

修士論文 要旨

平成9年度 修了生

## 《税法研究》

消費税法における仕入税額控除の  
問題点について

奥 富 あつし

現在我が国の財政は経済成長の鈍化や社会福祉支出の急増で公債の発行に依存する状況が続いている。これを解消するには税収の増加を図る必要があるが、従来の直接税中心の税制下で必要な税収を確保するには大幅な増税が必要である。しかし、所得・法人税はともに納税者の重税感が高まり、増税することは困難である。

このように、増大する社会福祉支出に対応する税源としては広く消費一般を対象とする租税しかない。その意味で、消費税の採用はシャウプ勧告を基礎とする戦後税制の抜本的見直しの象徴であり、将来の社会福祉を支える重要な税制である。

我が国の消費税は原則として全ての物品・サービスを課税対象とし、取引の各段階において課される多段階一般消費税である。さらに、取引の前段階の税額が累積していく取引高税とは異なり、前段階税額控除を行う付加価値税に属する。

消費税は前段階税額控除に帳簿方式を採用している。これは、税額票によって税額控除を行うインボイス方式と異なり、自己帳簿によって税額控除を行うという特徴があり、単一税率のため簡素で消費中立的である。また、導入の際に中小事業者の納税事務コストの負担を軽減するために免税点や簡易課税、限界控除等が諸外国に比較して広範に認められ、税の転嫁が不透明であるという問題もある。

免税点制度は零細事業者を消費税の対象から除外することにより税務執行を容易にし徴税费の節減を図る上で必要な制度である。しかし、我が国では免税点が高いために免税事業者が全事業者の約6割にも達し、また、仕入れ

に係る税額を超える値上げによって生じる益税の額は免税点が高いほど大きくなるという問題があり、免税点は諸外国を参考に引下げるべきである。簡易課税制度では実際の仕入れ額とみなし仕入れ率がかけ離れないようにみなし控除率を適用する事業種の細分化がなされてきたが、この制度が適用される売上高の上限が諸外国と比較して高いので、これを引下げることによって、さらに課税の公正・公平を追求する必要がある。限界控除制度は免税点を超えた一定金額未満の課税売上に対する税負担が急激に上がらないように中小事業者の納付税額を軽減する制度であったが、実際の納税事務コストが限界控除額よりも少なく、売上高が大きいほどその差が大きくなる等批判が多いため、平成六年の税制改革法の成立により廃止が決まった。

消費税が仕入税額控除の方式として帳簿方式を採用している理由としては、事業取引においてインボイスを発行する習慣が一般的でなく、発行を義務付けることが事業者の大きな負担になることが挙げられる。しかし、帳簿等によって仕入れを把握するため本来税額控除対象とはならない免税事業者や最終消費者からの仕入れに係る税額も控除することが認められており、その分税収が減少してしまうという問題がある。また、複数税率を採用した場合は仕入取引ごとに帳簿上で税率を確認する必要があり、大きな事務負担が予想される。さらに、単一税率の場合でも、免税事業者等からの仕入れの問題は税率を上げるとさらに拡大することになる。これに対し、インボイス方式では免税事業者等はインボイスを発行できないので仕入れ税額控除の計算は容易である。食料品の非課税措置や複数税率を採用する場合でもインボイス方式ならインボイス記載の税額を集計すればよく、課税・非課税の判断が容易である。

平成9年4月1日以降、仕入税額控除の要件が「帳簿又は請求書等」から「帳簿及び請求書等」の保存に変更されたが、これは帳簿方式の欠陥を補い、インボイス方式へ移行するための一歩であると思われる。消費税はその導入を容易にするため、中小事業者への特別措置や仕入税額控除に帳簿方式を採用したことから制度上益税の余地が残されている。このように租税の転嫁の

関係が不透明なために消費者に依然として反消費税感情が残っている。これを払拭するには各種特別措置を減らし、帳簿方式からインボイス方式へ移行することが必要である。

## 《税法研究》

## 同族会社の行為計算の 否認規定に関する一考察

佐 山 章 洋

1 租税の対象となる各種の私的経済生活上の行為や事実、第一次的には、私法により規定されているため、税法上は、程度の差はあるものの私法に依存することになる。このため、税の決定は各種の私的経済活動に依存する。今日税負担が重いとする声が多い。他方、課税庁側は、可能な限りあらゆる経済活動から税収を得ようとする傾向がある。このため、いかなる合理的経済人といえども、経済的意思決定をするにあたっては、それに伴う税負担を軽視するわけにはいかない。

このような税負担の増加をなんとか抑えようという行動が見受けられる。今日の経済活動は複雑化しているため、そこから生ずる経済活動上の選択の広さを利用し、いわゆる租税回避行為が多く行われている。今後も、経済は複雑化していくであろう。そのため、選択の範囲が拡大するので、租税回避行為がなくなること、なくすことは不可能と思われる。しかし、租税が公平な負担を原則としていることを考えると、このような行為は否認されるべきである。

これらの行為に関する一般的否認規定としては、法人税法132条・所得税法157条・相続税法64条等で規定されている同族会社の行為計算否認規定がある。

また、一部の行為にたいしては、法人税法36条等の個別規定により比較的簡単にその行為を租税回避行為と認定し否認することができる。

しかし、個別に規定されていない行為については、否認できるかどうか不明瞭であるほか、同族会社の行為計算の否認規定自体が抽象的で曖昧である。そのため、少しでも効果的に取り締まるためには、この規定の趣旨内容、効

力の及ぶ範囲、否認の結果、税額への影響等について考察するとともに、どのような形の規定が、望ましく、また必要か、考える必要がある。今日の企業のほとんどが中小企業であり、その大部分が同族会社であることから、同族会社の否認規定は、特に重要である。沿革的にも不可欠な規定である。

2 同族会社の行為計算の否認規定の適用および適用に関する重要な問題点は、租税回避と節税行為との区別、公平負担の原則と租税法律主義のいずれを重視するかである。

租税法に定める課税要件は、各種の私的経済活動を前提にしているが、私法の分野では契約自由の原則ないしは私的自治の原則が支配しており、一定の経済的目的を達成する場合にも、採用しうる法形式の選択肢は多い。納税者は租税法律主義が保証するところの法的安定性と予測可能性により、租税に関する法令（実質的には通達を含むことが多い。）の枠内で税負担の最小化（節税）に努めることになる。

税理士は、税務に関する専門家として、納税者の信頼に応え、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ることを使命とするが（税理士法1）、「納税義務の適正な実現を図る」ことには、納税者の権利を擁護するような節税に努めることも含んでいる。税理士がかかる節税に努めない場合には専門家としての職務を遂行していないということで、損害賠償の責任をも追求されかねない。

租税回避行為と節税との境界を考えると、紙一重であり、課税庁側と納税者側のいずれの立場に立つかによって見解が分れる場合が多く実務上困難な問題が少なくない。そのため、税務訴訟資料や審判所の裁決、最新の判決を分析することが不可欠であり、本稿でも、多数の事件を分析、比較検討したが、租税法律主義との関係で疑問点が残っているものが多い。

3 租税の公平負担を考え租税法において必要な規定を創設し、通達が制定され、納税者はそれにしたがって納税し、課税庁側がこれらの規定にしたがっ

て課税するならば、同族会社の行為計算否認規定の解釈適用も、租税法律主義の立場にたって行うべきである。これにたいし、租税公平主義は、規定の解釈適用についてではなく、規定の創設や規定の必要性について考える時に採用されるべきである。

言い換えれば、租税法律主義は法的安定性と予測可能性を与えることを重視し、法律の根拠に基づくことなしには、国家は租税を賦課徴収することはできず、国民は租税の納付を要求されることはないというものである。同族会社の行為計算否認規定の適用解釈もこの主義にしたがって行うべきである。そして、租税公平主義を規定の解釈適用に用いるべきではない。

これらのことを考えると、課税要件の明確な個別規定を整備するとともに、同族会社の行為計算の否認規定は伝家の宝刀として存続させておくことが望ましい。

## 《税法研究》

# 租税法から見た土地の公共性と 現代土地税制の課題

芳 川 英 之

## 要約

現代租税法において、とりわけ、土地に関連する税制は「法」でありながら、毎年のように改正が繰り返されている。本論文は、租税法からみた土地の公共性と土地税制のあり方を、史的考察と現代の土地税制を検証したうえで展開しようとするものである。

近代市民社会において、土地は人間が生活や生産をなすために、土地の所有権が保障されるのではなく利用権が保障されることが法のあり方であり、租税法においても、土地の担税力に応じた歳入を確保し、国民全体の利用利益に再分配されることにより、租税正義が実現されるものであるといえる。政策による土地税制の介入の問題点や土地利用のための土地の公共性の認識を、租税法の観点からも実現することが望ましい。

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ものであり、商品とすべきではない。わが国では土地の公共性の法体系の具象化が欠如しており、今日の財産権保障との関係を複雑にしている。そこで、このような土地の公共性を基本理念として、土地基本法に基づく土地の公共性の検討とともに、租税法においては、土地基本法のもとで他の諸施策との整合性に配慮しながら、土地の公共性を実現するために租税法により公的な制限を加えることが、租税法における土地の公共性であると規定し得るであろう。

明治時代は、国家財政の確立を急務としていた地租改正当時、政府は土地所有権の証拠という私法的機能と、地租の納税者という公法的機能の二つの

役割を地券として与え、納税者の確立を主体とした税制であった。

大正時代、既に地価の上昇や土地投機といった問題が生じており、内務省は、「土地増価税」「間地税」「土地未改良価格税」といった諸外国の租税を参考とした近代的租税を草案化したが、これらはすべて廃案となった。

第二次大戦後、日本国憲法制定とともにシャウプ勧告に基づくわが国の土地税制は、包括的所得概念の導入とともにそれまで軽減されていた土地に関連する税制が厳しく非難されることとなった。譲渡所得の全額課税、富裕税の創設、相続・贈与の累積的取得税制度の採用は、租税原則からみても理想的なものであった。

しかし、昭和28年の占領終了とともに、政府は不公平な税制を復活させ、さらに、昭和44年度土地税制改正は、総合的な土地政策の一環として税制を利用する政策としての土地税制の嚆矢となった。

その後、幾多の土地税制の改正を経て、平成3年度には、地価税の創設により、土地基本法における土地の公共性を主眼とした税制が構築されるようになった。

しかし、平成9年4月1日現在の土地に関連する税制は、完全なる政策税制へと変貌している。

今日の租税法における土地税制の法理は、租税原則に基づく本来の税制と政策税制としての二面性と、土地自体が本来もつ利己的側面と社会的側面という二面性といった多重的な二面性の法的に不安定な上に構築されている。

各税目における土地税制は、税制としての論理の不徹底と平準化措置や人税化措置が、一部の土地資産階層にとって課税を回避できる結果となっているのである。租税法からみた一定の保障されるべき権利を超える部分については、土地の公共性からも社会に還元されるべき制度の見直しが必要である。

わが国の土地税制は、土地の公共性という論点を避けながら、昭和44年度土地税制以降の各種の措置等により租税原則が歪められるとともに、本来あるべき租税制度が政策税制へと変貌しているのである。

今日の租税法における土地税制は、土地をどうするのかといった論議が放

置されている現状をふまれば、租税原則に則った歳入確保と応能負担原則を貫くことにより、土地の公共性から、土地を利用する権利を保障し得るようにより再分配される。租税法としての公共性の実現が急務である。

そのためには、開発利益の吸収等を含め、租税原理の徹底と、国民全体の利用利益に再分配され、また土地の利用が保障されるように機能することが、租税法における土地税制の近代的あり方であるといえよう。

## 利子所得課税についての一考察

——預貯金利子を中心として——

武 田 浩 昌

我が国の所得税の歴史は明治20年にまで遡る。そしてそれ以来、源泉分離課税を選択することができる源泉分離選択課税制度や現行の制度のように利子所得に対する源泉徴収のみで納税を完結する源泉分離課税制度が主流となり、総合課税が実施されたのは戦後のわずかな期間にすぎなかった。また、非課税貯蓄制度については、大正12年の改正により初めて採用されて以来、今日まで存続されてきた。その非課税貯蓄制度も昭和62年の改正で今日のように65歳以上の老人を対象とし、その対象範囲がそれまでより限定された。

利子所得の源泉分離課税制度、非課税貯蓄制度は、課税の公平という観点から過去においても問題とされ続けてきた。

現行の所得税法その他の法律において、「利子所得」の定義に伴い、「預金の利子」の範囲も細かく規定している。しかし、実際には「預金の利子」の定義をめぐり、ある種の金銭の受け入れが「預金の利子」に該当するか否かという税務訴訟も幾たびか発生している。学説においては、金銭の受け入れが金銭消費寄託にあたるか、それとも金銭消費貸借にあたるか、という私法上の判断により「預金の利子」を定義する消費寄託説と、ある取引が「預金」であるか否かの判断基準を「預金」とよばれる「経済現象」の経済的実質から導こうとする経済的実質説とがあり、実際の判例においてもそれぞれの説による判決が存在する。消費寄託説による判決において、「預金とは預金者の利益を第一義としている。」と述べている。しかし、銀行等の営業形態、金融業界の競争の激化という現在の経済状況下では、「預金とは銀行等の営利目的達成のための資金調達的手段」であり、「預金」か否かの判断をこうした消費寄託説のみで行うには矛盾が生じることとなり困難である。したがっ

て、経済的実質説の方が「預金」であるか否かを判断するには、より合理的である。

現行の利子所得課税は、所得税15%、住民税5%の合わせて20%による税率で源泉徴収されている。したがって、課税所得のない者や適用税率10%の者は本来取られるべきでない税金を取られている。このような不平等な制度に対し、税務訴訟も実際に発生している。現行の一律源泉分離課税制度は、現在における国民の所得状況及び貯蓄状況から考察すると、多数の低所得者に対し、本来徴収されてはならない税金を徴収する一方で、少数の高額所得者には不必要に多額の恩恵を与える結果となっている。

諸外国の利子所得課税をみても、ほとんどの先進国では総合課税が行われている。唯一イタリアだけが、日本のような源泉分離課税で納税を完結させる課税方式であり、総合課税の選択も認められていない。

現在の老人に対する非課税貯蓄制度は、老人の貯蓄状況から考察すると、現在の非課税限度額を使い切る老人等は少数であり、このことから少数の富裕な老人に恩恵を与えるだけの制度といえることができる。また、近年では公的年金制度が充実しており、老後所得における利子所得の依存度は少なくなってきたことから老人に対する非課税貯蓄制度の存在意義は薄れてきているといえる。

諸外国の非課税貯蓄制度をみると、アメリカでは教育、産業の促進という公共性をその目的とし、ドイツでは住宅資金の貯蓄を奨励するという社会性を目的としている。

日本における非課税貯蓄制度は、確かに高齢者のためのものであり、これからの高齢化社会をふまえた社会保障的な性格を有しているといえる。

しかし、課税の公平を尊重し、租税を適正に徴収してそれを弱者に分配するというところこそ、所得の再分配機能を効率的に機能させ、その結果として老人に対しての有意義な社会保障を実行することができる。

所得税は人税であるということからすれば、それぞれの人の立場を考慮した課税が行われなくてはならない。それには、まず、あらゆる所得を一カ所

に集めそれをすべて合算することが大前提である。そしてそれから所得控除や税額控除による人的控除を行うべきなのである。そのうえで、例外なく累進税率を適用しなければならない。

人に対する課税の公平は、総合課税でなければ実現ができない。また、総合課税の意義を完全に達成するには、あるものに関しては特別に扱うといった租税特別措置法の存在も見直していく必要がある。

## 《税法研究》

# 無申告加算税に関する一考察

林 輝 哉

## I 修士論文要旨

ここに興味深い1つの事実がある。実務で実際に見聞した事例である。ある3月決算の法人が5月末に7,000万円の確定消費税を納付したのだが、経理担当者のミスにより申告書の提出が提出期限（5月末日）後の6月10日となってしまった。会社側は所轄税務署及び管轄国税局に対し速やかに上申書を提出したが、国税当局は「無申告加算税が課されることは免れない」という回答であった。

確かに、国税通則法66条1項によれば、期限後申告、決定、期限後申告又は決定後の修正申告又は更正があった場合には、申告、更正又は決定による「納付すべき税額の100分の15の割合を乗じて計算した金額に相当する無申告加算税を課す。

但し、期限内申告書の提出がなかったことについて正当な理由があると認められる場合はこの限りでない」と定められている。

国税通則法66条3項には「期限後申告書又は修正申告書の提出が、調査があったことにより当該国税について更正又は決定があるべきことを予知してされたものでないときは当該納付すべき税額に100分の5の割合を乗じて計算した金額とする」と定めている。本条文を適用した場合、事例の法人は7,000万円の100分の5の割合を乗じて計算した金額である350万円の無申告加算税を課されることになる。

いかに我が国の租税制度が「申告納税制度」であるとは言え、確定税額を期限内に完納していながら、申告書の提出が期限後であったがために多額の



無申告加算税が課されるのは極めて遺憾である。又、無申告加算税制度を含む加算税制度の本来の制定意義とはいったい何であるのか、現状の全ての状況に正しく適用されているのかを研究目的とし、無申告加算税の歴史的変遷、税務当局の見解、裁判所の見解、学説の立場等様々な角度から検証を行った結果、次の見解に至った。

① 一般に税法の領域は租税法律主義の原理が厳格に妥当し、納税者に不利益な課税処分となる税務行政は、課税庁に裁量を許す余地はなく、その意味で法治行政が最も徹底していると解されているが、現実の税務行政及び租税法規を見る限り、課税庁の裁量を前提としているものが、想像される以上に多いのではないだろうか。

本件事例もその一つであり、条文解釈、判例の示唆するところからすれば、無申告加算税の賦課決定が速やかになされてもおかしくないところである。しかしながら本論文の時点で事例の法人に対しては、所轄税務署長から、無申告加算税賦課の決定通知書は未だ送達されていない。当然ながら「正当な理由と認められる」とも思えないところである。今日まで最も多く争点となっている「正当な理由」の有無についても、これだけ重要な要件でありながら、どのような手続・方法で認定するのか法律上全く規定がないことに一抹の不安を覚える。逆に、加算税とは「正当な理由」がない場合にはじめて賦課すべきではないだろうか。

## ② 税務認定における裁量の問題

裁量問題は何を行政庁の判断とし、何を裁判所の判断に委ねるか、明快な回答は恐らく出ないであろう。しかしながら、法治国家である我が国においてその法の遵守が課税庁の裁量に委ねられているのは首を傾げるところである。現実の租税行政においては、法の執行に際して具体的事情を考慮し、税負担の公平を図るためには、不確定概念を用いることは不可避であるし、当事者の便宜や能率的な課税等のために、たとえば収入金額なり必要経費の金額なりについて和解に類似する現象が見られないこともないが、これは、納税義務者と租税行政庁との話し合いの結果が、租税行政庁による課税要件事

実の認定に繁栄したものと解される。

租税実務の中に自由裁量的処分に類似する現象が存在することは否定できない以上、今後は例えば「正当な理由」の税務当局の判断基準や内部の通達等をもっと広く一般に公開し、公平な基準に基づく課税行為を実現すべきである。又、本論文に取り上げた無申告加算税において賦課決定理由を納税者に通知し、「正当な理由」に該当しない旨を納税者に納得させるべきである。ただやみくもに賦課決定通知書を送付すれば済むほど事は単純な問題ではないからである。実務の上で事実の発生から2年後に賦課決定通知書が送付されたという事実もあり、国税当局の対応の信憑性が問われるところである。

## 分譲集合住宅の管理に係わる諸問題

永 尾 誠 一

分譲集合住宅は一棟の建物を区分し複数の所有権として分譲し、複数の所有権者の権利が混在している建物である。複数の所有権者の利害が問われる共用部分は、現在区分所有者全員の共有であるから、区分所有者全員で共同して管理する方法により管理されているものが多い。共同管理方式による管理は区分所有者集会の決議を得て実施されている。区分所有者集会の決議は、小規模集合住宅では比較的容易な場合も多いだろうが、大規模集合住宅では困難な場合が多いと思われる。

しかし、管理にかかわる諸問題は区分所有法3条の区分所有者の団体の管理をする管理者が敷地、共用部分及び附属設備にいかなる権限を有するか明確にされていないので、区分所有者個々の所有権の問題として処理しなければならない事柄が多いのである。区分所有法では敷地、共用部分に関する事柄は規約に規定を設けることにより実施できるかのような解釈もできるが、区分所有者の団体は共用部分等を管理することを目的とする団体で、管理対象物に対していかなる権限を有するか明確にされていないから、管理業務として管理にかかわる諸問題を処理することは法律理論的に問題があるであろう。そこで、私は長年実務を通してこの問題を考えてきたが、区分所有法に管理所有制度という制度が存在し、この制度を利用することによって右の問題を解決できるのではないかと考えるに至った。管理所有制度とは管理者又は区分所有者が規約によって敷地、共用部分及び附属施設を管理のために所有する制度をいう。

そこで、まず管理にかかわる諸問題として①敷地内駐車場明渡請求、②共用部分不当使用による妨害排除請求、③借地権付分譲集合住宅、④敷地の一

部に近隣のための通行地役権設定、⑤敷地境界確認の立会権を取り上げ、それらが現在どのように解決されているかを明らかにして、その問題点を指摘することにしたい。それらの諸問題は管理者に管理所有権を与えることにより、よくよく解決されるものと思われる。

分譲集合住宅一棟の建物を複数の専有部分に区分し、専有部分と共用部分が構造的不可分一体となっている建物であるから、共用部分の維持管理が必要な業務となっている。共用部分は区分所有者全員の共有であるから、区分所有者全員で共同して管理する方法が多く採用されている。共同管理方式では管理に関する事項は区分所有者集会の議決を経て運用されている。問題は区分所有者の団体の管理をする管理者が管理対象物に対していかなる権限を有するか、区分所有法3条には明確に規定されていないので、管理にかかわる諸問題の処理が困難であるということであった。管理所有制度を利用して、管理にかかわる諸問題を解決することについて、次のようなことがいえるであろう。

第一は旧区分所有法では管理所有制度はあまり評価されなかったことである。それは分譲会社が敷地、共用部分及び附属施設を所有する形式で運用されたからである。第二は管理所有権の法的問題とされる所有権の量的制限、登記制限、専用部分の譲渡、共用部分の使用権等は問題がないということである。第三は管理所有制度を再評価して、管理者が共用部分等を所有すると管理にかかわる諸問題がよりよく解決できるということである。管理者が規約で共用部分等を所有すると管理対象物に対する管理者の権限が明確になり、管理者は管理にかかわる諸問題を規約で管理者の業務と定め、区分所有者集会の決議で処理できるといえるであろう。

区分所有法三条の区分所有者の団体の管理をなす管理者が共用部分等を所有することにし、共同管理方式をとると管理にかかわる諸問題を集会の議決を経て処理できることである。つまり、管理所有制度の利用により共用部分等を管理者が管理のため所有することが認識されると大口区分所有者の所有権意識も変更せざるをえない。また管理者は物権的側面より管理対象物を管

理できるから妨害排除請求も物権的請求権として構成することが可能となろう。また規約で建物の敷地を定めることができる（区分所有法5条1項）から、規約で建物の敷地の範囲として境界確認立会をして境界について合意をする権限を定めることができ（区分所有法22条）、敷地利用権の一つである借地権に関する事項も敷地の一部に通行地役権を設定することも規約で定められるであろう。更に共用部分の持分割合は規約で定めることができる（区分所有法14条4項）から、借地契約に伴う地代負担割合等も規約で定められるであろう。

第四は管理者の管理所有権の権限濫用等は防止できるということである。管理者に管理所有権を移転すると管理者の権限濫用等の問題があると考えられるが、管理者の監督、濫用防止策、管理補助システムの育成、行政的側面からの管理等により一般的に行われている共同管理と同様の管理が期待できるであろう。

管理所有制度を再評価して区分所有者の団体の管理者に管理所有権を移転して共同管理方式による管理をした場合、一般的な共同管理方式による管理に比較して、どのような問題が実際に発生するか詳細に判明しないので、今後実務経験によって改善していくことになる。現在の区分所有法での管理所有制度の再評価による管理にかかわる諸問題への対応は理論的には適正に運用ができるといえる。

区分所有法第27条は規約に管理者が敷地、共用部分及び附属施設を所有する規定をすることによって管理者が共用部分等を所有できるとする。区分所有法の規定に従うと、規約に規定を設ける場合と設けない場合とで管理にかかわる諸問題への対応が異なってくることになるであろう。立法政策としては、区分所有者の団体に管理のために敷地、共用部分及び附属施設の所有権を帰属させ、区分所有者の公平を図るため、共同管理方式による管理をすることが、区分所有者全員の利益を自らの責任と負担で実施するという意識による管理が期待できるであろう。

## 《民法研究》

# 民法・財産法の原理的構造と借地・借家法論

——特に市民法学の視座から——

川井和子

本修士論文の要旨を以下に述べるが、その前に、先ず、本論文の目次を、細目は略し、章のみを示すこととする。

序章 問題の所在、第1章 現実の財産的な社会の構造と民法・財産法、第2章 物権化の市民法的構造と社会的構造、第3章 現在の定期借地権と定期借家権の導入について、終章 本稿の総括と将来への課題。

以上の目次に示される本論文の研究の目的は、先ず、第一に民法・財産法の基礎である市民社会の構造を探究し、第二に、その市民社会の構造と対応する民法・財産法の全体的構造（私的所有と契約）を解明し（以上、第1章）、第三に、民法・財産法との関連—その全体的構造と物権化の二元的構造—について、理論的に検討する（第2章）。そして、第四に、以上のことを踏まえて、現代の借地・借家法一例えば、定期借地権について検討することについて、基本的な解釈を提示することとした（第3章）。そこで、以上の点について、若干の説明を加えていくことにしよう。

先ず、第一の論点であるが、それは、以下の通りである。民法・財産法を体系的に分析・把握するためには、我々の社会、即ち、その経済的基盤をなす資本制的市民社会との関連において明らかにされなければならない。ところで、この市民社会の構造は、商品の生産、交換、消費の諸過程としての財産関係を中心としている。即ち、換言すれば、商品—貨幣関係を中心とする財産関係である。このように規定できる市民社会の構造は結局のところ、商品の私的性質としての「私的所有」と、商品の社会的性質の徹底としての「契約」の二つのものを基本的なものであるとするのである。

このように、第一の点において示されたところの我々の商品交換社会の財

産関係を法的に保障する体系が、民法・財産法である。そこで、第二の点であるが、その市民社会における財産関係は、先述の通り、「私的所有」と「契約」という二つの関係から成立している。この「私的所有（商品交換の静的基礎）」と「契約（商品交換の動的基礎）」という財産関係の構造を法的に保障するのが、「所有権」と「契約」であり、両者は相互に独立し、各々その性質を貫徹するものである（所有権と契約の峻別の構成）。民法・財産法の基本原理といわれる「所有権絶対の原則」と「契約自由の原則（等価交換＝価値法則の貫徹）」は、こうした「私的所有」と「契約」の自由の確保の法的保障を意味しているということが理解されるのである。従って、民法・財産法の論理的把握においては、この所有権と契約の峻別の構成に即して、その体系が再構成されなければならない。

次に、第三の点である。ここでは、上記のような構造をなす民法・財産法と借地・借家法との関連に焦点を合わせ、賃貸借関係について考察され、借地・借家法の理論的把握が行なわれる。民法・財産法では、他人の土地利用に関する権利として、地上権、及び債権であるところの賃借権が用いられている。原理的構造把握の観点からすれば、それは、「物権化の市民法的構造と社会法的構造」という問題視角に即して、考察されることになる。即ち、物権化の市民法的構造は、民法典における物権編の地上権制度と債権編における賃借権を自由に選択できるということを前提にしている。だから、この関係に入ろうとする人が自分の意思でどちらか選べる（「物権化の市民法的構造」）。しかし、現実には、そうしたことを行ない得ない領域の人々が構造的に存在する。つまり、借り手の側に常に社会的、経済的に劣位な当事者が大量に存在した。これに対処するために、借地・借家法という特別法が準備されることとなったのである。これが「物権化の社会法的構造」である。

さて、第四の点であるが、以上の理論的把握を基礎にして、現行の借地・借家法の体系的把握の観点から注目されるのは、借地・借家法第22条の一般定期借地権といわれる新しい制度・規定であり、旧借地権の更新主義の欠陥をなくし、土地所有者の供給促進を意図したものである。これは、先述の枠

組からすれば、「物権化の市民法的構造」と内容を同じくするものであることが理解できるであろう。旧借地・借家法があまりに「保護」という契機に傾き過ぎたものを時代の変容に伴う「市民法的構造」への揺り戻しであることが明確となる。従って、現行の借地・借家法は、市民法的構造からすれば、それは是認されることになる。他方、特に定期借家権の創設については、「社会法的構造」の観点からすれば、政策的な配慮が必要であるといえるであろう。

最後に本稿の「総括と将来への課題」であるが、ここでは、将来の課題についてだけ触れることにしよう。先ず、もちろん、現在の財産的社会の構造について、更に検討を加えて、民法・財産法の構造をより一層明確化することである。そして、次に、民法・財産法の全体像について究明することと並行して、物権化の構造を更に厳密に、実証的に検討すること、更に、現在も進行中の借地・借家において新たに発生している様々なアクチュアルな諸課題を解明することが、将来の課題とになるであろう。

## 不動産特定共同事業法の研究

——不動産流動化へ向けての提言——

天賀谷 茂

土地と人間の係り合い、我々国民にとって重要不可欠で、これを離れて生活し得ないものである。戦後日本では、地価が上昇し続けることで土地神話が形成され、土地を基本とした経済システムである土地本位経済が成り立ち、土地を持つことがすべてに有利な資産であり土地を中心に経済が動き、地価上昇の中で値上り益を享受する構図が出来あがっていた。土地神話による地価の上昇は、土地を保有している人の資産を拡大させ、企業の資本形成と生産性向上に有利に作用し経済の発展にも寄与したが、同時に様々な矛盾を激化させたものである。バブル崩壊後、地価は下落し続け土地神話は消滅し、土地本位制をとってきた我国経済は未曾有の危機に瀕し、不倒神話だった大手金融機関（北海道拓殖銀行・山一証券等）、大手建設会社（東海興業等）が数多く倒産（その他倒産予備軍多数在り）するなど国民生活に深刻な影響を与えている。これらを解決・打破するために政府を始めとする官公庁、大手金融機関、民間研究所、経済評論家等が数々の諸施策、諸提言を発表しているが、不動産は流動化（経済活性化）されていない。現状の我国において不動産が長期に渡って動かないと、各方面に歪みが生じ危険な状態に陥る、いま真にその時を迎えようとしている。

そこで本稿はこれらを十分に認識した上で、不動産流動化策に密接に関連する不動産特定共同事業法を中心に、土地信託、REIT（REAL ESTATE INVESTMENT TRUST）、不動産の証券化、不動産税務等を研究して、当面早急に実行すべきである不動産の流動化策（具体的内容は本稿に論述）を提言したものである。これらを果敢に実行することに依って不動産の流動化が進み、これを機会に土地本位制経済から脱皮し、より良い経済構造に変革

して国民の資産形成、資源の最適配分・効率化を図ることが出来ると思われる。一方、不動産を取り巻く環境の変化が、国民生活に重大な影響を及ぼしつつあるなか、不動産に対する考え方及び土地と人間に対する係りを、不動産特定共同事業法の研究を通して考察し、更に現在の社会・経済問題である不動産流動化に視点を置いた状況のなかで、不動産特定共同事業法について、同法の立法背景・検討等、不動産特定共同事業の仕組み（組合方式）、不動産特定共同事業契約（約款）等及びREITについて研究・検討を行ない、また不動産特定共同事業の活用・運用等及び不動産特定共同事業関連不動産法（定期借地権・定期借家権等）の問題について並びに不動産流動化策について種々、論じたものである。特に不動産特定共同事業の活用・運用について提言したが、不動産特定共同事業は、今後の我国における不動産の流動化、土地の有効利用や都市開発事業等を推進していく上で大きな社会的意義を有し、経済活性化策として必要不可欠なもので重要視されるものと思われる。不動産特定共同事業の活用・運用については提言でも述べたが不動産特定共同事業・定期借地権・定期借家権等を駆使して国有地、公有地（例えば霞ヶ関一帯、成田・羽田空港の土地等の一等地）の事業推進（不動産小口化商品にして国民の投資を得る）を図ることを重ねて提言することとする。これは現在の国等の経済政策及び国民の資産形成、資源の効率的利用等に合致するものであり、また不動産特定共同事業の発展にもつながると考える。

本稿では主として実践的（実務的）な観点から不動産特定共同事業を中心に論を進め、国民生活に有用であると思われる、不動産の流動化に向けての提言を行なったものである。また、私見であるが戦時立法が現在まで続いている借家関連法律等の経済関連法が実体経済社会生活と乖離したまま半世紀以上も存在することは国民生活にとってマイナスであると考えており、早急に定期借家権の創設が必要であるとの見解も論じたものである。

## 結合企業会計における株主および債権者保護

上 野 雅 史

「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法案」が第140国会に提出され、1997年6月18日に公布された。政府のビッグバン構想における規制緩和の一環として、独占禁止法の改正がなされ企業を構成する者の利益は一変した、と見るのが本稿の前提である。

1 商法 純粋持株会社が解禁され、親子会社規制については、ますます従属会社への親会社の支配・コントロールが強化されることを十分配慮しなければならない。特に、親会社が子会社の利益を無視して、子会社の債権者または少数派株主を害する例は極めて身近なものとなった。その保護のためには、多くの方策が提唱され、裁判所もその認定を緩めつつある。特に、仙台地方裁判所昭和45年3月26日判決は、法人格否認の法理を適用し、支配会社にその責任をとらせる方法をとった。しかし、法人格否認の法理は、民法の一般条項（民法1条3項類推）を根拠にしており、その安易な適用は慎むべきである。また法人格否認の法理が適用されたケースは実質が個人企業である会社の事例が大部分であることから、この法理だけで今後この問題の十分な解決がなされるか疑問が残る。特に、従属会社への影響力の行使には何等かの配慮が必要である。このような状況下では解釈による条文の類推適用（商法266条ノ3類推適用）や、法人格否認の法理による解決は望ましくなく、むしろ立法による解決が望まれる。たとえば株主権の濫用ともいった支配会社の行為につき、これを条文で規制（株主の誠実義務）することが、そのような行為に対する強力な抑制効果を期待できる。

2 証券取引法 1997年6月6日付の大蔵省の企業会計審議会が「連結財務諸表制度の見直しに関する意見書」が公表され連結財務諸表についてはディ

スクロージャーの強化がなされ、その改訂が行なわれた。証券取引法の連結財務諸表原則の改訂では、個別計算書類を補足情報と解し、連結計算書類を主情報として位置づけ、また、セグメント情報をさらに充実させている。しかし商法は、結合企業について連結計算書類制度すら未だに採用していない現状である。この連結計算書類制度は、開示規制と配当規制に分類される。私は開示規則としての連結計算書類制度を商法上導入すべきと考える。現行商法は、株主、債権者を保護の対象とするから、これらの者に結合企業全体の情報を開示することが、その保護に役立つ。純粋持株会社が解禁された現在、その会社の株主にとって、個別の計算書類は株主の経済的意思決定情報としての資料価値は低く、連結計算書類としての開示が特に求められる。その場合、個別計算書類を主情報、連結計算書類は補足情報として位置づけることを提案する。それは、配当可能利益は、商法の立場で個別企業の算出過程の明示の方を重視すべきであるからである。それゆえ配当規則についてまで、連結計算書類制度を採用すべきでない。支配会社と従属会社は経済的実質的には一体とされても、法人格は別個のものであり、単なる情報提供である開示規制と異り配当規制は、会社の株主、債権者の利害に直接的に関わるためであるからである。

3 連結納税制度 純粋持株会社は法律上解禁されても、連結納税制度が導入されなければ、現実的には課税上不利になるため、設立されることはあまりないだろうといわれている。企業の側から、連結納税制度を望むこえは多い。連結納税制度の適用が考えられるのは、支配、従属関係のある結合企業（企業集団）であるが、基本的には連結納税制度は採用されるべきではないと考える。それは配当と同様、納税制度が実際に企業から現金支出をとまうものであり、結合企業の株主、債権者の利害に直接的な影響を与えるからである。しかし、支配会社が100%出資する場合には、例外的に連結納税制を適用する余地があると考ええる。なぜなら、このような一人会社においては、一人株主であるゆえの完全支配、完全一体性があり、このことに鑑みれば、法人格の異別性の枠を越え柔軟性をもつ結合企業（集団企業）を対象とした

税制が許されるものと考えられるからである。さらにいえば、100%出資による従属会社については少数派株主の保護の問題も生じない。ただ、債権者保護の要請は別である。従って支配会社の100%出資の従属会社であり、しかも債権者保護の要請にかなう場合に限り、連結納税制度は認められるべきだと考える。注意すべきは、100%出資による従属会社とその支配会社の全てについて、連結納税制度が適用されることではなく、適宜認められる必要があるにとどまる。すなわち、法人格否認の法理を適用し得る一人会社にその蓋然性が高い。この点は、連結計算書類制度における配当規制についても同様であり、配当規制も会社の株主、債権者の利害に直接的に関わるため、法人格の異別性を無視するわけにはいかないが、連結納税制度の場合と同様の理由により例外的に支配会社の100%出資、すなわち一人会社の場合は連結計算書類制度は配当規制にまで及ぼさせる余地があると考えられる。もちろんこの場合、債権者との利害調整が認められることが条件である。

次に連結納税制度を導入する際に、税収の減少が危惧される。一方、純粋持株会社の制度の利用を現実のものとするためには、連結納税制度が必要であり、連結納税制度が採用され、純粋持株会社が増えれば、経済の活性化につながる。そして経済が活性化すれば、それが税収の増大につながる連鎖が生まれる。しかし、連結納税制度を採用した場合の税収の減少が著しく、経済の活性化の効果がそれ程でもないことも考えられ、連結納税制度を導入すべきか否かはいわゆる二律背反の関係にある。

4 結論 独占禁止法の改正は、トライアングル体制たる商法、証券取引法、税法に影響をあたえこれを契機に従来からの問題点の整理を通じて起こり得るこれら新たな問題との緊急な調整が求められるところである。

## 《会社法研究》

# 企業の社会的責任と コーポレート・ガバナンス

羽田野 晃 史

バブル経済崩壊後の不況の中で、旧来の「日本的経営」が崩壊せざるを得ない原因は、商法自身に内包されていて、その中心をなす議論がコーポレート・ガバナンスである。このコーポレート・ガバナンスは、大企業（主として公開性のある大規模株式会社）は、①誰の利益のために、また②どのような方法で運営されるべきであるかということに集約できる。

① 会社は、誰の利益のために運営されるべきか 大会社の社会的役割について、従来より大企業は株主の利益のためのみならず、従業員・顧客・地域社会等の利害関係者の利益を無視すべきでないとする見解が有力に主張されている。つまり一般的には、出資者である株主を企業の所有者とする認識は、それと対峙する株主以外の者の利益を無視しがちになり、法のもつ限界点を知らされる。例えば株主が回収可能な金銭を、しかも分散投資の一部として企業に投下するのに対して、従業員はいわばその全人格を企業に賭けるので、重みは株主の利益にはるかに勝る。

② 会社は、どのような方法で運営されるべきか 大会社の運営・管理機構のあり方に関する議論もさまざまに展開されてきた。例えば、消費者に対する公害問題、カルテル問題、そして欠陥商品問題、投資家に対する金融・証券不祥事問題など、企業の非行ないし反社会的行動は目にあまるものがある。「企業の社会的責任論」の盛行は、勃発するこれら企業の非行を契機とするものである。この「企業の社会的責任」という問題は、我が国でも経営者や経営学者の間で、かねてから議論されてきたが、特に昭和49年商法改正の際に、衆参議両院の法務委員会が、「会社の社会的責任・・・等について所要の改正を行うこと」と付帯決議したことで頂点に達した。結局、昭和56年の

商法改正は株主提案権・株主総会の活性化を図る間接的法改正をもって、企業の社会責任に応える選択をした。その後数次の改正があったが、この問題が改正の議論として再登場することはなかった。しかし1989年アルシュ・サミットを契機に日米構造協議最終報告（1990年）は、わが国にコーポレート・ガバナンスの見直しを通じ社会責任を問うことになったと評価できよう。このような経緯から本研究は、5つの株主代表訴訟事件を通じてコーポレート・ガバナンスを論じてみたい。

(1) わが国における初めての代表訴訟判例である八幡製鉄政治献金事件については、第二審判決も、最高裁判決も、消極的であるが企業の社会的責任を説いたかのように見える。たしかに会社側からみれば、献金も社会的責任に合致するように見えるが、市民側からみれば問題がある。つまり資本主義経済体制のもとにおいて、社会の富が株式会社とりわけ大企業へ集中する傾向にあることに対する批判を示す命題として用いられているからであり、政治献金が公序良俗（民法90条）に違反する、社会責任を問うものと理解できるからである。

(2) 同じヤミ献金が問われたハザマ事件でも、たとえ会社の業績向上に役立ち、会社のための営業活動の一環であるとの認識のもとに行われたものであっても、定款の目的の範囲内の行為と認める余地はなく、その反社会性に当然に取締役たる被告に損害の賠償が認容された。

(3) 中部電力事件では、原子力開発事業の危険を配慮し地元を愛す原告らが、株主代表訴訟を提起した場合（申立ての一部については）、事実的、法的根拠を欠く理由のない不当訴訟であるとまでは断定できないとされた。

(4) 損失補填の違法を問う日興証券事件では、株主代表訴訟提起における納付すべき手数料金を8,200円とする平成5年商法改正のきっかけをもたらした事件と評価できよう。同時に損失補填の反社会性を間接的に問うた。

(5) 株主への利益供与が問われた高島屋事件では、公正で透明な開かれた企業づくりに努めてまいります。という趣旨の「声名文」を企業側にさせる効果をもたらしたのであった。

以上の結果、株主代表訴訟制度が導入され、さらに平成5年の訴訟物の変更の改正が加わって以来、少しずつではあるが、裁判所はその制度を用いてもちろん企業に会社本意の経営をするだけでなく、株主に対してはもちろん、社会的責任をも考慮した判断が見られるようになってきたことを特記しなければならない。この傾向はアメリカの代表訴訟事例にも見られる。訴訟を提起した株主も、訴訟を提起しない株主も同一の利益を得るわけであり、訴訟を提起した株主は、会社の経営に疑問を持つ正義感から提起した株主であると同時に、企業の社会的責任を追求した株主であると見ることもできよう。そしてこれからの企業は今までのように「社会と対峙する企業」というのではなく、「社会の中の企業」という意味で企業の責任というものをこれまで以上に考えていく必要があろう。これらを全く配慮しない企業は、株主はもちろん一般の市民そして消費者から抹殺されることとなり、それが直接取締役の責任へとつながる。このような場合にこそ株主代表訴訟制度の効果が発揮され、社会的責任とコーポレート・ガバナンスがしっかり噛み合うこととなる。また株主も、単に株価の変動のみ関心をもつのではなく、会社が商法という枠だけでなく、企業の社会的責任という見地から、正しいコーポレート・ガバナンスを保ち、合理的な意思決定を行っているか否かにも関心を持つべきである。



## 閉鎖会社の事業承継に関する一考察（要約）

澤 田 尚 志

公開会社に認められる株式の自由譲渡性（商法204条第1項本文）は、中小企業の事業承継とは相容れない要素を含む。株式非公開会社（定款に商法204条第1項但書の規定を持つ株式会社）および有限会社などのいわゆる「閉鎖会社」にとって、事業承継とは経営権の継続・一貫性にとって重要な問題を提起する。閉鎖会社の事業承継を定義すれば、「現経営者の持つ株式会社の「株式」または有限会社の「持分」(equity)を次期経営者に移転（商法206条第1項、有限会社法20条）すること」である。この意味で、閉鎖会社の株式（持分）とは、事業承継者である株主（社員）にとっては単なる有価証券ではなく、会社の経営権そのものを表彰するものといえる。戦後の税制改正から引続いて生じる「法人成り」現象の中で、法人成りした中小企業（特に閉鎖的株式会社及び有限会社といった閉鎖会社）の事業承継上の諸問題の中でもとりわけ次の二つの問題は深刻である。

第1は、株式（持分）の相続が生じた場合に適用される民法上の包括承継の考え方（民法896条）、および諸子均分相続の考え方（民法900条）と、会社法における閉鎖会社の構成員の「閉鎖性の維持」という相反する命題の調整や如何という点である。

第2は、株式（持分）が事業承継者に移転する際の、株式（持分）の「時価評価」である。この問題は、租税法との関わりが深い。株式（持分）を現経営者から事業承継者に移転（譲渡・生前贈与・相続等）することについて、移転の形態によって現経営者または事業承継者は租税法上当然課税されることになるが、株式（持分）の資産評価を「額面」でなく高い「時価」によるため、市場の高低によっては、重い租税負担が現経営者または事業承継者に

荷重されることになる点である。

以上指摘した2つの問題点は、閉鎖会社の事業承継に関し、とくにわが国で一般に論じられることが多いものである。これらの問題点の解決のための具体的な立法措置について、次のようなものを検討してみた。

- (i) 株式（持分）の共同相続における問題解決のため、株式（持分）の相続を制限できるか否かについて。
- (ii) 株式（持分）の共同相続における問題解決のための具体的立法措置として、昭和61年「商法・有限会社法改正試案」の中の三の3aの規定を導入すべきことを提言する。
- (iii) 事業承継上における、事業承継者の租税負担を適正化するため、財産評価基本通達における株式（持分）の評価方法を再考すべきであるという提言、がそれである。

このうち(i)の株式（持分）に相続制限を設けることについては、完全にこれを否定した。その理由は、①事業承継者以外の相続人の権利保護のための立法措置が必要となるが、かなり複雑な手続規定を設けなければならないこと、②ドイツにおけるように、わが国でも現在は、「生前対策」による事業承継が主流となっていること、③わが国の農地承継法制とのバランスを計る必要がある点である。

一方、(ii)についてはこれを強く支持したい。昭和61年「商法・有限会社法改正試案」三の3の規定の導入により、株主（社員）の相続（共同相続）が発生した場合であっても閉鎖会社の「閉鎖性」に関する認識はなお現実的なものになると思われるからである。これを支持する根拠としては、①事業承継の生前贈与を中心とした「生前対策」を円滑化させることを目的としないこと、②少数株主（社員）の利益を保護するため、の二つを理由とする。

最後に(iii)については、租税法の側からは、昭和50年代後半から漸次改正が図られてきており、わが国の閉鎖会社は、個人事業から法人成りしたものが多く、実態としては個人事業と同様のものが多いからである。そのような会

社の株式（持分）は、前述したように「会社全体に対する持分」（equity）としての特色が強い。かかる株式（持分）の相続が発生し、相続税の課税対象となった場合には、株式（持分）の評価について、会社全体における「資産および負債」（言い換えると資本）に対する持分としての評価方式、つまり純資産価格方式を採用することこそ、合理的なものといえよう。しかしこのような「会社全体に対する持分」的な評価を行うことは、一般に外部との関係で売却を想定しない閉鎖会社の株式（持分）が評価額としては不当に高くなる虞があるという欠点を持つ。その改善策として、具体的には、小規模閉鎖会社が土地を保有し、その会社の株式（持分）について相続が発生し、相続税が課税される場合は、その会社の株式（持分）の評価に土地の評価額の査定を求めうることを、すなわち、納税者が「小規模宅地等についての相続税の課税価額の計算の特例」（租税特別措置法第69条の3）を選択できることを承認することを提言する。

以上のようにわが国の閉鎖会社の事業承継の実態を探り、そして個別・具体的に必要な立法措置について考察を進める過程の中で、改めて気づいたことは、わが国の閉鎖会社の事業承継の問題が商法の分野に止まらず、民法や租税法といった幅広い分野にまたがる問題であることである。また、これまで閉鎖会社の事業承継の問題解決のために採られた具体的な立法措置とは、「商法は商法、民法（相続法）は民法、租税法は租税法」といったそれぞれ独自の法律の枠を超えない中だけでの法理操作に止まっており、これ等枠組みを超えた立法措置が検討されてこなかったことが、不毛な議論の場となった感が強い。そうであるとすれば、今後は商法が中心となって、閉鎖会社の事業承継者、すなわち中小企業の経営者の事業承継に関する意見・要望を取り入れて、事業承継の諸問題解決のための立法努力を重ねていくべきではなかろうか。そして商法における立法努力の中には、租税法のみならず一般私法たる民法の法理にも遡り、これとの積極的な調整が図られることがますます必要となろう。しかし、現実とは全く逆であるが。

## 《会社法研究》

# 中国公司法における 股份有限公司の特徴と情報公開制度

陳 奮 超

中国は、1949年新国家成立後、社会主義的な経済システム（国家公有制度と社会主義計画経済）を確立するために、土地はもちろん、現代工業経済の主体である企業（会社）の公有制化を押し進めた。そのために、1978年の経済開放政策が実施されるまでは、中国の企業は、全民所有制企業と集団所有制企業の二種しかない状況にあった。その後、企業の形態は徐々に様々な形を採るようになって、多様化し、さらに、外国企業投資により設立された合資企業、合作企業、独資企業、いわゆる、三資企業が乱立されるようになった。とくに個人所有の、零細な家族経営のサービス業などの個人経営企業の出現は、社会主義計画経済を市場経済に移行させざるを得ない質的变化を伴った。このような中で、1993年12月29日「中華人民共和国公司法（会社法）」が公布され、1994年7月1日から施行されることとなった。この法律は1949年10月1日に新中国建国以降、初の全国的に適用される統一会社法である。この会社法は、原則として所有権と経営権を分離させ、構成員の財産権を明らかにし、その所有者の權益を保障し、経営者に自主権を与えることに特色がある。ちなみに一般私法としての私有財産制の規定はこの法律の後で設置される程、会社法の設置は中国にとり大問題であった。

中国の股份制度（株式制度）は、社会主義市場経済の下において、多種類の所有制形態が相互に浸透、融合しながら、それらとともに発展、成長してきたので、資本主義体制下の株式制度とは異なった特徴がいくつかみられる。中国は社会主義国家であり、国民経済の基幹中枢分野においては公有制が主導的な地位を占めている。それが象徴的に表れるのは股份有限公司（株式会社）の国家股（国家株）である。中国の股份有限公司就中、上場されている

会社が一般に採用している株式形態は国家股、法人股（法人株）、個人股（個人株）の三種であるが、その中の国家股と法人股は公共株で、会社の資本総額において優位をもつことを強制し、経営活動に主導的な地位を占めさせている。いわゆる中国の股份有限公司の法的な支配構造（コーポレート・ガバナンス）をもつものである。

また、日本の株式・株券に相当するのが、中国公司法における股份と股票という法定用語である。股票とは股份（株式）の表現形式で株券に相当する。有価証券の譲渡性について、特に股票の種類に関する中国特有の特種普通股票と股権（株主権）による分類がある。その特殊性とは、通貨政策の異なる中国の特有制度における股票の取引で使う貨幣の違いから分類される、A種股票、B種股票、H種股票とN種股票があり、さらに股権によって四種類を分ける国家股、法人股、個人股、外資股であり流通性に差が付される。

また、アメリカ・日本等と同じく中国もこの方法を採用し、会社法制から取り離して情報公開制度を規定する。証券取引の情報公開制度は股票或いは社債を発行している会社がその証券を法律により、取引の過程のなかで取引価格に影響を及ぼす重大情報を公開すべきであるとする一般規定である。その趣旨は証券取引法に“公開”原則を具現化したものであり、同時に、証券発行時の情報公開もその中に含む。しかし、前述の如く中国の情報公開制度は、証券取引の方法が異なれば、その要求も違ってくる。具体的に言えば、非上場会社と上場会社の情報公開規定の違いであり、非上場会社の規制までが行なわれたわけではない。この点も日・米と同じである。

中国の股份制企業制度（株式会社制度）はまだまだ初期段階であるが、国家経済の大部分を占める膨大な国有企業の改革（株式の完全公開）への道りはさらに遠いと思われる。その間に如何なる問題が出現するか全く予想がつかない。日本の株式会社制度は、明治になって欧米から導入されたものであり、本質的には英米の株式会社と違いはないが、しかし、その中に多く日本独特のものが見られる。特に実際の株式会社の構造、運営などにそれ等はよく現れている。また、日本におけるコーポレート・ガバナンスの乱れは、

大陸法の土台に急速な英米法化が進み取締役会および取締役の過度に集中した業務執行権と、株主総会の形骸化並びに株主の営業に関する無関心が生じたことにある。

しかし、中国が考えるコーポレート・ガバナンスに代表訴訟制度の役割は組み込まれていない。組織的に見て中国の会社と日本の会社はその国家経済体制、あるいは裁判制度の相違によりかなり異なる部分を持ち実態がなかなか見えにくいのが現状である。本稿は出来る限り忠実に中国会社法を紹介した。中国会社法そのものを紹介する文献は、日本においても決して少なくないが、それらが必ずしも中国会社制度の性質を示すものではない。今後の日本と中国の会社制度の比較に何らかの貢献ができれば幸いである。

## 刑法第175条に関する一考察

池 田 恵

刑法第175条に関し、Ⅰわが国における判例の変遷、Ⅱアメリカ合衆国における判例の変遷、Ⅲ猥褻表現物に対する刑法以外の規制についての3つの章に分け、論じた。

### Ⅰわが国における判例の変遷

この章では、わが国の戦後の重要判例から、「猥褻」の定義、判断方法についてどのように変化したかを示し、「猥褻」の判断の難しさを指摘する。

(1)「チャタレイ」事件判決では、「猥褻」について「徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通人の性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するものをいう」と定義し、この定義は、判例理論として確立し、踏襲されていく。猥褻性判断は「一般社会において行なわれる良識すなわち社会通念」によってなされるが、「社会通念」は裁判官によって定められること、「性行為の非公然性の原則」は不変であること、第175条の目的は「性道徳、性秩序の維持」であることが判示されており、この定義の問題点を指摘し、「社会通念」判断について批判する。(2)「黒い雪」事件判決では、映画の特性と猥褻性の判断方法、映倫の機能の評価について考慮する。(3)「悪徳の栄え」事件判決では、猥褻性と芸術性・思想性の関係についての判断、補足・反対意見で主張されている「比較衡量論」「相対性猥褻概念」の問題点を指摘し、(4)「日活ロマンポルノビデオ」事件判決では、社会通念の判断方法について、(5)「日活ロマンポルノ映画」事件判決では、社会通念の判断方法、第175条の目的、映倫の機能の評価に関し検討する。(6)「四畳半襖の下張」事件判決の第1審では、社会的価値の判断方法、控訴審では、猥褻性の客観的判断、

最高裁では、全体的考察方法について判示されているに点に注目し、(8)「愛のコリーダ」事件判決では、第1審において、猥褻の定義の具体的判断基準が述べられていることに着目する。(9)「修正されたポルノ写真」事件判決では、伊藤裁判官の補足意見を参考に、ハード・コア・ポルノと準ハード・コア・ポルノの定義づけと判断方法について考える。

以上判例から「猥褻」の定義は、「チャタレイ」事件判決に従っていること、「社会通念」の判断方法に違いがあること、つまり、裁判所としての統一的な判断がなされないために、猥褻性の有無の判断が不明確であることを指摘する。判決すべてが「性器や性行為の場面のそのもの描写」は猥褻性を有すると判示していること等が理解できる。

### Ⅱアメリカ合衆国における判例の変遷

ここでは、「Hicklin」原則から近年問題とされている児童ポルノについての裁判所の判断を示して、アメリカにおける「猥褻性」の考え方を考察する。「Hicklin」原則は、青少年を基準に猥褻性を判断するものであったため、猥褻性を有するとされるものが増大したため、そこから脱却しようとする裁判所が、あらたな猥褻性の判断基準を導き出していることに注目する。

### Ⅲ猥褻表現に対する刑法以外の規制

ここでは、アメリカ文献から、刑法以外の規制方法について考える。販売業者による自己規制の例として、セブンイレブン店が行った方法そして効果について述べ、猥褻物を製作する側の自己規制の例として、出版業界、映画業界をあげる。そうした自己規制を行ううえでの、問題点と方法について考慮する。また、圧力団体と市民運動も刑法以外の規制方法の1つとされ、団体組織をよりよく運営すること、その目的とするための商品の選定の重要性について考える。最後に、わが国における自己規制状況に触れ、アメリカ文献からも分かるように、こうした産業の自己規制の重要性と、市民の関心を高め、積極的に活動することの必要性について考慮する。

以上が各章の論点であり、本論文は、「猥褻」判断の不明確性を指摘し、法による規制と、法以外の規制によって猥褻表現物が抑制されるべきであることについて研究したものである。

以上

## 《刑法研究》

# 正当防衛の正当化根拠と社会倫理的制限

——積極的一般予防論からのアプローチ——

渡 部 純 一

本論文は正当防衛の正当化根拠および正当防衛の制限（社会倫理的制限）について論述したものである。

まず、正当防衛の正当化根拠および正当防衛の制限に共通する原理として、「自己保存本能」、「法確証原理」があり、ドイツ・日本において上述の両原理を相互に作用させ（二元説）、正当化根拠および制限を論じるのが通説的見解とされている。

しかし、二元説はどちらの原理に重点をおくのか、もしくは両者を同格と捉えるのかが論者によって様々であり、結論として「法確証原理」を拠り所として結論を導いているにすぎないことが判明した。これは、ベルナーの「正は不正に譲歩する必要はない」との命題を、一方で厳格な正当防衛と解し、正当防衛の正当化を根拠づけ、他方で「正（法）を確証する必要がない」場合もあり得るとの解釈により、正当防衛は制限されるという、相反する結論が導かれた結果によるものと思われる。

一方、正当防衛の正当化根拠および制限を違法性阻却の一般原理から理解しようとする立場は、一般原理が正当防衛の正当化および制限を根拠づけるかのように論じてはいるものの、その前提として、正当防衛の特殊性を基本原理から導き出し、一般原理に還元しているにすぎないことが判明した。

また、基本原理である「法確証原理」の内容を「法秩序」と捉えているにもかかわらず、法秩序の下に存在する攻撃者・防衛者双方の観点から考察することなく、ベルナーの命題から、「法」を確証する防衛者の観点のみからしか正当防衛を考察しなかった点にも問題があると考えられる。

以上のことから、従来の見解では正当防衛の正当化根拠と制限を別個独立

に論じる結果となり、正当防衛の正当化根拠と制限を一元的に捉えることに成功していなかったのである。

そこで、私は「法確証原理」の内容を「積極的一般予防論」から捉え直し、正当防衛の正当化根拠および制限を論じようと試みた。

積極的一般予防論とは、人と人との接触（社会相互作用）によって社会が成り立ち、その接触を可能とするためには、相手の行為が予測されなければならない、そのための行為指針ともいえるべき「規範」を国民に示し、受け手である国民はその規範を信頼し、習得し、規範に違反した場合は、その効果进行学习するというものである（上述の3つの効果は「規範認知の訓練」と要約される）。

また、その「規範」は、国民の利益に適ったものでなければならないとする理論である。

このように考えると、正当防衛の場合、攻撃者・防衛者双方の観点から考察することができ、制限の場合においても同様に攻撃者・防衛者双方の観点から考察することが可能となる。

上述の考察から、正当防衛の制限は「法確証原理」に内在しているものと考えることができる。

また、積極的一般予防論の「規範」は国民の利益に適うものでなければならないということから、その「規範」には当然に個人の利益（法益）を含んでいる。このことから、いわゆる「自己保存本能」は、「法確証原理」に取り込まれ、ことさらそれを前面に出す必要はなくなり、「自己保存本能」単独の意味はなくなるのである。

つまり、国民の利益が「規範」の内容となっていることから、正当防衛によって、「法」を確証したということは、反射的に「自己保存」したと考えられるからである。

以上、従来の見解がなし得なかった、正当防衛の正当化根拠と制限の一元的な理解は「積極的一般予防論」をとおしてのみ論述が可能であるということが理解できた。