



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第60巻 第6号 全1冊
Citation	北大法学論集, 60(6)
Issue Date	2010-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/42990
Type	journal
File Information	lawreview_vol60no6.pdf



北大法学論集

第 60 卷 第 6 号

論 説

ネット契約としてのフランチャイズ契約? (1) —— 最判平成20年7月4日判時2008号32頁を契機に、 ドイツでの同様の事件との対比で ——	藤 原 正 則	1
中世学識法訴訟における職権と当事者 (2・完) —— 「効用ある一節 (clausula salutaris)」についての覚書 ——	水 野 浩 二	59
自白排除法則の研究 (5)	関 口 和 徳	91
フランス憲法院による法律の憲法適合的解釈に関する一考察 (5) —— 辻 信 幸		155
ドイツ抵触法上の消費者保護規定と介入規範に関する一考察 —— 連邦最高裁判決を足掛かりとして ——	嶋 拓 哉	484[1]
中国の環境アセスメント法制度の構造・運用・効果 (4) —— 日本法との対比で ——	孟 根 巴 根	438[47]

講 演

住宅貸借法の日韓比較 —— 居住福祉法学的考察 ——	古 田 邦 彦	199

研究ノート

複合的契約の濫用と強制執行上の問題 —— 第三者異議の訴えと法人格否認に関する 近時の最高裁判決を手掛かりに ——	高 見 進	386[99]
イギリス法における契約責任と不法行為責任の競合について	新 堂 明 子	360[125]
米国住宅ローン証券化商品 (RMBS) とシンセティック CDO について —— 米国サブプライムローン問題における複合商品の構造 ——	北 見 良 嗣	332[153]
北朝鮮経済特区の実験	朴 鍾 碩	314[171]

紹 介

記者まえがき		268[217]
少年犯罪に対する刑事政策の総体的整備	廬 建 平 坂口 一成 訳	266[219]

* * *

稗貫俊文教授の経歴と業績	中川 寛子・中川晶比呂	231

2010(平成22)年

名誉教授

松澤弘陽	古矢	藤岡	福永	深瀬	品山	中村	高見	曾野	杉原	東海林	實藤	近藤	小山	小菅	木佐	神原	奧田	小川	小川	大塚	臼井	今井	伊藤	石藤	五十嵐	厚谷
政治思想史	アフリカ政治	民法	民訴法	憲法	行政法	憲法	憲法	民法	比較國際法	民法	民法	民法	民訴法	民法	行政法	行政法	國際私法	法史学	政治思想史	商法	國際法	法哲学	行政法	比較史学	民法	經濟法

長井	道幸	寺川	常本	田村	田見	高口	空井	曾野	瀬川	鈴木	城下	白取	嶋田	笹々	佐々	権矢	児野	加藤	小名	尾崎	遠藤	池田	山松	教授
長井	哲祐	也樹	樹夫	之政	護樹	進護	久夫	賢民	二比	司刑	哉國	司憲	壽憲	志政	章社	宏刑	弘憲	明社	一信	清治	正男	良之		
信刑	(勞 勵)	經濟	憲法	政治	知財 產法	民 事訴訟 法	現代 政治分 析	民 法	比 較 法	民 法	刑 事訴訟 法	國 際私 法	憲 法	政治 思想史	社會 保障法	刑法	憲 法	社會 學	信 法	乾 國 際 政 治	治 民 法	男 民 法	之 法 社 會 學	

[illegible]

孟宮宋菅下坂金板	吉水木眞堀藤中得鈴新齋桑川郭
根崎原村口澤橋	教田田野壁谷島川津木堂藤原村
巴峻寧太一拓	広浩健武岳晶一明哲朝
根悠杰格一成誠己志徹二仁夫史志兒晶人子志力舜	比國憲(政)比憲(國際政治)知(財政法)学(日本政治思想)史(行政法)政(比較政治)法(民法)民(比較法)法(日本法制史)法(法律制度論)
比較國際政治法	

雑誌編集委員 ○ 印

稗貫俊文教授は本年三月をもつて定年を迎えられることとなりました。

ここに同教授の肖像を掲げて、多年にわたる本研究科へのご貢献に対し、厚く感謝の意を表します。

北海道大学大学院法学研究科



稗貫 俊文 教授

ネット契約としてのフランチャイズ契約？（一）

—— 最判平成二〇〇年七月四日判時二〇〇八号三三頁を契機に、
ドイツでの同様の事件との対比で ——

藤 原 正 則

目 次

- 一. はじめに
- 二. 最判平成二〇〇年七月四日（判時二〇〇八号三三頁）と学説の反応
 1. 最判平成二〇〇年七月四日（判時二〇〇八号三三頁）の紹介

2. 学説の反応

三、フランチャイジーのフランチャイザーに対する報告請求、利益配分請求に関するドイツの判例と学説

1. フランチャイジーの報告・受領物引渡請求に関する判例

2. 学説の評価

(1) ネットワーク責任以外から報告・引渡請求を肯定する立場

(以上、本号)

(2) シックスト判決を重視し、具体的な条項がない限り計算・報告、及び、引渡請求を認めない立場

(3) ネットワーク責任 (Netzwerkhaftung)

(4) ドイツの学説のまとめ

四、ネット契約に対するドイツ法の評価—グルントマン (Grundmann) の議論の紹介—

五、おわりに

一、はじめに

本稿の目的は、コンビニチェーンのフランチャイジー（加盟店）のフランチャイザー（本部）に対する推薦仕入先からの商品の仕入代金の具体的な支払内容に関する報告請求を認容した最高裁判決（最判平成二〇年七月四日判時二〇〇八号三三頁）、及び、それが惹起する可能性のある問題を検討することである。ただし、本稿は、以上の問題を同様の事件に対するドイツ法での議論の状況との対比で考察したい。というのは、ドイツでは、一九九〇年代から、システム供給者 (Systemlieferant) からフランチャイザー (Franchisegeber) が取得した購入割引 (Rabatte) などの再配分を求めて、フランチャイジー (Franchisenehmer) がフランチャイザーに対して報告請求、及び、各目の購入割合に応じた

購入割引の引渡請求を行い、これを認めた連邦通常裁判所（BGH）の判例がある。さらに、以上の問題は、フランチャイザーによるフランチャイジーに対する販売価格の推奨（Preisempfehlung）の競争制限禁止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen=GWB）への抵触とも関連して議論されている。このことは、フランチャイザーが推奨商品（コンビニ弁当）の見切り販売をフランチャイジーに禁止したことが、独禁法違反（一九条（不公正な取引方法）四項（優越的地位の濫用）に当たるとした、最近のわが国の公正取引委員会の排除命令を想起させる。さらに、ドイツにはフランチャイズ契約を「団体」と「市場」の中間に位置する存在とし、いわゆる「ネット契約（Netzvertrag）」と位置づけ、その法的性質から、ネットワーク責任（Netzwerkhaftung）の一環として、フランチャイジーのフランチャイザーに対する報告請求、購入利益の引渡請求を基礎づけようという学説も存在する。ただし、BGHの判例は、このような学説に直接に言及しているわけではなく、しかも、判例は、個別の事件で問題とされたフランチャイズ契約の具体的な条項の解釈として購入利益の引渡請求を認めており、フランチャイズ契約の法的性質に関する議論を意識的に回避している。その結果、フランチャイザーは、具体的なフランチャイズ契約の条項で、システム供給者からの購入条件を明らかにしないこと、及び、大量購入割引の配分義務が必ずしも保障されないことを明示する傾向にあったようである。ところが、最近の連邦カルテル庁（Bundeskartellamt）の決定は、フランチャイザーがフランチャイジーに購入先を指定し一〇〇パーセントに近い購入義務を課しながら、購入利益を配分しないのは、不当な競争制限に当たるとしている。つまり、その意味では、フランチャイジーがロックインされた状況という前提の下ではあるが、連邦カルテル庁の決定は、ネットワーク責任に接近していると評価することもできる。他方で、冒頭のわが国の最高裁判例は、フランチャイズ契約が準委任契約の要素を含むことを、フランチャイジーのフランチャイザーに対する報告請求の根拠としている。そうだとすれば、フランチャイジーは、今一歩進んで、フランチャイザーに対して、推薦仕入先からの購入割

引の引渡（民六五六条、六四六条）を請求することも考え得る。ところが、受任者の報告義務（民六五六条、六四五条）、受領物の引渡義務（民六五六条、六四六条）は任意規定と解されており、フランチャイザーがフランチャイズ契約でこれを排除した場合は、上記のドイツ法と同様の問題に直面することになる。

ただし、以上の記述からも分かるように、フランチャイジーのフランチャイザーに対する購入利益の配分請求をめぐるドイツ法の現状は流動的である。それにもかかわらず、以上の問題を取り上げるのは、それとの連続性の下で、いわゆる複合取引、契約結合、多角的法律関係などとネーミングされ、わが国で議論されている問題の法的処理に関するドイツの議論の一端を紹介することも、本稿の今ひとつの目的だからである。もつとも、複合取引、結合契約、多角的法律関係などのテーマで議論される問題は極めて多様であり、論者によってその区分も様々である。その中で検討の対象が最も広範囲に及ぶのは、「多角的法律関係」という問題設定であらう。具体的には、多角的法律関係の考察の必要性を説く椿（寿夫）説は、多角的法律関係を、「古典的多角関係」と「現代的多角関係」に分類しているが、前者の例は、代理、第三者のための契約、適法転貸借など、後者の例が、（ファイナンス・）リース取引、業務提携などである。^③ 第三者と信売買なども後者の一環であらう。以上をどう考えるかだが、複合契約、契約結合などを二当事者ではなく三当事者以上が関与する場合に限って考えるなら、古典的な多角関係では、三者以上の取引主体が登場しなければ、その経済的な目的の達成は不可能である。例えば、代理が二当事者なら、自己契約（民一〇八条）となるか、単なる当事者間の取引である。第三者のための契約の受益者が要約者なら、せいぜい自益信託の設定にすぎない。他方で、例えば、現代的な多角関係である第三者と信売買では、自社割賦販売と比較すれば、与信売買すべき売主が、売主と与信者に分裂（分業化）していると考えられることもできる。つまり、一方で、独立の法主体の間で分業化されながら、何らかの形で連携・共同している弁済取引、商品供給、労務給付は、現代的な取引の骨格を形成している。ところが、他方で、特に、消費

者保護などの要請からは、分業化が惹起する一方当事者の不利益の克服が問題となる。例えば、第三者与信売買での抗弁の接続、既払割賦金の与信者に対する返還請求の可否がそれであろう。つまり、後者では多角的法律関係を二当事者関係（これを表現しているのが、例えば、「経済的一体性（wirtschaftliche Einheit）」という表現であろう）にどの程度接近させることが可能かが問題となると考えることもできる（ただし、抗弁の接続は、二当事者間の清算を前提とすれば、ごく当然の要請とも評価できるが、既払金の与信者への返還請求は、返還請求の債務者が一人から二人となる点で、却って、買主の地位は有利になるとも考えることもできる^④）。さらに、本稿の対象とするフランチャイズでは、フランチャイズ契約には様々な要素が含まれている。フランチャイザーと個々のフランチャイジーの二当事者関係にだけ注目すれば、伝統的な問題のとらえ方からは、フランチャイズは多角的法律関係というより混合契約の課題であろう。しかし、フランチャイザーと複数のフランチャイジーが共同行動をとることによって、フランチャイズ・システムは始めてその経済的な目的が達成できる。そのような角度からは、フランチャイズ契約は多角的法律関係であり、しかも、団体（組合）と市場の契約の双方の性格を有する取引形態だと考えることも可能である。

本稿は、以上のような問題意識から、まずは、フランチャイジーのフランチャイザーに対する計算・報告請求を認めた最判平成二〇年七月四日（判時二〇〇八号三二頁）、及び、これに直接に言及する学説を検討する（二二）。さらに、同様の問題を取り上げたドイツの判例・学説を紹介・検討する（三三）。もともと、ドイツの通説的な学説は、従来から議論され、民法典に規定がおかれた結合契約（verbundene Verträge）は別として、ネット契約という考え方に好意的とは言い難い。しかも、ドイツの複合契約、ネット契約に関する全体的な議論を十分に整理するのは、第一義的には筆者の能力、及び、本稿の範囲を超える。そこで、通説的な学説を出発点として、ネット契約の提起する問題を受け止めようとしたグルントマン（Grundmann）の論考を紹介することで、ネット契約をめぐるドイツ法の評価の現状の紹介

に代えたいと考える(四)⁽⁵⁾。その上で、冒頭の判例の提起する問題に関して、若干コメントするとともに、多角的法律関係、ないしは、複合契約との関係で一言したいと考える(五)。

(1) 公取委の平成二二年六月二二日の命令の独禁法上の意義に関しては、平林英勝「コンビニ・フランチャイズ本部による見切り販売の制限が優越的地位の濫用に該当するとされた事例」ジュリ一三八四号一〇〇頁以下を参照。

(2) このような問題にアプローチする論考は極めて多く、そこでの問題の視角も多様である。その内容に関しては、中谷寛樹「多角的法律関係の法的構造に関する覚書」名法二二七号一八五頁以下の紹介と分析に委ねたい。

ただし、ドイツ法でのネット契約に関しては、橋本恭宏「システム(ネット) 契約論序説」伊藤進他編『現代取引法の基礎的課題―椿寿夫教授古稀記念―』(有斐閣・一九九九年)三二七頁以下、三三四頁以下「ドイツ法の考え方」のローエ(Röhe)に依拠した簡潔な紹介がある。

ちなみに、複合契約、契約結合といっても、そこで主に想定されている取引形態は、各国で様々である。例えば、Walter R. Schup, *Zusammengesetzte Verträge: Vertragsverbindung oder Vertragsverwirrung*, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, 2003, S.285ff. は、スイス法ではリース、フランチャイズ以外でよく研究されているのが、建築部門での契約結合だという(S.293ff.)。さらに、取引がこのように複雑な形態を示す理由は、グローバル化に向かう経済の動態が、技術の進歩と結びついて新たな契約を生み出しているからである。例えば、新たな与信・販売形態、及び、生産の自動化とロボット化を考えてみればよい。その意味で、クラマー(Kramer)の「経済的契約法」(Vertragsrecht der "Wirtschaft")という表現は適切であると指摘している(S.296)その上で、契約結合に関しては、フランス法の理論が最も多様な研究を行っているが(ただし、説得的な理論はないが、法事実的な研究は多いと評している)、ドイツ法でも次第に法的な視点から問題を解決しようという研究が増えているとして、Gernhuber, Teubner, Rohéの研究をあげている(S.296f.)。

(3) 例えば、椿寿夫「多角」関係ないし「三角」関係について、法時八〇巻八号九六頁以下、九八頁以下。

（４）この問題に関しては、例えば、川地宏行「第三者与信型販売における抗弁の接続と与信業者に対する既払金返還請求」クレジット研究四〇号（別冊）六二頁以下、七八頁以下の紹介するドイツの多くの学説の既払金返還請求に対する冷淡な態度を参照されたい。ただし、平成二十一年二月一日から施行される改正割賦販売法では、取引実態を重視して、既払金の返還請求を認める規定がおかれている。これに関しては、例えば、川地宏行「第三者与信型売買と多角的法律関係」法時八一巻一〇号一一五頁以下、一一七頁以下を参照。

（５）フランス法での複合契約に関しては、都築満雄『複合取引の法的構造』（成文堂・二〇〇七年）の包括的な紹介・検討がある。他方で、ドイツに関しては、特に結合契約を中心とする文献は多いが、複合契約、乃至は、ネット契約の全体像を紹介したものは必ずしも十分ではないように思われる。本稿が、ドイツ法での問題の将来の研究の「踏み台」となれば幸いと考ええる。

二．最判平成二〇年七月四日（判時二〇〇八号三三頁）と学説の反応

1. 最判平成二〇年七月四日（判時二〇〇八号三三頁）の紹介

（事実）X１は、昭和五十七年七月三〇日に、X２は平成三年一〇月一〇日に、Y１（コンビニ・フランチャイザー、本部）とフランチャイズ契約（本件基本契約）を締結し、コンビニ店舗の経営を行っていた。フランチャイズ契約では、Y１はX１、X２に対して、商品発注の簡易化、仕入れの効率化のために、発注システムを提供し、信用のある仕入先、及び、仕入商品の推薦を行うが、必ずしも、X１、X２はY１の推薦する仕入先だけから仕入商品を購入する必要はないとされていた。ただし、X１、X２がY１の推薦仕入先から商品を仕入れたときは、Y１が仕入代金を支払い、決済

はオープンアカウント（OA）で行われていた。OAとは、加盟店（X1、X2）の開業日から清算に至るまで、加盟店と本部（Y1）の間の貸借の内容・経過、及び、加盟店の義務に基づく負担を逐次記入して明示し、一括して借方、貸方の各科目を差引計算する継続的計算関係である。貸方には、X1、X2がY1の銀行口座に毎日送金する総売上高などが計上され、借方には、発注システムに基づきY1がX1、X2に代わって支払った仕入代金、X1、X2がY1に支払うべき契約上の対価が記入されていた。

X1、X2は、Y1に対して、Y1がX1、X2に代わって支払ってきた商品代金に関し、支払先、支払日、金額、商品名と単価・個数、値引の有無、具体的な支払い内容の報告を求め、さらに、Y1からの推薦仕入先Y2らに対しても民四八六条などに基づいて、商品の仕入れに関する請求書及び領収書の写しを請求した。

一審（東京地判平一九・一・一二）、原審（東京高判平成一九・五・三一）とも、X1、X2が敗訴した。その理由は、Y1に関しては、（i）本件基本契約は、Y1が本件報告義務を負うと規定していない。（ii）本件基本契約は、加盟店経営者とY1との間の権利義務関係を包括的に定めるもので、その一部を取り出して、受任者の報告義務を定める民四五条を適用するのは妥当ではない。（iii）本件基本契約に本件報告に関する具体的な定めはなく、Y1はX1、X2に対して本件報告義務はないものと解される。Y2に関しては、推薦仕入先に代金を弁済するのはY1であり、X1、X2に対しては推薦仕入先は受領証書を交付する義務を負わないからである（以上の一審、原審の判決については、判時二〇二八号三二頁の「記事」による）。他方で、X1、X2のY1に対する上告受理申立を最高裁は受理して、以下のように判示した。

（判旨）破棄差戻し。「前記事実関係によれば、加盟店経営者が本件発注システムによって商品を仕入れる場合、仕入商品の売買契約は加盟店経営者と推薦仕入先との間に成立し、その代金の支払に関する事務を加盟店経営者がY1（被

上告人）に委託する（以下、これを「本件委託」という。）という法律関係にあるものと解される。したがって、本件委託は、準委任（民法六五四条）の性質を有するものというべきである。」

ただし、本件委託は基本契約の一部であり、仕入れ代金はオープンアカウントで行われるから、Y1は仕入れ代金相当額の費用の前払（民六四九条参照）を受けず、費用の支出時からオープンアカウントの決済まで利息（民法六五〇条参照）を請求できず、かつ、報酬請求権も有しないなど、通常の準委任とは異なる点がある。その意味で、本件委託には、通常の準委任とは異なる点（「本件特性」）があることは明らかである。

「そこで、以上の本件委託の性質を踏まえて、本件基本契約上、Y1が加盟店経営者であるXらに対して仕入代金の具体的な支払内容について報告義務を負うか否かを検討する。

本件基本契約には、本件発注システムによる仕入代金の支払に関するY1の加盟店経営者への報告については何らの定めがないことは前記事実関係のとおりである。しかし、コンビニエンス・ストアは、商品を仕入れてこれを販売することによって成り立っているものであり、商品の仕入れは、加盟店経営の基本をなすものということができる。加盟店経営者は、Y1とは独立の事業者であって、自らが支払義務を負う仕入先に対する代金の支払いをY1に委託しているのだから、支払代金についてその具体的内容を知りたいと考えるのは当然のこととすべきである。また、前記事実関係によれば、Y1は、加盟店経営者から商品の発注データ及び検品データの送信を受け、推薦仕入先から検品データに基づく請求データの送信を受けているというのであるから、Y1に集積された情報の範囲内で、本件資料等提供条項によって提供される資料等からは明らかにならない具体的な支払内容を加盟店経営者に報告すること（以下、この報告を『本件報告』という。）に大きな困難があるとも考えられない。そうすると、本件発注システムによる仕入代金の支払に関するY1から加盟店経営者への報告について何等の定めがないからといって、委託者である加盟店経営者

から請求があった場合に、準委任の性質を有する本件委託について、民法の規定する受任者の報告義務（民法六五四条、六四五条）が認められない理由はなく、本件基本契約の合理的解釈としては、本件特性があるためにY1は本件報告をする義務を負わないものと解されない限り、Y1は本件報告をする義務を免れないものと解するのが相当である。そして、本件特性については、これのみに注目すると、通常の準委任と比較してY1にとって不利益であり、Y1の加盟店経営者に対する一方的な援助のようにも見えるが、このことは、仕入代金が前記のようにY1において加盟店の売上金の管理等をするオープンアカウントにより決済されることに伴う結果であるし、前記事実関係によれば、Y1には、オープンアカウントによる決済の方法を提供することにより、仕入代金の支払に必要な資金を準備できないような者との間でも本件基本契約を締結して加盟店を増やすことができるという利益があり、また、加盟店経営者がオープンアカウントによる決済の方法を利用して仕入商品を増やせば、売上げも増えることが見込まれ、売上利益に応じた加盟店経営に関する対価を取得するY1の利益につながるものであるから、本件特性があるためにY1は本件報告をする義務を負わないものと解することはできない。

したがって、Y1は、本件基本契約に基づき、上告人ら（X1、X2）の求めに応じて本件報告をする義務を負うものというべきである。」

以上のように判示して、最高裁は、本件基本契約に基づいてY1がXらに対して負うべき報告義務の具体的な内容につき審理するために原審に差し戻した。

本判決は、まず、加盟店がフランチャイズ本部の推薦購入先から仕入商品を購入するシステムは、加盟店を委任者、本部を受任者とする準委任契約の性質を有すると性質決定している。その上で、オープンアカウントでの決済による本

件契約が通常の準委任とは異なった本件特性を有するとしても、準委任の規定の適用は排除されないと認定している。判例時報などの掲載紙の記事では、典型契約が混合契約に含まれる場合は、典型契約に関する規定の一部を適用し、他の一部を適用しない場合は、そのための合理的根拠が必要であるとする判例（最判昭和三十一年五月一五日民集一〇巻五号四九六頁）が指示されている。⁽²⁾ だから、本判決の思考図式は、契約当事者間の権利義務関係を決定するに際しての任意規定の基準としての意味を認めたものといえる。⁽³⁾ ただし、同時にその記事では、受任者の委任者に対する報告義務は、事務処理の経過・顛末を一応明らかにすれば、その内容に脱漏、不実があっても、義務履行があったとみなされるから、X1、X2とYとの紛争が決着するわけではないとも指摘されている。⁽⁴⁾ しかも、X1、X2の上告理由をみると、旧契約書には「配送費」の原価への加算が規定されていたが、その条項のない現契約書でも加盟店への請求（チャージ）に同様に加算されていたことが指摘され、その精査のためには、本部の報告が必要ことが主張されている。⁽⁵⁾ つまり、加盟店の最終的な目標は、推薦購入先と本部が合意した仕入価格以上の支払いの拒絶であり、本稿の冒頭で言及したドイツ法の状況との類似性を見て取ることもできる。すなわち、多数のフランチャイジーの需要を併せることで強化された購買力を通じて取得した利益を、フランチャイザーがフランチャイジーに配分する必要があるかが問われている。現に、フランチャイザーが仕入代金をピンハネしている、もしくはフランチャイザーが仕入業者からリベートを收受するためにフランチャイジーの仕入先を拘束しているという疑惑の存在も指摘されている。もちろん、その場合に考慮される本件特性の内容は、報告請求の場合と同じだと即断することはできないが、（準）委任の規定（民六四六条）により受領物（本部の購入価格と加盟店に対する請求の差額）引渡の請求が可能だと考える余地もある。以上が、本判決を契機に、ドイツ法の同様の問題に関する議論と、ネットワーク責任を紹介しようという本稿の問題意識の出発点である。⁽⁷⁾

2. 学説の反応

従来の裁判例で取り上げられたフランチャイズ契約に関する問題は多岐に亘るが、フランチャイジーのフランチャイザーに対する報告請求を取り上げたものはない。その結果、フランチャイズに関する文献でも、この問題に直接言及したものは見あたらない。確かに、フランチャイジーの開業に際してのフランチャイザーからの説明義務、情報開示が問題になった裁判例、これを論じた学説も多いが、フランチャイズ経営の途中での報告請求権を取り上げたわけではない。もつとも、若干視野を広げれば、「市場型」契約と「組織型」契約の中間としての継続的契約、その中でも「共同事業型」契約の一環としてフランチャイズ契約の法的性質を考察する平井（宜雄）教授の論考がある。そこでは、組織ではなく、独立の経済主体間の取引の根幹をなすものとして、損益分担に関する合意の重要性が強調されている。すなわち、損益分担条項を契約で規定するところに純粹型組織と異なる中間組織の意味があり、その条項の解釈は文言に則して厳格に行われるべきであるとされる。ただし、同時に、厳格な条項解釈の前提として、事業計画等の説明義務、又は、開示義務をフランチャイザーに課すべきことが説かれている。しかし、その理由は、格差の大きな者が説明義務又は開示義務を負うことの帰結であり、共同事業型契約に特有のものではないとされている。⁽¹⁰⁾以上の平井説は、契約締結に際してのフランチャイザーの説明義務の強化は別としても、フランチャイジーからの報告請求権はともかく、利益の引渡請求に対しては、むしろ否定的に解していると考えるべきであろう。

他方で、本判決に対して、判示事項の限りでは、学説は一般的には肯定的な評価を示している。このような学説は、単なる任意規定としてではなく、情報・交渉力が対等な当事者ならそのような合意をしたであろうという典型契約の規定の意味を積極的に承認する。さらに、そのような学説は、典型契約の分析基準の機能、つまり、契約を法的に構成す

る際の実分析・議論の基準枠を提供する機能を本判決は体现していると評価している。⁽¹¹⁾ その上で、例えば、フランチャイズ契約に加盟店と本部の間の準委任契約の要素のあることを前提として、本件特性を考慮した上で、報告請求を認めたとのは妥当である。⁽¹²⁾ フランチャイザー（Y1）とフランチャイジー（X1、X2）の間の正しい利益配分の前提は、X1からの送金をYが適正に処理することであり、報告義務は本件契約での利益の適正な配分のために必要であるなどである。ただし、以上のような典型契約論に本判決は親和性を有するが、本判決は現実のフランチャイズ契約を直視し、その具体的な契約条項の分析から結論を導いているとも指摘されている。⁽¹⁴⁾ 他方で、非典型契約に典型契約の要素があれば、典型契約の規定で不都合なものとは排除する必要があるという予防法学的な指摘もされている。⁽¹⁵⁾ つまり、この立場は、本件での報告請求を当然に妥当なものとは考えていない。さらに、賃貸借的側面と金融的側面を持つファイン・リースでは、最高裁は賃貸借の要素より金融的側面を重視するが、本判決は、フランチャイズ契約の一部の要素である加盟店の受任者としての本部の準委任の要素を重視しており、契約を細分化して捉えている。加盟店による報告請求がフランチャイズ・システムのノウハウの漏洩につながりかねず、当該フランチャイズの競争力を奪いかねない。フランチャイズ契約は、一（フランチャイザー）対マス（フランチャイジー群）という構造を持つが、本判決は、一（フランチャイザー）対一（単一フランチャイジー）的構造に割り切りすぎている懸念があるとも指摘されている。かつ、この見解は、本判決を、構造的に当事者間の能力差があるフランチャイズ契約では、構造上の格差を解消するための契約内容の明確化、開示情報の拡大を指向した政策的判決だと評価している。⁽¹⁶⁾

以上の学説の反応からも、フランチャイジーのフランチャイザーに対する推薦購入先からの仕入代金に関する報告請求は新しい問題であることが分かる。しかし、多くの学説は、典型契約に積極的意義を承認する方向性を背景に、フランチャイズに準委任の要素があることから報告請求権を肯定的に解している。さらに、フランチャイジーとフランチャ

イザーの間の適正な利益配分を実現させるための前提であるとも評価している。⁽¹⁷⁾しかし、他方で、明確な契約条項を規定して、報告請求を排除する方向性を示唆したり、本判決が契約当事者間の格差に配慮した政策的な決定であると強調する見解もある。問題は、報告請求権を肯定的に評価する学説が、同様に（準）委任の規定を根拠に、フランチャイジーのフランチャイザーに対する購入利益の引渡請求までも認めるのかである。さらに、委任契約での委任者の報告請求（民六四五条）、受領物の引渡請求（民六六条）は任意規定と解されている以上⁽¹⁸⁾（ただし、この点は、後述するように（三）、2.（1）（c）、以上の規定を一般的に任意規定だと解することには疑義があると考える）、予防法学的な対処を説き、それが具体的なフランチャイズ契約で明示的に拒絶された場合は、報告請求は排除が可能なことを示唆するものもある。⁽¹⁹⁾他方で、沖野評釈は、委任者の報告請求（民四六五条）は委任事務処理の適正化を図るに必須のものだからとして、無制限に任意規定と解することに反対している（さらに、本件では、約款性のある契約が問題となっているから、一層その理が当てはまると指摘する）。⁽²⁰⁾さらに、吉永評釈は、報告請求権の制限は、優越的地位の濫用（独禁法二条九項五号）で公序良俗違反だと指摘している（後述するように（五）、以上の沖野、吉永説の視点を本稿は支持したいと考える）。ただし、仮に、受領物の引渡請求（民四六六条）は任意規定だと解するのなら、報告請求もその対象を失うことになりかねない。もちろん、具体的に報告請求、受領物引渡請求を排除するフランチャイズ契約の条項が有効と解された場合は、その条項は明確なものでなければならず、かつ、その説明義務を十分に履行しなかったことのサンクションは様々に考えうるであろう。しかし、それでは特に交渉力に格差のある当事者間の契約の締結過程一般の問題に解消されかねず、フランチャイズ契約の特性、多角的法律関係、又は、複合契約としてのフランチャイズ契約という視点は必ずしも明らかにはならない。そこで、次には、以上の問題に関するドイツの判例とそれをめぐる議論を見ていくこととしよう。

- (1) 本判決の法律時報以外の掲載紙は、判タ一二八五号六九頁、金判一三一八号六〇頁、金法二〇二八号三三頁、裁時一四六三号二頁、消費者法ニュース七七号一五三頁。
- (2) 浴場用建物とこれに付属する備品一切を使用させ、営業利益の分配契約が付されていた契約の公正証書による契約書に、「浴場営業を管理委託」する趣旨の記載があったケースで、委託者が契約の解除を主張した。原審は、浴場用建物並びに付属物件の賃貸借と浴場経営による利益配分の不可分的に混合した特別の契約であるとして、借家法二条ノ一を適用して、解約の正当事由を否定すると同時に、賃料増額請求に対して借家法七条の適用を否定した。これに対して、最高裁が、借家法二条ノ一とともに七条を適用すべきことを判示した判例である。つまり、居住用ではない建物賃貸借に借家法を類推するならば、賃料増額請求も同様であり、特別な理由がなければ、典型契約の規定の一部を適用するならば他の規定も適用しなければ、法適用は恣意的になり、当事者間の公平を欠くという評価であらう。
- ただし、野澤正充「判批」判時二〇四五号一四八頁以下（判評六〇七号二頁以下）一五二頁（六頁）は、具体的な契約の性質を重視する本判決と昭和三二年最判の典型契約の規定に対する考え方は無関係だと指摘している。
- (3) この点を強調する評釈として、後藤巻則「判批」『平成二〇年度重判』ジュリ一四七六号八五頁以下、八六頁。他方で、まずは結果の妥当性が先行し、法性決定はその後の分類・整理にすぎないとするのが、高田淳「判批」セレクト二〇〇八（法教三四二号別冊付録）二二頁。
- (4) 判時二〇二八号三三頁。
- (5) 判時二〇二八号三六頁。
- (6) 長谷河亜希子「FC本部と加盟店の利益配分をめぐる問題ー加盟店の goodwill への着目」法の科学四〇号一九五頁以下、一九五頁以下、および、そこに引用の週刊金曜日六九五号一〇頁以下、七〇二号二頁以下、七〇七号二三頁以下、七一〇号一八頁以下も参照。ここでは、量販店に通常与えられる割引価格より高額な価格を、セブンイレブン本部が加盟店から徴収している、つまり、価格割引を加盟店に与えていないという疑惑も指摘されている（七一〇号一八頁以下）。
- (7) 他方で、XらのY2に対する受取証書の交付請求に関しては、前掲注(2)野澤一五〇頁以下を参照。
- (8) フランチャイズ契約の問題一般に関しては、小塚壮一郎『フランチャイズ契約論』（有斐閣・二〇〇六年）、川越憲治『フランチャイズシステムの契約論』（商事法務・二〇〇一年）、金井高志『フランチャイズ契約裁判例の理論分析』（判例タ

イムズ社・二〇〇五年)、及び、高田淳「特約店契約およびフランチャイズ契約の特徴とその解消について(一)(二)(三)」新報一〇五巻八・九号一二五頁以下、一〇五巻一〇・一二号三七頁以下、一〇五巻一二号一〇七頁以下などを参照。

(9) 契約締結前の説明義務に関しては、高田淳「フランチャイズ契約の特質―フランチャイジーの投資賠償請求を題材として―」好美先生古稀記念論文集刊行委員会『現代契約法の展開―好美清光先生古稀記念論文集―』(経済法令研究会・二〇〇〇年)三九一頁以下、宮下修一『消費者保護と私法理論』(信山社・二〇〇六年)三六三頁以下、特に、裁判例の分析は、四〇四頁以下、西口元・木村久也・奈良輝久・清水建成『フランチャイズ契約の法律相談(改訂版)』(青林書院・二〇〇九年)三七頁以下を参照。

(10) 平井宜雄「いわゆる継続的契約に関する一考察―『市場と組織』の法理論』の観点から―」中川良延他編『日本民法学の形成と課題―星野英一先生古稀祝賀―(下)』(有斐閣・一九九六年)六九七頁以下、七一八頁以下。

(11) 前掲注(3) 後藤八六頁。沖野雅巳「判批」判タ一二九八号四一頁以下、四五頁以下。後者は、特に典型契約の意義に関する検討が詳細である。

(12) 笹本幸祐「判批」法セ六四六号一二四頁。

(13) 前掲注(3) 高田二一頁、高田淳「判批」法セ六四六号一二二頁。

(14) 前掲注(2) 野澤一四九頁、一五一頁。

(15) 金井高志「判批」NB L八九一号九頁以下、一〇頁。

(16) 奈良輝久「判批」金判一三一八号八頁以下、九頁以下。

(17) 前掲注(3) 後藤、前掲注(11) 沖野、前掲注(3) (13) 高田。他方で、本判決での報告請求権を、最高裁は、具体的な契約の合理的解釈から基礎づけているという点を強調するのが、前掲注(2) 野澤一五一頁、及び、吉永一行「判批」、民商一四〇巻一八九頁以下、九三頁以下。

(18) 幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(一六)』(有斐閣・一九八九年)二三八頁、二四二頁(明石三郎)。

(19) 前掲注(15) 金井一〇頁。

(20) 前掲注(11) 沖野五二頁。

(21) 前掲注(17) 吉永一〇〇頁以下

三、フランチャイジーのフランチャイザーに対する報告請求、利益配分請求に関するドイツの判例と学説

1. フランチャイジーの報告・受領物引渡請求に関する判例

フランチャイジーがフランチャイザーに対して大量購入割引の配分を請求し、この問題が始めて議論の俎上に上ったのは、一九九七年のミュンヘン高裁の判決からだった。さらに、この判決は、競争制限禁止法上の価格拘束の問題に踏み込んだ判断を示しており、ここではフランチャイズ・システムの問題点が詳細に検討されている。それゆえ、以下では、ミュンヘン高裁の判決を詳しく紹介することとする。

① ミュンヘン高裁一九九七年二月二七日判決 (BB1997, 1429)

「事実の概要」被告（Y）は全国的なレンタカー業者で、二〇〇以上の支店と営業所を有していた。その他に、Yは、Yの販売システムの利用を可能にする再ライセンス契約（ULV）を、独立の事業者と締結していた。原告X1、X2は、Yのシステムに加入した独立のレンタカー業者、及び、X7はYの契約相手方のレンタカー業者の破産管財人である（以下、一括して、X）。YとXの契約関係は、本訴の間に終了している。再ライセンス契約では、XはYのトレードマークとノウハウの使用権を与えられていた。さらに、XはYの支店の仕様に従い、Yの商号「シックススト（Sixt）」を使用することを義務づけられていた。Yとの契約後は、各地で営業するYの支店、又は、Yのライセンス取得者からXがレンタカーの注文を受けるEDV予約システム（ULV一六条一項）に、Xは組み込まれていた。ULV一六条に

は、付加的に以下のような規定があった。

一六条(二) 相互の協力を機能させるために、その都度更新されるS(Site)が公表する価格リストのレンタル料金、および、S又はBが企業、旅行会社、又は、航空会社と契約した枠合意の割引、又は、特別条件を、ライセンスiererが遵守することを推奨する。

(三) Sの仲介する予約をライセンスiererが受ける用意がないときは、Sは自己のレンタカーの契約を自己の車両で行う権限を有する。

ULV四条と五条では、Sが様々な大量顧客、旅行会社、および、航空会社と締結した合意を受け入れることが推奨されていた。

四条(国内会社プログラム) Sが大量顧客と受注契約を締結したときは、再ライセンスiererはこの合意に加わる権利がある。その際には、再ライセンスiererは、顧客に与えられる割引も含めて、Sが顧客と合意した条件に従う義務を負う。以上の合意を再ライセンスiererが受け入れないときは、それがパートナーレンタル料金で再ライセンスiererの利用に委ねられていない限り、再ライセンスiererは、Sの自動車をSが合意した条件で顧客に利用させなければならない。

五条(旅行会社、航空路線プログラム) Sは国内外の複数の旅行会社、航空会社とそれらの企業の顧客に対する自動車のレンタルに関する特別な合意を締結している。再ライセンスiererは、Sの合意を遵守する限りで、この合意に参画できる。それがパートナーレンタル料金で再ライセンスiererの利用に委ねられていない限り、再ライセンスiererは、Sの自動車をSが合意した条件で顧客に利用させなければならない……。

レンタカーの宣伝を、Yは自己の契約条件を示して、特に地方紙、全国紙の新聞、及び、雑誌で行っていた。広告では、宣伝対象の個々の自動車のレンタル料金が強調され、かつ、Yの支店とXは区別されていなかった。以上の宣伝と

大量顧客、航空会社と締結した合意により、YはXにレンタカー料金を受け入れるよう法的・経済的に強制し、しかも、その料金は原価割れしておりXの経済的な存在を危殆化、又は、倒産に陥らせるものだったという理由で、XはYに対して、以上の価格拘束により被った損害賠償の義務の確認を請求した。Yは、その支店と再ライセンスに対して、当該地域の事業者の自動車を利用させていた。以上の自動車の殆どは、再ライセンスの地域を越えた自動車の利用に供されていた。その際に、顧客はレンタル契約を結んだ店舗ではなく、それ以外の地域のシステムに加入した事業所に自動車を返還することができた。このようにして、ライセンスがYの自動車を賃貸する場合は、レンタカー料金はライセンスとYで分配されていた。ライセンスがレンタカーを必要とする場合は、ライセンスはYから自動車をいわゆるパートナーレンタル料金で賃借できた。その場合は、レンタカー料金は総てライセンスの収入となる。ライセンスが自動車を購入する場合は、YのULVはライセンスに対して大量購入者割引に関与することを認めていた。つまり、ULV三条は、

三条（二）再ライセンスが自動車を購入する場合は、メーカーがそれに同意する限りで、再ライセンスが大量購入者割引を受けることができるよう、Sは再ライセンスに援助を与える。

多くの場合、Yは購入割引を購入者に再分配してきた。ただし、メーカーが割引の分配に同意しない場合は別であり、その場合は、Yが支出した宣伝費の補助をメーカーが行っていたにすぎないというのが、Yの主張である。しかし、宣伝補助費は、その都度の自動車の販売に与えられるのを簡略化していたにすぎず、本来はXに帰属するというのが、Xの主張である。その上で、XはYに対して大量購入割引と宣伝補助費の支払いを求め、段階訴訟（Stufenklage）でYがメーカーから受領した支払いに関する報告を請求した。

当事者間で特に争いになったのは、メーカーからフランチャイザーに与えられた大量購入割引を、どの範囲でYはX

に配分する義務があるのか。さらに、「Yのダンピング料金表の拘束力」、および、Yの用意した料金表の適用の強制力に關しても争われた。加えて、Yに契約上の義務違反があるか、カルテル法に違反しているかだった。

地裁（LG）は、Xの損害賠償の確証請求を退け、宣伝補助費に關する報告請求を認容した。そこで、Xが控訴した。⁽¹⁾

「理由の概要」「1. その契約期間内にレンタカー業と關係する価格、割引、条件に対する経済的拘束によりXらに発生した損害を、Yは賠償する義務がある。競争制限禁止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen=GWB）一五條はフランチャイズ契約の当事者間に適用があり、かつ、ULV一六條二項の規定する『推奨』はGWB三八條一項一号の要件に当てはまり、その結果、GWB一五條に抵触する交換契約の競争制限に当たるからである。⁽²⁾

推奨の禁止の対象となるのは、その意思表示の受領者を一定の競争制限的な行為に誘引する意図で行われる、その主な部分は拘束力のない単なる推奨による一方的な影響を及ぼす行為である（v. Gramm GWB§38,38a Rdnr. 26）
UL一六條二項は以下のような推奨を明文で規定している。

『相互の協力を機能させるために、毎回更新されるSが公表する価格リストのレンタル料金、および、SとBが企業、旅行会社、又は、航空会社と契約した枠合意の割引、又は、特別条件を、ライセンスシーが遵守することを推奨する。』

だから、再ライセンス契約は、Yが事業所・企業と合意したレンタカー料金、割引、特別条件はフランチャイジー（Franchisenehmer）を直接に拘束するものではなく、以上の価格を受け入れるという単なる推奨にすぎない。Yの宣伝したレンタカー料金、特に、価格リストに記載された料金を、FNが受け入れなかった場合に関して、契約には何も規定がない。FNの価格への拘束は、ULVのルールから発生するわけではない。つまり、Yの宣伝の効果とそれ以外の契約外の状況による事実上の拘束力である。その結果、LGがそう考えたように、FNのYの価格への拘束は単なる事実上のものだからGWB一五條は適用されず、本件の契約内容がGWB一五條に直接には抵触していない

のかなどということは、問題にする必要はない。なぜなら、Yの行為はGWB三八条一項一〇号の要件を充足しており、GWB一五条に反する推奨によりYは同条の禁止を回避しているからである。

GWB三八条一項一〇号は、競争制限禁止法が明文で規定する禁止、又は、カルテル庁が本法に基づいて発布した処分を潜脱するための共同行動を惹起する推奨を表明することの禁止を規定している。

LGおよび連邦カルテル庁と同様に、当裁判所も、FNはシックストが公表したレンタル料金を受け入れる方向に傾くだろうから、GWB三八条一項一〇号という推奨を、ULV一六条二項でYは明文で規定していると考ええる。さらに、事業分野への登場、特に自身の支店とFNを区別しない宣伝によって、Yは、FNに対して共同行動を促している。事業領域や新聞、広告、さらに、価格リスト、カタログで同一価格の宣伝をYが行うことで、FNは以上の価格を受け入れざるを得ないように仕向けられている。Yの二八のFNのうち二〇がYの宣伝に従っていたという状況、及び、Xがシックストの枠契約・割引合意の条件でレンタカー業を営業し、同一価格に対する顧客の期待がシックスト組織の同一価格を惹起したというYの応訴での主張から、契約に規定され、宣伝が事実上帰結する推奨が、同一行動を惹起することを、LGは適切に認定している。

しかし、特別な経済的条件 (besondere wirtschaftliche Gegebenheiten) ゆえに、GWB一五条への違反はないというLGの見解には、当裁判所は賛成できない。

本件の事実関係には法的に承認された特別な経済的条件が存在するから、GWB一五条と結合したGWB三八条一項一〇号への違反はないというのが、LGの見解である。つまり、法秩序が承認する制度的な条件が契約内容の形成の自由を妨げているときは (BGH-Berliner Musikschule (ベルリン音楽学校)、 Bundeswehrheime II (連邦国防軍ハイムII)、 Nora-Kunden-Rückvergütung (ノラ顧客払戻金))、同様にGWB一五条への違反も存在せず、本件では、同一行動を促

す推奨によりGWB一五条の脱法が可能となるものでもないものである。GWB一五条の適用を排除する制度的な条件の承認には、専らリスクの分配の問題だけではなく、拘束する側の承認するに値する利益の考慮の下で経済的な条件に基づいて具体的契約関係でGWB一五条の適用が排除されるのかという問題に依拠すべきだというBGHの新しい判例から、地裁は結論を導いている。その結果、本件のフランチャイズシステムは、統一的な価格宣伝なしには、実施が不可能だというのである。

これに対して、当裁判所は、法秩序に承認された制度的な条件も、個別の事案の経済的な特殊性も、GWB一五条の適用を排除しないという連邦カルテル庁の見解に与する。

本件で問題のサービס供給従属フランチャイズは、共通の名称の下に外部に対しては一体として登場する、FNのフランチャイザー (FG=Franchisgeber) への従属関係の特徴とする販売システムである。しかし、それにもかかわらず、FNは、自己の計算と自己のリスクで行為する独立の事業者である。製品の理想的なマーケティングという共通の目的のためには、厳格な組織と、FNに対して助言と教育により援助を与えるFGによる事業活動の監督が必要である。FNはFGのシステムを適用、促進し、対価を支払う必要がある。マルティネック (Martinek) によれば (Franchising 1987, S.247)、フランチャイズ契約の当事者間には非対称的な交渉力と利害関係が存在し、それに基づいて、FGは自己のマーケティング戦略のために販売手段としてFNを利用している。その結果、マルティネックは、マルティネックのいう従属フランチャイズではGWB一五条の適用は排除されないと結論づけている。マルティネックとその見解に与する連邦カルテル庁の出発点は、GWB一五条の適用を排除するような制度的条件が存在するのは、商業代理人や受託者のように販売手段であり事業者として非独立的な地位にある場合、つまり、その事業の結果のリスクを販売事務の本人が負担するケースに限られるということである。これに対して、従属FNは自己の計算で行為してい

るから、商業代理人や受託者とは全く異なる地位にある。だから、F Gのために行う自己の直接の販売活動の領域では、F NはG W B一五条によって保護される必要があるというのである。

当裁判所は、以上の見解に従うべきだと考える。B G Hの判例によれば、販売仲介契約での価格拘束が許されるか否かの区別は、第一義的に、販売仲介者が外部にどのように見えるかという形式ではなく（BGH 97,317ff. Telefunken II）、拘束企業と被拘束企業間の内部的な経済的リスク分配に依拠して判断すべだとされている。被拘束企業がその販売契約のリスクを自分で負担するなら、被拘束企業はG W B一五条による保護を与えられる。

シックスト・システムのF Nは自分の計算で自身で第三者と締結した契約のリスクを負担している。F Nの契約の自由を制限する制度上承認された条件は存在しない。具体的な事件の経済的特殊性からも、G W B一五条が適用されないということはない。

当裁判所の見解では、契約内容を加工することでG W B一五条の適用範囲を制限するような契約相手方の恣意に、F Nが左右されてはならない。このような契約相手方の権能を、B G Hの判例から根拠づけることはできない。G W B一五条の要件の制限が問題になったケースで、B G Hは第一義的には具体的な契約ではなく契約類型を精査している（BGH GRUR 1981,605,608-Garantielielfprogramm）という連邦カルテル庁の指摘は適切である。販売契約の具体的な内容がG W B一五条の不適用を帰結するのは、契約内容が重要な点で典型契約の中心的内容と乖離している場合に限られる。連邦国防軍ハイム事件（BGH GRUR 1981,836）によつて、G W B一五条の適用に関して問題にされたのは、具体的な契約関係の経済的な条件ではなく、食堂営業契約の内容を形成するのが公法上の義務だったからである。以上の限りで、B G Hは第一次契約の特殊性を考慮し、それに応じて、食堂の賃借人の価格を拘束するという食堂の用益賃貸人の必要性を承認している。確かに、連邦国防軍ハイム事件では被拘束者の利益は問題とはされなかった。しかし、

だからといって、BGHの新しい判例が、拘束を課している契約当事者の利益を優先し、リスクの分配に決定的な意味を認めなかったということにはならない。

『ノラ顧客返戻金』の判決(WM90, 1725ff.)では、特別な経済的条件が考慮されているが、それはGW B二六条二項⁽³⁾の範囲内で、その支店と工場で同一内容の給付を提供するという販売・顧客サービスへの(拘束を課す側である)自動車メーカーの保護に値する利益が承認されたからである。

具体的な契約関係の経済的条件に、特に、拘束を課す側の契約当事者の承認された重大な利益が存在するケースでも、拘束を受ける契約当事者が企業としてのリスクを負担する場合にまでGW B一五条の不適用が帰結されるという結論が、以上の判例から導かれるとは当裁判所は考えない。ここで問題となっているのは、GW B一五条が本件の具体的なフランチャイズ契約に適用されるか、又は、具体的な契約関係の経済的条件が適用を排除するかどうかではない。圧倒的に支配的な学説によれば、GW B一五条は従属フランチャイズ契約に適用される(BGH Wu/E BGH1911, 1913-Meierei-Zentrale; Immenga/Mastnecker, 2.Aufl., §15 RdNr.35 m.w.N.; Martinek a.a.O., S.563)。従属フランチャイズシステムの価格・取引条件政策がFGのマーケティング・コンセプトの中心的な構成部分であり、商品とサービスの市場での地位に決定的な意味を持っていること、及び、従属FGがGW B一五条の価格拘束の禁止によりシステムで一元化された宣伝が妨げられていると感じているに違いないことは、以上と矛盾するものではない(Martinek, a.a.O.)。なぜなら、企業としてのリスクを負担しているのは、FNであってFGではないから、事実上の価格拘束がなくても、価格と取引条件の同一性が十分に保持されなければならないか否かは、FNに任されるべきだからである。

だから、Xらの控訴に対する反論で、Yが、当事者間の契約関係の具体的な事情から、LGと同様にGW B一五条の不適用を説いても、これに従うわけにはいかない。

ずっと以前から挑戦的な価格政策はYのマーケット戦略の特徴であり、Xらがシックスト・フランチャイズに加入する以前から、価格形成の分野でレンタカー業界の競争は始まっていたというYの応訴での主張では、FNのフランチャイズへの受け入れ後の価格拘束を正当化できない。同様に、XらはFGであるYの宣伝を知ってフランチャイズに加入したのだから、これを受け入れるべきだという主張にも説得力はない。反対に、Yは、FNの企業としての自己責任を尊重することで、フランチャイズ・システムに受け入れることを決断している。XらをFNとして加入させた後でも、Y自身がそのサービスを特別に安価な価格で提供することは自由ではあるが、だからといってFNに対する価格拘束が許されるものではない。Yがレンタカー業界での成功の鍵が価格宣伝だけだと考えていたとしても、挑戦的な価格形成が要求されない地域の特異性を考慮せず、Yの価格の要求をそのまま受け入れることをFNに事実上強制するのを、正当化することはできない。

Xは、FGは、例えば、一定の期間の間に競争相手の駆逐を目的とする競争を仕掛け、それはFGは大企業として実施可能でも、FNを経済的困難に陥れるものだったが、Xはそれを受け入れる他なかったと適切な指摘をしている。以上の恐れが現実のものだったことは、レンタカー業者のBが倒産したことが示している。経済的に十分な補償が与えられるだけで、価格拘束にGWB一五条が適用されないなら、経済的な補償が十分だったかどうかは、後になってだけ判明するから、それだけでも、法的安定性は害されることになる。契約内容や事実上の経緯から無効な価格拘束の不利益が「経済的な条件」で補完されて有効になることはない。

LGとYはそう考えているが、顧客の目から見れば価格差を説明できる事情は存在しないから、特定の自動車は国内のシックストの支店では同一料金でレンタル可能という顧客の期待は、絶対的なものではない。レンタカー業界でも、地域によってレンタル料は様々である。現実に関同一価格への期待の存在が確認できるとすれば、それは同一価格の宣伝

を行った大きなレンタカー業者の取引慣行が惹起したものであり、これが許されるのは、その販売システムにFNを受け入れていない限度度であるという、連邦カルテル庁の指摘は適切である。このような事情で同一価格に対する顧客の期待が発生したからといって、二つの販売システムが併用されている場合にもこのような宣伝が許されることにはならない。

同一価格はFNの膨大な給付、特に、全国からのシステムに則した予約をFNに取り次ぐ予約システムの見返りであると、地裁判決を援用してYが主張しても、このような価格拘束とFNに対する経済的利益の結合は、GWB一五条の不適用を合理化することはない。なぜなら、GWB一五条は、当該の契約が経済的に有利か不利かとは無関係に、交換契約の当事者の価格決定の自由を保護しており、そのことで、第三者の競争と行動の自由がGWB一五条により保護されているから、被拘束者に経済的利益があることでGWB一五条の適用が排除されることはない。

立法者はGWB三八条一項一号で、契約による価格拘束と同様に、原則として価格の推奨を競争阻害的だと評価しているから、Yは法的な価格拘束という厳格な形式ではなく、推奨という形式を選択した（ただし、LGの見解でも、価格の推奨は、Yによる宣伝価格をFNが受け入れることにつながるのだが）という論拠は、GWB一五条の適用の有無に関しては全く意味を持たない。一方では、限界はあっても、価格形成の自由が許されており、Yによる事実上の価格拘束はFNに対する影響として寛容に見えるし、他方で、シックス・フランチャイズ・システムは同一価格での宣伝を必要とし、それゆえ、GWB一五条、三八条一項一号が適用されれば、フランチャイズという法形式での運営ができないなどという主張は、全く説得力に欠ける。Yのフランチャイズ・システムが同一価格なしにはやっていけないと仮定しても、経済活動の利便性からは、他人の権利を侵害する権利は発生しない。連邦カルテル庁は、以上の理も適切に指摘している。

Yの行為がヨーロッパ法の基準に照らしても違法か否かは、問題にする必要はない。

当裁判所の見解では、Yは価格推奨によりGWB三八条一項一號、一五條の禁止を潜脱して、GWB一五條に違反しているから、Yには損害賠償の義務がある。価格、割引、その他の条件への拘束によってXがレンタカー業で被った損害の総てを、Yは賠償する必要がある。その発生根拠からは、損害の発生が確実な限りで、損害賠償請求が可能である。このことを、Xは主張している。・・・」

「3. さらに、YはXに『購入利益』に関する報告の義務がある。当該契約からBGB二四二条（信義則）^{（４）}を根拠に報告請求を承認したLGは、妥当である。・・・

ULV三条一項は、自動車の購入に関して、以下のような規定をおいている。すなわち、シックストは再ライセンスに自動車の購入に際して、メーカーがそれに同意する限度で、大量購入者に対する合意の条件で自動車を購入する可能性を与えるという方法で、再ライセンスに援助を与える。

・・・

以上の条項に関心を持った人間に通常の理解力があるなら、以上の条項を、・・・大量購入による価格割引、優遇措置が総て再ライセンスに与えられると理解するであろう。しかも、以上の条項の解釈のために参照されるべきライセンス・ハンドブックと宣伝書類にも、大自動車メーカーとの約定でFNには最低価格で自動車購入を可能にする、制限を付さずに明記されている。Yの宣伝では、『当社は大量購入者価格の利用を有意いたします。当社は二万台以上の自動車を走行させておりますから、・・・当社の購入は考え得る限りの好個の条件です』という記載があるから、これを大量購入割引に限って配分されると理解することはできない。反対に、LGと同じく、自動車の購入に関して発生した特典は、即座にか後にかはともかく、現実に入れた自動車の総量を基礎に、それが販売報奨金、口銭、宣伝補助

費の名目の如何にかかわらず、FNに帰属すると理解されるべきである。

Xが特に問題としているのは、Yが自動車メーカーから受け取った宣伝補助費である。これに対して、宣伝補助費は『購入した自動車』に対してではなく、例外なく国内宣伝の措置のために与えられていると、Yは主張している。しかし、そのことで、本件でも結局は宣伝補助費が自動車購入に関する価格割引であることが変わるわけではない。Yは、宣伝補助費は自分だけが実施した宣伝活動に対する反対給付であり、自分にだけ帰属すると主張するが、受け入れられるものではない。LGが適切に認定しているように、Yは国内宣伝をFNのためにも実施しており、それに対して、ULV一九条二項ではFNの年間純収益の一パーセントをロイヤリティとして徴収している。その他でも、宣伝補助費は購入額に応じて与えられているから、自動車メーカーにとつては、レンタカー業者による自己の自動車の使用がもたらす宣伝効果に中心的な意味があることは明らかである。そうでないなら、特定の宣伝のためにYが支出した費用の一部を一括して填補すると、メーカーは提案していたであろう。FNは購入した自動車を使用することで、この宣伝効果に重要な貢献をしていると、LGは適切に指摘している。

ULV三条一項の文言と意味によれば、宣伝補助費は『購入に際して』与えられるものではないから、例えば、口銭、販売報奨金、又は、それらを『それ以外の特典』などとは違ったものであるというのが、Yの主張である。しかし、仮に、このような特典、例えば、宣伝補助費が自動車の引渡と関係して約束され、販売者と締結した売買契約の構成部分ではないとしても、この利益をFNに引き渡さないという説得力のある理由を発見することはできない。

宣伝補助費とともに、購入に際して与えられる割引は、口銭、販売報奨金などと同様、価格割引である。税務署と租税法の判例(BFH BB72,438; OFD Hannover BB89, 1393を参照)に依拠して、宣伝補助費に関して、LGは適切に以上の考え方を確認している。

以上に加えて、Yは、同条項の後半の『メーカーがそれに同意する限度で』・・・という制限を持ち出している。

どのメーカーがどの限度で特典の配分を許しているか、及び、Xらがこのような制限を受け入れる必要があるのかは、当該の契約を手掛かりにしなければ判断できない。しかし、拘束力のある守秘義務ゆえに、供給者との契約を提示することはできないと、Yは主張している。

⁽⁵⁾しかし、メーカーとYの間のこのような秘密保持の合意こそが、ULV三条一項が透明性原則に違反し、約款法九条一項により無効であることを示している。どの限度で大量購入者特典が自分に与えられるのか、メーカーによる配分の留保の制限が何をもたらすのかは、FNには全く見当もつかない。しかも、以上の条項によって、FNは不当な利益を与えられている。

それでも、ULV三条一項は『大量購入者特典』、つまり、購入に際しての値引き、しかも、メーカーが許可した限度で、配分義務を規定しているという主張にYは固執しているから、これまで特典はFNに配分され、Yに対するULV三条一項による請求権で未履行のものがFNに帰属しているとYが考えていることは極めて明白である。したがって、Xがその請求を具体化するのに必要な情報を提供する義務が、Yには信義則上課されている。その請求額を決定するために、Xらは、それが口銭、販売報奨金、ないしは、それ以外の名目の特典であろうと、Xの自動車購入に関してYが受け取った価格割引に関して、Xは報告を受ける必要がある。なぜなら、FNではなく、Yこそが当該の合意を知っているから、必要な情報を与えるのは困難なことではない。・・・」

以上のように、ミュンヘン高裁は、FGのFNに対する販売価格の推奨は、FNが販売の経済的なリスクを負担する限りで競争制限禁止法に抵触し、かつ、その例外が認められるべき経済的な条件もないとして、価格推奨によってFN

が被った損害の賠償を命じた。すなわち、価格の拘束はGWB一五条に違反する。価格の推奨によっても競争制限的な価格拘束は発生するから、価格推奨も同様にGWB三八条一項一号に抵触する。加えて、ミュンヘン地裁は、FNに統一行動をとらせるためなら、以上の例外が認められると解したが、本判決は例外を認めなかった。⁽⁶⁾さらに、本判決は、具体的な契約条項(ULV三条一項)から、YのXに対する購入利益の配分義務を承認した。しかも、メーカーの承諾がある限りで購入割引が配分されるという同条項の規定は不明確条項であり無効だとして、購入割引総ての配分を命じた。その上で、購入利益の引渡請求の前提として、XのYに対する報告請求権を信義則を根拠に認めている。つまり、ミュンヘン高裁は、一応はULV(三条一項)の解釈を基礎としてはいるが、それを文言通りには解さず、不明確条項であるとして、購入利益の総ての返還を命じている。だから、この判決の考え方の背後には、大量購入割引は多数のFNの加入によって始めて可能になるという、フランチャイズ・システムに対する一定のイメージが存在すると考えることも可能である。端的にいうなら、FGはロイヤルティを徴収する限度で十分な対価を得ており、フランチャイズ・システムによる購入利益はFNに帰属するという評価であろう。⁽⁷⁾

これに対して、Yは、高裁の認容した損害賠償義務、報告請求の双方に対して上告した。

② 連邦通常裁判所一九九八年八月二日(NJW1999, 2671)

BGHは、損害賠償義務を認めた控訴審判決を維持したが、報告請求に関しては一部を破棄した。

〔理由の概要〕 I. FG(Y)による価格拘束でFN(X)が被った損害賠償に関しては、原審の判決は結論として妥当だと判示した。

その理由は、価格拘束の禁止は、フランチャイジーがその事業の経済的リスクを負担する場合には、フランチャイザー

とフランチャイジーの間に適用されること、及び、価格の推奨が価格拘束の禁止の潜脱を含んでいるか否かの評価には、当事者間の合意の全体的な内容が基準となるということである。結論として、BGHはミュンヘン高裁の判決を支持している。

Ⅱ. さらに、XのYに対する購入利益の引渡請求に関しては、以下のように判示した。すなわち、Y及びYと結合した第三者（Yのライセンス取得者）への自動車メーカーからの支払いとその他の特典の総てに関する情報請求を、控訴審は、自動車の購入に関する限りでは、制限なく購入利益をライセンスに交付すると規定したULVを根拠に認容している。しかし、以上の評価には問題がある。確かに、判例・学説では、給付請求の債務者は、BGB二四二条により、債権者が債務者に請求する以外は自身で入手できず、かつ、情報の提供が債務者にとって困難ではなく、その請求が見可能な場合は、債権者にその権利実現のために必要な情報を与える義務があるとされている。さらに、大量購入割引だけでなく、宣伝補助費も、その範囲に含めた原審の判断は適切である。

しかし、返還義務の範囲に関しては、原審の判決には法的な誤りがある。ULV三条一項の文言は、メーカーが配分を許可したときだけを指示している。以上の条項に法的な問題はない。「自分が締結した売買契約から発生した利益を総て契約相手方に与える義務がフランチャイザーにあるとは、法秩序は認めていない。」かつ、同条項は、控訴審のいうように不明確条項の禁止にも抵触せず、ライセンスに不当な不利益を与えてはおらず、約款規制には服さない。透明性原則は、内容の明確性と契約条件の特定性だけを問題にしている。透明性原則の要求するのは、契約当事者の権利・義務の要件・効果が正確に記述され、約款使用者の不当な裁量の余地が発生しないようにすることである。メーカーが許可した場合にだけ利益を配分するという条項は、不明確ではなく、約款使用者の恣意が入る余地はない。第三者が許可した場合だけ配分が可能となるのだから、そうでない場合はYにはそもそも権利が帰属していない。以上の意味で、

約款の文言には疑わしい点は存在しない。

さらに、約款の透明性の要請は、約款使用者に過大な要求を突きつけてはならない。個々の事案で可能かつ不可欠な範囲で、約款では権利・義務が記述される必要があるに止まる。ULVの締結時には、どのメーカーがどの範囲で個別のケースで購入利益の配分に同意するかどうかは全く分からない。将来新しいメーカーと契約する可能性も、現在の契約を変更する可能性もある。だから、ULVで個別のメーカーとの契約内容を明示することはできない。Yのライセンシーは、与えられた購入利益の範囲に関する報告・計算請求で十分に保護されている。

ULV三条一項が購入利益の配分を制限することが、AGBG九条一項の意味でYのライセンシーに不当な不利益を与えているという控訴審の判断にも、法的な誤りがある。メーカーが同意した限りで購入利益がライセンシーに与えられるという条項により、ライセンシーはその権利を制限されていない。その文言とルール之目的に照らせば、最初から権利は制限されている。総ての場合ではなく、利益を与える企業の同意に利益の配分を係らしめるという留保は、法定の範囲 (*Leibbild einer gesetzlichen Vorschrift*) から乖離したルールではない。

その結果、メーカーが交付に同意した購入利益の範囲に、Xの報告請求も制限される。

以上のように、ミュンヘン高裁と同様に、BGHはFGの価格推奨は価格拘束に当たるとして、Yに対して損害賠償を命じた。しかし、他方で、ULV三条一項の文言に忠実に、購入割引の配分にメーカーの同意がある限度で、フランチャイジーのフランチャイザーに対する報告請求を制限した。ミュンヘン高裁とは異なり、購入割引が当然にフランチャイジーに帰属すべきものとは、BGHは考えていない。しかも、BGHは、FGは自分が締結した売買契約から発生した利益を総てFNに与える義務を、法秩序は認めていないとまで明言している。その結果、具体的な契約条項の文言が、それを規定している限度でだけ、購入利益の配分が認められることになる。本判決の当時議論の中心となったのは、大

量購入割引の配分よりも、フランチャイザーによる価格推奨の違法性だったようである。ところが、次に紹介するアポロ事件を通じて、前者に関する激しい議論が行われることとなった。

③ 連邦通常裁判所二〇〇三年五月二〇日判決（ZIP2003, 2030）

「事実の概要」 Y（被告）は全国で眼鏡販売のチェーン店網を展開しており、一九九九年の時点で、一五〇の支店と九〇のFNを有していた。X（原告）は、一九九七年から二〇〇〇年二月までYのFNとして、Mでアポロ眼鏡専門店の経営を行っていた。Xの事業に必要な商品を、Xは自分の名前で供給者から購入していた。その際に、YはFNにいわゆる割引リスト（Rabattenliste）を交付していたが、そこには購入額に応じて段階分けされた価格割引が記載されていた。この価格割引の基礎は、Yがその支店とFNのために、個々の供給者と締結した割引合意だった。ただし、供給者と交渉した割引の全額は割引リストに記載されず、FNには通知されていなかった。供給者がYの支店に与えた割引（最高額で、リスト価格の五二パーセント）と、供給者がFNに与えた割引（最高額でも、リスト価格の三八パーセント）の差額、いわゆる「差額割引（Differenzrabatte）」を、Yは供給者から自分に払い込ませていた。Yが自分の支店には供給者と高額の割引を合意し、FNがリスト記載の供給者から購入したときは、供給者から差額割引を払い込ませていることは、FNには知らされていなかった。Xとそれ以外のYのFNが、このことを確実に知ったのは、早くとも一九九九年一月になってからであった。

一九九八年の下半期から、Yは新たな宣伝コンセプトを開始した。その結果、宣伝費が高額化し、YはFNに純売上の六パーセントを宣伝費として請求した。X及び多くのFNは、この提案を拒絶した。これに対して、Yは一九九八年九月からテレビ宣伝する商品は、追加料金を支払えば提供すると通告した。

一九九二年二月から、Yは販売価格を提示して（例えば、「八九九DMではなく、今なら二九九DM」）「お得なセツト販売」のキャンペーンを全国的に開始した。Xとそれ以外のFNは、五七人でアポロ眼鏡フランチヤイジー「利益共同体」を結成し、以上のキャンペーンを不当な価格・販売条件の推奨とみなし、Yに対して中止（差し止め）を要求した。その後の裁判手続きも含めた交渉の後、弁護士からの書面を通じて、Xらは減額請求、損害賠償請求、及び、留置権を主張した。XはYに与えた銀行口座からの支払いの授權を撤回して、一九九九年九月、一〇月のロイヤルティと宣伝費の合計六五〇〇DMを回復し、それ以後は全く支払いをしなかった。同時に、XはYに対する月毎の売上報告を停止した。これに対して、Yは、フランチヤイズ契約一二条四項（「本契約の実施には関係者の特別な信頼関係を前提とするが、重大な事由がある場合には、両当事者は解約期間に拘束されることなく解約する権利を有する。重大な事由とは、特に、重大な契約違反であり・・・。法律规定に定められた重大な事由がない場合も、契約関係に重大な障害があるときは、両当事者は月末まで三ヶ月の期間において契約を解除することができる。」）を根拠に、一九九九年一月二四日付の書面で無催告で契約を解除し、補助的に二〇〇〇年二月二九日で契約を解除すると通告した。さらに、Yは二〇〇〇年一月一日の無催告解除の根拠として、催告を無視してXが一九九九年一月の売上報告を怠った事実を主張した。

Xは段階訴訟で、差額割引に関する情報を請求し、さらに、Yは宣伝の際にXを差別し、Yの宣伝により販売価格・条件を経済的に拘束し、フランチヤイズ契約を根拠なく解除したことで発生した損害の賠償義務の確認を求めた。

LGは、Xの請求を一部認容した。宣伝に関する不平等扱い、販売価格の経済的拘束による損害を、YはXに対して賠償する義務があるというのである。さらに、差額割引をYに交付させる合意の差し止めに関しては、問題は片づいていると判示した。それ以外のXの請求をLGは棄却した。

Xは控訴したが、ミュンヘン高裁は、差額割引の引渡に関するYと供給者の合意は、Xの当初の差し止め請求で禁止されているから、問題は解決されたと判示した。さらに、Yの一九九九年一月二四日と二〇〇〇年一月一日の解除には根拠がないから、それによって被った損害をYはXに賠償する義務があるとしたが、それ以外のXの請求は棄却された。

Xは上告して、一九九七年一月から二〇〇〇年二月二八日までの差額割引に関する情報請求と差額割引の返還を求めた。他方で、Yは付帶上告して、Xの請求の棄却などを求めた。

「理由の概要」Xの上告を認容する。Yの付帶上告には理由がない。」

A. 「Xがアポロ供給者から購入したことで、Yが取得した差額割引、及び、購入利益に関する情報を、YはXに与える義務がある。」

I. 控訴審がXの請求を棄却した理由は、XはYに対して契約上も法律上も、Yが合意した差額割引の返還を請求する権利はなく、従って、その前段階である報告・計算請求権はないと考えたからである。「業務展開とシステムに則した営業に関して、アポロはそのパートナーを支援し、理想的な事業の成果の達成のために利益(Vorteil)、アイデア、及び、改善を与える。」というフランチャイズ契約六・三条を根拠に、XはYに対して総ての購入利益を引き渡すよう請求することはできない。それ自体を取り上げれば必ずしも判然としない同条の文言は、Xの主張のように包括的な意味では理解できない。六条は、先行する二条から五条と併せて、F Gの一般的な援助・助言義務を規定している。それに対して、F Nの商品購入はフランチャイズ契約一〇条に規定されている。以上の条項の構造の体系からは、六・三条でその前後の規定を一般的に補充するような、六条以上の要件が規定されているとは考えられない。七条によりF Nが支払うべきロイヤルティ以上の収入がYに入ってくることを、Yが指示していないからといって、そのことがXの主張

する意味での解釈基準とはならない。FNはFGがシステムにより取得した経済的利益の総てを再配分することを期待できない。六・三条からは購入利益を再配分するという包括的な義務の手掛かりを見て取ることはできない。したがって、AGBG五条（現行BGB三〇五c条二項⁽⁸⁾）の適用の前提は、客観的な解釈によれば多義性が生じることだから、同条にいう不明確条項にも当たらず、約款の使用者に不利な解釈を基礎づけることもできない。さらに、差額割引に対する報告・受領物引渡請求は、事務管理、委任、不当利得、不法行為のいずれに基づいても基礎づけられないというのが、控訴審の判決である。

「II. 以上の控訴審の判決に対する上告には理由がある。控訴審の判決には法解釈の過誤があり維持できない。六・三条の妥当な解釈によれば、Xには購入利益の総て、つまり、Yが『差額割引 (Differenzrabatte)』としてアポロ供給者から取得した供給者割引の一部の引渡を請求する権利が帰属する。

1.

2. フランチャイズ契約六・三条のルールは、リストに記載された供給者の値引きという形での購入利益は総てFNに配分されるべきだと解釈できる。

a)

b) AGBG一条（現行BGB三〇五条一項⁽⁹⁾）の意味での普通取引約款であるフランチャイズ契約六・三条は、その種の取引に通常参加する範囲の人間の利益を衡量して理解力のある誠実な当事者に理解されたように解釈される必要がある（確定判例。例えば、BGHZ102, 384, 389f. m. N., 以上に關しては、EWIR1988, 565 (Kraus)）。そこで第一義的に依拠すべきは、双方の利益を考慮した上で、取引が始まったフランチャイズ契約の誠実な当事者が理解するであろう意味での当該条項の文言である。FNの側の『理想的な事業の成果の達成のための (zur Erreichung optimaler

Geschäftserfolg)・・・利益 (Vorteil)』には、強力な購買力を持つフランチャイズ・システムへの所属でF Nが期待できる購入利益も含まれる。なぜなら、競争相手の販売者との競争では好個の購入条件が『理想的な事業の成果』に決定的な意味を持つことは自明の理だからである。

c) このような理解に対して控訴審が持ち出す体系的な疑念も、以上の解釈に疑義を差し挟むものではない。確かに、『販売申込み、商品購入、供給』はフランチャイズ契約一〇条のルールの対象である。しかし、アポロの支店とフランチャイズの商品を統一することでF Nが取得でき、かつ、限られた範囲ではあるがYがF Nに与えるべき、かつ、事実として与えられた購入利益には、一〇条では全く言及されていないとしても、同条が商品の購入に関する排他的なルールだと考えることはできない。リスト化された供給者からの品揃え商品に関して、YがF Nにその都度で割引リストを契約に際して交付した点では争いがなく、かつ、割引に関して一〇条及びフランチャイズ契約のそれ以外の箇所には具体的なルールを発見できないから、理解力のある誠実な当事者にとつて、Yのリストに記載された供給者との交渉に由来する有利な購入条件に、六・三条にいう『理想的な事業の成果の達成のための・・・利益』が含まれると考えるのは決しておかしくはない。

d) いずれにせよ、結論として、A G B G 五条（現行B G B 三〇五c 条二項）によれば、以上のように六・三条は解釈されるべきである。なぜなら、文言解釈の結果に対して何らかの体系的な疑念があるなら、結局は、文言に近い解釈の結果が疑わしいということになる。その結果、A G B G 五条によれば、予め用意された契約規定の使用者であるYは、F Nに有利な（『顧客に最も有利な』）解釈を受け入れる必要があるからである。

3. 以上の解釈によれば、契約条項六・三条により、Yは商品購入の際にF Nのために交渉し供給者から取得した割引をそのままF Nに再配分する義務がある。F Nの商品購入は割引のぶんだけ安価になっているから、割引は『理想的

な事業の成果の達成のための・・・利益」だからである。FNに現実に交付された割引の限度で、利益をFNに引き渡すべきYの義務が制限されていたなどとは、フランチャイズ契約から看取することはできない。このような『キックバック』が業界では普通であり、それに従ってアポロのFNがYに有利に供給者からの給付を計算すべきだったかどうかは、総ての購入利益を引き渡すべき契約上の義務がある以上は問題にならない。同様に、優先する契約上のルール以外に、その他の法的観点が段階訴訟での請求で問題になるのかに關しても判断する必要はない。」

4. その結果、購入利益を完全にFNに分配するためには、Yは現実に得た割引をFNに報告し、供給者からFNに送金させる必要があった。ところが、Yは自分に差額割引を送金させたから、Yの行為は積極的債権侵害に当たる。従って、XはYに対して、購入利益が総て送金された場合と同額の金銭賠償の請求が可能である。報告請求に關しては、Yが個々の商品の購入に当たり取得した差額割引、口銭のリストを明らかにすれば足るとされた。

それ以外に解除の不当性などに関する判示があるが、省略する。

アポロ事件では、複数の訴訟が各地で提起されていた。このようなFNの請求に契機を与えたのは、シックススト判決⁽¹⁰⁾ ②だったようである。しかし、宣伝などを通じての価格拘束によるFNからの損害賠償請求が認容されていたのとは別に、差額割引に關する報告・引渡請求に關しては下級審では見解が分かれていた。⁽¹¹⁾ それに対して、本判決は、FNのFGに対する報告請求、引渡請求のいずれも肯定した。もともと、本判決は、契約による購入割引の引渡請求自体ではなく、FGの契約上の義務違反を根拠に、FNの損害賠償請求を認めているにすぎない。しかし、直接にFNのFGに対する報告・引渡請求を認めるには、ドイツの学説ではフランチャイズ契約には(準)委任の要素があることは承認されているから、委任の規定(BGB六七五条(有償委任)、六六六条(報告・計算義務)、六六七条(引渡請求)⁽¹³⁾)

を根拠とすることも十分に考えられた。ところが、以上で見たように、これをBGHは意識的に回避している。そうすると、具体的な条項に規定がない場合は、利益の引渡は不可能なようにも見える。確かに、BGHは「理想的な事業の成果の達成のために・・・利益を与える」という条項を不明確条項とみなした上で、顧客に有利な解釈によって、報告・引渡請求を認容している。その際の基準となった約款法五条（不明確条項）は一般条項ではあるが、委任の規定を適用したのと同じ結論に至っている。しかも、本判決は、「優先する契約上のルール以外に、その他の法的観点が段階訴訟での請求で問題になるかに関しても判断する必要はない」と判示して、シックスト判決とは異なり、事務処理契約に基づく報告・引渡請求が成立する可能性を否定してはいない。その結果、フランチャイズ契約のライセンス利用契約ではなく、協調・協働の要素を強調する学説（ネットワーク責任）は、本判決を支持し、かつ、自説の根拠としていた（後述）。ところが、その三年後に、本判決をそのような方向で理解することを制限する態度をBGHは明らかにした。

④ 連邦通常裁判所二〇〇六年二月二二日判決（BB2006, 1071）

「事実の概要」Xは、一九九三年二月一日から一九九八年一月三二日まで、米国を本拠地としヘルツ（Hertz）の名称で世界中でレンタカーのフランチャイズ・システムを営むY1のライセンスードだった。Y2はY1のドイツの子会社で、Y1とライセンス契約を締結したドイツのFNの世話をすると共に、八〇の自己の支店を営業していた。XとY2の間で締結されたフランチャイズ契約の四F条では、それを翻訳した文章によれば、Y1は「それが実施可能な場合は、レンタカー業務に必要な資材と装備の取得に関し、その実施方法につき、ライセンスを援助する」義務を負うと規定されていた。

Y2は様々な自動車メーカーと購入契約を締結したが、その中には、大量購入者に与えられる宣伝補助費

(Werbekostenzuschüsse) が含まれていた。ところが、Y 2 は、メーカーから受領した宣伝補助費を、X に年度初めに通知した一定額の限度でしか交付せず、差額を自分のものにしていった。

そこで、X は段階訴訟で、Y 1、Y 2 に対して Y 2 が自動車のメーカーと輸入業者から受領した X の自動車の購入により発生した販売報奨金、宣伝補助費、口銭などの利益に関する計算・報告、必要な場合は、その完全性と真実性を担保すること、及び、差額の引渡を請求した。LG は、X の請求を棄却した。OLG は、連帯債務者として Y 1、Y 2 に計算・報告義務を認めた。Y 1、Y 2 は上告し、上告は認容されたが、Y 2 に対する請求に関しては段階訴訟の具体化のために、原審に差し戻しされた。

〔理由の概要〕控訴審の見解とは反対に、X は Y 1 に対して、フランチャイズ契約、及び、X Y 2 間の義務表明 (Verpflichtungserklärung) によつても、報告を請求できない。控訴審は、フランチャイズ契約四 F 条から Y 1 の支払い義務を基礎づけているが、不当である。フランチャイズ契約四 F 条は FG の Y 1 を本件では X の FN に対して、資材と装備の取得に関して「その実施方法につき援助する」ことを義務づけている。本件の Y 1、Y 2 と他の FN の間の重要な部分では同様の訴訟で既に当裁判所が判示したように、以上の一般的なルールが宣伝補助費の交付を求める FN の給付請求を基礎づけることはない (二〇〇二年七月一七日判決)。

控訴審判決とは反対に、当裁判所の上記の判決に時期的に先行する二〇〇三年五月二〇日の BGH 判決 (アポロ事件) から、本件のフランチャイズ契約での X の支払い請求を根拠づけることはできないと当裁判所は考える。この事件で BGH は、FG が用意した書式によるフランチャイズ契約の条項、つまり、FG は「理想的な事業の成果の達成のためにパートナーに・・・利益を交付する」が、AGBG 五条 (現行 BGB 三〇五 c 条二項) による「顧客に最も有利な」解釈の結果、FN が購入すべき商品の供給者との枠合意で購入のために交渉した購入利益の総てを FN に交付する義務が

あると判決した。

ところが、本件では上記の判決での条項に類する、法的には独立したY1の子会社であるY2が交渉し取得した購入利益の「再配分」を行うべきY1の具体的な義務は、Xが締結したフランチャイズ契約、特に、その四F条には含まれていない。しかも、Xの主張でも、上記のBGHの判決の事案とは異なり、Y1はドイツのFNのために自分で自動車メーカーと交渉し、メーカーからXの自動車購入の特典を取得しているわけではない。以上に加えて、Y2の義務表明からも、Y1の支払いの義務は発生しないとされた。

他方で、Y2に対する請求に関しては、BGHは原審に差し戻した。まず、BGHは、義務表明に署名したのはXだから、義務負担するのはXでありY2ではないというY2の主張を退けた。その上で、「Xの自動車購入によりY2が取得した購入利益の総ての支払いを、XはY2に対して請求できるとする控訴審は妥当である。確かに、このような支払い請求が義務表明でXに明示的に認められているわけではない。しかし、一方で、一条の前の義務表明の序文では、XはY1のライセンスシーとして『Y2の自動車の購入条件に關与する』とされており、他方で、控訴審が適切に説示したように、一条一項は取得した購入利益の総ての情報供与義務を定めているが、それはXがY2が取得したXに帰属する自動車の購入利益の総てを要求できる場合にだけ意味があるから、以上の条項からXの支払い請求が発生しているといえる。理解力のある誠実な契約当事者の視角からは、自分の自動車の購入に由来する財産的利益は総て返還請求できるという以外には義務表明は理解のしようがない。さもなければ、数多くの自己のレンタカー支店を経営するY2が、以上の購入利益の一部を保持して、競争利益を作り出す危険が発生してしまうだろう。」と判示した。つまり、Y2に対する報告・引渡請求は認容された。

先に見たアポロ判決^(③)では、BGHは具体的な契約条項の解釈からFNのFGに対する報告・引渡請求を基礎づけ、フランチャイズ契約に適用される法規定を根拠に同様の請求が可能かの判断を回避していた。ところが、本判決は、具体的な条項の解釈だけを問題にし、ある意味では、アポロ事件以前の「自分が締結した売買契約から発生した利益を総て契約相手方と与える義務がフランチャイザーにあるとは、法秩序は認めていない」と判示したシックススト判決^(②)を再確認した結果となっている。その結果、実務的には、契約書で購入利益の報告・配分を排除する条項が置かれる傾向にあったようである。⁽¹⁾ところが、このような実務も、以下の連邦カルテル庁の決定で不安定さを抱え込むこととなった。

⑤ 連邦カルテル庁二〇〇六年五月八日決定 (BKartA, Beschl. v. 8. 5. 2006-B9-149/04) (ZIP2006, 1788)

〔事実の概要〕 P株式会社 (プラクティカー株式会社 (Praktiker Bau- und Heimwerkmarkte AG)) は、自身の支店網を持つほかに、子会社のP有限会社 (プラクティカー有限会社 (Praktiker Baumärkte GmbH)) をFGとして営業していた。そのフランチャイズ契約六条では、FNにはほぼ一〇〇パーセントの購入義務が規定され、システムの品揃商品は、総てFNから購入するが、地域に特殊な商品はリスト化された指定購入先から購入することとされていた。以上の排他的な商品購入義務は、電子商品仕入れシステムによって管理されていた。すなわち、P有限会社は、供給者の請求書を集め、P株式会社の購入条件とは無関係に請求書をFNに送付し、FNから代金を徴収する。供給者への支払いでは、即座の決済(継続決済)の他に、後払いの決済(年額返戻金、販売報奨金、マーケティングコストの補助)などの合意をした条件が考慮されていた。ところが、以上の購入利益は、その僅かな部分しかFNには配分されていなかった。

「理由の概要」 B. 以上の A. に記載した、一方で F N に排他的な購入義務を課しながら、F N の商品購入により取得した購入利益を F N に配分しないという P 有限会社のやり方は、従属企業の不当な妨害 (unbillige Behinderung) であり禁止された行為である。

II. . . .

4. 1 排他的な購入義務を課しながら F N に購入利益を配分しないこと

4. 1. 1 妨害の存在

G W B 二〇条一項の意味での妨害の概念は、広く解されるべきである。同条の意味での妨害とは、他の企業の競争活動の自由に対して不利益な影響を及ぼす総ての行為である。

当部の認定では、P 有限会社は、リスト化した供給先からシステムの商品を一〇〇パーセント購入する義務を課しながら、F N (Bau und Hobby) への納品から発生した購入利益を F N に分配していない。以上は P 有限会社とのフランチャイズ契約の期間内に行われたものだが、その期間は、二〇〇一年一月二三日／二三日から二〇〇六年一月二三日／二三日までである。

以上の P 有限会社の行為は、独立した事業者である F N の競争を著しく妨害している。なぜなら、P の行為は、F N の競争活動を垂直的関係（他からの購入可能性）でも他の競争者との水平的関係でも侵害しているからである。妨害の問題に関しては、当部は、契約額の八〇パーセント以上の商品購入の義務は、排他的購入義務と同視してきた。ドイツ法、ヨーロッパ法の競争法のいずれも、八〇パーセントの購入義務は競争制限的だと考えている。

まず、フランチャイズ契約で排他的購入義務が課され、F N には他の購入先からの購入の可能性が封じられている。しかも、F G は購入利益を配分していない。そのことで、F N は好個の購入条件を取得することが不可能になっている。

不当な妨害の存否の判断に際しては、好個の条件を取得する可能性の多寡は問題ではなく、単に可能性を封じられているだけで十分である。

さらに、FNは他から購入できず、FGからは購入利益の分配を受けず、他の競争者との競争力を失っている。

4. 1. 2 正当な利益

以上のP有限会社のやり方は現在行われていないが、再発の危険性があるから、カルテル庁にはカルテル法違反を事後的に確認する権限がある。

さらに、BGHはシックスト事件で、購入利益を総て配分する義務をFGは負わないと判示している。しかも、排他的な購入義務それ自体は一般的に禁じられてはいないから、契約上の拘束が重畳した場合に、どの限度でGWB二〇条一項の意味で、それが濫用的で禁止されているのかを明らかにする法的利益がある。

4. 1. 3 実質的な正当化事由はない、つまり、不当である。

実質的な正当化事由が存在するか、つまり、ある行為が不当かは、競争の自由を目的とするGWB一五条、三八条一項一一号の考慮の下で包括的な利益考量によって決定される。本件では、実質的な正当化事由は不明である。GWBの目的である競争の自由とは、特に、中小事業者の安定を意味する。

ドイツ法とヨーロッパ法は、その期間が五年以上に及ぶ場合は、自社及び指定購入先から八〇パーセントを超える購入義務を課すことは、競争制限的だと考えるに至っている。本件での排他的購入義務は、FNに、その購入先を開発し、自分で購入条件を交渉し、自分で購入政策を開発することを妨げている。さらに、FNは独自の品揃え政策の展開ができなくなっている。

フランチャイズ・システムの統一性と評価を維持するためであれば、FNの競争制限はヨーロッパ共同体設立条約(E

G）八一条には抵触しない。しかし、本件ではフランチャイズ・システムの統一性と評価を維持するために排他的な購入義務が不可欠だった否かを、判断する必要はない。なぜなら、本件では、購入義務とF Gの購入利益の保有の結合が問題となっているからである。

当事者一の主張では、P 有限会社には購入利益を配分する法律上の義務はない。その限りで、この見解は、シックスト判決に依拠している。「しかし、具体的な個別の事件で示されたB G Hのこの判断は、本件で申し立てられている妨害の正当化事由を提供するものではない。なぜなら、本件で判断すべきなのは、購入に際して与えられた割引のF Nへの返還の範囲ではなく、不当な妨害の問題の観点からの購入義務とF Gの購入利益の保持の結合だからである。」

本件ではF GはF N (Bau und Hobby) を不平等扱いしておらず、購入利益の配分がないのは、他のF Nも同じだから、G W B二〇条一項の要件には当たらないと、当事者一は主張している。しかし、本件の問題は、不平等扱いではなく不当な妨害である。

当事者一は、F Nの倒産による経済的リスクの填補のために、F Gには購入利益の保持が必要だと主張する。・・・しかし、仮に、その危険が現実のものとしても、F Nの購入義務とF Gによる購入利益の保持によって妨害は基礎づけられる。さらに、以上の危険には、ロイヤルティを増額し供給者から支払い保証の対価を徴収すれば対処が可能である。

以上の妨害は、F Gが卸売商の機能を有しており、卸売商のリスクを負担していたとしても、正当化することはできない。卸売商のリスクは、適切な手段で対処できるし、卸売商は排他的な購入義務など課さないからである。

・・・

「F Nにとっては、異議申立のあった行為の妨害の影響は極めて重大である。なぜなら、F Nがフランチャイズシス

テムに加入する決断をするのは、総てのシステム参加者の需要をまとめることで発生する購入利益が決定的な意味を持つているからである。その際に、FNの（共通の）需要がFN、又は、（場合によっては、その殆どが）FG自身に由来するのかが問題ではない。結合された購入の利益が総て又は一部はFGに保有されたときは、フランチャイズ・システムへの加入はその経済的基礎の重要な部分を失ってしまう。以上の限りでも、異議申立のあった行為は実質的に正当化できない。」

以上の連邦カルテル庁の決定によれば、FGがFNに一〇〇パーセント乃至は八〇パーセント以上の購入義務を課しながら、フランチャイズシステムによって強化された購買力で取得した購入利益をFNに分配しないのは、競争制限禁止法に違反しているというのである。つまり、FNは差し止めと損害賠償の請求が可能となる（GWB三三・二〇条一項、二項）。その結果、具体的な契約条項のある場合以外は、FGはFNに購入利益の配分の義務はないというBGHの私法上の評価と、連邦カルテル庁の公法上の評価とが衝突することになる。ただし、以上の抵触をどう理解するかは、現在のところ判然としないようである。というのは、カルテル法上は不当な妨害と評価され、FGが損害賠償義務を負うことが、当然に私法上の購入利益の配分の義務を基礎づけるものではないからである。ただし、本決定は、先のBGHの判決（ヘルツ判決（④判決））が再確認したはずのシックスト判決（②判決）を、個別事案に則しての判決だから、競争妨害の不当性の判断とは無関係だと評価している。さらに、フランチャイズシステムにFNが加入する決定的な理由は、システムによって強化された購買力を利用しての安価な商品の入手であり、しかも、購買力の強化がFGに由来するか、FNに由来するかは問題ではないと言い切っている。つまり、一旦はBGHがヘルツ判決で否定したはずのネットワーク責任に親和性のあるのが、本決定の考え方だと評価することが可能であろう。

2. 学説の評価

以上の判例を前提として、ドイツの学説は、シックスト判決のFNのFGに対する計算・報告請求、受領物引渡請求を基礎づける法律上の根拠はないという判断を重視するか、アポロ判決は言及を避けているが、その法律上の根拠を一步進めて認めるのかで、考え方が分かれている。このような議論が盛んになったのは、アポロ判決（③判決）以来であり、しかも、ネットワーク責任を唱える学説は、同判決を自説を補強するものと評価している。以下では、まず、ネットワーク責任に対しては必ずしも好意的ではないが、報告・引渡請求を肯定的に解する学説を、次に、シックスト判決を重視する学説を見たうえで、ネットワーク責任という観点からアポロ判決を考察する学説を紹介する。

（１） ネットワーク責任以外から報告・引渡請求を肯定する立場

（a） ギースラー（Geislar）は、アポロ判決に対する評釈で、以下のように指摘している。FGが商品の販売者の場合は、FNの商品購入の際にロイアルティ以外にマージン（「隠れたロイアルティ」）を取っていることも少なくともない。しかし、この場合にFGがマージンを取ること自体は法的に問題はない。ただし、このような合意はしばしば口頭で行われ、BGB五〇五条二項（分割販売契約での書面の要請）¹⁸に抵触する可能性がある。他方で、FGがFNの商品購入の斡旋をしている場合には、FGはFNに大量購入割引の配分義務があるかが問題となる。FNの計算・報告請求、引渡請求の根拠となるのが、学説の説くようにBGB六七五条、六六六条、六六七条である。FGが購入の斡旋を行うときは、FGはFNの事務処理をしている。これは分業化しながら協働する企業というフランチャイズの現代的理解にも合致する。FGとFNの間には相互に利益擁護と扶助の義務があることは承認されている。商品購入に由来する利益は、FNの商品購入により取得されたもので、FNに帰属する。FGはロイアルティを対価としてFNの事務処理

を行っている。しかも、以上の結論は、FNの保護の要請とも合致する。FNは他人の決定で投資し、購入先を別に開発することは契約上も禁止されている。しかも、購入利益の交渉と分配はFNの委託で行われるという事情は、契約で明示されていないが、FNを獲得する際に、FGが宣伝していることでもあるというのである。⁽¹⁹⁾

以上のギースラーは、必ずしもネット責任を正面から肯定するわけではないが、決してそれに対して否定的ではない。ただし、フランチャイズ契約が事務処理契約の要素を持つことから所問を肯定している。

(b) 他方で、カナーリス(Canaris)は、ネットワーク責任という考え方に対して冷淡である。カナーリスによれば、フランチャイズ契約は混合契約であり、その主要な構成要素は、事務処理契約、雇用契約、及び、利益貸借契約である。もちろん、場合によっては、それ以外の要素がフランチャイズ契約に加わることもある。以上の指摘の後に、カナーリスは、フランチャイズ契約の契約類型への整理とは別に、それをネット契約と性質決定することが有用かと問題提起する。なんとすれば、フランチャイズでは多数のFNが同一のFGの統一コンセプトとシステムに従い、その適用と促進がFNの義務となっている限りで、FNは相互に内的な連関関係にあると評価する余地があるからである。ところが、このような構想によっても、具体的な問題の解決には重要な部分でほとんど寄与しないから、理論的な意味は乏しいというのが、カナーリスの評価である。その際に、カナーリスはネット契約論の代表的な論者であるトイプナー自身のトイプナー以外のネット契約論に対する批判を指示し、さらに、社会学的な観察から安易に法的問題の結論を引き出しているというトイプナーに対するエクスラー(Oechler)の批判を引証している。⁽²⁰⁾

他方で、カナーリスは、FNのFGに対する報告・受領物引渡請求に関しては、断定的に肯定している。まずカナーリスは、FGは多数のFNを集約し、フランチャイズ・グループの市場での力ゆえに、商品購入で割り引き、販売奨励金、返戻金などの特典を取得することが稀ではない。さらに、その場合に、売買契約自体は供給先とFNの間で締結さ

れ、FGは仲介の役割を果たすだけであると指摘する。かつ、その場合は、FGはその利益をFNに引き渡す必要があるとする。だから、カナリスによれば、BGHの判決のように、利益配分を規定する具体的な契約条項のない場合でも、その理は変わらない。しかも、例えば、ネット契約論を説くトイプナーのように「集約された忠実義務（intensivierte Treupflicht）」としての「利益配分への結合義務（Verbundspflicht zum profit sharing）」によらずとも、単にBGB六七五条、六六七条に依拠すれば足る。なぜなら、FGはFNの事務処理を行っているという要素がフランチャイズ契約には存在し、かつ、このことは問屋業務（Kommissionsrecht）では当然に認められていた理である。したがって、BGHの判例は、FGが利益配分の義務を履行しない場合は積極的債権侵害に当たるとするが不正確であり、直截にBGB六六七条から利益の引渡の給付請求権が認められる。さらに、FGが一般的に利益の引渡請求を契約で排除すれば、フランチャイズ契約ではBGB六六七条は契約の指導的な範型（Leitbild）を示しているから、BGB三〇七条二項一号に反して無効であると指摘している。²³

以上のカナリスの見解は、ネット契約論のようにFGとFNの協働・協調から利益が発生するという側面ではなく、委託者の委託を受けて商品の購入の斡旋をする代理問屋との連続性を強調するように、商品の購入・販売はFNのリスクに属するという側面を重視したものである。だから、FGがFNに商品を販売するなら別として、売買契約が供給先とFNの間で締結される以上は、購入利益はFNに帰属し、FGが購入の斡旋から利益を取得するなら手数料として計算されるべきであり、第一義的にはロイアルティで清算されているはずだというのがカナリスの主張の骨子であろう。そう考えると、確かに、伝統的な契約類型の中に問題解決は含まれており、ネット契約、複合契約を論じることがは必ずしも必要ではないと評価することもできる。

（c）以上で見たようにカナリスは、フランチャイズ契約でFNのFGに対する計算・報告請求（BGB六六六条）、

受領物引渡請求（BGB六六七条）を一般的に排除すれば、約款規制で無効となると解している。だから、一応は以上の規定は任意規定であることを前提としている。しかし、このコンテキストで、BGB六六六条と六六七条の任意法規性に関しても触れておくべきであろう。

確かに、BGB六六六条の計算・報告請求権は、原則として任意規定であると解されている。例えば、エルトマン（Oertmann）は、BGB六六六条が強行規定かは疑わしいと指摘している。⁽²⁴⁾ただし、計算請求に関しては、それが免除されれば受任者の恣意に対する特許状と異なるものではないとも指摘する。⁽²⁵⁾最近の学説でも、BGB六六六条は任意規定だと解されているが、その場合でも、委任者と受任者の間の信頼関係の存在が計算・報告義務の免除の要件とされている。⁽²⁶⁾だから、受任者の行為が信頼関係を裏切るような原因を与えた場合は、計算・報告義務が発生すると解されている。⁽²⁶⁾さらに、計算・報告請求権を全く排除することはできないという見解も多い。なぜなら、制限なく計算・報告義務を排除することは、自分の行為に関する情報は、他人のための行為であるという委任の「本性（Natur）」に反するからである。したがって、普通取引約款によるBGB六六七条の排除はBGB三〇七条二項に反し、⁽²⁷⁾個別の合意があってもBGB一三八条（良俗違反）⁽²⁸⁾に抵触する可能性があるというのである。⁽²⁹⁾より具体的には、計算・報告義務を無条件に免除すれば、委任者が受任者の恣意に左右され、受任者の恣意による証明不可能な損害に曝される。だから、計算・報告義務を免除する特約は、受任者の加害行為が疑われる場合にだけ権利行使しうるという意味を持つ合意だとも指摘されている。⁽³⁰⁾さらに、受任者の受領物引渡請求を免除する特約は、免除又は変更可能と解されているが、委任者がこれを放棄する合意は、原則として贈与だとも指摘されている。⁽³¹⁾

以上からは、（準）委任の内容にもよるが、他人の計算で物を購入するなどという契約で計算・報告義務を免除する合意の有効性を無条件で承認しうるかは、極めて疑わしいと考えられる。フランチャイズ契約での供給先からの購入割

引に関する計算・報告請求、及び、受領物引渡請求に関しては、これが完全に免除された場合は、フランチャイズ契約はFGがFNにノウハウなどの使用を許容する賃貸借契約に類似した契約にすぎないと考えざるを得ない。そうすると、その反面として、FNの統一・協調行動を要求するFGの権利が疑問視されることになる。結論として、フランチャイズ契約での購入割引に関する計算・報告請求、及び、受領物引渡請求の排除の合意の効力は疑問、又は、それが可能ならフランチャイズ契約と評価できるか否かが疑問視されると考えるべきであろう。

（１）以上の記述は、より詳細に事実関係が紹介されている②のBGHの判決掲載のNW1999, 2671も参照した。

（２）競争制限禁止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen（GWB））（旧）一五条 供給される商品、その他の商品、又は、営業上の給付に関して、当事者の一方が第三者と合意するに際して、その価格の形成、又は、取引条件を制限する限りで、本法の適用地域の市場と関係する商品又は営業上の給付に関する事業者間の合意は禁止される。

（旧）三八条（一）以下の者は、本法に違反している。（一号～一〇号省略）

一一．本法が明文で規定する禁止、又は、カルテル庁が本法に基づいて発布した処分を潜脱する共同行動を惹起させる推奨を表明すること。

（３）GWB（旧）二六条（一）企業又は企業団体は、他の企業又は企業団体に、特定の企業を不当に害する意図で、供給・購入の制限を要請してはならない。

（二）二条から八条、九九条一項一号二号及び二項、一〇〇条一項、又は、一〇三条一項三号の意味での市場支配的な企業並びに企業団体、及び、一六条、一〇〇条三項又は一〇三条一項三号によれば価格を拘束する企業は、同種の企業が通常は接近可能な取引分野において、他の企業に直接又は間接に不当な妨害を加えたり、実質的な正当化事由なしに直接又は間接に差別扱いをしてはならない。中小の企業が特定の種類の商品又は営業上の給付の需要者又は供給者として、他の企業と取引する十分又は予測可能な可能性がない程度に従属している企業又は企業集団に関しても同様である。同種の

需要者からは与えられない、取引上通常の価格割引又はその他の給付の対価に加えて、規則的に特別な優遇を需要者があ
る供給者から与えられているときは、特定の商品又は営業上の給付の供給者は需要者に二文の意味で従属していると推定
される。

(三) 前項の意味での市場支配的な企業又は企業集団は、事業取引において他の企業を実質的な正当化事由なく自己に
対して有利な条件を与えるように、自己の市場での地位を利用してはならない。前項二文の意味で自己に従属的な企業と
の関係では、その企業又は企業集団に関しても同様である。

(四) 中小の企業に対して市場での優越的な力を持つ企業は、このような競争者を直接又は間接に不当に妨害するため
に、自己の市場での力を利用してはならない。

(五) 一般的な経験則又は見解によれば特定の事実に基づいて、ある企業が四項の意味での市場の力を利用したと判明
したときは、その企業はその外観に反論し、請求を受けた企業にとっては容易に可能であり予見可能だが、当該の競争者
又は集団には三五条三項による説明は不可能な、自己の事業分野でそのような請求を基礎づける事情を説明する必要があ
る。

GW B (旧)三五条(一) 故意又は過失により、本法の規定、又は、カルテル庁又は不服申立を受けた裁判所が本法に
基づいて命じた処分に違反した者は、当該の本法の規定又は本法に基づく処分が他人の保護を目的とする限りで、他人に
対して違反により発生した損害の賠償の義務を負う。違反が二七条に基づく処分に抵触するときは、被害者は財産上の損
害ではない損害に関しても金銭による正当な賠償を請求できる。

(二) カルテル庁又は不服申立を受けた裁判所による前項の意味での処分に、故意又は過失により違反した者は、七〇
条三項による処分又は確認が取消せない限度で、処分の送達以後に発生した損害の賠償の義務を負う。

(三) 一項の場合には、その団体が民法上の法的な争訟を提起することができる限りで、営業上の利益の促進のために、
団体は差し止めの請求が可能である。

(4) BGB二四二条 取引慣行を考慮し信義誠実が要請するように、債務者は給付を行う義務を負う。

(5) AGB G (約款法) 九条(一) 普通取引約款の規定が約款使用者の契約相手方を信義誠実の原則に反して不当に不利益
を与えているときは、当該の規定は無効である。

- (二) 疑わしいときは、当該の規定が以下の場合は、不当な不利益を与えているとみなされる。
 - 一、法規定とは異なった約款の規定が、法規定の中心的な基本思想と折り合わないとき、又は、
 - 二、契約の本性から発生する権利・義務を、契約目的を危殆化させる程度に制限しているとき。
- (六) 競争制限禁止法への抵触と差し止め・損害賠償に関し、Reinhard Böhrer, Verbot von Preisempfehlungen im Sixt-Autovermiet-Franchisesystem nach §38 Abs.1 Nr. 11GWB, Zugleich eine Anmerkung zu OLG München, BB1997, S. 1427ff. を参照。
- (七) 本判決については、Reinhard Böhrer, Werbekostenzuschüsse und sonstige Einkaufsvorteile in Franchisesystem, NW1998, S.109ff.を参照。メーカーがFNへの購入割引などの分配を認めているときに限ってという条項をFGは援用しているが、メーカーにとつては現実の購入者に購入割引を与えるほうがその利益に合致する。したがって、この条項は、FNに不当な不利益を与えるものであり、同時に不明確条項にも当たる（AGBG九条一項）（aaO, S. 110ff.）。さらに、マルチネックはFGのFNへの援助義務をフランチャイズ契約の雇用契約の要素からだけ認めるが、少なくとも、対外的関係ではそうではない。なぜなら、レンタカー業務の展開には、国内外を網羅する営業所のネットワークが必要だが、そのための資本を固定化せず、自動車の購入もFNにゆだねるためにこそ、FGはフランチャイズ・システムを構築したからである。しかも、自動車の購入では、FGは買主とならず、FNの無資力の危険を回避している。したがって、自動車購入に際しては、FGはFNの受任者の性格を持ち、BGB六七五条、六六七条が適用される（aaO, S. 111f.）。ただし、ペーナーはBGB六六七条を任意規定と解するから、FGが購入利益の分配を回避したければ、明確な排除条項を規定しなければ、約款規制法のコントロールに服すると指摘している（aaO, S. 112）。
- (八) AGBG五条 普通取引約款の解釈が疑わしいときは、使用者の不利に解釈される。
- (九) AGBG一条（一）普通取引約款とは、複数の契約のために予め用意された契約条件の総てであり、契約締結に際して一方当事者（使用者）が他方当事者に提示するものである。約款の規定が外形的に契約の特別な構成部分となっているか、それが契約書に組み込まれているか、それがどの範囲であろうが、その書式、契約の方式が何であるかは、無関係である。
- (二) 契約条件が契約当事者間で商議されたときは、普通取引約款は存在しない。

(10) Reinhard Böner, Vom Franchisevertrags- zum Franchisetzweckrecht-Besprechung der BGH-Entscheidungen in drei Plotverfahren gegen Apollo Optik, BB2004, 119ff. S. 119.

(11) Bernd Christian Hager, Die Entwicklung des Franchiserechts in den Jahre 1999, 2000 und 2001, NJW2002, S. 1463ff. 1465ff.によれば、以下の通りである。

FNのFGに対する差額割引の引渡請求を肯定した下級審の論拠は、(i) 差額割引がFNに与えられなければならない、アポロの支店との競争が困難である。(ii) 多数のFNを一括すればこそ有利な購入条件が得られるから、フランチャイズ・システムに加入するという事情。(iii) 約款法五条の不明確条項ゆえ顧客に有利な解釈が帰結される。(iv) FNと供給者の契約はFGとは無関係だから、FGには差額割引を請求する権利はない。反対に、請求を否定した裁判例の論拠は、(i) 契約条項の解釈からは、マーケティングと営業コンセプトだけが利益を意味する。(ii) なぜなら、FGの義務は、一般的な配慮と情報義務とだけ関係しており、FNに与えられる割引には付録で言及されている。だから、FNが取得できるのは、この割引にすぎない。

さらに、BGB六六七条、六七五条の規定に基づいて、差額割引の請求が可能かの評価も下級審で分かれている。一方では、フランチャイズ契約は委任の要素を含むから、BGB六六七条によりFNのFGに対する受領物引渡請求は可能である。他方で、FNはFGの受任者として行為しており、その反対ではない。FGは自分の支店のために、つまり自己の利益のために行為している。FGの購入交渉での活動には受任者の要素はあるが、それは通常の割引の限りであり、大量購入割引はFGの市場での力によるものである。

加えて、差額割引がGWB一四条、二二条、二三条で損害賠償の対象となるかに関しては、否定的に解されている。

(12) 例えば、Claus-Wilhelm Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., Beck, 2006, S. 314f. ならに、上記注(11)も参照。

(13) BGB六七五条 事務処理を目的とする雇用契約又は請負契約については、第六六三条、第六六五条から第六七〇条まで及び第六七二条から第六七四条までの規定を準用し、かつ、義務者が告知期間の定めにかかわらず告知する権利を有するときは、第六七一条第二項の規定も準用する。

(以上は、新六七五条では、一項であり、二項が付加されている。)

(二) 他人に助言又は推奨を与えた者は、契約関係、不法行為、又は、その他の法規定から発生する責任と無関係に、

助言又は推奨に従った結果発生した損害の賠償の義務を負わない。

B G B 六六六条 受任者は、委任者に対して必要な通知を行い、請求に基づいて事務の状況を報告し、委任の執行後に結果を報告する義務を負う。

B G B 六六七条 受任者は、委任を執行するために受け取ったもの及び事務を処理することによって取得したもののすべてを委任者に引き渡す義務を負う。

新六七五条二項以外は、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂・一九九五年）「今西康人」による。

(14) 例えば、Eckhard Flohr, Franchising-Einkaufsvorteile und Kartellsrecht, BB2007, S.6ff., S. 7を参照。

(15) G W B 二〇条（一）市場支配的な企業、本法二条、三条及び二八条一項の意味での相互に競争関係にある企業の連合、及び、二八条二項又は三〇条一文の意味で価格を拘束する企業は、同様の企業が通常は参入可能な事業取引において他の企業を直接又は間接に不当に妨害したり、正当な理由なく同種の企業に対して直接又は間接に不平等な扱いを行ってはならない。

（二）企業又は企業連合に、中小の企業が特定の商品又は給付の供給者又は購入者として、他の企業と取引する可能性が十分かつ予測可能ではない方法で依存している場合にも、前項が適用される。

(16) G W B 三三条（一）本法の規定、ヨーロッパ共同体設立条約八一条又は八二条、又は、カルテル庁の処分に違反した者は、関係者に対して除去と再発の危険がある場合には差し止めの義務がある。差し止め請求は、違反のおそれがある場合にも可能である。関係者とは、違反によって損害を受ける競争相手、又は、その他の市場参加者である。

（二）前項の請求は、事業又は自営の職業的な利益の促進のために、ある権利能力のある社団に同一市場で同種又は類似する商品又はサービスを提供する多数の企業が所属しており、その社団が特にその人的・物的及び経済的な性質から、その定款の規定に従って事業又は自営の職業的な利益を事実として擁護する能力があり、かつ、抵触がその構成員の利益に触れる場合は、その権利能力のある社団が請求することができる。

（三）一項に故意又は過失により違反した者は、それによって発生した損害の賠償の義務を負う。商品又はサービスが法外に高価な価格で購入された場合に、商品又はサービスが転売されたときも、そのことで損害賠償請求が排除されることとはない。損害賠償の範囲の決定に関しては、特に、企業が抵触により取得した利益の割合が、民事訴訟法二八七条によっ

て考慮される。一項による金銭債務には、企業は損害の発生以後の利息を支払う必要がある。

(四) 本法の規定又はヨーロッパ共同体設立条約八一条又は八二条への抵触による損害の賠償の請求があったときは、カルテル庁、ヨーロッパ共同体の委員会、競争法を管轄する官庁、又は、ヨーロッパ共同体の他の加盟国でそのために活動する裁判所の確定した決定が事実認定を行った限りで、その事実認定に損害賠償請求を判断する裁判所は拘束される。一文の決定の取消のための既判力を有する裁判所の判決の事実認定に関しても、同様である。指令 No. 一／二〇〇三の一六条一項四文 (E G) の準用により、ヨーロッパ共同体設立条約二三四条による権利・義務とは関係なく、以上の義務は発生する。

(五) 一項の意味での違反ゆえにカルテル庁、又は、ヨーロッパ共同体設立条約八一条又は八二条への違反ゆえにヨーロッパ共同体の委員会、又は、ヨーロッパ共同体の他の加盟国の競争法を管轄する官庁が、手続きを開始したときは、三項の時効期間は停止される。民法二〇四条二項の規定は準用される。

(17) 例えば、前掲注 (14) Flohr, aaO, S. 8ff.; Anmerkung von Patrick Giesler und Volker Guntzel, ZIP2006, S. 1792ff. を参照。

(18) BGB 五〇五条 (一) 消費者には、一文を留保して、消費者の意思表示が、以下のような内容の契約の締結に向けられている事業者との契約において、三五五条に従って撤回権が帰属する。

一 分割して給付される、複数の包括的に売却された物の供給を客体とし、かつ物の全部に対する対価が分割払いで支払われるべき場合、または、

二 同種の物の定期的な供給を客体とする場合、または、

三 物の反復的な取得または受給の義務を客体とする場合。

これは、四九一条二項及び三項に規定された範囲では適用されない。総ての、消費者によって最初に可能となった告知の時期までに支払われるべき分割支払額は、四九一条二及び三項に述べられた準貸付額に一致する。

(二) 第一項の割賦供給契約は、文章の形式を必要とする。第二文は、契約締結時に普通契約約款を含む契約条項を呼び出し、かつ再生可能な方法で記憶させる可能性を消費者が入手しうる場合は、適用されない。事業者は、消費者に契約内容を文章の方法で通知しなければならない。

以上は、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社・二〇〇三年）五〇三頁以下。

(19) Patric Giesler, Die Bedeutung der "Apollo"-Rechtsprechung für Franchiseverträge, ZIP2004, S. 744ff.

(20) 前掲注 (12) Canaris, aaO, S. 302. ちなみに、カナリスのローエ (Rohe) の引用の仕方は若干侮蔑的であらう。つまり、言うに足るほどの成果のなかった、ローエ (Mathias Rohe, Netzverträge, Mohr, 1998, S. 412ff.) のフランチャイズ契約に関する「明白、かつ、幸いにも無味乾燥な記述が極めて多い」との証左を「さげすむ」ようにする (S. 302, Anm.29)。

(21) 前掲注 (12) Canaris, aaO, S. 302, Anm. 28. カナリスが指すのは、Gunther Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund, Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, Nomos, 2004, S. 226ff. ネット契約論を始めとする幾つかの新しいアプローチに対するトイブナーの批判である。

(22) 前掲注 (12) Canaris, aaO, S. 302, Anm. 30. Jürgen Oechler, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, Mohr, 1997, S. 383f.

(23) 前掲注 (12) Canaris, aaO, S. 315.

(24) Paul Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Heymann, 1929, §666, 3. (S. 1050).

(25) RGRK/Denecke, 11. Aufl., 1959, §667, Anm. 3.; Palandt/Sprau, 61. Aufl., 2002, §666, Rn. 1; Staudinger/Martinek, 2006, §666, Rn. 17.

(26) Soergel/Beuthien, 12. Aufl., 1999, §666, Rn. 14.

(27) BGB三〇七条 (一) 普通取引約款の規定が約款使用者の契約相手方を信義誠実の原則に反して不当に不利益を与えているときは、当該の規定は無効である。

(一) 疑わしいときは、当該の規定が以下の場合は、不当な不利益を与えているとみなされる。

一、法規定とは異なった約款の規定が、法規定の中心的な基本思想と折り合わないとき、又は、

二、契約の本性から発生する権利・義務を、契約目的を危殆化させる程度に制限しているとき。

(三) 本条一項、二項、及び、第三〇八条と第三〇九条の規定は、法規定と異なった、又は、法規定を補充するルールが合意された普通取引約款の規定にだけ適用される。それ以外の規定は、本条一項二文と一項一文により無効となる可能

性がある。

(28) BGB一三八条(一)良俗に反する法律行為は無効である。

(二)特に、他人の急迫、無経験、判断能力の欠如、又は、著しい意志薄弱に乗じて、給付に対して自己又は第三者に財産上の利益を約束させる、又は、与える法律行為は、その財産上の利益が給付と著しく不均衡な場合は、無効である。

(29) MünchKommBGB, 5. Aufl., 2009, §666, Rn. 18.

(30) Bamberger/Czub, 1. Aufl., 2003, §666, Rn. 4.

(31) Bamberger/Czub, 1. Aufl., 2003, §667, Rn. 3.

中世学識法訴訟における職権と当事者（二・完）

——「効用ある一節（*clausula salutaris*）」についての覚書——

水野 浩二

目次

- 一章 「パンデクテンの現代的慣用」の議論から——問題の所在
- 1 フレーズの効果
- 2 フレーズと職権の関係

3 問題の設定

二章 一五世紀のローマ法文献——フレーズの成熟

(一まで、六〇巻五号)

三章 カノン法文献における議論の推移

1 当初の謙抑の評価と一四世紀以降の変化——X.2.10.2

2 訴権の訴訟上の意義と職権の関与——X.2.1.6

(以上、本号)

二章 一五世紀のローマ法文献——フレーズの成熟

二 一六世紀以降の論者は中世の典拠としてアンゲルスとヤソンを引用していたが、この二人がフレーズの創始者というわけではない。次章では、中世後期のカノン法文献においてフレーズについての議論がどのように推移し、フレーズにいかなる役割が与えられていたのかについて検討される。その際の検討対象は以下のように限定される。

中世学識法学におけるフレーズの先行研究はせいぜい概説書のレベルにとどまり、現時点ではそれほど手がかりは存在しない。⁽¹⁾そこで、アンゲルスとヤソンの叙述がフレーズ⁽²⁾についての解釈論で根拠として挙げる法文である教皇イ

ンノケンティウス三世(位一一九八—一二一六)の一一九八年の教皇令X.2.10.2、ならびにそれと密接な関係を持つと解される教皇アレクサンデル三世(位一一五九—一一八二)の一一七九年の教皇令X.2.1.6に関する注釈・注解を検討することとする。フレーズとの関連でいえば、この二つの法文には「一の事実(カウサ)から複数の訴権が導かれる場合」における「訴えの対象の特定」という問題設定が共通して見出される。

(1) X.2.10.2はフレーズの直接の根拠法文として、一五世紀のアンゲルスやヤソンは無論、「バンデクテンの現代的慣用」

期の著作においても根拠として常に挙げられていたものである。当法文に関する注釈・注解にはフレーズについての記載がほぼ常に見出され、論点の一「フレーズ自体の効果」についての解釈論の推移を知ることができる。

(2) もう一つの論点「フレーズと職権の関係」については、先行研究が職権の「訴えの対象の特定」への関与について十分な情報を与えているとはいえず、原告によって表示されるフレーズと裁判官の職権行使の関係について本稿で明確な結論を示すことはできない。以下では今後の検討の準備として、カノン法学における訴権開示 (editio actionis) の議論の核となったX.2.1.6を取り上げることにしたい。

一三世紀半ばまでのカノン法学の動向を扱った先行研究は、訴権開示における訴権の名称の必要性いかん⁽⁵⁾「訴権開示の形態」に関するカノン法学の議論の軸としてX.2.1.6を位置づける。その説くところによれば、本法文をめぐる様々な議論を経て、一三世紀初め以降（ローマ的訴権開示の原則とされる）訴権の名称の表示の必要性は否定され、事実（カウサ）の表示で十分という形に収斂することとなる。⁽⁶⁾ローマ法上の訴権にこだわらず、事実を調べよという本法文X.2.1.6は、ローマ的な個別的訴権のカタログの意味を失わせ、当事者は事実⁽⁷⁾に根拠づけられた請求を提示すれば十分という「近代的」なあり方へと移行する大きな契機として位置付けられてきた。

しかし、中世学識法学の議論はこの「訴権開示の形態」の問題にとどまらず、⁽⁸⁾⁽⁹⁾「一的事实（カウサ）から複数の訴権が導かれる場合」における「訴えの対象の特定」をも詳細に論じていた。本法文X.2.1.6でもこの問題が取り扱われている。

その注解ではX.2.1.6が多くの著作で参照され、フレーズによる場合を含め職権による処理が念頭に置かれている可能性が高い。先行研究では、本法文は職権による「訴えの対象の特定」やその根拠たる事実についての介入を正当化する根拠として位置付けられてきた。⁽¹⁰⁾以下では、本法文についての解釈論をカノン法学における訴権開示、訴権の訴

訟上の意義について重要な視点を提供するものとしてのみならず、職権の「訴えの対象の特定」への関与についての当時の見解を示す史料として検討したい。

- (1) 中世学識法の時期におけるフレーズについては、¹⁾簡略な言及が Ourliac: L'office du juge, pp.637, 641, Rousnier: Le fondement, p.109, Salvioli: Storia della procedura civile, pp.238-239, Sella, Pietro: Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana (1927), pp.78-79 にみられるに留める。
- (2) 本章で検討したマンゲルスとヤンンのテキストは、²⁾何れも訴訟法書 (Prozeßliteratur) に分類されるものである (Nörr, Knut Wolfgang: Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. 1, S. 383-397)。³⁾中世学識法期の訴訟法書におけるフレーズの取り扱われ方については、⁴⁾別稿で論じる予定である。
- (3) 以下『カノン法大全』テキスト本文の引用は、すべてフリードベルク版による。

X.2.10.2 „.....suam abbas deposuerit quaestionem, quod praeferat nobiles, nulla requisitione praemissa, manu armata et cum exercitu ad castrum monasterii Ferentilli et Gab. venientes, in praedictis animalium, segetum combustionibus, captiionibus hominum, homicidiis perpetratis et damnis aliis usque ad D. libras Lucenses praeter stragem hominum et iniurias irrogatas, damificare dictum coenobium praesumpserunt, de quibus et aliis pariter, quae vellet proponere contra ipsos, iustitiam sibi fieri postulabat. Ei citra litis contestationem sub forma exceptionis fuit ex adverso responsum, quod, quum abbas ipse nobilibus viris O. et R. promiserat praestito iuramento, quod eos.....ad retinendum quod tunc habebant in castris, villis et bonis aliis, et recuperandum sine fraude ac malo ingenio, si eorum aliquid amitterent, adiuuaret, per ipsius dolum et violentiam castrum Strati amiserant fraudulentem, quod et progenitores eorum tenebant, et ipsi possederant in quiete, (Super quo ab ipsis saepe admonitus illud eis restituere denegavit,.....) sibi petentes prius restitui, quam petitionibus ipsius responderent.....” 「.....大修道院長 [原告] は以下の訴えを提示した。前述の貴族たち [被告] は、予めいかなる要求もせず、

武装し軍勢を伴って Ferentili et Gab. 修道院のカストゥルムに現れ、修道院の地所において穀物に放火し、人々を捕え、殺人を犯し、他に一〇〇〇ルッカリブラの損害を与え、さらに多数の者を殺害し攻撃を行って、上述の修道院に損害を与えることを図った。原告はこのこと、そして被告たちについて提示しようと考えているその他のことについても同様に、正義が自らになされるよう請求した。原告に対して争点決定の前に、抗弁の形式で反対当事者「被告」から、以下の返答がなされた。大修道院長「原告」は自ら、それらの貴族たちに対して宣誓を伴って以下のことを約束していた。つまり、……彼らがカストゥルム・ヴィラ・その他の地所に持っているものを保持するように、そして彼らがその内の何れかのものを喪失するならば悪意も奸計もなくそれを取り戻せるように、助力すると。にもかかわらず、原告の悪意と暴力によって貴族たちは、先祖から保持していた自らの平穩に占有していた Strati のカストゥルムを許害的に喪失してしまった。（当該カストゥルムについて大修道院長は、貴族たちによる度重なる返還の求めを拒絶した。……）被告は原告の請求に返答する前に（Strati のカストゥルムが）自らに返還されることを請求する。……」

(4) X.2.1.6 「……多くの者がそうしがちなのであるが、いかなる訴権が提起されているかを細かに調べたりしないよう一層配慮せよ。しかし、諸々のカノンの形式並びに聖なる教父たちの發した諸規定に従って、単純かつ純粹に事実そのものの、そして事柄の真実を調査するよう気をつけよ」……Provideatis attentius, ne ita subtiliter sicut a multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum Patrum instituta investigare curetis」

(5) 以下に引用は Leicht, Pier Silverio: Il nome dell'azione nei decretisti e nei decretalisti, in: ZRG KA27 (1938) S.81-93. Liotta, Filippo: Il "nomen actionis" nei civilisti e nei canonisti del secolo XII. Quaderni di «Studi senesi» (1975) Ochoa, Javier: «Actio» e «contestatio litis» nel processo canonico, in: Apollinaris 52 (1979) pp.102-133⁴ ならびに水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義（一）」法協二二巻五号七頁以下における整理を参照⁵。

(6) その際のモティーフとして、訴訟をより単純で迅速なものにすべしというカノンの衡平を指摘する論者もある（ライヒト、オコア）。不十分な知識ゆえに表示された訴権が不適切であることがしばしばだった、というのである。

(7) 但し、X.2.1.6 の解釈論が、ローマ法上の訴権の訴訟上の意義をどのように捉えていたかは微妙な問題である。先行研究も訴権の名称の表示の否定とは別に、少なくとも史料が何らかの形で訴権の特定を求めていることは指摘している。先

行研究が何れも一三世紀半ばまで止つてゐることもあり、この点については判然としない。三章2では中世後期のカノン法学の動向について若干の検討を試みる。

(8) 水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」を参照。

(9) フレーズの根拠法文として本研究が取り上げるX.2.10.2も、「一の事実(カウサ)から複数の訴権が導かれる場合」の解決策としてフレーズを位置づけたものであった。この点については、三章1で詳論される。

(10) Bayer, *Civilprozess*, S.34, Bomsdorf, *Prozessmaximen*, S.43-44, 52-53, Danz, *ordentlichen Prozesses*, S.196, n.(k), Endemann, Wilhelm; *Das deutsche Zivilprozessrecht* (1868, Neudruck 1969), S.373 を参照。Wetzell, *System*, S.521, n.43 以下¹⁾の点について議論があつたことやフレーズとの関連性が指摘されている。

三章 カノン法文献における議論の推移

本章では、ほぼ二三世紀から一五世紀までのカノン法文献における二つの教皇令、X.2.10.2とX.2.1.6への注釈・注解を検討する。検討対象としたのは以下のテキストである。⁽¹⁾×印はそのテキストが当該法文についての叙述を欠いていることを示す。

インノケンティウス四世 (Innocentius IV.・一一〇〇以前—一二五四) ; *In Quinque Libros Decretalium*. (Turin, 1581)

ホスティエンシス (Henricus・デ・セグシオ) (Hostiensis (Henricus de Segusio)・一二〇〇頃—一二七二) ; *Summa* (Lyon 1537, Neudruck Aalen 1962)

リーベル・エクストラ標準注釈 (*Glossa ordinaria to Liber Extra*) (Lyon 1541)

- ホステイエニス（＜＜ニリクス・デ・ヤベント＞＞）；In...decretalium librum commentaria. (Venedig 1581, Nachdruck Turin 1965)
- ヨハンネス・アンドレアエ (Johannes Andreae) ；一二七〇題—一二四八）；In quinque Decretalium libros novella commentaria. (Venedig 1581, Nachdruck Turin 1963)
- バルドウス・デ・ウバルデイス (Baldus de Ubaldis) ；Super secundo libro decretalium. (Mailand, 1478)
- ペトルス・デ・アンカラノ (Petrus de Ancharano) ；一二三三三題—一四一六）；Lectura aurea...super secundo decretalium. (Lyon 1518)
- アントニウス・デ・ブトリオ (Antonius de Butrio) ；一二三三八題—一四〇八）；Super...Decretalium Commentarii. (Venedig 1578, Nachdruck Turin 1967)
- アエギディウス・デ・ベラメラ (Aegidius de Bellamera) ；一四〇七跋）；In Decretalium libros...praelectiones. (Lyon 1549)
- フランキスカス・デ・ザバレルリス (Franciscus de Zabarellis) ；一二三六〇—一四一六）；Super secundo et tertio decretalium. (Venedig 1502)
- ヨハネス・デ・イモラ (Johannes de Imola) ；一二三二一題—一四三六）；Commentaria, seu mavis Lectura in ... Decretalium librum (Lyon, 1549)
- パノルミタヌス（ニコラウス・デ・トゥデスキス）(Panormitanus (Nicolaus de Tudeschis) ；一二二六—一四四五）；Commentaria vel lectura in quinque Decretalium libros (Lyon 1521)
- ソッキニ・マリアーノ (Soccini, Mariano) ；一四〇一—一四六六）；In aliquot singulares et in praxi lucrosissimos titulos Decretalium... (Frankfurt 1583) （× X.2.1.6, X.2.10.2)
- ソッキニ・マリアーノ；Mariani Socini super Decretales tractatus. (Lyon 1547) （× X.2.1.6, X.2.10.2)

アンドレアス・バルバティウス (Andreas, Barbatius・一四〇〇～一四一〇一四一七) ; *Decretalium praeclarissima commentaria* (1508) (× X.2.1.6, X.2.10.2)
 フランキスカス・デ・アッコルティス (Franciscus Accoltis・一四一八頃一四八五／八六) ; *Super secundo libro Decretalium* (Bologna 1481) (× X.2.10.2)
 フェリヌス・サンデウス (Felinus Sandeus・一四四四一五〇三) ; *Commentaria Felini Sandei in V. lib. Decretalium* (Basel 1567) (× X.2.10.2)
 フィリッポス・デギウス (Filippo Decio・一四五四一五三三／三六) ; *In Decretales commentaria* (Lyon 1581) (× X.2.10.2)
 ヨハネネス・フランキスカス・リッパ (Johannes Franciscus Ripa) ; *In secundum Decretalium librum commentaria*. (Venedig 1586) (× X.2.1.6, X.2.10.2)

本研究では、フリースがいつどのようになして発生し、学説レベルで取り上げられるようになったのかという「起源」の問題はとてあたりオープンとする。Weitzell, System, S.521, n.45は「フリースがイタリアの実務と学説から生まれたとして、一七九七年のヴェローナのボデスタ裁判官への訴状を紹介している」(Flicker, Julius; Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens. Bd.4 (Nachdruck 1961), S.252 なら引用)° “.....Et ad hoc propono actionem in factum, quae descendit ex re iudicata, et actionem ex stipulatu et prescriptis verbis in factum subsidiariam et triticariam, et conductionem ex legibus et ex privilegiis, et officium iudicis, et omne ius mihi competens; et si quid deest in actionibus proponendis, salvo iure addendi, mutandi, minuendi, corrigendi de iure et facto, in supplementum officium vestrum implo-ro.....”

Sella; *procedimento civile*, p. 79, n.161 はプリウス (Pilius・一六九以前一二〇七以降) の著作の叙述を例として挙げ

べん⁹⁶ (Bergmann, Friedrich Christian; Pilius, Summa de ordine iudiciorum (1842, Nachdruck 1965), P.1, §2)° 例べん⁹⁷
 “Consueverunt insuper boni advocati et sapientes circa finem libelli inserere: “salvo eo, si plus dicere voluero” vel “reservata
 mihi licentia et potestate addendi usque ad sacramentum calumniae.” Et hoc totum iudices admittunt.” ヴリウスは同所べ⁹⁸ 他
 にも「一般的な訴状」の記載例をいくつか列挙している°。しかしベリウスは、同じ著作中でフレーズに対して否定的な姿勢
 をとり、一の訴権への「訴えの対象の特定」を求めべん⁹⁹ (Schmidt, Richard: Die Klageänderung (1888), S.46-47). Contingit
 quandoque, quod actor plures ad idem proponit et edit actiones. Igitur est hoc diligenter inspicendum, an tunc unam eligere sit
 cogendus. Ad quod sic breviter potest responderi, quod si actor plures proponit copulative, puta hanc et illam, tunc eligere
 compellatur.....si autem alternative plures proponit, puta illam aut aliam, tunc aut de facto certus est et scit, quae sibi com-
 peti, quo in casu debet eligere; si autem est incertus propter factum adversarii, adhuc non est cogendus eligere..... Verrum ex
 consuetudine generali istud hodie fere inter omnes iudices observatur, quod non compellunt actorem ad eligendum, et admittunt
 plures actiones propositas insimul, dum tamen non contrarias, de eodem facto et negotio, et cum hac adiectione quidam, scilicet
 “propono omne ius competens mihi” vel ita “et si quid deest”. Et sunt quidam, qui ita simpliciter admittunt verba actoris circa
 editionem actionum, scilicet “propono omne ius mihi competens” nulla facta mentione specialium actionum.....Sed non bene
 dicunt” (Id.; P.1, §6)

1 当初の謙抑的評価と一四世紀以降の変化——X.2.10.2⁽²⁾

一 インノケンティウス四世は、X.2.10.2の「正義 (Iustitiam)」という語句への注解でフレーズの効果を論じた。

「正義 (iustitiam) について」この事例において不動産占有回復の特示命令 (interdictum unde vi・被告がカストゥルムを侵奪した場合)・暴力強奪物訴権 (actio vi bonorum raptorum) と窃盗訴権 (actio furti)・そしてアクイーリア法訴権 (actio legis Aquiliae・侵奪物に損害を与えられた場合) が有効でありえ、加えて公的または私的暴力についての訴権 (actio de vi publica vel priuata) とも告訴せうと述べる者たちにとつて、何れの訴権によつても有責判決がなされうと考える場合、訴え方が異なればそれに従つて異なる形で判断されねばならないのに、この事例では『正義が自分になされるよう要求する』という一般的な文言が記されているゆえに、いかなる方法で原告が訴えようとしたのか判断できないということになる。私は以下のように答える。そのような一般的な訴状を受領した者は愚かである。というのも、原告は訴権、またはそこから自らの法的根拠 (intentio) が読み取れるような訴えるためのカウサ (causa agendi) を表示しなければならないからである (D.6.1.6. D.44.2.14.2. X.2.3.3)。しかし受領された場合は有効である (C.7.40.3)。そして、「フレーズが記載された場合」有責判決は、より小なる有責判決を要求する訴権に基づいてなされることになる (D.50.17.9. D.50.17.125. X.2.22.6)。但し、訴訟中に証明から、あるいは原告が明示して述べることで、原告がどのように訴えたいのが明らかになった場合 (それに従つて判決しなければならない) はその限りではない⁽³⁾。

一五世紀に至るまで、ほとんどの著作にはば同旨の叙述が見出される。

二 X.2.10.2 は占有侵奪の事例に関する法文である。その際に原告が取りうる手段として、複数の訴権が考えられる。即ち、「一の事実 (カウサ) から複数の訴権が導かれる場合」ということになる。その場合に原告が訴権を特定せず「訴えの対象の特定」を一般的なものに留めるための手段としてフレーズは位置づけられている。

しかし、そのような訴状を受理する裁判官・更なる「訴えの対象の特定」を請求しない被告は「愚かである」とされる。⁽⁴⁾これでは訴えを認諾するか争うか判断するに必要な情報を得ることができないからである。⁽⁵⁾複数の史料では、一の訴

権に「訴えの対象が特定」されるべきという趣旨でX.2.1.6が参照されている。⁽⁶⁾アントニウス・デ・ブトリオは以下のように指摘している。

「（訴状の）結論は特定の訴権へと限定されねばならぬ（D.2.1.3.1、上述X.2.1.6、X.2.1.15）。しかしここでは『正義が示されるように』と結論している。……[以下、X.2.10.2の事例について複数の訴権の可能性があることが指摘される]……それゆえ、特定の訴権によって有責判決を行うことができないような訴状は有効ではない。というのは、訴状の結論があいまいで、複数の相違し別々の、そして別々の性質を持つ訴権を示してしまい、それらのすべてについて相違する形で対応がなされるが故にである。別の考え方としては以下のものである。即ち、一般的で人・物・結論について特定されておらず、複数の訴権を導き得る訴状は、特定するよう請求されない限り有効である。このことは、別の形に特定するよう請求しない貴族たち『被告』の愚かさのせいである（C.7.40.3）」⁽⁷⁾

受理され・更なる「訴えの対象の特定」が請求されなければ訴状は有効であり、裁判官は事実から導かれるうち被告の有責度がより小さくなる訴権によって判決する、つまりフレーズの効果の「消極説」が採られている。ほとんどの著作でこの根拠とされているのが、二つのローマ法文D.50.17.9とD.50.17.1.25⁽⁸⁾そしてカノン法文X.2.22.6（i.l.）である。D.50.17.9「判然としない場合は常に、最小のものに従つ」

D.50.17.1.25「原告よりも被告が、より有利に扱われる」

X.2.22.6（i.l.）「……というのも、当事者の法的地位が判然としない場合は、請求する者（原告）の不利に判断されるのが常だったからである」⁽⁸⁾

一五世紀前半にいたるまで⁽⁹⁾X.2.10.2の解釈論では総じて、フレーズを伴った一般的な訴状に対しては上述のように

消極的な姿勢が採られ、一の訴権に「訴えの対象を特定」することがそれなりに期待されていたと解される。フリーズを伴う一般的な訴状で訴えることは原告にとって少なくとも「最善」の帰結はもたらさない。「訴訟中に原告が訴権を明示した場合には、フリーズの適用が除外される」という末尾の文言は、そうするよう従属しているのだろう。

三 しかし、後の「積極説」につながるとも考えられる思考が一四世紀後半の著作からは見られるようになる。占有の訴えと本権による訴えについての叙述においてである。

多くの著作がこの問題を取り上げており、基本的には一章と二章で論じた後世の著作と同一の見解が見出される。最も整った叙述を持つパノルミタヌスのそれ（一四三三年までに完成⁽¹⁾）は以下のようなものである。

「ヨハンネス・カルデリヌスは、訴状に普通付記される『そして、上述のことについて私は正義がなされることを請求する…』というこの一般的フリーズのおかげで実際に自分が勝訴したと述べている。即ち、原告が訴状で本権に基づく訴権と占有訴権を導かせること「事実」を申述し、占有訴権を明示して結論した上で、末尾にその一般的フリーズを付記した。……その後「手続中に」原告は本権に基づく訴権に関して証明を提出することができる。というのは、この一般的フリーズは双方を包含できるのであり、それゆえ申述では双方について言及がなされ、結論は占有訴権に関して行われ、同じこと「訴訟」が二度繰り返されるようなことがないように、一般的フリーズが付記されたのである。……このフリーズは、申述された本権に基づく訴権を帰納させるべきである。上に述べたことを許容するようなこと「フリーズ」が付記されており、……そしてあいまいな場合には、原告の解釈に従うべきだからである（D.5.1.66）⁽²⁾」

占有訴権と本権に基づく訴権の双方を導きうる事実を申述した上でどちらか一方の訴権で結論した場合に、他方の訴権に基づいて判決をすることができるという趣旨を、パノルミタヌスはヨハンネス・カルデリヌスの実際の訴訟での経験として語る。その根拠としてあいまいな言明は原告の解釈に従うという考え方が提示され、パノルミタヌスを初め複

数の著作で、ローマ法文 D.5.1.66 が引用されている。

D.5.1.66 「もしある者があいまいな法的根拠あるいは防衛を用いた場合には、その者にとってより有利な形で理解されるべきである」

【もしある者が…法的根拠を (si quis intentione) への注釈】『法的根拠』というのは、原告に関連付けよ。例えば、原告が『被告が不正に占有しており、(当該物は) 自分に帰属している』と述べた場合、それらの語句は本権に基づく訴権にも占有訴権にも帰せしめることができるようである。『防衛』というのは、被告に関連付けよ。例えば、被告がこの場合『当該物は原告に帰属する』と自白した場合、それらの語句は『(物が) 原告のものである』というのではなく『原告に対して義務付けられている』という趣旨で表明されている、というように。なぜなら、その方が被告にとって有利であるから……」

あいまいな場合には被告の有利になるよう取り扱うという上述二の議論とは逆に、あいまいな言い方をした原告にとって有利な解釈をすることを求めている。パノルミタヌス以外の著作の叙述はここまでの指摘で終わっている。

パノルミタヌスは引き続きこの考え方を一般化した。⁽¹⁴⁾

「以上に基づき、私は他の事柄について次のように結論する。以下のことに注意せよ。事実の申述から複数の訴権が導かれ得、その内あるものは適切でありあるものは不適切であるとする。そして不適切な訴権が結論され、上述の一般のフレーズが付記されたとする……訴状は不適切なものとして却下されてはならず、適切な訴権について証明を提出することができる。というのは、同じこと『訴訟』が二度繰り返されるようなことがないように、一般的フレーズは事実の申述から導かれ得る適切な訴権を帰納させるべきであるからである……」⁽¹⁵⁾

原告が「訴えの対象」を不適切な訴権に「特定」した場合には、裁判官が適切な訴権に変えて判決することができる

と述べている。二章でアンゲルスについて指摘したように、この考え方からはその更なる一般化として、原告が訴状にフリーズを記載することで全く訴権を特定しない形で「訴えの対象の特定」を行い得ることが導き出されるのである。¹⁶⁾

四 当初、即ち一三世紀のカノン法文献において、フリーズは職権の積極的な介入を促すものとしては必ずしも位置付けられていなかった。フリーズにより職権が積極的に介入し、客観的に見て正当な判断をするのであれば、更なる「訴えの対象の特定」を請求しない被告が「愚か」であるとはいえないだろう。他方、フリーズは原告にとっても必ずしも「最善」の結果を導くわけでもない。この時点ではフリーズは高々、原告から「訴えの対象の特定」の負担を免ずるという消極的な効果をもたらすにとどまっており、その意味では原告のイニシアティブ（「当事者主義」）の枠内で理解されるべきものであったろう。しかし、一四世紀以降、占有訴権と本権に基づく訴権の問題を出発点として、徐々にフリーズによる職権の積極的介入が準備され、一五世紀のローマ法文献におけるフリーズの効果の開花が導かれることとなったと解される。

以上の見解は、中世ローマ法学における訴権開示 (editio actionis) についての考え方の推移と符合するものといえる。一三世紀後半を境にして、原告が一の訴権に「訴えの対象を特定」する原則から、原告のみならず被告・裁判官の関与も念頭に置きつつ一の訴権・複数の訴権・事実の申述という多様な「訴えの対象の特定」

フリーズの効果の拡大の推移

占有訴権と本権に基づく訴権が導かれる場合にどちらかに特定
→適切な訴権による判決

⇩ 一般化

複数の訴権が導かれる場合に一の訴権に特定
→適切な訴権による判決

⇩ 一般化

原告が訴権を全く特定しない
→適切な訴権による判決

が認められるようになっていったことが、「訴権を軸とする文献」⁽¹⁷⁾からは読み取られる。ほぼ一四世紀以降、中世学識法訴訟手続における「訴えの対象の特定」は近代法に向けて大きく変化してゆくことになったといえよう。

2 訴権の訴訟上の意義と職権の関与——X.2.1.6

以下ではまず、カノン法学の議論で訴権が「訴えの対象の特定」においていかなる意義を持つと考えられていたかを
取り上げた上で、フレーズ・職権に対する本法文X.2.1.6の姿勢を論ずることにする。

一二章二で述べたように本法文は、カノン法学における訴権開示のあり方に大きな影響を与えたと位置づけられてきた。ローマ法上の個別的訴権のカタログの意味を減殺させ、原告は事実を表示すれば十分という「近代的」なあり方を示したものである。インノケンティウス四世には以下のような叙述が見られる。

「カノンによれば、訴権を提示する必要はない (X.2.14.1, C.8.5.1。反対X.2.4.1, C.11.4.1,c.15, X.3.16.1)。解決：カノンによれば、訴権を提示する必要はないということになるが、もし提示されてそれが不適切である場合は、原告は請求したものを「勝訴により」⁽¹⁸⁾手に入れることはない (X.2.1.15)。ローマ法によれば、訴権は常に提示されねばならない (D.26.7.9, Inst.4.6 (i.p.))」

カノン法とローマ法とで訴権開示のあり方に相違があるという指摘は、中世後期を通じて本法文の注解にしばしば見られたものである。カノン法によれば、原告は特定の訴権を提示する必要はなく、事実(カウサ)の提示で十分である、というのである。この点について、アントニウス・デ・ブトリオはこう指摘している。

「カノン法によれば、訴権を訴状に必ずしも開示する必要はなく、単純にそこから訴権あるいは訴えるための法的地

位 (ius agendi) が生じるような事実を法廷に表示すれば十分である。このように、カノン法では訴権の使用は必要なく、訴えるための法的地位の衡平が備わっていれば十分である。かくして最終的には、カノンに従う人々 (canonici) はローマ法が成立する以前に存在していた万民法上の衡平に帰せしめられると思われる。(その頃は) 自然的にのみ訴えがなされ、事実が単純に提示され、王の手によって正義がなされていたのである。以上のことから、次のように述べることが十分可能である。カノン法によれば、単なる合意 (pactum) に基づいて形式を伴う訴権は発生しない。しかしカノン法上、裸の合意 (pactum nudum) [11] では「単なる合意」と同義」に基づいて訴えることはできる。⁽¹⁹⁾それはちょうど、ローマ法成立以前に、万民法上の衡平に基づいて訴えていたのと同様である」

カノン法に従えば事実を表示すれば十分なのだが、その事実から訴権あるいは訴えるための法的地位が読み取れることが求められる。⁽²⁰⁾訴訟手続を開始する原動力として、ローマ法上の訴権と並んで、ローマ法以前の「万民法上の衡平」という概念が持ち出され、ローマ法上訴権が認められなかった単なる(裸の)合意に基づく訴えがそれによって可能になるとされている。

しかしインケンティウス四世は、訴権を提示することは可能であり、それが不適切ならば敗訴するとも述べている(この根拠として挙げられている X.2.1.15 については、下記五で検討する)。右に述べたようにローマ法上の訴権の意義の相対化が一定程度見られるとしても、訴権の訴訟上の意義が否定されることはなかったと解される。デキウスには以下の説明が見られる。

「アントニウス・デ・ブトリオによれば、訴権は必ずしも訴状に表示する必要はない。それゆえ彼によれば、カノン法では訴権の使用は必要ない。しかし大修道院長「パノルミタヌス?」はこの点について『これは正しくない』と述べる。……カノン法上も訴権の使用は留意されるべきである、と (X.2.1.15, X.2.13.15)。これらのテキストは妨げにな

らない。というのは、『訴権が備わっていなくても訴えることができる』とは述べられておらず、『訴権の名称を表示する必要はない』とされているのだからである。そして、同じことがローマ法上も言える⁽²¹⁾。

訴権そのものが必要なのではなく、訴権の名称を表示する必要がないというのである。「訴権開示の態様」としての訴権の名称の表示は必要ないが、提示された事実から「訴えの対象」たる訴権が「特定」される必要がある、という見解は一三世紀以降のロマニストの文献において通説的見解とされていたものである。⁽²²⁾この点について、ロマニストとカノニストの間で大きな相違はなかった、というべきであろう。

パノルミタススの以下の総括的な叙述も紹介しておこう。「訴権は訴状に表示されるべきであるか……ある場合は、訴権はその厳密な意味で、その効果即ち訴えるための法的地位として理解される。つまり、自分のために義務付けられているものを法廷で訴求するための何らかの法的地位としてである。この法的地位は無体物なので、表示することはできない。……しかし、いかなる事実からこの訴えるための法的地位が結論されるかは表示しなければならない。またある場合は、訴権はこの訴えるための法的地位の名称（所有物返還請求訴権 *rei vindicatio*、提示訴権 *actio ad exhibendum*、確定物のコンディクティオ *certi conditio* など）として理解される。……」この点については、カノン法とローマ法とも「二つの見解がある」というのは、カノン法上、インノケンティウス四世のように区別なく訴権は必ずしも表示する必要はないとする者がいる一方、ラウレンティウスのように、申述された事実から複数の訴権が導かれうる場合には一の訴権を表示しなければならないとする者もいるからである。ホステイエンシスもこの問題についてそのように考えて、以下のように述べている。通常カノンによれば事実の表示で十分である。但し、より明確に表示されなければ被告が誤った判断をしかねないと合理的理由により裁判官が判断する場合は、その限りではない。その際には、裁判官が自らの職権によって補充を行う（D.1.22.1）。……同

様にローマ法においても複数の見解がある。というのは、ある者たちは常に訴権は表示されねばならないと考えている……しかし、ロマニストの共通見解はC.2.1.3とD.2.1.3.1に示されており、ヨハンネス・アンドレアエとそれに続く者たちの見解としては、訴権の表示は必要ないということになる。というのは、事実の提示から訴える方法や提起された訴権を読み取ることが常に可能だからであり、これはカノン法でもローマ法でもそうなのである。……それゆえに訴権の表示は不要であると慣習によって従われており、このことは法律によっても証明される。なぜなら、被告は「訴権の表示がなくとも」係争物とカウサ（の表示）によって「請求を認諾するか争うか」判断とするからである」Panormitanus; Commentaria, X.2.1.6, fol.22rb. ”……an actio sit exprimenda in libello……aut suminus actionem proprie pro effectu et iure agendi: prout est quodam ius prosequendi in iudicio quod sibi debetur: et istud ius cum sit incorporale non potest exprimi: vt no.in l.edita C.de eden. [C.2.1.3] sed necesse est exprimere ipsum factum ex quo concludatur ipsum ius agendi……aut capitur actio pro nomine ipsius iuris agendi vt est rei vindicatio: actio ad exhibendum certi conditio……et tunc duae sunt opiniones tam de iure canonico quam de iure ciuili. Nam de iure canonico quidam tenent indistincte actionem non esse necessario exprimendam vt hic not. Immo. Alii vt Lauren. quod vbi possunt plures actiones oriri ex facto narrato debet exprimi actio: quod sentit hic Host. dicens quod regulariter secundum canones sufficit exprimere factum nisi index ex causa rationabili videat reum decipi posse si non vltra exprimatur: quia tunc supplebit index ex officio suo vt ff.de offi.as. l.i. [D.1.22.1] ………Item de iure ciuili sunt etiam opiniones. nam quidam tenent quod sit semper exprimenda……sed communis opi. legistarum habetur in l.edita C.de eden. [C.2.1.3] et in l.i. ff.e. [D.2.1.3.1] et opi.Jan. an. et sequacium est vt non sit necesse exprimere: quia ex propositione facti semper potest elici modus agendi seu actio intentata. et hoc tam de iure canonico quam ciuili. …… vnde ……dicit de consuetudine seruari vt non exprimatur actio. et quod etiam lege potest probari. Nam cum reus possit esse certus per rem et causam……”

これは1で論じた、同時期の学説がフレーズによる「訴えの対象の特定」の免除に対して基本的には消極的な見解を採っていたことも符合する。

二では、「一の事実(カウサ)から複数の訴権が導かれる場合」の「訴えの対象の特定」はどのように行われるのか。1でフレーズが用いられる事例としてすでに取り上げた問題であるが、本文では殆どの著作でラウレンティウス・ヒスパヌス(Laurentius Hispanus・一二世紀後半?―一二四八)の問題提起として叙述されている。ペトルス・デ・アンカラノではこのようになっていいる(丸数字は水野が付した。後述の分類に対応する)。

「ラウレンティウスによれば、一のカウサから複数の訴権が出来し、一方の訴権と他方の訴権とは結果が異なる場合には、①(原告によって)「いかなる訴権で訴えるのか」宣明されねばならない。というのは、さもなくば裁判官は一方の訴権ではなく他方の訴権で判決を形成するというわけにはゆかないからである。……それゆえ…一の事実の申述から複数の異なる性質を持つ訴権が導かれる場合には、①原告は(訴権を)宣明するよう強制される。……実際、裁判官は補充を行い、原告にその(訴権の)表示を行うよう強制しなければならぬ。そうすることで、上述のうち「訳注・省略した部分で、複数の訴権が導かれる具体例が紹介されている」いずれの訴権により判決をなすべきかが明確にされるのである。この点について②インノケンティウス四世は下記X.2.10.2で、原告がいかなる法的地位(status)によるのか宣明しなかった場合について述べている。この場合、手続から一方の訴権ではなく他方の訴権によると原告が考えていたと判明する場合は、それに従って判決をしなければならぬ。しかし判明し得ない場合は、より「被告にとって」穏和な、より小なる「有責任を」含む訴権に従って有責判決をなさねばならぬ(D.48.19.42, D.48.19.32)。ヨハネス・アンドレアエがホステイエンシスの後に述べたところによると、カノンの真実に徴すれば、通常は単に事実を提示すれば十分である。③但し、より(明確に)表示されなければ被告が誤った判断をしかねないと合理的理由により裁

判官が判断する場合は、その限りではない。その場合は、裁判官が補充を行う (D.1.22.1)。……」⁽²³⁾

右の叙述で、複数の訴権の可能性があるにもかかわらず原告が一に「訴えの対象を特定」していない場合の対応として挙げられているものは、思うに以下の三つに整理される。

- ① (被告・裁判官の請求を受け) 原告が特定する
- ② 職権が X.2.10.2 に従って判断する⁽²⁴⁾
- ③ 職権による補充により特定する

これらは態様こそ異なれ、何れも職権が「訴えの対象の特定」に介入することを意味する。職権による関与が認められていたこと自体は先行研究が⁽²⁵⁾と指摘しているが、その具体的メカニズム・解釈論の時系列的な推移は判然としない。この点についての理解は職権発動に関するフレーズの要否・効果のいかん (「フレーズと職権の関係」) の検討のためには不可欠であるが、本稿では本格的な分析を行う用意はない。以下では、①から③の各類型について問題提起をするに留める。

三 ① (被告・裁判官の請求を受け) 原告が一の訴権に特定することは、同時期のローマ法学の文献にも同様に見られたものである。1で取り上げた X.2.10.2 の注解でも、被告・裁判官がフレーズにより一般的な訴えを提起してきた原告にその「特定」を要求することが念頭に置かれていた。原告が一の訴権に「訴えの対象を特定」する形態から、被告・裁判官との交渉・駆け引きを通じて浮かび上がる諸々の具体的モチーフに即して徐々に「訴えの対象が特定」されるあり方への移行を示唆するものといえよう。⁽²⁶⁾

四 ② 職権の X.2.10.2 による判断はかなりの著作で指摘されているが、それが本研究の対象たるフレーズ (効用ある一節) の適用を意味するのはやや微妙である。フレーズの明示的引用がある場合には問題はなく、1で論じたのと⁽²⁷⁾

同様「被告の有責度がより小さくなる」形で判断が行われる。

一方複数の著作⁽²⁸⁾においてはX.2.10.2による処理は、ジャック・ド・レヴィニー (Jacques de Revigny・111110～四〇頃―1129六) やピエール・ド・ベルペルシュ (Pierre de Belleperche・1130八没) 、そしてキヌス (Cinus・1127〇―1133六) の叙述に依拠して、複数の訴権の可能性がある場合分けの解釈論における「例外」として、位置づけられた。可能性ある訴権のうち (一) 一方が一般的 (generalis)、他方が個別的 (specialis) な訴権の場合は個別的な訴権と推定、(二) 双方とも一般的あるいは個別的な訴権の場合、余事記載がない (あるいはより少ない) ことになる訴権と推定されるという。それに続けてアンカラノは以下のように述べている。

「以上のことはレヴィニーによれば真である。但し、訴状に『原告は自らを、「訴状に申述した事実の」すべて、そして各々を証明するよう義務付けない』旨のフレーズが挿入されていた場合はその限りではない。すなわち、訴状の余事記載がより少ないか無ことになる訴権ではなく、被告にとってより軽い有責判決がなされることになる訴権が開示されたと理解されるのである。そのようにキヌスはC.2.1.3で述べており、インノケンティウス四世のX.2.10.2における考えはそれに十分調和するものである」⁽³⁰⁾

本研究の対象たる「効用ある一節」ではなく「すべてを証明するよう自らを義務付けない」フレーズが持ち出されている。この「すべてを証明するよう自らを義務付けない」フレーズは「効用ある一節」とは異なるかもしれないが、「一の事実（カウサ）から複数の訴権が導かれる場合」における「訴えの対象の特定」という問題設定、「より有責度の小さい」判決を導く訴権への特定、X.2.10.2が念頭に置かれていることは共通している。

被告にとってより有責度の小さい訴権による処理（を示すX.2.10.2）は中世学識法学において、職権が「訴えの対象の特定」を行う際の原則の一つとして機能していたのではないかと思われる。「効用ある一節」フレーズも「すべてを

証明するよう自らを義務付けない」フレーズもその現象形態の一であり、「効用ある一節」のほうが後により広範な効力を持つようになっていった、という仮説を立てることができよう。

五 ③職権による補充に関する解釈論の時系列的推移は現時点では判然としない。そのため以下では、これまで論じてきた「一の事実（カウサ）から複数の訴権が導かれる場合」と類似した事例である「申述した事実に対応しない、適切な訴権を原告が開示した場合」における職権介入についての解釈論の推移を、ごく雑駁ではあるが取り上げてみたい。具体的には、インノケンティウス三世の教皇令X2.1.15（一二〇七年）³¹に対する注解である。

(1) インノケンティウス四世は次のように述べている。

「ある人が適切な法的根拠を持っているのに、訴権が不適切な場合、例えば『私はしかじかの農場をあなたから請求する。というの、その農場は私に *dominium* の法的地位 (*iure*) に基づいて帰属しているから。そしてそのために、私は貸主訴権 (*actio de locato*) を提起する』と述べたとする。その場合法的根拠は有効であり、*dominium* が証明されれば、たとえ訴権が全く不適切であっても、私（原告）が勝訴する判決がなされなければならない……

【「有効である」について】以下の点に注意せよ。最初から訴権が不適切であると知られていたならば、裁判官あるいは陪席者は直ちに訴状を引き裂かねばならない（D.1.22.1）。最初からは知らず後になって、「提示された訴権との関係で」法的根拠が有効でないと、証明に基づいて判断するかその他の形で決する場合（D.1.6.1, X.2.1.3.15）は、「請求が許容されるものである限り、（本法文で述べられているように）請求は認められるべきである。というのは、解釈に際しては原告の意に従うべきだからである（D.5.1.6.6）」

事実の申述に対応しない、その意味で不適切な訴権を原告が開示したとしても、裁判官はそれにこだわらず職権行使し、事実を示された法的根拠（に対応した訴権）に従って判決を下すことができる。その根拠とされるのは、先に「占

有訴権と本権に基づく訴権」の処理において職権の積極的介入を正当化する根拠とされた、あいまいな記載はその記載をした者の有利に解釈すべしとするローマ法文 D.5.1.66 である。

職権の介入に肯定的なインノケンティウス四世に対し、ホステイエンシスは反対の立場をとった。

「訴権を (actionem) について」請求のこと。いかなる者も、自ら望まない限り訴権を表示するよう義務付けられない (X.2.1.6)。しかし、提示することを望むならば認められる。しかし、不適切な訴権を提示した場合には、被告はその訴訟手続について無責判決を受ける。……しかる後に、適切に自らの請求を構成した「『訴権を選んだ』場合には、再度の訴えが認められる。そのように本法文では述べられ、X.2.1.6 では指摘されている。……」[上記のインノケンティウス四世の見解が紹介された上で]「しかしこの見解は明白に、この教皇令の文言に反する。それゆえ、本注釈【訴権を】の最初に既に書かれているように述べよ」

これは X.2.1.15 の明文に忠実に従う解釈であり、「訴えの対象の特定」への職権の関与には否定的で、原告のイニシアティブに全面的にゆだねる見解といえる。

この両者の対立については、管見の限りデュランティスの訴訟法書 Speculum iudiciale へのヨハンネス・アンドレアエによる注解（一三四〇年代）におけるインノケンティウス説への支持が、爾後の X.2.1.15 への注解では常に受容されることとなった。

「【無責判決 (Absolutiones) について】インノケンティウス四世は『法的根拠が適切である限り、訴権が適切であるかどうかは問題にならない』と述べた。それゆえ、もし私が『私は農場を請求する。というのは、それは dominium の法的地位に基づいて私に帰属しているから』と述べた上で、貸主訴権を提示した場合、dominium が証明されれば、私は勝訴することになる。ホステイエンシスは本法文 (X.2.1.15) によつてこの見解を否定する。[この問題については]

デユランティス (Speculum iudiciale) の Lib. II, Part. III (de sent. prolatione. Squaliter, versiculo, quid si his.) を参照せよ。³⁴この箇所はインノケンティウス説を支持するものである。また、同書の Lib. II, Part. I (de actio. nel peti. Sequitur, versiculo hoc quoque) において、私が完全にインノケンティウス説を支持するために書き記したことを参照せよ」

一四世紀半ば以降には、原告が不適切な訴権を提示した場合における職権介入が、通説としての地位を得ていたと解することができよう。

(2) 但し、職権が自らのイニシアティブで「訴えの対象の特定」に介入できることと、フレーズの職権の効果が同一であったかは別に考える必要がある。当初から同一と考えられていたとすれば、なぜフレーズが生み出されたのか説明し難い。むしろ、当初はフレーズには独自の強い効果が認められていたのが、徐々に職権が強化されるにつれ、「パンデクテンの現代的慣用」期に見られたような確認的役割に変化していったと想定するのが自然だと思われる。フレーズは「当事者のイニシアティブで、職権を作動させるための装置」として出発し、一六世紀以降における「フレーズの記載がなくとも、職権自体の権能として同一、いなそれ以上ができる」という見解に徐々に変化していった、ということである。

以上、限られた形ではあるが、中世後期から近世にかけての「効用ある一節」フレーズの推移の要点は示すことができたと解する。「一の事実(カウサ)から複数の訴権が導かれる場合」においてこのフレーズ、そして職権の関与は、一三―一四世紀を通じて原告による訴訟上の請求の法的根拠づけ³⁵Ⅱ「訴えの対象の特定」の必要性を徐々に軽減させていった。近代の「法廷は法を知る」への移行に際してこのフレーズは触媒の役割を果たしたのである。フレーズの機能の具体相、そして職権の「訴えの対象の特定」への関与のメカニズムの解明は、今後の検討に委ねられる。

- (1) テキストについて、¹⁰ Van Hove, Alphonse, *Prolegomena editio altera auctior et emendatior* (1945), Ourliac, Paul et Gilles, Henri, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, t.XIII. La période post-classique. (1378-1500) II.a problématique de l'époque, les sources. (1971), Coing, Helmut, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* Bd.I Mittelalter (1973), Lange, Hermann und Kriechbaum, Maximilian; *Römisches Recht im Mittelalter* Bd.II Die Kommentatoren (2007), Pennington, Kenneth; *Medieval Canonists. A bibliographical listing* (<http://faculty.cua.edu/pennington/bibli.htm>)
- (2) X.2.10.2 に於けるローレン・マンブーン ¹¹ 標注・注釈と「フーバー」に関する叙述が見られる。
- (3) Innocentius IV.: *Decretalium*, X.2.10.2, fol.90ra. «[Iustitiam] cum pro his, quae dicunt hic competere possit interdictum, unde vi, si castra ceperunt, ff.de vi et vi ar. l.i. Sillud vique. [D.43,1(6)5,1,6] et actio vi bonorum raptorum et furti, vt in eo, § dictur, et actio. l. Aqui. si damnum datum est in reb. ablatiis. ff. ad l. Aqui. si seruus seruum. §3. [D.9,2,27] praeter id, quod accusari potest de vi publica, vel priuata, C. de vi pu. [C.9,33?] per totum quando dicemus fieri condemnationem, cum secundum diuersos modos agendi aliter debeat iudicari, et hoc propter generale verbum, s. nisi iustitiam sibi fieri postu. non possit perpendi quomodo egerit. ¶ Respondeo stultum esse qui tam generalem libellum recepit, cum deberet actor exprimere actionem, vel causam agendi, ex qua causa colligi poterat intentio eius, ff. de rei ven. si in rem [D.6,1,6], ff. de exce. rei iu. et an ead. § actiones. [D.44,2,14,2] supra de libel. ob. c. vl. [X.2,3,3] sed si receptus est, valet, C. de ann. excep. l. vl. [C.7,40,3] et fiet condemnatio secundum actionem, quae minore condemnationem requirit. ar. ff. de re. iu. l. semper [D.50,17,9] et fauorabiliores. [D.50,17,125] et l. ea infra de fi. iust. inter directos. in fi. [X.2,22,6 (i.f.)] nisi in medio litis ex probationibus vel quia actor dixit expresse apparere qualiter agere velit: quia tunc secundum hoc ferenda est sententia, ar. ff. de iu. l. si quis. [D.5,1,66] ff. quorum leg. li. § quod autem. [D.43,3,1,4]”
- (4) 文献により、裁判官が愚かであるとするもの、被告が愚かであるとするもの、インノケンティウス四世のように特に主体を明示しないものに分かれる。
- (5) 上記テキストで引用されている D.6,1,6 への注釈 Gl. debet (とち) のようになっている。『ローマ法大全』への標準注釈は一五六九年リヨン版による。 „praedicta autem omnia in libello conuentionali actor diligenter ipsi reo debet notificare;

vt per hoc reus possit deliberare, cedat, vel contendat: vt supra de eden. l.i. [D.2,13,1].....”

- (9) トンムレンデ、ベラメラ、ブトリオ、パノルミタヌス。基本的には一の訴権に「訴えの対象を特定」すべし、という X.2,1,6 の趣旨にこじつけを参考。

- (7) Antonius de Butrio; Commentarii, X.2,10,2, fol.92vb. “quia conclusio debet esse terminata ad certam actionem: et no. ff. de eden. l.i. [D.2,13,1] supra de iudi. dilecti. [X.2,1,6] et c. examinata [X.2,1,15]. Haec autem concludit iustitiam exhiberi: nam potuit hic concludi interdictum vnde vi,.....Potuit etiam hic concludi actio vi bo. rapt. et actio furti: ...Potuit etiam concludi actio l. Aquil.....Item potuit hic comprehendere actio l. ludi de vi pub. et pri.....ergo non procedit libellus, ad quem in certa actione non potest adaptari condemnatio, cum conclusio libelli sit vaga ad plures diversas, et separatas actiones, ac naturae separatae: et diverse potest responderi ad omne quare, alias quasi: quia libellus generalis, et indeterminatus tam circa personas, quam res, quam circa conclusionem aptus concludere plures actiones procedit, nisi specificari petatur: et hoc imputandum est stultitiae nobilitum non petentium aliter specificari, C. de anna. excel. fi. [C.7,40,3].....”

- (8) 『ロー民法大全』テキスト本文の引用は、モトギンクリューガー版による。

D.50,17,9 „Semper in obscuris quod minimum est sequimur”. 但し、法文表記方が同一の D.50,17,56 („Semper in dubiis benigniora praefenda sunt”) でも内容上問題ないといえ、どちらの法文が引用されているのかは不明である。

D.50,17,125 „Favorabiliores rei potius quam actores habentur”

X.2,22,6 “.....quoniam, quum obscura sunt iura partium, consuevit contra eum, qui petitior est, iudicari”

- (9) 本研究ではそれ以降のカノン法学文献も検討対象としたが、参照したテキストにおいては X.2,10,2 についての叙述が欠けていたため、一五世紀後半以降の動向は現時点では判然としない。

- (10) ブトリオ、ベラメラ、ザバレッタ、イモラ、パノルミタヌス。

- (11) パノルミタヌスの著作は一四二一年頃から長期にわたり執筆されたものである。Pennington, Kenneth; Nicolaus de Tudeschis (Panormitanus), in: <http://faculty.cua.edu/pennington/Canon%20Law/PANORMITANUS.html> (初出: Condorelli, Orazio (ed.); Niccolò Tedeschi (Abbas Panormitanus) e i suoi commentaria in decretales (2000), pp. 9-36)

- (12) Panormitanus; Commentaria, X.2,10,2, fol.148va. “Cal. etiam dicit hoc se de facto obtinuisse propter istam clausulam

- generalem quae in libello communiter subicitur et peto mihi de praedictis iustitiam fieri etc. quod si actor in libello narravit respicientia petitorium et possessorium et concludit expresse in possessorio: addens in fil. illam clausulam generalem postea poterit super petitorio probationes inducere: quia haec clausula generalis potest complecti utrumque, ex quo in narratione facta fuit mentio de viroque et conclusio facta in possessorio: adiecta clausula generali ne bis idem repeti videatur. de ele. in genesi... debet illa clausula referri ad petitorium narratum. nam talia sunt subiecta qualia praedicata permittunt... et in ambiguis standum est interpretationi actoris. fide iul. si quis intentione. [D.5.1.66].....”

(13) D.5.1.66 “Si quis intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei est accipiendum est.”
Gl. si quis intentione. “Quod dicit, intentione, refertas ad actorem: vt quia dixit reum iniuste possidere: et ad se pertinere, quae verba et ad petitorium et ad possessorium possunt referri: et quod dicit, oratione: refertas ad reum: vt quia fuit ibi confessus rem ad actorem pertinere: quae verba exponuntur, vt sit debita: non quod sua: cum reo vitius sit.....”

(14) この一般化がいつから行われるようになったのかは、確定的にはいえない。二章で紹介したアングелスの叙述ではヨハネス・カルデリヌスやアントニウス・デ・ブトリオにおいてすでに一般化がなされていたようにも読める。しかし、ブトリオのX.2.10.2の叙述には一般化は見られず（カルデリヌスについては史料を確認できなかった）、X.2.10.2への注解についていえるパノルミタヌスを待つことになる。アングелスとパノルミタヌスがほぼ同時代人であることに鑑みれば、それぞれの文献が成立した一五世紀前半には確立した考え方だったということができるかもしれない。

(15) Panormitanus; Commentaria, X.2.10.2, fol.148va-vb. “Ex praedictis infero ad aliud not. dictum quod vbi ex narratione facti possunt elici plures actiones quarum aliqua sunt apte aliquo vero inepte et concluditur inepta subiecta illa clausula generali quod libellus non debet reijci tanquam ineptus et potest probatio induci super apta actione: quia clausula generalis debet referri ad aptam ex quo potest elici ex narratione facti ne bis idem repeti videatur.....”

(16) フレーズの起源・効果の推移を考える上で、占有侵奪という法律問題は一定以上の意味を持っているのかもしれない。X.2.10.2は占有侵奪についての法文であり、「占有訴権と本権に基づく訴権」の問題はフレーズ使用の典型例として認識されていたとも考えられ得る。一三世紀中には、原告は種々の占有回収のための訴権のみに訴状で特定する必要はなく、裁判官がすべての可能な法規範の中から適用を行うようになった。占有回収のための訴権と本権に基づく訴権の併合も一

三世紀半ばにわたる論争をめぐっての考察 (Masméjan, Lucien; La protection possessoire en droit romano-canonique médiéval (XIIIe-XVe siècles) (1990))

(17) 水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」参照。

(18) Innocentius IV.; Decretalium, X.2.1.6, fol.80va. „actiones non proponendas secundum canones infra de do et contu.c.1 [X.2.14.1] et C.si per vim vel alio modo l.1. [C.8.5.1] contra infra de mu.pe.c.1. [X.2.4.1] 11 q.1.experientiae. [C.11 q.1.c.15] infra depo.gravis. [X.3.16.1] sol. secundum canones dicimus non esse proponendam actionem, sed si proponatur et inepta, non obtinet, quod petit, infra eo.examinata. [X.2.1.15] secundum legem semper proponenda est. ff.de admi.tuto.quotiens. §1. [D.26.7.9] Insti.de act. in princip. [Inst.4.6 (i.p.)]”

(19) Antonius de Butrio; Commentarii, X.2.1.6, fol.12ra. “.....quod de iure canonico actio non est necessario in libello edenda, sed sufficit simpliciter factum, ex quo actio oritur, vel ius agendi in iudicio exponere: et sic de iure canonico non est necessarius vsus actionis, sed sufficit subdesse aequitatem iuris agendi: et sic in terminis canonici reduci videntur ad illam aequitatem iurisdictionis, quae suberat antequam foret ius civile: quia sola naturali agebatur, et factum simpliciter proponebatur, et manu regia iustitia ministrabatur. Per quod satis potest dici quod de iure canonico actio formalis non producat ex pacto, sed bene ex pacto nudo agitur de iure canonico, sicut agebatur ex aequitate iurisdictionis antequam foret iura civilia.”

(20) 訴権の代わりに訴えるための法的地位 (ius agendi) としている文献は複数存在する。両者の関係についてはやや不明だが、ブトリオの叙述からすれば訴権よりも広い概念であると解される。

(21) Decius; Commentaria, X.2.1.6, fol.168ra. “.....secundum An. de Bu quod actio non est necessario exprimenda in libello. Et ideo secundum eum de iure canonico vsus actionis non est necessarius. Sed Abb. hic dicit, hoc non esse verum, ...Et quod etiam de iure canonico vsus actionis attendatur, videtur text. in c.examinata,infra eo. [X.2.1.15] in c.i. infra tit.i. [?] et in c.cum ad sedem.de rest.spo. [X.2.13.15] ¶Non obstat tex.hic, quia non dicitur quod agi possit non subsistente actione, sed quod nomen actionis non exprimatur. Et hoc idem videtur de iure civili.....”

(22) 水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」参照。

- (23) Petrus de Anchirano, *Lectura*, X.2.1.6, fol.5vb. “.....secundum Lau. quando ex vna causa plures actiones oriuntur. et aliter sit in vna: quam in alia. ① quo casu declaratio fieri debet. quia aliter iudex non posset formare sententiam magis super vna actione: quam super alia.....etgo.....cum ex vno facto narrato plures nascuntur actiones habentes diuersam naturam: ① actor cogitur declarare.....Iudex enim debet supplere et actorem cogere ad talem expressionem: vt certus reddatur. secundum quam actionem ex predictis debet ferre sententiam. et hoc no. ② Inno. infra de or.cog. cum dilectus [X.2.1.0.2] et ibi quid iuris non declarauit. dicit enim quod si ex processu potest apparere quod magis de vna quam de alia senserit secundum illam ferret sententiam. ¶ Si autem apparere non potest: fiet condemnatio. secundum miliozem et secundum eam quae minus continet ar.l.interpretatione. [D.48.19.42] et l.preses. [D.48.19.32] de pens. host. et Ioan. post hosti. dicit quod inspecta veritate canonum regulariter sufficit simpliciter factum proponere nisi ③ iudex ex rationabili causa videat reum decipi. posse: nisi vltra exprimatur. quia tunc supplebit iudex. ff.de offi.asse. l.i. [D.1.22.1].....”
- (24) 著作によりいづれのを明示して紹介しているかには差異がある。
- ① 注釈、バルドゥス
- ① + ③ ホステイエンスス (Commentaria) 、デキウス
- ② + ③ アンドレアエ、ブトリオ、ベラメラ
- ① + ② ザバレッラ、イモラ、フェリヌス
- ① + ② + ③ アンカラノ、パノルミタヌス
- (25) 本稿 (一) 注 (一) に掲げた文献を参照。クリーヒバウム (Kriebbaum, Maximiliane, Actio, ius und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts (1996), S. 160-171) における詳細な検討については、下記注 (35) を参照。
- (26) この点については、水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義」で詳細に論じた。
- (27) ベラメラとイモラ。アンカラノとパノルミタヌスにおいては、X.2.1.0.2に基づいて「被告の有責度がより小さくなる」形で判断が求められる旨述べられているが、フレーズについての明示的指摘はないので、以下取り上げる「すべてを証明するよう自らを義務付けない」フレーズが念頭に置かれている可能性もある。
- (28) アンカラノとパノルミタヌス。ブトリオとベラメラにおいては、X.2.1.0.2の明示的引用は見られないが、同旨の叙述

がみられる。

(29) 水野「西洋中世における訴権の訴訟上の意義(一)」五三頁以下を参照。さうでも指摘したように、訴権について、
 ちゃんとした判断を行うのも実際には裁判官の職権である。

(30) Petrus de Ancharano; *Lectura*, X.2.1.6, fol.6ra. "..... haec vera secundum Jac. predictum nisi esset inserta in libello illo clausula non astringens se ad omnia et singula probanda etc. tunc enim non intelligeretur intentata illa per quam minus vel nihil est superfluum. Sed illa ex qua leuius sequitur condemnatio. et ita refert Cy. in dicta ledita. [C.2.1.3] in v.q. cuius dictis satis concordat Innocen.in dicto eum dilectus. [X.2.10.2]"

cf. Revigny; *Lectura super Codice* (Paris 1519, Nachdruck Bologna 1967) C.2.1.3. fol. 49ra-rb. ".....Si autem plures actiones competunt et ad idem. Ego sciam similiter que intentatur: quia aut una est generalis: alia specialis. aut ambe generales: aut ambe speciales: si una generalis, alia specialis. presumo specialem intentatam.....Si ambe sint speciales dico quod illa est intentata que intentata operaretur ad condemnationem. omnia verba libelli que intentari libellus concludit: et nihil habet superfluitatis vel minus habet superfluitatis.....et hoc est verum si [nisi]? (vgl. die Handschrift der *Lectura Codicis*, Paris BN lat. 14350, fol. 240va.) inseratur in libello illa clausula non astringens se ad omnia et singula probanda etc. quia tunc intelligeretur intentata secundum quam vnus superflueret vel nihil. Sed illa ex qua leuius sequeretur condemnatio....."

Cinnus; *In Codicem*. (Frankfurt 1578, Nachdruck Turin 1964) C.2.1.3. p.45A. ".....Vnde non est opus, quod in libello nominatim aliqua actio exprimitur. Nam si una est tantum, praesumitur illa intentata. Si una generalis alia specialis praesumitur intentata specialis. Si utraque generalis vel utraque specialis, praesumitur illa intentata, per quam minus superflueret. Haec vera secundum Jac. praedictum, nisi inseratur, in libello illa clausula, non astringens se ad omnia et singula probanda, etc. quia tunc non intelligeretur intentata illa, per quam minus, vel nihil superfluit, sed illa, ex qua leuius sequitur condemnatio."

(31) 「.....それゆえ、その点について汝(原告)の法的根拠は有効ではないと我々は宣告し、当該騎士たち(被告)にその法的根拠について無責判決を下した。しかし、汝が後に「申述した事実」に対応する適切な訴権で訴えたいならば、被告はやはり汝に応訴しなければならない」*.....Unde intentionem tuam in hac parte pronunciavi non tenere, absolventes

iure domini, et probat se dominum: qui licet submisserit actionem locati, obtinere debet ex causa sufficienti intentata et probate.”

(35) クリービbaum (Kriechbaum: Actio, S. 160-171) は、「一の事実（カウサ）から複数の訴権が導かれる場合」の職権関与についての中世ロマンストの解釈論を、関与の積極性についてはやや謙抑的なものとして理解している。「法廷は法を知る」という形容が現代法と同様に中世学識訴訟法についても当てはまるとした上で（一章注（45）参照）、「Die Legisten waren bestrebt, diesem Grundsatz so weit Geltung zu verschaffen, als das Erfordernis der *editio actionis*, d. h. der Beschränkung des Verfahrens auf eine bestimmte *actio*, dies zuließ」と限定しつつは（id.: S. 218）の「同」ラインで理解される。

（北海道大学大学院法学研究科准教授）

自白排除法則の研究（五）

関
口
和
徳

目次

- 序章 問題の所在
- 第一節 日本の刑事手続における自白の地位
- 第二節 自白排除法則に関する議論の問題点と最近の動向

第三節 アメリカ法の示唆——ミランダ判決

第四節 本研究の課題

一 研究の対象——自白排除法則の整序

二 研究の視角と本稿の構成

第一章 アメリカの自白排除法則

第一節 不任意自白の排除法則——自白法則

一 自白法則の成立とアメリカ法への継受

二 適正手続Ⅱ任意性説 (due process voluntariness test)

三 任意性の判断基準——事情の総合説 (totality of circumstances test)

第二節 違法収集自白の排除法則

一 マクナブⅡマロリー・ルールと第四修正の自白への適用

二 マサイア判決 (一九六四年)

三 エスコビード判決 (一九六四年)

四 マサイア判決およびエスコビード判決の意義と課題

第二章 ミランダ・ルールとその課題

第一節 自白法則の新展開——ミランダ判決 (一九六六年) とミランダ・ルール (Miranda Rule)

一 ミランダ事件

二 ミランダ判決

三 ミランダ判決の意義

第二節 ミランダ判決以降の判例の展開——ミランダ・ルールの弱体化と強化

一 ミランダ・ルールの弱体化

二 ミランダ・ルールの強化

第三節 ミランダ・ルールの憲法上の地位——ディカーソン判決 (二〇〇〇年)

(以上、五九卷二号)

(以上、五九卷三号)

(以上、五九卷五号)

- 一 合衆国法典一八編三五〇一条とミランダ・ルール「予防法則」論
 - 二 デイカーソン事件
 - 三 デイカーソン判決
 - 四 デイカーソン判決の意義
 - 五 デイカーソン判決後の判例の展開
 - 第四節 ミランダ・ルールの課題
 - 一 はじめに
 - 二 ミランダ判決以降の被疑者取調べの諸問題
 - (A) ミランダは実務に影響を与えたか？
 - (B) 密室での権利告知手続
 - (C) ミランダ・ルールに反する取調べ
 - (D) 虚偽自白
 - (E) ミランダ・ルールの課題
 - 三 学説における提言
 - (A) 弁護人との相談を經ていない自白の全面的排除
 - (B) 弁護人の自動的な選任
 - (C) 弁護人の立会いのない中で得られた自白の全面的排除
 - (D) 身体拘束中の自白の全面的排除
 - 第五節 小括
- 第三章 日本の自白排除法則
- 第一節 学説にみる自白排除法則
- 一 はじめに
 - 二 虚偽排除説

（以上、六〇卷一号）

三 人權擁護説

四 任意性説

(A) 任意性Ⅰ説

(B) 任意性Ⅱ説

(C) 任意性Ⅲ説

五 違法排除説

(A) 田宮説

(B) 鈴木説

(C) 松尾説

六 折衷説

七 総合説

八 まとめ

第四章 自白排除法則の整序

終章 結語

第三章 日本の自白排除法則

第一節 学説にみる自白排除法則

(以上、本号)
(第三章・未完)

一 はじめに

先にも述べたように、憲法三八条二項は、「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」と規定し、これをうけた刑事訴訟法三一九条一項は「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない」と規定している。このように任意性に疑いのある自白の証拠能力を否定する原則が自白法則であるが、この自白法則の根拠、すなわちなぜ任意性に疑いのある自白を排除すべきなのかをめぐっては、学説上、虚偽排除説、人権擁護説、および違法排除説を軸にした激しい議論が展開されてきた。⁽¹⁾ もともと、序章で述べた本稿の問題認識からこれまでの学説の議論をみると、そこには大きな問題が横たわっていると言わざるをえない。

本節では、個々の学説を詳細にフォローしてこれまでの学説の議論の軌跡を辿るとともにその到達点を確認したうえで、それぞれの説の意義と問題点について検討を加えることとする。それによって、これまでの自白排除法則に関する学説の議論に内在している根本的な問題点が浮き彫りになるであろう。

二 虚偽排除説

(一) 自白法則の根拠について、最も古くから主張されてきた見解が虚偽排除説である。虚偽排除説とは、憲法三八条二項および刑事訴訟法三一九条一項の趣旨を、虚偽自白を排除するためのものと解する説である。すなわち、強制、拷問などによって得られた任意性に疑いのある自白は、その内容が虚偽であるおそれがあることから、誤判防止のためにも

証拠能力を否定すべきと解するのである。もつとも、虚偽排除説といってもその内容は論者によって大きな違いがある。以下では、虚偽排除説にたつ代表的な論者である藤岩睦郎元検察官および栗本一夫元裁判官の見解と、虚偽排除説が陥りやすい問題点を鮮明に見て取ることがができる阪村幸男教授の見解をとりあげ、それぞれ検討を加えることとする。

(一) まず、藤岩元検察官の見解をとりあげる。藤岩元検察官の見解は次のようなものである。すなわち、「任意性のない自白は証拠から排除されるという規則は、一定の条件の下における供述は信憑力がないという経験上の根拠に基づく。一般に証人の供述は不当な影響力の結果として真实性を失い従って信憑力を欠くことがある。この点反対尋問を経ない証言や誘導尋問の示唆によつて得た証言が事情によつては排斥されるのと原理は同じであるが、犯罪の嫌疑を受けた者の場合にはこのような事態はその性質及び圧力において特異なものがあるが故に、法は一層高度の厳格性を以つてこれを定型的に信憑力のないものと定めて排除したのである」⁽²⁾、「ある種の自白を排除する根拠が、一定の条件の下における供述は信憑力がないということにあるとすれば、その条件とは自白時の自白者の心中に虚偽の自白を誘引する虞のある心理状態、即ち利益に対する希望又は害悪に対する畏怖を生ぜしめる状況があつたということである……。しかも問題は当該の場合に現実に虚偽の自白を誘引したか否かではなくて、その状況が虚偽の自白を誘引することが公正に疑われるようなものであつたか否かにある。そのような状況の下になされた自白は定型的に信憑力のないものとして証拠能力を失うのである」⁽³⁾、「自白は一定の条件の下になされたものであるときは信憑力がないというのがその証拠能力の根底に存する理論であるとすれば、一度証拠能力がないとされても、結局そのような条件が自白の内容を害するような影響を及ぼさなかったことを証する状況が明らかにされたならば、その証拠能力を恢復すべきである。例えば、後に全く任意性を疑われることのない被告人自身の供述により前の供述の内容が確認されたとき、また当該自白より前の同じく任意性の疑われない自白とその内容が同一であるとき、の如きである。任意性のない自白の結果、これに基いて

捜索が行われて該自白をその重要な点において確認する事実が発見されたとき、該自白が証拠能力を恢復するというのもこの理論による」⁽⁴⁾。

藤岩説は、一見すると、自白の証拠能力の判断にあたり、「虚偽の自白を誘引する」「情況」を重視するものであるように、すなわち、当該取調べが虚偽自白を誘発するおそれのあるものであったか否かという取調べの外形を重視しているものであるようにみえる。しかし、藤岩説は「証拠能力の恢復」なる概念を認めている。すなわち、かりに外形的にみて虚偽自白を誘発するような取調べによって得られた自白であったとしても、後に自白が虚偽でないことが明らかになった場合にはその証拠能力を認める立場にたたれているのである。このようにみえると、藤岩説の主張する虚偽排除説とは、自白法則と自白の証明力とを同一視する見解であり、証拠能力の問題と証明力の問題とがあまりいまいなる危険を含む見解であるといわざるをえない。⁽⁵⁾ このことに加え、学説においては、(イ) 実体的真実を強調するあまり手続の適正さや公正さを軽視している、⁽⁶⁾ (ロ) 自白に基づいて他の証拠が発見された場合には、自白が虚偽でないことが確認されたことになり、そうすると、そのような場合には、いかなる強制、拷問などによって得られた自白であっても証拠能力を否定する理由に欠けることになるが、そのような帰結は憲法三八条二項の趣旨を形骸化しないか、⁽⁷⁾ といった批判も向けられているが、これらの批判はいずれも正鵠を射たものというべきであろう。

(三) 続いて、栗本一夫元裁判官の見解をみる。栗本元裁判官の見解は次のようなものである。すなわち、「任意性のない自白とは一体いかなるものかということはこれを確定しておかなければ具体的の場合に当該自白の任意性の有無を決することは困難となる。そこでこの点を考えて見るに、これは任意性のない自白は何故に証拠能力を否定されるかという点に遡る必要があるのであるが、この点については母法たる米法上にも二、三の説がある。即ち、強制、拷問等により得られた自白は本人の自己に不利益な供述を強要せられざる特権 (privilege against self-incrimination) を侵

害しているから証拠能力を否定されるとする説、強制、拷問、脅迫等により得られた自白に証拠能力を認めることは公平の精神に反するとする説の如きがあるようであるが、これらはいずれも通説ではなく結局強制、拷問、脅迫等により得られた自白は虚偽の供述たる蓋然性が高いからという説が通説であるようである。この考方に立てば、結局自白の任意性の有無を決定する規準は当該自白がなされる際に自白者以外の者により虚偽の供述を誘発するような行為がなされ且つその行為によつてその自白がなされたかどうかという点にあるということとなろう⁽⁸⁾。

ここから明らかなように、栗本説の内容は先にみた藤岩説とは大きく異なるものである。藤岩説が自白の内容が虚偽であるか否かを問題とするのに対し、栗本説は、自白の得られた状況が虚偽の自白を誘発するようなものであったかどうかを問題とする見解なのである。この点で、栗本説は、自白の任意性と自白の証明力とを同一視する藤岩説とは本質的に異なっており、藤岩説に向けられている批判を克服できそうにもみえる⁽⁹⁾。しかし、かりに被疑者が虚偽の自白をせざるを得ない状況に置かれていたか否かを証拠能力の判断基準としたとしても、虚偽自白をする状況の存否は被疑者の心理に対する具体的な影響を考慮しなければ判断できず、結局は自白内容の真偽を判断することとなって証明力の問題と離れて証拠能力の問題として自白法則を論ずる意味がなくなることになりはしないだろうか⁽¹⁰⁾。また、虚偽自白のおそれを類型化することの困難性も学説において早くから指摘されてきた⁽¹¹⁾。さらに、もし虚偽自白のおそのれの類型化が困難であるとするれば、虚偽の自白をするおそのれの有無は事案に即して被疑者の心理過程をたどつて判断することにならざるをえないことになるが、そのような判断方法での自白排除の実効性の確保についても疑問が向けられてきた⁽¹²⁾。

(四)ところで、藤岩説も栗本説もアメリカでは虚偽排除説が有力であるということを前提に虚偽排除説を主張されている点で共通している⁽¹³⁾。たしかに、本稿第一章でみたように⁽¹⁴⁾、自白法則は、一八世紀末のイギリスにおいて、強制によつて得られた自白を虚偽の危険性を根拠にその証拠能力を否定したことにより発生したものであり、連邦最高裁⁽¹⁵⁾

も、自白法則を継受した時点では虚偽排除説にたち、それからしばらく虚偽排除説を維持していた。⁽¹⁶⁾しかし、一九三六年にだされたブラウン判決を嚆矢として、⁽¹⁸⁾虚偽自白の排除という観点から適正手続の保障の観点到軸足が移り、日本国憲法が制定された時点におけるアメリカの自白法則の発展段階は適正手続＝任意性説による排除の方向が固まっていたのである。⁽¹⁹⁾このようにみえてくると、アメリカの自白法則を根拠に虚偽排除説を主張することには多大の疑問が残るところである。⁽²⁰⁾

（五）藤岩説や栗本説とはやや異なる視点から虚偽排除説を主張されるのが阪村幸男教授である。阪村教授は、「任意性概念は、典型的な強制による自白の成立過程を基礎に据えて、自白排除という効果を考慮しながら、黙秘権侵害（人権擁護説）を中核とする、明快かつ実用にたえうる概念を構築することが要求される。その際は、切り違え尋問の最高裁判例のいう『虚偽の自白を誘発するおそれ』が、自白排除のための説得性をもち、かつこの程度の強さの強制が要求されるものと解される。だが『おそれ』では不明確であり、結局は、「心理的強制をうけ、虚偽の自白が誘発される影響力のある自白」が不任意自白といえることができる。したがって、この見地からは、取調べの違法性、不当性を格別いふ必要性はないことになる」⁽²¹⁾、「『不任意』の自白という以上は、自白獲得過程の直接的な人権侵害性と同時に、虚偽の自白を誘発するおそれのある自白獲得手段を防ぎ避けることにあり、したがって、両者の面からの理論が要求されるのである。要するに、自白の任意性法則は、科学的実証的方法により確立すべきものであるから違法排除説はとりえず、不任意自白とは『心理的強制をうけ、虚偽の自白を誘発する影響力のある自白』であると解することになる」⁽²²⁾とされる。阪村説は、「不任意自白とは『心理的強制をうけ、虚偽の自白を誘発する影響力のある自白』であると解することになる」としており、この点をとらえるならば虚偽のおそれのみならず、被疑者の供述の自由を問題にしているともいえる一見すると後にみる任意性説にたっているようにもみえる。⁽²³⁾しかし、阪村教授は、上記の叙述に続いて、自白の証拠

能力と信用性との関連につき次のように述べられている。「自白の任意性を認定するにあたり、自白の信用性によりかかつて、自白の任意性を認定しているのが判例の傾向である。それは、証拠法上の問題であるけれども、基本的には、上述の自白の任意性の定義に基礎づけられているものであるといえるのである。つまり、両者を切り離して論ずることは妥当ではないのである」。⁽²⁴⁾このように自白の任意性の問題と信用性の問題を切り離すべきではないことを説いていることに鑑みると、阪村説も虚偽排除説に位置づけることが妥当といえよう。たしかに、事実認定は適正なものでなければならず、ここから事実認定は注意則・経験則にのっとった客観的・分析的なものでなければならぬという結論が導かれる。⁽²⁵⁾したがって、阪村教授のいわれるように、事実認定においては、「科学的事証主義的方法」を軽んじるべきではない。⁽²⁶⁾しかし、「科学的事証主義的方法」を重視するとしても、それが、証拠能力と証明力を区別する刑事訴訟法の基本理念（刑法三二七条）を歪めるようなものであつてはならないのではなからうか。⁽²⁷⁾

三 人権擁護説

(一) 人権擁護説は、憲法三八条一項で黙秘権が保障され、憲法三六条では拷問の禁止が定められているなど、被疑者に対する手厚い人権保障規定が存在しているが、そのような宣言だけでは十分ではなく、これら黙秘権を中心とする被疑者の人権保障の実効性を確保するためには、強制など人権を侵害する方法によって得られた自白を排除すべきである、と解する説である。⁽²⁸⁾人権侵害によって得られた自白について、被疑者の供述の自由を侵害していることに着目して排除の結論を導く点に人権擁護説の特徴がある。

(二) 人権擁護説にたつ論者としては、まず横井大三元検察官を挙げることができる。横井元検察官は、「強制、拷

問又は強迫による自白及び不当に長く抑留又は拘禁された後の自白の証拠能力のないことは、すでに憲法のきていするところである。強制、拷問及び脅迫の観念を分析することは余り実益がない。要するに無理にさせられた自白を表現するための形容詞にすぎない」とされた。⁽³⁰⁾ また、「不当に長く抑留又は拘禁された後の自白の証拠とならないことも憲法に明文がある。不当に長いかどうかは具体的事情に即して考えなければならない」とした上で、そこでの問題の焦点は「通常人ならば苦痛に堪えかねて自白をしてしまうであらうと思われる程度の期間であるかどうか」である、とされた。⁽³¹⁾ いずれも、被疑者の供述の自由に重点を置いていることが窺えることから、人権擁護説にたつ見解と位置づけることができる。

鴨良弼博士も人権擁護説にたつ代表的な論者の一人である。鴨博士は次のように主張される。「自白の任意性の法理は、被告人の自由権の保障を基盤としている。被告人は、犯罪事実についての供述に関して、供述の自由を持っており、肯定するか、否定するかいずれかを選択しうる意思決定の自由がある。かような自由権を侵害してなされた自白は、任意性のない自白であって、事実認定の資料としてその適格性に値しないものである。かような自白には、真実性のある事実を内容としているものもあるうし、反対に、真実性を含まない場合もあるう。おそらく後者の場合が多いであろう。しかし、たとえ、真実の自白が含まれている場合でも、任意性のない自白は自由権を侵害しているという理由でその証拠能力はみとめられない。自白の任意性の法理は、自白そのものの証拠能力を否定する機能があり、内容の真実性を問わないところに本質がある」。⁽³²⁾ 鴨博士の見解も、自白の任意性を「供述の自由権」から理解していることから、人権擁護説に位置づけることができる。

（三）人権擁護説は、虚偽自白のおそのの有無を問わずに被疑者の人権を侵害し、供述の自由を侵害したことを根拠に自白の証拠能力を否定する点に特徴がある。かりに取調べの過程に被疑者の供述の自由を侵害するような人権侵害が

認められたとしても、自白が虚偽であることが確認された場合や、虚偽自白のおそれなければ自白の任意性が肯定されることにならざるをえない虚偽排除説に比べると、人権擁護説はその名が端的に示すように、被疑者の人権保障を実現する観点からは優れた見解であるといえよう。また、自白法則を被疑者の供述の自由の確保という観点から構成する点には、憲法三八条一項が自己負罪拒否特権（黙秘権）を保障したうえで、続く二項が自白法則を規定している憲法の条文構造や、⁽³⁴⁾そのような憲法の規定をうけた刑事訴訟法三一九条一項が、自白法則を「任意にされたものでない疑のある自白」を排除するものであると敷衍していることも整合的といえるのではなからうか。もともと、人権擁護説に対しては、学説上次のような批判が向けられている。（イ）供述の自由の侵害の有無を排除基準とするため、黙秘権侵害以外の人権侵害によって得られた自白に十分に対処しえないのではないか、⁽³⁵⁾（ロ）それ自体必ずしも人権侵害とはいえない利益の約束による自白の排除を根拠づけることが困難となるのではないか、⁽³⁷⁾（ハ）供述する側の状況を問題にすることは虚偽排除説と共通しているが、はたして自白排除の実効性を挙げることができるのか、⁽³⁸⁾（ニ）自己負罪拒否特権（黙秘権）の保障と自白法則とを同一視すべきではない。⁽³⁹⁾

四 任意性説

（一）以上にみてきた虚偽排除説および人権擁護説は、ともに、（イ）憲法三八条二項と刑事訴訟法三一九条一項を不任意自白を排除するための規定と解する点、（ロ）自白の任意性の判断において、被疑者が虚偽自白をせざるをえない状況におかれていたか否か⁽⁴⁰⁾ないしは被疑者の供述の自由が侵害されていたか否かという被疑者の心理面を重視する点、において共通の問題認識を有している。また、刑事訴訟法三一九条一項にいう「任意にされたものでない疑のある自白」の意

味を解き明かすことをめざす点においても共通しているといえよう。⁽⁴⁰⁾

もつとも、虚偽排除説のみにたつと、強制による自白であつてもその内容が真実であつたり、虚偽自白を誘発するような状況が認められなければ排除する理由に欠けることになる。他方、人権擁護説のみにたつと、利益誘導のような、虚偽自白を導きやすいものの人権侵害があつたとまでは必ずしもいい難い方法によつて得られた自白を排除する理由に欠けることにならざるをえない。⁽⁴¹⁾そこで、虚偽排除説と人権擁護説とをともに考慮し、相互を補完しあわせることによつて自白の証拠能力を判断すべきとする、任意性説と呼ばれる説が主張されるようになる。

このような任意性説の論理構造を典型的にあらわしているのが、江家義男博士の見解である。

（二）江家博士は次のように主張された。すなわち、「虚偽排除説に立脚すれば、任意性のない自白であつても、その真実であることが確認された場合には、これを証拠として許容し得るということを、当然の帰結として待ちもつけなければならぬが、果してこの帰結を是認してよいであろうか。英米の判例がこの帰結を是認することに必ずしも一致しておらず、ただ自白によつて得られた事実のみを許容し得るという判例もあることから見て、そこに人権擁護の配慮が存することを推測し得る。だが、他方、人権擁護説に立脚するときは、まず、憲法三八条二項を一項の担保規定と解することに、辻褄の合わないものがあることに注意せねばならない。第一項によつて担保される規定は、第一項よりも、むしろ、第三六条の拷問禁止規定の方がふさわしいのではなからうか。また、この立場に立つときは、英米法のいわゆる約束に基く自白の不任意性を適当に説明したいし、第三一九条一項後段の『その他任意にされたものでない疑のある自白』の意味内容を正しく把握し得ないことになる……。

それで、わたくしは、両説を折衷した立場に立ち、自白の任意性を人権擁護と虚偽排除との両面から考察することにした。そして人権擁護の基礎は、憲法第三八条一項又は第三六条の規定ばかりでなく、憲法の根本精神特に第三一条

以下の刑事手続における人権保障に関する諸規定の総合的考察にこれを求め、虚偽排除の基礎は、自白の証明力にこれをもとめることにしたい。何となれば、自白が証拠としての利用価値をもつためには、その証明力が前提とならなければならないのであり、一定の状況の下にされた自白が、一般的に真実性に乏しいときは、これを証拠として事実の判断を誤る危険を侵すべきではないからである。このことは、反対尋問の吟味を受けけない供述は、一般的に真実性に乏しいという理由で、原則として排斥されなければならないのと同じである⁽⁴³⁾。

なお、江家博士は、刑法法三一九条一項の「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留拘禁された後の自白」という部分と「任意にされたものでない疑のある自白」という部分とを分離し、前者については人権擁護説の観点から、後者については虚偽排除説の観点から自白の証拠能力が決められるという立場にたち、後者によって排除される典型的なケースとして、不起訴などの約束の下になされた自白を挙げられている⁽⁴³⁾。自白の任意性を判断するうえで、虚偽排除説の観点と人権擁護説の観点をとともに考慮するのではなく、人権擁護説の立場から排除の対象となりうる自白と、虚偽排除説の立場から排除の対象となりうる自白を、それぞれ画定する点に江家説の特徴があるのである。

(三) しかし、このような江家説の考え方に対しては、任意性説に好意的な論者からも、次のような批判がなされた。すなわち、任意性の問題は本来統一的に理解されるべきであり、「ある不任意事由は専ら人権擁護の立場から、他のある不任意事由は専ら虚偽排除の立場からというように、ことさら二元的に取り扱おうとするとところ」に江家説の欠陥がある⁽⁴⁴⁾。このような問題点に加え、江家説は、「虚偽排除の基礎は、自白の証明力にこれをもとめることにしたい」としていることから、少なくとも江家説の「任意にされたものでない疑のある自白」の解釈に対しては、藤岩説に対して向けられている、証明力と証拠能力を混同すべきでない、という批判がそのまま妥当することとなる。

(四) このように江家説にはいくつかの問題点が存在しているといわざるをえないが、任意性説という枠組み自体は

学説に好意的に受け入れられ、以降、学説においては任意性説を支持する見解が相次いでだされることになる。たとえば、伊達秋雄元裁判官は、「任意性の理解について、通説はむしろ虚偽排除説的な考え方を採るのであるが、わが憲法の強調する刑事手続における人権保障の精神からみて、虚偽排除説の見地と相並んで、人権擁護説の見地からも、自白の任意性を理解するのが正しいであろう。かように解するときは、『任意』というのは、当該自白をなすにつき虚偽の供述をするおそれのある状況が存しなかつたこと、および供述の自由を侵害する如き違法・不当な圧迫が加えられなかつたことを指すものと解すべきである」とする説に賛成せざるを得ない⁽⁴⁵⁾とされた。また、安平政吉博士は、「自白は古くから『証拠の女王』とさえいわれているが、それは真実を告白するかぎりにおいてである。現行法が特に自白の任意性を強く要請するゆえんは、一つには自白を強要する弊害を除かんためであるが、二には、任意に出たものでないかぎり真実性の点からも遠ざかってゆくからである。そこで法は、……単に強要されたもの、長期にわたる拘禁後の自白の外に、さらにすすんで強要の蓋然性または危険性のある状態のもとでなされた自白とても証拠能力がないものとしているのである⁽⁴⁶⁾」とされた。

(五) このように、任意性説が学説上支持を得た理由は、任意性説は、虚偽排除説と人権擁護説を折衷させた説であることから、両者の利点を取り込むことができる点にあるように思われる。しかし、任意性説は、虚偽排除説と人権擁護説を折衷させた説であるがゆえに、両者に対して向けられてきた少なからぬ批判がそのまま妥当することにならざるをえない点に課題が残る。また、そもそも虚偽排除説と人権擁護説という異なった自白排除の原理が、どのような根拠で結びつきうるのが必ずしも明らかにされていない点についても疑問の余地がある⁽⁴⁷⁾。

ところで、任意性説にたつ場合に、虚偽排除説と人権擁護説のいずれの観点を重視するかについては、論者の間で違いがみられる。たとえば、青柳文雄博士は、『人権』というのが『虚偽性』にくらべて価値的要素が強くそれだけを基

準にしがたい⁽⁴⁹⁾とされていることから、自白排除の基準としてはどちらという⁽⁵⁰⁾と虚偽排除説に重点を置いているものと解される。これに対し、高田卓爾博士は、自白には補強証拠が要求されていることから（憲法三八条三項）、虚偽排除の観点はそれほど重視する必要がないことを理由に、人権擁護説の観点を強調すべきで虚偽排除説は補充的に考えるべき、と主張されている⁽⁵¹⁾。

また、人権擁護説にいう「人権擁護」の捉え方も論者によってまちまちである⁽⁵²⁾。「人権擁護」の考え方についての相違点は、違法な手段で得られた自白に対する対処方法において顕在化することになるが、この相違点は、適正手続の保障に対する考え方、ひいては刑事訴訟のあり方に対する本質的な考え方の相違に起因する、重要な相違点というべきであろう。そして、この観点から任意性説を分類するならば、（Ａ）自白法則を不任意自白のみを排除するための規定であると解し（すなわち自白法則の趣旨には違法排除説は含まれない）、違法収集証拠排除法則の適用の可能性にも否定的な説（以下では、便宜上、任意性Ⅰ説とする⁽⁵³⁾）、（Ｂ）人権擁護説といつても違法排除説に限りなく近い人権擁護説を主張していると思われる説（以下では、便宜上、任意性Ⅱ説とする）、（Ｃ）自白法則の解釈としては任意性Ⅰ説とは同様の考え方にたつが、自白法則とは別の根拠により違法収集自白の排除の可能性を残していると思われる説（以下では、便宜上、任意性Ⅲ説とする）、の三つに分類することができる。

以下では、この分類にしたがい、任意性説にたつ学説について分析することとする。

（Ａ）任意性Ⅰ説

（一）任意性Ⅰ説は、主として捜査実務の経験をもつ論者によって支持されている説である。たとえば、青柳文雄博士は、次のように主張される。「わが国では任意性のない自白が証拠能力を失うのはそれが真実でない疑いがあること、

人権の保障に反することを中心とすべきであつて、憲法三二条に根拠を見出だす違法収集証拠だからとの意味は補充的なものだと解すべきである」⁽⁵³⁾。

たしかにこれを見る限りでは、青柳博士は、「憲法三二条に根拠を見出だす違法収集証拠だからとの意味は補充的なものだと解すべきである」とされていることから、基本的に任意性説にたちつつも、違法収集自白の排除を否定する趣旨を含むものではないとも解しうる。しかし、青柳博士は、別の著書において、違法排除説にたつ団藤重光博士の見解をとりあげ、それを次のように批判されている。すなわち、「不当に長い抑留、拘禁の場合はその後でありさえすれば、抑留拘禁との因果関係は要らないとの説（団藤重光氏）は憲法の条文の文理を根拠とするが、刑訴はこれらをすべて任意性の疑いのある自白の例示にしてしまっているし、憲法の解釈もそれでよいと考えるので、これらはすべてそこに規定されている因子と自白との間に相当因果関係を必要とするとの意味に解する」⁽⁵⁴⁾。このようにみえてくると青柳説は、違法収集自白の排除の可能性を否定する任意性I説にたつものと解するのが妥当であろう。

(二) 土本武司元検察官も任意性I説を支持される。土本元検察官は、「[自白が——筆者注] 排除されるにはその任意性が否定されなければならず、任意性が否定されるためには、第一に自白の採取手段が違法・不当であること、第二にその違法・不当な自白採取手段と当該自白との間に因果関係が存在することが必要である。自白を得ようとする者(多くの場合捜査官)のなす自白を得る手段が違法でなければ、虚偽自白が誘引されることはないし供述者の人権を損うこともないから初めから任意性の有無は問題にならない。また自白採取手段が違法であっても、それと当該自白との間に因果関係がなければ自白の任意性を否定する理由にならない。虚偽排除説、人権擁護説、またはその競合説からすれば、以上は当然の理である」⁽⁵⁵⁾とされている⁽⁵⁷⁾。また、物証については違法収集証拠排除総則の適用を認めた最高裁判例があるがこれは自白についてのものではなく、「非供述証拠としての物証は、その収集方法のいかんによって、その物自体

の性質、形状に変質をきたすことはなく、その証拠としての価値に消長を来たすことはない……のに対し、供述証拠たる自白は、その獲得手段いかによって、直接的な人権侵害のおそれがあるのみならず、供述内容に差異が生じ、その証拠としての価値に影響を及ぼすおそれがあるが、その危険を生み出す原因は、自白が『不任意』⁽⁵⁸⁾になされることがあるがゆえに、証拠から排除するにしても不任意な自白に限定してよいという違いを看過してはならない」ともいわれる。土本元檢察官の主張は、任意性Ⅰ説における、手続の違法と自白の証拠能力との関係を典型的にあらわすものといえよう。任意性Ⅰ説の核心は、違法収集自白であっても自白の証拠能力は否定すべきではなく、自白の任意性に疑いがある場合に限って自白の証拠能力を否定すべき、という点にあるのである。

(三) 任意性Ⅰ説の性格を端的にあらわす見解としては、鈴木義男元檢察官の見解も挙げることができる。鈴木元檢察官は、最決昭五九(一九八四)・二・二九刑集三八卷三号四七九頁(グリーンマンシヨン事件)に関する判例研究の中で次のように主張された。「いうまでもなく、取調べ方法が違法であることを理由として自白の証拠能力を否定する違法排除説の考え方は、違法な捜査方法によって収集された証拠の証拠能力を否定する証拠排除法則の一環として、アメリカ連邦最高裁によって採用されてきたところである。……それが実体真実の発見よりもルールの遵守を重視するアメリカ独自の訴訟観と密接に関連する法則であり、ヨーロッパでこれに倣う国はほとんどないこと、アメリカでもそのゆきすぎた適用に反省が起こっていることなどを考慮すれば、これを我が国に導入することには特に慎重でなければならぬと思われる」⁽⁵⁹⁾、「最高裁は、違法に収集された物的証拠については、『重大な違法』がある場合に限って排除法則を適用するとしたが……、被告人の供述については、不任意の自白だけでなく、『任意にされたものでない疑のある自白』をも排除する我が法制(刑法三二九条一項)の下では、取調べの過程に違法があるとはいえ、任意性に具体的な疑いがあるとは認められない供述の証拠能力を否定する必要はない。なお、別件逮捕・勾留の問題についてはすでに判例が

固まりつつあると思われるが、別件による身柄の拘束が違法であったとされる事実では、長時間にわたる無理な取調べによって自白せざるをえなかったとみられる場合が多いのであるから、逮捕又は勾留が違法であったかどうかではなく、そういう状況下における取調べが供述の任意性に疑いを生じさせるものであったかどうかによって証拠能力の有無を判断することにした方が、適正な結論を得るのに適していると思われる⁶⁰」。

鈴木元検察官は、手続の違法を理由に自白の証拠能力を否定することについて批判されるとともに、手続の違法を理由に物証の証拠能力を否定する違法収集証拠排除法則それ自体に対しても強い疑問を向けられている。このようにみると、任意性I説は、たんに虚偽排除説と人権擁護説の観点を重視すべきとする説ではなく、実体的真実発見を重視する指向と分ち難く結びついた説であることが明らかとなる。

（四）大野恒太郎検察官も任意性I説を支持される論者の一人である。大野検察官の見解は、自白法則の解釈として任意性I説が妥当である理由について比較的詳細に述べられており参考になる。大野検察官は次のように主張される。「法がとくに供述証拠である自白について、任意性に疑いのあるものを排除する旨規定している趣旨について考えてみると、そもそも、自白は、証拠物と異なり、任意性に疑いのある場合には類型的に虚偽である蓋然性が高いという証拠としての特性を有しているのであるから、自白法則が違法収集証拠排除法則とは全く別個の虚偽排除の観点を有する」とは、疑いのないところである⁶¹」、「法が自白法則の適用を任意性の疑いの有無にかからしめている理由は、供述証拠である自白の場合においては、証拠採取手続と採取された証拠とが直結する証拠物の場合と異なり、自白の採取に関連する手段には取調べから身柄の拘束その他の手続に至るまでさまざまなものがあるうえ、これらの手段と自白との間には自白をするか否かやその内容に係る供述者の意思決定が介在している構造的特性を有することから、自白排除の要件として、違法または不法な手段により右の意思決定の自由が侵害された結果自白がなされた疑いがあるという意味にお

ける因果関係の存在を要求したものと解される」⁽⁶²⁾。

(五) ところで、学説の中には、虚偽排除説と人権擁護説だけでなく、違法排除説の観点をも考慮して自白の任意性の判断をすべきとするものもある。たとえば、河上和雄元検察官は、このような立場にたたれ、「刑事訴訟法は実体法の実現を目指す手続法であって自己目的ではないから、事案の真相の解明という観点を捨象し切れるものではなく、違法排除といういわば手続法にとっては、その目的の放棄ともいべきことを貫徹するのは自己矛盾であるので、虚偽排除と違法排除ないし人権擁護とが相互にバランスのとれた折衷的立場が最も望ましい」と説かれる⁽⁶³⁾。この見解は、「虚偽排除と違法排除ないし人権擁護とが相互にバランスのとれた折衷的立場が最も望ましい」という部分を重視すれば、後にみる「折衷説」と親和的であるようにもみえるが、「虚偽排除」と「違法排除ないし人権擁護」との「バランス」を説かれていることや、河上元検察官が違法収集証拠排除法則に対して批判的な立場にたたれていることを考えると、違法な手続によつて得られたということのみを根拠に自白の証拠能力を否定する趣旨まで含むのかについては疑問が残る。このように考えると、河上元検察官の見解も任意性I説に位置付けるのが妥当といえよう。

(六) 以上にみてきた任意性I説をどのように評価すべきであろうか。任意性I説は、たしかに、自白の任意性を問題にしている刑訴法三一九条一項の文理に忠実であるうえ、自白の供述証拠としての特性を十分に踏まえつつ自白の任意性概念の解明を試みている点など学ぶべき点は少なくない。しかし、憲法三二条や刑訴法一条が保障する適正手続の実現という観点からは、難が残る見解であるといわざるをえない。任意性I説は、かりに違法な手続の中で自白がなされたとしても、違法な手続と自白との間に因果関係がない限り自白の証拠能力を認める見解であり、端的にいえば、手続の違法性を自白の任意性の中に解消する見解だからである。このような任意性I説の理念に対し、高田昭正教授は、「任意性判断を『相対化』できる理論枠組みさえ設定できればよく、その理論枠組みの中での任意性判断そのものについて

は、『形式化』、『定型化』すなわち効率化・簡素化が徹底して追求されることになる。つまり、被疑者・被告人側の個人的・主観的事情という本来複雑で個別的な事情については、むしろ軽視する、あるいは自白の任意性を肯定させる事情となる限りで、片面的にしか援用しないものになるのである⁽⁶⁵⁾と批判されているが、この高田教授の批判は正鵠を射ているというべきであろう。

（B）任意性Ⅱ説

（一）続いて任意性Ⅱ説についてみることにする。まず、田中和夫博士は次のように説き任意性Ⅱ説を支持された。「任意性のない自白に証拠能力なしとする理由として、二つのことが考えられる。一つは、虚偽排除のためであつて、強制・拷問等による自白には虚偽の自白が多いからである。他は、人権擁護のためであつて、強制・拷問等による自白に証拠能力がないことにすれば、捜査官が自白を得ようとして強制・拷問等を加えることがなくなるであろうと考えられるからである。従つて、類型的にいつて虚偽の自白に導くおそれのある状況の下でした自白、及び、そういうおそれの有無にかかわらず不法⁽⁶⁶⁾不当な圧力の下でした自白が、任意性のない自白であつて、この趣旨に従つて第三一九条の規定を解釈しなければならぬ」。

田中説は、自白の証拠能力を否定する理由としては、虚偽排除と人権擁護のみを挙げている。たしかに、このような叙述のみを見れば任意性Ⅰ説との相違は判然としない。しかし、田中教授のいわれる人権擁護には、被疑者の供述の自由という観点を超えたものが存在していることを見て取ることができるように思われる。まず、田中教授は、人権擁護説の意義につき、「強制・拷問等による自白に証拠能力がないことにすれば、捜査官が自白を得ようとして強制・拷問等を加えることがなくなるであろうと考えられるからである」とされているが、ここにはまさに、適正手続の保障と、

違法捜査の抑制の観点が含まれ、違法排除説と共通の考慮を窺うことができる。また、田中説は、「任意性のない自白の証拠能力の問題を一般化すると、違法に収集した証拠の証拠能力の問題となる」として、自白の章の中で物証についての違法収集証拠排除法則について論じている。⁽⁶⁷⁾さらに、偽計による自白の証拠能力を否定した最大判昭四五（一九七〇）・一一・二五刑集二四卷二二号一六七〇頁をとりあげ、虚偽排除から完全に脱却したものとまではいえないとしても、「この判決は、証拠能力に関して意見の判断をし、しかも、捜査手続は憲法の保障下にある刑事手続の一環であって、適正に行われなければならないこと、いかえるとアメリカ流の適法手続（デュー・プロセス）の観点から論じている点において、画期的な意義をもっている。違法な方法によって収集した自白には証拠能力を認めないという違法排除の考え方が、その根底にあるものとみることができるのである」として違法排除説に親和的な判例であると位置づけたうえで、これを好意的に評されている。このようにみると、田中説も、任意性Ⅱ説に位置づけることができるのではなからうか。

（二）高田卓爾博士も任意性Ⅱ説にたたれているものとみられる。高田博士は次のように主張される。「憲法三八条二項および刑法三一九条一項の―筆者注―規定は自白の証拠能力を認めるための要件として任意性が必要だとの趣旨と解するのが従来の通説であった。これに対し、アメリカにおける最近の判例の動き「マクナブ―マロリー・ルール―筆者注」……を参酌して、右の憲法の規定は全体として、違法収集の自白は任意性の有無を問わず証拠能力がないとする趣旨ではないかとの見解がとえられに至っている（……違法排除説と呼ばれる）。もともと従来のわが学説においては、自白に任意性が必要とされる理由として、虚偽排除（任意性は虚偽の自白を排除するために必要とする。虚偽排除説と呼ばれる）と人権擁護（任意性は供述の自由を侵害すべき違法・不当な圧迫を排除するため必要とする。人権擁護説と呼ばれる）とがその基礎にあるとされているのであって（元来、英米のコモン・ロウでは、虚偽排除の観点か

ら任意性が要求される)、後者を強調する場合には、前記アメリカの判例と実質的に同じ結論が得られる。わが国では、自白に補強証拠が必要とされることによって虚偽排除の点をそれほど重視する必要がないことを考え併せると、人権擁護の点を強調すべきであり、虚偽排除の点はこれを補充する第二次的な要素と解するのが妥当と考える⁽⁷⁰⁾。

高田説のいう「人権擁護」にも、田中説におけるそれと同様に、従来の人権擁護説の意味をこえるものが存在しているように思われる。たしかに、高田説は人権擁護と違法排除とを用語を使い分けて両者を明確に区別したうえで、人権擁護説を強調するとともに、虚偽排除説を補充的要素とすべき、としていることに鑑みるならば、高田説は任意性Ⅰ説を基調とした見解であるとも解しうる。しかし他方で、高田博士は、アメリカの判例の展開について言及しているし、アメリカの判例を根拠に違法排除説が主張されているとするとともに、人権擁護を「強調する場合には、前記アメリカの判例と実質的に同じ結論が得られる」とした上で、「人権擁護の点を強調すべき」との主張を展開されている⁽⁷¹⁾。これらの点に鑑みると、高田説の「人権擁護」の射程には、それを強調した形態である違法排除も含まれているとみることができよう。もともと、違法排除される自白の範囲についての高田博士の見解は、必ずしも明らかではない⁽⁷²⁾。

(三) 任意性Ⅱ説は、基本的に虚偽排除説と人権擁護説の折衷的な考え方にたちつつも、「人権擁護」の概念を拡大することで、違法な手段によって得られた自白の排除に道を開くものである。その点で、任意性Ⅰ説と比べると、適正手続の実現に資する見解であるといえる。しかし、任意性Ⅱ説は、「人権擁護」を柔軟に解するが故に、「人権擁護」の趣旨をわかりにくくしている側面があることは否めない。また、「人権擁護」が従来の人権擁護説のいう「人権擁護」以上のものを含むとしても、それと違法排除説との関係が必ずしも明らかにはされていない点、すなわち、自白採取の手段の違法性それ自体によって自白の証拠能力が否定される場合がありうるとしても、それが具体的にどのような場合なのか明確に示されていない点にも、問題の余地が残されているといえよう⁽⁷³⁾。

(C) 任意性Ⅲ説

(一) 最後に、任意性Ⅲ説についてみることにする。この説にたつと思われる論者としては、平場安治博士を挙げることが出来る。平場博士は、虚偽排除説と人権擁護説のそれぞれに内在している問題を指摘した上で、次のように主張された。「要するに『虚偽排除説』からであれ、『人権擁護説』からであれ一方的に自白の不任意性を決定するのは困難であつて、既に『自白の任意性』という範疇的概念が設定されている以上、この両説を考慮しつつこの概念のワクを決定すべく、それ以上に何れかの立場を目的論的に貫くばあいには別個の概念(例えば『証拠禁止』といった)によるべきであらう」⁽²⁴⁾。

(二) 谷口正孝、太田幸夫両元裁判官の見解も任意性Ⅲ説位置づけることができるのではなからうか。谷口、太田両元裁判官は、まず、自白法則の解釈としては、刑訴法三一九条一項の「任意にされたものでない疑のある自白」は、「強制拷問」を総括したものであり、「かつこれらと自白の任意性との間に因果関係を要する趣旨である」とし、刑訴法三一九条一項は全体として不任意自白の排除を定めたものという解釈、すなわち任意性Ⅰ説と同様の解釈を示した上で、続けて次のように主張された。「この解釈は自白をも含めた違法収集証拠排除の法理、或いは刑事訴訟における信義則の適用を毫も否定するものではない、のみならず、……これらと任意性原則との重疊的適用を考えなければならぬであろう」⁽²⁵⁾、「任意性の基本原理については学説によりニュアンスの差はあるが、大別すれば虚偽排除説、人権擁護説、およびこれらの折衷説の三説があることは周知のとおりである。右の三説に違法排除説を加え、或いは任意性の概念中にデュー・プロセスの思想を盛る考え方も成り立つが、……違法排除説は任意性の概念を包摂するものであり、これと任意性の基本原理に関する右の三説とは何等矛盾するものではないと考える。右の三説はいずれをとつても……實際上の適用においてはさして結論の差を導くものではない。本稿では一応、自白の任意性を字義通り、供述の意思決定の自

由をいうものと解する」⁽⁷⁷⁾、「以上の点を考慮して自白の証拠能力の構成要件をまとめると、自白は『それがなされたことについて何等の外部的誘引(拷問等)も存しないこと、または外部的誘引が存しても、これと自白が任意になされたこととの間に因果関係の存しないこと』(任意性) および『その採取手続に重大な瑕疵(拷問等)の存しないこと、または右の瑕疵が存しても、これと自白(任意と否とを問わぬ)がなされたこととの間に因果関係の存しないこと』(デュー・プロセスの要請)を要する」⁽⁷⁸⁾。

谷口＝太田説は、自白法則を不任意自白の排除を定めたものと解する点では、任意性Ⅰ説の枠をこえるものではない。しかし、「違法収集証拠排除法則の法理」と任意性Ⅰ説との「重畳的適用」の必要性を説く(すなわち、自白法則には違法排除説の観点は含まれていないという理解である)とともに、任意性説と違法排除説とは、「実上の適用においてはさして結論の差を導くものではない」とした上で、自白の証拠能力を判断するにあたっては、「外部的誘引」の自白の任意性に与えた影響と、「外部的誘引」と自白との間の因果関係の存否(ここにいる因果関係とは、条件関係があれば足りるとする)を検討すべきことを提言するものであり、任意性Ⅲ説に位置づけることができる。谷口＝太田説は、理論的にみれば、「任意性説と違法排除説とは――筆者注」実上の適用においてはさして結論の差を導くものではない」との主張に疑問の余地はありうる。しかし、「違法収集証拠排除法則の法理」と任意性説との「重畳的適用」の必要性を説いている点などは、後に詳しく検討する「競合説」にもつながる思考といえ、注目に値する。また、谷口＝太田説が主張されたのは、判例(最判昭五三「一九七八」・九・七刑集三三卷六号一六七二頁)によって違法収集証拠排除法則が採用されるよりも以前である。最高裁において違法収集証拠排除法則が採用される以前の段階において、現職の裁判官によって「違法収集証拠排除法則の法理」の自白への適用が説かれたものである点には谷口＝太田説の重要な意義が存在しているといえよう。⁽⁸¹⁾

(三) 任意性Ⅲ説にたつ平場説および谷口＝太田説に共通する問題点は、自白に違法収集証拠排除法則を適用する場合の排除の基準を明確に示していない点である。もっとも、両説が主張された当時は、まだ判例において違法収集証拠排除法則は採用されていなかったし、学説においても違法収集証拠の排除基準について突き詰めた検討がなされていともいえない状況にあったことを考えればやむをえなかったともいえよう。むしろ、任意性Ⅲ説が、「任意にされたものでない疑のある自白」の排除をめざしている、すなわち自白の任意性を問題にしている刑法三一九条一項に忠実な立場にたちつつ、そこにおさまらない違法な手段によって得られた自白についても排除をめざす理念は、「競合説」にもつながるものであり、その先駆性はもっと積極的な評価がなされてきてもよかつたのではなからうか。

五 違法排除説

以上にみてきた諸見解にはば共通しているのは、自白の任意性を判断するのに際して、多かれ少なかれ取り調べられる側に着目している点である。これに対し、自白の任意性を判断するのに際して、取り調べられる側ではなく取り調べる側に着目し、捜査手続が適正なものであったかどうかを問題にする説が違法排除説である。すなわち、手続に違法が認められれば、そのことのみを理由に自白の証拠能力を否定すべきとするのである。違法排除説に対しては、取り調べられる側の心理状態を証拠能力の基準とするのではなく、取り調べる側の行為の外形を基準とするため、証拠能力判断の基準の客観化が可能となり、自白排除の実効性が高まるのではないかという期待がもたれた。⁽⁸³⁾また、違法排除説は、手続に違法が認められれば、そのことを理由に自白の証拠能力を否定するため、憲法三一条の保障する適正手続の実現にも資する見解ということもあり、自白法則の「閉塞状況」⁽⁸⁴⁾が叫ばれる中、学説において通説的地位を占めているの

である。もっとも、違法排除説に対しては、（イ）刑訴法三一九条一項が、任意性の有無を自白の証拠能力の要件としていることは明らかであり、違法な手続によって得られた自白が本項により律せられているという解釈は困難である、⁽⁸⁵⁾（ロ）違法収集証拠排除法則と比較しても実体的真実とのバランスを欠く、といった批判も向けられているところである。

ところで、違法排除説にたつと、違法収集証拠排除法則と自白法則とは、ともに適正手続担保のための証拠排除法則として、「共通の論理構造」をもち、「一体化することになる」⁽⁸⁷⁾。もっとも、その一体化の程度については、論者によって大きな違いがあり、この点には注意が必要である。そこで、以下では、違法排除説を主張する代表的な論者である、田宮裕博士の見解（A）、鈴木茂嗣教授の見解（B）、および松尾浩也教授の見解（C）⁽⁸⁸⁾についてそれぞれ検討する。

（A）田宮説

（一）まず田宮裕博士の見解について検討する。周知のように、田宮博士は違法排除説の提唱者である。⁽⁸⁹⁾田宮博士は次のように主張された。

「自白が排除されるのは、虚偽が排除されるためでも黙秘権を担保するためでもない。自白採取の過程における適正手続（デュー・プロセス）ないし合法手続を担保するための一つの手段なのである。裁判が、真実というただ一点をめざしてまっしぐらに突進するものではなく、訴訟の過程にあらわれる諸利益の間に、具体的正義を……個々のみつけていく一つのインスティテューションであることは、すでに述べた。違法を排除する要求の方が、被告人を有罪にする関心より強い場合には、具体的正義の基準を前者の方向に見出して、それで満足するというダイナミックな態度が、法秩序を動かすためには必要だ。違法にとられた自白を、思い切って排除するというのは、こういう思想を根本にもつ。」

たとえ自白が真実のもので、それだけで有罪を指向するものであっても、なお排除されなければならない」、⁽⁹⁰⁾「そうすると、自白を排除する成法上の根拠は、憲法上では三一条の適正手続条項になる。その特殊な場合として、同三六条の拷問禁止がある。……また、三八条二項も、適正手続の要求の一部についての証拠排除面に関する注意規定と解すべきである。通説は、これを、自白排除の唯一の規定とみているが、適正手続に反して証拠能力の奪われる典型的な例であり、説明的規定にすぎない」⁽⁹¹⁾。

「三六条・三八条二項以外で、どういう場合が適正手続違反かは、個人の自由権や幸福追求の利益を、最高の価値としている憲法の趣旨や、刑事手続に関する諸規定にてらして、裁判所が判断していく問題である。……弁護権を不当に制限してえた自白、令状主義を中心とする人身の自由をやぶって拘束することによりえた自白、自白をうるためだけに行なわれるような、長時間の継続的取調による自白など、刑事手続の基本にある、フェア・トライアルの觀念に反するもの、ないしは、文明国家の基準である礼讓の觀念に反する場合がそれにあたるだろう」⁽⁹²⁾。

「違法排除説をとると、排除されるのは、この意味の違憲の方法で採取されたものにかぎらない。ひろく訴訟法規の意義で、不法にとられたものを排除することができる。適正手続の問題のほかにこの問題のあることを忘れてはならない。どういう規定の違反が自白の証拠能力に影響するかは、一義的にてはこない。これも具体的の場合に、決断を下す判例の発展に期待するほかない。ただ、三一条や三八条二項の規定があるので、違憲の証拠を排除するのは、比較的肯認しやすいが、違法な自白を排除するには、一つの飛躍が必要のようにみえる。しかし、三八条二項を具体化した刑訴法三一九条一項はある。とくに、……わたくしのように、憲法三八条二項、刑訴法三一九条一項を、不任意の自白を排除するものではなく、不法な過程でとられた自白を排除する趣旨に読めば、問題はなくなるだろう。三一条に相当する規定も、いふなれば刑訴法一条にないわけではない。また、憲法上排除される自白は、自白の内容そのものに直接影

響する過程の不法性が問題となる事例だが、違法一般を問題にすると、手続の違法性と自白の關係が遠くなるという反論があるかもしれない。しかし、デュー・プロセスの本質は、自白内容にかかわらないし、自白するさいの被告人の自由意思の侵害という不法性にかぎるものでもない。デュー・プロセスをもち出したのは、自白を排除することによって、プロモウトしようとする他の利益があるからだ。違法性一般を問題とするときも同じように考えてよい。あえて自白を排除することによって、その違法性を斥ける選択を、裁判所がのぞむときは、それを不能とする理由はない⁽⁹³⁾。

（二）田宮説は、憲法三一条を自白排除の総括規定と解し、自白法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面と位置づけるものである。したがって、憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項は、違法収集証拠排除法則における自白に関する例示的なものを示した注意的な規定に過ぎないもの解されることになる⁽⁹⁴⁾。

田宮説の意義は、集約すれば「自白法則に関する伝統的な考え方が、自白の排除を専ら不任意自白の範囲内で考えていたのに対し、自白法則を排除法則の一環と見る見方を介し、違法に得られた自白一般について、排除の展望を開いた点にある⁽⁹⁵⁾」といえる。後に詳しくみることにするが（本章第二節）、従来の判例をみると、手続に違法を認める一方で、具体的に虚偽自白のおそれや供述の自由の侵害が認められないこと等を理由に自白の証拠能力を肯定したものが少なくない。これに対し、田宮説は、手続が違法であるかどうかに着目し、手続に違法が認められればそのことを理由に端的に自白を排除するものであるから、自白の証拠能力が否定される範囲は、任意性説と比べれば必然的に広いものとなる。また、虚偽自白を誘発するおそれや供述の自由の侵害といった事実は、取調べにおける被疑者の心理状況を明らかにしなければ認定できないのに対し、手続の違法性は外形的な手続から認定することが可能であり、排除の基準の客観化をはかることができる。このような意義をもつ田宮説（違法排除説）は、適正手続と自白排除の実効性の確保を指向する論者から広く受け入れられていったのである⁽⁹⁶⁾。

たしかに、適正手続を保障する憲法三一条の趣旨に鑑みれば、違法な手続によって得られた自白は、物証における場合と同様にその証拠能力は否定されるべきである。⁽⁹⁷⁾したがって、田宮説が、違法な手続によって得られた自白の排除を目指し、そのことを証拠法上明確に位置付けた点は正当であり、学説において田宮説（違法排除説）が支持を集めたことには十分な理由があったといえる。⁽⁹⁸⁾しかし、序章でも触れたように、⁽⁹⁹⁾田宮説には、克服しなければならない問題点も数多く存在しているといわざるをえない。以下、田宮説の問題点を整理する。

(三) 第一に、憲法三八条二項およびこれをうけた刑訴法三一九条一項は明らかに「任意にされたものでない疑のある自白」を排除の対象としているが、田宮説はあまりにも任意性という見地から離れ、条文の文理との整合性を欠くことが挙げられる。⁽¹⁰⁰⁾自白法則が憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の解釈の問題であることに鑑みれば、やはり、条文の文理を軽視することは戒めなければならない。

(四) 第二に、第一の問題とも密接に関連するが、任意性という見地から離れるがゆえに、被疑者の内面をあまりにも軽視していることを挙げることができる。⁽¹⁰¹⁾たとえば、任意性I説にたつ大野検察官は、「自白の採取に関連する手段には取調べから身柄の拘束その他の手続に至るまでさまざまなものがあるうえ、これらの手段と自白との間には自白をするか否かやその内容に係る供述者の意思決定が介在している構造的特性を有する」と指摘されているが、⁽¹⁰²⁾このことによつて任意性I説（違法収集自白の排除を否定することが）が正当化されるかはさておくとしても、このような自白の証拠としての特性についての視点それ自体は正鵠を射たものというべきである。そしてこのことは、手続が違法かどうかという客観的・規範的な基準に加えて、被疑者の心理面に着目した主観的・個別的な基準も必要であることを示しているのではないか。強制や拷問といった違法を伴わない通常の刑事手続の中に被疑者の供述の自由を侵害する要素が潜んでいることは、ミランダ判決によって既に四〇年以上前に指摘されていることであるし、⁽¹⁰³⁾また、近時の供述心理

学の成果はこのことを実証的に明らかにしている。⁽¹⁰⁶⁾ このように、必ずしも違法とは言えない手続の中に潜む供述の自由を制約する要素に田宮説で対処することができるのであるか。大いに疑問が残るといわざるをえない。⁽¹⁰⁷⁾ 田宮説にたつた場合、自白の証拠能力が否定されるためには、自白が得られるまでの手続に違法が存在していたことが裁判所によって認定されなければならない。そうすると、裁判所によって違法とさえ評価されなければ、いかに過酷な取調べや、被疑者の人権を侵害するような取り扱いがなされたとしても、そのような手続によって自白の証拠能力が認められることとならざるをえない。⁽¹⁰⁸⁾ とりわけ、後述するように、現在の「適法」な取調べ実務には被疑者の供述の自由を確保する観点からみて数多くの問題点が含まれているが、このような問題に田宮説では対処することが困難となる。はたして、それが、憲法三八条二項や刑事訴訟法三一九条一項の趣旨といえるのであろうか。

田宮説は違法な取調べに対する抑制手段とはなりえても、違法とまで断じることのできない取調べに対しては無力といわざるをえない。田宮説は、取調べの適正化と被疑者の人権保障の徹底をめざす提唱者の理念とは逆に、少なからぬ問題のある現在の取調べ実務を肯定しがちな側面を含んでいるのである。

(五) 第三に、自白の証拠能力が否定されるのに必要な違法の内容の不分明さを挙げることができよう。たしかに、虚偽排除説や人権擁護説が自白をした際の被疑者の心理状態を問題とするのに対し、田宮説ではそのような心理状態を問題にすることなく、取調べの方法それ自体を問題にすることから、自白の証拠能力の判断基準の客観化、明確化をもたらし契機となりうる。⁽¹⁰⁹⁾ また、田宮説によれば、手続の違法が自白の排除に直結するため、手続が違法であった否かに加えてその違法が供述の自由に影響を及ぼしたか否かの検討が必要なら任意性工説などと比べれば排除の範囲は拡大する。自白法則が取調べの事後的な抑制手段であることに鑑みれば、田宮説にたつことで自白法則は違法な取調べに対する効果的な抑制手段となりうる。

しかし、具体的にどのような違法であれば自白の証拠能力が否定されることになるのか、という点については、明らかにはされていない。この点について、たとえば、井戸田侃教授は、「デュー・プロセスと云っても、その内容は人によって異なるし、どのような手続が違法かも明確でない。また違法と云ってもいろいろな段階があつて、ここでもこれをすべて排除するわけではないから、排除する基準は、一層不明確ということになる。デュー・プロセスを否定する者はいないから、一番わかりよいとともに、実は一番わかりにくいのである」とされている。また、大澤裕教授も「『フェア・トライアル』や『礼讓の観念』という判断基準は、供述者の心理状態を離れるという意味で『基準の客観化』とはなり得ても、その抽象性の故に、『判断の客観化』までもたらずものではない」とされている⁽¹⁰⁾。

また、自白法則を違法収集証拠排除法則の一環と位置付けるのであれば、判例が採用する物証についての違法収集証拠排除法則の排除基準が自白についてもそのまま妥当するのが問題となるが、この点についても田宮説では明らかとされていない⁽¹¹⁾。

(六) 第四に、田宮博士は、アメリカの判例における自白排除法則の発展をふまえて違法排除説を提唱されたのであるが、アメリカの判例から違法排除説を引きだすことは必ずしも妥当とはいひ難いように思われる。たしかに、マクナブ判決やマロリー判決は、自白の任意性にかかわらず、手続の違法を根拠に自白の証拠能力を否定すべきとしたものであるし、その後相次いでだされたマサイア判決、エスコビード判決も同様である⁽¹²⁾。しかし、これらは、不任意自白排除の観点とは異なる観点から自白の証拠能力を否定したものであつて、これらの判決は、アメリカにおいて不任意自白排除の観点⁽¹³⁾が放棄されたということの意味するものではない。このことは、合衆国憲法第五修正を根拠に、不任意自白排除の観点から自白の証拠能力を否定したミランダ判決がだされたことによつて確認されているように思われる⁽¹⁴⁾。

(七) 第五に、田宮説は自白法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面と解することにより、憲法三八条二項および

これをうけた刑法三一九条一項の重要性が任意性説と比べて低くなり、憲法三八条二項および刑法三一九条一項の実質的な解釈、すなわち「任意にされたものでない疑のある自白」の意味の解明が尽くされていない点である。この点に関しては、実務家からも、「いわゆる違法排除説は、基準の明確化を目指して唱えられたものではあったが、その説自体が憲法三八条二項の解釈の枠を超えた立論であつたため、逆に憲法三八条二項の解釈論としては、かえって不明確性を帯びる結果になっているというべきではないか」との指摘がなされているところである。

（八）第六に、憲法三八条二項は、条文構造上、憲法三八条一項をうけたものであることは明らかであるが、そうであれば、憲法三八条一項で保障された自己負罪拒否特権（黙秘権）を証拠法上も保障したものであるとする解釈が、条文解釈として、もつとも無理のない素直な解釈であり、かつ説得的なものではなからうか。⁽¹²⁾

（九）そして、第七に、判例で違法収集証拠排除法則が確立している今日では、違法な手続によって得られた自白を排除するために文理の問題を抱えてまで違法排除説にたつ必要性は乏しいのではないか、という指摘もなされている。⁽¹³⁾

（B）鈴木説

（一）自白法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面と解する田宮説に対し、田宮説が自白の任意性から過度に離脱していることを疑問視し、自白の任意性という概念に独自の意義を見出そうとする見解も主張されるようになる。このような見解を唱える代表的な論者が鈴木茂嗣教授である。鈴木教授は、「任意性の問題と……自白法則とをこのように原理的に峻別する必要があるであろうか。もし、任意性に関する法則が憲法三八条二項の規定において考慮の外にあればと解するのであれば、それは、憲法制定当時のアメリカ法の状況を前提として考えても、妥当なものとはいえないであろう」⁽¹⁴⁾、「この点で、通説が憲法三八条二項を任意性に関する規定と理解してきたことにも理由があるのであり、

これを全面的に否定することは妥当でない⁽¹⁸⁾ という問題認識の下、次のように主張される。すなわち、「任意性に疑いのある自白も証拠とすることができない。違法排除説からは、違法にとられたとの疑いのある自白一般の証拠能力が否定されることになる。ここに『任意性に疑いのある』とは、『適正かつ任意にされたことに疑いのある』の意に解するのが相当である。たとえば、取調による自白についていえば、『適正な取調に基づく任意の自白』でない疑いがある以上、その自白は排除されねばならない。強制・拷問・脅迫・不当拘禁による自白は、制限列举ではなく、違法収集自白の例示にすぎないと解せられる。憲法三十八条二項、法三十九条一項に列举以外の場合であっても、これらと同程度の違法手段により獲得された自白は、やはり証拠から排除されねばならない。たとえば、弁護人依頼権を侵害してとられた自白などは、これにあたるといえよう……。また、自白採取行為が、諸種の観点を総合的に考慮して全体的にみたときに右の列举事由と同程度の違法性を示すならば、やはりその自白は排除されねばならない⁽¹⁹⁾」。

(二) 鈴木説は、憲法三十八条二項および刑訴法三十九条一項に列举されている、「強制」、「拷問」、「脅迫」、および「不当に長い抑留・拘禁」を違法な手続の例示であると解し、これと同程度のものは、刑訴法三十九条一項の「任意にされたものでない疑いのある自白」に読み込むことによって排除することをめざすものである。田宮説が、自白法則を違法収集証拠排除法則の一環ととらえ、憲法三十八条二項および刑訴法三十九条一項に列举されていない違法手段によって得られた自白については、憲法三十一条を総括規定としてその証拠能力を否定するのに対し、鈴木説は、田宮説のように自白法則を違法収集証拠排除法則の一環であるとは理解せず、憲法三十八条二項および刑訴法三十九条一項に列举されていない違法手段によって得られた自白を、刑訴法三一九条一項の「任意にされたものでない疑いのある自白」として排除しようとする点に特色がある。

このように、田宮説と鈴木説の間には、自白法則と違法収集証拠排除法則とを一体にとらえるのか否かの違いはある

ものの、ともに自白法則を違法に収集された自白を排除するものと解する結論部分については異なるところがない。実際、田宮説と鈴木説は、具体的に排除の対象となる自白の範囲はほとんどかわらないという見方もある。⁽¹²⁷⁾ もつとも、田宮博士は、自説のほうで鈴木説よりも、「排除の範囲が若干広く開かれることになるう」とされる。⁽¹²⁸⁾ 田宮博士は、この理由を明確に示されているわけではないので断定することはできないが、おそらく、鈴木説が、「任意にされたものでない疑のある自白」に読み込まれる違法収集自白の範囲を憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項に列挙されているものと「同程度の違法手段により獲得された自白」としている点をとらえての指摘であると解される。⁽¹²⁹⁾

ともあれ、鈴木説は、自白法則に独自の意義を認め、自白の証拠能力を憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項によって判断しようとする点を除いて、田宮説との間にほとんど実質的な違いはない。⁽¹³⁰⁾ また、鈴木説は、「強制」、「拷問」、「脅迫」、および「不当に長い抑留・拘禁」を違法な手続の例示と解し、これと同程度のものを刑訴法三一九条一項の「任意にされたものでない疑のある自白」に読み込むというものである。そのため、違法排除説に対して向けられている最大の問題点である、自白法則は明確に自白の任意性を問題にしているという批判に対して何らかの解答を与えるものともいい難い。したがって、鈴木説には、田宮説に対して向けられている批判がほぼそのまま妥当するものといわざるをえない。もつとも、鈴木教授が「任意性の問題と……自白法則とをこのように原理的に峻別する必要があるであろうか。もし、任意性に関する法則が憲法三八条二項の規定において考慮の外におかれていると解するのであれば、それは、憲法制定当時のアメリカ法の状況を前提として考えても、妥当なものとはいえないであろう」とされた点は、きわめて重要な意義を有しているように思われる。たしかに、日本国憲法制定の時点では、すでにアメリカにおいてはマクナブ判決がだされていた。しかし、マクナブ判決で問題とされたのは違法な身体拘束中の自白の証拠能力(すなわち、違法収集自白の証拠能力)であって、不任意自白の証拠能力ではない。また、マクナブ判決と後年だされたマロリー判決の判

示によりマクナブ・マロリー・ルールが確立した後にミランダ判決がだされていることにてらしても、マクナブ判決およびマロリー判決によって不任意自白への対処が不要となったわけでもないからである。⁽¹⁹²⁾

(C) 松尾説

(一) 松尾浩也教授も違法排除説にたたれているが、その内容は、田宮説や鈴木説とは大きく異なる。松尾教授は違法排除の根拠を憲法三八条二項に求め、不任意自白排除の根拠を刑訴法三一九条一項に求められる。すなわち、憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項を完全に重なるものとは解さず、刑訴法三一九条一項を違法排除を定めた憲法三八条二項を「任意にされたものでない疑のある」自白にまで拡張した規定であると位置づけられる。そして、憲法三八条二項の明文で排除の認められていない類型の違法収集自白については、違法収集証拠排除法則の適用によって対処すべきとされるのである。

松尾教授の見解は次の通りである。すなわち、「排除されるのは、……まず憲法のレヴェルで、『強制、拷問、脅迫による自白』および『不当に長い抑留・拘禁後の自白』である(憲三八条二項)。……拷問・脅迫および不当に長い抑留・拘禁は重大な違法行為であり、強制もまた程度によりこれに準ずる。したがって、憲法は、このような手段で取得された自白の排除を命じたと考えられる(重大な違法を伴う不任意自白の排除)。しかし、(被疑者が真犯人であって)虚偽の自白がなされる場合を考えると、さらに広く、不任意の自白一般を排除することが望ましい。そして、被疑者が真犯人であるかどうかをあらかじめ判断することはできない。刑事訴訟法は、――憲法と重複する字句を用いたほか――排除の対象を『任意にされたものでない疑のある自白』全部に拡張した……。そこで、約束、偽計、圧迫、誘導、疲労、病氣など、被疑者の自由な意思決定を妨げる事情があり、その結果、虚偽の自白を誘発するおそれがあったと疑われるとき

は、その自白は証拠能力を失うことになる（不任意自白一般の排除）。この場合、自白の真実性を別途立証して、証拠能力を回復させることはむろん許されない。なお、不任意な自白をもたらすような取調べは、多くの場合、違法なものと評価されよう⁽¹³⁾。

（二）松尾説は、憲法レベル、刑事法レベル、および違法収集証拠排除法則レベルという三つの排除原理が並存すると解する見解である⁽¹⁴⁾。ここが、松尾説の、田宮説および鈴木説との決定的な相違点である。田宮説および鈴木説は、憲法三十八条二項および刑事法三一九条一項に列挙されていない不当な誘引などによって得られた自白についても、その違法性に着目して、自白法則の適用によって（すなわち憲法三十八条二項および刑事法三一九条一項によって）自白の証拠能力を否定する。これに対し、松尾説は、憲法三十八条二項および刑事法三一九条一項に列挙されている、「強制」、「拷問」、「脅迫」による自白、「不当に長く抑留又は拘禁された後の自白」については、その違法性により憲法三十八条二項を根拠に自白の証拠能力が否定されるが、それ以外の「約束、偽計、圧迫、誘導、疲労、病気など被疑者の自由な意思決定を妨げる事情」のある場合については、「その結果、虚偽の自白を誘発するおそれがあったと疑われるとき」に限って自白の証拠能力が否定されるとされる。そうすると、刑事法三一九条一項のいう「任意にされたものでない疑の自白」の意味は、供述の自由を侵害されたことによる虚偽のおそれのある自白ということになるものということになりそうであるが、この点について松尾教授は、「不任意な自白をもたらすような取調べは、多くの場合、違法なものと評価されよう」とも述べられているので、この限りにおいては、「任意にされたものでない疑のある自白」は、違法な手段によって得られた自白とパラレルになるといえるよう。

六 折衷説

(一) 折衷説は、刑訴法三一九条一項には上記三つの排除の原理がいずれも含まれていると解する説である。折衷説は、自白の証拠能力の判断において、虚偽排除、人権擁護および違法排除という三つの原理を競合的に適用しようとする点にその特徴がある。すなわち、強制や拷問などの違法が認められれば、それと自白との間の因果関係の有無にかかわらず、違法排除の観点から当該自白の証拠能力は否定されることになるのである。

(二) 折衷説にたつ見解として、たとえば、平野龍一博士は次のように主張される。「三一九条は、『強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない』と規定している。この中には、右の三個の趣旨を競合的に含んでいるものと解される。そのどれかにあたれば、自白は排除される。したがって、この『強制、拷問又は脅迫』という観念も、右の趣旨に照らして解釈しなければならぬ。身体に対する暴行が加えられたときは、それ自体が違法であるから、それだけで任意性がない⁽¹³⁶⁾」。

また、井戸田侃教授は、「わたくしは、三一九条の任意性には、右の二つの理由「虚偽排除説と、人権擁護説を徹底させた違法排除説をも含む人権擁護説——筆者注」がともに考慮されていると考えている。歴史が示すように自白偏重は誤判に連なる。消極的実体的真実主義を重視するときには、一層この点が重要である。したがって自白は、内容的には、真実に反する供述をしたおそれがないことを必要とする。しかしまた一方においてはその手続においては、基本的人権尊重という憲法の精神を侵害するものであってはならない。憲法もかかる観点に立っていると思われる。かくして任意性ありや否やの判断については、その内容において真実に反するおそれがないということとともに、それを得る過程において人権侵害とみられるべき行為がないことを必要とする。この二つのうちどちらか一つを欠いても証拠能力がないということになる。そうして法は、『強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白』⁽¹³⁷⁾は、それだけで当然に証拠能力を失うものと例示したのである⁽¹³⁸⁾」とされる。

（三）折衷説は、自白の任意性という観点を重視しつつ、違法排除説の考え方についても自白法則の解釈として取り込もうとする点に特徴がある。虚偽自白のおそれがある場合、黙秘権等の供述の自由が侵害された場合、および違法な手続がなされた場合、のうちのいずれかに該当すれば自白の証拠能力は否定されることになるため、被疑者の人権保障の実現にとって最も手厚い見解であるともいえる⁽¹³⁸⁾。もともと、刑訴法三一九条一項に、虚偽排除説、人権擁護説、および違法排除説の趣旨が含まれているとしても、実際の証拠能力の判断の場面で三つの趣旨がどのように生かされるのかについては必ずしも分明ではない。また、実際のところ、はたして違法排除説の趣旨が徹底して生かされるのかについても疑問をさしはさむ余地が残されている。なぜなら、違法排除説を徹底すれば、必ずしも憲法違反とまではいえない手続違反によって得られた自白についても排除の道が開かれることになる。たとえば取調べに際して黙秘権告知（刑訴法一九八条二項。なお、憲法三八条一項）⁽¹⁴⁰⁾がなされなかった場合に、違法排除説を徹底すればそのこと自体が自白の証拠能力の否定に直結するのに対し、折衷説においては、不任意性の推定にとどまるという理解も成り立ちうる（すなわち、任意性の存在につき反証がなされれば自白の証拠能力が肯定される余地が残される）⁽¹⁴¹⁾からである。

七 総合説

（一）「総合説」⁽¹⁴²⁾とは、憲法三八条二項と刑訴法三一九条一項を「不適正自白の排除法則」⁽¹⁴³⁾の一環として再構成する説である。総合説は、憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の枠組みにとらわれることなく、自白の証拠能力が問題となる事例に応じて自白排除の原理を構成するものである。自白法則を、「不適正自白の排除法則」の一適用場面と理解する点で、総合説は、自白法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面と解する違法排除説（田宮説）と理論構造の

点において類似している。ただ、「総合説」は、違法排除説や任意性説のように、特定の自白排除の根拠に基づいた統一的な自白の証拠能力の判断枠組みを設けるものではない。自白が得られた具体的状況を考慮して、排除の理由・根拠を、事案に応じて構成する点に総合説の特色があるのである。なお、自白が得られた具体的状況を考慮して、排除の理由・根拠を使い分けるという点では、先にみた折衷説と親和的であるが、折衷説が自白法則（すなわち、憲法三八条二項および刑法三一九条一項）の枠内で虚偽排除、人権擁護および違法排除を考慮するのに対し、総合説は自白法則の枠にとられない。ここに折衷説との本質的な違いがある。⁽¹⁴⁾

(二) 総合説にたつ代表的論者が渡辺修教授である。渡辺教授は、まず、取調べの目的を、被疑者の主体性と防御権を守りつつ被疑者が自己の記憶を自由に述べる場を提供することにあると位置づけられる。⁽¹⁵⁾そこで、取調官はその限度で尋問・追及などを行うとするならば、「取り調べの適正化と自白の確保」を実現しうる自白の証拠能力の判断枠組みが必要となるが、「それには、虚偽排除・人権擁護・違法排除のうちいずれかひとつを判断の拠り所とするのは妥当ではない。……ただ、証拠能力の判断のときに自白内容を調査することを裁判所に許すと、事実上これによる心証が形成され、後にこの心証を消去することは事実上無理となる。とすると、自白内容に触れるのなるべく避けながら、総合的な視座にたつて自白の許容性を判断できる基準を設定すべきではないか」⁽¹⁶⁾とされる。このように述べたうえで、「自白の証拠能力については、その理由に照らして次の各段階に即して判断すべきである」とし、排除される自白とその根拠を大要次の(イ)―(ト)のように類型化されている。⁽¹⁷⁾すなわち、(イ) 黙秘権・弁護人依頼権の不告知、被疑者が弁護人に依頼しようとするのを妨害、取調べへの弁護人の立会ないし接見の要求をしたにもかかわらず、その機会を与えなかった場合など、被疑者の防御権を侵害して得られた自白は、不利益供述の「強要」を禁ずる憲法三八条一項に違反することを根拠に排除される。(ロ)「強制（供述の自由を侵害する事実上の有形・無形の圧力）、拷問、脅迫に

よる自白については、法三一九条一項または憲法三八条二項に反するものとして排除される。供述の自由と身体の自由等の人權擁護、並びに不当な取調べ方法の絶対的禁忌、虚偽自白排除を理由とする」。(ハ)「不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白」は、(ロ)と同様の理由で排除される。(ニ)「軽度の暴行や侮辱・罵倒・悪罵等の言辭、大声・怒鳴り声等の不当な取調べ方法を種々組み合わせ得られた自白」、「私人が……」(イ)および(ロ)の「筆者注」手段を用いて得た自白、その後捜査機関に対してした反復自白」、「被疑者が社会的・経済的・人的關係に伴う圧力(例えば、暴力団員間の威嚇、圧力、言いくるめ等)によって自白した場合」、取調べ自体に問題はないが被疑者の側に「個別的な事情(年齢、精神遲滞、特殊な健康状態等)」がみられる場合は、事情の総合によって、『任意にされたものではない疑のある自白』として、刑法法三一九条一項によって排除される。(ホ)「約束、偽計、誘導、誤導等抽象的・類型的に考えて明らかに虚偽自白を導き易い取調べ方法が用いられた場合にも、法一条、法三二七条に基づいて自白は排除する」。(ト)「(ニ) および (ホ) —筆者注」の方法によって得られた自白に基づいて収集された反復自白については、違法捜査抑制を目的とする憲法政策によって、憲法に内在する適正手続原理(憲法一条・一三条・三二条)を根拠に排除される」。

(三) また、佐藤文哉元裁判官は、「私見によれば、違法排除説は、虚偽排除説、人權擁護説が排除を求める場合の多くをカバーすると思われるが、違法排除説の違法は自白の任意性との因果關係を問わないという点からも重大なものに限られるというべきであるから、全部をカバーしなれないと思われるし、他方、自白取得の過程に重大な違法がある場合には(たとえば、手続に違法がなければ取調べがありえなかったとか、取調べをすること自体が違法な場合)、自白の任意性との因果關係を問うことなく、自白を排除すべきだと思われる。つまり、自白排除の根拠として従来主張されてきた三つの考え方にはそれぞれ合理的な理由があり、互いに他を排斥するものではなく、それぞれが最もよく妥当する

分野で用いられてよいのではないかと思う⁽¹⁴⁸⁾」とした上で、自由は違法収集証拠排除法則を適用することには批判も向けられてはいるが、「少なくとも、……違法拘束の違法が著しく、取調べがありえなかったか（たとえば、法定の期間を超えた勾留中の取調べ）、取調べをすること自体が違法な場合（たとえば、別件逮捕中の本件についての取調べ）には、右のような違法がなければ自由が存在しないのであるから、……供述者の自由に関する意思決定の有無、内容を問題とする余地はなく、自由は排除されなければならないと思われる。三一九条一項は、自由法則の大部分をカバーしているが、任意性の有無を問題とするまでもないほど取得過程に重大な違法があるときに違法収集証拠排除法則の一般原則に従って自由を排除することを認めない趣旨とは思われない」とされた⁽¹⁴⁹⁾。

佐藤元裁判官の見解は、排除される自由とその根拠について類型化していない点や自由は違法収集証拠排除法則を適用する点などにおいて渡辺教授の見解とは若干異なる。また、「二つの考え方にはそれぞれ合理的な理由があり、互いに他を排斥するものではなく、それぞれが最もよく妥当する分野で用いられてよい」として、自由法則の趣旨に違法排除説が含まれるような表現をされる一方で、重大な手続の違法が認められる場合には違法収集証拠排除法則適用して自由の証拠能力を否定すべきことを説かれていることから、厳密にみれば、自由法則の解釈として違法排除説が含まれることを主張する見解なのかについては必ずしも明らかではない。ただ、自由法則の枠にとらわれていないことや、虚偽排除説、人権擁護説および違法排除説を、「それぞれが最もよく妥当する分野で用いられてよいのではないかと思う」としている点において、渡辺教授の見解と共通の問題認識にたたれており、総合説に位置付けることも十分に可能であるといえよう⁽¹⁵⁰⁾。

(五) 以上にみた総合説は、違法排除説では十分に対処できない自由がありうることを、自覚的に分析対象にしている点に重要な意義が認められる⁽¹⁵¹⁾。この意味において、総合説は、自由法則で対処できない自由を念頭に置き、憲法三

八条二項及び刑訴法三一九条一項に列挙されている事由以外の事由によって自白が得られた場合に、その自白を憲法三八条二項及び刑訴法三一九条一項以外の規定を用いて排除することを認める点で、後に検討する、自白の証拠能力の判断にあつては自白法則と違法収集証拠排除法則とをともに適用すべきとする「競合説」と問題認識を共有しているということもできよう。また、虚偽排除説、人権擁護説、および違法排除説を、それぞれ最も適切な場面において適用すべきという考え方は、具体的な個々の事案に応じた柔軟に問題解決が可能であるともいえ、この点にも総合説の利点を認める。しかし、自白の証拠能力を判断するための統一的な判断枠組みを設けないということは利点であるのと同時に、自白の証拠能力の判断を過度に複雑化させることになりかねず、また、自白の証拠能力の判断方法や判断基準の不統一を招きかねないという点においては難点でもあるといわざるをえない。

八 まとめ

(二) 本節では、自白排除法則に関するこれまでの日本の学説の議論について検討してきた。学説の議論は、自白の信用性の確保から被疑者の黙秘権をはじめとする人権の保障を重視する立場へ、そして人権保障をより徹底させた違法排除説へと発展を遂げてきたことがわかる。もともと、違法排除説、とりわけ違法排除説の元祖である田宮説には、自白法則の文理との整合性について課題を残すものであった。そこで、田宮説の文理上の問題点を克服する試みが、すなわち、刑訴法三一九条一項の「任意にされたものでない疑のある自白」の文言を生かした形で違法排除説を構成する試みが、鈴木茂嗣教授や松尾教授によってなされるようになったのである。そして、近時では、「総合説」のように、違法排除説の意義は認めつつ、違法排除説で対処できない自白に光を当てる見解が主張されるようになるなど、学説にお

いて主張されてきた見解は実にバラエティーに富んでいる。もつとも、それらはいずれも、憲法三八条二項と刑事訴訟法三一九条一項、すなわち自白法則の解釈、とりわけ、その背景にある自白排除の原理を軸に展開されたものであった点で、共通の基盤を有するものであるといえる。

(二) それゆえに、従来の議論には本質的な問題があったといわざるをえない。それは、自白法則が、憲法三八条二項および刑事訴訟法三一九条一項の解釈の問題であるにもかかわらず、学説の多くが、これらの条文の解釈というよりも、むしろ、自白排除の範囲を念頭に置いた政策的な議論に重点を置いてきた点である。

たとえば、任意性工説には、現在行われている被疑者の取調べや「実体的眞実」の発見を重視する観点から、違法な手続によって得られた自白の排除を阻止しようとする政策的な色彩が色濃くみて取れる見解が少なくない⁽¹³⁾。

他方、任意性工説と対照的な立場といえる違法排除説も、刑事訴訟法三一九条一項の文言を離れた政策論的解釈の要素を多分に含むものであったといわざるをえない⁽¹⁴⁾。たしかに、憲法三二条およびこれをうけた刑事訴訟法一条が被告人に対し適正手続を保障していることに鑑みれば、違法な手続によって得られた自白の証拠能力は認められるべきではない。しかし、任意性説にたった場合、違法な手続によって得られた自白の証拠能力が、虚偽のおそれがないあるいは供述の自由が害されていないという理由により認められてしまう場合がありうるため、違法捜査を抑止することが困難となり、適正手続を保障する憲法の要請をみたすことが困難とならざるをえない。これに対し、違法排除説にたてば、このような任意性説の難点を克服することができる。このような意味において、違法排除説がこれまで果たしてきた役割は非常に重要であったことはたしかである。しかし、違法排除説には先に述べたような看過しがたい問題点が残されている。

(三) ところで、後に詳しく述べるが(本稿第四章)、一九七八年、物証についてではあるものの判例によって違法収集証拠排除法則が採用された⁽¹⁵⁾。これを契機として、自白の証拠能力の判断に際し、自白法則それ自体の解釈として

は任意性工説に機軸を置きつつ、違法な手段によって得られた自白については違法収集証拠排除法則を自白にも適用することである。その自白の証拠能力を否定すべきとする、いわゆる「競合説」が主張され、支持を広げつつある。⁽¹⁵⁵⁾ たしかに、違法収集証拠排除法則を自白にも適用できるのであるとするならば、違法な手段によって得られた自白は、自白法則を介在させなくとも、違法収集証拠排除法則を適用することによって端的にその証拠能力を否定すればよいと解される。⁽¹⁵⁶⁾ もっとも、このように、違法収集証拠排除法則を自白に適用するのであれば、自白法則によって排除される自白の範囲と、違法収集証拠排除法則によって排除される自白の範囲のそれぞれについて明確にしておくことが不可欠となる。このことは同時に、これまで示されてきた自白の証拠能力の判断枠組みとは異なった、新しい判断枠組みが提示される必要があることを意味する。

このようにみえてくると、やはり自白排除法則は整理される時期にきているのである。⁽¹⁵⁷⁾

(第三章・未完)

- (1) 学説の展開については、渡辺修教授および鈴木茂嗣教授が、詳細かつ緻密な分析をされている(渡辺修『被疑者取調べの法的規制』三省堂、一九九二年)三二七頁以下、鈴木嗣茂『続・刑事訴訟の基本問題(下)』成文堂、一九九七年)五二〇頁以下。
- (2) 藤岩睦郎「自白」団藤重光責任編集『法律実務講座刑事編 第八卷』(有斐閣、一九五六年)一七九二頁。
- (3) 同右一七九九頁。
- (4) 同右一八一三頁。
- (5) 横山晃一郎編『現代刑事訴訟法入門』(法律文化社、一九八三年)一八八頁(川崎英明執筆)、山中俊夫『概説刑事訴訟法』(ミネルヴァ書房、一九八九年)二三四頁、安富潔『刑事訴訟法』(三省堂、二〇〇九年)四三三頁。なお、小田中聰

樹『ゼミナール刑事訴訟法(下) 演習編』(有斐閣、一九八八年) 一五九頁以下も参照。

(6) 白取祐司『刑事訴訟法【第五版】』(日本評論社、二〇〇八年) 三六〇頁参照。なお、庭山正一郎「自白」弁護の立場から「三井誠他編『刑事手続(下)』」(筑摩書房、一九八八年) 八二四頁も参照。

(7) 田宮裕『捜査の構造』(有斐閣、一九七一年) 二八五頁、石川才顕『刑事訴訟法講義』(日本評論社、一九七四年)、二

四七頁、能勢弘之『刑事訴訟法【五講】』(青林書院、一九八七年) 五六頁、渡辺・前掲注(1) 書三一八頁等。

(8) 栗本一夫「自白」日本刑法学会『刑事法講座 第六卷』(有斐閣、一九五三年) 一一六頁以下。

(9) 光藤景皎『口述刑事訴訟法(中)【補訂版】』(成文堂、二〇〇五年) 一七〇頁も参照。

(10) 多田辰也「自白の任意性とその立証」『刑事訴訟法の争点【新版】』(一九九一年) 一九八頁、渡辺・前掲注(1) 書三一九頁、光藤・前掲注(9) 書一七〇頁等。このような考え方に對する反論として、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』(信山社、一九九四年) 二二三頁。

ところで、鯨越溢弘教授は、虚偽自白を誘発するような取調べによつて得られた自白は類型的に証拠能力を否定されるべきという点を強調すれば利益誘導や偽計による自白の排除は虚偽排除説による説明のほうが素直であるとした上で、「虚偽排除説を英米法的な意味における、信用性判断に先行する類型的判断であるという解釈・実務が定着するならば、虚偽排除説が条文の文言に素直な解釈であるということになる」として虚偽排除説の積極面を指摘される(庭山英雄Ⅱ岡部泰昌編『刑事訴訟法【第三版】』[青林書院、二〇〇六年] 二三四頁(鯨越溢弘執筆))。しかし、自白法則を証拠能力の問題であることを強調したとしても、結局のところ、虚偽自白を誘発する取調べとはどのような取調べのことをいうのかという問題は残されたままである。

(11) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年) 二二七頁参照。

(12) 井上正治「捜査の構造と人権の保障」『日本刑法学会編『刑事訴訟法講座』』(有斐閣、一九六三年) 一二三頁。

(13) 藤岩・前掲注(2) 論文一七九二頁、栗本・前掲注(8) 論文一一六六頁参照。なお、栗本一夫『新刑事訴訟法上の諸問題』(立花書房、一九五二年) 八三頁以下、同『実務刑事証拠法』(立花書房、一九六六年) 八〇頁も参照。

(14) 拙稿「自白排除法則の研究(二)」『北大法学論集』五九卷二号(二〇〇八年) 一九九頁以下参照。

(15) Cf. *The King v. Warickshall*, 168 Eng. Rep. 234 (K.B. 1783); *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574 (1884).

- (16) Hopt v. Utah, 110 U.S. 574 (1884).
- (17) *E.g.*, cf. Wilson v. United States, 162 U.S. 613 (1896).
- (18) Brown v. Mississippi, 297 U.S. 278 (1936).
- (19) *E.g.*, Chambers v. Florida, 309 U.S. 227 (1940); Lisenba v. California, 314 U.S. 219 (1941); Ward v. Texas, 316 U.S. 547 (1942); Ashcraft v. Tennessee, 332 U.S. 143 (1944); Lyons v. Oklahoma, 322 U.S. 596 (1944); Malinski v. New York, 324 U.S. 401 (1945). なお、この点につき、本稿第一章第一節一〔拙稿・前掲注(14) 論文二〇二頁以下参照〕
- (20) 田宮・前掲注(7) 書二八七頁。もともと、アメリカにおいてマクナブIIマロリー・ルールが確立していたことを根拠に虚偽排除説を批判することは妥当ではないように思われる。マクナブIIマロリー・ルールは、自白法則ではなく、違法収集自白の排除法則に属するものだからである(本稿第一章第二節一〔拙稿・前掲注(14) 論文二〇九頁以下〕参照)。
- (21) 阪村幸男「自白の任意性法則」井戸田侃編『総合研究II被疑者取調べ』(日本評論社、一九九一年)五六四頁。
- (22) 阪村幸男「自白の任意性と信用性をめぐる判例理論」竹澤哲夫先生古稀祝賀『誤判の防止と救済』(現代人文社、一九九八年)四〇一頁。
- (23) この点につき、安原浩「任意性論の再構築」村井敏邦他編『刑事司法改革と刑事訴訟法(下)』(日本評論社、二〇〇七年)七六二頁も参照。
- (24) 阪村・前掲注(22) 論文四〇五頁。
- (25) 白取祐司「自山心証主義の反省」光藤景皎編『事実誤認と救済』(成文堂、一九九七年)三頁参照。
- (26) たとえば、白取・前掲注(25) 論文二二頁以下参照。
- (27) 阪村・前掲注(22) 論文四〇九頁。
- (28) 客観的・分析的認定が適正であるには、その認定が「適正な証拠能力ある証拠」に基づいたものでなければならないのである(白取・前掲注(25) 論文二二頁)。
- (29) 平場安治「自白の任意性」佐伯千似II団藤重光編集委員『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(二)』(有斐閣、一九五七年)一〇頁以下参照。
- (30) 横井大三『新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ』(司法研修所、一九四九年)九五頁。

(31) 同右。

(32) 同右。

(33) 鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論社、一九六二年）二〇六頁。

(34) ただし、鴨博士は次のように述べて、自白法則と自己負罪拒否特権（黙秘権）とを峻別する立場にたたれる。すなわち、「わが現行法では、両者の法理の差異は非常に曖昧である。被告人については証人の適格性がみとめられていないし、したがって、黙秘権は英米法のように法廷における証人の自己負罪に関する特権としてのみこれを理解するわけにはいかない。法廷外の供述にも、わが現行法では黙秘権の法理が適用されている。自白の任意性の問題は、主として法廷外の供述について生ずるのであるから、その限りでは、両者の法理の区別はつきがたい。しかし、だからといって、黙秘権と自白の任意性の保障とは混同されてはならない。すでに述べているように、黙秘権は犯罪事実に対する被告人の供述の自由を意味し、自己を刑事上有責たらしめる証拠となる事実については、その供述を強制されることがないという被告人の特権であるのに対し、自白の任意性の保障は、もっぱら自白の証拠は遺跡に関する法則（証拠能力の基準）である。ただ、両者の法理が被告人の自白権の保障と犯罪事実の供述に關している点において、接触しているにすぎない」（鴨・前掲注（33）書二〇九頁以下）。

(35) たとえば、安原浩「任意性論の再構築」村井敏邦他編『刑事司法改革と刑事訴訟法（下）』（日本評論社、二〇〇七年）七七―一頁。もっとも、人権擁護説における「人権擁護」の概念は論者によってまちまちである（後にとりあげる「任意性Ⅱ説」、「折衷説」等参照）。

たとえば、井戸田侃教授は、人権擁護説を突き詰めると違法排除説にたどり着くことを指摘されている（井戸田侃『刑事訴訟法要説』〔有斐閣、一九九三年〕二二―一頁以下）。

この点、岸盛一元裁判官は、後にみる任意性説を支持する立場から、次のように主張された。「任意性のない自白の証拠能力が否定されるのは、かような自白には虚偽が多いこと（虚偽排除説）と、人権擁護のため（人権擁護説）との理由からであると説かれている。人権擁護の理由をさらに分析すると、捜査官憲の不当な捜査行為の抑制と被告人に対する適正手続ということになろう」（岸盛一『刑事訴訟法要義〔新版九版〕』（広文堂書店、一九七八年）一六六頁）、「任意とは、自発的ということではなく、当該自白が虚偽の供述をする虞のない状況の下でなされ（虚偽排除説）、かつ、供述の自由

の侵害とみられるような圧迫が加えられなかった(人権擁護説) ことをいうのである」(同二六七頁)とされた。人権擁護説と違法排除説が共通の基盤を有していることが見て取れる。

ところで、最近の論考の中には、自白法則の根拠を、人権擁護説と後にみる違法排除説の「混濁的なところ」に求め、「捜査過程に存在する違法は、供述の自由の侵害を事実上推定させると考えれば、広い意味での供述の自由の侵害一本にまとめることができるし、逆に、供述の自由の侵害という違法が捜査過程に存在したことを強調すれば、違法排除で一元的に説明することも不可能ではない」と指摘するものがある(青木孝之「自白の証拠能力―木谷コートの実践例に学ぶ」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』成文堂、二〇〇八年)一四五頁。なお、同「自白排除法則再考」『琉球大学』七七号「二〇〇七年」二〇〇頁も参照)が、ここからも、人権擁護説と違法排除説が共通の基盤を有していることがみてとることができよう。

(36) 福岡高判平五・三・一八判時一四八九号一五九頁などは、このことを明言している。

(37) 平場安治「自白の任意性」佐伯千似Ⅱ団藤重光編集委員『総合判例研究叢書 刑事訴訟法(二)』(有斐閣、一九五七年)

一一頁、庭山Ⅱ岡部編・前掲注(10) 書二三四頁〔鯉越執筆〕等参照。

(38) 渡辺・前掲注(1) 書三二〇頁。

(39) 石川才頭『刑事手続と人権』(日本評論社、一九八六年)二三九頁、田宮裕『刑事訴訟法「新版」』(有斐閣、一九九六年)

三四八頁、福井厚『刑事訴訟法講義「第四版」』(法律文化社、二〇〇九年)三三九頁。

(40) 三井誠「自白の排除法則とその根拠(二)」『法学教室』二四六号(二〇〇一年)七七頁参照。

(41) 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』(有斐閣、一九九二年)二九七頁〔島田仁郎執筆〕等参照。

(42) 江家義男『刑事証拠法の基礎理論「訂正版」』(有斐閣、一九五二年)三三頁以下。

(43) 江家義男『刑事訴訟法教室(中)』(大蔵省印刷局、一九五八年)二〇四頁以下。

(44) 平田胤明『法務研究報告書第四七集第三号 自白の任意性並びに信用性に関する実証的研究』(法務総合研究所、一九

六〇年)五頁。

(45) 伊達秋雄『刑事訴訟法講話』(日本評論新社、一九五九年)一二二頁。

(46) 安平政吉『刑事訴訟法』(弘文堂、一九六三年)一七六頁。

- (47) 山中・前掲注(5) 書二三五頁、安富潔『演習講義刑事訴訟法「第二版」』(法学書院、二〇〇一年) 二四一頁等。
- (48) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造(下)』(成文堂、一九九七年) 五二一頁。
- (49) 青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論(下)』(立花書房、一九七六年) 三〇七頁。
- (50) 高田卓爾『刑事訴訟法「二訂版」』(青林書院新社、一九八四年) 二一七頁。
- (51) 鈴木・前掲注(1) 書五二一頁以下参照。
- (52) 三井誠教授は、この立場を、「任意にされたものでない疑のある自白」以外の自白の排除の余地を否定している見解であるとして、「任意性一元説」と名付けられた(三井・前掲注(40) 論文七七頁)。
- (53) 青柳・前掲注(49) 書三〇六頁。
- (54) 団藤博士の見解については、後注(96) 参照。
- (55) 青柳文雄『刑事訴訟法入門』(慶応通信、一九七四年) 一八五頁。そもそも、青柳博士は、違法収集証拠排除法則それ自体について消極的な評価をされている(青柳文雄『刑事裁判と国民性 機能編』「成文堂、一九七六年」一七七頁以下)。
- (56) 土本武司『自白法則』別冊判例タイムズ七号『刑事訴訟法の理論と実務』(一九八〇年) 一九七頁。
- (57) ほば同旨、寺崎嘉博『刑事訴訟法「第二版」』「成文堂、二〇〇八年」三七二頁以下。寺崎教授は、自白法則の解釈について「取調べの違法性が自白の排除に直結すると考えるのは論理的ではない」(同書三七二頁)として違法排除説を批判されるとともに、違法収集証拠排除法則の自白への適用についても批判されている(同書三七二頁注62)。寺崎教授の見解については、寺崎嘉博『自白法則について』三井誠他編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(下)』「成文堂、二〇〇七年」四一一頁も参照。
- (58) 土本武司『刑事訴訟法要義』(有斐閣、一九九一年) 三五四頁以下。
- (59) 鈴木義男『判批』『判例評論』三二〇号(一九八四年) 六八頁。
- (60) 同右六八頁。
- (61) 大野恒太郎『自白―検察の立場から』三井誠他編『刑事手続(下)』(筑摩書房、一九八八年) 八〇八頁。渡邊一弘『自白の証拠能力―検察の立場から』三井誠他編『新刑事手続Ⅲ』(悠々社、二〇〇二年) 二二四頁も同旨。このような考え方は、かねてより根強く指摘されてきた。たとえば、平田胤明「元検察官は次のように主張された。」「不任意自白も自白と

いう証拠を得る手段に違法がある点では右と同じでありながら、これには証拠能力を認めないで、違法な押収手続により押収された証拠の証拠能力を肯定しようとするのはいかなる理由によるものであろうか。この点こそ検討を要するところであろう。おもうに、違法な押収手続により証拠物を押収したばあい、その証拠物は押収手続こそ違法であるが押収される前から厳然として客観的に存在していたものであるのに反し、不任意な自白は強制等の外部的な圧力が加えられることによつてはじめて供述された即ちこの時はじめて形作られた証拠なのである。更に突き詰めていえば、前者は違法な押収手続以前から客観的に存在するものであるが故に、押収手続によつてその証拠内容に虚偽性の入り込む余地はないが、不任意の自白の場合には、供述を不任意ならしめる事由の加えられることによつてはじめて作られる証拠であるために、その内容に虚偽性の入り込む余地があるということがいえよう。この相違こそが両者の証拠能力に差異を生ずる所以である。そうしてみるとやはり不任意自白の証拠能力を否定する根拠は、実に直接的には不信用性即ち上述来の表現をもつてすれば虚偽排除の思想にあるといわなければならないことになる」(平田・前掲注(44) 書七頁以下)。任意性I説にたつ見解には共通してこのような思考が横たわっている(土本・前掲注(58) 書三五四頁以下等)

(62) 大野・前掲注(61) 論文八〇九頁。

(63) 河上和雄『自白 証拠法ノート(二)』(立花書房、一九八二年) 七八頁。

(64) たとえば、河上和雄『刑事訴訟の課題とその展開』(立花書房、一九八三年) 三四六頁以下参照。

(65) 小田中聰樹他編著『刑事弁護コンメンタール— 刑事訴訟法』(現代人文社、一九九八年) 二九四頁(高田昭正執筆)。

(66) 田中和夫『新版証拠法[増補第三版]』(有斐閣、一九七一年) 二二三頁。

(67) 同右二三八頁。

(68) 同右四九二頁。

(69) マクナブ・マロリー・ルールの詳細については、本稿第一章第二節一(拙稿・前掲注(14) 論文二〇九頁 参照)。

(70) 高田卓爾『刑事訴訟法[二訂版]』(青林書院新社、一九八四年) 二一七頁。

(71) 黙秘権等の人權保障を担保するために自白を排除しようとする人權擁護説と、適正手続の保障を担保するために自白を排除する違法排除説とは「考え方を共通にしている」(大澤裕「自白の証拠能力と違法排除説」『研修』六九四号「二〇〇六年」五頁。なお、田宮裕『演習刑事訴訟法』[有斐閣、一九八三年] 二二七頁も参照)。そのため、人權擁護説にいう「人

権擁護」を徹底させた場合、人權擁護説は違法排除説と限りなく近いものとなる（たとえば、井戸田・前掲注（35）書二一頁参照）。

（72）なお、高田卓爾博士は、違法収集証拠排除法則に関する記述において、「違法収集証拠の排除理論はもとと物について論じられてきたが、令状主義違反という観点からするならば、この理論は令状主義に反する人身拘束の場合の供述についても妥当するものというべきである。従って、憲法三三条に違反する逮捕・勾留中の供述（とくに自白）についてはその証拠能力を否定するのが相当である」として、違法な身体拘束中の自白については、違法収集証拠排除法則の適用を肯定されている（高田・前掲注（50）書二一五頁）。

（73）高田博士は、黙秘権を告知せずに得られた自白については不任意性が推定されるという立場にたたれていることから（高田・前掲注（50）書三三七頁）、違法排除される場合とそうでない場合とを明確に区別することは重要な意味合いをもっているのである。

（74）平場・前掲注（29）論文一一頁。

（75）谷口正孝Ⅱ太田幸夫「自白の証拠能力」『判例タイムズ』二五六号（一九七一年）六五頁。

（76）同右。

（77）同右二五六頁。

（78）同右二五七頁。

（79）ただし、谷口Ⅱ太田説は、「違法収集証拠排除法則の法理」を自白法則の解釈として展開するものである。したがって、自白の証拠能力の判断枠組みの理論的構成は、後にみる折衷説の立場に近いといえようか。

（80）もっとも、違法排除説の立場から理解することも可能な（白取・前掲注（6）書三六一頁、福井・前掲注（39）書三四一頁等参照）最判昭四一（一九六六）・七・一刑集二〇巻六号五三七頁や、最大判昭四五（一九七〇）・一一・二五刑集二四巻一二号一六七〇頁はすでにだされていた。

（81）もっとも、谷口元裁判官は、ほぼ同時期にだされた別の論文では、自白の任意性とは『嘘をいうおそれのある状況がない』ということである。嘘をいうおそれがあるという類型化された状況で足りることは当然である」として、虚偽排除説にたった主張をされている（谷口正孝「強制による自白の例」『刑事訴訟法判例百選「新版」』一九七一年）一六七頁）。

- (82) もっとも、虚偽排除、人権擁護、違法排除のいずれの立場にたつたとしても、「実際上の適用においてはさして結論の差を導くものではない」とする見解もある(谷口・太田・前掲注(75)論文二五六頁)。
- (83) 白取祐司「自白法則の閉塞状況と課題」『季刊刑事弁護』一四号(一九九八年)三〇頁。
- (84) 藤木英雄他『刑事訴訟法入門「第三版」』(有斐閣、二〇〇〇年)三一五頁〔松本時夫執筆〕、白取・前掲注(6)書三六一頁等参照。
- (85) たとえば、寺崎・前掲注(57)論文四一二頁等。
- (86) この点を指摘する最近の論考として、石山宏樹「新判例解説」『研修』六五六号(二〇〇三年)三一頁。
- (87) 白取祐司『論文講義刑事訴訟法』(早稲田経営出版、一九九〇年)一三五頁。
- (88) なお、違法排除説から派生する見解として、違法排除説は「観念的にすぎる」という認識のもと、自白を誘発した外部的な圧力が個人の人格の自由・尊厳を侵害するものであった場合には、適性手続違反があつたとみて自白の任意性を否定すべきとする「適性手続条項説」を主張する横川敏雄元裁判官の見解(横川敏雄『刑事訴訟』〔成文堂、一九八七年〕二八七頁以下)等がある。
- (89) 田宮裕「自白の証拠法上の地位(二)」『警察研究』三四卷二号(一九六三年)三頁以下(田宮・前掲注(7)書所収)。
- なお、自白法則は、虚偽排除説から人権擁護説、そして違法排除説へと発展をとげてきたのであるが、日本国憲法の施行にともない制定された刑事訴訟法の応急的措置に関する法律一〇条二項には憲法三八条二項と同じ条文が置かれていたが、この条文につき、きわめて違法排除説に近い解釈が示されていたことは注目に値する(高橋一郎『新憲法下における刑事訴訟法解説 応急措置法を中心として』〔近代書房、一九四七年〕一〇五頁)。
- (90) 田宮・前掲注(7)書二九三頁。
- (91) 同右。
- (92) 同右二九三頁以下。
- (93) 同右二九四頁。
- (94) 田宮・前掲注(39)書三四九頁。
- (95) 大澤裕「自白の証拠能力といわゆる違法排除説」『研修』六九四号(二〇〇六年)九頁。

(96)

庭山英雄『刑事訴訟法』（日本評論社、一九七七年）一七四頁、熊本典道「自白の証拠能力（二）」高田卓爾・田宮裕編『新演習法律学講座 演習刑事訴訟法』（青林書院新社、一九八四年）二七六頁以下、石川・前掲注（39）書二三九頁、能勢・前掲注（7）書五八頁以下、小田中・前掲注（5）書一六二頁、小早川義則「自白排除法則の現状と展望」佐伯千俣博士卒寿祝賀『新・生きている刑事訴訟法』（成文堂、一九九七年）一五七頁以下等。

ところで、田宮博士によつて違法排除説が提唱されたことをうけ、後にみる鈴木説や松尾説のように違法排除説にたつ新たな見解がだされるだけでなく、かつて任意性説を支持していた論者が、違法排除説の支持へ回るといふ現象もあらわれた。

たとえば、柏木千秋博士は、従来の主張（柏木千秋「自白の任意性」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座二』〔有斐閣、一九六四年〕一五〇頁以下）を全面的に改めるとして、次のように述べられた。「第三一九条第一項は『……その他任意にされたものでない自白……』とあつて、強制、拷問、脅迫、不当に長い抑留・拘禁等が例示のように表現されていること、第三二二条第一項や第二項の内容、更にまた、『……による自白……後の自白』として因果関係が要求されていることなどを考えると、この規定が全体として自白の任意性に関する規定であることは文理上も否定しえないのではなからうか。しかし本条は、『強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない』という憲法第三八条第二項をうけたものであるが、ここにあげられている手続は、自白の任意性に影響がある点もさることながら、むしろそれじたい違法な手続の典型とも言うべきものである点を考慮するならば、本条が任意性のない自白の証拠能力を排除したのは、人権保障の担保とか虚偽の排除とかの考慮がないとはいえないにしても、むしろその要点は違法な手続によつて得られた自由であるという点に存するとみるのが妥当であろう。すなわち、違法な手続によつて得られた証拠——より一般的にいうならば、違法な手続のもとでえられた証拠——の証拠能力についてはその違法性の程度、証拠価値への影響、違法な手続を防ぐための政策的考慮などさまざまな点が総合的に判断され、その結果、証拠能力の肯定されるものもあるし、否定されるものもある。ところで、違法な手続によつてえられた——従つて、任意性のない……——自白は、例えば違法に押収された物的証拠などとは異なり、その違法な手続が人権の侵害に直結しているばかりでなく、自白の真实性を疑わしめることにもなるから、違法性の質・程度、証拠価値への影響のいずれの点からしても証拠能力を否定しなければならぬ。本条はまさしくこのような規定なのである」（柏木千秋『刑事訴

訟法』〔有斐閣、一九七〇年〕二二六頁以下〕。

また、団藤重光博士は、「わたくしは本書六訂版までは、憲法三八条第二項はもっぱら自白の任意性を規定したもの——不当に長い抑留・拘禁ののちの自白については任意性がないと擬制したもの——として理解してきた。しかしいま、改めて、憲法草案要綱の発表された昭和二年（一九四六年）当時には、すでにアメリカではマクナブ事件（一九四三年）が現れていたことを考えあわせてみると、憲法のこの規定には、単なる任意性の見地をこえるものが含まれていたとみるべきではないかとおもう。かりに憲法立案者の脳裡にマクナブ事件がなかったとしても、この規定がアメリカ法の継受であることが疑いを容れない以上、アメリカ証拠法の当時の発展段階を念頭において解釈するのが合理的である」（団藤重光『新刑事訴訟法綱要』〔七訂版〕、創文社、一九七四年〕二五〇頁）とした上で、「自白の証拠能力に任意性を要求するのは、前にも一言したとおり、被告人の人身の自由を保障し、また、その供述の真実性を担保するためである。前段の理由は、拷問の絶対的禁止（憲三六条）にもつながるのであり、捜査機関その他による非人道的・反文化的な取扱いを根絶し、人道的かつ科学的な刑事司法を実現しようという考え方が、その背後に存在する。したがって、その中には、すでに、単なる任意性の問題をこえる見地、すなわち違法に獲得された自白は任意性の有無を問わず証拠とはされないという見地が、ひとつの契機として内在しているともいえるのである。これは、まさに、後に述べる違法収集証拠と共通の問題、あるいはその一部をなす問題であり、アメリカでマクナブ事件以降の一連の判例が違法収集証拠に関する判例と並行して発展してきたのも、かような観点からうなづけるであろう」（同書二五一頁以下）とされている。

柏木博士の見解は、次にみる鈴木説を明確に支持しているものと解される。他方、団藤博士の見解は、「違法収集証拠と共通の問題、あるいはその一部をなす問題であり」とされていることからすると、自白法則を違法収集証拠排除法則の一適用場面にとらえる田宮説に親和的といえようか。

(97) なお、松尾浩也『刑事訴訟法（下）』〔新版補正第三版〕（弘文堂、一九九九年）四二頁、小林充「自白法則と証拠排除法則の将来」、『現代刑事法』三八号（二〇〇二年）六四頁等も参照。

(98) 三井誠「自白の排除法則とその根拠（二）」、『法学教室』二四七号（二〇〇一年）六三頁

(99) 本稿序章第二節（拙稿「自白排除法則の研究（一）」、『北大法学論集』五九卷二号「二〇〇八年」一七九頁）参照。

(100) 松尾編・前掲注（41）書二九七頁（島田執筆）、椎橋・前掲注（10）書二二五頁、三井・前掲注（98）論文六三頁、寺崎・

前掲(注57)書三七一頁等。このことは違法排除説を支持する論者からも指摘されている。たとえば、光藤景皎教授は、違法排除説を支持しつつも、任意性の問題からの離脱を強調することに対して疑問を向けられている(光藤景皎『刑事訴訟行為論』[有斐閣、一九七四年]三三二頁、同・前掲注(9)書一二二頁)。

(101) 田宮説と問題認識を共有しつつ、このような田宮説の問題点の克服を試みる見解もある。たとえば、高内寿夫教授は、偽計による自白の証拠能力を否定した東京地決昭六二(一九八六)・一二・一六判時一二七五号三五頁についての判例研究の中で次のように主張される。すなわち、「思うに、偽計による自白の場合は『任意にされたものでない疑いのある自白』であるか否かが問われているのであるから、証拠排除の範囲を確定するその『根拠』については、虚偽排除説や人権擁護説の立場から考えるべきであろう……。しかし、自白内容の真实性や被疑者の心理状態を、個々の事例ごとに確認することは困難である。それゆえ、具体的な事例に対する『認定方法』としては、虚偽自白や供述の自由の侵害を導く取調べ方法を類型化し、そうした捜査活動が行われた場合には自白を排除するという違法排除的な考え方をとるべきではなかろうか」(高内寿夫『偽計による自白』『刑事訴訟法判例百選』[第七版]「一九九八年」一六四頁以下)。

高内説は、自白法則の根拠としては虚偽排除説および人権擁護説の考え方に徹しつつ、自白排除の要否の判断の場面では、手続の違法性の有無をその判断基準にすべきというものである。したがって、高内説で排除される自白の範囲は田宮説のそれとほとんど重なるものと思われる(なお、田宮・前掲注(39)書三五二頁注(1)を参照)。高内説は、違法排除説に対して向けられている文理解釈としての難点を克服しつつ、違法排除説の利点とされる自白の排除基準の明確化をめざした点に重要な意義がある。しかし、(イ)虚偽自白誘発のおそれや供述の自由の侵害をはたして手続の違法性という観点からすべて説明することができなのか、また、(ロ)排除の実効性確保を理由に、虚偽排除や人権擁護を違法の有無から判断しようとするのはやや便宜的にすぎないであろうか。これらの点について、高内説には疑問を容れる余地があるように思われる。

(102) 大野・前掲注(61)論文八〇九頁。なお、任意性I説を支持する立場からのものではないが、安原・前掲注(35)論文七七一頁も参照。

(103) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), at 456.

(104) 代表的な研究として、浜田寿美男『自白の研究 取調べる者と取調べられる者の心的構図』[新版] (北大路書房、二〇

○五年) 参照。

(105) 三井・前掲注(98) 論文六四頁。

(106) グリーンマンション事件では四夜にわたる任意取調べが違法ではないとされ(最決昭五九「一九八四」・二・二九刑集三八巻三号四七九頁)、また、平塚事件では午後二時に任意同行した被疑者に対して一睡もさせずに翌午後九時まで二時間にわたって取調べが行われたが、これについても違法性が否定されている(最決平「一九八九」・七・四刑集四三巻七号五八一頁)。

最近のケースとしては、民事判例ではあるが、いわゆる恵庭〇〇殺人事件の被告人(当時、女性)による国家賠償請求訴訟において、被告人を連日長時間にわたり取り調べ、その過程で、取調官(男性)がうつむく被告人の髪を払いのけるなどの有形力を行ったり、「穏当を欠く」言葉で追及するなどして、被告人を床に崩れ落ちて自力で歩行できないまでに精神的に追い詰めたことについて、「相当程度に心理的な圧迫をもたらした」としながらも事案の重大性や嫌疑の高さなどを理由にその違法性を否定している(札幌地判平一七「二〇〇五」・三・二八判例集未登載。さしあたり、白取祐司「恵庭〇〇殺人事件―弱行情況証拠と過酷な『任意取調べ』」『季刊刑事弁護』四七号「二〇〇六年」一〇五頁参照。このような場合に、違法排除説は十分に機能しないのではなからうか。

(107) いわゆる死刑冤罪四事件(熊本地八代支判昭五八「一九八三」・七・一五判時一〇九〇号二頁「免田事件」、高松地判昭五九「一九八四」・三・一二判時一一〇七号三頁「財田川事件」、仙台地判昭五九「一九八四」・七・一一判時一一二七号三四頁「松山事件」、静岡地判平一・一・三一判時一三二六号二頁「島田事件」。いずれも再審無罪判決)もそうであったが、近時冤罪であることが明らかとなった「氷見事件」(再審無罪判決、富山地高岡支判平一九「二〇〇七」・一〇・一〇判例集未登載)や「足利事件」(再審開始決定、東京高決平二二「二〇〇九」・六・二三判タ一三〇三九〇頁)などにおいても、必ずしも違法とは評価されなかった取調べにおいて無実の人々が白自をせざるを得ない状況におかれ、その結果、雪冤に泣いてきた事実が明らかとなっているのである。

(108) 小早川・前掲注(96) 論文一五六頁以下等参照。

(109) 井戸田侃『刑事訴訟理論と実務の交錯』(有斐閣、二〇〇四年) 一八三頁。

(110) 大澤・前掲注(95) 論文八頁。

- (11) 三井・前掲注(98) 論文六三頁。
- (112) 松尾浩也「刑事訴訟法を学ぶ(第八回)」『法学教室』一六号(一九八二年)六八頁、大澤・前掲注(95) 論文五頁等参照。
- (113) McNabb v. United States, 318 U.S. 322 (1943).
- (114) Mallory v. United States, 354 U.S. 449 (1957).
- (115) Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964).
- (116) Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).
- (117) 本稿第一章第二節(拙稿・前掲注(14) 論文二〇八頁以下) 参照。
- (118) 鈴木茂嗣教授も「任意性に関する法則が憲法三八条二項の規定において考慮の外におかれていると解するのであれば、それは、憲法制定当時のアメリカ法の状況を前提として考えても、妥当なものとはいえないであろう」とされる(鈴木・前掲注(1) 書五二二頁)。なお、鈴木教授は、「三八条二項を任意性のみに関する規定ではないと解しておけば十分」とされる。
- (119) 本稿第二章第一節(拙稿「自白排除法則の研究(三)」『北大法学論集』五九巻五号「二〇〇九年」六一頁以下、とくに八〇頁) 参照。なお、寺崎・前掲注(57) 論文四一六頁以下も参照。
- (120) 憲法的刑事手続研究会「憲法的刑事手続」(日本評論社、一九九七年) 四七六頁(小坂井久執筆)。
- (121) 憲法学説においてはこのような解釈が支配的であるといつてよい。たとえば、法学協会「註解日本国憲法(上)」(有斐閣、一九五三年) 六六四頁、小林直樹「憲法講義(上)」[新版](東京大学出版会、一九八〇年) 四九六頁、橋本公巨「日本国憲法『改訂版』」(有斐閣、一九八八年)、佐藤功「日本国憲法概説『全訂第五版』」(学陽書房、一九九六年) 二六〇頁、樋口陽一他「註解法律学全集 憲法Ⅱ」(青林書院、一九九七年) 三七〇頁(佐藤幸治執筆)、初宿正典「憲法Ⅱ『第二版』」(成文堂、二〇〇一年) 三八五頁等。
- (122) 鈴木茂嗣教授も、「田宮博士は、一筆者注」黙秘権侵害の自白の排除は、一項自体によって根拠づけられるとされるが、必ずしも違法収集の証拠が憲法の立場から排除されるべきものかどうかは規定上明らかではなく、二項はこの点を明確にする規定として捉えるべきであろう」とされる(鈴木・前掲注(1) 書五二二頁)。

- (123) 大澤裕「自白の任意性」『刑事訴訟法の争点〔第三版〕』(二〇〇二年) 一七二頁、池田修Ⅱ前田雅英『刑事訴訟法講義〔第三版〕』(東京大学出版会、二〇〇九年) 三六八頁。なお、白取・前掲注(6) 書三六三頁も参照。
- (124) 鈴木・前掲注(1) 書五二二頁。
- (125) 同右五二三頁注18。
- (126) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』(青林書院、一九九〇年) 二二二頁。
なお、田口守一教授は、「自白法則を任意性概念から解放することこそ違法排除説の眼目であったことからすれば、自白に関する明文規定の解釈論という形で違法排除説を理論構成することがもともと自然と思われる」とした上で、明確に鈴木茂嗣説を支持されている(田口守一『刑事訴訟法〔第五版〕』〔弘文堂、二〇〇九年〕三六五頁)。
- (127) 田宮説と鈴木茂嗣説との実質的な違いは、「黙秘権を侵害してとられた自白を自白法則に含めて考えるかどうかのみにある」とする指摘もある(山田道郎『証拠の森』〔成文堂、二〇〇四年〕一〇八頁)。
- (128) 田宮・前掲注(39) 書三五〇頁。
- (129) 鈴木・前掲注(126) 書二二二頁。
- (130) 実際、田宮説の方が鈴木茂嗣説より排除の範囲は広いものと思われる。たとえば、田宮説の場合、黙秘権の告知(刑訴法一九八条二項。なお、憲法三八条一項)を欠く取調べによって得られた自白に証拠能力を認めないのに対し(田宮・前掲注(39) 書三五二頁)、鈴木茂嗣説の場合、「供述者が黙秘権について十分認識理解しているような場合は別として、証拠能力を有しない」(鈴木・前掲注(126) 書八四頁)となる。
- (131) 田口・前掲注(126) 書三六五頁。
- (132) 本稿第一章第一節二(拙稿・前掲注(14) 論文二〇二頁) および第二章第一節(拙稿・前掲注(119) 論文六一頁以下) 参照。
- (133) 松尾・前掲注(97) 書四一頁以下。ほぼ同旨、上口裕『刑事訴訟法』(成文堂、二〇〇九年) 四一三頁以下。
ところで、多田辰也教授は、自白法則を取調べ規制の手段として機能させるためには基本的には違法排除説にたつべきであるが、違法排除説のみを自白法則の根拠とすることは問題であるとして(多田辰也『被疑者取調べとその適正化』〔成文堂、一九九九年〕二二五頁参照)、「結論を先に述べれば、『強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若

しくは拘禁された後の『自白』は、身柄拘束や取調べ方法が典型的にみて高度に違法であるため排除されるのに対し、『任意自白』については、個別具體的事案ごとに、いわゆる任意性を問題にする人権擁護説や虚偽排除説の観点をも加味して、自白の証拠能力を決定すべきだと考える。たしかに、『不任意自白』も供述の自由を侵害して得られた自白という意味では、違法に収集された自白だといえよう。その意味で、刑法三一九条一項の『不任意自白』の排除が、違法排除の観点をも含んでいることを否定するつもりはない。ただ、『強制による自白』等の場合には任意性の立証は許されないとされてきたことから明らかなように、それらは取調べ方法等の違法性が高度の場合を問題としているといえよう、これに対し、『不任意自白』の場合には、違法性の程度がそこまで高度でない場合でも、あるいは明らかに違法であるとはいえない場合でも、典型的にみて虚偽自白を誘発する可能性の非常に大きい取調べ方法によって得られた自白等を、前もって排除しておくことも意味があると思われる』(同書二二五頁以下)とされているが、刑法三一九条一項を『強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白』と『任意されたものでない疑のある自白』とに分け、前者については違法収集自白を排除するための規定と解し、後者については不任意自白を排除する規定と解する方法は松尾教授の考え方と類似しているといえようか(同書二二七頁注(21)参照)。

また、渥美東洋教授は、証拠能力の否定される自白の類型として、(イ)自己負罪拒否特権(黙秘権)を侵害して得られた自白、(ロ)自白法則による不任意自白(ここでは、諸事情の総合評価(事情の総合説)により、虚偽自白のおそれ等が検討されることになる)、および(ハ)違法収集証拠排除法則によって排除される自白の三つを挙げられ、(ハ)には、『強制』、『拷問』、『脅迫』、『身体の自由の侵害』等が含まれるとされる(渥美東洋『全訂刑事訴訟法』[第二版]『有斐閣、二〇〇九年』四六九頁参照)。(イ)を類型化している点を除けば、渥美説も松尾説とほぼ重なるのではなからうか。

(134) 田口・前掲注(126) 書三六五頁。

(135) この意味で、松尾説は、違法排除説の中でもっとも任意性説の考え方を取り込んだ見解といえる。また、違法収集証拠排除総則の適用によって自白が排除される場合があることを認めている点で、後に検討する『競合説』とも親和的な見解とみることができる(ただし、競合説は、自白法則の解釈としては任意性I説にたつものである)。

(136) 平野・前掲注(11) 書二二八頁。なお、上口裕教授は、ほぼ松尾説と同様の主張をしつつ、同旨の見解として平野説を引用されている(上口・前掲注(133) 書四一六頁)。しかし、自白法則の解釈(すなわち、憲法三八条二項および刑事訴訟法

三一九条一項の解釈論」として違法排除を読み込むのと、違法収集証拠排除法則を適用することで違法収集自白の排除を目指すことは、明らかに位相を異にしており、両者は（結論は近接しているとしても）区別して論じる必要があるように思われる。

(137) 井戸田・前掲注(35) 書二二一頁以下。

(138) これらの見解のほか、自白法則の根拠について、虚偽排除説、人権擁護説、および違法排除説が存在することを確認したうえで、「自白の証拠能力制限の理由を一義的にいづれか一つの根拠に割り切るのは相当ではなく、前記三つの考え方が混在するとみるのが正当であろう」とする白井滋夫元検察官の見解（白井滋夫『刑事訴訟法』信山社、一九九二年）二七二頁）や、「いづれの説に立つかにより結論に差異が生じうるが、『憲法―筆者注』三八条二項の趣旨としては、いずれか一つに解する必要はなく、現実への適用は、この全ての趣旨が活かされるように解釈すべきである」とされる高橋和之教授の見解（野中俊彦他『憲法Ⅰ〔第四版〕』有斐閣、二〇〇六年）四一五頁（高橋和之執筆）も、この折衷説に位置づけることができる。

(139) 折衷説によると、「被疑者が弁護人などのアドバイスを誤解し、錯誤に陥っていたために自白したときも、任意性を欠くことになるし、取調官より欺罔などの手段を施され、錯誤に陥ったために自白をしたときも、任意性を欠く」（井戸田・前掲注(35) 書二二二頁）ことになる。

(140) 団藤・前掲注(96) 書三三八頁、田宮・前掲注(39) 書三五一頁。なお、能勢・前掲注(7) 書五七頁、白取・前掲注(6) 書一八一頁。

(141) 井戸田・前掲注(35) 書八九頁参照。

(142) ここでは、渡辺・前掲注(1) 書三三〇頁の採用する呼称に従う。

(143) 渡辺・前掲注(1) 書三三〇頁。

(144) これまでの学説の議論においては、総合説は、先にみた折衷説と同じカテゴリーに属する見解として論じられる傾向が強かったように思われる（たとえば、渡辺・前掲注(1) 書三三一頁注(1)、山田道郎「自白の証拠能力」川端博Ⅱ田口守一編『基本問題セミナー刑事訴訟法』二粒社、一九九四年）二七八頁以下参照）。しかし、折衷説が、自白法則の内容に虚偽排除説、人権擁護説、および違法排除説が含まれているとして、自白排除の根拠を自白法則の枠組みにおいて（す

なわち憲法三八条二項および刑訴法三一九条一項の枠内で論じているのに対し、総合説は自白法則の枠組みにとらわれていないという違いがある。たしかに、両者ともに、虚偽排除、人権擁護、および違法排除のいずれかの観点から排除の必要性が認められる場合には自白の証拠能力は否定されることになるのであるから、その基底には共通の問題認識があるといえる。しかし、自白の証拠能力の判断を自白法則の枠内の問題ととらえるのかそうでないのかは、解釈論的に考えればあまりにも大きな違いではないか。総合説と折衷説とは厳密には区別すべきであろう。

(145) 渡辺・前掲注(1) 書三三〇頁。

(146) 同右三三〇頁。

(147) 同右三三一頁以下参照。

(148) 佐藤文哉「自白―コメント」三井誠他編『刑事手続(下)』(筑摩書房、一九八八年)八三三頁。ほぼ同旨、大谷剛彦「自白の任意性」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』(有斐閣、一九九八年)一三六頁以下。

(149) 佐藤・前掲注(148) 論文八三三頁。同様の指摘をするものとして、石丸俊彦『刑事訴訟法』(成文堂、一九九二年)三八九頁。

(150) 渡辺・前掲注(1) 書三三一頁注(1) も参照。

(151) なお、総合説が違法排除説で対処できない自白というものを念頭においていることに対しては、違法排除説(鈴木説)を支持する田口守一教授から、「違法排除説によってもカヴァーしきれない不当自白がどれ程ありうるのか、なお検討の余地がある」という疑問が向けられている(田口・前掲注(126) 書三六六頁)。

(152) たとえば、大野・前掲注(61) 論文「自白」八〇九頁、土本・前掲(58) 書三五四頁。

(153) 田宮裕『刑事訴訟法入門「三訂版」』(有信堂、一九八二年)二二三頁、同『刑事法の理論と現実』(岩波書店、二〇〇〇年)二二二頁。

(154) 前出・最判昭五三・九・七刑集三三卷六号一六七二頁。

(155) 競合説は、判例の到達点に依拠して、先にみた「任意性Ⅲ説」を洗練させたものの、ともいいうる。

(156) 大澤・前掲(95) 論文八頁、白取・前掲注(6) 書三五三頁。

(157) 白取・前掲注(6) 書三五三頁。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「自白排除法則の研究」（二〇〇八年三月二五口授与）に補筆したものである。

フランス憲法院による 法律の憲法適合的解釈に関する一考察（五）

辻
信
幸

はじめに

第一章 日本とフランスにおける従来の議論

第一節 日本における従来の議論

第一項 日本における憲法院研究

第二項 大河原良夫による議論

第三項 蛭原健介による議論

(以上五八卷二号)

第二節 フランスにおける従来からの議論

一 解釈留保の起源と、フランス公法雑誌(R.D.P.)における憲法院判決の扱われ方

第三節 フランスにおける解釈留保の扱われ方

第四節 小括一初期のフランスでの議論と、日本における議論との関係

(以上五八卷三号)

第二章 憲法院による解釈留保付諸判決

第一節 一九七〇年代までの諸判決

(以上五八卷六号)

第二節 一九八〇年代までの諸判決

26事件 C C 85-196 D C 判決・1985年8月8日

(以上五九卷一号)

47事件 C C 89-268 D C 1989年12月29日

(以上本号)

第三章 現在の議論一留保の三分類論と、単一性質論

第四章 フランス憲法院判決における解釈留保の意義

第五章 日本の最高裁判決において用いられた合憲限定解釈の再評価

結びにかえて

27 CC 86 — 207 D C 判決…1986年6月26日…通常法律（社会、経済の次元で、多様な措置を取ることを政府に許す法律）…

代議士団、元老院議員団

本件で問題となった法律の第一条一項は、「企業に対して、より大きな運営の自由を保障するため、そして新たな競争法を定めるために、政府は、本法が公布されてから六か月の間、憲法第三八条が定める条件のもとで、物価と競争に関する経済法律、とりわけ物価に関する四五—一四八三オルドナンス（一九四五年六月三〇日）と、経済法上の犯罪に対する事実審理、訴追、処罰に関する四五—一四八四オルドナンス（一九四五年二月三〇日）の一定の条項を修正し、あるいは廃止する権限を授権される」と定め、同条二項は、「新たな競争法の決定において、政府は、公権力の権限行使に、経済主体（agent économique）のための保障を追加し、その手続の対審的性格を保障する」と定めていた。通常は法律の領域に属する事柄について、法律公布の日から六か月間、オルドナンスで定めることを政府に授権したものである。付託者らは、政府がとるように求められた措置の目的が、明らかにあいまいな方法で定められていること、一九四五年二月三〇日オルドナンスの廃止は、政府から、経済的金融的な危機の場合に、物価に対して直接に影響するすべての方法を奪う効果を有しており、かくして、国家的な災害に由来する負担の前でのフランス人の平等と連帯、あるいは国家生活の継続性という憲法上の要求に対応する保障を廃止することを許しているので違憲であると主張した。これに対し憲法院は次のように判断した。

②もし本法第一条が、政府に対して定めることを許しているオルドナンスの目的として、新たな競争法の定義を定め、企業運営のより大きな自由を探索することを定めているとしても、同条は、経済生活に関連する民法、商法、刑法、行政法、社会法各分野の規定全体を修正し、あるいは廃止することを政府に対して委ねていない。要求された授権が、

集中、競争、物価の統制に関する経済的法律、一九四五年六月三〇日のオールドナンス、七七—八〇六法律、そして物価の統制に関する特定の法律の条項の中に含まれる、経済的犯罪の抑止に関するものの特別の条項の修正や廃止に適用されるものであることは、準備作業と、そしてとりわけ議会における政府の宣言とによって明らかにされたそれらの用語に由来している。これらの限界のもとで、本法第一条によって与えられた授權は、憲法三八条の文言に矛盾しない。

②③経済主体の利益となる保障と、諸手続の対審的な性格について、本法第一条二項によってもたらされた詳細な内容は、憲法的価値の原則や諸規範に由来するそれ以外の保障、とりわけ裁判的統制と防禦権に関する諸原則などに由来する保障を排除するものとして解釈されえない。これはさらに、経済主体の資格をもたない自然人や法人に対する保障を排除するものとして理解されえない。

②④本法によるオールドナンスは、憲法第五五条の文言を誤解して、フランスの国際的な義務に反することはできない。

②⑤上で述べられてきた限界と解釈の留保の下で、本法第一条は憲法に違反しない。

このように判断することで、憲法院は、オールドナンスによって定めることのできる範囲を限定した。

次に、本法第四条は、「本法の付属リストの中であげられている企業において、国家によって直接または間接に過半数の資本の所有権が保有されているものは、遅くとも一九九一年三月一日までに、公部門から私部門へと移転される。この移転は、本法第五条に言及されているオールドナンスによって定められる規範に従い政府によって実行される」と定め、第五条は、「政府は、本法公布の日から六ヶ月間、憲法第三八条によって予定されている条件の下で、以下のことを授權される。一 本法第四条に言及されているリストに定められている企業の移転のために、そして本法第七条二項

二文で言及されている取引に関する行政の許可を交付するために、以下の諸活動を行う。①企業の評価に関する規範と譲渡価格の決定②移転あるいは譲渡の法的・経済的方法と、支払いの方法③略④国の利益保護の条件⑤略⑥これらの移転あるいは譲渡に適用しうる財政的制度。二第七条で対象とされている以外の場合の、行政の許可の交付条件。三本法施行以前に行われた取引を合法化する条件を定める権限」と定め、第七条は、「私部門への財産権の移転は、法律によって承認される。」と定めていた。付託者らは、本法は、第四条で対象となった企業が不十分な価格で譲渡されないようにする措置を盛り込んでおらず、さらに、一九九一年三月一日までにこれらの企業のうち国家が最大の出資者であるものすべての移転をするように政府に無条件に義務付けることは、国の独立に害を及ぼしうる外国への企業移転の可能性を排除することなしに、国の財産の重要な一部を安い価格で譲渡する効果を有することなどを主張した。これに対して憲法院は次のように判断した。

⑥〇本法第四条は、企業の移転実現のために、国家の財産的な利益に適合する価格で、そして国の独立を尊重する範囲においてのみ、一九九一年三月一日という期限日を予定したものとして解釈されねばならず、そしてその日までに開始され、あるいは完了されなかった移転は、新しい法律の条項によらねばなされえず、あるいは完了されないものと解釈されるということが、先に見たところからいえる。

⑥①同様に、第四条二項が参照する第五条は、移転される企業の価値の評価が、買い手となりうる者から完全に独立した権限のある専門家によってなされるという条項を、オルドナンスによって定めることを政府に対して課したものとして解釈されねばならない。その評価は、それぞれの場合の適切なバランスに従い、証券の市場価値、保有資産の価値、現実の利益、子会社の存在と将来の見通しを考慮することで、株式会社の全部または一部の譲渡の分野で一般に

行われている客観的方法に従い、導かれる。同様に、オルドナンスは、買収者によって示された価格が、そのような評価を上回るか、少なくとも同等ではない場合、その移転を禁止しなければならない。買収者の選択は、いかなる特権も行使されてはならない。国の独立は、保護されねばならない。他のすべての解釈は、憲法に違反する。

このように判断することで、委任による権限行使の期限を明確化するとともに、譲渡価格の算定や譲渡の方法について定めるオルドナンスについて、従うべき枠組みを明らかにしている。

第三に、本法第七条は、次のように定めていた。

第七条第一項 以下の所有権の私部門への移転は、法律によって定められる。

第一号 国家が、その資本の過半数を直接保有する企業。

第二号 法律の条項の適用によって、公部門に取り込まれた企業。

第二項 第一項で言及された以外の企業財産の、公部門から私部門への移転を実現する効果を有する活動は、

第五条で言及されたオルドナンスによって定められた条件のもとで、行政権による許可に従う。このことに反するすべての法的な条項にもかかわらず、国家が会社資本の過半数を直接保有する企業の会社資本に対する私部門からの出資で、その財産を私部門に移転する効果を有しないものは、前項で言及された許可の条件に従う。

付託者らは、立法者が憲法第三四条三項に由来する権限を不当に再委任しており、違憲であると主張した。これに対

して憲法院は、次のように判断した。

②⑨ここで審査されている本法第七条の条項は、憲法に反しない。しかしながら、先に確認したような憲法第三四条の要求に適合するために、第七条二項の対象となる行政の許可を交付する条件をあらかじめ定めるオルドナンスは、移転条件に關してあらかじめ示された諸規定を尊重するのみならず、一方で、移転価格への影響や、譲渡後も公部門のために残る負担を考慮し、他方で、定められた手続と割り当てられた権力に従い、移転の適法性と目的に対する実効的統制を保障しうるような条項を、同様に含まねばならない。さらに、地方公共団体が利害を有する企業に關する移転のために、問題の条項は、憲法第七条によって示されている、これらの団体の自由な運営の原則を尊重せねばならない。最後に、その事業が全国的な公役務または事実上の独占の性格を示した企業の国有化に關する一九四六年憲法前文第九項の条項は、尊重されなければならない。

このように判断することで、オルドナンスが含むべき内容について明らかにしている。

なお第一五理由付けで、一方で、授權法律がこれらの規範や原則を誤解することを許すいかなる条項も含まないことを確認し、他方で、憲法の厳格な留保の下で解釈され適用されるという明らかな条件の下でのみ授權法律の憲法適合性を認めるということは、憲法院に属するとして、授權法律審査のあり方の原則を示し、その中で、解釈留保について言及した。この判示はそれ自体解釈留保ではないが、憲法院が自らの判決の手段として、解釈留保を位置付けていることを確認できる部分であり、指摘する価値がある判示である。

判決の主文において、「先に述べた解釈の厳格な留保の下で、本法は憲法に違反しない」と述べた。

28 CC 86—208 DC 判決…1986年7月2日…通常法律（代議士選挙について）…代議士団

本件で問題となった法律は、代議士選挙に関する諸規定を定めていたものであったが、その第五条は、次のように定めていた。

第五条第一項 本法公布の日から六か月の間、政府はオルドナンスによって、選挙法附則別表一を定めることができる。

第二項 各県において作られる選挙区の数、本法の附則別表によって定められる。

第三項 その領域が島嶼、あるいは飛び地の部分を含んでいる県に關する場合を除いて、選挙区割りは、連続する領域によって構成される。さらに、パリ、リヨン、マルセイユの都市部と、一ないし複数の、連続する領域によって構成されていない、あるいは、一九八二年の人口調査において、四万人以上の人口を有するカントンを含んでいる県の中に作られる選挙区を除き、選挙区割りは、カントンの領域を尊重せねばならない。

第四項 選挙区間の人口の偏差は、不可欠の一般利益を考慮することを許すためのものである。いかなる場合においても、選挙区の人口は、県の選挙区の平均人口の二〇％以上隔たつてはならない。

付託者らは、とりわけ本条第四項が、同一県内の選挙区間で、県の平均から上下二〇％の偏差を特に条件もなく許しているが、これは一般利益の要請によつても正当化されえないものであること、特に選挙区の境界線がカントンの領域によつて拘束されない、人口四万人を越える一ないし複数のカントンを有している県ではそうであること、法律によつ

て許された偏差は選挙の性格を考慮すると過剰であり、平等選挙の原則を侵害する、などと主張した。これに対して憲法院は、次のように判断した。

②④もし平等選挙の原則にもたらされた例外が、それ自体、それぞれでは、評価の明白な過誤を生じたものではないとしても、それらの例外は、それらが併合されることによって、この原則を誤解している状況を作り出すに至りうる。結局、本法第五条三項と四項の条項は、以下のように解釈されねばならない。第一に、連続した領域によって構成されていない、あるいは、人口が四万人を越える、一ないし複数のカントンを含んでいる県において、カントンの境界を尊重しないという権限は、それらの（条件に該当する）カントンについてののみもたらされると考えるのが適切であること。第二に、第五条四項で言及された最大格差の適用は、例外的に、十分に正当化されるものに留保されねばならない。その権限の利用は、限られた範囲においてのみなされるのであり、事案ごとに、明らかに不可欠な一般利益に立脚しなければならないと考えるのが適切であること。最後に、選挙区割りの画定では、いかなる恣意も行ってはならないこと。以上のように考えるのが適当である。このほかのすべての解釈は、憲法に違反する。

このように判断することで、例外措置の対象となる範囲を限定するなどして、オルドナンスの内容を制限しようとしている。

第二に、本法第六条は、「第五条で定められた期間内に、政府は、オルドナンスによって、権限ある地方議会の助言に従い、ニューカレドニアに二つの選挙区、仏領ポリネシアに二つの選挙区を定めることができる」と定め、一定の条件のもとで、オルドナンスでニューカレドニア等の選挙区割りをすることを認めるものであった。付託者らは、授権の

文言が明瞭性を欠いていることや、平等選挙の原則を侵害しているなどと主張した。これに対して憲法院は、次のように判断した。

②⑦憲法第三四条により、国会議員の選挙制度を定めることは、法律の領域に属する。先に見た本法第六条の条項は、政府に対して、憲法第三八条によって委ねられた諸権力の行使において、憲法的価値の規範や原則の尊重、とりわけ平等選挙の原則の尊重を免除する目的も効果も持たないものであり、それ自体では憲法に違反しない。しかしながら、本条で予定されているオールドナンスは、問題の領域内での選挙区割りについて、人口比を本質的基礎として定めなければならぬ。もし政府が、検討された領域の特別の性格に結びついた不可欠の一般利益を考慮する権限を持つとしても、それは限られた範囲のものでしかない。最後に、選挙区割りの画定には、いかなる恣意も行つてはならない。これ以外のすべての解釈は、憲法に違反する。

このように判断することで、ニューカレドニアにおける選挙区割りについても、人口比を本質的基礎とすることなどの要件を満たすよう求めた。

第三に、本法第二条による選挙法典第一二五条は、人口の伸びに応じ、選挙区割りをしてから二回目の総合国勢調査の後で区割りの修正を行うことを予定していた。これに対し憲法院は、次のように判断した。

②⑨平等選挙の原則の尊重は、代議士を選ぶための選挙区割りの確定が、人口の伸びに応じて、期限ごとの修正の対象になるということを意味している。このような伸びの確認は、それぞれの総合国勢調査に由来する。もし本条がこの

原則を誤解しているとしても、しかしながらそれは、将来において立法者を拘束しうるものではない。したがって、その無能力の性格を理由として、それが憲法に違反すると宣言する理由がない。

このように判断することで、法律の規定は区割後二回目の国勢調査によつて区割り見直しをすると定めているにもかかわらず、それは立法者を拘束する趣旨のものではない、すなわち特に意味を持つ規定ではないことを明らかにした。判決の主文において、「上で述べた厳格な解釈の留保の下で、本法は憲法に矛盾しない」と述べた。

29 CC 86 – 211 DC 判決・1986年8月26日・通常法律（身元の統制と確認に関する法律）…元老院議員団

本法律は通常法律であり、それゆえ憲法院への付託は任意的に行われるものである。しかし、元老院議員団によつてなされた本件付託は、特に理由を提示することなくされたという点で、これまでに例を見ないものであり、特徴的なものであった。

ところで本法は、身元統制に関する刑事訴訟法の一部を修正し、補完することを目的とするもので、フランス国内にいるあらゆる人が、身元確認を受けねばならないこと、身元確認時の外国人や未成年者の取り扱い、また、身元確認を拒否した場合には指紋採録や写真撮影が行われうることや、それを拒否したものには懲役刑や罰金刑が科されうることを定めていた。このような規定に対して、憲法院は第二理由付けで、この元からある法律の固有の内容であれ、その射程であれ、考慮に入れねばならないと判断したうえで、次のように判断した。

④法律で予定されている諸規範や保障の全面的尊重を監視することは、司法権と行政権に属し、さらに万一の場合に、

侵された違法行為を無効にし、罰し、そして場合によっては損害を発生させた結果に対して補償を与えることは、権限ある裁判所に属する。

⑤これらの条件の下で、本法は憲法に違反しない。

このように判断することで、憲法院は、法律の厳格な適用の監視を促すと同時に、賠償請求が可能であることも特に確認をしている。

30 CC 86—213 DC…1986年9月3日…通常法律（テロリズムと、国家の安全への侵害に対抗する法律）…元老院議員団
本法第一条は、刑事訴訟法典に、第七〇六—一六条から第七〇六—二五条を新設することを定めていた。このうち、
新設される第七〇六—二三条は、次のように定めていた。⁽²⁶⁾

第七〇六—二三条第一項 本法第六三条、第七七条、第一五四条を適用するために、本法第七〇六—一六条の適用領

域の中に入る犯罪行為の一つに関する捜査または証拠調べのための必要性が要求する場合、成人に対する警察留置は、四八時間の追加延長の対象となりうる。

第二項

このような延長は、共和国検事の求めにより、警察留置が行われる地を管轄する裁判所長、あるいはその委任を受けたものによって許可され、また、本法第七二条、第一五四条によって予定されている場合においては、予審判事によって許可される。

第三項

当事者は、決定が下される前に、その延長について決定を下す機関に出頭せねばならない。

第四項 延長が決定された場合において、医学的な検診は権利である。共和国検事、あるいは本法

第七二条と第一五四条によって予定されている場合においては予審判事が、その検診を担当する医者を指名するための権限を有する。

付託者らは、個人の自由の尊重という観点から、このような場合は裁判官の面前での供述が求められること、医学的な検診は毎日行われるべきであることを主張した。これに対し憲法院は、次のように判断した。

⑰批判された条項の適用領域が、威嚇やテロによって公序を深刻に乱す目的を有する個人的集团的企てとの関連を理由として、特殊な捜査が求められている、特に定められた違法行為にもたらされる捜査と関係するものであることは、新刑訴法第七〇六―二三条に由来することである。この条文は、警察留置の延長が、当事者がその場にいないければならない法廷における、裁判官の決定に従うことを求めている。さらに、警察留置処分を受けた人の医療上の監視も命じられている。これらの条項は、警察留置処分を共和国検事の統制の下に位置付ける効果を有する刑事訴訟法典、あるいは、同法第六四条にしたがって、もし当事者が要求するならば、二四時間以内に受けられる医学的検査を要求している刑事訴訟法典の一般的な射程の規範に由来する保障に付加されるものである。したがって、新刑訴法第七〇六―二三条の条項は、憲法第六六条に違反しない。

このように判断することで、警察留置処分や医学的検診について、刑事訴訟法典の一般的な規定が本条によっても排除されないことを明らかにした。

31 CC 86—214・1986年9月3日…通常法律（刑罰の適用に関する法律）…元老院議員団

本法第四条は、「行刑裁判官の決定は、司法行政措置である。本法第七二〇—一条、第七二三条、第七三—三条、第七三〇条の各条で定められている措置の一つに関する決定は、共和国検事の求めにより、すべての有益な聴聞を行い、意見書を要求したあとに、非訟事件を担当する評議部において判決を下す軽罪裁判所に、またもしそれらがその請求をしたならば、民刑事担当の法廷に付託される。」と定める刑事訴訟法典第七三三—一条を挿入するものであった。付託者は、本法が、防禦権の尊重という憲法原則と矛盾する条項を含まないことを確認するよう憲法院に求めた。すなわち、直接的な違憲の主張は行われなかった。これに対し憲法院は、次のように判断した。

④本法第四条に由来する刑事訴訟法典第七三三—一条は、防禦権尊重の要求を満たしている。実際、共和国検事に対して、評議部でそれを決定する軽罪裁判所、あるいは必要であれば少年裁判所に対して付託することをゆだねること、第七三三—一条は、権限ある裁判所は、すべての有益な事情聴取を行い、それらの意見書、そしてもしそれらのものがそうすることを求めるのであれば、民刑事担当の法廷での証言を聴取した後でのみ、その決定を下しうるということを明らかにしている。これらの条項は、防禦権尊重の原則に従い、共和国検事によってなされた訴えを、受刑者に通知することを含んでいる。最後に、本条は、軽罪裁判所または少年裁判所の決定が、破壊申立の対象になりうると予定している。

このように判断することで、憲法院は、刑の軽減等の審査の場合に通知を受けられることや、それに関する決定が上訴の対象となることを明らかにしている。なお本件付託は、解釈留保を要求する付託と見ることができ、さらに、憲法

院がそれにこたえて解釈留保を付したといえる。その意味で、解釈留保の定着を示す一つの例である。

32 C C 86 — 215 D C … 1986年9月3日…通常法律（犯罪行為と犯罪への對抗に関する法律）…元老院議員団

本法第十九条は、「一九八六年一〇月一日から施行される本法第五条から第九条を除き、本法は、直ちに適用される。いずれにせよ、本法第一〇条と一二条とは、本法律が施行された後に宣言された有罪の場合にしか適用されえない」と定めていた。付託者らは、本法律全体について、厳格かつ明らかに不可欠の刑罰しか立法者は定めえないという原則の尊重と、防禦権を尊重していることを確認するように求めた。つまり本件でも、先に見た31事件と同様に、付託者らによって個別の条文に対する直接的な違憲の主張は行われなかった。憲法院は、前者の問題について第二理由付けから第一二理由付けで、後者の問題について第一三理由付け以下で判断しており、本法第十九条については、特に第二一理由付け以下で判断を示している。具体的には、第二一理由付けで法文の確認、第二二理由付けで人権宣言第八条を参照、第二三理由付けで、この規定は、処罰を目的として裁判所によって宣言される刑罰のみならず、自由剥奪刑を受けた者に、仮釈放や外出許可などに関する規定の適用を認めない期間を設定するものである保安期間にも拡大されること、そのような有罪性の評価は、より厳格な刑事法の不遡及の原則に従い、犯行の日に現行であった法律についてしか適用されえないことを確認したうえで、次のように判断した。

②④かくして述べられた諸原則により、本法第十九条二項における、「法律の施行後に宣言された有罪」に対して立法者によってなされた言及は、その施行日より後になされた事実に対して述べられた宣言と理解されねばならない。他のすべての解釈は憲法に違反する。

このように判断することで、施行後に宣言された有罪とは、施行後になされた犯罪行為に対して宣言された有罪の意味に理解されねばならないことを明らかにした。

33 CC 86—216 DC…1986年9月3日…通常法律（フランスへの入国・滞在の条件に関する法律）…代議士団

外国人の入国条件について定めている四五—二六五八オールドナンス第五条は、フランスに入国するために、すべての外国人は以下の要件を備えなければならない、として各種の要件を掲げているものであったが、本法第一条一項は、その要件を定める第二号を、「国際協約と、コンセイユ・デタのデクレあるいはそれに関連するものによって定められる文書の制限の下で、一方で、その滞在の目的と条件、他方で、もし必要があれば、その生活手段とその帰国の保障」と改めることを定めていた。また、本法第一条二項は、同オールドナンス第五条五項について、「フランスの領土へのアクセスは、その存在が公序に対する脅威を構成する、または入国禁止あるいは国外追放の対象となったことのあるすべての外国人に対して、拒否されうる」と改めていた。同じく本法第一条三項は、同オールドナンス第五条最終項について、「入国拒否の決定は、諮問機関が一日の執行猶予を求めた場合を除いて、直ちに執行される。入国拒否に直面した外国人は、刑務所の運営に属しない部屋に、第三五条の二で予定された条件の下で、その出発までに厳格に必要な期間、留め置かれる」と改めていた。付託者らは、入国拒否に直接執行される性格を与えており、適切な裁判の保障なしに、亡命権を侵害する余地のある裁量権を警察権に委ねたままにしていると主張した。これに対して憲法院は次のように判断した。

⑥たとえ法律が沈黙している場合であってもその尊重が必要である、憲法第五⁽²⁰⁾条によって定められている諸規範は、とりわけ一九六七年のニューヨーク議定書によって修正された、難民の地位に関する一九五一年ジュネーブ協定

といった、国内法秩序の中に導入された条約と議定書とに適用される。それぞれの権限の範囲内で、それらの国際条約の適用を監視することは、多様な国家機関に属する。付託書の書き手が主張するのは反対に、かくしていかなる適用除外もこの法律のなかに記されていない。それゆえ、一九四六年憲法第四項⁽²⁰⁾に対するいかなる誤解も、本法第一条から引き出されえない。主張はそれゆえ、基礎づけられない。

このように判断することで、本法律の諸規定が、国際条約の下にあることを確認し、その適用に歯止めをかけたものである。

34 C C 86 – 217 D C .. 1986年9月18日 .. 通常法律（コミュニケーションの自由に関する法律） .. 代議士団

本法第二八条は、地上波または衛星波⁽²¹⁾によって放送される視聴覚コミュニケーション役務の営業は、コミュニケーションと自由に関する全国委員会⁽²¹⁾によって定められ、許可保持者によって同意された特別の義務の尊重に従うといったことを定め、第二九条は、地上波によるラジオ放送役務の放送のための周波数利用許可を授与する条件を定めたもので、第八項はその許可要件を列挙していた。また第三〇条は、衛星波によるテレビ放送役務に割り当てられる周波数利用許可を授与する条件を定めたもので、第四項はその許可要件を列挙していた。付託者らは、この条項はその内容についてあいまいであり、さらに、介入の分野について不十分に定めていると主張した。これに対して憲法院は次のように判断した。

②本法第二八条から第三一条は、委員会に対して、優先的に「意見流通の多元的表現」を保護することを義務付けて

いる、本法第一条と第三条によって示された原則の下で解釈されねばならない。とりわけ、所与の地帯において、唯一の周波数しかないという仮説の下で、（放送の）許可を受けたものに対して、意見や見解の自由で多元的な表現の流通を確保することを目的とする義務を課することは、委員会に属する。同様の義務は、複数の周波数が存在するのに多元主義の保障が満たされない場合にも命じられる。本法第二八条から第三一条の適用のために委員会に裁量的権限を委ねるところに導く、本法第一条と第三条によって定められている命令的な範囲の尊重に従うことのない他のすべての解釈は、憲法に違反する。

②③さらに、それらの権限の行使において、委員会は、すべての行政権と同様に、国家の行政行為について議会に責任を負う政府によってであれ、それに利害を有するすべての人によってであれ適用されうる、合法性の統制に従う。

このように判断することで、本法第二八条から第三一条は、第一条と第三条の枠組みの中でのみ適用されることを明らかにするとともに、委員会の活動は合法性の統制に従うことを明らかにしている。

次に、本法第一四条は、次のように定めていた。

第一四条第一項 コミュニケーションと自由に関する全国委員会は、すべての適切な手段によって、国営番組制作会

社と、本法によって視聴覚コミュニケーション業務のために交付された許可の保持者によって放送されている広告放送番組の目的、内容、方法について統制権を行使する。

第二項 政治的性格を有する広告放送は、選挙戦の期間外にしか放送されえない。

第三項 本条第一項及び第二項に対するすべての違反行為は、選挙法典第190—1条で定められている罰

で罰しうる。

付託者らは、政党に対して政治的な性格の広告メッセージを放送する可能性を開放することで、政党間の財源の不均衡に由来する不平等を政党間に作り出し、これはそれ自体で、平等原則や、憲法第四条に反するものであると主張した。これに対し憲法院は、次のように判断した。

⑥委員会に対して「すべての適切な手段によって、国营番組制作会社と、本法によって視聴覚コミュニケーション役務のために交付された許可の保持者によって放送されている広告放送番組の目的、内容、方法」について統制する使命を与えることで、立法者は委員会に対して、本法第二十七条一項によって予定された、コンセイユ・デタのデクレの条項を尊重して、意見や見解の多様な流通という、民主主義的な表現のありようを保障する規範を定めるように間違ったことなく促しているということが、本法第一四条と第二十七条一項の条項の組み合わせから明らかとなる。本法第一条と第三条によって示された原則に従って、この要請を尊重することは、政治的性格の広告放送が、とりわけそれが有する財政力を理由にして何らかの特権を与えうるものであることを妨げる。これらの条件において、平等原則違反に由来する批判は、支持されない。

このように判断することで、多様な見解の流通を確保しようとするとともに、財力により政治的な広告の量が左右されることを抑えようとしている。

第三に、本法第四条は、「コミュニケーションと自由に関する全国委員会は、大臣会議のデクレによって以下から任

命される一三人の構成員からなる独立行政機関である。」としたうえで、大統領と各院の議長がそれぞれ二人ずつ計六人、コンセイユ・デタの構成員または名誉構成員で、少なくとも評定官の階級に達したコンセイユ・デタの構成員から選出された者一人、破毀院の評定官または名誉評定官、あるいは破毀院付検事局検事で、少なくとも評定官あるいは次席検事の階級に達した破毀院構成員から選出された者一人、会計検査院の評定官あるいは名誉評定官で、少なくとも主任評定官の階級に達した構成員から選出された者一人、アカデミー・フランセーズの会員から選出された同会の会員一人、計一〇人の委員が、テレビ・映画製作部門、電信部門、文字メディア部門からさらに各一人を選出し、全部で一三人の委員が選ばれるものとしていた。これに対して憲法院は、次のように判断した。⁽²¹⁾

⑨6他方で、委員会は独立行政機関である。かくしてこの機関に与えられた独立性は、原則として、意見と見解の自由な通信と、社会文化的表現の流通の多元性を守るところにとりわけ結びついている憲法的価値の目的とのあいだで行われる調整に適合するものであるが、その独立性は、立法者の意思そのものにおいて、コンセイユ・デタ、破毀院、会計検査院によって指名される委員会の構成員が、これらの団体において、選出を行う日に業務を行っているメンバーによってもつばら選ばれることを含意している。

このように判断することで、大臣会議のデクレなどによる自由な指名の可能性を一切排除し、コンセイユ・デタなどによって選出されたものが直ちに本委員会の構成員になることを明らかにした。

35 CC 86 — 225 DC — 1987年1月23日…通常法律（社会秩序に多様な措置をもたらす法律）…代議士団、元老院議員団

本法第四条は、その第一項で、社会保障法典第八一四—二条として、「老齢者に関する制度により、最低年齢に達し、都市部、…に、デクレによって定められた期間と条件の下で居住しているもので、前条において定められている上限を下回る財産を有しているものは、補足的手当を加算して支給される」と挿入した。第二項は、社会保障法典第八一三—五条が、同法七五—一条を参照している後に、「そこに居住している者、あるいは、デクレによって定められている期間と条件の下で、海外県、サン・ピエール・エ・ミクロン、あるいはマヨットに居住している者」と挿入した。第三項は、社会保障法典第八二—一条一項の、「七五—一条」の文言の後に、「そこに居住している者、あるいは、デクレによって定められている期間と条件の下で、海外県、サン・ピエール・エ・ミクロン、あるいはマヨットに居住している者」という文言を挿入するものであった。具体的には、特別手当や、連帯のための国民基金の補足的手当、成人障害者のための手当の支給に、最低居住期間を設けたことになる。付託者らは、これは憲法第二条に定める平等原則に反することなどを主張した。これについて、憲法院は第一六理由付けで、憲法第四条は、一九四六年憲法前文第一一項を確認したものであるとしうえで、次のように判断した。

⑰これは、立法者に対してであれ、政府に対してであれ、それぞれの権限に従って、一九四六年憲法前文第一一項によつて宣言された原則を尊重して、これらの適用方法を決定することを命じている。本法第四条に予定されているそれぞれの場合において、先に見た憲法前文の条項を問題にしない方法で、そしてそのために、当事者が享受する余地のある多様な援助手当を考慮することで居住条件の期間を定めることは、命令権に属する。これ以外のすべての解釈は憲法に違反する。

⑱上で述べられた留保の下で、第四条は違憲ではない。

このように判断することで、実際に要件を設定する際に、一九四六年憲法前文第一一項の原則の遵守が要求されることを明らかにしたものである。

次に、本法第二三条は、七〇―一三一八法律に、第二五―一条から第二五―六条を挿入するものであった。そのうち第二五―三条は、「自由労働を行う医師は、直接にその報酬を受け取るか、あるいは病院勤務職員の仲介によって受け取るかを選択することができる。自由労働は、デクレによって定められた条件において、医師による病院への納付金の支払いを引き起こす」と定めていた。付託者らは、本条が平等原則に違反すると主張した。これについて憲法院は次のように判断した。

⑳これらの条項は、法律によって提示された条件を満たす医師全体に対して、公役務の利益がそれを妨げないものであるならば、自由な診療の契約の締結を求める同一の権利を開放している。それゆえ、法律の前の市民の平等原則に違反しない。法律によって設けられた、公役務の組織と職に関する規範に違反する制度は、以下の限りで、公負担の前の平等原則をさらに誤解しているところに導かれない。すなわち、自由な資格で診察する医師は、与えられた役務のための使用料を病院施設に対して払い込むよう拘束されている。与えられた役務の使用料は、用いた技術的な設備や場所の使用料のみならず、施設によって提示された人の人件費に相当するものでなければならぬ。結局、自由診療契約を結んでいない医師は、本法第一六条三項に従って、増大した社会的保護を享受する。

このように判断することにより、自由診療をする医師が支払う使用料の内容を明らかにするとともに、その契約を結んでいない医師に与えられる保護を明らかにしている。

判決主文において、「上で述べた留保の下で、その他の条項は憲法に違反しない」と述べた。

36 CC 87 – 228 DC .. 1987年6月26日 .. 組織法律（第一級の職に任命された司法官の状況について） .. 首相（義務的付託）
本判決は、組織法律に対して解釈留保が付された最初の事例である。はじめに、本法が制定された背景について、若干説明しておく。司法官の地位に関する五八―一二七〇オールドナンスを適用する五八―一二七七オールドナンスの第二〇条は、その第一項で「昇進を得るに価すると判断された司法官は、アルファベット順に記載される」と定め、第二項では「委員会は、議事録に記載される決定によって、その候補者記載の効果を、第一級のいなし複数の職に限定することができる。この決定は公表されない。この決定は、階級的な方法によって、当事者に伝達される」と定めていた。この伝達行為を欠いた司法官の指名について、コンセイユ・デタが五八―一二七七デクレに定められた要件を満たしていないとして、それを無効とした。本法は、そこで問題となった指名を有効化するために制定されたものである。

本法は単一条からなり、「本組織法律施行以前にデクレによって行なわれ、そしてその日までに無効判決の対象となっていない第一級の役職への司法官の指名は有効化される。これらの指名は、その指名が、関係する司法官が昇進一覧表に記載されることに伴う限界に関連しない、あるいはそれらの司法官が昇進一覧表に記載される方法が、適用しうる法令の条項に適合しない場合に、有効化される。②本組織法律施行日以前に第一級の役職についたが、その指名が無効判決の対象となった司法官によってなされた諸行為は、その違法性が当事者である司法官の指名以外の理由による場合を除いて、有効化される」と定めていた。組織法律の義務的付託をうけた憲法院は、次のように判断した。

⑥「適用しうる法律の条項に適合しない」ような、昇進一覧表への司法官の記載方法を有効にすることで、立法者は、単純に、先に見た一九五八年二月二日のデクレの、第二〇条二項によってなされた適用を対象とすることのみを欲している。

このように判断することで、本法によって指名が有効化される範囲を、コンセイユ・デタの判決で無効とされた領域に限定したものである。

37 CC 87—230 DC—1987年7月28日…通常法律（社会秩序に多様な措置をもたらす法律）…代議士団

本法第八九条は、その第一項で、「国家、地方公共団体、公役務に従事するものによってなされた役務の欠勤に対する給与削減に関する八二—八八九法律第一条、第二条、第三条、第五条、第六条は、廃止される」と定め、第二項は、「結局、以下の条文が復活する。一九六一年予算法律第四条、六一—八二五法律。また、七七—八二六法律、八二—八八九法律第五条、第六条は廃止される。その起草において六三—七七七法律第六条に由来する労働法典第152—16条と、先に見た八二—八八九法律第三条は、修正される。」と定めていた。すなわち本条は、八二—八八九法律を廃止し、旧法に戻すことなどを定めていたことになる。これにより、第一に、特別の地位を与えられた官公庁職員や公務員に、月々清算される給与を受けているすべての人と同様に、公務の兼職についてレグルマンによって定められた方法に従い、一日の仕事のうち何らかの部分についてなされた役務が欠如すれば、そのレグルマンによって不可分性が課されている給与の一部と同額の金額が天引きされると定めているレグルマンが適用されるようになった。この規範を適用するために、公務員らが勤務時間の一部または全部についてその職を行うのを差し控えた場合、そして勤務時間中は勤務をしたけれ

ども、その職に結びついた役務の義務の全部または一部を執行しないとときに、なされた役務がないと定めていた。すなわち、公務員等の欠勤や役務義務の部分的不執行の場合、それに見合う額が、給与のうち家族扶養手当を除いた分から天引きで削減されることとなった。

第二に、本法八九条によって、一九七三年一月二日の七三―二法律に付属する労働法典第⁽²⁴⁾五二―一六条が復活することとなった。これにより、給与と家族扶養のための手当以外の手当から、合議にもとづく労働の中止に起因する役務の欠勤については、それに比例する給与の削減がなされることとなった。すなわち、報酬の種類が何であれ、労働日数より少ない期間の労働の中止は、その日数に対応する報酬と同額の天引きを引き起こすのである。付託者らは、本条は憲法上認められた権利⁽²⁵⁾の行使に対して金銭的な制裁を課せうとするものであることや、公共財政から導かれる原則に対応していないことなどから、その目的において違憲であること、また、公役務の行使に直接関係せず、それゆえ公共財政の規則に従わない私法の適用を受ける公務員（*agents de droit privé*）にも適用が及ぶので、その適用領域からしても違憲であるなどと主張した。これに対し憲法院は次のように判断した。

⑩公務員がその勤務時間の全部または一部において勤務することを控えたとき、あるいは、その勤務時間中は勤務をしたものの、法律やレグルマンにおいてその職位と結びついている役務の義務の全部または一部を執行しなかったときに、なされた役務がないということが明らかにされているとしても、これら役務の不執行の確認が、懲戒手続においてなされるような、公務員個人の行動に対するいかなる評価も含んではならないものであるからには、これら役務の不執行となつて現れるこれら二つの理由のいずれも、懲戒的サンクションの性格を、月給からの天引きに与える効果を持たえない。結局、とりわけ役務の義務に関する場合において、その不執行は公務員の行動に対する評価をもた

らす必要がないほど実的に証明されうるような、十分に明らかなるものであることが必要である。個別の適用措置において遵守されねばならないこれらの条件と、公務員が通常の裁判による救済手段を自由に使えることを尊重するという条件の下で、給与の天引きは会計上の射程の措置にとどまる。この控除は、その正当化とその適用条件とを考慮して、ストライキ権を侵害しない。

このように判断することで、給与の天引きが懲戒的性格を持たず、ストライキ権を侵害するものではないことを明らかにした。

38 C C 87 - 237 D C .. 1987年12月30日 .. 通常法律 (1988年予算法律) .. 元老院議員団

本法第六八条は、課税一般法典に、第二三三―A条から第二三三―Q条を追加するものであった。そのうち第二三三―L条は、課税一般法典の第一編第一部第一節第二章に、「第二二四条Aの条項は、同じグループ内の会社によって、ほかのグループ会社に対して割り当てられた配当金の額には適用されない。第六項(a)一九八七年二月一六日以降に行われる合併あるいはそれと類似する取引の結果として、本法第二〇九条第二項の適用でその繰越が許される赤字で、そのグループ入りする前に出資を受けた側の会社によって控除されなかったものは、予算を担当する大臣の認可の下で、そしてその認可によって定められる限界の下で、その会社の将来の利益に対して繰越されうる。グループ内のある一社が他社から出資を受けるとき、出資をする会社の赤字、あるいは出資を受ける会社の赤字で、合併またはそれと類似する取引以前に、あるいはその取引履行日に償却されていない赤字は、予算を担当する大臣の承認の下で、そしてその承認によって定められる限界の下で、グループ会社の将来の利益に対して繰越されうる」と定める第八セクション

を補完することを定めていた。この、合併時等に有利な税制を受けるために大臣の承認を要するという点について、付託者らは、大臣に対して国税上の承認権を委ねたもので立法者が大臣に対して課税権を再委任したものであるから、憲法第三四条に違反すると主張した。これに対し憲法院は、次のように判断した。

①法律によって定められたそのほかの基準が欠如しているので、承認の要求は結局、憲法第三四条によって法律にしか属していない、税上の特権の適用領域を定める権力を、大臣の権限に委ねたものでない。ここで考慮されている場合において、承認の要求は、予算を担当する大臣に対して、立法者によって追求された目的にしたがい、問題となっている再構成（リストラ）、グループ化あるいは出資が、法律によって定められた条件を満足するかどうかを確認する権力を委ねたのみである。かくして、法律の適用に必要なそれぞれの措置をとることを、担当する大臣の権限に委ねようとしただけのものである、付託者たる代議士団によって異議を唱えられた条項は、あらゆる性格の租税の基礎、成立及びその徴収の態様に関する規範を定めることを立法者に委ねた憲法第三四条を誤解していない。

このように判断することで、大臣の認可権は裁量的なものではなく、法律上定められている要件を満たすかどうか確認する機械的権限でしかないことを明らかにした。

39 CC 87 – 235 DC .. 1988年1月5日 .. 組織法律（共和国大統領の普通選挙に関する組織法律を修正する法律） .. 首相（義務的付託）

本法第一条は、七六一五二八法律と八三一〇九六法律によって修正された、大統領の普通選挙に関する組織法律の

価値を有する六二―一二九二法律第三條二項を、「このリストは、少なくとも第一回投票の一八日前に、少なくとも五〇〇人の国会議員、州会、県会、パリ市議会、海外領土の議会の各議員または市町村長によって、憲法院に送付された推薦を考慮して、憲法院によってあらかじめ確立される。候補者は、推薦の署名者の中に、それらのうちの一〇人以上が同じ県あるいは海外領土で選出された者であることなしに、少なくとも三〇以上の県あるいは海外領土から選出された者が署名している場合にしか、リストに登録されえない」と定めるものであった。義務的な付託を受けた憲法院は、これに対して次のように判断した。

②七六―一二二法律によってマヨットに、そして八五―五九五法律によってサンピエール・エ・ミクロンの地位にもたらされた修正にもかかわらず、七六―五二八組織法律の条項を繰り返すところに限定されたことで、本法は、これらの地方団体の中で選挙による公選職についているものから、大統領選挙の候補者を推薦する権利を授権された市民の資格を奪うことを欲しておらず、（もし奪うならば）このことはさらに、平等原則に違反することになる。

このように判断することで、マヨットとサンピエール・エ・ミクロンが、海外県から特別地方公共団体（collectivité territoriale à statut particulier）に変更されたことは、大統領候補者の推薦人を出す資格に変動をもたしていないことを明らかにした。

40 C C 87 — 232 D C … 1988年1月7日…通常法律（全国農業金融公庫の農業共済組合化に関する法律）…元老院議員団、

代議士団

本法は、「農業金融公庫」という組織について、名称はそのままに、株式会社化することを定めていた。本法第一条は、新会社が、旧法人の資産および権利義務の一切を承継すること、本法第四条は、国家が、同条が列挙したものに対して新会社の株式をすべて売却しうることを、売却条件は八六―九一二法律、いわゆる民営化法律の枠組みに従うこと、第五条は、売却価格の決定においても八六―九一二法律の枠組みに従うことを定めていた。また第八条二項は、「取締役会は、レジオン農業相互信用金庫の取締役の資格を有さねばならない社長を選出し、⁽²¹⁶⁾ 会社の指導（執行部）を確保するものにする副社長を指名する。副社長の指名は、国家によって利子補給される貸付の配分権がその会社に専属的に割り当てられているからには、財政と農業を担当する大臣の承認に従う。」と定めていた。これに対して、付託者らによって、一方で、私部門に移転された公企業の価値のすべての正確な評価を禁じている点において、他方で、私部門に独占を与えられた公役務を割り当てることを許している点において、違憲であると主張された。後者については、具体的に、利子補給される貸付の分配の分野で全国公庫に認められた独占は、公庫の価値の本質的要素であるとされ、それゆえ、この独占の維持が廃止かについて影響を与える不明瞭さは、国家によって提示される株式の価格を定めることを不可能にし、結局、公部門の企業を私部門に移転することに関係する憲法上の要求を満足しないと主張された。これに対して憲法院は、次のように判断した。

②⑥ 企業の価値に対するすべての評価は、多くの場合において、大きく不確かなものになりうる、確実でないデータを考慮することを含んでいる。したがってたとえその評価が困難なものであったとしても、それは不可能ではない。公

部門から私部門に移転される企業の価格に関する憲法的価値の原則を満足するためには、その評価が適切な技法を尊重するなかで、客観的かつ公正な方法で行われることで十分である。

②⑦この観点からすると、現在審査されている法律の第四条と第五条とは、新会社株式の取得方法や譲渡価格について、民営化の方法に関する八六―九一二法律の条項を参照している。たとえ本法第五条が、八六―九一二法律が予定していたことと異なり、株式の取得者が支払いの猶予を受ける可能性を考慮したとしても、万一の場合、買い手に与えられた支払い猶予によって買い手が受ける利益を考慮することは、譲渡価格を評価し決定することに責任を有する組織や機関に属する。

②⑧現在審査されている法律の第八条二項は、憲法上の要求について、全国農業金融公庫の株式譲渡価格の決定を不可能にする効力を持ちえないということは、このことによる。

このように判断することで、企業価値の判断において客観的かつ公正な判断が求められること、譲渡価格の設定において、支払い猶予による受益分を考慮しうることを明らかにした。

41 C C 87―240 D C…1988年1月19日…通常法律（証券取引諸法典）…代議士団

本法第一三条は、一九六七年の六七―八三三法律第五条の前に、「第五A条第一項 その使命の執行を確実にするために、証券取引委員会は、授権された係官に対して、特別の議決により、資金公募会社、金融機関、銀行取引仲介業者、証券会社、そして有価証券や上場されている金融商品、期日変動式または投資一任契約を保障している契約を競合して結んでいる個人に対して、調査をさせることができる。調査を担当する係官への授権は、コンセイユ・デタのデクレに

よって定められた方法に従い、証券取引委員会の長によって与えられる。第五B条 証券取引委員会は、授権された係官に対して、同様に、特別の議決によって、これらの調査を、資金公募会社を支配している人と、商事会社に関する六六―五三七法律第三五七―一条と第三五七―三条に適合する連結（決算）の対象となる子会社に対して行いうる」と定める第五A条と第五B条を挿入することを定めていた。付託者らは、調査を行うことを授権された公務員は、警察官でも証取委のメンバーでもないことがありうるし、それらの授権は、目的についても期間についても限定されておらず、さらに、調査を行うように命じる証取委によって行使される使命も十分に明らかではないことなどを指摘し、本法は市民の権利を守るために必要な保障を伴っていないと批判した。これに対し憲法院は、次のように判断した。

⑤一九六七年九月二八日オルドナンスに付加された第五A条の適用により授権された係官に委ねられた諸権力が、行政的調査を導くところに限定されるということは、法律の準備作業によって明らかにされた、本法第一三条のテキストに由来する。これらの係官は、すべての文書と、そしてそこがもっぱらその利用に充てられているという条件のもとで、すべての職業活動がおこなわれている場所にアクセスする。しかしながら、彼らは、いかなる金銭の差押の可能性も持たず、いかなる家宅捜索や付託もなしえない。調査を受ける人が、授権された公務員の使命の行使を妨げたとしても、このような抵抗は、場合によっては本法第一五条による一九六七年九月二八日オルドナンス第一〇条最終項によって予定された刑事制裁の適用を引き起こしうるものでしかない。

このように判断することで、本件調査は行政目的の調査に限定されていることを明らかにするとともに、その結果として強制的な捜索などができることを明らかにした。

次に、本法第一四条は、六七―八三オールドナンス第五条二項を、「これらの係官は、次のような第三者を対象として、彼らの任務を行使するのに有益なすべての情報を収集することができる。調査がもたらされる証券、金融商品、各種契約の振出人の会計のために、あるいは委員会の統制のもとにある市場に参加した個人の会計のために、取引を遂行したものの。」と改めることを定めていた。付託者らは、本条についても、第三条と同様の問題があると主張した。これに対して憲法院は、次のように判断した。

⑨本法第一四条は、単に、授権された係官に対して、彼らの指名する第三者を対象として、彼らの使命を行うに際して有益なすべての情報を集めることを許している。その目的を理由として、このような条項は、刑事的制裁がないのと同様に、授権された係官に対して、家宅搜索や付託を行うことも、何らかの金銭の差押をもたらし行為をすることも許しえない。

このように判断することで、係官の行使しうる権限を限定した。

42 C C 88―242 D C・1988年3月10日・組織法律（政治生活の財政的透明性に関する組織法律）・・首相（義務的付託）

本法第一条は、共和国大統領候補者に対して、憲法院に対して財産状況を宣言した封書を提出すること、その職を満了しあるいは辞職する時に同様の書類を提出し、それが官報に公表されることを要求していた。また本法第二条から第四条は、大統領選のための選挙費用を規制する目的を有していた。このうち本法第四条二項は、六二―一二九二法律第三条五項を、「彼らに適用しうる選挙支出の上限額の二〇分の一と等しい額が、一括補償として候補者に払い戻される。

この額は、第一回投票で投じられた票のうち五％を獲得した各候補者については、上限額の四分の一に増額される。その額は、その選挙会計報告においてあとづけられた候補者の支出額を超過することができない。前段で定められた一括補償金の払い戻しは、先に見た前段第二文の規定に合致しない候補者には実行されえない」と定めていた。義務的付託を受けた憲法院は、これに対して、次のように判断した。

⑥上で分析された諸条項は、選挙の支出に対する国家による払い戻し措置が、自然人ないし法人を豊かにするところに導かない限りで、憲法的価値のいかなる規範にも原則にも違反しない。

このように判断することで、払い戻しの額が、候補者の支出以下にとどまらねばならないことを確認した。

なお、第一四理由付けにおいて、第一三五―一条の三項、四項、五項と第一三五―二条は、組織法律の枠外にあるとした上で、第一五理由付けで、組織法律の効力を有する第二八条一項、第一三五―一条一項、二項も、法律の効力を有する第一三五―一条の三項、四項、五項と第一三五―二条も、憲法に違反しないと述べている。これにより、これらの条項は、組織法律の中に含まれているものの、組織法律の性格を含まないことを明らかにしている。これは、見方によつては、法律の形式に関する解釈留保と見ることもできる。すなわち、該当する条項については、将来改正する際に、組織法律の形式による必要がないということである。

判決本文において、「組織法律の性格を有するものであれ、通常法律の性格を有するものであれ、憲法に違反しない」と述べている。

43 CC 88-250 DC・1988年12月29日通常法律（1988年補正予算法律）・・代議士団

本法第四七条は、「一九八三年三月一日から一九八七年二月八日の間になされた、ブルージュ都市圏都市交通単一目的市町村協同組合を援助するための、輸送に関する出資金の徴収は、有効化される」と定めていた。これは、一九八七年一月一三日のコンセイユ・デタ判決が、その徴収を無効と判断したのに対抗して定められたものである。付託者らは、規範の一般的な射程を修正するのではなく、特定の状況を対象としているものである点で、本条が平等原則に反していると主張した。これに対して憲法院は次のように判断した。

⑰本条は、訴訟について判決したコンセイユ・デタによって違法と宣言された、協同組合への交付を有効にはしない。本法律によって行われた有効化は、市町村協同組合を構成するコミュニティが、その出資金の払い込みがなされたときに、法的に要求されている一〇万人の住民という閾値に法的に到達していない、ということから引き出された訴訟理由を無効力化すること以外の射程を持たない、ということが、議会における議論から明らかになる。本法律は、既判力を有する裁判の判決から生ずる諸権利であれ、抑圧的性格のテキストの不遡及の原則であれ、侵害することを許しているものとして解釈されない。

⑱これらの条件のもとで、そして一九八七年一月一三日のコンセイユ・デタ判決によって明らかにされた市町村共同組合固有の状況のもとで、本法第四七条は、平等原則も、その他の憲法的価値の原則や諸規範も誤解しない。

このように判断することで、本法律による有効化の射程を限定した。

44 CC 88 — 248 DC — 1989年1月17日…通常法律（通信の自由に関する86 — 1067法律を修正する法律）…代議士団

本法第十九条は、八六 — 一〇六七法律第四二条を、新第四二条と、第四二 — 一条から第四二 — 一条に改めることを定めていた。そのうち、第四二 — 一条は、「視聴覚コミュニケーション役務を展開するための許可の保持者が、上で言及された義務を尊重せず、または、保持者に向けられた催告に従わない場合には、視聴覚上級評議院は、その違背に対して、その重大性に応じて、以下の制裁の一つを宣言することができる。一 催告を経た後、最高一ヶ月間の、視聴覚コミュニケーション役務許可の停止または一部番組の停止。二 一年を上限とする、許可期間の縮減。三 違背が刑事罰を構成するほどではない場合に、役務の許可あるいはプログラムの一部の停止を伴う、金銭上の制裁。四 許可の撤回。」と定め、第四二 — 一条は、「金銭上の制裁の額は、過去直近の一二箇月で計算された、税金を除く総収入の三%を超えることのない範囲内で、なされた違背の重大さと、許可された役務において、違背行為から導かれた利益との関係によって決定されなければならない。同じ義務に対する違反を繰り返した場合には、制裁額の上限は上記総収入の五%とする。」と定めるものであった。付託者らは、制裁を引き起こしうる違反行為について明確に定めることなしに罰金を定めていることを指摘し、行政的制裁の原則が認められるとしても、これらの条文は、罪刑法定主義を定める人権宣言第八条に違反するし、同様に、公的自由を行使するために市民に与えられる基本的保障を定めることを法律に留保している憲法第三四条にも反すると主張した。これに対して憲法院は、次のように判断した。

③⑧ 視聴覚上級評議院に割り当てられた制裁権は、本法第四二 — 三条と第四二 — 九条によって規定されている場合に限って、視聴覚コミュニケーション役務を営業するための許可を保持しているものが、法律ないしレグルマンのテキストによって、そして本法第一条が定める原則によって、彼らに課されている義務を尊重するよう催促された後で、

そして当事者が上述の義務を尊重し、あるいは彼らに差し向けられた督促に従うことを怠った場合にしか行使される余地がない。制裁されうる義務は、法律の文言に由来する義務、あるいは、立法者によって定められた範囲内において、視聴覚役務のさまざまなカテゴリーの義務を決定している一般規則を定める法律またはレグルマンのテキストを適用した許可決定によって、その尊重が明らかに課せられているものに由来する義務に限られる。

③⁹上で言及された解釈の留保の下で、本法第四二―一条と第四二―二条とは、人権宣言第八条にも、立法者の権限の範囲を定める憲法第三四条にも、違反しない。

このように判断することによって、視聴覚上級評議院が、制裁をもって強制しうる義務の内容を限定した。

45 CC 89―257 DC¹⁹⁸⁹年7月25日…通常法律（労働法典の修正と、経済的事由の解雇の予防及び配置転換権に関する

法律）…元老院議員団

本法第二九条は、労働法典に、第三二―一五条として「代表的労働組合組織は、裁判所において、賃労働者のため、本法典第三二―一六条三項の対象となる、経済的事由の解雇、または労働契約の破棄を管理する法律、レグルマンあるいは協約の条項に由来するすべての裁判上の訴えを、当事者からの委任の証明を義務付けられることなしに行いうる。この委任は受領通知付き書留によって連絡されねばならず、組合組織が賃労働者にその意思を伝えた日から一五日の期間に異議申し立てがあつてはならない。²⁸この期間満了から、労働組合組織は使用者に対して、受領通知付き書留によって、訴訟を提起するその意思を送付する。賃労働者は常に、組合によって開始された訴訟に参加しうる」と挿入することを定めていた。付託者らは、この条文が賃労働者の自由、とりわけ良心の自由を侵害していると主張した。これに対

し憲法院は、次のように判断した。

②⑥組合組織に対する賃労働者の自由を尊重するためのこのような条項は、行われる訴訟の性格と目的、その同意の射程、そして賃労働者がその訴訟をいつでも終わらせることが認められることに關するすべての有益な記述が、当事者に送られる書簡の中に含まれている、ということの意味している。その訴訟を開始するとき、賃労働者が上に言及されたことを含む書簡を個人的に知ったことを組合が証明しない限り、賃労働者の暗黙の同意は得られたものとみなされない。本法第二九条が賃労働者の個人の自由に関連しないのは、これらの留保の下でのみである。

このように判断することで、労働組合から賃労働者に対して送られる書簡が含むべき内容を明らかにし、組合側の活動の自由に一定の枠をはめた。

46 CC 89 – 260 DC .. 1989年7月28日 .. 通常法律（金融市場の安全と透明性に関する法律） .. 元老院議員団

本法第五条は、証券取引委員会に関する六七 – 八三三オールドナンス第九条以下に、条文を追加することを定めていた。それにより追加された第九 – 一二条は、次のように定めていた。

第九 – 一二条第一項 前条で対象とされた違反行為を行った者に対して、証券取引委員会は、対審手続のあとで、以

下の制裁を宣言することが⁽²⁸⁾できる。

第一号 一〇〇〇万フランを越えない金銭的制裁。

第二号 利益があつた場合に、その利益の総額の一〇倍を超えない金銭的制裁。金銭的制裁の総額は、犯された違反の重大性と、それらの違反から引き出されたアドバンテージあるいは利益に対応したものでなければならぬ。

第二項 当事者は、代理され、補佐されう。

第三項 証券取引委員会は、同様に、それが指定する雑誌あるいは出版物に、その決定を公表するように命じることができる。金銭的制裁の場合、費用は当事者によって負担される。

第四項 証券取引委員会の決定は、理由付けられる。金銭的制裁の場合、その額は国庫に納められる。

付託者は、刑事制裁とみなされうる金銭上の制裁の存在は、二重処罰の禁止という憲法原則に反すると主張した。これに対し憲法院は、次のように判断した。

②② それでもなお証券取引委員会に対して、違法行為を行った本人によって実現された利益の総額の一〇倍までに至りうる、同一の事実を理由として宣言される刑事制裁と累加される余地があり、そして刑事制裁自体と同一額に至りうる金銭的制裁を宣言する可能性が認められている。この二重の手続きの可能性が、かくしてサンクションの併合を導くとしても、比例性の原則は、いずれにせよ、場合によつて宣告される制裁の総額が、課せられるサンクションのひとつの最高額を超えないことを含んでいる。それゆえ、修正された一九六七年オールドナンスの条項の適用における、この要求の尊重を監視することは、権限ある行政機関と司法権に属する。

②③ この留保の下で、付託された法律の第五条は違憲ではない。

このように判断することで、刑事罰と行政罰の併科は可能であるが、しかし併科された金銭的処分の総額が、刑事罰または行政罰の単一の処罰の最高額を超過してはならないことを明らかにしている。

47 CC 89 — 268 DC — 1989年12月29日…通常法律（1990年予算法律）…代議士団、元老院議員団

本法第一〇五—一—二条は、課税一般法典第九〇D条に、「本店がフランスの外にある法人は、その本籍地がフランスであれ外国であれ、実効的な指令の本部をフランスの外に有する法人とみなされる。それらの不動産あるいは不動産権の保有者である法人、またはそれ自体で不動産あるいは不動産権の保持者であり、出資の連鎖に名義を貸した第三の法人における出資の保持者である法人において、いかなる形式と比率においてであれ、出資分担を保持しているすべての法人は、名義貸し法人によってフランスの不動産あるいは不動産権を有しているとみなされる。この条項は、名義を貸している法人の数がどうであれ、適用される」と付け足すものであった。付託者らは、本条の解釈的な性格が、破棄裁判官に保障された憲法上の独立を侵害することなどを指摘した。これに対し憲法院は、次のように判断した。

⑧0 法律的価値を有する民法典第二条の条項を除いて、立法者は、一般的利益の理由のために、税務当局や裁判官が適用する使命を有している諸規範を適及的に修正しうる。いずれにせよ、税務関連立法の適及的適用は、二重の限界に直面する。一方で、人権宣言第八条で示された、抑圧的諸法律の不適及原則に従って、税務関連の適及的法律は、旧法律のもとでは規制されていなかった、新条項の公布以前になされた新条項上の不正行為により、納税者に制裁を科すことを許しえない。他方で、税務に関する法律の適及的適用は、過去の、既判力を有する裁判の判決によって諸権利が認められている納税者に損害を与えない。

⑧1 本件で、立法者は、税務に関する一定の条項について、遡及的效果をもってその射程を明らかにすることで、その結果が国家にとって損害を与える結果となるところに導く争訟が展開されることを回避しようと望んだ。第一〇五条のテキストのなかには、既判力を有する過去の裁判の諸判決で、納税者のほうが有利になるような形で生じた諸権利を侵害するものは何もない。本法律は、抑圧的性格の法律の不遡及原則に違反しない。かくして、本法第一〇五条第五パラグラフに対して主張された不満は退けられる。

このように判断することで、本条の規定にかかわらず、既判力のある判決の効力は維持されることを明らかにしている。

次に、本法第一〇八条一項は、課税一般法典課税手続編第L一六―B条を修正するもので、同条第二項第二文のあとに、「裁判官は、自らが考慮し、本件でその証拠が搜索されたところの、不正な活動の存在を推定させる事実的法律的諸要素を示すことによって、その判決を理由付ける。もし捜査の際に、授權された係官が、金融機関のなかで、搜索を受けている場所を占有している人が保持者であり、第一項の対象となる不正行為とかかわりのある書類または文書がそこに存在する可能性のある金庫の存在を発見したならば、係官らは、オールドナンスを解釈する裁判官によって、すべての手段で付与された許可のもとで、直ちに金庫の搜索を行うことができる。この許可の記載は、第四項で予定されている調書の対象となる」と付け足すものであった。なお本条は、課税手続編第L三八条と、関税法典第六四条二項aを、同様の条項に改めることも定めていた。次に本法第一〇八条五項は、次のように定めていた。²⁰⁾

第一〇八条第五項 課税手続法典第L一六―B条と第L三八条に基づいて、一九八九年二月三十一日以前になされた

搜索の過程で収集された情報データや、押収された文書、書類は、その搜索を許可したオルドナンスが、本条第一項の一号または第二項の三号で予定されている理由付けを含んでいるならば、課税のための証拠として有効であり、そして今後とも有効でありうる。

搜索場所を除くすべての金庫や車両の搜索を許可しているが、そのような搜索がなされなかった場合の、一九八九年一月三十一日以前になされた取締の場合も同様である。

前二項の条項は、先に見た第一六―Ｂ条に基づいて発せられたオルドナンスが、同条第一項で述べている係官の存在に加えて、税務行政の補助係官の参加を認めている場合にも、等しく適用される。

付託者らは、これらの諸条項について、憲法第六六条により、オルドナンスの理由付けにもたらされた拘束と、そして同様に、裁判官に対して、すべての手段によって、金融機関における直接の搜索を許すことを認めた権限が与えられていることを批判した。これに対して憲法院は次のように判断した。

⑨⑥裁判官に対して、自らに付される許可要求がしつかり基礎付けられる具体的方法の確認を義務付ける条項を現行のものとして維持しているものである本法第一〇八条は、「裁判官は、自らが考慮した事実的法的諸要素―本件では、証明が要求されている不正な行為の存在を推定させるままにするものである事実や法―を示すことで、その判決を理由付ける」と述べている。これらの記述は、個人の自由の原則と、税務上の不正に対する戦いの必要性との間の調整を保障している、いかなる憲法上の要求も誤解していない。書類を審理し、オルドナンスを発する裁判官に、その統

制のもとで、立法院によって定められた仮説の範囲内において、補足的調査を行なう許可を願い出る可能性を、行政係官のために予定しておくことも同様である。その場合、補足的な許可の記載は、対審の下で作成される調査にもたらされることを法律は予定している。それは、その活動の方法や展開を記載している。これは、司法機関に対して、現行のものにとどまっている課税手続編第L一六―B条と第L三八条、関税法典第六四条の諸条項によって宣言されている保障全体と同様に、これら最新の規定の尊重を監視することを課している。

このように判断することで、司法機関に対してこれらの内容を尊重することが課されていることを明らかにし、それゆえ、憲法第六六条二項に違反しないと判断したものである。

判決はさらに、一九八九年二月三十一日以前になされた諸活動について、次のように判断している。

⑨本法第一〇八条は、既判力を有する過去の裁判所の判決から生じた諸権利も、より厳格な罪刑を決定する刑事法律の不遡及原則も、いずれも侵害することを許すものとして解釈されえない。さらに、諸活動の有効化を、オールドナンスが認めた場合、また、住居の搜索やすべての金庫や車両に対する搜索が行われていないという条件の下で、これらの搜索の場合に限定したという事実から、差別を構成するところから遠く、反対に、当事者の諸権利がいかなる形態でも影響されないという考慮のもとで、有効化措置の効果を制限するという配慮がなされている。

このように判断することで、本法による遡及効の範囲を限定した。

- (205) 本条が参照している刑事訴訟法典の各条文は、警察留置の一般的な方法や期限などに関する規定である。
- (206) 言語は *juge de l'application des peines* である。山口編『法辞典』によれば、受刑者に対し刑事制裁の執行により贖罪させるとともに、その社会復帰を準備させるために、一方では、保護観察官の協力を得て保護観察付き執行猶予処分執行を監督し、また他方では、施設内での執行については刑の軽減、外出許可、半自由の許可など行刑態様の決定について広い権限を与えられた大審裁判所の裁判官のことである。
- (207) 原語は *mesure d'administration judiciaire* である。山口編『法辞典』によれば、裁判機関の運営に関する非裁判的な措置で、係属事件の配分などの包括的なものと、事前手続終了命令のような個別事件を機会とするものがある。これに對しては、原則として不服申し立てができない。
- (208) これらの条文は、刑の軽減や仮釈放などについて定めている。
- (209) 過去に批准されたまたは承認された条約もしくは協定は、他方当事国による各条約もしくは各協定の施行を留保要件として、公示後直ちに、法律に優越する権威をもつ。
- (210) 自山のための活動を理山として迫害を受けた者はすべて、共和国の領土内で庇護を受ける権利を持つ。
- (211) 原語は *la commission nationale de la communication et des libertés* である。なおフランスにおける放送役務に対する規制の変遷についてまとめたものとして、高山直也「フランスのテレビ放送と多元主義の原則」『外国の立法』二二六号（二〇〇八年）一七三頁以下がある。
- (212) なお本条については、第九五理由付けにおいて、「大臣会議の」デクレという部分が憲法一三条四項に違反するとして、当該部分について違憲の判断を受けている。従って本条は、憲法院によって、一部違憲であると同時に、解釈留保を要すると判断されていたこととなる。
- (213) 五八一―二七七デクレのことである。
- (214) この条文は、六三―七七法律第六条の条文が、労働法典に法典化されたもので、内容は同一である。
- (215) ストライキ権を主に指している。
- (216) 国家が利子の一部を負担する貸付のこと。国家による補助金的性格を有することになる。
- (217) *Conseil d'Etat*, 1/4 SSR, du 13 novembre 1987, 70754. なおこの事件は、このような組合を設立するためには、一〇万

人以上の住人が必要であるところ、本件組合は、出資金の払い込みがなされた時点で、最新の国勢調査ベースでそれに満たなかった。そのため、出資金の払い込みが無効と判断されたという事案であった。

(218) 異議の申立があれば、委任は認められないという趣旨である。

(219) 前条である、第九十一条は、証券取引委員会が、市場の働きをゆがめるようなレグルマンに対する違反行為に、中止命令を出しうることを定めていた。

(220) 課税手続編第三八条については主に本条第二項に、関税法典第六四条二項aについては主に本条第三項に、それぞれ必要な修正を加えた条文となっている。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇六年九月二五日授与）に補筆したものである。

住宅賃貸借法の日韓比較

——居住福祉法学的考察⁽¹⁾——

吉田 邦彦

一．序——光州（全南大学）訪問の目的から

（一）（二つの目的）日韓の住宅賃貸法比較の機会が与えられ、大変光栄であるが、私が韓国全羅道光州市の全南大学

に参った理由について、まず説明したい。すなわち、それは二つあり、その第一は、補償問題との関係である。韓国学生の前で話す機会は、二度目であるが、前回のテーマは、「日韓補償問題と民法」だった。⁽²⁾ 私の大学がある北海道は、今でこそ観光地で、雪祭りとか知床の世界遺産とかを皆さんイメージされるかも知れないが、戦時中は、数多くの韓国・朝鮮人が、過酷な労働のために駆り出され、その「強制連行・労働」については、従来数多くの訴訟も提起され、そうした問題に代表される戦後責任といわれる国際的補償問題につき、この一〇年余り私は取り組んできたが、近時は、その国内的問題として、今年八月には、済州島の四・三事件につき調査し、今回初めて、(本日この講義の直前に)光州事件(一九八〇年五月一八日に始まる事件)の追跡調査として、望月洞^(マツモツドウ)の墓地にもお参りしてきたという次第である。

そして第二は、日韓民法の比較法で、最も著名な鄭鐘休教授の大学に一度参りたかったということで、先生には、六年間にわたる京都大学での留学の成果を十二分に発揮された(日本の民法研究者にとっても)必読の文献のほかに、先生と実際ゆつくり議論させていただくと、着実な歴史的研究を残しておられ、また敬虔なクリスチャンとしての原⁽⁵⁾理的研究の深みとか、改めて多大な刺激を受けている。「灯台元暗し」という諺が日本にはあるが、韓国の皆さんは、日韓架橋のバイオニア的民法研究者としての先生の偉さをご存知だろうか(しかも、時代の先を読み、また「反骨の精神」をお持ちの先生は、もし光州事件に居合せたならば、どうなっていただろうかと思うと、先生を京都で生かしたことは、神の采配として、韓国民法学を救ったとも私は考える次第である)。そのような先生に拙い講義の通訳をお願いできる幸せをかみしめつつ、以下日韓の住宅賃貸借の問題状況を、——「居住福祉法学的観点から」というフィルターを通して——概略してみたいと思う。

(二) (日本民法学の「学説継受」問題と韓国民法) ところで、ここには民法の初学者も多いということで、日本の民法学の経緯の特殊性およびそれとの関係での前述の鄭教授の「韓国民法の比較法的研究」の概略を述べておきたい。す

なわち、約一〇〇年前に制定・施行された日本民法典は、それがフランス・イギリスに留学した、梅謙次郎、富井政章、穂積陳重の三名の手になったことからわかるように、主にイギリス法（判例法）およびフランス法の影響のもとに出来上がった。しかし二〇世紀になった頃（一九〇〇年頃）には既に、「日本法の母法は、ドイツ法である」という神話ができあがることになり、民法をやるのなら、ドイツ法を学べということで、こぞってドイツ留学に出かけ、「ドイツ法にあらざるは、法にあらざる」という雰囲気醸成されて、ここに鄭教授の恩師の北川善太郎先生が分析された、ドイツ法学の継受（いわゆる「学説継受」）という日本民法学史上興味深い事態が生じ、本来の日本民法の条文に不自然な形で、ドイツ学説が、接合されるという無理のある民法解釈が、各所で生ずることになった。そしてこのような構造的問題は、我妻民法学まで基本的に維持された。

しかし戦後、とくに一九六〇年頃から、私の恩師の星野英一先生を中心として、こうした状況の修正が各場面で行われることになり、今では、外国法としては、フランス法、英米法との比較法的考察がそれ以前よりも濃厚になっているわけだが（なお、民法法解釈方法論との関係では、川島武宜博士などの存在もあり、アメリカのリアリズム法学の影響も少なくなかった）、これとの関係で韓国民法はどうなるのか。鄭教授の基本的なモチーフは、我妻法学まで温存された「学説継受」問題は、今の日本民法学以上に韓国民法典に現れることになったとされるわけであり（この概略の実証的に緻密な分析は、同書（注4）参照）、このような研究は、日本の民法研究者にとっても興味深く、我々にとっても必見とされる所以である。従って、韓国では、本日列席されている成升鉉教授（近時債務不履行法によるドイツ法制史的な優れた研究を発表されている）などのように、日本よりはるかにドイツ民法研究の蓄積が豊かであることも、こうした日韓の相違を如実に反映していると思われる。

(1) 本稿は、韓国・光州市の全南大学法科大学校において、二〇〇九年十一月一日午後三時から行われた同名タイトルの講義に基づくものである。授業時間を提供してこのような貴重な機会を与えてくださった、鄭鍾休教授及び成升鉉教授、とくに通訳の労を取ってくださった鄭教授には、深甚の謝意を表したい。なお、本論文での引用は、本講義に際しての全南大学側の要望として、私自身の見方を示すようにということもあり、また限られた時間内でのスピーチを補充するものとして、私・吉田のものを中心とした注になっていることを最初にお断りしておきたい。(本稿の韓国語訳(鄭鍾休教授訳)は、全南大学校法学研究所発行の法学論叢二九卷二号(二〇〇九年十二月刊)四七一頁以下に収められている。)

(2) この講義を再現して公表したものが、吉田邦彦「日韓補償問題と民法(不法行為法・時効法)(二)」「(三・完)」書斎の窓五七五号～五七七号(二〇〇八)である。

(3) このささやかな成果としては、吉田邦彦・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題(有斐閣、二〇〇六)六章以下参照。

(4) 鄭鍾休・韓国民法典の比較法的考察(創文社、一九八九)。

(5) 例えば、鄭鍾休・歴史の中の民法(教育科学社、一九九四)、同編・改訂版慣習調査報告書(韓国法制研究院、二〇〇〇)。

(6) 詳しくは、北川善太郎・日本法学の歴史と理論——民法学を中心として(日本評論社、一九六八)参照。

(7) 日本民法学の動向については、さしあたり、星野英一「民法学史(二)」(四・完)法学教室八～一二号(一九八二)

〔同・民法講義総論(有斐閣、一九八三)に所収〕参照。

(8) この点は、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論(有斐閣、二〇〇〇)一章など参照。

二. 「居住福祉法学の観点」の問題意識⁽⁹⁾

(一) (第一の問題意識：視野の拡充)——「賃貸借問題の部分性」まずここでは、「居住福祉法学」の観点から、日韓の居住法学(特に住宅賃貸借)の法比較を行うのであるが、あまり聞きなれない「居住福祉法学」の問題意識は何かに

ついて、説明しておこう。その第一は、近時の民法学の傾向とも関係するが、どうも民法研究者は、社会の現実の要請に疎くなり、民法学と現場の問題が乖離・遊離しているのではないかということである。

これまで、民法学者が、居住法・住宅法として、従来イメージするのは、ここでテーマとする「住宅賃貸借法」だけであった。その現実的必要性・重要性は否定しない（しかも後述するように、日本の場合には、同法の状況には、根本的な問題をはらんでいる）。しかし、衣食住と言われるように、生活の三本柱の一翼を担う居住問題は、それだけではなく、民法学者はそれ以外の現代の重要な居住法学問題をも取り込んだ民法学にすべきだと、ここでは主張したいのである（われわれの恩師の時代に（例えば、鈴木祿弥博士や星野博士の頃）、借地借家の問題が、今よりも前面に出て、民法（契約法）の講義のかなりを占めたということは、終戦直後焼け野原となり、今よりも住宅事情に困難があり、借家問題という形で当時の社会要請に对应していたのであるから、そのアクチュアリティは否定されるべきではない）。換言すれば、賃貸借法は、確かに今なお重要であるけれども、その居住（福祉）法学上の問題においては、「部分的地位」しか占めないことを認識しておくべきであるということである。

（二）（賃貸借以外の重要な居住法学問題の数々）それでは、居住福祉法学の具体的な問題群としてどのようなものがあるかという点、第一に、「マンション（韓国では、アパート）管理問題」をまず挙げられ、一昔前に比べると、確かに持ち家が増えており（日本では、約六割を占める）、とくに、建物区分所有法（マンション法）などの持つ意味は、飛躍的に上昇している。特に韓国においては、マンション（アパート）王国であり、それを巡る議論の必要性は、高まるばかりであり、そういうことで、全南大学に参る前の全北大学における韓日土地法学会での報告では、マンション紛争に関する報告をさせていただいた。^⑩すなわち、マンション管理に関しては、子供やピアノの騒音、ペット問題、ベランダ（バルコニー）の使い方、駐車場問題などいろいろ裁判例は出ているが、目下もっとも深刻なのは、老朽化マン

ションの建替え問題で（さらに、一九九五年の神戸大震災との関連では、被災マンションについても建替えについても多くの議論がある）、深刻な居住問題を日本では生起させている。近時業界圧力により建替え要件が緩和されたこともあり、「終の棲家」と信じてマンション居住を続けた高齢者が、十分な補償もなく、路頭に迷い健康も害するという事態が生じているのである（そしてこの点では、日韓では——マンション（アパート）居住者への「開発利益の均霑」という点で——大きな相違があり、韓国では、建替え（再建築）に関して、日本のような悲劇は生まれていない（紛争も深刻ではない）ということにも留意しておきたい）⁽¹¹⁾（またそれは、日本の賃貸借の場合の立退き料システム〔これは賃借人への開発利益の均霑の表れと見うる〕と比較しても、土地所有者ないし開発業者に開発利益が集中する仕組みになっており、バランスが取れていない）。

第二に、「ホームレス問題（野宿者問題）」は、世界不況のあおりを受ける昨今では、大きな社会的課題である。一九九〇年代半ばあたりから、雇用市場の性格が大きく変化して、（派遣労働者のような）非正規雇用が増え、近時の不況の影響から多くの者が「雇止め」ということになり、⁽¹²⁾それとともに居住場所も失うという、ワーキングプア、ハウジングプアの問題とともに、ホームレス問題は切実になっている（そうした問題の皺寄せを最も受けているのは、日系ブラジル人などの外国人労働者であり、事態は深刻化しており、⁽¹³⁾こうした「社会的排除（social exclusion）問題は、ホームレスの人々への処遇の仕方と通ずるものがあり、二一世紀が多文化時代・グローバル化時代であることに鑑みて、現状への再考が求められるのではないか）。ホームレスの問題につき、民法問題として語るとはまだ皆無に近い状況だが（アメリカ法学などでは、公法・私法を問わず議論の蓄積があり、彼我の違いを痛感する領域である）、空間に関する所有権の捉え方に関わる民法（所有法）問題であることを認識すべきである（W・ブラックストン流の「排他的・専属的・私的所有権」⁽¹⁴⁾で、空間が覆われるならば、ホームレスの居場所はないことになる）。また本問題は日本の低所得

者向けの公共賃貸政策の乏しさ（後述する）の裏返しでもあり、居住福祉法学の一環をなすわけである（公共賃貸につき状況が異なる韓国のホームレス問題はどうか）。

また第三に、「災害復興（およびそれに関わる居住補償）」の問題も、地震列島といわれる日本では、重要な居住所有権の課題であるが、これまでの居住法学がほとんど論じなかったことも、おかしなことである。（そして地球温暖化の影響を受けて、また乱伐など国土荒廃などもあり）水害など自然災害はアジア各国で増加の一途を辿っているから、広域的な居住福祉課題であろうが、この点でも日本法の状況は、大きな問題を孕んでいる（そしてこれらは「不可抗力」問題と性質決定されるためか、従来の民法学研究は及んでおらず、社会の要請に応えているとは思われない）。端的にその問題とは、被災住宅の損害について、公共的支援をしないというところであり（一九九五年一月の神戸震災（阪神・淡路大震災）では直ちに五〇〇〇人も被災者が死亡する住宅災害とも言うべきもので、その後生じた火災も相俟って多くの者が路頭に焼け出されることとなった。しかしそれにもかかわらず本来の破壊家屋の修繕・再建に公金は使うべきではないという行政先例の可笑しさは、この時ほど目立ったことはないが、先例は基本的に動かなかった。その後こうした状況に憤慨した被災者の市民運動を母体に、平成一〇（一九九八）年に「被災者生活再建支援法」が制定され（しかしそれは市民原案とは、かけ離れるものであった）、同一九（二〇〇七）年改正で要件は緩和されても、なおその適用による公金拠出は制限的なものである）、公金拠出の論拠は、住宅所有権をどう観念するかということに関わる——日本では、それは純粹に私的なものと観念され、公的補助は、私財の蓄積に繋がるからまずいという理屈である——から、「狭隘な所有権理解」ということで、実は民法問題（所有権問題）と前記行政先例とは、密接不可分の関係にあることを忘れるべきではない。そして、こうした処理は、市場社会のメカ力的存在であるアメリカ合衆国での被害対応（例えば、二〇〇五年八月のルイジアナ州を襲ったハリケーン・カトリーナの水害被害に対する公金拠出の寛大さ）と比較

してみても、皮肉な事態であり、日本では、先進諸国の中で最も自己責任的処理がなされているわけである（被災者への対応は、『避難所、仮設住宅、復興住宅』という形で進むが、上記の不合理は、二年間の時限付きで建てられる仮設住宅の建設・解体に一戸当たり、五〇〇万円ほど費やされる（結局それは後に残らない）こと、上記住宅の提供の仕方如何では、居住コミュニティが確保されずに被災者は分断状況となり（神戸震災の場合は、まさにそうだった）、「孤独死」が今も跡を絶たないことなども併せて考えると、問題状況はさらに倍加されよう¹⁵⁾。

さらに、第四の問題群として、近時深刻な「中山間地の居住福祉」ないし「地方都市空洞化の再生」の問題を考えてみよう。その前提理解として、「住宅法」とは言わず、「居住福祉法¹⁶⁾学」ということの含意として、住宅確保の重要性は言うを俟たないとして、「居住」は、①「住宅」のハードだけに等置・還元できるものではなく、さらに、②「生業」(職業に就いていること)、③「近隣コミュニティ」の存在、④「医療・福祉施設」(さらには、介護ヘルパーなどへのアクセス)、⑤「消費や外食店舗の状況」(百貨店ないし昔ながらの店舗の継続)、⑥「交通手段の確保」(特に高齢者は、自動車の運転が覚束なくなるので、公共交通機関が重要である)、⑦「教育環境」などを総合的に見て、トータルにその存立を考える必要があるということである。

そしてこれとの関係で、わが国で深刻なのは、小泉政権時の地方自治の構造改革としての「(平成の)大合併」(その実質は、基礎自治体の数を減らすことによる公務員のリストラに他ならない)により、多くの基礎自治体が消滅させられ、マンモスのような自治体が各地で生じ、周縁部の村落の過疎化が進行し、居住福祉上深刻な影響が出て、地域間格差は拡大した¹⁶⁾。また、経済法(取引法)の分野で、公正取引委員会は、規制緩和策を遂行し、それが大型店舗(全国チェーン)の「群雄割拠」を許し、それが従来の小規模店舗を崩壊させ、日本の地方都市の「中心市街地」は、どこでも「シャッター通り」と化し、この点でも深刻な事態となっている。数年前から私は、しばしば韓国を訪れるようになり、この国

の諸都市では、小規模店舗が活況を呈しているのを目撃して、ある意味タイムスリップしたかの如き状況に、日韓の相違を痛感しつつ、羨望の眼差しを持ったものであったが、今回訪ねた全州・光州の二都市の中心市街地を歩いてみて、急速に事態は変わりつつあり、小規模店舗には、閑古鳥が鳴き、「シャッター通り」化していることにショックを受けている（全北大学の知人によれば、食堂（レストラン）は別として、小規模店舗は壊滅状況だとのことであった）。その意味は、上記項目に照らし、（i）そうした店主は、「生業」（②）を失い、（ii）町なか居住者は、自動車が使えない高齢者が増えて（日本ではこうした傾向が顕著である）、郊外的大型スーパーに行けない（⑥の点）となると、近くに消費・買い物をする場所もない（⑤の点）ということになるわけである。（iii）また過疎高齢化が進むと、学校などでも存立できなくなり、元氣ある子育て世代は、そこには生活できないという悪循環も止まらなくなる（⑦の点）。（iv）さらに、そうした車中心の街づくりは、欧米でも（環境面からも）批判が集まっているところであり、「コンパクト・シティー化」の方向に時代の趨勢はあるということにも留意が必要であろう。というわけで、この問題群における規制緩和の構造改革が居住福祉にもたらす甚大な帰結を早期に察知して、韓国社会においては、日本の轍を踏まずに、早めに「規制強化策」を草の根で作る機運が生じて来ることを願ってやまない。

なお、ここに論じたことは、居住福祉法学という民法とは別分野の話のように受け取られる向きもあるかもしれないが、そんなことはない。これは、「取引的不法行為」ないし「営業侵害の不法行為」の領域であり、まさしく私が民法研究を開始した分野であり、その際には、「競争秩序」ないし「不正競争」と言っても、そう簡単に一方向的に捉えることはできず、既存の静的取引秩序及び動的取引秩序の兼ね合いによる微妙な衡量によることも既に分析したとおりである。⁽¹⁸⁾それを居住福祉法学の見地から若干の肉付けをしたものとして受け取られたい。

最後に第五として、韓国との関係で逸することができないのは、「居住差別」という問題群である。既に述べた外国

人労働者の居住環境も一種の居住差別であるが、戦時中の強制連行などでできあがった在日コミュニティに対する強制立ち退きの事例など（その代表的なものが、京都ウトロのそれである）がその典型であり、深刻な居住福祉侵害事例であって、これまで国連から警告を受けてきたこともあったが、民法領域ではあまり知られていなかったのも不思議なことである。⁽¹⁹⁾ 法的には、「不法占拠」ということであるが、裁判例では、戦後数十年居住継続してきて、「取得時効」の有無が問題とされた（しかし、「時効と登記」に関する判例法理などあり、なかなかそれは認められない）。考えてみると、こうした事例は、好きで無権限占有をしているわけではなく、「都市非正規占有者（urban informality; urban squatters）」の問題として、典型的な故意的「不法占拠」とは区別して捉えることが必要であり、また「第三世界」ではこうした占有者への対処は、経済政策として重要とされていて、所有権限の積極的再配分政策（例えば、ペルーのように六三〇万人もの非正規占有者に所有権限を取得させていることが注目される。これはいわば、取得時効の弾力的運用のようなものである）⁽²⁰⁾ が大きな居住福祉法學問題であることにも、注意しておこう。

（二）（第二の問題意識：居住問題に関する市場への公的介入・支援の必要性）以上に、居住福祉法學の問題群を随時列挙してみたが、慧眼な皆さんは、ここに共通する私の居住問題へのアプローチの基本的姿勢を感じ取られたかもしれない。それはすなわち、居住問題の公共性に留意して、居住弱者への法的支援に関心を払う視角である。換言すれば、これは、住宅・居住問題を市場メカニズム（商品交換の世界）に委ねることへの懐疑ということであり、私の所有法の問題意識（特に人格的所有理論の立場）の居住法字版である。戦後所有理論として、数十年来君臨してきた川島理論は、「商品交換法」としての所有論であり、市場主義的な所有論として、言い換えることができるが、現代社会においては、さまざまな軋みが出ていて、居住領域では、何故かそれが最も純粋に貫かれているふしがあり（それゆえに、住宅は、生活保障の基盤であるにもかかわらず、わが国では、それは「私的な問題」「個人の甲斐性の問題」とする発想があま

りに強い)、その「商品化」問題も最も深刻に現れているというのが、私の問題意識なのである。⁽²¹⁾この点は、例えば、医療の扱いと比較してみるとよくわかり、日本では、医療供給の公共性にはある種のコンセンサスがあり、(そのさまざまな行き詰まりはともかく)これまで何とか国民皆保険の「包括的医療保険」が運用されているのは、市場主義的なアメリカの医療保障とはモデル的に対照的なのであるが、居住問題になると、途端に状況は逆転して、アメリカ以上に市場主義的に「商品化」させられていることに我々は気付かされるのである。

この点で、近時は、私法と公法との協働とか民法と憲法との相互関係という議論も盛んであるが、まさに居住福祉法学の分野こそ、こうしたアプローチが有用であることを意味している。ところが、こうしたわけかこうしたアプローチは、総論レベルに止まったり、景観権とか通行権とか部分的な領域についてのみ議論されたりするだけで、居住という肝心かなめの領域にメスが及ばず、市場主義的・私法的アプローチが何故か純化されていることの問題性を指摘しておきたいのである。

(9) これについては、吉田邦彦「居住法学問題の俯瞰図(一)」「(三・完)——住宅所有権・賃借権規制を巡るディレンマと公共的保護という観点からの再編」民事研修五四九～五五一号(二〇〇三)、同「アメリカの居住事情と法介入のあり方(一)」「(三・完)——居住隔離とレント・コントロール、居住適格保証、コミュニティ再生運動」民商法雑誌一二九巻一～三号(二〇〇三)(それぞれ、同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題(有斐閣、二〇〇六)一章、二章に所収)、同・居住福祉法学の構想(居住福祉ブックレット)(東信堂、二〇〇六)。また、早川和男・居住福祉(岩波新書)(岩波書店、一九九七)、早川和男・岡本祥浩・居住福祉の論理(東大出版会、一九九三)とくに序論、さらに、早川和男・吉田邦彦・岡本祥浩編・居住福祉学の構築(信山社、二〇〇六)、同編・ホームレス・強制立ち退きと居住福祉(信山社、二〇〇七)、早川和男・吉田邦彦・野口定久編・中山間地の居住福祉(信山社、二〇〇八)も参照。

(10) 吉田邦彦「日本の共同所有法の諸問題——マンション紛争・入会紛争を中心として」(二〇〇九・一一・七)(第一九回韓日土地法学会報告〔於、全北大学〕)。その韓国語訳は、同学会学会誌に掲載される予定である。

(11) この点について、詳しくは、吉田邦彦「マンション(アパート)建替え問題の日韓比較——都市再開発との関連で」(鈴木道雄)民事法学への挑戦と新たな構築(創文社、二〇〇八)二六三頁以下、とくに二八五頁以下参照。

因みに、マンション管理に関する日本の根拠法律は、昭和三七(一九六二)年制定の建物区分所有法である。建替えに関する規定である同法六二条は、同五八(一九八三)年改正で挿入され(五分の四の特別多数決による)、さらに平成一四(二〇〇二)年改正では、第一に、同条の建替えをせずに修繕で済ませる場合に「過分の費用」がかかるという点の司法的チェックが排除され、第二に、団地の一括建替え制度が新設され(七〇条)、ここでは、団地全体の五分の四の特別多数決とともに要求される各棟の特別多数決は、三分の二に引き下げられた。(この点で、韓国は、一九八四年制定の集合建物の所有・管理法四七条が規定するが、同条の再建築に関する紛争および判例は、あまりないようで、本文に記した開発利益の均霑は、二〇〇二年制定の都市整備法などでなされていることが重要であろう。)

(12) これについて、例えば、湯浅誠・反貧困——「すべり台社会」からの脱出(岩波新書)(岩波書店、二〇〇八)二二頁では、一九九七年から二〇〇七年までに非正規雇用者は、五七四万人増加し、他方で、正規労働者は、四一九万人減少したことを指摘する。また、日本の低廉住宅の多くは、従来雇用契約とリンクした社宅という形で提供されたために、本文のようなハウジングブリア問題が深刻となるわけである。

(13) 例えば、豊田市保見が丘団地における「狭隘居住」の現場事情を描くものとして、鎌田慧「豊田市保見団地の日系ブラジル人①」④「週刊金曜日七四〇号、七四三号、七四六号、七四八号(二〇〇九)参照。目下日本社会には、三〇万人もの日系ブラジル人が居住しているが、二〇〇九年四月から始まった「帰国支援事業」(再入国しないという条件付きで、三〇万円を限度に帰国費用の支援をするという)ことである。なお、同年五月に、この条件に対する批判を受けて、再入国制限は、三年間という時限付きの運用となった)により、二〇〇九年一〇月現在で既に一万三〇〇〇人の日系ブラジル人が帰国したとされ、しかし帰国しても、ブラジル社会に馴染めず、再就職も難しいことが報告されている。また日本の日系ブラジル人の子弟のための学校は、約一〇〇校あったが、既に一六校が廃校を余儀なくされ、存続しているところも経営が厳しいことについては、朝日新聞(夕刊)(大阪版)二〇〇九年一月四日二一面参照。

- (14) 象徴的な事例として、ホームレス人口が集積する大阪・釜が崎の逸話として、そこでの公園は、フェンスで張り巡らされていて、子どもたちは町内会長から鍵を借りて、フェンスの一部のドアを開けて遊ぶという状況である(そうしないと、ホームレスの青テント生活者が公園の中に入り込むのを防止するというのがその理由の由である)。因みに、ホームレスを巡る空間規制に関する日本法(平成一四(二〇〇二)年のホームレス自立支援特別措置法)では、都市公園など公共施設とホームレスの起居の場所を相互排斥的にとらえる立場からの規定がある(二一条(適正化条項))。
- (15) 詳しくは、吉田邦彦「居住福祉法学から見た『弱者包有的災害復興』のあり方(上)(下)——補償問題を中心に」『法律時報八一巻九号、一〇号(二〇〇九)』同・都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」(有斐閣、近刊) 所収。参照。
- (16) その批判的考察としては、吉田邦彦・前掲居住福祉ブックレット(注9) 四三頁以下参照。
- (17) この点については、吉田邦彦「中心市街地再生と居住福祉法学の課題——青森・アトラント調査の事例から」協同の発行二〇〇号(二〇〇九) 同・前掲書(注15) 所収。参照。
- (18) この点は、とくに、吉田邦彦・債権侵害論再考(有斐閣、一九九二) 五八六頁以下、同・民法解釈と揺れ動く所有論(有斐閣、二〇〇〇) 前掲書(注8) 一〇章参照。
- (19) これについては、吉田邦彦「在日外国人問題と時効法学・戦後補償(五)」ジュリスト二二一九号(二〇〇二) 同・前掲書(注3) 四七二頁以下、また、斎藤正樹「京都ウトロ居住者の抱える問題——強制立退きと『居住の権利』」早川吉田岡本編・前掲書(ホームレス・強制立退きと居住福祉) (注9) 一四三頁以下参照。因みに、ジュリスト論文発表まで、京都ウトロ事件に関する判決の公表すら一件もない有様であったことも驚くべきことである。
- (20) 吉田邦彦「グローバル化時代における『都市非正規性・非公式性』(urban informality) の居住福祉法学的考察——龍教授の漢正街研究を発展させて」(二〇〇九年一〇月一八日)(中国・武漢大学における報告) は、このような見方を、武漢市漢正街地区の再開発に対する現状保護に応用したものである。なお、都市における非正規性地区の諸事例については、see, e.g. EDESO FERNANDES & ANN VARLEY EDS., ILLEGAL CITIES: LAW AND URBAN CHANGE IN DEVELOPING COUNTRIES (Zed Books, 1998); ANANYA ROY & NEZAR ALSATTAYED EDS., URBAN INFORMALITY: TRANSACTIONAL PERSPECTIVES FROM THE MIDDLE EAST, LATIN AMERICA, AND SOUTH ASIA (Lexington Books, 2004).

(21) これについて詳しくは、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論（有斐閣、二〇〇〇）（前掲書（注8）第七章参照。またこうした人格的所有理論の「非商品化」の方向性で、居住福祉分野を扱っていることは、同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（有斐閣、二〇〇六）（前掲書（注3）の「はしがき」を参照）。

三、日本の（居住）賃貸借の特色と課題

三―一 従来の賃借人保護の状況とバックラッシュ

(一) 以上の叙述から、従来住宅法として前面化していた賃貸借法が、居住法学の「部分的地位」を占めるにすぎないことが知られたと思うが、賃貸借法においても、居住者保護のあり方は、一面的・部分的・断片的であることを最初に要約的に述べておこう（なお、賃貸借法においても保護が一面的である理由としては、「低所得者保護の為の賃貸借法」が、包括的・理論的に分析されていないことを物語るように思われて、ひいては、これは一般的に「居住福祉法学の思想」すなわち、「居住の公的保護」を一般的に考えるという問題意識がないことと関係しているように思われる）。

すなわち、従来のわが賃貸借における居住者保護の議論は、①対抗力（借地借家法一〇条、三一条）及び②継続性の保護（とくに更新拒絶及び解約申し入れにおける「正当事由」要件によるそれ（同法六条、一八条）。また、債務不履行解除や無断転貸（賃借権譲渡）などによる解除（民法五四一条、六二二条）における「信賴関係破壊理論」（ないし「背信行為理論」）による絞り込みの判例）に集中しており、これらは、特別法（建物保護二関スル法律（明治四二（一九

○九) 年法律四〇号)、借地法(大正一〇(一九二二) 年法律四九号)、借家法(大正一〇(一九二二) 年法律五〇号)。以上は、平成三(一九九二) 年に借地借家法(同法律九〇号)にまとめられる)によって、賃借人保護のために大きく塗り替えられたと言える(そして、それにより、そうした特別法の適用の有無という点で、賃貸借が使用貸借かで、——単に、有償・無償の違いに止まらず——その法的効果は、大きく異なるわけである)。

(二) (賃借権の対抗力) 以下に分説すると、まず①の「賃貸借の対抗力」に関しては、民法六〇五条の賃借権の登記の規定は空文化したために、実質的に認められないのと同じになり、それを補うために、特別法で、借地ならば、建物の登記で、また、借家ならば、建物の引き渡しで足りることとされた(借地借家法一〇条、三一条。もとは、建物保護法一条、借家法一条)。

(三) (賃借権の継続性保護) また②の「継続性保護」の法制としては、第一に、「存続期間」を、借地の場合、伸張して法定する(三〇年(借地借家三条)。旧法では、やや複雑であり、堅固建物と非堅固建物とを区別していたが、ここでは省略する)。また借家の場合には、一年未満の期間は従来定めることができないものとされ(借地借家法、二九条一項)(その場合には、期間の定めがないことになり、六カ月以前に行うこととされる「解約申し入れ」(同法二七条)によることとなる)、最長は、二〇年とされた(民法六〇四条)(しかしこういう制限は、後述の定期借家権の場合には、及ばないこととされた)。

また第二に、「解約申し入れ」(期間満了の際の)「更新拒絶」には、「正当事由」が必要とされる(借地借家法六条、二八条。もとは、昭和一六(一九四二) 年改正により定められた、借地四条一項、六条二項、八条、借家一条ノ二に由来する²²⁾)。しかも、従来は、この「正当事由」がかなり厳格に解釈されて、当時の字句通りに「賃借人の自己使用の必要性」だけでは足りず、賃借人と賃借人との必要性の考量によることとされ、中々それありとは認められないこととさ

れ、これを前提に、立退料システムが事実上形成されてくる（判例法理。これはその後、借地借家法の明文として定められた）。

さらに第三に、債務不履行による解除（民法五四一条）、無断転貸による解除（民法六一二条）について、判例法理により制限的解釈が施された（信託関係破壊理論〔背信行為論〕）。また、土地の賃借権の譲渡の場合の承諾に代わる裁判所の許可を申請することができるようになった（昭和四一（一九六六）年の借地法改正（借地九条ノ二））。現在の借地借家一九条）。

なおこれとの関連で、その他、建物買取請求権（借地法四条二項。現在の借地借家一三条）、造作買取請求権（借家五条。現在の借地借家三三条では任意規定化された）では、賃借人の投下資本の回収が目指されており、賃借権保護（継続性保護）の関連制度ということができよう。

（四）（九〇年代以降の市場主義的バックラッシュ——定期賃借権）もつとも、こうした継続性保護に関しては、一九九〇年代以降に、市場主義的バックラッシュが起きたことを逸することはできないだろう。すなわち、上記の継続性保護の議論の展開は、住宅政策の不進捗の下での暫定的代替機能も持ったし、当時の第一線の民法学者（鈴木、星野、広中の各博士など）の大きな関心事となったが、住宅供給が、相対的に増大し、しかも、近年の規制緩和・市場主義の波に押されて、こうした「正当事由」要件（および建物買取請求権）を回避する借地借家類型も認められるにいたっているのである。

まず、過般の借地借家法の統一（平成三（一九九一）年）の際に、「定期借地権」が認められ（借地借家法、二二条以下）、さらに、平成一一（一九九九）年に多くの民法学者の反対にも拘らず、議員立法により、「定期借家権」が認められるにいたっている（借地借家三八条。良質な賃貸住宅の供給に関する特別措置法による）。なお、その後の同一九（二〇

〇七)年の改正で、「定期借地権」の規定が整備され、(i)「一般定期借地権」は、五〇年以上(二二条)、(ii)「事業用定期借地権」(郊外型レストラン、フランチャイズ店、量販店など)は、一〇年以上五〇年未満とされた(かつては、一〇年以上二〇年未満とされた(旧二四条)が、建物の減価償却期間との関係で短すぎるとの要望があり、それに対応し、また三〇年以上の場合かつては、普通借地権によるほかはなかったが、事業用に限り定期借地権の領域を拡大することとなった)(二三条)。

特に、定期借家権の方は、事態は深刻であり、その立法的当否の議論は多数ある。⁽²³⁾当時の同借家権推進の経済学者の議論は、正当事由制度を廃して、メニューを増やし、借家供給を潤沢にすることにより家賃は下降し、借家人の為に資するなどとされたのだが、借家人市場は、層をなしており、女性、高齢者、低所得者、人種的マイノリティなどで一律に論ずることはできなくなり、近時の非正規労働者ないしワーキングプアの急増との関係では、上記改正の問題性は、赤裸々になってきたといえるであろう。

このような立法がなされたしまった背景を述べるならば、立法過程が、従来の「法制審議会」一本主義が崩れて、圧力団体(主として業界サイドの圧力)の影響を受けやすくなったという変化も関係している。いわば、この面でアメリカ化しているのであり、しかもわが国の場合には、右寄りのロビイストのみ目立っており、経済学者(事業者サイドの論者ばかりで、低所得者の居住権を強化させるべく論陣をはる経済学者が皆無に近いのは、わが国の居住経済学の層の薄さを示しており、アメリカとも異なるところである。さらに、より根本的なこととして(経済学者は必ずしも正面に出さないが)、このような法変更は、開発利益を賃貸人(所有者)に、独占させるといふ政策的(政治的)立場(いわゆる所有権の絶対性)をとることを意味するが、どうして、貧富の格差が広がる今日において、その再分配を否定する保守的(右寄りの)立場が、時代錯誤的に説かれるのか、充分な議論もないままに立法されてしまっている(この点は、

鈴木論文が的確に指摘する⁽²⁴⁾。アメリカでは、まさしくこの点で、学界で数多くの政策論争がなされており、むしろ、開発利益を借家人側に分配する議論のほうが、有力なのである。

三―二 日本の賃貸借法の問題点――それ以外の場面の市場主義的処理

(一) 継続性保護の主軸の「正当事由」要件回避の市場主義へのバックラッシュについては、上述したので繰り返さないが、わが国の賃貸借法の問題状況は、賃貸借市場への公的介入、低所得者保護のための市場規制という政策的スタンスについて、包括的に理論的検討がなされておらず、――そのために「継続性保障」が理論的に公的介入になっていることにつき、どれだけ意識されたのか分らないが、そのような理論的立場は一貫されず、断片的保障にとどまり、――それ以外は、広く住宅市場メカニズムに賃貸借も投げいれられていることであるとまとめることができる。その限りで、諸外国（例えばアメリカ法）と比べて、議論は少なく、賃借人保護も弱いということである。もう少し具体的に説明すると、例えば、①対価性チェックは、あまりなされないし（それどころか、敷引き、権利金、更新料など様々な名目で金員授受も基本的に野放しである）、②居住の適格性に関する保証法理のようなものもない（また瑕疵担保の規定（民法五七〇条及びその有償契約への準用）によっても、あまり欠陥住宅へのチェックがなされたという風でもない）という具合である。

(二) (対価性チェックの欠如) すなわち、第一に、賃料(借賃)のコントロールは、弱い。増減額請求権のシステム(借地借家二一条、三二条〔借地二二条、借家七条〕)があるくらいである。しかしこれは、「事情変更の原則」の反映であり、継続的契約の特性に基づく、契約の柔軟な内容改訂の一環で捉えうる(なお、本条を使ってサブリース業者が、バ

ブル崩壊後、賃料減額請求する訴訟が相次ぎ、大きな問題となったことは、次述する。

ところであつては、地代家賃統制令があつた（昭和一四（一九三九）勅令七〇四号、同一五（一九四〇）年勅令六七八号、同一二（一九四六）年勅令四四三号。昭和二七（一九五二）年に法律化された）。しかしこれは、戦中・戦後の物価統制政策の一環であり、昭和二五（一九五〇）年以降は、新築建物について、適用除外が広く認められ、同六一（一九八六）年末に失効した。

従つてこの面では、比較的自由度が高く、敷金以外にも、権利金・保証金・更新料などの金員の授受が見られる（地域・建物などにより異なる）。対価面では、（アメリカ以上に）市場主義的性格が強く、その（賃借人〔消費者〕保護的）規制に関する議論が弱いのは、奇妙ですらある。これは、住宅に関する私財（甲斐性の現れ）としての見方の表れかとも思われる。これに対して、アメリカでは、レント・コントロールに関する多くの議論が蓄積されているのである（最近、市場化の波に押され気味ではあるが）。

なおこれとの関連で注目されるのは、①近時の裁判例で、消費者契約法を根拠として、更新料を無効とするものが現れている（京都地判平成二一年七月二三日判例集未登載、大阪高判平成二一年八月二七日判例集未登載〔消費者契約法一〇条違反とする〕）。ことである（反対、京都地判平成二〇年一月三〇日判時二〇一五号九四頁〔更新料一〇万。賃料月四万五〇〇〇円の事例で、賃料の補充として、ただちに相当性を欠くとは言えないとする〕）。これなどは、消費者契約法一〇条を俟たずとも、民法九〇条によつても、チェックできたものであろう。また、②神戸大震災との関係で、敷引き特約（関西地方などでは、契約終了時に、敷金〔賃料の数倍、一〇倍にもなることがあるとのこと〕の二―三割を控除する旨の取り決め）について、近時の判例は、大震災による建物滅失などで賃貸借が終了する場合には、適用されないとする（最判平成一〇年九月三日民集五二巻六号一四六七頁。下級審では分かれていた）であり、少数の適用肯定

例として、神戸地判平成七年八月八日判時一五四二号九四頁〔賃貸借成立の謝礼、定額賃料の代償、更新料、建物修繕費用、空室損料などの性質があり、合理性があるとする〕。しかし同判例は、震災以外には、それをそのまま追認している点では、なお批判的吟味が足りないように思う。

(三) (附——賃料保証特約の問題 (サブリース問題) ——保証金問題の延長線上で) 一九八〇年代のバブル期に、開発業者が、介在して建物建築させて、その後転貸人 (賃借人) となって、その際に、所有者の建築資金支払いに対応する形で、かなり高額の賃料を定め、賃料減額しない旨の「賃料保証特約」が結ばれた。しかし、その後、一九九〇年代半ばにバブルが崩壊して、借地借家法三二条の減額請求を求める事例が、近時相次いでいる (認容例として、最判平成一五年一〇月二一日民集五七巻九号一二二三頁など)。⁽²⁵⁾ 近時議論も多いので、ある種の対価コントロールの問題として、併せてここで扱ってみよう。

ただ、まずここで留意しなければならないのは、居住者 (転借人) との関係ではなく、開発業者 (サブリース業者) から所有者に対する減額請求ということで、通常の賃借人保護とは、事情が異なるということである。すなわち、①この場合は、家主は、(場合によっては地上げにも類似する形で) 建物を建てさせられた所有者であるのに対して、転貸人はデベロッパーであり、業として行う商事賃借人であり、力関係としては、後者のほうが強力で、開発のイニシアティブもとっている (いわば、前者は、建設協力者である) ということである。②こうした場合に、業者の予測に反してバブルが崩壊したこととの開発利益の減少の不利益を、相対的に取引弱者の賃貸人に (特約に反して) どれだけ転嫁できるかということであり、③しかも、居住者たる転借人には、近隣の相場の低下に応じた賃料減額の要請があるのに、もとの賃貸借の賃料が据え置かれると、高額賃料が転借料に、転嫁されかねないというディレンマがある。

従って、判例のように、典型契約論は決め手となるかどうか疑問があり、賃貸借契約といったところで、本件契約の

特殊性は否定できないし、減額請求の可否に関する結論を導く際にも、賃貸借（借家）契約と認定することが論理必然のものではない。判例は、そう法性決定すれば、借地借家法三二条は適用されて、それは、強行規定で、当然に減額は認められるとする如くだが、別の解釈論（片面的強行規定論）を展開できる。

また判例は、「業界（開発業者・デベロッパーの業界のこと（吉田）救済に乗り出した」と捉える見方がある（内田・法協一二二巻一二号評釈）。それ自体は、記述的には、その通りかもしれないが、規範的にそうしてよいかどうかは、さらに検討すべきであろう。（i）権力分析として、介在したサブリース業者の立場は、強力であり、（ii）所有者（賃貸人）は、業者からの賃料（保証金）を前提として、バブル当時の建設資金の支払いをしているという事情もある。それなのに、自らの「特約」を反故にして減額請求を認めてよいかという問題である。——この限りで、むしろ私的自治の原則の方が妥当しやすい領域である。しかし、（iii）それが、転借人の賃料にどう影響するかということも検討しなければならぬであろう。もともと、中間業者が、据え置かれた賃料を転借人に転嫁しようとするならば、もはや転借人は、廉価な賃貸マンションに移ればよいともいえる（ないし同人は、三二条の権限行使ができると考えればよいともいえる）⁽²⁶⁾。

（四）（居住適格保証の欠落）土地・建物（特に後者）の居住適格保証に関する法理についても、比較的議論は少ない（修繕義務（民法六〇六条）、瑕疵担保（民法五五九条による民法五七〇条の準用）の規定はあるが）。近年、賃貸マンションについて、この点で、賃料減額が問題になったものがある（東京地判平成六年八月二二日判時一五二二号八六頁（かなり高額の賃料（月二二万七〇〇〇円）で、共益費一万八〇〇円）のマンションで、工事の騒音、カビの発生が問題になったもの。バブル崩壊とも関係する。借家七条三項を根拠とする減額を認めているが、性格上は、瑕疵担保（民法五七〇条の準用）の問題である）。

これに対して、アメリカでは、一九七〇年代にこれに関する判例法理 (warranty of habitability) が発展し、その広範な実現を巡り多くの議論がある (「生ける法」との乖離があるから)。ともかく、判例法では、その保証違反の家屋の賃借人は、賃料不払いで抵抗することができるし、それを理由とする報復的な解約請求もできないとされている。さらに、各州でそれを上回る「建物修繕管理、安全面、電気・上下水道・空調・冷暖房・ごみ処理、避難施設、居住人員の制限など」につき行政法規としての住宅法典があり、検査官による状況調査、改善命令などの措置が出されるシステムになっている。わが国のこのような側面での賃借人保護は、今後検討されてよい。

三―三 わが賃貸借における近時の新たな動き及び今後の課題

(一) (賃貸借における居住差別問題の前面化) 居住を巡る差別 (不当な契約条件) およびそれに対する規制も、今後の課題となろう (母子家庭、子持ち家庭、また単身高齢者への提供制限、職業的差別 (コピーライター、デザイナーなどカタカナ職種は敬遠されるとされる)、在日外国人問題 (在日韓国・朝鮮人の入居拒否につき損害賠償を認めた、大阪地判平成五年六月一八日判時一四六八号一二二頁 (賃貸マンションにつき、借主が外国人 (在日) であることによる入居拒否。契約準備段階における信義則上の損害賠償肯定 (二六万余円))。また、大阪地判平成一九年二月一八日判時二〇〇号七九頁 (在日であることによる賃貸拒否事例で、前訴 (家主への不法行為訴訟) で一〇〇万円支払いの和解が成立し、本件は、人種差別禁止条例を大阪府が定めないことに関する国賠訴訟。憲法一四条、人種差別撤廃条約から具体的立法義務は導かれなとする) が注目されている)。これは、不法行為法の問題であるが、賃貸借に関わる法理の展開として、挙げておく次第である。

(二) (低廉な賃貸借の問題) 公営住宅は、低廉家賃での賃貸という意味で、対価コントロールがなされていると見うるが(昭和二六(一九五二)年公営住宅法一条参照)、わが国の公営住宅の位置づけは、民間の借家建設が軌道に乗るまでの「つなぎ」として、例外的なものであり、公共賃貸の割合も低く(全住宅比は、七パーセント弱)、近年は、規制緩和の波で削減傾向にあるが(二〇〇三年で、四%ほどに減っている)、昨今のホームレスの激増を見てもわかるように、こうした住宅政策は、時代の要請と逆向きであることがわかるであろう(そもそも、こうした事態は、わが国の住宅の私的所有物としての観念、それゆえのその公的支えという発想(居住福祉法学的発想)の弱さということにも関係していることは前述したとおりである)。こうした状況は、高い賃貸借に慣れつことになるという賃貸借居住福祉の貧しさにも繋がるのであり、これは教育を受ける権利などとも関わり、居住福祉の基本的な人権性に思いを致すべきである(例えば、東大の本郷通り界隈では、家賃が一〇万円以上もする賃貸マンションが林立し、地方出身の大学生にとつては、居住費の高騰ゆえに、実質的に教育を受ける権利、学問をする権利にも、支障をきたすということになりかねない)。

また、わが国では、住宅が、低廉な住居提供という点で、大きな意味を持ってきたが、こうした雇用牽連的な賃貸借についても、近時は、非正規雇用の雇止めとの関連で深刻な問題を生んでいることも既に述べたとおりである。従って、こうした住宅などとの関係での「正当事由」要件の運用の仕方も問題とされてよいだろう。

すなわち、この点で、従来の判例は、適用を否定するのが、一般的であった(例えば、(一) 社宅につき、社宅料は、維持費の一部であり、社宅使用の対価ではなく、従業員たる身分とリンクする特殊の契約関係で賃貸借関係ではないとし(最判昭和二九年一月一六日民集八卷二一〇四七頁、同三〇(一九五五)年五月一三日民集九卷六号七一頁)、また(二) 公営住宅につき、最判昭和六二年二月一三日判時一二三八号七六頁は、公営住宅法による明渡請求には、借家法一条ノ二の「正当事由」は不要とする)。しかし理論的に、社宅や公営住宅につき、借地借家法の適用(とくに同

法二八条の「正当事由」の適用が排除されるとは、当然には、言えないはずである。また低廉な住宅提供としての社宅の法律関係は、重要であるが、学説は、この点十分な居住者保護の解釈論を展開しているようにも思われない。すなわち、借家法の適用を肯定する見解（広中、島田、月岡の各教授など。これに対して、我妻・中（二）五一頁は、社員たる身分と結合し、その存続はその身分関係の終了とともに終了するとして、借家法の適用を認めない）であっても、借家法一条ノ二（現借地借家二八条）の正当事由判断につき、社宅の特殊性は考慮されざるを得ず、借家法により保護される独立の居住利益は認められまいとするのである。⁽²⁷⁾しかし、近時の非正規雇用の増大及び派遣労働者の雇止め、それに伴う住居喪失の多発（ハウジングプア）という事態に鑑みるならば、——確かに、社宅を一般借家と同視することとはできないが、——使用者に社宅スペースの余裕がある場合などは、「正当事由」を安易に認めないなどの解釈論は、ありうるのではないか。

(三)（地震の賃貸借への影響）⁽²⁸⁾ところで、一九九五年の阪神・淡路大震災を機縁として、借地借家の関連では、こうした事態に対して、罹災都市借地借家臨時処理法（罹処法）（昭和二年法律二三号）（本来は、太平洋戦争中の空襲や建物疎開による滅失に備えたもの）を準用する平成七（一九九五）年二月六日公布（即日施行）政令一六号が出された（法二五条の二参照）。罹処法は、本来は、終戦直後に戦災を念頭に作られたものであるが（一条参照）、「政令で定める火災、震災、風水害などで滅失した建物」に準用されるから（二五条の二参照）、地球温暖化の昨今、神戸震災後も、カトリック・ハリケーンに襲われたニューオーリンズ（二〇〇五年）、サイクロンにやられたミャンマーのヤンゴン（二〇〇八年）などのような事態が出てくれば、風水害でも今後とも問題になりうるだろう。もちろん中国四川省の大地震のような例のわが国での再発も否定できないのである。

そして同法律の中には、締約強制という興味深い規定があり（二一条）、その理論的意味を述べておく。この規定は、

無権限（「不法占拠」）となってしまう借家人に、一定の所有法上の権限再分配を行うものとして、取得時効制度などと同様に、注目されよう。既述のように、「第三世界」の開発途上国における都市部では、都市不法占拠者ないしホームレス（urban squatters）の処遇は、深刻な問題となり、それらの人々への所有の再分配を行っているという形で、比較所有理論上は、広がりのある課題なのであり、本規定も災害との関連で、例外的にその問題の一環をなすということである。

その他、震災に関わるその他の住宅問題が多々あることは既に述べた通りで、賃貸借の問題は、その一部分をなすに過ぎない。例えば、①仮設・復興住宅の建設のあり方（辺鄙なところでの高層復興住宅での高齢者の孤独死など相次いでいる）、②震災後の再開発のあり方（元の商店街は、新設ビル群では再生されていない。例えば、神戸市長田地区）、③被災マンションの多くの不必要な再建築（建替派、修繕派の区分所有者の対立は、不正確な情報操作で、多くの場合、前者「建替派」が多数となって、取壊された。区分所有法六一条の平成一四（二〇〇二）年改正でも、建て替えし易いように進められており、少数者の居住権は脆弱化している）、④住宅の個人補償の否定（その反面で、震災復興費は公共事業に費やされた）などある（民法学者が書く論文のテーマはなぜか賃貸借に限られているが、問題の広範さを再度強調しておきたい）。

（22）従って、日本の高度経済成長を支えたセイフティネットである、終身雇用、メインバンクシステムなどの「日本式経済システム」の源流」を「四〇年体制」ということがあるが、医療保障の領域では、第一次国民皆保険を挙げることができる。

（23）例えば、内田貴「管見『定期借家権構想』」NB16六〇六号（一九九六）（同・契約の時代（岩波書店、二〇〇三）に所

収)、「(座談会) 定期借家権をめぐる」ジュリスト一二二四号(一九九七)、阿部泰隆ほか編・定期借家権(信山社、一九九八)など参照。

(24) 鈴木緑弥「定期借家権という立法論登場の背景」阿部泰隆他編・前掲書(注23)三二一―三二四頁、また、同「いわゆる『定期借家権』について(上)(下)」NBL五八六号、五八七号(一九九六)も参照。また開発利益(経済的レント)の帰属という観点からの分析として、吉田邦彦・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題(有斐閣、二〇〇六)(前掲書(注3)九三―九五頁参照)。

(25) 澤野順彦「サブリースと賃料増減請求」NBL五五四号(一九九四)、道垣内弘人「不動産の一括賃貸と借賃の減額請求」NBL五八〇号(一九九五)、加藤雅信「不動産の事業受託(サブリース)と借賃減額請求権(上)(下)」NBL五六八、五六九号(一九九五)、内田勝一「サブリース契約における賃料保証・賃料自動改定特約の効力」ジュリスト一一五〇号(一九九九)、鈴木緑弥「いわゆるサブリース契約の法的性質と賃料減額請求の可否」ジュリスト一一五一号(一九九九)、野村豊弘「サブリース契約」新借地借家法講座三卷(日本評論社、一九九九)、下森定「いわゆるサブリース契約における賃料減額請求の可否」法律のひろば一九九九年九月号(さらに、同「サブリース訴訟最高裁判決の先例的意義と今後の理論的展望(上)(下)」金商一一九一号、一一九二号(二〇〇四)、金山直樹「サブリース契約の法的性質(一)―(四・完)」民事研修五〇八号、五一〇―五一二号(一九九九)(賃料保証は、担保ないしリスクヘッジとする(五一〇号二二―二三頁)、升永英俊・サブリース訴訟(千倉書房、二〇〇二))。

また、最高裁判決後のものとして、清水俊彦「転貸目的の事業用建物賃貸借と借地借家法三二条(上)(下)」NBL七五号、七七七号(二〇〇三)―二〇〇四、澤野順彦「近江幸治」植松丘ほか「(シンポ) サブリース(転貸事業) 契約——最高裁判決(平成十五年一〇月二二日)を機縁として」日本土地法学会編・転機に立つアジアの土地法(有斐閣、二〇〇五)一六九頁以下(私見については、二一九―二二〇頁(吉田邦彦発言)(なお、この発言は、当日話したことの三分の一ほどが、手違いで抜けているので、本稿でそれを補っておきたい)参照)、内田貴「事情変更と契約の拘束力」二世世紀の日韓民法学(信山社、二〇〇五)などがある。

(26) なおこの点で、内田・前掲(注25)論文一八頁、二三頁では、減額請求の規定(借地借家法二二条、三二条)を、長期的・継続的契約における「柔軟性」原理の反映としてみるべきで、弱者保護的なスタンスから脱却すべきと説く如くだが、

マクニールの関係契約理論においては、「柔軟性」原理とともに、権力分析に敏感になるようにと説いており（吉田邦彦「Ian Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations*」アメリカ法「一九八九—」八〇—八七頁、同・契約法・医事法の関係的展開（有斐閣 二〇〇三）九八頁以下。See also, Robert Gordon, *Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law*, 1985 *Wisl. Rev.* 565, at 570—）「そこ」からは「弱者保護的解釈が志向されるのであり、原典に戻るべきであろう」。

(27) 広中俊雄「社宅・寮の使用関係をめぐる判例」法律のひろば一九巻二号（一九六六）一八頁以下（賃貸借説）、島田信義・給与住宅・福利・共済（労働実務大系二〇）（総合労働研究所、一九七二）一一三頁（労働契約説）、月岡利男「社宅・公務員宿舎」現代借地借家法講座二巻借家法（日本評論社、一九八六）三二九頁など参照。

(28) (特集) 災害と法・民商法雑誌一一二巻四〇五合併号（一九九五）、阪神・淡路大震災——法と対策・ジュリスト一〇七〇号（一九九五）など参照。

四、韓国（住居）賃貸借の特色と課題——結びにかえて

四—一 日韓の相違

(一) (第一) 借地問題の不存在 それでは、以上の日本法の叙述との比較で、韓国の住宅賃貸借法（韓国民法（一九五八年）六一八条以下（賃貸借）、三〇三条以下（傳賃権）、また、住宅賃貸借保護法（一九八一年）（及びその後の改正法）さらに、商街建物賃貸借法（二〇〇一年））は、どうなのであるか、ということを経最後に述べて終わりとする。

まず断らなければならないのは、借地は、土地と家屋を別個の不動産とするわが国ならではの不動産の利用形態であ

り、——法制面では、日韓類似するもの——両国の状況は、この点でかなり異なるであろう。民法起草者の一人の梅博士は、確かに不動産法制（日本の近代土地所有法制）を韓国に輸出しようとして（なお同博士は、伊藤博文の参謀であり、韓国で客死するもの、いわゆる「土地調査事業」の前提となる不動産調査が契機となつていたのであり、博士に対する韓国研究者の見え方も異なる⁽²⁹⁾）、確かに法律上は、土地と家屋を別個の不動産とする扱いは、伝搬した。しかし韓国市民の法意識としては、住宅中心に不動産を捉えるという見方は、強固であり、従つて土地・家屋を別個に捉える見方を前提とする借地契約は同国では、觀念し難いのであり、等し並みに説くことには慎重でなければなるまい（例外は、抵当権が部分的に設定された場合の「法定地上権」の場合くらいであろう（韓国民法三六六条は、日本民法三八八条に対応するものであり、これに関する判例は存在している）。むしろ賃貸借を借家のみと捉える、韓国法の立場こそが比較法的には、大勢であることに留意すべきであろう。

（二）（第二…對抗力及び存続保護の点）第二に、「對抗力」「存続保護」など、従来民法の中で説かれていた賃貸借法の中身自体は大差ないということであろうか。しかし他方で、近時の日本法のような定期賃貸志向の現象は、それほど見られない。

なお、微妙な違いはあり、「對抗力」の点では、韓国民法上は、賃貸借の登記が求められており（民法二二一条二項）、日本法と同様の問題を解消するために、一九八一年法で、「住宅の引渡と住民登録」（二〇〇一年法では、「建物引渡しと事業者登録」⁽³⁰⁾）が對抗要件とされていて、やや違いがある。しかし、「住民登録」などを要求するのは、筋違いという批判があり、もつともであろう。

また、「存続保護」の点では、住宅賃貸借の場合には、最低二年間となつている（一九八一年法の八九年改正）（四条）点は、日本より保護が厚いが、他方で、「正当事由制度」はない。他方で、商街建物賃貸借においては、最低一年とさ

れ（二〇〇一年法九条）、さらに、五年の限りで、更新拒絶の制限の正当事由制度を設けた（同法一〇条）ところは、やや日本法に類似する。

（三）（第三…対価コントロールの点）「傳賃権」という韓国独特の制度は、対価コントロールの点で大きく分析対象になる可能性がある。これは、低所得者には、不利に作用して、韓国独特の賃貸借事情を従来招来したのであるうし（例えば、賃貸の小規模化）、³¹⁾「月賃」賃貸の増加という現象は、そうした背景のもとで理解されるのであろう。

そして、「対価コントロール」の点では、まず第一に、保証金・家賃の不当引上げを抑制する制度を取っており（約定家賃の五％（二〇分の一）を超えないようにすると規定する）（一九八一年法の一九八三年改正）（七条、第二に、非持家の低所得者賃借人の保護として、少額保証金保護（優先弁済請求権の保護）（一九八一年法の一九八三年改正、一九八九年改正）（八条）（二〇〇一年法では、五条二項、一四条）の制度がある（後者は、傳賃権の優先弁済権に関する一九八四年の民法改正（韓国民法三〇三条）に遡る）。その実効性も議論されているが、日本では、そもそもそういう立法、つまり低所得の賃借人保護という思想あるいは、対価をコントロールするという規制立法すらないという点で、この彼我の相違には、注目される。

しかし、諸外国のようなレント・コントロールとか家賃補助（アメリカでは、セクション八プログラムとして、定着しており、供給サイドの補助との比較での議論も盛んである）については、実践例を欠いており、また、地代・家賃改訂のルール作り、その迅速化という問題もあるという点では、日本と同様ではないか。

（四）（第四…借家権の承継問題）借家権の承継の問題は、単に団体の法的側面のみならず、この問題の居住権保護の居住福祉法学的考慮が必要であろう（高論文³¹⁾では、これを「社会法」的考慮として、星野説を支持する分析をするが、類似しているであろう）。韓国では、高教授の尽力もあり、立法的に同居人の居住権が図られている（住宅賃貸借保護

法の一九八三年改正九条参照)。

これに対して、わが国は、未だ解決されていない状態である。すなわち周知のように、昭和四一(一九六六)年改正で、借家七条ノ二〔現借地借家三六条〕が新設されて、内縁の妻ないし事実上の養子への承継が認められたが、相続人がいないことが要件であり、判例は、相続人がある場合に、そうした同居人の相続人の賃借権の援用を認める(最判四二年二月二二日民集二二卷一号一五五頁)が、限界がある。

(五) (第五・公共賃貸の多さ) 居住福祉法学の観点から見て、賃貸借における日韓の決定的違いは、低廉の公共賃貸を増加させているということであり(一九八〇年代末から「永久賃貸住宅」(家賃は、市場賃料の二割以下)(二五万户建設計画)、この住宅政策は、韓国住宅政策の進歩性を示しており、極めて注目されよう。⁽³²⁾

(六) その他、ここでの問題ではないが、マンション領域で、建替えを巡る事情は、日韓で大きく異なることは前述した。これも居住福祉の点からは、注目すべきだが、もはや繰り返さない。

四一二 まとめ

以上のように、賃貸借法において、日韓は、類似している面があるものの、かなり大きなところで違いがあり、居住福祉法学の観点からは、韓国法の方が、一步も二歩も先に出ているのではないか。もつとも、賃貸借法は、両国ともに、政策的課題は山積しており(例えば、居住差別の問題、公共賃貸以外の対価コントロールなどは、両国の事情は、かなり類似するところがあるのではないか)、今後とも、両国法は、問題状況を明らかにする上で、参照価値が高いことを忘れるべきではないであろう。

因みに、わが賃貸借法は、近時の民法改正（債権法改正）の動き（とくに、二〇〇六年一〇月に設立され、二〇〇九年三月に検討審議を終了した、「民法（債権法）改正検討委員会」のそれ）ではあまり触れられず、上記の立法的課題は、あまり盛り込まれていない。それは今般の改正論議は、「政策的課題が大きい分野には、基本的に立ち入らない」というスタンスで臨まれているからである。しかしそうしたスタンスは、戦略的には理解できるものの、社会的要請への対応状況という観点からは、かなり問題があり、近時の改正論議の偏頗性を示しているようにも思われる。

(29) この点は、鄭鐘休「梅謙次郎と韓国近代立法事業」法律時報七〇巻七号（一九九八）参照。

(30) 例えば、高翔龍・現代韓国法入門（信山社、一九九八）一八三―一八四頁、同・韓国法（信山社、二〇〇七）二五四頁。

(31) 高翔龍「借家権の承継（四・完）」法協一〇一卷八号（一九八四）一二七五頁以下参照。またこの点は、吉田邦彦ほか「高民法学の紹介及び質疑討論」北大法学論集五八巻五号（二〇〇八）二四〇七―二四〇八頁（吉田邦彦発言）も参照。

(32) この点は、吉田邦彦「東アジア居住福祉法学の新たな胎動」同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（有斐閣、二〇〇六）（前掲書（注3））二三二頁以下参照。

(33) この点については、吉田邦彦「近時の『民法改正』論議における方法的・理論的問題点」ジュリスト一三六八号（二〇〇八）一〇九頁参照。

稗貫俊文教授の経歴と業績

中川 寛子
中川 晶比兒

稗貫俊文教授は、平成二二年三月三十一日をもって北海道大学大学院法学研究科を定年退職される。稗貫教授は、昭和四七年北海道大学法学部をご卒業後、北海道大学法学部助手、図書館情報大学（現筑波大学）助教授、金沢大学法学部助教授・教授を経て、平成三年より一九年間にわたり、北海道大学法学部・法学研究科に教授として勤務してこられた。

この間、法学部・法学研究科及び全学の各種委員を務められ、また法学部同窓会関係では特に大きな貢献をされてきた。

教育面では、学部においては、経済法、国際経済法、経済法演習など、法学研究科においては、経済法特殊講義、経済法、現代経済法Ⅰ、Ⅱなどを担当された。また、研究面にかかることでもあるが、平成一五年から一九年にかけては二一世紀ＣＯ

E「新世代知的財産法政策学の国際拠点形成」研究プロジェクトのサブリーダーとして、平成二〇年度からはグローバルＣＯE「多元分散型統御を目指す新世代法政策学」の競争法班リーダーとして、教育・研究の両面に貢献された。北大法学研究科で留学生を含む多くの大学院生を指導し、学界に送り出すかわらで、横田正俊賞の選考委員を平成一五年度から平成二〇年度まで務められ、経済法の若手研究者育成に広く日配りをしてこられた。これらの教育上のご活躍からも、稗貫教授が幅広く研究を進めてこられたことが見て取れる。

このほか、学会では日本経済法学会及び日本国際経済法学会で理事を務められ、公正取引委員会の各種研究会における座長なども数多く務められている。さらに、平成一九年から二〇年

にかけては、新司法試験の審査委員をも務められた。

そのお人柄はご誠実でおおらかな、まさに北海道の大地そのものであり、学生にも学会にもファンが多い。そして、学界の重鎮となられても積極的に先端的知識の吸収を怠ることなく、謙虚に学問を続けられるそのご姿勢には、研究者としても人間としても学ぶところが大きい。

さて、稗貫教授の研究関心は経済法全般にわたるものであり、ここで全てを紹介することは困難であるが、その概略を以下ご紹介させて頂きたい。

稗貫教授の研究業績は、知的財産法と経済法（特に独占禁止法。以下、「独禁法」という。）の交錯分野に関する研究において出色であり、日本の同分野における研究の先駆者であるとともに第一人者である。知的財産法と経済法との交錯分野に関する研究は、独禁法解釈において限られた局面の議論と誤解されがちであるが、この分野の研究が経済法全般の解釈論に発展しうることを、稗貫教授の研究業績は物語っている。近年、知的財産法と経済法は対立関係に立つのではなく、競争政策の一貫として協働関係に立つとする考え方が通説的地位を占めるようになったが、そのような変化は稗貫教授のご研究の成果による

ところが多い。

知的財産権保護制度と独禁法との関係についての議論は、まずは独禁法の適用があるかどうかを決める独禁法二一条の解釈論において展開される。稗貫教授は、その研究の前半期においては、知的財産法と独占禁止法の保護法益の全面的比較考量を唱えておられたが、後に、知的財産権保護による競争創出効果をより一層重視され、今日の二一条論の通説となる「再構成された権利論」をとられるようになった。すなわち、独禁法二一条が「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」と規定しているところ、これは確認的適用除外規定であると解し、その判断を二段階に分けて行うものである。

二一条による適用除外の意義について、かつての学説の多くが二一条は創設的適用除外とする立場であったのに対し、稗貫教授は、独禁法二一条にもとづく適用除外が得られないほどに圧倒的に卓越した技術の創出は、同時に市場独占を形成するものとして独禁法適用との深刻な対立をもたらしているが、事例等に照らしても、そのようなことは滅多にないといってよく、かかる極限的な状況を過度に重視するあまり、多くの場合において知的財産権制度にもとづく競争創出効果を阻害することとな

るような二一条解釈は適切ではないとされる。

次に、「権利の行使と認められる行為」の二段階判断手法であるが、これは、公正取引委員会が定めた「特許ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」（平成二十一年）及び、その全面的改定版である「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（平成二十一年）においても理論的基礎とされている。すなわち、独禁法二一条の趣旨は、通常は①形式的に見て特許法等の「権利の行使と認められる」行為が独禁法違反行為を構成することはないこと、他方②形式的に特許法等の「権利の行使」と認められる行為であっても、実質的に判断して技術保護制度の趣旨を逸脱し又は制度目的に違背すると認められる場合は、当該行為には独禁法が適用されること、が確認的に述べられたものとされる。②については、権利行使に藉口した独禁法違反行為である場合や、市場の競争秩序に与える影響を勘案して個別具体的に判断して制度趣旨逸脱等と認められる場合、とされる。稗貫教授は当初、形式的に権利の行使と認められる行為を不正競争の排除に限定していたが、ライセンス契約上の制限も保護範囲を画定する限りにおいて権利者が不正競争となる範囲を確定することにはかならないとして、現在ではこれも権利の行使と認められる。近年では二一条の文言にこだわらずに

独禁法の適用を直裁に認める見解も有力化しているが、形式的に権利の行使と認められる行為を明確化された実務上の意義は大きい。

稗貫教授の二一条解釈論は、知的財産権保護制度を競争政策と真っ向から対立するものと捉えるのではなく、また他の排他権等と特に区別せず反競争効果と競争促進効果を行うべきとの全面的比較衡量型の考え方とも異なる。すなわち、二一条の文言に即した解釈により、知的財産の正当な権利行使を保護することで研究開発インセンティブを維持すること、及びそれによる競争創出・促進効果を重視する。そして、問題の解決を独禁法ないし知的財産法のいずれかに全面的・一元的に依存させるのではなく、両者の保護法益が異質であることの自覚から解釈を出発させるべきであるとする。すなわち、知的財産権保護制度は、独禁法の存在とは直接的に関係ない、それ自体の内在的要請にもとづき一定の条件を満たす知的財産に対して期間を限定して保護を与えるものであること、また競争促進に資するとの目的は独禁法と同様であるとしても、両者の保護する競争は異質であり、独禁法が現存するリソースにもとづく「静的な競争」を保護するのに対し、知的財産権は投資インセンティブの付与により競争を創出・促進する「動的な競争」の奨励のため

のものであること、というそれぞれの法益への十分な配慮が、異なった制度それぞれの円滑な機能にとつて必要であるとする。こうした解釈は、それぞれの制度の特性に対する深い理解から導かれており、また、現実には知的財産権の利用が独禁法違反として問題となるような場面が極めて例外的であるとの冷静かつ的確な現実認識にもとづくものであり、それゆえに支持を受けるに至ったのであろう。

こうした稗貫教授の独禁法二一条論にはじまる解釈論は、独禁法全体の解釈論に応用可能な視点を与えるものであり、高く評価されている。独禁法が個々の事業者の営業（競争活動）の自由を基礎とし、競争という他者排除のプロセスへの積極的参加を奨励するものでありつつも、ときには不当な他者排除等として規制の対象となりうることを、市場支配力のみならず、排他権の濫用の観点からも説明可能とするものだからである。現に、不当な取引制限を中心とする共同行為、私的独占、不正取引、ひいては共同研究開発行為等においてみられるような各種の企業結合事例（ジョイント・ベンチャーを含む）等、稗貫教授の研究は独禁法全般にわたるものであり、そこで示された違法性判断基準の道具立て、例えば研究開発市場・技術市場・製品市場の区別や、私的独占該当行為の類型化は、現行の「知

的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」を理解するうえでも必ず参照すべき業績である。

稗貫教授が、知的財産権の「権利の行使」と認められるか否かの判断に際して前提としてあげられる三つの点についての議論は、独占禁止法全体の解釈論にとつても深い示唆を与えている。三つの前提とは、①有効な知的財産権であること、②単独の権利者によること、③保護範囲内の事業活動であること（「消尽理論」を含む）、である。これらに基づき、知的財産権保護制度に基づく個々の権利者の権利範囲を意識し、その範囲を超えた排他権行使である場合に独禁法違反となる疑いが生ずるものとして、違法性判断のひとつのきっかけとしつつ、さらに、独禁法上の競争促進効果と反競争効果との比較衡量をおこなうべきことを提唱される。このような考え方が最も特徴的に示されているのは、取引拒絶規制に関する論考である。取引拒絶は、それが直接である場合と間接である場合があり、権利者が単独である場合と複数の者が共同して拒絶する場合とに問題となりうるが、上記三つの前提の視点を貫くことにより、単独の取引拒絶が知的財産権の権利行使の範囲を超えて独禁法上も違法とされるべき理由、及び単独の取引拒絶と異なり共同の取引拒絶が厳しく規制される理由を明快に述べることができる。単独の

直接取引拒絶が独禁法上違法となるべき場面とは、上記三つの前提を充たしつつも実質的には独禁法上の違法な目的や不当な目的の実効性確保手段として用いられる場合と説明される。このような考え方は、知的財産権にとどまらず、単独の直接取引拒絶が違法となりうる場合の説明としても用いられている。また、共同取引拒絶行為については、個々の権利者が有する権利範囲を超え、他者の権利にただ乗りして過大な排他性を相互に付与するものであるから、他者排除プロセスである競争を奨励する独禁法においても許されない排除力を与えるものであると認められると同時に、知的財産権の観点からも権利者の権利範囲を逸脱した濫用相当行為であることが説明される。米国の解釈論で、市場支配力を有する共同取引拒絶に対し当然違法原則が適用されることとの関係からみても、説得力ある理論が展開されている。

さらに、権利者の権利範囲に着目する稗貫教授の考え方は、権利者が単独で取引相手に対して契約上制限を課す場合にも貫かれている。すなわち、いわゆる垂直的制限について、権利消尽理論を基礎として、一旦適法に販売（ライセンス）した相手方の次の相手方に対する地域制限や販売先制限などは、形式的に権利範囲を超えることから、独禁法上競争制限効果の如何が

問われることとなるとされる。但し、そうした形式的権利論で判断を終えてしまうのではなく、その上で通常の独占禁止法上の判断、すなわち反競争効果と競争促進効果との総合的検討に移行するのである。取引相手方に対する制限行為について、相手方の取引自由の制限という説明にとどまるのではなく、他方で垂直制限の競争促進効果を強調する経済学的立場が十分に説明しきれていない、相手方への制約に対する非難の根拠をも説明する、一歩進んだ解釈論が展開されている。

先にも述べたように、商品・役務に知的財産権が付与されている場合には、研究開発段階から商品化まで、市場が多層的に形成されている。とりわけそれが顕著なのがプラットフォーム・ソフトウェア産業と規格標準化がなされる産業である。稗貫教授はこのような産業においては特許権の行使がかえって研究開発を阻害し、最終製品の安定的投入を遅らせるというアンチコモنزズ問題を回避するため、権利者同士が自助努力としてライセンス契約上の制限を課すことを、一定条件下で肯定的に評価される。このような視点は、いわばハードコアカルテルに対する非ハードコアカルテルが認識されてきたように、ライセンス契約当事者間でも競争促進的な取り決めがあるはずであり、それを適切な場合には認識すべきとの見解であり、昨今争

点となっている非係争条項の独禁法上の評価において有益な視座を与える。

その他にも、知的財産保護制度との関係を研究してこられたからこそ獲得されたと思われる知見として、世界市場の画定に関する意見がある。知的財産は国境を越えて取引されるが、稗貫教授は早くから国境を越えた一定の取引分野の画定について積極的な立場を示されてきた。近年では国際的市場分割カルテルにおいて、相互拘束要件の充足という観点から、日本企業が特定の海外市場に輸出しないという拘束を受けている海外市場も一定の取引分野に含めるべきとされている。その背景にあるのは、ハードコアカルテルにおいては拘束力ある合意が立証されれば競争の実質的制限が推認されるのだから、ハードコアカルテルにおける市場画定は競争制限効果を測定するためというよりも、合意の拘束力を論証するために行われる、との機能的な理解である。

また、不当廉売行為についても同様に、深い洞察を行っておられる。知的財産は総費用に占める固定費用の割合が大きいという特色を持っている。近年では不当廉売における原価割れ費用に関して、実際の算定を念頭に置いたテクニカルな解釈論の洗練が進んでいるが、知的財産に関わる廉売においては費用基

準が困難な問題を提起する。他方で、原価の算定方法が洗練されるにつれ、適切な費用基準を下回ることだけから違法性を推定できるという確信が表明される傾向にあるが、そのような「推定」が日本法の文脈においてどのような現実的意味を持つのかは疑問がないではない。その意味では、稗貫教授が原価割れを違法要件の必須要件であるが決定的な違法判断基準ではないことを強調してこられたことは、今日においても示唆に富む。

近年では、知的財産法・独禁法の長年の研究を経て抱かれた根本的問題に取り組みべく東アジアにおける競争政策についての研究にも力を注いでおられる。稗貫教授が、平成一二年度以降、科学研究費補助金・基盤研究A、B等の大型プロジェクト（平成二二年度・基盤研究(B)1）「日韓経済法とその背景的文化の比較研究―アジア的競争原理の可能性の探究」、平成一五年度・基盤研究(A)「構造調整に見る東アジア経済法基盤の転換―日韓経済法立法の比較制度研究を素材にして」、平成一八年度・基盤研究(A)「構造調整をふまえた東アジア経済法の新段階へ…共同体を先取りするモデル競争法の提言」。これらの成果の一部として、日本学術振興会・平成一九年度研究成果公開促進費を得て出版された、稗貫俊文編著「競争法の東アジア共同

市場」日本評論社（平成二〇年）がある。）を通じて取り組んでおられる、東アジアにおける競争法のご研究は、それを通じて日本の競争法・競争政策のあり方を根幹から問い直す先駆的な試みであり、競争法解釈の指針としても重要な示唆を与えるものである。

すなわち、世界中の競争当局・競争法研究者が注目する米国反トラスト法の法理・法適用は、極めて流動性の高い社会に支えられて成立しうるが、これを単純に日本に持ち込めば、社会基盤が著しく相違するがゆえに「競争が社会の不幸を招く」といった誤解、ひいては競争法適用に対する「不幸な逆流」すなわち自由な競争的社会への一步を妨げる反動が起きかねない。したがって、東アジアは、その一國たる日本を映す鏡にほかならないと捉え、東アジア地域社会・経済に適合的な競争法のあり方を模索することによって、より望ましい競争政策のあり方を検討するのである。

競争法に限らず、ある国や地域に適した法・法適用のあり方は、それが社会の歴史や価値観に深く根差したものであるがゆえに、一つの法分野にとどまらず法の歴史や思想史にも関連する。社会の発展に応じて法のあり方は異なるというのが今日の比較法研究においては共有された認識になっているが、法に影

響を与える要因は文化や制度を含め極めて多様であるため、この問題は広く深く、正面から取り組むのは容易ではない。競争法においては何よりも国際的なハーモナイゼーションが所与の前提として語られてきたきらいがあるが、競争法のプレゼンスが高まりつつある今日、日本の競争法研究者としてはおそらく避けて通れない重要課題であり、そこへ踏み込まれ、しかも東アジアという法文化圏を特定された稗貫教授の先駆的試みは、今日的にはもちろん将来的にも新たな研究分野の礎として高く評価されることであろう。現に、欧米の経済法研究においては「自明の前提として問うこともない事柄が東アジアでは問題となる」との稗貫教授の述懐は、近代法体系を支える前提に対する問題認識から研究を開始しなければならない、という重要な示唆を既に与えている。例えば、競争法及び競争当局の存在という外観から研究資料としての判審決や論文の豊富さを推測することはできないこと、裁判制度の機能如何や法曹及び専門家集団の存在が不十分な場合もしばしばであることの指摘は、我々が従来用いてきた法律学的研究手法それ自体から見直さなければならぬことを示しており、安易な制度紹介型の議論とは大きく一線を画する。これまでに、韓国、中国、台湾、香港等々東アジア諸国・地域における知的財産法と競争法の制度に

ついで、一つ一つ丁寧に、各国研究者との対話の繰り返しを通じて洗い出し比較してこられた。そこで築かれた人的ネットワークは、今後この分野に参入する若手研究者にとって、またとない貴重な財産となろう。

その作業はまだはじまったばかり、と稗貫教授が謙遜されるように、取り組むべき課題は広く深く、そして壮大なものかもしれない。しかし、還暦を過ぎておられることなど露ほども感じさせず、「東アジアの研究はこれからだ!」と熱く語られる稗貫教授の「大志」に感ずるとともに、あらためて尊敬の念を深くする。本研究科を退職された後もご健康に留意され、教育・研究活動の益々のご発展とご活躍とを心から祈念してやまない。

【稗貫俊文教授の経歴】

一九四六（昭和二一）年七月 北海道札幌市に生まれる
一九七二（昭和四七）年三月 北海道大学法学部卒業
一九七五（昭和五〇）年四月 北海道大学大学院法学研究科博士前期課程修了（法学修士）
一九七八（昭和五三）年三月 北海道大学大学院法学研究科博士後期課程単位取得退学

一九八一（昭和五六）年九月 法学博士（北海道大学）
一九七八（昭和五三）年三月 北海道大学法学部助手
一九八一（昭和五六）年四月 図書館情報大学 助教授
一九八六（昭和六一）年四月 金沢大学法学部 助教授
一九八七（昭和六二）年九月 金沢大学法学部 教授
一九九一（平成三）年四月 北海道大学法学部 教授
二〇〇〇（平成一二）年四月 北海道大学大学院法学研究科教授

【所属学会】

経済法学会 一九九六（平成八）年より理事
日本国際経済法学会 二〇〇〇（平成一二）年より理事
日本公法学会
日本工業所有権法学会

【主たる社会貢献等】

公正取引委員会「独占禁止法国際問題研究会」委員
一九七一（昭和四六）年四月―一九九七（平成九）年三月
公正取引委員会「技術取引等研究会」委員
一九八六（昭和六一）年一〇月―一九九〇（平成二）年六月

財団法人ソフトウェア情報センター「情報財流通に関する競争政策研究会…IT時代の知的財産権と競争政策分科会」委員

二〇〇〇（平成一二）年九月―二〇〇一（平成一三）年三月
公正取引委員会「技術標準と競争政策に関する研究会」座長

二〇〇一（平成一三）年四月―七月
公正取引委員会「ソフトウェアと競争政策に関する研究会」座長

二〇〇一（平成一三）年八月―二〇〇二（平成一四）年三月
公正取引委員会「新しい分野における特許と競争政策に関する研究会」座長

二〇〇二（平成一四）年三月―六月
新司法試験審査委員（経済法）

二〇〇七（平成一九）年―二〇〇八（平成二〇）年

【稗貫俊文教授の業績】

I 著書

一 現代行政法大全集二五 文化・学術法〔椎名慎太郎教授と共著〕（ぎょうせい、一九八六（昭和六一）年）

二 論争独占禁止法 独禁法主要論点の批判的検討と反批判
〔丹宗昭信教授、来生新教授、畠山武道教授、向田直範教授、和田健夫教授と共著〕（風行社、一九九四（平成六）年）

三 知的財産権と独占禁止法（有斐閣、一九九四（平成六）年）

四 競争法と消費者法の基礎理論——独占禁止法・知的財産権法・消費者保護法——〔来生新教授、鈴木加人教授、向田直範教授と共著〕（嵯峨野書院、一九九六（平成八）年）

五 経済法 独占禁止法と競争政策〔岸井大太郎教授・向田直範教授・和田健夫教授・内田耕作教授と共著〕（有斐閣、初版一九九六（平成八）年、第二版一九九八（平成一〇）年、第三版二〇〇〇（平成一二）年、第三版補訂二〇〇一（平成一三）年、第四版二〇〇三（平成一五）年、第五版二〇〇六（平成一八）年、第五版補訂二〇〇八（平成二〇）年）

六 市場・知的財産・競争法（有斐閣、二〇〇七（平成一九）年）

II 編著書

一 教材・解説独占禁止法〔実方謙二教授、厚谷襄児教授、向田直範教授、和田健夫教授と共編〕（弘文堂、初版一九九六（平成八）年、第二版二〇〇一（平成一三）年）

二 条解 独占禁止法〔厚谷襄児教授、糸田省吾氏、向田直範教授、和田健夫教授と共編〕（弘文堂、一九九七（平成九）年）

三 独禁法審決・判例百選（第六版）〔厚谷襄児教授と共編〕

（有斐閣、二〇〇二（平成一四）年）

四 競争法の現代的諸相（上）（下） 厚谷襄児先生古稀記

（念論集（信山社、二〇〇五（平成一七）年）

五 競争法の東アジア共同市場（日本評論社、二〇〇八（平成二〇）年）

Ⅲ 論文

一九七六年（昭和五一年）

価格拘束特許実施許諾契約と反トラスト法（北大法学論集二七卷一号）

一九七八年（昭和五三年）

中部読売新聞の不当廉売事件に対する同意審決（経済法二二号）

一九八〇年（昭和五五年）

米国における特許制度と反トラスト政策（二）（公正取引三五二号）

米国における特許制度と反トラスト政策（二）（公正取引三

五五号）

米国における特許制度と反トラスト政策（三）終（公正取引三五八号）

一九八二年（昭和五七年）

特許ライセンス契約とその制限条項に対する反トラスト法規制の諸問題（今村成和教授退官記念『公法と経済法の諸問題（下）』〔有斐閣〕所収）

美容品類の継続的販売契約において同業他店の商品を取り扱わないこととした条件が独禁法二条九項四号に該当しないとされた事例（特許管理三二卷三号）

米国における特許ライセンス契約上の使用分野制限と反トラスト法——特許の権利「範囲」論に代る接近方法（経済法学会年報二号）

再販価格維持・専売制・テリトリー制規制の比較法的検討（上）〔実方謙二教授・和田健夫教授との共著〕（北大法学論集三三卷二号）

一九八三年（昭和五八年）

再販価格維持・専売制・テリトリー制規制の比較法的検討

(中)〔実方謙二教授・和田健夫教授との共著〕(北大法学論集三三卷五号)

国際的合併契約(丹宗昭信・厚谷襄児編『独占禁止法の基礎〔新版〕』〔青林書院〕所収)

業務提携と競争秩序〔舟田正之教授と共著〕(ジュリスト七八九号)

判決紹介 McLain v. Real Estate Bd. of New Orleans, 444 U.S. 232 (1980)——州内の不動産業者間の手数料レート決定の共謀とシャーマン法の管轄要件としての「州際通商」該当性(アメリカ法一九八二—二号)

国際取引と独占禁止法上の「一定の取引分野」の画定——特定企業の市場支配力の測定方法についての一考察——〔図書館情報報大学研究報告二卷一—号〕

工業所有権と独占禁止法——独占禁止法二三条の解釈について(特許管理三三卷一一号)

特許ライセンス契約上の諸制限に対する反トラスト法規制の方法の検討(一)——判例の分析を中心にして——(北大法学論集三四卷二—号)

一九八四年(昭和五九年)

「製造設備の新增設を行う事業者に対する間接的取引拒絶」「小売業者団体によるメーカー、卸売業者の取引先の制限」〔独禁法審決・判例百選〔第三版〕〕〔有斐閣〕所収

「不況対策と競争政策」昭和五八年度シンポジウムの記録(経済法学会年報五号〔通卷二七号〕所収)

国際的技術導入契約と独占禁止法——「国際的技術導入契約に関する認定基準」の検討(経済法学会年報五号〔通卷二七号〕所収)

一九八五年(昭和六〇年)

独禁法四八条に基づく勧告審決の名宛人以外の第三者が提起した当該審決の取消しを求める訴えが却下された事例(特許管理三五卷二—号)

一般指定一一〔排他条件付取引〕(今村成和ほか編『注解経済法〔上〕』〔青林書院〕所収)

映画興行館の競争の実質的制限(『マスコミ判例百選〔第二版〕』〔有斐閣〕所収)

技術情報の取引と独占禁止法(公正取引四一八号)

特許ライセンス契約上の諸制限に対する反トラスト法規制の方法の検討(二)——判例の分析を中心にして——(北大法

学論集三六卷三号)

無効審判請求の除斥期間(『特許判例百選(第二版)』(有斐閣)所収)

一九八七年(昭和六二年)
情報の集中・提供と競争秩序——その予備的な考察(金沢法学二九卷一・二号)

適用除外行為と不公正な取引方法(経済法学会編『独占禁止法講座VI 不公正な取引方法(下)』(商事法務)所収)

一九八八年(昭和六三年)

競争秩序維持と知的所有権保護の均衡(特許研究五号)

論文紹介 Symposium: Antitrust Issues in Amateur Sports, 61 Ind. L.J. 184 (1985) (アメリカ法一九八八一号)

米国政府における知的所有権と反トラスト政策(公正取引四五三号)

知的所有権の市場における機能——技術取引等研究会に参加して——(公正取引四五五号)

一九八九年(平成元年)

独禁法二三条再論——不正競争と公正かつ自由な競争(金沢法学三一巻二号)

最近の知的財産権の動向と独占禁止法——米国司法省の新ガイドラインを素材に——(公正取引四六三号)

平成元年度経済法学会シンポジウムの記録——「知的財産権と独占禁止法」をめぐる——(公正取引四七〇号)

一九九〇年(平成二年)

知的財産権と独占禁止法——独禁法二三条論の展開(ジュリスト九五一号)

「知的財産権と独占禁止法」平成元年度シンポジウムの記録(経済法学会年報一一号「通巻二三号」所収)

知的財産権と私的独占(北大法学論集四〇巻五・六上号) 情報をめぐる競争と法(『現代経済法講座九 通信・放送・情報と法』(三省堂)所収)

一九九一年(平成三年)

「専売制による公正競争阻害性」「農協による牛乳の全量納入の強制」(『独禁法審決・判例百選(第四版)』(有斐閣)所収)

一九九二年（平成四年）

卸売業者による小売業者の安売り広告の禁止（平成三年度重要判例解説）

一九九三年（平成五年）

共同研究開発と独占禁止法——新しいタイプの共同行為への対応——（公正取引五一三三号）

知的財産権と不当な取引制限——事例の分析（正田彬教授還暦記念『国際化時代の独占禁止法の課題』（日本評論社）所収）

一九九五年（平成七年）

米国司法省の知的財産権ガイドライン案と反トラスト法（上）（公正取引五三三三号）

米国司法省の知的財産権ガイドライン案と反トラスト法（下）（公正取引五三三三号）

著作物の再販売価格維持行為適用除外の意義の再検討（公正取引五四〇号）

一九九七年（平成九年）

「事業者の範囲（二）——事業主体である国の事業者性」「医

療用食品の検査機関と最大手事業者との通謀による排除及び支配」『独禁法審決・判例百選（第五版）』（有斐閣）所収）
「二条一項」～「二条四項」、「二条九項」、「二〇条一項・二項」、「二三条」（編著書一所収）

WTOと独占禁止政策の国際化（貿易と関税四五卷六号）

テクノロジの発展と競争政策の課題（公正取引五六一号）
東アジア文化と近代法（六）——日本と韓国の比較研究を通じて——はしがき（北大法学論集四八巻二号）

並行輸入の国際経済法的規制——国際競争法の観点から——（日本国際経済法学会年報六号）

一九九八年（平成一〇年）

特許プールと私的独占（平成九年度重要判例解説）

一九九九年（平成一一年）

著書紹介「自由」と「平等」の対話を求めて——自由競争の「双子の修辞」の歴史的相克——Rudolph J.R. Peritz, Competition Policy in America, 1888-1992（アメリカ法一九九八—

二二号）

戦後の対日直接投資の規制と競争政策——残存する官民協調

とその法意識への影響——（社會科學研究五〇卷四号）

独占禁止法違反事件処理の手續（正田彬・実方謙二編『独占禁止法を学ぶ〔第四版〕〔有斐閣〕』所収）

ハイテク産業の収獲通増と反トラスト政策——マイクロソフトと「正のフィールドバック」論（田村善之編『情報・秩序・ネットワーク』〔北海道大学図書刊行会〕所収）

技術革新・技術取引と独占禁止法……総論（日本経済法学会年報二〇号〔通号四二号〕所収）

技術取引に関する独占禁止法上の新指針の検討——独禁法二三条論を中心に——（公正取引五八八号）

学界回顧 経済法〔向田直範教授、和田健夫教授、中川寛子助教授と共著〕（法時七一巻二三号）

二〇〇〇年（平成一二年）

平成二一年度独禁法審決・判決研究（下）（NBL六九三号）

二〇〇一年（平成一三年）

知的財産権と競争政策 ビジネスモデル特許と遺伝子関連特許を素材にして（公正取引六〇六号）

情報社会と競争政策 接続系インプットの標準化と提供拒絶

（法律時報七三巻八号）

学界回顧 経済法〔向田直範教授、和田健夫教授、中川寛子助教授と共著〕（法時七三巻二三号）

二〇〇二年（平成一四年）

「実質的に同一」の日刊紙の地域的差別対価」「ゲームソフトの再販売価格の拘束・転売と中古ソフトの取扱いの禁止」（編著書三所収）

欧州におけるコンピュータ・プログラム保護と競争政策（公正取引六一九号）

ソフトウェア商品の抱き合わせに対する当然違法の法理の適用の妥当性——米国マイクロソフト事件控訴審判決を素材にして——（小野昌延先生古稀記念『知的財産法の系譜』〔青林書院〕所収）

知的財産権に関する独占禁止法違反の手續（丹宗曉信・岸井大太郎編『独占禁止手續法』〔有斐閣〕所収）

知的財産権と市場支配力——高額ロイヤリティ設定・ライセンス拒絶・競争の実質的制限——（日本経済法学会編『経済法講座一 経済法の理論と展開』〔三省堂〕所収）

序——シンポジウム覚書 ソフトウェアの保護と競争政

策、情報公序論の交錯（北大法学論集五三卷四号）

二〇〇三年（平成一五年）

提言 不公正な取引方法の規制の改革にむけて——市場画定の必要性——（公正取引六三二号）

日韓両国の独占行為規制の有効性の比較と東アジアの競争原理——民営化・知的財産・中小企業——（北大法学論集五四卷五号）

東アジア文化と近代法（一四） はしがき（北大法学論集五四卷五号）

東アジアにおける知的財産権の保護——日本における知的財産権の保護の最近の動向を中心に——（北大法学論集五四卷五号）

二〇〇四年（平成一六年）

日本の医薬品産業と研究開発——競争政策の観点から——（知的財産法政策学研究一卷）

国際経済法研究的新段階——東亞自由貿易協定と東亞経済的構造調整——（台湾国际法季刊第一卷二期）

東亜智慧財産権之保路（李瑜青編『上海大学法学評論・法律

文化問題研究』（上海大学出版）所収）

知的財産権と独占禁止法（金井貴嗣ほか編『独占禁止法』（弘文堂）所収）

知的財産権に関する競争政策の新しい動向について（公正取引六四九号）

二〇〇五年（平成一七年）

独占禁止法の「競争の実質的な制限」に関する体系的理解の再編成について（岸井大太郎・鳥居昭夫編『公益事業の規制改革と競争政策』（法政大学現代法研究所）所収）

共同出資会社に対する不当な取引制限の「共同遂行」の意義（編著書四（上）所収）

東アジアの知的財産権について——その理念・現状・戦略——（知的財産法政策学研究七号）

日本之生物科学技術産業興競争政策（精華科学法律興政策論叢七号）

平成一六年度独禁法審決・判例研究（上）（NBL八一八号）日本のバイオテクノロジー産業と競争政策——リサーチツール

特許のライセンス問題——（知的財産法政策学研究九卷）教科書規格の制限（『メディア判例百選』（有斐閣）所収）

二〇〇六年（平成一八年）

日本の独禁法の実体規定の構造的な特徴について（金沢法学
四八巻二号）

知的財産権と独占禁止法（金井貴嗣ほか編『独占禁止法』（第
二版）』（弘文堂）所収）

二〇〇七年（平成一九年）

私的独占の総括的検討（日本経済法学会年報二八「通巻五〇」
号）

競争影響分析の横断的記述とセーフハーバー——「知的財産の
利用に関する独占禁止法上の指針」の検討——（公正取引六八
四号）

二〇〇八年（平成二〇年）

「特許権の密林」と独占者の自由（田村善之編『新世代知的
財産法政策学の創成』（有斐閣）所収）

「序論・解題」「東アジア経済統合の展望とその法的諸問題

——FTAのための日韓の政治・行政システムの課題」「東
アジア自由貿易協定（FTA s）と東アジア経済の構造調整
——私たちの経済法研究の新段階」「日本経済のカルテル・

談合体質の分析——所得の再分配をめぐる新しい東アジア法
文化の形成を目指して」等（編著書五所収）

知的財産権と独占禁止法（金井貴嗣ほか編『独占禁止法』（第
二版補正版）』（弘文堂）所収）

最近の最高裁・高裁判決の総括的な検討——郵便番号読取区分
機・土木工事・野菜種子・特許インクタンク——（公正取引六
九四号）

音楽CD還流防止措置導入と競争政策との調整（日本国際経
済法学会年報一七号）

二〇〇九年（平成二一年）

マイクロソフトNAP条項事件審決（公正取引委員会平成二
〇・九・一六審決）の検討（NBL九一一号）

「序・問題解決法の多元分散化とそれを制御するための正統
性を求めて」「日本の公正取引委員会の審判手続の改正の問
題点について——審判における予断を排除する機能の後退——」

（新世代法政策学研究三号）

第二条⑥（定義——不当な取引制限）（根岸哲編『注釈独占禁
止法』（有斐閣）所収）

IV 論説その他

一 翻訳

W・フイケンチャー著、丹宗昭信監訳 『競争と産業上の権利保護——西ドイツ競争制限禁止法の工業所有権法・不正競争防止法との関係についての考察——』第六章（六法出版社、一九八〇年）

二 座談会

最近の独占禁止法違反事件をめぐって（公正取引五八四号、五九六号、六〇八号、六二〇号、六三二号、六四四号、六五六号、六六八号、六八〇号、六九二号、七〇四号、一九九九—二〇〇九年）

三 書評

小原喜雄『国際的技術移転と法規制——特許法と競争法のインタフェイス』（日本国際経済法学会年報四号、一九九五年）
丹宗暁信著『経済法』（法学教室一九七号、一九九七年）
丹宗暁信・伊従寛著『経済法総論』（法学教室二三四号、二〇〇〇年）
中山武憲著『韓国独占禁止法の研究』（公正取引六一七号、

二〇〇二年）

山根裕子著『知的財産権のグローバル化——医薬品アクセスとTRIPS協定』（公正取引六九五号、二〇〇八年）

四 その他

知的所有権 米の保護強化策は逆効果（日本経済新聞一九八八年九月九日朝刊）

実方謙二教授の経歴と業績（北大法学論集四六卷六号、一九九六年）

新種のトリが日本の空を飛んでいる（公正取引五五八号、一九九七年）

厚谷襄児教授の経歴と業績（北大法学論集四八卷六号、一九九八年）

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 60 No. 6 (2010)
SUMMARY OF CONTENTS

**North Korea's Experiments of
Special Economic Zones**

PARK Jong-Seok *

This paper aims at analyzing North Korea's experiments of SEZs. It mainly consists of three parts for each SEZ. They are reconstructing of North Korea's plan for each SEZ, summarizing of the process of each SEZ and criticizing of North Korea's strategy for each SEZ. The main arguments of this paper are as follows.

Firstly, we can understand the concept of SEZ (s) in general as follows.

1) A so-called SEZ is particular area established by a country where special economic policies are intended to be introduced which are different from those of the general area [the part of a country excluding special zones]. The main types of SEZs are Tourist Zone, Free Trade Zone, and Export Processing Zone, etc.

2) Therefore, in case a socialist country established special economic zones, there are "two special meanings" other than general meanings subscribed above. One is that the country is to change from a "closed" economic system to an "open" one. The other is that it is a part of the change by which the country changes from the earlier "orthodox" economic system to a "reformative" one.

3) For a long time, socialist countries had considered SEZs negative where

*Hokkaido University, Faculty of Law, Ph.D. Candidate

capitalist firms could perform their activity for profit. For, they thought that SEZs are economic space where they could be exploited by such capitalist firms. But, A big change occurred in China in the late 1970s. That is, China, a socialist country, began to establish SEZs where outer investors could perform their activity quite freely.

Secondly, we can understand the overall process of North Korea's SEZs as follows.

1) North Korea maintained its negative position towards SEZs, not only during the era when socialist countries rejected any possible intrusion of capitalist firms into them but also even after witnessing the prominent success of Chinese SEZs. But, as a aftermath of the historical process that East European socialist countries gave up socialist systems one after another during the years of 1989~1991, North Korean economy plunged into deep crisis. At last, North Korea changed its policy line towards SEZs and established its first SEZ, namely Najin-Sunbong Free Economic Trade Zone in 1991.

2) North Korean strategy towards SEZs could be divided into two phases. The first phase (1991~2002) is that North Korea established Najin-Sunbong Free Economic Trade Zone and tried to develop it. The second phase (after 2002) is that North Korea tested some evolved schemes of SEZs in their three SEZs established in 2002. In the case of Sinuiju SEZ, exploiting its form as "self-governed SEZ", North Korea adopted the strategy to appeal its "autonomy". And in the case of Mt. Kumgang SEZ and Kaesong SEZ, North Korea adopted still a new strategy of appointing a "developer firm" and entrusting the concrete developing process to the firm.

3) North Korea's establishment of SEZs means that its economic system changes from a closed one to an open one and constitutes a part of the change of the economic system from an orthodox one to a reformative one.

Thirdly, we can assess North Korea's experiments of SEZs as follows.

1) In the case of Najin-Sunbong SEZ, considering its conditions of situation, its possibility to be a Export Processing Zone or a General Connecting Point of International Trade. But its possibility to be a Free Trade Zone is quite high. So, they need to improve their relationship with international society which

might promote outer investment, preparing its basic social infrastructure, such kind of work as they could do with their own.

2) In the case of Sinuiju, its possibility to be a Export Processing Zone is not so high, just compared to other North Korean areas, such as Wonsan, Heju, Nampo, etc. But its possibility to be a Free Trade Zone is quite high. So, they need to establish action plan to develop Sinuiju SEZ as a Free Trade Zone. If it goes well, they could consider developing Sinuiju SEZ as a Export Processing Zone and a General Connecting Point of International Trade.

3) In the cases of Mt. Kumgang SEZ and Kaesong SEZ, three strategic changes are prominent. The first is that North Korea agreed to accept South Korean investment, Hyundai Group in concrete. The second is that not North Korea, but an outer firm will be the “developer” of each SEZ. North Korea would appoint a “developer firm” for each SEZ and entrust its concrete development to the firm. The third is that they came to establish SEZs in more relevant areas responding to desires of outer investors. Only after these kinds of strategic changes, there appeared “developer firm” and North Korea could acquire quite good outcome in the subsequent development process and after.

4) In the case of Mt. Kumgang SEZ, though it shows quite well-refined development scheme, there remains a weak point and a task. The weak point is that it might be influenced strongly by political environments. The task is that the developer firm, Hyundai Asan should make its both ends meet. For the success or failure of the SEZ depends on the appealing power of it as a Tourist Zone.

5) In the case of Kaesong SEZ, different from Najin-Sunbong SEZ or Sinuiju, it has high possibility to be a industrial zone, that is to say, as a Export Processing Zone. And According to North Korea’s strategic changes concerning this SEZ like in the case of Kumgang SEZ, there appeared the “developer firm” and North Korea could acquire quite good outcome in the subsequent development process and af Finally, Schemes of North Korean SEZs may be summarized as follows, including comments not referred to in this abstract. (end)

ドイツ抵触法上の消費者保護規定と 介入規範に関する一考察

—— 連邦最高裁判決を足掛かりとして ——

嶋 拓 哉

1. 問題の所在

欧州では、域内各国の国際私法を統一化する試みとして、1991年4月に契約債務の準拠法に関する EC 条約（以下「ローマ条約」という）¹が発効した後、2008年6月には欧州評議会が契約債務の準拠法に関する EC 規則（以下「ローマ I 規則」という）²を採択し、2009年12月17日に発効するに至っている。これら条約や規則の中では、消費者保護に関する特別の抵触法規定が設けられており、欧州連合加盟国でもローマ条約における該当規定を国内法化する措置が取られてきたところである。このうち、ドイツにおいては、EGBGB 第29条等を設け、欧州連合レベルでの規定内容を反映させる形で消費者保護に関する抵触法規定の整備を行ってきた。EGBGB 第29条第1項はローマ条約第5条第2項に対応する規定であるが、同条項では、当事者による法選択の有効性を肯定しつつも、同条項に規定する一定の要件を満たせば、当事者による法選択に

¹ O.J. L266/1 (1980). なお、ローマ条約における消費者保護規定（第5条）および介入規範規定（第7条）を概説したものとして、出口耕自「国際私法上における消費者契約（一）」民商法雑誌92巻4号55-58頁（1985年）がある。

² O.J. L177/6 (2008).

よっても消費者の常居所地法中の強行法規の適用が妨げられない旨を明示的に規定している。

もっとも、後述の裁判例の中で検証していくが、EGBGB 第29条第1項はローマ条約第5条第2項と比較して厳格な要件を課しており、その射程は限定的にならざるを得ない。そこで、渉外的事案における消費者保護に積極的な立場からは、介入規範を規定したEGBGB 第34条の活用が提唱されることになる。同条はローマ条約第7条第2項の規定内容を反映させたものであるが、事案の内国牽連性が相対的に高い場合には、契約準拠法の如何に拘わらず、法廷地の介入規範（Eingriffsnormen der lex fori）としてドイツ実質法を強制的に適用するものであって、実質法上の消費者保護規定をEGBGB 第34条が規定する介入規範として位置付ける見解が提唱されている。

本稿では、このように消費者保護に関する抵触法上の規定を巡って見解が錯綜するドイツについて、3つの連邦最高裁判決を足掛かりとしたうえで、そこで言及された論点について学説の見解をも渉猟しつつ、その議論の状況を概観することとしたい。抵触法における消費者保護規定を巡っては、わが国においても、法の適用に関する通則法（以下「通則法」という）第11条にEGBGB 第29条類似の規定が設けられている³ほか、

³ 通則法第11条の立法経緯として、「諸外国の立法例をみても、ローマ条約やスイス国際私法等において、消費者保護の観点から抵触法上の特別規定が設けられている。そこで、本条は、このような消費者契約の特質にかんがみ、契約交渉において弱い立場にあって法的知識に乏しい消費者について、一定の場合にその常居所地法の適用を可能にすることによって、抵触法上の消費者保護を図ろうとするものである」といった説明がなされている（小出邦夫編著『逐条解説・法の適用に関する通則法』（2009年、商事法務）134-135頁）。もっとも、通則法第11条では、EGBGB 第29条と異なり、消費者の常居所地法中の強行法規を適用するに当たっては、消費者が当該強行法規を適用すべき旨の意思表示を事業者に対して行うことが要件とされている。かかる消費者による主張は、「常居所地法上の特定の強行法規が準拠法となるという効果を発生せしめる実体法上の意思表示」として整理されている（平成17年3月29日付法務省民事局参事官室「国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明」43頁）が、これによって、同条項は、抵触法的価値と実質法的価値の混淆という理論的問題を内包することに加えて、消費者が実際にかかる意思表示を行えなかった場合に

明文の根拠規定こそ存在しないものの、わが国実質法上の消費者保護規定を介入規範（絶対的強行法規）として位置付け、わが国が法廷地となる場合には、契約準拠法の如何に拘わらずその適用を肯定する学説も存在している。従って、ドイツ抵触法における消費者保護規定および介入規範に関する裁判例および学説を検証することを通じて、わが国における同様の議論に何らかの示唆を齎すことが期待される。

2. 連邦最高裁判所の判決例

(1) BGH, Urteil vom 26. Oktober 1993 (XI ZR 42/93)⁴

イ. 事実関係

1987年9月7日、ドイツに常居所を有する消費者X（原告）は自宅において、オーストリアの業者Cから同国企業Iの持分証書（以下「本件持分証書」という）を42万オーストリアシリングで引受けるに当たって、CにおいてXを「引受証書現金出資者」として登録する旨の提案を受け、これに署名した。同時にXは、本件持分証書の購入資金を調達するため、オーストリアのY銀行（被告）に対して6万2,700ドイツマルクの融資申込みを行い、その際には資金の使途目的として、本件持分証書購入の資金調達である旨を明示していた。原告Xは、ドイツにおける本件持分証書の販売委託を受けていた業者Wの従業員Gが自宅を不招請ながらも訪問したのを機会に、本件持分証書に署名した経緯がある。また、1988年2月9日にXはY銀行の信用契約証書に署名した。

XとY銀行の間の信用契約（以下「本件信用契約」という）には、①本件信用契約にかかる一切の紛争解決に関する裁判管轄はオーストリアのブレーゲンツ区裁判所にあること、②本件信用契約の準拠法はオーストリア法であることが記載されていた。1991年7月30日には、XがY銀行に対して書面で本件信用契約の解除を行う旨通知し、既に支払った当該契約にかかる金利（5,496ドイツマルク）の返還を請求した。

その常居所地法に基づいて適切な保護を受けられないという実際的な問題をも抱えることになった。

⁴ BGHZ 123, 380; WM 1994, 14; NJW 1994, 262.

ロ. 判決内容

① 裁判管轄の合意の有効性

連邦最高裁判所は、最初に国際裁判管轄に関する一般的な判断枠組みを説示する。すなわち、国際裁判管轄は被告の国内裁判籍の所在を前提とするのが原則であり⁵、本件信用契約では、被告住所地であるオーストリアに裁判管轄があるとする旨の合意が存在するが、これにより同国に専属的裁判管轄（ausschließlicher Gerichtsstand）を認めるべきか否かが問題になるとする⁶。本判決では、こうした裁判管轄の合意の有効性はドイツ国際民事手続法に基づいて判断されるべきである⁷としたうえで、本件訴訟に関しては、ドイツの訪問販売取引および類似取引の撤回に関する法律（以下「訪問販売撤回法」という）第7条第1項⁸に基づきドイツに専属的国際裁判管轄権が存在することから、本件における裁判管轄の合意の効力は認められないと判示した。

⁵ BGH, Urteil vom 2. Juli 1991, BGHZ 115, 90; WM 1991, 1692; NJW 1991, 3092. ドイツ国際民事訴訟法において、国際裁判管轄が第一義的に被告住所地にあるとされていることにつき、H.Nagel/P.Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. (2007, Otto Schmidt, Köln), §3 Rdn.319.

⁶ ドイツでは、民事訴訟法（ZPO）第40条第2項第2号を参照し、ドイツに専属的裁判管轄がある場合には、他国を指定した管轄合意の効力を認めないとする見解が通説・判例である（A.Baumbach/W.Lauterbach/J.Albers/P.Hartmann, Zivilprozessordnung, 64. Aufl. (2006, C.H.Beck), §40 Rdn.6 [P.Hartmann]）。

⁷ BGH, Urteil vom 24. November 1988, WM 1989, 355; NJW 1989, 1431.

⁸ Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, BGBl. I 1986, 122. 訪問販売撤回法第7条第1項には、訴訟提起時に顧客の常居所地（それが存在しない場合には居所地）を管轄する裁判所に専属的な裁判管轄が認められる旨の規定が設けられていた（“Für Klagen aus Geschäften im Sinne des § 1 ist das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk der Kunde zur Zeit der Klageerhebung seinen Wohnsitz, in Ermangelung eines solchen seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat.”）。なお、同法は2001年11月26日付の債務法現代化法（BGBl. I 2001, 3138）に基づき2002年1月1日に失効し、訪問販売撤回法における実質法的規定はBGB第312条および312a条に引き継がれたほか、専属的裁判管轄権に関しては、同法第7条第1項と内容をほぼ同じくする規定がZPO第29c条に設けられることとなった（半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（2003年、信山社）323-326頁を参照）。

② EGBGB 第29条第1項に基づく訪問販売撤回法第1条の適用

連邦最高裁判所は、本件信用契約の準拠法としてオーストリア法を選択する旨の合意について、当事者自治の原則に基づき当該準拠法選択の有効性を肯定する。その検討過程において同裁判所は、EGBGB 第27条第3項⁹の適用可能性に一応言及しつつも、被告Y銀行の営業所がオーストリアにあり、本事案がドイツとオーストリア双方に関連性を有していることから、結果的に同条項の適用はなく、従って本件準拠法選択の有効性は否定され得ないとする。

もっとも本判決では、当事者による法選択の有効性を肯定しつつも、EGBGB 第29条第1項¹⁰に基づき、ドイツ訪問販売撤回法第1条が消費者の常居所地法中の強行法規として本事案に適用されるとする。その検討過程においては、EGBGB 第29条第1項はローマ条約第5条第2項を国内法化した規定であるが、特に本事案において、Iの持分証書に關す

⁹ EGBGB 第27条第3項は、事案が準拠法選択時にある一国としか牽連性を有しない場合には、仮令当事者がそれ以外の国の法を準拠法として選択したとしても、当該事案と牽連性を有する前者の国の強行法規の適用を排除することはできない旨規定している。準拠法の合意だけを根拠に事案の涉外性を作出することを否定する趣旨である。

¹⁰ EGBGB 第29条第1項は以下のとおり。

動産の譲渡または役務の提供に関する契約であって、消費者の職業上もしくは営業上の活動と見なされ得ない目的を有するもの、またはこうした取引のための資金調達を目的とする契約については、当事者間で準拠法の合意があっても、以下に掲げるいずれかに該当する場合には、消費者がその常居所地国法中の強行法規により保証されている保護を奪う結果になってはならない。

1. 消費者の常居所地国において、契約締結に先行して明示的な申し出または勧誘がなされ、当該消費者が契約締結に必要な法的行為をその国において行った場合
2. 消費者の契約相手方またはその代理人が、消費者からの注文を当該消費者の常居所地国において受け取った場合
3. 契約が物品の売買を対象とするもので、消費者が常居所地国から他の国に旅行し、そこで注文を行った場合であって、その旅行が消費者に当該売買契約を締結させる目的で売主が企画したものであるとき

る契約に基づき業者Cが原告Xに対して行うサービスが同条項に規定される「役務の提供」(“Erbringung von Dienstleistungen”)に該当するか否かが問題とされた。本判決ではこの点に関して、職務に関連する形で役務の提供が消費者に対して行われているか否かが当該要件の判断基準であるとしたうえで、労働契約を除く役務提供契約一般(請負契約、物品供給契約および委託契約等)がこの概念に含まれるとして、当該概念の射程を極力広範囲に認める姿勢を示している。そして本件では、原告Xは業者Cを通じてIの出資持分権を信託的に取得および保有していることから、Xが業者Cとの間で締結した契約はEGBGB第29条に規定する「役務の提供」を目的としたものに該当するとの結論付けを行っている。

連邦最高裁判所は、次に、本件信用契約に対してドイツ訪問販売撤回法第1条が適用されるためには、EGBGB第29条第1項第1号から第3号のいずれの場合に該当するかを確定させる必要があるとしたうえで、Wの従業員Gが被告であるY銀行の代理人として、ドイツにおいて原告Xによる融資申込みを受領しているが、このことはEGBGB第29条第1項第2号の要件を充足させるのに十分であると判断している。本判決の中では、その前提として、EGBGB第29条第1項第2号にいう代理人とは、業者の名前で行動する総ての人間を含むのであって、厳密な意味で代理権を有しているか否かが問題になるわけではないとし、勧誘者が国内市場に赴き当該市場において消費者に契約締結の機会を提供すれば、EGBGB第29条第1項第2号の要件を充足するとの見解が示されている¹¹。

¹¹ 本判決では、EGBGB第29条第1項第1号の本事案への適用に関連して、1987年9月7日にWの従業員Gが原告Xに対して融資申込みへの署名を求めた事実を認定し、これがドイツにおける明示的な勧誘行為に該当するとしつつも、それだけでは同条項の適用要件は充足されないとする。そのうえで、本判決は、EGBGB第29条第1項第1号の適用があるというためには、Gによるこうした行動がドイツにおける信用供与の提供を目的とした被告Y銀行の行動や意向に基づくものであることを立証する必要があるが、GはY銀行への融資申込みをXに求めるに当たってY銀行の書式を使用していないことや、業者WがY銀行と全く関係なく活動していること等を認定し、最終的にEGBGB第29条第1項第1号の適用要件を充足しない旨判示している。

③ EGBGB 第29条と第34条との適用関係

連邦最高裁判所は、一般論として、ドイツ訪問販売撤回法第1条がEGBGB 第34条の介入規範としての要件を満たし、本事案に同第34条が適用されるのであれば、ドイツ訪問販売撤回法第1条が介入規範として適用され得ることを認めたとうえで、本事案では、EGBGB 第29条が優先適用されることにより、こうしたケースに該当しない旨判示する。

また同裁判所は、連邦議会報告書の記載に基づき、消費者保護の領域においては、特別規定たる EGBGB 第29条が適用されない場合に限り、EGBGB 第34条に規定する介入規範が適用される可能性があるとの見解を提示する。すなわち、本判決の見解によれば、消費者保護の領域において EGBGB 第34条の適用が一切排除されるわけではなく、EGBGB 第29条における規定欠缺等により同条の適用が認められない場合には EGBGB 第34条の適用があり得るということになる。他方において、EGBGB 第29条の要件が充足され同条の適用がある場合には、「EGBGB 第29条の第34条に対する優先が断固とした効力を有する (In solchen Fällen greift der Vorrang des Art. 29 EGBGB gegenüber Art. 34 EGBGB durch.)」としており、本判決は明確に EGBGB 第29条優先適用説を採用している。

④ 訪問販売撤回法第1条に関する実質法上の解釈

連邦最高裁判所は、本事案においては、1987年9月7日にWの従業員Gとの交渉によってXが本件信用契約を締結しようと決心したが、実際に当該契約が成立したのは1988年2月であり、その時点を以って、ドイツ訪問販売撤回法第1条の要件が充足されとの判断を下している。契約交渉と実際の契約締結との間における時間的な繋がりには十分でないが、Xによる融資の申込みは交渉過程と直接的な連関を有し署名するに至ったものであり、仮令契約交渉の後に時間的な間隔をおいて締結された信用契約であったとしても、訪問販売撤回法第1条の効力が及ぶと考えるべきとの見解を示している。それは、訪問販売撤回法第1条が想定する不意打ち状況でなされた提案とその後時間的な間隔を置いて締結された契約とを完全に分離し、消費者による撤回権の発動を制限するとすれば、同法が掲げる消費者保護という目的の達成が十分に図られないからに他ならない。本事案では、原告Xは1987年9月7日に訪問販売によっ

て不意打ち状況に置かれ、そこで書面による意思表示により引受証書に関する契約および融資申込の双方を行っており、その後時間的な間隔をあけて本件信用契約が締結されたケースではあるが、本事案のように当該信用契約が1987年9月7日付のGのX宅訪問に際してなされた一連の行為に伴う不可避の結果として評価できるときには、当該信用契約に訪問販売撤回法第1条を適用するのが妥当との判断を下している。

(2) BGH, Urteil vom 19. März 1997 (VIII ZR 316/96)¹²

イ. 事実関係¹³

1994年1月4日、ドイツに常居所を有する消費者Y（複数人、被告）が、スペイン領グラン・カナリア島に休暇で滞在していたところ、英国マン諸島に本拠地を有するX社（原告）から路上にて勧誘を受け、ブドウ酒やTシャツ等の引換券を渡されたうえで、“A Club”と称するリゾート施設の居住権に関する説明会に誘われた。Yはその説明会の会場において、予めドイツ語で作成された定型の申込用紙に署名を行ったが、そこには1994年7月31日以降2073年末までの間、同施設225号室の居住権取得を申し込む旨記載されており、Yは連帯して、X社が債務取立にかかる権限を付与したドイツの代理人M社に対して、居住権の取得対価28,255ドイツマルクおよび年間の運営管理費345ドイツマルクの支払義務を負うものとされた。なお、申込用紙の裏面には、上記居住権の売買契約（以下「本件契約」という）の準拠法をマン諸島法とする旨記載がなされていた。Yは1月6日に銀行振込により頭金3,000ドイツマルクを支払ったものの、休暇帰国後、残金（25,600ドイツマルク）の支払いを拒絶した。

そこでX社はYに対して残金の支払いを求め出訴したが、他方でYはX社に対する反訴として頭金3,000ドイツマルクの返金を求めるとともに、本件契約は目的物と代金が著しく均衡を失っており、ドイツ法およ

¹² BGHZ 135, 124; WM 1997, 980; NJW 1997, 1697.

¹³ なお、1980年代末以降同様の事案がグラン・カナリア等で多発したが、その動向を詳細に分析したものとして、西谷祐子「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題」法学63巻5号1頁以下（1999年）がある。

びマン諸島法いずれにおいても公序良俗に反し無効であること、および EGBGB 第34条に基づきドイツ訪問販売撤回法第1条の適用があり、本件契約を締結するとの自身の意思表示を有効に撤回し得ること等を主張した。第一審は原告X社が、控訴審は被告Yがそれぞれ勝訴した¹⁴。

ロ. 判決内容

① 国際裁判管轄権の所在

連邦最高裁判所は、本件契約の裏面に裁判管轄地を被告の住所地もしくは本拠地とする旨の記載がなされていることを根拠に、ドイツに国際裁判管轄権があると判示した¹⁵。

② 準拠法合意の有効性

連邦最高裁判所は、当事者が締結した本件契約では、準拠法をマン諸島法とする明示の合意が存在しており、EGBGB 第27条第1項により、本件契約は同法に服すると判示している。

そのうえで、本件契約の成立および効力は、EGBGB 第31条第1項¹⁶

¹⁴ 控訴審判決（OLG Celle 17. Zivilsenat, 13 Februar, 1996, 17 U 28/95）の要旨は次のとおりである。

- ① 原告X社は被告Yによる本件契約の申込書面を遅くとも頭金の受領とともに受け取っており、EGBGB 第27条第1項に基づきマン諸島法を準拠法とする当事者の合意が有効に成立している。
- ② マン諸島法によれば本件契約の撤回は認められないが、被告にはドイツ訪問販売撤回法に基づく撤回権が当然に認められるべきである。
- ③ 本事案はEGBGB 第29条が規定している契約類型、すなわち「動産の譲渡」、「役務の提供」、または「こうした取引のための資金調達を目的とする契約」のいずれにも該当せず、また同条各号の要件も充足しないことから、EGBGB 第29条の適用はない。
- ④ もっとも、ドイツ訪問販売撤回法はEGBGB 第34条に規定する介入規範としての性格を有しており、EGBGB 第34条に基づき同法が本事案に適用される。従って、被告Yは訪問販売撤回法第1条に基づき契約申込にかかる意思表示を撤回し得る。

¹⁵ この点、控訴審判決では、国際裁判管轄の所在に関して厳密な検証を行うことなく、ドイツに国際裁判管轄が所在する旨肯定している。

¹⁶ EGBGB 第31条第1項には、「契約もしくはその条項の成立および効力は、

に基づき、契約が有効である場合に適用されるべき法、すなわちマン諸島法により判断されるとする。本件契約が有効に成立するとしうえて、契約書等の記載によれば、売買目的物はリゾート施設の期限付き居住権（使用权）という債権的な権利であると認定している。また準拠法の合意の成立および効力に関しては、EGBGB 第27条第4項¹⁷に基づき、同第31条第1項と同様に、マン諸島法により判断されるとし、準拠法の合意も有効に成立している旨認定している。

③ EGBGB 第29条の不適用

連邦最高裁判所は、EGBGB 第29条第1項に基づくドイツ訪問販売撤回法第1条の適用を否定する。第一の理由として、本事案ではリゾート施設居住権の譲渡が当事者（特に被告Y）の関心事項であって、それに伴う運営管理は副次的・従属的な役務に過ぎず、その他付随サービスも含めて契約の本質に影響を及ぼすものではないとしたうえて、EGBGB 第29条第1項が規定する「役務の提供」という要件を充足しないとの見解を示す。第二の理由として、本件契約はEGBGB 第29条第1項各号に規定する内国牽連性の要件を満たさないとする。すなわち、第1号要件については、本件契約の締結に先行して、X社によるYへの勧誘行為がドイツでなされたわけではないし、またYが契約締結に必要な法的行為をその常居所地であるドイツで行ったわけでもないとする。また第2号要件についても、X社はリゾート施設居住権の取得にかかるYの意思表示をドイツにおいて受領したわけではなく¹⁸、本要件も充足しないとす

当該契約もしくは条項が有効であるとすれば適用されるべき法に則って判断される」との規定が置かれている。

¹⁷ EGBGB 第27条第4項には、「適用されるべき法に関する当事者間の合意の成立および効力については、本法第11条、第12条、第29条第3項および第31条が適用されるべきである」との規定が置かれている。

¹⁸ この点については、控訴審の事実認定を踏まえると、X社がドイツの代理人M社から頭金を受領した時点をもって初めてYの契約申込の書面を受取った可能性があることを指摘しつつも、そのことが第2号要件の判断を左右しないとの見解を示している。本判決では、EGBGB 第29条の意義は契約締結の状況に応じて消費者に如何なる保護を与えるかを想定することに求められるとしたうえて、同条第1項第1号および第2号はともに、業者がドイツ国内に赴くケースを念頭に置いた規定であり、消費者が自主的に他国に赴きそこで業者に対し

る。さらに第3号要件は、そもそも本件契約が「物品の売買を対象とするもの」ではなく、本事案には適用されないとの見解を示している。

また同裁判所はEGBGB第29条の類推適用も否定する。本判決の中では、同条の類推適用を肯定した裁判例や学説の存在を指摘しつつも、EGBGB第36条¹⁹が存在している以上、EGBGB第29条の類推適用によりその適用範囲を拡張することは許されないとの判断を下している。EGBGB第36条はローマ条約第18条を国内法化した規定であり、締約国に対して同条約の解釈と適用の統一を図ることを要請するものであるが、本判決の中では、EGBGB第36条が存在していることを以って、ローマ条約に根拠を有するEGBGB第27条以下の規定につき類推適用が一切認められないわけではないとしつつも、類推適用が正当化され得るのは他の締約国も含めて法政策的な評価が一致した場合に限られるべきであるとし、EGBGB第29条の類推適用に関して制限的な解釈論を展開している。

④ EGBGB第29条と第34条との適用関係

連邦最高裁判所は、本事案についてEGBGB第34条に基づくドイツ訪問販売撤回法第1条の適用がない旨結論付けている。その理由として、本事案はEGBGB第29条の適用領域内の問題ではあるものの、同条第1項各号の要件を充足せずドイツとの内国牽連性が十分でない以上、同条の適用はないと考えられるが、かかる事情があるにも拘わらずEGBGB第34条の適用を別途認めるのは本末転倒（Wertungswiderspruch）であるとの見解を示している²⁰。そのうえで、消費者保護の領域における

て契約の申込を行ったような事案を想定しているわけではないとする。すなわち、こうした事案においては、消費者はその常居所地国法上の保護を期待できないと考えるべきであって、偶々業者が消費者による契約申込書面を当該消費者の常居所地国で受領したという事情があったとしても、そうした事情はかかる見解に影響を及ぼすものではないと結論付けている。

¹⁹ EGBGB第36条では、契約上の債権債務関係に適用される本章の規定（第29a条を除く）の解釈と適用に当たっては、これら規定の基礎となっているローマ条約の規定がその締約国において統一的に解釈・適用されるべきことに配慮しなければならない旨の規定が設けられている。

²⁰ 従って、本判決では、仮令訪問販売撤回法がEGBGB第34条の介入規範性

EGBGB 第34条の位置付けについて、EGBGB 第29条の適用領域外において厳格な要件の下で介入規範の適用を根拠付けることとし、結果としてEGBGB 第29条の直接的な適用よりもさらに消費者保護を進展させ得るものと評価し得る場合には、限定的ではあるが、消費者保護の領域におけるEGBGB 第34条の適用可能性を肯定する。つまり、EGBGB 第29条の適用領域外にある消費者契約が同条第1項各号に掲げる要件を満たし内国牽連性が肯定される場合には、EGBGB 第34条に基づき、ドイツの消費者保護に関する実質法が介入規範として、当該消費者契約に適用され得ると考えるのである。

なお連邦最高裁判所は、本事案に対するEGBGB 第34条の不適用の理由について、EGBGB 第29条の第34条に対する優先に求めるべきではないとしたうえで、EGBGB 第29条と第34条の優先関係について明示的に議論を展開している。すなわち、消費者保護の領域においてEGBGB 第29条により消費者保護にかかる実質法規定が適用されず、かつ当該規定がEGBGB 第34条に規定する介入規範に該当する場合に限って、特別連結による当該規定の適用を認める余地があるとしたうえで、仮令EGBGB 第29条に規定される契約類型が存在したとしても、同条適用の前提条件とされる内国牽連性の要件が充足されていない場合には、EGBGB 第34条による特別連結も当然に認められないとの見解を再度示している。

(3) BGH, Urteil vom 13. Dezember 2005 (XI ZR 82/05)²¹

イ. 事実関係

スイスに本拠地を有するX銀行（原告）がドイツに居住する税理士Y（被告）との間で、1991年2月1日に、10万スイスフラン超の貸付契約（以下「本件貸付契約」という）を締結した（本件貸付契約の期限は2000年12月31日、利率は7.125%である）。X銀行とYの間では、本件貸付契

を有しているとしても、そもそも本事案に対するEGBGB 第34条の適用自体が認められない以上は、訪問販売撤回法の介入規範性を検証する必要がないとして、その判断には踏み込んでいない。

²¹ BGHZ 165, 248; WM 2006, 374; NJW 2006, 762.

約締結に当たって準拠法をスイス法とする合意がなされ、その旨契約書にも記載された。Yは、訴外W（現在I）の住宅建設資金10万ドイツマルクの貸付資金を調達するために本件貸付契約を締結したが、このYから訴外Wへの住宅建設資金の提供はベルリン援助法²²第17条に基づき所得税減税等の対象となる貸付（以下「Berlin-Darlehen」という）に該当していた。Yは、同時に、養老保険契約に加入した上で、その保険契約および Berlin-Darlehen に基づく請求権をX銀行に担保として譲渡・提供した。2000年12月19日、X銀行はYに対して、返済期日が間近に迫っていることに注意を喚起したうえで、利率8.7%での本件貸付契約の更新を提案するとともに、遅滞している利息の支払いを求めた。その後、X銀行はYに対して、再三にわたって更新の申し出を行ったが成果が得られず、また催告にもかかわらず履行遅滞に陥った利息残高が増加する一方であったことから、2001年9月には、本件貸付契約の解除を通告し、担保として譲渡を受けていた養老保険に基づく請求権を換価した。X銀行は訴訟を提起し貸付金の全額返済を求めたが、Yは有効な解約告知がないとしてこれを争った。加えてYは、EGBGB 第29条または第34条に基づき、本件貸付契約については契約準拠法の如何に拘らずドイツ消費者信用法が適用されるとし、本件貸付契約がドイツ消費者信用法上の厳格な要件を満たしておらず、その結果として支払利息は軽減されると主張した²³。第一審では、訴外Iによる本件貸付口座への支払いや養老保険に基づく請求権の換価代金を考慮したうえで、利息や催告費用を加え

²² Gesetz zur Förderung der Berliner Wirtschaft (Berlinfoörderungsgesetz), BGBl. I 1990, 173.

²³ 消費者信用法第6条第2項には、契約証書において、名目利率、実質利率もしくは負担総額が記載されていない場合に、信用契約の基礎となる名目利率をBGB 第246条が規定する法定利率4%に縮減する旨の規定が置かれており、被告Yは同条項に基づき支払利息の軽減を求めたものと考えられる。なお、2002年1月1日に発効したドイツ債務法の改正（債務法現代化法の制定）に伴って、消費者信用法は同日付で廃止され、その諸規定はBGBの中に吸収されることとなった。消費者信用法第6条も若干の字句修正を行ったうえで、BGB 第494条として現在も存続している。ドイツ債務法の改正の詳細については、前掲注8・半田を参照（特に426-431頁における記述は本稿との関連が深い）。

る一方、Yからの既支払い分を控除して、X銀行の請求を認容した。他方で、Yからは、養老保険契約の期限前解約に伴う損害賠償請求権について確認の反訴（Feststellungswiderklage）が提起されていたが、これは棄却した。控訴審でも、金額面で多少の異同はあったものの、原審の判決内容をほぼ維持しYの控訴を棄却した²⁴ため、Yが上告を行ったものである。

ロ. 判決内容

① EGBGB 第29条の不適用

連邦最高裁判所は、EGBGB 第29条第1項に規定する「役務の提供」という要件は、その目的に照らして幅広く認められるべきであるとし、サービス供給契約、請負契約、物品供給契約、業務管理・委託契約に基づき提供される職務に関連した給付（tätigkeitsbezogene Leistungen）一切を包含する概念である²⁵としつつも、他方で、消費者としての契約相手方に対する給付であることが必要であるとの一般論を展開している。そのうえで、本事案に関しては、①本件貸付契約は消費者としての被告Yに対する役務の提供には当たらないほか、②Berlin-DarlehenはX銀行からの貸付を原資として実施されたものであるが、訴外WがYに対してその返済債務を負うこと等に鑑みると、本件貸付契約が職務に関連した給付として消費者であるYに対して行われたものではないと判示した。

また同裁判所は、争点となっている具体的な法律行為がEGBGB 第29条第1項に規定する契約類型に該当しなかったり、同項第1号から第3号に則り内国牽連性の要件を充足しない場合には、当該法律行為へのEGBGB 第29条の類推適用を認めていない²⁶として、本事案に対する同条の類推適用も認めない。EGBGB 第29条の規定内容および同条が第27

²⁴ KG Berlin 12. Zivilsenat, 17. Februar, 2005-12 U 169/03, IPRspr 2005, Nr 13a, 36-44.

²⁵ BGHZ 123, 380, 385.

²⁶ BGHZ 135, 124, 133ff. M.Weller, Internationaler Anwendungsbereich des Verbraucherkreditschutzrechts, NJW 2006, 1247, 1248.

条、第28条の例外規定として創設された経緯に鑑みて、同条に列挙された類型以外の契約に対しては、その具体的事案における内国牽連性如何に拘わらず、同条の類推適用は受け入れられないと判示する²⁷。つまりは、EGBGB 第29条における個別契約類型の詳細な列挙は、特定のケースにおいて経済的弱者救済のために当事者による自由な法選択を制限するとの立法者意思を反映したものであるとし、裏を返せば、包括的な抵触法上の消費者保護を認めないとの意思を示したものであると結論付ける²⁸。

② EGBGB 第34条の不適用

次に連邦最高裁判所は、EGBGB 第34条に基づいて消費者信用法の適用が導き出されるとする被告Yの主張についても明確に否定する。

もっとも、同裁判所は、かかる結論が、EGBGB 第34条に対する第29条の一般的な優先の結果として生じるものではないとする。すなわち、本事案のようにEGBGB 第29条第1項の適用がなく、従ってその排除効果が発揮できないケースにおいては、かかるEGBGB 第29条の優先という事態は生じないとするのである²⁹。

連邦最高裁判所は、EGBGB 第34条が規定する介入規範について、契約準拠法如何に拘わらず自国と関係を有する事案を規律することを要求する実質法上の条項であるが、ドイツの各強行法規の意義と目的に鑑みて、通常の抵触法上の規定に沿って適用されるべき外国準拠法を顧みる

²⁷ 学説においてもかかる見解は通説的地位を占めている。例えば、J.Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen EGBGB/IPR-Einleitung zu Art 27ff EGBGB, 13.Aufl. (2002, de Gruyter), EGBGB Art.29 Rdn.28 [U.Magnus]; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) : Internationales Privatrecht, 4.Aufl. (2006, C.H.Beck), EGBGB Art.29 Rdn.14 [D.Martiny]; F.Westphalen/V.Emmerich/F.Rottenburg (Hrsg.), Kommentar: Verbraucherkreditgesetz, 2.Aufl. (1996, Otto Schmidt, Köln), §1 Rdn.21.

²⁸ 本判決文の中で、こうしたドイツ法における要件上の絞りは、明らかにローマ条約の内容と齟齬を生じせしめるものとの認識が暗に示唆されている。

²⁹ こうした見解は従来判例でも既に示されている (BGHZ 135, 124, 135)。

ことなく、国際的に適用されるべきものか否かを解釈を通じて確認していくことが要求されるとの総論的な説明を展開する³⁰。続いて、本判決は介入規範に関する解釈論上の指針として、「通説的な見解によれば、EGBGB 第34条の適用に当たっては、問題となっている実質法上の条項が単に相対立する契約当事者の利害、すなわち純粋な私人の利害の保護や調整を追求するだけでなく、それと並んで公益を追求していることが要求される」との重要な説示を行うのである。そのうえで、同裁判所は、ドイツ消費者信用法の規定の目的は、個々の消費者の経済的な利害を危険から守り、優位な立場にある金融のプロフェッショナルとの構造的な不平等を修正することにあるのであって、契約当事者間の利害調整を主たる立法目的に据えているとし、結論として、消費者信用法はEGBGB 第34条に規定する介入規範としての性格を付与され得るものではないとする。

さらに連邦最高裁判所は、実質法上の規定が国際的な強行法規性 (international zwingenden Charakter) を有するか否かという点については慎重な判断が求められるとする。それはEGBGB 第34条が一般的な迂回規定 (Ausweichklausel) に仕立て上げられるべきではなく、それによって、ローマ条約やEGBGBにおいて支配的な原則である当事者による法選択の自由が排除されるべきではないという基本理念に基づくものである。疑わしい場合には、該当する規定について国際的な強行法規性を肯定すべきではないと指摘する。それ故に、消費者信用法が個々の消費者の個別の保護を目的とするものであり、その結果として反射的に公益を包含しているからといって、EGBGB 第34条の適用が基礎付けられるわけではないとするのである。

なお、本判決では、消費者信用法の国際的な適用意思 (Geltungswille) はそれが消費者信用に関する EEC 指令に起源を有する³¹ことから当然

³⁰ かかる見解を示したものとして、J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.52f [U.Magnus]; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.9 [D.Martiny].

³¹ 消費者信用法は、Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the

に導き出されるものではないとする。立法者が EEC 指令を国内法化したという事実は、その規範が国際的に根源的な意義を有し、一般的な抵触法規定の如何に拘わらず外国との牽連性を有する事案にも適用されるべきということを意味しないとの見解を表明している。つまり、消費者信用に関する EEC 指令は、その国内法化に際して、顧慮すべき最低基準を規定するに止まるのであって、その範囲に限り国際的な強行法規性を有するものの、各加盟国に対してそれ以上の保護強化を求めるものではないというのである。連邦最高裁判所は、消費者信用に関する EEC 指令第 2 条第 1 項(f)には、2 万 ECU を超える契約には同指令の適用がないとする適用除外規定が設けられているが、本件貸付契約はこの適用除外規定の要件を満たすことから、同 EEC 指令の存在を根拠として、本事案との関係で、ドイツ消費者信用法の介入規範性が肯定されるわけではないとの結論を導き出している³²。

3. 主な論点に関する判例・学説の状況

(1) EGBGB 第29条と第34条の相互排他性の問題

抵触法上の消費者保護規定である EGBGB 第29条と介入規範を規定す

Member States concerning consumer credit, O.J. L42/48 (1987) を国内法化したものである。

³² 本判決では、スイス国際私法第120条による反致が成立するか否かが論点の一つとして挙げられている。控訴審判決では、EGBGB 第35条第1項や同第4条第2項の規定に拘わらず、スイス国際私法第120条の適用を問題とすべきか否かが未確定の問題として残るとしたうえで、本件貸付契約がスイス国際私法第120条の要件を満たさないとして反致の成立を否定した。これに対して、連邦最高裁判所は反致の成立を否定するという点で控訴審判決の結論を支持するものの、その理由付けにおいて控訴審判決と異なる判断を下している。すなわち、EGBGB 第35条第1項は国際契約法の領域において反致を排除する目的を以って創設された規定であることから、本件はドイツ裁判所においてスイスの抵触法を考慮すべき事案には当たらないとし、スイス国際私法第120条による反致がドイツ消費者信用法の適用を根拠付ける可能性は当初から存在しない旨判示している。

る EGBGB 第34条との相互排他性の問題は、消費者の常居所地国と法廷地国が同一である場合に、当該国実質法上の消費者保護規定に対して EGBGB 第29条のみならず第34条を重複的に適用する余地があるかという問題として捉えられる。上記連邦最高裁判決はいずれも、双方の重複適用を肯定する見解に立脚していると考えられる。特にこの点を最も明快に示すのが1993年判決である。同判決では、EGBGB 第29条に基づき消費者の常居所地法中の強行法規として、ドイツ訪問販売撤回法第1条の適用を認めたが、判決文の中では同条項が EGBGB 第34条の介入規範性をも有する旨の言及を行っており、同一の消費者保護規定について EGBGB 第29条と第34条が重複適用される可能性を肯定する。但し、EGBGB 第29条優先適用説を採用した結果として、いずれの判決も、消費者保護の領域において EGBGB 第34条が適用され得るのは EGBGB 第29条の適用領域外にある消費者契約に限られるとの見解に立っていることには留意が必要である。すなわち、EGBGB 第29条の適用領域に属する消費者契約類型では、EGBGB 第29条に基づきある国内実質法規定が消費者の常居所地法中の強行法規に該当するか否かが問われるものの、EGBGB 第34条の介入規範性は問題にされないのに対して、EGBGB 第29条の適用領域外にある消費者契約類型では、仮令同一の国内実質法規定が問題となる場合であっても、EGBGB 第34条に基づく介入規範性の有無が検証されることになる³³。なお、2005年判決でも指摘していたとおり、かかる論争は、内国実質法が消費者保護に関する各種 EEC 指令の水準を超える保護を消費者に与えている場合に、特に重要な意義を有すると考えられている³⁴。

他方で、学説においては本論点につき争いがある。

まず EGBGB 第29条と第34条が排他的関係にあるとの観点から、抵触法上の消費者保護を EGBGB 第29条に限定し、EGBGB 第34条の介入規範として実質法上の消費者保護規定を適用することを認めないとする見

³³ 特にこの点を明確に説明しているのが1997年判決である。

³⁴ F.Ferrari/E.Kieninger/P.Mankowski/K.Otte/I.Saenger/A.Staudinger, Internationales Vertragsrecht Kommentar -EGBGB-CISG-CMR-FactÜ (2007, C.H.Beck), EGBGB Art.34 Rdn.10f [A.Staudinger].

解が存在する³⁵。例えば、Kropholler 教授³⁶は、ある保護規範が EGBGB 第29条と第34条の要件を同時に満たし得ないとの見解に基づき、保護規範は内国的な強行法規性を有する (“intern” zwingend) に止まるか、もしくは国際的な強行法規性 (“international” zwingend) を有し EGBGB 第34条の特別連結の適用を受けるか、二者択一でしかあり得ないと考える。そうした前提の下で、消費者保護にかかる実質法については、それが強い公的利益や規範性に関する明文規定を有している場合は兎も角、そうでない場合には内国的な強行法規性を有するに止まり、EGBGB 第29条の規定に委ねられると結論付ける³⁷。また Mankowski 教授³⁸も、EGBGB 第29条に基づき連結する法規は介入規範では有り得ないし、また介入規範は EGBGB 第29条に基づき連結することもできないとして、両者の排他性を主張する。同教授によれば、こうした結論は、介入規範が公益の実現を主たる目的に据え、当事者間の利害調整は精々その副次的目的に止まるのに対して、EGBGB 第27条から第29条が規定する通常連結は専ら契約当事者間の利害調整を目的としていることの当然の帰結であるとする。そのうえで、各実質法規定は上記2つの目的タイプのうちいずれかを主たる目的としているはずであるから、介入規範と通常の契約準拠法に重複的に分類されることは原則として認められないと考える

³⁵ 労働者の労務提供地等の強行法規の適用を認める EGBGB 第30条と第34条との関係においても、両者の重複適用を認めないとの見解を採るものとして、H.Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 10, 12. Aufl. (1996, W.Kohlhammer), EGBGB Art.30 Rdn.18 [B.von Hoffmann]; M.Franzen, Internationales Arbeitsrecht, in W.Oehmann/T.Dieterich (Hrsg.), Arbeitsrechts-Blattei systematische Darstellung (1993, Forkel) Rdn. 111ff がある。

³⁶ J.Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006, Mohr Siebeck), 500f.

³⁷ かかる見解に立つ学説としては、他に J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.71 [U.Magnus] 等がある。

³⁸ P.Mankowski, Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004 (Teil 1), RIW 2004, 481, 487f; Ders., Strukturfragen des internationalen Verbrauchervertragsrechts, RIW 1993, 453, 460ff.

のである。さらに Freitag 教授³⁹は、EGBGB 第29条と第34条との重複を認めるか否かを論じるに当たっては、両者の間に存在する緊張関係、国際的な強行法規の適用根拠および立法者の意思等を総合的に考慮する必要があるとする。そのうえで、①EGBGB 第34条に規定する特別連結は、当事者による法選択の自由の例外をなすものであり、当事者間における法的不確実性を極力回避するためにも、可能な限り抑制的な取扱いが求められること、②EGBGB 第29条および第34条がその起源を有するローマ条約の目的は抵触法の統一を通じた判決の調和(Entscheidungungsgleichklang)にあるが、国家単位で異なる介入規範の特別連結を過度に行うことは、こうしたローマ条約の目的に背反する惧れがあること、③EGBGB 第29条は消費者契約法にかかる基本的な局面を規律するものであるとの位置付けがより強く意識されるべきであり、EGBGB 第29条の適用範囲を超えてEGBGB 第34条による特別連結が行われるとすれば、上記のようなEGBGB 第29条の位置付けとの間で齟齬が生じかねないこと、④EGBGB 第29条が規律する領域においてEGBGB 第34条に基づく特別連結を行うことにより、EGBGB 第29条の規定内容の空洞化が生じかねないこと、を理由として、EGBGB 第29条と第34条が相互に排他的であると結論付ける。

これに対して、EGBGB 第29条と第34条の間に相互排他性はないとし両者の重複的な適用を認めるなど、EGBGB 第34条に基づく実質法上の消費者保護規定の適用を肯定する学説も有力に主張されている⁴⁰。例えば、von Hoffmann 教授⁴¹は、契約当事者間における構造的不平等の解消を目的とする実質法規を「特別私法 (Sonderprivatrecht)」と称した

³⁹ C.Reithmann/D.Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. (2004, Otto Schmidt Köln), Rdn.405 [R.Freitag].

⁴⁰ 以下の本文で紹介するもの以外に、W-H Roth, Grundfragen im künftigen internationalen Verbrauchervertragsrecht der Gemeinschaft, in M.Coester/D.Martiny (Hrsg.), Privatrecht in Europa-Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag (2004, C.H.Beck), 591, 598等がある。

⁴¹ B.von Hoffmann, Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereich, IPRax 1989, 261, 266; B.von Hoffmann/K.Thorn, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. (2005, C.H.Beck), §10 Rdn.96.

うえで、消費者契約の幾つかの類型および労働契約一般に関しては特別私法の特別連結が想定され得ると主張する。すなわち、特別私法は介入規範とは異なり、常にEGBGB第34条による特別連結の対象となるわけではないが、ローマ条約全体の体系を踏まえれば、EGBGB第29条または第30条の適用範囲に含まれない内国実質法（特別私法）であっても、EGBGB第34条に基づく特別連結の対象になり得るとの結論を導き出すのである。同教授は住居賃貸借法規（Wohnungsmietrecht）を例にとり具体的な説明を行っている。すなわち、1983年10月20日付連邦議会報告書において住居賃貸借法規が介入規範に該当し得る旨記述されていること⁴²を捉えて、住居賃貸借法規を含めEGBGB第29条が適用されない消費者保護規定については、特別私法としてEGBGB第34条が別途適用される余地が認められていると説明するのである。またBitterich教授⁴³は、EGBGB第34条の発動を基礎付ける公益は、社会国家原則を伴った私法的消費者保護、消費者契約法が有する市場規制機能および国内市場の機能化への利害といったものにより基礎付けられるとし、消費者保護の介入規範性に肯定的な姿勢を示している。Hohloch教授⁴⁴も、EGBGB第34条の介入規範性は、①国家および経済政策上の利害もしくは②社会政策および市民社会政策上の根拠のいずれかにより基礎付けられるとしたうえで、後者（②）の代表例として、労働者保護と並んで消費者保護を列挙している。これら見解は多かれ少なかれ、いわゆる The Giuliano and Lagarde Report における “The origin of this paragraph is found in the concern of certain delegations to safeguard the rules of the law of the forum (notably rules on cartels, competition and restrictive practices, consumer protection and certain rules concerning carriage) which are mandatory in the situation whatever the law applicable to the contract

⁴² BT-Drucks, 10/504, 84. なお同連邦議会報告書は1986年EGBGB改正の政府草案を示したものである。

⁴³ K.Bitterich, Die Neuregelung des Internationalen Verbrauchervertragsrechts in Art.29a EGBGB (2003, P.Lang), 279 [Fn.1049].

⁴⁴ W.Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11.Aufl. (2004, Otto Schmidt, Köln), EGBGB Art.34 Rdn.12, 15 [G.Hohloch].

may be.”⁴⁵という記述に依拠して展開されており、EGBGBの条文解釈に当たっても、欧州全体の法動向に着目し欧州域内における法解釈の調和・統一に重きを置く近時学説の一環として位置付け得る。A. Staudinger 教授は、「欧州連合指令を単純に国内法化した条項については、それが、市場における弱者たる消費者の保護を目的とするものであったとしても、その国際的な強行法規性を否定することはもはや不可能である」⁴⁶との指摘を行っている。欧州連合指令等の国内転換法令については、もはやEGBGB第34条の介入規範の実質的要件として公益保護要件を求めないとの見解を示しているわけで、これなども、欧州連合レベルでの議論の動向を国内抵触法の解釈に極力反映させようとする姿勢の現われと受け取ってよいであろう。

(2) EGBGB 第29条と第34条の優先関係

次に、ある事案についてEGBGB第29条に規定する消費者常居所地法中の強行法規とEGBGB第34条に規定する法廷地介入規範がそれぞれ適用され得る場合に、いずれを優先すべきかという点が問題となり得る。消費者の常居所地と法廷地が同一の場合は別段、両者が異なる場合には、いずれの法規を優先適用するかによって具体的事案の結論が異なることになるので、本論点は単に理論上の問題に止まらず、事案処理において実質的な意義を有する。

この点、一般には3つの学説が対立している。

第一に、少数説ながら、EGBGB第34条の絶対的な優先適用を支持する見解（第34条の絶対的優先適用説）が存在する⁴⁷。なお、Lorenz 教

⁴⁵ Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations (The Giuliano and Lagarde Report), O.J. C282/1, 28 (1980)。

⁴⁶ Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger]。

⁴⁷ O.Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz (Auszug), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz

授は、EGBGB 第29条に規定する消費者常居所地法中の強行法規を適用する方が、特別連結により他国の介入規範を適用するよりも消費者にとって有利な適用結果が齎されると判断される場合には、前者の優先的な適用を認めるものの、EGBGB 第34条に基づき法廷地たる内国の介入規範が適用される場合にはこれと異なり、内国介入規範が消費者常居所地法中の強行法規に対し無条件に優先して適用されるとの見解を示している⁴⁸。

第二に、EGBGB 第29条を消費者保護の領域における特別規定と捉えたうえで、EGBGB 第34条に対して優先するとの見解（第29条優先適用説）がある⁴⁹。かかる見解の最大の根拠は、前述の1983年10月20日付連邦議会報告書⁵⁰における“Zwingende Vorschriften zum Schutz einzelner können allerdings nur angewandt werden, soweit in den Artikeln 29 und 30 EGBGB-E für den Bereich des Verbraucherschutzes und des Arbeitsrechts nicht schon speziellere Regelungen getroffen worden sind.”という一節に求められる。この見解によれば、EGBGB 第34条の介入規範はEGBGB 第29条等の要件を充足しない契約類型に限り適用されるとし、具体的には、不動産売買や賃貸借と並び消費者信用等がこうした契約類

(Auszug), 66. Aufl. (2007, C.H.Beck), EGBGB Art.34. Rdn.3 [A.Heldrich].

⁴⁸ E.Lorenz, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 1987, 569, 580. 従って、Lorenz 教授の見解をEGBGB 第34条の絶対的な優先適用説（本文第一の見解）と位置付けるのではなく、EGBGB 第34条の条件付き優先適用説（同第三の見解）として捉える文献も見受けられる（Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger]）。

⁴⁹ B.von Hoffman, a.a.O. (Fn.41), 264; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger]; P.Mankowski [RIW 1993], a.a.O. (Fn.38), 460ff; W.Ebke, Schuldrechtliche Teilzeitwohnrechte an Immobilien im Ausland und kein Widerrufsrecht; Zum Ende der Altfälle, IPRax 1998, 263, 268ff; A.Junker, Empfiehlt es sich, Art.7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren?, IPRax 2000, 65, 71; W.Erman, a.a.O. (Fn.44), EGBGB Art.34 Rdn.8 [G.Hohloch]; C.von Bar, Internationales Privatrecht, Band 2 (1991, C.H.Beck), Rdn.453.

⁵⁰ a.a.O. (Fn.42), BT-Drucks, 10/504, 83.

型に該当すると指摘する⁵¹。

第三として、EGBGB 第34条の条件付き優先 (relativer Vorrang des Art. 34) を唱える見解 (第34条の条件付き優先適用説) がある⁵²。この見解によれば、EGBGB 第34条に基づく介入規範は、原則として、EGBGB 第29条に基づく消費者常居所地法中の強行法規に対して優先するものの、最終的にいずれを優先させるかは、関係する法的利害を比較衡量した結果次第であるとする。より具体的には、EGBGB 第29条に基づく消費者常居所地法中の強行法規が法廷地たるドイツの介入規範よりも消費者に有利な適用結果を齎すものであって、当該消費者にこうした有利な状況を提供しないことに正当な事由があると認められないときには、EGBGB 第29条に基づく消費者常居所地法中の強行法規の適用を認めるという考えである。

なお、これら3つの見解の位置付けについては、ドイツの学界においても必ずしも統一的な認識がなされているとは言い難い。例えば、Magnus 教授は、EGBGB 第34条の条件付き優先適用説を「支配的な見解」 (“überwiegender Auffassung”) として紹介する⁵³一方で、A.Staudinger 教授は、EGBGB 第29条優先適用説を「相当数に上る文献が支持している」 (“befürworten weite Teile des Schrifttums”) と評価しており⁵⁴、両者の認識には明らかに齟齬が見受けられる。もっとも、A.Staudinger 教授は、自身が支持する EGBGB 第29条優先適用説に関連して、「外国

⁵¹ G.Bamberger/H.Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 2.Aufl. (2008, C.H.Beck), EGBGB Art.34 Rdn.13 [A.Spickhoff]; B.von Hoffmann, a.a.O. (Fn.41), 266. なお EGBGB 第30条と第34条との関係において同様の見解を示すものとして、F.Heilmann, Arbeitsvertragsstatut (1991, Hartung-Gorre Verlag), 119ff; Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, 2. Aufl. (2000, C.H.Beck), §20 Rdn.86.

⁵² J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.34-38 [U.Magnus]. なお EGBGB 第30条と第34条との関係において同様の見解を示すものとして、Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.120 [D.Martiny]; M.Franzen, a.a.O. (Fn.35), Rdn.113.

⁵³ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.34 [U.Magnus].

⁵⁴ Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger].

に常居所を有する消費者について当該常居所地国の強行法規を適用する方が、ドイツ法において国際的な強行法規と位置付けられる消費者保護規定を適用するよりも当該消費者にとって有利な結論が得られるのであれば、当該消費者からかかる特権を剥奪するのが適切と考えられる根拠が別途明白に存在しない限りは、当該消費者の常居所地国の強行法規が優先的に適用されるべきである⁵⁵との見解を提示している。これはいわば「EGBGB 第29条の条件付き優先適用説」とでもいうべきものであり、結局は、消費者の常居所地国の強行法規とドイツ法における介入規範の適用結果を比較したうえで、実質的な観点から消費者に有利な方を優先的に適用するという点で、EGBGB 第34条の条件付き優先適用説と然程大きな相違があるとは言えないように思われる。

他方で、連邦最高裁判決に目を移すと、1993年判決では、EGBGB 第29条の要件が充足され同条の適用がある場合には、「EGBGB 第29条の第34条に対する優先が断固とした効力を有する (In solchen Fällen greift der Vorrang des Art. 29 EGBGB gegenüber Art. 34 EGBGB durch.)」として、EGBGB 第29条優先適用説を明確に採用しているほか、1997年判決および2005年判決では、EGBGB 第34条の各事案への適用を否定するに当たって、その根拠をEGBGB 第29条の第34条に対する一般的な優先 (einem generallen Vorrang des Art. 29 EGBGB gegenüber Art. 34 EGBGB) に求めない旨の言及を敢えて行っている。Magnus 教授は、連邦最高裁判所は未だ両者の優先関係に関する見解を確立していないとする⁵⁶が、従来の連邦最高裁判決ではEGBGB 第29条優先適用説に立脚することを窺わせるかなり踏み込んだ判断が行われているほか、特に1993年判決および1997年判決に典型的に表れているように、EGBGB 第29条をその適用領域における特別法として位置付け、当該適用領域に属する契約類型に関しては介入規範に立ち返るのを遮断する効果を認めていること⁵⁷から、判例はEGBGB 第29条優先適用説に立脚していると評

⁵⁵ Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.12 [A.Staudinger].

⁵⁶ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.35 [U.Magnus].

⁵⁷ Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34),

価して差し支えないであろう⁵⁸。

(3) EGBGB 第29条の類推適用の可否

連邦最高裁判所は、1997年判決および2005年判決において EGBGB 第29条の類推適用を否定する。前者では、EGBGB 第36条はローマ条約第18条を国内法化した規定であり、締約国に対して同条約の解釈と適用の統一を図ることを要請するものであるとしたうえで、EGBGB 第36条が存在している以上、他の締約国も含めて類推適用を認めることについて法政策的な評価が一致した場合は兎も角、それ以外の場合には、類推適用により EGBGB 第29条の適用範囲を拡張することは許されないとの見解が示されている⁵⁹。また後者では、具体的な法律行為が EGBGB 第29条第1項に規定する契約類型に該当しなかったり、同項第1号から第3号に規定する内国牽連性の要件を充足しない場合には、当該法律行為への EGBGB 第29条の類推適用を認めていないとして、本事案において同条の類推適用を認めなかった。EGBGB 第29条の規定内容、および同条が第27条、第28条の例外規定として創設された経緯を鑑みると、EGBGB 第29条における個別契約類型の列挙は、特定のケースに限って経済的弱者救済のために当事者による自由な法選択を制限するとの立法

EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger].

⁵⁸ Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.11 [A.Staudinger]. もっとも、2005年連邦最高裁判決において、EGBGB 第34条に基づく特別連結を否定するに当たり決定的要素として考慮したのは、消費者信用法の目的が公益性の要件を満たさないことであった。従って、同判決に関する限り、EGBGB 第29条優先適用説への言及は本判決の結論を導き出すために必須の議論とは言えず、その先例としての意義はさほど高くないと評価するのが適当と考える。

⁵⁹ もっとも、同判決は EGBGB 第29条の類推適用に対して抑制的な姿勢を示しているものの、完全にこれを否定する趣旨ではない (Das mag zwar eine entsprechende Anwendung einzelner Bestimmungen des Übereinkommens bzw. der ihnen nachgebildeten Art.27ff. EGBGB nicht völlig ausschließen. Sie ist jedoch nur gerechtfertigt, wenn übereinstimmende rechtspolitische Wertungen in den anderen Vertragsstaaten festzustellen sind. (BGHZ 135, 124, 134))。

者意思を反映したものであるとしたうえで、同条に列挙された類型以外の契約については、具体的事案における内国牽連性如何に拘わらず、その類推適用は認められないとの見解を示している。

もっとも、学説上はEGBGB第29条の類推適用の是非を巡って争いがある。

例えば、Martiny教授はEGBGB第29条の類推適用を肯定する見解に立脚して議論を展開する⁶⁰。同教授は、①EGBGB第29条第1項第1号から第3号は、業者の職業としての多様な活動の中から特に典型的な販売行為等を選び出したものであり、これら各号に規定していない販売行為等が新たに出現していることを踏まえると、EGBGB第29条の類推適用が問答無用に排除されるべきではない。問題となっている販売行為等が、EGBGB第29条第1項各号の場合と同等に、消費者の常居所地国と強い牽連性を有するような事案では、仮令当該販売行為等が同条項各号の要件を充足しない場合であっても、EGBGB第29条の類推適用を認めるのが適当であるとする。加えて、②EGBGB第29条に含まれない契約類型であっても、公序則（第6条）や特別連結による介入規範としての適用（第34条）等のルートを通じて、あらゆる方面から国内外の消費者保護規定の適用に繋がる制度設計が既になされており、抵触法上の消費者保護の必要性をもはや避けて通ることができなくなっていることもEGBGB第29条の類推適用を肯定する根拠の一つとして指摘している。またHohloch教授は、本論点に関する法的状況は今や連邦最高裁判決に基づき明確であるとし、大勢は否定説にあることを認めつつも、5つの根拠を挙げ敢えてEGBGB第29条の類推適用を肯定する⁶¹。すなわち、①EGBGB第29条第1項各号の要件を満たさない取引行為であっても消

⁶⁰ Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.29 Rdn.14 [D.Martiny]. なお本文中で紹介したもの以外に肯定説に立脚するものとして、R.Sack, Marktortprinzip und allgemeine Ausweichklausel im internationalen Wettbewerbsrecht, am Beispiel der sog. Gran-Canaria-Fälle, IPRax 1992, 24, 28; G.Mäsch, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz: eine Untersuchung zu den Art. 29 I, 27 III und 34 EGBGB (1993, Duncker & Humblot), 166-171等がある。

⁶¹ W.Erman, a.a.O. (Fn.44), EGBGB Art.29 Rdn.10 [G.Hohloch].

費者の常居所地国に集中的な牽連性を有する事案では、同条項の類推適用を認めその保護目的の貫徹を図る実際上の必要性がある。② EGBGB 第29条に対しては構造上完成度が低い⁶²とか、その射程が不明確である⁶³との批判が寄せられているが、限定的ながら類推適用の余地を認めることにより、同条項の実効性を確保することができる。③ EGBGB 第29条第1項に規定する契約類型に極めて近く消費者契約と評価し得る取引に対して同条項を類推適用することは EGBGB 第27条第3項に対する同条項の優先⁶⁴という観点からも妥当である。④ 海外で母国語により勧誘され契約締結に繋がった場合には、EGBGB 第31条第2項⁶⁵の適用により、母国法（常居所地国法）に基づく撤回権の行使を肯定する見解もある⁶⁶が、同条項は契約への同意要件の充足に関係するものの、その射程は意

⁶² C.von Bar, a.a.O. (Fn.49), Rdn.429.

⁶³ O.Sandrock, Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis, RIW 1986, 841, 853.

⁶⁴ 下級審の裁判例ではあるが、海外で大部分の勧誘が行われ、その結果契約の締結のみがドイツ国内でなされた事案について、EGBGB 第27条第3項に拠るのではなく、EGBGB 第29条第1項第2号に基づき普通取引約款規制法 (AGBG) が適用されるべきと判示したものがある (OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 1. Juni 1989, 6 U 76/88, RIW 1989, 646, 647)。また学説においても、例えばドイツの消費者が海外の休暇先においてドイツの業者から物品を購入したような事案については、EGBGB 第27条第3項の拡張解釈に拠るのではなく、むしろ EGBGB 第29条の類推適用による解決を模索すべきであるとの見解が示されている (J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.27 Rdn.123 [U.Magnus])。

⁶⁵ EGBGB 第31条第1項は、「契約もしくはその条項の成立および効力は、当該契約もしくは条項が有効であるとすれば適用されるべき法に則って判断される」旨の規定であるが、同条第2項では、「しかしながら、諸般の事情から判断するに、第1項で指示された法に基づき当事者の行為の効力を決することが明らかに正当化されない場合には、当該当事者は契約に同意していない旨の主張を行うに当たって、自身の常居所地国法を援用することができる」旨規定されている。

⁶⁶ LG Aachen, Urteil vom 20. Dezember 1990, 6 S 267/90, NJW1991, 2221; LG Gießen, Urteil vom 14. Dezember 1994, 4 O 528/93, NJW 1995, 406; LG Stuttgart, Urteil vom 13. Juli 1995, 19 O 21/95, RIW 1996, 424.

思表示の効果の事後的排除にまで及ぶものではなく、かかる場合についても EGBGB 第29条第1項の類推適用に拠るのが適切である⁶⁷。⑤ EGBGB 第34条と異なり、EGBGB 第29条の類推適用という手法を用いる場合には、消費者契約という属性を考慮することができるという利点がある。

これに対して、学説上も EGBGB 第29条の類推適用を否定する見解が通説として位置付けられる⁶⁸。この見解の骨子は、EGBGB 第29条の目的は自国領域内で活動している消費者もしくは海外で勧誘を受けた消費者の保護であり、それ以外の事案について同条を類推適用すべきではないという点にある⁶⁹。例えば、Mankowski 教授は否定説の根拠として次の4点を挙げている⁷⁰。すなわち、① EGBGB 第29条第1項各号が規定する構成要件は限定列举であり、ローマ条約第5条第2項は弱者に対する包括的で広範な保護を認める趣旨ではない⁷¹。同条項は当事者による法選択の自由という原則に背反する形で卓越した重要性を付与された規定であり、その根源的な価値は各国における法適用を通じた修正を受け入れない⁷²。② EGBGB 第29条第1項の類推適用の根拠を、所謂グラン・カナリア事件と EGBGB 第29条第1項各号の射程に含まれる事案との比較可能性に求めることはできない⁷³。つまり EGBGB 第29条第1項は契約締結 (Vertragsabschlußmarkt) が消費者の常居所地国に關係す

⁶⁷ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.29 Rdn.88 [U.Magnus] も同旨である。

⁶⁸ なお本文中で紹介したもの以外に否定説に立脚するものとして、J.Taupitz, Kaffeefahrten deutscher Urlauber auf Gran Canaria: Deutscher Verbraucherschutz im Urlaubsgepäck?, Betriebs-Berater 1990, 642, 649; O.Palandt, a.a.O. (Fn.47), EGBGB Art.29. Rdn.7 [A.Heldrich].

⁶⁹ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.29 Rdn.93 [U.Magnus].

⁷⁰ P.Mankowski [RIW 1993], a.a.O. (Fn.38), 459ff.

⁷¹ J.Taupitz, a.a.O. (Fn.68), 652; P.Mankowski, Zur Analogie im internationalen Schuldvertragsrecht, IPRax 1991, 305, 311.

⁷² A.Junker, Die einheitliche europäische Auslegung nach dem EG-Schuldvertragsübereinkommen, Rabelsz 55 (1991), 674, 686.

⁷³ P.Mankowski [RIW 1993], a.a.O. (Fn.38), 460.

る場合に累積的な特別連結を認めるものであるが、契約締結後の処理過程 (Vertragsabwicklungsmarkt) における当該常居所地国との関連性は考慮の対象には含めていない。グラン・カナリア事件では契約締結後の処理過程に関して消費者の常居所地国との関連性はあるものの、契約締結に関しては当該国との関連性を有しないのであって、EGBGB 第29条が問題視すべき事案ではない。③ EGBGB 第29条第1項の類推適用がドイツ独自の要請に基づくものである限りは、EGBGB 第36条で規定されているローマ条約の締約国全体における解釈統一に向けた努力義務に反するものである⁷⁴。実際に他の締約国においては消費者保護の特別規定を拡張していく傾向が見受けられない以上、こうした類推適用によるEGBGB 第29条の適用拡大は認められない。④客観的連結の領域においてはEGBGB 第28条第1項に包括的な規定が設けられており、法の欠缺が生じない⁷⁵以上、EGBGB 第29条第1項および第2項の類推適用を認める必要性に乏しい。また von Hoffmann 教授は Mankowski 教授が掲げる上記②および③の根拠を補強する形で議論を展開している⁷⁶。すなわち、②は空間上の適用領域 (räumlicher Anwendungsbereich) に関する議論であるが、ローマ条約では飽く迄、契約締結に関して当事者双方の利益衡量を抵触法上の視点から行うことに主眼があるのであって、その後の譲渡や支払行為にまで同条約の適用を拡張するのは同条約の価値判断との間で矛盾が生じると指摘する。その上で、消費者がその常居所地国法中の保護規範に依拠し得るのは、当該消費者が当該常居所地国に所在していたか、もしくはそれに準ずる場合⁷⁷に限られるとし、消費者が自由意思に基づき海外に行きそこで契約を締結したような事案では常居所地国法中の保護を付与するに値しないと結論付けている。また③は事物上の適用領域 (sachlicher Anwendungsbereich) に関する議論であるが、

⁷⁴ P.Mankowski, a.a.O. (Fn.71), 308; A.Junker, a.a.O. (Fn.72), 686.

⁷⁵ P.Mankowski, a.a.O. (Fn.71), 311ff.

⁷⁶ H.Soergel, a.a.O. (Fn.35), EGBGB Art.29 Rdn.34 [B.von Hoffmann].

⁷⁷ B.von Hoffmann 教授は、この典型的な例として、常居所地国に所在する消費者が他国に誘き出されて当該他国で契約締結に至ったケースを挙げている (H.Soergel, a.a.O. (Fn.35), EGBGB Art.29 Rdn.34 [B.von Hoffmann])。

von Hoffmann 教授は、ローマ条約締約国の一致があれば EGBGB 第29条の類推適用も可能と主張する肯定説を念頭に置いた上で、EGBGB 第29条に規定される取引類型であっても必ずしも同条による全般的な特別連結 (allseitige Sonderanknüpfung)⁷⁸が必要とは限らないとの主張を展開する。つまり、ローマ条約締約国では消費者保護に関する実質法上の各種指令が国内法化されており、実質法上の価値判断が概ね統一されていることから、準拠法所属国が他のローマ条約締約国である限りは、実際には EGBGB 第29条の全般的な特別連結を追求する意味は然程ないとする。また、準拠法所属国がローマ条約の非締約国である場合であって、消費者がドイツ国内に常居所を有するときには、EGBGB 第34条の一方的特別連結 (einseitige Sonderanknüpfung) に基づき当該消費者の保護を図ればよいとする。von Hoffmann 教授の主張の背後には特別連結の安易な拡張は国際的な法的判断の統一を妨げるとの懸念が見え隠れしており⁷⁹、EGBGB 第29条の類推適用に関しても、特別連結の拡張に対する抑制的な姿勢を反映して、否定的見解を展開しているように思われる⁸⁰。

(4) EGBGB 第34条と欧州連合指令との関係

欧州司法裁判所は所謂 Ingmar 事件⁸¹において、自営商業代理人に關

⁷⁸ EGBGB 第29条および第30条は、契約準拠法の如何に拘わらず消費者の常居所地国法中および労働者の労務提供地国法中の強行法規の適用を認める規定であるが、von Hoffmann 教授は、当該強行法規が国内法、外国法のいずれに属するかを問わず適用される性格のものであることから、これを“allseitige Sonderanknüpfung”と呼称する。他方で、EGBGB 第34条は法廷地法(＝自国法)中の介入規範に限り適用を認める規定であることから、“einseitige Sonderanknüpfung”と呼称する (B.von Hoffmann, a.a.O. (Fn.41), 262ff.)。

⁷⁹ B.von Hoffmann, a.a.O. (Fn.41), 264ff.

⁸⁰ 他方で、von Hoffmann 教授は、EGBGB 第34条が規定する介入規範のみならず、消費者保護法、労働法および賃借人保護法等を特別私法 (Sonderprivatrecht) として位置付け、後者についても国際的強行法規性を付与すべきと考える。この見解によればドイツ消費者保護法の適用範囲は通説のそれよりも広く認められることになる (J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.60 [U.Magnus])。

⁸¹ Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc., Case C381/98 [2000]

する EEC 指令⁸²第17条および第18条の介入規範性を肯定する判断を下した。すなわち、同裁判所は、これら2つの条項には地理的適用領域が明示されていないものの、代理契約終了後の自営商業代理人の保護を目的とするものであり、自営商業代理人が欧州連合の加盟国内で活動するなど、具体的な事案が欧州連合と密接な牽連性を有する場合には、準拠法の如何に拘わらず、これら条項が適用されるべきであると判示した⁸³。英国においては、本事案で争われた代理契約は1989年に締結されたものであり、ローマ条約の適用はないが、仮にローマ条約が発効しており本事案への適用があったとしても、同条約第7条第2項に基づき自営商業代理人に関する EEC 指令第17条および第18条が“mandatory rule”として適用されたであろうとの見解が示されている⁸⁴。他方で、ドイツの学説においては、Ingmar 事件における判決内容が HGB 第89b 条を EGBGB 第34条の介入規範に含めないとする従来の通説⁸⁵に抵触するものであったこともあり、賛否両論が示されたようである⁸⁶。本判決を肯

ECR I-9305.

⁸² Council Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (86/653/EEC), O.J. L382/17 (1986).

⁸³ Ingmar 事件は、英国で商業代理人として活動する原告が、米国カリフォルニア州法に基づき設立された被告企業に対して、手数料の支払いと代理契約終了に伴う損害賠償を請求した事案である。両者の代理契約の準拠法はカリフォルニア州法であったが、欧州司法裁判所は①自営商業代理人に関する EEC 指令第17条および第18条が商業代理人を保護する目的を有すること、②同 EEC 指令第19条では、当事者が自営商業代理人の不利益になる方向で前2条の規定から逸脱することを認めない旨規定していること、③原告は英国で活動する自営商業代理人であり、具体的な事案が欧州共同体と密接な関連性を有していること等を理由として、本文のような判断を下している。

⁸⁴ Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 14th ed. (2008, Oxford Univ. Pr.), 737.

⁸⁵ Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.1414ff [D.Martiny].

⁸⁶ ドイツでは、Ingmar 判決を巡る学説の状況について、「欧州司法裁判所自身はこれを介入規範の特別連結として位置付けたが、従来この点に関して殆ど異論なく、圧倒的な賛同が得られている」(C.von Bar/P.Mankowski, *Interna-*

定的に評価する学説においては、国内でこの判決内容を受容するに当たって、①介入規範の特別連結を規定したEGBGB第34条を根拠とする見解⁸⁷、②欧州共同体法の優先適用を規定したローマ条約第20条を根拠とする見解⁸⁸、③契約が欧州連合加盟国と密接な関連性を有している場合に、法選択に拘わらず欧州連合指令が最低限の基準として適用されるとする見解⁸⁹等が示されてきた。これらいずれの見解に立脚した場合であっても、自営商業代理人が主たる活動拠点を国内市場に有しており、かつ選択された契約準拠法が欧州共同体法の水準を下回る保護しか齎さない場合には、最低基準として自営商業代理人に関するEEC指令の介入規範性を肯定すべきとの見解が示されるに至っている⁹⁰。

加えて、Ingmar判決で示された骨子は、明示的な抵触法規定を有しない欧州共同体法(Sekundärrechtsakten)における他の強行法規にも拡張されるに至っている。欧州司法裁判所は消費者契約における不公正条項に関するEEC指令⁹¹第5条に関して、問題となっている契約が国内市場と十分に密接な関連性を有している限り、Ingmar判決の内容が

tionales Privatrecht, Band I, 2.Aufl. (2003, C.H.Beck), §4 Rdn.102 [P.Mankowski]) との認識が示される一方、「ドイツの学説は本判決に対して相当批判的に分析を行った」(Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.2034 [V.Häuslschmid]) との見解も示されており、賛否が錯綜している。なお、西谷祐子「消費者契約及び労働契約の準拠法と絶対的強行法規の適用問題」『国際私法年報9号』(2008年、信山社)43頁も参照。

⁸⁷ K.Thume, Achtung: Auslegungsmonopol des EuGH, RIW Heft4/2001, Die erste Seite. なお Thume 教授は「欧州連合指令を通じて統一化された代理商契約法の規定はEGBGB第34条に規定する強行的介入規範と位置付けられる」としたうえで、Ingmar 事件が欧州法実務に与える影響の大きさについて言及している。

⁸⁸ R.Plender/M.Wilderspin, The European Contracts Convention-The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts, 2nd ed. (2001, Sweet & Maxwell), §9-18ff; von Bar/Mankowski, a.a.O. (Fn.86), §4 Rdn.102f [P.Mankowski].

⁸⁹ K.Nemeth/B.Rudisch, EuGH 9. 11. 2000 Rs C-381/98 Ingmar-wichtige Klärungen im europäischen IPR, ZfRV 2001, 179, 181.

⁹⁰ Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.2034 [V.Häuslschmid].

⁹¹ Council Directive of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (93/13/EEC), O.J. L95/29 (1993).

妥当すると判示した⁹²。また、訪問販売に関する EEC 指令⁹³第 5 条についても同様の取扱いが妥当するとの見解も示されている⁹⁴。ドイツでは、訪問販売に関する EEC 指令第 5 条を受けて、BGB 第312条で訪問販売における消費者の撤回権を規定しているが、学説では、同 EEC 指令において、明示的ではないものの黙示的に介入規範性が示されているとの視点に立脚して、具体的事案に十分な内国牽連性が備わっていれば BGB 第312条の国際的強行法規性を肯定すべきとの見解が示されるに至っている⁹⁵。

欧州連合指令と EGBGB 第34条の介入規範との関係について、Magnus 教授は以下に示すような 3 類型に整理する。すなわち、①欧州連合指令が国内法に優先して適用され個別事案に対する直接的な効力を有する限りは、当該指令が EGBGB 第34条に規定する介入規範であるか否かを審査する必要はない⁹⁶とする。他方において、適用に際して各国国内

⁹² Commission of the European Communities v. Kingdom of Spain, Case C70/03 [2004] ECR I-7999. なお J.Hill, Cross-Border Consumer Contracts (2008, Oxford Univ. Pr.), §12. 23f を参照。

⁹³ Council Directive of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (85/577/EEC), O.J. L372/31 (1985). なお、同指令第 5 条の規定は次のとおりであり、消費者の撤回権が規定されている。“1. The consumer shall have the right to renounce the effects of his undertaking by sending notice within a period of not less than seven days from receipt by the consumer of the notice referred to in Article 4, in accordance with the procedure laid down by national law. It shall be sufficient if the notice is dispatched before the end of such period. 2. The giving of the notice shall have the effect of releasing the consumer from any obligations under the cancelled contract.”

⁹⁴ Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.8 [A.Staudinger].

⁹⁵ W.Erman, a.a.O. (Fn.44), EGBGB Art.34 Rdn.15 [G.Hohloch]; O.Palandt, a.a.O. (Fn.47), EGBGB Art.34. Rdn.3a [A.Heldrich]. 他方で、BGB 第312条の介入規範性を否定するものとして、A.Junker, a.a.O. (Fn.49), 71がある。

⁹⁶ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.41 [U.Magnus]. こうした結論に至る理由として、欧州共同体という超国家的レベル (supernationale Ebene)

での転換法令の制定を要する欧州連合指令については、各国毎に、立法者が当該国内転換法令に対して明示的もしくは黙示的に介入規範性を付与したか否か、およびどの程度に亘りかかる性格を付与したかを検証しなければならないとする。さらに同教授は国内転換法令の制定を要する欧州連合指令には、②当該指令の中に独自の抵触法規定を有しているものと③それ以外のものに区分することが可能であるとしたうえで、前者②の類型については、国内転換法令中に設けられた独自の抵触法規定がEGBGB 第34条の機能を果たすことになるため、EGBGB 第34条を追加的に参照するといったことは必要でもなく、また可能でもない主張する⁹⁷。他方で、後者③の類型については、EGBGB 第34条に基づきその介入規範性の有無が判断されるが、このことは、欧州連合加盟国およびヨーロッパ経済圏に属する国に対する場合であっても、それ以外の第三国に対する場合であっても同様であるとする⁹⁸。

Magnus 教授はこの最後の第三の類型が“problematischer”であると指摘している⁹⁹。とりわけ問題となるのが、各国の国内転換法令が欧州

において、準拠法や法廷地法の如何に拘わらず当該法令の適用を貫徹するか否か、およびどの範囲で適用するかといった問題について既に決定を下しているからであるとの説明がなされている（Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.5 [A.Staudinger]）。

⁹⁷ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.42 [U.Magnus]。つまり、②の類型における国内転換法令の介入規範性は当該国内転換法令に盛り込まれる独自の抵触法規定のみに基づいて基礎付けられるのであって、EGBGB 第34条から導き出されるものではないというのがその論拠である。

⁹⁸ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.42 [U.Magnus]。これは、欧州連合指令の適用に当たって国内転換法令が必要とされる以上、欧州連合加盟国間であっても、当該国内転換法令の規定内容や解釈に様々な点で相違が生じることが避けられないことの帰結である。また、消費者、労働者等一定の社会集団に対して保護を付与する欧州連合指令の国内転換法令について、一律に介入規範性を推定するといった概括的な判断は不可能であり、結局のところ、各国の抵触法ルール一般に照らして、問題とされる国内転換法令が本来の準拠法の如何に拘わらず適用が正当化され得る、強力な国家的利益を有しているか否かが検証されなければならないということである。

⁹⁹ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.42 [U.Magnus]。

連合指令の水準を超えて消費者の保護範囲や保護内容等を規定している場合に、かかる超過部分について介入規範性を認めるか否かという点である。この点に関連して、2005年のドイツ連邦最高裁判決は、消費者信用に関する EEC 指令は、その国内法化に際して、顧慮すべき最低基準を規定するに止まるのであって、その範囲に限り国際的な強行法規性を有するものの、各加盟国に対してそれ以上の保護強化を求めるものではない¹⁰⁰とする。そのうえで、消費者信用に関する EEC 指令第 2 条第 1 項(f)には、2 万 ECU を超える契約には同指令の適用がないとする適用除外規定が設けられているが、本件貸付契約はこの適用除外規定の要件を満たすことから、本事案では、同 EEC 指令を根拠として、ドイツ消費者信用法の介入規範性を肯定し得ないとの結論を導き出している¹⁰¹。すなわち、ドイツの消費者信用法は消費者信用に関する EEC 指令に比して、広範に消費者の保護範囲を規定しているが、ドイツ連邦最高裁判所の判決はその超過部分に関して EGBGB 第34条に規定する介入規範性を肯定し得ないとの見解に立脚したものと評価することができる¹⁰²。学説上も、欧州連合指令が最低基準を設定している場合において、当該指令を根拠とする国内転換法令に国際的強行法規性が付与されるのは、当該欧州連合指令が設定した最低基準の範囲内に限られるのであって、各国が独自の判断で行った追加的な保護強化部分については、直ちに国際的強行法規性を肯定し得ないとする見解が有力に主張されている¹⁰³。

¹⁰⁰ 該当する判決箇所を引用すると、以下のとおりである。“Denn enthält die Richtlinie – wie die Verbraucherkreditrichtlinie – keine ausdrückliche kollisionsrechtliche Regelung und schreibt sie den Mitgliedstaaten bei ihrer Umsetzung nur einen zu beachtenden Mindeststandard vor, so kann ein international zwingender Charakter der Umsetzungsnorm aufgrund der Richtlinie nur für den Mindeststandard, nicht aber für etwaige nationale Schutzverstärkungen angenommen werden.” (BGHZ 165, 248, 259)

¹⁰¹ BGHZ 165, 248, 259.

¹⁰² M.Tamm, Anmerkung, JZ 2006, 676, 678f; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.8 [Fn.27] [A.Staudinger].

¹⁰³ K.Bitterich, a.a.O. (Fn.43), 283 [Fn.1066]; Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O.

これに対して、Weller 博士は、2005年の連邦最高裁判決は消費者信用法の介入規範性を否定したが、この判断は区分化に基づく定式的思考に偏っていると批判する。具体的には、消費者信用法はまさに消費者信用に関する EEC 指令を国内法化したものであるが、同指令が規制対象としている 2 万 ECU 以下の信用取引に関しては消費者信用法が国際的な強行法規性を有するのに対して、よりリスクの高い 2 万 ECU を超える信用取引との関係では、同法に国際的な強行法規性が認められないという結論は正当化し難いし、ドイツ立法者の意図するところでもないと言明するのである¹⁰⁴。また A.Staudinger 教授は、BGB 第312条第 1 項第 1 号の保護範囲が訪問販売に関する EEC 指令の水準を超えているとし、その超過部分に関しては欧州共同体法に根源を有しないため、指令適合的な法解釈の要請が及ばないことを一応認めつつも、国内法の中に欧州連合指令に沿った規定が設けられている以上、立法者が法体系の破壊という不利益を甘受したうえで、敢えて国内法の分割的解釈 (gespaltene Auslegung des nationalen Rechts) を行うことこそ不自然であると主張する。そして、欧州連合指令の保護範囲を超過する国内転換法令であっても、当該指令に適合的な法解釈の要請が全般的に及ぶと考えるべきであり、それは国内立法者の意思でもあると結論付けるのである¹⁰⁵。

(5) 公序則との関係

EGBGB 第 6 条は所謂公序則に関する条項であって、その第 1 文において「他国の法規範を適用することによりドイツ法の本質的な基本原則

(Fn.39), Rdn.417 [R.Freitag]; Nemeth/Rudisch, a.a.O. (Fn.89), 182; T.Pfeiffer, Eingriffsnormen und ihr sachlicher Regelungsgegenstand, in R.Schütze (Hrsg), Festschrift für R.Geimer zum 65. Geburtstag (2002, C.H.Beck), 821, 835; S.Schwartz, Das internationale Handelsvertreterrecht im Lichte von Ingmar – Droht das Ende der Parteiautonomie im Gemeinschaftsprivatrecht?, ZVglRWiss 101 (2002), 45, 71.

¹⁰⁴ M.Weller, a.a.O. (Fn.26), 1249.

¹⁰⁵ A.Staudinger, Der Widerruf bei Haustürgeschäften: eine unendliche Geschichte?, NJW 2002, 653, 655.

と明らかに相いれない結果を惹起する場合には、当該他国の法規範を適用すべきではない」と規定されている。EGBGB 第34条に関しては、第6条との関係を如何に整理すべきかが問題となる。

この点に関して、まず両者の間に本質的な差違は存在しないとする見解が提唱されている。Lüderitz 教授は、公序則を法の適用結果を排除する消極的公序と国内実質法の適用を貫徹させる積極的公序に区分することについて、仮に消極的公序により外国法の適用を排除した場合であっても法廷地法による補充がなされることから、結局のところそうした区分は然程意義のあるものではないと結論付ける¹⁰⁶。同様に、Spickhoff 教授は、両者の本質に有意な差違が存在しないとの観点に立つて、EGBGB 第34条の特別連結も公序の一般則 (Generalklausel des ordres public) に由来するものであると位置付ける。そのうえで、EGBGB 第6条はドイツ国内で受容できない外国法の適用を拒絶する、いわば公序則の消極的機能を体現したものであり、EGBGB 第34条が適用される局面では、介入規範と位置付けられる国内実質法が適用されるが、これに関して、EGBGB 第6条は何ら付加的な意義を有しないとの見解を提示する¹⁰⁷。こうした学説においては、EGBGB 第6条と第34条が共に国家にとって不可欠な価値・秩序を体現している条項であるとして両者を同種同等のものとして位置付けており¹⁰⁸、究極的には、いずれか一方が不必要 (überflüssig) であるとの見解すら主張されている。

これに対して、両者の相違点を強調する見解も存在する。例えば、Magnus 教授は、EGBGB 第6条は外的視点 (Außenperspektive) に立脚し外国法の適用結果の受入れを判断するのに対して、EGBGB 第34条は内的視点 (Innenperspektive) に立脚し内国法の適用の拡張を図っていることから、両者の規定は目的とする方向性および視点ともに全く異なり、互いに独立並行して存在していると主張する¹⁰⁹。もっとも同教授に

¹⁰⁶ A.Lüderitz, Internationales Privatrecht, 2.Aufl (1992, Alfred Metzner), Rdn.215.

¹⁰⁷ Bamberger/Roth, a.a.O. (Fn.51), EGBGB Art.34 Rdn.3 [A.Spickhoff].

¹⁰⁸ W.Däubler, Das neue Internationale Arbeitsrecht. RIW 1987, 249, 255.

¹⁰⁹ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.40 [U.Magnus].

よれば、理論的には両規定が同時に適用されるほか、EGBGB 第6条に拠っても最終的に外国法に代替して内国法が適用されることから、法的効果としてはEGBGB 第34条に類似するとされ、実際には国際契約法の領域において、EGBGB 第34条よりも第6条の方が広範囲にわたり適用されることが示唆されている。またMartiny教授は、EGBGB 第34条は契約準拠法の如何に拘わらず自国の介入規範を適用することから、送致にかかる通常のを考え方を根本的に排除するものとして位置付ける¹¹⁰。そのうえで、EGBGB 第34条に規定する介入規範が自動的に公序としての性格を有するとまでは言えず、よってEGBGB 第6条が保護対象とするドイツ法秩序の本質的な基本原則を必ずしも保護するものではないとの見解を展開する¹¹¹。同教授は、その具体例として、契約における弱者保護は基本権に基づき保護されるべきドイツ契約法の本質的な原則であるが、EGBGB 第34条によって直ちに当該原則が適用されるわけではない¹¹²と指摘している。こうした学説からは、前述の学説に対して、両者の基本的な相違を見落としているとの批判が加えられている¹¹³。

¹¹⁰ Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.132 [D.Martiny]. また、Junker教授は“Bei Art.34 EGBGB wird einer inländischen Vorschrift ohne Rücksicht auf das (sonstige) IPR zur Geltung verholfen: es kommt überhaupt nicht zur Verweisung, die Korrektur findet über einen Verweisungssatz statt.”とし、Martiny教授と同様の見解に立っている(A.Junker, Die “zwingenden Bestimmungen” im neue internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1989, 69, 75)。

¹¹¹ Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.132 [D.Martiny]; H.Weber, Das Zwingende an den zwingenden Vorschriften im neuen internationalen Arbeitsrecht, IPRax 1988, 82, 84.

¹¹² 同様の見解に立脚するものとして、P.Mankowski, Art.34 EGBGB erfaßt §138 BGB nicht!, RIW 1996, 8, 11ff.

¹¹³ H.Weber, a.a.O. (Fn.111), 84; A.Junker, a.a.O. (Fn.110), 75. EGBGB 第6条と第34条の相違を強調する見解が問題とするのは、両者が対象とする国内実質法の範囲の違いであるが、それとは別の論点として、公序則を適用し準拠外国法の適用結果を排除した後の措置として、内国法適用説ではなく欠缺否認説に拠った場合には、仮令同一の国内実質法が問題とされる事案であったとしても、EGBGB 第6条と第34条のいずれの規定を適用するかによって具体的な法の適

なお、EGBGB 第6条に関連して、従来、内国牽連性の存在が肯定されれば、契約準拠法の如何に拘わらず常に特定の内国法規を適用するとする積極的公序論 (Positiver ordre public) が提唱されていた¹¹⁴。かかる見解によれば、国内の強行法規がすべて積極的公序論に基づく国際的な強行法規性を付与されるわけではなく、個別法規が社会政策的もしくは法倫理的な意義を有するか否かを基準として積極的公序としての性格を有するか否かが決せられるとされる¹¹⁵。かかる積極的公序と EGBGB 第34条の介入規範との異同を厳密に論じることが困難である¹¹⁶が、両者は、問題となっている事案が十分な内国牽連性を有することを前提として、準拠外国法の適用を排除し内国法規の適用を認めるという点で類似

用結果が異なることになる (なお、ドイツにおける欠缺否認説については、Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.6 Rdn.96f [H.Sonnenberger] に詳しい説明がある)。もっとも、両者には準拠法決定の通常プロセスに背反するという点で共通する部分もある。当事者自治の原則の下で選択された契約準拠法の適用を排除したり、あるいは準拠法の規定如何に拘わらず自国の介入規範を適用する以上、両者が抵触法における通常連結の基本理念に反する側面を有していることは否めないであろう。その限りにおいて、EGBGB 第6条および第34条ともに、その適用を巡っては、内国牽連性等の厳格な要件の下で抑制的な運用が求められるという考えも成り立ち得るところである。この問題に関する私見については、更なる研究を積み重ねたうえで、別稿にて論ずることとしたい。

¹¹⁴ 積極的公序論はローマ法を継受したイタリア、フランス等において提唱されてきた伝統的見解 (die romanische Lehrtradition von den “lois d’ordre public”) である (I.Schwander, Lois d’application immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im interantionalen Privatrecht (1975, Schulthess Polygraphischer), 41ff, 154ff)。P.Neuhaus, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, 2.Aufl. (1976, Tübingen), 363ff も参照。

¹¹⁵ I.Schwander, a.a.O. (Fn.114), 41.

¹¹⁶ 積極的公序論を採用する学説の中には、国内の任意法規であっても積極的公序としての性格を有することがあり得るとの見解を示すものもある (A.Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des Bundesgerichts (1925, Stämpfli), 66ff; P.Neuhaus, a.a.O. (Fn.114), 365.)。

した機能を有していると評価することは可能であろう。もっとも、現行のドイツ国際私法では、公序則は消極的な機能を有するに止まる一方で、これとは別に、EGBGB 第34条に基づいて、外国法を準拠法とする契約に自国の介入規範を適用するとの枠組みが既に構築されていることから、現在、ドイツにおいて積極的公序論に賛同する見解は見受けられない¹¹⁷。

(6) EGBGB 第34条の発動要件

自国の法規に絶対的強行法規性を付与するためには、当該法規が国際的適用にかかる要請 (internationaler Geltungsanspruch) を有していることが必要である¹¹⁸。これは単に国内法上の強行法規性を有しているだけでは十分ではなく、契約準拠法の如何に拘わらず適用されるべきとする国際的適用意思 (internationaler Geltungswille) がその法規に存在していなければならない¹¹⁹。こうした適用意思は各法規中において明示的に規定されている場合¹²⁰だけでなく、仮令明示されていない場合であっ

¹¹⁷ D.Schulte, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im internationalen Vertragsrecht (1975, Ernst und Werner Gieseking), 49ff; I.Schwander, a.a.O. (Fn.114), 42; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.45 [D.Martiny]. もっとも、下級審のレベルではあるが、過去に積極的公序論を採用した判決も下されている。例えば、契約準拠法がオランダ法であるにも拘わらず、積極的公序論に基づきドイツの割賦弁済行為に関する法律 (Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte) を適用した事案 (RG Dufferdorf, Urteil vom 28. März, 1930-343/31 I, JW 1932, 591)、および契約準拠法がスペイン法であるにも拘らず、積極的公序論に基づきドイツの営業法第34c条の適用に関する命令 (Verordnung zur Durchführung des §34c der Gewerbeordnung, vom 20. Juni 1974, BGBl. I 1974, 1314) を適用した事案 (OLG Hamburg, Urteil vom 7. Februar, 1977-22 U 93/76, NJW 1977, 1594) がある。

¹¹⁸ Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.3 [A.Staudinger].

¹¹⁹ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.51 [U.Magnus]; J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 19, 497f; Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.400 [R.Freitag].

¹²⁰ 国際的適用意思を明示した法規定としては、GWB 第130条第2項 (Dieses

でも、当該法規の目的と意義に基づきその存在が肯定されることがあり得る¹²¹。その判断基準に関しては、通説・判例によれば、問題とされる国内実質法規規定が主として公益保護を目的としたものであるか否かという点が決定的に重要であって、当事者間の個別利害の調整を目的とする場合には国際的適用意思の存在が否定されることは前述のとおりである。

加えてドイツでは、適用対象とされる事案に相応の内国牽連性 (gewisse Inlandbeziehung) を要求する見解が多数である¹²²。既に検証を行った連邦最高裁判決においても、具体的事案が自国とどの程度の関連性を有するかについて丁寧な事実認定を行いつつ、国内法規を介入規範として適用することが妥当か否かを個別具体的に判断しており、判例もこうした多数説に依拠していると評価することが可能である。内国牽連性の要件はEGBGB 第34条に明示されていないが、同条の目的と意義から当然に導き出され得ると解されている。すなわち、絶対的強行法規の特別連結理論においては、主観的要素 (subjektive Element) と空間的要素 (räumliche Element) が要求され、前者が適用意思 (Geltungswille)、後者が十分に密接な内国牽連性 (genügend engen Beziehung) を各々指し示していると考えられてきた¹²³が、この基本的な考え方は原則として

Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden.）、HGB 第449条第3項 (Unterliegt der Frachtvertrag ausländischem Recht, so sind die Absätze 1 und 2 gleichwohl anzuwenden, wenn nach dem Vertrag der Ort der Übernahme und der Ort der Ablieferung des Gutes im Inland liegen.) 等が挙げられる。

¹²¹ J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.52 [U.Magnus]; J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 19; Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.400 [R.Freitag].

¹²² J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.52, 62 [U.Magnus]; J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 19, 498; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.19 [D.Martiny]; Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.401 [R.Freitag].

¹²³ W.Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht-Eine rechtsvergleichende Studie, ZVglRWiss 54 (1941), 168ff.; K.Zweigert, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote,

EGBGB 第34条の場合にも妥当すると考えられているのである¹²⁴。また、公序則を規定した EGBGB 第6条に準拠して内国牽連性の要件充足を要求する見解も存在している¹²⁵。いずれにせよ、契約準拠法の如何に拘わらず特定の内国法規の適用が肯定され得るのは、当該法規が具体的事案との関係において、少なくとも空間的に密接な関連性を有している場合に限られるというのがその根拠である¹²⁶。

学説の中には、国内実質法規の介入規範性の認定に当たっては、単に保護法益に拠るに止まらず、具体的事案の内国牽連性の程度も考慮要素に含めて総合的に判断されるべきと主張するものもある¹²⁷。しかしながら、通説は具体的事案が如何に密接な内国牽連性を有していたとしても、公益保護を目的としない法規が介入規範として位置付けられるわけではないとし、介入規範性は飽く迄実質法の保護法益に基づき判断される

Rebels 14 (1942), 283, 289. なお、絶対的強行法規の特別連結論を対象とした研究論文としては、前掲注13および注86の西谷論文のほか、横山潤「外国公法の適用と“考慮”」国際法外交雑誌82巻6号41頁以下(1984年)、佐藤やよひ「ヴェングラーの「強行法規の特別連結論」について」甲南法学37巻4号139頁以下(1997年)、同「ヴェングラーの『強行法規の特別連結論』の理論的構造」国際法外交雑誌97巻3号43頁以下(1998年)、出口耕自「国際私法上における消費者契約(二・完)」民商法雑誌92巻5号5-11頁(1985年)等がある。

¹²⁴ Reithmann/Martiny (Hrsg.), a.a.O. (Fn.39), Rdn.401 [R.Freitag]; J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.62, 72 [U.Magnus]; J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 497f; Münchener Kommentar, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.127-130 [D.Martiny]; W.Erman, a.a.O. (Fn.44), EGBGB Art.34 Rdn.11-13 [G.Hohloch].

¹²⁵ Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Staudinger, a.a.O. (Fn.34), EGBGB Art.34 Rdn.3 [A.Staudinger]; J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 498.

¹²⁶ これに対して、内国牽連性の要件を否定する見解も存在する。例えば、R.Radtke, Schuldstatut und Eingriffsrecht, ZVglRWiss 84 (1985) 325, 331. なお、かかる学説の対立を論じたものとして、井之上宣信「国際私法における内国介入規範の適用について」・同『国際私法学への道程』(1995年、日本加除出版) 127-130頁がある。

¹²⁷ W.Kohte, Verbraucherschutz im Licht des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 1990, 150, 153ff.

べきであり、内国牽連性の要素は介入規範性の認定に当たって考慮されないとの見解に立っている¹²⁸。

4. 結語

ドイツでは、消費者保護に関する抵触法規定として、EGBGB 第29条および第34条が主たる議論の対象とされてきたが、これら条項の相互排他性、優先関係、各条文の射程範囲等の主要な論点において、学説上見解が分かれているのが現状である。欧州連合において契約債務にかかる抵触法規定の統一を目指す取り組みがローマ条約およびローマ I 規則という具体的な形で結実したものの、少なくともドイツの状況をみるに、依然として一元的な解釈論を導き出せておらず、その帰趨は今後の裁判例の蓄積および学説の展開に委ねられているのが実情である。

わが国においては、通則法に介入規範（絶対的強行法規）に関する規定を設けることが見送られた¹²⁹ものの、学説および実務ではその存在および適用を肯定する見解が有力である。通則法第11条の存在が職権による介入規範の適用を妨げないにしても、今後、わが国実質法体系の中で介入規範の具体的な範囲を画定していく過程において、通則法第11条に規定する消費者常居所地法中の強行法規との関係に十分留意する必要があると思われる。例えばドイツでは、契約当事者間の実質的な利害調整を図る規定であって、経済秩序の維持がその反射的目的に過ぎない場合には、当該規定の介入規範性を否定する見解が有力であるが、わが国に

¹²⁸ J.Kropholler, a.a.O. (Fn.36), 498; J.Staudinger, a.a.O. (Fn.27), EGBGB Art.34 Rdn.62 [U.Magnus].

¹²⁹ 法制審議会では、①どのような規定が絶対的強行法規に該当するかを明確に定義付けることはできず、法制的に条文を設けることは困難であること、②法廷地の絶対的強行法規の適用については、多くの学説および実務によって肯定されており、条文を設けなければ実現できないものではないこと、③法廷地の絶対的強行法規を適用に関する規定のみを設けることにより、第三国の絶対的強行法規の適用に関する従来の解釈に影響を及ぼす懸念があること、等を理由として、絶対的強行法規に関する規定は設けないこととされた（前掲注3・小出編著92-93頁および前掲注86・西谷41頁）。

における通則法第11条が、消費者の常居所地法中の強行法規の適用を認めるに当たって、当該強行法規を適用すべき旨の意思表示が消費者によってなされることを要件として課していること等を考慮すると、果たしてわが国においてもドイツと同様の見解を提唱して差し支えないかという問題が生じるであろう¹³⁰。

また、介入規範と通則法第42条に規定する公序則との関係をどのように捉えるかという問題も、単に理論面に止まらず実際の法の運用に影響を及ぼし得るという意味で重要な論点である。仮に両者を同一の根源を有する法理として捉えたとすれば、公序則の適用に当たっては謙抑性を要求しつつ、他方で介入規範の積極的適用を提唱するというのでは整合性が取れない惧れが生じるであろう。つまり、両者の関係を如何に整理するかによって、介入規範の実運用におけるスタンスにも影響が生じるわけであり、今後、海外での議論等をも踏まえつつ、わが国においても両者の関係を理論的に整理していくことが求められるであろう。

本稿ではドイツの理論状況を紹介するに止めたが、抵触法上の消費者保護規定と介入規範の関係を如何に整理するかという問題、およびわが国抵触法体系において介入規範を如何に位置付けるかという問題につい

¹³⁰ 通則法第11条において消費者の常居所地法中の強行法規の適用を消費者の意思表示に拠らしめている点について、消費者にとり自らの常居所地法が最も馴染みのある法であると考えられ、その中の具体的な強行法規の適用を求めることはそれほど重度の負担ではないとの見解が示されている（前掲注3・小出編著138頁）。仮りにこうした見解に立脚すれば、介入規範（絶対的強行法規）の範囲を比較的限定的に捉えても、消費者保護の実際的な側面において然程大きな問題は生じないことになるであろう。もっとも他方において、常居所の確定が裁判官の職権による以上、常居所地法中の強行法規の適用に関する消費者の意思表示には実際的な困難を伴う惧れがある（櫻田嘉章『国際私法[第5版]』（2006年、有斐閣）216頁）ほか、通則法第11条第1項において裁判官が職権で消費者の常居所地法を適用する可能性を排除している以上、仮令消費者の常居所地が日本であったとしても、職権による日本法の適用すら認められない（前掲注86・西谷33頁）など、消費者による上記意思表示がなされなかった場合に、果たして消費者保護の実効性を確保できるかは大いに疑問である。こうした点を踏まえると、消費者契約の領域においては、通則法第11条の規定を補うべく、介入規範の適用を比較的広範かつ積極的に認める余地も存在すると思われる。

ては、今後の研究課題として筆者自身取り組んでいきたいと考えている。

(追記)

本稿は、平成21年度科学研究費補助金（基盤研究(B)）「金融システムの変動と消費者・投資者保護法制」（研究代表者：瀬川信久北海道大学大学院法学研究科教授）、および財団法人全国銀行学術研究振興財団・2009年度学術研究助成「金融経済活動のクロスボーダー化と国家的経済秩序との交錯」（研究代表者：嶋拓哉 [単独]）の研究成果の一部である。この誌面をお借りして関係者の皆様に謝辞を申し上げる。

中国の環境アセスメント法制度の 構造・運用・効果(4)

—— 日本法との対比で ——

孟 根 巴 根

目 次

はじめに

第1章 環境アセスメント法制度の沿革

第1節 環境アセスメント制度の整備段階

第2節 環境アセスメント制度の確立段階

第3節 環境影響評価法の制定段階

第4節 環境アセスメント法制度の沿革の特徴

第2章 環境影響評価法の構造

第1節 環境影響評価法の立法目的と適用範囲

第2節 環境アセスメントの基本的手続 (以上、60巻3号)

第3節 環境アセスメントの実効的手法

第4節 環境影響評価法の構造的な特色

第3章 実際の環境アセスメント手法

第1節 環境アセスメント文書作成の流れ

第2節 環境アセスメント文書の実例分析 (以上、60巻4号)

第3節 環境アセスメントの実行状況

第4節 環境アセスメント手法の日中比較

第4章 環境アセスメントにおける情報公開と公衆参加の実態

第1節 環境保全主体の実相

第2節 環境情報公開の実情 (以上、60巻5号)

第3節 環境アセスメントにおける公衆参加

1 公衆参加に関する法制化状況

- 2 公衆参加の範囲
- 3 公衆参加の手續
- 4 公衆参加に関する司法救済
- 5 情報公開および公衆参加の具体的事例
- 6 事例の分析
- 第4節 公衆参加と環境行政許可との関係
 - 1 聴聞の分類
 - 2 環境保護行政許可聴聞制度の立法的沿革
 - 3 環境保護行政許可の聴聞の範囲
 - 4 環境保護行政許可の聴聞の問題点
- 第5節 情報公開と公衆参加の日中比較
 - 1 環境情報公開の比較
 - 2 公衆参加の比較
- 第5章 環境アセスメントにおける紛争処理
 - 第1節 環境アセスメント紛争の〔信訪制度〕
 - 1 環境〔信訪〕の概念および根拠
 - 2 環境〔信訪制度〕の利用状況
 - 3 環境裁判制度ではなく〔信訪制度〕の利用が好まれる理由
 - 4 〔信訪制度〕を利用した紛争解決の事例
 - 5 環境〔信訪制度〕を利用した効果
 - 第2節 環境アセスメント紛争の行政不服審査制度
 - 1 環境行政不服審査の根拠
 - 2 環境行政不服審査の受理範囲
 - 3 環境行政不服審査の管轄
 - 4 環境行政不服審査制度における問題点
 - 5 環境アセスメント紛争の行政不服審査の事例
 - 6 行政不服申し立て事例の分析 (以上、本号)
 - 第3節 環境アセスメント紛争の行政訴訟
 - 第4節 環境アセスメントにおける紛争処理の日中比較
- おわりに

第3節 環境アセスメントにおける公衆参加

環境アセスメントの公衆参加とは、実施しようとする計画や建設プロジェクト側と影響を受けうる公衆側との相互交流であり、その目的は、

公衆に意見や建議を述べさせ、計画やプロジェクトの合理性を追及し、環境負荷を減らすという、いわゆる経済・社会・環境の三効果の調和的統一であるとされる¹。

公衆参加システムが、環境アセスメントにおいて不可欠であるという認識は一般的に認められるようになってきているが、その具体的な理由付けは必ずしも一様ではない。住民参加の理由として、「①地域の環境管理主体として、環境に影響を及ぼす可能性あるプロジェクトに関する政策決定への参加を認める趣旨とするもの（決定参加）、②環境管理に関する利害関係者として、許認可手続きへの参加の一貫としての環境影響評価の手續への参加を認める趣旨とするもの（利害関係者参加）、ないしは、③判断形成への適正手続き担保のための環境影響評価の手續への参加を認める趣旨とするもの（手續参加）、④地域の環境に関する情報保有者として、より信頼性ある環境影響評価の実施のための情報提供者としての参加を認める趣旨とするもの（情報提供参加）などがあげられ」²ている。そこで、中国の場合、上記のどの理由づけで公衆参加を捉え、公衆参加はいかなる役割を果たしているのかを以下で考察する。

1 公衆参加に関する法制化状況

公衆参加が環境保全にとって重要視されはじめたのは1970年代である。1978年に、国連環境計画が提出した環境アセスメント基本手續の中に、「地方社団あるいはその代表者は、開発建設活動のもたらすマイナスの影響が生活質量に対してどのような作用を及ぼしているのかを知る必要がある」という趣旨が示されていた。1981年10月、世界銀行は公衆参加を一つの政策として実施し、「業務運営指令」0.D400付属文書A「環境評価」の中に、「世界銀行は、借款する一方がプロジェクト設計および執行である場合、特に環境アセスメントにあたって、影響を受けうる大衆および非政府組織の意見を充分に考慮することを期待する」³と明確

¹ 朱潔＝趙文喜＝田野＝呉犇「中西方国家環境影響評価中公衆参与制度的対比分析」城市環境与城市生態19卷1期（2006年）26頁。

² 浅野直人『環境影響評価の制度と法』（信山社、1998年）45－46頁。

³ 肖波＝岳建華「關於在環境影響評價過程中開展公衆参与的思考」環境汚染与防治2004年5期361頁。

に指摘した。

一方、数多くの国々もそれぞれの実定法をもって、環境アセスメント公衆参加について制度化していった。例えば、アメリカの国家環境政策法(1969年制定)において、はじめて公衆参加制度が扱われることとなっ
てから、日本の環境基本法(1993年制定)、カナダの環境保護法(1999
年改正)などの環境関連法規が、環境保護の見地から住民や非政府組織
の環境管理、政策決定への参与を認めることとなった⁴、とされる。

このような公衆参加に関する国際的な動きは、中国に大きなインパクト
を与え、環境アセスメントの領域において、公衆参加が次第に議論さ
れるようになってきた。1991年に実施されたアジア開発銀行が資金を提
供した環境アセスメントの研修プロジェクトにおいて、環境アセスメン
ト報告書の公衆参加システムの問題が取りあげられた。これを受けて、
1993年に、国家環境保護局・国家計画委員会・財政部・中国人民銀行が
「国際金融機関借款による建設プロジェクト環境アセスメント管理事務
の促進に関する通知」を下達し、その中で公衆参加の重要性を強調した⁵、
といわれている。

その後、実体法において、公衆参加の内容が盛り込まれるようになって
きた。例えば、行政処罰法(1996年採択)32条、水質汚濁防止法(原
語は〔水污染防治法〕)(1996年改正)13条4項(環境アセスメント報告
書には、当該建設プロジェクト地に所在する組織と住民の意見を記載し
なければならない)、環境騒音汚染防止法(原語は〔環境噪声污染防治法〕)
(1997年施行)13条3項、98年条例15条等が、それぞれ同じような規定
を設けた⁶。これらの条文規定は簡略・単一的であるが、かつての実定
法上の空白状態を破ったことについては意味があるように考えられる。
そして、評価法(2002年採択)5条、11条、21条、行政許可法(2003年

⁴ 高金龍＝徐麗媛「中外公衆参与環境保護的立法比較」江西社会科学2004年3期251－252頁。

⁵ 北川秀樹「中国の環境影響評価制度における公衆参加に関する考察」龍谷法学37巻4号(2005年)51頁。

⁶ 陳霞明「境外環境影響評価公衆参与的法律規定」經濟工作導刊1998年8期34頁、劉旭芳＝王明安「対《環境影響評価法》中公衆参与制度的思考」中国發展2005年4期56頁などを参照。

採択) 40条、46条等は、さらに詳細な規定を設ける運びとなった。

公衆参加とは、公民・法人あるいはその他の組織が、行政による具体的行為、特に行政処罰、行政給付、行政裁決、行政許可等の直接利害関係のある行為にあたり、自らその合法的な権利益を保護し、行政機関の一方的な行為による権利侵害を防止することができるものである。また、行政政策決定への参加によって、公民意識が強まり、民主的で公正な社会に寄与するとされる⁷。

しかし、評価法をはじめとして、公衆参加の主体、範囲、方式、手続、効力などに対する法的規定が依然として不明確であり、具体的な運用にあたって、様々な困難が生じていた。そこで、2006年2月22日、国家環境保護総局は、環境アセスメント公衆参加暫定辦法（原語は「環境影響評価公衆参与暫行辦法」）（以下「参加辦法」という）を公布した。参加辦法は、総則（1－6条）、公衆参加についての一般的要求（7－18条）、公衆参加の形式（19－31条）、計画に対する環境影響評価の公衆参加の特殊規定（32－37条）、付則（38－40条）といった5章40か条からなっている。ここで、はじめて情報公開とリンクさせながら環境アセスメントにおける公衆参加について規定し、評価法を具体化する形で、現時点で最も詳細な公衆参加規範になっているように思われる。

2 公衆参加の範囲

環境アセスメント活動における公衆参加の範囲について、主体の範囲、活動の範囲あるいは時間的範囲などの面から考察を加える。

(1) 公衆参加の主体について

公衆参加の主体とは、環境保全活動に参加することによって生じる権利の享受者あるいは義務の履行者である。ここでいう参加とは、政策決定への介入、諮問であり、政策決定そのものではないとされる⁸。この意味では、個別的政策決定者およびプロジェクト実施者以外の全ての主体が公衆の範疇に含まれることになる。しかし、評価法にいう公衆は、

⁷ 姜明安「公衆参与与行政法治」中国法学2004年2期31－32頁。

⁸ 羅小芳「論環境公衆参与法律制度的主体、範圍与方式」渭南師範学院学报21卷6期（2006年）22頁。

関係機関、専門家および公衆（ここでいう「公衆」は、専門家を含まない公民を指す）であり（5条）、いわゆる狭義の公衆（狭義の「公衆」は、公民のみを指す）であるとされる。なぜ専門家を公衆（公民）から切り離して論ずるのか必ずしも明確ではなく、公衆一般についての理解に誤解を招く可能性が非常に高い。

(2) 活動範囲について

評価法は、環境に悪影響を及ぼしうる計画（11条）および環境に重大な影響を及ぼしうるかつ環境アセスメント報告書を作成すべき建設プロジェクト（21条）に限って公衆参加を認めている。

これについて参加辦法も、評価法の枠組みの中で、評価法の原則を継受あるいは重複する形を取っている（2条）。つまり、当該計画やプロジェクトに関心を持つあらゆる公衆の参加権を保障するのではなく、直接かつ重大な影響を受ける可能性のある計画や建設プロジェクトに限定しているのである。

(3) 時間的範囲について

公衆参加は計画や建設プロジェクトの環境管理の全プロセスにおいて終始行われるべきである。環境管理の全プロセスへの参加とは、基本的に、政策決定への参加、実施プロセスへの参加、権利救済への参加の三段階からなるものである⁹、される。

この中で、第一段階への参加がきわめて重要である。それは、政策や計画の決定段階であり、環境管理の最も上位段階でもあるからである。この段階での環境配慮の良し悪しが、環境保全上大きな影響をもたらすので、環境汚染未然防止を徹底するために、この段階から参加するいわゆる参加型環境アセスメントを行うべきである。

しかし、中国の現行法上の公衆参加は、計画については草案の具申前（評価法11条）、建設プロジェクトについては環境影響報告書の申請前という下位段階のみにとどまり、上位の計画段階および政策決定段階に及ばないので、政策決定者がやりたい放題に振舞っている。

3 公衆参加の手続

⁹ 羅小芳・前掲注8・23-24頁。

すでに触れたように、公衆参加手続について、日本は、対象事業の判定、方法書、準備書、評価書作成のプロセスの中で、縦覧と公衆参加を繰り返しながらアセスメントを行っている。それゆえ、情報の公開が重要な前提となっており、また、手続の中で、公衆との対等な交流（対話）が重視され、公衆参加によって策定された環境アセスメント報告書を誰でも閲覧することができる仕組みとなっている。

一方、中国ではどのような公衆参加手続が行われているのか。評価法に明確で統一的な規定はないが、参加辦法の以下のような規定から現状を幾分看取することができる。

(1) 建設プロジェクト環境アセスメントにおける公衆参加手続

これについて、参加辦法は、特に第2章の8か条（7—14条）を設け、公衆参加各方式におけるそれぞれの手続について比較的詳細に定めている。参加辦法は評価法と違って、情報公開と公衆参加を結び付けながら条文規定を設けている点で評価に値する。具体的な公衆参加の手続規定については、表4—3—1を参照されたい。

しかし、ここで忘れてはならないのは、このような公衆参加は、プロジェクト実施の環境アセスメント報告書策定以後に行われ、そして報告書許認可決定までの間にとどまっている点である。つまり、公衆参加は、プロジェクトの是非に対する意思決定に及んでいないので、公衆意見のいかにかわからず、プロジェクトは必ず実行される仕組みになっている。また、プロジェクトの許認可後については、環境アセスメント報告書の閲覧、プロジェクト実施後の事後的評価への公衆参加も制度化されていないので、現時点での公衆参加の効果には相当の限界が窺える。

(2) 計画環境アセスメント公衆参加手続

ところで、計画環境アセスメントにおける公衆参加について、参加辦法はどのような手続規定を設けているのか。参加辦法を見てみると33条から37条まで、ごく簡潔に規定されている。具体的には表4—3—2のとおりである。

ここでの内容は、基本的に評価法7条、8条、11条の規定の繰り返しに過ぎない。というのは、参加辦法は、評価法の非指導的個別計画に限って公衆参加趣旨を踏襲し、指導的個別計画あるいは非指導的個別計画の区別については明言していない。また、総合計画の公衆参加について触

表 4－3－1：参加＝法の建設プロジェクト公衆参加手続

主体	項目	実 施 内 容	実 施 方 式
事業者	情報公開	プロジェクトの名称と概要、事業者の名称と連絡先、評価機関の名称と連絡先、環境アセスメントのプロセスと主な作業内容、パブリックコメント募集の主な事項、パブリックコメント提出の主な方式など(8条)	事業者が評価機関を決定後7日以内に、当地の公共メディア・印刷物の無料配布・その他の便利な方式で公開する (10条)
事業者・評価機関	情報公開	プロジェクトの状況概説、プロジェクトが環境に及ぼしうる影響の概説、環境に及ぼすマイナス影響を予防・軽減する対策と措置の要点、環境アセスメント報告書ダイジェスト版の検索・閲覧方式と期限など、パブリックコメント募集の範囲と主要事項、パブリックコメント募集の具体的形式、パブリックコメント提出の期限 (9条)	環境アセスメント報告書の公衆参加の章以外の内容を作成し、許認可または再認可を申請する前に、特定の場所で報告書のダイジェスト版を提供する・専用ウェブサイトを作成する・公共または特定ウェブサイトを利用する・その他の方式で行う (11条)
事業者・評価機関	意見聴取	10日以上期間をかけて、プロジェクトと環境アセスメント報告書のダイジェスト版に対する意見を聴取し、公衆意見の処理状況をフィードバックする (12条2・3項)	アンケート調査、専門家コンサルテーション、座談会、論証会、公聴会等の形式で行う (12条1項)
環境保護行政主管部門	情報公開 意見聴取	環境アセスメント報告書の関連情報を公開し、10日以上期間をかけてパブリックコメントを募集し、意見の比較的多いプロジェクトに対し、再度パブリックコメントを募集する (13条1・2項)。また、許認可または再認可の結果を政府ウェブサイトで公開する (13条4項)	事実を知りうるのに便利な方法で情報を公開し、アンケート調査、専門家コンサルテーション、座談会、論証会、公聴会等の形式で再度パブリックコメントを募集する (13条1・3項)
	意見聴取	事業者、評価機関、環境行政主管部門に対し、書面で意見を聴取する (14条)	書簡、ファックス、Eメール、その他の方式で行う (14条)

出典：参加辦法により作成

表 4－3－2：参加＝法の計画環境アセスメント公衆参加手続

主 体	項目	実 施 内 容	実施方式
個別計画の策定機関	意見聴取	個別計画環境アセスメント報告書の認可を申請する前に、公衆意見を聴取する (33条)	論証会、公聴会、その他の形式で行う (33条)
環境保護行政主管部門	専門家による審査	公衆意見に対する専門家・関連部門代表による審査結果およびそれに対する処理意見を許認可機関に提出する (35条・36条1項)	特別に招集して行う
個別計画の許認可機関	意見考慮	計画の許認可にあたり、パブリックコメントおよび環境保護行政主管部門の公衆参加内容の審査結果を考慮し、それを採用しない場合、説明を付して文書を保管する (36条2項)	
総合計画の策定機関	意見聴取	土地利用の関連計画、区域、流域、海域の建設・開発利用計画（総合計画）の策定機関は計画の環境アセスメントを行う際、パブリックコメントを募集することができる (37条2項)	本参加辦法を参考にする

出典：参加辦法により作成

れてはいるが、実際に公衆のパブリックコメントを募集するかどうかに関し、計画策定機関の任意の決定に任せ、法的な義務づけはない。

総じていうならば、参加辦法は、法に基づく政策決定、科学的政策決定、民主的政策決定の必要性から、評価法が定める公衆参加規定の実施細則として制定されたものである。とはいえ、公衆参加制度には依然として原則的な規定が多く、公衆の範囲、参加方式、参加段階などが依然として合理性を欠いているといわれている¹⁰。

4 公衆参加に関する司法救済

関連機関が公衆参加（意見聴取）を実施しないあるいは公衆意見を考慮しない場合、いかなる法的責任が生じるのか。

参加辦法は、フィードバックされた公衆意見が採用されなかったにもかかわらず説明がない場合に、公衆は環境保護行政主管部门に、書面で意見を提出することができるとしている（18条）。これはあくまでも、パブリックコメントに対する処理方法に過ぎず、公衆参加権が侵害されても、行政機関への書面による意見の提出にとどまり、その他の法的救済手段が全く施されていない¹¹。それゆえ、評価法をはじめとする関連法規に司法救済規定がなく、司法的救済より行政処理に頼らざるをえない状況にあるのが実情であろう。

5 情報公開および公衆参加の具体的事例

これまで、環境アセスメントにおける公衆参加の範囲、手続、救済に関しての現行法制度について考察してきた。以下では、具体的事例により、公衆参加の現状を検証する。

(1) 【事例7】「円明園湖底浸透防止膜事件」¹²

¹⁰ 李艷芳「論公衆参与環境影響評價中的信息公開制度」江海学刊2004年1期126頁。

¹¹ 鐘衛紅「論我国公民程序性環境權の完善」汕頭大学学报（人文社会科学版）22卷4期（2006年）68頁。

¹² 原語タイトルは、「[円明園環境総合修理工程の環境影響公聴会案]」である（周珂主編『環境保護行政許可聴証実例与解析』（中国環境科学出版社、2005年）28頁）。

1) 事件の経緯

円明園は清朝の離宮であり、350ヘクタールの面積を有し、水を重要な要素とする山水庭園である。しかし、近年の旱魃少雨のため地下水が減少し、水資源の不足がより深刻となっていた。そのため、円明園管理处(団体の名称、園管理处ともいうことがある)は、2003年10月に、海淀区水利局、北京市水利科学研究所と共同で「円明園水資源の持続可能な利用計画」を策定し、湖底浸透防止、雨水利用、再生利用などの検討を行った。そして、2004年6月、園管理处は東部地区の開放区湖底に浸透防止膜敷設工事を行うことを決定し、9月に環境アセスメント手続を取らずに無断で着工した¹³。

円明園東部浸透防止膜プロジェクトは、総投資2億元であり、2003年8月から2005年3月までの間に、すでに8200万元を投じ、2005年4月には竣工する予定であった。

本件は、甘粛省植物協会副理事長兼蘭州大学生命科学学院の張正春が、2005年3月22日に円明園を訪れた際に、プロジェクトの施工を発見し、マスコミも報道したことから明らかとなった。

2005年3月29日、北京市環境保護局環境アセスメント処は円明園に対し調査を行った。2005年4月1日、国家環境保護総局は、評価法31条の規定に基づいて、「円明園環境の総合整備プロジェクトの建設停止命令に関する通知」(原語は「關於責令円明園環境綜合整治工程停止建設的通知」)(環函〔2005〕101号)を發布し、工事建設の停止を命ずると同時に資格を有する評価機関による環境アセスメント報告書の作成を要求した。国家環境保護総局は、2005年4月7日、第13号公告を發布し、4月13日9時より、円明園湖底浸透防止膜プロジェクトの環境アセスメント公聴会を開催することを決定した。

公聴会の参加者は社会各界からの73人からなり、代表者の最高年齢は80歳、最少年齢は11歳であった。また30社のマスコミが参加し、有史以来環境保護領域における最大の公聴会となったという¹⁴。

¹³ この件について、北川秀樹「中国における参加型環境アセスメントの現状と課題」帝塚山法学11号(2006年)16頁で詳しく紹介されている。

¹⁴ 竺效「円明園湖底防渗工程公衆聴証会的法律性質研究」河北法学23卷8期

しかし、事件の特殊性、社会的影響、時間の切迫性などに鑑みて、諸環境評価機関は、今回の環境アセスメント業務を受託しようとしなかった。北京師範大学所属の環境評価機関はいったん受託したものの、その後延期するなどの理由で受け入れを撤回したため、国家環境保護総局から批判を浴びた。かくして、公聴会から1か月が経過しても、環境アセスメントが実行されない状態であった。5月9日、国家環境保護総局は、「円明園総合整備プロジェクト環境アセスメント手続の期限付き補足を命じることにする通知」（原語は「關於責令限期補辦円明園環境综合整治工程環境影響評価報批手續的通知」）を下達し、円明園管理处に通知を受け取った日から40日間以内に環境アセスメント報告書の提出を命じた。

その後、清華大学所属の環境アセスメント機関がその業務を受託し、6月30日に国家環境保護総局に提出し、総局は7月5日にその全文をインターネット上に公開した¹⁵。

2) 総局開催の公聴会について

公聴会においては、次のような事項が議論された。①円明園遺跡公園の位置づけの問題、つまり、円明園遺跡公園はどのような機能を主とするのか、愛国心教育かそれとも観光・娯楽か、②北京における水不足の状況の下でいかに節水するのか、山形水系を回復する必要があるかどうか、水面120ヘクタール、水深1.2—1.5mの確保によって、水上娯楽施設を営むべきかどうか、③湖底浸透防止膜敷設工事は唯一あるいはベストの選択であるかどうか、地下水に影響があるかどうか、④湖岸や湖底のシートは水系および周辺環境に影響を及ぼすかどうか、⑤歴史文化遺産の保存地に浸透防止膜を敷設すべきかどうかといった点について幅広く議論が展開された¹⁶。

円明園遺跡公園の位置づけについて、多くの参加者は、「愛国心教育の拠点」であることを支持し、また、湖底浸透防止膜工事により周囲の

(2005年) 35—36頁。

¹⁵ 馬燕＝李博「円明園防滲工程無人接受環評委託的法律困惑与反思」河南省政法管理幹部学院学報2005年5期48頁。

¹⁶ 周珂主編・前掲注12・33—34頁、北川秀樹・前掲注13・19頁などを参照。

生態環境に悪影響を与え、「生湖」が「死湖」になるだけでなく、文物の破壊にもなるなどとして、プロジェクトに反対する声が上がった。

また、当該プロジェクトはいかなるプロセスで決定されたのか、そして、なぜ環境アセスメント手続をとらないのかということがもう一つの争点となった。さらに、円明園管理处の関連職員に対し防水シートの敷設やその一部撤回工事に伴う生態破壊および経済損失の賠償を求め、また、不作為を理由として、政府責任者である北京市海淀区環境保護局長を更迭すべきであるとの声もあった。

それゆえ、多くの代表者が、浸透防止幕プロジェクトは評価法や「文物保护法」に反するものであると判断し、法に基づいて関連手続を補充させると同時に、責任者の法的責任を追及する声もあった¹⁷。

これらのプロジェクト反対派のほかに、少数のプロジェクト賛成派および折衷派がそれぞれ意見とその理由を述べている。

いずれにせよ、今回の公聴会は、はじめて法執行の全プロセスを公開した。すなわち、建設停止の命令、公聴会、評価手続、評価報告書の審査あるいは結果、政策決定といったプロセスを積極的に公開してきた。これは、現代民主法制および政治文明の一步前進の現れであるという見解もある¹⁸。

3) 円明園環境アセスメント報告書について

公聴会開催後約1か月間、誰もが受託しようとしなかった円明園環境アセスメント業務を清華大学環境評価グループが受託し、総局の求めに応じて40日間でアセスメント報告書を完成させた。そして、7月7日、国家環境保護総局が円明園環境アセスメント報告書を公布し、湖底浸透防止膜工事の全面的改正（〔整改〕）を求めることによって、100日間にわたって争われた今回の争議は終結の段階に入った。

ここで特筆すべき点は、国家環境保護総局の最後の技術的審査および評価行為があまりにもぞんざいであったことである。つまり、専門家ですら、277頁からなる分厚く、相当技術的な環境アセスメント報告書を十分に分析・理解することは相当の時間を要するだろう。しかし、受理

¹⁷ 曾金勝「“円明園事件” 波瀾」時代潮2005年9期15頁。

¹⁸ 陳澤偉「円明園環評事件の背後」瞭望新聞週刊2005年28期6頁。

から5日間という期間内で総局が審査し、認可の決定を行ったということとは評価手続の形骸化であるという批判もある¹⁹。

4) 存在する問題点

本件は、全国を震撼させた有名な事件であり、環境アセスメントあるいは環境保護公衆参加について論じる際の絶好の例でもある。この事例を見る限り、現行評価法実行の現状がわかるはずであるが、以下ではいくつかの問題点を指摘しておきたい。

①評価法の限界

円明園湖底浸透防止膜プロジェクトは、そもそも環境アセスメント手続を実施せずに着工していた。なぜ、これほど大きなプロジェクトが法的手続を取らずに無断で着工されたのか。これについて、園管理处は、円明園湖底浸透防止膜工事は建設プロジェクトではなく、修復活動や措置であるので、環境アセスメントは必要ないとする。しかしながら、国家環境保護総局および国家発改委が2004年に共同で発布した64号文では、国家重点文物保護機関（原語は〔単位〕）の範囲内で行われる500万元以上の建設工事は、資源保護や観光など投資用途のいかにかわらず、法に基づき国家環境保護総局に環境アセスメント手続をしなくてはならないとされている²⁰。これは、園管理处をはじめとするプロジェクト実行者の法意識にかかわる問題でもあるが、評価法の建設プロジェクトの分類管理規定や文物保護アセスメント規定の不備とも絡み合い、評価法の実行にあたっての限界をありのままに露呈しているように思われる。

これはまさに、法に反してもコストがかからず、せいぜい手続の補足だけで済む、いわゆる「順法コストが高い、違法コストが低い」皮肉な法制度設計の産物である。また、これは、数多くのプロジェクトが評価手続をしないあるいは「先に建設し、後に評価する」（原語では〔先建設、後評価〕）など手続的不正を助長する現在の仕組みの必然的結果であると指摘される²¹とおりであろう。

¹⁹ 李楠「“円明園之争”給我們留下了什麼？」中国新聞週刊2005年26期33頁。

²⁰ 曾金勝・前掲注17・15頁。

²¹ 王燦発＝于文軒「“円明園鋪膜事件”拷問我国環境影響評價法」環境經濟雜

②情報公開の問題

さらに環境情報公開の問題もある。つまり、2005年3月22日、張が工事現場を発見しマスコミが報道する前の段階で、それほど大規模な違法工事が施工されているにもかかわらず、なぜ政府・公衆は気付かなかったのか。

今回のプロジェクトは水利科学院が作成した設計案であるとされるが、誰が政策決定をしたのか、水利科学院はいったいどのようにフィージビリティスタディを実施し、誰が論証会に参加したのか、また、いかなる意見があったのか全て不透明である²²。しかし、張の発見後、各プロセスは公開され、政府機関、評価機関、マスコミ、環境 NGO や専門家の参加の下で、思いもよらない展開を見せた。したがって、本件は、情報公開や公衆参加の必要性を表裏両面から裏付けた絶好の例であるといえるのである。

③責任追及および事後救済の問題

本件を見ると、2005年3月28日の時点で、133ヘクタールの湖底浸透防止膜は基本的に敷設され、主体工事はすでに完成していた。この状況の下で防止膜を取り外したので、巨大な経済損失および計りきれない生態・遺跡破壊という損失をもたらし、さらに公衆の知る権利・参加権利を侵害したので批判される²³のは当然である。しかし、これらの膨大な損失をもたらしたにもかかわらず、関係者の法的責任が追及されていない。

環境アセスメント手続を取らない建設プロジェクトを、なぜ許認可権者は認可するのか。現行法の下で、環境行政機関は、建設機関や許認可機関の関連責任を追及する権限はない。いったい誰がいかなる根拠で法的責任を追及できるのか、実際のところは非常に複雑な問題を抱えていると言わざるをえない。それゆえ、公・私の権利利益が侵害されたとし

誌2005年11期（総23期）42頁。

²² 濃婕「誰為円明園工程失誤買単？」中国経済週刊2005年14期（総297期）23頁。

²³ 著者不明「誰応為円明園的巨大損失買単？」環境経済雑誌2005年9期（総21期）57頁。

でも、救済されない現状が依然として存在しているわけである。

④評価機関の資格権威問題

今回の環境アセスメント業務では、長期間にわたって評価機関が見つからず、さらに北京師範大学所属の評価機関には委託拒否までもされた。なぜこのような現象が起こるのか。現行評価法には、評価機関が環境アセスメント結論に責任を負うと定める（19条）が、真に評価の結論の科学性・公正性に責任を負っているのか。現実においては、建設機関が自ら評価機関に委託し、一部の評価費用を先払いし、評価報告書が通った後に残りの費用を払う仕組みになっているので、評価機関はなるべく採択されやすいように結論付けるのが問題のポイントである。今回の事件においては、万人が注目している中で、自分の都合のよい結論を導くことは困難であったため、評価機関がなかなか現れない結果になったと思われる。

しかし、現行評価法においては、委託を受けた評価機関が、環境アセスメント業務にあたって、無責任であったり虚偽の作成を行ったりして環境アセスメント文書の真実性を損なわせた場合、環境アセスメント資格を授与する環境保護行政主管部門は、その機関の資格を降格させる、あるいはその資格証書を取りあげ、同時に委託料金の2倍以上3倍以下の過料を科すことができる。犯罪が成立した場合は、法に則って刑事責任を追及する規定が設けられている（33条）。しかし、実際になぜこれらが実行されないのか²⁴。また、この事例のように建設機関の受託を拒否したり、あるいは遅延したりする場合の法的責任が制度化されてい

²⁴ 北京大学所属の環境アセスメント室が2005年に作成した「自由小鎮住宅地プロジェクトの環境影響報告書」、「宝山新村二期プロジェクトの環境影響報告表」、「北京市大興区興達中学二期工事の環境影響報告表」等の評価書には次のような問題があったとされる。①基準選定・資料引用の誤り、②立地周辺・計画状況についての調査不足、③建設プロジェクト状況・環境現状への分析が不正確、④クリーンエネルギー使用についての分析の欠如、などである。だが、国家環境保護総局は、それらに対して期限付き整備（3か月）を命じると同時に全国に名前を報じる処分にとどめた（「新聞通稿75号」2005年10月24日、<http://www.riel.whu.edu.cn/show.asp?ID=3226>（最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

いのも、一つの大きな問題であるように思われる。

⑤文化財管理保護の監督体制の問題

円明園管理处は、1976年に設立された。また、円明園は、1983年7月、国务院認可の「北京市都市建設総合計画案」(原語は〔北京市城市建設総体規画方案〕)によって、遺跡公園に指定され、さらに、円明園遺跡公園は、1988年、国家級文物保護区に指定されたという²⁵。それゆえ、円明園湖底浸透防止膜プロジェクトは、単なる建設プロジェクトではなく、歴史文化遺産環境の改修プロジェクトでもあることを忘れてはならない。

文物保護については、2002年10月28日に採択された文化財保護法がある²⁶。また、文化財保護区域内の保全工事については、文化部が2003年4月1日に発布し、2003年5月1日より施行した文物保護工事管理辦法がある²⁷。

しかし、これらの法律法規はもちろん、評価法も文化財保護の見地から、その計画やプロジェクトに関する環境アセスメントについて関連規定を設けることなく、いまだに空白の状態が続いている。したがって、園管理处は環境アセスメント手続を怠り、国家文物局やプロジェクト許可認可機関は文化財保護意識がなく、評価機関である清華大学所属環境アセスメント機関も環境アセスメント報告書の中で文化財保護環境影響については評価していないのである。

(2) 【事例8】「北京西一上一六超高压送電線事件」²⁸

²⁵ 人民網科技論壇 <http://scitech.people.com.cn/GB/53208/53209/4254859.html> (最終アクセス日は、2009年5月26日)を参照。

²⁶ 同法は、文化財保護区域内での建設工事あるいはその他の作業を禁止し、建設工事の施工がやむを得ない場合、上級人民政府文化財行政部門の同意の下で、当該文化財指定の人民政府の許可を得なければならないと定めている(同法17条)。また、2003年7月1日より施行された国务院発布の文化財保護法実施条例18条も同様の規定を設けている。

²⁷ 同法4条は、文化財保護機関は特別な保護計画を策定すべきであり、文物保護工事は認可を経た計画に基づいて行われるべきであると定めている。

²⁸ 原語タイトルは、〔北京西上六輸電線路工程電磁輻射污染環境影響評價行政許可聽証案〕である(周珂主編・前掲注12・48頁)。

1) 事件の経緯

華北電網有限公司北京電力会社は、2004年2月より、西沙屯—上庄—六郎庄220kV／110kV 高架送電線（上青部分120—360塔架）工事（以下「西上六送電工事」という）を着工した。当該工事の最南部の高圧鉄塔は、頤和園から50mしか離れておらず、送電線は、京密引水渠から北側の国防大学・解放軍309病院・天秀花園・百旺家苑・百望山森林公園・喬家庄村、また、東側の中国科学院薬用植物園・薬用植物研究所および薬植所公舎などの12の団体・住宅団地に跨っている。このプロジェクトは、北京市政府が2002年に認可した“9950”工事北線路で、総長は7 km、総投資は27220万元、「2008年北京オリンピック」に向けた2003年北京市60大重点工事の一つである。

百旺家苑居民と百草園居民は、建設プロジェクトによる電磁輻射汚染が居民に対して人身傷害になりかねないことを懸念し、「建設工事計画許可証」のみにより建設をはじめたことに対して、環境アセスメント手続を補充し、また、公聴会を開くことを市環境保護局に要求した。市環境保護局の催促のもとで、北京市電力会社は環境アセスメント手続を補充した。北京市環境保護局は、2004年8月13日、公聴会を開き、その後環境アセスメント報告書を認可した。しかし、住民は、この環境アセスメント報告書に対しても不満であり、2004年9月21日、市環境保護局による報告書の許認可決定の取消しを求めて、国家環境保護総局および北京市人民政府へ不服申し立てを提起した。しかし、いずれも行政決定を維持する結果となったため、2004年8月31日、市企画委員会を被告として「建設工事計画許可証」の取消しを求めて海淀区人民法院に行政訴訟を提起した（現在審理中）。

2) 建設機関の無断な建設行為

このプロジェクトは、環境アセスメント手続を実施せずに無断で着工されたものである。これに対して、北京市環境保護局は、調査を行ったうえで、2004年6月8日、「環境保全許認可手続の期限付き補足に関する通知」（原語は〔關於限期補辦環保審批手續的通知〕）（京環保輻字〔2004〕299号）を下達し、違法工事を停止すると同時に30日間以内に環境保全手続を補充するよう命じた。しかし、建設機関は、その後も施工を継続し、2004年6月21日の居民の摘発と6月22日の北京市環境保護局の再度

の建設停止命令を受けて、ようやく工事を停止させた。

3) 環境アセスメント行政許可の公聴会

2004年7月7日、百旺家苑の居民は「公聴会開催を強く求める書簡」(原語は〔強烈要求召開聴証会的信])を北京市環境保護局に提出した。北京市環境保護局は、2004年7月9日、電力会社から提出された今回のプロジェクト環境アセスメント報告書を受理し、2004年8月13日に環境行政許可公聴会を行った。

公聴会の参加者は、プロジェクトの認可機関、建設機関の北京電力会社、評価機関の鉄道科学研究院のほかに、利害関係者の百旺家苑、百草園住宅区、天秀住宅区、喬家壯、功德寺村、後營村等の住宅区の居民および頤和園管理处、国防大学、解放軍309病院、中国医学科学薬用植物研究所等12の団体に及んだ。

公聴会の主要内容としては、建設機関提供の環境アセスメント報告書をめぐる議論であり、その焦点となったのはやはり送電線路が周辺機関および居民に対して電磁輻射汚染をもたらすか否かであって、頤和園景觀への影響問題は聴聞の範囲からはずされていた。

公聴会においては、各部門の主張と意見が一致せず、その場で結論が得られなかった。公聴会后、すなわち2004年9月2日、北京市環境保護局は専門家による論証会を行い、9月4日に「公聴会意見の採取情況に関する説明」(原語は〔關於聴証会意見採納情況的説明])を發布し、9月6日に、西一上一六送電工事環境アセスメント報告書を認可した。その理由は以下のようになっている。

①評価法や98年条例の手續補充関連規定に照らし合わせたこと、②220kv / 110kv 送電線路に関して現在特定の基準がないこと。つまり、2004年8月4日、国家環境保護総局は、「高压送变电設施の環境アセスメント適用基準に関する返答」(原語は〔關於高压送变电設施環境影響評估適用標準的複函]) (環函〔2004〕253号)を發布し、超高压送变电工事の環境アセスメントは、「550kv 超高压送变电工事電磁放射環境アセスメント方法および基準」(原語は〔550kv 超高压送变电工程電磁輻射環境影響評估方法与標準]) (HJ / T24-1998)により執行され、330kv、220kv、110kv の送電線路の環境アセスメント・審査・認可・管理にあたって、この基準に参照することができるとされている。当該プロジェ

クトの環境アセスメント報告書の分析結果はこの基準より低いのであって、専門家も異議がない、③申請人は高架線路方式を地下敷設方式へ変更するよう要求するが、それは、総合管理部門と企業が決めることであり、環境保護行政主管部門としてはそれを強要できないこと、④申請人が心配する電磁汚染健康損害問題は科学領域において研究する範疇であり、当面国内外の医学において明確な定論がないこと、⑤専門家や西―上―六高架送電工事環境アセスメント報告書は頤和園の景観影響について注目し、しかも回避措置を提出していること、⑥利害関係者は、当該プロジェクト運用後発生しうる安全性について憂慮するが、これも環境保護管理の範疇を超えていることなどである。

4) 環境行政許可に対する行政不服申し立て

百旺家苑居民6名と百草園居民34名が、北京市環境保護局による西―上―六送電工事の環境アセスメント報告書に対する認可決定（京環保評価審字〔2004〕615号）を不服として、2004年9月21日、国家環境保護総局に行政不服申し立てを提起した。また、天秀花園の住民孫新春らの4名が北京市環境保護局による環境アセスメント行政許可行為に対し、2004年9月30日、北京市人民政府に不服申し立てを提起した。

①国家環境保護総局への不服申し立て

ア、行政不服申し立てにおいては、電磁汚染を環境アセスメント報告書や公聴会の主要内容とするのが適切かどうか、北京市環境保護局の報告書への認可決定はその権限と手続に符合するかどうか、北京市環境保護局の審査・認可は正当な根拠を有するかどうかという三点が争点となった。これをめぐって、各当事者が次のようにそれぞれの主張と理由を述べている。

イ、審査請求人（百旺家苑居民6名と百草園居民34名の居民）は、北京市環境保護局のプロジェクト環境アセスメント報告書に対する認可決定の取消しを求めた。その理由は、電力会社の環境アセスメント報告書の評価内容や市環境保護局の公聴会は不十分であり、工事線路と居住地の距離が近すぎるにもかかわらず、市環境保護局は配慮していない。また、処分庁は正当な根拠もなく越権的な許可を行い、手続違反であるというものである。

これに対して処分庁（北京市環境保護局）は、電力会社の環境アセス

メント報告書の決定を維持するよう主張した。その理由は、環境アセスメント報告書の事実が明確であり、証拠や根拠も確実・正確であり、さらにその手続は合法で、内容も適切であって、公聴会に提出された意見も考慮されているというものである。

また、第三者の電力会社は、北京市環境保護局の許可手続は合法であるので、取消すべきではないとした。その理由は、当該プロジェクトは国家および地方関係部門の認可を経て、国家の関連規定に合致する。また、当該プロジェクトの性質と所在地区における環境の特性を基に、環境アセスメント手続や公聴会を行ったのは正当であるというものである。

ウ、国家環境保護総局は、以上のような主張と争点を総合的に考慮し、行政不服審査法（原語は〔行政複議法〕）28条1項1号²⁹に基づき、当該プロジェクト環境アセスメント報告書の認可決定（京環保評価審字〔2004〕615号）を維持する決定をした。

②北京市人民政府への不服申し立て

審査請求人（天秀花園住宅区の居民孫新春らの4名）は、処分庁が法律法規および手続に反し、事実をはっきりさせないまま9月6日に環境アセスメント報告書を認可したことは、環境権益および財産権益への侵害であるとして、処分庁の行政許可の取消しを求めた。

これに対して処分庁（北京市環境保護局）は、行政許可申請人の提出資料はそろっていて、法的形式に符合すると主張した。また、法に基づき現場調査、専門家意見聴取、公聴会といった手続を通じて、申請資料に対して全面的に審査し、公聴会における利害関係者の意見を真剣に考慮してから判断した結果であるとした。

市人民政府は事実を確認した後、行政不服審査法28条1項1号の規定

²⁹ 行政不服審査法〔行政複議法〕28条1項1号は、「審査機関の担当部門は、被請求人の具体的な行政行為について審査を行い、意見を提出し、審査機関の責任者の同意または協議認可を経た後、下記の規定に従って行政審査決定を下すことができる。

（一）具体的な行政行為について事実が明白で、証拠が確実であり、根拠の適用が正しく、手続が適法で、内容が妥当であると認めた場合、その維持を決定する…」と規定している。

に基づき、処分庁が行った行政許可決定を維持する決定をした。

5) 北京市計画委員会を被告とする行政訴訟

2004年8月13日の公聴会後、北京市計画委員会が北京電力会社に対し「建設工事計画許可証」を発行したからこそ、今回のプロジェクトがはじまったとして、百旺家苑の住民（5名）は、2004年8月31日、北京市計画委員会を相手取り、海淀区人民法院に行政訴訟を提起した。原告は、北京市計画委員会の北京市電力会社に対して発行した「建設工事計画許可証」（規建市政字〔2003〕0721号）の取消しを求めた。

海淀区法院は、2004年11月5日、当該行政訴訟事件を審理したが2005年4月18日に原告の請求を棄却した。その後、原告は4月25日に北京市第一中級人民法院に上訴したが、目下行政訴訟は審理中であるという。

本件のポイントを次の3点にまとめることができよう。まず、電力会社が工事着工前に環境アセスメント手続を怠っていたこと、次に、北京市委員会が、環境アセスメント報告書がないプロジェクトに対して許可（「建設工事企画許可証」）を発したこと、最後に、北京市環境保護局が、補充された環境アセスメント報告書を認可したことである。

まず、環境アセスメント手続を行わず無断で着工する現象は北京市でも常にみられることである。これは、まさに【事例7】でも検討したように、違法コストが低い、ひいてはゼロコストの仕組みの産物であるように思われる。これに対する現段階での対応措置は、建設（操業）の停止命令、評価手続の期限付き補充である。大量に湧き上がる違法建設プロジェクトに対して、このような措置で本当に対応できるのか。答えはもちろん否であり、その源泉となる制度的メカニズムを全面的に改正しない限り、個別的なプロジェクトをいくら処理しても違法現象を根絶することは困難であるように思われる。

次に、環境アセスメント報告書がないプロジェクトへの許認可が問題となる。評価法にも明確に定められているように、環境アセスメントがないプロジェクトを認可してはならない（25条）。もし同規定に反して無断で認可された場合、直接担当責任者とその他の責任者に対し、上級機関あるいは監察機関は法に則り行政処分を科する。犯罪が成立する場合には法に則り刑事責任を追及するとされている（32条）。

しかし、本件では、同規定に反しているにもかかわらず、なぜ法に基

づいて、処罰を与えなかったのか。法律を真剣に執行しない法執行者の無法無天な行動は、現在の深刻な環境汚染や環境破壊結果を惹起しているように思われる。

最後に、環境保護部門による環境アセスメント報告書に対する審査基準は、現行環境アセスメント法制度および技術規範により、建設プロジェクトの深刻な環境影響に対しての予測、分析、評価—技術的評価—をめぐる判断であり、住民の権利利益に対する判断に及ばないとされている³⁰。したがって、北京市環境保護局が、補充された環境アセスメント報告書を認可したのである。これについては、本件で問題となり、行政不服申し立てもなされ、北京市環境保護局としても、公聴会を通じて公衆の声も聞きながら慎重に行動している。しかし、審査資料が揃い、かつ手続が合法である場合、現存の体制の下では許可せざるをえない面もあることが否定できないのであろう。

6 事例の分析

上述の2つの事例を紹介した際にその問題点を指摘してきたが、ここで次の2点にまとめておこう。

(1) 法的実効性の問題

環境アセスメント手続を実施せずに着工する建設プロジェクトが少なくない。【事例7】と【事例8】はまさにその典型例である。首都北京で、しかもトップレベルの環境行政機関の目の前で、これほど大きなプロジェクトが公然と評価法に反していたことから、全国なかんずく西部地区におけるプロジェクトはどのような状態に置かれているかは簡単に想像がつくはずである。それゆえ、先述した近年の100%に近い環境アセスメントの実行率は真实性を欠き、国家環境保護総局による環評風暴は、まさにこれらの違法風潮の限界を見せたものと思われる。

なぜ環境アセスメント手続を実施せずに着工するプロジェクトが後を絶たないのか。その理由は少なくとも次の3点にある。一つ目は、事業者にとって環境アセスメント手続は利益追求の障害物であること。環境

³⁰ 汪勁『中外環境影響評価制度比較研究—環境与開発決策的正当法律程序』（北京大学出版社、2006年）409—410頁。

アセスメントは費用がかかるだけでなく、煩わしい行政許可を取らなくてはならないからである³¹。二つ目は、建設プロジェクトの認可権者を含む各行政機関相互間における手続的連携と法的規制が欠落していること。というのは、行政許可法が規制するのは行政機関の許可行為そのものであって、行政機関相互間の手続的連携と法的規制ではない。したがって、行政機関が環境アセスメント手続未履行の建設プロジェクトに対して恣意的に許可したとしてもそれに対して対応できないのが現状である。三つ目は、建設機関が環境アセスメント手続を実施せず無断で着工したとしても、その手続の期限付き補充で済むことである³²。これについて、常に触れてきたように、あくまで評価法31条の法的責任問題であって、手続違反者に対して、そもそも法的処罰規定が設けられていないのが問題である³³。それゆえ、手続補充までは、環境汚染や環境破壊が進み、現在のように環境悪化の一途をたどっているように思われる。

(2) 公衆参加問題

公衆参加が、環境アセスメントをはじめとする環境保護関連活動においてクローズアップされるようになってきたのはごく近年のことである。上述の2つの事例は全て公聴会の形で公衆参加手続をとっている。そのうち、【事例8】は環境アセスメント報告書に対して公聴会が行われたのに対して、【事例7】は環境アセスメント報告書ではなく、環境影響一般について公聴会が行われている。また、【事例7】で、清華大学の附属評価機関が提出した円明園環境アセスメント報告書に対して、公聴会抜きに極めて短期間で認可したことは、行政のパターンリズム的な性格が環境行政庁にも現れたものであるということができよう。

また、【事例7】にみられるように情報不開示問題が絡んでくる。情報を開く開示することは、公衆を環境管理や政策決定活動に積極的に参

³¹ 中国「南方週末」2001年10月11日の報道によると、武漢のある企業が建物の改築プロジェクトの認可申請にあたって、市区の70余りの機関を訪れ、800の印鑑を押し、2年間余りの時間をつぶしたという。

³² 汪勁「円明園湖底防滲工程環評報告書審批問題的法律思考」河南省政法管理幹部学院学报2005年5期47頁。

³³ 竺效・前掲注14・39-40頁。

加させるための有効的な手段であるはずである。しかし、指摘されているとおり、公衆参加を論じる際に情報公開とリンクして考えられていない³⁴。このほかにまた、公開する環境情報の範囲が狭いとか、公開手続が不明確であるという指摘がないわけではない³⁵。

第4節 公衆参加と環境行政許可との関係

公衆参加は行政許可において、どのように位置づけられ、いかなる役割を果たしているのか、両者の関係をどのように捉えることができるのか。これは、環境アセスメント制度において、きわめて重要な問題の一つであるので、ここで「環境保護行政許可聴聞」についての考察を通じて見てみることにする。

1 聴聞の分類

聴聞には広義と狭義の聴聞があり、広義の聴聞は司法聴聞、立法聴聞、行政聴聞を含む。これに対して、狭義の聴聞は行政聴聞のみを指し、行政機関が法規・規則を制定する際あるいは具体的決定を行う際に利害関係者の意見を広く聴取する手続を指している。行政聴聞はさらに行政立法聴聞、行政法執行聴聞、行政司法聴聞に分けることができ、行政法執行聴聞をさらに、行政処罰聴聞と行政許可聴聞に分けることができるとされている³⁶。

2 環境保護行政許可聴聞制度の立法的沿革

行政聴聞は、1996年3月17日に採択され、1996年10月1日より施行された行政処罰法に原点を置く³⁷。これを受けて、国家環境保護総局は1999

³⁴ 李奇偉＝王超「略論我国環境知情權法律制度」巢湖学院学報6巻2期（総65期）（2004年）43頁。

³⁵ 鐘衛紅＝翁漢光「《奥胡斯公約》中的環境知情權及其啓示—兼論我国公民環境知情權的立法与实践」太平洋学報2006年8期19頁。

³⁶ 竺效「環境保護行政許可聴証制度初談」甘肅社会科学2005年5期81頁。

³⁷ 同法42条は、「行政機関は、営業停止の命令、許可証あるいは免許証の取消

年7月8日に環境保護行政処罰辦法を採択し、1999年8月6日より施行した。同辦法の3章3節はもっぱら環境行政の聴聞手続について定める。例えば、32条では「環境保護法律・法規・規則に基づき、操業停止命令、免許の取消し、あるいは比較的多額の過料等重大な行政処罰決定を行う前に、本節の聴聞手続規定を適用すべきである」と定める。それゆえ、行政処罰に限定されるが、この時点では環境保護領域においても行政聴聞制度がスタートしたと言ってもよからう。

そして、評価法における公聴会規定の具体化として、環境保護行政許可聴聞の暫行辦法（原語は〔環境保護行政許可聴証暫行辦法〕、以下「聴聞辦法」という）（2004年6月23日に国家環境保護総局が公布）がある。

3 環境保護行政許可の聴聞の範囲

(1)建設プロジェクトにかかわる環境保護行政許可の実施にあたって、下記のいずれかに該当するものは本辦法を適用するとされる（聴聞辦法5条）。

①法律、法規、規則の規定による環境保護行政許可の実施にあたって、聴聞を組織すべきとき、②公共利益にかかわる重大な環境保護行政許可の実施にあたって、環境保護行政主管部門が聴聞を行う必要性を認めたとき、③申請人と他者との重大な利益関係にかかわる環境保護行政許可にあたって、申請人および利害関係者が法に基づき聴聞を要求するとき。

この規定から見ると、【事例7】の円明園湖底浸透防止膜プロジェクトにおける公聴会の始動は、国家環境保護総局の職権によるものであり、上記の②にあたる。そして、【事例8】の北京西一上―一六送電線工事プロジェクトにおける環境アセスメント行政許可聴聞は住民の請求によって行われたものであるので、上記の③にあたるとされる。

(2)国が指定する機密建設プロジェクトを除き、事業者が環境アセスメント報告書の認可を仰ぐ前に、法に基づき関連機関、専門家および公衆の意見を聴取しなかった場合、あるいは重大な意見の不一致が存在する

し、比較的多額の過料等行政処罰決定を行う前に、当事者が公聴会の開催を要求する権限を有することを通知し、当事者が聴聞を要求する場合、行政機関が聴聞を組織すべし」と定めている。

場合、環境保護行政主管部門は審査あるいは再審査の前に公聴会を行い、プロジェクト所在地の関連機関および住民の意見を聴取することができる（聴聞辦法6条）。対象プロジェクトとしては、①環境に重大な影響を与える環境アセスメント報告書を策定すべき建設プロジェクト、②油煙、悪臭、騒音あるいはその汚染物を発生させ、所在地の住民生活に悪影響を及ぼす建設プロジェクトがあげられている。

（3）計画にかかわる環境保護行政許可の実施にあたっては、評価辦法7条の規定がある。同条は①国家機密計画を除く、②公衆環境権益に直接かかわる計画、③業種を限定する等の前提条件の下で個別計画環境アセスメント公聴会を認めている。

4 環境保護行政許可の聴聞の問題点

（1）環境行政許可聴聞の実施機関が不確定である。

上述の検討からわかるように、環境保護公聴会の開催にあたって、個別計画の場合は当該計画の許認可機関が主催者であり、建設プロジェクトの場合は環境保護行政主管部門が主催者となっている。このほかに、建設事業者も公聴会開催の権限を有する。このように、環境保護行政許可聴聞の組織機関が多面的であることが窺える。

（2）環境保護許可聴聞への参加権が制限されている。

環境行政聴聞の現況から見ると、それは、環境アセスメント許可と環境アセスメント処罰に限られた現象であって、さらに、環境保護行政許可聴聞の範囲については、意見対立が激しいあるいは環境に重大な影響を与えるプロジェクトおよび個別計画に限られているのが実態であろう。また、聴聞辦法18条では、聴聞を実施する環境保護行政主管部門は、会場条件等により公聴会参加人数を確定することができる（とされている）。なぜ、申請者全員を参加させるような大会場を設けないのか、なぜ、利害関係者あるいはその代表にこだわるのか。これは、公衆の環境保護に対する情熱に水をさし、住民の参加権を侵害していると言わざるをえない。

（3）環境行政許可聴聞の司会者設定が不適切である。

許可法48条では、行政機関が指定する当該行政許可申請の審査者以外の職員が聴聞の司会にあたるとしている。また、聴聞辦法8条では、環

環境保護行政許可の聴聞は相応の環境保護行政主管部門が聴聞司会者を指定してから具体的に行い、しかも司会者は、環境保護行政主管部門における当該行政許可申請への審査にあたる職員以外の者が担当するとしている。そして、複雑な許可事項、あるいは、許可審査機構の職員が司会にあたり公正性に著しく影響すると認めた場合、はじめて法的機関の職員（原語は「法制機構工作人員」）が担当することとなっている。

聴聞の司会者とは、聴聞の組織者や調整者であるので、その独立的地位、資質、職責などは公聴会のプロセスおよび公正性に影響してくる。しかし、現在の聴聞の司会者は、任職資格・条件および委任手続等を踏まないで直接行政機関の指名によって形成されているので、聴聞の公正性を保障できないという批判がある³⁸。いずれにせよ、聴聞の司会者も行政の一方的行為によって確定されていることは否定できない。

(4) 環境保護聴聞結果の活用が不足している。

環境保護公衆参加は、環境公平、環境民主、住民環境権実現のベストルートであり³⁹、環境アセスメント政策決定の盲目性および不確実性を防止するだけでなく、紛争防止・権力抑制・政策決定への監督などの機能を果たし⁴⁰、現代民主主義の重要な形式の一つである⁴¹、という見解がみられる。ところが、このような重要な環境公衆参加が、制度的に立ち上げられて時折行われているが、その内容および結果の実効性はどうであろうか。行政許可法、評価法、聴聞辦法のどれを見ても、聴聞意見の実際の採用について、採用あるいは不採用の明記という表現にとどまり、それに反する場合の法的責任が設けられていない。それゆえ、聴聞は全く手続の必要からなる象徴的なものに過ぎず、形式に流されているといわざるをえない。

上で検討した【事例7】、【事例8】の中の環境アセスメント公聴会に

³⁸ 竺效「環境行政許可聴証専家人制度初探—兼議《環境保護行政許可聴証暫行辦法》第8条の完善」法学評論2005年5期（総133期）43頁。

³⁹ 蔡守秋「環境公平与環境民主—三論環境資源法学的的基本理念」河海大学学报（哲学社会科学版）7卷3期（2005）15頁。

⁴⁰ 周珂＝王小龍「環境影響評價制度中的公衆参与」甘肅政法学院学报2004年6期（総74期）64頁。

⁴¹ 姜明安・前掲注7・26頁。

においては、公衆が必死に議論し、価値のある建議を提出しているにもかかわらず、結局行政許可を制限することができないどころか、どの程度行政許可へ反映されているのかまったく不透明である。このような状況の背後には、「計画経済体系の下での国家権力の部門化、部門権力の個人化」¹²という権力集中思想が根強く残っており、経済利益を強調する行政機関およびその要員における様々な問題が絡み合って決して単純なものではない¹³。

いずれにせよ、実体法を重視し、手続法を軽視する傾向は、法制観念および法的伝統であり、環境法の領域でも例外ではない。実体法の任務は権利・義務の分配および設定であるということができれば、手続法の任務は権利・義務の実行の保障ルートである。それゆえ、実体法を真に効果あるものにするためには手続の公開、公正な運営を保障していかなければならないのである。

第5節 情報公開と公衆参加の日中比較

これまで、中国の環境アセスメント法の情報公開や公衆参加制度を中心に論述を進めてきた。以下では、情報公開や公衆参加についての日中の相違点をまとめておきたい。

¹² 王付江＝牛小茹＝孟瑩「浅談行政許可腐敗与行政服務中心建設」医学動物防制23卷2期（2007年）146頁。

¹³ これに関して、次の3点から指摘する論者がいる。まず、環境行政理念の問題。環境行政法執行者は新しい法執行理念を樹立できず、依然として伝統的な環境行政管理パターンの下で、環境行政許可に立ち向かうので、環境アセスメント許認可においても経済利益を優先させる傾向に走る。次に、法執行者の職業レベルの問題。現職法執行者の殆どは、環境保護法知識が不足していて、それが、合理的な環境行政許可の決定に大きな影響を与えている。最後に、環境保全職員の不足問題。行政機関の組織機構の設定上および職員配置管理上非合理的であり、環境行政許可審査の職員がはるかに不足するがゆえに、比較的短期間で大量の資料を審査するのが困難であり、審査許可結果に直接影響を与えている、とする（朱文玉「我国環境行政許可制度的缺陷及其完善」学术交流2006年1期（総142期）38—39頁）。

1 環境情報公開の比較

日本では、1968年に公害対策基本法が成立し、1969年から「公害白書」（環境庁が設置された翌年の1972年から環境白書へと名称変更）をもって環境状況一般を公表しはじめたといわれている¹⁴。行政の情報公開問題については、1979年から神奈川県が議論を展開しはじめ、そして1982年10月に県レベルの情報公開条例が制定された。その後、各地で行政情報公開条例の立法活動が活発に展開されると同時に、司法においても情報公開をめぐる数多くの判決が出された結果、1999年5月7日に国レベルでの「情報公開法」が制定され、2001年4月1日より施行された¹⁵。

情報公開は、環境アセスメントにおいては不可欠な前提であり、関係情報の把握なしには真の参加型環境アセスメントは困難である。日本（地方公共団体ではともかく）は、情報公開法施行後に環境アセスメント法を施行した欧米諸国と違って、評価法制定時にまだ情報公開法を制定していなかった。だが、環境アセスメントに関する情報の開示手続は評価法の中に組み込まれている¹⁶。

日本の環境影響評価法を見ると、情報公開は方法書・準備書・評価書の段階において可能である。事業者は、環境保全の見地からの意見を求めるため、方法書（7条）・準備書（16条）・評価書（27条）を作成した旨およびその他内閣府令で定める事項を公告し、対象事業にかかわる環境影響を受ける範囲の地域においてそれぞれ1か月間縦覧に供すべきであるとされる。公告の方法としては、主に官報、都道府県または市町村の公報や広報紙、または新聞への掲載のいずれかによるとされる¹⁷。

中国でも、評価法の施行時点で情報公開関連法ができておらず（2007年4月24日に政府情報公開条例が、翌日の25日に環境信息公开辦法（試行）が公布され、同じく2008年5月1日より施行されている）、この点では日本と同様であるが、中国評価法の中には情報公開手続について全

¹⁴ 李志東『中国の環境保護システム』（東洋経済新報社、1999年）21頁。

¹⁵ 韓広＝楊興＝陳維春『中国環境保護法的基本制度研究』（中国法制出版社、2007年）295頁。

¹⁶ 浅野直人・前掲注2・51頁。

¹⁷ 北川秀樹・前掲注5・55頁。

く組み込まれていない。したがって、情報公開システムを公衆参加システムと結び付けて考えていないことが浮かび上がり、公衆参加環境アセスメントの合理性・民主性・科学性に疑問が生じるわけである。

2 公衆参加の比較

日本の環境影響評価法を見ると、環境アセスメントへの公衆意見聴取は方法書と準備書の2段階で行われている。すなわち、方法書（8条）および準備書（18条）に対して環境保護の見地から意見を有する者は公告（同法7条および16条）の日から縦覧期間満了日の翌日から起算して2週間を経過する日までの間に、事業者に対して意見書を提出することができる」とされている。準備書の手続では縦覧すると同時に事業者による説明会が開催されるが公聴会の開催については義務づけられていない。

環境保全の見地から寄せられた意見（方法書・準備書についての意見）について、事業者は、意見概要を記載した書類および当該意見についての事業者の見解を記載した書類を関連都道府県知事および市町村長に送付し（9条・19条）、都道府県知事は、環境保全の見地から関連市町村長の意見を求め、それを勘案しながら提出された意見の書類に配意するとされる（10条・20条）。

「旧法案や閣議アセスメント制度では、意見を提出できる者の範囲を、周知に係る関係地域の住民に限定していたが、新法では、『準備書について環境保全上の見地から意見を有する者』に意見提出を認めるものとし（18条）、従来の制限を廃止した」⁴⁸とされる。

公衆参加は、その監視機能をもって環境保全活動に積極的な影響を与え、情報収集能力を補うだけでなく、市民との合意形成のプロセスでもあるとされる⁴⁹。「しかしながら、本環境影響評価法では、行政や事業実施主体と住民との共働関係はまったくなされておらず、情報形成への寄与が期待されているに過ぎない」⁵⁰との批判や環境アセスメントの評

⁴⁸ 浅野直人・前掲注2・13頁。

⁴⁹ 浅岡美恵「環境影響評価と情報公開・住民参加」環境法政策学会編『新しい環境アセスメント法—その理論と課題』（商事法務研究会、1998年）38—39頁。

⁵⁰ 浅岡美恵・前掲注49・39頁。

断に対する住民の法的権利および司法審査が及んでいないとの批判もある⁵¹。

これに対して、中国評価法も公衆参加を認めているものの、公聴会等の共同参加が必ずしも義務づけられておらず、一方通行のコミュニケーションとなっていると指摘されている⁵²。また、参加者について環境影響が重大である、あるいは影響を被る可能性のある地域住民に限定されていることは環境アセスメントの民主性を減殺する効果を持つ。

それゆえ、中国公衆参加は、合理的意思決定への参加ではなく、意思決定のための環境情報収集への参加であり、さらに参加住民は、建設プロジェクトの実施に対する賛否意見の提出者としてしか取り扱われていないのが現状であろう。

第5章 環境アセスメントにおける紛争処理

以上の各章の考察から評価法は環境アセスメントの実施において、住民の権利侵害が発生した場合の事後的救済規定を設けていないことが明らかとなった。評価法は住民に何か新しい権利をもたらしたのか、実際の環境アセスメントの紛争がいかなる形で決着付けられるのか、環境アセスメントの実施における住民の権利侵害の救済はどうなっているのか、という諸問題を究明する必要性が大いに問われている。

環境アセスメントにおける紛争の多くは、行政機関の許認可をめぐって、建設業者の無断のプロジェクト着工・運用により繰り広げられている。そして、実際の環境アセスメントの紛争⁵³処理にあたって、〔信訪

⁵¹ 浅岡美恵・前掲注49・40頁。

⁵² 北川秀樹は、「事業者と行政の利害関係が強い場合住民の意見は形式にとどまり、事業者も行政も意見を聞き置くという一方通行の傾向が強い」と指摘する（北川秀樹「環境影響評価制度と公衆参加」同編著『中国の環境問題と法・政策—東アジアの持続可能な発展に向けて—』（法律文化社、2008年）312頁）。

⁵³ 環境紛争には、環境の開発、利用、汚染、破壊、保護および改良に伴って引き起こされる様々な争議が含まれる（王燦発（鈴木常義訳）「中国の環境紛争処理と公害被害者に対する法律支援」龍谷法学36巻3号（2003年）76頁）。これに対して、本稿は、環境アセスメント内容の不足・欠如を理由に生じる紛

制度]、行政不服審査制度、行政訴訟制度等がよく利用されているようである。本章においては、[信訪]、行政不服審査、行政訴訟といった紛争解決方式を踏まえて、具体的事例を分析しながら、環境アセスメント紛争処理の実態と効果を検証し、日本の環境アセスメントの紛争処理との対比でその問題点を明らかにする。

なお、環境アセスメントの特殊性やそれにかかわる行政訴訟の歴史の浅さもあり、アセスメントにかかわる行政訴訟の公表事例も数少ない。ここで取りあげる諸事例の主たる争点は必ずしもアセスメントの諸論点に当てはまるものではないが、本章では、そのアセスメントに関係する点を取りあげて論じることを断っておく。

第1節 環境アセスメント紛争の〔信訪制度〕

1 環境〔信訪〕の概念および根拠

環境アセスメント紛争における〔信訪制度〕の利用状況について検討するに先立って、まず環境〔信訪制度〕一般について、いくつかの面から説明を加える必要がある。

〔信訪制度〕とは、〔人民来信来访〕とも呼ばれ、行政機関に人民大衆が手紙（原語は〔来信〕）を出したり、窓口に向向いて（原語は〔来访〕）行政上の紛争解決を訴えたりするという、一種の行政苦情処理制度である⁵⁴。そして、環境〔信訪〕とは、公民・法人あるいはその他の組織が手紙・メール・ファックス・電話・訪問等の形式で各級環境保護行政主管部门に環境保護状況を報告し、建議・意見あるいは訴えの趣旨を提出し、環境保護行政主管部门が法に基づいて処理する活動である（2006年の〔環境信訪辦法〕2条）。

争を想定している。

⁵⁴ 木間正道＝鈴木賢＝高見澤磨＝宇田川幸則著『現代中国法入門[第4版]』（有斐閣、2006年）104頁。信訪制度は、「革命時代から共産党と一般民衆との間の円滑な関係を保つために発達してきたものであるが、建国後は、国の通達に基づき県級以上の人民政府に投書や面会による申立てを処理する専門の窓口が設けられた。中央政府から県政府まで、行政機関のみならず、人民代表大会、司法機関、党組織の中にも設けられている」（北川秀樹・前掲注52・283頁）。

環境〔信訪制度〕の根拠たる〔環境信訪辦法〕は、早くも1990年12月19日の国家環境保護局第4号令によって実行されていたが、1997年4月29日、国家環境保護局第19号令により再度発布され、1990年の辦法は廃止された。

しかし、2005年1月5日、國務院第76回常務會議に採択された〔信訪条例〕（同年5月1日より施行）の下で、再度の改正に追い詰められた。そして、〔環境信訪辦法〕が2006年6月24日に公布され、同年7月1日より施行されると同時に1997年4月の〔環境信訪辦法〕は廃止された。以下、具体的にその構造を紹介しておきたい。

同辦法は、総則（1－7条）、環境〔信訪〕工作機構・人員および職責（8－10条）、環境〔信訪〕ルート（11－15条）、環境〔信訪〕事項の提出（16－21条）、環境〔信訪〕事項の受理（22－26条）、環境〔信訪〕事項の処理と監督処理（27－36条）、法律責任（37－41条）、附則（42－45条）の8章45か条からなる。

同辦法は、行政長官責任制度を採用し（5条）、県級以上の環境保護行政主管部門に環境〔信訪〕窓口を設け（8条）、責任ある職員に担当させ（9条）、接待日制度を実行する（12条）。法に基づき提出された〔信訪〕事項を当日に受理できないものは15日以内に書面で返答し（22条）、そして環境〔信訪〕事項を受理後60日以内に決着を付け、事情が複雑である場合30日間延長することができる（30条）。〔信訪〕人が環境保護行政主管部門の〔信訪〕処理決定に不服がある場合、決定書受理後の30日以内に、これと同級の人民政府あるいは上級環境保護行政主管部門に再調査を請求し、再調査請求を受けた環境保護行政主管部門は受理後の30日以内に再調査意見を作成し書面で返答する（31条）。〔信訪〕人は、再調査意見に不服である場合、再調査意見受領後の30日以内に同級人民政府あるいは上級環境保護行政主管部門に照合を求め、照合請求を受けた環境保護行政主管部門は受理後の30日以内に照合意見を提出する（32条）。上級環境保護行政主管部門は、再調査あるいは照合の際に、不当な処理を発見した場合、自ら直接処理するかあるいは下級環境保護行政主管部門に再処理を委託する（33条）。〔信訪〕人が照合決定を不服として、同一の事実および理由で〔信訪〕事項を再提出する場合、各級環境保護行政主管部門は受理しない（34条）。同辦法の関連規定に反する場合、

環境保護行政主管部門の直接関係者・直接責任者および〔信訪〕人の行政責任を追及し、犯罪を構成する場合、刑事責任を追及する（37条―41条）とされている。

各級環境保護行政主管部門あるいはその他の行政機関は、〔信訪〕事項に対して、①受理範囲に属し、事実が明確で、法的根拠が十分である場合、支持する決定をもって〔信訪〕人に返答する、②合理的であるが、法的根拠が欠ける場合、〔信訪〕人を説得すると同時に、関連部門に制度改善の建議を提出する、③受理範囲に属しない、法律・法規およびその他の関係規定に符合しない場合、支持しない返答をするとしている（29条1項1号）。

また、重大・複雑な環境〔信訪〕事項に対して公聴会を行うことができ、さらに公聴会においては、質疑・弁論・評議・合議の方式で、事実および責任の所在を明らかにするとされている（29条1項2号）。

しかし、環境アセスメント行為に関する〔信訪〕事項に対してのプロセスと方法等については、明確な規定がなく、これについて定めているのは建設プロジェクト環境アセスメントの行為規範と廉潔規定（原語は〔建設項目環境影響評価行為準則与廉潔規定〕）12条である（2006年1月1日より施行）。同条を見ると、あらゆる組織および個人は、建設プロジェクトの環境アセスメントにおける技術評価・検査モニタリング・審査・認可および環境保護施設の検査活動について何らかの問題を発見した場合、環境保護行政主管部門あるいは紀律検察部門に通報および訴えることができる。そして、行政機関は、①署名通報の場合、通報人の秘密を守り、通報事項について、事実であることを確かめたうえで、法に基づき処理し、結果を通報人に通知し、かつ処理に対する意見を聴取する。通報人が虚偽の通報をした場合、関連規定により処理する、②匿名通報書類に対し、具体的事実を確かめたうえで、処理方法を定める。重要な問題であると認めた事案の処理結果を一定の範囲内に通知する。事実でない場合は、登記して保存する、③訴えについては、〔信訪制度〕の関連規定に照らして迅速に処理するとされている。

環境〔信訪〕の位置づけと役割について、紛争解決のための救済制度なのか、それとも、秩序維持のための民意反映の仕組みなのか、必ずしも明らかではない。

2 環境〔信訪制度〕の利用状況

近年、環境汚染や環境破壊のエスカレートに連れて、環境紛争も増加の一途を辿り、〔信訪制度〕を利用するケースも急速に増えつつある。環境紛争全体における〔信訪制度〕を利用した統計を大掴みに見てみると、表5-1-1のとおりである。

表5-1-1：環境〔信訪制度〕利用状況一覧表

年 度 \ 項 目	投 書 総 数 (通)	来訪者総数 (延べ人数)	合 計 数
1996	67268	96379	163647
1997	106210	71528	177738
1998	147630	93791	241421
1999	230346	89872	320218
2000	247741	139424	387165
2001	369712	80575	450287
2002	435420	90746	526166
2003	525988	120246	646234
2004	595852	130340	726192
2005	608245	142360	750605

注：1）各統計データに香港・マカオのものは含まない。

2）同一の件について、投書しながら窓口を訪れている可能性を否定できないし、同一の件について、投書・来訪制度を複数利用している可能性も否定できない。

出典：中国環境年鑑1997-2006年の各年度版により作成

これによると、1996年からの10年間では環境〔信訪〕事件は急速に増え続け、1996年に投書・来訪あわせて16万件であったものが、2005年になると75万件を超えている。また、1997年・1999年・2001年の来訪総件数が前年度に比べて下がったという例外的な現象を除けば、基本的に増加しており、さらに、投書総件数はひたすら増え続けていることがわかる。環境〔信訪〕事件は、毎年5%－15%の割合で増加し、それに対する処理活動は、もはや環境管理法執行活動全体の30%を占めるようになっていともいわれている⁵⁵。

しかし、当該統計は、環境紛争解決にあたっての〔信訪制度〕を利用

⁵⁵ 張栄華＝張麗敏「浅談新形势下環境信訪的主要表現及对策」山東環境2003年2期（総114期）21頁。

した全体のデータであり、そのうち、環境アセスメントにかかわる紛争提起は、いったいどれくらいの割合を占めるのか不明確である。だが、全体的な紛争増加の中で、環境アセスメントをめぐる紛争も相対的に増えていることと推測される。

3 環境裁判制度ではなく〔信訪制度〕の利用が好まれる理由

これには、社会的、制度的、文化的な原因が潜んでいるだろうが、さしあたり以下のいくつかの要因が考えられる。

第一に、〔信訪制度〕を利用するとコストが低いことが考えられる。司法手段に比べて、〔信訪制度〕を利用したほうが低コストであるというメリットがある。くわえて経済状況が悪い農村部に行けば行くほど「信訪制度」が利用される傾向にある。例えば、2002年に、南京市玄武区白甸村村民の6.7ヘクタールの野菜畑が汚染され、村民は訴訟手段で解決しようとして測定機関に相談したところ、一種の野菜の鑑定費に2万元もかかり、野菜の鑑定費だけで数十万元かかるといわれて、愕然としたという⁵⁶。これには、若干誇張した面もあるかと思われるが、確かに一生働いても稼げない大金を、ひとつの見通しのつかない訴訟に投入するのは現実的ではない。数百元から数千元の訴訟費にしても農民にとっては大きな負担であり、したがって、よい幹部と出会うことを祈るわけである。

第二に、司法手続の敷居が高いことが考えられる。環境紛争の裁判処理にあたって、「四難」⁵⁷現象が強く、訴訟手段を利用しても、門前払いの結果が多く、〔信訪制度〕の利用を余儀なくされるといわれる⁵⁸。

第三に、裁判では立証が難しいことが考えられる。環境紛争の審理において、その環境問題の特殊性に鑑みて、立証責任の転換制度が一般的に利用されつつあるが、あらゆる法院、あらゆる裁判官に一貫している

⁵⁶ 包永輝＝呂国慶「他們為何信“訪”不信“法”」瞭望新聞週刊2004年11月1日44期34頁。

⁵⁷ 四難とは、受理難・審理難・判決難・執行難を指す。

⁵⁸ 姜明安「信訪制度及解決爭議的機制亟待創新」中国改革・農村版2004年11期21頁。

わけではない。また、立証責任を転換したとしても、原告に立証責任がまったく生じないわけでもない⁵⁹。それゆえ、素人の被害者にとって立証にはどうしても無理が生じる。

第四に、利用者にとって〔信訪制度〕利用はやむをえない選択肢であることが考えられる。というのは、法執行者の自覚とレベルの問題もあり、利用者は、大きな経済的リスクを抱えながら、裁判による紛争解決の道を選択しても、その過程で様々な壁にぶつかり、疲れ果てて、最終的に〔信訪〕の道を選ばざるをえないことがしばしばあるという⁶⁰。ある統計によると、湖北省高级人民法院の1998年から2002年までの各種1・2審判決は合計1266946件であり、再審事件は23950件であるという。再審後における原審維持は6698件であり、再審事件の28%を占め、判決を変更したのが6522件であり、調停あるいはその他が10730件であった。再審事件は1・2審全体件数の2%程度であるが、再審の原審破棄率は72%に達しているといわれている⁶¹。いったん再審に入った原審は覆される可能性が充分ありうることを物語っている。それゆえ、近年、〔信訪〕件数における司法の判断に納得できず、公正な〔信訪〕による判断を求める二次的紛争の割合が増え続け、それが、司法に対する不信および〔信訪制度〕を利用する要因のひとつとなっているのである。

かくして、ますます増え続けている紛争提起は、いかなる形で解決されているのか、そして、いかなる効果をあげているのか。以下、具体的事例をあげてみていくことにする。

⁵⁹ 陳継軍＝呉承慧＝唐立国＝銭月玲「警惕環境信訪工作中的誤区」黒龍江省環境通報28巻4期（2004年）97頁。

⁶⁰ 例えば、環境紛争ではないが、羅氏は妻子を持ちながら竇氏（女性、28歳）と結婚し、騙された竇氏は、2001年7月に、重婚罪の容疑で羅氏を河北省臨西县人民法院に訴えた。副院長の本件裁判官李氏は、本件原告に対して、食事代および娯楽代を払わせたり、現金を求めたりするだけでなく、性的暴力までふるったという。にもかかわらず、訴訟は3年間続けられ解決に至る気配はなかったので、最終的にやむを得ず、「信法」の世界から「信訪」の世界に移行したという（包永輝＝呂国慶・前掲注56・35－36頁）。

⁶¹ 包永輝＝呂国慶・前掲注56・36頁。

4 〔信訪制度〕を利用した紛争解決の事例

(1) 【事例9】公衆の要望による公聴会⁶²

2003年8月、深圳市政府が西部通路深圳側接線案を公布した後、沿線15住宅区の住宅所有者代表が深圳市政府〔信訪〕辦公室（苦情処理窓口）・環境保護局・建築工事管理局などの窓口を訪ね、接線工事は沿線住民の生存環境に危害を与えうるなどの環境問題を訴えた。これを受けて、2003年11月の初めに、この接線設計が部分的に修正され、付近の桃園園住宅区における1300世帯の住民の被りうる排気および騒音汚染の削減が配慮されたという。また修正案の中で、環境保護部門は工事設計者に、高さ3 m、内角45度の防音塀などの措置を取るよう助言していた。

だが、沿線住民は、修正後のプランに対しても依然として不安であった。西部通路側接線の環境影響問題は重大な公共利益にかかわるので、行政許可法の規定により設計案について、沿線住民代表・環境保護組織・国内外の学者と専門家が参加する環境保護公聴会を開くべきであると主張した。沿線住民は、西部通路側接線を利用する貨物車が南山郊外公園を通過する場合、生態環境を破壊するおそれがあると見ていた。

2003年11月27日午後、国家環境保護総局副局長（現環境保護部副部長）の潘岳は、7名の所有者代表と座談会を開き、代表者の意見と建議を聴取した後、深圳市政府の関係責任者に、公聴会の開催を考えるべきであると指示したようである。このような行政指導や住民の反発の結果、当該プロジェクトはまだ着工に至っていないといわれている。

本件は、多数の行政機関の窓口を直接訪問し（来訪利用）、しかも比較的効果をあげた稀なケースである。というのは、住民が環境アセスメント紛争を多数の行政の窓口に訴えまわるとは常に目にすることであるが、本件提出の意見は、プロジェクトプランを修正させたり、プロジェクトの着工を延期させたりした数少ない効果的のものとなった。その原因は、様々であろうが、少なくとも、意見提出住民の人数が多く、また国家環境保護総局の上からの介入がその結果につながったものと考えられる。

⁶² 原語タイトルは、〔公衆要求举行深港西部通道深圳側接線環境影響評估公聴会案〕である（周珂主編・前掲注12・27頁）。

(2) 【事例10】 不十分な不動産開発環境アセスメントの始末⁶³

南京市環境保護部門は、2000年に17500件の環境苦情を受理しており、処理にあたってよく住民と企業の板挟みになっていた。というのは、本件訴えの対象となっている鋼鉄鑄造工場は、1970年代に建設され、当時、周辺地には建築物等が何もなくあった。しかし、1999年以後、その周辺地に次々とマンションが立ち、工場から壁一枚の近さまでマンションが建設された。住民は、自ら工場付近に引っ越してきたにもかかわらず、苦情処理提出者の90%以上が新設住宅団地の住民であるといわれている。

この状況の下で、工場は多額の資金を費やして、環境保護施設を改善し（汚染源であれば当然であるが）、2000年から汚染物排出基準をクリアしたが、依然として周辺住民から苦情が殺到していた。工場は移転を考えたが、それに伴う生産損失は5・6千万元の莫大な金額にも上るという。

なぜ、このような現象が起きるのか。専門家は、その根本的な起因について、検討の不十分な計画や環境アセスメント実施対象への管理体制に問題があると指摘する。というのは、まず、建設プロジェクト分類管理基準に問題がある。例えば、面積0.5ヘクタールの不動産開発プロジェクトは、環境影響が小さいという理由で、登記表に記入するだけで環境アセスメント手続が済まされている。これに対して、鉄化合物精錬業は、環境に深刻な悪影響を与えるので、厳しい環境アセスメント手続を行い、評価報告書を提出しなくてはならない。この理屈の下で、住宅地の近所に鑄造工場を建設するのは無理があるとして許されないが、逆に鑄造工場の近所に、住宅マンションを建設するのは容易に許可されるという⁶⁴。これは、いわば政府をはじめとする都市建設部門の計画アセスメントにかかわる問題でもある。

不動産業者は、政府部門の都市計画における制度的落とし穴を見逃さず、住宅団地周辺の環境影響をまったく考慮しないで建設を進め、場合によっては、住民に「汚染企業はまもなく移転」と詐称しながら住宅を

⁶³ 原語タイトルは、〔住宅区居民為何投訴不斷只因房地產環評不到位〕である（李昌麒主編、蔣亜娟編著『環境法學案例教程』（厦門大学出版社、2006年）29頁）。

⁶⁴ 李昌麒主編、蔣亜娟編著・前掲注63・30－31頁。

購入させ、住民を苦しい環境に追い込むことによって、自分たちの金銭的目的を実現しているのである。このケースでも、〔信訪制度〕がよく利用されていることが一目瞭然である。

上述の2つの事例は、環境影響問題の解決に向けて、いわゆる〔信訪制度〕を利用した事例である。このほか、裁判制度の利用より〔信訪制度〕の利用が好まれる例は少なくない。例えば、南京市玄武区環境監督管理部は、2002年一年間で住民から7400件の環境汚染に関する苦情を受理した。そのうち10%以上の事件が、訴訟条件を満たしていたが、裁判による問題解決にあたった件数はなかったといわれている⁶⁵。かくして、環境紛争の解決には、〔信訪制度〕がよく利用されていくわけである。

5 環境〔信訪制度〕を利用した効果

ここで、上に検討した環境〔信訪〕の対象紛争がいかに処理されているのか、そしてその効果はどうであるかということを考察する必要がある（表5－1－2を参照）。

表5－1－2：環境〔信訪制度〕の利用と対応状況一覧表

項目 年度	投書総数 (通)	そのうち		来訪者 総 数	そのうち	
		処理済み (通)	割 合 (%)		処理済み (延べ数)	割 合 (%)
1996	67268	64457	95.8	96379	42671	44.3
1997	106210	101254	95.3	71528	26908	37.6
1998	147630	142367	96.4	93791	36141	38.5
1999	230346	220424	95.7	89872	36070	40.1
2000	247741	237753	96.0	139424	61205	43.9
2001	369712	351764	95.1	80575	75282	93.4
2002	435420	413880	95.1	90746	74221	81.8
2003	525988	503333	95.7	120246	72939	60.7
2004	595852	574293	96.4	130340	70726	54.3
2005	608245	541121	89.0	142360	88237	62.0

注：1）各統計データに香港・マカオのものは含まない。

2）同一の件について、投書しながら窓口を訪れている可能性は否定できないし、同一の件について、多数投書・来訪を利用している可能性も否定できない。

出典：中国環境年鑑1997－2006年の各年度版により作成

⁶⁵ 包永輝＝呂国慶・前掲注56・34頁。

表5-1-2をみると、1996年には投書件数より来訪者の件数が多かったものの、翌年になると投書件数のほうが逆転し、しかも急速に増え続け、2005年にはなんと来訪者件数の4.3倍にも達していることがわかる。

また、両者の処理済み件数の割合をみると、投書のほうが圧倒的に多く、2005年の89%を除けば、95%以上になっている。いったいなぜこのようなアンバランスな状態になっているのか、そしてその高い処理率の効果はどこに現れているのか、より具体的にしてみると、次のような実情が浮かび上がるのである。

(1)環境〔信訪〕の特殊性がその実効性に影響する。環境〔信訪〕には、「関連範囲が広く、技術性が強く、証拠収集が困難で、〔信訪〕解決が難しい」⁶⁶という特殊性がある。また、〔信訪〕事件における情緒の対立性、問題の複雑性などにより紛争が直ちに解決できない。この場合、問題が蓄積し、再〔信訪〕あるいは多数〔信訪〕の「専業〔信訪〕」の局面を作りあげるケースも少なくない。東北部のある省における〔信訪〕人の95%が古顔であり、〔信訪〕時間の最も長い人は30-40年もやり続けているといわれている⁶⁷。

(2)〔信訪〕者は、同じ手紙を多数投ずることによって、〔信訪〕情報を広める。多くの通報者は、関係部門および指導者の注意を呼び寄せ、〔信訪〕事項を迅速に解決するため、同じ内容の手紙を多数の行政機関に投書するという傾向がある。配達されるところが多く、この処理に携わる人数も多くなり、解決に乗り出す前に情報が広まるので、被通報者が対応策に乗り出すか、あるいはわざと壁を作り問題解決を妨げるのである。

(3)匿名通報が多いため、事件の迅速な処理につながらない。通報者の文章表現能力などの様々な事情により、その通報内容が不明確であり、あるいは正確性・全面性を欠く場合がある。また、通報者は、匿名で通報する手段をよく利用するので、通報人と確認連絡が取れず、実際の調査の糸口が見つからない場合が少なくない。

(4)通報内容が事実ではないため、混乱を引き起こすこともある。ある

⁶⁶ 韋公遠「環境信訪の特点和处理方法」秘書2004年7期19頁。

⁶⁷ 孟新軍「現有体制下信訪工作如何更有成效」領導科学2004年15期21頁。

人は、関係部門の注意を引くために、自分の懷疑、推測を事実として通報し、ある人は、動機不純で、でっちあげた事柄を通報するので、〔信訪〕件数も増加する。

(5)事件処理能力と新知識の不足が、〔信訪〕効果に影響する。環境破壊者は、ますますコンピュータやインターネットなどの先進的手段を利用して非行に走るので、事件処理者に知識・能力・事件処理経験がさらに必要となってくる。しかし、行政部門には質の高い職員が不足しているだけでなく、経費と施設が非常に不足しているといわれている⁶⁸。

(6)環境行政の対応が軽い。環境行政部門の〔信訪〕に対する重視度が低いゆえに、〔信訪〕の紛争をしっかりと処理しない、あるいは行政機関の相互間で責任を押し付けあう現象がしばしばあるとされる⁶⁹。

以上のような実情から、近年、〔信訪制度〕の利用件数が不断增加していることがわかる。〔信訪制度〕の中でも投書と来訪を比較すると、投書はかかるコストが低いので、来訪に比べて広く利用されている。その結果、上記統計における利用件数の格差が生じたものと推測される。また、投書は来訪より無視されやすい面があり、無視されることによって投書者が断念した件数は上記統計の処理済みデータに組み込まれている可能性が高い。その結果、両者（投書と来訪）の処理率の格差が生まれ、投書に対する処理率の割合が非常に高くなっているといえるだろう。いずれにせよ、増え続ける〔信訪制度〕利用に徹底的な処理対応が追いつかない状態が続いており、環境〔信訪制度〕が十分に機能しているとは思えない。それゆえ、〔信訪制度〕の利用者は非常に多いが、紛争解決・環境保全という目標に達する件数はごくわずかであり、制度利用の実質的效果が見えてこないのが実情であろう。

以上は、環境〔信訪制度〕の基本的利用状況である。そのうち本稿のアセスメントにかかわるケースはどれだけ含まれているのか。中国環境年鑑では、①環境汚染・環境破壊（水質・大気・土壌・騒音）、②発明への建議、③仕事の態度、④その他などの4項目から統計が行われているが、アセスメントについて別段の統計項目がたてられていないので、

⁶⁸ 湖北省老口市紀委信訪室「縁何信訪案件查実率低」中国檢察2002年6期47頁。

⁶⁹ 陳愛民「信訪老戸の特点、成因及对策」秘書2002年8期18頁。

その詳細なデータは不明である。また、学説においてもアセスメント紛争をめぐる信訪利用問題について議論されていない。アセスメント紛争をめぐる〔信訪制度〕利用のケースは、基本的にも上記統計の④（その他）に分類されるのではなかろうかと推測される。具体的には、例えば、都市部では飲食店立地に対するアセスメント認可をめぐる争い、農村部では無断土地利用工場のアセスメント手続をめぐる争いなどのケースが考えられる。

第2節 環境アセスメント紛争の行政不服審査制度

環境行政不服審査制度とは、環境保護行政機関が、公民・法人あるいはその他の組織の申請に基づき、争議を引き起こした環境行政処罰あるいはその他の具体的環境行政行為に対して再審査を行い、かつ相応の裁決を下す法律制度である。それは、環境保護部門内部の監督制度であり、一種の準司法活動でもあるとされる⁷⁰。以下、まず、いくつかの面から環境行政不服審査の制度的枠組みを紹介することにしたい。

1 環境行政不服審査の根拠

2006年12月19日に、国家環境保護総局は、2006年第7回局務会議において、環境行政不服審査および行政応訴辦法（原語は〔環境行政複議与行政応訴辦法〕）を可決し、2007年2月1日より施行した。同辦法は33か条からなり、重大かつ複雑な環境行政不服審査事件に対して、環境行政部門が業種部門と共同で審議する制度（3条）、行政不服審査機関とその法的職責（4条）、行政不服審査の受理範囲（5条）、具体的手続（7―25条までは行政不服審査手続、26―29条は行政訴訟手続）、費用負担（31条）などを規定する。同辦法は行政不服審査制度の環境分野での適用であり、環境不服申立て手続に法的根拠を与えようとするものである。よって、環境アセスメント紛争の行政不服審査も同辦法の法的規定に根拠付けられたものといえることができる。

⁷⁰ 張小軍「論環境行政司法」中国環保産業2003年10期11頁。

2 環境行政不服審査の受理範囲

環境行政不服審査および応訴辦法5条によると、公民・法人あるいはその他の組織が、環境行政機関の具体的行政行為により、その合法的な権利利益を侵害されたと認めたとき、法に基づき環境行政審査機関に不服申立てを提起できるとされている。このことから、環境行政不服審査の受理範囲は、①環境行政処罰をめぐる争い、②環境行政強制措置をめぐる争い、③環境義務履行要求をめぐる争い、④環境行政許可をめぐる争い、⑤環境保護部門の職責不履行をめぐる争いなどの場合が考えられる（不服申し立ては、行政訴訟と同様の受理範囲を有するものと思われるので、後述する環境行政訴訟の受理範囲も併せて参照されたい）。また、行政不服審査法7条には、行政の相手方は、環境行政機関の具体的行政行為の根拠たる国务院各部門および地方各級人民政府の規定が違法であると認めたとき、具体的行政行為に対する不服申し立ての際に、当該規定の審査もあわせて申請できるとされている。

3 環境行政不服審査の管轄

(1)県級以上の地方各級環境保護部門の行政処罰に対する不服申立ては、環境保護法40条の規定に基づき、一級上の環境保護部門が管轄する。

(2)県級以上の地方各級環境保護部門の行政処罰以外の具体的行政行為に対する不服申立ては、審査請求人の選択により、当該部門の同級人民政府に申請してもよいし、また上級環境保護部門に申請してもよいとされる（行政不服審査法12条）。

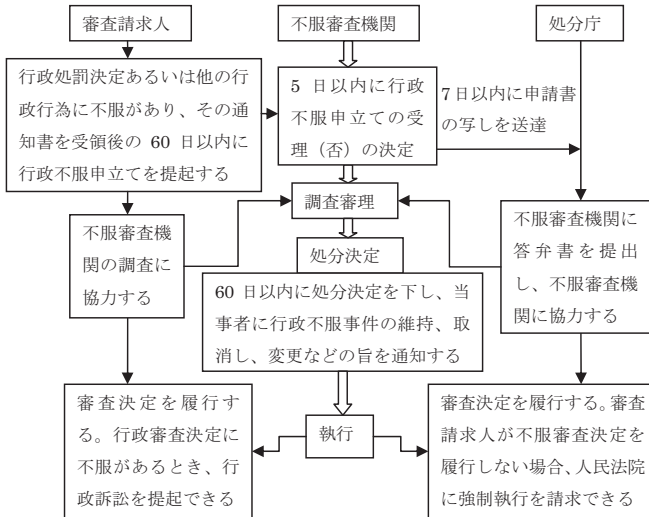
(3)国家環境保護総局（現在の環境保護部）の具体的行政行為に不服である場合、国家環境保護総局が管轄する（行政不服審査法14条）。

(4)環境保護部門が設立した派出機構の具体的行政行為に対する不服申立ては、派出機構を設立した環境保護部門が管轄する（行政不服審査法15条2項3号）。

(5)環境保護法律・法規・規則により授権された組織の具体的行政行為に対する不服申立ては、当該組織を主管する行政機関が管轄する（行政不服審査法15条2項3号）。例えば、モニタリングステーションが地方性環境法規の授権により、自分の名義で具体的行政行為を行い、相手方の不満を引き起こした場合、当該モニタリングステーションを直轄する

環境保護局が責任を負う。モニタリングステーションが環境保護局の委託により、環境保護部門の名義で具体的行政を行った場合、委託した環境保護局の同級人民政府あるいは上級環境保護局が管轄する。以上のような解説をまとめてみると、図5-2-1のような手続の流れになる。

図5-2-1：環境行政不服申立て手続の流れ



出典：環境行政不服審査および行政応訴辦法の規定により作成。

4 環境行政不服審査制度における問題点

(1) 環境要員の認識上の問題

環境要員には、環境行政不服審査制度の役割に対する自覚が足りない。環境行政不服審査は、ますます増え続ける環境紛争（アセスメント紛争）を初期段階、環境保護システムの内部段階で解決し、行政の相手方の合法的利益を保護する有力なルートである。また、環境保護部門の内部的監督・観察・自己制約、自己是正の手段である。しかし、環境要員は、実際の紛争解決にあたって、様々な口実で受理を拒否したり、職権上の委譲を利用したりして責任の逃避を企む傾向が強い。

(2) 環境行政体制の問題

環境行政部門には、人力・財力・物力が非常に不足している。行政不

服審査および行政応訴経費は、環境保護行政主観部門の行政経費に組み込まれ、同級財政局が出資する(環境行政不服審査与環境応訴辦法31条)が、現段階では充分保障されている状態ではない。

(3) 環境不服審査制度上の問題

〔信訪制度〕と行政不服審査制度の関係が曖昧である。環境保護行政主管部门の出した〔信訪〕事項に対する処理決定が、行政不服審査範囲に属しない、あるいはそれに当事者が不服である場合、〔信訪条例〕および〔環境信訪辦法〕の規定により、再調査・再審手続を行うことができる(環境行政不服審査与環境応訴辦法7条2項)。しかし、実務においては、両者はうまくリンクしないケースがしばしばあるとされる⁷¹。

以上のような環境行政不服審査の制度的枠組みの中で、環境アセスメントをめぐる不服審査も行われている。このような環境行政不服審査制度が、実際の紛争解決にあたってどのように利用されているのか、次の具体例で見てみることにする。

5 環境アセスメント紛争の行政不服審査の事例

(1) 【事例11】環境保護局の行政処罰に対する不服申し立て⁷²

重慶市天南建材集団有限公司所属の城南セメント工場(以下「審査請求人」という)は、気流通過面積を増大させ、窯内の原料の反応をよりよくさせ、汚染排出量を減少させるため、1999年に窯径を拡大する(もと2.2mの窯径を2.5mにする)計画を立てた。しかし、セメント工場は、送風機を更新しなかったため、技術改造プロジェクトにあたらないとして、環境アセスメント手続を実施せずに着工し、同年7月から当該改築施設を使用しはじめた。その結果、周辺地区に一定の悪影響を及ぼした。

事件発生後、重慶市環境保護局(以下「処分庁」という)は、調査を行ったうえで、審査請求人の窯径改造プロジェクトは生産規模の拡大だ

⁷¹ http://www.sepa.gov.cn/law/hjzxzk/200701/t20070110_99424.htm 国家環境保護総局法規司司長楊朝飛の発言である(最終アクセス日は、2009年5月26日)を参照。

⁷² 原語タイトルは、〔天南公司未辦環評改擴建受處罰案〕である(李昌麒主編、蔣亜娟編著・前掲注63・34-35頁)。

けでなく、生産設備と生産工程の改造プロジェクトであると認定した。また、当該改築施設の使用後の粉塵排出濃度は国家规定基準を14.26倍超えていたことが判明した。そこで、重慶市環境保護局は、当該プロジェクトは98年条例5条⁷³・6条⁷⁴の規定に反するものとして、同条例28条⁷⁵の規定に基づき、2000年12月19日、セメント工場に対して7万元の過料を科すという処罰決定を通達した。

セメント工場は、処罰決定を不服として、国家環境保護総局に対して、行政不服申し立てを提起した。その主張は、(1)窯径の拡大は技術改造プロジェクトではないため、環境アセスメント手続の実施範囲に属しない、(2)申請者は、粉塵処理設備の更新により、排出能力を改善した。窯径拡大後の粉塵排出濃度は、国家基準を若干越えるが、それでも窯径拡大前に比べたら、大幅に削減され、拡大前の排出量の40%に過ぎない。それゆえ、環境アセスメントを行う必要がないし、関係環境保護施設の審査・認可の必要もないので、過料に処されるべきではないとして処分の取消しを求めた。

国家環境保護総局は受理後、重慶市の現場に専門職員を派遣して調査を行った。その結果、審査請求人は生産能力を拡大するために、窯径の拡大工事を行い、また環境施設を環境保護部門に上申し認可を受けずに、1999年7月、主体工事を正式に稼働させ、粉塵排出濃度は国家基準の14.26倍であったことが確認された。以上の事実の下で、国家環境保護総局は、審査請求人の窯径拡大プロジェクトは技術改造プロジェクトに

⁷³ 5条は、「改築プロジェクトと増築プロジェクトでは、措置を講じて当該建設プロジェクトと関わりのある既存の環境汚染と生態破壊を整備すべきである」とする。

⁷⁴ 6条は、「国は、建設プロジェクトの環境アセスメント制度を実施する…」とする。

⁷⁵ 28条は、「当条例の規定に違反し、建設プロジェクトに必要とされる付属建設の環境保全施設が未竣工、未検査・検査不合格の状況で、主体工事を正式に生産あるいは使用した場合、当該建設プロジェクトの環境アセスメント報告書・環境アセスメント報告表・環境アセスメント登記表を認可した環境保護行政主管部门が、生産あるいは使用の停止を命じると共に、10万元以下の過料に処す」と定めている。

あたると判断し、よって、審査請求人は環境アセスメント手続を実施すべきであり、主体工事を稼動する前に、環境保護部門に上申し、認可を受けるべきであると認定した。したがって、大気污染防治法11条⁷⁶の規定・98年条例28条の規定による処分庁の処罰決定は適切であるとし、行政処分を維持した。

本件は、環境アセスメント手続を怠ったことによる行政処罰不服申立て事件である。本件の争点は、窯径の拡大工事が技術改造プロジェクトにあたるかどうか、そして環境アセスメント手続を実行すべきかどうかということである。

しかし、技術改造プロジェクトの判定基準は何かについては、建設プロジェクト環境保護管理リスト（試行リスト）や98年条例には見当たらない。それゆえ当時の状況の下では具体的な実行に際し、混乱が生じるのも仕方がないという面がある。とはいえ、このように環境アセスメント手続を履行せず勝手に着工建設した場合、環境行政部門が手続の期限付き補充を命じ、それでも履行しない場合、建設の停止を命じるとともに、10万元以下の過料に処す（98年条例24条1項）、ということになっているので、本件では7万元の行政処罰が科されたのである。

(2) 【事例12】飲食店の営業許可に対する不服申し立て⁷⁷

李老爹鍋料理の方庄支店（以下「飲食店」という）は、所在地の多く

⁷⁶ 11条は、「大気に汚染物を排出する事業を新築、増築又は変更を行うときは、建設事業にかかる国の環境保全管理規定を遵守しなければならない。

建設事業の環境アセスメント報告書は、事業実施により生じるおそれのある大気汚染および生態環境への影響について評価し、防止措置を定め、かつ所定の手続にしたがって環境保護行政主管部門の審査・承認を受けなければならない。

建設事業に関しては、生産の開始又は使用の前にその大気汚染防止施設について、環境保護行政主管部門の検査を受けなければならない、建設事業にかかる国の環境保全管理規定の要件に適合しない建設事業は、生産又は使用を開始してはならない」と規定する。

⁷⁷ 原語タイトルは、「環保審批案火鍋店告羸環保局」である。「北大法意」
http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010103&KeyWord=李老爹 &RID=132055（最終アクセス日は、2009年5月26日）を参照。

の住民の同意を得たという理由で、2004年6月1日、豊台環境保護局（以下「処分庁」という）に飲食店建設プロジェクト環境アセスメント報告表を提出した。そして、環境保護施設の竣工検査に合格後の2004年7月16日、正式に営業をはじめた。

しかし、2004年9月、芳星園住宅区の住民（以下「審査請求人」という）は、飲食店の騒音、油煙、熱気等の汚染が深刻であるとして、豊台区人民政府に行政不服申し立てを提起し、当該許可決定の取消しを求めた。

審査請求人は、住民同意書は、多くの住民の意見ではなく、しかも汚染影響が最も深刻であるブロックに住む者は終始反対であったと主張する。また、飲食店建設プロジェクトは早くも2002年末に着工し、2004年6月1日、処分庁に許認可を仰いだとき、建設プロジェクトはすでに竣工し、かつ営業も開始していたとする。

処分庁が、調査を行い照会したところ、確かに事実と符合しない書類を提供していたことが発覚し、2004年11月26日、飲食店建設プロジェクト環境アセスメント報告表の許可を取消す決定を行い、飲食店に送達した。その後、飲食店は、行政の相手方に不利益を与える決定を行うことに際し、陳述・弁解の機会を与えていないという理由で北京市豊台区人民法院に行政訴訟を提起し、1審判決で勝訴したという（省略）。

本件は、一応環境アセスメント手続を行ってはいるが、飲食店の事実には属しない書類提供によって、環境アセスメント報告表が環境保護行政機関の許認可を得た事例である。最初は、環境行政機関が環境アセスメント文書を審査・認可する際に、何をもっていかなる手続を踏むべきなのかが問われていた。しかし、環境保護行政機関が、虚偽の申請書類に対する行政許可という現実に対して、その行政許可の取消しにあたって、不利益を被りうる行政の相手に対する事前の通知義務を怠った結果、本件紛争の争点は行政手続上の違法・不当に関する問題へと一変してしまった。

(3) 【事例13】環境保護局の職責不履行に対する不服申し立て⁷⁸

⁷⁸ 宗新建「温州養殖戸状告環保総局不作為案勝訴」畜牧市場2006年7期20-21頁。また、〔孔祥仁等82人与中華人民共和國国家環境保護総局〕というタイト

孔祥仁ら82名の養殖経営者（以下「審査請求人」という）は、2000年に温州市龍湾区永興街道南部の囲墾区で367ヘクタールの荒れ果てた砂州を借り、養殖場を経営することとなった。養殖場は2000年から毎年異なる程度で汚染されていたが、2004年3月、特に深刻な水質汚濁事故に遭い、重大な被害を受けた。そこで、審査請求人は、浙江省環境保護局（以下「処分庁」という）の「温州市経済技術開発区濱海新区の環境アセスメント報告書の審査意見に関する返答」(2001年4月10日)において、温州市経済技術開発区に対して、厳しい環境保全措置を講ずるべきであると指導していた⁷⁹⁾にもかかわらず、実際に開発業者がこれらの環境保護措置を講じなかったことが汚染の原因であると判断した。

2005年6月15日、審査請求人は、処分庁に訴えを提起し（原語は〔投訴〕）、濱海新区プロジェクトの環境保全施設の整備を怠った行為を処罰するよう要求した。しかし、処分庁はそれを温州市環境保護局に委託し、処理結果を通知するよう指示したが、その後音沙汰がなかった。

審査請求人は、その行為は法定職責の不履行にあたるとして、2005年8月29日、国家環境保護総局に不服申し立てを提起し、処分庁に対して、法による処理決定を下す命令を求めた。2005年9月16日に、国家環境保護総局は、環法〔2005〕27号「行政不服申し立てを受理しない決定」（以下は「応訴決定」という）を出して、審査請求人提出の申請要求は、法定の審査範囲に属しないとした。

その後、審査請求人は、国家環境保護総局を被告として、北京市第一中級人民法院に行政訴訟を提起し勝訴したという（省略）。

本件は、環境行政庁が建設プロジェクトの竣工時の環境保護施設の検査を怠ったとした不服申立て事件である。ここでは、開発区の建設という都市建設計画に絡み合う部分があり、国家環境保護総局が抗弁するように、建設プロジェクトと違って、計画環境アセスメントの実施・審査・認可等に環境保護部門の権限が及ばない場合がある。なぜ計画環境アセ

ルで「北大法意」にも搭載。

⁷⁹⁾ その5条は、新区において、環境保護計画を立て、基礎施設を事前に処理し、基準達成の環境保護機能区にするべきであるとし、6条は、新区の海域に、海水養殖場の機能を有し、温州市政府が相応的に調整すべきであるとする。

メントの分野に環境保護行政機関の審査等の権限が及ばないのか。さしあたり、現行環境アセスメント法制度の仕組みに不備があるとしたか考えられない。

6 行政不服申し立て事例の分析

以上の3つの事例を分析してみると、以下のような特徴が浮かび上がる。

(1)環境アセスメント手続がきちんと実行されていない。行政不服申し立ての起因がそれぞれ異なる。【事例11】においては環境アセスメント手続そのものを怠ったことが原因であるのに対し、【事例12】は環境アセスメント手続を実施しているが、偽造の書類提出が問題となった。さらに、【事例13】では、環境アセスメント手続を実施しているが、その認可にあたって要求された環境保全措置を事業者が講じなかったことに起因している。それゆえ、さまざまな形で、環境アセスメント制度の実行が妨げられていることがわかる。

(2)環境アセスメント文書の審査・認可をする際の手続的手法が問題である。例えば、【事例11】では、窯径の拡大プロジェクトは、建設プロジェクト環境保護管理リストには載っていないため、いったい環境アセスメント手続をすべきか否かを行政の判断にゆだねるしかなかった。また、【事例12】においては、プロジェクトの実施地における調査・予測・評価を行わず、事業者の書類審査のみでアセスメント報告表を認可してしまった行政許可の盲目性が問われ、また、行政決定の取消しにあたって、相手方に告知もしなかったことは行政手続に反するものであるといわねばならない。

(3)行政による環境保全監督管理の仕組みが欠如している。【事例12】から、環境アセスメント報告表の認可を仰ぐ前に建設プロジェクトが竣工しており、環境保護行政主管部門として、事業の違法操業も把握できていなかったこと、事実と符合しない飲食店の環境アセスメント報告表に対して、現場の環境状況を把握していない状況の下で安易に許可を出したことなどは行政の無責任対応あるいは環境への監督管理仕組みの欠如というしかない。

(4)環境行政機関間の責任が不明である。【事例13】によれば、浙江省

環境保護局が問題の解決を温州市環境保護局に委託し、その後音沙汰がない。中国では環境アセスメントの許認可に介入する行政機関が多く、相互間の責任が不明確であるため、環境紛争の解決を求める被害者がたらいまわしにされるケースが少なくない。

(5)行政不服審査手続のみで紛争解決に至るケースが少ない。【事例12】と【事例13】を見ると、環境アセスメントをめぐる紛争は行政不服審査手続を経ているが、いずれも紛争の解決に至らず、その後裁判手続に入っていく。それゆえ、行政不服審査手続が環境アセスメント紛争の処理にあたって、いったいどのような位置づけや存在であり、どれだけの役割を果たしているのかは非常に不明瞭であろう。

[付記]

本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(2009年3月25日授与)に加筆・修正したものである。なお、加筆・修正にあたっては、平成20年度北海道大学クラーク財団博士後期課程在学生研究助成による研究成果の一部を取り入れている。

複合的契約の濫用と強制執行上の問題

—— 第三者異議の訴えと法人格否認に関する
近時の最高裁判決を手掛かりに ——

高 見 進

目 次

- 1 はじめに
- 2 最 2 小判平成17年 7 月15日民集59巻 6 号1742頁の事案と判決
- 3 これまでの裁判例と学説
- 4 若干の検討
- 5 おわりに

1 はじめに

複合的契約関係のうち、複数の当事者の間に契約関係があり紛争が生じた場合には、訴訟上も複数の者が登場し、共同訴訟の形態がとられる場合がある。また、一部の者の間で訴訟が係属している場合に訴訟当事者からはずれた者が、その訴訟に補助参加する場合や、独立当事者参加する場合もありうる。強制執行の局面では、複数の義務者がいる場合には、債権者はそれぞれの義務者に対する債務名義を取得し強制執行をすることになるのが原則である。多数当事者間の複合的契約であり、それぞれの契約相互に強い関連性があるとしても、それぞれの義務内容については、各当事者にその存否を争う機会を与えなければならぬので、特定の債務者に対する債務名義で、他の債務者の財産に対して強制執行ができるということは承継人など一定の範囲の者に限定されている。しかしながら、複合的契約の締結およびそれによる財貨の移転が、債権者の債

務者に対する強制執行を妨害するためのものであれば、債務者以外の者に対する関係でも強制執行の実効性を確保する必要がある。本稿では、最2小判平成17年7月15日民集59巻6号1742頁（以下では「平成17年最高裁判決」という）を取り上げこの問題を検討することとする。

2 最2小判平成17年7月15日民集59巻6号1742頁の事案と判決

(1) 事案の紹介¹

A社は、Bゴルフ場を建設し、平成4年5月29日に、預託金会員制のBゴルフクラブが作られた。Bゴルフクラブの会則では、Bゴルフ場のゴルフコース及びこれに付帯するクラブハウスその他の施設は、A社が所有し、かつ、管理経営するBゴルフクラブに入会しようとする者は、A社及びBゴルフクラブの理事会の承認を得て、所定の期間内に入会金及び預託金をA社に払い込むものとされていた。ところで、A社の関連会社として、平成元年8月1日に設立されたC社と、平成4年5月22日に設立されたD社があり、いずれもゴルフ場の建設、管理及び経営等を目的としていた。平成4年5月8日、A社を委託者、設立予定のD社を受託者、C社を受益者とし、信託の目的を「管理並びに処分」とする信託契約が締結され、また、同月27日、本件ゴルフ場の敷地について、信託を原因として、A社の持分38分の36をD社に移転する旨の持分移転登記がなされた。なお、D社の商号は、もとは「C社」であり、C社の商号は、もとは「D社」であったが、平成4年8月21日、両社は、互いの商号を交換しており、また、A社、C社、および、D社の役員構成は、ほぼ同じであった。平成8年12月31日になって、D社がC社に対し本件ゴルフ場の付属建物を期間3年の約定で賃貸する旨の短期賃貸借契約が締結された。そして、平成12年2月2日にゴルフ場の管理及び運営等を目的としてX社（原告、控訴人、上告人）が

¹ この判決についての判例評釈、解説として、松並重雄・最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）（2108年）452頁以下、松村和徳・ジュリスト1313号（2006年）139頁以下、滝澤孝臣・金融・商事判例1244号（2006年）2頁以下、笠井正俊・私法判例リマークス33号（2006年）154頁以下、廣田民生・判タ1215号（2006年）224頁以下、和田吉弘・法学セミナー625号（2007年）112頁以下、中島弘雅・法学研究80巻8号（2007年）84頁以下などがある。いずれも、判決の結論には賛成するが、傍論部分の説示に対しては賛否が分かれている。

設立され、平成12年3月21日には、C社がX社にBゴルフ場の運営業務を委託する旨の運営業務委託契約が締結された。X社は、もともと商号を「Bゴルフクラブ株式会社」としており、平成14年10月10日にX社に商号変更がされている。

Y（被告、被控訴人、被上诉人）らは、Bゴルフ場でプレーするためにBゴルフクラブに入会し、それぞれ1200万円の会員資格保証金を預託していたが、会則で定められた据置期間が経過した後、Bゴルフクラブを退会して、A社に対して預託金の返還を求める訴えを提起し、勝訴確定判決をえた。そこで、その判決を債務名義として、動産執行を申立て、平成15年5月3日、執行官は、Bゴルフ場において、現金、芝刈り機等の動産を差押えた。この差押えに対して、X社が第三者異議の訴えを提起して差押えの不許を求めた。X社の主張は、X社はC社からBゴルフ場の運営業務を委託されており、差押えに係る物件はこの契約にもとづく運営業務の一環としてX社がBゴルフ場において所有または占有しているというものであった。

(2) 裁判所の判断

一審判決は、A社はX社をその意のままに道具として利用しうる支配的地位にあり、本件ゴルフクラブの多数の会員がA社に対して預託金の返還を求める訴えを提起し、その勝訴判決にもとづいて強制執行をすることを予想して、これを妨害するという違法不当な目的でX社の法人格を濫用しているとした上で、本件訴えにおいてX社の法人格は否定されるべきであるとしてX社の請求を棄却した。二審でも同様の判断がされている。

最高裁は、上告受理申立てを認めたが、上告を棄却している。その理由としてつぎのように述べる。

「契約は、A社が債権者による強制執行を妨害する目的で締結されたものであり、また、A社は、X社をその意のままに道具として利用し得る支配的地位にあり、本件クラブの多数の会員がA社に対して預託金の返還を求める訴えを提起し、その勝訴判決に基づいて強制執行に及ぶことを予想して、これを妨害するという違法不当な目的でX社の法人格を濫用している。」

「甲会社がその債務を免れるために乙会社の法人格を濫用している場合には、法人格否認の法理により、両会社は、その取引の相手方に対し、両会社が別個の法人格であることを主張することができず、相手方は、両会社のいずれに対

してもその債務について履行を求めることができるが、判決の既判力及び執行力の範囲については、法人格否認の法理を適用して判決に当事者として表示されていない会社にまでこれを拡張することは許されない（最高裁昭和43年（オ）第877号同44年2月27日第1小法廷判決・民集23巻2号511頁、最高裁昭和45年（オ）第658号同48年10月26日第2小法廷判決・民集27巻9号1240頁、最高裁昭和50年（オ）第745号同53年9月14日第1小法廷判決・裁判集民事125号57頁参照）。

ところで、第三者異議の訴えは、債務名義の執行力が原告に及ばないことを異議事由として強制執行の排除を求めるものではなく、執行債務者に対して適法に開始された強制執行の目的物について原告が所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有するなど強制執行による侵害を受忍すべき地位にないことを異議事由として強制執行の排除を求めるものである。そうすると、第三者異議の訴えについて、法人格否認の法理の適用を排除すべき理由はなく、原告の法人格が執行債務者に対する強制執行を回避するために濫用されている場合には、原告は、執行債務者と別個の法人格であることを主張して強制執行の不許を求めることは許されないというべきである。

これを本件についてみるに、前記事実関係等によれば、A社は自己に対する強制執行を回避するためにX社の法人格を濫用しているというのであるから、法人格否認の法理が適用され、本件第三者異議訴訟において、X社はA社と別個の法人格であることを主張して・・・各強制執行の不許を求めることは許されないというべきである。これと同旨をいう原審の判断は正当である。所論引用の前掲最高裁昭和53年9月14日第1小法廷判決は、本件と事案を異にし、本件に適切でない。」

3 これまでの裁判例と学説

(1) 裁判例

①最判昭和44年2月27日民集23巻2号511頁は、法人格否認の法理の実体法上の適用を認めたものとされるが、会社が店舗を賃借していたが、実質は個人企業であった事案で、Xは、代表取締役個人Y1を相手に、店舗の明渡しと遅滞賃料の支払を求めて訴えを提起したところ、店舗を明渡し旨の裁判上の和解が成立した。その後、Xが会社Y2を被告として明渡しの訴えを提起したとこ

ろ、裁判上の和解の効力が会社Y 2にも及ぶとして明渡義務を認めている。もっとも、傍論として、判決効については別論としている²。②最判昭和48年10月26日民集27巻9号1240頁（以下では「昭和48年最高裁判決」という）は、賃貸していた事務所の明渡しを迫られ、占有移転禁止の仮処分もかけられていた賃借人会社Y 1が、延滞賃料等を翌月末まで支払うと約束しながら、翌月中旬に、Y 1の商号Nを別の商号Mに変更し、一方で、Y 1の前商号と同一商号Nの新会社Y 2を設立し、Y 2は代表取締役、監査役、本店所在地、営業所、什器備品、従業員がY 1のそれと同一であり、営業日もY 1のそれとほとんど同一であった。Xはその間の事情を知らないままに、事務所の明渡しと延滞賃料などの支払いを求めて「N株式会社」に対して訴えを提起したところ、一審で事務所の賃借の事実、解除通知を受けた事実を代表者が自白して敗訴した被告が、控訴審で上記の事情を明らかにし、訴えは旧会社Y 1に対して向けるべきであるとして自白を撤回したが、控訴審は、新会社が旧会社と法人格を異にするとの実体上及び訴訟法上の主張が信義則に反し許されないとして、自白の撤回を認めず、控訴棄却の判決をし、最高裁もその判断を是認している³。③最判昭和53年9月14日判時906号88頁（以下では「昭和53年最高裁判決」という）は、原告が、一審で553万円の交通事故による不法行為にもとづく損害賠償の支払を命じる判決をえたところ、被告Y は、支払を命じられた債務のほか多数の債務を事実上免れるために、判決の半月後に、別会社Zを設立して、営業設備一

² この判決についての判例評釈、解説として、野田宏・最高裁判所判例解説民事篇昭和44年度（1970年）427頁以下、蓮井良憲・民商61巻（1970年）6号1081頁以下、正亀慶介・ジュリスト456号（1970年）79頁以下、河本一郎・別冊ジュリスト29号（1970年）12頁以下、上田明信・亜細亜法学7巻1号（1972年）74頁以下、加美和照・法学セミナー240号（1975年）57頁以下、龍田節・ジュリスト増刊（商法の判例〔第3版〕）（1977年）4頁以下、森本滋・別冊ジュリスト180号（2006年）10頁以下などがある。

³ この判決の判例評釈、解説として、東條敬・最高裁判所判例解説民事篇昭和48年度（1974年）45頁以下、小山昇・ジュリスト565号（1973年）118頁以下、住吉博・民商法雑誌71巻3号（1974年）558頁以下、森本滋・判例タイムズ308号（1974年）70頁以下、上田徹一郎・判例時報743号（1974年）138頁以下、石川明＝松田耕太郎・法学研究48巻1号（1975年）85頁以下、稲庭恒一・法学42巻1号（1978年）112頁以下、高見進・別冊ジュリスト145号（1998年）30頁以下などがある。

切と飼育中の豚を無償で譲渡し、養豚業が続けられていた（Y会社とZ会社の役員構成は多少異なっている）。原告Xは、二審でも勝訴してその判決が確定したので強制執行をしようとしたが、Y会社は有名無実の存在になっていたので、Zに対して執行力が拡張されるはずであるとして、Zを被告として執行文付与の訴えを提起した。一審は訴えを認めず請求を棄却したが、控訴審は、両社は連続した同一会社と認められるとし、控訴を認め承継執行文を付与するべきであるとした。Zの上告に対して、最高裁は、「権利関係の公権的な確定及びその迅速確実な実現をはかるために手続の明確、安定を重んずる訴訟手続ないし強制執行手続においては、その手続の性格上被告に対する判決の既判力及び執行力の範囲を別会社にまで拡張することは許されない」として原判決を破棄し、事件を原審に差し戻している¹。

第三者異議の訴えと法人格否認の法理ないし法人格濫用の適用については、下級審裁判例において、適用を肯定するものとして、④仙台地決昭和45年3月26日労民集21巻2号367頁は、法人格否認の法理の適用の結果第三者は債務者となるので第三者性が否定されるとし、⑤鹿児島地判昭和46年6月17日下民集22巻5・6号702頁は、執行力の拡張は否定するものの法人格否認の法理の実体的判断は可能とし、⑥大阪地判昭和49年2月13日判時735号99頁は、法人格否認により第三者の所有権を否定して請求を排斥している。しかし、昭和53年最高裁判決以降は、その判旨を踏まえて、適用を否定する裁判例が多く、⑦東京地判昭和55年12月24日判時1006号70頁、⑧東京地判昭和57年8月30日ジュリスト799号6頁、⑨東京高判平成8年4月30日判タ927号260頁などが否定している。

(2) 学説

ア 既判力の拡張あるいは執行力の拡張の局面について

実体法上の法人格否認の法理を認めるという場合、いわゆる法人格の濫用あ

¹ この判決の判例評釈、解説として、上田徹一郎・判時925号（判例評論245号）（1979年）173頁以下、竹下守夫・判タ390号（1979年）248頁以下、稲庭恒一・法学43巻4号（1980年）122頁以下、江頭憲治郎・ジュリスト754号（1981年）114頁以下、伊藤眞・別冊ジュリスト169号（2003年）194頁以下、高橋宏志・別冊ジュリスト177号（2005年）26頁以下などがある。

るいは法人格の形骸化の要件があるときに、会社とその背後者、あるいは、新旧両会社が実体上同一の債務を負うことになるが、その場合にも、既判力の拡張あるいは執行力の拡張の局面については、昭和53年最高裁判決の判旨が説くように、手続の明確、安定が重要であるとして否定説をとるものが多い⁵。しかし、部分的に肯定するものも含めれば、肯定説も少なくはない。菊池説は、個人と代表者が全く同一人である法人の場合は、他方を「請求の目的物の所持人」と解することができるとする⁶。竹下説は、会社の法人格が否定される場合に、一方が給付義務を負う場合に必ず他方も同じ義務を負う関係にあることから依存関係が認められ、口頭弁論終結後の承継人に準じて既判力の拡張とともに執行力の拡張を肯定する⁷。上田説⁸、吉村説⁹、中野説¹⁰は、法人格が全くの形骸にすぎない場合には拡張の余地を肯定し、法律の適用を回避するために濫用される場合には、固有の抗弁が出る余地が多いこと、あるいは、濫用に関係しない出資者、融資者の利益を無視できないことなどを理由に、拡張の余地を否定する。福永説は、形骸型、代行型、濫用型を区別し、形骸型は実質的利益欠缺型として執行力の拡張を認め、代行型には既判力の拡張のみを認め、濫用型については、濫用の程度により具体的に判断するとする¹¹。内山説は、前訴の時点ですでに法人格否認の要件が存在した場合は、民訴法115条1項2号

⁵ 今中利昭「法人格否認論適用の限界」司法研修所論集創立30周年記念特集号（1977年）95頁、120頁以下、星野雅紀「法人格否認と訴訟法および執行法上の問題点」判タ412号（1980年）36頁以下、奥山恒朗「いわゆる法人格否認の法理と実際」鈴木忠一＝三ヶ月章監修・実務民事訴訟法講座5巻（日本評論社、1969年）167頁など。

⁶ 菊池博「商法504条の研究－法人格否認論に及ぶ－」判タ238号（1969年）59頁。

⁷ 竹下守夫〔判批〕判時664号（判例評論160号）（1972年）136頁以下。

⁸ 上田・前掲注（4）35頁、上田徹一郎「既判力の主観的範囲の理論の再構成」『判決効の範囲：範囲決定の構造と構成』（有斐閣、1985年）145頁以下。実質的当事者概念を根拠に、形骸型では既判力と執行力の拡張を肯定する。

⁹ 吉村重徳「執行力の主観的範囲と法人格否認」大石忠生ほか編『裁判実務大系7』（青林書院、1986年）14頁以下。濫用事例でも既判力の拡張は肯定する。

¹⁰ 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂5版〕』（青林書院、2006年）127頁以下。

¹¹ 福永有利「法人格否認の法理に関する訴訟法上の諸問題」関法25巻4～6号（1975年）571頁以下（同『民事訴訟当事者論』（2004年）446頁以下所収）。

の訴訟担当における本人にあたるとして、また、前訴の時点ではまだ法人格否認の要件が存在しない場合、例えば強制執行を免れるために訴訟終了後に財産を移転して会社を設立した場合には、民訴法115条1項3号の承継人として既判力および執行力の拡張を肯定する。特定の関係を有しない責任財産の譲渡と債務の承継とを同視することは困難ではあるが、法人格否認の要件が財産の移転の時点に存在すれば会社も前訴の訴訟物である実体法上の債務を負うことになるから、その場合に承継があったと構成し、さらに、会社は前訴被告である背後者と併存してその債務を引き受けることになるので、併存的債務引受も承継にあたると考えれば、会社を当事者の承継人と見ることもできるとする¹² 13。

なお、一般に、法人格否認の法理を訴訟上の効果として認めることができるかの議論は、実体法上の法人格否認の法理として、判例および多数説が認める要件効果をおおむね前提しているが、法人格否認の法理全般について、もっとも詳しい検討をする江頭説は¹⁴、法人格否認を、制度的利益の擁護、すなわち、物的会社の有限責任制度にもとづく「分離原則」を過少資本等に対する債権者保護の見地から修正し「分離原則」排除のために用いられる第一類型¹⁵と、個別的利益調整の擁護のための第二類型¹⁶、第三類型¹⁷とに分けて分析するが、

¹² 内山衛次「法人格否認の法理についての手続法上の問題」法と政治57巻2号（2006年）49頁以下。

¹³ なお、新会社法での株式会社の資本規制、あるいは、証券化における導管としての株式会社などとの関係で、新しい視点からこの問題を論じるものとして、田村陽子「『法人格否認の法理』に関する訴訟法的考察」立命館法学314号（2007年）138頁以下参照。

¹⁴ 江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会、1980年）1頁以下。

¹⁵ 江頭・前掲注（14）147頁以下、290頁以下。

¹⁶ 競業避止義務を負う者が新会社を設立して営業をすることによって事実上義務を潜脱することをとがめるためのもの。第一類型と異なり、無資力を要件とせず、個別の債権者の事情を顧慮せざるを得ず、また、不代替債務の直接的肩代わりという効果をもつ場合があるなどの点で第一類型と異なるとする。

¹⁷ 江頭・前掲注（14）168頁以下、174頁以下。なお、第三類型は、第三者が一人会社と契約するさいに、その会社の単独社員が詐欺を行い、しかも、会社を代表する者はそれについて善意の場合に、契約相手方が会社に対する意思表示を取り消しうるかという場合のように、単独社員の行為により会社が通常取得するはずの利益を喪失するか否かが問題となる場合である（江頭・前掲注（14）280頁以下）。

いずれの類型においても、一般法理との関係をつきつめて考えるべきものであり、その一般法理の解釈問題あるいは契約解釈の問題として解決すべきものが多いとする¹⁸。江頭説は、法人格否認の法理による判決効の拡張についても、訴訟上の債権者が会社または社員の一方に対して取得した債務名義の内容如何にかかわらず、それとはまったく別の次元にそれ自体統一された固有の要件として存在する法人格「濫用」または「形骸化」の事実が立証されることによって、他方にその既判力・執行力が拡張されるという理解を否定し、執行法上個別的具体的に生じる不都合にそのつど対処していく余地を残すため、訴訟法上も、法人格否認という法律構成を、確定的要件がない一般条項として維持するとするが、この局面でも、判決効についての一般法理による解決を追求すべきものが多いとする¹⁹。会社が強制執行免脱または財産隠匿のため新会社に財産を移転し、新会社が、旧会社と同一の社員、役員、営業目的、営業場所等を有して営業を継続する場合には、債権者詐害事例であり、新旧両会社の商号が同一であれば、商法旧26条（現17条、会社法22条）によって旧会社債権者は新会社に対して弁済を求めることが可能であるとする²⁰。この点について、安井説は、その類型で法人格否認の法理が問題とされた裁判例における新旧両会社の商号はほとんどの場合に同一であるともいえないし、多くの場合、事実上の営業譲渡をもって営業譲渡であるとの評価を要し擬制的構成をとることになるが、擬制的構成は可能な限り排除されるべきであると批判して、新旧会社の営業ないし営業財産に財産的連続性が認められ、同時に双方の利益享受主体が同一であると判断される場合には新旧会社は旧会社債権者に対する関係では同一人の地位にたつとして濫用論ないし形骸化論とは別の同一人論として構成すべきとする²¹。

¹⁸ 第一類型で問題とする、物的会社の有限責任制度にもとづく「分離原則」を排除する効果は、一般私法法理の解釈としては導きにくく、法人格否認の法理の独自の意義があるとも考えられるが、その効果を生じさせる要件については明確な整理が必要で、「法人格形骸化」という構成はその点を不明確にするべくに大きな原因なので使用すべきではないとする（江頭・前掲注（14）416頁以下）。

¹⁹ 江頭・前掲注（14）433頁以下。

²⁰ 江頭・前掲注（14）162頁以下。

²¹ 安井威興「法人格否認の法理と判決の既判力ないしは執行力の拡張」修道法学9巻2号（1987年）576頁以下。

イ 第三者異議の訴えの局面について

第三者異議の訴えの局面については、法人格否認の法理の適用について否定説²²もあるが、肯定するものが多い²³。肯定説の中でも、その理由づけには多少違いがある。中野説は、第三者異議の訴えにおける法人格否認の法理の問題は、判決の執行力の拡張の問題ではないとした上で、執行担保の対象となった財産につき所有権等を主張する第三者が債務者から独立した実質的利害関係を有せず、その法人格の形骸化が認められる場合に、形式的な権原にもとづく執行排除を認めれば、形骸化した法人格によって債務者の責任財産が形骸化される不当を生じ、執行妨害を目的として濫用的に設立された法人の第三者異議の訴えを認容すれば妨害の目的が達せられるとし、いずれも、債務者に対する強制執行を受忍すべき理由はあるといわなければならないとする²⁴。竹下説は、法人格否認の法理による既判力および執行力の拡張を認めることから第三者異議の訴えは排斥されるとするが、それと共に、この拡張を認めなくても、第三者異議の訴えについては、第三者異議の訴えの原告が執行債務者と同一内容の給付義務を負うことが、原告に対する債務名義の有無にかかわらず、信義則上抗弁事由となるとして、その理由からも訴えを排斥できるとしている²⁵。上田説は、実質的当事者説の立場から、一方は他方の受けた判決に拘束される実質的当事者であり、第三者異議の訴えは成り立たないとする²⁶。栗田説は、利益

²² 今中・前掲注（５）120頁以下、星野・前掲注（５）36頁以下。

²³ 本文にあげる文献のほか、和田吉弘・ジュリスト803号（1983年）104頁以下、吉野衛＝三宅弘人執筆代表『注釈民事執行法（２）』（金融財政事情研究会、1985年）550頁（宇佐見隆男執筆）、伊藤眞・別冊ジュリスト169号（2003年）195頁以下など。

²⁴ 中野・前掲注（10）312頁以下。

²⁵ 竹下・前掲注（７）137頁以下。そのような結論を認めた最高裁判例として、建物の占有移転禁止の仮処分に対して建物について占有権を有することを理由として第三者異議の訴えを提起した者が、仮処分債権者との間の別訴においてその建物を収去して土地を明渡すべき旨の確定判決を受けているときは、建物について引渡しを妨げる権利を有するとはいえないとして訴えを排斥している最判昭和38年11月28日民集17巻11号1554頁をあげている（この判決についての、解説などとして、榊田文郎・最高裁判所判例解説民事篇昭和38年度（1964年）446頁以下、小山昇・民商51巻2号（1964年）309頁以下がある）。

²⁶ 上田・前掲注（８）155頁。

衡量から信義則にもとづき肯定する²⁷。江頭説は、実体法上、「形骸化」自体からは、会社または社員の債務が発生することはないと考えることを前提に、会社の債務と同じ内容の債務を社員が負う（あるいは、社員の債務と同じ内容の債務を会社が負う）ための形骸化以外の要件を要求する。その上で、一方が他方と同じ内容の債務を負う場合と解釈されるときには、会社に対する債務名義をもつ債権者が会社の占有する動産あるいは登記を有する不動産を差押えたときに、社員がそれらの所有権を主張して第三者異議の訴えを提起した場合には、債権者は社員も同一の債務を負うことを主張立証することによって訴えを排斥できるとする²⁸。また、債権者詐害目的で設立された会社が原告となって社員の占有下で差押えを受けた動産に対して所有権を主張する場合も法人格否認の法理が問題となる典型的事例であるが、第三者異議の訴えに対して債権者が詐害行為取消権の行使を抗弁によって主張することを認めるべきであり、詐害行為取消権の要件の問題として解決すべきとする²⁹。

4 若干の検討

(1) 既判力の拡張の局面について

判決手続において信義則の適用があることは、新民事訴訟法で民事訴訟法2条がおかれ、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならないとされていることから否定することはできない。信義則が、判決効の局面でも妥当することは、⑩最判昭和51年9月30日民集30巻8号799頁でも明らかにされている³⁰。実体法における法人格否認の法理も、信義則が法人格が別異であ

²⁷ 栗田隆〔判批〕関西大学法学論集31巻6号（1982年）116頁以下。

²⁸ 江頭・前掲書（14）423頁以下。

²⁹ 江頭・前掲注（14）432頁。

³⁰ この判決の判例評釈、解説として、岨野悌介・最高裁判所判例解説民事篇昭和51年度（1977年）316頁以下、水谷暢・判例タイムズ345号（1977年）86頁以下、小山昇・民商法雑誌76巻4号（1977年）597頁以下、坂原正夫・法学研究50巻10号（1977年）1316頁以下、高橋宏志・法学協会雑誌95巻4号（1978年）788頁以下、山木戸克己・ジュリスト642号（1977年）129頁以下、原強・別冊ジュリスト145号（1998年）32頁以下、高見進・別冊ジュリスト169号（2003年）180頁以下などがある。

ることを理由に法的効果を逃れようとする場面で発現したものと考えられ、信義則をこの局面で類型化したものと解すれば、判決手続の局面でも法人格否認の法理を適用することがおよそ否定されるべきものとはいえないであろう。昭和48年最高裁判決は、原告から訴えられることが必至である状況で訴えの相手方を誤らせるために商号変更をした上で、別会社を設立し、旧商号をその別会社の商号としたという点で、法人の設立や商号の変更が容易であることを利用して、相手方の裁判による権利の実現を妨害しようとして、法人格を濫用したといえる事案であり、判決が確定するにまでは至っていないが、それまでの訴訟追行の成果を否定しようとする別会社の主張を信義則により封じる原審判決を是認しているものであり、実質的には、法人格否認の法理が判決手続において認められたものとみることができよう。そうであれば、この判決の延長上に、判決が確定した後であっても、既判力ないし既判力類似の効力の信義則による拡張としての法人格否認を認めることを肯定する余地があらう³¹。

もっとも、そのことは、一般的な理解によれば、いわゆる法人格の否認の要件があれば、別会社が元の会社と同じ内容の債務を負うことを前提とした上で、元の会社が受けた敗訴判決の既判力の拡張として、元の会社がその債務を負っていることを別会社も争えないことを意味することになる。そのような法人格否認の要件を、法人格の「形骸化」あるいは法人格の「濫用」といった特定の内容をもった要件に収斂させることができるかには疑問がある³²。また、一定の要件に収斂させることが可能としても、判決効の拡張を肯定するためには、それらの要件が、相手方が判決をえて権利を実現することを妨害するために利用したということに関係づけられていることが必要であらうし、相手方がそれを避けるためにどのような手段を有していたかの検討も必要であらう。そこで法人格否認が認められるとしても、それらは、おおむね、法人についてその設立や商号の変更が容易であることを濫用して不当な行為がなされる類型に対処するものであり、法人格を利用する以外の方法で濫用的に判決効を事実上無効にするような種々の手段がとられた場合に、既判力ないし既判力類似の効力の信義則による拡張を肯定する場合とのバランスも考える必要がある。前訴で

³¹ 田頭章一「民事訴訟における法人格否認の法理」『民事訴訟法の争点第3版』（有斐閣、1998年）66頁以下。

³² 江頭・前掲注（14）433頁以下。

ある原告の被告会社に対する土地所有権移転登記手続請求の訴訟係属中に被告から虚偽表示によって所有権移転登記をうけた被告の代表取締役の息子が、もっぱら被告のために登記名義人になっている場合には、基準時前の承継人であるにもかかわらず、民訴法115条1項4号の請求の目的物の所持者に準じて、確定判決の既判力をうけるとして、原告の上記息子に対する移転登記手続請求訴訟において原告の前诉被告に対する移転登記手続請求権の存在を後诉被告は争えないとした、大阪高判昭和46年4月8日判時633号73頁が参考となろう³³。

昭和53年最高裁判決の事案を変えて、かりに、XがZ会社に対して新たな給付の訴えを提起した場合を考えてみる。この場合、Xがいわゆる法人格否認の要件を主張立証すると、ZがYと同じ債務を負うことになるが、その場合、ZがYはXに対してそもそも債務を負っていないと争うことを許さないとすれば、Zに対してYに対する判決の既判力ないし既判力類似の効力の信義則による拡張がされたということになる。このような効果をかりに認めるべきと考えるのであれば、それは、Yが一審で敗訴した後に控訴審係属中に将来の敗訴判決の確定を見込んで、その執行を事実上妨害するために、Xに事情を悟られないように、Zを設立してYの財産をZに移したという事実を重視するからであろう。その価値判断自体はもっともな点がある。しかし、ZがYと同じ債務を負うことになるとの効果を認め、XがZに対する債務名義をえることを許すと、Yから移転したのでないZの財産に対してもXが強制執行をして債権の満足を与えることも認めることにもつながりかねず、一般論としてはやや行き過ぎであることも否定できない。

単に執行妨害のために財産を移転するという類型については、Xは、Zに対して訴えを提起し、詐害行為取消権の要件を主張立証することによって、YからZに移転した財産をXのYに対する債権の満足にあてることができればそれで十分であるといえる。そして法人格否認の法理の要件の主張立証よりは詐害行為取消権の要件の主張立証の方が容易であるはずである。詐害行為取消しの

³³ この判決の批判評釈、解説として、吉村徳重・判例時報643号（判例評論153号）（1971年）138頁以下、上田徹一郎・判例タイムズ270号（1972年）90頁以下、小室直人・ジュリスト509号（1972年）96頁以下、新堂幸司・別冊ジュリスト36号（1972年）188頁以下、長谷部由起子・別冊ジュリスト146号（1998年）342頁以下などがある。

場合は、Yの無資力も要件となるが、Yに他に十分な執行対象財産があるのであればYに対して執行して債権の満足をえることができるのであるから、そのような要件があることがXにとって執行を困難にするとも考えられない。それにより、YからZに移転したのでないZ固有の財産というものがあればそれに対してXが執行できる債務名義をえてしまうという不都合も避けることができる。Xが、詐害行為取消訴訟により救済を求める場合には、XがYに対して債権をもっていることが前提であり、Zがそれを争う場合には、Xは、XのYに対する債権の存在を主張立証する必要がある。XがYに対する給付訴訟で勝訴し、確定給付判決がある場合に、YはXに対して基準時における債権の存在を争うことはできないが、Zがそれを争うことができないというためには、XのYに対する判決の既判力ないし既判力類似の信義則による判決効がZに拡張されるといえる必要がある。一般に、給付訴訟の場合に、基準時後に訴訟物である債務について第三者が債務引受をしたような場合に第三者に対して給付訴訟の判決の既判力が拡張されるかという問題が争われているが、訴訟物である債務それ自体ではなく、債務に対する責任財産を構成する物が、基準時後に、被告から第三者に移転した場合、第三者に判決の既判力が拡張されるということはないであろうし、ましてや、基準時前に第三者に移転した場合、第三者に判決の既判力が拡張されるということはないであろう。もっとも、昭和53年最高裁判決の事案のように、Yが一審で敗訴した後に控訴審係属中に将来の敗訴判決の確定を見込んで、その執行を妨害するために、Zを設立してYの財産をZに移したということが認定できる場合に、既判力ないし既判力類似の信義則による判決効の拡張を認める余地があろう。法人格を利用する以外の方法で濫用的に判決効を事実上無効にするような場合の扱いとも比較しながら考えればよい。この点、法人格否認の法理の適用を認めると、当然にYがXに対して債務を負っている事実をZも争えないという効果を認めることができ、Xにとってはよいのであるが、法人格を濫用する執行妨害といっても種々の場合がありえるので、一律に、ZがXに対してYの債務と同一内容の債務を基準時において負っていることを争えないというのも問題があると考える。

昭和48年最高裁判決について、安井説は、最高裁の立場では、当事者は新会社となり判決の効力は旧会社には及ばないことになるはずであるから、新会社に対する債務名義を取得しても、旧会社に対する仮処分は本執行に転移しないはずであり、従って、理論上は、旧会社は新会社名義の債務名義にもとづく強

制執行に対しては第三者異議の訴えを提起しうることになり、原告の訴訟経済のためにその訴訟が維持されたのだとすれば、結果としては原告の不利益に帰することになるし、あるいはこの仮処分が本執行に移しえたとすれば、その執行は違法といわざるをえないはずであるとする。それにもかかわらず昭和48年最高裁判決が、控訴審判決を維持したのは、その事案の場合は、当事者の確定にさいして、別異の法人格を同一視しえ、さらに、一方の法人格に対する債務名義により他方の法人格に対し、別訴を提起して債務名義を取得しなくても強制執行をなしうるという効果の発生を認めることを前提としているのではないかとする³⁴。安井説では、昭和48年最高裁判決の事案は、新旧会社の営業ないし営業財産に財産的連続性が認められ、同時に双方の利益享受主体が同一であると判断されるので、新旧会社は旧会社債権者に対する関係では同一人の地位にたつとして法人格否認の法理の中の同一人論で処理すべき場合であるので³⁵、そのような結論を導きやすい。昭和48年最高裁判決の事案は、双頭の鷲ともいふべき事案であり、そもそも訴訟手続上も二つの当事者を観念するまでもなく一つの実体としての会社が当事者であるとして処理するべき事案と評価すべきともされている³⁶。

(2) 執行力拡張の局面について

昭和53年最高裁判決は、承継執行文付与の訴えにおいて法人格否認の法理の適用を否定している。確かに、判決手続の局面と異なり、強制執行の局面では強制執行機関の性格上、債務名義の制度に代表されるように形式性が優位にた

³⁴ 安井・前掲注(21) 591頁以下。

³⁵ 安井・前掲注(21) 579頁以下。

³⁶ 住吉・前掲注(3) 574頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法第4版』(弘文堂、2008年) 133頁以下参照。なお、昭和48年最高裁判決の事案で、新会社設立の事情が分からないままに原告勝訴の判決が確定したとするとどのような展開になるであろうか。原告が旧会社に対する債務名義で旧会社の事務所にある財産を差押えようとした場合には、占有の状況などは新会社設立にもかかわらず変更がないのであるから、執行官は、事務所にある財産に対して強制執行としての差押えができるはずである。これに対して、新会社が差押対象物の所有権を主張して第三者異議の訴えを提起しても、権利移転などの手続を経ていないのであるから、所有権を主張立証できないとして訴えは排斥されよう。また、新会社の訴訟手続上の別人格を認めないとして訴え却下することもできよう。

つことを認めなければならない。しかし、⑪最判昭37年5月24日民集16巻5号1157頁³⁷は、交通事故の結果荷馬車屋ができなくなったとして損害賠償請求をして勝訴判決をえた原告が、その後も荷馬車屋を行っており、被告が事故を苦にして自殺した後に、債務を相続した両親に対して強制執行をした事案であるが、強制執行は権利濫用で、強制執行は許されないとして請求異議の訴えが認められている。請求異議の訴えという判決手続で裁判官がその判断をしているのであるから執行機関を迷わせるというような問題は生じないといえよう。法人格否認の法理の訴訟手続への適用を否定する論拠としての、執行手続の明確性、安定性の要請については、肯定説からは、要件の明確化を進めればよいことであり、また、判決手続である執行文付与の訴えにおいて法人格否認の法理の要件について審理ができるとの反論がなされている³⁸。しかし、かりに法人格否認の法理を執行力拡張の局面でも認め、被告法人に対する給付確定判決の執行力が、法人格の否認がされる別法人に対して及ぶとしても、裁判所書記官がその事実を文書によって証明されたとして、民事執行法27条2項の簡易な承継執行文を与えることはまず考えられないであろう。法人格否認の法理の要件が存在するか否かの判断は高度な法的判断であり、簡易な承継執行文付与が予定している事態とはいえないからである。それゆえ、別法人に対して承継執行文の付与を求める原告は、常に、民事執行法33条により承継執行文の付与を求める訴えを提起せざるをえず、その訴えの中で必要的口頭弁論を通じて法人格否認の法理の要件の有無が裁判官によって判断されることになる。そうであれば、実質は新訴の提起と同じであり、執行力の拡張を認める実質的な意味がない。簡易な承継執行文付与がされることによって、承継人側が給付義務を負わないことについて民事執行法34条の執行文付与に対する異議の訴えを提起せざるをえないという、いわゆる起訴責任の転換が生じることに執行力の拡張の実質的意味があるとすれば、簡易な承継執行文付与が定型的になされない局面では、執行力の拡張をいってみても原告に特段の利益を与えないからである。さ

³⁷ この判決の判例評釈、解説として、右田堯雄・最高裁判所判例解説民事篇昭和37年度（1963年）334頁以下、斎藤秀夫・判例評論50号（判時306号）（1962年）12頁以下、石川明・法学研究36巻9号（1963年）1039頁以下、山木戸克己・民商48巻2号（1963年）252頁以下、富樫貞夫・法学28巻2号（1964年）238頁以下などがある。

³⁸ 福永・前掲注（11）461頁。

らに、上の既判力の拡張の局面で述べたように、財産移転型の類型の執行妨害については法人格否認の法理によるまでもなく、詐害行為取消しの訴えで問題を解決できるのであり、Zに対して承継執行文を付与してYからZに移転した財産以外のZの固有財産に対して執行ができるという結果をもたらすことは一般論としては行き過ぎであろう。以上の点を考慮すると、執行力の拡張の局面で法人格否認の法理の適用を認めない昭和53年最高裁判決の結論自体はそれほど不当でもないといえる³⁹。

(3) 第三者異議の訴えの局面について

ア 法人格否認の法理の適用

第三者異議の訴えの原告について、法人格の形骸化あるいは濫用と評価される場合に、その権利主張を排斥することが適当である場合がある。もっとも、前述したように、法人格否認の法理を認めるとしてもそれは信義則を類型化したものであると解すべきである。^⑫最判昭41年2月1日民集20巻2号179頁（以下では「昭和41年最高裁判決」という）は⁴⁰、債務者Aの占有下にある動産の債権者Yによる差押えに対して自己の占有する別の動産も債務者Aのものであるのでそちらを差押えて欲しいと依頼してYにそれに応じさせたXによる、その動産の所有権を理由とする第三者異議の訴えを信義則違反として却下している。これは、第三者異議の訴えの局面でも信義則を根拠にその訴えが執行妨害として排斥されることがあることを示すものである。そして、信義則違反か否かは高度な法的判断である以上、強制執行機関にその判断を委ねることは適当ではないが、第三者異議の訴えであれば、判決手続であり、口頭弁論を開いて審理が尽くされ判決機関が判決で判断し、その判断を踏まえて、強制執行機関が執行措置をするのであるから、強制執行の形式性尊重とはなんら矛盾しない。法人格否認の法理の適用要件の有無も第三者異議の訴えという判決手続の中では当事者

³⁹ もっとも、訴えの変更などの余地があることについてふれるべきであったと思われる。

⁴⁰ この判決の判例評釈、解説として、森綱郎・最高裁判所判例解説民事篇昭和41年度（1973年）42頁以下、福永有利・民商55巻3号（1966年）117頁以下、青山善充・法学協会雑誌84巻1号（1967年）169頁以下、桜田勝義・法学31巻1号（1967年）161頁以下、石川明＝加藤修・法学研究40巻10号（1967年）102頁以下などがある。

に十分な手続保障を与えた上で判断できるのであるから同じことである。

平成17年最高裁判決は、「第三者異議の訴えは、債務名義の執行力が原告に及ばないことを異議事由として強制執行の排除を求めるものではなく、執行債務者に対して適法に開始された強制執行の目的物について原告が所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有するなど強制執行による侵害を受忍すべき地位にないことを異議事由として強制執行の排除を求めるものである」として、そのことから、第三者異議の訴えについて、法人格否認の法理の適用を排除すべき理由はなく、原告の法人格が執行債務者に対する強制執行を回避するために濫用されている場合には、原告は、執行債務者と別個の法人格であることを主張して強制執行の不許を求めることは許されないというべきであるとする。

最高裁の判旨では、原告が所有権その他目的物の譲渡又は引渡しを妨げる権利を有するなど強制執行による侵害を受忍すべき地位にあるか否かは実体法上の問題であるので、実体法上の局面で法人格否認を認める判例とは整合性がとれるといえる。最高裁の立場では、その訴訟の中で執行債務者と第三者異議の訴えの原告の間に実体法における法人格否認の要件が認められれば、第三者異議の訴えの原告も執行債務者と同一の債務を負うと判断することになろう。もっとも、そのように解しても、なぜ実体法上同一債務を負う者からの第三者異議の訴えが排斥されるのかについては、竹下説のように、執行法上の信義則を持ち出すことにならざるをえないと思われる。執行債権者に対して債務者と実体法上同一の債務を負う第三者が原告となって第三者異議の訴えを提起した場合に、被告である執行債権者は、反訴を提起して、原告に対して実体法上同一債務を負うことを理由に給付を求め、その勝訴判決にもとづいて強制執行ができるというのであれば、原告の執行対象物についての権利主張を認めて第三者異議の訴えを認容し、執行を取り消してみても、債権者は新たな債務名義にもとづいて同じ目的物に対して強制執行ができるのであるから無駄であり、反訴を提起するまでもなく、第三者異議の訴えの原告が執行債権者に対して債務者と実体法上同一の債務を負うことが明らかになれば第三者異議の訴えを排斥することが合理的である。その意味で、そのような地位にある者の第三者異議の訴えは信義に反する訴えといえる⁴¹。もっとも、その意味での信義則違反と

⁴¹ 竹下・前掲注（7）138頁以下。

いうことを根拠にするのであれば、それは法人格否認の法理が適用される場合に特有のものではないといえよう⁴²。中野説は、第三者について実体法上債務名義表示の請求権につき自らも同一の給付義務ないし責任を負担し、債権者がすでに第三者に対する債務名義を有する場合には、その第三者の第三者異議の訴えは信義則違反に反し被告はそれを抗弁として主張できるとする⁴³。もっとも、中野説は、債権者が第三者に対して債務名義を有していない場合は、第三者の給付義務の存在を抗弁として主張することは認めない。中野説は、第三者の給付義務の存否が判決手続である第三者異議の訴えにおいて審理されるとしても、第三者異議の訴えの訴訟物としてではなく、一つの防御方法として第三者の給付義務を審理することは第三者の手続保障の点で問題がある、すなわち、第三者異議の訴えが棄却されてもこれにより第三者が執行債務者となることはなく、執行債務者としての通知や送達を受けないことが執行上の手続保障に欠けるとの問題があるので、債権者は第三者異議の訴えの原告に対する反訴により債務名義を取得し、執行文の付与を受けて第三者に対する執行として執行行為の転換を図るべきであろうとする⁴⁴。また、内山説もほぼ同旨であるが、訴えにおいて第三者が執行債務者の執行債権者に対する給付義務の存在を争うことができるのであれば、この手続はかなり重たくなると考えられるとする⁴⁵。しかしながら、執行債務者としての通知や送達を受けないことが執行上の手続保障に欠けるのではないかとこの点は、執行債務者の占有や登記を基準とした執行債権者の差押えはそれ自体適法である以上、実体的な権利者であるからといって当然に通知や送達を受けられるわけではないのであり執行上の手続保障に欠けるとはいえないと思われる。また、抗弁という一つの防御方法として第三者の給付義務を審理することでも、反訴を提起させてその中で第三者の給付義務を審理することでも手続が重たくなることは同じであろう⁴⁶。

⁴² 江頭・前掲注 (14) 428頁以下。

⁴³ 中野・前掲注 (10) 311頁。

⁴⁴ 中野・前掲注 (10) 323頁。

⁴⁵ 内山・前掲注 (12) 61頁以下。

⁴⁶ 中野・前掲注 (10) 323頁は、注 (25) にあげた昭和38年最高裁判決は占有権と本件との関係にもとづくもので直ちに一般化できないとし、さらに、第三者が執行債権と同一の給付義務を負う場合だけでなく、執行債権の目的たる給付と同一内容の給付を実現すべき義務を負う場合にまで抗弁事由となりうると

法人格否認の法理の適用を否定する説は、第三者に対する手続保障の必要性があることと、原告は当初から第三者をも共同被告として訴えを提起して双方に対する債務名義を取得することができたことを実質的な考慮としてあげる¹⁷。しかし、第三者は判決手続内で自己の地位を争うことができるので前者はあまり理由とはならないであろう。原告が、当初から第三者をも共同被告として訴えを提起して双方に対する債務名義を取得することが容易にできたのであれば、それをしていなかった原告に慎重を欠く点があったとされる場合もありえるかもしれない。しかし、そうであるからといって、第三者異議の訴えの中で、原告が法人格否認の法理を主張しその要件を立証することができない理由とはならないであろう。少なくとも、法人格が執行妨害のために利用されていることが積極的に認定される場合には、原告に第三者を予め訴えることが客観的に見ても期待できない場合が多いであろう。

もっとも、第三者異議の訴えの中で債務者と第三者異議の訴えの原告との間での法人格否認の要件の存在が主張立証された場合に、債務者が執行債権者に対して実体法上負っているのと同じ内容の義務を第三者異議の訴えの原告も負うとしても、第三者異議の訴えの原告は、債務者が執行債権者に対して実体法上義務を負っていることを争えないのかは問題となりうる。執行債権者が債務者に対して確定給付判決をもっているために第三者異議の訴えの原告に対して既判力あるいはそれに類似する信義則上の効果が拡張される場合にはじめて、第三者異議の訴えの原告もまた、債務名義の基礎となる債務の存在を争えないといえるからである。もとより、債務名義の基礎となる債務の存在自体を争うことは事実上困難で、第三者異議の訴えの原告もその点を争うことをしないか争っても簡単にその主張が排斥される場合も多いであろう。その場合は、法人格否認の法理の訴訟法上の効力を問題とする必要がないのであるが、執行妨害的な第三者異議の訴えを排斥するためにそれを肯定する必要がある場合があるであろう。

中野説は、法人格否認の場合に、第三者異議の訴えが排斥される根拠を、第

すると、同一金額の給付となれば請求の基礎は無限に拡がってしまい疑問であるとする。確かに、後者まで含めるとすると問題があるだろうが、前者だけであれば執行妨害に対する対処としてそれほど問題があるとは思われない。

¹⁷ 今中・前掲注（5）121頁。

三者異議の訴えの原告自らが債務名義に表示された請求権について同一の給付義務ないし責任を負うことを理論的媒介とする必要はないとするため、上のような問題に煩わされることなく結論を導くことができるようである。内山説は、これに対しては、逆に、第三者が第三者異議の訴えの中で強制執行の実体的基礎を確保する執行債権の存否について争えないとするならば、やはり第三者の手続保障の点で問題があり、第三者は執行力の拡張を受けないとすれば、請求異議の訴えによりその債務名義の執行力を排除することもできないので問題があるとする⁴⁸。内山説は、法人格否認の場合に既判力および執行力の拡張を認めるため、第三者異議の訴えにおける法人格否認の抗弁を、第三者に対して執行力が拡張されることを根拠として認めることができるとするが⁴⁹、昭和41年最高裁判決のように実体権の存否とは関係のない執行手続上の理由で執行を忍受すべき場合がありうる以上、強制執行の実体的基礎を確保する執行債権の存否について争えないことが手続保障を欠くともいいえないと考える⁵⁰。もっとも、法人格否認の法理という一般的な要件をたてて問題を解決するのではなく、松村説のように、強制執行における信義則の適用として同じ結論を導くことで足りると思われる⁵¹。

平成17年最高裁判決は、第三者異議の訴えは、債務名義の執行力が原告に及ばないことを異議事由として強制執行の排除を求めるものではないとする。しかし、判例・通説が前提とする形成訴訟説にたてば、第三者異議の訴えは特定の執行対象財産との関係で債務名義の執行力を排除する訴えとされるので⁵²、

⁴⁸ 内山・前掲注（12）62頁以下。

⁴⁹ 内山・前掲注（12）64頁以下。

⁵⁰ 執行債権の存否について第三者異議の訴えの原告に執行債務者とは別個に手続保障を与える必要があるかについて検討する必要があるとの指摘は、内山・前掲注（12）62頁以下のほか、青木哲「第三者異議の訴えにおける法人格否認の法理の適用について」青山善充古稀祝賀論文集『民事手続法学の新たな地平』（有斐閣、2009年）549頁以下）でもなされている。

⁵¹ 松村・前掲注（1）141頁は、平成17年最高裁判決の問題点は、執行債権者側からの抗弁として法人格否認の法理の主張を認めた点、つまり、判決が実体的違法性を阻却する要因として信義則を用いず、法人格否認の法理を持ち出したことにあるとし、この事件での違法性を阻却する要因としては、実体的違法性に基づく信義則の適用での処理を考慮してもよかったと思われるとする。

⁵² 第三者異議の訴えの訴訟物については、中野・前掲注（10）290頁以下。形

既判力、執行力の局面については法人格否認の法理は適用がないとの立場からは、第三者異議の訴えにおいても執行力を排除する以上法人格否認の法理は適用できないという解釈となると思われる。そうすると、判旨は、判例・通説が前提とする形成訴訟説とは齟齬をきたすように思われ、第三者異議訴訟の訴訟物についての理解にも影響があろう⁵³。

イ 詐害行為取消権との関係

一般論としては、債務者が将来の執行を妨害しあるいは逃れるために財産を移転するという事案は、江頭説がいうように、法人格否認の法理以前に、詐害行為取消権の行使によって救済をはかることが適当な場合が多いと思われる⁵⁴。第三者異議の訴えの中で、執行債権者に抗弁として民法の詐害行為取消権の行使を認め、その要件が立証されれば第三者異議の訴えを排斥することができれば執行債権者の目的は実現できる。債務者が責任財産を他に移転することによって債権者の債権の満足を妨害することをとがめるためのものとして詐害行為取消権の制度があるのであるから、平成17年最高裁判決の事案でも、Yは、A社の信託契約を詐害行為として取り消す余地があり⁵⁵、法人格否認の法理の適用の前提となる事実の立証活動は、詐害行為の要件の立証活動として行えば同じ結論がえられると思われる。詐害行為取消権の行使については、訴えの提起が必要であるとの判例の立場からは⁵⁶、Xの第三者異議の訴えに対してYが反訴を提起し、A社の信託契約を詐害行為として否認する必要があるので、Yに抗弁として法人格否認の法理の主張を認める方が救済として適当であるとの

成訴訟説に対しては、竹下守夫「第三者異議訴訟の構造」法曹時報29巻5号(1977年)753頁以下(同『民事執行における実体法と手続法』349頁以下所収)参照。

⁵³ 松村・前掲注(1)141頁。

⁵⁴ 江頭・前掲注(14)432頁、松村和徳『民事執行救済制度論：民事執行法における執行救済制度の研究序説』(成文堂、1998年)204頁以下参照。

⁵⁵ 信託法11条参照。平成18年改正前の旧信託法12条にも同様の規定があった。

⁵⁶ 第三者異議の事由として主張される所有権の取得原因を被告が詐害行為にあたるとして詐害行為取消しの反訴を提起した場合、併合審理のうえ詐害行為取消しの要件が認められ、原告の所有権取得を否定すべきことが裁判所に明らかとなるときは、第三者異議の訴えの訴えは棄却される(最判昭和40年3月26日民集19巻2号508頁)。両訴が別個に提起された場合は、弁論が併合され一個の判決で裁判されるのでなければ、詐害行為取消判決の確定なしに第三者異議の訴えを棄却することは許されない(最判昭和43年11月15日民集22巻12号2659頁)。

判断もありうるが、この点は、詐害行為取消権の主張は必ずしも訴えによる必要はなく、抗弁によることも可能であるとの立場をとることによって解決すべきであるとする⁵⁷。その意味では、この類型での法人格否認の法理には、詐害行為取消権を抗弁では主張できないという判例があるための便法としての意義を認めるべきであろう。詐害行為取消しでは、債権者であるYが詐害行為を行ったA社に対して債権を有しており、A社のYへの財産移転によりYが害されたということが必要であり、Xは、一般には、詐害行為取消しの訴訟の中でYがA社に対して債権を有しているか否かを争うことができる。もっとも、平成17年最高裁判決や昭和53年最高裁判決の事案のように、すでに給付訴訟があるか近い将来給付訴訟が起こされるという局面で、将来の執行を妨害するために、ことさら新会社を設立してそこに財産を移転したということが認定できるような場合には、4(1)で述べた既判力ないし既判力類似の信義則による判決効の拡張を認めその点を争うことを許すべきではないであろう⁵⁸。

法人格否認の法理にもとづき、第三者異議の訴えが排斥された場合には、執行債務者の債権者は二重差押えや配当要求をすることができるが、法人格否認の法理の適用が執行債権ごとに相対的に判断されるとすれば、第三者は、それらの二重差押えや配当要求を第三者異議の訴えまたはそれに準ずる訴えを提起して排除することができるかということが問題とされている⁵⁹。法人格否認の法理で考えると、それらの債権者との関係でも法人格否認の法理がはたらく場合には排除できないが、それらの債権者との関係では法人格否認の法理がはたらかない場合には排除できるとも考えられる。もっとも、それらの二重差押えや配当要求を排除しても、強制執行が債権者のためにされ目的物が競売されてしまい、しかも、競落代金が執行債権額を超える場合でなければ、第三者にそれらを排除する利益は認められないと思われる。この場合の法人格否認の法理

⁵⁷ 飯原一乗「判例を中心とした詐害行為取消権の研究」司法研究報告書18輯2号(1967年)143頁以下、新堂幸司[判批]法協87巻4号(1970年)515頁以下、松村・前掲注(54)204頁以下。

⁵⁸ 昭和48年最高裁判決のような事案では、訴訟手続上も二つの法主体を観念すべきでなく単一体として処理することが許されようが(注(36)の本文参照)、平成17年最高裁判決の事案で単一体と観念することには無理がある。

⁵⁹ 栗田・前掲注(27)126頁以下が、この点を指摘し、詳細な検討を加えている。

の適用の実質が詐害行為取消権の行使を認めることであると考え、その場合の解決と比較することが有用であろう。特定の債権者との関係で詐害行為取消権の対象とされる場合にも、多くの場合は他の債権者との関係でも詐害行為取消権の対象となるはずであり、第三者異議の訴えまたはそれに準ずる訴えを提起して他の債権者の二重差押えや配当要求を排除する余地はないであろう。他の債権者との関係では詐害行為とならないのであれば、それらを排除する余地はあろうが、排除することによって実際に利益を受ける場合に限られよう。他方、詐害行為取消権の行使は、債権者の債権の限度に限られるので、対象が可分で、一人の債権者の債権の限度では一部の対象の取消しか認められない場合に、二重差押えや配当要求をしている債権者の債権額も合算して取消の対象を拡張するということもありえよう⁶⁰。

なお、平成17年最高裁判決の事案で、差押え対象である動産の所有権およびその現実の占有がA社からXに移転している場合に、YがAに対する金銭請求についての債務名義をもつことを利用し、A社のXに対する当該動産の引渡し請求権を差押えることを考えるとの見解がある⁶¹。その場合は、Xの他の財産をYのA社に対する債権の満足の引き当てにするという問題は生じない。しかし、その引渡し請求権を基礎づける実体法上の根拠をどこに求めるかが問題であり、A社とXとの間の信託契約を債権者との関係で無効とすることが必要であろうし、その引渡し請求権の強制的実現のためには、YはXを訴える必要がある。訴えを提起する必要がある点では、YがXに対して詐害行為取消の訴えを提起するのと負担は変わらない。詐害行為取消の訴えと異なり、引渡し請求権の強制的実現のための訴訟では、基礎となる債務名義の存在をXが争うことができない点に利点があるが、上に述べたように、一定の場合に基礎となる債務名義の存在を争わせないという解釈をとれば同じことであろう。論者は、責任判決を求めることも示唆している⁶²。確かに債務名義をえている者が債務者

⁶⁰ もっとも、現在進行中の債権法の改正においては、債権者の債権額にかかわらず詐害行為取消権で詐害行為の全部を取り消すことができるという提案がされているので（民法（債権法）改正検討委員会編「債権法改正の基本方針」【3.1.2.14】参照）（『債権法改正の基本方針』別冊 NBL No.126（商事法務、2009年））、そうなれば議論の前提は異なることになる。

⁶¹ 青木・前掲注（50）559頁。

⁶² 青木・前掲注（50）559頁。

から詐害的に権利の移転を受けた相手方に対して責任判決を求めることができれば、詐害行為を無効とする必要はないが、相手方がその訴訟で債務名義の基礎となる債権の存在を争えず、移転の詐害性しか争えないとの解釈は、4(1)で述べた判決の既判力ないし信義則を問題とせざるをえないと思われる。

5 おわりに

本稿では、複合的契約の濫用と手続法上の問題として、判決手続および第三者異議の訴えにおける法人格否認の法理の適用についての最高裁判例について若干の検討を試みた。複合的契約がことさら判決手続において被告を誤らせたり、強制執行を免れたりするために利用されることに対して一定の対処をする必要があると思われるからである。平成17年最高裁判決は、この局面での法人格否認の法理の適用を認めたが、「権利関係の公権的な確定及びその迅速確実な実現をはかるために手続の明確、安定を重んずる訴訟手続ないし強制執行手続においては、その手続の性格上被告に対する判決の既判力及び執行力の範囲を別会社にまで拡張することは許されない」とする昭和53年最高裁判決とは事案が異なるとしている。事案が違うという点はもっともではあり、また、昭和53年最高裁判決が法人格否認の法理を直接判決効の分野に持ち込むことに慎重であったこともそれなりに評価できるが、それが既判力や執行力の局面で信義則により執行妨害に対処する可能性を奪うものであるのであれば、今後も一般論としてそのまま維持すべきものとも思われない。

本研究は、日本学術振興会・科学研究費補助金『複合取引の法規制』による研究成果の一部である。

イギリス法における 契約責任と不法行為責任の競合について

新 堂 明 子

はじめに

(1) イギリス法においては、原告が契約違反に基づく損害賠償請求と不法行為に基づく損害賠償請求の両方を主張できる場合、原告はどちらの請求でも自由に選択することができる。これが一般原則である。しかし、この一般原則には、いくつかの留保がある。それらの留保のうちで、とくに重要なものは、請求を自由に選択することが当該の具体的な契約と矛盾する場合には、それをすることができない、というものである。

以上の伝統的な立場は、1985年に、*Tai Hing Cotton Mill Ltd v Liu Chong Hing Bank Ltd*¹の傍論中で、枢密院（Judicial Committee of the Privy Council）により否定されかけたが、1994年に、*Henderson v Merrett Syndicates Ltd*²の中で、貴族院（House of Lords）により肯定された。

枢密院の傍論の立場は、契約関係があれば、契約責任を追及すべきであり、不法行為責任を追及すべきではない、というものである。貴族院の立場は、契約関係があっても、契約責任か不法行為責任のどちらを追及するかについては、原告に選択権がある、というものである。ただし、無制限の選択権を肯定するのではなく、当該契約の当事者が不法行為による救済の制限または排除を合意したとみなされるほどに、不法行為による義務が当該契約と矛盾する場合には、

¹ [1986] A.C. 80.

² [1995] 2 A.C. 145.

不法行為による救済を選択する余地はない、とする。

(2) 本稿では、まず、上記2判決を紹介する (I)。

なお、*Henderson v Merrett* 事件は、大きく分けて、次の2つの訴訟から成る。第1に、ロイズ（保険引受人組合）内部で、本人が代理人に対して、代理契約違反責任とともに、過失不法行為責任を追及する事件である。これは、責任競合問題に関連する訴訟である。第2に、ロイズ（保険引受人組合）内部で、本人が復代理人に対して、代理契約違反責任と復代理契約違反責任を、契約の連鎖を遡り、順次追及せず、過失不法行為責任を直接追及する事件である。これは、複合取引（契約連鎖）問題に関連する訴訟である。本稿では、第1の責任競合問題を分析し、第2の複合取引（契約連鎖）問題については *Henderson v Merrett* 訴訟を概観するのみとする。

次に、責任競合の前提問題として、契約責任と不法行為責任における要件および効果の違いを概観する (II)。

一方で、上記貴族院判決のように、裁判所は、原告に選択権を認め、すなわち、原告に各責任間の要件効果の違いを比べて有利な責任を選ぶ権利を肯定する。他方で、裁判所は、現在の傾向として、契約責任と不法行為責任が競合する場合には、各責任間の要件効果の違いを縮めることにより、原告の選択が結果に影響を及ぼすことのないようにしている。このような判例の傾向も概観することとする。

なお、要件および効果の違いについては、S. J. Whittaker による *Chitty on Contracts* を紹介することとする³。

I. 判例

A. *Tai Hing Cotton Mill Ltd v Liu Chong Hing Bank Ltd*⁴

〈事実〉

X会社（*Tai Hing Cotton Mill Ltd.*）は、香港でビジネスを展開する織物製造

³ *Chitty on Contracts*, 30th edn (2008), paras 1-126-1-130, 1-137-1-169.

⁴ [1986] A.C. 80.

業者である。X会社は、Y₁銀行（Liu Chong Hing Bank Ltd.）、Y₂銀行（Bank of Tokyo Ltd.）、Y₃銀行（Chekiang First Bank Ltd.）のそれぞれに当座預金口座を有し、利用していた。その当座預金契約には、X会社は、毎月発行の銀行取引明細書に少しでも誤りがあれば、その誤りを特定の期間内に通知すべきであり、さもなければ、その銀行取引明細書は正確なものとみなされる、との明示の条項があった。

ところが、Xの経理担当社員（Leung Wing Ling）は、X振出の小切手を偽造（その際にはXの社長（Mr. Chen）の署名を偽造）したうえ、これらの偽造小切手をY₁～₃銀行に持ち込み、会社の口座から会社の金を引き出す、という手口により会社の金を横領していた。彼は、1974年から、1978年に横領が発覚するまで、総額約550万香港ドルに昇る、約300通の小切手を偽造した。

Leungは台湾に逃避。X会社は、Y₁～₃銀行が偽造小切手相当額をX会社の口座に借方記帳する権利はないことの確認と、その借方記帳された金額の支払を求めて、Y₁～₃銀行を提訴。香港高等法院は、一部を除きX会社の請求を棄却。X会社が控訴、左記一部に対しY₁銀行が反対控訴。香港控訴院は、X会社の控訴を棄却、Y₁銀行の反対控訴を認容（Y₁～₃銀行の全面勝訴）。X会社が上告。

本上告の中心的争点は、Leungの偽造による損失を誰が負うか、つまり、X会社か、Y₁～₃銀行か、という点にある。本判決が解決すべき問題は、当座預金口座のオペレーションにおいて、顧客が銀行に対して負う注意義務の内容と範囲についての一般原則は何か、という問題である。

枢密院司法委員会は、全員一致で（Scarman 卿による判示）、X会社の上告を認容（X会社の全面勝訴）。

〈判決〉

前提問題として、両当事者は、顧客が銀行に対して負う注意義務の内容と範囲の点で、香港法と英国法は同じであると認めている。しかし、各当事者は、英国法がどうなっているかについて、全く考えを異にしている。

確立した判例では、顧客は銀行に対して、第1に、詐欺または偽造を容易にするような方法により小切手を振り出すのを禁じられる義務を負い⁵、第2に、

⁵ *London Joint Stock Bank Ltd v Macmillan* [1918] A.C. 777.

小切手の偽造に気づいた時は、できるかぎり早急に銀行に知らせる義務を負う⁶。

しかし、Y₁～₃銀行は、次のとおり主張した。顧客は銀行に対して、この第1、2の義務を超え、第3に、偽造小切手が支払のために呈示されるのを防ぐために、銀行取引を行う際に合理的な用心（precaution）をする義務を負い、第4に、定期発行の銀行取引明細書を同じ立場の合理的な顧客がチェックするのと同じようにチェックし、身に覚えのない借方記帳があれば銀行に知らせられるようにする義務を負う。この第3、4の義務は、択一的に契約上または不法行為上、認められる。

そこで、まず、そのより広い義務が黙示の条項として契約に読み込まれるべきか、次に、そのより広い義務が不法行為責任として認められるか、について検討する。

(1) 黙示の条項⁷

ある義務が黙示の条項として契約の内容となるかは、必要性テストによるべきである。つまり、その義務なしには取引全体が無効、無益および不合理となるような義務が黙示の条項として契約の内容となる。しかし、第1、2の義務を超え、より広い第3、4の義務が黙示の条項として銀行と顧客の間の契約の内容となるかは、必要性テストによるも、否定される⁸。

(2) 不法行為⁹

Scarman 卿は、かの有名な傍論を冒頭に示す。

「我々（their Lordships）は、当事者らが契約関係にあるときに、不

⁶ *Greenwood v Martins Bank Ltd* [1933] A.C. 51.

⁷ [1986] 1 A.C. 80, 104-107.

⁸ このより広い義務が否定される理由として、先例上（前掲注5、6）というものほかに、当該義務が当該契約を有効にさせるために必要であるとはいえないこと、当該義務が当該契約の締結時点における各当事者の真の意思であるとはいえないこと、銀行が顧客にそのような約束をさせたいと望むのであれば、銀行はその旨を明らかにして約定すべきであること、そのような約定を要求する銀行はすぐに顧客数を減らすように思われること、銀行が行うビジネスの大きさと比べてこの種の損失は微少なものであり、銀行取引からの利益はこのとても小さいリスクを補って余りあることが挙げられている。

⁹ [1986] 1 A.C. 80, 107-108.

法行為責任を探究することが、法の発展にとって何らかのアドヴァンテージがある、ということを信じてはいない。このことは、〔当事者らが〕商業上の関係にあるときは、とくにそうである¹⁰⁾。」

つまり、いくつかの契約関係——銀行と顧客の間の契約関係もその1つ——に内在する権利義務については、契約法の問題としても分析可能であり、不法行為の問題としても分析可能である。しかし、契約の分析に固執するのが、原則においても正しく、さらに、法の混乱を回避するためにも必要である。これを敷衍すれば、原則において正しい理由は、契約とはその当事者が自らの互いに対して負う債務を決する権利を有する関係だからであり、法の混乱を回避するために必要である理由は、契約責任か不法行為責任かによって結果に差が出るからである——たとえば出訴期限に差が出る——。したがって、銀行と顧客の関係において、債務の発生原因としての契約のほかに、債務の発生原因としての不法行為もありうるかの調査に着手することはしない。

しかしながら、不法行為上の債務が契約上の債務よりも少しでも大きいとは認められない。したがって、より広い義務が黙示の条項として契約の内容にならないのであれば、不法行為法によっても契約による保護よりも大きい保護が銀行に与えられることはありえない——たとえ契約による保護のほかに不法行為法による保護もありうるとしても¹¹⁾——。

〈まとめ〉

当事者の間に契約関係があるときは、契約責任を追及すべきであり、不法行為責任を追及すべきではない。当事者の間に商業上の契約関係があるときは、とくにそうである。

その理由は2つある。第1に、〈判決〉の中で、原則において正しい理由とされるもので、契約とはその当事者が自らの互いに対して負う債務を決する権利を有する関係だからである¹²⁾。第2に、〈判決〉の中で、法の混乱を回避す

¹⁰⁾ [1986] 1 A.C. 80, 107.

¹¹⁾ 傍線内は筆者（新堂）が付け加えた。これで前段落までは傍論ということになる。

¹²⁾ つまり、契約の当事者は、契約上の利益、損失、危険等を計算したうえで、

るために必要である理由とされるもので、契約責任か不法行為責任かによって、要件効果に差が出るからである。¹³

B. *Henderson v Merret Syndicates Ltd*¹⁴

〈事実〉

複数の当事者が関係する複雑な訴訟である。ロイズ¹⁵の保険引受メンバー（「ネーム」）が、その保険引受エージェントに対して、アメリカで直近に発生した破滅的な大災害により¹⁶、ロイズに対し空前の規模で保険金支払請求がされ、そのために被った大損失の一部を取り戻そうと提起した訴訟である。

(1) ロイズ（保険引受人組合）(Lloyd's) とネーム（保険引受本人）(Name)

ロイズは、ネームにより構成される組合で法人である。ネームは、無限責任を負う。保険の引受は、ネームがシンジケート（syndicate）を組んで行う。すなわち、ネームがシンジケートのメンバーとなって行う。

(2) ネーム（保険引受本人）とエージェント（保険引受代理人）(underwriting agent)

ネーム（保険引受本人）は、保険引受代理契約を結び、エージェント（保険

契約上の債権を取得し、債務、責任等を負担した。それゆえ、契約の当事者は、契約責任を追及すべきであり、望外の不法行為責任を追及すべきではない、ということか（筆者（新堂））。

そして、契約上の利益、損失、危険等を計算する能力は、とくに商業上の契約の当事者に多く備わると思われる。それゆえ、とくに商業上の契約の当事者は、契約責任を追及すべきであり、望外の不法行為責任を追及すべきではない、ということか（筆者（新堂））。

¹³ イギリスの判例においては、何らかの法を示し、それを理由づけるに際し、原則（principles）と政策的考慮（policy considerations）の2つを示すことが多いが、第1の理由が原則に当たり、第2の理由が政策的考慮に当たると思われる。

¹⁴ [1995] 2 A.C. 145.

¹⁵ ロイズ全般については、アダム・ラファエル（篠原成子訳）『ロイズ 保険帝国の危機』（日本経済新聞社、1995）。

¹⁶ ラファエル・前掲・221-222頁（1989年に、アラスカでアメリカの大型タンカー「エクソン・バルディーズ」が座礁し、原油が流出した事故も含む）。

引受代理人)を指名しなければならない。

エージェントは、メンバーのためのエージェント (members' agent) という資格で行為したり、シンジケート管理エージェント (managing agent) という資格で行為したり、あるいは、その両方の役割を果たす者 (兼務エージェント (combined agent)) もいる。

メンバーのためのエージェントとは、ネームがどのシンジケートを選択すべきかについてネームに助言し、ネームが選択したシンジケートにネームを配置し、さらに、ネームに一般的な助言を与える者である。

シンジケート管理エージェントとは、自分が管理するシンジケートのメンバーであるネームのために、保険契約を引き受け、保険契約を再保険に掛け、かつ、保険金請求の支払を行う者である。

(3) 直接的ネーム (direct Name) と間接的ネーム (indirect Name)

ネームには、直接的ネームと間接的ネームがいる。

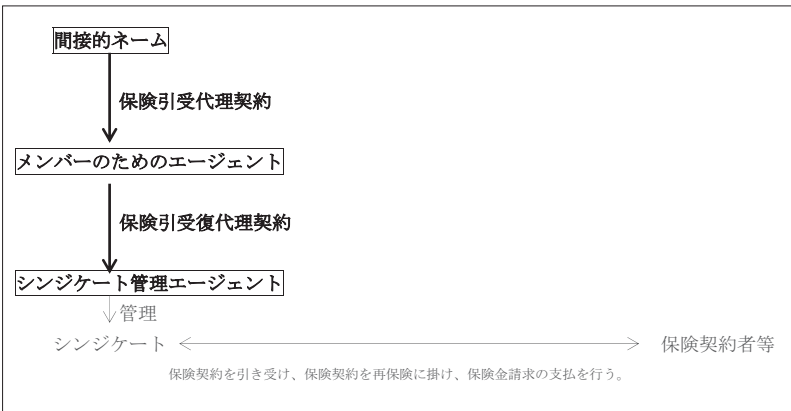
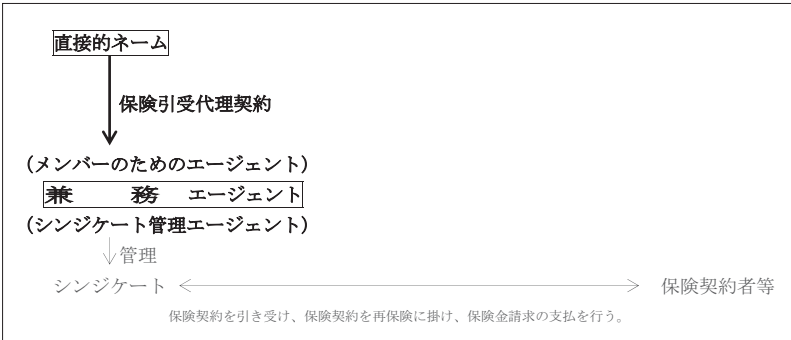
ネームが兼務エージェントにより管理されるシンジケートのメンバーとなる場合、ネームと兼務エージェントの間の契約は、本人とメンバーのためのエージェントとの関係とともに、本人とシンジケート管理エージェントとの関係をも規律するものとなる。このときのネームが直接的ネームである。2 当事者間の責任競合の場面で登場するネームである。

ネームが自分のメンバーのためのエージェント (兼務エージェントであろうとなかろうと) とは別人たるエージェントにより管理されるシンジケートのメンバーとなる場合、メンバーのためのエージェントはシンジケート管理エージェントと保険引受復代理契約を結び、メンバーのためのエージェントはシンジケート管理エージェントを復代理人に指名する。このときのネームが間接的ネームである。3 当事者間の複合取引の場面で登場するネームである。

(4) 合意の書式

1987年1月1日より前には、法定の保険引受代理合意または保険引受復代理合意の書式というようなものはなかったが、標準的な条項群が共通に使用され、合意の書式も同じか、少なくとも似たものが使われていた。これが下記 *Merrit* 訴訟で問題となる合意である。

ロイズ法 (*Lloyd's Act 1982*) により、付則第1号書式 (*byelaw No. 1 of 1985 forms*) が定められ、1987年1月1日から、その使用が義務化された。これが下記 *Feltrim* 訴訟および下記 *Gooda Walker* 訴訟で問題となる合意である。



(5) 訴訟

3つの訴訟が提起された。

(a) Merret 訴訟

シンジケート418/417のメンバーである直接的ネームと間接的ネームが、シンジケート418/417の管理エージェントに対し、勘定締切再保険（reinsurance to close, “R. I. T. C.”）¹⁷、および、特定の保険契約の書面（出訴期限も問題とさ

¹⁷ ラファエル・前掲・65-68, 387頁。

たとえ1984年のネームが1985年にネームを廃業しても、1985年のネームが1984年のネームを再保険に掛け、1984年の会計を締め切るという処理がされた。これに対し、その処理をしたシンジケート管理エージェントに過失があるという主張である（[1995] 2 A.C. 145, 171, 204）。

れた。) ¹⁸につき、過って保険引受業務を行ったとして、訴訟を提起した。

(b) Feltrim 訴訟

間接的ネームが、シンジケート管理エージェントと約40名のメンバーのためのエージェントに対し、1987年から1989年までのロンドン超過損害再保険市場 (London market excess of loss, "L. M. X.") ¹⁹への参加につき、過って保険引受業務を行ったとして、訴訟を提起した。

(c) Gooda Walker 訴訟

直接的ネームと間接的ネームが、メンバーのためのエージェントに対し、シンジケート管理エージェントが保険引受に関連し合理的な注意と技術を尽くさなかったことについて契約責任を負うべきであるとして、訴訟を提起した。

(6) Saville 裁判官、控訴院、上告

Saville 裁判官は、保険引受エージェントのネームに対する法的責任の性質を決定するべく予備的争点審問を開き、ネームの側に賛成する予備的争点判決を下した。控訴院も Saville 裁判官に賛成した。保険引受エージェントの側が上告した。

(a) Merret 上告

シンジケート管理エージェントの直接的または間接的ネームに対する過失不法行為責任または信認義務 (fiduciary duty) に違反した責任の認否が争点となった (下記 Feltrim 上告の第1の争点と同じ)。

(b) Feltrim 上告

第1に、シンジケート管理エージェントの責任の間接的ネームに対する過失不法行為責任または信認義務に違反した責任の認否が争点となった (上記 Merret 上告の争点と同じ)。

第2に、ネームとメンバーのためのエージェントの間の代理合意の解釈が争点となった (下記 Gooda Walker 上告の争点と同じ)。

(c) Gooda Walker 上告

ネームとメンバーのためのエージェントの間の代理合意の解釈が争点となっ

¹⁸ 特定の保険契約を当該の保険料で引き受けるべきではなかったのに引き受けるという処理がされた。これに対し、その処理をしたシンジケート管理エージェントに過失があるという主張であろうか (筆者 (新堂)) ([1995] 2 A.C. 145, 171)。

¹⁹ ラファエル・前掲注15・222-229, 388頁。

た（上記 Feltrim 上告の第 2 の争点と同じ）。

訴訟・上告	合意の書式	原 告	被 告	主要な争点	問 題
Merret	付則書式以前	直接的ネーム 間接的ネーム	シンジケート管理エージェント	過失不法行為責任	責任競合問題 複合取引問題
Feltrim	付則書式	間接的ネーム	シンジケート管理エージェント メンバーのためのエージェント	過失不法行為責任 契約責任	複合取引問題
Gooda-Walker	付則書式	直接的ネーム 間接的ネーム	メンバーのためのエージェント	契約責任	

Goff of Chieveley 卿の多数意見（上告棄却、原告勝訴）を次に見る。²⁰

〈判決〉

(1) シンジケート管理エージェントの直接的または間接的ネームに対する責任
(Merret, Feltrim 上告関連)

(a) 注意義務——過失不法行為責任

① 過失不法行為責任についての *Hedley Byrne* 原則

不法行為の注意義務が本件のシンジケート管理エージェントに課されるために依拠される原則は何か。それは *Hedley Byrne* 原則である。つまり、被告が原告に対して責任の引受をしたこと（assumption of responsibility）、および、そのことについて原告が被告を信頼したことにより、不法行為の注意義務が基礎づけられる²¹。²²

²⁰ Goff 卿の多数意見に、Keith of Kinkel 卿、Mustill 卿、Nolan 卿が賛成した。ほかに Browne-Wilkinson 卿による補足意見がある。

²¹ *Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd* [1964] A.C. 465.

この事件では、銀行の過失表示責任が問題となった。

銀行が自分の顧客の信用情報を無償で提供したが、その良好との信用情報が実は誤りで、この情報を信頼して、その顧客と取引した原告は損失を被った。銀行は、原告が銀行の技術と判断を信頼していたことを知っていたか、知っているべきであったし、現に原告も銀行の技術と判断を信頼していた。

貴族院は、本件のような事例においては、原則として不法行為訴訟が肯定されるが、本件では、提供情報につき免責条項があるために不法行為訴訟は否定

② 契約責任と過失不法行為責任の競合原則

契約法と不法行為法をともに認める法体系においては、責任競合問題が必ず生じ、これを解決する必要に迫られる。おおまかにいえば、2つの解決がある。すなわち、原告は契約による救済だけを求めるべきであるとするものと、原告に選択を委ねても構わないとするものである²³。

責任競合問題は、学問的な重要性のみから議論されているわけではなく、当事者にとっての実際的な必要性からも——とくに出訴期限の問題につき——議論されている²⁴。

① さて、ある学説は、不法行為上と契約上の救済の競合を回避する方便として、次のように主張していた²⁵。すなわち、*Hedley Byrne* 判決を解釈すれば、

される、とした。

各卿は、この判決を基礎づける原則として、被告による責任の引受、原告の信頼、専門家責任等を列挙する。しかし、*Henderson v Merrett* の Goff 卿は、*Hedley Byrne* 判決の原則を被告による責任の引受に一本化するようである。

²² *Hedley 'Negligence—Pure Economic Loss—Goodbye Privity, Hello Contorts'* (1995) C.L.J. 27 (*Henderson v Merrett* 評釈) は、Goff 卿の多数意見を「シンジケート管理エージェントは、すべてのネームに対し、シンジケート管理についての責任を引き受けていた。かくて、*Hedley Byrne* 原則の下で、義務が創設された。」と要約し、そのうえで、Goff 卿は *Hedley Byrne* 原則に対する制限を全く拒絶したと評価する。

つまり、Goff 卿は、*Hedley Byrne* 原則は、情報助言提供事例だけではなく役務履行事例にも適用され、人的物的損害か純粋経済損失かを問わず適用される、とする。また、同卿は、「責任の引受」だけで責任が肯定されると、公正、合理性または正義を検討する必要はなく、公正、合理性または正義を理由に責任は否定されない、とする。また、同卿は、「責任の引受」は曖昧すぎるという論争を拒絶する。さらに、*Hedley Byrne* 原則は、どのような種類の専門家に適用されるかという——Goff 卿の挙げる例は、銀行家 (bankers)、弁護士 (solicitors)、測量士 (surveyors)、鑑定士 (valuers)、会計士 (accountants)、保険ブローカーだけであるが——、同卿は、明白な限界を定めることなく、ただ職の違いで分けるのは時代遅れであるとだけいう。

²³ [1995] 2 A.C. 145, 184.

²⁴ [1995] 2 A.C. 145, 185.

²⁵ 被告側弁護士は、ある学説を採用して (Kaye 'The Liability of Solicitors in

Hedley Byrne 原則は、被告と原告の間に契約関係がない場合だけに適用されるべきである。これは、契約上の救済があれば、契約上の救済を追求せよ、不法行為上の救済は考えるな、ということである。

これに対して、Goff 卿は、次のように述べている。すなわち、*Hedley Byrne* 判決自体から、さらに、*Hedley Byrne* 判決の内的論理 (internal logic) から、これを解釈すれば、*Hedley Byrne* 原則は、契約関係がない場合——被告が原告に対して無償で（約因なく）責任の引受をした場合——だけでなく、契約関係がある場合——被告が原告に対して有償で（約因あり）責任の引受をした場合——にも適用されるべきである。*Hedley Byrne* 原則は、契約関係がない場合だけに適用されるべきである、との解釈には、不法行為法を、契約法を補完するものと見る、すなわち、契約がない事例にだけ不法行為責任を提供するものと見る、という考え方が必然的に伴う。しかし、不法行為法は一般法であり²⁶、しかも、当事者が望めば当事者はこれを契約で排除できる²⁷。さらに、不法行為のコンテキストで現れる責任の引受と同じものが、契約のコンテキストでも、（可能性として）現れうるし、（現実にも）現れている。したがって、*Hedley Byrne* 原則は、契約関係がある場合にも適用されるべきである。

⑥ また、ある判決は、契約上と不法行為上の救済の競合を回避する方便として、次のように判示していた²⁸。すなわち、過失法の下で既に存在する義務と、内容も同一で、効力も競合する、契約上の義務を、ソリシタ（弁護士）に課す旨の明示の契約条項が存在しなければ、同旨の黙示の契約条項を挿入する正当性も必要性もない。これは、不法行為上の救済があれば、不法行為上の救済を追求せよ、契約上の救済は考えるな、ということである。

Tort' (1984) 100 L.Q.R. 680)、ある判事 (Oliver J. in *Midland Bank Trust Co Ltd v Hett, Stubbs & Kemp* [1979] Ch. 384) を批判した。これに対して、Goff 卿は、その判事に全面的に賛成している。

²⁶ つまり、不法行為法は、契約がない事例（特別な事例）にだけ適用される特別法ではなく、契約がない事例にも契約がある事例にも（全事例に）適用される一般法である、ということか（筆者（新堂））。

²⁷ つまり、不法行為法が契約がある事例にも適用されることを前提としても、当事者が後で不法行為法を契約で排除できるのだから、問題なし、ということか（筆者（新堂））。

²⁸ Deane J. in *Hawkins v Clayton* (1988) 164 C.L.R. 539 in Australia.

これに対して、Goff 卿は、次のように述べている。すなわち、この国では、法によって、役務のための契約は、役務の履行において合理的な注意を払う黙示の約束を必ず含む。かつての裁判官は契約が合理的な注意を払う黙示の約束というものを含むことを否定しえなかったために、競合責任の分野が広がった。現在のコモン・ローは責任競合に対し嫌悪感を抱いておらず、また、一方の責任に制限する健全な根拠もない。その結果は整理されていないものとなるかもしれない。しかし、不法行為上の義務は一般法により課され、契約上の義務は当事者の意思に依る中で、原告が彼に最も有利な救済を選択する権利を有するというに、異論の余地はない。ただし、当事者が不法行為上の救済は制限ないし排除される旨の合意を交わしたものと解されるほどに、不法行為上の義務が当該契約と矛盾しているのであれば、不法行為上の救済は制限ないし排除される²⁹。

㉔ まとめて、Goff 卿は、次のように述べている。

「本件においての責任は、まさに *Hedley Byrne* 原則そのものによって基礎づけることができ、そして、私 [Lord Goff] の考えによれば、基礎づけるべきである、その原則から、[被告の] 責任の引受が、[原告の] 信頼とともに、当事者の間に契約関係があるかどうかとは無関係に、不法行為の注意義務を生じさせる、という結果が導出される、したがって、彼 [原告] が契約でそうすること [彼にとって最も有利に見える救済を選択すること] を排除していないかぎり、契約上および不法行為上の競合する救済の両方を利用可能な原告は、彼にとって最も有利に見える救済を選択することができる³⁰。」

③ ①②原則の本件への適用

まず、同卿は、シンジケート管理エージェントは、直接的ネームに対しても、間接的ネームに対しても、*Hedley Byrne* 原則に基づいて、明白に不法行為における注意義務を負う旨を再度確認する。

㉕ そして、直接的ネームに関しては、次のように述べている。すなわち、

²⁹ [1995] 2 A.C. 145, 193-194.

³⁰ [1995] 2 A.C. 145, 194.

契約——付則書式以前の代理合意条項³¹——に基づく、シンジケート管理エージェントの直接的ネームに対する注意義務は、不法行為における（責任の引受に基づく）、シンジケート管理エージェントの直接的ネームに対する注意義務と、全く違いがない。そして、上に述べたとおり、契約は不法行為上の義務を排除するべく作用せず、ネームには、エージェントに対して求める救済を選択する余地が残されている。

⑥ さらに、間接的ネームに関しては、次のように述べている。すなわち、契約——付則書式以前の復代理合意と付則書式による復代理合意に共通³²——に基づく、シンジケート管理エージェントのメンバーのためのエージェントに対する注意義務と、不法行為における（責任の引受に基づく）、シンジケート管理エージェントの間接的ネームに対する注意義務は、実質的な違いがない。そして、ある者が、ある1個の行為に関し、1人以上の人に対し責任を引き受けるべきではないと解するべきではない。つまり、シンジケート管理エージェントが、保険引受業務に関し、メンバーのためのエージェントに対し契約において責任の引受をし、さらに、間接的ネームに対し不法行為において責任の引受ができないと解するべきではない。つまり、このように別々のルートで発生した注意義務は競合しうるのである^{33 34 35}。

³¹ シンジケート管理エージェントの直接的ネームに対する過失不法行為責任は、Merret（付則書式以前）でしか問題となっていない。

³² シンジケート管理エージェントの間接的ネームに対する過失不法行為責任は、Merret（付則書式以前）とFeltrim（付則書式）の両方で問題となっている。

³³ シンジケート管理エージェントの側は、次のような主張を述べていた。すなわち、間接的ネームとシンジケート管理エージェントは、契約の連鎖の始点と終点の関係にある当事者どうしであり、彼らは、後者が前者に対し不法行為の注意義務を直に負うことがないように、契約の連鎖という方法により、彼らの関係を仕組んだのだと解釈されなければならない。

以上の主張は、Goff 卿によれば、次のような理由に基づいている。すなわち、シンジケート管理エージェントは、間接的ネームの同意の下に、復代理合意の中で、メンバーのためのエージェントに対して保険引受業務に関する責任を引き受けたのであるから、シンジケート管理エージェントが、間接的ネームに対して同じ保険引受業務に関する責任も引き受けたとするのは矛盾である。

Goff 卿は、これに対し、上記のように判示している（本文を見よ）（[1995] 2 A.C. 145, 195-196）。

(b) 信認義務

過失不法行為責任が肯定されるために、信認義務についての問題を検討する必要はない。³⁶

³⁴ Goff 卿は、本件とは異なり、注文者と請負人の間の建物建築請負契約と元請負人と下請負人の間の建物建築下請負契約が連鎖する場合には、通常、下請負人は注文者に対して建物の品質に関する責任を引き受けていないために、後者が前者に対し過失不法行為責任を追及することはできないとしている（[1995] 2 A.C. 145, 195-196）。

³⁵ Goff 卿は、当事者が契約の連鎖の部分である場合には、それらの契約が当事者の責任のすべてを決めるという議論に対し、本件ではその議論を否定したが（前掲注33参照）、建物建築請負事例（前掲注34参照）ではその議論を肯定した。しかし、その理由は不分明であり、さらに、それらの契約が当事者の責任のすべてを決めたか否かをどのように判断するのであろうか（Hedley, *supra* note 22, at 28-29）。

³⁶ Goff 卿の多数意見とは異なり、Browne 卿の補足意見は、過失不法行為責任を根拠とする請求と信認義務違反を根拠とする請求の関係についても言及している。それはこうである。

① ネームの側は注意義務と信認義務の違反に基づく請求を選択的（並立的）なものとしたが、それは思い違いである。過失ある取引についての受託者の責任は、別の見出しの責任なのではなく、他人のために行為するまたは他人に対し助言することを引き受ける者に対して、法により課される、注意をもって行為すべき一般義務の一範例なのである。ローとエクイティの準則の歴史的な発展によれば、異なって現れる義務には異なったラベルを貼ってきたが、真実には、受寄者 (bailees)、運送人 (carriers)、受託者 (trustees)、取締役 (directors)、代理人 (agents)、その他に課される注意義務は、同じ義務なのである。その義務は、被告が行為する状況から生じるもので、被告の身分 (status)、種類 (description)、職業 (trade) または地位 (position) から生じるものではない。

これはつまり、過失不法行為責任（注意義務の違反による責任）の下に、信認義務の違反による責任があり、前者のサブカテゴリーとして後者がある、ということである。

② すべての受託者がすべての状況において同じ義務を負うわけではない。たしかにすべての受託者は彼の地位から利益を得ない義務を負うが、たとえば受託者は代理人と同じ義務を負うわけではない。特定の事例における受託者の義務の範囲と性質は、当事者間の契約関係を参照して決定される。一方で、契約の存在が（同時に存在し競合する）受託者の義務を排除することはない。他

(2) メンバーのためのエージェントのネームに対する責任

(Feltrim, Gooda Walker 上告関連)

代理合意——付則書式の代理合意——の解釈によれば、メンバーのためのエージェントは、ネームのために保険引受業務を合理的な注意と技術を尽くして行うことを合意している。直接的ネームの場合は当然、間接的ネームの場合も、すなわち、メンバーのためのエージェントがシンジケート管理エージェントに保険引受業務を委任した場合でも、そうである。

これはつまり、間接的ネームの場合で、シンジケート管理エージェントがネームに対して保険引受業務につき過失不法行為責任を負うときでも、メンバーのためのエージェントはネームに対して保険引受業務につき契約違反責任を負うということである。保険引受業務におけるシンジケート管理エージェントの過失についても、メンバーのためのエージェントは帰責されるのである。たとえば選任監督責任しか帰責されないということではない。

(3) 勘定締切再保険 (Merret 関連) (省略³⁷)

方で、契約は一般義務の範囲と性質を変えられる——さもないければ（契約が一般義務の範囲と性質を変えなければ）、一般義務が課される——。

③ Browne 卿は、最後に、契約責任と不法行為責任の競合という Goff 卿の考え方に賛成する。

Heydon 'The Negligent Fiduciary' (1995) 111 L.Q.R. 1 (*Henderson v Merret* 評釈) は、Browne 卿の結論には矛盾があるとする。つまり、Browne 卿によれば、不法行為上の請求は契約上の請求と競合可能であり（上記③参照）、エクイティ上の請求は契約上の請求と競合可能であり（上記②参照）、部分的に契約上の請求により範囲と性質が決定される。しかし、Browne 卿によれば、被告が原告に対し責任を引き受けていた場合、被告が原告に対し過失により経済損失を被らせたことに基づくエクイティ上の請求と過失不法行為責任に基づく請求は競合不能である（上記①参照）。Heydon は、これは奇妙である、とする。

しかし、上記①判示が、エクイティ上の請求と不法行為上の請求は競合不能であるとまで断言しているのであろうか。

³⁷ たとえ1984年のネームが1985年にネームを廃業しても、1985年のネームが1984年のネームを再保険に掛け、1984年の会計を締め切る場合（前掲注17）、1985年のネームは、1985年付則書式（1987年1月1日より施行）に従うかぎり、新たな保険引受業務を行うことができるとした（[1995] 2 A.C. 145, 204）。

〈まとめ〉

(1) 一方で、過失不法行為責任は、法によって、契約とは関係なく、課される。その法とは、*Hedley Byrne*（責任の引受）原則のことである³⁸。

他方で、契約責任は、契約によって、課される。さらに敷衍すれば、役務の履行において合理的な注意を払う義務（役務提供契約責任）は、黙示の契約によって、課される³⁹。

(2) 本判決は、このようにして別々に発生した過失不法行為責任と契約責任が競合するとの原則を認め、原告に救済の選択権を認めた。ただし、無制限の選択権を肯定するのではなく、当該契約の当事者が不法行為による救済の制限または排除を合意したとみなされるほどに、不法行為による義務が当該契約と矛盾する場合には、不法行為による救済を選択する余地はないとした⁴⁰。

つまり、本判決は、本文で責任競合原則を採用し、ただし書で責任非競合の例外を、しかも契約が過失不法行為責任に優先するとの例外を肯定した。契約といっても、明示の条項の解釈から、黙示の条項の補充的解釈まで、いかようにも解釈できるために、原則に対して、どこまで例外が認められるかは、わからないことになった。

(3) *Merret* 上告のうち、直接的ネームが、シンジケート管理エージェントに対して、契約責任を追及できるのは当然であろうが、さらに、過失不法行為責任を追及できるか。本判決はこれを肯定した。これは、契約関係にある者の間の責任競合に関する問題である⁴¹。

Merret 上告のうち、間接的ネームが、シンジケート管理エージェントに対して、契約責任を順次追及するのではなく、過失不法行為責任を直接追及できるか。*Feltrim* 上告のうち、間接的ネームが、シンジケート管理エージェントに対して、契約責任を順次追及するのではなく、過失不法行為責任を直接追及できるか。本判決はこれらを肯定した。これらは、契約関係にない者の間の複合取引（契約連鎖）に関する問題である⁴²。

³⁸ 上記〈判決〉(1)(a)(2)(a)参照。

³⁹ 上記〈判決〉(1)(a)(2)(b)参照。

⁴⁰ 上記〈判決〉(1)(a)(2)(c)参照。

⁴¹ 上記〈判決〉(1)(a)(3)(a)参照。

⁴² 上記〈判決〉(1)(a)(3)(b)参照。

Ⅱ．契約と不法行為の違い

A．総論：契約責任と不法行為責任の違いが、 開いて（19世紀半ば～）、縮んだ（20世紀半ば～）。⁴³

(1) 17世紀末頃までには、裁判所は、契約訴訟 (action in contract)⁴⁴と不法行為訴訟 (action in tort)⁴⁵を区別するようになった。各訴訟の手續に違いがあったからである。

しかし、Common Law Procedure Act 1852により、各訴訟の手續の違いの多くが廃止されて以来、手續の違い（訴訟方式 (form of action)）よりもむしろ、実体 (substance) を基礎に区別されるようになった。19世紀半ばには、体系化された教科書も続々と出版され、それにより、各訴訟の手續の違いが払拭されただけでなく、契約上の債務の性質論においては意思理論 (will theory) が受容された。

かくて、契約責任と不法行為責任は、次の点で区別されるようになった。

(a) 契約上の義務の内容は、契約当事者自身により決定されるが、不法行為上の義務の内容は、主に法により決定される。

(b) 契約においては、その義務は特定の人に対して負うものであるが、不法行為においては、その義務は人一般に対して負うものである。

(c) 不法行為とは、原告の地位を悪くするものであるが、契約違反とは、原告の地位を良くし損ねるものである。

(2) しかし、法の発展に従い、現代では、上記の区別が不鮮明になってきた。

上記(1)(a)に関し、一方で、現代的契約における付随義務 (incident) の多くが、当事者によって決定されるのではなく、裁判所や立法府によって規制されるようになってきた。他方で、任意性 (voluntariness) が不法行為責任の成立と関連性があるとされることがある。すなわち、被告の同意が被告に不法行為責任を課す場合、逆に、原告の同意が被告の不法行為責任を免除する場合がある。

⁴³ Chitty on Contracts, 30th edn (2008), paras 1-118-1-120.

⁴⁴ これには *assumpsit*, *covenant*, *account* があった。

⁴⁵ これには *trespass*, *trover*, *nuisance* があった。

被告の同意が被告に責任を課す場合には、たとえば、被告が作為義務を任意に引き受けていたかぎりでは被告の不作为に対し被告に過失不法行為責任を課す、あるいは、*Hedley Byrne* により確立された原則の下で被告に過失不法行為責任を課す場合がある。原告の同意が被告の責任を免除する場合には、たとえば、医療処置への同意やスポーツにおける怪我のリスクへの同意がある。

上記(1)(c)に関し、一方で、契約は期待利益を保護し、不法行為法は保護しないとする学説に対し、通常は不法行為により保護される利益に類似の信頼利益は契約によっても保護されるとする学説もある。他方で、不法行為における損害賠償によっても、被害者の挫折した期待が填補されることがある。その1つの例としては、収入を稼ぎ得たであろうとの期待利益（逸失利益）がある⁴⁶。これは、過失不法行為責任によって賠償されるものである。もう1つの例としては、契約でしか救済されず、過失不法行為責任によっては原則として救済されないと言われてきた純粋経済損失がある。これが、過失不法行為責任によって賠償される事例も近時出現するようになった。すなわち、過失ある役務提供の事例に対し、*Hedley Byrne* 「責任の引受」原則を適用して責任を肯定するものである⁴⁷。

B. 各論：契約制度と不法行為制度における要件効果の違い

(1) 未成年者の能力 (Capacity of minors)⁴⁸

(a) 未成年者は、原則として不法行為責任を負う。他方、契約を取り消すことができるので、制限された範囲でしか契約責任を負わない。しかし、だからといって、未成年者の相手方契約者が不法行為に訴え、契約を取り消すのと同じことになるように求めることはできない。未成年者にとって好ましくない契約から未成年者を守るというコモン・ローの政策を覆すことになるからである。

⁴⁶ ただし、契約によって作り出された特定の期待ではなく、一般的な期待であるという点で違う。

⁴⁷ *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* [1995] 2 A.C. 145が、そのような事例として参照されている。

⁴⁸ *Chitty on Contracts*, 30th edn (2008), para. 1-162.

(b) しかし、それができるときがある。判例は、未成年者の不法行為が契約とは全く別に行われたと考えられるときにかぎり、それができるとする。たとえば、未成年者が「歩くのにだけ向いている」雌馬を借りる際、撥ねるのには向いていないと警告されていた。未成年者が雌馬を友人に貸し出したところ、友人が乗馬中に雌馬を撥ねさせて殺してしまった。裁判所は、未成年者の侵害不法行為 (trespass) が契約とは全く別に行われたと考えられるから、未成年者は雌馬の貸主に対し不法行為責任を負うとした⁴⁹。しかし、この例では、未成年者は契約により明らかに禁じられた行為が行われるのを許してしまったのであるから、不法行為が契約とは無関係に行われたとは言えまい。むしろ、裁判所は、契約能力準則の政策的理由と不法行為責任による制裁への要請を比べ、前者よりも後者のほうが重いと考えて、契約能力準則が未成年者に与える保護を制限することにしたと考えたほうがよい。

(2) 損害賠償 (damages)⁵⁰

(a) 一方で、契約違反に基づく損害賠償の機能は、できるかぎり被害者を契約が履行されたならば置かれたであろう地位に置いてあげることである。他方で、不法行為に基づく損害賠償の機能は、できるかぎり被害者を不法行為がなかったなら置かれたであろう地位に置いてあげることである。⁵¹

(b) しかし、契約と不法行為の責任競合の事例においては、多数の事例で、

⁴⁹ *Burnard v Haggis* (1863) 32 L.J.N.S. 189, 191.

⁵⁰ *Chitty on Contracts*, 30th edn (2008), paras 1-122, 1-163-1-164, 26-059.

⁵¹ その他の違いは、次のとおり。

① 名目的損害賠償 (nominal damages) については、契約では常に認められるが、不法行為では名誉毀損のときだけ認められる。

② 懲罰的損害賠償 (punitive or exemplary damages) については、契約では認められないが、不法行為では認められる。

③ 原告自身の物理的損害により原告自身が精神的損害を被った場合ではなく、原告が精神的損害だけを被った場合に (damages for injured feelings or mental distress not consequential on the claimant's own physical injury)、その賠償については、契約でも認められないが、不法行為でも認められない。

④ 名誉毀損による損害賠償 (damages for loss of reputation) については、契約では認められないが、不法行為では認められる (*Chitty on Contracts*, 30th edn (2008), para. 1-123)。

裁判所は、単に請求方法の違いだけにより、より多くの損害賠償が取れてしまうのを防ぐようにしている。以下、下級審裁判例を2つ紹介しておく。

① 原告が購入する予定の土地には制限がかかっており——庭の使用方法および家に付属する建物の建築についての制限約款が付いており——、原告にはその制限を反映した価格が提示された。しかし、原告のソリシタ（弁護士）は、その土地には制限はかかっていない旨を過って述べてしまい、原告は、この助言を信頼して、その土地を上記提示価格で購入した。そこで、原告はソリシタに対し、制限ありの土地の価値と、制限なしの土地の市場価値の差の分を損害として賠償請求した。裁判所は、原告の請求を棄却した。裁判官は、制限ありの土地の市場価値と、現実を支払われた価格の差の分を損害として計算すべきであり、原告は、その土地を、それと同じ価値の価格を支払って取得したのであるから、何ら損害を被っていない、とした。そして、次のように述べている。すなわち、原告主張の算定方法によれば、原告は、ソリシタが義務を適切に履行していたとすれば、原告が与えられる地位より、よりよい地位を与えられることになる。それはつまり、原告は、自分が払った価格と同じ価値の土地を取得するだけでなく、あたかもソリシタが土地には制限がないという見方が正しいこと（制限なしの土地）を保証したのと同じものを取得することになる。それゆえ、そのような算定方法は基本原則とは異なる⁵²。⁵³

⁵² *Ford v White & Co* [1964] 1 W.L.R. 885.

過失不法行為責任は問題なく肯定されたが、損害賠償の算定方法が争点とされた。

⁵³ 同様の見方は、貴族院によっても採られている。

Swingcastle Ltd v Alistair Gibson [1991] 2 A.C. 223.

過失不法行為責任は肯定されたが、損害賠償の算定方法が争点とされた。

貸主（原告）が担保物評価者（被告）に対し借主所有の担保物件を評価させた。しかし、評価者は担保物を18,000ポンドと過って高く評価した。この評価を信頼して、原告は借主に対し10,000ポンドを貸し、物件を担保に入れた。なお、利息は年36.51パーセントと、遅延利息は年45.619パーセントと約定された。借主は返済を遅滞した。そこで、原告は担保物件の取得手続を開始し、原告はそれを第三者に12,000ポンドで売却した。そこで、原告は、被告に対し、損害賠償請求訴訟を提起した。貴族院は、担保物件の売却価格から売却費用を差し引いた額と、原告が被告の評価を信頼して貸し付けた額の、差の分の賠償を認めたが、約定利息と約定遅延利息の賠償は認めず、10,000ポンドを奪われたた

② 精管切除術を受けた原告が、後に妻が妊娠したとして、施術した外科医を訴え、妊娠発見に伴う精神的苦痛、出産費および扶養料（18才まで）の賠償を求めた。多数意見は、外科医は手術の効果の情報を提供するについて合理的な注意を払う義務を負うだけであり、本義務を導くために契約上と過失不法行為上の請求を区別する必要はないとした。少数意見は多数意見の契約の解釈に反対し、外科医は原告に対し手術の成功を契約で保証したと解釈すべきであるとした⁵⁴。

以上の下級審裁判例が扱う問題は、契約をどのように解釈するかという問題である。つまり、合理的な注意を払う義務しかないと解すれば、契約違反による損害賠償とはいえ、不法行為による損害賠償との違いはなくなるが、特定の結果の実現の保証があったと解すれば、契約違反による損害賠償は、不法行為による損害賠償と比べて高くなる、ということである。

(3) 損害の範囲 (remoteness of damage)⁵⁵

(a) 契約においては、契約時に、どのような種類の損失が当事者の合理的な予想 (contemplation) の範囲内にあったかが問われる。不法行為においては、不法行為時に、どのような種類の損害が合理的に予見可能 (foreseeable) であったかが問われる。そして、契約においての、どのような種類の損失が当事者の合理的な予想の範囲内にあったかというテストは、その特定の種類の損失が生じる蓋然性 (probability) の程度に依存する。そして、不法行為においての、どのような種類の損害が合理的に予見可能であったかのテストは、その特定の種類の損害が生じる蓋然性 (probability) の程度に依存する。

この違いは、実のある違いではないとされることもあるが、実のある違いであるとされることもある。後者の立場にあるとされる判例や学説は、契約事例で要求される、特定の種類の損失が発生する蓋然性の程度は、不法行為事例で

めに（貸したために）使えなかった期間の適切な率の利息（裁判所が定める）の賠償を認めた。すなわち、原告は、約定利息と約定遅延利息の賠償を請求したのに対し、被告は、これを認めれば、原告をして被告が借主の完全な履行を保証したと同等の地位に置くことになり、被告の過失についての賠償としては適切でないとする抗弁を提出していたが、貴族院は、抗弁を容れ、請求を棄却した。

⁵⁴ *Thake v Maurice* [1986] 1 Q.B. 644.

⁵⁵ *Chitty on Contracts*, 30th edn (2008), para. 1-165.

要求される、特定の種類の損害の発生する蓋然性の程度よりも、低いものと考えている⁵⁶。

その理由（の1つ）は、契約においての損害の範囲に係る原則は、当事者をして、契約違反から生じる通常でない損失（特別損失）についての情報の交換を促進することを目的とするからである、というものである。他方、不法行為においての損害の範囲に係る原則は、生じる蓋然性が低すぎる出来事についての責任から被告を保護することを目的とするものである。すなわち、不法行為においては、被告は、生じる蓋然性の低い害についても、合理人なら無視してもよいほどのものでないかぎり、合理的に予見可能な種類の損害とされ、賠償の対象となる。他方、契約においては、一方の当事者（原告）は他方の当事者（被告）に対し、生じる蓋然性の低い損失については知らせようとする。知らせておけば、被告は、生じる蓋然性の低い損失についても知っているから（合理的な予想の範囲内であるから）、これを賠償する責任を負う。知らせておかなければ、被告は、生じる蓋然性の低い損失については知らないから（合理的な予想の範囲外であるから）、これを賠償する責任を負わない。被告に知らせておかなかった原告が悪いのである。

(b) しかし、責任の競合する事例を前に、裁判所は、原告が、損害の範囲が狭く、その額が安くなる契約による請求ではなく、損害の範囲が広く、その額が高くなる不法行為による請求を選択してくるのを望ましいとは考えていない。かくて、控訴審裁判例の中には、責任競合事例で、契約と不法行為とで、その損害の範囲のテストを統合（assimilate）したものがある⁵⁷。

(4) 寄与過失（Contributory negligence）⁵⁸

(a) 裁判所は、契約違反請求に対して、寄与過失を根拠に損害賠償を減額できないが、過失不法行為請求に対して、寄与過失を根拠に損害賠償を減額できる。

(b) しかし、控訴審裁判例の中には、原則は上記のとおりであるが、契約上の合理的な注意を払う債務の不履行（「契約上の過失」）に基づく請求が、不

⁵⁶ *Koufos v C. Czarnikow Ltd (The Heron II)* [1969] 1 A.C. 350.

⁵⁷ *H. Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co Ltd* [1978] Q.B. 791.

⁵⁸ *Chitty on Contracts*, 30th edn (2008), para. 1-166.

法行為上の注意義務の違反（過失）に基づく責任と競合するかぎりでは、寄与過失の規定を前者の請求に適用できるとしたものがある⁵⁹。

(5) 出訴期限 (Limitation of action)⁶⁰

(a) Limitation Act 1980は、単純契約または不法行為に基づく訴訟に6年の出訴期限を付与し、その出訴期限は訴訟原因の生じた時から始まると定めている⁶¹。契約においては、訴訟原因は、契約違反の起きた時に生じ、損害が生じた時または損害が見つかった時ではない。他方、過失不法行為においては、訴訟原因は、損害が生じた時に生じ、行為時ではない。

(b) しかし、裁判所が、純粋経済損失の賠償につき各請求の競合を認める事例で、出訴期限開始時＝訴訟原因発生時に関し、契約違反と同時に損害を受けたものであると解することによって（不法行為準則の目的論的解釈）、各準則を統合（assimilate）しようとしていることがある⁶²。

おわりに

(1) イギリスの判例においては、過失不法行為責任が契約と矛盾しない限度で、両者の競合が認められている。学説によれば、ロジックの力というよりはむしろ、プラグマティズムの力により、それが認められている。つまり、契約法に付随する原告にとっての不利益——損害の範囲や出訴期限の準則——を回避するべく過失不法行為責任の競合が肯定されるのである。そのような不利益

⁵⁹ *Forsikringsaktieselskapet Vesta v Butcher* [1989] A.C. 852, 858.

⁶⁰ *Chitty on Contracts*, 30th edn (2008), paras 1-124, 1-167.

⁶¹ Limitation Act 1980, ss. 2, 5.

⁶² しかし、裁判所の方向性と制定法の方方向性が逆の例もある。つまり、Latent Damage Act 1986は、隠れた瑕疵に関する過失不法行為訴訟は、人身被害を除き、たとえ訴訟原因が生じた時（＝瑕疵が生じた時）から6年が経過していても、瑕疵が見つかった時から3年は提起できるとした（Latent Damage Act 1980, s. 14A）。つまり、たとえ請求が競合する場合であっても、契約による請求と過失不法行為請求を区別し、本規定は、過失不法行為訴訟に対しては適用されるが、契約上の合理的な注意を払う債務の不履行による訴訟に対しては適用されない、ということである。

を除去するために、契約法を改革し、過失不法行為訴訟に依る誘因を消し去るのが本筋なのだが、それには立法が必要である。そこで、プラグマティックな解決策として、そのような不利益を回避するために、中身は契約請求であるが、外見は過失不法行為請求というものが肯定されるのである⁶³。

(2) 日本法では、とくに消滅時効につき、契約責任のほうが不法行為責任よりも有利であるから、契約責任も認めるべし、という形で問題を論じる。しかし、イギリスの出訴期限については、契約責任よりも不法行為責任のほうが有利であるから、不法行為責任も認めるべし、という形で問題が現れる。

(3) 明示の免責条項(責任制限条項も含む。以下同様。)が存在する場合には、それに従うので全く問題はない。免責条項が不当なものならば、Unfair Contract Terms Act 1977によって無効にすればよく、過失不法行為責任によって免責条項を回避させる必要はない。

免責条項を無効取消法制度によって規制する方法とともに、免責条項を過失不法行為法制度によって回避する方法もありうるが、イギリス法は前者に一本化するということであろう。免責条項を過失不法行為法制度によって回避する方法を選ぶと直ちに、過失不法行為法制度により契約を無視しても保護したい利益とは何かという難問に突き当たることになる。すなわち、一方の極として、人的損害賠償免責条項は当然否定され、他方の極として、純粹経済損失賠償責任制限条項は肯定されるであろう。しかし、そのあいだには、人的損害賠償責任制限条項はどうか、物的損害賠償免責条項はどうか、物的損害賠償責任制限条項はどうか、純粹経済損失賠償免責条項はどうか、といった難問が横たわっている。

(4) 黙示の免責条項が契約の解釈として契約に補充されるかという問題もまた難問である。最も狭く考えて、明示の条項がなければ、黙示の条項もないとすることもできる。最も広く考えて、契約の存在自体が過失不法行為責任の排除を黙示に意味するとして、責任の競合を否定することもできる。したがって、

⁶³ Burrows 'Solving the Problem of Concurrent Liability' (1995) 48 C.L.P. 103, 122-123.

Henderson v Merret 判決により責任競合問題が最終的に解決したわけではない。

後者の契約の存在自体が過失不法行為責任の排除を黙示に意味するとする考え方は行き過ぎで、当事者の意思自治を尊重しているというよりはむしろ蝕んでいる。単に契約が存在するというだけでは足りず、それ以上に、当事者が過失不法行為責任の排除を予定していた (*intend to exclude*) ということが必要である⁶⁴。

(5) *Henderson v Merret* 事件は、任意代理の対内的な責任関係を問題としたものである。日本法においては、代理法および契約法が不法行為法に優先して適用されるのか、それとも、請求権競合を認めるのか。判例の検討を今後の課題としたい。

(6) 責任競合の前提問題として、契約関係にある当事者間で契約責任が認められるのはもちろんであるが、そもそも過失不法行為責任は認められるのか、すなわち、そもそも注意義務（違反による責任）は認められるのか、ということを検討する必要がある。

イギリスの判例においては、その認否の基準として、被告による責任の引受という原則が確立している。しかし、これは曖昧な概念であり、原告の信頼、被告の専門家としての地位などとの関連も不明確である。

一方で、表示 (*statements*) が問題となる場合——*Hedley Byrne* 事件——、被告が原告に対し過った助言または情報を提供したことにより、かつ、原告が被告の過った助言または情報を信頼したことにより、被告は原告に対し（経済的）損失を与えたことになる。このとき、契約責任と過失不法行為責任の内容はオーバーラップしない⁶⁵。すなわち、過失表示の損害賠償は、原告の信頼利益の賠償であり、原告の期待利益の賠償ではない。

他方で、役務の履行 (*performance of services*) が問題となる場合——上記 *Tai Hing Cotton Mill Ltd v Liu Chong Hing Bank Ltd* および *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* 事件——、被告は原告に対し過って役務を履行したことにより、

⁶⁴ *Ibid* at 111, 118.

⁶⁵ 「経済的」損失について過失不法行為責任を認めてもよいのか、という別の問題が残されているが。

(経済的)利益を与え損ねたことになる。このとき、契約責任と過失不法行為責任の内容はオーバーラップするものとなってしまう。すなわち、過失役務履行の損害賠償は、原告の期待利益を保護するものとなってしまう⁶⁶。

役務履行契約の過失による違反の場合のすべてが過失不法行為責任の対象となるわけではない。たとえば、専門家の過失により役務の提供が遅滞した場合や、専門家の過失により提供された役務に瑕疵があった場合に、責任の引受により過失不法行為訴訟が成立する。それでは、請負人の過失により仕事の完成が遅滞した場合や、自動車整備工の過失により自動車の整備が不完全であった場合も、責任の引受により過失不法行為訴訟が成立するのであろうか。さらには、売主が買主に対し、過失により物を引き渡さなかった場合も、過失により物を遅れて引き渡した場合も、過失により瑕疵のある物を引き渡した場合も、買主は売主に対し、過失不法行為訴訟を提起できるのであろうか。ここまでできるとすれば、契約責任と過失不法行為責任の内容は完全にオーバーラップするものとなってしまう。ここまでできるとは誰も言うまい。それでは、どこで線を引くのか。ここでは、合理的な注意を払う債務と厳格債務 (strict obligation) の分類が重要となる⁶⁷。

どの事例まで過失不法行為責任を認めるか。表示が問題となる場合だけか。役務の履行が問題となる場合もか。責任の引受の有無だけで認否が決まるのか。被告による責任の引受や原告の信頼とともに、被告の専門家あるいは受認者としての地位も重視されるべきではないのか⁶⁸。

⁶⁶ Burrows, *supra* note 63, at 119-120.

⁶⁷ *Ibid* at 122-123. そのほか、*Hedley Byrne* 判決の射程——*Hedley Byrne* 判決が architects, surveyors, valuers, builders, local authorities にも及ぶか——という観点から論じたものに、McKendrick, 'Pirelli re-examined' (1991) 11 L.S. 326, 327-332がある。

⁶⁸ 筆者（新堂）が従来から取り組む、過失不法行為責任に基づいて純粋経済損失の賠償を認めるか、という問題との関連につき若干補足しておく。

純粋経済損失が問題となる類型には、主に、次の4つがある。

- (a) 間接損失（間接損害、企業損害）。
- (b) 製造物責任（製造物責任法3条ただし書）、建築物責任（最判平成19年7月6日61巻5号1769頁）。
- (c) 過失役務提供（*Henderson v Merrett* 判決）。
- (d) 過失不実表示（*Hedley Byrne* 判決）。

〔後記〕

本研究は、日本学術振興会・科学研究費補助金『複合取引の法規制』による研究成果の一部である。

イギリス法は、(a)類型については、水門理論により、過失不法行為責任を否定、(b)類型については、契約責任が追及可能（または制定法がある）ということで、過失不法行為責任を否定、(d)類型については、水門理論により、過失不法行為責任を制限する必要はあるが、契約責任が追及不能ということで、過失不法行為責任を肯定する。

また、本文で述べたとおり、(b)(c)類型については、被告は原告に経済的利益を与え損ねたと言えるのに対し、(d)類型については、被告は原告に経済的損失を与えたと言える。すなわち、(b)(c)類型は、原告と被告または第三者の間で、有効な契約が成立し、その契約違反があったと評価することができるのに対し、(d)類型は、原告と被告または第三者の間で、契約が取り消され、無効とされうると評価することができる。

イギリス法は、(c)類型につき賠償を肯定するが、これをどのように評価するかが一番の問題である。一方で、(b)類型に引きつけて考え、契約責任が追及可能だから、過失不法行為責任を肯定する必要はないとすることができそうである。他方で、(d)類型に引きつけて考え、被告による責任の引受があるために、過失不法行為責任を肯定するというのが、本文で見たとおり、現在のイギリスの判例である。ここでは、(b)と(c)のどこで線を引くべきか、という検討が必要である。私見としては、本文でも述べたように、被告が専門家であること、そして、被告が引き受けた責任が厳格な債務ではなく、合理的な注意を払う義務であることなどが線引きの基準であるにとりあえずは考えている。

米国住宅ローン証券化商品（RMBS）と シンセティック CDO について

—— 米国サブプライムローン問題における複合商品の構造 ——

北 見 良 嗣

1. はじめに

周知のとおり、米国のサブプライムローン¹問題に端を発した世界不況は、規模的にみて1930年代の世界同時大不況に匹敵するとも言われ、各国とも、その対策として財政面からの景気刺激策や本格的な金融システム安定化策を実施するなど、政策面で打てる手は総動員するに至っている。

この問題については、2006年頃から米住宅市場が調整局面入りしたとの報道がなされていたが、具体的には、2007年2月にサブプライムローンの焦げ付きが原因で幾つかの米住宅金融会社が破綻したのが契機となった。当初は、この問題は米国国内の住宅ローン問題²とされていたが、同年半頃からその影響

¹ サブプライムローンとは、信用度の低い借入人に対し供与される民間住宅ローンで、その商品設計は、政府支援機関（GSE）が提供するエージェンシー物（固定・元利均等払い）と比べて、金利面で大幅に債務者利便を図るものとして組まれていたとのことである（詳細は、拙稿「サブプライムローン等の破綻とクレジットクランチ～アメリカミッションの最新情報」季刊サービサー15号29頁参照）。

² 米国における住宅ローン残高は約10.5兆ドル（約1,030兆円）と言われているが、そのうちサブプライムローンは約13～15%（約1.3～1.5兆ドル：約130～140兆円）。因みに、日本における住宅ローン残高は180兆円（倉橋透＝小林

は急速に欧州・米国の金融界に波及し、しかも時の経過と共に深刻さを増して金融システムの根幹を揺るがすまでに至った。

本稿では、まず米国サブプライムローン問題の経緯を振り返ったのち、その影響が欧米の金融システムに波及する原因の1つとなった、後述 RMBS（住宅ローン証券化商品）とそれを組み込んだ RMBS・CDO（担保付債務証券）のスキームを資産証券化の例として、また後述クレジット・デフォルト・スワップとそれを組み込んだシンセティック CDO のスキームをリスク証券化の例として、それぞれ考察した後、特にクレジット・デフォルト・スワップを中心に今後の課題の整理を試みる。

2. 米国サブプライムローン問題の経緯

(1) 2007年2～9月〔流動性危機の時期〕

米国サブプライムローン問題の金融システム面への波及のプロセスを簡単に振り返ってみると、投資銀行等の金融機関は、2000年以降のサブプライムローン・ブームの中で、資産運用を主目的とする事業体である SIV（Structured Investment Vehicle）を組成し、この SIV に、ABCP（Asset-Backed Commercial Paper）発行による資金調達を行わせる一方、運用面ではサブプラ関連の後述 RMBS や RMBS・CDO へ積極運用を行わせてきた³。しかも、その過程で、SIV が取得した RMBS や RMBS・CDO を担保にして更なる ABCP の発行（レバレッジを効かせた借入れ）を行い、調達資金をさらに RMBS 等に運用していたといわれている（一種の信用創造）。

しかるに、2007年2月～9月の時期には、サブプラ関連商品の格付引下げに

正宏『サブプライム問題の正しい考え方』中公新書1941（2008、中央公論新社）40頁）。

³ SIV は、スポンサー銀行から倒産隔離された資産運用のための事業体で、スポンサー銀行のバランスシートとは非連結。通常、SIV は①スポンサー銀行から ABCP 発行のための信用・流動性供与枠（バックアップライン）の提供を受け、かつ、②格付機関の日常的モニタリングにより高格付けを得ることで、低利の短期調達を可能にする一方、長期運用によって ALM（Asset-Liability Management）リスクを取っていた（みずほ総合研究所編『サブプライム金融危機』〈2008年、日本経済新聞出版社〉131頁）。

に伴い当該 SIV 発行の ABCP に対しマーケットの不信感が強まり、ABCP 発行による資金調達が一気に困難化し、SIV は流動性危機に直面。CP バックアップラインを提供していたスポンサー銀行により流動性供給が行われたが、今度は当該金融機関自体の資金繰りが悪化し、ひいては短期金融市場全体の流動性がタイト化するに至った（最終的には、各国の中央銀行が流動性を供給）。また、こうした過程で、SIV を中心としたこれまでの一種の信用創造が急速に逆回転をした。

(2) 同年 9 月～2008 年 1 月 [流動性リスクの信用リスクへの転換の時期]

2007 年 9 月～2008 年 1 月の時期には、サブプラ関連商品の格付引下げ・価格続落や関連ビジネスにおける損失計上が、SIV や関係金融機関の四半期決算に損失として徐々に顕現化。金融機関サイドで自発的な増資の動きが出るものの、効果は今一つであった。この時期、証券化商品の組成・格付取得に組み込まれている後述外部信用補完措置たる保証等についても履行が求められて、金融保証会社（後述モノライン）の収益も悪化した模様である。

(3) 2008 年 2 月以降 [金融システムの根幹が揺るがされた時期]

2008 年 2 月以降の時期には、サブプラ問題が欧米金融機関の経営基盤を直撃し、銀行の貸し渋りが顕著になると共に、実体経済動向にブレーキがかかり景気が急に減速。

主要金融機関の破綻も、同 3 月央の米ベアー・スターンズ証券の JP モルガン銀行による救済買収、同 7 月央の米連邦住宅 2 公社（ファニーメイ、フレディマック）の破綻・公的救済と続く。そして、同 9 月央には米リーマン・ブラザーズ社の連邦破産法 11 条の適用申請、米メリルリンチ証券のバンク・オブ・アメリカ銀行による買収、そして米保険大手の AIG の破綻・公的救済等へと繋がる。

そして、2008 年 10 月米金融安定化法の成立を受けて、米主要金融機関 9 行に資本注入が行われたうえ、本 2009 年 2 月 10 日には、米ガイトナー財務長官の包括的金融安定化策において、官民共同ファンドによる不良資産買取りが発表される⁴。また、同 17 日には、米議会を通過した総額 7,870 億ドルの景気対策法が

⁴ その具体的な内容は、本 2009 年 3 月 23 日「官民投資プログラム」として発表

米オバマ大統領の署名を得て成立。さらに、同18日には米アリゾナ州において、同大統領により、住宅対策が発表されるに至っている⁵。

(4) サブプライムローン問題とクレジット・デフォルト・スワップ

このような米国のサブプライムローン問題を喩えて、「当初は単なる『風邪』」と思われていたが、実は『インフルエンザ』であり、しかも訳の分からない『新型インフルエンザ』（SIV やモノラインなど、新語が多数登場したことを捉えて）だった」との声も聞かれる。

米国サブプライムローンの焦げ付きの問題だけであれば、1980年代後半の S & L（Savings & Loans Association）危機や我が国での不良債権問題と同様、その本質は貸付金融機関のバランスシート上の問題に止まり、対応策も、当該貸出の処理（償却引当、担保不動産の売却、当該ローンの売却等）、資金援助、預金者保護や資本増強などの当該金融機関の経営問題に止まるはずであった。ところが、今回の米国サブプライムローン問題は、周知のとおり影響が全世界に波及したわけで、その背景には証券化の存在があったといわれる。

されたが、米政府による750～1,000億ドルの公的資金からの資金投入（金融安定化法からの拠出）と共に民間投資家の拠出を募り、FDIC、FRB の保証・融資と合計して5,000億～1兆ドルの不良資産を購入するという計画（2009年3月24日付日本経済新聞朝刊「不良資産買い取り発表―米、最大1兆ドル規模」。この他、米財務省のホームページ：<http://www.treasury.gov/press/releases/tg65.htm>〈visited on 2009/04/01〉参照）。

⁵ その内容は、①ファニーメイ、フレディマックが適格とする住宅ローンについて、そのリファイナンスに関し設定されている現行ルール（住宅ローン借入は住宅価格の80%以内である要）を撤廃し、住宅価格が被担保債権額を割り込む「アンダーウォーター債務者」に対し、住宅ローンのリファイナンスを可能化、②民間サブプライムローン債務者とのローン・モディフィケーション交渉促進のため、貸し手に公的補助（旧金利と新金利との間の差額の一部補てん）を提供、③破産法を改正し、裁判所の判断で、住宅ローン債務額の住宅価格までの減額を検討等（2009年2月19日付日本経済新聞朝刊「米住宅対策 最大900万世帯救済」。この他、米国ホワイトハウスのホームページ：http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-by-the-President-on-the-mortgage-crisis〈visited on 2009/02/19〉参照）。

3. RMBS と RMBS・CDO ～資産証券化の例として

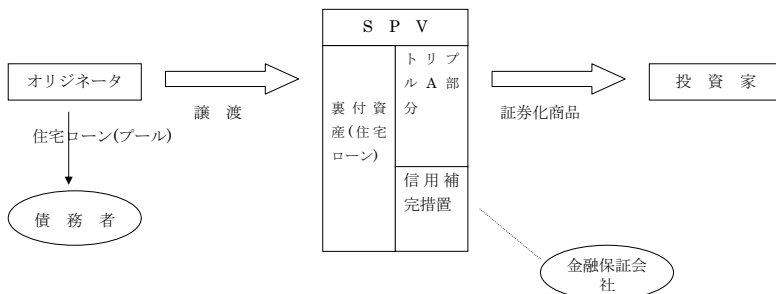
(1) RMBS

RMBS（Residential Mortgage-Backed Securities；住宅ローン証券化商品）とは、証券化の1つであり、裏付資産を米国における住宅ローンとする証券化商品である。

まず、証券化について定義を確認しておくと、証券化には、資産証券化（asset securitization）とリスク証券化（risk securitization）の2種類がある。前者の資産証券化（筆者注：【別図1】）は、金銭債権や不動産のような資産を、一定の仕組み（structure）を用いて証券市場で取引される有価証券に転換するファイナンスの手法と位置付けられる。一方、後者のリスク証券化は、保険や保証のような偶発債務の引受けを有価証券への投資に転換するものである⁶。なお、証券化でのSPVとして、特別目的会社（Special Purpose Company；SPC）や特別目的信託（Special Purpose Trust；SPT）などの特別目的ヴィークル（Special Purpose Vehicle；SPV）が用いられる⁷。

資産証券化の目的としては、オリジネータにとって、バランスシートからの

【別図1】資産証券化の基本スキーム（外部的信用補完措置を用いるケース）



【参照】大垣・前掲注（6）7頁他。

⁶ 大垣尚司「証券化のスキームとその実態」（金融法研究資料編（17）金融法学会2001）4頁。

⁷ SPVには、英領ケイマンなどで組成される株式会社や、資産流動化法に基づく特定目的会社、我が国会社法に基づく株式会社など、様々な形態がある。

切り離し、ROA の向上等のニーズもあるが、ファイナンス目的が最も一般的であるといわれている。すなわち、低い格付けの企業は、優良な資産を活用することにより高い格付けを享受して低利の資金調達を実現することが可能になるわけである。

資産証券化の際には、資産をオリジネータの信用力から切り離すことが必要となるため、資産の譲渡が真正売買（true sale）でなければならないことになっている。

資産証券化の裏付資産については、特に制約はないが、①キャッシュフロー分析ができ、②リスク分散され、③資産に均一性があり、④資産のパフォーマンスがオリジネータの信用力から独立し、⑤利益率・貸倒率などのヒストリカル・データが揃っていることなどの要件を充たすことが望ましいとされている⁸。

こうした観点からすると、住宅ローンは、キャッシュフロー分析が容易で、地域等が分散した小口のローンを数百件束ねてプールすることから分散も効いて安全性が高いと評価されやすいなど、証券化の対象として好まれ易い。ここに着目し、米国では、1970年代から連邦住宅公社適格の住宅ローン（エージェンシー物）を中心に証券化がファイナンス手法として用いられてきた。また、今回のサブプライムローン・ブームの中で、民間サブプライムローンも RMBS に証券化されていったわけである。

このような証券化のスキームにおいては、投資家に好まれる高格付を取得すべく、高い信用力を獲得する見地から信用補完措置が組み込まれることが多い。このうち内部的信用補完措置として優先劣後構造（証券化商品を優先債と劣後債の重層構造〈各層をトランシェと呼ぶ〉とした上で、裏付資産からの回収金は、まず優先債の元利払いに充当され、劣後債の元利払いは優先債に劣後するというスキーム⁹）や超過担保（調達金額を超える資産を譲渡することで信用補完を行うもの）が、また外部的信用補完措置として保証会社保証が用いられる。このうち、外部的信用補完措置として、モノライン（筆者注：金融保証業

⁸ みずほ総合研究所・前掲注（3）108頁。

⁹ 民間サブプライムローンの証券化商品の場合には、優先部分（主としてトリプル A 付与）はシニア、次の部分（主としてダブル A、シングル Aなどを付与）はメザニン、最劣後部分（損失計上としてはもっとも最初となる無格付部分）はエクイティと、それぞれ呼ばれる。

務のみを扱うことからこの名の由来がある)の金融保証会社が組み込まれていたところ、前述のように組み込まれているサブプライムローンの延滞率等上昇の中で、保証履行請求が急増し、金融保証会社が破綻に追い込まれたものとみられる。

(2) RMBS・CDO

今回のサブプライムローン問題の展開の過程では前述 RMBS だけでなく、というよりも、金融システムに与える影響度が見えにくかった点ではむしろ RMBS 以上に、RMBS を裏付資産とする RMBS・CDO が問題となった。

まず、CDO について整理をすると、CDO (Collateralized Debt Obligation; 担保付債務証券)とは、債務の調達手段のポートフォリオからリスクの性質が大きく異なる債券を作る方法のことをさす¹⁰。

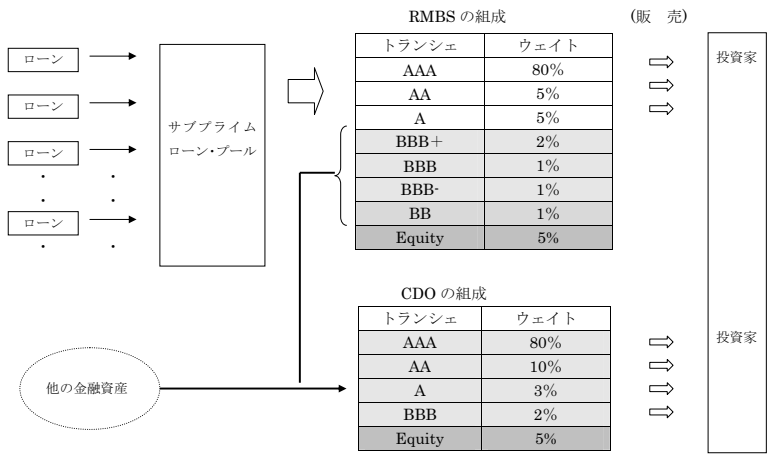
CDO にも、裏付資産の移転を伴うキャッシュ CDO と、リスクの移転を伴う合成(シンセティック)CDO があるが、ここで取り上げる RMBS・CDO は、前者のカテゴリに属する(後者については、後述 4.(2)参照)。すなわち、「(R)MBS を裏付資産とするもので、具体的には、そのままでは投資家に対して販売しにくいトリプル B 格程度の格付の(RMBS の)トランシュを裏付けとして他の金銭債権と合わせたプールを作り、それを優先劣後に切り分けた CDO が組成される。この CDO についても、優先劣後構造を採用することにより 70～80% 程度の最優先部分がトリプル A の CDO になる【別図 2】(筆者注: 図の番号は本稿に合わせて変更)。こうして、…複数の(R)MBS を束ねることで住宅ローンの地域分散等が期待できることを主たる理由に、トリプル B の(R)MBS がトリプル A の CDO に化ける」¹¹というものである。

このような仕組みの RMBS・CDO については、①まず、RMBS の裏付資産となっているサブプライムローンの焦げ付きが、損失としてどの程度 RMBS のエクイティ部分、メザニン部分を侵食しているのか、②次に、サブプライムローンを裏付資産とする RMBS について、そのパフォーマンスがどの程度悪化し、RMBS・CDO にどのような影響が出ているかが外部から分かりにくい

¹⁰ ジョン・C・ハル著＝竹谷仁宏訳『ファイナンシャルリスクマネジメント』(2008、ピアソン・エデュケーション) 321頁。

¹¹ みずほ総合研究所・前掲注(3) 122頁。

【別図 2】 RMBS を裏付けとする CDO の組成（重層構造を取るケース）



【参照】 みずほ総合研究所・前掲注（3）123頁。

ことが、RMBS・CDOの時価評価の際に深刻な問題となった。

加えて、CDOの価格評価については、市場取引が薄いこともあって市場価格が存在せず、時価評価にはプライシング・モデルによる理論値を使わざるを得なかったが、理論値は現実との乖離が大きかったと言われている¹²。

4. クレジット・デフォルト・スワップとシンセティック CDO ～リスク証券化の例として

(1) クレジット・デフォルト・スワップ

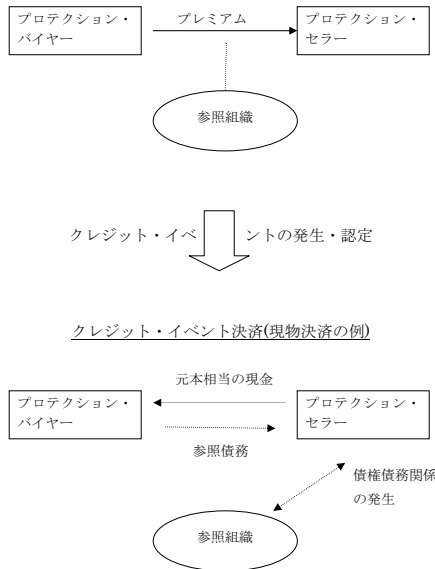
今回のサブプライムローン問題においては、これまで見てきたような資産証券化だけでなく、リスク証券化も登場した。以下においては、リスク証券化を理解するために、まずクレジット・デフォルト・スワップの仕組みを考察した上で、その応用例として、シンセティック CDO を取り上げる。

ア. 仕組み【別図 3】

クレジット・デフォルト・スワップ（Credit Default Swap ; CDS）とは、信

¹² みずほ総合研究所・前掲注（3）124頁。

【別図3】 クレジット・デフォルト・スワップの構造



【参照】 河合＝糸田・前掲注（15） 8 頁掲載の図を加筆修正。

用リスクの移転を企図したクレジット・デリバティブの一種であり、組成には次のようなプロセスを踏む。

- ① プロテクション・バイヤー（Protection Buyer）がプロテクション・セラー（Protection Seller）に対して、所定のプレミアム（損失補てんを受けるための対価）を支払う。
- ② 特定の参照債務について所定の信用事象（クレジット・イベント）¹³が発生した場合には、上記プレミアムを見合いにして、プロテクション・セラーは元本相当額を支払って参照債務の引渡し（現物決済）を受けるか、損失額の支払（現金決済）を行う¹⁴。

¹³ 参照債務者にかかる倒産、支払不履行、リストラクチャリング等当該債務者の信用度低下を示す事象。

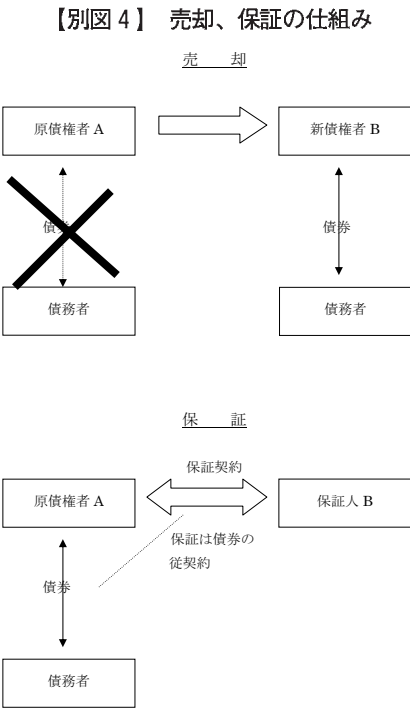
¹⁴ 現金決済の場合には、信用事象から事前に決められた日数後にディーラーからその債券の最も安い売買可能な市場価格を集めて中間値を独立計算機関が決定し、額面からその分を控除した残りの額を、プロテクション・セラーは支払う（ハル＝竹谷・前掲注（10）308頁）。

- ③ こうしたプロセスにより、プロテクション・セラーはプロテクション・バイヤーに対して損失の補てん（プロテクションの付与）を行う。

イ．売買、保証との比較【別図 4】

このように CDS 取引は、信用リスクを移転することに特徴がある。CDS 取引の使い方については、その目的に応じて、後述のとおりヘッジ目的等の 3 種類があるが、以下では、保有する社債のヘッジ目的で CDS 取引を利用した場合に、類似の取引である売買、保証とどのように異なるかを整理してみる¹⁵。

まず社債の「売却」では、原債権者（A；債券の売り手）から新債権者（B；



【参照】河合＝糸田・前掲注（15） 9 頁。

¹⁵ 河合祐子＝糸田真吾『クレジット・デリバティブのすべて』（2005、財形詳報社） 8 頁。

債権の買い手)に権利義務関係が完全に移転し、原債権者は契約から離脱して、以降債務者とは無関係になる。また「保証」では、債権者は債務者との債権債務関係を維持したまま、保証人との間で保証契約を締結する。この場合、「主たる債務者が債務を履行しないときに代わって履行する」(民446条)という保証契約の内容により、実質的に債務者の信用リスクは債権者から保証人へ移転する。

一方「CDS取引」では、保証と同様、債権者(プロテクション・バイヤー)が債務者(参照債務にかかる債務者)との関係を維持したままで、信用リスクの移転のみを行うことができる。もっとも「保証」では、債務者と債権者との間に主たる債権債務が存するが、「CDS取引」の場合には、ヘッジ目的であればともかく、他の目的の場合には、プロテクション・バイヤーと参照債務者との間に債権債務関係があることを要しない^{15-2, 15-3}。

なお、BIS 自己資本比率規制上の扱いとしては、1991年に導入されたバーゼ

¹⁵⁻² ここで債務引受との関係についてみると、併存的債務引受では原則、引受人の債務と債務者債務は連帯債務の関係に立つとするのが判例(学説は、不真正連帯債務とする)。しかし、引受人の債務が債務者の債務との関係で従属的な関係、すなわち実質的に保証債務となっている場合には、判例の中にも保証類似とみなすとするものもあり(大判昭和9年4月7日裁判例8民134)、今般発表された民法(債権法)改正検討委員会の『債権法改正の基本方針』は、このようなタイプの債務引受を保証として扱うことを提言する(別冊NBL126号〈2009年、商事法務〉226頁)。このケースでは、保証と同様の信用リスク移転を観念することができる。

一方、免責的債務引受(債権者・引受人間の合意によるもの)では、債務者の意思に反してなしうるかについて学説・判例間で争いがあるが、判例のように債務者の意思に反し得ないとすると、CDS取引のように、信用リスクの移転のために使うことは困難となる。この間履行引受は引受人の第三者弁済が根幹をなすが、債権者が引受人に対して債権を取得する訳でない点が、CDS取引と異なる。

¹⁵⁻³ CDS取引は、後述のとおり用途がヘッジ目的に限定されず、スペキュレーション目的、トレーディング目的と多様に使える。このため取引量が嵩み易く、しかも取引量とプレミアムとの間に逆相関関係、すなわち取引量がある程度嵩んでくると、情報量の集積と併せて固定費減によるプレミアム低下を招来しやすい。このことが、他の手段(売買、保証等)と比べて、CDSの使い勝手を一層向上させた可能性がある。

ル I では、**保証**と**CDS取引**のいずれについても、当該資産にかかるリスク・ウェイトを保証人（ないしプロテクション・セラー）のリスク・ウェイトに置き換えることが認められていた¹⁶。そして、保証の効果について、中央政府、中央銀行、OECD 諸国の公共部門、国際開発銀行、OECD 諸国の金融機関、信用保証協会等によるものに限り、認められていた。2007年に導入されたバーゼル II では、**保証**と**CDS取引**のいずれについても標準的手法、基礎的内部格付手法では、リスク・ウェイトの置き換えに関して、上記の主体につき、OECD 諸国でない場合に信用リスク削減効果を否定ないし低いものとする枠組みを撤廃すると共に、上記以外の主体（事業法人）であっても、外部格付がシングル A マイナス以上であれば適格保証人と認め、その範囲を拡大した¹⁷。

ウ．利用の仕方

（ヘッジ目的）

CDS 取引の利用の仕方には、ヘッジ目的、スぺキュレーション目的、トレーディング目的の 3 種類があるが、ヘッジ目的とは、文字どおり融資や社債発行といった信用供与の際の信用リスクのヘッジに CDS 取引を使う場合である。融資を行う場合には融資銀行が、社債発行の場合には投資家が、それぞれ借入債務者の信用リスクを負うわけで、それだけ同リスクをヘッジする必要性を有することになるが、CDS 取引は、原契約を維持したままでこうしたニーズに応える有効な手段となる¹⁸。

（スぺキュレーション目的）

上記の例では、ヘッジ目的の参照債務として融資・社債の存在を想定したが、CDS 取引は、プロテクション・バイヤーと参照債務者との間に具体的な債権債務関係がなくても組成が可能であり、この点に着目すると、CDS 取引をスぺキュレーション目的にも活用することが可能となる。現実には、ファースト・

¹⁶ もっとも、バーゼル I では保証の扱いについて規定で明記していたが、クレジット・デリバティブ（CDS）については明確な規定がなく、全銀協の Q & A により、保証と同様の運用がなされていた（佐藤隆文編著『バーゼル II と銀行監督』（2007、東洋経済新報社）121～123頁）。

¹⁷ バーゼル II では、CDS 取引についても規定が明記された（佐藤・前掲注（16）124頁）。

¹⁸ 河合＝糸田・前掲注（15）22～24頁。

トゥ・デフォルト（First-to-Default ; FTD）型がこのタイプの代表例として挙げられている。すなわち FTD 型では、複数の単一銘柄（通常は 2～10 程度の比較的少数の銘柄〈バスケット〉）を参照してこのバスケットのうちのどれか 1 つにクレジット・イベントが発生すると、クレジット・イベントが発生した参照組織について現物決済もしくは現金決済が行われ、その時点で元本の全額について取引が終了するものである¹⁹。

（トレーディング目的）

このように投機目的に CDS 取引が活用できれば、そのポジションを組み合わせさせてトレーディングすることは容易であり、現実にも行われている。例えば、将来参照組織の信用状況悪化（＝スプレッド拡大）を想定すると、プロテクションを購入しプレミアムを支払い、逆に信用状況改善（＝スプレッド縮小）を想定すると、プロテクションを売ってプレミアムを受け取る。これにより、将来スプレッドが思惑通りの方向に動けば、含み益が発生、反対売買を行うことにより、利益確定ができる²⁰。

（2）シンセティック CDO

ア．仕組み

シンセティック CDO とは、前掲²⁰⁻²CDO の一種であり、リスク証券化の一例である。具体的な組成は次のとおり【標準的なバランスシート型²¹を前提；別図 5】。

- ① オリジネータが、保有貸付債権等を参照債務とする CDS 契約を SPC

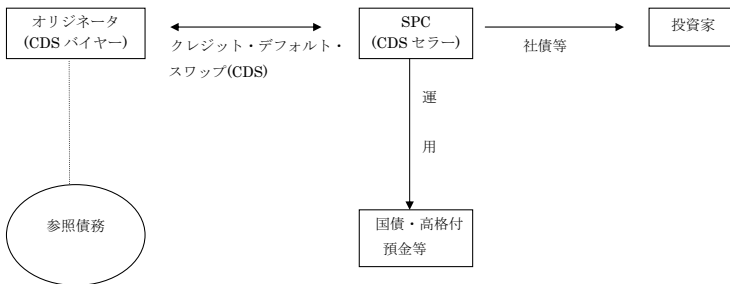
¹⁹ 河合＝糸田・前掲注（15）129頁。

²⁰ 信用状況悪化を想定した取引は、社債や融資のような現物取引では空売りとせざるを得ないが、そのためにはレポや貸株、貸債のような現物の流動性が必要な点は留意の要（河合＝糸田・前掲注（15）25頁）。

²⁰⁻² 本文 7 頁上から 9 行目。

²¹ バランスシート型とは、主として銀行その他の金融機関が、自己資本比率規制対策としてリスク資産のオフバランス化を目的として組成する商品。他にアービトラージュ型があるが、アービトラージュ型とは、引当資産における利回りと、発行される証券（CDO）に付される利息との格差、すなわち利鞘の獲得を目的に組成される商品（西村ときわ法律事務所編『新金融実務手引シリーズ 資産・債権の流動化・証券化』（2006、金融財政事情研究会）224頁）。

【別図 5】 シンセティック CDO の仕組み



【参照】 西村ときわ法律事務所・前掲注（21）216頁。

（Special Purpose Company）との間で締結する。

- ② SPC は社債を発行することにより投資家から資金を調達し、調達資金を国債、高格付金融機関の預金等、安全性の高い資産（担保資産）に運用。
- ③ 期中、CDS 契約に基づき、オリジネータから SPC に対しプレミアム支払がなされ、SPC はこのプレミアムと担保資産からの利息を原資に、投資家への社債利息を支払い。
- ④ 期中、参照債務にクレジット・イベントが発生すると、SPC は担保資産の一部 or 全部を処分して取得した資金により、CDS 契約に基づくオリジネータに対し補償金の支払いを行う。
- ⑤ SPC 発行社債の満期が到来すると、SPC は担保資産の元本償還金 or 担保資産を処分して得られた資金を原資に、投資家に対して社債元本を返還する。

因みに、CDS 取引の規模（残高）は、シンセティック CDO も含めた想定元本ベースで2007年末には60兆ドルを超え、2008年6月末でも54.6兆ドルと報じられている²²。

イ、今回のサブプライムローン問題におけるシンセティック CDO の利用

今回のサブプライムローン問題の過程においては、米投資銀行リーマン・ブラザーズ社や米連邦住宅供給公社発行の社債を参照資産としたシンセティック

²² 国際スワップ・デリバティブズ協会調べ。

CDO が機関投資家のニーズに応じて、かなり組まれていたようである^{23,24}。

一方、保険会社は、CDS 取引におけるプロテクション・セラーとしてマーケットで信用リスクの引受けを相当行ったようである。特に米保険大手の AIG は、その傘下にデリバティブ取引を行うロンドン法人を抱え、市場にてプロテクション・セラーとして相当活発に引き受けを行ったようであるが、本来引当てるべき獲得プレミアム収入を利益計上していたのがクレジット・イベント発生の際に裏目に出たとされる²⁵。

なお、このような CDS 取引を通じて、伝統的に信用リスクを創造・管理・コントロールしてきた銀行部門から信用リスクが他の部門（具体的には保険部門）に移転していた訳で、これを金融システム全体の健全性の観点からどのように理解して対応するかは、これからの制度設計に当たって重要な課題となろう²⁶。

5. 資産証券化とリスク証券化の比較

このように、今回のサブプライムローン問題では、RMBS を裏付資産とする RMBS・CDO（資産証券化スキーム）だけでなく、リーマンや連邦住宅供給公社発行債券等を参照債務とするシンセティック CDO（リスク証券化スキーム）も存在していた。

²³ 米格付会社 S & P によると、日本で格付けしたシンセティック CDO のうち、リーマン向けの CDS を 1 つでも含んでいる FTD 型のものが 157 本あった由（2008 年 10 月 3 日付日本経済新聞朝刊「リーマン破綻余波続く。信用リスク商品損失も」）。

²⁴ 米連邦住宅供給公社発行債券については、2008 年 9 月 10 日付日本経済新聞朝刊「金融取材メモー信用デリバティブ市場に波乱の芽」参照。

²⁵ 深尾光洋「経済教室 金融研究報告・日本経済研究センター信用不安の元凶は CDS」（2008 年 10 月 29 日付日本経済新聞朝刊）。

²⁶ ハル＝竹谷・前掲注（10）309 頁。現に、本 2009 年 3 月 25 日に米財務省から発表された「金融機関の破綻法制に係る提言（Treasury Proposes Legislation for Resolution Authority）」では、FDIC の管轄外となる金融機関（預金取扱金融機関以外のもの）であっても、金融システムに重要な影響を与える先については、現在 FDIC が預金取扱金融機関を対象に実施しているのと同様の破綻処理制度を整備する必要性を指摘している（<http://www.treasury.gov/press/releases/tg70.htm>〈visited on 2009/04/01〉）。

ム）が、証券化の具体的手法として活用された。そこで、ここでリスク証券化スキームを資産証券化スキームと比較して、そのメリット、デメリットを整理してみたい²⁷。

(1) リスク証券化スキームのメリット

リスク証券化スキームのメリットを整理すると、以下のとおりとなる。

- ① 資産証券化のように裏付資産を譲渡する必要がないため、真正譲渡性、サービシング内容、コミングリングリスク²⁸等を考慮する必要がなく、柔軟なスキーム組成が可能。
- ② オリジネータ保有資産を参照資産とする場合、証券化スキーム組成後もオリジネータの当該資産保有は続くため、オリジネータと当該債務者との間の関係に影響を与えない。一方、オリジネータが保有していない資産についても、証券化の対象とすることが可能。
- ③ 資産証券化のような対抗要件の具備が不要のほか、譲渡禁止特約付金銭債権も証券化が可能。

(2) デメリット

一方で、そのデメリットは次のとおり。

- ① 投資家は、参照資産の信用リスクに加えて、担保資産のリスクを負担。
- ② SPC 発行社債の利払いにオリジネータ支払のプレミアムが用いられることから、オリジネータ・リスクが存在。

²⁷ 西村ときわ法律事務所・前掲注（21）222頁。

²⁸ コミングリングリスクとは、「金銭債権などの回収を受任したサービサーが回収した金銭を、サービシング業務の委任者に引き渡す前に、サービサーに法的倒産手続が開始した場合に、サービシング業務の委任者のサービサーに対する回収金引渡請求権が法的倒産手続に服することになり、その回収額や回収の時期に悪影響を与えるリスク」を言う（小野傑＝有吉尚成「ファイナンスの視点からみた信託と倒産に関する主要論点」〈「信託と倒産」実務研究会編『信託と倒産』〔2008、商事法務〕15～16頁〉）。

このコミングリングリスクは、金銭に係る「占有＝所有」ドグマ、すなわち「金銭の占有は所有と一致する」に由来するとされている（最判昭和39年1月24日判時365－26）。

- ③ 資産証券化のような資産の譲渡が行われる訳でないので、オリジネータは資産譲渡代り金の入手ができない。したがって、オリジネータは資金調達不可（もっとも、オリジネータが預金取扱金融機関の場合には、担保資産をオリジネータに対する預金とすることで、オリジネータは資金調達が可能）。
- ④ オリジネータは会計上、対象資産のオフバラ化が認められず。
- ⑤ CDS 取引に馴染みのない者がオリジネータとなる場合には、契約書作成等に要する事務負担増大の可能性。

6. 今後の課題

上記のように、今回のサブプライムローン問題展開の過程では、RMBS や CDS といった取引だけでなく、それらを組み合わせた複合型の CDO、すなわち RMBS・CDO やシンセティック CDO までもが活発に利用されており、かつこのような CDO 取引が今回の米サブプライムローン問題の波及を大きくした一因であることは衆目の一致するところであろう。

そこで、改めて CDO 取引が有する課題を現在の時点で整理してみると、①まず、CDO 取引（特にシンセティック CDO に組み込まれた CDS 取引）の時価評価が難しいことが挙げられよう。CDS 取引の時価評価については、各国で対応が模索されており、清算機関を設置することで時価を探る動きが続けられている。既に、2008 年末に米欧取引所連合の NYSE ユーロネクストが、2009 年 3 月 9 日から米インターコンチネンタル（ICE）取引所が、CDS 指数の清算取引を開始したとのことであり²⁹、この他にも、米 CME グループや東京証券取引所・東京金融取引所なども清算取引を扱うことを検討中とのことである。こうした動きが広がることが期待される³⁰。

²⁹ 2009 年 3 月 8 日付日本経済新聞朝刊「CDS 清算取引あす開始」。

³⁰ 本 2009 年 3 月 26 日に米財務省が発表した「金融監督規制改革のフレームワーク（Treasury Outlines Framework For Regulatory Reform）」では、CDS 取引に対する規制強化の一環として、CDS 決済をこれまでのような相対決済でなく、規制当局の規制に服する清算機関を通じた決済へ切り替えていくことを提言（<http://www.treasury.gov/press/releases/tg72.htm>（visited on 2009/04/01））。

さらに同 5 月 13 日、米財務省は SEC と共同記者会見を行い、①標準的な店

また、②CDO の仕組みの複雑さが、投資家からみた追跡可能性・透明性の欠如に繋がっており、事後対応の構築そのものを難しくしているといわれている。情報開示に向けて一層の工夫が検討される必要がある。

さらに、③我が国独自の問題となるが、CDS 取引を含めたデリバティブ取引一般の法的な問題点として、賭博罪適用の有無との問題がある。すなわち、デリバティブ取引は、金融商品取引法に定めれば合法的取引となるのか、法的・経済的にみて賭博行為として違法となるデリバティブ取引とはどのようなものかといった点の検討が依然残っている³¹。

以 上

〔後記〕本研究は、日本学術振興会・科学研究費補助金『複合取引の法規制』による研究成果の一部である。

店頭デリバティブの決済については、金融当局の監督に服する中央清算機関（Central Counterparties ; CCP）に原則一元化すること、②CCP では市場リスク・コントロールのために証拠金規制その他の規制を導入すること、③CCP 参加ディーラー等に対しては、保守的な資本規制、内部統制、当局への取引等報告義務を課すること、④監督機関として、従来の米商品先物取引委員会（CFTC）だけでなく、米証券取引委員会（SEC）にも権限を付与すること、等を内容とする規制法の策定を議会に要請した（2009年5月14日付日本経済新聞夕刊「店頭デリバティブ 米、決済を一元化」；<http://www.treasury.gov/press/releases/tgl29.htm>（visited on 2009/05/18））。

³¹ 河本一郎＝大武泰南『金融商品取引法読本』（2008、有斐閣）360頁。

北朝鮮経済特区の実験

朴 鍾 碩

1. はじめに

「経済特区」(special economic zone)というのは、ある国家が「特別な経済政策を実施するために設置した特殊な地域」である。このような経済特区には、次のような類型が観察される。

第一に、「観光地区」(tourist zone)である。そこでは、観光客の便宜を高めるため、よく、自国貨幣の代わりに外国貨幣を直接使えるようにするなどの政策を実施する。

第二に、「自由貿易地区」(free trade zone)である。そこでは、貿易を活性化させるため、よく、関税を撤廃するなどの政策を実施する。

第三に、「輸出加工地区」(export processing zone)である。そこでは、外部資本を誘致するため、よく、社会基盤施設を整備し、税率を下げ、低利金融を提供するなどの政策を実施する。

経済特区については、一般的にこのように理解できようが¹、社会主義国家が経済特区を設置する場合には、他に「二つの意味」を持つ。

一つは、それ以前とは異なって、資本主義国家の企業を誘致しようとするので、以前の「閉鎖的」な経済体制から「開放的」な経済体制へ変わることを意味する。

¹ このように当該の国家が経済特区を設置して、外部投資に「特恵的条件」を提供することは、当然、それが自国の経済にも利益になる、と判断するからである。

もう一つは、それ以前とは異なって、私的経済活動を清算しようとするのではなく、（少なくとも外部人の投資に対しては）逆に私的経済活動を活性化しようとするので、以前の「正統的」な経済体制から「改革的」な経済体制へ変わることを意味する。

社会主義諸国は、長い間、資本主義企業が進出して活動する経済特区を否定的にみなしてきた。外国資本によって経済的に収奪される空間であると認識したからである。ところが、中国で1970年代末に重大な変化が起きた。農業分野を中心に内部改革を実行すると共に、外部投資家（華僑、外国人）が企業活動をかなり自由に行えるように「経済特区」を設置し始めたのである。以後、中国の経済特区は、驚くべき成功を収めて、経済全体を発展させる牽引車の役目を果たした。

一方、北朝鮮は、1960年代までは資本主義陣営からの資本誘致に否定的であったが、資本不足で苦しんだ後、1970年代に至って、「借款」という形式で外資を導入して、経済発展を遂げようとした。しかし、輸出が思うように伸びず、外債を返済することができなくなって、まもなく債務不履行の状態に陥った。このような状況において、代案として返済の負担がない「直接投資」を誘致する方法を構想するようになった。1984年に〈合営法〉を制定し、外部投資家が直接国内で、企業活動を行うことを許容した。しかしながら、この時期に及んでも経済特区を設置する方式には否定的な立場を堅持していた²。

しかし、1989～1991年、ソ連、東欧で社会主義体制が崩壊して、経済が深刻な状況に陥ると立場を変え、1991年7月に国連開発計画（UNDP）の〈豆満江流域開発計画〉と関連して、経済特区を設置する意思があることを初めて明らかにした。それからまもなく、1991年12月には〈羅津先鋒自由経済貿易地帯〉を設置すると発表した。

² 次のような事例は、そのような立場をよく示す。中国が1979年に〈中外合資経営企業法〉を制定して、経済特区を設置すると、北朝鮮は、1983年に中国経済特区に高位級代表団を派遣して視察したが、この方式を採択しようとはしなかった。“経済特区は、朝鮮の実情に相応しくないだけでなく、合営は、当事者の合意によって、（今も）どの場所でも可能であるから、特別に経済特区を設置する必要はない”と説明した。한국개발연구원（韓国開発研究院）、1992、『북한의 경제와 무역의 전망（北朝鮮の経済と貿易の見込み）—1991—』、118頁。

以後、朝米の緊張関係などさまざまな事情により「羅津先鋒特区」の開発は、円滑に進まなかった。それに関わらず、このような状況でも、1998年の改正憲法で、“特殊経済地帯での多様な企業の創設を奨励する”などと規定し³、経済特区の開発に積極的な意志を見せていた。

続いて、2000年代に入っては、もっと意欲的に「経済特区戦略」を推進するようになった⁴。それは、2002年に一挙に三つの経済特区を設置したことによく表れている。すなわち、9月には〈新義州特別行政区〉を、10月には〈金剛山観光地区〉を、11月には〈開城工業地区〉を相次いで指定した。かくして北朝鮮は、四つの「経済特区」⁵を持つようになった。経済特区を設置する「決定」など、関連法律を中心にして、その経過を整理すれば、次のようになる。

【#1】北朝鮮の経済特区の設置過程

時 期	内 容
1991年以前	経済特区を否定。
1991.12.28.	〈羅津先鋒自由経済貿易地帯〉を指定（政務院決定第74号）。
1993.01.31.	〈自由経済貿易地帯法〉を公布（最高人民会議常設会議）。
1994.04.28.	〈自由貿易港規定〉（政務院決定第20号）。
1999.02.26.	〈羅津先鋒経済貿易地帯法〉（最高人民会議常任委員会政令第484号）。
2002.09.12.	〈新義州特別行政区〉を指定（特別布告令）。
	〈新義州特別行政区基本法〉を公布（最高人民会議常任委員会政令）。
2002.10.23.	〈金剛山観光地区〉を指定（最高人民会議常任委員会政令）。
.11.13.	〈金剛山観光地区法〉を公布（最高人民会議常任委員会政令第3413号）。
2002.11.13.	〈開城工業地区〉を指定（最高人民会議常任委員会政令）。
.11.20.	〈開城工業地区法〉を公布（最高人民会議常任委員会政令）。

³ “国家は、我が国の機関、企業所、団体と他国の法人または個人との合営と合作、特殊経済地帯でのさまざまな企業の創設・運営を奨励する。”

⁴ このような過程で、北朝鮮が経済特区を拡大するように外部からの勧告が、しばしばあった。例えば、최수영 [チェ・スヨン]（2001、「北朝鮮の外国資本の誘致現況と課題」、10頁）は、“全面的な対外開放が現実的に困難であるとすれば、北朝鮮は、経済貿易地帯を追加的に指定して、この地域を中心に外資誘致の拡大を模索することもできる。羅津先鋒地帯とは別に、中・短期的に可視的な成果を収められる地域を経済特区として指定して、運営することである。新義州、南浦、開城などを経済特区として指定し、その地域に相応しい産業を誘致することも一つの方法である”と提言している。

⁵ なお、北朝鮮では、「経済特区」という言葉は使わないようである。

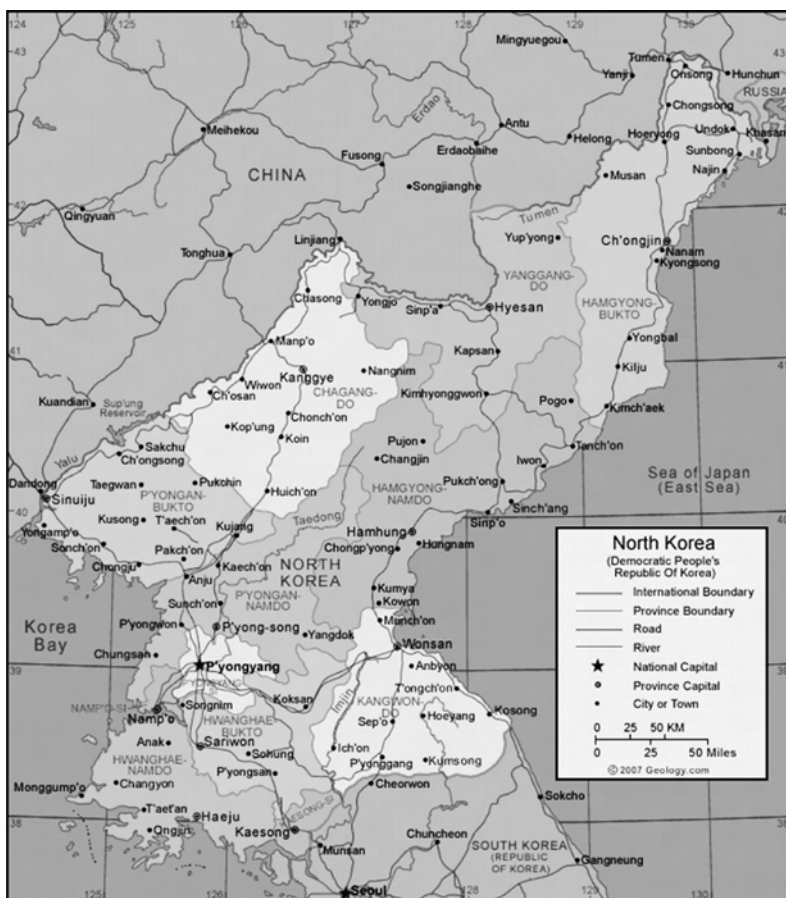
このような経済特区の設置は、北朝鮮経済体制において、閉鎖的な体制から開放的な体制へ変わることを意味し、正統的な体制から改革的な体制へ変わる変化の一部分を成すことを意味する。

他にも、その重要性は、次のような二つの点からも窺える。一つは、その「地理的重要性」である。羅津先鋒特区はロシア及び中国と国境を接し、新義州特区は中国と国境を接し、金剛山特区と開城特区は南北を分ける休戦線の近くに位置する。つまり、これら地域は、他国との交流あるいは対立の過程で重要な役割を果たす地域である。そして、このような地域に経済特区を設置することは、他国との交流を深め、対立を弱めることを意味するのである。もう一つは、羅津先鋒、新義州、開城が北朝鮮の「行政体系で占める比重」である。開城は元々、「直轄市」であって、羅津先鋒、新義州は、経済特区として指定されることに当たって、「直轄市」へ昇格された。その結果、北朝鮮には、中央政府の直轄都市として五つがあるようになったが⁶、その中で三つが経済特区なのである。

以下、このような四つの経済特区について、各々、作動の構想、実績、評価という三つの項目を設定し、論ずることにする。ここで、議論に入る前に、各経済特区の立地条件を理解する一助として、北朝鮮の地図を提示する。

⁶ 平壤だけが「特別市」で、南浦、開城、新義州、羅津先鋒は「直轄市」である。

【#2】北朝鮮の地図



出典：Geology.com [http://geology.com/world/north-korea-satellite-image.shtml]

2. 津先鋒経済貿易地帯⁷

この地域は、以前は〈羅津市〉[上の地図で Najin]、〈先鋒郡〉[上の地図で Sunbong] という二つの別々な行政単位であったが、1991年12月に〈羅津先鋒自由経済貿易地帯〉として指定された後、1993年12月に〈羅津先鋒市〉になり、1994年には〈羅津先鋒直轄市〉に昇格した。面積は746km²であり、人口は16万8千名(1991基準)である⁸。

羅津先鋒は、ロシア、中国との境界地域の港市という貿易に有利な条件を持っている。このような有利な立地条件を活用し、経済回復のための拠点として育成しようと、1991年12月28日、政務院決定(第74号)により〈羅津先鋒自由経済貿易地帯〉を設置して、羅津港、先鋒港、清津港[上の地図で Chongjin]を「自由貿易港」として指定した⁹。続いて、関連規定を制定及び改正した。具体的には、1993年1月31日に、最高人民会議常設会議で〈自由経済貿易地帯法〉¹⁰を採択し、1994年4月28日に、政務院決定(第20号)で〈自由貿易港規定〉¹¹を採択し、1999年2月26日に、最高人民会議常任委員会政令(第484号)で〈羅津先鋒経済貿易地帯法〉へと改正した¹²。そしてこれ以後、羅津先鋒地帯に関連する多数の下位規定が採択された¹³。

⁷ 当初は〈羅津先鋒自由経済貿易地帯〉という名称であったが、1998年3月に「自由」という表現が削除された。『共同通信』(1999/09/01)。

⁸ 『두산백과사전(斗山百科事典)』[<http://www.naver.com>]で「나선직할시(羅先直轄市)」の項目。

⁹ 〈羅津先鋒自由経済貿易地帯を創るのに対する決定〉[<http://www.kcna.co.jp/index-k.htm> : 朝鮮通信]。

¹⁰ 〈自由経済貿易地帯法〉[<http://www.unikorea.go.kr>: 통일부]。

¹¹ 〈自由貿易港規定〉[<http://www.unikorea.go.kr>: 통일부]。

¹² 〈改正された羅津先鋒経済貿易地帯法〉

[http://netizen.sgt.co.kr/north_korea/north_economy.asp : 사이버 세계일보]。

¹³ 羅津先鋒地帯に関連した下位規定は、次の通りである。〈外国人出入規定〉(1993.11)、〈企業常住代表事務所規定〉(1994.02)、〈外国人の在留と居住規定〉(1994.06)、〈税関規定〉(1995.06)、〈中継荷物賃貸者代理業務規定〉(1995.07)、〈建物譲渡と抵当規定〉(1995.08)、〈加工貿易規定〉(1996.02)、〈国境検疫規定〉(1996.06)、〈外国人投資家代理人規定〉(1996.07)、〈貨幣流通規定〉(1996.07)、〈中継貿易規定〉(1996.07)、〈境界通行検査規定〉(1996.07)、〈自

2-1. 作動の構想

羅津先鋒特区はどう作動するように構想されたのか。それを、関連した法律、規定を中心にして考察することにする。

まず、〈羅津先鋒自由経済貿易地帯〉を指定した1991年の〈政務院決定〉を分析することにする。

第一に、羅津先鋒地帯の指定と関連して、当該の地帯は面積が621km²であり(第1項)¹⁴、地帯の中にある羅津港、さらに先鋒港及び近くにある清津港を自由貿易港として指定している(第2項)¹⁵。

第二に、企業創設と関連して、関係機関の承認を受ければ、合作企業、合営企業、外国人企業を運営可能であると規定している(第2項)。

第三に、企業活動と関連して、投資した資本と所得は法的な保護を受け、さらに税金問題では有利な条件を保障されると規定している(第3項)¹⁶。

このような1991年の〈決定〉は、以前には否定してきた経済特区を初めて設置したという点で、北朝鮮の経済体制の変化における重要な「分岐点」である。

次に、1993年の〈自由経済貿易地帯法〉を分析することにする。

まず、羅津先鋒特区がどのような「作動体系」を持っているのかということを考えてみる。

自動車登録規定〉(1996.07)、〈価格規定〉(1996.09)、〈企業所管理規定〉(1996.11)、〈統計規定〉(1997.04)、〈朝鮮貨幣貸付規定〉(1997.04)。통일부(統一部)、2000、『북한외국인투자관련법규집(北朝鮮の外国人投資関連法規集)』。

¹⁴ 第1項：咸境道の羅津、先鋒地区に自由経済貿易地帯を設置する。自由経済貿易地帯は、全て、621km²にする。※その後、1993年3月、中国に接したウォンジョンリー帯の125km²を編入して、羅津先鋒地帯は746km²に広がった。최수영(チェ・スヨン)、2001、5頁。

¹⁵ 第2項：自由経済貿易地帯の中で外国人は、朝鮮民主主義人民共和国の関係機関の承認の下で合作企業、合営企業、外国人企業を含めた合理的な形態の企業を創設して運営することができるし、さまざまなサービス業もできる。自由経済貿易地帯の中の羅津港、先鋒港とその隣接地域にある清津港を自由貿易港にする。

¹⁶ 第3項：国家は、自由経済貿易地帯で、外国人が投資した資本と企業運営から得た所得を法的に保護する。自由経済貿易地帯で創設・運営される企業体の投資の性格によって、関税と所得税の減免を含めたさまざまな特惠と便宜を保障する。

第一に、地帯の性格と関連して、羅津先鋒地帯は特別に建てられた制度と秩序によって、経済貿易活動を進める地帯であると規定して（第2条、第6条）¹⁷、「一般地域」とは異なる制度、秩序を持つ「経済特区」であると表している。

第二に、管理主体と関連して、羅津先鋒地帯の事業を指導する単位は〈中央対外経済機関〉、直接管理する単位は〈羅津先鋒地帯当局〉であると規定している（第3条、第8条）¹⁸。さらに、地帯で行われる活動は、日常的には地帯当局が管理し、一部の重要な事項は中央対外経済機関が直接担当すると規定して（第9条第3項）¹⁹、地帯当局は運営過程において〈諮問委員会〉を組織することができる（第16条）²⁰。

続いて、羅津先鋒特区では、どのような経済政策を実施しようとするのかというものを分析することにする。

第一に、生産手段の所有及び使用に関連して、土地については国家所有制を維持するが、投資家はこれを借用可能であり、賃貸期間の延長も可能である（第20条）²¹。また、投資した資本と所得は保護を受ける（第4条）²²。

¹⁷ 第2条：自由経済貿易地帯は、特惠的な貿易及び中継輸送と輸出加工、金融、サービス地域として宣布された朝鮮民主主義人民共和国の一定の領域である。自由経済貿易地帯には、朝鮮民主主義人民共和国の主権が行使される。この地帯では、国家が特別に建てた制度と秩序によって、経済貿易活動を進める。

第6条：自由経済貿易地帯の中でのすべての活動は、この地帯と関連した共和国の法と規定による。自由経済貿易地帯と関連した法と規定に規制されていない事項は、共和国の当該の法と規定に準ずる。

¹⁸ 第3条：国家は、対外経済機関と自由経済貿易地帯当局を通じて、自由経済貿易地帯の開発と管理・運営事業を指導する。

第8条：自由経済貿易地帯の管理機関には中央対外経済機関と地帯当局が属する。中央対外経済機関は、自由経済貿易地帯の開発と经济管理運営を委任された中央執行機関であり、地帯当局は現地執行機関である。

¹⁹ 第9条第3項：（中央対外経済機関が）下部構造建設部門で総投資額2千万₩以上の対象とその他の部門で総投資額1千万₩以上の対象を審議し、承認する。

²⁰ 第16条：地帯当局は、諮問委員会を組織することができる。諮問委員会は、地帯当局の代表、当該機関、企業所の代表と外国投資家代表によって構成され、地帯の開発と運営管理事業を協議し協調する。

²¹ 第20条：外国投資企業と外国人は、自由経済貿易地帯の中で必要な土地を

第二に、市場に関連して、商品価格は一部の大量必需品を除いて、原則的に市場価格で成立し（第22条）²³、流通貨幣は「朝鮮ウォン」とするが、転換性のある外貨も決済手段として使用可能である（第30条）²⁴。

第三に、企業運営に関連して、投資主体には特別な制限がなく、企業活動に有利な条件を保障する（第5条、第17条、第18条、第23条、第24条）。また、一般従業員については北朝鮮の人々を間接的な方式で採用し（第21条）²⁵、企業所得の税率は決算利潤の14%とする（第36条）²⁶。

第四に、対外関係に関連して、外国から地帯へ入る時には、一般地域へ入る時とは異なり、ビザを必要としない（第41条）²⁷。また、関税は一部の場合には免除し（第25条、第26条）、企業活動から得た利益は国外へ送金可能であり、投資財産は契約期間終了後、持ち出すことが可能である（第35条）²⁸。

賃借することができるし、賃貸機関の承認の下で賃借期間の延期を受けることもできる。

²² 第4条：国家は、投資家が自由経済貿易地帯に投資した資本と得た所得、彼に付与された権利を法的に保護する。

²³ 第22条：自由経済貿易地帯の中で、商品の価格は、販売者と購買者の間の合意によって決めることができる。一部の大量必需品の価格は、国家が決める。

²⁴ 第30条：自由経済貿易地帯での流通貨幣は朝鮮ウォンとし、すべての取引に対する決済は朝鮮ウォンまたは転換性のある外貨で行える。朝鮮ウォンに対する外貨の換算は、外貨管理機関が発表した比率に従う。

²⁵ 第21条：外国投資企業は、地帯労働力斡旋機関と結んだ契約によって、必要な労働力を採用及び解雇することができる。外国投資企業は、自由経済貿易地帯以外の地域にある我が国の技術者、高級技能工を地帯労働力斡旋機関に申し込み、供給してもらえ、地帯当局、対外経済部署との合意の下で、一部管理人員と特殊な職種の技術者及び技能工であれば、外国人を採用することも可能である。

²⁶ 第36条：自由経済貿易地帯の中の企業所得の税率は、決算利潤の14%にする。

²⁷ 第41条：国家は、自由経済貿易地帯に直接入国する外国人に対しノービザ制度を実施する。

²⁸ 第35条：外国の投資家は、自由経済貿易地帯の中で企業活動をして得た利潤と利子、配当金、賃貸料、サービス料、財産販売収入金を含めた所得を国外に送金することができるし、国外から自由経済貿易地帯へ持ちこんだ財産を、経営期間が終わった後、制限なしに国外へ持ち出すことができる。

このように、羅津先鋒特区では、外部投資家を対象とするという制限はあるが、私的経済活動を活性化すべく「改革的政策」を実施しようとしていることが分かる。

次に、1994年の〈自由貿易港規定〉を分析することにする。

第一に、税金と関連して、自由貿易港では関税などを賦課しない(第4条)²⁹。

第二に、企業活動と関連して、外国の投資家は合作企業、合営企業、外国人企業を創設及び運営することができる(第6条)³⁰。

ところが、羅津先方特区は初めて指定された経済特区であるため、これ以後、試行錯誤の過程を経ながら、政策で相当な変化が現れることになる。1997年6月の〈地帯活性化措置〉で現れた変化を分析することにする。

第一に、貨幣制度が変化した。以前は羅先地帯でも、一般地域と同じく、二種類の貨幣が使われていた。つまり、一般貨幣である「朝鮮マネ」と特殊貨幣である「外貨と交換したマネ票」が一緒に使われていたのである。しかし、1997年6月に「外貨と交換したマネ票」を廃止し、為替レートを1ドル当り(マネ票)2.2ウォン程度から(朝鮮マネ)200~210ウォンに変えた³¹。

これは何を意味するのか。それは、羅先地帯で「二重貨幣制度」を無くしたということである³²。マネ票と朝鮮マネは、同じ額面価値を持つ場合、実質価値が異なる³³。このような状態が望ましくないと判断して、二重貨幣制度を解消

²⁹ 第4条：自由貿易港に出入する船と荷物には、関税やトン税、運賃税を賦課しない。

³⁰ 第6条：外国投資家は、(自由貿易)港で外国人投資企業(合作企業、合営企業、外国人企業)を創設して、倉庫業、船舶修理業などを営むことができる。

³¹ 『朝鮮新報』(1997/06/10、06/27)。

³² このことについて、「評価切下げ」であると解釈するのは誤りである。例えば、「額面基準で、おおよそ、朝鮮マネを1/100に評価切下げしたのである」(전홍택 [ゾン・ホンテク]、1999:53頁)というような評価は、正確ではない。ドルと交換して渡す貨幣を「特殊貨幣」から「一般貨幣」に変えたことだけであるからである。元々、一般貨幣と特殊貨幣は相異なる価値を持っていたので、ドルと交換して渡す貨幣を変える時、「額面為替レート」が変わるのは当然である。この過程で、平価切上げも起こりうるし、評価切下げも起こりうる。当該の場合は、あまり変動がなかった。

³³ これは、同じ額面価値を持っているマネ票と朝鮮マネで同じ品物を買うことができないということに表れている。このことをよく示しているのが「外貨商

するため、マネ票を廃止したのである³⁴。

このように、マネ票が廃止されて、為替レートがマネ票を基準にするものから朝鮮マネを基準にするものへ変わったことにより、各種商品の「名目価格」も調整された。ボールペンは（マネ票）2₩（≒1ドル）から（朝鮮マネ）200₩（≒1ドル）へ、ホテルの宿泊料は（マネ票）110₩（≒50ドル）から（朝鮮マネ）1万₩（≒50ドル）へ調整された。概して、「額面価格引き上げ」が起きたが、ドル換算価格で示されるように、実質的な物価の変化はなかった。ただ、この過程で基準賃金は下がった。以前は、最低賃金が（マネ票）160₩（≒80ドル）であったが、（朝鮮マネ）3000₩（≒15ドル）に変わったのである³⁵。

第二に、自営業を許容する措置を取った。1997年4月に〈羅津先鋒地帯家内便宜奉仕業規定〉を採択したが、ここで、自営業を幅広く許容した。住民は、さまざまな製造及び販売分野〔縫製、食べ物、家庭用品、修繕、食堂、宿屋、小売業など〕で、自営業を営むことができるようになった。こうして、羅津先鋒市の中心街には、企業だけではなくて、個人が商店を開設して、さまざまな生活必需品、消費財〔餅、てんぷら、たまご、せっけんなど〕を売っているという³⁶。

第三に、公的生産組織の運営で変化があった。1997年6月から羅先地帯にあるすべての企業所〔協同農場を含む〕は、計画の樹立、生産、販売、価格の設定など主要な経営事項を独自に決められるようになった³⁷。

店」という制度である。朝鮮マネではここで品物を買うことができないが、マネ票ではできる。

³⁴ 二重貨幣制度を実施する一般的な目的は、外貨を厳格に統制しようとすることである。ところが、このような制度を実施すれば、外貨を統制する効果は得られるが、対外経済活動を制約する副作用を生む。そして、二重貨幣制度を廃止するということは、対外経済活動を活性化しようとする措置であると解釈できる。二重貨幣制度が廃止されたことは、「外貨商店」制度が消えたことによく示される。

³⁵ これは、多くの発展途上国が行う熾烈な外資誘致競争で競争力を高めるための措置である。他の発展途上国に比べて、最低賃金80ドルは、相当高かったのである。

³⁶ 『한겨레（ハンギョレ）』（1997/08/18）。

³⁷ 전홍택（ゾン・ホンテク）、1999、「金正日体制下の北朝鮮経済」、『亜細亜研究』、高麗大学亜細亜問題研究所、55頁。

第四に、朝中間の国境貿易を比較的自由に行える「自由交易市場」がウォンジョンリに開設された。毎週4日間（火～金）開かれて、利用が増える傾向がみられた³⁸。

続いて、1999年の〈改正された羅津先鋒経済貿易地帯法〉に現れた変化を見ることにする。

第一に、法律の適用範囲が変わった。〈自由経済貿易地帯法〉〔以下、1993年地帯法〕は、論理的に多くの場所に適用できる法律であったが、〈改正された羅津先鋒経済貿易地帯法〉〔以下、1999年地帯法〕は、1ヶ所だけに適用できるものである。「自由経済貿易地帯」は、多数指定できるが、「羅津先鋒経済貿易地帯」は1ヶ所のみであるからである。

第二に、主権に対する表現が弱くなった。1993年地帯法では、“自由経済貿易地帯には、朝鮮民主主義人民共和国の主権が行使される”（第2条）という表現があったが、1999年地帯法では、このような表現が見えない。論理的には、経済特区も主権が及ぶ地域なので、このような規定がないとしても、当然、主権が行使されるはずであるが、これを強調する可否かは、投資家に対する態度の差を反映していると言える。

第三に、中央機関の介入の範囲を広げた側面がある。1993年地帯法では、「下部構造建設部門での総投資額2千万ウォン以上の対象とその他の部門での総投資額1千万ウォン以上の対象」のみを中央対外経済機関が承認し、それ以下は地帯当局が承認することになっていたが（第9条3項、第12条4項）、1999年地帯法では、すべての投資に対する承認を中央貿易指導機関が行うようになった（第9条3項、第12条4項）。

第四に、現地執行機関の権限を広げた側面がある。1993年地帯法では、商品取引には一般的に市場価格を許容しながらも、一部の大量消費品の価格は国家が決めるようにしていたが（第22条）、1999年地帯法では、一部の大量消費品の価格を羅津先鋒市人民委員会が決めるようになった（第22条）。

このように、羅津先鋒地帯は、外部資本を誘致して、破綻状態になっている経済を立て直すための試みとして北朝鮮が設置した最初の経済特区である。その過程で、外部の投資家に私的経済活動を許容し、それを徐々に内国人にも拡大する措置を取っている。

³⁸ 진홍택 (ゾン・ホンテク)、1999、54～55頁。

2-2. 実績

では、羅津先鋒特区は、どれほどの「成果」を収めてきたのか。それを判断するため、まず、北朝鮮政府がどのような「目標」を設定したのかを見ることにする。

北朝鮮政府は、当初「三段階の開発計画」を設定した。それは同地帯を、第一段階（1993～1995年）では「東北アジアの国際的な貨物中継基地」、第二段階（1996～2000年）では「輸出加工基地」、第三段階（2001～2010年）では「総合的、現代的な国際交流の拠点都市」として発展させるという計画であった。

しかし、その後、計画がうまく実現しないことが判明すると、1995年の初頭、三段階の計画を「二段階の計画」へと変更した。当初の第一段階と第二段階の計画の内容を統合して「当面段階」（1995～2000）として設定し直し、第三段階を「展望計画」と改名した。修正された計画は、次の通りである。

【# 3】羅津先鋒地帯の開発計画

	当面段階 (1995～2000年)	展望段階 (2001～2010年)
開発 目標	・国際貨物中継基地建設 ・輸出加工基地建設	・総合的、現代的な国際交流拠点都市の建設（「第二のシンガポール」）
重点 事業	・羅津地帯の経済特区拠点化 ・中国、ロシアとの中継輸送網形成（鉄道、道路、通信など） ・自由貿易港（羅津、先鋒、清津）の荷役能力を、各々、3000万トン規模へ拡張 ・加工輸出型工業団地造成 ・観光団地開発	・自由貿易港（羅津、先鋒、清津）の荷役能力を、各々、1億トン規模へ拡張 ・中継貿易、輸出加工、製造業、金融サービス、観光の諸機能を総合的に遂行できる地帯建設 ・21世紀の国際水準に相応しくなるよう地帯の現代化と情報化を追求
都市 建設	・人口30万規模の都市建設：羅津地域を中心にし、先鋒地域へ拡大	・人口100万規模の都市建設：羅津の外郭地域と豆満江地域に新興都市開発

※出典：『羅津先鋒自由経済貿易地帯投資環境』（1995）。

北朝鮮は、このような壮大な「青写真」を打ち出した。そして、これを実現させようと具体的な「投資誘致計画」を作成した。それによると、工業部門に約36億ドル、道路など基盤施設部門に約9億ドル、ホテルなどサービス部門に約1億ドル、合計して、投資件数で119件、投資総額で約47億ドルの投資を誘致すると予定した。

では、その「実績」はどうであったのか。それは「大失敗」と言えるほど、

貧しかった。統計が公表された1991～1997年の実績を見れば、次の通りである。

投資するという契約が、件数で111件、投資額で7億5077万ドルであった。北朝鮮側の「予想」の約16%に過ぎない。しかも、実際の投資は、件数で77件、投資額で5792万ドルだけであった。予想の約1.2%に過ぎない。その内容を投資対象企業の形態別に見れば、合営企業に46件、2547万ドル、合作企業に14件、1168万ドル、単独投資に17件、2076万ドルで、投資国は、香港、中国、タイ、オランダ、日本の順であった³⁹。

2-3. 評価

北朝鮮の最初の経済特区である羅津先鋒地帯の「実験」はどう評価すべきであるか。

まず、それが経済体制の変化という側面で持つ「意義」を考えてみよう。それは、北朝鮮の経済体制が、閉鎖的な経済体制から開放的な経済体制へ変わる変化の初期段階であることを意味し、私的経済活動を清算しようとする正統的な経済体制から、それを部分的に活用しようとする改革的な経済体制へ移り変わるものの一部をなすことを意味する。この側面で、羅津先鋒特区の実験は、非常に重要な意味を持っていると言える。

ただし、このような試みが、北朝鮮側が期待していた経済的効果をもたらしたかは別の問題である。上述したように、壮大な青写真、誘致計画に比べて、実績は貧しい。なぜ、このような結果になってしまったのか。原因として、主に三つの問題が指摘できる。

第一に、投資に友好的な対外関係を醸成するのに失敗した、ということである。ある国家が外資を誘致しようとする際、「投資家」は二種類に分けて考えられる。一つは、「戦略的利害関係」をもつ、いくつかの「外国」である。北朝鮮としては、韓国、日本、中国、アメリカの四ヶ国程度である。もう一つは、外国の「個別企業」である。この二種類の潜在的投資家の投資を誘導するためには、投資に友好的な対外関係を作ることが必須である。しかし、北朝鮮は、1991年以後、経済特区戦略を推進しながらも、そのような対外関係を醸成するのに失敗した。その原因がもっぱら北朝鮮側にあるとは言えないが、結果的に

³⁹ 「98羅津先鋒経済貿易地帯投資相談会北朝鮮側基調演説文」、『북한뉴스레터 (北朝鮮ニュースレター)』(1999年1月号)、20頁。

そうだったことは、経済特区の発展に大きな悪影響を与えた。国家的次元においても、個別企業の次元においても投資があまり行われなくなったのである。

第二に、「地帯の性格」の設定に問題がある、ということである。これを、「貿易地区」、「輸出加工地区」、「総合的な国際交流拠点」としての可能性という点で考えてみよう。

1)「貿易地区」としての可能性である。これは、「自力貿易」と「中継貿易」に分けて考えられる。

まず、「自力貿易」の側面である。羅津先鋒地帯が「朝—中—口の接境地帯」にあるので、北朝鮮と中国、北朝鮮とロシア間の貿易の「関門」として機能している。そして、ロシアとの接境地帯は他にないので、海路ではなくて陸路を利用する場合、北朝鮮とロシア間の貿易は、この地域を通じて行われる。ゆえに、ロシアとの関係においては、羅津先鋒地帯はほぼ「独占的」な地位にあると言える⁴⁰。しかし、中国との関係においては、そのような「独占的」な地位にはない。中国との接境地帯は長く、羅津先鋒地帯よりも、西部の新義州がもっと有利な位置にあり、海路ではなくて陸路を利用する場合にも、北朝鮮の東北地方と中国の東北三省〔黒龍江省、吉林省、遼寧省〕の間の物流を処理する機能を担うだけである⁴¹。勿論、この機能は、すでに果たしている。新しく議論しうるのは、「輸送網」を整備して、その機能をもっと円滑にさせることくらいである。

次に「中継貿易」の側面である。羅津先鋒地帯は、「朝—中—口の接境地帯」にある関係で、「中継貿易」の可能性はかなり大きい。ただ、それは、「朝—中—口の接境地帯」という漠然とした描写が連想させがちな「バラ色の可能性」ではない。「朝—中—口の接境地帯」と言っても、もう少し詳しくその周辺を分析してみれば、「第二のシンガポール」を目指しうほどの立地条件を持っているとは言えない。かなりの数の「阻害要因」⁴²を除去してはじめて、中継

⁴⁰ ただ、その物流の「量」がどれほどになるかは、両国の経済発展の程度、経済的連携の程度による。短期的には、北朝鮮〔特にその東北地方〕とロシアのプリモルスキー地方〔沿海州〕との間の物流を処理する役割を担える。

⁴¹ 北朝鮮の西部地方と中国との物流は、羅津先鋒地帯ではなくて、新義州を経由する。

⁴² 「阻害要因」は、大きく二つに分けられる。一つは対外的問題で、「潜在的

物流を処理する機能を担うことができる。うまく行けば、韓国とロシア、中央アジア、ヨーロッパの間⁴³、日本と中国の東北三省、モンゴルの間の物流⁴⁴くらいを処理することは期待できるのである。

このように考えれば、「貿易地区」としての機能は、北朝鮮が期待しているようなバラ色のものではないが、一応、かなりの可能性を持っているとは言える。

2)「輸出加工地区」としての可能性である。北朝鮮の「東部地方」に投資するのに「関心」を持ちうる国家は、主に、日本であり、個別投資家は日本の企業である。日本としては、北朝鮮は「近隣国家」なので、「戦略的利害関係」を持っている⁴⁵。そして、日本の企業は、条件が良ければ、北朝鮮の労働力と天然資源を活用して、競争力ある商品を作って、北朝鮮国外へ持ち出してどこか[日本あるいはアメリカなど]で販売するか、または、北朝鮮「現地」で販売することを期待できる⁴⁶。ところが、このような可能性を実現するには、羅

顧客」である韓国、日本との政治的関係が悪いことである。もう一つは国内的問題で、内部輸送網が悪い状態にあることである。例えば、鉄道、列車が老朽化しているので、現在の状態では、円滑に物流を処理できない。

⁴³ 韓国と中国の東北三省、モンゴルの間は、羅津先鋒より、新義州を経由する方が有利である。

⁴⁴ 韓国の場合とは異なって、日本やロシア、中央アジア、ヨーロッパの間の物流は、羅津先鋒地帯を通過する可能性が低い。シベリア横断鉄道（STR）の終着駅であるウラジオストクが利用されよう。

⁴⁵ 「近隣国家」が経済的にいかに重要であるかは、最近の日本の貿易相手を見れば、すぐ分かる。最近の日本の主要な貿易相手は、貿易量が大い相手から順に、中国（1）、アメリカ（2）、韓国（3）、台湾（4）、香港（5）、ドイツ（6）、タイ（7）、オーストラリア（8）、マレーシア（9）、インドネシア（10）である（「日本の貿易動向（2005年）」<http://www.jetro.go.jp/world/statistics/data/trade2005.pdf> など）。世界的に経済規模の大きさを誇るイギリス、フランス、スペイン、イタリアなどは、日本にとって、韓国、台湾は言うまでもなく、タイ、マレーシアより「小さい相手」である。そして、日本にとって、人口約2300万の北朝鮮は、人口約4500万の韓国、約2300万の台湾を考慮すれば、潜在的にかなり重要な相手であると言える。

⁴⁶ 初期においては「現地」の人々の購買力が低いので、現地での販売の比重は小さいはずであるが、開発が進むにつれて、現地の人々の購買力が高くなるので、現地での販売の比重は大きくなる。

津先鋒地帯より、元山〔ウォンサン〕の方が勝る。日本との距離の面では、両地域の差は大きくないが、元山とその周辺の人口が羅津先鋒地帯の方より多いし、北朝鮮の最大の人口密集地帯である平壤とその周辺に接近するのに元山の方がはるかに有利である¹⁷。

このように羅津先鋒特区は、「貿易地区」としての可能性はかなり大きいが、「輸出加工地区」としては、北朝鮮国内だけで見ても、元山より劣るので、その可能性は低い。さらに、このことから当然の如く「総合的な国際交流拠点」としての可能性は低いと言わざるを得ない。

第三に、羅津先鋒特区を「自力」で開発する努力が足りなかった、ということである。経済特区を開発しようとする際、状況が良ければ、国家的次元であれ、個別企業の次元であれ、投資家が現れる。そのような場合には、自らの大きな努力がなくても、成功は可能である。しかし、そうではない場合には、自らの相当の努力が必要となる。例えば、道路など「社会基盤施設」を整備することである。

しかし、羅津先鋒特区の場合は、外資の誘致がうまく進まないことが明らかになった時も、北朝鮮政府は、あまり投資を行わなかった。自力で開発する「能力」が低いことは確かであるが、「中継貿易地区」、「総合的な国際交流拠点」として開発することを目指しているなら、基盤施設の整備などに相当の努力を注ぐべきである。軍隊などを動員していろいろな土木、建設事業を行っている北朝鮮の事情を考えれば、事業の優先順位を調整することによって、羅津先鋒特区の基盤施設の整備などは、かなり推進できそうである。

このように、北朝鮮が最初に設置した経済特区である羅津先鋒特区は、立地条件から見れば、「輸出加工地区」、「総合的な国際交流拠点」としての可能性は低い、「貿易地区」としての可能性はかなり高い。そして、その可能性を実現させようとするならば、投資に友好的な対外関係を醸成する必要がある。しかし、北朝鮮はそれに失敗してしまった。さらに、そのような状況で、社会基盤施設を整備するなど自力でなすべきことを推進することに対しても消極的であった。このようにして、羅津先鋒特区の開発はあまり進んでいないのであ

¹⁷ 北朝鮮と日本との唯一の「直接の貿易ルート」と言える万景峰号〔マンギョンボンホ〕の航路が「元山―新潟」であることを参照すれば、元山が日本との経済交流で持つ利点が推論できる。

る。

このような分析に基づき、今までの失敗から教訓を得ることで以後の戦略を考えてみると、まずは、社会基盤施設の整備など、自力でできることを積極的に推進しながら、投資に友好的な対外関係を醸成することが重要であると言える。そうすることにより、北朝鮮側が期待するほどではなからうが、「東北アジアの物流の拠点」として発展する可能性は充分にある。

3. 新義州特別行政区

新義州 [シンイジュ、上の地図で Sinuiju] は、平安北道の道庁所在地として鴨緑江辺にある。面積は10.6km²であり、人口は約28万9千名 [1991年基準] である。1906年に京義線が開通し、終着駅になってから、急速に発展し始め、1914年には平安北道の道庁が義州から移って来た。鴨緑江の向こう側の中国都市〈丹東〉と活発な貿易を行っており、鴨緑江鉄橋を通じて中国、ロシア、ヨーロッパにつながっていて、外港として〈ダサ島〉を持つ⁴⁸。

北朝鮮は、このような有利な立地条件を活用して、新義州を経済発展のための拠点として育成しようと、2002年9月12日に特別布告令として〈新義州特別行政区〉を指定して、最高人民会議常任委員会で政令として〈新義州特別行政区基本法〉⁴⁹を公布した。それは、本文6章 [101条] 及び付則 [4条] から成っている。

3-1. 作動の構想

では、新義州特区はどう作動するように構想されたのか。このことを、〈新義州特別行政区基本法〉を中心にして考察することにする。

まず、新義州特区の「性格」はどのようなものとして構想されたのか、ということを見ることにする。新義州特区は、「国際的な金融、貿易、商業、工業、先端科学、娯楽、観光地区」として設定されている (第13条)⁵⁰。

⁴⁸ 『두산백과사전 (斗山百科事典)』 [http://www.naver.com] で「신의주 (新義州)」の項目。

⁴⁹ 法律の全文は；http://www.unikorea.go.kr/ [통일부]。

⁵⁰ 第13条：国家は、新義州特別行政区を国際的な金融、貿易、商業、工業、

続いて、新義州特区はどのような「作動体系」を持っているのか、ということを見ることにする。

第一に、新義州特区は、中央が直接管轄する特殊な行政単位である（第1条）⁵¹。新義州は、元々、北朝鮮の一般的な地方行政単位である「道」に所属していたが、経済特区に指定する際、その重要度を勘案して、「道」と同級である「直轄市」へ昇格させたのである。

第二に、新義州特区は、幅広い自治権を持つ特殊な行政単位である。立法権、行政権、司法権で幅広い自治権を持つ（第2条）⁵²。これをもう少し詳しく見ることにする。

対外関係と関連して、新義州特区は、独自の対外事業を行えるので、パスポートを独自に発給できて（第8条）⁵³、区章、区旗を使用し（第99条）⁵⁴、外国人も住民になりうる（第42条）⁵⁵。

立法権と関連して、立法権は立法会議が持ち（第60条）⁵⁶、その議員数は15人で、彼らは秘密投票で選出され（第61条）⁵⁷、その任期は5年である（第63条）⁵⁸。

先端科学、娯楽、観光地区として作り出すようにする。

⁵¹ 第1条：新義州特別行政区は、朝鮮民主主義人民共和国の主権が行使される特殊行政単位である。国家は、新義州特別行政区を中央に直轄させる。

⁵² 第2条：国家は、新義州特別行政区に立法権、行政権、司法権を付与する。

⁵³ 第8条：新義州特別行政区と関連した外交事業は国家が行う。新義州特別行政区は、国家が委任した範囲の中で自分の名義で対外事業を行って、新義州特別行政区旅券を独自に発給することができる。

⁵⁴ 第99条：新義州特別行政区は、朝鮮民主主義人民共和国の国章、国旗を使用する他に自分の区章、区旗を使用する。区章、区旗の使用秩序は、新義州特別行政区が決める。

⁵⁵ 第42条：新義州特別行政区の住民になる条件は、次の通りである。1. 新義州特別行政区が組織される以前に居住した者。2. 共和国公民として新義州特別行政区の要求によって区の機関または企業に就職した者。3. 外国人として合法的な職業を持ち、区に7年以上居住した者。4. 最高立法機関〔最高人民会議〕または長官が推薦した者。

⁵⁶ 第60条：立法会議は新義州特別行政区の立法機関である。立法権は立法会議が行使する。

⁵⁷ 第61条：立法会議の議員数は15人とする。立法会議の議員は、住民の一般的、平等的、直接的選挙原則によって秘密投票によって選挙する。

立法会議の議員は、国籍に関らず、新義州特区の住民ならば務めることができる（第62条）⁵⁹。

行政権と関連して、行政権は新義州特区を代表する長官が行使する（第76条、第81条）⁶⁰。

司法権と関連して、司法権は裁判所が担当し、特区の裁判所が最終裁判機関である（第98条）⁶¹。

そして、特殊行政単位としての安定性を保障するため、法律制度を50年間変更せず（第3条）⁶²、一部の法律を除いては一般法律を適用しない（付則第2条）⁶³。また、一般中央部署は原則的に新義州特区の事業に関与できない（第6条）⁶⁴。

勿論、このように幅広い「自治権」を許容しながらも、中央政府は、新義州特区を統制する「てこ」は持っている。すなわち、他国の政治組織の活動を許容しないで（第10条）⁶⁵、特区の外交事業を国家が担当し（第8条）、防衛事業をも国家が担当し（第7条）⁶⁶、非常事態を宣布でき（第11条）⁶⁷、立法会議の

⁵⁸ 第63条：毎期の立法会議の任期は5年である。立法会議の議員の任期は、立法会議の任期と同じである。

⁵⁹ 第62条：立法会議の議員には、新義州特別行政区の共和国公民がなりうる。新義州特別行政区の住民権を持つ外国人も立法会議の議員になりうる。

⁶⁰ 第76条：長官は新義州特別行政区を代表する。長官は、自分の事業に対して、最高立法機関の前に責任を負う。

第81条：行政府は新義州特別行政区の行政的執行機関で、全般的管理機関である。行政府の責任者は長官である。

⁶¹ 第98条：新義州特別行政区で裁判事業に対する監督は、（新義州特別行政区裁判所が行う。区裁判所は最終裁判機関である。

⁶² 第3条：国家は、新義州特別行政区の法律制度を50年間変化させない。

⁶³ 付則第2条：新義州特別行政区には、朝鮮民主主義人民共和国の国籍、国章、国旗、国歌、首都、領海、領空、国家安全に関する法規を除いては、他の法規は適用しない。

⁶⁴ 第6条：朝鮮民主主義人民共和国の内閣、委員会、省、中央機関は、新義州特別行政区の事業に関与しない。新義州特別行政区に人員を派遣しようとか駐在させようとする場合には、長官の同意を受けなければならない。

⁶⁵ 第10条：国家は、新義州特別行政区内で他国の政治組織の活動を許容しない。

⁶⁶ 第7条：新義州特別行政区の防衛事業は、国家が担当する。国家は、必要ならば、新義州特別行政区に軍事人員を駐屯させることができる。新義州特別

法律を拒否及び修正させることができ（第74条）⁶⁸、長官を任命するとか解任する（第77条）⁶⁹仕組みで統制することもできる。

続いて、新義州特区では、どのような「経済政策」を実施しようとするのか、ということを見ることにする。

第一に、生産手段の所有、使用に関連して、一応、土地は国家所有を維持するが（第12条）⁷⁰、新義州特区に「管理権」を与える（第14条）⁷¹。また、企業は、土地を賃借して使うことができ、その期間は最長50年である。そして一応は、2052年12月31日まで使うことができるが、その期間を延ばすこともできる（第15条）⁷²。賃借した土地、建物に関しては、その権限を譲渡、抵当、再賃貸することもできる（第16条）⁷³。そして、個人所有の財産に関しては、所有権、相続権を保障する（第17条）⁷⁴。

行政区は、駐屯部隊に社会秩序維持、災害救助の協力を要求することができる。
⁶⁷ 第11条：国家は、戦争、武将反乱のような事由の発生の時、新義州特別行政区に非常事態を宣布することができる。この場合、全国的に適用する法規を実施する。

⁶⁸ 第74条：（特区）立法会議で採択した決定は、1ヶ月以内に最高立法機関〔最高人民会議〕に登録する。最高立法機関は、提出された決定に対して登録するとか返して修正させることができる。登録しないで返した決定は、効力を持つことができない。

⁶⁹ 第77条：長官としては、新義州特別行政区の住民として事業能力があり、住民の信望の高い者がなりうる。長官の任命と解任は最高立法機関が行う。

⁷⁰ 第12条：新義州特別行政区の土地と自然資源は、朝鮮民主主義人民共和国の所有である。国家は、新義州特別行政区で土地と自然資源の侵害を許容しない。

⁷¹ 第14条：国家は、新義州特別行政区に土地の開発、利用、管理の権限を付与する。新義州特別行政区の建設総計画は、国家の承認を受ける。個別建設は、承認された建設総計画に従う。

⁷² 第15条：新義州特別行政区の土地賃貸期間は、2052年12月31日までである。国家は、土地賃貸期間が終わった後にも、企業の申し込みによって、その期間を延ばす措置をとる。この場合、企業に与えていた有利な経営活動の与件をそのまま保障する。

⁷³ 第16条：国家は、新義州特別行政区で合法的に得た土地利用権と建物、施設物を譲渡、賃貸、再賃貸、抵当できるように許容する。

⁷⁴ 第17条：国家は、新義州特別行政区で個人所有の財産を保護し、それに対

第二に、市場に関連して、商品価格の問題に対する特別な規定はないが、新義州が経済特区であるという事情を考慮すれば、開城工業地区と金銅山観光地区のように市場価格が適用されると予想される。流通貨幣は、特区政府が決める（第23条）⁷⁵。

第三に、企業運営に関連して、投資主体には特別な制限がないとし、かなり自由な企業活動を保障しようとする努力が窺える（第24条、第29条、第30条、第31条）。一般従業員は北朝鮮の人々を採用するようにさせ（第20条）⁷⁶、最低賃金は新義州特区行政府と中央機関が合意して決める（第21条）⁷⁷。

第四に、対外関係に関連して、関税は特区が独自に決めて（第25条）⁷⁸、外貨は制限なしに搬出・搬入することができる（第23条）。

このように、〈新義州特別行政区基本法〉は、外部投資家が私的経済活動を行うことを許容するという側面で「改革的」であり、行政区政府がかなり高い水準での自治的な権限を持つことを許容するという点で、「自治特区」を構想していると言える。

3-2. 実績

では、新義州特区は、どれほどの「成果」を収めてきたのか。新義州特区の指定及びそれ以後の過程は、反転の多い一編のドラマである。外部の予想を上回る「破格的」な構造を持つように、香港をモデルにしたとされる「自治特区」が指定され、特区の最高責任者である行政長官に中国系オランダ人楊斌が任命

する相続権を保障する。国家は、新義州特別行政区で個人所有の財産を国有化しない。国の安全と係わって個人所有の財産を収容しようとする場合には、その価値を報償する。

⁷⁵ 第23条：国家は、新義州特別行政区で独自に貨幣金融政策を実施できるように許容する。新義州特別行政区では、外貨を、制限なしに、搬出・搬入することができる。

⁷⁶ 第20条：国家は、新義州特別行政区に設立された企業が共和国の労働力を採用するようにさせる。必要な職種には、(特別行政) 区の行政府の承認を得て、外国人を雇うことができる。

⁷⁷ 第21条：国家は、新義州特別行政区での勤労者の最低労賃基準を(特別行政) 区行政府と共和国の該当の機関が合議して決めるようにさせる。

⁷⁸ 第25条：国家は、新義州特別行政区で特惠関税制度を設けさせる。関税率は、新義州特別行政区が決める。

された。ところがその任命発表のわずか三日後、楊斌が中国の当局に脱税や不法貸出の容疑で逮捕されたのである。新義州特区は最初の段階で座礁した。

その後、北朝鮮は、他の人物を行政長官として招聘しようとするなど⁷⁹⁾、困難を打開しようと努力をしたが、うまく行かず、2004年、「暫定保留」と発表し、事実上、中断状態になっている。そして、実績は何もないと言える。

3-3. 評価

では、新義州特区の「実験」はどう評価すべきか。

新義州特区は、2002年に設置された三つの特区の一つである。三つの特区は、最初の特区〔羅津先鋒地帯〕の経験から学んで、利益を得る可能性を高める仕組みを模索している。その中で新義州特区の場合は、「自治特区」の形式を取って、その「自主性」を訴える戦略を取っている⁸⁰⁾。そして、外部の予想を超える「破格的」な構造を持つ経済特区を建設するという発表は、かなり外部世界を驚かせ、注目を集めることには成功した。しかし、早くも中国の牽制によって、中断状態に追い込まれる。なぜ、北朝鮮の一番重要な友好国である中国によって、新義州特区が「暫定保留」の状態にされているのか。

それは、主に「立地条件」の問題に関連している。羅津先鋒特区の場合と同様に、「貿易地区」、「輸出加工地区」、「総合的な国際交流拠点」としての可能性という点で考えてみることにする。

1) まず、「貿易地区」としての可能性である。その中でも、「自力貿易」地区としての可能性はどうか。新義州は、中国との接境地帯にあるので、北朝鮮と中国の間の貿易の「関門」として機能している。中国との接境地帯はかなり長いが、新義州が一番有利な位置にある。北朝鮮の最大の人口密集地帯である平壤及びその周辺と中国を結ぶ位置にあるからである。そして、海路ではなくて陸路を利用する場合、中国との物流の大部分が新義州を経由する。勿論、この機能はすでに果たされているが⁸¹⁾、新しく議論するのは、輸送網を整備し

⁷⁹⁾ たとえば、沙日香（シャルシャン）という中国系の米国人が長官になると報道されたことがある。『연합뉴스（連合ニュース）』（2004/09/02）。

⁸⁰⁾ このような自治特区の構想は、香港をモデルにして樹立されたと推定されている。これは、〈新義州特別行政区基本法〉が〈香港基本法〉と似ているという点から容易に分かる。

⁸¹⁾ 陸路を利用する北朝鮮と中国の物流の約70%が新義州を通過する。『주간조선

て、その機能をもっと円滑にさせることである。

次に「中継貿易」地区としての可能性はどうか。新義州は、中国との接境地帯にある関係で、中継貿易地区としての可能性はかなり高い。だが、北朝鮮が期待するほどではない。もし成功すれば、韓国と中国の東北地方、モンゴルとの間の物流を処理することを期待できる⁸²。

このように考えれば、「貿易地区」としての機能は、北朝鮮が期待しているようなバラ色のものではないが、一応、かなりの可能性を持っているとは言える。

2) 続いて、「輸出加工地区」としての可能性である。北朝鮮に輸出加工地区を作る目的で投資することに関心を持ちうる国家は、主に、韓国と日本であり、個別企業は両国の企業である。しかし、両国及び両国の企業とも、新義州を輸出加工地区として選好するとは考えにくい。日本の企業としては、日本に近い北朝鮮東部地方の元山が一番優先順位の高いところであり、その次としては、北朝鮮の人口密集地帯である平壤の周辺にある南浦〔ナンポ〕くらいである。韓国としては、韓国に近い北朝鮮南部地方の開城〔ケソン〕か海州〔ヘジュウ〕が一番優先順位の高いところであり、その次としては、日本と同様に南浦〔ナンポ〕くらいである⁸³。これは、日本と韓国の企業が投資する際、生産した商品を持ち出して自国あるいは第三国で販売する可能性と現地で販売する可能性を重視するはずであるからである。

もし、日本と韓国の企業が新義州を輸出加工地区として考えるなら、その販売市場としては中国が想定されよう。そのような可能性は低く、あるとしても、両国にとっても前述の可能性と比べて優先順位が劣るため、元山、開城、海州、南浦の開発がかなり進んではじめて考えられる。ところが、その時になっても、新義州が輸出加工地区となる可能性は決して高くない。それは、二つの側面から言える。

（週刊朝鮮）』（2009/10/26）。

⁸² 韓国の場合とは異なって、日本と中国の東北地方、モンゴルとの間の物流は、新義州を通過する可能性が低い。主に、中国の大連が利用されよう。

⁸³ これは北朝鮮側と韓国の現代グループの間の開発予定地をめぐる協商でよく示される。『주간동아（週刊東亜）』（2008/12/24）を参照。この点については、後ほど開城特区の議論で再び触れることにする。

一つは、「経済的」側面である。中国の東北地方に直接投資する方より新義州に投資する方が有利かどうか、という問題がある。北朝鮮が中国より後発走者であるので、その点では新義州の方が若干有利であろうが、中国を市場として想定する場合、その利点はそれほど大きくない。

もう一つは、「経済外的」側面である。すなわち、中国の牽制の問題である。中国としては、自国に投資する企業には、ある程度自国市場を開放するのに友好的に対応するはずであるが、自国の「すぐそば」に投資した企業にはそう対応するとは期待しにくい。すなわち、新義州と中国の東北地方は、投資の誘致において競争関係にあるため軋轢が生じうるので、新義州を輸出加工地区として考える潜在的投資家には、負担になる⁸⁴。

中国は、新義州が「貿易地区」つまり「物流拠点」として発展することには利害関係を持っている。北朝鮮との貿易には有効な場所であり、北朝鮮の投資能力が低いという条件では、友好国に対する恩恵として投資できる。しかし、新義州を含め北朝鮮で輸出加工地区を作る目的で投資するには利益がなく、その意思がない。自国で必要とする品物を新義州で生産して持ち込む必要も、それによる利益もないし、韓国や日本、米国などに輸出しようとする品物を北朝鮮で生産する必要も、それによる利益もない。北朝鮮に販売しようとする場合も同じである。中国で生産して、北朝鮮を含めた他の国へ輸出すれば良いのである⁸⁵。

⁸⁴ 中国の牽制は、常識で考えられるより強かったと言える。北朝鮮が新義州を経済特区として考慮している時、中国の朱容基総理が開城を推薦したということは、新義州が東北地方の競争相手として登場することを嫌うという旨を伝えたと言える。その警告を無視して、その後、北朝鮮が新義州を経済特区として指定すると、予想外に早く、そして強く牽制したことは、楊斌の逮捕で鮮明に現れる。それについては、投資誘致の競争の問題だけではないという見方もある。新義州の開発構想の中で「娯楽」があるが、中国はそれを恐れたという。新義州が香港のような都市になって、カジノなど娯楽が自由にできる場合、中国の金持ちがそこでマネを蕩尽すると恐れた、ということである。この点については、『연합뉴스 (連合ニュース)』(2008/12/01)、『Ohmynews』(2009/10/16)を参照。

⁸⁵ 中国の企業にとって、一般的に、自国から出てわざわざ北朝鮮で製造業を営むメリットがない。賃金が中国より低いが、その差がそれほど大きくないの

このように新義州は、「貿易地区」としての可能性はかなりあるが、「輸出加工地区」としては、北朝鮮国内だけで見ても、元山、開城、海州、南浦より劣るので、その可能性は低い。さらに、そのことから当然の如く「総合的な国際交流拠点」としての可能性も低いと言わざるを得ない。

このような条件で新義州を特区として指定したのは、中国との競争相手として育成することを意味するので、中国がいち早く牽制したのである。

そして、このような分析に基づき、今までの失敗から教訓を得て以後の戦略を考えてみると、新義州を「輸出加工地区」、「総合的な国際交流拠点」としてではなく、「貿易地区」として発展させることを「当面の目標」にすべきである。そして、それがうまくいってはいじめて、「輸出加工地区」、「総合的な国際交流拠点」としての可能性を考えても遅くはない。

また、もし、今の段階で「総合的な国際交流拠点」を開発しようとするなら⁸⁶、新義州ではなくて、「南浦」を「自治特区」として指定すべきである。北朝鮮にとっては、南浦は東南アジアなど世界と交流するのに一番有利な位置にあり、人口密集地帯の一部であるので外国の企業も高い関心を示すはずである。

4. 金剛山観光地区

金剛山 [クムガンサン、上の地図で Kosong、Tongchon 地域] は、太白山脈にある山で、東西は約40km、南北は約60kmであり、面積は約530km²である。最高峰は毘盧峰 [高さ1638m] で、これを中心に内金剛、外金剛、新金剛、海金剛の四つの地域に分けられる。自然景観が美しく、季節ごとに別の名称 [春には金剛山、夏には蓬莱山、秋には風楽山、冬には皆骨山] で呼ばれる。また、寺、石塔、仏像など仏教の遺跡が多い⁸⁷。

で、別の不利 [言葉が異なる問題など] を相殺できるほどではない。ある国の企業が他の国へ投資する際、一般に、その二つの国の間には経済的格差がかなり大きいことが前提になる。この点で、中国と北朝鮮はそのような関係にはない。

⁸⁶ 北朝鮮が、楊斌が逮捕された後も新義州の行政長官として外国人を迎えようと執拗に努力したことは、「総合的な国際交流拠点」に強い意志を持っていることを窺わせる。

⁸⁷ 『두산백과사전 (斗山百科事典)』 [http://www.naver.com] で「금강산 (金

このような有利な自然、文化的条件を活用して、金銅山地域を観光特区として育成しようと、北朝鮮の最高人民会議常任委員会は2002年10月23日に、政令で〈金剛山観光地区〉を指定して、11月13日には〈金剛山観光地区法〉を公布した〔政令第3413号〕⁸⁸。続いて、多数の下位規定を採択している⁸⁹。

4-1. 作動の構想

金銅山特区はどう作動するように構想されたのか。これを〈金剛山観光地区法〉を中心にして考察することにする。

まず、金剛山特区の「性格」はどのようなものとして構想されたのか。金剛山特区は、基本的に「国際的な観光地域」として設定されている（第1条）⁹⁰。しかし、先端科学分野の経済活動も許容されていることから（第21条）⁹¹、できるだけ包括的な経済特区として発展させようとしていることが分かる。

続いて、金剛山特区はどのような「作動体系」を持っているのか。

第一に、金剛山特区の事業を総括する主体は「中央観光地区指導機関」であり、他の部署は原則的に関与しないことになっている（第5条）⁹²。これは、観光地区の事業を効率的に進めようとする意図を現す。

銅山)」の項目。

⁸⁸ 法律の前文は；<http://www.unikorea.go.kr/>〔통일부〕。

⁸⁹ 最高人民会議常任委員会が、2004年4月29日に金剛山観光地区法に基づく下位五つの規定〔観光地区管理機関設立運営規定、税関規定、出入規定、在留規定、居住規定〕を採択して、5月6日に三つの規定〔労働規定、外貨規定、広告規定〕を採択した。これから二つの規定〔不動産規定、会計規定〕だけ採択されれば、10の下位規定の用意作業が仕上げられる。『한겨레 (ハンギョレ)』（2004/05/30）。

⁹⁰ 第1条：金銅山観光地区は、共和国の法によって、管理・運用される国際的な観光地域である。（後略）

⁹¹ 第21条：観光地区には、南側及び海外同胞、外国の法人、個人、経済組織が投資して観光業をすることが可能である。観光業には旅行業、宿泊業、娯楽及び便宜施設業のようなものが属する。ソフトウェア産業のように公害がない先端科学技術部門の投資も観光地区で可能である。

⁹² 第5条：観光地区の事業に対する統一的指導は、中央観光地区指導機関が観光地区管理機関を通じて行う。機関、企業所、団体は、観光地区の事業に関与しようとする場合、中央観光地区指導機関と協議しなければならない。

第二に、金剛山特区の開発は、中央観光地区指導機関が指定する「開発業者」が推進することになっている（第7条）⁹³。これは「開発業者」が実際の開発過程で独占的な開発権限を持つことを現すが、開発業者は〈現代アサン〉である。

第三に、金剛山特区の管理は、中央観光地区指導機関の指導の下で「金剛山観光地区管理機関」が行うことになっている（第5条）。これは、金剛山観光地区管理機関が観光地区の事業を「日常的」に進めるということを意味し、この機関が相当の権限を持つことを表す。そして、金剛山観光地区の管理機関は、開発業者及び中央観光地区指導機関が推薦する成員として構成される（第12条）⁹⁴。これは、開発業者である〈現代アサン〉が、開発過程だけではなくて運営する過程でも、相当の権限を持つことを現す。

続いて、金銅山特区ではどのような「経済政策」が実施されるか⁹⁵。

第一に、生産手段の所有、使用に関連して、一応、土地は国家所有を維持するが、開発業者に賃貸して開発させることになっている（第7条）。

第二に、市場に関連して、通用貨幣としては轉換性外貨を使うことができる（第24条）⁹⁶。

第三に、企業運営に関連して、外部人が金銅山特区に投資する際は、金銅山観光地区管理機関の承認を得る必要がある（第23条）⁹⁷。

⁹³ 第7条：観光地区の開発は開発業者が進める。開発業者は、中央観光地区指導機関から当該機関の土地利用証を発給してもらわなければならない。

⁹⁴ 第12条：観光地区の管理は、中央観光地区指導機関の指導の下で観光地区管理機関が行う。観光地区管理機関は、開発業者が推薦する成員として構成する。中央観光地区指導機関が推薦する成員も観光地区管理機関の成員になりうる。

⁹⁵ 金銅山特区は、基本的には観光地区である関係で、経済政策に関する規定は簡略である。

⁹⁶ 第24条：観光地区では轉換性外貨を使うことができる。轉換性外貨の種類と基準貨幣は、観光地区管理機関が中央観光地区指導機関と合議して決める。観光地区において外貨は自由に搬出・搬入することができる。

⁹⁷ 第23条：観光地区に投資しようとする者は、観光地区管理機関の企業創設承認と業種許可を受けなければならない。企業創設承認を受けた場合には、決まった出資をして、観光地区管理機関に企業登録をし、当該機関の税関登録、税務登録をしなければならない。

第四に、対外関係に関連して、外貨は自由に搬出・搬入することができ（第24条）、観光地区には観光地区管理機関が発給する出入証明書を保持していれば、ビザなしに出入できる（第25条）⁹⁸。

このように、北朝鮮政府は、金剛山地域の有利な自然・文化的条件を活用して、その地域を「観光特区」として発展させようとしている。そしてその過程で、円滑な運営のため、外部投資家に制限はされるものの、私的経済活動を活性化する「改革的」な経済政策を実施しようとしている。

4-2. 実績

では、金剛山特区の「実績」は、どれほどであるか。それは、二つの基準で見積もることが可能である。一つは、開発が初期であるという点を反映して、特区の開発がどれほど進んでいるかという基準である。もう一つは、特区の開発と運営からどれほど経済的利益が出るかという基準である。

では、まず、「開発の程度」という基準から見ることにする。それは、開発業者である〈現代アサン〉の「開発計画」と実際の開発の進展を比較すれば、判断できる。現代アサンの「開発計画」を要約すれば、次のようになる⁹⁹。

現代アサンは、開発の「地域的範囲」として、江原道の高城郡、金剛郡、通川郡、元山市地域を設定しているが、この地域は、海金剛から元山まで約109kmに至る。そして、この地域を10個の「地区」に分けて、地区別の特色を利用して、三つの類型として開発する。「海辺型」、「湖畔型」、「山岳型」がそれぞれである。具体的な配置は、次のようである。

【# 4】金剛山特区の地区別開発類型

類 型	海 辺 型	湖 畔 型	山 岳 型
地 区	海金剛地区 高城地区 元山地区	三日浦地区 侍中湖地区 洞庭湖地区	温清里地区 高城地区 通川地区 内金剛地区

⁹⁸ 第25条：南側地域から観光地区へ出入する南側及び海外の同胞、外国人と輸送手段は、観光地区管理機関が発給した出入証明書を保持せば、指定された通路においてビザなしに出入することができる。観光地区から共和国の他の地域へ出入するとか、他の観光地から出入する秩序、共和国の他の地域を通じて観光地区へ出入する秩序は別に決める。

⁹⁹ 現代アサンのホームページ [http://www.hyundai-asan.com/] を参照。

そして、開発を二つの「段階」に分けて進めることになっている。具体的には、次の通りである¹⁰⁰。

【# 5】金鋼山特区の段階別開発計画

段 階		地 域
第一段階 (2005～2010年)	優先事業地区	高城地区、温情里地区、城北里地区
	その他	三日浦地区、海金鋼地区、通川地区の一部
第二段階 (2011～2020年)		通川地区、内金鋼地区、待中湖地区、洞庭湖地区、元山地区

「第一段階」の開発は、2005～2010年の五年間を予定していて、この段階の開発が終わると宿泊施設で4600客室が完備され、2010年には年間訪問客が138万名に達すると期待している。そして、「第二段階」の開発は、2011～2020年の十年間を予定していて、この段階の開発が終わると宿泊施設で7300客室が完備され、2020年には年間訪問客が226万名に達すると期待している。

では、このような開発計画は、実際どれほど進んでいるか。まもなく、第一段階の開発期間が終わるが、残念ながら実績に対する具体的な資料は得られないので [現代アサンが具体的な工程率などは公表していない]、正確な判断はできない。ただ、断片的な新聞の報道を総合すれば、計画どおりには進んでいないらしい。しかし、かなりの進展があるのは、確かである。

続いて、金鋼山特区からどれほど経済的利益が出るか、という基準から見ることにする。これは、北朝鮮側と現代アサン側を分けて分析する必要がある。両者の利益の「源泉」が共通的な部分もあるが、そうではない部分もあるからである。

まず、北朝鮮側から見ることにする。北朝鮮側にとっては、おおむね、三つの利益の源泉がある。一番目は、開発の過程で開発業者である現代アサンとそれを支援する韓国政府による投資である。現代アサンは宿泊施設に、韓国政府は道路などに投資するが、その一部が開発過程で雇われる北朝鮮の労働者の賃金として支払われる。これは、持続的なものではないが、現金に困る北朝鮮にとっては若干の収入になる。

二番目は、金鋼山特区の施設を利用して行われる多様な「南北交流行事」で

¹⁰⁰ ただ、「第一段階」の中の一部 [高城地区、温情里地区、城北里地区] を「優先事業地区」として指定しているので、「三段階」として理解しても良い。

ある。この過程でいろいろな名目により北朝鮮側に若干の現金が流れる。たとえば、「南北離散家族の相逢」の過程で伝えられる「プレゼント」が挙げられる。これは、不定期的なもので、政治的な方面の影響を強く受けるという弱点はあるが、一応、北朝鮮にとっては若干の収入になる。

三番目は、観光客の「入場料」である。北朝鮮は、観光客一人当たり70ドルの入場料を受けることになっている¹⁰¹。これは、観光が続く限り持続的で、確かなものであるので、一番重要な収入である。

このように、北朝鮮側は、金剛山特区の開発と運営の過程で三つの源泉からかなりの利益が得られる。しかもその過程で、北朝鮮側としては、金剛山地域を観光地区として提供する以外には別に行うことがないので、ほぼ「最初から黒字」と言えるやさしい商売である。

次に、現代アサン側から見ることにする。金剛山特区の開発と運営で、北朝鮮側には最初から黒字が保障されるが、現代アサン側にはそうではない。現代アサンは、かなり大きな金額を投資しなければならない¹⁰²。開発の過程で、道路など社会基盤施設の整備には韓国政府の支援が予想されるが、宿泊施設などは、自力であるいは他の投資家を募集して行わなければならない。また、運営の過程で韓国政府による若干の支援が期待されるが、それは持続的なものではないし、安定的なものでもない。よって、現代アサンにとって一番重要なのは、観光客の数をできるだけ早く増やして、「損益分岐点」を突破することで

¹⁰¹ これは、北朝鮮側にとっては、非常に魅力的な収入である。入場料を得るまでに北朝鮮側が行うことは、金剛山を観光地区として提供し、その開発を開発業者に依頼することだけである。その後、開発業者が、自ら投資して観光地区を整備し、観光プログラムを作り、観光客を募集し、連れてきて、開発業者の収益性に関わりなく、一人当たり70ドルを北朝鮮側に渡す仕組みである。開城特区の労働者の月給が、2005年57ドル、2009年70ドル程度であることを考慮すれば、この入場料がどれほど魅力的か容易に分かる。

¹⁰² 現代アサンは、2008年、観光客の死亡事件をきっかけに金剛山観光が中断されるまで、金剛山特区の開発に9832億ウォン（≒820億円）を投資したという。独占開発権である「土地利用権」を確保するのに7010億ウォン（≒584億円）を支給し、以後、宿泊施設などを建設するのに2822億ウォン（≒235億円）を投資したということである。なお、土地利用権に対する支給額は、当初合意した金額の半分であるという。[<http://blog.naver.com/jmw8282?Redirect=Log&logNo=140058699884>]などを参考。

ある。観光客の数がある水準に至るまでは赤字に留まるはずで、その水準を超えれば黒字になるからである。

では、その損益分岐点となる観光客の数は、何名になるのか。現代アサンが2010年の観光客を138万名と期待していることから、その水準ならかなりの黒字になると推測できる。また、現代アサンは、自ら年間50万名が損益分岐点であると発表したことがある¹⁰³。そして、実際の観光客の数を見ると、1998年に観光が始まって以来、2005年に30万名に達し¹⁰⁴、その後、2007年までは若干増える傾向にある。このような傾向を見ると、現代アサンが期待している水準にははるかに至らないが、相当の可能性は示していると言える。

このように、特区の領有者である北朝鮮側と開発業者である現代アサン側の両者の利益の源泉と損益分岐点は異なるが、一番重要で共通的な利益の源泉は、「観光収入」である。また、観光の持続性を確保するためには、政治的に決められる支援がなくなる場合を想定して、商業的なベースで現代アサンが黒字になることが必要である。

4-3. 評価

北朝鮮は、2002年に三つの経済特区を設置した。その三つの特区では、最初の特区、羅津先鋒地帯の経験から学んで、利益を得る可能性を高めようとする仕組みを模索している。新義州特区の場合は、「自治特区」の形式を取って、その「自主性」を訴える戦略を取っている。金銅山特区と開城特区の場合は、「開発業者」を指定して開発を依頼する戦略を取っている。そして、金銅山特区と開城特区の場合においては、以下の三つの戦略的变化が目立つ。

一番目の戦略的变化は、韓国の企業、具体的には〈現代グループ〉の投資を受け入れたことである¹⁰⁵。羅津先鋒特区の場合、日本企業を主な投資家として想定していた。それは、言い換えれば、経済特区戦略を実施する過程で、で

¹⁰³ 『문화일보 (文化日報)』(1999/01/16)。

¹⁰⁴ 『조선일보 (朝鮮日報)』(2006/01/12)。

¹⁰⁵ 北朝鮮への韓国企業の投資は、北朝鮮側が先に要請したのではなくて、韓国側が先に北朝鮮側に投資を受け入れるように働きかけたと見える。北朝鮮は、初めは後ろ向きであったが、経済特区戦略に対する日本と米国の反応がほぼなかったことを背景にして、ついに韓国企業の投資を受け入れるようになったと言える。

きただけ韓国企業の進出は避けたいという意図が働いていたことを意味する¹⁰⁶。しかし、日本側の反応が殆どなかったので、羅津先鋒特区は低迷するようになる。そこで、北朝鮮は別の突破口を模索しなければならなかった。

その結果、その時まで回避しようとしていた韓国企業の投資を苦肉の策として受け入れるようになった。北朝鮮にとって、この戦略のリスクは、「体制競争の相手」である韓国の企業が入ることによって、内部的な政治・理念的混乱が生じる可能性である。だが、北朝鮮にとって有利な点は、政治的な要因によるかなり高いリスクがあるにも関わらず、韓国企業が、少なくともその一部は、投資する意向をもっていることであり¹⁰⁷、また、当時の金大中政府が北朝鮮への投資を奨励し、投資する企業を支援する立場を取っていたという事情である¹⁰⁸。

二番目の戦略的变化は、北朝鮮側が開発の主体になるのではなくて、「開発業者」を指定して、開発を依頼することである。

羅津先鋒特区の場合には、開発の担当者が北朝鮮の地方政府であり、外部の

¹⁰⁶ このような事情は、羅津先鋒特区に韓国企業が投資しようとする際、直接にはできなくて、ロシアとか他の国の企業と合作し、その名義でしかできないということよく示される。『연합뉴스 (連合ニュース)』(2009/02/10)を参照。

¹⁰⁷ 一般的に「外資」は、それほど遠くない未来に利益が出ることを目指し、政治的環境によるリスクを高くは負おうとしない。しかし、ある場合には、かなり時間が経ってこそ利益が得られると予想し、政治的環境によるかなり高いリスクをも甘受する投資家がありうる。投資対象地に「血縁的連関」を持つ投資家がそのような場合である。中国の場合には、「華僑」がその特性をよく示している。北朝鮮の場合には、日本の〈在日朝鮮人総聯合会〉が昔からそうであったが、投資能力が高くないのが弱点であった。そして、1998年、韓国で北朝鮮に「宥和的」な政府が登場したことを背景にして、創業者が北朝鮮の江原道の通川郡〔この地域は金銅山地区に属する〕出身である〈現代グループ〉がそのような投資家として登場した。それは、〈現代アサン〉が自ら掲げた金銅山地区の「開発の目標」からも窺える。“民族の名山である金銅山を世界的な観光名所として開発して、21世紀の韓半島観光産業の跳躍を先導し、金銅山観光地区を南北和解と協力の拠点として、民族共同体を実現し、統一の礎石を整えていこうとする”[<http://www.hyundai-asan.com/>]。

¹⁰⁸ 金大中政府は、北朝鮮の道路など、すぐには利益が得られないような社会基盤施設への投資を「統一費用」としてみなしていたので、民間企業が進出する際、その企業を支援する形で積極的に投資した。

投資家は、個別の投資案件ごとに地帯当局と協商する仕組みになっていた。北朝鮮側にとって、この仕組みが持つ利点は、地帯の統制を容易に行えることである。しかし、このような仕組みには、二つの弱点がある。一つは、特区の「自主性」に対して外部から疑問が生じることである。つまり、投資家が自由に企業活動を行えるかどうかということが疑われやすいのである。もう一つは、地帯の開発の基本的責任が地帯政府にあるので、企業活動に直接必要な工場などを除いて、道路などの社会基盤施設は自ら整備する必要がある、そのような投資には失敗のリスクがあるということである。よって、北朝鮮側の投資能力が低い条件では、このような仕組みはうまく作動しなかった。

そして、このような経験から学習して北朝鮮側は、できるだけ自分が直接投資する必要がなくなる方式を模索した。そこで「開発業者」を指定する方式を打ち出したのである。これは、北朝鮮側としては、自分が掌握している土地だけを開発業者に提供して、その後の開発過程での投資の負担を開発業者に負わせる方式である。

そうすると、経済的側面で、北朝鮮側としては、最初から「黒字」になる。前述したように、道路の設備などの開発過程でも北朝鮮の労働者が雇われて賃金を受けるので黒字になるし、その後、外部企業が入って来て稼働すると、企業の収益性に関わりなく、稼働する限り、得られる労働者の賃金、また、企業の収益性によって左右されるものの、一定の条件で企業が納める企業所得税などが黒字を保障する。

三番目の戦略的变化は、投資家の「選好」に応じる地域を特区として設定したことである。羅津先鋒特区と新義州特区の場合には、特区の性格の設定が地域の特性とあまり合わなかった。金銅山特区の場合は、この二つの場合とは異なって、この地域の立地条件をよく反映するものとなった。北朝鮮の可能性あるいくつかの観光資源の中で、一番優先させるべきところが金銅山地域である。それは、観光の対象としても他のところに劣らないし、観光客の大部分を占めると予想される韓国と日本からの接近が容易な場所であるという点から、そう言えるのである。

このような戦略的变化があつてこそ¹⁰⁹、前述したように、開発業者が現れて、

¹⁰⁹ このような変化が、必ずしも北朝鮮側の「独創」によるとは言えないが、当然ながら、少なくともそれを決定し、実施したのは、北朝鮮側である。

その後の開発と運営で相当の実績をあげるようになったのである。

しかし、このような戦略の場合、かなりうまく仕組みを取っているにも関わらず、そこには、「弱点」と「課題」が残っている。弱点は、政治的環境による影響が大きい、ということである。開発過程で、開発業者として指定されている現代アサンだけでなく、韓国政府〔具体的には韓国土地公司〕の支援が必要であるが、それは韓国との政治的關係によって大きく左右される。それは、北朝鮮に「抱擁的」であった金大中政権と盧武玄政権の時期とは異なって、「対決的」な姿勢を取る李明博政権が登場した以後、金銅山観光は低迷し、ついには観光客への「銃撃事件」をきっかけに中断状態に陥ってしまったことによく表れている¹¹⁰。

課題は、金銅山特区の成功の可否は、根本的にはその観光地区としての魅力に左右されるので、開発業者である現代アサンが黒字になる必要がある、ということである。金銅山は、韓国人に「一番美しい山」として認識されているため、かなりの可能性を持つてはいるが、まだ、その収益性が確認されたとは言えない。それは、金銅山特区が正常に運営され、政治的特恵¹¹¹がなくなった時期に判明しよう。

5. 開城工業地区

開城〔ケソン、上の地図で Kaesong〕は、「直轄市」で、「休戦線」の近くにある。面積は約1309km²であり、人口は約40万名で〔1991年基準〕、平壤特別市、南浦直轄市に続く北朝鮮の3番目の大都市である¹¹²。休戦線の近くにあるので、韓国との交流に有利な条件を持っている。

¹¹⁰ 観光客への銃撃事件など、いろいろな突発的な事件が絡み合っているが、それが主な原因とは言えない。たとえば、金大中大統領の時期には、もっと重大な「西海交戦」があったにも関わらず、両側がそれによる緊張を何とか抑えて、南北和解の大勢は変わらなかった。

¹¹¹ 南北交流事業の場合には、いろいろな政治的考慮が作用する。金銅山観光の場合、学生の修学旅行、教師の研修などに政府が補助金を支給した。このような現象は、まだ金銅山観光が純粋な商業的ペースにおいて収益性があるとは言えないことを示す。

¹¹² 『두산백과사전 (斗山百科事典)』[<http://www.naver.com>] で「개성직할시 (開城直轄市)」の項目。

このような立地条件を活用して、経済回復のための拠点として育成しようと、2002年11月13日に北朝鮮の最高人民会議常任委員会は、政令で〈開城工業地区〉を指定し、11月20日に〈開城工業地区法〉を採択した¹¹³。続いて、10の下位規定を採択した¹¹⁴。

5-1. 作動の構想

開城特区はどう作動するように構想されたか。それを〈開城工業地区法〉を中心に考察することにする。

まず、開城特区の「性格」はどのようなものとして構想されたのか。開城特区は、「国際的な工業、貿易、商業、観光地域」として設定されている（第1条）¹¹⁵。「工業地区」という名称が付いてはいるが、「総合的な経済特区」を指向していることが分かる。

続いて、開城特区はどのような「作動体系」を持っているか。

第一に、開城特区の事業を総括する主体は「中央工業地区指導機関」であり（第5条）¹¹⁶、他の部署は原則的に関与しないことになっている（第6条）¹¹⁷。これは、開城特区の事業を効率的に進めようとする意図を表わす。

第二に、開城特区の開発は、中央工業地区指導機関が指定する開発業者が進めることになっている（第2条、第10条）¹¹⁸。これは、「開発業者」が独占的

¹¹³ 法律の全文は：<http://www.unikorea.go.kr/> [통일부]。

¹¹⁴ 『조선중앙통신（朝鮮中央通信）』（2003/12/17）は、最高人民会議常任委員会が2003年12月11日に開城工業地区法の下位規定として管理機関設立運営規定、出入在留居住規定、税関規定を採択したと報道した [http://www.kdi.re.kr/data/download/attach/7239_tr20031226.pdf]。続いて、残りの下位規定を採択した（『한겨레21（ハンギョレ21）』、2004/05/04、「夢は開城で始まる」）。

¹¹⁵ 第1条：開城工業地区は、共和国の法によって管理・運営される国際的な工業、貿易、商業、観光地域である。（後略）

¹¹⁶ 第5条：工業地区の事業に対する統一的指導は、中央工業地区指導機関が行う。中央工業地区指導機関は、工業地区管理機関を通じて工業地区の事業を指導する。

¹¹⁷ 第6条：機関、企業所、団体は、工業地区の事業に関与することができない。必要によって工業地区の事業に関与しようとする場合には、中央工業地区指導機関と協議しなければならない。

¹¹⁸ 第2条：工業地区の開発は、地区の土地を開発業者が賃借して敷地整理と

な開発の権限を持つことを表わすが、開発業者とは〈現代アサン〉である¹¹⁹。

第三に、開城特区の管理は、中央工業地区指導機関の指導の下で「工業地区管理機関」が行うことになっている（第5条、第21条）¹²⁰。これは、工業地区管理機関が工業地区の事業を日常的に進めるということを意味し、この機関が相当の権限を持つことを表わす。そして、工業地区管理機関は、開発業者及び中央工業地区指導機関が推薦する成員として構成される（第24条、第26条）¹²¹。これは、開発業者である〈現代アサン〉と〈韓国土地公司〉が、開発過程だけでなく運営する過程でも、相当の権限を持つことを現す。

続いて、開城特区ではどのような「経済政策」が実施されるか。

第一に、生産手段の所有及び使用に関連して、一応、土地は国家所有を維持するが、開発業者に賃貸して開発させるようになっている（第2条）。そして、企業活動をしようとする投資家は、開発業者から賃借して利用する（第18条）¹²²。

下部構造建設を行って投資を誘致する方法で行なう。工業地区は、工場区域、商業区域、生活区域、観光区域などで分ける。

第10条：工業地区の開発は、決められた開発業者が行う。開発業者を決める事業は、中央工業地区指導機関が行う。

¹¹⁹ 北朝鮮が指定した開発業者は、元々、現代アサンであるが、以後開発過程で、現代アサン側が単独でその役割を遂行できないと判断して〈韓国土地公司〉を「共同開発業者」として招いた。しかし、北朝鮮はそれを公式的に認めているのではなくて、「黙認」しているらしい。何か問題があって、北朝鮮側と協議をする時、現代側だけが行うことからそう推論できる。

¹²⁰ 第21条：工業地区に対する管理は、中央工業地区指導機関の指導下で工業地区管理機関が行なう。工業地区管理機関は、工業地区の運営事業の状況を定期的に中央工業地区指導機関に報告しなければならない〔ただ、開城工業地区の中の現開城市街は観光区域だけにして、それに対する管理は開城市人民委員会が担当する〕（最高人民会議常任委員会が発表した政令、〈朝鮮民主主義人民共和国開城工業地区を作り出すことに対して〉；<http://www.chongryon.com/>〔朝総連〕）。

¹²¹ 第24条：工業地区管理機関は、開発業者が推薦する構成員から成る。中央工業地区指導機関が推薦する構成員も工業地区管理機関の成員になりうる。

第26条：工業地区管理機関の責任者は理事長である。理事長は、工業地区管理機関の事業全般を組織し、指導する。

¹²² 第18条：開発業者は下部構造の建設が終わり次第、工業地区開発総計画に従って、投資企業を配置しなければならない。この場合、工業地区の土地利用

賃借期間は50年であり、さらに延長することもできる（第12条）¹²³。また、投資した財産に対しては、所有権と相続権を保障する（第7条）¹²⁴。

第二に、市場に関連して、商品価格は市場価格を適用する（第40条）¹²⁵。また、流通貨幣は転換性外貨とし、クレジットカードなどを使うこともできる（第41条）¹²⁶。

第三に、企業運営に関連して、投資主体には、韓国及び海外同胞、外国の法人、個人、経済組織がなることが可能であり、投資家は工業地区に企業の創設や支社、営業所、事務所などの設置を行い、経済活動を行うことができる（第3条）¹²⁷。一般従業員には北朝鮮の人々を採用する（第37条）¹²⁸。税金に関しては、企業所得税、取引税、営業税、地方税などを納めるが、企業所得税率は決算利潤の14%にし、一部の部門では10%にする（第43条）¹²⁹

権及び建物を企業に譲渡もしくは再賃貸することができる。

¹²³ 第12条：工業地区の土地賃貸期間は土地利用証を発給した日から50年とする。土地賃貸期間が終わった後にも、企業の申し込みにより、賃借した土地をひき続いて利用することができる。

¹²⁴ 第7条：工業地区では投資家の権利と利益を保護し、投資財産に対する相続権を保障する。投資家の財産は国有化しない。社会共同の利益と関連してやむを得ず投資家の財産を受容しようとする場合には、投資家と事前協議をして、その価値を償うことにする。

¹²⁵ 第40条：工業地区で商品の価格とサービス料金、企業と共和国の機関、企業所、団体の間に取り引きされる商品の価格は、国際市場価格に準じ、当事者が合意して決める。

¹²⁶ 第41条：工業地区で流通貨幣は転換性外貨とし、クレジットカードなどを使うこともできる。流通貨幣の種類と基準貨幣は、工業地区管理機関が中央工業地区指導機関と合意して決める。

¹²⁷ 第3条：工業地区には南側及び海外同胞、外国の法人、個人、経済組織が投資することができる。投資家は、工業地区に企業の創設や支社、営業所、事務所などの設置を行うことで、経済活動を自由に行える。工業地区では労働力採用、土地利用、税金納付のような分野で特恵的な経済活動の条件を保障する。

¹²⁸ 第37条：企業は従業員には共和国の人々を採用しなければならない。管理人員と特殊な職種の技術者、技能工は、工業地区管理機関を通じて中央工業地区指導機関と協議して、南側または他の国の人々を採用することができる。

¹²⁹ 第43条：企業は、会計業務を正確にして、企業所得税、取引税、営業税、地方税などの税金を適時に納めなければならない。工業地区で企業所得税率は、

第四に、対外関係に関連して、工業地区には、工業地区管理機関が発給した出入証明書を持っていれば、ビザなしに出入りすることができる（第28条）¹³⁰。また、工業地区では関税を賦課しなくて（第33条）¹³¹、外貨は自由に搬出・搬入することができるし、利潤も送金することができる（第44条）¹³²。

このように北朝鮮政府は、開城地域の有利な立地条件を活用して、その地域を「総合的経済特区」として発展させようとしている。そしてその過程で、円滑な運営のため、主に外部投資家に制限はされるものの、私的経済活動を活性化する「改革的」な経済政策を実施しようとしている。

5-2. 実績

開城特区の「実績」は、どれほどであるか。それは、二つの基準から見積もることができる。一つは、開発が初期であるという点を反映して、特区の「開発」がどれほど進んでいるかという基準である。もう一つは、特区の開発と運営からどれほど経済的利益が出るかという基準である。

では、まず、「開発の程度」から見ることにする。それは、開発業者である〈現代アサン〉の「開発計画」と実際の開発の進展を比較すれば、判断できる。現代アサンの「開発計画」を要約すれば、次のようになる¹³³。

現代アサンは、北朝鮮側から開城地区65.7km²（2000万坪）に対する50年間の

決算利潤の14%として、下部構造建設部門と軽工業部門、先端科学技術部門は10%とする。

¹³⁰ 第28条：南側地域から工業地区に出入する南側及び海外同胞、外国人と輸送手段は、工業地区管理機関が発給した出入証明書を持って、指定された通路でビザなしに出入することができる。共和国の他の地域から工業地区に出入する秩序、工業地区から共和国の他の地域に出入する秩序は別に決める。

¹³¹ 第33条：工業地区への搬入または工業地区から南側や外国へ搬出する物資と共和国の機関、企業所、団体に委託加工する物資に対しては、関税を賦課しない。外国から搬入した物資をそのまま共和国の他の地域に販売する場合には、関税を賦課することができる。

¹³² 第44条：工業地区では外貨を自由に搬出・搬入することができる。経営活動をして得た利潤とその外の所得は、南側地域または外国へ税金なしに送金や持ち出しができる。

¹³³ 現代アサンのホームページ [http://www.hyundai-asan.com/] を参照。

「利用権」を得て（2002/12/26）、2003年6月にその地区の開発に着手した。そして、その地区をいくつかの「区域」に分けて開発することになっている¹³⁴。

【# 6】開城特区の開発用途

区 域	面 積	比 考
工場区域	19.7km ² （ 600万坪）	
生活区域	3.3km ² （ 100万坪）	
観光区域	4.9km ² （ 150万坪）	
商業区域	1.7km ² （ 50万坪）	
開城市街地	13.1km ² （ 400万坪）	北朝鮮側が自ら開発
拡張区域	23.0km ² （ 700万坪）	追加に確定する予定
全体地区	65.7km ² （2000万坪）	

そして、開城特区が「工業地区」である点を考慮すれば、いくつかの区域の中で「工場区域」が核心である。その区域の開発の計画は、次の通りである。

【# 7】工場区域の開発計画

段 階		期 間	面 積	誘致企業 (数と類型)	雇用人員 (累計)	年間生産額
第一段階	示範	2003.6～2005	3 万坪		約 7 千名	約1.3億\$ / 2005年
		～2007年	100万坪	300、輕工業型	約10万名	
第二段階			150万坪	700、技術集約型		
第三段階		～2011年	350万坪	1000、大企業型	約35万名	約160億\$ / 2011年
總計		8 年間	600万坪	2000	約35万名	

この計画では、開発を大きく三段階に分けている¹³⁵。第一段階には、2007年まで100万坪を開発して、300の企業を誘致して、10万名の労働者を雇うことを予定している。その最初の段階である「示範」段階には、3万坪を開発して、7千名の労働者を雇って、2005年に年間1.3億\$分を生産することを予定している。第二段階には、150万坪を追加開発して、700の企業を追加誘致すること

¹³⁴ この地区の開発は、北朝鮮との合意に基づいていることであり、現代アサンによると、事業の成果によっては、将来、もっと広い地区を開発することも予想される。すなわち、約130km²（4000万坪）を開発するのが「拡張計画」であり、約300km²（1億坪）を開発するのが「長期計画」である。

¹³⁵ ただ、第一段階には、「示範」段階を設けているので、四段階として理解しても良い。

を予定している。第三段階には、350万坪を追加開発して、1000の企業を追加誘致して、累計35万名の労働者を雇って、2011年に年間約160億\$分を生産することを予定している。総計すれば、8年ほど掛けて、約600万坪の工場区域を開発して¹³⁶、2000の企業を誘致し、35万名の労働者を雇って、2011年に年間約160億\$分を生産することを予定している。

では、このようなかなり壮大な計画はどれほど実現しているのか。2003年6月に開発が始まって、2004年5月、示範団地が分譲され、12月に最初の製品が生産されて以来、2009年5月現在、106の企業が稼動していて、4万1千名の労働者〔この中で北朝鮮の労働者が4万名である〕が雇われている。

これは、現代アサンが予想していた第一段階の水準をはるかに下回る。時間も2年遅れていて、企業数は計画の1/3に止まり、労働者数は40%に止まっている。つまり、開発業者の期待に比べると、実績ははるかに至らない。

しかし、開城特区はかなりの「可能性」を示していると言える。開発業者の計画には至らないが、相当の企業が稼動しており、生産と輸出がかなり早く伸びていることからそう言えるのである。生産額と輸出額の変化を整理すれば、次のようになる。

【# 9】開城特区の生産と輸出

	2005年	2006年	2007年	2008年
生産額 (増加率)	1490万	7374万 (395%)	1億8478万 (151%)	2億5142万 (36%)
輸出額 (増加率)	866万	1983万 (129%)	3967万 (100%)	3584万 (-10%)

生産額と輸出額の変化を見ると、まだ初期であり、その絶対額は大きくないが、かなり早く伸びていることが分かる。つまり、十分な可能性を示している。

¹³⁶ 工場区域と一緒に開発される他の区域を含めた計画は、次のようである。

【# 8】開城地区の開発計画（総合）

段階	第1段階	第2段階	第3段階	既存市街地	拡張予定地
内容	工場区域=100万坪	工場区域=150万坪 生活区域=30万坪 商業区域=20万坪 観光区域=50万坪 小計：250万坪	工場区域=350万坪 生活区域=70万坪 商業区域=30万坪 観光区域=100万坪 小計：550万坪	400万坪	700万坪

5-3. 評価

前述したように、北朝鮮は、2002年に三つの経済特区を設置した。その三つの特区では、最初の特区〔羅津先鋒地帯〕の経験から学んで、利益を得る可能性を高める仕組みを模索している。新義州特区の場合は、「自治特区」の形式を取って、その「自主性」を訴える戦略を取っている。金銅山特区と開城特区の場合は、「開発業者」を指定して開発を依頼する戦略を取っている。そして、金銅山特区と開城特区の場合には、三つの戦略的変化が目立つ。すなわち、一番目は、韓国側の投資を受け入れたことであり、二番目は、北朝鮮側が開発の主体になるのではなくて、「開発業者」を指定して、開発を依頼することであり、三番目は、投資家の「選好」に適した地域を設定したことである。

このように、開城特区の設置で表れる戦略的変化は、金銅山特区の場合と同じであるので、もう一度叙述する必要はない。しかし、開城特区が「工業地区」で、金銅山特区が「観光地区」である点で特区の性格が異なるので、それに関連して付加すべき点がある。

前述したように、羅津先鋒特区と新義州特区の場合も、「輸出加工地区」としての性格が設定されていたが、この側面では優先順位において他の地域に劣るので、現実性が低い。しかし、開城特区の場合は、「工業地区」、つまり「輸出加工地区」としての可能性が高い。この地域は、韓国企業を誘致するのに適切な地域の一つなのである。韓国企業が北朝鮮に投資する場合、三つの要因を重視する。一つ目は、生産した製品を韓国に持ち帰るのに便利であること、二つ目は、生産した製品を日本や米国などに輸出するのに便利であること、三つ目は、生産した製品を北朝鮮に販売するのに便利であることである。開城地域は、このような条件に適う地域の一つで¹³⁷、他のところに劣らない¹³⁸。

¹³⁷ 他の適した地域は、海州、南浦くらいである。

¹³⁸ 開城、海州、南浦は、韓国企業を誘致するのにほぼ同じくらいの利点を持っている。そして、これら三つの地域を同時に開発しない限り、お互いに競争相手にならないし、韓国の企業としては、三つの中で特定の地域にこだわる必要はない。この点は、現代グループが、北朝鮮側と開発予定地をめぐる行った協商過程でよく示される。北朝鮮側は、最初に羅津先鋒、続いて新義州の開発を提案したが、現代はそれには難色を示して、代案として海州を提起した。その後、北朝鮮が開城を提示して、現代側がこれを受け入れた。この協商の過程については、『주간동아 (週刊東亜)』(2008/12/24)を参照 <http://weekly>.

このように、北朝鮮側の戦略的变化により、韓国企業の投資に有利な地域である開城が特区として指定されたことから、開発業者が現れ、前述したように、その後の開発と運営で相当の実績をあげることになったのである。

また、開城特区の場合は、金銅山特区と比べても、その商業性においてより速やかに可能性を見せている。金銅山特区の場合は、政治的判断による補助金などの支援を除けば、投資した企業がいつ黒字になるかが、まだ、不明であるが、開城特区の場合は、もう、投資企業が黒字になる可能性が示されている。

しかし、それにも関わらず、開城特区の場合も、金銅山特区と同じく、韓国との政治的關係によって大きく左右されるという弱点を持っている。それは、北朝鮮に「抱擁的」であった金大中政権と盧武玄政権の時期と異なる「対決的」な姿勢を取る李明博政権が登場したことによって、開城特区が低迷するようになったことによく表れている¹³⁹。

6. 終わりに

以上論じたことを要約することで、議論の終わりにしたい。

まず、「経済特区一般」については、次のように理解できる。

1) 「経済特区」(special economic zone) というのは、ある国家が「特別な経済政策を実施するために設置した特殊な地域」であり、その類型には、「観光地区」(tourist zone)、「自由貿易地区」(free trade zone)、「輸出加工地区」(export processing zone) などがある。

2) 社会主義国家が経済特区を設置する場合には、上のような一般的意味以外に別の「二つの意味」がある。一つは、以前の「閉鎖的」な経済体制から「開放的」な経済体制へ変わることであり、もう一つは、以前の「正統的」な経済体制から「改革的」な経済体制へ変わる変化の一部を成す、ということである。

donga.com/docs/magazine/weekly/2008/12/17/200812170500014/200812170500014_1.html]

¹³⁹ たとえば、以前に合意していた開城特区の労働者用寮の建設を移行しなかったことが挙げられる。そのような態度の結果、北朝鮮向けに用意されていた協力基金が殆ど使用されていない状況になっている。統一部によると、2009年度使用予定の「南北協力基金事業費」1兆1612億ウォン（≒968億円）の中、9月末までにわずか559億ウォン（4.8%）だけが執行されている。

3) 社会主義諸国は、長い間、資本主義企業が進出して活動する経済特区を否定的にみなしてきたが、中国で1970年代末に重大な変化が起きた。外部投資家が企業活動をかなり自由に行えるように「経済特区」を設置し始めたのである。

次に、北朝鮮の経済特区戦略の「全般的流れ」は、次のように理解できる。

1) 北朝鮮は、社会主義諸国が資本主義企業の進出を断った時期だけでなく、中国の成功的な経験を目撃しながらも、経済特区には否定的な立場を堅持していた。しかし、1989～1991年、ソ連・東欧で社会主義体制が崩壊して、経済が深刻な状況に陥ると立場を変え、1991年12月に最初の経済特区である〈羅津先鋒自由経済貿易地帯〉を設置した。

2) 北朝鮮の「経済特区戦略」の展開は、二つの段階に分けられる。第一段階（1991～2002年）は、羅津先鋒特区を設置して発展させようとした段階である。第二段階（2002以後）は、羅津先鋒特区の経験から学んで、2002年設置した三つの特区で「進化」した仕組みを試みる段階である。

新義州特区の場合は、「自治特区」の形式を取って、その「自主性」を訴える戦略を取っている。金銅山特区と開城特区の場合は、「開発業者」を指定して開発を依頼する戦略を取っている。

3) 経済特区の設置は、北朝鮮経済体制が閉鎖的な体制から開放的な体制へ変わることを意味し、正統的な体制から改革的な体制へ変わる変化の一部を成す。

次に、二段階として把握できる北朝鮮の経済特区の実験を全般的に評価してみると、次のように言える。

1) 北朝鮮が最初に設置した経済特区である羅津先鋒特区は、立地条件から見れば、「輸出加工地区」、「総合的な国際交流拠点」としての可能性は低いが、「貿易地区」としての可能性はかなり高い。そして、まずは、社会基盤施設の整備など、自力でできることを積極的に推進しながら、投資に友好的な対外関係を醸成することが必要である。

2) 新義州は、「貿易地区」としての可能性はかなりあるが、「輸出加工地区」としては、北朝鮮国内だけで見ても、元山、開城、海州、南浦より劣るので、その可能性は低い。そして、新義州を「輸出加工地区」、「総合的な国際交流拠点」としてではなく、「貿易地区」として発展させることを「当面の目標」にすべきである。それがうまく行ってから始めて、「輸出加工地区」、「総合的

な国際交流拠点」としての可能性を考えても遅くはない。

3) 金銅山特区と開城特区の場合においては、三つの戦略的变化が目立つ。一番目は、韓国の企業、具体的には〈現代グループ〉の投資を受け入れたことであり、二番目は、北朝鮮側が開発の主体になるのではなくて、「開発業者」を指定して、開発を依頼することであり、三番目は、投資家の「選好」に応じる地域を特区として設定したことである。このような戦略的变化があつてこそ、開発業者が現れて、その後の開発と運営で相当の実績をあげるようになったのである。

4) 金銅山特区の場合、かなりうまく仕組みを取っているにも関わらず、そこには、「弱点」と「課題」が残っている。弱点は、政治的環境による影響が大きい、ということである。課題は、金銅山特区の成功の可否は、根本的にはその観光地区としての魅力に左右されるので、開発業者である現代アサンが黒字になる必要がある、ということである。

5) 羅津先鋒特区と新義州特区の場合とは異なつて開城特区の場合は、「工業地区」、つまり「輸出加工地区」としての可能性が高い。そして、金銅山特区の場合と同じく北朝鮮側の戦略的变化により、韓国企業の投資に有利な地域である開城が特区として指定されたことから、開発業者が現れ、その後の開発と運営で相当の実績をあげるようになった。また、開城特区の場合は、金銅山特区と比べても、その商業性においてより速やかに可能性を見せている。しかし、それにも関わらず、開城特区の場合も、金銅山特区と同じく、韓国との政治的關係によって大きく左右されるという弱点を持っている。

6) 今の段階で「総合的な国際交流拠点」を開発しようとするなら、新義州ではなくて、「南浦」を「自治特区」として指定すべきである。北朝鮮にとって、南浦が東南アジアなど世界と交流するのに一番有利な位置にあるからである。

最後に以上の議論を図表として簡単に整理すれば、次のようになる。

【#10】北朝鮮経済特区の比較

			羅津先鋒	新義州	金剛山	開城
体系	監督機関		中央貿易指導機関	最高人民会議	中央観光地区指導機関	中央工業地区指導機関
	管理機関		市人民委員会	行政区政府	地区管理機関	地区管理機関
	責任者		市人民委員長	行政長官	理事長	理事長
経済政策	土地政策	所有主	国家	国家	国家	国家
		使用権	地帯⇒投資家	特区⇒投資家	管理機関⇒投資家	管理機関⇒投資家
		賃貸期間		50年 (延長可能)		50年(延長可能)
	市場政策	価格	市場価格	市場価格		市場価格
		貨幣	朝鮮貨幣 転換性外貨	当局の決定	転換性外貨	転換性外貨 クレジットカード
	企業運営	雇用	間接採用	直接採用		
		最低賃金			月57.5ドル	月57.5ドル
		税金	所得税＝14％			所得税＝10－14％
	対外政策	人の移動	ビザの免除	便宜保障	ビザ 出入証明書	ビザ 出入証明書
		商品の移動	自由化 関税の一部免除	関税の当局決定	関税の免除	関税の免除
		外貨の移動		自由化	自由化	自由化
		為替レート	中央政府の統制	行政区の統制	中央政府の統制	中央政府の統制
	性格	設定	貿易地区 輸出加工地区	貿易地区 輸出加工地区 自治特区	観光地区	輸出加工地区
		妥当性	貿易地区として	貿易地区として	適当	適当
		代案	輸出加工地区として、日本向けなら元山、韓国向けなら南浦、海州、開城が良い。 自治特区としては、南浦がよい。			

少年犯罪に対する刑事政策の総体的整備

廬 建 平

(訳) 坂 口 一 成

訳者まえがき

以下に掲載するのは、中華人民共和国（以下、「中国」と呼ぶ）の少年犯罪に関する刑事政策に対する包括的提言を示す廬建平教授（北京師範大学刑事法科学研究院）⁽¹⁾の論文「未成年人犯罪刑事政策的整体完善」を訳出したものである。

廬教授は趙秉志教授（同上）が代表を務める中国・教育部哲学社会科学研究重大課題難関攻略プロジェクト「少年⁽²⁾犯罪研究」（2006～2009年）の第2代表であり、そのサブプロジェクトである「少年犯罪刑事政策」を率いている。本論文はその最新成果である。

本論文はそのタイトルが示すように、少年犯罪に対する刑事政策の総体的な整備・改善を目指すものであり、内容は総論と各論の2つに大別することができる。総論としては1で少年犯罪に関する刑事政策の現状・問題点・解決に向けた方向性が鳥瞰される。各論としては、罪責認定政策(2)、刑罰政策(3)、処遇

⁽¹⁾ 廬教授の略歴については本誌58巻5号（2008年）101～102頁参照。

⁽²⁾ 原文は「未成年人」（18歳未満の者を指す。少年保護法2条参照）である。これは「未成年者」と訳するのが素直かもしれないが、この邦訳においては「少年」の方が馴染むと考えられるため、「少年」と訳す。なお、同義で「少年」が用いられることもあるが、これも「少年」と訳す。

政策4)、訴訟メカニズム(5)が検討される。

中国において少年犯罪が深刻な社会問題として認知されたのは、70年代以降のことであった。特に1980年以降、判決発効総人員の4割以上を青少年(満14歳以上25歳以下)が占めていた⁽³⁾。この数値は1997年以降、30%台で推移しているが、18歳未満の少年が占める比率は、1990年以降5～7%で推移してきたのが、2004年から2007年まで連続して9%台を超え、2008年には若干減少したものの、なお、8.8%を記録した⁽⁴⁾。

こうした中、本論文は刑罰に関する非刑罰化・寛刑化、処遇に関する非拘禁化・社会化などを主張し、少年に対する特別な保護の強化・徹底を訴える(日本の昨今の動きとは正反対であるが、保護主義が十分に確立していない中国とは、そもそもの出発点が異なる点に留意する必要がある)。

かなり大雑把であるが、その論旨は以下のようにまとめることができよう。従来、少年の保護の必要性・重要性が説かれてきたが、実務では成人とはほぼ変わらない取り扱いを受けてきた。だが近年、少年に対する特別な保護の動きが広がり、また現実には根を下ろしつつある。そして、2004年に中国共産党が打ち出した[和諧](調和のとれた)社会の構築の理念および「児童の最善の利益」の原則(児童の権利に関する条約⁽⁵⁾)を受け、とりわけ前者を背景に打ち出された[寛厳相濟][寛大さと厳しさをあわせて用いる]の刑事政策をテコとして、刑事立法・司法の各セクションにおける(成人とは異なる)少年に対する特別な保護のさらなる強化・徹底を目指す。その具体的な提言が本論文である。

最後になるが、盧教授が論文冒頭で指摘するように、「少年犯罪は現在多くの国を悩ませている深刻な社会問題の1つであり、少年犯罪の問題を科学的に認識し、さらには妥当かつ効果的に解決することは、人類社会が共同で直面している課題である」。この翻訳がその一助となれば幸いである。

凡例：〔 〕は訳者による注を表す。

〔 〕は中国語の原語を表す。

⁽³⁾ 拙著『現代中国刑事裁判論——裁判をめぐる政治と法』(北海道大学出版会、2009年)49頁以下参照。

⁽⁴⁾ 『中国法律年鑑』(各年版)参照。

⁽⁵⁾ 邦訳は <http://www.mofa.go.jp/Mofaj/gaiko/jido/zenbun.html> 参照(以下同じ)。

少年犯罪に対する刑事政策の総体的整備

少年犯罪は現在多くの国を悩ませている深刻な社会問題の1つであり、少年犯罪の問題を科学的に認識し、さらには妥当かつ効果的に解決することは、人類社会が共同で直面している課題である。少年犯罪の問題については、少年の特徴により成人とは異なる一連の制度を採用すべきである。また青少年犯罪の予防・打撃・ガバナンスの必要性のみならず、また少年の生理的・心理的特徴および成長の必要性を考慮することにより、人権に対する細やかな関心という基本的理念を具現化・追求しなければならない。本稿は和谐社会の構築の理念および国際社会公認の「児童の最善の利益」の原則を導きとして、中国の少年犯罪に関する刑事立法の規定を分析し、犯罪少年に寛厳相済の刑事政策を採る特殊な意義を論じるとともに、さらに歩を進めて現在の中国の少年犯罪に対する総体的刑事政策および罪責認定、刑罰、処遇、訴訟メカニズムなどを調整・改善する具体的提言を詳述する。

1 総体的刑事政策——寛厳相済、寛大優先

少年犯罪およびそのガバナンスは単純な法律問題ではなく、複雑な社会問題であり、一社会の価値観および公共政策の方向性と密接に関連している。今日、中国は社会主義的和谐社会の構築に邁進している。社会の調和には人と自然の調だけではなく、人と人との調和も含まれ、また同世代の中のみならず、世代間の調和も含まれる。中国は1980年代から厳しい計画出産政策を推進しており、人口構造に大きな変化が生じ、高齢者の比率が全人口の11%を占めている。そのため、現在の少年のほとんどは一人っ子であり、1人の若者が4人、6人さらにはそれ以上の老人を扶養することがますます多くなり、「逆フオーク」ないしは「逆熊手型」の家庭構造が形成されており⁽¹⁾、「上の世代が重く、下の世代が軽い」人口構造はすでにながりの不調和である。これと同時に、中国では毎年5万人もの少年が刑の言渡しを受けており、いつでも犯罪予備軍とな

⁽¹⁾ 下の世代または1組の夫婦が複数の上の世代（例えば父母、岳父母ひいては祖父母）を扶養する現象を指す。

りうる流浪児童が150万にも達し、様々な違法・非行行為を行う青少年群の数は驚愕に値する⁽²⁾。第10期5ヶ年計画期間中に青少年犯罪は68%増加した⁽³⁾。このため社会の持続可能な発展が激しい挑戦に直面させられている。

和諧社会は決して矛盾のない社会ではなく、さらには犯罪を根絶した社会でもなく、矛盾が速やかに解消され、犯罪が効果的に抑制された社会を指す。法律は社会関係の調節器であり、刑法は犯罪抑制の一方法である。刑事政策は刑法の魂と核心であり、犯罪に対処するマクロ的戦略である。それは社会の調和・安定・持続可能な発展の維持に重要な理論的意義および策略的価値があるだけでなく、実際の活動に権威のある指導作用を果たしている。

和谐社会構築というメインテーマに沿って、党中央は刑事司法の指導思想に一連の調整を施した。そのうち最も重要なことは、寛厳相済の刑事政策の全面的推進である。犯罪少年に寛厳相済の刑事政策を採ることは、和谐社会構築の現実的ニーズである。このことはまた、中国が適切に国際条約を履行することの現れでもある。国連の児童の権利に関する条約⁽⁴⁾は国際社会で普遍的に受け入れられている「児童の最善の利益」の原則を確立した。同条約3条1項は「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする」と定める。少年に特別な保護を与えることは、すでに現代の各国の共通の理念であり、このことは中国でも例外ではない。

中共中央は1979年、1985年に相次いで「党全体が青少年による違法・犯罪問題の解決を重視するよう提案する報告」、「さらに青少年の教育を強化して青少年の違法・犯罪を予防することに関する通知」などの文書を承認転達・発布し、

⁽²⁾ 肖松平「未成年人犯罪刑事政策分析解説」理論月刊2008年2期117頁。

⁽³⁾ 中国青少年研究中心「中国‘十五’期間青年發展状況と‘十一五’期間青年發展趨勢研究報告」<http://www.cycs.org/Article.asp?Category=1&Column=389&ID=7895> (2008年8月3日最終アクセス)。

⁽⁴⁾ 1989年の第44回国連総会において採択された同条約1条は、「この条約の適用上、児童とは、18歳未満のすべての者をいう。ただし、当該児童で、その者に適用される法律により早く成人に達したものを除く」と定める。同条によれば、中国法上の少年と同条約の「児童」の範囲は一致する。中国は1990年に同条約に署名し、1992年にこれを批准した。

少年犯罪については教育に立脚しなければならないという政策の考え方を強調した。この政策はまた、その後の立法において法律の形式で確立された。すなわち、1991年に公布され、2006年12月29日の第10期全国人民代表大会常務委員会第25回会議で改正された少年保護法54条は、罪を犯した少年に「教育、感化、救出の方針を採り、教育を主とし、懲罰を補助とする原則を堅持する」とはっきりと定めた。また1999年に公布された少年犯罪予防法44条も類似の規定を設けた。「教育を主とし、懲罰を補助とする」少年犯罪刑事政策が立法を通じて確認され、法律化され、法原則となったことにより、この刑事政策は政党の政策と法原則という2重の属性を兼ね備え、少年犯罪の法適用に指導作用を持つようになった。

しかしながら、少年事件処理の司法実務において、少年の特殊性は十分に重視されていない。多くの典型的な少年犯罪事件では、なお成人を基準として設計された刑法により罪責認定・量刑がなされている。少年犯罪には特殊性があり、この点を認めれば、特殊な罪責認定・量刑・処遇政策、少年の心身の特徴に見合った予防対策が必要となり、またもっぱら少年犯罪を審理するための実体法・手続法がなければならないことは、実践が示している。少年に非刑罰化・寛刑化・非拘禁化の司法的保護を与えることは、少年の合法的権利・利益を守り、少年に対する処理の公正さ・合法性を保証できるのみならず、同時に少年の教育・感化・救出の一助にもなりうる。そのため、寛厳相済の刑事政策の導きの下で、犯罪少年に成人犯罪者とは異なる（例えば下表のような）政策を採るべきである。

	犯罪少年	成人犯罪者
刑事政策	寛厳相済、寛大優先	寛厳相済、寛厳適度
有罪認定範囲	限定的	全部
刑事責任	不完全	完全
刑罰の程度	減弱	通常
干渉手段	刑罰を補助とし、制度刷新が強く望まれる	刑罰を主とし、適度に刷新する
処理メカニズム	特別のメカニズム・手続	通常メカニズム・手続

これを前提として、少年犯罪の特別立法をさらに強化し、立法上、教育・感

化・救出の方針および教育を主とし、懲罰を補助とする原則を全面的に具現化し、司法において真摯に徹底し、少年犯罪を適切効果的に防遏する。

2 罪責認定政策——犯罪圏の縮小・教育面の拡大

少年の罪責認定・処罰に関する主な規定は刑法17条である。同条は次のように定める。

満16歳以上の者が罪を犯した場合は、刑事責任を負わなければならない。

満14歳以上16歳未満の者が、故意殺人、故意傷害致重傷もしくは致死、強姦、強盗、薬物販売、放火、爆破または毒物混入の罪を犯した場合は、刑事責任を負わなければならない。

満14歳以上18歳未満の者が罪を犯した場合は、処罰をより軽くし、または減輕しなければならない。

16歳未満のために刑事処罰を科さない場合は、その家長または監護人に管理教育を命じる。必要なときは、政府が収容して矯正することができる。

(1) 刑事責任年齢

法律上、完全刑事責任年齢は16歳であり、満14歳以上16歳未満は相対的刑事責任年齢であり、一部の犯罪についてしか刑事責任を負わない。通説は、14歳未満の者が如何なる社会危害行為を実施しようとも刑事責任を負わないとする。最高裁「少年刑事事件の審理における法律の具体的運用の若干の問題に関する解釈」(2005年12月12日採択、2006年1月23日施行。以下、「解釈」と略す)2条は、「刑法17条に定める『歳』[周歳]は、西暦の年月日による計算であり、出生の日[周歳生日]の2日目から起算する」と定める。そして同3条は、「少年刑事事件を審理する際には、被告人が訴追された犯罪を実施した時の年齢を明らかにしなければならない。裁判書には被告人が出生した年月日を明記しなければならない」ことを要求する。また同4条は「〔1項〕被告人が訴追された犯罪を実施した時にすでに法定の刑事責任年齢に達していたことを証明する十分な証拠がなく、かつ、確かに明らかにできないときは、その者が相応の法定刑事責任年齢に達していないと推定しなければならない。〔2項〕関連証拠により被告人が訴追された犯罪を実施した時にすでに法定の刑事責任年齢に達していたことを証明できるが、被告人の具体的な誕生日を正確に明らかにする

すべきないときは、その者が相応の法定刑事責任年齢に達していると認定しなければならない」とする。

少年犯罪の問題を認識する上では、社会的責任論が道義的責任論よりも説得力があり、社会的責任が個人責任よりも大きいというべきである。そのため、刑事責任年齢をしっかりと把握するとともに、少年犯罪の刑事責任を再解釈し、法律により「14歳未満の者は完全に刑事責任を負わない」とはっきりと宣言すべきである。実務では、少年犯罪の低年齢化および成人化、暴力犯罪の深刻化などの日増しに酷くなる現状に対して、刑事責任年齢を引き下げることにより少年犯罪を防遏せよと主張する論者もいる。しかし我々はそれを不当と考える。一方で、少年の刑事責任能力は不完全であるため、機械的に成人刑法の「罪責刑均衡原則」を当てはめるべきではなく、「罪があれば必ず罰する」ではなく、比例原則（principle of proportionality）を遵守すべきである。罪責認定は犯罪の状況や重大さに比例すべきだけではなく、少年の年齢、自身の状況および社会のニーズとも均衡がとれなければならない。他方で、中国の少年犯罪には深い社会的原因および制度的背景がある。例えば国の義務教育が行き渡っていないこと、社会の貧富の格差の拡大、父母の「産むが養わず、養うが教育せず、教育するが不当である」および一連の不公平な制度により少年が傷ついている。刑罰は最も過酷な処罰であり、刑法は社会防衛の最終手段であり、少年犯罪の予防および効果的な抑止は複雑でシステムティックなプロジェクトであり、社会全体の責任であり、多くのアクターが参加し、総合的なガバナンスを行う必要がある。もし、刑事責任年齢を引き下げて打撃面を拡大し、犯罪少年に制裁を加えるだけであれば、責任転嫁の嫌いがあるだけではなく、また犯罪予防の目的を実現できない。

(2) 少年の相対的刑事責任の範囲

刑法17条2項の少年の相対的刑事責任の範囲について、かつて8つの罪名（罪名説）か8種類の犯罪行為（行為説）かの論争があった。このため、2002年7月24日に全国人大常委会法制工作委员会は「満14歳以上16歳未満の者が刑事責任を負う範囲に関する答復意見」を出し、「具体的犯罪行為を指し、具体的罪名ではない」とした。この意見はその後最高司法機関の関連司法解釈で確認された。少年犯罪について保護性・教育性を堅持する刑事政策の基本理念に基づき、現在の国情においては少なくとも「行為説＋罪名説」の限定方式を堅持す

べきとする論者がいる。すなわち、法が確定したのは8種類の犯罪行為であり、8つの罪名ではないが、罪名を確定する際には、立法が具現化する8つの罪名に限らなければならない、とするものである⁽⁵⁾。刑事政策の指導を受けた立法の趣旨は、少年が刑事責任を負う範囲を限定・圧縮することにあるため、罪名から切り込んで縮減すべきである。過酷な社会の現実には少年が刑事責任を負う範囲を拡大する傾向があるが、長期的に見れば、少年犯罪の原因を総合的に分析し、やはり「教育を主とし、懲罰を補助とする」刑事政策をしっかりと貫徹し、犯罪少年が刑事責任を負う犯罪類型を厳格に限定しなければならない、少年の認知の程度、制御能力および行為習性に基づき、その刑事責任を多発的な、あるいは危害が重大な特定の重罪に限定しなければならない。このため、現行刑法17条2項の規定および関連立法・司法解釈を整備し、相対的刑事責任を負う具体的罪名をはっきりさせる必要がある。

(3) 司法解釈による適度な「非犯罪化」

寛厳相済の刑事政策のリード作用を効果的に利用し、少年が行った軽微な刑事事件についてはできる限り「非犯罪化」処理を行うと同時に、少年を利用して犯罪を行った、または重大な違法行為および非行行為を行った犯罪者の処罰をより重くしなければならない。「解釈」は少年が実施したいくつかの行為について、次のような「非犯罪化」の規定を設けている。

6条

満14歳以上16歳未満の者が偶々幼女と性行為を行い、情状が軽く、由々しい結果を惹起していないときは、犯罪とは認めない。

7条

満14歳以上16歳未満の者が軽微な暴力または脅迫を用い、その他の少年が所持する生活、学習用品または金品を強いて要求して数量が大きくなり、かつ、被害者に軽微傷以上または正常に通学して学習し、もしくは生活することができなくなるなどの危害結果を惹起していないときは、犯罪とは認めない。

満16歳以上18歳未満の者が前項に定める事由に該当するときは、原則とし

⁽⁵⁾ 徐岱「未成年人犯罪の刑法処遇——刑事政策視域下の学理解釈」吉林大学社会科学報2006年6期54頁。

て犯罪とは認めない。

9 条

満16歳以上18歳未満の者が窃盗行為を実施して3度を超えず、窃取額が「わりあい巨額」基準に達していても、事件発覚後に全ての窃盗事実をありのままに供述し、かつ、積極的に赃物を返還するとともに、次に掲げる事由のいずれかに該当するときは、「情状が顕著に軽く、危害が大きくない」と認定し、犯罪とは認めないことができる。

- (1) いん哑者または盲人であるとき。
- (2) 共同窃盗において副次的もしくは補助的役割を果たし、または脅迫されたとき。
- (3) その他の軽い情状があるとき。

満16歳以上18歳未満の者が窃盗を未遂に終わり、または中止したときは、犯罪と認めないことができる。

満16歳以上18歳未満の者が自己の家庭もしくは近親者の財物を窃取し、またはその他の親族の財物を窃取したがその他の親族が追及しないことを求めたときは、犯罪として処理しないことができる。

(4) 少年を利用して行う犯罪および少年を対象とする犯罪の厳罰化

中国刑法は少年に対する教育を主とし、懲罰を補助とする原則を具現化し、少年犯罪を寛大に処理すると同時に、少年を利用して行う犯罪および少年を対象とする犯罪により重い刑罰を設けている。例えば刑法29条は「18歳未満の者を教唆して罪を犯させた」ことを処罰をより重くする法定事由とする。また刑法301条2項は「少年を勧誘して多衆による淫行活動に参加させた」ことを、多衆淫行罪の処罰をより重くする事由とする。さらに、刑法364条のわいせつ視聴覚製品組織的放送罪も、「18歳未満の少年にわいせつ物を伝播した」ことを、処罰をより重くする事由とする〔4項〕。このほか、刑法347条の薬物密輸・販売・運搬・製造罪も「少年を利用し、もしくは教唆し、薬物を密輸させ、販売させ、運搬させ、もしくは製造させ、または少年に薬物を販売した」〔6項〕ことを、また刑法353条の薬物使用強要罪は「少年を勧誘し、教唆し、欺罔し、または強要し、薬物を吸引させ、または注射させた」〔3項〕ことを、処罰をより重くする事由とする。これ以外にも、2006年6月に採択された刑法修正条項(6)は少年乞食組織罪を新設し、暴行または脅迫を用いて14歳未満の少年を組

織して乞食をさせた者を犯罪として処理することとした。また、現在審議中の刑法修正条項(7) (草案) も「少年を組織して窃盗、詐欺、強奪、恐喝などの治安活動に違反させ」る犯罪を新設した〔2009年2月28日に刑法修正条項(7)が全国人大常委会に採択された。同8条により、この内容は262条の2として追加された〕。こうした寛厳相済により、少年に対する法律上の保護を適切に強化している。

3 刑罰政策——非刑罰化・寛刑化

中国は少年犯罪の刑事責任の取扱いにおいて2つの原則を徹底している。1つは死刑不適用原則であり、もう1つは寛大処罰原則である。それぞれ現行刑法49条および17条3項に明文規定している。少年保護法54条2項は「違法犯罪の少年については、法により処罰をより軽くし、減輕し、または免除しなければならない」とする。これらの規定はもとより犯罪少年の特別な処遇を体现するものであるが、少年の犯罪の責任についての考え方から、我々はこうした法定の減免規定だけでは全く不十分であり、少年犯罪について特別な刑罰体系を定め、かつこうした特別な処遇の対象を18歳以下の少年から青年の成人（例えば25歳以下）にまで適度に拡大させていかなければならないと考える。

(1) 少年に合わない刑種の廃止

犯罪少年には無期懲役を適用してはならず、罰金、財産没収、政治的権利の剥奪を言い渡してはならない。少年については非刑罰的処罰措置を優先的に適用し、実刑を例外とすべきである。刑法には少年に対する無期懲役の適用についての特別な規定がなく、実務でも法により犯罪少年に無期懲役を言い渡すことができる。減刑・仮釈放制度があるため、一般的に15、6年執行すれば釈放されるため、基本的に国際条約の「釈放の可能性がない終身刑は……科さない」の規定に合致する⁽⁶⁾。しかし、国際条約は少年に対する長期の拘禁の適用を極力制限し、少年を拘禁することを本当にやむを得ない方法とすべきであるが、その期間は最も短い必要な時間とすべきと主張する。したがって、刑法は少年

⁽⁶⁾ 高銘暄・張傑「中国刑法中未成年人犯罪処罰措施的完善」法学論壇2008年1期13頁。

に無期懲役を適用しないとはっきりと宣言する必要がある。少年は一般に固定収入および財産がなく、それに罰金刑を適用することは罪責自己負担原則に反し、形を変えた連座制であり、しかも少年に金さえあれば罪を逃れられるという誤解を植え付けてしまう。財産没収は罰金よりも過酷な財産刑であり、自己の労働収入を経済基盤としない犯罪少年には不適切である。刑法54条の定める政治的権利の剥奪の内容は、18歳未満の少年に対しては、基本的に何ら教育的意義がなく、言論・出版などの2号を除き、少年はその他の権利を真に行使することができない。

(2) 非刑罰的処罰措置の充実化

少年については、刑罰の適用方法および種類の多様化を十分に考慮すべきであり、刑罰量に緩和傾向の調整を施し、できる限り少年を社会に復帰させ、法を守る市民にしなければならない。刑法37条は「犯罪の情状が軽く刑罰を科す必要がない者については、刑事処罰を免除することができるが、ただし、事件の状況により、訓戒し、もしくは始末書の提出、謝罪、損失の賠償を命じ、または主管部門が行政処罰もしくは懲戒処分を科す」と定める。しかし、現行の非刑罰的処罰措置の種類は単一であり、体系をなしておらず、外国の経験を参照して新しい方法を増やすべきである。例えば世話・監護・監督の裁決、社会奉仕の裁決、中間処遇およびその他の処遇の裁決であり、具体的な形式としては、家長に対する監護命令、保護観察命令、労働賠償命令、侵入制限命令、コミュニティ奉仕命令などである。またそれと同時に非刑罰的処罰措置を分類し、序列化し、犯罪少年の心身の特徴に合致する段階的な教育罰体系を形成すべきである。

(3) 不定期刑の採用

少年は可塑性に富むという特徴に鑑み、犯罪者の心理および行為の矯正のために必要となる時間は少年によって異なり、しかも犯罪少年の管理・教育においては目先の功利を求めるに急であってはならず、通常、一定の期間を要する。このため、特別な制度設計を施し、判決で定まった刑罰期限を示さず、幅のある、あるいは全く刑期を宣告せず、刑の執行中の少年の行状の善し悪しに基づき、執行者が裁判官に報告して、これがその実際の刑期の長短を斟酌して定める、とする必要がある。

(4) 執行猶予、仮釈放および赦免の活用

少年の特徴に基づき、執行猶予の要件をより緩和し、少年の改造によりプラスとなるようにすべきである。5年以下の有期徒刑・拘役の言渡しを受けた少年にはいずれも執行猶予を適用することができるようにすべきと提言する。なぜなら、これらの少年の犯罪行為は特に重大ではなく、しかも多くは初犯・偶発犯であり、主観的悪性も深くはない。刑法によれば、原則として実際に刑期を10年以上執行しなければ仮釈放を適用できないが、特殊なケースでは最高裁は刑期の制約を受けない許可権を有しており、改造状態の良好な少年は刑期の制約を受けずに仮釈放すべきである。「解釈」18条は、「少年受刑者の減刑、仮釈放は、その基準の把握において成人受刑者と比べて法により適度に緩和することができる」（1項）とはっきりと定める。同様の精神に基づき、犯罪少年には赦免等の制度をできる限り多く適用すべきである。

4 処遇政策——非拘禁化・社会化

ここでの処遇政策は広義のそれであり、少年の公判前の拘禁、判決後の受刑および満期釈放後の各段階における特別の保護措置を含む。

(1) 拘禁的強制処分を慎重にし、担保提供による身柄の不拘束を常態とし、身柄拘束を例外とする。

児童の権利に関する条約37条(b)は「いかなる児童も、不法に又は恣意的にその自由を奪われないこと。児童の逮捕、抑留又は拘禁は、法律に従って行うものとし、最後の解決手段として最も短い適当な期間のみ用いること」と定める。現行刑事訴訟法は勾留の要件について、少年の被疑者・被告人と成人の被疑者・被告人とを区別しておらず、担保提供による身柄の不拘束に関連する措置についてもあつてしかるべきものが欠けている。刑の執行段階において少年と成人は基本的に別に拘禁・看守されているが、大部分の看守所は条件が限られており、強制処分の過程では完全に分離できておらず、「悪風感染」が生じやすい。最高人民検察院「人民検察院少年刑事事件処理規定」（2006年12月28日発布・施行。以下、「最高検規定」と呼ぶ）は「人民検察院は少年被疑者の勾留を審査承認するに当たり、少年被疑者の犯罪被疑事実、主観的悪性、監護と社会的な更正支援の条件の有無などに基づき、その社会的危険性を総合的に衡

量し、勾留の必要があるか否かを確定し、勾留措置を慎重に用い、勾留してもなくてもよい場合は勾留しない」(12条)と、または「犯罪行為がわりあい軽微で、効果的な監護条件または社会的な更正支援措置があり、社会的危険性がない、または社会的危険性がわりあい小さく、訴訟の正常な進行を妨害しない少年被疑者は、原則として勾留を承認しない」(13条)とする。そして同14条は犯罪行為がわりあい重大だがなお勾留しなくてもよい6つの具体的事由およびその他の勾留する必要のない事由を具体的に列挙している。

しかし、これらの規定はなお少年の特別な保護を具現化していない。なぜなら、成人被疑者に同様の事由がある場合も勾留しなくてもよいからである⁽⁷⁾。したがって、カギは事件に関係する少年の人身危険性を正確に評価することであり、将来の司法解釈においては、事件処理の経験を総括した上で、少年について勾留する必要のない特別な事由を明確にすると同時に、強制処分を用いる妥当性を厳格に審査するよう求め、不当なときは速やかに取り消し、または変更するようにすべきである。

(2) 拘禁的執行の開放化と非拘禁的執行の社会化

拘禁刑および拘禁的強制処分は一般に閉鎖された場所で執行される。このために生じる受刑者の悪風感染や出所後の再社会化の困難さといった弊害はすでに周知のとおりである。収容矯正および労働矯正は基本的に保護処分の性質がなく、応報の色彩が濃厚で、拘禁の悪影響を避けることができない。そのため、少年犯罪に対してはできる限り自由刑および収容矯正・労働矯正の適用を減らすべきである。適用するとしても、具体的な保護・教育措置を定めると同時に、拘禁環境を改善し、私営セクターまたは公益団体の拘禁刑執行の参加を適度に認めなければならない。

犯罪少年の処遇には次の2つがある。それは司法系統内部の処遇と少年犯罪に対する社会的予防、すなわちコミュニティ内矯正である。コミュニティ内矯正は拘禁矯正に相対する行刑方式であり、コミュニティ内矯正の要件に該当する受刑者をコミュニティ内で、関係する社会団体、民間組織およびボランティアの協力の下で、判決・裁定の定める期間内、その犯罪心理・行為悪習を矯正

⁽⁷⁾ 余国利・史笑暉「寛厳相濟視域下我国未成年人犯罪檢察制度的完善」法治研究2007年10期34頁。

するとともに、その者がスムーズに社会に復帰できるよう促す非拘禁的刑罰執行活動である。コミュニティ内矯正は様々な社会的リソースを存分に活用し、社会各界の力をまとめ、犯罪行為がわりあい軽微で、主観的悪性がわりあい小さく、社会危害性が大きくない受刑者、または監督・改造を経て確かに改悛の状を示し二度と社会に危害を及ぼさない受刑者について、コミュニティ内で各人に応じた管理・教育・改造を行う。実際には、犯罪少年に対するコミュニティ内矯正はより特色があるべきで、科学的で実行可能性があり、全面的・系統的で、伝統的な文化教育、職業訓練項目のみならず、新たに犯罪少年の生活技能を向上させる項目もなければならない。具体的には学習教育、監督・管理、社会実践などの各種形式を用いて、犯罪少年に心理療法を施し、道徳心を涵養し、少年が再び社会に適応し、法を守る市民となることができるようにする。現在、北京、天津、上海などでは最高裁・最高検・警察省〔公安部〕・司法省「コミュニティ内矯正の試験的実施の展開に関する通知」（2003年7月10日）に基づき、犯罪少年に対して仮釈放、試験的就学などの形式でコミュニティ内矯正を展開し、一定の成果を挙げており、速やかに立法で確認するとともに積極的に推し進めるべきである。

(3) 満期後の社会的更正支援を強化するとともに、前科抹消制度を樹立する

犯罪少年の処遇は一般的な犯罪後の処罰（例えば刑罰の運用、工読学校〔これは非行少年に対する教育を目的とする施設であるが、「普通中学の一種で、犯罪者の収容施設ではない」（小口彦太ほか『中国法入門』（三省堂、1991年）130頁〔田中知行〕）。）・収容矯正に送致）よりも、その後に続く更正支援・監督措置を運用、すなわちコミュニティの環境を利用して少年の再社会化を促進すべきである。犯罪少年は成人犯罪者と異なり、直接接点のあるミクロな社会環境への依存性がわりあい強いいため、矯正活動の成敗については、その監護者およびコミュニティの環境が極めて重要な役割を果たす。少年保護法は「拘禁を解除され、または刑期を了した少年は、復学、進学、就職において差別されない」〔57条3項〕、と定めるが、刑事的な汚点の悪影響は客観的に存在している。そこで刑法100条を適切に改正し、少年犯罪の前科抹消制度を樹立し、刑の軽い犯罪少年のうちの初犯、偶発犯、過失犯、功績のある者については、刑を免除され、満期釈放され、または赦免された後に一定期間内に違法・犯罪行為を行わなければ、判決言渡裁判所に申請し、裁判官が審査した後に前科を抹

消する判決ができるように提案する。

5 訴訟メカニズム——専門化・手続化

少年という特殊な犯罪主体は、少年犯罪の構成の特殊性を決定づけ、必然的に少年の訴訟手続に大きな影響をもたらす。刑事実体法と比較して、少年犯罪に対する刑事手続制度はより具体的・網羅的で、刑事訴訟の諸段階のほとんどに貫かれているべきである。少年保護法55条は「警察機関、人民検察院、人民裁判所は少年の犯罪事件および少年の権利利益の保護に関する事件を処理するに当たり、少年の心身の発展の特徴に配慮し、それらの人格の尊厳を尊重し、それらの合法的権利利益を保障し、かつ、必要に応じて専門機構を設置し、または専門の人員を指定して処理させなければならない」と定める。本条は我々が立法・司法プロセスにおいて独特の少年犯罪訴訟メカニズムを模索するために広大な空間を切り拓いた。

まず、立法上、少年の権利・利益を守る趣旨の保護メカニズムをいくつか確立した。刑事訴訟法34条は、少年被告人のために法律扶助義務を負う弁護士を指定し、弁護人を担当させなければならないとはっきりと定める〔2項〕。また同152条は、「14歳以上16歳未満の少年の犯罪事件は、一律に審理を公開しない。16歳以上18歳未満の少年の犯罪事件も、原則として審理を公開しない」〔2項〕と定める。2006年の最高検規定は、起訴審査担当者は少年被疑者およびその法定代理人に対して関連する訴訟上の権利・義務を告知しなければならないとする。また北京市海淀区人民検察院（以下、「海淀区検察」と呼ぶ）は実務において「権利義務告知書」作成制度を創設しており、その効果は非常に良好である。我々の考えでは、法律上、少年事件については迅速な訴訟の原則を確立すべきである。すなわち、訴訟の進行の各段階のいずれにおいてもできる限り時間を割り、迅速に捜査、起訴、〔審判〕〔審理および裁判を意味する。以下、この意味で「審判」を用いる〕を行うべきである。なぜなら、少年が犯罪を行った後に訴訟段階で停滞する時間が長ければ長いほど、矯正が困難であることは事実が証明するところである⁽⁸⁾。

⁽⁸⁾ 未成年人犯罪刑事政策課題組「未成年人犯罪刑事政策研究」人民検察2003年2期32頁。

次に、司法実務において懇切で、働きかける、ソフトな刑事訴訟メカニズムをいくつか樹立した。最高裁「少年刑事事件の審理に関する若干の規定」(2000年11月15日採択、2001年4月12日施行。以下、「最高裁規定」と略す)によると、人民裁判所は少年被告人に起訴状謄本を送達する際に、説明・告知義務がある。すなわち、少年に対して「訴追された犯罪行為および関連法律条項を説明しなければならない。また訴訟の手続および関連する訴訟上の権利、義務を告知し、少年被告人の緊張を解きほぐさなければならない」[17条]。また同規定によると、「開廷審理前に、少年刑事事件を審判する裁判長は必要と認めたときは、法定代理人またはその他の成人の近親者、教師などの者と少年被告人との接見を手配することができる」[20条]、また休廷時にはこれらの者が被告人に接見することを許可することができる[30条]。最高検規定も少年被疑者に対しては勾留の適用に慎重を期すことを要求しており、また取調べに当たっては原則として戒具を用いてはならないとする。

少年に対するよりソフトな訴訟メカニズムとしては、さらに次のような制度がある。

①不起訴制度。最高検が2006年12月28日に発布した「検察業務において寛厳相済刑事司法政策を徹底することに関する若干の意見」は少年犯罪事件を処理するに当たり、「少年被疑者の状況を調査し、少年の性格の特徴、家庭状況、社会的交友関係、成育暦および更正支援の状況の有無などの状況を了解しなければならず、主観的悪性が大きく、社会危害が重大なものを除き、事件の具体的状況に基づき、勾留してもしなくてもよいものは勾留せず、起訴してもしなくてもよいものは起訴しない」[11]と定める。最高検規定は「起訴してもしなくてもよいもの」の原則について一定の細分化を図り、例えば20条は次のように規定する。

犯罪の情状が軽く、かつ、次に掲げる事由のいずれかに該当し、刑法規定により刑を言い渡す必要がない、または刑を免除する少年被疑者については、原則として法により不起訴決定をしなければならない。

- (1) 脅迫されて犯罪に参加したとき。
- (2) 犯罪の予備、中止のとき。
- (3) 共同犯罪において副次的または補助的役割を果たしたとき。
- (4) いん哑者または盲人であるとき。
- (5) 過剰防衛または過剰避難により犯罪を構成するとき。

(6) 自首または大功績があるとき。

(7) その他の刑法規定により刑を言い渡す必要がない、または刑を免除する事由。

また21条は不起訴とすることができるが非刑罰的処罰を科すべき不起訴基準を定める。「寛厳相済の刑事政策における少年保護の重点は、より多くの犯罪情状がわりあい軽い少年に相対的不起訴決定〔「犯罪情状が軽く、刑法規定により刑罰を科す必要のない、または刑罰を免除する者」(刑訴法142条2項)に対する不起訴決定を指す〕をするだけではなく、不起訴とされた者に対する社会調査および更正支援をしっかりと行う点にもある」⁽⁹⁾。海淀区檢察は社会調査、個別談話・視察、不起訴更正支援座談会の開催の「トリアード」更正支援メカニズムを創造し、社会効果と法律効果の統一を図っている。

②刑事和解。少年が特定の個人的利益を侵害する犯罪を行った場合、刑事和解により非犯罪化・非刑罰化処理を行う。最高裁は近年、「刑事自訴事件およびその他の軽微な刑事事件の調停に力を入れ、軽罪刑事事件を1審で終わらせるように努めなければならない」⁽¹⁰⁾と強調している。また最高検規定21条は、「少年が実施した軽傷害事件、初めての犯罪、過失犯罪、犯罪未遂の事件および勧誘または教唆されて実施した犯罪事件などについて、情状が軽く、被疑者が確かに改悛の状を示し、当事者双方が自主的に民事賠償について協議に達し、かつ、確かに履行し、刑法37条の規定に該当するときは、人民檢察院は刑事訴訟法142条2項の規定により不起訴の決定をすることができ、かつ、事件の状況に応じて、訓戒し、または始末書の提出、謝罪を命じることができる」と定める。犯罪を構成する少年刑事事件をダイバージョンにより非犯罪化処理することは、決して罪刑法定原則と衝突するものではなく、「罪があれば必ず罰する」という形式的要請は少年犯罪には適用されない。まさにある論者が指摘するように、罪刑法定原則は「裁判官が法に明文規定なき行為を犯罪とすることを制限するだけで、裁判官が法に明文規定ある行為を犯罪としないことを制限するものではない」⁽¹¹⁾。

⁽⁹⁾ 楊新娥ほか「寛厳相済刑事政策下未成年刑事案件的辦案效果分析」北京市海淀区人民檢察院内部資料。

⁽¹⁰⁾ 肖揚「充分發揮刑事審判在構建社会主义和諧社会中的司法保障作用」中国審判2006年12期8頁。

⁽¹¹⁾ 陳興良「入罪与出罪：罪刑法定司法化的双重考察」法学2002年12期33頁。

③起訴猶予・判決宣告猶予。これらは刑事訴訟活動において、検察院または裁判所がすでに犯罪を構成し、一定の要件に該当する少年被疑者・被告人について、一時的に起訴しない、または刑を言い渡さず、一定の観察期間を設けて、その者を社会に戻して引き続き就業・就学させるとともに、観察・更正支援を行い、観察期間満了を待ち、改めて元の犯罪事実および情状に基づき、少年の観察期間中の行状とを結びつけて起訴・不起訴を決定し、または判決するというものである。起訴猶予・判決宣告猶予の目的はともに犯罪の性質がひどくない、初回の、偶発的に犯行を行った少年に、その行為が処理される前に、自らその行為の性質を理解させた上で、わりあい安定的な生活学習を保たせ、自律させ、有罪認定・処罰を避けさせることにある。判決宣告猶予は上海市長寧区人民法院が実践において初めて創造した少年犯に対する救出措置であり、試行の効果は良好である。起訴猶予は全国の多くの検察院（例えば海淀区検察）が試行しているが、それをめぐる議論は一向に止まない。我々の考えでは、起訴猶予は起訴便宜主義の法理的基礎があるだけではなく、検察機関の裁量不起訴の法的根拠（刑事訴訟法142条）もあり、さらには寛厳相済刑事政策の精神に合致する。裁判所の罪責認定権を侵害し、無罪推定原則に反すると論難する者もいるが、それは実質的な有罪認定ではなく、手続上の有罪推定であり、起訴猶予期間が満了すれば検察機関は不起訴決定をし、最終的には「有罪推定」が成立しないことを意味する。しかも、手続上の「有罪推定」の瑕疵を避けるため、ドイツの起訴猶予制度を参考にして、「審理を担当する裁判所および訴追を受けた者の同意を経なければならない」という要件を設けることができよう⁽¹²⁾。

第3に、少年の特徴に合わせた量刑個別化メカニズムおよび少年犯罪に対する全過程教育メカニズムを樹立した。少年犯罪のガバナンスにおける「教育を主とし、懲罰を補助とする」原則を効果的に具現化するために、最高裁規定は「性格の特徴、家庭状況、社会的交友関係、成育暦および起訴された犯罪の前後の行状などの状況を調査」[21条]し、量刑個別化の根拠としなければならないとはっきりと定める。また同規定はさらに、人民裁判所は少年被告人に有罪を判決したときは、判決宣告後、合議廷が出廷した訴訟参加者を組織して少

⁽¹²⁾ 黄京平はか「暫緩起訴の法理基礎与制度構建」国家検察官学院学報2003年5期57頁参照。

年被告人を教育しなければならず、教育の視座は主に犯罪行為の社会に対する危害および刑罰的処罰を受ける必要性、犯罪行為の発生をもたらした主観的・客観的原因および汲み取るべき教訓、人民裁判所の裁判に正面から向き合うことなどであるとする〔33条〕。同時に最高検規定6条も「人民検察院は少年刑事事件を処理するに当たり、少年の生理および心理の特徴を考慮し、その平時の行状、家庭状況、犯罪の原因、改悛の態度などにに基づき、問題に応じた教育を行わなければならない」とはっきりと要求する。青島市裁判所は少年刑事事件を審理するに当たり人格調査制度を実施しており、裁判所は犯罪少年の性格の特徴などの個人的状況を調査し、量刑のさらなる的確性を確保している⁽¹³⁾。海淀区檢察は心理カウンセリング制度を試験的に実施し、刑事訴訟システム全体において被害者保護が不十分であるという現状に対して、寛厳相済の刑事司法政策における「少年に対する更正支援措置を徹底する」という要求、および最高検規定における少年被疑者および被害者の権利・利益を守るという規定に基づき、担保提供による身柄の不拘束とされた少年被疑者、身体傷害または性的侵害を受けた少年被害者について、本人およびその家長の同意を得た後に、心理専門家を招聘してその者に心理カウンセリング・療法を施してもらっている。重点は不起訴処理をしようとしている少年、または心理的にひどく傷つき確かにカウンセリングの必要な少年被害者である。

第4に、刑事訴訟のプロセスにおいて少年のための専門機構を設置し、少年犯罪の手續運行メカニズムを専門化・ルーティン化させた。少年犯罪予防法〔45条〕は、「少年の心身の特徴に熟知した判事」が少年犯の審判をすると定める。1980年代初頭、上海市長寧区人民裁判所が全国に先駆けて最初の少年刑事事件の合議廷（「少年裁判廷」）を設置した後、全国の各省・市も相次いでもっぱら少年刑事事件を審理する法廷を設置するとともに、少年刑事事件を審理する中で次第に「審判を通じて教育し、懲罰と教育を結合する」および「事件を審理し、人を教育する」という裁判原則を確立してきた。

2006年8月、最高裁は「一部の中級人民裁判所において独立定員枠の少年事件の総合裁判廷を設置する試みを展開することに関する通知」の要求に基づき、全国の18の中級裁判所は独立定員枠の少年事件総合裁判廷を設置し、さらに少

⁽¹³⁾ 張旭・単勇「社会転型与我国少年処遇措施の變遷」法治論叢2004年6期15頁。

年事件の審理の専門化・ルーティン化を進めた。同時に最高検規定5条も「人民検察院は原則として専門の業務機構または専門のワークグループを設置して少年刑事事件を処理しなければならない、条件の整っていない場合は専門人員を指定して処理させなければならない」〔1項〕とはっきりと求めている。現在、全国の人民裁判所は計2420の少年法廷を設置し、7200名余りの専門の裁判官を擁しており、基本的に全ての少年刑事事件の審判は少年法廷でなされている⁽¹⁴⁾。我々の考えでは、検察官および裁判官の専門化だけではなお不十分である。なぜなら、少年に社会調査・心理カウンセリングなどの専門化され、問題に合わせた処置を行うためには、大量のマンパワーおよび時間が必要であり、それによって事件処理人員の負担を軽減しなければならない。そうしなければそれらの者は事件処理のプレッシャーにより、簡便な手続に頼って直接起訴・判決するようになり、少年に益する不起訴や刑事和解の措置を採ることを望まないようになるからである。このため、社会の力を鼓舞して積極的に少年犯罪事件の処理プロセスにおける人格調査、心理カウンセリングなどの専門性の高いセクションを積極的に担わせ、状況を事件担当者にフィードバックし、もって事件処理の効率を高めるべきである。同時に、定まった住所がなく、社会的更正支援の条件のない流浪の犯罪少年については、地域司法の蔑視を取り除き、法規に合致する勾留・起訴しない要件に該当する者については、地域を超えた司法の協力メカニズムに頼り、隔地間ネットワーク観察を試行すべきである⁽¹⁵⁾。

結語

以上のように、少年の特殊な状況に基づき、刑法はその一部の行為しか犯罪として対処することができず、その刑事責任は不完全であるため、刑法は「欠けた刑法」となっている。また、刑罰の厳しさが弱まり、ソフトさが向上するため、刑罰も「限りある刑罰」となる。伝統的な刑罰および刑事訴訟メカニズ

⁽¹⁴⁾ 「中国少年法庭构建适应未成年特点审判制度」中国法院網2007年6月1日、<http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=249471>（2009年2月7日最終アクセス）。

⁽¹⁵⁾ 葉國平ほか「未成年人犯罪刑事政策的完善和發展」青少年犯罪問題2004年1期24頁。

ムは犯罪少年に対する適応度が低いため、「不適切な刑罰および訴訟メカニズム」となっている。少年犯罪に対する刑事政策は「少年」およびその「なされた罪」ばかりを見ていてはならず、「干渉の前倒し」および「後ろに延長」の特徴を具現化すべきであり、それが対象とする行為はもはや伝統的意味における犯罪行為だけでなく、さらには一般の非行行為および重い非行行為を含む。したがって、少年犯罪の問題を効果的にガバナンスするためには、刑法を変革するとともに、伝統的な刑罰制度および刑事訴訟メカニズムの枠外で制度刷新を行い、各国の成功した経験、特に全国各地で長年試行し、かつ成果を上げた実践のやり方を参照し、中国独特の少年刑法、少年司法制度（例えば少年裁判所、少年裁判官）を打ち立てるために堅牢な理論的・実践的基盤を打ち固めなければならない。

執筆者紹介（掲載順）

中川晶比兒	中川寛子	坂口一成	廬建平	朴鍾碩	北見良嗣	新堂明子	高見進	吉田邦彦	孟根巴根	嶋拓哉	辻信幸	関口和徳	水野浩二	藤原正則
法学研究大学院教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授	北海道大学法学部准教授

平成22年3月23日 印刷
平成22年3月31日 発行

編集人 高見進
発行人 北海道大学大学院法学研究科長
常本照樹

印刷 北海道大学生生活協同組合
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. 60 March 2010 No. 6

CONTENTS

ARTICLES

- Franchisevertrag als Netzvertrag? (1)
—— aus Anlaß des Urteils des Japanischen Obersten Gerichtshofs
vom 4. 7. 2008, im Vergleich zum Deutschen Recht —— Masanori FUJIWARA 1
- Das *officium iudicis* und die Parteien im gelehrten Recht des Mittelalters (2)
—— Eine Betrachtung über die *clausula salutaris* —— Koji MIZUNO 59
- A Study on the Exclusionary Rule of the Criminal Confessions (5)
..... Kazunori SEKIGUCHI 91
- Une étude sur les réserves d'interprétation dans la jurisprudence
du conseil constitutionnel (5) Nobuyuki TSUJI 155
- Kollisionsrechtliche Verbraucherschutzvorschriften und Eingriffsnormen
der lex fori im EGBGB Takuya SHIMA 484[1]
- The Structure, Operation and Effectiveness of the Chinese Legal System
for Environmental Impact Assessment (4)
—— Its Characteristics in Contrast with the Japanese Legal System for
Environmental Impact Assessment —— Menggenbagen 438[47]

LECTURE

- A Comparative Study of Japanese and Korean Rental Housing Law
(Landlord and Tenant Law): From the Perspective of Housing Welfare Law
..... Kunihiko YOSHIDA 199

NOTES

- Abuse of complex contracts on procedural execution
..... Susumu TAKAMI 386[99]
- Concurrent Liability in Contract and Tort in the Law of England
..... Akiko SHINDO 360[125]
- Residential Mortgage-Backed Securities and Synthetic Collateral
Debt Obligations in the U.S. Subprime Loan Problem
—— Their Structure as Complex Financial Products —— Ryoji KITAMI 332[153]
- North Korea's Experiments of Special Economic Zones ☆
..... PARK Jong-Seok 314[171]

INTRODUCTION

- The Whole Perfection of Criminal Policy of Teenagers Crime
..... LU JianPing 268[217]
translated by Kazushige SAKAGUCHI
- * * *
- Prof. Toshifumi HIENUKI's Career and Writings
Hiroko NAKAGAWA/Akihiko NAKAGAWA 231

[]...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