制度が異なり、そのままアメリカ型の経営判断原則を「導入」したり「適用」することは困難であること、わが国の商法は取締役は善良なる管理者の注意をもって会社の業務をおこなうこととすると規定するにとどまり、取締役の善管注意義務違反がどのように審査されるかが明確でないことから、アメリカにおける経営判断に関する考えを参考にしつつ審査基準として経営判断原則をわが国に取り入れるのである。他方、善管注意義務の内容や善管注意義務違反の有無の審査基準をより取締役に即したかたちで明らかにするための解釈論を展開していくことは、取締役にとてもその行動指針が明らかになるという意味で有意義である。取締役はその行動指針を守ることにより株主代表訴訟を提起されるかもしれないという不安から解放され、経営に専念できるようになるからである。つまり、経営判断原則は取締役の行動の指針としても機能しうるのである。

## 株主代表訴訟と取締役の責任に関する一考察

——株主代表訴訟の現状と取締役の責任をふまえて——

根 本 雅 司

わが国の株主代表訴訟は、昭和25年の商法改正において英米法から導入され、平成5年の商法改正において一部が改正され現在に至っている。その機能は、会社経営者の適正化を担保する違法行為防止機能と会社が受けた損失の補填という損害回復機能があるとされる。そして、現在、自由民主党を中心に株主代表訴訟の見直しが検討されている。

しかし、株主代表訴訟が提起された事件の内容を調査すると、最近、証券会社や金融機関等の損失補填事件・利益供与事件・不正支出・違法融資関連事件、贈賄・ヤミ献金・談合等ゼネコン疑惑関連事件や公開会社の不祥事を原因とする責任追及事件が目立つ。さらに、使途不明金・粉飾決算による税負担問題等、税法上の取扱いにおいても取締役の責任として争点となっているのが現状である。問題は、利益供与事件等の刑事事件の対象となり、その後、株主代表訴訟が提起されるケースが目立つ点である。すなわち、商法上、株主代表訴訟が株主の監督是正権として有効に機能しているかという点である。

本論文の研究目的は、このような企業環境のなかで、わが国の株主代表訴訟の現状を検証し、追及される取締役の責任を検討することである。さらに、現状の問題点と今後の課題を検討することである。

序論、第1節において株主代表訴訟の沿革と取締役の責任、第2節において日本法への導入、第3節において善管注意義務と忠実義務との関係、第4節において経営判断の原則と取締役の責任について検討した。つぎに、第1章において、わが国の株主代表訴訟の現状と問題点を検討、第2章において取締役の責任を検討、第3章において主要な判例を検討した。

株主代表訴訟の現状を調査すると、平成5年9月30日までに提起された主要な株主代表訴訟事件は合計35件であり、平成5年10月以降平成12年11月までに提起された主要な株主代表訴訟事件は合計81件であった。累計は毎年増加しているものの、急増ではなく漸次増加であり、前年と比較した増減比で見ると平成6年を境に増減を繰り返していることがわかる。

不祥事を原因とする責任追及事件が増加傾向にあり、刑事事件提訴後、株主代表訴訟を提起する事件が目立つ。本来、取締役等が違法行為で会社に損害を与えた場合、会社がその取締役等に責任を追及すべきである。刑事事件において有罪判決後、提起された株主代表訴訟ではなく、株主代表訴訟が商法上の有効な制度として機能させることが課題となると考える。このことから、株主代表訴訟で追及される取締役の責任を明確にすることが重要であると考ええる。

株主代表訴訟について商法267条1項では「取締役ノ責任ヲ追及スル訴」と規定しており、その対象は取締役の責任を追及することを明らかにしている。そこで、取締役の責任についての具体的問題点として、まず、株主代表訴訟により追及される取締役の責任の範囲については、商法266条の弁済・賠償責任と商法192条・192条ノ2・280条ノ13・280条ノ13ノ2の資本充実責任に限ることが妥当であると考ええる。さらに、取締役の会社に対する責任の発生期間は、取締役の地位にある間に負担した債務に限ることが妥当であると考ええる。

つぎに、商法は、取締役の会社に対する責任を商法266条において規定している。したがって、この責任は、株主代表訴訟によって追及することができる。商法266条1項5号にいう「法令」については、従来の通説や最高裁判決は法令違反について、あらゆる法令が含まれると解する立場であると解されている。しかし、取締役の会社に対する責任追及される場合においては、従来の通説より、限定説的に考える。よって、株主代表訴訟における場合においては、取締役の責任追及が明確化するのではないかと考える。

そもそも、株主代表訴訟の機能は、会社経営者の適正化を担保する違法行

為防止機能と会社が受けた損失の補填という損害回復機能があるとされる。したがって、商法改正にあたっては慎重に問題点を検討する必要がある。今回の提案は取締役の責任が明確にされておらず、一方で取締役の責任の軽減が目的であると考えられ疑義である。

以上、株主代表訴訟の現状と取締役の責任追及をふまえて検討すると、今後、法秩序からみて是認されない違法行為として刑事事件において有罪判決後、提起された「株主代表訴訟と取締役の責任」追及ではなく、株主代表訴訟が、株主の監督是正権として有効に機能させることが課題となると考える。

## 《商法研究》

# コーポレート・ガバナンスにおける監督是正小論

——現行商法上のいわゆる情報開示制度についての一考察——

安 藤 芳 明

## 1 コーポレート・ガバナンスの概念について

「コーポレート・ガバナンス」という意義については、統一的な見解は現在のところないように思える。論者によって様々な見解が述べられている。

私は、様々なコーポレート・ガバナンスの本質全体のうちの一つである株主の監督是正という側面に主眼を置き、そこにおける適正化に重点を絞って本論文の本質課題とした。

監督是正権は株主権の一つであり、それは昭和25年改正商法で会社機関内の権利義務の状況が一変した、かかる改正法は大規模な改革であったと言わざるをえない。

## 2 昭和25年商法改正

昭和25年商法改正により、取締役の権限が拡大し、株主の地位の強化がなされた、これを、コーポレート・ガバナンスをいかに達成するかという観点からみると、前者では取締役の責任の厳格化が図られ、後者では会社の損害を如何に回避し、株主の利益を如何に保護するかという問題となる。この改正により、はじめて株主代表訴訟と帳簿閲覧権が制度化された。

## 3 株主代表訴訟

株主代表訴訟とは、会社が取締役の会社に対する責任を追及する訴えの提起を怠っている場合に、個々の株主自らが「会社」のために、取締役の責任を追及する訴訟である。

すなわち、取締役がその任務懈怠にもとづき、会社に損害をもたらした場合、会社が当該取締役に対し訴え提起をしなければならない、しかし、取締役相互間では普段から顔を知っている関係上、会社が積極的に責任追及することは期待できない。

だが、もしも取締役の責任が追及されないまま放置された場合、結果として会社が不利益を被るおそれがあることを考慮して、株主が単独で会社に代わって取締役の責任を追及することを認めたものである。

#### 4 実際の訴訟追行上の問題点

実際に訴訟を追行していく場合、会社は権利者であり取締役は義務者であるのに、権利者が義務者を助けるものであって論理矛盾であり、会社にとっては自損行為といえる。

すなわち、株主代表訴訟には株主が会社に代わって取締役の責任を追及するという側面があり、対立関係は本来あるべき姿ではない。

#### 5 帳簿閲覧権

平成5年商法改正で株主代表訴訟とともに要件が緩和された帳簿閲覧権は、極めて有力なディスクローズの方法であるといえる。この改正により、改正前では持株要件が発行済株式総数の10分の1以上であったものを100分の3以上に緩和した。

さらに、帳簿閲覧権をコーポレート・ガバナンスとの関係について見るならば、株主に対する情報公開すなわちディスクロージャー、取締役の違法行為は監視の目が光ることにより監督是正たりうる。そして、株主代表訴訟と帳簿閲覧権は株主の監督是正という点で、目的と手段の関係にあるといえる。

#### 6 単独株主権としての帳簿閲覧請求権

本来、監督是正の側面を強調するならば、帳簿閲覧権も株主代表訴訟と同様に単独株主権とすべきである。しかしながら、平成五年改正は持株要件を

発行済株式総数の100分の3以上を緩和した点のみに収まり、訴訟もしくは裁判制度自体の改正には及ばなかった。

#### 7 私見

株主代表訴訟は、株主が有する強力な監督是正権に他ならない。しかし訴訟を追行していくためには、株主は取締役の会社に対する責任を立証するため情報・証拠を収集しなければならない。一方で、実際の問題として情報・証拠は会社にあり、証拠の偏在が問題となる、さらに会社は権利者であるのに原告株主に対し容易に証拠収集できないよう義務者である取締役を援護する傾向にある。

本来改正すべきは、会社の本来の所有者である株主に対し、より事前的・積極的な情報開示が必要であり、それにより取締役への監視が強化され、違法行為も未然に回避されることになり、遵法経営が無理なく達成できる。

この意味において、帳簿閲覧権も株主代表訴訟と同様に単独株主権とすべきである。

## 《会社法研究》

## 株主代表訴訟における 訴訟要件に関する一考察

藤 田 慎太郎

I 株主代表訴訟の訴訟要件（商法第267条第1項～第3項）は、代表訴訟本体の審理に入る以前の手続きに関するものであり、具体的には、代表訴訟の提起権者、代表訴訟提起以前の手続およびその免除に関する規定である。そして、株主代表訴訟提起以前の手続に瑕疵がある場合、当該訴訟をどのように取り扱うべきかについては、判例・学説ともに意見の分かれるところである。

わが国の株主代表訴訟制度は、昭和25年の商法改正により、アメリカ法の派生訴訟に倣い、株主権の強化の一環として導入された制度である。したがって、わが国の株主代表訴訟制度は、法制的基盤を異にするアメリカ法に倣った制度であることから、実体法たる会社法上の制度であるとともに訴訟法上の制度であるといえる。すなわち、わが国の株主代表訴訟制度は、その性質上、実体法的側面と手続法的側面との二面性を有しているのである。会社経営の健全性確保のために、株主の代表訴訟が適正なかたちで運用されるためには、実体法的側面と手続法的側面との両輪がバランスよく機能する必要がある。会社の利益を護るため、あるいは会社の損害を回復するために機能すべき株主の代表訴訟が、かえって会社の利益を害するような、いわゆる不適切な訴訟となることを未然に防ぐために訴訟要件のハードルが存在する。しかしながら、訴訟要件を厳格に解しすぎることは、本来回復されるべき会社の損害がその回復の機会を奪われるような状況につながるおそれがある。この両者のバランスをどのようにとって行くかは簡単な問題ではない。

わが国に株主代表訴訟制度が導入されて以来、提起された株主代表訴訟の中でいくつか見られる代表訴訟提起以前の手続法上の瑕疵を争点とする

事例は、まさに、株主代表訴訟が実体法と手続法とが交錯する一場面であることを例示的に示すものである。そして、訴訟要件の欠缺といった、株主代表訴訟に係る手続法上の瑕疵をどのように扱うのかといった問題は、わが国において株主代表訴訟がどのように機能し、また、どのような効果が期待されているのかといったことに大きく影響を及ぼすのである。

II 株主代表訴訟の訴訟要件を満たさない場合、原則的には、提訴株主は代表訴訟の原告適格を有せず、代表訴訟を提起することはできない。したがって、株主にとってこの訴訟要件は担保提供と並んで、代表訴訟提起の際のハードルであり、同時に濫訴を防止する機能を有しているといえる。また、訴訟要件の一つである会社に対する提訴請求は、株主による会社への是正要請であり、不当な会社経営を監督し、あるいは矯正する機能を有しているといえる。さらに、この是正要請によって、会社が訴訟を提起すれば、より早期の損害回復が可能となる。したがって、代表訴訟の訴訟要件は、会社の損害の早期回復と会社の正規的体制による運営を導くという潜在的な機能を有しているといえる。

一般的に株主代表訴訟は、損害回復機能と監督是正機能を有すると解されているが、平成5年の訴訟の目的の価額の算定に係る改正からも窺い知ることができるように、監督是正機能により重点が置かれるようになってきている。監督是正機能は、直接的に損害を賠償するのと比較してストレートな効果を期待することはできないが、会社機関に対して、そのあり方を考え見直す機会を与えるという意味において重要なものである。監督是正機能が効果的に働くことによって、違法行為を未然に防ぐことや、不当な会社経営を会社自ら矯正することが可能となる。そして、それによって齎される会社経営に対する信頼は、会社や株主ばかりではなく経済社会全体の利益に繋がる。

株主代表訴訟で最も重要なのは提訴請求後の会社の対応である。したがって、訴訟要件をいたずらに厳格に解し、訴訟要件の欠缺を理由として不適法却下とすることからは、真のコーポレート・ガバナンスは導かれないのではないであろうか。

Ⅲ 結び アメリカ法上の派生訴訟を元来法制的基盤を異にするわが国の株式会社法に調和的に継受することは困難なことであり、実際にこの株主代表訴訟制度は理論的・技術的に多くの問題を抱えている。とくに、わが国において代表訴訟の訴訟要件とされているものには、わが国の代表訴訟に馴染まないものがある。会社に対する提訴請求に関するそれは、わが国の法制度には異質であり、その取り扱いについては不明確な点が多い。しかし、この法制度を馴染まないものとして、検討を重ねず、単に形式的に取り扱うことから、株主代表訴訟制度の適切な運用・解釈は生じない。したがって、わが国の法制度に調和的に継受することが困難であることを認めつつ、同制度のあり方を模索することがコーポレート・ガバナンスにとって一つの重要な要素となるのではないだろうか。

## 《会社法研究》

### 監査役の責任（業務監査権限のない監査役を中心に）

——専門家としての地位が

監査役の責任とどう関係するのか——

沼 祥 一

#### I 監査役の能力要件

商法は、企業組織の大小に関係なく監査役の規定を置き、監査役は商法266条ノ3の対第三者責任を、商法280条において準用規定している。会社が倒産すると本条を利用して取締役や監査役に対して損害賠償を求め責任を追及してくる。本条が第三者の保護に果している役割は大きい。が、資力の乏しい小会社の監査役にとっては、名目的に名前を連ねているだけで責任を負わされるのは、保証債務にも相当するものである。わが国の大半を占める小会社はこのような監査役が多く存在するのも事実である。しかし、一人会社における単独株主の意思決定が、株主総会の全員の一致とみなされる以上、このような会社であって選任された監査役は正当な監査役であると解され、業務監査権限を有しない会社であっても株式会社である以上監査役としての責任は商法の規定に服さなければならないのである。倒産を未然に防止し第三者の保護を図る見地から監査役の責任は重大なものである。

上記のような会社であっても、監査役が任務を全く懈怠したような場合は、悪意または重過失が認められる場合があり、それによって、第三者に対し損害が発生する場合は、監査役に対して損害賠償を肯定することもある。監査役は職務として、株主総会に取締役の業務執行や会社の状況について報告することにあり、そこには株主の代表としての色彩が相当程度認められる。監査役に対して取締役と同様に株主資格の要求を禁じた趣旨が、取締役の場合のように適材を求めるならば、それは、監査役に「能力要件」を求めること

に関連すべきである。監査役の職務は重大であり、その重大な任務を行えるのは、監査役の資格を「能力要件」に求めることが必要であり、その能力を十分に発揮できるのは「専門家」ではないだろうか。

## II 専門家である監査役の業務責任

専門家は、民法のほか、専門家が所属する弁護士法等にも服さなければならない。このような専門家が、株主総会により監査役に選任され、それを承諾し就任した場合の専門家の責任は、商法の規定にも服することになる。わが国の不法行為に関する規定は広く、不法行為の適用される範囲もきわめて広く、専門家の場合はその責任が認容されやすい傾向にある。依頼者に対しては契約責任があるのは当然である。

依頼者という者は、専門家を信頼すればこそ、他人には見せられない秘密や経済状況（財布の中身）まで打ち明け、全幅の信頼を寄せるのである。それは、専門家が有している知識・経験等に裏打ちされるものである。そのような専門家が監査役に就任するということは、企業の役員・株主らは監査役に対して、一般人のそれとは違いより高度な注意義務を持って職務に務めることを期待しているからである。監査役が「弁護士であって、監査役に就任した以上一般人以上に比して監査役の職務をよりいっそう真摯になすべきことが期待される職責にある」と判示し、税理士の職務の過誤が、監査役の職責を解任する正当事由になりえたことは、監査役に必要な知識や経験をその専門性に求め、一般人以上に高度な注意義務をもって監査役の職務を執行することを期待したことにあると裁判所が認めたものであると考える。さらに、専門家の責任に関する判例において専門家に対する責任は厳格化傾向にある。善管注意義務にしても、専門家に要求される義務の水準も一般人以上に高度であるべきといえる。専門家は、監査役に就任した以上は自己の能力を発揮し、自己の利益より依頼者の利益と公共の利益を優先すべきである。そのことが会社の倒産を未然に防止することになり、会社に対して債権を持つ第三者の保護にもつながることになるのであろう。監査役は、第一に株主の利益

を図ることを責任として負っており、これを通して第三者に対しても責任を負っていると考えられ、監査役が考えなければならないのは、株主の利益であり、第三者の利益を不当に侵害しないことである。監査役には、特に業務監査権限を有しない小会社の監査役には専門家が就任することが望ましいのではないかと考えている。

## III 結び

しかし、専門家の責任の厳格化が、このような専門家の監査役への就任の妨げになることも考えられる。当然に監査役の職務は株主を保護することであり、直接に第三者に対して責任を負っているわけではない。所有と経営の分離していないわが国の大半を占める小会社の株主は、代表取締役ないしその親族で固められ、また、会社の運営もその親族でなされ、株主総会の開催もなされずに、是正機能さえも持たない会社であって、そのような株主を保護する監査役が責任を問われることに矛盾を感じないわけではない。しかしながら、専門家が監査役に就任することにより適切な監査がなされれば、会社経営者の不当な経営を未然に防止する事ができ、第三者への損害の発生もなくなるのではないだろうか。

監査役の責任を名目的であるとか、義理での監査役就任や監査役の職務を果さず任務懈怠にもかかわらず第三者との因果関係を安易に否定することを理由に、責任の回避を認めるような判決が今後も続くようであると、監査役というものの存在さえ会社にとっては無用の長物となってしまう。

## 純粹持株会社と子会社経営責任の追及

本 多 卯 生

本論文は、株主の立場から企業グループのコーポレート・ガバナンスの確立を考えるため、純粹持株会社と子会社の経営責任を取り上げるものである。

持株会社は、株式を所有することにより他社の事業活動を支配、管理し、その特徴はいわゆる資本参加による他会社の支配にある。この方法によれば企業支配のための資本を節約でき、一方で傘下に抱える企業の規模は非常に大きなものとなるため、純粹持株会社は、戦後長い間、経済の一般集中を招く弊害を強調され、その設立が規制されてきた。

しかし、戦後半世紀を経て政治や経済が成熟の段階に達したとして、純粹持株会社に対する見方を改め、企業組織としての有用性に目が向けられるようになる。平成9年の独占禁止法の改正は、純粹持株会社規制が抱えていた矛盾点を解消し、経済環境の変化に対応するための組織として純粹持株会社を利用可能なものとし、会社法においても株式交換、株式移転、会社分割の規定が設けられた。

純粹持株会社の有用性の根拠は、それが分権的組織の一形態であるという点と、株式所有による事業支配の二点にある。ウィリアムソン (O. E. Williamson) とコース (R. Coase) は企業組織の形成過程を分析しているが、それによれば、企業が選択する組織は全体的視野からの戦略的決定を行う主体と、個別の事業に関わる決定を行う主体を分離した分権的組織が最も効率的であり、純粹持株会社はそうした組織形態である。また、クラーク (Robert. C. Clark) による資本制企業の機能分化をもとに持株会社の効用を分析した浜田教授によれば、純粹持株会社の子会社支配は株式所有に基づくものであるため、子会社経営への積極的介入も可能である一方で、所有株式

の譲渡により事業からの離脱権を容易に行使することも可能である点が指摘されている。

このように純粹持株会社は企業組織としての効率性がより高まる期待があるが、それは同時に権限乱用の危険性を拡大するものでもある。

現代企業においては所有から分離した経営をどのようにコントロールするかという問題が常に議論される。それがコーポレート・ガバナンスの問題である。コーポレート・ガバナンスの議論で重要なことは株主の立場から会社のコントロールを行うということである。株式会社の活動の基本を決定するのは、利害関係者の中でも本来的所有者である株主とその受託者である経営者であるが、今その力のバランスが崩れている点に問題の原因がある。

純粹持株会社では、その株主にとって重大な関心事となる利益と事業リスクはともに別法人である子会社の支配に委ねられ、持株会社株主のコントロールが及ばないと言う点で、株主権の形骸化が生じるため、この問題は一層顕著になる。

コーポレート・ガバナンスとは経営の監視、介入を意味するが、それを株主の立場から行うとき、経営の効率性と適法性のいずれに重点を置くべきか問題となる。経営の効率性に関する評価は、グループ全体の見地から子会社の効率性を考えながら、持株会社から子会社の事業経営に関して行われる。それこそが持株会社の経営者に求められる能力であり、持株会社株主がそこに関与することは合理的ではない。一方、親子会社間で経営者への権限集中が生ずるため、違法、脱法行為が行われる可能性がある。したがって株主は事業経営の適法性を中心に監視、介入するべきであろう。そしてその重要な手段となるものが株主代表訴訟である。

持株会社は企業経営に関する機能の分化により、経営効率が高まる組織であるが、一方でその株主の立場から見れば利益の源泉たる事業経営が子会社の直接管理下になるため、株主権の実質的形骸化を生ずる。そして、そうした事態は会社経営権が取締役へ集中することを意味し、その結果会社における違法行為を招く虞がある。

株主代表訴訟は会社経営における違法行為を防止する目的も果たすが、親子会社において子会社の損害が問題とされた事件として我が国では「三井鉱山事件」と「片倉工業事件」が有名である。両事件ともに、親会社の取締役が、子会社の名義で親会社株式を取得しこれを処分したことにより、自己株式取得規制の潜脱と株式の買入及び売却により子会社に損害を与えたことが問題とされ、親会社の株主がその損害の填補を求めて、親会社の取締役を訴えたものである。判決は、子会社の損害は親会社の間接損害であるとしてその填補を親会社に対して為すよう求めた原告の訴えを認めているが、純粋持株会社における子会社経営の重要性を考えれば、このような解決方法には次のような点で疑問が残る。

第一に子会社損害の性質である。親会社にとってそれは確かに間接的なものであることには違いないが、その具体的算定方法は必ずしも明確にはできない。第二に子会社に生じた損害を親会社に填補することの問題である。事例の子会社は株主が親会社しか存在しないが、子会社債権者の保護や、そこに少数株主が存在した可能性を考えれば、その損害は子会社自身に填補されるべきではないか。第三に責任の所在である。子会社に対する支配権を行使するのは、通常、親会社またはその取締役であると考えれば親会社または親会社取締役へ責任追及を行うべきと考えられるが、持株会社における子会社の独立性を考えれば子会社の取締役にもそれなりの責任を求めるべきである。

純粋持株会社における株主の権利と会社経営権の取締役への集中を考えれば、親会社取締役が子会社の株主として、子会社取締役に対して株主代表訴訟を提起することを期待することは困難な場合が考えられる。アメリカにおいては、親会社の株主が子会社の取締役を訴えるという二重代表訴訟が判例で認められる。その理論的根拠等は統一されていないものの、子会社の損害を子会社において回復することが親会社ひいては親会社株主の利益に資するという観点は、我が国の立法を考える上でも参考となる。

純粋持株会社は、組織の分権的性質を生かし経営効率を追求するためのものであり、子会社の独立性を高めることがその主眼となる。したがって子会

社取締役の責任も決して軽いものではないと言える。株主代表訴訟は、取締役の違法行為を事前に抑制する機能も併せ持つ。純粋持株会社における子会社経営の重要性を踏まえた上で、その株主の立場からコーポレート・ガバナンスを考えれば、子会社の取締役にも、この訴訟により責任を追及されると言う緊張感が求められるのではないだろうか。純粋持株会社の利用が法律上認められるようになり、また現実に関しそれを利用した企業グループの再編が行われつつある現在、企業グループのコーポレート・ガバナンスの確立のためにも、問題の先送りは許されないと考える。

## 会社倒産時における 取締役責任制度に関する一考察

——商法266条ノ3の解釈論・立法論の模索——

盛 田 英 俊

I わが国の株式会社法は、商法第266条ノ3所定の規定に取締役の第三者に対する規定を定めている。この規定は、一定の場合において、会社ではなく、第三者に直接取締役個人に対して損害賠償請求をすることを目的とする訴訟の追行を認めるものである。

この商法第266条ノ3に関する判例の数はおびただしく、おそらく本条は会社法の中で最も判例が多い規定であろうと思われる。これは、会社法の予定する株式会社像とはおよそかけ離れた、いわば個人企業が法人成りしたとしか思われなような小規模の閉鎖会社が全株式会社中に圧倒的多数を占めるというわが国の状況と、これら会社の倒産の頻発という事態にあって、本条所定の規定があたかも一般条項であるかのように活用されていることによる。すなわち、会社の倒産という会社の特別な状態にあって、資本金の基盤が脆弱な株式会社にあつては、会社自体に債権の引当てない担保となる財産が微少であることが多く、会社の倒産という事態に直面した債権者にとっては、取締役個人の財産は格好の標的であり、商法第266条ノ3の規定により取締役の責任を追及するという形で自己の債権の回収をはかるといふ実務が頻繁に行われているという実状が存在するのである。

このような状況に鑑みると、商法第266条ノ3の規定は、いわば法人格否認の法理の代替的役割を果たしており、とくに会社の倒産という極めて限られた場面において機能し効果を及ぼすものであると考えることができる。そして本条をこのような理解に立って考察した場合、ある疑問が生ずる。すなわち、本条の規定に基づく取締役に対する第三者の損害賠償請求権は、これ

までは個別的な救済の法理であるという認識にとどまっており、多数の債権者の存在に目を向けていないことによる弊害があるのではないかということである。本条が、会社の倒産時における会社債権者の債権回収手段として活用されることが極めて多い以上、本条を会社の倒産処理との関連で考察すべきではないであろうか。

II 商法第266条ノ3の規定文言は抽象的であるが故、昭和44年の大法廷判決が出されるまで、その趣旨や適用については様々な見解が主張されていた。大法廷判決は、抽象的な本条第1項に実質的な意味を与え、その後の判例・学説の指導的立場に立つものとなった。大法廷判決により、第三者に有利な立場が確認されて以来、本条による取締役の責任追及訴訟はその増加に一層の拍車をかけることとなった。しかしながら、会社は取締役とは本来別個の法人格を有するとする株式会社観からして、本条所定の規定は、会社法上極めて特殊な規定であり、一般条項のごとく活用することには賛成しえない。むしろ、本条は、会社の倒産時において適用されるべきものではないであろうか。商法第266条ノ3に基づく取締役に対する損害賠償請求権を個別的な救済法理として認識することにとどめず、倒産処理との関連でとらえ、会社経営の周辺に存在する多数の債権者を視野に入れた解釈をすべきである。取締役の第三者責任規定は、会社倒産時の債権者の債権回収手段として実質的に機能している以上、その運用に際しては、債務者の無資力時における、債権者間の調整理念である平等原則が考慮され、その成果も債権者全般への均霑に期すべきである。

以上のように商法第266条ノ3を倒産処理との関係で考えた場合、その運用については株主の代表訴訟（商法第267条）が参考となる。代表訴訟は会社ひいては株主全体の利益を守るための規定であり、第三者を保護することを趣旨とする商法第266条ノ3とは異なるものであるが、前者は個々の株主に、後者は個々の債権者に損害賠償請求権を認めるものである。代表訴訟は、個別的な救済の法理ではなく、その効果は全ての株主に及ぶことになる。しかし、商法第266条ノ3は、個別的な救済法理として認識されており、その

効果も個別的に及ぶにとどまる。したがって、会社の倒産時には、わずかな残余財産から按分弁済を受けるほかない債権者が、本条による損害賠償請求を試みる限りは、コスト・パフォーマンスに耐えられる債権者のみが効果的な債権回収の実をあげてしまうことが考えられる。したがって、本条を倒産処理との関連で考えた場合、本状によってもたらされる損害賠償金は会社財産の不足分の填補とされるべきであり、全債権者の弁済財源として扱うという、代表訴訟に倣った運用がなされるべきではないであろうか。

Ⅲ 結び 商法第266条ノ3に関する本稿のような問題設定は、会社法研究上いささか奇異に映るものであろうが、会社の倒産という特別の事態に活用されることが多い本条は、債権者間の調整理念である平等原則が考慮されるような活用が望ましいのではないかという考えによるものである。

## 《刑法研究》

### 責任と予防に関する一考察

——積極的一般予防論を手がかりにして——

伊 藤 正

本論文は、積極的一般予防論に焦点を当てながら、責任と予防の関係を考察したものである。ドイツにおけるこの問題の代表的な論者であるヤコブス並びにロクシンをはじめ、わが国の論者の見解を詳細に紹介し、その論点を明らかにすべく試みた。

従来、責任とは非難可能性であるといわれてきた。責任は刑罰の前提とされ、国家刑罰権を制約するための手段として重要な法治主義的、自由主義的機能を果たしてきた。しかし、この責任主義は今日その意義が問われ、予防刑法、特に積極的一般予防論（規範認知の訓練〔規範信頼の訓練、法への忠誠の訓練、帰結甘受の訓練〕による一般予防）から責任と予防の関係が激しく争われるに至っている。

というのは、責任を非難可能性とする立場は、他行為可能性、自由意思という未解決の理論を前提とするものであり、また応報思想に基づくものであり、批判すべきであるとする。

積極的一般予防論では、刑罰は社会の維持、もしくは法益侵害という目的上有効なものでなければならぬとされ、例えば、ヤコブスは、責任それ自体の中に目的連関が潜んでおり（責任自体がすでに目的をもって追求されるものであるとし）、責任の目的を論じる。この立場では、法への忠誠の欠陥が責任とされる。ロクシンは、責任の内容を古びた応報思想から切り離すことによって、一応、責任を維持するが、予防的な刑罰目的（一般予防、特別予防＝予防的統合説）に導かれた答責性（制裁の必要性）の理論の中へ統合しようとする。我が国では、①責任非難を堅持しながら予防目的をも考慮する立場、②抑止刑論、③責任から非難を排除して、予防目的に置き換える立

場、④積極的一般予防論が主張されている。ことを紹介した。

ロクシンが語るように、「責任とは、刑法の永遠のテーマであり、また刑法にとり本質的かつ主要な問題である。つまり責任は、それが実在するか否かという点、その要件は何かという点、その基礎並びに量を確定しうるかという点で、払拭しがたい疑念に曝されてはいるが、他方で、同時にその責任が、まさに、刑法に支柱を与え、刑法の正当性を保障しているのである。だからこそ、責任をめぐる刑法上の論争は、その休息するところを知らないのである。」また、ハッセマーも語るように、「責任論は刑法の基礎に興味を抱いているすべての刑法理論家にとっての戦場であり、また戦場であった。」

二人の学者の「語り」からも理解できるように、「責任」の「困難さ」、及び「奥の深さ」……。また一方で、時間の制約による「もどかしさ」により、各論者の見解の紹介の段階に留まり、それらの見解の評価、及び自分自身はどのような「私見」を持つのか、必ずしも、明らかにすることに対しては不透明であった。その他の学説の考察も残されている。これらの研究は将来の課題として、「宿題」としたい。

刑罰法規が適用されるのは、すでに犯罪が実行された後なのだから、どのみち、刑法が登場するのはいつも“遅すぎる”のである。また、犯罪を繰り返す行為者を再社会化するチャンスがあるというが、それも、うまく行けばそう出来るというものに過ぎないのである。もちろん、犯罪が終わった後で、行為者に対し刑法上の法律効果による反作用を加えるということが、刑法の第一次的な任務なのでは決していない。むしろ、処罰規定の“カタログ”を示し、それに反したときに科される「制裁」はどのようなものであるかの“カタログ”を示すことによって、全ての人にそもそも犯罪行為を行うことを『思いとどませる』ことが、刑法の第一次的な「任務」であると思う。

しかしながら、犯罪が行われる以前における予防の任務を、刑法は決して『単独』で果たすことは出来ない。そもそも、犯罪を抑える働きをする社会的な基礎条件が安定したものでなければならない。現在における犯罪の原因は、刑事立法の失敗にあるのではなく、このような社会的条件にあるのでは

ないかと、考える。

処罰規定の“カタログ”を示すときは、積極的一般予防論（田中説）「一般予防の内容方法が国民の立場からみて、妥当なものであること、即ち、刑法の規定する犯罪と刑罰の内容、並びに刑法の適用、刑罰の執行が、憲法の保障する民主主義、基本的人権、平和主義に合致するものであることが必要不可欠であると考え。違憲の一般予防は、国民の利益でもなく、国民の十分な同意も得られず、正当化され得ないと考え。」を念頭に、国民を「名宛人」として提示することが、犯罪予防政策において、国民の信頼を十分に得られるものと考え。