

# ひかくほう

News  
Letter

第61号

発行所/日本比較法研究所 〒192-0393 東京都八王子市東中野742-1 中央大学内 ☎042-674-3302

## 法の担い手の責任感を支えるもの

日本比較法研究所 所員 木川 裕一郎



我々に社会の脆弱性を再確認させた新型コロナウイルスの世界的な感染拡大が各国のワクチン政策の実施により、やっと終息に向かいつつあるなかで、この苦い経験を生かした社会構造の再構築の道筋は依然として見えない。政府は、危機を脱するために様々な指針の提示や立法で対処してきたが、一定の規範が示されても、必ずしも、それが予期した結果に結びつかなかったのである。その規範に従えない理由が人によりさまざまである点であり、こういった人々の思考を離れて規範はあり得ないのである。

比較法的な研究をしていると、特定の法制度を理解するうえで、その制度を支える人々の基本的な思考に焦点を合わせざるを得ない場合がある。私にとって、その一つが1993年から1995年にかけてのドイツへの研究留学でのエピソードである。当時、私は、倒産処理法の比較法的研究のために、当時のドイツ民

事訴訟法学会の会長であったディーター・ライポルト教授が代表するドイツ・フライブルグ大学ドイツ・外国民事訴訟法研究所に研究留学中であった。その間、幸運にもフライブルグ大学の中庭で、同教授と当時進行中のドイツ倒産法立法作業をテーマに雑談をする機会を得た。具体的なテーマは、倒産に瀕した債務者を再建させる手続の実施を従前の債務者自身に任せることが妥当かであった。その中で、ライポルト教授は、ドイツの学者や立法立案者には同問題に否定的な見解を持つものが圧倒的に多数であると述べた。特に、記憶にあるのが、もし肯定すれば「羊の番をオオカミにさせるようなもの」という言葉である。他人に運命を任せることに不安があるのか。それは、ドイツの歴史とドイツ社会の現状がそうさせているのか。少なくとも、ドイツ人には、債権者の利害を債務者に委ねることに対して大きな疑念があるのは確かである。

ライポルト教授と意見交換をした次の機会は、同じくフライブルグ大学、2002年夏のことであった。わが国では、その直前の2000年に、まさに羊の番をオオカミにさせることを原則とする民事再生法が施行されたが、教授は、すでに法の概要を知っていた。彼の興味の中心は、手続開始前における経営者の交替の有無であった。私は、交替は稀であると説明し、かつ債務者をコントロールするのは債権者であるが、債権者は債務者の自治に委ねる傾向があると伝えた。ライポルト教授が、この説明に非常に困惑したのをよく覚えている。私は、改めて比較法研究の難しさを感じた。

しかし、オオカミが実際にいたとしてもそれを感じないメンタリティに危険はないのか。私は、意思決定に対して法律家が関与しているとしても、必ずしも適法性や妥当性を担保するわけではないという事実を多く見聞している。ドイツでは、法的問題につきセカンド・オピニオンを求めることがあるそうである。セカンド・オピニオンの一般化は、弁護士を中心とした法曹のスキルアップに繋がり、依頼人の権利や利益の保護に資するであろう。あまり知られていないが、このセカンド・オピニオンによる再評価が恒常的に実施されるのが、私の専門とする倒産法の領域である。すなわち、破産管財人は、弁護士のアドバイスや行為が法的観点や経済的合理性の観点から問題がなかったかをチェックし、債務者財産が債務者に不利に逸出していれば、その逸出額を損害として弁護士に賠償請求する。破産管財人の代理人弁護士に対する損害賠償事案の

一部を紹介すると、弁護士業務の再評価が行われている分野は以下のとおり広範囲であることがわかる。

〔事例1〕A社がB社に対して事業譲渡を実施した。その時期はA社が債務超過とはいえ、黒字を出しており債務の不履行も見られなかったが、後のA社破産手続において破産管財人から事業譲渡代金額に疑義が提示された事例。

〔事例2〕弁護士が、依頼人Aから遺産相続事件を受任したが、A自身が現金での分割にこだわったために、結果として、遺産分割の結果が他の相続人より少し不利となった事例。

〔事例3〕弁護士が相続財産管理人を担当したが、相続財産を構成する債権の消滅時効を中断しなかったために、債権が消滅していた場合。

〔事例4〕個人事業主から事業税の納付の依頼を受けた弁護士が白色申告と青色申告のうち依頼人に有利な方を選択しなかったために、より多額の事業税を支払った場合。

〔事例5〕後期高齢者の破産の際に、その後見人を務める弁護士が、①依頼人が特定の年齢に達したときに、より高額年金を取得させるために、年金の種類を変更する手続を申立てるべきだったのにこれを怠った場合、②コロナ特別給付金の申請を怠った場合。

〔事例6〕後見する者(兄)が被後見人(弟)の口座より不正に引き出していたことを発見した被後見人(弟)の破産管財人が後見監督人である弁護士に引き出し額の賠償を求める事例。

〔事例7〕弁護士が依頼人から消費者金融およびクレジット会社との債権債務関係の処理を受任し、もはや和解は無理であり、破産申立てしか採るべき方法がないにも関わらず、事件処理を長期間にわたり、この間に、①債務者による預金の引出し、財産の処分または特定の債権者に対する弁済があった事例、②一部の債権者を見落として債務整理にかかる和解契約を締結してしまった場合、③債務者の生活費確保のために、代理人弁護士自身が数台の所有自動車を売却したが、後に破産管財人が複数の中古車業者の買取価格情報から実際の売却価格より高額な買取価格を発見した場合、④債務者が有していた過払金返還請求権を消滅時効にかけた事例。

〔事例8〕弁護士が債務者より破産申立てを受任したが、その弁護士報酬が相場より著しく高額であった場合。

〔事例9〕個人破産を受任した弁護士が、債権者に対する受任通知を一般債権者のみならず課税当局にも発送したことから、債務者に対する国税滞納処分が実施され、本来なら破産財団を構成しない自由財産として保有が認められるはずの現金を失った事例(代理人弁護士が裁判所に自由財産の拡張決定を求めたために判明)。

〔事例10〕債務者の所有土地がオーバーローン状態であったために、債権債務の整理を受任した弁護士が、土地を時価で代物弁済したが、破産管財人から、破産法の定める担保権消滅請求制度を利用して任意売却していたら、時価の七割程度を担保権者に弁済するので足りたとして、時価の三割相当額の賠償請求を受けた事例。

以上のケースは、再生手続との関係でも生じている可能性があるが、債務者自身が遂行する手続の性格上、表面化することはないのである。弁護士による解決が最善ではなかった、または法的ミスがあった事態に至る原因は、①法的知識の不十分さ、②自分独自の見解に対する強すぎる自信、③性格からくる軽率性や精神的な病気(実はこれが意外に多い)が主要なものであろう。しかし、わが国では、個々の事情を子細に調査すると、依頼人の意向に沿った処理を行うことで、依頼人自身や債権者に損害を生じさせるケースも多いのである。また、弁護士が依頼された事件につき過誤の可能性があるケースの中には、裁判所が判決に際して誤った法解釈をしているにもかかわらず、上訴を怠ったケースもある(こういった事態は、しばしば他の弁護士過誤や上訴期間徒過により判明する)。確かに、弁護士が過失により依頼者その他の第三者に損害を生じさせた場合には、弁護士賠償保険により損害が填補されるが、こういった事後処理に期待するのは本来的解決と言えないであろう。さらに、最近では、弁護士の増加を受けて、チェーン店的な組織結合を基軸とした全国規模の弁護士事務所も増えつつある。こういった事務所の一部では、事件を受けた弁護士(または支店事務所)とは異なる弁護士(支店事務所)が事件処理を行うケースも増えており、事件処理の責任者が見えにくいという問題がある。

比較法研究所が2017年に開催した「日独弁護士職業法シンポジウム ―弁護士の独立と利益相反の禁止―」では、法治主義の守護神である弁護士の役割が説かれた。法曹人口の増大と相俟って、質的な向上が図られれば、市民の暮らしが守られるのは明らかであり、日本の特殊性を考慮した弁護士職業倫理への考究や法治主義を担保する倒産制度の検討を急ぐ必要がある。

## コロナ禍における弁護士業務の変遷

中央大学法曹会 弁護士 伯母治之 (昭和58年卒)



1 新型コロナウイルス感染拡大は、未だその勢力が衰えることなく、優に2年を過ぎても猛威をふるっています。東京では、令和2年4月、令和3年1月に続き、令和3年4月にも3回目の緊急事態宣言が発出され、宣言の延長を繰り返し、ようやく6月20日をもってまん延防止等重点措置へ移行しました。しかし、その後も感染の増加傾向が続いたことから、7月12日より4度目の緊急事態宣言が発令されるという異常事態が続いています。

2 この未曾有の出来事は、法曹界にも激震を及ぼしました。まず、第1回目の緊急事態宣言が発出された令和2年4月には、軒並み裁判期日が取り消され、一時は司法が機能停止に陥りました。私の経験では、債権執行における配当期日まで取り消され、功を奏した銀行預金差押による現実の回収が大幅に遅れてしまいました。債権執行手続きにおける配当期日には、特段、人が裁判所に集まる訳でもないので、期日を取りやめる必要性までは全くないと思ひ、裁判所へ問い合わせをしたところ、債権執行担当書記官の登庁が制限されているので、期日を取り消さざるを得ないとの回答でした。

司法も、三権の一翼を担うわけですから、この機能を一時停止するという事は、少々やり過ぎだったのではないかと思う次第です。

3 なお、コロナ禍の問題は、裁判所を含めた司法界のウェブ化を一気に加速させたという面がありました。裁判所回りでは、Teamsを利用したテレビ会議システムの利用の頻度が一気に増えました。私は、京都地裁にて提起された被告事件では、未だに一度も京都の地を訪れることなく弁論準備手続きがTeamsによるテレビ会議システムにて進行しています。現在、裁判上の和解ができるかの瀬戸際なのですが、仮に、首尾よく裁判上の和解が成立すれば、祇園や宮川町に寄ることもなく、京都の事件が終わってしまう危険性があり少々残念です。また、水戸地裁の事件では、初回期日の時に、「以後は、東京の人は、水戸に来ないでください。」と言われ、原告でありながら、以後は一回も出頭せず手続きが進行中です。

4 弁護士会も一時、弁護士会館を封鎖する事態となりました。これまで行っていた面談法律相談も、メールにて受付をして、その後電話で対応をする方法を取るなどしましたが、やはり未曾有の事態に直面している時こそ、市民に寄り添った相談体制を取

ることが出来なかったのか、反省すべき点もあったのではないかと思います。

5 弁護士会における委員会活動等も、リアル出席の会議から、ZOOM会議に全面的に移行しました。これまでは、弁護士会の各種委員会や、派閥の会議等では、当然のごとく電車に乗り、霞が関の弁護士会館を訪問していました。今は、事務所において、会議数分前に、パソコンからZOOM会議にアクセスし(時々、ZOOM会議のURLが発見できず焦ります。)、お茶をすすりながら、また時に、ミュートにして画像も消して、依頼者からの緊急の電話応対に当たることもない訳ではありません。いずれにしても、移動なしにアクセスできる便利さが身に着くと、後戻りできない感があります。

6 また、一時、自宅でのリモートワークを試しましたが、犬と遊ぶ時間が増えてしまい、どうしても仕事に集中できず、結局、事務所に出て仕事をする体制は変えることが出来ませんでした。これは、当事務所の他の弁護士も同じような状況でした。

ただ、事務所への出勤手段は変わりました。今までは、JR・地下鉄を乗り継いで、麴町の事務所まで出向いていたのですが、今は、少しでもリスク回避を図るため、片道17kmの道のりを車で往復するようになりました。今しばらくは、この方法で対応を続ける予定です。

7 今は、パソコンと通信環境があれば、どこでも仕事ができます。そこで、一日中、画面に向かって話しかけ、画面相手にミーティングを行うことで事足りる様になっています。しかし、やはり直接お会いして、依頼者のお話を聞くと、その人の表情や息遣いから、相手方の考え方等を知り、より深い理解を得ることが出来ることは疑いようのないことです。ウェブ会議の急速な浸透は、かえって自身の仕事においては、人との繋がりがいかに大事かを改めて認識することが出来たのでした。

弁護士会での会議終了後、皆で呑み屋に繰り出し、一杯やる機会がほとんどなくなってしまいました。以前のように、多くの人と膝つきあわせて、ワイワイガガヤと楽しくお酒を飲める日を心待ちにしています。

# 教育力研究開発機構と比較法

日本比較法研究所 所員 佐藤 信行



## はじめに

2021年4月1日、中央大学に新しい全学機関として、中央大学教育力研究開発機構が設置され、筆者はその初代機構長に任命された。この機構は、大学の担う教育という役割・機能の発展に資する研究開発を任務とし、一見すると、比較法学や日本比較法研究所とはあまり関係がないように思われるかも知れないが、私見によれば、実に多様な側面からこれらと関わりがある。そこで、この小稿においては、教育力研究開発機構の概要をご紹介しますと共に、その比較法及び日本比較法研究所との関わりについて述べてみたい。

## 1 教育力研究開発機構とは何か

大学の役割は、研究と教育をもって社会に貢献することであるが、それを取り巻く環境は、近時、大きく変化している。たとえば、日本における大学教育は、主として、18歳～22歳の高等学校卒業直後の者を対象としてきたが、戦後のベビーブーム期とその時期に生まれた子が親となった1970年代前半には200万人を超えていた出生数は、2019年には86万5239人と90万人を割り込み、今後当分の間、単調に減少し続けることが予想（2021年には70万人台に突入し、2031年には60万人台、2045年には50万人台、2053年には40万人台）されている。

こうした状況を踏まえ、社会全体の在り方は、ICTを利活用しつつ人が直接行う活動の厳選と、外国からの人の流入による社会活動維持の2つの方向をもって変化すると見られているが、これらの社会変化は、大学教育の在り方にも大きな変容・改革を迫るものである。そこで現在予想され、あるいは既に進行しているものには、(1)学際的な問題発見・解決能力を有する人材育成のための教育、社会構成員の多様性や多文化性を踏まえたコミュニティ・マネジメントに資する教育等の「教育内容の改革」、(2)基礎的知識を応用的に伸長させるための「教育手法の改革」、(3)高等教育のグローバルな連携と競争に対応した、国際的に通用する学修成果表示や資格認定の仕組みの構築等「学びの成果評価の改革」がある。そして、これらのうち、主として(2)(3)に係る研究開発を行うことを目的に設置されたのが、教育力研究開発機構である。

機構では、本学教員が研究員となって研究開発を推進するほか、機構業務を本務の一とする特任教員を配置して、様々な課題に挑戦することを計画している。

## 2 比較法と教育力研究開発

ところで、上で示した大学教育の変容・改革の形や方向性に再度着目すると、それらが、日本比較法研究所が担ってきた比較法学研究を教育領域へ展開する際の形や方向性と、見事に一致することに気づく。もとより、日本比較法研究所は、組織的には教育部門を有していないが、その所員の多くは法学部や大学院法務研究科をはじめとする中央大学の教育機関の構成員であり、比較法研究の研究成果をもって、教育や社会貢献に取り組んでいる。そこで以下では、上の(1)～(3)について、比較法研究との関わりを考えてみたい。

## 3 教育内容の改革

これは、主として、学部や大学院研究科が担うべきものではあるが、比較法学がさらに大きく貢献できる分野であろう。

COVID-19のために、短期的な抑制がかかってはいるが、現在の日本の政策は、海外からの人材受け入れを拡大するというものである。たとえば、2019年4月1日から、在留資格「特定技能」を創設し、14業種での就労を認めたのは、その典型的な表れである。

このようにして、日本社会はその構成員の多様性が増している（COVID-19の影響が出る前、2019年末の在留外国人数は、290万人を超えていた）が、こうした多様性や多文化性を理解してコミュニティ・マネジメントを行う人材には、法の多様性に対する理解が不可欠であり、そのためには、外国法及び比較法学教育が極めて重要なのである。

たとえば婚姻は、人の営みの中で、最も背景となる社会環境の影響を受けやすいものの一つであり、そこから生じる紛争も多い。2021年3月17日の札幌地方裁判所判決（平成31年（ワ）267号）は、民法等が、同性間の婚姻を希望する者に対して「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しない」ことが、憲法14条に違反すると判示して大変な注目を集めている。ただ、この判決についての報道等は、ややミスリードがあり、判決は同性婚を認めていないことを違憲としたのではなく、上記のように「婚姻によって生じる法的効果の一部ですらもこれを享受する法的手段を提供しない」ことを違憲としている。そもそも、日本法は、一夫一婦制の法律婚のみを認めているが、判決の表現からは、いわゆる civil union すらも認めていな

いことが違憲であるとのニュアンスが窺える。換言すれば civil union の創設は、この問題の解決策の一つであると考えられているのである。



教育力研究開発機構の入るグローバル館

他方カナダでは、21世紀初頭の一連の判決により、当時すでに導入されていた civil union が違憲であるとされた。カナダでは、1999年のカナダ最高裁判決 M v H を契機として civil union が導入されてい

たが、2003年の控訴裁判所判決 Halpern v. Canada は「婚姻はカナダ社会にとって重要かつ根源的な制度である。それが故に、原告はその利用を望んでいるのである」として、婚姻制度それ自体が利用できない限り差別であるとの判断を示した。このアプローチからは、異性婚以外に civil union を用意するという制度設計自体が、差別であるということになる。結果として、カナダ連邦議会は2005年の Civil Marriage Act で、婚姻から性別要件を削除し、「婚姻は、2人 (two persons) の生涯にわたる任意の結合である」との定義を採用するに至っている。

こうしたことは、これまでも外国法・比較法研究としては、広く知られてきているが、それを教育に展開することについては、研究者個人々の授業の中で紹介されるに留まることが多く、コミュニティ・マネジメント人材育成のための必須コンテンツであるという理解があるとはいえない。そこで、研究者集団である日本比較法研究所から、学部・大学院や教育力研究開発機構に対して、どのような比較法的課題と研究成果が、組織的に対応すべき教育課題となるのかを発信することが考えられるだろう。とりわけ、世界には、イスラム法など一夫一婦制以外の婚姻形態を許容する法域もあるが、ムスリム人口が多いアジアに立地する中央大学における比較法研究に基づく教育のあり方について、日本比較法研究所への期待は大きい。

#### 4 教育手法の改革

教育手法の改革という点でも、比較法研究の手法が役立つと考えられる。たとえば、法学部と大学院法務研究科においては、英語で日本法を教えるという科目が複数設定されており、私自身もそのうち1科目 (Comparative Constitutional Law) を担当しているが、そこでの教育手法は、比較法的視点を踏まえたディスカッション等のアクティブ・ラーニングである。ここでは、信教の自由と政教分離を扱った数回についてご紹介する。

まず、私から日本国憲法が定める規範と判例法に

ついて解説する。この部分は、留学生に対して基礎的な情報を提供・共有することが主たる目的であるが、他方で、参加日本人学生に、日本法を英語で表現する場合に注意すべきポイントを考えてもらうことを副次的な目的として、判決の一部の説明を学生に任せるようにしている。例年、この段階では、留学生の多くが神道や仏教について、強い関心があり、一定の知識もあるものの政教分離判決の多くがどうして神道関係であるのかといったことについては、理解できていない。

そこで、次のステップとして、多摩キャンパス内にある金住稲荷の見学を行う。もちろん多くの留学生は、寺社が町中に数多くあることは知っているが、大学のキャンパス内に稲荷社があることを知り、実際にそれを見ることによって、神道のアニミズム的要素（これには異論があることは承知しているが）やコミュニティ的要素を理解するようである。金住稲荷見学・参拝の前後で、空知太神社訴訟最高裁判決についての評価が大きく変わる留学生も多い。

最後に、留学生に、それぞれの母法域での信教の自由や政教分離について、簡単にレポートしてもらい、日本法との比較を行う。例年このクラスには、フランスからの留学生が多く参加してくれることから、とりわけフランス型のライシテが、国側だけでなく市民の側にも公共空間の非宗教化に協力を義務づける側面を含む点に言及してもらうようにしているが、他の多くの参加学生の母法域では採用されていないこうした制度について、侃々諤々の議論となることも、しばしばである。

ところで、こうしたアクティブ・ラーニング型の授業は、これまで「留学生」が教室にいることを前提として、はじめて成立するものであった。しかし、COVID-19対策として強化が進んだオンライン環境を利活用することで、多くの参加者を得、比較対象法域や文化を充実させることが可能となると考えられる。その際重要となるのが、どの法域の学生と、どのテーマで学ぶかである。上の例でいえば、フランスの学生にライシテを語ってもらうことで、学びは深みを増すこととなった。この、誰と何を学ぶかの示唆を得るという点でも、日本比較法研究所への期待は大きい。

#### 5 学びの成果評価の改革

各国は、それぞれの国内法に基づき、高等教育機関での学修を基礎とする資格認定等を行っているが、グローバル化が進む中、その相互乗り入れや共通化が進展していることは周知の通りである。たとえば、ヨーロッパ EU 域内においては、学位の相互承認や職業資格の共通化が進められており (Directive 2005/36/EC 等を参照)、弁護士業務についても、原資格国の資格により他国で活動することが可能となっている。日本では、まだこうした試みが一般化

しているとはいえないが、APEC エンジニア（日本から見ると技術士資格の国際通用性向上）制度や、「日本とフランスの高等教育機関の履修、学位、単位の相互認証に関する協定」（2014年）など、実際に稼働しているものもあり、今後、大学教育における学修成果の評価について、質保証を踏まえた相互承認や共通化が拡大することが考えられている。

日本比較法研究所には、既に、共同研究グループとして筆者もメンバーである「比較高等教育法制研究会」があり、こうした点の研究を進めているが、基盤となる法文化や法制度の異なる法域における教育成果をどのように相互承認するかは、単に教育法分野の比較に留まる問題ではなく、広範な比較法的研究を踏まえてはじめて可能となるものである。

おわりに

以上のように、教育力研究開発と比較法は、一見すると無関係に見えるが、その親和性は思いのほか高いように思われる。今後、実際の連携をご提案し、実現してゆきたいと考える次第である。

## 新任所員紹介

新たに11名の先生方を所員にお迎えしました。



**岩隈 道洋**（いわくま みちひろ）  
修士（法学）（中央大学）。杏林大学総合政策学部教授を経て2019年4月より国際情報学部教授。専門は情報法制（公法系）。



**角田 篤泰**（かくた とくやす）  
博士（工学）（東京工業大学）。名古屋大学大学院法学研究科特任教授を経て2019年4月より国際情報学部教授。専門は法情報学、法律人工知能。



**酒井 克彦**（さかい かつひこ）  
博士（法学）（中央大学）。本学商学部教授を経て2020年4月より法務研究科教授。専門は租税法。



**難波 譲治**（なんば じょうじ）  
博士（法学）（京都大学）。立教大学法務研究科教授を経て2021年4月より法学部教授。専門は民法。

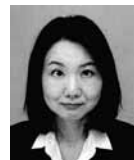


**尾崎 久仁子**（おざき くにか）  
Master of Philosophy in International Relations (University of Oxford)。国際刑事裁判所第2副所長を経て、2021

年4月より法学部特任教授。専門は国際法。



**赤城 美恵子**（あかぎ みえこ）  
博士（法学）（東北大学）。帝京大学法学部准教授を経て2021年4月より法務研究科教授。専門は東洋法制史。



**尾関 幸美**（おぜき ゆきみ）  
博士（法学）（一橋大学）。成蹊大学法科大学院法務研究科教授を経て2021年4月より法務研究科教授。専門は商法・会社法。



**高田 裕成**（たかた ひろしげ）  
東京大学法学部卒。東京大学大学院法学政治学研究科教授を経て2021年4月より法務研究科教授。専門は民事訴訟法。



**村田 渉**（むらた わたる）  
早稲田大学政治経済学部卒。東京高等裁判所部総括判事を経て2021年4月より法務研究科教授。専門は民事法。



**阿部 純一**（あべ じゅんいち）  
修士（法学）（中央大学）。鹿児島大学法文学部准教授を経て2021年4月より法務研究科准教授。専門は民法（家族法）。



**谷井 悟司**（たにい さとし）  
博士（法学）（中央大学）。東京都立大学法学部助教を経て2021年4月より法学部助教 A。専門は刑事法。

## 編集後記

本号においても、事務室のご援助を得て、秀逸な論稿が揃いました。これら諸論稿により、法と社会、理論と実務、研究と教育の諸関係について、多様な側面と発展を知ることができました。さらに、比較法研究の重要性も確認することができました。

今年度も、当研究所は、幅広い専門分野の傑出した研究者・実務家をお迎えすることができました。本研究所をハブとした共同研究等により、比較法研究のさらなる発展が生まれることを COVID-19 の終息と合わせて祈念しております。（牛嶋記）