HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第65巻 第5号 全1冊
Citation	北大法学論集, 65(5)
Issue Date	2015-01-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/57824
Type	bulletin
File Information	lawreview_vol65no5.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 65 巻　第 5 号

論　説

中世後期ドイツの国王裁判権と公証人 …… 田　口　正　樹　1
租税法における外国の法形態 …… 田　中　啓　之　61
「戦後処理」からの脱却を目指して：高度経済成長期の外務省機構改革
…… 白　鳥　潤一郎　87
いわゆる「第三者の執行担当」について（1）
―― 第三者に帰属する権利を執行債権とする強制執行の許容性 ――
…… 山木戸　勇一郎　137
脱警察化と行政機関に対する警察の役割（1）
――「隙間なき危険防御」の法的位置づけ ――
…… 米　田　雅　宏　181
選択的連結に対する反致の適用に関する若干の考察
…… 嶋　　拓　哉　518［ 1］
アメリカにおける歴史的環境保全の法的研究（1）
…… 小　幡　宣　和　488［ 31］

研究ノート

イギリス原状回復法における弁済者の優先的保護（1）
―― 錯誤による弁済を中心に ―― …… 橋　本　　伸　239
いわゆる“仮想財産”の民法的保護に関する一考察（3・完）
―― オンラインゲームサービス内のデータ保護にまつわる
米中の議論を参考に ―― …… 角　本　和　理　287
フランス国家賠償責任法の規範構造（5・完）
――「役務のフォート」理論を中心に ―― … 津　田　智　成　339

判 例 研 究

公法判例研究 …… 児　玉　　弘　391
民事判例研究 …… 高　橋　周　史　437

2015（平成27）年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷　襄兒（経済法）
五十嵐　清（比較法）
伊藤　大一（行政学）
今井　弘道（法哲学）
臼杵　知史（国際法）
大塚　龍児（商法）
小川　晃一（政治思想史）
小木曽　浩三（法史学）
奥田　安弘（国際私法）
神原　勝（行政学）
小菅　茂男（行政法）
小山　芳太郎（法史学）
近藤　昇一（民事訴訟法）
笹田　栄司（商法）
東海林　邦彦（憲法）
杉原　泰雄（国際法）
瀬川　信久（民法）
曽野　和明（比較法）
高見　勝利（憲法）
高見　進（民事訴訟法）
道幸　哲也（労働法）
中村　睦男（憲法）
中村　研一（国際政治）
長井　長信（刑法）
畠山　武道（行政法）
林　脩造（商法）
稗貫　俊文（経済法）
深瀬　忠一（憲法）
福永　有利（民事訴訟法）
藤岡　康宏（民法）

古矢　旬（アメリカ政治史）
松澤　弘陽（政治思想史）
松村　良之（法社会学）
宮本　太郎（比較政治経済学）
山口　二郎（行政学）
山畠　正男（民法）
吉田　克己（民法）

教授

會澤　恒（比較法）
池田　清治（民法）
遠藤　乾（国際政治）*
岡田　信弘（憲法）
尾崎　一郎（法社会学）
小名木　明宏（刑法）
加藤　智章（社会保障法）
岸本　太樹（行政法）
○桑原　朝子（日本法制史）
○児矢野　マリ（国際法）
○権左　武志（政治思想史）
○佐々木　雅寿（憲法）
嶋　拓哉（国際私法）
白取　祐司（刑事訴訟法）
城下　裕二（刑法）
鈴木　一人（国際政治経済学）
鈴木　賢（比較法）
曽野　裕夫（民法）
空井　護（現代政治分析）*
田口　正樹（法史学）
田村　善之（知的財産法）
辻本　康夫（政治学）
常本　照樹（憲法）
中川　寛子（経済法）

長谷川　晃（法哲学）
林田　清明（法社会学）
藤原　正則（民法）
眞壁　仁（日本政治思想史）*
町村　泰貴（民事訴訟法）
松久　三四彦（民法）
水野　浩二（法史学）
宮脇　淳（行政学）
山崎　幹根（行政学）*
山下　竜一（行政法）
山本　哲生（商法）
吉田　邦彦（民法）
吉田　広志（知的財産法）
亘理　格（行政法）

特任教授

池田　茂徳（法実務基礎）
榎本　光宏（民事実務）
大川　哲也（法実務基礎）
木下　尊氏（民事実務）
岸田　洋輔（刑事実務）
西村　恵三子（刑事実務）

准教授

池田　悠（労働法）
伊藤　一頼（国際法）*
郭　舜（法制度論）
川村　力（商法）
櫛橋　明香（民法）
栗原　伸輔（民事訴訟法）
小濱　祥子（アメリカ政治史）*
佐藤　陽子（刑法）
田中　啓之（行政法）*
中川　晶比兒（経済法）

中島　岳志（アジア政治論）
西村　裕一（憲法）
根本　尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
前田　亮介（日本政治史）
○緑　大輔（刑事訴訟法）
三宅　新（商法）
村上　裕一（行政学）*
山木戸　勇一郎（民事訴訟法）
○山本　周平（民法）*
吉田　徹（ヨーロッパ政治）*

講師

高　影娥（民法）
徐　行（比較法）
白鳥　潤一郎（国際政治）
米田　雅宏（行政法）

助教

五十嵐　元道（国際政治）
石神　圭子（アメリカ政治史）
王　万旭（商法）
小幡　宣和（行政法）
郭　薇（法社会学）
佐藤　結美（刑法）
千田　航（ジョナサン・エドワード・ゾル）（日本政治史）
丁　文杰（比較政治学）
橋場　典子（知的財産法）
比良　友佳理（法社会学）
李　妍淑（知的財産法）（比較法）

雑誌編集委員　○　印
*は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　説

中世後期ドイツの国王裁判権と公証人

田口正樹

はじめに

「ある事柄が法的に確かである（確からしい）」という状態を得るためには、さまざまなルートがありうる。「裁判で争っ

て白黒をつける」のは一つのルートであろうが、いわゆる非訟事件の手続や、正規の裁判外での（例えば仲裁などによる）解決や合意など、多様な方法が試みられうる。そのうちの一つとして、公証人による文書作成というルートが考えられうるが、後述のように中世後期のドイツでも、公証人の存在と活動が次第に広がりつつあった。そのような中世後期ドイツの公証人の意義について、国王裁判権との関係という視角から、史料を集め考察を試みようというのが、本稿の意図である。この種の試みは、国王裁判権研究の側からも、公証人研究の側からも、これまで行われておらず、その意味で本稿は、中世後期ドイツの国王裁判権と公証人の一側面に新しく光を当てることになろう。

具体的に本稿の方法は、一九八〇年代以来刊行が進められてきた「国王・宮廷裁判所の活動に関する証書要録」[1]から、公証人と公証人文書が現れる史料を抽出することである。この証書集は、国王裁判権の活動に直接関係する史料だけを収録しているため、ある紛争の全過程を視野に入れるためには、更に他の史料集を参照する必要があることがしばしばである。しかしそれでも、この証書集の検討を通じて我々は、国王裁判権と直接かかわる場面における公証人の登場と活動をつかまえることができるはずである。また、この証書集には、国王裁判権の活動でも、「ドイツ」外において、両当事者とも「ドイツ」外の勢力であるような事件を扱っている場合は、収録されていない。具体的には、例えば、イタリア、ブルグント王国の大部分、ボヘミア王冠の諸領邦およびオーストリア諸領邦は基本的に「ドイツ」外と見なされている。したがって、特にイタリア関係で、皇帝・国王の裁判活動との関係で公証人が出てくる事例が数多く証書集からもれているはずであることには注意が必要であろう。したがって、本稿で行われるのは、ドイツ王権が上述のような地理的・人的な意味での「ドイツ」において活動する際に、公証人と公証人文書がどのような場面で現れてくるかを調査し、その意義を検討することである。

しかしまず前提として、中世後期ドイツにおける公証人の存在と活動全般について、従来の研究文献にもとづいて概

観しておくことにしよう。

一．中世後期ドイツにおける公証人

アルプス以北の神聖ローマ帝国で公証人が出現するのは、一三世紀後半のことである。[2] イタリアでは、既に遅くとも一一世紀から公証人が活動していた。[3] 公証人の存在と公証人による文書作成は、イタリアから更に南フランスなど各地に広がり、かなり遅れてドイツにも入ってきたのである。確かに、一二七二年にもまだ、コンラート・フォン・ムレ Konrad von Mure はその著作『Summa de arte prosandi』で、ロンバルディアと違ってドイツは公証人がいない地方に属すると書いているし、[4] 一三〇〇年ごろにも『バウムガルテンベルク書式集 Baumgartenberger Formelbuch』は、イタリアと違ってドイツには公証人が存しないとしている。[5] しかし、アルプス以北の神聖ローマ帝国でも、最初の公証人の存在証拠が一三世紀後半から現れる。各地における公証人の初出は、リェージュとオスナブリュックが一二七七年、ケルンが一二七九年以前、リューベックが一二八三年、シュレージエン地方では一二八二年、マインツが一二九二年、フランクフルトが一三〇〇年、などである。[6] このように、最も初期の例は、イタリアに近いドイツ南部ではなく、主にドイツ西部で見られる。[7] しかし、上にあげた最初期の事例のうち、リェージュ、オスナブリュック、シュレージエン、マインツのケースでは、教皇特使や教皇庁の徴税人に従ってきた公証人が文書を作成している。[8] そのような事情もあって、初期の公証人は、自身しばしばイタリア人であったと見られる。それに対して、ライン以東のドイツ各地に公証人が現れるのは、おおむね一四世紀前半になってからであった。[9]

中世後期ドイツの公証人は、まず教会および教会裁判所との関係で活動を展開したものと考えられている。[10] この点

は、イタリア以外のヨーロッパ諸地域でも同様であったと見られている。教会は、教会関係の法的行為の証書、特に教会裁判権に関係する文書を公証人に作らせた。既に一一六三年の教皇アレクサンデル三世の教皇令が、「公の手 manus publica」によって書かれた文書か、真正の印章を付された文書だけが、教会裁判所で証明力を認められると定めている[11]。一二一五年の第四ラテラン教会会議は、その決議三八条で訴訟記録はできるだけ「公人 persona publica」によって作成されるべきであると規定しているが[12]、公証人は典型的な公人と見なされたのである。公証人自身も、ドイツでは、普通は聖職者[13]（ただし上級叙品を受けていない、結婚も可能な聖職者[14]）であった。それに対して、公証人の世俗分野への進出は、ドイツにおいてはかなり遅れてから、とりわけ一五世紀の間に徐々に進んでいったと考えられている。一五世紀前半に書かれた『ジギスムントの改革 Reformatio Sigismundi』は、すべての帝国都市は公証人を都市の書記として持つべきであると主張している[15]。実際、都市の書記はしばしば公証人としても活動していた[16]。

このように、とりわけ教会裁判所との関係で、一三世紀後半以降、アルプス以北の神聖ローマ帝国でも公証人が出現して、各種の契約、遺言、非訟事件、訴訟手続などについて[17]、文書作成を行っていたが[18]、その存在はイタリアの公証人と比肩しうるほどではなかったようである。中世後期の間は、イタリア都市で普通に見られたような、都市ごとの公証人団体も存在しなかった[19]。そうした団体によるコントロールが欠けていたこともあって、ドイツではそれぞれの公証人が用いる独特の書き判 Notarsignet, Notarszeichen が、公証人文書の真正性を担保するうえで重要な意味を持ち、近世にかけて発達を遂げていった[20]。

国王宮廷では、ハインリヒ七世のイタリア滞在中に宮廷に公証人が抱えられていた（いわゆる Kammernotare）[21]。彼らには、とりわけ教皇庁との交渉に関する文書作成がゆだねられた[22]。教皇庁関係の文書を公証人に作らせるという点は、ルートヴィヒ四世からループレヒトまでの支配者も同様であった。例えばルートヴィヒ四世は、一三二三年のいわゆる

ニュルンベルク上訴[23]や一三三八年九月にコブレンツで発した諸立法[24]を公証人証書化させている。また選挙侯たちも、一三三八年七月のレンス法判告を公証人証書として作成させている[25]。その後一五世紀になると、ジギスムントのもとで、ドイツにおける裁判文書を、書記局で作成させた後、公証人に認証させるケースが現れる[26]。

公証人の任命は、本来、皇帝自身の権限であったが[27]、しかしイタリアでは、早くから宮廷宮中伯 Hofpfalzgraf によって代行されていた[28]。更に一一世紀半ば以降は、教皇も公証人任命権を主張し実行していった[29]。ドイツでも皇帝カール四世のもとで、一四世紀半ば以降、公証人任命権を持つ宮廷宮中伯の職が確立した[30]。カール四世は、一三五五年四月には、イタリア遠征中にローマで、シュパイアー司教ゲアハルトにラテランの宮中伯（comes sacri Lateranensis palatii）として公証人を選定する権限を与えた[31]。宮廷宮中伯への任命の書式も作成されている[32]。こうした皇帝による宮廷宮中伯の任命は、その後の支配者によっても継承された[33]。しかし実際には、公証人任命権は、別に諸侯、都市、大学などに授与されて、それらによって行使されることも多かった[34]。最も早期の例としては、一三二七年三月にローマ遠征途上のルートヴィヒ四世が、トリエントで、ヘンネベルク伯ベルトルトに授与した特権がある。ベルトルトには生涯で一〇人の公証人を選定し任命する権利が付与された[35]。一三五三年一二月にカール四世がマインツで発行した証書では、ケルン大司教ヴィルヘルムの求めに応じて、一〇〇人の公証人を任命する権利が彼に与えられている[36]。またカール四世は一三五八年五月にプラハで、プラハ大司教エルンストに帝国内、ボヘミア、その他の場所で公証人を選定・任命する権利を授与している[37]。こうした任命権授与も関係して、中世後期ドイツに見られた公証人の中では、皇帝の権威による公証人が、教皇の権威によるそれよりも多数であった[38]。しかし、任命権が分散するとともに、その行使の仕方も恣意的になっていき（これは任命権者の収入とも関係する）、そのため公証人の質の低下を招く危険が増大した[39]。

公証人の質の管理は、既にイタリアでも課題となっていた。確かに中世大学では、自由学芸学部で公証術 ars notaria

が教えられていたが、しかし公証人となるには、大学での法学学習や学位取得は一般に要求されていなかった[40]。ドイツでも既に一四世紀から、公証人の質をコントロールするための措置や規則が散発的に出現していたが[41]、しかし本格的なルール設定は、一五一二年の帝国公証人条令 Reichsnotariatsordnung により初めて行われた[42]。これは刑事法分野のカール五世刑事裁判令（カロリナ）等と同様の枠組み立法で、領邦における効力と意義については個別に検討する必要があるもの[43]、ドイツの公証人の歴史上、画期となるものであった。

このような、中世後期ドイツにおける公証人の状態の確認を経たうえで、以下では前記証書集から抽出された、関係史料の考察に入る。その際、既に述べたように、カール四世の治世がドイツにおける公証人の歴史において重要な意味を持っていたことに鑑み、カール四世以前、カール四世期、カール四世以後に時代を分けて検討を行う。また前記証書集は、現在国王ループレヒトの治世まで及んでいるが、彼の治世全体がカバーされるには至っていないため、本稿の調査は基本的に一四〇〇年の国王ヴェンツェル廃位をもって終えることとする。

二　一三世紀後半から一四世紀半ばまで（一二七三－一三四七年）

上記証書集には、前述の編集方針からして、ドイツ内の当事者がかかわる場合にはイタリア関係の史料も採録されているが、その種の史料の中に時おり公証人文書が現れるのは、イタリアにおける公証人の数の多さと活発な仕事ぶりを考えれば、不思議ではない。

一二九六年一一月にフランクフルトで発行された国王アードルフの証書[44]によれば、ケルンテン公・ティロール伯マインハルトによってトリエント司教教会への圧迫と教会の諸権利の侵害がなされたが、これに対して国王は、トリエント

司教たちが（強いられて）行った司教教会に不利な授封・処分などを、時効を度外視して、無効と宣言した。この証書からは、一三三九年に五人の公証人によって確認証書 Vidimus が作られ、更にそこから一三四四年に四人の公証人によって認証された写しが作られている。トリエント司教教会が権利確保のために公証人に証書を作らせたものである。この場合、特にトリエント司教がいったん行った処分を無効にするという内容が、公証人により証書が作成される要因になったのかもしれない。後述のように、そうした事情は、ドイツにおける公証人文書作成に関しても、しばしば見られるからである。

一二九九年三月に北イタリアのマントヴァで作成された公証人証書には、トリエント司教フィリップと前出のケルンテン公マインハルトの子らであるケルンテン公オットー、ルートヴィヒ、ハインリヒの兄弟との和解に関する手続が記されている[45]。それによれば、国王アルブレヒト一世が司教に出頭を促し、公たちは、国王がまず司教に支払うよう求めた三〇〇マルクを実際に司教に支払った。しかしこの金額は、司教が出頭しなければ公たちに返還されるものとされた。証書は、多くのマントヴァ市民が立ち会う中、公証人アダルベルト・フォン・アデルベリウス Adalbert von Adelberius によって印章を付され、公証人ボマサリウス Bommasarius によって作成された。公証人証書を作らせたのはケルンテン公たちであると思われるが、彼らが司教に支払った金額が司教の態度いかんによっては返還される可能性があったことが、その背景となったのかもしれない。

一三二七年二月にイタリア遠征途上のルートヴィヒ四世が、トリエントでケルンテン公ハインリヒのために発行した二通の証書も、公証人文書化されている[46]。その中でルートヴィヒは、ハインリヒとヴェローナのカングランデ・デッラ・スカラ Canglande della Scara の対立に際してハインリヒを支援することなどを約束しているが、ハインリヒの方がこの国王証書の写しを公証人ボーツェン Bozen のオットー・コンラディ Otto Konradi が同年三月に作成した証書に挿入

させている。

こうしたイタリア関係の事例と並んで、帝国西部境界地方からも公証人による文書作成が知られることは、上述のように、アルプス以北の神聖ローマ帝国における公証人の活動がまさにこの方面から始まったと見られることを考えれば、やはり不思議ではない。

一二九二年七月に、カンブレー司教区の聖ジスレン St. Ghislain 修道院の修道院長ロジェール Roger と同司教区モーボージュ Maubeuge の聖カンタン St. Quentin 教会の参事会員 Kanoniker であったトゥールネイのヨハン（ジャン）Johann von Tournai が国王アードルフにあてた文書が、公証人によって作成されている。[47] ヴァランシエンヌ市とエノー伯ジャン二世および国王との対立があり、国王は市側を裁判のために宮廷に召喚した。[48] その際、国王はこの二人の聖職者に、召喚状の送達を命じていたのであった。[49] 二人は、危険を冒して、ヴァランシエンヌ近くのサン・ソーヴ St. Sauve まで行って、国王から命じられた任務を遂行した。すなわち、彼らはそこで召喚状を教会の入り口に掲示したうえで、戻ってきたのである。そして二人はこの経過の報告を、カンブレーの聖職者で公証人であったロシアウスことヤコブ Jakob gen. Rossiaus に[50]証書として作成させたのであった。この件については、既に召喚手続について述べた国王証書が、危険であるため使者はヴァランシエンヌ市自体に入る必要はなく、隣接する村で十分な証人のもとで召喚を告知すれば十分であること、ただし確かに召喚任務が遂行されたことを証明するために使者たちは召喚状をやはり十分な証人のもとで残してくること、を指示していた。[51] 二人の聖職者への国王の命令も同様のことを指示する他、任務遂行の状況を文書で報告することをも命じていた。[52] このような、国王の指示をふまえ、確かに任務を全うしたことを証明するために、聖職者たちは公証人文書を用いたのである。

一二九三年一〇月には、エルザスのコルマール市外の陣営で、ブルグントの宮中伯オットーが国王アードルフに対

して封臣として誠実宣誓を行い、国王からレーンを受領したことを叙述する公証人証書が作成された[53]。オットーが聖職者にして教皇の権威による公証人（clericus publicus auctoritate apostolica notarius）バルトロメウス・ド・ギー Bartholomeus de Gy に文書を作らせたのであった。この証書作成には、このときの臣従行為が条件付であったことが関係していたように思われる。オットーは、学識法曹アルディチオ Ardicio に、ブルグントの宮中伯は本来、皇帝戴冠後の皇帝に対してのみ封臣としての義務を負い、皇帝戴冠前の国王に対しては何ら義務を負わないことを主張させた。そのうえで、今回は義務ゆえにでなく臣従するのであり、今回のことはブルグント宮中伯の義務に関して先例とはならないという留保を付したのである。そして国王もこれを承認したのであった。ここでのオットーの主張はいわゆる戴冠理論 Krönungstheorie に基づくが[54]、このような条件つきであったがゆえに、オットーとしては、事情を公証人文書として残し、将来にわたる効力を確実にしようとしたものと考えられる。オットーの側に学識法曹が登場していることも、こうした公証人利用を促したのかもしれない。

前述のように、ケルンはアルプス以北の神聖ローマ帝国において最も早くから「土着の」公証人の活動が確認される地点であるが、それを反映してか、ケルン大司教が関係する事案で多くの公証人文書が作成されている。

一二九三年五月の国王アードルフの証書は、国王とケルン大司教ジークフリートとの間の取り決めにしたがって、また大司教による金銭支払いと引き換えに、シュポンハイム伯ヨハンがカイザースヴェルト Kaiserswerth 城を大司教に引き渡すべきこととしている。伯の方もこの決定の際に同席し決定に同意したことが、あわせて言及されている。この証書は、同年九月にケルンの聖職者で公証人のヘルマン・ドゥリンチ Hermann Durinch が作成した写しの形で伝存している[55]。アードルフの国王選出にあたってジークフリートはケルン大司教教会のための大幅な譲歩をアードルフに約束させていたが[56]、国王選挙後、アードルフは約束を履行せず、大司教は徐々に要求を後退させていた。カイザースヴェル

トの獲得はその過程で日程に上ってきたものであった。[57] 大司教としては、今後の金銭支払いを控えていることもあり、カイザースヴェルトに対する権利を確実にするために、公証人文書を作成させたのであろう。

一二九八年八月には、再びカイザースヴェルト城の帰属が国王証書で問題となっている。[58] この証書で国王アルブレヒト一世は、ゾンネンベルク Sonnenberg のヴィッツトゥーム Viztum であった騎士ルートヴィヒが占拠する同城をケルン大司教ヴィクボルトに引き渡すことを約束し、そのために保証人まで立てた。しかし、ルートヴィヒは国王の命令に従わず城を明け渡さなかったため、同年九月には国王宮廷における判決で断罪された。[59] これらの証書が少し後の一三〇〇年九月二五日に、やはり同様に公証人ヘルマンによって一通の公証人証書にまとめられて伝わっている。

興味深いことに、同じタイミングで公証人ヘルマンによって文書作成された国王証書は、以上のものに限られない。先ほどの一二九八年八月の証書と同日付の別の国王証書は、モーゼル川の城塞ツェルティンゲン Zeltingen をめぐるケルン大司教ヴィクボルトとフェルデンツ Veldenz 伯との争いについて記している。伯が一〇〇〇マルクで質入されたとして城を占有しているのに対して、国王は、この一〇〇〇マルクを代わりに伯に支払って、城が大司教支配下に戻るよう支援することを約束している。[60] 一二九八年一一月の国王証書によれば、アルブレヒト一世は以前にケルン市とケルン（大）司教区における聖職推薦権（いわゆる Erste Bitte の権利）を大司教に譲与した。いま、それに対する抵抗があるようだが、国王としてはそのような抵抗を許さないとしている。[61] 一二九九年二月のアルブレヒト一世の証書は、ケルン大司教ヴィクボルトによる問いに対する宮廷における法判告を記載しているが、それによれば娘ないし妻のレーン相続権が否定されている。[62] これらの国王証書が、やはり同じく一三〇〇年九月二五日に公証人ヘルマンによって、公証人証書に書かれたり、写しを作成されたりしているのである。

これらの証書がいずれも発行されて少し時間が経った一三〇〇年九月末というタイミングで、公証人によって書きと

められた理由は何であったのだろうか。考えられる背景事情は、ケルン大司教などライン地方の選挙侯と国王アルブレヒト一世との対立である[63]。一三〇〇年一〇月一四日には、マインツ大司教ゲアハルト、ケルン大司教ヴィクボルト、トリーア大司教ディーター、ライン宮中伯ルードルフがニーダーハイムバッハ Niederheimbach で国王廃位を念頭に置いた同盟を結成して、国王との対決路線を鮮明にしている[64]。おそらくケルン大司教は、アルブレヒト一世との政治的衝突と彼ら選挙侯による国王廃位が近いことを考慮して、その後にもなお自分に有利な国王証書の効力を維持すべく、公証人に文書を作成させたのであろう。

ケルン大司教の特権に関する公証人文書は、次の国王ハインリヒ七世の治世からも伝わっている。一三一〇年九月一日の国王証書は、ケルン大司教ハインリヒに、アンデルナッハ Andernach、ボン、ノイス Neuß における流通税徴収を認めた。前述の対決に勝利した国王アルブレヒト一世が大司教ヴィクボルトにこれらの権利を放棄させていたにもかかわらず、ハインリヒは再び税徴収を承認したのであった[65]。その二日後、九月三日付の国王証書で、ハインリヒ七世は、ケルン大司教とマルク伯の間で争われていたエッセン修道院のフォークタイに関して、従来修道院に認められていた、みずからフォークトを選任する特権を撤回したうえで、ケルン大司教ハインリヒおよびその後継のケルン大司教を修道院のフォークトに任命した。また国王は、ケルン教会の権利を無視して不当にマルク伯エーバーハルトに質入されていたブラッケル Brackel が大司教に返還されるべきことを定めた[66]。この二通の証書からは、同年九月九日、ケルンの聖アンドレアス教会の学校長 Scholaster ハイデンライヒ Heidenreich の求めにより、公証人ハインリヒ・フォン・ユビレト Heinrich von Jubileto によって写しが作られている。前の証書が前国王がした処分を否定する内容であったこと、また後の証書がこれまでエッセン修道院に認められてきたフォークト選任の特権を撤回し、マルク伯に対する質入を否定するものであったことは、ケルン大司教側が公証人を関与させた要因として注目してよいのではないかと思われる。

同じくライン地方の聖界選挙侯であったトリーア大司教の関係では、一三一〇年三月に作成された公証人証書が知られている[67]。アルノルト・フォン・ピッティンゲン Arnold von Pittingen は、ルムシュタイン Rumstein 城に関してトリーア大司教バルドゥインの権利を侵害したとして何度も国王ハインリヒ七世のもとで訴えられていた。この件について、国王から派遣されたルクセンブルク伯領の裁判官 justiciarius ブルシャイト Bourscheid のソジェ Sogier は、現地で当事者たちの権利を調査し、そのために集まった証人たちの名前が証書には列挙されている。この公証人証書自体は、バルドゥインが作らせた筆写文書集である、いわゆる Balduineum 中に、写しとして伝来しており、そのためオリジナルの証書を作成した公証人の名前は残っていない[68]。広義の裁判手続に関係する行為を当事者が公証人文書化しているケースである。

前述のように、リューベックでも、かなり早くから公証人の活動が見られたが[69]、国王裁判権との関係でも、興味深い史料が伝わっている。一三二四年三月に、公証人ディートリヒ・フォン・ブラウンシュヴァイク（以前にはフォン・ダルドルフ Dalldorf と呼ばれていた）がリューベック市のために公証人証書を作成した[70]。これには、前年一三二三年一一月付の国王宮廷の（国王に代わる）裁判官トルエンディンゲン Truhendingen 伯フリードリヒの証書が関係していた[71]。その証書で、フリードリヒは、ヨハネス・フォン・ゲルツロウ Johannes von Gerzlow のグライフスヴァルト Greifswald、シュトラールズント Stralsund、アンクラム Anklam、デミン Demmin、トリプゼース Tribsees、ロイツ Loicz の各市とその市民たちに対する訴え、被告の国王宮廷への召喚と不出頭、被告に対するアハト宣告と原告へのアンライテ Anleite 付与を述べる[72]。そのうえで、伯はリューベック市に、原告を被告のゲヴェーレへ導入する、つまりアンライテを執行するよう命じている。それに対して一三二四年の公証人証書では、ヨハネス・ゲルツロウが、リューベック市がアンライテ執行の義務を負わないことを承認し、今後義務を負わせることもしないと約束している。バルト海・

ポンメルン地方の多くの都市に対するアンライテは、実現するにはやっかいな案件であったと考えられる。リューベック市としては、国王宮廷で出された証書によって負わされた義務を、後から問題にならないような形で免れるために、公証人証書を作らせたのであろう。

中部ドイツからの事例として、一三三九年五月には、ミュールハウゼンのドイツ騎士修道会が、市内の学校の支配権をめぐるミュールハウゼン市との紛争に際して、自己に有利な関連文書を公証人ディートリヒ・フォン・ドルラ Dietrich von Dorla にまとめさせている[73]。その中には、同年四月に出された、市側の宮廷不出頭ゆえに学校支配権を騎士修道会に認める皇帝ルートヴィヒ四世の決定[74]、マインツ大司教およびマイセン辺境伯に騎士修道会を援助するよう命じる皇帝の命令[75]、騎士修道会を保護下にいれたことおよび修道会の権利を妨害すべきでないことを市に知らせる皇帝文書[76]、が含まれている。これらの文書の形式上の名宛人は分かれているが、実際には一括して騎士修道会に渡されたものと思われる。修道会側は、それを公証人証書として残しておいたのである。騎士修道会はこれらの文書を獲得したことで紛争が片付くとは考えておらず、市側の抵抗を予想して(そもそも市側は召喚されても国王宮廷に出てこなかった)、今後のために態勢を強化しようとしたのであろう。元来地中海世界に由来するドイツ騎士修道会にとって[77]、公証人に文書作成させるというやり方は、なじみのあるものであったとも思われる。

一三四二年五月に、皇帝ルートヴィヒ四世は、マインツ大司教ハインリヒとマイセン辺境伯フリードリヒおよびフリードリヒ・フォン・ヴァンゲンハイム Wangenheim の対立を当事者たちの付託を受けて仲裁した[78]。同年マインツ側はこの皇帝証書をマインツの司教代理裁判官 Offizial に確認させたうえで、公証人ヨハネス・ルデリ・デ・エルベレ Johannes Luderi de Elbere に証書化させた[79]。なぜ皇帝証書があるのに別に公証人に文書を作らせたのかは、よくわからないところであるが、仲裁の内容が先行する証書に関係していたことが影響したのかもしれない。すなわち、皇帝の

仲裁は、三人の仲裁人（両当事者側と皇帝が一人ずつを選ぶ）が、大司教が一三三七年の同盟文書[80]にもとづいて辺境伯に援助を求めたにもかかわらず助けを得られなかったのかどうかを調査することを命じており、もし大司教側がその点を立証すれば大司教は辺境伯に対する損害賠償義務を負わないと定めていたのである。

マインツ大司教とマイセン辺境伯の対立は大きな政治問題で、ルートヴィヒ四世もその解決には苦心した[81]。マインツ大司教ハインリヒは、教皇の特別任命によって大司教位を得た当初こそ皇帝と対立する立場にあったが、その後は皇帝と教皇庁との対立の中で皇帝に忠実であり、一方ヴェッティーン家のマイセン辺境伯フリードリヒは皇帝の女婿であった。対立が続く中で、結局皇帝は辺境伯側に組するようになる。両陣営の対立について、一三四二年一二月にはヴュルツブルクで、五人の仲裁人、すなわちフィルネブルク Virneburg 伯ループレヒト、ヴェルトハイム Wertheim 伯ルードルフ、ルートヴィヒ・フォン・ホーエンローエ Ludwig von Hohenlohe、コンラート・シェンク・フォン・エアバッハ Konrad Schenk von Erbach、クーノ・フォン・プファーレンハイム Kuno von Pfahlenheim が仲裁判決を下した[82]。ところが、コンラート・フォン・フックスシュタット Konrad von Fuchsstadt とヨハン・フォン・オステルナッハ Johann von Osternach が作成した同日付の公証人証書は、この判決が公表されず、それゆえ効力も有しないことを認証している[83]。公証人に文書を作らせたのはマインツ側である。仲裁判決の内容は著しく皇帝および辺境伯側に有利であったため、マインツ側としてはそれを受け入れるわけにはいかなかった。もっとも、仲裁付託に同意した以上はいまさら仲裁自体に従えないと主張することは困難であり、そこでマインツ側の三人の代理人、すなわち聖堂参事会長 Domdekan ヨハン、聖堂参事会員ルーポルト・フォン・ベーベンブルク Lupold von Bebenburg、マインツの聖ペーター教会の参事会長 Propst エルンスト・フォン・エトゲンバッハ Ernst von Ötgenbach は、判決を下した五人の仲裁人の同席のもとで、判決が公表されておらず、したがって効力も持たないことを確認し、その次第を公証人に証書化さ

せたのである。ここではいったん下された仲裁判決を無効にするという異常な事態が問題となっており、そのために特に公証人に文書を作らせたものと考えられる。またこの事例においては、五人の仲裁人がすべて世俗貴族であったのに対して、マインツ側の代理人がすべて聖職者、しかもそのうち少なくとも二人は学識法曹であったことも注目される。聖堂参事会長ヨハンはボローニャで法学を学んだ人物で、この時期のマインツ大司教座聖堂参事会の中心人物の一人であった(84)。ルーポルト・フォン・ベーベンブルクもやはりボローニャで学んだが、帝国国制を論じた著作で知られている(85)。

これまで見てきたこの時期の所見をまとめると、イタリア関係の史料の他に、帝国西部境界地方やケルンから、比較的多くの公証人文書作成事例が知られ、ライン以東でも散発的に史料が見られた。公証人を使っている当事者は大半が教会と聖職者であり、それにわずかの都市と世俗貴族が混じる。公証人に文書を作らせている背景として、国王との対決、裁判手続上の困難な任務の遂行、将来に向けて特別の留保を付す、以前の特権付与や処分を撤回する、国王宮廷における決定を変更する、いったん下された仲裁判決を無効にする、といった特別な必要がしばしば見られる点は注目に値する。また、公証人文書とともに、時に学識法曹が現れることにも、注意しておくべきであろう。

三．カール四世の時代（一三四六－一三七八年）

カール四世の時代は、前述のように、ドイツにおける公証人の歴史一般にとっても、いくつか注目すべき現象が見られた時期であったが、国王裁判権の活動との関係で現れる公証人および公証人文書の事例の数も、前代と比べて大きく増加し、多数に上っている。

カール四世の治世においても、帝国西部境界地方から、多くの公証人文書作成事例が伝わっている。前述のようにドイツにおける公証人の活動は、もともとこの方面から広まったのであり、伝存する事例の多さはそうした経緯と対応しているように思われる。

カンブレー司教をめぐる紛争に関して、一三四九年九月に大部の公証人証書が作成されている[86]。司教グイドはカール四世への服従とレガリア受領を拒否していたため、国王は、ヴァルラム・フォン・ルクセンブルク＝リニー Walram von Luxemburg, Herr zu Ligny とその子ヨハン（リール Lille のブルクグラーフ）に司教座のレガリア管理をゆだね、更にその収入はトリーア大司教バルドゥインに渡すよう指示した。それに対してカンブレーの司教座聖堂参事会が、グイドの死によって空位になった後のレガリア管理を任せてほしいと国王に訴えた。これによって形式上は、司教と聖堂参事会の争いとなり、結局ヴァルラムは参事会の権利を認める決定を下した。ここに至るまでの一件書類[87]を、参事会が三人の公証人、すなわちイオメのヴィアルドゥス Wyardus gen. Iomeit、アニヤのヤコブ Jakob gen. von Anya、ロゼ・アン・ブリーのヨハン Johann von Rozay-en-Brie の三人にまとめさせたのである。ヴィアルドゥスはランス司教区、ヤコブはカンブレー司教区、ヨハンはラン司教区の公証人であった。レガリア管理権がいったんヴァルラムらにゆだねられていたのが変更されて、聖堂参事会に与えられたケースである点に留意しておこう。

一三四九年七月にアーヘンで出された国王証書は、まずシント・トルイデン Sint-Truiden（サン・トロン St. Trond）の修道院長アメリウス Amelius の要望を記している[88]。それによれば、修道院長とリェージュ司教がシント・トルイデン市に与えた特権状に院長と司教に不利な解釈を許す箇所があり、そのため修道院長は国王に「公定解釈」を求めた。それを受けて国王は、特権の確認と解釈を行い、更に将来の解釈権を院長に認めた。この証書がかなり後になって、一三七五年七月に公証人証書として作成されている。ここでは、先行して授与されていた特権状の解釈を明確にす

ることが問題となっている。

一三五四年八月の国王証書によれば、シオン Sion（ジッテン Sitten）司教ギシャール Guichard とサヴォイ伯アマデウスは、国王からレーンを受領し国王に対して忠誠を誓うことをしなかった。一方ヴァレー Valais（ヴァリス Wallis）の人々は、国王のもとに出頭して忠誠を誓った。それゆえ国王は彼らの諸特権を確認し、彼らを他へ譲渡しないことを約束した[89]。スイス西部でも、一三世紀後半以来、公証人が活動を展開していたが[90]、この国王証書はその後、一三五五年二月の公証人証書に挿入されて伝わっている。

一三五九年四月に皇帝カール四世がアーヘンで発行した証書は、アーヘンのマリア教会 Marienstift がライン川で流通税を取られないという特権を確認している。確かに、ケルン大司教ヴィルヘルムが、この特権に反して流通税を徴収したことはあったが、一度だけで、しかもその際にマリア教会に生じた損害を、大司教は賠償ずみである、と述べる[91]。この証書はその後一三六八年と一四二三年の二度にわたって、公証人証書として作成されている。マリア教会の特権が一度は害されたことがあった、という事情が存した点に注意しておこう。

一三六二年一二月一七日にアーヘンで出された証書で、カール四世は、リェージュ司教エンゲルベルトに以下のように伝えている。ナミュール Namur 伯ヴィルヘルム（ギヨーム）がみずから宮廷に来て伝えたところによれば、ヨハン（ジャン）・フォン・ナミュール Johann von Namur に科されていたアハトが皇帝書記局の証書によって解除され、リェージュ司教がヨハンのために原状回復をするようナミュール市に命じた。しかしそうした原状回復のためには、通常、それによって生じる損害の賠償が必要なので、司教は件の皇帝書記局の証書を一二月二五日までに証拠として皇帝に送付・提示するべきである。さもなければ、皇帝は、ナミュール市のために、ヨハンに再びアハトを科すであろう[92]。この件について、一二月二一日にリェージュで、公証人ユイ Huy のヨハネス・レネリ Johannes Reneri によって公証人証書が

作られている。[93] それによれば、リェージュに現れたナミュール伯の使者たちは、リェージュ司教の代理の顧問たちに対して、問題となった皇帝証書を提示し、その写しを渡した。それを受けてリェージュ司教側は、上述の皇帝の命令に沿って行動すると約束した。一二月一七日の皇帝命令自体も公証人証書中に挿入されている。このケースでも、過去に皇帝書記局によって発行された証書の内容が争点になっている。もっとも、翌一三六三年一月一二日の皇帝証書によれば、リェージュ司教は結局期間内に証書を皇帝に提示することをしなかった。[94]

一三六四年二月にはリェージュ司教座聖堂参事会がアルノルト・フォン・ルンメン Arnold von Rummen とのローン Loen 伯領をめぐる争いについて、以前の訴訟代理人 Prokurator 任命を撤回したうえで、新たに法学博士 doctor legum ヴィルヘルム・ボイライヴェ・フォン・ベルゲン Wilhelm Boyleiwe von Bergen を訴訟代理人に任命し、皇帝の前などで訴訟を遂行する権限を与えた。アルノルトが皇帝のもとで得た判決を無効とするよう努める権限も与えられた。[95] この証書もリェージュの公証人ユスタシュ・ランドル Eustache Landres によって書かれている。訴訟代理人への権限付与は公証人がしばしば扱った事項であったが、[96] とりわけこのケースの場合、いったん行った訴訟代理人任命を撤回したことが、公証人証書作成の背景ではなかったかと思われる。またこの紛争に関しては、一三六三年二月に行われた司教と聖堂参事会の皇帝宮廷への召喚について、[97] 一三六四年一二月に聖堂参事会の依頼を受けた公証人ヨハネス・ヴァッサール Johannes Vassart によって召喚証書の写しが作成されている。[98]

一三七八年八月、宮廷裁判官テッシェン Teschen 公プシェミスル Přemysl はエルザスの下級ラントフォークト Unterlandvogt ウルリヒ・フォン・フィンスティンゲン Ulrich von Finstingen に、皇帝のためにライニンゲン Leiningen 伯エミヒョ Emicho の所領にアンライテを行うよう指令した。[99] この文書は九月に、シュトラースブルクの司教裁判所の公証人ルードルフ・フォン・ライナッハ Rudolf von Reinach によって公証人証書化されている。同年九月

に皇帝が伯をアハトに処した証書も同じ公証人証書に記されている。[100]

ケルン関係の公証人文書作成の例も、やはりいくつか知られるが、ケルン大司教など教会関係の当事者だけでなく、ケルン市もまた、公証人に文書を作成させている。一三五七年二月三日に、ケルン市の裁判籍特権を尊重し、原告ゲアラッハ・フォン・レヴィンク Gerlach von Rewink にケルン市での裁判を指示する、宮廷裁判官ファルケンベルク Falkenberg 公ボルコ Bolko の証書が出されている。[101] ゲアラッハの訴えに基づいて既に一月二〇日に、宮廷裁判所への召喚が行われていたが、[102] それに対してケルン市側は、二月三日の証書の記述によれば、公証人が認証した裁判籍特権状を宮廷裁判官に提示したようである。このとき市が持ち出した裁判籍特権状は、おそらく一三四九年二月にカール四世が授与したもの（ないし一三五五年一二月に出されたその特権の確認）か、一三四九年八月に一般的な特権確認の中で認められたもので、いずれも宮廷裁判所を含めて市外の裁判所への召喚から市民を免除していた。[103] 具体的な訴えを前にして特権状の効力が問題となる状況で、市側は公証人を用い、既にいったん行われた召喚を撤回させることに成功したのである。一三六七年ごろにも、ケルン市は裁判籍特権を公証人に抜粋させて公証人文書を作らせ、そのうえで、フリッツ・アガット Fritz Agat という者の訴えにもとづく宮廷裁判官によるケルン市召喚の取り消しを、皇帝に求めている。[104] 市としては原告に対して裁判を拒むことはないので、この宮廷裁判所への召喚は市が持つ裁判籍特権に反している、というのである。前述の一三五七年の事例と同様な状況における公証人利用である。一方、一三七五年五月一〇日のカール四世からケルン市への命令は、ケルン大司教の市内における諸権利、特に裁判権を侵害することを禁じている。[105] 六月一日付で、騎士シュテーヴェン・フォン・ホーホシュターデン Steven von Hochstaden とエンゲルブレヒト・フォン・オルスベック Engelbrecht von Orsbeck がこの命令書を確かにケルン市の都市参事会に届けたことを、皇帝に復命しているが、この復命は公証人証書としても作られ、そこに皇帝の命令書も挿入されているようである。[106] 召喚手続

遂行の復命という点で、上述のヴァランシエンヌ市召喚のケースと類似した状況における公証人利用と言えよう。

帝国西部の聖界諸侯や教会が公証人に文書を作成させている例も、いくつかある。一三五七年八月に公証人ペトルス・フォン・オーデルンハイム Petrus von Oderheim がマインツ大司教座聖堂参事会のために公証人証書を作成している[107]。オッペンハイム Oppenheim、オーデルンハイム、シュヴァープスブルク Schwabsburg などの中ラインの国王都市・国王領はいったんマインツ大司教座に質入されていたが、この質入は後に解除された。この件につき、カール四世は聖堂参事会に、質入証書の返還ないし解除を了承した旨の証書の発行を要求した。参事会はしばらくそれに応じなかったが、皇帝の強硬な姿勢にあい、またマインツ大司教自身からの援助も望めないという状況もあって、結局は屈服し、オッペンハイムなどに権利を持たないこと、今後何らの要求もしないこと、放棄を宣言する証書を皇帝に手交すること、を約束した。ただし参事会は、そうした放棄文書は、参事会が問題の都市・所領に対して持つ権利を将来にわたって侵害するものではないこと、参事会はそれら都市・所領の返還を要求する権利を留保すること、をも付け加えた。この間の一件書類[108]と上記のような聖堂参事会の約束が公証人証書化されたのである。いったんなされた質入の効力を無効にすることにかかわる事案であり、また参事会が将来に向かって留保を付している点は、前述のブルグント宮中伯オットーのケースに類似している。

一三五九年一〇月に皇帝はプラハで、北ドイツの教会と聖職者の保護のための大部の特権状を発行した。皇帝は、マクデブルク、ブレーメン両大司教管区などの聖職者からの訴えに応じて、さまざまな役職を帯びた俗人が制定した立法、規則、布告等を廃止した。世俗貴族や都市参事会には、それらの規則等を撤回することが命じられ、またそれらを根拠として裁判することも禁止された。俗人が聖職者を攻撃・逮捕・略奪・傷害などすることも禁止された。皇帝は聖職者たちに対しては、この皇帝の定めを教区教会会議などで公表するように命じている。この特権状について、一三六〇年

三月にブレーメン大司教ゴットフリートが公証人に写しを作らせている。[109] 特権状の内容から明らかなように、このケースも、先行する立法、規則、布告などの廃止と撤回に関係するものである。

ライン宮中伯ループレヒト二世による権利侵害に対して、マインツの聖アルバンSt. Alban修道院が皇帝のもとに訴えをもたらした。それに応じて皇帝は、一三六七年一月に、オッペンハイムのシュルトハイスにライン宮中伯との交渉と修道院保護を命じ、[110] ライン宮中伯自身にも侵害をやめるよう命令した。[111] これらの文書が、おそらく修道院側の求めによって、公証人ヨハネス・ハインリヒ・フォン・ザクセンハウゼンJohannes Heinrici von Sachsenhausenによって証書化されている。皇帝の命令書を修道院が一括して受領し、その内容を公証人に確認させたのであろう。

一三六四年一〇月には、トリーア大司教クーノとトリーア市との紛争において公証人、ミュンスター司教区のエグベルトEgbert（故エーバーハルト・フォン・エッゲベルクEberhard von Eggebergの子）によって公証人証書が作られている。[112] 両当事者がそれぞれの主張点[113]を交換したこと、および大司教の訴訟代理人任命と全権付与[114]が認証されている。証書によれば、その際、公証人だけでなく、参審人など市側の人間と大司教の訴訟代理人もともに出席していた。翌一一月には、皇帝の前へ出ることを約束した大司教の証書[115]がやはり公証人エグベルトによって認証されている。[116] 同じく一一月にはトリーア市が、オットー四世、フリードリヒ二世、カール四世の証書を公証人証書に書き留めさせている。[117] 一三六四年一二月の皇帝の判決は、大司教側に有利な内容であったが、[118] 一三六五年一月には、皇帝が大司教側に有利な判決を下したことを知らせる大司教から市への手紙が、騎士ディートリヒ・ヴァルポド・フォン・バッセンハイムDietrich Walpod von Bassenheimとヨハン・フォン・リーベンシュタインJohann von Liebensteinによって市側に渡されたこと、それをふまえて大司教側が以前の皇帝への仲裁付託[119]にしたがって皇帝の判決を受け入れるよう市側に要求したこと、市側が皇帝の判決が途中で大司教有利に変更されたことに言及しつつも基本的に要求を受け入れる姿勢を見

せたことを述べる公証人証書が、公証人ティルマン・フォン・クレーフェによって作成されている。[120] このように、これら一連のケースでは、大司教側が主導しながらも、おおむね大司教側と都市側が合意したうえで、公証人文書の作成がなされているように見える。この点は、これまで見てきた多くのケースとは異なるところである。

教会や修道院による公証人文書利用は、ライン以東でもこの時期かなりの広がりを見せている。ドイツ騎士修道会とミュールハウゼン市の再度の争いに関して、やはり何通かの公証人文書が作成されている。今回の紛争は市側の法制定による騎士修道会の権利の侵害を争点としていた。騎士修道会が皇帝のもとへ訴えたのに対して、カール四世は聖界諸侯に決定をゆだねた。ミュールハウゼン市は、一三五七年一〇月に、皇帝宮廷での訴訟についての訴訟代理人への権限委任状を、公証人アルブレヒト・エルネスティ・フォン・ミュールハウゼンに作成させた。[120a] 一三五八年七月四日には、公証人ニコラウス・フォン・シュロトハイム Nikolaus von Schlotheim がエアフルトで、騎士修道会の求めに応じて、同年五月にミンデン Minden 司教が下した修道会有利な判決を認証している。[121] この判決自体も、オルミュッツ Olmütz 司教区の聖職者で公証人のヴェンツェル・フォン・クラビシェ Wenzel von Crabiče によって公証人証書化されて伝わっている。[122] 皇帝カール四世によるミンデン司教の判決の確認[123]もまた、やはり騎士修道会の求めにより、七月四日に同じく公証人ニコラウスにより認証されている。[124] 更に一三五八年一月のライトミシュル Leitomischl 司教による同様に修道会側に有利な判決[125]と皇帝によるその確認[126]もまた、七月四日に同じくニコラウスにより公証人証書化されている。[127] 判決が下されたことも、既に一月に公証人ヨハネス・ザットラー・フォン・ケムニッツ Johannes Sattler von Chemnitz により認証されている。[128] 同年七月二一日には、公証人ニコラウスは、関係文書の写し[129]をミュールハウゼン市に送達し市民の前で読み上げたことを証言する証書を作成している。[130] 一三五八年一二月には、両者の仲裁裁判をめぐる交渉の経過（最後には市側が合意を拒否して交渉の場から去る）が、やはり公証人ニコラウスによって公証人証書として作成されて

いる。[131] これも修道会が作らせたものと思われる。交渉経過についてマイセン辺境伯フリードリヒが一三五九年一月ごろに出した証書にも、修道会側が公証人文書の作成を求めたことが触れられている。[132] このようにドイツ騎士修道会は、紛争過程の各段階ごとにいちいち公証人文書を作成させている。前述のように、ドイツ騎士修道会が地中海世界に由来する組織であったことの他、手続が司教のもとで進められたこと、ミュールハウゼン市側もマインツ大司教のもとに訴えていたことなど、教会裁判権の手続との関係が影響したのではないかと思われる。

一三五八年七月三〇日にニュルンベルクで発行された証書で、カール四世は、ヴュルテンベルク Württemberg 伯エーバーハルトおよびウルリヒに対して、彼らに仕える貴族アルブレヒトおよびコンラート・シェンク・フォン・リンプルク Schenken von Limpurg が大コムブルク Groß-Comburg 修道院から不法な流通税を徴収したこと、またやはり伯の従者コンラート・フォン・ヒュルンハイム Konrad von Hürnheim が修道士たちから公道で財産を奪ったうえ、いまだに返還しないことを伝え、流通税徴収をやめさせ、財産を返還させるよう命令した。[133] 修道院側はこの証書を八月二日にローテンブルクで、公証人フリードリヒ・フォン・キッツィンゲン Friedrich von Kitzingen に公証人証書として作成させている。[134] シュヴァーベンのベネディクト派修道院コンブルクは、特に一四世紀に入ってから没落の度を強めており、フォークトの地位を要求するシェンク・フォン・リンプルクなどの圧迫を受けていた。皇帝は既に一三五五年七月に、修道院からの訴えを受けて、修道院の権利を害することをやめるよう、シェンク・フォン・リンプルクに命令していた。[135] また修道院のフォークト職は当時シュヴェービッシュ・ハル Schwäbisch-Hall 市に移っており、カール四世は一三五八年七月二九日付で市に修道院を保護するよう命じているが、[136] これらの皇帝命令も修道院にとって余り役に立っていなかったようである。[137] こうした事情が修道院に公証人利用を促したのかもしれない。

一三七一年五月には、ヘッセンのヘルスフェルト Hersfeld 修道院とヘルスフェルト市の市内における課税などをめ

ぐる対立に関連して、修道士総会 Konvent を代表する総会長 Dekan アルベルトが公証人ディートリヒ・フォン・タン Dietrich von Tann に証書を作らせている。[138] この紛争においては、まず修道院長ベルトルトらの修道院側が宮廷裁判所へ訴えたが、おそらく皇帝の意を受けたゲッツェ・フォン・グロシュタイン Götze von Grostein（シュトラースブルクの聖ペーター教会の参事会長 Propst）と騎士スティスラフ・フォン・ヴァイトミュール Stislav von Weitmühl への仲裁付託が両当事者によって行われ、一三七一年二月には彼らによる仲裁判決が出され[139]、カール四世も宮廷裁判所印章付の証書でそれを確認した。[140] この確認証書は、市側の要請により一三七一年四月に、皇帝の金印付証書で再度確認された。[141] ところが、公証人証書によれば、修道院総会側は、自らの主張を裏付ける証書を提示しつつ、仲裁判決に反論し、また件の金印証書は詐欺的手続によって発行されたものであると主張して、教皇庁に上訴を行ったことを宣言した。そして、これらすべての経過を公証人が証書化したのであった。おそらく教皇庁への上訴という事情が、教会裁判所での証明力を確保すべく公証人証書を作らせる要因となったのであろうが、いったん仲裁付託に同意しながら、仲裁判決もそれを確認した皇帝証書も否定しようとするという特異な状況も注目されるところである。

一三七七年一一月には、皇帝臨席のもと、ザクセン＝リューネブルク公アルブレヒトがヴェストファーレンのヘルフォルト Herfold 修道院とヘルフォルト市にいかなる権利も持たないことが確認されているが、ヘルフォルト女子修道院長ヒルデグント Hildegund は、これをパーダーボルン司教区の聖職者で公証人のジークフリート・ハンテロエ Siegfried Hanteloye に公証人証書として作成させている。[142] その際、修道院が提示したと思われる、一一四七年のコンラート三世の特権状および一一五五年の教皇ハドリアヌス四世の教皇勅書が証書中に挿入され、検分され読み上げられたそれらの特権状にもとづいて皇帝自身が、ヘルフォルトが公に属しないことを宣言したのであった。

しかし、公証人文書を使うのは教会関係者だけではない。既にこれまでの叙述でも触れるところがあったが、この時

期には、都市や世俗貴族が公証人に文書を作らせている例がかなりの数見られる。一三五八年六月二日に皇帝は、フランクフルト市の訴えに応じて、貴族エーバーハルト・フォン・エプシュタイン Eberhard von Eppstein に、シュタインハイム Steinheim の流通税徴収所でフランクフルト市民から税を取らないよう命令した(143)。この文書が、一三五八年六月二二日付のコンラート・エッカルディ・フォン・バンベルク Konrad Eckardi von Bamberg の公証人証書に含まれて伝わっている。国王都市による公証人証書利用の事例である(144)。

一三六〇年三月にエリーザベト・フォン・カッツェンエルンボーゲン Elisabeth von Katzenelnbogen がヴォルムスで、リェージュ司教区の公証人ペトルス・ケラーマン・フォン・アーヘン Petrus Kellermann von Aachen に公証人証書を作らせている(145)。内容は、彼女が夫エーバーハルト・シェンク・フォン・エアバッハ Eberhard Schenk von Erbach をシュタインハイム Steinheim などにおける彼女の権利の代理人に任命し、聖俗裁判所における、そしてとりわけ皇帝のもとにおける訴訟遂行などの権限を与えたことであった。エリーザベトは兄弟のカッツェンエルンボーゲン伯エーバーハルト四世が子なくして死んだため、ベルトルト三世に始まる伯分家の相続人として、エーバーハルト・フォン・エプシュタインと所領を争う立場にあった。訴訟権限の授与という点では、前述のリェージュ司教座聖堂参事会のケースと似ている。また、この文書については、ヴォルムス司教ディートリヒが同席し、請われて文書に印章を付していることも注目される(146)。あるいは、公証人を用いることについても、司教の助言があったのかもしれない。この後、実際にシェンク・フォン・エアバッハは、皇帝宮廷でエプシタイン相手に訴訟を遂行し、アハト判決を獲得するなどしている(147)。

おそらく一三六一年、ゲッティンゲン市が、皇帝から裁判官としての任務を委託されたゴスラー市の参事会の前で、フランクフルトにいるヘルマン・シュトーテ Hermann Stote との五年以上に及ぶ争いにおける市側の訴えを、公証人文書に作成させている(148)。ここで、市側の訴訟代理人にして法律顧問 Syndikus として、パーダーボルン司教区の聖職者、

マギステル・ヒルデブラント・フォン・ヒルヴァルツハウゼン Magister Hildebrand von Hilwartshausen が登場しているのは目に付くところである。公証人文書では、皇帝の委託がドイツ語であったので、これらの要求もドイツ語で書かれた方が適切であったかもしれない、もしシュトーテが市側の要求のドイツ語訳を望むのであれば、望みどおり訳されるべきであるが、ただし法的抗弁はドイツ語よりもラテン語の方がよりすみやかになされうる、と述べられている。[149] このような言い方からすると、おそらくヒルデブラントは学識法の知識を有した人物だったのであろう。この紛争に関係しては、一三六一年一〇月にも、ゲッティンゲン市が、マインツ司教区の聖職者で公証人のディートリヒ・フォン・ガンダースハイム Dietrich von Gandersheim に皇帝証書の内容を認証させている。[150]

ハンブルク市とホルシュタイン伯アードルフの紛争においては、伯側がいくつかの公証人証書を作らせている。一三六三年五月二六日にリューベックで、公証人ハインリヒ・ヴィッテンボルク Heinrich von Wittenborg（ラッツェブルク Ratzeburg 司教区の聖職者）により作成された証書は、[151] 手続の一件書類[152]を含む大部のものである。皇帝からこの対立についての委任裁判官に任ぜられたメクレンブルク公アルブレヒトは、必要な際にそこから証書を作れるように、関係書類を記録するよう公証人ハインリヒに命じ、その後一件書類の記載が続き、最後は公が期日を同日夕方まで延期して終わっている。同日付でやはり公証人ハインリヒにより書かれた別の証書では、市側が皇帝のもとへ上訴を行うことを提起したのに対して、公がこれを認めなかったため、市側が裁判の場から退去し、それに対して市側の行動を裁判懈怠 contumacia とする決定が宣告されている。[153] 同年六月にもやはりリューベックで、同じ公証人ハインリヒの手により、いくつかの文書[154]が公証人証書の中に組み込まれている。[155] 証書は、この六月の期日にも市側が皇帝への上訴を行ったが認められず、市側が退去した後、最終的に伯側勝訴の判決が下されたことを伝えている。一連の手続の中で、市側の皇帝への上訴を封じこめるという必要が、公証人証書作成を促したのであろうか。

ザクセン・ヴィッテンベルク公とブラウンシュヴァイク公の、リューネブルク公の遺産をめぐる対立でも、先行する法的行為を無効とする皇帝証書から、一三七一年一二月に、何通かの公証人証書が作成されている。[156]

一三七四年五月の皇帝証書は、フリードベルク市民をヴェストファーレンのフェーメ裁判所 Freistuhl, Freigericht へ召喚することを禁止した。市の裁判籍特権が尊重されるべきであり、市民に対してフェーメ裁判所に起こされた訴訟は皇帝宮廷へ回付されるべきである。[157] この証書は公証人ハインリヒ・コンラディ・フォン・ディーンブルク Heinrich Conradi von Dienburg とフリードベルクの聖職者エッカルト Eckhard の確認証書 Vidimus の形で伝存しているが、確認証書の発行日付は不明である。確認証書は市の求めによって作られている。裁判籍特権を公証人文書化した前述のケルン市のケースに近い例と言えよう。

一三七五年五月二〇日付のカール四世からルクセンブルク公ヴェンツェルへの命令書によれば、皇帝はライン宮中伯ループレヒト一世にカイザースラウテルン Kaiserslautern などをゆだねたが、フェルデンツ伯ハインリヒがこの処分に抵抗している。伯はヴェンツェルの同意と指示があってはじめて引き渡すと主張した。それゆえ、皇帝はヴェンツェルに、ただちにハインリヒに指示してカイザースラウテルン等をライン宮中伯に引き渡させるよう命令している。[158] この命令書が五月三一日付の公証人証書に挿入されている。公証人証書自体は、カイザースラウテルンの市立文書館に伝わっている。更に、同じく五月二〇日付のフェルデンツ伯あての命令書で、皇帝は、伯自身に対しても、カイザースラウテルン等を引き渡すよう命令している。それによれば、伯はヴェンツェルからカイザースラウテルンの城と都市をゆだねられたが、ヴェンツェルはそれをただ帝国代理 Reichsvikar として行ったにすぎない。それに対して、皇帝自身がライン宮中伯にそれらを任せたのであり、それゆえ伯はただちに抵抗なく、城と都市を宮中伯に引き渡すべきである。[159] この命令書も、同じ五月三一日付の公証人証書に挿入されている。このケースも、まずルクセンブルク公による処分があり、

それを皇帝の処分によって覆すという状況であった。なお、この案件の関係では、皇帝は一三七五年七月にカイザースラウテルン市にも命令書を送り、ライン宮中伯に服従宣誓を行うよう命令しているが[160]、この文書についても一三七五年八月二七日および一三九〇年五月に確認証書 Vidimus が作成されている。前者の作成日付は、カイザースラウテルン市がライン宮中伯に服従宣誓を行った二日後になっている。ただ、それに公証人が関与したかどうかは不明である。

一三七七年六月に、カール四世は、エスリンゲン Eßlingen、ロットヴァイル Rottweil、ロイトリンゲン Reutlingen、ヴァイル Weil の各市を、ヴュルテンベルク伯エーバーハルトとウルリヒおよびその他のヴュルテンベルク伯、およびクラフト・フォン・ホーエンローエ Kraft von Hohenlohe のラントフォークトとしての権限と保護への服従から解放した。ただし皇帝が他の者をラントフォークトに任命した場合は、彼に服従する義務を負うものとされた。とりわけヴュルテンベルク伯はエスリンゲンなど下シュヴァーベンの国王諸都市を支配下におこうと努めていたが、この処分により皇帝は、都市同盟を結んで結束したシュヴァーベン諸都市に譲歩を見せたのであった。この証書が、一三七七年五月の同趣旨の国王ヴェンツェルの証書とともに、一三八七年にエスリンゲン市が作らせた公証人証書に含まれている。公証人証書の作成時期は次の国王ヴェンツェルの治世期に属するが、この時点で下シュヴァーベン諸都市とラントフォークトとの関係について紛争が再燃していたことが、証書作成の背景にあるものと考えられる[161]。

このように、カール四世のもとで[162]、とりわけ一三五〇、六〇年代に比較的多く、国王裁判権の活動にかかわって当事者たちが公証人を利用していた。カール四世治世以前と比較すると、公証人利用は活発化してきている。史料の残る地理的範囲は、前代から多く見られた帝国西部境界地方の他、帝国西部からライン以東のかなり広い空間に及んでおり、また当事者の身分の点でも、教会と聖職者だけでなく、都市もかなり現れ、数は少ないが世俗貴族も登場する。公証人文書が登場する文脈はさまざまであるが、訴訟代理人の任命や召喚手続の遂行報告といった裁判手続関係の案件の他、

相手方の抵抗により困難が予想される状況が見られた。そして、それとも関連して、先行する処分を撤回・変更する、以前の文書の解釈を行う、以前に発行された文書の効力を否定する、などの事情が多く現れたことが注目される。こうした事情は既に前代から見られたものだが、カール四世のもとでも数多く出現するのである。

四．ヴェンツェルの時代（一三七八－一四〇〇年）

ヴェンツェル治世に入ると、史料集に現れる公証人文書の数は大きく減少する。特に一三八〇年代からはわずかしか伝わらない。たしかに父カール四世と比べてヴェンツェルの治世は短期間であったが、それを勘案しても減少傾向には著しいものがある。

帝国西部境界地方からの事例としては、以下のものがある。一三九五年二月に、国王ヴェンツェルがシュトラースブルク市に宮廷往復の安全通行権を付与しているが、この証書が同年三月に聖職者で公証人のヨハン・ヴェルダー・フォン・エスリンゲン Johann Werder von Eßlingen および公証人ヴェルンヘル・シュパツィンガー Wernher Spatzinger によって、シュトラースブルク司教のもとで作成された公証人文書に挿入されている。[163] 一三九七年六月には、国王がデヴェンテル Deventer 市を国王宮廷に召喚した。その際デヴェンテルで実行された召喚手続、すなわち国王の召喚状が確かに市側に手渡されたことが、教皇の公証人でケルン司教区の聖職者ヴィルヘルム・ゴットシャルク・フォン・ヴィッシェル Wilhelm Gottschalk von Wischel と皇帝の公証人でユトレヒト司教区の聖職者ランベルト・ランデン Lambert Randen によって公証人証書にまとめられている。[164] 既にいくつか見たような、召喚手続の完遂を証明するという文脈である。一三九八年九月には、教皇と皇帝の公証人イングラム・ドメル Ingram Domel（ユトレヒト司教区の聖職者）が

デヴェンテル市民の国王宮廷裁判所への召喚がなされたことを公証人証書として書いている。[165]

ケルン関係の事例がやはりいくつか知られている。一三八七年七月の国王証書は、ケルン大司教フリードリヒらの求めに応じて、パドベルクのフリードリヒ Friedrich von dem alten Haus zu Padberg とその子フリードリヒがヴェストファーレンのパドベルクのフェーメ裁判所 Freigrafschaft を不法に占拠していることを認定した。そのうえで、国王は同裁判所を廃止し、同裁判所のこれまでの行為の効力を否定し、フリードリヒに対しては裁判所から手を引きケルン大司教を害しないよう求めている。[166] この証書は一三八八年一月に公証人ヨハネス・フォン・ラーデンブルッフ Johannes von Radenbruch によって公証人証書化された。ここでもやはり文書の内容が、裁判所を廃止し、特に従来裁判所が行った措置を無効にするものであったことに、注目しておこう。

一三九三年二月、ヴェンツェルはケルン市に対して、市の使節として来た騎士ヒルガー・フォン・デア・シュテッセン Hilger von der Stessen の言うところを聞き、市に有利な決定を下したことを知らせている。国王はその中で、ドイツ Deutz 修道院問題と流通税問題については（ヒルガーに国王の意向を伝えたので）彼とよく協議するようにと命じている。この文書が、その後一三九六年二月になってケルン（大）司教区の聖職者にして教皇の公証人ヨハネス・フォン・アンラート Johannes von Anrath によって認証されている。[167] ドイツ修道院は一三九三年三月にケルン市によって占拠されたが、それはケルン市とケルン大司教およびベルク公との対立を先鋭化させることにつながり、一三九六年一月以後ケルン市がヒルガーおよびその党派を訴追する際にも影響を与えた。公証人文書はおそらくこの訴追との関係で作成されたものと思われる。[168]

一三九九年一二月二〇日、国王ヴェンツェルはケルン市に、ヨハン・カヌス Johann Canus がケルン市を国王宮廷裁判所に訴えて召喚した件につき、市の求めに応じて、国王がドイツに来て決定（和解ないし判決）するまで手続を停止

させることにしたと知らせている。ただ、その間、原告の家や財産は無傷であるようにと命じている。この証書が一二月二二日以後に公証人ハインリヒ・フレント Heinrich Vrend によって写されてケルン市に伝存している[169]。これも、いったん行われた召喚の効力を停止しているケースである。

他に、教会と聖職者が公証人に文書を作成させている例としては以下のようなものがある。一三八八年九月にヴェンツェルはヒルデスハイム市壁外の聖モーリッツ St. Moritz 教会のために大部の保護特権状を発行しているが、ヒルデスハイム司教ゲアハルトは一三九一年一〇月に公証人アルベルト・グルデンクローン Albert Guldencron に命じてこの特権状の写しを作成させている[170]。この特権状は、世俗の諸侯、貴族、都市によるさまざまな圧迫や権利侵害が教会と修道院に対して行われていることを述べた後、そうした世俗側の行為・処分などをすべて無効と宣言している。この点、前述したカール四世の北ドイツの聖職者のための大特権状と類似した状況と言ってよい。

一三九四年二月のヴェンツェルからフランクフルト市への命令によれば、国王は市に市民から租税を徴収する権利を授与したが、その際市内の聖バルトロメウス St. Bartholomäus 教会とその聖職者の諸権利を侵害しないよう説明しておいた。それにもかかわらず、市は聖職者からも税を要求しているが、これに対して国王は、国王が派遣するエルザス・シュヴァーベンのラントフォークト、ボリヴォイ・フォン・スヴィナーレ Bořivoj von Svinař らが到着するまで税徴収をやめるよう市に命令している。ラントフォークトらが両者を和解させる予定であるとされている。この文書が一三九四年二月に公証人ヨハネス・ハルダー Johannes Halder によって公証人証書化されている[171]。証書を作らせたのは聖バルトロメウス教会側であろう。これもやはり、租税徴収権の付与という、以前に行われた国王の処分の効力を限定することにかかわる事案である。

都市や俗人が公証人を利用するケースもいくらか見られる。一三八八年にヴュルツブルク司教ゲアハルトが発行した

何通かの文書は、名宛人として、ヴュルツブルク市と司教区の聖職者たちとともに公証人をもあげている。[172] 案件は、ヴィンズハイム Windsheim 市民の同市参事会に対する訴えにかかわるものである。一三九四年一月、ヴェンツェルから国王宮廷裁判官シュポンハイム伯ヨハンへの命令によれば、ハインリヒ・シュライ Heinrich Schley の寡婦アンナが訴えて、ヴィンズハイム市を宮廷裁判所に召喚した。しかし市は原告に対して、宮廷でもその他の場所でも応訴し、また市で原告に法を与える用意があるので、それゆえ国王は宮廷裁判所でこれ以上手続を進めることを禁じ、事案をヴィンズハイム市の裁判所へと回付させた。この文書がその他の文書とともに、二人のヴィンズハイム市民の求めによって、一三九六年六月に、公証人ニュルンベルクのハインリヒ・フォン・キィスツィヒ Heinrich von Kyszig zu Nürnberg によって写しを作られて認証されている。[173] ここでも、いったんなされた召喚を変更することと、公証人文書作成が結びついている。

一三八八年一一月一三日にブラウンシュヴァイク公オットーが裁判官にして帝国法と帝国命令の執行者としてハルツブルク Harzburg のアムトマン、ハンス・フォン・シュヴィヒェルト Hans von Schwicheldt にあてた文書によれば、公は、ヒルデスハイム司教ゲアハルトと司教座聖堂参事会によるゴスラー市に対する侵害の案件について、ハンスをみずからの代理裁判官として任命した。[174] この証書が公証人証書に組み込まれてゴスラー市の文書館に残っている。更に、一一月二三日付でハンスが発行した文書も、写しの形で同じ公証人証書に含まれている。[175] 証書を作成した公証人は、ヘルマン・ヴェレンベルク Hermann Werenberch と前出のアルベルト・グルデンクローン Albertus Guldencron であった。

一三九五年一月のシュレージエンのブレスラウ市民ハンス・ベティコ・フォン・ブレスラウ Hans Betiko von Breslau の証書は、彼が国王宮廷裁判所でパッサウ市民フリードリヒ・クラフト Friedrich Kraft を訴えて勝訴しアンライテを認められたこと、およびそれを適法に実行して得た資産を売却したことを記す。この証書が一四〇八年九月にユ

トレヒト司教区のエンメリッヒ Emmerich の聖職者で公証人のハインリヒ・ペヒ Heinrich Pech により公証人証書に作成され、二人の修道院長により認証されている。証書の伝承場所はアンライテが実行されたパッサウである。[176] この件では更に一四〇四年一一月の「国王」ヴェンツェルの証書も同じ公証人証書に入れられている。[177] フリードリヒ・クラフトは国王宮廷によってアハトを科されていたが、国王はオーストリア公ヴィルヘルムの求めによりアハトを解除した。それゆえ、フリードリヒとその子らの財産は以後無傷であるとされている。フリードリヒ側がしばらく経ってから公証人証書を作成させたのであるが、やはりいったん出されたアハトと関連証書を無効にするというケースである。

一三九八年一月八日にフランクフルトで発行された国王証書によれば、ライン宮中伯と都市同盟との対立に関する仲裁決定が下され、その結果シュヴァーベン諸都市が賠償金支払い義務を負った。国王もこの仲裁決定を確認した。ところがシュヴァーベン諸都市は損害賠償を支払わず、そのことによりマインツ、ヴォルムス、シュパイアーの各市に損害が発生した。そこで国王は、三都市に賠償金を得ることを認め、他の都市等にシュヴァーベン諸都市を援助しないように命令した。この証書が皇帝の公証人ヨハネス・マイヤー・フォン・ガスターフェルト Johannes Meyer d. Á von Gasterfeld（マインツ司教区の聖職者）により一月二一日に公証人証書に挿入されている。[178] 公証人証書を作成させたのは伝承場所であるヴォルムス市であろうと思われる。

一三九八年一月の国王証書によれば、パウル・カステラン Paul Castellan がヘルスフェルト修道院とハイナ Haina 修道院を国王宮廷裁判所へ訴えて召喚した。この紛争で一三九四年四月に成立した和解につき、カステランは一三九七年一〇月にフランクフルトの聖バルトロメウス教会で公証人に写しを作成させている。[179]

このように、ヴェンツェル治世における公証人の登場例は数少なくなっている。公証人を利用する当事者については、引き続き教会・聖職者が登場する他、都市・市民が目立つようにも見える。公証人文書が作られる背景については、カー

ル四世期と同様に、やはり先行する処分や文書の効力を変更・否定している例が多く見受けられる。この点では、前代と比べて大きな変化は生じていないようである。

おわりに

最後に、本稿における検討の結果をまとめておこう。本稿は、全部で約七〇の事例を抽出したが、これは検討対象とした証書集が一冊につき四〇〇から五〇〇の史料を収録していることを考慮すれば、関係史料全体のごくわずかを占めるにすぎない。公証人による文書作成は、国王裁判権との関係では、決して日常的といえるレベルではなかった。このことは、本稿が対象とした一四〇〇年までの時期においては、一五世紀と比較して、ドイツにおける公証人の数がなお少なかったことも関係しているであろう。例えば、シューラーが作成した一五二〇年ごろまでの西南ドイツの公証人リストは一五六六名を収録するが、そのうち一四〇〇年以前に公証人として活動しえたと思われるのは、約三八〇名にすぎないのである(180)。

公証人を利用し公証人に文書を作成させる主体について言えば、皇帝・国王および宮廷裁判官自身が公証人証書を作らせた例は見られなかった。この点で、従来の研究所見は、我々が用いた証書集によって拡充された史料的基盤においても、改めて確認された。したがって、国王裁判権の活動との関係で、公証人を利用したのは、紛争当事者たちおよび彼らとかかわりを持った周囲の人々であった。彼らの身分・属性を見ると、やはり教会と聖職者が数多く、この点で、中世後期ドイツにおける公証人の拡大と教会、とりわけ教会裁判所（それも司教代理裁判官 Offizial の裁判所）との密接な関連を強調する従来の諸研究の見解と対応している。しかし、教会関係者だけでなく、とりわけカール四世期から

ヴェンツェル期にかけて、都市と市民がかなり多くの公証人証書を作らせていることも本稿で確認されたところであり、公証人利用が教会セクターだけでなく世俗分野にも広がりつつあったことが読み取られる。ただし、世俗貴族が公証人証書を作成させているケースは全体の中では例外的であり、彼らの世界と公証人による「確かさ」の創出との間には、ここで検討した一四〇〇年までという時期においては、まだかなりの距離があったようである。

国王裁判権との関係での公証人利用は、時期的には、一三世紀末に始まり、カール四世期、特に一三五〇、六〇年代に多くの事例を残しているが、ヴェンツェル治世に入るとむしろ減少している。地理的には、帝国西部境界地方や、ライン川以西の帝国西部から、公証人証書の作成例が数多く伝わるが、やはりカール四世期を中心に、ライン以東からも史料が残っている。特に北ドイツからも、かなりの数の公証人証書が伝来しているのは眼を引く。こうした所見は、公証人利用が、イタリアやフランスなど外部からの刺激を受けつつも、次第にドイツで広がりつつあった状況を示していよう。もっとも前述したように、一四〇〇年までの時期には公証人の数は一五世紀に比べてなお少なかったことにも注意が必要であろう。

公証人証書が作られる場面として、訴訟代理人への権限授与や召喚状の送達が、いくつかのケースにおいて見られたことからは、国王裁判権の手続が次第に制度化・文書化・学識化されつつあり、その中で公証人証書も紛争当事者など関係者によって意義を認められ、あるいは効果を期待されつつあったことがうかがわれる。公証人とともに、ときに学識法曹が登場する例が見られたことも、あわせて注意しておくべきであろう。

しかしとりわけ興味深いのは、公証人が広がりつつも、まだ数が限られているという一般的背景のもとで、多くの場合において、特別な事情によっていわば「負荷」がかかった状況の中で、公証人証書が作成されたと考えられる点である。その中には、将来に向けて異議をとどめ、留保を付す、というケースもあったが、それだけでなく、広く過去に行

われた処分・措置を変更し、限定し、否定し、無効にするという例が数多く見られた。そのような場合には普通は過去に文書が作られており、その効力を変更・限定・否定しようという際に、公証人が利用されているのである。いったん発行された他の文書の「確かさ」を乗り越えるために、人々は公証人に筆を執らせたのであった。

（1）Bernhard Diestelkamp (Hg.), Urkundenregesten zur Tätigkeit des deutschen Königs- und Hofgerichts bis 1451. (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Sonderreihe), Köln u. a. 1986 ff.（以下 UR と略す）．この史料集を活用した最近の研究として、Peter Oestmann, Rechtsverweigerung im Alten Reich, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte（以下 ZRG と略す）. Germanistische Abteilung（以下 GA と略す）127 (2010), S. 51-141; Ders, Prozesse aus Hansestädten vor dem Königs- und Hofgericht in der Zeit vor 1400, in: ZRG GA 128 (2011), S. 114-168; Bernhard Diestelkamp, Vom einstufigen Gericht zur obersten Rechtsmittelinstanz. Die deutsche Königsgerichtsbarkeit und die Verdichtung der Reichsverfassung im Spätmittelalter. (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich,（以下 QuF と略す）Bd. 64) . Köln u. a. 2014. 中世後期ドイツの国王裁判権に関する研究史については、拙稿「中世後期ドイツの国王裁判所―最近の研究によるその再評価について」『北大法学論集』四四巻四号（一九九三年）一三五－一五七頁、および近世まで含めて、ペーター・エストマン（田口正樹訳）「ドイツ国民の神聖ローマ帝国の二つの最高裁判所（一四九五年から一八〇六年）：歴史・研究・展望」『北大法学論集』六四巻四号（二〇一三年）一一〇－一六〇頁を参照。

（2）中世後期のアルプス以北の神聖ローマ帝国における公証人の概観として、さしあたり Werner Schubert, Geschichte des Notariats und Notariatsrechts in Deutschland, in: Mathias Schmoeckel, Werner Schubert (Hg.), Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen, Baden-Baden 2009, S. 203-239 の他、同書所収の諸論文を参照。また、M. Schmoeckel, W. Schubert, Handbuch（注42）, 所収のドイツ諸領邦を扱った諸論文の、中世における前史に触れた部分も参照。更に、Karl Kroeschell, Albrecht Cordes, Karin Nehlsen - Von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2: 1250-1650, 9.

Aufl., Köln u. a. 2008, S. 29-41; Winfried Trusen, Anfänge des gelehrten Rechts in Deutschland. Ein Beitrag zur Geschichte der Frührezeption, Wiesbaden 1962, S. 69-101; Peter-Johannes Schuler, Geschichte des südwestdeutschen Notariats. Von seinen Anfängen bis zur Reichsnotariatsordnung von 1512, Bühl/Baden 1976, S. 21 ff.; Karl Heinz Burmeister, Anfänge und Entwicklung des öffentlichen Notariats bis zur Reichsnotariatsordnung von 1512, in: Louis Carlen/ Friedrich Ebel (Hg.), Festschrift für Ferdinand Elsener zum 65. Geburtstag, Sigmaringen 1977, S. 77-90; .Christian Neschwara, Geschichte des österreichischen Notariats, Bd. I: Vom Spätmittelalter bis zum Erlass der Notariatsordnung 1850, Wien 1996, S. 30 ff. なお´ Ferdinand Oesterley, Das deutsche Notariat. I: Geschichte des Notariats, Hannover 1842 (ND Aalen 1965) および Ludwig Koechling, Untersuchungen über die Anfänge des öffentlichen Notariats in Deutschland, Marburg 1925の古い概観は´ その後の地方的個別研究の成果をふまえて修正・補足される必要がある。また証書学からの概観として´ Harry Bresslau, Handbuch der Urkundenlehre für Deutschland und Italien, Bd.1, 4. Aufl., Berlin 1969, S. 631-635, 662-664, 730-732; Oswald Redlich, Die Privaturkunden des Mittelalters, München/Berlin 1911, S. 227-232; Reinhard Härtel, Notarielle und kirchliche Urkunden im frühen und hohen Mittelalter, Wien/München 2011, S. 96. 一般向けの叙述として´ Wilhelm Schmidt-Thomé, Das Notariat, in: Heinrich Kaspers (Hg.), Vom Sachsenspiegel zum Code Napoléon, 2. Aufl., Köln 1965, S. 171-200. 文献目録として´ Bundesnotarkammer, Ausschuss Notariatsgeschichte (Hg.), Bibliographie zur Geschichte des deutschen Notariats, Würzburg 2007. ヨーロッパ規模の概観としては´ 前記 Handbuch 所収の諸論文の他´ Armin Wolf, Das öffentliche Notariat, in: Helmut Coing (Hg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. I: Mittelalter, München 1973, S. 505-514; Gero Dolezalek und Karl-Otto Konow, Art. Notar, Notariat, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte（以下 HRG と略す）, 1. Aufl., Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 1043-1049; A. Gawlik u. a., Art. Notar, Notariat, in: Lexikon des Mittelalters, Bd. 6, München 1993, Sp. 1271-1281. 日本語文献としては´ 久保正幡「公証人と法律学の歴史」『公証法学』二号（一九七三年）一―二四頁。

（3）イタリアにおける公証人の歴史については´ H. Bresslau, a. a. O.（注2）, S. 618-631; O. Redlich, a. a. O.（注2）, S. 209-224; R. Härtel, a. a. O.（注2）, S. 51 ff. ; Mario Amelotti, Giorgio Costamagna, Alle origini del notariato italiano, Roma 1975; Winfried Trusen, Zur Geschichte des mittelalterlichen Notariats. Ein Bericht über Ergebnisse und Probleme

neuerer Forschung, in: ZRG Romanistische Abteilung（以下 RA と略す）98 (1981), S. 369-381, S. 369 ff.（また Ders., Gelehrtes Recht im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, (Bibliotheca eruditorum, Bd. 23), Goldbach 1997, S. 659-671, S. 659 ff.); Tilman Schmidt, Der ungetreue Notar, in: Fälschungen im Mittelalter, Bd. 2, (MGH Schriften, Bd. 33, 2), Hannover 1988, S. 691-711; Andreas Meyer, *Felix et inclitus notarius.* Studien zum italienischen Notariat vom 7. bis zum 13. Jahrhundert, Tübingen 2000; Petra Schulte, *Scripturae publicae creditur.* Das Vertrauen in Notariatsurkunden im kommunalen Italien des 12. und 13. Jahrhunderts, Tübingen 2003. 日本語文献として、清水廣一郎『イタリア中世都市国家研究』（一九七五年 岩波書店）三〇九頁以下、特に三八二頁以下、同「一四世紀ピサにおける一公証人の活動」『史学研究』（東京教育大学文学部）一〇一号（一九七五年）一－一五頁、同「中世末期イタリアにおける公証人の活動―史料としての公証人文書―」『公証法学』七号（一九七八年）一－一五頁（同『中世イタリアの都市と商人』（一九八九年 洋泉社）一一七－一三五頁にも収録）、同「中世イタリア都市における公証人―民衆の法意識との関連で」『史潮』一六号（一九八五年）二六－四一頁（同『イタリア中世の都市社会』（一九九〇年 岩波書店）四五－六五頁にも収録）、徳橋曜「中世イタリアにおける都市の秩序と公証人」歴史学研究会編『紛争と訴訟の文化史』（二〇〇〇年 青木書店）二六三－二九六頁、同「中世イタリアにおける公証人の社会的位置づけ」『公証法学』三六号（二〇〇六年）四七－七五頁。なお、古代末期における展開については、林信夫「『勅法彙纂』第八巻第一七章第一一法文について―「公証人」の生成過程解明のために―」『立命館法学』三三三・三三四号中巻（二〇一一年）一一三四－一一五六頁を参照。スイス東南部のグラウビュンデン地方にイタリアから公証人と公証人文書が広がっていったことについては、Otto P. Clavadetscher, Zum Notariat im mittelalterlichen Rätien, in: Festschrift für Friedrich Hausmann, Graz 1977, S. 81-92,（また Ders., Rätien im Mittelalter. Verfassung, Verkehr, Recht. Notariat. Ausgewählte Aufsätze. Festgabe zum 75. Geburtstag, Disentis-Sigmaringen 1994, S. 551-562にも収録）。もっとも、グラウビュンデン北部には、北から公証人が影響を及ぼしていった。Ebenda, S. 89 ff. (S. 559 ff.); Ders., Öffentliche Notare in der Bischofsstadt Chur im 14. Jahrhundert, in: Peter-Johannes Schuler (Hg.), Tradition und Gegenwart. Festschrift zum 175jährigen Bestehen eines badischen Notarstandes, (Badische Heimat Heft3/1981), Karlsruhe 1981, S. 85-94,（また Ders., Rätien, S. 563-573にも収録）.

（4）H. Bresslau, a. a. O.（注2）, S. 632; Ludwig Rockinger (Bearb.), Briefsteller und Formelbücher des 11. bis 14.

Jahrhunderts, (Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte, Alte Folge Bd. 9), München 1863-64 (ND Aalen 1969), S. 476, " ... in his terris et provinciis, in quibus non est usus legalium tabellionum ..."; W. Trusen, Anfänge（注２）, S. 71.

（５）L. Rockinger, a. a. O.（注４）, S. 766, "set ista non fiunt apud nos". 一三二四年になってもなお，コンスタンツ司教はドイツには公証人が存しないとして，印章証書と証人によって，国王ルートヴィヒ四世に対する教皇庁の訴訟の公表を行った旨，教皇に報告している。H. Bresslau, a. a. O.（注２）, S. 632, Anm. 5, "... tabellionum usus in Alemannie partibus non habetur" および後述の J.Schwalm の注記を参照。また一三三七年にケルンの聖ヤヴェリン教会の参事会長 Propst ハイデンライヒ Heidenreich が教皇庁に対して行った請願では，ドイツには公証人が数少ないと述べられている。Jakob Schwalm, Reise nach Italien im Herbst 1898, in: Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde, 25 (1899), S. 717-766, S. 742, Nr. 11, 2, "In terra Alemanie pauci sunt tabelliones auctoritate apostolica et qui sunt auctoritate imperiali, ...".（ただし，二，三人の公証人を選定する権限を付与するよう求める文脈で述べられていることには注意が必要である。既にある程度公証人の利用が広がりつつあることが前提となっている。）一方既に一二五〇，六〇年代からマクデブルクのフランチェスコ会の Studium generale では，公証人および公証人文書についての議論を含む教会法学が教えられていた。Winfried Trusen, Das Notariat und die Anfänge der rechtlichen Urkundenlehre in Deutschland, in: 25 Jahre Bundeskammer 1961-1986, (Sonderheft der Deutschen Notar-Zeitschrift), München 1986, S. 13*-23*, S. 16* f.（また Ders., Gelehrtes Recht（注３）, S. 583-593, S. 586 f.）

（６）対象地方・都市を限定した研究として，Ludwig Gerber, Notariatsurkunde in Frankfurt/Main im 14. und 15. Jahrhundert, (Diss. phil. Marburg), Marburg 1916; H. Nelis, Les origines du notariat public en Belgique, in: Revue belge de philologie et d'histoire 2 (1923), S. 267-277; Fritz Luschek, Notariatsurkunde und Notariat in Schlesien von den Anfängen (1282) bis zum Ende des 16. Jahrhunderts, Weimar 1940; Erich Mayer, Das Mainzer Notariat von seinen Anfängen (1292) bis zur Auflösung des Kurstaates, (Diss. iur. Mainz, 1953); Olof Ahlers, Zur Geschichte des Notariats in Lübeck, in: Ahasver Von Brandt, W. Koppe (Hg.), Städtewesen und Bürgertum als geschichtliche Kräfte. Gedächtnisschrift für Fritz Rörig, Lübeck 1953, S. 341-347; Franz-Ludwig Knemeyer, Das Notariat im Fürstbistum Münster, (Diss. jur. Münster, 1964); Harald

Lönnecker, Das Notariat in Hessen, dargestellt nach den Quellen im Hessischen Staatsarchiv zu Marburg, (Diss. phil. Marburg 1988). シュレージェン地方についての新しい研究として Norbert Kersken, Das öffentliche Notariat in Schlesien - Lokale und regionale Bindungen und Beziehungen, in: Zeitschrift für Ostmitteleuropa-Forschung 56 (2007), S. 163-201. 他に ブランデンブルクについて Adolf Weissler, Zur Geschichte des Preußischen Notariats, Freiburg 1914, S. 12-22.

(7) イタリアの公証人実務は アルプス以南のティロール南部までは既に一三世紀前半に直接影響を及ぼしていた。Hans von Voltelini, Die Südtiroler Notariats-Imbreviaturen des 13. Jahrhunderts I (Acta Tirolensia 2), Innsbruck 1899; Hans von Voltelini, Franz Huter, Die Südtiroler Notariats-Imbreviaturen des 13. Jahrhunderts II (Acta Tirolensia 4), Innsbruck 1951. また Franz Huter, Das Urkundenwesen Deutschtirols vor dem Jahre 1200. Ein Überblick über die verbreiteten Urkundenarten und ihre Entwicklung, in: Tiroler Heimat 7/8 (1934/35), S. 183-213, S. 201 ff.; Hektor Ammann, Die Bedeutung der südtiroler Notare des 13. Jahrhunderts für die Wirtschaftsgeschichte, in: Schlern-Schriften 207, (Beiträge zur geschichtlichen Landeskunde Tirols), (1959), S. 1-19; Ch. Neschwara, a. a. O.（注2）, S. 46 ff.; Lothar Deplazes, Begegnung und Abgrenzung zwischen Nord und Süd in den Paßtälern der Zentralalpen. Pragmatische Schriftlichkeit und bäuerliches Notariat vom 13. bis 15. Jahrhundert, in: Helmut Maurer u. a. (Hg.), Schwaben und Italien im Hochmittelalter, (Vorträge und Forschungen, Bd. 52), Stuttgart 2001, S. 203-228. アクィレイア総大司教領およびティロールにおける公証人文書と印章付証書の混合状況については Oswald Redlich, Siegelurkunde und Notariatsurkunde in den süddeutschen Alpenländern, in: Carinthia I 103 (1913), S. 23-33 および Werner Köfler, Beiträge zum Urkunden- und Kanzleiwesen Meinhards II. in den Jahren 1271-1295, in: Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs 26 (1973), S. 56-93, S. 76 ff. アルプスを越えたハプスブルク諸領邦における公証人の展開については Ch. Neschwara, a. a. O.（注2）, S. 92 ff. の詳細な叙述を参照。

(8) P.-J. Schuler, Geschichte（注2）, S. 38.

(9) 西南ドイツの事情については P.-J. Schuler, Geschichte（注2）, S. 66 ff. 一三一四年にはザルツブルク大司教ヴァイヒャルトが公証人に文書を筆写させている。Frank Martini, Zum spätmittelalterlichen Salzburger Urkundenwesen, in: Mitteilungen des Österreichischen Instituts für Geschichtsforschung, Erg. Bd. 11 (1929), S. 278-287, S. 286f.; Hans Paarhammer, Rechtsprechung und Verwaltung des Salzburger Offizialats 1300-1569, (Diss. theol. Salzburg 1976), Wien

1977, S. 53.（一三一二年三月にもなお、ザルツブルク大司教の選挙に際して、大司教座聖堂参事会は、公証人がいないことを理由に（quod in nostris partibus nullius tabellionis copiam habemus）、二人の聖職者を選挙書記 Wahlnotar に任命しており、同年五月にも大司教座聖堂参事会のために行われた文書複写は、公証人を使う習慣がないことを理由に（cum usus in nostris non habeatur partibus tabellionum）、印章を付されている。F. Martini, a. a. O., S. 285f. これらの史料によれば、イタリアとの交流によって公証人とその役割自体は、一四世紀初めのザルツブルクでよく知られていたと考えられる。）一方既に一三一〇年には、プロイセンのドイツ騎士修道会領で最初の公証人文書が現れている。Dieter Heckmann, Ferment in der Verwaltung. Das öffentliche Notariat im Deutschordensland Preußen, in: Archivalische Zeitschrift 93 (2013), S. 207-220, S. 208. また、一三二九年九月にケルン大司教によって破門された聖職者たちの中に、四人のエアフルトの公証人が現れる。Carl Beyer (Bearb.), Urkundenbuch der Stadt Erfurt, T. 2, Halle 1897, Nr. 78; Georg May, Die geistliche Gerichtsbarkeit des Erzbischofs von Mainz im Thüringen des späten Mittelalters, Leipzig 1956, S. 268. 一三四七年ごろにはパッサウの教会裁判所との関係で公証人が活動していたことが知られる。Henriette Peters, Die Notare des Passauer Offizialats für Niederösterreich in Wien, ihre Signete und Wappen, in: Adler. Zeitschrift für Genealogie und Heraldik, Folge 3, 10 (Monatsblatt Adler 24), Wien 1974-76, S. 314-328, S. 314. ヴェストファーレンのミュンスターに居を構えた公証人が史料上最初に確認されるのは一三三四年のことと考えられる。F.-L. Knemeyer, a. a. O.（注6）, S. 13 f. ラーン Lahn 河畔のリンブルク Limburg における公証人の初出は一三三二年である。Klaus Wolf, Privatrecht, Prozeßrecht und Notariat in der Stadt Limburg im Mittelalter, (Diss. iur. Gießen 1989), S. 165ff. ドラインのゼルク伯（公）領における最初の公証人は一三一三年に史料に登場する。Hubert Querling, Die Entwicklung des Notariats in Jülich-Berg von den Anfängen bis zur Auflösung der Herzogtümer durch die Franzosen 1794 und 1806, (Diss. iur. Köln, 1961), (Zeitschrift des bergischen Geschichtsvereins 79 (1962), S. 1ff. にも収録), S. 13. また、個別の公証人についての研究として、Karl-Otto Konow, Johannes Halder, apostolischer und kaiserlicher Notar in Frankfurt a. M. im späten Mittelalter, (Diss. iur. Frankfurt/Main, 1959); Peter Keyser, Michael de Leone (†1355) und seine literarische Sammlung, Würzburg 1966.

（10）この点を強調するのは、W. Trusen, Anfänge（注2）; K. Kroeschell u. a., a. a. O（注2）. また、既に、H. Bresslau, a. a. O.（注2）, S. 731. 更に、K. H. Burmeister, Anfänge（注2）, S. 84 f. は教会裁判所の公証人だけが職業上の公証人 Berufsnotar

と見なされうるとする。教会裁判所と結びついて活動する公証人として、具体的に例えば、主にトリーアとコブレンツのトリーア大司教の教会裁判所との関係で現れる公証人について、Fritz Michel, Zur Geschichte der geistlichen Gerichtsbarkeit und Verwaltung der Trierer Erzbischöfe im Mittelalter, Trier 1953, S. 139-190; エアフルトのマインツ大司教の教会裁判所と公証人について、G. May, a. a. O.（注9）, S. 266 ff. ザルツブルクの教会裁判所の公証人について、Hans Paarhammer, a. a. O.（注9）, S. 52-60. 他に、F. Luschek, a. a. O.（注6）, S. 133 ff.; Gerhard Schrader, Die bischöflichen Offiziale Hildesheims und ihre Urkunden im späten Mittelalter (1300-1600), in: Archiv für Urkundenforschung 13 (1935), S. 91-176, S. 111 ff.; Theodor Gottlob, Die Offiziale des Bistums Konstanz im Mittelalter, Limburg/Lahn 1951, S. 96 f.; Ders., Die Offiziale des Bistums Basel im Mittelalter, in: ZRG, 69, Kanonistische Abteilung（以下KAと略す）37 (1952), S. 113-157, S. 154 ff.; P.-J. Schuler, Geschichte（注2）, S. 181 ff.; P. Pieiyns-Rigo, Notaires d'officialité et notaires publics au service de l'officialité liégeoise (1252-1335), in: Bulletin de la Commission Royale d'Histoire 132 (1966), S. 297-332; F. Ketner, Vestiging en eerste ontwikkeling van het notariaat in Utrecht (1291-1341), in: W. Jappe Alberts und F. Ketner (Hg.), Nederrijnse Studien XIII-XVe eeuw, Groningen/Djakarta 1954, S. 83-116, S. 87 ff.; H. Lönnecker, a. a. O.（注6）, S. 60 ff.; Ch. Neschwara, a. a. O.（注2）, S. 39 ff.　なお、公証人と公証人文書に関する中世法学者の議論については、Winfried Trusen, Zur Urkundenlehre der mittelalterlichen Jurisprudenz, in: Peter Classen (Hg.), Recht und Schrift im Mittelalter (Vorträge und Forschungen, Bd. 23), Sigmaringen 1977, S. 197-219, S. 209 ff.（また Ders., Gelehrtes Recht（注3）, S. 635-657, S. 647 ff.）および W. Trusen, Das Notariat（注5）、更に Siegfried Furtenbach, Das öffentliche Notariat in der Kanonistik des 13. Jahrhunderts, in: P.-J. Schuler (Hg.), Tradition（注3）, S. 73-94. の概観を参照。

（11）この教皇令はグレゴリウス九世教皇令集にも収録されている。X. 22. 2. (Aemilius Friedberg (Hg.), Corpus iuris canonici, Pars secunda, Decretalium collectiones, Leipzig 1897 (ND Graz 1959), Sp. 344, "Scripta vero authentica, si testes inscripti decesserint, nisi forte per manum publicam facta fuerint ita, quod appareant publica, aut authenticum sigillum habuerint, per quod possint probari, non videntur nobis aliquius firmitatis robur habere.")

（12）X. 2. 19. 11 (A. Friedberg, a. a. O.（注11）, Sp. 313, "... iudex semper adhibeat aut publicam, si potest habere, personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant, ...").

(13) Karl Siegfried Bader, Klerikernotare des Spätmittelalters in Gebieten nördlich der Alpen, in: H. Lentze / I. Gampl (Hg.), Speculum iuris ecclesiarum. Festschrift für Willibald Plöchl, Wien 1967, S. 1-16 (また Ders., Ausgewählte Schriften zur Rechts- und Landesgeschichte, Bd. 1: Schriften zur Rechtsgeschichte, Sigmaringen 1984, S. 366-380にも収録).

(14) K. S. Bader, Klerikernotare (注13), S. 377 ff. 一二一一年以降、上級叙品を受けた聖職者が公証人となることは認められなくなった。X. 3. 50. 8 (A. Friedberg, a. a. O. (注11), Sp. 659) を参照。

(15) Heinrich Koller (Hg.), Reformation Kaiser Siegmunds, (Monumenta Germaniae Historica, Staatsschriften des späteren Mittelalters, Bd. 6), Stuttgart 1964, S. 304 f., "Item es soll auch ein yglich reichstat ein schreiber han, der auch ein rechter notarie/ sey und auch gelert sey..."; H. Bresslau, a. a. O. (注2), S. 731 f.

(16) 西南ドイツについて、Gerhart Burger, Die südwestdeutschen Stadtschreiber im Mittelalter, Böblingen 1960, S. 139 f., 158 ff.; P.-J. Schuler, Geschichte (注2), S. 174 ff. スイスについて、Ferdinand Elsener, Notare und Stadtschreiber. Zur Geschichte des schweizerischen Notariats, Köln/Opladen 1962, S. 15 ff. また、Folkmar Thiele, Die Freiburger Stadtschreiber im Mittelalter, Freiburg 1973, S. 104. また、シュレージエンについて、F. Luschek, a. a. O. (注6), S. 150 ff.

(17) 公証人が扱った法的行為の分野については、例えば、L. Koechling, a. a. O. (注2), S. 26 ff.; F. Luschek, a. a. O. (注6), S. 101 ff.; P.-J. Schuler, Geschichte (注2), S. 138 ff. などを見よ。

(18) 公証人文書についての証書学的検討は、従来の個別研究の重要な部分を構成してきた。例えば、L. Gerber, a. a. O. (注6), S. 21 ff.; F. Luschek, a. a. O. (注6), S. 44 ff.; Franz Wigger, Die Anfänge des öffentlichen Notariats in der Westschweiz bis zur Mitte des XIV. Jahrhunderts, (Diss. Phil. Freiburg in der Schweiz), Schüpfheim 1951, S. 64 ff.; F.-L. Knemeyer, a. a. O. (注6), S. 86; P.-J. Schuler, Geschichte (注2), S. 258 ff.; H. Lönnecker, a. a. O. (注6), S. 71 ff. などを参照。

(19) わずかな痕跡として、例えば、P.-J. Schuler, Geschichte (注2), S. 171 ff.

(20) 公証人の書き判については、Wilhelm Schmidt-Thomé, Art. Notarsignet, in: HRG, 1. Aufl., Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 1049-1055; Hans Gerig, Das Notariatssignet, in: Heinrich Kaspers (Hg.), a. a. O. (注2), S. 201-236; Wilhelm Schmidt-Thomé, Vom Notariatsignet zum Notarsiegel. Ein Beitrag zur Geschichte des Notariats und der Notariaturkunde, in: Deutsche Notar-Zeitschrift 1964, S. 455-478; F. Luschek, a. a. O., S. 72 ff. (注6); F. Wigger, a. a. O. (注18), S. 68 ff.; F.-L. Knemeyer, a. a. O.

(注6), S. 91 ff.; P.-J. Schuler, Geschichte (注2), S. 244 ff.; Ders., Südwestdeutsche Notarszeichen. Mit einer Einleitung über die Geschichte des deutschen Notarszeichens, Sigmaringen 1976; Ders., Herrschaftliche und religiöse Bildinhalte in den deutschen Notarszeichen des Mittelalters, in: Ders. (Hg.), Tradition (注3), S. 95-109; Karl Siegfried Bader, Rechtswahrzeichen in Notariatssigneten, in: Kurt Ebert (Hg.), Festschrift Hermann Baltl, Graz 1978, S. 15-54 (また Ders., Ausgewählte Schriften (注13) S. 381-420にも収録) ; Karl Heinz Burmeister, Das humanistische Bildungsideal des homo trilinguis im Spiegel der Notarszeichen, in: Clausdieter Schott/ Claudio Soliva (Hg.), Nit anders denn liebs und guets (Petershauser Kolloquium aus Anlaß des achtzigsten Geburtstags von Karl S. Bader), Sigmaringen 1986, S. 31-34; A. Meyer, a. a. O. (注3), S. 557 ff.; H. Lönnecker, a. a. O. (注6), S. 78 ff. および Anhang II を参照。

(21) ドイツ王権と公証人の関係については、P.-J. Schuler, Geschichte (注2), S. 62 ff. を参照。

(22) 既に一三〇八年のハインリヒ七世の国王選挙時に、トリーア大司教バルドゥインは選挙結果を公証人文書にして、教皇庁へ送っている。Jacob Schwalm (Hg.), Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio IV, Constitutiones et acta publica imperatorum et regum (以下 MGH Const. と略す), T. 4, P. 1, Hannover/Leipzig 1906, (ND Hannover 1981), Nr. 262.

(23) Jacob Schwalm (Hg.), MGH Const., T. 5, Hannover/Leipzig 1909-13, (ND Hannover 1981), Nr. 824.

(24) Michael Menzel (Bearb.), MGH Const., T. 7, 1, Wiesbaden 2013, Nr. 477; Edmund E. Stengel (Hg.), Nova Alamanniae. Urkunden, Briefe und andere Quellen besonders zur deutschen Geschichte des 14. Jahrhunderts vornehmlich aus den Sammlungen des Trierer Notars und Offizials, Domdekans von Mainz Rudolf Losse aus Eisenach in der Ständischen Landesbibliothek zu Kassel und im Staatsarchiv zu Darmstadt, 2. Hälfte, I. Teil, Berlin 1930, Nr. 556.

(25) MGH Const., 7, 1, Nr. 448.

(26) H. Bresslau, a. a. O. (注2), S. 664; W. Trusen, Anfänge (注2), S. 80.

(27) カール四世の宮廷書記局で一三六〇、七〇年代に活動し、またみずから公証人でもあったヨハン・フォン・ゲルンハウゼン Johann von Gelnhausen が宮廷書記局での経験とそこでの素材にもとづいて作成した書式集には、皇帝による公証人任命の書式が収められている。Hans Kaiser (Hg.), Collectarius perpetuarum formarum Johannis de Geylnhusen, Innsbruck 1900, Nr. 29.

(28) Julius Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens, Bd. 2, Innsbruck 1868-74 (ND Aalen 1961), S. 66-118; R. Härtel, a. a. O.（注2）, S. 88.

(29) 教皇による公証人任命については、Rudolf Hiestand, Notarius sedis apostolicae. Ein Beitrag zum Verhältnis von Notariat und Politik, in: Peter-Johannes Schuler (Hg.), Tradition（注3）, S. 36-56.

(30) Gero Dolezalek, Art. Hofpfalzgraf, in: HRG, 1. Aufl., Bd. 2, Berlin 1978, Sp. 212-213; Friedrich Battenberg, Art. Hofpfalzgraf, in: HRG, 2. Aufl., Bd. 2, Berlin 2012, Sp. 1098-1099; Jürgen Arndt, Zur Entwicklung des kaiserlichen Hofpfalzgrafenamtes von 1355 - 1806, in: Ders., (Bearb.), Hofpfalzgrafen-Register Bd. I, Neustadt an der Aisch 1964, S. V-XXIV; Jürgen Arndt, Das Notarernennungsrecht der kaiserlichen Hofpfalzgrafen, in: Ders., (Bearb.), Hofpfalzgrafen-Register, Bd. III, Neustadt an der Aisch 1988, S. VII-XX. 宮廷宮中伯に付与された権限は、場合によって異なるが（前述のカール四世のもとでの書式が既に付与された権限によって三段階の区別を設けている）、公証人の任命の他に、非嫡出子の準正、養子と父権離脱の確認、非訟事件の決定、後見人の任命、学位の授与、貴族身分の授与などであった。

(31) Wolfgang D. Fritz (Bearb.), MGH Const., T. 11, Fasc. 3, Weimar 1981, Nr. 387. なお、同じく一三五五年四月に、〝ハンデン司教ディートリヒにも同様の特権が与えられている。Ebenda, Nr. 406.

(32) H. Kaiser, a. a. O.（注27）, Nr. 32-34. また宮廷宮中伯による公証人選定の書式は、Ebenda, Nr. 31.

(33) アルントによれば、イタリアとドイツをあわせた宮廷宮中伯任命証書の君主ごとの概数は以下のとおりである。カール四世：七〇、ヴェンツェル：不明、ループレヒト：三〇、ジギスムント：一四〇、アルブレヒト二世：一五、フリードリヒ三世：一三〇、マクシミリアン一世：五五。その後の近世の皇帝たちのもとでの数字も含めて、J. Arndt, Entwicklung（注30）, S. XV f.

(34) 一五世紀後半以後、特に広い権限を付与された宮廷宮中伯（いわゆるGroßes Palatinat）に対しては、みずから宮廷宮中伯を任命する権利が与えられることがあった。J. Arndt, Entwicklung（注30）, S. XII. また、スイスの例について、Louis Carlen, Einkünfte des Domkapitels von Sitten aus dem Notariat im Mittelalter, in: Zeitschrift für Schweizerische Kirchengeschichte 58 (1964), S. 205-210; Ders., Hofpfalzgrafen und Notare in der Schweiz, in: L. Carlen/ F. Ebel (Hg), a. a. O.（注2）, S. 91-96.

(35) Jacob Schwalm (Hg.), MGH Const., T. 6, Hannover 1914-27, Nr. 263, c. 3. なお，彼の後にクンネベルクの城と支配を継承する者には六人の公証人を選定・任命する権利が認められている。Ebenda, c. 4. また，この特権は，ルートヴィと四世の皇帝戴冠後，一三一三年一月に確認されている。Ebenda, Nr. 671, c. 5.

(36) Margarete Kühn (Bearb.), MGH Const., T. 10, Weimar 1979, Nr. 754.

(37) Ulrike Hohensee u. a. (Bearb.), MGH Const., T. 12, Wiesbaden 2013, Nr. 266.

(38) K. S. Bader, Klerikernotare (注13), S. 371 ff.

(39) 公証人の収入および問題を抱えた状況については，例えば，P.-J. Schuler, Geschichte (注2), S. 160 ff. また，F. Luschek, a. a. O. (注6), S. 36 ff.; F. Wigger, a. a. O. (注18), S. 56 ff.; H. Lönnecker, a. a. O. (注6), S. 58 ff.

(40) 西南ドイツの公証人の教育と大学での勉学について，P.-J. Scuhler, Geschichte (注2), S. 100 ff. 実態としては，西南ドイツの公証人は一五世紀に入ると大学を訪れる傾向を強め，特に世紀後半には約半数が大学で学んだ経歴を持っていた。その他，F. Luschek, a. a. O. (注6), S. 26 ff.; F. Wigger, a. a. O. (注18), S. 29 ff.; H. Lönnecker, a. a. O. (注6), S. 46 ff.; Ch. Neschwara, a. a. O. (注2), S. 236 ff.

(41) 例えばケルン大司教のもとにおける規制について，Hans Foerster, Die Organisation des erzbischöflichen Offizialatsgerichts zu Köln bis auf Hermann von Wied, in: ZRG 42, KA 11 (1921), S. 254-350, S. 302, S. 310 ff.; また，F. Luschek, a. a. O. (注6), S. 25 f.; F. Wigger, a. a. O. (注18), S. 59 ff.; P.-J. Schuler, Geschichte (注2), S. 39 f., 143 ff.; K. H. Burmeister, Anfänge (注2), S. 80 f.

(42) 一五一二年の帝国公証人条令については，Mathias Schmoeckel, Die Reichsnotariatsordnung von 1512. Entstehung und Würdigung, in: Mathias Schmoeckel, Werner Schubert (Hg.), Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512, Baden-Baden 2012, S. 29-74. また，Winfried Trusen, Notar und Notariatsinstrument an der Wende vom Mittelalter zur Neuzeit. Zu den gemeinrechtlichen Grundlagen der Reichsnotariatsordnung von 1512, in: Gerd Kleinheyer und Paul Mikat (Hg.), Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, Paderborn u. a. 1979, S. 545-566 (Ders., Gelehrtes Recht (注3), S. 595-616 にも収録)。条令のテクストは，Herbert Grziwotz, Kaiserliche Notariatsordnung von 1512. Spiegel der Entwicklung des Europäischen Notariats, München 1996

を参照。

（43）この問題について、さしあたり、Inga Zerbes, Wirkung der Reichsnotariatsordnung von 1512 im Deutschen Reich bis 1806, in: Mathias Schmoeckel, Werner Schubert (Hg.), a. a. O.（注42）, S. 75-103. また、帝国最高法院規則と同様に、帝国公証人条令もまた、領邦立法に対して重要な影響を及ぼしえたという見方を表明するのは、Stephan Wendehorst, Zwischen Kaiser und Reichsständen. Das öffentliche Notariat in der frühen Neuzeit - Einige Vorüberlegungen, in: Anette Baumann u. a. (Hg.), Reichspersonal. Funktionsträger für Kaiser und Reich, (QuF, Bd. 46), Köln u. a. 2003, S. 343-351, S. 347 f.

（44）Ute Rödel (Bearb.), Die Zeit Adolfs von Nassau, Albrechts I. von Habsburg, Heinrichs von Luxemburg : 1292 - 1313, (UR, Bd. 4), Köln u. a. 1992, (=UR4), Nr. 130.

（45）UR4, Nr. 186.

（46）Friedrich Battenberg (Bearb.), Die Zeit Ludwigs des Bayern und Friedrichs des Schönen 1314-1347, (UR, Bd. 5), Köln u. a. 1987, (=UR5), Nr. 96, 97; Jacob Schwalm (Hg.), MGH Const., T. 6, P. 1, Hannover 1914-27, (ND Hannover 1982), Nr. 247, 248.

（47）UR4, Nr. 8; Vincenz Samanek, Neue Beiträge zu den Regesten König Adolfs, Wien / Leipzig 1932, S. 45 ff., Nr. 1. なお、現在のベルギーにおける公証人の初期の歴史については、H. Nelis, a. a. O.（注６）を参照。

（48）UR4, Nr. 4, 6; Eduard Winkelmann, Acta imperii inedita saeculi XIII et XIV. Urkunden und Briefe zur Geschichte des Kaiserreichs und des Königreichs Sizilien, Bd. 2: In den Jahren 1200 bis 1400, Innsbruck 1885 (ND Aalen 1964), Nr. 199. この対立については、Fritz Kern, Die Anfänge der französischen Ausdehnungspolitik bis zum Jahr 1308, Tübingen 1910, S. 138 ff.; Vincenz Samanek, Studien zur Geschichte König Adolfs. Vorarbeiten zu den Regesta imperii VI 2 (1292-1298), Wien / Leipzig 1930, S. 47-54 および拙稿「エノー伯ジャン二世とドイツ国王裁判権」『北大法学論集』五二巻五号（二〇〇二年）一一四八頁、一一二頁以下を参照。ヴァランシェンヌ市にはフランス王権およびフランドル伯が味方に付いた。国王アードルフは同年九月にヴァランシェンヌ市に対してアハトを宣告したが（UR4, Nr. 14）、効果はなかった。

（49）UR4, Nr. 7; E. Winkelmann, a. a. O.（注48）, Nr. 200.

（50）彼については、H. Nelis, a. a. O.（注６）, S. 273. 一一八六年から一二〇五年まで二〇年にわたって彼の公証人としての活

動が確認できる。

（51）UR4, Nr. 6; E. Winkelmann, a. a. O.（注48）, Nr. 199.

（52）UR4, Nr. 7; E. Winkelmann, a. a. O.（注48）, Nr. 200, “Quid autem super hoc feceritis, nobis vestris patentibus litteris rescribatis.”

（53）UR4, Nr. 63; Jacob Schwalm (Hg.), MGH Const., T. 3, Hannover/Leipzig 1904-06, (ND Hannover 1980), Nr. 503. 国王アードルフとオットーの関係については、F. Kern, Anfänge（注48）, S. 143 ff.; V. Samenek, Studien（注48）, S. 94-106.

（54）この主張については、Fritz Kern, Reichsgewalt des deutschen Königs nach dem Interregnum. Zeitgenössische Theorien, in: Historische Zeitschrift 106 (1911), S. 39-95, S. 42 ff. また、オットー側が特にこうした留保を付した背景にフランス王権との縁組、およびそれに伴うドイツ王権とのレーン関係の解消の問題があったことについて、V. Samanek, Studien（注48）, S. 101 ff.

（55）UR4, Nr. 46; Theodor Joseph Lacomblet, Urkundenbuch für die Geschichte des Niederrheins..., Bd. 2: 1201-1300, Düsseldorf 1846 (ND Aalen 1966), Nr. 939.

（56）一二九二年四月にアンデルナッハでなされたアードルフのケルン大司教のための約束。MGH Const., 3, Nr. 474. 国王選挙前後から一二九三年ごろまでの国王アードルフとケルン大司教ジークフリートの関係については、V. Samanek, Studien（注48）, S. 54 ff.; Franz-Reiner Erkens, Siegfried von Westerburg (1274-1297). Die Reichs- und Territorialpolitik eines Kölner Erzbischofs im ausgehenden 13. Jahrhundert, Bonn 1982, S. 330 ff.

（57）UR4, Nr. 15, Art. 17-20, Nr. 42, Art. 1, 5.

（58）UR4, Nr. 150; Th. J. Lacomblet, a. a. O.（注55）, Nr. 998.

（59）UR4, Nr. 155. 同日付のトリーア大司教ボエムント宛文書も同様にルートヴィヒに対する有責判決を伝える。UR4, Nr. 156.

（60）UR4, Nr. 151.

（61）UR4, Nr. 161; MGH Const., 4, 1, Nr. 32.

（62）UR4, Nr. 181; MGH Const., 4, 1, Nr. 59.

(63) 国王アルブレヒト一世とライン地方の選挙侯たちの対立の背景と経過については、Alfred Hessel, Jahrbücher des Deutschen Reichs unter König Albrechts I. von Habsburg, Berlin 1931, S. 60-108 を参照。

(64) Jacob Schwalm (Hg.), MGH Const., T. 4, P. 2, Hannover/Leipzig 1909-11, (ND Hannover 1981), Nr. 1188. また、A. Hessel, a. a. O. (注63), S. 93 f.

(65) UR4, Nr. 477; MGH Const., 4, 1, Nr. 412. 大司教ヴィクボルトによる放棄（一三一〇年一〇月）は、UR4, Nr. 308, Art. 2, 4, 7; MGH Const., 4, 1, Nr. 156, c. 1.

(66) UR4, Nr. 490; MGH Const., 4, 1, Nr. 420.

(67) UR4, Nr. 459; Camille Wampach, Urkunden- und Quellenbuch zur Geschichte der altluxemburgischen Territorien bis zur burgundischen Zeit, Bd. 7, Luxemburg 1949, Nr. 1286.

(68) Johannes Mötsch, Die Balduineen. Aufbau, Entstehung und Inhalt der Urkundensammlung des Erzbischofs Balduin von Trier, Koblenz 1980, Nr. 365. なお、他に、一三一〇年三月にカッツェネルンボーゲン Katzenelnbogen 伯エーバーハルトが、オッペンハイム Oppenheim における国王アルブレヒト一世のフォークトとして、カイザースラウテルン Kaiserslautern の教会のために発行した証書が notarius domini regis によって書かれているが、別に印章が付されていることなどからすると、公証人でなく国王書記局の書記によって書かれたものと思われる。UR4, Nr. 250; Ludwig Baur (Hg.), Hessische Urkunden, Bd. 5: Urkunden 1077-1499, Darmstadt 1873 (ND Aalen 1979), Nr. 186.

(69) 主に一五世紀のリューベックにおける公証人については、O. Ahlers, a. a. O. (注6)を参照。なお、リューベックと国王宮廷との関係では、一二九一年と一三一一年に notarius のアレクサンダーが、市の訴訟代理人として登場するが、市の書記であって公証人ではなかったと思われる。Bernhard Diestelkamp und Ute Rödel (Bearb), Die Zeit Rudolfs von Habsburg 1273-1291, (UR, Bd. 3), Köln u. a. 1986, (=UR3), Nr. 634; UR4, Nr. 515.

(70) UR5, Nr. 68.

(71) UR5, Nr. 59.

(72) 中世後期の国王裁判権におけるアハトとアンライテについては、Friedrich Battenberg, Reichsacht und Anleite im Spätmittelalter. Ein Beitrag zur Geschichte der höchsten königlichen Gerichtsbarkeit im Alten Reich, besonders im 14.

und 15. Jahrhundert, (QuF, Bd. 18), Köln-Wien 1986 を参照。

(73) Karl Herquet (Bearb.), Urkundenbuch des ehemals freien Reichsstadt Mühlhausen in Thüringen, Halle 1874 (ND Bad Langensalza 2009), Nr. 920. なお、他にライン以東からの事例として、ゾルムス Solms 伯がアルテンベルク Altenberg 修道院に対してフォークタイの権利を有しないことを宣言した、一一九三年六月の国王アードルフの証書が、はるか後代の一四九四年に、ヴェッラー市の委託によって、公証人証書の中に写されている。UR4, Nr. 49. 一三〇六年七月に国王アルブレヒト一世が、フリードベルクのブルクマンと市民の間の対立について下した裁定についても、公証人によって確認証書が作られているが、作成時期は不明である。UR4, Nr. 369.

(74) UR5, Nr. 335; K. Herquet, a. a. O. (注73), Nr. 920.

(75) UR5, Nr. 330, 331; K. Herquet, a. a. O. (注73), Nr. 921, 922.

(76) UR5, Nr. 334; K. Herquet, a. a. O. (注73), Nr. 923, 924.

(77) ドイツ騎士修道会の歴史については、さしあたり、Klaus Militzer, Die Geschichte des Deutschen Ordens, Stuttgart 2005; Jürgen Sarnowsky, Der Deutsche Orden, München 2007 を参照。

(78) UR5, Nr. 446.

(79) Heinrich Otto (Bearb.), Regesten der Erzbischöfe von Mainz von 1286-1396, Abteilung 1, Bd. 2: 1328-1353, Darmstadt 1932-35 (ND Aalen 1976), Nr. 4825.

(80) H. Otto, a. a. O. (注79), Nr. 4035, 4036.

(81) この対立については、Georg Uhl, Untersuchungen über die Politik Erzbischofs Heinrichs III. von Mainz und seines Kapitels in den Jahren 1337-1346, in: Archiv für hessische Geschichte und Altertumskunde Neue Folge 15 (1926), S. 87-146, S. 133 ff. また関係史料として、以下に見るものの他に UR5, Nr. 369, 375, 376, 391, 400, 426, 447, 448, 468, 469, 470, 471, 472, 501, 505, 506, 512, 517, 518, 521.

(82) UR5, Nr. 499; H. Otto, a. a. O. (注79), Nr. 4926. 仲裁付託は一三四二年一〇月になされている。UR5, Nr. 467; H.Otto, a. a. O. (注79), Nr. 4896.

(83) UR5, Nr. 500; H. Otto, a. a. O. (注79), Nr. 4927. 公証人コンラートについては、Peter- Johannes Schuler, Notare

Südwestdentschlands. Ein prosopographisches Verzeichnis für die Zeit von 1300 bis ca 1520, 2 Bde., Stuttgart 1987, Nr. 376. 彼は一三三九年にもヴェルツブルクで公証人証書を発行している。

(84) ヨハンについては、Gustav Braband, Domdekan Johannes Unterschopf (1325 - 1345). Studien zur Geschichte des Mainzer Domkapitels und seiner Beziehungen zum Papsttum und Reich unter Ludwig dem Bayern, in: Archiv für mittelrheinische Kirchengeschichte 7 (1955), S. 22 - 76, 8 (1956), S. 94 - 132.

(85) ルーポルトについては、池谷文夫『ドイツ中世後期の政治と政治思想　大空位時代から『金印勅書』の制定まで』（二〇〇〇年　刀水書房）三三五頁以下および拙稿「ルーポルト・フォン・ベーベンブルクの帝国論――一四世紀中葉の帝国とドイツ人――」『北大法学論集』六三巻一号（二〇一二年）一一四五頁を参照。

(86) Friedrich Battenberg (Bearb.), Die Königszeit Karls IV. (1346 − 1355 März), (UR, Bd. 6), Köln u. a. 1990, (=UR6), Nr. 51; Karl Zeumer und Richard Salomon (Hg.), MGH Const., T. 8, Hannove 1910-26, (ND Hannover 1982), Nr. 704. 公証人たちが判決を確認した、もう一通の公証人証書は、UR6, Nr. 52; MGH Const., 8, Nr. 705.

(87) UR6, Nr. 27, 36, 43, 44, 50; MGH Const., 8, Nr. 690, 691, 699, 700, 702. なお、カール四世の大叔父にあたるトリーア大司教バルドゥインが、帝国代理 Reichsvikar に任命されるなど、帝国西部で強大な地位を築いたことについては、さしあたり、Alfred Haverkamp, Studien zu den Beziehungen zwischen Erzbischof Balduin von Trier und König Karl Ⅳ., in: Blätter für deutsche Landesgeschichte（以下 BDLG と略す）114 (1978), S. 463-503 を参照。

(88) UR6, Nr. 174; Ch. Piot, Cartulaire de l'abbaye de Saint-Trond, Tome 1, Bruxelles 1870, Nr. 383. 同日付の別の証書でカール四世は、リュージュ司教およびシント・トルイデン修道院とシント・トルイデン市との間の紛争について出された和解文書や特権状を確認しているが、こちらの方は公証人文書化されていない。UR6, Nr. 173. なお、一四世紀末までのシント・トルイデン市の発達については、J. L. Charles, La ville de Saint-Trond au moyen âge. Des origines à la fin du XIVe siècle, Paris 1965.

(89) UR6, Nr. 607; MGH Const., 11, Nr. 244.

(90) Maurice Mangisch, De la situation et de l'organisation du Notariat en Valais sous le régime épiscopal 999-1798, Saint-Maurice 1913; F. Wigger, a. a. O.（注18）.

(91) Friedrich Battenberg (Bearb.), Die Zeit Karls IV. (1355 April - 1359), (UR, Bd. 7), Köln u. a. 1994, (=UR7), Nr. 434.
(92) Ronald Neumann (Bearb.), Die Zeit Karls IV. (1360-1364), (UR, Bd. 8), Köln u. a. 1996, (=UR8), Nr. 312.
(93) UR8, Nr. 313. なお、リェージュ司教区における公証人の初期の歴史については、P. Pieyns-Rigo, a. a. O（注10）. を参照。
(94) UR8, Nr. 318. この時期、皇帝と司教の関係は、後述のローン伯領問題のために緊張していた。Wilhelm Janssen, Karl IV. und die Lande an Niederrhein und Untermaas, in: BDLG 114 (1978), S. 203-241, S. 222 ff.
(95) UR8, Nr. 415. リェージュ司教は、この訴訟について、一三六三年八月にフォッス Fosse の参事会員 Kanoniker ゲオルク・フォン・カテナ Georg von Cathena を訴訟代理人に任命していた。UR8, Nr. 393. また、原告アルノルトの方は、一三六三年一〇月に皇帝宮廷で勝訴判決を獲得していた。UR8, Nr. 397, 398. また UR8, Nr. 402, 406 も参照。しかし、リェージュ側はその判決の正当性を争い、その結果皇帝は両当事者に再び期日を設定していた。UR8, Nr. 405.
(96) 例えば、F. Luschek, a. a. O.（注6）, S. 111 ff.
(97) UR8, Nr. 338. アルノルトによる皇帝のもとへの訴え提起は、UR8, Nr. 316 (1362. 12. 23) にあるが、上述のナミュール市のケースと同じ時期である。リェージュ司教教会の教会レーンであったローン伯領の回収を図るリェージュ側と伯領の相続人から権利を買い取ったアルノルトとの対立については、W. Janssen, a. a. O.（注94）を参照。
(98) UR8, Nr. 453. この紛争の関係史料として、更に、UR8, Nr. 337, 391, 392, 397, 398.
(99) Ekkehart Rotter (Bearb.), Die Zeit Karls IV. 1372-1378, (UR, Bd. 10), Köln u. a. 2014, (=UR10), Nr. 506.
(100) UR10, Nr. 509. 公証人ルードルフについては、P.J. Schuler, Notare（注83）, Nr. 1054. 彼は一三七〇年代から八〇年代にかけてシュトラースブルクで多くの公証人証書を作成している。
(101) UR7, Nr. 220.
(102) UR7, Nr. 213.
(103) Friedrich Battenberg, Die Gerichtsstandsprivilegien der deutschen Kaiser und Könige bis zum Jahre 1451, (QuF, Bd. 12), Teilbd. 1, Köln-Wien 1983, Nr. 520, 538, 619; MGH Const., 9, Nr. 156. ケルン市がカール四世から得た特権状については、Anna-Dorothee von den Brincken, Privilegien Karls IV. für die Stadt Köln, in: BDLG114 (1978), S. 243-264. ファルケンベルク公の証書については、Ebenda, S. 256.

(104) Ronald Neumann und Ekkehart Rotter (Bearb.), Die Zeit Karls IV. 1365-1371, (UR, Bd. 9), Köln u. a. 2003, (=UR9), Nr. 222.

(105) UR10, Nr. 241; Leonard Ennen (Hg.), Quellen zur Geschichte der Stadt Köln, Bd. 5, Köln 1875 (ND Aalen 1970), Nr. 89. このときの大司教とケルン市の対立については、W. Janssen, a. a. O. (注94), S. 233 ff.

(106) UR10, Nr. 251. ただし、要録で見る限りこの復命書は印章つき証書として発行されており、UR10, Nr. 241にある公証人文書への挿入という注記の意味は、はっきりしないところがある。

(107) UR7, Nr. 285; E. E. Stengel (Hg.), a. a. O. (注24), Nr. 999.

(108) UR7, Nr. 268, 276, 279; E.E. Stengel, a. a. O. (注24), Nr. 993, 995, 997. 参事会自身が発行した同内容の文書と皇帝代官による承認は、UR7, Nr. 283, 284; E.E. Stengel, a. a. O. (注24), Nr. 998.

(109) UR7, Nr. 495. カール四世は既に一三五四年一月に同様の定めを発していた。UR6, Nr. 490. なお、UR6, Nr. 465も参照。これらのカール四世の特権状と教会保護政策に関しては、Wolfgang Hölscher, Kirchenschutz als Herrschaftsinstrument. Personelle und funktionelle Aspekte der Bistumspolitik Karls IV, Warendorf 1985を参照。特権状のテクストもそこに公刊されている（一三五四年の特権状は、S. 186 f. に、一三五九年のそれはS. 188-191にある）。また、Peter Johanek, Die „Karolina de ecclesiastica libertate." Zur Wirkungsgeschichte eines spätmittelalterlichen Gesetzes, in: BDLG114 (1978), S. 797-831も参照。

(110) UR9, Nr. 185.

(111) UR9, Nr. 186. カール四世と聖アルバン修道院の関係と皇帝による同修道院保護については、Reinhard Schmid, Die Abtei St. Alban vor Mainz im hohen und späten Mittelalter, Mainz 1996, S. 186-191. 特にこの件に関してはEbenda, S. 190.

(112) UR8, Nr. 441. その際、別の公証人、リェージュ司教区のゲアハルト・ルッベルティ・フォン・ハルデルヴィイクGerhard Lubberti von Harderwijkとティルマン・フォン・クレーフェTilman von Kleveも同席していた。一三六〇年代のトリーア大司教とトリーア市の激しい対立については、Friedhelm Burgard, Auseinandersetzungen zwischen Stadtgemeinde und Erzbischof (1307-1500), in: Hans Hubert Anton, Alfred Haverkamp (Hg.), Trier im Mittelalter. (2000 Jahre Trier, Bd. 2), S. 295-398, S. 302-305を参照。

(113) UR8, Nr. 438, 440; Friedrich Rudolph (Hg.), Quellen zur Rechts- und Wirtschaftsgeschichte der rheinischen Städte, Kurtrierische Städte, I: Trier, Bonn 1915, Nr. 68（一部）, 69. 文書はいわゆる項目訴訟的に書かれている。

(114) UR8, Nr. 439.

(115) UR8, Nr. 448.

(116) UR8, Nr. 452. やはり他の二人の公証人ゲアハルトとティルマンが同席し、両当事者の代表も出席した。

(117) UR8, Nr. 458, Anm.

(118) UR8, Nr. 489.

(119) UR8, Nr. 463.

(120) UR9, Nr. 28. 文書中には上述の大司教の市への手紙（UR9, Nr. 9）および上記の皇帝の判決（UR8, Nr. 489）が挿入されている。なお、この紛争をいちおう終わらせた、一三六五年六月および一三六七年一〇月の両者の和解は、皇帝判決よりは市側に有利な内容であった。F. Rudolph, a. a. O.（注113）, Nr. 75-77.

(120a) UR7, Nr. 296. この文書は、一三五七年一〇月のカール四世からライトミシュル司教への決定権限委任状（UR7, Nr. 300）および一三五八年一月の訴訟代理人任命を知らせる市から皇帝への証書（UR7, Nr. 316）などとともに一三六〇年四月に公証人フリードリヒ（アシャッフェンベルク教会の聖歌隊長Kantor）が作成した公証人証書に含まれている。

(121) UR7, Nr. 363. 判決（UR7, Nr. 350）が公証人証書に挿入されている。一三五〇年代から六〇年代にかけてのドイツ騎士修道会とミュールハウゼン市との間の紛争については、W. Wintruff, Die Reichsstadt Mühlhausen i. Thür. im Kampfe mit dem Deutschen Orden während der Jahre 1357-1362, in: Mühlhäuser Geschichtsblätter 14 (1913/14), S. 53-133; Bernhard Diestelkamp, Rechtsgutachten in Prozessen vor dem Hofgericht des Königs im 14. Jahrhundert, in: Bernd-Rüdiger Kern u. a. (Hg), Humaniora, Medizin, Recht, Geschichte. Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Berlin-Heidelberg 2006, S. 73-83.

(122) UR7, Nr. 350.

(123) UR7, Nr. 357.

(124) UR7, Nr. 364. 皇帝の確認（UR7, Nr. 357）と司教の判決（UR7, Nr. 350）がともに公証人証書に挿入されている。

(125) UR7, Nr. 325.
(126) UR7, Nr. 351.
(127) UR7, Nr. 365. やはり判決と確認が挿入されている。
(128) UR7, Nr. 326.
(129) UR7, Nr. 350, 351, 357.
(130) UR7, Nr. 366.
(131) UR7, Nr. 405.
(132) UR7, Nr. 417. またUR7, Nr. 418も参照。
(133) UR7, Nr. 370.
(134) UR7, Nr. 371. もっとも、この二通の証書には偽造の疑いが指摘されている。UR7, Nr. 370, Anm.
(135) UR7, Nr. 9; MGH Const., 11, Nr. 458. また皇帝は一三五五年一一月にも、ローテンブルク市に対して、修道院に対する圧迫をやめ、修道院を保護するよう命じている。UR7, Nr. 38; MGH Const., 11, Nr. 565. なお、UR7, Nr. 42も参照。なお、中世後期のコンブルク修道院については、Rainer Jooss, Kloster Komburg im Mittelalter. Studien zur Verfassungs-, Besitz- und Sozialgeschichte einer fränkischen Benediktinerabtei, Sigmaringen 1987, S. 41-71 を参照。
(136) UR7, Nr. 369.
(137) シュヴェービッシュ・ハルとリンプルクに対する命令は、一三五九年四月にも繰り返されている。UR7, Nr. 450, 451. なお、UR7, Nr. 411も参照。
(138) UR9, Nr. 420; Heinrich Butte, Stift und Stadt Hersfeld im 14. Jahrhundert mit einem Anhang: Die Stadt Hersfeld bis zum Beginn des 15. Jahrhunderts, und 14 Urkundenbeilagen, (Diss. phil., Marburg), Marburg 1911, S. 147 ff., (Beilage, Nr. 8). 院長ベルトルト・フォン・フェルカースハウゼン Berthold von Völkershausen のもとでの一三七〇－八〇年代におけるヘルスフェルト修道院とヘルスフェルト市の衝突については、H. Butte, a. a. O., S. 43-84 を参照。この公証人証書作成の前後の経緯については特に、Ebenda, S. 48-52. 院長ベルトルトが行った仲裁交渉の結果は、修道院総会を満足させるものではなかった。また、ヘルスフェルト市の発展については、Ebenda, S. 93-135を見よ。

(139) UR9, Nr. 393, 394.
(140) UR9, Nr. 395.
(141) UR9, Nr. 413.
(142) UR10, Nr. 460; E. Winkelmann, a. a. O.（注48）, Nr. 959.
(143) UR7, Nr. 356.
(144) 前述のように、既に一三〇〇年ごろから、フランクフルトには公証人が出現していた。中世後期フランクフルト市の公証人と公証人証書については、L. Gerber, a. a. O.（注6）を参照。
(145) UR8, Nr. 16; Daniel Schneider (Bearb.), Vollständige Hochgräflich Erbachische Stammtafel nebst deren Erklär- und Bewährungen oder Hochgräflich Erbachische Historie, Frankfurt a. M. 1736, Urkundenanhang, S. 84, Nr. 32.
(146) 中世後期の公証人文書に印章が付されることがあったこと（つまり、そのような形で伝統的な印章付き証書と新しく入ってきた公証人文書との混合が見られたこと）については、例えば P.-J. Schuler, Geschichte（注2）, S. 210 ff. を参照。
(147) UR8, Nr. 163, 189, 191, 192, 286 を参照。
(148) UR8, Nr. 230, 231. ただしこれらは草稿 Konzept として伝存している。中世後期ドイツにおける公証人の文書作成手続における草稿については、例えば、F. Luschek, a. a. O.（注6）, S. 50 f.; P.-J. Schuler, Geschichte（注2）, S. 223 ff. なお、皇帝のゴスラー市に対する裁判権委任は、UR8, Nr. 229.
(149) UR8, Nr. 230.
(150) UR8, Nr. 236. この紛争については、他に UR8, Nr. 87, 132, 139-142, 144, 151, 155-161, 175, 204-208 も参照。
(151) UR8, Nr. 373.
(152) UR7, Nr. 161; UR8, Nr. 336, 341, 362, 364, 368, 371, 372. このうち UR8, Nr. 364は、それ自体、ケルン（大）司教区の聖職者で公証人のヴィルヘルム・クニイプ Wilhelm Knyp によって作成された公証人証書で、裁判期日の延期（UR8, Nr. 362）の後を受けて、新たな期日へのハンブルク市側の召喚を記している。この証書は、別の公証人ライナー・ヘルマンニ・フォン・ヴィッテンブルク Reiner Hermanni von Wittenburg（リューベック司教区の聖職者）によって提示され、公証人ハインリヒによってチェックされた後、UR8, Nr. 373の証書に組み込まれている。

(153) UR8, Nr. 374.

(154) UR8, Nr. 370, 375, 381. このうち、UR8, Nr. 370 は、それ自体公証人ゴツヴィン・フォン・ゲルデルン Gotzwin von Geldern によって書かれた公証人証書で、両当事者が和解交渉に合意したこと、和解が成立しない場合のために公アルブレヒトが期日を指定したこと、を記す。

(155) UR8, Nr. 380.

(156) UR9, Nr. 436, 463. Nr. 436 (1371.10.13) は、ブラウンシュヴァイク公側に対して上級アハトを宣告する皇帝証書であるが、ザクセン・ヴィッテンベルク公へのリューネブルク公領授封に反する契約・約束などを無効とし、またアハトの効果としてブラウンシュヴァイク側のための同盟・特権などを失効させている。Nr. 463 (1371.11.11) の皇帝証書もまた、ブラウンシュヴァイク公側に有利な誓約や同盟を無効と宣言している。Nr. 436からはザクセン・ヴィッテンベルク公とフェルデン司教の求めによって公証人証書が作られ、また Nr. 436と Nr. 463は、別にフェルデン司教区の公証人によって一通の公証人証書にまとめられている。なお、リューネブルク公領をめぐる対立については、Ernst Schubert, (Hg), Geschichte Niedersachsens. Bd. 2, T. 1: Politik, Verfassung, Wirtschaft vom 9. bis zum ausgehenden 15. Jahrhundert, Hannover 1997, S. 755-782 を参照。

(157) UR10, Nr. 189; Max Foltz (Bearb.), Urkundenbuch der Stadt Friedberg, Bd. 1, Marburg 1904, Nr. 579. この件については、Bernhard Diestelkamp, Das Königliche Hofgericht unter Karl IV.: Wenzel und Ruprecht und die Veme, in: Marcel Senn und Claudio Soliva (Hg.), Rechtsgeschichte & Interdisziplinarität. Festschrift für Clausdieter Schott zum 65. Geburtstag, Bern u. a. 2001, S. 3-14, S. 7 f. フリードベルク市がフリードベルク城のブルクマンとの長年の紛争において、皇帝が関与した仲裁判決などを受けていたことについては、拙稿「フリードベルク城対フリードベルク市――中世後期ドイツの継続的紛争――（一）（二・完）」『北大法学論集』六二巻五号（二〇一二年）一－三三頁、六二巻六号（二〇一二年）一〇三－一四六頁を参照。

(158) UR10, Nr. 248; E. Winkelmann, a. a. O. (注48), Nr. 947. ライン宮中伯への譲渡は一三七五年二月に行われていた。UR10, Nr. 228. 同じ時期にカール四世が、息子ヴェンツェルの国王選出を達成するために、ライン宮中伯に国王領の質入などで多くの利益を与えていたことについては、さしあたり、Hubert Röhrenbeck, Karl IV. und die Pfalzgrafen bei Rhein, in:

BDLG114 (1978), S. 613-643, S. 639 f. を参照。

(159) UR10, Nr. 249; E. Winkelmann, a. a. O. (注48), Nr. 948.

(160) UR10, Nr. 255; E. Winkelmann, a. a. O. (注48), Nr. 949.

(161) UR10, Nr. 439. 国王領の管理にあたるラントフォークトと下シュヴァーベン諸都市との関係については、Hans-Georg Hofacker, Die schwäbischen Reichslandvogteien im späten Mittelalter, Stuttgart 1980, S. 268-276, S. 283 を参照。

(162) 本文で挙げた事例の他に、一三六一年四月には、ヴェネツィアのドージェがバーゼルのブルクハルト・ミュンヒ Burkhard Muench との対立について公証人文書を作らせている。UR8, Nr. 164. また、一三五六年一月七日付の、ライン宮中伯ループレヒト一世に、国王選挙権と選挙侯としての地位を承認したいくつかの文書が、一三七九年一〇月の、公証人によって認証された枢機卿ピレウス Pileus の証書に含まれている。UR7, Nr. 96, 102, 104, 106. ヴォルムス司教ディートリヒのシュポンハイム伯ヴァルラムに対する訴えが、皇帝宮廷からライン宮中伯ループレヒト一世のもとへ移管されたことなどを記す宮中伯の証書が、一三六三年五月の公証人証書に挿入されている。UR8, Nr. 367. 他に、公証人証書の利用が考えられるケースとして、UR8, Nr. 396 Anm.（一三六三年ごろ、オーストリア公とアクィレイア総大司教の対立）。また、一五世紀になってから公証人証書が作成されている事例として、UR9, Nr. 78, 218, 333, 457 がある。

(163) Ute Rödel (Bearb.), Die Zeit Wenzels 1393 - 1396, (UR, Bd. 13), Köln u. a. 2001, (=UR13), Nr. 203; Johannes Fritz (Bearb.), Urkundenbuch der Stadt Straßburg, Bd. 6: Politische Urkunden von 1381-1400, Straßburg 1899, Nr. 916. シュトラースブルク市は、これに先立って国王宮廷に召喚され、それに対して安全通行権の付与を求めていた。UR13, Nr. 182. また、UR13, Nr. 207も参照。なお、公証人ヨハン・ヴェルダーについては、P.J. Schuler, Notare（注33）, Nr. 1478. 彼は一三九〇年代から一四一〇年代にかけてシュトラースブルクで何通かの公証人証書を発行している。公証人ヴェルンヘルについては、Ebenda, Nr. 1268. 彼はシュトラースブルク市の書記でもあり、市の任務を帯びてしばしば各地へ使節として派遣されていた。

(164) Ute Rödel (Bearb.), Die Zeit Wenzels 1397 - 1400, (UR, Bd. 14), Köln u. a. 2004, (=UR14), Nr. 40. 国王宮廷裁判所への召喚状（UR14, Nr. 24）は同年四月にプラハで出されている。この召喚状は公証人証書にも挿入されている。なお、召喚手続の翌日に、市はこの訴訟のための訴訟代理人を任命し、さまざまな権限を付与しているが、こちらは公証人証書化さ

れてこない。UR14, Nr. 41.

(165) UR14, Nr. 269. 再度の召喚は、一三九七年一〇月になされている。UR14, Nr. 83. デヴェンテル市の一件については、他にUR14, Nr. 272, 282, 283, 284も参照。なお、デヴェンテルを含むユトレヒト司教区における公証人の初期の歴史については、F. Ketner, a. a. O (注10). を参照。

(166) Ekkehart Rotter (Bearb.), Die Zeit Wenzels 1376 - 1387, (UR, Bd. 11), Köln u. a. 2001, (=UR11), Nr. 399; Johann Suibert Seibertz (Bearb.), Urkundenbuch zur Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogtums Westfalen, Bd. 2: 1300-1400, Arnsberg 1843, Nr. 876.

(167) UR13, Nr. 13; Leonard Ennen, Quellen zur Geschichte der Stadt Köln, Bd. 6, Köln 1879 (ND Aalen 1970), Nr. 241. ケルン市とヴェンツェルの宮廷が密接な連絡を保っていたことについては、Paul-Joachim Heinig, Reichsstädte, Freie Städte und Königtum 1389-1450. Ein Beitrag zur deutschen Verfassungsgeschichte, Wiesbaden 1983, S. 251 f. を見よ。ケルン市がヴェンツェルから得た特権状については、Ebenda, S. 277, 304 ff.

(168) この間の経過については、UR13, Nr. 13, Anm. の記述を参照。また一三九六年前後のケルン市内の複雑な政権争いについては、Hugo Stehkämper, Gemeinde in Köln im Mittelalter, in: Johannes Helmrath und Heribert Müller (Hg.), Studien zum 15. Jahrhundert. Festschrift für Erich Meuthen, Bd. 2, München 1994, S. 1025-1100, S. 1051 ff. を参照。

(169) UR14, Nr. 357. 一一月一一日付で同内容の宮廷裁判官シュレージェン・ミュンスターベルク Münsterberg 公ボルコ Bolko の証書も同じ公証人文書に書かれている。UR14, Nr. 358. 宮廷裁判所への召喚は一三九八年一月に行われていた。UR14, Nr. 138. この紛争に関しては、更に、UR14, Nr. 119, 128, 164, 165, 179, 190, 191, 202-207, 292, 320, 336, 343, 345, 346, 383も参照。

(170) Ekkehart Rotter (Bearb.), Die Zeit Wenzels 1388 - 1392, (UR, Bd. 12), Köln u. a. 2008, (=UR12), Nr. 51.

(171) UR13, Nr. 135; Johann Friedrich Boehmer (Hg.), Codex diplomaticus Moenofrancofurtanus. Urkundenbuch der Reichsstadt Frankfurt, T. 1, Frankfurt am Main 1836, S. 769 f. 国王は既に一三九〇年六月に、フランクフルトに対して、税徴収は認めるが聖バルトロメウス教会の権利を侵害しないよう命令していた。UR12, Nr. 232. 中世後期の聖バルトロメウス教会については、Günter Rauch, Pröpste, Propstei und Stift Bartholomäus in Frankfurt. 9. Jahrhundert bis 1802,

Frankfurt am Main 1975, S. 39-102 を、皇帝・国王による特権確認については、Ebenda, S. 223-228 特に S. 227 を、フランクフルト市との緊張関係については、Ebenda, S. 247 f. を参照。また、フランクフルト市がヴェンツェルから得た数多くの特権については、P.-J. Heinig, a. a. O.（注167）, S. 271 ff.

（172）UR12, Nr. 49, 52, 74, 136.

（173）UR13, Nr. 117.

（174）UR12, Nr. 66; Georg Bode und U. Hölscher (Bearb.), Urkundenbuch der Stadt Goslar und der in und bei Goslar belegenen geistlichen Stiftungen, Bd. 5, Berlin 1922, Nr. 717.

（175）UR12, Nr. 69; G. Bode u. U. Hölscher, a. a. O.（注174）, Nr. 718.

（176）UR13, Nr. 201. 一三九五年一一月にもハンス・ベティコによって同様の証書が出され、やはり一四〇八年の同じ公証人証書に含まれている。UR13, Nr. 273.

（177）UR14, Nr. 413.

（178）UR14, Nr. 131; Julius Weizsäcker (Hg.), Deutsche Reichstagsakten unter König Wenzel, Abt. 3: 1397-1400, (Deutsche Reichstagsakten, Bd. 3), München 1877, Nr. 20. この紛争については、他に UR14, Nr. 150, 231, 232 も参照。

（179）UR14, Nr. 142. 他に、一五世紀半ばになってから公証人によって写しが作られている事例として UR14, Nr. 25.

（180）P.-J. Schuler, Notare（注83）.

論　説

租税法における外国の法形態

田中啓之

一　はじめに

外国の法形態に対する租税法の適用のあり方が問題となる事例は大別してふたつある（以下、所得課税について考え

る)。そのひとつは、居住者または内国法人が参加する外国の法形態が当該国または第三国において所得を獲得するという、いわゆるアウトバウンドの事例である。もうひとつは、居住者または内国法人が参加する外国の法形態が国内において所得を獲得するという、いわゆるインバウンドの事例である。いずれの事例においても、租税法の適用において、外国の法形態が独立した存在とみなされるかどうかに応じて、課税の具体的なあり方が左右される(1)。

こうした問題について、日本では二〇〇〇年代に至り、いくつかの裁決例および裁判例を契機として、多少の議論が重ねられてきた(2)。また、その過程において、日本と諸外国の解釈状況が乖離しているという指摘もされてきた(3)。しかし、そうした乖離の解明に向けられた、外国法の本格的な紹介は、いまだ必ずしも尽くされていないように思われる(4)。

そこで、本稿は、まずドイツにおける法状況を紹介することで、こうした比較法研究の不足を埋めることとしたい(5)。ドイツでは、すでにワイマール時代から、判例および学説による議論の蓄積があり、また日本と同じく、「租税法と私法論」および「大陸型の組織法」という議論の前提があるからである。

なお、本稿は、外国の法形態に対する租税条約の適用のあり方は、議論の対象としない。

二　類型比較の歴史的展開

1　前史

ドイツにおいて、所得課税の権限がラントからライヒに移転したのは、漸く一九二〇年のことである(6)。しかし、ドイツにおける所得課税の状況が、その時点ですでに、国際的な様相を呈していたことはよく知られている。事実、租税法

における外国の法形態という問題についても、ライヒ財政裁判所は、ハンブルクの合資会社に有限責任社員として参加していたフィラデルフィアの会社（corporation）について、「アメリカ法の法人（juristische Person）は、それだけで（als solche）法人税の納税義務を負う」という判断をしていた(7)。そこでは、黙示的にせよ、ドイツの租税法のあり方は、外国の私法のあり方に依拠するという判断がされていたこととなる。また、国際私法の問題は、考慮されていなかった(8)。

2　類型比較の原則的あり方

（1）ライヒ財政裁判所一九三〇年二月一二日判決(9)

こうした状況において、その後の議論のあり方を決定づけることとなった判断が、ベネズエラ裁判（Venezuela-Entscheidung）である。これは、ベネズエラ法に準拠して設立された合資会社の利益持分が、その有限責任社員であるドイツ居住者の課税所得に含まれるかどうかが争われた事案である。同争点について、原審は、おおむね以下のとおり判示して、これを肯定した。ベネズエラ法において法人格をもつ本件合資会社は、ドイツ租税法においても法人として扱われるため、本件利益持分は、事業所得に含まれることがない。しかし、同じくベネズエラ法において、合資会社の利益持分は、事業年度の終了とともに、ただちに社員に帰属する（zukommen）ため、本件利益持分は、本件有限合資会社社員の資本財産所得に含まれることとなる。これに対し、本判決は、資本財産所得とみなされるためには、現実の配当がされ、配当財産に対する処分権が取得されなければならないとして、原判決の理由付けを否定しつつ、以下のとおり判示して、原判決の結論を肯定した。

「ドイツの民法法人を法人税法の対象に含める際、立法者はその射程について完全に認識していた。立法者には、ドイツ法の法人の法的および経済的な構造が正確に知られていたからである。これに対し、立法者には、外国の法人の扱いについて特別の規定を設けたり、外国の法人をたとえば、ただちにドイツの法人と同じく扱うと明定したりするつもりは、全くなかった。そうした規定は、外国の法人の多様性を考えれば、その影響を見通せない以上、はじめから疑わしいものであろう。とくに、そうした規定からは、経済的に等しい関係をできる限り租税法上も等しく扱う、という原則の実現に反する法状態が生じてしまうであろう。こうした状況において、外国の法人またはその構成員の所得税法における扱いは、原則として、事案ごとに、所得税法および法人税法の基本的な考えに照らして、判断されるべきである。その際、まず検討されるべきは、外国の会社がドイツ法の会社と比較（vergleichen）できるかどうかである……。その比較の際、とくに考慮されるべきは、外国の会社が人的会社の類型（Typ）または資本会社の類型のいずれに類似しているかどうかである……。……。……ベネズエラの合名会社または合資会社の社員が、所得税法において、ドイツの合名会社または合資会社の社員と比較できることについては、疑いがない。[10]」（傍線は原文Gesperrt）

ドイツの法人税法において納税義務を負う形態の類型（Typ）と比較（vergleichen）できる外国の形態は、ドイツの租税法の適用において法人税の納税義務を負う形態と扱われる、という本件において示された判断枠組みは、類型比較（Typenvergleich）と呼ばれている。また、その原則的なあり方は、外国の法形態とドイツの法形態の定型的な比較であると理解されている。つまり、外国の法形態とドイツの法形態の対応関係が明らかである多くの場合、それ以上、個別の吟味がされることはない。タイの合資会社について、連邦財政裁判所一九八八年二月三日判決[11]。リヒテンシュタイ

ンの株式会社について、連邦財政裁判所一九九二年六月二三日判決[12]。スイスの株式会社について、連邦財政裁判所一九九二年一二月一六日判決[13]。チェコの合資会社について、連邦財政裁判所二〇〇七年四月四日決定[14]。ハンガリーの betéti társaság および korlátolt felelősségű társaság について、連邦財政裁判所二〇一一年五月二五日判決[15]。

（2）事業所通達[16]別表

ベネズエラ裁判において確立された類型比較の原則的なあり方は、その後の課税実務に踏襲され[17]、一九九九年一二月二四日に発遣されたいわゆる事業所通達の別表一および二に至っては、外国の法形態のうち典型的なものについて、比較できるドイツの法形態が列挙されることとなった。そのうち、ドイツの企業法体系との差異から、しばしば類型比較の具体的なあり方が争われた英米の法形態については、たとえば以下の見解が示されている。

英国。Private company limited by shares－GmbH（有限会社）。Public company limited by shares－AG（株式会社）。Limited Partnership－KG（合資会社）。Partnership－OHG（合名会社）。（Private）Unlimited company－KapGes（資本会社）。Cooperative society－Genossenschaft（協同組合）。

米国。Business Corporation（Public Corporation, Close Corporation）- AG（株式会社）。Limited Partnership - KG（合資会社）。General Partnership - OHG（合名会社）。

このように、ドイツの法形態との対応関係が明らかである典型的な法形態については、定型的な判断がされることで、課税実務の安定が図られている。このような課税実践は、類型比較の執行可能性に対する疑義を大きく払拭するものである。これに対し、ドイツの法形態との対応関係が明らかでない非典型的な法形態については、次に確認するとおり、個別的な判断がされている[18]。つまり、ドイツの租税法において、独立した主体とみなされる法形態から抽出される諸要

素が、外国の法形態に認められるかどうかが、外国の法規定（および当事者の約定）を参照して、詳細な吟味がされる。したがって、もし類型比較の執行可能性に対する疑義があるとすれば、それは後者に限られることとなる。

3　類型比較の例外的あり方

（1）連邦財政裁判所一九六八年七月一七日判決[19]

本件は、ドイツの有限会社に対して、その社員であるとともに、サイロ（Silo）その他の事業財産を貸し付けていたリヒテンシュタインの信託事業（Treuunternehmen）[20]がドイツにおいて法人税の制限納税義務を負うかどうかが争われた事案である。なお、本件には、連邦財務大臣が訴訟参加している。同争点について、本判決は、以下のとおり判示して、原判決を取り消し、事案を原審に差し戻した。

「1　本件信託事業が法人税の納税義務を負う形態であるかどうかは、ドイツの租税法を基準として判断される。

(a)　ドイツの法人税法において――国内源泉所得について無制限または制限――納税義務を負うのは、法人税法一条ないし三条にいう法人[等]に該当するものである。同規定が民法および商法の法形式に依拠している限りにおいて、法人税法一条ないし三条に挙げられた種類の権利能力ある形態または権利能力なき形態が存在するかどうかは、民法および商法を基準として定められる（……）。外国の会社の権利能力の判断については、国際私法の諸原理が基準となる。しかし、外国の権利能力ある会社または権利能力なき会社がドイツの法人税法またはたとえばドイツの所得税法に服するかどうかは、もっぱらドイツの租税法を基準として判断される（[ベネズエラ裁判]）。ベネズエラ裁判に

よれば、租税法の扱いは、外国の会社がその外国において規律された法的構造および経済的地位を考慮したときドイツの会社に対応しているといえるかどうかに依存する。そのとき、法人税の納税義務という問題について、外国の会社は対応するドイツの会社と同じく扱われることとなる。その際、留意されるべきは、権利能力の有無は決定的でないということである。なぜなら、ドイツの法人税法によれば、権利能力なき［社団等］も……法人税の納税義務を負うからである。したがって、権利能力が欠けている場合においても、法人税法三条にいう［権利能力なき社団等］に分類（einordnen）できるかどうか……が吟味されなければならない。[21] その際、次のことが考慮されなければならない。

本件においては……リヒテンシュタイン民法典九三二条aに準拠した信託事業が問題とされている。また、リヒテンシュタインの信託事業は、設立時、法人格の有無を選択することができる。しかし、法人格なき信託事業にも、人的団体についての一般規定が補充的に準用されるため、法人格の差異は法的に重要なものではない（……）。したがって、本件信託事業は、権利能力があろうとなかろうと、事実上（tatsächlich）、権利能力ある形態と類似しているといえる。つまり、本件信託事業は、いずれにせよ、法人税法一条一項五号、二条および三条により法人税の納税義務を負う形態と比較できる。また、本件信託事業が主観的納税義務を負うことは、当事者により争われていない。[22]」

（2）米国LLC通達[23]

以上の判例に示唆されていた、類型比較の例外的なあり方は、その原則的なあり方から、必ずしも明確に区別されてきたわけではなかった。しかし、二〇〇四年三月一九日に発遣されたいわゆる米国LLC通達において、こうした例外的な判断枠組みそのものに加えて、その適用における具体的な考慮要素が明示されたことで、課税実務においても、ふたつの異なる判断枠組みの存在が意識されることとなった。

米国 LLC 通達は、「序論」、「米国の会社・組合法（Gesellschaftsrecht）における LLC」、「米国の租税法における LLC」と題された各部分に続き、「ドイツの課税目的のための LLC の分類（Einordnung）」と題された部分において、まず、以下の判断枠組みを示している。

「LLC は、ドイツの課税目的のため、独立した租税主体（法人税の納税義務を負う形態）として分類されることもあれば、人的会社すなわち本件では LLC の各社員から独立していない導管（事業所）として分類されることもある。こうした分類は、国内において無制限納税義務を負う社員の利益持分、利益分配および先取報酬に対する課税のほか、所得税法四九条にいう国内源泉所得を獲得した LLC の条約適格という問題についても、きわめて重要である。

ドイツの課税および独米租税条約の適用という目的のための LLC の分類は、もっぱらドイツの国内租税法を基準として判断される。独米租税条約は、法形態の分類について本店所在地国の法が基準をなすとは定めていない。むしろ、各締約国は、独米租税条約の適用におけるその分類について、自国の法を基準として行うこととされている。したがって、米国およびその各州の租税法を基準とした LLC の分類は、考慮されない。また、その帰結として、どのような趣旨で LLC の社員が LLC の米国における租税上の扱いについて選択権を行使したかも、重要でない。

LLC の分類については、ライヒ財政裁判所および連邦財政裁判所の判例において形成された、いわゆる二段階の法形態比較という原理が適用される。こうした原理によれば、外国法に準拠して設立された形態が、法人税法一条一項一号にいう内国法人または同条四号にいうその他の法人に類似しているかどうかが検討される（……）。

これによれば、外国の形態は、関連する外国の規定ならびに関連する組織（Organisation und Struktur）条項を総合考慮（Gesamtbetrachtung）したとき、法的および経済的に内国法人またはその他の法人に類似すると認められる場合、法人（Körperschaft）として分類される。こうした比較には、ドイツ法によれば法人の本質的な構成要素（Strukturmerkmal）をなす、あらゆる要素（Element）が考慮される。……。」

その上で、類型比較という判断枠組みの具体的な適用のため、以下の考慮要素を掲げて、それぞれ簡単な解説を付している。①集中化された業務執行および代表、②有限責任、③持分の自由譲渡性、④利益の配賦（Gewinnzuteilung）、⑤出資、⑥会社の無限の存続期間、⑦利益の分配（Gewinnverteilung）、⑧形式的な設立要件、⑨その他の基準。このうち、⑨の解説において、外国の形態の外国における権利能力の有無は、類型比較において意味をもたないことが強調されている。

このように、米国 LLC 通達において示された例外的な判断枠組みは、その後まもなく、フロリダ州の LLC について争われた連邦財政裁判所二〇〇八年八月二〇日判決において、明示的に踏襲されることとなった[24]。とくに、その際、組織条項（Articles of Organisation）における具体的な規定が考慮されるべきことも、強調された。また、二〇一〇年四月一六日に発遣された通達において、こうした判断枠組みの対象は、米国の LLC に限定されないことが示唆されることとなった[25]。

4　類型比較と国際私法の関係

（1）実務における混乱

これまでの検討からもすでに明らかなとおり、ドイツの租税法の適用における外国の法形態の扱いについては、もっぱらドイツの租税法が基準とされている。つまり、ドイツの国際私法は基準とされていない。しかし、こうした理解が確立される過程では、課税実務において、若干の混乱が見られた。ドイツ国内に所在地（または本拠地）（Sitz）[26]がある、英国の private company limited by shares について、国際私法上は、設立地説（Gründungstheorie）でなく、所在地説（Sitztheorie）による限り[27]、法人格が認められない以上、租税法上も、法人税の納税義務を負わない、という見解を示した、Hamburg 税務署通達[28]および Baden-Württemberg 財務省通達[29]は、その例である[30]。しかし、こうした見解が誤りであることは、その後まもなく、多くの学説において指摘されたばかりか[31]、次に検討するリヒテンシュタイン判決（Lichtenstein-Urteil）においても明示的に判断されることとなった。

（2）連邦財政裁判所一九九二年六月二三日判決[32]

本件は、リヒテンシュタインの商業登記簿に登記があり、ドイツに管理支配地がある、リヒテンシュタインの株式会社の損失が、その社員であるドイツ居住者の所得から控除できるかどうかが争われ、その先決問題として、リヒテンシュタインの株式会社が、ドイツの租税法において法人税の納税義務を負う独立した主体であるかどうかが争われた事案である。なお、本件には、連邦財務大臣が訴訟参加している。同争点について、本判決は、以下のとおり判示して、原判決を取り消した。

「外国の会社の権利能力は、その所在地および管理支配地がある外国の法を基準として判断される（……）。これと

異なるのは、定款上の所在地（一九七七年租税通則法一一条）が外国にあり、事実上の所在地が設立時からドイツにあるか、その後ドイツに移転してきた資本会社である。こうした会社の権利能力は、国際私法上、連邦最高裁判所の判例および学説の支配的な見解によれば、事実上の所在地において妥当する法秩序を基準として判断される（所在地説）。したがって、外国で設立され、事実上の所在地が設立時から国内にあるか、その後国内に移転してきた株式会社は、いずれにせよ、ドイツの商業登記簿に登記されるまで、権利能力をもたない（……）。……。したがって、本件株式会社は、リヒテンシュタイン法によれば、権利能力をもつとしても、ドイツ法によれば、ドイツの商業登記簿に登記されていないため、権利能力をもたない（……）。」

「国内において権利能力をもたない外国の法人が、ドイツの資本会社その他の法人に類似しているとき、法人税の納税義務を負うかどうかは争われている。

(a)　外国に所在地および管理支配地があり、権利能力をもつ外国の会社については、判例によれば、法人税法一条一項一号または四号にいう資本会社またはその他の法人の類型（Typ）と比較できるかどうかを基準として判断される（……）。外国の会社は、会社の組織（Organisation und Struktur）について関連する外国の諸規定を総合評価（Gesamtwürdigung）したとき、法的および経済的に、国内の資本会社その他の私法上の法人に類似すると認められる場合、法人税の（制限）納税義務を負う。……。

(b)　学説のほぼ一致した見解によれば、外国の会社が権利能力をもたないことは同じく決定的でないとされてきた。むしろ学説によれば、判例と同じく、外国の会社において、ドイツの法人税法によれば法人税の納税義務について必要な諸要素が見られるかどうかが基準とされてきた。決定的であるのは、外国の会社が、類型比較において、法人税

の納税義務を負う国内の会社に対応しているかどうかである（……）。

(c)　これに対し、かつて税務行政は、国内に管理支配地がある外国の資本会社は、権利能力をもたないため、法人税の納税義務を負わないという見解を主張していた。……。しかし、連邦財務大臣の代理人が口頭弁論手続に参加してきたように、税務行政は、こうした見解をもはや支持していない。」

「したがって、本法廷は、連邦財務大臣および学説の支配的な見解を採用する。外国で設立され、ドイツの資本会社のように組織された外国の会社は、その管理支配地が国内にあり、したがってドイツの国際私法によれば権利能力をもたないとしても、……法人税の無制限納税義務を負うことがある。」

そこで、本判決は、以上の判断枠組みの具体的な適用において、リヒテンシュタイン法の諸規定を評価して、本件株式会社は、ドイツの株式会社に類似しているため、法人税の無制限納税義務を負うと判断するに至った[33]。つまり、国際私法上、権利能力があるかどうかと、租税法上、独立した主体であるかどうかは、相互に独立した問題であると判断したこととなる。

三　類型比較の理論的検討

これまで見てきたように、ベネズエラ裁判後、判例および実務においては、類型比較という判断枠組みが大まかに維持されてきた。また、その実質的な理由は、「課税の公平」というベネズエラ裁判の説明に尽きていると理解されて

きた[34]。そのため、類型比較に対する（散発的な）批判も、支配的な見解を揺るがすことは決してなかった。

しかし、そうした批判を分析することで、それらが支配的な見解に動揺を与えることができなかった理由を探ることは、類型比較の意義と限界を定めるため、必ずしも無意味な作業でないかもしれない。そこで、以下では、①租税法と国際私法の関係、②国際的企業の競争中立性、③類型比較の例外的あり方という異なる見地からされた批判に的を絞り、以上の課題に取り組みたい。

1　租税法と国際私法の関係

類型比較に対する最初の（潜在的な）批判は、「租税法と国際私法秩序の統一性」という見地から提起されたと理解できるものである。これは、ベネズエラ裁判の直後、ある国際私法の博士論文において提起されたものであり[35]、当時、さほど注目を集めたわけではなかったが[36]、戦後、国際租税法の体系が構築される過程において、Ottmar Bühler[37]およびKlaus Vogel[38]という二人の碩学から否定的に言及されて退けられたものである[39]。

批判の論旨は、一見したところ、明快である。まず、国際租税法には、租税法上の概念と私法上の概念があると論じられる[40]。たとえば、外国税額控除における「租税」の概念は、前者の例であり、外国の租税法のあり方が考慮されるという[41]。これに対し、それ以外の大部分は、後者に属するものであり、国際私法という抵触法規範を通じて選択される実質法のあり方が考慮されるという[42]。不動産取得税における「共有」または「契約」の概念が、その例とされる[43]。

ところが、同批判は、議論のはじめにおいて、国際租税法を国際公法と位置づけた上で、「国内実質法の国際的適用にかかわる国際租税法」と「実質法の選択にかかわる国際私法」の論理的な差異を承認していた[44]。そのため、国際租税

法が、「私法上の概念」について、国際私法を基準としているという理解は、必ずしも自明でないはずであった。

こうした論証の不足を補うためか、同批判は、議論のおわりにおいて、「すべての租税法秩序はひとつの体系である」という規範的な認識を援用している[45]。そうした認識によれば、各国の租税法は、同一の事実関係について、同一の性質決定をすべきだという。つまり、結局、租税法上の概念についても、私法上の概念についても、各国の租税法と整合的な解釈をすべきだという。

もちろん、こうしたふたつの異なる議論の関係は、さほど明晰でない。そればかりか、そもそも各国の租税法が同一の性質決定をすべき基準も、さほど明白でない。なるほど、いずれにせよ、多くの場合、国際私法を基準としても、各国の租税法を基準としても、結論は重なり合うのかもしれない。また、外国の法形態についても、基準とすべき国際私法または各国の租税法の理解しだいで、結論は重なり合うのかもしれない[46]。しかし、少なくとも、常にそうした符合が成立するためには、それじたい論証を要する、いくつもの前提が必要なはずである。このような疑問があるためか、Bühler は、同論文の存在について、わずかに言及しているにすぎない[47]。

これに対し、Vogel は、より広範な視野において、国際租税法ひいては国際行政法と国際私法を統一的に理解しようという構想そのものに異論を向ける[48]。そのため、同批判は、「国内実質法の国際的適用にかかわる国際租税法の論理」を「実質法の選択にかかわる国際私法または抵触法の論理」と不当に混同しているのではないかという疑いを向けられることともなる[49]。

Vogel は、『行政法規範の領域的適用範囲』と題された教授資格申請論文において、国際行政法と国際私法の構造的な差異を明証する具体例として、国際行政法と位置づけられた国際租税法について、大要、以下のとおり論じる[50]。

確かに、租税法が、国際的関係において、明示的に、国際私法を基準とすることもある。相続税法における相続財産

の帰属（Erbanfall）が、その典型である。[51] しかし、そうした明示的な決定がない限り、租税法は、国際私法を基準としていないと理解すべきである。租税法が、私法から概念を借用しているとき、自国の私法を参照しているにすぎないからであり、また、そもそも、公平な課税という租税法の目的と（ヨーロッパ市民社会の共通性という仮定の上に成立する）私的自治の保障および判決の調和という国際私法の目的は、異なるからである。[52] これを、一般的に、主要問題が行政法に属すれば、先決問題は行政法を基準として判断される、と定式化することもできる。

こうしたVogelの主張の前提および射程についての本格的な考察は、本稿の課題を大きく超えるものである。しかし、その実質的な背景と考えられる、現実には必ずしも共通性がない外国の私法のあり方が国内の租税法のあり方に決定的な影響を与えてしまうことへの危惧は、その後の議論にも受け継がれることとなる。[53]

2　国際的企業の競争中立性

類型比較に対する異なる本格的な批判は、一九七〇年代に至り、当時IBFDに勤務していた実務家により提起されたものである。[54] そこでの問題関心は、類型比較によれば、ドイツの合名会社または合資会社に類似し、外国で法人税の納税義務を負う会社の留保利益は、ドイツでの共同事業者課税（組合課税）と外国での法人課税という二重課税に服することとなるというものである。[55]

批判の論拠は多岐に亘る。しかし、そのうち、「租税法と国際私法秩序の統一性」という見地からされたもの[56]は、せいぜい繰り返しにすぎないと考えられる。また、EEC域内における企業と法人の相互承認という見地からされたもの[57]は、もともと私法に限られていた条約の議論を租税法に拡張するものであり、そもそも根拠に欠ける。[58] そこで、以下では、

国際的企業の競争中立性という見地からされた批判[59]を取り上げる。

いわく、外国において法人税の納税義務を負う人的会社をドイツにおいて資本会社として承認するため決定的であるべきは、競争正義（Wettbewerbsgerechtigkeit）という考えである。また、この考えによれば、考慮されるべき競争状態（Wettbewerbslage）は、会社が利益を獲得した国のものであり、その社員が居住していて、利益が分配される国のものではないという。つまり、国内の居住者を社員とする外国の会社について、外国における競争状態が不利にならないよう、国内の租税法は配慮すべきであるという。

しかし、国内の租税法が、外国の法形態が所得を分配する国内の競争状態でなく、所得を獲得する外国の競争状態に対する中立性を確保しなければならない理由は不明である。また、たとえば外国の法形態が設立準拠法として選択した国とは異なる国において所得を獲得する場合、この議論は前提を欠くこととなる。さらに、そもそも、留保利益に対する二重課税という問題は、国内の居住者である社員における外国税額控除により解決されているとも考えられるはずのものである。

このように、同批判には、さまざまな疑問があり、ドイツでは、以上を含め、その直後にされた包括的な反論により退けられたものと考えられている[60]。

3　類型比較の例外的あり方

以上の二つの批判はいずれも、類型比較に外在的な批判として理解できる。これに対し、近年、米国のLLCをめぐる議論においては、類型比較に内在的な問題も指摘されている[61]。そこで、最後に、ある標準的な体系書の叙述を参照し

て、そうした問題を概観したい。[62]

ただし、問題の所在は、容易に予想できるものでもある。つまり、類型比較の例外的なあり方において、外国の法形態の個別具体的な諸要素が総合的に評価されることとなれば、その適用は法的安定性に欠けることとなる、というものである。[63]事実、米国 LLC 通達は、すでに引用した部分に続き、「個別事例における LLC の分類」と題された部分において、以下のことを繰り返し強調していた。

「米国法における LLC という形態の広範な選択可能性を考慮すれば、ドイツの課税目的のためのその分類について、一般的な命題を立てることは不可能である。したがって、個別事例において法律の規定および定款上の規定により形成された具体的なあり方が、判断の基礎となるほかない。

分類の基準は、問題の LLC に認められる諸要素がその全体像（Gesamtbild）において法人（Körperschaft）と人的会社のいずれに典型的であるかどうかである。そのため、その判断に際して、各諸要素は比較考量されなければならない。その際、そのいかなる要素にも決定的な意義は与えられない。したがって、たとえば問題の LLC に法人の要素として有限責任または無限の存続期間が認められれば、その LLC がただちに法人として分類される、ということとはならない。……」

このように、分類の基準は、あくまで諸要素から描き出される全体像であり、ひとつの要素に決定的な意義が与えられることはない。したがって、通達の解釈として、ひとつの要素を根拠として、たとえば法人として分類することはで

きない。しかし、通達からは、全体像の判断について、それ以上、いかなる解釈基準も読み取ることができない。これは、従来の連邦財政裁判所の判断にも付随していた問題である。

そのため、従来、こうした全体像の判断について安定した解釈をもたらすため、外国の私法ひいては租税法における独立した主体としての扱いを考慮しようとしたり、当事者の意思を重視しようとしたりする議論も散見されていた[64]。また、そればかりか、米国のチェック・ザ・ボックス規則を参照して、課税方式について、当事者の選択権を認めようとする議論も散見されていた[65]。

これに対し、米国 LLC 通達は、個別事例において、どうしても、一義的な（eindeutig）全体像が導かれない場合、①集中化された業務執行および代表、②有限責任、③持分の自由譲渡性、④利益の配賦、⑤出資というすでに紹介した諸要素のうち多数を以て、分類の基準に代えるという決断をしている。しかし、こうして示された補充的な基準は、従来の議論からの飛躍であるばかりか、いまだ判例の追認を得ることができていないものでもある。そのため、こうした米国 LLC 通達の決断について正しく評価するためには、さらなる議論の展開を俟つ必要がある。

4　小括

類型比較に対しては、一九三〇年代、一九七〇年代および二〇〇〇年前後というおよそ三つの異なる時期において、それぞれ異なる見地から散発的な批判が見られた。このうち、最初の批判は、ある国際私法の博士論文によるものであり、そもそも理論的な根拠も意義も不確かなものであったが、戦後、国際行政法および国際私法という異なる構想の差異を強調した Vogel の議論により、完全に退けられたと理解されている。

続いての批判は、IBFD の実務家によるものであり、国内租税法の解釈を通じて二重課税を排除しようという実践的な意図を背景とするものであった。しかし、外国の競争状態に対する中立性をはじめ、そこで示されたさまざまな論拠は、いずれも十分に説得的であるとは考えられないものであった。

最後に、近年の批判は、米国の LLC に関する議論を通じて浮き彫りとされた類型比較の例外的なあり方に向けられたものであり、とくに米国へ留学した経験をもつ実務家により提起されたものである。しかし、課税実務は、米国 LLC 通達においても、全体像を基準とした総合考慮という判断のあり方を、少なくとも原則として、維持している。

このように、散発的な批判はあったものの、類型比較という判例の立場は、実務および学説において支持されてきた。もちろん、その実質的な根拠として、ベネズエラ裁判後、課税の公平という理念が共有されてきたことは、それじたい重要な認識である。しかし、こうした理念が、たんなる剥き出しの利益考量の域を超えて、国際行政法という国際私法とは異なる世界像を前提とした理論的な構想において、強固な基盤を獲得していることは、さらに重要な認識である。

四　おわりに

本稿は、租税法における外国の法形態という限られた問題について、ドイツ法の実像を素描したものにすぎない。したがって、ドイツ法において重視されていた、課税の公平という理念の意義については、国際行政法および国際私法という異なる構想の差異を批判的に識別しつつ、さらに考察を重ねていかなければならない。また、租税法において、法人課税および組合課税という異なる課税のあり方が並存していることの意義についても、考察を避けることはできないであろう。

他方、ドイツ法の背景には、国際私法における外国の法形態について、ひとつの明確な態度決定があることも見のがすことができない。そのため、ドイツ法のあり方から日本法のあり方へ、明確な示唆を引き出すためには、民法三五条および会社法八二三条という外国法人および外国会社にかかる規定の意義についても、基礎的な考察を重ねる必要がある。しかし、これもまた、本稿の課題を大きく超えるものである。

（追記）
本稿は、平成二六年度科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金）（若手研究（B））（課題番号26780007）の成果の一部である。

（1）また、内国法人として無制限納税義務を負うか否かが、設立地により判断されるのでなく、所在地により判断されるのであれば、問題状況はさらに複雑な様相を呈することとなる。

（2）ごく簡単な分析として、田中啓之「判批（東京高判平成二五年三月一三日訟月六〇巻一号一六五頁）」税研一七八号『最新租税基本判例七〇』（二〇一四）九七頁。

（3）木村弘之亮「判批（大阪地判平成二二年一二月一七日判時二一二六号二八頁）」判評六三八号一六〇頁（二〇一二）、今村隆「外国事業体の『法人』該当性」税大ジャーナル二四号一頁（二〇一四）。

（4）ごく簡単な紹介として、吉村政穂「ハイブリッド事業体・取引を利用したスキームをめぐる課税上の問題」租税研究七五五号二四三頁（二〇一二）、今村・前掲註三。

（5）なお、たとえばIFAにおける、国際的な議論の蓄積も無視できない。Partnerships and joint enterprises in international tax law, CDFI LVIII b (1973); Recognition of foreign enterprises as taxable entities, CDFI LXXIII a (1988); International

income tax problems of partnerships, CDFI LXXXX a (1995).

（6）Deutsches Reichseinkommensteuergesetz vom 29. 3. 1920, RGBl. I 1920, S. 353 und Deutsches Körperschaftssteuergesetz vom 30. 3. 1920, RGBl. I 1920, S. 393.

（7）RFH vom 17. 4. 1925 I A 92/24, RFHE 16, S. 212.

（8）ただし、学説においては、国際私法を通じて選択された実質法が基準となるという見解も主張されていたようである。*W. Rehdans/ W. Selle*, Die Besteuerung der Ausländer im Deutschen Reich, Berlin 1927, S. 22 f..

（9）RFH vom 12. 2. 1930 VI A 899/27, RStBl. 1930, S. 444, RFHE 27, S. 73.

（10）RFHE 27, S. 78 ff..

（11）BFH vom 3. 2. 1988 I R 134/84, BStBl. II 1988, S. 588.

（12）Siehe unten.

（13）BFH vom 16. 12. 1992, BStBl. II 1993, S. 399. Vgl. auch BFH vom 26. 8. 1993 I R 44/92, BFH/NV 1994, S.318.

（14）BFH vom 4. 4. 2007 I R 110/05, BStBl. II 2007, S. 521, BFHE 217, S. 535.

（15）BFH vom 25. 5. 2011 I R 95/10, BStBl. II 2011, S. 807, BFHE 233, S. 314.

（16）Grundsätze der Verwaltung für die Prüfung der Aufteilung der Einkünfte bei Betriebsstätten international tätiger Unternehmen, BMF-Schreiben vom 24. 12. 1999, IV B 4 - S 1300 - 111/99, BStBl. I 1999, S. 1076.

（17）たとえば、スペインの合名会社および合資会社について、Steuerliche Behandlung spanischer Personengesellschaft, BMF-Schreiben vom 19. 3. 1976, IV C 6－S 1301－Spanien －20/75, BB 1976, 540, RIW 1976, S. 305; チリの sociedad de responsabilidad limitada について、Vermeidung der Doppelbelastung im Verhältnis zu Chile: Behandlung einer „sociedad de responsabilidad limitada“ als Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft, BMF-Schreiben vom 1. 12. 1980, IV B 7－S 2741－20/80, DB 1981, S. 139, RIW 1980, S. 70.

（18）Vgl. auch *A. Raupach*, Der Durchgriff im Steuerrecht, Habil., München 1968, S. 141 ff.; *H.-J. Wurster*, Die Qualifikation ausländischer Kapitalgesellschaften nach deutschem Steuerrecht, RIW 1981, S. 679.

（19）BFH vom 17. 7. 1968 I 121/64, BStBl. II 1968, S. 695, BFHE 93, S. 1.

（20）§ 932 a PGR. なお、リヒテンシュタイン民法典は、第一巻「物権法」、第二巻「債権法」、第三巻「人および会社法」(Personen- und Gesellschaftsrecht)、第四巻「家族法」および第五巻「相続法」から構成されている。こうした民法典の総合的な体系を維持するため、一九二八年四月一〇日、信託事業（事業信託）について新しく設けられた全部で一七〇条の規定は、形式上、「人および会社法」九三二条aに位置づけられている。そのため、同条を指して「信託事業法」と呼ぶこともある。オーストリア民法典を継受したリヒテンシュタイン民法典において、信託事業法は、リヒテンシュタインに独自なものとして評価されているようである。Vgl. auch *A. Raupach*, aaO., S. 141 ff..

（21）ただし、現在では、国際私法上、権利能力なき会社について、租税法上、権利能力なき社団等との対応を検討することは、類型比較のあり方として誤りであると理解されている。

（22）BFHE 93, S. 3 ff.

（23）Steuerliche Einordnung der nach dem Recht der Bundesstaaten der USA gegründeten Limited Liability Company, BMF-Schreiben vom 19. 3. 2004, IV B 4 - S 1301 USA – 22/04, BStBl. I 2004, S. 411.

（24）BFH vom 20. 8. 2008 I R 34/08, BStBl. II 2009, S. 263.

（25）Anwendung der Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) auf Personengesellschaften, BMF-Schreiben vom 16. 4. 2010, IV B 2－S 1300/09/10003.

（26）国際私法上の所在地（Sitz）は、租税法上の所在地（Sitz）（§ 11 AO）と全く異なる概念である。租税法上の所在地は、「法律、会社契約、定款、寄付行為その他これに類するものにより定められた地（Ort）」である。これに対し、国際私法上の所在地は、むしろ租税法上の管理支配地（Geschäftsleitung）（§ 10 AO）に対応する概念である。

（27）なお、現在では、欧州連合域内における企業の移転の自由を保障するため、域内の外国会社については、異なる解釈が採用されている。しかし、本稿では、これを詳しく論じることができない。

（28）FinBeh. Hamburg, Erlass vom 15. 1. 1985, 53 - S 2071－3/82, DB 1985, S. 258.

（29）FinMin. Baden-Württemberg, Erlass vom 15. 1. 1985, S 2071 A－1/84, DStR 1985, S. 180.

（30）また、税務行政の担当者の見解として、*V. Sarrazin*, Unbeschränkte Steuerpflicht ausländischer Körperschaften, FR 1985, S. 466; *R. Oppermann*, Steuerrechtliche Folgen der Verlegung des Sitzes und des Orts der Geschäftsleitung von

ausländischen Kapitalgesellschaften in das Inland, DB 1988, S. 1469; zust. *C. Buyer*, Die „Repartriierung" ausländischer beschränkt steuerpflichtiger Kapitalgesellschaften durch Sitzverlegung ins Inland, DB 1990, S. 1682.

(31) *D. J. Piltz*, Unbeschränkte Steuerpflicht ausländischer Kapitalgesellschaften aufgrund inländischer Geschäftsleitung, FR 1985, S. 347; *J. M. Mössner*, Selbstständigkeit juristischer Personen und Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerreeht, RIW 1986, S. 208; *U. Hartmann*, Steuerliche Subjektsfähigkeit ausländischer juristischer Personen mit inländischer Geschäftsleitung am Beispiel einer britischen „non-resident-limited", DB 1987, S. 122; *M. Lehner*, Die steuerliche Ansässigkeit von Kapitalgesellschaften, RIW 1988, S. 201; *H. Debatin*, Subjektfähigkeit ausländischer Wirtschaftsgebilde im deutschen Steuerrecht, BB 1988, S. 1155; *E. Dötsch*, Körperschaftsteuerliche Behandlung der Verlegung des Sitzes bzw. der Geschäftsleitung einer Kapitalgesellschaft über die Grenze, DB 1989, S. 2296; *H. Debatin*, Zum Steuerstatus ausländischer Kapitalgesellschaften, BB 1990, S. 1457; *G. Eppler*, Sitztheorie, unbeschränkte Steuerpflicht und Mißbrauch, DB 1991, S. 1949; *U. Henkel*, Subjektfähigkeit grenzüberschreitender Kapitalgesellschaften, RIW 1991, S. 565 ;a.A. *F. Wassermeyer*, Kann eine ausländische Kapitalgesellschaft im Inland unbeschränkt steuerpflichtig sein ?, DB 1990, S. 244.

(32) BFH vom 23. 6. 1992 IX R 182/87, BStBl. II 1992, S. 972, BFHE 168, S. 285.

(33) ただし、国際私法上、権利能力をもたない会社について、その根拠条文が、法人税法一条一項一号でなく、五号であると判断されたことは、類型比較のあり方として正しくないと批判され、現在では傍論にすぎないと理解されている。*B. Knobbe-Keuk*, Anmerkung, DB 1992, S. 2070.

(34) Etwa *W. Arendt*, Zum Qualifikationsproblem im deutschen Internationalen Steuerrecht, StuW 1959, Sp. 381; *ders.*, Anwendung deutscher Sachnormen auf ausländische Privatinstitute, StuW 1960, Sp. 349; *A. Raupach*, a.a.O., S. 137 f.; *H. Debatin*, Auslegungsmaximen zum internationalen Steuerrecht, AWD 1969, S. 477; *B. Grossfeld*, Basisgesellschaften im Internationalen Steuerrecht, Habil., Tübingen 1974, S. 63.

(35) *E. Herzfeld*, Probleme des internationalen Steuerrechts unter besonderer Berücksichtigung des Territorialitätsproblems und des Qualifikationsproblems, Diss., VJSchrStFR 6 (1932), S. 422.

（36）事実，同批判は，当時の他の代表的な文献において，少なくとも支持されていなかったようである。*E. Rabel*, Das Problem der Qualifikation, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 5 (1931), S. 241 ff., S. 270, S. 273; *E. Isay*, Internationales Finanzrecht: eine Untersuchung über die äußeren Grenzen der staatlichen Finanzgewalt, Stuttgart/Berlin 1934, S. 6 ff.; *W. Wengler*, Beiträge zum Problem der internationalen Doppelbesteuerung, Berlin/Leipzig 1935, S. 102 ff..

（37）*O. Bühler*, Internationales Steuerrecht (IStR) und Internationales Privatrecht (IPR): Ein systematischer Versuch, Amsterdam 1960; *ders.*, Prinzipien des Internationales Steuerrechts, IStR - Ein systematischer Versuch, Amsterdam 1964, S. 75 ff.. 行政法から研究生活を開始した租税法の碩学が，最晩年の研究対象として本問題を選択したという事実は，それにたい興味深いものである。なお，Bühler は，IFA 創設者の一人でもある。

（38）*K. Vogel*., Die räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, Habil., Frankfurt am Main 1965. 同じく行政法から研究生活を開始した租税法の碩学が，最初期の研究対象として本問題を選択したという事実も，それにたい興味深いものである。

（39）*D. J. Piltz*, Die Personengesellschaften im internationalen Steuerrecht der Bundesrepublik Deutschland, Diss., Heidelberg 1981, S. 64 mwN.

（40）*E. Herzfeld*, a.a.O., S. 457.

（41）*E. Herzfeld*, a.a.O., S. 457, S. 460 ff..

（42）*E. Herzfeld*, a.a.O., S. 457, S. 462 ff..

（43）*E. Herzfeld*, a.a.O., S. 457, S. 459.

（44）*E. Herzfeld*, a.a.O., S. 423 ff..

（45）*E. Herzfeld*, a.a.O., S. 467.

（46）*E. Herzfeld*, a.a.O., S. 463, S. 464, S. 467.

（47）*O. Bühler*, IStR und IPR, a.a.O., S. 13.

（48）*K. Vogel*, a.a.O., Verwaltungsrechtsnorm, S. 151 ff..

（49）なお、Vogelは、同批判において国際私法から国際租税法へ持ち込まれた「性質決定（Qualifikation）」という用語でなく、「包摂（Subsumtion）」または「分類（Einordnung）」という用語によるべきことを一貫して主張している。*K. Vogel*, Ein Qualifikationsproblem im Dreieck zwischen Deutschland, Frankreich und Österreich, in: GS für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 835.

（50）*K. Vogel*, a.a.O., Verwaltungsrechtsnorm, S. 290 ff., S. 330 ff..

（51）RFH vom 24. 9. 1935 III e A 37/35, RStBl. 1935, S. 1366, RFHE 38, S. 225; RFH vom 16. 1. 1936 III e A 33/35, RStBl. 1936, S. 248; BFH vom 20. 12. 1957 III 250/56 U, BFHE 66, S. 204; *W. Wengler*, a.a.O., S. 60 ff.; vgl. auch *H. Möller*, Erbschaftsteuergesetz und ausländisches Erbrecht, Diss., Göttingen 1970.

（52）Auch *K. Vogel*, a.a.O., Verwaltungsrechtsnorm, S. 215 ff..

（53）Etwa *B. Grossfeld*, a.a.O., S. 53.

（54）*L. Hintzen*, Die Anerkennung ausländischer Personengesellschaften als Kapitalgesellschaften nach deutschen Steuerrecht, DStR 1971, S. 327; *ders.*, Zur Qualifikation ausländischer körperschaftsteuerpflichtiger Personengesellschaften, StuW 1974, S. 319. 論文から推測する限り、執筆の動機は、一九六八年、ベルギーの裁判所が、オランダの合名会社Van den Akkerについて、ベルギー法を適用して法人として課税するという判断をしなかった事例が、IBFDの関心を集めていたことにあるようである。*L. Hintzen*, Anerkennung, S. 330. なお、後者の論文は、主として、前者の論文を、独西租税条約との関係で、展開したものである。

（55）*L. Hintzen*, a.a.O., Anerkennung, S. 328.

（56）*L. Hintzen*, a.a.O., Anerkennung, S. 331 ff.. なお、論者の実践的な意図は、外国の私法については外国の租税法における扱いと平仄を合わせるべきだ、というもののようである。

（57）*L. Hintzen*, a.a.O., Anerkennung, S. 334.

（58）条約の文言および沿革を超えているという指摘として、*B. Grossfeld*, a.a.O., S. 61 f..

（59）*L. Hintzen*, a.a.O., Anerkennung, S. 333 f..

（60）*V. Kluge*, Die Anerkennung ausländischer Gesellschaften im deutschen Steuerrecht, DStR 1976, S. 365.

(61) 最初期の議論として *E. Schlütter*, Personengesellschaft oder Kapitalgesellschaft? – Aktuelle Qualifikationsfragen, DStJG 8 (1985), S. 215, S. 224 ff.; *F. E. F. Hey*, Gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte der Limited Liability Company, RIW 1992, S. 916; *ders.*, Stellung der US (Delware) Limited Liability Company im internationalen Steuerrecht, in: FS für Helmut Debatin, München 1997, S. 121; *J. Lüdicke*, Neue Entwicklungen der Besteuerung von Personengesellschaften im internationalen Steuerrecht, StbJb 1997/98, S. 449.

(62) *H. Schnittker*, in: F. Wassermeyer/ S. Richter/ders., Personengesellschaften im Internationalern Steuerrecht, Köln 2010, S. 132 ff..

(63) *H. Schnittker*, a.a.O., S. 161, S. 165.

(64) *H. Schnittker*, a.a.O., S. 164. Etwa *K. Pusill-Wachtsmuth*, Der Typenvergleich zur Einordnung ausländischer Gesellschaften in das deutsche System der Einkommensbesteuerung, Diss., Frankfurt am Main 2003, S. 174 ff.; *H. Herrmann*, Die Einordnung ausländischer Gesellschaften im Ertragsteuerrecht am Beispiel der US-Amerikanischen Limited Liability Comapy, RIW 2004, S. 445.

(65) *H. Schnittker*, a.a.O., S. 165 f..

論　説

「戦後処理」からの脱却を目指して：高度経済成長期の外務省機構改革

白鳥潤一郎

目　次

はじめに
一　外務省機構改革の流れ
二　「戦後処理」からの脱却という課題

（1）「戦後処理」外交
（2）経済外交の変化
三　機構改革構想の検討
（1）機構改革構想の浮上
（2）機構委員会及び機構小委員会における検討開始
（3）昭和四二年度予算要求と「外務省機構改革第一次改革案」
四　機構改革の実現
（1）「政経合体」をめぐる駆け引き
（2）「政策企画」担当部局
（3）改革実施方針策定
（4）最終調整
おわりに

はじめに

一九五〇年代半ばに始まる高度経済成長を経て、一九六八年、日本は西側第二位の国民総生産（ＧＮＰ）を持つ経済大国となった。この時期、外務省は転機を迎えていた。

敗戦国としてその歩みを始めた戦後日本外交の課題は「戦後処理」にあった。各国との講和や経済関係の正常化、主要国際機関への加盟など「戦後処理」外交は多岐にわたるが、いずれも条約や政府間協定の締結を必要とした点に特徴

がある。「外交一元化」をめぐって外務省を再三苦しめた軍部が解体されたこともあり、外交交渉を担い、条約などの国際協定の解釈権を持つ外務省は政府内で盤石の地位にあった。しかしながら、一九六〇年代半ばになると「戦後処理」の多くは完了し、外務省に求められる役割も徐々に変化していた。それゆえ、同時期の日本外交は残された「戦後処理」の課題である沖縄返還と日中国交正常化に取り組む一方で、「戦後処理」外交からの脱却を目指すことになった。それは、一方では経済大国にふさわしい外交の在り方を探ることであり、他方では「戦後処理」を終えた後、対外政策決定過程における外務省の影響力をどのようにして維持していくかという課題に向き合うことであった。「戦後処理」外交からの脱却はいかに模索されたのか。本稿では、外務省の機構改革に着目してこの問題を検討する。

外務省の機構改革に着目する意義をここでは三点に絞って挙げておきたい。[1] 第一は、稟議制を特徴とする他省庁と異なり「縦のライン」が強い外務省における機構及びその改革の重要性である。[2]「縦のライン」とは大臣・次官・主管局（場合によっては主管課）を指す。対外交渉を主たる任務とする外務省で「縦のライン」がある程度強くなることは必然とも言えるが、それを前提としつつも、縦割りの弊害を緩和して多面的に政策を検討する回路を確保しつつ外交の一体性を担保するのがリダンダンシー（冗長性）を特徴とするその機構である。[3] どのような「縦のライン」を形成し、さらにその弱点を補うような機構とするかによって政策決定過程の基本的なパターンは変化する。

第二は、機構改革の関連文書が無謬性を前提としない例外的な史料群だということである。[4] 行政の継続性を重視するという建前もあり、他の行政文書と同様に外交文書でも従来の政策を真っ向から否定するような記述は限られている。それに対して、本稿で用いる機構改革の関連文書は、既存の機構を改編することを前提に開かれた各種委員会の会議資料を中心としており、日本外交の問題点を率直に指摘する外務官僚たちの本音が残されている。

第三は、所掌がはっきりしている個別の政策を超えた同時期の外交課題が明瞭に浮かび上がるということである。近

年、史料状況の改善を受けて個別の政策課題について機構レベルの変化や影響についても目配りをした研究が徐々に増えているが[5]、これらの研究で明らかになるのはあくまでも個別の政策決定と関連する範囲である。機構改革に着目することで、個別の政策決定過程に回収されない、より大きな政策潮流を明らかにすることが出来るだろう。

以上を前提として、本稿では、いわゆる「政経合体」を実現したことで知られる一九六九年一月から三ヵ年計画で実施された機構改革をその前後の動きと併せて検討する[6]。この改革のキーワードになったのは政策企画（ポリシー・プランニング）である。政策企画機能の強化を掲げて、経済局の各地域課を地域局に移管・再編する「政経合体」が実施に移され、併せて経済局の多国間外交機能の強化が図られた。さらに国際資料部が調査課・分析課・企画課の三課体制からなる調査部に改編され、中長期的な課題や他の部局の所掌に入らないような課題に関する「政策企画」を専門に扱う部局が設置された（本稿ではこの狭義の政策企画を、改革全体を貫く課題となった政策企画と区別するために括弧書きする）。一九六九年の機構改革は、関係部局の数という点で戦後日本の外務省機構改革の中で最大のものである。また、検討された各種の課題がその後の機構改革でも引き続き取り上げられることになったことでも重要な意味を持つ。この機構改革の構想段階から実施に至るまでを分析することで、「戦後処理」からの脱却と政策企画機能の強化を模索した、高度経済成長期における外務省の試みとその帰結を明らかにしたい[7]。

一　外務省機構改革の流れ

第二次世界大戦後の外務省機構改革は、概ね十年に一度行われる全省的な改革と、日々浮上する新たな政策課題に対応するための比較的小規模な改革を両輪とする[8]。全省的改革は機構委員会と機構小委員会を設置し、二〜三年程度の検

討を行った上で実施される。[9] 一九六九年一月の改革の場合は、六六年一月に機構委員会及び同小委員会が設置された。機構委員会委員長は官房長が、副委員長は官房総務参事官が務め、委員には大臣官房の各課長及び官房書記官（総務参事官室）、各局・部の参事官（参事官が設けられていない場合は右翼課長）が充てられ、小委員会は機構委員会のメンバーでもある官房書記官が主宰し、官房及び各局・部の首席事務官クラス八名程度によって構成された。[10] 機構委員会で基本的な課題を検討の上で小委員会への諮問事項や付託事項が決定され、小委員会で各部局の意見を集約しつつ具体的な検討が行われる。小委員会での検討結果を基に機構委員会で改めて議論を行い、幹部会で最終決定に至るというのが改革の基本的な流れである。

一九七〇年代以降では、八四年の情報文化局を廃止し情報調査局を設置した改革、九三年の国連局を廃止し総合外交政策局を設置した改革、二〇〇四年の領事移住部の領事局への昇格及び国際情報局の国際情報統括官組織への改編、条約局の国際法局への改編、総合外交政策局の機能強化を実現した改革などが大規模改革に当たる。

室レベルの改編も含めれば小規模な改革はほぼ毎年行われている。この小規模改革を追うことで、その時々の政策課題の変化を読み取ることが出来る。典型的なケースとして新しい外交課題への対応がある。ここでは一例として中東問題を簡単に紹介しておく。外務省に中東問題を専門に所掌する部局として中近東アフリカ問題を担う欧米局第七課が設置されたのは一九五五年七月のことである。しかし、鳩山一郎内閣下で行政簡素化が進められる過程で、外務省全体の計四一課一室体制から八課一室を削減することになり、設置されたばかりの第七課は廃止されることになった。同課の所掌事務は欧米局に配置された外務書記官が担うことになり、あくまで組織令上の変更であったが、省内における中東問題の位置付けが分かるだろう。このような状況は五六年夏のスエズ危機（第二次中東戦争）発生を受けて変わることになった。五六年一一月には、独立の中近東室が欧亜局内に設置された。また、五八年一月には経済局に課長級をトッ

プとする中近東書記官室が設置された(11)。その後、石油輸入量の急増や中東情勢の緊迫化に伴って、中近東室は順次格上げされることになる。欧亜局中近東室は五七年七月に独立の第七課として復活する形で昇格（五八年五月には中近東課に名称変更）、六一年五月には欧亜局に付設する形で中近東アフリカ部が新設され、最終的に六五年五月に中近東アフリカ局が設置されることになった。経済局中近東書記官室も五九年一月には中近東課に昇格した。

その他に、一九六〇年代半ばから後半にかけて、後述するアジア局賠償部の廃止及び所掌事務の経済協力局への移管に加えて、文化事業部設置、ＯＥＣＤ（経済協力開発機構）加盟に伴う日本政府代表部及び経済局国際機関第二課（「ＯＥＣＤ課」）設置、アメリカ局の北米局と中南米・移住局への分割（ただし政府全体の行革で打ち出された「一省庁一局削減」に伴い、六八年六月に中南米・移住局は廃止される。同局の中南米部門は再び北米局と統合してアメリカ局となり、代わりに領事移住部が設置された）、本省ナンバー二のポストである外務審議官の増員（一名→二名）といった諸改革が実施された(12)。

外務省機構改革の全体像を把握するためには、全省的な改革だけでなく小規模改革にも目を向ける必要がある。本稿では全省的な改革に加えて、全省的改革と小規模改革が連関した事例として南北問題と資源問題も取り上げて検討する。

二　「戦後処理」からの脱却という課題

（1）「戦後処理」外交

機構改革の具体的な検討に入る前に、一九六〇年代半ばに外務省が置かれていた状況を改めて説明しておく。

第二次世界大戦後、外務省は敗戦と占領に対応することを迫られた。占領下に置かれ外交権を失ったことで、日本は通常の外交業務を禁止され、外務省の役割は間接占領下における対占領軍連絡業務および交渉と、講和に向けた検討を含む国際事情の調査が中心となった。また、よく知られているように、占領期に外務省は権限だけでなく人員も大幅に削減された。吉田茂首相が「まず、俺の古巣の外務省から見本を示そう」ということで大鉈を振るったからである[13]。在外公館が廃止された影響が大きいとはいえ、戦中と独立直後を比べると定員は約半分となり、本省に限定しても約四分の三にまで削減された。加えて、一九四九年には通商行政の大部分が新設の通商産業省に統合されることになり、経済外交要員として外務省員が通産省に大挙して出向する事態も発生していた[14]。敗戦と占領によって植民地関連業務が関係各省から移管されたことなどの例外はあるものの、外務省の権限と機構は大幅な縮小を余儀なくされたのであった。とはいえ、外務省の縮小以上に、「外交一元化」を阻害し続けてきた軍部の解体の影響をより大きく見るべきだろう。占領期から独立直後の政策決定過程は錯綜しているが、外務省の対外政策決定における地位は戦前と比べて飛躍的に安定したものとなった。

一九五二年四月のサンフランシスコ平和条約発効により独立を果たした日本の外交課題となったのは「戦後処理」であった。西側諸国を中心とする「多数講和（単独講和）」を選択した日本にとって、共産圏諸国や旧植民地との国交回復、講和の残された課題であるアジア諸国との賠償交渉や、国際経済秩序復帰としてのＧＡＴＴ（関税および貿易に関する一般協定）加盟、その後のＧＡＴＴ三五条援用撤回問題などは、いずれも「戦後処理」と言うべきものである。さらに、アメリカとの間にも奄美群島や小笠原諸島、そして沖縄の返還という「戦後処理」の課題が残されていた。それゆえ、講和後の外務省機構は「戦後処理」に対応したものとなり、機構改革も「戦後処理」の進捗を反映したものとなったのである。賠償関係の機構はその典型と言える。アジア諸国との賠償協定締結が始まったことで五五年七月にはアジア局

に賠償部が設置されたが、その作業に一定の目途が立った六四年五月には賠償部は廃止され、賠償部の所掌事務は経済協力局に移管されることになった[15]。

「戦後処理」が主要課題であったことにより、外務省条約局は独特の重みを持つことになった。サンフランシスコ平和条約や日米安全保障条約は「戦後日本の基本的な国際関係を定める重要な条約」であったし、日本が様々な「戦後処理」を進める過程では必ず条約や行政協定などの政府間協定が結ばれることになったからである。また、自民党と社会党が対峙する五五年体制下の国会では、安保条約や自衛隊をめぐって議論が度々紛糾したが、その際、答弁に立つのは条約局長の役割であり、そのことも条約局に外務省内で他の部局以上の力を持たせることに繋がった。法令上で「統合調整」機能を担うとされたのは大臣官房であったが、実際に各部局を横断する調整機能を発揮したのは主に条約局であった[16]。

一九六〇年代半ばになると、「戦後処理」を最大の課題として条約局が調整機能を果たすという形が日本外交の前提となる状況は徐々に変わりつつあった。前述のようにアジア諸国との賠償に関する作業もこの時期には概ね完了し、佐藤栄作政権成立後の六五年六月には日韓基本条約が締結され韓国との国交が樹立された。さらに六四年四月には「先進国クラブ」のＯＥＣＤに加盟し、ＯＥＣＤ加盟交渉と並行して各国との交渉が進められた結果、経済面における対日差別もその多くが撤廃されるに至った[17]。小笠原諸島や沖縄の返還、日中国交正常化、北方領土問題の解決といった課題は依然として残されており、外交資源の多くが割かれていたが、日本外交の中で「戦後処理」が占める比率は徐々に下がり、高度経済成長を通じて蓄えた経済力を背景にいかなる外交を展開していくかが潜在的な課題として浮上することになった。

（2）経済外交の変化

敗戦に伴って海外領土を失い、憲法第九条によって限定的な防衛力しか持ち得ない日本にとって、経済こそが活路であり、経済外交は極めて重要な外交課題であった。経済外交は先進国へのキャッチアップを目指す外交として展開された[18]。大蔵省が所管する国際金融分野という例外は存在するが、経済外交でも外務省は圧倒的な影響力を誇った。それは、前述のように経済外交もまた「戦後処理」の一環として進められたからであり、また通商行政を担う通産省通商局に外務省員が大量に出向していたからである。通商局長は初代の武内龍次（一九四九年五月～一二月）から四代目の板垣修（一九五四年七月～五六年九月）まで外務省からの出向者が務め、またその下の課長も外務省からの出向者が大半を占めた。

このような状況は一九六〇年代半ばには一変する。五〇年代を通じて外務省からの出向者の下で国際派の通産官僚が育ち、さらにＯＥＣＤ加盟を果たす頃になると「戦後処理」の側面は影を潜め、新たな課題として各国との経済摩擦や多国間の政策調整が浮上し始めた。条約などの政府間協定締結を通じた先進国へのキャッチアップではなく、その時々の課題に応じたルーティン・ワークとしての経済外交にその性格は変化していた。

経済外交の課題は多様な分野・地域に拡散し、それに伴い、外務省経済局は拡大の一途を辿った。高度経済成長開始直後の一九五八年には六課一室（国際機関課［「ＧＡＴＴ課」］、東西通商課、米州課、スターリング地域課、アジア課、欧州課、総務参事官室）だったものが、六四年には十課三室（国際機関第一課［「ＧＡＴＴ課」］、国際機関第二課［「ＯＥＣＤ課」］、経済統合課、東西通商課、アジア課、米国カナダ課、スターリング地域課、欧州課、ラテン・アメリカ課、中近東課、総務参事官室、調査室、商務室）にまで肥大化していた。経済局は次長ポストも有しており、外務省における最大の部局になっていた。実は経済局の肥大化を懸念する省内の声は五〇年代後半から存在し、経済局から地域課を切り離して地域局に移管する「政経合体」構想が模索されていた[19]。この構想を具体的な機構改革の俎上に載せる動きが、

六〇年代半ばになると本格化していくことになった。

三　機構改革構想の検討

（1）機構改革構想の浮上

機構改革構想検討の最初の舞台になったのは外交政策企画委員会である。外交政策企画委員会は一九五七年に設置されたもので、官房長を委員長に、各局配属の参事官をメンバーに週一回程度の会合を行ない、多様な案件を自由に議論する場として機能していた[20]。案件によっては事務次官も加わり、また議題に関係する局長は参加していることが多い。この委員会で六四年七月から翌六五年一月にかけて「外務省機構問題」が三回にわたって議題として取り上げられた。検討のベースとなったのは小川平四郎国際資料部長作成の「省内態勢刷新について」である[21]。このペーパーは機構の問題から人事行政、執務体制まで幅広い論点を含むものだが、ここでは、各委員会を通じて議論されることになる「政経合体」と複数の部局にまたがるような中長期的な課題を取り扱う「政策企画」担当部局設置の二点に絞って、各委員会の議論を紹介する[22]。

前述のように、「政経合体」は一九五〇年代末から問題となっていた。外交政策企画委員会での議論に先立つ「省内態勢刷新について」でも「政経合体」は重要課題として挙げられており、経済局や経済協力局、国連局など機能局の業務を地域局に移管する案が示された。この提案には、「戦後処理」が着実に進んでいく中で国際関係の多角化への対応に機能局を集中させるという意図もあったが、「経済各省と対抗するために外務省の経済各局を拡充するというのでは、

相手のペースに巻き込まれるだけであり、外務省としては政経不可分の原則により、むしろ政務局〔地域局〕を強化することにより強力外交を推進するべきものとの立前で対処すべきものと思う」と記されているように、対外政策決定過程における外務省の影響力維持という観点も入り込んでいた。

一九六四年七月二九日の第二九二回外交政策企画委員会では、経済協力業務に関する「政経合体」についての反対意見が相次いだ[23]。片上一郎経済協力局政策課長は「元来総合的、基本的な性格のものをバラせば事務の複雑化、粗雑化を招く」とし、「結論的には、政府の援助方式が明確化するまでは経協局をバラすべきに非ずと思う」と反対論を展開した。最後の点は、賠償から経済協力へと政策の重点が移行しつつある時期であることを反映しており興味深いが、いずれにせよ担当部局の反対姿勢は明確であった。経済協力に関しては、加藤匡夫経済局次長から経済関係だけでなく政務についても後進国担当課を経済協力局に移管するという構想が以前あったことが紹介されたが、これについては「経済協力庁構想」などの形で外務省解体論に繋がるとして、牛場信彦外務審議官も反対姿勢を鮮明にした。政府全体の行政改革が進められる中で外務省から経済協力業務を切り離す経済協力庁構想が浮上しており、この点に外務省は神経質になっていたのである。経済協力局から地域局という方向にせよ、またその逆にせよ、経済協力局を対象にした「政経合体」への反対意見がその多くを占めることになった。

以上のように経済協力局を対象にした「政経合体」には反対意見が根強かったが、経済局の所掌事務に関する「政経合体」については、加藤経済局次長が実施に当たっての問題点を指摘しつつも基本的には賛成だと表明するなど、賛成意見が多数を占めた。ただし、経済局を対象とするのであれば、経済協力局も対象とすべきだという意見もあり、検討課題として残されることになった[24]。

一九五〇年代以来の課題であった「政経合体」に対して、「政策企画」を専門に担当する部局の設置はこの外交政策

企画委員会で官房総務参事官の安川壮が「米国務省では Policy Planning と Research and Analysis の機能がある。現在の国資部〔国際資料部〕は Research のみであるが、やはりどこか Planning をやるところが必要だ」と提起したことで浮上した課題である。「政経合体」による地域局の強化も、各地域局における政策企画機能の強化を目指したものであるが、それとは別に、単独で全省的な課題を担う「政策企画」担当部局を設置する必要があるというのが安川の提案であった。唐突な感もある安川提案は、第一回日米政策企画協議開催を直後に控えていたことが関係していると考えられる[25]。アメリカだけでなく西欧各国との間でも定期的に実施されていくことになる政策企画協議は、政府の公式見解を伝える場でも交渉をする場でもなく、その時々の政策課題について中長期的な観点も踏まえて自由に意見交換を行うことが想定されていた。六四年九月二一日から二五日まで開催された第一回協議では、国務省の政策企画委員会の機能や役割も取り上げられており、日本側が「政策企画」機能強化に強い関心を有していたことが読み取れる[26]。

「政策企画」担当部局設置に関する安川提案への賛否は割れた。牛場外務審議官が「抽象論が多すぎるのもいけないが、もう少し現実ばなれした議論があっても良いのではないか。もっと長期的に Planning を考える必要があり、計画をまとめるについてもその素材となる paper をつくるところが必要となろう」と賛意を示す一方で、黄田多喜男外務事務次官や小川国際資料部長は外交の出発点として二国間関係を重視する立場から地域局の機能強化を唱え、「政策企画」を専門に担当する部局の設置には反対であった[27]。

九月九日に開催された第二九七回外交政策企画委員会でもこの問題は取り上げられた[28]。委員会では日米政策企画協議に向けた検討や、椎名悦三郎外務大臣が通産省に総務局を設置した経験に触れつつ外務省内に「総合調整の機関が必要ではないか」という意見を幹部会で述べたことが紹介された。椎名は「政策企画」担当部局設置に前向きな意見を持っていたのである。その後の委員会での議論は平行線を辿った。政策企画機能強化の必要性という大筋では合意が得られ

たが、それを「政経合体」を伴う形で地域局中心に進めるのか、それとも調整機能を持つ「政策企画」担当部局設置するべきなのか、といった点で意見が割れたからである。しかし、ここに「政策企画」担当部局の設置が機構改革の課題として認識されることになった。

その後、小委員会を設けて、大蔵省や行政管理庁との折衝を想定しない機構改革の「理想案」が佐藤正二条約局参事官を中心に策定された[29]。「理想案」は、経済局及び経済協力局双方を対象に「政経合体」を実施すると共に、国際資料部を情勢分析調査部と情報部に改組し、現状では主要局長の下に配置されている審議官六名を局長の上に置き、総務・アジア・アメリカ・欧州アフリカ中近東・経済・法律をそれぞれ担当させるなど野心的な案を提示していた。また、大臣・次官・外務審議官・審議官及び関係局部長から構成される政策審議会（外務審議官が議長となり、事務局は情勢分析調査部が担当）設置も掲げ、政策決定過程の刷新を目指すものであった。

この「理想案」に対して各委員がコメントする形で、一九六五年一月二七日の第三一二回外交政策企画委員会で機構改革が検討された[30]。その後、さらなるを討議を経て、行政管理庁への提出用に検討結果をまとめた「外務省の機構改革について」が五月一七日に策定された[31]。「外務省の機構改革について」では、「政経合体」に関する検討の経緯を概観した上で、同年の機構改革の重点事項となる中南米・移住局の新設、国際資料部及び対外広報を担当する外務審議官の増員等が掲げられた。短期的な機構要求と中長期的な改革構想が混在するものではあったが、大規模な機構改革に向けた検討の叩き台がここに完成した。

（2）機構委員会及び機構小委員会における検討開始

一九六六年一月に機構委員会及び同小委員会が設置されたことで、全省的な検討が本格的に始まった。機構委員会の設置にあたっては、「わが国の国際社会に占める地位の向上によりわが国の外交活動は一層活発化しており、その結果として外務省による外交政策の企画立案並びに外交事務の遂行は益々適確にして且つ迅速であることが要請されるに至っている」という認識が示された[32]。「戦後処理」の進展と高度経済成長に伴う経済大国化が機構改革を本格的に検討する背景に存在していたことがここからも窺える。六八年末までに機構委員会は計二十回、小委員会は計三十八回に及ぶ会合で、機構改革に加えて人事行政などを含めた包括的な検討が行われた。各回の議題は本稿末尾の資料に譲り、以下ではまず六六年六月の改革原案策定に至る過程を概観する。

第一回の機構委員会は一九六六年二月一一日に開催された[33]。会合の冒頭で高野藤吉官房長から、検討の結果を翌年度の機構予算要求に反映させるために同年五月末を目途に審議を進めていくとの方針が示された。委員会は、従来の検討結果を改めて精査するとともに、機構の現状を分析して問題点を摘出するとされ、具体的に検討すべき事項として、①地域局と経済局及び経済協力局との間の事務の調整の問題等を含む地域局と機能局の統合調整(「政経合体」)、②中南米・移住局の在り方、③経済協力庁構想との関連を含む経済協力局の在り方、④従来の局課制の是非、の四点が掲げられた。機構委員会が当初、中長期的な改革構想の検討と翌年度の機構要求という短期的な課題の双方に取り組んでいたことが分かる。

機構委員会に続いて二月一五日には小委員会の第一回会合が開催され、小委員会での具体的な検討手順が決定された[34]。機構委員会で具体的に検討すべき事項とされた四つの点を中心に、まず問題点を洗い出す作業に着手することになり、各委員は箇条書き程度の意見メモを次回会合までに事務局の官房総務参事官室に提出することになった。このように、機構委員会がまず問題設定を行い、それを小委員会の場で具体的に検討し、政策決定の現場となる各局・部の意

見は各委員がそれぞれ持ち帰って部局内で検討する際に吸い上げる、というのが委員会における審議の進め方であった。

この後、機構委員会は二週間に一回、小委員会は一週間に一回のペースで機構改革に関する具体案の検討に入り、六月に小委員会の改革案がまとまめられるのだが、この過程で当初の予定には無かった「外相複数制」に関する検討が行われた。「外相複数制」は三月一〇日の第四回機構小委員会で、高野官房長からの検討指示が伝えられる形で議題に登場した[35]。「外相複数制」構想は前年九月に川島正次郎自由民主党副総裁が提起したもので、六六年一月に鹿島守之助自民党外交調査会長が私案を作成、前外相で外交調査会副会長だった大平正芳が取りまとめ役となっていたという事情もあり、他の課題を押しのけて主要議題として一ヵ月近く議論が続けられることになった。これは国会との関係という文脈から検討された課題であり、機構委員会では国会関係渉外事務が増加する中で官房総務参事官が省内と国会の双方を担当する体制を改め、国会担当参事官を設置することが議論された[36]。「外相複数制」は小委員会における検討段階で、外交の二元化や事務の複雑化を招き得ず、むしろ政務次官や外務省顧問、本省付大使、外務審議官等を活用するべきという慎重論が支配的となった[37]。機構委員会で小委員会の結論に対する異議は出されなかったが、大臣の負担緩和のために政務次官複数制や外務次官補制等の代案を検討する必要があるとされた[38]。最終的に、「外相複数制」を否定する結論が四月中旬に出されることになったが[39]、国会や政府与党と外務省機構改革の関係を考える上で興味深い事例である。

「外務大臣複数制」検討を挟んで、小委員会では「政経合体」と政策企画機能強化を中心に改革案の検討が進められ、「長期的視野に立つた（ママ）外務省の機構改革について」が六月にまとめられた[40]。この文書は、冒頭で「近年外交活動の分野はますます広汎化するとともに、それぞれの分野が専門化しつつある中において総合的かつ一元的な外交政策の企画立案に対する要請は一層高まっている」と指摘する。外交一元化に対する外務省のこだわりはここにも表れている。そして、外務省機構のあるべき形として「総合的な外交政策企画立案機能の制度化」を掲げ、以下のように説明している。

長期的に見れば、政経合体は、政治、経済、経済協力等の各分野にわたって総合的な基盤の上に外交政策を企画立案するとの目的を機構の面において達成する一つの有力な手段であり、検討に値しよう。しかし、基本的には、外務省の機構は、大きな方向としては、政経合体の如何にかかわらず、総合的な政策企画立案とこれに基づく一元的な政策を実施しうるような強力な機構すなわち、政務総局的なもの（現在の地域局その他政務関係局を包含して一つの局とするか、それとも、情勢分析と企画立案を中心とする政務の諸機能をあわせた強力な右翼局の如きものが地域局の中心となって活動すべきかについては今後の検討に俟つべきであろう）を中心とした姿となるのが最も理想形と考えられる。その場合に、政務局一般における事務の絶対量の増加（若し政経合体を行なえばますます然り）に伴ない現在の地域局を細分化して局ないし部の数を増す必要が生じ、かつ、政務総局の中核となるべき機構は当然必要で、現在の国資部の果している機能を拡大強化したものがこの中核となって主として情勢分析と企画立案を行なうのが適当と考えられる。

この段階で、地域局を統合するかつての政務局復活を思わせる案や「政策企画」機能を中核とする政務総局というかなり思い切った改革案が検討されていたことは注目すべきだろう。「政策企画」担当部局としては、この文書に先立って作成された「外交政策の企画立案機能の強化について」で、既存の国際資料部を改編強化した企画課・情勢分析課・安全保障課の三課からなる政策企画部が構想されていた(41)。「政策企画」担当部局の設置が単なる理想論に留まらない中期的な改革として構想されていたことが分かる。

政策企画機能強化に積極的な姿勢が示されたのに対して、「政経合体」についてこの段階では強く踏み込むことは無かった。機構小委員会では、経済局と経済協力局の合体といったラディカルな案を含めて、経済関係業務の整理統合は

様々な形で検討されたが、「政経合体」実現に向けた意見集約が出来なかったからである。経済局だけでなく経済協力局の所掌事務移管も目指す野心的な「政経合体」構想には、小委員会での意見集約が始まった段階で各委員から様々な反対論が寄せられた。反対論は多岐に渡るが、その多くは二国間経済関係業務を引き受けることで地域局の業務量や経済事務に付随する雑務が増すことを懸念するものであった[42]。経済局の首席事務官クラスに対する意見聴取でも、「政経合体」は条件付き賛成、反対及び現状維持で三分されて意見がまとまっていないことが指摘され[43]、四月一一日に機構小委員会として「政経合体」に反対する意見がまとめられた[44]。その後の検討を経て[45]、行政管理庁への提出用にこれまでの議論を取りまとめた同年八月の文書でも、「政経合体」はあくまでも中長期的課題であり「外務省が経済局及び経協局という機構を通じて経済外交に果している役割を直ちに急激に変更することは望ましくないものと判断される」と反対意見が明記されることになった[46]。

このように短期的には「政経合体」は退けられたものの、この段階で「経済外交」の変化と現状の問題点が的確に認識されており、「政経合体」の中長期的な必要性が強く意識されていたことは確認しておく必要があるだろう。この点は、機構小委員会が五月一七日に取りまとめた「外務省の経済外交に果すべき役割についての一考察―特に政経合体との関連において―」から読み取ることが出来る[47]。この文書でまず示されるのは「戦後二〇年の外務省の経済外交は、経済局を中心に推進されて来たが、その実態は「経済」というよりは比較的狭義の「通商」（主として物品の貿易）を」中心としてきたという認識である。それは「戦前の外務省通商局の継承という事情によるものではなく、（イ）戦後の貿易再開をめぐる諸事情、（ロ）経済ことに貿易以外には、わが国外交の主たる目的はなかった」からだという。そして、「外務省は、直接コントロールしうる産業を有しないまま、従って多くの問題について自己のみで意志決定（ママ）を行いえないまま、強い発言力をもって今日に至」ったことが指摘される。このような状況は今後も基本的には変わることはなく、外

務省として「経済外交」における一定の影響力を保ちつつ、国内各省（とりわけ通産省）との調整をいかに図るかは今後の課題として避けて通ることは出来ない。そこで示されるのが以下の認識である。

すなわち外務省（経済局のみならず全省として）は「経済」に関し、

（イ）案件処理についてはかなりの整理を行って各省に譲るべきものは譲り（このため多少出来の悪い訓電も黙って発電することともなろう）

（ロ）交渉、国際機関への対処方針策定については従来以上にケース・バイ・ケースに判断の上、外務省が主導権をもつものとvetoをもつのみで内容的に余り介入しないものとに分けて対処すべきであり

（ハ）調査については従来以上に強化するとの態度をとるとともに、政務と関係深い案件に重点を置くこととし

（ニ）財界との接触を強化することに努めるべきであろう。

外務省がcoordinatorとして働く分野は今後とも減少するとは考えられないが、各省の国際感覚や語学力の不足を補う機能は漸減すると思われる。

このような認識をふまえて、同文書は「政経合体」について以下のようにまとめる。

政経合体の論拠は夫々powerfulであり、また、外務省が将来あるべき姿を長期的にとらえれば大勢として政務と経済とが融合の方向に向うことは疑いを容れない。従って、政経合体を行うべきでないという主張は、あくまで現在乃至今後の一定期間の諸般の事情からみて（イ）政務と経済が融合するからといって機構的な合体を行う必要

はなく、合体による害が日本全体にとりあるいは外務省にとって合体のメリットよりも大きいまたは（ロ）行う意図をもったとしても直ちに実現は困難である、のいずれかの判断に基くこととなる。

同文書は、この後「政経合体」のデメリットをいかにして解消するかについて、省内人事交流の推進などの具体例を挙げつつ検討を加えていく。機構小委員会は一九六六年半ばの段階で「政経合体」改革の実現に向けた具体策の検討に入りつつあった。

（3）昭和四二年度予算要求と「外務省機構改革第一次改革案」

一九六六年一月の機構委員会設置以来、約半年に渡って機構改革に関する検討は精力的に進められたが、八月に外務省機構及び定員に関する文書を取りまとめた段階で小休止することになった。予算要求のスケジュールに連動して始まった委員会の動きとしては自然なものと言える。機構改革に関する動きは約半年後に再始動することになるのだが、その検討に入る前にこの年の予算要求に触れておきたい。

機構委員会及び同小委員会での検討を通じて政策企画機能強化について踏み込んだ姿勢が示されていたことは前述した。しかし、この改革構想は「長期的視野」を前提とするものであり、直ちに予算要求に反映されることはなかった。全省的な政策企画機能強化に繋がるものは外務審議官の二名増員要求のみであり[48]、各局要求原案の段階でも大きな機構改革に繋がり得るものは大臣官房儀典長室の儀典局への昇格と、中南米・移住局を中南米局及び移住領事局を新設する形で分割する案の二つに留まっていた[49]。

個別の予算要求では国際資源課設置要求が注目される。ＥＥＣ（欧州経済共同体）及びＥＦＴＡ（欧州自由貿易連合）を所管していた経済統合課を国際資源課に移し変える要求が行われたのである。この要求は南北問題の担当課として国際資源課を設置し、経済統合課の所掌事務は同じ経済局内にある欧州課に移管するという案であり、資源問題というよりは南北問題一般への対応を重視したものであった。当時、一九六四年に第一回ＵＮＣＴＡＤ（国連貿易開発会議）が開催されるなど南北問題は盛り上がりを見せていた。こうした事情を考えれば、南北問題担当課の設置は時宜にかなった要求と言えるし、既存の課を改編するという点では無理の少ない改革案であったが、肝心のＵＮＣＴＡＤを所管している国連局経済課の役割は手付かずという中途半端な案であり、結局この予算で国際資源課設置が実現することはなかった。直接結果に結びつくことは無かったが、経済局が多国間外交機能強化を模索する姿がこの予算要求からは浮かび上がる。

機構改革構想の検討に話を戻そう。予算要求関連の検討を終えた後、機構委員会は開会されず、機構小委員会でも機構ではなく人事行政が検討されていた[50]。人事行政は機構小委員会で繰り返し取り上げられる重要なテーマではあるが、機構改革検討の動きは停滞していたと言える。

しかし、年が明けると注目すべき動きが見られた。一九六七年一月、「外務省機構第一次改革案」が策定されたのである[51]。前後に開催された機構小委員会はいずれも人事行政をテーマとしており、「外務省機構第一次改革案」策定経緯の詳細は明らかではないが、同月初めに官房長が高野藤吉から斎藤鎮男に交代したことがその契機になったと思われる。斎藤が「一九六七年、官房長に就任して間もなく、省内の有力な課長が数人で来室し、機構改革委員会で検討してきた改革案が完成したので聴いて欲しい、との申し出があった」という回顧を残しているのが傍証となるだろう[52]。

この改革案はわずか五頁にまとめられた短いものだが、機構小委員会の審議では退けられていた「政経合体」を含め

る形の急進的な改革が提起されている。改革案は、ポイントとして「トップ・マネジメント」「外交政策企画立案部門の強化」「地域局の強化」の三点を挙げる。トップ・マネジメントについては、「外交問題が広範化し、複雑多岐化するに従い、総合調整の任に当るべき事務次官は極度に繁忙となり既に唯一人の外務審議官の補佐のみでは物理的に事務を処理し得ない事態」を招きつつあるとして、外務審議官を少なくとも三名に増員するとされた。地域局の強化については、経済局及び経済協力局が所掌する二国間事務を「地域局に吸収合併することが望ましい」とし、北米局を念頭に例外を認める可能性を示しつつも、経済課方式ではなく「政・経両者を一課内に統合する」とされた。また、地域局の負担軽減を図る観点から領事業務の切り離しも提言されている。

この改革案が最も力を入れて説いたのが、二番目に挙げられていた「外交政策企画立案部門の強化」であった。その全文は以下の通りである。

1. 目標

国際問題に関するわが国の基本的な政策を常に確立しておくべき必要性がますます痛感されつつあり、とくに、総合的問題例えば中国問題等の主要な外交政策の企画立案を行うとともにその基礎となるべき国際情勢に関する情勢判断を行う機能を強化すべきである。

そのための機構として政策企画局を新設する。

なお、政策企画局の任務を前記の機能に限らずに現在の地域局、経済局、経協局、国連局の政策立案を包括して総合調整するとともに外交政策の一元的実施を統括指揮するような政務総局的な機構を設けることの是非についても検討の要がある。

2. 当面の措置

イ、政策企画担当の外務審議官を設ける。

ロ、現在の国際資料部を政策企画部と改め、その内容を強化する。

ハ、現在の政策企画委員会の組織、運営方法を改善する。

ニ、省外における外交関係有識者の企画参加を考慮する。

政策企画局の名称や省外の有識者の参画など、多分にアメリカの政策企画委員会方式に近い点はあるが、この改革構想はこれまでの機構委員会での議論を踏まえながらも、さらに急進的な案を提示したものであった。ここで「政策企画」担当部局が担う可能性を持つ政策として中国問題が例示されているのは、中国問題をめぐって国際資料部とアジア局の間で大きな論争が戦わされることになるその後の展開を考えると興味深い[53]。予算要求との関連で経済協力関連機構が取り上げられたことを除けば[54]、その後一九六七年一二月初めまで機構小委員会での審議で人事行政が優先されたため、「外務省機構第一次改革案」が直ちに具体的な改革の検討に結びつくことは無かったが、機構改革実施の要となる官房長交代直後というタイミングを狙って提起された急進的な改革構想は、斎藤官房長の脳裏に刻まれ、改革の検討が始動すると再び浮上していくことになった。

四　機構改革の実現

(1)「政経合体」をめぐる駆け引き

大規模な機構改革の検討は、一九六七年一二月一五日の第二六回機構小委員会から再開された[55]。小委員会開催に先立ち、従来首席事務官クラス八名程度で構成されていた小委員会は、「作業をより効率的にする」ことを目的に従来の委員の委嘱を一旦解き、課長クラスを委員に含める形で再構成された[56]。課長クラスの委員として改めて委嘱された岡崎久彦国際資料部資料課長、枝村純郎アメリカ局北米課長、村田良平国際機関第二課長らは課長心得として六六年の段階で小委員会に加わっており、作業の継続性を重視し実態に合わせる意味もあったと思われるが、六八年に入ると改革実施に向けた検討の本格化を見据えて課長クラスの委員が大幅に増員されることになった[57]。再開後の小委員会では各種の問題が並行して審議されたのだが、ここではまず「政経合体」に関する動きについて述べる。

第二六回機構小委員会では、事前に関係各局から提出された「政経合体」の具体案を基に検討が進められたが、注目すべきは、一九六六年八月の段階では課題として挙げつつも外務省として反対姿勢を明確にしていた「政経合体」実施が検討の前提となっていることである。残念ながらこの間の検討を示す文書は残されていない。しかし、周辺の史料や前後の経過を踏まえると、外務省幹部の人事動向が背景に存在したと考えられる。六七年一月に官房長に就任した斎藤鎮男と、経済局長経験者であり六七年四月に事務次官に就任した牛場信彦は共に「政経合体」に前向きな姿勢であった[58]。これに対して駐米大使として赴任していた前事務次官の下田武三は、経済局を改編してしまうと「財界などに対する国内発言力が弱くなる」と「政経合体」に慎重な姿勢を示したことがある[59]。官房長に斎藤を迎え、牛場が事務次官に就任したことで機構改革方針決定の中心となる外務省幹部は初めて「政経合体」推進でまとまったと言っていいだろう。次官と官房長の積極姿勢を背景として、この後、「政経合体」に向けた改革案が小委員会で検討されていくことになる。

人事異動で委員の大幅な入れ替えがあったこともあり、機構小委員会では「政経合体」に関してこれまでの検討を無

視するような異論も出されたが、全体としては「政経合体」実施を前提に想定されるデメリットをいかに解決していくかが議論された。そして、翌六八年四月を目標に、まずは現行の法令を変えずに暫定的な「政経合体」に着手し、必要な法令の改正を伴う完全実施の時期についても一定の結論を明記する形で検討を進めていくことが確認された[60]。翌週の一九六七年一二月二一日に開催された第二七回機構小委員会会合では、暫定的な「政経合体」の実施方針と完全実施後の構想、先進国と後進国によって実施方式を分けるべきか、具体的案件処理にあたり地域局と経済局のどちらを主管とするのか（または共管とするのか）等について意見交換が行われた[61]。これまでの検討でも意見が割れていた経済協力関係業務の取り扱いを含め、具体的な実施方法を詰める作業は残されていたものの、六七年末の段階で「政経合体」実施という方向性は定まっていたと言える。

続く三回の機構小委員会では後述する「政策企画」担当部局設置や人事行政が議題になったため、「政経合体」が次に取り上げられたのは一九六八年三月一五日の第三一回機構小委員会となった[62]。この会合で、「政経合体第一段階における経済局再編成図（案）」が若干の修正を加えた上で了承された。この再編成はスターリング地域課とアジア課が、それぞれアジア第一課（中国・朝鮮半島・香港・インドシナ諸国担当）とアジア第二課（アジア第一課所掌地域以外のアジア地域担当）に再編されることを除けば、課の名称変更や組織令上の所掌事務に若干の変更が加えられる程度であったが[63]、それでも「政経合体」実施の第一段階の手順がほぼ固められた意義は大きい。さらに、この会合では三ヵ年計画による達成を定めた「政経合体完成図（案）」も検討された[64]。「政経合体」に直接関係する問題としては、国連局の国連部への改編、経済局と経済協力局の統合問題などが討議されたが、これらの問題は次回会合で引き続き検討されることになった。

三月二二日の第三二回機構小委員会会合では、まず国連局の改組統合問題に時間が割かれた[65]。この会合に向けて改訂

された「政経合体完成図（案）」は、新設する総合政務局（調査企画局）と統合する経済局・経済協力局で国連関連事務を分掌し、国連局を解体することを想定していた[66]。これに対して、国連局政治課首席事務官の加藤吉弥は資料を事前配布して詳細な反対意見を述べた[67]。討議の結果、国連局は残置するものの、従来の五課体制から政治課・経済社会課・専門機関課からなる三課体制に縮小することで概ね合意に至った。これは前回会合で議論された国連部構想とほぼ重なるものである。六九年一月に実施される機構改革で国連局の縮小は見送られることになるが、かなり大胆な改革案が模索されていたことが分かるだろう。

一九六八年四月一日、機構小委員会として「政経合体」に関する意見を取りまとめた文書として「政経合体について」が策定された[68]。この文書は、アジア局の分割や経済局と経済協力局の統合問題は今後の検討課題として棚上げしつつも「基本的に政経合体を実現するとの方向を明確にすること」を掲げ、「現行法令の解釈の限度内で政経合体の実をあげるための諸措置」からなる「政経合体」実施に向けた第一段階の具体案を各局部内の詳細にまで踏み込んでまとめたものである。「政経合体について」は、四月二六日に開催された第三四回機構小委員会で「機構改革三ヵ年計画の概略プラン」とその附属文書「政経合体実施のタイムテーブル」と併せて採択され、機構委員会に関連文書と共に提出することが決定された[69]。ここに「政経合体」に向けた改革案はほぼまとまった。

（2）「政策企画」担当部局

「政経合体」に向けた検討が改革の実施に向けて順調に動き出したのに対して、「政策企画」担当部局設置に関する検討は方向が定まるまでに若干の時間を要した。「政策企画」担当部局に関する議論は、一九六八年一月五日の第二八回

機構小委員会から再開される。[70] この会合の検討は、事前配付された岡崎久彦資料課長作成のペーパーを資料に自由な意見交換の形で進められた。

岡崎ペーパーは私案として作成され、「もとより政策企画及び情勢分析の全ての問題点を論じたものではない」と断っているが、最終的に実現した限定的な改革に近い考えを示している。[71] 岡崎は、「政策企画」を短期政策と長期政策の二つに分けて議論を進める。長期的な観点からの考慮は常に必要だが、短期的な個々の政策決定は各地域局の事務であり、国際資料部またはこれに代わる「政策企画」の担当部局が参加することは実際上不可能であるとする。そして、長期政策の必要性は日本のみならず世界の主要国で指摘されているが、「その役割りは極めて限られたものであることを認識すべきである」と注意を促す。それでは、「政策企画」担当者の役割はどこにあるのか。それは、「大方針となるべき政策を起案、推進するというよりも、常に長期的見通しをたて、その観点から政策を再検討し、将来の種々の可能性を検討し、その対処方針を考え、その結果を部内で発表することにより influence thinking を行うということにある」。そして、短期政策の調整は、「局長よりも上位にある者が行なうべきものであり、新しい制度を考えるとしても、外務審議官又は政務総局長のごとき者に委ねるべき」だとする。このように、岡崎は政務総局設置の可能性を考慮しつつも、「政策企画」の役割を比較的限定して捉えていた。岡崎ペーパーが、情勢分析に関して国際資料部の機能拡充を掲げながら、調整機能を含んだような担当部局に関する具体的な改革案を提示していないのは、「政策企画」に関する以上のような考えを反映しているからだろう。

会合では、「政策企画」には長期・短期の別だけでなく、複数の局にまたがる政策、いずれの局でもとりあげられていない政策などがあり、場合によっては政策決定に積極的な効果を期待し得るとの指摘や、「政策企画」や情勢分析については、既存の幹部会や外交政策企画委員会等の役割と性格も勘案した上で、それらとどのように関係付けるかにつ

いても検討する必要がある、といった指摘がなされた(72)。

このように機構小委員会での検討は再開されたものの、「政策企画」担当部局の設置は同時期の「政経合体」に関する議論ほどに煮詰まってはいなかった。ここで動いたのが官房長の斎藤鎮男である。斎藤は、一九六八年二月二八日に開催された第二九回機構小委員会の冒頭に出席し、軍縮や安全保障問題などいずれの局の所管にも入らない問題を取り扱う「総合政務局的なもの」を設置する必要性の検討を指示した(73)。その際、「理想案」ではなく実現性のある案の検討、実施順序や時期などについて具体的なタイムテーブル作成、他の国内諸官庁の動きを勘案し外務省として損失が無いように考慮するようにとの指示が併せて伝えられた。この官房長指示の背景には牛場信彦次官が関係していた可能性もある。「政策企画」担当部局設置に牛場が六四年の議論開始時に賛意を示していたことは前述した。前職の外務審議官時代は各国との政策企画協議に出席する立場にあった。斎藤と共に「政策企画」を担う部局の必要性を強く考えていたという関係者の回顧も残されており(74)、この問題について斎藤と協議を続けていたことは間違いない。いずれにせよ、次官と官房長が「政策企画」担当部局に強い関心を抱いていたことは、機構小委員会での審議にも有形無形の影響を与えたと思われる。

斎藤官房長の指示を受けて、総合政務的な機能及び「政策企画」担当部局設置を盛り込んだ機構小委員会としての考えが一九六八年四月一二日にまとめられ、岡崎ペーパーでは落とされていた総合政務的機構を設置する構想が復活することになった(75)。従来の国際資料部を総合政務部（または調査企画部）に改組し、企画課を新設し、調査課・分析課・企画課からなる三課体制とするというのがその骨子である。斎藤の指示にあった安全保障問題については、「安全保障問題の如き、いずれの局の所掌にも属さない重要な、いわば総合政務的な問題が、部分的に日米安保問題としてあるいは軍縮問題として取扱われてきたが、総合的にその基本的分析と企画を行なうことが等閑に附されて」きたことが問題点

として指摘され、新設する企画課で「軍事、軍縮問題を含む安全保障問題の基礎的分析及び企画を行ない、そのために必要な情報の収集及び世界における安全保障体制の研究を行なう」とされた。六七年一月の段階で構想されていた「地域局、経済局、経協局、国連局の政策立案を包括して総合調整するとともに外交政策の一元的実施を統括調整するような政務総局的な機構」と比べれば大幅に後退したが、こうして「政策企画」担当部局設置を盛り込んだ改革案が取りまとめられ、「政経合体」に関する構想と併せて機構委員会に提出されることになった(76)。

（3）改革実施方針策定

機構小委員会からの答申を受けて、一九六八年五月二日と四日の二日間にわたり、第一四回機構委員会が開催された(77)。委員会では「政経合体」が中心に討議が行われ、「政経合体」実施という方向性については全委員の賛成が得られる一方で、細部については様々な意見が寄せられた。機構委員会の開催は前年九月以来のことであり、前々回の開催は六七年七月のことであった。この間に委員は大幅に入れ替わり、小委員会での検討経過が必ずしも全ての委員に共有されていたわけではなかったことが、この段階で様々な意見が噴出した背景にある。そこで、官房総務参事官室の担当者から機構小委員会答申の趣旨が繰り返し伝えられると共に、斎藤官房長からは「政経合体の方向については何れも異論のないものと認める。ただし、その実施の方法については、障害の除去、マイナス面の手当、部外への説明ぶり等慎重に考えて最も摩擦の少ないように行なっていくこととしたい」という判断が示され、「政経合体」実施の方針が確認された。また、機構小委員会の答申について、「それ自体一貫した思想に基づくものであるから、これに字句の修正を行なうことはせず、機構委員会としてはこのまま受理することとし、これに対する委員会の意見を付する方法をとる」

ことも併せて決定された。

以上のように「政経合体」実施が着実に前進したのに対して、「政策企画」担当部局の設置については強硬な反対意見が寄せられることになった。機構小委員会答申に対する各局部長の意見は五月一三日までの提出が求められていたが、五月一一日に総合政務部構想に反対するペーパーが地域局長の連名で提出されたのである[78]。このペーパーは、地域局間や「政策企画」部門との緊密な連携の必要は認めつつも、「政策企画」部門の所掌は情勢分析や地域局が単独で取り扱うことが難しい問題について特命で企画立案を行うことに留め、政策立案の権限はあくまでも地域局に残すべきだという趣旨であり、国際資料部の改称は総合政務部ではなく調査部ないし調査企画部にするように求めるなど、「政策企画」を専門に担う政務総局的部局の創設に待ったをかけるものであった。改革を主導する斎藤官房長や牛場次官の意図はともかく、機構小委員会の答申案は地域局の懸念に配慮して総合政務部の任務は「地域局の任務と補完的役割を果すものである」と慎重に記載していたが、第一四回機構委員会後に作成された総合政務部構想は「外交政策の長期的あるいは総合的な企画立案」をその任務に掲げていた[79]。地域局長連名のペーパーはこの構想に待ったをかけ、国際資料部の改編を最低限に留めようとしていた。

総合政務部構想については、機構委員会開催以前に国連局から「総合的なアドヴァイザーの役割の部局を別に設置することはよい」としつつも「企画立案面と実施面とを切り離すことは基本的に反対」であるという意見も寄せられていた[80]。国連局はこの機構改革で機能及び所掌事務の整理・縮小が検討されており、総合政務部構想への反対には組織防衛という側面があったとも考えられるが、いずれにせよ、「政策企画」担当部局の設置について、外務省内では反対の声が強まっていた。

各部局からの意見提出を得て開催された五月一四日の第一五回機構委員会では、多方面から「政策企画」担当部局に

ついて懸念する声が表明された[81]。こうした反対意見の強まりを受けて、改革の一つの柱であった強力な「政策企画」担当部局設置の試みは後退することになった。

六月四日に第一六回、六日に第一七回の機構委員会が開催され、「外務省機構改革実施方針（案）」が検討された[82]。委員会での検討を経て、局全体を対象とする「政経合体」から国連局を外し、さらに「政経合体」の円滑な実施を図るために、官房長を委員長とし、地域局、経済局及び経済協力局の代表からなる経済関係機構改革実施委員会を設置して一ヵ月以内を目途に実施計画を策定する手筈を整えることが決まった[83]。こうして、機構改革実施方針に関する本省内の調整は決着した。

六月二四日の幹部会で採択された「外務省機構改革実施方針」に機構改革の主要点としての掲げられたのは以下の通りである[84]。

（1）総合的な情勢分析及び政策企画の機能を強化するために調査企画部を新設する。

（2）各国ないし各地域についての情勢分析、外交政策の企画及び実施を地域局に置いて総合的に行なわしめるべく、従来経済局及び経済協力局に分散されていた各国ないし地域別の経済関係（経済協力を含む。以下同じ。）事務を地域局に移管する。

（3）経済局及び経済協力局を、多角的かつ機能的事務を中心に再編成し、機能局としての一層の強化を図る。ただし、経済協力行政についてはかねてより経済協力庁（省）設置の考え方もあるところ、当省としてはこの問題について対外的にはオープンであるとの姿勢をとることとするが、基本的には、昭和三九年の臨時行政制度調査会の答申の線（経協基金の外務省所管を含む外務省調整機能の強化、経協審議会（民間）の設置、経協閣

僚協議会の設置）が実現さるべきであるとする。

（4）国連局の所掌事務を整理し、その編成を合理化する。

（5）情報文化活動の効率化を計るため、報道機能と広報機能を分離することとし、あわせて広報文化関係事務の一部を適当な特殊法人等に委託すること等の合理化措置をとる。

（6）以上のほか、アジア局の二分化等の問題を検討し、本省機構の合理化を計る。

（7）外交事務の特殊性にかんがみ、従来の局部課制と並行し、参事官、書記官、調査官等の官制によるいわゆるタスクフォースを増強する。

以上に加えて、「政策企画」担当部局としての調査企画部については以下の改革実施要領が掲げられた。

来年度より国資部を調査企画部に改組することとし、所要の法令改正を行なう。

同部の主たる所掌事務は、以下のとおり。

（イ）他局の所掌に属さない総合的な外交政策の企画立案に関すること。

（ロ）国際情勢の総合的な分析及びこれに必要な情報の収集に関すること。

（ハ）外国に関する調査で他局の所掌に属さないもの及び調査事務の総合的管理を行なうこと。

なお、同部の編成は、とりあえず、企画課、分析課及び調査官室とするが、そのスタッフを段階的に拡充して、将来調査官室を調査課に改めるものとする。

一時期検討された政務総局的な改革からは大きく後退したが、ここに「総合的な外交政策の企画立案」を担う専門の部局を設置する方針が決定された。併せて既存の外交政策企画委員会はその役割が見直されることになった。機構改革の先行措置として一九六八年七月一日、国際資料部に企画室が設置され、初代企画室長には村田良平調査課長が横滑りする形で就任した。課長から室長への横滑りは異例の人事であり、この人事からは機構改革検討作業で中心的な役割を担った一人である村田の「政策企画」に対する思いの強さが窺える[85]。その後の検討を経て、翌六九年度の予算要求に企画課新設が盛り込まれることになったが[86]、最終的に、国際資料部の名称が調査部として改められると共に、企画室が課に昇格し、調査課・分析課・企画課の三課体制が整うのは七〇年一二月を待たなければならなかった。

（4）最終調整

「外務省機構改革実施方針」で設置が決定された経済関係機構改革実施委員会は、幹部会の方針採択から一週間後の一九六八年七月二日に第一回会合が開催された[87]。この実施委員会で「政経合体」の具体案とそのスケジュールについて約一ヵ月間の集中的な審議が行われた。

機構改革実施委員会では、「政経合体」を避けたい経済協力局が巻き返しを図るなど[88]、その審議は難航したが、八月一日に「経済関係機構改革実施計画」がまとめられ、一応の決着がみられた[89]。実施計画では、経済局に関する業務について、①経済局の再編成（六八年一一月一日を期す）、②地域局経済課の設置（六九年一月初旬を目途）、③経済課方式より地域課方式への移行（途上地域局は七一年三月までに完了、先進地域局は経済課方式の期間を経て再検討）という三段階からなる「政経合体」の具体的なスケジュールが固められた。

順調に計画策定が進んだ経済局関連業務の「政経合体」に対して、経済協力局に関する検討は難航した。投資・合弁・延べ払い等の事務の地域局への移管を地域局経済課設置に合わせて行うことが定められたものの、この移管について「移管事務の内容が各地域局ごとに若干異なることもさしつかえない」とされ、さらにその他残された二国間業務については「移管進捗状況をにらみあわせつつ、各地域ごとに可能なものより漸進的に移管することとする」として、具体的な「政経合体」のスケジュールは描かれなかった。この段階で経済協力局に関する「政経合体」は骨抜きになったと言える。実際に、一九六九年一月末に機構改革が実施された際に経済協力局から地域局に移管された所掌事務は、技術協力関連のごく一部に留まることになった[90]。また、経済協力内の編成も各課の所掌事務の整理は行われたものの、課の編成は手付かずのままとされた[91]。

「政経合体」の例外として取り扱われたのが、アメリカ局に設置されることになった北米第二課である。北米第二課はアメリカ及びカナダとの経済関係を担当する部局だが、「当分の間経済局長の責任のもとに、北米第二課の関係要員を直接指揮監督して事務処理に当たることが適当と認められるものについては、アメリカ局長と経済局長が随時協議してこれを定めるものとする」とされた[92]。結果として、よく知られているように北米第二課はアメリカ局に所属しつつも、「個々の経済案件は経済局長の区処の下にこれを処理するという体制」となった[93]。北米第二課員は北米局と経済局双方の局議に出席する形になり、その方式は基本的に現在に至るまで続くことになる。

「政経合体」の具体的なスケジュールが固まりつつある中で、経済局内の再編成に関する議論が行われた。調査室と商務室を廃止し総務参事官室に統合することなどが随時決定されたが、各課の所掌事務を検討する中で浮上したのが、経済統合課の所掌事務に資源問題を加える、という改革案であった[94]。一九六六年夏に南北問題担当課として国際資源課設置要求が行われたことは前節で述べたが、その後も引き続き国際資源課設置が経済局内では検討されていた。六七年

六月の第三次中東戦争中東戦争勃発後、経済局内では改めて国際資源課の設置が模索された[95]。名称は前年と同じく国際資源課だが、この年は「総合的且つ長期的な見地から南北通商問題全般について常時調査研究し、policy-making に携わる独立の課」として構想された点に新味があった。しかし、局内の検討を離れた省内での説明段階になると、ＵＮＣＴＡＤを所管する国連局経済課との権限争いを避けるために「policy-making」という言葉は姿を消し、所掌事務は南北問題に関する「政策」ではなく「研究」とされるなど、腰が引けた姿勢は相変わらずであった[96]。具体性という点で前年より多少は深められていたものの、結局この構想も実現を見なかった。

このように国際資源課構想は一九六六年、六七年と検討が続いていたが、六八年夏の場合は、それまでに検討されてきた国際資源課案とは異なり、南北問題ではなく文字通りの資源問題を既存の経済統合課に所掌させるという形を取った点に新しさがあった。ここに機構改革の文脈で南北問題とは別の課題としての資源問題が認識されたのである。経済統合課の所掌に資源問題を加えるという経済局案は、政経合体によって地域局を失う経済局の多国間外交機能の強化という改革全体の方向性に沿っていたこともあり、特に反対もなく「政経合体」機構改革の第一弾に合わせて実施に移されることになった。経済局の多国間外交機能充実を図る改革の一環として、全省的な機構改革に際して資源問題を所掌する課が誕生することになったのである。その後、七一年三月に資源関係事務を専門に所掌する国際資源室が経済統合課内に設置された。国際資源室長は経済統合課長の兼務が続いていたが、第一次石油危機の直前には、初代資源課長含みで通産省からの出向者の宇田川治宣が専任の室長に就任することになった。そして、七四年五月の経済局内の改編に合わせて国際資源室は資源課に格上げされ、ここに単独での資源問題担当課が設置された[97]。

南北問題や一次産品問題という以前から注目されていた点については、国連局と経済局及び経済協力局との間の所掌事務の調整作業が残されていた。一九六八年六月末の幹部会で決定された機構改革実施方針では「南北問題については、

UNCTAD、ECAFE〔国連アジア極東経済委員会〕等の国連機関に関する事務は従来どおり国連局で所掌し、その実質問題についての事務は、経済局及び経済協力局において国連局と密接に連絡の上それぞれ処理する体制をとる」とされていたが[98]、幹部会でも南北問題の位置付けが曖昧だという指摘がなされるなど[99]、必ずしも詰め切れていない点が残されており、実施方針に基づく調整が進められることになった。

両局間の調整作業が一九六八年一〇月から翌六九年一月にかけて進められる過程では様々な案が浮上した。例えば経済局内で、「外務省内における一次産品ないし国際資源問題の取扱いが従来ばらばらであった幣(ママ)を改め、問題を統一的に把握フォローするため、将来国連局経済課の主管している一次産品委員会及び国連専門機関主管のFAO〔国連食糧農業機関〕の一次産品別スタディグループを経済局に移し、経済局国一〔国際機関第一課〕が主管して来た国際商品協定と一括して機能的に処理することが望ましい」という意見が出された[100]。結局、将来的な経済局への移管の可能性を残しつつもUNCTADやECAFEは国連局の所管事項として確定し、経済局や経済協力局の関係各課と密接に連絡を取ることが確認されるに留まった。

以上のように、機構改革の最終調整作業では機構改革実施方針に様々な修正が行われ、経済局に関する「政経合体」を除けば、局部を超えた所掌事務の変更や再編は限定的なものに留まった。アジア局の二分割案も見送られ、実施方針では業務の整理・縮小が掲げられていた国連局の機構はほぼそのままの形で残された。大胆な改革構想が具体的な実施を検討する最終段階で骨抜きになることは機構改革に限らず行政改革一般の常であるが、この改革では関係各局においてこの最終段階で全面的に所掌事務の点検作業が行われ、地域局と機能局の双方で政策企画機能の充実が図られるなど、改革実施に向けて真摯な検討が最後まで行われた。

おわりに

一九六九年一月二七日、「政経合体」を主軸とする三ヵ年計画の外務省機構改革が実施に移された。経済局内の地域課は即時に地域局に移管され、各局では随時経済課方式が廃止され、一つの課で政治・経済の両面を所掌する体制が整えられていくことになる。地域局に置かれながら経済局長の区処を受けるとされた北米第二課という大きな例外を残しつつも、全体として経済局に関する「政経合体」は比較的スムーズに進められていったと言っていいだろう。この改革で地域局は強化され[101]、各機能局の役割も再検討されることになった。

経済局の多国間機能の充実が図られたことは大きな成果である。資源問題を所掌する課が設置されたことは、一九七〇年代に入り顕在化した国際石油市場の変動に対処する上で重要な意味を持った[102]。資源問題を含めて七〇年代は国際経済秩序にとって激動の時代であった。七五年には国際経済秩序の変動に先進国間協調の枠組みで対処する主要国首脳会議（サミット）が開始され、日本では外務省経済局の総務参事官室が事務的に補佐する役割を担った。「政経合体」を行った上で経済局の多国間外交機能を強化したことは、時宜に適った機構改革として評価できるだろう。

他方で、全省的な調整機能を含む「政策企画」担当部局の創設という当初目指された構想は中途半端なものに終わった。国際資料部は調査部への移行に向けて改組され、調査・分析・企画という三課体制を見据えた改革が実行され、一九七〇年末には調査部が発足したものの、複数の部局が関わる政策の調整機能を備えた部局の創設は見送られた[103]。政策企画機能の強化は、限定的な「政策企画」担当部局の創設と各局の役割を見直す形で実現したのである。

以上のように当初の構想とは異なる形になったものの、「政策企画」に関する試みは機構改革を経て着実に進められた。この機構改革に際してその役割が見直された外交政策企画委員会は、六九年九月二五日に「わが国の外交政策大綱」を

取りまとめている。[104] この文書は「政策企画報告（第一号）」と銘打たれ、「今後も本報告を定期的にレヴューして行くこととする」と明記されているなど、関係者の意気込みが伝わってくる。また、この文書は愛知揆一外相も列席の下で詳細な検討が行われた上で採択されたものである。[105] 同文書は冒頭で「これをもって全省的な政策指針とすることを目的としたものではない」とされているように、実際には関係部局から寄せられた意見を外交政策企画委員会の事務局である国際資料部が中心となってまとめたものであった。また、定期的な検討を謳いながら、実際には沖縄返還交渉や日米繊維摩擦等で通常業務に追われた結果、「定期的にレヴュー」されることもなく、少なくともその成果が同様の文書としてまとめられることはなかった。[106] 同文書は、第一部で一九七〇年代の十年間を念頭に「日本外交の前提条件」を、第二部では「今後三年ないし五年程度の施策」を対象に各論が検討されている。同時期に外務省がどのような問題を政策課題として認識していたのかを知る上では有用であり、また全省的な検討を経て作成された中長期な情勢分析を示す文書という点では貴重だが、それ以上でも以下でも無い点には気を付ける必要があるだろう。村田良平や岡崎久彦など機構小委員会委員として改革の経緯をよく知る課長が配されたこともあり、「わが国の外交政策大綱」策定を含めて、改組された国際資料部は精力的に活動した。[107] しかし、その活動が各局で立案される政策に直接大きな影響を与えたとは言い難い。本論で紹介した岡崎の「政策企画」に対する見方が正鵠を得ていたということなのだろう。

それでも、「政策企画」担当部局設置に関する一九六〇年代後半の検討は、冷戦終結後に実現する国連局の廃止を伴う総合外交政策局設置を先取りするものであり、先見性を備えていたことは指摘しておきたい。「政策企画」機能強化や日米安保条約関連業務を除いた安全保障を担う部局の構想は、その後の機構改革の検討で必ず取り上げられ、最終的に九三年八月の総合外交政策局設置に繋がったのである。[108] 総合外交政策局の役割は二〇〇四年の機構改革を経て高まったとはいえ、その役割は調整よりも全省的な課題や各局の所掌を跨ぐような政策に重点が置かれているように思われる。

国際関係の多角化と国内各省の国際化が進む中で、外務省の主たる任務である対外交渉の形も変容している。しかしながら、二国間関係の調整は依然として外交の現場における重要な課題であり、強力な「縦のライン」とそれを補うリダンダンシーを特徴とする外務省の機構と政策決定過程の性格が大きく変化したわけではないと見るべきだろう。

本稿で検討してきた機構改革の背景に日本の経済大国化という事情があったことを最後に改めて確認しておきたい。機構改革検討が最終段階を迎えていた一九六八年一一月に行われた昭和四四年度中近東大使会議で、愛知外相は、日本の経済大国化によって「こちらが好むと好まざるとに拘らず、他動的に責任を負わされてしまった。これは非常に大きな変動ではないかと思う。我々はこのような新情勢にいかに対処して行くかについて、その発想を転換するまさにその時期にきていると感じる」と述べている。[109] 愛知の発言はどちらかと言えば受動的な姿勢だが、経済大国として日本の行動がこれまで以上に国際関係に大きく影響を与えるという視点は機構改革の検討では前提とされていた。六〇年代後半は、沖縄返還交渉や日中国交正常化など戦後処理の大きな課題を抱える一方で、同時に経済大国化を前提にいかに外交を展開していくかを検討することの重要性が、政策担当者の間で認識されつつあった。それゆえ、沖縄返還交渉も日中国交正常化に向けた交渉も、「戦後処理」という課題としては捉え切れない側面を有していたのである。[110]

「戦後処理」からの脱却と経済大国化にどのように対応していくかは、この機構改革に通底する問題意識であったと言える。本論では、具体的な機構改革に関する議論を中心に取り上げたが、様々な文書で日本の国際社会における地位の向上や、果たすべき役割の増大、積極的な外交活動を行う必要性といったことが繰り返し登場する。それが対外説明用の文書のみならず、内部検討用の文書からも読み取れる。また、通産省を中心に他省庁が対外政策分野で影響力を高めていく中で外務省がいかにその影響力を保持し続けるかも常に考慮されていた。[111]

通常、外務省では強力な「縦のライン」を中心に各政策が策定されていく。これに対して機構改革は、外務省の政策

決定としては珍しく稟議制に近いもので、関係部局の総意が無ければ実施することが難しい。機構改革における「縦のライン」を形成するのは事務次官、官房長、官房総務参事官であり、このラインのリーダーシップは決定的に重要だが、機構委員会や機構小委員会での議論を通じて各部局の意見が取り入れられる。トップダウンとボトムアップの双方がうまく機能する必要があるのである。このように進む機構改革の過程をつぶさに検証していくことで、個別の政策課題に回収されない組織として外務省全体に共有される様々な認識を明らかにすることが可能になる。

本稿の検討を踏まえて、今後は個別の政策決定と機構の関連を精査すると共に、他の大規模な機構改革についても検討を進めていくことを残された課題として指摘しておきたい。

［付記］本稿は、日本国際政治学会二〇一三年度研究大会分科会E－1「日本外交史分科会Ⅲ自由論題（戦後）」の報告ペーパー「高度経済成長期における外務省機構改革―『戦後処理』からの脱却と『政策企画』機能強化の模索」を、その後の調査をふまえて加筆修正したものである。また本稿は、サントリー文化財団の若手研究者による社会と文化に関する個人研究助成（鳥井フェロー）による研究成果の一部である。

（1）戦前については豊富な蓄積があるものの、第二次世界大戦後の外務省機構の研究は十分に進んでいないのが現状である。第二次世界大戦後から一九六〇年代後半までの外務省機構の変遷については、外務省百年史編纂委員会編『外務省の百年』原書房、一九六九年、下巻、七六一－七八七頁、が基本的な事実関係を簡潔に記載しており参考になる。戦後期の外務省機構を取り上げたわずかな例外として井上勇一による以下の研究があるが、『官報』に掲載された外務省組織令や国会議事録を検討したもので、本格的な分析には至っていない。井上勇一「外務省地域局の復興に関する一考察」『法学研究』第七

六巻第七号、二〇〇三年七月、二九－五五頁、同「外務省経済局の成立に関する一考察」『法学研究』第七六巻第一一号、二〇〇三年一一月、三九－六八頁。日本における外交研究の古典である坂野正高『現代外交の分析――情報・政策決定・外交交渉』東京大学出版会、一九七一年、でも戦後の外務省はかなりの紙幅を割いて検討されているが、史料的な限界を抱えている。その他に、機構、人事、そして外務省内の人脈などの諸側面を多面的に検討したものとして、永野信利『外務省研究』サイマル出版会、一九七五年、があるが同書の記述も機構の変遷については限定的である。外務省に限定せずにより広く冷戦期の対外政策形成過程と関係機関について分析したものとしては、渡辺昭夫「日本の対外政策形成の機構と過程」細谷千博・綿貫譲治編『対外政策決定過程の日米比較』東京大学出版会、一九七七年、二三－五八頁、草野厚「対外政策決定の機構と過程」有賀貞他編『講座国際政治四　日本の外交』東京大学出版会、一九八九年、五三－九二頁、がある。

（2）坂野『現代外交の分析』一八六－一八七頁。

（3）城山英明・坪内淳「外務省の政策形成過程」城山英明・鈴木寛・細野助博編『中央省庁の政策形成過程――日本官僚制の解剖』中央大学出版部、一九九九年、二五三－二七一頁。

（4）本稿で用いる主要史料は外務省にファイル単位で情報公開請求を行って開示を受けた文書である（機構改革関係の文書については引用に際して初出時にファイル名及び開示請求番号を、初出以外は開示請求番号のみ記載する）。

（5）例えば、井上正也「日本政府の一九七〇年代アジア秩序構想――中国問題を中心に」日本国際政治学会二〇一〇年度研究大会報告ペーパー、同『日中国交正常化の政治史』名古屋大学出版会、二〇一〇年、中島琢磨『沖縄返還と日米安保体制』有斐閣、二〇一二年。

（6）一九六九年一月に実施された機構改革の詳細は斉藤鎮男（外務省官房長）「外務省機構改革の実施によせて」『経済と外交』一九六九年一月一日号、三－七頁、「外務省の経済関係機構改革」（官房総務参事官室）『経済と外交』一九六九年一月一日号、八－九頁、経済局総務参事官室「外務省の機構改革と事務分担の変更」『経済と外交』一九六九年二月一五日号、二三－二四頁、「外務省の経済関係機構改革について」（外務省大臣官房総務参事官室　田島高志）『時の法令』第六七二号、一九六九年三月、三四－四一頁、を参照。また当事者の回顧として、斎藤鎮男『外交――私の体験と教訓』サイマル出版会、一九九一年、九九－一一〇頁、村田良平『村田良平回想録（上巻）――戦いに敗れし国に仕えて』ミネルヴァ書房、二〇〇八年、一八七－二一四頁。

（7）「戦後処理」からの脱却と政策企画機能強化の模索という視座は、日本国際政治学会二〇一〇年度研究大会部会一「『経済大国化』と日本外交の新局面」の問題意識を引き継いだものである。

（8）以下、本稿における機構改革の基本的な事実関係の記述は、特に断りの無い限り『わが外交の近況』各年版及び『官報』の記載事項に基づく。

（9）機構委員会が設けられても大規模な機構改革を目的としない場合もある。例えば一九七九年には機構委員会及びＷＧ（ワーキング・グループ：小委員会に相当）が設置され、約半年間の検討が行われたが、課題の洗い出しという側面が強く大規模な機構改革は当初から目的として挙げられていなかった。「機構委員会報告」一九七九年八月一日（『機構委員会』外務省情報公開：二〇一一－〇〇四三〇）。

（10）高裁案「機構委員会の設置について」一九六五年一二月二〇日（『外務省行政組織関係雑件　外務省機構改革関係　機構委員会』外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。

（11）高裁案「経済局に中近東担当書記官を配属せしめる件」一九五七年三月一八日、及び各部局課長宛経済局長回章（一九五七年一二月一七日）、戦後期外務省記録『外務省行政組織関係雑件　特別組織関係（省内限りのもの）第1巻』（M.1.3.1.1-10）。

（12）外務省百年史編纂委員会編『外務省の百年』下巻、七七一－七七二頁。

（13）平原毅『英国大使の外交人生』河出書房新社、一九九五年、二七五－二七六頁。大河原良雄へのインタビュー（二〇一二年七月一九日、東京）。大河原氏は、アメリカ局長、駐米大使などを歴任した知米派の代表的な外交官として知られているが、人事課長、官房長など人事行政の中枢を歩んだ経歴も持っている。

（14）井上「外務省経済局の成立に関する一考察」五六頁、斎藤『外交』一〇七頁。通産省設置については、通商産業省通商産業政策史編纂委員会編『通商産業政策史　第四巻――第Ⅰ期　戦後復興期（三）』通商産業調査会、一九九一年、三七一－四四二頁、村井哲也『戦後政治体制の起源――吉田茂の「官邸主導」』藤原書店、二〇〇八年、二九四－二九八頁、を参照。

（15）外務省百年史編纂委員会編『外務省の百年』下巻、七七〇－七七一頁。

（16）中島敏次郎（井上正也・中島琢磨・服部龍二編）『外交証言録　日米安保・沖縄返還・天安門事件』岩波書店、二〇一二年、二五七頁、井上「日本政府の一九七〇年代アジア秩序構想」三－四頁。戦後日本外交における外務省条約局の役割については、同書の解題（井上正也「解題「外交証言録」に見る戦後日本外交」）二－五頁、友田錫『入門・現代日本外交――日中国交

正常化以後』中央公論社〔中公新書〕、一九八八年、一四二頁、薬師寺克行『外務省――外交力強化への道』岩波書店〔岩波新書〕、二〇〇三年、七七－七九頁。また、外務省条約局長経験者による論考として柳井俊二「日本外交における国際法」国際法学会編『日本と国際法の一〇〇年 第一巻 国際社会の法と政治』三省堂、二〇〇一年、一五六－一八一頁、も参照。

(17) 鈴木宏尚「ＯＥＣＤ加盟の外交過程――「政治経済一体」路線としての自由陣営における外交的地平の拡大」『国際政治』第一四〇号、二〇〇五年三月、五七－七二頁、同『池田政権と高度成長期の日本外交』慶應義塾大学出版会、二〇一三年。

(18) 日本の経済外交の目標として山本満は「西方先進諸国への同質化とそのグループの一員としての国際的地位の確立、そして日本経済の成長を制約する外的要因の除去」を挙げているが、これをキャッチアップのための外交と捉えることは可能だろう。山本満『日本の経済外交――その軌跡と転換点』日本経済新聞社〔日経新書〕、一九七三年、三〇頁。

(19) 官総参「外務省運営のための三ヶ年計画（第一次案）」一九五八年一月二二日（『機構委 基本資料』外務省情報公開：二〇一〇－〇〇二二七）、官総参「外務省運営三ヵ年計画 第二次案」一九五八年三月一二日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇二二七）。

(20) 官総「政策企画委員会設置要領（第二案）」、戦後期外務省記録『本邦対外政策調査研究関係雑集 外交政策企画委員会 第一巻』（A'.1.1.0.1-9）。同文書は「第二案」とされているが、ファイルの冒頭に収録されており、続く文書は実際の委員会記録であることから、最終的に設置された外交政策企画委員会の役割を定めたものと考えられる。

(21) 国際資料部長「省内態勢刷新について」一九六四年七月九日（『外務省行政組織関係雑件 外務省機構改革関係 機構委員会 機構小委員会 第一巻』外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七三）。

(22)「省内態勢刷新について」は、条約局の法規課機能を拡充した上で法律局に改組して筆頭局に位置付けるといった構想も提示していた。これは条約や政府間協定締結交渉中心の条約局から、アメリカの国務省における法律顧問的な機能を付加して「条約のみならず外務省の関係する法律問題の最高権威」として条約局を改組するものであり、「戦後処理」外交の後を見据えた構想して興味深いが、「政策企画」担当部局設置に関する提案に取って代わられる形となり、委員会で具体的な検討はほとんど行われなかった。官総参「第二九二回外交政策企画委員会記録」一九六四年七月二九日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七三）。

(23) 同右。

(24) 小川「機構改革案の問題点」一九六四年八月二二日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七三）。
(25) 第一回日米政策企画協議開催の経緯については、吉田真吾『日米同盟の制度化――発展と深化の歴史過程』名古屋大学出版会、二〇一二年、九〇－九二頁。
(26) 小川平四郎国際資料部長「渡米報告」一九六四年一〇月二日（外務省情報公開：二〇〇六－〇一一四三）。同文書は、吉田真吾氏にご提供頂いた。記して感謝したい。
(27) 小川国際資料部長が私案として作成した「省内態勢刷新について」でも、地域局の機能強化が重視されており、この観点から「政経合体」が唱えられていた。
(28) 官総参「第二九七回外交政策企画委員会記録」一九六四年九月九日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七三）。
(29) 官総参「第三一二回外交政策企画委員会記録」一九六五年一月二七日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七三）。
(30) 同右。
(31) 作成者なし「外務省の機構改革について」一九六五年五月一七日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇二二七）。
(32) 前掲「機構委員会の設置について」。
(33) 官房総務参事官室「機構及び定員に関する委員会第一回会合議事要旨」一九六六年二月一一日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。
(34) 官房総務参事官室「機構小委員会第一回会合議事要旨」一九六六年二月一五日（『外務省行政組織関係雑件　外務省機構改革関係　第一巻』外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七〇）。
(35) 官房総務参事官室「機構小委員会第四回会合議事要旨」一九六六年三月一〇日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七〇）。
(36) 官房総務参事官室「機構委員会第三回会合議事要旨」一九六六年三月一六日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。
(37) 官房総務参事官室「機構小委員会第五回会合議事要旨」一九六六年三月一七日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七〇）。
(38) 官房総務参事官室「機構委員会第四回会合議事要旨」一九六六年四月五日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）、官房総務参事官室「機構委員会第五回会合議事要旨」一九六六年四月一二日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。
(39) 作成者なし「外務大臣の複数制について」一九六六年四月一四日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。
(40) 機構小委員会「長期的視野に立つた（ママ）外務省の機構改革について」一九六六年六月（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。

(41) 機構小委員会「外交政策の企画立案機能の強化について」一九六六年五月（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。同文書は、機構小委員会メンバーであった岡崎久彦（国際連合局政治課）及び枝村純郎（北米局北米課）の作成ペーパーと内容的に重複しており、両氏が政策企画機能強化検討の中心であったと思われる。岡崎「本省の政策立案機能について」一九六六年五月七日、枝村「政策企画立案機能の強化（案）」一九六六年五月九日、戦後期外務省記録『外務省機構（本省）』（二〇一四－二六八〇）。

(42) 官房総務参事官室「機構小委員会第二回会合議事要旨」一九六六年二月二三日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七〇）。

(43) 官房総務参事官室「機構小委員会第六回会合議事要旨」一九六六年三月三〇日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七〇）。

(44) 機構小委員会「政経合体について」一九六六年四月一一日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七〇）。

(45) 機構小委員会「政経合体の是非に関する意見」一九六六年五月、及び機構小委員会「外務省の経済外交に果すべき役割についての一考察―特に政経合体との関連において―」一九六六年五月一七日、前掲『外務省機構（本省）』。

(46) 作成者なし「外務省機構について」一九六六年八月一八日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇二七）。

(47) 前掲「外務省の経済外交に果すべき役割についての一考察―特に政経合体との関連において―」。

(48) 外務省「本省機構の整備を必要とする理由　昭和四二年度予算」日付なし（『外務省行政組織関係雑件　外務省機構改革関係　第二巻』外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七一）、作成者なし「昭和四二年度本省機構要求」一九六六年七月一五日（『外務省行政組織関係雑件　外務省機構改革関係　機構小委員会　第二巻』外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七四）。

(49) 官房総務参事官室「昭和四二年度本省機構要求（各局要求原案）」一九四六年六月（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。

(50) 官房総務参事官室「機構小委員会第一六回会合議事要旨」一九六六年九月一九日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七四）、官房総務参事官室「機構小委員会第一七回会合議事要旨」一九六六年一二月二三日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七四）。

(51) 作成者なし「外務省機構第一次改革案」一九六七年一月三一日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇二七）。

(52) 斎藤『外交』一〇七－一〇八頁。なお、「外務省機構第一次改革案」に付属する手書きの草案には官房長、官房総務参事官、官房書記官のサインが残されている。

(53) 中国問題をめぐる外務省内の論争については、井上「日本政府の一九七〇年代アジア秩序構想」、が詳しい。

(54) 官房総務参事官室「機構小委員会第一八回会合議事要旨」一九六七年二月一日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七四）、官房総務参事官室「機構小委員会第一九回会合議事要旨」一九六七年二月一〇日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七四）。

(55) 官房総務参事官室「機構小委員会第二六回会合議事要旨」一九六七年一二月一五日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七四）。

(56) 高裁案「機構小委員会の委員交代について」一九六七年一〇月一一日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七四）。この高裁案に先立って機構小委員会の委員交代の方針が機構委員会で報告・了承されている。官房総務参事官室「機構委員会第一三回会合議事要旨」一九六七年九月五日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。

(57) 高裁案「機構小委員会の委員委嘱について」一九六八年二月八日（『外務省行政組織関係雑件　外務省機構改革関係　機構委員会　機構小委員会　第二巻』外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。

(58) 斎藤『外交』一〇八頁、村田『村田良平回想録（上巻）』一八五頁。

(59) 報道課「下田次官霞クラブ・民放クラブ懇談記録」一九六六年七月八日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。

(60) 前掲「機構小委員会第二六回会合議事要旨」。

(61) 官房総務参事官室「機構小委員会第二七回会合議事要旨」一九六七年一二月二一日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七四）。

(62) 官房総務参事官室「機構小委員会第三一回会合議事要旨」一九六八年三月一五日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。

(63) 作成者なし「政経合体第一段階における経済局再編成図（案）」一九六八年三月一四日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。

(64) 機構小委員会「政経合体完成図（案）」一九六八年三月一三日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。

(65) 官房総務参事官室「機構小委員会第三二回会合議事要旨」一九六八年三月二二日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。

(66) 機構小委員会「政経合体完成図（案）」一九六八年三月二二日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。

(67) 加藤委員「機構改革と国連局について」一九六八年三月一八日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。

(68) 機構小委員会「政経合体について」一九六八年四月一日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。

(69) 官房総務参事官室「第三四回機構小委員会議事要旨」一九六八年四月二六日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。

(70) 官房総務参事官室「機構小委員会第二八回会合議事要旨」一九六八年一月五日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。

(71) 岡崎資料課長「政策企画及び情勢分析の機能について」一九六七年一二月二五日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。
(72) 前掲「機構小委員会第二八回会合議事要旨」。
(73) 官房総務参事官室「機構小委員会第二九回会合議事要旨」一九六八年二月二八日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。
(74) 村田『村田良平回想録（上巻）』一八八頁。
(75) 機構小委員会「情勢分析、政策企画及び総合政務的機能について（政経合体との関連において）」一九六八年四月一二日（『外務省機構改革』外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。
(76) 前掲「第三四回機構小委員会議事要旨」。本稿の検討対象からは外れるが、機構小委員会で継続的に審議されてきた人事行政についても「「局部課」制と「官」制について」「定員の配置について」「中級職員の処遇について」の三部の答申を次回機構委員会に提出されることが決定されている。
(77) 官房総務参事官室「機構委員会（五月二日及び四日）議事要旨録（未定稿）」一九六八年五月一〇日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。通常、機構委員会は一日の開催だが、この第一四回会合は二日間に分けて開催されている。
(78) アジア局長・北米局長・中南米移住局長・欧亜局長・中近東アフリカ局長「「情勢分析、政策企画及び総合政務的機能について」の意見」一九六八年五月一一日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。
(79) 作成者なし「総合政務部（仮称）の具体的担当分野について（案）」一九六八年五月八日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。
(80) 国連局「行政改革案及び意見」一九六八年四月（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。
(81) 官房総務参事官室「本省機構改革問題等についての機構委員会の討議（五月二日、四日及び一四日）における主要意見」一九六八年五月二四日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）。
(82) 第一六回及び第一七回機構委員会の議事要旨は残されていないが、委員から寄せられた意見が、「外務省機構改革実施方針（案）」に書き込まれている。外務省「外務省機構改革実施方針（案）」一九六八年五月（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。
(83) 外務省「外務省機構改革実施方針（案）」一九六八年六月（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）。
(84) 外務省「外務省機構改革実施方針」一九六八年六月二四日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。

(85) 村田『村田良平回想録（上巻）』一九三－一九四頁。一九六八年四月二一日に資料課は分析課に改編されたため、岡崎の職名も機構小委員会での検討時から変更されている。
(86) 官房総務参事官室「昭和四四年度本省機構要求」一九六八年八月八日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。
(87) 若杉「経済関係機構改革実施委員会第一回議事要旨」一九六八年七月二日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七一）。
(88) 作成者なし「第二回実施委員会」一九六八年七月一二日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七一）。
(89) 作成者なし「経済関係機構改革実施計画」一九六八年八月一日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。
(90) 技術協力課長「政経合体に伴なう技術協力事務移管準則」一九六九年一月二七日（『外務省機構改革／経済協力局内編成』外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七七）。
(91) 経済協力局「機構改革後の経済協力局の局内編成について」（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七七）。
(92) 作成者・作成日なし「（高裁案）」（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七一）。この文書は、経済関係機構改革に伴う各地域局の受け入れに関する文書の冒頭に置かれたもので「日米間の経済問題」に関する所掌事務についてのみ記載されている。
(93) 北米局「機構改革における北米第二課の取扱いについて」一九八三年六月一三日（『機能強化対策／経済局機構問題』外務省情報公開：二〇一二－〇〇〇六七）、および、渡邊幸治へのインタビュー（二〇〇九年四月一八日、東京）。渡邊氏は政経合体機構改革の直後に経済局に勤務し、八〇年代後半には経済局長を務めている。
(94) 作成者なし「機構改革に関する経済局意見」一九六八年九月一日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。
(95) 経総「国際資源課の設置について」一九六七年七月二六日（『外務省機構改革／資源課設置』外務省情報公開：二〇〇九－〇〇四二〇）。
(96) 経総「国際資源課の設置について」一九六七年八月四日（外務省情報公開：二〇〇九－〇〇四二〇）。
(97) 一九七〇年代前半の資源問題に関する外務省機構改革の詳細については、拙稿「戦後日本における資源外交の形成 一九六七－一九七四年」慶應義塾大学博士論文、二〇一三年三月、六〇－六四頁及び七二－七七頁、を参照。
(98) 前掲「外務省機構改革実施方針」。
(99) 作成者・作成日なし「局長発言（六・二四幹部会）」（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。作成日は書かれていないが、内容および前後の収録文書から考えて一九六八年に作成されたことは間違いない。

(100) 経緯「一次産品問題の取扱い」一九六八年一一月二九日（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）。
(101) ただし、例外的に中近東アフリカ局では経済課方式が取られず、一課削減という形になった。
(102) 拙稿「戦後日本における資源外交の形成　一九六七－一九七四年」。
(103) ただし、村田良平企画課長の後任には加藤吉弥経済統合課長が充てられるなど、省内人事上、調査部企画課長は右翼課長の一つという扱いであった。村田『村田良平回想録（上巻）』一九七－一九八頁。
(104) 外交政策企画委員会「わが国の外交政策大綱」一九六九年九月二五日（外務省ホームページ：http://www8.cao.go.jp/jyouhou/tousin/h16-14/652.pdf［二〇一四年九月一二日最終アクセス］）。
(105) 国際資料部「第一回外交政策企画委員会記録」日付なし、国際資料部「第二回外交政策企画委員会記録」日付なし、国際資料部「第三回外交政策企画委員会記録」日付なし、国際資料部「第四回外交政策企画委員会記録」日付なし、いずれも戦後期外務省記録『本邦外交政策／外交政策企画委員会（第一～四回）記録』（二〇一三－一八五四）所収。開催日は第一回が一九六九年七月一八日、第二回が八月二九日、第三回が九月二日、第四回が九月四日であることが文書内に明記されており、愛知外相は第一回及び第二回に出席し討議に参加している。
(106)「平成一六年度（行情）答申第六五二号」二〇〇五年三月二九日（内閣府ホームページ：http://www8.cao.go.jp/jyouhou/tousin/h16-14/652.pdf［二〇一四年一〇月二日最終アクセス］）。
(107) 村田『村田良平回想録（上巻）』一九四－二二四頁。
(108) 官総「機構の見直し（政策企画機能の強化について）」一九七九年五月九日（外務省情報公開：二〇一一－〇〇四三〇）、官総「機構の見直し（安全保障問題の処理体制）」一九七九年五月二三日（外務省情報公開：二〇一一－〇〇四三〇）、官総「機構委員会第一回会議概要（メモ）」一九八二年四月二一日（『機構委員会』外務省情報公開：二〇一一－〇〇二一九）。
(109) 中近東アフリカ局中近東課「昭和四四年度中近東大使会議議事要録」一九六八年一一月（外務省情報公開：二〇〇九－〇〇五七〇）。
(110) 中島琢磨「沖縄返還と日米安全保障関係の新展開――事前協議制度の沖縄への適用をめぐって」日本国際政治学会二〇一〇年度研究大会報告ペーパー、一－三〇頁、井上「日本政府の一九七〇年代アジア秩序構想」。
(111) 例えば、前掲「外務省機構について」、前掲「政経合体について」。

【資料１】機構委員会開催記録

	開催日	検討事項
第１回	1966年２月11日	官房長説明（政経合体／中南米・移住局・経済協力庁構想／局課制）
第２回	1966年３月１日	第１・２回小委説明／政経合体／中南米・移住局（領事局問題含む）
第３回	1966年３月15日	第３・４回小委説明／政経合体／領事移住局／官房／局課制／外相複数制
第４回	1966年４月５日	第５・６回小委説明／外相複数制
第５回	1966年４月12日	外相複数制
第６回	1966年４月19日	政経合体
第７回	1966年５月17日	機構小委提出ペーパー検討（機構改革３ヵ年計画［政策企画部構想］）
第８回	1966年５月23日	政策企画立案機能強化（政務総局的構想）
第９回	1966年５月31日	機構改革３ヵ年計画
第10回	1966年６月９日	機構改革３ヵ年計画／昭和42年度機構要求／在外公館
第11回	1966年６月21日	在外公館（「在外公館の増設及び充実について」）／行管からの依頼説明／機構委・小委の役割分担／昭和42年度機構要求
第12回	1966年７月27日	定員
第13回	1967年９月５日	官房長挨拶／人事行政（「人事政策のあり方について」）／小委付託事項
第14回	1968年５月２日・４日	機構改革３ヵ年計画／政経合体／情勢分析及び政策企画／局課制／定員
第15回	1968年５月14日	機構改革について
第16回	1968年６月４日	機構改革について　※開催案内のみで議事要旨無し（配付資料あり）
第17回	1968年６月６日	機構改革について　※開催案内のみ
第18回	1968年９月５日	機構改革について　※開催案内のみ
第19回	1968年９月10日	機構改革について　※開催案内のみ
第20回	1968年９月13日	機構改革について　※開催案内のみ

（『外務省行政組織関係雑件 外務省機構改革関係 機構委員会』（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七二）、『外務省機構改革』（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七六）所収の各回議事要旨に基づいて筆者作成）

【資料２】機構小委員会開催記録

	開催日	検討事項
第１回	1966年２月15日	機構委・機構小委設置経緯説明／委嘱事項説明
第２回	1966年２月23日	政経合体／中南米・移住局改組及び領事局新設／官房強化・国資部／局課制
第３回	1966年３月２日	第２回機構委説明／委嘱事項説明・検討／中南米局・移住局改組
第４回	1966年３月10日	委員による試案検討（政経合体及び領事局）／外相複数制に関する研究指示
第５回	1966年３月17日	第３回機構委説明／外相複数制／局課制／政経合体
第６回	1966年３月30日	政経合体

第７回	1966年４月11日	外務大臣複数制／政経合体／政策企画立案機能強化
第８回	1966年４月18日	「政経合体についての小委員会報告書（案）」
第９回	1966年４月22日	第６回機構委説明（政経合体）／政経合体
第10回	1966年５月10日	政策企画立案機能強化／官房／情文局／中南米局・移住局
第11回	1966年５月13日	機構改革全般（長期的視野）／政経合体／経済外交／政策企画立案機能強化／移住領事局＆中南米局設置案／機構改革３ヵ年計画
第12回	1966年６月７日	第７～９回機構委説明／在外公館
第13回	1966年６月24日	第10･11回機構委説明（小委案承認）／定員
第14回	1966年７月25日	定員
第15回	1966年８月３日	第12回機構委説明／機構改革３ヵ年計画／定員／在外公館／人事行政
第16回	1966年９月19日	人事行政（「長期的な人事行政について」他）
第17回	1966年12月23日	人事行政（「人事政策のあり方」）
第18回	1967年２月１日	経済協力庁構想
第19回	1967年２月10日	経済協力（「わが国の経済技術協力上の問題点とその解決策」）
第20回	1967年４月21日	人事行政（「人事政策のあり方」）
第21回	1967年４月28日	人事行政（「人事政策のあり方」）
第22回	1967年11月１日	第13回機構委説明（付託事項追加）
第23回	1967年11月17日	人事行政（中級職制度・中級試験制度・研修と訓練・中級職員登用）
第24回	1967年11月14日	人事行政（「外務省における人事政策―特に中級職員等の処遇について」）
第25回	1967年12月１日	人事行政（「外務省における人事政策―特に中級職員等の処遇について」）
第26回	1967年12月15日	政経合体
第27回	1967年12月21日	政経合体
第28回	1968年１月５日	政策企画及び情勢分析の機能全般について
第29回	1968年２月28日	官房長指示（総合政務局設置構想）／「外務省機構改革の問題点」（政経合体・情勢分析及び政策企画・官房）
第30回	1968年３月６日	人事行政（中級職員処遇・勤務評定）
第31回	1968年３月15日	人事行政（勤務評定）／政経合体
第32回	1968年３月22日	国連局／政経合体
第33回	1968年４月12日	情勢分析及び政策企画／在外公館／その他（定員・政経合体・３ヵ年計画）
第34回	1968年４月26日	政経合体（「政経合体について」「政経合体実施のタイムテーブル」）
第35回	1968年５月10日	第14･15回機構委説明（付託事項追加［総合政務部構想含む］）・討議
第36回	1968年６月11日	「外務省機構改革実施方針（案）」
第37回	1968年７月26日	「在外公館のあり方」
第38回	1968年10月22日	「在外公館のあり方」

（『外務省行政組織関係雑件 外務省機構改革関係 第一巻』（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七〇）、『外務省行政組織関係雑件 外務省機構改革関係 機構委員会 機構小委員会 第二巻』（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七四）、『外務省行政組織関係雑件 外務省機構改革関係 機構委員会 機構小委員会 第三巻』（外務省情報公開：二〇一〇－〇〇六七五）所収の各回議事要旨に基づいて筆者作成）

論　説

いわゆる「第三者の執行担当」について（一）

――第三者に帰属する権利を執行債権とする強制執行の許容性――

山木戸　勇一郎

目　次

序章　はじめに
第一章　ドイツ法
　第一節　執行担当概念の萌芽

第二節　執行担当に関する議論の引き金――連邦通常裁判所民事第五部一九八四年一〇月二六日判決――
第三節　学説・裁判例の状況
第一款　総説
第二款　訴訟担当先行型
一　はじめに
（一）問題の所在
（二）議論の対象となる場面
二　ＺＰＯ二六五条の場面に関する裁判例の立場
（一）ベルリン高等裁判所一九三二年一〇月二二日決定
（二）ベルリン高等裁判所一九五六年五月二三日決定・連邦通常裁判所一九八三年一一月二三日決定
三　ＺＰＯ二六五条の場面の訴訟担当者の執行当事者適格を否定する学説
（一）専ら判決主文の給付の宛先の記載を基準にする見解
（ア）ブライ（Erich Bley）の見解（一九三三年）
（イ）キオン（Hans-Jürgen Kion）の見解（一九六五年）
（ウ）小括
（二）訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠に着目する見解
（三）小括
四　任意的訴訟担当の場面に関する議論
五　ベッカー＝エーバーハルト（Ekkehard Becker-Eberhard）の反論（一九九一年）
（一）総論
（二）判決主文の給付の宛先の記載を基準とする見解に対する批判
（ア）ブライやキオンが依拠している定式に対する批判
（あ）ローゼンベルクの定式に対する批判

（い）シュタインの定式に対する批判
（イ）主文の給付の宛先の記載を基準とすること自体への批判
（ウ）小括
（三）訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠に着目する見解に対する批判
（四）小括
六　現在の学説状況
七　小括
第三款　第三者授権型
第四款　戻授権型
第四節　小括
第二章　日本法
第三章　総括

（以上、本号）

序章　はじめに

実体法上の権利義務の帰属主体ではない者を、いかなる場合に正当な当事者として認めることができるか。この問題は、わが国の手続法において極めて重要な問題と位置づけられてきている。特に判決手続における当事者の正当性（当事者適格）については、わが国の手続法学において極めて長い議論の歴史を有しており、実体法上の権利義務の帰属主体ではない者が自己の名において判決手続を追行する場面を指して、「第三者の訴訟担当（Prozeßstandschaft）」とい

う概念が用いられてきていることは周知のとおりである。

他方、執行手続においても、実体法上の権利義務の帰属主体ではない者が自己の名において手続を追行する可能性は否定されない。そして、第三者の訴訟担当とのアナロジーから、実体法上の権利義務の帰属主体ではない者が執行当事者として執行手続を追行する場面を指して、「第三者の執行担当（Vollstreckungsstandschaft）」（以下では「執行担当」と略記する）という概念が用いられることがある[1][2]。執行担当の領域に属する事象としては、一般的に以下の三つの類型が挙げられている[3]。

第一は、訴訟担当者が自己を名宛人とする判決を取得した後に、そのまま執行当事者として強制執行をするという類型である。この類型は、訴訟当事者であった者が執行当事者になるという限りでは通常と同じであるが、執行債権は被担当者たる第三者に帰属していることから、執行担当の領域に入ることになる。本稿においては、この類型のことを「訴訟担当先行型（Vollstreckungsstandschaft nach vorangegangener Prozeßstandschaft）」と呼ぶことにする。

第二は、判決手続等の債務名義の成立過程に当事者として関与した者が、自己を名宛人とする判決等の債務名義を取得した際に、当該判決等の債務名義に基づく強制執行を第三者に委託し、その委託に基づいて当該第三者が執行当事者として強制執行をするという類型である。この類型は、債務名義に表示された実体法上の権利の帰属主体ではない第三者が、委託に基づいて執行当事者として執行手続を追行しようとするものであるから、執行担当の領域に入ることになる。本稿においては、この類型のことを「第三者授権型（Drittermächtigungsfälle）」と呼ぶことにする。

第三は、判決手続等の債務名義の成立過程に当事者として関与した者が、自己を名宛人とする判決等の債務名義を取得した後に、当該判決等の債務名義に表示された実体法上の権利を第三者に譲渡した上で、当該第三者から委託を受けて自ら執行当事者として強制執行をするという類型である。この類型は、判決を例にすると、訴訟当事者であった者が

執行当事者になるという限りでは通常と同じであるが、執行債権は譲渡によって譲受人に帰属しているにもかかわらず、判決を取得した譲渡人がそのまま執行当事者として執行手続を追行しようとするものであるから、執行担当の領域に入ることになる。本稿においては、この類型のことを「戻授権型（Rückermächtigungsfälle）」と呼ぶことにする。(4)

さて、わが国において、過去に執行担当に関して議論の対象となったことがあるのは、訴訟担当先行型である。例えば、株主代表訴訟の勝訴原告株主による強制執行の申立ての可否については、一九九五年頃に盛んに議論がなされていたところであり、また、選定当事者による強制執行の申立ての可否についても議論がなされていたことがある。これらの問題については、後述の通り、有力な否定説が主張されていたものの、現在のところ肯定説が通説であるといって差し支えのない状況にある。もっとも、現在の学説状況の形成が、理論的な意味で十分な決着を見た結果といえるかどうかについては、未だ検討の余地があるように思われる。そこで、今一度過去になされてきた議論を詳細に振り返って、特に有力な否定説を採用することができない根拠について、理論的な基礎から再度検討をする必要があるように思われる。

また、訴訟担当先行型に対して、戻授権型や第三者授権型のような委託に基づく執行担当については、わが国においてはほとんど議論がなされてきていない。しかし、これらの類型に属する事象は、例えば、前者については債権譲渡担保の場合において、後者についてはサービサーによる債権回収の場合において、わが国においても起き得るものであると考えられる。そこで、委託に基づく執行担当についても、その可否や理論的な基礎について、一度考察をしておく必要があるように思われる。

以上のようなわが国の状況に対して、ドイツにおいては、後に紹介する通り、一九八四年頃を境に執行担当に関する議論が本格的に行われるようになってきており、また、理論的な分析が急速に発展してきている状況にある。そこで、本稿では、まずドイツにおいてなされていた議論を参照することによって、以上の課題を解決する上での示唆を得るこ

とにしたいと思う。その上で、わが国のこれまでの議論の状況を整理しつつ、筆者なりの検討を加えていくこととしたいと思う。

なお、執行担当の各類型が、執行法のどの次元の問題として位置づけられ、また、それぞれの位置づけにおいて何が問題になるのかということについて、わが国では必ずしも十分な整理がなされてきたとはいえないように思われる。そこで、以上に述べたような検討をする上では、これらの点を明確にしながら考察することが必要であると考えている。

また、執行担当の各類型の執行法上の問題の次元はそれぞれ異なるため、これらを当然に統一的な問題領域として把握することが可能なわけではなく、また、当然にその必然性があるということができるわけでもない。そこで、本稿では、執行担当という統一的な問題領域を観念することに意味を付与することが可能であるのかという点も、検討の対象とすべき事柄であると考えている。

以上のような問題関心から、本稿では、まず執行担当に関するドイツにおける議論を紹介した上で、そこからいかなる示唆が得られるかを検討する（第一章）。それを受けて、執行担当に関連するわが国の議論の状況を整理しつつ、わが国における執行担当の各類型の許容性について検討を加えた上で（第二章）、執行担当に関して総括的な検討を加えたいと思う（第三章）。

第一章　ドイツ法

第一節　執行担当概念の萌芽

執行担当という概念が最初に用いられたのは、ベッターマン（Karl August Bettermann）のハビリタツィオンにおいてである。その中でこの概念が登場するのは、他人の判決（他人を当事者とする判決）による強制執行においては誰のどのような請求権を執行するのか、という問いかけに関する部分である。その詳細は、以下のようなものである。(5)

まず、ベッターマンは、自己の判決（自己を当事者とする判決）による強制執行においては、執行されるのは判決において確認された請求権であることは明らかであるとした上で、「判決において確認され執行される請求権は、必ずしも原告に帰属する必要はない」とする。なぜなら、判決手続が訴訟担当の原告によって追行された場合、「勝訴した原告はその存在が肯定された請求権の保有者ではないため、勝訴した原告は執行手続的には債権者であっても実体法的には債権者ではないから」であり、「したがって、執行担当は訴訟担当に対応するものである。執行担当は、自己の名における他人の権利の強制的な徴収である」とする。

以上のベッターマンの論述は、挙げられている事例から明らかなように、訴訟担当先行型を念頭に置いたものである。もっとも、後述するように、訴訟担当先行型に相当する事象の存在そのものはこれ以前から意識されていたので（第三節第二款「二」（一）及び「三」（一）（ア）参照）、この部分で何か新しいことが指摘されているというわけではない。ベッターマンが執行担当という新たな概念を用いたことに意味を求めるとすれば、それは以下のように、他人の判決による強制執行の場合において、訴訟担当先行型以外の執行担当が存在することを指摘した点にあるように思われる。

まず、ベッターマンは、他人の判決による強制執行の話題に入るにあたって、上の記述に続けて、「この法解釈によって構築された概念〔＝執行担当〕と、他人の判決を執行すること自体とは関係がない」として、単に判決手続の当事者と執行手続の当事者が同一ではないという一事を以って、執行担当という概念を用いることを戒めている。なぜならば、他人の判決による強制執行が認められている場合は、一般的にはその判決の権利は自己の権利となっているため、「他人の権利の裁判上の訴求である担当（Standschaft）の制度」との類似性はないからであるという。すなわち、「他人の判決の執行の一般的な場合においては、執行をする第三者はその自己の請求権を行使するものであるから、形式的手続的な意味のみならず、実体法的な意味においても、その第三者は債権者である。例えば、権利承継人は彼に譲渡された請求権を実行する。権利承継によって、その第三者は判決がなされた請求権の債権者となるから、法は明示的にその第三者に強制執行を行う権利を付与し、それによって手続法的な意味での債権者の役割を付与するのである。…この点は、判決がなされた者とは別の者に対して執行がなされる場合においても異なるところはない」、と。

これに対して、ベッターマンは、法が認めている他人の判決による強制執行の中には、例外的に他人の権利を強制執行するパターンがあるとする。ベッターマンがその例として挙げるのは、ＺＰＯ七四二条（訴訟係属後に財産共通制が採られた場合において、訴訟当事者となった一方の配偶者が夫婦の合有財産について単独の管理権を持たないこととされた場合に、配偶者の他方が執行当事者として強制執行する場合[6]）やＺＰＯ七四九条（遺言執行者が被相続人を当事者とする判決に基づいて執行当事者として強制執行する場合[7]）である。これらについて、ベッターマンは、「訴訟担当非先行型の執行担当（Vollstreckungsstandschaft ohne vorausgegangene Prozeßstandschaft）」と呼んでいる[8]。

このように、ベッターマンが訴訟担当先行型ではない執行担当の存在についての認識を持っていたことは特筆すべきである。もっとも、それらは法律上規定されているものにとどまっており、第三者授権型や戻授権型といった委託に基

づく類型[9]も含めて、執行担当が議論の対象として大きく取り上げられるには、その引き金となった連邦通常裁判所民事第五部一九八四年一〇月二六日判決を待たなければならなかった。

第二節　執行担当に関する議論の引き金

――連邦通常裁判所民事第五部一九八四年一〇月二六日判決――

執行担当が大きな議論の対象となったきっかけは、連邦通常裁判所民事第五部一九八四年一〇月二六日判決（BGH, BGHZ 92, 347）である。この判決の事案は、以下のようなものである。

原告（執行債務者）は、被告（執行債権者）に対して、執行証書によって原告の土地に証券土地債務[10]を設定したが、被告は担保の目的で第三者にその証券土地債務の権利を譲渡した。その後、当該第三者が被告に対して、証券土地債務の目的となっている土地の強制競売を委託して、その土地債務証券を被告に返還した。そこで、被告が単純執行文の付与を受けて、原告の土地の強制競売を申し立てたところ、原告は、被告はもはや証券土地債務の権利者ではないと主張して、請求異議の訴えを提起した。

この事案は、被告からの譲渡によって証券土地債務の権利帰属主体となった第三者に代わって、旧権利者である被告が執行当事者として執行手続を追行しようとしているものであるから、戻授権型に属する事案である。

連邦通常裁判所民事第五部は、この請求を認容し、強制競売の不許を宣言した。その理由は、被告が当該第三者に対して譲渡した証券土地債務の権利を、当該第三者が被告に対してさらに譲渡したとは認められず、被告の当該第三者に対する権利の譲渡により、被告は土地債務を強制競売に利用する権限を失うに至ったものであり、このことは当該第三

者が被告による証券土地債務の権利の利用を許諾していたとしても左右されない、というものであった。

請求異議の訴えを認容するためには、理由としてはここまでで十分であるが、判旨はその後に付け加えて、以下のような一般論を述べている。

①判決手続において、第三者が本来の債権者による授権（Ermächtigung）に基づいて自己の名で裁判上の主張をすること（いわゆる任意的訴訟担当）は、当該第三者が他人の権利の実現につき保護に値する自己の利益を持っているならば許容され、当該第三者が自己の名において判決を取得したならば、当該第三者は有名義債権者として執行文の付与を受けて、自己の名で強制執行を行うことができる。

②これに対して、有名義債権者が第三者に対して有名義請求権を自己〔＝当該第三者〕の名で執行することを授権すること（独立的執行担当 isolierte Vollstreckungsstandschaft）は、これとは異なり許されない。なぜなら、債務名義[11]においては、当該第三者が名宛人となっているわけではないため、当該第三者が強制執行を行うにはＺＰＯ七二七条[12]に基づく承継執行文の付与が必要であるが、有名義請求権の譲渡のない純然たる執行授権は、実体適格（Sachlegitimation）の是正を伴っていないので、ＺＰＯ七二七条における意味での権利承継ではないからである。したがって、授権による執行文付与は問題になる余地がない。

③また、有名義債権者が、執行文付与の前後に第三者に対してその債権を譲渡した上で、当該第三者のために自己〔＝有名義債権者〕の名で執行を行おうとした場合においても、このような新債権者のための旧債権者による執行担当は許されない。確かに、債務名義において債権者として証されている者は執行文の付与を受けることができるので、強制執行を開始することはできる。しかし、執行債務者は請求異議の訴えにおいて、新債権者への権利の譲渡を主張して、その強制執行の不許を求めることができる。ＺＰＯ二六五条[13]は有名義請求権の譲渡には適用がない[14]。

④少なくとも本件のような執行担当を是認することは、法的安定性や法的明確性を確保するための執行法の形式的厳格性に反する。また、債権者が自身で権利を使用するのではなく、譲渡人に権利を残しておきたいのであれば、債権者は信託的譲渡をすることができるので、本件のような執行担当は実際上の必要もない。

以上のような一般論のうち、③と④の戻授権型に関する判示部分は、この事案の結論の理由付けの裏付けとなる部分であるのに対して、②の第三者授権型に関する判示部分や、これと対比する意味で述べられている①の訴訟担当先行型に関する判示部分は、この事案の解決には必要のないものである。

このように、この判決が戻授権型のみならず、執行担当の領域全般を視野に入れて判示したものであったことが、執行担当という領域に関する大きな関心を呼ぶ発端となった。特に戻授権型や第三者授権型については、この判決以前にはほとんど学説や裁判例がない分野であったため、この判決は議論の引き金として重要な意義を有しているということができる。

第三節　学説・裁判例の状況

第一款　総説

執行担当論は、第三者に帰属する権利を自己の名で強制執行することが許されるか否かに関する問題であるが、そこには二つの問題のレベルがあることを確認しておかなければならない。

第一のレベルは、第三者に帰属する権利を自己の名で強制執行する場合において、そもそもその者が強制執行の申立

てをする資格を有するか、すなわち執行債権者（執行当事者）となることができるか、という問題である。強制執行を申し立てるためには執行文が付与された債務名義が必要であるから、執行債権者となることができるか否かは、その者に対する執行文の付与が認められるか否かという問題に帰着する。これが否定されれば、当該強制執行は不許容である（unzulässig ist）。

第二のレベルは、第三者に帰属する権利を自己の名で強制執行する場合において、執行文の付与が認められて執行債権者となることができたとしても、請求異議の訴えによって阻止されることなく強制執行を貫徹することができるか、という問題である。これが否定されれば、当該強制執行は不許容となる（unzulässig wird）。

前者は手続法的な執行当事者適格の問題であるのに対して、後者は実体法的な適格性――いわゆる「実体適格」――の問題であるが、以下に述べるように、執行担当の類型によっていずれが問題となるかが異なっている。

まず、訴訟担当先行型と第三者授権型は、専ら前者の問題として論じられている。後述するように、訴訟担当先行型は、判決主文において給付の宛先（給付がなされるべき対象）とされていない訴訟担当者が単純執行文の付与を受けることができるか、という問題設定で議論がなされており、また、第三者授権型は、判決等の債務名義の成立過程に当事者として関与した者から執行委託を受けた者が承継執行文の付与を受けることができるか、という問題設定で議論されているからである。

これに対して、戻授権型は、専ら後者の問題として論じられている。後述する通り、この類型においては、判決等の債務名義の成立過程に当事者として関与した者が執行当事者となるため、第一のレベルの問題は特に問題とならず、強制執行の許容性との関係で問題となるのは、執行当事者が債務名義に表示された実体法上の権利を譲渡によって失っている点であるからである。

このように、執行担当の類型によって、手続法的な当事者適格が問題となるか、実体適格が問題となるかが異なるという点に留意しつつ、以下ドイツにおける学説・裁判例の状況を紹介していきたい。

第二款　訴訟担当先行型

一　はじめに

（一）問題の所在

訴訟担当者が原告となって取得した判決が、訴訟担当者に対する給付を命じるものである場合においては、訴訟担当者が単純執行文の付与を受けて執行債権者となることができることについて特段の争いはない[15]。

これに対して、比較的古い時代から議論の対象となっていたのは、訴訟担当者が原告となって取得した判決が、実体法上の権利者である第三者に対する給付を命じるものである場合において、判決主文において給付の宛先（給付がなされるべき対象）とされていない訴訟担当者が執行債権者となることができるか、という点である。そして、この問題は、ＺＰＯ七二四条、七二五条[16]に基づいて単純執行文の付与を受けることができるのは、訴訟担当者なのか（肯定説）、それとも実体法上の権利者である当該第三者なのか（否定説）、という問題設定で議論されている。

（二）議論の対象となる場面

この問題――訴訟担当者が第三者に対する給付を命じる判決を取得した場合における訴訟担当者の執行当事者適格――に関して議論の対象となっていたのは、主として権利承継（ＺＰＯ二六五条）の場面であった。そこでまず、なぜ権

利承継の場面において訴訟担当者が第三者に対する給付を命じる判決を取得するという事態が生じるのか、という点を確認しておきたい。

周知の通り、ドイツ法では、訴訟係属中の係争目的物の譲渡や請求権の譲渡は訴訟手続には影響を与えないとする、いわゆる当事者恒定主義が採用されている（ＺＰＯ二六五条二項）。その結果として、訴訟係属中の係争目的物や請求権の譲渡（原告側）の後に当事者として訴訟追行をすることができるのは、新たに権利者となった権利承継人ではなく、旧権利者である譲渡人となるため、譲渡人は権利承継人の権利について、法定訴訟担当者として訴訟追行をすることになる[17]。もっとも、訴訟手続に影響を与えないといっても、当事者の変更がないにとどまらず請求の趣旨の変更も必要がないのか否か――訴訟担当者となった譲渡人は自己に対する給付を求め続けることができるのか否か――という点については議論があった。請求の趣旨の変更は必要ないとする説（いわゆる無影響説〔Irrelevanztheorie〕）を採用すると、判決においては譲渡人である訴訟担当者に対する給付が命じられることになるのに対して、請求の趣旨を新権利者に対する給付を求めるものに変更することが必要であるとする説（いわゆる影響説〔Relevanztheorie〕）を採用すると、判決においては新権利者である権利承継人に対する給付が命じられることになる。ＺＰＯの制定後まもなくは無影響説が一般的であったが、二〇世紀前半には影響説が一般的になって現在に至っているため[18]、権利承継の場面においては、訴訟担当者が第三者に対する給付を命じる判決を取得するという事態が生じることを前提に、議論がなされるのが一般的である[19]。

さて、訴訟担当者が第三者に対する給付を命じる判決を取得するという事態が理論的に生じ得るのは、以上に述べたＺＰＯ二六五条の場面の他に、任意的訴訟担当（gewillkürte Prozeßstandschaft）の場面がある。なぜかというと、任意的訴訟担当を生じさせる訴訟追行授権には、被授権者自身に対する給付を求める実体法上の権限

の付与（取立授権〔Einziehungsermächtigung〕）を伴うものと、それを伴わない純粋な訴訟追行の授権（reine Prozeßführungsermächtigung）があるとされ、前者の場合は、訴訟担当者は自身に対する給付を求める実体法上の権限を有することになるため、自身に対する給付を命じる判決を求めることができるのに対して、後者の場合は、訴訟担当者は自身に対する給付を求める実体法上の権限を持たないため、自身に対する給付を命じる判決ではなく、本来の権利者に対する給付を命じる判決を求めなければならないことになるからである。[20] このため、後者の任意的訴訟担当の場合については、この問題の領域に含まれることになる。[21]

以下では、権利承継の場合に関する議論を中心に、任意的訴訟担当の場合に関する議論にも触れつつ、[22] 肯定説を採用する裁判例の立場を確認したうえで、学説上の否定説とそれに対する学説上の反論を紹介していきたい。

二　ＺＰＯ二六五条の場面に関する裁判例の立場

ＺＰＯ二六五条の場面に関して、裁判例は、訴訟担当者（譲渡人）に対する単純執行文の付与を肯定することで一致している。[23] 肯定説を採る裁判例の理由付けとの関係で、学説上の反対説が展開されているため、以下では裁判例の内容を若干詳細に紹介したい。

（一）ベルリン高等裁判所一九三二年一〇月二二日決定

この問題について、最初に直接的に判断を示したのは、ベルリン高等裁判所一九三二年一〇月二二日決定（KG, JW 1933, 1799）である。この決定の事案は、権利承継人に対する給付を命じる判決の強制執行の際に、権利承継人がＺＰＯ七二七条（承継執行文の付与の規定）に基づいてではなく、ＺＰＯ七二五条に基づいて執行文の付与を受けることが

できると主張して抗告をしたというものであった。これに対して、この決定は、ＺＰＯ七二四条、七二五条によって単純執行文の付与を受けることができるのは訴訟当事者であり、権利の譲渡後も訴訟当事者には変更がなく、訴訟当事者ではなかった抗告人は、自身の資格を以ってＺＰＯ七二七条によって承継執行文の付与を受けることができる〔にとどまる〕、としている。

（二）ベルリン高等裁判所一九五六年五月二三日決定・連邦通常裁判所一九八三年一一月二三日決定

（ア）条文の文言を根拠とする理由付け

この問題について、ベルリン高等裁判所一九五六年五月二三日決定（KG, JR 1956, 303）及び連邦通常裁判所一九八三年一一月二三日決定（BGH, NJW 1984, 806）は、訴訟担当者が単純執行文の付与を受けることができる根拠として、ＺＰＯ七二五条及びＺＰＯ七三四条の条文の文言を挙げている。その趣旨は、概ね以下のようなものである。

ＺＰＯ七二五条は付与されるべき執行文の文言について、「上の正本は、強制執行のために誰某（当事者の表示）に付与する」と規定しており[24]、執行文付与の対象者が「当事者」であることを前提とした規定となっている。また、ＺＰＯ七三四条[25]は、執行力ある正本（執行文が付与された判決の正本）の交付の際に判決の原本に記載すべき事項として、その正本を付与した当事者及び日時を挙げており、執行力ある正本の交付の対象者が「当事者」であることを前提とした規定となっている。これらの規定を勘案すると、ＺＰＯ七二四条、七二五条によって単純執行文の付与を受けることができるのは、当事者として判決を取得した訴訟担当者である。

（イ）条文の文言以外の理由付け

まず、ベルリン高等裁判所一九五六年五月二三日決定は、条文の文言以外の理由付けとして、以下のようなことを述べている。

（ⅰ）職務上の当事者（Partei kraft Amtes）が執行法上の債権者となることができるように、執行法上の債権者と実体法上の債権者は一致する必要がないから、実体法上の権利者であるという理由をもって、ＺＰＯ二六五条二項の権利承継人を執行法上の債権者とみなす根拠はない。

（ⅱ）訴訟によって追求される成果は、単なる勝訴判決の取得ではなく、それによって強制執行をすることが許されることになる執行文を具備する勝訴判決の取得である。そうすると、ＺＰＯ二六五条二項によって従前の訴訟当事者が実体法上の権利の喪失後も引き続き判決手続を追行することを許されるならば、従前の訴訟当事者は強制執行も行うことができなければならない。

（ⅲ）権利承継人が自身で執行を行うか、それとも訴訟担当者に行わせるかについては、その意向に任されている問題である。

また、連邦通常裁判所一九八三年一一月二三日決定は、権利承継人に対する給付を命じる判決主文の記載のみに基づいて、承継執行文の付与の手続をスキップすることはできないため、権利承継人に対して（承継執行文の付与の手続をスキップするという意味で）単純執行文を付与することはできない、という趣旨のことを述べている。すなわち、権利承継人はＺＰＯ七二七条に従って権利承継の事実を証明すべきであるが、訴訟担当者が取得した権利承継人に対する給付を命じる判決は、権利承継の事実について判決効を以って確定していないため[26]、この判決はＺＰＯ七二七条が要求する形式による証明として常にふさわしいものであるとはいえない。そうすると、当該判決によって当然に権

利承継が証明されたものとみることはできないから、当該権利承継人に対して単純執行文を付与することはできない、と。

三　ＺＰＯ二六五条の場面の訴訟担当者の執行当事者適格を否定する学説

（一）専ら判決主文の給付の宛先の記載を基準にする見解

（ア）ブライ（Erich Bley）の見解（一九三三年）

訴訟担当者（譲渡人）がＺＰＯ七二四条、七二五条によって単純執行文の付与を受けることができる、という見解に対して、最初に異論を提起したのはブライである。

ブライの異論は、前述のベルリン高等裁判所一九三二年一〇月二二日決定に対するものとして提起されたものであり、ブライは同決定に反対して、権利承継人がＺＰＯ七二四条、七二五条によって単純執行文の付与を受けるべきものであるとして、以下のように主張する[27]。

まず、ブライは、「この問題は強制執行の目的から出発すべきである」とし、「強制執行は、公的文書において執行可能なものとして表示された、義務者（Verpflichtete）に対する資格者（Berechtigten）の実体法上の給付請求権ないし損害賠償請求権を実現するものというべきである」というローゼンベルク（Leo Rosenberg）の教科書における強制執行の目的についての記述を引用した上で[28]、「このような執行法的意味における資格者とは『債権者』であり、義務者とは『債務者』のことである」と主張する。

その上で、コンメンタールや教科書における執行債権者に関する定式を引用して、現在の債権者が専ら執行債権者となるという結論を補強する。例えば、シュタイン＝ヨナス・コンメンタールにおいて、シュタイン（Friedrich

Stein）は、執行債権者とは「その者のために判決がなされた者」であるとし[29]、また、ローゼンベルクは、その教科書において、執行債権者とは「債務名義又は執行文によれば、債務名義において確認された請求権の保持者（Inhaber）である者」であるとしていたが[30]、ブライは、「これらは、被告から給付がなされるべく判決された権利譲受人のことである」とする。また、バウムバッハ（Adolf Baumbach）の「債務名義において名宛てられた者」という定式によっても[31]、「権利譲受人はまさに判決主文に提示されているから」、この結論が是認されるとする。

そして、ブライは、「原告は債権者ではないし、原告が他人の権利について判決手続を追行することができるからといって、他人の権利を執行できるという論理は成り立たない」、「強制執行上の訴訟担当（Prozeßstandschaft auf die Zwangsvollstreckung）は実際上の必要性が欠けているだけではなく、何よりも必要とされる法的根拠を欠いている」と結論づける。

（イ）キオン（Hans-Jürgen Kion）の見解（一九六五年）

ブライの見解が発表されて後、この問題についての議論はしばらくなされていなかったが、前述の通り、ベルリン高等裁判所一九五六年五月二三日決定は、訴訟担当者（譲渡人）が単純執行文の付与を受けることができるという結論を採用した。

キオンは、この決定に反対して、まず、シュタインやローゼンベルクの定式を引用しつつ、譲渡人には実体権も帰属しないし、権利者として債務名義にも表示されないため、譲渡人は執行債権者とはなりえない、というブライとほぼ同様の議論を展開する。その上で、この決定が執行法上の債権者と実体法上の債権者とは一致する必要はないとしている（「二」（二）（イ）において紹介した理由付け（i）参照）のに対して、実体法上の債権者が誰なのかが問題

なのではなく、債務名義において指し示された債権者が誰であるのかが問題なのである、と反論している。[32]

また、連邦通常裁判所一九八三年一一月二三日決定が、当該権利承継人に対して承継執行文の付与の手続をスキップして単純執行文を付与することはできない理由として、権利承継人に対する給付を命じる判決は権利承継の事実について判決効を以って確定していないと述べている（「二」（二）（イ）参照）のに対して、キオンは、当事者に単純執行文を付与する際には、判決の内容である実体法上の権利の存否は問題とはならず、判決から形式的に判断されるのであるから、権利承継の事実の有無についても、判決〔主文の給付の宛先〕から形式的に判断されるべきである、と反論している。[33]これに加えて、キオンは、仮にこの連邦通常裁判所決定の述べる通りであるとすると、判決文からは「権利承継…が裁判所に顕著である」とはならないことになり、また、譲渡の際に「公の証書若しくは公の認証のある証書」が作成されることはないであろうから、ＺＰＯ七二七条の要件を常に満たさないため、権利承継人は常に執行文付与の訴え（ＺＰＯ七三一条）によらなければ執行文付与を受けることができなくなって、[34]訴訟関係を変動させないことによって被告を保護するというＺＰＯ二六五条の趣旨や目的に反して、手続を煩雑にすることになるのではないか、という疑問を呈する。[35]

（ウ）小括

ブライとキオンの見解は、実体法上の権利者のみに執行債権者適格を認めることを企図して、実体法上の債権者は債務名義において給付の宛先として表示されているという認識のもとで、給付の宛先を基準に単純執行文を付与する対象を決するべきとするものと理解できる。彼らの問題意識の根底には、譲渡人は訴訟手続の便宜のために訴訟当事者になっているに過ぎないため、実体法上の請求権の実現という強制執行の目的からすれば、本来の権利者である権

利承継人のみが執行債権者となるべきである、という考慮があったように思われる。

以上の見解とは別のアプローチとして、訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠が執行手続に妥当するかという観点から、訴訟担当者の執行当事者適格を否定する見解があるため、これを次に見ていきたい。

（二）訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠に着目する見解

前述の通り、ベルリン高等裁判所一九五六年五月二三日決定は、ＺＰＯ二六五条二項によって従前の訴訟当事者が引き続き判決手続を追行することを許されるならば、従前の訴訟当事者は強制執行も行うことができなければならない、と述べている（「二」（二）（イ）において紹介した理由付け（ⅱ）参照）。これに対して、譲渡人に訴訟追行権が認められる根拠となっているＺＰＯ二六五条二項の規定は執行手続には妥当しない、という観点からの批判がなされている。

まず、キオンは、仮にＺＰＯ二六五条が債権者の利益において手続の追行を許容する規定であるのならこのような議論は可能であるが、この規定は、被告から既存の訴訟関係を剥奪することによって被告の訴訟上の地位を悪化させることを防ぐという専ら被告保護の規定であって、この規定から判決に基づく強制執行の権利までを導くことはできない、と主張する[36]。

また、グルンスキー（Wolfgang Grunsky）も同様に、ＺＰＯ二六五条の規定は、被告にその有利な手続上の途中経過を維持することを認めるという被告保護を目的としたものであるから、新たな手続が開始された場合であって、何らの成果を維持することも必要ではない場合には、この規定を適用する根拠がない、と述べている。その上で、判決手続と執行手続は権利実現の手続という意味では一体であるとはいえ、ＺＰＯ二六五条は何ら執行手続について言及していないから、執行手続においては権利者のみに自らの権利を行使する権限があるという原則を見出すことが可能となる、

と主張する。また、被告には執行手続を新債権者との間で行うという以上のどのような利益もないから、譲渡人は強制執行を行うことができず、譲渡人は譲受人（権利承継人）から授権を受けて、任意的執行担当[37]として強制執行をすることができるにとどまるとする[38]。

（三）小括

訴訟担当者の執行権限を否定する見解は、以上に述べたように、二種類のアプローチに分類して理解することができる。

第一は、判決主文の給付の宛先の記載を基準に、単純執行文の付与の対象を決定するというアプローチである。すなわち、実体法上の権利者のみに執行当事者適格を認めることを企図して、判決の当事者の表示を基準とするのではなく（訴訟担当者に執行当事者適格を認めず）、判決主文において給付の宛先とされた者を基準に、単純執行文の付与を受けることができる者を決するべきである（専ら権利承継人に執行当事者適格を認めるべきである）、というものである。

第二は、訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠に着目するアプローチである。すなわち、ＺＰＯ二六五条二項によって、訴訟係属後の権利の譲渡によっても譲渡人がそのまま訴訟追行することができるのは、判決手続における被告の利益の保護のためであるから、この規定は執行手続には妥当しないため、譲渡人がそのまま執行当事者として執行手続を追行できるとすることには根拠がない、というものである。

このような二種類の議論の仕方に対して、それぞれベッカー＝エーバーハルトによる詳細な反論（後述「五」）があるが、これを紹介する前に、任意的訴訟担当の場面に関する議論の状況に簡単に触れておきたい。

四　任意的訴訟担当の場面に関する議論

任意的訴訟担当の場合も権利承継の場面と同じように、訴訟担当者の執行当事者適格を肯定する（訴訟担当者が単純執行文の付与を受けることができるとする）方向で裁判例は一致しており[39]、連邦通常裁判所民事第五部一九八四年一〇月二六日判決（第二節参照）もこの旨を明らかにしている。

これに対して、ヴィーンケ（Albrecht Wienke）は、『執行担当』と題する博士論文において、授権者（実体法上の権利者）に対する給付を命じる判決の場合について、訴訟担当者の執行当事者適格を否定する主張をしている。すなわち、任意的訴訟担当の場合については[40]、判決主文の給付の宛先を基準に、ＺＰＯ七二四条、七二五条により単純執行文の付与を受けることができる者が決せられ、授権者に対する給付を命じる判決の場合は、授権者に単純執行文を付与すべきものとするのである。その根拠としてヴィーンケは、概ね以下のようなことを述べている[41]。

権利者（＝授権者）に対する給付を命じる判決の場合においても、原告に対して単純執行文を付与するとするならば、主文に表示された給付の宛先は何の意味や効果がないものになるから、主文に表示された給付の宛先は、執行文付与の際に意味を持つものと考えるべきである[42]。任意的訴訟担当者が債権の取立権限を与えられていない場合は、任意的訴訟担当者が強制執行をすることは強制執行の意味や目的に適合せず[43]、また、このような場合の任意的訴訟担当者の権限は、単に判決の取得を目的とするものであるため、委任代理権の終了の場合と同じく判決の取得を以って目的達成によって終了すると解するべきであるし[44]、また、このような場合においては権利者が強制執行を行うことまで授権したとは解しがたい。

以上のヴィーンケの主張は、実体法上の権限のない者に強制執行を行わせることは強制執行の目的に適合しないとしている点や、訴訟追行権限の根拠となっている授権が執行手続に妥当しないことを問題としている点で、ＺＰＯ二六五

条の場面における否定説とおおよそ同様の構図のものである。

五　ベッカー＝エーバーハルト（Ekkehard Becker-Eberhard）の反論（一九九一年）

（一）総論

ベッカー＝エーバーハルトは、訴訟担当者に対する単純執行文の付与を否定する学説に対して、常に判決手続の当事者に対して単純執行文を付与するという構図を貫徹するために、以上に紹介してきた否定説の論拠について、逐一詳細に批判している[45]。以下では、判決主文の給付の宛先を基準とする見解に対する批判と、訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠に着目する見解に対する批判とに分けて紹介していきたい。

（二）判決主文の給付の宛先の記載を基準とする見解に対する批判

（ア）ブライやキオンが依拠している定式に対する批判[46]

（あ）ローゼンベルクの定式に対する批判

ベッカー＝エーバーハルトは、ブライやキオンが依拠している「債務名義又は執行文によれば、債務名義において確認された請求権の保持者である者」という執行債権者に関するローゼンベルクの定式について、以下のような問題点を指摘する。

まず、訴訟担当者に対する給付を命じる判決の場合においてすら、ローゼンベルクの定式には重大な問題がある、と指摘する。すなわち、判決主文のみから判断できることは、原告が権利者であるか否かという問題とは無関係に、単に原告に対して給付をしなければならないということだけである。したがって、請求権の保持者を明らかにするた

めには、判決主文を検討するのみでは足りず、判決理由に踏み込まなければならないことになる。しかし、これは強制執行の形式性の原則や判決手続と執行手続の役割分担に反するだけではなく、むしろ判決理由は訴訟担当者が権利者ではないことを明らかにすることになるため[47]、執行権限ないし単純執行文を受ける権限は、訴訟担当者にあるのではなく実体的な権利者にあるということになってしまう。しかし、これによると、例えば職務上の当事者の場合には、破産管財人や遺言執行者ではなく、破産者や相続人に単純執行文を付与することになるが、これは明らかに旧KO六条[48]やBGB二二一条[49]以下に違反することになる、と。

また、第三者に対する給付を命じる判決の場合においても、訴訟担当者に対する給付を命じる判決の場合と同様に、判決主文のみから判断できることは、権利の帰属の如何とは無関係に、単に第三者に給付しなければならないということだけである、と指摘する。すなわち、第三者に対する給付を命じる判決主文は、単に第三者に対する給付を命じているだけであって、当該第三者が給付請求権を有するか否かをオープンにしたままである――当該第三者が自己の給付請求権を持たず、単に給付受領権のみがあるという可能性も含んでいる――から、当該第三者が給付請求権を有しているということを決して意味しない。例えば、第三者のための契約（Vertrag zugunsten Dritter）の履行を求めて要約者が諾約者を訴えた場合、その勝訴判決においては、原告（要約者）が被告（諾約者）に対して受益者に対する給付を請求することができることは明らかにされるものの、受益者が自己の給付請求権を有しているか否か――すなわち第三者のための契約が真正なものであるか不真正なものであるか[50]――についてはオープンにされたままである。このように、第三者に対する給付を命じる判決主文だけからでは、当該第三者が請求権の保持者であるかどうかは明らかにならないから[51]、請求権の保持者であるか否かを判断するためには、やはり判決理由に踏み込むことを要求されることになる、と。

以上のような指摘をした上で、ベッカー＝エーバーハルトは、執行債権者に関する厳格な規定や判決手続と執行手続の役割分担の観点からは、強制執行や単純執行文の付与にあたっては、債務名義における外見上の給付命令が決定的であり、本来の請求権者は誰かといった実体的問題は重要ではないにもかかわらず、ローゼンベルクの定式はこのことを十分留意していないと批判する。

（い）シュタインの定式に対する批判

ベッカー＝エーバーハルトは、「その者のために判決がなされた者」というシュタインの定式について[52]、第三者に対する給付を命じる判決の場合においては、誰が執行債権者になるかについて明確な回答を可能にしない、と批判している。なぜなら、訴訟担当者が判決を求めてそれを取得しているのであるから、訴訟担当者のために判決がなされているともいえるし、給付の宛先である権利者がその直接の受益者なのであるから、判決は権利者のためになされているともいえるからである、と。

（イ）主文の給付の宛先の記載を基準とすること自体への批判[53]

以上のように、ベッカー＝エーバーハルトの批判（特にローゼンベルクの定式に対するもの）の骨子は、執行手続の形式性や判決手続と執行手続の役割分担に反するというものである。もっとも、ブライやキオンの主張は、結論的には（形式的に）判決主文の給付の宛先の記載を基準とするものと理解できるから、その意味では必ずしもベッカー＝エーバーハルトの批判に対峙する関係にあるものではないと考えられる。そこで、より問題とすべきであるのは、主文の給付の宛先の記載を基準とすること自体の正当性であろう。

この点について、ベッカー＝エーバーハルトは、第三者に対する給付を命じる判決主文の文面のみからでは、当該

判決がＺＰＯ二六五条の事案のものか、任意的訴訟担当の事案のものか、第三者のための契約の事案のものかを判別することができないという点を重視して、以下のように述べる。

判決主文の文面からでは、原告（要約者）のみが強制執行をすることができるとされている第三者のための契約の場合から、ＺＰＯ二六五条の場合や任意的訴訟担当の場合を区別することはできないから、判決主文の給付の宛先を基準とするためには、前者から後二者を区別するために、執行文付与手続において判決理由に踏み込まざるを得ないことを意味することになる。しかし、形式化された手続である執行文付与手続は、このような吟味をするについて正しい場でもなければ適当な場でもない。

（ウ）小括

ベッカー＝エーバーハルトが、判決主文の給付の宛先を基準とすることを批判しているのは、判決理由に踏み込んで判断せざるを得ないことが、執行手続の形式性や判決手続と執行手続の役割分担に反するという点である。

要約して述べると、ブライやキオンの考え方が、単純執行文を付与する対象を判断する上で、実体法上の請求権の所在を基準にするということを意味するとすれば、判決主文の給付の宛先は実体法上の請求権の所在を明らかにするものではないため、これを判断するためには判決理由に踏み込まざるを得ないことになる。また、主文の給付の宛先の記載そのものを形式的に基準とするということを意味するとすれば、原告（要約者）にのみ執行権限が認められる第三者のための契約の場合と訴訟担当先行型の場合とを区別することは、判決主文の文面からだけでは不可能であるため、この区別のためにはやはり判決理由に踏み込まざるを得ないことになる、ということである。

（三）訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠に着目する見解に対する批判

執行手続の形式性や判決手続と執行手続の役割分担の観点は、訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠に着目するアプローチにも問題を投げかける。ベッカー＝エーバーハルトは、訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠が執行手続に妥当するか否かという議論の仕方に対して、執行手続において問題となるのは、専ら執行文の付与された債務名義であるとして、このような問題設定そのものについて、以下のように批判をする(54)。

訴訟追行権限は、自己の名においてその権利についての訴訟を追行し、それが適法に判定されることが許容されるための、主張された実体権との一定の関係によって基礎づけられる権限である。これに対して、強制執行は、純然たる権利の有無の主張や判定をめぐって行われるものではなく、この判決を実現することにのみ関わるものである。権利の有無の主張や判定については、すでに執行手続を拘束する判決が前置されており、必要がある場合には、請求異議の訴えなど執行手続外でなされるのである。このように、判決手続と執行手続の両者には厳格な役割分担があり、この役割分担の観点からすると、執行の根拠は、実体的請求権にではなく、専ら執行文の付与された債務名義にあるのであって、いわば強制執行は、実体的請求権の基礎から切り離され、新たに独立した根拠である債務名義に立脚しているといえる。訴訟担当者の執行権限は執行文の付与された債務名義からもたらされるものであり、訴訟担当者の訴訟追行権限は、それがあるがために訴訟担当者のために債務名義を与えることができるという形で、間接的に執行権限を導くに過ぎない。執行権限という独立の制度化された手続要件を持ち込むことは全く余計なことであり、執行文の付与された債務名義によって執行権限があると証明された者が強制執行を行うことができるという以外にはない。重要なのは執行文の付与された債務名義なのであって、訴訟担当の基礎にある権限が判決手続に制限されるか、又は執行手続にも作用を及ぼし続けるのかといったことは重要ではない。

（四）小括

ベッカー＝エーバーハルトの主張の骨子となっているのは、執行手続の形式性や判決手続と執行手続の役割分担の観点である。

すなわち、ブライやキオンのように、判決主文の給付の宛先を基準とする考え方に対しては、この考え方が実体法上の請求権の所在を基準にするということを意味するとしても、判決主文の給付の宛先の記載そのものを形式的に基準とするということを意味するとしても、いずれも判決理由に踏み込んだ判断が必要となるため、執行手続の形式性や判決手続と執行手続の役割分担の観点に反する、というのが彼の反論である。また、訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠が執行手続に妥当するかといった問題設定に対しては、判決手続と執行手続の役割分担の観点からは、執行権限は専ら執行文の付与された債務名義から形式的に導かれるにすぎない、というのが彼の反論である。

六　現在の学説状況

現在のドイツにおいては、第三者に対する給付を命じる判決の場合においても、訴訟担当者に対して単純執行文を付与する、という結論に争いはない状態である[55]。ブライやキオンが依拠してきた執行債権者に関する定式も、現在は既に記述が書き換えられて姿を消している。すなわち、ローゼンベルクの定式については、連邦通常裁判所民事第五部一九八四年一〇月二六日判決（第二節参照）が出された後に、ローゼンベルクの教科書の記述を引き継いだガウルにより、「〔執行〕債権者とは、――その実体的権限について顧慮するのではなく――債務名義によれば給付の権利を是認されたものであり、それゆえに債務名義と執行力ある正本（執行文）において債権者として証明された者である」と、記述が改められている[56]。また、シュタイン＝ヨナス・コンメンタールのシュタインの記述部分

を引き継いでいたミュンツベルクが、ベッカー＝エーバーハルトの見解が発表された後に、「〔執行〕債権者とは、債務名義並びに執行文の文面上給付を請求することができる者であり、債務名義において第三者に対する給付が企図されている場合も同様である」とシュタインの記述を改め、その注においてベッカー＝エーバーハルトの論文を引用して、シュタインに従った定式は厳密なものではなかったと述べている。[57]

七　小括

訴訟担当先行型の問題点は、主に権利承継（ＺＰＯ二六五条）の場面において、実体法上の権利者である第三者に対する給付を命じる判決がなされた場合に、給付の宛先とされていない訴訟担当者が執行当事者となることができるか、すなわち、単純執行文の付与を受けることができるのは、訴訟担当者か（肯定説）、それとも当該第三者か（否定説）という点であった。

この点については、裁判例は一貫して肯定説を採用していたが、一部の学説からは否定説が主張されており、その根拠付けとして、判決主文の給付の宛先を基準とするというアプローチや訴訟担当者に訴訟追行権限が認められる根拠に着目するアプローチに基づく主張がなされてきた。

これに対して、ベッカー＝エーバーハルトからは、訴訟手続と執行手続の役割分担や執行手続の形式性の観点から、否定説の両アプローチの難点が指摘されている。また、否定説が依拠していた教科書やコンメンタールの執行債権者に関する定式も肯定説を支持する方向に書き改められており、現在は学説上も肯定説を採用することで争いのないところである。

（1）「第三者の執行担当」に関するわが国における先行研究としては、中野貞一郎「第三者の訴訟担当と執行担当――代表訴訟勝訴株主の地位をめぐって」同『民事訴訟法の論点Ⅱ』（判例タイムズ社、二〇〇一年）二〇四頁以下〔初出：判タ九四四号（一九九七年）四一頁以下〕、同『民事執行法〔増補新訂六版〕』（青林書院、二〇一〇年）一四四頁、下村眞美「『第三者の執行担当』に関する基礎理論の試み」民事訴訟雑誌五一号（二〇〇五年）一六九頁以下がある。

（2）本文で述べたとおり、実体法上の権利義務の帰属主体以外の者が自己の名において執行手続を追行する場面のことを、「執行担当」と呼ぶのが一般的であるが（Kirsten Schmidt, Vollstreckung im eigenen Namen durch Rechtsfremde : zur Zulassigkeit einer "Vollstreckungsstandschaft", 2001, S.15 f.）、これとは異なった理解を提唱する見解もある（Ekkehard Becker-Eberhard, In Prozessstandschaft erstrittene Leistungstitel in der Zwangsvollstreckung, ZZP 104 (1991), S. 420.; Kirsten Schmidt, a. a. O, S.93 ff.）。本稿では、さしあたり前者に従って論述し、後者に関しては後に紹介する。

（3）Kirsten Schmidt, a. a. O. (Fn. 2), S.15 f.; Albrecht Wienke, Die Vollstreckungsstandschaft : Eine folgerichtige Parallele zur Prozeßstandschaft?, Diss. Bonn, 1989, S. 24-41; 下村・前掲（注1）一七一頁。

（4）わが国においては、第一の類型（訴訟担当先行型）については「派生的執行担当」、第二と第三の類型（第三者授権型・戻授権型）については「接続的執行担当」と呼ばれることがある（中野・前掲（注1）『民事執行法〔増補新訂六版〕』一四五頁、同・前掲（注1）「第三者の訴訟担当と執行担当」二〇五頁）。

（5）Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, 1948, S. 35 f.

（6）ＺＰＯ七四二条は、配偶者の一方により又は一方に対して追行される訴訟が係属した後に、夫婦財産契約として財産共通性（夫婦財産は合有とし、その合有財産の管理について、夫婦共同で行うか夫婦の一方が単独で行うかは合意によるというもの）が採られ、当該配偶者が財産の管理をしない又は単独ではしないこととされている場合に、合有財産に関する判決の執行力ある正本を配偶者の他方のために又は他方に対して付与するについては、承継執行文の付与の規定（ＺＰＯ七二七条等）を準用する、という規定である。なお、これは現行規定の説明であり、ベッターマンがこの著書を執筆したのは、ボン基本法の男女同権規定（同法三条二項）に従った男女同権法によるＢＧＢの改正がなされる前であるため、ベッターマンの記述は、常に夫が管理権を持つことを前提に、「夫は妻が取得した判決について自己に対する承継執行文を得て執行ができる」となっている。

（7）ＺＰＯ七四九条は、被相続人のために又はこれに対してなされた判決の執行力ある正本を、遺言執行者のために又はこれに対して付与するについては、承継執行文の付与の規定（ＺＰＯ七二七条等）を準用する、という規定である。

（8）配偶者の一方ないし被相続人を訴訟当事者とする判決に基づいて、配偶者の他方ないし遺言執行者が強制執行を行うものであるから、他人の判決による強制執行であるものの、当該判決の目的となっている権利は合有財産ないし相続人等の財産であって、このような権利に関して配偶者の他方や遺言執行者が執行当事者になるのであるから、執行担当の領域に入ることになる。

（9）戻授権型や第三者授権型については、委託に基づく執行担当という意味で「任意的執行担当（gewillkürte Vollstreckungsstandschaft）」と呼ばれることがある（Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. (2010), § 16 V 2. d (Rdnr. 109), MüKo(ZPO)-G. Lüke, 2. Aufl. (2000), § 265 Rdnr. 10; MüKo (ZPO)-Becker-Eberhard, 3. Aufl. (2008) und 4. Aufl. (2013), § 265 Rdnr. 10; Schuschke/Walker-Schuschke, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl. (2011), § 727 Rdnr. 29）。また、訴訟担当から派生したものではないという意味で「独立的執行担当（isolierte Vollstreckungsstandschaft）」と呼ばれることもある（MüKo (ZPO)-Wolfsteiner, 3. Aufl. (2008), § 724 Rdnr. 27; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, a. a. O., § 23 II 7 (Rdnr. 32); Zimmermann, ZPO, 9. Aufl. (2011), § 727 Rdnr. 4; Zöller-Vollkommer, ZPO, Vor § 50 Rdnr. 43; Zöller-Stöber, ZPO, § 727 Rdnr. 13; Thomas/Putzo, ZPO, 34. Aufl. (2013), § 727 Rdnr. 3a; Prütting/Gehrlein-Gehrlein, ZPO, 5. Aufl. (2013), § 50 Rdnr. 38）。また、「任意的独立的執行担当」とするものもある（Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. (2006), Rdnr. 12.12; Stein/Jonas-Münzberg, ZPO, vor § 704 Rdnr. 38; Zöller-Herget, ZPO, § 767 Rdnr. 8）。

（10）土地債務とは、抵当権に類似する不動産担保権であるが、被担保債権の存在を前提としないという点において抵当権とは異なるものであり、被担保債権の存在を前提としないという点を除いては、抵当権に関する規定が準用されている（ＢＧＢ一一九二条）。土地債務には証券土地債務（Briefgrundschuld）と登記土地債務（Buchgrundschuld）があるが、証券の交付を当事者が禁止した場合に後者が成立することとされているので（ＢＧＢ一一六条）、前者が原則であるといえる。前者は土地債務証券（Grundschuldbrief）が発行される土地債務であり、土地債務を譲渡するためには物権的合意および土地債務証券の引渡しが必要となる（Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. (2009), § 44 Rdnr. 1 ff; 大場浩之「ドイツにお

ける登記と土地債務（Grundschuld）の関係（一）――公示制度と非占有担保制度の理論的関係の解明を目的として――」早稲田法学八〇巻四号（二〇〇五年）一五〇頁以下）。

（11）ドイツ語の「Vollstreckungstitel」は、訳語としては「執行名義」が適切であるように思われるが、本稿においては、さしあたり比較的わが国の用語法になじみやすい「債務名義」を用いることにする。

（12）ＺＰＯ七二七条一項：「執行力ある正本は、判決に表示された債権者の承継人のために、並びに、判決に表示された債務者の承継人及び係争目的物の占有者であって、三二五条の規定により判決の効力が及ぶ者に対して、付与することができる。ただし、権利承継や占有関係が裁判所に顕著であるとき、又は、公の証書若しくは公の認証のある証書による証明があるときに限る。」

（13）ＺＰＯ二六五条一項：「訴訟係属は、一方又は他方の当事者が係争目的物を譲渡する権利又は主張されている請求権を譲渡する権利を排除しない。」

同二項一文：「係争目的物の譲渡又は主張されている請求権の譲渡は、訴訟手続に影響を与えない。」

（14）前注の通り、ＺＰＯ二六五条二項は訴訟係属後の譲渡の場合の当事者恒定を定めた規定であるが、この判示部分の意味は、有名義請求権の譲渡（確定判決取得後の請求権の譲渡）の場合においては、このような当事者恒定効を用いることはできないということ、すなわち、有名義請求権の譲渡の場合にも当事者恒定効があるとすれば、譲渡人がそのまま強制執行を行うことができるという帰結も成り立ち得るが、このような考え方を否定したということである。なお、後述するように、この規定は、訴訟係属中に権利変動があった場合において、相手方たる当事者が既存の判決手続をそのまま継続する利益を保護する趣旨のものと理解されている（第三節第二款「二」（二）参照）。

（15）訴訟担当者に対する給付を命じる判決の場合における訴訟担当者の執行当事者適格に関して、わずかに問題となっていたのはＢＧＢ一六二九条三項の場面である。もっとも、学説・裁判例ともほぼ肯定説で一致しているので、注で紹介するにとどめたい（以下について、Schmidt, a. a. O. (Fn. 2), S. 22 ff.; Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 2), S. 431 ff.）。

ＢＧＢ一六二九条三項一文は、婚姻中の両親が別居している場合又は婚姻中の両親の婚姻事件（Ehesache［離婚の訴え、婚姻無効・取消の訴え、婚姻関係の存否の確定の訴え、婚姻生活の作出の訴えをいう（ＺＰＯ六〇六条一項）］）の係属中に限り、両親の一方は、子が両親の他方に対して有する扶養請求権について、両親の他方に対して自己の名で請求するこ

とができる、という規定である。すなわち、両親の一方は、子が両親の他方に対して有する扶養請求権について、法定訴訟担当者として訴訟追行をすることになる。この規定の趣旨は、子供が両親の離婚訴訟等に当事者として引き込まれることを阻止することにある。子が有する扶養料請求権について、両親の一方が給付受領権を有することは異論がないが、その根拠は両親の一方が有する実体法上の法定代理権にあるとされており、これは子の成人や保護権の剥奪などにより終了することになる。

原告となった両親の一方が勝訴判決を取得した場合において、当該両親の一方が単純執行文の付与を受けることができるかという点については、ＢＧＢ一六二九条三項の要件（法定訴訟担当の要件）を満たしている間に関しては、これを肯定することについて異論はない。問題となるのは、例えば婚姻事件の終了によって、ＢＧＢ一六二九条三項の要件を満たさなくなった後に関してであるが、訴訟当事者であったことを理由として、これを肯定するのが通説である（Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. (2010), § 10 IV 2. a (Rdnr. 66); Zöller-Stöber, ZPO, 30. Aufl. (2014), § 724 Rdnr. 3; Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Aufl. (2010), Rdnr. 735. 高裁レベルの裁判例として、ベルリン高等裁判所一九八三年七月四日決定（KG, FamRZ 1984, 505）、ハンブルグ高等裁判所一九八四年五月九日決定（OLG Hamburg, FamRZ 1984, 927）、ケルン高等裁判所一九八五年三月五日決定（OLG Köln, FamRZ 1985, 626）、シュレースヴィヒ高等裁判所一九八九年九月二五日決定（OLG Schleswig, FamRZ 1990, 189）、ミュンヘン高等裁判所一九九〇年一月二三日決定（OLG München, FamRZ 1990, 653）、ハム高等裁判所一九九二年一月一七日判決（OLG Hamm, FamRZ 1992, 843））。なお、フランクフルト高等裁判所一九九三年七月一五日決定（OLG Frankfurt, FamRZ 1994, 453）は、基本的に通説に従うものの、親の法定代理権が消滅したことが債務名義自体から明らかな場合（子の成人等）については、両親の一方に対する執行文の付与を否定している。また、ハンブルグ高等裁判所一九八五年三月二〇日決定（OLG Hamburg, FamRZ 1985, 624）は、子供が成人した際に扶養料の徴収方法に関する無用の争いが発生するのを防止する観点から、両親の一方は子の法定代理人として子の名で強制執行をすべきであるとしている。

（16）ＺＰＯ七二四条一項：「強制執行は、執行文が付与された判決の正本（執行力ある正本）に基づいてする。」

同条二項：「執行力ある正本は、第一審裁判所の書記課の書記官が付与し、訴訟が上級審裁判所に係属している場合には、その裁判所の書記課の書記官が付与する。」

同七二五条：「『上の正本は、強制執行のために誰某（当事者の表示）に付与する。』という文言による執行文は、判決の正本の末尾に付記され、書記課の書記官によって署名がなされ、裁判所の公印が押されなければならない。」

（17）Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. (2010), § 100 Ⅲ 1 (Rdnr. 16); MüKo (ZPO)-Becker-Eberhard, § 265 Rdnr. 69.

（18）Wolfgang Grunsky, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, 1968, S. 99 f. 参照。最近までの学説の分布状況の詳細については、Paul Oberhammer, Abtretung, Informationsrisiko und Zivilprozeß, in: Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, 2009, S. 104, Fn. 14 und 15 に詳細に掲げられている。

（19）なお、ヴィーンケは、『執行担当』と題する博士論文において、任意的訴訟担当の場合は、判決主文の給付の宛先で単純執行文の付与の対象を決定するのに対して（後述「四」参照）、法定訴訟担当（ＺＰＯ二六五条二項）の場合は、常に訴訟担当者に単純執行文の付与を認める旨の主張をしているが、これは無影響説を採用している（＝給付の宛先は常に訴訟担当者となる）ことによるものである（Wienke, a. a. O. (Fn. 3), S. 135-142）。

（20）後者のような任意的訴訟担当は、「純粋な任意的訴訟担当（reine gewillkurte Prozeßstandschaft）」と呼ばれることがある。ドイツにおいては、取立授権と任意的訴訟担当の関係について議論が展開されてきており（八田卓也「任意的訴訟担当の許容性について（一）」法学協会雑誌一一六巻二号（一九九九年）一二八頁以下）、後者のような類型のみを任意的訴訟担当とする学説もあれば、後者のような任意的訴訟担当を不許容とする学説もあって、見解は様々なようである（八田・前掲一三五頁（注117）、一三六頁（注119）に詳細な紹介がある）。なお、堀野出「任意的訴訟担当の意義と機能（二・完）」民商法雑誌一二〇巻二号（一九九九年）二七八頁（注105）は、後者のような類型の任意的訴訟担当は、どちらかというと理論モデルに近いものであるとする。

（21）以上について、Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 2), S. 413 ff., S. 424; Wienke, a. a. O. (Fn. 3), S. 161 ff., S. 167.

（22）なお、わが国においては、訴訟担当先行型について議論の対象となっていたのは主に株主代表訴訟の場面であるが、ドイツにおいては、二〇〇五年の株式法（ＡｋｔＧ）の改正によって、株主代表訴訟に相当する制度が新設されたため（ＡｋｔＧ一四八条〔Klagezulassungsverfahren〕）、執行担当に関する議論がなされていた時期には、株主代表訴訟に相当する規定は存在しなかった（なお、条文上は会社に対する給付が命じられることになる〔ＡｋｔＧ一四八条四項二文〕）。

（23）裁判例の中でこの問題が直接的に問題となったものとして、ベルリン高等裁判所一九三二年一〇月二一日決定（KG, JW 1933, 1799）、ベルリン高等裁判所一九五六年五月二三日決定（KG, JR 1956, 303）、連邦通常裁判所一九八三年一一月二三日決定（BGH, NJW 1984, 806）があり、本文で詳しく紹介する。

また、訴訟担当者がＺＰＯ七二四条、七二五条によって単純執行文を得ることができることを当然の前提とした判例として、帝国裁判所一九四一年一一月八日決定（RG, RGZ 167, 321）がある。これは、オーストリアの民事訴訟手続においても影響説をとるべきことを明らかにしたものであるが、決定理由の中において、ドイツのＺＰＯにおいては、権利承継人に対する給付を命じる判決がなされたとしても、権利承継人はそれを以って当然には執行文付与を受けることはできず、執行文付与を受けるには権利承継の事実を証明しなければならない、と説示している。

なお、連邦通常裁判所一九九〇年一一月二九日判決（BGH, BGHZ 113, 90 = NJW 1991, 839）は、権利承継人に承継執行文が付与されるまでという留保をつけているが、これは二重執行の危険の防止の観点に基づくものであると考えられる（同判決が引用する連邦通常裁判所一九八三年一一月二三日決定（BGH, NJW 1984, 806）が、新債権者が承継執行文の付与を受けることができるのは、少なくとも、旧債権者がＺＰＯ七二四条、七二五条に基づいて単純執行文の付与を受けておらず、債務者を二重執行の危険にさらさない場合であるとしているため）。

（24）条文の全体については、前掲（注16）参照。

（25）ＺＰＯ七三四条一文：「執行力ある正本の交付に先立って、判決の原本にその正本を付与した当事者及び日時を記載しなければならない。」

（26）権利承継の事実は、確かに第三者に対する給付を命じる判決をするための実体法上の要件として必要な事実であるが、これは単に判決理由中の判断であるから、この事実そのものには判決効は生じない（Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. (2010), § 10 IV 2. c (Rdnr. 70); Stein/Jonas-Münzberg, ZPO, 22.Aufl. (2002), § 727 Rdnr. 12, Fn. 64）。したがって、被告であった債務者は、当該第三者への権利承継の事実を争って、権利承継人が別人であるという主張をすることは依然として可能である。なお、仮に権利承継の事実に判決効が生じるものとしても、判決効を当該第三者に及ぼすためには、ＺＰＯ三二五条による既判力の拡張（わが国の民訴一一五条一項三号に相当）が問題となるが、この既判力の拡張は真の権利承継人のために起きるものであるので、被告であった債務者が当該第三者に対して、

真の権利承継人が別人であるという主張をすることは可能である（Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 2), S. 426 f.）。

（27）Bley, JW 1933, 1779 ff.

（28）これはローゼンベルクの教科書第三版（Rosenberg, Lehrbuch des Deutchen Zivilprozessrechts, 3. Aufl. (1931), § 179, I 1.）の引用である。なお、ローゼンベルクの教科書のこの部分の記述の変化については、後掲（注56）参照。

（29）これはシュタイン＝ヨナス・コンメンタール第二〇版までにおける定式（Stein/Jonas, ZPO, 20. Aufl. (1986), Rdnr. 35 vor § 704）の引用である。シュタイン＝ヨナス・コンメンタールのこの部分の記述の変化については、後述「六」参照。

（30）これはローゼンベルクの教科書第九版までの定式(Rosenberg, Lehrbuch des Deutchen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. (1961), § 32, I 1.）の引用である。ローゼンベルクの教科書のこの部分の記述の変化については、後述「六」参照。

（31）これはバウムバッハ・コンメンタール第六版（Baumbach, ZPO, 6. Aufl. (1931), Anm. 7 D vor § 704）の引用である。

（32）Kion, Wer wird Vollstreckungsgläubiger im Fall des § 265 ZPO?, JZ 1965, 56 f. この論文は、伊藤眞「株主代表訴訟の原告株主と執行債権者適格（下）」金法一四一五号（一九九五年）一四頁において引用されている。

なお、キオン（当時司法修習生、後弁護士）は、後に『民事訴訟における予備的関係』（Eventualverhältnisse im Zivilprozeß, Schriften zum Prozessrecht. (1971)）と題するディセルタツィオンを執筆しており、この紹介として榊原豊・中京法学八巻一・二合併号（一九七三年）四七頁以下がある。

（33）Kion, Zum Recht des Rechtnachfolgers auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, NJW 1984, 1601 f.

また、ヴィーンケも同じように、権利承継の事実が判決効によって確定されていないといった判決の内容の問題は関係がなく、主文の給付の宛先の記載から形式的に判断すべきであると反論する（Wienke, a. a. O. (Fn. 3), S. 172-174）。また、ハインツマンも同旨の結論を述べる（後掲（注44）参照）。

（34）同旨の結論を述べるものとして、Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 2), S. 437.

（35）Kion, a. a. O. (Fn. 33), NJW 1984, 1602.

（36）Kion, a. a. O. (Fn. 32), JZ 1965, 56 f. また、キオンは続けて、執行手続開始後の譲渡の場合においては、以上のようなことからＺＰＯ二六五条の準用をすることはできないため、実体適格の欠缺に基づいて請求異議の訴えにより強制執行を阻止することができることになるが、このように執行債権者としての資格が権利の喪失とともに失われるのであれば、均衡

上その請求権を既に判決言渡しの前に譲渡していた原告も執行債権者とはなり得ないはずである、と主張する。

（37）「任意的執行担当」という概念については、前掲（注9）参照。

（38）以上について、Grunsky, ZZP 81 (1968), S. 289 ff., S. 292 f.

（39）例えば、デュッセルドルフ高等裁判所一九六六年一一月二八日決定（OLG Düsseldorf, JurBüro 1967, 256）及びベルリン高等裁判所一九七〇年一二月一七日決定（KG, Rpfleger 1971, 103）は、訴訟提起前の債権譲渡の譲渡人が、任意的訴訟担当者として譲受人に対する給付を命じる判決を取得し、譲受人が承継執行文の付与を求めた事案において、任意的訴訟担当者が単純執行文の付与を受け得ることを前提に、訴訟係属時にすでに債権譲渡がなされていたために、譲受人には判決効が及ばないとして、譲受人に対する承継執行文の付与を否定している。

また、連邦通常裁判所一九八二年九月二二日判決（BGH, NJW 1983, 1678 = JZ 1983, 150）は、任意的訴訟担当者が取得した判決が授権者（実体法上の権利者）に対する給付を命じるものであっても、任意的訴訟担当者は、債権者取消権の行使権者である「執行力ある債務名義（Schuldtitel）を取得した債権者」（ＡｎｆＧ［破産手続外における債務者の法的行為の取消に関する法律］二条）に該当する旨を判示している。この判決の事案は、原告がＡに対して債務（執行証書有）を負担していたため、原告がＢ（被告の夫）に対して有する債権の一部をＡに譲渡して、原告がＢに対して当該債権の給付訴訟を提起して、Ａ及び自らに対する給付を命じる判決を取得したところ、Ｂが被告に対して財産を譲渡したために、原告が被告に対して債権者取消権（ＡｎｆＧ一条）を行使するために訴えを提起したというものであった。

（40）法定訴訟担当の場合については、前掲（注19）参照。

（41）Wienke, a. a. O. (Fn. 3), S. 161-168.

（42）この部分の記述に続けて、ヴィーンケは、第三者に対する給付を合意する裁判上の和解に当該第三者が参加した場合には、当該第三者には自己固有の執行権限が認められることになることを引き合いに、授権者に対する給付を求める任意的訴訟担当の場合には、任意的訴訟担当者の権限は被告との関係においても、授権者と任意的訴訟担当者間の合意によって授権者に対する給付を求める判決を取得する点に制限されているから、前記の和解の場合と同様に理解できる旨を述べている（Wienke, a. a. O. (Fn. 3), S. 163 f.）。要するに、訴外第三者が裁判上の和解に自らに対する給付の合意を求めて参加すること、授権者が任意的訴訟担当者の訴訟上の権限を自らに対する給付を求める範囲に制限することを、固有の執行権限を

認める根拠として等価と考えるものであるが、若干難解な議論である。

（43）この点は、ブライの指摘とほぼ同じような論法である（「三」（一）（ア）参照）。

（44）ヴィーンケは、この記述をするに際して、任意的訴訟担当の場合の判決効の主観的拡張に関するハインツマン（Walther Heintzmann）の主張を引用している。このハインツマンの主張は、必ずしも一般に広く受け入れられているとはいえないものの、これに対する賛否に関係なく引用されることの多い著名な学説であるため、以下に問題の所在と主張の概要を紹介しておきたい。

まず、判決効の主観的拡張に関するドイツとわが国の規定上の相違を確認しておきたい。日本においては、任意的訴訟担当の授権者に対する判決効の拡張が明文規定でみとめられているため（民事訴訟法一一五条二号、民事執行法二三条一項二号）、授権者は交替執行文の付与を受けて執行当事者となることが明文上可能である。これに対して、ドイツにおいては、授権者に対する判決効の拡張を認める規定が存在しないため、授権者の執行当事者適格の有無は解釈問題となる。そして、この問題は、承継執行文の付与を定めたＺＰＯ七二七条一項本文の規定によって、授権者に執行文を付与することができるか、という問題設定で議論がなされている。

担保目的の債権譲渡の譲渡人が、譲受人からの授権によって原告として訴訟を提起し、譲受人に対する給付を命じる判決を得た、という任意的訴訟担当についてよく挙げられる事例について考えると、前記規定を適用するという結論を導くのは容易ではない。というのは、ＺＰＯ七二七条一項本文は、「執行力ある正本は、判決に表示された債権者の承継人のために、並びに、判決に表示された債務者の承継人及び係争目的物の占有者であって、三二五条の規定により判決の効力が及ぶ者に対して、付与することができる。」と規定しており、この「承継人」とは、ＺＰＯ三二五条の規定――「確定力のある判決は、当事者のために及びこの者に対して、並びに、訴訟係属が生じた後に当事者の承継人になった者のために及びこの者に対して、又は、当事者若しくはその承継人が間接占有者になる方法によって係争目的物の占有を取得した者のために又はこの者に対して、効力を持つ。」――に沿って、訴訟係属後の承継人であると理解されているため（Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. (2006), Rdnr. 17. 7.; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. (2010), § 16 V 2. a (Rdnr. 70); Stein/Jonas-Münzberg, ZPO, § 727 Rdnr. 12.; 連邦通常裁判所一九九二年一二月九日判決（BGH, BGHZ 120, 387）など）、前記のような訴訟係属前の譲渡の事案において、Ｚ

ＰＯ七二七条一項を直接適用することはできないからである（前掲（注39）で紹介したデュッセルドルフ高等裁判所一九六六年一一月二八日決定及びベルリン高等裁判所一九七〇年一二月一七日決定は、これを理由に譲受人（授権者）に対する執行文の付与を否定している。これに対して、連邦通常裁判所一九八二年九月二二日判決は、訴訟担当者が強制執行をすることができない場合について、同規定の準用ないし類推適用を肯定している。なお、任意的訴訟担当者に判決効の拡張を認める根拠としては、訴訟担当者の訴訟追行が授権者の意思に基づくものであるという点が挙げられることがある〔Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. (2010), § 46 V 4. (Rdnr. 62); Stein/Jonas-Leipold, ZPO, 22. Aufl. (2008), § 325 Rdnr. 63)〕。

そこで、ハインツマンは、ＺＰＯ三二五条一項の「承継人」を訴訟追行権の承継人と理解した上で、任意的訴訟担当の場合においては、訴訟の終了とともに訴訟追行権限が任意的訴訟担当者から授権者の下に移転すると構成することによって、授権者に判決効の拡張を認める試みをしている。すなわち、譲渡人が授与されたような他人の権利についての訴訟追行権の授与の目的は、確定力のある判決の取得を以って達成されているから、委任代理権が目的達成によって終了するのと同じように、その権限は失効することになり、再び授権者である譲受人は権限を取得することとなるため、譲受人は被授権者である譲渡人の承継人となる、と（Heintzmann, Die Prozeßführungsbefugnis, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 29, 1970, S. 98 ff.）。また、ＺＰＯ七二七条一項に基づく承継執行文の付与についても同様の議論を展開している。すなわち、譲受人から譲渡人が授与された訴訟追行権は訴訟の終了とともに失効して、譲受人は訴訟追行権の承継人となるのであり、この権利承継の事実は、判決において自己の債権ではなく他人の債権であるとされていることから明らかである、と（Heintzmann, Vollstreckungsklausel für den Rechtnachfolger bei Prozeßstandschaft, ZZP 92 (1979), S. 61ff., S. 69）。

（45）Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 2), S. 413 ff., S. 421-428.

（46）Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 2), S. 422-425.

（47）ベッカー＝エーバーハルトは、「担保目的の隠れた債権譲渡の場合は別である」と指摘している（Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 2), S. 423, Fn. 39）。この趣旨は、隠れた債権譲渡（債務者に譲渡の事実を知らせない債権譲渡）の場合に、譲渡人が債務者に債権の履行を請求する訴訟は、ドイツの主要な教科書では任意的訴訟担当の事例として紹介されており（例えば、Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 17. Aufl. (2010), § 46 Ⅲ 2. (Rdnr 38)）、この理解を前提にすれば、訴訟担

当者に対する給付を命じる判決がなされる場合に含まれることになる。そして、隠れた債権譲渡が訴訟係属前になされていた事実を訴訟において明らかにしないまま、譲渡人が譲受人から授権を受けて原告として訴訟追行する場合は、その債権は譲渡人に帰属するものと主張されるため、判決理由でも譲渡人が権利者と認定されることになる、ということである（もっとも、自己に帰属する権利であると原告によって主張されているにもかかわらず、訴訟担当と理解されている点には疑問を感じなくはない）。

（48）破産手続開始後の破産者による法的行為の無効を定めた規定であり、現在のＩｎｓＯ八一条にほぼ相当する。

（49）遺言執行者の管理下の遺産を相続人が処分できない旨を定めた規定である（ベッカー＝エーバーハルトの論文では「二〇一一条」となっているが、「二二一一条」の誤植と思われるので、本文では後者で記載した）。

（50）第三者のための契約が真正（echt）なものか不真正（unecht）なものであるかというのは、第三者（受益者）が給付請求権を取得するか否かによる区別である。すなわち、ＢＧＢ三二八条一項に規定される「真正な第三者のための契約」の場合は、第三者（受益者）は諾約者に対して直接の給付請求権を取得することになる（なお、ＢＧＢ三三五条は、受益者が直接の給付請求権を取得する場合であっても、要約者は諾約者に対し、受益者に対する給付を請求することができると規定している）。これに対して、第三者（受益者）が諾約者に対する直接の給付請求権を取得することなしに、単に諾約者が第三者に給付する義務（この給付には免責的効力を伴う）だけを負うというだけの場合があり（ＢＧＢ三二八条二項では、「第三者が権利を取得するか否か（中略）については、特別の定めがない場合は、事情により、特に契約の目的により推定する。」と規定しており、また、第三者が権利を取得するか否かについての推定規定〔ＢＧＢ三二九条及び三三〇条〕がある）、これは「不真正な第三者のための契約（unechter Vertrag zugunsten Dritter）」と呼ばれている（Müko (BGB)-Gottwald, § 328 Rdnr. 9 ff.; Bamberger/Roth, BGB, § 328 Rdnr. 2 ff.）。

（51）シュタトポウロスも、不真正な第三者のための契約の場合を引き合いに出して、実体法上の資格があるかどうかは、給付の宛先が誰であるかという問題からは切り離されていると指摘している（Stathopoulos, Die Einziehungsermächtigung, 1968, S. 129）。

（52）シュタイン＝ヨナス・コンメンタールのシュタインの記述をミュンツベルクが引き継いでいるので、ベッカー＝エーバーハルトは「ミュンツベルク的な定式」と表現している（Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 2), S. 425）。

（53）Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 2), S. 425-426.

（54）Becker-Eberhard, a. a. O. (Fn. 2), S. 417-420.

（55）第三者（権利者）に対する給付を命じる判決の場合における訴訟担当者の執行当事者適格を肯定するものとして、Heintzmann, a. a. O. (Fn. 40), ZZP 92 (1979), S. 65; Wieczorek/Schütze-Paulus, ZPO, 3. Aufl. (1999), § 727 Rdnr. 10, 18（前の版［2. Aufl. (1981), § 727 Anm. C I b］から改説）; Dinstühler, Die prozessuale Wirkungsweise des § 265 ZPO, ZZP 112 (1999), S. 61 ff.[74 f.]; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. (2006), Rdnr. 12.12, 17.7; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. (2010), § 16 IV 1. (Rdnr. 26), § 10 IV 2. (Rdnr. 64 ff.); Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Aufl. (2010), Rdnr. 734; Schuschke/Walker-Schuschke, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl. (2011), Vor §§ 724-734 Rdnr. 6; MüKo (ZPO)-Wolfsteiner, 4. Aufl. (2012), § 724 Rdnr. 27; Musielak-Lackmann, ZPO, 9. Aufl. (2012), § 724 Rdnr. 5; Prütting/Gehrlein-Kroppenberg, ZPO, 5. Aufl. (2013), § 724 Rdnr. 6; Zöller-Stöber, ZPO, 30. Aufl. (2014), § 724 Rdnr. 3, § 727 Rdnr. 13; Thomas/Putzo-Seiler, ZPO, 34. Aufl. (2013), § 724 Rdnr. 7. 第三者に対する給付を命じる判決である点に関して特別の言及はないものの、訴訟担当者が執行文の付与を受けることができる旨を述べるものとして、Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 70. Aufl. (2012), § 727 Rdnr. 33; Zimmermann, ZPO, 9. Aufl. (2011), 727 Rdnr. 5.; Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Vollstreckungsverfahren, 1975, § 16 II 1; Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl. (2010), § 4 Rdnr. 12.

　また、執行担当に関するモノローグを執筆しているキルステン・シュミットは、ベッカー＝エーバーハルトの主張を一貫して支持しており（K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 2), S. 43 ff.）、執行文の付与された債務名義からは訴訟担当者に執行権限があることは明白であるという結論を述べた上で、訴訟担当先行型については今日までの検討の範囲を超える議論は全くないことは明白であるとして（K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 2), S. 82）、執行担当をテーマにした論文であるにもかかわらず、訴訟担当先行型については特に詳細な検討を加えていない。

（56）Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. (1987)- 12. Aufl. (2010), § 32, I 1 (Rdnr. 3).

　なお、ローゼンベルクの原著の教科書（Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts）における「執行債権者」に関する説明部分の変遷は、以下のようなものである。初版（一九二七年）から第二版（一九二九年）までは、「債務名義

又は執行文によれば、債務名義において確認された請求権の保持者又は管理者である者」という定式を用いていたが、第三版（一九三一年）からは「又は管理者」が消えて「債務名義又は執行文によれば、債務名義において確認された請求権の保持者である者」という定式となり、これが第九版まで維持されている。初版から第九版まで一貫して、この定式に続けて「これは必ずしも先行する判決手続の原告であるとは限らない」という記述があり、その例として、訴訟費用を原告が負担する場合は被告が執行債権者となるという場面を挙げている。ブライの評釈が出た後の第四版（一九四九年）から第七版（一九五六年）までにおいては、訴訟費用を原告が負担する場合の例に加えて、「判決がＺＰＯ二六五条、二六六条によって権利承継人に対する給付を命じる場合は、原告ではなく権利承継人が〔執行〕債権者となる」という例を挙げていた。これに対し、ベルリン高等裁判所一九五六年五月二三日決定（「二」（二）参照）が出された後の第八版（一九六〇年）以降の記述では、「債務名義又は執行文によれば、債務名義において確認された請求権の保持者である者」という定式に続けて、「これは判決を取得した原告のことであり、ＺＰＯ二六五条による権利承継人に対する給付の名義になっている場合でも同様である」と、同決定を引用して述べている。しかし、これに続けて「これは必ずしも先行する判決手続の原告であるとは限らず、ＺＰＯ七二四、七二五条によって執行文の付与を受ければ、原告の権利承継人も〔執行〕債権者となることができる」という記述は維持されており、この点の意図は不明である。

（57）Stein/Jonas-Münzberg, ZPO. 21. Aufl. (1995) und 22. Aufl. (2002), Rdnr. 35 vor § 704.

〔未完〕

＊本稿は、公益財団法人民事紛争処理研究基金平成二五年度研究助成による研究成果の一部である。

論　説

脱警察化と行政機関に対する警察の役割（一）

――「隙間なき危険防御」の法的位置づけ――

米田雅宏

目　次

はじめに
第一節　問題設定
　第一項　立法原則としての警察消極目的の原則？

第二項　問題の再定式化―警察任務一般条項論
第二節　ドイツ警察・秩序法の任務配分原理―分析視角
第一項　脱警察化
第一　「警察行政庁」―プロイセン警察行政法一四条
第二　脱警察化の法的含意
第二項　警察と秩序行政庁の役割分担と協働
第一　危険防御任務における管轄配分―補完性原理
（1）概要
（2）要件と効果（以上、本号）
第二　その他の任務―執行援助・職務共助
第三項　小括
第三節　分析視角に基づく我が国の警察法秩序の検証
おわりに―分断的規律と解釈構成

はじめに

一　近時、行政機関による公的任務の遂行において、警察との連携ないし協力の必要性が唱えられることがある。例えば、産業廃棄物処理行政における環境官庁と警察の連携・協力(1)、消費者保護行政における消費者庁と警察の連携・協力(2)、要保護児童の発見・保護における児童相談所と警察の連携・協力(3)、いじめ・少年非行への対応における学校教育

機関と警察の連携・協力[4]、大規模災害における自治体と警察の連携・協力[5]等々である。このような連携・協力が必要とされる理由は個々の問題領域毎に様々であり、またその具体的方法についても一様ではない。しかしいずれにせよ、行政機関による公的任務遂行において警察に何かしらの関与が期待されている状況が存在することは間違いないと言ってよい。もっとも警察法（昭和二九年六月八日法律第一六二号）二条により警察に割り当てられている〝責務〟と課せられている〝限界〟との関係において、これらの連携・協力が果たしてまたどのようなものであるべきかは、個々の問題領域に立ち入る前に、一度詳細な検討が必要であるように思われる。これはすなわち、そもそも警察が担い得る任務の範囲（管轄の範囲）はどこまでかという問いに関わる問題である。

二　一九九四年に行われた警察法改正（平成六年法律第三九号）は、この問題を検討する上で一つの素材となりうるだろう。同改正は、警察庁内部部局の編成の新設ないし変更を行うものであり、中でも「市民生活の安全と平穏」を所掌事務と明記する生活安全局の設置を重要な柱と位置付けるものであった。これは形式的には、従来からあった刑事局保安部を生活安全局に格上げする組織改編に過ぎない。しかし警察庁の各局は、警察庁独自の権限事項を除き、都道府県警察が行う事務を前提としてこれに関与することとなっているため、各局の所掌事務の総体は警察法二条一項が規定する警察の責務の範囲を実質上具体化する機能を果たす[6]。ゆえに、内部部局が新設されるということは、「警察庁の事務に関し、次に掲げる事務をつかさどる」（同法二二条）という規定を通じて、警察責務の中に新たに当該部局の所掌事務が取り入れられることにもつながるわけである[7]。このことから一部の学説では、警察法二条一項の責務内容が、今後内部部局の所掌事務規定を通じて、裏から堀崩されるおそれがあるのではないかと危惧されたのであった[8]。

この問題については、「異色な行政組織法[9]」と称される警察法の規範構造を、その改正プロセスとともに慎重に検討する必要があるため、本稿の対象ではない。むしろここでの関心は、（組織法であれ作用法であれ）個別の法規定を通じた

警察活動の範囲拡大が、警察の責務を「厳格に」限定した警察法二条二項との関連において果たして、またどの程度認められるか、という点にある。警察実務家の中には、警察に権限を付与する個別法の規定さえあれば警察法二条一項の責務範囲とは無関係に警察の責務とすることが可能との見解（行政解釈）があるが[10]、他方で戦後警察法の姿を刻印する警察法二条二項（濫用防止）に示されるように、警察の活動はあくまで限定的なものに留まるべきであって、市民生活への安易な介入は慎むべきという見解も根強く存在する。しかしこのような見解の対立は、我が国の警察が負う負の遺産に対する印象的考察に由来するところも多く、警察が担い得る任務の範囲について法解釈上の議論は十分に深まっていないように思われる。これは、従来から問題として指摘されながらもなお火種が燻ったままになっている、警察法学上の古典的論点と関連しているように思われる。それは、警察権の限界論の一つを構成する警察消極目的の原則の妥当性についてである。まず、この問題から検討を始めることにしよう。

（1）北村喜宣「行政的対応の限界と司法的執行―産業廃棄物の不法投棄をめぐる環境行政と環境警察の活動（一）～（四・完）」自治研究六九巻七号（一九九三）五三頁、六九巻八号（同）六七頁、六九巻九号（同）四四頁、六九巻一〇号（同）六九頁、同『行政法の実効性確保』（有斐閣・二〇〇八）二〇五頁以下、坂井孝行「産業廃棄物事犯の現状と警察の対応」法律のひろば五二巻七号（一九九九）三五頁以下。

（2）「特集　生活経済事犯対策と消費者保護（上）生活経済事犯全般・関係機関との連携関係」警察学論集六一巻一一号（二〇〇八）一頁以下の各論文。

（3）望月彰「児童虐待ケースにおける警察と児童相談所の協力関係について」司法福祉学研究三号（二〇〇三）五一頁以下、山田不二子「子ども虐待対応における警察の役割」警察政策一三号（二〇一一）二五頁以下等。

（4）「国際犯罪学会第一六回世界大会フォーラム」警察政策一四号（二〇一二）一九八頁以下の各論文。

（5）山口敏「犯罪被害から子どもを守り、非行を防止するための関係機関との連携について―学校と警察の連携を中心に」警察政策研究一二号（二〇〇八）七一頁以下。

（6）田村正博『全訂警察行政法解説』（東京法令出版・二〇一一）二二頁。

（7）参照、坂元洋太郎「警察組織の分析」菊田幸一ほか編『社会のなかの刑事司法と犯罪者』（日本評論社・二〇〇七）一九一頁。もっとも注意を要するのは、警察法二条一項が規定する責務が課せられるのは〝執行機関としての（都道府県）警察〟である（警察法三六条二項。参照、警察制度研究会編『全訂版警察法解説』（東京法令出版・二〇〇四）五六頁）。しかしながら本文で述べたように、国家公安委員会が管理する警察庁の各局は、都道府県警察が行う事務を前提としてこれに関与することとなっていることからすると、国家公安委員会の所掌事務が警察法二条一項と全く無関係に存在するということも考えられない。例えば犯罪による収益の移転防止に関する法律（平成一九年法律第二二号）は、疑わしい取引として届出のあった情報の集約、分析及び提供を金融庁から国家公安委員会・警察庁に移管したことにより、同時に警察法施行令（昭和二九年政令第一五一号）別表第一に規定される警視庁及び都道府県警察本部の刑事部の所掌事務として「犯罪による収益の移転防止に関すること」が追加され、都道府県警察もまたその権限行使の一端を担うこととなっている（犯罪収益移転防止法一八条三項）。

（8）参照、白藤博行「警察法『改正』の行政法学的検討」吉川経夫編『各国警察制度の再編』（法政大学出版局・一九九五）二一六頁、二二一頁以下。また、同「『安全の中の自由』論と警察行政法」公法研究六九号（二〇〇七）五六頁以下。さらに、中央省庁等改革のための国の行政組織関係法律の整備等に関する法律（平成一一年法律第一〇二号）に伴う警察法改正に関して、同「リスク社会下の警察行政」ジュリスト一三五六号（二〇〇八）八八頁以下も参照。

（9）稲葉馨「行政組織法としての警察法の特色」警察政策四巻一号（二〇〇二）一四頁。

（10）田村正博「警察の活動上の『限界』（中）」警察学論集四一巻七号（一九八八）六八頁、警察制度研究会編・前掲五七頁。

第一節　問題設定

第一項　立法原則としての警察消極目的の原則？

一　周知の通り警察消極目的の原則とは、〝警察権の発動は、公共の安全と秩序の維持という消極的な目的に限定される〟という考えを示すものとされ、伝統的に警察活動を統制する法理の一つとして警察法学上位置づけられてきた(11)。

我が国においてこの原則の出自としてしばしば取り上げられるのは、美濃部達吉(12)の論稿「警察ノ観念ヲ論シテ憲法第九条ニ依ル独立命令権ノ範囲ニ及フ」（法学志林一二巻三号＝四号＝六号（一九一〇））であるが、既に関根謙一の研究にあるように、同論文は福利目的も含んだ、帝国憲法九条が定める独立命令（これは〝警察〟命令と称された。）の範囲を保安目的に限定することを意図したものである(13)。同論文は、プロイセン一般ラント法（ALR）に規定された〝警察〟の任務を危険の防御に限定したクロイツベルク判決並びにその精神を共有した同時代の学説と共通の思想的基盤にたつものであり、警察法領域において自由主義的思想を体現するものであった。もっともドイツと共通の思想的基盤に立つということは、同原則が我が国においても同じ適用形態をとることを意味しない。クロイツベルク判決の精神を反映したプロイセン警察行政法が警察一般条項において警察による福祉活動を実定法上否定したのとは異なり、我が国においては福利目的を明示的に規定した帝国憲法九条が存在し、さらに戦後同規定が廃止されるや否や、独立命令の制限という実践的意味もまた消滅してしまったからである。警察消極目的の原則が、戦後の比較的早い時期から多くの論者によって疑問視されることとなったのはよく知られるところである(14)。

二（一）しかしそれでもなお同原則は条理として主張されたこともあって、実定法の規定の有無に関係なく、また同原

則の時代的コンテクストとも切り離されて、〝警察権力を制限する法治国家的理念を表現するもの〟として今なお語られることがある。[15] この原則の意義を高く認め、さらに「立法原則」としてこれを展開したのは高田敏である。高田は、同原則が既に本来的意味を失ったことを認めつつも、「本来的な警察機関に消極目的の作用と同時に積極目的の作用をも授権することは、国民の基本権保障の見地からすれば妥当性を欠く」ゆえ、同原則は「現在、立法原則としての意味を有する」という。

「すなわち、危険の防止・除去のための機関に或種の福祉配慮的任務を与える方向は、『古の警察国家への歩み』を示すものであって、警察庁の権限を危険防除に限定することは、警察国家への歩みを防止する保障でもある、ということになろう。ただ私には、立法原則としての消極目的の原則を以上の意味にとどめず、さらに、行政警察の項で警察領域の限定に関した述べた原則（註：行政警察と呼ばれているものは原則として（交通警察以外は）警察に包摂されないこと）を本来的警察行政庁への授権に際する立法原則とし、それを警察消極目的の原則に包摂することも考えられるべきではないか、と思われる。その場合には、その原則は、脱警察化（Entpolizeilichung）の立法原則化を意味することになる。[16]」

しかしながら、既にその妥当性が疑問視されてきた同原則を、現在において立法原則として転用するにはなお慎重な検討を要する。第一に、警察消極目的の原則でいうところの「警察」概念は、講学上の概念と実定法上の概念が明確に区別されることなく、我が国では非常に曖昧に用いられている。そもそも、自由主義的法治国家的警察概念を確立したとされるクロイツベルク判決も「警察（Polizei）」が福祉配慮的任務を担うことを完全に否定するものではなく、特別な法律の根拠なく警察一般条項に基づいてこれを行うことは許されないとしたものに過ぎない。また〝福祉配慮的任務〟

と称されるものが、全行政分野を総称するかつての理解から危険の防止・除去と間接的に関連するようなものに至るまで幅広く想定されることからしても[17]、同原則は警察活動の範囲を画する規準としてはなお抽象的であることは否めない[18]（「消極目的」と称される「公共の安全と秩序の維持」概念の曖昧性については、高田もまた認めている[19]）。また第二に「行政警察と呼ばれているものを本来的警察行政庁に授権しないこと」についてもなお同様に慎重な検討が必要である。そもそも行政警察に関する事項（建築・営業・衛生など）は基本的には危険防御の任務を前提とする（ないし包含する）ものであり、いわゆる脱警察化とはこの任務を警察機関から行政機関に移譲するものであるから、そもそも警察消極目的の原則の適用・拡大に直接かかわる問題ではない[20]し、また以上の点を問わないにしても（〝消極〟という言葉の意味を〝警察が行う活動を可能な限り最小限にする〟という意味で理解するとしても[21]）、一般の行政機関もまた公権力行使の担い手である以上、脱警察化そのものが果たしてまたどのような理由から肯定的に評価されるのか、もう一つ説明が必要とされよう[22]。高田が用いる「警察」「本来的な警察機関」「警察庁の権限」「本来的警察行政庁」といった用語が、執行機関としての警察を念頭に置くのか（国家）公安委員会・警察庁・警察署長などの行政官庁を指すのか、なお明確ではない。また第三に、「妥当性を欠く」という表現から示されるように、そもそも立法原則なるものが立法政策上の原則に止まるものなのか、それとも憲法上の原則なのか（それとも他の何かなのか）、判然としないという問題も残る[23]。

（二）これらの点を踏まえると、警察消極目的の原則（の拡大や立法原則化）を唱えることで「警察国家への歩みを防止する」試みが、果たしてまたどの程度、有効かつ正しいアプローチなのか、改めて問われなければならない。このような文脈において、警察概念をあくまで実定法の定めに基づいて理解し、そこから具体的な警察権限の範囲を考察しようする見解が登場してくるのは容易に想像できることであった。例えば、藤田宙靖は「『消極目的からする規制』という見地からする領域画定は、純粋に理論的な見地からは不可能ではないが、・・消極目的の行政活動かそれとも積極目的

を持った活動かの区別が、多くの場合困難となっている今日の行政活動の現実に鑑みると、我が国実定法の考察にとって、このような見地が、果たしてまたどの程度有効かについては、疑わしい」と述べた上で、「今後あるべき警察行政法学は、まず以て、いわゆる『制定法上の警察概念』、すなわち、現行の警察法が想定する『警察』の活動を対象とすべき」であり、「警察法なる一般法が、この意味での警察行政活動（我が国の行政組織法上「警察組織」に属するものとされている組織体・行政機関が行う活動の中で、（司法ではなく）「行政」としての性格を有すると考えられる活動（いわゆる「行政警察」）―筆者註）を、一定領域を成すものとして、多様な行政の中から切り出しているということ自体、規範学の見地からして極めて重要なことであって、実定法が示すこのような関心の意味を、法学的に追求してみる意義と必要は大であると思われる」とするのであった。(24)

もっとも、現行の警察法が想定する「警察組織」の活動を考察の対象とするということは、あくまで法学的（実定法的）な議論の出発点に立ったということに過ぎず、警察が他の行政機関が所管する任務との関係において果たしてまたどの程度まで関与できるか、という本稿が設定した問いに直接答えるものではない。(25)当然のことながら実定法の定めを出発点とするということは、実定法の規定に従えば―憲法に反しない限り―どのような任務でも警察に割り当てることが可能であることを意味するものではない。個々の法律規定は、警察の活動を規律する法秩序全体（本稿ではこれを便宜上、警察法秩序と称する）の趣旨目的に照らしつつ関連規定と矛盾抵触なきよう、そして一貫性を担保する法内在的な準則に最低限従わなければならないからである。この意味において、高田が提示する（拡大された）「警察消極目的の原則」もまずは現行警察法に通底する理念・考え方を踏まえた上で、実定法の定めの中で検証されなければならない。(26)

三　このような観点から考察すると、警察官職務執行法（昭和二三年七月十二日法律第一三六号。以下、警職法と略）一条一項が規定する「他の法令の執行」の解釈問題は、右検証素材として適例と言いうるだろう。警察の任務を規定する警察

法二条二項によれば警察の活動は同一項で掲げられた責務の範囲に「厳格に・・限られる」と規定しているが、他方で警察官の個別的権限を規定する警職法一条一項は、「この法律は、警察官が警察法（・・）に規定する個人の生命、身体及び財産の保護、犯罪の予防、公安の維持並びに他の法令の執行等の職権職務を忠実に遂行するために、必要な手段を定めることを目的とする。」と規定した上で、八条で「警察官は、この法律の規定によるの外、刑事訴訟その他に関する法令及び警察の規則による職権職務を遂行すべきものとする」と定めている。この法律の文言を形式的に読む限りでは、「他の法令」が警察法の定める警察責務に入らない職務を警察に任ずる場合には、警職法上の権限を行使することが可能となりそうである[27]。しかし、この問題については、従来から学説上二つの相対立する見解が存在していた[28]。

一つは、警察法二条二項は警察責務を「厳格に」限定しその拡大を防ぐ趣旨であるとして、他の法令の執行をあくまで警察法が定める警察責務の内容に限定する見解（限定列挙説）である。例えば、須貝脩一は「警察法第一条は、警察の責務を終局的完結的に決定したものである点に於て、行政警察規則第一条が警察の元来の職務を一応定めたものにすぎず、それ以外に他の法令により異種的諸行政機能が警察に委ねられ得た、のと全く異なつて居る[29]」という。「新たなる法律または条例を以てすれば、警察機関に右の事務以外の事務を委ねることも不可能ではないかに見える（が）、新たなる法律によつて、警察法の規定による職務以外の事務を警察に委任することは警察本来の職務の能率を害するか、または警察権の濫用に導くおそれがあり、警察法立法の精神に反する[30]」というのがその理由である。もう一つは、他の行政機関が明確に所掌していないものについては「交通の取締り」以外の（例えば産業警察、衛生警察といった）狭義の行政警察であっても警察の責務に含まれるとする見解（例示列挙説）である[31]。例えば警察実務家である高石和夫は、現代社会における生活危険の増大の、国民意識の不安からくる「規制需要の高まりは、警察に対して、これら生活危険の規制を求める、規制需要の範囲及びそれに伴い利害調整機能を果たすべく期待されている分野の範囲を、著しく拡大させ

ている」という。ゆえに高石によれば、「警察の責務」である「公共の安全と秩序の維持」の概念は、「時と所とを異にして、その内容に変化のある、『動く概念』であり、『本質的に進化する概念』であ」って、「警察が、従来、『警察の責務』と解してきた範囲を超える規制需要に対して、警察は、それを『警察の責務』外であると速断して、拒否してはならない」（強調―原文）というのである。(32)

最近では後者の例示列挙説が支持されていると評されているようであり、(33)また事実、実務においても既に「他の法律によって警察機関に権限を与えている場合は、それが本条（警察法二条―筆者註）に規定する責務の範囲内であるかどうかにかかわらず、その権限の行使が認められることはいうまでもない」（強調―筆者）と一般的に理解されているところである。(34)しかし同説が、警察法二条二項の定める〝限界〟との関係において、果たしてまたどの程度説得的であるかは、学説判例上、十分な検証はない。(35)そもそも法が「厳格に・・・責務の範囲に限られる」と強調して規定している場合には、これが最終的規律、すなわち特別法によっても変更できない規律であると解するのが法解釈として、また警察法（特に旧警察法（昭和二二年法律第一九六号））の制定経緯からしても自然な態度であるし、(36)またこのことは、旧警察法一条が「警察は、国民の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の捜査、被疑者の逮捕及び公安の維持に当たることを以てその責務とする」と定め、具体的に二条で「公共の秩序の維持」「生命及び財産の保護」「犯罪の予防及び鎮圧」「犯罪の捜査及び被疑者の逮捕」「交通の取締」に加え「逮捕状、拘留状の執行その他の裁判所、裁判官又は検察官の命ずる事務で法律をもって定めるもの」のみを挙げていたことからも裏づけられる。(37)現に警職法八条により「刑事訴訟その他に関する法令及び警察の規則」として想定されているのは刑事訴訟法の他、風俗営業等取締法、古物営業法、質屋営業法、道路交通法、遺失物法、銃砲刀剣類所持等取締法等、多くは一般的権限を持つ警察官が警察責務の枠内で特殊具体的な事態に対処する場合の特別な職権職務を定めたものであり、(38)警職法と一般法・特別法の関係にあるとみることが可能な法

令である。そうであるとするならば、警察責務と全く無関係な職権職務を担わせることは、この一般法・特別法の関係から離れ、警察責務を「厳格に」限定した警察法に法体系上違背すると評することも直ちに不可能とは言い切れないであろう。また、警察の責務外であると想定されている〝産業警察〟〝衛生警察〟といった任務についても、警察がこの任務を（許認可権限を含めて）全面的に担うのか、それとも行政機関が行う立入り調査などに一部関与するに止まるのかによっても随分と結果は異なる。仮に警察の責務と全く無関係な職権職務を遂行することが認められるとしても、警察法二条二項に照らしてもなおこれが正当化されるのか、論証負担を負わなければならないのであって[39]、個別法の規定さえあれば警察法二条の責務とは無関係に警察任務とすることが可能との見解は決して「いうまでもない[40]」と即断できる問題ではないようにも思われる。いずれにせよ、警察の任務範囲をめぐる問題は、我が国の警察法ないし警職法制定の経緯を踏まえ、改めて慎重に考察し直す必要がありそうである。

（11）代表的なものとして、田中二郎『新版行政法下巻（全訂第二版）』（弘文堂・一九八三）五六頁。

（12）以下、本稿では敬称を略す。

（13）関根謙一「明治憲法下における警察の概念」成田頼明先生古稀記念『政策実現と行政法』（有斐閣・一九九八）四五二頁以下、四六七頁以下。参照、島田茂「明治憲法下における警察法理論の構造」甲南法学五三巻二号（二〇一二）四頁以下。

（14）参照、田村正博『全訂警察行政法解説』（東京法令出版・二〇一一）七〇頁以下。

（15）美濃部の警察概念が学問上の概念として構成されたことも大きな理由として挙げられている。参照、関根・前掲五〇九頁以下。また、戦後田中二郎が、当初警察消極目的の原則を限界論として挙げていなかったにもかかわらず、昭和三七年『新版行政法（下）』（弘文堂）で特に説明もなく新たにこれを追加していることを指摘するものとして、須藤陽子「日独警察法理論の相違―『警察権の限界論』に対する批判に答えて―」立教法学八〇号（二〇一〇）一八七頁（同『比例原則の

現代的意義と課題』（法律文化社・二〇一〇）一一四頁）。

（16）高田敏「現代行政の展開と警察法」公法研究三四号（一九七二）二二八頁。同様の主張として、杉村敏正編『行政法概説各論（第三版）』（有斐閣・一九八八）八六頁。参照、島田茂「警察規制の概念と手法」芝池義一ほか編『行政法の争点（第三版）』（有斐閣・二〇〇四）二一三頁。

（17）福祉配慮的任務を給付行政ないしサービス業務と言い換えることができるならば、現実の警察実務においては既に、犯罪被害者の救済、暴力団離脱者に対する援護、風俗営業・警備業等の適正化、青少年保護、住宅防犯の目的のためにする相談・助言業務等を行っている。成田頼明「警察法五〇年の回顧と展望」警察学論集五七巻七号（二〇〇四）五九頁は、このような事実をもって同原則を疑問としている。もっとも、危険防御か福祉かという対立は本来、父権的絶対主義国家からの脱却という主題の下、個人の自律の確立にかかわる問題として論じられてきたテーマであって、個別具体的な機関の権限を念頭に置いた議論とは若干次元が異なるものであったことに注意が必要である。Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 49. は、本来危険の防御にかかわる建築警察や営業警察が、時折「福祉警察（Wohlpolizei）」と称されることがあったことは不幸であったと述べている。

（18）他方で白藤博行「『安全の中の自由』論と警察行政法」公法研究六九号（二〇〇七）六〇頁は「法秩序形成」と対比させた上で「法秩序維持」たることを求める「警察消極目的の原則」の根拠を、「国家による権力（Macht）と実力（Gewalt）の独占」と「私人による実力行使の禁止」に求め、同原則は「実力による紛争解決」が「紛争の平和的解決」との関係において常に補充的、消極的でなければならないという紛争解決の原理・原則を示したものと説明する。しかし近代国家成立のために正統に認められた「実力を有する特別な行政権」である警察が、どのような範囲の任務を担い得るかという問いは、近代国家成立の説明根拠である「権力独占」や「自力救済の禁止」から直ちに答えが導かれるものではない。「実力による紛争解決」も完全に排除されていない以上（いな、私人に代わり、実力による紛争解決が国家にこそ認められるのであれば）、やはりどのような場合にそれが認められるのか、実定法による詳細な内容形成が必要となろう。その意味において「法秩序形成」や「法秩序維持」といった概念も、「権力独占」概念などと同様になお記述的説明概念にとどまり、警察の具体的な活動を規律する規範とするにはなお不十分であるように思われる。

（19）高田・前掲二二九頁。

(20) 杉村敏正編・前掲八六頁が、警察消極目的の原則を「本来的な警察機関に対しては原則的には消極目的のための作用を授権すべきであるという立法原則」と称していたのに対して、古谷洋一編『注釈警察官職務執行法〔四訂版〕』（立花書房・二〇一四）四五頁は、「これは、行政裁量を統制する手段としての『警察消極目的の原則』の議論とは異なり、行政事務の分配に関する一定の立場からの政策的な提言（・・）とでもいうにすぎないものである」と批判する。

(21) なお、同原則は、規制権限不行使による損害賠償訴訟において被告国側が権限行使義務を否定し責任を回避する論拠として持ち出されるケースもある。参照、大阪地判平成一五年三月一三日判時一八三四号六二頁以下。

(22) 脱警察化によって必ずしも国家による介入が自由主義的に解されることにはならない旨、Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, a. a. O., S. 52f.

(23) ちなみに高木光「警察行政法の現代的位置づけ」「警察行政の新たなる展開」編集委員会編『警察行政の新たなる展開』（東京法令出版・二〇〇一）一七七頁以下は、高田説を検討した上で「高田説によれば、現行の風営適正化法や道路交通法も『積極目的』を含む限りで、憲法違反ないし警察法二条違反ということになりかねない」とし、「『組織としての警察』に『犯罪の予防』に直接の関係を有しない様々な『任務ないし所掌事務』を割り当てることは、他の行政機関との役割分担や国民への影響という見地から『立法政策的』に望ましくないが、憲法違反は生じず」、また「警察法二条一項はそれほど強い規範的意味を持たないと考えるのが穏当であろう」との立場を示す。

(24) 藤田宙靖「警察行政法学の課題」警察政策一巻一号（一九九九）三一頁以下（同『行政法の基礎理論上巻』（有斐閣・二〇〇五）三四八頁）。この考えに基本的に賛同するものとして、高木光「警察行政法論の可能性」警察政策二巻一号（二〇〇〇）一七頁以下。

(25) 藤田・前掲三二頁も続けて次のように述べ、その課題に言及している。「〔警察法第二条一項二項〕に定められた、『責務』及び『限界』が、警察機関の行う行政活動に対する法治主義的制約につき、どのような具体的意味付けを与えるかを検討することこそが、先ず以て、行政法各論としての警察行政法学の課題であるというべきである。」

(26) ちなみに〝実定法の定めに基づいた検討〟ということに関連して、白藤博行「リスク社会下の警察行政」ジュリスト一三五六号（二〇〇八）八八頁は、実定法の内容を法実証的に考察する必要性を論じた拙稿（「危険概念の解釈方法（四・完）―損害発生の蓋然性と帰納的推論」自治研究八四巻一号（二〇〇八）一一八頁）に言及しながら「米田がいうところの『立

法者により』『実定法規範に組み込まれた（広い意味での危険防御の）法技術を発見する姿勢』はことのほか重要である」としつつも、他方で、個別法令による警察庁の事務の拡大が準備されてきた現実を踏まえつつ、「実定法による警察規制の可能性を探求する際に、事柄の本質からして安易に実定警察法規範そのものへの過信・過重負担がないかといったところから、まずは出発しなければならない」と、くぎを刺していた。

実定（警察）法への「過信」「過重負担」に対する同種の疑念・批判については、白藤以外からも提示されている。例えば、岡田健一郎「日本公法学における『警察』についてのメモ―経済的自由規制目的二分論を出発点として―」一橋法学七巻二号（二〇〇八）四三六頁以下は、警察という存在それ自体の合憲性を論じる文脈においてであるが、「〝法〟や〝国家〟の最終的な根拠付けではなく、個別具体的な法関係の内容的規定に関する根拠付け」を問題にすべきとする筆者の見解に対し、「行政法学と憲法学を、この問題に関して同様に扱うことにはいささか問題がある」とする。岡田によれば、「行政法学はさしあたり当該法令の合憲性を前提に解釈論を展開することが多いと思われるのに対し、憲法学は当該法令の合憲性を、時には『〝法〟や〝国家〟の最終的な根拠付け』にまで遡って検討せざるを得ない場面も存在する」からであり、むしろ「実定（行政）法の『メタ理論』を問うことが憲法学の課題」であるという。また桑原勇進『環境法の基礎理論―国家の環境保全義務』（有斐閣・二〇一三）一三六頁以下は、国家の基本権保護義務を擁護する文脈において、やはり「個別の法律関係それ自体から行政法関係を基礎付けること」を重視する筆者の立場を、かつて学説が厳しく批判してきた、行政手続に関する最高裁の制定法律準拠主義と同様の立場であり、「かなり問題」があるとし、むしろ立法による多数者の専制を防止するという観点からすれば、憲法的義務（基本権保護義務）と構成するほうが有効である、と指摘している。

いずれの疑念・批判も、個別の実定法のみに着目する筆者の考察態度を問題にしているという点で共通していると言ってよい。この問題は警察活動の統制方法のみならず、国家（ないし政治）と法の関係性に対する考察態度ないし向き合い方にもかかわる重要な論点を含んでいるため、筆者が〝実定法の定めに基づいた考察方法〟ということでどのようなことを考えているのか、機会を見て改めて自らの立場を明確に示したいと考えている。しかし少なくとも筆者が想定している「（個別の）実定法」とは、制定法律準拠主義を導くような狭い理解ではなく、むしろ（―なおその構造が解明される余地のある―比例原則などの憲法原理に支えられた）個別実定法の内在的・体系的理解を通じて、警察活動の統制パースペクティブを拡大させることを志向するものであることを記しておきたい。個別実定法の内在的・体系的理解を追求することで実

定警察法が本来有する統制パースペクティブを（再）確認、（再）発見し、多数者の専制に対する、実効的な統制を可能にすることが、筆者がとる立場である（この立場は憲法的統制そのものを否定するものではない。）。もちろん「個別実定法の内在的・体系的理解を追求する」方法の開拓は、今後筆者に課せられた継続的な課題である。

（27）また宮田三郎『警察法』（信山社・二〇〇二）一〇頁は、警察法二条の文言からすると、伝統的な行政警察作用を警察の責務から除外することは「文理的に疑問」「法解釈論としては無理」と述べる。

（28）田宮裕＝河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』（青林書院・一九九三）五九頁以下。

（29）須貝脩一『警察法逐条解説』（法律文化社・一九四八）一九頁以下。

（30）須貝脩一『行政法総論』（有信堂高文社・一九七六）一〇頁。

（31）高石和夫「講学上の『警察』概念と警察行政（下）」警察公論三五巻一一号（一九八〇）四五頁。他に、田村正博「警察の活動上の『限界』（中）」警察学論集四一巻七号（一九八八）六八頁等。

（32）高石・前掲四七頁以下。他方で高石は、この場合「保安警察も狭義の行政警察も、ともに警察法二条一項の『公共の安全と秩序の維持』に含まれるが、他の行政機関が明確に所掌している限りにおいて『警察の責務』の範囲が縮減された結果になっている」と説明する。この「縮減」という表現は、本稿のテーマとの関連において吟味に値する表現である。

（33）田宮＝河上・前掲六〇頁。但し同書は、例示列挙説に対し、①戦後の警察改革の歴史に照らすと、警察法の責務規定は安易な拡大解釈を許さないほうがよい、②行政取締法規に罰則を付することが多いが、その結果違反行為の予防・取締の責務は警察組織も負担することになり、警察の所掌が無限に広がりかえって能率的・効果的な不法事犯の抑止・除去が期待できなくなるおそれがある、③これに伴い予防・取締の重点の置き方などもすべて警察の裁量に任されることになるが、これをコントロールする適切な方法がない、④従って、犯罪捜査と治安維持のために必要な強力な人的・物的な組織と法的な権限を与えられている警察組織が、市民生活に深く関わる各種の許認可・統制・監視・取締等の行政権限をも与えられることになると戦前のような警察国家をつくり出すおそれがある、と以上四つの問題点を指摘している。

（34）警察制度研究会編『全訂版警察法解説』（東京法令出版・二〇〇四）五七頁。

（35）例外として島田茂「憲法改正と最近の警察法学の動向」法の科学三八号（二〇〇七）三七頁以下が、本稿と同様の視点からこの問題に触れている。

（36）このような見解を唱えるものとして、既に加藤陽三監修『全訂警察法逐條解説』（新警察社・一九五二）二四頁。また、田上穣治『新版警察法』（有斐閣・一九八三）二七〇頁は、「警察の活動が、厳格に・・警察の責務に限られるべきものとしたことは（警二条）、立法権を拘束せず、特別な法律によって例外の規定を設けても差し支えないようにみえる」が、「特定の警察作用がいずれの機関の権限に属するかは、組織法によって決定されるから、警察法を改正しない限り、警察の責務の範囲外において普通警察機関の権限を認めることはできない」と述べる。

（37）警察官職務執行法の前身である警察官等職務執行法の作成に深くかかわった上原誠一郎著『警察官等職務執行法解説』（立花書房・一九四八）五〇頁も、同法一条が規定する「他の法令等の職権職務」の内容につき、明確ではないとしつつも所謂司法警察の事務を指すものと考えられる、と述べている。

（38）参照、出射義夫『警察権限詳論』（警察時報社・一九五九）二〇二頁以下。

（39）ちなみに宮崎清文「警察権の限界―特に一般警察機関のそれについて―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一八一頁は「現在では、一般警察機関が、興えられた責務の範囲外で活動することは警察法違反である」と明言するが、そこで想定されている責務範囲外の活動とは政治警察であり、比較的、限界事例として明確なものが挙げられている。

（40）警察制度研究会編・前掲五七頁。但し同書は、この文脈では「警察」ではなく「警察行政機関」という表現に言い換えている。その限りにおいて警察行政機関、つまり国家公安委員会が達成すべき目的は、警察法二条一項の責務に限定されず、警察行政機関が担う任務は大きく開かれる余地も出てこよう。但し他方で国家公安委員会の任務・所掌範囲は「個人の権利と自由を保護し、公共の安全と秩序を維持する」任務とされており、―これを「究極目的」と言うかどうかはともかく―警察行政機関の任務・所掌範囲を画する外縁もまた示されている（警察法五条一項。平成一一年の中央省庁再編の法改正で明記された。参照、佐藤英彦「警察行政機関の任務、所掌事務及び権限」河上和雄ほか編『講座日本の警察第一巻』（立花書房・一九九三）五五頁以下）。犯罪被害者等給付金支給法の規定に基づく給付金支給、あるいは従来金融庁の所管であった「疑わしい取引として届け出のあった情報の集約、分析及び提供」（犯罪による収益の移転防止に関する法律）は「個人の権利と自由を保護し、公共の安全と秩序を維持する」任務であるとするのが現行法の立場であるが、いずれにせよ「個人の権利と自由の保護し、公共の安全と秩序を維持する」作用の規範的内実を―警察法二条が定める警察責務との異同

を踏まえつつ―警察法秩序の体系的理解の中で明確にする作業が求められよう。この点に関し、「個人の権利と自由を保護し、公共の安全と秩序を維持する」任務はあくまで国家公委員会の任務であり、警察庁の任務は警察法二条の責務のままであるとする見解を提示するものとして、白藤博行「『監視社会』と『警察行政法』理論の展開」法律時報七五巻一二号（二〇〇三）三七頁以下。

第二項　問題設定の再定式化―警察任務一般条項論

一　警察は、警察法二条が定める責務と限界との関係において果たしてまたどの程度、他の行政機関が所管する任務に対し関与することが認められるか、という本稿が立てた問いは、実は戦後、公共の安全と秩序の維持と直接的に関わらない任務が警察以外の他の行政機関に配分されることとなった（旧）警察法制定当時において、一部の警察実務家の間では既に自覚されていたところであった。例えば宮崎清文は「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」（一九五〇）[41]と題する論稿において次のようにその問題の所在を明らかにしている。

「従来の我が国の警察が保持して来た行政警察―それは時としては拡張解釈により所謂保育行政に迄及んでいたのであるが―分野における権限も、これを学問上より定義する時は広義の警察作用と言うを得べく、たとえそれが他の行政庁に移譲せられても、依然として広義の警察作用の一環と見做すことは必ずしも不可能ではない。これに対し新しい実定法上の警察を狭義の警察と称するならば、我が国の警察が広義の警察から狭義の警察に転化したことは、表現方法を変えるならば、警察の地方分権とは異つた意味で所論警察組織部外への警察権の分配が行われたとも考えられるのである。他方狭義の警察においても行政警察的権能は全然否定されたわけで

はなく、国民の生命、身体、財産の保護、或は公安の維持という形で一般的な責務を有しているのであつて、今仮に権限の移譲を受けた各個の行政庁を特別行政警察機関と称するならば、これ等と一般警察機関との間における権限の競合、両者の連絡調整等の問題は当然予想されねばならない。」[42]

同論文は、近く問題になるであろう警察組織運営上の課題を一般的に提示するものであったが、しかしその後この問題が正面から取り上げられ、議論されることはなかった。[43] その理由を探求することは我が国の警察法秩序の変遷史という観点からも興味深い課題であるが、一つの仮説として、我が国における戦後の警察改革が警察事務の市町村への移管や公安委員会制度の創設等、主として警察の民主化・地方分権に狙いが置かれたこと、また現行新警察法への改正論議においても警察に対する民主的な管理と能率的運営の達成、地方分権と国の関与という、どちらかというと垂直的権限配分に議論が集中したことから、行政機関との権限分配という水平的権限配分への視点が不十分であった、つまり内務省の解体・脱警察化という政治的課題に関心が集まり、[44] そのドグマーティシュな意味、具体的には行政機関と警察の権限配分を論ずる視点が（宮崎を例外として）欠落していた、と考えられそうである。確かに戦後の警察改革は、これまで行政警察の名の下であらゆる国民生活に干渉してきた警察の機能を整理し、その責務を限定することを重要な改革の柱としていた。しかしこれだけでは警察の任務範囲を規範的に画定するには十分とは言い難い。これを裏付けるかのように実際我が国では、警察の責務を限定してもなお必然的に生じうる問題、つまり〝危険防御の任務に関し行政機関と警察とで管轄が競合した場合に、これをどのように調整するか〟という問題について、法律上ほとんど規律されていない。[45]

二　むろん、この問題を解決しようとする議論が全く存在しなかったというわけではない。例えば田上穣治は、他の国

家機関の任務であるものはすべてもはや警察の任務ではない、とすることによって一定の解決策を提示している。田上によって提示された〝警察の補充性の原則〟によれば、法律によって警察とは異なる国家機関の権限に配属された事項はすべて、警察の管轄領域から排除されるという。例えば、民事秩序や刑事法秩序の維持は裁判所の管轄領域であり、ゆえに警察の責務から除かれる(46)。もっとも田上はこれを警察の目的、つまり〝公共の安全〟という任務の観点から説明しているため議論が管轄衝突の問題からずれてしまっている。というのも、公共の安全の維持の任務が警察以外の機関にも法律上属せしめられることがあるにもかかわらず、そこで想定されている機関は、私権や国家刑罰権の実現を担う裁判所のみであり、行政機関については触れられていないからである(47)。しかしいずれにせよ警察の任務について一定の限界を画そうとする試みが存在していたことは注目されてよい。

これに対し警察実務家である松井真理は、警察の補充性の原理の主張者は法律解釈の議論と政策論議を混同しているとこれを批判している。松井によれば、複数の行政機関が同じような行政客体に対し同じような活動を行っている場合であっても、それぞれの行政機関ごとに実現しようとする行政目的が異なるのであるから行政組織法上は問題ないという。公共の安全と秩序の維持の任務が既に他の行政機関に割り当てられているにもかかわらず警察がこれに関わると、確かにそれは行政効率という観点から政策的に不適当ということになるが、しかし決して違法になるわけではないという(48)。また同じく警察実務家である田村正博も、「(警察と他の機関の間で)任務のレベルで重複していても、それぞれが排他的な関係にはならない」と述べる。「他の機関が個人の生命、身体及び財産の保護と公共の安全と秩序の一部を任務としているからといって、警察の責務の対象外とされ、警察の責任が解除されるわけではな」く、「犯罪捜査における特別司法警察職員制度のように、合理的な理由がある場合には、複数の行政機関が担当することもあり得る」。むしろ「重複する任務を持つ機関等との間では、相互に連絡をとりつつ、協力してそれぞれの任務を果たすことが求めら

れている。[49]」というのである。このような理解は、現在、警察実務で一般的に共有されていると言えよう。

三　しかし田村が述べるような、警察と他の行政機関の関係を論ずる場合、もう少し慎重な調査・検討を行う余地があるように思われる。第一に、複数の行政機関が担当することがあり得る「合理的な理由」とは一体何か。換言すれば、具体例として挙げられている「特別司法警察職員制度」は、警察と一般行政機関の関係に、果たしてまたどの程度まで一般化できるか（他の機関が捜査機関と一般行政機関であることで違いは存在しないか）。第二に、警察と他の行政機関との間で排他的な関係にならないとしても、協力関係の在り様に全くルールは存在しないのか（両機関の権限行使の優先関係の有無など）。第三に、「相互に連絡をとりつつ、協力してそれぞれの任務を果たす」とは、どのような形態で行われるのか（私人に対して侵害的行為を伴うのか否か、事実上の協力か法的効果を伴う協力かなど）、またそこには限界は存在しないのか。しかしこれらの点は右の説明だけでは必ずしも明らかではない。この問題については後に改めて検討するが、少なくとも右説明では「警察の責任」という名で警察の広い活動領域（守備範囲）が示されているようにも見える。もしこのような理解が妥当するとした場合、他の行政機関が明確に所掌していないものについてはもちろんのこと、他の行政機関の権限であると定められている場合でも、それが警察の責務から明確に排除されない限り、公共の安全と秩序維持に関する事項は警察活動の対象となるという見解も成立することになろう。[50]公共の安全の秩序の維持を図るために警察と他の行政機関が協力することそのものに異論はないとしても、このような理解は、警察法二条が厳格に限定した責務との関係において、果たしてまたどの程度妥当するだろうか。両機関の協力関係を論ずる前に、まずこれらの協力関係の在り様が現行警察法秩序の中で整合的な形で説明される必要があるように思われる。そこで検討されるべきなのは、《他の行政機関の権限であると定められている場合でも、それが警察の責務から明確に排除されない限り、警察活動の対象となる》という命題（以下、本稿ではこれを便宜的に「警察任務一般条項論」と呼ぶ）が、我が国の警察法秩序において果た

してまたどの程度妥当するかである。[51] 警察消極目的の原則によって展開されている主張もまた、この命題の妥当性を問うという形で別に論じるのが相応しいだろう。警察の責務から明確に排除されない限り警察活動の対象とされるのであれば、警察は「他の行政作用に付随して行われる警察作用」とされる行政警察の定義を通じて（公共の安全と秩序に維持に直接的に関連しない）他の行政作用にも関与可能という議論が生まれるからである。[52]

行政機関に対する警察の役割をめぐるこの種の問題は特に裁判の対象になることもなかったため、[53] これまで人々の関心を集めることはなかったといってよい。しかし「所論警察権の分配に関する諸問題は何れも何等かの意味で我が国の警察制度の民主化、更に広い意味では行政機構の民主化と密接な関連を有する」[54] ことからすれば、行政機関の任務に警察との何かしらの関わりが必要とされる状況においても警察の活動範囲が曖昧になることのないよう、警察法その他関連法規の趣旨目的に照らしその限界を可視化しておく必要があろう。そしてまたこれが可視化されるのであれば、行政機関に対する警察の役割もまたより明確となり、行政機関と警察との効果的・最適な連携・協力関係の構築に寄与すると考えられるからである。近時、警察実務の中からも、警察活動への期待の高まりを受け、両機関の権限分配に関する規範に関し、「領土専管的・排他的・固定的なものではなく、一種の相互乗り入れ的な業務運営を可能とするような規定振りないし解釈態度が必要となるのではないか」と、両機関の連携に係る規範の在り様を模索しようとする見解が示されているところである。[55] 本稿の問題意識とも共通して、大変興味深い指摘である。

四　本稿は以上述べたような問題意識に基づき、警察消極目的の原則をめぐる従来の問題を《他の行政機関の権限であると定められている場合でも、それが警察の責務から明確に排除されない限り、公共の安全と秩序維持に関する事項は警察活動の対象となる》という命題の妥当性の問題として新たに位置づけ直し、その当否を検証することを通じて、行政機関に対する警察の役割並びにその限界を明らかにしようとするものである。付言するに、本稿は警察の役割ないし

権限が拡大することそれ自体の当否について論じるものではない。むしろ警察の役割が大きくなっている現状を踏まえた上で、行政機関と警察の規範的な関係を警察法秩序の中に適切に位置づけ、両機関による見通しの良い権限行使の在り様を探ることに主たる狙いがある。(56)

以下検討を始めるにあたり、本稿は、我が国の警察法秩序の構造を相対的に眺めるためのいわば〝ものさし〟として、ドイツ警察・秩序法の任務配分原理を用いることとしたい。ドイツ警察・秩序法は、我が国と同様の脱警察化（危険防御権限の分散化）を経験しつつも、我が国とは異なり明確な規範的要請の下で行政機関と警察の役割分担を規律している。ゆえに、この任務配分原理を参照することにより、本稿が設定した課題解決の糸口が見つかり、また同時に我が国の警察法秩序の規律構造の特徴とその問題点も発見することができるのではないかと考えるからである。(57) むろんドイツと我が国との間では、連邦制の採用に基づく統治構造の違いをはじめ、人口の相違、警察組織の形態、これを規律する実定法の構造もまた同じではない。しかしそれでもなお、公共の安全と秩序の維持という任務は洋の東西を問わず国家の基本的作用であることに加え、我が国はドイツと同様の法治国家の仕組み（法律適合性原理と裁判所による権利救済）を採用し、戦後ドイツ（の多くの州）と同じく英米的な警察制度の影響を一部受けながら警察法制度が形成されていること等の点において、多くの共通点を有していることもまた事実である。従って本稿は、ドイツ警察・秩序法の任務配分原理を手掛かりとして、本稿の課題に迫っていくこととしたい。

五　なお検討に入る前に論点が拡散しないよう、また議論が混乱しないよう、いくつかの重要な前提を付しておきたい。

第一に、本稿が対象とするのは警察法二条が規定する警察、すなわち執行機関としての（都道府県）警察であり、（国家）公安委員会や警察庁、警察署長など行政官庁としての警察行政機関は含まない。むろん本稿冒頭で言及したように、国家公安委員会が管理するところの警察庁の所掌事務が警察庁長官による指揮監督（警察法一六条二項）を通じて（都道府県）

警察に及びうることを踏まえると、公安委員会ないし警察庁と執行警察の権限関係や実際の運用、そして何よりも「個人の権利と自由を保護し、公共の安全と秩序を維持する」警察行政機関の任務・所掌範囲の輪廓について慎重な考察が必要である[58]。しかし、本稿は差し当たり警察の他の行政機関の任務への関与の在り様に関心を持つものであるため、行政官庁としての警察行政機関については取りあえず考察の対象から除く。第二に、行政機関の任務遂行において警察との連携・協力が問題となるのは、大きく、(1)秩序違反訴追（行政刑罰）時における警察との連携・協力の局面と、(2)危険防御任務における警察の連携・協力の局面の二つに分けられるが、本稿は専ら後者の局面を取り上げるものとする。確かに捜査活動も犯罪予防という点で危険防御に資するため両者は密接な関連にあるが、犯罪捜査は既に発生した犯罪行為に対する国家刑罰権行使の準備行為としての性格を持ち、またその具体的手続が刑事訴訟法によって詳細に規律されるなど両者にはなお大きな違いが存在する[59]。ゆえに本稿では、互いの任務特性を平準化させないという意味においても、前者の局面は検討対象から除くこととしたい。警察と海上保安庁・特別司法警察職員等との協力関係についても、その多くは捜査権の行使に絡み刑事訴訟手続に服することから、やはり本稿対象から除く[60]。第三に、行政機関に対する警察の役割を考察する際、原則として警察の権限に関する規定を設けていない、行政機関が所管する法律で規定された任務[61]に対する警察の関与を対象とする。現行法を眺めると、警察の個別的権限を定める法律としては警職法以外に、(1)警察責務を特定の領域において具体化した、警察庁が所管する法律（質屋営業法、風俗営業等取締法、銃砲刀剣類所持等取締法など）のほか、(2)警察庁所管の法律ではないが警察と極めて類似した性格と権限を有する執行機関（収税官吏・消防職員、少年保護職員）の権限行使において、警察にも一定の権限行使を認めた法律が存在するが（消防法二八条、国税犯則取締法五条、少年法一六条、国税徴収法一四四条[62]等）、しかしこれらの法律は既に内容上警察責務に関連するか、あるいは執行機関としての警察の権限と性質上密接な関連を有するものであるため、原則として本稿の直接の考察対象としない。もっ

ともとりわけ(2)の、既に個別法令で定められている警察の権限の内容については、行政機関に対する警察の役割を考察する上で重要な視点を提供するものと考えられるため、本稿でも間接的に検討することになろう。いずれにせよ本稿は、警察の権限に関する規定を何ら設けていない、行政機関が所管する法律で定められた任務の実施において、警察は果たしてまたどの程度関与しうるかを主たるテーマとして設定するものである。

以上の前提の下、まず次節では、ドイツ警察・秩序法の任務配分原理、具体的には脱警察化の法的含意並びに、警察と行政機関の役割分担を規律する法原理を明らかにすることで、分析視角を獲得する。続いて第三節ではこの分析視角に基づき、我が国の警察法秩序における警察任務一般条項論の妥当性を、学説並びに個別の実定法を通じて検証する。そして最後に、これら検討結果を踏まえて、我が国の警察法秩序の規範構造の特徴とその問題点について総括することとしたい。

（41）宮崎清文「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一四四頁以下。

（42）宮崎・前掲一四六頁。この論点については、宮崎清文『警察官のための行政法講義（四訂版）』（立花書房・一九五九）二一七頁以下でも取り上げられている。

（43）戦前・戦後のドイツ警察法の変遷を丹念に追った土屋正三氏（元警察大学校教授）もまたこの問題を「将来におけるわが警察のオリエンテーションとして、考究に値する」と指摘していたところである（土屋正三「広義の警察と狭義の警察」警察研究二八巻四号（一九五七）二四頁）。しかし須藤陽子「即時強制の系譜」立命館法学三一四号（二〇〇七）一〇〇三頁（同『即時強制と行政調査』（法律文化社・二〇一四）一九六頁）も指摘するように、「両者（警察組織と一般行政組織―筆者註）の関係がどうあるべきかという議論は現代においてもなお十分ではない」。

(44) 戦後警察改革史については、差し当たり、自治大学校監修『戦後自治史第五巻（警察および消防制度の改革）』（文生書院・一九七七）七頁以下、警察庁警察史編纂委員会編『戦後警察史』（警察協会・一九七七）五三頁以下、古川純「警察改革」法学セミナー増刊『現代の警察』（日本評論社・一九八〇）一九二頁以下等、参照。

(45) 須藤・前掲一〇〇二頁は、「強大過ぎた警察権を抑制しようとする時代の趨勢にあっては、積極的に警察の関与をいうことは難しかったと思われる」と評している。

(46) 田上穣治『新版警察法』（有斐閣・一九八三）三二頁。

(47) 言い換えると、田上は国家における管轄（Zuständigkeit）ではなく、国家の権限（Kompetenz）を論じていると言える。

(48) 以上、松井真理「警察法二条一項の意味」警察公論三八巻二号（一九八三）九二頁。

(49) 以上、田村正博『全訂警察行政法解説』（東京法令・二〇一一）三六頁。

(50) 田村正博「警察活動上の『限界』（中）」警察学論集四一巻七号（一九八八）七〇頁。

(51) 園部敏『行政法論』（法律文化社・一九五七）二六三頁は、戦前の警察は「他の機関の権限に属しない限り行政活動は警察機関によってなすべきものと説かれた」とする。

(52) 事実、（都道府県）警察が生活保護などの福祉的活動に関わることは組織形態、専門的知識を持った人員の観点から見ても実際上困難であり、警察消極目的の原則を支持する論者もこのような可能性にまで警戒するものではないであろう。むしろ警察の責務（もちろん、論者によってその範囲に見解の相違があるが）の枠組みの中で、〝予防〟を名目として警察の活動範囲が新たな法律の制定を通じて、あるいは他の行政機関の所掌事務を通じて拡大することに警戒するものと思われる。

(53) しかし組織法違反（管轄外の権限行使）が、権限行使の当・不当に止まらず、適法・違法判断に影響を及ぼすことは当然ありうる。ドイツ警察法においてこの問題を追求するものとして、Huber, Die Unaufschiebbarkeit-Rechtmäßigkeitsvoraussetzung polizeilicher Maßnahmen, BayVBl. 1989, S. 5ff.

(54) 宮崎清文「警察権の分配―現行法における一般警察機関と特別警察機関の関係―」中原英典ほか編『警察学の諸問題』（立花書房・一九五〇）一四六頁。

(55) 萩野徹「新しい『警察法学』の構想」関根謙一ほか編『講座警察法第一巻』（立花書房・二〇一四）四二頁。

(56) そして結論を先取りすれば、本稿は、警察任務一般条項論の否定ではなく、一定の〝合理的再構成〟が施される必要が

あることを論じようとするものである。

(57) Schneider, Polizei und Gefahrenabwehr in Japan, 2001, S. 118. は、日独警察法において多くの共通性があることを指摘しつつも、日本の法令には、警察と他の行政機関の任務の競合を調整する規定が存在しないことに特に注目している。

(58) これらの問題を精緻に分析するものとして、島根悟「現行警察制度の基本構造に関する一整理」関根謙一ほか編『講座警察法第一巻』（立花書房・二〇一四）一三七頁以下。

(59) 但しこのことは、両者に異なる法原理が妥当することを直ちには意味しない。それぞれの個別具体的権限が機能的に等価であることを理由に両任務に共通の法（適正手続や比例原則など）が適用されることがあるのは当然である。参照、櫻井敬子「犯罪予防と行政法」渥美東洋編『犯罪予防の法理』（成文堂・二〇〇八）九二頁以下。

(60) この問題に関する分析は、既に宮崎・前掲一五五頁以下が行っている。

(61) 従って、当初から警察庁が所管している法律（道路交通法、売春防止法、銃砲刀剣類所持等取締法のほか、風俗営業法、古物営業法、質屋営業法といった営業取締法令）の実施に係る警察の活動については対象外である。現在の警察庁の所管法令は、警察庁ホームページを参照。

(62) 国会の各議院や裁判所における秩序維持活動を定めた法律（国会法一一五条、裁判所法七一条の二、法廷等の秩序維持に関する法律三条二項など）もこのカテゴリーに含めることが可能であろう。但し、これが警察の責務内とされるか責務外とされるかは議論がある。責務外であるとするものとして、宍戸基男ほか編『新版警察官権限法注解上巻』（立花書房・一九七七）二七頁。

第二節　ドイツ警察・秩序法の任務配分原理―分析視角

第一項　脱警察化

一　人の知るように、ドイツ各州が定める警察法の多くは一九三一年に制定されたプロイセン警察行政法（以下、PrPVGと略）を模範としている。これらの警察法に規定されている警察一般条項の雛型とされたPrPVG一四条一項は「警察行政庁は、現行法の枠内において、公共の安全あるいは秩序を脅かす危険を公衆あるいは個人から防御するために、義務に適合的な裁量に基づき必要な措置をとらなければならない」と規定していたが、同条項で規定されている「警察行政庁」とは、公共の安全と秩序の維持（危険防御）を担う行政機関一般（通常警察行政庁と特別警察行政庁）を指すものであった[63]。ここで注意を要するのは、本条文の起草段階において既に、PrPVG一四条一項に基づく警察行政庁の任務には福祉増進任務は含まれないことがクロイツベルク判決から続く判例法理からして当然とみなされており、新たに明文を以てこれを確認する必要はないと考えられていたという事実である[64]。従って、我が国で言うところの警察消極目的の原則は、ドイツでは少なくとも一般条項のレベルでは既に決着がつけられていたと言ってよい。

二　しかしこの警察行政庁は、PrPVG一四条二項の規定（個別法で委託される任務）に基づき、健康・衛生・営業・建築・農業・狩猟・山林・漁業など広範囲の任務も担い、執行警察（Vollzugspolizei）と行政警察（Verwaltungspolizei）の組織を一体として包含していた。すなわち制服を着用した執行官吏と官庁内部の官吏との間には明確な区別がなく、警察行政庁が発した警察処分は、代執行（Ersatzvornahme）や直接強制（unmittelbarer Zwang）など強制手段が必要とされる場合において執行警察によって執行される構造となっていた[65]。つまり執行警察は、組織内部的に警察行政庁の一部門として、警察行政庁の「目や耳としてのみならず、腕として」活動したのである[66]。さらに警察行政庁が有した権限は以上に止まらない。立法作用としての警察命令権のほか、刑事処分といった司法的権限もまた有していた。このような広範に及ぶ

任務と〝公共の秩序〟概念の拡張解釈とともにその極限まで行き着いた先が、ナチズムによる警察の政治警察化、秘密警察化、そして軍事化であったことは周知の通りである。[67] 戦後ドイツの警察法は、このナチズムによる警察組織体制の解体から出発することになる。

第二　脱警察化の法的含意

一　第二次世界大戦後、警察行政庁に属していた任務は、戦勝国による占領の下、州毎に様々な形で廃止もしく複数の行政機関に移譲された。占領国は既存のドイツ警察制度を、非ナチ化、非軍事化、分権化並びに民主化の方針の下で解体することで一致し、警察組織はそれぞれの占領国の警察モデルに沿って新たに編成されることになった。[68] 中でも注目されるのは、伝統的なドイツ警察制度を徹底して変革することを志向した、イギリス・アメリカによる警察改革である。[69]

二　イギリス・アメリカの両国は、警察は国家の保護よりも市民の保護に寄与すべきとする、アングロサクソン流の自己防衛の思想に従い、立法作用である警察命令権や司法作用である刑事処分権を廃止するとともに、警察の地方分権化を徹底させることを改革方針としたことで知られる。[70] イギリスの占領地域で実施された〝イギリス占領地域におけるドイツ警察システムの再建に関する指令〟（一九四五年九月二五日）によれば、警察と関連のないすべての活動を排除し、これを徐々に他の行政庁に移譲することによって、警察の責任と任務をその本来の領域に制限し、警察からあらゆる司法的並びに立法的権力を撤廃し、行政警察を特別な組織として新たに確立することが改革の主要目的とされた。警察の概念は、「他の行政庁とは無関係に自らの任務を遂行する独自の非軍事的組織」として定義され、「生命並びに財産の保

護、法律と秩序の維持、犯罪の防止と解明、犯罪者の裁判所への送致」と必然的に結びつかない目的の遂行のためには「警察という用語を用いてはならない」とされたのである[71]。これにより、かつて警察行政庁に属していた〝公共の安全・秩序の維持あるいは犯罪行為の予防といった任務と直接関連のない任務〟（いわゆる行政警察）が警察の活動領域から取り除かれ、新たに〝秩序行政（Ordnungsverwaltung）[72]〟として一般行政機構に編入もしくは新たに組織される一方[73]、警察は制服を着用した保安警察として、目前の危険の除去を目的とする緊急的な権限（猶予不可能な措置（unaufschiebbare Maßnahme））を行使する機関へと縮小されることになった[74]。これはすなわち、危険防御任務は第一に秩序行政庁が担い、警察はただ〝緊急時における危険防御、犯罪行為並びに秩序違反の訴追の際の検察官との協働、執行援助並びにその他法律で規定された任務〟に限定されるというシステムの確立であり、危険防御は、法律が明示的に警察にその任務を割り当てていない限り秩序行政庁が権限を有するという〝秩序行政庁の権限の推定〟、〝警察任務の列記主義〟が妥当することを意味した[75]。この種の改革は、危険防御の任務の担い手を警察と秩序行政庁に組織的に分離させる点に特徴があるため、これによって成立した組織形態は一般に分離システムと言われている[76]。

三（一）ところで、警察と秩序行政庁を組織的に分離させるこの警察改革は、権力の相互抑制の体制を整えることで警察による権限乱用を阻止する目的を実現するためであった[77]。このような効果を指して、分離システムはしばしば〝脱警察化〟の成果と評されたが、しかしこのような改革にドイツ側から全く批判がなかったというわけではない[78]。

一つは、警察権力の乱用を警察組織の分離によって阻止しようとする考えは今日ではもはや根拠がないとする批判である。かつて警察概念は、「国家が尊重する自由の範囲は、警察権力の範囲から読み取られる[79]」という法治国家保障機能と密接に結びついていたが、基本法制定以来、すべての国家権力が法と法律に拘束され、基本権への介入には常に議会による詳細な法律の根拠が必要とされると、もはや警察の活動範囲を限定することそれ自体に法治国家的意味を見出

すことは困難となる。そもそも秩序行政庁を新たに設けるといっても、それは単に言葉の使用方法にかかわる形式的な問題であるに過ぎず、例えば〝建築警察（Baupolizei）〟を〝建築監督（Bauaufsicht）〟に言い換えたところで公共の安全と秩序の維持のための（実質的意味における）警察上の権限に何ら影響を与えるものではない[80]。むしろ秩序行政庁に対して警察という呼び名を用いないことは、従来、警察に対して適用されてきた法原則、就中、比例原則が秩序行政庁にも適用されることを覆い隠す、というわけである[81]。また第二に―特にこちらが実際上重要な批判であったが―、危険防御を担う機関が警察と秩序行政庁の二つに分離されると、危険防御の任務の履行責任を互いに転嫁し合うなど両者の間に常に権限争議が発生し、法的安定性を損なうという批判である[82]。とりわけ新たに創設された秩序行政庁に対しては、どのような法律が適用されるのかなお曖昧であり、警察組織改革はかつての秩序立ったプロイセン警察の仕組みを破壊し、秩序行政庁による処分が執行警察によって確実に履行されないなど、（占領当局の意図とは逆に）法的不安定性を助長するおそれがある[83]、と言うのである。

（二）しかし他方でこれらの批判は、必ずしも多くの支持を集めることにはならなかった。第一の批判に対しては、脱警察化の象徴的意義が強調された。つまり、警察と秩序行政庁の概念的ないし組織的な分離によって、かつての警察が有した〝無限の権限〟が再び想起されるのを阻止し、ナチズムの時代との明確な決別を表明することができる点が強調された[84]。また、プロイセン警察の伝統的なシステムでは組織内部では行政警察と執行警察とに分けられていたとしても、外部、つまり市民の目からはいつも〝警察〟が活動していると映るが、分離システムでは市民は自分が誰と向き合っているのかを明確に認識することが可能となり、責任の所在を明らかにするという点において市民にとって有益であるとされた[85]。さらに、分離システムそのものは、警察に対して適用される比例原則が秩序行政庁にも等しく適用されることを妨げるものではない、とも主張された。

もっとも第二の批判については、一部、正当な内容を含むものであった。というのも、確かに新たに創出された秩序行政庁にも、かつてのPrPVGがそのまま適用されるのか疑問が呈されており、秩序行政庁の権限行使にかかる法的根拠がなお不明確なままだったからである。この点に関し、一部の学説では、警察組織が占領当局によって根本的に変更せしめられた以上、警察並びに秩序行政庁の活動には、新たな法律上の根拠が必要であるとの見解が主張された(86)。このような見解は多くの論者においても一致していたが、しかし実務的にはかつてのPrPVGが広く解釈されるべきか狭く解釈されるべきか、という問題のみが論じられたため、法的不安定性の除去は最終的には州政府並びに占領当局による政治決定を待つほかなかった(87)。しかし占領当局は専ら組織的な問題、つまり形式的警察法にのみ関心を寄せていたため、この種の警察実体法上の問題については特に具体的な手当を講じることはなく、また州政府の多くも単に占領当局の形式的警察法に対する要求を州法において実現するということにのみ集中していたため、一向に改善されることはなかった。もっとも、一部の州では、このような法的不安定性を解消すべく、早くから秩序行政庁の活動を支える法的根拠の制定に向け議論が行われていたことは注目されてよい。この問題にいち早く取り組み改善を試みたのは、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州であった(88)。同州は〝シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州による警察の引き継ぎのための法律〟（一九四七年一月四日）第四条において、「警察の機関は、以前の行政警察の任務の枠内において、執行措置の遂行を求める行政庁の要請に応じなければならない。」という規定を設けた。脱警察化により秩序行政庁から執行警察が失われることになる以上、警察の援助なしでは秩序行政庁による処分は事実上履行されないまま放置されかねない。同規定は秩序行政庁の活動に実体法上の根拠を与えるものではなかったが、脱警察化によって必然的に発生する〝秩序行政庁からの執行機構の喪失〟という問題を解決しようとしたのである。しかしその後、さらにシュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州政府は、秩序行政庁の実体法上の法的根拠を整備すべく対策を講じた。同州の内務大臣は、一九四九年三月八日の訓令

によって、危険防御の領域において任務を遂行するために、秩序行政庁はPrPVGで定められた手段（処分（PrPVG四〇条以下）と命令（二四条以下））を引き続き用いるものとする、と確認するとともに、一九四九年の警察法（一九四九年三月二三日）では、その適用対象を警察のみならず秩序行政庁にも及ぼし、PrPVG一四条一項とほぼ同一の一般条項（一条一項）を設けるほか、同条三項において「一項の諸原則は、・・公共の安全あるいは秩序の維持のために活動する限り行政庁にも適用される。警察はこの範囲における執行措置の実施のための行政庁の要請に応じなければならない。」と明確に定めることで、ついに秩序行政庁の活動に明確な法的根拠を与えたのである。[89] このような内容を持つ警察法の規律はその後、内務省訓令という形ではあるがニーダーザクセン州でも採用されることとなった。

四　ともあれ各州は、占領期を経て再び主権を回復した後、改めて独自の警察法を制定することになったが、基本的には、占領期に行われた警察改革の路線を踏襲することになった。確かに占領当局による警察改革は、ドイツ警察法の伝統からすれば決して容易に受け入れられるものではなく、占領当局の関与が徐々に緩和されるにつれ、各州は独自の警察制度、就中プロイセン警察行政の「復原」[90]へと向かうことになった。しかし戦後警察改革の最も重要な柱であった警察からの立法的・司法的権限の剥奪をはじめ、組織分離による執行警察の純化という方向性については―ノルドライン＝ヴェストファーレン州などの例外はあったものの―大きく変更されることはなかった。[91] それは分離システムが市民と直接向き合う執行警察のみを〝警察〟と呼ぶことでナチズムとの断絶を鮮明にするとともに、脱警察化のデメリットについては新たな法規定で手当をすることによって法的安定性を確保しうることから、なお維持可能と考えられたことによる。各州の警察法をある程度において統一すべく、連邦及び州内務大臣会議によって定められた〝統一警察法模範草案〟（一九七七年。一九八六年補正）[92]においても、採用されたのは分離システムであった。

五（一）しかし他方で秩序行政庁の創設や警察の名称云々とは別に見落としてはならないのは、組織内部的にせよ執行

警察と行政機関を区別し、これに応じた権限の違いを設けている点では、プロイセン警察行政と同じ組織体制を維持する統一システムにおいても異ならないという事実である。統一システムにおいても二つの組織は区別され（行政警察（警察行政庁）と執行警察）、行政警察（警察行政庁）が中心的に危険防御任務を遂行する一方、執行警察は―法律上別段の規定がない限り―緊急時における危険防御を担うという構造となっている。従って、統一システムを採用する州もまた、警察を行政警察と執行警察の機能的に二つに区別させている限りにおいて分離システムと基本的に大きな違いはないということになる。警察から一般行政を組織的に分離するということが脱警察化の主要な狙いの一つであったとするならば、統一システムでは脱警察化は行われなかったとの評価は行政機関の名称や組織の形式的分離のみを問題とし、両行政機関の〝組織体制・機能〟〝任務履行の方法〟〝職員の育成方法〟といった組織的特徴を考慮に入れていない点で、表層的であると評されることになる。(93)

例えば執行警察には、《室外での業務》《現場との近接性》《事実行為に基づく危険制圧の迅速性》《口頭主義、不形式性》いった特徴が挙げられる。執行警察は、目前に迫った危険を迅速に現場で制圧することに長けている。二四時間サービスを提供しうるのは―消防と医師による救急業務を除けば―執行警察のみであり、あらゆる事故・地滑りの危険・健康への危険・自然災害において常に執行警察が事実上最初の権限行使者となる性質を持つ。(94) このことは刑事訴訟法に規定される犯罪捜査の領域にも当てはまる。これに対して秩序行政庁（警察行政庁）には、《室内での業務》《現場から距離がある》《処分による危険の制圧（即座には実現しない危険への対応）》《一般的抽象的規律による危険（抽象的危険）の防御》《書面主義、形式性》といった特徴が挙げられる。秩序行政庁は官署の中（屋内）で事務的な業務を行い、中長期的に危険に対処することに長けている。例えば抽象的危険への対応として、徹底した調査に裏付けられた統計的データに基づき一般的抽象的規範を制定することなどがその一例である。つまり、執行警察は執行機関として外勤業務に従事す

るのに対し、秩序行政庁は事務的に（デスクワークとして）、とりわけ書面による処分の発令といった形式で危険防御措置を講じる、とその特徴を示すことが可能である[95]。もとより、右に見たような両機関の組織的特徴は、あくまで抽象的・傾向的・理念的なものであって現実には異なる部分もある[96]。しかしここで注目されるのは、相応の手段と相応の専門的人員を備えた異なる行政機関の存在が、状況に応じたきめ細かな任務遂行を可能にしているという点である[97]。この文脈で理解される両機関の組織的分離は、もはや権力抑制という権力分立の古典的理解[98]に留まらない。むしろ危険防御を実効的に遂行するために相応しい組織機構とはどのようなものであるべきかという機能的な理解に基づいている[99]。

（二）これを裏付けるように、そもそもドイツにいう脱警察化とは、ナチズムの反省に基づいた権力抑制という観点からのみ理解されるようなものではなかった。戦後の脱警察化による改革は、警察から軍事的機能・立法的機能・司法的機能を取り除くとともに、これを地方分権化することに最も重要なミッションがあったが、その程度は占領国によって濃淡があり、フランス占領下の州のように組織体制としては戦前と殆ど変更がないケースもあったところである。これは、既にドイツ警察法が広い意味での脱警察化（警察権限の縮減）を経験してきたものであったことにも由来している。振り返ってみるとドイツ警察法の展開は、拡大していく行政活動が警察から徐々に切り離されていく歴史であり、少なくとも第一次世界大戦並びにワイマール時代以降は、危険防御に関わる行政組織は急速に細分化されていた[100]。ワイマール時代には、危険防御はもはや制服を着た執行警察の独占的任務ではないという認識が共有されており、執行警察（（国家）保安警察）と（地方）行政警察は、実質的には機能的に区別されていた[101]。というのも、建築警察、衛生警察、外国人警察のような伝統的な行政警察は徐々に官僚的業務を担う一般行政活動と共通性を獲得する一方、パトロール、捜査、強制権の行使等といった古典的な警察業務との類似性を明らかに失っていったからである。その決定的な要因は、その対処において行政機関による特別な専門的知識を必要とする生活様式の登場と、これに伴う危険の増大にあった[102]。つま

りそこには既に事態処理のために相応しい行政組織の機能的分離の発想が生まれていたのである（「真正の脱警察化」[103]）。

このような事実を踏まえると、戦後の脱警察化も決して「占領軍によって感染させられた、警察を保安警察と秩序行政に組織上解体するという流行病」[104]として単純に評価されるものではなかった[105]。占領当局による脱ナチの指令は、確かに実体的警察概念を採用するドイツ警察法の伝統を破壊するものとして理解しうるものではあったが、ドイツ警察法の歴史においても以前から同様の方向性を示す傾向が存在していたことからすると[106]、戦後の脱警察化もまたその延長として、あるいは再継続として理解されうるものだったのである[107]。

六　このような観点からすると、脱警察化を単に権力抑制に基づく組織的分離の観点からのみ消極的に理解するのは一面的ということになる。脱警察化という言葉は、確かに国家権力の抑制と均衡という権力分立の古典的機能を―戦前の反省を踏まえるという政治的コンテクストの中で―警察組織の領域において表現したものであることは間違いない。しかし、手段の相違を踏まえた組織法的観点、並びに権力分立の新たな意味付け[108]から同現象を観察するならば〝危険防御は秩序行政庁が主たる権限を有し、警察は目前の危険に対応する緊急権限を有する〟という組織の特性に適合的な権限行使の問題として新たに捉え直すことも可能となろう[109]。

そこで本稿では、このような意味での脱警察化の具体的姿（脱警察化の法的含意）に注目し、〝組織の特性に適合的な権限行使〟という視点から見た、秩序行政庁と執行警察との具体的な役割分担を確認することにしたい。ここにこそ、脱警察化のドグマーティシュな意義が認められると考えられるからである。以下では分離システムを採用する「統一警察法模範草案（一九八六年補正のもの。以下、MEPolGと略す）」の条文規定を中心に、また関連する州警察法の規定も参照しながら、危険防御の任務を遂行する両機関の適正な役割分担並びに協働の在り様について見ていくこととする（以下では原則として分離システムを念頭に、「警察」と「秩序行政庁」という用語を用いることとする[110]）。

（63）Vgl. Pioch, Polizeirecht einschließlich der Polizeiorganisation, 2. Aufl. 1952, S. 47.
（64）Klausener/Kerstiens/Kempner, Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni, 1931, S. 57.
（65）Vgl. Enderling, Die Aufgaben der Ordnungsämter, 2. Aufl. 1952, S. 17f. ; Bastian, Westdeutsches Polizeirecht unter alliierter Besatzung (1945 - 1955), 2010, S. 123.
（66）Pioch, a. a. O., S. 110.
（67）ナチスの警察法理論については、参照、宮崎良夫「ナチズムの警察法論（一）―ドイツにおける警察観および警察法理の変遷」社会科学研究三四巻五号（一九八三）一頁以下、島田茂「一九三二年プロイセン警察行政法に関する一考察（二）」甲南法学四七巻三号（二〇〇七）一頁以下。
（68）Vgl. Bastian, a. a. O., S. 9ff. 保木本一郎「西ドイツにおける警察法の動向―行政警察の解体」法学セミナー増刊『現代の警察』（日本評論社・一九八〇）二二〇頁以下。
（69）アメリカについては、Vgl. Gönnenwein, Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts in den Ländern der amerikanischen und französischen Besatzungszone, VVDStRL 9, 1952, S. 181ff. イギリスについては、Vgl. Wolff, Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts inbesondere in der britischen Besatzungszone, VVDStRL 9, 1952, S. 134ff.
（70）Vgl. Wolff, a. a. O., S. 143.
（71）アメリカの占領地域では、一九四七年五月二二日の軍事政府の公共の治安制度に関する指令第九章に基づいて行われた。Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens. Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 14.
（72）危険防御任務を担う行政庁は様々な名称で呼ばれており、例えばハンブアク・ニーダーザクセン州・ザクセン州等では危険防御の行政庁、ベルリン・ブランデンブルク州等では秩序行政庁、バイエルン州では安全行政庁、ヘッセン州では危険防御行政庁と呼ばれている。以下、本稿では便宜上、秩序行政庁という用語を用いる。
（73）秩序行政庁は、通常、一般秩序行政庁と特別秩序行政庁に分かたれる。一般秩序行政庁とは危険防御に関するあらゆる任務に対して権限を有する行政庁であり、例えば州政府（Landersregierung）、管区政府（Bezirksregierung）、行政区長官（Regierungspräsidium）の他、自治体行政庁（Kommunalbehörde）としての群長（Landrat）、市町村（Gemeinde）などが挙げられる。これに対して特別秩序行政庁とは、危険防御の任務が法令によって明示的に委託された場合にのみ権限

を有する行政庁であり、建築秩序行政庁や環境官庁など、一般行政とは異なる組織として特に特別な専門的知識を要する危険防御任務を担う行政庁である。もっとも行政実務では、一般秩序行政庁と特別秩序行政庁の区別に重要な意味はなく、単に特別危険防御法令に対する警察一般条項の補完性を、組織上からも対外的に分かりやすく示すことに寄与するに過ぎないと理解されているようである。Vgl. Möller/Warg, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht mit Verwaltungszwang und Bescheidtechnik, 6. Aufl. 2012, S. 19.

(74) Vgl. Gönnenwein, a. a. O., S.183f.

(75) Vgl. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in : Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1995, S. 177. ; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, S. 279. この点において、同システムは〝秩序行政庁システム〟と呼ばれることもある。Vgl. Knemeyer/Müller, Neues Polizeirecht in den neuen Bundesländern, NVwZ 1993, S. 4387.

(76) 分離システムがとられた州としてバイエルン州・ベルリン・ハンブアクほか多数。他方でフランスの占領地域に属していた州（バーデン＝ヴュルテンベアク州、ザールラント州など）では、警察と秩序行政庁という形では分離されず、秩序行政庁は〝警察〟の構成要素に留まることで、かつての統一的なプロイセン警察行政法のシステム（警察の基幹としての執行警察部門と建築警察や保健警察など専門的知識を要する部門の、警察行政庁内部での区別）が維持されることとなった（これは統一システムないし混成システムと呼ばれる）。このような制度改革は、占領国であるフランスが警察制度を新たに創設するための一般的な方針を立てること放棄し、単に非ナチ化・非武装化・分権化の方針の下でナチに関する法律の廃止や命令制定権の廃止に止めたからとされている。Vgl. Gönnenwein, a. a. O., S. 181ff.

(77) Vgl. Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Würtemberg, 6. Aufl. 2005, S. 8f. イギリスの占領地域での警察改革は最もラディカルなものであり、伝統的に警察に属していた旅券や住民登録に関わる任務も秩序行政として位置づけるほか、さらに警察長ないし警察官吏の任免権を持つことで警察を統制する（住民代表者によって構成された）いわゆる警察委員会（Polizeiausschuß）が設置された。参照、土屋正三「戦後の西ドイツにおける警察法の変遷―主としてイギリス占領地域について」レファレンス三八号（一九五四）一頁以下。これに対しアメリカの占領地域ではイギリス占領地域ほど改革は徹底されなかったようであり、旅券や住民登録に関わる任務はなお警察に残された。ゆえに、これらの任務をも警察から取り除いたイギリス占領地域の脱警察化こそ、脱警察化による本質的転機が認められるとの見解もある。Vgl.

Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, S. 11, S. 224. ; Bastian, a. a. O., S. 20ff.

(78) Vgl. Wolff, Die Rechtsgrundlagen der sogenannten Ordnungsverwaltung im nordwestdeutschen Geltungsgebiet der preußischen Polizei-Verwaltungs-Gesetzes, MDR 1950, S. 5ff. ; ders, Werdendes Polizei- und Ordnungsrecht in den Ländern der britischen Besatzungszone, DVBl 1951, S. 300ff. ; Gönnenwein, a. a. O., S. 195. ; Lorentz-Link, Verhältnis zwischen Polizei- und Ordnungsbehörden, 1998, S. 50ff. ; Wacke, Das Frankfurter Modell eines Polizeigesetzes, DÖV 1953, S. 390. によれば、このような分離は、ドイツ行政警察の性質に関する不明確な理解に基づいているという。この時期におけるドイツの学説の展開とその意味を丹念に追ったものとして、島田茂「一九三二年プロイセン警察行政法に関する一考察（二）」甲南法学四七巻四号（二〇〇七）七頁以下。

(79) Vgl. Werner, Wandelung des Polizeibegriffs ? DVBl. 1957, S. 809f.

(80) 事実、一部の州では任務の移譲ではなく名称だけが変更された。Vgl. Denninger, Polizeiaufgaben, in : Lisken/ders, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 275.

(81) Drews/Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. 1961, S. 16f.

(82) Vgl. Wacke, a. a. O., S. 391. ; Gönnenwein, a. a. O., S.195. ; Wolff, Die Rechtsgrundlagen der sogenannte Ordnungsverwaltung im nordwestdeutschen Gebiet der preußischen Polizei- Verwaltungs-Gesetzes, MDR 1950, S. 5.

(83) Vgl. Wolff, a. a. O., S. 5.

(84) Vgl. Lorentz-Link , a. a. O., S. 59.

(85) Knemeyer, Rechtsgrundlagen polizeilichen Handelns－Grundlinien einer Polizeigesetzgebung in den neuen Bundesländern, LKV 1991, S. 321ff.

(86) Kleinrahm, Das Polizeiverordnungsrecht nach der Neugestaltung der Polizei in der britishen Zone, DV 1948, S. 109. Vgl. Bastian, a. a. O., S. 122.

(87) 戦後直後において各州の警察法を調査検討したPioch, a. a. O., S.214. は、「かつての行政警察上の任務遂行のために自治体行政や州行政の一般行政庁にPrPVGの関連規定が類推適用されるのか否か、あるいは、法律の規律が必要か否かという問題は、なお解明を必要とする。」としていた。

（88）以下、Vgl. Bastian, a. a. O., S. 123ff.
（89）Vgl. Bastian, a. a. O., S. 123ff.　また、土屋正三「シュレースウィッヒ・ホルシュタインの警察組織法（一）」警察研究二七巻五号（一九五六）一九頁以下も参照。
（90）Werkentin, Die Restauration der deutschen Polizei, 1984.
（91）その際、各州における分離システムはその内部でさらに二つのサブシステムに分かたれることとなった（Vgl. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2002, S. 32f.）。一つは、組織的には警察と秩序行政庁を分離させながらも一つの法律の中で両者に共通の法的根拠を提供するシステム（いわゆる Berliner Modell）、もう一つは、組織的に警察と秩序行政庁を分離させるのみならず、それぞれの機関に対する法的根拠も法律上別々に設けることで、両者の分離をより厳格に貫くシステムである。警察と秩序行政庁にそれぞれ独自の法律（そして法的根拠）を与える後者の分離システムは〝純粋な分離システム〟と呼ばれることがある。もっとも詳細に見ると、純粋な分離システムにおいてさらなる区別も見られる。ノルトライン＝ヴェストファーレン州とブランデンブアク州では秩序行政庁の権限を規律する法律の中で、部分的に警察法の権限規定が援用されているため、異なる法律に基づく法的根拠の分離が再び緩和されることになっている。これに対してバイエルン州とテューリンゲン州は明確な区別を維持しており完全に純粋な分離システムを貫いている。もっともこれら権限規定の適用関係が複雑・多様であることが、両機関の任務配分を不明確にしているという指摘として、Wolff, Empfiehlt sich der Erlass eines einheitlichen bayerischen Polizei- und Sicherheitsgesetzes ?, BayVBl. 2004, S. 737ff.
（92）Vgl. Heise/Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Aufl. 1978, S. 29.　一九七八年の MEPolG の翻訳として土屋正三「西ドイツ統一警察法模範草案（一）」警察研究三四巻二号（一九八一）一一四頁以下。
（93）Knemeyer, a. a. O., S. 7.
（94）Vgl. Denninger/Poscher, Die Polizei im Verfassungsgefüge, in ; Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 100f.
（95）Vgl. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2011, S.28ff. ; Kugelmann, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2012, S. 28.
（96）執行警察もまた行政警察的な任務（内務行政の他、銃砲の取締りや集会規制など）を処理することもあるし、秩序行政

庁も執行警察上の任務を遂行することがある。後者に関しては、例えばノルトライン＝ヴェストファーレン州秩序行政庁法（OBG NW）一二条一項一文は明文で「秩序行政庁は自らに課せられた任務を自らの職員でもって遂行するものとする」と規定するほか、またザクセン＝アンハルト州公共の安全と秩序法八七条も「安全行政庁は、危険防御の任務が業務時間外でも遂行されうるよう保障しなければならない。」と規定している。

(97) Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens. a. a. O., S. 49ff.

(98) Vgl. Ipsen, Niedersächsisches Gefahrenabwehrrecht, 1995, S. 200.

(99) Vgl. Möstl, Sicherheitsgewährleistung im gewaltenteilenden Rechtsstaat, S. 53ff., ders, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 419ff. 行政組織の任務適合性については、Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeines Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 213f.

(100) Vgl. Boldt/Stolleis, Geschichte der Polizei in Deutschland, in : Lisken/ders, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 17.

(101) Pioch, a. a. O., S. 45ff, Behrendes, Polizeiliche Zusammenarbeit mit Ordnungsbehörden und sozialen Diensten im Rahmen der Gefahrenabwehr und eines ganzheitlichen Präventionsansatzes, in : Kniesel/Kube/Murck (Hrsg), Handbuch für Führungskräfte der Polizei, 1996, S. 173.

(102) Vgl. Scholler/Schloer, Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl 1993, S. 7.

(103) Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens. a. a. O., S. 52.

(104) Dürig, Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemein-polizeilichen Maßnahmen, AöR 79, 1954, S. 57f.

(105) Vgl. Knemeyer/Behmer, Vom LStVG zu einem Allgemeinen Sicherheitsgesetz (ASG), BayVBl. 2006, S. 100.

(106) イギリス占領地域において新たに設置されることとなった警察委員会もまた、ドイツ警察法にとって全く馴染みのないものではなかった。確かに警察官吏を統制することを目的とした市民による委員会は存在しなかったが、警察命令を統制することを意図した雑多な委員会は存在しており、国家作用に市民が関与するという思考そのものは既に前世紀初頭から存在していたとされる。Vgl. Boldt/Stolleis, a. a. O., S. 30f.

(107) Vgl. Götz, a. a. O., S. 11., Boldt/Stolleis, a. a. O., S. 30f.,
(108) Vgl. Mösl, Sicherheitsgewährleistung im gewaltenteilenden Rechtsstaat. in : M. Demel u.a. (Hrsg), Funktionen und Kontrolle der Gewalten, 2001, S. 53ff.
(109) このような観点からすれば、統一システム・分離システムの優劣に関する議論も、両者ともに組織的・機能的分離が存在し、それぞれ危険防御任務に適した組織構造を備えている点で、純理論的な関心事に留まることになる。事実、両システムの違いは実務上も重要な問題とみなされていない。Vgl. Würtenberger/Heckmann, a. a. O., S. 9.
(110) 統一システムでは、行政警察（警察行政庁）と執行警察の間の関係は、実務に大きく依存し、分離システムのように協働形態が必ずしも明確に規律されていない、とされているからである。Vgl. Lorentz-Link, a. a. O., S. 134f.

第二項　警察と秩序行政庁の役割分担と協働

MEPolG 一条によれば、警察の任務は「公共の安全並びに秩序の維持、犯罪訴追、執行援助、その他法令によって委託された任務」と規定されている。このうち、本稿が設定した〝行政機関に対する警察の役割〟を考察する上で特に重要な任務は、〝公共の安全並びに秩序の維持（危険防御）〟と〝執行援助〟である。

ドイツ各州で定められている警察・秩序法によれば、危険防御の任務は警察のみならず秩序行政庁にも割り当てられていることから、警察と秩序行政庁との間には一般の行政機関同士には見られない特別な法関係が成立する(111)。以下では、(1)危険防御の任務遂行における、警察と秩序行政庁の管轄配分を規律する〝補完性原理〟を取り上げ、その内容を分析するとともに、(2)危険防御以外の任務遂行における警察と秩序行政庁の協働関係について概観する。これを通じて、我が国の警察法秩序を検証する分析視角を得ることとしたい。

第一　危険防御任務における管轄配分―補完性原理

（1）概要

一（一）既に述べた通り、ドイツ各州で定められている警察・秩序法によれば、危険防御の任務は警察のみならず秩序行政庁にも割り当てられており（共管競合事務としての危険防御任務）、特に分離システムを採用する州の警察・秩序法では―組織分離が任務分離を連想することのないよう―これを明文でもって明らかにしている。[112] もっとも警察と秩序行政庁との間で管轄競合（Zuständigkeitskonkurrenz）が生じることにより、かえって効率的な任務履行が損なわれることのないよう、互いの管轄領域を適切に画すことが必要とされる。[113] 一般に管轄（Zuständigkeit）とは任務（Aufgabe）と組織（Organisation）を結びつける概念であり、国家組織内部においてどのような行政庁がどのような任務を遂行しなければならないのかを表す概念であるが、このような管轄規定が明確に存在しない場合、行政組織は常に発生する（消極的ないし積極的）権限争議（Kompetenzstreitigkeit）ゆえに機能不全に陥るおそれがあるからである。[114] 警察と秩序行政庁の管轄関係を、両機関の組織的特徴を背景にしつつ規律するのは、以下に記すMEPolG 一 a 条である。

MEPolG 一 a 条

警察は、・・・危険の防御が他の行政庁によっては不可能もしくは適時には不可能であると認められる場合に限り、行動する。

右規定はすなわち、危険防御の任務が警察と秩序行政庁に割り当てられている場合には秩序行政庁による任務履行が優先され、警察は、危険の防御が当該行政庁によっては不可能もしくは適時には不可能と認められる場合に限り―たと

え秩序行政庁の管轄領域であったとしても―自らの管轄権として警察法に基づき行動することが可能であることを定めるものである[115]（これにより認められることとなる警察の管轄は、「移動した管轄」とか「第二次管轄」と称されることがある[116]）。同条項が定める考えは補完性原理（Subsidiaritätsprinzip）と呼ばれ、各州の警察法においても広く採用されるところとなっている[117]。

（二）右のような警察の活動範囲を最もシンプルに表す事例として、次のようなケースが挙げられる[118]。Xがカラオケパーティを行うため自宅にカラオケボックスを設置し、三〇人のゲストを招待したところ、深夜二時になっても歌声が続いたため、隣に住む住民が警察に通報し、臨場した警察官AがXに対しカラオケボックスの撤去を命じたというケースである。まずこの場合、カラオケによる騒音行為は州がたいていの場合定めている騒音防止法に違反し罰則対象となる行為であるため、これを捜査することは当然警察の任務（犯罪行為の訴追準備）となる。しかし撤去命令の主たる目的は夜間の騒音を止めさせることであるから、ここで秩序行政庁による危険防御との管轄競合が問題となる。右に見た補完性原理によれば、警察は、秩序行政庁が危険防御措置を講ずることができない、もしくは適時には不可能と認められる場合に限り行動することができる。従ってこのケース、つまり夜間では秩序行政庁は業務外であり連絡がつかない状況であることから、二四時間待機・行動できる警察が撤去命令を命じることになる[119]。ここにおいて警察が行使する権限は「緊急権限（Eilkompetenz）[120]」、あるいは事態対処に「最初に介入する権限（Recht der ersten Zugriffs）」などと呼ばれている[121]。もっとも秩序行政庁の権限はこの警察の緊急権限によって排除されることはない[122]。緊急ケースにおいてもなお秩序行政庁に権限は残されており、秩序行政庁が活動可能な状況になると、警察の活動はそこで終了することになる。

二　ところで、警察の権限が他の秩序行政庁に対して補完的であるとされているのは、第一に、当該行政庁がその時々で管轄する任務履行対象に関して最も専門的な知識を有しており、かつ、最も効果的に任務を遂行することができると

考えられていることにある[123]（「専門家による危険防御の質の向上」[124]）。もっとも他方で、夜間で問題が起きた右ケースのように秩序行政庁の活動が翌日に開始されるまで事態を放置することは、危険防御の実効性を大きく損なう。このような場合には、秩序行政庁の管轄に関係なく、機動力・即応力のある警察によって措置が講じられる必要がある。MEPolG 一a条は、以上のような考えに基づき、危険防御任務履行における警察と秩序行政庁の管轄配分と実効的な危険防御の要請とを、両機関の組織的特性を踏まえて調整しているのである。

（2）要件と効果

一（一）ところでMEPolG 一a条によれば、警察が秩序行政庁に対して補完的に活動することが認められるのは、秩序行政庁による危険防御が適時ではない場合の《時間的な緊急ケース》と、秩序行政庁による危険の防御が不可能である場合の《事項的な緊急ケース》とされている[125]。

前者の《時間的な緊急ケース》とは、警察法の古典的原則とされる「警察法上の猶予不可能性の原則（polizeirechtlicher Grundsatz der Unaufschiebbarkeit）」が想定するケースであり、警察による活動を見合わせてしまえば公共の安全と秩序が大きく損なわれてしまうようなケースを指す（先に挙げたカラオケ事件はこのケースである[126]）。この場合、秩序行政庁による適時な活動が不可能であるか否かは、〝秩序行政庁が権限を行使するまで待ち続けると必要な措置を講ずることが困難になる、あるいは無に帰してしまうか否か〟によって判断される[127]。この判断基準はしばしば「遅滞の危険（Gefahr in Verzug）[128]」という特殊な危険概念と結びつけられ、管轄の移動（Zuständigkeitsverschiebung）にあたっては、損害との時間的近接性と高度の蓋然性が必要であると解されている[129]。

もう一つの《事項的な緊急ケース》とは、時間的に見れば秩序行政庁が権限行使できるにもかかわらず、秩序行政庁

が講じる方法では十分な成果が挙げられないケースを指す。[130] 十分な成果が挙げられない理由としては、〝法的な理由〟と〝事実上の理由〟の二つが想定されている。〝法的な理由〟とは、秩序行政庁にそもそも危険防御権限が認められていない場合である。例えば、防御措置を講じるために必要な手段（例えば身元確認措置、拘禁、押収、家宅捜査、データ徴収・加工といった権限）が秩序行政庁に全く認められていないか、あるいは一部しか認められていない場合などがこれに該当する。もう一つの〝事実上の理由〟とは、秩序行政庁が、法的な権限は有するが当該権限を行使するために必要な人的・物的手段、あるいは専門的知識を有する執行職員を事実上有していない場合である。例えば危険防御のため大規模施設を防護する必要がある場合にもかかわらず、秩序行政庁に十分な数の外勤職員が欠けているような場合である。このように秩序行政庁が法的ないし事実上、危険防御措置を講ずることができない場合に、警察は秩序行政庁に対して補完的に活動することが認められることになる。[131]

（二）もっとも、右のいずれかのケースが存在している場合でも、幾つかの州では、警察活動にさらに一定の制限を課している。それはすなわち、補完的に認められる警察活動は、本来的に権限を持つ秩序行政庁が自己の管轄する任務を再び引き受けることができるまでの〝仮の措置〟（例えば期限付き営業禁止など）に限定される、というものである。[132] 確かにMEPolG一a条自体は、緊急時に行使する警察活動の種類に関しては何も規定していない。従って一部の学説では、同条項が「秩序行政庁による危険の防御が不可能である・・・場合に限り」警察は活動することができると規定していることを根拠にして、警察は緊急措置に限定されるという見解を導き出している。[133] MEPolG一a条を読む限り、危険がまだ継続している場合において秩序行政庁による危険防御が再び可能になった場合には、秩序行政庁に危険防御が義務付けられることになるため、もし警察がもはや取消すことが不可能な措置を講じてしまった場合には、秩序行政庁は自らの考えに基づく危険防御措置（例えば、秩序行政庁が既に行われた警察の措置を取り消したり、是正することなど）[134]を講ずる

ことができなくなってしまうからである。但し、以上のような理由で警察活動を仮の措置に限定することが適切であるとされるのは、《時間的緊急ケース》の場合のみである。[135] 秩序行政庁が活動できる状況にない《事項的な緊急ケース》においては、警察を仮の措置に限定しなければならない理由は特に存在しない。[136] このケースでは、警察は危険を完全に防御しうるし、またしなければならないと解されている。警察活動が仮の措置に限定されるか否かは、ゆえにケースに応じて判断されなければならないことになる。

二　ところで、分離システムを採用する州、中でも〝純粋な分離システム〟を採用する州では、警察と秩序行政庁の権限はそれぞれ別々の法律で規定されているため、警察には警察法に規定されている権限が、また秩序行政庁には（一般）秩序法に規定されている権限が認められることになる。しかし特別秩序法を適用する特別秩序行政庁の任務遂行において、補完性原理が適用される緊急ケースが認められる場合、警察はどのような権限規定に基づくことができるかが問題となる。つまり特別秩序行政庁の管轄領域において緊急ケースに警察が行使する権限は、特別秩序法上の権限か、それとも警察法に基づく警察固有の権限かという問題である。[137]

通常は特別秩序法の権限は、基本的に特別秩序行政庁にのみ付与されていると解されうる。従って例えばホフマン＝リーム／アイフェルト（Hofmann-Riem/Eifert）は、「実体法上は警察の権限は、その時々の規律領域、あるいは主たる権限を持つ行政庁に妥当する規律に服するので、例えば終局的に規律する秩序特別法においては、治安秩序法その他の規範に遡ることは排除される」と述べ、あくまで特別秩序法に基づく権限が排他的に適用されるとの立場を支持している。[138] ゆえにこの場合、特別秩序法に警察の権限が規定されていないのであれば警察の活動は認められないことになる。しかしながらこのような結論は、特別秩序法が定める管轄規定だけから結論付けることはできない。なぜなら、ここでは管轄規定それ自体が問題となっているのではなく、緊急ケースにおいて特別秩序法と警察法のいずれの権限規定が適用さ

れるのかが問題となっているからである。換言すれば、一般警察法の特別法として優先適用される特別秩序法上の権限が、なぜ緊急のケースにおいてもそのまま適用されるのか、さらなる理由付けが必要となるのである。[139]

確かに特別秩序法は多くの場合において、特別秩序行政庁に対してのみ権限を付与しているため、警察は特別秩序法上の権限を持たないことが一般的であり、従って仮に警察による措置が求められる場合であっても、常に〝特別法は一般法に優位する〟という原則が尊重されなければならないということになる。しかし警察が特別法上の権限を有していないということは、直ちに特別法が警察による活動を排除しているということを意味しない。というのも、ドイツ危険防御法の伝統的体系、就中、警察一般条項の体系によれば、特別秩序法が緊急ケースに関し何ら警察権限を規定していない場合であっても、特別法上の命令ないし禁止規範が毀損される「危険」があれば警察は警察一般条項に基づき警察法上の権限を行使することが認められる構造になっているからである。この考えに従えば、例え特別秩序法が適用される領域であっても、緊急のケースが認められる限り、警察は他の行政庁の権限とは無関係に自らの任務の枠内において独自に活動する権限を有するということになる。特別秩序法が緊急のケースの場合をも規律領域内で終局的に規律している場合にのみ、警察はその特別法の規定に服するということになるのである。[140]

三（一）さて、右のような、警察の秩序行政庁に対する補完的な権限行使の説明の仕方は、学説によって様々である。[141] しかし多くの場合、〝危険防御は秩序行政庁に優先的に義務付けられ、警察は補完的な権限のみ有する〟であるとか、《警察による、危険防御の緊急管轄（権限）（Notzuständigkeit）》あるいは《警察に対する秩序行政庁の優先》など、《優先》《補完的》《緊急権限》《秩序行政庁の第一次権限》といった、いわば序列関係を示す概念とともに、補完性原理が説明されている。[142] しかし他方でこのような序列関係に基づく説明に対し否定的な学説も存在する。クネマイヤー（Knemeyer）によれば、警察はMEPolG一a条によって直接独自の権限が認められているのであって、決して秩序行政庁の従属機関

や補助機関などではないという。[143] クネマイヤーによれば、MEPolG 一 a 条は警察官吏にあらゆる危険の防御を義務づけるのではなく、他の秩序行政庁によっては防御が不可能あるいは適時には不可能であると認められるような危険の防御のみを義務づけるものであり、[144] それは危険防御任務をそれぞれの機関にさらに割り当てる役割を果たすものである。ゆえに、このMEPolG 一 a 条によって割り当てられた猶予不可能な危険の防御の領域では、警察は直接的に権限を有するのであり、それはまさに警察独自の権限として位置づけられる。[145] ディートライン（Dietlein）もまた、警察の補完的権限を〝緊急権限〟あるいは〝最初に介入する権限〟といった概念で説明すると誤解を招きやすいと注意を促している。[146] 警察は自らに付与された任務を独自の判断で遂行するのであって、緊急ケースに限り行動するというようなものではない。緊急ケースにおいて警察が介入する場合であっても、それは警察に「優先権」が認められるという問題ではなく、ただ―警察と並行して権限を有する―他の秩序行政庁が適時に行動できない場合には補完性の原理が妥当しない、すなわち警察が本来課せられている任務を遂行する、というに過ぎない。ゆえに序列関係による説明は否定されなければならないというわけである。

（二）これを裏付けるかのようにMEPolG 一 a 条によれば、警察は秩序行政庁による危険の防御が不可能もしくは適時には不可能であると「認められる（erscheinen）」場合にのみ活動するとされており、同条項の要件の充足は専ら警察官吏の視点から判断されることになっている。このように法律が警察官吏の主観的判断を考慮に入れているのは、迅速な危険防御の必要性はしばしば現場において明らかになるため、その現場に臨場する警察官吏こそが危険を最も適切に評価することができると考えられているからである。[147] また「不可能である場合」ではなく、不可能であると「認められる場合」とされているのは、警察はしばしば慎重な検討を行う間もなく迅速に、介入すべきか、それとも秩序行政庁に危険防御を委ねるべきかを決定しなければならず、仮に客観的に「正しい」事情が判明してからの行動が求められるの

であれば遅きに失する、と考えられているからである。[148] 従って警察官吏が判断の基礎とすべき事実は、客観的な事実状況そのものである必要はないということになる。もっとも主観的判断は、恣意的判断とは厳に区別される。それは、最低限、平均的な警察官吏が専門的に受けた教育と手持ちの情報に基づき理性的な判断によって評価認定されたものでなければならない。従って、その認定において特に重視されなければならないのは、特定の危険状況に対してどのように対応するかを判断する基準時点ということになる。緊急の判断が求められる場合では、事後になって初めて明らかとなるような事実は無視されてもよいが、警察官吏にとって認識可能であった事実は常に考慮されなければならない。[149] つまりここでは、〝事実状況の理性的かつ専門的な判断に基づき、警察官吏による決定の時点で認識可能であった事情によれば秩序行政庁が危険を防御しえなかった、あるいは適時に防御することができなかったという推論を正当化できるかどうか〟が重要である（従って、その限りにおいて警察官吏には〝裁量〟は認められない。[150]）。これが正当化できない場合、その警察活動は、秩序行政庁の権限を侵しているという理由から違法と評価されることになる。逆に言えば、違法と評価されるのは、警察官吏が決定時点において、既に認識されていた不適切な前提条件に明らかに依拠していた場合（猶予不可能であるとの評価が正当化できない場合）などに限られることになる。[151] 警察官吏による、このような主観的判断は、確かに場合によっては任務の限界付け基準として曖昧な点が残ることは否めないが、他方でこれにより危険防御に必要な柔軟性が確保されるという利点も認められることになるのである。[152]

四　ちなみに、右に見たような、緊急ケースにおける秩序行政庁ないし警察による対応が現実的にも可能となるためには、警察からの遅滞のない情報提供が円滑に行われなければならない。[153] というのも、秩序行政庁はしばしば警察からの情報提供によって初めて制圧すべき危険状況を知るからである。よって、幾つかの州の警察法では、警察と秩序行政庁が協働すべきことを明示的に規定した上で、[154] 同時に両機関相互間の報告義務も規定している。[155] MEPolG 一 a 条第二文も

また、補完性原理を規定した第一文に続き、「警察は、その秩序行政庁の知ることが当該行政庁の任務履行にとって重要であると認められる全ての出来事をその行政庁に遅滞なく報告するものとする。」[156]と定めている[157]。なお、同規定によれば、報告義務の履行の際、事象に関する知見が秩序行政庁の任務遂行のために「必要」であるかどうかは重要ではなく、その知見が「重要であると認められること」で十分とされている。ある特定の情報が秩序行政庁の任務履行にとって実際に必要であるか否かまで警察が判断しなければならないとするのは、警察に過剰な負担を強いてしまうと考えられているからである[158]。むろん警察が個人データを秩序行政庁に提供するような場合は、MEPoG 一 a 条第二文は適用されない。連邦憲法裁判所が一九八三年に下した国勢調査判決[159]が示すように、各人が有する情報の自己決定権により、個人データを警察が秩序行政庁に提供する場合にはさらに個別の法律上の根拠が必要とされているからである[160]。いずれにせよ、この報告義務は、通常の行政過程において防御されるべき事実が警察によって把握されていた場合には、特に重要性を増す[161]。というのも、この報告を受けることで本来的に権限を有する行政庁が事態を把握し、これを処理するのに最も近い行政庁として任務遂行を自ら引き受けるか否か、あるいは警察が講じた仮の緊急的措置を継続するか取消すか、といった最終的な決定を行うことが可能になるからであり、この報告義務の存在によってはじめて「危険防御システムが完全なものとなる[162]」からである。

五　以上要するにMEPoG 一 a 条は、機関の組織的特徴を踏まえ、危険防御における警察の活動を緊急ケースに割り当てることで警察と秩序行政庁の活動の棲み分け・役割分担を規定していると評することができる。効果的な危険防御のためには、それぞれの機関の組織適正に応じた適切な役割分担に基づき任務にあたることが必要とされる。特に秩序行政庁に対して警察が果たす補完的役割は、危険防御という任務が―管轄規定に関係なく―〝いつ何時でも〟有効に履行される、という理念によって支えられている（「危険防御は如何なる猶予も黙認しない[163]。」）。警察が「住民のあらゆる生活

空間ないし関心事項に最初に介入する、横断的機能をもったユニヴァーサル官庁[164]」と称される所以である。警察は、専門的知見を有する秩序行政庁がその時間的制約・執行力不足などにより対応できない事案に目を光らせ、これに該当した場合に迅速に、秩序行政庁が対応可能になるまでの間、暫定的に事態に対処することが、補完性原理の核心ということになろう。このような役割分担が実現してはじめて、あらゆる危険が効果的に防御されるのである。

(111) Vgl. König, Bayerisches Sicherheitsrecht, 1991, S. 65.

(112) 例えば、ザクセン＝アンハルト州公共の安全秩序法（SOG LSA）一条一項は、「安全行政庁と警察は、この法律で特別の規定のない限り、危険防御において共通の任務を担う。」と定めている。

(113) Vgl. Seidel, Die Problematik der Verteilung der Gefahrenabwegr auf verschiedene Behörden, 1965, S. 85ff.

(114) Vgl. Rachor, Organisation der Sicherheitsbehörde in Deutschland, in : Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, S. 149ff. ; Jestaedt, Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in : Hoffmann-Riem/Schmidt- Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2 Aufl. 2012, S. 986ff.

(115) もっとも特別法により特定の任務を専ら警察に委ねているような場合には、同条項は適用されない。

(116) Prümm/Sigrist, Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2003, S. 237.

(117) ヘッセン州治安秩序法（HSOG）二条、テューリンゲン州警察任務法（ThürPAG）三条、ノルトライン＝ヴェストファーレン州警察法（PolGNW）一条一項、バイエルン州警察任務法（BayPAG）三条、ニーダーザクセン州危険防御法（NGefAG）一条二項、参照。他方で、統一システムが採用されたバーデン＝ヴュルテンベルク州の警察法では、警察官吏は「即時の活動が必要と認められる場合に」警察任務を遂行する（BWPolG 六〇条二項）とされており、要件が若干異なっている。

(118) Vgl. Thiel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2013, S. 55. その他の具体例として、Vgl. Schipper/Hainka, Allgemeines Verwaltungsrecht und Polizeirecht, 2. Aufl., 1978, S. 55ff. ; Möller/Warg, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht mit

Verwaltungszwang und Bescheidtechnik, 6. Aufl. 2012, S. 24ff.

(119) そしてこのような警察の補完性は、危険防御に関するあらゆる領域において妥当すると考えられており（Vgl. Möller/Warg, a. a. O., S. 24）、他の任務に付随して一部、危険防御の任務も担っているような行政庁の施設管理権（Hausrecht）や、さらに刑務所や学校のような公の施設における「規律権（Disziplinargewalt）」に対しても妥当すると考えられている。Vgl. Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2011, S. 66. ; Dietlein, Polizei- und Ordnungsrecht NRW, in : ders/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl. 2011, S. 294.

(120)「緊急権限（Eilkompetenz, Eilfallkompetenz）」は警察法の伝統的概念であり（既にプロイセン警察行政法一二条に規定されている。）、〝有効な危険防御は、管轄規定によって無に帰することがあってはならない〟という法思考を表す概念であるともされている。Vgl. Möllers, Wörterbuch der Polizei, 2. Aufl. 2010, S. 530. (Borsdorff)

(121) Vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 7. Aufl. 2012, S. 85ff. もっとも同規定そのものは、各州の警察組織形態が多様であることを踏まえ、採用に当たり一a条という形で州に留保権を与えている。しかし今日では補完性原理は、ドイツ警察・秩序法に共通する基本的思考として見なされている。Vgl. Denninger, Polizeiaufgaben, in : Lisken/ders, Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012 , S. 277. ノルトライン＝ヴェストファーレン州警察法（NW PolG）一条一項三文、ブレーメン警察法（BremPolG）六四条一項一号など参照。

(122) Habermehl, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 1993, S. 196.

(123) Vgl. Gusy, a. a. O., S. 66.

(124) Behrendes, Polizeiliche Zusammenarbeit mit Ordnungsbehörden und sozialen Diensten im Rahmen der Gefahrenabwehr und eines ganzheitlichen Präventionsansatzes, in : Kniesel/Kube/Murck (Hrsg.), Handbuch für Führungskräfte der Polizei, 1996, S. 175.

(125) Vgl. Lorentz-Link, Verhältnis zwischen Polizei und Ordnungsbehörde, 1998, S. 114ff.

(126) このような限界付けは、道路交通の監督、特に違法駐車された乗用車を牽引する局面において特に問題とされる。Vgl. Möller/Warg, a. a. O., S. 24ff.

(127) 逆に言えば、猶予可能なケースでは秩序行政庁は自らこれに対応しなければならない、ということを意味する。その意

味においては、同原則は警察活動を制限する作用を持つと言いうる。Vgl. Honnacker/Beinhofer, Polizeiaufgabengesetz -PAG, 19. Aufl. 2009, S. 31.

(128) 同概念は伝統的には刑事訴訟法の分野で用いられてきた。森口佳樹「ボン基本法一三条における『遅滞の危険』概念の一考察―最近のドイツ連邦憲法裁判所判決を手掛かりとして―」経済理論三〇七号（二〇〇二）九一頁も参照。

(129) Vgl. Pewestorf/Söllner/Tölle, Praxishandbuch Polizei- und Ordnungsrecht, 2013, S. 33.

(130) この《事項的な緊急ケース》は、MEPolG によって初めて導入された。Vgl. Habermehl, a .a. O., S. 199.

(131) Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Polizeiorganisationsgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2011, 57f. なおこの場合に警察が行使する緊急権限は、《時間的な緊急ケース》では警察一般条項に基づく措置、また《事項的な緊急ケース》では警察法上規定されている通常措置（Standardmaßnahmen）になるのが一般的であるとされる。Vgl. Habermehl, a. a. O., S. 200.

(132) Vgl. Gusy, a. a. O., S. 66.

(133) しかし、このような特別な規定がなくても、多くの場合警察は技術的専門的知識や相応の設備を欠いているため、警察が仮の措置に止まるべきことは補完性という思考そのものから直接導き出される、という見解もある。Denninger, a. a. O., S. 277.

(134) Vgl. Pewestorf/Söllner/Tölle, a. a. O., S. 33.

(135) なお、他の秩序行政庁の庁舎施設内では、警察は当該行政庁の同意の下でのみ行動することが許されることになる。同意を必要としないのは、適時に同意が得ることができない場合に限られ、例えば、職員を脅し暴力をも辞さないデモによって行政庁舎が占拠されてしまったような場合がこれに該当する。他方、秩序行政庁の自主的かつ明示的な意思がある場合には、これに反して警察が活動することは許されない。権限ある秩序行政庁は危険防御を自らの任務として受け取るや否や、警察はこの危険についてもはや権限を持たないからである。Vgl. Gusy, a. a. O., S. 66f.

(136) Vgl. Habermehl, a. a. O., S. 200.

(137) Vgl. Merten/Merten, Hamburgisches Polizei- und Ordnungsrecht, 2007, S. 41.

(138) Hofmann-Riem/Eifert, Polizei- und Ordnungsrecht, in : Hofmann-Riem/Koch, Hamburgisches Staats- und

Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2006, S. 167. もっともこのような帰結が整然と導かれるためには、警察官吏に特別法の領域に関する高度な法的素養が求められることになるだろうと、実務での実現には疑義を抱いている。

（139）Poscher/Rusteberg, JuS 2011, S. 891.

（140）Vgl. Poscher/Rusteberg, a. a. O., S. 891.

（141）これはすなわち、MEPolG 1 a 条は、管轄規定（Zuständigkeitsregelungen）に関わる問題であるのか、それとも任務配分（Aufgabenzuweisung）それ自体にかかわる問題であるのかの争いでもある。補完性原理を定める条文の文言は州によって一致しておらず、またその体系的位置づけもまた異なっている。多くの州の法律は補完性原理を定める条文を任務規定の中に配置しているが、他の州の法律では組織ないし管轄規定の中に配置している。Vgl. Denninger, a. a. O., S. 277.; Gallwas/Wolff, Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, 3. Aufl. 2004, S. 69. のように、権限配分規範と管轄配分規範を互換的に使用する例もある。Vgl. Lorenz-Link, a. a. O, S. 111.

（142）Vgl. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 2011, S. 279.; Gallwas/Wolff, a. a. O., S. 69. Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt- Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1995, S. 177.; Rasch, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 1982 S. 32. テューリンゲン州においては、「秩序行政庁の措置は、この法律に従い、警察の措置に対して優先する。」と明記されている（ThürOBG 三条 1 項）。

（143）Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2002, S. 54.

（144）Knemeyer, a. a. O., S. 54.

（145）このような立場からすると、MEPolG 1 a 条は、同法 1 条 1 項によって一般的に配分されている任務（危険防御）の範囲を限定する規範（Aufgabenabgrenzungsnormen）として解釈されるべきものとなる。Vgl. Knemeyer, a. a. O., S. 54.; Habermehl, a. a. O., S. 198.

（146）Dietlein, a. a. O., S. 294. またディートラインによれば、「最初に介入する権限」は、警察の現場でのプレゼンスと密接に結び付く概念であるため明確な輪郭を持つ警察の権限領域を表すことができるが、身体への実力行使など直接強制が必要となるような場合には執行援助（これについては後述）という方法もありうるため、「緊急権限」という表現はなお曖昧であるという。

(147) Schmidbauer/Steiner, a. a. O., S. 58.
(148) Vgl. Heise/Riegel, Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Aufl. 1978, S. 29.; Vahle, Polizeiliche Aufgaben und Subsidiaritätsgrundsatz, Verwaltungsrundschau6, 1991, S. 203.
(149) Schmidbauer/Steiner, a. a. O., S. 58.この場合、警察から本来的に権限を有する秩序行政庁へ情報確認のため（電話などを通じて）コンタクトをとるという行為も試みられる必要がある。Vgl. Pewestorf/Söllner/Tölle, a. a. O., S. 33f.
(150) Vgl. Huber, Die Unaufschiebbarkeit -Rechtmäßigkeitsvoraussetzung polizeilicher Maßnahmen, BayVBl. 1989, S.6f. は、管轄規定は原則として厳格に解釈されなければならないとする。他方、同規範を評価余地あるいは裁量として理解するものとして、Götz, Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl. 2013, S. 173.; VGH Mannheim, VBlBW 1984, S .21.; VGH Mannheim,VBlBW 1990, S. 301.
(151) VGH Mannheim, NJW 1990, S. 1618f. Vgl. Merten/Meten, a. a. O., S. 39.
(152) Vgl. Gallwas/Wolff, a. a. O., S. 69.
(153) Vgl. Götz, a. a. O., S. 173f.
(154) Vgl. SOGLSA 一条一項、メークレンブアク＝フォアポメン州治安秩序法（SOGMV）一一条、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州行政法（SchlhLVwG）一七二条、ヘッセン州治安秩序秩序法（HSOG）一条六項。
(155) 報告義務に代表されるこのような協働の一般的義務は、後に見る執行援助や職務共助といったその他の協働形態からも付随的に導かれるものではあるが、しかし報告義務は、警察と秩序行政庁が自らの判断に基づき自発的に行うという点で、他の行政庁からの要請があって初めて行うその他の協働形態とは区別される。Vgl. Lorentz - Link, a. a. O., S. 133.
(156) 同じくSchlhLVwG 一七二条は「秩序行政庁と警察はその事物管轄の枠内において協働して活動し、重要な事件（Vorkommnisse）や措置（Maßnahme）について相互に報告しあうものとする。」と規定している。
(157) 当初この第二文は七八年草案では規定されていなかったが、八六年補正草案で導入された。
(158) Vgl. Meixner/Martell, Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung Sachsen-Anhalt, § 1 Rn. 25.
(159) BVerfGE Bd. 65, S.1ff.
(160) もっとも、SchlhLVwG 一九二条一項では、個人データはそれが警察並びに秩序行政庁の任務の履行のために必要であ

る限り、両機関の間で引き渡されてもよいとされている。

（161）Vgl. Knemeyer, a. a. O., S. 73. ; Dietzel/Gintzel, Allgemeines Verwaltungs- und Polizeirecht für Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 1980, S. 53f.

（162）Denninger, a. a. O., S. 277.

（163）Kugelmann, Poilzei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2012, S. 65.

（164）Vgl. Pewestorf/Söllner/Tölle, Polizei- und Ordnungsrecht, Berliner Kommentar, 2009, S. 91.

研究ノート

イギリス原状回復法における弁済者の優先的保護（一）

――錯誤による弁済を中心に――

橋本　伸

目　次

第一章　はじめに――問題の所在
　第一節　導入
　第二節　分析対象および叙述の構成

第二章　錯誤による弁済に基づく原状回復請求権の優先的保護――通説・判例による物的救済の正当化
第一節　錯誤による弁済の処理――Chase Manhattan Bank 事件以前の議論状況
第二節　Chase Manhattan Bank 事件の概要
第三節　物的救済の正当化一――所有権の帰属による正当化
（一）判例の概観
（二）通説的見解による裏付け
第四節　物的救済の正当化二――柔軟な特定性判断による正当化
第一款　判例の概観――特定性の拡大
第二款　混和財産への追及
第三款　代償財産への追及
第五節　小括
第三章　通説的見解に対する批判と近時の実質論的アプローチ
第一節　通説的見解に対する批判
第二節　近時の実質論的アプローチ
第三節　取引関係アプローチから因果関係アプローチ（財産膨張理論）へ
第四節　小括
第四章　終わりに――日本法への示唆

（以上、本号）

第一章　はじめに――問題の所在

第一節　導入

（一）債権者平等の原則は、伝統的に、民法上の原則の一つとして理解されている。こうした原則は、旧民法の債権担保編一条二項本文（「債務者ノ財産カ総テノ義務ヲ弁済スルニ足ラサル場合ニ於テハ其価額ハ債権ノ目的、原因、体様ノ如何ト日付ノ前後トニ拘ワラス其債権額ノ割合ニ応シテ之ヲ各債権者ニ分与ス」）にみることができ、規定こそ置かれていないものの、現行民法典においても自明の原則として理解されている[1]。しかし、債権者平等の原則は、事実上の優先弁済を認める判例（たとえば、詐害行為取消権や相殺の領域）の登場によって、今日では大きく修正されていることも周知のとおりである。

鈴木禄弥は、このような状況を踏まえて、「破産手続においても、平等に扱われるのは、……優先的地位を与えられていない債権同士のみについてのことであり、『債権者平等の原則』なるものは、実質的には、いわば残りカス同士の平等にすぎない」のであるとしていた（圏点、引用者）[2]。

債権者平等の原則の私法上における位置づけおよびその適用範囲を明確にすることにより、この原則の実質的機能を明らかにすることを意図した鈴木の上記の指摘は、われわれに次の二つの視点を意識させたという点で重要である。すなわち、第一に、この原則は債務者の倒産段階においてこそ基本原則としての意味を持ち、執行段階や平常時の段階では、それがどれだけ投影されるべきかを考えるべきであるという視点であり[3]、また、第二に、この原則は優先的地位が付与されない債権にのみ適用されるにすぎず、むしろ、どのような場合にその例外が認められるかを確定することこそ重要であるという視点である。

筆者は、こうした鈴木の理解を肯定的に評価しつつも、債権者平等の原則にはいまだに検討すべき余地が残されていると考える。というのも、鈴木の理解では、明確に優先的地位が付与される債権以外は、債権者平等の原則が適用されることになる。その意味では、原則は維持されている。しかし、債権者平等の原則をこのように理解したとしても、鈴木が「残りカス」と称した債権は必ずしも一様ではないからである。たとえば、不法行為に基づく損害賠償請求権（民法七〇九条）[4]や不当利得返還請求権（民法七〇三条、七〇四条）[5]などには検討の余地があるように思われる[6]。

（二）本稿は、これらのうち、不当利得返還請求権を取り上げて検討する。たとえば、錯誤に基づいて弁済者Aから受領者Bへと金銭が交付された後にBが破産した場合、錯誤無効を主張するAは、不当利得返還請求権者として扱われ、他の一般債権者と同様の地位に置かれることになる。しかし、このような取り扱いには、次のような疑問がある。

第一に、そもそもAB間の法律関係が無効であるにもかかわらず、債権者平等のもとに、他の一般債権者と同様の処理がなされるのは妥当であるのかという疑問である。というのは、このような取扱いは、Bの他の一般債権者が、法律上の原因のない給付を行ったAの財により増大した責任財産によって、本来ならば引き当てとして期待することができない給付分から回収できることになる。これは、弁済者の損失で受領者の他の一般債権者に棚ぼた的利益を与えることを意味する。

第二に、目的物が金銭以外の物である場合には、Aは所有者としての保護を受けることになる（破産手続きにおいても、取戻権を行使することにより優先的な保護を受けることができる）のに対し、金銭の場合にはそうでないという形で、客体の違いにより、結論に大きな差異が生じるこうした処理が、果たして妥当であるのかどうかは検討の余地がある。(7)

このように、債権者平等の原則には、いまだに検討すべき余地があるように思われる。(8)

（三）もちろん、従来の判例・学説は、こうした疑問に対して何らの対応策を講じていなかったわけではない。たとえば、判例の中には、金銭の占有と所有の不一致を認めることを前提とした判断がなされたと評価されるものもある。(9)

また、学説も、従来の「占有＝所有」理論が「金銭の流通性保護のために必要以上に金銭所有者の保護を犠牲」にしてきたことを反省し、「金銭の流通性保護と金銭所有権の保護の適切な調整」という観点から、上述の問題点を解決すべく、「占有＝所有」理論に再検討を加えている。(10)こうした動きは、大別して以下の三つの類型に分けられる。第一は、金銭の流通性の保護を図るために「占有＝所有」理論を原則として維持しつつ、その射程を限定する見解(11)や修正原理として金銭の物所有権と区別された価値所有権を観念し、物権的価値返還請求権（あるいは価値のレイ・ヴィンディカティオ）を提唱する見解である。(12)第二は、「占有＝所有」理論の全面的な放棄を志向する見解である。(13)第三は、物権・債権峻別体系から財産権の帰属と移転の体系への再編という構想のもとで、債権者の優先的保護の根拠

を債務者の本来あるべき責任財産状態への復帰に求める見解である。[14][15]

もっとも、従来の議論は、金銭が窃盗ないし騙取された場面を念頭に論じており、そこでの議論が錯誤による弁済の場面などの「金銭が支払手段として交付されたが、その前提となっている契約の無効・取消によって金銭の返還請求が生じる」場面にも妥当するかどうかは明らかではない（というのも、前者の場面では被害者救済が強調されるため正当化はし易いが、後者の場面では弁済者自身のミスという側面が強いため正当化は困難である）として、後者の場面には別段の考慮が必要であるとの指摘がなされている。[16]しかし、この問題を直接考察する本格的な研究は、管見の及ぶ限りでは、これまでのところ十分には行われていないように思われる。

第二節　分析対象および叙述の構成

本稿は、以上の問題意識を前提として、原状回復の場面における（錯誤による）弁済者保護のあり方を中心に、債権者平等の原則を検討する。その際には、比較法の対象としてイギリス（主として、イングランド）法を中心に取り上げることにしたい。[17]というのは、上記のような問題は、イギリスでは、近時、後述するChase Manhattan Bank NA v. Israel-British Bank (London) Ltd. [1981] Ch. 105（以下、「Chase Manhattan Bank事件」という）（錯誤に基づく二重弁済が問題となった事案）において、錯誤による弁済者に対して優先的保護が与えられたことを契機に、原状回復の場面において弁済者の処遇をめぐる議論が大々的に展開されている。それらの議論は、錯誤による弁済者に対して優先的保護を与えるべきか、また、その際に、どのようにその結論を正当化するか、という点から論じられている。これらの議論の検討を通して、わが国の議論への示唆としたいというのが本稿の目的である。[18]

以下では、まず、錯誤による弁済に基づく原状回復請求権の優先的保護に関して、イギリスの伝統的な立場について検討し（第二章）、それらの問題点を踏まえ、近時の学説の動向について検討する（第三章）。[19]最後に、イギリス法の議論がわが国の議論にいかなる示唆を与えるかについて若干言及することにしたい（第四章）。

第二章　錯誤による弁済に基づく原状回復請求権の優先的保護――通説・判例による物的救済の正当化

後述するようにイギリスでは、Chase Manhattan Bank事件を契機に、錯誤による弁済者は、優先的保護が承認された。この判決を契機に、学説は、問題をヨリ一般化して[20]、原状回復求権に対する対物的ないし対世的保護（優先的保護）（「物的原状回復（proprietary restitution）」という）の適否を論じている[21]。その議論は、大別すると、①物的原状回復を認めるか否かという問題、また、これを認める場合には、②どの範囲で認めるかという問題、さらに、③どのような手段ないし形式で認めるかという問題、に分けることができる[22]。

もっとも、これらの議論は、イギリスの学説・判例上、一様ではない[23]。そのため、現在、イギリス原状回復法における「最も複雑かつ争いのある」問題となっている[24]。以上を念頭に置きながら、以下では、錯誤による弁済者の原状回復請求権に対する優先的保護を根拠づけるために、イギリスの判例および通説的見解の理解を検討対象とする。

以下では、まず、Chase Manhattan Bank事件の意義を明確にするため、同事件以前のイギリス法の議論状況に一瞥を与えた上で（第一節）、Chase Manhattan Bank事件の概要を示すことにしよう（第二節）。そのうえで、判例および通説的見解による錯誤による弁済者の原状回復請求権に対する優先的保護の根拠について検討し（第三節）、最後に、Chase Manhattan Bank事件において残された問題（金銭の特定性の問題）について概観することにしよう（第四節）。

第一節　錯誤による弁済の処理――Chase Manhattan Bank事件以前の議論状況

本節では、Chase Manhattan Bank事件の意義を明確にするために、同事件以前のイギリスの議論状況を確認することから始めたい[25]。

（一）Chase Manhattan Bank事件以前のイギリスでは、錯誤による弁済者の優先的保護については十分に検討対象とされていなかった。その理由としては、第一に、錯誤による弁済者に対する優先的保護が直接争点となる事案が存在しなかったこと[26]、第二に、通常、錯誤による弁済が起こると金銭所有権は

受領者に移転するために、弁済者の優先的保護を問題とする余地はないと考えられていたこと[27]、第三に、判例が錯誤による弁済者の返還請求それ自体に否定的であったこと、を挙げることができる。

（二）ところで、錯誤による弁済の問題は、イギリス法では、伝統的に「準契約（quasi contract）」――当事者間の合意がない場合に、法律上、契約があったように擬制して救済を与える法理を指す[28]――の問題として理解されてきた[29]。すなわち、錯誤者Aが受領者Bに事実に関する錯誤に基づき金銭を支払うと、――Bは当該弁済が無効であり、かつBの保持する金銭が不当な利得であることに基づき返還を要求されるのではなく――、Bはこのような状況下においてはAとの間で金銭を返還する合意（契約）をしたと擬制され、その合意（契約）に基づき金銭の返還が要求されるにすぎない[30]。したがって、錯誤による弁済の問題は、不当利得法理の観点から捉えられていなかった[31]。

このような状況において、イギリス原状回復法の嚆矢となったのは、Robert Goff および Gareth Jones の著作であった[32]。Goff および Jones の著作は、一九六〇年代半ばに、イギリスの裁判例に散在した準契約や後述する擬制信託（constructive trust）といった法理を不当利得法理のもとで体系的・統一的に把握し、原状回復法の確立を試みた。彼らの理解によれば、準契約は、まさに「原状回復のもっとも古く、かつ重要な部分」として位置づけられ、そして、錯誤による弁済の問題は、原状回復法のルールに従って処理される[33]。

（三）もっとも、イギリスの裁判所がこのような考え方を採用するのは、もう少し後になってからであった。というのも、イギリスの裁判所は、伝統的に錯誤による弁済者の返還請求に様々な制約を課し続けてきたからである。すなわち、イギリスの裁判所は、弁済者の返還請求を認める際に、従来、（a）受領者が錯誤による弁済であることを認識していること[34]、（b）錯誤による弁済の原因となる錯誤が、①基本的な（fundamental）錯誤（錯誤の存在が弁済者の側に当該金銭を当該相手方に譲渡する意思がないということが明らかである錯誤を指す[35]）にあたること、②誤信された責任（supposed liability）に関する錯誤（弁済者が弁済する責任があると誤って信じた錯誤を指す）にあたること[36]、③事実に関する錯誤（たとえば、受領者の同一性の錯誤や錯誤による二重弁済など）にあたること[37]、そして、④共通錯誤（common mistake）（弁済者のみならず受領者も錯誤

に陥っていること）にあたること[38]、などを要求してきたため、錯誤者による返還請求が容易に認められなかったのである[39]。

しかし、その後、こうした制限的な解釈論は、変更される。その背景には、現代テクノロジーの発展による錯誤弁済の増加とそれに伴う弁済者保護の社会的要請の増加という実際的な理由に加えて[40]、（アメリカ法の議論からの示唆としての）次の二点が伺われる[41]。すなわち、錯誤による弁済者に原状回復を認めることは、第一に、個人の自律性保護――具体的には、①弁済者の意思の支配を回復すること、②弁済者の自由な活動領域を拡大すること[42]、③弁済者の完全性（integrity）を確保すること――の要請に資すること、および、第二に、経済的に効率的な帰結を導く――錯誤は潜在的に回避不能であるとすると、錯誤を予防する負担は、錯誤の社会コストを最小限にする方法において、配分されることが社会全体の利益を最大化するという点から望ましい（この点は、錯誤に関する法と経済分析の所産である[43]）――ことである。

イギリスの裁判所は、Chase Manhattan Bank 事件の前年に下された Barclays Bank v. W.J. Simms Ltd. [1980] Q.B. 677 (Chancery Division) において、錯誤による弁済者に対して一般的な返還請求権を承認し、従来の方針を転換した。この判決は、錯誤による弁済者の原状回復請求権に関する一般的基準を明確に打ち立てた。その基準によれば、（ア）原則として、ある者（弁済者）が事実に関する錯誤に基づき他の者（受領者）に弁済をすると、弁済者は、反証のない限り（prima facie）、事実に関する錯誤に基づき支払われた金銭を回復する資格を有する。しかし、（イ）例外的に、弁済者は、①どんな場合であっても受領者がその金銭を保有することを本人（＝弁済者）が意図した場合、②弁済が有効な約因（good consideration）を伴う場合、③受領者が善意でその地位を変更した場合、には返還が否定される[44]。そして、この判決およびそれ以後の判例は、先述した制約を段階的に排除していった。具体的にみると、この判決は、従来の制約のうち、基本的錯誤にあたること（（b）①）、誤信された責任に関する錯誤にあたること（（b）②）および共通錯誤にあたること（（b）④）、という制約を取り除いた。さらに、九〇年代に至ると、受領者の認識（（a）[45]）、事実に関する錯誤と法律に関する錯誤の区別（（b）③[46]）、という制約も排除され、その結果、今日では、錯誤による弁済の問題は不当な利得の原状回復の問題として理解され、錯誤による弁済者についてのかつての制約はみられなくなっている（もっとも、返還を認めることにより受領者が不利益を被らないために、地位

変更の抗弁〔（イ）③〕――すなわち、「不当利得が生じた場合に、受益者が受け取った物を費消したり滅失するなどして失ったとき、一定の条件のもとで受益者の責任を減免する」制度であり、利得消滅の抗弁の一つと位置づけられる[47]――が受領者に認められる）。

これらの変遷の当否は、本稿の直接の検討対象ではないため、ここでは立ち入らない。しかし、以上の概略からも次のことは理解できると思われる。すなわち、イギリス法における従来の錯誤による弁済の議論は、弁済者に対してどのような場合に価値的な返還請求権を認めるかに重点が置かれ、弁済者に優先的な保護を与えるか否かという点は、関心の――少なくとも、主たる――対象とされてこなかった、ということである。このような状況のもとで、錯誤による弁済者に対する優先的保護の問題が初めて争われたのが、Chase Manhattan Bank事件であった。次に、この事件の概要を確認することにしよう。

第二節　Chase Manhattan Bank 事件の概要

以下では、本件の事実（一）および判決（二）を概観し、本判決の直接の争点を確認した上で（三）、その後の学説が本判決について問題とした点（四）について紹介する。

（一）（事実）

一九七四年七月三日にX（ニューヨーク州のChase Manhattan 銀行）は、イタリアの銀行（訴外）の指示にもとづき、二〇〇万ドルをY（ロンドンのIsrael-British 銀行）に支払った後、（Xの被用者の事務的間違いにより）錯誤に基づきYに対して再び二〇〇万ドルを支払った（なお、同年七月五日にYは、Xの錯誤を認識したが、何らの措置も講じなかった）。その後、Yは、同年八月二日に高等法院（High Court）に清算申立書を提出し、同年一二月二日に清算手続きが開始された。その後、Xは、本件の準拠法がアメリカ法であると主張して、錯誤による弁済により擬制信託――当事者の意思とは無関係に、利得者を受託者、損失者を受益者として、法の働き（law of operation）により創設される信託関係を指す[48]――が成立すると主張し、弁済した金銭たる二〇〇万ドル上にエクイティ上の対物権ないし物的権利（right in rem/proprietary right）を保持すると主張して、二〇〇万ドルの返還を請求した（物的請求〔proprietary claims〕）[49]。

これに対し、Yは、イギリス法ではこのような主張は認められない、と反論した。その理由としては、第一に、イギリス法

では、アメリカ法とは異なり、擬制信託は、原状回復請求に対する一般的な救済手段として用いられていないこと、第二に、（たとえ擬制信託を使用することができるとしても）イギリス法においてエクイティ上の物的救済が認められるためには、アメリカ法と異なり、当事者間に信認関係（fiduciary relationship）――「一方の当事者が他方に信認（confidence）を置き、このことがエクイティによる法的保護の対象となるような関係」を指す[50]――が存在することが必要であるのに対し[51]、本件のXとYの間にはそのような関係は存在しなかったこと、が挙げられている。

（二）（**判決**）以上に対し、大法官府（Goulding 判事）は、まず、本件における準拠法がアメリカ法（ニューヨーク州法）であることを確認した上で、Yの第一の反論理由について、アメリカ法（本件では、ニューヨーク州法）の立場――具体的には、Re Berry (1906) 147 Fed. 208 (2d Cir.) および Austin Scott の見解[52]――を確認し、それらは、エクイティ上の一般法理としてイギリス法においても適用可能であるとし[53]、さらに、第二の反論理由（＝信認関係の有無）について、Xの弁済により当然に信認関係が発生するとした上で[54]、結論として、錯誤による弁済者であるXの請求（＝物的請求）に対して物的救済（proprietary remedy）を認めた。

大法官府は、（a）弁済者は、事実に関する錯誤により、弁済した金銭に対するコモン・ロー上の所有権を喪失する（その結果、受領者がコモン・ロー上の所有権を取得する）としつつも、（b）錯誤による弁済は、エクイティ上の所有権の移転を妨げることを理由に、弁済者は、エクイティ上の所有権を保持し（retain）、そして、受領者は、良心にもとづきエクイティ上の物的権利を尊重する信認義務に服すること、（c）弁済者は、一貫したエクイティ上の物的権利にもとづき金銭を追及する権利を有すること、（d）弁済者の金銭を体現する（represent）受領者の手元の財産は、エクイティ上、受領者に帰属しないことを理由として、受領者は、錯誤により支払われた金銭を弁済者のために受託者として受領日（一九七四年七月三日）から保有する、と判示した[55]。

（三）（**直接の争点**）本件の直接の争点は、Xによる錯誤弁済を契機として擬制信託が成立するか、という点にあった。本件において、Yに対する錯誤弁済に基づく原状回復請求権がXに認められることについては、争いがない[56]。すなわち、錯誤によ

る弁済者は、Barclays Bank v. W.J. Simms Ltd [1980] Q.B. 677により、コモン・ロー上の準契約に基づき、受領者に対してその受領した金銭相当額の返還を請求することができる。しかし、この受領金相当額の返還請求権は、受領者に対してのみ主張することが認められる権利（＝対人的権利［right in personal/personal right］）であり、受領者が破産した場面において、受領者の他の一般債権者に対する優先的保護まで主張することができる権利（＝対物的権利［right in rem/proprietary right］）ではなかった。

そこで注目されたのがエクイティ上の救済であった。すなわち、エクイティ上では、擬制信託を理由に弁済者に優先的保護が与えられる余地が残されていた(物的救済)。というのも、(i)破産において清算人が配当のために利用可能な財産は、債務者（破産者）に帰属する財産のみであり、第三者の所有物や第三者が他の物的権利を有する財産は――たとえ、債務者の占有下にあったとしても――含まれず[57]、(ii)錯誤による弁済を契機に擬制信託が成立すると、エクイティ上の所有権は弁済者に帰属することになり、当該財産は破産財団に含まれないからである。

しかし、このような錯誤弁済を契機とする擬制信託の成立は、アメリカ法において専ら認められてきたものであり、本判決以前のイギリス法における取扱いについては、不明確なままであった（先述）。敷衍していえば、次のとおりである。アメリカ法においては、①エクイティ上の物的救済の条件として、当事者間に信認関係が要求されず、②擬制信託は原状回復請求に対する一般的な救済手段と位置づけられ（第一次原状回復リステイトメント一六〇条）、③錯誤による弁済を契機に擬制信託が成立することが認められていた（同一六三条）。そのため、錯誤による弁済者に優先的な保護が与えられること[58]は、確立されていた[59]。これに対し、イギリス法においては、①については、当事者間に信認関係が要求され、②および③についてもアメリカ法のようには理解されていなかった。それゆえに、錯誤による弁済者の優先的な保護に関する立場は、不明確なままであり、本判決の直接の問題の所在は、イギリス法において錯誤による弁済を契機に擬制信託が成立するかどうかという点にあった。

以上のような背景のもとで、大法官府は、アメリカ法の立場を受け入れる形で、錯誤による弁済を契機に信託（擬制信託ないし復帰信託[60]）が成立すること（③）を認めた。なお、大法官府は、イギリス法の伝統的な立場に配慮して、信認関係の要件（①）を形式的には維持しつつも、錯誤による弁済以前にその

ような関係があることは要求せず、錯誤による弁済により当然に発生すると柔軟に解した[61]。

（四）（**本判決以後に学説が注目した点**）もっとも、こうした帰結に対しては、学説から、弁済者が何ゆえ受領者の他の一般債権者に優先して保護されるのか、という点について批判がなされた。というのも、弁済者と受領者間に擬制信託を認め、弁済者の返還請求を認めることは、同時に弁済者が受領者の他の一般債権者に優先して返還を受けることを認めることになるからである[62]。この事件は、直接的には、XとYの二当事者間の問題であったために、こうした観点からの検討が十分に行われたとはいえなかった。そのため、その後の学説は、その結論を正当化する根拠（弁済者が優先的保護を受ける根拠、さらには受領者の他の一般債権者がその損失を甘受する根拠）を議論するようになった[63]。

それでは、以上の観点から見直すと、Chase Manhattan Bank事件は、いかなる根拠を提供するであろうか。次に、この点を検討することにしよう。

第三節　物的救済の正当化Ⅰ——所有権の帰属による正当化

Chase Manhattan Bank事件の判決によれば、錯誤による弁済者の優先的保護は、弁済した金銭それ自体（「原財産〔original assets〕」という）の所有権が弁済者に帰属し、弁済者の原財産が破産財団の一部を構成しないこと、そして、その帰結として、受領者の他の一般債権者が弁済者の原財産に対して権利を有しないことに根拠づけられる。こうした理解は、破産法上、破産財団が、破産時に債務者自身によって所有される財産からのみ構成され、他の者に帰属する財産はそこ（破産財団）に含まれないという原理（破産法における所有権のエステイト原理〔property of estate principle〕）に基づくものである[64]。

この原理に従えば、弁済者は、当然に自己の所有物を取り戻すにすぎず、優先的保護は当然の帰結と解されることになる。このような処理は、問題を所有権の帰属に還元することによって、破産法が定めるプライオリティ・ルールの変更という困難な問題を巧みに回避し、かつ、弁済者に優先的保護を与えるという帰結をも同時に導こうとするものであると評価することができる。こうした迂遠な方法が採用された原因は、平時実体法

と破産法の関係性にあるのではないかと筆者には思われる。すなわち、破産法は、原則として平時実体法を尊重し、破産法の目的との関係で必要な範囲において平時実体法を変更するという建前（プライオリティ・ルール）を採る。このような実体法と破産法との関係性を踏まえると、一般債権である原状回復請求権に受領者の破産において優先的保護を与えることは、破産法によるプライオリティ・ルールの変更を意味し、その正当化根拠が求められる。しかし、問題を所有権の帰属に還元したことにより、破産法は、あくまで平時実体法上の権利（所有権）の優先順序に従って執行することができ、上記の問題を回避することができる、ということである。

ところで、このような帰結は、錯誤による弁済者の金銭所有権が、受領者（破産者）の占有下にあるとしても、弁済者に帰属し、受領者の破産財団を構成しないことを前提としたものである。日本法の金銭の取り扱い（占有あるところに所有ありする考え方〔末川〕）とは異なり、イギリス法は、原因行為（契約）と所有権移転行為（譲渡〔conveyance〕）を区別し（形式主義）、かつ無因性に立脚しつつも、原因行為に瑕疵がある場合には、金銭の所有権移転行為それ自体も取消し（ないし無効）の対象になる、と説明する[65]（それゆえに、無因体系に立ちつつも、有因体系と同様の帰結を導くことになる〔以下では、このような構成を「有因類似構成」という〕）。したがって、受領者が金銭を占有しているとしても、弁済者に金銭所有権が帰属すること――すなわち、占有と所有の不一致――が認められている[66]。もっとも、イギリス法が有因（ないし有因類似）構成に立脚するか、無因構成に立脚するかについては、学説の評価が分かれるところであり、同時にそれがChase Manhattan Bank事件の判決の評価に接続されている[67]。

そこで、以下では、錯誤による弁済など弁済の基礎となる原因行為に瑕疵がある場合に、原因行為の瑕疵が金銭所有権の移転にどのように影響を及ぼすか、という観点から、イギリスの判例に一瞥を与え（一）、そのうえで、所有権の帰属を重視する学説を紹介することにしよう（二）。

（一）**イギリスの判例の概観**

イギリスの裁判例を、錯誤による弁済など弁済の基礎となる原因行為に瑕疵（たとえば、錯誤〔錯誤の内容〔基本的錯誤（先述）かそれ以外か〕と原因〔錯誤に陥った原因が錯誤者自身にある場合〔「自発的錯誤」という〕と相手方ないし第三者にある場合〔「誘発的錯誤」という〕〕で分かれる〕や圧力〔強迫か不当威圧かで分かれる〕など）がある場合、原因

行為の瑕疵が金銭所有権の移転にどのように影響を及ぼすか、という観点から大別すると、領域的に、（ア）影響を否定するもの（金銭の所有権は受領者に移転すると解するもの）と（イ）影響を肯定するもの（金銭の所有権は受領者に移転しないと解するもの）に分かれる。もっとも、その構成は、一様ではない。

まず、（ア）の領域（金銭の所有権は移転するとするもの）に属する判決をみると、第一に、無効であっても金銭の所有権の移転は妨げないとするもの（［1］Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC. [1996] A.C. 669［House of Lords］[68]、［2］Box and others v. Barclays Bank plc. [1998] Lloyd's Rep. 185［Chancery Division］[69]）、第二に、金銭の所有権は移転し、かつ取消しが一定の事由により否定されることにより、金銭の所有権は復帰しないとするもの（［3］El Ajou v. Dollar Land Holding plc. [1993] 3 All ER 717[70]、［4］Allcard v. Skinner, (1887) 36 Ch.D. 145［Court of Appeal］[71]）、第三に、金銭の所有権は移転し、かつ取消しが認められても金銭の所有権は復帰しないとするもの（［5］Re Goldcorp Exchange Ltd. (in receivership). [1995] 1 A.C. 74[72]）がある。他方で、（イ）の領域（金銭の所有権は弁済者に帰属する）に属する判決をみると、第一に、無効ゆえに金銭の所有権は受領者に移転しないとするもの（［6］Sinclair v. Brougham, [1914] A.C. 398［House of Lords］[73]）、第二に、無効であっても金銭の所有権は移転するものの、それはコモン・ロー上の所有権であり、エクイティ上の所有権は弁済者に残るとするもの（［7］Chase Manhattan Bank 事件のほか、［8］Papamichael v. National Westminster Bank, [2003] 1 Lloyds Rep.341［Queens Bench Division］[74]、［9］Commerzbank Aktiengesellschaft v. I.M.B Morgan Plc and others, [2004] EQHC 2771; [2005] 1 Lloyd's Rep. 298［Chancery Division］[75]）、第三に、金銭の所有権は移転するものの、（不実表示等を理由とする）取消しによりコモン・ロー上ないしエクイティ上の所有権が弁済者に復帰するとするもの（［10］London Allied Holdings v. Anthony Lee and ors, [2007] EWHC 2061［Chancery Division］、［11］Banque Belge pour l'Etranger v. Hambrouck and Others, [1921] 1 KB 321［Court of Appeal］、［12］Shalson v. Russo, [2005] Ch. 281[76]）がある。

このように、イギリスの裁判例は、理由づけは様々であるが、弁済の原因行為（契約）に瑕疵がある場合には、（i）その瑕疵が無効・取消しの原因となるか否かを判断し[77]、その上で、（ii）その無効・取消しの効果が金銭所有権移転（譲渡）にも影響を及ぼすかどうかを判断しているといえる。

まず、弁済者への金銭所有権の帰属を否定した理由（(ア)の領域）についてみると、取消し自体が否定された［3］判決（善意有償取得者が存在したことを理由とする）および［4］判決（合理的期間の経過を理由とする）を除くと、［1］判決は、「無効な契約に基づき支払われた金銭の所有権が、受領者に移転しないという一般的ルールはない」ことを挙げ[78]、また、［5］判決は、「顧客が取消しに基づき回復するものは、『自己の』金銭ではなく、同価値の総額（equivalent sum）である」[79]ことを挙げる。これらは、契約の有効性判断が金銭所有権移転に影響を及ぼさない（＝無因）との立場を示すものである。さらに、これらの帰結を裏付ける実質的理由として、［1］判決は、原状回復請求権に優先的保護を与えることによる「経理簿外の責任（off balance sheet）」の発生を挙げる。すなわち、原状回復請求権に優先的保護を与えると、商事取引に関与する者は、「表見上ある者に帰属する財産が、実際には他の者に帰属する」との事態を甘受させられる。このような帰結は、取引関係者の予測に反し、「商事取引に管理できない危険（unmanageable risk）」を導入することになる、というのである[80]。また、［1］判決は、（無効な利率スワップ契約であったことから）弁済者は、受領者の他の一般債権者と同様に、破産リスクを引き受けて商事取引に入ったことも挙げる[81]。

次に、弁済者への金銭所有権の帰属を肯定した理由（(イ)の領域）についてみると、まず、［6］［7］［10］［12］判決は、無効ないし取消しにより、金銭所有権――少なくとも、エクイティ上の所有権――の移転にも影響を及ぼすこと（＝有因類似構成）を挙げる。さらに、これらの帰結を実質的に裏付ける理由として、［8］判決は、（錯誤による弁済が問題となった事案であったため）「錯誤により金銭を支払った者は、未弁済の危険を認識している供給者やそのような危険に対して担保を取得する［機会を有する］供給者とは異なる立場に立つ」ことを挙げる[82]。

以上から、イギリスの判例は、弁済者が優先的保護に値するか否かという実質的判断に配慮しつつも、理屈としては、所有権が弁済者に帰属するか否かによって形式的に判断を下しているといえる。

もっとも、こうした枠組みにChase Manhattan Bank事件の判決を位置づけると、この事件の錯誤による弁済者（＝X）は、論理的には、所有権の帰属が認められないはずであった。というのも、イギリス法の下では、錯誤による弁済者に金銭所有権の帰属が認められるのは、(i) 錯誤が基本的な錯誤に当たる

場合、または（ii）錯誤が受領者による不実表示に基づき、かつ不実表示を理由に取り消された場合に限られるからである。若干補足するならば、次のとおりである。（i）の場合（たとえば、弁済者がちょうど五〇〇ポンド支払うつもりが、実際には六〇〇ポンドを支払った場合〔量の錯誤〕）には、弁済者は、超過分（一〇〇ポンド）についてコモン・ロー上の金銭所有権が受領者に移転していないと主張することができる。[83] というのも、コモン・ロー上の所有権は、所有者が譲渡する意思を有する場合のみ移転し、そのような意思を欠く場合――基本的な錯誤を伴う場合はこれに該当する――には、所有権は移転しないと評価されるからである。他方、従来の判例の理解に従うと、錯誤による二重弁済は、基本的錯誤にあたるとはいえない（というのも、二重弁済の場合には、弁済者は、二回とも金銭を移転する意思を有していると評価されるから）[84] ため、所有権の移転を阻止することはできない。もっとも、基本的錯誤に当たらないとしても、受領者の不実表示を契機として弁済者が錯誤に陥った場合（（ii）の場合）には、弁済者は取消権を行使することにより、[85] 所有権の帰属を主張することができる。[86] しかし、自発的錯誤（錯誤者自身により惹起された錯誤）による場合には、こうした取消権は認められない。

以上の理解を前提とすると、非基本的錯誤かつ（不実表示によらない）自発的錯誤による弁済者（＝X）は、所有権の帰属を主張することができず、人的請求権による保護を受けるにとどまる。これに対し、Chase Manhattan Bank 事件の判決は、明確にこれとは異なる帰結を導いた。それゆえに、本判決及び物的原状回復一般をめぐって、学説の論争を生んだ。

（二）**通説的見解による判例の結論の裏付け**　こうした判例に呼応するかのように、イギリスの通説的見解は、形式的な観点（所有権の帰属）に重点を置いて弁済者の優先的保護を説明しようとする。通説的見解によると、このような場面で弁済者に優先的保護が与えられるのは、弁済者が、原財産のコモン・ロー上ないしエクイティ上の所有権を保持ないし取得したからである。すなわち、物的救済は、特定財産に対して既存の（pre-existing）、かつ、継続する（continuing）権利（所有権）を執行するものでしかない、というわけである。このような見解を強く主張するのは、イギリス原状回復法の先導者といわれる Peter Birks である。

Birks は、コモン・ロー上ないしエクイティ上の物的権利（所有権やその他の物的権利）を指し示す語として「所有的基礎

(proprietary base)」という概念を用いることにより、物的救済を形式的な観点から説明することを試みている[87]。Birksによれば、物的原状回復は、受領者の財産（金銭）に対して弁済者が所有権を保持するか否かに依存する、と解される。すなわち、弁済者が、当該財産に対する所有権を喪失した場合（＝受領者に所有権が移転した場合）には、物的原状回復は認められないのに対し、弁済者が、当該財産に対して所有権をいまだ保有している場合には、その代償財産が存在する限り、物的原状回復は認められる、というのである。

要するに、Birksの議論は、弁済者の財産から逸出した財産が受領者の財産のもとに価値としてとどまっており、したがって、弁済者の返還請求は受領者の手元にとどまっている自らの財産の返還請求にすぎない、と理解するものであり、わが国の「価値のレイ・ヴィンディカティオ」（先述）と類似の発想に依拠したものである[88]。こうした議論は、弁済者が何ゆえ受領者の他の一般債権者に優先するのかという問題に立ち入ることなく、いわば形式論的にChase Manhattan Bank事件を理解しようとするものであるといえよう。

もっとも、Birksに代表される以上の議論は、形式論に固執することで、弁済者に優先的な保護を与えるべきか否かという実質論に立ち入ることを意識的に回避することをも狙いとしていることに留意する必要がある[89]。もともとChase Manhattan Bank事件の弁済者は、受領者の破産の場面において、他の一般債権者と同様に、按分配当を甘受する立場にいた（先述）。これに対して、物的救済は、弁済者に対して、他の一般債権者と比較し、優先的保護を認めるものである。このような結論は、一見すると、所有権が帰属しない弁済者に、実質的に衡平の観点から、対物的保護（＝物的救済）を認めることを意味する。しかし、こうした救済を認めるためには、別個に法律上の根拠が必要となるのであり、その決定は立法府の権限に属する事項である[90]。裁判所は、あくまで既存の法律の枠内で事案の解決を目指す必要があり、司法府の権限を超えた判決を下すことはできない。それゆえ、既存の法律の枠内でChase Manhattan Bank事件を理解しようとするのであれば、弁済者に受領者の他の一般債権者に対する優先的保護が与えられるべきかという実質的な観点からではなく――これを判断するのは立法府である――、弁済者に所有権が帰属しているかどうかという形式的な観点からなされる必要がある。

このように、Birksらの主張する「所有的基礎」という概念は、司法府と立法府の権限に配慮しつつ、Chase Manhattan Bank

事件の意義を専ら所有権の帰属の問題とすることで、実質論に立ち入ることを慎重に回避するものである。Birks は、次のように述べ、実質論を明確に拒否している。(91)

ある請求権が破産において優先〔的保護〕に値するかどうかという問題は、〔法律家には〕答えることはできない問題である。対照的に、弁済者が物的権利を有するかどうか、そして、有するならば、いつからそのような権利が優先〔的保護〕を受けるかという問題は、専門的な概念的問題であり、法律家は期待通り答えることができる。（中略）それゆえに、Goulding 判事が、錯誤による弁済が直接のエクイティ上の物的権利を発生させたと判示したことが Chase Manhattn Bank 事件において正しかったかどうかいう問題は、立法者の問題、すなわち、破産において、錯誤による弁済者は無担保債権者よりも有利に扱われるべきかどうかという問題を問うことによっては答えられ得ない。その問題は、そのような錯誤による弁済の効果が直接的なエクイティ上の物的権利を発生させるかどうかを決定することにより答えることができる。(92)

こうした Birks の見解には、イギリス法に通底する法形式主義――裁判官は、実質論（政策論）に踏み込むべきではないという考え方――の強い影響をみることができる。(93) 以上の理解に従うと、Chase Manhattan Bank 事件は、錯誤による弁済によりコモン・ロー上の所有権が受領者に移転したとしても、エクイティ上の所有権が弁済者の下に残ることを認めた判決として形式的に理解されることになる。

第四節　物的救済の正当化二――柔軟な特定性判断による正当化

Chase Manhattan Bank 事件によれば、弁済者に対する優先的保護は、エクイティ上の物的救済の問題として基礎づけられることになった。しかし、こうした物的救済は、もともと信託上の救済手段（具体的には、合意に基づく信託〔明示信託〕の受託者が信託財産を適法に別の財産に変えたケース、および信託財産の無権限処分のケース(94)）であったものが、信託という文脈を離れて（たとえば、違法処分の文脈(95)で）利用されるようになった（以下、「物的救済一般」という）。その際に、エクイティ上の権利の対象物――受益者ないし被害者（以下、「受益者」

で統一する）の信託財産ないし騙取された財産（以下、「原財産」で統一する）――が受託者ないし違法行為者（以下、「受託者」で統一する）の手元において特定可能（ないし同一識別可能）であること[96]が要求されてきた[97]。そのため、学説は、この流れに沿って、錯誤による弁済者に対する物的救済の場面でも、特定性を問題にするようになる[98]。

もっとも、こうした特定性の問題が顕在化するのは、とりわけ、物的救済の対象物が金銭の場合である[99]。というのも、原財産（金銭）と受託者の固有財産（金銭）が混和した場合には、受託者の手元において物理的に原財産を特定することは困難であるため。ところが、こうした金銭の特定性の問題について、Chase Manhattan Bank事件においては、（当事者が争わなかったために）原財産は、受領者の手元において特定可能であるとの前提に基づいて結論が導かれており、金銭の特定性を判断するための具体的な基準については、何ら言及されなかった[100]。それゆえに、こうした取扱いをめぐっては、錯誤による弁済者に優先的な保護を与えることに否定的な立場のみならず、肯定的な立場からも批判が加えられているところである[101]。

そこで、本節では、イギリス法における物的救済一般における金銭の特定性に関する議論を手掛かりとして、Chase Manhattan Bank事件において残された問題――すなわち、エクイティ上の物的権利の対象物の特定の問題――を検討することにしたい。以下では、まず、物的救済一般に関する従来の判例を概観し、金銭の所有権の特定性が原財産のみならず代償財産や混和財産にまで拡張されていることを示す（第一款）。次に、混和財産への追及について、コモン・ローとエクイティの差異が生じる原因についてみる（第二款）。最後に、代償財産への追及について、その要件及びその基礎づけについて学説の議論を概観する（第三款）。

第一款　判例の概観――特定性の拡大

（一）（**はじめに――問題となる場面の類型化**）物的救済一般において、従来、イギリスの判例・学説は、金銭の特定性が問題となる場面をいくつかの観点から区別してきた。第一に、受益者Aに帰属する金銭それ自体（「原財産」という）が受託者Bのもとでそのまま存続している場合と他の物（「代償財産［substitute assets］[102]」という）を取得するためにBにより使用された場合であり、第二に、受益者Aに帰属する原財産が受託者Bのもとで B固有（ないし第三者C）の金銭と混和した場合

とそうでない場合である。

それゆえに、論理的には、上記二つの場合を組み合わせることにより、以下の四つの類型が問題となる。すなわち、(α)受益者Aの金銭（原財産）と受託者B固有の金銭が混和せず、かつ受託者Bは、Aの金銭により代償財産を取得していない場合、(β)[103]受益者Aの金銭と受託者B固有の金銭が混和せず、かつ受託者Bは、Aの金銭により代償財産を取得した場合、(γ)受益者Aの金銭と受託者B固有の金銭が混和し、かつ受託者Bは、当該混和した金銭により代償財産を取得していない場合、そして、(σ)受益者Aの金銭と受託者B固有の金銭が混和し、かつ受託者Bは、当該混和した金銭の一部ないし全部により代償財産を取得した場合、の各類型である。

（二）（**金銭の特定性の問題――追及の問題**）まず、物的救済一般に関する議論を参照することにより、イギリス法において従来金銭の特定性の問題がどのように理解されてきたかを確認することにしよう。イギリス法においては、物的救済一般の場面における金銭の特定性の問題は、これまで「追及の可否」の問題に置き換えられて議論が展開されてきた。

敷衍していえば、次のとおりである。受託者が信認義務に反して原財産を第三者に処分した場合（β類型）には、受益者は、第三者の手元にある原財産自体の返還を請求することができる。こうした第三者の手元にある原財産を特定する作業は、following と呼ばれる[104]。しかし、第三者が原財産の善意有償取得者（bona fide purchaser for value）にあたる場合には、受益者は、原財産に対する所有権を喪失する。もっとも、受託者が代償財産を取得している場合には、代償財産が原財産の交換価値により取得されたことを根拠に、受託者は代償財産に対する所有権が認められる。それゆえに、イギリス法上では、受益者が原財産の交換価値により取得された代償財産を「特定」することができるかどうかは、受託者の保護の態様に大きな差異をもたらす[105]。

また、受託者が原財産を自己の固有財産と混和した場合（γ類型）には、金銭の性質に鑑みると、返還の対象となる原財産を特定（ないし同一識別）することは困難になる。しかし、エクイティ上では、金銭の混和は、受益者から当然に所有権（受益権）を奪う積極的な理由とはみなされない（後述）。それゆえに、受益者は、原財産の交換価値が含まれた混和物を「特定」することができる限り、その価値の割合に応じて持分権が認められてきた。

このように、イギリス法においては、原財産の交換価値が代償財産を取得するために使用された場合（β類型）や受託者の固有財産と混和した場合（σ類型）には、原財産に対する所有権は、代償財産や混和物の上に所有権や担保権という形で同様の効力を維持することができる。そのため、問題は、原財産の価値代替物（代償財産または混和物）を特定することができるかという点に帰着する。このような受託者の手元にある原財産の価値代替物を特定する作業は、tracing（〔狭義の〕追及という）と呼ばれる[106]。

それゆえに、イギリス法においては、金銭の特定性の問題は、原財産を特定する following の問題（物体的な同一性の問題）と原財産の価値代替物を特定する tracing（〔狭義の〕追及）の問題（価値的な同一性の問題）という二つの次元で区別されている（following と tracing をあわせて〔広義の〕追及という）[107]。このことは、広義の追及に関する Millett 判事の次の叙述からも明らかである。

〔広義の〕追及は、いわゆる、権利主張（claim）でも救済手段（remedy）でもなく、プロセス（process）である。すなわち、それは原告〔弁済者〕が自己の所有物（property）に生じたことをたどり、それを受領した者を特定し、そして、受領者が譲渡しまたは受領した金銭が自己の所有物を体現する（represent）ものとみなされうるとの原告〔弁済者〕の主張を正当化するものである（傍線は引用者による）[108]。

Chase Manhattan Bank 事件において、錯誤による弁済者に物的救済が認めたことは、形式的にみる限り、上記の法理論が同事件に適用されうることを意味する[109]。もっとも、何ゆえ特定が認められると原財産以外の財産（代償財産や混和物）に対して物的権利（所有権や担保権）が認められるかについては、明確とはいえず、むしろ自明なものとして理解されてきた。そこで、以下では、こうした点に留意しつつ、具体的に特定性の判断について判例の立場を概観することにしたい[110]。

（三）**（判例の考察）** まずβ類型（代償財産への追及）についてみると[111]、判例は、弁済者のもとに原財産の交換価値で取得された代償財産が存在する場合には、物的救済に必要な特定性は代償財産の存在をもって足りると解するようである[112]。その根拠は、代償財産が原財産の価値で取得されたことに求められている。

次に、γ類型（混和財産への追及）についてみると[113]、ここでは、原財産たる金銭が弁済者の固有財産たる金銭と混和した場合に、原財産たる金銭の特定性が消滅するかどうかが問題となる。判例は、コモン・ローとエクイティで取り扱いを異にする[114]。一方で、コモン・ローでは、判例は、金銭以外の代替可能財産が混和した場合とは異なり[115]、金銭が混和した場合には、原財産は、特定性を失い、その帰結として、物的権利の客体になり得ないと解した（コモン・ロー上の追及[116]）。他方で、エクイティでは、判例は、かつてはコモン・ローと同様の取り扱いを行っていたものの、現在は、原財産の所有権が混和物に対する担保権という形で存続し、特定性は当然には消滅しないと解する（エクイティ上の追及[117]）。それゆえに、原所有者たる弁済者は、混和物に対して擬制信託に基づきリーエンまたはエクイティ上の所有権（持分権）が認められ、混和物に含まれるとみなされる原財産の交換価値に対して執行することが認められる[118]。もっとも、その際には、原所有者は、自己の財産が信託上に保有されていること、あるいは一定の信認関係にあることを証明する責任を負うという点で、要件が加重されている[119]（こうした差異が生じる原因は、後述する）。

最後に、σ類型（混和財産の代償財産への追及）についてみると、判例は、β類型及びγ類型の判例法理を前提としつつ、大別して以下の三つの場面に類型化したうえで特定性を判断する。すなわち、第一に、受領者が弁済者の金銭と受領者自身の金銭を悪意で混和した場面では、判例は、証拠上の困難性が生じる場合とそうでない場合で異なる取り扱いをする。前者の場合（証拠上の困難性が生じる場合）（例えば、受領者が自分自身の二五〇〇〇ポンドの金銭と弁済者から受領した二五〇〇〇ポンドを〔当該金銭に自己が権利を有しないことを認識しながら〕混和し、その後、受領者がその混和物からまず二〇〇〇〇ポンドを出し、それを喪失し、次に、二〇〇〇〇ポンドを引き出し、そして価値で三倍の絵画を購入するためにそれを使用した場合のように、誰の金銭が喪失し、誰の金銭が当該絵画の購入に使用されたかが不明な場合）には、判例は、受領者＝悪意であることを根拠に、受領者に不利に証拠上の推定を及ぼす。具体的には、弁済者は以下のルールのうち、自己に有利なほうを援用することができる。すなわち、（α）（上記の例のように）先に引き出された金銭が浪費等により追及できない場合には、残っている金銭を弁済者自身の金銭と推定するルール[120]と（β）混和資金の残額から後に引き出された金銭が追及できない場合には、先に引き出された金銭を弁済者自身の金銭と推定するルール[121]である。

これに対し、後者の場合（証拠上の困難性が生じない状況）（例えば、受領者が自分自身の金銭五〇〇〇〇ポンドと弁済者の金銭五〇〇〇〇ポンドを混和し、残金のない銀行口座にそれを預託したが、そこから受領者が八〇〇〇〇ポンドを引き出し、喪失した〔追究不能〕、その後受領者が他の金銭三〇〇〇〇ポンドを当該口座に加え、現在五〇〇〇〇ポンドある場合）には、判例は、原則として、混和と権利確定の間の中間最最低残高（lowest intermedical balance）（先の例でいえば、二〇〇〇〇ポンド）をもって特定性ありとし（なお、この場合には、証拠上の困難性がないため、前者のルール〔Re Hallet Estate 事件のルール〕を使うことはできない[122]）、例外として、弁済者は受領者が失った財産を置き換えることにより弁済者の損失を填補する意図があったということを証明することができる場合のみ、当該混和資金後に加えられたものに自己の金銭を追及することができると解する[123]。

第二に、善意の複数の弁済者に帰属する金銭が一緒に混和された場面（いずれも過失がない場合）では、判例は、原則として、各弁済者が比例持分に従って利得と損失を分担しあうとする「按分比例」原理[124]を支持する。その理由としては、「〔善意の寄与者の請求〕が他の善意の寄与者の請求と競合する場合には、その請求のいずれかが他方の請求に劣後されうる根拠はない」ことが挙げられる[125]。もっとも、例外として、判例は、当座預金口座（current bank account）及びその他の銀行（active bank）口座については、「先入れ先出し（first in, first out）」ルール（例えば、受領者Cが弁済者Aからの一〇〇〇〇ポンドを当座預金口座に入金し、そして弁済者Bからの一〇〇〇〇ポンドを入金し、そして一〇〇〇〇ポンドを引き出し、そしてその金銭を失う〔あるいは三倍の価値を有する資産を購入するためにその資金を使用する〕と、損失〔または利得〕はAにのみ帰する）を適用する[126]。

もっとも、こうした帰結に対しては、AとBの間に「非合理的かつ恣意的な」帰結をもたらすとの批判が加えられており、近時、このルール（〈先入れ先出しルール〉原理）の適用を否定する判例も登場している[127]。その理由としては、投資者は、自己の金銭が投資目的のために単一の基金でプールされるべきであるということをすべて意図しており、その基金に残っているものを比例的に共有することが当事者達の当初の意思と一致することが挙げられる。そして判例の中には、代替的な解決策として、「段階的な負担（rolling charge）」的解決――すなわち、引き出し以前の当該基金に対する弁済者らの持分に従ってその基金の損失及び利得を分け合う方法――を提示するものもある（Woolf 控訴院判事及び Leggatt 控訴院判事。先述の［12］判決

〔Shalson v. Russo, [2005] Ch.281 at [150]〕もこのルールを支持する)[128]。

第三に、被告が原告の金銭と被告自身の金銭を善意で混和した場面では、判例は、第二の場面（善意の二人の原告に帰属する金銭が被告により一緒に混和された場合）と同じルールを適用する[129]。

以上の考察から、現実的に最も特定性が問題となるのはσ類型である。しかし、その前提にあるのは、β類型及びγ類型の考え方であり、その根拠付けが問われなければならない。以下、この点についてみていくことにしよう。

第二款　混和財産への追及

まず、γ類型（混和財産への追及）について、コモン・ローとエクイティで取り扱いに差異が生じる原因を確認することにしよう。金銭の特定方法について、コモン・ロー上では、「〔物質的な〕物」に着目して判断されるのに対し、エクイティ上では、物に内在する「〔抽象的な〕価値」に着目して判断される（それゆえに、物は、その交換価値を体現する媒介物でしかない）、と説明されることが一般的である[130]。しかし、直截的な理由は、以下の点にあるとされる。

一方で、コモン・ロー上の取扱いについてみると、第一に、技術的（制度的）理由としては、コモン・ロー上では、（ⅰ）金銭が混和した場合に、混和物に含まれる金銭の交換価値を特定するための証拠上の推定ルールが発展しなかったこと、（ⅱ）金銭の返還を担保するためのリーエンや担保等の物的権利（proprietary interest）が発展しなかったこと[131]、が挙げられる。また、第二に、実質的理由としては[132]、（ⅰ）「金銭には目印なし（money is no earmark）」というルールが働いていること[133]、（ⅱ）金銭の占有者は、当該金銭に対して所有権を有するとの推定を受けることから、その外観を信頼した第三者が真の所有者からの返還請求にさらされることを回避し、交換媒介物としての金銭の効率的な流通性を確保すること、が挙げられる[134]。これらの理由のために、コモン・ロー上では、金銭が混和した場合には、弁済者は、原財産の交換価値を含む混和物の一部に対する物的権利が認められず、金銭の特定性は消滅する、と解されてきた。

他方で、エクイティ上の取扱いについてみると、第一に、技術的（制度的）理由としては、エクイティ上では、（ⅰ）金銭が混和した場面において、信託受益者を保護するために精巧な証拠上の推定ルールが発展してきたこと、（ⅱ）様々な形式の

物的権利（とりわけ、リーエン）が承認されてきたこと、が挙げられる[135]。また、第二に、実質的理由としては、（i）金銭が混和しただけで、金銭の特定性が消滅し、その結果、弁済者が一般債権者として不利に扱われる理由はないこと[136]、（ii）このように解したとしても、金銭の流通性確保は、善意有償取得法理により担保されること、が挙げられる。これらの理由のために、エクイティ上では、金銭が混和した場合にも、弁済者は、原財産の交換価値を含む混和物を特定することができる限り、リーエンによる持分権の付与という形で保護される、と解されてきた。

こうした差異は、金銭の真の所有権者の保護（静的安全）の要請と通貨たる金銭の流通性確保（動的安全）の要請とをどのように調整するかという問題に帰着する。そして、この問題は、コモン・ロー上では、後者の要請が重視されていたのに対して、エクイティ上では、後者の要請に配慮しつつも、前者の要請に応えてきたと理解することができる。

（1）起草者の理解によれば、同条の削除は、民法（実体法）次元において債権者平等の原則を否定することを意図したものではなく（例えば、富井政章『民法原論　第三巻　債権総論上』〔有斐閣、一九二九〕一八頁は、この原則を承認する）、自明の原則ゆえに、明文で定める必要はないとの考え方に基づくものであった。以上については、中田裕康「責任財産・債権者平等」法教一五二号（一九九三）四三頁以下（同『継続的取引の研究』〔有斐閣、二〇〇〇〕所収）参照。

（2）鈴木禄弥「『債権者平等の原則』論序説」曹時三〇巻八号（一九七八）一二頁、なお、同「『債権者平等の原則』について」受験新報一九六八年一月号四〇頁も参照。

（3）第一の視点につき、野村豊弘「総括」私法六三号（二〇〇一）四一頁以下、山本和彦「コメント」同四五頁以下参照。

（4）不法行為に基づく損害賠償請求権の優先的保護については、さしあたり、伊藤眞「不法行為にもとづく損害賠償債権と破産・会社更生」判評三三〇号（一九八六）一七四頁以下、佐藤鉄男「倒産手続における不法行為債権の処遇」『倒産実体法――改正のあり方を探る』別冊NBL六九号（二〇〇二）四頁以下を参照されたい。

（5）従来、学説では、物権・債権峻別体系のもとで不当利得返還請求権が一般債権であることは、自明のものと考えられていたために明示的に言及するものは少ない。しかし、近時後述する優先的保護を提唱する学説が登場し

て以降、この問題を意識しつつ、明示的に否定するものとしては後述する鈴木禄弥『債権法講義』（創文社、一九八〇）四二六頁以下、同『物権法講義（五訂版）』（創文社、二〇〇七）四四九頁以下（以下、前者を鈴木①、後者を鈴木②として引用する）の他、藤原正則『不当利得法』（信山社、二〇〇二）二七四－二七六頁、潮見佳男『債権各論Ⅰ契約法・事務管理・不当利得』（新世社、二〇〇九）三四五頁などがある。

（6）本稿は、様々な場面で、鈴木の見解を取り上げている。その理由について若干言及すると次の通りである。かつて、わが国の民法学は、ドイツ民法特殊の解釈論の影響を強く受け、概念法学により支配されていた。しかし、一九七〇年代以降、アメリカ法的なリアリズム法学の影響を受け、機能主義的・利益衡量論的な批判分析が民法の様々な領域で展開されてきたのは周知のとおりである（星野英一「民法解釈論序説」法哲学年報一九六七年『法の解釈と運用』〔一九六八〕〔同『民法論集第一巻』〔有斐閣、一九七〇〕一頁以下所収）。もっとも、一九九〇年代以降、平井宜雄の利益衡量論批判及び「議論」論（平井宜雄『法律学基礎論覚書』〔有斐閣、一九八九〕、同『続・法律学基礎論覚書』〔有斐閣、一九九一〕〔同『平井宣雄著作集一巻　法律学基礎論の研究』〔有斐閣、二〇一〇〕に所収）を契機に、こうした動きは低迷し、（平井の意図とは逆行する形で）概念法学が復権する動きが近時みられる。本稿は、こうした近時の状況を危惧し、かつての機能主義的・利益衡量的な分析手法に再度光を当てることを意図するという目的も副次的に有する。鈴木の機能主義的な議論は、いまだにわれわれに多くの示唆を与える点があり、本稿において鈴木の議論を多用するのは、専らそのためであることを予めお断りしておきたい（わが国における近時の法教義学の復権、あるいは概念法学への復活について批判的に指摘するものとして、吉田邦彦『債権総論講義録（契約法Ⅰ）』〔信山社、二〇一二〕vi以下参照。また、近時の民法学の議論の仕方が「建前（法的ドグマ）」的であるとし、もっと「本音（政策論）」ですべきとの森田果「商法」の私法学会における発言〔私法七〇号〔二〇〇八〕五六頁〕もこうした方向を示唆するものといえよう。以上については、得津晶「民商の壁―一商法学者からみた法解釈方法論争」新世代法政策学研究二号〔二〇〇九〕二三三頁以下も参照）。

（7）この差異は、わが国の金銭に関する特殊な解釈――すなわち、「金銭所有権は原則として占有とともに移転する」という解釈（以下、「占有＝所有」理論という）――に由来する。この解釈は、末川博「貨幣とその所有権」経済学雑誌一巻二号（一九三七）（同『物権・親族・相続（末川博法律論文集）』〔岩波書店、一九七〇〕二六三

頁以下所収）（金銭を他の動産と明確に区別し、金銭の高度の代替性と消費物としての性格を重視して、金銭について占有と所有権の所在を一致させ、原因の如何を問わず金銭の占有を取得した者が所有権も取得するとの解釈論を提唱した）を嚆矢とし、その後、「占有＝所有」理論が最高裁により採用され、判例として確立された（最判昭和二八年一月八日民集七巻一号一頁、最判昭和二九年一一月五日刑集八巻一一号一六七五頁、最判昭和三九年一一月二四日判時三六五号二六頁）。さらに、通説もこの見解を支持している（川島武宜『所有権法の理論』〔岩波書店、一九四九〕一九七－二〇〇頁、同『新版所有権法の理論』〔一九八七〕一七八－一八〇頁〔「占有＝所有」理論に例外を一切認めない点で、末川よりも厳格に捉える〕、我妻栄＝有泉亨補訂『新訂物権法』〔岩波書店、一九八三〕二三五－七頁、鈴木②・前掲書注（5）四四七－五〇頁）。

（8）一般債権の優先的保護をめぐっては、民法学よりも（債務者の破産という局面で問題となることに鑑みれば当然ではあるが）倒産法学において議論が蓄積されている。倒産法学においては、平成一六年破産法改正の際に、「債権者の実質的平等」という視角から一般債権の優先化・劣後化についての議論が行われていた（法務省民事局参事官室「破産法の見直しに関する中間試案」ＮＢＬ編集室編『破産法等の見直しに関する中間試案と解説』別冊ＮＢＬ七四号〔二〇〇二〕三一頁以下。民訴雑誌四九号（二〇〇三）九二頁以下）。これらの議論は、債務者が破産した場合に按分配当を甘受させられることになる一般債権者に倒産法上の優先的保護を与えるためには、実体法（民法）上の基礎づけが不可欠であるとの考えを示していた。本稿は、このような倒産法学からの指摘を踏まえ、わが国の不当利得返還請求権（民法七〇三条、七〇四条）を対象として、民法学の側からそのような基礎づけを試みるものである。

（9）具体的には、最判昭和四九年九月二六日民集二八巻六号一二四三頁（騙取金による弁済の事案）や最判平成四年四月一〇日判時一四二一号七七頁（遺産分割前に相続財産たる金銭を保管する相続人に対して他の相続人が自己の相続分に相当する金銭の支払を求めた事案〔否定〕）が挙げられる。後者については、道垣内弘人「判批（最高裁平成四年四月一〇日判決）」家族法判例百選（第六版）（二〇〇二）一三五頁の指摘参照。

（10）能見善久「金銭の法律上の地位」星野英一ほか編『民法講座別巻一』（有斐閣、一九九〇）一一四頁。

（11）例えば、①窃盗の文脈について、好美清光「賍物である金銭の即時取得」金判七三号（一九六七）二頁以下および川島武宜編『注釈民法七　物権（二）』（有斐閣、一

九六八）（好美清光執筆）九八頁以下（「占有＝所有」理論の射程を、金銭がその「価値の表象として流通させられた」場合に限定し、そうでない場合〔例えば、Aの金銭をBが窃盗行為によって取得した場合〕には、「価値の表象として流通させられた」場合には当てはまらないから、盗まれた金銭がBのもとで特定できるときは、AはBに対して所有権に基づく返還請求権を行使することができる、とする）。また、②金融取引という文脈について、神田秀樹「国際金融取引に関する法的諸問題」金融一九九二年一〇月六頁以下（金融取引という文脈において、「通貨はカネではなくモノとして取引の対象そのものとされている」と指摘し、当該通貨について一定の条件の下で優先的保護〔取戻権〕が認められるべきと提唱する）や森下哲朗「銀行倒産における取引相手方の権利保護のあり方について」私法六三号（二〇〇一）二七四頁以下、③金銭を預金という形態で管理する文脈について、西島良尚「金銭の管理と帰属について（一）（二・完）――『金銭の所有と占有の一致』の法理の若干の検討」NBL八一〇号（二〇〇五）八九頁、八一二号（二〇〇五）一三一頁以下（二〇〇五）がある。

(12) 四宮和夫「物権的価値返還請求権について」我妻追悼『私法学の新たな展開』（有斐閣、一九七五）一八五頁（同『民法論集』〔弘文堂、一九九〇〕九七頁以下所収。引用は後者による）（金銭を「物」と捉える立場も「価値」にすぎないと考える立場も一面的であり、両者を統合した観点から説明する必要があるという認識に基づき、金銭の価値帰属者が、価値帰属を変更する有効な意思に基づかず、金銭の占有を失った場合には、占有者には金銭の物所有権が帰属するが、価値帰属者には価値所有権が存続する。その結果、価値帰属の変更の合意なしで占有を失った価値帰属者は、価値的な同一性がある限り、金銭の「価値所有権に基づく返還請求権」を行使できる、とする）がその嚆矢であり、広中俊雄『物権法下』（青林書院新社、一九八一）二五七－六三頁および加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』（有斐閣、一九八六）六六八頁以下もこれを支持する（これらの見解においても細部において差異がみられるものの、ここではその内容には立ち入らない）。

(13) 例えば、佐伯仁志＝道垣内弘人『刑法と民法の対話』（有斐閣、二〇〇一）二四頁以下〔道垣内弘人発言〕がある。また、伊藤高義「物としての金銭――金銭をめぐる返還請求権への視点として」南山三一巻一＝二号（二〇〇七）三二三頁以下、同「金銭の返還請求権の場についての考察」愛学五二巻三＝四号（二〇一一）一頁以下も同様の方向を志向するものといえようか。

(14) 例えば、松岡久和「債権的価値帰属権についての予備

的考察――金銭を騙取された者の保護を中心に」龍谷大学社会科学研究年報一六号（一九八五）六八頁以下（被騙取者の侵害利得請求権につき、債権でありながら価値帰属権としての性質をもつ「債権的価値帰属権」を観念し、価値の同一性を要件とせずに優先的保護を認めようとする）。

(15) 学説の議論状況の概観については、以上に掲げたもののほか、田高寛貴「金銭の特殊性」民法の争点（二〇〇七）一六四頁以下、同『クロススタディ物権法』（日本評論社、二〇〇八）一〇五頁以下、花本広志「価値帰属論」北居功ほか『コンビネーションで考える民法』（商事法務、二〇〇八）一〇二頁以下、川地宏行「判批（最高裁昭和三九年一月二四日判決）」民法判例百選Ⅰ（第六版）（二〇〇九）一五六頁以下も参照。

(16) 松岡久和「アメリカ法における追及の法理と特定性――違法な金銭混和事例を中心に」林献呈『現代における物権法と債権法の交錯』（有斐閣、一九九八）三九四頁。従来の見解は、前者の場面（騙取金弁済の場面）を念頭に論じつつも、後者の場面（錯誤による弁済の場面）にも同様に及ぶと解する見解が多数を占めていた（例えば、四宮〔能見の理解に従うと、四宮の提唱する物権的価値返還請求権は「意思に基づかないで金銭の占有が移転」した場面――具体的には、金銭が盗まれた場面のみならず、金銭を移転する法律行為が無効である場面――に広く適用される趣旨であるとされる〔能見・前掲一一六頁〕〕のほかに、磯村保「騙取金銭による弁済と不当利得」石田＝西原＝高木還暦『金融法の課題と展開』〔日本評論社、一九九〇〕二五一頁、二六八頁以下〔「紛争の実質が、金銭の価値帰属主体と所有主体が分裂する場合の利害調整ないし物権的効力の承認の問題であるとすれば、例えばX〔被騙取者〕・M〔騙取者〕間で締結された金銭消費貸借契約が単に錯誤のゆえに無効である場合にも、MがY〔受領者〕に対する債務弁済のためにXから受領した金銭を交付した場合に、Xの受けるべき保護は、Xが金銭を本来の意味で『騙取』された場合と同様に解してもよい」とする〕もこのような理解を示す）。これに対し、松岡の指摘は、こうした理解に異論を挟む余地がありうることを示唆する。本稿は、松岡の問題意識を引き継ぎつつ、近時、後者の場面（錯誤による弁済の場面）において大々的に議論が展開されているイギリス法を概観することにより、残されたこの問題に不十分ながらも検討を試みるものである。

(17) なお、イギリス原状回復法は、英米法圏の中で最も発展が遅かったこともあり、アメリカ法やコモンウェルス法圏の議論の影響を強く受けている。それゆえに、イギリス原状回復法を正確に理解するためには、これらの議

論を踏まえることが必要である。しかし、そのような作業は、現在の筆者の能力を超えるものであり、包括的な研究は今後の課題とし、本稿においては、イギリス（主として、イングランド）法のみを対象とし、その他の英米法圏内における議論は、検討に必要な範囲で言及するにとどめることを予めお断りしたい。

（18）もっとも、イギリス法において錯誤による弁済者に優先的な保護が与えられているからといって、そこから直ちに、わが国においても錯誤による弁済者に同様の保護が与えられるべきである、といっていることにはならない。というのも、英米法と大陸法では、法体系が大きく異なり、また、規範的な基礎が異なるからである（Lionel Smith, *Philosophical Foundations of Proprietary Remedies*, in Robert Chambers et al. eds., Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment (Oxford U.P., 2009) 283）。しかし、そのような差異を考慮に入れるとしても、その背後にある利益衡量上の各因子については、硬直したわが国の議論を相対化する際に、参照に値するものと考える。本稿においてイギリス法を検討する目的は、専らこの点にある。同様の観点からアプローチするものとして、松岡・前掲注（16）があり、多くの示唆を得た。

（19）用語の問題として次の点に留意されたい。

本稿において「不当利得（unjust enrichment）」という語は、要件および規範的な基礎づけを示す語として、「原状回復（restitution）」ないし「原状回復請求権（restitution claims）」という語は、不当利得の効果を示す語として、さらに「原状回復法（law of restitution）」という語は、不当利得原理により支配される法領域を示す語として用いることにする。こうした用語法は、原状回復と不当利得を等置（equation）の関係として捉えようとするイギリスの伝統的な理解に基づくものである（例えば、Peter Birks, An Introduction to the Law of Restitution (rev ed) (Oxford U.P., 1989) 23）。もっとも、こうした用語法は、近時の学説の批判（例えば、Graham Virgo, *What is the Law of Restitution About?*, in: W.R. Cornish et al. eds., Restitution: Past, Present and Future (Hart Publishing, 1998) 305〔伝統的な理解に対し、原状回復法は、不当利得原理のみでは捉えきれないと指摘する〕）を踏まえると、イギリス原状回復法の現状と乖離するという反論が予想されるが、本稿の問題を論じるにあたっては、さしあたり問題はないと考える。なお、英米法において「不当利得法」ではなく、「原状回復法」と呼ばれる理由については、Peter Birks, *Mismomer*, in: Cornish et al. eds., Restitution: Past, Present and Future (Hart Publishing, 1998) 5 のほか、

古谷英恵「アメリカ錯誤法の足跡（一）」明大院二四号（二〇〇六）一〇〇頁注（100）を参照されたい。

(20) Chase Manhattan Bank 事件以後、同判決の射程を原状回復請求権一般に拡張する余地があることは、早い段階から指摘されていた（例えば、P.A. Butler, *A Restitutionary Proprietary Claim for the Mistaken Payer*, 12 UQueens. L.J. 99, at 104 (1982)「イギリスの裁判所は、錯誤による弁済者に対する物的原状回復請求の可能性を考察し、承認した以上、その方法は他の場面」、具体的には、「強迫、不当威圧あるいは非良心的な取引」の場面にも拡張する余地があると指摘する」）。

(21) こうした取扱いが英米法に特殊なものであり、大陸法にとって相容れないものであることについては、Smith, *supra* note18, at 283～. なお、近時、ヨーロッパ法の統一を目指す「共通参照枠草案（Draft Common Frame of Reference）」では、この問題は、留保されている（Christian von Bar and Eric Clive eds., Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law –Draft Common Frame of Reference (Dcfr) Full Edition (European Law Publishers, 2009) Ⅶ.-7: 101 (2), また、同書の翻訳として、クリスティアン・フォンバールほか編〔窪田充見ほか監訳〕『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則―共通参照枠草案（DCFR）』〔法律文化社、二〇一二〕も参照）。

(22) Birke Häcker, Consequences of Impaired Consent Transfers—A Structural Comparison of English and German Law (Mohr Siebeck, 2009) 125～; Charles Mitchell et al., Goff and Jones: The Law of Unjust Enrichment (8th ed.) (Sweet and Maxwell,2010) 805～.

(23) 例えば、Richard Calnan は、イギリス法の物的原状回復に関する議論状況を以下のように端的に述べる。すなわち、「〔この問題に関する〕法がいかなるものかについての先例の一致はなく」、また、「〔この問題に関する〕法がどうあるべきかについての解釈の一致も全くない」（Richard Calnan, Proprietary Rights in Insolvency (Oxford U.P., 2010) 111～参照。〔 〕内は引用者。Michel Bryan, *The Criteria for the Award of Proprietary Remedies: Rethinking the Proprietary Base*, in: Michel Bryan ed., Private Law in Theory and Practice (Routledge-Cavendish, 2006) 271, Mitchell el al., *supra* note 22, at 805も同旨）。このような状況であるのは、例えば、後述する Chase Manhattan Bank 事件の判決の評価――具体的には、この判決がイギリス法において先例として維持されているかどうかについての評価――について学説の一致が見られないことからも明らかである（例えば、先例性を否定するものとして、

Graham Virgo, The Principles of the Law of Restitution (2nd ed.) (Oxford U.P., 2006) 572があり、他方、先例性を肯定するものとして、Peter Birks, *Property, Unjust Enrichment and Tracing*, 54 C.L.P. 231, at 248 (2001); Andrew Burrows, *Proprietary Restitution: Unmasking Unjust Enrichment*, 117 L.Q.R. 412, at 423 (2001) が挙げられる。このような評価の対立は、後述する Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC, [1996] A.C. 699における Browne-Wilkinson 卿による Chase Manhattan Bank 事件判決の再評価を契機とする)。このような状況は、商事取引に不確実性の要素を残し、取引の当事者の予測を害する結果となりうる。というのも、商事取引においては、取引の一方当事者(債権者)は、他方当事者(債務者)の現にある財産により債務者の信用力を評価し、取引を行う。しかし、物的原状回復が認められると、対象となる財産は、債務者の責任財産から除外されることになり、取引の相手方の信頼を害することになるからである。それゆえに、物的原状回復の適否の問題は、商事取引において重要な課題となっている (Richard Calnan, *Imposing Proprietary Rights*, [2004] R.L.R. 1)。

(24) Andrew Burrows, *The English Law of Restitution: A Ten-Year Review*, in: Jason W. Neyers et al. eds., Understanding Unjust Enrichment (Hart Publishing, 2004) 11 at 14, 23. Peter Millet, *Review*, 115 L.Q.R. 517, at 518 (1995) も同旨。その原因は、物的原状回復の議論が、原状回復法と破産法という二つの法領域が交錯する問題となっていることにある。ここで議論状況の概略を示すと、まず、当初の議論は、原状回復法学者(その代表は、Peter Birks であり、本稿の第二章において検討する通説的見解である)を中心に、本文の①の問題(物的原状回復を認めるか否かという問題)を当然なものとみなし、専ら本文の③の問題(どのような手段ないし形式で認めるかという問題)――とりわけ、受領者の利得を弁済者に返還する手段としての復帰信託 (resulting trust) ――を検討対象としてきた (Peter Birks, *Restitution and Resulting Trusts*, in: Stephen R. Goldstein ed., Equity and Contemporary Legal Developments (Jerusalem, 1992) 335;do., *supra* note 19, at 60-64)。しかし、この見解は、②の問題(どの範囲で認めるかという問題)について、瑕疵ある合意による移転が存在するすべてのケースにおいて、原状回復請求権に優先的保護を与えることになり、後述するように、破産法の基本原理(同順位原則)と抵触することに批判が向けられている。それゆえに、近時の学説は、①②の問題をも含めて、再度、様々な観点から原状回復請求権に

対する優先的保護の基礎づけを志向する。

（25）以下の記述は、Peter McDermott, *Mistaken Payments*, in: Steve Hedley & Margaret Halliwell et al. eds., The Law of Restitution (Butterworths,2002) 371～に負うところが大きい。

（26）もっとも、問題の局面は異なるが、錯誤による利得という点で共通するものとして、錯誤により他人の土地を改良した者に改良による価値の返還請求権を担保するために当該土地にエクイティ上のリーエン――わが国における先取特権類似のもの――の成立を認めた先例はわずかながら存在する（Cooper v. Phibbs, (1867) L.R. 2 H.L. 149）。

（27）Barclays Bank v. W.J. Simms Ltd, [1980] Q.B. 677 (Chancery Division)（上記の指摘は、Goff 裁判官が強調するところである）. Calnan, *supra* note 23 (*Imposing Proprietary Rights*), at 12 も参照。

（28）田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、一九九一）六八九頁参照。

（29）谷口知平＝甲斐道太郎編『新版注釈民法一八　債権（九）』（有斐閣、一九九一）（土田哲也執筆）六一頁参照。なお、準契約については、守屋善輝「英法に於ける準契約法の素描（一）（二・完）」法協五一巻七号二〇頁以下、同八号四二頁以下（一九三三）、小池隆一「英法に於ける準契約法理序説――ウインフィルドの『準契約法』を中心として」慶応義塾創立百周年記念論文集（法律学関係）第一部（一九五八）一頁以下、立石芳枝「イギリス法における準契約」谷口還暦『不当利得・事務管理の研究（二）』（有斐閣、一九七一）三三九頁以下も参照。

（30）McDermott, *supra* note 25, at 371.

（31）例えば、Peter Birks, *The Recovery of Carelessly Mistaken Payments*, 25 C.L.P. 179 (1972). このような理解が生じた原因は、イギリス法において長らく統一的な不当利得法理が定着してこなかったことにある。この点については、David Ibbetson, *Unjust Enrichment*, in: A Historical Introduction to the Law of Obligations (Oxford U.P., 1991) 264. 木下毅「アメリカ原状回復法序説」四宮古希『民法・信託法理論の展開』（弘文堂、一九八六）（同『アメリカ私法　日米比較私法序説』〔有斐閣、一九八八〕一九八頁以下所収。以下、引用は後者による）参照。

（32）Robert Goff and Gareth Jones, The Law of Restitution (1st ed.) (Sweet and Maxwell, 1966)（参照は第五版〔一九九八〕による）。同書には、アメリカ法（とりわけ、第一次原状回復リステイトメントおよびその起草者の一人でもある Austin Scott の学説）の影響が強く見られる。この点は、Peter Birks, *supra* note 19 (*Misnomer*), at 2 の指摘参照。

(33) Robert Goff and Gareth Jones, The Law of Restitution (5th ed.) (Sweet and Maxwell, 1998) 3〜. Graham Virgo, The Principles of the Law of Restitution (1st ed.) (Oxford U.P., 1999) 134〜も同旨（錯誤による弁済を不当利得原理に基礎づけられた原状回復の典型例と位置づける）。

(34) Kelly v. Solari, (1841) 9 M & W 54, 152 ER 24; Peck v. Mayor of Hawthorn, (1892) 18 VLR 24.

(35) Glanville Williams, *Mistake in the Theft*, 36 (1) Camb. L. J. 62 at 64 (1977). 具体的には、①受領者の同一性の錯誤、②譲渡された財産の同一性の錯誤（ただし、金銭の場合には、特定物として取引の対象とされない限り、問題とならない）、③総額の錯誤がこれにあたる。

(36) Morgan v. Ashcroft, [1938] 1 KB 49.

(37) Kelly v. Solari, (1841) 9 M & W 54,152 ER 24や Re Bodega Co Ltd., [1904] 1 Ch. 276.

(38) R E Jones v. Waring & Gillow Ltd., [1926] A.C. 670.

(39) このような制約が課されていた背景には、（ア）無制限の回復を認めると受領者の取引の安全を害することになり、また（イ）契約において予めリスク配分が決定されているのならば、錯誤の問題はそれにしたがって解決すればよく、原状回復法が介入すべきではないとの価値判断であり、さらに（ウ）弁済者が弁済するときに、（本当は存在しなかったのに）錯誤があったと請求をでっち上げる危険が存在すること、最後に（エ）原状回復請求を認めることが公平かどうかを決定する際には、当事者の行為を比較することが必要であるものの、受領者が利益を受領した後の受領者の行為を考慮することは、近時まで認められていなかったといった制度的理由、などの事情が存在した。Virgo, *supra* note 19, at 135-6.

(40) Gerard McCormack, Proprietary Claims and Insolvency (Sweet and Maxwell, 1997) 144.

(41) Hanoch Dagan, The Law and Ethics of Restitution (Cambridge U.P., 2004) 38〜.

(42) 錯誤を理由に原状回復が認められないとすると、錯誤による弁済者は、原状回復が認められるルールの下で望むであろう行動を回避し、あるいは過剰に警戒することになりかねない。こうした状況は、経済的な観点から非効率であるのみならず、弁済者の自律性にとっても有害である。というのも、「錯誤のリスクを最小限にするための異常なまでの承認や確認は、受け入れがたい入念な硬直した仕方で人々が相互に交流するという結果を導く」からである。原状回復は、これらの負担から人々の相互作用を軽減するのに資する（*Id.* at 43）。

(43) 例えば、Saul Levmore, *Explaining Restitution*, 71 (1) Va L. Rev. 65, at 69 (1985)（「原状回復の完全な否定は、

非効率的な高度の注意義務を導く」と指摘する）.

（44）[1980] Q.B. 677, at 695 (per Goff J).

（45）Agip (Africa) Ltd. v. Jackson, [1990] Ch. 265.

（46）Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council, [1999] 2 A.C. 349.

（47）笹川明道「英米不当利得法における『事情変更の抗弁』――民法七〇三条の『利得消滅の抗弁』との比較の観点から」神院三二巻二号（二〇〇二）七四頁参照。なお、イギリス法においてこのような抗弁が承認されたのは、Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd., [1991] 2 A.C. 548 (House of Lords) においてである。

（48）木下毅・前掲書注（31）二一四頁。なお、擬制信託に関しては、Mitchell, *supra* note 22, Ch.38も参照。

（49）用語の問題として次の点に留意されたい。

イギリス法上では、物的請求（proprietary claims）と物的救済（proprietary remedy）は、区別されている（Trustee of the Property of FC Jones and Sons (a firm) v. Jones, [1997] Ch. 159, at 168［per Millett LJ］）。物的請求は、弁済者（原告）が受領者（被告）に対して目的物の返還を求める際の根拠の問題であるのに対し、物的救済は、目的物に対して弁済者が物的権利を有することを前提として、裁判所がどのような手段によりその権利を執行するかという問題である。それゆえに、弁済者が受領者に物的請求をするためには、まず弁済者は、自己が物的権利を保持する財産を受領者が受領したことを証明しなければならない。これらが弁済者により立証されて初めて、裁判所は、受領者の手元に弁済者が物的権利を持つ目的物が存在する場合には、弁済者に物的救済（擬制信託、リーエン等〔後述参照!〕）を認めるのに対し、受領者が現に当該目的物を保有していない場合には、裁判所は、人的救済（personal remedy）を認めるにとどまる。以上については、Graham Virgo, The Principles of Equity & Trusts (Oxford U.P., 2012) 615～参照。

（50）植田淳『英米法における信認関係の法理―イギリス判例法を中心として』（晃洋書房、一九九七）二二六頁。

（51）Sinclair v. Brougham, [1914] A.C. 398 (House of Lords). もっとも、学説は、信認関係の存在を要求することに批判的である（例えば、Lionel D. Smith, The Law of Tracing (Clarendon Press,1997) 120; Goff and Jones, *supra* note 33, at 104; David Fox, Property Rights in Money (Oxford U.P., 2008) 281）。

（52）Austin Scott, The Law of Trusts vol.5 (3rd ed.) (Aspen, 1967) 3428～.

（53）[1981] Ch. 105, at 118.

（54）[1981] Ch. 105, at 119.

（55）[1981] Ch. 105, at 127. なお、本判決について紹介及び

検討するわが国の先行研究としては、植田・前掲書注(50)二二四頁以下、道垣内弘人『信託法理と私法法理』(有斐閣、一九九六)九九頁以下、岸本雄次郎『信託制度と預り資産の倒産隔離』(日本評論社、二〇〇七)三一頁以下、コーエンズ久美子「預金の帰属と優先的返還請求権――英米法の信託法理の検討を手がかりとして」山法四四＝四五合併号(二〇〇九)一八頁以下などがある。

(56) ここで原状回復請求権の要件を確認すると、原状回復請求権は、①受領者が利得を得たこと、②受領者の利得が給付者の損失によるものであること、そして、③受領者の利得が、判例において従来承認されてきた「不当性要素(unjust factor)」により、不当なものとみなされること、という三つの要件が充足される場合のみ認められる(Hᴀ́ᴄᴋᴇʀ, *supra* note 22, at 101)。これらのうち、③の不当性要素は、大陸法(「法律上の原因の不存在」)と比較して、英米法に特殊なものであり、給付者と対比して受領者の利得を「不当」にし、かつ、原状回復の積極的理由を提供する具体的な要素の特定を要求するものであるとされる(Hᴀ́ᴄᴋᴇʀ, *supra* note 22, at 25)。不当性要素の具体的中身については、細部については見解が分かれるものの、錯誤(当初は、制限的であったが、その後、拡大していったことは先述した〔第二章の第一節参照〕)、詐欺、強迫がこれに該当することについては、見解の一致が見られる(Bɪʀᴋs, *supra* note 19, Aɴᴅʀᴇᴡ Bᴜʀʀᴏᴡs, Tʜᴇ Lᴀᴡ ᴏꜰ Rᴇsᴛɪᴛᴜᴛɪᴏɴ (3rd ed.) (Oxford U.P., 2011); Gᴏꜰꜰ ᴀɴᴅ Jᴏɴᴇs, *supra* note 32, Vɪʀɢᴏ, *supra* note 23)。したがって、本件のXは、錯誤による弁済により損失を被っていること(①)、Yは、Xの錯誤による弁済により利得を得ていること(②)、そして、Xの(事実に関する)錯誤は、不当性要素の一つにあたること(③)から、XはYにする原状回復請求権が認められることになる。なお、英米原状回復法の要件一般に関しては、松坂佐一「英米法における不当利得」愛大五一＝五二合併号(一九六六)七五頁以下(同『英米法における不当利得』〔有斐閣、一九七六〕所収)参照。

(57) このような考え方は、判例において確立されており(Richard Calnan, *Proprietary Claims for Mistaken Payment*, in: Fʀᴀɴᴄɪs Rᴏsᴇ ᴇᴅ., Rᴇsᴛɪᴛᴜᴛɪᴏɴ ᴀɴᴅ Iɴsᴏʟᴠᴇɴᴄʏ (Mansfield Press, 2000) 168, at 169)、また立法によっても同様の立場が踏襲されている(Insolvency Act 1986 (UK)*ss*283 (3) (a) and (5))。信託財産の破産における取扱いについては、Hamish Anderson, *The Treatment of Trust Assets in English Insolvency Law*, in: Eᴡᴀɴ Mᴄᴋᴇɴᴅʀɪᴄᴋ ᴇᴅ., Cᴏᴍᴍᴇʀᴄɪᴀʟ Aspects of Trusts and Fɪᴅᴜᴄɪᴀʀʏ Oʙʟɪɢᴀᴛɪᴏɴs (Clarendon Press, 1992) 171～参

照。なお、Xがコモン・ロー上の所有者である場合には、Xは、Yの目的財産を占有する破産管財人に対して横領の訴えを提起することができ、それにより、事実上、XはYの他の一般債権者との関係で優先的保護を受けることになる（David Fox, *Common Law Claims to Substituted Assets*, [1999] R.L.R. 55, at 72-3; Craig Rotherham, Proprietary Remedies in Context—A Study in the Judicial Redistribution of Property Rights (Hart Publishing, 2002) 109～, 128～参照。また、横領については、望月礼二郎『英米法〔新版〕』〔青林書院、一九九七〕二七七頁以下も参照）。

(58) American Law Institute, Restatement of the Law of Restitution: Quasi-Contracts and Constructive Trusts (American Law Institute Publishers, 1937). 関連する規定は、次のとおりである（訳は、木下・前掲書注(31)二一一五頁に負う）。

第一次原状回復リステイトメント一六〇条〔擬制信託〕

財産に対する権原（title）を保有する者がそれを引き続き保有することになれば不当に利得することになるであろうという理由で、他にそれを移転すべきエクイティ上の義務を負う場合に、擬制信託が成立する。

第一次原状回復リステイトメント一六三条〔錯誤により惹起された移転〕

財産の所有者が、原状回復を受ける権利を有するような性質の錯誤の結果として財産を移転したときは、譲受人は、その財産をその所有者のために擬制信託に基づき保有する。

なお、近時制定された American Law Institute, Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment (American Law Institute Publisher, 2011) も従来の立場を基本的に追認するものである（ただし、「原財産の価値を超える部分」の優先的保護を否定している点で、変更がみられる）。関連規定は次のとおりである（訳は筆者による）。

第三次原状回復リステイトメント六条〔非債弁済 Payment of Money Not Due〕

（1）意図された受領者ではない者への金銭の支払いあるいは支払いが意図されていなかったときの支払いは、弁済者に受領者に対する原状回復請求権を与える。

（2）意図された受領者に対する弁済者の債務の存在または範囲についての錯誤から生じた金銭の支払いは、弁済者に支払いがなされるべきでなかった範囲で受領者に対する原状回復請求権を与える。

第三次原状回復リステイトメント五五条〔擬制信託〕

（1）受領者が原告の損失により、または原告の権利を侵害して特定の同一識別可能な財産に対する法的権原の取得により不当に利得を得ると、受領者は原告の

ために、係争財産および当該追及可能な生成物（product）の擬制受託者と宣言されうる。

第三次原状回復リステイトメント六〇条〔優先権〕

（一）制定法または六一条により定められている例外を除き、受領者の手元において同一識別可能な財産から生じた権利は、係争財産の有償取得者ではない受領者の債権者の競合する権利に優先する。（後略）。

第三次原状回復リステイトメントの概要については、Anthony Duggan, *Proprietary Remedies: A Comparison of Restatement Third on Restitution and Unjust Enrichment with England and Commonwealth Law*, 68 Wash. & Lee L. Rev. 1229 (2011);Emily Sherwin, *Why In Re Omegas Group Was Right: An Essay on the Legal Status of Equitable Remedies*, 92 B. U. L. Rev. 885 (2012)を参照。邦語文献としては、笹川明道「米国での『第三次原状回復リステイトメント』の刊行について」神院四二巻三＝四合併号（二〇一二）一三三頁以下が詳しい。

(59) それゆえに、アメリカ法では、擬制信託は、破産という局面で、同順位原則に服することになる一般債権者に優先的保護を与える「切り札（trump）」と理解されている（Hanoch Dagan, *Restitution in Bankruptcy: Why All Involuntary Creditors Should Be Preferred*, 78 Am. Bankr. L.J. 247, at 248 (2004)）。もっとも、このような擬制信託による優先的な保護が、アメリカ法においても積極的に根拠づけられているわけではないことは後述する。なお、アメリカ法に関するこの分野の議論状況については、植本幸子「アメリカ原状回復法における優先的取戻し――連邦倒産事例における擬制信託」北法五六巻一号二七七頁、同二号三五九頁以下（二〇〇五）参照。

(60) 本判決では、単に「信託」が成立する、と述べているにすぎないため、学説上では、本件の信託の性質（擬制信託か、それとも復帰信託か）をめぐり争いがみられるものの、いずれと理解しても、本件の場面においては、結論に差異は生じない（Mitchell et al., *supra* note 22, at 834）。そのため、本稿ではこうした信託の性質論の問題については立ち入らない。なお、近時の学説の中には、機能的な観点から原状回復の機能を担う擬制（ないし復帰）信託を「不当利得信託」（Peter Birks, Unjust Enrichment (2nd ed.) (Oxford U.P., 2005) 304）あるいは「原状回復信託」（Mitchell et al., *supra* note 22, at 834）などの名称をつけ、意識的に、その他の信託（抑止〔非良心的行為の防止〕機能を担うものや債務の履行を補完する機能を担うもの）と区別するものもみられる。

(61) この点について、植田・前掲書注（50）二二七頁は、イギリス判例法のアメリカ法への接近を指摘する。

(62) 例えば、Scott の理解に従うと、錯誤による弁済者は、

原状回復請求権を取得し、その効果として、受領者は、擬制信託に服することになる。もっとも、エクイティ上の物的救済は、コモン・ロー上の救済が不十分である場合（例えば、錯誤弁済の受領者が破産の状況にある場合など）に限って認められる（Scott, *supra* note 52, at 3428）。しかし、こうした理解によれば、受領者の破産の局面では、コモン・ロー上の保護の不十分性の要件は当然に充足されるため、エクイティ上の物的救済は、常に認められることになる。そのため、このような根拠づけは、結論先取であり、むしろ問われるべきは、何ゆえ錯誤による弁済者が受領者の破産において優先的保護が与えられるかという点にあるとの批判がなされている（Dagan, *supra* note 59, at 262）。

（63）Steven Walt & Emily L. Sherwin, *Contribution Arguments in Commercial Law*, 42 Emory L. J. 897, at 942 (1993)（このような基礎づけは、優先権問題一般に妥当するものであると指摘する）.

（64）この点は、Chase Manhattan Bank 事件において依拠された先例の一つである Re Berry 事件がこの原理を支持していることからも明らかである（Re Berry, 147 F. 208 (2d Cir. 1906), at 210）。それゆえに、破産という局面において、ある債権者が破産者の他の債権者に優先して保護される唯一の方法は、破産者が保持する財産に対して物的権利（所有権）を保持することを立証することである、と解されている（Calnan, *supra* note 57, at 169.）。

（65）Häcker, *supra* note 22, at 191～（イギリス法が特定物の動産売買を除き〔一九八七年動産売買法の適用あり〕無因であると指摘する。また、上記のような有因類似構成は、無因体系を採用するドイツ法においてもみられるものの〔BGB 一二三条一項〔同一性の瑕疵〕〕、同一性の瑕疵は、取消権について「実質的アプローチ」〔瑕疵それ自体の性質に着目する〕を採用するドイツ法の下ではあまり問題とならない〔BGB 一一九条一項二項のみを挙げる〕。これに対し、取消権について広く「手続志向的アプローチ」〔瑕疵が生じる方法・手続に着目する〕を採用するイギリス法の下では、これが多数の場面〔詐欺、強迫など〕で生じる、と指摘する）.

（66）イギリス法が占有＝所有理論を一般論として認めていないことについては、金銭窃盗の場面をみれば明らかである。例えば、BがAの金銭を盗んだ場合には、Aの所有権は、当然には、Bに移転しない。Bは、A以外の第三者に対して主張することができる占有権を取得するにとどまり、Aの所有権を承継取得するものではない（それゆえに、Aは、Bとの関係では、所有権者のままである）。窃盗の場面における金銭所有権の移転については、Robert Chambers, *Trust and Theft*, in: Elise Bant &

Matthew Harding eds., Exploring Private Law (Canbridge U.P., 2010) 223〜参照。さらに、英米法における所有権概念については、Häcker, *supra* note 22, Ch.1 参照。

(67) この点は、Häcker が有因・無因の問題と物的原状回復の関連性について次のように述べるところから明らかである。有因か無因かの決定は、「コモン・ロー上の所有権の移転についてのルールによるのではなく、――少なくとも、それのみならず――エクイティ上のルールおよび原理により、そして、最終的には、いわゆる『物的原状回復』に対する立場」により決定されることになる (Birke Häcker, *Causality and Abstraction in the Common Law*, in: Bant & Harding eds., *supra* note 66, at 200〜)。イギリス法における有因・無因の問題については、do., *supra* note 22, Ch.3 も参照。

(68) 事案の概要は次のとおりである。地方自治体は、銀行と金利スワップ契約を締結し金銭を借り入れたが、当該契約は地方自治体の権限を越える無効な取引であった (Hazell v. Hammersmith and Fulham London BC, [1992] 2 AC 1 〔House of Lords〕)。そのため、銀行は、地方自治体に貸し付けた金銭の返還を請求する際に、権限踰越を根拠に復帰信託の成立を主張した（否定）。

(69) 事案の概要は次のとおりである。受託者は、金銭の預託業務を行っていた。しかし、受託者は、預託業務の許可（一九八七年銀行法三条一項）を得ていなかったため、預託業務は無効である。預託者は、預金契約の無効を根拠に、受託者に預託した金銭の返還を請求した（否定）。

(70) 事案の概要は次のとおりである。信認義務を負う個人投資家の代理人は、欺罔者の欺罔行為により錯誤に陥り、株式の価値を誤って評価し、本人（個人投資家）のために購入した。その後、本人（個人投資家）は、詐欺の事実を認識し、代理人が行った株式の売買契約を取消し、詐取された金銭で購入した物（代償財産〔substituted assets〕という［後述］）の譲受人に返還を請求した（否定）。

(71) 事案の概要は次のとおりである。贈与者は、修道会に入る際に金銭および株式を当該修道会に寄贈した。その後、贈与者は、受贈者（修道会）による不当威圧を根拠に取消しを主張し、贈与した金銭の返還を請求した（否定）。

(72) 事案の概要は次のとおりである。販売業者（売主）は、顧客（買主）と金塊の売買契約を締結した。同契約は、契約締結後、売主が当該金塊を買主のために保管し、買主の要求がある際にはいつでも引き渡すことが可能な量を貯蔵することを約束するというものであった（もっとも、実際には守られなかった）。その後、売主は、破産し、

同様の手口で被害にあった多数の買主と売主の財産に対して浮動担保を有する銀行との間で売主の残存資産の分配について争いが生じた。買主たちは、悪意不実表示、錯誤および約因の全面的滅失を根拠に、支払った金銭に対して所有権を有するとして、売主の責任財産に当該金銭は含まれないと主張した（否定）。

(73) 事案の概要は次のとおりである。住宅金融組合は、その目的の範囲を超えるにもかかわらず、預金を受け入れた（無効）。その後、同組合が破産し、清算手続において、組合の残存財産に関して預金者と組合の持分権者の間で配当が問題となった。預金者は、権限踰越を根拠に復帰信託の成立を主張して、優先的保護を求めた（肯定）。

(74) 事案の概要は次のとおりである。預金者が錯誤を理由とする擬制信託を主張して、銀行に対して預託した金銭それ自体の返還を請求した（肯定）。

(75) 事案の概要は次のとおりである。IMB名義で原告銀行にある二つの勘定に関する多数の競合する請求権（振込詐欺にあった多数の被欺罔者と真の顧客のそれ）をめぐり、原告銀行が競合権利者確定手続を申し立てた。被欺罔者は、詐欺および錯誤に基づき擬制信託が成立するとして、優先的保護を主張した（肯定）。

(76) 事案の概要は次のとおりである。投資家は、欺罔者の欺罔行為により錯誤に陥り、多額の金銭を欺罔者に支払い、その後、詐欺を理由に当該契約を取消し、支払った金銭または当該金銭で購入した物（代償財産）の返還を請求した（肯定）。

(77) なお、無効事由としては、双方錯誤にあたる場合や錯誤の内容が基本的錯誤に該当する場合（具体的には、㋐受領者の同一性の錯誤、㋑譲渡された財産の同一性の錯誤である［もっとも、金銭の移転については、譲渡された財産の同一性は、例外的な場合［金銭を商品として販売した場合］を除き、問題にならない］、㋒量の錯誤）が挙げられる。これに対し、取消事由としては、錯誤が相手方によってもたらされた場合（誘発的錯誤［善意不実表示による場合と悪意不実表示による場合に分かれる］）や強迫・不当威圧が挙げられる。以上については、Fox, *supra* note 51, Ch. 486など参照。

(78) [1996] A.C. 669, at 689 (per Lord Goff).

(79) [1995] 1 A.C. 74, at 102.

(80) [1996] A.C. 669, at 705 (per Lord Browne-Wilkinson).

(81) *Id.* at 683-4 (per Lord Goff).

(82) [2003] 1 Lloyds Rep.341, para. [229].

(83) David Fox, *The Transfer of Legal Title to Money*, [1996] R.L.R. 60, at 66.

(84) *Ibid.* もっとも、このような区別は、イギリス法において、必ずしも厳密に維持されているわけではないとの

指摘もみられる（McCormack, *supra* note 40, at 91）。

（85）厳密には、不実表示が①悪意不実表示（詐欺による事実とは異なる表示）か②善意不実表示（善意ないし過失による事実とは異なる表示）かにより取消しの方法及び帰属する所有権の形態に差異が生じる。すなわち、①の場合には、コモン・ロー上の取消しにより、いったん受領者に移転したコモン・ロー上の所有権の復帰を主張することができる。他方で、②の場合には、エクイティ上の取消しにより、自己への（エクイティ上の）所有権の復帰を主張することができる。

（86）もっとも、大陸法と異なり、イギリス法では、取消前に善意有償取得者が登場すると、取消権自体が消滅する。取消しと善意有償取得の関係については、Birke Häcker, *Rescission and Third Party Rights*, [2006] R. L.R. 21; do., *supra* note 22, Ch.7が詳しい。

（87）Birks, *supra* note 19, at 378〜; do., *Overview: Tracing, Claiming and Defences*, in: Peter Birks ed., Laundering and Tracing (Oxford U.P., 1995) 311〜参照。Bryan, *supra* note 23, at 274〜も同旨。さらに、今日では、判例の判決文中でも用いられている（例えば、［1］事件［at 714 [per Lord Browne-Wilkinson]]）。

（88）さらにBirksは、晩年の著書において、明確に、原状回復法（Birksの語法に従うと、不当利得法）を所有権の創設を支配する原理の一つとして位置づけるまでに至る。Birksは、次のように述べる。「たとえ法体系の中に不当利得（返還請求権）に対人的効果しか付与していないものがあることが判明したとしても、不当利得（返還請求権）に対物的効果が与えられない論理的理由はない」（Birks, *supra* note 60, at 32-33）。不当利得の効果を対人的効果（非債権）に制限する大陸法体系に対して、イギリス法は独自の立場を維持すべきとのBirksの主張の現れであるとみられよう。それゆえに、Birksによれば、原状回復請求権（Birksの語法に従うと、不当利得返還請求権）は当然に優先的保護を受ける権利として理解されることになる（対物［世］的効果については、Birks, *supra* note 60, ch.8 参照）。

（89）Peter Birks, *The End of the Remedial Constructive Trust?*, 12 Trust Law International 202 (1998). また、Birks, *supra* note 60, at 181〜も参照。

（90）というのも、所有権が帰属しない弁済者に対物的保護（＝物的救済）を与えることは、受領者に帰属する財産を弁済者に割り当てることを意味するからである（Rotherham, *supra* note 57）。このような物的救済は、再分配的物的救済といわれる。もっとも、こうした救済手段は、イギリス法においては否定されている。

（91）Birks, *supra* note 89, at 214. このようなアプローチ方

法を支持するものとして、William Swadling, *Policy Arguments for Proprietary Restitution*, in: Simon Degeling et al. eds., Unjust Enrichment in Commercial Law (Australasia Law book Co. 2008) 377～のほか、Häcker, *supra* note 22, at 126（原状回復請求権が債務者の破産において優先的保護に値するか否かを問い、そして、それに従って所有権を「課す」ことは、本末転倒である。というのも、所有権の存在は、破産法の問題を超える潜在的な影響力を持つからであり、それゆえに、政策的決定は国会に委ねられる方がよい、と指摘する）が挙げられる。

(92) なお、同様のアプローチ方法は、イギリスの裁判例の中にもみられる。

あなたが、物的権利を持っていなかったAに対して物的権利を与えることは、Bから物的権利を奪うことなしには、できない。イギリスの裁判所は、国会の許可がある場合を除き、そのようにする権限を有しない（Re Polly Peck (No 2), [1998] 3 All ER 812, at 825）。

(93) 法形式主義がイギリスの判例およびBirksの議論に及ぼす影響力の強さについては、とりわけRotherhamが強調するところである（Rotherham, *supra* note 57, Ch.2 & Ch.15参照）。なお、イギリス法における法形式主義一般に関しては、深田三徳「イギリス近代法の完成期から変容期への問題（上）――ドイツ、アメリカとの比較的視点からする研究ノート」同法二五巻二号（一九七四）一三三頁以下、ジョセフ・マカヘリ（戒能通厚＝石田眞訳）「イギリスにおける批判法学」法の科学二〇巻（一九九二）一三二頁以下参照。

(94) 具体的には、受託者による（i）信託財産と他の財産の混和、（ii）信託財産の不当処分、（iii）信託財産の自己取引、（iv）信託財産ないし受託者たる地位からの取得、が挙げられる（道垣内・前掲書注（55）五九頁）。これらの物的救済については、メイトランド著（トラスト六〇・エクイティ研究会訳）『エクイティ』（有斐閣、一九九一）一七九頁以下、森泉章編『イギリス信託法原理の研究――F・W・メイトランドの諸説を通じて』（学陽書房、一九九二）七七頁以下、海原文雄『英米信託法概論』（有信堂、一九九八）二四二頁以下も参照。

(95) 例えば、他人の財産を騙取した場合や横領した場合である。これらの物的救済については、松岡・前掲注(16)三六二頁以下参照。Chamber, *supra* note 66 も参照。

(96) もっとも、ここでの特定性（同一識別性）は、後述するように、「問題となっている特定の客体と元の財産の間に価値的な同一性が認められること」を指す（松岡・前掲注（16）三六〇頁）。

(97) 例えば、Re Hallett's Estate, (1880) 13 Ch.D, 696 (Court

of Appeal).

(98) 例えば、Peter Birks, *Change of Position: the Nature of the Defense and its Relationship to Other Restitutionary Defenses*, in: Mitchell McInnes ed., Restitution: Developments in Unjust Enrichment (Australasia Law Book Co., 1996) 71～. 特定性が要求される理由としては、(-i) 所有権は、特定の物の存在を前提とする権利であることから当然に要求するというもの (Fox, *supra* note 51, at 238 [5] 判決 [[1995] 1 A.C. 74 at 92] において、Mustill 卿は「誰もその所有権がどの動産に関係するかわからないとき、動産に対する権原 (title) を保有することができないのは、その物の性質から当然である」と述べる)、(-ii) 優先的保護を認める合意による担保権や合意によらない担保権において特定性が要求されることとのバランスから、物的救済の場面においても特定性は要求されると解するもの (Richard Calnan, *Proprietary Remedies for Unjust Enrichment* in: Andrew Burrows & Edwin Peel eds., Commercial Remedies: Current Issues and Problems (Oxford U.P., 2003) 179～; do., *supra* note 23 (*Imposing Proprietary Rights*), at 4 [当事者の意思によらない物的権利の付与の要件は、意思の要件を除き、当事者の意思による物的権利において要求される要件を充足することが必要である、と主張する])、(-iii) 擬制信託も信託の一種であることから、特定の物の存在を当然の前提と解するもの (Smith, *supra* note 18, at 293)、(-iv) 手続上の理由 (立証の問題や訴訟コスト) から特定性を要求するというもの、などが挙げられる。

(99) Calnan, *supra* note 98, at 179, 183.

(100) *Id.* at 179.

(101) Gareth Jones, *Remedies for Recovery of Money Paid by Mistake*, 39 (2) C.L.J. 275 (1980).

(102) 代償財産とは、原財産を処分したことにより、処分者が第三者から反対給付として受領するものを指す。売得金 (proceeds)、生成物 (product)、交換生成物 (exchange product) とも表現される。なお、代償財産のうち、原財産のみによって取得された代償財産 (後述の (β) 類型) は、「純粋型代償財産 (clean substitutions)」といわれ、他方、混和物の一部ないし全部を用いて取得された代償財産 (後述の (σ) 類型) は、「混和型代償財産 (mixed substitutions)」といわれる (例えば、Smith, *supra* note 51, ch.4 and ch.5, Mitchell, *supra* note 22, at 178～, Burrows, *supra* note 56, at 123～)。

(103) 例えば、先述 [10] 判決がこの類型にあたる。この事件では、受領者の銀行口座に入金されたものの、当該口座に受領者自身の金銭が存在せず、受領者自身の金銭と

の混和の問題は生じず、かつ代償財産も生じていなかった。

(104) Foskett v. McKeown, [2001] 1 A.C. 102, at 127 (per Lord Millett).

(105) Tayler v. Plumer, (1815) 3 M & S 562.

(106) Foskett v. McKeown, [2001] 1 A.C. 102, at 127 (per Lord Millett)

(107) こうした区別は、Smith, *supra* note 51を嚆矢とする。本稿においても、両者を区別して用いる。以下、本稿において「追及」という語を用いる場合には、別段の表記がない限り、「（狭義の）追及」を意味する。

(108) Boscawen v. Bajwa, [1996] 1 WLR 328, at 334 (per Millett LJ).

(109) それゆえに、以下では、こうしたルールが錯誤による弁済の場面においても適用可能であるとの仮定のもとで論じる。なお、以下では、物的救済を求めるものを「弁済者」、その相手方となるものを「受領者」と表記する。

(110) 以下の記述は、Mitchell et al., *supra* note 22, Ch.7に負うところが大きい。

(111) 代償財産に対する追及に関しては、Smith, *supra* note 51,Ch4; Simon Evans, *Rethinking tracing and the law of restitution*, 115 L.Q.R. 469, at 470 (1999); Fox, *supra* note 57, at 55〜; Peter Jaffey, The Nature and Scope of Restitution (Hart Publishing, 2000) 294〜; Peter Jaffey, Private Law and Proprietary Claims (Hart Publishing, 2007) 159〜（以下、前者を Jaffey ①、後者を Jaffey ②として引用する）; Rotherham, *supra* note 57, at 57〜; Häcker, *supra* note 22, Ch.8など参照。

(112) Taylor v. Plumer, (1803) 3 Maul & Sel 562, 105 ER 721.（委託者が一定の株の購入のために受託者に金銭を預けた後に、当該受託者が目的外の証券等を購入し他後に、逃亡を図ったものの、委託者につかまり、委託者が当該証券等を奪った。その後、破産した委託者の他の債権者が当該証券等の返還を求めた事案〔否定〕）。

(113) 混和物への追及に関しては、Smith, *supra* note 51, Ch.6;Jaffey ①, *supra* note 111, at 300〜;Fox, *supra* note 51, Ch.7;Burrows, *supra* note 56, Ch.8のほか、海原・前掲書注（104）二四八頁以下も参照。

(114) もっとも、こうした区別に対しては、近時、かなりの批判がなされている。例えば、Burrows, *supra* note 56, at 120-1. さらに、Foskett v. McKeown [2001] 1 A.C. 102 at 113, 128-9 (per Lord Steyn and Millett〔ただし、傍論〕)。

(115) 例えば、石油や綿花などが混和した場合には、混和物を構成する各寄与者は、所有権者とみなされ、寄与の割合に応じて持分権が与えられる (Smith, *supra* note (51),

at 164)。

(116) Taylor v. Plumer, (1803) 3 Maul & Sel 562, 105 ER 721を嚆矢とし、前述の［11］事件（Banque Belge pour l'Etrnger v. Hambrouck, [1921] 1KB 321, 327-28 (CA)〔per Bankes LJ〕）及び［1］事件（Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC, [1996] A.C. 669, at 917〔per Lord Hobhouse〕）もこれを支持する。

(117) 判例の推移については、Fox, *supra* note 51, at 248-50, Calnan, *supra* note 23 (*Proprietary Rights in Insolvency*), at 300-15が詳しい。

(118) Re Hallett's Estate, (1880) 13 Ch D 696（投資のために金銭を預かった代理人が自己の固有財産と当該金銭を混和した後に死亡した際に、委託者が遺産の清算において当該代理人の他の債権者に優先して支払いを受けることができるかどうかが問題となった事案）。判決は、信託の受託者ではない代理人にもエクイティ上の追及を認めるとした上で、証拠上の推定ルールを用いて、まず混和物が本人の財産であると推定し、本人が返還を受けた後に、残っている財産がある場合のみ、他の債権者が支払いを受けることができる、とした）.

(119) Sinclair v. Brougham, [1914] A.C. 398, at 421; Re Diplock, [1948] Ch. 465, at 536-537; Agip (Africa) Ltd v. Jackson, [1991] Ch 547, at 566 (CA)〔Fox LJ〕

(120) Re Hallett's Estate, (1880) 13 Ch.D. 696, at 727 (per Jessel MR).

(121) Re Oatway, [1903] 2 Ch. 356, at 360 (per Joyce J).

(122) James Roscoe (Bolton) Ltd v. Winder, [1915] 1 Ch 62 (Ch.D). 松岡・前掲注（16）三七四頁も参照。

(123) Re B.A. Peters Plc (In Administration), [2008] EWHC 2205 (Ch); [2008] B.P.I.P. 1180, at [18] and [46]-[47]. もっとも、後者の証明責任は原告にあり、裁判所は被告が信託の受託者の場合ですら、このような意思を推定することはしなかったため、適用範囲は狭いとされる（その背景には、被告の他の債権者の保護という理由があるとされる）〔Scott, *supra* note 52, at 3636〕。

(124) 先述の［6］判決（Sinclair v. Brougham, [1914] AC 398 (HL)）のほか、Re Diplick,［1948］Ch. 465;Foskett v. McKeown, [2000] 1 AC 102など。

(125) Foskett v. McKeown, [2000] 1 AC 102, at 132〔per Lord Millett〕.

(126) Clayton's Case, (1816) 1 Mer 572, 35 ER 781.

(127) Barlow Clowes International Ltd v. Vaughan, [1992] 4 All E.R. 22 (Court of Appeal)（投資詐欺による加害者会社の清算における被害者間での財産の分配方法が問題となった事案）.

(128) 三つのルールの差異を具体的に示すると次のとおりで

ある。例えば、被告が原告Aの二〇〇〇ポンド及び原告Bの四〇〇〇ポンドを残額ゼロの当座預金口座に入金したとする。被告は三〇〇〇ポンド引き出し、それを失う。その後、被告は、一〇倍に価値が増加する株式を購入するために原告Cの三〇〇〇ポンドを入金する（その後使用する）。さらに、残りの三〇〇〇ポンドを引き出し、失うとする。まず「段階的な負担ルール」によれば、最初の損失［三〇〇〇ポンド］は、AとBにより一対二の割合で負担されなければならない（Cは全く負担しない）。次の預金後の六〇〇〇ポンドは、AとBとCに一対二対三の割合で帰する（三〇〇〇〇ポンドの価値のある株式は、Aに五〇〇〇ポンド、Bに一〇〇〇〇ポンド、Cに一五〇〇〇ポンドづつ帰する）。次に「按分比例ルール」によれば、三〇〇〇〇ポンドの価値の株式は、一対四対三の割合で、配分される。最後に、「先入れ先出しルール」によれば、Aの金銭は失われ、Bの金銭のうち一〇〇〇ポンドは失われ、すべての株式はBに帰属しCの金銭はすべて失われることになる。以上については、MITCHELL ET AL., *supra* note 22, 181 ～参照。

(129) Re Diplick, [1948] Ch. 465 at 524, and 539.

(130) こうした理解は、Re Diplock事件の控訴院判決が述べるところと一致するものである。

コモン・ローは、厳格な物質主義的方法（materialistic way）で［追及に］アプローチした。コモン・ローは、ある物と他の物の「物理的な」特定とおおよそ呼ぶことができるものを認識することのみできる。コモン・ローは、ある人の金銭を他の人の金銭と混和していない限りで、特定可能なもの（identifiable）とみなすことができる。コモン・ローは、他の金銭の混和がない限りで、金銭を当該金銭により取得された他の種類の金銭と同一のものとみなすことができる（[1948] Ch. 465 at 518）。

［これに対し］エクイティは、より抽象的（metaphysical）なアプローチを採用した。エクイティは、一定の目的のために継続して分離して存在するとみなされる二つ以上の資金の混和からなる混合物を合成の資金とみなす際に困難性を見出さない。エクイティは、その混合物を適切な状況において、構成部分に分解することができるとみなす（[1948] Ch. 465 at 520）。

(131) FOX, *supra* note 51, 240, 246.

(132) *Id.* at 246, 261, さらに269-273.

(133)「金銭に目印なし」のルールにより、金銭に対するより強い競合する権原を証明する負担は、奪われた所有者（真の所有者）にのしかかる。しかし、実際には、所有者の金銭に対する目印を欠くために、所有者は、特定の

金銭に対するより強い権原を立証することができない、とされる（*Id.* at 243-244）。

（134）もっとも、こうしたコモン・ロー上の取り扱いをめぐっては、学説上批判が加えられている。例えば、Fox によれば、「金銭に目印なし」というルールが現代経済において金銭の効率的な流通にとっていまだに要求されるかは再検討の余地があるとする（*Id.* at 247）。というのも、このルールは、イギリス法において善意有償取得原理が承認される以前に金銭の第三取得者を保護するために機能したものであり、この原理が承認された現在においては必然的に要求されるものではないからである（*Id.* at 262）。

（135）*Id.* at 247, 273; HÄCKER, *supra* note 22, at 280.

（136）JAFFEY ②, *supra* note 111, at 169（弁済者が損失を被るのは、受領者が地位変更をした場合のみであるとする）. 松岡・前掲注（16）三七〇頁も参照。

研究ノート

いわゆる〝仮想財産〟の民法的保護に関する一考察（三・完）

――オンラインゲームサービス内のデータ保護にまつわる米中の議論を参考に――

角本和理

目次

序章
第一節　問題の所在
第二節　比較法の対象

第三節　本稿の構成
第一章　アメリカにおける仮想財産の所有法による保護の主張
第一節　序説
第二節　仮想財産の所有法による保護の必要性の提起
第三節　ベンサムの功利主義を基礎とした考え
第四節　ロックの労働理論を基礎とした考え
第五節　ヘーゲルの人格理論を基礎とした考え
第六節　所有法説に対する批判
第七節　本章のまとめ
第二章　中国における仮想財産の民法的保護に関する議論の展開
第一節　序説
第二節　仮想財産に関する裁判例の検討
第三節　仮想財産に関するユーザの権利を物権と構成する考え
第四節　物権法を準用する準物権がユーザに帰属するとする考え
第五節　仮想財産に関するユーザの権利を債権と構成する考え
第六節　本章のまとめ
第三章　若干の考察――日本法における仮想財産の民法的保護の在り方
第一節　序説
第二節　日本法における無体物の民法的保護に関する従来の議論
第三節　米中両国の議論のまとめ――日本法への示唆として
第四節　試論
第五節　本稿のまとめ
第六節　残された課題

（以上、六五巻三号）

（以上、六五巻四号）

（以上、本号）

第三章　若干の考察――日本法における仮想財産の民法的保護の在り方

第一節　序説

以上、第一章及び第二章において、米中両国における仮想財産の民法的保護に関する議論をみてきた。本章では、両国の議論を参考にしつつ、日本における仮想財産の民法的保護の在り方について、若干の検討を加える。

まず、第二節においては、日本法における無体物の民法的保護に関する従来の議論を検討する。そこでは、新しい無体財の民法的保護――物権的保護か、債権的保護か――については、当該無体財の性質や問題の態様にあわせて適宜対応することが志向されていることを確認する。

次に、第三節においては、海外で展開される議論を参考に、仮想財産の法的性質、その利用にまつわる問題の具体的態様、そこにおけるユーザの権限の保護の方向性を明らかにする。

その後、第四節においては、第三節で明らかにした問題点について、日本法における解決の方途を検討していく。

最後に、第五節において本稿のまとめを行い、第六節において、本稿で検討することのできなかった問題について、残された課題として触れた上で、本稿を結ぶこととする。

第二節　日本法における無体物の民法的保護に関する従来の議論

一　起草者の見解

かつて、旧民法財産編では、その六条において、「物ニハ有体ナル有リ無体ナル有リ」（第一項）と規定した上、続けて、「有体物トハ人ノ感官ニ触ルルモノヲ謂フ即チ地所、建物、動物、器具ノ如シ（第二項）無体物トハ智能ノミヲ以テ理会スルモノヲ謂フ即チ左ノ如シ　第一　物権及ヒ人権　第二　著述者、技術者及ヒ発明者ノ権利　第三　解散シタル会社又ハ清算中ナル共通ニ属スル財産及ヒ債務ノ包括」というように定義し、かつ例示していた。

これに対し、現行民法八五条は、「この法律において『物』とは、有体物をいう。」とし、無体物を物権の客体たる物概念からあえて排斥している。その理由としては、四点あった。

すなわち、①もし権利（無体物）も「物」だとすると、権利

の上に所有権が成立しうることとなって甚だ奇異な結果を招くことになり、②「物」ということばは多用される言葉であるから、その意味が旧民法における意味と大きく異なる以上は、その旨を明定しておく必要があり、③物とは有体物をいうと定義しておくことによって、有体物に関する規定を掲げる各条文にいちいち「有体」という形容詞を附加する手間を省くことができ、④「有体物」に限るとしたほうが、普通の感念にも適い近来のヨーロッパの立法例にも適うからである。[1] そして、起草者は、無体物にも有体物に関する規定を適用すべき場合には、特別の規定を設けてその旨を定めるべきだとの立場をとっていた。[2]

二　有体性を重視する見解

上記のような事情のもと制定された条文を、表現に忠実に理解し、有体性を重視する見解は、一般に、八五条にいう有体物とは空間の一部を占める有形的存在である、と説く。[3] これは、外界の一部であって人の五官により知覚されうる形態を有するもので、物理的考察を中心とする。しかし、同じく物理的考察を基調としながらも、学説により差異がみられる。

これらの見解のうち、一般的な考えは、純物理的な考察に基づき、有体物とは空間を占める物質を意味し、あるものが物質であるかどうかはその時代における物理学上の原則によってこれを定め、自然界に存在を有するもので我々が五官を以て認識しうる現象といっても、物質（分子）なきものは「物」ではない、とする。[4] 例えば、音響、光線、熱、物の運動のようなものは、我々が認識し得るものであるといっても、物質ではないため「物」ではないが、分子のあるものは皆物であり、瓦斯は気体の有体物であるという。

一方で、有体物とは物理的認識の対象となる物の意味であって、「有形物たる個体は勿論、その他液体のみならず、気体（例、瓦斯）、電気、光線等エネルギーも、苟も物理的にほかの物理現象と区別して認識し、利用処分し得べき物体はここに云う物である」とするものもある。[5] この見解は物理的要素の面から有体性の観念の拡張を図ろうとするもので、有体性を無視するに等しいともいえる。[6]

三　有体性の重視に批判的な見解

有体性の要件に批判的な見解として、ここでは、富井政章（敬称略、以下同じ）、三潴信三、石田文次郎、我妻栄の見解について、

それぞれ検討していく。

三－一　富井政章の見解

起草者の一人である富井は、その著書において、以下のように自身の見解を展開している(7)。

彼はまず、およそ物という語には広狭二義があって、世俗普通の見解によれば物とは有形と無形を問わず一切の事物をいうものであることを確認する。

次に、ローマ法においても有体物、無体物の区別を認めていることは明らかであるものの、ローマ法では有体物と所有権を同一視しており、いわゆる無体物とは所有権以外の財産権を意味するものにほかならず、近世の観念における物の区別と同様ではないとする。にもかかわらず、後世の学者は往々にしてこの区別を敷衍し無体物という名称の下に一切の権利を物の一種とするようになったが、これは権利とその目的物とを混同する謬見と言わざるを得ないと指摘する。

殊に日本旧民法においては、「物」とは無体物即ち各種の財産権を包摂するものとした結果として、一切の物権及び債権は所有権の目的たることを得るものとし、例えば地上権又は債権を有すると言えばその所有権を有するに他ならないとした（財六条、三〇条一項、取二四条一項）。この規定は一般権利の種別殊に財産権の一大分類である物権と債権との区別を錯雑としたものとし、物権及び債権を識別する標準のない状態に至らしめるきらいがある。そこで、新民法においては上記の用例を改め「物」とはもっぱら有体物すなわち一定の空間を占める物体をいうものとしたのである（八五条。独九〇条）。

しかし、これは主として立法上の便宜から至った結論であって、この改正の結果として、いわゆる物権とは有体物を目的とする権利とみるに至ったことについては、学理上より考えるに大いに疑問があると彼は主張する。そして、現に民法において、準占有、権利質その他数多くの例外を認めざるを得ないことをもっても理解できるように、債権と相対して財産権の一大分類たるべき物権をこのように解するのは、狭隘に失するものと言わざるをえないとする。

三－二　三潴信三の見解

三潴信三は、物権の客体を有体物とする点に物権と債権の理論的区別を認めうるとする考えを批判し、無体物観念の排斥に関する疑念を示している(8)。彼は、いたずらに理論に拘泥して物権の目的を有体物に限るのはすこぶる狭隘に失するといい、債

権と物権の区別は主として対抗力の如何に存するのではないかと主張する。[9]

彼はまず、富井と同様に、有体物無体物の区別の標準に関する各国の立法例並びに学説は大同小異であって、すべてローマ法に基づくものであることはもちろんであるが、必ずしもことごとくローマ法の淵源に合するものというべきではないとする。[10]そして、民法八五条は、誤ったローマ法上の観念を排斥したに止まると主張する。[11]

次に、現に「物」とは有体物をいうと規定する日本民法においても、八六条三項において無記名債権を動産と見做し、その他準占有、準共有、一般の先取特権、権利質、地上権、永小作権の抵当等を認めているのを見れば、物権をもって有体物上の権利とするのを原則とするといっても、いずれが例外でいずれが原則なのかを知るに苦しむという。[12]

また、当時の最新の立法であるスイス民法七一三条が「動産所有権の目的は性質上の有体動産並びに法律的支配に服し得て且土地に属せざる自然力なり」としていること、同じく六五五条が「不動産所有権の目的は土地にして本邦において土地とは（一）不動産（二）不動産登記簿に登記せらるべき独立且継続の権利（三）鉱業」をいうと規定していること、日本商法改正法律中においても四一条及び二八四条等における留置権の目的が従来物に限られていたのを拡張して有価証券をも加えたことなどを参考に、いたずらに物権の目的を狭く解して債権との区別の主な標準としようとするのは、理解に苦しむとする。[13]

さらに、民法二〇〇条について検討する。ここでは、土地の所有権は土地の上下に及ぶと規定されるが、地上とは流動して定まらない空気を指すのではなく、空中より空気を控除した部分即ち空間であるとすると、このようなものが果して今日の立法にいう物権の目的に適合するだろうか、と疑問を投げかける。有体物とは一定の空間を占めるものとするが、空間それ自体は有体物でないことは言うまでもなく、このことをもって物を有体物に限り物権の本質を有体物上の支配という点にのみ見ることの疑わしさを知ることができるという。[14]

三－三　石田文次郎の見解

石田文次郎は、民法が物の観念を定めるについて、「客体性」を重要視せずに、「有体性」を重視したことは誤りであったと主張する。[15]例として、手形の問題を挙げ、有効な手形は価値の担当物であるが、朱抹された手形は一枚の紙片にすぎないことを指摘し、有体性から見ると両者は同一であるが、客体性から

見ると両者の間には大なる差があるとする。そこで、客体性を重視して物の観念を定めると、支配可能性とか、処分可能性とかが、有体性よりも尊重されねばならないし、また、一物としての存在のためには、独立した物理的存在よりも、独立した取引上の価値が標準となるべきであるとする。(16)

さらに、当時の判例が未分離の果実及び桑葉の取引を認め、又成熟期に近い稲の立毛や、根廻した樹木を独立の物の如く扱っていることから考えると、正しく「物とは独立の取引価値を有する支配可能物」という観念の傾向に進んでいるように思われるとした。(17)

三－四　我妻栄の見解

我妻栄は、法律上の物を物理学上の有体物に制限することは、今日の経済事情に適さないとし、法律における「有体物」を、「法律上の排他的支配の可能性」の意義に解し、物の観念を拡張すべきであると主張した。(18)彼によれば、権利の主体としての人が生理学上の観念に限られないのと同様、権利の客体としての物も物理学上の観念に限られるべきではない。そこで、電気等のエネルギーを物と解するのみならず、一商店の在庫商品全部というような所謂集合物、さらには動産、不動産、各種の権利および顧客、営業上の秘訣等の事実的利益を包括一体とした企業（いわゆる生きた企業）そのものを一個の物と解するべきだというのである。(19)

四　有体性を重視する見解からの再批判

以上のような、八五条の「物」概念を拡張して捉える見解に対し、再批判を行ったのが、川島武宜である。

川島は、八五条の規定は、（物権一般ではなく）とくに「所有権」の客体を、有体的状態において存在する外界的自然に限る、という趣旨を示すものであると主張する。(20)彼の主張は、以下のとおりである。

第一に、無体的存在は、法律上の概念としての所有権の客体とはならない。というのは、有体物に対する全面的支配権としての所有権は、そうでない権利に対し種々の法技術上の特殊性を備えるからである。

著作物や発明のようないわゆる無体物に対する「所有権」を法的に承認しても、その法的内容は民法の所有権法の規定によってそのまま規律されるに適せず、それぞれ著作権や特許権として特別の規定に服せしめねばならない。また電気の上に「所

有権」が成り立つという主張も、電気に対する支配権は法技術的に見て特別の法的規整を必要とする（電気については占有は問題にならない）ため、法技術的に無意味である。また権利の上の所有権という概念も、ただ権利が人に帰属している側面を「所有」として表現する日常的考えを述べているだけで、そのような概念を用いるべき法技術上の必要性はない。また無体財産権や得意先等の総体としての企業に対する包括的支配権を承認すべきだということは、必ずしも民法八五条の「物」概念と矛盾するものではなく、たとえ企業を物と呼んでみても法技術的に解決され得る問題点は存しない。

第二に、所有権の客体が「物」であるというときには、それは、所有権が客体の有体的存在の全体を把握するものであることを示している。このことは、近代的所有権が客体の価値を全面的独占的に把握するということの、客体の物理的側面における表現である。中世におけるように物に対する箇々の利用を個別的に支配する権利の体系が支配したところでは、物の有体的存在を全面的に把握するという「物」概念は存在の余地がない。だから、八五条の「物」概念は、特殊的に近代的な概念なのである。

もっとも、以上のような主張にもかかわらず、川島は晩年にマックス・ウェーバーの論考を検討し、所有権の核心はAppropriation だとの見解をうち出しており、その客体は今日の法律上の概念としての「所有権」の客体即ち有体物よりも広いのは当然であり、およそ独占的に享受しうる利益の全てを含むと解されるべきであるとしている。[21] そのため、これによれば、別の方向性もありうると見て取れる。

五　近時の見解

以上のような議論を受けて、四宮和夫は、無体物はわが民法上「物」ではないことを前提とし、有体物以外の物については、むしろ法の欠缺と考え、その性質と問題に応じて「物」又は物権に関する規定を類推適用すれば足りるとした。[22]

また、米倉明は、以下のように述べる。一方において、「物」を有体物に限る要請はかなり強いものではあるけれども、他方においては、多分に常識的さらには便宜的ともみうるものでもあるので、右の要請をいかなる場合にも絶対に例外を許さない要請とまで強く維持する必要もない。[23] したがって、特別の規定がない場合でも、無体物を「物」と扱う見解[24]も一概に否定し得ず、あるいは、やはり無体物は「物」ではないとした上で、「物」に関する規定を類推適用する見解[25]も否定し得ないであろうとし

つつ、自身は後者の立場に立つことを明らかにしている。

そのほか、とくにデジタル・データ保護に関する見解としては、河上正二がこれを物概念に含める必要性について論じている。彼は、情報やデータの保護について、通常は有体物である紙・磁気テープ・メモリーチップなどの記録媒体を「物」と観念して問題を処理すれば足りるが、ネット上でダウンロードされるプログラム・ソフトを想起すれば容易に理解できるように、ＩＴ化した社会では情報やデータそのものを「物」に準じて扱うことが適当な場面が少なくないであろう、と指摘する(26)。

さらに、近年になって、「物」概念の見直しを迫る、主としてフランス法を対象とした比較法研究もなされるようになってきている。そこでは、パンデクテン体系における「物」概念にとらわれない、「財」、「財産」、「所有」概念に関する理論的検討がなされている(27)。これらは、物権法の改正をも見据えた動きであるといえる(28)。一方で、ドイツ法を比較対象とした「物」概念ないしパンデクテン体系の再評価もなされている(29)。

六　小括

以上の議論をまとめると、次のようになろう。

まず、物概念に関する起草者意思については、立法論はさておき、解釈論としては、有体物に関する規定を無体物について適用することはその意思に沿わないということができるかもしれない。

しかし、少なくとも起草過程においては、起草者は無体物として権利のみを想定し、本稿で検討しているようなデジタル・データは想定していなかったといえる。そうだとすれば、八五条にいう物＝有体物概念のうちにデジタル・データは含まれない、これらがここにいう有体物として扱われてはならないのは当然である、といってよいかは問題であろう。起草者の意図に忠実であろうとすれば、無体物としては権利を想定するにとどめ、更に進んでデジタル・データ等がここにいう「物」概念に含まれないかどうかについては、慎重に検討すべきであるともいえるのではないか。

この点、かつては、電気等のエネルギーの物権的保護の是非が議論の主たる対象となっており、近時では、ＩＴ化した社会における情報やデジタル・データの法的保護の可否について、議論されるようになってきている。このような議論を経て、今日の学説は大勢として、新たな無体財についても民法上の物権的保護、つまり広義の所有法上の保護の対象に含めることを志

向するようになっているといえ、それは物権法の改正をも視野に入れた大きなうねりになりつつある。しかし一方で、法技術上の意義がない限り無体物を物権、特に所有権の客体と扱うべきではないとの川島の批判は、本件においてもあてはまろう。そのため、デジタル・データ等の無体財に関していかなる法的利益やその保護が認められるのかについては、その性質や問題状況等を具体的に検討する必要があることになろう。

第三節　米中両国の議論のまとめ――日本法への示唆として

そこで、本節においては、本稿にいう仮想財産の法的性質、及びその利用にまつわる問題の態様を、米中の議論から示唆を得るというかたちで検討し、その民法的保護の方向性について、論じていくこととする。

一　仮想財産の法的性質

繰り返し述べるように、本稿における仮想財産とは、オンラインゲームサービスで利用される各種データをいう。

この点、オンラインゲームサービスは、サーバ・クライアント型の通信方式が採用されるのが通例であるため、仮想財産のデータそれ自体は事業者の保有するサーバ上に保存され、ユーザは自身の端末でもってこれにアクセスし、利用するかたちとなっている。そのため、ユーザ間の取引についても、あくまで事業者の管理するサーバ内でのやり取りであり、ユーザの端末同士が事業者のサーバと別個独立して仮想財産の取引を行うことはないといってよい[30]。

このようなシステムの都合上、オンラインゲームサービスでは、従来のゲームソフトの販売方式のように、ソフトの提供、使用許諾を有料で行い、それに対してユーザによる代金の支払いを求める方式（①）はあまり採られていない。

オンラインゲームにおける料金体系は、ゲームソフトの提供及び使用許諾は無料で行い、サーバへのアクセスの許諾を有料とし、この料金の継続的支払いをユーザに求める方式（②）か、ゲームソフトの提供、使用許諾、サーバへのアクセスの許諾は無料で行い、ゲーム中の特定のアイテムの使用許諾について、ユーザによる利用代金の支払いを求める方式（③）が現在主流となっている。

実際には、①＋②、ないし、①＋③、②＋③等、複合的なも

のもある。また、③のうちにも、ゲームソフトの提供を要しない、ユーザの利用する端末のブラウザ上でゲームが稼動するサービスも存在する。ただし、これらのうち、日本では現状、③の基本料金無料、アイテム課金型の料金体系を基軸としたサービスが最も主流といえる。

そのため、日本法においてこの問題を論ずるに際しては、特定のアイテム等のデータの性質、ないしそのデータに関するユーザの権利の内実がどのようなものであるのかがとくに問題となるのである。

一－一　アメリカにおける議論

この点について、アメリカの議論には、二つの流れがあると整理することができる。

ひとつは、仮想財産には無体性と時限性という特質があることを指摘する見解である[31]。

また、ひとつは、コンピュータ・コードの規定により、競争性、永続性、相互接続性等の性質を有していると指摘する見解である。

この点、後者の見解は論者により要件が異なっている。競争性、永続性、相互接続性をあげるもの[32]を嚆矢として、それに二次市場の存在、ユーザによる価値の付加という要件の追加を行うもの[33]、競争性を排他性、相互接続性を交換可能性と言い換えるもの[34]、競争性、永続性のみを要件としてあげるもの[35]がある。

しかし、他方で、本件で問題となっている仮想財産が、あくまで事業者によるサービス全体から切り離すことができないことを指摘したうえで、取引の際の目的物の特定のときに、物理的な意味で移動可能ではない以上、統一商事法典上求められる、「分離していて、特定可能で、移動可能である」という伝統的な動産の要件を満たすことはないとする批判がある[36]。

一－二　中国における議論

一方、中国における多くの見解は、仮想財産は「光、熱、電気」等のエネルギーやペーパーレス化した証券等と類似の無体物であるとして、物権の客体になりうることを肯定する[37]。

中国民法の物権の客体たる「物」は、支配可能性、独立性、価値性、希少性、以上の四つの特徴を有している必要があるとされ、有体性は要件とされていないのである。

しかし、このような見解に対しては、仮想財産は「物」としての要件をそれぞれ充たしていないとする批判がなされている[38]。そこでは、アメリカにおける批判と同様に、仮想財産が

サービスから切り離せないものであること等が指摘されている。

しかし、中国における通説的見解は、仮想財産が法律上の排他的支配可能性と管理可能性を有していること、経済的価値を有していること、その存在は一定の空間を必要としており、伝統的な物と存在方式上の相似性をもっていることを指摘し、その物権的保護の可能性を肯定している。(39)

一－三　小括

仮想財産の法的性質について、アメリカでは、無体性、時限性という問題があるものの、これまで所有法によって保護されてきたその他の財産と同様の性質――競争性、永続性、相互接続性等――を有すると指摘され、中国では、物権の客体に含まれる電気等のエネルギーやペーパーレス化した有価証券等と同様の性質を有するものであると指摘されている。そのため、所有法ないし物権法による保護が志向されているのである。しかし、これらのデータがあくまで事業者の管理するサーバで処理されるものであるうえ、事業者の運営するサービスから切り離せないという性質があることも指摘されている。この批判は、「物」の要件との関係でいえば、独立性の有無の問題であると評価できる。

二　問題の態様

米中両国における議論から明らかになった、仮想財産に関する主たる問題の状況としては、次のようなものがあげられよう。

①システムの不具合等によるサーバ上のデータの滅失の場合に、ユーザは事業者に当該データの復旧や損害賠償を請求できるのか。

②他ユーザによるデータの詐取、窃取があった場合に、被害ユーザは加害ユーザに何を請求できるのか。この問題につき、被害ユーザは事業者にデータの復旧を請求できないか。

③第三者により窃取されたデータの善意転得者と原権利者の利益調整（即時取得の問題）。

④サービス終了、事業者倒産の場合のユーザの権限はいかなるものか。

⑤仮想財産による収益権限の有無（規約に反するＲＭＴは正当か）。

⑥アクセス禁止の問題について。

これらの問題について、①～④はユーザの仮想財産に関する

権利の解釈の問題、⑤については、規約の条項の内容的規制の問題、⑥については契約の一方的解除の当否の問題であると整理できる。これらの問題は、日本における問題状況と軌を一にしていると評価できる。そのため、米中両国における仮想財産の民法的保護の方向性に関する議論は、日本における問題解決の参考となるものといえよう。

三　ユーザに帰属する権利の内容、その民法的保護の方向性

この問題点について、両国では、ユーザへの所有権の包括的な帰属を肯定することで対応すべきとする見解と、一定の権能の帰属を肯定することで対応すべきとする見解が主張されていた。

三－一　所有権の包括的な帰属をユーザに肯定する見解

（一）アメリカにおける議論

所有権の包括的な帰属をユーザに肯定する見解としては、アメリカでは、功利主義に基づいて、ユーザによる仮想財産の私的所有および自由取引の肯定が社会全体の富の最大化につながるとするものがある[40]。

この考えに対しては、仮想財産の私的所有や自由取引をユーザに認めることが社会全体の富の最大化や取引費用の低下に必ずしもつながらないとする批判[41]や、ユーザはあくまでライセンス契約に基づいた内容の権利――その多くは使用権――が帰属するにすぎないため、これを所有することはできないとする批判[42]がある。

（二）中国における議論

一方、中国には、労働理論に基づいてサービス内でのユーザの活動を一種の労働とみなし、ユーザが仮想財産を原始取得すると構成するもの[43]と、サービス内の行動や実際の取引等を通じて事業者から所有権を承継取得すると構成するもの[44]がある。

これらの見解に対しては、所有権が帰属すると構成したところで、事業者の倒産時に仮想財産の取戻請求をする意義に乏しい等実際上の不都合が生じるという批判や、仮に理論的にユーザが仮想財産の所有権を事業者から承継取得すると構成しうるとしても、実際問題としてはあくまで利用規約の内容によるべきである――つまり、ユーザには使用権が帰属するに過ぎない――とする批判が存在する[45]。

三－二　一定の権能の帰属を肯定する見解

（一）アメリカにおける議論

この点について、アメリカで検討されていた、ユーザに帰属されるべき具体的な権能は、現実の通貨を媒介とした取引（RMT）による収益権能、事業者に帰責事由のあるデータの滅失ないしハッキング等に起因する被害の回復請求権能、事業者による不当なアクセス禁止、不当なサービス終了に対する防禦・抵抗権能であった。

収益権能については、功利主義、労働理論の立場から、これを肯定する見解がある。この点、功利主義の立場には、前述のようにユーザによる仮想財産の私的所有をも肯定する見解があるが、一方で、私的所有は否定したうえで、「ユーザによる仮想財産への価値の付加」や「仮想財産の取引の二次市場の存在」を要件に、ユーザによる収益を肯定する見解[46]もある。労働理論に基づく見解も、所有権全体としての帰属ではなく、ライセンス契約の類推をしたうえで、これをスポーツやコンサートのチケットの転売の問題と同様に考え、主としてユーザの収益権能の帰属を肯定せんとするものであった[47]。そこでは、事業者が事後的かつ抜き打ち的にユーザの収益権能を否定する条項を規約に入れ込んだこと等が問題視されていた。

被害回復請求権能については、労働理論、功利主義の見解がとくに検討していた。仮想財産について何らかの被害があった場合にユーザがその回復請求をすることができる根拠として、労働理論に基づく見解は、当該仮想財産について正当な〝投資〟をしたのは元の利用者である点をあげる[48]。また、功利主義に基づく見解は、回復請求をユーザに認めることで危険な自力救済をなくすことができる点、及び、第三者の不当な利得の吐出しを可能とすることができる点が社会の富の最大化につながることをあげる[49]。この点、功利主義的見解には、データの窃取を行った直接の加害者に対して原状回復的損害賠償を認めるべきであるとの考えもみられた[50]。

事業者に対する防禦・抵抗権能を重視するのは、人格の延長としての所有、という観点を強調する人格理論であった[51]。この見解は、仮想財産を利用することによって得られるユーザの利益がその人格形成にかかわりうるものであると措定し、その損害が財産の金銭的価値よりも遥かに大きいものであると考える。そして、その利用を妨げる、事業者による不当なアクセス禁止ないしサービス終了に抵抗し、これを抑止することをユーザの権能として最重要視するものである。

（二）中国における議論

この点について、中国で主として議論されていたのは、仮想財産による収益権能、事業者の倒産時の仮想財産の取戻請求権能、滅失や盗難時の被害回復請求権能の帰属の是非、窃取されたデータの善意転得者の即時取得の可否という点であった。また、事業者による不当なアクセス禁止の問題に関する具体的提言もみられた。

収益権能については、物権説は所与のものとして肯定し、債権説はこれを当事者の契約にゆだねるべきであるとする。[52] 事業者の倒産時の取戻請求の可否については、物権説の多くは存在しないことを問題視せず、[53] 債権説はこれが不要であることを大きな理由として、ユーザの権能を債権であるとする。[54]

一方で、被害回復請求権能については、対事業者の問題、対第三者の問題ともに、法的構成の違いこそあれ、両説ともに肯定することで基本的に一致していた。この点、第三者による窃取に起因する被害回復について、直接の加害者が責任を負うのは当然として、事業者もその補充的な責任を契約上負うと考えるのが、中国では一般的である。この場合の事業者の責任の程度については、具体的には、善管注意義務であるとする見解と、[55] 過失責任によりながらその推定をすべきであるとする見解等が[56] ある。

被害回復請求権能と関連して、窃取された被害者と、窃取されたデータをその後のユーザ間の取引で手に入れた第三者との間の調整も必要となるとの指摘もみられた。この点について、物権法説及び準物権法説は、物権の規定を適用し、即時取得の問題として論じていた。[57] 一方で、債権説にはこの問題を論じないものもみられるものの、中にはこの点を重視して、ユーザの権利を無記名債権であるとする見解もみられた。[58]

事業者のアクセス禁止に対する対応として中国で主張されていた見解は、事業者は契約解除の前にユーザに通知しなければならず、ユーザは事業者の契約解除の意思表示に異議があるときは、人民法院あるいは仲裁機関に異議を届ける権利を有し、当該法院ないし機関が決定を出すまで、事業者はユーザのアカウントの使用を停止できないと考えるべきであるとしていた。[59] また、オンラインゲームサービスでの活動が人々の人格形成に大きな影響を与えることを指摘する学説も、一部にみられた。[60]

三－三　小括

以上の検討から、両国において、所有権能のユーザへの包括的帰属を肯定する見解は、根強い批判にさらされていることが

わかる。この点、これを否定する理由としては、やはり、サービスの内容及びシステム上、事業者の倒産時にユーザが仮想財産の取戻の請求を行うことに現実的意義がないことと、ユーザ・事業者間の契約にかかわらずユーザ間ＲＭＴを肯定することへの反感にあるといえる。

一方で、一定の権能の帰属をユーザに肯定する見解には、有力なものも存在する。その主張を整理すると、収益権能、被害回復請求権能、不当なアクセス禁止やサービス終了に対する防御・抵抗権能のユーザへの帰属の是非を議論するものであるといえる。

（一）収益権能

収益権能については、両国ともに、これを当事者間の契約にかかわらず肯定せんとする見解に対して批判が根強く、結局は当事者の契約によらざるを得ないとする見解が有力であると評価できよう。

（二）被害回復請求権能

被害回復請求権能については、両国の積極説はともにこれを肯定することで議論は一致していたといえる。しかし、とくに第三者の窃取に関する解決について、方向性の違いが見受けられる。アメリカでは第三者による窃取の問題はあくまで被害者と直接の加害者の問題であると考えて解決策を論ずる傾向がある一方、中国では、あるいは第一義的には直接の加害者の責任としながら補充的責任として、あるいは債権の相対性による加害者への責任追及の困難を根拠にこれも事業者の契約上の責任であるとし、一定の場合に事業者に原状回復の責任を認める傾向が強い。

そこで、この権能の保護の方向性を整理すると、ⓐユーザ対ユーザの問題と、ユーザ対事業者の問題を別個に考える見解、ⓑユーザ対ユーザの問題と、ユーザ対事業者の問題を、統一的に捕捉する見解、ⓑ前記ⓑ説に加え、被害ユーザと善意転得者の利益調整を考慮する見解、ⓒ前記ⓐ説とⓑ説の折衷的見解に分けられよう。

ⓐユーザ対ユーザの問題と、ユーザ対事業者の問題を別個に考える見解

この見解は、オンラインゲームサービスを一種の仮想世界と捉え、そこにおけるユーザ間の法的問題は、あくまでユーザ当事者間の問題として解決するべきであると考える。そのため、

他ユーザによるデータの窃取についてはユーザ対ユーザの問題として、事業者に帰責事由のあるデータの滅失についてはユーザ対事業者の問題として、それぞれ別の問題として捉えて解決を図ることになる。

まず、ユーザ対ユーザの問題、とくに窃取の事案では、この見解によると、加害ユーザが被害ユーザに対して返還の責任を負うべきであるということになる。そのため、これを可能とするために、加害ユーザに対する被害回復請求権（具体的には、所有権乃至物権に基づく返還請求権や損害賠償請求権等）の帰属を何らかの形で被害ユーザに肯定する必要が出てくる。よって、この局面は物権法乃至所有法によって規律されるようになり、即時取得等も問題になりうることとなる。

このように考える場合、併せて、被害ユーザが加害ユーザをどのようにして特定するのか、という問題が生じよう。この点について、事業者が加害ユーザの特定に協力する義務があると考えると、加害ユーザの情報を提供することに関するリスクが事業者に生じることになる。

一方、ユーザ対事業者の事案では、とくに事業者に帰責事由あるデータの滅失の場合、その復元を求める手法としては、所有権等物権に基づく返還請求と、契約に基づく履行請求の二つが考えられることになるが、この局面においては、あえて物権法による解決を志向する必要性は大きくはないと言える。

ⓑユーザ対ユーザの問題とユーザ対事業者の問題を、統一的に捕捉する見解

データの保管されるサーバを事業者が管理していることや、事業者がそのようなサービスから利益を得ていること等を重視して、事業者に帰責事由のあるデータの滅失の場合は無論、ユーザによる窃取の場合についても、事業者の管理責任等を問題にする。

この方向性では、基本的には、被害ユーザは債権ないし契約に基づいて事業者に対して損失の補償（データの原状回復）を請求し、場合によっては事業者が事後的に加害ユーザに対して求償等を行う、という解決策を志向する。

この方向性に拠ると、事業者はユーザの請求に基づき、サーバ上のデータのチェックや原状回復をしなければならない分、その責任の程度が重くなりうる。しかし、窃取の事案において、加害ユーザの情報を被害ユーザに提供することから生じるリスクは比較的生じないといえる。

ⓑ前記ⓑ説に加え、被害ユーザと善意転得者の利益調整を考慮する見解

これは、ⓑの見解が、問題をあくまでユーザと事業者の一対一の関係に限定して検討し、データの窃取の場合において、加害ユーザからデータを譲り受けた善意取得者たるユーザと真正の利用者たる被害ユーザとの間の利益の調整を考慮にいれていないことを補充する方向性である。

この見解は、加害ユーザから窃取データを転得した第三者の利益の保護を重視し、これを有体動産やペーパーレス化した有価証券の即時取得の問題と同様に考える。この点、第三転得者の利益を考慮するといっても、その保護の程度は、見解によって分かれうるといえよう。

ⓒ前記ⓐ説とⓑ説の折衷的見解

これは、理論上は加害ユーザに対する直接の被害回復請求を認めながら、契約に基づく事業者への原状回復請求をも肯定し、システム管理の都合上、後者を主たる解決策とする方向性である。この見解においても、即時取得の問題は考慮されるといえる。

(三) 不当なアクセス禁止やサービス終了に対する防御・抵抗権能

事業者による不当なアクセス禁止やサービス終了に対する防禦・抵抗権能を重視する見解は、とくにアメリカで議論されていた。そこでは、ユーザの人格にかかわる財産を、事業者の代替可能な財産（経済的利益）よりも保護することを重視していた。一方、中国においても、正当な手続を踏むことなく行われる事業者の専横的なアクセス禁止を抑制するための議論や、仮想財産がときにユーザの人格に強い影響を与える旨の指摘がなされていた。

この権能は要保護性の非常に高い絶対的なものであると構成することは難しいが、ユーザ保護のための重要な一機能を担うものといえるだろう。

第四節　試論

本稿の問題意識は、インターネット・サーバ上のプログラム・データについて、人々の利用や取引が活発になっていることを積極的に評価し、その利益がユーザに帰属するものであるとして法的に保護する必要があるのではないか、というものであっ

た。

これまでの検討で明らかになったように、米中両国においても、同様の問題意識から、保護されるべきユーザの権益を確定する作業がなされていた。ここでは最後に、米中の議論を参考にしつつ、日本における問題解決の方向性について、自らの一管見を示しておきたい[61]。

この点、日本におけるオンラインゲームサービスの利用規約では、ユーザの仮想財産に関する権利について、利用権乃至使用権が帰属すると規定するものが大半である[62]。そこで、ここでは、当該利用権乃至使用権（以下、専ら便宜的な観点から、これを利用権と省略して表記する）の保護の在り方について、まず、この権利の内容を、具体的な侵害場面・帰責主体を想定しつつ、明らかにしていく。具体的には、事業者の責任、加害ユーザの責任について、侵害場面を想定しつつ分析し、さらに、善意取得者との利益調整、不当なサービス終了・事業者倒産の場合の処理について、それぞれ検討する。次に、規約によるユーザ間ＲＭＴの禁止について、約款の内容的規制の問題として検討する。最後に、契約の一方的解除の問題として、アクセス禁止の問題を検討する。

一　仮想財産の利用権の解釈

ここでは、具体的には、米中両国の比較法研究から明らかにした前記問題群の内、①システムの不具合等によるサーバ上のデータの滅失の場合の処理、②他ユーザによるデータの詐取、窃取があった場合の処理、③第三者により窃取されたデータの即時取得の問題、④サービス終了、事業者倒産の場合の処理、以上四つの問題について、いかなる形で解決を図っていくかを検討していく。

この点、ユーザの被害回復請求権能については、前述のとおり、ユーザ対ユーザの問題とユーザ対事業者の問題を別個に考えるか、統一的に事業者の責任とするか、あるいはその折衷的見解をとるかで基本的な方向性が異なることに言及したが、ここでは折衷的見解を採用することにする。なぜなら、第一に、少なくとも現状のオンラインゲームサービスのシステムでは、事業者がデータの保存されるサーバを管理していることから、データの窃取の事案について、ユーザ当事者間の返還ないし損害賠償の問題とするよりも、返還の容易性、費用の安価性等の点で、事業者の責任とする方が合理的であるように思われるからである。にもかかわらず、第二に、場合によってはユーザ間

の問題と構成する必要があるかもしれないため、統一的に事業者の責任とするのではなく、折衷的観点から問題を検討することで、仮にそのような場面があるのであれば、これを明らかにしたい。

そこで、ここではまず仮想財産の利用権の保護について事業者に求められる責任について論じた後、例外的に加害ユーザが負うべき責任があるのかどうかについて検討し、その後善意転得者との利益調整、及びサービス終了時ないし事業者倒産時のユーザの権限の保護について、論じていくことにする。

一－一　事業者の責任

オンラインゲームサービスを業として行う者に求められる責任とはいかなるものか。

米中両国法における議論からの示唆を日本法へと応用すると、ゲームサービスの継続に関する責任、データの適正な保持に関する責任、ユーザ間の利益の調整に関する責任に分けられよう（ただし、これらの責任は相互に重なる部分もある）。また、サーバへのアクセスやサービスのかなりの部分の料金を無料にしつつ、一部付加価値的な有償契約を結ぶサービスが多く展開されている日本においては、契約の有償無償の区別に基づく要求される注意義務の違いも問題となろう。

（一）ゲームサービスの継続に関する責任

オンラインゲームサービスは、いわゆるテレビゲームとは違い、ゲーム機やソフトウェアの売り切りではなく、サーバを利用した継続的なサービスの運営を必要とする業務形態である。このようなサービスの継続について、事業者に求められる義務の内容は、いかなるものであろうか。

この点、インターネットのインフラ化が進み、そこにおける人々の活動が活発になるにつれて、かかるインターネット上の交流が人々の人格形成に与える影響は、非常に増大していると思われる。そしてそのような人々の活動を奨励し、そこから利益を得んとする事業を営む者については、ユーザの人格にかかわる利益を不当に侵害しないよう、一定水準の事業を営む義務が存在すると考えるべきではないか。このように、オンラインゲームサービスを単にゲームという嗜好性の高い娯楽の一種と捉えるのではなく、ひとつのコミュニティを形成する事業でもあると捉えるならば、そこにおける人々の触れ合いを一定程度厚く保護する必要性は高まろう[63]。

この問題について、住宅のレント・コントロールの議論を類

推して解決を図るのが、アメリカの人格理論に基づく見解であった。この見解によれば、ユーザの人格にかかわる利益について、事業者の代替可能な利益に優越する保護が与えられることになる。(64)

この見解を参考に、この問題を検討すると、次のようになろう。サービス継続に関する責任の違反――つまり、サービス終了の具体的な場面としては、事業者が収益の赤字化や設備の老朽化を理由として、古いサービスを終了させたり、事業者自体が倒産し、おのずとサービスが終了したりする場合が考えられる。また、中には、ユーザから荒稼ぎ的に利益を得たのちに、経営不振を表向きの理由として計画倒産的にサービスを終了する悪質な行為が行われることもありえよう。この場合、当該サービスで活動するユーザにとっては、自身の人格形成に強い影響を与えうるデータそのもの、およびそれを利用する機会を、あるいは不当に喪失させられてしまうことになる。

よって、そのような、ユーザの人格にかかわる財産の不当な喪失を防止するためには、事業者が単に新たなサービスから利益を得たいというような代替可能な理由で、かねてより展開しているサービスを終了させたりするようなことは抑止されるべきであるということになろう。このような場合に事業者は、自身でサービスを継続し続けるか、第三者にサービスの引継ぎを依頼するといった対応をすべきであるということになる。よって、事業者がユーザに対して何の事前の告知もせず、オンラインゲームの提供を突然終了し、第三者への引き継ぎ等も行わないような場合には、仮想財産を当該サービスで利用するユーザの機会が不当に害されていると考えられるため、ユーザは、事業者に対し、当該仮想財産に関する役務（サービス）提供義務(65)を履行しないものとして、例えば仮想財産の購入代金の全部又は一部に相当する金額について損害賠償請求が可能となると考えられる。

しかし、以上のように考えると、ときに事業者の責任を増大させることになり、それによって事業者がサービスを運営するインセンティブが減少し、結果的にユーザがサービスを享受する機会が減少することになりうる。すなわち、ユーザの仮想財産に関する権利を人格にかかわるものだと認めることで、結果としてユーザが当該人格にかかわる財産そのものを得る、あるいはそれを利用する機会を減少させることになってしまうのである。

そのため、この権能は要保護性の非常に高い絶対的なものであると構成することは難しく、事案に即して当事者間の利益考

量をし、どちらの利益を法的に保護すべきか柔軟に判断する必要があることになろう。しかし、インフラ化の進むインターネット上の諸データの利用に関して、ユーザを保護する一権能として、重要視とされるものであると考えたい。

以上より、ユーザは事業者に対し、不当なサービス終了を抑止し、その継続を要求する――仮想財産のある種〝半永続〟的な利用を積極的に要求する――権能があり、事業者はこれを保護する一定の責任があると考えるべきではないだろうか。(66)

（二）データの適正な保持に関する責任

サーバ・クライアント型の通信が一般的なオンラインゲームサービスでは、ゲームサービスの継続的な提供と合わせて、サーバ上のデジタル・データ（ユーザのゲーム情報等）の適正な保持が求められる。この点、その保持に関する義務の程度とはいかなるものであろうか。デジタル・データと有体動産では、その保管の仕方は現実的にまったく異なり、システムの不具合等によるデジタル・データの滅失は時に不可避的に起こりうるものであるともいえる。そこで、その保持において、有体物を保管する場合の責任と同視してよいのかが、問題となる。(67)

この点、物の保管に関する契約に関しては、民法では、六五七条から六六六条に寄託の規定がある。(68) また、とくに商人がその営業の範囲内において寄託を受ける場合（商事寄託）については、商法に規定がある（受寄者の注意義務について五九三条、場屋営業車の寄託責任について、五九四～五九六条、倉庫営業者の保管責任について六一七条、保管料の負担について六一八条、保管期間について六一九条、責任の消滅事由について六二五条、消滅時効について六二六条）。

寄託のうち、実際によく問題となるのは、消費寄託（預金契約）や倉庫業であるが、これらについては、通常、詳細な約款が用意されている。(69) 例えば、倉庫約款三八条は、受寄者は、自己またはその使用人の故意または重大な過失によって損害が生じたことを寄託者が証明した場合に限り、損害賠償責任を負うと定めている。これに対し、トランクルーム約款三〇条は、受寄者は、自己またはその使用人が寄託物の保管または荷役に関し注意を怠らなかったことを証明しない限り、寄託物の滅失または毀損により生じた損害について賠償責任を負うと定めている。この違いは、後者の契約では寄託者が消費者であると想定されることに由来する（消費者契約法八条参照）。

この点、オンラインゲームサービスの事案における事業者のデータの保持に関する注意義務の程度につき、中国では、善管

注意義務であるとする見解や、消費者保護の観点から求められる財産の安全を保障する義務の違反を推定し、事業者がその義務の履行を立証した場合にはじめて免責されるとする見解がみられた。そして、これらの義務の違反と判断される場合には、事業者は第一義的には損害賠償ではなく、データの原状回復の責任が生ずると考えるべきであるとされていた。本問題のユーザが基本的には消費者であることに鑑み、義務の程度については、後者の見解を参考とすべきであろう。

以上にもかかわらず、データが完全に滅失し、かつバックアップも用意されていないような場合は、四一五条に基づき、履行不能の問題となる。この場合の処理としては、事業者に帰責事由がある場合、損害賠償が問題となる。いかなる場合に帰責事由が認められるのかについては、さらなる検討を要する問題であると言えようが、有体物の保管と比較して、サーバ上のデジタル・データはそのバックアップを行うことが容易であり、完全な滅失は比較的回避可能であることには留意が必要である。(70)

以上より、データの適正な保持について、事業者には、消費者保護の観点から過失の推定がなされ、その違反に際しては第一義的には原状回復が求められ、これが履行不能の場合は損害賠償の問題となるといえる。この点、損害賠償の対象となるのは、具体的には、サーバへのアクセス料や一部の課金アイテムの料金等であると思われるが、賠償額の算定につき転売利益は含まれるのか等、ユーザ間ＲＭＴの是非とも関連した、さらなる検討を要する問題も含まれているといえる。(71)

（三）ユーザ間の利益の調整に関する責任

オンラインゲームサービスが自らの管理するサーバに大勢のユーザのアクセスを呼び込み、その内部で様々なやり取りをすることを推奨するという事業である以上、サービスを利用するユーザ間のトラブルの解決についても、事業者は何らかの責任を負うべきではないか。ここで問題とされるべき場面は、ハラスメントや名誉・プライバシー侵害等多岐にわたるが、本稿の問題関心との関連では、とくに、ユーザによる他ユーザのデータの窃取、詐取等の場合、事業者がいかなる責任を負うかが問題となる。

この問題の解決の方向性としては、①何らの責任も負わないとするか、②限定的に、加害者の情報を提供する責任はあるとするか、③そもそものユーザ間の紛争を補充的ないし後見的に解決する責任があるとするか、三つの方向性がありうる。

この点について、アメリカの所有法説は、①ないし②の方向

性を志向していたと評価できる。一方、中国では、裁判例及び学説の多数が事業者は加害者の補充的責任を負うとする。

日本においては、この問題につき、銀行の誤振込みの場合の解決に用いられる、債権の準占有者への弁済の問題を類推する見解も考えられる。が、あるユーザの利用するデータを別のユーザが窃取した場合、当該データは被害ユーザのアカウントからは無くなっているものの、加害ユーザないし第三転得者のアカウント内に依然として残っていることも多く、そうであれば、結局サーバ上に保持されていることに変わりはない。そして、その移動の記録も逐一残っていると思われるため、窃取の場合に貴重品なり金銭なりが物理的に保管場所から離れてしまい容易に追跡することができない倉庫業や銀行業の問題とは区別する必要がある。

また、窃取とその返還の問題をユーザの自己責任と考えて法的に権限の割り当てを考えることも理論的には可能であるが、現実問題としては、被害者が加害者に直接何らかの責任追及をするにしても、その特定のためには結局事業者の協力を仰がなければならない。それにもかかわらず、サーバの管理権限を持ちデータ復旧が可能な事業者でなく、一ユーザである加害者に返還の請求をする必要があると構成するのは、かえって迂遠ではないだろうか（この点、データの窃取の問題の解決についてユーザの自己責任としながら、一方で加害者に対する返還請求や加害者の特定に関する権利の帰属をユーザに認めないとする条項の規定や解釈は、ユーザから問題解決の方法を奪うものであって背理であり、不当なものであるといえる点は留意すべきである）。

以上より、基本的にはユーザ間の問題の調整としての、データの窃取の問題の解決も事業者の契約責任に含まれ、事業者がその復旧の責任を負うとするのが妥当であろう。このとき、データの復旧については、後述の即時取得の問題に関する議論を踏まえたうえで対処する必要があろう。

（四）契約の有償無償の区別と注意義務の程度の違い

近時、Ｗｅｂサービスでは、フリーミアム（Freemium）[72]と呼ばれる、基本料金は無料でありながら、付加価値的なサービスを個別に有料で提供するビジネス・モデルが採用されることが多い[73]。そして、本稿で主たる検討の課題としているオンラインゲームサービスは、このビジネス・モデルの成功例ないし典型例のひとつであるといえる。このような契約において、契約の無償部分及び有償部分、あるいは、有償契約を結んでいるユー

ザおよび無償契約にとどまっているユーザの間で、保護の程度は変わるのであろうか。

この問題については、債権法改正に関する議論においても検討されていた。そこでは、一般的な役務提供契約においては有償無償の違いによって役務提供者の注意義務の程度に違いを設けるべきであるとするものの、義務の主体が事業者である場合はこの違いを設けるべきではないとするのが基本的な方針であった[74]。なぜなら、第一に、当該役務提供にのみに着目すれば報酬の支払を伴わないものであったとしても、関連する複数の契約や継続的な取引を全体として観察するときには有償性を帯びることも少なくないからであり、第二に、役務提供者がいわゆる専門家である場合には、たとえ無償の役務提供であっても、当該専門家として要求される水準の注意を尽くすべきことが合理的に期待されるからである[75]。米中両国においても、この場合に事業者の注意義務の程度に差を設けるべきであるとの見解は、本稿で検討した限りではみられなかった。

日本におけるオンラインゲームサービスは、サーバへのアクセス等は無償契約であるといえるものの、上記のように別途有償契約を結ぶことを前提としたビジネス・モデルであるため、そのデータの保持等の場合に事業者の注意義務の程度に違いを設けるべきではないだろう。ただし、損害賠償額の算定においては、この限りでないといえる。そこでは有償無償の別は大きな指標となろう。

一－二　加害ユーザの責任

オンラインゲームサービス内で何らかの悪事を働いたユーザは、民事上、多くの場合はただその利用するアカウントが事業者によってアクセス禁止にされるに過ぎない。しかし、それで対応は十分なのか、場合によってはその他何らかの法的責任を負うべきではないか、というのがここでの問題である[76]。

例えば窃取の場合では、被害ユーザが盗まれたのはいやしくも金銭的価値のあるデータなのであるから、直接の加害者といえるユーザも、損害賠償等の責任を負うべきではないか。この観点から、米中両国法における議論からの示唆を日本法へと応用すると、債権侵害と構成する方向性、占有権侵害と構成する方向性、所有権等の物権侵害と構成する方向性、不当利得の問題と構成する方向性などが対応策として考えられる。

この点、本稿はユーザ間の問題の解決に際して、基本的には事業者が後見的にその解決に介入することを推奨する立場から検討している。そのため、例えばデータの窃取の場合、上記い

ずれの構成によっても、被害ユーザが事業者にデータの復旧を請求してそれが叶った場合、被害ユーザは自身の権利侵害を根拠に加害者に請求する必要はなくなることとなる。そのため、被害ユーザが加害ユーザに直接法的請求をする必要があるのは、何らかの事情で事業者がデータを復旧しなかった場合や、その他特別の事情がある場合であることとなる。

そこで、ここでは、加害ユーザの責任について、基本的には被害ユーザによる予備的な請求の問題として各構成について検討しつつ、あわせて、被害ユーザが加害ユーザに直接請求しなければならないような特殊な事情が存するかどうかについて検討していく。

（一）ユーザの債権侵害とする構成

他ユーザによるデータの窃取を、ユーザが事業者に対して有するサービスを受ける債権の侵害であると考える場合は、不法行為の場面として、損害賠償請求の問題になる。

この点、債権侵害の成立要件については、日本法においても議論があるところであるが[77]、本件の、とくにデータの窃取の場合は、債権の帰属自体を侵害している上に、故意でない場合は基本的に考えられないので、伝統的通説でも批判的学説でも債権侵害に基づく不法行為は当然に成立するといえよう。

この問題について、中国においては、債権構成に立ちながら、本件には、金銭賠償ではなく、損害賠償における原状回復主義（現物賠償）が妥当するとの見解があった。このように考えることで、債権侵害に基づきながら、物権的返還請求権を肯定するかのような効果を認めることができる。日本法においても、このように構成することは可能であろうか。

この点、日本民法においては、四一七条において、「損害賠償は、別段の意思表示がないときは、金銭をもってその額を定める。」として、金銭賠償の原則に立つことが明らかにされているが、当事者の合意がある場合は、原状回復なり現物賠償なりによることができる。しかし、債権者の側から、金銭賠償以外の形、本問題では、窃取されたデータの原状回復という形での賠償を求めた場合は、どうなるのであろうか。

戦前の判例では、大審院昭和一六年九月二日判決（判決全集八巻二七号一一頁）が、小作米延滞の事案において、原告が利米を請求したのに対して、四一七条を理由として、その訴えを斥けた原判決を正当としている。

しかし、この事案と本問題は事情が異なるため、この判決の結論をそのまま適用してよいかは疑問である。そこで、この問

題を検討するが、その際には以下のような点が判断材料となろう[78]。

第一に、この問題では、債権者の側から債務者の意思に反して、そうした金銭賠償以外の代替的措置をなすことを求めることになるが、こうした構造自体、一般的に消極的な要素として位置づけられるべきである。

第二に、金銭賠償以外の手段の可能性を認めるとしても、それを認める必要性がどれだけ高いのかを問題とする必要がある。

第三に、四一七条のレベルで金賠償以外の措置を強制するということは、債務の内容としては認められないにもかかわらず、なおそうした措置を認めることを意味する。その正当性には、より高度の正当化が求められる。

以上より、金銭賠償以外の方法による損害回復の可能性については一律に否定すべきではないが、その可否については、単純にそれ以外の方法が可能か否かという基準だけではなく、そうした措置を認める高度の必要性、あるいはそうした措置の拒絶が信義則に反するような特別事情（損害の性質、原状回復による賠償が必要とされる必要性、原状回復の容易性、そのための費用の安価性等）が求められよう。

この点、本件で問題としている仮想財産には、サービスの性質上、ユーザ一般にとっては非常に価値があるものでも、金銭的価値に置き換えることが難しい類のものも存在する。また、原状回復はサービス内で返還をするだけであって手段としては容易であり、その費用も安価である。そのため、債権侵害であると構成しながら、金銭賠償ではなく現物の返還を行うということも、賠償の方法として考えられるようにも思われる。

しかしこれは、同時に、端的に契約の問題として事業者にデータの原状回復の請求を行えば足りる問題であるようにも思われる。その意味では、あえて上記のような構成をとって直接の加害者にデータの返還を請求する必要性は大きくはないともいえよう。

（二）ユーザの占有権侵害とする構成

データの窃取を、事実状態の保護としての占有権侵害と構成することはできないだろうか。占有保持の訴え（一九八条）、占有保全の訴え（一九九条）、占有回収の訴え（二〇〇条）、以上三つの占有訴権は、本権の有無を問わず事実上の占有状態を私力による侵害に対して保護することを目的とする権利であるため、ユーザの仮想財産の利用を占有と考えることができるのかが、その保護を肯定するために問題となる。

この点、アメリカにおいては、ユーザが仮想財産を物理的に占有していない以上、ユーザの権限を占有権と構成することはできないとする見解がある一方で、中国においては、事業者による占有と重なる面はあるものの、ユーザもこれを占有しているとして保護するべきであるとする見解があった。

日本においては、森田宏樹が、有価証券のペーパーレス化の基礎理論として、振替口座簿の記載ないし記録により有価証券に関する権利の帰属が定まることについて、その基礎にあるのが、占有、とくに準占有であり、有価証券のペーパーレス化というのは、紙媒体の券面に対する物理的支配から、「口座の記録」を基礎とした有価証券上の権利に対する事実的支配権限へと「占有」概念が機能的に拡張したことを示している旨主張する(79)。

本件においても、あるユーザのアカウントに何らかのデータが帰属するとの記録が現にサーバ上に為されているわけであり、これを事実上の支配権限たる占有と考えることは可能なのではないか。

しかし、このデジタル・データの占有の保護という構成が、後述の物権侵害とする構成の理論的基礎を提供することや、善意取得者の保護に資すること以外に、ユーザ対ユーザの事案で具体的に功を奏する場面がありうるかについては、さらなる検討を要する問題といえよう。

(三) ユーザの物権(所有権)侵害とする構成

データの窃取の問題を、物権(とくに、所有権)侵害と考えることはできないか。アメリカにおける所有法説の一部の見解、中国における物権説はこれを肯定せんとするものであった。この見解に立てば、被害ユーザは加害ユーザに対して物権的請求権の行使が可能となる。

この点、ユーザが何者かにアカウントの管理自体を奪われている場合には、物権的請求権のうち、妨害排除の問題とも考えられるが、実際に多く問題となるのは、中国の裁判例に現れているように、個別のデータを抜き出される場合であるため、物権的返還請求権の行使の是非が主たる議論の対象となろう。

物権的返還請求権は、物権者が物を占有せず、無権限者が物を占有する場合に、その物の引渡しを求める請求権である(80)。物権の円満な物支配の状態が妨害され、またはその恐れのある場合に、その相手方に対してあるべき物支配の状態の回復、またはその妨害の予防措置を求める物権的請求権の一機能である(81)。物権的返還請求権は、いかなる事情で権原者の非占有と無権原者の占有とが惹起されたかを問わず、物権のあるべき状態とあ

る状態とが合致せず、それが客観的違法と評価されるものであれば行使が認められる。[82]

かつては、所有と占有との分離により直ちに物権的請求権が発生し、相手方は抗弁権を有するのみとの立場から、この要件は必ずしも強調されなかったが、[83]客観的に違法と評価されてはじめて、物権的請求権による保護が妥当視されうる。物権者が侵害の忍容義務を負っていないことを消極要件とするのも[84]同趣旨であろう。客観的違法性なしとされるのは、物権とりわけ所有権の行使が法規によって制約されている場合、相手方が地上権、賃借権などの占有すべき権利を有する場合、および相手方に積極的な占有権原はなくても、物権的請求権の行使が権利濫用とされる場合などである。[85]

物権的返還請求権によって保護される権利は、法定の物権に認められるのが原則であるものの、その法的保護の必要性から、一方では、特別法でも物権が創出され、あるいは差止請求権が付与されてきている。また他方では、判例によって慣習法上の特定の物利用や不動産賃借権、さらには人格権、生活妨害等にもその保護は拡大されている。[86]

このように、物権法定主義という原則にもかかわらず、現実的な必要性に基づいてその保護が拡大されてきていることに鑑みるに、本件のようなデータについても、ユーザに何らかの物権が帰属すると考える余地はあるようにも思われる。ただ、物権的保護を認めるにはその現実的必要性が求められる、とする見地[87]からすると、本件では加害者特定のために事業者に頼らざるを得ない場合が多い以上、物権的返還請求権の問題とする実際的意義はあるのか、そもそも債権に基づいて事業者にデータの復旧を請求すると構成すれば事足りるのではないか、との疑問はやはり付きまとう。

（四）不当利得の問題とする構成

データの窃取の問題を、不当利得の問題と考えることはできないか。

不当利得の効果は、当該利得についての返還義務の発生である（七〇三条・七〇四条）。返還すべき物は原則として利得の原物返還によるが、社会観念上不能であれば価格返還（返還時の価格）による。[88]返還義務の範囲は善意の受益者と悪意の受益者とでは異なるが、データの窃取の場合は、加害ユーザは基本的には悪意であるといえる。そこで、悪意の受益者の責任を見ると、その受けた利益に利息を付して返還しなければならず、なお損害があるときは、その賠償の責任を負うとされる（七〇

四条）。悪意の受益者は当該利益を保持することができる法律上の原因が自己にないことを知っている以上、保護の必要はないからである[89]。この点、受益者が悪意の場合にも原則は原物返還であり、社会通念上原物返還が困難な場合に価格返還となり、価格返還の場合に限って利息を付すことを要すると解されている[90]。以上より、この構成をとると、被害ユーザは盗まれたデータの返還を請求できることになる。

また、上記のような、窃取されたデータそれ自体の返還の問題とは別に、他人のデータを窃取して加害ユーザがこれをRMTで換金した場合の利得を、受益者に留めておくべきか否か、という問題もある。ここではこの問題について、超過利得の返還の問題として検討していく。

判例では、職工AがX製紙会社のパルプを盗んでYに売却し、さらにBが転得して消費したという事例（大判昭和一二年七月三日民集一六巻一〇八九頁）で転売代金の返還を認めている。近時、種類物についても、不当利得返還請求時の価格ではなく、売却代金の返還をすべきであるとする判決が出ている（最判平成一九年三月八日民集六一巻二号四七九頁、失念株に関する価格返還請求の事例）。

学説も、従来は同旨であった[91]。ただ、近時は、売却代金ではなく、「物」の客観的価格によるべきだとの見解も有力である[92]。しかしこの見解は、他方で、悪意・重過失の場合には、超過利得の返還も要するとする[93]。

RMTに直接かかわる事案としては、下級審ではあるが、東京地判平成一九年一〇月二三日判時二〇〇八号一〇九頁が、オンラインゲームサービスを運営する事業者Xのアルバイト社員たるYが同社のサーバに不正アクセスをして得たデータをRMTで換金した利益を、事業者が本来得られた利益であると考えることはできないとして、XによるYに対する利益吐き出し的な損害賠償請求を否定している。

それでは、被害ユーザが加害ユーザないしRMT業者に超過利得の返還請求を為すことは妥当であろうか。多くの場合は事業者により禁止されているRMTの利益を、窃取の被害者であるとはいえ、一ユーザに帰属されるべき利益であると考えることはできるのであろうか。

この点について、アメリカでは、ユーザ間RMTについては否定的ながらも、データの窃取の場合には加害ユーザの得た不当な利得を吐き出させる必要があるために、被害ユーザによる加害ユーザに対する原状回復的損害賠償請求を認めるべきであるとする見解がみられた。

日本においても、代替物を利得した受益者が第三者に売却した場合（上記最判平成一九年の事案）の不当利得返還請求について、損失者・受益者の主観的態様により、「利益剥奪」・「利益押し付け」の側面を読み取り、効果もそれに対応させるというアプローチを重視する見解がある[94]。これによると、受益者悪意の場合には、利益剥奪の必要があり、売却代金が現在価格を上回る場合には、代金を吐き出させるという制裁的な意味合いを上記平成一九年最判に認めることもできよう、との評価もある[95]。

このアプローチを本件に当てはめれば、仮想財産の窃取とその転売という事案においても、加害ユーザがＲＭＴで得た利益を本来の利用者たる被害ユーザに対して吐き出させることが可能になるのではないだろうか。そして、この請求権にこそ、被害ユーザが加害ユーザに直接請求する意義が認められるものであると考えられるのではないか。

一－三　善意取得者との利益調整

オンラインゲームサービスでは、ユーザ間でのデータの交換を前提として構築されているサービスも多い。そこでは、データの窃取の場合などに、原権利者と善意取得者の間の利益調整が問題となる。この点について、中国では即時取得の問題として論じられていた。

この点、日本民法一九二条は、取引行為によって、平穏に、かつ、公然と動産の占有を始めたものは、善意であり、かつ、過失がないときは、即時にその動産について行使する権利を取得する、と定める。その趣旨は、動産を占有している無権利者を真権利者と誤信して、これと取引した者に、あたかも前主が真権利者であったかのように、契約通りの権利を取得させようとするものである[96]。なお、そのうち本条は、真権利者がこの無権利処分者に賃貸・寄託等により任意に物を交付してあった場合（占有委託物）に関する規定である。真権利者がその意に反して物の占有を奪われ、あるいはその意に依らず遺失した場合（占有離脱物）については、本条のほか一九三条及び一九四条の特則が適用される。一九三条では、盗品または遺失物の場合の回復請求について定められ、一九四条では、占有者が競売もしくは公の市場において、またはその物と同種の物を販売する商人から善意で買受けた場合についての回復請求と代価の弁償について定められている。

一九二条以下の規定により即時取得の認められるのは、「動産」である。この点、民法では、無記名債権は動産とみなされ

る（八六条三項）。したがって、有価証券化されない無記名債権（乗車券、劇場観覧券等）には、即時取得の適用がある。ただし、無記名の公社債、商品券のように有価証券たる無記名債権には、その流通保護のために、民法以上の公信力が商法五一九条、小切手法二一条により付与される。これらの規定と民法の即時取得との差異は、第一に、取得者の主観的要件として悪意もしくは重大な過失がなければ即時取得しうること、第二に、盗品・遺失物であっても民法一九三条、一九四条のような制限に服さないこと、である[97]。

一方で、鉱業権（鉱業法五九条、六〇条）、漁業権（漁業法二六条、五〇条）、特許権（特許法九八条一項、九九条）、実用新案権（実用新案法一八条三項、一九条三項、二五条、二六条）、意匠権（意匠法二七条四項、二八条三項、三五条四項、三六条）、商標権（商標法三〇条四項、三一条四項、三四条三項四項、三五条）、著作権（著作権法七七条）等の無体財産権の移転は、登録（認可）が権利移転の効力発生ないし対抗要件とされている。よって、これらの規定には、民法の即時取得規定の適用はない[98]。

また、近年、電子記録債権法一九条、社債、株式等の振替に関する法律一四四条等、電子データの善意取得が特別法により規定されている。そこでは、口座等への記載ないし記録が対抗要件となっており、基本的には、第三取得者の善意取得が肯定されることになる。この点、第三取得者に悪意ないし重大な過失がある場合は、それぞれ善意取得は否定される。

このような即時取得の問題について、本件ではどのように考えるべきだろうか。結局、即時取得の問題では、譲受人に権利を与えるについてその基礎的条件となるそれぞれの取引分野での「取引安全の要請の強さの度合い」と、原権利者の権利を剥奪するについて要請される「帰責事由の度合い」との相関関係によって規定されるといえるため、これについて検討していく。

仮想財産は基本的にゲームという嗜好性のあるサービス内のデータであるとはいえ、経済的価値があるものも多く、特にユーザの間で交換価値のあるものは、課金データかつ高価値であることが少なくない。このデータのやり取りはサービスの規模にもよるが非常に盛んであり、取引安全の要請は強いといえる。このようなユーザ間の取引では、データの管理権限の都合上、取引相手が真正の権利者であるかをユーザが即座にチェックすることは不可能であるといえるため、その〝所持者〟が真正の利用権者であることは当然視されている。さらに、即時取得を肯定しない場合、真正の権利者を特定するためにはかなりの過

去に遡ってデータの正当な利用者を画定しなければならず、かなりの手間がかかるといえる。そのため、全体として、「取引安全の要請の強さの度合い」は大きいといえる。

一方、被害ユーザの「帰責事由の度合い」は、データの窃取の際になされるアカウントハッキングの回避可能性の程度に求められよう。このアカウントハッキングには、当該ユーザがいかに気をつけていても不可避的な攻撃もあるものの、回避可能な場合も存する[99]。また、親密なユーザ間におけるデータないしアカウントの「貸し借り」に起因する問題の場合は、被害ユーザの帰責事由は大きいといえる。

以上を考量すると、第三転得者の善意取得が肯定されるべき要請は比較的強いものと考えられる。

この点、サービスの内容を具体的に分類すると、オンラインゲームサービスには、ユーザ間のデータの交換取引が主たる目的のサービスとそうでないサービスがある。この場合、データの取引を重視するサービスでは取引の安全を、そもそもそれを予定していないサービスでは原権利者の利益を優先する必要があるとするべきであろう。そのため、前者のサービスでは第三取得者が悪意ないし重過失でない限り即時取得は認められるべきである。一方で、後者のサービスにおけるアカウントの乗っ取りとその売買の場合は、原権利者への原状回復を認めてよいのではないだろうか。

一－四　サービス終了、管理者倒産の場合の処理

破産者が占有していた動産や破産者の名義となっていた不動産は、破産手続開始時を基準時として、すべて破産管財人の管理に服する（破産法三四条一項、七八条一項）。しかし、破産手続開始前から第三者が破産者に対して、ある財産を自己に引き渡すことを求める権利を持っている場合には、第三者は、その権利を破産管財人に対して請求することができる。このような第三者の実体法上の権利を、破産手続上、取戻請求権乃至取戻権と呼ぶ（破産法六二条）。

取戻請求権とは、目的物に対して第三者がもつ対抗力ある実体法上の支配権で、破産手続開始の効力によって影響を受けないものを意味する。したがって、いかなる権利が取戻請求権として扱われるかは、実体法による物の支配権が認められるか、その支配権について対抗要件が具備されているかを基準として決定される。そして、取戻請求権の基礎となる権利としては、所有権並びにその他の物権、債権的請求権、信託関係上の権利等、様々なものが考えられる。

この点、オンラインゲームサービスの場合、サービス終了ないし事業者倒産の場合に、ユーザがサーバ上のデータについて取戻請求をすることに現実的な意義があるのか。

この問題については、中国においても指摘されているように、サービスの性質上、サーバ・クライアント型の通信方式かつサービスとデータが分かちがたく結びついているような類のものは、仮想財産の個別のデータの取戻請求権を認めることにつき、積極的な意義はないだろう[100]。現今のオンラインゲームサービスで利用されるデータは、ほぼすべてがこれに当てはまるといえる。

他方で、ピア・ツー・ピア型の通信方式で構築された、事業者が倒産してもユーザ間でゲームを続けられるようなサービスであれば、取戻請求にも意義があることになるだろう。しかし、現状この手のタイプのサービスは皆無であるといっていいように思われる。そのため、今後このようなタイプのサービスが現れたら、別個論じる必要が出てこよう。

一方、不当なサービス終了時等における損害賠償請求については、前述のように、事業者がユーザに対して何の事前の告知もせず、オンラインゲームの提供を突然終了し、第三者への引き継ぎ等も行わないような場合には、ユーザは、事業者に対し、アクセス料金や仮想財産の購入代金の全部又は一部に相当する金額について請求可能となると考えられる。

二　ユーザ間ＲＭＴ禁止条項の内容的規制について

ＲＭＴは、日本のほぼすべてのサービスにおいて、利用規約で明示的に禁止されているか、あるいは事実上禁止されているといえる状況にある[101]。しかし、これはユーザの権利の不当な制限といえるのではないか。この条項を無効と考える必要はないか。これは、約款法における内容的規制の問題であるといえる。

この点、消費者契約法一〇条では、「民法、商法（明治三二年法律第四八号）その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。」と規定されている。よって、消費者の権利を制限し、民法一条二項に規定する基本原則（信義則）に反して消費者の利益を一方的に害すると判断される場合、ＲＭＴ禁止規定は無効となる[102]。

海外では、規約を利用した事業者によるユーザ間ＲＭＴの禁

止は、まさにこの不当な制限にあたるのだとする立論がいくつもみられた。その内容は以下のようなものである。

アメリカでは、功利主義の立場から、ユーザによる仮想財産の私的所有及び自由取引を肯定することが社会全体の富を増進するとする見解と、同じく功利主義的検討から、私的所有は認めないまでも、収益権能は認めるべきであるとする見解、また、労働理論の立場から、ＲＭＴを肯定しようとする見解がみられた。一方、中国では、労働理論の立場から、ユーザが仮想財産を原始取得するとする見解と、ユーザが事業者から承継取得するとする見解が、この権能のユーザへの帰属を肯定する。

アメリカの功利主義的見解は、ユーザによる自由取引を認めることによる利点として、社会の富の最大化につながることを強調する。

この点、ＲＭＴを肯定すると、ＲＭＴによってより大きな利益を得るために大量使用されるいわゆるＢＯＴによるサーバダウンやラグの発生、一般ユーザのアカウントハックを目的とした不正アクセス等の増加、ゲーム内経済の崩壊等の問題が生じうる。これらが直接的ないし間接的な原因となり、不満の蓄積したユーザがサービスの利用をやめることも多く、結果的に運営企業の収益低下リスクにもつながり、そのままサービス終了に至る例も散見される。以上のような理由から、仮想財産の自由取引を認めることは特定のユーザの利益につながることは確かであるが、社会の富の最大化につながるといえるかどうかについては、留保が必要といえる。

また、労働理論に基づく考えによると、アメリカにおける批判のように、仮想財産の素のデータを作成している者にこそ所有権が認められるべきであるということになろう。この点、日本で展開されているサービスでは、そのほとんどが、事業者が仮想財産の設計図たるデータを作成しているといってよい。そのため、これを根拠にユーザへの所有権類似の権利の帰属を認めることは難しいように思われ、同様に、収益権能の帰属を裏付ける根拠としても若干弱いように思われる。

それでは、労働理論に基づいて、サービスを運営する事業者が仮想財産を原始取得しており、これをユーザが何らかの形で継受取得をすると考えることはできるだろうか。これは、理論的には可能であるかもしれないが、現実問題としては、契約の内容によると言わざるを得ない。

以上より、現実の通貨を媒介とした収益権能については、所有に関する規範的理論によるユーザへの帰属の正当化が難しく、利用規約に従うべきであるとする議論が有力であると考え

られる。そのため、収益権能の帰属については、事業者とユーザ間の契約次第、ということにならざるを得ないだろう[103]。

事実、実務はその方向性で動いており、利用規約でユーザによる収益を完全に否定するものが多い一方、これを部分的に認めるものや大々的に収益可能であることを売りにするものも現れてきている[104]。

三　アクセス禁止の問題について——事業者による契約の一方的解除の是非

事業者によるユーザのアクセス禁止の問題は、契約の一方的解除の問題である。

契約の解除については、民法では、五四〇条以下において規律が定められている。

この点、オンラインゲームサービスは、継続的契約であると考えられるため、その解除について、一回的な有償交換契約と同視してよいのかが問題となる。継続的契約の解除の問題は、日本法では、これまで主として賃貸借の事案において、五四一条の解釈の問題として議論されてきており、判例の蓄積も多い[105]。

この点について、契約の継続性をもって一般的な交換型契約と本質的に異なるとみれば、継続的契約では「契約の解除」の規定は完全に排除され、継続的契約に関する民法六二八条・六六三条二項、六七八条二項などの趣旨を類推し、個々の契約に内在する信頼関係の程度に応じて、有償の継続的契約における債務不履行による契約の解消のみならず、それ以外の諸事由に基づく契約の解消を含む、解約告知のみを認めることになる[106]。これに対して、「契約の解除」の規定が継続的契約において修正されるとしても、この規定自体が「契約の解除」の規定であること、および継続的契約に関する規定が必ずしも「契約の解除」規定を排除しうるほど網羅的ではないことを理由に、その適用を認める見解がある[107]。

この問題については、主にアメリカの人格理論に基づく見解が検討していた。それを参考にすると、以下のことが言えよう。

まず、事業者対ユーザの問題として、サービスの改善のために行われるもの（定期的なメンテナンスやアップデートのための一時的なアクセスの禁止）については、事業者の正当性が認められることになろう。しかし、一方で、単にアクセス料を一、二回支払わなかったことや、受任限度を超えないような迷惑行為をしたこと等を根拠にユーザをアクセス禁止にすることは、事業者の側に不当性があり、アクセス禁止を解除すべきである

ということになろう。

アクセス禁止の原因となるユーザの行為として代表的なものとしては、ハラスメントやアカウントハック、詐欺的取引等いくつかあげられるが、財産的な問題のうちとりわけ微妙な判断が求められるものとしては、規約に反するＲＭＴ行為があげられる。これがアクセス禁止に値するかどうかについても、当該ＲＭＴ行為の態様や規模に基づいて柔軟に判断すべきであろう。具体的には、行き過ぎた暴利行為や事業の存続に悪影響を及ぼしかねない組織的な取引等は規制する一方、ユーザ間の個人的な、小規模なＲＭＴについては、その費用対効果の点からも強いて規制の対象としない等、臨機応変に対応するのはどうだろうか。

アクセス禁止に関する具体的なアプローチとしては、中国において主張されていた見解[108]が参考になろう。この見解は、契約の解除をする前に事業者はユーザに通知しなければならず、ユーザは事業者の契約解除の意思表示に異議があるときは、合理的な期限内に裁判所あるいは仲裁機関に異議を届け出る権利を有し、当該裁判所あるいは仲裁機関が決定を出すまで、事業者はユーザのアカウントの使用を停止できないと考えるべきであるとする。この点、組織的なＲＭＴ等、ユーザに対する抜き打ち的アクセス禁止こそ事業者にとって功を奏する事案もありうるが、そのような事案については別途その正当性の判断をするとして、基本的には上記のように考えるべきであろう。

第五節　本稿のまとめ

以上、本稿では、ユーザが一定の排他的利用を行っているインターネット・サーバ上のプログラム・データの民法的保護の在り方について、とくに、いわゆる仮想財産に関する問題を対象として検討し、自らの試論を示した。

本稿の出発点は、情報社会の高度化、インターネットのインフラ化の結果として、インターネット・サーバ上の諸データがその他の私有財産と同等に保護される必要性が出てきたものの、このようなデータの利用に関するユーザの権益が、有体物の保護を重視する伝統的な理解によって閑却され、実質的な解決への道が閉ざされているのではないだろうか、という問題意識にあった。そして本稿では、ユーザがその〝所有〟を意識するようになった萌芽的事例のひとつであるといえる、オンラインゲームサービス内のデータについて、現状達成されるべき民法的保護の程度、具体的内容を示すために検討を行った。

このような、社会の変化に伴って生じた新たな無体財について、いかなる法的保護をなすべきか。この問題について、日本民法の近時の学説は、土地等の有体物の取引を前提とした制度を維持しながら、あるいは、その制度の修正をも視野に入れながら、当該無体財の法的性質と問題の態様に着目して、適宜柔軟に対応することを志向するようになっているといえる。そこで、この点を具体的に検証するために、本問題に関して日本よりも議論の蓄積のある米中両国の裁判例及び学説から、示唆を得んとしたのである。

この仮想財産の法的性質について、アメリカでは、無体性、時限性という問題があるものの、これまで所有法によって保護されてきたその他の財産と同様の性質――競争性、永続性、相互接続性等――を有すると指摘され、中国では、物権の客体に含まれる電気等のエネルギーやペーパーレス化した有価証券等と同様の性質を有するものであると指摘されている。そのため、所有法ないし物権法による保護が志向されているのである。しかし、これらのデータがあくまで事業者の管理するサーバで処理されるものであるうえ、事業者の運営するサービスから切り離せないという性質があることも指摘されていた。これは、「物」の要件のうち、独立性の有無についての批判と評しえよう。

このような性質を有する仮想財産の利用に関して生じている問題の態様は、主として、①システムの不具合等によるサーバ上のデータの滅失の場合の処理、②他ユーザによるデータの詐取、窃取があった場合の処理、③第三者により窃取されたデータの即時取得の問題、④サービス終了、事業者倒産の場合の処理、⑤ユーザ間ＲＭＴの禁止条項の内容的規制の可否、⑥事業者によるユーザのアクセス禁止の問題、以上の六点であった。

これらの問題群に関して、米中両国では、ユーザに所有権が帰属すると構成することで対応すべきであるとする見解と、一定の権能の帰属を肯定することで対応すべきであるとする見解が主張されていた。後者はさらに、収益権能、被害回復請求権能、不当なサービス終了・事業者倒産に対する防御・抵抗権能のユーザへの帰属をそれぞれ論じていた。

この点、被害回復請求については、その保護達成の構想の方向性が、いくつかに分かれていたと評価できる。そのひとつは、上記①と②の問題をあくまで別個の問題として考える方向性である。この方向性は、①は対事業者の問題として、②は対加害ユーザの問題として法的保護の在り方を構想する。そのため、この方向性によると、とくに②の局面において、物権乃至所有権に基づく返還請求権の帰属を被害ユーザ認める必要が出てく

ることになる。またひとつは、①と②の問題を統一的に捉え、対事業者の問題として法的保護の在り方を検討する方向性である。この方向性によると、①②の両問題を事業者に対する契約上の請求の問題と考えるため、この局面における仮想財産の物権的保護の必要性が低減することとなる。さらに、後者に基づきつつ③の問題を重視する見解や、この両見解を折衷しつつ、後者の方向性を基調とする見解もみられた。

このような米中両国における議論を参考に、本稿では、次のように試論を展開した。

まず、ユーザに帰属する仮想財産の利用権の保護の在り方の問題として、事業者の責任、加害ユーザの責任、善意転得者との利益調整、サービス終了・事業者倒産の場合の処理について、それぞれ分析した。次に、規約の内容的規制の問題としてユーザ間ＲＭＴの禁止の是非について、最後に、契約の一方的解除の問題としてアクセス禁止の問題について、検討した。

仮想財産の利用権の保護の問題として、事業者に求められる責任は、ゲームサービスの継続に関する責任、データの適正な保持に関する責任、ユーザ間の利益の調整に関する責任にまとめられる。この点、サービスの継続に関する責任については、ユーザの人格にかかわる財産を事業者の代替可能な財産に優越して保護するという視点が求められ、不当なサービス終了は抑止されるべきであることを述べた。データの適正な保持に関する責任については、バックアップの容易性、安価性、そして消費者保護の観点から、比較的高度な責任が課せられ、その義務違反は推定されるべきことを主張した。ユーザ間の利益の調整に関する責任については、データが保持されるサーバを事業者が管理していることや、データの移動の追跡・監視可能性から、とくにユーザによるデータの窃取の事案における契約上の補充的責任が求められ、事業者による後見的解決を志向する方向性を採用した。

次に、窃取などの事案における加害ユーザに求められる責任としては、債権侵害構成、占有権侵害構成、物権侵害構成、不当利得構成が対応策として考えられるが、ここでは特に、窃取したデータを加害ユーザがＲＭＴによって換金した場合の不当な利得の吐出しと被害ユーザへのその帰属という観点を重視した。なぜなら、これ以外の問題は基本的には事業者に対する請求で解決するといえるのであり、ただ加害者の利得の吐出しという点のみが、事業者に対する請求では直接的には解決しえないものだからである。

そして、データの窃取とその善意取得者との利益調整の問題

として、一方で、ユーザ間の取引を前提として構築されたサービスにおいては取引の安全の要請が強く、転得者が悪意・重過失でない限り即時取得が認められるべきであり、他方で、ユーザ間の取引を前提としていないサービスにおいては、原利用者の利益を優先すべきことを指摘した。

また、サービス終了・事業者倒産の場合の処理については、いわゆる取戻請求権が不要であることを確認した。なぜなら、オンラインゲームサービスのデータは、あくまで事業者の管理するサーバ上に保持されるものであり、かつ、ゲームサービスと切っても切れない関係にあるため、その権能を認める意義に乏しいからである。しかし、不当なサービス終了の場合における損害賠償請求は、一定程度認められるべきであろう。

さらに、ＲＭＴによる収益権能の帰属については、所有に関する規範的理論の類推からもその肯定が困難であるため、当事者の契約にゆだねられるべきであるとした。

最後に、アクセス禁止の問題について、賃貸借などの継続的契約の解除の問題の類推から、当事者の信頼関係が破壊されるような事情があるときにのみ認められるべきであり、解除をするにしても、無催告解除は例外的場合に限られるべきであることを述べた。その例外的場合とは、財産的な問題の中では、具体的には、アクセス料金の度重なる滞納や、組織的なＲＭＴ等の場合であろうと思われる。

以上を要するに、本稿の提示した仮想財産の民法的保護の方向性は、現実問題としてデータの保存されるサーバの管理者が事業としてサービスを展開していることに鑑み、そのサービス内で発生する様々な問題の解決を基本的には事業者の契約責任の範囲内に含める、つまり本件仮想財産の法的保護については債権的保護を中軸とする、というものである。この点、このユーザの権利は、人格にかかわる利益を含みうることや、本サービスが継続的契約であることを根拠に、比較的厚く保護されるべきものであると考える必要がある。また、窃取されたデータの善意転得者の即時取得の問題や、加害ユーザに対する被害ユーザの直接的責任追及――とくに、窃取したデータをＲＭＴにより換金した加害ユーザの不当な利得の吐出し――の問題など、単なるユーザ対事業者、一対一の債権債務関係に収まらない対応が必要であることにも留意されるべきである。

これらユーザに帰属されるべき権能は、科学技術の発展により人々が生活上様々な局面で利用しながらも、技術的限界から今なお儚い存在であるところのデータ等の無体財それ自体ないしその利用を、より確固としたものとすることを他者に積極的

に要求し、法が助力することでこれを実現するものであると評価しうる。

情報社会の高度化、インターネットのインフラ化に伴い、新たな無体財にまつわる取引が活発化し、なおかつ、それを利用した活動がユーザの人格形成に与える影響がますます大きくなっていることに鑑みるに、本問題においては、少なくとも以上のような民法的保護が達成される必要があると思われる。

第六節　残された課題

以上、序章で掲げた課題に対し、試論ではあるが一定の方向性を提示した。ここでは、本稿で検討することのできなかった問題について、残された課題として触れておきたい。

まず序章でも述べ、また本論で検討した海外の論稿でも指摘されるように、インターネット上には様々な性質を持った無体財が存在し、また新たに生まれくることだろうと思われる。例えば、直近で世間を騒がせた新たな無体財の問題としては、いわゆる仮想通貨の一種であるBitcoinのデータ消失と取引所倒産の問題があげられる(109)。

本稿では、このような新たな無体財のうち、ごくごく一部についての検討を行ったに過ぎず、また、取りあげた問題の態様についても限定されているため、その射程は必ずしも広くはない。とくに、オープンソースプロトコルに基づくピア・ツー・ピア型の決済網及び暗号通貨であるBitcoinの問題の解決には、本稿で扱った、サーバ・クライアント型のゲームサービス内で利用される仮想財産のそれとは、また異なったアプローチが必要となろう。

この点、アメリカにおける規範理論の類推による見解の相違のうち、とくに重要なのが、保護対象たる仮想財産の射程の広狭なのである。そのため、その他の無体財をも含めた、より広い視野からのより詳細かつ慎重な検討を行う必要があることは論をまたないだろう(110)。

また一方で、オンラインゲームサービス内で起きている問題は、本稿で扱った財産的な問題に限られない。名誉毀損的表現行為、プライバシー侵害、ハラスメント、あるいはなりすましの問題等に対し、法的にいかに対処するべきかを検討することも重要な課題である。本稿では、これらの問題について詳細に扱うことができなかった。

さらに、インターネット上の法的問題の対応策として、事業者の自主規制、行政による事前規制(111)、司法による事後規制、い

ずれのアプローチをいかなるかたちでとるべきかについて議論があるところではあるが、本稿では中心的論題として扱うことができなかった[112]。

そして、本稿は、インターネット上のデータの法的保護の問題について、従来の法をいわばそのまま拡張して適用することでその解決を図る見解を検討してきたといえる。

しかし、この問題については、土地等の有体物の取引を前提とする法制度を乗り越えるために、そもそも新しい理論を構築することを志向する見解も少なからず存在する[113]。本稿の検討により明らかになった諸問題の解決について、より事態適合的な理論の構築も、求められているといえるだろう。

最後に、人格にかかわる無体財の保護という観点の延長線上として、居住福祉法学[114]の無体財利用への拡張の可能性についても、指摘しておきたい。例えば、災害時の緊急速報、避難所情報の提供等、スマートフォンを利用したアプリケーションが緊急連絡のツールとして役立つことが夙に指摘されている。東日本大震災直後に設立されたボランティアプロジェクト「PayForwarding」[115]は、被災者支援アプリを開発するものであり、ここでは、すでに多くのアプリが開発されている。そのほかにも、東日本大震災当時、災害関連の公的情報発信支援で、クラウドサービス無償支援の動きがみられた[116]。このようなプロジェクトを福祉の観点から公的に設立・バックアップすることも、選択肢としてはありえるのではないだろうか。

以上の各点の検討について、それぞれ、次の機会を期したい。

（完）

（1）法典調査会民法主査会議事速記録第一巻六四丁における富井の説明参照。他にほぼ同旨、同前速記録第六巻一二丁所掲の「理由」、民法修正案理由書総則物権債権五頁。

（2）同前主査会速記録第一巻六四丁における富井の原案説明参照。

（3）梅謙次郎『民法要義巻之一 総則編』（有斐閣、一八九六）一八一頁、岡松参太郎『註釈民法理由上（総則編）』（有斐閣、一九〇六）一四一頁、富井政章『改訂増補民法原論第一巻（総論上）』（有斐閣、一九二一）三二六－三二七頁、舟橋諄一『民法総則（法律学講座）』（弘文堂、一九五四）八六頁等

（4）中島玉吉『民法釈義巻之一』（金刺芳流堂、一九一一）三七一－三七二頁。

（5）勝本正晃『新民法総則』（弘文堂、一九四八）一二六頁。

（6）林良平・前田達明（編）『新版注釈民法（一）総則（一）』（有斐閣、二〇〇一）五八九頁〔田中整爾〕。
（7）富井・前掲書注（3）三二六－三二七頁。
（8）三潴信三「無体物観念ノ排斥ニ関スル疑問」法学志林一三巻八・九合併号〔梅博士追悼記念論文集〕（一九一一）四七七頁以下。
（9）同前。
（10）同前、四八四頁。
（11）同前、四九一頁。
（12）同前、四九一－四九二頁。
（13）同前、四九二頁。
（14）同前、四九二－四九三頁。
（15）石田文次郎『現行民法総論』（弘文堂書房、一九三〇）一八七－一八八頁。
（16）同前、一八七頁。
（17）同前、一八八頁。
（18）我妻栄『新訂民法総則〈民法講義Ⅰ〉』（岩波書店、一九七二）二〇一－二〇二頁。
（19）同前、二〇二頁、二〇五－二〇七頁、同『債権の優越的地位』（有斐閣、一九五三）二一五頁以下参照。
（20）川島武宜『民法総則〈法律学全集〉』（有斐閣、一九六五）一四二－一四三頁。
（21）川島武宜「『権利』の社会学的分析――Max Weberの“Appropriation”の理論を中心として――」同『川島武宜著作集　第二巻』（岩波書店、一九八二）三六二頁以下。
（22）四宮和夫『民法総則〈第三版〉』（弘文堂、一九八三）一三二頁。
（23）米倉明『民法講義総則（一）』（有斐閣、一九八四）二二四頁。
（24）この立場に立つと思われる近時の教科書類として、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、二〇〇七）二〇四頁、近江幸治『民法講義Ⅰ　民法総則〈第六版〉』（成文堂、二〇〇八）一五八頁等。
（25）この立場に立つと思われる近時の教科書類として、加藤雅信『新民法体系　民法総則〈第二版〉』（有斐閣、二〇〇五）一七五頁、潮見佳男『民法総則講義』（有斐閣、二〇〇五）四六一頁、内田貴『民法Ⅰ　総則・物権総論〈第四版〉』（東京大学出版会、二〇〇九）三五四頁等。
（26）河上・前掲書注（24）二〇五頁。
（27）片山直也「財産――bein および patrimoine」北村一郎編『フランス民法典の二〇〇年』（有斐閣、二〇〇六）一七七頁以下、日仏物権法セミナーに関する特集「二一世紀における所有権と財産」法時八三巻八号（二〇一一）七六頁以下、特集「二一世紀における物権法の改正に向けて」法時八四巻一一号（二〇一二）七八頁以下、横山

美夏「フランス法における所有（propriété）概念――財産と所有に関する序論的考察」新世代法政策学研究一二号（二〇一一）二五七頁以下、同「財産概念について――フランス法からの示唆」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法――基本法の比較法的考察』（成文堂、二〇一四）、瀬川信久「『資産（patrimoine）』理論は日本民法学にとってどのような意味をもつのか――横山報告へのコメント」同書八一頁以下、村田健介「フランスにおける所有概念の意義－著作者人格権の法的性質を題材として－（一）～（七・完）」法学論叢一七一巻六号（二〇一二）三九頁以下、一七二巻三号（二〇一二）三七頁以下、一七三巻四号（二〇一三）七六頁以下、一七四巻二号（二〇一三）六一頁以下、同巻四号（二〇一四）八〇頁以下、同巻五号（二〇一四）五四頁以下、同巻六号（二〇一四）六〇頁以下等。

(28) この一連の研究は二〇一四年の私法学会のシンポジウムのテーマともなった。その資料として、「財の多様化と民法学の課題」ＮＢＬ一〇三〇号（二〇一四）一〇頁以下。論文集として、吉田克己・片山直也（編）『財の多様化と民法学』（商事法務、二〇一四）。

(29) 水津太郎「物概念論の構造――パンデクテン体系との関係をめぐって」新世代法政策学研究一二号（二〇一一）二九九頁以下、同「民法体系と物概念」ＮＢＬ一〇三〇号（二〇一四）二二頁以下。

(30) 取引の交渉自体をその他のポータルサイトや通信ソフトを介して行うことはままあることだが、データが事業者の管理するサーバと独立して存在し得ない以上、データの移動はあくまでサーバ内で行われることになる。

(31) 本稿第一章第二節二参照。

(32) 本稿第一章第三節二参照。

(33) 本稿第一章第三節三参照。

(34) 本稿第一章第三節四参照。

(35) 本稿第一章第五節二参照。

(36) 本稿第一章第六節一参照。

(37) 本稿第二章第三節一参照。

(38) 本稿第二章第三節四－一参照。

(39) 本稿第二章第五節二－一参照。

(40) 本稿第一章第三節二参照。

(41) 本稿第一章第三節四、及び五参照。

(42) 本稿第一章第六節一参照。

(43) 本稿第二章第三節二－二（二）参照。

(44) 本稿第二章第三節三参照。

(45) 本稿第二章第五節二－二参照。

(46) 本稿第一章第三節三参照。

(47) 本稿第一章第四節二参照。

(48) 本稿第一章第二節三－二参照。

（49）本稿第一章第三節四参照。
（50）同前。
（51）本稿第一章第五節二参照。
（52）物権説について、本稿第二章第二節参照。債権説に立つものとして、特に、本稿第二章第五節二－二参照。
（53）仮想財産の価値が特定のネット空間に付従するものであることを指摘するものとして、本稿第二章第三節三－二参照。
（54）特に、本稿第二章第五節二－二参照。
（55）本稿第二章第三節二－二（一）参照。
（56）本稿第二章第四節一－三参照。
（57）本稿第二章第四節一－一参照。
（58）本稿第二章第五節四及び五参照。
（59）本稿第二章第四節一－二参照。
（60）本稿第二章第三節二－一参照。
（61）本稿がいやしくも日本法における仮想財産の民法的保護の在り方について一定の方向性を示そうとするものである以上、本来であれば、日本法における各種法制度に関する従来の議論――具体的には、旧民法における規定及び趣旨、現行民法ないし各種特別法の起草者の見解、その後の判例・学説の展開、債権法改正に関する議論等――の網羅的な言及やその詳細かつ慎重な検討が必要なところであるが、専ら筆者の能力の関係上、ここでは限られた言及に止まらざるを得ない。ご海容を願いたい。
（62）オンラインゲームサービスでは、利用規約に対するユーザの承諾を得る手法として、いわゆるクリックラップ契約に依るものが多い。この種の契約の拘束力の有無については議論のあるところではあるが、本稿ではその詳細な検討を省略し、拘束力をひとまず肯定することを前提として、議論を進めていく。この問題に関する論考としては、例えば、Guibault Luice、会沢恒（訳）「著作権の制限と『クリックラップ』ライセンス：著作権取引はどうなるのか？（第二特集　著作権とコモンズ）」知的財産法政策学研究三号（二〇〇四）九一頁以下、川和功子「米国における電子情報取引契約について（一）～（三・完）」同志社法学五七巻一号（二〇〇五）一頁以下、五七巻七号（二〇〇六）一頁以下、五八巻一号（二〇〇六）一二五頁以下等。
（63）これはオンラインゲームサービスに限られた問題ではない。メールサービスやいわゆるＳＮＳ等のサービスにも当てはまることであり、むしろ、一般的にはこちらの方がその保護の必要性が認知されやすいかもしれない。二〇一四年に物議を醸したものとしては、モバイル（ガラケー）版 Yahoo! メールやＰＣ／スマートフォンウェブ版 Yahoo! グループのサービス終了があげられよう。
（64）本稿第一章第五節二参照。

(65) 役務提供契約の性質に関する論考として、沖野眞已「契約類型としての『役務提供契約』概念（上）（下）」NBL五八三号（一九九五）六頁以下、五八五号（一九九六）四一頁以下。

(66) この点に関連した、電子書籍サービスに関する指摘として、町村泰貴「学術書を紙と電子のHybridで」〈http://matimura.cocolog-nifty.com/matimulog/2014/09/hybrid-4f40.html〉（最終アクセス二〇一四年九月一三日）。彼は、そのブログにおいて、「新刊学術書、今後は紙・電子セット販売、有斐閣など六出版社が図書館向けに」〈http://internet.watch.impress.co.jp/docs/news/20140912_666545.html〉（最終アクセス二〇一四年九月一三日）というニュースに触れ、「現在のところ、電子書籍の最大の難点は、データをいつでも読むことができるという保証がないという点だ」とし、「数十年、数百年といった長期に渡る図書の安定的な所蔵と閲覧機会の提供が図書館の使命である。その図書館に紙であれ電子であれ本を売るということは、やはりその長期的スパンでの利用を保証するということでなければならない」と指摘する。

(67) 仮想財産のデータ保持と類似の事案としては、オンラインストレージのデータ消失の事案があげられよう。しかし、この事案と仮想財産の事案はまったく同様の利益状況にあるというわけでもない。ストレージの事案はユーザが自身で保管できるデータをストレージサービス提供者に預けているのである一方、仮想財産の事案ではユーザは事業者のサーバから自身の端末へデータを移動することは基本的にはできないのである。そのため、前者ではユーザが自身で別途データのバックアップを取ることができる一方で、後者では事業者による適正な保持に頼らざるを得ない。そのため、データの消失の場合の責任の判断については、異なった観点からの考慮が必要となろう。

(68) 寄託契約につき、幾代通・広中俊雄（編）『新版注釈民法（一六）債権（七）』（有斐閣、二〇一〇）三〇五頁以下等〔明石三郎〕。

(69) 各種業界の約款の内容を紹介する教科書類として、例えば、山本敬三『民法講義Ⅳ―一 契約』（有斐閣、二〇〇五）七四三頁等。

(70) 帰責事由の理解については、かねてより盛んに議論されている。この点、帰責事由の理解に関する伝統的通説として、我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、一九七一）一〇五頁以下、一四五頁、一五三頁。伝統的通説に対する批判として、平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂、一九九四）四六頁。判例の分析として、長尾治助『債務不履行の帰責事由』（有斐閣、一九七五）、

広中俊雄＝星野英一（編）『民法典の百年Ⅲ　個別的観察（二）債権編』（有斐閣、一九九八）三五頁〔中田裕康〕。近時の帰責事由の再構成に関する論考として、吉田邦彦「債権の各種――『帰責事由』論の再検討」同『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、二〇〇三）二頁以下〔初出一九九〇〕、森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、二〇〇二）〔初出一九九三〕、平野裕之「契約上の『債務の不履行』と『帰責事由』」伊藤進ほか（編）『現代取引法の基礎的課題（椿寿夫教授古稀記念）』（有斐閣、一九九九）四八九頁以下、潮見佳男『債権総論Ⅰ〔第二版〕』（信山社、二〇〇三）二五八頁以下、山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト一三一八号（二〇〇六）八七頁以下、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリスト一三一八号（二〇〇六）一一七頁以下、荻野奈緒「契約責任における不可抗力の位置づけ」同志社法学五八巻五号（二〇〇六）三五三頁以下等。

(71) 損害概念や損害賠償の範囲、損害賠償額の基準時等につき、奥田昌道（編）『新版注釈民法（一〇）Ⅱ　債権（一）』（有斐閣、二〇一一）二五六頁以下〔北川善太郎・潮見佳男〕。

(72) このビジネス・モデルは他にも「基本無料、アイテム課金」、「Free to Play (F2P)」等とも呼ばれ、オンラインゲームサービスではむしろこちらの呼び名のほうが一般的である。

(73) フリーミアムのビジネス・モデルは、二〇〇六年、ベンチャー投資家のフレッド・ウィルソン（Fred Wilson）により明確に示されたとされる。〈http://avc.com/2006/03/my_favorite_bus/〉（最終アクセス日二〇一四年七月一一日）

(74) 民法（債権法）改正検討委員会（編）『詳解　債権法改正の基本方針Ⅴ　各種の契約（二）』（商事法務、二〇一〇）九－一〇頁、一三－一四頁。

(75) 同前、一四頁。

(76) この点、刑事上では、不正アクセス禁止法に違反し、罰金ないし禁固刑に処せられる可能性があることには留意すべきである。

(77) 伝統的通説として、我妻・前掲書注（70）七七頁以下。その批判として、吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣、一九九一）等。

(78) この点については、奥田昌道（編）『新版注釈民法（一〇）Ⅱ　債権（一）債権の目的・効力（二）』（有斐閣、二〇一一）五二四－五二五頁〔窪田充見〕にて論じられている。本稿ではこの見解をほぼそのまま踏襲している。

(79) 森田宏樹「有価証券のペーパーレス化の基礎理論」金融研究第二五巻法律特集号（二〇〇六）一頁以下、同「金銭および有価証券の無体化・電子化と『占有』概念」城山英明・西山洋一（編）『法の再構築 第三巻　科学技術

の発展と法』（東京大学出版会、二〇〇七）二〇一頁以下。

（80）舟橋諄一・徳本鎮（編）『新版注釈民法（六）物権（一）〔補訂版〕』（有斐閣、二〇〇九）一四四頁〔好美清光〕。

（81）同前、一一三頁。

（82）同前、一四五頁。

（83）中島玉吉『民法釈義巻之二物権上　改訂一四版』（金刺芳流堂、一九二七）二八八頁、二九四頁以下、末弘厳太郎『物権法　上巻』（有斐閣、一九五六）五九頁。

（84）末川博『物権法』（日本評論新社、一九五六）四三頁、勝本正晃『物権法』（弘文堂、一九五〇）一二六頁。

（85）舟橋・徳本（編）・前掲書注（80）一五九－一六八頁参照〔好美清光〕。

（86）同前、一二四－一三三頁参照。

（87）川島・前掲書注（20）のほか、例えば、鈴木禄弥「物権と債権のわけ方」同『物権法の研究』（創文社、一九七六）一〇三頁以下も同趣旨といえるだろうか。

（88）我妻栄・有泉亨・川井健『民法二　債権法　第二版』（勁草書房、二〇〇五）四一一－四一二頁。

（89）川井健『民法概論四　債権各論　補訂版』（有斐閣、二〇一〇）三八五頁。

（90）我妻他・前掲書注（88）四一三頁。

（91）我妻栄『債権各論下巻Ⅰ（民法講義Ⅴ四）』（岩波書店、一九七二）一〇一〇頁、一〇六八頁。

（92）四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為上巻（現代法律学全集）』（青林書院新社、一九八一）八二頁、八五頁、一九六頁。なお、同七八頁では、返還義務者に受益の返還以上の過重な負担を課さない方法によるとする。

（93）同『請求権の競合』（一粒社、一九七八）一八三頁。

（94）平田健治「判批」私法判例リマークス三六号（二〇〇八）四九－五〇頁。

（95）吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社、二〇〇八）二六〇頁。

（96）川島武宜・川井健（編）『新版注釈民法（七）物権（二）』（有斐閣、二〇〇九）一二四頁〔好美清光〕。

（97）いずれも盗品につき、大判大正六年三月二三日民録二三輯三九二頁（公債）、宮城控判大正五年七月二八日評論五商四四八頁（勧業債権）、東京控判大正一三年六月二八日新聞二二九二号一五頁（農工債権）、東京地判昭和三四年一〇月一二日下民集一〇巻一〇号二一五三頁（投資信託受益証券）。

（98）末川・前掲書注（84）二三二頁。

（99）近時問題とされるアカウントハッキングの手法としては、パスワードリスト攻撃（リスト型攻撃／アカウントリスト攻撃）があげられる。これは、悪意を持つ第三者が、何らかの手法によりあらかじめ入手してリスト化したＩＤ・パスワードを利用してＷｅｂサイトにアクセス

を試み、結果として利用者のアカウントで不正にログインする手法をいう。利用者は同じＩＤ・パスワードの組み合わせを複数のサイトで使用する傾向が強いため、パスワードリスト攻撃の成功率は高くなっている状況がある。しかしこれは、一定程度ユーザ側で予防が可能であることも意味する。

(100) 一方で、電子書籍のようなサービスでは、倒産時のデータの処遇が場合によっては問題になりうるといえよう。

(101) この問題について、事業者がＲＭＴ業者に対して何らかの法的責任の追及ができないか、という観点から検討したものとして、一般財団法人ソフトウェア情報センター（編）『クラウドビジネスと法』（第一法規、二〇一二）一五六頁以下〔森亮二〕。

(102) 約款の内容的規制に関する議論については、谷口知平・五十嵐清（編）『新版　注釈民法（一三）債権（四）〔補訂版〕』（有斐閣、二〇〇六）一九七頁以下〔潮見佳男〕。

(103) この点、仮想財産が金銭的価値を持つ「デジタル資産」であるとするならば、電子くじ形式で販売されるデータないし確率で入手することとなるデータがＲＭＴによって換金できた瞬間にそれは「デジタル賭場」であり、賭博の性質を満たすので、未認可の賭場開帳を行ったかどで賭博法違反となりうるとする指摘がある（新清士「ソーシャルゲーム企業はリアルマネートレードの全面禁止を明確に打ち出すべき」〈http://blogos.com/article/33428/〉（最終アクセス日　二〇一四年六月一日））。そのため、ＲＭＴの是非については、単純に当事者間の契約の問題とするべきではなく、より広い視座からの検討をすべきであるとも考えられる。しかし、新による上記の指摘は、データの入手が確率まかせであって事業者が意図的にユーザの射幸心を煽っているとも考えられることと、ユーザによるＲＭＴの是非との、複合的な問題を対象としている。一方で、ＲＭＴそれ自体は必ずしも賭博ないし一攫千金目的になされるものではなく、音楽のＣＤや映画のＤＶＤ等の古物の取引に似た側面もある。そのため、ここでは後者の側面を重視し、純粋にＲＭＴ自体の問題の法的帰結として、当事者の契約にゆだねる方向をとりたい。

(104) 例えば、二〇一二年五月一五日より発売されたハックアンドスラッシュ（Hack and Slash）ＲＰＧ「ディアブロ３（Diablo3）」では、運営の用意したオークションハウスを利用したＲＭＴを肯定することを売りとしていた。ただし、このオークションハウスは、二〇一四年三月一八日に閉鎖されている。理由としては、比較的性能の高いアイテムが安価で入手できるようになり、プレイヤーが自分でアイテムを獲得するという、本ゲームの醍醐味ともいえる部分が損なわれたことなどが考えられ

る。元メインディレクターのJay Wilson氏は「オークションハウスがゲームに深刻な被害を与えた」と公の場で告白していた。Jay Wilson氏の講演につき、「【GDC 2013】渦中のディレクターが振り返る『Diablo III』のデザインにおける成功と失敗」〈http://www.inside-games.jp/article/2013/03/31/65195.html〉（最終アクセス日二〇一四年六月一日）

(105) いわゆる信頼関係破壊の法理に関する判例の状況については、幾代通・広中俊雄（編）『新版注釈民法（一五）債権（六）』（有斐閣、一九八九）三〇〇頁以下〔石外克喜〕、三二五頁以下〔広中俊雄〕等。

(106) 広中俊雄「賃貸借における『信頼関係』の破壊と『解除』」同『契約法の研究』（有斐閣、一九五八）一二三頁以下、田中実「いわゆる継続的債権（契約）関係の一考察」慶応法研二六巻一二号（一九五二）一二一頁以下。

(107) 我妻栄『債権各論中巻Ⅰ（民法講義Ⅴ二）』（岩波書店、一九五七）四五一頁、末川博『契約法（上）』（岩波書店、一九五八）一三八頁、山中康雄「履行遅滞による解除」総合判例研究叢書・民法（一〇）（有斐閣、一九五八）四頁以下等。

(108) 本稿第二章第四節一－二参照。

(109) この問題に関する論考として、例えば、Lenz Karl-Friedrich「新インターネット通貨Bitcoinの法的問題：EU法・ドイツ法を中心に」青山法務研究論集七号（二〇一三）一頁以下、渡邉雅之「NBL Square :Bitcoin（ビットコイン）は合法なのか？」NBL（二〇一四）一〇一八号七頁以下、片岡義広「ビットコイン等のいわゆる仮想通貨に関する法的諸問題についての試論」金融法務事情六二巻一四号（通算一九九八号）（二〇一四）二八頁以下、福田政之「ビットコインなど仮想通貨の米国における法規制の動向と日本法への示唆」NBL一〇二七号（二〇一四）五三頁以下等。

　また、この問題の最近の動きに関するニュースとして、MSN産経ニュース「ビットコイン一六億円分が消失　警視庁、電算詐欺容疑で本格捜査　マウントゴックス経営破綻」〈http://sankei.jp.msn.com/affairs/news/140730/crm1407301901001 8-n1.htm〉（最終アクセス日二〇一四年九月一日）。

(110) この点、知的所有法ないしサイバー法の基礎理論を広い視野から論ずることを企図した論考として、吉田邦彦「『知的所有法・サイバー法』原論の試み」田村善之（編）『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣、二〇〇八）一二一頁以下。

(111) 本問題に関する行政による規制の表れとしては、「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」があげられる。これは、経済産業省が現行法の解釈についての一つの考

え方を提示するものであり、電子商取引をめぐる法解釈の指針として機能することを目的としている。二〇一四年八月、この準則は改訂され、オンラインゲームサービスに関する規定も新たに盛り込まれた。そこでは、①オンラインゲームにおけるアイテムと所有権、②オンラインゲームにおけるアイテムの利用における権利関係、③ユーザが有償でアイテムを取得した直後にサービスが終了した場合における当該有償アイテムに関する権利関係、④事業者のシステムの不具合によりユーザが有償で取得したアイテムが消滅した場合における当該有償アイテムに関する権利関係について、それぞれ論じられている。具体的には、民法八五条の「有体物」の文言を根拠に、アイテムの所有権のユーザへの帰属を否定したうえで、データの有償・無償の区別を重要な判断要素として、有償データの利用の侵害については、一定の条件を満たす場合に事業者による損害賠償の対象となりうるとしている。

(112) この問題に関する近時の論考として、生貝直人『情報社会と共同規制』（勁草書房、二〇一一）等。

(113) 例えば、吉田克己「財の多様化」法律時報八三巻八号（二〇一一）八九以下等。

(114) 居住福祉法学に関する論考として、吉田邦彦『居住福祉法学の構想』（東信堂、二〇〇六）。これをアップツーデイトにしたものとして、野口定久ほか編『居住福祉学』（有斐閣、二〇一二）八章、一二章〔吉田邦彦〕。

(115)「PayForwarding」に関するインターネットサイトのＵＲＬは以下のとおりである。〈http://code.google.com/p/payforwarding/〉（最終アクセス二〇一四年九月一日）

(116) この点に関するニュースを集めたインターネットサイトとして、INTERNET WATCH「災害関連の公的情報発信支援で、クラウドサービス無償支援の動きが広がる」〈http://internet.watch.impress.co.jp/docs/news/20110313_432757.html〉（最終アクセス二〇一四年九月一日）

研究ノート

フランス国家賠償責任法の規範構造（五・完）

――「役務のフォート」理論を中心に――

津田智成

目　次

序章：本稿の背景と課題
第一節：本稿の背景
第二節：本稿の課題――先行研究との関係で

第一章：義務違反としての役務のフォート
　第一節：役務のフォートの定義
　　第一款：フランス民法におけるフォートの定義
　　第二款：フランス国家賠償責任法における役務のフォートの定義
　　第三款：役務のフォートにおける義務の概念
　第二節：役務のフォートと違法性の関係
　　第一款：二〇世紀までの法状況
　　第二款：現在の学説及び判例における一般的規範
第二章：原則的責任要件としての「役務のフォート」
　第一節：例外的責任要件としての重大なフォート
　　第一款：重大なフォートの適用範囲の縮小
　　第二款：現在の適用範囲と将来的な展望
　第二節：補充的責任規範としてのフォートによらない賠償責任
　　第一款：責任類型と適用範囲
　　第二款：存在意義と法的性格
第三章：自己責任規範としての役務のフォートによる賠償責任
　第一節：役務のフォート概念の起源
　　第一款：権力分立原則と官吏の身分保障
　　第二款：行政行為と個人的所為
　　第三款：役務のフォート概念の誕生
　第二節：役務のフォートによる賠償責任の規範構造
　　第一款：個人的フォート概念の法的性格
　　第二款：役務のフォート概念の法的性格

（以上、六四巻六号）

（以上、六五巻二号）

（以上、六五巻三号）

第四章：代位責任規範の形成と発展
第一節：フォートの競合
第一款：フォートの競合の原形
第二款：監督上の瑕疵によるフォートの競合
第三款：フォートの競合と求償
第四款：自己責任的法律構成の限界
第二節：賠償責任の競合
第一款：賠償責任の競合の原形
第二款：代位責任規範の誕生
第三款：役務と全く関連がないわけではない個人的フォート
第四款：賠償責任の競合と求償
第五款：フランス国家賠償責任法における責任規範の多元化
終章：総括と残された課題
第一節：総括
第二節：残された課題

（以上、六五巻四号）

第二節：賠償責任の競合
第一款：賠償責任の競合の原形

（以上、本号）

前節において論じたフォートの競合原理は、〝異なる二つの所為〟の存在を前提に、そのそれぞれが個人的フォートと役務のフォートを構成し、これらのフォートについて公務員個人と国家がそれぞれ賠償責任を負うことを認めるというものであっ

た。これに対して、本節において論じる「賠償責任の競合(cumul des responsabilités)[1]」原理は、公務員個人の賠償責任を生ぜしめる個人的フォートを構成する所為について、同時に国家賠償責任を認めるというものである。つまり、公務員の個人的フォートを構成する所為について、公務員個人の賠償責任と国家賠償責任が競合的に生じるのである。

一 《Lemonnier 判決》

賠償責任の競合原理を確立した判決として解されているのが、一九一八年に下された《Lemonnier 判決》[2]である。その事案は次のようなものであった。一九一〇年一〇月九日、R町において町の主催による祭りが開催された。この祭りでは、川に浮かべた標的に向けて射撃を行う人気のアトラクションがあった。当日の午後、この川の対岸にある並木道を散歩していた人々から右の射撃の銃弾が耳元をかすめたなどの通報がなされた。通報を受けた町長は標的の位置を移動させたが、その数時間後、並木道を散歩していたLemonnier 夫人が射撃の銃弾を受け負傷する事故が起きた。そこで、Lemonnier 夫妻は、この事故に係る損害についてR町とその町長であるLaur 氏それぞれを被告として賠償請求訴訟を提起した。

まず、Laur 氏個人に対する損害賠償請求については、Toulouse 控訴院が、次のようにLaur 氏の個人的フォートを認定し、その請求を認容した。すなわち、①市民の安全を保障する職責を担うLaur 氏は、射撃の銃弾が標的に命中しなかった場合には対岸の並木道を散歩している者の安全を脅かすおそれがあったにもかかわらず、射撃場の設置を許可した点において重大な義務違反を犯した、②Laur 氏は、この事故が発生する数時間前に通報を受けて標的の位置を移動させていたが、その措置はリスクをわずかしか軽減しなかった、③このような不注意は許されえないものであり、このフォートはLaur 氏の職務の執行から切り離される。

Lemonnier 夫妻はまた、上記訴訟の継続中に町会（conseil municipal）への請求手続を経た上で、コンセイユ・デタにR町に対する損害賠償請求訴訟を提起した。コンセイユ・デタは、まず、係争事故が公役務の執行に任ぜられた行政職員のフォートの結果であり、このフォートが司法系統の裁判所において当該行政職員に対する損害賠償命令を生ぜしめうるような個人的所為の性格を有する場合であっても、また、実際に当該賠償命令が下されたとしても、当該事故の被害者が「係争役務の管理主体である公法人（personne publique qui a la gestion du

service incriminé）」に対して被った損害の賠償を請求する権利を奪われないことを確認した。その上で、コンセイユ・デタは、「公道の安全に配慮する職責を担う町当局（autorité municipale）は、当該射撃場の設営状態及びその位置が右安全のために十分な保障を提供するものであることを確認することなく当該射撃場の設置を許可した点において重大なフォートを犯した。このフォートに基づき、町は当該事故について賠償責任を負う」と判示して、原告の請求を認容したのである。

二　《Lemonnier 判決》の理論構成

本判決に関しては、Léon Blum による非常に有名な論告がある。この論告では多くの重要な指摘がなされているが、とりわけ今日においても頻繁に引用されているのは、そこで提示された次のようなテーゼである[3]。すなわち、①「個人的性格を有するフォートが役務の中で又は役務の際に犯された場合」、②「当該フォートの手段及び道具が役務によって加害公務員に供されていた場合」、③「役務の作用効果（effet du jeu du service）がなければ被害者が加害公務員に直面させられることはなかった場合」、要するに、「役務が当該フォートの実現又は特定の個人に対する損害を生ぜしめる結果の発生を条件づけた場合」には、行政裁判官は、次のように述べることができ、また、述べるべきである。すなわち、「フォートはことによると役務から切り離される」が、「役務はフォートから切り離されない」。つまり、Blum によれば、フォートは故意や重大性等により観念的に役務から切り離されることもあるが（第三章第二節第一款参照）、「役務が当該フォートの実現又は特定の個人に対する損害を生ぜしめる結果の発生を条件づけた場合」には、役務は当該フォートから切り離されないというのである。この Blum のテーゼは、まず何よりも個人的フォートが問題となるケースについて行政裁判所が管轄を有することを正当化する根拠を示すものであるが、それと同時に、右のような個人的フォートが問題となる場合に国家が賠償責任を負うことを正当化する根拠を示しているように思われる。要するに、そこには、公役務が何らかの形で個人的フォートの実現又は特定の個人に対する損害を生ぜしめる結果の発生を条件づけたにもかかわらず、国家がそれらの結果について被害者に対して全く賠償責任を負わないということは合理的ではないという考え方が存在するのである。問題は、その賠償責任をどのような法律構成により認めるのか、という点である。

この点、本判決は、Laur 町長の個人的フォートを構成する

所為が同時に役務のフォートをも構成すると解することにより[4]、この役務のフォートに基づき公共団体の賠償責任を認めた。つまり、Pierre-Laurent Frier と Jacques Petit の共著において述べられているように、町長の「単一の所為（un fait unique）」が「役務のフォート（市町村警察の悪しき運営）とその極度の重大性を理由とした町長の個人的フォートとを同時に構成する[5]」ものとして解されているのである。したがって、本判決において認められた町の賠償責任は、あくまで自己責任規範たる役務のフォートによる賠償責任であるといえる。

以上のことから、フォートの競合における個人的フォートと役務のフォートが〝異なる二つの所為〟について認定されるものであるのに対して、賠償責任の競合における個人的フォートと役務のフォートが「単一の所為（un fait unique）[6]」ないし「同一の所為（un même fait）[7]」について認定されるものであることがわかるであろう[8]。ただし、ここで注意を要するのは、そこで認められる役務のフォートは、役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートの存在から〝推定[9]〟ないし〝擬制[10]〟されたものでしかないということである[11]。例えば、《Souchon 判決[12]》における判示は、このことを顕著に示しているように思われる。この判決の事案は、Clapière 橋の近くの国道上を通行していた Souchon 氏が、この橋の警備の任に当たっていた兵士の一人が撃った銃弾を受け負傷し、この負傷に係る損害の賠償を国に請求したというものであった。この請求に対して、コンセイユ・デタは、この兵士の行為が当該兵士個人の賠償責任を生ぜしめる個人的フォートの性質を有するものであったとしても、「この行為は、役務の際に（à l'occasion du service）実現されたものであり、公役務の瑕疵ある運営の徴表である（révèle un fonctionnement défectueux du service public）」と判示して、国の賠償責任を認めたのである[13]。そこでは、「役務の瑕疵ある運営は、もはや個人的フォートの原因（cause）ではなく、その結果（effet）なのである[14]」。

第二款：代位責任規範の誕生

以上のように、コンセイユ・デタは、当初、個人的フォートを構成する所為が推定ないし擬制により同時に役務のフォートを構成するという法解釈をとることによって、賠償責任の競合による国家賠償責任を自己責任的法律構成により認めていた。かかる法解釈は、確かに、《Pelletier 判決》以来の「伝統（tradition）[15]」、すなわち、個人的フォート（個人的所為）につ

いて賠償責任を負うのは公務員であり、役務のフォート（行政行為）について賠償責任を負うのは国家であるという法解釈に忠実であるといえるが、解釈論上問題がないわけではなかった。というのも、かかる法解釈は、見方によれば自己責任的法律構成に拘泥した技巧的で後付的な法解釈であるともいえ、場合によっては、行政主体が役務のフォートと認定しうるほどの義務違反を犯していないにもかかわらず、いわば〝実体のない役務のフォート〟を推定ないし擬制により認定するということになりかねず、解釈論上やや無理をしている感は否めないからである[16]。

もっとも、一九三〇年代以降のコンセイユ・デタの判例においては、明示的に役務のフォートが認定されることなく、個人的フォートが職務の執行の中で犯されたということのみをもって国家賠償責任が認められるようになっていった[17]。

一　《Dénoyelle 判決》

そのリーディング・ケースとして評価されうるのが、一九三四年に下された《Dénoyelle 判決》[18]である。この判決において、コンセイユ・デタは、精神病院の職員らが入院患者である Dénoyelle 氏に暴行を加え死亡させた事故について、「Dénoyelle 氏が被害者となった死亡事故は、Dury 精神病院の職員らによりその職務の執行の中で犯された個人的フォートに起因するものであり、この個人的フォートは県の賠償責任を生ぜしめる」とだけ判示して、県の賠償責任を認めた。つまり、この判決における県の賠償責任は、役務のフォートによらずに、もっぱら公務員の個人的フォートが職務の執行の中で犯されたということのみに基づいて認められたのである[19]。この判決以来、多くの判決が、役務のフォートを明示的に認定することなく、個人的フォートが職務の執行の中で犯されたということのみを理由として、国家賠償責任を認めるようになった。例えば、一九三六年の《Boiero 判決》[20]においては、憲兵である Torgeard 氏がけんか（rixe）をしていた Boiero 氏を銃で撃ち就労が不可能になるほどの重傷を負わせた事件について、「Torgeard 氏によって職務の執行の中で犯された当該個人的フォートは、公役務の賠償責任を生ぜしめる」として、役務のフォートについては全く言及されることなく、国の賠償責任が認められている。また、一九三七年に下された《Quesnel 判決》[21]においても、郵便局の出納職員が預金通帳の作成のために払い込まれた金銭を横領した事件について、コンセイユ・デタは、出納職員の横領行為が個人的フォートの性格を有することを認めつつも、「こ

の郵便局の出納職員が自身に預けられた預金を受領したのは、まさに Bourg-Dun 郵便局の出納職員の資格において（en qualité de）であり、かつ、その職務の執行の中で（dans l'exercise de ses fonctions）、である。したがって、国の賠償責任が成立する」と判示し、原告の請求を認容した。つまり、この判決においては、出納職員の個人的フォートが職務上付与された地位に基づいて、職務の執行の中で犯されたということのみから、国の賠償責任が認められているのである。

二　役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任

確かに、これらの判決のように、役務のフォートを明示的に認定していないからといって、直ちに役務のフォートが存在していなかったということはできない。というのも、〝職務の執行の中で〟犯された個人的フォートはいかなるものであっても何らかの役務のフォートを推定ないし擬制するものであると解すれば、そこでは〝黙示的に〟役務のフォートが認定されているとも考えられるからである[22]。したがって、《Lemonnier 判決》や《Souchon 判決》のように判決文において明確に役務のフォートの存在が示されている場合はもちろん、《Dénoyelle 判決》、《Boiero 判決》及び《Quesnel 判決》のように判決文においては必ずしも役務のフォートが明示的に認定されていない場合であっても、そこで認められる国家賠償責任はすべて役務のフォートによる賠償責任であると解することも不可能ではない。しかしながら、Jean-Claude Maestre が先駆的にそう指摘していたように、判決文を素直に読む限り、後者の類型の国家賠償責任は、あくまで個人的フォートによる賠償責任であると解すべきであろう[23]。特に近年の学説においては、かかる解釈が有力になっているように思われる[24]。例えば、Thibaut Leleu は、《Dénoyelle 判決》などにおいて認められている国家賠償責任が、もっぱら職務の執行の中で犯された個人的フォートに基づくものであり、いかなる役務のフォートにも基づくものではないことを指摘している[25]。また、Jérôme Travard も、「公法人の賠償責任を直接的に生ぜしめるのは、個人的フォートであり、いかなる役務のフォートでもないのである[26]」と述べている。したがって、おそらく一九三〇年代には、フランス国家賠償責任法においても、公務員の個人的フォートないし個人的な賠償責任を前提とした代位責任規範が誕生していたのではないかと考えられる。

いずれにしても確かなことは、この時代においては、賠償責

任の競合原理の中に、①《Lemonnier 判決》のように、個人的フォートを構成する所為から役務のフォートを推定ないし擬制し、役務のフォートを明示的に認定することにより国家賠償責任を認めるという法律構成と、②《Dénoyelle 判決》のように、役務のフォートを明示的に認定することなく、個人的フォートがもっぱら職務の執行の中で犯されたことのみをもって国家賠償責任を認めるという法律構成とが並存していたということである。しかしながら、時代が進むにつれ、徐々に前者の法律構成は後者の法律構成に取って代わられていった。実際、行政重要判例集の著者らは、「役務のフォートの観念は黙示的なものすら消滅した。つまり、個人的フォートは役務のフォートと両立しない。役務の中で又は役務の際に個人的フォートが実現されたということは、その個人的フォートについて当該役務に責任を負わせることを義務づけるのに十分である」[27]と述べている。このような判例の展開は、まさに自己責任的法律構成の限界を示すものであり、理論的には歓迎されるべきものであるように思われる。なぜなら、前述のように、個人的フォートを構成する所為が推定ないし擬制により同時に役務のフォートを構成するという技巧的な法解釈よりも、個人的フォートが役務の中で又は役務の際に犯されたということのみをもって国家賠償責任を認めるという直截的な法解釈の方が、問題となっているフォートの実体に整合的な法解釈であるといえるからである[28]。

第三款：役務と全く関連がないわけではない個人的フォート

一 《Mimeur 判決》

ところで、右のような賠償責任の競合原理には、一つの限界があった。すなわち、この原理は、フォートの競合原理とは異なり（本章第一節第二款参照）、あくまで個人的フォートが役務の中で又は役務の際に犯された場合にしか適用されず、言い換えれば、個人的フォートが役務の外側で犯された場合には適用されていなかったのである[29]。つまり、二〇世紀前半においては、前述の Blum のテーゼで示された類型のすべてがコンセイユ・デタにより認められていたというわけではなかったのである。もっとも、コンセイユ・デタは、一九四九年に下された《Mimeur 判決》[30]において、この限界を克服し、役務の外側で犯された個人的フォートについても、それが〝役務と全く関連がないわけではない（n'est pas dépourvue de tout lien avec le service）〟場合には、国家賠償責任を認めるようになった[31]。

その事案は、次のようなものであった。タンクローリーでガソリンを輸送する任務に当たっていた輸送部隊員のDessertenne氏が、目的地にガソリンを届け終えた後、部署に帰る途中に個人的な目的のために家族の家に寄り道をし、その際に運転操作を誤り民家の壁面に衝突する事故を起こした。そこで、原告が当該事故による損害について国に対して賠償請求を行った。

この請求に対して、論告担当官であるFrançois Gazierは、まず、本件においては、Dessertenne氏が個人的な目的により役務から離れ、役務の外側で個人的フォートを犯したこと、また、行政が組織又は監督においていかなる役務のフォートも犯していないことから、当時の判例法理をそのまま適用すれば本件請求は棄却されることとなると述べた[32]。しかしながら、Gazierは、そのような判例法理に沿った請求の棄却は、公務員が役務の内側で犯した個人的フォートの場合に国家賠償責任が認められることとの関係において「論理を充足させるが、衡平に重大に違反する[33]」として、役務の外側で犯された個人的フォートにより国家賠償責任が認められないことによって被害者が当該公務員の支払不能のリスクにさらされることは避けるべきであると主張した。また、当時の使用者責任に関する司法裁判所の判例においては、被用者による職務の濫用（abus de fonction）が問題となる場合には一部の例外を除きほとんど常に使用者責任が認められていることをも付言して、本件についても国の賠償責任を認めるべきであると主張した。

この論告を受けたコンセイユ・デタは、Dessertenne氏が役務の利益とは無関係な動機に基づき通常の行程を逸脱してもっぱら個人的な目的により公用車を利用したことを指摘した上で、「公役務の執行のためにその運転手に供されていた車両によって起こされた本件事故は、本件事案の状況においては役務と全く関連がないものとしてはみなされえない」と判示した。そして、たとえ、Dessertenne氏によって犯されたフォートが個人的フォートの性格を帯びるものであったとしても、国はその賠償責任を免れえないとして、国の賠償責任が認められたのである[34]。

本判決の特徴は、個人的フォートが役務の外側で犯されたにもかかわらず、また、役務のフォートが推定ないし擬制されたものすら存在しないにもかかわらず、個人的フォートが役務と全く関連がないわけではないということのみから、国の賠償責任が認められている点にある。そこで問題となるのは、もはや二つのフォートではなく、二つの原因（個人的フォートと損害の発生に寄与した役務）なのである[35]。したがって、ここで認め

られている国の賠償責任は、役務のフォートによる賠償責任ではなく、〝役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任〟であるということができる。[36] かかる理解は、現在のフランス行政法学において大多数の論者により共有されているのではないかと思われる。[37] つまり、この国家賠償責任は、公務員の個人的フォートを責任要件とした代位責任規範なのである。ここで問題となるのは、「役務と全く関連がないわけではない」ということをどのように判断するのか、という点であろう。この点について、本判決は、右の判示を見る限り、係争役務が事故を起こした車両を当該公務員に供していたことを理由に役務との関連性を認定しているように見える。つまり、本判決においては、〝道具的関連性〟が公役務と個人的フォートとを結び付けているのである。この〝道具的関連性〟は、前述のBlumのテーゼの②の類型に該当するものであり、個人的フォートに起因する損害を国家に負わせるための正当化根拠になっていると考えられる。

二　役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任

ところで、この責任規範に関しては、その後の判例において役務のフォートが要求されないことが明示的に確認されている。Thibaut Leleuは、このことを以下のようにまとめている。すなわち、「いくつもの判決が、いかなる役務のフォートも要求されないということ、及び、個人的フォートは、それが役務と全く関連がないわけではない場合には、それだけで公的賠償責任（responsabilité publique）を生ぜしめるのに十分であるということを確認している。例えば、コンセイユ・デタは、公務員の不正行為が《個人的フォートの性格を帯びるものであり》、また、《当該不正行為が事件の諸状況において役務と全く関連がないものとしてはみなされえない》場合には、当該公務員が属する役務の《組織または監督において役務のフォートが犯されたかどうかを探求するまでもなく》、当該行為は被害者に対する《・・・〔Leleu注：公法人の〕賠償責任を生ぜしめる性質を有する》と述べている。[38] 最高裁判所は、二〇〇七年に、次のように明示的に述べることにより、かかる法解釈を繰り返した。すなわち、《行政主体の公務員によって生ぜしめられた損害の被害者は、自身にフォートがない場合、たとえ、いかなるフォートも役務には帰責されえないとしても、また、当該損害が・・・公務員によって犯された個人的フォートに完全に帰責されるものであったとしても、当該公務員の行為が役務と全

く関連がないわけではないことを理由として、当該行政主体に対して当該損害を全面的に賠償するよう命じることを行政裁判官に請求しうる》[39]」[40]と。

なお、この役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任は、前述の《Dénoyelle 判決》において問題となったような役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートについても適用されている[41]。例えば、一九五二年に下された《Boitet 判決》[42]においては、憲兵隊員がパトロール中に私人（Boitet 氏）に加えた暴行が「役務から切り離しうる個人的フォートを構成する」ものとして認定された上で、「この個人的フォートは、当該公務員が職責を担う公役務の遂行の際に犯されたものであり、事件の諸状況においては役務と全く関連がないものとしてはみなされえない。したがって、Boitet 氏が被った損害は、国の賠償責任を生ぜしめる」と判示されている。この「役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任」は「役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任」を包含しうることから、理論的には前者の責任規範さえあれば十分であるようにも思われる。実際、現在のフランス行政法学においては、賠償責任の競合原理による国家賠償責任を説明する際に、後者の責任規範については言及せず、もっぱら前者の責任規範についてのみ言及している論者も存在する[43][44]。

三　役務関連性の判断基準

それでは、この賠償責任の競合原理の限界はどこにあるのか。そもそも、役務と全く関連がないわけではない個人的フォートという概念は、国家賠償責任を拡張するために創造された「機能的概念（notion fonctionnelle）」[45]であることから、〝役務関連性〟の判断基準は決して明確ではない[46]。

1　時間的関連性

まず、Francis-Paul Bénoit をはじめ、多くの論者が指摘しているように、役務関連性の認定に当たって極めて重要な要素となるのは、〝時間的関連性〟である[47]。つまり、勤務時間中に、言い換えれば、加害公務員が自身の時間を行政によって与えられている任務に費やしているとみなされる時、あるいは、加害公務員が行政の従属下にあるとみなされる時には、公務員の加害行為は、原則として役務と全く関連がないわけではないものとしてみなされるのである[48]。《Bernard 判決》[49]は、まさに、この時間的関連性の重要性を示しているといえる。その事案は次のようなものであった。治安維持の任に当たっていた Boyer 巡査は、勤務時間内にもかかわらず、上

官の許可なく酒場に入り、そこでの口論が原因で平静さを失い、ピストルを取り出し、それを取り上げようとしたBernard氏に重傷を負わせた。Bernard氏が当該負傷に係る損害の賠償を国に請求したところ、コンセイユ・デタは、Boyer巡査の加害行為が役務の執行から切り離しうる個人的フォートを構成すると認定した上で、「この個人的フォートは、当該公務員が職責を担っていた公役務の遂行の際に犯された」ものであり、「役務と全く関連がないものとしてはみなされえない」と判示して、Bernard氏に対する国の賠償責任を認めたのである。

２　道具的関連性――もっとも、厳密に言えば、この時間的関連性は「基準（critère）」というよりはむしろ「徴候（indice）」にすぎず、結局のところ役務関連性は、〝空間的関連性〟や〝道具的関連性〟などと併せて総合的に判断されているというのが正確であろう[50]。とりわけ、前述の《Mineur判決》が示しているように、道具的関連性は、その重要な考慮要素である。例えば、一九七三年に下された《Sadoudi判決》[51]においては、警視庁の巡査であるMohand氏がSadoudi氏と居住していた民間の寮において公用の銃をいじっていた際に銃を暴発させSadoudi氏を死に至らしめた事故について、つまり、完全に時間的にも空間的にも役務とは無関係な事故について、公共団体の賠償責任が認められている。すなわち、コンセイユ・デタは、「役務の外側において、パリ市の巡査に課せられている銃を保管する義務に起因する第三者にとっての危険性（dangers）に鑑みれば、本件事故は役務と全く関連がないものとしてはみなされえない」と判示して、被害者遺族に対する市の賠償責任を認めたのである。つまり、この判決においては、公務員個人の住居において銃を保管する義務と当該義務が第三者に及ぼす危険性に基づき役務関連性が認められているのである[52]。他方、ある軍人が自身の所有する自動車で職場に向かう際に事故を起こし私人に損害を与えたという事件においては、当該軍人の個人的フォートが役務と全く関連がないものとしてみなされ、国の賠償責任が否定されている[53]。

ただし、Jean-Marie Aubyが指摘しているように、「その役務の外側において公務員の個人的フォートによって引き起こされた損害が、役務によって供された道具を用いて実現されたという事実だけでは、行政主体の賠償責任を生ぜしめるのに十分ではない[54]」。例えば、Antoine Bernardは、「故意によるフォート」を、役務関連性を切断する要素として挙げていた[55]。実際、コンセイユ・デタは、ある憲兵が公用の銃を用いて犯した殺人について、この個人的フォートが個人的な復讐のために犯され

たものであることなどを指摘し、個人的フォートと役務との関連性を否定している[56]。また、消防士が職業上の経験から得た専門的な知識を用いて放火を犯した事件についても、個人的フォートと役務との関連性が否定されている[57]。

3　現在の判例の状況――しかしながら、コンセイユ・デタは、一九八八年に下された判決において、一見するといかなる役務関連性も認められないような故意による個人的フォートについて、国家賠償責任を認めている[58]。それは、コミューンの憲兵であったLamare氏によって未成年の少女が殺害された事件に係る《Raszewski判決》[59]である。本判決において、コンセイユ・デタは、Lamare氏による個人的フォート（殺人）が勤務時間外に同氏の所有する武器を用いて、しかも故意により犯されたものであったにもかかわらず、①Lamare氏が以前から車の窃盗などの複数の悪事を働いていたこと、②これらの悪事の大部分は彼が職務を執行していた管轄の区域内で犯されていたこと、③このことから彼自身も右の犯罪の捜査に参加し、その進行と成果を知らされていたこと、④これにより実質的に役務が長期に渡り当該犯罪について同氏を捜査から免れさせることに寄与していたことなどを指摘した上で、「かかる諸状況においては、Raszewski嬢の殺害は、たとえそれが役務の時間外に、Lamare氏個人の所有する武器を用いて犯されたものであったとしても、役務と全く関連がないわけではなく、国の賠償責任を生ぜしめる」と判示したのである[60]。

以上のことからすれば、結局のところ、役務関連性を決定づけるような絶対的な基準というものは存在せず、前述のBlumの言葉を借りるならば、「役務が当該フォートの実現又は特定の個人に対する損害を生ぜしめる結果の発生を条件づけた」かどうかを事件の諸状況を総合的に考慮することにより判断しているというのが現在の判例の状況ではないかと思われる。なお、行政重要判例集の著者らによれば、役務関連性の要件は今日においても維持されているが、役務関連性の認定は非常に緩やかに行われており、最近の判例の中に役務関連性を否定した判決はほとんど存在しないという[61]。

第四款：賠償責任の競合と求償

以上のような賠償責任の競合が問題となる場合、国家と公務員の間の求償関係はどのように規律されるのであろうか。被害者は一般的に賠償金の支払能力に不安のある公務員個人よりも国家に損害賠償請求を行うことから、とりわけ公務員に対する

国家からの求償が問題となる[62]。まず、結論から言うと、個人的フォートが、役務の中で又は役務の際に犯されたとしても、役務の外側で犯されたとしても、国家は公務員に対して全額の求償を行うことができる[63][64]。逆に言えば、公務員は、国家に対して一切求償権を行使することができない。このことは、賠償責任の競合原理に基づく国家賠償責任が、《Dénoyelle 判決》以降、その責任要件の次元において代位責任的法律構成により認められていることと整合的であるように思われる。つまり、国家は本来的に負担すべき賠償責任を負担しているのではなく個人的フォートによる公務員の賠償責任を肩代わりしているにすぎないのである。

具体的な判例をいくつか挙げると、例えば、《Delaprée 判決》[65]において、コンセイユ・デタは、職務中に故意の暴行によって被害者に負傷を負わせ、この負傷に係る損害について賠償命令を受けた二人の兵士が、国に当該損害に係る賠償の負担を求めた請求を棄却している。また、《Tilhaud 判決》[66]では、フランス国内軍（forces françaises de l'intérieur）に属するメンバーが私人らの住居で逮捕（arrestation）及び捜索（perquisition）を行った際に当該私人らの所有する金品を略奪した事件において、被害者らに賠償金を支払った国による求償権の行使が認められている[67]。さらに、《Le Sou Médical 判決》[68]においては、当直医が繰り返しの呼び出しがあったにもかかわらず容態が思わしくない患者のもとに行くことを拒み、それにより手術が遅れ患者が死亡した事件について、当該医師と公立病院の最終的な賠償の負担割合が問題となったところ、公立病院の側にはいかなる役務のフォートも認められず、右の患者の死亡はもっぱら当該医師の個人的フォートに帰責されるものであるとして、賠償の全額が当該医師の負担とされている。

さらに、コンセイユ・デタは、近年、《Ministre de l'éducation nationale c. H. 判決》[69]において、和解に基づいて支払われた賠償金についても国の公務員に対する求償を認めている[70]。その事案は、以下のようなものであった。当時小学校で教師をしていたH氏は、児童らに対する暴行について、Saverne 軽罪裁判所によって執行猶予付きの有罪判決を受けた。国は、このH氏の暴行によって被害を受けた児童の親と和解を締結し、この和解に基づいて賠償金を支払った。本件は、この賠償金の全額を国がH氏に請求した事案である。この請求について、コンセイユ・デタは、「H氏は、二年の間、彼が勤務していた小学校の約一五人の児童に対して、とりわけ平手打ち（gifles）や殴打（coups）から成る暴行を行っていた。これらの不正行為は、確かに役務

の中で行われたものであるが、当該教員による職務の執行から切り離しうる個人的フォートを性格づけるのに十分な重大性を有する」と判示して、国のH氏に対する求償を認めたのである。なお、裁判官は、求償額の算定に当たって和解の金額に拘束されることなく自らの判断によりこれを行うことができる。本件においては、和解により支払われた額（七六二二ユーロ）が合理的な和解が締結されていた場合に支払われるべきであった金額を超過していたものと解され、H氏に対して求償できる額は三〇〇〇ユーロと算定された。[71]

第五款：フランス国家賠償責任法における責任規範の多元化

最後に、以上の検討を踏まえて、フランス国家賠償責任法における責任規範を定式化し、その相互関係をまとめておくこととする。

この点に関して、行政重要判例集の著者らは、現在のフランス国家賠償責任法におけるフォートに関する責任規範を次のように定式化している。すなわち、「一八七三年七月三〇日のPelletier判決以来、行政の公務員のフォートによる行政賠償責任の拡大は、今日、四組のケースにおいて行政賠償責任を認めることを可能ならしめる。すなわち、公務員の役務のフォートのケース、役務のフォートと競合する個人的フォートのケース、役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートのケース、そして、役務の外側で犯されたものであるが役務と全く関連がないわけではない個人的フォートのケースである」。[72] つまり、現在のフランス国家賠償責任法においては、大きく分けて、①役務のフォートによる賠償責任（以下、「第一の責任規範」という。）、②個人的フォートと競合する役務のフォートによる賠償責任（以下、「第二の責任規範」という。）、③役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任（以下、「第三の責任規範」という。）、④役務の外側で犯されたものであるが役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任（以下、「第四の責任規範」という。）の四つの責任規範が存在するというのである。なお、行政裁判官は、それぞれの事件の状況に応じて右の責任規範を使い分けているが、できる限り、より〝伝統的な〟責任規範を用いることを好み、逆に、より最近の、すなわち、より大胆な責任規範は補充的にしか適用しないといわれている。[73]

一　第一の責任規範

まず、最も伝統的な第一の責任規範についていえば、この責任規範は、フランス国家賠償責任法における原則的責任規範であり（第三章第二節第一款参照）、まさにフランス国家賠償責任の〝コア〟を形成するものであるといえる。この責任規範が自己責任規範であることについては、先に論じたとおりである（第三章第二節第二款参照）。すなわち、国家は自身が犯したフォートに基づき賠償責任を負うのであり、公務員は被害者との関係においても国家との関係においても一切の賠償責任を負わないのである。

コンセイユ・デタは、当初、《Pelletier 判決》以来の伝統に基づき、役務のフォート（国家賠償責任）と個人的フォート（公務員個人の賠償責任）とを相互排他的なものとして解していたことから、公務員の加害行為が個人的フォートとして認定された場合には、被害者が公務員の支払不能のリスクにさらされることとなった。そこで、コンセイユ・デタは、このリスクから被害者を救済するために、役務のフォートによる賠償責任という〝コア〟を覆っていく形で、その〝バッファー〟として、第二の責任規範から順に、第三の責任規範、第四の責任規範と新たな責任規範を形成していった。

二　第二の責任規範

最初に形成された第二の責任規範は、《Anguet 判決》により確立されたフォートの競合原理に基礎を置くものである（本章第一節参照）。この責任規範は、あくまで役務のフォートに基づくものであることから、責任要件の次元においては自己責任規範たる役務のフォートによる賠償責任であるといえる。また、かかる場合には、基本的に国家は公務員に対して賠償金の全額について求償権を行使することができず、各々のフォートの存在と重大性に応じて最終的な負担が決せられることとされている。ただし、〝監督上の瑕疵〟によるフォートの競合が問題となる場合には、国家は公務員に対して全額の求償を行うことが認められており、そこには代位責任的な発想が伺える。実際、多くの場合、〝監督上の瑕疵〟により構成される役務のフォートは個人的フォートの存在から推定ないし擬制されたものでしかなく、実質的には役務のフォートと認定されるほどの義務違反が犯されていないこともありうることから、この種の国家賠償責任が純粋な自己責任規範といえるかについては疑問の余地がある。まさに、この点に自己責任的法律構成の限界が垣間見えるのであり、そのような場合には、役務のフォートの認定を必要としない第三の責任規範ないし第四の責任規範が用いられ

るべきであろう。

三　第三の責任規範

次に、本節で紹介した賠償責任の競合原理に基づく第三の責任規範は、厳密に言えば、二つの責任規範に分けられる。一つは、個人的フォートを構成する所為が推定ないし擬制により同時に役務のフォートをも構成することにより認められる〝役務のフォートによる賠償責任〟である（《Lemonnier 判決》）。この責任規範は、責任要件の次元においては自己責任規範であるということができる。もう一つは、個人的フォートを構成する所為がもっぱら役務の中で又は役務の際に犯されたことのみをもって認められる〝役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任〟である（《Dénoyelle 判決》）。この責任規範についてはさまざまな解釈がなされているが、あくまで個人的フォートを責任要件とする代位責任規範として解すべきものであるように思われる。また、こうした賠償責任の競合のケースが問題となる場合には、国家から公務員に対する全額の求償が認められていることから、法的効果の次元においては、代位責任的法律構成を採用しているものと考えられる。このような代位責任規範が誕生したことにより、自己責任的法律構成に拘泥する必要がなくなったことから、役務のフォートを認定するほどの義務違反が認められない場合に技巧的で後付的な法解釈を行うことを回避し、より直截的でフォートの実体に整合的な法解釈を行うことが可能となったのである。

四　第四の責任規範

最後に、第四の責任規範についていえば、この責任規範は、役務と全く関連がないわけではない個人的フォートに基づき認められ、また、国家による公務員に対する全額の求償が認められていることから、責任要件の次元においても、法的効果の次元においても、代位責任規範であるということができる。なおこの第四の責任規範が役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートにも適用されるようになっていることについては、前述のとおりである。

五　より現実に即した解決への回帰

本章で論じてきたように、競合原理の形成及び発展により責任規範が多元化するにつれ、被害者は、公務員の支払不能に衝突することなく、より容易にかつより確実に賠償金を得ることができるようになった(74)。もっとも、この利点を追求する過程で

理論的な次元において一定の歪みが生じたということもまた確かである。つまり、コンセイユ・デタは、被害者を救済するために国家賠償責任の成立範囲を徐々に拡張していったのであるが、そこで自己責任的法律構成に拘泥したがゆえに、フォートの実体にそぐわない解釈論上やや無理のある法解釈を行うことを余儀なくされたのである。このことは、特に個人的フォートを構成する所為が推定ないし擬制により同時に役務のフォートをも構成するという賠償責任の競合における法解釈についていえることであり、場合によっては、監督上の瑕疵を個人的フォートの存在から推定ないし擬制することにより認めるというフォートの競合における法解釈についてもいえることである。そこで、コンセイユ・デタは、役務のフォートがなくとも、個人的フォートが役務の中で若しくは役務の際に犯された場合又は役務と全く関連がないわけではない場合には、そのことのみをもって国家賠償責任を認めるようになった。これらの国家賠償責任は、責任要件の次元においても、法的効果の次元においても、代位責任規範であるということができるように思われる。かくして、責任規範が多元化されたことにより、右のような解釈論上の問題が克服され、よりフォートの実体に整合的な法解釈を行うことが可能となったのである。(75)

実際、この点に関して、Michel Paillet は、役務と全く関連がないわけではない個人的フォートが問題となった事件について「当該公務員の不正行為は、役務のフォートが〔Paillet 注：係争役務の運営又は組織において〕犯されたかどうかを探求するまでもなく、コミューンの賠償責任を生ぜしめる性質を有する」と判示した《Dutertre 判決》(76)を引用した上で(77)、次のように述べている。すなわち、「かかる定式は、おそらく過去の判例を全面的に放棄するものではないが、公務員の個人的フォートによる被害者に賠償を行うために役務に帰責すべきフォートをどんな犠牲を払ってでも探求しようとする欺瞞的な論証のアプローチと決別する意思を示しているように思われる。少なくとも、多くのケースにおいて行政主体は実際には何ら《自ら咎む（se reprocher）》べきところがないことから、より現実に即した解決（réalisme）への回帰が重要であることが期待される」(78)と。

（1）Voir, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19e éd., Paris, Dalloz,

2013, pp. 200-207.

（2）C.E. 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, Rec. 761, concl. Léon Blum, S. 1918-1919.Ⅲ. 41, concl. Léon Blum, note Maurice Hauriou, *R.D.P.* 1919, p. 41, concl. Léon Blum, note Gaston Jèze.

（3）Léon Blum, concl. sur C.E. 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, Rec. 767.

（4）Voir, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 202 ; Jean-François Lachaume, Hélène Pauliat, Stéphane Braconnier et Clotilde Deffigier, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 16e éd., Paris, P.U.F., 2014, pp. 800-801.

（5）Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *Droit administratif*, 9e éd., Paris, L.G.D.J., 2014, n° 1019 ; Voir également, Léon Duguit, «La question de la coexistence de la responsabilité de l'État et de la responsabilité personnelle des fonctionnaires», *R.D.P.* 1923, pp. 37-38.

（6）Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019.

（7）Didier Truchet, *Droit administratif*, 5e éd., Paris, P. U.F., 2013, p. 398 ; Patrice Chrétien, Nicolas Chifflot et Maxime Tourbe, *Droit administratif*, 14e éd., Paris, Sirey, 2014, n° 771.

（8）Voir, C.E. 28 novembre 1947, *Sieur Verne*, Rec. 451 ; C.E. 13 février 1948, *Sieur Tordjman*, Rec. 82 ; C.E. Sect. 18 novembre 1960, *Sieur Tilhaud*, Rec. 636 ; Cécile Benoît-Renaudin, *La responsabilité du préposé*, Paris, L.G.D.J., 2010, n° 535.

（9）Voir, Delphine Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 330 ; Hafida Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 122 ; Jean-François Lachaume, Hélène Pauliat, Stéphane Braconnier et Clotilde Deffigier, *supra* note 4, p. 801.

（10）Voir, Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, 16e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n° 1645 ; Gilles Lebreton, *Droit administratif général*, 7e éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 375.

（11）この点において、賠償責任の競合における役務のフォートによる賠償責任とフォートの競合における監督上の瑕疵に起因する役務のフォートによる賠償責任との区別は相対的であるように思われる。

（12）C.E. 19 mai 1948, *Sieur Souchon*, Rec. 221.

（13）Voir, Pierre Delvolvé, *Le droit administratif*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2014, p. 69.

（14）Maryse Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, L.G.D.J., 1994, p. 526.

（15）Jean-Claude Maestre, *La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 175.

（16）Voir, Hafida Belrhali, *supra* note 9, p. 123.

（17）Voir, Jacques Moreau et Hélène Muscat, «Responsabilité des agents et responsabilité de l'administration», *J.-Cl. A.*, fasc. 806, 2012, n° 94.

（18）C.E. 10 janvier 1934, *Consorts Dénoyelle*, Rec. 48.

（19）Jean-Claude Maestre, *supra* note 15, pp. 170-171.

（20）C.E. Sect. 14 février 1936, *Sieur Boiero*, Rec. 207.

（21）C.E. 21 avril 1937, *Demoiselle Quesnel*, Rec. 413.

（22）Voir, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 204 ; Voir également, Delphine Costa, *supra* note 9, pp. 330-332 ; Yves Gaudemet, *supra* note 10, n° 1645 ; Guy Braibant et Bernard Stirn, *Le droit administratif français*, 7e éd., Paris, Dalloz-Sirey, 2005, pp. 330-332 ; Charles Debbasch et Frédéric Colin, *Droit administratif*, 10e éd., Paris, Economica, 2011, pp. 450-451.

（23）Jean-Claude Maestre, *supra* note 15, pp. 170 et s. ; Voir également, Claude Franck, note sous C.E. 26 octobre 1973, *Sadoudi*, *J.C.P.* 1974.Ⅱ. 17596 ; Jacqueline Morand-Deviller, *Droit administratif : Cours, thèmes de réflexion, commentaires d'arrêts avec corrigés*, 13e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, p. 718 ; Jean-Yves Vincent, *L'évidence en contentieux administratif*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2013, p. 289 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019.

（24）Hafida Belrhali, *supra* note 9, pp. 126-127 ; Cécile Benoît-Renaudin, *supra* note 8, n° 535 ; Anne Jacquemet-Gauché, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Étude de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 2013, n° 462 ; Jérôme Travard, *La victime et l'évolution de la responsabilité administrative extracontractuelle*, Paris, Éditions Mare & Martin, 2013, p. 131 ; Thibaut Leleu, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, Paris, L.G.D.J., 2014, n° 110 et 253.

（25）Thibaut Leleu, *supra* note 24, n° 110 et 253.

（26）Jérôme Travard, *supra* note 24, p. 131.

（27）Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 204. ; Voir

également, Didier Truchet, *supra* note 7, p. 398.

(28) Voir, Jean-Claude Maestre, *supra* note 15, p. 185.

(29) Voir, C.E. Ass. 30 janvier 1948, *Dame veuve Buffevant*, Rec. 51 ; François Gazier, concl. sur C.E. Ass. 18 novembre 1949, *Mimeur, Defaux et Besthelsemer*, *J.C.P.* 1950.Ⅱ. 5286.

(30) C.E. Ass. 18 novembre 1949, *Mimeur,* Rec. 492, *J. C.P.* 1950.Ⅱ. 5286, concl. François Gazier, D. 1950, p. 667, note J. G., *R.D.P.* 1950, p. 183, note Marcel Waline.

(31) なお、本判決と同日に下された《Defaux 判決》及び《Besthelsemer 判決》においても類似の事案について同様の判断枠組みが示されている（C.E. Ass. 18 novembre 1949, *Defaux et Besthelsemer*, Rec. 493 et 494.）。

(32) François Gazier, *supra* note 29.

(33) *Ibid*.

(34) その後、一九五七年一一月二一日の法律によって公用車両の事故に係る国家賠償責任については立法的な解決が図られることとなった（Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, pp. 205-206.）。

(35) Hafida Belrhali, *supra* note 9, p. 129.

(36) Voir, Cécile Benoît-Renaudin, *supra* note 8, n° 536 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 205 ; Pierre Delvolvé, *supra* note 13, p. 69 ; Christophe Guettier, «La responsabilité en droit administratif», Philippe Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2014, n° 314 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019.

(37) René Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 1532 ; Gilles Darcy, «Détachabilité et rattachabilité dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques et de leurs agents», dans *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 184 ; Jacqueline Morand-Deviller, *supra* note 23, pp. 717-719 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *Droit administratif*, 10e éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 913 ; Bertrand Seiller, *Droit administratif : 2. L'action administrative*, 5e éd., Paris, Flammarion, 2014, pp. 279-280 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019 ; Philippe Foillard, *Droit administratif*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 416.

(38) C.E. 16 février 1973, *Commune de La-Celle-Saint-Cloud c. dame Dutertre*, Rec. 146.

（39）C.E. 2 mars 2007, *Société Banque française commerciale de l'Océan Indien*, Rec. 1072.

（40）Thibaut Leleu, *supra* note 24, n° 254.

（41）Voir, Xavier Prétot, obs. sous C.E. 23 décembre 1987, *Époux Bachelier*, *A.J.D.A.* 1988, p. 365.

（42）C.E. 9 mai 1952, *Boitet*, Rec. 824, *R.D.P.* 1953, p. 737.

（43）Voir, Didier Truchet, *supra* note 7, p. 398 ; Prosper Weil et Dominique Pouyaud, *Le Droit administratif*, 24e éd., Paris, P.U.F., 2013, p. 113 ; Christophe Guettier, *supra* note 36, n° 313.

（44）もっとも、一九五五年に下された《Paumier 判決》（C.E. 25 novembre 1955, *Dame veuve Paumier*, Rec. 564.）においては、二人の巡査の暴行により死亡した被害者の遺族が国に損害賠償を請求した事案について、コンセイユ・デタは、一方で、これらの公務員の行為が役務の執行から切り離しうる個人的フォートを構成することを認めつつも、このフォートが「公役務の遂行の際に（à l'occasion de l'accomplissement du service public）」犯されたということのみをもって国の賠償責任を認めている。したがって、「役務と全く関連がないわけではない個人的フォートによる賠償責任」の登場により、「役務の中で又は役務の際に犯された個人的フォートによる賠償責任」が完全に消滅したわけではない。ただ、この二つの責任規範を区別する実益はほとんどないことから、このような両者の区別の相対性は実際上あまり問題とならないように思われる。

（45）Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 106.

（46）Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 207

（47）Francis-Paul Bénoit, note sous C.E. Sect. 1er octobre 1954, *Sieur Bernard*, D. 1955, p. 169 ; Philippe Weckel, «L'évolution de la notion de faute personnelle», *R.D.P.* 1990, p. 1557 ; Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 99 et s.

（48）Voir, Francis-Paul Bénoit, *supra* note 47, p. 169 ; C.E. 27 février 1981, *Commune de Chonville-Malaumont*, Rec. 116 ; Christophe Guettier, *supra* note 36, n° 316.

（49）C.E. Sect. 1er octobre 1954, *Sieur Bernard*, Rec. 505, concl. Laurent, D. 1955, p. 167, note Francis-Paul Bénoit.

（50）Voir, Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 102 et s. ; Douc Rasy, *Les frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1963, pp. 86 et s. ; Jean-Marie Auby, note sous C.E. Ass. 26 octobre 1973, *Sadoudi*, D. 1974, pp. 256 et s.

(51) C.E. Ass. 26 octobre 1973, *Sadoudi*, Rec. 603, D. 1974, p. 255, note Jean-Marie Auby, *R.D.P.* 1974, p. 554, note Marcel Waline, et p. 936, concl. Antoine Bernard ; Voir également, C.E. 23 décembre 1987, *Époux Bachelier*, Rec. 431.

(52) Voir, Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 206 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019 ; Jean-François Lachaume, Hélène Pauliat, Stéphane Braconnier et Clotilde Deffigier, *supra* note 4, pp. 805-806.

(53) C.E. 8 novembre 1995, *Ferron*, Rec. 1029.

(54) Jean-Marie Auby, *supra* note 50, p. 259 ; Voir également, Francis-Paul Bénoit, *supra* note 47, p. 169.

(55) Antoine Bernard, *supra* note 51, p. 943 ; Voir également, Michel Paillet, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1980, n° 21 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *supra* note 37, n° 914 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1019.

(56) C.E. 12 mars 1975, *Sieur Pothier*, Rec. 190.

(57) C.E. 13 mai 1991, *Société d'assurance Les Mutuelles Unies c. Ville d'Echirolles*, *D.A.* 1991, comm. n° 351.

(58) Voir, Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 107.

(59) C.E. 18 novembre 1988, *Ministre de la défense c. Époux Raszewski*, Rec. 416, D. 1989. somm. p. 346, obs. Franck Moderne et Pierre Bon, *J.C.P.* 1989.Ⅱ. 21211, note Bernard Pacteau, *L.P.A.* 22 septembre 1989, note Michel Paillet.

(60) なお、本判決の翌年にも類似の事件において同様の判断が下されている（C.E. 1er mars 1989, *Ministre de la défense c. Mlle Poirée*, Rec. 919.）。

(61) Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 207 ; Voir également, Paul Amselek, «La détermination des personnes publiques responsables d'après la jurisprudence administrative», dans *Études de droit public*, Paris, Panthéon Assas, 2009, réédition de l'édition publiée en 1964, p. 304.

(62) なお、行政は求償権とは別に徴戒権を有しており、また、求償権の行使は行政の広範な裁量に委ねられていることから、その行使は非常に稀であるといわれている。したがって、現在のフランス国家賠償責任法においては、公務員が個人的な賠償責任を負う範囲は対外的にも対内的にも極めて限定的であるといえる（Voir, Bertrand

Seiller, *supra* note 37, p. 282 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1025.）。

（63）René Chapus, *supra* note 37, n° 1539 ; Yves Gaudemet, *supra* note 10, n° 1653 ; Didier Truchet, *supra* note 7, p. 399 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 836 ; Gilles Lebreton, *supra* note 10, n° 377-378 ; Martine Lombard, Gilles Dumont et Jean Sirinelli, *supra* note 37, n° 919 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1024 ; Philippe Foillard, *supra* note 37, p. 417 ; Patrice Chrétien, Nicolas Chifflot et Maxime Tourbe, *supra* note 7, n° 773.

（64）なお、ここで注意しておかなければならないのは、フランス国家賠償責任法においては、〝被害者との私法上の法律関係における個人的フォート〟と〝行政内部の公法上の法律関係における個人的フォート〟とが理論的に区別されているという点である（この点については、北村和生「フランスにおける公務員に対する求償訴権の成立とその特色（二・完）――公務員の個人責任の一側面――」法学論叢一三一巻二号（一九九二年）三二頁以下を参照）。つまり、「個人的フォート概念の二元化（dédoublement de la notion de faute personnelle）」が生じているのである（Prosper Weil, note sous C.E. Sect. 22 mars 1957, *Jeannier*, D. 1957, p. 757 ; Voir également, Maryse Deguergue, *supra* note 14, pp. 530-533 ; Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 85-89）。

一九五七年に下された《Jeannier 判決》（C.E. Sect. 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec. 196, concl. Jean Kahn, *A.J.D.A.* 1957.Ⅱ. 186, chr. Jacques Fournier et Guy Braibant, D. 1957, p. 748, concl. Jean Kahn, note Prosper Weil, *J.C.P.* 1957.Ⅱ. 10303 bis, note Paul Louis-Lucas.）は、この二元化を明確に示している。その事案は、Jeannier 氏を含めた六人の兵士が個人的な目的のために監視の目を欺き軍用車を持ち出しドライブに出かけた際に交通死亡事故を起こし、その被害者遺族に国が賠償金を支払った後に六人の兵士らに対して求償訴訟が提起されたというものであった。コンセイユ・デタは、事故当時ハンドルを握っていた Léthenet 氏以外の同乗者には〝被害者との私法上の法律関係における個人的フォート〟が存在しなかったにもかかわらず、「審理の結果、事故が起きた際に車の中にいた Jeannier 氏と他の五人は、役務の外側で、しかも個人的な目的のために軍用車を使用していた」ことを確認した上で、「国が受けた損害は、役務と無関係な目的で軍用車を故意に使用した点において利害関係人〔筆者注：Jeannier 氏〕が犯した個人的フォートの直接的な結果である」と判示して、ハン

ドルを握っていなかったJeannier氏の国に対する賠償責任を認めたのである。

要するに、この訴訟においてJeannier氏が国に対して負うこととなる賠償責任は、「役務と無関係な目的で軍用車を故意に用いた」という〝職務上の義務に対する違反〟から構成される国との法律関係における個人的フォートによる賠償責任ということになる。フランス国家賠償責任法における求償訴訟が「懲戒的な色彩(coloration disciplinaire)」(Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 437.)を有するといわれたり、この個人的フォートが「懲戒的なフォート(faute disciplinaire)」(Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 439 ; Jacqueline Morand-Deviller, *supra* note 23, p. 716 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1024.)と呼ばれているのは、このためである。ただし、かかる法解釈をとるのは、もっぱら求償訴訟について行政裁判所の管轄を基礎づけるためであり、二つの個人的フォートには実体的な差異はほとんどないように思われる。実際、多くの場合、〝被害者との私法上の法律関係における個人的フォート〟と〝行政内部の公法上の法律関係における個人的フォート〟とは実質的に重複的な関係にある。

(65) C.E. 19 février 1954, *Consorts Delaprée*, Rec. 117.
(66) C.E. Sect. 18 novembre 1960, *Sieur Tilhaud*, Rec. 636.
(67) なお、個人的フォートを犯した公務員が複数存在する場合には、各々のフォートの重大性に応じて、それぞれの負担割合が決せられることとなる(C.E. Sect. 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec. 196, concl. Jean Kahn.)。
(68) C.E. 4 juillet 1990, *Société d'assurances"Le Sou Médical"c. Centre hospitalier général de Gap*, Rec. 984.
(69) C.E. 12 décembre 2008, *Ministre de l'éducation nationale c. H.*, Rec. 454, *A.J.D.A.* 2009, p. 895, note Clotilde Deffigier ; Voir également, C.E. 8 août 2008, *Mazière*, Rec. 919.
(70) Voir, Jacques Moreau et Hélène Muscat, *supra* note 17, n° 141.
(71) Voir, Clotilde Deffigier, *supra* note 69, p. 898.
(72) Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois, *supra* note 1, p. 207.
(73) *Ibid.* ; Voir également, Jean-Claude Maestre, *supra* note 15, p. 175 ; Michel Paillet, *supra* note 55, n° 22 ; Claude Franck, *supra* note 23.
(74) Voir, Jacques Moreau, «La responsabilité administrative», sous la direction de Pascale Gonod, Fabrice Melleray et

Philippe Yolka, *Traité de droit administratif*, t. 2, Paris, Dalloz, 2011, p. 647 ; Didier Truchet, *supra* note 7, pp. 397-398 ; Bertrand Seiller, *supra* note 37, p. 279.

（75）なお、公用車両事故や公立学校事故については国が代位責任を負うことが法令上明示的に定められている（Francis-Paul Bénoit, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, n° 1293 ; Cécile Benoit-Renaudin, *supra* note 8, n° 537 ; Jacqueline Morand-Deviller, *supra* note 23, pp. 709 et s. ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, *supra* note 5, n° 1020. ：これらの法律については、滝沢正『フランス行政法の理論』（有斐閣・一九八四年）八四頁以下（初出：同「フランス法における行政上の不法行為責任」山口俊夫編集代表『東西法文化の比較と交流：野田良之先生古稀記念』（有斐閣・一九八三年））が詳しい。

（76）C.E. 16 février 1973, *Commune de La-Celle-Saint-Cloud c. dame Dutertre*, Rec. 146.

（77）Michel Paillet, *supra* note 55, n° 22.

（78）*Ibid.* ; Voir également, Jean Kahn, concl. sur C.E. Sect. 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec. 204.

終章：総括と残された課題

最後に、ここまで論じてきたフランス国家賠償責任法の規範構造との比較において我が国の国家賠償法一条一項が抱える解釈論上の問題について若干の考察を加えた上で（第一節）、残された課題を指摘して（第二節）、本稿を締めくくることとしたい。

第一節：総括

一　我が国における代位責任的法律構成の実体

1　代位責任規範における擬制的な法解釈――フランス国家賠償責任法における原則的責任規範である役務のフォートによる賠償責任は、法律構成上、公務員個人のフォートないし賠償責任を前提とせず、組織体である公法人が自身のフォートに基づき賠償責任を負う自己責任規範である（第三章参照）。現代行政においては法律行為にせよ事実行為にせよ公役務の多くが組織的に運営されていることから、加害行為の主体である公務員の特定が実際上困難であることはもちろん、公務員個人にフォートを帰責することが理論的に困難である場合も少なくな

い。したがって、多くの場合、代位責任的法律構成よりも自己責任的法律構成の方が、公役務の運営の実態に適合的であり、論理的に整合的なフォートの認定を可能ならしめるのである。また、右のような公役務の運営の実態に鑑みれば、多くの場合、代位責任的法律構成をとることにより被害者に公務員個人のフォートの立証を要求することは不合理であるといえる。この点、役務のフォート理論によれば、公務員個人のフォートの立証を要することなく、「役務の運営及び組織における瑕疵」、「公役務の悪しき運営」、「公役務の瑕疵ある運営」といった客観的な事実状態により役務のフォートが認定されることから、右のような不合理な立証から被害者を免れさせることができる。このように個人的色彩を払拭した役務のフォート理論が形成された背景には、原初的には裁判管轄の分配の観点から個人的フォート概念の対概念として誕生した役務のフォート概念が、その対比構造の下で、公務員と国家の間の実体的な責任分配の観点から公務員個人に帰せしめられないフォートとして性格づけられたという歴史的沿革がある。そして、かかる役務のフォートによる賠償責任が一世紀以上前から今日に至るまで形を変えることなく存続しえたのは、この責任規範が有する右のような利点に因るところが大きいのではないかと思われる。

しかしながら、自己責任的法律構成に右のような利点があるからといって、直ちに我が国においても自己責任的法律構成を導入しなければならないかというと必ずしもそうではない。なぜなら、確かに、我が国の判例においては、国家賠償法一条一項の解釈上、〝公務員の〟故意又は過失及び職務上の義務違反が国家賠償責任の成立要件として解されているが、例えば過失判断についていえば、宇賀克也教授が指摘されているように、「公務員個人の過失ではなく、組織としての行政主体の公務運営上の欠陥をもって過失とする」[1]ような「組織的過失」の承認が広く行われているからである。すなわち、宇賀教授は、「実際には、組織過失の承認は広く行われている。たとえば、行政処分の違法に基づく国家賠償請求が行われる場合、行政作用法上、行政庁が処分権者とされていても、現実には、補助機関や諮問機関で事実上の意思決定がなされることが多く、訴訟で問われているのも、まさに組織過失であるということが少なくない」[2]、「また、行政処分に関してではなくても、行政庁の過失が問責される場合があるが、その場合であっても、組織的過失が問われていることが多い」[3]とされ、その一例として序章で紹介した予防接種禍訴訟に係る東京高判平成四年一二月一八日・高民集四五巻三号二一二頁を挙げ、「ここで問われているのは、

厚生大臣という一機関の責任というよりは、厚生省全体の組織的過失といえよう」[4]と述べられている[5]。つまり、実際上、加害行為に係る過失が組織的な活動の産物であったとしても、それを当該行為に携わった公務員個人の過失とみなすことによって国家賠償責任を認めることが可能なのであり、そこでは実質的には所轄行政組織の過失が問われているのである[6]。かかる過失の認定は、その過失の実体に整合的でないことから、解釈論としてはやや無理をしていることは否めないもの[7]の、代位責任的法律構成をとる我が国の国家賠償法における一つの解釈論上の工夫として認められないものではなく、国家賠償法一条一項の文理に則して考えるならば優先的に志向されるべき法解釈であるといえる。結局のところ、以上のような擬制的な法解釈を裁判官が貫徹できるのであれば、理論的な問題は残るものの、事案の解決という観点から見れば、我が国においては立法論としてはともかく解釈論としては自己責任的法律構成を採用する必要はないようにも思われる。

しかしながら、我が国の判例は依然として純粋な代位責任的法律構成に固執しているところがあり、常に右のような擬制的な法解釈が貫徹されているわけではない。そもそも、組織的な活動が問題となる場合には実体的には所轄行政組織全体の過失ないし違法行為が問われるべきである以上、裁判官が過失ないし違法性を認定することにより個々の公務員に「否定的」あるいは「非難的」な評価を加えることにためらいを示したとしても、それは必ずしも理解できないことではない。実際、一公務員個人にできることは限られており、それに課しうる注意義務ないし結果回避義務には自ずと限界があることから、右のような裁判官のためらいには理由がないわけではないのである[8]。結局のところ、代位責任的法律構成に過度に拘泥してしまうと、法律による行政の原理に基づき是正されるべき違法性や非難されるべき組織的な過失が看過されてしまうおそれが生じるのである[9]。

実際、次のような高木光教授の指摘は、以上のことを明確に示しているように思われる。すなわち、高木教授は、「最高裁判所のとる職務行為基準説は、「行為不法論」的な発想を示す側面と、「個人責任」的な発想を示す側面がある[10]」とされ、いわゆるパトカー追跡事件（最一小判昭和六一年二月二七日・民集四〇巻一号一二四頁）などの最高裁判決には、「公務員の側からみて誠実に職務を遂行している限り、なるべく国家賠償法上も違法という「否定的」評価をすべきでないというニュアンスがあらわれているように思われる[11]」とされた上で、「しかし

ながら、このような発想は、公務員の個人責任から出発し、それを国家・公共団体が代位するという「職務責任」の考え方からすれば自然なものではあろうが、個人責任が否定されている法制のもとでなお個人責任にこだわっているきらいがある。筆者は、多くの論者と同様に、国家賠償法は、むしろ組織体ないし全体としての行政の活動の結果被害が生じたととらえ、どのような場合にそれを国・公共団体の負担とすべきかという観点から要件を構成すべきものであると考えている。確かに、違法という「否定的」評価をうけると職務遂行に支障が生じるという危惧には理由がないわけではない。しかし、当該公務員個人に非があったかどうかを明らかにするのが国家賠償訴訟の目的ではないことを、原告・被告・裁判所が確認していればそのような弊害は生じないというべきであろう」[12]と指摘されているのである。

このように我が国の代位責任規範における擬制的な法解釈は、組織的な活動の産物である過失や違法行為の実体に整合的でない解釈となることがありうることから、それが貫徹されない可能性があり、結果的に組織的な過失や違法行為が看過されてしまうおそれが生じることとなる。これに対して、フランス国家賠償責任法においては、役務のフォートによる賠償責任を認めるに当たって、自己責任的法律構成をとることにより組織体である公法人自身のフォートを直截的に認定できることから、組織的な活動の産物であるフォートの実体に整合的な法解釈を行うことが可能なのであり、したがって、組織的なフォートが看過されるおそれは相対的に低いといえる。そして、かかる法解釈は、役務のフォート概念が有する適法性統制機能や将来におけるフォートの抑止機能を実効的に働かせることを可能ならしめるのである（第一章第二節第二款及び第二章第二節第二款参照）。

2　組織的観点からの過失ないし違法性判断の必要性――以上のような解釈論上の問題が表面化したように思われる判例として、最一小判平成一八年四月二〇日・裁時一四一〇号八頁を挙げることができる。

その事案は、静岡県の財政課等の食糧費支出に関する公文書についての開示請求がなされ、その内「交際的な懇談」に係るものついては、その相手方名称を公開することによって相手方との円滑な関係が損なわれるおそれがあることなどを理由に非開示決定を受けたところ、当該決定が取消訴訟において違法であるとして取り消され、その後、国家賠償請求訴訟が提起されたというものであった。この訴訟においては、取消判決の後、

当該公文書記載の事実は存在せず、実際には、この公文書は、地方財政対策関連の情報収集のため、県総務部幹部職員が国の幹部職員とゴルフを伴う懇談を実施する費用を支出するために作成された偽造文書であったことが明らかになった。とりわけ、本件においては、偽造文書を作成した職員と非開示決定を担当した職員とが同一の組織体に属してはいるものの別々の職員であり、また、それぞれ異なる時期に異なる決定によってなされたものであったことから、後者の担当職員が当該公文書の真偽を調査すべき義務を負っていたか否かが問題となった。

この点について、多数意見は、「一般的に、担当職員において請求に係る全文書の内容の真否の調査をすることは義務付けられておらず、文書の記載内容に基づいて迅速に開示等の決定を行うことが予定されているものと解すべきである。したがって、本件条例の規定等から、県財政課の職員が、請求に係る多数の文書の記載内容の真否の調査を行わずに上記判断をしたことが、職務上通常尽くすべき注意義務を怠ったものということはできない」などとして、当該非開示決定の違法性を否定した。

しかしながら、この多数意見に対しては泉徳治裁判官が次のような反対意見を述べられている。すなわち、「本件は、違法な行政処分により権利を侵害されたとする国家賠償請求事件であるが、行政処分は、知事等の独任機関たる行政庁の名義で行われる場合であっても、実際には、行政庁を支える行政組織体の組織的決定として行われるものであって、国家賠償法一条一項の「公務員」の故意又は過失の存否も、行政組織体を構成する公務員を全体的一体的にとらえて、組織体として手落ち手抜かりが存したかどうかという観点から検討すべきである。すなわち、当該行政処分を実際に担当した個別具体的な職員の故意過失のみを問題とするのではなく、行政庁を支える行政組織体の構成員たる公務員を全体的一体的にとらえて故意過失が存するか否かを判断すべきである。そして、国家賠償法一条一項の規定に基づく損害の賠償を請求する上において、上記「公務員」を具体的に特定する必要がないことは、いうまでもない（最高裁昭和五一年（オ）第一二四九号同五七年四月一日第一小法廷判決・民集三六巻四号五一九頁参照）」、「公務員が故意又は過失によって住民等の公文書開示請求権を害したかどうかを判断する場合には、公文書の管理から開示までの一連の行為に関与した公務員を全体的一体的にとらえて、故意又は過失が存したか否かを検討すべきである」と[13]。

この反対意見に対して、甲斐中辰夫裁判官は、補足意見において、当該偽造文書を作成した職員と当該文書の非開示決定を

担当した職員とが異なっており、全く異なる時期に、それぞれ別個に行った行為であり、後者は虚偽文書であることの認識を有していないことから、これらを一体としてみなし各職員に虚偽の認識があるものと評価し不法行為を構成することは、公務員による不法行為の概念を超えるものである、と批判されている。もっとも、泉裁判官が指摘されているように、このような論理を前提とすれば、「県の職員が本来開示すべき支出の情報を支出の内容を偽って本件条例九条各号の非開示情報に加工しても、開示請求が出るまでに当該職員を他に異動させてしまい、他の職員に開示事務を担当させることにより、県としては公文書開示請求権侵害の責任を免れることになり、明らかに不合理な論理といわざるを得ない」[14][15]。

本件不許可決定について実際に過失及び違法性が認められるべきであったか否かはともかく、泉裁判官が提示された「国家賠償法一条一項の「公務員」の故意又は過失の存否」を「行政組織体を構成する公務員を全体的一体的にとらえて、組織体として手落ち手抜かりが存したかどうかという観点から検討すべきである」という判断枠組みは、現代の行政活動の多くが組織的に行われており、また、行政内部で組織的に形成された決定が国家賠償請求訴訟で争われることが少なくないことに鑑みると、理に適ったものであるように思われる。かかる判断枠組みは、序章で紹介した今村成和博士による過失概念の解釈やフランス国家賠償責任法における役務のフォート概念の判断枠組みと軌を一にするところがあるが、前述のように、我が国の判例においても、形式的には代位責任的法律構成がとられている場合であっても、実質的には組織体の過失ないし違法行為が問われているというケースが往々に存することに鑑みれば、決して解釈論上ありえないものではない。法律構成上、代位責任的な形式をまとわせるがために、その実体が十分に認識されていないところがあるが、まずは代位責任的法律構成が少なからず擬制的なものでありうるということを認識することにより、代位責任的法律構成の枠組みにおいて組織的観点からの過失ないし違法性判断を徹底することが志向されるべきではないかと思われる。

それでは、さらに歩を先に進めて、「組織体として手落ち手抜かりが存したかどうか」を擬制的な法解釈により代位責任的に法律構成するのではなく、より直截的に組織体自身の不法行為として、つまり、組織的な活動の産物である過失ないし違法行為の実体に整合的な形で自己責任的に法律構成することはできないだろうか。原則的責任規範である代位責任規範を例外的

に補完する形で自己責任規範を認めることにより、つまり、責任規範を多元化することにより、代位責任的法律構成が負っている過重な負担を軽減し、組織的な過失ないし違法行為の認定を容易ならしめることによって、より合目的的な法解釈を実現することができるのではないだろうか。我が国においては、明文の規定により、「公務員の不法行為により、損害を受けた」（日本国憲法一七条）こと、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えた」（国家賠償法一条一項）ことが要求されている以上、純粋な自己責任的法律構成を解釈論として採用することが困難であることは否定できない事実である。しかしながら、我が国においても「自己責任規範の萌芽」が全く存在しないというわけではない。

二　我が国における自己責任的法律構成の可能性

１　自己責任規範の萌芽――この可能性を示唆する判決として、最二小判平成一八年六月一六日・民集六〇巻五号一九九七頁を挙げることができる。この判決は、乳幼児期に受けた集団予防接種等において注射器が連続使用されたことによりＢ型肝炎ウイルスに感染した原告（控訴人・被上告人）らが、国（被告・被控訴人・上告人）に損害賠償を請求した訴訟に係るものである。本判決において、最高裁判所は、控訴審判決の判断[16]を是認する形で、「被告は、集団予防接種等において注射器の針を交換しない場合はもちろんのこと、針を交換しても肝炎ウイルスが感染する可能性があったことを認識し、又は認識することが十分に可能であり、本件集団予防接種等を実施するに当たっては、注射器（針、筒）の一人ごとの交換又は徹底した消毒の励行等を各実施機関に指導してＢ型肝炎ウイルス感染を未然に防止すべき義務があったにもかかわらず、これを怠った過失がある」と判示した。

この判決に関して、松並重雄調査官は、「この問題については、いわゆる予防接種禍訴訟において、東京高判平成四・一二・一八・判例時報一四四五号三頁・・・等が、厚生大臣の過失（禁忌該当者に予防接種を実施させないための十分な措置を採ることを怠った過失）を肯定していたところであり、本判決は、これらの下級審判決における予防接種実施体制の整備についての厚生大臣等の過失（予防接種行政の組織的過失）を問うという判断枠組みを是認したものと解される[17]」として、本判決が、序章で紹介した東京高裁平成四年判決と同じ判断枠組みを採用したものであると評価されている。

しかしながら、ここで注目すべきは、東京高裁平成四年判決が明示的に過失を「厚生大臣」に帰責していたのに対して、本判決と原判決が、判決文において過失が帰責される特定の公務員を明らかにしていない点である。すなわち、先に引用したように、上告審判決では「被告」の「過失」、控訴審判決においては「被控訴人」の「過失」という表現がなされているのみで、東京高裁平成四年判決のように「厚生大臣」の過失とはされていないのである。その表現の使用が意識的なものではないにせよ、この判決文を素直に読む限り、ここでいう「被控訴人」及び「被告」というのは「国」を指すものと解されうる。仮に、このように解することができるのであれば、本判決が認めた国の賠償責任は、実質的にも形式的にも自己責任的法律構成による「自己責任」であるということができる。実際、この事案で問題となっている過失は、国の伝染病予防行政の重要な施策として国からの細部にまでわたる指導に基づいて各自治体により実施された集団予防接種等に係る国自身の過失であることから、その認定は過失の実体に整合的なものであるように思われる。なお、本判決は、違法性については言及しておらず、いわゆる過失一元的判断を行っている。

さらに、近年の裁判例の中には、より明確に自己責任的法律構成がとられている判決が存在する(18)。それは、アスベスト訴訟に係る東京地判平成二四年一二月五日・判時二一八三号一九四頁である。この判決において、東京地裁は、「・・・被告国によるこのような規制権限又は監督権限の不行使は、・・・規制権限の趣旨、目的及び性質等を踏まえてもなお許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときは、その不行使により被害を受けた者との関係において、国家賠償法一条一項の適用上違法となるものと解するのが相当である」とした上で、「被告国としては、遅くとも昭和五六年一月の時点では上記の規制を行うべき義務を負っていたというべきであって、被告国がこれを怠ったことは、著しく不合理であり、違法であるというほかない」として、明確に〝国自身の〟不法行為を観念しているのである。なお、本判決は、過失については言及しておらず、いわゆる違法性一元的判断を行っている。

要するに、基本的に代位責任的法律構成を維持している裁判所自身が、実は、意識的にせよ無意識的にせよ自己責任的法律構成の世界に足を踏み出しているのである。

2　自己責任的法律構成の許容性――問題は、国家賠償法一条一項が〝公務員の〟不法行為を要求していることとの関係において、以上のような自己責任的法律構成が理論的に許容され

るのか、つまり、理論的にどのように正当化されるのかということである。この問題については本稿において明確な結論を示すことは難しいが、以下では現時点で考えうる一つの試論を示すこととしたい。

それは、端的に言えば、過失ないし違法性の認定の基準となる「公務員」の特定性の緩和を一層押し進めた延長線上に、公務員の集合体である行政組織体自身の不法行為を観念する自己責任的法律構成を位置づけるという理解である。ここで参考になるのは、国家賠償法一条一項における「公務員」の意義を「つとめて組織的なものとして理解する」[19]という立場を示されていた遠藤博也博士の指摘である。すなわち、遠藤博士は、「加害行為が合議体の行為や組織的決定であるものについては、組織体の名称や行政庁を構成する名目的な公務員の名前をあげるだけで、加害公務員の特定としては十分であって、それ以上に個別具体的な現実の責任者の氏名をあげることは必要ではない」[20]ことを指摘されていたのである。そもそも、合議体の過失が問題となる場合には、合議体自体を国家賠償法条一条一項の公務員とみて、その組織的過失を認定するという判断枠組みが、今日、一般に承認されているといわれている。[21]そして、かかる判断枠組みは、必ずしも合議体の決定にしか妥当しないというものではなく、行政処分や予防接種行政のような組織的な行政活動についても妥当するように思われる。[22]なぜなら、これらの行為も実質的には合議体の行為と同じく組織体の行為といえるからである。実際、遠藤博士は次のように述べられている。すなわち、「合議体決定や制度的決定における行為は、単独者の行動ではないため、決定（もしくは不作為）にいたる事実の経緯が検討されることがあるといっても、おのずから組織全体がたどった過程が正常かどうか、そこに何か手落ちがないかどうかという評価の対象にならざるをえないであろう」[23]とされ、その例として、立法権たる公権力の行使については、その行使にあたる「公務員」そのものが、単独者たる公務員とは異なる合議体たる議会であることを指摘された上で、「これは制度的決定ないし組織的決定である行政処分における行政庁の場合も同様であって、名目上には独任型行政庁であるため、大臣や知事など、行政庁を構成する単独の公務員を名指して特定することが可能であるが、実際に決定したものが省庁などの行政組織であり、大臣や知事はこれら匿名の行政組織を代表するものであるにすぎないことは周知のとおりである。もちろん、具体的事実関係においては、実際の担当者の誰彼について手落ち、手抜かりを指摘することが可能であるが、それも組織的決定の一環と

して評価されるべきであろう。ここでも行為者は組織体であって、個々の公務員個人ではないのである[24]」と述べられているのである。

また、序章でも述べたとおり、国家賠償法一条一項については、立法過程において、ドイツの職務責任の場合と同様に「公務員に代わって」という規定の仕方をすることにより本条に基づく国家賠償責任を代位責任であることを明示することが検討されたが、結局、それが見送られたという経緯があったのであり[25]、これを自己責任として法律構成する余地が残されていないわけではない[26]。そうであるとすれば、現在の国家賠償法一条一項の解釈上、「公務員」要件は、もっぱら、加害行為が「公務員」の行為である場合にのみ国家が賠償責任を負うということ、言い換えれば、加害行為が「公務員」に当たらない単なる私人の行為については国家が賠償責任を負うことはないということを示すことにより、国家賠償責任の主体と範囲を画定する意義を有するにすぎない。しかも、ここでいう「公務員」は組織法上の公務員に限らず、私人も含めた「公権力の行使」を行うすべての者であり、結局のところ、「公務員」に当たるか否かは、基本的に加害行為が「公権力の行使」に当たるか否かということに依存しているのである[27]。したがって、加害行為が「公権力の行使」に当たることさえ明確であれば、その法律構成において、あえて〝公務員個人の〟過失ないし違法行為の認定に拘る意味はないように思われる。つまり、「公務員」という文言に国家賠償責任の主体と範囲を画定するものとしての位置づけを超えて代位責任的法律構成を基礎づけるものとしての位置づけを与える必要はないのであって、実際に問題となる加害行為が「公権力の行使」に当たることさえ明らかであれば、その「公務員」の集合体である〝国又は公共団体の〟過失ないし違法行為を認定したとしても、それは必ずしも国家賠償法一条一項の趣旨に反することにはならないのではないかと思われるのである。

以上のことからすれば、我が国においても、あくまで代位責任的法律構成を原則としつつも、例外的な補完法理として自己責任的法律構成を部分的に認めうる余地があるのではないか、少なくとも学説上その可能性が議論の対象となってしかるべきではないかと思われる[28][29]。ただし、その場合でも、履行が不可能な注意義務ないし結果回避義務を国又は公共団体等に課すことは実質的に無過失責任を認めることとなり、過失責任を定める国家賠償法一条一項の趣旨に反することから、そのような義務を課すことは許されない。つまり、国又は公共団体のような組

織には、それらが、行政活動を組織し指揮監督する立場にあり、損害の結果を調査・防止するための手段を豊富に有しており、場合によっては法令又は条例を制定することもできることから、一公務員個人と比較すると相対的に広範で高度な注意義務ないし結果回避義務を課すことができるが、組織的な観点から見ても予見可能性や結果回避可能性がないにもかかわらず、無限定に右のような義務を課すことができるわけではないのである。

もっとも、国家賠償法一条一項の枠組みの中で、どこまでを解釈論として許容するのかについては論者により差異があり、おそらく一般的には以上のような実質的にも形式的にも自己責任的法律構成をとるような法解釈は解釈論として許容されえないものとして考えられているのではないかと思われる。この点を明確に論じている者は必ずしも多くないが、藤田宙靖教授は、序章で紹介した今村博士の自己責任説について次のような指摘をなされている。すなわち、藤田教授は、「あるべき法の解釈は、時の推移そして社会の実状の変動に応じて変遷し得るのであって、問題は、実践的な判断の変化の、どこまでを法解釈論として許容されるものと考え、どこから先を立法政策論と性格付けるべきか、というところにある」[30]とされた上で、「法解釈の変遷には「連続性」及び「漸次の変化」という要素が不可欠であ」[31]り、ここでいう「連続性」と「漸次性」とは、「真に具体的事案に鑑み、当該の説によらなければどうしても合理的な事案の解決ができない、というケースの積重ねの上に、ある解釈学説が展開されて来たものであるかどうか、ということであ」[32]るとされ、その意味において、危険責任に基礎を置く今村博士の自己責任説は未だに右の要素を充足するものではないと述べられているのである。[33]それでは、ここまで本稿において論じてきた自己責任的法律構成は、かかる藤田教授の指摘との関係において、どのように位置づけられるだろうか。前述のように、代位責任規範における擬制的な法解釈を徹底することができれば、少なくとも解釈論上は自己責任的法律構成を認める必要はないようにも思われることから、右のような自己責任的法律構成が真に確立されるべきものであるのかについては、なお検討の余地がある。ただ、過失の客観化、加害公務員の特定性の緩和、組織的過失といった法解釈の出現をはじめ、ここまで紹介してきた学説や判例の展開は、まさにかかる代位責任的法律構成の貫徹が困難であるということ、そして、真に具体的事案に鑑み、自己責任的法律構成によらなければどうしても合理的な事案の解決ができないということを多少なりとも示唆し

ているのではないかと思われる。そして、そうであるとするならば、「連続性」と「漸次の変化」という要素が少なくとも部分的には充足されているのではないかとも考えられるのである。

三　自己責任規範と代位責任規範の共存

ここでフランス国家賠償責任法との比較という観点から注目すべきは、以上のような解釈論上の問題が、必ずしも我が国に固有のものではないということである。すなわち、フランス国家賠償責任法においても、逆のベクトルにおいて同様の問題が生じていたのである。それは、自己責任規範における擬制的な法解釈が問題となる場合であり、具体的には、フォートの競合や賠償責任の競合において、推定ないし擬制により役務のフォートが認定され、それに基づいて認められる役務のフォートによる賠償責任が問題となる場合である（第四章第一節第二款及び同章第二節第一款参照）。つまり、本論で論じたとおり、フランス国家賠償責任法においても、《Pelletier 判決》以来の伝統に従い、自己責任的法律構成に拘泥することにより、実際にはもっぱら公務員個人に帰せしめるべきフォートについて解釈論上やや無理をしてでも役務のフォートを認定しようとするような法解釈がなされていたのである。しかしながら、フランス国家賠償責任法においては、個人的フォートが役務の中で又は役務の際に犯されたことのみをもって又は役務と全く関連がないわけではないことのみをもって国家賠償責任を認めるというような形で、純粋な代位責任的法律構成が形成されたことにより、このような法解釈の歪みは是正されることとなった（第四章第二節第二款及び第三款参照）。当然、判例法ゆえに柔軟に責任規範を創造できるフランス国家賠償責任法と国家賠償法一条一項の枠内での法解釈を余儀なくされる我が国の国家賠償法とでは、同じような解釈論上の問題を克服する場合でもその困難性の程度は大きく異なる。しかしながら、だからといって、これを立法論の問題として棚上げするべきではなく、国家賠償法一条一項の枠組みの中に自己責任的法律構成を取り込むことができないか、取り込むことができるとしても具体的にいかなる範囲において適用されるべきかなどを真剣に議論していく必要があるように思われる。

従来、我が国においては、自己責任説と代位責任説とが二者択一的ないし二項対立的に論じられてきた。しかしながら、現代国家においては、行政の担う任務が増大し、国家賠償責任の類型も多様化していることから、あらゆる国家賠償責任を自己責任規範と代位責任規範のどちらか一方のみにより理論的かつ

整合的に説明するということは困難になってきている。[34] 結局のところ、以上において論じてきたような日仏両国における国家賠償法の展開は、今日、自己責任規範と代位責任規範が、相互排他的な関係としてではなく、相互に補完し合い、両立・共存しうる関係として捉えられるべきであることを示唆しているのではないかと思われる。

実際、宇賀教授によれば、我が国の国家賠償法のモデルとなったドイツの国家責任法においても、自己責任規範が形成されているという。すなわち、宇賀教授によれば、「代位責任主義を採る代表的な国とみなされている西ドイツにおいても、職務責任（Amtshaftung）の下で、組織過失（Organizationsverschulden）が判例により認められているが、これは、フランスの公役務の瑕疵と同様、個人的色彩を払拭したものであり、判例による自己責任の創出と言っても過言でないと思われる。それにとどまらず、判例学説は、職務責任以外の国家責任として、収用類似の侵害に基づく補償（Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff）、犠牲類似の侵害に基づく補償（Entschädigung aus aufopferungsgleichem Eingriff）、結果除去（Folgenbeseitigung）を認めてきたが、これらは、第一次的に国に責任を帰属させるのみならず、職務責任の成立する領域の殆どをカヴァーするものであるから、実際には、西ドイツの国家責任も自己責任に転化したと言ってよい。さらに、職務責任自身も、主として、その代位責任的構成のゆえに厳しい批判を受け、一九八一年の国家責任法では、この制度が廃止され、自己責任としての国家責任制度が採用されたのであった。ここでは、もはや、「公務員個人の不法行為」という観念は姿を消し、国自体が、加害行為の主体として、自己の行為に責任を負うという構成が採られている」[35]というのである。もっとも、この最後の一九八一年の国家責任法については、「連邦が国家責任制度についての包括的立法権限を有しないという連邦と州の権限配分の問題で（内容とは無関係に）違憲とされた」[36]ことから、結果的に職務責任制度は現在も存続しており、完全に代位責任制度が消滅したわけではない。結局のところ、ドイツにおいても、今日、代位責任規範と自己責任規範とが併存した状態にあるのである。

第二節：残された課題

本稿においては、主にフランス国家賠償責任法の規範構造を明らかにすることを試みてきたが、役務のフォート概念の具体的な内容に着目した実体法的研究、すなわち、判例において、

行政に課せられる義務がどのように設定され、その義務に対する違反がどのように認定されているのか、そこで考慮されている要素はいかなるものであるのか、といった点についての研究はほとんど行うことができなかった。このような実体法的研究は、我が国の国家賠償法一条一項における「過失」及び「違法性」の認定方法との比較法研究を行うためにも極めて重要な研究であるといえる。残された最も大きな課題は、この点にあるように思われる。以下では、この課題を現時点において可能な範囲で具体化することにより、今後、どのような研究を行うことができるのかを明らかにしておくこととしたい。

一　役務のフォート概念と過失・違法性概念との共通点

そもそも、我が国の国家賠償法における「過失」・「違法性」概念は、ドイツ法の影響の下、過失は主観的要件として、違法性は客観的要件として区別されてきた[37]。これに対して、フランス国家賠償責任法においては、こうした過失と違法性のような区別がなされることはなく、役務のフォート概念が包括的な要件として位置づけられてきた。したがって、一見すると両国の責任要件には大きな隔たりがあるようにも思われることから、そもそも比較法研究に必要な基盤が存在するのかということが問題となる。

ここで注目すべきは、我が国の過失概念が客観化される傾向にあり、この傾向が進むにつれ、過失と違法性との区別が相対化し、それにより、我が国の一部の判例において、この二つの要件が少なくとも実質的に一元的に判断される場合があるという点である。遠藤博士の整理を参考にすると[38]、一元的な判断を行っている判例は、大きく分けて、①過失から違法性を推定するもの[39]、②過失判断のみで違法性判断が欠落しているもの[40]、③違法性から過失を推定するもの[41]、④違法性判断のみで過失判断が欠落しているもの[42]、に整理することができる。この内、①と②の類型は「過失一元的判断」を行うものであり、③と④の類型は「違法性一元的判断」を行うものであるといえる。また、これに芝池義一教授の分析を加えると[43]、①と③の類型は形式的にはどちらの要件も認定されていることから、この場合には両要件は「重層的な要件」として機能しているのに対して、②と④の類型は過失又は違法性のいずれかが存在すれば国又は公共団体の賠償責任が認められることとなるから、この場合には両要件は「択一的な要件」として機能しているということができる。

国家賠償法一条一項が明示的に過失と違法性を区別して要求

していることや、法律による行政の原理を担保するという国家賠償制度の機能に鑑みれば、とりわけ法令上の規定によって行為規範が明確にされている行政処分等については、直ちに、このような一元的な判断が望ましいものであるとは思えない[44]。ただ、理論的には、「過失の客観化」により、場合によって両要件の判断過程が重複することが考えられ、実際、一部の判例において一元的な判断がなされていることは否定できない。その際、過失又は違法性は、少なくとも実質的には役務のフォートと同じように包括的な要件として機能しており、その限りにおいて過失・違法性概念が役務のフォート概念に接近しているということができるのではないかと思われる。

そして、何よりも、「役務のフォート」概念と「過失」・「違法性」概念は、そのいずれもが「義務違反」という共通項を有していることから（第一章第一節参照）、これらの概念について比較法研究を行う基盤は十分に存在すると考えられる。

二　違法性概念及び不作為責任に関する比較法研究

とりわけ比較法研究が有益であると思われるのは、我が国の行政法学において近年特に問題となっている「違法性」概念に関する解釈論上の問題[45]や行政の不作為責任[46]に関する解釈論上の問題である。

我が国の最高裁判所は、いわゆる「職務行為基準説」をとることにより、取消訴訟における違法性概念と国家賠償請求訴訟における違法性概念とを区別している[47]。その結果、前者の違法性が存するだけでは必ずしも後者の違法性を認定するには足らず、これに加えて「職務上の注意義務違反」が要求される場合がある[48]。しかしながら、かかる解釈には批判も少なくない[49]。これに対して、フランス国家賠償責任法においては、かつては越権訴訟における「違法性」と国家賠償請求訴訟における「役務のフォート」との関係が問題となっていたが、今日、違法性はいかなるものであっても役務のフォートを構成するものとして解されており、被害者に金銭的な賠償を与えるべきか否かといった損害賠償請求訴訟に固有の観点からの調整は、もっぱら損害又は因果関係（違法性ないし役務のフォートと損害の間の因果関係）の次元においてなされている（第一章第二節参照[50]）。したがって、この問題については、越権訴訟において具体的にどのように違法性が認定され、また、国家賠償請求訴訟において当該違法性がどのような認定によりフォートを構成するものとして解されているのか、国家賠償請求が認められない場合はいかなる場合であるのか、といった点を学説及び判例に即して

実体法的に分析することにより、右のような我が国における違法性概念との比較法研究ができるのではないかと思われる。

また、我が国においては、行政の不作為責任が問題となる場合には、作為責任が問題となる場合と比較して相対的に行政裁量が広く認められ、作為義務違反が認められにくい傾向にあり、行政の不作為責任をどのように認めるのかが問題となっている。これに対して、フランス国家賠償責任法においては、不作為責任が作為責任と異なる特別な判断枠組みにおいて検討されるということはほとんどなく、我が国と比較しても行政の不作為責任に関する判例が豊富に存在する。したがって、そこで、行政裁量がどの程度認められ、また、作為義務がどのように導出されているのか、といった点は興味深いところである。[51] また、行政の不作為責任が問題となるケースにおいては、特定の公務員個人というよりはむしろ所轄行政組織全体の組織的な過失又は違法行為が問われるべきである場合も少なくないことから、自己責任的法律構成により役務の組織又は運営の瑕疵それ自体から国家賠償責任を認めうる役務のフォート理論は、一つの解釈論上のモデルとなるように思われる。

そして、以上のような課題を研究するに当たっては、公役務ごとに類型的な分析を加えていくことが有益であるように思われる。具体的には、課税処分の違法性に関する判例が豊富に存在する租税役務や、規制権限又は監督権限の不行使による不作為責任が問題となりうる警察役務、監督行政役務などを取り上げることが考えられる。

（1）宇賀克也「行政救済法〔第四版〕」（有斐閣・二〇一三年）四一二頁。

（2）宇賀克也『国家責任法の分析』（有斐閣・一九八八年）四三九頁。なお、宇賀教授は、これに続けて、「現行法の下で、すでに判例通説が組織過失を広く認めている以上、法改正が喫緊の課題というわけではないが、解釈論としてはやや無理をしていることは否めず、やはり、立法により、明確に自己責任主義の採用にふみきることが望ましいと思われる」と述べられている。塩野宏『行政救済法〔第五版補訂版〕』（有斐閣・二〇一三年）三二三頁も併せて参照。

（3）宇賀・註（1）四三八頁。。

（4）宇賀・註（1）四三八頁。

（5）なお、この点に関しては阿部泰隆教授も次のような指摘をなされている。すなわち、「過失というと、普通には現場の職員の過失であり、医療行為では現場の医師の

過失が問題となるが、組織体で決定する行為については過失といっても行為者個人の内心の心理状態は問題にならず、そうした組織に期待される行為規範違反は違法であり、そうした組織に期待される注意義務違反が過失となるので、過失はかなり抽象化される」、「法の解釈の誤りも通常は組織ミスである。各種の行政処分も、通常はその組織によりなされるので、組織ミスが問題となる。警察官が逮捕の際用いた暴力などが純粋の個人ミスである。学校事故は個人ミスの典型ともみられるが、先生個人のミスとは限らず、学校の教育条件の未整備や当該学校の方針が重なって事故を発生させることが多いので、その限りで組織ミスでもある」（阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ：実効的な行政救済の法システム創造の法理論』（有斐閣・二〇〇九年）四八一－四八二頁）。

（6）例えば、いわゆる在外被爆者除外通達が問題となった最一小判平成一九年一一月一日・民集六一巻八号二七三三頁において、最高裁は、〝国の担当者〟が、原子爆弾被爆者に対する特別措置に関する法律等の誤った解釈に基づき通達を作成、発出し、また、これに従った失権取扱いを継続したことについて、当該担当者の職務上の義務違反と過失を認定し、形式的には代位責任的法律構成により国の賠償責任を認めている。もっとも、そこで実質的に問われているのは、右通達にかかわる厚生省ないし国という組織体の過失及び違法行為であるように思われる（北村和生「判批」民商法雑誌一三八巻三号（二〇〇八年）一〇三－一〇四頁、阿部・註（5）四九六頁、神橋一彦『行政救済法』（信山社・二〇一二年）四〇一頁参照）。

（7）同じような問題意識は、民法学においても見られる。例えば、田上富信教授は、著名な「輸血梅毒事件」に係る最高裁昭和三六年判決（最一小判昭和三六年二月一六日・民集一五巻二号二四四頁）に関して、「裁判所としては、被害者保護のために被用者の過失を擬制することによってでも使用者に責任を負わせようとする意図はよくわかる。しかし、そもそも被用者に過失を擬制でもしなければ被害者の保護がはかれないならば、まず、通説の「過失」に関する従来の理解を再検討する必要があり、さらにエーレンツワイグのいう視点の移動、すなわち、病院等の組織体自体の過失の有無が検討されなければならない」と述べられている（田上富信『使用関係における責任規範の構造』（有斐閣・二〇〇六年）三六八頁（初出：同「企業責任の法律構成」法と政治五五巻四号（二〇〇四年））参照）。

（8）ただし、公務員が法令上付与されている地位や権限に応じて、当該公務員に課しうる注意義務ないし結果回避義務の程度に差が生じうることに留意が必要である。例

えば、同じ公務員であっても、指揮監督権限や省令制定権限等を有する大臣には、単なる補助機関にすぎない公務員よりも相対的に高度で広範な注意義務ないし結果回避義務を課すことができるのではないかと思われる。したがって、同じ代位責任的法律構成をとるにしても、どのレベルの公務員を基準に過失ないし違法性を判断するのか、ということが理論的に重要な問題となる。我が国の民法学においても、法人の不法行為の議論に関して、被用者、代表機関、企業それぞれに課しうる注意義務ないし結果回避義務に程度差があることが指摘されている（神田孝夫「『企業の不法行為』論をめぐる近時の動向と問題点」同『不法行為責任の研究』（一粒社・一九八八年。初出：一九八七年）五八頁、瀬川信久「法人の不法行為」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣・二〇〇七年）二七六－二七七頁参照）。

（9）以上の点に関しては、神橋一彦教授による次のような指摘から多大な示唆を得た。すなわち、「国賠法一条責任にかかわる《代位責任的構成》は――今まで指摘されてきたことではあるが――さまざまな点で元々《フィクション》を含んでおり、そのことがさまざまな解釈論上の問題を生じさせているのではないか」（神橋一彦「『職務行為基準説』に関する理論的考察――行政救済法における違法性・再論――」立教法学八〇号（二〇一〇年）三八－三九頁）。つまり、本稿は、このような神橋教授の指摘に触れたことにより、過失及び違法性概念それ自体に着目するだけではなく、過失及び違法性判断の〝視点〟にかかわる国家賠償責任の法的性質論（法律構成論）という根本的な問題にも目を向ける必要があるのではないか、という問題意識を持ったのである。

なお、我が国の判例においては、いわゆる職務行為基準説により違法性が「公務員の職務上の義務違反」として解されているが、この職務行為基準説は代位責任的な色彩を色濃く帯びているように思われる。この点に関して、神橋教授は、職務行為基準説を極めて緻密に分析された上で、その特徴が「行政決定に至るまでのプロセスを分節化して、個々の公務員の行動についてそれぞれの公務員が負う職務上の法的義務＝行為規範に照らして、違法判断を行うところ」にあることを指摘されている（神橋・註（9）二四頁。小早川光郎「課税処分と国家賠償」稲葉馨＝亘理格編『行政法の思考様式：藤田宙靖博士東北大学退職記念』（青林書院・二〇〇八年）四三一頁も併せて参照）。もっとも、かかる判断方法によると、行政決定のプロセスが過度に細分化されることによって組織的な違法行為が看過されるおそれがあり、国家賠償制度の違法行為統制機能ないし違法行為抑止機能が損われる可能性がある。この点については、例えば、塩野宏教

授による次のような指摘が示唆的である。すなわち、「国家賠償請求訴訟においては、当該自然人たる公務員に課せられた職務義務（注意義務）のみならず、当該国家活動の法適合性も審理の中核となる。国家賠償法が代位責任的構成・・・をとっているからといって、国家賠償制度の本来的趣旨が見過ごされてはならない。その意味で、国家賠償法一条の違法性は、基本的には国家の権力的活動に課せられた法違反としてとらえるべきものである」（塩野・註（２）三三三頁）。

（10）高木光「国家賠償における『行為規範』と『行為不法論』」『損害賠償法の課題と展望――石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集（中）』（日本評論社・一九九〇年）一五八頁。

（11）高木・註（10）一五九頁。

（12）高木・註（10）一五九頁。

（13）この反対意見においては、過失と違法性とが実質的に一元的に判断されているように思われる。すなわち、泉裁判官は、結論部分において、「そうすると、県財政課の職員は、全体としては、上記記載の情報が虚偽のものであると認識していたものであって、そうであれば上記記載の情報が本件条例九条八号の情報に該当しないことを知ることができたにもかかわらず、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と本件対象情報を非開示とする本件各決定を行ったものというべきであり、少なくとも過失によって上告人の公文書開示請求権を違法に侵害したものといわざるを得ない」と述べられている。

（14）なお、米田雅宏准教授は、泉裁判官が開示請求権の適正な保障という観点から情報公開法制の法的仕組みに着目され、開示請求権が行政組織内部の事情により形骸化されることを問題とされている点について、「情報公開法制の適法性を代位責任説で理解された国家賠償訴訟でも担保しようとすることの難しさ、歪みがここに表れているとも言える」と述べられている（米田雅宏「情報公開争訟の諸問題」現代行政法講座編集委員会編『自治体争訟・情報公開争訟（現代行政法講座Ⅳ）』（日本評論社・二〇一四年）二一八－二一九頁）。

（15）なお、判例上、同じように代位責任的法律構成がとられている場合であっても、公務員の特定性の程度にはグラデーションがある。例えば、神橋教授は、前掲註（６）の最一小判平成一九年一一月一日・民集六一巻八号二七三三頁においては「担当者が誰であったとか、具体的にどのような関与をしたかはことさらに問われてはいない」のに対して、本判決においては「かなり詳細なところまで、担当公務員の特定が問題とな」っていることを指摘されている（神橋・註（９）三三三頁）。この点、本

判決のように公務員の特定性を厳格に要求する方が代位責任的な理解に忠実であるといえる（序章第一節註(37)参照）。逆に、これを緩和していくと、結果的に自己責任的法律構成に接近していくことになるのではないかと思われる。例えば、違法な課税処分及び滞納処分が問題となった東京地判昭和三九年三月一一日・訟月一〇巻四号六二〇頁においては、「本件課税処分および滞納処分における故意過失の有無を判断するに当っては、日本橋税務署長および東京国税局長の右処分だけでなく、その基礎をなす国税庁長官の右通達行為をも含めて考察しなければならない。この場合、故意又は過失ある公務員を具体的に特定する必要はなく、税務当局に故意又は過失があったかどうかを問えば足りる」という判示がなされているが、かかる法解釈は代位責任的法律構成よりもむしろ自己責任的法律構成に親和的なものであるといえる。また、民法学における議論に目を向けると、神田孝夫教授は、使用者責任に関して不法行為の主体である被用者の特定性を緩和する見解について、次のような示唆に富む指摘をなされている。すなわち、「過失を結果回避義務違反と捉えるとしても、伝統的に注意義務違反と捉えるにしても、不法行為を為したる被用者の何人なりやを特定することなく過失の有無を問題視することが許されるだろうか。各被用者はそれぞれ一定の職務を与えられているとともに、その職務内容との相関関係において内容づけられる一定の結果回避義務・注意義務を負担しているはずであることを考えるとき、特定しえない被用者中の何人かの事業上の過失とは何か、容易にこれを理解することができない。あえてそれを観念するとすれば、それは、当該企業の被用者団としての過失というに近くなり、ひいては、のちに私見として提示する企業自体の過失という考え方につながるものであろう」（神田孝夫「企業の不法行為責任について――被用者による加害を中心として――」同『不法行為責任の研究』（一粒社・一九八八年。初出：一九七〇年）二八頁）。

(16) 原審において札幌高判平成一六年一月一六日・判時一八六一号四六頁は、「被控訴人は、本件各集団予防接種において注射器の針を交換しない場合はもちろんのこと、針を交換しても肝炎の病原に感染させる可能性があったことを認識し、又は認識することが十分に可能で、かつ、本件各集団予防接種を実施するに当たっては、注射器（針及び筒）の一人ごとの交換又は徹底した消毒の励行等を各実施機関に指導してB型肝炎ウイルス感染を未然に防止すべき義務があったにもかかわらず、これを怠った過失が認められる」と判示していた。

(17) 松並重雄「判解」最判解民事篇平成一八年度（二〇〇六年）七五二－七五三頁。

（18）京都地判平成五年一一月二六日・判時一四七六号三頁も併せて参照。なお、民法七〇九条に基づく法人の不法行為責任を認めた判決として、いわゆるカネミ油事件訴訟に係る福岡地判昭和五二年一〇月五日・判時八六六号二一頁がある。この判決において、福岡地裁は、「有機的統一組織体としての企業において、複数かつ不特定の被用者の企業活動の一環としての行為に過失がある場合には、むしろ個々の被用者の具体的行為を問題とすることなく、使用者たる企業自身に過失があるとして直接民法七〇九条による責任があると解するのが直截、簡明であり、相当である」という判示を行っている。

（19）遠藤博也『国家補償法 上巻』（青林書院新社・一九八一年）一五四頁。

（20）遠藤・註（19）一五三頁。

（21）宇賀・註（1）四一二－四一三頁。最大判平成一七年九月一四日・民集五九巻七号二〇八七頁、札幌地裁小樽支判昭和四九年一二月九日・判時七六二号八頁参照。

（22）もっとも、「国会の立法行為も国家賠償法第一条第一項の適用を受け、同条項にいう「公務員の故意、過失」は、合議制機関の行為の場合、必ずしも、国会を構成する個々の国会議員の故意、過失を問題にする必要はなく、国会議員の統一的意思活動たる国会自体の故意、過失を論ずるをもって足りるものと解すべきである」と判示した札幌地裁小樽支判昭和四九年一二月九日・判時七六二号八頁について、武田真一郎教授は、「国会のように構成員である議員の権限がほぼ同じ場合には個々の構成員の過失を論じることにあまり意味が無いので、このような判断を行いやすかったものと思われるが、本件の判旨が他の行政組織一般に適用されるとはいえないだろう」と述べられている（武田真一郎「国家賠償における組織的過失について」愛知大学法学部法経論集一五九号（二〇〇二年）七八頁）。

（23）遠藤・註（19）一五二頁。

（24）遠藤・註（19）一五二－一五三頁。

（25）田中二郎「戦後立法の一齣――国家賠償法の立案をめぐって――」同『日本の司法と行政――戦後改革の諸相――』（有斐閣・一九八二年。初出：一九八一年）一五七頁参照。

（26）兼子仁『行政法学』（岩波書店・一九九七年）二〇二頁、宇賀克也「職務行為基準説の検討」『行政法研究 創刊第一号』（信山社・二〇一二年）三三頁参照。

（27）古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣・一九七一年）一〇八頁、宇賀克也『国家補償法』（有斐閣・一九九七年）三四－三六頁、稲葉馨＝人見剛＝村上裕章＝前田雅子『行政法〔第二版〕』（有斐閣・二〇一〇年）二七七－二七八頁〔前田雅子執筆担当部分〕、神橋・註（6）三四七頁、

塩野・註（2）三〇四－三〇六頁、西埜章『国家賠償法コンメンタール〔第二版〕』（勁草書房・二〇一四年）一一九頁－一二三頁。なお、民間委託の分野における「公務員」該当性判断の特殊性を指摘するものとして、交告尚史「国賠法一条の公務員――福祉行政における民間委託に着目して――」神奈川法学三〇巻二号（一九九五年）二六五頁以下参照。

(28) なお、古典的な学説の中には、国家の不法行為能力を認める見解もあった。例えば、かの美濃部達吉博士は、法人実在説の立場から国家が不法行為能力を有することを認められていた（美濃部達吉『日本行政法 第一巻』（有斐閣・一九〇九年）九一九頁以下参照。この点については、岡田正則『国の不法行為責任と公権力の概念史――国家賠償制度史研究』（弘文堂・二〇一三年）二六〇－二六一、二七九頁から知見を得た）。また、渡辺宗太郎博士は、「国又は公共団体に対して被害者が賠償を請求し得るためには、損害が公務員の故意又は過失によって加えられねばならない」とされつつも、公務員の対外的な免責を説明するに当たって、「国又は公共団体は自己の機関の不法行為、即ち自己自身の不法行為について自らその責を負うのであって、他人の不法行為に代ってその責を負うのではない」（渡辺宗太郎『新版日本国行政法要論 上巻』（有斐閣・一九六三年）三三八－三三九頁）と述べられていた。

(29) なお、意思を有しない、観念的存在にすぎない法人自身の不法行為を観念することについては批判もあるが（平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂・一九九二年）七一頁、東京高判昭和六三年三月一一日・判時一二七一号三頁参照）、今日、過失概念が心理的・主観的に評価されるのではなく客観的・抽象的に評価されていることや、民法において債務不履行の場合には法人の行為が観念されていることなどに鑑みれば、かかる批判は必ずしも説得力を有するものであるとはいえないように思われる（淡路剛久『不法行為法における権利保障と損害の評価』（有斐閣・一九八四年）九三頁以下、神田・註（8）七三頁、西原道雄「企業の過失責任」小室直人＝本間輝雄＝古瀬村邦夫編『企業と法：西原寛一先生追悼論文集（下）』（有斐閣・一九九五年）四五頁以下、大村敦志『基本民法Ⅱ 債権各論〔第二版〕』（有斐閣・二〇〇五年）二七九頁、田上・註（7）三八〇頁参照）。

(30) 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院・二〇一三年）五二六頁。

(31) 藤田・註（30）五二六頁。

(32) 藤田・註（30）五二八頁。

(33) 藤田・註（30）五二六－五二七頁参照。

(34) 下山瑛二『国家補償法』（筑摩書房・一九七三年）一

四－一五頁参照。なお、この点については、使用者責任の法的性質に関する議論からも多大な示唆を得た（とりわけ、瀬川信久「『事業執行性』の展開と使用者責任の多元性」松久三四彦＝藤原正則＝須加憲子＝池田清治編『民法学における古典と革新：藤岡康宏先生古稀記念論文集』（成文堂・二〇一一年）五三三頁以下、特に五七五－五七六頁参照）。

(35) 宇賀・註（2）四三八－四三九頁。

(36) 宇賀・註（26）三四－三五頁。詳しくは、宇賀・註（2）二三七頁以下参照。

(37) 田中二郎『新版行政法 上巻〔全訂第二版〕』（弘文堂・一九七四年）二〇六頁、古崎・註（27）九一－九二、一五二頁参照。

(38) 遠藤・註（19）一八八頁以下。遠藤博士が挙げられている類型は①から③までであり、④の類型については筆者が付け加えたものである。この点に関しては、稲葉馨「公権力の行使にかかわる賠償責任」雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『国家補償〔現代行政法大系（六）〕』（有斐閣・一九八三年）四〇頁以下も併せて参照。

(39) 大阪高判昭和五四年九月二一日・判時九五二号六九頁、京都地判昭和五四年七月二日・判時九五〇号八七頁、広島地判昭和五四年二月二二日・判時九二〇号一九頁、福岡地判昭和五三年一一月一四日・判時九一〇号三三頁参照。

(40) 東京地判昭和五四年五月一四日・判時九四二号六八頁、大阪高判昭和五四年四月一二日・判時九三〇号七六頁参照。なお、国家賠償法における過失と違法性の区別の相対化は、「過失の客観化」のみに起因するものではなく、国家賠償法一条一項の「公権力の行使」要件について広義説が通説・判例となったことと密接に関連しているといわれている。というのも、典型的な公権力の行使については行為規範が明確であるが、学校事故等における非権力的行政については行為規範が必ずしも明確とはいえない場合が少なくなく、このような場合には、両者の区別は相対化せざるをえないからである（西埜・註（27）一三八－一三九頁）。実際、学校事故については、もっぱら過失があったことのみをもって国家賠償責任を認めている判例が多い（最二小判昭和六二年二月六日・判時一二三二号一〇〇頁、最二小判昭和五八年二月一八日・民集三七巻一号一〇一頁、芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』（有斐閣・二〇〇六年）二五一頁参照）。

(41) 違法性が強度のものであれば、そこから過失が推定される場合がある。例えば、最三小判昭和六〇年七月一六日・民集三九巻五号九八九頁が、建築主事が行った建築確認の留保につき、「・・・行政指導を理由とする確認処分の留保は違法というべきであり、これについては

建築主事にも少なくとも過失の責があることを免れない」と判示しているのが、その例である。家永教科書検定第三次訴訟判決（最三小判平成九年八月二九日・民集五一巻七号二九二一頁）も同様の考え方によるものである（芝池・註（40）二五一頁）。

（42）例えば、熊本水俣病第三次第一陣訴訟判決（熊本地判昭和六二年三月三〇日・判時一二三五号三頁）は、もっぱら規制権限の不行使の違法性についてだけ判断し、過失の有無については言及していない。このように、規制権限の不行使が問題となる場合には、不作為の違法性の判断の中に、予見可能性、結果回避可能性という過失判断の要素が取り込まれることとなるため、違法性一元的判断がなされることが多いといわれている（宇賀・註（1）四二八頁、塩野・註（2）三一五頁参照）。また、いわゆる「職務行為基準説」による場合には、違法性の判断に当たって過失の判断要素でもある注意義務違反の有無が検討されるため、過失の判断が違法性の判断の中に取り込まれる傾向にあるとされている（北村和生「国家賠償における違法と過失」高木光＝宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣・二〇一四年）一四七頁、宇賀・註（1）四三四頁）。

（43）芝池・註（40）二五〇－二五一頁。

（44）小幡純子「国家補償の体系の意義」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣・二〇〇八年）二八八頁、塩野・註（2）三二〇－三二一頁、藤田・註（30）五四二－五四六頁、五七〇－五七三頁参照。

（45）とりわけ近年公表された論文として、北村和生「国家補償の概念と国家賠償法における違法性」公法研究六七号（二〇〇五年）二五二頁、西埜章「職務行為基準説の批判的検討」『暁の鐘ふたたび――明治大学法科大学院開設記念論文集』（明治大学法科大学院・二〇〇五年）一六九頁以下、武田真一郎「国家賠償における違法性と過失について――相関関係説、違法性相対説による理解の試み――」成蹊法学六四号（二〇〇七年）四九四頁、稲葉馨「国家賠償法上の違法性について」法学七三巻六号（二〇一〇年）二九頁、西埜章「国家賠償法における違法性の総合的研究」明治大学社会科学研究所紀要四九巻二号（二〇一一年）三二一頁、神橋・註（9）一頁、同「行政救済法における違法性」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣・二〇〇八年）二三七頁以下、山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣・二〇一二年）五〇六頁以下、中川丈久「国家賠償法一条における違法と過失について――民法七〇九条と統一的に理解できるか」法学教室三八五号（二〇一二年）七二頁。

（46）とりわけ近年公表された論文として、北村和生「行政

権限不行使に対する司法救済」ジュリスト一三一〇号（二〇〇六年）三五頁、宇賀克也「行政介入請求権と危険管理責任」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣・二〇〇八年）二五七頁以下、武田真一郎「行政の不作為と国家賠償について――相関関係説、不作為過失論による理解の試み――」成蹊法学七二号（二〇一〇年）三三八頁、西埜章「行政の不作為責任――規制権限不行使の違法性を中心に――」明治大学法科大学院論集七号（二〇一〇年）六七頁、中原茂樹「規制権限の不行使と国家賠償責任」法学教室三八三号（二〇一二年）二四頁。

(47) 例えば、最一小判平成五年三月一一日・民集四七巻四号二八六三頁は、「税務署長のする所得税の更正は、所得金額を過大に認定していたとしても、そのことから直ちに国家賠償法一条一項にいう違法があったとの評価を受けるものではなく、税務署長が資料を収集し、これに基づき課税要件事実を認定、判断する上において、職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と更正をしたと認め得るような事情がある場合に限り、右の評価を受けるものと解するのが相当である」と判示している。

(48) なお、フランス国家賠償責任法においても、係争行為が越権訴訟において違法であると認定されたとしても、裁判役務のように特別な困難性を伴う公役務が問題となる場合には、係争行為が単に違法であるだけでは足りず、それに加えて重大なフォートが要求されることがある。ただし、現在のフランス国家賠償責任法においては、かかる要件の加重が正当化される範囲は非常に限定されている（第二章第一節参照）。この点、重大なフォート概念と職務行為基準説の関係について言及するものとして、久保茂樹「裁判判決と国家責任」フランス行政法研究会編『現代行政の統制――フランス行政法研究――』（成文堂・一九九〇年）二一四頁参照。

(49) 西埜・註（27）一七三－一七五頁参照。

(50) なお、このような日仏両国の法状況について、橋本博之教授は、「フランスでは、越権訴訟の違法と国家責任の違法は、厳密な理論上は相違するが、現実の判断として一致する、という見方から出発した議論が展開される。ただし、日本の判例実務による職務行為基準説は違法性を限定する方向にのみ機能しており、現状でフランス型理論モデルは日本の判例実務・行政法学説の双方と距離がある」と指摘されている（橋本博之「判例実務と行政法学説――方法論をめぐる一考察――」小早川光郎＝宇賀克也編『行政法の発展と変革：塩野宏先生古稀記念（上）』（有斐閣・二〇〇一年）三八三頁）。

(51) この点に関しては、村上順教授が、いくつもの優れた

先行研究を残されている（村上順「フランスにおける行政の不作為責任」神奈川法学二二巻二号（一九八七年）一七七頁、同「フランスにおける人身事故と行政の不作為責任」フランス行政法研究会編『現代行政の統制――フランス行政法研究――』（成文堂・一九九〇年）一七七頁以下、同「越権訴訟による警察規制不作為の統制――ドゥーブレ（Doublet）判決を中心にして――」神奈川法学三〇巻二号（一九九五年）五三頁）。

判例研究

公法判例研究

児玉弘

旅客運賃認可処分取消訴訟等の原告適格

東京高判平成二六年二月一九日（平成二五年（行コ）第一八七号：鉄道運賃変更命令等、追加的併合申立控訴事件）判例集未登載（LEX/DB 文献番号二五五〇三三七）

【事実の概要】

北総鉄道株式会社（訴外A）（以下、「北総鉄道」ということがある）は、平成一〇年九月四日付けで鉄道事業法第一六条第一項（平成一一年法律第四九号による改正前のもの）に基づく

旅客運賃変更認可処分（以下、「A旅客運賃変更認可処分」という）を受けて、北総線（京成高砂駅と印旛日本医大駅間の三二・三キロメートルの路線）における旅客の運送を行っている。[1] また、京成電鉄株式会社（訴外B）（以下、「京成電鉄」ということがある）は、北総電鉄が所有する鉄道線路（京成高砂駅と小室駅の間）および千葉ニュータウン鉄道株式会社（訴外C）（以下、「千葉ニュータウン鉄道」ということがある）が所有する鉄道線路（小室駅と印旛日本医大駅間）等を使用して、成田空港線（京成高砂駅と成田空港駅間の五一・四キロメートルの路線）における旅客の運送を行っている。[2][3]

AおよびCは、それぞれBとの間で、平成二一年一二月一六日付けで、線路使用料や旅客運賃収入の配分方法等を定めた上記鉄道線路の使用に関して設定した使用条件を内容とする基本協定（以下、それぞれ、「A基本協定」、「C基本協定」といい、両者をあわせて「本件協定」という）を締結し、国土交通大臣は、平成二二年二月一九日付けで、鉄道事業法第一五条第一項に基づき、本件協定のそれぞれにつき認可する旨の処分（以下、それぞれ、「A使用条件認可処分」、「C使用条件認可処分」といい、両者をあわせて「本件各使用条件認可処分」という）を行うとともに、鉄道事業法第一六条第一項に基づき、京成電鉄の申請にかかる成田空港線の旅客運賃上限の設定を認可する旨の処分（以下、「B旅客運賃上限認可処分」という）を行った。

北総線の沿線住民である原告五名（X1～X5）は、定期券を購入するまたはICカードを利用して日常的に北総線を利用しているが、[4] 本件協定は北総電鉄のみに不利益なものであって、北総鉄道およびその利用者の利益を著しく害するものであり、その結果、北総線の運賃が異常に高い[5]などとして、平成二二年八月一七日、国（Y）を被告として、以下の請求をする訴えを提起した。

請求①：国土交通大臣が北総鉄道に対してした北総鉄道と京成電鉄との間の鉄道線路使用条件の設定を認可する旨の処分（A使用条件認可処分）の取消し

請求②：国土交通大臣が千葉ニュータウン鉄道に対してした千葉ニュータウン鉄道と京成電鉄との間の鉄道線路使用条件の設定を認可する旨の処分（C使用条件認可処分）の取消し

請求③：国土交通大臣が、鉄道事業法第二三条第一項第四号に基づき、北総鉄道および京成電鉄に対して、A協定の内容を適切な使用条件に変更するよう命ずることの義務付け

請求④：当時の運輸大臣が北総電鉄に対してしたA旅客運賃変更認可処分の無効確認（主位的請求）

請求⑤：当時の運輸大臣が北総電鉄に対してしたA旅客運賃変更認可処分の取消し（予備的請求）

請求⑥：国土交通大臣が、鉄道事業法第一六条第五項第一号・第二三条第一項第一号に基づき、北総鉄道に対して、適正な運賃に変更するよう命ずることの義務付け

請求⑦：国土交通大臣が京成電鉄に対してした成田空港線にかかる旅客運賃上限設定認可処分（B旅客運賃上限認可処分）の取消し

請求⑧：国土交通大臣が、鉄道事業法第一六条第五項第一号・第二三条第一項第一号に基づき、京成電鉄に対して、適正な運賃に変更するよう命ずることの義務付け

第一審・東京地判平成二五年三月二六日判時二二〇九号七九頁）（以下、「原判決」ということがある）は、原告適格の判断枠組みについて、小田急高架訴訟（最大判平成一七年一二月七日民集五九巻一〇号二六四五頁）を引用しつつ、各請求にかかる原告適格について大要以下のように判示した。請求④・⑤については、「少なくとも居住地から職場や学校等への日々の通勤や通学等の手段として反復継続して日常的に鉄道を利用している者は、……旅客運賃認可処分により『法律上保護された利益』を侵害され又は無効確認の訴えについて原告適格を有する」として、原告らの原告適格を肯定した（もっとも、請求⑤にかかる訴えについては、出訴期間を徒過しているとして却下した）。請求⑦については、原告らは「京成電鉄に旅客運賃を支払っているわけではないから、……京成運賃上限認可処分の取消しを求めるにつき『法律上の利益』を有するものではない」とされた。請求⑥・⑧は、いずれも旅客運賃（上限）の変更命令を求めるいわゆる非申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法第三条第六項第一号）であるが、それを求める「法律上の利益」（行政事件訴訟法第三七条の二第三項）も取消訴訟の原告適格と同様に判断される（行政事件訴訟法第三七条の二第四項）から、請求⑥についての原告適格は肯定されたが（さらに、「重大な損害を生ずるおそれ」の要件および補充性（行政事件訴訟法第三七条の二第一項）の要件も充足すると判断された）、請求⑧についての原告適格は否定された。請求①・②・③については、「鉄道線路使用条件は、旅客運賃や鉄道施設の変更等のように鉄道利用者に直接影響を及ぼすものではなく、飽くまでも鉄道事業者相互間の関係を規律するものである」から、鉄道線路使用条件設定認可処分によって、鉄道利用者が「法律上保護された利益」を侵害されまたは必然的に侵害されるおそれがあるとは認められないとして、原告らの原告適格を否定した。また、

本案の争点の審理が行われた、請求④については、平成一一年法律第四九号による改正前の鉄道事業法第一六条二項一号または二号の規定する認可要件に違反する違法があるとは認められないとし、また、請求⑥については、鉄道事業法第一六条第五項第一号および同法第二三条第一項第一号に基づく旅客運賃上限等の変更命令をしないことが裁量権の範囲を超えまたはその濫用となるとは認められないとして、請求が棄却された。

これに対して、第一審判決を不服とするX1～X5は、東京高等裁判所に控訴した。

【控訴審判決（東京高判平成二六年二月一九日判例集未登載（LEX/DB文献番号二五五〇三三七））（以下、「本判決」ということがある）の要旨(6)】

控訴棄却（請求①・②・③についての訴えは却下（原告適格否定）、請求④・⑥・⑦・⑧についての請求は棄却、請求⑤についての訴えは却下（出訴期間徒過））。

判決「理由は、次のとおり補正するほかは、原判決の事実及び理由の第三《判時二二〇九号九一頁二段四行目以下》に記載のとおりであるから、これを引用する。

(1) 原判決四二頁三行目《同九三頁四段三行目》の『そして、』を削除し、六行目《同九行目》の末尾の次に『そして、旅客運賃認可処分は、このような個々の鉄道利用者が支払うことを余儀なくされる運賃額について直接に規定する処分である。』を加える。

(2) 原判決四六頁一三行目《同九五頁一段二六行目》から四七頁一行目《同二段一七行目》までを次のとおり改める。

『このように、控訴人らは、日常的に北総線区間内において列車を利用するについて、直接的には京成電鉄に対して旅客運賃を支払っているわけではない。しかしながら、上記のように成田空港線の北総線区間を利用する旅客は北総鉄道が販売する乗車券を購入することと定められているのは、京成運賃上限認可処分に係る旅客運賃上限の額が北総運賃変更認可処分に係る旅客運賃の額と同じであり、京成電鉄が上記区間の旅客運賃の額をこの額（ただし、一部区間については値下げされた北総線の旅客運賃と同額）とする届出をしたこと……を前提として、事務処理の便宜から、上記区間の乗車券の販売を北総鉄道が一元的に行うこととしたものと解される。そうすると、上記区間の旅客運賃は北総運賃変更認可処分とともに京成運賃上限認可処分によっても規定されているものといえるので、日常的に同

区間の鉄道を利用している控訴人らは、京成運賃上限認可処分の取消しの訴え（本件請求⑦）についても、原告適格を有するものというべきである。』

(3) 原判決四八頁三行目《同九五頁三段二九行目》の次に、行を改めて次のとおり加える。

『 これに対し、被控訴人は、鉄道事業法一六条五項の趣旨は公益を保護することの反射的利益として鉄道利用者の利益を保護することにとどまると主張するが、同項一号が〈特定の旅客に対し不当な差別的取扱いをするものであるとき〉に旅客運賃等の変更命令を発令することができると定めていることに照らすと、こうした差別的取扱いを受ける鉄道利用者の利益を直接に保護していないと解することは困難であり、被控訴人の上記主張は採用することができない。』

(4) 原判決四八頁九行目《同九五頁四段四行目》の『北総鉄道に対する』から一一行目《同八行目》の『（本件請求⑥）』までを『北総鉄道及び京成電鉄に対する鉄道事業法一六条五項一号及び同法二三条一項一号に基づく各旅客運賃の変更命令及び旅客運賃上限の変更命令の義務づけの訴え（本件請求⑥及び⑧）』に改め、一三行目《同一〇行目》から一六行目《同一五行目》までを削除する。

(5) 原判決五〇頁二一行目《同九六頁三段一〇行目》の次に、行を改めて次のとおり加える。

『 これに対し、控訴人らは、本件においては、北総鉄道と京成電鉄との間の鉄道線路使用条件が控訴人らが求めるような内容のものになるならば、これにより北総鉄道の収入が増加して、北総線の旅客運賃上限が引き下げられるべきことになると主張する。しかし、一般に鉄道線路使用条件が旅客運賃に必然的に影響を与えるものではないし、仮に影響を与える可能性があるとしても、それは同様に影響を与える様々な要素の中の一つとして働くにすぎず、その影響は直接的なものではないから、控訴人らの上記主張も直ちに採用することができない。』

(6) 原判決五一頁二五行目《同九六頁四段二三行目》の『及び』を『、』に改め、二六行目《同二五行目》の『（本件請求⑥）』の次に『、京成運賃上限認可処分の取消しの訴え（本件請求⑦）及び京成電鉄に対する旅客運賃上限等の変更命令の義務づけの訴え（本件請求⑧）』を加え、五二頁二行目《同二八行目》の『、』を『及び』に改め、三行目《同三〇行目》の『、京成運賃上限認可処分の』から五行目《同三三行目》の『求⑧）』までを削除する。

(7) 原判決五三頁一二行目《同九七頁二段二四行目》の次に、

行を改めて次のとおり加える。

『これに対し、被控訴人は、違法に高額な旅客運賃が設定されたとしても、それにより鉄道利用者に発生する損害は金銭的なものにとどまるし、およそ一般の利用者が利用できなくなるような高額の旅客運賃が設定されることは現実には考えられず、また、本件での北総線の運賃設定によって鉄道利用者に生活の基盤が損なわれるような重大な損害が発生するとは考えられないし、仮にそうした損害が発生したとしても、事業者に対する損害賠償請求ないし人格権に基づく運賃値上げ差し止め訴訟等を提起することにより救済される余地もある、などと主張する。しかし、極めて高額な旅客運賃が設定されることもあり得ないとはいえず、そうなれば鉄道利用者に上記のような生活基盤が侵害されるような損害が発生する可能性も否定できないし、その損害を事後的に賠償請求により回復することは実際には容易ではなく、また、回復しきれるものでもない。そして、違法な運賃によるこうした損害は、多数の沿線利用者にある程度定型的に発生するものであることに鑑みれば、事前救済の必要性が大きく、かつそれにより問題が合理的かつ抜本的に解決されるものといえる。』

(8) 原判決五四頁一五行目《同九七頁四段八行目》の『違法となった』の次に『ものであるところ、処分後も効力が継続する行政処分については処分に必要な要件を後発的に欠くようになった場合にはその時点から取消し得る状態となる』を加える。

(9) 原判決五五頁八行目《同九八頁一段八行目》の『及び』を『、』に改め、九行目《同九行目～一〇行目》の『(本件請求⑥)』の次に『、京成運賃上限認可処分の取消しの訴え(本件請求⑦)及び京成電鉄に対する旅客運賃上限等の変更命令の義務付けの訴え(本件請求⑧)』を加え、一〇行目《同一一行目～一二行目》の『(本件請求①、②、③、⑤、⑦及び⑧)』を『(本件請求①、②、③及び⑤)』に改め、一三行目《同一五行目～一六行目》の『、争点⑸』を『及び争点⑸』に改め、一三行目《同一七行目》の『、争点⑻』から一五行目《同一九行目》の『更命令の可否)』までを削除する。

(10) 原判決五五頁二〇行目《同九八頁一段二九行目》の『違法となった』の次に『ものであるところ、処分後も効力が継続する行政処分については処分に必要な要件を後発的に欠くようになった場合にはその時点から違法な状態となる』を加える。

(11) 原判決六〇頁三行目《同九九頁三段一六行目》の次に、行を改めて次のとおり加え、四行目《同一七行目》行頭の『d』を『e』に改める。

『 d さらに、控訴人らは、平成八年算定要領は、配当所要額（適正利潤）として、払込資本金に対し一〇パーセント配当に必要な額の鉄軌道事業分担額を定めており、事業規模からみて資本金額の大きい中小民間鉄道会社においては、これにより不相当に総括原価の額が高額となり、旅客運賃の上限も高額とすることが可能となるものであるし、また、北総運賃変更認可処分に際して同算定要領に基づいて平成九年度の実績値のみを基礎としてなされた将来推計は、北総鉄道のその後の実際の業務実績と大きく乖離したものであったことからすると、平成八年算定要領の内容は極めて不合理であるので、これに基づいてなされた北総運賃変更認可処分は違法である旨主張する。

しかし、鉄道事業者が払込資本金の一〇パーセントという額を利潤として確保し、配当することを認めることが一般的に鉄道事業法の趣旨に反すると解すべき理由は見出せないし、北総鉄道の実際の業務実績が平成八年算定要領に基づいて算出された将来推計と乖離したとしても、これにより直ちに算定の基礎となった平成八年算定要領の内容が不合理で、これに基づいた北総運賃変更認可処分に重大かつ明白な違法があると認めることはできない。したがって、控訴人らの上記主張も採用することができない。』

⑿ 原判決六二頁二〇行目《同一〇〇頁三段一行目》から二一行目《同二行目》にかけての『京成電鉄から北総鉄道に対して』を『京成電鉄から北総鉄道及び千葉ニュータウン鉄道に対して』に改める。

⒀ 原判決六四頁一七行目《同一〇一頁一段一四行目》から一八行目《同一五行目》にかけての『もなければ、線路使用料収入による増収が生じることも』を『が』に改める。

⒁ 原判決六四頁二三行目《同一〇一頁一段二三行目》から六五頁一五行目《同二段一九行目》までを次のとおり改める。

『 (c) これに対して控訴人らは、京成電鉄が北総鉄道と千葉ニュータウン鉄道の鉄道施設を使用し、また、北総鉄道も千葉ニュータウン鉄道の鉄道施設を使用することにより、全体として首都圏と成田空港を結ぶ路線となっているにもかかわらず、本件各線路使用条件によると、京成電鉄と千葉ニュータウン鉄道はそれにより増加した収益を取得することができるのに対し、北総鉄道は、収益が減少することはないとしても、増加した収益の配分をほとんど受けることができず、その結果、北総線の旅客運賃が国内の他の鉄道路線と比較してもかなり高い状態に据え置かれているもので、京成電鉄が北総鉄道の実質的な親会社であり、北総鉄道に対して強い影響力を及ぼしている

ことからこのような使用条件が設定されたことが不当であると主張する。

しかし、上記……のとおり、鉄道線路使用条件設定の認可要件である〈鉄道事業の適正な運営の確保に支障を及ぼすおそれ〉がないか否かは、鉄道線路使用条件の設定に関する鉄道事業者相互の経営判断を尊重しつつ検討すべきものであり、それは、当事者間に親子会社の関係があるなどの事情により一方当事者が他方に影響力を有していたとしても変わりはない。そして、鉄道線路使用条件の設定において、双方の当事者に必ず増収が生じるようにすることを鉄道事業法が求めているとは解せないし、北総運賃変更認可処分に係る北総線の運賃水準を同法が許容していないと解すべき根拠も見出せない。

そうすると、本件において控訴人らの上記主張のような事実があったとしても、そのことにより直ちに、本件各線路使用条件の内容が鉄道線路の適切な維持管理や鉄道利用者への良好かつ安定的な鉄道輸送サービスの提供に支障を及ぼすおそれがあると認めなかった国土交通大臣の判断に重大かつ明白な違法があるとまではいえない。』

⑮　原判決六五頁二一行目《同一〇一頁二段二九行目》の次に、行を改めて次のとおり加える。

『　(d)　以上によれば、本件各線路使用条件認可処分が重大かつ明白な違法があり無効であるとはいえない。したがって、そのことを理由として国土交通大臣が鉄道事業法一三条一項一号に基づき北総鉄道に対して旅客運賃の上限の変更を命ずるべき理由もない。』

⑯　原判決六六頁一六行目《同一〇一頁三段三〇行目》の次に、行を改めて次のとおり加える。

『　(エ)　また、控訴人らは、北総鉄道について、現在の債務償還条件等を前提にしてシミュレーションをしたところ、キャッシュフローには余力があり、現状の公費負担による値下げ運賃まで値下げした上、通学定期について他の私鉄並みの運賃水準まで値下げすることは十分に可能という結果が出ているのであるから、国土交通大臣は、鉄道事業法一三条一項一号に基づき、旅客運賃上限等の変更を命ずる義務を負っていると主張する。

しかし、前記……のとおり、現状において北総鉄道の旅客運賃等の収入が適正な原価に適正な利潤を加えたものを超えているとは認められず、控訴人らが提出するシミュレーションの結果……も、この点を左右するものではない。また、同シミュレーションは、〈前提となる情報の正確性については、なんら確認

作業を行っておらず、従って、結論の正確性を保証するものではない。〉とされているとおり、その正確性に留保がつけられている上、そこでは将来の条件の変動は考慮されていないので、この点に変動があった場合には、いずれにしてもその結論は妥当しないこととなるものである。そうすると、上記シミュレーションの結果を考慮に入れても、国土交通大臣が鉄道事業法一六条一項一号に基づき旅客運賃上限等の変更を命じないことが裁量権の範囲を超え又はその濫用となるものとは認められない。』

⑰　原判決六六頁二一行目《同一〇一頁四段五行目》の次に、行を改めて次のとおり加える。

『　(3)　争点(8)（京成運賃上限認可処分の適法性）について

控訴人らは、京成電鉄成田空港線の旅客運賃は、鉄道利用者に混乱を生じさせないという理由で、北総線の旅客運賃と同額に設定されており、近距離の旅客運賃が異常に高い〈メタボ運賃〉となっているから、京成運賃上限認可処分についても、北総運賃変更認可処分と同様に違法であると主張している。

しかし、近距離の利用者に遠距離の利用者に比べて割高の旅客運賃を負担させていることにより運賃設定が違法となるものではなく、その他、京成運賃上限認可処分に違法となる原因があるとはいえないことは、北総運賃変更認可処分に関して前記……に説示したのと同様である。

したがって、京成運賃上限認可処分の取消しを求める控訴人らの請求（本件請求⑦）は理由がない。

(4)　争点(9)（京成電鉄に対する旅客運賃上限等の変更命令の可否）

控訴人らは、京成電鉄成田空港線の旅客運賃は、北総線の旅客運賃と同額に設定されているから、北総鉄道に対する旅客運賃上限等の変更命令と同様に、国土交通大臣が鉄道事業法一六条五項一号及び同法二三条一項一号に基づき、京成電鉄に対して旅客運賃上限等の変更を命じないことは、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものであると主張する。

しかし、京成電鉄に対して旅客運賃上限等の変更を命じないことが裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものでないことは、北総鉄道に対して旅客運賃上限等の変更を命じることが裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものでないことについて前記……のとおり述べたことがそのまま妥当するのであり、京成電鉄に対して旅客運賃上限等の変更を命じないことが裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものであることの理由となる他の事情も見当たらない。

以上によれば、京成電鉄に対して旅客運賃上限等の変更を命じることの義務付けを求める控訴人らの請求（本件請求⑧）は理由がない。』

⑱ 原判決六六頁二二行目《同一〇一頁四段五行目》行頭の『(3)』を『(5)』に改め、二三行目《同八行目》から二四行目《同八行目》にかけての『及び』を『、』に改め、二五行目《同一〇行目》の『⑥』の次に『、京成運賃上限認可処分の取消しの訴え（本件請求⑦）及び京成電鉄に対する旅客運賃上限等の変更命令の義務付けの訴え（本件請求⑧）』を加える[7]」。

【検討】

一 はじめに――本判決の意義

鉄道運賃認可に関する従前の訴訟としては、著名な近鉄特急料金訴訟（最判平成元年四月一三日判時一三一三号一二一頁）、鉄道事業法第一六条第一項にかかる唯一の訴訟であるとされてきた[8]小田急運賃認可取消訴訟（東京高判平成一二年一〇月一一日判例集不登載（LEX/DB 文献番号二五四一〇一三八））があるが、そのいずれにおいても利用者の原告適格は否定されていた[9]。これらに対して、本判決は、原判決に引き続き、北総鉄道に対する旅客運賃認可処分の取消し・無効確認、および、旅客運賃（上限）変更命令の義務付けを求める鉄道利用者の原告適格を肯定し、さらに、原判決が認めなかった京成電鉄に対する旅客運賃認可処分の取消し、および、旅客運賃上限等変更命令の義務付けを求める北総鉄道利用者の原告適格を肯定した。この点で、原判決および本判決が原告適格を肯定した「画期性は、恐らく言を俟たない[10]」。

そこで、本判決を検討するにあたっては、近鉄特急料金訴訟最高裁判決の射程が本件に及びうるのかを明らかにする必要がある。また、その際には、平成一六年行政事件訴訟法改正により新設された原告適格に関する解釈指針（行政事件訴訟法第九条第二項）の意義が検討されなければならないだろうし、また、小田急運賃認可取消訴訟と本判決との関係を議論する際には、一連の規制緩和を受けて平成一一年に改正された鉄道事業法（平成一一年法律第四九号）の検討も必要となる（小田急運賃認可取消訴訟では平成一一年改正前鉄道事業法が妥当していたが、本件では平成一一年改正後鉄道事業法が妥当している）。

以上をふまえて、以下では、本判決の意義と射程を明らかにするために、まず、取消訴訟の原告適格（とりわけ第三者の原

告適格）に関する従前の議論を整理したうえで（二）、以下の検討を行うこととする。すなわち、まず、鉄道利用者が旅客運賃および料金の認可の取消し等を求める際の原告適格（主に請求④・⑤・⑥）について、平成一六年行政事件訴訟法改正をふまえつつ、従前の裁判例（近鉄特急料金訴訟および小田急運賃認可取消訴訟）と本判決との比較を行い（三）、次に、原判決が認定した原告適格の範囲をさらに広げて本判決が原告適格を肯定した理由ないし根拠を探る（主に請求⑦・⑧について）（四）。また、消費者行政訴訟として、本件を再定位することも試みる（たとえば、主婦連ジュース訴訟（最判昭和五三年三月一四日民集三二巻二号二一一頁）と本件との比較）（五）。最後に、本判決が、請求④・⑥・⑦・⑧については、本案の問題として扱いつつも、請求を認めなかったことの当否について、若干扱うこととする（六）。

二　取消訴訟の原告適格（とりわけ第三者の原告適格）に関する従前の議論の整理

（一）行政事件訴訟法改正以前の判例・学説の整理

取消訴訟の原告適格が肯定されるためには「法律上の利益」（行政事件訴訟法第九条第一項）が必要であるが、この「法律上の利益」の解釈[11]については、以下のような学説があると整理されてきた[12]。

権利をもって「法律上の利益」と解する権利享受回復説、法律上保護された利益をもって「法律上の利益」と解する法律上保護された利益説、法的な保護（裁判上の保護）に値する利益をもって「法律上の利益」と解する法的な保護に値する利益説、適法性を回復することについて利益を有する者に原告適格を認めようとする――すなわち、誰に原告適格を認めることが適当かという見地から判断する[13]――適法性保障説、である。

このうち、権利説は、原告適格が認められる範囲があまりに狭くなり不当である。また、適法性保障説をおし進めると、取消訴訟を客観訴訟化しようとする考えに帰着することになるので、現在の行政事件訴訟法の解釈論として適法性保障説を採用することはできないと思われる[14]。したがって、法律上保護された利益説と法的な保護に値する利益説の対立が長く続いてきたのである[15]。

判例は、法律上保護された利益説に立っているとされる。リーディングケースである主婦連ジュース訴訟（最判昭和五三年三月一四日民集三二巻二号二一一頁）は、行政上の不服申立をす

る利益がある者について、「当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいう」としたうえで、「法律上保護された利益とは、行政法規が私人等権利主体の個人的利益を保護することを目的として行政権の行使に制約を課していることにより保障されている利益であって、それは、行政法規が他の目的、特に公益の実現を目的として行政権の行使に制約を課している結果たまたま一定の者が受けることとなる反射的利益とは区別されるべきものである」と判示した。このような立場は、原告の利益が当該根拠法令によって保護されていること（保護範囲要件）に加えて、当該法令による保護が公益の一部として位置づけられるものではなく、個別かつ直接に保護されていること（個別保護要件）を要するものといえる[16]。つまり、当該利益を公益と私益に峻別し、公益の一環として保護されているにすぎない場合は、反射的利益とされ、原告適格を認めないというものである。

これに対して学説は、必ずしも立法者が公益と私益を意識して条文を作成しているわけではない、根拠規定の趣旨・目的を唯一の基準とすると、実定法が国民の権利利益を保護しようとしている場合に限って原告適格を認めることとなり、列記主義と同じ結果になるから、国民の裁判を受ける権利に反するなどと批判し[17]、法的な保護に値する利益説が有力に主張されてきた[18]。

判例は、近年、表面上は法律上保護された利益説を維持しつつも、原告適格を柔軟に判断するようになった。

長沼ナイキ基地訴訟（最判昭和五七年九月九日民集三六巻九号一六七九頁）では、厳格な公益と私益の峻別が否定され、「公益と並んで保護すべき個人の個別的利益」が存する場合のあることが認められた[19]。

伊達火力発電所訴訟（最判昭和六〇年一二月一七日判時一一七九号五六頁）は、個人を保護する規定は、「明文の規定による制約に限られるものではなく、直接明文の規定はなくとも、法律の合理的解釈により当然に導かれる制約を含むものである」と述べた。

新潟空港訴訟（最判平成元年二月一七日民集四三巻二号五六頁）は、処分関係規定は、「当該行政法規及びそれと目的を共通する関連法規の関係規定によって形成される法体系」をも考慮することを認めた[20]。

もんじゅ原発訴訟（最判平成四年九月二二日民集四六巻六号五七一頁）は、当該行政法規の趣旨・目的のほか、「当該行政法規が当該処分を通して保護しようとしている利益の内容・性

質等を考慮して判断すべきである」と述べ[21]、被侵害利益の内容・性質・程度も原告適格の判断要素に取り込まれることとなった。

以上のような判例の変化[22]により、判例理論とされている法律上保護された利益説が、学説の法的な保護に値する利益説に接近していると指摘されている[23]。

（二）平成一六年行政事件訴訟法改正と判例・学説への影響

平成一六年の行政事件訴訟法改正では、上記のような判例の到達点が解釈指針として第九条第二項に新しく規定された。

行政事件訴訟法第九条第二項は、「裁判所は、処分又は裁決の相手方以外の者について前項に規定する法律上の利益の有無を判断するに当たっては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、①当該法令の趣旨及び目的並びに②当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとする。この場合において、③当該法令の趣旨及び目的を考慮するに当たっては、当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌するものとし、④当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする。」と規定する（括弧内は引用者による）。

このうち、①・②・④部分は前記もんじゅ原発訴訟[24]、③部分は前記新潟空港訴訟においてすでに述べられているため[25]に、判例の後追いではないかという見解も存するところである[26]。しかし、単に判例の後追いであるならば第九条第二項新設の意味がないこと、平成一六年行訴法改正が、「救済範囲の拡大」として原告適格の拡大を目的としたものであった[27]ことから、原告適格の判断は従来よりも緩やかになすべきことが期待されている。

原告適格の判断について、改正行政事件訴訟法施行後に出された最高裁判決が小田急高架訴訟（最大判平成一七年一二月七日民集五九巻一〇号二六四五頁）である。

本判決においても、行政事件訴訟法第九条第一項の解釈については、法律上保護された利益説を維持している。その上で、本判決は、行政事件訴訟法第九条第二項を引用しつつ、都市計画法の趣旨・目的を考慮するにあたり、公害対策基本法・東京都環境影響評価条例の趣旨及び目的をも参酌[28]し、さらに、周辺地域に居住する住民が、当該地域に居住し続けると、その被害は健康や生活環境に係る著しい被害にも至りかねない[29]と指摘する。そして、本判決は、当該事業が実施されることにより騒音、

振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者の原告適格を肯定し、環状六号線訴訟判決（最判平成一一年一一月二五日判時一六九八号六六頁）を変更した。改正行政事件訴訟法第九条第二項が、判例変更の原因となったということができると思われる。(30)

従来の判例が、「保護範囲要件」に加えて、「個別保護要件」を必要としていたことについては、すでにみた通りである。このうち、「保護範囲要件」については、行政事件訴訟法第九条第二項新設後も、取消訴訟が主観訴訟であるという前提を維持するかぎり、要求されるものと解されるが、「個別保護要件」については、行政事件訴訟法第九条第二項新設後も要求されるのか否かが問題となる。(31)というのは、行政事件訴訟法第九条第二項の解釈として、「個別保護要件」が不要であると解することができれば、主婦連ジュース訴訟、近鉄特急料金訴訟、伊場遺跡訴訟（最判平成元年六月二〇日判時一三三四号二〇一頁）のような原告適格が否定された事例においても、原告適格が認められる余地が出てくるからである。

平成一六年行政事件訴訟法改正後の学説における「個別保護要件」の扱いについては、後述五でふれられるが、最高裁判所は、小田急高架訴訟においても従来通り、「枕詞」として、「当該処分を定めた行政法規が、不特定多数者の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属する個々人の個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合」に原告適格を認めると判示しているから、なお「個別保護要件」が必要であると考えているようである。(32)

三　従前の裁判例（近鉄特急料金訴訟および小田急運賃認可取消訴訟）と本判決との比較

原判決および本判決（本判決は、大部分の判決理由について原判決を引用しているので、以下では、とくに明記しないかぎり、「本判決および本判決が引用する原判決」という意味で「本判決」という表現を用いることとする）が近鉄特急料金訴訟最高裁判決を引用して、鉄道利用者の原告適格を否定しなかった理由は、以下のとおりであると考えられる。

（一）鉄道事業法の目的規定（第一条）の存在

まず、本判決においては、鉄道運賃（上限）認可処分の根拠法である鉄道事業法の趣旨・目的が言及される。近鉄特急料金訴訟において妥当していた地方鉄道法は、国鉄の分割民営化に

ともない、昭和六一年に廃止され（鉄道事業法附則第二条）、新たに鉄道事業法が制定された（昭和六一年法律第九二号）。鉄道事業法は、その第一条に目的規定[33]を置き、「この法律は、鉄道事業の運営を適正かつ合理的なものとすることにより、鉄道等の利用者の利益を保護するとともに、鉄道事業等の健全な発達を図り、もって公共の福祉を増進することを目的とする」（平成一八年法律第一九号による改正前の鉄道事業法第一条）と規定したことを本判決は指摘する。すなわち、本判決においては、鉄道事業法は、地方鉄道法には存在しなかった目的規定を置き、そのなかで、「鉄道等の利用者の利益を保護する」ことを前提としていることが原告適格肯定のひとつの根拠とされている[34][35]。

しかしながら、鉄道「利用者の利益」が処分根拠法規の目的として定められたからといって、それが即座に原告適格を肯定する判断を導くことにはならない。実際に、小田急運賃訴訟においては、「鉄道等の利用者の利益を保護する」ことを目的のひとつと定める鉄道事業法第一条を引用しつつも、それは「一般公衆の利益を保護する趣旨である」として、原告適格が否定されていた。このように、裁判例においては、個別保護要件が一貫して要求されてきており、個別保護要件を放棄しなかった小田急高架訴訟を引用する本判決も例外ではない。そこで、本判決は、さらに以下の点をもあわせて指摘することによって、原告適格を基礎づける[36]。

（二）運賃（上限）の設定が認可制であること

第一に、運賃（またはその上限）が認可制であることである（処分根拠法規の趣旨）。平成一一年法律第四九号による改正前の鉄道事業法第一六条第一項（A運賃変更認可処分の根拠法規）は、旅客の運賃の設定については運輸大臣の認可を要することを規定するとともに、同条第二項第三号において、「旅客又は貨物の運賃及び料金を負担する能力にかんがみ、旅客又は荷主が当該事業を利用することを困難にするおそれがないものであること」を認可の要件として明示していた。そして、これらの趣旨は、鉄道事業法第一条の「利用者の利益の保護」を旅客運賃等に関して具体的に確保することにあると説かれるのである。また、一連の規制緩和を受けて平成一一年に改正された鉄道事業法は、その第一六条第一項（B運賃認可処分の根拠法規）で、旅客の運賃[37]の上限を認可の対象とし、平成一一年改正前第一六条第二項第三号は削除されたものの、「利用者の利益の保護」を確保して認可がなされるべきことは変わらないとさ

れるのである。つまり、旅客の運賃の上限について認可を得た鉄道事業者は、いわばいつでも自由にその上限まで旅客運賃を上げることができる権限を取得することなどを指摘して、これを争う鉄道利用者にとっては上限まで旅客運賃が上げられた場合と何ら異なることがないと述べて、認可の対象が旅客運賃の上限であることを理由に、原告適格を否定することは妥当ではないとした[38]。

しかし、運賃ないし料金（の上限）が認可制であることが原告適格を肯定する事情になるのであれば、近鉄特急料金訴訟においても原告適格が肯定されてしかるべきであったことになる。近鉄特急料金訴訟に妥当していた地方鉄道法第二一条第一項も運賃および料金については監督官庁の認可を要すると規定していたからである[39]。

実際、近鉄特急料金訴訟について、それは当時としても不適切な判例であったと指摘する見解が存在する。「そもそも運賃等認可制度は、独占企業の一方的な運賃・料金設定に対して利用者を保護する制度で、……いちいち明示の規定はなくとも制度の趣旨から利用者の利益を保護する制度である[40]」との指摘や、「法律が料金の決定を企業の自由にまかせず行政庁の認可に留保する以上、そこに利用者保護の契機が存在することは否定し難い[41]」という指摘は、まさに認可制それじたいの趣旨から利用者の利益の保護を導出することができるとするものであろう。また、近鉄特急料金訴訟第一審判決（古崎慶長裁判長）（大阪地判昭和五七年二月一九日行集三三巻一＝二号一一八頁・判時一〇三五号二九頁）も、「地方鉄道業者は、主務大臣の免許を得て一定の地域における鉄道輸送を独占的に営む地位が保障されることになるので、右運賃等を鉄道業者限りで決定できることとすれば、右独占的地位を背景としてこれが恣意的に定められるおそれがある。しかし、その恣意を許すと、わが国の交通秩序、経済秩序が破壊され、利用者に経済的打撃を与えることは、必至である。そこで、同項［特急料金の認可制を定める地方鉄道法二一条一項――引用者註］は、運賃や料金の認可という行政処分を通して、監督官庁に介入させ、運賃、料金が、運輸政策や物価政策的見地から適正額にきめられるようにしたのである。したがつて、この認可によつて受ける利益は、わが国の経済秩序の維持、物価抑制といつた公益的利益にとどまらず、鉄道利用者の利益も併存しているといえる。／このように、同項が運賃等の定めについて認可を必要とする趣旨が、右のように鉄道利用者の利益を保護することにもあるから、ここにいう鉄道利用者の利益とは、鉄道利用者の個別的具体的な利

益を含むものとしなければならない。なぜならば、(1)運賃等の改訂の認可は、運賃等の改訂そのものではなく、また、当該鉄道を利用しない限り運賃等の支払義務が生じないけれども、鉄道運送事業の独占的地位のために当該鉄道を利用せざるを得ないことや、認可は、自動的に運賃等の具体的改訂に結びつくことからみて、運賃等の認可処分は、個々の鉄道利用者の利益に直接影響を及ぼすものであるということができ、(2)不特定多数の一般利用者が持つ共通の利益は、結局、個々の利用者の具体的利益の抽象化されたものであるから、個々の利用者の具体的利益に基礎があるものであつて、個々の利用者の具体的利益に還元されるからである。この点では、電気、ガス供給事業の料金等を定めるについて、認可制度を採用しているのと同断である……。／このようにみてくると、鉄道法二一条一項は、個々の利用者の具体的利益も保護する規定であると解することができるのであつて、この利益は、被告陸運局長が主張するようないわゆる反射的利益にとどまらないとしなければならない」と判示して、認可制そのものの趣旨から原告適格を導出していた。

(三) 鉄道事業法の関係法令の定め

さて、本判決が、原告適格を基礎づける根拠の第二は、鉄道事業法の関係法令の定めである。国土交通大臣が運賃の上限の認可をしようとするときは、運輸審議会に諮らなければならないこととされており（鉄道事業法第六四条の二第一号）、運輸審議会は、利害関係人の請求があったときは公聴会を開かなければならないこととなっている（国土交通省設置法第一五条第一項・第二三条）。そして、運輸審議会一般規則第五条第六号は、利害関係人として、「運輸審議会が当該事案に関し特に重大な利害関係を有すると認める者」と規定し、利用者の参加を認める文言になっていないが、地方運輸局長が運賃上限認可処分を行う場合に意見聴取の対象となる「利害関係人」（鉄道事業法第六五条第一項）の対象を定める鉄道事業法施行規則第七三条第三号が、「利用者その他の者のうち地方運輸局長が当該事案に関し特に重大な利害関係を有すると認める者」と規定して、「利用者」を特に明示していることを援用して、本判決は、一定の鉄道利用者に手続関与の機会を付与しているといえると判示している(42)。

このような原告適格判断の枠組みは、保安林の指定解除について周辺住民に意見表明を認める規定があることを根拠のひとつとして保安林指定解除処分取消訴訟の原告適格を肯定した長沼ナイキ基地訴訟に系譜をもつ。また、「当該法令と目的を共

通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌する」ことを求める行政事件訴訟法第九条第二項にも適合的な判断である。[43]

一方で、近鉄特急料金訴訟最高裁判決および小田急運賃訴訟控訴審判決においては、運輸審議会において公聴会を開くことを請求しうる利害関係人の中に利用者が明記されていないことが指摘され、原告適格が肯定されるに至らなかった。こうした判断手法は、かねてより批判があるものであった。たとえば、このような実定法の文言に拘るような原告適格判断は、「実体法上の列記主義」[44]、「訴訟法の留保」[45]に陥り、実体法の規定の仕方次第で、原告適格の有無が決せられることとなってしまうという批判、地方鉄道法ないし鉄道事業法と行政事件訴訟法の解釈が求められているのに、その下位法である運輸審議会一般規則の規定の仕方次第で原告適格の有無が判断されるのは「下剋上の解釈」[46]であるという批判である。

（四）被侵害利益の内容、性質、態様、程度

本判決が、原告適格を基礎づける根拠の第三は、運賃（上限）認可処分が違法になされた場合に侵害される不利益の内容、性質、態様、程度の考慮である。本判決は、通勤や通学等のために反復継続して日常的に鉄道を利用している住民にとっては、高額な旅客運賃を支払って引き続き鉄道を利用するか、その経済的負担能力によっては、通勤や通学等自体が不可能になったり、転居せざるをえなくなったりするような「日常生活の基盤を揺るがすような重大な損害」が生じかねないことを指摘する。[47]

このような原告適格判断の枠組みは、被侵害利益の内容・性質・程度も原告適格の判断要素に取り込んだもんじゅ訴訟に系譜をもつ。また、「当該利益の内容及び性質を考慮するに当たっては、当該処分又は裁決がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案するものとする」と定める行政事件訴訟法第九条第二項にも適合的な判断である。もっとも、この枠組みにおいて従来原告適格が認められてきた利益は、おもに生命、身体、健康などであり[48]、本判決では、生命、身体、健康などに比べればより軽微な不利益について原告適格が認められたことが特徴的である。[49]

これに対して、近鉄特急料金訴訟最高裁判決においては、運賃認可が「利用者の契約上の地位に直接影響を及ぼすものではない」、とされて、原告適格が否定されていた。この部分の判

示は、近鉄特急料金訴訟最高裁判決の担当調査官によれば、鉄道事業者と利用者との間には、形式上は、継続的な運送提供契約がなく、運送契約は毎回の乗車時に個別に結ばれるものであるので、利用者には、従前の料金で特急を利用する契約上の権利はないと指摘する趣旨である（さらに、定期特別急行券のようなものが仮にあったとしても、その所持者は、その通用期間中は差額を追加払いする必要はないと解されているから、やはり、特急料金認可処分は利用者らの権利利益を侵害しない、とする[50]。本判決は、「日常的」に鉄道を利用するという「反復継続」性を繰り返し強調するとともに（しかも、定期券利用者のみならず、パスモ利用者についても原告適格を認めている）、経済的負担能力によっては、通勤や通学が不可能となったり転居を余儀なくされたりする可能性を指摘して、被侵害利益の重大性を導いているものと考えられる。

以上の諸要素が複合的に考慮されることによって、本件請求④・⑤について原告適格が認められたのだと解される[51]。

なお、本件では、旅客運賃上限等の変更命令（鉄道事業法第一六条第五項第一号・第二三条第一項第一号）の非申請型義務付け訴訟も提起されていた（請求⑥）。非申請型義務付け訴訟の提起にあたっては、「重大な損害を生ずるおそれ」および補充性の要件（行政事件訴訟法第三七条の二第一項）の充足が必要となるが、前者については、上記の被侵害利益の内容、性質、態様、程度から認められ[52]、後者については、「原告らが北総鉄道に支払う旅客運賃について争う方法として他に適当な方法があるとは解されない[53]」、として認められた。

以上によれば、旅客運賃（上限）認可処分をめぐる原告適格についての本判決の判断は、従前の学説・判例をふまえたものであり、評価することができるものである。くわえて、本判決は、平成一六年行政事件訴訟法改正にともなって新設された第九条第二項が求める考慮要素も扱っており、本判決の評価をよりたしかなものにしているということができる。

四　原判決が認定した原告適格の範囲をさらに広げて本判決が原告適格を肯定した理由ないし根拠（原判決と本判決との比較）

本判決は、原判決が認めなかった京成電鉄に対する旅客運賃認可処分の取消し、および、旅客運賃上限等変更命令の義務付けを求める北総鉄道利用者の原告適格を肯定した。つまり、本判決は、原判決が認定したよりも広く原告適格を肯定している。

原判決が、京成電鉄に対する取消しないし義務付けの訴えの原告適格を否定した理由は、原告らは「京成電鉄に旅客運賃を支払っているわけではないから」というものであった[54]。これに対して本判決は、「直接的には京成電鉄に対して旅客運賃を支払っているわけではない」としつつも、北総線区間内を運行する列車の運賃額は北総鉄道と京成電鉄とで同額であり、これは、事務処理の便宜から北総線区間内を運行する北総鉄道も京成電鉄も運賃上限額を同一にし、同区間の乗車券の販売を北総鉄道が行っていることを指摘して、原告適格を肯定している。つまり、あくまで事務処理の便宜から北総線区間内を運行する鉄道の運賃は北総鉄道も京成電鉄も同一にしているというのであるから、当該運賃は、北総鉄道の運賃によっても、京成電鉄の運賃によっても規定されているということができる。北総電鉄と京成電鉄の両者が話し合って北総線区間内の運賃を実質的に決定しているということであるから、京成電鉄に対する運賃上限認可を争う原告適格を肯定することに支障は存在しないように思われる。また、たしかに、Xらは、日常的には北総線区間内でのみ鉄道を利用しているのであるが、当該区間内を運行する北総鉄道にも京成電鉄にも乗車しているのであるから、京成電鉄に対する運賃上限認可を争う原告適格はなおさら肯定されるべきであったと考えられる[55]。

五　消費者行政訴訟という視角からの本件の再定位（たとえば、主婦連ジュース訴訟と本判決との比較）

（一）はじめに

鉄道利用者が運賃（上限）認可処分の取消し等を求めた本件はいわば消費者行政訴訟であり、主婦連ジュース訴訟や近鉄特急料金訴訟の系譜に属するものである。従前の行政法学説においては、こうした訴訟を消費者訴訟と位置づけて議論してきたことは少なく、むしろ既存の行政法体系ないし理論の中に位置づけて議論を展開するということのほうが多かったように思われる。また、従前の判例は、こうした訴訟における消費者の原告適格を認めない傾向にあった。その理由として、被侵害利益が経済的なものであること、関係者が一般公衆であることがあげられている[56]。これに対して、本判決では、鉄道運賃（上限）認可処分の取消訴訟等について、日常的な利用者の原告適格が認められた。そこで、以下では、消費者行政訴訟の特徴をふまえて、本件を再定位することを試みる。換言すれば、本件を消費者訴訟と位置づけたうえで、その特徴を根拠に原告適格を肯

定する理論をいくつか検討することとする。

もっとも、一口に消費者行政訴訟といっても、消費者保護規制にはいくつかの態様がある以上、その規制のありようをめぐる消費者行政訴訟にもさまざまな形態がありうる[57]。本稿がすでに論じてきたこととの関係でいえば、主婦連ジュース訴訟のように、およそすべての国民ないし住民が原告となりうる場合と、本件のようにとりあえずは日常的な鉄道利用者（ないし定期券購入者）という形で原告が特定されている場合とでは、原告適格の検討にあたってやはり結論を異にする可能性がある。そこで、消費者保護規制ないし消費者行政訴訟ごとの場合に分けた検討を行うに先立って、古城誠教授の消費者保護規制とそれをめぐる消費者行政訴訟の分類を紹介することとする。そのうえで、古城教授の分類に沿って、消費者行政訴訟という視角から本判決を再検討することとしたい。

（二）古城誠教授による消費者保護規制の態様と消費者訴訟の形態の分類

古城誠教授によれば、消費者保護を目的とする行政規制の形態には、以下の三つのものがある。すなわち、「第一は、取引の対象となる製品・サービスの安全性や品質を直接規制する行政規制である。これは、いわゆる警察規制の一種であり、基本的には、安全性を欠いたり、粗悪な製品やサービスを取引から排除するための規制である。伝統的な営業許可および最近の消費者保護のための品質規制が、その例である。／第二は、取引のために必要な情報が不十分であるため、誤認などにもとづき消費者が不利な取引や間違った取引をすることを防止するための規制である。表示規制や規格規制などが、その例である。／第三は、公益事業規制であり、必需財を独占的に供給する電気、ガス、鉄道などの事業について、参入退出、供給義務、料金などを規制するものである[58]」。そして、これらの消費者保護規制の三つのタイプのそれぞれについて、消費者行政訴訟が提起されうることになる。

そのうえで、古城教授は、上記第一および第二のタイプの行政処分を争う消費者行政訴訟がそれほど多く提起されることはないと指摘する。というのは、規制が不十分だと認識する消費者は、そうした商品を市場で購入しないという選択をとることができ、他方で、規制が不十分なため損害を被るおそれのある消費者は、規制が不十分であることを知らないために訴訟を提起することが不可能だからである[59]。それゆえ、第一のタイプの規制を消費者が争う訴訟は見当たらず、第二のタイプの規制を

消費者が争う訴訟は主婦連ジュース訴訟の一件だけである。[60] これに対して、第三のタイプの公益事業規制をめぐっては、料金値上げ認可をはじめとする訴訟として、消費者行政訴訟の主要な地位を占めてきた。[61]

以上の古城教授の分類をふまえて、判例研究という形をとる本稿では、次のように検討の対象を限定することとする。すなわち、本稿が直接の検討の対象とする鉄道利用者による運賃（上限）認可の取消訴訟は、まさに上記の第三類型にあてはまるから検討の俎上にのせることとし、上記の第一類型については、分析の対象とする適当な裁判例が存在しないことから検討の対象から外し、第二類型については、唯一の例であるとされる主婦連ジュース訴訟を本判決の比較対象として取り上げることとする。

（三）公益事業規制をめぐる消費者行政訴訟（上記第三類型）の原告適格

① 近鉄特急料金訴訟以前の学説・裁判例の状況[62]

周知の通り、近鉄特急料金事件最高裁判決によって、こうした類型における原告適格は否定されていると解されてきたわけであるが（だからこそ、この類型における原告適格を肯定した本判決には意義があることになるのであるが）、それ以前の裁判例においては、公益事業の料金、運賃の認可処分を争う原告適格は、若干の否定例があるものの、全体としてはむしろ肯定的に解されてきたといってよい。[63][64]

原告適格否定例としてあげられるのは、東京地判昭和五二年一〇月五日行集二八巻一〇号一〇三七頁である。これは、地方鉄道法による旅客運賃変更認可処分について、当該認可処分において考慮されるのは不特定多数の一般利用者の利益を保護するという公益であるとして、定期乗車券による通勤通学者は行政上の不服申立人適格を有しないとする。

これに対して、原告適格の肯定例として、以下の諸裁判例をあげることができる。東京地判昭和四三年七月一一日行集一九巻七号一一七六頁は、ガス事業法によるガスの事業者に対し与えられたガスの特別供給条件（一定のガス管の敷設工事費を利用者が負担すると定めるもの）の認可について、ガス事業の地域的、独占的性格などを指摘して、ガスの使用希望者はその取消しを求める原告適格を有する、としている。また、広島地判昭和四八年一月一七日行集二四巻一＝二号一頁・判時六九二号三〇頁は、道路運送法によるバスの運賃変更認可処分について、バス事業の有する市民の日常生活に対する重要性、バス事業の

地域独占的性格などを指摘して、その路線沿線の居住者でこれを利用する者はその無効確認を求める法律上の利益を有するとしている。さらに、札幌簡判昭和五三年一月一九日判時九〇二号一〇〇頁は、認可を受けた新電気料金に基づく支払いを拒否していた者らに対して、電力会社が電気料金の支払いを求めた訴訟であるが、傍論ながら、公共料金の設定の当否を争うのであればそれは料金の認可の取消し、無効の判断を求めることにほかならず、こうした訴えは行政事件訴訟によりこれを争うべきであるとしている。

また、学説においても、行政の適法性の確保の観点から、一般消費者・利用者の原告適格を広く認めるという見解が有力であった。[65]

② 近鉄特急料金訴訟最高裁判決とその後の学説の状況

このようななかで、近鉄特急料金訴訟が提起されたわけであるが、前述の通り、第一審判決は原告適格を認めたものの、控訴審判決および最高裁判決は、原告適格を認めなかった。第一審判決および最高裁判決の内容およびその検討は、本判決の分析を加えるなかですでに行ったので、以下では、少なくとも現時点においては近鉄特急料金訴訟最高裁判決の有する射程が以下の理由から極めて狭いものであることを示すこととする。その際、消費者行政訴訟という観点から公益事業の料金、運賃の認可処分をめぐる訴訟を再定位することが試みられる。

（a） 解釈による個別保護要件の相対化

近鉄特急料金訴訟最高裁判決に対して、学説においては、あくまでも個別保護要件を前提としたうえで、「定期券利用者は一般利用者とは異なるという整理の仕方も可能である」[66]、「通勤定期券を購入した者について原告適格を認めてもよいように思われる」[67]、という指摘がなされてきた。[68] これは、長沼ナイキ基地訴訟において、厳格な公益と私益の峻別が否定され、「公益と並んで保護すべき個人の個別的利益」が存する場合のあることが認められていたことをふまえての主張であったと思われるが、「定期券利用者」を一般利用者から分離して想定することによって、雑多の一般利用者に吸収解消されない定期券利用者という存在をあぶり出そうとする主張である。こうした指摘をさらに加速させる、あるいは、別の切り口で個人的利益の存在を観念しようとする考えを後押しする可能性があるものとして、平成一六年行政事件訴訟法改正により、第九条第二項が新設され、原告適格の拡大が志向されたことをあげることができ

る。同改正によって、個別保護要件が緩やかに解釈されるようになったと考えることによって、新行政事件訴訟法下では近鉄特急料金訴訟のような事案においては原告適格が肯定されうるという見解が存在する[69]。すなわち、消費者利益をめぐる行政訴訟においてハードルとなるのは、個別保護要件であり[70]、前述のとおり、現在の最高裁判所は、個別保護要件をなお放棄していないと考えられるので、平成一六年行政事件訴訟法改正後の第九条の解釈として個別保護要件が緩和されたと解することができれば、個別保護要件がネックとなって原告適格が否定されていたような事案にも今後原告適格が認められる可能性が出てくるという考え方である[71]。

本件において本判決は、原告適格判断にあたって個別保護要件を要するとする小田急高架訴訟を引用しているから、あくまでも個別保護要件を放棄していない。しかし、すでに検討したように、行政事件訴訟法第九条第二項が規定する諸考慮要素を丹念にふまえることによって、「少なくとも……反復継続して日常的に鉄道を利用している者」の原告適格を肯定した。この点から、本判決は、少なくとも近鉄特急料金訴訟が想定していたような個別保護要件を採っていないということができる。ここで注目されるのは、本判決が個別保護要件を充足させるために用いた論理が、「反復継続して日常的に鉄道を利用している者」の有する利益を公益に吸収解消させなかったという点である。近鉄特急料金訴訟最高裁判決を批判する立場にあっては、すでにみたように、定期券購入者を一般利用者と区別するべきということを強調してきた。いみじくも本判決が認めたように、鉄道を日常的に利用するが、業務の関係で行き先が違うということは考えられるから（たとえば、営業の仕事）、定期券利用者という形で利益を切り出すよりも、本判決のように、日常的な利用者という形で利益を切り出したほうが論理構成としてより本質的であるように思われる。

これに対して、主婦連ジュース訴訟のような場合、個別保護要件を緩やかに解するアプローチを採用してもなお原告適格を肯定することは難しいといえる。この場合、形式的には全国民ないし全住民が原告となりうるから、緩やかに解された個別保護要件であっても充足することは難しいからである。個別保護要件が放棄されたと解することができれば、主婦連ジュース訴訟のような場合であっても原告適格を肯定する可能性があるが、それでもなお、（行政事件訴訟法第九条第二項がいうように）被侵害利益の性質および程度が考慮される以上、取引にとって重要な情報を消費者が適切に受けられる権利ないし利益の侵

害という程度[72]では原告適格を肯定するにはなおハードルがあるといえるかもしれない（被侵害利益の性質として、生命、身体、健康を主に念頭においているであろうと考えられる最高裁判所判例にとっては、なおいっそうこのことがあてはまる（註（48）参照））。

（b）一般公益と個別的利益の間に位置する中間的利益論の観念

むしろ、近時の行政法学説においては、公益と個人的利益の間に中間的利益を観念し、公益と私益の区分論を克服しようとする動きがみられる。それは、行政法学界でルネサンスを迎えている中間的利益論である[73]。中間的利益論は、おそらくは個別保護要件を維持しつつ、「利益の受け皿として個人と並んで団体を想定し、……個別行政実体法の解釈・立法論を展開して、その団体に特別な法的地位を認めたうえで一般国民から切り出す方法である[74]」（傍線部は引用者による）（上記の解釈による個別保護要件の相対化の試みは、行政事件訴訟法第九条そのものの解釈論を展開する点でこの見解とは一応区別されうる）。こうした見解をおそらく最初に唱え始め、現在に至るまで精力的に主張されているのは亘理格教授である。以下では、まず、亘理教授が主張される「共同利益」とはいかなるものなのかを確認したうえで、それが原告適格論にいかなる作用をもたらすものなのかを確認しよう。

亘理教授によれば、共同利益とは、「環境保護という分野であれば景観・緑・歴史遺産を享受する利益や、公共サービス分野であれば公共交通や道路・公園等の公共施設の利用にかかる利益を、共通に自己の利益として享受している者が、一定の広がりをもって存在しているという社会実態に着目した概念である[75]」。共同利益の例としてあげられているのは、「生命・身体に直接及ばない程度の生活利益、危険な迷惑施設からの安全の確保や、鉄道・公道等の施設利用者として公共サービスを享受する利益、良好な住環境や自然環境を享受する利益等[76]」（傍線部は引用者による）である。そして、共同利益は、一般公益への吸収はなされず、かといって個々人の個別的利益でもない、両者の中間に位置する第三の利益類型であり[77]、こうした「第三の利益類型が存在し得ることを認めることにより、一般公益か個別的権利利益かという二者択一的観念を払拭する[78]」ことが可能となるのである。かくして、共同利益は、「個別的保護利益性を肯定する理由として説得力を有すると考え[79]」られ、「個別的保護利益性の解釈論として、……共同利益も状況次第では個

別的保護利益性を認め得る場合があるということになる」[80]。

上記の記述から明らかになることは、鉄道利用者としてサービスを享受する利益も共同利益として位置づけられることになり、状況次第ではそれをめぐる抗告訴訟の個別保護要件が肯定されうるということである。もっとも、共同利益は「社会学的な利益概念である」[81]ことが亘理教授自身によって自認され、そこから個別保護要件の成否という規範的結論が導き出されることには批判も投げかけられている[82]。さらに、本稿にとってより重要なのは、「共同利益論においては、それ［個々人が有する利益が希薄で利害関係者が不特定多数であること――引用者註］を克服するための論理が示されていないうえ、共同性ないし集団性を強調することはむしろ公益への推定を強める」[83]という批判であり、この批判も「共同利益論だけで原告適格判断の基準を提供しようとするものではない」[84]と述べる亘理教授自身によってある程度受容されるのである。

結局のところ、共同利益論は、現在までのところ、景観利益については一定の条件が充足される場合に共同利益の権利性が導出されることが例証されているもの[85]の、全体としては参加制度や団体訴訟の制度化を促すものであるといえる[86]。そうであるならば、共同利益論から、公益事業規制をめぐる消費者訴訟の原告適格について得られる示唆は、現在のところ、運賃（上限）認可を争う鉄道利用者の利益は、公益でも私益でもない両者の中間に位置づけられる利益であるということにとどまるように思われる[87]。

以上のような共同利益論に対して、仲野武志教授によって「凝集利益」なるものが提示されている[88]。凝集利益とは、「『一定範囲』内にある者が非排他的［仮に各享受者が司法的保護を求め得るとすれば、類似必要的共同訴訟となるべき実体法上の法律関係にあること――引用者註］に享受する利益」[89]であり、主観的利益（私権＋許認可等により生ずべき地位）と一般国民の利益との間に位置する中間的利益である[90]。この凝集利益論が意図するところは、難しいが、個別行政実体法で行政手続に参画する外延が明確な団体が観念できる場合にその構成員に原告適格を認めるものであり、団体訴権の付与なしに取消訴訟の枠内での処理を志向する点にあるとされている[91]。

（c）「法律上保護された利益」の質的拡充

最高裁判所が依然として個別保護要件を維持しているという現実を前提にすると、「伝統的な『法的に保護された利益』という理論的な枠……を引き摺りながらも、社会経済の実態に照

らし、各法分野毎に、新たに『法的に保護された利益』として解釈されるような利益を一つ一つ積み重ねて行く」[92]方法[93]が、現在のところ原告適格の拡大手法として最も実現可能性が高いものであるといいうる。この方法は、法律上保護された利益説をあくまでも前提としたうえで、「法律上保護された利益」にあたるものを明確にしてそこに充填していこうとするものである。そして、本件（公共料金の認可をめぐる訴訟）を前提にすると、「法律上保護された利益」として理論上考えられうるものは以下のものであろう。

第一に、運賃（上限）認可制度そのものの趣旨から保護される利用者の利益を「法律上保護された利益」に位置づけることが考えられる。さきに本判決における運賃（上限）認可をめぐる原告適格の判示部分の検討で述べたように、運賃（認可）制度そのものの趣旨から利用者が保護されているということが指摘されうる。実際に、近鉄特急料金訴訟第一審判決は、この理を明確に述べていたわけであったが、本判決は、このことのみから原告適格を肯定していたというわけでは必ずしもなかった。しかし、自由競争が制限されている場合には、消費者には、代替的取引先がないから、自己の注意や工夫によって自己の利益を確保するあるいは損害を回避するということは難しいし、そもそも消費者に代替的取引先がないのは、国が事業者に法的独占を保障した結果である[94]。そうであるならば、「公益事業規制（料金許可制等――引用者註）においては、消費者の利益の内容は比較的明瞭であり、したがって利益を保護する基準も明確である。……公益事業規制においては、適正料金と差別的取り扱いの禁止という基本原則により、消費者の利益は保護されている。裁判所は、これらの原則の解釈、原則の具体的ケースへの適用を審査することができる。したがって公益事業規制の場合には、消費者が提起する争点は司法審査に適合する[95]」、という記述はより説得力をもつことになるだろう。

また、鉄道が一般住民・一般利用者の通勤・通学の「足」となっている場合、鉄道を利用するためには必ず支払わなければならない「運賃」というものの性質を考慮することもできるかもしれない（註（51）参照）。つまり、本件で問題となった「運賃」は、鉄道利用者にとっては日常的なものであり、鉄道事業法も「料金」よりも厳密な統制を行っている点から原告適格を導くことのひとつの論拠とすることはできたのではないかと思われる。

これに対して、主婦連ジュース訴訟の場合は、消費者には財やサービスの選択可能性があるから、代替的取引先がないとい

うわけではないので、少なくとも本件のような公共料金の認可を争う場合とは原告適格判断の結論を異にする可能性がある。

第二に、端的に消費者の利益[96]（「消費者権」）というものを観念し、これを「法律上保護された利益」として位置づけることが考えられうる。しかし、この手法は、「運動論としては有益だが、法律論としては現実的な方策とはいえない」[97]。もっとも、消費者ひとりひとりの具体的な日々の利益の保護の積み重ねが結局は公益となるのであり、こうした利益を公益に吸収解消させるというのは妥当性を欠くという指摘[98]は説得力を有する。また、公共料金についてはとくに、消費者の生活と密接に結びついており、その多くが独占的な地位を設定されている企業の料金であるが[99]、これが違法に高額なものに設定されてしまうと、消費者の生活は途端に立ちゆかなくなる。そこで、とくに公共料金の認可においては、消費者の生存権・生活権の保障に配慮しなければならないとする見解[100]も意義を有することになるだろう。

第三に、伊藤眞教授の説かれる紛争管理権[101]を「法律上保護された利益」として位置づけることが考えられうる。紛争管理権とは、多数当事者紛争のうち、「紛争原因が共通であるとともに、利益が一体となっていること、すなわち一部の者の利益のみが個別に回復されるということはありえない」[102]ような紛争については、具体的かつ持続的に紛争原因除去を目的とした「紛争解決行動」を行った者（団体に）紛争管理権を認め、これをもって原告適格を基礎づけようとするものである[103]。適法性保障説と類似した見解にみえるが、少なくとも紛争管理「権」という権利を構成している点で適法性保障説とは異なるし、「紛争管理権論は、未だ実体権が確立していない領域（いわゆる生成中の実体権）においては、とくに重要である」[104]といわれる。本件についていえば、北総線の運賃をめぐっては住民運動が長く行われ、「北総線値下げ裁判の会」や「北総線の運賃値下げを実現する会」が組織され活動が行われていることを考慮すれば、紛争管理権を原告らに認めることができるものと思われる。また、主婦連ジュース訴訟については、主婦連という団体の地位のみでは適格を取得できないが、訴訟提起前に行政庁に対して交渉するなどの行動をとれば、紛争管理権を取得し原告適格が認められうることになる[105]。

六　本案の判断（旅客運賃（上限）認可処分の違法性、旅客運賃（上限）変更命令の可否）について

（一）はじめに

原判決は、請求④・⑥について、本判決は、請求④・⑥・⑦・⑧について、本案の争点の審理に入っている。上述のように、近鉄特急料金訴訟最高裁判決以前は、公共料金の認可をめぐる利用者の原告適格が肯定される例がいくつかあったものの、それ以後は、少なくとも鉄道の運賃ないし料金の（上限）認可をめぐる利用者の原告適格は否定されてきたので、原判決および本判決が鉄道の運賃（上限）認可をめぐる訴訟の本案の問題を扱ったということは、少なからぬ意義を有することとなる。しかも、鉄道事業法のもとで運賃ないし料金の（上限）認可が争われた事案で裁判所が本案の判断をしたのは、本件が初めてということになる。以下では、原告らの主張にそって、原判決ないし本判決の判示に若干の検討をくわえることとする。

（二）運賃（上限）認可処分の違法性

原告らは、北総鉄道および京成電鉄が北総線区間内において運行する鉄道の運賃が、初乗りから中間距離までの旅客運賃が異常に高い「メタボ運賃」となっており、近距離の利用者が遠距離の利用者に比べて不当に割高の旅客運賃を負担することとなっているから、「特定の旅客に対し不当な差別的取扱いをするもの」（改正前鉄道事業法第一六条第二項第二号、現行鉄道事業法第一六条第五項第一号）に該当し、または、北総線の運賃が「能率的な経営の下における適正な原価を償い、かつ、適正な利潤を含むもの」（改正前鉄道事業法第一六条第二項第一号）に該当しないとして、北総運賃変更認可処分には重大かつ明白な違法があるので無効であると主張した。

原判決は、京成電鉄に対する訴えの原告適格を否定したから、北総鉄道に対する運賃変更認可処分の違法性について判断し、本判決は、京成電鉄に対する訴えの原告適格も肯定したから、両者に対する運賃（上限）認可処分の違法性について判断している。もっとも、原判決も本判決も、同様の理由でこれ（ら）に対する訴えは理由がないと判断している。その理由は、第一に、「特定の旅客に対し不当な差別的取扱いをするもの」とは、たとえば、特定の信条や宗教等によって異なる旅客運賃を適用する場合を指すのであり、同一区間を乗車すれば同一運賃である本件の事案にはあたらない、第二に、北総電鉄から提出された収入原価表および損益計算書によるかぎり、北総線の運賃が「能率的な経営の下における適正な原価を償い、かつ、適正な利潤を含むもの」に該当しないということはできない、というものである。

この判示部分については、とくに、「特定の旅客に対し不当な差別的取扱いをするもの」という法律の文言をめぐって異論がみられる。すなわち、差別的取扱いを禁ずる趣旨は、鉄道事業が公益性の高い事業であることなどから、「運賃及び料金がさまざまな利用者に対し、あまねく公平に設定されているかどうかについて審査するための基準[106]、とされているところ、ほかの類似の文言を有する事業法との比較においては（たとえば、電気事業法第一九条第二項第四号）、「むしろ利用者にとっての『遠距離逓減制』に基づく運賃自体の公正性を問題視すべきであり、この点につき明示的に触れない判断姿勢には……疑問を感じる[107]」、という見解である。

また、筆者は、「能率的な経営の下における適正な原価を償い、かつ、適正な利潤を含むもの」に該当しないということはできないとする判示部分に疑問を抱いている。Xらは、控訴審において、北総鉄道の財務状況について、債務償還条件等を前提にしてシミュレーションを行っているが、それによると、北総鉄道のキャッシュフローには余力があるとの結論が出ているようである。これに対して、本判決は、「北総鉄道の旅客運賃等の収入が適正な原価に適正な利潤を加えたものを越えているとは認められ」ないと判示するだけである。「能率的な経営の下における適正な原価を償い、かつ、適正な利潤を含む」かどうかを判断するためには、現金収支を把握するキャッシュフローの分析を欠くことはできないように思われるが、この分析が丹念に行われた様子はうかがえないし、さらに北総鉄道に経常損益のプラスが大幅に出ているということであれば（実際、Xらは平成二一年度における北総鉄道は約三四・二三億円の経常損益のプラスであると指摘する）、「適正な利潤」を超えていると判断することも可能であったのではないかと思われる。さらに、北総鉄道ないし京成電鉄が申請した旅客運賃（上限）の額の認可にあたって行政庁が判断する際には、近傍他社の運賃額と比較してその妥当性を判断することも可能であったのではないかと思われる[108]（北総線の運賃額が近傍他社のそれよりもはるかに高額であることについては、註（5）を参照）。

（三）旅客運賃（上限）変更命令の可否

原告らは、鉄道事業法第一六条第五項第一号・第二三条第一項第一号に基づき北総鉄道ないし京成電鉄に対する旅客運賃上限等の変更命令の義務付けも求めていた。つまり、鉄道事業法第一六条第五項第一号は、旅客運賃が「特定の旅客に対し不当な差別的取扱いをするものであるとき」に、国土交通大臣が旅

客運賃の変更を命ずることができると定め、同法第二三条第一項第一号は、鉄道事業者の事業について「利用者の利便その他公共の利益を阻害している事実があると認めるとき」に、国土交通大臣が旅客運賃上限の変更を命ずることができると定められており、原告らはその職権の行使の義務付けを求めたのである。

これに対して、本判決は、そのような職権の行使については、鉄道事業の性質や内容等をふまえた専門技術的かつ公益的な観点からの判断が不可欠であり、国土交通大臣の裁量に委ねられているとしたうえで[109]、北総線の旅客運賃が「特定の旅客に対し不当な差別的取扱いをするものであるとき」にはあたらないし、京成電鉄と北総鉄道および千葉ニュータウン鉄道との線路使用料や旅客運賃収入の配分方法等を定めた基本協定（本件協定）によれば、「北総鉄道に減収が生じること」はないから、もとより違法でないと判断した。

しかし、本判決によっては削除されているが原判決が指摘するように、本件協定によれば、「北総鉄道に減収が生じることもなければ、線路使用料収入による増収が生じることもないことが認められる」（傍線部は引用者による）。京成電鉄は北総鉄道・千葉ニュータウン鉄道の線路を利用して成田空港へ向けて「スカイライナー」（平成二二年七月一七日開通）をはじめ、アクセス特急を含む一〇五本／日の電車を運行させるので、沿線住民は、その線路使用料あるいは運賃・特急料金が北総鉄道の収入となり、北総線の運賃を引き下げるものと期待していたようであるが[110]、本件協定によると、北総鉄道に「線路使用料収入による増収が生じることもない」のである[111]。このような協定は、北総鉄道が京成電鉄の子会社であることと関係があるのかもしれないが（註（3）参照）、本件協定について、北総電鉄への「負担が過剰になる意味での当事者間の不公平が著しいといった評価は不可能ではない」[112]。本件協定が当事者間の公平に配慮して締結されておらず、それが原因で北総線の運賃が高額であるならば、鉄道事業法第二三条第一項第一号の「利用者の利便その他公共の利益を阻害している事実があると認め」られるときに該当し、国土交通大臣に旅客運賃上限の変更を命ずる可能性もあったのではないかと思われる。

（1）北総線区間のうち、京成高砂駅と小室駅間の一九・八キロメートルにおいては、北総鉄道自身が鉄道線路を保有し、かつ、運行を行っている第一種鉄道事業者であり、

小室駅と印旛日本医大駅間の一二・五キロメートルにおいては、北総鉄道は鉄道線路を保有する千葉ニュータウン鉄道（第三種鉄道事業者）から当該鉄道線路を借り受けて鉄道を運行している第二種鉄道事業者である（鉄道事業法第二条第二項・第三項・第四項参照）。

（2）成田空港線区間のうち、京成電鉄は、京成高砂駅と小室駅間の一九・八キロメートルにおいては、当該区間の鉄道線路を保有する北総電鉄から、小室駅と印旛日本医大駅間の一二・五キロメートルにおいては、当該区間の鉄道線路を保有する千葉ニュータウン鉄道から、印旛日本医大駅と成田空港高速鉄道線接続点（成田市土屋）間の一〇・七キロメートルにおいては、当該区間の鉄道線路を保有する成田高速鉄道アクセス株式会社（第三種鉄道事業者）から、成田空港高速鉄道線接続点（成田市土屋）と成田空港駅間の八・四キロメートルにおいては、当該区間の鉄道線路を保有する成田空港高速鉄道株式会社（第三種鉄道事業者）から、それぞれ鉄道線路を借り受けて鉄道を運行している第二種鉄道事業者である（鉄道事業法第二条第三項・第四項参照）。なお、本件に関する線路の状況を分かりやすく図示したものとして、阿部泰隆「鉄道運賃値下げ命令義務付け訴訟における鉄道利用者の原告適格（一）」自治研究八七巻六号（二〇一一年）六頁がある。

（3）ちなみに、北総鉄道は、京成電鉄が五〇パーセント（新京成電鉄株式会社を含む京成グループ全体では五一パーセント）を出資する京成電鉄の子会社であり、千葉ニュータウン鉄道は、京成電鉄の一〇〇パーセント子会社である。

（4）本件訴えは、北総線の利用状況がさまざまに異なる原告一七名により提起されたが、原告適格に関する審理がいたずらに複雑かつ長期化するのを避けたいという原審裁判所の意向が踏まえられ、原告は五名に絞られたという経緯がある。なお、原告五名の北総線の利用状況は以下の通りである。

X1は、北総線を利用して通勤しており、そのために六か月通勤定期券を購入している。その購入額は、北総線区間分が一七〇四八〇円（全区間分で二四三四〇円）である。また、X1の息子および娘も北総線を利用して通学しており、そのためにX1が通学定期券を購入している。その購入額は、息子および娘の二人あわせて三か月分で、北総線区間分が八〇三三〇円（全区間分で一一四六九〇円）である。

X2は、一か月に二回から五回程度の出社や顧客調査のために、パスモを利用して北総線に乗車している。X2が勤務先に出社する際に支払う運賃は、北総線区間分が往復一四四〇円（全区間分で二二六〇円）である。また、

X2の息子および娘も北総線を利用して通学しており、そのためにX2が一か月通学定期券を購入している。その購入額は、北総線区間分が二四〇三〇円（全区間分で三一八一〇円）である。

X3は、北総線を利用して通勤しており、そのために六か月通勤定期券を購入している。その購入額は、北総線区間分が一二七八八〇円（全区間分で一六九〇三〇円）である。

X4は、経営している会社の営業のためや個人的な勉強会のために北総線を一か月に平均一六往復利用している。X4は、訪問先が様々な場所に所在するため、定期券を購入するのではなく、パスモを利用している。

X5は、X4の妻であるが、北総線を利用して通勤しており、そのために一か月通勤定期券を購入している。その購入額は、北総線区間分が二六一七〇円（全区間分で三九六二〇円）である。

（5）たとえば、多摩センター駅から新宿駅までは京王線（二九・二キロメートル）で三四〇円、小田急線（三〇・六キロメートル）で三七〇円であるのに対して、北総鉄道の西白井駅から都営地下鉄・東京メトロの東銀座駅まで（二九・六キロメートル）は九九〇円、北総鉄道・京成電鉄の千葉ニュータウン中央駅から都営地下鉄・東京メトロ・東武鉄道の浅草駅（三二・二キロメートル）までは一〇七〇円がかかる（阿部・前掲註（2）四頁を参考にして、運賃を現在のものに改めた）。

（6）判決文のなかで原判決を引用する箇所を示す部分については、筆者註として、判例時報二二〇九号に掲載されている原判決の該当箇所を《　》内に記載する。なお、本判決が引用する原判決の該当箇所を確認するためには、原判決の正本の写しが必要となったが、これについては、「北総線値下げ裁判の会」の武藤弘氏より提供を受けた。ここに記して感謝を申し上げる。

本判決が収録されているLEX/DBにおいては、本判決が引用する原判決の該当箇所は明確ではなく、現段階においては、原判決の正本の写しを確認する以外に、それを明らかにする方法はないと思われる。そこで、本判決の引用には少なくとも資料的な価値があると考え、詳細に判決文を引用することとした。

（7）なお、X1～X5は、控訴審判決を不服として、上告および上告受理申立てをし、さらに、平成二六年五月一五日、最高裁判所に上告理由書および上告受理申立理由書を提出した。

（8）友岡史仁「北総線運賃に係る行政訴訟（第一審）」（本件原判決評釈）ジュリスト一四六〇号（二〇一三年）一〇〇頁。

（9）ただし、近鉄特急料金訴訟第一審判決（大阪地判昭和

五七年二月一九日行集三三巻一＝二号一一八頁）は、原告適格を肯定していた。その判断枠組みについては、後述三で検討することにする。

(10) 友岡・前掲註（8）一〇〇頁。

(11) 一九六二年に制定された行政事件訴訟法の立法担当者は、行政事件訴訟法第九条第一項にいう「法律上の利益」の範囲を確定することは困難であり、「学説判例の発展にゆだねざるを得ない」と述べていた（杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』（法曹会・一九六三年）三七頁）。

(12) 以下の学説の分類に関しては、原田尚彦『訴えの利益』（弘文堂・一九七三年）（初出：一九六五年）四頁以下、芝池義一『行政救済法講義〔第三版〕』（有斐閣・二〇〇六年）四〇頁以下によっている。

(13) この要素を原告適格の判断に取り込むものとして、芝池義一「取消訴訟の原告適格判断の理論的枠組み」京都大学法学部創立百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集・第二巻』（有斐閣・一九九九年）九九頁。

(14) 権利説および適法性保障説は、現行法の解釈論としての基準の意義をもつものではなく、裁判例もこれらの説によっているものはない、と指摘するものとして、塩野宏『行政法Ⅱ――行政救済法〔第五版補訂版〕』（有斐閣・二〇一三年）一四〇頁註一。

(15) 法律上保護された利益説は、取消訴訟が主観訴訟であることを重視し、法的な保護に値する利益説は、取消訴訟のもつ適法性維持機能を重視するものである。この点からも、両説の対立は重要な意義を有するといえる。

(16) 小早川光郎「抗告訴訟と法律上の利益・覚え書き」西谷剛＝藤田宙靖＝磯部力＝碓井光明＝来生新編『成田頼明先生古稀記念・政策実現と行政法』（有斐閣・一九九八年）四七頁。

(17) 阿部泰隆「原告適格判例理論の再検討と緩和された『法律上保護された利益説』の提唱――第三者保護規範の新解釈」『行政訴訟要件論――包括的・実効的行政救済のための解釈論――』（弘文堂・二〇〇三年）八六頁（初出：二〇〇一年）など。

(18) もっとも、法的な保護に値する利益説に対しても種々の批判がある。たとえば、①法的な保護に値する利益説は、原告の利益が法律によって保護されたものに限定されず、事実上の利益でも足りるとするものであるが、このような解釈は行政事件訴訟法第九条の文言に合致しない、②法的な保護に値する利益にあたるかどうかの判断基準が不明確であり、裁判官の裁量を認めるものである、③取消訴訟に、法律の規定を待って初めて許されるべきはずの客観訴訟の要素を導入しようとするものである、④濫訴の弊を招く、などといった批判がある（泉徳治「取

消訴訟の原告適格・訴えの利益」鈴木忠一＝三ケ月章編『新・実務民事訴訟講座第九巻・行政訴訟Ⅰ』（日本評論社・一九八三年）五九頁など。

(19) 長沼ナイキ基地訴訟のこの判示部分は、後の判例において、しばしば「枕詞」として引用されている。

(20) 芝池・前掲註（13）八八頁は、（広義の）法律上保護された利益説を、法令の明示の規定のみに原告適格の根拠を求めようとする狭義の法律上保護された利益説と、より柔軟にしかし法の枠内で原告適格を判断しようとする法的保護利益説とに分類し、新潟空港訴訟判決は、実質的には法的保護利益説として位置づけられるとしている。

(21) もんじゅ原発訴訟のこの引用部分も、後の判例でしばしば引用されている。

(22) たとえば、最判平成九年一月二八日民集五一巻一号二五〇頁は、開発行為の許可について定めた都市計画法第三三条第一項第七号は、「がけ崩れ等による被害が直接的に及ぶことが想定される開発区域内外の一定範囲の地域の住民の生命、身体の安全等を、個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含む」と述べ、がけ崩れ等の被害が直接に及ぶおそれがある付近住民の原告適格を認めた。また、最判平成一三年三月一三日民集五五巻二号二八三頁も、森林法の林地開発許可について定めた森林法第一〇条の二第二項第一号について、前記平成九年最判と同様の判断を示した。また、最判平成一四年一月二二日民集五六巻一号四六頁は、総合設計許可について定めた建築基準法（平成四年法律第八二号による改正前のもの）第五九条の二第一項を解釈し、「建築物の倒壊、炎上等により直接的な被害を受けることが予想される範囲の地域に存する建築物に居住し又はこれを所有する者」の原告適格を認めた。さらに、最判平成一四年三月二八日民集五六巻三号六一三頁は、同様の事案において、「建築物により日照を阻害される周辺の他の建築物の居住者」の原告適格を肯定した。

(23) 小早川・前掲註（16）四九～五〇頁、芝池・前掲註（13）九五頁以下、原田尚彦『行政法要論〔全訂第七版補訂二版〕』（学陽書房・二〇一二年）三九四頁、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院・二〇一三年）四二九～四三一頁など。もっとも、このように、両説の接近を指摘する論者にあっても、最高裁判所は、法律上保護された利益説に立ち続けていると評価されている。たとえば、藤田宙靖『行政法総論』（青林書院・二〇一三年）四三一頁は、本稿が検討の対象とする近鉄特急料金訴訟および伊場遺跡訴訟（最判平成元年六月二〇日判時一三三四号二〇一頁）を例としてあげて、最高裁判所は、一般的公益が保護されていることによる反射的利益と法的に保

護される個人の利益を区別することによって原告適格を否定していることを指摘している。また、阿部・前掲註(17)一〇二頁は、「たしかに、生命にかかわる原発訴訟、開発許可訴訟を見ればそう（両説が接近していること―引用者註）も言えるが、しかし、風営法、墓地法、都市計画法などの判例を見れば、およそ接近せず、水と油である」と述べて、両説の乖離は依然として大きいことを強調する。人見剛「原告適格の考え方と条文」ジュリスト一二三四号（二〇〇二年）三五頁も、「環境上の利益や消費者の利益などの集合的利益の取扱い」が両説の分水嶺になると指摘している。

(24) ④部分が従前の判例において言及されていた要素であったかどうかについては、評価に違いが見られる。前記もんじゅ訴訟においてすでに「被害の性質等」は考慮されていたから、全く新しい要素ではないという見方が一般的であるが（藤山雅行「このエネルギーの持続を」ジュリスト一二七七号（二〇〇四年）四二頁、小早川光郎＝高橋滋編『詳解改正行政事件訴訟法』（商事法務・二〇〇四年）三四頁［高橋滋執筆担当部分］、大貫裕之「原告適格論」法律時報七七巻三号（二〇〇五年）五二頁、本多滝夫「行政救済法における権利・利益」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ――行政救済法』（有斐閣・二〇〇八年）二二〇頁）、新しい要素であると位置づけるものもある（大久保規子「行政訴訟の原告適格の範囲」ジュリスト一二六三号（二〇〇四年）四八頁以下、村上裕章「改正行訴法に関する解釈論上の諸問題」同『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣・二〇〇七年）三〇二頁（初出：二〇〇五年）。また、橋本博之『解説行政事件訴訟法』（弘文堂・二〇〇四年）四九頁は、④部分について、「従前の判例法には見られなかった全く新しいものの導入であるとは言えず、里道供用廃止事件（最判昭和六二年一一月二四日判時一二八四号五六頁）における最高裁の判断枠組みは、この解釈手法に従ったものと見ることも可能である」、とする（同旨、橋本博之「原告適格論の課題」同『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂・二〇〇九年）一〇五頁（初出：二〇〇四年））。

(25) また、前記伊達火力発電所訴訟は、行政法規の明文の規定のみでなく法律の合理的解釈から原告適格を導くことを指摘しており、①・②・③部分に強く影響を与えていることが指摘されている（橋本・前掲註(24)『解説行政事件訴訟法』四六頁）。

(26) 藤山・前掲註(24)四二頁。

(27) 司法制度改革推進本部行政訴訟検討会「行政訴訟制度の見直しのための考え方」（二〇〇四年一月六日）。

(28) 行政事件訴訟法第九条第二項の前記③部分に当たると思われる。

(29) 行政事件訴訟法第九条第二項の前記②・④部分に当たると思われる。

(30) 宇賀克也『改正行政事件訴訟法〔補訂版〕』（青林書院・二〇〇六年）五二頁、桑原勇進「原告適格に関する最高裁判例」ジュリスト一三二〇号一〇頁。

(31) 橋本・前掲註(24)「原告適格論の課題」一一一～一一二頁。

(32) こうした判示は、取消訴訟の原告適格を判断するその後の最高裁判例においても維持されている。たとえば、サテライト大阪事件（最判平成二一年一〇月一五日民集六三巻八号一七一一頁）など。

(33) 目的規定について、参照、塩野宏「制定法における目的規定に関する一考察」同『法治主義の諸相』（有斐閣・二〇〇一年）四四頁（初出：一九九八年）。同論文においては、目的規定が取消訴訟における原告適格の法的判断基準として機能しうることが指摘されている（同六三頁）。

(34) 現行の鉄道事業法第一条は、「この法律は、鉄道事業等の運営を適正かつ合理的なものとすることにより、輸送の安全を確保し、鉄道等の利用者の利益を保護するとともに、鉄道事業等の健全な発達を図り、もつて公共の福祉を増進することを目的とする」と規定している（傍線部が平成一八年法律第一九号による改正部分）が、「利用者の利益の保護」に加えて「輸送の安全の確保」をも鉄道事業法の目的として追加したものであるから、この改正は運賃（上限）認可を争う取消訴訟の原告適格判断に影響を与えるものではないであろう。

(35) なお、近鉄特急料金訴訟最高裁判決の担当調査官は、地方鉄道法が廃止され、新たに鉄道事業法が制定されたことにふれ、鉄道事業法の規定は、「地方鉄道法よりも、鉄道の利用者の保護に厚いようであるが、同法のもとにおいても、鉄道の利用者に本件のような訴訟の原告適格が認められるかはなお難しいように思われる」、と指摘していた（増井和男「時の判例」（近鉄特急料金訴訟最高裁判決解説）『最高裁時の判例（平成元年～平成一四年）Ⅰ――公法編（憲法・行政法ほか）』（有斐閣・二〇〇三年）二五五頁（初出：一九八九年））。

(36)「鉄道等の利用者の利益を保護する」ことを目的のひとつと定める鉄道事業法第一条の規定が、旅客運賃（上限）認可処分の取消訴訟の原告適格を認めるための「決定打」とならないことは、本判決が請求①・②・③についての原告適格を認めなかったことからも看取される。請求①・②・③は、鉄道線路使用条件の設定の認可処分（鉄道事業法第一五条第一項）の取消訴訟およびそれを適切な使用条件に変更する（鉄道事業法第二三条第一項第四号）よう命ずる義務付け訴訟であるが、それら

が鉄道事業法の中に規律されている以上、同法第一条の目的規定は当然そこにおいても考慮されるはずだからである。にもかかわらず、本判決は、請求①・②・③についての原告適格を否定しているということは、原告適格判断に当たって目的規定のみが考慮されているわけではない、ということを示すものである。

(37) 鉄道事業法第一六条第一項は、国土交通大臣の認可にかからしめる対象として、「旅客の運賃及び国土交通省令で定める旅客の料金」をあげているが、後者の「料金」とは、「特別急行料金、急行料金その他の運送の速達性を役務の基本とする料金（……）であつて、新幹線鉄道に係るものとする」（鉄道事業法施行規則第三二条第一項）とされているので、本稿においては単に「運賃」と表記することとする（平成一一年改正前の鉄道事業法についても同様）。

(38) この判示部分を肯定的に評価するものとして、参照、湊二郎「旅客運賃認可処分取消訴訟における鉄道利用者の原告適格が認められた例」（本件原判決評釈）新・判例解説 Watch 一四号（二〇一四年）五二頁。また、平成一一年鉄道事業法改正による認可の対象の変更が原告適格判断に及ぼす影響について、市村陽典＝越智敏裕＝福井秀夫＝深山卓也＝阿部泰隆「座談会　新行政事件訴訟法の解釈」判例タイムズ一一四七号（二〇〇四年）二二頁［深山卓也発言］は、「鉄道事業法の目的規定や他の利害関係人の手続的関与の規定等を考慮すると、私自身は、結論的に、改正後の行訴法の下で定期券利用者に原告適格を肯定する余地はあるのではないかと思います」と述べ、同二二頁［福井秀夫発言］も、これを受けて「私も全く同感です」と述べる。

(39) なお、現行の鉄道事業法においては、特急車両料金その他の客車の特別な設備の利用についての料金等は、国土交通大臣への届出制となっている（鉄道事業法第一六条第四項）から、以下の記述はそのまま現在に妥当するとは言い切れない。

(40) 阿部・前掲註（2）一三頁。

(41) 安念潤司「行政判例研究――地方鉄道の特急料金改定の認可処分を利用者は争うことができるか」（近鉄特急料金訴訟控訴審判決評釈）自治研究六二巻一一号（一九八六年）一二一頁。

(42) 野田崇「旅客運賃変更認可処分と鉄道利用者の原告適格」（本件原判決評釈）平成二五年度重要判例解説（ジュリスト一四六六号）（二〇一四年）四六頁は、本件における「利用者」の手続参加可能性は、理論的には無限定の鉄道利用者の中から一定範囲の者を切り出し、その利益を個別的にも配慮する趣旨であるとは言い難いから、個別保護性を認める決め手にはならない、と指摘する。

これに対して、友岡・前掲註（8）一〇〇頁は、こうした解釈は、「文言を厳密に読む解釈からはやや難があった。しかし、地方運輸局長による意見聴取は『利用者』が対象となるのに、国土交通大臣が諮問する運輸審議会において『利用者』の意見を反映できないことは矛盾であるとの思考も働いたと思われ、むしろ、本判決の判断過程として首肯すべきであろう」と、積極的に評価する。

（43）同旨、友岡史仁「鉄道運賃変更認可処分無効確認等を求める鉄道利用者の法律上の利益」（本件原判決評釈）法学教室四〇二号別冊判例セレクト二〇一三［Ⅱ］（二〇一四年）九頁。

（44）原田尚彦「抗告訴訟の対象について――処分性の拡大要因と縮小要因」同『訴えの利益』（弘文堂・一九七三年）一三六頁（初出：一九七一年）。原田尚彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格――ドイツにおける判例の動向を中心にして――」同『訴えの利益』（弘文堂・一九七三年）三四二頁（初出：一九六三年）をも参照。

（45）棟居快行「『基本権訴訟』の可否」同『人権論の再構成〔新装版〕』（信山社・二〇〇八年）二八八頁（初出：一九八五年）。

（46）阿部・前掲註（2）一四頁。阿部泰隆「鉄道運賃値下げ命令義務付け訴訟における鉄道利用者の原告適格（二）」自治研究八七巻七号（二〇一一年）一八頁をも参照。

（47）野田・前掲註（42）四六頁は、この判断要素が原判決で原告適格が認められた主たる要因であるとする。

（48）たとえば、もんじゅ訴訟、前掲註（22）にあげた諸判決（最判平成九年一月二八日、最判平成一三年三月一三日、最判平成一四年一月二二日民集五六巻一号四六頁）など。

（49）野田・前掲註（42）四六頁。

（50）増井・前掲註（35）二五四頁。

（51）なお、本判決が近鉄特急料金訴訟最高裁判決を引用しなかった理由として、判決文から明確に読み取ることは難しいが、近鉄特急料金訴訟において問題となったのが「料金」であるのに対して、本件において問題となったのが「運賃」であったことをあげることができるように思われる。「運賃」とは、「人又は物品の運送に対する対価」であり、「料金」とは、「運送以外の設備の利用や付加サービス、役務の提供に対する対価」である（国土交通省ウェブサイト http://www.mlit.go.jp/tetudo/tetudo_fr6_000015.html）。実際に、原告も、近鉄特急料金訴訟の事案は、特別急行を利用する者だけが負担する特別急行料金部分のみが争われていたものであるから、本件とは事案を異にし、本件には射程が及ばないというべきであると主張していた。

そこで、若干検討をしてみると、「運賃」は鉄道を利

用するためには必ず支払わなければならないものであり、本判決が指摘するように、鉄道が通勤や通学の「足」となっている場合には、それは仕事や学業を継続するために欠くことのできない移動手段となっている。このように、運賃認可処分が違法かつ高額になされた場合に利用者が被る損害は、料金認可処分が違法かつ高額になされた場合と比べると、より深刻なものになりうる（細かな事情を捨象していえば、料金が仮に高額でそれを支払えないということであっても、運賃を支払うことさえできれば、通勤や通学はとりあえず可能である）。また、近鉄特急料金訴訟控訴審判決（大阪高判昭和五九年一〇月三〇日行集三五巻一〇号一七七二頁・判時一一四五号三三頁）においては、「本件特急料金は特急を利用することを選択した乗客が支払う特別料金であって、その料金自体は一般住民・一般利用者の鉄道利用において日常的必然性、関連性の少ないものということができ、……第一審原告らの近鉄特急利用は比較的短時間の通勤時間における通勤車両の混雑をさけ、座席に座るためというにあり、本件認可処分により第一審原告らがそれぞれ被る損害も一か月一〇〇〇円程度というにあるから、……本件認可処分によって第一審原告が被る不利益がただちに重大なものということはできない」と判示されていた。

また、現行鉄道事業法では、運賃の上限の設定は認可制であり（同法第一六条第一項）、料金の設定は届出制である（同法第一六条第四項）（なお、前掲註（37）をも参照）。認可制の場合、届出制とは異なり、認可をするにあたって行政判断が当然に介在するので、届出制の料金よりも認可制の運賃のほうが利用者の利益（同法第一条）が考慮されやすいといえる。

もっとも、従前の公益と私益の区分論からすれば、「運賃」は鉄道利用者にあまねく関係するからそれをめぐる規制は公益を保護するためのものであり、「料金」は付加的なサービスの対価で運賃に上乗せされるものであるからそれをめぐる規制は個別的な利益である、と解される余地もあるかもしれない。しかし、「運賃」こそが鉄道利用者にとっては日常的なものであり、上記のように、鉄道事業法も「料金」よりも厳密な統制を行っていることからすれば、やはり「運賃」をめぐる訴訟のほうが「料金」をめぐる訴訟よりも利用者の原告適格を基礎づけやすいといいうるのではないかと考えられる。

このように、鉄道を利用するためには最低限必要となる「運賃」とあくまで運賃への付加的なサービスを内容とする「料金」とでは、やはりその性格が異なるということができるが、これが原告適格の判断にどの程度の影響を与えるのかは、学説・判例においてもあまり明確になっていない。

(52) Yは、仮に違法に高額な旅客運賃が設定されたとしても、それにより鉄道利用者に発生する損害は金銭的なものにとどまるから事後の金銭賠償によって回復可能な性質の損害であるから、「重大な損害を生ずるおそれ」の要件を充足しないと主張した。これに対して、本判決は、違法に高額な旅客運賃が設定された場合には、鉄道を日常的に利用することが困難であり、通勤や通学自体が不可能となったり、引っ越しせざるをえなくなったりする可能性を指摘し、その際には「日常生活の基盤を揺るがすような損害が生じかねない」ことを強調する。これは、まさに事後的な金銭賠償請求によっては、回復することが困難な性質であるから、本判決の説示は極めて正当であると思われる。

(53) 補充性の要件は、行政過程で特別の救済ルートを定めている場合（たとえば、更正の請求の制度（国税通則法第二三条））には、それによるべしというものであると解されている（塩野・前掲註(14)二三九～二四〇頁、小林久起『行政事件訴訟法』（商事法務・二〇〇四年）一六二頁以下、福井秀夫＝村田斉志＝越智敏裕『新行政事件訴訟法――逐条解説とQ＆A――』（新日本法規・二〇〇四年）一四〇頁［村田斉志執筆担当部分］、小早川光郎＝高橋滋編『詳解改正行政事件訴訟法』（第一法規・二〇〇四年）四九頁［橋本博之執筆担当部分］）。

(54) もっとも、原判決は、「なお、仮に、京成運賃上限認可処分の取消しの訴えについて原告らが原告適格を有するとしても、……請求は棄却されることになる」、としている。

(55) 湊・前掲註(38)五二頁は、すでに原判決の評釈において、「北総線の利用者は成田空港線の利用者ともいえるから、Xらに京成運賃上限認可処分の取消訴訟における原告適格を肯定することも不可能ではないように思われる」と指摘していた。

(56) 塩野・前掲註(14)一三一～一三二頁。

(57) 古城誠「消費者訴訟の原告適格」北大法学論集四〇巻五＝六号上巻（一九九〇年）一四一五～一四一七頁。

(58) 古城・前掲註(57)一四一五頁。

(59) 古城・前掲註(57)一四一六頁。

(60) 古城・前掲註(57)一四一六頁。

(61) 古城・前掲註(57)一四一七頁。

(62) 原野翹「公共料金の決定と消費者の権利」法律時報四八巻三号（一九七六年）三九～四〇頁、宝金敏明「一般消費者・利用者の提起する取消訴訟」別冊判例タイムズ二号（一九七六年）一四二～一四三頁、渡部吉隆＝園部逸夫編『行政事件訴訟法体系』（西神田編集室・一九八五年）一七八～一七九頁［川上泉執筆担当部分］、安念・前掲註(41)一一六～一一七頁、古城・前掲註(57)一

四二九～一四三三頁。

(63) 公益事業の料金、運賃の認可処分を争ったものではないが、公益事業規制を争った事例として、東急駒沢駅設置要求事件（東京地判昭和四六年四月二七日行集二二巻四号五八六頁）がある。これは、地方鉄道法に基づく地方鉄道新線路事業免許後の線路等の変更認可処分について、従前の線路等を利用していた付近住民が提起した抗告訴訟（主位的には無効確認訴訟、予備的に取消訴訟）であるが、どこに停留所を設置するのかは鉄道事業者の判断に任されており、利用者が停留所設置について自己の意見を反映させる利益は保証されていないとして、地元住民には当該認可に対して抗告訴訟を提起する法律上の利益がないとされた。

(64) もっとも、以下に紹介する下級審裁判例および学説にもかかわらず、原告適格を肯定した近鉄特急料金訴訟第一審判決について、「最近の判例の傾向に照らせば、……かなり突出した印象を与えた」（安念・前掲註(41)一一七頁）、「その内容がただちに今後の判例・学説に一般的に受容されるものとなるか否かは別」（中西又三「大東亜戦争遂行のために制定された法令の失効が認められた例等――近鉄特急料金事件」（近鉄特急料金訴訟第一審評釈）判例時報一〇七〇号（判例評論二九一号）（一九八三年）一八四頁）と評する見方も存在していた。これらの見解は、おそらく、当時すでに下されていた主婦連ジュース訴訟最高裁判決を意識しているものと思われるが、前記の古城教授の分類や本稿がこれから述べるように、少なくとも主婦連ジュース訴訟のような消費者行政訴訟と公益事業の料金、運賃の認可処分を争う消費者行政訴訟は別の類型であり、原告適格の判断を同列に論じることはできないものである。

(65) たとえば、原田尚彦「行政事件訴訟への期待――行政過程の審理方式を中心にして――」同『訴えの利益』（弘文堂・一九七三年）二一八頁以下（初出：一九七三年）、兼子仁『行政争訟法』（筑摩書房・一九七三年）三一一～三一二頁、田中館照橘「運輸大臣の乗合バス運賃変更認可処分に対する抗告訴訟において、右バス路線の近隣利用者に訴えの利益が認められた事例」（広島地判昭和四八年一月一七日行集二四巻一＝二号一頁・判時六九二号三〇頁の評釈）判例時報七一五号（判例評論一七七号）（一九七三年）一三三～一三四頁、北川善太郎『消費者法のシステム』（岩波書店・一九八〇年）五〇頁、新堂幸司「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか」同『民事訴訟制度の役割』（有斐閣・一九九三年）二一三頁（初出：一九八一年）、田中英夫＝竹内昭夫「〔対談〕法の実現における私人の役割」同『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会・一九八七年）二〇八頁〔竹内発言部分〕、

竹内昭夫「消費者保護」竹内昭夫＝道田信一郎＝前田庸＝龍田節＝手島孝『現代の経済構造と法』（筑摩書房・一九七五年）七二頁など。

(66) 塩野・前掲註（14）一三二頁。塩野宏「改正行政事件訴訟法の課題と展望」同『行政法概念の諸相』（有斐閣・二〇一一年）二九八頁（初出：二〇〇五年）をも参照。

(67) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ――行政救済法〔第四版〕』（有斐閣・二〇一三年）一九八頁。

(68) 同様の見解を説くものとして、高木光「救済拡充論の今後の課題」ジュリスト一二七七号（二〇〇四年）一六頁。

(69) 市村ほか・前掲註（38）二二頁［深山卓也発言］、福井ほか・前掲註（53）三〇七頁［越智敏裕執筆担当部分］、横田光平「特急料金認可と第三者の原告適格」（近鉄特急料金訴訟最高裁判決評釈）宇賀克也＝交告尚史＝山本隆司編『行政判例百選Ⅱ〔第六版〕』（有斐閣・二〇一二年）三五七頁。また、中川丈久「取消訴訟の原告適格について（二）」法学教室三八〇号（二〇一二年）一〇四頁以下は、個別保護要件の判定は、「被害者の絞り込み」のための線引きをすることだけで十分であるとする。

(70) 原田大樹「集団的消費者利益の実現と行政法の役割――不法行為法との役割分担を中心として」千葉恵美子＝長谷部由起子＝鈴木將文編『集団的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務・二〇一四年）五六頁。

(71) なお、平成一六年行政事件訴訟法改正後の第九条の解釈として、個別保護要件が放棄されたと解する見解も少なくない。たとえば、村上・前掲註（24）三〇二頁、小早川光郎『行政法講義（下Ⅲ）』（弘文堂・二〇〇七年）二六一頁、市村ほか・前掲註（38）一八～一九頁［越智敏裕発言］、日本弁護士連合会行政訴訟センター編『実務解説行政事件訴訟法――改正行訴法を使いこなす――』（青林書院・二〇〇五年）二三頁以下［越智敏裕執筆担当部分］。なお、平成一六年行政事件訴訟法改正以前から個別保護要件不要説を唱える代表的見解として、阿部・前掲註（17）一〇六～一〇八頁。これに対して、平成一六年改正後行政事件訴訟法（第九条第二項）によっては、個別保護要件は否定されていないとする見解を示すものとして、橋本・前掲註（24）「原告適格論の課題」一二〇頁註二七、亘理格「行政訴訟の理論――学説的遺産の再評価という視点から」公法研究七一号（二〇〇九年）七〇頁。また、裁判実務においては、なお個別的保護要件を維持するという見解が多い（最高裁判所事務総局行政局監修『改正行政事件訴訟法執務資料』（法曹会・二〇〇五年）一七頁）。

(72) 上記の古城教授の分類による第二のタイプの規制は、一般的にはそれが不十分であっても、それほど大きな損害をもたらすことはないと考えられている。というのは、

基本的な安全性は、第一のタイプの規制で確保されることになっているからである。もっとも、薬品の使用方法や注意事項についての表示などは、生命や健康に直接影響しうる（以上、参照、古城・前掲註（57）一四一七頁註三）。

（73）仲野武志「不可分利益の保護に関する行政法・民事法の比較分析」民商法雑誌一四八巻六号（二〇一四年）五五一頁。

（74）原田・前掲註（70）五七～五八頁。

（75）亘理格「行使機能分担の変容と行政法理論」公法研究六五号（二〇〇三年）一八九～一九〇頁。

（76）亘理・前掲註（71）六九頁。同「行政訴訟の理念と目的」ジュリスト一二三四号（二〇〇二年）一二頁にもほぼ同様の記述がある。

（77）亘理・前掲註（75）一八九頁。

（78）亘理格「共同利益論と『権利』認定の方法」民商法雑誌一四八巻六号（二〇一四年）五二一頁。

（79）亘理・前掲註（71）八五頁註八。

（80）亘理・前掲註（78）五二一頁。

（81）亘理・前掲註（78）五一九頁。

（82）仲野武志『公権力行使概念の研究』（有斐閣・二〇〇七年）二八九頁、三二六頁註八二、三二七頁註八五～註八八。また、仲野武志「発言」公法研究六五号（二〇〇三年）二四〇頁も参照。

（83）野呂充「原告適格論の再考――改正行政事件訴訟法下での原告適格及び自己の法律上の利益に関係のない違法の主張制限について」法律時報八二巻八号（二〇一〇年）一七頁。

（84）亘理・前掲註（78）五二〇頁。

（85）亘理・前掲註（78）五二四～五三五頁。

（86）亘理・前掲註（78）五三六～五四九頁。原田・前掲註（70）五八頁註二一をも参照。

（87）なお、共同利益論とおそらく同様の問題関心を有するものとして、山本隆司教授の「集合利益」がある（山本隆司「原告適格（一）――判断枠組」同『判例から探究する行政法』（有斐閣・二〇一二年）四五七～四五九頁（初出：二〇〇八年））。集合利益とは、「個人に帰属させるのが困難な不可分の利益や、分散・拡散している利益」（同書四五七頁）であると定義され、それは「個人に帰属させることができる私益と公益とのいわば中間に位置する」（同書四五七頁）。そのうえで、集合利益の主張を認めるべき存在ないし可能性として、相対的に強い利害関係を持つ個人、団体訴訟の二つが示される。もっとも、これは、「団体訴訟を明示に認める立法が進捗しない場合に今後検討すべき事項として」（同書四五九頁）の問題提起にとどまるという。

(88) 仲野・前掲註（82）『公権力行使概念の研究』（有斐閣・二〇〇七年）二八四頁以下、同・前掲註（73）五五二～五六一頁。

(89) 仲野・前掲註（73）五五三頁。

(90) 仲野・前掲註（73）五五四頁。

(91) 原田・前掲註(70)五八頁註(二)。なお、凝集利益論が、個別行政実体法における行政手続への参画を重視するということであれば、「拡散的、集合的利益（地位配分型）」について、上記行政事件訴訟法第九条第二項の考慮要素①および③が重要な意味を持つと指摘する、大貫裕之「取消訴訟の原告適格についての備忘録」稲葉馨＝亘理格編『藤田宙靖博士東北大学退職記念――行政法の思考様式』（青林書院・二〇〇八年）四〇三頁以下と同様の方向性を有するものと評価することができるだろう。

(92) 藤田・前掲註（23）四二八頁。雄川一郎「訴の利益と民衆訴訟の問題」同『行政争訟の理論』（有斐閣・一九八六年）二八七頁以下（初出：一九七六年）をも参照。

(93) 「原告適格を有する者の範囲を広くするためには、……今回の改正法［平成一六年改正後の行政事件訴訟法――引用者註］と同様の趣旨に基づいて行政実体法を個別的に見直すという地道な作業が必要である」と述べる藤山・前掲註（26）四二頁も同旨か。

(94) 古城・前掲註（57）一四三八頁。

(95) 古城・前掲註（57）一四三九頁。

(96) たとえば、中川丈久「消費者――消費者法は行政法理論の参照領域たりうるか」公法研究七五号（二〇一三年）一九二頁は、①商品社役務が消費者の人身に対して有すべき「安全」（消費者安全）を享受する権利、②商品や役務に消費者向けの適正な「表示」（消費者表示）がなされることにより、必要な情報を得て選択するという利益、③商品や役務を消費者として事業者から購入し、または事業者の求めに応じて売却するという「取引」（消費者取引）にあたり、勧誘方法、契約条件（価格を含む）、履行状況すべてにおいて公正な取扱いを受けるという利益をあげている。

(97) 大村敦志『消費者法［第四版］』（有斐閣・二〇一一年）三七四～三七五頁。

(98) 中川・前掲註（96）一九八～一九九頁。

(99) 原野・前掲註（62）四〇頁。

(100) 原野・前掲註（62）三三頁。

(101) 伊藤眞『民事訴訟の当事者』（弘文堂・一九七八年）八九頁以下。

(102) 伊藤・前掲註（101）一〇三頁。

(103) もっとも、その後、豊前火力発電所操業差止訴訟最高裁判決（最判昭和六〇年一二月二〇日判時一一八一号七七頁）が紛争管理権論を否定するかのような旨の判示を

行った。これを受けて、伊藤教授は、民事（差止）訴訟については、紛争管理権者を任意的訴訟担当資格を取得した者と捉える見解に転じたが、行政訴訟については従来の紛争管理権論を基本的に維持している（伊藤眞「紛争管理権論再論――環境訴訟への受容を目指して――」新堂幸司編『紛争処理と正義――竜嵜喜助先生還暦記念』（有斐閣出版サービス・一九八八年）二〇三頁以下）。

(104) 福永有利「新訴訟類型としての『集団利益訴訟』の法理――環境保護訴訟・消費者保護訴訟についての一考察――」同『民事訴訟当事者論』（有斐閣・二〇〇四年）二二三頁（初出：一九九四年）。

(105) 伊藤・前掲註（101）一三四頁。

(106) 鉄道事業法研究会編『逐条解説鉄道事業法』（第一法規・一九八八年）一三八頁。

(107) 友岡・前掲註（8）一〇〇～一〇一頁。

(108) 参照、友岡・前掲註（8）一〇一頁。

(109) タクシー運賃認可処分（「適正な原価」「適正な利潤」「不当な差別的取扱い」「不当な競争」という認可要件が法定されている（道路運送法第九条の三第二項））が裁量処分であることについて、参照、山下竜一「公共料金――タクシー運賃値下げ事件」市川正人＝曽和俊文＝池田直樹編『ケースメソッド公法〔第三版〕』（日本評論社・二〇一二年）三三九～三四〇頁。

(110) 阿部・前掲註（2）四頁。

(111) 原告側が、本件を「京成ただ乗り訴訟」と名づけたゆえんである（阿部・前掲註（2）五頁）。

(112) 友岡・前掲註（8）一〇二頁。

判例研究

民事判例研究

高橋周史

株式買取請求・買取価格決定手続に要求される個別株主通知の時期および全部取得条項付種類株式の取得の影響

最決平成二四年三月二八日民集六六巻五号二三四頁、判時二一五七号一〇四頁、判タ一三七六号一四〇頁、金判一三九八号二七頁

〔参照条文〕会社法一一六条一項二号、一七二条二項、社債等振替法一五四条二項

〔事実〕

Y社は住居、生活関連用品の小売販売やリフォーム等を行うほか、生鮮食料品の小売販売を行う株式会社であり、平成二〇年一〇月以前から大阪証券取引所の市場第二部に普通株式を上場していた。Y社の普通株式は、平成二一年一月五日に社債、株式等の振替に関する法律（以下、「社債等振替法」という）に従い同法一二八条一項所定の振替株式となった。Y社は厳しい経営環境の中で業績を悪化させており、経営再建のために医薬品等の販売事業を営むA社との間で資本業務提携を行うことを検討していた。その内容は、Y社をA社の完全子会社とするために、平成二一年二月一七日から同年三月一七日までを買付期間としてA社がY社株式の公開買付を行い、その後Y社普通株式を全部取得条項付種類株式に変更したうえでY社がその全てを取得するというものであった。

平成二一年二月一六日、A社はY社普通株式を公開買付により取得することを表明し、同日にY社はこれに賛同した。公開買付の結果、A社はY社普通株式の八六・一六％を取得した。

Y社は、平成二一年三月三一日を基準日として、同年六月二九日に株主総会を開催し、以下の①ないし③の決議を行うとともに、同日に開催された普通株式の株主による種類株主総会において、②の決議を行った（以下、①ないし③の決議を行った株主総会および②の決議を行った種類株主総会を「本件総会」という）。

①残余財産分配についての優先株式であるA種種類株式を発行することができるように定款を変更すること。

②Y社普通株式を全部取得条項付種類株式として、その取得対価として全部取得条項付種類株式一株につきA種種類株式を〇．〇〇〇〇〇五八八株の割合をもって交付する旨の定款変更を行い、この定款変更の効力発生日を同年八月四日とすること。

③Y社による取得日を同年八月四日と定めて、上記取得対価による全部取得条項付種類株式の全部の取得を行うこと。

X1は、本件総会に先立ち、上記の議案に反対する旨をY社に通知し、かつ本件総会において同議案に反対する旨の議決権を行使した。X2は本件基準日において保有する普通株式を第三者に貸付けており、本件総会において議決権を行使しなかった。X1、X2（以下「Xら」とする）は、平成二一年七月一一日、会社法一七二条一項に基づき、保有するY社株式（X1：七万三〇〇〇株、X2：二九万五〇〇〇株）につき、全部取得条項付種類株式の取得価格決定の申立てを行った（以下、「本

件取得価格決定の申立て」という）。

Xらはさらに、平成二一年七月三〇日、Y社に対して会社法一一六条一項に基づき、保有するY社株式を公正な価格で買い取ることを請求した（以下、「本件株式買取請求」という）。

平成二一年七月二九日、Y社株式は上場廃止となり、同年八月四日には振替機関による取り扱いが廃止された。しかし、Xらは同日までに社債等振替法一五四条三項所定の個別株主通知の申出をしていなかったため、Xらの株式買取請求について、個別株主通知がされることはなかった。同日、本件総会の決議で定められた通り、定款変更の効力が発生し、Y社は全部取得条項付種類株式の全部を取得した。なお、Xらの保有するそれぞれ一株に満たないA種種類株式の端数については、平成二一年九月三日、裁判所の売却許可によりA社に対して一億一四六万四九四八円で売却された（会社二三四条二項）。

平成二一年九月三〇日、Xらは、会社法一一七条二項に基づき、本件株式買取請求に係る買取価格決定の申立てを行った（以下、「本件買取価格決定の申立て」という）。Y社は、本件買取価格決定の申立ての審理において、平成二一年一一月一八日に提出した書面により、Xらについて個別株主通知がなされていないことを理由に、本件買取価格決定の申立てが不適法であることを主張して争った。

原々審決定（徳島地決平成二二年三月二九日金判一三九二号三四頁）は、①本件株式買取請求の効力発生日である代金支払時（会社一一七条五項）より前の平成二一年八月四日に、Xらの普通株式は全部取得条項が付されて全部取得され、その対価としてXらはそれぞれ一株に満たないA種種類株式の端数を交付されたこと、②Xらの保有するA種種類株式の端数を含むA種種類株式一株は、平成二一年九月三日にA社に対して売却されたことを理由に、Xらは株式買取請求の対象となるY社の普通株式を保有していないとして、本件申立てを不適法として却下した。

原審決定（高松高決平成二二年一二月八日金判一三九二号三四頁）は、①全部取得条項付種類株式となったことを前提として種類株式の取得価格決定の申立てをした株主が、全部取得条項を付する定款変更決議に対する反対株主として株式買取請求を行うことは相矛盾する行為であること、②取得価格決定の申立てだけでも反対株主の保護に欠けるところはないことを理由に、会社法一七二条一項に基づく全部取得条項付種類株式の取得価格決定の申立てを行ったXらが、さらに会社法一一六条一項に基づく株式買取請求をすることはできないと判断して、X

らの抗告を棄却した。そこで、Xらが許可抗告の申立てを行ったのが本件である。

〔決定要旨〕抗告棄却

（職権による検討）

「会社法一一六条一項所定の株式買取請求権は、その申立期間内に各株主の個別的な権利行使が予定されているものであって、専ら一定の日（基準日）に株主名簿に記載又は記録されている株主をその権利を行使することができる者と定め、これらの者による一斉の権利行使を予定する同法一二四条一項に規定する権利とは著しく異なるものであるから、上記株式買取請求権が社債等振替法一五四条一項、一四七条四項所定の「少数株主権等」に該当することは明らかである。そして、会社法一一六条一項に基づく株式買取請求（以下「株式買取請求」という。）に係る株式の価格は、同請求をした株主と株式会社との協議が調わなければ、株主又は株式会社による同法一一七条二項に基づく価格の決定の申立て（以下「買取価格の決定の申立て」という。）を受けて決定されるところ、振替株式について株式買取請求を受けた株式会社が、買取価格の決定の申立てに係る事件の審理において、同請求をした者が株主であることを争った場合には、その審理終結までの間に個別株主通知がされることを要するものと解される（最高裁平成二二年（許）第九号同年一二月七日第三小法廷決定・民集六四巻八号二〇〇三頁参照）。上記の理は、振替株式について株式買取請求を受けた株式会社が同請求をした者が株主であることを争った時点で既に当該株式について振替機関の取扱いが廃止されていた場合であっても、異ならない。なぜならば、上記の場合であっても、同株式会社において個別株主通知以外の方法により同請求の権利行使要件の充足性を判断することは困難であるといえる一方、このように解しても、株式買取請求をする株主は、当該株式が上場廃止となって振替機関の取扱いが廃止されることを予測することができ、速やかに個別株主通知の申出をすれば足りることなどからすれば、同株主に過度の負担を課すことにはならないからである。」

「これを本件についてみるに、本件買取請求を受けたY社においてXらが株主であることを争っているにもかかわらず、本件買取価格の決定の申立ての審理終結までの間に個別株主通知がされることはなかったのであるから、Xらは自己が株主であることをY社に対抗するための要件を欠くことになり、本件買取請求は不適法となる。

そうすると、本件買取価格の決定の申立ては、適法な株式買取請求をした者ではない者による申立てとして不適法である。」

（抗告人らの抗告理由について）

「会社法一七二条一項が全部取得条項付種類株式の取得に反対する株主に価格の決定の申立て（以下「取得価格決定の申立て」という。）を認めた趣旨は、その取得対価に不服がある株主の保護を図ることにあると解され、他方、同法一一六条一項が反対株主に株式買取請求を認めた趣旨は、当該株主に当該株式会社から退出する機会を付与することにあるから、当該株主が取得対価に不服を申し立てたからといって、直ちに当該株式会社から退出する利益が否定されることになるものではなく、また、当該株主が上記利益を放棄したとみるべき理由もない。したがって、株主が買取価格決定の申立てをしたことを理由として、直ちに、当該株式についての株式買取請求が不適法になるものではない。

しかしながら、株式買取請求に係る株式の買取りの効力は、同請求に係る株式の代金の支払の時に生ずるとされ（同法一一七条五項）、株式買取請求がされたことによって、上記株式を全部取得条項付種類株式とする旨の定款変更の効果や同株式の取得の効果が妨げられると解する理由はないから、株式買取請求がされたが、その代金支払までの間に、同請求に係る株式を全部取得条項付種類株式とする旨の定款変更がされ、同株式の取得日が到来すれば、同株式について取得の効果が生じ（同法一七三条一項）、株主は、同株式を失うと解される。そして、株式買取請求及び買取価格の決定の申立ては、株主がこれを行うこととされており（同法一一六条一項、一一七条二項）、株主は、株式買取請求に係る株式を有する限りにおいて、買取価格の決定の申立ての適格を有すると解すべきところ、株式買取請求をした株主が同請求に係る株式を失った場合は、当該株主は同申立ての適格を欠くに至り、同申立ては不適法になるというほかはない。」

「これを本件についてみるに、Xらの有する本件買取請求に係る普通株式は、平成二一年八月四日、全部取得条項付種類株式となり、Y社がこれを全部取得し、Xらは、同日、同株式を失ったのであるから、Xらは、同株式の価格の決定の申立て適格を欠くに至り、同申立ては不適法というべきである。」

〔評釈〕

一　本決定の意義

本決定は、全部取得条項付種類株式を利用した上場株式会社

の組織再編において、①定款変更に反対する株主による株式買取請求権（会社一一六条一項）が、社債等振替法一五四条二項により個別株主通知を要求される「少数株主権等」に該当すること、②買取価格決定の申立てに係る事件の審理において、同請求を行った者が株主であることを争った場合には、個別株主通知は、株式買取請求に続く買取価格決定の申立て（会社一一七条二項）の結審時までに行われる必要があること、および、③会社による全部取得条項付種類株式の取得により株式買取請求の対象となる株式を失った株主は買取価格決定の申立てを行う適格を欠くことを、最高裁としてはじめて判断した(1)。

まず、①および②の判断については、全部取得条項付種類株式の取得価格決定申立て（会社一七二条一項）に対する最決平成二二年一二月七日民集六四巻八号二〇〇三頁〔メディアエクスチェンジ事件決定〕によって、本決定に類似する判断が下されていた。本件のように全部取得条項付種類株式を利用して少数株主を締め出すいわゆる締出し（スクイーズアウト）の事案では、（一）被買収会社の普通株式の公開買付、（二）被買収会社の普通株式を全部取得条項付種類株式にする定款変更決議、（三）その種類株式の全部取得を行うための株主総会決議（会社一七一条一項）を通して少数株主を締め出すことが一般的である。締め出しに反対する少数株主の救済としては、（二）の決議に反対して株式買取請求権を行使し、会社との協議が調わない場合は株式の買取価格決定の申立てを行う場合と、（三）の決議について全部取得条項付種類株式の買取価格決定の申立てを行う場合との二つが考えられる。メディアエクスチェンジ事件の最高裁決定は、後者の場合に該当し、そこでは全部取得条項付種類株式の取得価格決定の申立ては社債等振替法の「少数株主権等」に該当すること、および個別株主通知は取得価格決定申立ての結審時までに済ませる必要があることが判断された。本決定の①②の判断は前者の場合についてのものであり、メディアエクスチェンジ事件の決定要旨を引用しつつ、株式買取請求権が「少数株主権等」に該当することと、株式買取請求・買取価格決定の申立てについて個別株主通知のタイミングを判断した点で重要である。

また、③の判断については、本件のような締出し事案では、発行株式に全部取得条項を付する定款変更を目的とする株主総会から一か月後に定款変更の効力と全部取得の効力が同時に生じるという日程が一般的であるため、少数株主の利益保護の方策として株式買取請求は利用しにくく、取得価格決定の申立てを利用する方が良いことが明らかになった点で実務上重要であ

るとされている。

以上のように、本決定は、株式買取請求権について個別株主通知の要否とタイミングについて判断した点（①②）、および全部取得条項付種類株式の取得により買取価格決定の申立てが受ける影響を明らかにした点（③）に意義がある。このうち、本決定が抗告理由に対する判断として示しているものは③の判断であり、①②の判断は「職権による検討」として示されていることから、本決定の結論を直接導いた判断は③の判断であったと考えられる。もっとも、①から③の判断はいずれも最高裁としてはじめて下された重要な判断であるため、本評釈では、以上の各点について順番に検討していく。

二　社債等振替法と株式買取請求権

平成二一年一月五日から上場会社の株券はすべて、証券会社等の振替口座簿で電子的に管理される振替株式となった（株券の電子化）。振替株式の株主による会社に対する権利行使については、社債等振替法で規定されている。振替制度の下では、株主名簿の名義書換については会社法一三〇条一項の規律が排除され、原則として一年に二回、ある時点（基準日）における振替機関およびその下位の口座管理機関の振替口座簿に記録されている上場会社の株主の情報を当該上場会社に通知する総株主通知（振替一五一条）による名義書換が行われる。基準日における株主の株式保有状況を通知する総株主通知に対して、基準日とは関係のないある時点において株式を保有していることが権利行使要件となる株主権に対応するため、社債等振替法は各株主の申出に基づいて行う個別株主通知（振替一五四条）を規定している。社債等振替法は、個別株主通知が必要となる株主権を「少数株主権等」と定義しており、その内容は基準日を定めて行使する株主権（会社一二四条一項）を除く権利とされている（振替一四七条四項参照）。基準日に係る権利については、総株主通知により権利の有無が判断されるため、各株主が個別に通知の申出をする必要はないが、「少数株主権等」に該当し個別株主通知が必要となる権利を行使するためには、各株主の申出が必要である。

本件で問題となっている株式買取請求権は、株主による個別株主通知なく行使されているため、株式買取請求権が個別株主通知の必要な「少数株主権等」に該当するかが問題となり、この点の最高裁の判断が注目された。

二―一　株式買取請求権の少数株主権等への該当性

本決定は、会社法一一六条一項に基づく株式買取請求権を、社債等振替法の「少数株主権等」に該当することは明らかであると判断した。その理由として、本決定は、株式買取請求権は基準日に株主名簿に記載されている株主が一斉に権利を行使するものとは異なり、所定の申立期間内に各株主の個別的な権利行使が予定されているものであることを挙げている。最高裁の挙げる理由は、全部取得条項付種類株式の取得価格決定の申立ての事案であるメディアエクスチェンジ事件において示された理由と同様のものである。メディアエクスチェンジ事件において、最高裁は、全部取得条項付種類株式の取得価格決定の申立をする権利を「申立期間内である限り、各株主ごとの個別的な権利行使が予定されているものであって、専ら一定の日（基準日）に株主名簿に記載又は記録されている株主をその権利を行使することができる者と定め、これらの者による一斉の権利行使を予定する同法一二四条一項に規定する権利とは著しく異なるものである」として、「（取得）価格決定申立権が社債等振替法一五四条一項、一四七条四項所定の「少数株主権等」に該当することは明らかである」と判断していた。本決定の判断対象は会社法一一六条一項の株式買取請求権であるものの、株主ごとの個別的な権利行使を予定する点では会社法一七二条一項の全部取得条項付種類株式の取得価格決定申立ての場合と異ならないため、同様の判断がなされたものと考えられる。

また、本決定の当該部分の主語は「会社法一一六条一項所定の株式買取請求権」であるため、会社法一一七条二項に基づく買取価格決定の申立ても「少数株主権等」に該当するか、本決定の文言からは明らかではない。しかし、買取価格決定の申立ては株式買取請求を行った株主と会社の間で買取価格の協議が不調の場合に引き続いて行われるものであり、株式買取請求を株主ごとの個別の権利行使であると判断する本決定が、株式買取請求に続く買取価格決定の申立てについては一斉の権利行使であると考えているとはいいがたい。むしろ、本決定は、株式買取請求と買取価格決定の申立てを連続的に捉えることを当然としているため、買取価格決定申立てが「少数株主権等」に該当することを述べなくても、株式買取請求権が「少数株主権等」に該当することを示せば十分であると判断したものと思われる。

二―二　個別株主通知の法的性質とタイミング

二―二―一　個別株主通知の法的性質

本決定は、株式買取請求権が「少数株主権等」に該当することを判断したのちに、株式買取請求を受けた会社が買取価格決

定の申立審において株主の地位を争った場合には、審理終結までの間に個別株主通知を必要とすることを判断した。本決定の参照するメディアエクスチェンジ事件決定では、全部取得条項付種類株式の取得価格決定の審理において、「会社が裁判所における株式価格決定申立て事件の審理において申立人が株主であることを争った場合、その審理終結までの間に個別株主通知がされることを要」すると判断され、その理由は、個別株主通知の法的性質が、少数株主権等の行使の場面において、株主名簿に代わって会社に対する対抗要件であること（振替一五四条一項）に求められている。学説・実務も、社債等振替法一五四条一項が、会社に対する対抗要件を規定する会社法一三〇条一項に代替するものとして個別株主通知を規定していることを理由に個別株主通知の法的性質を会社に対する対抗要件と考えている[2]。本決定は、会社が株主の地位を争った場合に個別株主通知が結審時までに必要であると判断した理由を明示していないが、メディアエクスチェンジ事件決定を参照していることを考えると、個別株主通知が会社に対する対抗要件であることを理由にしていると思われる。

二―二―二　個別株主通知のタイミング

本件は株主による個別株主通知なく株式買取請求権が行使された事案であり、本決定は、買取価格決定の申立審において会社が株主の地位を争った場合には、株主は株式買取請求権を行使する際に個別株主通知を行っていなくても、買取価格決定申立審の審理終結時までに個別株主通知を行えばよいという判断をしたものである。

もっとも、本件の評釈には、本決定の判断内容について、会社が株主の地位を争った時期を問わず、株主は株式買取請求・買取価格決定の申立てを通して買取価格決定申立審の審理終結時までに一回の個別株主通知を行えばよいことが明らかにされたものと捉えているものもある[3]。本決定をこのように理解する理由としては、「少数株主権等」の該当性において示された株式買取請求と買取価格決定の申立てを連続して把握する本決定の判断と整合的であることが挙げられている。本決定の内容をこのように理解すると、仮に会社が株式買取請求の時点で株主の地位を争った場合であっても、株主は買取価格決定申立ての結審時までに個別株主通知をすればよいことになる。こうした理解の背景には、個別株主通知を行う株主側の負担を考慮して、株式買取請求と買取価格決定申立ての両者を通じて合計一回の通知があれば足りるとする有力な見解[4]が示されていることがあ

るように思われる。

他方で、株式買取請求と買取価格決定の申立てと個別株主通知の回数の問題については、本決定においても、通知が一回でよいか、それぞれについて合計二回の通知が必要かは明確にされていないとする指摘もなされている。[5] 学説においても、株式買取請求と買取価格決定の申立てのそれぞれについて、株主は一回ずつ合計二回の通知を行う必要があるとする見解[6]が存在している。この見解は、株式買取請求権（会社一一六条）は、株主の会社に対する権利行使であるのに対し、買取価格決定の申立て（会社一一七条）は、実体法上、会社に対する権利行使と構成することも可能ではあるが裁判によってしか行使する方法のない権利であるとして、両請求を受ける者が異なることに注目する。そして、株式買取請求は会社に対する権利行使であるため、会社は権利行使を受けて株式の価格について協議等の検討をしなければならない以上、会社が株主の地位を争う場合、株主は会社法所定の権利行使期間内（効力発生日の二〇日前から前日まで。会社法一一六条五項）に個別株主通知を行う必要があるとする。[7] このような理解は、「…少数株主権等は、次項の通知がされた後政令で定める期間が経過する日までの間でなければ、行使することができない」として個別株主通知を前提とした少数株主権の行使を規定している社債等振替法一五四条二項の文言と整合的であるとともに、株式買取請求後、買取価格決定申立てまでの間に株主が株式を売却する可能性があるため、[8] 会社は買取価格決定申立てを行った者が株式取得に反対した反対株主であることを改めて確認するために、買取価格決定申立ての段階で改めて個別株主通知を要求し、当該株主が株式買取請求を行った株主と同一であることを確認できるという会社の要求に対応するものである。[9]

本決定、メディアエクスチェンジ事件決定ともに、裁判所における価格決定申立事件の審理終結までの間に対抗要件としての個別株主通知を要する旨の判断をしているため、最高裁がこうした見解を採用しているとは言い難い。もっとも、本件では争われていないものの、上記の二回の通知を必要とする学説が考慮しているように株式買取請求をした者と買取価格決定申立てをした者が異なるという事態が起こる可能性があり、会社が買取価格決定申立てをした者と株式買取請求をした者の同一性を争った場合、[10] 裁判所が株式買取請求に係る個別株主通知をどのように評価するかは明らかではない。仮に、株主の同一性の判断要素として株式買取請求に係る権利行使期間内の個別株主通知と買取価格決定申立てに係る個別株主通知が同一の者に

よってなされていることを考慮するならば、対抗要件とは異なる一種の権利行使要件として二回の個別株主通知が要求されることになり、この場合には二回の個別株主通知を要求する見解に近づくという可能性も残されている。

以上のように、会社が買取価格決定申立てをした者と株式買取請求をした者の同一性を争うことも考えられ、本決定からは、そのような場合を含めて、買取価格決定の申立ての結審時までに一回の個別株主通知があればよいことになるかどうかは分からないものと思われる。

二―二―三　振替機関による取扱い廃止

本決定は、買取価格決定申立審理の中で、株式買取請求をした者が株主であることを会社が争った時点で、既に当該株式について振替機関の取扱いが廃止されていた場合であっても、審理終結時までに個別株主通知が必要であると判断している。本件株主は、振替機関の取り扱いが廃止された時点である平成二一年八月四日までに個別株主通知を具備する必要があったことになるため、会社が株主の地位を争った時点ではすでに株主は個別株主通知を具備することはできなくなっていた。このような判断は株主にとって酷に思われるが、本決定は、①会社が個別株主通知以外の方法により株式買取請求の権利行使要件の充足性を判断することは困難であること、②株式買取請求をする株主は、当該株式が上場廃止となって振替機関の取扱いが廃止されることを予測することができ、速やかに個別株主通知の申出をすれば足り、株主にとって過度の負担にはならないことを挙げて、判断の妥当性を根拠づけている。

理由①については、会社は「個別株主通知以外の方法」として、振替機関に対して株主の口座の有無等について情報の提供を請求する権利を有している（振替二七七条）。もっとも、株式買取請求権のように、行使する株主の数が多数に及ぶことが予想される場合には会社が個別の株主ごとに振替機関に対して情報提供を請求することは困難であることが指摘されている[11]。また、理由②については、実務家の立場から、振替機関の廃止には一定の予告期間が設けられる慣行があることを指摘して[12]、株主は取扱いの廃止を予測することが期待できるため、取扱いの廃止までに個別株主通を要求しても酷とは言えないとする評釈がなされている。以上のことから、本決定の以上の理由づけは妥当なものと思われる。

三　全部取得条項付種類株式の全部取得後の株式買取請求権

本決定は、株式買取請求の効力発生日である代金支払までの間に、同請求に係る株式を全部取得条項付種類株式とする旨の定款変更がされて当該株式の取得日が到来すれば株式取得の効果が生じ、株式買取請求に係る株式を失った株主は、買取価格決定申立ての適格を欠くため、申立ては不適法になることを最高裁として初めて判断した。

三―一　本件下級審決定との関係

本決定は、以上の結論を導く前に、会社法一七二条一項の取得価格決定申立ての趣旨と会社法一一六条一項の反対株主の株式買取請求の趣旨を検討し、前者の申立てによって後者の請求の利益が否定されることはないことを判断している。この判断は、原審決定を否定するためのものであると考えられる。

本件の原々審決定は、会社による全部取得条項付種類株式の取得、およびXらに対する一株に満たない端株の交付とA社への任意売却の処理によって、Xらは株式買取請求の対象となるY社の普通株式を失ったことを理由に買取価格決定の申立てを不適法として却下した。しかし、本件の原審決定は、株主が全部取得条項付種類株式の取得価格決定の申立てと、株式買取請求・買取価格決定の申立てを行うことは相矛盾する行為であることを理由に、前者を行った株主は、後者の行為を行えないとして、買取価格決定の申立てを不適法であるとして却下した。原審決定が原々審決定とは異なる理由によって同じ結論を導いた理由については、原々審決定のように全部取得条項付種類株式の取得により株式を失った者による株式買取請求を認めないとすると、株式買取請求を利用できる場面が限定されてしまい適切ではないと考えられた可能性があるという指摘がなされている(13)。

また、本件に先立つ下級審決定として、全部取得条項付種類株式の全部取得の効果発生後の株式買取請求権の帰趨について判断した大阪高決平成二四年一月三一日金判一三九〇号三二頁は、「株式買取請求をした株主は、当該全部取得条項付種類株式の取得の効果が生じた後においても、当該株式買取請求に係る買取りの代金の支払いを受けるまでは、当該株式会社の株主としての地位…を失わず、したがって、当該株式買取請求もその効力を失わないと解するのが相当」であると判断していた。

本決定は、全部取得条項付種類株式の取得に係る価格決定申立てを認めた趣旨は、取得対価に不服がある株主の保護を図ることであり、反対株主に株式買取請求を認めた趣旨は、株主に当該株式会社から退出する機会を付与することであるとしたう

えで、前者の請求によって後者の利益が否定されることはなく、また株主が後者の利益を放棄したとは言えないことを理由に、原審決定の挙げる理由を否定した。本決定により、株主の取得対価決定の申立てを行う利益と、株式買取請求により株式会社から退出する利益は両立しうることが明らかにされた。

三―二　株式買取請求に対して全部取得条項付種類株式の取得が与える影響

本決定は、株式買取請求の効力発生日（代金支払時）までに株式を全部取得条項付種類株式とする定款変更の効力が生じ、会社が株式を取得した場合には、株主は株式買取請求に係る株式を失うと判断した。その理由は、株式買取請求によって、株式を全部取得条項付種類株式とする定款変更の効力や会社による取得の効果を妨げる理由がないことに求められている。これにより、株式買取請求を行った株主は、全部取得条項付種類株式の取得によっても、当該請求に係る買い取り代金の支払いを受けるまでは株主としての地位を失わないという大阪高決平成二四年一月三一日の判断は明確に否定されたことになる(14)。

もっとも、本決定の挙げる理由の妥当性については評価が分かれている。一方では、会社法上、株式買取請求によって全部取得条項付種類株式の取得の効果が妨げられることを認める規定はないため、本決定の理由は妥当であるとする見解がある(15)。他方で、株式買取請求における公正な価格の算定基準時について、最近の最高裁決定は、株式買取請求をした時点で株主と会社は売買契約が成立したのと同じ法律関係に立つことなどを理由に算定基準時を買取請求時とする判断を下していることから(16)、全部取得条項付種類株式の取得が売買契約と同様の法律関係を消滅させる効果を有することの会社法上の根拠がないという指摘もなされている(17)。

このように、本決定の挙げる理由については評価が分かれているところである。もっとも、本決定は、株主が株式買取請求・買取価格決定の申立てと全部取得条項付種類株式の取得価格決定申立ての両者を行うことを否定していないため、大阪高決平成二四年一月三一日のように、会社による株式取得後も株式買取請求権を行使した者が株主としてとどまることを認めるとすると、株主は取得対価を受け取っておきながら反対株主として株式買取請求をすることが認められることになる。このため、買取価格と取得価格が異なる場合に株主に対してどちらの対価を支払うか、すでに取得対価が支払われた場合に買取価格による支払いをどのように処理するかという困難な問題に直面する

ことになる[18]。また、本件原審の判断理由に示されているように、会社による全部取得後の株主は、株式買取請求権を否定されたとしても、全部取得条項付種類株式の取得価格決定申立てをすることにより、取得対価を受け取る方策は残されている[19]。なお株式買取請求における買取価格の内容と全部取得条項付種類株式の取得価格の内容が異なる場合には、株主保護の内容に差異が生じることも考えられるところ、株式移転に反対する株主の株式買取請求における「公正な価格」の内容を判断した最決平成二四年二月二九日民集六六巻三号一七八九頁によると、株式買取請求にかかる「公正な価格」の内容は、当該組織再編行為により企業価値が増加しない場合は「ナカリセバ価格」、それ以外の場合は「比率が公正なものであったならば…その株式が有していると認められる価格」とされており、後者は企業価値の増加分を考慮した「シナジー反映価格」と考えられる。反対株主がいずれの価格による買取を請求しているか不明確な場合は、いずれかの高い方の価格が「公正な価格」となる[20]。他方で、全部取得条項付種類株式の取得価格決定の申立てにかかる取得価格については、最決平成二一年五月二九日金判一三二六号三五頁（レックス・ホールディングス事件）の補足意見において、①当該組織再編行為が行われなかったならば株主が得たであろう株式の価格と、②当該組織再編行為によって実現が期待される企業価値の増加分を公正に分配した価格とを合算した価格であるとする見解が示されている。期待される企業価値の増加分がマイナスの場合には、当該組織再編行為が行われなかったならば株主が得たであろう株式の価格が保障されるため、補足意見に従うと、全部取得条項付種類株式の取得価格決定の申立ての場合にも、反対株主の株式買取請求の場合と実質的には同等の「公正な価格」が保障される。以上のことを踏まえると、株式買取請求を否定した本決定の結論は妥当であると考えられる。

四　残された課題 ― 会社法改正の影響

本決定により、株式買取請求制度には、振替制度の個別株主通知との関係では通知回数の問題があり、全部取得条項付種類株式の取得の影響との関係では、株主保護の機能を果たせていないという問題が明らかになった。前者の問題については、「会社法制の見直しに関する要綱（以下、「要綱」とする）」（平成二四年九月七日）第二部第三の一において、定款変更や組織再編の際には会社に買取口座の開設を義務付け、反対株主が株式買取請求をするには当該買取口座に株式を振替えなければならないとする制度が新設された（新振替一五五条一項[21]）。こうし

た制度により、会社は株主が本当に株式を保有していることが確認できるようになるため、個別株主通知を要求する必要がなくなり、前者の問題は改善することが見込まれている。また、後者の問題についても、「要綱」は株式買取請求権における買取の効力発生日を定款変更の効力発生日とする改正を行うことが検討され（第二部第三の二）、改正法に反映している（新会社一一七条六項）。改正の背景には、組織再編に反対する株主の株式買取請求にかかる買取の効力が合併等の効力発生日に生じることとされており（会社七八六条五項）、買取代金支払い前に株主の元から株式が失われることはない一方、定款変更の場合は、本件のように買取代金支払い前に株主の元から株式が失われる可能性があり（会社一一七条五項）、定款変更の場合の株式買取請求の使いにくさが指摘されていた事情がある[22]。この改正により、定款変更の効力が発生し会社が株式を取得した時点で買取の効果が発生することになるため、本決定の判断の下であっても株主は買取価格決定の申立てを行うことが可能となり、株主は取得価格決定の申立てと株式買取請求・買取価格決定申立てのどちらの方法で争うことも可能となる。ただし、こうした改正の結果、取得価格と買取価格が異なる場合の処理など本評釈三－二で検討した問題をどう考えるかという問題が現実に生じることになる。

（1）本決定の評釈として、以下のものを参照した。髙橋美加・判批・ジュリ臨増一四五三号九九頁、髙橋真弓・判批・判時二一七五号一三七頁、吉本健一・判批・金判一四〇七号二頁、日下部真治・判批・金判一四〇三号八頁、木俣由美・判批・法教別冊三九〇号一四頁、鳥山恭一・判批・法セ六八九号一二七頁、仁科秀隆・判批・ジュリ増「実務に効くM&A・組織再編判例精選」一一二頁。

（2）実務では、株主による定款の閲覧謄写請求権の行使は、基準日に関係しない個別的な権利行使に該当するが、実務上、会社側は個別株主通知を要求しないことが一般的であるとされており、対抗要件としての理解を前提とした運用がなされている。仁科・前掲注（1）一一七頁。

（3）鳥山・前掲注（1）一二七頁、日下部・前掲注（1）一一－一二頁。

（4）浜口厚子「少数株主検討の行使に関する振替法上の諸問題」商事一八九七号（二〇一〇）三六－三七頁参照。

（5）高橋美加・前掲注（1）一〇〇頁。

（6）葉玉匡美＝仁科秀隆監修『株券電子化ガイドブック〔実務編〕』三三八頁（商事法務、二〇〇九）参照。

（7）仁科秀隆「メディアエクスチェンジ株式価格決定申立

事件最高裁決定の検討」商事一九二九号（二〇一一）一三頁参照。

（8）メディアエクスチェンジ事件決定は、「社債等振替法一五四条二項が、個別株主通知がされた後の少数株主権等を行使することのできる期間の定めを政令に委ねることとしたのは、個別株主通知がされた後に当該株主がその振替株式を他に譲渡する可能性があるため…」として、個別株主通知後の振替株式の短期的な譲渡の可能性を指摘している。

（9）株式買取請求権行使後に株式譲渡が行われた場合の譲受人は、株主総会の基準日後に株式を取得した株主であり当該総会において議決権を行使できないため、「反対株主」として株式買取請求を行うことはできないものと考える立場が一般的である。江頭憲治郎（編）『株式会社法体系』（有斐閣、二〇一三）川島いづみ「反対株主の株式買取請求権」二〇九頁参照。

（10）株式買取請求権行使後に株式譲渡が行われた場合の譲受人は「反対株主」として株式買取請求権を行使できないと考えられるため、買取価格決定申立てを行った株主は株式買取請求を行った株主であることが要求されることになる。前掲注（9）参照。

（11）日下部・前掲注（1）一一頁参照。

（12）日下部・前掲注（1）一一頁参照。

（13）大阪高決平成二四年一月三一日は、株式を全部取得条項付種類株式とする定款変更に反対した株主が株式買取請求・買取価格決定の申立てを行ったことに対し、会社が取得日の株式取得を理由に申立ての不適法を主張した事案である。株式買取請求を行った株主は、全部取得条項付種類株式の取得によっても、当該請求に係る買い取り代金の支払いを受けるまでは株主としての地位を失わないと判断されたため、本件原審決定もこれに従った可能性があることが指摘されている。日下部・前掲注（1）一二頁参照。

（14）江頭憲治郎（編）『株式会社法体系』（有斐閣、二〇一三）神田秀樹「株式振替制度」一七九頁の脚注二九）参照。本決定により、大阪高決平成二四年一月三一日の株式買取請求・買取価格決定申立ての適法性についての判断の先例的価値は失われたとする指摘がある。

（15）日下部・前掲注（1）一三頁参照。

（16）株式移転に反対する株主の株式買取請求権について「公正な価格」の算定時期を判断したものとして、最決平成二三年四月一九日民集六五巻三号一三一一頁がある。また、最近の最高裁の動向を整理したものとして、江頭（編）・前掲注（9）川島二一一頁を参照。

（17）吉本・前掲注（1）五頁を参照。

（18）仁科秀隆「株式の価格決定と個別株主通知」商事一九

七六号三二頁（二〇一二）参照。

(19) 全部取得条項付種類株式の取得価格の算定基準時と株式買取請求に係る買取価格決定の申立ての買取価格の算定基準時が異なるため、算定基準時次第で算定される株価に差が生じる可能性があり、両者は同一の救済手段ではないとして、全部取得条項付種類株式の取得により株式買取請求権による救済を否定することは妥当ではないとする見解がある。吉本・前掲注（1）六頁参照。

(20) 大阪地決平成二〇年一一月一三日金判一三三九号五六頁。

(21) 仁科・前掲注（1）一一九頁参照。なお、「要綱」を反映した「会社法の一部を改正する法律案」は平成二六年六月二七日に公布された。

(22) 高橋美加・前掲注（1）一〇〇頁参照。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 65 No. 5 (2015)
SUMMARY OF CONTENTS

Königsgerichtsbarkeit und öffentliche Notare im deutschen Spätmittelalter

Masaki TAGUCHI*

Der vorliegende Aufsatz behandelt die Verhältnisse zwischen der deutschen Königsgerichtsbarkeit und der öffentlichen Notare vom Ende des 13. Jahrhunderts bis 1400. Nachdem die Grundzüge der Entwicklung des öffentlichen Notariats im deutschen Spätmittelalter dargestellt werden, sind die einschlägigen Quellen vorgestellt und analysiert. Sie stammen meistens aus der Zeit Karls IV. und neigen sich unter seinem Sohn Wenzel geringer. Es war nicht der Herrscherhof selber, sondern die Parteien, die die öffentlichen Notare Instrumente schreiben ließen. Unter den Benutzern der Notare waren die Geistlichen überwiegend, aber die Städte und Bürger waren ebenfalls öfter zu finden, während der Adel eher selten auftauchte. Viele Quellenbelege kamen aus den Westgrenzen und dem Westen des Reiches, aber die Zeugnisse verbreiteten sich vor allem unter Karl IV. langsam nach Osten des Rheins. Es ist auffallend, dass die Notare oft in besonderer Situation eingesetzt wurden. Man wollte z. B. spezielle Vorbehalte schriftlich feststellen. Die Notare wurden aber vor allem dann herbeigerufen, wenn man die vorangehenden Urkunden oder Maßnahmen verändern, begrenzen oder außer Kraft setzen wollte. In diesem Sinne wurde die

* Professor of School of Law, Hokkaido University

Wirkung der Notariatsinstrumente erwartet und gesucht.

論　　説

選択的連結に対する反致の適用に関する若干の考察

嶋　　拓哉

1．はじめに－検討のきっかけ

わが国では、幾つかの抵触規定において選択的連結が採用されている。これら抵触規定のうち、特に親子関係の成立を扱う法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という）28条乃至30条を巡って、反致を規定する通則法41条本文の適用の有無が取り上げられることがある。いわゆる「選択的連結と反致」という論点であるが、実は主要な概説書等を参照しても、各見解の根拠および理由付けが詳細に記述されているものは意外に少ない。果たしてわが国では反致の存在意義一般について定まった見解もなくその理論的正当化がいまだに果たされていない[1]ことが、かかる論点への深入りを躊躇させる一因になっているとも考えられるが、兎も角も、通則法において明文で反致が規定され、かつ選択的連結を採用した個別抵触規定が存在する以上は、両者の関係について考え方を整理しておく必要はあるだろう。

また、「選択的連結と反致」を検証するに当たっては、単に研究面での動機に止まらず、教育面での動機付けも働いている。平成24年司法試験の論文式試験問題ではこれに関連する出題がなされているが、そこに

[1] 道垣内正人『ポイント国際私法総論〔第２版〕』（有斐閣、2007年）208頁以下、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法〔第２巻〕』（有斐閣、2011年）310-313頁［北澤安紀執筆］等。

は「学説では論じ尽くされていない論点」[2]が含まれていた。法科大学院制度が発足し、学生に対する充実した教育サービスの提供が求められる中で、自身の理解が表層的なものに止まっている領域および論点について検証を行い、自説を確認していく作業は不可欠なものになってきているように思われる。

本稿では、上記のような動機を背景として、選択的連結に対する反致の適用について、ドイツおよびスイスの学説状況を踏まえ、比較法的視点をも織込み、検討を行うものである。

2．日本

（1）反致制度の特徴

通則法41条は、平成元年改正法例32条の規定内容をほぼそのまま引き継いでいるが、その特徴は以下のとおりである[3]。

第一に、単純反致（「狭義の反致」ともいう）のみを規定しており、転致等のその他反致類型を認めないとする解釈論が大勢である[4]。もっとも、反対の見解に立つ学説も存在しており[5]、特に二重反致については、

---

[2] 法学セミナー編集部編『司法試験の問題と解説2012』（日本評論社、2012年）378頁［長田真里執筆］

[3] 詳細については、櫻田＝道垣内編・前掲（注１）321頁以下［北澤執筆］を参照。

[4] 国際法学会編『国際私法講座〔第１巻〕』（有斐閣、1953年）213頁［折茂豊執筆］、久保岩太郎『国際私法』（有信堂、1954年）82-86頁、江川英文『国際私法〔改訂増補〕』（有斐閣、1970年）71-72頁、山田鐐一＝澤木敬郎編『国際私法講義』（青林書院、1970年）41頁［松岡博執筆］、川上太郎『新版判例国際私法』（千倉書房、1970年）36-37頁、木棚照一＝松岡博編『別冊法学セミナー・基本法コンメンタール国際私法』（日本評論社、1994年）161頁［多喜寛執筆］、櫻田嘉章『国際私法〔第６版〕』（有斐閣、2012年）118頁、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第７版〕』（有斐閣、2012年）47頁、神前禎ほか『国際私法〔第３版〕』（有斐閣、2012年）68-69頁［元永和彦執筆］、横山潤『国際私法』（三省堂、2012年）72頁、中西康ほか『Legal Quest 国際私法』（有斐閣、2014年）90頁等。

[5] 例えば、本国国際私法が反致の一類型として転致を許容し、かつ転致の結果として日本法が準拠法に指定される場合に限り転致を認めるとする見解（池原季雄『国際私法〔総論〕』（有斐閣、1973年）221頁脚注15、山田鐐一『国際私法〔第

これを認めたとされる裁判例も存在する[6]。

第二に、反致の適用は、通則法が本国法として外国法を指定した場合に限定される。この点に関連して、従前より各国国際私法の間では、属人法を巡り本国法主義と住所地法主義の対立があったが、反致は特にかかる対立を緩和し国際的な調和を図ることを目的としている、との説明がなされることがある[7]。通則法の前身である法例の起草者もこうした意図を持っていたと考えられる[8]。しかしながら、少なくとも通則法41条本文では、本国の国際私法が日本法を指定する際の連結点を住所地に限定する旨の文言は存在しておらず、同条の解釈論として、こうした説明を持ち込むことには無理があると思われる[9]。

第三に、通則法25条（同条を準用する26条１項、27条を含む）および32条に関しては、本国法としての資格で外国法が指定される場合であっても、反致の適用はない（通則法41条但書）[10]。また、親族関係に基づく扶養義務および遺言の方式についても、反致の適用が排除される（通則法43条）。外国法が本国法の資格で指定されるそれ以外の場合について、反致の適用を排除する明文規定は存在しない。

（２）選択的連結の具体例

通則法において選択的連結が採用されているものとしては、法律行為

３版〕』（有斐閣、2004年）71頁、溜池良夫『国際私法講義〔第３版〕』（有斐閣、2005年）164頁、櫻田＝道垣内編・前掲（注１）328頁［北澤執筆］等）がある。

[6] 東京高判昭和54年７月３日高民集32巻２号126頁。なお、わが国の国際私法において二重反致を許容する学説としては、池原・前掲（注５）216-217頁、山田・前掲（注５）71-72頁、櫻田＝道垣内編・前掲（注１）329頁［北澤執筆］等がある。

[7] 山田＝澤木編・前掲（注４）40頁［松岡執筆］。

[8] 『法典調査会法例議事速記録』［法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書26』（商事法務、1986年）所収］181頁、山田三良『国際私法』（有斐閣、1940年）425-427頁。

[9] 山田・前掲（注５）70頁、溜池・前掲（注５）165頁。

[10] もっとも、通則法25条および32条に限り反致の適用を排除する理由については、学説上議論の対立がある。この点については、櫻田＝道垣内編・前掲（注１）322-323頁［北澤執筆］を参照。

の方式に関する10条１、２項、婚姻の方式に関する24条２、３項、嫡出親子関係の成立に関する28条１項、認知に関する29条２項、準正の成立に関する30条１項、親族関係についての法律行為の方式に関する34条１、２項がある。このうち、反致の適用が問題となり得るのは、本国法を準拠法として採用している24条３項本文、28条１項、29条２項、30条１項である。

例えば、通則法29条２項は認知に関する抵触規定であるが、その前段では、認知による父子関係の成立は、①子の出生時の父の本国法、②認知時の父の本国法、③認知時の子の本国法のいずれかにより、認知による母子関係の成立は、①子の出生時の母の本国法、②認知時の母の本国法、③認知時の子の本国法のいずれかによる、と定められている。

（３）選択的連結に対する反致の適用に関する見解

まず、選択的連結についても反致の全面的な適用を認めるのが立法担当者の見解（㋑）であり[11]、戸籍実務もこれに従う[12]。学説においても、この見解を支持するものが通説的地位を占める[13]。その根拠は、選択的連結を採用する抵触規定が通則法41条但書に列挙されていない以上、これら抵触規定につき反致の適用を否定するのは解釈論上困難である、という点に求められる[14]。

---

[11] 平成元年改正法例32条に関しては、澤木敬郎＝南敏文編著『新しい国際私法－改正法例と基本通達』（日本加除出版、1990年）58頁［南執筆］を、通則法41条に関しては、小出邦夫編著『逐条解説・法の適用に関する通則法』（商事法務、2009年）372頁［大間知麗子執筆］を、それぞれ参照。

[12] 渉外戸籍実務研究会『改訂設題解説・渉外戸籍実務の処理Ⅱ〔婚姻編〕』（日本加除出版、2014年）45-46頁、同『設題解説・渉外戸籍実務の処理Ⅳ〔出生・認知編〕』（日本加除出版、2007年）27-28頁、65頁、257-258頁。

[13] 山田鐐一＝早田芳郎編『演習国際私法〔新版〕』（有斐閣、1992年）41頁［佐野寛執筆］、出口耕自『基本論点国際私法〔第２版〕』（法学書院、2001年）204頁、山田・前掲（注５）74頁、476頁、485頁、496頁、廣江健司『国際民事関係法』（成文堂、2008年）185頁、櫻田・前掲（注４）119頁、澤木＝道垣内・前掲（注４）46頁、櫻田＝道垣内編・前掲（注１）98-99頁［佐野寛執筆。通則法29条に関する見解］、大塚正之『判例先例渉外親族法』（日本加除出版、2014年）459頁、465頁等。

[14] 山田・前掲（注５）74-75頁、476頁、485頁、496頁、道垣内・前掲（注１）

第二に、原則として選択的連結についても反致の適用を肯定したうえで、通則法の選択的連結により指定された外国法によれば、期待された法的事象（例えば、親子関係の成立）が実現するにも拘わらず、当該外国法について反致が成立することにより日本法が適用される結果として、かかる法的事象が実現しない場合には、例外的に反致の適用を否定する見解（㈣）がある[15]。この見解は第一の見解との対比において、子の利益保護を重視するものとして位置付けられる[16]。

第三に、原則として選択的連結について反致の適用を否定したうえで、通則法の選択的連結により指定された外国法のいずれによっても期待された法的事象が実現しない場合には、例外的に反致の適用を肯定する見解（㈤）がある[17]。とりわけ、この見解に立つ学説の中には、通則法では親子関係の成立について子の常居所地という連結点が欠けていることを規定上の不備として指摘したうえで、例外的な反致の適用を通じて、日本法を子の常居所地法として適用することにより、こうした不備を補うことを企図するものがある[18]。

第四に、選択的連結に関して一律に反致の適用を否定する見解（㈢）も示されている[19]。

227-228頁、櫻田＝道垣内編・前掲（注１）324頁［北澤執筆］。

[15] 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論〔第５版〕』（有斐閣、2007年）59-60頁［松岡執筆］（松岡博『現代国際私法講義』（法律文化社、2008年）66頁も同旨）。また、笠原俊宏『国際家族法新論〔補訂版〕』（文眞堂、2010年）121-126頁もこの見解に立脚していると思われる。

[16] 松岡博『国際家族法の理論』（大阪大学出版会、2002年）55頁。

[17] 横山・前掲（注４）76頁（同「渉外認知事件の裁判管轄権とその準拠法」岡垣学＝野田愛子編『講座・実務家事審判法〔第５巻（渉外事件関係）〕』（日本評論社、1990年）243-244頁も同旨）。

[18] 横山・前掲（注４）76頁。

[19] 「座談会・法例改正をめぐる諸問題と今後の課題」ジュリスト943号36頁［烝場準一発言］（1989年）。

3．ドイツ

（1）反致制度の特徴

ドイツにおける反致は、必ずしも日本と同じ枠組みで規定されているわけではない。やや教科書的な説明になるが、日本との相違点に着目しつつ、本稿の目的に必要な範囲において、その特徴を記述する。

第一に、ドイツ国際私法における指定（Verweisung）には、総括指定（Gesamtverweisung）[20]と実質法指定（Sachnormverweisung）という２つの類型が存在するということである。ドイツ国際私法に該当する民法施行法（以下、条項番号前においては「EGBGB」といい、その他の場合には「ドイツ国際私法」という。）４条１項第１文では、指定の意義に反しない限り、他国の法に送致される場合には当該他国の国際私法も適用されるべき旨が定められている。この規定振りからは、ドイツ国際私法における指定は実質法のみならず国際私法も含めた外国の法体系全体の指定（こうした指定を「総括指定」という）を原則とし、他方で、ドイツ国際私法における指定が特定の意義を有しており、総括指定がその意義に反する場合には例外的に、外国法のうち実質法のみが指定されるに止まる（こうした指定を実質法指定という）という枠組みを採用していることが窺われる[21]。従って、総括指定がなされる場合にのみ反致の適用が問題となり、実質法指定の場合には、そもそも外国の国際私法が指定範囲に含まれない以上、反致の適用は問題にならない[22]。

第二に、一般に、反致には、外国の国際私法がドイツ法の適用を指示した場合に生じる単純反致と、外国の国際私法が（自国およびドイツ以外の）第三国の法の適用を指示した場合に生じる転致（Weiterverweisung［「再致」ともいう］）があるとされる[23]。なお、EGBGB ４条１項第２文で

---

[20] “Kollisionsnormverweisung”、あるいは “IPR-Verweisung” と呼称する場合もある。

[21] T. Rauscher, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. (C. F. Müller, 2012), Rdn. 343ff.

[22] B. von Hoffmann/K. Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (C. H. Beck, 2007), §6 Rdn. 75ff.

[23] もっとも、ドイツの国際私法が総括指定に基づき外国（仮にＡ国とす

は、外国の国際私法がドイツ法を指定する場合には、ドイツの実質法規定が適用されるべき旨が定められている。これは、指定の循環（Verweisungskette）を断ち切ることを目的とする規定であり、外国の国際私法がドイツ法を指定した場合においては、それが実質法指定であった場合は勿論、仮令それが総括指定であったとしても、結果として、法廷地法たるドイツ実質法を適用することで決着が図られることになる[24]。その限りで、二重反致は否定されると考えるのが大勢である[25]。

第三に、反致を適用するに当たって、ドイツ国際私法が外国法を指定するときの連結点に特段の制約は存在しない。わが国通則法41条本文が反致の適用を当事者の本国法によるべき場合に限定しているのとは異なっており、およそEGBGB 4条1項第1文の総括指定に該当する限りは、外国法指定に当たっての連結点の如何に拘らず反致の適用があるとされる。従って、ドイツにおいて反致が適用される局面が実際にどの程度生じるかは、EGBGB 4条1項第1文の「指定の意義に反しない限り」という、総括指定に付された留保をどの程度広く（あるいは狭く）解するかに関わる問題であると言えよう[26]。

る）を指定し、かつA国の国際私法が自国およびドイツ以外の第三国（仮にB国とする）の法を総括指定に基づき指定した場合において、B国の国際私法が更なる転致を指示しているときの処理を巡っては学説上争いがある。A国国際私法によるB国法の指定が総括指定であったとしても、これを実質法指定と同じく扱い、それ以降の転致の成立に否定的な見解がある（J. Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (Mohr Siebeck, 2006), 175）一方で、B国国際私法による転致の成立を肯定する見解も示されている（J. von Staudingers BGB, EGBGB Art. 3-6 (de Gruyter, 2013), EGBGB Art. 4 Rdn. 56 [R. Hausmann]）。後者の見解が優勢とされる。

[24] Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 22), §6 Rdn. 94ff; Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 51 [Hausmann]; Rauscher, a.a.O. (Fn. 21), Rdn. 348.

[25] Münchener Kommentar zum BGB, Band 10 [Internationales Privatrecht], 5. Aufl. (C. H. Beck, 2010), EGBGB Art. 4 Rdn. 35 [H. Sonnenberger]; G. Kegel/K. Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. (C. H. Beck, 2004), 408f.; Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 19 [Hausmann].

[26] 石黒一憲『国際私法〔第2版〕』（新世社、2007年）235頁。

（2）選択的連結の具体例

ドイツ国際私法で選択的連結を採用しているのは、法律行為の方式に関する11条１項、親子関係の成立に関する19条１項、親子関係の否認に関する20条、不法行為に関する40条１項等である。このうち、反致の適用との関係で引合いに出されることが特に多いのがEGBGB19条１項の規定である。同条項では、親子関係の準拠法について、①子の常居所地法（同項第１文）、②父子関係、母子関係それぞれにつき各親の本国法（同項第２文）、③母親が婚姻している場合には、EGBGB14条１項により定まる婚姻効力準拠法（同項第３文）の三つを掲げ、その選択的適用を規定している。すなわち、同条項では実現が望まれる特定の実質法的価値として「親子関係の成立」を念頭に置き、その実現を促進するために、複数の選択肢の中から親子関係の成立を肯定するものが一つでもあれば、それを選び出し準拠法として適用することを許容するものと捉えることができる[27]。

（3）選択的連結に対する反致の適用に関する見解

第一に、選択的連結であっても、原則として反致の適用を認めつつ、一定の事情の下で例外的に反致の適用を否定する見解（㋑）がある[28]。この見解は、例えばEGBGB19条１項により指定された外国の国際私法が、期待される法的結果（この場合には、親子関係の成立）を達成できない実質法を準拠法として指定する場合に限り、例外的に反致の適用を否定する。元来、選択的連結といえども総括指定としての性格を有し、国際私法を含めた外国の法体系全体を指定することになるため、原則として反致の適用はあるが、上記の場合には例外的に、選択的連結における指定を総括指定ではなく実質法指定と解して反致の適用を回避する、という考えに立脚する。

第二に、選択的連結については、原則として反致の適用を検討する必

[27] Rauscher, a.a.O. (Fn. 21), Rdn. 977.

[28] Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn. 25), EGBGB Art. 4 Rdn. 27 [Sonnenberger]; C. von Bar, Internationales Privatrecht, Band 2 (C. H. Beck, 1991), §２ Rdn. 307; Kegel/Schurig, a.a.O. (Fn. 25), 405.

要がないとしつつ、一定の事情の下で例外的に反致の適用を認める見解（㋩）がある[29]。この見解は、選択的連結による指定は実質法指定としての性格を有するとしつつも、これにより指定される実質法いずれによっても、期待された法的結果が達成できない場合に限り、例外的に選択的連結について反致の適用を行い、かかる法的結果の達成を図るとの立場を採る。

第三に、選択的連結における指定は総括指定であり、原則として反致の適用が想定されているとの前提を採用した上で、仮に反致の適用によって選択肢の数が減少する場合には、例外的に反致の適用を否定するとの見解（㋥）がある[30]。第一（㋑）と第二の見解（㋩）は、選択的連結について反致の適用を原則とするか、反致の不適用を原則とするかにおいて相違があるものの、選択的連結により実現を望む実質法上の目的の達成に、抵触法上の反致適用に関する判断を係らしめるという点で共通点を有する[31]が、第三の見解は、こうした第一および第二の見解に対して、抵触法的価値と実質法的価値を混淆するものであるとの批判を浴びせ

---

[29] Kropholler, a.a.O. (Fn. 23), 171f; Hoffmann/Thorn, a.a.O. (Fn. 22), §6 Rdn. 113; Palandt BGB, 72. Aufl. (C. H. Beck, 2013), EGBGB Art. 4 Rdn. 6 [K. Thorn], Erman BGB, 12. Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2008), EGBGB Art. 4 Rdn. 19 [G. Hohloch]; H. G. Bamberger/H. Roth (Hrsg.), Kommentar zum BGB, Band 3, 3. Aufl. (C. H. Beck, 2012), EGBGB Art. 4 Rdn. 8 [S. Lorenz]; Staudingers BGB, a.a.O. (Fn.23), EGBGB Art. 4 Rdn. 95ff. [Hausmann]; U. Kartzke, Renvoi und Sinn der Verweisung, IPRax 1988, 8, 9.

[30] J. von Staudingers BGB, EGBGB Art. 19-24, ErwSÜ (De Gruyter, 2014), EGBGB Art. 19 Rdn. 25 [D. Henrich]; Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn. 25), EGBGB Art. 19 Rdn. 23 [H. Klinkhardt]; M. Andrae, Internationales Familienrecht, 3. Aufl. (Nomos, 2014), §5 Rdn. 38. この立場に拠ると思われる裁判例を強いて挙げれば、OLG Stuttgart, FamRZ 2001, 246である。これに対して、選択的連結による指定は実質法指定であるとし、原則として反致の適用を否定するものの、例外的に準拠法の選択肢数が増加することを条件に反致の適用を認める見解もある（C. von Bar/P. Mankowski, Internationales Privatrecht, Band 1, 2. Aufl. (C. H. Beck, 2003), §7 Rdn. 228 [Mankowski]; Rauscher, a.a.O. (Fn. 21), Rdn. 359）。

[31] J. von Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 94 [Hausmann].

る。そのうえで、この見解によれば、抵触法の使命は空間的な牽連性の強い国を探求し準拠法所属国として指定することであって、実質法上の特定の目的を達成するために抵触法がなし得ることは、準拠法の選択肢数を維持しその目的達成の機会を縮減させないことに止まるとするのである[32]。

第四に、選択的連結における指定を実質法指定として捉え、反致の適用を全面的に否定する見解（㋖）がある[33]。この見解によれば、選択的連結を採用した抵触規定は、立法者が当事者の国籍や常居所地等の客観的な連結点を複数用意して、特定の法律関係の実現を促すものであるが、そこで正当化され得るのは、自国国際私法の選択的連結規定により指定された複数の準拠法選択肢のうち少なくとも一つがかかる法律関係の実現を予定している場合には、他の準拠法選択肢の適用結果に拘わらず、当該法律関係の実現を認めることに限られる。加えて、反致は様々な抵触法上の目的を有するが、実質法上の特定の目的を実現させるための道具として用いられるべきではなく、立法者が選択的連結を採用し準拠法の選択肢に一定の枠を課した以上は、これを総括指定と位置付け反致を適用することによりその選択肢の拡張を図るのは適切ではない、との主張を展開するのである[34]。

---

[32] D. Henrich, Internationales Familienrecht, 2. Aufl. (Verlag für Standesamtswesen, 2000), 224f.

[33] H. Baum, Alternativanknüpfungen (J. C. B. Mohr, 1985), 58; C. Schröder, Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht (Peter Lang, 1996), 148f; G. Kühne, Der Anwendungsbereich des Renvoi im Lichte der Entwicklung des IPR, A. Heldrich/H. Sonnenberger (Hrsg.), Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988 (Verlag für Standesamtswesen, 1988), 257f; T. Rauscher, Sachenormverweisungen aus dem Sinn der Verweisung, NJW 1988, 2151, 2153f. この立場に拠ると思われる裁判例を強いて挙げれば、OLG Hamm, FamRZ 2009, 126である。

[34] 但し、T. Rauscher 教授は、法律行為の方式を規定した EGBGB11条については、総括指定と実質法指定双方から成る「指定の二重的性格（doppelte Natur）」を肯定して、㋗説を支持する（ders, a.a.O. (Fn. 33), 2153）。

４．スイス

（１）反致制度の特徴

スイスにおける反致は、スイス国際私法（以下、条項番号前においては「IPRG」という。）14条に規定される。その特徴は以下のとおりである。

第一に、スイス国際私法による準拠法指定は実質法指定が原則であり、総括指定は例外をなすものと理解されている[35]。一般に、これを捉えて、スイス国際私法は実質法指定を原則に据えることで、同国独自の抵触法上の価値観を判決の国際的調和よりも優先させていると評される[36]。IPRG14条は、例外として総括指定に該当する場合、すなわち反致の適用が想定される場合として、①指定した外国法が反致または転致を規定し、かつスイス国際私法がこれを個別に許容しているとき（同条１項）、および②人事または家族の身分が問題となるとき（同条２項）の二つのみを規定する[37]。

第二に、IPRG14条が明文で規定するとおり、上記①の場合には、スイス法への単純反致のみならず、第三国への転致[38]の成立を認めるが、

---

[35] H. Honsell/N. P. Vogt/A. Schnyder/S. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (Helbing Lichtenhahn, 2013), Art. 14 Rdn. 1ff [M. Mächler-Erne/S. Wolf-Mettier].

[36] A. Furrer, et. al., Internationales Privatrecht, 3. Aufl. (Schulthess, 2011), Kapitel 4 Rdn. 87.

[37] このうち、①に該当するのは、氏名の準拠法を規定するIPRG37条１項、被相続人の最後の住所が外国にある場合における相続準拠法を規定する同91条１項、契約の方式に関する同119条３項および124条３項であるとされる（Furrer, et. al., a.a.O. (Fn. 36), Kapitel 4 Rdn. 90）。もっとも、IPRGの立法の経緯を踏まえて、反致の適用範囲を制限しようとする学説からは、飽く迄IPRG14条１項の適用範囲を、立法試案の段階で反致の適用が認められていたIPRG37条１項と同91条１項に限るべきとの見解が示されている（A. K. Schnyder, Das neue IPR-Gesetz, 2. Aufl. (Schulthess, 1990), 30 [Fn. 9]）。こうした議論の詳細については、奥田安弘「スイス国際私法典における若干の基本的諸問題（２・完）」北大法学論集40巻３号140-145頁（1990年）を参照。

[38] なお、スイスでも脚注23のような事案において、更なる転致を認めるか否かについては争いがある。この点に関しては、A. K. Schnyder/N. Liatowitsch,

上記②の場合には、単純反致の成立のみを認めるに止まる[39]。二重反致については肯定、否定両説が提唱されているが、このうち否定説は、ドイツ同様に、外国の国際私法が総括指定としてスイス法を指示したとしても、これを実質法指定と見做して抵触法上の処理を行うとする見解を採る[40]。いずれにしても、二重反致の問題は未だ決着がついていない[41]。

第三に、IPRG14条２項の適用範囲は「人事または家族の身分が問題となるとき」に限られるが、こうした限定は単純反致の適用局面を画するものとして位置付けられる。現行のスイス国際私法が制定された1987年以前には、反致の適用局面を限定する規定が存在しなかった[42]ことから、現行法が制定されて以降、IPRG14条２項の具体的な解釈を巡って様々な議論が展開されることとなった。現在では、これを「身分行為および身分関係の成立および終了」として狭く解する立場が大勢を占める[43]。もっとも、例えば、IPRG35条が規定する自然人の行為能力については、IPRG14条２項の適用範囲に含めないとする見解[44]が優勢であるものの、同条項の適用範囲に含まれるとして反致の適用を認める見解[45]も示されるなど、個別具体的な問題を巡って必ずしも完全に見解が一致し

Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. (Schulthess, 2006), §7 Rdn. 186f.

[39] Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 14 Rdn. 9 [Mächler-Erne/Wolf-Mettier].

[40] Schnyder/Liatowitsch, a.a.O. (Fn. 38), §7 Rdn. 185.

[41] P. Truniger (Hrsg.), Internationales Privatrecht (Helbing Lichtenhahn, 2011), Rdn. 155 [M. Pellascio].

[42] Lausanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzesentwurf zur Neuregelung des internationalen Privatrechts (Schulthess, 1984), 37 (Fn. 6) [R. von Oberbeck].

[43] Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 14 Rdn. 15 [Mächler-Erne/Wolf-Mettier]; D. Girsberger et. al. (Hrsg), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. (Schulthess, 2004), Art. 14 Rdn. 24 [A. Heini]; Furrer, et. al., a.a.O. (Fn. 36), Kapitel 4 Rdn. 92.

[44] Truniger (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 41), Rdn. 162 (Fn. 283) [Pellascio]; Girsberger et. al. (Hrsg), a.a.O. (Fn. 43), Art. 14 Rdn. 23 [Heini].

[45] Girsberger et. al. (Hrsg), a.a.O. (Fn. 43), Art. 35 Rdn. 15 [F. Vischer].

ているとは言い難いのが実情である[46]。

第四に、反致を適用するに当たって、スイス国際私法が外国法を指定するときの連結点に特段の制約は存在しない。この点は、ドイツと同じである。

（2）選択的連結の具体例

IPRG14条２項の適用範囲にあって選択的連結を採用している抵触規定として、代表的には、外国人間の婚姻の実質的成立要件に関する44条２項、および認知に関する72条１項が挙げられる[47]。IPRG44条２項では、

---

[46] Furrer, et. al., a.a.O. (Fn. 36), Kapitel 4 Rdn. 92.

[47] IPRG14条２項の適用範囲に含まれる単位法律関係であって、かつ段階的連結を採用している抵触規定に関しても、反致を適用するか否かを巡り議論がある。例えば、親子関係成立の準拠法を規定したIPRG68条は、同条１項で子の常居所地法を準拠法としつつも、同条２項で、父母のいずれもが子の常居所地に住所を有していないが父母および子が共通の国籍を有する場合には、同条１項の規定に拘わらず共通本国法を適用する旨を規定している。同条２項について反致の適用を肯定する見解が通説的地位を占める（Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 68 Rdn. 17 [I. Schwander] が、他方において、かかる通説的見解自体がIPRG68条２項に対する厳格な反致の適用に懐疑的であり、反致の適用が抵触規定全体の目的に照らして矛盾を生ぜしめる場合には、一般例外条項であるIPRG15条を活用して準拠法指定の修正を図るべき旨が提唱されている（I. Schwander, Das Internationale Familienrecht der Schweiz, Band 1 (Dike, 1985), 372ff）。また離婚および別居（本脚注に限り「離婚等」という）の抵触規定たるIPRG61条は、同条１項で法廷地法たるスイス法を準拠法として規定しつつも、同条２項では、夫婦が共通の外国籍を有しかつ一方がスイスに住所を有する場合には、同条１項の規定に拘わらず、夫婦の共通本国法を準拠法とする旨規定している。このうち２項に規定する夫婦の共通本国法につき反致の適用を認めるか否かについては議論がある。IPRG15条の一般例外条項に基づく修正を適宜行うとの留保を課すものの反致を認める見解が大勢を占める（Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 61 Rdn. 19 [L. Bopp]）が、反致の適用に否定的な見解も示されている。後者の見解からは、同条３項では、共通本国法によれば離婚等が全く許容されていないか、著しく困難である場合には、夫婦の一方がスイス国籍者か２年以上スイスに居住しているときに限り、スイス法の適用を認める旨の規定が置かれているが、同

外国人間の婚姻が同条１項に掲げるスイス法の実質的成立要件を満たさない場合であっても、一方当事者の本国法の実質的成立要件を満たす場合には、その成立を認める旨を規定している。また、IPRG72条１項では、認知準拠法として、認知時を基準時として、①子の常居所地法、②子の本国法、③父の住所地法、④父の本国法、⑤母の住所地法、⑥母の本国法を選択的に適用することを認めている。

このうち、IPRG44条２項は、問題とされる外国人間の婚姻がスイス法の実質的成立要件を満たさないことを前提条件として初めて適用が予定されるものであり、同条項で選択的連結の対象となっている各当事者の本国法につきスイス法への単純反致の成立を認めたのでは、常に婚姻成立が否定される結果に帰着してしまうであろう[48]。従って、IPRG44条２項に対する反致の適用可能性を検討するに当たっては、単に同条項が選択的連結を採用していることに止まらず、その適用がスイス法上の実質的成立要件の不充足を前提にしているという同条項固有の事情をも追加的に考慮しなければならない。その意味では、本稿の主題との関係において参考とすべきは、こうした固有の事情を有しないIPRG72条１項に対する反致の適用問題ということになるであろう。

（３）IPRG72条１項に対する反致の適用に関する見解

第一に、IPRG72条１項の指定は同14条２項の総括指定に該当し、通常であれば、スイス法への単純反致が成立し得ると考えられるため、一律に反致の適用を否定するわけにはいかないとしたうえで、IPRG72条１項により指定される外国法上は認知が成立するものの、スイス法上これが成立しない場合に限り、反致の適用を否定するとの見解（㋥）が示されている[49]。

条３項でこのような厳格な要件を課してスイス法の適用を制限しているにも拘らず、同条２項につき反致を認めるとすると、そもそも同条３項を設けた意義が大幅に減殺されてしまうとの主張がなされている（Lausanner Kolloquium, a.a.O. (Fn. 42), 41 [R. von Oberbeck] und 168 [R. Siehr]）。

[48] Furrer, et. al., a.a.O (Fn. 36), Kapitel 5 Rdn. 6.

[49] Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 72 Rdn. 13 [Schwander]; Furrer, et. al., a.a.O (Fn. 36), Kapitel 4 Rdn. 35 und 102; Truniger

第二に、IPRG72条１項の選択的連結について反致の適用を一律否定する見解（㋭）も主張されている[50]。この見解によれば、IPRG72条１項は認知の成立という目的達成を促すために選択的連結を採用した経緯があり、仮にかかる選択的連結に単純反致の適用を許容した場合には、同条項が掲げる目的の達成を阻害する惧れがあるとする。従って、IPRG72条１項について反致の適用を全面的に否定すべきとの立場を採用するのである。

第三に、反致により、IPRG72条１項により指定された選択肢の数が減少してしまう場合に限り、反致の適用を否定する見解（㋬）がある[51]。

第四に、IPRG72条１項の選択的連結について反致の全面的な適用を肯定する見解（㋣）もある[52]。この見解は、仮令選択的連結であっても、IPRG14条２項の適用範囲に含まれる限りは、反致の適用を免れないとの考えに立脚するものである。

５．私見

（１）学説の分類

これまで、日本、ドイツ、スイスにおける学説の状況を概観してきたが、各国で反致制度に相違点はあるものの、これら諸国において選択的連結に対する反致の適用に関して提唱されている学説は、概ね次のとおりに分類できる。

(Hrsg.), a.a.O. (Fn. 41), Rdn. 164 (Fn. 285) [Pellascio] ; J. K. Kostkiewicz, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts (Stämpfli, 2012), Rdn. 1303.

[50] H. Honsell/N. P. Vogt/A. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht (Helbing & Lichtenhahn, 1996), Art. 14 Rdn. 16 [M. Mächler-Erne]（但し、本書の第３版 [Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 35), Art. 14 Rdn. 16a [Mächler-Erne/Wolf-Mettier]] では、記述が改まり、㋮または㋭のいずれの見解に立脚するかが明確に示されていない）; Schnyder/Liatowitsch, a.a.O. (Fn. 38), §７ Rdn. 195.

[51] Girsberger et. al. (Hrsg), a.a.O. (Fn. 43), Art. 72 Rdn. 12 [K. Siehr].

[52] Truniger (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 41), Rdn. 305 [M. Kindler].

A説：反致全面適用説（㋑［日本］、㋒［スイス］）
B説：反致全面不適用説（㋥［日本］、㋖［ドイツ］、㋜［スイス］）
C説：「原則＝反致適用、例外＝反致不適用」説（㋺［日本］、㋭［ドイツ］、㋻［スイス］）
D説：「原則＝反致不適用、例外＝反致適用」説（㋩［日本］、㋬［ドイツ］）
E説：選択肢数減少の場合に限り反致不適用とする説（㋣［ドイツ］、㋤［スイス］）

（2）各説の検討

① CおよびD説の検討

D説はドイツでは多数説として位置付けられている[53]。他方、C説はスイスにおいて有力に主張されているほか、ドイツでも提唱者は少なくない。これらの見解は、反致の適用に関する判断を実質法上の特定の目的実現に係らしめる点において共通性を有するが、既に述べたとおり、ドイツにおいても近時、これら両説に対して疑問が提起されるに至っている。D. Henrich教授は、これら学説に対して、抵触法レベルにおける法適用関係の決定と実質法レベルにおける特定目的の実現を混同するものとの批判を加えており、CまたはD説に立脚する研究者すらも、抵触法の基本が空間的な最密接関係地を探求することにあるという点において、かかるHenrich教授の批判の中に一定の正当性を認めていることは事実である[54]。

選択的連結に基づき準拠法を選定し、その適用結果を確認したうえで、再度準拠法の選定過程に戻り反致の成立を認める、あるいは反致を適用し準拠法を選定したものの、その適用結果を確認したうえで、再度準拠法の選定過程に戻り反致の適用を否定するといった手法は、二つの意味において、わが国で伝統的に支持されてきた国際私法総論に関する基本的な枠組みとは相容れないものである。第一に、準拠法の選定段階と準拠法の適用段階との間の往来を許容することが、果たして準拠法決定に

[53] Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 93 [Hausmann].
[54] Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 95 [Hausmann].

かかる総論的枠組みの中で合理的に説明し得るかは疑問である。近代において、国際私法も含めた手続法の目的は静的な実体法秩序の実現に求められる[55]が、最密接関係地法の探求結果として準拠法を一旦選定し適用したにも拘わらず、それ以外の法体系を準拠法として選定し直すことを、準拠法決定のプロセス全体の中で如何に整合的に説明し得るのか疑問が呈されるのも無理からぬところではないかと思われる[56]。また第二に、やはり実質法的価値と抵触法的価値の混淆という問題を指摘せねばならないであろう。CおよびD説は実質法上の目的を実現させるために抵触法上の操作を行うものであるが、かかる運用が妥当と評価されるかは疑問である。例えば、通則法11条は、実質法上特定の価値を有する目的の実現を促すために、特別の抵触規定を置いた具体的事例の一つである。同条は、国際的な消費者契約に関して、特定国の実質法体系の適用を可能にするものではあるが、必ずしも実質法上の特定の目的実現を保証するものではないとされる[57]。また、消費者契約の抵触法上の取扱いを巡り欧州で採用されている優遇比較原則は、わが国通則法の制定過程において、実質法上の価値と抵触法上の価値を混淆するものであるとして否定的に捉えられ、優遇比較原則の採用を回避すべく通則法11条の規定内容が慎重に検討されてきた経緯もある[58]。このように、通則法は11条を例示として考えるに、契約関係における実質的な弱者保護という要請が実質法および抵触法の双方において共通の現代的価値を有することを認めつつも、他方において、法適用における各法領域相互の役割分担の徹底、すなわち実質法と抵触法の機能的峻別の厳格化に十分な問題関心を払って制定されたと評価し得る。しかしながら、CおよびD説はこうした点を踏み越えた形で準拠法決定プロセスの運用を図っており、通則法の解釈論として採用することには問題があるように思われ

---

[55] 道垣内・前掲（注１）231頁以下、250頁、神前ほか・前掲（注４）280頁［早川吉尚執筆］。

[56] こうした問題意識は既に、外国法不明の場合における補充的連結説に対する批判において示されている（道垣内・前掲（注１）250頁）。

[57] 小出編著・前掲（注11）134-135頁［湯川毅執筆］。

[58] 小出編著・前掲（注11）136-137頁［湯川執筆］。

る[59]。

② A、B およびE説の検討

結論から言えば、B説（反致全面不適用説）でよいと考える。選択的連結は、事案と準拠法所属国との間の牽連性が十分でないにしても、兎に角複数の連結点（延いては準拠法選択肢）を並列的に用意して特定の実質法的価値の実現を促すものであるが、他方において、それは判決の国際的調和という抵触法上の価値を後退させるものと評価することも可能である[60]。すなわち、選択的連結を導入した趣旨は、判決の国際的調和を犠牲にしてでも実現すべき実質法上の特定の価値・目的が存在しており、その実現を促すために抵触法上なし得る連結政策を採用したということに他ならない。にもかかわらず、不完全ながらも判決の国際的調和を存在意義の一つとして掲げる反致[61]をこれに適用したのでは、選択

[59] 横山潤先生がご指摘されるとおり、通則法では、親子関係の成立に関して子の常居所地への連結が規定されていない（横山・前掲注（4）76頁）。この点を規定上の不備と捉えるにしても、実質法上の目的実現を確認したうえで反致の適用を判断するような手法によって克服するのは妥当ではない。一義的には、改正等の立法的手当が検討されるべきであるが、解釈論による場合であっても、飽くまで抵触法の領域において取り得る手段（例えば、本国法の認定における実効的国籍論の導入）によって個別事案の柔軟かつ妥当な処理を図るべきであろう。

[60] Kropholler, a.a.O. (Fn. 23), 171f; Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 95 [Hausmann]; Münchener Kommentar zum BGB, a.a.O. (Fn. 25), EGBGB Art. 4 Rdn. 27 [Sonnenberger].

[61] 従前より内外を問わず、不完全であることを認識しつつも、反致の存在意義の一つを判決の国際的調和に求める見解は多く見受けられる（ドイツでは、A. Lüderitz, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. (Alfred Metzner, 1992), Rdn. 156, Kegel/Schurig, a.a.O. (Fn. 25), 396f, 403; Staudingers BGB, a.a.O. (Fn. 23), EGBGB Art. 4 Rdn. 17 [Hausmann]; Rauscher, a.a.O. (Fn. 21), Rdn. 349等。わが国では、木棚＝松岡編・前掲（注4）159頁［多喜執筆］、櫻田・前掲（注4）116-117頁、木棚＝松岡＝渡辺・前掲（注15）55-56頁［松岡執筆］、横山・前掲（注4）71頁、中西ほか・前掲（注4）86-88頁等）。もっとも、ここで判決の国際的調和と言っても、それは飽くまで法廷地国たるわが国と通則法が準拠法として指定した法所属国との間における限定的なものに止まることに留意しておかね

的連結の効果が減殺され、その所期の価値・目的を達し得なくなる[62]。各抵触規定は単位法律関係毎に適した形で具体的な連結政策を提示するが、反致規定がこうした連結政策との間で齟齬を生ぜしめる場合には、より個別的な事項を規定する前者（＝各抵触規定）を優先させたとしても、解釈論の一般原則に照らして然程不自然なことではないと思われる。特に、わが国通則法はその41条本文の解釈論として単純反致を許容するのみであり、転致を許容するドイツ国際私法と比較して、飽くまで一般論ではあるが、選択的連結に対する減殺効果は大きいと考えられる。個別抵触規定において選択的連結を採用した以上は、この連結政策の目的を優先し、反致の適用を回避する要請は相対的に大きいと言えるのではないであろうか。A 説（反致全面適用説）は、その立論の根拠として、通則法41条但書に選択的連結を採用した諸規定が列挙されていないことを掲げるが、この但書の規定については、通則法の準拠法指定の趣旨に照らして反致の適用を排除すべき場合を飽く迄例示したものと捉えて、柔軟に運用する余地もあるように思われる[63]。

また、反致規定を、立法または解釈により抵触規定の個別化・柔軟化が達成されるまでの間、当面の事態に対処すべく、例外救済を行うための一般条項として位置付ける[64]にしても、例えば、通則法28条１項および29条２項を挙げて考えてみれば、親子関係の成立を容易化し子の保護

ばなるまい。

[62] ドイツでは、程度の差こそあるが、ほぼすべての学説において、選択的連結に反致を適用した場合には、選択的連結の所期の目的を減殺する惧れがあるとの認識が共有されている。加えて、同国の裁判実務でもかかる認識に言及したうえで、EGBGB19条１項または同20条１項が規定する選択的連結に対する反致の適用を否定した事案が存在する（OLG Stuttgart, FamRZ 2001, 246, 248; OLG Nürnberg, FamRZ 2005, 1697, 1698; OLG Hamm, FamRZ 2009, 126, 127）。

[63] 烝場準一「養子縁組・離縁の準拠法及び国際的管轄」岡垣学＝野田愛子編『講座・実務家事審判法〔第５巻（渉外事件関係）〕』（日本評論社、1990年）257頁。

[64] 石黒一憲『国際私法の解釈論的構造』（東京大学出版会、1980年）234頁、同「反致主義の根拠」澤木敬郎＝烝場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、1996年）83頁。

を図るための手段として、多様な選択肢を提供するという極めて柔軟な連結政策を採用しているのであるから、そうである以上は、もはやその限りで不完全な一般条項としての反致規定[65]はその存在意義を欠き、こうした場合にまで同規定を積極的に適用する理由に乏しいと思われる。そもそも反致規定を一般条項として位置付ける見解からは、本来的には、抵触法上の価値に基づき複数の連結点を序列化しつつも、これら連結点に基づき選定される具体的な準拠法選択肢の採否について柔軟な要件を設けるのが本筋であるが、そうした規定振りは煩瑣であり、また実際的でもないことから、やむなく反致規定の外形を纏いながら一般条項が登場するに至った、といった説明がなされる[66]。すなわち、こうした見解は、事案の最密接関係地を探求するために、連結点のタテの序列化を図る代わりに、反致規定の一般条項化（一般条項としての解釈論の導入）を目指したものとして捉えることができるだろう。これに対して、選択的連結を採用した抵触規定は、実質法上の特定の法律関係の実現を促すために、あえて事案との空間的密接牽連性を犠牲にしてまでも、関連する複数の連結点をヨコに並列化したものと捉えられなくもない。少なくとも、選択的連結を採用した抵触規定に関しては、それが取扱う単位法律関係について個別的で柔軟な連結政策を立法的に手当し導入し終えたわけであるから、その単位法律関係に関する限りは、反致規定なる一般条項を活用してさらなる対処を図る余地はない（ましてや反致を適用することによって、選択的連結導入の動機付けとなった特定の価値・目的の達成を阻害する余地はない）と言うべきである[67] [68]。

---

[65] 石黒先生は、反致規定の目的を自国抵触規定の硬直緩和に求め、その目的を実現するために、外国抵触規定による日本法の指定という手段を法律構成として導入したが、その目的と手段の間には越えがたいギャップが存在しており、これが反致規定の「不完全性」に繋がっている、との議論を展開しておられる（石黒一憲『国際家族法入門』（有斐閣、1981年）65-66頁、同・前掲（注64）『国際私法の解釈論的構造』41頁以下）。

[66] 石黒・前掲（注65）『国際家族法入門』63-66頁。

[67] H. Baum 教授は、本来的には、実現が目指される具体的な成果についての評価は実質法の段階において初めてなされるが、選択的連結の場合には、こうした評価作業が抵触法の段階において前倒しでなされているとし、実質法上

なお、わが国では提唱者はいないが、E 説について付言しておく。この見解は C および D 説とは異なり、抵触法の範囲内において実質法上の目的達成のためになし得ることとして、「選択肢数の維持（可能であれば、さらには拡張）」を目的に掲げる。しかしながら、この見解は、ドイツに代表されるように、㋑自国国際私法において単純反致のみならず転致の成立を許容していること、かつ㋺自国国際私法により指定された実質法所属国の抵触規定が選択的連結を採用しており、それにより複数の第三国が指定される場合には、これら第三国すべてへの転致が認められること、を前提として初めて成り立つもののように思われる[69]。しかしながら、わが国では単純反致しか認められていないため、E 説に基づき反致の適用が認められるのは、通則法の選択的連結点いずれについ

の価値判断が一定程度抵触法上のプロセスに入り込んでいるとする。こうした現象を「結果に関する優遇措置（Ergebnisvorgabe）」として捉えたうえで、「こうした優遇措置は、さらなる特性として、当事者による法選択の場合と同様に、選択的連結により外国実質規範を指定することを予定する。成果達成を志向する決定－それは単に法律関係を突きとめるに止まらないものである－の結果として、外国の抵触規定への指定は不必要なものとなってしまう」とか、「選択的連結による指定は当事者による法選択の場合と同様に、単なる実質法指定であると解すべきである。さもなければ、判断にとって決定的な（entscheidungsbestimmende）、結果に関する優遇措置が意味のないものになってしまうからである」といった議論を展開している（ders, a.a.O. (Fn. 33), 56-58, 257）。こうした H. Baum 教授の主張は、本稿における私見ともほぼ同旨であると思われる。

[68] 石黒先生は、選択的連結そのものに対しては、例えば親子関係の成立を容易にすることが一律に子の保護に資するとは限らないとし、実質法的な利害対立の一部のみを切り出して、本来の抵触法的価値とすり替えるものであると評価するなど、総じて批判的である（石黒・前掲（注26）97頁）。立法論としては、こうした批判があり得ることは認めるが、他方で、現在の通則法の規定が親子関係の成立を中心に選択的連結を採用している以上、解釈論としては、その連結政策が依拠する目的自体は尊重されるべきであろうと考えられる。

[69] 例示すれば、ドイツが自国国際私法に基づき甲、乙、丙国法を指定し、かつ甲国国際私法によれば、選択的連結により、丁、戊、己国法が指定される場合には、結論として、乙、丙、丁、戊、己国の法が選択的に適用されるとの帰結に至るということである。

ても日本ではなく外国が指定され、かつそのうちの一カ国についてのみ反致が成立するという極めて稀な場合に限られる[70]。わが国通則法の解釈論として、一見普遍的な見解としてＥ説を導入したとしても、その実は限定的な場合にのみ反致の適用を肯定するという結果を惹起するに過ぎず、実態においてＢ説を採用するのと然程変わらないことになろう。準拠法選択肢の数だけを問題にするのであれば、上記の場合には反致を適用するか否かに拘らず選択肢の数に変動は生じないが、他方において、このような稀な場合に限って反致の適用を認める理由について、説得的な解答を用意するのは相当に困難なことであろうと思われる。また、例えば通則法28条に従って、嫡出親子関係の成立に関する準拠法としてＡ国法およびＢ国法が指定された場合において、Ｂ国について反致が成立せずかつＢ国実質法によれば嫡出親子関係が成立しない一方、Ａ国実質法によれば嫡出親子関係が成立するにも拘らずＡ国について反致が成立する事案を想定してみたい。この事案では、Ａ国について反致の成立を肯定しても、準拠法は当初のＡ国法とＢ国法の二つから日本法とＢ国法の二つになるだけで、その選択肢が減少するわけではない。しかしながら、仮に日本法によれば嫡出親子関係が成立しない場合であっても、Ｅ説によれば、Ａ国について反致の成立を肯定するのであろうか[71]。ドイツにおいても、仮令Ｅ説を採用し選択肢数の維持という形式的でクリアーカットな基準に反致適用に関する判断を委ねる立場に拠ったとしても、上記のような事案においては結局のところ、実質法上の目的達成を基準に反致の適用を決せざるを得ないのではないかとし

[70] 例示すれば、通則法に基づき甲、乙、丙国法が指定される場合であって、甲国法についてのみ単純反致が成立するときには、日本、乙、丙国の各法が選択的に適用されることになる。この場合には、適用が予定される準拠法の選択肢数は、反致の適用の有無に拘らず、三つで変わらない。

[71] ＣまたはＤ説を支持する学説からもＥ説に対して、通則法により甲、乙、丙国法が指定され、甲国法についてのみ単純反致が成立する事案を想定したうえで、甲国法によれば所期の実質法上の目的（例えば親子関係の成立）を達成できるが、日本法によればその目的を達成できない場合には、Ｅ説によれば、結果として当該実質法上の目的を達成できなくなる憾みがある、との批判が寄せられる（横山・前掲（注４）75頁）。

て、E 説を念頭に置いて批判的な議論が展開されている[72]。

③　セーフガード条項に対する反致の適用

選択的連結を採用している通則法の諸規定のうち、認知に関する29条２項には、いわゆるセーフガード条項が存在している[73]。同項前段は、認知の成立及び効力について、父子関係、母子関係それぞれに３つの連結点を提示し選択的連結を採用する（２．（２）参照）が、その後段において、認知の準拠法が認知者の本国法とされる場合には、認知時における子の本国法によれば子または第三者の承諾または同意が認知の要件であるときは、その要件も併せて具備することが要求されている。

かかるセーフガード条項に規定する認知時の子の本国法について反致を適用するか否かを巡っては、立法担当者は、㋑セーフガード条項の文言上反致の適用を想定していないこと、㋺反致の適用を認めることにより、子の本国法上の同意・承諾要件を適用することで子の保護を図ろうとしたセーフガード条項の趣旨が没却される惧れがあること、㋩セーフガード条項は他の規定と発想を異にしており、他の規定との整合性に配慮する必要に乏しいこと等を根拠として、反致の適用に否定的な見解を示している[74]。学説上は、セーフガード条項についても反致の適用を肯定する見解もある[75]が、否定説が優勢であり[76]、戸籍実務も否定説に従

---

[72] D. Solomon, Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht, in R. Michaels/D. Solomon (Hrsg.), Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag (Sellier European Law Publishers, 2012), 237, 261-262.

[73] 非嫡出親子関係の成立に関する通則法29条１項、および養子縁組に関する同31条１項はいずれも、選択的連結を採用していないが、通則法29条２項と同様にセーフガード条項を有する。例えば、通則法31条１項前段では、養子縁組は養親となるべき者の本国法によると規定するが、その後段において、養子となるべき者の本国法によれば、養子となるべき者・第三者の承諾・同意、または公的機関の許可等が養子縁組の成立要件である場合には、それら要件も併せて具備することを要求している。

[74] 澤木＝南編著・前掲（注11）57-58頁［南執筆］、南敏文『改正法例の解説』（法曹会、1992年）208頁。

[75] 山田・前掲（注５）73頁、485-486頁、504頁、出口・前掲（注13）204頁。

[76] 烝場準一「法例の新規定における反致政策についての小論」川井健ほか編『講

う[77]。

反致の適用除外を規定する通則法41条但書では、選択的連結を採用した抵触規定と同様に、セーフガード条項も列挙されていない。セーフガード条項は、本人の同意・承諾等一定の事項に関して子の本国法の強行的適用を求める趣旨であり、同条項への反致の適用を否定することで問題ないように思うが、そうであれば、選択的連結に対する反致の適用を全面的に肯定する学説（A 説）が、その根拠を、選択的連結を採用する抵触規定が通則法41条但書に列挙されていないことに求めるのは、説得力に欠け薄弱というほかないであろう。選択的連結を採用する抵触規定についても、セーフガード条項と同様に、通則法41条但書の規定振りという形式的な理由によるのではなく、それら抵触規定の趣旨および実質的な存在意義等を踏まえて、反致適用の適否が判断されるべきではないかと思われる。

④　その他若干の問題

既述のとおり、私見は選択的連結に対して反致の適用を一律否定する見解（B 説）によるが、仮に通則法の解釈として選択的連結に反致の適用を認めるとの見解に立ったとすると、本国たる外国の抵触規定も同じく選択的連結を採用する場合であって、その連結点の一つによれば反致が成立するが、その他の連結点によれば反致が成立しないときの取扱い

座現代家族法〔第１巻（総論）〕』（日本評論社、1991年）105頁（烏場・前掲（注63）257頁も同旨）、櫻田・前掲（注４）119頁［同書第５版では反致肯定説に立脚していたが、これを改説］、澤木＝道垣内・前掲（注４）46頁、横山・前掲（注４）73頁（同『国際家族法の研究』（有斐閣、1997年）204頁脚注66、および横山・前掲（注17）「渉外認知事件の裁判管轄権とその準拠法」244頁も同旨）、神前ほか・前掲（注４）67-68頁［元永執筆］、櫻田＝道垣内編・前掲（注１）99頁［佐野執筆。通則法29条に関する見解］、325-326頁［北澤執筆］等。

[77] 渉外戸籍実務研究会・前掲（注12）『設題解説・渉外戸籍実務の処理Ⅳ〔出生・認知編〕』65頁、258-259頁、同『設題解説・渉外戸籍実務の処理Ⅴ〔養子縁組編〕』（日本加除出版、2008年）26-27頁。なお、平成元年10月２日法務省民二第3900号「法例の一部を改正する法律の施行に伴う戸籍実務の取扱いについて」（民事局長通達）第４の１（２）を参照。

が問題となる。

この点については、立法担当者の理解では、通則法41条にいう「その本国法に従えば日本法によるべきとき」とは、本国たる外国の抵触規定が掲げるすべての連結点が日本を指示しているときであると解釈し、この場合における反致の成立を否定する[78]。これに対して、少なくとも本国抵触規定が掲げる連結点の一つが日本を指定する場合であって、当該本国法によれば実質法上の目的が達成されないが、日本法によればその目的が達成され得るときに限り、反致の成立を肯定する見解も提唱されている[79]。

私見は選択的連結に対する反致の適用を全面的に否定する立場に拠るが、本国の抵触規定が選択的連結を採用し、当該規定によりわが国への単純反致の成否が問題となり得るのは、何も通則法が選択的連結を採用している単位法律関係に限られない。通則法が選択的連結を採用していない単位法律関係について本国の抵触規定が選択的連結を採用している場合も想定され得るので、この点についても態度表明をしておく必要があろう。上記の学説のうち、わが国抵触規定が念頭に置く実質法上の目的が達成されるか否かにより反致の成否を判断するが如き後者の見解は、反致という抵触法上の処理に関する判断を特定の実質法的価値の実現に係らしめており、C およびＤ説に対して行った批判的検討（５.（２）①）の内容がそのまま妥当すると思われる。

私見では、本国抵触規定が選択的連結を採用している場合において、

---

[78] 澤木＝南編著・前掲（注11）58頁［南執筆］。なお、この見解を支持するものとして、溜池・前掲（注５）166頁、松岡博編『国際関係私法入門〔第３版〕』（有斐閣、2012年）53頁［多田望執筆］。また、戸籍実務もこの見解に従う（渉外戸籍実務研究会・前掲（注12）『改訂設題解説・渉外戸籍実務の処理Ⅱ〔婚姻編〕』46頁、同・前掲（注12）『設題解説・渉外戸籍実務の処理Ⅳ〔出生・認知編〕』28-29頁）。

[79] 山田・前掲（注５）407頁脚注４、法学セミナー編集部編・前掲（注２）375頁［長田執筆］。もっとも、長田真里先生については、司法試験の解答例の中で、教育的配慮から、立法担当者とは異なる理解をする余地があることを示すために本見解を記述された可能性があり、これが同先生自身のご見解と一致するか否かは不明であることを付言しておく。

そのすべての連結点が日本を指示するのでない限りは、反致の成立を否定すべきと考える。通則法41条本文では、反致成立の要件として「その国の法に従えば日本法によるべき」（傍点は執筆者による）ことを掲げているが、本国抵触規定が掲げる連結点の一つでも日本以外の国を指示している場合には、かかる要件を満たさないと解するのが自然であろう[80]。またこのように解釈することによって、通則法および本国国際私法がともに選択的連結を採用している単位法律関係について反致が成立する局面はかなりの程度限定されることから、仮令選択的連結について何らかの形で反致の適用を認める見解に立脚するにしても、事実上の話ではあるが、こうした単位法律関係に限っては、選択的連結について反致の適用を全面的に否定する見解（B 説）を採用するのとほぼ同等の結果が得られる可能性が高いと思われる。結論において、立法担当者の見解に沿うのが適当であると考えられる。

６．むすび――応の結論

反致は明治31年の旧法例制定時から明文の規定を以て認められてきたが、既述のとおり、その制度の存在意義については統一的な見解もなく、それどころか、学説では立法論としての反致否定論が大勢を占めていた。にもかかわらず、主として実務上の要請から、平成元年法例改正および平成18年の通則法制定に際しても、反致の規定自体は引続き存置されることとなり、現在に至っている。従って、反致という制度の存在意義を抵触法体系の総論から説明したうえで、個別抵触規定との適用関係を理

[80] なお立法担当者は、この解釈論に関連して、本国の抵触規定が選択的連結を採用している場合であって、そのうちの一つの連結点のみが日本を指し示しているときにおいて、仮に反致を認めるとすると、①日本法のみが適用されることになるか、あるいは②本国法および日本法の双方が適用されることになるか、いずれかの帰結しかないが、①の帰結を採用したとすると本国の抵触規定を一部無視することになるし、②の帰結を採用したとするとわが国の反致規定の文言（通則法41条の「日本法による」は、反致成立時には専ら日本法が準拠法になるという趣旨である）との間で齟齬が生じる、との説明を行っている（澤木＝南編著・前掲（注11）58-59頁［南執筆］）。

論的に整理していくというアプローチを踏むことは困難であるし、執筆者の能力をはるかに超える作業である。

本稿では、選択的連結に対する反致の適用問題を取り上げたが、精々が、この論点に関するドイツおよびスイスの学説状況を参照しつつ、実際的な要請を考慮して自身が妥当と考える結論を導き出すに止まった。その限りで、小手先の議論に過ぎないとの批判を免れ得るとは思えない。加えて、反致に関する各国の法制度は多様であり、また要件も一様ではない[81]ため、比較法的な検証を通じて、わが国通則法の解釈論を適切に導出できるとは限らないという点も、本論点に関する検討を困難足らしめている要因の一つである。

ドイツでは、選択的連結が目指す実質法上の目的を達成できるか否かに応じて、反致の適用・不適用を決するとの見解（C または D 説）が支配的である。わが国でもこうした見解を提唱する学説が存在する。しかしながら、ドイツでは反致の形態として単純反致に止まらず転致もが認められているのに対して、わが国では単純反致のみを許容するに止まっていること等を踏まえると、一般論ではあるが、わが国で選択的連結に反致の適用を認めたとしても、それにより実質法上の目的が達成され得る機会はドイツほどには拡張されないはずである[82]。そして何よりも、こうしたドイツにおける支配的な見解は、実質法上の目的を実現させることを念頭に反致の適用・不適用（延いては、総括指定か実質法指定かという、抵触法上の指定そのものの意義の別）を事案毎に判断していくことを目指しているが、わが国では、そもそも準拠法指定について、ド

---

[81] 櫻田＝道垣内編・前掲（注１）313-321頁［北澤執筆］。

[82] 通則法が規定する選択的連結における連結点のうち一つでもわが国を準拠法所属国として指定している場合には、他の連結点が指定する外国法について反致の適用を認めたとしても、実質法上の目的達成には貢献しないはずである。反致の適用が実質法上の目的達成に資するとすれば、それは、通則法が規定する選択的連結のいずれの連結点によってもわが国が指定されないケースに限られる。しかしながら、わが国で紛争が係属する身分関連事案においては、理論的には兎も角、実際的には、関係するいずれかの当事者の本国法が日本法であることが多く、反致の適用によって初めて実質法上の目的が達成され得るような事案を想定する実際的な意義は殆ど認められないように思われる。

イツおよびスイスとは異なり、総括指定と実質法指定から成る二重構造を認めていない。加えて、仮にこうした二重構造を認める見解に即して、実質法上の特定の価値実現を図るべく準拠法決定プロセスを操作するとすれば、「抵触法上の価値と実質法上の価値の混淆」という批判を免れ得ないであろう。既に論じたとおり（５．（２）①）、通則法は実質法上の価値との混淆が生じないように注意を払って制定された経緯がある。抵触法上の手法を駆使して実質法上の特定の価値実現を促進することはあっても、それはかかる価値の実現を保証することを意味しない。選択的連結という連結政策は実質法上の特定の価値実現を促すための抵触法上の手法の一つとして位置付けることができる。しかしながら、反致の適用･不適用の判断を実質法上の特定の目的実現に係らしめるとすれば、それは通則法が細心の注意を払い守ってきた一線を越えて、実質法上の価値実現を保証すべく準拠法決定プロセスを操作することに他ならず、実質法上の価値実現への関与という点において、選択的連結の採用自体とはその意義を異にするものとして否定的に捉えられるべきものであろう。

抵触法と実質法が特定の法的要請に共通の現代的価値を見出し得るにしても、その価値実現のために各領域が果たし得る機能は峻別されるべきであり、そうした観点に立てば許容されるべきは、選択的連結に全面的に反致を適用する見解（A 説）か、全面的に反致を不適用とする見解（B 説）のいずれかになる（なお、E 説もこうした観点から許容されるべき見解ではあるが、わが国反致制度を前提とすれば、同説が幾つかの理論的な難点を惹起すること等から採用し得ない。この点は５．（２）②において既述のとおり）。わが国の通説は、反致の適用除外を規定する通則法41条但書に、選択的連結を採用した個別の抵触規定が列挙されていないとの一事を以て、反致全面適用説（A 説）を採用するが、こうしたわが国の通説的理解が、提唱者によって喧伝されるほどに確固たる説得力を有するものではないと思われる。通説は通則法41条但書の書振りという形式的な理由を自説の正当化のために前面に掲げるが、このこと自体がむしろ、通説が議論として薄弱であることの顕われと言えるのではないであろうか。個別の抵触規定が判決の国際的調和等を犠牲にしてまでも、実質法上の特定目的の実現を企図すべく、複数の連結点を設け各

連結点に対応する準拠法選択肢を並列的に適用することを許容するのであれば、不完全ながらも判決の国際的調和を存在意義の一つとして掲げる反致をこれに適用し、当該個別の抵触規定が目指す所期目的の実現可能性を減殺するのは適当でないように思われる[83]。選択的連結は実質法上の特定の価値実現を保証するものではないが、その価値実現を促進すべく採用された抵触法上の手法である。ある単位法律関係について実質法上の特定の価値実現を促進するという方針が立法により定立された以上は、当該単位法律関係に関する限り、かかる方針に即して反致の適用・不適用を判断することは、抵触法の領域において、むしろ整合性の取れた解釈論として肯定される余地があるように思われる。ドイツおよびスイスにおいては、少数説ながらも反致全面不適用説（B 説）が脈々と提唱されているが、かかる見解には、①実質法と抵触法の役割分担・機能的峻別の徹底、②各単位法律関係における連結政策の一貫性の確保という二つの視点が十分に反映されていると捉えることが可能である。

また、わが国の通説的見解は、通則法29条２項後段等に存在するセーフガード条項に関しては、通則法41条但書に列挙されてはいないものの、幾つかの理由を付して反致の適用を否定する。この結論自体には異論はないが、法文上は、セーフガード条項も、選択的連結を採用する個別抵触規定も、通則法41条但書に列挙されていないという点では同じであり、後者についてのみ、通則法41条但書の書振りを根拠として直ちに反致の適用を肯定するというのは、解釈論としてバランスを失しており、やはり説得力に欠けるのではないであろうか。セーフガード条項について、通則法41条但書において言及がないにも拘らず、子の本国法の強行的適

[83] 脚注62で記述した内容の繰返しになるが、こうした一般的な認識は、ドイツにおいてはすべての学説により共有されているし、また下級審裁判例でも繰返し表明されている。ドイツ裁判実務においては、反致が選択的連結に対する減殺効果を有することを根拠に、選択的連結について反致の適用を否定した事案がある（OLG Stuttgart, FamRZ 2001, 246, 248; OLG Nürnberg, FamRZ 2005, 1697, 1698; OLG Hamm, FamRZ 2009, 126, 127）。もっとも、これら裁判例がいかなる学説と同じ見解に立脚するものかは判然とはしない。強いて言えば、OLG Stuttgart, FamRZ 2001, 246は E 説、OLG Hamm, FamRZ 2009, 126は B 説に近い立場を採っているように思われる。

用を求める同条項の趣旨等を根拠として持ち出すことにより反致の適用を否定するのであれば、選択的連結を規定する個別抵触規定についても同様に、当該規定の連結政策に関する実質的な検証過程を経て反致適用の適否を決すべきであると思われる。

（以　　上）

（追記）
本稿は、JSPS 科研費（25380056、24330024）、および野村財団2012年度社会科学助成の成果の一部である。

論　　説

アメリカにおける歴史的環境保全の法的研究（1）

小　幡　宣　和

目　　次

序　章　歴史的環境とは何か―多面的かつ発展途上の概念―
第１章　日本における歴史的環境保全の歩み
第２章　アメリカにおける歴史的環境保全
　　―1969年国家歴史保全法の立法史を中心に―

序章　歴史的環境とは何か―多面的かつ発展途上の概念―

本稿は、歴史的環境保全の日米比較を行なうものである。歴史的環境保全をめぐっては、わが国では、特定地域の歴史的環境の保存のため、古都保存法[1]や文化財保護法が制定され、そして、全国レヴェルでは近年制定された景観法や歴史まちづくり法が歴史的環境保全について定めている。また、各地の条例でも独自の歴史的環境の保護の取り組みの後押しをしている。

一方、アメリカでも、連邦はもとより、各地の条例・各州の法律などによって、独自の規制が設けられ、さらに、ゾーニングによる歴史的地区の指定なども行なわれている。判例法の分野でも、アメリカは、一見、

[1] 京都市、奈良市、鎌倉市、天理市、橿原市、桜井市、斑鳩町、明日香村、逗子市、大津市が同法に基づく「古都」に指定されている。

財産権の保護に手厚い傾向があると見られがちであるが、後に詳しく検討する連邦最高裁判所のペン・セントラル判決以降、建造物等の所有者の「経済的利用」を妨げるかどうかということを主な判断基準として財産権に一定の制限を加える傾向にある。

アメリカにおける歴史的環境保全に関するわが国の先行研究[2]としては、歴史的環境保全に関する歴史・法律・制度について扱うものがみられるが、断片的であるか、概要にとどまっているのが現状である。また、法的論点・裁判例について扱う論文の数も、ごく限られている。

本稿では、第一に、法制度の発達史を見ることで、アメリカの歴史的環境保全の特徴を示すとともに、第二に、アメリカの歴史的環境保全のための様々な手法を研究することにより、アメリカで使われている手法

[2] 日本における先行業績は次のようなものがある。歴史的な面から検討するものとして、岡崎篤行『アメリカアーバンデザインと歴史的環境保全』（学芸出版社、2000年）、西村幸夫「アメリカにおける歴史的環境保全の歩み」環境と公害23巻１号27頁、同「アメリカにおける1960年代前半までの歴史的環境保全制度の展開」日本建築学会計画系論文報告集444-102頁（1993年）、同「1966年国家歴史保全法および税制上の優遇措置を中心にみた1960年代後半～1980年代前半アメリカの歴史的環境保全制度」日本建築学会系論文報告集第452号165頁（1993年）、同「アメリカにおける1960年代前半までの歴史的環境保全制度の展開」日本建築学会計画系論文報告集第444号105頁（1993年）。David Callies= 小高剛訳「アメリカ合衆国における歴史的文化的環境保全の法制」名城法学52巻１号81頁。一般向けに書かれた概説書として、西村『アメリカの歴史的環境保全』（実教出版、1997年）。建築学者の手によるもので、法的論点と裁判例を紹介するものとして、西村「アメリカ合衆国におけるヒストリック・ディストリクト制度の現状の法的論点に対する考察」日本建築学会計画系論文集539号203頁（2001年）。アイオワ州をモデルに、歴史的環境保全がどのような経済的効果をもたらしたか定量的に考察したものとして、西村＝梅津章子「米国における歴史的環境保全とその社会的経済的価値についての研究」日本建築学会計画系論文集第537号227頁（2000年）、アメリカの制度概要について触れた上で、大災害と歴史的建造物の保全について扱ったものとして、足立祐司「アメリカにおける歴史的建造物の保存と対策」月刊文化財390号22頁、史跡登録の法制度について扱ったものについて、越智敏裕「公有歴史的建造物保存のための指定・登録申請制度の提案」『行政と国民の権利：水野武夫先生古希記念論文集』（法律文化社、2011年）249頁。

の中で、日本にも応用可能な手法がないかを検討する。第三に、判例分析を通じ、歴史的環境保全が判例法の中で認められていった過程などを扱う。

本稿が対象とする、「歴史的環境」の意味を明らかにするためには、いくつかの視点から見る必要がある。そして、さしあたり一つ目として、世界的に「歴史的環境」がどのようにとらえられてきたのかという視点があり、二つ目として、わが国で「歴史的環境」がどのようにして守られてきたか、という視点がある。

0-1　世界の流れ

例えば、稲垣栄三は、次のように述べる。歴史的環境という概念が定着するのは戦後のことであるとし、概念定着のためには、「歴史的記念物の保存から出発する文化財保護の歴史（いわゆる「点から面の保護」）」と、生活環境保護（例えば、「アメニティ」）の歴史から検討していく必要があるとする[3]。前者については、1964年に採択された、単一の建築のみならず、「歴史的に重要な事件の証跡が見出される都市及び田園の周辺環境の保護・保全・修復[4]」をうたった、「記念建造物及び遺跡の保全と修復のための国際憲章（ヴェニス憲章）」と、それを受けて1965年に設立された「国際記念物遺跡会議（イコモス;ICOMOS）」が近年の出発点であるとする[5]。

また、1975年の「アムステルダム宣言」で、EC 加盟諸国は、伝統的

---

[3] 稲垣栄三「歴史的環境保全の系譜と展望」公害研究12巻２号２頁以下（1982年）。

[4] 「保存」と「保全」の違いについて、西村幸夫は、「『保存』とは建造物や都市構造の文化財的価値を評価し、これを現状のままに、あるいは必要な場合には現状と同様の素材を用いた最低限の構造補強等をおこなって、対象の有する特性を凍結的に維持していくこと」と定義する。一方、「『保全』とは、建造物や都市構造の歴史的な価値を尊重し、その機能を保持しつつ、必要な場合には適切な介入をおこなうことによって現代に適合するように再生・強化・改善することも含めた行為」と定義する。そして、「保全」は「保存」ばかりでなく、増強・修理・復元などの、歴史的環境の固有性を維持し増進するためのより広い概念としてとらえ、通常「保全」の中に「保存」は包摂されていると述べる。

[5] 前掲稲垣２・３頁。

環境を形成する建築遺産や遺跡が多数消滅しているという事態に危機感を持ち、「卓越した質を備えた個々の建築とその周辺環境をいうだけでなく、歴史的または文化的価値を有する都市や村落のすべての地区を含む（下線部は筆者による）」として、歴史的環境という「面」的な保全を明確に打ち出している。

一方で、アメニティの面からは、稲垣は以下のように論ずる。「アメニティ」という概念自体は極めてあいまいとしたものであり、とらえどころのないものである。しかし、イギリスにおいて、ヴィクトリア朝から続く、郊外の憂鬱さ、河川や大気汚染などに続き、19世紀になり、ナショナルトラスト運動やウィリアム・モリスの古建築保護協会に代表される保護運動がアメニティを媒介として両者が媒介となり、結びついていく[6]。稲垣は、歴史的環境保全という概念を、多国間憲章とアメニティ概念の発展から見るものである。

同じく、西村幸夫は次のように述べる。世界各国の歴史的環境保全を比較する前提として、「歴史的環境」、とりわけ、都市の歴史的環境を、「都市の文化的営為の成果として生成した都市の物的環境（その多くは歴史地区という形で存在している）であると同時に、そのもととなる文化的営為そのものを容れる器としてある存在である」と定義付ける[7]。西村は、都市の歴史的環境について、分割してその構成要素を列記することはその総合的特質にそむくが、以下の構成要素からなるとする。

１）歴史的な集落や町並み、都市のなかの歴史的都心部および記念的建造物とその周辺の歴史的文化的に価値を有する物的環境

２）歴史的街路パターン、地割り・町割り・街区割り、土地利用や主要施設配置などの土地区画の歴史的な構成

３）建物配置やその他建造物の群としての構成

４）その結果としてもたらされる街路の景観や都市の風景、眺望上の特色や遠望される都市のシルエット等

５）水系、周辺農地や自然地形と都市の立地との関係、オープン・スペース

[6] 前掲稲垣２・４頁。

[7] 西村幸夫＝大西隆＝大垣眞一郎＝岸井隆幸＝小出和雄編『都市工学講座　都市を保全する』（鹿島出版会、2003年）２頁［西村執筆］。

の構成など、広域の空間的特質
6）新旧市街地の構成や産業遺産など都市の発展をあとづけるもの、また、それ自体が歴史的意義を有している都市計画の成果
7）地域の社会構造や住民組織、祭祀の構造、地名など、そのほか、宗教的、神話的、精神的、民俗的、民間伝承的、共同体的、あるいは地域経済的な空間構成など無形の文化遺産で、歴史的環境の形成に寄与してきたもの
8）上記の諸要素およびその相関関係の都市内外での変容プロセスなど[8]

西村は、歴史的環境とは「地域における文化的営為の成果として生成された地域の物的環境の総体であ」[9]り、政策立案のためには、部局横断的な総合的施策の立案と実施を訴えている。

0-2　わが国における「歴史的環境」概念の発展

他方、わが国における「歴史的環境概念の発展について、窪田亜矢は、次のように述べる。歴史的環境は、その中核に文化財を含んでおり、保護される文化財は、歴史的環境のうち、行政が保護の対象とするものであるとした上で、文化財の対象が拡張されてきていることを指摘する[10]。その拡張の仕方は２種類あるとし、一つは、従来は文化財とされていなかったものに対して価値が見出され、文化財としてふさわしいと決められるとする方法であり、もう一方は、既存の文化財カテゴリーで対応せず、新しいカテゴリーを創設するという方法であるとする。

前者については、行政による歴史的環境の保護の出発点は、寺社建築などに代表される宗教施設が中心であったが、戦後、重要文化財としての保護対象が民家に広がったり、「近代化遺産」の名のもとに、重要文化財指定物件が登場したりした。さらに、1980年代以降は、住民・市民を中心とする「まちづくり」の動きが盛り上がりを見せ、専門家らによってこれまで価値を見出されてこなかったものについても価値を見いだそうという動きが見られたが、この文化財概念を拡張していくことにより

[8] 同上。
[9] 同上３頁。
[10] 窪田亜矢「歴史的環境を発見し継承する」自治体学研究95号８頁（2007年）。

保護していくのには限界があった、と述べる[11]。

後者については、1975年の文化財保護法改正による「伝統的建造物群保存地区制度」、1996年の「登録有形文化財制度」と2005年の文化財保護法による「文化的景観」の各制度や定義の創設が代表例としてあげられている。

文化財保護法２条に規定される伝統的建造物群保存地区制度は、建築基準法上の制限緩和がなされ、点から面への突破口が開かれたと評価する。登録有形文化財制度については、取り壊しを防ぐ法的拘束力がないことが問題点として指摘されているが、一方で登録の同意の取りやすさも特徴としてあげられるとする。窪田は次のステップに進むための突破口として評価する。文化的景観についても、生業と自然が一体化した光景に価値を見出し、かつそれが消失しつつあることが現実としてあることから設けられたのだとする。窪田の整理によれば、法制度によって保護されるべき歴史的環境は、個々の文化財という点から建造物群である地区というように、面へと拡張されている。

0-3　多面的かつ発展途上概念としての「歴史的環境」

以上の検討から明らかなように、歴史的環境は様々な視点からとらえることが可能であり、今後も拡大していく可能性のある、多面的で発展途上の概念と見ることができる。これから検討するアメリカの法制度が前提とする歴史的環境の広がりも考慮して、本稿で扱う歴史的環境は、相当広くとらえ、個々の建造物や天然記念物などという、いわば「点」としての史跡だけでなく、歴史的地区という「面」も含むことにする。また、現在、日本の法制度において保護されている史跡、記念物、寺社、住宅に加え、主たる検討対象であるアメリカの国家歴史保全法（NHPA）で保護されている、橋、タワー、灯台、展望台といった工作物、船や機械といった可動物、史跡についても、文化的遺産や産業遺産として歴史的環境に含めることとする。

0-4　歴史的環境保全と法に関するこれまでの議論

[11] 同上８－９頁。

日本の法律学が、歴史的環境保全についてどのように議論されてきたのか、概観する。

歴史的環境保全については、これまで、文化財保護行政の枠内で論じられていた[12]。南川諦弘は、文化財保護法や古都保存法による歴史的環境の保護について、市町村が法的強制力を伴った規制的保護規定を含む条例の制定を認める必要があると論じている[13]。

一方、1990年代に入り、環境概念が公害の防止とともに、快適な環境の維持確保に論点が拡大し、歴史的環境保全も都市環境の快適さの維持（アメニティ）という文脈の中でも論じられ始めた[14]。畠山武道[15]は、環境問題とアメニティ両方の政策を同時並行的に進めるべきであり、アメニティの回復が緊急の課題であると指摘する。その中で、歴史は、地域住民の一体感を蘇生させる重要な要素と述べる。それを踏まえて、法的問題の整理として、歴史保全のためには、地域環境計画と都市計画の統合を行い、その中にアメニティ向上の施策を包摂することや、計画アセスメント、住民参加について提案されている。

亘理格は、歴史的環境の保護について、歴史まちづくり法制定以前の論文であるが、文化財保護法や関連法制が依拠してきた重点保護主義・選別保護主義の影響の下に、その対象を狭く限定しようとする厳選主義的傾向という問題点を指摘している[16]。その上で、地域住民が共有する

---

[12] 内田新「文化財保護法概説･各論（二四―三五）」自治研究62巻５号32頁（1986年）―64巻５号68頁（1988年）。椎名慎太郎『詳説　文化財保護法』（新日本法規出版、1977年）を参照。

[13] 南川諦弘「居住環境の保全と文化財―歴史的環境の保護のあり方」自治研究55巻８号35頁（1984年）。

[14] 大塚直『環境法〈第３版〉』（有斐閣、2010年）624-635頁。なお、アメニティという用語は用いられていないが、1980年代序盤で、歴史的環境や水辺、緑の維持など、一部自治体ではそれらが意識され始めていたようである。坂田期雄「ひろがる文化行政（上）（下）―その現段階と今後の課題」自治研究59巻４号、８号（1983年）。

[15] 畠山武道「新しい環境概念と法」ジュリスト1015号106頁（1993年）。

[16] 亘理格「都市計画と景観保全法制―歴史的街並み景観の保存を中心に―」山下健次編『都市の環境管理と財産権』（法律文化社、1993年）36頁。

地域像・街並み像というだけでは、法的保護には値せず、一級の価値の景観のみ法的保護を受けるものだと批判する[17]。その上で、フランス都市計画法を参照しながら、景観を地域の共有資産ととらえ、法的価値を見出そうとする。また、「都市計画の重点を基幹道路等の公共施設整備と郊外部の土地区画整理事業に置き、明確な地域像・市街地像に裏付けられた詳細ゾーニング制度の整備を怠ってきたこと」[18]について批判し、地域独自で、自らの地域像や街並み像を明確化することが重要であると指摘する。

0-5　課題

わが国の立法は、景観法や、いわゆる歴史まちづくり法の制定により、大きな発展を見せたが、これまでの議論を踏まえて再度整理すると、課題として次のことが指摘できる。

①歴史まちづくり法の重点区域の指定を受けるには、当該地域内に、国の選定による重要伝統的建造物群保存地区や有形文化財などの指定物件がなければならない。一方、次章で詳細に検討するアメリカの国家歴史保全法（NHPA）は、史跡の登録には、そのような要件は存在せず、柔軟な指定が可能となっている。

②アメリカの多くの州や地方政府は、政府からの補助金を財源として、歴史的建造物をはじめとする歴史的遺産の修復、保存を行った場合、税金の優遇措置がとられるが、わが国では、経済的インセンティヴを伴った保全制度が未発達である。

③アメリカでは、NHPA により、連邦公共事業が、登録された歴史的環境に影響を与えるかどうかの調査が義務付けられている。わが国でもこのような歴史的環境アセスメント制度の必要性や、その基礎となる歴史的物件の登録制度が必要となってくるだろう。

0-6　検討の順序

---

[17] 亘理格「景観保護の法と課題―アメニティ保障の観点から」ジュリスト増刊「環境問題の行方」（有斐閣、1999年）214頁以下。

[18] 同上。

以上の問題点を踏まえて、第１章では、わが国における歴史的環境保全法制と保全に関する歴史を明らかにする。第２章では、アメリカの歴史的環境保全の中心的法律である、国家歴史保全法（NHPA）の立法史を検討する。NHPA には、連邦が行う、もしくは連邦が資金提供を行う公共事業に関して、事前に周囲の歴史的環境にどの程度の影響を与えるか調査する条項が盛り込まれているが、この条項を盛り込むか否かについて政府や歴史的環境保全団体がそれぞれ法案を出し合い、連邦議会で議論を重ねながら成立させていった過程を明らかにする。第３章では、アメリカにおける歴史的環境保全の法制度を連邦・州・地方政府という３重のシステムの中で、多方面から歴史的保全を行っていること、また、３者が互いに法制度や資金の面から連携・協力しながら保全活動を進めていることを見てみることにする。第４章では、これらの法制度を支えるために、アメリカの裁判所は、どのように歴史的環境保全を支持するような判断をしてきたのか、また、アメリカの景観問題と司法判断の歴史、さらにその中で如何にして歴史的環境保全問題が分化して行ったかについても検討を行う。そして、終章では、まとめとわが国の法制度へもたらしうる可能性について考えてみたい。

第１章　日本における歴史的環境保全

第１節　歴史

わが国における歴史的環境保全の歴史は、古くは、明治時代（1868年）に布告された、いわゆる神仏分離令による廃仏毀釈で寺社などが毀損され、また、社寺領を国有化する社寺領上知令などによって、宗教施設の環境が変容するなどしたために、1897年、日本初の文化財保護のための法律である古社寺保存法[19]が制定されたのである。

[19] 古社寺保存法の制定について詳しくは、鈴木嘉吉＝濱田隆＝平野邦雄＝鈴木規夫＝村上訒一＝三輪嘉六「座談会―文化財指定をめぐって」月刊文化財411号11頁以下（1997年、以下同じ）、佐藤道信「フェロノサの古社寺調査と古美術保護」月刊文化財411号24頁以下、岡田健「国法指定と日本美術史―岡倉天心の

以下では、古社寺保存法後、歴史的環境がどのように保護されてきたかを、いくつかの時代に分け、概観する。

1-1-1　戦前

古社寺保存法成立の後、史蹟保存に関して、1919年に史蹟名勝天然紀念物保存法が成立した[20]。同法では、史蹟・名勝・紀念物[21]の指定については内務大臣が行うとし（１条）、現状の変更や影響を及ぼす行為については地方長官の許可を受けなければならない（３条）という規定や、内務大臣により指定された周辺地域の一定行為の禁止が盛り込まれた（４条）。さらに、これらの行為の違反に対する罰則規定も設けられた（６条）。第５条では、費用負担の規定が盛り込まれ、「内務大臣ハ地方公共団体ヲ指定シテ史蹟名勝天然紀念物ノ管理ヲ為サシムルコトヲ得」としているが、その費用は当該地方公共団体の負担としており（５条２項）、ただし、その費用の一部を国庫により補助することができるとしていた（５条３項）。この法律により指定された史蹟・名勝・天然紀念物は1590件にのぼった[22]。

また、ほぼ同時期に、都市の美観や風致を保存する目的で広告物取締法が1911年に制定され、さらに、都市計画法、市街地建築物法（いずれも1919年）が制定された。これらの法律は主に、歴史的環境保全というよりむしろ、統一的景観を構築するための、景観規制の色合い[23]が強かっ

時代」月刊文化財411号29頁以下、稲葉信子「伊藤忠太と古社寺保存―明治中期の建築界と伝統保存―」月刊文化財411号34頁、西村幸夫「古社寺保存法第１条～第４条の成立過程に関する研究」明治大学工学部研究報告48号183頁（1985年）。

[20] 史蹟名勝天然紀念物保存法につき詳しくは、西村幸夫「「史蹟」保存の理念的枠組みの成立　「歴史的環境」概念の成立史その４」日本建築学会計画系論文報告集第452号177頁以下（1993年）。

[21] 西村・『都市保全計画歴史・文化・自然を活かしたまちづくり』（東京大学出版会、2004年）によれば、それぞれ自然物と人工物である「史蹟」、「名勝」、「記念物」の３つのカテゴリが並列されて保護対象となるのは他国と比較して類がないとのことである。

[22] 西村・注21・74頁。

[23] 広告物取締法では、美観又は風致を保存するために広告物の設置に制限を

たといえる[24]。

1-1-2　戦中から戦後へ

戦時中は、多くの文化財や美術品が、戦時中の混乱などで破壊されていった。しかしながら、ライシャワーらの日本研究家などが、京都などへの空襲をやめるよう合衆国政府に要請したことは、非常に大きな出来事としてあげられる[25]。

戦後になり、国宝保存法と史蹟名勝天然紀念物保存法を廃止し１つにまとめた文化財保護法が1950年に成立した。文化財保護法の特徴は、従来の史蹟・名勝・天然紀念物の３つのカテゴリを「文化財」と１つのカテゴリに統一したこと、さらに、文化財の中に「無形文化財」という新しい概念を登場させたこと、保護対象を限定させたことがあげられよう。

1-1-3　1960年代から70年代

（１）法制度

高度経済成長期である1960年代に入ると、宅地造成や開発が進んだため、各地で歴史的景観の保存運動が起こるようになった。特に鎌倉・京都・奈良といった古都で運動が起こった。このような運動が契機となり、京都市を中心とした地方公共団体が、古都保存連絡協議協議会を立ち上げ、立法を求める活動を行い、そして超党派の国会議員を中心とした議員立法である「古都における歴史的風土の保存に関する特別措置法（古都保存法）」が制定された[26]（法内容の詳細は次節に譲る）。古都保存法は、対象地域が奈良県明日香村全域を対象地域としたため、村民の生活の軋

設けることができるとする１条、都市計画法では、風致地区制度を定める10条２項、市街地建築物法では、美観地区について定める15条が例としてあげられる。

[24] ただし、都市計画法の風致地区の制度は、歴史的環境保全に一定の役割を与えているとする見方もある。

[25] 西村・注21・101頁。

[26] 古都保存法について詳しくは、越澤明「古都保存法制定40周年と美しい国づくり、都市再生」都市問題研究59巻１号56頁（2007年）、川名俊次「古都保存法制定の背景と実際」都市計画176号28頁（1992年）、同「歴史的風土保存の今日の課題―古都保存法から明日香村立法まで」新都市34巻４号11頁（1980年）。

轢が生じる。そして、周辺住宅街が宅地開発によって発展しているにもかかわらず、明日香村の開発が規制され、周辺地域との格差が広がることとなった。そこで、1980年５月、「明日香村における歴史的風土の保存及び生活環境の整備等に関する特別措置法（明日香村特別措置法）」が制定された[27]。これにより、明日香村は、古都保存法による歴史的風土特別保存地区とされ、さらにこれを、現状変更を厳しく抑制する第一種歴史的風土保存地区と、著しい現状の変更を抑制するが、一定の現状変更を認める第二種歴史的風土保存地区の２地区に分けて、周辺地域との格差を縮減しようとした。これらの土地利用規制に加え、３期にわたる明日香村整備計画期間[28]が設けられ、道路や下水道などの生活インフラの整備が行われた。加えて、明日香村歴史的風土創造的活用事業交付金により、観光活性化事業や、特産品の開発支援に当てられるなど、経済の活性化が図られている[29]。

（２）判例

この時期は、京都タワーの建設問題に代表されるように、都市景観に関しても各地で問題が生じた。特に著名なものとしては、国道の拡幅などの事業認定取消を求めた日光太郎杉事件地裁判決が1969年に出され[30]、同東京高裁判決も1973年に出された[31]。続いて、景観を損ねるとして歩道橋の設置等に関わる処分の取消を求めた国立歩道橋事件も1974年に東京高裁判決が出され[32]、この60-70年代を境に景観訴訟は増加して

---

[27] 山口周三「明日香村の歴史的風土の保存と住民生活との調和のための特別立法　明日香村における歴史的風土の保存及び生活環境の整備に関する特別措置法」時の法令1081号12頁（1980年）。

[28] 第１次明日香村整備計画期間（昭和55年度－平成元年度）、第２次明日香村整備計画期間（平成２年度－平成11年度）、第３次整備計画期間（平成12年度－平成21年度）。

[29] 明日香村法の施行状況や、その他の取組などについて詳しくは、社会資本整備審議会平成21年７月16日答申「明日香村における歴史的風土の保存及び生活環境の整備等を今後一層進めるための方策はいかにあるべきか」を参照。

[30] 宇都宮地判昭和44･4･9、行集20巻４号373頁。

[31] 東京高判昭和48･7･13、判時710号23頁。

[32] 東京高判昭和49･4･30、判時743号31頁。

いった。

（３）運動

歴史的街並み保存に関する運動もこの時期に増加した。その理由として、高度経済成長が進むにつれ、歴史的景観が一つの財産であるとの価値が醸成されてきたことなどがあげられよう。わが国における最初の街並み保存運動は、1966年に結成された、岐阜県高山市上三之町保存会である。1970年代に入ると、街並み保存運動は本格化し、1970年には、鎌倉・京都・奈良の市民団体が中心となり、「全国歴史的風土同盟」が結成され、さらに、1974年には長野県南木曾町妻籠、奈良県橿原市今井町の運動家らにより町並み保存同盟」が結成され、その後毎年全国町並みゼミを開き、現在でも続く運動となっている[33]。

このような運動の中で、歴史的環境の面的保存を求める声が強くなっていった。そして、1975年７月、文化財保護法が改正され、「伝統的建造物群」のカテゴリーが加えられ（142条から146条）、文化財として面的な保護がされることとなった。なお、1989年には、地方税法の改正により、重要伝統的建造物群保存地区内の伝統的記念物については、固定資産税及びこれに伴う都市計画税が非課税となった（348条２項８号の２）。

1-1-4　1980-90年代

（１）法制度

1992年の都市計画法改正により、市町村は都市マスタープランを定めることが規定された（18条の２）。都市マスタープランは、地域の特性に合わせて様々な要素が盛り込まれることとなった。このことにより、歴史的環境保全に関する項目が都市計画の中で重要な地位を占めることとなった。

また、都市計画政策から見ると、歴史的なみちすじの整備のために、歴史的地区への誘導路の整備や、電線の地中化などを行うものである、歴史的地区環境整備街路事業が1982年に開始された。行政の取り組みも増加し、景観形成事業として、都市景観形成モデル事業（1983年）、都

[33] 辻清明監修・木原啓吉責任編集『事例・地方自治　第７巻　歴史的環境』木原「歴史的環境の保存と再生」（ぎょうせい出版、1983年）19頁。

市景観形成モデル都市（1987年）があり、そのほかには、自治省と文化庁による、地域文化財保全事業（1992年）、農水省による歴史的港湾環境創造事業（1989年）、港湾景観形成モデル事業（1991年）、国土庁による地域個性形成事業（1989年）などがある[34]。

（２）判例

1980年代から90年代の景観訴訟としては、次のようなものがある。歴史的景観地区内にマンションが建設されることに対して周辺住民が歴史的環境権、日照権、プライバシー権などを主張して工事差止を求めた伏見桃山コープ事件（京都地決昭和58年10月11日、判時1100号126頁）、総合設計制度を利用し、高さ60m の京都ホテルの建設計画に反対した、京都仏教会が工事差止を求めた京都仏教会事件（京都地決平成４年８月６日、判時1432号125頁）、和歌山県の、和歌の浦における都市計画道路建設が、歴史的環境権を侵害しているとして建設費などの損害賠償を求めた住民訴訟である和歌の浦事件（和歌山地判平成６年11月30日、判例自治145号36頁）などがある。しかし、いずれも住民たちの主張は容れられなかった。

1-1-5　2000年代

（１）法制度

2000年代の政策として、４つの立法や法律改正、そして中心的政策がある。第一に、2003年７月、国土交通省は、美しい国づくりに向けた基本的な政策の方針である「美しい国づくり政策大綱」を発表した[35]。同大綱では、従来の画一的な行政ではなく、地域ごとの状況に応じた取り込みを重視し、美しさを内部目的化することや、良好な景観を守るための先行的・明示的な措置をとることなどを盛り込んでいる。また、国土交通省は、美しい国づくりのための具体的施策を発表している。そこでは、事業における景観形成の原則化、公共事業における景観アセスメントシステムの確立、分野ごとの景観形成ガイドラインの策定、地域景観の点

[34] モデル事業についてくわしくは、西村・注21・188頁以下を参照。

[35] 国土交通省のウェブサイト（http://www.mlit.go.jp/keikan/taiko_text/taikou.html）で閲覧可能である。

検促進などがあげられている。

第二に、2004年には、景観法が制定されたほか、屋外広告物法の規定の強化、都市緑地法の改正などがおこなわれた。

第三に、同年文化財保護法が改正され、文化財として文化的景観も加えられた。

文部科学大臣は、景観計画区域または景観地区内に設定された文化的景観保存地区のうち、特に重要なものを重要文化的景観保存地区として選定できることとなった。また、同地区内での現状変更行為は届出制であり、文化庁長官は、届出に対して必要な指導、助言又は勧告をすることができるとされている（139条３項）。

第四に、2009年には、地域における歴史的風致の維持及び向上に関する法律（いわゆる「歴史まちづくり法」）が成立した。これは、建造物という点、市街地という面、そして伝統文化のソフトという３つの面から保護を行うものである。詳しくは次節で検討する。

（２）判例

2000年代に入ってからの歴史的景観に関する重要な判例としては、いわゆる「鞆の浦訴訟」[36]がある。これは、広島県福山市の鞆の浦を埋立て、架橋する工事について、公有水面埋立免許処分の差止訴訟である。広島地裁は、原告のうち、鞆町内に居住する者に原告適格を認め、埋立免許についても、裁量権の逸脱があるとして、原告らの請求を認容した。

第２節　主要な法制度[37]

1-2-1　文化財保護法

[36] 広島地裁平成21･10･1判時2060号３頁。

[37] 小高剛「都市景観の創造と条例･要綱の役割」ジュリスト839号28頁、荒秀「景観保護の法制度」法令解説資料総覧74号75頁、畠山武道「新しい環境概念と法」ジュリスト1015号106頁、五十嵐敬喜『都市法』（ぎょうせい、1987年）、安本典夫『都市法概説』（法律文化社、2008年）、大塚直『環境法［第２版］』（有斐閣、2006年）、成田頼明「魅力ある都市づくりへの法制度」『土地政策と法』（弘文堂、1989年）219頁、亘理格『都市計画と景観保全法制―歴史的街並み景観の保存を中心に』山下健次編『都市の環境管理と財産権』（法律文化社、1993年）。

日本における歴史的環境保全の法制度としてまずあげられるのは、1950年に制定された文化財保護法である。同法はたびたび改正されているが、現行法によると、「文化財を保存し、且つ、その活用を図り、もつて国民の文化的向上に資するとともに、世界文化の進歩に貢献するものとする」を目的とする。また、同法でいう「文化財」には、「地域における人々の生活又は生業及び当該地域の風土により形成された景観地で我が国民の生活又は生業の理解のため欠くことのできないもの」（２条５号）、「周囲の環境と一体をなして歴史的風致を形成している伝統的な建造物群で価値の高いもの」（同６号）が含まれ、景勝地や建造物も保護の対象としている。さらに、市町村は、伝統的建造物群及びこれと一体をなしてその価値を形成している環境を保存するための伝統的建造物群保存地区を定めることができる（142条）。具体的には、市町村は、都市計画区域又は準都市計画区域内においては、都市計画に伝統的建造物群保存地区を定めることができ（143条）、この場合、市町村は、条例で当該地区の保存のため、政令の定める基準に従い必要な現状変更の規制について定めるほか、その保存のため必要な措置を定めるものとすると規定している（同条）。その他、国による伝統的建造物群に対する経済的援助として、重要伝統的建造物群保存地区の保存のための当該地区内における建造物及び伝統的建造物群と一体をなす環境を保存するため特に必要と認められる物件の管理・修理・修景又は復旧について市町村が行う措置に対する国の補助制度がある。

1-2-2　古都保存法

昭和41年に制定された古都における歴史的風土の保存に関する特別措置法（以下、古都保存法という。）は、「わが国固有の文化的資産として国民がひとしくその恵沢を享受し、後代の国民に継承されるべき古都における歴史的風土を保存するために国等において講ずべき特別の措置を定め、もつて国土愛の高揚に資するとともに、ひろく文化の向上発展に寄与することを目的とする」（１条）として制定された法律であるが、古都保存法にも歴史的環境保護のための制度が設けられている。古都保存法において保存される歴史的環境は、「歴史的風土」であり、それは、「わが国の歴史上意義を有する建造物、遺跡等が周囲の自然的環境と一体を

なして古都における伝統と文化を具現し、及び形成している土地の状況をいう」（２条２項）。さらに、国土交通大臣は、古都における歴史的風土を保存するため必要な土地の区域を「歴史的風土保存区域」として指定することができ（４条１項）、さらに、国土交通大臣は、当該歴史的風土保存区域について、歴史的風土の保存に関する計画を決定しなければならない（第５条）。歴史的風土の保存に関する計画においては、歴史的風土保存区域内における行為の規制その他歴史的風土の維持保存に関する事項などを定め（５条２項１号）、歴史的風土保存区域内においては、建築物その他の工作物の新築、改築又は増築、その他歴史的風土の保存に影響を及ぼすおそれのある行為で政令で定めるものについての行為を行なうものは、あらかじめ府県知事にその旨を届け出なければならない（７条およびその各号）。なお、古都保存法は、京都市、奈良市、鎌倉市、天理市、橿原市、桜井市、奈良県生駒郡斑鳩町、同県高市郡明日香村、逗子市及び大津市に適用される（２条、古都における歴史的風土の保存に関する特別措置法第二条第一項の市町村を定める政令）。

1-2-3　景観法[38]

2004年に制定された景観法は、「わが国の都市、農山漁村等における良好な景観の形成を促進するため、景観計画の策定その他の施策を総合的に講ずることにより、美しく品格のある国土の形成、潤いのある豊かな生活環境の創造及び個性的で活力ある地域社会の実現を図り、もって国民生活の向上並びに国民経済及び地域社会の健全な発展に寄与すること」（１条）を目的として制定された、景観に関する総合的規定が盛り込まれた法律である。

景観計画の策定や景観計画に伴う措置等景観法全般の行政を担う景観行政団体（第７条）が、良好な景観のための行為の制限となる事項などを定めた「景観計画」（第８条、第９条）を定める。また、景観計画は、「地

[38] 景観法について詳しくは、景観法制研究会編『概説景観法』（ぎょうせい、2004年）、ジュリスト1314号の特集「景観法とまちづくり」収録の各論文、社団法人日本建築学会編『景観法と景観まちづくり』（学芸出版社、2005年）、景観まちづくり研究会編著『景観法を生かす』（学芸出版社、2004年）を参照。

域の自然、歴史、文化等からみて、地域の特性にふさわしい良好な景観を形成する必要があると認められる土地の区域」について定められる。さらに、景観法では、景観行政団体の長は、景観計画に定められた景観重要建造物の指定の方針に即し、景観計画内の良好な景観の形成に重要な建造物で国土交通省令で定める基準に該当するものを景観重要建造物として指定することができる（第19条）。景観重要建造物の所有者は、景観行政団体の長の許可を受けなければ、景観重要建造物の増築、改築、移転もしくは除却、外観を変更することとなる修繕もしくは模様替えまたは色彩の変更をしてはならないこととなる。（ただし、軽微なものを除く。）（第22条）。これに違反した場合は、原状回復命令が景観行政団体の長から出される（第23条）。なお、現状の変更、補修の許可を受けることができないために損失を受けた景観重要建造物の所有者には通常生ずべき損失が補償される（第24条）。

1-2-4　地域における歴史的風致の維持及び向上に関する法律（「歴史まちづくり法」）

2009年に制定されたこの法律では、新たに「歴史的風致」という概念が登場する。「歴史的風致」とは、「地域におけるその固有の歴史及び伝統を反映した人々の活動とその活動が行われる歴史上価値の高い建造物及びその周辺の市街地とが一体となって形成してきた良好な市街地他の環境」（第１条）であり、面的保護要素の強いものとなっている。つまり、寺社などに代表される歴史的建造物やそれが存在する市街地（ハード）と、そこで行われる祭事や伝統芸能などの伝統文化（ソフト）を一体化させた概念である[39]。また、歴史的風致維持政策推進のために、本法の

[39] 本法について詳しくは、国土交通省都市・地域整備局公園緑地・景観課景観・歴史文化環境整備室「地域における歴史的風致の維持及び向上に関する法律（歴史まちづくり法）について」区画整理2009年12月号13頁、同「歴史まちづくり法の施行状況について」公園緑地71巻２号６頁、赤坂信「公園緑地と歴史まちづくり法」同20頁、越澤明「歴史まちづくり法の制定と歴史的・文化的遺産を生かしたまちづくり」区画整理2009年２月号６頁、同「歴史まちづくり法制定の意義、背景および今後の政策課題」都市計画277号５頁、同法の近年の動向については国土交通省都市局公園緑地・景観課景観文化環境整備室「歴史まち

主務大臣は文部科学大臣・農林水産省・国土交通大臣の３者となっており、省庁横断的な法制度であるところも注目すべき点である。

さらに、歴史的風致維持向上支援法人の制度が設けられた。これは、市町村長が、歴史的風致の維持及び向上について専門的な知識や技能を有するNPOや公益法人を指定する制度である。歴史的風致維持向上支援法人に指定されると、歴史的風致維持向上委員会への参画や、歴史的風致形成建造物の指定の提案、歴史的風致維持向上施設である建物の管理が可能である。

この法律では、歴史的まちづくり推進のため、以下で示すよう、国による様々な推進策が用意されている[40]。

（ａ）歴史的風致向上基本方針（４条）

主務大臣は、歴史的風致向上基本方針を定めることとなっている（４条）。2009年11月に主務大臣により公表された歴史的風致維持向上基本方針では、市町村の定める歴史的風致維持向上計画の認定基準や認定の手続、認定と連携した支援措置などが定められた「歴史的風致維持向上計画」が定められている。これに基づき市町村は、基本方針や、重要文化財建造物などの周辺を中心とする重点区域の位置や区域、文化財の保存又は活用に関する事項、歴史的風致維持向上施設の整備または管理に関する事項、歴史的風致形成建造物の指定の方針などを定めることとなる。

歴史的風致維持向上施設とは、歴史的風致の維持向上に寄与する道路、公園、水路などといった公共施設などのことである。また、重点区域は、文化財保護法により重要文化財、重要有形民俗文化財、史跡名勝天然記念物として指定された建造物の用に供される土地及び重要伝統建造物群保存地区内の土地に該当する土地及びその周辺で、歴史的風致の維持及

づくりの最近の動きについて～歴史まちづくり法施行後３年、30の歴史都市の認定を迎え～」新都市66巻３号17頁（2012年）ほかを参照。なお、歴史まちづくり法５年経過の指施行状況については、国土交通省のウェブサイトを参照のこと。

[40] さまざまな推進策についての詳細は、歴史まちづくり法研究会編集『歴史まちづくり法ハンドブック』（ぎょうせい、2009年）参照。

び向上を図るための施策を重点的かつ一体的に推進することが特に必要である土地の区域である。

（ｂ）重点区域内での歴史的風致形成建造物の指定（12条）

市町村長は、所有者や教育委員会の意見を聴くなどして指定するものである。要件は、重点地区における歴史的風致を形成し、かつその保全を図る必要のある一定の要件を満たした地域の歴史的な建造物と定められている（同条）。所有者は、指定されると、当該建造物を適切に管理する義務が生じ、増築、改築、移転及び除却の際には30日前までに市町村長に届出を行わなければならず、届出があった場合で、必要のある場合には、市町村長は設計の変更等必要な措置を講ずべきことを勧告することができる。

（ｃ）歴史的風土維持向上計画における歴史的風致維持向上施設等の特例制度

本来の事務の権限主体である都道府県や市に代わり、歴史的風土維持向上計画を受けた自治体が権限行使を行う特例制度が設けられている。

①農用地区区域内における開発行為の許可の特例
②文化財保護の事務特例
③都市公園の管理の特例
④歴史的風致形成建造物等の管理の特例
⑤市街化調整区域内における開発行為の許可の特例
⑥都市緑地法の事務特例
⑦電線共同溝を整備すべき道路の指定の特例
⑧屋外広告物法の事務特例

（ｄ）主体面―歴史的風致維持向上支援法人・協議会

市町村長は、歴史的風致維持向上施設の整備に関する専門的知識などを有する公益法人またはNPO法人について、申請に基づき、歴史的風致向上支援法人として指定できる。指定されると、歴史的風致維持向上協議会の構成員となり、市町村長に対して所有者の同意を得て認定重点区域内の建造物を、歴史的風致形成建造物として指定することを提案できる。

（ｅ）歴史的風致維持向上地区計画

歴史的風致維持向上計画は、重点的に保護する区域の位置・区域、文

化財の保存または活用に関する事項、歴史的風致維持向上施設の整備または管理に関する事項のうち必要なのを記載するものとし、計画の策定に当たっては、公聴会の開催などによる住民の意見反映や歴史的風致維持向上施設の管理者同意を得ることが義務付けられている。

1-2-5　条例

これまで、法律によるわが国の歴史的環境保全を見てきたが、条例は、法律よりも柔軟に歴史的環境保存への取り組みを行なってきたといえる[41]。前述のように、1960年代から、「開発か保存か」がテーマとなり、歴史的環境保全への取組みが地方公共団体で見られるようになってきた。1970年代後半に入り、盛岡市、岸和田市、金沢市、倉敷市をはじめとする各地で歴史的環境保全のための条例が制定された。中でも、「京都市市街地景観整備条例」(1972年制定)、神奈川県真鶴町「真鶴町まちづくり条例」(1993年制定) などがよく知られている。

わが国の歴史的環境保全の法制度は、景観法など法律レヴェルでの歴史的環境保全のほかに、条例によるさらに進んだ保護のための制度、例えば、景観保全地区の指定、統一的景観保全のために建築の際の届出制度、市民団体の認定、景観審議会の設置などがその手法としてあげられよう[42]。ただし、歴史的環境に幅を絞ってみると、その保護手法は、歴史的建造物の指定など、点的規制が中心的である。

第２章　アメリカにおける歴史的環境保全―1969年国家歴史保全法の立法史を中心に―

第１節　歴史的環境保全の概要

アメリカでの歴史的環境保全の取り組みは、19世紀中ごろから始まっ

[41] この点について詳しくは、小林重敬編著『地方分権時代のまちづくり条例』(学芸出版社、1999) 73頁以下。
[42] 同上。

た。当時は、ジョン・D・ロックフェラー氏などの裕福な個人や一部の環境保護団体が、歴史の舞台となった建物や歴史上の偉人がかつて住んだとされる建物の買取りを行うにとどまっていた[43]。連邦政府の取り組みは鈍く、戦跡の保護にとどまっていた[44]。一方、地方政府レヴェルでの取り組みは早く、1931年にはサウスカロライナ州チャールストンで歴史的環境の保護条例が、1936年には、ニューオーリンズで同様の条例が制定された。さらに、1965年には、アメリカで初めて、歴史的建造物保護を盛り込んだ、ニューヨーク市旧跡保護法（New York City Landmark Preservation Law）が制定された。そして、1960年代から1970年代にかけて、アメリカで高度に発展する工業化の中で、公害が社会問題化し、連邦議会においても、1969年に全国環境政策法（National Environmental Policy Act of 1969）、1970年に清浄大気法（Clean Air Act of 1970）、1972年に清浄水法（Clean Water Act of 1972）、同年の連邦沿岸地域管理法（Federal Costal Zone Management Act of 1972）などの全国的な環境・資源保護立法がなされた。

このような各種立法の中で、歴史的環境保全への取り組みも行われた。1964年には、後述する自然美保存タスクフォース（The Task Force of Preservation of Natural Beauty）が、大統領に、歴史的環境保存のための取り組みを連邦機関に行なうよう提言書を提出した。また、合衆国全国市長会（United States Conference of Mayors）も、連邦レヴェルでの歴史的環境保存立法を求めた。

本章では、連邦における歴史的環境保全の中心的な法律である、国家歴史保全法の成立過程を検討する。この過程では、歴史的環境保護推進派と保護に関する規制を最小限に抑えようとする行政機関との間での攻防が繰り広げられた。

---

[43] Carol M. Rose, Preservation and community: New Directions in the Law of Historic Preservation, 33 STAN. L. REV. 473 (1980).

[44] United States v. Gettysburg Electric Railway Corp., 160 U.S. 668, 682. (1896). ゲティスバーグの戦いの跡に鉄道路線を敷設しようとしたゲディスバーク電気鉄道株式会社が、その鉄道の敷設が認められなかったことは収用に当たるとして補償を求めた事件で、連邦最高裁判所は、戦跡保護は政府の権力の１つであり、当該不許可は収用には当たらない、と判断を下した。

第２節　1950年代から国家歴史保全法成立までの歴史

2-1　はじめに

国家歴史保全法（National Historic Preservation Act; NHPA）の成立にいたるまでの経緯を本節では見ていくことにする。NHPA は、連邦政府の資金によって行われる事業の中で、歴史的環境に影響を及ぼす可能性のある事業や、連邦政府の許可を必要とする事業のコントロール、そして全国史跡登録に関する規定などを置いた、アメリカにおける連邦レヴェルでの歴史的環境保全に関する中心的法律である。

1960年代の、人々による環境保全運動の高まりの中で、ようやく連邦議会も法案成立に向けて動き出したのであるが、各主体間での保全に対する思惑の不一致により、法案がばらばらに提出されるなど、成立への道は平たんなものではなかった。

2-2　1950年代―公共事業と再開発で脅かされた歴史的環境

1950年代の歴史的環境保全をめぐる状況は、連邦政府の州間高速道路システム（interstate highway system）の成立や、連邦の資金提供の下で行われる都市再開発事業およびそれを補助する立法により、急速に歴史的建造物などが失われていった。

1956年に制定された高速道路連邦補助法（Federal-Aid Highway Act of 1956）[45]は、高速道路網の整備に対して連邦政府が90% の補助を行い、残りの10% は州が負担するというものであった。この法律の成立直後から多くの連邦資金が投入され、1960年から1967年までの間、各年度約22億ドルが拠出されていた。この事業により、多くの史跡が失われることについての危惧する声が地方の活動家からあがった。

再開発政策に関しては、すでに1949年の住宅法（The Housing Act of 1949）[46]により、荒廃化した地区の再開発プログラムに対する連邦政府による補助制度が設けられたが、実施件数が少なかったため、1954年の住宅法（The Housing Act of 1954）により制度が拡充された。住宅金融

[45] Pub. L. No. 84-627.

[46] Pub. L. No. 81-171.

庁（Housing and Home Finance Agency; HHFA）は、「スラムの一掃と都市再開発」という名目の下、再開発の費用の３分の２を連邦資金により拠出するプログラムを創設し、1961年には住宅金融庁の予算規模は、３億4000万ドルにまで増加した。さらに、連邦政府（一般調達局、General Services Association; GSA）は、余剰財産の整理の名目で、老朽化した連邦機関の庁舎の建て替えや売却も行った。この時代、開発が重視され、相次いで歴史的建造物が失われていったのである。

歴史的環境保全は、1950年代までは、連邦よりも地方レヴェルで主に取り組まれた。数はまだそう多くないものの、各地で歴史保全条例が生まれ始めた。ルイジアナ州では州憲法の中で歴史保全条項が盛り込まれ（1936年）、サウスカロライナ州チャールストンにおいて、最初の効果的な歴史保全条例が誕生した（1939年）。第２次世界大戦中は、アメリカ計画担当官協会（現在のアメリカ計画協会；American Planning Agency）の調査によれば、ヴァージニア州アレクサンドリア（1946年）、同・ウィリアムスバーグ（1947年）、ノース・カロライナ州ウィンストン - セーラム（1948年）、ワシントン D.C. 内のジョージタウン（1950年）、ミシシッピ州ナチェーズ（1951年）、メリーランド州アナポリス（1951年）、マサチューセッツ州ボストンのベーコン・ヒル、ナントゥケット（1955年）、同・セーラム（1956年）で条例が制定されている。しかし、歴史的環境保全による規制を認める判例はわずかで、条例の数は増加しなかった。この時代、後述するが、判例の状況は転換期にあり、1950年代前半までは、景観保護のみを目的とする条例を認める判例は存在したが、多数を占めるまでには至らなかった。しかし、1954年に Berman v. Perker[47]判決が出され、景観に対する理解が判例法分野でも広がっていった。

2-3　法案の提出

連邦政府や自治体による歴史的環境の破壊が進む中で、それを食い止めるべくいくつかの法案が連邦議会に提出された。

（１）1957年、テキサス州選出のヤーボロウ上院議員が、高速道路連邦補助法の修正という形で法案提出を行った（S.2887）。土地の買収等が

[47] 348 U.S. 26 (1954).

当該土地の歴史的環境への悪影響がない旨の意見書を、内務大臣が、州知事に対して発行しない限り、連邦資金によって高速道路建設工事を行ってはならないとの法案であった。NPS（国立公園局）は、膨大な数の史跡の影響調査が必要であり、現実的に不可能だとして、法案に反対する報告書を提出した[48]。

（２）1959年に、ペンシルバニア州選出の下院議院であるカーティンが提出した法案（H. R. 3459）には、連邦資金による高速道路建設の際、史跡に影響のある場合は公聴会を開催すること、影響を受けるおそれのある住民から反対意見が出された場合、内務大臣が調査をすることなどが盛り込まれていた[49]。

（３）同年４月、ウィスコンシン州の下院議院のロイスらは、史跡法を改正する法案を提出した。この法案は、史跡法上の保護対象を地域・地方にまで広げ、また、高速道路建設ばかりではなく、連邦資金による全ての公共事業において、史跡に悪影響を与える可能性のある場合に調査をしなければならないとした。

（４）1961年に下院議院のマクドーウェルらによって提出された法案の内容は、その後の立法に大きな影響を与えた。法案の主な内容として、第一に、一定以上の人口の自治体は、その自治体の歴史に関係する建造物や史跡を調査し、そのリストを内務大臣に提出することが義務付けられた。そして、内務大臣は提出されたリストの中から、国家的に重要なものや、私的団体が保存する価値のあるものの目録の発行義務を負うことが規定されていた。これは、地方自治体に歴史的建造物等のリストを作成されることによって、内務省の負担を軽減する意図があった。また、目録の発行は、建設事業による影響調査の資料となるものである。第二に、連邦資金による建設事業の「適切な段階」で、事業によって、目録に登載された史跡に影響が出る旨の意見表明を、希望する者からの聴聞を行うことが盛り込まれた。第三に、事業の実施に当たって連邦資金を

[48] もっとも、NPS は、連邦所有ではない国家的に重要な史跡保護のための法律の制定は必要であると述べている。

[49] James A. Glass, “The National Historic Preservation Program, 1957 to 1969” (Ph.D. diss, Cornall University, 1987), pp. 29-44.

拠出する前に各連邦機関に、事業による影響を「考慮する」ことが要求されたが、この点については、後に成立する国家歴史保全法と同様の表現である。

NPSは、それまでの歴史保全に関する法案については否定的見解を表していたが、このマクドーウェルらの法案については、法案に盛り込まれた目的は賛成するものの、法案の修正が必要であるとの意見を表明した。NPSは、代替となる法案を起草した。しかしそれは、史跡法の内容を追加するものにとどまっており、NPSにより行われている史跡の調査基準を用いることや、それを州も用いるという点が中心的内容であった。加えて、州の史跡調査に対するNPSの補助制度も盛り込まれ、25,000ドルが補助されるというものであった。内務省もマクドーウェルらの法案に肯定的な意見書を提出するとともに代替法案を起草した。法案には、リストに載せるべき史跡を検討する「州助言委員会」の設置が入っていたことが注目される。

このように、NPSや内務省は法案に好意的であったが、時のケネディー政権の下での議会では法案が注目されることはなかった。マクドーウェルの法案は1962年の議会期に廃案となり、その他の法案も1961年の議会期には廃案となってしまった。しかし、マクドーウェルや代替法案には、連邦機関の事前の考慮や、州助言委員会の設置など、全国史跡保全法の基礎となるしくみも入っていたことは注目に値する。

2-4　スラム一掃型都市再開発への疑問、そして歴史的環境保全運動の盛り上がりへ

1960年代はアメリカでは環境の年代と言われ、多くの自然環境に対する保護運動が起きたが、都市環境の整備、つまり、連邦の都市再開発プログラムに対する疑問もこの時代に提起されるようになった。多くの連邦都市再開発プログラムは、住環境整備の名目の下、スラム化した旧市街地の建築物を一掃し、高度建築物や新たな住宅群の整備を進めた。このような政策について疑問を呈するいくつかの著作が1960年代前半に発表され、人々の間に衝撃を与えた。ジェーン・ジェイコブス（Jane Jacobs）により1962年に発表された *"Death and Life of Great American*

Cities"（邦題『アメリカ大都市の死と生』[50]）では、古い建築物の都市コミュニティでの有用性が説かれた。また、1964年のマーチン・アンダーソン（Martin Anderson）による *"The Federal Bulldozer"*（邦題『都市再開発政策：その批判的分析』[51]）では、低所得者の住居環境改善という名目で多くの旧市街地の建築物が破壊され、新たな住居が建設されているが、実際のところ、低所得者層は新たな住居に入るための十分な金銭的余裕がなく、他地域の老朽化した住居に転居しているとの結果が得られたと発表し、論争を巻き起こした。同年のピーター・ブレイク（Peter Blake）による、*"God's Own Junkyard: The planned Deterioration of America's Landskape"* は、公共部門・私的部門双方の建築物について景観的配慮が欠けている旨指摘した。このような論調と共に、諸外国の保全状況の研究および国内での保全政策の研究シンポジウム[52]が開かれ、都市再開発政策への疑問、歴史的建造物の有効活用、国家政策としての方向性が話し合われるなど、少しずつ国内での保全に向けての論調が高まりを見せていくことになった。

1963年にジョンソンが大統領に就任すると、歴史的環境保全政策にとっては追い風となった。

ジョンソン政権は、自然環境の保護を重要政策の一つに掲げており、1964年秋には「自然美（natural beauty）」の保全に関するタスク・フォースを結成し、その中で都市環境保護について検討される部門も設けられた。前述のジェイコブスなど開発一辺倒の風潮に対して批判的な都市計画家もタスク・フォースのメンバーに加えられた。1965年にまとめられたタスク・フォースによる報告書では、各都市の特徴を示すような数々の歴史あるものが消え、どの都市も似たような景観が生まれていることに警鐘を鳴らした。そして、歴史保全については連邦政府が主導的に行っていくべきであると述べた。具体的には、NPS が歴史的建造物や地区

[50] ジェーン・ジェイコブス『アメリカ大都市の死と生』（鹿島出版会、2010年）。
[51] マーチン・アンダーソン『都市再開発政策：その批判的分析』（鹿島出版会、1971年）。
[52] 1963年に Williamsburg で開かれた、Seminar on Preservation and Restration で、行政担当者、専門家、地域の保全活動家ら200人が集まった。

の目録を、州や関係する民間団体とともに５年以内に作成すること、何を保全すべきかの基準を明確にすることを要求した。また、歴史的環境の破壊を防止する法的仕組みについても提言が及び、歴史保全に関する政府委員会が公共事業にあたっての政府資金の拠出についての拒否権を持たせるべきであると述べた。

続けて1965年２月にジョンソン大統領は、連邦議会に「自然美に対する声明」を送付し、その中で、歴史的環境保全に対する政策を進めることを明言した。大統領は、全国的にも重要な意義を持つ地方の取り組みを支援すること、ナショナル・トラストの活動を支援するために地方自治体の保全活動に対して金銭的援助を行うための立法の手当てを行うことを宣言した[53]。

地方の取り組みの支援を具体化するような政策の立案のため、同年５月24･25日､自然美に関するホワイトハウス会議が開かれた。その中で、歴史的環境破壊を行うような政府支出に対しての拒否権、州・地方の取り組みのために連邦政府が補助金やマッチング・グラントをおこなうことなどが提案された。

さて、NPS では、ハーツオーグ（George B. Hartzog, Jr.）が1964年１月に局長に就任すると、国立公園システムの改革に乗り出したが、その中で歴史的環境保全も重要な管理政策の柱として扱われた[54]。また、近年の NPS の政策の中で扱いが弱かった部分での影響力を回復しようとの試みがなされていたが、その分野の一つとして、歴史保全があった。回復のための方策の一つが民間団体の活用である。その背景としては次のようなことがあげられる。第一に、この時期、民間団体による歴史的環境の保全活動も活発化してきたことである。第二に、NPS 自体も組織改革により、歴史保全分野においては、研究が主体となり、国民に対して歴史保全を訴える体制が弱くなっていたこと、そして歴史保全の専

[53] なお、大統領の宣言に呼応して、内務長官 Udall は NPS と野外レクリエーション局に法案を起草するよう命じた。Glass, *supla* note, 49 at 63.

[54] Hartzog の国立公園システムの改革、特に自然保護の分野に関しては、久末弥生『アメリカの国立公園法―協働と紛争の一世紀』（北海道大学出版会、2011年）67頁以下を参照。

門家の人手が組織内で不足していることがあげられる。そのため、NPSがこの分野で一定の影響力を保持したいのであれば、基準、仕組み、技術、そして民間団体への資金補助を整備しなければならなかったのである。NPSのsenior authorityおよびナショナル・トラストの理事であるロナルド・F・リー（Ronald F. Lee）は、今後国内で高まるであろう歴史保全の波の中で、NPSは他の行政機関から保全について多くの助言などを受けるであろうことや、保全の専門家たちの退職年齢が迫っていることから、保全部門の担当職員を増員させる必要があると考えた。そこで1964年から65年にかけてはNPSの組織改革に向けての数々の提言がなされた。

一方で、この時期、全米市長会などは、フォード財団からの支援を受け、前下院住宅小委員会委員長であるアルバート・レインズを団長とする、いわゆるレインズ委員会を結成し、ヨーロッパ諸国の視察や有名なベストセラーとなった報告書 *"With Heritage So Rich"* [55]を1966年に発行した。その中で、連邦政府が歴史保全に積極的役割を担うことや、全国登録制度の創設、歴史的財産取得のための補助金の拡充や税金の優遇等が提案された。

2-5　立法化へ

1966年の議会で国家歴史保全法が成立した。立法化に当たり、法案が当時の大統領であったジョンソン政権、全国的な保全政策の提言を行ったRains委員会、また住宅都市局によって起草された法案の３種類が存在した。

（１）最も早く提出されたのは、ジョンソン政権によって起草された法案である。ジョンソン政権はその重点政策の一つとして、自然美の保全、その中のひとつとして歴史的環境保全をあげており、政権は主に州などに対する補助金を柱とした保全政策を打ち出した。補助金は、史跡の調査事業に用途が指定され、州規模の調査を行わせることにより、保全事業を進めようとしていた。提出された法案は、具体的には、州は補助金の交付を申請する前に「包括的保全計画」を提出することを求めて

[55] Albert Rains et al, *With Heritage So Rich*, Random House, (1966).

おり、内務大臣は包括的保全計画を審査することにより補助金交付の有無を判断する。さらに、史跡の全国登録制度が創設される。その際には、現存する調査プログラムを再編し、より具体的には、国家的に重要な史跡の調査事業、国家的、地方や州にとって歴史的意義のある財産を記録するアメリカ歴史的建造物調査（Historic American Buildings Survey; HABS）の継続、さらに州や地方にとって重要な財産の目録制度の創設が含まれている。

（2）一方、全国的な保全政策の提言を行ったレインズ委員会のメンバーも立法化に向けて動き出した。1966年3月17日、レインズ委員会のメンバーであったエドワード･ムスキー上院議員と、ウィリアム･B･ウィドノール下院議員が法案を提出した（S. 3098- H. R. 13792）。両者は、内務省に対して *With Heritage So Rich* の提言を立法化するように依頼し、それがこの法案となった。

この法案で最も重要なポイントは、州によって提案された事業が全国登録に登載された史跡・建造物などに影響があるかどうかの判断を、各連邦行政機関の長が、事業の資金提供前に行う点である。

このS. 3098- H. R. 13792法案にも政権提出法案と同様、歴史的建造物保全のための補助金やナショナルトラストが利用可能なマッチング・グラント制度（政府等が支給するその他の補助金と組み合わせて利用する補助金制度）の創設などが盛り込まれた。また、全国登録制度の導入も規定されたが、州の調査によって認定された地方の重要な史跡も全国登録制度に盛り込むという制度であった。

さらにムスキー上院議員とウィドノール下院議員は、同日、住宅都市局によって提出依頼された法案も委員会に付託した（S. 3097-H. R. 13790）。こちらも多くは内務省によって起草されたものである。

この法案の第二章では「歴史保全全国委員会」について規定されており、後の歴史保全助言委員会のモデルとなっていることが特筆すべき点である。法案では、「歴史保全全国委員会」の役割として、①大統領および連邦議会に対し歴史保全について助言をすること、②地方自治体が保全のための法律・条例等を制定する際に同委員会が助言をすること、③連邦行政機関の保全に関する活動の調整、④強力な保全政策の立案の支援、⑤連邦機関の保全活動の支援や歴史保全に影響のある事業に関す

る紛争の審査や解決に関する研究などが列挙されている。また、職務の遂行に当たって委員会は連邦行政機関に召喚状を発行し、情報を収集することが認められている。助言委員会の長は大統領により指名され、上院が承認するとしている。

（４）以上の３種類の法案が提出されたが、ジョンソン政権が提出した法案（S. 3035- H.R. 13491）や内務省が独自で起草した法案（S. 3098- H. R. 13791）については、下院議会の内務委員会での聴聞への動きはみられなかった。下院内務委員会の委員長は、歴史保全に興味が薄く、他の問題を優先的に審議していたためである。一方、住宅都市局によって提出依頼された法案（S. 3097-H. R. 13790）は、上・下院で公聴会が開かれた。他の法案についても、ナショナル・トラストのゴードン・グレイ委員長が親しい上院議員にロビー活動を行い、上院内務委員会にて公聴会が開かれることとなった。公聴会でナショナル・トラストのゴードン・グレイ委員長は、政府による歴史的財産の保護システムを創設し、条文中に盛り込むことが必要であると述べた。彼は、S. 3097- H. R. 13790中の「歴史保全全国助言委員会」の必要性を主張し、特に連邦行政機関の間で調整役を担う機関について提案した。この提案は、上院内務委員会のジャクソン委員長の賛同を得ることとなった[56]。

この公聴会では、NPS からも証人の出席が求められた。NPS は全国登録制度を充実させることによって、歴史保全の推進を図ろうとしていた。公聴会の中で NPS は、政権提出法案を推薦し、政権提出法案が可決された場合には、全国登録制度の拡充と、史跡法の下での登録制度との合併や、登録のための基準策定についても提案した。さらに、州の役割についても言及し、州が新たなプログラムに参加したい場合は、責任をもつ担当部署を設立することとし、NPS は組織・資金・州域調査の実施面においての支援、州の登録制度の運用や設立支援を行うとの計画を述べた[57]。

公聴会での意見を踏まえ、上院内務委員会のジャクソン委員長は、連邦機関の歴史的環境に影響を及ぼすプロジェクトに対する考慮を求める

[56] William J. Murtagh, Keeping Time, 47 (2006), Glass, *supla* note, 49 at 65.
[57] *Id*. at 50.

条項の採用については賛同したが、法案中に影響調査の実効性を担保する条項が欠けていることに懸念を示した。そこで、ジャクソン委員長は、NPS と委員会のスタッフに、政権提出法案の修正を指示し、その中に考慮条項を盛り込み、さらに実効性を担保させる条項を盛り込むよう命じた。

（５）1966年６月に、政権提出法案の修正法案が提出された。この修正法案は、現在の国家歴史保全法の原型となった。その中での大きな柱は、歴史的環境に影響を与えるような連邦の事業に対して、その考慮を求めるというセクション106である。これは、S.3098のセクション202を改変したものであった。

修正法案の中で、考慮の対象は、全国登録に登載されているすべての財産に対して適用され、そしてプロジェクトに資金提供する連邦機関の長に、全国歴史保全助言委員会に対して、プロジェクトが登録された財産に影響があるかどうかの報告書を提出させることとした。そして、助言委員会にたいして審査の時間を与えるため、報告書が作成されてから60日間の連邦資金の支出の待機期間を設けた。また、修正法案第２章には、歴史保全全国委員会の創設が盛り込まれた。

また、補助金については、委員会の審議中に、ベトナム戦争などで国家財政の危機が叫ばれている時代に、州の歴史的財産の調査や歴史保全計画の作成事業に対して全額を負担することへの懸念が一部議員から出された結果、州の調査や計画に対する補助を100% から50% に削減し、1967年以降の３年度で連邦の支出上限を10,000,000ドルに限定し、調査を３年間に限定した[58]。

この修正案、特に助言委員会のあり方と60日間の資金提供の凍結条項について、政権側から反対する声が上がった。連邦予算局（Bureau of the Budget）の副局長のウィルフレッド・ロメルは、ジャクソン委員長に、助言委員会の設立と60日間の資金凍結期間に反対する書簡を送った。第一にロメルは、プロジェクトの60日間の遅れは、「重要な連邦プログラムの執行に重大な干渉を引き起こす」と反対し、その代わりとして、連

[58] *Id.* at 51., NPS, Legislative History of the Historic Preservation act of 1966 (1967) at 72.

邦プログラムの管理者に、助言委員会に対して影響を及ぼしうる歴史的財産についての助言を求めることを要求した。そして、ロメルは、セクション106を、「各連邦機関の長は、助言委員会にかかるプロジェクトについてコメントする合理的な機会を与えなければならない」という文言に変更するよう提案した。第二に、ロメルは、助言委員会については、内務大臣の、国立公園、史跡、歴史的建造物及び遺跡に関する助言委員会（Advisory Board on National Parks, Historic Sites, Buildings, and Monuments）との役割の重複について懸念を示した。

また、ロメルは、助言委員会はあくまで助言的組織であり、執行機関ではないということを明示するように法案を改訂すべきであると主張した[59]。

（6）7月から、下院本会議で議論が始まった。本会議では、セクション106の適用範囲をめぐって議論が盛んに行われた。ここでも、連邦行政機関とナショナル・トラストの間での歴史保全に対する考えの相違が浮き彫りとなった。

この問題について、内務省の証人として下院国立公園およびレクリエーション小委員会（House Subcommittee on National Parks and Recreation）で証言したGeorge Hartzogは、軍事施設の建設のような、連邦議会によって直接承認された事業はセクション106の適用範囲に入るのかという質問に対し、連邦議会の考慮は助言委員会の考慮よりも優れた考慮であって、法の適用範囲内には入らないと答弁した。一方で、ナショナル・トラストの証人として証言したゴードン・グレイは、セクション106についてHartzogがとった見解とは異なった見解を示した。その見解とは次のようなものである。連邦が直接行う事業につき、連邦議会は選択したすべての事柄について決定する権限を持つが、時として連邦議会は、知らされない情報もある。たとえば、連邦予算局が新しい郵便局を建設しようとした場合、保存されるべき建築物が破壊されうる場合、連邦議会は、それが保存されるべき建築物であることを知らされない場合があり、助言委員会は連邦議会の委員会に適切な注意を促すことができる[60]。

---

[59] Glass, *supla* note at 70.

[60] NPS, *supla* note at 102.

以上の議論を踏まえ、修正法案の再修正では、60日間の資金凍結条項が取り除かれ、連邦資金提供前に連邦機関に対し、助言委員会が助言をすること、連邦議会に対しても助言を与えるという修正が加えられた。また､助言委員会の10人の公務員から選ばれるメンバーの人選の裁量を、大統領に広く与え、助言委員会に誓約書と召喚状を発行したうえでの公聴会を行うという条項を略し、そして名称を”Advisory Council on Historic Preservation”（歴史保全に関する助言委員会）に変更することとした。

９月に下院本会議で審議が行われ、一部議員から、地方の歴史保全に連邦が関与すべきではない、地方の問題に対して連邦が関与すべきではないという意見も出された。また、審議の妨害などもあり、採決が遅れることとなったが、10月初旬に、下院で全会一致で通過し、上院も可決した。そして、1966年10月15日、ジョンソン大統領はPublic Law 89-665に署名し、国家歴史保全法として誕生した。

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（2013年12月25日授与)「アメリカにおける歴史的環境保全」に、補筆したものである。

執筆者紹介（掲載順）

田口正樹	北海道大学大学院法学研究科教授
田中啓之	北海道大学大学院法学研究科准教授
白鳥潤一郎	北海道大学大学院法学研究科講師
山木戸勇一郎	北海道大学大学院法学研究科准教授
米田雅宏	北海道大学大学院法学研究科准教授
嶋拓哉	北海道大学大学院法学研究科教授
小幡宣和	北海道大学大学院法学研究科助教
橋本伸	北海道大学大学院法学研究科博士課程
角本和理	北海道大学大学院法学研究科博士課程
津田智成	日本学術振興会特別研究員
児玉弘	北海道大学大学院法学研究科博士課程
高橋周史	北海道大学大学院法学研究科博士課程

平成27年１月23日　印　刷
平成27年１月30日　発　行

編集人　権左武志

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
長谷川　晃

印　刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 65 January 2015 No. 5

CONTENTS

ARTICLES

Königsgerichtsbarkeit und öffentliche Notare im deutschen Spätmittelalter ☆ ····· Masaki TAGUCHI 1
Ausländische Rechtsgebilde im Steuerrecht ····· Hiroyuki TANAKA 61
Institutional Reforms of the MOFA and Japanese Foreign Policy during the Period of High Economic Growth ····· Junichiro SHIRATORI 87
Zur Vollstreckungsstandschaft (1) ····· Yuichiro YAMAKIDO 137
Entpolizeilichung und Subsidiaritätsprinzip im japanischen Polizeirecht (1) ····· Masahiro YONEDA 181
Die Beachtung des Renvoi in Fällen der alternativen Anknüpfung ····· Takuya SHIMA 518[1]
Legal Analysis of Historic Preservation in the United States (1) ····· Nobuyasu OBATA 488[31]

NOTES

Considering Remedies for Recovery of Money Paid by Mistake in the English Restitution Law (1) ····· Shin HASHIMOTO 239
Concerning the Civil Law Protection of Virtual World Property in the Online Game Service: Focusing on the Discussion in the U.S.A. and in China (3) ····· Kazumasa KAKUMOTO 287
La structure normative de la responsabilité administrative en France: à partir de l'analyse de la notion de la faute de service (5) ····· Tomonari TSUDA 339

CASE NOTE

Note on Public Law Case ····· Hiroshi KODAMA 391
Note on Civil Law Case ····· Shuji TAKAHASHI 437

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan