



HOKKAIDO UNIVERSITY

| | |
|------------------|---|
| Title | 北大法学論集 第61巻 第3号 全1冊 |
| Citation | 北大法学論集, 61(3) |
| Issue Date | 2010-09-30 |
| Doc URL | https://hdl.handle.net/2115/44009 |
| Type | journal |
| File Information | lawreview_vol61no3.pdf |



北大法学論集

第 61 卷 第 3 号

論 説

- 企業不祥事と取締役の民事責任（1）
—— 法令遵守体制構築義務を中心に —— …… 南 健 悟 1
社会主義体制変化論に関する一考察 …………… 朴 鍾 碩 378[1]
中国民事裁判における独立した請求権のない第三者の訴訟参加（1）
—— 手続と実体の狭間でゆれる民事訴訟 ——
…………… 武 鴻 雁 332[47]
国際海洋法裁判所の暫定措置命令における予防概念の意義（2・完）
…………… 堀 口 健 夫 264[115]
詐害行為取消権の理論的再検討（7・完） ……… 水 野 吉 章 224[155]

講 演

- 台湾民法の百年
—— 財産法の改正を中心として —— ……… 陳 自 強 152[227]
黄淨愉・鈴木賢 訳

判 例 研 究

- 民事判例研究 …………… 池 田 雄 二 92[287]

企業不祥事と取締役の民事責任（二）

——法令遵守体制構築義務を中心に——

南
健
悟

第一章 日本法における問題点

序 文

第一節 取締役の監督義務序論—監督義務の法的根拠と法令遵守体制構築義務

第二節 本稿の検討対象

第三節 法令遵守体制構築義務に関する裁判例の変遷と法制度

第一款 法令遵守体制構築義務に関する裁判例

第二款 法令遵守体制に関する法制度

(一) 平成一四年商法特例法の改正—内部統制システムの明文化

(二) 会社法の制定

(三) 金融商品取引法の制定—内部統制報告制度

第三款 小括

第四節 法令遵守体制構築義務をめぐる学説

第一款 神崎克郎

第二款 伊勢田道仁

第三款 酒井太郎

第四款 柿崎環

第五款 笠原武朗

第六款 野村修也

第七款 長畑周史

第五節 本稿の検討対象と従来の裁判例・立法・学説における議論

第一款 取締役の法令遵守体制構築義務は肯定されるべきかという問題

第二款 法令遵守体制構築義務と経営判断の原則との関係について

(一) 法令遵守体制を構築しないという判断

(二) 法令遵守体制の内容・水準に経営判断原則が適用されるか

第三款 法令遵守体制構築後、違法行為等が発覚した場合の取締役の義務

第六節 考察の順序

第二章 アメリカにおける取締役の法令遵守体制構築義務の歴史的展開

(以上本号)

第三章 「誠実性の欠如」の意義―取締役の誠実義務と監督の懈怠

第四章 Caremark 事件判決における審査基準の検討

第五章 Red-Flag 対処義務

第六章 日本法への示唆と検討

第一章 日本法における問題点

序 文

企業において不祥事が後を絶たず、多種多様な不祥事が日常的にテレビ・新聞・インターネットなどを通じて報道されている。従業員から取締役などの役員に至るまで、不正行為や違法行為を行うことがしばしば見られ、その動機も様々である。⁽¹⁾そして、いったん不祥事が露見すると、テレビ・新聞・インターネットなどを通じた報道とも相まって不祥事を起こした会社は、たちどころに経営悪化することも多い。また、最悪破綻に追い込まれる場合も少なくない。⁽²⁾そうすると、従業員や取締役による違法行為や不正行為は、少なくとも会社に何らかの形で損失ないし損害を発生させることが多いといえよう。しかし、このような現象は今に始まったわけではない。これに対応する形で会社法学が企業不祥事を抑止しようとしてきたと言っても過言ではない。⁽³⁾その一環として監査制度の改正や取締役制度改革などが行われてきたのである。会社法は、コーポレート・ガバナンス論という大号令の下、企業不祥事を抑止しようとしてきたのである。特に、一九九〇年代以降の不況の中で、上場会社の経営者のあり方をめぐる議論が活発化し、効率的な経営の確保及び

経営上の違法行為の抑止のための法改正・制度運用の改善が、さかんに議論されるに至った⁽⁴⁾。そのような中で、企業不祥事に関して取締役はどのような責任を負うのかということも従来から議論されてきた。例えば、取締役自身による法令違反行為や不正行為の事案や、従業員や自身が関与していない違法行為や不正行為の事案における他の取締役による法令違反行為や不正行為に対する監督責任が問われる事案で、取締役はどのような法的責任を負うのかということが論じられてきたのである。前者は取締役自身の法令遵守義務違反や善管注意義務違反、後者は取締役の監督義務違反の問題として議論されてきた⁽⁵⁾。そして、後者の取締役の監督義務の問題は、近時、内部統制システム構築義務ないし法令遵守体制構築義務の問題を含めて議論されている。本稿は、その取締役の監督義務の問題を法令遵守体制構築義務の観点からその理論的検討を行うことが目的である。

第一節 取締役の監督義務序論―監督義務の法的根拠と法令遵守体制構築義務

取締役の法令遵守体制構築義務の理論的検討を行う前提作業として、従来、取締役の監督義務とはどのような義務であったのか、ということを整理しておくことにしたい。

取締役会設置会社において取締役は、取締役会という機関の構成員である（三六二条一項参照⁽⁶⁾）。そして、その取締役会の職務として、取締役会設置会社の業務執行の決定、取締役の職務の執行の監督、代表取締役の選定及び解職を行う（三六二条二項各号⁽⁷⁾）。このように取締役会は業務執行権限だけではなく、取締役の職務の執行の監督といった業務監督権限も有している⁽⁷⁾。本稿が扱う取締役の法令遵守体制構築義務は取締役の監督義務の一環として位置づけることができるから、特に取締役会の業務監督権限に焦点を当てる。その取締役会の業務監督権限については、取締役会は、業

務執行に関する意思決定をなすだけであり、具体的な業務執行は、代表取締役、代表取締役以外の業務執行取締役及びその指揮下の従業員が行うから（二六三条一項各号）、これら取締役の職務の執行を監督し、不適任と認めた場合にはそれらの者を解職することが期待される。⁽⁸⁾そして、取締役会の監督機能を履行するために、代表取締役や業務執行取締役は三ヶ月に一回以上、自己の職務の執行の状況を取締役に報告しなければならず（三六三条二項）、また、取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制を整備しなければならないとされる（三六三条四項六号）。それに加え、明文の規定はないものの、取締役会は社内の情報を収集する権限を有しているともされる。⁽⁹⁾では、本稿で扱う取締役の監督義務とはそもそも何か。一般的には、取締役が他の取締役又は商業使用人（従業員）等の職務執行違反を防止するために、これらの者の職務の執行を監視して監督すべき義務を指すとされる。⁽¹⁰⁾ところで、その取締役の監督義務は何を根拠に導かれるのだろうか。

第一に、代表取締役又は業務執行取締役の場合には、代表取締役又は業務執行取締役固有の地位から導かれると考える⁽¹¹⁾立場、第二に、より端的に業務執行権限を有する取締役の会社に対する善管注意義務の一発現形態であるとする説、⁽¹²⁾そして、第三に、代表取締役は取締役会構成員でもあるから、それに基づいて導出されるとする説⁽¹³⁾とに分かれている。第一の見解に対しては、取締役会の持つ代表取締役に對する監督権との間に收拾のつかない矛盾が生じるとの批判がある。⁽¹⁴⁾また、第二の見解についても、善管注意義務や忠実義務は、一定の職務の存在を基礎付けるものではなく、職務上尽くすべき誠意や注意の程度を示す基準であるから、根拠にならないとの批判が見られる。⁽¹⁵⁾第三の見解に対しては、確かに、法定された職務から導かれるが、旧有限会社及び取締役会非設置会社の取締役の場合には、何を根拠に監督義務が導かれるのか、という疑問があるだろうし、⁽¹⁶⁾もし、取締役会設置会社と取締役会非設置会社の取締役とで根拠が異

なるのか、⁽¹⁷⁾という疑問も出てこよう。この根拠論については、以下のように考えられるのではないか。すなわち、取締役の義務は、委任契約において発生し、「善良な管理者の注意」という基準で、委任契約によって与えられた任務から、その義務の範囲が明らかになるから、それによって取締役の監督義務が導き出されるといふ立場である。⁽¹⁸⁾このような根拠から、基本的に他の（代表）取締役や従業員⁽¹⁹⁾に対する監督義務を肯定できよう。

第二に、平取締役の場合について、最高裁は、平取締役の代表取締役・業務執行取締役又は従業員に対する監督義務の場合については、取締役会の構成員であることを理由に、肯定しているが、⁽²¹⁾このことについても代表取締役のところ
で述べたところが妥当しよう。しかし、問題はその監督義務をどこまで及ぼすべきであるかという点である。平取締役の場合、代表取締役や業務執行取締役と異なり、業務執行を行うことができないため、従来は、取締役に上程された事項についてのみ監督義務を有すると考える立場もあつた。⁽²²⁾しかしながら、現在では、最判昭和四八年五月二十二日以来、取締役会に上程されない事項についても監督義務を及ぼすべきであるといふことについて異論は見られない。⁽²⁴⁾

以上の通り、（代表）取締役の他の（代表）取締役や従業員に対する監督義務を肯定すること自体については、その根拠に若干の争いがあることを除けば、それを否定する判例及び学説はないと思われる。しかしながら、他方で、他の取締役や従業員の不適正な業務執行があつたことのみを理由に、取締役は十分な監督機能を果たしていなかつたと考えてしまうと、取締役を保証人的地位に置くことと等しくなり、⁽²⁵⁾妥当ではない。逆に言えば、他の取締役や従業員に違法行為や不正行為があつた場合に、代表取締役等として相当の注意を払つてもそれを発見するのが困難であつたという事情があるならば、代表取締役等に監督義務違反は認められないと考えられる。⁽²⁶⁾そこで、問題となるのは、他の取締役や従業員の違法行為や不正行為に直接関与しなかつた取締役は、どのような状況であれば、十分な監督義務を尽くしたとして責任を問われないのかといふことになる。同族経営で、かつ小規模な会社のような場合であれば、直接的に取締役

等が他の取締役や従業員を直接監督することもできるかもしれない。しかし、物的・人的にも大規模な株式会社において、取締役が他の取締役や従業員を逐一監督することは想像に難くない。そのような物的・人的にも大規模な会社の取締役の場合には、結局、「知らなかった」で済まされてしまうのだろうか。もし、そうであるならば、結局、取締役は監督義務を負っているといっても、単なる机上の空論になってしまいうだろう。このような問題に対して、物的・人的にも大規模な株式会社の取締役は、会社の業務執行が適正に行われることを確保するための体制を構築するという観点から、監督義務の履行を捉える見解が提唱された⁽²⁷⁾。すなわち、神崎は「取締役が会社の具体的な業務執行をみずから個別的に監視することが不可能であることを前提とした上で、なお、取締役が取締役会においてその内容を具体的に知ることができない業務執行行為についても監視義務を負い、それを通じて会社の業務執行の適正を確保するためには、会社の業務執行が適正に行われることを一般的に確保するための会社内の体制を問題にし、取締役がそのような体制に合理的な信頼を置くことを要請することが必要である」と論じたのである⁽²⁸⁾。このようにして、取締役の監督義務の具体的な義務の一つとして、法令遵守体制構築義務という考えが現れてきたのである。本稿は、大規模な株式会社における取締役の監督義務の履行を法令遵守体制構築義務という点から考察するものである。

ところで、ここで、「法令遵守体制」という用語法について述べておきたい。このように、法令遵守体制構築義務が提唱されてきたが、近時は、内部統制システム構築義務という用語法で議論が展開されている。内部統制システムとは、「業務の有効性と効率性、財務報告の信頼性、関連法規の遵守という目的の達成に関して合理的な保証を提供すること」を意図した、事業体の取締役会、経営者およびその他の構成員によって遂行されるプロセス」と定義されている。これは、後述する内部統制システムの定義で一般的に用いられているCOSOレポート⁽²⁹⁾によるものである。そして、内部統制システムの要素として、統制環境、リスクの評価、統制活動、情報と伝達、監視活動が含まれるとされる。すると、

内部統制システムは法令遵守体制よりも広い概念となり、コンプライアンス・リスク（法令違反リスク）を含まないリスクの管理や業務の有効性や効率性目的も含まれており、その概念は必ずしも一致しない。しかし、本稿では特に会社の役員・従業員の不正行為や違法行為など会社に損害を及ぼすおそれがある行為を防止するための体制を法令遵守体制として捉えることとし、より広い概念である内部統制システムを含めて議論できる場合には、内部統制システム構築義務という表現も用い³⁰つ、それに関する裁判例、立法、学説における展開を排除しない。

第二節 本稿の検討対象

前節で述べたように、近時における取締役の監督義務は法令遵守体制構築義務の履行という側面から検討が行われている。そして、本稿もその流れに沿って、取締役の法令遵守体制構築義務について検討を行うものである。しかし、本稿は、法令遵守体制構築義務に関する法的論点は多岐に亘っており、ただ漫然とすべての論点を検討するものではない。以下の三点を主として検討対象として検討を行う。

（1）取締役の法令遵守体制構築義務は肯定されるべきか

前節で述べたように、取締役の監督義務については、業務監督権限を有する取締役会の構成員として代表取締役や従業員による業務執行を監督すべき義務があるということは肯定されそうである。ただ、大規模な株式会社のような場合については、その具体的な内容として、取締役は法令遵守体制を構築すべきであるとの見解が提唱されているものの、取締役はあくまで会社法などで規定された監督権限を行使すればよいのであって、法令遵守体制まで構築する必要はな

いという考え方もあり得なくはない。また、取締役の法令遵守体制を構築しなければならぬとしても、それは代表取締役や取締役個人（例えば、コンプライアンス担当取締役）がその中心的な主体となるのか、それとも取締役会という機関を通じて取締役に課されている義務であるのか、ということも一つの問題として検討する。

(2) 法令遵守体制構築義務と経営判断の原則

本稿で、もっとも重要な検討対象として据えるのが、法令遵守体制構築義務と経営判断の原則との関係である。ただ、この検討対象にはその前提として、経営判断原則という用語法の意味するところも問題となりうる。法令遵守体制構築義務と経営判断原則との関係については、①法令遵守体制構築義務自体に経営判断原則を適用できるか（特段の事情があるような場合には、取締役の法令遵守体制構築義務が免除されるということになろう）、という問題と②最低限の法令遵守体制を構築した上で、それを超えてどこまで充実させるかという二つの問題が出てこよう。³¹この二点について、言い換えれば、①の問題は、取締役会が「法令遵守体制を構築しない」という判断をすることができるのか、ということに、②の問題は、法令遵守体制の水準（内容）について裁判所は判断することができるのか、できるとするならば、どのように判断するのか、ということにつながる。

(3) 法令遵守体制構築後、不正行為・違法行為が発覚した場合の取締役の義務

この点については、一見、法令遵守体制構築義務と関係がないようにも思われる。しかしながら、本稿では、取締役の監督義務の一具体的形態として法令遵守体制構築義務を捉えるものであるが、もし、法令遵守体制さえ構築すれば、取締役は監督義務を適切に履行し、ひいては善管注意義務違反・忠実義務違反とならないと考えてよいのか、というこ

とも視野に入れるべきであると考え。そこで、本稿では、法令遵守体制を構築した上で、取締役個人・取締役会に、会社内部の不正行為や違法行為の情報がもたらされた場合に、どのような対処をなすべきか、という点についても明らかにする。

以上、三つの検討対象を見据えながら、次節以下では、法令遵守体制構築義務が問題とされた裁判例及び法令遵守体制に関する立法、また、学説において、どのような議論がなされてきたのかということを概観する。

第三節 法令遵守体制構築義務に関する裁判例の変遷と法制度

第一款 法令遵守体制構築義務に関する裁判例

取締役の法令遵守体制構築義務ないし内部統制システム構築義務が判例上、明確に登場したのは、後述する大和銀行ニューヨーク支店株主代表訴訟判決であることは周知の事実であろう。しかしながら、それより前の裁判例においても、法令遵守体制とか内部統制システムといった表現ではないが、それに類似するような社内体制の構築を取締役の義務として認めた事案が見出される。そこで、以下では、大和銀行ニューヨーク支店株主代表訴訟判決より前の裁判例から確認する。

【1】日本ケミフアデータ捏造事件³²⁾

本件は、代表取締役社長の第三者に対する責任が問題となった事例である。そして、本判決は、取締役の社内の管理体制の構築について言及した初期の裁判例として意義がある。

本件の事実関係は、以下の通りである。Y₁（日本ケミファ株式会社）とX（日本ワイス株式会社）とが、鎮痛抗炎症作用を有する化合物「フェンチアザク」製剤の共同開発の合意に達した。そして、Y₁とXは共同申請により、フェンチアザク製剤の製造承認申請を行い、厚生大臣より同承認を受けた。ところが、Y₁が試験データを捏造していたということが発覚したため、厚生省は製品回収と製造販売停止の措置をとった。そのため、XがY₁に対して債務不履行責任を追及するとともに、Y₁の代表取締役社長Y₂に対して対第三者責任を追及した事案である。この事案につき、東京地裁は以下のように述べて、Y₂の責任を認容した。

「医薬品は人体に投与されるものであるから、所定の薬効が確保されるべきことはもちろん、その安定性の確保がとくに重要であることはいうまでもなく、また、いったん医薬品の副作用による薬害が発生すれば、製薬会社に対してもその責任が追及されることとなつて、製薬会社の経営にも重大な影響を及ぼすこととなるのであるから、製薬会社の代表取締役という責任ある地位にあつたY₂としては、右の点に心を致し、人命にもかかわることのあるべき新薬につきその製造承認を申請するに際しては薬事法の規定を遵守し、右申請行為が適正に行われるよう担当取締役及び社員を常に監督し、いやしくもデータ捏造等という重大な不正行為が行われぬよう管理体制を整備すべき義務があるといふべきである。：

…Y₁によるデータ捏造等は、判明した分だけでもドノレストにつき五件二〇三例と数が多く、またひとりドノレストだけに留まらず、他の医薬品の製造承認申請の際にもなされていたものであり、しかも、一担当者による単なる単発的

ないしは偶発的な行為でなかったことが窺われることからすれば、右データ捏造等は、Y₁においては長期間にわたり広範かつ組織的に行なわれていたものと推認するのが相当である。

そして、右のような広範かつ組織的なデータ捏造等は、Y₁の社内での管理体制が確立されていればたやすく防止できたはずであるにもかかわらず、Y₂は前記義務に違反してこれをしなかったというのであるから、右データ捏造等を発見できなかったY₂には重過失があるといわなければならない。

本件では、取締役の対第三者責任が問題となっているが、東京地裁は代表取締役社長には「データ捏造等という重大な不正行為が行われないよう管理体制を整備すべき義務がある」とした。ここでは、法令遵守体制とか内部統制システムという言葉は使われていないが、従業員等による不正行為防止のための管理体制整備義務を代表取締役に認めた事例として特筆に値する。本件は、控訴審判決³³⁾においても「新薬の開発に当たり、データねつ造等の不正が行われず又は右不正を看過しないよう社内での管理体制を整備すべきことは当然である」と判示されている。ただし、控訴審判決においては、「一般的な製薬会社の組織として、Y₁の当時の新薬開発管理の体制がねつ造等防止の点で同業の他社に比べて特に劣っていたと認めるに足りる証拠はない。したがって、他に特段の事情の認められない本件においては、Y₁の開発部門で本件のデータねつ造が行われ、社内的にこれ防止又は発見できなかったことについて、代表取締役たるY₂に職務執行上の重大な過失があると認めることはできない」とした。

本判決の意義としては、第一に、製薬会社の代表取締役はデータ捏造等が行われないように社内管理体制を構築する義務があるとした点が挙げられるだろう。そして、控訴審判決からは、当該社内管理体制に不備があったか否かを判断する際には、同業他社の管理体制と比較検討するという手法が用いられている点が挙げられる。

【2】大和銀行ニューヨーク事件株主代表訴訟判決³⁴⁾

本件は、取締役の内部統制システム構築義務及び法令遵守体制構築義務を明示的に認めた最初の裁判例として著名である。本判決で認定された被告取締役に対する巨額の損害賠償責任額は日本国内のビジネス・コミュニティに衝撃を与えることとなった。

本件は、大和銀行ニューヨーク支店に勤務する訴外Aが無断でかつ簿外で行っていた米国財務省証券取引による損失を取り戻すべく、顧客及び同銀行が所有する米国財務省証券を無断でかつ簿外で取引し、損失を拡大させたことにつき、同銀行の取締役らの同従業員らに対する監督義務違反が争われた事案である。

「健全な会社経営を行うためには、目的とする事業の種類、性質等に応じて生じる各種のリスク、例えば、信用リスク、市場リスク、流動性リスク、事務リスク、システムリスク等の状況を正確に把握し、適切に制御すること、すなわちリスク管理が欠かせず、会社が営む事業の規模、特性等に応じたリスク管理体制（いわゆる内部統制システム）を整備することを要する。そして、重要な業務執行については、取締役会が決定することを要するから（商法二六〇条二項）、会社経営の根幹に係わるリスク管理体制の大綱については、取締役会で決定することを要し、業務執行を担当する代表取締役及び業務担当取締役は、大綱を踏まえ、担当する部門におけるリスク管理体制を具体的に決定すべき職務を負う。この意味において、取締役は、取締役会の構成員として、また、代表取締役又は業務担当取締役として、リスク管理体制を構築すべき義務を履行しているか否かを監視する義務を負うのであり、これもまた、取締役としての善管注意義務及び忠実義務の内容をなすものと言うべきである。監査役は、商法特例法二二条一項の適用を受ける小会社を除き、業務監査の職責を担っているから、取締役がリスク管理体制の整備を行っているか否かを監査すべき職務を負うのであ

り、これもまた、監査役としての善管注意義務の内容をなすものと言うべきである。

もつとも、整備すべきリスク管理体制の内容は、リスクが現実化して惹起する様々な事件事故の経験の蓄積とリスク管理に関する研究の進展により、充実にいくものである。したがって、様々な金融不祥事を踏まえ、金融機関が、その業務の健全かつ適切な運営を確保するとの観点から、現時点で求められているリスク管理体制の水準をもって、本件の判断基準とするには相当でないと言わなければならない。また、どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役に、広い裁量を与えられていることに留意しなければならない。：

…取締役は、自ら法令を遵守するだけでは十分でなく、従業員が会社の業務を遂行する際に違法な行為に及ぶことを未然に防止し、会社全体として法令遵守経営を実現しなければならぬ。しかるに、事業規模が大きく、従業員も多数である会社においては、効率的な経営を行うため、組織を多数の部門、部署等に分化し、権限を部門、部署等の長、さらにはその部下へ委譲せざるを得ず、取締役が直接全ての従業員を指導・監督することは、不適當であるだけでなく、不可能である。そこで、取締役は、従業員が職務を遂行する際違法な行為に及ぶことを未然に防止するための法令遵守体制を確立すべき義務があり、これもまた、取締役の善管注意義務及び忠実義務の内容をなすものと言うべきである。」

本判決は、取締役には内部統制システム構築義務及び法令遵守体制構築義務があり、それは取締役の善管注意義務及び忠実義務の内容をなすものであると明示的に認めた点で画期的な判決であるとされる³⁵。そして、「どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは経営判断の問題」であると指摘する。

本判決では、検査部担当取締役及びニューヨーク支店長を兼ねる取締役の任務懈怠が認められている。本件では、本件銀行のリスク管理体制を構成する、①証券売買部門と資金決済、事務管理部門との分離、②財務省証券の残高確認の

方法、③郵便物等の管理、④強制休暇取得制度等について充分なものであったか否かを細かく検討している。そして、②の財務省証券の保管残高確認について、「店内検査、内部監査担当者による監査、検査部による臨店検査、米州企画室による検査、会計監査人による監査のいずれの場合においても、検査対象であるニューヨーク支店あるいはカストディ係にバンカーズ・トラストから財務省証券の保管残高明細書を手させ、その保管残高明細書と同支店の帳簿とを照合するという確認方法を採用していたため、Aが本件無断売却の事実がないように作り替えた保管残高明細書と、同支店の帳簿とを照合する結果となり、本件無断売却等に係る行為を発見、防止することができなかった。したがって、カストディ業務に内在する事務リスクを適切に管理するための、財務省証券の保管残高を確認する仕組みは、整備され、かつ実施されていたものの、その検査方法は、検査対象者に隠ぺいの機会を残すものであったと評価される」と判示して、被告取締役任職懈怠を認めた。ここでは内部統制システムについては一応整備されていたと考えられるものの、検査方法（財務省証券の保管残高確認）に不備があったために本件不正行為を発見、防止することができなかったと指摘する。その意味で、本件は内部統制システムの整備はなされていたものの、機能していなかったということになり、内部統制システム構築（実施）義務違反があったとする。

本判決に対しては、財務省証券の保管残高確認の方法に不備があったということ一点をもって内部統制システム構築義務違反があったとするためには、当該不備が内部統制システム全体にとつての重大な欠陥であったか否かを考慮すべきであったとの指摘もある³⁶⁾。そのような指摘を前提とすると、少なくとも、本件事実関係の下ではそれが不明確であるために、その一事をもって本件被告取締役の任職懈怠の認定に疑問が呈されたり³⁷⁾、後知恵的な判断ではないかとの批判も出された³⁸⁾。また、具体的な任職懈怠認定の手法については、他の金融機関における実務慣行等について、詳細な事実認定がなされる必要があったとの指摘もある³⁹⁾。

また、本判決はリスク管理体制の内容について、一般論として「どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは経営判断の問題」であると述べている。この点については、リスク管理体制（内部統制システム・法令遵守体制）の内容については、経営判断原則が適用されるとする意味であるのか、それともそうではないのか不明瞭な部分もある。⁽⁴⁰⁾

【3】新潮社フォーカス事件⁽⁴¹⁾

本件は、前記【1】判決と同様、取締役の対第三者責任が争われた事案である。本件は、和歌山県で発生した毒物混入事件により逮捕起訴されたXが法廷内で写真週刊誌記者によって、その容貌等を盗撮されたことにより肖像権が侵害されたとして、当該写真週刊誌の記者（Y₃）、出版社（Y₁）及びその代表取締役（Y₂）らに対して損害賠償を求めた事案である。

〔ア〕本件写真週刊誌編集部内部における教育体制や取材体制が不十分であったことは先に認定したとおりであるから、本件写真週刊誌担当取締役は、同誌の編集長と協働して教育体制や取材体制を整備し、さらに、発航前に本件写真週刊誌に掲載される予定の記事を確認するなどして、人権侵害の防止につとめるべき義務を負っていたものと解するのが相当である。

（イ）代表取締役

Y₁の代表取締役は、会社業務全般についての執行権限を有するから、従業員による違法行為を防止すべき注意義務を負うものというべきところ、Y₁についても、その範囲を限定すべき特段の事情は認めがたい。Y₁の出版物、とりわけ本件写真週刊誌に関する違法行為が反復されておりY₁としても法務局等から各種の勧告を受けていたことは前記認定のと

おりであるから、Y₁の代表取締役としては、少なくとも本件写真週刊誌による違法行為の続発を防止することができる社内体制を構築・整備する義務があったものといふべきである。」

本判決では、代表取締役の社内管理体制構築義務違反が認められているが、その体制を構築すべき義務の根拠として、写真週刊誌編集部が違法行為を反復していたということが取り上げられている⁽⁴²⁾。このような点に鑑みると、従来から違法行為が行われており、それが取締役会等に伝わっているような場合には、取締役は当該違法行為を予見すべき義務が発生するから、当該違法行為を防止する義務、すなわち違法行為防止体制の構築が求められると考えられる。そして、何らかの社内体制を構築していたとしても、同種の違法行為が繰り返し起こるような場合には、社内管理体制構築義務違反が認定される可能性があると思われる。つまり、ある違法行為が何らかの事情（同業他社において既に発生したことのある違法行為の発生の情報や社内においてある違法行為が繰り返し行われているという情報を得ていたような事情）により予見可能な場合には、取締役に予見義務が発生し、当該予見できた違法行為を回避すべき義務が生じるから、その方策として当該違法行為を防止するような社内体制の構築が義務づけられると考えられる。

なお、本判決では、社内体制（内部統制システム・法令遵守体制）の具体的水準（内容）や経営判断原則との関係については全く触れられていない⁽⁴³⁾。

【4】三菱商事株主代表訴訟判決⁽⁴⁴⁾

本件は、三菱商事株式会社の株主であるXらが、同社が黒鉛電極のカルテルに関わったとして、米国において、罰金等を支払い、さらに黒鉛電極の購入者からの損害賠償請求訴訟において和解金を支払ったことについて、取締役及び

監査役であったYらに対して損害賠償を求めた事案である。本件では、補助参加人として三菱商事株式会社が訴訟に参加しており、東京地裁は、補助参加人である三菱商事株式会社の法令遵守体制構築義務に関する主張に対して以下のように応答した。

「Xらは、補助参加人の法令遵守体制の構築義務違反をも主張しているので、この点を検討するに、証拠及び弁論の全趣旨によれば、補助参加人は、「1」各種業務マニュアルの制定、「2」法務部門の充実、「3」従業員に対する法令遵守教育の実施など、北米に進出する企業として、独占禁止法の遵守を含めた法令遵守体制をひととおり構築していたことが認められる。

しかるところ、Xらは、補助参加人内部の法令遵守体制の構築義務の不履行を抽象的に指摘するのみであり、補助参加人のYらに対する補助参加により、補助参加人の法令遵守体制に関する証拠資料が多数提出されたにもかかわらず、「1」補助参加人の法令遵守体制についての具体的な不備、「2」本来構築されるべき体制の具体的な内容、「3」これを構築することによる本件結果（被告による本件カルテルの関与）の回避可能性について何らの具体的主張を行わないから、Xらの主張はそもそも主張自体失当であると評価し得るものである。

したがって、いずれにせよ、Xらの法令遵守体制構築義務違反の主張は理由がない。」

本判決の特徴として、法令遵守体制に不備があったということを主張立証するためには、単に抽象的に法令遵守体制構築義務の不履行を指摘するだけでは足りず、①当該体制の具体的な不備、②本来構築されるべき体制の具体的な内容、③当該体制を構築することによる結果の回避可能性という三点を主張立証しなければならぬということを明らかにした

点が挙げられよう。

【5】雪印食品株主代表訴訟判決⁽⁴⁵⁾

本件は、BSE問題に端を発した牛肉偽装事件で、雪印食品の従業員が国産牛の国による買取制度において、買取制度の対象外である輸入牛を国産牛であると偽って買い取らせたという偽装工作を行ったことにつき、同社の取締役には当該従業員による偽装工作を防止すべき注意義務があったとして、同社の株主Xらが同社取締役Yらに対して損害賠償を求めた事案である。

「ミート部門に対し、本件事業に対する方針や業務遂行状況について、取締役会において報告を求めるべき注意義務があったとまではいえない。…」

…本件牛肉偽装工作がそのなされた当初から雪印食品社内において周知の事実になっていたと認めらるべき証拠はない。また、Xの上記主張は本件偽装工作の防止策としては抽象的にすぎ、具体的にいかなる社内体制を構築するべきであったかについては不明確といわざるを得ず、失当である。」

本判決では、一般論として内部統制システム（法令遵守体制）構築義務については述べていない。また、具体的な社内体制の構築についての主張立証が不明確であったことを理由に内部統制システム（法令遵守体制）構築義務違反が否定されている。【4】判決で示された、①当該体制の具体的不備、②構築されるべき体制の具体的内容、③当該体制を構築することによる結果回避可能性という枠組みを前提とするならば、本件におけるXの主張内容は抽象的に過ぎたこ

とでYらの責任が認められなかったのではないかと考えられる。

【6】 ジャージー高木乳業事件判決⁽⁴⁶⁾

本件は、【1】【3】事件と同様に、取締役の対第三者責任に関する事案である。本件は、雪印乳業の牛乳再利用による食中毒事件後において、牛乳の製造販売を行うジャージー高木乳業株式会社の従業員が異臭のする牛乳を再利用した結果、集団食中毒事件を発生させた場合に、代表取締役Yが法令遵守体制を構築すべき義務に違反したため廃業し、もって従業員が解雇されたとして、解雇された従業員XらがYに対して法令遵守体制構築義務違反を理由に損害賠償を求めた事案である。

「Yは、雪印乳業事件及び金沢市保健所の本件指導により、それまでの本件会社における牛乳等製品の再利用には食品衛生法に違反する再利用があることを知ったのであるから、本件会社の代表取締役として、直ちに同法に違反する再利用を廃止する措置を講ずるのとはより、すみやかに今後同様の違法な再利用が行われることにならないようにするための適切な措置（牛乳等製品の再利用に関する取扱基準の策定、従業員に対する牛乳の再利用に関する教育・指導等の徹底等）を講じて、法令を遵守した業務がなされるような社内体制を構築すべき職責があったものといふべきである。そして、上記職責を有するYとしては、上記措置を自ら講ずることなく、会社内の職掌分担に従ってこれを部下に任せるとしても、部下が取った措置の内容及びその結果を適宜報告させ、法令違反状態が解消されたこと等を確認し、仮になお法令に適合しない再利用がなされている状態が残存する場合には、自ら速やかに是正を指示するなどの指揮監督権限を行使して、違法な牛乳から牛乳への再利用をしない体制を築くべき義務があったといふものといふべきである。

ところが、Yは、従前本件会社において行われていた牛乳等製品の再利用には食品衛生法に違反する再利用があることを知りながら、F部長に対して金沢市保健所の本件指導を遵守して違法な再利用をしないよう指示し、また、一旦出荷された牛乳等製品の再利用についてはその再利用をしない措置を講じたが、出荷されずに本件会社内の冷蔵庫に保管されていた牛乳を牛乳製造のための原料として使用する再利用に関しては、自ら特段の措置を講ずることなく、その取り扱いを部長に任せ切りとして、かつ、F部長から、上記再利用の有無に関する実情を聴取することもしなかったため、本件会社で、なお牛乳から牛乳への再利用という法令に違反する状態が続いていることを知らずに、そのため、同違法状態が是正されないまま継続されることとなったものであるから、Yには、上記職責に違反する任務違背があったといふべきである。」

本判決の特徴として、代表取締役の法令遵守体制構築義務につき、小規模な会社においても認められたという点が挙げられよう。本件で問題となった会社は、従業員数五三名のごく小規模な会社であり、そのような会社で法令遵守体制構築義務が問題となったのである。前述したように、法令遵守体制構築義務は大規模な会社において取締役が逐一監督することが困難であるような場合に、監督義務の履行を法令遵守体制の構築という観点から捉えるものである。そのように考えると、本件のような会社で法令遵守体制の構築という点から代表取締役の監督義務を考へるのは適切ではないように思われる。ただし、本件で代表取締役の法令遵守体制構築義務違反を認めたのは、【3】判決類似の状況があったからではないか。つまり、本件会社においては従前から牛乳の再利用等違法行為が継続して行われてはいなかったものの、当該違法行為によって消費者の生命・健康を侵害される可能性が高いこと、当時雪印乳業集団食中毒事件が問題となり、保健所からの指導があったということから、牛乳の再利用という違法行為は予見すべきであり、かつ、回避す

べき義務があったと考えられ、その方策として法令遵守体制を構築すべきだったと認定されたと思われる。

【7】ダスキン株主代表訴訟判決⁽⁴⁷⁾

本件は、食品販売事業を営む会社が、食品衛生法により使用が許可されていない添加物が混入した肉まんを販売し、それが監督官庁や新聞報道によって発覚したことから、同社とフランチャイズ契約を締結していたフランチャイザーに対して、多額の補償をするなど損失を出したとして、取締役Yらの善管注意義務違反及び忠実義務違反が争われた事案である。本件では、以下のように判示して、内部統制システム構築義務に関する一般論を展開したが、Yらの義務違反はないとした。ただし、食品衛生法上許可されていない添加物が混入したという事実が社内発覚した際に、当該事実を公表しなかつたなどとして、任務懈怠が認定されている。

「健全な会社経営を行うためには、目的とする事業の種類、性質等に応じて生じる各種のリスク、例えば、信用リスク、市場リスク、流動性リスク、事務リスク、システムリスク等の状況を正確に把握し、適切に制御すること、すなわちリスク管理が欠かせず、会社が営む事業の規模、特性等に応じたリスク管理体制（いわゆる内部統制システム）を整備することを要する。

もつとも、整備すべきリスク管理体制の内容は、リスクが現実化して惹起する様々な事件事故の経験の蓄積とリスク管理に関する研究の進展により充実していくものである。したがって、現時点で求められているリスク管理体制の水準をもって、本件の判断基準とすることは相当でないというべきである。また、どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは基本的には経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役等に、広い裁量が与えられているというべ

きである。

本件は、食品販売に関する事業部門の業務担当取締役及び使用人兼務取締役が、自社が販売していた食品に食品衛生法上使用が許されていない添加物が含まれていることを知ったにもかかわらず、その販売を継続するという違法行為に出たという事案である。そこで、ダスキンの本件販売当時ににおけるリスク管理体制のうち、違法行為を未然に防止するための法令遵守体制（具体的な取組みを含む。）について検討するに、前記のとおり、ダスキンは、当時、担当取締役は経営上の重要な事項（販売していた食品に食品衛生法上使用が許されていない添加物が混入していたことは、食品を販売する会社にとっては経営上極めて重要な問題であるのは明らかである。）を取締役に報告するよう定め、従業員に対しても、ミスや突発的な問題は速やかに報告するよう周知徹底しており、違法行為が発覚した場合の対応体制についても定めていた（「内部摘発」による違法行為の発覚も想定されている。）。また、その上で、実際に起こった食中毒に関する企業不祥事の事案を取上げて注意を促すセミナーも開催していたものである。これらを総合してみると、ダスキンにおける違法行為を未然に防止するための法令遵守体制は、本件販売当時、整備されていなかったとはいえないものというべきである。」

本判決では、【2】判決と類似の文言が用いられている。すなわち、第一に、取締役は内部統制システム構築義務を負っているということ、第二に、当該システムの内容については経営判断の問題であって取締役に裁量が認められているということが指摘されている。そして、本件では取締役Yらに本件添加物の混入と販売に関する内部統制システムについて義務違反はなかったとされている。本判決において、まず、原告の法令遵守体制構築義務違反の主張に対しては、違法行為が発覚した場合の対応体制について定めていたということ、企業不祥事に関するセミナーを開催していたという

ことを取り上げて、違法行為を未然に防止するための法令遵守体制が整備されていなかったとまではいえないと指摘する。一般論として、何らかの体制を一律に構築しなければならぬわけではないわけではないとされているし、それこそ取締役に裁量が認められると考えられる。そして、システムの内容の不備について当該裁量を逸脱するようなほど重大な欠陥であるとされるならば、任務懈怠の責任が認められると考えられるが、本件体制の場合には、重大な欠陥があったとはいえないということが裁判所の判断ではなからうか。そして、コンプライアンス部門や品質管理機関、内部告発体制の設置により報告体制を構築し周知徹底すべきであったとするが、この点も同様に言えよう。

【8】ヤクルト巨額損失株主代表訴訟⁽⁴⁸⁾

本件は、ヤクルトの取締役がデリバティブ取引によって多額の損失を出したことにつき、他の取締役らによる監督義務違反が問題とされた事案である。取締役の監督義務違反があったか否かということについて、内部統制システム構築義務違反が争われたものである。

「ヤクルト本社のような事業会社がデリバティブ取引を行うに当たっては、「1」各取締役は、取締役会等の会社の機関において適切なリスク管理の方針を立て、リスク管理体制を構築するようにする注意義務を負うべきである。もともと、どのようなリスク管理の方針を定め、それをどのようにして管理するかについては、上記のように、会社の規模その他の事情によって左右されるのであって、一義的に決まるものではなく、そこには幅広い裁量があると考えられるのである。また、上記のように、デリバティブ取引のリスク管理の方法等については、当時未だ一般的な手法は確立されておらず、模索の段階にあったのであるから、リスク管理体制の構築に向けてなされた取締役の判断の適否を検

討するに当たっては、現在の時点における知見によるのではなく、その当時の時点における知見に基づき検討すべきものである。

また、「2」実際にデリバティブ取引の実務を担当する取締役は、取締役会等の会社の機関において定められたリスク管理の方針、管理体制に従い、そこで定められた制約に従って取引をする注意義務を負うとともに、個々の取引の実行に当たっては、法令、定款、社内規則等を遵守したうえ、事前に情報を収集、分析、検討して、市場の動向等につき適切な判断をするよう務め、かつ、取引が会社の財務内容に悪影響を及ぼすおそれが生じたような場合には、取引を中止するなどの義務を負うべきである（ただし、法令、定款及び会社が定めたりスク管理の方針に違反した場合は当然に善管注意義務違反を構成することになるが、定められたリスク管理の制約の範囲内においては、相応の裁量が認められ、善管注意義務違反に当たるか否かは、当時の状況に照らして情報の収集、分析、検討が合理的なものであったかどうか、その事実認識に基づく判断の過程及び判断内容に明らかに不合理な点がなかったかどうかという観点から検討されるべきものである）。

また、「3」会社の業務執行を全般的に統括する責務を負う代表取締役や個別取引報告書を確認し事後チェックの任務を有する経理担当の取締役については、デリバティブ取引が会社の定めたりスク管理の方針、管理体制に沿って実施されているかどうか等を監視する責務を負うものであるが、ヤクルト本社ほどの規模の事業会社の役員は、広範な職掌を有しており、かつ、必ずしも金融取引の専門家でもないものであるから、自らが、個別取引の詳細を一から精査することまでは求められておらず、下部組織等（資金運用チーム・監査室、監査法人等）が適正に職務を遂行していることを前提とし、そこから上がってくる報告に明らかに不備、不足があり、これに依拠することに躊躇を覚えるというような特段の事情のない限り、その報告等を基に調査、確認すれば、その注意義務を尽くしたものである。

また、「4」その他の取締役については、相応のリスク管理体制に基づいて職務執行に対する監視が行われている以上、特に担当取締役の職務執行が違法であることを疑わせる特段の事情が存在しない限り、担当取締役の職務執行が適法であると信頼することには正当性が認められるのであり、このような特段の事情のない限り、監視義務を内容とする善管注意義務違反に問われることはないといふべきである。」

本判決では、元取締役によるデリバティブ取引が問題とされているが、当該取引に関するリスク管理体制について各取締役の地位の差異により具体的にどのような形でリスク管理体制に携わるべきかについて論じている点に意義がある。そして、一般論として、「どのようなリスク管理の方針を定め、それをどのようにして管理するかについては、上記のように、会社の規模その他の事情によって左右されるのであって、一義的に決まるものではなく、そこには幅広い裁量があると考えられるのである」として、リスク管理体制の内容については取締役に広い裁量があることを正面から認めており、【2】【7】判決と類似の内容といえる。

【9】日本システム技術開発最高裁判決⁽⁴⁹⁾

本件は、日本システム技術開発（Y）の従業員が営業成績を上げる目的で架空の売上を計上し、もって有価証券報告書の虚偽記載がなされ、その後、当該事実が公表されたことよって同社の株価が下落したことにつき、公表前に同社の株式を取得した株主が、同社の代表取締役に従業員らの不正行為を防止するためのリスク管理体制を構築すべき義務があったにもかかわらず、同義務に違反したことについて過失があり、もって株主が損害を被ったなどと主張して、代表取締役の不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。原審⁽⁵⁰⁾及び原原審⁽⁵¹⁾は、ともに請求を一部認容したが、最

高裁判所は以下のように判示して、請求を棄却した。

「本件不正行為当時、Yは、①職務分掌規定等を定めて事業部門と財務部門を分離し、②GAKUEN事業部について、営業部とは別に注文書や検収書の形式面の確認を担当するBM課及びソフトの稼働確認を担当するCR部を設置し、それらのチェックを経て財務部に売上報告がされる体制を整え、③監査法人との間で監査契約を締結し、当該監査法人及びYの財務部が、それぞれ定期的に、販売会社あてに売掛金残高確認書の用紙を郵送し、その返送を受ける方法で売掛金残高を確認することとしていたというのであるから、Yは、通常想定される架空売上げの計上等の不正行為を防止し得る程度の管理体制は整えていたものといえる。そして、本件不正行為は、GAKUEN事業部の部長がその部下である営業担当者数名と共謀して、販売会社の偽造印を用いて注文書等を偽造し、BM課の担当者を欺いて、監査法人及び財務部が販売会社あてに郵送した売掛金残高確認書の用紙を未開封のまま回収し、金額を記入して偽造印を押捺した同用紙を監査法人又は財務部に送付し、見掛け上はYの売掛金額と販売会社の買掛金額が一致するように巧妙に偽装するという、通常容易に想定し難い方法によるものであったといえることができる。

また、本件以前に同様の手法による不正行為が行われたことがあったなど、Yの代表取締役であるAにおいて本件不正行為の発生を予見すべきであったという特別な事情も見当たらない。

さらに、前記事実関係によれば、売掛金債権の回収遅延につきBらが上げていた理由は合理的なもので、販売会社との間で過去に紛争が生じたことがなく、監査法人もYの財務諸表につき適正であるとの意見を表明していたのであるから、財務部が、Bらによる巧妙な偽装工作の結果、販売会社から適正な売掛金残高確認書を受領しているものと認識し、直接販売会社に売掛金債権の存在等を確認しなかったとしても、財務部におけるリスク管理体制が機能してい

なかったということはできない。

以上によれば、Yの代表取締役であるAに、Bらによる本件不正行為を防止するためのリスク管理体制を構築すべき義務に違反した過失があるということはできない。」

本判決は、株主が、会社法三五〇条に基づき損害賠償の請求をした事案であり、従来のリスク管理体制構築義務・内部統制システム構築義務が問題となった対会社責任（四二三条）や対第三者責任（四二九条）と異なる。しかしながら、本判決は、最高裁として初めてリスク管理体制構築義務違反の有無について判断が下された事案として意義がある。本判決において、最高裁は代表取締役にはリスク管理体制構築義務があるということを前提とした上で、会社のリスク管理体制の内容について検討を行っている。本判決によれば、リスク管理体制について「通常想定される架空売上げの計上等の不正行為を防止し得る程度の管理体制を整えていたものということができる」と述べている。また、本件不正行為は通常容易に想定し難い方法によるものであり、同様の手法による不正行為があったなど、代表取締役が本件不正行為の発生を予見すべきであったという特別な事情もないとする。加えて、リスク管理体制が機能していたかどうかについては、売掛金債権の回収遅延も合理的なものであり、監査法人による適正意見を表明していたということから機能していなかったとはいえないとする。

本判決では、取締役のリスク管理体制構築義務に関する一般論については言及されていない。しかし、最高裁はリスク管理体制構築義務について、通常想定される不正行為について防止することができる体制を構築すべきであり、他方、不正行為の発生を予見すべきであったという特別な事情がない限り、それ以上の体制を構築すべき義務はないとする。⁽⁵⁾

第二款 法令遵守体制に関する法制度

次に、法令遵守体制（内部統制システム）に関する法制度を概観することとする。なお、本款では、法令遵守体制を明文化した平成一四年商法及び商法特例法改正⁽⁵³⁾、平成一七年に制定された会社法⁽⁵⁴⁾における内部統制システム、平成一八年改正証券取引法（金融商品取引法⁽⁵⁵⁾）における財務報告に係る内部統制報告制度について見ていくことにする。

(一) 平成一四年商法特例法の改正―内部統制システムの明文化

平成一四年五月二二日に参議院本会議で可決・成立した改正商法は、日本企業のコーポレート・ガバナンスの仕組みに関し、新たな選択肢を付加するものとして巷間の注目を集めた⁽⁵⁶⁾。いわゆる委員会等設置会社制度が始まったのである（平成一七年廃止前商法特例法⁽⁵⁷⁾二一条の五以下）。委員会等設置会社は、旧商法特例法でいう「大会社⁽⁵⁸⁾」及び「みなし大会社⁽⁵⁹⁾」であって、委員会等設置会社となる旨の定款規定を置いた会社である（旧商法特例法二一条の二第三項）。そして、その委員会等設置会社には、指名委員会、監査委員会、報酬委員会を設置しなければならないとされ、一人又は数人の執行役も置かなければならないとされた（旧商法特例法二一条の五第一項）。この委員会等設置会社制度を認めた趣旨は、取締役会の活性化を通じて業務監督の強化を図るためといわれている⁽⁶⁰⁾。すなわち、委員会等設置会社制度は、従来⁽⁶¹⁾の監査役設置会社とは異なり、取締役会は業務監督権限に特化した機関とされ、アメリカ型の経営管理機能に近い制度である。

このように業務監督権限に特化した取締役会は、第一に経営の基本方針、第二に監査委員会の職務の遂行のために必要なものとして法務省令で定める事項、第三に執行役が数人ある場合における執行役の職務の分掌及び指揮命令関係そ

の他の執行役の相互の関係に関する事項を定め、第四に旧商法特例法二一条の一四第三項の規定による取締役会の招集の請求を受ける取締役を決定することになった(旧商法特例法二一条の七第一項)。

これらの委員会等設置会社の取締役会の権限のうち内部統制システムに関するものが、「監査委員会の職務の遂行のために必要なものとして法務省令で定める事項」である。⁶²その法務省令一九三条は、以下の事項を規定している。(一) 監査委員会の職務を補助すべき使用人に関する事項(二号)、⁶⁴(二) 当該使用人の執行役からの独立性の確保に関する事項(二号)、⁶⁵(三) 執行役及び使用人が監査委員会に報告すべき事項その他の監査委員会に対する報告に関する事項(三号)、⁶⁶(四) 執行役の職務の執行に係る情報の保存及び管理に関する事項(四号)、⁶⁷(五) 損失の危険の管理に関する規程その他の体制に関する事項(五号)、⁶⁸(六) 執行役の職務の執行が法令及び定款に適合し、かつ、効率的に行われることを確保するための体制に関するその他の事項(六号)⁶⁹である。この趣旨は、立案担当者によると、「大規模会社を利用対象とする委員会等設置会社においては、その業務執行行為も広範かつ複雑なものとならざるを得ないため、委員会等設置会社の業務執行が適正かつ効率的に行われているかどうかを監査委員会のメンバーだけで十分に監査することは、監査委員会には常勤監査役に相当する常勤者を置かない場合もあることを想定していることもあって、困難な場合が少なくないと考えられる。そこで、監査委員会による監査の実効性を確保するために、取締役会が、内部統制システムなどと呼ばれる、業務執行が法令および定款に適合し、かつ、効率的にされていることを監視するための会社内部の体制を整備することとし、監査委員会がこの会社内部の体制を利用して監査を行うこととしたものである。」⁷⁰と説明される。そして、このように取締役会が定めるべき事項の内容を法務省令に委ねている理由として、「内部統制システムのあり方については、先進諸外国においても研究と改良が続けられているものであり、今後、その内容が変化していることが予想されることによるものである。」⁷¹と説明されている。

そうすると、平成一四年改正商法及び旧商法特例法上の内部統制システムは、監査委員会の構成員である監査委員が監査の実効性を確保するために内部統制システムの整備が要求されており、監査を補完するものとして位置づけられていたと考えられる⁽⁷²⁾。また、内部統制システムの具体的内容が法務省令で定められており、一種の雛形として捉えることも可能であると思われる。

(二) 会社法の制定

それまでは委員会等設置会社についてのみ内部統制システムないし法令遵守体制に関する決定が義務づけられていたわけであるが、平成一七年に会社法が制定されたことに伴い、大会社であれば取締役会の設置如何にかかわらず、内部統制システムに関する決定が義務づけられた⁽⁷⁴⁾(三四八条四項、三六二条五項⁽⁷⁵⁾)。また、従来から内部統制システムに関する決定が義務づけられていた委員会設置会社については、「監査委員会の職務の執行のため必要なものとして法務省令で定める事項」や、「執行役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備」を取締役会で決定しなければならぬとされた⁽⁷⁶⁾(四一六条一項一号イ・ロ)。

では、具体的に会社法及び同法施行規則はどのような内部統制システムに関する事項を定めているのか。これらを大きく分類すると、①取締役・執行役の職務執行が法令・定款に適合することを確保するための体制と、②その他会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制とに分けられる。そして、会社法は後者についての具体的な体制をいずれも会社法施行規則に委ねている⁽⁷⁶⁾(規則九八条、一〇〇条、一一二条⁽⁷⁶⁾)。このように会社法施行規則にその具体的内容を委ねた理由は、平成一四年商法改正時の理由と基本的に同じであろう⁽⁷⁶⁾。そして、これらの規定

に基づき取締役会が決議をした場合、その決議内容の概要を事業報告に記載しなければならず（規則一一八条二号）、監査役は、当該事項の内容が相当でないと認めるときは、調査報告にその旨及びその理由を記載しなければならない（規則一三〇条二項二号、一二九条一項五号）。

これら内部統制システムの整備に係る規定は、会社法制の現代化について検討を進めていた自由民主党の政務調査会法務部会の「商法に関する小委員会」⁽⁷⁷⁾が平成一六年六月にとりまとめた「会社法制の現代化に関する中間とりまとめ」において、コンプライアンス体制の整備等を通じた会社経営の適正性の維持の重要性にかんがみ提言され、それが法制審議会の会社法（現代化関係）部会⁽⁷⁸⁾の調査審議にも反映された結果、会社法において導入されることになった⁽⁷⁹⁾。

以上のように、会社法は委員会設置会社だけでなく、大会社についても、内部統制システムの構築に関する決議を取締役会ないし取締役の過半数で決定しなければならないとしたのである⁽⁸⁰⁾。

このような会社法制の下で、内部統制システムの構築に関する決議を義務づけられている会社（大会社（委員会設置会社を除く）および委員会設置会社）において、「内部統制システムを構築しない」と決定することは認められないのだろうか。確かに、会社法制定に伴い、大会社については内部統制システムを構築することが義務づけられたとの指摘も見られる⁽⁸¹⁾。しかしながら、立案担当者によれば、会社法の内部統制システムの構築に関する決定義務は、あくまで内部統制システムに関する事項を決定することが義務づけられているだけで、「内部統制システムを構築しない」と決定すること自体はこの決定義務との関係では問題ないと述べる⁽⁸²⁾。そして、「内部統制システムを構築しない」と決定することが取締役の責任を生じさせるか、という問題については、別途善管注意義務違反として任務懈怠責任を問われる可能性があるとする⁽⁸³⁾。そうすると、少なくとも立案担当者の見解によれば、「内部統制システムを構築しない」という決定を取締役会等がなした場合には、取締役の法令遵守義務（三五五条）との関係で、法令違反を構成しないということ

になる。

次に、これら会社法や会社法施行規則の内部統制システムに関する規定は、取締役会等が構築すべき内部統制システムの水準を表すものだろうか。この点について、立案担当者は「大会社及び委員会設置会社に対して義務づけられるのは、…内部統制システムの整備に係る事項を決定することであって、ある種の水準・内容の体制を整備すること自体や、そのような体制を整備することを決定することではない。また、決定すべき内容も、必ずしも体制の整備の具体的な内容の詳細である必要はなく、体制の整備に係る基本的な方針で足りる。当該事項に係る決定の内容をどのようなものにするかは、各会社における判断に委ねられる」として、内部統制システムの水準について規定したものではないと説明する。⁽⁸⁴⁾ また、「現行〔旧商法特例法―筆者註〕の委員会等設置会社に関する内部統制システムに係る法務省令は、取締役会が定める事項のみを規定し、システムの内容（水準）が具体的にいかにあるべきかまでは定めていない。…新会社法の下においても、その点は変わりないであろう。システムの具体的内容は、実務慣行により定めるべきものである。」との指摘もある。⁽⁸⁵⁾ しかし一方で、会社法及び会社法施行規則において、内部統制システムの内容が定められたことについて、これらが要求する内部統制システムの基本方針は、取締役の「監視義務の品質管理基準」として期待されるものであるとの指摘や⁽⁸⁶⁾ 「内容が法文で具体化された会社法のもとでは、法令が要求する整備すべき最低水準の内部統制システムを前提としたうえで、それを超えてどこまで内容を充実させるかが重要である。」との見解も見られる。⁽⁸⁷⁾ 確かに、会社法および会社法施行規則はある程度具体的な内容を定めている。しかし、立案担当者が指摘するように、そもそも内部統制システムの内容自体が流動的なものであって、研究や実践を通じて変化していくものであるし、⁽⁸⁸⁾ これらの規定が想定するのは、あくまで「取締役会で決議する必要があるのは、内部統制システムの構築に関する基本方針のみであり、細目まで決議する必要ない」ということからすれば、会社法及び会社法施行規則に定められた事項を、そのまま直

接的に内部統制システムの最低水準であると考えることは難しいと思われる⁽⁹⁰⁾。たとえば大会社あるいは委員会設置会社であっても、当該会社の実情によっては、会社法及び会社法施行規則が定める内部統制システム項目に即した業務監督体制を整備する旨を決定する場合にも、取締役は善管注意義務に従って判断すればよいとされる⁽⁹¹⁾。

(三) 金融商品取引法の制定—内部統制報告制度

平成一八年に証券取引法が改正され、その名称も金融商品取引法へと変更された。この改正は、投資について横断的・包括的な規制を及ぼし、罰則の強化、公開買付・大量保有報告制度の見直し、四半期開示の法定化、適正開示に関する経営者の確認、内部統制報告制度、取引所の自主規制機能の強化を図ったものである⁽⁹²⁾。その中でも、本稿の議論と関係するものが内部統制報告制度である⁽⁹³⁾。

二一世紀に入り、アメリカ国内で Enron 事件をはじめとする会計不正の再発を防ぐべく連邦による立法がなされた。いわゆる Sarbanes-Oxley 法⁽⁹⁴⁾である。そして、その SOX 法四〇四条は、後述する COSO の示した内部統制のフレームワークを前提としつつ、上場企業等に対して、財務報告に係る内部統制に関する経営者評価と外部監査人による証明を年次報告書に添付することを義務づけた。他方、日本においても、二〇〇四年以降、有名上場企業による有価証券報告書の虚偽記載問題や大規模な粉飾決算などが発生し、ディスクロージャー制度をめぐる不祥事が相次いだ。そこで、アメリカの制度に学びつつ内部統制を強化するために何らかの対応をとることが必要だとの意見が強まり、二〇〇四年一二月の金融審議会ディスクロージャー・ワーキング・グループ報告「ディスクロージャー制度の信頼性確保に向けて」において、財務報告に係る内部統制の有効性に関する経営者の評価と公認会計士による検証の基準の作成、その基準に基づく確認書制度の義務化が提言され、これを受けて二〇〇五年一二月に企業会計審議会内部統制部会において検討が

行われ、「財務報告に係る内部統制の評価および監査の基準案」がとりまとめられた。このような一連の検討を踏まえて、金商法において、内部統制の強化を図るための法規定の改正が行われた。⁽⁹⁵⁾ 金商法により導入された内部統制報告制度は、財務報告に係る内部統制の強化を図ること等を通じて適正な財務情報の開示を確保することを目的に導入されたのである。⁽⁹⁶⁾

金商法二四条の四の四第一項は、有価証券報告書を提出しなければならない会社のうち、金商法二四条一項一号に掲げる有価証券⁽⁹⁷⁾の発行者である会社等は、内閣府令の定めるところにより、事業年度ごとに、当該会社の属する企業集団及び当該会社に係る財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するために必要なものとして内閣府令で定める体制⁽⁹⁸⁾について、内閣府令で定めるところにより評価された報告書（内部統制報告書）を有価証券報告書と併せ内閣総理大臣に提出しなければならない。そして、内部統制報告書は、有価証券報告書に記載される財務諸表・連結財務諸表を監査する監査法人・公認会計士の監査を受けることが必要とされ（金商法一九三条の二第二項）、内部統制報告書の不提出・虚偽記載には、提出会社及びその役員などに対し、損害賠償責任及び刑事責任が科せられる（金商法二一条の二第一項、二五一条一項六号、二四条の四の六、二二条、二二条一項一号・三号、一九七条の二第五号・六号、二〇七条一項二号）。

そして、内部統制報告制度に関して、財務報告に係る内部統制の定義と評価・監査基準は、前述の内部統制府令に定めのない事項については、一般に公正妥当と認められる財務報告に係る内部統制の基準に従うものとされ（内部統制府令一条一項）、金融庁の企業会計審議会により公表された財務報告に係る内部統制の評価に関する基準は、この「一般に公正妥当と認められる財務報告に係る内部統制の評価の基準」に該当するものとされ（内部統制府令一条四項）、内部統制監査報告書についても同様であるとされる（内部統制府令一条二項・四項）。したがって、金商法が制度化した

内部統制報告制度は、この金融庁企業会計審議会が定めた「財務報告に係る内部統制の評価及び監査の実施基準」(実施基準)、「財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するための体制に関する内閣府令」の取扱いに関する留意事項について(内部統制ガイドライン)、「内部統制報告制度に関するQ&A」(内部統制Q&A)、「内部統制報告制度に関する11の誤解」(11の誤解)、「内部統制報告制度の円滑な実施に向けた対応」という行政解釈に従いつつ運用されている。

この金商法が定める内部統制報告制度における「内部統制」は、①資産の有効性及び効率性、②財務報告の信頼性、③事業活動に関わる法令等の遵守、④資産の保全という四つの目的が達成されているとの合理的な保証を得るために業務に組み込まれ、組織内のすべての者によって遂行されるプロセスをいい、(イ)統制環境、(ロ)リスクの評価と対応、(ハ)統制活動、(ニ)情報と伝達、(ホ)モニタリング(監視活動)、(ヘ)IT(情報技術)という六つの基本的要素からなると定義される(内部統制監査基準・実施基準)。そして、金商法は「財務報告に係る内部統制」を直接の対象としているため、以上の内部統制の定義のうち、②財務報告の信頼性を確保するための内部統制に限られるが、上記目的や基本要素に従って理路整然と区別されるものではないから、財務報告に係る内部統制を有効に構築・運用するためには、他の目的も無視できない⁽⁹⁹⁾。この内部統制の定義は、後述するCOSO報告書によって定められた内部統制モデルを基本として、日本における実情・現状に合わせて、「資産の保全」という目的と、「ITへの対応」という基本的要素を加えている⁽¹⁰⁰⁾。

第三款 小括

ここまで、法令遵守体制構築義務（内部統制システム構築義務）に関する裁判例及び、法令遵守体制や内部統制システムに関する立法を概観した。以上を総括すると、当初は、単に取締役の監督義務の問題とされていたものが、主として大規模な会社において、それが具体化し法令遵守体制構築義務という形に変容してきたといえよう。それが明示的に現れたのが、【2】判決であった。では、以上の裁判例及び立法から取締役の法令遵守体制構築義務についてどのようなことがわかったのか。

第一に、取締役の法令遵守体制構築義務自体否定する裁判例は存在しないことである。ただし、前述したように、取締役の法令遵守体制構築義務は、人的にも物的にも大規模な会社において、取締役が逐一監督義務を履行することが困難な場合に、その監督義務を履行する手段として現れたものであるが、【3】【6】判決で問題とされた比較的小規模ないし中規模の会社においても本義務が肯定されたことについては、疑問の余地がある⁽¹⁰⁾。

第二に、法令遵守体制の「構築」に係る責任については、取締役会として構築すべきであるのか、それとも代表取締役が構築すべきであるのかという点については、裁判例が分かれているように思われる。法令遵守体制の「構築（整備）」についての責任は、基本的に取締役にありとする裁判例【2】【5】【7】【8】判決もあれば、代表取締役にありとする裁判例【1】【3】【6】【9】判決もある。

第三に、「法令遵守体制を構築しないと判断することはできるか」という問題については、裁判例上、このような事案が存在せず、裁判例の分析だけでは結論づけられない。しかし、この点については、会社法制定時の立案担当者の説明にあるように、少なくとも、会社法が定める内部統制システムに関する事項の決定義務に違反せず、当然に法令違反の任務懈怠とは考えられていない。

第四に、法令遵守体制構築の内容・水準について。この点が本稿にとって最も重要な点である。いくつかの裁判例を

概観すると、法令遵守体制（内部統制システム）の具体的内容や水準については、それは経営判断の問題であり、取締役に広い裁量が認められるものが見られる（〔2〕〔7〕〔8〕判決）。そして、具体的に、当該義務の不履行を主張立証するためには、①法令遵守体制についての具体的不備、②本来構築されるべき体制の具体的内容、③これを構築することによる結果の回避可能性を主張しなければならぬとする裁判例も見られる（〔4〕〔5〕判決）。では、法令遵守体制の内容・水準について、立法による影響は見られるだろうか。この視点から裁判例を見るに、明示的に法制度を意識したものは見られない⁽¹⁰⁾。ただし、今後とも影響が見られぬと言えるかは不透明であり、大会社や、金商法の適用がある会社の場合には、そのことが影響してくる可能性も否定できない⁽¹⁰⁾。従来、取締役の法令遵守体制構築義務の内容は多くの裁判例によって明らかになってきたが、その一方で、立法の対応もなされている。平成一四年商法及び商法特例法改正による委員会等設置会社における内部統制システムに関する事項の決定義務、平成一七年会社法による大会社及び委員会設置会社における内部統制システムに関する事項の決定義務が明示されている⁽¹⁰⁾。また、財務報告に係る内部統制についてであるが、平成一八年の金商法制定も注目すべきであろう。この制度は、アメリカにおける企業会計不正に伴って制定されたSOX法を参考に創設された制度であり、必ずしも取締役の善管注意義務を具体化したものとはいえないものの、内部統制システムの水準に対して一定の影響を与える可能性をもつものといえるかもしれない⁽¹⁰⁾。

そして、第五に、法令遵守体制構築義務違反は認められないものの、社内不正行為・違法行為が発覚した場合に、適切な対処をしていないとして義務違反が認められた裁判例もあることを指摘しておく（〔7〕判決）。

以上、裁判例及び立法について概観したが、それらの裁判例自身ないしそれらに対する判例評釈等において指摘されている法令遵守体制の構築に関する取締役の経営判断については、未だに不明確な部分があると思われる。まず一つは、前述したように、法令遵守体制を構築しないと判断した場合には、監督義務違反（善管注意義務違反）を構成するのか、

という問題がある。例えば、様々な事情を考慮した上で、法令遵守体制を構築しないと取締役会等で決定した場合の取締役の責任如何である。⁽¹⁰⁾次に、法令遵守体制の内容や水準に経営判断原則が適用されるか、という問題も裁判例及び立法の中から不明瞭である。確かに、法令遵守体制（内部統制システム）の具体的内容や水準については、それは経営判断の問題であり、取締役に広い裁量が認められるという判旨もあるが、このような一般論がどのような意味を有しているのかということもよくわからない。また、構築すべき最低水準のシステムを前提とした上で、それを超えてどこまで充実させるかという点に経営者の裁量が働くと指摘されることもあるが、⁽¹⁰⁾例えば、金商法が適用されない会社のような場合には、何が最低水準かの判断が難しいであろう。

そこで、次節では、以上のような問題点とも関連して、学説は、法令遵守体制構築義務についてどのように考えてきたのか、ということを確認する。

第四節 法令遵守体制構築義務をめぐる学説

第一款 神崎克郎

神崎は、日本ではかなり早い段階から法令遵守体制構築義務について言及している。神崎は、アメリカにおける *Graham v. Allis-Chalmers* 事件判決⁽¹⁰⁾及びその後のアメリカにおける内部統制組織の展開を参照した上で、内部統制組織について以下のように論じる。「取締役は、取締役会の構成員であることのゆえに、会社の具体的な業務執行の内容をその細部にわたってまで知ることは、むしろ少ないというべきである。そして、そのような地位にある取締役が会社の

具体的な業務執行をみずから個別的に監視することは不可能事である。しかし、…業務執行の適正を確保するための会社の体制を問題とすることなく、取締役の監視義務の発動が、具体的な業務執行が不適正なものとなることを疑うべき事情の認識または認識可能性を機縁としてのみ要請されるものと解するときは、取締役会の監督権能は、会社の業務執行の適正を確保するのにその機能を十分に発揮することができない。⁽¹⁰⁾」とし、「取締役が取締役会においてその内容を具体的に知ることができない業務執行行為についても監視義務を負い、それを通じて会社の業務執行の適正を確保するための会社内の体制を問題にし、取締役がそのような体制に合理的な信頼を置くことを要請することが必要である。」⁽¹¹⁾と述べて、「取締役の監視義務は、会社の業務執行が適正に行われることを一般的に確保するための会社内の体制を問題とし、そのような体制が存在しているか否か、それが十分に機能しているか否かを中心に考察されるべきである。」⁽¹²⁾とする。そして、その体制について、「会社の内部統制組織としていかなるものが存在すべきであるかは、会社の規模、営業の内容及び組織の集中度等に鑑み会社ごとに判断されるべきものである。そこで取締役は、会社の規模、営業の内容及び組織の集中度に鑑み、会社の業務執行が適法に行われることを確保するために必要と判断される合理的な内部統制組織が存在するか否か、それが所期の目的を達成するために機能しているか否かを確認すべきであり、このことに合理的に満足する場合は、特に業務執行の不適正を疑うべき事情が存在するときは除いては、監視義務を尽くしたものと⁽¹³⁾して、その違反を理由とする責任を追及されることがないものと解される。」⁽¹⁴⁾とする。その上で、内部統制組織については以下の三点が配慮されるべきであるとする。一つは、「業務を担当する取締役及びその指揮及び命令の下で業務を執行する使用人がその業務に関連して遵守すべき法令の内容を熟知していること」、二つ目に「業務の執行が適当に記録され、その内容が行った者以外の者によって検査される状態になっており、かつ、検査が現実に行われていること」、三つ目に、「会社の業務執行に当り法令に違反した取締役及び使用人に対して適当な懲戒処分がなされるものと

されており、かつ、現実に懲戒処分が行われていること」である。神崎は、内部統制体制の構築を監督義務の履行方法として考え、監督義務違反の認定の際には、内部統制体制が存在しているか否か、そして、それが実際に機能しているか否かによって判断すべきであると指摘し、その判断基準として、上記三点を配慮すべきであると論じる。しかし、この時点においては、内部統制体制（法令遵守体制）と経営判断の原則との関係については、言及がない。

第二款 伊勢田道仁

次に、伊勢田も、神崎と同様に、アメリカにおける内部統制システムの展開を参照した上で、以下のように論じる。伊勢田はアメリカにおける In re Caremark 事件判決⁽¹⁵⁾における判旨の「情報システムの程度は経営判断の問題である」という点を、社内の報告システム実施に関する取締役会の判断が経営判断原則によって保護されることを意味するとした上で、取締役は、会社の最善の利益に合致するような報告システムの実施に向けて善意で努力したことを証明するだけで、容易に保護されることになる⁽¹⁶⁾と指摘するものの、日本法における議論に対しては直接的に内部統制システム構築及び内容と経営判断原則との関係については論じていない⁽¹⁶⁾。しかし、ダスキン株主代表訴訟第一審判決に対する評釈の中で、「社内体制をどのように構築するかについて取締役の経営判断（裁量）の働く余地は大きいであろう。しかし、それはあくまで『予測されるリスクを防止するためにどのような内部統制システムを構築することが適当であるか』という点に関する裁量であって、内部統制システムの構築義務自体を軽減するような裁量であってはならない。取締役は、予想されるリスクに対し、一定の効果・有効性をもった内部統制システムを設計・確保する責務があり、その会社の事業内容、規模、社内事情に応じた具体的設計についてのみ裁量が許される」と指摘する⁽¹⁷⁾。

判断は、いわゆる経営判断原則の適用如何ではなく、「裁量」の問題として捉えられているようにも思われる。

なお、信頼の権利との関係については、信頼の権利が認められるための基礎ないし前提として、「株主総会、取締役会、監査役等の株式会社の諸機関が法の趣旨に従った監視機能を十分に発揮できるような組織と権限分担が整っていること、業務執行取締役や業務担当従業員として適正な者を選任しこれに対し十分な監督をすることが必要であるが、これらに加えて、業務執行に関する内部投石な相互監視牽制システムが確立されていることが求められる。」⁽¹¹⁸⁾とし、信頼の権利が認められるための一要件として位置づけている。

第三款 酒井太郎

酒井は、伊勢田と同様、アメリカにおける法令遵守体制に関する法状況を丁寧に紹介し、日本法への示唆を述べる。

酒井は、前述した *In re Caremark* 事件判決を参考にして、まず、取締役の情報収集についての取捨選択は、取締役の経営判断にゆだねられ、その判断の前提に問題がないかぎり、かりに法遵守プログラムが違法行為を防ぎきれなかったとしても、取締役は注意義務違反に問われないことになる。⁽¹¹⁹⁾と述べ、続けて「法遵守活動の実施に係る経営判断に際しては、取締役個々人の遵法観念や問題意識などよりむしろ、会社業務の特殊性、同業他社の動向、業務関連法規・規制の内容等、会社を取り巻く客観的事実を踏まえることが肝要」⁽¹²⁰⁾であるとする。そして、大和銀行ニューヨーク支店判決に対するコメントにおいて、取締役が実効性のある検査体制を確保するための平常の努力についての程度に問題があった場合には、*In re Caremark* 事件判決によれば、経営判断原則の保護対象となると述べている。⁽¹²¹⁾（ここでの経営判断原則の保護の対象は、どの情報を収集するかの取捨選択であると思われ、厳密な意味におけ

る法令遵守体制構築義務と経営判断原則との関係を述べているわけではないと思われる。しかし、法令遵守体制を構築するに当たつてのいくつかの重要な要素を指摘している。

また、酒井は、別稿において、アメリカ企業において「社内に法遵守担当部門が設けられていない場合はいわずもがな、いったん社内の法遵守制度が発足しても、そのことが、会社の違法行為について取締役が責任を負わないことを直ちに意味するものではない」との指摘をしており、法令遵守体制を構築しただけでは取締役が監督義務を十分に履行したというわけではないということを示している。

第四款 柿崎環

柿崎は、アメリカにおいて内部統制が法的な問題として取り上げられていった過程を立法資料などを用いて明らかにしている。そして、経営者の内部統制構築義務の法的根拠について論じ、従来の議論及びアメリカのSOX法の制定を考慮し、内部統制構築維持義務のうち、非財務情報についての情報収集・分析及び適示の開示までを担う「開示統制・手続」の構築維持義務については、経営者が証券市場に対して公開会社に対して公開会社の現在価値を反映させる義務を負うことから根拠付けられるものと解している⁽¹²⁾。また、経営者による「財務報告に係る内部統制」の構築及び評価に對して、外部監査人の証明を義務づけた理由を、証券市場に対する公正な情報の提供に客観的な担保が必要とされたからとした上で、経営者の内部統制構築義務の法的根拠を、公開株式会社における代表取締役などの業務執行を担当する取締役または執行役の善管注意義務の内容として再構成すべきであると指摘する⁽¹³⁾。

また、内部統制システム構築と法規制のあり方については、制度間競争によるのではなく、情報開示の「質」を担保

する内部統制の確立については、法令またはそのガイドライン等により最低限度の要求水準を明らかにし、その上で個々の企業が法的要請を上回る内部統制システムを備えている場合には、それを自主的に開示させ、市場における企業価値評価の判断材料とするといった発想が望まれるとする⁽¹²⁶⁾。つまり、内部統制システムの内容については法令またはガイドラインの策定によって最低水準を設け、それを上回る部分については企業の自主的開示により企業価値評価判断の要素と位置づける。そして、ガイドラインの策定においては、公正な証券市場の機能を確保するための、証券市場規制の目的に適合する内部統制の構築という視点がより一層重要になるとする⁽¹²⁶⁾。

以上が、柿崎による先行研究であるが、これは内部統制システムを証券市場規制との関係で論じ、また制度論についての詳細な研究となっていない。その意味において、実際に発生する内部統制システムに関する取締役の責任追及訴訟においてどのような影響があるのかについてはその対象となっていない。本稿の問題意識は、実際に取締役の責任追及訴訟において、内部統制システム・法令遵守体制がどのような法的機能を有しているのか、という点に、同じ内部統制システムに係る研究であるが、その点で異なった視点をもっている。

第五款 笠原武朗

笠原は、まず内部統制システム構築義務について論じる前に、取締役の監視監督義務及びそれが取締役の民事責任を問う上でどのような役割を果たしているのかということについて論じている。そして、その上で、内部統制システム構築義務の位置づけを検討している。

まず、笠原は内部統制システムの構築の究極的な責任者は取締役会であるのか、それとも代表取締役にあるのか、と

いう問題を論じる⁽¹²⁷⁾。また、内部統制システムというものが、従業員等の違法行為等を発見・防止できなかった場合の取締役の責任という文脈にとどまらず、リスク管理体制の不備により、会社が損害を被ったり、経営自体立ち行かなかったような場合の取締役の会社に対する責任の文脈においても論じられるとする⁽¹²⁸⁾。そして、アメリカにおける破綻金融機関取締役の会社に対する責任が問題となった裁判例を考察すると、リスク管理体制に関する取締役の義務という視点から分析することが可能であるとする⁽¹²⁹⁾。すると、ある取引に関する取締役や役員の問題となった従来の裁判例では、二つのことがネックになっていたとする⁽¹³⁰⁾。それは、たとえ健全性・安全性という見地に立ったところで、裁判所はある取引に関する経営判断の内容に関して適切な制限を課す能力を有していないという事情と、取締役が問題の取引に関して実際に走らない、あるいは取引の承認に対してその妥当性に関して経営陣を信頼していたと主張することが多く、そのような取締役に責任を課すことがためらわれたという事情であるとする⁽¹³¹⁾。そのようなネックがあつたことを前提として、アメリカにおける破綻金融機関取締役に対する責任追及の場面で内部統制システムがどのように考えられていたのか、ということを検討している。

その分析によると、まず金融機関の内部的な方針・基準・手続や内部管理体制・内部統制が取締役や役員の義務違反や重過失の有無を判断する際の基準として機能しているとする⁽¹³²⁾。すなわち、方針・基準・手続の不遵守が義務違反や重過失の判断の言及される場合と、それらの不適切さや不存在が義務違反や重過失を基礎付けるものとされる場合があり、それら方針・基準・手続に関する言及が、従来取締役や役員の問題において原告にとつての大きな障害となつていたビジネス・ジャッジメント・ルールの適用を排除したり、信頼の抗弁を否定するものとして機能していたとする⁽¹³³⁾。更に一般的な内部管理体制・内部統制の不備についても、取締役等の義務違反や重過失を基礎付けるものとされたり、ビジネス・ジャッジメント・ルールの適用を排除するものとして機能していることを指摘する⁽¹³⁴⁾。しかし、問題は

不適切な方針・基準・手続しか設定しなかったことはそれだけで取締役や役員（適切な方針・基準・手続を設定する）義務違反を基礎付けることになるが、実際は裁判所の能力的限界を理由とする判断の不安定さ、謙抑的態度という問題が生じたとする。そこで、規制監督機関によって、当該方針・基準・手続が不適切であるという指摘がなされていたことを挙げることに、当該方針・基準・手続は不適切なものであり、取締役や役員もそのことを認識していながら対応を怠ったというストーリーに説得力を持たせているとする⁽¹³⁵⁾。

以上のようにアメリカにおける破綻金融機関取締役への責任追及事例を検討することにより、取締役や役員が行った経営判断につき裁判所が取締役らの責任の有無を判断するに際して、内部統制システムが不備であることや、内部統制システムの一内容として会社が内部的に定めた業務に関する方針・基準・手続の違反があったという事実が、ビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁等の適用の前提を覆す機能を果たしている、ということが言えるとする⁽¹³⁶⁾。

笠原の論稿は、第一に、内部統制システム構築の法的根拠を取締役会の業務執行の監督の一環として捉えた上で、内部統制システム構築の究極的な責任は取締役会が負うことを指摘し、第二に、取締役の責任追及の際に、内部統制システムが経営判断原則や信頼の抗弁の適用を覆す機能を有しているということを論じている。

しかし、本稿における取締役の法令遵守体制構築義務は従業員等の違法行為等を発見・防止できなかつた場合の取締役の責任における文脈で論じるものであり、同じ内部統制システムに関する議論であっても、その視点が異なるものであるといえよう。

次に、内部統制システムと経営判断原則との関係を明示的に取り上げて検討したものとして、野村によるものがある。⁽¹³⁷⁾ 野村は、まず、内部統制システム構築義務を問題とする意義について、従来の取締役の監督義務違反のみで取締役の責任を追及しようとすると、大和銀行事件のように直接的な監視が期待できない場所で、しかも日ごろ取締役と接触のない従業員が引き起こした不祥事については、取締役の責任を追及することが難しいため、内部統制システム構築という点で、その責任の根拠を見出すことができることにあるとする。⁽¹³⁸⁾ そして、内部統制システムの水準と経営判断の原則との関係について以下のように論じる。冒険的な「内部統制システム」の構築を奨励する必要がない以上、内部統制システム構築義務それ自体に経営判断原則を及ぼすのは妥当ではなく、構築すべき最低水準のシステムを前提とした上で、それを超えてどこまで充実させるかという点に経営者の裁量が働くと述べる。⁽¹³⁹⁾

確かに、理念的にはそのようにも考え得ると思われる。しかし、まず、内部統制システム構築義務それ自体に経営判断原則を及ぼすべきではないということは、どのような意味だろうか。「内部統制システムを構築しない」との経営判断は許されないという意味だろうか。それに加えて、より重要なのは、「構築すべき最低水準のシステム」というものをどのように設定するのか、という問題がある。また、「構築すべき最低水準のシステム」を構築したからといって、訴訟で争われる違法・不正行為を防止できるか、という問題、すなわち、因果関係の問題をどのように考えるのか、という問題も出てくると思われるが、その点は明らかではない。

第七款 長畑周史

長畑は、まず内部統制に関する裁判例は、「企業の不正防止や法令遵守を要求する監視義務について、取締役の善管

注意義務として、適切な内部統制（社内管理体制）を設置するという、より具体的義務へと進化していった⁽¹⁴⁾ということを指摘した上で、立法に対しては、「すでにどの企業でも意識的あるいは無意識的に行われている内部統制に関する検討を義務づけたにすぎず、これ自体に大きな意味はなさそうである。」と述べる⁽¹⁴⁾。そして、「内部統制には、会社の不正を未然に防止し、会社の永続性を自立的に確保する機能が期待される」とした上で、法定された内部統制に関する決定義務との関係において「想定されるリスクが存在するにも関わらず、これに対して不十分な内部統制しか設置しないことや、まったく内部統制しか設置しないことや、まったく内部統制を設置しないという決定は、内部統制に関する決定義務違反になる」と述べ、内部統制システムを構築しないという経営判断は善管注意義務違反となると明示する。

そして、内部統制と経営判断の関係については、従来の裁判例は内部統制の構築について、「経営判断の内容であるかのように述べているものがあつたが、内部統制構築義務は、善管注意義務から具体化したものであり、取締役の責任追及は債務不履行を理由に追及される。この帰責事由は過失であることから、過失とは、予見可能性と結果回避義務違反であり、内部統制もこの基準によって判断されるべきである⁽¹⁴⁾」とし、経営判断原則は適用されないと考えているようである。

長畑の論稿は、まさに本稿の問題意識と重なる。その意味で、多くの示唆が得られる。しかし、次の点が気になる。長畑は、内部統制の構築は、積極的に利益を得るために行う経営判断ではなく、会社の財産の損失を防止するという会社にとって当然に必要な行為であるから、経営判断の内容とならないと述べるが、果たしてそうなのだろうか。長畑自身、予見可能性と結果回避義務の基準の中に、経営判断原則で保護するものの多くが入ると思われ⁽¹⁴⁾、とも述べており、その可否を再検討しなければならないだろう。

第五節 本稿の検討対象と従来の裁判例・立法・学説における議論

第一款 取締役の法令遵守体制構築義務は肯定されるべきかという問題

第一に、取締役の法令遵守体制構築義務自体は、それを否定する裁判例はない。取締役の監督義務が問題となった事案において、大規模な会社においてはそれが法令遵守体制構築義務という形に変容してきた。そして、それがより明示的に現れたのが【2】判決である。その後、多くの裁判例で法令遵守体制構築義務（内部統制システム構築義務）が問題とされたが、その義務自体を否定する裁判例も学説もない。

第二款 法令遵守体制構築義務と経営判断の原則との関係について

（一）法令遵守体制を構築しないという判断

第二に、法令遵守体制構築義務と経営判断原則との関係である。この点については、まず、「法令遵守体制を構築しない」という経営判断は認められるか（当該義務を履行しなくてもよい場合があるかという問題）という問題と、「法令遵守体制の内容・水準に経営判断原則が適用されるか」という問題に分けて述べる。前者の問題については、このような事案が存在せず、裁判例の分析だけでは結論づけられない。しかし、この点については、会社法制定時の立案担当者の説明にあるように、少なくとも、会社法が定める内部統制システムに関する事項の決定義務に違反せず、当然に法令違反の任務懈怠とは考えられていない。ただし、学説上、内部統制システムを構築しないという決定は、善管注意義

務違反を構成すると指摘されている。

(二) 法令遵守体制の内容・水準に経営判断原則が適用されるか

後者の問題については、【2】【7】【8】判決が明示的に「どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは基本的に経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役には、広い裁量を与えられているというべきである。」と判示する。そして、内部統制システム構築義務違反があったと主張する原告は、①法令遵守体制についての具体的な不備、②本来構築されるべき体制の具体的な内容、③体制を構築することによる結果回避可能性を主張立証しなければならぬ【4】【5】判決参照。

ところで、法令遵守体制構築義務と経営判断の原則との関係を考えるに当たって、そもそも経営判断の原則とはいかなるものなのか、ということを整理しなければならない。

取締役は会社に対して、善管注意義務（三五〇条、民法六四四条）及び忠実義務（三五五条）を負っている。当該義務に違反し、それによって会社に損害を生じさせた場合には、取締役は会社に対して損害賠償責任を負う（四二三条一項）。しかし、会社は、利益追求を目的とするものであり、その企業経営には、当然に多少の冒険とそれにもなう危険がつきまとい、取締役が業務執行のための経営判断を行うにあたっては、会社のめぐる将来の社会・経済環境を完全かつ正確に予測することができず、その判断が結果として誤っていたことになる場合は必ずしも少なくない。⁽¹⁶⁾そこで、アメリカ法において発展した法理が、経営判断の原則である。経営判断の原則とは、取締役の経営判断が会社に損害をもたらず結果を生じたとしても、当該判断がその誠実性・合理性をある程度確保する一定の要件のもとに行われた場合
には、裁判所がその当否につき事後的に介入し、注意義務違反として取締役の責任を直ちに問うべきではないという法

理である⁽¹⁴⁶⁾。しかし、より具体的な内容や機能という点については、学説上、いくつか分かれている。現在のところ、大別して、アメリカ法の議論から示唆を受けて、経営判断の過程と内容を区別し、取締役に注意義務違反があったかどうかを判断するに当たっては、過程については、当該判断をするために当時の状況に照らし合理的だと思われる程度に情報収集・調査・検討等をしてきたかどうかを、内容については、取締役として通常的能力・識見を有する者の立場からみて当該判断が当時の状況に照らし明らかに不合理でないかどうかを、その審査基準とすべきとする立場や、経営判断が、その当時の状況にかんがみ、取締役として会社の業務執行を行う能力及び識見を有する者の立場からみて、明らかに不合理でなければ、善管注意義務違反の責任を負わないとする立場⁽¹⁴⁷⁾がある。経営判断の過程と内容を区別し、審査する立場に対しては「ある内容の経営判断を下すに至る判断過程というような時間的な区別は可能であろうが、判断過程として一括して判断内容に対する審査と異なる審査が可能であるというようなことは一概にいえない。」との批判⁽¹⁴⁸⁾がなされている。そして、このような立場からは、幅広い裁量を認められている取締役が下す判断についての不履行の認定は、通常の取締役ならば少なくともそうはしなかった、という形をとらざるをえないとする⁽¹⁴⁹⁾。

他方、近時の裁判例の動向としては、経営判断の過程とその内容を区別しつつも、経営判断の内容についても合理性審査を行う傾向にあると指摘されている⁽¹⁵¹⁾。

そうすると、もし、経営判断原則をひとまず、取締役の経営判断を、その過程と内容とに区別し、判断の合理性を審査するものと理解すると、法令遵守体制の内容・水準に経営判断原則が適用されるのかという問題は、次のように読み替えることができる。すなわち、「裁判所が法令遵守体制構築義務違反があるか否かを判断する際には、法令遵守体制の内容や水準に関する経営判断を、その過程と内容とに区別して、その両方に対して審査を行う。言い換えれば、体制の構築に当たって、どのような調査・検討を行った上で、いかなる体制を構築したのかということ審査する」と

いうことになろう。このような理解を前提に、従来の裁判例において、述べられているような「どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは基本的には経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役に、広い裁量を与えられているというべきである。」という一般論と具体的なあてはめの部分を見てみると、奇妙なことになる。法令遵守体制の具体的内容に関する一般論やあてはめの部分において、取締役らが法令遵守体制を構築するに当たって、どのような検討がなされたのかといった過程については基本的に、審査の対象とされていない。その上、法令遵守体制構築義務違反があったと主張するための三つの条件から考えてみても、過程と内容を区別していないのではないか。また、従来は、そもそも監督義務違反に基づく責任が追及される場合には経営判断原則による保護が取締役に与えられないとされており、⁽¹²⁾単純に考えると、法令遵守体制構築義務は取締役の監督義務の一問題であるとするならば、その点も奇妙な感じを受ける。

したがって、法令遵守体制の内容・水準について経営判断の原則が適用されるのかという問題における「経営判断の原則」は、実は、従来論じられてきた経営判断の原則とは異なったものである可能性が出てくる。そこで、本稿では、「アメリカ法との比較検討により、「法令遵守体制の内容・水準について経営判断の原則が適用される」ということの意味をもう少し検討する必要があると考える。

第三款 法令遵守体制構築後、違法行為等が発覚した場合の取締役の義務

この点については、裁判例として【7】判決が示唆に富む。また、学説上も、法令遵守体制を構築したとしても、それだけで監督義務違反とならない可能性が指摘されている。本稿では、それらの見解を踏まえつつ、アメリカ法と比較

検討することで、法令遵守体制からもたらされた不正行為の徴候が取締役会に伝達されたような場合に、取締役らはどのような対応をとるべきかについて検討を行う。

以上のような問題意識の下、法令遵守体制構築義務を考察していくが、その際に、法令遵守体制においてもつとも議論の進んでいるアメリカ法を参照することは必需であると考えられる。神崎、伊勢田、酒井、柿崎及び笠原もともに内部統制システム・法令遵守体制の議論について、アメリカ法を参照・比較検討しており、比較法的アプローチとしては、既に論じ尽くされているさらいがある。しかしながら、神崎は法令遵守体制構築義務を日本法においても取り入れるべきであると論じたが、前述したような問題意識の下で、論じられていないわけではない。また、伊勢田も単に内部統制システムの内容については取締役に裁量があると述べているにとどまり、具体的に経営判断の問題の意味について具体的な理論的關係を論じていないように思われる。そして、柿崎は前述の通り、法的な制度論としての内部統制システム構築義務を論じており、他方、笠原は破綻金融機関の事例を詳細に検討し、経営判断原則の適用の前提としての内部統制システムの構築を捉えているのであって、上記本稿における問題意識とは異なる。そのため、前述のような自らの視点を前提としてアメリカ法を参照することは未だ有益な作業であると考えられる。

第六節 考察の順序

そこで、本稿では、まずアメリカ法における取締役の法令遵守体制構築義務が肯定されるまでの歴史的展開について概観する(第二章)。そして、初めて情報報告システムの構築を取締役に義務づけた *In re Caremark* 事件判決及び、そ

れを Delaware 州最高裁判所で承認したとされる Stone v. Ritter 事件判決⁽¹³⁾で判示された取締役の情報報告システム構築義務（法令遵守体制構築義務）と「誠実性の欠如」との関係について検討し、それによってどのような理論的帰結が導き出されるのか、ということを考察する（第三章）。次に、同じく In re Caremark 事件判決及び Stone v. Ritter 事件判決において示された取締役の情報報告システム構築義務（法令遵守体制構築義務）違反となるような責任の基準（審査基準）について、どのように議論されているのかという点を論じ（第四章）、法令遵守体制を構築した後、取締役はどのような行為をするよう求められているのか、Red Flag 対処義務を検討することで明らかにする（第五章）。そして、第六章においては、アメリカ法における議論を参照し、日本法への示唆を得て、本章で述べたような論点について一定の見解を導くこととする。⁽¹⁴⁾

(1) 後述する裁判例を概観しても、例えば、製薬会社におけるデータの捏造を行うとか、従業員が、自ら行った無断取引による損失を取り戻そうとして違法取引を行うとか、会社などの評判を考えて食品衛生法に違反する添加物が混入した商品を販売していたことを隠ぺいしようとするといったように、不祥事を行った従業員や取締役自身の利益を図ったり、会社の評判を考えて行動したり、その動機は様々である。企業不祥事の実例を包括的に紹介するものとして、後藤啓二『企業コンプライアンス』（文藝春秋、二〇〇六年）一二頁以下参照。

(2) 例えば、二〇〇一年に発覚した雪印食品株式会社による牛肉偽装及び補助金詐取事件によって、会社再建を諦め、二〇〇二年に同社は解散した（『雪印食品、再建を断念』日本経済新聞二〇〇二年二月二日朝刊「一四版」一面、「偽装に落ちた雪の冠」日本経済新聞二〇〇二年四月二七日夕刊「四版」一九面、「雪印食品、解散を決議」日本経済新聞二〇〇二年四月二七日朝刊「一二版」一二面。なお、雪印食品における牛肉偽装及び補助金詐取事件について同社従業員・労働組合による検証として、吉村宗夫『会社がなくなるとき―雪印食品の企業破壊を許さず』（シーアンドシー出版、

二〇〇二年)参照)。また、二〇〇七年に発覚したミートホープ株式会社による牛肉偽装問題でも、同社は二〇〇七年七月一七日に自己破産を申請した(「ミート社、自己破産申請」日本経済新聞二〇〇七年七月一八日朝刊「二四版」三九面)。他方、アメリカにおいても二〇〇一年一二月に総合エネルギー会社のエンロンが、簿外における金融取引の発覚などによる信用不安で資金繰りに行き詰まり、連邦破産法一条の適用を申請している(「エンロン 破産法申請」日本経済新聞二〇〇一年二月三日夕刊「四版」一面)。また、二〇〇二年七月には、アメリカ通信サービス大手のワールドコムが、巨額の粉飾決算の発覚などにより、財務体質が悪化して、エンロンと同様に連邦破産法一条の適用を申請している(「ワールドコム破産法申請 拡大路線のツケ重く」日本経済新聞二〇〇二年七月二二日夕刊「四版」二一面)。

(3) 例えば、昭和四九年商法改正は、昭和四〇年三月六日に会社更生法の適用を申請した山陽特殊製鋼における巨額粉飾決算事件を含め、昭和三〇年代後半における相次ぐ粉飾決算が契機となっている(福岡博之「商法改正の概括的批判」法律時報四六卷九号(一九七四年)九頁。なお、昭和四八年五月八日第七一回特別国会衆議院法務委員会における政府委員の川島一郎の発言によると、昭和四九年商法改正は、山陽特殊製鋼だけではなく、河合楽器、芝電気、汽車製造、ヤシカ、三共といった上場会社における粉飾決算が目立ち、証券取引法に基づく上場会社などの会計監査では、昭和四三年には三三社、昭和四四年には二三社、昭和四五年には四八社、昭和四六年には一二社が粉飾決算を行っていたという経緯があったという)。したがって、昭和四九年商法改正は、企業不祥事とりわけ粉飾決算の続発に伴い、監査役の監査権限の拡大及び監査役の地位強化特に監査役の独立性の確保を志向したものであった(奥島孝康「昭和四九年改正法における株式会社機関構想の問題性」法律時報四六卷九号(一九七四年)二九頁～三二頁)。

(4) 江頭憲治郎『株式会社法(第三版)』(有斐閣、二〇〇九年)四七頁。

(5) 取締役の監督義務の問題は、古くは取締役の対第三者責任(平成一七年改正前商法二六六条ノ三第一項、会社法四二九条一項)の事案で争われてきた(例えば、最大判昭和四四年一月二六日民集二三卷一一号二一五〇頁、最判昭和四八年五月二二日民集二七卷五号六五五頁等参照)。典例例として、取引先の会社が倒産したことによって、当該会社に対して売却債権等を有していた会社が、任務懈怠のあった代表取締役に加え、他の取締役についても、代表取締役の業務執行を監視する義務を怠ったことを理由に、損害賠償の責任を追及したり(梅本剛正「取締役の監視義務と対第三者責任」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選』(有斐閣、二〇〇六年)一六〇頁、伊藤雄司「取締役等の第三者に対する責任の性質」浜田

- 道代＝岩原紳作編『会社法の争点』（有斐閣、二〇〇九年）一六七頁参照）、従業員の不法行為について、民法七一五条二項の代替手段として取締役の対第三者責任を追及したりする場合は挙げられる（上柳克郎「両損害包含説」同『会社法・手形法論集』（有斐閣、一九八〇年）一二二頁参照）。しかし、平成五年の商法改正において株主代表訴訟制度が改正されたことを契機に、対会社責任の事案でも争われるようになった。平成五年商法改正において株主代表訴訟制度が改正された訴原告に対する費用の支払いが認められたことよって、株主に代表訴訟提起のインセンティブを与えることになった（家近正直「株主の代表訴訟」ジュリスト一〇二七号（一九九三年）一八頁～二二頁参照）。
- (6) 本稿では特に断りがない限り、条文は会社法（平成一七年七月二六日法八六号）を指す。
- (7) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（6）株式会社の機関（2）』（堀口亘執筆）（有斐閣、一九八七年）一〇二頁、坂田桂三「取締役会の権限」加美和照編『取締役の権限と責任―法的地位の総合分析』（中央経済社、一九九四年）六三頁。
- (8) 前掲註四・江頭三八四頁。
- (9) 山城将美『企業統治の法的課題』（成文堂、二〇〇七年）七〇頁〔初出「取締役の社内情報収集権―取締役会活性化への一提言―」『酒巻俊雄先生還暦記念 公開会社と閉鎖会社の法理』（商事法務研究会、一九九二年）。ただし、各取締役は社内情報収集権があるのか、それとも取締役会を通じてのみ行使できるのか、については争いがあるが、取締役会全体として監督権限を行使する以上、取締役会を通じてのみ行使できると解するのが通説であるとされる（前掲註四・江頭三八五頁）。
- (10) 前掲註七・坂田六九頁、酒巻俊雄「判批」ジュリスト五六五号（一九七四年）八三頁等。
- (11) 大阪地判昭和三九年七月一六日判例時報三八五号六四頁参照。
- (12) 井上貴也「判批」金融商事判例一一四九号（二〇〇二年）六七頁、込山芳行「判批」判例タイムズ一〇九六号（二〇〇二年）一二五頁、玉田有紀「判批」判例タイムズ一一二五号（二〇〇三年）一三九頁。
- (13) 大阪地判昭和三八年一月二五下民集一四卷一四号九三頁。ただし、従業員に対する監督義務に関して、業務執行者の地位に基づく監督義務については、それは代表取締役とか業務担当取締役のように取締役のうち業務執行権をもつ者の監督義務について論ずるのではなく、取締役たる地位と別に、一般的に業務執行権をもった者の監督義務であるとし、これは業務執行者は指揮の面において相互に上下の関係にあるのであるから、上位にあるものは下位にあるものの業務執行行為

- に對してのみ積極的かつ不斷の監視(監督)義務を負つてゐるとする説もある(菅原菊志「取締役・監査役論(商法研究Ⅰ)」(信山社、一九九二年)一〇四頁〔初出「取締役の監視義務」企業法論社編『企業法研究創刊十周年記念論文集』(企業法論社、一九六四年)〕。なお、酒巻俊雄「取締役の義務と取締役相互の關係」企業法研究第一二二輯(一九六五年)七頁も参照。
- (14) 塩田親文Ⅱ吉川義春『総合判例研究叢書商法(二)』(有斐閣、一九六八年)三九頁〜四〇頁。同書は、少なくとも、被監督者が業務担当取締役や使用人兼務取締役の場合には、それらを監督する任務が代表取締役課せられるとする。
- (15) 前掲註一四・塩田Ⅱ吉川四五頁。我妻栄『新訂債権総論』(岩波書店、一九六四年)二二六頁参照。
- (16) 山本為三郎「有限会社の取締役の監視義務について」法学研究六〇卷一・二号(一九八七年)一二四頁は、有限会社の取締役の監督(監視)義務は業務執行権を善管注意義務に従つて行使しなければならぬ取締役の地位に由来するとする。
- (17) 長畑周史「取締役の監視義務の根拠についての再検討」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集四七号(二〇〇六年)一二八頁。
- (18) 前掲註一七・長畑一三九頁。このような理解をすることで、取締役会設置会社及び取締役会非設置会社における取締役の監督義務を統一的な根拠で導き出すことができる。
- (19) 最判昭和四九年一月一七日民集二八卷一〇号二〇五九頁等。
- (20) 東京高判昭和四一年一月二五日判例タイムズ一一〇五号一五二頁、水戸地裁下妻支判平成一五年二月五日判例時報一八一六号一四一頁等参照。学説においても、代表取締役や業務執行取締役は従業員の違法・不正な行為を看過することなく、これを未然に防止するために従業員に対して指導・監督すべき注意義務を有していると解されている(上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)株式会社』(有斐閣、一九八七年)二八二頁、中川和彦「取締役の監視義務と取締役会の監督権限」北沢正啓Ⅱ浜田道代編『商法の争点Ⅰ』(有斐閣、一九九三年)一三八頁、市原義孝「判批」法律のひろば四九卷一・一号(一九九六年)五三頁、吉原和志「判批」私法判例リマックス一九九七年〈下〉(一九九七年)一〇五頁、青竹正一「判批」ジュリスト一一四二号(一九九八年)一〇三頁、吉本健一「判批」商事法務一五六二号(二〇〇〇年)四二頁、吉川栄一「判批」ジュリスト一一九七号(二〇〇一年)八二頁、梅津昭彦「会社従業員に対する取締役の監視義務」東北学院大学法学政治学研究所紀要一一号(二〇〇三年)五七頁等)。
- (21) 前掲註七・坂田七一頁、前掲註二〇・近藤二七九頁〜二八〇頁。
- (22) より厳密に言えば、昭和二五年商法改正前においては、取締役は、定款に別段の定めがないときは、各自が業務執行権

を有していたため、取締役の監視義務については、各取締役は業務執行者としての立場から、お互いの業務執行全般について監視する義務を負っていた。ところが、昭和二五年改正後商法の下では、取締役は、取締役としての資格においては業務執行権を有するものではなく、取締役会の一員として、業務執行に関する意思決定に参加するだけとされ、したがって、このような取締役の地位から、取締役は取締役会に現れた事柄についてのみ監視義務を負うと考えられた(前掲註二〇・近藤二八〇頁参照)。なお、この立場として、谷川久「判批」ジュリスト二〇九号(一九六〇年)八五頁。

(23) 民集二七巻五号六五五頁。本判決は「株式会社取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有するものと解すべきである。」と判示する。

(24) ただし、この問題については以下のような指摘もなされている。平取締役の場合、取締役に上程されない業務には関与し得ないから、そのような違法行為が見ても明白なものである場合を除いて、過失によって知らなかったことよって責任が生ずることは実際上ほとんどないとの指摘(前掲註一三・菅原一〇三頁)とか、取締役に上程される事項に限り監督義務を負うとする立場と、それにとどまらず取締役に上程されない事項についても監督義務を負うとする立場に、実際上の差異がどの程度あるのか疑問であると指摘する論者もいる。後者の指摘は、たとえ前説に依拠したとしても、取締役が代表取締役の職務違反行為等を知っていたのに放置した場合には監督義務違反を認めるとするならば(東京地判昭和四五年三月二八日判例時報六〇六号八七頁は「監視義務違反を認めるには、…他に容易に監督し得るような特段の事情を必要とする」と解すべきである。)、後説との違いは微妙であると指摘されている(笠原武朗「監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について(一)」法学研究六九巻四号(二〇〇三年)八頁)。

(25) 前掲註二〇・近藤二八二頁。

(26) 前掲註二〇・青竹一〇三頁。

(27) 神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」法曹時報三四巻四号(一九八二年)一四頁。

(28) 前掲註二七・神崎一四頁。

(29) Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, Internal Control - Integrated Framework (1992).

邦訳として、トレッドウエイ委員会組織委員会著／鳥羽至英＝八田進二＝高田敏文共訳『内部統制の統合的枠組み 理論編』(白桃書房、一九九二年)。詳しくは、第二章で論じる。

(30) なぜ、このような用語法を用いたのか、その理由も付言しておく。日本法における議論では、その多くが法令遵守体制と内部統制システムを概念的に類似するとして一緒に議論する傾向があると思われる。しかしながら、アメリカ法においては、二〇〇九年に出された、In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation (964 A.2d 106, Del.Ch.2009) 事件判決では、サブプライムローン問題によって生じたビジネス・リスクに対する管理体制とは別個の判断手法の可能性をもたらしており、コンプライアンス・リスクとは同一視できない場合もあるのではないかと、この考えからひとまず、本稿では法令遵守体制という用語を主として用いることとした。

(31) 野村修也「内部統制への企業の対応と責任」企業会計五八巻五号(二〇〇六年)一〇〇頁、野村修也「取締役の監督義務と内部統制体制」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選』(有斐閣、二〇〇六年)一二五頁参照。

(32) 東京地判平成元年二月七日判例タイムズ六九四号五〇頁。

(33) 東京高判平成三年一月二八日判例時報一四〇九号六二頁。

(34) 大阪地判平成二年九月二〇日判例時報一七二二号三頁。

(35) 岩原紳作「大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題(上)」商事法務一五七六号(二〇〇〇年)一一頁。そもそも、本件で容易に取締役の内部統制システム構築義務を認めたことについて懐疑的なものとして、森田章「判批」金融法務事情一六〇一号(二〇〇一年)九頁。

(36) 前掲註三五・岩原一三頁は「事件発生後の今日から見れば、リスク管理体制の重大な不備と評価すべきかもしれないが、本件事件当時としてはそこまでの不備と考えられていたか疑問がありうる」とも指摘する。このような指摘の前提として、システムは全体として評価されるべきであり、一部だけを取り出して評価すべきではないという考えがあろう(森本滋「判批」判例評論五〇八号(二〇〇一年)四七頁、近藤光男「判批」金融法務事情一六二〇号(二〇〇一年)七七頁)。

(37) 片木晴彦「判批」商事法務一七〇五号(二〇〇四年)一一二頁も「会計監査手続においてもようやく要求されるようになった手続を、内部統制の一環として履践していなかったことが事件当時の取締役の裁量の枠を超えた不合理なものであったと評価することができるかは、疑問であろう」と指摘する。

- (38) 田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリスト一二二〇号(二〇〇二年)三三二頁、大杉謙一「判批」ジュリスト一二四四号(二〇〇三年)二八九頁参照。
- (39) 山田純子「判批」法学教室二四六号(二〇〇一年)三八頁、前掲註三五・岩原一三頁。なお、前掲註三八・大杉二八九頁も「当時の他行の状況は(決定的ではないとしても)重要な参考資料となる」と述べる。このような指摘は、前記【1】判決が採用しているアプローチと類似しているといえよう。
- (40) 前掲註三五・森田八頁。
- (41) 大阪地判平成一四年二月一九日判例タイムズ一〇九号一七〇頁。
- (42) 例えば、前掲註二七・神崎二〇頁(脚注一九)は「会社の業務執行に関して重大な法令違反が生じた場合、取締役会は、当該業務の執行に関して法令遵守のための体制に問題がないかを検討すべきであり、同種の法令違反が繰り返し起るような場合には、取締役の監視義務違反の大きな推定が働らく」と述べている。
- (43) その他、本判決の特徴として、取締役の地位によってそれぞれのような形で社内管理体制の整備に携わるべきかというものを具体的に指摘している。本判決によると、代表取締役には、社内体制を構築する義務が認められるが、他の取締役に当該義務を妨害しない義務を負うに留まるとする。これは、【3】判決が「取締役は、取締役会の構成員として、代表取締役及び業務担当取締役がリスク管理体制を構築すべき義務を履行しているか否かを監視する義務」と述べているのとは異なり、代表取締役以外の社内管理体制構築義務を、より消極的な義務として位置づけているようにも読める。しかし、内部統制システムの構築はあくまで取締役会が行い、それを運用する段階で他の取締役がその体制を監視する義務を負うとすると、やや疑問があろう。つまり、本判決のように内部統制システム構築の責任は代表取締役にあるのではなく、取締役会全体として責任を負うべきであって、代表取締役だけが構築段階の義務違反で責任を負うと考えるべきではないとも思われる。
- なお、本件写真週刊誌の編集部員の教育・研修体制、役員による編集への関与体制について被告取締役は主張しているが、本判決ではそれらの体制では違法行為の続発を防止することができる社内体制を構築・整備したとは認められないと指摘する。また、本判決から推測すると、対第三者責任を認める要件である悪意または重過失が取締役らにあるということに鑑みれば、本件で問題となった体制では対会社責任も認められることになるかもしれない。

- (44) 東京地判平成一六年五月二〇日判例時報一八七一号一二五頁。
- (45) 東京地判平成一七年二月二〇日判例時報一八八七号一三五頁。
- (46) 名古屋高裁金沢支判平成一七年五月一八日判例時報一八八七号一三五頁。
- (47) 大阪高判平成一八年六月九日判例時報一九七九号一五頁。
- (48) 東京高判平成二〇年一月二二日判例タイムズ一八八号二七四頁。
- (49) 最判平成二一年七月九日判例タイムズ一三〇七号一七頁。
- (50) 東京高判平成二〇年六月一九日金融商事判例一三二一号三六頁。
- (51) 東京地判平成一九年一月二六日判例時報一九九八号一四一頁。
- (52) 高島志郎「日本システム技術事件最高裁判決の検討」商事法務一八七六号（二〇〇九年）三〇頁。
- (53) 「商法等の一部を改正する法律」平成一四年法四四号。
- (54) 平成一七年法第八六号。
- (55) 「証券取引法等の一部を改正する法律」平成一八年法六五号。以下、金商法という。
- (56) 野村修也「経営管理機構のあり方と取締役会改革」法律時報七四卷一〇号（二〇〇二年）一七頁。
- (57) 以下、旧商法特例法という。
- (58) 大会社とは、資本の額が五億円以上であるか、最終の貸借対照表の負債の部に計上した金額の合計額が二〇〇億円以上の株式会社を指す（旧商法特例法一条の二第一項）。
- (59) みなし大会社とは、資本の額が一億円を超える株式会社で、定款をもって、監査等に関する特例の適用を受ける旨を定めた株式会社を指す（旧商法特例法一条の二第三項二号、二条二項）。
- (60) 前掲註五六・野村二一頁。より具体的にいえば、商法上の会社の取締役会が兼任していた業務執行とこれに対する監督の機能を会社機関構成のうえで取締役会と執行役とに分離し、会社経営の効率性を促進するとともに監督の実効性を高めることを目的として新設された（山下友信「委員会等設置会社における取締役・執行役の責任」民商法雑誌一二六卷六号（二〇〇二年）七九頁）。
- (61) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説」商事法務一六二三号（二〇〇二年）一六頁、片木晴彦「監査役と

監査委員会」民商法雑誌一二六卷四・五号（二〇〇二年）一〇三頁、末永敏和「吉本健一『新コーポレート・ガバナンスの読み方・考え方』（中央経済社、二〇〇二年）一六五頁。

(62) この規定は、監査委員会のスタッフと当該スタッフの執行役からの独立性確保のための措置、監査委員会への報告体制・リスク管理体制・法令遵守体制等の内部統制システムを意味する（松井秀樹「監査委員会の留意点」商事法務一六四六号（二〇〇二年）一一頁）。

(63) 平成一四年商法改正に伴う改正商法施行規則。

(64) より具体的には、①監査委員会の職務を補助する使用人を置くかどうか、②置くとした場合に、監査委員会専属の使用人を置くのか、それとも、他の部署に属する使用人に兼務の形で監査委員会の職務の補助をさせることとするのか、③監査委員会の職務を補助する使用人を置く場合に、何人置くのか、また、置く使用人の役職のレベルをどのようにするのかなどが、この事項に該当するとする（濱克彦「郡谷大輔」和久知子「平成一四年商法改正に伴う改正商法施行規則の解説」〔V・完〕商事法務一六六一号（二〇〇三年）一一五頁）。

(65) より具体的には、①監査委員会の職務を補助する使用人を置くこととする場合に、当該使用人の他の部署からの異動や、他の部署への異動について、監査委員会の同意に係らしめるのか否か、②当該使用人による監査委員会の職務の補助に關して執行役の指揮命令権が及ぶものとするのか、③懲戒権についてはどうかなどが、この事項に該当する（前掲註六四・濱「郡谷」和久二五頁）。

(66) より具体的には、執行役の監査委員会への報告事項としては、執行役が委員会等設置会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実を発見したときが法定されているが（旧商法特例法二二条の一四第五項）、①その他にも執行役の監査委員会に対する報告事項を設けるかどうか、②使用人についても報告事項を定めるか、③使用人について報告事項を定めるとした場合に、使用人が直接、監査委員会に報告するものとするのか、それとも、執行役を通じて報告すべきものとするのかなどが、この事項に該当する（前掲註六四・濱「郡谷」和久二五頁）。

(67) より具体的には、①執行役が取締役会から委任を受けた事項の決定（旧商法特例法二二条の一第二項）をする場合に、当該決定をしたことをどのような形で記録として残し、その記録を何年間、どこに保存するのか、②執行役及びその指揮命令下にある使用人の行動を、どのように記録し、その記録を何年間、どこに保存するのか等が、これに該当する（前掲

註六四・濱Ⅱ郡谷Ⅱ和久二五頁）。

(68) いわゆるリスク管理体制を指す。会社の業態に応じて生ずる可能性がある様々なリスクにつき、その現実化を未然に防止するための手続・機構や、これが現実化した場合の対処方法等を定めた社内規定を設けること、当該手続や対処方法を実施するための社内の人的・物的体制を定めることなどが、これに該当する（前掲註六四・濱Ⅱ郡谷Ⅱ和久二六頁）。

(69) これは、いわゆる内部統制システムとして典型的な事項である（一）から（五）までのいずれにも該当しない事項で、内部統制を充実させるために必要と考えられる事項があれば、この項目として決議することになると説明される（前掲註六四・濱Ⅱ郡谷Ⅱ和久二六頁）。

(70) 始関正光「平成一四年改正方法の解説〔V〕」商事法務一六四一号（二〇〇二年）二三頁。

(71) 前掲註七〇・始関二三頁、前掲註六一・前田一九頁参照。

(72) 長畑周史「内部統制に関する取締役の義務―近時の裁判例と立法関係資料から―」法学政治学論究七四号（二〇〇七年）二四五頁。なお、監査委員会が作成する監査報告書では、これらの内部統制システムに関する事項についての取締役会決議を相当でないと認めるときは、その旨及び内容を記載しなければならないとされた（旧商法特例法二一条の二九第二項二号）。これは、監査委員会の監査権限は適法性監査の域にとどまらず、妥当性監査にまで及ぶものとされていることから、監査委員としては、内部統制システムに関する取締役会の決議について、取締役として当該決議に参加するとともに、監査委員としてその妥当性にまで踏み込んで監査しなければならないことになるからである（前掲註六一・松井二二頁）。

(73) 取締役会非設置会社の場合で、取締役が二人以上いる場合には、その取締役の過半数で決定しなければならない（三四八条二項）。他方、取締役会設置会社の場合には、取締役会で決定しなければならない（三六二条四項）。大会社以外の会社（委員会設置会社を除く）の場合には、内部統制システムの構築に関する決定をする義務はない。そのような会社の場合で、内部統制システムの構築に関して決定を行う場合については、取締役に委任することなく取締役会の過半数（取締役会非設置会社の場合には取締役の過半数）をもって行うべきことを定めているに過ぎず、当該事項の決定は義務づけられていない（相澤哲「会社法および会社法施行規則にみる内部統制の考え方」企業会計五八巻五号（二〇〇六年）一〇六頁）。

(74) なお、従来の委員会設置会社（委員会等設置会社）は前述したように「大会社」ないし「みなし大会社」についてのみ採用することができたが、会社法においては規模の大小にかかわらず委員会設置会社を採用することができることになっ

た(二条一二号参照)。したがって、会社法では委員会設置会社と大会社である監査役会設置会社は、規模の点で対応して
いない(吉本健一「会社法における内部統制システムの意義と機能」森淳二朗「上村達男編『会社法における主要論点の評価』
(中央経済社、二〇〇六年)一六五頁(脚注四)。

(75) 規則九八条は取締役会非設置会社について、①取締役の職務の執行に係る情報の保存及び管理に関する体制、②損失の
危険の管理に関する規程その他の体制、③取締役の職務の執行が効率的に行われることを確保するための体制、④使用人
の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制、⑤当該株式会社並びにその親会社及び子会社から成
る企業集団における業務の適正を確保するための体制、⑥取締役が二人以上ある株式会社である場合には、同条一項に規
定する体制には、取締役が株主に報告すべき事項の報告をするための体制を含め、⑦監査役設置会社以外の株式会社であ
る場合には、同条一項に規定する体制には、取締役が株主に報告すべき事項の報告をするための体制を含め、⑧監査役設
置会社(監査役の監査の範囲を会計に関する者に限定する旨の定款のある株式会社を含む)である場合には、監査
役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合における当該使用人に関する事項、同条四項一号の使用人の取
締役からの独立性に関する事項、取締役及び使用人が監査役に報告をするための体制その他の監査役への報告に関する体
制、その他監査役の監査が実効的に行われることを確保するための体制について規定する。また、規則一〇〇条も、取締
役会設置会社につき、九八条と類似の体制について規定している。

規則一二条については、委員会設置会社における体制を規定する。すなわち、①監査委員会の職務を補助すべき取締
役及び使用人に関する事項、②同条一項一号の取締役及び使用人の執行役からの独立性に関する事項、③執行役及び使用
人が監査委員会に報告をするための体制その他の監査委員会への報告に関する体制、④その他監査委員会の監査が実効的
に行われることを確保するための体制、⑤法四一六条一項一号ホに規定する法務省令で定める体制については、執行役の
職務の執行に係る情報の保存及び管理に関する体制、損失の危険の管理に関する規程その他の体制、執行役の職務の執行
が効率的に行われることを確保するための体制、使用人の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための
体制、当該株式会社並びにその親会社及び子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制とした。な
お、それぞれのより具体的な体制の内容については、前掲註七三・相澤一〇七頁〜一〇八頁、相澤哲「葉玉匡美」郡谷大
輔「論点解説」新・会社法―千問の道標(商事法務、二〇〇六年)三三六頁〜三四〇頁参照、前掲註七四・吉本一六七頁

（一七〇頁参照、後藤啓一「内部統制システムの構築」ビジネス法務六卷二号（二〇〇六年）三二頁～三三頁参照。また、具体的な決議文を例示するものとして商事法務編『取締役・執行役ハンドブック』〔西本強執筆〕（商事法務、二〇〇八年）二七八頁～二八八頁）。

（76）前掲註七〇・始関二三頁参照。

（77）委員長は塩崎恭久衆議院議員。

（78）部長は江頭憲治郎東京大学教授（当時）。

（79）前掲註七三・相澤一〇四頁。

（80）委員会設置会社以外の大会社についても内部統制システムの構築に関する決議を義務づけた理由として、立案担当者は「大会社の活動が社会・経済に与える影響が大きく、その適正なガバナンスの確保が特に重要であると考えられるところ、近時の企業不祥事の事例に照らし、各会社においてそれぞれ適正なガバナンスを確保するための体制を整備することの重要性がとみに高まっているとの強い指摘があったため」であると説明する（前掲註七三・相澤一〇六頁）。また、他の根拠として、出資者と業務執行者が制度的に分離しているため出資者たる株主に対する影響が大きいため内部統制システムの構築が必要であり、また、会社法は最低資本金制度をなくし、株主有限责任原則のもと、債権者保護のための手当を、剰余金の分配規制による資産保全および会社財産状況の適切な開示によって賄わざるを得ないが、これらが適法に行われるためにも、社内での内部統制システムの整備をより一層重視すべきであるからとも指摘される（柿崎環「内部統制と新会社法」わが国における内部統制の法的枠組みの確立に向けて」法律時報七八巻五号（二〇〇六年）三八頁～三九頁）。委員会設置会社の場合に、大会社以外の場合であっても内部統制システムの構築に関する決議を義務づけている理由として「社外取締役の機能を重視すること等により大幅に執行役への権限委譲が行われ得る委員会設置会社の機関設計の性質上、当該各事項の決定が行われることが必須であると考えられるため」との説明がなされている（前掲註七三・相澤一〇六頁）。また、委員会設置会社の場合は会社規模の大小にかかわらずこのような規定を設けた理由として、常勤の監査委員がいまい可能性があることを考慮したという説明（前掲註七四・吉本一六六頁（脚注八））や、委員会設置会社においては会計監査人監査が強制される上に（三二五条五項）、監査委員会監査が組織監査を基調とすることから、委員会設置会社のガバナンスが構造的に内部統制システムの存在を前提としているからであるという説明がなされている（小館浩樹「山神理」戸

倉圭太「会社法における内部統制システムの構築」商事法務一七六〇号（二〇〇六年）四三頁、中村信男「大塚和成」会社法における内部統制と実務対応」金融法務事情一七七〇号（二〇〇六年）一三頁。後者について、もう少し説明すると、従来、委員会設置会社の三委員会とりわけ監査委員会は、会社の業務執行に対する監督を内部統制システムを利用する形で行うものであったところ（旧商法特例法二二条の七第一項二号、旧商法施行規則一九三条）、会計監査人が置かれないうと、内部統制システムの重要な要素である「企業の財務報告の信頼性を確保する」仕組みの構築が難しく、三委員会が十分機能しないと考えられたのである（江頭憲治郎「会社法制の現代化に関する要綱案」の解説（Ⅱ）」商事法務一七二二号（二〇〇五年）六頁〜七頁）。なお、規模基準によって内部統制システム構築に関する決定を義務づけることについて懐疑的な指摘として、黒沼悦郎「株式会社業務執行機関」ジュリスト一二九五号（二〇〇五年）六七頁参照。

(81) 例えは、藤原俊雄「企業の内部統制システム構築はなぜ必要か」税経通信六一巻四号（二〇〇六年）三二頁。

(82) 前掲註七五・相澤Ⅱ葉玉Ⅱ郡谷三三四頁、前掲註七三・相澤一〇六頁。

(83) 前掲註七五・相澤Ⅱ葉玉Ⅱ郡谷三三四頁。

(84) 前掲註七三・相澤一〇六頁。

(85) 前掲註八〇・江頭一三頁。また、有斐閣法律講演会二〇〇五年「新会社法と企業実務」の基調講演「新会社法の意義と特徴」においても、「会社法が行うことは、そうしたシステム（会社法・会社法施行規則が定めた内部統制システム―筆者註）を作れと要求するだけであり、どの程度の水準のものを作ればよいのか、各会社の判断に委ねられている。そして、各会社が設けていたものが十分だったかどうかの最終的判断は、裁判で争われることとなります。」と述べている（江頭憲治郎「新会社法の意義と特徴」ジュリスト一三〇〇号（二〇〇五年）一四頁）。

(86) 酒巻俊雄「会社法による内部統制システムの整備と監査役監査」愛知学院大学法学研究四八巻三号（二〇〇七年）六頁参照。また、「これらの事項（会社法及び会社法施行規則が定める内部統制システムに関する事項―筆者註）は、法が対象会社に対して要求する必要最小限の事項と考えられるので、会社法施行規則の規定自体は例示列挙と解される。したがって、企業規模や業種・業態、リスクの多様性等に応じて必要とみられる事項を追加あるいはより高度な水準を設定することは各会社ごとに応じて設定すべきである」と述べる（前掲・酒巻一〇頁）。

(87) 受川環大「役員等の株式会社に対する損害賠償責任」稲葉威雄Ⅱ尾崎安央編『改正史から読み解く会社法の論点』（中央

- 経済社、二〇〇八年）一五七頁。
- (88) 前掲註六一・前田一九頁。
- (89) 前掲註八〇・小館〓山神〓戸倉四四頁。
- (90) ただし、裁判所などが内部統制システムの内容を審査する場合には、一定の考慮要素として扱われる可能性を排除するものではない。
- (91) 山本為三郎「会社法が定める内部統制システム整備の法的位置づけをめぐって」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 慶應の法律学 商事法』（慶應義塾大学法学部、二〇〇八年）二五五頁。
- (92) 黒沼悦郎『金融商品取引法入門（第三版）』（日本経済新聞出版社、二〇〇九年）一八頁〓二二頁参照。
- (93) 同制度の詳細な内容は、中村聡ほか『金融商品取引法 資本市場と開示編』（鈴木克昌）（商事法務、二〇〇八年）三二二頁以下参照。なお、本稿の記述は、同書によるところが多い。
- (94) 15 USC 7801 以下、SOX法と略記する。
- (95) 大崎貞和『解説金融商品取引法（第三版）』（弘文堂、二〇〇七年）一五〇頁〓一五一頁。
- (96) 谷口義幸〓野村昭文〓柳川俊成「開示制度に係る政令・内閣府令等の概要（上）」『四半期報告制度・内部統制報告制度』商事法務一八一〇号（二〇〇七年）三七頁。
- (97) 金融商品取引所に上場されている有価証券（株券、優先出資証券、外国の者が発行者である株券または優先出資証券の有価証券の性質を有するもの、有価証券信託受益証券で株券・優先出資証券等の有価証券を受託有価証券とするもの、預託証券で株券・優先出資証券等の有価証券に係る権利を表示するもの）。
- (98) この体制は、当該会社における財務報告が法令等に従って適正に作成されるための体制をいうとされ（内部統制府令三条、それは、各会社の状況により異なることから、一律に示すことは困難であり、各社において適切に判断されることになるものと考えられるとされる（前掲註九六・谷口〓野村〓柳川三八頁）。
- (99) 前掲註九三・鈴木三七〇頁。
- (100) 前掲註九三・鈴木三七〇頁。
- (101) 特に【6】判決は、従業員数五〇人前後の小規模会社であり、このような会社の代表取締役は法令遵守体制構築義務を

認めた点に疑問がある。【3】判決で問題とされた会社においては、従来から法務局等から指摘がなされていたということ、【6】判決で問題とされた会社においては、雪印乳業による集団食中毒事件の発生及び保健所からの指導がなされていたということ、また本件会社が牛乳製品の製造を行い、牛乳再利用により消費者の生命・身体を侵害する可能性が高いことといった特段の事情から、代表取締役者に法令遵守体制構築義務が認められたのではないか（南健悟「判批」労働法律旬報一六二五号（二〇〇六年）三四頁参照）。

(102) これは、取締役の善管注意義務違反の認定は、事実ごと判断されるものであって、会社法や金商法上の内部統制システムの水準に達していないことをもって一律に善管注意義務違反を構成するとは考えられないからではないかと思われる。 (103) 「シンポジウム 金融商品取引法の内部統制と取締役の善管注意義務―事例に学ぶ内部統制と弁護士の役割」（野村修也発言）NIBEN Frontier 二八八号（二〇〇七年）三二頁参照（会社法、金商法、業法規制、監督官庁のガイドラインの重層構造と理解する）、青木浩子「会社法と金融商品取引法に基づく内部統制システムの整備」浜田道代・岩原紳作編『会社法の争点』（二〇〇九年）一五二頁参照。金商法上の内部統制報告制度の適用を受ける会社においては、自ずと会社法上の義務も高度化されるとの指摘もある（池永朝昭「金融商品取引法の内部統制と法令遵守体制の関係」商事法務一七九六号（二〇〇七年）一六頁、小林秀之編『内部統制と取締役の責任』（今戸智恵執筆）（学陽書房、二〇〇七年）五二頁参照）。このような考え方は、会社法上の内部統制は、取締役の業務執行全般をカバーし、上場会社として法に定める財務報告に係る内部統制の構築・運用・評価が求められる以上、財務報告に係る内部統制も会社法上の内部統制に含まれるとする考え方（会社法上の内部統制と金商法上の内部統制を同質のものとして考える立場）から導かれる。なお、会社法が求める法令遵守体制の一つとして、財務報告の信頼性もそこに含まれるとする見解として、武井一浩「内部統制法制」の実務的観点からの検討」商事法務一七六六号（二〇〇六年）五二頁。なお、野村修也「内部統制の有効な構築に向けて（1）」内部統制に係る法制上の枠組み」T&A Master 一九四号（二〇〇七年）六頁～七頁も参照。

一方で、会社法と金商法上の内部統制の関係について、金商法上の内部統制システムは、金商法に基づく情報開示制度の適正を確保するためであり、他方、会社法に規定する内部統制システムは取締役等の善管注意義務を具体化したものであって、両者の目的は異なるとする考えも有力に唱えられている（神田秀樹『会社法（第二版）』（弘文堂、二〇一〇年）一九三頁、神田秀樹『会社法入門』（岩波書店、二〇〇六年）七六頁参照）。

- ただし、実務としては、財務報告に係る内部統制（経理全般に関する内部統制）と業務全般の内部統制は構築及び運用の両面において相当程度重複するものと考えられる（持永勇一「吉田良夫『内部統制の理念―金融商品取引法・会社法―』」(第一法規、二〇〇七年) 一五三頁、前掲註九三・鈴木四〇一頁)。なお、前掲・武井五七頁は「財務報告の内部統制を整備していく過程で、会社法上求められる内部統制が整備されていく箇所が多々あることは疑いなくところですが、他方で、整備の視点や現場での作業内容等は、先ほどのお話にもありましたとおりいろいろと異なってきました。実務的には、両プロジェクトを相互に協力させながら進めていくことになるのでしょうか。」と指摘する。
- (104) この変化を「ルール対スタンダード (rule vs standards)」の議論における、スタンダードからルールの移行として捉えるものとして、森田果「わが国に経営判断原則は存在していたのか」商事法務一八五八号(二〇〇九年) 八頁。
- (105) 例えば、大川俊「適正と認められる内部統制システムの判断基準について」法学研究論集二四号(二〇〇五年) 六〇頁
 一六一頁は、金融機関の場合、金融検査マニュアルに沿った内部統制システムを構築すれば、原則、不適正と認められないであろうし、主要な実務指針が内部統制システムの適正性を判断するための基準として重要であるとす。
- (106) この問題について、否定的な評価を下すものとして、姜栄吉「会社法における内部統制」千葉大学人文社会科学研究所一四号(二〇〇七年) 一三七頁。
- (107) 前掲註三一・野村「取締役の監督義務と内部統制体制」一二五頁。
- (108) 前掲註一〇三・青木一五三頁。
- (109) 188, A.2d 125 (Del.1963). 事実及び判旨の詳細は、第二章で後述する。
- (110) 前掲註二七・神崎一三頁～一四頁。
- (111) 前掲註二七・神崎一四頁。
- (112) 前掲註二七・神崎一四頁。
- (113) 前掲註二七・神崎一五頁。
- (114) 前掲註二七・神崎一六頁～一八頁。
- (115) 698, A.2d 959 (Del.Ch.1996). 事件及び判旨の詳細は、第二章で後述する。
- (116) 伊勢田道仁「会社の内部統制システム取締役の監視義務」金沢法学四二巻一号(一九九九年) 七四頁～七五頁、なお、

- 八〇頁〜八一頁参照。
- (117) 伊勢田道仁「判批」法と政治五七卷一号(二〇〇七年)九二頁。
- (118) 前掲註一二六・伊勢田八三頁。
- (119) 酒井太郎「米国企業法の遵守体制と会社法上の問題」関英明 山部俊文編『久保欣哉先生古希記念論文集 市場経済と企業法』(中央経済社、二〇〇〇年)一六七頁〜一六八頁。
- (120) 前掲註一一九・酒井一六八頁。
- (121) 前掲註一一九・酒井一七六頁。
- (122) 酒井太郎「会社の法遵守体制と取締役の注意義務」泉田栄一 関英昭 藤田勝利編『現代企業法の新展開』小島康裕教授退官記念(信山社、二〇〇一年)二一〇頁〜二一一頁。
- (123) 柿崎環『内部統制の法的研究』(日本評論社、二〇〇五年)三七九頁〜三八〇頁。
- (124) 前掲註一二三・柿崎三八〇頁。
- (125) 前掲註一二三・柿崎三九〇頁。
- (126) 前掲註一二三・柿崎三九二頁。
- (127) 笠原武朗「監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について(三)」法政研究七〇卷二号(二〇〇三年)二六頁。
- (128) 前掲註一二七・笠原四七頁。
- (129) 前掲註一二七・笠原四七頁。
- (130) 前掲註一二七・笠原四八頁。
- (131) 前掲註一二七・笠原四八頁。
- (132) 笠原武朗「監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について(四)」法政研究七〇卷三号(二〇〇三年)四九頁。
- (133) 前掲註一三二・笠原四九頁。
- (134) 前掲註一三二・笠原四九頁。

- (135) 前掲註一三二・笠原五一頁。
- (136) 前掲註一三二・笠原六九頁。
- (137) 前掲註三一・野村「内部統制への企業の対応と責任」九八頁。
- (138) 前掲註三一・野村「内部統制への企業の対応と責任」一〇〇頁。
- (139) 前掲註三一・野村「内部統制への企業の対応と責任」一〇〇頁。
- (140) 前掲註七二・長畑二四九頁。
- (141) 前掲註七二・長畑二五〇頁。
- (142) 長畑周史「内部統制と経営判断の関係について」法学政治学論究七六号（二〇〇八年）二五〇頁。
- (143) 前掲註一四二・長畑二五〇頁。
- (144) 前掲註一四二・長畑二五四頁（脚注二九）。
- (145) 神崎克郎『取締役制度論』（中央経済社、一九八一年）六五頁、前掲註二〇・近藤二七六頁参照。
- (146) 吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『新版株主代表訴訟大系』（弘文堂、二〇〇二年）八〇頁、龍田節『会社法大要』（有斐閣、二〇〇七年）九二頁、泉田栄一『会社法論』（信山社、二〇〇九年）四二八頁参照。
- (147) 前掲註一四六・吉原九六頁・九七頁。松山昇平・門口正人「取締役の会社に対する責任」江頭憲治郎ほか編『会社法大系3「機関・計算等」』（青林書院、二〇〇八年）二三五頁、同書は経営判断の内容の審査基準を重過失の有無とする（同二三六頁（脚注一八））。
- (148) 前掲註一四五・神崎六八頁。また、大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」落合誠一ほか編『現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務研究会、一九九五年）七四頁は、経営判断原則自体必要ないと述べるが、あえて定式化すれば、この立場であるとする。しかし、神崎は「取締役の行った業務執行が明らかに不合理であるか否かを判定する実際上の重要な基準は、取締役が会社の業務を執行するにあたって、その業務執行に関して考慮すべき重要な事実を考慮したか否か；であり、業務執行として行った経営上の判断をするのに必要な重要な情報に基づいて行動した取締役には、注意義務の違反がない」と述べており（前掲註一四五・神崎七一頁（脚注四））、経営判断の内容そのものに対する審査への言及がない。
- (149) 三浦治「取締役の経営判断に対する不履行評価—いわゆる忠実義務論について—」高窪利一先生還暦記念論文集刊行委

員会編『高窪利一先生還暦記念 現代企業法の理論と実務』（経済法令研究会、一九九三年）一〇九頁。

(150) 前掲註一四九・三浦一〇八頁。

(151) 近藤光男「経営判断の原則」浜田道代・岩原紳作編『会社法の争点』（有斐閣、二〇〇九年）一五七頁、前掲註四・江頭四三五頁参照。たとえば、金融機関の取締役の事案であるが、「取締役が右の善管注意義務、忠実義務に違反したとされるかどうかは、当該取締役が職務の執行に当たった判断につき、その基礎となる事実の認定又は意思決定の過程に通常の企業人として看過しがたい過誤、欠落があるために、それが取締役に付与された裁量権の範囲を逸脱したものとされるかどうかによって決定すべきである」（名古屋地判平成九年一月二〇日判例時報一六〇〇号一四四頁、なお同旨の裁判例については、南健悟「判批」北大法学論集五九卷六号（二〇〇九年）三九五頁参照）といった表現がなされている。また、刑事事件ではあるが、最決平成二二年一月九日判例タイムズ一三二七号一四二頁（北海道拓殖銀行取締役特別背任事件）、田原睦夫補足意見も参照。

(152) 前掲註一四六・吉原七九頁〜八〇頁。ただし、近藤光男「経営判断と取締役の責任——「経営判断の法則」適用の検討」（中経経済社、一九九四年）三七頁〜三八頁も参照。

(153) 911 A.2d 362 (Del.2006). 事実及び判旨の詳細は、第三章で後述する。

(154) なお、取締役の法令遵守体制構築義務（内部統制システム構築義務）を論じるに当たっては、以下の指摘にも留意する必要がある。すなわち、アメリカにおいては、近時、SOX法との関係で、内部統制の議論が進んでいるものの、それに対して、内部統制の質を高めるというアプローチが本当に正しいのか、結局、会計専門職にとって刺激的で、お得な仕事を与えていることになっているのではないかとの指摘もある。John C. Coffee Jr. Gatekeepers: Professions and Corporate Governance (Oxford University Press, 2006), at 145. 日本においても、内部統制による文書化といった負担も大きく、「内部統制地獄」といった評価も実務界からなされている（「内部統制地獄 日本版SOX法が会社を襲う」週刊ダイヤモンド二月二三日号（二〇〇七年）参照）。

〔付記〕

本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一〇年三月二五日授与）「企業不祥事と取締役の民事責任——法令遵守

「体制構築義務を中心に」に補筆したものである。なお、本稿は、平成二二年度―平成二五年度科学研究費若手研究（B）二二七三〇〇九〇の研究成果の一部である。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW**Vol. 61 No. 3 (2010)
SUMMARY OF CONTENTS**

**A Study On The Changes
Of The Socialist System**

PARK Jong-Seok*

This article aims at establishing a new theory of changes of the socialist system based on the experiences of several socialist countries and some preceding theories about the issue. The arguments of this article are as follows.

1) In order to understand the socialist countries in the real world, we need to establish the “pure form” of the socialist system. There are quite many scholars who deny this kind of suggestion on the ground that the scientific attitude is to analyze the reality as it is. But this kind of viewpoint is wrong. From this kind of viewpoint, for example, we cannot explain why socialist revolutions occurred. Because socialist thinkers and revolutionaries have the image of the pure socialist system in their brains, they dared to start revolutionary movement in order to realize such society in the real world. Furthermore, the fact that in the real world the pure form could not be realized neither denies the necessity of establishing it as a model.

2) Capitalists in the capitalist system and the socialist state in the socialist system are generally considered as “contradicting” beings. I do not insist that such an understanding is wrong. But we also need to pay attention

*Hokkaido University, Faculty of Law, Special Researcher.

to the character that both have in common. That is, both are subjects that organize economic activity in each society. Because of this common character, they are placed in the relation of the “alternative goods”, and just by being so, they become contradicting beings.

3) We cannot say that the particular political structure of “one-party system” is the necessary element of the socialist system. It is not from the party system but from the character of the power that a society has a particular economic system.

4) On the ground that there exist goods and money in the socialist system, to regard the system as “goods and money economy” is wrong. That is because in socialist countries in real world, the role of goods and money abruptly dwindled. Just by the “existence” of goods and money, the character of an economic system can not be determined. We also need to evaluate the “degree” of their function.

5) It is not suitable to regard phenomenon of “adjustments”, frequently seen in the socialist countries, as “reform”. That is because adjustment is not such a phenomenon to change the direction of abolishing the private economic activity which is the classical character of the orthodox socialist system. Only such phenomena are worth to be called as reform as ones not to maintain the direction of abolishing the private economic activity but to change direction for reviving the private economy at least partially. That is because it is the change of the direction of the socialist state concerning the private economic activity.

6) Central planning is an expression of the fundamental character of the socialist system, that is, for the state to organize the economic activity. So it has the same destiny with the socialist system. It means that under the socialist system, central planning can not be given up. On the condition that the socialist system continues, only to reduce the scope of central planning is possible.

7) We need to distinguish the “reformative system” and the “transformative system” as sub-classes of the socialist system. Under these two systems, it is common that the state is trying to partially revive the

private economic activity and the economic activity is revitalizing in the real economy. But we need to distinguish a situation that the real economy just started to change and another situation that the real economy has so changed quite a lot as for the private economic activity to threaten the primacy of the public economic activity. Because of the character of its gradual changes, its “distinguishing point” is hard to be specified, but the fact does not deny the need to distinguish the two different stages.

8) We need to distinguish reform of the socialist system and transition of the socialist system to another economic system. That is because they are not necessarily continuous stages, neither stages of the same character. Reform is change within the system, but transition is change between two systems.

9) It is not proper understanding that to regard situations of the former Soviet Union and the East-European countries, that is, trying to establish well-functioning capitalist systems after giving up socialist ideology and situations of China and Vietnam, that is, trying to gradually revive the private economic activity, as in the transition process alike. The former are already capitalist countries however premature they are. But the latter belong to the socialist system, even though they are urged to transit into the capitalist system by the widening private economic activity.

10) We need to distinguish two phases of the Socialist Bloc, that is, the phase of the “clash” of the Soviet bloc and the phase of the “remaining socialist countries” in which some countries (China, Vietnam, North Korea and Cuba) are trying to maintain the socialist system, even if quite active reforms are pursued.

社会主義体制変化論に関する一考察

朴 鍾 碩

目 次

1. はじめに
2. 社会主義圏の変遷
3. Kornai (1992、2000) の議論について
 - 3-1. Kornai (1992) の内容
 - 3-2. Kornai (2000) の内容
 - 3-3. 批評
4. Chavance (1992) の議論について
 - 4-1. 内容
 - 4-2. 批評
5. 本稿の見解
 - 5-1. 純粋型
 - 5-2. 建設期体制
 - 5-3. 正統的体制
 - 5-4. 改革的体制
 - 5-5. 転換的体制
6. 終わりに

1. はじめに

本稿は、社会主義体制の「変化」について考察することを目的とする。そして、この節では、このような研究の必要性、研究の方法と論文の構

成について簡単に述べることにする。

まず、研究の必要性について簡単に述べることにする。それは、次のように考えられる。1) 社会主義体制は、二つの「近代的経済体制」の一つとして、一世紀に亘って資本主義体制と競争して来た。このような背景で、社会主義体制変化論は、20世紀を歴史的に理解するのに必要である。2) 1985～1991年の激変を通じて社会主義圏が崩壊して、社会主義体制は、もはや、資本主義体制の競争者としての地位は失っているが、未だ、自分を社会主義体制だと標榜する国家がいくつか残っている¹。このような状況で、社会主義体制変化論は、そのような国家の現在を理解し、未来を展望するのに必要である。3) 社会主義体制については、両体制が激しく競争していた期間にはかなり盛んに研究されたが、社会主義圏が崩壊した後はそれほど議論が活発ではない。研究の切迫性が低くなったということで当然であるかも知れないが、両体制の競争を経て、社会主義圏の崩壊という新しい段階が現れた状態は、社会主義体制を理解するためにはもっと好条件が与えられたことを意味する。そして、このような条件を生かして社会主義体制変化論をもう一步前進させる必要がある。

以上のような点から社会主義体制の変化を考察する作業は、依然として必要であると言える。

続いて、研究の方法について簡単に述べることにする。研究を進めるために利用できる「材料」は、二つである。一つは、社会主義体制の実際の経験である。もう一つは、社会主義体制の変化に対する先行研究である。そして、本稿では、二つの材料を利用して社会主義体制変化論を一步前進させることを目指す。

続いて、論文の構成について簡単に述べることにする。前述のような研究方法論に基づいて、論文は次のように構成される。まず、社会主義体制の実際の経験を眺めてみる（2. 社会主義圏の変遷）。次に、主な先行研究を検討する（3. Kornai（1992、2000）の議論について、4.

¹ 周知のとおり、中国、ベトナム、北朝鮮とキューバは、自分の体制を社会主義だと規定している。

Chavance (1992) の議論について)²。先行研究は多くあるが、本稿で直接議論する対象は、Kornai (1992, 2000) と Chavance (1992) である。それらは、次のような基準によって選択した。1) 体系的な変化論を提示する研究を検討する。これは、本稿の目的による制限である。2) 1985～1991年の「社会主義圏の崩壊」の経験を考慮した研究を検討する。この経験を考慮することが、社会主義体制の変化全般を理解する原理を構築するのに必要であろうからである。3) 多くの研究者に大きな影響を与えたと見える研究を検討する。次に、第二節と第三節の考察に基づいて本稿の見解を定立する (5. 本稿の見解)。最後に、議論の内容、意義を整理する (6. 終わりに)。

2. 社会主義圏の変遷

ここでは、「世界的次元での社会主義圏の変遷」を整理してみることにする。これについてはいろいろな議論がありうるが、本稿では、次のように「5つの局面」として把握する。

第1の局面は、現実では社会主義体制が成立していない状態で、それを成立させようとした「社会主義思想の形成と社会主義運動」の局面である。この局面は、実存社会主義との関連からみると、19世紀初頭に始まり、1917年のソビエト革命によって現実で社会主義体制が樹立されることで終わる。この局面を特徴づけるのは、局面の名称で表されるように、次の二つである。

一つは、執権を目指す社会主義思想の形成である。以前の社会主義思想は、おおむね、執権を通じてではなくて、意識改革を通じて自分の理想を実現させようとした。しかし、マルクスとエンゲルスは、社会主義勢力が権力を握ってこそ社会主義社会を実現できると主張した。彼らの考え方は「共産党宣言」(1848年)³でよく表現されている⁴。

もう一つは、執権を目指す社会主義運動の胎動である。これは、以前

² なお、第3節 [3. Kornai (1992, 2000) の議論について] は、拙稿 (2009, 「コルナイ (1992, 2000) の「社会主義体制変化論」に対する論評」、『北大法学論集』第60巻第4号) のほぼそのままであることを断っておく。

の社会主義思想とは異なって、現実で権力を握ることが必要であるという思想を追従する勢力が形成したことを意味する。

このようにして、執権を目指す社会主義勢力が現実政治的勢力として登場したのである。

第2の局面は、現実で最初に社会主義体制が成立した「社会主義体制の登場」の局面である。この局面は、ロシアでソビエト革命が成功した時点（1917年）から、初期の混乱を乗り越えて社会主義体制が定着するのに成功した1930年代までに亘る⁵。この局面は、主にレーニンとスターリンの活動をもって理解できる。

第3の局面は、「社会主義圏の形成と拡大」の局面である。この局面は、

³ Marx & Engels, 1848=1959、「Manifest der Kommunistischen Partei」、[Karl Marx Friedrich Engels Werke Band 4]、Dietz Verlag, Berlin（『共産党宣言』、村田陽一訳、『マルクス＝エンゲルス全集第4巻』、1960、大月書店、東京）。

⁴ 彼らは、以前の社会主義は「空想的」であり、自分たちの社会主義は「科学的」と規定した。Engels, F., [1878]、「空想から科学への社会主義の発展」、寺沢恒信、村田陽一訳、『マルクス＝エンゲルス全集第19巻』、1968、大月書店。「科学的」ということを「現実政治で成功できる」という意味として解釈すると、彼らの規定は正しかったと言える。

⁵ この点からみると、現実で社会主義体制が登場するであろう、というマルクスとエンゲルスの予想は的中したと言える。もちろん、彼らが、元々、予想したこととは異なって、社会主義体制は、先進国ではなくて、後進国で樹立された。しかし、この点をもって彼らの予想が外れたと評価しては適切ではない。どのような社会で社会主義体制が先に現れるかという「些細な」点では外れたが、現実で社会主義体制が現れるだろう、しかも、彼らの思想を追従する人々によって社会主義体制が樹立されようと予想した「大筋」では的中したのである。また、彼らが後進国で社会主義体制が先に現れる可能性を全く否定したのではない。現実での革命運動の進展を目撃しながら、エンゲルスは、ロシアで社会主義体制が先に現れる可能性を慎重に認めた（Engels, F., 1883/03/22、「カール・マルクスの葬儀」、土屋保男訳、『マルクス＝エンゲルス全集第19巻』、大月書店）。ただし、エンゲルスは、自分たちの以前の理論と新たな可能性に対する予想を整合的に結びつける論理は、提示しなかった。正しいかどうかは別にして、それに対する説明は、後、レーニンによって提示される（Lenin, V.I., 1916.06、「資本主義の最高の段階としての帝国主義」、マルクス＝レーニン主義研究所訳、『レーニン全集第22巻』、1957=1978、大月書店）。

ソ連が「最初の社会主義体制」でありながら、他の社会主義体制を誕生させ、率いる「先導国」(the leading state) の役割を果たすことによって可能になった。つまり、ソ連の登場以来、相次いで「追従国」(following state) が登場したのである。この局面は、おおよそ、1940年頃から1985年頃までに亘る。

この過程で、追従国の登場は、二つの方式で行われた。一つは、主にソ連の勢力圏の拡大によって社会主義体制が成立する類型である。「外因型」と呼ぶことにする。もう一つの方式は、主に自力で社会主義体制が成立する類型である。「内因型」と呼ぶことにする。この類型を利用して、現実で現れた社会主義諸国を分類すれば、次のようになる。

【# 1】社会主義体制の成立方式による分類

| 類型 | 国 家 (年度) |
|-----|---|
| 内因型 | ソ連 (1917)、アルバニア (1944)、ユーゴスラビア (1945)、中国 (1949)、北ベトナム (1954)、キューバ (1959)、コンゴ (1963)、ソマリア (1969)、南イエメン (1969)、ベニン (1972)、エチオピア (1974)、モザンビーク (1975)、ニカラグア (1979)、ジンバブエ (1980)。 |
| 外因型 | モンゴル人民共和国 (1921) ⁶ 、チェコスロバキア (1948)、ハンガリー (1948)、ポーランド (1948)、ルーマニア (1948)、北朝鮮 (1948)、東ドイツ (1949)、アンゴラ (1975)、カンボジア (1975)、ラオス (1975)、アフガニスタン (1978)。 |

※出典：Kornai (1992, 6～7, 24～25頁) に基づいて作成。

このような過程を経て、社会主義圏が形成され、1980年代中盤には最大版図を確保するようになった。その時点で、世界の人口と面積の1/3を占めるようになったのである。その状況を整理すれば、次のようになる。

⁶ モンゴルでの社会主義体制の登場は、社会主義圏が本格的に形成される前の第2局面で行われた。

【#2】社会主義圏の最大版図（1987年）

| 番号 | 国名 | 執権年度 | 人口(名) (1986年) | 面積(万km) (1986年) | 所得 (USA=100) (1985年) | 農業人口(%) (1985年) |
|-------|----------|------|------------------|--------------------|----------------------------|--------------------|
| 1 | ソ連 | 1917 | 2億8110万 | 2240.2 | 50.0 | 19 |
| 2 | モンゴル | 1921 | 200万 | 156.5 | - | 53 |
| 3 | アルバニア | 1944 | 300万 | 2.9 | - | 50 |
| 4 | ユーゴスラビア | 1945 | 2330万 | 25.6 | 40.4 | 30 |
| 5 | ブルガリア | 1947 | 900万 | 11.1 | 40.8 | 23 |
| 6 | チェコスロバキア | 1948 | 1550万 | 12.8 | 59.2 | 12 |
| 7 | ハンガリー | 1948 | 1060万 | 9.3 | 46.0 | 20 |
| 8 | ポーランド | 1948 | 3750万 | 31.3 | 39.2 | 30 |
| 9 | ルーマニア | 1948 | 2290万 | 23.8 | 34.1 | 28 |
| 10 | 北朝鮮 | 1948 | 2090万 | 12.1 | - | 48 |
| 11 | 中国 | 1949 | 10億5400万 | 956.1 | 19.5 | 74 |
| 12 | 東ドイツ | 1949 | 1660万 | 10.8 | - | 10 |
| 13 | ベトナム | 1954 | 6330万 | 33.0 | - | 70 |
| 14 | キューバ | 1959 | 1020万 | 11.5 | - | 25 |
| 15 | コンゴ | 1963 | 200万 | 34.2 | 8.7 | 90 |
| 16 | ソマリア | 1969 | 550万 | 63.8 | 3.1 | 82 |
| 17 | 南イエメン | 1969 | 220万 | 33.3 | - | 44 |
| 18 | ベニン | 1972 | 420万 | 11.3 | 4.1 | 60 |
| 19 | エチオピア | 1974 | 4350万 | 122.2 | 2.4 | 86 |
| 20 | アンゴラ | 1975 | 900万 | 124.7 | 4.5 | 60 |
| 21 | カンボジア | 1975 | 770万 | 18.1 | - | 90 |
| 22 | ラオス | 1975 | 370万 | 23.7 | - | 76 |
| 23 | モザンビーク | 1975 | 1420万 | 80.2 | 4.1 | 85 |
| 24 | アフガニスタン | 1978 | 1860万 | 64.8 | - | 83 |
| 25 | ニカラグア | 1979 | 340万 | 13.0 | 15.6 | 65 |
| 26 | ジンバブエ | 1980 | 870万 | 39.1 | 7.6 | 35 |
| 合計 | | | 16億9260万 | 4165.4 | | |
| 対世界比率 | | | 34.4% | 30.7% | | |

※出典：Kornai（1992、6～7頁）。

第4の局面は、「社会主義圏の崩壊」の局面である。この局面は、1985年頃から1991年までに亘る。この局面は、さらに二つの小局面に分けて理解できる。

一つは、「追従国の放棄」の局面である。それは、社会主義圏の先導国であるソ連が追従国の進路に干渉することを諦めるようになった状況を指す⁷。この段階は、西ドイツによる東ドイツの吸収によって象徴され

⁷ これは、1985年登場したゴルバチョフによるソ連外交の方向転換によるもの

る。この局面が現れたのは、主にソ連で社会主義に対する執着が弱くなったことによる。

もう一つは、「先導国の消滅」の局面である。それは、1991年、先導国であるソ連で社会主義体制が消滅したことを指す。このような過程を経て、社会主義圏は崩壊したのである⁸。

第5の局面は、「残された社会主義体制」の局面である。この局面は、1991年以後、現在に亘る。それは、社会主義圏が崩壊した後も、中国、ベトナム、北朝鮮、キューバで、社会主義体制が続く局面である。しかし、残っている四つの国家の間には、「改革」と「開放」に対する態度でかなり大きな差が生じている。次のように、二つの異なる傾向が観察される。

一つは、中国、ベトナムで現れる傾向である。中国は1978年に、ベトナムは1985年に経済路線に重要な方向転換を決定した。私的経済活動を清算しようとした立場からそれをかなり活性化させようとする立場へ変わって、資本主義圏に対して閉鎖的な立場から開放的な立場へ変わったのである。つまり、この二つの国家は、改革と開放に乗り出したのである。

もう一つは、北朝鮮とキューバで現れる傾向である。この二つの国家は、改革と開放の問題で迷っている。今までの経済運営で、満足な成果を挙げるができなかったことが明らかになっているにも関わらず、かなり長い間、改革と開放をためらっている。時間が経つにつれ、開放の問題では相対的に積極的な立場を取るようになったが、改革の問題では、いまだに迷っている。

このような差は、二つの要因から来るであろう。次のように、一つが主要な要因で、もう一つは副次的な要因である。

主要な要因は、経済運営に対する「原理主義的」態度と「実用主義的」態度の差である。まず、開放に対する原理主義的態度は、経済の自立性が重要なので、仮に閉鎖的態度によって経済の状況が悪くなくても開放に乗り出すべきではないと思うことであり、実用主義的態度は、経済の

である。

⁸ ここで、一つ注意すべきことは、社会主義圏が崩壊したということが、社会主義国家が全てなくなったことを意味するのではない、ということである。

自立性も重要であるが、閉鎖的態によって経済の状況が悪くなったとすれば、自立的な経済という特定の経済の構造より大衆の生活の改善がより重要なので、特定の経済構造にこだわる必要はないと見なす考え方である。そして、実用主義的立場を取ると、閉鎖的立場から開放的立場に変わる。

続いて、私的経済活動に対する原理主義的態度は、私人ではなくて国家が経済活動を組織するのが、政治的抑圧と経済的搾取を無くすことを意味するので、それが重要であり、仮に経済の物量的成果か悪い場合も堅持すべき立場であると見なすことであり、実用主義的態度は、元々期待したとおり、私的経済活動を清算することによって、抑圧と搾取がなくなり、経済が成長して大衆の生活が豊かになるとしたら歓迎すべきであるが、私的経済活動を清算しようとする路線によって経済の物量的成果が悪くなって大衆が貧困に苦しむとしたら、私的経済活動が消滅したという特定の経済構造にこだわる必要はなくて、私的経済活動が大衆を豊かにさせる道であるとするれば、認めるべきであると見なすことである。

副次的な要因は、改革と開放を否定する「正統的」路線を堅持する場合の結果に対する予測が異なることである。中国とベトナムは、正統的の路線を堅持する場合には経済的結果が悪くなると予想していると言える。そして、その路線にこだわる必要がないと判断しているのであろう。しかし、北朝鮮とキューバは、正統的の路線を堅持する場合にも経済的結果が悪くなるとは限らないと見なしているらしい。そして、できるだけ改革と開放を遅らせようとしているのであろう。でも、このような立場を取った結果、経済的状況があまり改善されないので、まず、経済の構造的側面に影響が少ないと考えられる開放には相対的に積極的になっている。改革は、未だに、できるだけ遅らせようとする態度を固守している。

このような二つの要因によって残っている社会主義諸国の間にかなり差が生じている。

3. Kornai (1992、2000) の議論について

Kornai (1992、2000) では、体系的な「社会主義体制論」が展開され

ている⁹。それで、この二つの文書の内容を簡単に要約し、批評することにする。

3-1. Kornai (1992) の内容

Kornai (1992) では、「移行」および「体制内的変化」が論じられているが、その内容は次のとおりである。

社会主義体制において生じる変化は、「(下位) 類型」(prototypes)を設定することで把握できる。このような類型は、以下のように四つ設定することができる¹⁰。1) 革命的・移行的体制 (the revolutionary-transitional system)、2) 古典的体制 (the classical system)、3) 改革的体制 (the reform system)、4) 脱社会主義体制 (the postsocialist system) (19~21頁)。

「革命的・移行的体制」は、資本主義体制で革命が起きて、社会主義体制へ移行する体制である (the transition from capitalism to socialism)。歴史的にこのような革命、移行は、マルクスが予想したこととは異なり、発展した資本主義諸国ではなく、経済、社会、政治的に後進的な国々で起きた (21~26頁)。

(社会主義化) 移行期を経て、「古典的体制」が成立する。古典的体制

⁹ ハンガリー出身の経済学者コルナイ (Janos Kornai) は、社会主義体制について長年にわたり研究を重ね、多くの著書、論文を発表している。その中で体系的な著書としては、Kornai (1980、『Economics of Shortage』、Amsterdam: North-Holland) と Kornai (1992、『The Socialist System-The Political Economy of Communism-』、Princeton University Press: Princeton, New Jersey) を挙げることができる。特に後者は、1989~1991年のソ連、東欧において社会主義体制が崩れた経験を反映して、社会主義体制論を体系的に提示している。また、Kornai (2000、『What the Change of System from Socialism to Capitalism Does and Does Not Mean』、『The Journal of Economic Perspectives』 Vol.14, No.1 (Winter, 2000)、27~42頁) では、幾分新しくなった社会主義体制論を展開している。

¹⁰ これら下位類型が、資本主義体制と社会主義体制の中、どの体制に属するのかは、曖昧に叙述されているが、この問題は後ほどで論ずることにする。

は、次のような「因果的連関」を持つ構造を成している (361頁)。

【# 3】古典的社会主义体制の構造 (The Main Line of Causality) [Kornai, 1992, 361頁]



ここには、古典的社会主义体制の多くの「現象」(phenomena)の間で成り立つ「主な因果的連関」(the main line of causality)が表現されている。便宜上、現実社会で実際に現われる(反対方向へ作用する)反作用(reaction)は、表示していない(361頁)。

古典的社会主义体制を説明する鍵は、「政治構造」(the political structure)を理解することである。この体制では、「一党体制」(one-party system)が成り立つ。ところが、すべての一党体制が古典的体制に至るわけではないので、この執権政党は社会主义体制の「公式的理念」(the official ideology)で武装しなければならない。このような政党は、マルクス-レーニン主義政党 (Marxist-Leninist party) と言える。これが、領域 1 に表現されている (360~361頁)。

古典的体制では、「国家所有」(state ownership)が優勢であるか、少なくとも核心的部門 (the key positions) が国家所有の下にある。これが、領域 2 に表現されている。ところが、社会主义体制で、所有問題

を政治構造の問題と対等に扱っている見解もあって、国家所有が社会主義経済を説明する核心基準 (the chief criterion) であるという見解もある。しかし、歴史的事実が示してくれるように、国家所有が社会主義の政治構造を成立させるのではなく、社会主義の政治構造が国家所有を作り出すという点で、政治構造は所有制度よりもっと規定的であると言える (361~362頁)。

古典的体制に独特な政治構造、公式的理念、所有形態が成立すれば、経済活動を調整するのに、「官僚的調整」(bureaucratic coordination) が主な役割を果たすようになる¹¹。私的企業活動や市場から自律的な経済行為者および競争を取り除いて、政策決定、情報を中央集中化して、水平的関係より位階的、垂直的關係が支配的な現象になる。これが、領域3に表現されている (362~363頁)。

続いて、領域4に至る。これは、古典的体制で生きていく行為者ら (actors) の利害関係、動機、彼らの持続的な行動、彼らの間の関係の主な特徴などを表す。計画作成の過程の駆け引き (plan bargaining)、生産量重視 (the quantity drive)、上級者の温情主義的 (paternalistic) 行動、ゆるい予算制約 (the soft budget constraint)、価格に対する弱い反応 (the weak responsiveness to prices) などを挙げることができる (363頁)。

最後の領域5は、古典的体制に典型的で持続的な「経済的現象」を表す。強要された成長 (forced growth)、労働力不足 (labor shortage)、隠蔽された失業 (unemployment on the job)、慢性的不足経済 (the chronic shortage economy)、貿易の体制特有な役割 (the system-specific role of foreign trade) などを挙げることができる (363頁)。

このような古典的体制は「凝集性」(coherence) を持っている。ところが、その点は、社会主義体制の強みでもあるが、弱点でもある。古典的体制は、密接に絡み合っている織物のようなもので、一本でも切れれ

¹¹ Kornai (1992: 91頁) は、「主要な調整機構」(main types of mechanisms) として、次のように、五つを提示している。1) 官僚的調整、2) 市場調整 (market coordination)、3) 自律調整 (self-governing coordination)、4) 倫理的調整 (ethical coordination)、5) 家族調整 (family coordination)。

ば、すぐ全体が解けてしまう。古典的体制は、相当な期間存続できるが、深刻な内的問題による蓄積された緊張と矛盾に、変化を強いられるようになる。

このような変化を強要する「誘引」(inducements)は、次のように四つに整理できる。1) 蓄積された経済的困難、2) 経済、社会生活に対する大衆の不満、3) 権力層の自信喪失、4) 他の国々で起きる変化の事例など(383~386頁)。

このような誘引によって、古典的体制の多くの分野で変化が生じる。このような変化は、多次元的な(multidimensional)ものであるが、分析のために単純化すれば、二つの次元で把握できる。第一は、変化の「深さ」(depth)である。変化の生じる領域が左側であればあるほど、もっと深くて(deeper)、右側であればあるほど、もっと皮相的(more superficial)である。第二は、変化の「徹底性」(radicalism)である。同じ領域で変化が生じても、その徹底性は、相異なる場合がありうる(386~387頁)。

このような基準で、古典的体制で生じる変化は、いくつかに類型化することができる。第一は、「似以改革」(pseudoreform)である。これは、領域1、2、3の基本的属性の中、どれ一つにおいても、「それなりに徹底的な変化」(a moderately radical alteration)さえ起こすことができないう変化を言う(388頁)。統制の「完成」(perfection of control)は、この範疇に属する(565頁)。

第二は、「改革」(reform)である。これは、領域1、2、3の基本的属性の中で、少なくともいずれかの一つを、永久的、本質的に変化させるものの、社会主義体制という範囲を脱しない変化を言う(388頁)。この範疇には、政治的自由化(political liberalization)、私的部分の復活(revival of private sector)、自律経営(self-management)、市場社会主義(market socialism)、価格改革(price reforms)、巨視的緊張(macro tensions)などがある(565~568頁)。ところが、改革過程に成り立つ改革体制は、安定性がない。古典的体制を成す要素同士は、凝集性を持ってお互いに引き寄せあうが、それとは反対に、改革体制を成す要素同士は、凝集性がなく、お互いに排斥しあう。したがって、改革体制は、二つの選択に直面するようになる。一つは、古典的体制に戻ることであり、

もう一つは、革命的な政治的变化の過程に入っていくことである（570～574頁）。

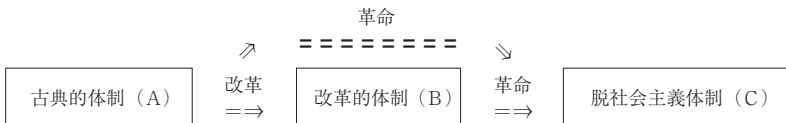
第三は、「革命」(revolution)である。これは、領域1で、もっとも根本的な変化が生じること、すなわち、共産党の権力独占が崩れることを言う。続いて、資本主義市場経済に向かう「脱社会主義移行」(postsocialist transition)が起きる(388～389頁)。だが、(革命で現われる)政府の変化は体制変化とは言えない。これは、体制変化のための政治的前提条件の中の一つに過ぎない。体制変化は、かなり長い時間を要する歴史的過程である。したがって、脱社会主義社会では、「二重体制」(dual system)がかなり長く持続するであろう(577～580頁)。

このような四つの類型は、一見、継起的(consecutive)に見えるが、実際の過程は複雑である。(社会主義体制への)移行期が終われば、古典的体制が成立するが、必ず改革体制が後に続くとは言えない。(1991年の時点で)古典的体制が持続している国々もあって(北朝鮮、キューバ)、古典的体制から(改革体制を経ずに)脱社会主義へ「跳躍」(jump)した国々もある(東ドイツ、チェコスロバキア)(19～20, 392～395頁)¹²。

3-2. Kornai (2000) の内容

Kornai (2000) では、社会主義体制から資本主義体制へ移行する問題が論じられているが、その内容が次のようである。

¹² このような理論を図式化すれば、次のようになる。



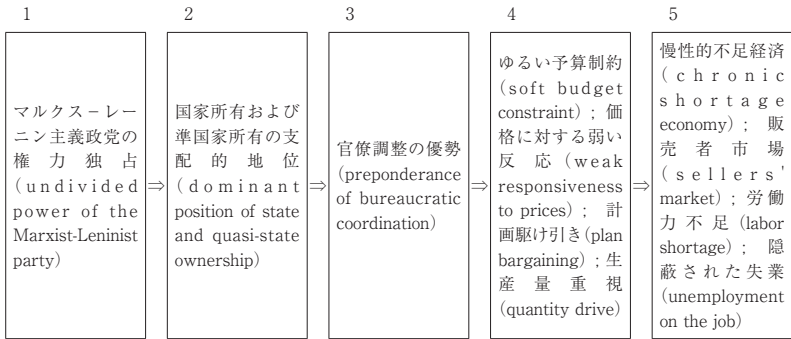
この図式を利用して、1991年の時点を目準に、歴史的過程を簡単に整理すると、次のようになる。

- 1) A 維持：北朝鮮、キューバ
- 2) A ⇒ B：中国、ベトナム
- 3) A ⇒ B ⇒ C：ポーランド、ハンガリー、ユーゴスラビア
- 4) A ⇒ C：東ドイツ、チェコスロバキア、ルーマニア

資本主義体制および社会主義体制は、20世紀を支配した二つの体制である（27頁）。この二つの体制は、「体制特有な諸属性」（system-specific attributes）を通じて、分別することができる（28頁）。次の図表は、これを現わす（29頁）。

【# 4】 社会主義体制と資本主義体制（Model of the Socialist and Capitalist Systems） [Kornai、2000、29頁]

社会主義体制のモデル（Model of the Socialist System）



資本主義体制のモデル（Model of the Capitalist System）



この図表で、政治権力、財産権の分布、調整機構の様相を現わす左側の三つの領域は、各体制の「根本的属性」（the fundamental features）である。これらは、各体制で経済主体に典型的な「行為パターン」（the type of behavior）[領域4]、典型的な「経済現象」（the typical economic phenomena）[領域5]を規定する（29頁）。

このように二つの体制を理解すれば、社会主義体制から資本主義体制へ移行する過程を解明することができる。ある社会が、領域1、2、3で叙述された社会主義体制の根本的特徴から遠くなれば、「移行」(transition)過程が始まって、これらの領域が資本主義体制に特徴的な様相に至れば、変化が終わる。そして、新しい状況が根付いて、不可逆的にならなければならない(30頁)。移行には政治権力、財産権および調整様式の間相互作用が重要であるが、中でも政治的領域が主な役割を演じる。時には、領域2、3で移行が始まる場合もありうるが、領域1で、必要な変化が生じた後こそ、移行の完成が可能となる。政治的領域が私的所有、市場に友好的にならなければならないのである(33頁)。

移行を「政治的性格」(political nature)という側面から見れば、三つの類型に区別することができる。第一に、共産独裁が反共独裁によって交替されるという類型である。ハンガリーでベラ・クン(Bela Kun)政権(1919年)、チリでアジェンテ(Allende)政権、アフガニスタンで社会主義政権が崩れて、反共独裁政権が成立したことなどを、例として挙げるができる。

第二に、「ビロード革命」(velvet revolution)を経験した東欧のいくつかの国々で現われる類型である。昔の政治体制が崩れて、民主的体制が成立する過程にあると言える(但し、東欧の昔の社会主義国家や、ソ連の解体で登場した国々が、皆、この類型に属するとは言えない。例：ユーゴスラビア、いくつかの中央アジア国々、ベラルーシなど)。

第三に、中国(おそらく、ベトナムも)が新しい類型の可能性を示している。共産党が内部から変わってきている。反資本主義的(anti-capitalist)政治勢力から親資本主義的(pro-capitalist)政治勢力に変わっているのである(33頁)。

3-3. 批評

このように整理されうるKornai(1992、2000)の理論は、非常に説得力のある社会主義体制論を提示していると言える。二つの体制を分別する「平行な」基準を設定して対比しているし、体制の因果的連関で政治権力の問題をもっとも核心的な領域として設定している点が目立つ。

しかし、いくつかの論点は再検討する必要がある。

1) 古典的体制を説明するモデルを、そのまま社会主義体制全般を説明するモデルとして採択したのは、方法論上、問題がある。Kornai(1992、19～21頁)では、社会主義体制で(下位類型として)古典的体制、改革的体制があると設定していて、古典的体制を説明するモデルが、前者(1992、361頁)に提示されている。ところが、Kornai(2000、29頁)では、このモデルが社会主義体制を説明するモデルとして提示されている。包括範囲の異なる二つの体制を説明するモデルが同じであることは、このモデルが、二つのうち少なくとも一つは説明できない、ということの意味する。社会主義体制全般を説明するモデルでは、いくつかの下位類型に「共通的」な特性を提示しなければならないし、ある下位類型を説明するモデルでは、他の下位類型と区別される、「分別的」な特性を提示しなければならない¹³。

2) Korani(1992)での「下位類型」(prototypes)が、どの体制に属するのかが曖昧な場合がある。社会主義体制の「内」で、革命的・移行的体制、古典的体制、改革的体制という「三つの類型」が分別されるし¹⁴、このような三段階の後に体制変化が来る場合に「新しい一類型」として脱社会主義体制を設定できる¹⁵と言っている。

この説明で曖昧なことは、脱社会主義体制がどの体制に属するかとい

¹³ 提示されているモデルは、社会主義体制一般を説明するのに相応しいものだろうか。それとも(下位類型の中で一つとして設定される)古典的体制を説明するのに相応しいものだろうか。全般的に見て、社会主義体制一般を説明するのに相応しいようである。(一部の論点では異見があるが)共産党の権力独占、国家所有の支配的地位、官僚調整の優勢などは、社会主義体制一般で現われる特性であると言えるからである。

¹⁴ Three prototypes may be distinguished in the socialist system: 1. The revolutionary-transitional system (the transition from capitalism to socialism)、2. The classical system (or classical socialism)、3. The reform system (or reform socialism) (1992、19頁)。

¹⁵ After these stages of socialism comes a change of system ; in this respect one can talk of a further prototype : 4. The postsocialist system (the transition form socialism to capitalism) (1992、20頁)。

うことである。社会主義体制なのか、資本主義制なのか、それとも「過渡期」なのか。恐らく、ここでは「過渡期」にあると設定しているように見える¹⁶。

だとすれば、社会主義体制から資本主義体制へ移行する脱社会主義体制は、過渡期にあると設定して、他方で資本主義体制から社会主義体制へ移行する革命的・移行的体制は、社会主義体制へ属すると設定することになるので、一貫性がなくなる。

このような曖昧さを解決するためには、「移行的体制」に対して、一貫した解釈が必要である。可能な解決策は、二つあると言える。一つは、ある体制から他の体制へ変化する過渡期にあると解釈することである。このような解決策では、革命的・移行的体制と脱社会主義体制は、二つとも、過渡期にあることになる。もう一つは、「後ろ側」の体制に属すると解釈することである。このような解決策では、革命的・移行的体制は社会主義体制に属し、脱社会主義体制は資本主義体制に属することになる¹⁷。

¹⁶ “(革命で現われる) 政府の変化を体制変化とは言えない。これは、体制変化のための政治的前提条件の中で一つだけである。体制変化は、長い時間を要求すると見える歴史的過程である [A change of government is not a change of system, merely one of the political preconditions for it. The change of system is a historical process that seems likely to require a long period of time.] (1992、577頁)” という言及で、窺える。

¹⁷ どう解決するのがより良いであろうか。一応、いずれの場合においても、論理的一貫性は確保できる。ところが、この問題は、どう処理してもよい、恣意的な問題ではないであろう。体制の性格を決める「要因」が何かという問題がかかっているからである。移行的体制を過渡期にあると解釈するのは、体制の性格を決める要因が「複合的」であると設定することである。“(革命で現われる) 政府の変化を体制変化とは言えない。これは体制変化のための政治的前提条件の中で一つだけである。体制変化は、長い時間を要求すると見える歴史的過程である (1992、577頁)” という主張には、このような認識が窺える。移行的体制を「後ろ側」の体制に属すると解釈するのは、体制の性格を決める要因が「唯一的」であると設定することである。すなわち、政治権力が「規定性」(determinacy) を持つと考えることである。筆者には、後者の方がより良い解決策であると思われる。(現在の議論の対象である20世紀に起こる移行で) 政

3) 領域1で、権力独占、一党体制を設定しているが、これは、「政治領域」が経済体制を規定する「もっとも深い」要因であると見た優れた分析にもかかわらず、分析力を落とす恐れがある。

ある社会が社会主義体制である理由は、執権勢力が社会主義政党（＝マルクス・レーニン主義政党）であるからであって、一党体制を通じて権力を独占しているからではないであろう。ある政治権力がどのような社会を建設するのは、政治制度が一党制か多党制か、権力が独裁的か民主的か、という問題とは次元の異なる問題である。どのような政治構造を持っているかは、当該の執権勢力が、自分の構想を実現させるのにぶつかる「困難さ」の程度に関わる問題だけである。権力独占が保障される一党制は、そうではない多党制より、青写真を実現させるのにより便利であるということだけを意味する。つまり「必須条件」とは言えないのである。

もちろん、歴史的、経験的に見て、社会主義体制では、いつも一党体制が成立してきた。しかしこれは、「歴史的・偶然的」現象であって、「論理的・必然的」現象であるとは言い難い。ここには、二つの事例を「傍証」として提示することができる。

一つは、中国、ベトナムで予想されるように、一党体制、権力独占が維持される形で、体制移行が起きる可能性である。どうして、権力独占、一党体制が維持される状況で、体制移行が起きる可能性があるのだろうか。これは、Kornai（2000、33頁）でも言うように、反資本主義的政党から親資本主義的政党へ執権勢力の性格が変わる可能性があるからである。

もう一つは、別の経済体制の場合であるが、政治構造が一党制か多党

治権力は、どのような社会を形成しようかという「遺伝的プログラム（genetic program）」（1992、368～369頁）を持っているが、これが途方もないものなので、全然実現できない場合、あるいは、外部干渉や脆弱な権力基盤のため実現させる能力がない場合を除けば、「現実経済」をこの青写真に合うように変えるのは、時間の問題である。このような点から、特定の政治権力が成立して、現実経済の変化を追求する場合、現実経済は変化過程にあるが、「経済体制」は既に変わったと解釈の方が適切であろう。また、これは、ある経済体制を規定する「最小条件」は、政治権力が持つ「性向」（orientation）であると見なすことである。

制か、政治権力が独裁的か民主的かということが、資本主義体制を形成、維持することとは関係がなかったという歴史的経験である。

このような現象は、体制類型を決める要因が「政治権力の性向」であって、「政治構造」ではない、ということを書き表すのであろう。資本主義体制の場合には、経験的にも証明されたが、社会主義体制の場合には、経験的に証明されていないという差が存在するにしても。

4) 領域2で、「財産」(property) または「所有」(ownership) という概念で、生産手段の所有問題、生産組織の類型問題を包括しているが、これはモデルが持つ分析力を落とすように見える。たとえば、生産手段を国家が所有している状態で、私的主体がこれを借りて生産を組織する場合、これを財産または所有という単一の概念をもっては説明できるか。

5) Kornai (1992) ではっきり区分されていた体制内的変化である改革、体制間変化である移行という概念が、Kornai (2000) では曖昧になっている。

Kornai (1992) では、改革は、古典的体制を改革的体制に変えるが、社会主義体制という範囲を脱しない体制内的変化で、領域1、2、3の基本的属性の中で、少なくとも一つを永久的、本質的に変化させることであり、体制間変化である移行は、革命で成立した新しい政権が、市場経済体制を目標として推進する変化であるとしている。つまり、改革と移行は、概念的に確かに区分されているのである。これは、移行が起きる核心的な「きっかけ」として、執権勢力が急激な政治的過程の中で代替される革命を設定しているからである。

ところで、Kornai (2000) では、改革 (reform) という概念についての説明がないまま、移行 (transition) という概念だけが現われる。すなわち、領域1、2、3が社会主義体制に典型的な形状から遠くなれば、移行が始まって、資本主義体制に典型的な形状へ至れば、移行が終わる¹⁸。そして、ある場合には、領域2、3で移行が始まりうるが、こ

¹⁸ The process of transition begins when society shifts away from the fundamental characteristics of the socialist system described in blocks 1, 2 and 3, and finishes when society reaches the configuration of blocks 1, 2 and 3

の場合には、政治領域が私的所有、市場に友好的になった後でこそ、移行の完成が可能である¹⁹としている。

ここで問題になるのは、領域2、3で移行が始まる場合、Kornai(1992)で言う改革とはどのような連関を持つのかという点である。この点が、確かに説明されていない。改革は、移行が始まる過程なのだろうか。それとも、改革が一定の「段階」に到達すれば、移行段階に入るのだろうか。このような困難は、主に、Kornai(1992)で設定したこととは異なり、「革命的な政治的変化過程 (a process of revolutionary political changes) (574頁) で起きる権力交替なしに、移行の起きる場合がKornai(2000)で新しく予想されているからであろう。

これを概念的に解決するのは、容易ではないであろうが、試みる価値はあろう。Kornai(2000)では、結果的に政権交替なしに移行が起きる場合、移行の開始の時点的改革の始まりとして暗黙的に設定しているらしい。領域2、3で移行が始まる場合、領域1で必要な変化が生じた後でこそ、移行が完成するという敘述(33頁)、および、鄧小平時期に行われた農業改革を、体制移行を論じながら取り扱っている(32頁)ことから窺える²⁰。

このような処理方式は、体制内的変化である改革、体制間変化である移行という概念を維持しにくくさせるものである。しかし、それらを区分することは、社会主義体制の変化を説明するのに重要である²¹。その際、Kornai(1992)で設定しているように、体制移行が権力交替をきっかけに行われれば、問題は簡単である。ところで、Kornai(2000)で設

characteristic of the capitalist system. Moreover, the new state of affairs has to take roots and become irreversible (2000, 30頁)。

¹⁹ The transition from socialism to capitalism starts in some cases in blocks 2 and 3, but it can be completed only after the necessary change has occurred in block 1; namely that the political sphere has become conducive to private property and market-friendly (2000, 33頁)。

²⁰ この現象は、Kornai(1992)では、改革として取り扱われたものである。

²¹ ある社会主義国家で私的経済活動を活性化させる変化が起こる場合、特定の時点でその経済体制がまだ社会主義体制にとどまっているか、資本主義体制に変わったかというような疑問は自然に出てくるものである。

定しているように、権力交替なしに起きる可能性（中国、ベトナム）を予想すると、二つの概念を区分するのが難しくなる。Kornai（2000）では、満足な解決策が提示されていない。権力の交替ではなく、権力の性格の変化で体制移行が起きる可能性を予想しながらも、性格の変化の様相を「あまりにも単純に」解釈しているからである。つまり、Kornai（2000）では、性格の変化の様相について「反資本主義的か、親資本主義的か」と設定しているだけである。そして、このような図式では、権力が、古典的体制においては反資本主義的であるが、改革的体制においては親資本主義的であると解釈されるはずである。したがって、権力交替なしに体制移行が完成する場合、これは「連続的」過程と解釈されて、改革開始の時点が移行開始の時点として解釈される。

しかし、このように処理すれば、ある変化が体制内的変化に属するか、体制間変化に属するかを判断する基準が消えてしまう。例えば、鄧小平時代の中国で起きる農業変化について、当該の時点で研究を遂行する場合、改革という範疇に入れるべきか、移行という範疇に入れるべきかを判断することができなくなる。以後、権力交替が起きて体制移行が起これば改革範疇に入れて、権力交替が起きずに体制移行が起これば移行範疇に入れるという処理を行っていくと、これは、結果を確認する前には判断できない結果論的な理論になってしまい、同じ現象を二つ相異なる範疇に所属させるという誤りを引き起こすことになる。

権力の性格を、反資本主義的か親資本主義的かという二つの分類ではなく、次のように、三つに分類した方が、このような難点を解決するのに役に立つだろう。

- i) 私的経済活動を清算しようとする立場。
- ii) 私的経済活動を部分的に活用しようとする立場。
- iii) 私的経済活動を自由に許容しようとする立場。

このようにすれば、2) は、体制内的変化である改革を推進する状況であり、また3) は、体制間変化である移行が起きる起点であると考えられる。このような基準で見れば、鄧小平時代の農業改革は移行範疇に属するのではなく、相変らず、改革範疇に属するようになる。当時中国執権勢力は、私的経済活動を部分的に活用しようとしていた状況であっ

たからである²²。

6) Kornai (2000) では、移行を「政治的性格」という側面から、三つの類型に分類しているが²³、かなり問題があると思われる。

まず、基準が曖昧である。類型1は共産独裁が反共独裁に取って代わる現象であり、類型2は民主体制が成立する現象で、類型3は権力交替なしに移行が起きる現象であるが、ここで、類型化の基準は何か。「政治的性格」という基準は、あまりにも漠然であり、明らかな基準が何なのか分からない。

更に、(自ら指摘しているところではあるが)類型化から落ちた国々(昔のユーゴスラビア、いくつかの中央アジアの国々、ベラルーシなど)さえある。これは、提示された類型化が「包括的」ではないことを示している²⁴。

以上のように、Kornai (1992、2000) は、説得力の高い体系的な社会主義体制論を展開しているが、いくつかの点では再検討する必要があると言える。

4. Chavance (1992) の議論について

続いて、Chavance (1992) で展開されている社会主義体制論につい

²² もちろん、権力の交替なしにその性格が変わる場合、「政治的修辞」を分析して、i) から ii) に変わる時点を把握することはわりと容易であろうが、ii) から iii) に変わる正確な時点を把握することは難しい。これは、私的経済活動を自由に許容することと関連して自己の正当化で困難があるため(長い間、私有財産が搾取と抑圧の根源であると宣伝してきたので、私的経済活動を自由に許容しようとする立場を取ると、「自己否定」をせざるを得ない)、このような変化が密かに起こりうるからである。この場合には実際の政策がどうか、現実経済で私的経済活動がどれほど活性化しているかを分析すれば、改革的段階と移行を判定することができるだろう。

²³ In terms of the political nature of the transition, three types of change from the socialist system to the capitalist system seem to emerge (2000、33頁)。

²⁴ ある全体集合を対象にしてこれを類型化する場合、望ましい状態は、全体集合に属するどの要素も分類結果から外してはいけなくて(包括性)、一つの要素が複数の部分集合に属してはいけない(排他性)ということである。

で考えてみることにする²⁵。

4-1. 内容

Chavance (1992) は、社会主義の「伝統的体制」(le système traditionnel) を定義して、この体制で現われる変化を大きく二つ、すなわち、「改革」(réforme)、「解体」(déstructuration) と類型化し、また、改革を「手直し」(ajustement)、「根本的改革」(réforme radicale) に分けている(日本語訳: 12~15頁、原文: 9~11頁)²⁶。

まず、社会主義の「伝統的体制」は、次のような図表として示めされている(日本語訳: 21頁、原文: 12頁)。

【#5】伝統的体制 (Le Système Traditionnel) [Chavance、1992、12頁]

| | |
|------------------------------|--|
| 複合体 (Complexe systémique) | 1. 制度的基盤 (Socle institutionnel) 国家所有 (Propriété d'État) 単一政党 (Parti unique) 2. 中央計画化 (Planification centralisée) 管理のヒエラルキー (Hiérarchie de contrôle) 計画目標の分解 (Désagrégation des objectifs) 行政によるインプットの割り当て (Allocation administrative des inputs) 行政による価格決定 (Fixation administrative des prix) 利潤の再分配 (Redistribution des profits) 賃金ファンドのマクロ経済的統制 (Contrôle macro-économique des fonds de salaire) モノバンク [単一銀行] (Monobanque) |
| その他の要素 (Autres éléments) | 集団農業 (Agriculture collectivisée) 外国貿易の国家独占 (Monopole du commerce extérieur) 私的セクターの制限 (Restrictions du secteur privé) 専制的な企業経営 (Direction unique dans l'entreprise) |

この体制は、1930年代のソ連で、スターリンによって作られたもので

²⁵ Chavance、『Les réformes économiques à l'Est de 1950 aux années 1990』、NATHAN、Paris、1992(『システムの解体—東の経済改革史1950~90年代—』、1993、斎藤日出治・斎藤悦則訳、藤原書店、東京。

²⁶ 日本語の表現は、おおそ翻訳書のものを探用するが、一部はそうではない。

ある。これは内部摩擦をはらみながらも、総体としては整合的で、ひとつの「複合的・有機的全体」(une totalité organique complexe)を形づくっている。そして、このような伝統的体制は、いったんできあがると強力な慣性をそなえる(日本語訳:19頁、原文:14頁)。

このような伝統的体制で核心をなすのは、「制度的基盤」(socle institutionnel)と「中央計画化」(planification centralisée)にもとづく「複合体」(complexe systémique)である(日本語訳:19頁、原文:14頁)。

「制度的基盤」について見ると、歴史的体制として考えた場合、社会主義経済の「特殊性」(originalité)は、国家所有と単一政党という異質な二つの原理を結びつけたところにある。社会主義といえども、商品経済であり、貨幣経済であるという性格や、賃金制度をもつ点では、西欧の経済と同じである。そして、国家所有制と単一政党制こそが社会主義体制の基盤であり、その根幹であると言える(日本語訳:22頁、原文:17頁)。

中央計画について見ると、中央計画経済は根幹とは言えない。なぜなら、これは制度的基盤のうえに成り立つものだからである(日本語訳:22頁、原文:17頁)。中央計画化はその国の工業部門を第一優先の領域とする。計画化体制は主観が先行した発展と構造改革の戦略を実現させるためのものであり、所有制度の統合および政治的・経済的権限の甚だしい集権化によって作動が可能となる(日本語訳:27頁、原文:21頁)。このような中央計画は、管理のヒエラルキー、計画目標の分解、行政によるインプットの割り当て、行政による価格決定、利潤の再分配、賃金ファンドのマクロ経済的統制、モノバンク[単一銀行]などからなる(日本語訳:27~37頁、原文:21~30頁)。

「その他の要素」を見ると、集団農業、外国貿易の国家独占、私的セクターの制限、専制的な企業経営といったおなじみの構造は、実際には柔軟で、かなりの適合能力をもっていることが知られている。したがって、これらの構造は伝統的体制にとって非本質的な「その他の要素」である(日本語訳:19頁、原文:14頁)。しかし、その他の要素は、伝統的モデルの副次的・付随的な要素ではない。しかしながら、制度的基盤と中央計画化がリジッドに体制として複合体をなしているのに比べれば、その他の要素は改革を通してフレキシブルな姿をとる(日本語訳:

38頁、原文：31頁）。

このような構造を持つ「伝統的体制」では、ある状況である変化が生じる。このような変化は、大きく「改革」、「解体」という二つの類型に、また改革は「手直し」、「根本的改革」という二つの類型に分けられる。

まず、「改革」について見ることにする。社会主義体制における改革とは、一連の制度的措置をとりつつ、「(伝統的)体制の機能改善と運営の円滑化」をめざす総合的な改造の企てである。すなわち、国家所有制および単一政党制からなる制度的基盤はそのまま保持しながら、経済における「垂直的關係の縮小と水平的關係の拡大」を全体の軸とするものである（日本語訳：13～14頁、原文：9～11頁）。

このような改革は、二つの類型に分けることができる。一つは、体制の「手直し」である。これは、制度を大きく変えることなく、中央計画化の方式や体制の諸要素（農業、対外関係など）に柔軟性を盛りこもうとすることである（日本語訳：14頁、原文：11頁）。そこにおける改革の問題意識は、労働する個人と企業と国家の行動をよりいっそう調和のとれたものにするにある。したがって、改革の関心は、中央計画化の枠内における管理方法と、人々の、とりわけ企業経営者の意欲をかきたてるインセンティブなメカニズムに集中する。社会主義諸国のどの政府も、歴史のいずれかの局面で体制の手直しに取り組んできた。三つの特徴的なケースをあげれば、ポーランド（1956～79年）、ソ連（1957～85年）、東ドイツ（1963～89年）である（日本語訳：57頁、原文：44頁）。

改革のもう一つは、「根本的な改革」である。これは、中央計画化を放棄し、農業の脱集団化をはかるなど、いくつかの制度を大きく変えてしまおうとすることである。もちろん、制度的基盤に関わるものは除かれる（日本語訳：14頁、原文：11頁）。根本的な改革の本質的なテーマは、まさしく計画と市場を結びつけるにある。計画は長期的な視野での成長と投資のしなやかな統制をめざし、市場は日常的なミクロ経済的決定の調整を引き受ける。根本的な改革は、体制の複合性の変質につながるばかりでなく、体制のその他の諸要素をも実質的に変化させていく。このような改革の経験は歴史的に四つある。ユーゴスラビア（1950～64年）、チェコスロバキア（1966～69年）、ハンガリー（1968～79年）、中国（1979～89年）の経験がそれである（日本語訳：93頁、原文：72頁）。

次に、「解体」について見ることにする。制度的基盤を支える二つの柱（国家所有制と単一政党制）が片方でも形をくずせば、それは「体制の解体」につながる。そして、変化は「質的なもの」となる。それはもはや「体制の内部の変化」ではなくて（体制の内部の変化はまさしく改革に値する）、それを超えて「体制の間」におよぶ（日本語訳：14頁、原文：11頁）。質的な変化が中央計画化の領域やその他の諸要素にとどまらず制度の基盤にまでおよんだとき、社会主義体制は、伝統的なものであれ改良されたものであれ、解体する。単一政党制の廃止が解体の最後の決め手となる。なぜなら、この単一政党と国家所有の支配の結びつきがまさしく制度的基盤の根幹だったからである。1989年の東欧革命、さらに1991年のソ連八月クーデターの失敗につづくソ連共産党の活動停止は、いわば社会主義体制の要石を取り払うものであった。このような解体の経験には、ユーゴスラビア（1965～91年）、ポーランド（1980～91年）、ハンガリー（1980～91年）、東ドイツ（1990～91年）の場合を挙げることができる（日本語訳：173頁、原文：130頁）。

4-2. 批評

このように、Chavance（1992）で提示される社会主義体制論は、社会主義圏で起こった多様な変化を「歴史的視覚」から一般化した理論であると言える。なぜなら、全体的に見て、現実で起こった多様な経験を総合して均衡の取れた形で叙述しているからである。特に変化過程において政治指導者たち、知識人たちがどのように考えていたかをよく捉えているし、歴史的洞察に基づいて、解体、移行過程で現われる資本主義に対する幻想的な期待を批判し²⁷、社会主義の放棄以後に新しい体制を

²⁷ 資本主義にユートピアを求める彼らの今日の姿は、社会主義にユートピアを見た昔の姿の悲惨な反転である（日本語訳：285頁）[L'utopisme capitaliste actuel manifeste une symétrie navrante avec l'utopisme socialiste des débuts（原文：203頁）]。システムの移行にともなう社会的負担も大きいことであろう。市場さえ導入されれば、もう大丈夫と思うのは幻想にすぎない（日本語訳：287頁）[Les coûts sociaux de la transition seront lourds et il serait illusoire de s'en remettre au seul marché dans ce domaine（原文：205頁）]。

建設するという過程において、長期的に現われると予想される困難を鋭く指摘している²⁸。しかし、理論化と関連して、いくつかの論点は再検討する必要がある。

1) 商品貨幣経済という特性において、社会主義体制が資本主義体制と同じであるとみなしているが²⁹、果たしてそうであるか。社会主義体制でも商品が存在して、貨幣が流通しているという「事実」から、これが「西欧の経済と同じ」であると解釈することは、あまりにも単純である。そもそも、ある経済体制が商品経済、貨幣経済であるということは、ただ商品、貨幣が存在しているということの意味するのではなく、商品が生産物の中で「高い」比重（おそらく50%以上）を占めていて、貨幣が交換過程で「重要」な役割を果たすということの意味するとみなした方が適切であろう。そして、商品、貨幣の「存在」という次元ではなく、その「程度および性格」という次元で二つの体制を比べるのが妥当である。社会主義体制においても商品、貨幣は存在するが、資本主義体制に比べて、その役割が「衰退」しており、「歪曲」されている³⁰と把握した方が適切である³¹。

2) 制度的基盤を成すものとして提示されている国家所有制と単一致

²⁸ その歴史を見れば、ある体制が別の体制へ移行するとき、どれほどのジレンマや困難に遭遇せざるをえないかが明らかとなろう（日本語訳：10頁）[Cette histoire peut nous éclairer sur les nombreux dilemmes et difficultés que rencontre, et rencontrera, la transition entre les deux systèmes(原文：8頁)]。

²⁹ 社会主義体制といえども、商品経済であり貨幣経済であるという性格や、賃金制度をもつ点では西欧の経済と同じである（日本語訳：22頁）[Bien que partageant avec les économies occidentale le caractère d'une économie marchande et monétaire d'un côté, salariale de l'autre, les systèmes socialistes … (原文：17頁)]。

³⁰ 「歪曲」されている売買は、商品売買という形式を取るものの、それが自由ではない場合を挙げられる。農民が収穫した米を、国家が指定した価格で、国家に義務的に「売らなければならない」状況は、このような場合に当たる。

³¹ もし、存在の次元だけから見れば、「国家所有」についても同じことが言える。どの資本主義国家でも国家所有が存在するが、だからと言って、“資本主義体制でも国家所有が存在するので、この点では、社会主義体制と同じである。”と言ったら、適切な解釈であると言えるか。

党制の間で成り立つ関係について説明が不十分である。“歴史的体制として考えた場合、社会主義経済の特殊性は、国家所有と単一政党という何とも異質的な二つの原理を結びつけたところにある（日本語訳：22頁）”³²と説明されているが、これはあまりにも漠然である。社会主義理念を持つ政治権力が、政治構造では単一政党制を、所有制度では国家所有制を採択したと説明した方が適切であろう³³。

3) 制度的基盤を成すものとして「単一政党制」が提示されているが、果たして、それが社会主義体制で必須であるか。政治権力の問題で、単一政党制という政党制度を重視しているが、それよりは「政党の性格」を重視した方が適切であろう。つまり、社会主義体制における「制度的基盤」は、単一政党制が固守されているという事実よりは、執権政党が社会主義理念を持ってそれを実現させようとするにありとみなした方が適切である。ある国家が社会主義体制を樹立した政党であるとしても、それが固定不変な理念を持つとみなすのは適切ではないからも分かる。社会主義体制を樹立した同じ政党が、「手直し」だけではなく、「根本的改革」をも積極的にに行った場合があるということは歴史的事実としてもう充分示された。さらに、もしかしたら「解体」あるいは「放棄」まで行くかも知れない³⁴。このような事情を考慮すれば、制度的基盤の

³² L'originalité des économies socialistes, considérées en tant que système historique, réside dans la combinaison de deux principes apparemment hétérogènes: la propriété d'État et le parti unique (原文：17頁)。

³³ 筆者は前節で、単一政党制が国家所有制を規定するとみなしている Kornai (1992、2000) の論理に対して、政治構造ではなく、政治権力の性向が原因であると指摘した。

³⁴ 同書では、このような可能性を一部取り上げながらも、論理展開で排除している。“かりに単一政党制が維持されたとしても、私的セクターを国営セクターより大きくするような修正がなされれば、それだけでも体制の解体につながったかもしれない。しかし、本書におけるわれわれの関心は、解体のパターンを抽象的に論ずることではない。われわれは歴史の具体的な歩みを見ていきたいのである（日本語訳：173頁）” [Une modification sensible des proportions entre le secteur d'État et le secteur privé, au bénéfice de ce dernier, pourrait également amorcer une déstructuration systémique, même avec le maintien du parti unique. Mais nous nous intéressons dans ce livre aux expériences

ところで、単一政党という形式ではなく、執権政党が持つ性格を重視した方が妥当である。

4) 伝統的体制の「構造」を適切にモデル化しているのか。関連のある諸要素が無理やりに分割されているのではないか。そして、複合体に入っている諸要素がその他の要素に入っている諸要素と成す関連が排除される構造になっているのではないか。国家所有制と集団農業を例として考えてみることにする。

農業で、集団農場を維持するか、家族農業に戻るかという問題は「生産組織」の類型に関する問題であるが、農業での核心生産手段である土地の所有をどのようにするかということは所有の問題であり、これは国家所有と係わっている。社会主義体制では、一般的に、国営農場ではなくて協同農場が主要な農業生産組織である場合にも、事実上、土地は協同農場の所有ではなくて、国家所有である³⁵。さらに、家族農業を主な形式にしても、土地は、家族所有ではなくて国家所有である可能性さえある³⁶。そして、農業分野を把握しようとするならば、「国家所有制対集団農業」として分割することは、「一面的」である。土地所有の問題、

historiques, et non aux modalités abstraites possibles de la déstructuration (原文：130頁)。これは「歴史的接近法」であると言える。歴史的接近法で仮定を排除して、事実を一般化することは当たり前であろう。しかし、事実を解釈するためには、論理的推論による理論化が前提となる。そして、適切に理論化されたのが問われるようになる。理論化が適切であればあるほど、説明力が高くなる。単一政党制という制度を、制度的基盤を成す構成要素であると理論化した場合、単一政党が維持されながらも、解体、放棄の起こる事例が出れば、提示された理論は修正を迫られるようになる。しかし、政党の性格を基準として理論化すれば、このような状況の展開でも堪えられる。

³⁵ これは、協同農場が自ら耕作する土地を売買することができないということに明示される [→4-1.2]。

³⁶ 農業集団化の過程で「過渡期的」に現われた「農地分配」ということを例として挙げられる。社会主義の樹立過程で、通常、農業を直ちに集団化せず、地主が持っていた土地を没収して、農民に家族ごとに「分配」した。この場合、土地は誰の所有であろうか。形式上、家族所有であると宣言されるが、実際、これは国家所有であると言わなければならない。これは、分配されたと言われる土地を売買することができないところで確かに示される [→4-1.3]。

生産組織の問題、生産物処分の問題などに分割して把握した方が適切であろう。そうすると、生産物処分や生産組織の類型問題は「初期」改革段階でも扱われるが、土地所有問題はそうではない、ということを説明するのに便利であろう³⁷。

5) 「手直し」を「改革」に含むのが適切であるか。提示された概念規定および実例を参考すれば、改革と呼ぶには微弱ではないか。“制度を大きく変えることなく、中央計画化の方式や体制の諸要素（農業、対外関係など）に柔軟性を盛りこもうとする（日本語訳：14頁）”³⁸現象を改革と解釈すれば、社会主義体制は常に改革の過程にあったと把握することになってしまって、社会主義体制の進行過程において改革を「特定の歴史的局面」として把握することができなくなる。

6) 「根本的改革」の過程で中央計画化が「放棄」されるか。根本的改革の過程で中央計画化が放棄されると叙述されているが³⁹、そう考えるのは無理である。中央計画化というのは何か。それは、国家が「経済活動を組織すること」である。すなわち、国家が生産を組織して、分配

³⁷ このような関係は、中央計画化と貿易の国家独占、国家所有制と私的部門の制限などでも指摘できる。貿易を国家が独占する状況は、貿易部門で中央計画を強力に施行することを意味する。もし、私的主体に外国貿易を許容すれば、これは私的生産を許容するのと同じ次元で扱われる。そして、私的部門を制限するということは、国家所有、中央計画を主導的な状態で維持しようとする目的で施行されることであるが、提示されたモデルをもっては、これを表現しにくい。

³⁸ Les ajustements systémiques introduisent des assouplissements dans la planification centralisée ou dans les autres éléments du système (agriculture, relations extérieures…), sans opérer de changement institutionnel significatif (原文：11頁)。

³⁹ もう一つは根本的な改革の類型で、これは中央計画化を放棄し、農業の脱集団化をはかるなど、いくつかの制度を大きく変えてしまおうとする（もちろん、制度的基盤に関わるものは除かれる）（日本語訳：14頁）。[Les réformes radicales, elles, modifient certaines institutions de manière substantielle (à l'exception du socle qui définit le système), avec par exemple une suppression de la planification centralisée ou une décollectivisation de l'agriculture (原文：11頁)]。

を遂行して、組織者分を取って、結果に責任を負うということを意味する⁴⁰。そして、中央計画化が放棄される状況は、私的主体がこのような役割を担う場合である。果して、事例として提示された、ユーゴスラビア（1950～64年）、チェコスロバキア（1966～69年）、ハンガリー（1968～79年）、中国（1979～89年）の変化過程で中央計画化は「放棄」されたか。「緩和」されたとは言えようが、「放棄」されたとは言えない。中央計画化が放棄される状況は、社会主義体制をあきらめる場合である。

7) 一部の東欧の国々、すなわち、ユーゴスラビア、ポーランド、ハンガリーで、1989年以前にあった「改革的過程」と1989年以後の「変革過程」を「解体」という一つの過程として括ることができるか。まず、同書で提示されている社会主義体制の変化の類型と事例を整理すれば、次のようになる⁴¹。

【#6】社会主義体制の変化の類型と事例（再構成）

| | 1950年代 | 1960年代 | 1970年代 | 1980年代 | 1990年代 |
|----------|------------|------------|------------|------------|-----------|
| ソ連 | | 手直し(57～85) | | | |
| ユーゴスラビア | 根本的(50～64) | | 解体(65～91) | | |
| ポーランド | | 手直し(56～79) | | 解体(80～91) | |
| ハンガリー | | | 根本的(68～79) | 解体(80～91) | |
| チェコスロバキア | | 根本的(66～69) | | | |
| 東ドイツ | | 手直し(63～89) | | | 解体(90～91) |
| 中国 | | | | 根本的(79～89) | |

ここで特徴的な現象は、東ドイツでは「解体」という過程が「短い」変革過程に当たるのに比べて、ユーゴスラビア、ポーランド、ハンガリーでは1989年以前にあった、「かなり長い」改革的過程を含んでいるとい

⁴⁰ 国家が生産結果に責任を負うということは、たとえば、企業の運営で赤字が出たとしても、労働者に賃金を支払って、損失分は予算から埋め合わせる現象で現れる。

⁴¹ 同書では、変化過程を年代的に敘述しているのではなく、変化を類型化して、これに当たる事例を提示しているので、「空欄」が生じる。

う点である。ここで問題になるのは、果して、後者の三つの国々で、1989年以前にあった「改革的過程」と1989年以後の「変革過程」を一つの過程として括ることができるのかという点である。

これに対する敘述が曖昧ではあるが、「手直し」（第2部）や「根本的改革」（第3部）と分離して、「解体」（第4部）を設けている点から⁴²、1989年以前の過程と1989年以後の過程を括って一つの過程として把握していると見られる。

しかし、このように括るのは無理である。東ドイツ、ルーマニア、アルバニアでは、ユーゴスラビア、ハンガリー、ポーランドにおいて、1989年以前にあったような過程がないまま、社会主義体制が崩壊したという事実から推論できるように、ユーゴスラビア、ハンガリー、ポーランドで、1989年以前の過程と1989年以後の過程を一つとして括る必然性がない⁴³。

1989年以前の過程と1989年以後の過程を切り離して取り扱った方が適切であろう。1989年以後の過程は、社会主義体制をあきらめて、資本主義体制を樹立する過程である。つまり、1989～1991年のどこかの時点で社会主義体制に対して否定的評価を下して、それをあきらめたのである。これは、それ以前にどのような改革の過程を経たのかということとは関係ない。国によっては、以前に「重大」な改革が試みられた場合もあって（例：ユーゴスラビア、ハンガリー、ポーランド）、そうではない場合もあった（例：東ドイツ、ルーマニア、アルバニア）⁴⁴からである。

以上のように、Chavance（1992）は、歴史的視覚から社会主義体制について鋭い分析を提示しているが、その理論化の面では再検討する必要があると言える。

⁴² ただ、その題目が「第4部：システム解体へ（Vers La Déstructuration Systémique）」と若干曖昧に表現されている。

⁴³ 崩壊前に、「微弱」な改革的变化であれ、「中間的」な改革的变化であれ、「重大」な改革的变化であれ、何があったかに関わらず、体制が崩壊しようということは、崩壊過程とその以前の過程を括って一つの過程として扱わなければならないという必然性はない、ということを示す。たとえ、それが「重大」な改革的变化であったとしても。

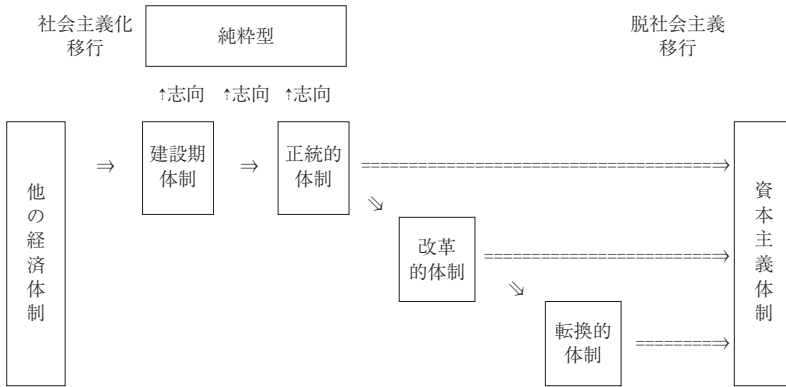
⁴⁴ もちろん、このように二つの過程に分ければ、以前に行われた「重大な改革」は、名前をどのように付けても、改革の類型の一つとして把握する必要が生じる。

5. 本稿の見解

続いて、社会主義体制の経験と先行研究に対する検討を踏まえて、社会主義体制の変化に対する本稿の見解を提示することにする。

社会主義体制の変化を分析する方法論には様々なものがありうるが、ここでは、社会主義体制を「下位類型化」する方法を利用することにする。まず、どのような下位類型を設定し、これらがどのような関係にあるかを次のように図として提示する。

【#10】社会主義体制の変化（下位類型化を利用）



このモデルは、大きく見れば、他の経済体制から社会主義体制へ変わる「社会主義化移行」(transition to the socialist system)、社会主義体制という範囲の中で変わる「体制内的変化」(changes within the socialist system)、社会主義体制から他の体制（現実的に資本主義体制）に変わる「脱社会主義移行」(transition from the socialist system)を表現している。そして、体制内的変化を説明するために、五つの「下位類型」(subclass)を設定している。

5-1. 純粹型

社会主義体制に関する変化を理解するためには、まず、「理念型」(the

ideal socialist system)、あるいは「純粋型」(the pure socialist system)を設定する必要がある。これは、「正統的」な社会主義思想家、政治家⁴⁵が志向した体制であり、現実で成立した体制を論理的に「純粋化」すれば、構成できる体制である。このような純粋型は、現実でそのまま具現することはできないが、現実の社会主義体制がどの「位置」にあるかを理解する「基準点」になる⁴⁶。

では、純粋型とは、どのような体制であるか。現実の社会主義体制を樹立するのに必要な理論的基礎を提供したマルクス、エンゲルスは、次のように言っている⁴⁷。

【#11】マルクス、エンゲルスが構想した社会（引用）

(A) 共産主義の特徴は、所有一般を廃止することではなくて、ブルジョアの所有を廃止することである。しかし、近代のブルジョアの私的所有は、階級対立にもとづく一部の人間による他の人間への搾取にもとづいた、生産物の生産および取得の最後の、そしてもっとも完全な表現である。この意味で共産主義者は、自分の理論を、私的所有の廃止という一言にまとめることができる (Marx & Engels, 1848、日本語訳：488頁)⁴⁸。

⁴⁵ 本稿では、「正統的」な社会主義思想家、政治家としてマルクス、エンゲルス、レーニン、スターリン、毛沢東、金日成、カストロなどを念頭に置いている。

⁴⁶ これは、比喩的に言えば、デカルト (Descartes) の言う「三角形」のようなものである。現実で完璧な三角形は存在しないが、その概念を人々は持っているし、まさに、そうであるからこそ、たとえ完璧ではないが、それに近い図形を描くことができるのである。Descartes (1637: 『Discours de la méthode』、19 - -, Librairie Hachette, Paris; 野田又夫訳、『方法序説:ほか』、2001、中央公論新社、東京)を参照。

⁴⁷ ところが、純粋型を理解するのに一つ注意すべき点がある。マルクス、エンゲルスが「どのような構造を持って、どのように作動する社会を構想したか」ということと、彼らがそのような社会に「どのような意味を付与したか」ということは、別の問題であるという点である。たとえば、彼らが構想した社会で、生産手段を誰が所有するか、生産を誰が組織するか、分配がどのように行われるかということなどは前者に当たり、階級が消滅するか、搾取と抑圧が消滅するか、人間解放が行われるかということなどは後者に当たる。これを区分しなければ、議論で混乱が生じうる。

⁴⁸ Was den Kommunismus auszeichnet, ist nicht die Abschaffung

(B) ひとたび私的所有にたいする最初の根本的な攻撃が加えられると、プロレタリアートはどしどし前進し、いっさいの資本、いっさいの農業、いっさいの工業、いっさいの運輸、いっさいの交易をますます国家の手に集積せざるをえないことがわかるであろう。[……] すべての資本、すべての生産と交易が国民の手にあつめられるならば、私的所有は自然になくなり、貨幣は無用になり、生産が増え、また人間が変化するので、旧社会の最後の交通形態はなくなるであろう (Engels, 1847、日本語訳：391頁)⁴⁹。

純粹型は、国家が「私的経済活動を清算した社会」と想定することができる。核心的には、私的所有主、私的組織者が消えた状態である。国家が唯一の生産手段所有主で、自分が所有している生産手段を直接動員し、労働者を独占的にかつ完全に雇って、公的生産組織を結成して、生産活動を組織する。このように生産した結果物を、国家流通網(配給網)を通じて、必要とする人々に正確に分配する。そして、分配以前にも以後にも交換は行われぬ。交換が行われぬので、市場が消えて、貨幣が消える。労働者は、全知全能な国家が正確に分配してくれる生産物を受けて消費さえすればよい。

des Eigentums überhaupt, sondern die Abschaffung des bürgerlichen Eigentums. Aber das moderne bürgerliche Privateigentum ist der letzte und vollendetste Ausdruck der Erzeugung und Aneignung der Produkte, die auf Klassengegensätzen, auf der Ausbeutung der einen durch die andern beruht. In diesem Sinn können die Kommunisten ihre Theorie in dem einen Ausdruck: Aufhebung des Privateigentums, zusammenfassen. (Marx & Engels, 1848 : 475頁)。

⁴⁹ Aber die eine wird immer die andre nach sich ziehen. Ist einmal der erste radikale Angriff gegen das Privateigentum geschehen, so wird das Proletariat sich gezwungen sehen, immer weiter zu gehen, immer mehr alles Kapital, allen Ackerbau, alle Industrie, allen Transport, allen Austausch in den Händen des Staates zu konzentrieren. [……] Endlich, wenn alles Kapital, alle Produktion und aller Austausch in den Händen der Nation zusammengedrängt sind, ist das Privateigentum von selbst weggefallen, das Geld überflüssig geworden und die Produktion so weit vermehrt und die Menschen so weit verändert, daß auch die letzten Verkehrsformen der alten Gesellschaft fallen können. (Engels, 1847.11 : 374頁)。

5-2. 建設期体制

これは、社会主義体制ではない他の経済体制⁵⁰から社会主義体制へと変わる、社会主義化移行が起こる際に成立する体制である。このような移行が起こる「指標」は、社会主義理念を持つ権力、すなわち、「社会主義国家」が成立することである⁵¹。

この体制で、国家は「社会主義的」であるが、現実経済は社会主義的なものへ変化する過程にある⁵²。そして建設期体制は「上部構造的社会主義体制」と呼ぶこともできよう。

⁵⁰ マルクス、エンゲルスは、成熟した資本主義体制から社会主義体制へ移行すると予想したが、現実はそのようなことが判明した。実際に社会主義体制へ移行した社会が、成熟した資本主義体制ではなかったということは言うまでもなく、甚だしくは、「資本主義体制ではあったのか」という疑問さえ提起される。たとえば、中国は社会主義化移行の前には資本主義体制であったのか、というような疑問である。このような論点と関連して「(半)植民地半封建社会論」のような理論が現われたが、この理論が、明らかな解答を与えたとは言えない。恐らく、「私的組織者-自由な労働者」(私的資本-賃労働)という関係で成立する資本主義的企業が、社会で「主導的」な状態を資本主義体制と理解する限り、中国が資本主義体制であったと解釈することはできない。ただし、この「主導的」という用語を巧妙に解釈すれば、そう言えるかも知れない。たとえば、資本主義企業が「平面的」な割合では10%に過ぎないが、それが社会の全般的な状態を「規定」として解釈するようなことである。しかし、マルクス、エンゲルスがこのような巧妙な解釈を念頭に置いていたとは考えにくい。

⁵¹ これは、社会主義体制を成立させる「最小要件」は何かという質問の答えと見なすこともできる。

⁵² よく、このような状態を「過渡期」と設定するが、そのような理解は適切とは言にくい。この体制では、「現実経済」は過渡期の状態にあるが、「経済体制全体」としては過渡期とは言えないからである。これは、単純に表現の問題ではなく、経済体制をどう把握するかという問題にかかわっている。経済体制を「現実経済」を基準として把握するか、それとも「国家-現実経済」を総合的に考慮して把握するか、という観点の問題である。「現実経済」を基準として把握すれば、多様な状況で過渡期が成立するであろうが、「国家-現実経済」を基準として把握すれば、過渡期は原則的に成立できない。

そして、この体制では、理念的志向が「純粋型」を樹立することであるため、私的経済活動を清算する作業が猛烈に行われる。だが、純粋型に完全に至ることはできず、それに近づく状態、私的経済活動が極めて衰退した「正統的体制」に変わる。なぜ、そうなるのか。

第一に、かなり多数の経済主体が抵抗するからである。社会主義国家が進める強力な宣伝・煽動、強制的な行政的措置にも関わらず、いろいろな経済主体が私的経済活動を持続しようとする抵抗がよほど強く起こる。そして、時には、社会主義国家が構想した政策を現実化できない場合も生じる⁵³。

第二に、社会主義国家が全知全能ではないからである。純粋型は、生産・分配の側面で、国家がすべての生産活動を組織して、生産結果物を必要とする社会構成員に直接かつ正確に配給する体系である。しかし、これを完璧に実現することは不可能である⁵⁴。

以上のような事情で、純粋型を目標とした建設期体制は、「自然」に

⁵³ ポーランド、ハンガリーで農業集団化が遂行できなかったこと、ベトナムの統一以後、南ベトナム地域で農業集団化がまともに遂行できなかったことは、代表的な事例である。

⁵⁴ たとえば、酒を生産して、分配する場合を仮定してみよう。純粋型の理想どおりにしようとするならば、国家が酒を生産するのに投入する労働力、物的資源を決めなければならないし、社会構成員がどの酒を欲するのかを把握して、与えられた技術的条件で生産しなければならないし、また正確に配分しなければならない。しかし、このようなことを遂行するのは、極めて複雑であり、高額な費用が必要である。すなわち、「経済的効率性」が低くなる。さらに、人々の好き嫌いは絶えず変わる。たとえば、調査時点では焼酎が欲しいと言っても、実際の分配時点ではビールが欲しいかも知れない。さらには、人々は自分が何を願うかということを含め正確に言えない場合さえある。店に酒を買いに行きはしたが、どの酒を買うかと現場で迷う場合も十分想定できる。そして、現実の社会主義体制の経験からも、ある品目がある程度生産して、これを売場に陳列して、消費者に選択させることが現実的であると判明した。このような場合、交換は消えない。もし、無理やりに直接配給するようになれば、人々が受け取った財貨をお互いに交換する現象が現われる。焼酎の配給を受けた人とビールの配給を受けた人が交換する場合などがそうである。このような場合にも交換が消えないのである。

正統的体制へと変わる。

5-3. 正統的体制

社会主義国家が成立して建設期を経れば、「正統的体制」(orthodox system)が成立する。これはどのような体制であるか。これは、公的経済活動が圧倒的優位を占め、私的経済活動は極めて衰退した状態にある体制である。私的生産組織は微弱であり、公的生産組織で行われる私的経済活動も微弱である。

正統的体制の成立において、二つの特徴を指摘することができる。一つは、社会主義国家が私的経済活動を清算するのに非常に「成功的」であるということである。つまり、非常に短い期間に経済構造を変えるのに成功するのである。もう一つは、それにも関わらず、微弱ではあるがしつこく私的経済活動が生き残るということである。

では、正統的体制はどう変化するか。三つの方向へ動くことができる。

第一に、少しずつもっと純粋型に近づくか、特別な変化なしにそのまま持続する可能性である。このような状態はかなり長期にわたって持続可能であることが現実で確認された⁵⁵。

第二に、改革的体制へ変わる可能性である。これは、国家が私的経済活動を清算しようとする政策では満足な経済的変化を成就できない場合、私的経済活動を部分的に活性化する必要があると判断する場合に起こる変化である。

第三に、脱社会主義移行が起こる可能性である。正統的体制という下位類型の次元ではなく、社会主義体制そのものが望ましい変化を生むことができないと判断すれば、移行が起こりうる。これは、権力交替を通じた方式でも起こりうるし、社会主義権力が「自己変身」を遂げる方式でも起こりうる。権力交替が起こる場合は、暴力的な方式でも行われるし、平和的な方式でも行われるであろう。

⁵⁵ Kornai (1992, 360-379頁)は、「古典的体制」(the classical system)が「凝集性」(coherence)を持っているので、相当な期間、持続可能であると診断した。

5-4. 改革的体制

正統的社會主義の理念は、私的經濟活動を清算しようとする志向を核心的な内容としている。建設期を経て成立する正統的体制は、かなり長く持続できる。

しかし、正統的体制で予想どおりの満足な經濟的变化を成し遂げることができない場合、問題意識が生じる。そして、代案として私的經濟活動を部分的に許容することが必要であるとの判断がなされる場合がある。そうすると、私的經濟活動に対する態度で「方向転換」が起こる。つまり、私的經濟活動を清算しようとする方向から部分的に活用しようとする方向へ⁵⁶。

このように改革的体制は、国家が私的經濟活動を部分的に活用しようとする体制である。そして、私的經濟活動は部分的に活性化する。私的生産組織が少しずつ活性化し、公的生産組の中においても私的經濟活動が少しずつ活性化する。

ところが、国家は公的經濟活動の持つ「主導的」な地位は維持しようとするので、私的經濟活動を制限しようとする現象も同時に起こる。そして、社會主義体制の根幹を揺さぶらないと思われるような領域から先に私的經濟活動を活性化させる傾向が見える。たとえば農業、中小企業、対外經濟などである⁵⁷。

では、改革的体制はどう変化するか。三つの方向へ動くことができる。

第一は、改革の方向をあきらめて、正統的体制へ戻る可能性である。改革的措置が悪い結果を生んだと判断する場合に起こりうる。

第二は、改革が漸次的に深化する可能性である。改革的措置が望ましい結果を生んだと判断する場合に起こりうる。このような状況では私的經濟活動がより活性化する。そして、後述するが、公的經濟活動が持つ

⁵⁶ このような変化は、理念的にかなり重要な変化である。私的經濟活動を清算しようとする理念と部分的に活性化しようとする理念は、その「方向性」が異なるからである。

⁵⁷ 大企業については、生産効率が高くないことが分かっているが、經濟構造で根幹を成すものなので、改革を遅らせる。

主導性を脅かす状態へ至れば、「転換的体制」に変わる。

第三は、脱社会主義移行が起こる可能性である。これは、ある理由で私的経済活動を部分的に活性化する状態に止めるのではなく、自由に許容することが望ましいと判断する場合に起こりうる⁵⁸。これは、権力交替を通じた方式でも起こりうるし、社会主義権力が自己変身を遂げる方式でも起こりうる。権力交替が起こる場合、暴力的な方式でも行われるし、平和的な方式でも行われるであろう。

5-5. 転換的体制

改革的体制には、自然に私的経済活動が拡大する傾向がある。一方では、新しい私的生産組織が生まれて、私的経済活動が拡大する。もう一方では、公的生産組織が私的生産組織へ変わったり、公的生産組織という基本性格を維持しながらも、私的経済活動が部分的に現われたりする。このような変化が重なれば、私的経済活動が公的経済活動の主導性を「脅かす」状態に至る⁵⁹。このような状態にある体制が「転換的体制」

⁵⁸ このような判断は、改革が満足な結果をもたらす場合にもありうるし、不満な結果をもたらす場合にもありうる。たとえば、私的経済活動を部分的に活用して、成果が良いと判断すれば、これを漸次的に拡大するのではなく、「一挙」に自由化することが望ましいと判断する場合があります。一方、私的経済活動を部分的に活用することが望ましい結果を生んでいない場合にも、問題が私的経済活動を許容したことにあるのではなく、部分的にのみ許容したことにあると見なして、全面的な許容が必要であると判断する場合があります。ハンガリー、ポーランドのような国々で起こった脱社会主義移行は、このような側面が強い。

⁵⁹ 私的経済活動が公的経済活動の主導性を脅かす状態は、いろいろな側面から観察できる。生産手段所有の状態、生産組織の分布、価格の決定方式の側面などである。つまり、生産手段の所有において私的所有の割合が大きくなって半分以上になり、生産組織の種類において私的生産組織の割合が大きくなって半分以上になり、価格の決定が、主に、国家の意思ではなくて市場の競争によって決まる傾向が強くなると公的経済活動の主導性が脅かされる状態と言える。

(transformative system) である⁶⁰。

一方、改革の体制でも理念的混乱が現われるが、転換的体制ではもっと著しくなる。改革的体制では、私的経済活動を部分的にのみ活用するという意志が明らかであったが、改革が深化するにつれて私的経済活動が効率的であるという現象が明らかになればなるほど、この理念的傾向は弱くなる。私的経済活動が効率的で、国家経済を発展させる方式なら、なぜ、これを敢えて「副次的」な程度に制限しなければならないのかという疑問が生じるのである⁶¹。

では、転換的体制はどう変化するか。三つの方向へ動くことができる。

第一に、正統的体制へ戻る可能性である。私的経済活動の活性化は社会主義体制の理想を毀損すると見なして、再び私的経済活動を清算しようとする方向へ帰る場合である⁶²。

⁶⁰ 改革の体制でも転換的体制でも、私的経済活動を活性化しようとする政策が実施されるという点では共通的である。つまり、「方向性」は同じである。しかし、現実経済で、私的経済活動がどれほど活性化しているかという「程度」で差がある。正統的体制から脱して、若干私的経済活動が活性化する段階と、公的経済活動が持つ主導性を脅かし、移行を迫る段階とを区分することが必要である。そして、本稿では、改革の体制だけではなく、転換的体制という下位類型を設定するわけである。

⁶¹ このような混乱は、指導部では早い時期から現われるようである。これは、現実の変化に先立って、論理的な推論ですぐ提起しうる問題であるからである。香港で発刊される『文匯報』によれば(1993/11/13)、北京で開かれた<中国共産党第14期中央委員会第3次全員会議>で、“今からわれわれは、公的所有制を主要部分であると言わないし、経済で所有制の間の相対的な割合に対する制限をも設定しないこと”が合意されたという。全員会議の後に発表された公式声明では、公的所有制が依然として中心であると闡明されたので、このような議論は公式化されなかったが、議論自体は秘密裡に行われた可能性が高い。Prybyla (1995, 「Current Status And Future Prospects of Socialism And Socialist Countries」、11頁)を参照。

⁶² しかし、その現実的可能性はごく低い。改革が進むほど、私的経済活動に従事する人々が増え、私的経済活動に対する友好的態度が広がる。改革の体制を経て転換的体制になった場合には、このような傾向が強くなったことを意味する。そのような状態を否定し、正統的体制へ戻そうとすることは、もう一度社会主義革命を起こすのとはほぼ同じである。そして、そのような企ては、強い

第二に、徐々に私的経済活動を拡大しながら、基本的にこの状態を維持する可能性である。これが相当期間、一番現実的な代案であろう。これは、今まで主張してきた社会主義という「大義」を公然と諦めないで、私的経済活動が持つ長所をより生かそうとすることである。しかし、これは臨機応変的な性格が強い。ますます社会主義というスローガンと私的経済活動が広がる現実の間で乖離が大きくなるからである。

第三に、脱社会主義移行が起こる可能性である。これは、転換的体制が持続する状況で、国家が私的経済活動を自由に許容することが必要であると判断する場合に起こりうる⁶³。これは、権力交替を通じた方式でも起こりうるし、社会主義権力が自己変身を遂げる方式でも起こりうる⁶⁴。権力交替が起こる場合、暴力的な方式でも行われるし、平和的な

抵抗を招くはずである。

⁶³ これは、国家が部分的に許容する私的経済活動が漸次的に拡大する過程だけでは、移行が起こらないことを意味する。国家の私的経済活動に対する「性向」(orientation)が変わってこそ移行が起こる。私的経済活動を制限された範囲の中で、統制しようとしている状態から自由に許容する状態へ変わらなければならないのである。これは、社会主義理念を諦めることを意味する。そして、このような観点から、旧ソ連圏および東欧の国々と中国、ベトナムを「体制転換国」として同一視するのは妥当ではないと言える。(二つのグループを同一視する考え方は、かなり広く見える。たとえば、Kornai (2000) の移行 (transition) の類型に対する議論と OECD の移行国家 (transition countries) に対する規定 [http://www.oecd.org/document/51/0,3343,en_2649_34361_2346419_1_1_1_1,00.html] を見よう。) 二つのグループは、現実経済では似た特性を見せてくれる。私的経済活動が活性化しているが、「成熟」してはいない状態である。しかし、政治的・理念的にはかなり異なる。ロシア、東欧の国々は、社会主義理念を諦めた状態で、もう脱社会主義移行が起きた資本主義体制である。この場合、いわば「転換」というのは、成熟した資本主義体制をどう樹立しようかという問題に当たる。しかし、中国、ベトナムは、私的経済活動が活性化しているものの、社会主義理念を諦めた状態とは言えない。まだ脱社会主義移行が起こっていない状態である。したがって、この二つのグループを明確に分ける必要がある。

⁶⁴ 改革が深化するほど、自己変身の可能性が高くなる。ますます私的経済活動が活性化して、成果的であると判断すればするほど、これに対する反感が減るからである。中国、ベトナムは、このような可能性をかなり見せている。

方式でも行われるであろう。

以上のような考察から、社会主義体制の変化の全般的な特徴を簡単に整理してみる。

第一に、社会主義化移行は、経済体制に対する「設計図」を持って経済体制を変える最初の実験であった。そして、このような「先例」に従って、脱社会主義移行も予め用意した設計図によって進められるようになった⁶⁵。

第二に、下位類型の間には、「連続的」な側面もあるが、「断絶的」な側面もある。建設期体制と正統的体制は、私的経済活動を清算しようとするという点で連続的である。しかし、正統的体制と改革的体制は断絶的である。理念的志向が相当異なって⁶⁶、現実経済が反対の方向へ動く。正統的体制は私的経済活動を清算しようとするが、改革的体制は部分的に活性化しようとするのである。改革的体制と転換的体制は、私的経済活動を活性化しようとするという点で連続的である⁶⁷。

第三に、脱社会主義移行は、社会主義体制のどの「地点」でも可能である。理論的にはすべての下位類型で可能である。ただ、現実的に見て、建設期は外的干渉がない限り、正統的体制へ自然に変わるので、正統的体制、改革的体制、転換的体制のどの地点でも脱社会主義移行が可能であると言える。

⁶⁵ マルクス主義は、経済体制が社会構成員の意識、意志から独立的な客観的法則に従って変わると主張したが、皮肉にも、社会主義思想が登場して以来、経済体制は、社会の設計図によって決められる問題へと性格が変わった。これは、先に社会主義化移行で現われて、以後脱社会主義移行でも現われるようになった。そして、19世紀以後、経済体制は意識的に設計しうる領域に入ってきたと言える。マルクス主義の用語法で言えば、自然発生的な現象から目的意識的な現象へ変わったのである。

⁶⁶ これは、社会主義理念で重大な路線の差を意味する。そして、よく権力闘争を伴う。

⁶⁷ このような特徴は、次のようにも言える。まず、正統的体制と改革的体制の差は、最初には、経済体制の第二領域である理念的側面で現れ、改革が進むにつれ経済体制の第三領域である現実経済にも現れるようになる。また、改革的体制と転換的体制の差は、理念的領域ではあまり現れなく、現実経済の領域に現れる。

6. 終わりに

本稿は、社会主義体制の経験と社会主義体制の変化に対する先行研究を材料にして、社会主義体制変化論を一步前進させようとしたが、本稿で新しく提起された論点を整理すれば、次のようになる。

1) 現実の社会主義体制を理解するためには、その「純粋形」を設定する必要がある。現実をそのまま理解するのが科学的態度であるという実証主義的態度からそれを否定する場合がよくあるが、それは間違いである。そのような観点からは、たとえば、なぜ社会主義革命が起こったかが説明できない。社会主義思想家、政治家がある種の純粋形を頭の中に持っていたから、それを実現しようとして革命を起こしたのである。また、現実でその構想がそのまま実現しなかったことによって、その純粋形の存在が否定されるわけではない⁶⁸。

2) 資本主義体制の資本家と社会主義体制の国家は、普通、「相克」的な存在と考えられている。このような理解が間違っているわけではないが、その共通性にも注目すべきである。つまり、二つとも経済活動を組織する主体なのである。そして、このような共通性があるからこそ、この二つが代替財のような関係に置かれるようになり、この事情によって相克的な存在になるのである。

3) 一党制という特殊な政治構造は、社会主義体制の必須の要素とは言えない。政治・理念的側面である社会がある特定の経済体制を成すのは、その権力の性格のためであって、その政党構造のためではない。

4) 社会主義体制に商品と貨幣が機能しているとして、それを「商品貨幣経済」として捉えるのは、妥当ではない。現実の社会主義体制では、商品と貨幣の役割が衰退しているからである。商品と貨幣の「存在」によって、その経済体制の性格が決められるのではない。その「機能の程

⁶⁸ デカルト (Descartes) の「正三角形」の話しを考えてみよう。現実で、我々が、定義どおりの「正三角形」を描くことはできない。しかし、その純粋形を否定すると、我々が、なぜそれを目指して何かを描くか、どうしてそれに似た三角形を描けるか、また、不純な正三角形を見て純粋な正三角形を思い浮かべるかが説明できない。

度」を考慮すべきである。

5) 社会主義体制でよく見られる「手直し」現象を「改革」と見なすのは、妥当ではない。手直しは、正統的社会主義体制の特性、つまり私的経済活動を清算しようとする方向を変えることではないからである。私的経済活動を清算しようとする方向ではなくて、部分的に活性化しようとする方向へ変える変化が改革に値する。それが私的経済活動に対する国家の態度の「方向転換」であるからである。

6) 中央計画化は、社会主義体制の根本的特性、つまり、国家が経済活動を組織するという特性の具体的な表れであるので、それは、社会主義体制と運命を共にする。言い換えれば、社会主義体制では中央計画化が放棄されない。社会主義体制が続く限り、その範囲を縮小することは可能であるが、放棄されることはできない。

7) 社会主義体制の下位類型として改革的体制と転換的体制を区別する必要がある。その二つの体制で、国家が私的経済活動を部分的に活性化させようとするという特性と、現実経済で私的経済が活性化するという特性は似ているが、現実経済が変わり始めたばかりの状態とずいぶん変わって私的経済活動が公的経済活動の主導性を脅かす状態は分けて把握すべきである。その漸次的な変化の特性上、その「変わり目」を特定するのは難しいが、この事情が二つを分ける必要性を否定することではない⁶⁹。

8) 社会主義体制の改革と、体制の移行は、分けて把握すべきである。それは、必ずしも連続する過程でもないし、同じ性格の過程でもないからである。改革は体制内的変化であり、体制移行は体制間変化である。

9) 社会主義理念を諦めて、うまく機能する資本主義体制を樹立しようとしている旧ソ連圏と東欧の国々と、社会主義理念を諦めないで、私的経済活動を漸進的に拡大している中国とベトナムを同じく「移行」(transition) 過程にあると把握するのは、正しくない。前者は、未熟ではあるが、もう資本主義体制に入った国々であり、後者は、移行を迫られてはいるが、まだ社会主義体制に属している国々である。つまり、体

⁶⁹ 子供と大人の変わり目が特定し難いという事情が、人間の変化の過程でその二つの段階を分ける必要性と可能性を否定するのではないことに比喻できる。

制間移行が起こった場合と体制内的変化の過程にある場合を区分するのが必要である。

10) 社会主義圏の歴史的展開の理解において、社会主義圏の崩壊の段階と、その後、一部の国々（中国、ベトナム、北朝鮮、キューバ）で、かなり積極的な改革が行われているにしても、社会主義体制を維持している段階を区別して把握した方が適切である。もし、何年か何十年か後、この四つの国々が資本主義体制に変わった場合、その時点で歴史を振りかえる、もっと長い歴史的観点からは、社会主義圏の崩壊の過程として括ることができるかも知れないが、現時点でその四つの国々の動きを理解するためには、別の段階として理解するのが適切である。

（終）

中国民事裁判における独立した 請求権のない第三者の訴訟参加（1）

—— 手続と実体の狭間でゆれる民事訴訟 ——

武 鴻 雁

目 次

はじめに

- （一）問題の所在
- （二）課題
- （三）本稿の構成
- （四）本研究の意義

第一章 制度の概要

第一節 現行法の規定についての司法解釈

- 一. 1992年司法解釈
- 二. 1994年司法解釈

第二節 現行法の解釈をめぐる学説

- 一. 独立した請求権のない第三者の訴訟参加要件
- 二. 独立した請求権のない第三者の訴訟上の地位
- 三. 独立した請求権のない第三者訴訟参加の方式
- 四. 制度の趣旨
- 五. 小括

第三節 制度の構造的特質

- 一. 当事者の処分権に対する極度の制限
- 二. 関連する複数の紛争の一回的処理

第二章 制度の形成史と母法

第一節 現行民事訴訟制度の原型

- 一. 「馬錫五裁判方式」の特徴

- 二. 「馬錫五裁判方式」の裁判構造
- 三. 「関係者」および「関連する紛争の併合審理」
- 四. 小括

第二節 中華人民共和国における制度の推移

- 一. 1960年代までの民事裁判の傾向
- 二. 1950年代の最高人民法院の民事訴訟に関する規定
- 三. 文革後の民事訴訟手続
- 四. 民事訴訟法（試行）、民事訴訟法
- 五. 小括

第三節 民事裁判構造の変容

- 一. 従来の民事裁判構造の弊害
- 二. 民事裁判方式の改革
- 三. 証拠の当事者提出主義への変容
- 四. とどまる限定的処分権主義

第四節 ソビエト法における類似した制度

- 一. 1923年ロシア共和国民事訴訟法典
- 二. 1961年民事訴訟の基礎・1964年ロシア共和国民事訴訟法典
- 三. 中国とソビエト制度の比較（以上、本号掲載）

第三章 制度の運用と機能

第一節 「被告型第三者」——求償型

- 一. 契約履行を求める訴訟
- 二. 契約履行に基づく損害賠償を求める訴訟
- 三. 契約解除時の補償金の支払いを求める訴訟
- 四. 不法行為による損害賠償を求める訴訟
- 五. 小括

第二節 「被告型第三者」——おせっかい型

- 一. 不法行為に基づく損害賠償を求める訴訟
- 二. 契約に基づく損害賠償を求める訴訟
- 三. 小括

第三節 「被告型第三者」——共同被告型

- 一. 共同不法行為の連帯賠償責任
- 二. 共有財産分割に関わる連帯責任
- 三. 原告・第三者が連帯責任を負うよう判決された事例
- 四. 小括

第四節 別訴で処理された事例

- 一. 損害賠償を求める訴訟
- 二. 契約の不履行に起因する違約金を求める訴訟

- 三. 小括
- 第四章 制度の評価と改革案
 - 第一節 制度の評価をめぐる学説
 - 一. 積極的評価説
 - 二. 消極的評価説
 - 第二節 解釈論としての改革案
 - 一. 訴訟参加の要件をより明らかにすべきであると主張する学説
 - 二. 第三者に「参加異議」権を与えると主張する学説
 - 第三節 「民事訴訟法典学者改正建議稿」
 - 一. 条文
 - 二. 検討
- 第五章 日本法との比較
 - 第一節 日本における現行法下の多数当事者紛争処理手続
 - 一. 共同訴訟・同時審判の申出
 - 二. 補助参加・独立当事者参加
 - 三. 小括
 - 第二節 日本の民事訴訟法における補助参加
 - 一. 補助参加の要件
 - 二. 補助参加者の地位
 - 三. 判決の補助参加人に対する効力
 - 四. 補助参加の手続
 - 五. 小括
 - 第三節 被告による第三者の訴訟引き込みに関する学説
 - 一. 填補型（求償型）
 - 二. 権利指名型・転嫁型
 - 三. 小括
- むすび
 - (一) なぜこのような制度があるのか
 - (二) この制度を廃止すべきなのか

はじめに

(一) 問題の所在

現行中国民事訴訟法56条2項は次のように規定している。

「当事者双方の訴訟目的物に対して、第三者に独立の請求権はないが、ただし事件処理の結果にその者が法律上の利害関係を有するときは、訴訟に参加することを申請、あるいは人民法院がその者に訴訟に参加するように通知することができる。人民法院によって民事責任を負うとの判決を下された第三者は、当事者としての訴訟上の権利・義務を有する」。

最高人民法院の司法解釈¹・学説・判例においては、56条2項が規定する第三者は独立した請求権のない第三者とよばれ、56条2項が独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度とされている。この制度の下で、人民法院は自らイニシアチブをとり、第三者を訴訟に参加させ、第三者が民事責任を負うよう判決することができるのである。

ここでは、一つの具体的な事例を挙げ、独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度とはどのような制度なのかを簡単に示してみたい²。

【事実の概要】 1994年3月20日、XとYとは次のような契約を結んだ。「YがZから21インチのテレビ400台を購入し、1995年1月1日にそのテレビをXに引渡し、Xがテレビ代金総額に4%をプラスしてYに支払う。一方に履行遅滞がある場合、他方は1日につきテレビ代金総額の1%を違約金として支払うものとする」。その後、YはZとテレビの売買契約を結び、ZがYにテレビを引き渡す期日は1994年12月30日と約束した。しかし、当時は、国内市場においてブラウン管の供給が非常に不足していたため、ZはYとの約束の通りにテレビを引き渡すことができなかった。結局Yも1995年1月1日にXへテレビを引き渡すことができなかった。

1995年4月に、Xは法院へ訴えを提起し、Yに対し、契約通り違約金

¹ 1992年最高人民法院の「中華人民共和國民事訴訟法の適用に関する若干問題の意見」の66条および1994年最高人民法院の「経済紛争事件の審理における中華人民共和國民事訴訟法の適用に関する若干規定」の9条、10条、11条では「独立した請求権のない第三者」という用語が使われている。最高人民法院が主要な制定法の細則を条文形式で体系的に示す「意見」と、下級の法院からの問い合わせ、照会[請示]に対する回答という形をとる[批復]、[答復]、[復函]などがある。実際の裁判の場でもっとも重要な役割を果たしている法源は実は司法解釈である。木間正道・鈴木賢・高見澤磨・宇田川幸則『現代中国法入門（第四版）』（有斐閣、2006年）99頁参照。

² 肖建華『當事人問題研析』（中国法制出版社、2001年）255頁参照。

を支払えと請求した。法院はYの違約がZと関わりがあると判断し、Zを独立した請求権のない第三者として訴訟に参加させた。

【判旨】ZはXに違約金を支払え。理由として、Zの違約が、YがXとの契約を履行できなかった原因であるため、Zが賠償責任を負うべきである。

図 1

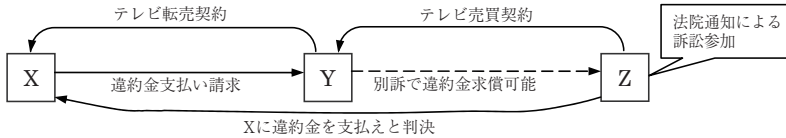


図1で示されたように、本件では、XはYを被告として訴訟を提起し、違約金を支払うよう求めた。日本では、このような場合に、X・Y間の訴訟で、YがいったんXの請求に応じてから、あらためてZに対して訴訟を提起することになる。それに対して中国では、56条2項の規定の下で、法院はZがX・Y間の訴訟結果と法律上の利害関係を有すると判断し、Zを訴訟に参加させ、そして、X・Z間に契約関係がないにもかかわらず、ZがXに違約金を支払うよう判決した。つまり、人民法院はX・Y間の訴訟とY・Z間で起こりうる紛争を併合して審理したといえよう³。

かりに、ZはYに売るテレビをZ2から仕入れ、Z2はそのテレビをZ3から仕入れるものであれば、人民法院は必要であると判断した場合、Z2、Z3らをも訴訟に参加させ、最終的にZ3がXに違約金を支払うよう判決することが可能であったであろう⁴。

この制度は客観的事実を明らかにし、民事責任を負うべき者が責任を負うよう判決し、関連する複数の紛争を一挙的、抜本的に解決するため

³ 「このような紛争処理方式は訴えの併合である。人民法院は訴えの併合により、一挙に二つの紛争を解決することができる」といわれている（馬原編『中華人民共和國民事訴訟法釈義』（紅旗出版社、1991年）72頁）。また、次のような議論もある。「独立した請求権のない第三者は、原告・被告に対して、訴えを提起し、あるいは原告・被告の訴えによって訴訟に参加するのではない。いわゆる訴の併合とは学者の仮想の訴の併合である」（肖建華・前掲注2、274頁）。

⁴ 肖建華・前掲注2、288頁参照。

のものである⁵といわれている。

紛争の一挙的解決は日本の民事訴訟制度にも求められることである。そのために、「通常共同訴訟」、「必要的共同訴訟」、「補助参加」、「独立当事者参加」などの多数当事者訴訟制度が設けられている。これらの制度は一挙的紛争処理を目指すと同時に、当事者の手続の保障にも配慮するよう工夫している。訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき場合には、「必要的共同訴訟」として当事者に共同訴訟を強制することとし、関係人のうち1人でも欠ければ、当事者適格を欠くとして訴えは却下される。しかし、裁判所は職権的に第三者を訴訟に参加させ、第三者に責任を負わせる判決を下すことができない。

日本では、「裁判」という概念について、「紛争の当事者の間で争われている法的争点に対して第三者（裁判官）が判断（判決）を下すことによって、その争点に最終的で確定的な決着を与えること、またその過程を裁判と言う」⁶と定義されている。このような定義からみれば、一つの基本的性格として、裁判は受動的作業である。裁判は当事者の間で争われている法的争点に決着を与えることであるため、当事者の主張の対立が所与として前提され、判断の幅は対立する主張のどちらを取るかという枠内に限定される。当事者が主張しないことまで立入って世話を焼いたり、あるいはは隠れたる悪事を摘発して懲らしめたりすることは裁判ということばと本質的に相容れないことである⁷。そのため、訴訟の開始、裁判範囲の特定、訴訟の終了につき当事者の意思に委ねるとする処分権主義は近代法的民事訴訟の建前であり、本質的原則とされる⁸。

⁵ 李祖軍『民事訴訟法・訴訟主体編』（厦門大学出版社、2005年）171-175頁。

⁶ 六本佳平『日本の法システム』（大蔵省印刷局、2000年）93頁。

⁷ 山内進『決闘裁判』（講談社新書、2000年）、滋賀秀三「中国法文化の考察——訴訟のあり方を通じて」法哲学年報1986年、40頁、野田良之「私法観念の起源に関する一官見——L.Gernet の研究を拠所として」星野英一編集代表『私法学の新たな展開』（有斐学、1975年）40頁など参照。滋賀秀三はヨーロッパの裁判が当事者の対立する主張のどちらを正当と認めるかの判定を下すという仕組みをもっていると述べている。野田良一はアゴン（競技）のうちにヨーロッパにおける訴訟の原型を求めた。

⁸ 新堂幸司『民事訴訟法（第二版）』（弘文堂、2001年）301頁、伊藤眞『民事

近代法的裁判と比較すると、中国の独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度は構造的にきわめて異質なものであると思われる。この制度の下では、人民法院は職権的に当事者の紛争に介入し、当事者が主張していないことまで立ち入って、関連する複数の紛争を一挙に処理することができるのである。だれが訴訟の当事者になるのか、なにが裁判の対象なのか、どこまで紛争を処理するのかについて、最終的な決定権を握っているのは当事者ではなく、人民法院なのである。つまり、最終的に「誰が悪いのか」を明らかにし、その者が民事責任を負うよう判決する裁判が妥当であると考えられているのである。換言すれば、当該訴訟に関連するあらゆる紛争の鎮静を裁判の目的としているように思われる⁹。

中華人民共和国建国以来、ないし建国以前の革命根拠地時代の「馬錫五裁判方式」から、その民事裁判構造は「超職権主義」的であるといわれている¹⁰。「超職権主義」の裁判では、法院による訴訟資料の調査、収集活動と調停・説得活動が一体化していた。法院は訴訟資料を調査・収集すると同時に、それらの資料の審査を行い、さらにこの過程が当事者およびまわりの人々を説得する過程ともなっていた。訴訟資料は主として法院の提示する権威的調停案の根拠の一つにすぎず、その調査・収集とその審査とを区別する意義も失われていた。担当裁判官には当事者を説得しその同意を得ることができない場合は判決という手段が残っていた。しかし、収集した資料が判決をくだせるために十分なのかどうかの

訴訟法（補訂版）』（有斐閣、2000年）171頁など参照。

⁹ 滋賀秀三・前掲注7、52頁参照。清代の裁判について「手続的手段を使い果たすことによって終わるのでなしに、事実として誰も争わなくなることによって終わるという構造をもっていた。当該争訴の鎮静が目的であって、争訴を通じて何が法であるかを発見することが目的ではなかった」と論じている。

¹⁰ 江偉・李浩・王強義『中国民事訴訟の理論と実際』（成文堂、1997年）111頁参照。根拠地時代から91年現行民事訴訟法施行までの長い間、民事訴訟では訴訟資料の収集・提出をすべて人民法院の権能かつ責任とし、通常の職権探知主義の範囲をはるかに超えていた。そして、「訴えなければ裁判なし」という「不告不理」の原則は正面から批判されていた。そのため、このような民事裁判構造は「超職権主義的裁判」と呼ばれている。

判断は、裁判委員会¹¹や院長によるコントロールが必要だと考えられた。故に、裁判委員会の慎重な討議を経て、最終的な決定が既に形成されてはじめて公判廷を開くことが普通になった。その結果、公開の法廷での公式的な手続は飾り物になってしまい、単に訴訟規定に従っているという外観を与えるために行われるにすぎないという状態が多かった¹²。この現象は「先判後審」と呼ばれる。このような法廷での空洞化した審理が常態化したため、当事者は開廷前に非公開的、正当でない方法で裁判官に対して影響を与えようとし、民事裁判の公正さを著く傷つけていた¹³。

一転、1980年代後半から、「市場経済化」が推し進められ、驚異的な経済発展を遂げ、裁判による規律を必要とする民事紛争の増加に伴い、民事裁判方式改革と呼ばれる動きが生じた。取り扱う民事的紛争の激増に伴い、人民法院が限られた資源の下で過大な事件処理の負担を強いられる状態に立たされた。訴訟が受理されず、あるいは受理した事件の遅延が一般的に存在していた¹⁴。従って、人民法院は、個々の事件処理に投入する人的・物的資源を節約して、もっと多くの事件を処理する必要に直面した。こうして証拠の収集の負担を当事者に肩代わりさせようという方針が自然的な選択になった¹⁵。こうした状況の下で、当事者の举证責任の強調で始まった改革の目標は、いわゆる「一つの中心、三つの主要点」というスローガンに集約されるにいたった。そこでは公開の審理を裁判の中心的な位置におき、裁判所の事実調査・証拠収集と当事者の主張・立証とでは、当事者の主張・立証を主とすること、法廷外での証拠収集と法廷における証拠審査とでは法廷における証拠審査を主とす

¹¹ 裁判委員会とは法院内部に設けられた会議体で具体的な事件の最終的決定権を握っている。人民法院組織法11条はこれを規定している。

¹² 鈴木賢「中国における市場化による『司法』の析出——法院の実態、改革、構想の諸相」小森田秋夫編『市場化の法社会学』（有信堂、2001年）。

¹³ 景漢朝・盧子娟『審判方式改革実論』（人民法院出版社、1997年）12-13頁参照。

¹⁴ 黄松有「漸進与過渡：民事審判方式改革的冷思考」現代法学22巻4期（2000年）18頁参照。

¹⁵ 趙鋼「回顧、反思与展望——对二十世紀下半葉我国民事訴訟法学研究状况之檢討」法学評論1998年1期11頁参照。

ること、また、裁判委員会の討議と合議庭の決定とでは、合議庭の決定を主とすること、などがそのスローガンの主旨¹⁶である。民事裁判方式改革の範囲の広がり、および1991年の民事訴訟法の施行により民事裁判構造が原理的に転換しようとしているといわれる¹⁷。とりわけ、2002年4月1日から施行された最高人民法院の「民事訴訟証拠に関する若干の規定」によって、従来の職権探知主義から証拠の当事者提出主義への転換はほぼ実現した¹⁸。

しかしながら、そのような改革は、極めて不十分である。改革は大胆な姿勢で職権主義的な慣行を変えていくような傾向がみられたが、当事者の手続保障がはっきりとしないままである。問題の一つとしては、当事者の処分権がまだ限定的なところにとどまっていることである¹⁹。独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度は限定的な処分権主義の一例である。

それゆえ「近時の高速な経済成長を経ても、中国法はいまなお、西洋法とは極めてラディカルに異質なままである」²⁰と指摘されている。こうしたなかで独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度は中国法の特質の一側面を示していると思われる。

そもそも、なぜ独立した請求権のない第三者というような制度がある

¹⁶ 景漢朝「審判方式改革的『一二三四五』理論」中国律師1999年2期、33頁以下参照。

¹⁷ 範愉「簡論馬錫五審判方式」『清華法律評論（第二輯）』（清華大学出版社、1999年）222頁参照。

¹⁸ 王亜新「中国民事訴訟制度の新しい展開」北大法学論集第54巻第3号（2004年）242頁参照。

¹⁹ 民事訴訟法（13条）は「当事者は法律に規定する範囲内において自らの民事上の権利と訴訟上の権利を有する」と規定している。つまり、当事者の処分権には「法律が規定する範囲内」という制限があるのである。そして、同法92条は、人民法院の職権に基づき財産保全を行なうことができると規定し、原告の訴えの取り下げも人民法院の許諾を要すると定めている（131条）。また、当事者が再審を請求しない場合にも、人民法院は既に法的効力を生じた判決に対して自ら再審を行なう権限を有すると規定されている（177条）。

²⁰ 鈴木賢「中国法の思考様式——グラデーショナル的法文化——」アジア法学会編『アジア研究の新たな地平』（成文堂、2006年）321頁。

のか、中国の民事裁判とは一体なんなのか、さらになぜそのような裁判のやり方が取られているのか、またそれを西洋法的な裁判と原理的に違うことを理由に、「単に遅れた法状態として切って捨ててしまってもよいのであろうか」²¹、という一連の疑問がわいてくる。

（二）課題

以上のような問題を究明するために、次のことを本稿の課題としたい。

第一は、独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度とはどのような制度なのか、裁判の場でどのような姿で機能しているかを検証し、それにより中国の民事裁判には如何なる構造上の特質がみられるかを解明する。

第二は、従来、この制度について、学説はどう解釈していたか、そして近年法学研究の隆盛と民事裁判構造の変容に伴い、制度の評価をめぐって学界ではどのような新しい展開があるか、また制度の改革についていかなる提案がなされているかを明らかにする。

第三は、このような制度は、そもそもどのような発想に基づいて設けられたのか、言い換えれば、現代中国の民事裁判は如何なる原理によって紛争の解決を図っているかを把握し、この制度を支える理論的背景と現実の要因を考察してみたい。

（三）本稿の構成

以上の課題を具体的には次のような順序で論じていきたい。

第一章では、独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度について、学説はどのように解釈しているかを紹介し、この制度の構造上の特質を把握する。第二章では、革命根拠地時代および中華人民共和国におけるこの制度の形成史を概観する。そして母法としてのソビエト法における類似した制度を考察する。第三章では、具体的紛争解決事例を取り上げ、実務においてこの制度がどのように機能しているかを示す。第四章では、この制度の評価および将来に向けた改革案に関する近時の学説をまとめる。第五章では、日本法における第三者の補助参加制度および学説を取り上げ、両国の制度にはどのような原理的な違いがあるかを検証する。

²¹ 鈴木賢・前掲注20、322頁。

最後は、以上の検討から得られた結果をまとめ、この制度を支える根本的要因を分析したい。

(四) 本研究の意義

以上で述べた課題に取り組むことには、少なくとも次の三つの意義があると考えている。

第一に、日本では、1980年代後半までの中国の民事裁判の特徴として、「職権探知主義」と「限定的処分権主義」があげられている²²。近時、民事裁判方式改革、一連の司法解釈により職権探知主義から証拠の当事者提出主義への変化を紹介する論文が見られる²³。しかし、当事者の処分権がはたして制度として変わろうとしているのかどうかについて、十分な議論がないのである。本稿は、現時点で制度の改革がどの程度進んだのか、そして、実務において人民法院がどのように当事者の処分権に関与しているかを明らかにすることを通して、民事裁判構造が変容しつつあるといわれるなか、変わらぬ部分を示し、民事裁判の現状を明らかにすることができると思われる。

第二に、独立した請求権のない第三者の訴訟参加に正面から取り込んだ日本の先行研究は管見の限りみあたらない²⁴。日本では、中国民事裁判の「限定的処分主義」の例として、主にあげられているのは原告の訴

²² 最も詳しいのは王亜新『中国民事裁判研究』（日本評論社、1995年）7-65頁参照。他の論文として、木間正道・鈴木賢・高見澤磨・宇田川幸則・前掲注1、253-255頁、田中信行「中国民事訴訟法の制定意義と特徴」アジア経済旬報1241号（1982年）9頁、小嶋明美『現代中国の民事裁判』（成文堂、2006年）51頁、江偉・李浩・王強義・前掲注10、151-153頁など参照。

²³ 鈴木賢「中国における市場化により『司法』の析出」小森田秋夫編『市場化の法社会学』（有信堂、2001年）265-269頁、王亜新「中国民事訴訟制度の新しい展開」北大法学論集第54巻第3号（2004年）227頁、小嶋明美・前掲注22、51頁以下など参照。

²⁴ 高見澤磨『現代中国の紛争と法』（東京大学出版会、1998年）94頁のように、当事者の処分行為に法院の関与について「独立請求権無き第三者への職権による通知について56条2項」という一言で「独立した請求権のない第三者」の訴訟参加に言及するものはある。

えの取り下げに人民法院の許諾を要すこと、当事者が請求しない場合にも、人民法院はすでに法律の効力を生じた判決に対して自ら再審を行なう権限を有することなどであり、しかも制度に対する簡単な紹介にとどまっている。具体例を通じて、裁判の場で、法院がどこまで積極的に当事者の紛争に介入しているかを検討する研究は現れていない。本稿では、独立した請求権のない第三者の訴訟参加について、多くの具体例を取り上げ、裁判の場でこの制度がどのような場面で使われ、いかなる機能を果たしているかを明らかにしたい。以上の作業を通じて、中国の裁判とはなにかを実証的に検討する素材を提供できるのではないと思われる。

第三に、1950年代から、中華人民共和国は西洋法の影響を遮断した後、ソビエト法を全面的に継受することにより、まったく新たな社会主義法を整備することが目指された²⁵。中国の民事訴訟法学者は独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度もソビエト法から継受された制度である²⁶と認識している。確かに、この制度とソビエト法における制度を比較してみれば、独立した請求権のない第三者という用語や、条文の文言は非常に類似している。しかし、制度に対する解釈や、実際の運用には根本的な違いがある。日本では、「継受されたソビエト法は中国に伝統的な法文化とは基本的に親和的であり、伝統法の発想の上に障害なく接合が可能であった。中国がソビエト法を継受した結果、伝統文化が復活し、これを温存させる結果になった」²⁷と指摘されている。本稿は独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度およびその具体的な運用とソビエト法との比較を通じて、中国法がソビエト法を継受した上で、中国なりの考え方によって、いかに伝統法と接合したかを明らかにすることができるのではないかと考える。

²⁵ 鈴木賢「現代中国法にとっての近代法経験」体制転換と法4号(2003年)19頁、福島正夫『中国の法と政治——中国法の歴史・現状と理論』(日本評論社、1966年)22-25頁、針生誠吉『中国の国家と法——過度期理論を中心として』(東京大学出版会、1970年)17-22頁など参照。

²⁶ 張衛平『民事訴訟：關鍵詞展開』(中国人民大学出版社、2005年)141-144頁参照。

²⁷ 鈴木賢・前掲注25、19頁。

第一章 制度の概要

本章では独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度について、最高人民法院はどう解釈しているか、そして学説はどのようなものとして理解しているかを整理し、この制度はどのような制度なのかを明らかにする。また、この制度はいかなる構造上の特質をもっているかについて考察したい。

第一節 現行法の規定についての司法解釈

独立した請求権のない第三者の訴訟参加について、民事訴訟法56条2項は次のように規定している。

「当事者双方の訴訟目的物に対して、第三者に独立の請求権はないが、ただし事件処理の結果とその者が法律上の利害関係を有するときは、訴訟に参加することを申請、あるいは人民法院がその者に訴訟に参加するように通知することができる。人民法院によって民事責任を負うとの判決を下された第三者は、当事者としての訴訟上の権利・義務を有する」。

現行法が施行されてからいままで、独立した請求権のない第三者の訴訟参加にふれた最高人民法院の司法解釈は1992年司法解釈と1994年司法解釈がある。

一. 1992年司法解釈

1992年に最高人民法院が「中華人民共和國民事訴訟法の適用の若干の問題に関する意見」を出した。その65条は「独立した請求権のない第三者は申請、あるいは法院通知で訴訟に参加することができる」と規定し、また66条は「法院に民事責任を負うよう判決された第三者は上訴する権利を有する。ただし、一審において第三者は管轄について異議を提起、訴訟請求を変更、ないし訴えを取り下げることができない」と規定した。

以上のように、65条は独立した請求権のない第三者の訴訟参加は「申請参加」と法院の「通知参加」という二つの方式があることを明らかにした。また、66条は現行法56条2項の「法院が民事責任を負うとの判決を下した第三者は当事者としての訴訟上の権利を有する」という文言を

具体化し、第三者の上訴権を確認した。そして、一審においては第三者は当事者と同じような訴訟上の権利がないことを明らかにした。この点は、現行法では明言されていないことである。

二. 1994年司法解釈

1994年に、最高人民法院は「経済紛争事件の審理における中華人民共和国民事訴訟法の適用に関する若干規定」を出した。この司法解釈では、四つの問題が扱われ、独立した請求権のない第三者の訴訟参加もその一つとされた。「独立した請求権のない第三者について」というタイトルのもとに、次のような規定が置かれた。

9条「訴訟を受理した人民法院は原告・被告間で争われている訴訟目的物と直接の関わりがない、かつ返還・賠償の義務がない者、原告もしくは被告との間の訴訟の管轄について原告もしくは被告と合意した訴外者、または専属管轄¹の一方当事者を、独立した請求権のない第三者として通知で訴訟に参加させてはならない」。

9条は法院の「通知参加」についての規定であり、いくつかの場合に法院が訴外者を独立した請求権のない第三者として訴訟に参加させてはならないことを定めた。

この条文には、四つのポイントがあると思われる。一つ目は訴訟に参加させる第三者は、当事者間の訴訟目的物に直接の関わりがある者でなければならないということである。二つ目は訴訟に参加させる第三者は、当事者に対して、返還或いは賠償の義務を負うべき者でなければならないということである。三つ目は、訴外者と一方当事者との間の訴訟では、合意によって管轄が決定され、その決定された管轄法院が両当事者間の訴訟の管轄法院と違う場合、その訴外者を独立した請求権のない第三者

¹ 専属管轄について民事訴訟法34条は下記のように規定している。「以下に列記する事件は、本条に規定する人民法院が専属して管轄する：①不動産紛争に就いて提起された訴訟は、不動産所在地の人民法院が管轄する；②港湾作業中に発生した紛争に就いて提起された訴訟は、港湾所在地の人民法院が管轄する；③遺産相続紛争に就いて提起された訴訟は被相続人の死亡時の住所所在地の人民法院が管轄する。つまり以上のような事件について特定の法院が専属して管轄することになり、ほかの法院が管轄する権限を持たないとのことである。

として訴訟に参加させてはならないということである。四つ目は訴外者は一方当事者と訴訟があり、その訴訟の管轄は専属管轄の場合に、その訴外者を訴訟に参加させてはならないということである。

9条は法院が通知で第三者を訴訟に参加させることについて、三つの要件を設けた²といわれている。

第一は、直接関係要件である。すなわち、訴訟に参加させる第三者は、当事者間の訴訟目的物に直接の関わりがある者でなければならない。「いかなる場合に直接の関わりがあるといえるかについて、司法解釈は明言していない。しかし、直接関係要件は第三者を訴訟に参加させる出発点であり、当事者の訴訟目的物にまったくかかわりがない者を強制的に訴訟に参加させることは不適切である」³。直接関係要件は民事訴訟法56条2項で規定された「訴訟の結果に法律上の利害関係を有する」という、独立した請求権のない第三者の訴訟参加要件にしほりをかけたものである。司法解釈は実務に対して、56条2項の規定を厳格に守ることを求めた⁴と解されている。

第二は、返還・賠償義務要件である。訴訟に参加させる第三者は、当事者に対して、返還或いは賠償の義務を負うべき者でなければならないことを強調した⁵という。

しかし、返還・賠償義務要件によって、法院は、事前に第三者が当事者に対して返還・賠償の義務を負うかどうかを判断しなければならない。つまり、法院は民事責任を負うよう判決されないだろう者を、訴訟に参加させてはならない。具体的にいえば、法院が、第三者が事件の処理結果と利害関係を有すると判断し、第三者を訴訟に参加させ、事実の認定を経て、第三者が民事責任を負うよう判決しないということは、司法解

² 張衛平編・『民事程序法研究』（中国法制出版社、2004年）91頁、肖建華・當事人問題研析』（中国法制出版社、2001年）287頁、江偉・孫邦清『新版以案說法 民事訴訟法編』（中国人民大学出版社、2005年）76-78頁など参照。

³ 張衛平編・前掲注2、93頁。

⁴ 肖建華・前掲注2、288頁、廖永安「論民事訴訟中無獨立請求權的第三人」湖南省政法管理幹部學院學報17卷3期（2001年）76-77頁、章伯凌「關於無獨立請求權第三人的幾點法律思考」法律適用2000年12期38頁など参照。

⁵ 肖建華・前掲注2、288頁、張衛平編・前掲注2、91-92頁など参照。

釈により許されないのである。この点について、「司法解釈では、第三者が訴訟に参加する前に、法院は事前に第三者が当事者に対して返還・賠償の義務を負うべきかどうかを審査しなければならないとされている。これは訴訟手続に違反するものである」⁶という指摘がある。確かに、訴訟の結果が審理する前に決められるのならば、第三者が訴訟に参加してからの、当事者・第三者の弁論、証拠提出などの訴訟行為は、法院の判断にとってなんの意味もなくなるだろう。

第三は、管轄要件である。9条は管轄にかかわる二つの場合に、訴外者を独立した請求権のない第三者として訴訟に参加させてはならないと規定した。管轄要件は56条2項の規定にないものであるが、要件に適合しない者を第三者として訴訟に参加させることができないため、56条2項の規定と比べれば、第三者の範囲を狭めたといえよう。

学界では、94年司法解釈は、実務において法院が恣意的に第三者を追加させるという問題に対して、制度の濫用を是正し、独立した請求権のない第三者の訴訟参加の範囲を制限しようとするものである⁷と理解されている。

第二節 現行法の解釈をめぐる学説

この制度の趣旨を明らかにするために、本節では独立した請求権のない第三者の訴訟参加要件、訴訟上の地位、訴訟参加方式および立法趣旨という四つのポイントをめぐる学説をまとめる。

一. 独立した請求権のない第三者の訴訟参加要件

独立した請求権のない第三者の訴訟参加には以下二つの要件が必要で

⁶ 江偉・孫邦清『新版以案說法 民事訴訟法編』（中国人民大学出版社、2005年）76-78頁など参照。

⁷ 肖建華・前掲注2、287頁、張衛平編・前掲注2、90頁、常怡編『民事訴訟法学』（中国政法大学出版社、2002年）174-175頁、譚兵編『民事訴訟法学』（法律出版社、2004年）189頁など参照。

ある⁸といわれる。

(一) 他の二当事者間の訴訟の存在

独立した請求権のない第三者は自ら当事者として訴訟関係の主体となることはできないので、独立した請求権のない第三者の訴訟参加が許されるためには、他の二当事者間に訴訟が係属することが前提となる⁹。独立した請求権のない第三者は、訴訟当事者以外の第三者でなければならず、当事者双方の訴訟目的物に対して、独立した請求を提起していない者である¹⁰という。これについて、学説は一般的には56条1項で規定された「独立した請求権を有する第三者」と対比的に解釈している。「独立した請求権を有する第三者とは当事者双方の訴訟目的物について、当事者の双方または一方に対して請求を定立して訴訟に参加する者である。それに対して、独立した請求権のない第三者とは当事者の訴訟目的物について独立した請求を提起していない者である」¹¹という。要するに、「独立した請求権のない第三者」は「独立した請求を提起していない者」であると理解すればよいであろう。以上のことについて、学説に對立はない。

(二) 当事者の訴訟結果に法律上の利害関係を有すること

独立した請求権のない第三者が訴訟に参加するためには、当事者の訴訟の処理結果に法律上の利害関係を有することが必要である。それは単なる感情的な理由や事実上・経済上の利害関係では不十分であり、法律上の利害関係でなければならない¹²と解されている。

次に問題となるのは、「訴訟の結果に法律上の利害関係を有する」ことの意味である。つまり、具体的にいかなる場合において、法律上の利害関係があるとされるのかという問題である。この点については、民事

⁸ 常怡編『民事訴訟法学』（中国政法大学出版社、2002年）174頁、柴發邦『中国民事訴訟法学』（中国人民公安大学出版社、1992年）262頁など参照。

⁹ 江偉編『民事訴訟法』（高等教育出版社・北京大学出版社、2000年）125頁、楊榮新編『民事訴訟法教程』（中国政法大学出版社、1992年）134頁など参照。

¹⁰ 方昕編『中華人民共和國民事訴訟法積義』70頁、劉芝祥・謝明智編『応用民事訴訟法学』（中国政法大学出版社、1992年）87頁など参照。

¹¹ 江偉編『民事訴訟法』（高等教育出版社・北京大学出版社、2000年）125頁。

¹² 柴發邦・前掲注8、262頁参照。

訴訟法が施行された直後の学説にはいくつかあいまいな点があり、近時の学説にも争いがある。

① 民事訴訟法が施行された直後の学説

民事訴訟法（1991年）が実施された直後、学説は一般的に訴訟の結果の判決によって第三者が不利益を受ける場合、その訴訟参加を許容する¹³と解釈していた。具体的には、次の通りである¹⁴。

当事者双方の訴訟目的物に対して、独立の請求権はないが、事件処理の結果に法律上の利害関係を有すると考え、自分の利益を守るために訴訟に参加する者は、独立した請求権のない第三者である¹⁵。第三者は、一方当事者を勝訴させることによって自身の利益を守るために訴訟に参加する。そのため、第三者は常に一方当事者を補助し、もう一方の当事者に対抗する。補助された当事者が勝訴すれば、判決は第三者を利する。反対に、補助された当事者が敗訴した場合、第三者に民事責任を負わせることが可能である。例えば、ある売買契約をめぐる紛争で、原告は被告から購入した機械に瑕疵があるという理由で、被告に対して、損害賠償を求める訴訟を提起した。実は瑕疵がある機械は被告が第三者から購入したものであった。訴訟で被告が敗訴すれば、最終的に第三者が民事責任を負う可能性がある。そのため、第三者は訴訟に参加し、被告が勝訴するように補助する¹⁶。

また、「事件の処理結果に法律上の利害関係を有する」とは、原告・被告の訴訟で、その一方が敗訴すれば、それに基づいて第三者に求償請求をなし得る場合であると明言する学説がある。このような場合に第三者は訴訟に参加し、その当事者を補助することができるという¹⁷。

以上の説明は第三者が当事者を補助する立場にあるという視角から出発したものであり、第三者が自ら訴訟に参加する場合についての説明で

¹³ 柴發邦・前掲注8、260-262頁、楊榮新編・前掲注9、133頁、劉芝祥・謝明智・前掲注10、87頁、方昕・前掲注10、71-72頁など参照。

¹⁴ このような学説が通説であるといわれている。張衛平『民事訴訟：關鍵詞展開』（中国人民大学出版社、2005年）149頁参照。

¹⁵ 方昕・前掲注10、71-72頁参照。

¹⁶ 柴發邦・前掲注8、261-262頁参照。

¹⁷ 江偉編『中国民事訴訟法教程』（中国人民大学出版社、1991年）104頁参照。

ある¹⁸。このような解釈は、ソビエト法の学説の影響を受けたものと考えられる¹⁹。ソビエト法では、独立した請求権のない第三者は主に当事者の一方を補助するために訴訟に参加し、特別の場合を除いて、法院は職権的に当事者を訴訟に参加させ、第三者が民事責任を負うよう判決することはできないのである²⁰。ところが、中国の制度およびその運用はソビエト法と違って、法院が第三者を訴訟に参加させ、第三者に民事責任を負うよう判決する場合がある。よって、ソビエトの学説に沿って、中国の制度趣旨を説明しつくすことはできない。

まず、上記の学説は、原告・被告間の訴訟の結果としての判決によって第三者が不利益を受ける場合に、第三者の訴訟参加を認めると解釈したが、いかなる場合に法院は第三者を訴訟に参加させることができるかについては触れていない。紛争を根本的に解決するため、人民法院が必要であると考える場合に、第三者を訴訟に参加させることができる²¹と簡単に述べられているのみである。

この場合、被告が敗訴すれば、最終的に第三者は民事責任を負う可能性があるとされている。だが、それは原告・被告間の訴訟において、第三者が民事責任を負うよう判決されるのか、それとも原告・被告間の訴訟が終わってから、第三者・被告間の訴訟で責任を負うよう判決されるのかは、不明である。56条2項は、原告・被告間の訴訟で第三者が民事責任を負うよう判決される可能性があることを規定しているが、なぜか学説はこの点をあいまいにしている印象がある。ソビエトの学説では、通常、「原告・被告間の本訴」と「被告・第三者間の求償訴訟」を一緒に審理してはならないとされ、裁判所が原告・被告間の本訴で第三者が

¹⁸ 張衛平編・前掲注2、93頁参照。

¹⁹ 1950年代、1980年代には、ソビエト民事訴訟法典および民事訴訟法の教科書は中国で出版された。1980年代の後半まで、外国法として学者は主にソビエト法の影響を受けた。独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度に関する学説もそうである。張衛平編・前掲注2、64頁参照。

²⁰ ソビエト法における独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度について、本稿は第二章で詳しく検討する。

²¹ 柴発邦・前掲注8、62頁、方昕・前掲注10、71-72頁など参照。

民事責任を負うと判決することができない²²とされていた。ソビエトの理論を用いて、中国の制度を解釈する学説は、いささか苦しい立場に立っているように見える。

② 近年の学説

実務においては法院が第三者を訴訟に参加させ、第三者が民事責任を負うよう判決される場合が非常に多いという状況を受けて、近年、法院がどのような場合に第三者を訴訟に参加させることができるかについての論文が多く見られるようになった。議論の中心となっているのは、「事件の処理結果と法律上の利害関係を有する」ということを、どう解釈すべきなのかという点である。見解は大きく以下の二つに分かれている。

A. 求償説（多数説）

求償説は「事件の処理結果と法律上の利害関係を有する」について概ね次のように解釈している²³。

被告が原告に敗訴して判決どおりの義務を履行すれば、それに基づいて第三者に求償・損害賠償その他一定の請求をなし得る場合に、第三者が「事件の処理結果と法律上の利害関係を有する」。このような場合に、第三者は自らの申請で被告を補助するように訴訟に参加して、被告の勝訴を通じて第三者自身の利益を守ることができる。または、人民法院は

²² ソビエト法について四章で詳しく検討する。

²³ 最初に「訴訟の結果と法律上の利害関係を有する」ことの解釈について、詳しく論じたのは江偉・単国軍および廖永安・王煥平の論文であった。江偉・単国軍「論民事訴訟中無独立請求権第三人的確定」中国人民大学学報1997年2期71-76頁、廖永安・王煥平「無独立請求権第三人法律制度的立法缺陷及完善」法学探索1996年2期15-16頁参照。その後、多くの学者は以上の論文と同じ立場で、独立した請求権のない第三者の訴訟参加の要件について論じている。王莉「無独立請求権第三人参加訴訟依拠之再探討」西南民族学院学報・哲学社会科学版23卷6期（2002年）179頁、章伯凌「關於無独立請求権第三人的幾点法律思考」法律適用2000年12期38頁、胡文利・陳維紅「關於確立無独立請求権第三人的探討」律師世界1997年8期36頁、譚兵編『民事訴訟法学』（法律出版社、2004年）188頁、崔雪梅「論民事訴訟中的第三人」遼寧警專学報6期（2003年）17頁、付琴「民事訴訟中無独立請求権第三人的現状和完善」当代法学2002年9期81頁、廖永安・李武松「論對無独立請求権第三人的法律保護」法律適用1995年1期45頁など参照。

第三者を訴訟に参加させ、直接第三者が民事責任を負うように判決することができるという²⁴。

具体的に、どのような場合に独立した請求権のない第三者の訴訟参加を認めるかについて、学者の論文の中で幾つかの具体例が見られる。例えば以下のような場合である。

① XがYから購入した商品に瑕疵があるという理由で、Yに対して損害賠償を求める事件で、同商品をYが第三者Zから購入したものである場合²⁵。

② YはXとの契約の通りに債務を履行しなかったため、Xに対して、民事責任を負うべきである。しかし、Yの債務不履行の原因が第三者Zが被告との契約通りに債務を履行しなかったためである場合²⁶。

③ YはXの雇主である。Xが雇用契約にしたがってYの工場で働いているとき、レンガのかけらが落下して、Xの頭にぶつかり、Xは怪我をした。そのレンガは隣に住んでいる第三者Zが投げたものであった。Xが雇用契約に基づいて、損害賠償訴訟を提起した場合²⁷。

たしかに、実務における独立した請求権のない第三者の取り扱い方は、上記のようなケースがもっとも多い。本稿の第三章で、制度の運用と機能について、それを一つの類型、「求償型」として詳しく検討する。

B. 求償+転嫁説（少数説）

少数説は以下の二つの場合に第三者が「事件の処理結果と法律上の利害関係を有する」と認める²⁸。

²⁴ 江偉・単国軍・前掲注23、74頁、常怡編『民事訴訟法学（2002年修訂版）』（中国政法大学出版社、1999年）142頁など参照。

²⁵ 徐秋菊「論我国無独立請求権第三人制度」探討与争鳴2001年6期48頁、林義全「論民事訴訟中の第三人」西南民族学院学报・哲学社会科学版1995年1期97頁、胡文利・陳維紅・前掲注23、38頁、胡建中「民事經濟糾紛中無独立請求権第三人的認定及民事責任」法律適用1995年9期16頁など参照。

²⁶ 譚兵編・前掲注23、188頁参照。

²⁷ 廖永安「論民事訴訟中無独立請求権の第三人」湖南省政法管理幹部学院学报17卷3期（2001年）76頁参照。

²⁸ 楊榮新編『民事訴訟法学』（中国政法大学出版社、1997年）175頁、梁書文編『民事訴訟法』（中国檢察出版社、1997年）85頁など参照。

一つは、第三者が被告との間に法律関係があり、被告が原告に敗訴して判決どおりの義務を履行すれば、それに基づいて第三者に求償・損害賠償その他一定の請求をなし得る場合である。この場合の第三者の訴訟参加は求償説でも認められている。もう一つは、第三者が原告との間に法律関係があり、原告・被告間の訴訟で原告が敗訴すれば、第三者に対して別の訴訟を提起する可能性がある場合である。この場合に、法院は被告の責任を否定した上で、責任を負うべき第三者を訴訟に引き込み、第三者が原告に対して民事責任を負うよう判決することができる²⁹という。たとえば、不法行為による損害賠償請求訴訟において、法院が真の不法行為者と思われる第三者を訴訟に引き込んで、損害賠償責任を第三者に転嫁するということである。

このような解釈の下で、下記のような具体例があげられている。

XはYにビルの建設を請負させた。そして、Yは第三者Zからビルの建築資材を購入した。ビルの建設工事が終わった後、Xはビルに質的瑕疵があるという理由で、Yに対して損害賠償を求める訴訟を提起した。訴訟係属中、法院は第三者Zを訴訟に参加させた。法院はビルに瑕疵が生じた原因が被告の工事によるものではなく、第三者Zから提供された建築資材の問題であると判断した場合、ZがXに対して、賠償責任を負うよう判決すべきである³⁰という。

求償説はこの場合の独立した請求権のない第三者の訴訟参加を認めず、このような場合に第三者は原告・被告間の訴訟結果と直接の関わりがないと考えている³¹。「56条2項では、第三者が事件処理の結果と法律上の利害関係を有するとき、訴訟に参加することができると規定されているが、一部の学説は、第三者が『当事者』と『法律上の利害関係を有する』ことにばかりとらわれて、第三者が『原告・被告間の訴訟の処理結果』と『法律上の利害関係を有する』べきであるという前提を見落とした。このような解釈は独立した請求権のない第三者の範囲を広げて、実務における制度の濫用をもたらした。例えば、原告が被告に対して不

²⁹ 楊榮新編・前掲注28、175頁参照。

³⁰ 梁書文編・前掲注28、85-86頁参照。

³¹ 江偉・単国軍・前掲注23、74頁、廖永安・李武松・前掲注23、45頁参照。

法行為の損害賠償を求める訴訟を提起したところ、法院は真の不法行為者が被告ではなく、第三者であると認定し、第三者を訴訟に参加させ、第三者が民事責任を負うよう判決を下した。実際に、このような場合に第三者の民事責任の確定は原告・被告間の訴訟の処理結果と直接の関わりがないため、法院は第三者を独立した請求権のない第三者として訴訟に参加させるべきではないのである」³²と求償+転嫁説を批判した。

実務においては、民事責任転嫁のように「独立した請求権のない第三者」が取り扱われるケースも多少みられる。本稿の第三章ではこのようなケースを「おせっかい型」として詳しく検討する。

以上の二つの学説に対する評価として、求償説は「被告と第三者の民事責任の因果関係を強調しているが」、求償+転嫁説は「このような因果関係を強調せず、原告に対する民事責任を負うべきである者を第三者とする」³³といわれている。

二. 独立した請求権のない第三者の訴訟上の地位

独立した請求権のない第三者の訴訟上の地位の解釈については、概ね二つの学説に分かれる。

A. 条件つき当事者説（通説）³⁴

独立した請求権のない第三者が条件付きの当事者であると主張する学説である。その主張は次の通りである。

56条2項が「人民法院が民事責任を引き受けるとの判決を下した第三者は、当事者としての訴訟上の権利・義務を有する」と規定したため、第三者は当事者としての地位を取得する。つまり、人民法院が民事責任を引き受けるとの判決を下した場合に、第三者ははじめて当事者になる。言い換えれば、独立した請求権のない第三者が当事者になる条件として、民事責任を負うよう判決されることが必要なのである³⁵。

³² 江偉・単国軍・前掲注23、74頁。

³³ 張衛平・前掲注14、140頁参照。

³⁴ 中国の民訴学者はこの学説を「通説」と位置つける。江偉編・前掲注9、126頁、張衛平・前掲注14、138頁参照。

³⁵ 柴発邦・前掲注8、261頁、江偉編・前掲注11、126頁、陳俊華「無独立請求

このような独立した請求権のない第三者は、訴訟上の地位として、従属性と独立性という二つの特徴を持つといわれる。

①従属性。独立した請求権のない第三者は自ら請求をする、または請求される当事者になるのではないため、訴訟自体を処分・変更することができない。つまり、訴訟請求の変更、訴えの取り下げ、和解の請求、執行の申請をすることができない。また、管轄に対して異議を提起する権利をも持たない³⁶。

②独立性。第一に、独立した請求権のない第三者は自分の名義で訴訟に参加する。第二に、自らの申請で訴訟に参加することができる。第三に、原告の請求・被告の答弁・事実の概要・訴訟の進展などの情報を得る権利を有する。第四に、主張の陳述・証拠の提供・法廷弁論に参加ができる。第五に、一審で民事責任を負うよう判決された場合に、上訴する権利を有する。第六に、原告・被告の和解案が第三者の義務にかかわりがある場合に第三者は調停に参加する権利を有する³⁷。

この説は次のような理論上の難問を抱えている。つまり、民事責任を負うよう判決される前に、独立した請求権のない第三者が当事者ではないならば、なぜ人民法院は当事者ではない第三者に対して民事責任を負うよう判決することができるのかという問題である。それは、目下、制度自体の問題点として批判されている³⁸。この点については、本稿の第四章で詳しく検討する。

B. 当事者説（少数説）

権第三者権利保護問題」広西政法管理幹部学院学報15卷3期（2000年）29頁、肖建華『民事訴訟当事人研究』（中国政法大学出版社、2002年）307-308頁、徐秋菊「試論我国無独立請求権第三人制度」探討与争鳴2001年6期49頁など参照。

³⁶ 柴發邦・前掲注8、261頁、劉芝祥・謝明智編・前掲注10、89頁、江偉編・前掲注9、126頁、蔣為群「論無独立請求権第三人」甘肅政法學院學報62期（2002年）92頁、馬韻華「無獨立請求權第三人若干問題探討」廣東商學院學報2002年增刊93頁、舒曉「關於無獨立請求權第三人的幾點看法」湖北商業高等專科學校學報1998年2期45頁など参照。

³⁷ 江偉編・前掲注9、126頁、柴發邦・前掲注8、261頁、蔣為群・前掲注36、92頁など参照。

³⁸ 肖建華・前掲注35、306-309頁、張衛平・前掲注14、139頁など参照。

これは、独立した請求権のない第三者が当事者であると主張する学説である。この学説は原告・被告間の訴訟と第三者の「参加の訴訟」が併合されたと解している。その主張は次の通りである。

独立した請求権のない第三者が訴訟に参加する場合、二つの訴訟は併合される。一つは原告・被告間の訴訟である。もう一つは第三者・一方当事者間の「参加の訴訟」である。独立した請求権のない第三者は原告・被告間の訴訟において当事者ではないが、併合された「参加の訴訟」の当事者である。そのため、訴訟において、独立した請求権のない第三者は当事者として訴訟上の権利を有する。しかし、独立した請求権のない第三者が当事者になったのは原告・被告間の訴訟に参加した後であるため、その訴訟上の権利はある程度制限される。例えば、独立した請求権のない第三者は訴訟請求の変更、請求の認容、訴えの取り下げ、和解の請求、執行の申請をすることができない³⁹。

以上のような説明には次のような問題点があると思われる。いわゆる「参加の訴訟」では、誰が訴訟を提起したのか、訴訟請求がなんなのか。第三者・一方当事者間で訴訟があれば、訴訟請求を提起するのは第三者、あるいは一方当事者であるが、なぜ人民法院は強制的に第三者を訴訟に参加させることができるのだろうか。

C. 当事者従属・当事者説（少数説）

独立した請求権のない第三者の訴訟上の地位は訴訟参加の方式および訴訟の段階によって違くと主張する学説である。主に次のように議論している。

独立した請求権のない第三者は自らの申請によって訴訟に参加する場合に、一方当事者を勝訴させるように補助するため、当事者としての訴訟上の権利を持たず、当事者に従属する地位にある。一審判決が下されたあと、判決の内容が直接に第三者の責任と関わりがない場合、第三者は上訴権を有しない。当事者が上訴した場合に、第三者は二審でも、依然として一方当事者を補助し、従属的地位にある。法院が第三者を訴訟に参加させた場合に、独立した請求権のない第三者の訴訟上の地位は訴

³⁹ 楊榮新編・前掲注28、177頁、廖永安・張輝「論無独立請求権第三人法律制度立法缺陷与完善」広西法学1995年1-2期22頁参照。

訟段階によって違う。法院が原告・被告間の訴訟を審理するとき、第三者は一方当事者を補助することになり、従属的地位にある。法院が第三者・一方当事者間の「参加の訴訟」を審理するとき、第三者は一方当事者の被告になり、当事者としての訴訟上の権利を有する。一審で第三者が責任を負うよう判決された場合に、第三者は上訴する権利を有する⁴⁰。

当事者従属・当事者説も当事者説と同様、第三者・一方当事者の間に「参加の訴訟」が存在すると考えており、前述の当事者説と同様の問題をも含んでいる。

以上の三つの学説における問題点をみれば、民訴法の規定から独立した請求権のない第三者の訴訟上の地位を明らかにするのは難しいと思われる。それは、制度自体がかかえる矛盾の現れだと思われる。

三. 独立した請求権のない第三者訴訟参加の方式

1. 独立した請求権のない第三者訴訟参加の方式——「申請参加」と「通知参加」

56条2項の規定からみると、独立した請求権のない第三者の訴訟参加は「申請参加」と「通知参加」という二つの方式がある。これについては学説には争いが無い。

「申請参加」の場合、第三者はみずから書面、あるいは口頭で人民法院に訴訟参加の申請を提起する。法院は56条2項の規定によってその申請を審査し、独立した請求権のない第三者訴訟参加の要件に合致するならば、訴訟参加を許可し、合致しないならば、訴訟参加を許可しない。他方、「通知参加」とは人民法院が職権で第三者に対して訴訟に参加するよう通知して参加させることである⁴¹。

第三者が申請によって訴訟に参加する目的は、一方当事者を勝訴させるべく補助することによって自分の利益を守ることにあるといわれる。それに対して、法院が第三者を訴訟参加させる目的は、最終的に民事責

⁴⁰ 余宇・李夙「無独立請求権の第三人制度探析」政治与法律2001年1期35頁、馬慧珍「対無独立請求権的第三人制度的幾点思考」2002年4期58頁参照。

⁴¹ 江偉編・前掲注9、126頁、柴發邦・前掲注8、262頁、楊榮新編・前掲注28、177頁など参照。

任を負うべき者を見出し、一回の訴訟で根本から紛争を処理するためである⁴²と解されている。

また、人民法院から訴訟参加の通知を受けた第三者は、訴訟に参加する義務を有するといわれる。出廷しなければならない第三者が人民法院から二回の召喚状を受けて、正当な理由なしに出廷しない場合に、人民法院は欠席審理で第三者が民事責任を負うよう判決することができる。また、民事責任を負うと判決された第三者は判決に従わなければならない。第三者がみずから履行しない場合、法院は強制的執行することができる⁴³。

2. 「通知参加」の二つの類型

「通知参加」をさらに二つの類型に分ける学説がある。一つは、人民法院がみずから第三者の訴訟参加が必要であると考へ、通知によって第三者を訴訟に参加させる場合である。もう一つは、原告ないし被告が、法院に対して、第三者を訴訟に参加させるよう申請し、法院はその申請に基づいて、第三者の訴訟参加が必要であると認定し、通知で第三者を訴訟に参加させる場合である⁴⁴という。

被告は訴訟で原告に求められている民事責任を第三者に転嫁するために、法院に対して、第三者を訴訟参加させよう申請する場合がある。また原告は被告の自分に対する権利侵害の原因が第三者にあると知っているが、第三者と直接の法律関係がないため、法院に対して、第三者を訴訟に参加させるよう申請する場合がある⁴⁵と分析されている。

たしかに、実務では、法院は当事者の申請に基づいて第三者を訴訟に参加させる場合がある。しかし、当事者の申請といっても、最終的に第三者を訴訟に参加させるかどうかは、法院が決定する。

⁴² 柴發邦・前掲注8、262頁、張衛平『民事訴訟法教学案例』（法律出版社、2005年）64頁、肖建華・前掲注35、304頁など参照。

⁴³ 楊榮新編・前掲注28、178頁、柴發邦編・前掲注8、263頁、唐德華編『新民事訴訟法条文積義』（人民法院出版社、1991年）113頁、張衛平・前掲注42、65頁など参照。

⁴⁴ 張衛平編・前掲注2、75-77頁、廖永安・王煥平・前掲注23、18頁、付琴・前掲注23、81頁など参照。

⁴⁵ 張衛平・前掲注2、150頁参照。

四. 制度の趣旨

独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度の趣旨について、学説では、主に次の二つの点があげられている⁴⁶。

1. 事実を全面的に解明するため

制度の趣旨の一つとして、第三者を訴訟に参加させることによって、事実を全面的に解明することができるといわれる⁴⁷。独立した請求権のない第三者は常に本訴の一方当事者と法律関係があり、第三者が義務を履行したかどうかは原告の権利の実現に関わる。第三者を訴訟に参加させることによって、当事者の訴訟と関連するすべての紛争の事実関係を明らかにし、その権利・義務を徹底的に調べ、誰が真の権利侵害者であるかを明らかにすることができるといわれる⁴⁸。

事実の全面的解明は民事裁判の目的の一つとして理解されている⁴⁹。実務の裁判例では、法院が職権的に第三者を訴訟に参加させても、結果的に判決は第三者の責任について触れない場合がある。なぜ第三者を訴訟に参加させたかについて、「第三者の訴訟参加のおかげで、事件に関わる事実をすべて解明し、原告・被告の権利・義務関係は明らかになっ

⁴⁶ 82年に民事訴訟法（試行）で独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度がはじめて設けられたときから、制度の立法趣旨に関する議論の概ねは目下の議論と同じである。

⁴⁷ 江偉・単国軍・前掲注23、72頁、方昕編・前掲注10、71頁、北京政法学院民事訴訟法教研室編『中華人民共和國民事訴訟法講義』（校内用書、1983年）95頁など参照。

⁴⁸ 劉春茂・張晋清編『民事訴訟法知識』（四川人民出版社、1992年）64頁、北京政法学院民事訴訟法教研室編・前掲注47、94頁、方昕編・前掲注10、71頁など参照。

⁴⁹ 民事訴訟法の2条では、中華人民共和國民事訴訟法の任務として「当事者が訴訟の権利を行使するのを保護し、人民法院が事実を調べ明らかにし、是非を明らかに区別し、正確に法律を適用し、機を逸せず民事事件を審理し、民事上の権利関係を確認し、民事上の違法行為を制裁するのを保証し、当事者の適法な權益を保護し、市民自覚的に法律を遵守するように教育し、社会秩序・経済秩序を擁護し、社会主義建設事業の順調な進行を保障することである」と規定されている。

た⁵⁰と説明するものである。また、「最終的に第三者が当事者の訴訟結果と利害関係を有するかどうかは、人民法院の当事者の事件に対する審理が終わってから決められるが、事実を明らかにするために、より早い段階で、第三者を訴訟に参加させなければならない。第三者を参加させなければ、人民法院は第三者と事件の結果との利害関係について正しく判断することができないのである」⁵¹といわれている。

2. 訴訟手続を簡素化し、紛争を抜本的に処理するため

制度の趣旨として、もっともよく指摘されているのは、第三者の訴訟参加によって、訴訟手続を簡素化し、紛争を抜本的に処理することができるということである。「第三者が訴訟に参加する場合、法院は複数の紛争を併合して審理することになる。このような併合審理によって、訴訟手続を簡素化し、人的資源も、物的資源も節約できると同時に、紛争を抜本的に処理することができる」⁵²といわれる。そして、「第三者が訴訟に参加しないならば、法院の判決は第三者に対して拘束力がないのである。判決が下されたあと、当事者が第三者に、あるいは、第三者が当事者に対して新しい訴訟請求を提起した場合に、人民法院はあらためて審理しなければならない。これでは人的資源、物的資源の浪費にもなる」⁵³といわれる。そのため裁判実務においては、法院は当事者の訴訟の処理結果と第三者の間に利害関係があると判断した場合に、能動的に第三者を訴訟に参加させ、紛争を抜本的に処理しなければならない⁵⁴という。

五. 小括

以上、第三者の訴訟参加の要件、訴訟上の地位、訴訟参加の方式およ

⁵⁰ 上海市高級人民法院編『上海法院典型案例叢編』（上海人民出版社、2001年）98頁。

⁵¹ 劉春茂・張晋清・前掲注48、65頁。

⁵² 方昕編・前掲注10、71頁。

⁵³ 劉春茂・張晋清編・前掲注48、65頁。

⁵⁴ 唐德華・楊榮新編『民事訴訟基本知識』（法律出版社、1982年）69頁、遼寧省法学会編『民事訴訟法基本知識』（遼寧人民出版社、1983年）65-66頁、北京政法学院民事訴訟法教研室編・前掲注47、94頁など参照。

び制度の趣旨という四つの問題を検討してきた。以上を総合すると、この制度には三つのポイントがあると思われる。第一に、法院は第三者が事件の処理結果と関わりがありそうだと考える場合に、職権的に第三者を訴訟に参加させることができる。第二に、「利害関係」をめぐる学説の解釈に違いはあるが、いずれにせよ、法院は第三者が民事責任を負うよう判決することが可能である。第三は、第三者は民事責任を負うよう判決されてから、はじめて当事者としての訴訟上の権利を有する。つまり、判決前には、第三者には当事者と同じような訴訟上の権利がないのである。「参加の訴訟」、「訴の併合」を前提として、第三者が当事者であると解釈する学説もあるが、第三者に訴訟請求の変更、訴えの取り下げ、和解の請求、執行の申請などの訴訟上の権利は与えられない。二審終審制度⁵⁵の下で、第三者は一審で訴訟に参加し、民事責任を負うよう判決された場合、上訴権を有するが、二審から訴訟に参加する場合は、上訴ができないのである。

第三節 制度の構造的特質

一. 当事者の処分権に対する極度の制限

56条2項に基づいて、人民法院は職権的に第三者を訴訟に参加させ、第三者が民事責任を負うよう判決することができる。このような裁判のやり方は当事者の処分権に対する大きな制限である。

近代法的な民事訴訟は、当事者の申立により開始し、裁判所は当事者の申立の範囲内で、しかも当事者が訴訟による解決を求めているかぎりにおいて裁判を行うことができるという、処分権主義が採用されている。つまり、当事者が自ら訴訟による解決を図り、かつその訴訟を処分することが認められ、裁判所は当事者の申立事項をこえて、またはそれ以外の内容の本案判決をすることは許されないとされる⁵⁶。

⁵⁵ 民事訴訟法10条「人民法院の民事事件の審理は、法律の規定に従って合議・回避・公開裁判と二審終審制度を実行する」。

⁵⁶ 新堂幸司『新民事訴訟法（第二版）』（成文堂、2001年）287頁、小林秀之・原強『民事訴訟法』（弘文堂、2000年）70頁など参照。処分権主義は、私的自

それでは中国の民事訴訟において、処分権主義は妥当するのだろうか。民事訴訟法第一章「任務、適用範囲および基本原則」の13条では「当事者は法律に規定する範囲内において自らの民事的権利と訴訟的権利を処分する権利を有する」と定められている。この規定は一般的に「処分原則」とよばれている。この原則の下で、当事者は訴訟の提起、請求範囲、請求の変更、和解、訴えの取り下げ、上訴などについてみずから決める権利を有する⁵⁷と解されている。

一方、当事者の処分権は絶対的なものではなく、ある程度制限されているという。すなわち、①処分行為は法の規定に反してはならず、②国家・社会・集団・個人的利益に損害を与えてはならない。よって、当事者の処分行為はまず人民法院の審査・監督をうけ、人民法院に認められてから、はじめて有効になる。以上の二つのことに違反す場合、人民法院は国家を代表して、当事者の不当な処分行為は無効であると認定する。中国の民事訴訟における国家関与原則は、人民法院の当事者に対する監督に表われる。国家関与は処分原則の一つ重要な内容である⁵⁸といわれている。

実際、民事訴訟法では、訴訟における当事者の処分行為がさまざまな場面で制限される。具体的には次の通りである。

第一に、訴訟を提起する権利の処分権がかならずしも紛争当事者に属

治の原則をその理念的基礎とするために、私的自治が制限される権利関係については、処分権主義も制限されることがある。日本では人事訴訟においては、請求の放棄などが制限される。また、私人間の権利関係が訴訟物とならない、形式的形成訴訟、たとえば境界確定の訴えなどにおいては、処分権主義が制限される。ただし、境界確定訴訟においても、「訴えなければ裁判なし」という不告不理の原則自体は妥当するので、処分権主義が完全に排除されるわけではない。松本博之・上野泰男『民事訴訟法』（弘文堂、1998年）29-30頁参照。

⁵⁷ 江偉編・前掲注9、57-58頁、常怡編・前掲注8、115-116頁、譚兵編『民事訴訟法学』（法律出版社、2004年）111-112頁など参照。

⁵⁸ 江偉編・前掲注9、58頁、楊榮新編・前掲注28、63頁など参照。憲法51条でも「中華人民共和国公民が自由と権利を行使するときは、国家的・社会的・集団の利益とその他の公民の合法的な自由と権利に損害を与えてはならない」と規定されている。

さない。民事訴訟法177条は「各級人民法院院長は既に法的効力の生じた判決・裁定に対して、確かに誤りがあることを発見し、再審の必要を認めるときは、裁判委員会の討論決定に回すべきである。最高人民法院は地方各級人民法院の既に法的効力の生じた判決・裁定に対して、上級人民法院は下級人民法院の既に法的効力を生じた判決・裁定に対して、確かに誤りがあることを発見したときは、自ら再審理しあるいは下級人民法院に再審理を指令する権限を有する」と規定している。この規定によれば、当事者の意思なしに、人民法院は自らのイニシアチブによって、再審を発動することができる⁵⁹。

第二に、人民法院は訴えの請求の範囲を決める権利を有する。民事訴訟法151条は二審の「審理範囲」について、「第二審人民法院は上訴請求に関係する事実と法律の適用に対して審査を行なうべきである」と規定した。1992年7月に最高人民法院の「中華人民共和國民事訴訟法の適用に関する若干問題の意見」が実施され、その180条は民事訴訟法の151条の解釈として、「第二審人民法院は民事訴訟151条に従って、上訴請求に関する事実と法律の適用に対して審査を行なうとき、上訴請求以外の部分についても、一審判決の誤りを発見した場合は、是正しなければならない」と規定した。つまり、二審人民法院は当事者の上訴請求の範囲に拘らず、一審判決について全面的に審査し、誤りと認定したことをすべ

⁵⁹ 民事訴訟法の10条で人民法院の民事事件の審理は、「二審終審制度を採用する」と定めた。最高人民法院および特別手続により裁判がなされた事件を除き、当事者は地方人民法院の第一審判決・裁定を不服のときは、一級上の人民法院に上訴を提起する権利を有し、一級上の人民法院が上訴事件について下した判決・裁定は、終審の判決・裁定、すなわち、法的効力を生じた判決・裁定である。「法的効力が発生」した判決には執行力が付与される。このように、中国法では終審判決に関して「確定する」という文言を用いず、「発生法律効力の判決」という用語を採用している。中国法は「法的効力が発生した」判決に対する裁判のやり直しの制度（これを裁判監督ないし再審と称する）幅広く用意してあって、それは質的にもわれわれが知っている「確定」ではなく、文字通り「法的効力の発生」によって終了するというべきなのであると言われている。鈴木賢「中国における民事裁判の正統性に関する一考察」小口彦太編『中国の経済発展と法』（早稲田大学比較法研究所、1998年）371頁参照。

て是正すべきであるとされている。

第三に、訴えの取り下げについての処分権利も必ずしも当事者の自由に属すわけではない。民事訴訟法131条は「判決宣告前に、原告が訴えの取り下げを申請したときは、許諾をする否かを、人民法院が裁定する」と規定した。ここで、原告の訴えの取り下げの申請に対して、どのような場合に許諾するか、あるいは許諾しないかについて、明らかに規定していないが、人民法院が原告の訴えの取り下げの申請を許諾せずに、訴訟の継続を強制できることは疑問がない⁶⁰。実務においても、人民法院は訴えの取り下げが国家・社会・集団・個人の利益に損害を与える恐れがあるという理由で原告の取り下げの請求を許諾しなかった事例がある⁶¹。

その他に、当事者が申請を提出しないときに、人民法院が必要とする時、財産保全の措置を講じる裁定をすることができ⁶²、または、職権に

⁶⁰ 張衛平「民事訴訟処分権原則重述」現代法学23巻6号(2001年12月)、90頁参照。

⁶¹ ある人は自分が神様の力を借りていて、気功ですべての病気を治せるといい、患者から多くのお金をもらって、患者たちに「神医」と呼ばれていた。「偽科学」の正体を暴く行為で有名である司馬南という方はある雑誌で「神医」の医術が偽物であるという記事を掲載した。2000年1月に、「神医」は名誉毀損の理由で司馬南と雑誌を被告として、損害賠償を求める訴訟を提起した。その後、「神医」は訴えの取り下げを申請した。しかし、法院はその申請を許諾せずに、原告欠席で原告の敗訴の判決を下した。その理由として説かれたのは、「神医」を「正義の裁判」から逃げさせないようにするためである。「科学贏了一元錢」北京青年報2000年4月15日参照。2002年9月に、ある国営企業は被告に対して560万元の債務履行を求める訴訟を提起した。訴訟係属中、原告と被告とは被告が二ヶ月以内に原告に500万元を弁済すれば、残る60万元を弁済しなくてもよいと和解した。しかし、原告が法院に訴えの取り下げを申請したら、法院はその和解案が国営企業に60万元の損失を与えるとう理由で取り下げの申請を許諾しなかった。張衛平・前掲注42、8頁参照。

⁶² 民事訴訟法92条「人民法院当事者の一方の行為或いはその他の原因により、判決の執行が不能あるいは執行が困難となるおはそれのある事件に対して、相手当事者の申請に基づいて、財産保全の裁定を下すことができる。当事者が申請を提出しないときに、人民法院が必要とするときも財産保全の措置を講じる裁定をすることができる。

よる強制執行手続を開始することもできる⁶³。

独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度によれば、当事者が第三者に対して、訴訟を提起していない、または第三者が当事者に対して訴訟を提起していなくても、人民法院が必要であると考えれば、第三者を訴訟に参加させることができる。第三者が訴訟に参加した場合、第三者・当事者の間には対立構造が存在せず、特定の訴訟物もない。そのため第三者の民事責任にかかわる裁判の範囲は特定されていない。にもかかわらず、人民法院は第三者が民事責任を負うよう判決することができる。これは裁判所による訴訟関係者の処分権に対する極度の制限といえよう。

二. 関連する複数の紛争の一回的処理

近代法的な民事裁判において、判決の正当化は非常に重要な意味をもっている。訴訟手続は判決という強行的最終結果をめざして構成され、これを目標として展開されていくばかりではなく、判決を正当化することのできるような内容や構造をとらなければならない。このため近代法的な裁判における訴訟手続は当事者主義を基調とし、裁判所と当事者双方との主な訴訟行為を権利義務として捉え、明確な手続規範で規制する構造を持つのである。手続の保障は判決の正統性、ひいては裁判全体の正統性を支えるもっとも重要な要素であり、近代法的な裁判を可能ならしめる必要不可欠な正統性原理となっているといえよう⁶⁴。

確かに、裁判の対象となる権利関係について利害関係を持つ者は、原告および被告の二当事者に限定されるわけではない。その例としては、訴訟物そのものが自己に帰属することを主張する第三者、訴訟物について別の権利を持ち、その権利が訴訟の帰趨によって影響を受けることを主張する第三者、あるいは訴訟物についての判断の前提問題が、自己の

⁶³ 民事訴訟法216条「法律効力を生じた民事判決・裁定は、当事者が履行しなければならぬ。一方が履行を拒絶したときは、相手方の当事者は人民法院に対して執行を申請することができ、裁判員が執行員に移送して執行することもできる」

⁶⁴ 田中成明「裁判の正統性——実体的正義と手続保障」新堂幸司編『講座民事訴訟法1』（弘文堂、1984年）87頁参照。

権利と共通であり、やはり訴訟の帰趨によって自己の権利に影響をうけることを主張する第三者などが考えられる。両当事者やこれらの第三者の権利保護、および紛争の一挙的処理などの社会的要請を考慮して、日本の民事訴訟法では、共同訴訟、独立当事者参加、補助参加などの多数当事者訴訟を認めている⁶⁵。

相互に関連した紛争を一挙的に処理することは、審理の重複を省き、訴訟不経済を避け、裁判の矛盾を生じさせないですむという利点がある。しかし、無闇にこれを認めると、かえって審理が複雑になり、訴訟を混乱させ遅延させるおそれもある⁶⁶といわれる。日本では、一挙的処理と手続保障のバランスの上に、紛争処理の規模、単位、判決の効力のおよぶ範囲などを考えなければならない⁶⁷と議論されている。

制度として、通常共同訴訟では、共同訴訟人独立の原則が認められる⁶⁸。共同訴訟の利点を生かすために、それぞれの共同訴訟人についての手続保障を害しない範囲内で、独立の原則を制限することが考えられ、判例・学説上異議なく共同訴訟人の証拠共通が認められている。そして、訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき必要的共同訴訟では、一人の共同訴訟人に対する判決の既判力が他の共同訴訟人に対しても拡張される⁶⁹。そのため、訴訟提起段階で、関係者全員が当事者となることが必要とされ、関係者のうち一人でも欠ければ、当事者適格を欠くとして、訴えは却下されることになる。また、他人間の訴

⁶⁵ 伊藤眞「多数当事者訴訟論の現状と課題」青山善充・伊藤眞編『民事訴訟法の争点』（有斐閣、1998年）86頁、新堂幸司編56、662頁など参照。

⁶⁶ 田尾桃二「紛争の一回的解決ということについて」民事訴訟法雑誌40号（1994年）55-60頁参照。ここでは、紛争の一回的解決と個別（分割）解決の優劣について、論じられている。

⁶⁷ 田尾桃二・前掲注66、40頁参照。

⁶⁸ 民事訴訟法39条（共同訴訟人の地位）共同訴訟人の一人の訴訟行為、共同訴訟人の一人に対する相手方の訴訟行為および共同訴訟人の一人について生じた事項は、他の共同訴訟人に影響を及ぼさない。

⁶⁹ 民事訴訟法40条（必要的共同訴訟）①訴訟の目的が共同訴訟人の全員について合一にのみ確定すべき場合には、その一人の訴訟行為は、全員の利益においてのみその効力を生ずる。

訟の結果により自己の法的地位が影響をうける第三者の訴訟参加では、参加の手段として、第三者みずからの申出および当事者の訴訟告知という二つの方式がある。第三者の補助参加の申出について、当事者から異議が述べられる場合のみ、裁判所が決定の形式で判断する⁷⁰。補助参加がなされた場合に、参加の効力が生じる。すなわち、判決が確定した後、補助参加人は被参加人に対してその判決が不当であると主張することを禁じられる⁷¹。

ところが、独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度は人民法院に対して、主動的に将来起こりうる紛争を未然に防止し、それと現実の紛争を一回で処理することを要請するものである。換言すれば、この制度では、当事者や第三者に対する手続保障より、関連する複数の紛争を一回で処理することが重要視される。近代法的裁判が要求する正当な手続は、必要不可欠な正統性原理としての地位をもたないのである。

⁷⁰ 民事訴訟法44条（補助参加についての異議等）①当事者が補助参加について異議を述べたときは、裁判所は、補助参加の許否について、決定で、裁判をする。この場合においては、補助参加人は、参加の理由を疎明しなければならない。

⁷¹ 民事訴訟法46条（補助参加人に対する裁判の効力）補助参加に係る訴訟の裁判は、次に掲げるばあいを除き、補助参加人に対してもその効力を有する。

第二章 制度の形成史と母法

現代中国民事裁判の特徴は、革命根拠地時代¹に形成された²といわれる。それは、「馬錫五裁判方式」³と呼ばれる裁判の様式である。「馬錫五裁判方式」は中華人民共和国民事裁判制度および実務に取り入れられ、中国の民事裁判の手本となったといわれている⁴。現行民事訴訟法における「独立した請求権のない第三者」の訴訟参加制度も「馬錫五裁判方式」と何らかの繋がりがあると思われる⁵。そこで本章ではまず根拠地時代の「馬錫五裁判方式」を概観し、そして中華人民共和国における「独立した請求権のない第三者」の訴訟参加制度の推移を整理する。また制度の母法としてのソビエト法における規定にも触れたい。

第一節 現行民事訴訟制度の原型

¹ 1920年代以降、中国共産党の指導した革命によって誕生した共産党の政権を「根拠地」と呼ぶ。農村地帯に地域的な革命政権をつくりあげ、次第に全国的な政権に拡大するという革命における根拠地展開の重要性が認められたため、革命根拠地の建設は拡大された。抗日戦争終結後まもなく、国民党による共産党根拠地に対する攻撃が始まり、内戦が拡大していった。このころから中華人民共和国が成立するまでの根拠地を通常は解放区と呼ぶ。胡華『中国新民主主義革命史』（五月書房、1951年）参照。

² 田中信行「中国民事訴訟法の制定意義と特徴」アジア経済旬報1241号（1982年）9頁参照。

³ 「馬錫五裁判方式」の詳細について、拙稿「中国民事裁判の構造変容をめぐる一考察——『馬錫五裁判方式』から離脱のプロセス」ジュニア・リサーチ・ジャーナル11号（北大法学研究科、2005年）参照。

⁴ 江偉・李浩・王強義『中国民事訴訟の理論と実際』（成文堂、1991年）111頁参照。

⁵ 「現代中国法は、1949年10月1日の中華人民共和国成立に先立つ同年2月の中国共産党の『国民党の六法全書を廃棄し、解放区の司法原則を確定することに関する指示』により、『国民党の六法』すなわち中華民国法を全廃して出発している。「このことを可能にした要因の一つが根拠地法制の存在である」といわれる。木間正道・鈴木賢・高見澤磨・宇田川幸則・『現代中国法入門（第四版）』（有斐閣、2006年）、2、18頁。

一．「馬錫五裁判方式」の特徴

1944年1月6日、根拠地の陝甘寧辺区主席・林伯渠は施政活動報告の中で、「訴訟手続には人民の便宜をはからなければならない。大衆を教育するために、馬錫五同志の裁判方式を提唱する」ことを提起した⁶。さらに同年3月13日付の『解放日報』では、「馬錫五同志の裁判方式」という社説が発表され、根拠地司法の新しい創造について述べられた⁷。

「馬錫五裁判方式」の創造者の馬錫五（1898－1962）は、抗日戦争の時期に陝甘寧辺区隴東分区の副専員、専員⁸に任じられ、1943年から陝甘寧辺区高等法院隴東分区の分廷廷長⁹を兼任して、1946年に陝甘寧辺区高等法院長になった。中華人民共和国建国後、馬錫五は最初に最高人民法院西北分院の院長に任じられ、1954年に最高人民法院副院長になった。馬錫五は中国共産党の主席であった毛沢東に「人民大衆に奉仕する優れた裁判官である」と賞賛された¹⁰。

「馬錫五同志の裁判方式」という社説が取り扱った三つの具体的事

⁶ 「關於改善司法工作——林伯渠主席在辺区政府委員会第四次會議上關於辺区政府一年工作報告」中国社会科学院法学研究所民法研究室民訴組・北京政法學院訴訟法教研室民訴組編『民事訴訟参加資料・第一輯』（法律出版社、1981年）54頁。

⁷ 「馬錫五同志の審判方式」解放日報（1944年3月13日）『民事訴訟参考資料・第一輯』・前掲注6、55頁以下参照。

⁸ 辺区の地方行政系統は、辺区政府—行政督察専員公署—県政府—区公署—郷政府の五段階をなしていた。行政督察専員公署は、辺区政府と県政府の間におかれ、二つ以上の県領域をあわせてこれを—行政分区とし、その分区管下の各県の行政を指導する。専員は分区の行政長官である。福島正夫『中国の人民民主政権』（東京大学出版会、1965年）36頁以下参照。

⁹ 陝甘寧辺区では、辺区高等法院を設立し、各県に司法処を設けた。1943年に至りさらに改革があり、各分区に高等法院の分廷をおき、分区専員が分廷の廷長を兼任することになった。県司法処は、第一審で、辺区高等法院は第二審で、第二審の判決は終審である。國谷知史「建国期の裁判制度」季刊中国研究1986年5号3頁以下参照。

¹⁰ 李新成「馬錫五裁判方式」『北京大学法学百科全書』（北京大学出版社、2000年）539頁、張希坡『革命根拠地法制史』（法律出版社、1994年）548頁参照。

例¹¹および根拠地時代の民事訴訟に関する指示、報告から、「馬錫五裁判方式」の特徴は下記のようなものであると思われる。

(一) 現地裁判

これは裁判官が紛争の現場へ赴き、大衆の中に深く入り込み、職権で争いの経緯を調べ、証拠を集め、大衆と一緒に事件を処理することである。具体的に現地裁判とは、一審は「現地審理」（一審裁判官が紛争の現場に赴き、裁判するやり方）、二審は「巡回裁判」（二審裁判機関がその管轄区域内で裁判官を派遣し、農村を巡回させ事件を処理させるやりかた）がおこなわれていた。この方式はすべての審級の裁判機関の、あらゆる手続段階に適用され、調停にも判決にも適用されるといわれている¹²。

(二) 調停を主とすること

「馬錫五裁判方式」の調停とは、職権的な調査研究によって十分に事実が明らかになることを前提として、裁判官の主宰の下に、現地の大衆に依拠して、説得と教育によって、双方当事者の合意がえられるように紛争を解決することである。裁判活動の重点を調停活動におき、調停により処理できる事件は判決によって処理してはならないというのが「馬錫五裁判方式」の特徴である¹³。民事紛争を解決するには、説得的、教育的方法を用いる調停が有効である。また、調停には、手続を簡略化し、原告・被告の感情を害さず、事件を速やかに徹底的に解決し、大衆の団結を強めるという利点があると考えられた¹⁴。

(三) 政策・法令・情理を裁判の準則とすること

「馬錫五裁判方式」は政府の政策法令に従うと同時に、大衆の慣習、世論、事件の具体的な事情にも配慮した¹⁵といわれた。根拠地では、「司法機関が民刑事件を処理する根拠は中国共産党中央委員会および辺区政

¹¹ 事例の詳細について、『民事訴訟参加資料・第一輯』・前掲注6、55頁以下参照。

¹² 馬錫五「新民主主義革命階段中陝甘寧辺区の人民司法工作」政法研究1955年1期10頁以下参照。

¹³ 張希坡・前掲注10、551頁参照。

¹⁴ 「陝甘寧辺区政府關於普及調解、総結判例、清理監所指示信」『民事訴訟参加資料・第一輯』・前掲注6、303-305頁参照。

¹⁵ 「馬錫五同志の審判方式」・前掲注7、58頁参照。

府が国内外の客観情勢と実際活動のニーズに応じて公布した法的性質を持つ綱領・決議・決定・布告および法令である。これはすべて中国共産党の各時期の路線・政策によって制定されたものである¹⁶といわれた。政府が出した大部分の人民の利益とニーズを代表する多くの政策や綱領には、客観的な事情により具体的に完備した法律の条文として明文化できないものもあるが、実質的にはみな法律としての役割を果たしていた¹⁷といわれている。そして、「民間の矛盾と紛争を正しく処理することには、政策法令および大衆の要望にかなうことが大切である¹⁸」と強調された。「馬錫五裁判方式」の優れた点として特に賞賛されたのは、その解決案が当事者双方ともを満足させ、まわりの人々を納得させた点である¹⁹。

（四）形式に拘らない手続

根拠地では国民党の、ブルジョア民法訴訟法典が勤労人民にとってはかえって迷惑をもたらしていると批判され、「馬錫五裁判方式」は誠心誠意大衆に奉仕し、簡素な訴訟手続に従い、形式に拘らず、すべて人民の便宜をはかるもの²⁰と賞賛された。根拠地では当事者は訴訟費用を支払ったり、また訴状を書く必要もなかったのである。そして判決書の専門化も避けられた。また、裁判が行われる場合は、裁判官がいかめしい法廷に座って、法律用語を使ってもったいぶり、法廷秩序維持の規則を用いて大衆の手足を縛り、大衆をおどかすという現象はなくなり、大衆を自由に発言させ、そして当事者を説得するために、意識的に大衆に発言を促していたといわれる²¹。

二．「馬錫五裁判方式」の裁判構造

次はこのような特徴をふまえて、訴訟手続の面から、「馬錫五裁判方式」

¹⁶ 馬錫五・前掲注12、8-9頁。

¹⁷ 馬錫五・前掲注12、8頁参照。

¹⁸ 「太岳区暫定司法制度」『民事訴訟参加資料・第一輯』・前掲注104、214-215頁。

¹⁹ 張希坡『馬錫五審判方式』（法律出版社、1983年）、45-47頁参照。

²⁰ 張希坡・前掲注19、52頁参照。

²¹ 張希坡・前掲注19、54頁参照。

の裁判構造を検討する。

(一)「超」職権主義的な裁判

訴訟資料の収集・提出について裁判所と当事者の役割分担を決める規範について、日本の民事訴訟における原則は弁論主義であり、また解釈論上の対概念としては、職権探知主義が一般的に用いられている²²。

「馬錫五裁判方式」はどのようなのであろうか。1942年の「晋察冀辺区行政委員会活動報告」では、「裁判とは真実を明らかにすることであるため、裁判要員は事件に関わる全てのことを調査し、資料と証拠を収集しなければならない。」²³と記されている。「事件の資料はできるだけ収集しなければならない。調査により事実が明らかになるまで、法廷で裁判を行ってはならない」²⁴という指示もあった。つまり、自らの請求、主張について当事者に挙証責任を負わず、逆に裁判官が全面的に証拠を収集し、事実を調査することに努めることは、「馬錫五裁判方式」の特徴である。「馬錫五裁判方式」では、裁判官が積極的に真相解明を主導し、当事者は単に取調べの客体に位置づけられた。

以上のように、「馬錫五裁判方式」では、訴訟資料の収集・提出をすべて裁判所の権能かつ責任とするので、通常の職権探知主義の範囲をはるかに超えていたと言いうる。

(二)「不告不理」原則への批判

馬錫五の時代には「訴えなければ裁判なし」という「不告不理」の原則が正面から批判された。1944年5月の「晋察冀辺区行政委員会の司法制度を改善することに関する決定」²⁵では、「司法活動をより一層大衆に奉仕するものとし、司法幹部の大衆的観点を強化し、『民は訴えないかぎり、官は追及せず（民不挙、官不究）』などの思想を徹底的に批判し、司法活動において調査研究の民主的手法をうちたてるため」の制度改革

²² 高橋弘志「弁論主義について」法学教室120号95頁、小林秀之「弁論主義の現代的意義」『講座民事訴訟法4』（弘文堂、1985年）94頁参照。

²³ 『民事訴訟参加資料・第一輯』前掲注6、46頁。

²⁴ 「司法人民委員部対審判機関工作的指示」『民事訴訟参加資料・第一輯』前掲注6、163頁。

²⁵ 『民事訴訟参加資料・第一輯』前掲注6、224頁。

について規定した。このような方針を積極的に実践する典型としての二審裁判官の馬錫五は、「毎年何回も各県に行き、巡回して、何か揉め事、あるいは一審判決の誤りを発見したら、すぐ解決し、是正する」²⁶のであった。つまり、一審、二審を問わず、いずれも当事者の処分権に対して、裁判官の介入が広く行われた。

（三）手続価値の無視

「馬錫五裁判方式」では、裁判の正統性が主として当事者の納得あるいは納得の表示に由来し、西洋法的裁判が要求する正当な手続は必要不可欠な正統性原理としての地位をもたないのである。

馬錫五の論文で、「馬錫五の裁判方式」について国民党の裁判と対比して、以下のように紹介されていた。「国民党の反動的裁判手続は、反人民性から出発しているので、形式性と煩瑣性を持ち、道理があってもお金のない者は裁判所に入れない」。「陝甘寧辺区で生み出された大衆路線的な裁判方式は国民党法院の裁判と全く違うものである。主観的に判断するのが国民党反動法院の役所的な作風であるが、陝甘寧辺区各級司法機関は、事実を調査研究し、人民に頼り、大衆と結び付けて裁判を行う」。「国民党反動法院の裁判方式は法廷で事件を審理する方式であるが、われわれは現地裁判、巡回裁判などの裁判方式を使う。国民党の法院の雰囲気はとても厳粛であるが、われわれの裁判官は親切で、懇談の方式で裁判を行う」²⁷などを述べている。要するに、「ブルジョア民事訴訟法典の通有性である固定した形式性、素人を排除する煩瑣性をまぬかれて、合理的能率的なあくまでも人民に便利なものとして作用しなければならぬ」²⁸とされていたのである。

要するに、「馬錫五裁判方式」では、西洋法的裁判が要求する正当な手続は、必要不可欠な正統性原理としての地位を持たないのである。

三. 「関係者」および「関連する紛争の併合審理」

根拠地時代の民事訴訟に関する指示、報告、条例では、第三者の訴訟

²⁶ 張希坡・前掲注19、52頁。

²⁷ 馬錫五・前掲注12、10-11頁。

²⁸ 福島正夫編『社会主義国家の裁判制度』（東京大学出版会、1965年）337頁。

参加に関する規定や議論が見出されず、「第三者」という用語すら存在しなかった。代わりに、常に「関係者」という用語が使われていた。

「馬錫五裁判方式」について、「馬錫五は実事求是の原則に基づいて、如何なる事件に対しても大衆の中に深く入り、客観的、全面的に調査研究し、事件に関わるすべての証拠を収集し、すべての関係者を招集し、紛争を抜本的に処理する」²⁹といわれている。

「馬錫五裁判方式」は根拠地の司法活動における大衆路線が民事裁判で具体的に反映されたものである。「毛沢東が『司法もみんな一緒にやろう。裁判官は大衆に依拠し、裁判をおこなわなければならない』と指示した。馬錫五裁判方式とはこの指示の通りに大衆を動員し、大衆と一緒に事件を処理する方式である」³⁰といわれている。「大衆と一緒に事件を処理する」というところの「大衆」とは、時に証拠の提出者であり、時に裁判官と一緒に当事者を説得する者であり、また紛争の「関係者」になる場合もある³¹。

「馬錫五は実事求是の原則に基づいて、如何なる事件に対しても大衆の中に深く入り、客観的、全面的に調査研究し、大衆から事件に関わるすべての証拠を収集する」³²と言われる。そして、裁判官は大衆と一緒に特定の解決案について、当事者を説得することは「馬錫五裁判方式」の優れた特徴である³³といわれる。さらに、「馬錫五裁判方式」は手続を簡略化し、紛争にかかわるすべての関係者の感情を害さず、事件を速やかに徹底的に解決し、大衆の団結を強めるという利点があると考えられた³⁴。このように、司法活動における大衆路線の下では、「当事者」と「関係者」の区別すらはっきりせず、いずれも「大衆」の範囲に属し、裁判

²⁹ 張希坡・前掲注19、42頁。

³⁰ 張希坡・前掲注19、44-45頁。

³¹ 馬錫五・前掲注12、11頁、「太岳区暫行司法制度」『民事訴訟参加資料・第一輯』・前掲注6、206、216頁参照。

³² 張希坡・前掲注19、42-43頁。

³³ 「陝甘寧辺区政府關於普及調解、總結案例、清理監所指示信」『民事訴訟参加資料・第一輯』・前掲注6、303-305頁参照。

³⁴ 「陝甘寧辺区政府關於普及調解、總結判例、清理監所指示信」・前掲注6、303-305頁参照。

の主体であり、対象でもあるといえよう。

また、「民事・刑事紛争を抜本的に解決するために、当事者が主張していない事実、権利、利益についても配慮しなければならない。事件と関わる紛争を併合して審理すべきである」³⁵とされていた。そして、「調停は目下の事件を解決するだけでなく、将来的に起こりうる紛争をも防止しなければならない」³⁶といわれた。さらに、次のような例もあげられている。妻が愛人を作ったという理由で、夫婦の間に離婚紛争が生じた場合、離婚紛争を審理すると同時に、その愛人をも審理に参加させ、不倫関係をやめさせなければならない。これで、夫婦関係は睦まじくなる³⁷という。つまり、当事者がだれを訴えているか、何が裁判の対象なのかに拘らず、紛争の「関係者」をも訴訟に参加させ、関連する紛争と一緒に処理し、また将来起こりうる紛争にも配慮しなければならないのである。

四. 小括

そもそも「馬錫五裁判方式」は審理の範囲や、原告の主張を認めるか、それとも被告の主張を認めるかという一刀両断の判断を行う裁判ではない。紛争の当事者が誰か、訴訟の範囲が何なのかさえ明らかにされていないのである。手続に拘束されず、積極的に紛争に介入する裁判官が優れた裁判官であり、そのような裁判が優れた裁判であると認められていた。このような発想が独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度の源流となっていると思われる。

第二節 中華人民共和国における制度の推移

一. 1960年代までの民事裁判の傾向

1950年7月に行われていた第一回全国司法会議で「司法活動の大衆路

³⁵ 『民事訴訟参加資料・第一輯』・前掲注6、256頁。

³⁶ 「処理民事訴訟的基本経験」『民事訴訟参加資料・第一輯』・前掲注6、337頁。

³⁷ 「処理民事訴訟的基本経験」・前掲注6、337-338頁参照。

線」が根拠地裁判の経験として提唱された³⁸。さらに、会議の主旨を貫徹するため、同年11月3日に中央人民政府は全国各級政府および司法機関に対して「人民司法活動を強化することについての指示」を出し、民事裁判について「司法機関は国民党の形式主義、主観主義な作風を批判し、大衆路線を貫徹し、大衆に依拠し、大衆と連繫し、大衆に便利な裁判方式を打ち立てらなければならない³⁹と強調した。

そして、1952年6月から1953年2月にかけて、全国で司法機関の活動手法を改めることを中心とする司法改革運動が展開された。これにより国民党の旧法観点と旧法作風、官僚主義的な裁判のやり方が厳しく批判されて、新中国の司法機関に勤めていた国民党時代の裁判要員の大部分は「人民の司法機関」から追放された。司法改革運動は新中国の人民司法の基礎固めであり、これによって根拠地の司法伝統は強固なものとして全国に拡充されていったのである⁴⁰。

1957年から1960までの間に、「大躍進」⁴¹、「反右派闘争」⁴²などの政治運動が相次いで行われ、司法活動にも大きな影響を与えた。

1957年、知識人に対して党への批判を含む大胆な言論を歓迎する方針が打ち出され、「大鳴大放」という自由な討論が推奨された。一部の法学者は大衆路線の裁判方式に対して、幾多の非難を加えた。法律家中心論・法制完備論・裁判独立論・法廷中心論などの「右派分子」の議論に

³⁸ 中華人民共和国司法部編『中華人民共和国司法行政歴史文献匯編』（法律出版社、1987年）3頁参照。

³⁹ 『中華人民共和国司法行政歴史文献匯編』・前掲注38、8頁。

⁴⁰ 何蘭階・魯明健主編『当代中国的審判工作（上）』（当代中国出版社、1993年）39-41頁、「司法部關於徹底改造和整頓各級法院的報告」『中華人民共和国司法行政歴史文献匯編』・前掲注38、10-13頁参照。

⁴¹ 毛沢東主導の下に、1958年から1960年にかけて、ソ連をモデルとした第1次五ヵ年計画（53年-57年）から離れて、人民公社の設立、また大衆動員によって、鉄鋼・穀物生産などをきわめて短期間に、急激に増産しようとし、急進的な理想社会の実現を目指した運動。『岩波現代中国事典』（岩波書店、1999年）695頁参照。

⁴² 中国共産党が毛沢東主導下に1957年から58年前半に展開した「ブルジョア右派」に反対する闘争。『岩波現代中国事典』・前掲注41、1052参照。

対して、一転して、「反右派闘争」で、強い反撃が行われた。不告不理や一事不再理をはじめ国民党の手続法を継承しようという右翼法律家の主張に対して、「国民党司法の反動性」が批判された。例えば、「国民党の訴訟法では、当事者の主張の範囲内で裁判すると規定され、また判決確定した後で誤りがあっても当事者の再審請求を拒絶するとされていた。これは国民党が人民大衆の訴訟権利を剥奪する規定である」⁴³と批判された。

1958年、1959年の史上空前といわれる「大躍進」運動がはじまり、中国の社会構造は大変動を開始した。飛躍的な発展を求めるために、「合法」より「合目的」、「迅速的」であることが一層重視された。法によって事件を処理するということの正確な意味は、法の規定があっても、まず党の方針・政策・決議・指示を根拠として、そのときの階級情勢に結びつけ、敵に打撃を加え、人民を団結させるということだと説明された⁴⁴。そして、「大衆こそ法律の主人であり、法律はただ大衆のみが把握するところであるとされていた」。「大衆自らを主体とし、当事者の属する工場、農村の生産隊などの社会組織を利用する討論会、弁論会などを調停の方式として用い、それによって大衆の教育、思想改造を行うという工作方法が、新しい社会変動のなかで重要性を増やしてくる」⁴⁵のであった。

1960年代前半になっても、民事裁判の領域では大衆路線が引き続き提唱されていた。1963年7月に第一回全国民事裁判活動会議が行われた。会議の成果として、同年8月に最高法院の「民事裁判活動における幾つかの問題についての意見」が公布され、「調査研究し、現地で解決し、調停を主とする」という民事裁判活動の方針がうち出された⁴⁶。1964年に、この方針はさらに、「大衆に依拠し、調査研究を行い、現地で解決し、調停を主とする」⁴⁷という十六文字（依靠群衆、調査研究、就地解決、

⁴³ 江振良「国民党偽程序法的反動実質」法学1958年3期8-9頁。

⁴⁴ 針生誠吉『中国の国家と法』（東京大学出版会、1970年）73-74頁参照。

⁴⁵ 福島正夫編・前掲注28、360頁。

⁴⁶ 『中華人民共和國法律規範性解釈集成』（吉林人民出版社、1990年）665頁以下参照。

⁴⁷ 1964年8月の全国人民代表大会で行われた最高法院院長の報告である。

調解為主)の方針へ発展した。

つまり、建国後の長い時期において、司法活動における大衆路線が貫徹され、「馬錫五裁判方式」が民事裁判の主な方式として定式化され、「不告不理」、「一事不再理」などの西洋法的裁判が要求する正当な手続が正面から批判されていたのである。

二. 1950年代の最高人民法院の民事訴訟に関する規定

中華人民共和国成立してから、1982年に中華人民共和国民事訴訟法(試行)⁴⁸が施行されるまでの間、民事訴訟法典の公布は実現に至らなかった。その制定の計画はあったもの一向に実現せず、民事訴訟の手続に関する規範は、法院組織法中の関係規定、最高人民法院の司法解釈などによって構成されていた。

特に注目すべきは、最高人民法院の役割である。法院組織法28条により各級法院の裁判活動を監督する権限が最高人民法院に与えられた。それにより、最高人民法院は下級法院の裁判実践を総括して、訴訟手続を一応とりまとめて、1956年10月17日に「各級法院民事事件の裁判手続総括」⁴⁹(以下「総括」という)を作成、配布した。さらに、1957に最高人民法院は「各級法院民事事件の裁判手続総括」を条文化して、「民事事件裁判手続(草稿)」⁵⁰(以下「草稿」という)を作成した。

「草稿」には「第三者」の訴訟参加について規定が置かれていなかったが、「総括」の第三部分「審理」では、「訴訟の途中で、被告が反訴を提起し、原告が新請求を追加し、当事者が増え、または第三者が訴訟に参加する場合に、併合して審理することができる」と述べられていた。第三者の訴訟参加の方式、要件、民事責任については触れられていなかったのである。

⁴⁸ 『『試行』とは中国における立法上の表現形式の一つである。経済社会システムが変動過程にあり、規制対象とその内容に一定の変化が予定される場合、経験を蓄積したうえでより体系的なものをめざすという意味で法令の名称に付されることがある。試行が付された法令は立法手続や効力の点で他の法令と異なるところはない』木間正道・鈴木賢・高見澤磨・宇田川幸則・前掲注5、217頁。

⁴⁹ 『中華人民共和国法律規範性解釈集成』・前掲注46、637頁以下参照。

⁵⁰ 『中華人民共和国法律規範性解釈集成』・前掲注46、645頁以下参照。

当時の教科書では、法院に対して、民事事件審理前に準備しなければならない仕事として、「訴えを受理するかどうかについての審査」、「原告訴状副本の被告への発送」、「証拠の調査・収集」と並んで、「事件の処理結果に利害関係があり、訴訟に参加していない者を通知で訴訟に参加させるべきである」⁵¹ことを求めた。具体的に、次のように述べている。

「法院は、審理を準備する間に、当事者以外の者が事件の処理結果に法律上の利害関係を有する（特に国家、企業、集団の利益に関わりがある）と察知した場合、その者に、訴訟に参加するように通知しなければならない。既に始まった訴訟に参加する者を『関係者』（あるいは『第三者』）と呼ぶ。また、『関係者』の訴訟参加が重大な意義をもつ。それによって、事実の解明に有利し、一つの訴訟手続で当事者、関係者間の紛争を抜本的に解決し、訴訟手続を簡素化し、誤った判決が下ることを防ぐことができる」⁵²という。

ここで、法院が事件の「関係者」を訴訟に参加するよう通知することが強調された。いかなる場合に「事件の処理結果に法的利害関係を有する」と言えるかについては具体的に解釈されず、第三者の民事責任についても、触られていなかった。つまり、事実の解明、抜本的な紛争解決および訴訟手続の簡素化のために、「関係者」を訴訟に参加させ、一つの訴訟であらゆる関連する紛争を解決しなければならないとされていた。「一つの訴訟手続で、当事者、関係者間の紛争を抜本的に解決する」という文言からみれば、「関係者」に対して、民事責任を負うよう判決することは可能であったと推測される。

三. 文革後の民事訴訟手続

1966年から1976年にかけて、「文化大革命」が行われ、法院はプロレタリアート独裁の機関として、反革命などの刑事事件に力を集中し、民事事件は大部分が大衆組織および当事者の職場によって処理され、法院

⁵¹ 中国人民大学法律系審判法教研室編『人民司法工作は無産階級専攻的鋭利武器』（中国人民大学出版社、1958年）。

⁵² 中国人民大学法律系審判法研究室編・前掲注51、152頁。

の受理した民事事件は一時期ゼロに近付いたといわれる⁵³。

民事裁判活動は「文化大革命」の長い停滞期間を経て、1978年頃から、急速に回復しはじめた。これを受けて、1979年2月に最高人民法院は第二回全国民事裁判活動会議において「民事事件の裁判手続に関する規定（試行）」⁵⁴（以下は「規定」という）を公布した。これで56年の「総括」を改めると同時に、民事訴訟法制定までの暫定的な制度化が実現された。

「規定」の六章「開廷審理」の最後のところで、1956年「総括」と同じような規定が設けられた。それは、「訴訟の途中で、被告が反訴を提起し、原告が新請求を追加し、当事者が増え、または第三者が訴訟に参加する場合に、併合して審理することができる」とされる。

四. 民事訴訟法（試行）、民事訴訟法

1. 民事訴訟法（試行）

1982年3月に民事訴訟法（試行）（以下旧法という）が全国人民代表大会常務委員会第22回会議において採択され、同年10月1日より施行された。

旧法第五章「訴訟参加人」の48条2項で「当事者が争っている訴訟目的物に対して、第三者に独立した請求権はないが、ただし事件処理の結果にその者が法律上の利害関係を有するときは、訴訟に参加することを申請、あるいは法院がその者に訴訟に参加するよう通知することができる」と規定されていた。

ここで、「独立した請求権のない第三者」という用語がはじめて使われ、「独立した請求権のない第三者」の訴訟参加制度がはじめて設けられた。現行民事訴訟法と同じように、「事件処理の結果に法律上の利害関係を有する」ことが第三者訴訟参加の要件とされ、訴訟参加の方式については「申請参加」と「通知参加」とが規定された。法院は独立した請求権のない第三者に対して民事責任を負うよう判決することができるかどうかについて明言されていないが、果たしてそれはできるのであろうか。

⁵³ 何蘭階・魯明健主編・前掲注40、133頁参照。

⁵⁴ 「法院審判民事案件程序制度的規定（試行）」『中華人民共和國法律規範解集』・前掲注46、670頁以下参照。

旧法が施行された後、48条2項についての学説の解釈も、一般的に48条2項で規定されていない第三者の民事責任について触れていなかったのであるが⁵⁵、『民事訴訟法試行問題探討』という本は、独立した請求権のない第三者の上訴権について次のように述べた。

「独立した請求権のない第三者が上訴権を有するかどうかについては、具体的な状況に基づいて、分析しなければならない。法院が第三者に対して、民事責任を負うよう判決した場合に、第三者は上訴権を有する。民事責任を負うよう判決されていない第三者は上訴権がない⁵⁶という。つまり、第三者に対して民事責任を負うよう判決できることが議論の前提とされていたのである。それは当然のことであると考えられていたといえよう。

2. 84年および87年司法解釈

1984年9月17日に、最高法院は「経済事件の審理における民事訴訟法（試行）の執行に関する若干問題の意見」⁵⁷を制定した。「第三者」のところで、独立した請求権のない第三者の訴訟参加について、次のように規定された。

「民事訴訟法（試行）48条の規定により、当事者が訴訟を提起した後、法院が判決を下す前に、第三者は訴訟に参加することを申請、あるいは法院がその者に訴訟に参加するよう通知することができる。「民事責任を負うよう判決された独立した請求権のない第三者が、自分の利益を守るために上訴を提起した場合に、法院はそれを認めなければならない」。この司法解釈も、第三者に対して民事責任を負うよう判決できることを前提として、第三者が上訴権を有することを強調した。

そして1987年7月21日に最高法院は「経済紛争事件の審理における民

⁵⁵ 柴登邦・趙惠芬『中華人民共和國民事訴訟法（試行）簡訳』（法律出版社、1982年）38-39頁、唐德華・楊榮新編『民事訴訟法基本知識——常用概念釈義』（法律出版社、1981年）68-69頁、周道鸞・洪霞編『民事訴訟法問題回答』（法律出版社、1984年）58-59頁、北京政法学院民事訴訟法教研室編『中華人民共和國民事訴訟法講義』（校内用書、1983年）、93-95頁など参照。

⁵⁶ 陳延陵・楊榮新『民事訴訟法試行問題探討』（法律出版社、1984年）76頁。

⁵⁷ 「最高法院關於在經濟審判工作中貫徹執行民事訴訟法（試行）若干問題的意見」・『中華人民共和國法律規範解釋集成』・前掲注46、693頁以下参照。

事訴訟法（試行）の具体的適用に関する若干問題の解答⁵⁸を制定し、「独立した請求権のない第三者の訴訟権利と義務の問題」について、次のように規定した。

「法院は独立した請求権のない第三者が訴訟に参加する必要があると考える場合に、通知書の形で訴訟に参加させなければならない。訴訟に参加した独立した請求権のない第三者は原告の請求・被告の答弁の内容を知り、自分の意見を陳述する権利を有する。開廷審理するとき、法院は召喚状により第三者を出廷させる。審理において、第三者は自分の意見を陳述し、証拠を提出し、口頭弁論に参加することができる。二回の召喚状により召喚しても、独立した請求権のない第三者が正当な理由なしに出廷しないときは、法院は欠席判決ができる。法的効力が発生した⁵⁹判決・決定・調停取り決めて民事責任を負わされた第三者はそれを執行しなければならない。第三者が正当な理由なしに執行しないとき、法院は強制執行ができる」。

ここで、第三者は、原告の請求・被告の答弁の内容を知り、自分の意見を陳述し、証拠を提出し、口頭弁論に参加する権利を有するとされた。一方、法院は強制的に第三者を訴訟参加させ、第三者に対して民事責任を負うよう判決し、かつ強制的に執行できると明示された。

3. 民事訴訟法

1991年4月9日に第7期全国人民代表大会第4回会議によって民事訴訟法が採択・施行された。これは改革開放時期における旧法のもとでの

⁵⁸ 「最高法院關於審理經濟糾紛案件具體適用民事訴訟法（試行）的若干問題的解答」・『中華人民共和國法律規範解釋集成』・前掲注46、711頁以下参照。

⁵⁹ 中華人民共和國では、裁判制度の基本としていわゆる二審終審制を採用している。上訴が許されている通常の訴訟での判決に対しては、当事者は判決書送達の日より15日以内に一級上の法院へ上訴することができるが、この上訴期限を渡過すると、判決に「法的効力が発生する」。そして「法的効力が発生」した判決に執行力が付与される。このように中国法では、「確定する」という文言を用いていない。中国法は「法的効力が発生」した判決に対する裁判のやり直しの制度としての「再審」を幅広く用意してあるのである。鈴木賢「中国における民事裁判の正統性に関する一考察」小口彦太編『中国の經濟發展と法』（早稲田大学比較法研究所、1998年）371頁参照。

民事裁判の経験と、民事裁判方式の改革の成果をふまえて、旧法を改正したものであるといわれる⁶⁰。

民事訴訟法56条2項は旧法48条2項の規定に加えて「民事責任を負うよう判決された第三者は当事者としての訴訟上の権利・義務を有する」という文言を加えた。これは、「裁判実務における問題に対する反省の下で、独立した請求権のない第三者の利益を保護するために制定されたものである」⁶¹といわれる。

実務における問題については、次のように指摘された。

「裁判実務では、独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度の適用は非常に混乱している。独立した請求権のない第三者は、どのような訴訟上の権利を有し、どのような民事責任を負うべきかについても、明らかにされていないのである。数多くの裁判官は独立した請求権のない第三者とすべきではない者を、独立した請求権のない第三者として訴訟に引き込む。彼らは、独立した請求権のない第三者の概念に対して、まだ民事訴訟法（試行）が施行される前の「関係者」として理解し、事件に関わるすべての者を独立した請求権のない第三者として扱っている」。「独立した請求権のない第三者の範囲を恣意的に広げ、かつ彼らに訴訟上の権利を与えないというやり方は第三者の合法的権利・利益に損害を与えた。現行法を施行してからは、第三者の範囲を明らかにするべきである。それは当事者双方の訴訟目的物に対して、独立の請求権はないが、事件処理の結果に法律上の利害関係を有する者である。そして、第三者

⁶⁰ 任建新「認真学習好和貫徹民事訴訟法——在最高法院民事訴訟法培訓班結束時的書面講話」最高法院民事訴訟法培訓班編『民事訴訟法講座』（法律出版社、1991年）1頁参照。任建新は最高法院の院長として、次のように述べた。「7期全国人民代表大會4回會議において民事訴訟法が採択・施行された。改正は我が国社会主義現代化建設および改革開放の發展に應じて、民事訴訟法（試行）の経験、特に裁判実務の経験を総括し、民事訴訟法（試行）の基本的な内容を継承し、民事訴訟制度を整備し、当事者訴訟権利の保護を強化し、法律の尊嚴と權威を強めた」という。当事者訴訟権利の保護を民事訴訟法改正の一つの内容とし、強調した。

⁶¹ 最高法院民事訴訟法培訓班編『民事訴訟法講座』（法律出版社、1991年）45頁参照。

に対して、民事責任を負うよう判決を下した場合に、その訴訟上の権利を保障すべきである。当然ながら、独立した請求権のない第三者は訴訟上の義務をも履行し、判決を執行しなければならない⁶²という。

旧法、旧法に関する司法解釈、旧法と民事訴訟法との文言の違いからみれば、旧法の下で法院は第三者に対して民事責任を負うよう判決することもできるのである。現行法が「民事責任を負うよう判決された第三者は当事者としての訴訟上の権利・義務を有する」という文言を加えたのは、民事責任を負うよう判決された第三者の上訴権を保護するためであるといえよう。

民事訴訟法についての司法解釈、1992年、1994年司法解釈について、本稿の第一章第一節で触れたので、ここでは省略することにする。

また、2007年10月28日第10期全国人民代表大会常務委員会第30回会議において「中華人民共和国民事訴訟法の改正に関する決定」が採択され、改正された民事訴訟法は2008年4月1日より実施されることになった。しかし、今回の改正は独立した請求権のない第三者の訴訟参加についての条文に触れてはいない。

五. 小括

旧法が施行されるまでの長い間、正式な第三者の訴訟参加制度が設けられておらず、革命根拠地時代と同じように、関係者、第三者の訴訟参加について、なんの要件も付けられていなかった。そして、旧法、旧法に関する司法解釈、民事訴訟法および民事訴訟法に関する司法解釈、近時改正された民事訴訟法では、独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度が基本的に維持された。

第三節 民事裁判構造の変容

一. 従来の民事裁判構造の弊害

1980年代後半から、取り扱う民事的紛争の激増に伴い、法院が限られた資源の下で過大な事件処理の負担を強いられる状態に立たされた。訴

⁶² 最高法院民事訴訟法培訓班編・前掲注61、108頁。

訟が受理されず、あるいは受理した事件処理の遅延が一般的に存在するようになった⁶³。従って、法院は、個々の事件処理に投入する人的・物的資源を節約して、もっと多くの事件を処理する必要がある。こうして、証拠の収集の負担を当事者に肩変わりさせようという考えが、自然に選択されていった⁶⁴。

それと同時に、従来の民事裁判における法廷審理の形骸化という現象に対する批判⁶⁵も出てきた。伝統的な民事裁判方式、すなわち「馬錫五民事裁判」の裁判様式では、法院による訴訟資料の調査・収集活動と、調停・説得活動が一体化していた。法院は訴訟資料を調査・収集すると同時に、それらの資料の審査を行い、さらにこの過程が当事者および周囲の人々を説得する過程ともなっていた。訴訟資料は、主として法院の提示する権威的調停案の根拠の一つにすぎず、その調査・収集と審査とを区別する意義も失われていた。担当裁判官が当事者を説得し、その同意を得ることができない場合には、判決という手段が残っていた。しかし、収集した資料が判決をくだせるために十分なかどうかの判断は、裁判委員会⁶⁶や院長によるコントロールが必要だ⁶⁷と考えられた。故に、裁判委員会の慎重な討議を経て、最終的な決定が事前に形成されてはじめて公判廷を開くことが、普通になった。その結果、公判廷での公式な手続は飾り物になってしまい、単に訴訟規定に従っているという外観を与えるために行われるにすぎない、という状態が多かった。この現象は「先判後審」⁶⁸と呼ばれる。このような法廷での空洞化した審理が常態化

⁶³ 黄松有「漸進与過渡：民事審判方式改革的冷思考」現代法学22巻4期（2000年）18頁参照。

⁶⁴ 趙鋼「回顧、反思与展望——对二十世紀下半葉我国民事訴訟法學研究狀況之檢討」法學評論1998年1期11頁参照。

⁶⁵ 李少平「改『先定後審』為『先審後定』」法學研究1990年2期39頁参照。

⁶⁶ 裁判委員会とは法院内部に設けられた会議体で、具体的な事件の最終的決定権を握っている。法院組織法11条はこれを規定している。

⁶⁷ 「試行」の39条では「重大な、疑義のある民事事件の処理については、院長が裁判委員会の討議に付して決定する。裁判委員会の決定については、合議廷はかならず執行しなければならない」と規定されていた。

⁶⁸ 李少平・前掲注65、39頁参照。

したため、当事者は開廷前に非公開的、正当でない方法で裁判官に対して影響を与えようとし、民事裁判の公正さは著しく傷つけられていた⁶⁹。

二. 民事裁判方式の改革

80年代の後半から、伝統的な裁判方式を改めようとする試みが現れ始めた。このような動きが本格化するきっかけは、1988年7月に第14回全国法院工作会议で最高法院長任建新の行った報告であった⁷⁰。任建新の報告は、従来の裁判方式の一部がすでに法院の裁判活動の改善にとって障害となっていることを指摘し、「法院はいままでの民事事件、経済事件の審理にあたってしばしば当事者の挙証責任を見落として、事実の調査、証拠収集の責任をたくさん引き受けてきた」。「今後は法に基づき、当事者の挙証責任を強調しなければならない」⁷¹と述べた。従来の職権探知を中心とする裁判慣行から、当事者の主張、証拠提出を中心とする裁判へ、転換をはかることが示されたのである。

法院の内部における裁判官の研修のために編集された教科書によれば、真偽不明の場合、当事者は客観的挙証責任規則に基づき、自分に不利な法律効果ないし敗訴の負担を負うことがありうる、ということをはっきりと認めている⁷²。そして学説上では、訴訟資料の収集・提出における、裁判所と当事者の役割分担の範囲を画定しなければならないと説いている見解が、かつてない勢いで有力となりつつある。「客観的挙証責任による不利や敗訴の結果をサンクションとして、証拠提出責任を果たさない場合、当事者はそのサンクションを受けることとなる」⁷³という主張が出てきた。続いて、従来の民事裁判における「裁判の非公開

⁶⁹ 景漢朝・盧子娟『審判方式改革実論』（法院出版社、1997年）12-13頁参照。

⁷⁰ 鈴木賢「中国における市場化による『司法』の析出—法院の実態、改革、構想の諸相」小森田秋夫編『市場化の法社会学』（有信堂、2001年）261頁参照。

⁷¹ 中華人民共和国最高法院公報1988年3号13頁。

⁷² 「訴訟実務においては、当事者に証拠の提出ができず、法院も証拠をあつめられないことがある。このような場合、証拠提出のできなかつた当事者は自分に不利な法律効果や敗訴の結果をうける」王懷安『中国民事訴訟法教程』（法院出版社、1988年）127頁参照。

⁷³ 王秉鈞「談民事訴訟中の挙証責任」法制日報1989年2月2日。

化]、「法廷の形骸化」、「開廷審理の取り調べ化」、「審理と判決の分離化」などの問題点を批判する学者の議論が目につくようになった⁷⁴。こうした状況の下で、当事者の挙証責任の強調で始まった改革の目標は、いわゆる「一つの中心、三つの主要点」というスローガンに集約されるに至った。そこでは公開の審理を裁判の中心的な位置におき、裁判所の実事調査・証拠収集と当事者の主張・立証とでは、当事者の主張・立証を主とすること、法廷外での証拠収集と法廷における証拠審査とでは、法廷における証拠審査を主とすること、また、裁判委員会の討議と合議廷の決定とでは、合議廷の決定を主とすること、などがそのスローガンの主旨⁷⁵である。

民事裁判の実務には、かなり大胆な姿勢で職権主義的な慣行を変えていくような傾向がみられたが、手続保障がはっきりとしたかたちで成立しないまま、ただ実務で行われる改革だけでは、裁判の正統性において大きな緊張が惹起された。手続規範自体の不備、規範の実効性を保障するメカニズムの欠如などの問題を解消するために、民事訴訟制度および具体的な訴訟規則の改革が始まった。制度の改革は、実務の現場からの挑戦を吸収し、逆に実務レベルの改革の試みに影響を及ぼした。

三. 証拠の当事者提出主義への変容

法院が、職権で証拠を収集し、事実の立証責任を担う「超」職権主義的な訴訟スタイルから脱し、当事者による挙証責任負担の強調が民事裁判方式改革の先導となっていることは、先述のとおりである⁷⁶。

制度面の改革でも、もっとも注目されているのは証拠の当事者主義への変容である。ここで公式な民事訴訟制度としての民事訴訟法（試行）、民事訴訟法および最高法院による「司法解釈」の名で出された訴訟規則から、その変容について探りたい。

⁷⁴ 江偉・李浩・王強義・前掲注4、150頁以下参照。

⁷⁵ 景漢朝「審判方式改革的『一二三四五』理論」中国律師1999年2期、33頁以下参照。

⁷⁶ 信春鷹・葛明珍・賀紹奇「改革的理性和邏輯来源于实践」信春鷹編『公法』第三卷（法律出版社、2001年）271頁参照。

1. 民事訴訟法（試行）

旧法56条1項は「当事者は自ら提出した主張について証拠を提供する責任を負う」と定め、同条2項で「法院は法定の手続に従って、証拠を全面的、客観的に収集しなければならない」と規定した。また57条は関係組織および個人に証拠の提出義務を負わせ、61条は証人の証言義務および関係組織のこれに対する協力義務を定めていた。

こうした規定について、教科書は以下のように解説していた。「我が国の民事訴訟法では当事者の証拠提出責任を規定しているが、これは法院が自発的に証拠を収集し、調査研究することと両立する。当事者が証拠を提出できないときは、法院は自発的に証拠を収集し、調査研究しなければならない。「単に当事者の提出した証拠だけによって事件の真実そのものを発見できるはずがない。」⁷⁷。こうした議論は、根拠地時代の「馬錫五裁判方式」の調査研究についての議論と軌を一にするであろう。

2. 民事訴訟法

民事訴訟法64条では「当事者は自ら提出する主張に対して、証拠を提供する責任を有する。当事者およびその訴訟代理人が客観的な原因により自ら収集できない証拠、もしくは法院が事件の審理にとって必要であると考えた証拠は、法院が調査・収集するべきである」と規定されている。

民訴法64条の規定について、教科書は以下のように解説していた。「民事訴訟法は当事者の挙証責任を強調している。原則的には当事者が自ら提出した主張について証拠を提供する責任を負うべきである。従来 of 裁判実務における、法院が当事者の代わりに証明責任を負うという状況を改革しなければならない。法院は当事者が客観的な理由により自ら証拠を提出することのできない場合、あるいは当事者が提出した証拠に対して疑いがある場合および当事者双方により提出された証拠が互いに矛盾しあって、調査が必要であると認めた場合は、職権で証拠の収集・調査することができる」⁷⁸。

「試行」と比べ、現行民訴法は当事者の主張・立証責任を承認し、「超

⁷⁷ 北京政法学院民事訴訟法教研室編・前掲注55、127-128頁。

⁷⁸ 柴發邦編『中国民事訴訟法学』（中国人民公安大学出版社、1992年）339-340頁。

職権主義を当事者主義の方向に転換しようとしているが、「証拠の職権調査権は、その範囲および時期についてなんらの制限も付せられておらず、解釈・運用によりいくらかでも拡張しうる余地を残していた」。「総体としてはなお職権主義的訴訟モデルの範疇にとどまっている」⁷⁹と評価されている。

3. 最高法院の訴訟規則

1998年7月11日に最高法院は先行改革の経験を総括し、「民事経済裁判方式改革問題に関する若干の規定」（以下「改革規定」という）を施行した。「改革規定」では、法院の職権調査事項が、「当事者が客観的理由により自ら集めることのできない場合」、「法院が現場検証をしたり、鑑定を委託すべき場合」、「当事者双方が提出した証拠が相互に矛盾する場合」、「法院が自ら調査・収集すべきであると考えた場合」という4項目に限定された。しかし、「法院が自ら調査・収集すべきであると考えたその他の証拠である」との規定は、民事訴訟法の64条の規定と同じ文言であり、やはり有効な限定とはなっていない。すなわち、事実の存否が不明である場合は、法院による職権調査を、まだ認めていたのである。

さらに、2002年4月1日に最高法院の「民事訴訟証拠に関する若干の規定」（以下「証拠規定」という）が施行された。「証拠規定」2条2項では、当事者の立証責任について「当事者は自分の主張の事実について証明責任を負う。証拠がない、或いは証拠の不足のため当事者主張の事実が認定できない場合、挙証責任を負う当事者は裁判につき不利な結果を引き受ける」と規定された。そして同73条2項では、法院の裁判について「証拠の証明力が判断できないため、争いある事実について認定しがたい場合、法院は挙証責任分配の規則に従って裁判する」と規定された。また15条では、法院の職権による調査や証拠収集が、いわゆる公共利益に関わる事実と純粋な手続的事項に限定された。

「証拠規定」の内容からみれば、「証拠の当事者提出主義」が現行民事訴訟制度にはほぼ妥当することになった⁸⁰といわれる。

⁷⁹ 鈴木賢・前掲注70、266頁。

⁸⁰ 王亜新「中国民事訴訟制度の新しい展開」北大法学論集第54巻第3号（2004年）232頁参照。

四. とどまる限定的処分権主義

民事裁判方式改革は裁判の効率を高め、裁判の公正を確保することを意図し、法廷での審理を裁判の核心に据えることを目指しているものと考えられる。とはいえ、手続の持つ独自の価値がそれほど重視されているわけではない。「最高法院は裁判の手続および訴訟法の役割をしばしば強調したが、その具体的な議論をみると、裁判手続の存在は専ら裁判の効率と公正のためとなされ、手続それ自体的の価値はそれほど認められていないようである」⁸¹いわれている。

そのため、裁判の効率と密接な関わりをもつ証拠の当事者提出主義への変容は、改革の出発点であり、もっとも大きな成果ともなっている。一方、最高法院の一連の司法解釈および実務における改革は、当事者の処分権にまったく触れていないのである。訴訟の提起から、裁判の範囲、訴えの取り下げまで、当事者の処分権はまだ限定的なものにとどまっている。これは民事裁判方式改革の限界を示している。

近時、学説では、限定的処分権主義への批判は多く見られるようになった。

「弁論主義と処分権主義は、現代的法が支配する国々における、民事訴訟の基本的な理念と原則である。わが国の民事訴訟においても処分権原則は規定されているが、当事者の処分権がいろいろなところで限定される。結果として、処分権原則は名実相伴わないことになってしまった」⁸²といわれる。

そして、当事者の処分権に対する制限は革命根拠地時代の「馬錫五裁判方式」から始まり、中華人民共和国民事訴訟における一貫した方針である⁸³と指摘される。また、民事訴訟法で規定された訴訟の提起、訴訟範囲の特定、訴えの取り下げなどの条文における当事者の処分権の制限に対して、具体的に整理・検討し、問題点を指摘し、日本などの国における制度を参考にして、制度を改革しなければならないと主張する論文

⁸¹ 樊崇義編『訴訟原理』（法律出版社、2003年）218頁。

⁸² 楊榮馨編『民事訴訟原理』（法律出版社、2003年）114-116頁。

⁸³ 張衛平「民事訴訟処分原則重述」現代法学23巻6期（2001年）92頁参照。

がある⁸⁴。

こうした議論のなか、当事者の処分権に対する過度な制限の一環として、独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度の見直しが必要であると提言する学説も現れている。これについて本稿は第四章のところで詳しく検討する。

第四節 ソビエト法における類似した制度

一. 1923年ロシア共和国民事訴訟法典

（一）条文

1922年から、ソビエトは法史上最初の大きな法典編纂期を迎えた⁸⁵。1923年7月7日に、ロシア民事訴訟法典が公布・実施された⁸⁶。法典第17条「多数原告、被告および第三者の訴訟参加」では、独立した請求を申立てていない第三者の訴訟参加について、四箇条で規定された。条文の内容は次の通りである⁸⁷。

167条「事件についての判決が、当事者の一方との関係において第三者の権利または義務に影響を及ぼし得る場合、原告あるいは被告は第三者を訴訟に参加させるよう申請することができる」。

168条「事件についての判決が、当事者の一方との関係において、第三者の権利または義務に影響を及ぼしえる場合、第三者は、原告または被告の側に立って、訴訟に参加することができる」。

170条「当事者が第三者を訴訟に参加させるよう申請し、または第三者が訴訟に参加申請する場合、申請書に第三者訴訟参加の理由を説明しなければならない」。

⁸⁴ 江偉・呉澤勇「論現代民事訴訟法立法の基本理念」中国法学2003年3期106頁、董少謀「大陸法系処分原則的發展趨勢及对我民事訴訟的借鑒」西安財經学院学报18卷1期（2005年）78頁以下、劉学在「我国民事訴訟処分原則之檢討」法学評論2001年6期70頁以下、張衛平・前掲注83、89頁以下、など参照。

⁸⁵ 藤田勇『概説ソビエト法』（東京大学出版社、1986年）21頁参照。

⁸⁶ 藤田勇・前掲注85、21頁参照。

⁸⁷ 徐福基・艾国藩訳『蘇俄民事訴訟法典』（大東書局、1950年）35頁、鄭沢訳『蘇俄民事訴訟法典』（法律出版社、1955年）40-41頁。

172条①「訴訟係属中、裁判所は訴訟に参加していない国家機関あるいは国営企業が事件処理の結果と利害関係を有すると発見した場合、国家機関あるいは国営企業に事件の内容を通知しなければならない」。

②「不正解雇或いは配置転換された労働者の労働又は従前の職務への復帰に関する事件については、裁判所は、職権により解雇又は配置転換の行われた公務員を、被告の側の第三者として、訴訟に参加させることができる。当該訴訟中において、裁判所は責任のある公務員に、被解雇者に対する補助の支払いまたは労働賃金差額の支払をさせることによって、国家的施設、企業、その他の社会的団体に加えた損害を、賠償する義務を負わせなければならない」。

(二) 条文の内容・趣旨

1. 用語

法典では明言されていないが、教科書は以上の四箇条の規定における第三者を「独立した請求を申立てていない第三者」⁸⁸とよんでいる。

2. 訴訟参加の要件

167条、168条で規定されたように、第三者は事件についての判決が、当事者の一方との関係において権利または義務に影響を及ぼし得る者でなければならない。また172条1項では「利害関係」という用語が使われているが、それは167条、168条で規定された要件と同じ意味をもっている。具体的には、当事者の一方が法院の判決に基づいて第三者に対して求償請求をなしえる場合、その第三者は訴訟に参加することができる。独立した請求を申立てていない第三者の訴訟参加制度は、基本的に求償権を保障する制度である⁸⁹という。

3. 訴訟参加の方式

167条、168条の規定により、第三者は自ら訴訟に参加を申請することができる。そして、当事者は第三者を訴訟に参加させるよう申請することもできる。または、172条②項で規定された特別の場合に、法院は第三者を訴訟に参加させることができる。

⁸⁸ 中国で翻訳された1954年からソビエト大学法学部の教科書とされる克列曼『蘇維埃民事訴訟法』（王之相・王増潤訳）（法律出版社、1957年）122頁以下参照。

⁸⁹ 克列曼・前掲注88、121頁、126頁参照。

4. 第三者の訴訟上の地位

「第三者は基本的に当事者としての訴訟上の権利を有する。ただし、第三者は当事者そのものではないため、訴訟自体を処分することができない」。また、「第三者とは、当事者の訴訟結果により自己の法的地位が影響を受ける場合、一方当事者を勝訴させるべく訴訟に参加し、一方当事者を補助する者である。そのため、第三者と補助される当事者との関係は複雑である。訴訟において、第三者は一方当事者から求償請求をされないようにこの当事者を補助するが、法院が第三者・補助される当事者に対して不利な判決を下した場合に、第三者と補助される当事者とは対立することになる。つまり、補助される当事者は第三者に対して求償訴訟を提起する可能性がある。そのような場合に、第三者は被告になり、求償訴訟に応じなければならない」⁹⁰という。

5. 第三者の訴訟参加の効力

条文では規定されていないが、教科書では、当事者に対して下された判決が第三者に対しても、その効力を有すると解釈されている。例えば、当事者間の訴訟で、第三者に補助される当事者が敗訴し、判決が確定したあと、その当事者が第三者に対して求償訴訟を提起する場合、第三者はその判決が不当であると主張することができない。裁判所が当事者の申請に基づき、第三者を訴訟に参加させるよう通知し、通知を受けた第三者は訴訟に参加しなかった場合においても、裁判の効力に拘束される⁹¹という。

6. 当事者間の訴訟と求償訴訟を併合して審理することができるのか

原則として、当事者間の本訴と、第三者・一方当事者間の求償訴訟を併合して審理してはならない。本訴では、一方当事者が第三者に対して求償請求をまだ提起していないため、裁判所は第三者に対して判決を下すことができない。訴訟請求がない限り、判決することができない。また、本訴の判決は求償訴訟の先決条件となるため、二つの訴訟の間には密接な関わりがあるが、本訴判決に対して、当事者・第三者が上訴した場合、本訴判決は上級裁判所によって破棄される可能性がある。結果的

⁹⁰ 克列曼・前掲注88、130頁。

⁹¹ 克列曼・前掲注88、131頁参照。

には、求償訴訟に対する審理に費やしたエネルギーが無駄になるという⁹²。

7. 172条2項の特別規定について

172条2項の規定によって、被告の申請を待たずに、裁判所は責任のある公務員を訴訟に参加させることができる。また裁判所は被告の返還訴訟の提起を待たずに、責任のある公務員に対し、国家、企業、集団の損失を賠償するよう判決することができる。この規定は根拠のない解雇行為を制限し、国家、企業、集団の利益を保護するために設けられたものである。他の民事事件について、法律は一つの訴訟で本訴と求償訴訟を一緒に審理することができるかと規定していないという⁹³。

二. 1961年民事訴訟法の基礎・1964年ロシア共和国民事訴訟法典

(一) 条文

1. 1961年ソ連邦および加盟共和国民事訴訟法の基礎

1961年12月にソ連邦および加盟共和国民事訴訟法の基礎は公布・施行され、一カ条で独立した請求を申立てていない第三者の訴訟参加について規定した。条文の内容は次の通りである⁹⁴。

27条「第三者」の2項は「係争の対象について、独立した請求を申立てていない第三者は、事件についての判決が、当事者の一方との関係において彼等の権利または義務に影響を及ぼしえる場合、判決が下される前に、原告または被告の側に立って、訴訟に参加することができる。彼等は、当事者、検察官の申請に基づいて、あるいは、裁判所の職権によっても、訴訟に参加させることができる。独立した請求を申立てていない第三者は、当事者の訴訟上の権利を有し、訴訟上の義務を負う。ただし、訴訟請求の追加、変更、並びに、訴えの取下げ、請求の認諾または和解の権利はこの限りでない」と規定した。

2. 1964年ロシア共和国民事訴訟法典

⁹² 克列曼・前掲注88、136-137頁参照。

⁹³ 克列曼・前掲注88、137-139頁参照。

⁹⁴ 「ソ連邦及び加盟共和国民事訴訟法の基礎」法務資料第四一九号（1964年）4頁以下参照。

1964年2月にロシア共和国民事訴訟法典はソ連邦および加盟共和国民事訴訟の基礎に基づいて改正・採択され、二カ条で、独立した請求を申立てていない第三者の訴訟参加について規定した。条文の内容は次の通りである⁹⁵。

38条「係争物に独立した請求を申立てていない第三者」は、「係属物に、独立した請求を申立てていない第三者は、当事者の一方との関係において、事件についての判決が、その権利または義務に影響を及ぼしえる場合に、原告または被告の側に立って、訴訟に参加することができる。彼等は、当事者、検察官の申請に基づいて、或いは、裁判所の職権によっても、訴訟に参加させることができる。独立した請求を申立てていない第三者は、当事者の訴訟上の権利を有し、訴訟上の義務を負う。ただし、請求の理由および対象の変更、請求額の拡大、縮小、並びに請求の放棄、請求の認諾または和解、判決の執行の請求についての権利はこの限りではない」と規定した。

39条「労働復帰事件についての第三者の参加」は「不正解雇或いは配置転換された労働者の労働または従前の職務への復帰に関する事件については、裁判所は、職権により、解雇または配置転換の行なわれた公務員を、被告の側の第三者として、訴訟に参加させることができる。裁判所は、当該訴訟中において、責任のある公務員に、被解雇者に対する補助の支払い、または労働賃金差額の支払によって、国家的施設、企業、コルホーズその他の協同的又は社会的団体に加えた損害を、賠償する義務を負わせなければならない」と規定した。

（二）条文の内容・趣旨⁹⁶

条文の内容・趣旨は基本的に1923年ロシア民事訴訟法典と同じである。1961年ソ連邦および加盟共和国民事訴訟法の基礎27条2項および1964年ロシア共和国民事訴訟法典38条は「独立した請求を申立てていない第三者」という用語を用いるようになった。そして、第三者、当事者の申請

⁹⁵ 「ロシア共和国民事訴訟法典」法務資料・前掲注94、35頁以下参照。

⁹⁶ ここで、中国で翻訳された1965年からソビエト大学法学部の教科書とされる阿多澳里斯基『蘇維埃民事訴訟』（李衍・常怡訳）（法律出版社、1985年）に基づき、検討することにする。

以外に、検察官の申請および裁判所の職権的通知という二つの第三者訴訟参加の方式を加えた。

そもそも、1923年、1964年ロシア民事訴訟法典および1961年ソ連邦および加盟共和国民事訴訟法の基礎では、裁判所の民事裁判に対する検察官の監督・介入について規定し、一般に検察官は法律の定める場合および裁判所が必要と認める場合に訴訟を提起し、または訴訟のあらゆる段階で訴訟に参加することができる⁹⁷とされる。

裁判所が職権により第三者を訴訟に参加させるのは、1964年ロシア民事訴訟法典39条の場合に限定される⁹⁸といわれる。これは1923年ロシア民事訴訟法典の規定と変わらないのである。

39条以外の場合には、当事者間の本訴と一方当事者・第三者間の求償訴訟を併合して審理することができないとされる⁹⁹。それは、訴訟請求がない限り、裁判所は審理することができないためである。また、併合審理は訴訟の遅延、複雑化をもたらすおそれがある¹⁰⁰といわれる。

三. 中国とソビエト制度の比較

⁹⁷ 1923年ロシア民事訴訟法典2条「検察官は国家、人民の利益の保護に必要であると考える場合に、訴訟を提起し、または訴訟のあらゆる段階で訴訟に参加することができる」と規定した。1961年ソ連邦および加盟共和国民事訴訟法の基礎6条「裁判所は、以下の場合に民事訴訟を審理する。①自己の権利また利益の保護を求める市民の申立てのあるとき、②検察官の申立てのあるとき、③国家行政機関、労働組合、国家の施設、企業およびその他の社会団体、または法律によって他の者の権利および利益を保護するため裁判所に訴えを提起することのできる個々の市民の申立てのあるとき」。14条「検察官は、民事訴訟のあらゆる段階において、法律によって定められた法律のすべての違反を排除するための措置を、それらの違反が、何人から発したことを問わず、適時に適用しなければならない」と規定した。1964年ロシア民事法典4条、12条は1961年ソ連邦および加盟共和国民事訴訟法の基礎6条、14条と同じようなことを規定した。

⁹⁸ 阿多澳里斯基・前掲注96、72頁参照。

⁹⁹ 阿多澳里斯基・前掲注96、73頁、張家慧『俄羅斯民事訴訟法研究』（法律出版社、2004年）139頁参照。

¹⁰⁰ 阿多澳里斯基・前掲注96、73頁参照。

中国におけるソビエト法の継受について、「1950年代においては、ほぼ包括的にソ連法（学）の継受が試みられたのである」。「50年代以降、ソビエト法の圧倒的な影響を受けたとはいえ実際に周知のようにソビエト流の制定法が順調に整備されたわけではなかった」。「法典化が本格的に始動するには、改革・開放への歴史的転換となった1978年12月、共産党の第11期3中全会の開催までまたなければならなかった。中国では一般にこれ以後をそれ以前とは質的に異なる時期に入ったとし、法についても新たな発展の時期を迎えたと認識されている。しかし、少なくとも90年代に入るまでは、中国法はむしろ50年代からのソビエト法の影響の延長線にあったと考えるべきである。つまり、1979年から90年代ははじめまでの立法は基本的には50年代になしえなかったソビエト法継受による法典化を追完する過程であったと言いうる」¹⁰¹といわれている。

民事訴訟法の分野でも、以上の通りである。1982年に施行されたはじめての民事訴訟法としての旧法は「基本的にソビエト法を参考し、制定されたものである。そのため、基本原則から具体的な制度まで、多くの条文はソビエト法の民事訴訟法と極めて類似したものである」¹⁰²といわれる。独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度もソビエト法から継受した制度である¹⁰³、と論じられている。

具体的に、両国の制度にはどのような共通点、または相違があるのだろうか。

まず、中国における独立した請求権のない第三者という用語は、ソビエト法から継受したものである。しかし、ソビエト法における「独立した請求権を申立てていない第三者」という言いの方が、より適切であろう。

そして、ソビエト法においても、中国法と同様、民事訴訟における当

¹⁰¹ 鈴木賢「現代中国法にとっての近代法経験」体制転換と法4号（2003年）19-20頁。

¹⁰² 張家慧・前掲注99、2頁。

¹⁰³ 張衛平『民事訴訟：關鍵詞展開』（中国人民大学出版社、2005年）、141頁参照。

事者の処分権は限定される¹⁰⁴。検察官が訴訟を提起することができ¹⁰⁵、特別の場合に裁判所は原告の請求の範囲を超えて審理することがあり¹⁰⁶、当事者の訴えの取下げ、請求の認諾、和解なども裁判所に制限される¹⁰⁷。このような規定の下で、検察官は第三者を訴訟に参加させるように申請することができ、裁判所も特別の場合に職権で第三者を訴訟に参加させ、第三者に対して民事責任を負うよう判決することができる。しかし、特別規定以外の場合に、裁判所は第三者を訴訟に参加させ、当事者間の本訴と一方当事者・第三者間の求償訴訟を一緒に審理してはならないとされる。これは、両国の制度における根本的な違いであると思われる。

ソビエト法における独立した請求を申立てていない第三者の訴訟参加制度では、主に第三者が補助参加者として見なされ、また、第三者に対して、責任を負うよう判決するのではなく、判決の効力を第三者に及ぼすにすぎない。このような制度はおおむね日本の補助参加制度¹⁰⁸と類似している。

中国の独立した請求権のない第三者の訴訟参加制度は、ソビエト法を継受した上で、独自の特質を持つようになつたといえよう。

¹⁰⁴ 藤田勇『概説ソビエト法』（東京大学出版会、1986年）314-317頁参照。

¹⁰⁵ 例えば、1923年ロシア民事訴訟法典2条・前掲注97参照。

¹⁰⁶ 例えば、1964年ロシア民事訴訟法典195条は「裁判所は、国家の企業、施設、組織、コルホーズ、その他の協同組合組織、その他の社会的組織もしくは市民の権利および法律の保護するために必要である場合に、原告の申立てた請求の範囲を超えて審理することができる」と規定した。

¹⁰⁷ 例えば、1964年ロシア民事訴訟法典34条は「裁判所は、それらの行為が法律に違反し、また何人かの権利および法律の保護する利益を侵す場合には、原告による訴えの取下げ、被告による訴えの認諾を認めず、また当事者の和解合意に承認を与えないものとする」と規定した。

¹⁰⁸ 本稿の第五章で日本の制度について検討する。

国際海洋法裁判所の暫定措置命令における予防概念の意義（2・完）

堀 口 健 夫

目 次

序 問題の所在

第1節 予防概念の法的地位をめぐる学説の展開

第1款 「予防概念＝国際慣習法」否定論

第2款 「予防概念＝国際慣習法」肯定論

第3款 近年の新たな動向：Boyleの「予防原則＝国際法の原則」論

第2節 ITLOSの暫定措置命令の検討

第1款 国連海洋法条約における暫定措置制度

第2款 ITLOSの暫定措置命令における予防概念の機能

① みなみまぐろ事件暫定措置命令（1999年8月27日）

<以上61巻2号>

② MOX工場事件暫定措置命令（2001年12月3日）

③ ジョホール海峡等埋立事件暫定措置命令（2003年9月10日）

④ 小括

第3款 海洋法条約の解釈における予防概念の考慮の正当性

① 法的安定性の問題

② 予防概念の権威の問題

③ 具体的条文と予防概念との関係

④ 小括

結び

<以上本号>

第2節 ITLOS の暫定措置命令の検討

第2款 ITLOS の暫定措置命令における予防概念の機能（61巻2号からの続き）

② MOX 工場事件暫定措置命令（2001年12月3日）

次に紛争当事国が予防概念を援用した事案として、MOX 工場事件がある。本件は、イギリスの Sellafield 原子力発電所の MOX 工場の操業に関わる紛争である。2001年10月25日、同工場の操業に関連して、アイルランドは深刻な海洋汚染をもたらすおそれがあるとして、海洋環境の保護に関連する海洋法条約の実体的・手続的諸規定の違反の認定を求めて仲裁裁判に訴え、それとともに同工場の認可の停止処分等の暫定措置命令を2001年11月9日に ITLOS に求めたという事案である。なおこの紛争は、OSPAR 条約のもとでの仲裁や欧州裁判所にも付託されている。

本件でアイルランドは、① MOX 工場の認可に関連して、排水や放射性物質の輸送等に起因するアイリッシュ海の汚染防止に必要な措置をとらなかったことや、テロ攻撃のリスク評価・防止戦略を策定しなかったことから、海洋環境保護や汚染防止に関連する、192条、193条、194条、207条、211条、213条の諸規定にイギリスが違反していること、② MOX 工場に関する情報の共有を拒否したことなどにより、協力義務を定めた123条・197条にイギリスが違反していること、③ MOX 工場の操業に由来する潜在的影響を十分に評価していないとして、環境への評価を求める206条にイギリスが違反していることを、仲裁裁判への申立ての中で主張した。また暫定措置としては、① MOX 工場の認可の即時凍結、或いは MOX 工場の操業を防止するために必要な他の措置をイギリスがとること、② MOX 工場の操業のための放射性物質の国際的輸送が行われないようイギリスが確保することなどを要請した。

ここでアイルランドは、MOX 工場の操業から損害が発生しないことをイギリスが事前に証明する義務があること、またそうした証明がない限り工場の操業は認められないとの自身の主張の根拠として、国際慣習法の規範としての予防概念を援用した。つまり、イギリスに事前の無害証明を要求する根拠として、予防概念に依拠したのである。また合わせ

てアイルランドは、裁判所による緊急性の評価に際しても予防概念が考慮されうると主張した(多数意見 para. 71)¹。これに対してイギリスは、予防概念の意味内容やその法的地位を直接問題にするまでもなく、いずれにせよ海洋環境への深刻な損害、或いは権利に対する不可逆的な侵害がもたらされることをアイルランドは証明していないとして、予防概念の適用はないと反論した (para. 75)。

本件においても裁判所は、予防概念の法的地位やその適用可能性について明示的に論じることはなく、またアイルランドが要請した内容の措置についても、緊急の必要性がないとして認めなかった。しかし他方では、協力の義務が海洋法条約第12部における海洋汚染の防止の基本原則であり、それに由来する権利も暫定措置による保護の対象となると指摘したうえで (同 para. 82)、「…賢慮と用心は、アイルランドとイギリスに対し、MOX 工場の操業のリスクと影響に関する情報を交換し、適切ならば様々な手段でそれに対処するために協力することを要求する」(同 para. 84) と述べ、全会一致で、情報交換、リスクのモニタリング、防止措置の設定に関して、当事国が協力・協議を行うことを求める代替的な暫定措置を命じたのである。

このような裁判所の判断と予防概念との関係は、みなみまぐろ事件の場合ほど容易に理解できるわけではない。確かに上述のパラグラフ84で言及された「賢慮と用心」という表現は、みなみまぐろ事件の命令において予防概念を示唆する文脈で用いられていたものであり、また本件の当事国であるアイルランドも、「予防原則は政策決定者、並びに…裁判所に対して、不確実性に直面している際には、賢慮と用心を行使するこ

¹ 口頭手続においてアイルランド側は、予防原則は国際慣習法の準則であるとしたうえで、「予防原則は政策決定者、並びに…裁判所に対して、不確実性に直面している際には、賢慮と用心を行使することを指示する。本件においては、もし MOX 工場の操業をすすめるというのであれば、排出やその他の操業の帰結から損害を生じないことを示す責任がイギリスには存在する。…また予防原則は、裁判所が緊急性の問題や prima facie の問題にアプローチする際の諸条件を提示する。本件は、不確実性が暫定措置の発動と付与を命じる古典的な状況の類の一例である」と主張していた。ITLOS/PV.01/06/REV.1, pp.12f.

とを指示する」と明確に主張していた²。また Caminos、山本、Park、Alk、Marsit、Eirikson、Jesus 判事の共同宣言が明らかにしているように、MOX 工場の操業の影響に関して当事国の合意が形成されておらず、科学的不確実性に直面した状況であることは判事によっても十分認識されており³、そうした状況が裁判所による権限の行使を妨げないことが、本件においても明らかにされたといえる。以上のような点は、アイルランドの主張したような事前の無害証明を求める規範に裁判所が依拠したとはいえないが、みなまぐろ事件暫定措置命令において明らかにされたような「賢慮と用心」の要請という抽象的指針として、予防概念が条約解釈において考慮されたとの理解に一定の根拠を与える。

他方、判事の個別意見に目を向けると、本命令が予防概念の考慮に基づいていることを明確に指摘したのは Szekely 判事 1 人であり⁴、むしろ本件では、予防概念の適用・考慮に否定的、或いは慎重な見解を示す判事がみられる。例えば Wolfrum 判事は、予防概念が国際慣習法として確立しているかどうかは判然としないとし、またたとえそれが肯定できるとしても、本件でアイルランドは予防概念を援用することはできなかったと述べる⁵。その理由としては、第 1 に、資源量が歴史的に最低レベルであることにつき当事国間で合意のあったみなまぐろ事件とは異なり、本件でアイルランド管轄下の環境保護のための暫定措置をとるには、関連海域の環境に対する工場の潜在的影響等をただちに評価しなければならないが、それは暫定措置の段階ではなく本案で扱われるべき事項であること、また第 2 に、権利侵害等の可能性を説得的に示せば自動的に相手国の問題行為が停止されるという考え方は、すべての紛争当事国の権利を尊重しなければならないという暫定措置の基本的機能にそぐわないことが挙げられている。いずれも暫定措置制度の趣旨や機能の観点からの、予防概念の援用の限界の指摘である。こうして Wolfrum 判

² *Id.*

³ Joint Declaration of Judge Caminos, Yamamoto, Park, Alk, Marsit, Eirikson, Jesus.

⁴ Separate Opinion of Judge *ad hoc* Szekely, para. 24.

⁵ Separate Opinion of Judge Wolfrum, pp.3f.

事によれば、裁判所は本件で予防概念を考慮すべきではなかったのであり、また実際にもそうしなかったと説明されるのである。

しかし Wolfrum 判事は、以上のような議論を展開する前提として、本件でアイルランドが主張したような事前の無害証明を要求する規範として予防概念を理解しているように思われる⁶。予防概念の意味をそのように理解する限りでは、本件でそうした規範が適用・考慮されなかったとする彼の理解は正しい。しかし、科学的不確実性の状況における「賢慮と用心」の要請といった程度の指針として予防概念を理解するならば結論は変わりうる。そして本件で予防概念を援用できない第2の理由として Wolfrum が指摘した点については、このように予防概念を理解する限りでは必ずしも問題にはならない。また彼が指摘する第1の理由については、後に仲裁裁判所で科学的証拠に関するさらなる検討が可能であることなどを考えると、そもそも説得的ではない⁷。したがって Wolfrum 判事の意見は、科学的不確実性の状況における「賢慮と用心」の要請という意味での予防概念が、本命令で考慮されたとの評価を必ずしも妨げるものではなく、またそのような考慮が不当であるとの説得的な議論であるともいえない。

他方 Treves 判事は、本命令で「賢慮と用心」の要請が協力義務と結び付けられた点をふまえて、以下のような問題提起をしている。「予防アプローチが手続的権利の保全に関して適切であるか否かは議論の対象となりうる。協力や情報交換に関する手続的権利の遵守は、環境に影響を与える活動に従事する際の相当の注意義務の遵守と関連性をもつとの主張がありうる。」⁸学説においても、Treves 判事のこうした問題意識が少なからず共有されており、例えば Kwiatkowska は、本命令が実体的権利の保全の必要を否定する一方で、手続的権利を保全する緊急性を

⁶ Wolfrum 判事は、予防概念の意味内容については、事前の無害証明を除いて一般的な合意はないことを指摘している。Id., p.3.

⁷ 同様の指摘として、S.Marr, *The Precautionary Principle in the Law of the Sea: Modern Decision Making in International Law* (2002), p.69.

⁸ Separate Opinion of Judge Treves, para. 9.

認めたことについては、そもそも矛盾があるとする⁹。事前協議などの協力に関する手続的義務・権利は、環境保護に関する実体的義務・権利を実施・実現することを意図するものであるというのが、やはりその理由である。

本命令で裁判所は、アイルランドの要請した措置をとる緊急性を否定するにあたって、さしあたり核物質・燃料の輸送等を行わないとするイギリスの確約を少なくとも重視したものとみられる（paras. 78-80）。また Caminos、山本、Park、Akl、Marsit、Eiriksson、Jesus 判事の共同宣言によれば、そうした確約の存在に加えて、工場の操業のプロセスは不可逆的なものではないとするイギリス側の主張に影響されたとされる¹⁰。Treves 判事も、「実体的権利の保全に関して、本命令では予防的な考慮に依拠したとの言及はなかった。だが、附属書Ⅶの仲裁裁判所が組織されるまでの短期間における緊急性の欠如を強調した部分について、本命令は、…当事国が示した科学的議論が、附属書Ⅶの仲裁裁判所が暫定措置に関する請求を受理できるまでの数ヶ月の間に、MOX 工場がアイルランド海における放射能の相当な増加をもたらしうるか、またそうしたリスクをもたらしうるかという点に、十分焦点を当てるものではなかったことを示しているものと理解されうる」と述べており¹¹、少なくとも実体的な諸権利を緊急に保全すべき環境リスクの存在が十分に示されなかったことを指摘している。他方そのような状況において、代替的に協力を命ずる緊急性がなぜ認められるのかという点については、多数意見や上記の共同宣言等からは明確な理由づけを見出すことは難しい。

しかしながら、確かにこの点の厳密な説明は容易ではないが、Treves 判事が示唆した矛盾を回避するような説明も不可能ではない。なぜなら、本件で命令された協力に関する措置はそれ自体独自の存在意

⁹ B.Kwiatkowska, “The Ireland v United Kingdom (Mox Plant) Case: Applying the Doctrine of Treaty Parallelism”, the International Journal of Marine and Coastal Law, vol.18, no.1 (2003), p.43.

¹⁰ Joint Declaration of Judge Caminos, Yamamoto, Park, Alk, Marsit, Eirikson, Jesus.

¹¹ Separate Opinion of Judge Treves, Para. 8.

義があるとみることができるからである。確かに学説上、事前協議等の手続は環境損害防止の実体的義務の実施として位置づけられることが多い¹²。しかし、環境リスクの管理という観点からすると、本件で命令された協力に関わる措置は、科学的不確実性の削減を目的とした独自の存在意義をもつ予防的措置としても理解できる¹³。そしてそうした不確実性削減のための措置を命じる場合と、工場操業の停止等の措置をも命じ

¹² 例えば国際法委員会「危険活動に由来する越境損害防止条文草案」(2001)も、そのような理解に立って構成されていると評価しうる。Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (2000).

¹³ 例えば「予防原則に関する EC 委員会のコミュニケーション」(2000)は、予防概念のもとでは広範な措置の選択肢があるとし、たとえば研究計画への資金供給なども同概念によりインスパイアされうるとしている。Communication from the Commission on the Precautionary Principle (2000), P.16. こうした見方を支持するものとして、Segger and Gehring, *supra* note10, p.141. また Cameron らは、「予防原則に従った行動を創出するのに役立つであろうインセンティブ・ディスインセンティブに関する法的或いは政治的環境を創出する」措置を「間接予防 (indirect precaution)」と呼び、その例として環境情報へのアクセスや EIA を挙げる。J. Cameron and J. Abouchar, "Precaution, Health and the World Trade Organization : Moving toward Sustainable Development", *Queen's Law Journal*, vol.29 (2003/4), pp. 50f. このように、不確実性を削減する措置自体を独立した予防的措置とみる理解は少なくない。

他方、不確実性の下で判断される予防的措置の本来的な暫定性に鑑み、追加的情報の獲得により不確実性の削減を図る措置が予防概念と矛盾するものではないとしつつも、それはあくまで問題活動に対する実体的な規制措置に付随するもので、それと独立した意義を否定する見解もある。例えば、G.Rashbrooke, "The International Tribunal for the Law of the Sea: A Forum for the Development of Principles of International Environmental Law", *International Journal of Maritime and Coastal Law* vo.19, no.4 (2004), p.529.

少なくとも、国際文書における予防概念の定式をみる限り、独立した予防的措置として不確実性削減を目的とした措置を積極的に排除しているといえるようなものは見当たらず、むしろ明示的に許容していると評価しうるものもある。例えば気候変動枠組条約(1992年)第3条3項は、「締約国は、気候変動の原因を予測し、防止し、又は最小限にするための予防的措置をとるとともに…」とあり、場合によっては、原因を予測するための措置のみを予防的措置としてとることを許容しているように読める。

る場合とでは、前者の場合の方が緊急性の要件が緩やかに解釈された（つまりは、環境リスクの程度がより小さい場合でも措置の緊急性が認められうる）と考えることにより、裁判所の判断を矛盾なく説明することができる¹⁴。

このような協力措置の独自の意義は、当該措置が単純に当事国の権利保全を目的とするものではなく、海洋汚染防止という共通利益の実現を目的とした措置であると性格づけることでより容易に導くことができる。この点につき、確かに裁判所は、協力原則に言及したパラグラフ82において、協力原則に由来する諸権利が暫定措置の保護の対象として適当でありうるものとわざわざ指摘しており、その後で示す暫定措置が当事国の手続的権利の保全を目的とすることを示唆しているようにもみえる。しかし裁判所は、みなみまぐる事件でもそうであったように、暫定措置の目的についてそれ以上に明示することは回避しており、当該措置が海洋環境への損害防止をも目的としていると解する余地はある。この点につき、Caminos、山本、Park、Alk、Marsit、Eirikson、Jesus 判事共同宣言は、「（海洋環境損害防止の基本原則たる）協力義務を背景に、本裁判所が採用することができた最も効果的な措置は、ただちに協力を当事国に求めることであったと考える」と述べており、命令した措置が海洋汚染防止を目的とするものであったことを示唆している¹⁵。

またこの考え方によれば、問題活動を直接規制することの緊急性を判断する場合に比べて、不確実性削減のための協力体制の確立については緊急性の要件が緩やかに解されるわけだが、そのような解釈においては協力原則の重要性の考慮も働いていると考えられる。裁判所が、協力が海洋汚染防止の「基本原則（fundamental principle）」であるとわざわざ強調したことの意味は、その点に見出しうる。Caminos、山本、

¹⁴ 前述のように、裁判所がアイルランドの請求を認めなかったのは、基本的にイギリスの与えた確約の影響が大きく、MOX 工場自体の環境リスクの存在について全く否定したというわけではない。

¹⁵ Joint Declaration of Judge Caminos, Yamamoto, Park, Alk, Marsit, Eirikson, Jesus. 同共同意見をそのように評価するものとして、Rashbrooke, *supra* note 13, p.529.

Park、Alk、Marsit、Eirikson、Jesus 判事共同宣言も、MOX 工場による環境への影響について当事国の協力関係がほとんど完全に欠如しているという本紛争の特徴に、本命令は対応するものであると述べている¹⁶。

このように、命令された協力措置については環境リスクに対する予防的措置として独自の意義があるとみることができ、そのように理解する限りでは、実体的な措置を命令すべき差し迫った環境リスクが否定されたからといって、自動的にこれらの協力措置を命令すべき緊急性が否定されるということには少なくともならない。そして本件におけるこれらの協力措置に関する緊急性の判断にあたっては、協力原則の重要性も考慮されたものと考えられる。もっともこの点につき、本件では専ら協力原則の考慮から緊急性が認められたとの見解もみられる。例えば、本件での予防概念の適用に否定的であった Wolfrum 判事は、「特に近隣国の諸利益が危うくなっている場合に、協力の義務が国際環境法の優先的な (overriding) な原則であることを考慮すると」、協力を命じた裁判所の判断は支持できると述べる¹⁷。しかし協力原則が海洋環境保護における重要原則であるとしても、それだけでは科学的不確実な状況において緊急性が認められる理由付けとしては弱いように思われる。ここでは、不確実な環境リスクへの早期対応を求める予防概念も合わせて考慮されたと理解するべきであろう。まさしく Wolfrum 判事が上の引用部分で指摘しているように、近隣国への利益へのリスクがある場合に協力の義務が優先的に働くべきであるとするならば、そのことの根拠を提供するのは予防概念であろう。

もっとも、本件で命令された協力措置の独自の存在意義は別の観点からも指摘しうる。すなわち、裁判所は紛争の拡大・悪化防止の観点から協力を命じたという説明もありうるかもしれない。海洋法条約の暫定措置の権限規定においても、紛争の拡大・悪化の防止はその目的として明文化されていないが、ITLOS はみなみまぐろ事件において、抽象的に紛争の拡大防止を求める暫定措置も命じていた。また本件でも ITLOS

¹⁶ Joint Declaration of Judge Caminos, Yamamoto, Park, Alk, Marsit, Eirikson, Jesus.

¹⁷ Separate Opinion of Judge Wolfrum, p.4.

は、「賢慮と用心」に言及したパラグラフ84の直後で、両当事国は紛争を悪化させる行動を控えるべきであると述べており、当事国に協力を命じた背景にある1つの考慮として示唆したといえなくもない。この点につき、先の問題提起をしていた Treves 判事も、「本命令を実施する際に従事するこの協力のプロセスは、紛争の悪化と拡大の回避というさらなる結果をもたらし、また附属書Ⅶの仲裁裁判所が対処する前に、当事国を対立させていたものの焦点をより明確にするだろう」と述べていた¹⁸。このように Treves 判事は、協力関係の構築の要請が、当事国間の紛争の根源にある科学的不確実性を削減する効果をもたらさうとの認識を示していた。

しかし、専ら紛争の悪化・拡大の防止を目的に協力に関する措置が命令されたと理解すると、当該措置はそうした「紛争の悪化・拡大」のリスクへの対処という性格をもつこととなり、「環境」に対するリスクを対象とする予防概念とは、厳密には異なる発想から緊急性が判断されたと理解される余地がある。学説においても、例えば Rashbrooke は、環境への悪影響に関わる不確実性を扱う予防概念自体が、専ら手続的権利を保全する文脈でいかに適用されるのかやはり理解に苦しむと述べ、パラグラフ84で示された「賢慮と用心」は予防概念とは何か別のものであると指摘している¹⁹。しかし前述のように、そもそも「賢慮の用心」の要請から専ら協力に関する措置を導いた裁判所の判断については、それを予防概念の考慮によるものとして理解したとしても、矛盾なく説明することが可能である。本件の命令の背景に、紛争の悪化・拡大の防止に関する考慮があることは否定しがたいが、命令された措置が専らそれのみを目的としていると考えることは、暫定措置に関する ITLOS の権限規定に照らしても、困難であるといえよう。

以上の検討から、本命令で言及された「賢慮と用心」は予防概念を含蓄するものであり、裁判所は少なくとも自身の暫定措置に関する権限規定の解釈においてそれに依拠したと評価は十分可能である。そこでいう予防概念は、アイルランドが主張していたような事前の無害証明を要求

¹⁸ Separate Opinion of Judge Treves, para. 10.

¹⁹ Rashbrooke, *supra* note 13, p.530.

するものではないが、みなまぐる事件において示された、「科学的に不確実な環境リスクに直面している状況では、保全のための効果的な措置を確保するよう「賢慮と用心」が要請される」という抽象的内容の指針であると考えられ、少なくとも「適当な措置」(290条1項)或いは「緊急性」(290条5項)の解釈において裁判所が依拠したとみることができると。そのように理解することで、科学的に不確実な状況で措置を命令した裁判所の推論により明確な説明を与えることが可能である。

③ ジョホール海峡等埋立事件暫定措置命令 (2003年9月10日)

最後にジョホール海峡等埋立事件の暫定措置命令を検討する。本件は、シンガポールが実施しているジョホール海峡及びその周辺海域での埋立活動について、マレーシアが航行の安全や環境への悪影響等を理由に海洋法条約の関連規定の違反を主張して仲裁裁判に訴え、合わせて埋立活動の停止や関連情報の提供などをシンガポールに命ずるよう ITLOS にも暫定措置を要請したという事案である。本件でマレーシアは、シンガポールが海洋法条約123条や、192条、194条など、海洋環境保護に関する実体的義務・手続的義務に違反していると主張すると同時に、「これらの義務の適用・実施の際に当事国を指針づける」海洋法条約300条(信義則)並びに「予防原則」にも反していると主張した(多数意見 para. 74)。このような主張にあたり、マレーシアは予防概念を国際慣習法の規範として性格づけていた²⁰。そして暫定措置も併せて要請し、①仲裁判決までの間、両国の海洋境界付近、或いはマレーシアが領海であると主張する海域付近での、すべての現状の埋立活動を停止すること、②現状の、また計画された工事に関する十分な情報をマレーシアに提供すること、③工事とその潜在的影響に関して意見を求める十分な機会をマレーシアに提供すること、などを内容とする命令を求めた(para. 23)。これに対してシンガポールは、マレーシアの要請の却下を求めたが、予防概念については、その法的地位については明確に争わなかったものの、現

²⁰ シンガポール側は口頭手続において、予防アプローチ或いは予防原則は「今日の国際法において結晶化し、確固としたものとなった」と述べている。ITLOS/PV.03/02, p.17.

状では深刻な環境損害のおそれを予見することができず、そうした状況では暫定措置を命ずるにあたって予防概念を適用する余地はないと主張した（para. 75）。

これに対して裁判所は、問題の埋立予定海域を2つに区分し、一方の海域（Tuas）については、緊急性や不可逆な権利侵害のリスクが十分立証されなかったとし、暫定措置を命令する必要を認めなかった（paras. 72-73）。しかし他方の海域（Pulau Tekong）については、シンガポールが埋立の環境影響評価を実施していない事実にも言及したうえで、「陸地の埋立活動が海洋環境に悪影響を持ちうることは排除しえない」と述べる（paras. 92-93）。そのうえで裁判所は、「陸地の埋立活動による海洋環境への影響の可能性に鑑みると、賢慮と用心は、マレーシアとシンガポールに対し、陸地の埋立のリスク或いは影響に関する情報を交換し、関連水域におけるそれらのリスク・影響に対応する手段を考案するためにメカニズムを確立することを要求する」（para. 99）と述べ、結果として、専門家グループの設置や情報交換、対策の検討を目的とする協力・協議を両国に命じたのである。またシンガポールに対しては、専門家グループの報告を特に考慮しつつ、マレーシアの権利に対する不可逆的な侵害や海洋環境への深刻な損害をもたらしうるような方法で埋め立てを実施してはならないことも併せて指示した。

このように裁判所は、一部の海域について科学的に不確実な環境リスクの存在を否定できないことを根拠に、「賢慮と用心」の要請として、当事国の協力関係の構築を主要内容とする暫定措置命令を下した。これはMOX工場事件における判断と類似しており、前述したような理由から、本命令で言及された「賢慮と用心」も予防概念を含意すると評価することが可能である。すなわち裁判所は、同海域に対する埋め立ての環境リスクに科学的不確実性が伴うにも関わらず、そうした状況が暫定措置を命じる自身の権限の行使を妨げるものではないとの解釈を少なくとも示し、そうした判断にあたって、科学的に不確実な状況における「賢慮と用心」の要請という意味での予防概念に依拠したと理解しうる。そのうえで本件では、当該リスクの性質・規模と協力原則の重要性に鑑み、科学的な不確実性を削減するための協力を命じる緊急性が認められたと解することができる。本命令では、「海洋環境への影響の可能性に鑑み

ると（賢慮と用心は…を要請する）」という表現により、命令された措置が不確実な環境リスクへの対処を目的とすることが、MOX 工場事件の命令に比べてより明確にされていること、また、多数意見が、上述の Paragraph 99 に至る前に、協力が海洋汚染防止の基本原則であるとする MOX 工場事件暫定措置命令の判断を再び引用していることは、上のような評価に支持を与える。

個別意見においても、Rao 判事は以下のように述べ、埋立の停止等を命令しなかった一方で協力を命じたことには矛盾はないとする。「…マレーシアは Pulau Tekong 周辺の埋め立て作業に関して求めていた実体的救済に関する緊急の状況を証明しなかった。本命令の主文は、この前提と両立する特定の暫定措置を命じた。すなわち、これらの措置は、海洋条約第12部並びに一般国際法において尊重された協力義務から生じる緊急性の認識を強調する²¹。」他方で Anderson 判事は、協力に関する措置等を命じた緊急性については疑問が残ると述べる。しかしその理由としては、命令された措置と類似の内容の約束を既に当事国が行っていたこと、そうした約束の誠実な実施を期待すべきであること、そして文言が部分的に異なる類似の義務を当事国に課すことは混乱の原因となることが挙げられており、埋立の停止等を命令しなかった状況で、協力に関する緊急性を認めたこと自体を問題としているわけではない²²。このように本件では、個別意見においても、協力の命令と結びついた「賢慮と用心」の要請を、前述のような意味で予防概念と解することを妨げるような見解はみられない。

以上のようなことから、本命令に関しても、裁判所による予防概念の利用につき、MOX 工場事件暫定措置命令と同様の評価が十分可能であると考えられる。

④ 小括

本款では、当事国により予防概念が援用された ITLOS の諸事件における暫定措置命令の分析を手がかりに、ITLOS が海洋法条約の解釈に

²¹ Separate Opinion of Judge Rao, para. 38.

²² Separate Opinion of Judge Anderson, para. 3.

において予防概念に依拠したといえるかどうかを検討してきた。この点については、そもそもの予防概念の意味内容の定義如何で結論が変わりうる。同概念を事前の無害証明を指示する規範として理解するならば、ITLOS がそれに依拠したと評価することは困難である。他方、科学的に不確実な環境リスクに直面している状況では、保全のための効果的な措置を確保するよう「賢慮と用心」が要請される、といった抽象的指針として同概念を理解する限りでは、少なくとも裁判所の権限規定、すなわち290条1項の「適当な措置」或いは290条5項の「緊急性」の解釈において、それが考慮されたと評価することが十分に可能である。この点は、特にみなまぐろ事件暫定措置命令において最も明確に見出すことができるが、MOX 工場事件やジョホール海峡等埋立事件の命令の検討も、「賢慮と用心」の要請と協力と結び付けていることからやや複雑な説明づけを要するものの、そのような評価を支持しうる。また少なくともみなまぐろ事件の命令においては、「賢慮と用心」の要請が当事国の規律の指針であるとの認定がなされていることから、裁判所の権限規定以外の海洋法条約の諸規定、特に条約当事国の環境保護に関わる権利義務に関する規定も、かかる指針に照らして解釈されるべきことも含意されているといえよう。以上のような意味において、上述の一連の暫定措置命令は、Boyle が指摘するような、法の解釈・発展における指針としての予防概念の機能を実証するものであると評価しうる。たしかに Boyle 自身は、MOX 工場事件・ジョホール海峡等埋立事件において予防概念が考慮されたことについては否定的であるが、一連の命令における「賢慮と用心」の要請は、上のように理解する限りでは、予防概念の考慮として一貫した説明が可能であると考ええる。

ところで Boyle 自身が、両事件の命令について、裁判所による予防概念の考慮になぜ否定的であるのかは必ずしも定かではないが、以下の2つの理由のいずれかによるものと考えられる。1つは、「賢慮と用心」の要請が専ら協力の手続と結びついている点を根拠としている可能性がある。これに対して前述の通り反論は可能と考えるが、Boyle は不確実性を削減する措置はそれ自体独立した予防的措置とは考えられないという立場に立っている可能性がある。もう1つのありうる根拠は、それぞれの事件でイギリスとマレーシアが主張したように、両事件は予防概念

に依拠する条件である回復不可能な損害或いは深刻な損害の基準が満たされなかった事例である、という理解なのかもしれない。前述のように Boyle は、Birnie らと共著において予防概念の中核的内容を指摘した箇所では、少なくとも「深刻な損害」という基準に言及している。しかし Boyle は、少なくともみなみまぐる事件における「賢慮と用心」は「予防アプローチの適用と理解しうる」と明言していること²³、またいずれにせよ MOX 工場事件やジョホール海峡等埋立事件で ITLOS が科学的に不確実な状況で命令を下したことの理由づけの問題が残ること（「賢慮と用心」がその根拠と考えられる以外は）、さらに「深刻な損害」という基準はリオ宣言等多くの国際文書で採用されているが、少なくとも海洋環境分野ではそのような高度な基準を明文化していないものが少なくないこと（例えばみなみまぐる事件の個別意見で参照された公海漁業実施協定第6条や、MOX 工場事件の紛争に関連した OSPAR 条約2条 aがある）などを考慮すると、むしろ「深刻な損害」という基準を前提とすること自体に疑問も残る。いずれにせよここでは、本稿と Boyle の評価の違いは、予防概念自体の適用基準や措置の範囲に関する理解の差に起因するものであり、予防概念の法的性質や機能に関する基本的理解の差に起因するものではないことを確認しておけば十分であろう。

第3款 海洋法条約の解釈における予防概念の考慮の正当性

以上のようなことから、ITLOS による海洋法条約の解釈において予防概念が影響したと評価できるとして、次にそのような機能の正当性の問題を検討する。この点につき、上述の一連の暫定措置命令における多数意見と大半の個別意見においては、少なくとも科学的不確実性の状況における「賢慮と用心」の要請なる指針に依拠したことの正当性については特に問題としていない。しかしそうした対応は、緊急に暫定措置を命ずるにあたって検討する必要性が乏しいと判断されたか、或いは、検

²³ A. Boyle, “The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol.22, no.3 (2007), p.373.

討する時間的余裕が不足していたにすぎなかったのかもしれない、問題の不在を必ずしも意味しているわけではない。また、確かにそれは常識的な内容の指針であるともいえ、その意味でその権威の自明性は高いといえるのかもしれない。しかし例えそうであるとしても、そのことは、その性質や機能等に対する分析を欠いた「批判なき受容」を許容するものではない²⁴。

前款で検討してきたような予防概念の機能の正当性については、少なくとも以下のような観点から疑念が提起されうる。第1に、上述のような抽象的指針たる予防概念への依拠は、法的安定性の観点から問題があるのではないだろうか。第2に、一連の暫定措置命令では国際慣習法としての地位は特に論証されなかったが、それでは予防概念の権威は何に基づくのか。そして第3に、具体的な条文との関係において、どのような場合に予防概念の考慮が正当化され、また要請されるのだろうか。以上の点は、一連の暫定措置命令において十分に検討されなかった問題であり、また前款で検討してきた予防概念の機能の射程を考えるうえでも不可欠の検討課題である。

① 法的安定性の問題

予防概念をはじめとする環境法原則の機能をめぐる議論は、EU法や国内法分野においても展開されているが、そこでは法的安定性を損なうことを理由にそうした原則の利用の正当性を疑問視する見解もみられる²⁵。国際法分野では、この観点からの明示的な問題提起はさほどみられないが、「予防概念＝国際慣習法」否定論の大半が問題としてきた予防概念の意味内容の曖昧さは、こうした問題提起に帰着しうる²⁶。この

²⁴ O'Connor は、信義則の検討に際して、この点を強調している。J. O'Connor, *Good Faith in International Law* (1991), p.1.

²⁵ 例えば、D. Geradin, "The Belgian Waste Case", *European Law Review*, vol.5, p.144; and E. Fisher and R. Harding, "The Precautionary Principle in Australia: From Aspiration to Practice?", in T.O'Riordan, J. Cameron and A. Jordan (eds.), *Reinterpreting the Precautionary Principle* (2001), p.226. などがある。

²⁶ 国際法も含めて、環境法原則一般と法的安定性の問題を検討したものとして、de Sadeleer, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal*

点は、本稿で検討してきたような ITLOS による予防概念の考慮の正当性を否定する根拠を提供するかもしれない。しかし以下の理由から、そうした批判は必ずしも説得的ではないと考える。

まず第 1 に、ここで着目している予防概念の機能は、あくまで条約解釈の指針としての機能であって、事案へのその直接的な適用を論じているわけではない。「ある法規範を直接に適用すること（直接適用）」と、「適用される別の法規範の解釈においてある法規範を考慮すること（間接適用）」は、実際には明確な線引きは必ずしも容易ではないものの、少なくとも概念上は区別しうる。そしてここで問題としているのは後者であるから、その機能の前提として海洋法条約の関連条文がまず存在するのであり、抽象的な予防概念に直接に依拠して判断を下すという状況とは異なる。またそうした解釈の在り方については、解釈の対象となる法規範が条約上の規範である限りにおいて、条約の解釈規則が規律する。海洋法条約の場合は、それ自体特別な解釈規則の定めを置いていないことから、ウィーン条約法条約第 31 条から第 33 条に定められ、国際慣習法化したとされる解釈規則が規律することとなろう。ITLOS の適用法規を定めた同条約の第 293 条も、裁判所がそれらの規則を適用することを排除していないというべきである。したがって、海洋法条約の解釈における指針としての予防概念の機能は、条約の解釈規則によってある程度の枠づけを与えられている。これらの条約解釈規則は柔軟に運用されるものではあるが²⁷、少なくともそれから明白に逸脱した特定の解釈の正当性を否定しうる。この点は後の③でさらに検討する。

また第 2 に、予防概念自体の意味内容は確かに曖昧かもしれないが、「予防概念＝国際慣習法」肯定論においても広く主張され、また本稿においても検討してきたように、少なくともその核となる一定の内容は見

Rules (2004), pp.272-275. 実際に例えば WTO・EC バイオ技術産品事件では、米国が意味内容の曖昧さを根拠に挙げて、予防概念の「国際法の一般原則」としての地位を否定する主張を行った。EC Biotechnology Product Cases (2006) WTO Panel, para. 781.

²⁷ この点については、例えば R.Gardiner, *Treaty Interpretation* (2008) p.38. を参照。

い出すことはできる。しかもその意味内容に関する曖昧さは、裁判における利用や学説を通じて常に縮減していく可能性をもつことはいうまでもない。実際本稿で検討してきた一連の暫定措置命令も、予防概念自体の一定の明確化に貢献していると評価しうる。まず前述のように、ITLOSの依拠した予防概念は、1) 防止行動のタイミングと、2) 措置の厳格さを規律する指針であると考えられる。そして前者については、①環境への悪影響の可能性を排除しえないことが防止行動（そこには協力を通じた不確実性の削減も含まれる）を基礎づけうること、②環境への悪影響の可能性を排除しえないか否かの評価にあたっては、少なくとも問題活動の環境評価がなされているか否かが1つの考慮要素となること、が明らかにされてきた（ジョホール海峡等埋立事件暫定措置命令）。また後者については、①事前の無害証明が自動的に要求されるものではないこと、②環境保護（資源保全）のための「効果的な措置」が要求されること（みなみまぐろ事件暫定措置命令）、③場合によっては、「効果的な措置」には科学的不確実性自体を削減するための措置も含まれること、が示されてきたといえる（MOX工場事件、ジョホール海峡等埋立事件暫定措置命令）。

さらに第3に、予防概念の射程は他の法原則との相互作用により限界づけられうる²⁸。この点は、予防概念の一般国際法規範としての地位を指摘する論者の多くが言及する、Dworkinの議論においても指摘されていた原則の特性である。もっともDworkinの場合は、内容が「抵触」するような原則間の関係を主に念頭に置いていたように見受けられるが、条約解釈における原則間の「重複」というより緩やかな関係であれば、上記で検討してきた暫定措置命令においてもその調整が図られてきたと理解しうる。例えばみなみまぐろ事件では、予防概念はせいぜい「効果的な措置」を求めるにすぎなかったが、実際に命令された措置の選択においては、つまり「適当な措置」の判断においては、生物資源の「持続的利用の原則」も考慮されたといえよう。また同様にMOX工場事件やジョホール海峡埋立事件においては、前述のように「協力原則」が考

²⁸ この観点から予防概念の射程の限界を検討したものとして、Marr, *supra* note7, pp.35-45.

慮されたといえる。もっとも、そうした法原則が実際にどれだけの重要性を付与されるかは、個別の事案の状況に依存するが、海洋環境に関連する事案では、ITLOSは少なくとも「協力原則」に大きな重要性を付与する傾向がみられる。

以上の理由から、ITLOSによる予防概念の考慮は、法的安定性を必ずしも大きく損なうものではない。もっともそれでもやはり、法的安定性を損なう可能性は否定できないが、海洋法条約の運用においては様々な関連利益の衡量が予定されていることに鑑みると、そうした結果もある程度正当化しうるように思われる。海洋法条約は「海の憲法」としばしば呼ばれるように、海洋に関するさまざまな問題を包括的に規律する条約であるが、その前文において「海洋の諸問題が相互に密接に関連を有し及び全体として検討される必要があることを認識し」とあるように、例えば、海洋環境保護や生物資源の保全のみならず、航行利用、科学的調査、軍事利用といった様々な活動に関わる利益を相互に調整し実現していく必要が締約国によって認識されている。その規定が必ずしも具体的な権利義務を定めるものではなく、他方で一定の例外を除いて強制的な裁判管轄も用意された海洋法条約のもとでは、具体的な紛争処理の局面において裁判所にもそうした利益の調整が期待されているといえよう²⁹。このような海洋法条約の特性を考えると、ある程度の予見可能性を確保しつつも、そうした利益の柔軟な衡量を許容し、海洋法体系の統合性の確保に資するような法規範が、制度上むしろ要請されているとみることができる。漁業分野で顕在化した「予防アプローチ」の要請は、そのことの1つの実証とみることができよう。

② 予防概念の権威の問題

²⁹ 海洋法条約のもとでの強制的な裁判手続導入の主たる理由として、海洋法条約のテキストの統合性の確保の必要性が指摘されている。例えば、N. Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (2005), p.52; A. de Mestral, "Compulsory Dispute Settlement in the Third United Nations Convention on the Law of the Sea: Canadian Perspective", in *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn* (1984), p.171.

以上のことから、本稿で検討してきたような抽象的な内容の指針を海洋法条約の解釈において考慮することが正当化されうるとしても、次に、なぜ予防概念という指針を考慮することが正当なのかという問題がある。この点は適用される具体的な条文との関係においても問題となりうるが、ここではまずより一般的なレベルの問題として、予防概念自体の権威の問題を検討する。前に述べたように、予防概念を含む環境法原則の機能についてはEU法や国内法においても議論があるが、条約或いは制定法上、予防概念を定めた規定を見出すことができることが多いため、予防概念自体の法的権威についてはほとんど問題にならない。また近年の多くの環境条約も同様の明文規定を有するため、当該条約の解釈の局面を問題にする限り、この点を吟味する必要性は乏しい。然るに海洋法条約については、予防概念を定めた明文規定がないという点で状況が異なる。

前款で検討した暫定措置命令においては、科学的に不確実な状況における「賢慮と用心」の要請という指針については、その国際慣習法としての地位は特に問題とされていない。また裁判所が予防概念を考慮したと明示的に指摘する判事の個別意見では、それが国際慣習法であるかどうかに関わりなく、考慮したのは正当であるとの見解が示されている。例えばみなみまぐろ事件のLaing判事個別意見は、国際慣習法としての予防概念の地位については、判断することはできないと明確に指摘しており³⁰、Treves判事も、予防概念が国際慣習法の規範であることの立証は不要であるとしている³¹。さらにShearer判事に至っては、予防概念の法的地位の問題については立ち入った議論を展開しないまま、裁判所が予防概念に由来する諸考慮に依拠したことは正当であると、あたかも自明の如く指摘しており³²、MOX工場事件においてもSzekely判事がこの指摘をそのまま引用している³³。

しかしこれらの判事のうち、少なくともLaing判事とTreves判事は、

³⁰ Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Cases, para. 16.

³¹ Separate Opinion of Judge Treves, Southern Bluefin Cases, para. 9.

³² Separate Opinion of Judge *ad hoc* Shearer, Southern Bluefin Cases, P.6.

³³ Separate Opinion of Judge Szekely, MOX Plant Case, para. 24.

予防概念の権威をけっして自明と考えていたわけではない。この点につき Laing 判事は、海洋法条約自体が予防概念を黙示的に採用しているとし³⁴、他方 Treves 判事は、予防概念は暫定措置制度に本来的に含まれると述べる³⁵。いずれも理由は異なるが、ITLOS が予防概念に依拠することの正当性をその一般国際法規範としての地位には求めていない。しかしながら、いずれの見解も必ずしも説得的とは言い難い。

まず海洋法条約が予防概念を採用しているとする根拠として、Laing 判事は海洋法条約の前文や様々な条文中に言及するが、その多くは環境保護や生物資源保全に関する一般的規定であり、それらの規定自体がなぜ同条約が予防概念を採用していることの根拠となるのかは判然としない。また Laing 判事は、特に116条と119条について、1995年に公表された同条約のコメンタリーに依拠しつつ、それぞれ予防概念を反映したものであるとするが、同コメンタリーのかかる評価そのものが疑わしい。まず116条は、公海における漁獲の権利を定めた規定であるが、同コメンタリーが予防概念（「予防原則」）に言及したのは、116条b項において漁獲の条件として条約上の義務に従うことが挙げられており、そうした義務には漁獲魚種に依存する他の魚種の保全を求める61条3項と119条b項が含まれる、と指摘した直後においてである³⁶。つまり、対象魚種以外の魚種も含めた総合的な管理を指して、漁業管理における予防概念を反映していると指摘していると理解するのが自然である。しかしながら、確かに近年、漁業分野における予防概念の1つの要請として、漁獲対象魚種を含めた生態系全体の管理（生態系アプローチ）が指摘されることが多いが、そのような管理を求める条約規定が見いだせることのみをもって、それが予防概念の具体化であるとは必ずしもいえないはずである。また119条に関しては、同コメンタリーは同条a項が生物資源の保全の義務を規定するにあたって、「入手可能な最良の科学的証拠に基づく措置」をとるとしていることにつき、十分な証拠が入手できない

³⁴ Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Cases, para. 17.

³⁵ Separate Opinion of Judge Treves, Southern Bluefin Cases, Para. 9.

³⁶ S.N. Nandan and S. Rossenne (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982; A Commentary*, vol. III (1995), p.288.

場合に措置をとるべきではないとしているわけではないとの解釈を示し、それが漁業管理における予防概念（「予防アプローチ」）であると述べている³⁷。だがこの規定につき、そうした証拠が入手できない場合に措置をとるべきではないという解釈がなぜ排除されるのか、コメントリーはその理由を特に説明していない。以上のことから、116条と119条に関して予防概念の反映を指摘したコメントリーの評価自体、疑問が残る。こうしてみると Laing 判事の参照した諸条文は、海洋法条約が予防概念を採用しているとみる十分な根拠であるとは言いがたい。むしろ同判事は、海洋法条約の外に予防概念の権威を暗に見出したうえで、同概念に依拠して上記の諸条文が考慮されるべきことを前提としてしまっているようにすら思われる³⁸。

一方 Treves 判事は、予防概念が暫定措置制度に内在するとの指摘に関連して、以下のように述べている。「予防アプローチは、仲裁裁判所が本案を判断する際に事実状況が変化していることがないよう確保する必要の論理的な帰結と考えることができる³⁹。」確かにそうした目的をもつ暫定措置制度は、事前防止という考え方と親和性があり、この見解は一定の説得力をもつ。しかしながら、環境リスクへの早期対応の要請から発展してきた予防概念が、本案判決の実効性確保という観点から発展してきた暫定措置制度一般に、本来的に内在しているとまでいえるかは疑わしい⁴⁰。また、この説明によれば自身の権限規定の解釈において予防概念を考慮することは正当化されるかもしれないが、その前提として当事国の行動の指針として予防概念を示唆した裁判所の判断（みなまぐる事件暫定措置命令パラグラフ77）は正当化することはできない。

³⁷ *Id.*, P.310.

³⁸ この点に関しては、Laing 判事が参照したコメントリーは、リオ宣言等で予防概念が広く国際文書に現れるようになった1995年になって作成されたものであることにも留意すべきであろう。

³⁹ Separate Opinion of Judge Treves, Southern Blue Fin Cases, para. 9.

⁴⁰ この点に関連して、海洋環境損害の防止をその目的として明文化した海洋法条約の暫定措置制度に限ってみれば、本来的に内在するとの評価は可能かもしれないが、少なくとも Treves 判事自身は広く暫定措置制度一般の本質であると述べている。*Id.*

以上のことから両判事の見解は、みなみまぐろ事件に限ってみても、そこで裁判所が考慮したとする予防概念の権威について、必ずしも説得的な説明を提供するものではない。もっとも、この点はおそらく両判事とも自覚していたようであり、いずれも同様の方法で自らの主張の根拠の補強を図っている。Laing 判事は、自身の上記の結論は近年の先例において支持されるとして、アジェンダ21（1992年）、FAO 責任のある漁業に関する行為規則（1995年）、公海漁業実施協定における予防概念に関する明文規定を列挙する⁴¹。また Treves 判事も、自身の見解を支持する資料として、公海漁業実施協定の関連規定を参照する⁴²。それらの国際文書は、当時未発効の条約や法的拘束力のないガイドラインにすぎないが、Laing 判事によれば、文書が法的拘束力をもつか否かは、ここでの文脈ではほとんど重要性をもたないという⁴³。Treves 判事はこの点をはっきりとは指摘していないが、同様の認識に立つといえよう。つまり関連する国際文書を基礎に予防概念を支持する国家のコンセンサスの存在を示すことが、それらの文書自体の法的拘束力如何に関わらず、少なくとも条約解釈において予防概念に依拠することの正当性を提供する、との理解がこれらの見解の前提にある。

このように、ITLOS による予防概念の考慮の正当性を、国際社会の一般的コンセンサス（法的確信）に基礎づけるという議論は、実のところ Boyle の「予防概念＝国際法の原則」論そのものである。つまり両判事の個別意見は、予防概念が一般国際法規範であることについて一見したところ否定的であるために Boyle の議論と対立するようにみえるが、予防概念の権威の論証のあり方を見る限り、むしろその議論に支持を与えている側面もある。以上のような意味において、これらの判事の意見は、「予防概念＝国際法の原則」論を必ずしも説得的に、或いは実質的に否定するものではないように思われる。

たしかに、Laing 判事らが予防概念を「予防アプローチ」と表現したことの1つの意図は、それが拘束的な法規範ではないことを明確にする

⁴¹ Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Cases, para. 20.

⁴² Separate Opinion of Judge Treves, Southern Bluefin Cases, paras. 19-20.

⁴³ Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Cases, para. 20.

ことにあったと考えられる。特に Laing 判事は、「原則ではなくアプローチを採用することは、一定の柔軟性を適切に導入するものであり、また、決定的ではないが、望ましい規範構造に関する尚早の言明を行うことへの抑制を強調する結果となる」と述べる⁴⁴。しかしこれらの判事は、予防概念が具体的な行為を指示するような国際慣習法規範であることは否定していたが、裁判所が予防概念を考慮したこと自体の正当性を認めていることは前述の通りである。

また Boyle のように、かかる指針を「アプローチ」ではなく「国際法の原則」として明確に位置づけることの意味は、条約解釈におけるその考慮が端的に正当化されるだけではなく、それは義務であるという帰結が導かれる点にあるように思われる。前述のように、Boyle は条約の解釈規則に依拠しながらこの点を指摘していた。たしかに Laing 判事らは、予防概念の考慮が裁判所に義務づけられているとは明示的に指摘していなかった。しかし他方で、少なくともそのような考慮の義務を明示的に否定していたというわけでもない。

この点を考えるにあたっては、さらに以下の点にも留意すべきである。前述の通り、Boyle 自身は条約の解釈規則に基づき、予防概念の考慮が要請されると論ずる。より具体的には、条約法条約31条3項の「後の合意」或いは「関連規則」であるということ根拠とする。しかしそのような具体的な性格づけはともかくとして、結局のところ予防概念の権威は国際社会のコンセンサスに求められていることに変わりはない。そしてこの点については、Laing 判事も Treves 判事も、むしろ肯定的であることは前に述べたとおりである。

またここで考慮の「義務」という言葉を用いたが、ここでいう義務は、例えば環境損害の防止義務でいうところの義務とは、やや性質が異なるように思われる。少なくともここでいう考慮する義務は、それを遵守しなかったところで直接に国家責任を生じさせるような義務ではない⁴⁵。

⁴⁴ Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Cases, para. 19.

⁴⁵ この点につき、例えば Marr は、原則としての予防概念の規範的特質を説明づける概念として、「義務の規範 norm of obligation」と「願望の規範 norm of aspiration」の分類に言及し、同概念は後者の性質をもつとする。Marr, *supra*

その義務の遵守・不遵守を問題とするのであれば、それはむしろ条約解釈の説得性や正しさに関わる。その意味で、「解釈で考慮しうる」ということと、「解釈で考慮しなければならない」ということとの間には、考慮しなかった場合の帰結を考える限り、それほど大きな差はないとみることもできよう。

以上のような点に鑑みると、Laing 判事らのいう「アプローチ」として予防概念の性格づけと、Boyle のいう「国際法の原則」としての予防概念の性格づけとの間には、さほど大きな隔たりはないように考えられる。少なくとも Laing らは、予防概念が「国際法の原則」であることを積極的に否定していたわけではなく、予防概念の権威の淵源や、条約解釈におけるその機能に関する理解については、むしろ共通するところが少なくないのである。

もっとも、一連の暫定措置命令において予防概念が考慮されたといえるとしても、それが一般国際法規範として考慮されたとするより積極的な証拠を、それらの命令や個別意見等から見出すことは容易ではない。しかし、科学的に不確実な環境リスクに直面した場合の「賢慮と用心」の要請という意味での予防概念に依拠する一方で、その国際慣習法としての地位、或いは条約上の規範としての地位について明示していない以上、「国際法の原則」として考慮されたとする考え方が1つの有力な説明であることは確かであろう⁴⁶。少なくとも上述のような抽象的な指針

note 7, p.13. Marr が参照する Jackson によれば、「義務の規範」とは名宛人がその内容に従うことを義務づけられていると考える規範であるのに対して、「願望の規範」とは名宛人が望ましいと考える行動の態様を示す規範を意味する。J. Jackson, *World Trade and the Law of GATT* (1969), p.761. なお ITLOS は、みなみまぐろ事件暫定措置命令において「賢慮と用心」をもって当事国が行動すべきことを明らかにしたパラグラフでは、shall ではなく、should を用いている。当事国の指針であることを前提に自身の権限規定の解釈にそれを読み込んだという理解に立てば（前述のようにそれが合理的な説明と考える）、should という文言は、予防概念が端的に非拘束な規範であることの表現というよりは、解釈の指針としての規範的特質を表すというべきであろう。

⁴⁶ 無論、条約とも国際慣習法ともいい難い国際法規範を「国際法の原則」として安易に説明することには慎重ではなくてはならない。しかし近年国際慣

として理解する限り、予防概念が環境保護の基本的な指針であることについて国際社会のコンセンサスの存在を立証することは困難ではない。とりわけ、海洋環境分野についてはそうである⁴⁷。

もっともそのような理解の前提として、一般国際法規範の存在形式として、国際慣習法とは別に「国際法の原則」なるものが認められるかどうかは、今後の国家による承認や、学説や判例等の進展も慎重に見極める必要がある。ここで確定的な結論を提示することは難しいが、さしあたり以下の点を指摘しておきたい。

第1に、法的確信のみで一般国際法規範（国際慣習法）の成立を認めることに対しては、従来学説上繰り返し異議が表明されてきたが、その主たる根拠とされてきたのは、慣習法という存在形式にそもそもそぐわない（つまり慣行なき慣習法などありえない）という点と、事実に基礎を置かない限り法としての実効性を確保しえないという点であった⁴⁸。しかしここでは、慣習法としての一般国際法規範を問題にしているわけではないので、まず前者の批判は当てはまらない。問題は後者の方であるが、この問題を考えるにあたっては、原則の規範的性質を少なくともふまえる必要がある。すなわち、Boyle のいう「国際法の原則」は、専ら法の解釈・発展の局面において国家や裁判所等の意思決定を規律する

習法が、実質的に条約上の規範ではない様々な規範を含む形で論じられてきていることに鑑みれば、今日の一般国際法規範の存在形式についてより精緻に検討する必要はあろう。このような問題意識を示すものとして、例えば、H.M. Chodosh, “Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law”, *Texas International Law Journal*, vol.26 (1991) を参照。

⁴⁷ 海洋環境分野は、予防概念が最も早くから発展してきた分野であるといつてよい。Laing 判事がその個別意見で参照した国際文書以外にも、海洋生物資源保全・海洋汚染防止に関する近年の条約や国際文書の大半が予防概念を明文で採用している。詳しくは、Marr, *supra* note7や T. Henriksen, “The Precautionary Approach and Fisheries: A Nordic Perspective”, in N. de Sadeleer, *Implementing the Precautionary Principle: Approaches from the Nordic Countries, EU and USA* (2007)などを参照。

⁴⁸ この点については、小森光夫「解釈的構成問題としての国際法規の一般妥当性：一般国際法としての慣習国際法の要件論の再構成における基本課題」『北大法学論集』第56巻第3号（2005年）、1048-1054頁を参照。

規範であり、それらの主体はそれをいわば考慮する「義務」を負う。その意味で、例えば伝統的な重大損害禁止規範のような準則に由来する義務とは性質が異なることは前に指摘した通りである。そしてそのような「国際法の原則」の実効性を問題にするのであれば、それは法解釈等の局面で実際に考慮されたかどうかで判断されるというべきである。しかしそのように考慮する「義務」が果たされたかどうかは、国家の実際の物理的行動からは必ずしも判断できず（例えば考慮はしたものの、他の原則等の考慮から当該原則と矛盾する行動をとる場合がありうる）、他方で、考慮したかどうかが問題である以上、国家の規範意識の表明、つまりは当該原則を考慮した法解釈の表明のみによってもその論証は可能といえる。したがって、上記の異議が、規範意識の表明だけでは（つまり言葉だけでは）法規範としての実効性を確保しえないという意味の批判であると理解するならば、少なくとも「国際法の原則」に関しては妥当しないといえる。

第2に、国際慣習法とは別個の存在形式の一般国際法規範を論ずる必要性を考えるにあたっては、その背景にある国際法秩序の発展段階をふまえる必要がある。例えば、かつて20世紀の半ばに伝統的な重大損害禁止規範が論じられるようになった頃は、越境汚染の問題について権利義務を確定しうる基本的な規範すらそもそも未発達であり、まさしくそのような規範として重大損害禁止規範を論じる必要があった。それに対して今日では、環境保護が国際社会の共通利益として承認され、その実現のための法制度の一般的妥当性が要請される一方、国家の基本的な権利義務を定める国際法規範は、重大損害禁止規範や関係諸条約により相当に整備されるようになってきている。Boyleの「予防概念=国際法の原則」論は、かかる国際法秩序の発展状況をふまえたうえで、権利義務を定める規範間の調整を図りつつ環境保護という共通利益の実現に向けて国際法の体系的発展を確保する、という局面に一般国際法としての予防概念を論じる意味を見出している⁴⁹。本稿で検討してきたITLOSの諸事件

⁴⁹ Boyleが参照するLoweは、国際法の基本的な規範は今日ほぼ整備され尽くしたとの現状認識に基づき、今後の法の発展の主たる道筋の1つが、既存の規範間の調整にあるとしている。V. Lowe, *The Politics of Law-Making: Are the*

も、まさしく環境法規範と海洋法規範の調整の問題を含む点に1つの特質があったといえよう。

これに対して、「予防概念＝国際慣習法」肯定論の多くの論者は、そもそも一般国際法規範として予防概念を論ずること自体の意味についてあまり自覚的ではなく⁵⁰、そうした論争の非有益性を指摘する見解に対しても十分な応答をしてこなかった。例えば「予防概念＝国際慣習法」否定論を主張していたBodanskyは、その後、法的地位を問題とすること自体の意味に疑念を表明している。すなわち、そうした法的地位が厳密に問題となる裁判による紛争解決は環境分野では稀であり、他方で、国家間の交渉枠組の提供という機能は法的地位に依存することなく実現するとの自身の仮説から、予防概念をはじめとして近年国際文書で宣言される国際環境法規範については、法的地位をめぐる論争はあまり有益ではないのではないかとの問題を提起している⁵¹。しかし近年の注目すべき現象は、上で検討したITLOSの諸事件がまさしくそうであるように、海洋法条約やWTO協定といった、必ずしも環境保護を規律の目的としない、或いは専ら環境保護をその目的とはしていない条約体制のもとで、一定の強制性をもつ（準）司法的な裁判制度が整備され、そこに環境に関わる紛争が持ち込まれるようになってきているという事態である。そうした状況をふまえると、一般国際法規範としての予防概念を論ずる

Method and Character of Norm Creation Changing, in M.Byers (ed.) *The Role of Law in International Politics* (2000). 規範間の調整の局面に「国際法の原則」の意義をみる Boyle も、基本的には同様の問題意識に立つと考えられ、諸国のコンセンサスを基礎とした法原則を国際文書において明らかにし、それを既存の法の解釈の指針とすることが、国際法全体の体系的発展を確保するための賢明な手段であると述べている。Boyle, *supra* note 23, p.153.

⁵⁰ 勿論そのような指摘が全くないわけではない。例えば Cameron らは、国際慣習法を論ずるメリットとして、当事国しか拘束しないという条約の限界の克服、条約交渉における役割、状況や規範意識の変化に対する対応力を挙げる。J.Cameron and J.Abouchar, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in D. Freestone and E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law* (1996), pp.34f.

⁵¹ D.Bodansky, Customary (and not so Customary) International Environmental Law, *Indian Journal of Global Legal Studies*, vol.3 (1995-1996), p.119.

意味を軽視することは適切ではない⁵²。このような国際法の発展状況をふまえたうえで、国際慣習法という法の存在形式が、今日における一般国際法規範の要請に十分といえるかどうか、改めて問い直していく必要がある。

そして第3に、まさしく上で言及したWTOの紛争処理制度においては、予防概念が「国際法の原則」であるか否かが、当事国や紛争処理機関によって実際に問題とされる事例が出てきている。WTO・ECバイオ技術産品事件（2006年）では、EC側は一般国際法としての予防概念を主張するにあたって、それを国際慣習法の準則としてのみならず、「国際法の一般原則」であると性格づけ、国家の一般的合意を示す様々な国際文書に言及してその地位を論証した。そしてECは、WTO協定の関連規定を解釈するにあたっては、かかる地位をもつ「予防原則」が考慮されなければならないと主張したのである。これに対して小委員会も、関連する国際法の“rule”の考慮を求める条約法条約31条3項cにおいては、条約や国際慣習法の準則のみならず、「国際法の一般原則」もまた関連規則として考慮されるべきであると認定し⁵³、そのうえでもし予

⁵² Bodanskyも、第三者による紛争処理がより浸透していけば、法的地位の問題を軽視しえないことを認めている。Id.

⁵³ 31条3項cの起草過程においては、ruleではなくprincipleとの文言にするべきかどうか、またruleの前にgeneralという形容詞を加えるかどうか議論となったが、いずれの提案も最終的には採用されなかった。この点については、C.Mclachlan, “The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly* vol.54 (2005), p.292. を参照。このような起草過程の経緯は、31条3項cのruleには原則は含まれないとの解釈に一定の支持を与えうる。

だが国際判例においては、原則も31条3項cに基づき条約解釈において考慮されるとの考え方への支持がみられる。例えば欧州人権裁判所 *Golder v United Kingdom* 事件（1975）は、民事裁判へのアクセスの権利を法の一般原則と認定し、欧州人権条約の第6条の意味の解釈において依拠しようとした。*International Law Reports* vol.57 p.213. またWTO海がめ事件上級委員会報告（1998）は、信義則を国際法の一般原則と性格づけたうえで、GATT20条の解釈において考慮されるとした。Turtle Shrimp Case, WTO Appellate Body, para. 158.

防概念がそうした「国際法の一般原則」として承認されるのであれば、WTO 協定の解釈において考慮されなければならないとした⁵⁴。たしかに本件では、予防概念が「国際法の一般原則」であるかについて小委員会は最終的な判断を示さなかったが、予防概念の法的地位をめぐる EC の主張並びに小委員会の基本的な認識枠組は、Boyle の「国際法の原則」論とほぼ同じである。

また先頃、ウルグアイ川パルプ工場事件 ICJ 判決（2010年）においても、Trindade 判事が、「国際法の一般原則」を裁判所は適切に扱うべきとする趣旨の個別意見を出している。同判事によれば、かかる一般原則は関連する法の解釈適用の局面で考慮されるべきものであり、そのような原則の1つとして予防概念を明確に位置づけている⁵⁵。

以上のように、国際慣習法とは異なる一般国際法の存在形式として「国際法の原則」が認められるのかという問題については、国家実行を不要とする議論に対する異議には一定の反論が可能であること、「国際法の原則」論は ITLOS の諸事件でも顕在化した規範間の調整という国際法の今日的課題により自覚的に対応するものであること、そして「国際法の原則」論が紛争当事国や紛争処理機関の認識枠組や個別意見に実際に反映する例も次第に現れてきていること、を少なくとも指摘できる。これらの点は、「予防概念＝国際法の原則」論の基本的な考え方の妥当性に少なからぬ支持を与えるものであり、少なくとも Boyle の議論が今日無視しえないものであることを示している。

③ 具体的条文と予防概念との関係

最後に、条約解釈における予防概念の利用の正当性は、さらに解釈の対象となる具体的条文との関係においても問題となりうる。つまり、予防概念の権威自体に疑いがなくても、具体的な条文の解釈においてなぜそれを考慮することが正当化され、また要請されるのかという点は別途問題となりうる。この点については、ここでは条約の解釈の局面での機能を問題としている以上、基本的には、前述したような条約の解釈

⁵⁴ EC Biotechnology Product Cases (2006) WTO Panel, para. 7.67.

⁵⁵ Separate Opinion of Judge Cancado Trindade.

規則との整合性の観点から判断されることとなろう。無論前述のように、条約の解釈規則は柔軟に運用されるものであるが、少なくとも以下の3点を指摘することができる。

まず第1に、予防概念の考慮は、明示的な文言に優先したり、それを修正することはできないと考えられる⁵⁶。予防概念が、あくまで解釈の指針として機能する以上当然のことであろう。例えばWTO上級委員会も、EC牛肉ホルモン事件報告書（1998年）において、予防概念は、別段の合意がない限り、国際慣習法たる条約の解釈規則に優先するものではなく、SPS協定の関連規定（第5.1条と5.2条）を破ることはできないことを確認している⁵⁷。したがって、例えばITLOSが暫定措置を命令する要件である「緊急性」の要件についても、その意味内容を明確にするために予防概念に依拠することは認められても、「緊急性」の要件自体を否定することは許されない。

第2に、解釈の対象たる当該条文は予防概念と関連性を有していなければならない。予防概念が海洋法条約に外在的なものであると考える限り、予防概念の考慮の根拠となりうる条約法上の規定としては、条約の解釈に関わる「後の合意」の考慮を求める31条3項a、b、或いは国際法の関連規則の考慮を求める31条3項cが考えられるが⁵⁸、いずれにせよ解釈の対象となる条文との合理的な関連性がなければならないことは明白である。もっとも、前者の「後の合意」の場合は当該条約の解釈を明らかにする目的の合意であることが明示的に求められているのに対して⁵⁹、後者の場合は「関連する relevant」規則であること要求されるにと

⁵⁶ P. Birnie, A. Boyle and C. Redgewell, *International Law and the Environment*, 3rd ed., (2009), p.28.

⁵⁷ Beef Hormones Case, WTO Appellate Body, paras. 124-125.

⁵⁸ Boyleも同様の理解に立つ。A. Boyle, "Soft Law in International Law-Making", in M. D. Evans (ed.), *International Law*, 2nd ed., (2003), p.151.

⁵⁹ したがって、例えば31条3項aの「後の合意」についても、ある条約の解釈に利用しうる文言を含むというだけではここでいう「合意」には該当しないものと考えられる。参照、U. Linderfolk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (2007), p.164.

どまり、求められる関連性の度合いには差があるように見える。しかしいずれにせよ、解釈が条文の意味内容を明らかにする作業である以上、少なくともそうした意味内容の明確化に予防概念が役立つという性質をもつことが必要と考えられる。言い換えれば、そうした関連性は考慮される予防概念の規律事項に照らして判断されるべきものであろう。この点につき、前に述べたように、ITLOS が依拠した予防概念は、1) 環境リスクに対する防止措置のタイミング（科学的不確実性が残っている段階であっても措置をとることを求める）、並びに、2) 環境リスクに対する防止措置の厳格性（環境保護に効果的な措置であることを求める）に関する判断を規律する指針であると考えられる。したがってそのような判断が解釈適用において関わるのであれば、締約国の権利義務に関する条文であろうと、裁判所の権限に関する条文であろうと、広く予防概念と関連性をもちうるといえよう。

もっとも、このような関連性の評価が容易でない場合もありうる。少なくとも考えられるのは、「環境」という概念の不明確性に起因する問題である。例えば MOX 工場事件やジョホール海峡等埋め立て事件で問題となった海洋汚染については、国際法上当初から環境に対するリスク問題として規律されてきたといつてよい。しかしみなまぐる事件におけるような漁業管理の問題については、必ずしもそうとはいえない。同事件で裁判所が、海洋生物資源の保全が海洋環境保護の要素であることをわざわざ指摘したことの意味はこの点に関わる⁶⁰。しかし例えば、海底にある文化的遺産への損害に関わる場合、或いは、専ら人間の健康が問題となっている場合などに、同概念の考慮が認められるかどうかは争われうるだろう。

そして第3に、海洋法条約と予防概念との関係に関しては、時間的關係も問題となりうる。海洋法条約の署名は1982年であったが、少なくとも海洋法分野において予防概念が国際文書や条約等で一般的に宣言・明文化されるようになるのは、早くみても1990年前後である⁶¹。そうする

⁶⁰ Southern Bluefin Tuna Cases (Provisional Measures), para. 70.

⁶¹ この点については、堀口健夫「国際環境法における予防原則の起源：北海（北東大西洋）汚染の国際規制の検討」『国際関係論研究』15号（2000年）を参照。

と、条約文の確定後に現れた規範を当該条約の解釈において考慮することが許容されるのかどうか、という点が問題となる。この点については「合意は拘束する」の原則との整合性が基本的な問題となるが、予防概念が31条3項 a、bの「後の合意」として評価される限りではこれはクリアされる。また31条3項 cの「国際法の関連規則」と評価される場合でも、それが当事国の意思と矛盾しないと理解できるのであれば、予防概念の考慮は必ずしも排除されない⁶²。ICJは、1997年のガブチコボ・ナシユマロスダム事件判決において、以下のように述べ、1977年に締結された当事国の条約の環境関連規定（15条・19条）は、その後発展した規範に照らして解釈されねばならないとした。「…環境リスクを評価するためには、現在の基準が考慮されねばならない。このことは、第15条と19条がダニューヴ川の水質を維持し自然を保護するという継続的で、したがって必然的に発展的な、義務を当事国に課している限りで、これらの条文の文言はそうした考慮を許容しているだけではなく、それを義務づけてすらいる。…時代を経て、人類は、経済的理由或いはその他の理由から、自然に継続的に干渉してきた。…新たな科学的洞察と、無配慮でかつ衰えることのない進捗でそうした干渉を追求することが人類に与えるリスクへの意識の高まりから、新たな規範や基準が発展し、この20年の間の非常に多くの文書においてその定めが置かれた。国家が新たな活動を検討する場合のみならず、過去に着手した活動を継続する場合も、こうした新たな規範は考慮されねばならず、またそうした新たな基準は適切な重要性を与えられなければならない。このように経済開発と環境保護を両立させる必要性は、持続可能な開発の概念に適切に表現されている⁶³。」ここで挙げられた15条と19条は、それぞれ水質保護と自然保護の一般的義務を定めた規定である。この判決では、少なくとも規定内

⁶² この点に関しては、例えば松井芳郎「条約解釈における統合の原理:条約法条約31条3項(c)を中心に」坂元茂樹編『国際立法の最前線』（2009年）、116-119頁も参照。

⁶³ *ICJ Reports* (1997), pp.77-78, para. 140. なお、1971年のナミビア事件勧告的意見も参照。同意見では、「神聖ナル使命」といった概念は、定義上動的なものであるとした。*ICJ Reports* (1971), p.31, para. 53.

容の一般性と義務の継続的性格を条件に、新たな規範の考慮が求められることが明らかにされたといえる。

この点につき、海洋法条約における環境保護・生物資源に関する条文はその大半が一般的かつ継続的な権利義務を定めた規定であり、個別条約等を通じたその具体化を基本的に予定しているものと理解できる。例えばみなみまぐろ事件の個別意見でも参照された公海漁業実施協定（1995年）も、その前文や第2条の目的で明記されているように、そうした具体化を目的とした条約である。したがって、そうした条文のうち科学的に不確実な環境リスクの扱いについて不明確な条文については、予防概念の考慮が正当化される。またそうした性格をもつ国家の権利義務の保全や、海洋環境へ損害防止という一般的目的のために命令される暫定措置の権限に関わる条文についても、「適当」や「緊急性」といった一定の曖昧さをもつ文言の解釈につき、予防概念に依拠することは正当化されるといえよう。

このように本稿で検討してきたような予防概念の機能は、基本的に条約の解釈規則に枠づけられるのであり、以上検討した点からだけでも、それは既存の法に大きな変更をもたらすものとは言い難いことがわかる。この点につき Boyle も、それは「些細な変化 subtle change」をもたらすにすぎないとしている⁶⁴。もし法のラディカルな変更をもたらすような手段として ITLOS が予防概念を用いるならば、それを解釈規則によって正当化することは困難であり、また海洋法条約の統合性と利益の均衡の確保を目的として設立された自身に対する期待も大きく損なうことにもなろう。しかし少なくともこれまでの ITLOS の対応は、そうした危険を冒してはいない。

④ 小括

本款では、海洋法条約の解釈において予防概念に依拠することの正当性の問題を検討してきた。みなみまぐろ事件の Laing 判事らが「予防アプローチ」という表現で示唆したように、一連の暫定措置命令で ITLOS が依拠した予防概念は、1) 特定の具体的措置を指示するよう

⁶⁴ Boyle, *supra* note 58, p.153.

な規範とは考えにくく、柔軟に利益衡量を許容する指針であること、2) 国際慣習法としての地位は不明確であること、3) 1・2にも関わらず海洋法条約の解釈の局面で依拠することの正当性が認められること、といった基本的性質をもつ。このうち1)の性質は制度の法的安定性と緊張関係に立つが、あくまで既存の法の解釈の局面で機能することや、一定の核となる意味内容を有すること、他の原則との相互作用によりその射程が限界づけられること、また柔軟な利益衡量は海洋法条約の制度上も要請されていると理解できることから、それに依拠することの正当性を大きく損なうものではない。また2)につき、判事の個別意見の中には、予防概念の権威を海洋法条約による黙示的採用、或いは暫定措置制度の本質に求める見解が示されていたが、いずれも説得的ではなく、むしろそうした意見においても国際社会のコンセンサスを示す国際文書が予防概念の権威の実質的な論拠として参照されていた。また予防概念の義務の性質や今日の国際法の発展段階は、そうした権威に依拠することに一定の支持を与える。そして3)に関しては、以上の点に加えて、具体的な条文との関係で予防概念に依拠することの正当性が問われうるが、そこでは基本的には条約の解釈規則との整合性が問題となり、少なくとも条文の明確性・関連性・動態的性格の観点から、同概念の機能の具体的射程が限界づけられうる。

以上の検討は、本稿で検討してきたITLOSによる予防概念の考慮の正当性と、Boyleの「予防概念＝国際法の原則」論の基本的な妥当性に一定の支持を与えると同時に、彼の議論が生起させる論点に示唆を与える。第1に、「国際法の原則」なる法の存在形式を独自に論ずる意義を考えるにあたっては、それが伴う義務の性質や国際法の発展過程に対する洞察を少なくとも要する。第2に、「国際法の原則」に求められる意味内容の明確性の程度の判断については、指針を与える能力の存否のみならず、関連する法制度における利益衡量の必要性といった法的安定性の問題に関わる諸考慮の斟酌が求められる。そして第3に、その具体的な機能の射程は、解釈の対象となる条約の性質、そして条約の解釈規則の評価にも左右されうる。

結び

以上本稿では、一般国際法規範としての予防概念の意義を問い直すという観点から、予防概念の援用が問題となった ITLOS の暫定措置命令の検討を行った。その結果、一連の暫定措置命令は、みなみまぐる事件のみならず、MOX 工場事件やジョホール海峡等埋立事件以降も含めて、基本的には Boyle の指摘する「国際法の原則」としての予防概念の機能の展開の実例として一貫して評価することが十分に可能である⁶⁵。そこでいう予防概念は事前の無害証明を自動的に指示するような規範ではないが、科学的に不確実な環境リスクに対して「賢慮と用心」を要請するという抽象的指針であり、ITLOS は少なくとも自身の権限規定の解釈においてそれに依拠したと評価できる。そしてそうした予防概念の利用は、国際慣習法とは異なる一般国際法規範としての地位と、条約解釈規則によって正当化されるというのがやはり 1 つの有力な考え方であり、同概念の義務の性質や国際法の現在の発展段階はそうした考え方の妥当性に一定の支持を与える。

こうして一連の暫定措置命令により、少なくとも予防概念は相手国の問題行動を停止する根拠を必ずしも提供しないことが明らかにされてきたが⁶⁶、他方で ITLOS は、予防概念、さらには協力原則に依拠することにより、不確実性の残る状況での紛争管理に積極的に関与することが正当化されてきたといえる。これは紛争処理の側面において予防概念が果たしたと評価できる実質的かつ重要な意義である⁶⁷。しかし暫定措置の

⁶⁵ 前述のように、本稿と Boyle の予防概念の構成要素（損害の基準或いは予防的措置の内容）に関する理解には少なくともずれがあるものと考えられ、またそれゆえに個々の事件に対する評価は Boyle のそれとは異なる部分もある。

⁶⁶ 本稿の検討結果とは異なり、一連の命令における「賢慮と用心」の要請は予防概念を意味せず、予防概念は適用されなかったにすぎないと仮に理解した場合でも、MOX 工場事件で Wolfrum 判事が指摘したように、事案によっては事前の無害証明は暫定措置制度自体の趣旨と整合性をもたない可能性がある。

⁶⁷ 特に MOX 工場事件とジョホール海峡等埋立事件においては、裁判所は協力の措置を命じたのみならず、その実施の裁判所への報告も当事国に義務づけるなど、積極的に紛争の解決に関与する姿勢をみせた。

段階であるとはいえ、法の発展の側面においても ITLOS の役割は皆無ではないように思われる⁶⁸。すなわち、自身の権限規定の解釈を通じて暫定措置制度の射程をより明確化し、また少なくともみなみまぐる事件では、予防概念が当事国の権利義務の解釈指針であることを示した。また前述のように、これらの命令は予防概念自体の一定の洗練化にも貢献してきたといえるかもしれない。たしかに予防概念の考慮は「些細な変化」をもたらしたにすぎないかもしれないが、ガブチコボ・ナシュマロスダム事件判決でも示された「持続可能な開発」の実現に向けて、海洋法条約の漸進的かつ体系的な発展に少なからず資するものであると評価できる。

もっともこのような予防概念への依拠は、海洋法条約のもとでの、しかも暫定措置命令であったからこそ、比較的容易だった側面があることは否定できない。まず第1に、暫定措置命令においては、裁判所は必ずしも厳密な推論の提示は要求されないため、予防概念の地位や意味内容に関する論点を明示的に回避しつつ、実質的にそれに依拠することが可能であったといえる。第2に、海洋法条約のもとでの暫定措置については、当事国の権利保全のみならず、海洋汚染の防止も目的とすることが明文化されており、この点が、予防概念に依拠することをより容易にしたといえる。そして第3に、解釈の対象である海洋法条約が、条約解釈規則との関係で示した明確性や関連性、動態的性格の観点からのみならず、柔軟な利益衡量を制度上も要請していると考えられる点、また予防概念の最も発展している問題領域を扱っている点で、上記のような抽象的指針たる予防概念の考慮が比較的正当と認められやすい背景を構成していたことも否定できない。

しかしながら、これらはあくまで比較的容易だったということであって、本稿で検討してきたような予防概念の機能が、海洋法条約のもとでの暫定措置制度という文脈を超えて一般性を持たないということには必ずしもならない。まず上の第2点目についていえば、例えば国際司法裁判所の一般的な暫定措置制度についても、単純な本案の付随手続とはい

⁶⁸ 一連の暫定措置命令を通じた ITLOS による環境法規範の発展の限界を指摘するものとして、Rashbrooke, *supra* note 13, p.535.

えないとする見方が示されてきているように、実際の運用においてはITLOSの暫定措置制度との性質の違いは絶対的なものではない⁶⁹。また第3の点についても、環境と開発の利益の統合を謳う「持続可能な開発」が国際社会の基本理念として今日広く認められていることだけを考えてもわかるように、環境利益と非環境利益との柔軟な衡量は何も海洋法条約体制に限った問題ではなく、またリオ宣言第15原則からも伺えるように、予防概念は海洋分野だけに限られる指針であるとはけっして考えられていない。そして第1の点についていえば、たとえ暫定措置命令であっても、自身の推論をできる限り明確にすることは、裁判所に対する信頼性の向上のみならず、海洋法条約の目的の実現にも資する⁷⁰。暫定措置制度と予防概念との整合性が自明とはいえないことも、このことを強く要請する⁷¹。そしてこの点に関連して、学説が果たしうる役割はやはり少なくないだろう。

少なくとも本稿の検討から言えることは、国際慣習法として立証でき

⁶⁹ この点については、例えば奥脇直也「武力紛争と国際裁判：暫定措置の法理と機能」村瀬信也、真山全（編）『武力紛争の国際法』（2004年）を参照。もっともパルプ工場事件暫定措置命令（2006年）では、国際司法裁判所は緊急性の判断にあたって、「差し迫った脅威」や「現実の脅威」を厳格に求め、予防概念の利用に否定的な判断を示したと評価しうる。この暫定措置命令につき、ITLOSの場合との予防概念を扱いの差異を、暫定措置命令の根拠条文の内容の相違に求める見解として、玉田大「ウルグアイ河のパルプ工場事件仮保全措置命令2006年7月13日」『岡山大学法学会雑誌』、第56巻2号（2007年）。

⁷⁰ 同様の指摘として、D.A. Morgan, “Practitioner’s Critique of the Order Granting Provisional Measures in Southern Bluefin Tuna Cases”, in M.H.Nordquist and J.N. Moore, *Current Marine Environmental Issues and the International Tribunal of Law of the Sea* (2001), p.186. ジョホール海峡等埋立事件後、2010年4月現在、科学的に不確実な環境リスクに関わる紛争は海洋法条約のもとでの裁判には付託されておらず、暫定措置の要請もみられない。このような状況は単純に適当な事件がないためであるかもしれないが、暫定措置に求められる緊急の対応能力を損なわない限りで、できるだけ自身の理由づけを明確にするよう努めることは、裁判所の信頼性を高めることはあっても、低めることはないだろう。

⁷¹ 例えば、Separate Opinion of Judge Wolfrum, MOX Plant Case. を参照。

なければ、それを明示的に採用する条約の外では予防概念の意義は見いだせないとする考え方や、専ら予防概念が国家の行為規範であるかどうかに着目するという考え方が、あまりにも単純ではないか、ということである。今日の学説の基本的課題の1つは、そのような考え方は十分に把握することが困難である ITLOS の諸事例のような法現象を、どのように理論的に把握していくかという点にあり、その1つの方向性は一般国際法規範としての予防概念の性質に関する議論をさらに深めることにある。Boyle の「予防概念 = 国際法の原則」論はそのための1つの重要な手がかりであり、また本稿の第2節第3款で示したような、義務の性質、国際法の発展過程、法的安定性、解釈規則等に関わる論点の考察を、具体的な事案の検討を通じてさらに深めていくことが不可避となる。この点につき近年、WTO・EC バイオ技術産品事件小委員会は、予防概念を「国際法の一般原則」として承認することを少なからず困難としている要因として、その法的地位につき論争が継続している点を示唆した⁷²。しかしこの部分の小委員会の指摘は、やや正確性を欠いているように思われる。なぜなら、本稿の第1節でも検討してきたように、予防原則の法的地位に関しては、国際慣習法であるか否かという論点からの議論がこれまで大半を占めていたからである。そうした論争の在り方の限界を示すとみられる法現象が、近年実際に WTO の紛争処理事例、さらには環境条約の不遵守手続においてもみられるようになってきている⁷³。そうした傾向に鑑みても、予防概念の「国際法の原則」とし

⁷² EC Biotechnology Product Cases (2006) WTO Panel, para. 7.88.

⁷³ 例えば WTO・EC 牛肉ホルモン事件において、上級委員会は、予防概念の法的地位については判断を下さず、またその推論においても予防概念を明示的には援用しなかったが、他方では、「例えば特定の SPS 措置を加盟国が維持することを正当化するための「十分な科学的証拠」が存在するかを確定しなければならない小委員会は、人間の健康への回復不可能な損害のリスクが関連している場合、責任ある代表政府が賢慮と予防の観点から通常行動することを念頭におくことは当然可能であるし、またそうすべきである。」(同報告書 para. 124) と述べており、SPS 協定の一定の条文の解釈において予防概念を考慮すべきであることも示唆している。またバイオ技術産品事件小委員会も、この部分を引用して確認しているとともに、やはり他の条文について予防概念の考慮

での地位をめぐる一層本格的な議論こそが、今日求められているのではないだろうか⁷⁴。このような問題意識は、近年 ICJ 判事の中からも指摘がみられるようになってきている⁷⁵。本稿で検討してきた ITLOS の一連の暫定措置命令は、一見したところ予防概念に対する裁判所の慎重な姿勢を示すものであったが、以上のような意味において、実のところそれは従来の学説の問題性を暗示するものでもあった。その点にこれらの命令のもう 1 つの意義がある。

（本稿の内容の一部には、平成19年度～20年度科学研究費補助金（若手B：課題番号19730087）並びに平成22年度科学研究費補助金（若手B：課題番号22730102）の成果が含まれている）

の可能性を認めたといえる部分がある（para. 7.1523等）。また、例えばエスボー条約（1991年）の履行委員会によるウクライナの遵守問題に関する判断（2008年）のように、実質的に予防概念を考慮したといえる条約解釈が、十分な理由づけも示されないままなされている例も出てきている。ECE/MP.EIA/2008/6. 児矢野マリ「多数国間環境条約の執行確保と複数の条約間の調整：「ダニューヴ・デルタ事件」の分析を中心に」中川淳司・寺谷広司編『国際法学の地平：歴史・理論・実証』（2008年）、616頁も参照。

⁷⁴ 他の法の解釈を指針づける機能に限定しても、裁判においては当該規範の法的地位がやはり厳密に問題となる可能性があり、またそのことをめぐって裁判官の間でも見解の対立が生じうることは、OSPAR 仲裁事件判決（2003）においても明確となった。Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention (2003).

⁷⁵ Separate Opinion of Judge Cancado Trindade, Pulp Mill Case (2010).

詐害行為取消権の理論的再検討(7・完)

水 野 吉 章

目 次

- 第1章 序論
- 第2章 アメリカ詐害取引法理の展開
- 第3章 詐害取引法の存在意義——機能的分析の視点から
- 第4章 現代取引——Leveraged Buy-Out (LBO) を中心として
- 第5章 日本法の史的考察——存在意義に関する議論の視点から
- 第6章 日本法の分析と日本法への示唆 (以下、本号)
 - 1 日本とアメリカの比較
 - 1.1 問題——近代法の原理による意思の歪みと過剰(過少)投資(①)
 - 1.2 債権者——債務者の取り得る対処と詐害行為取消制度の存在意義(②)
 - 1.3 機能——問題解決に至るメカニズム(③)
 - 1.4 要件論——フレームワーク(④)
 - 1.5 効果論・実効のための理論(⑤)
 - 2 検討の導入——アメリカの理論による補充
 - 3 要件論(総合考量を支配する理論)——④について
 - 3.1 「弁済」についての伝統的な理解
 - 3.2 「弁済」についての本稿の見解
 - 3.3 「伝統的学説」に対する分析・補充
 - 3.4 「相当価格による売却」
 - 3.5 「社会政策的考慮」
 - 4 効果論・実効の理論——⑤について
 - 4.1 [帰結その1:取消しの後始末における取消権行使債権者の優先弁済受領権]

- 4.2 「帰結その2：効果論における執行忍容に対する「取消し・取戻」しの優位性
 - 5 「取消しの後始末」について
 - 5.1 判例
 - 5.2 学説による評価
 - 5.3 分析——規範理論の抽出
 - 5.4 規範的解釈としての不十分性——存在意義に関する議論の不在
 - 6 「効果論」——「取消し・取戻し・執行忍容」——「総債権者」について
 - 7 総括
- 第7章 結論とその他の示唆
課題
参考文献

（以上、本号）

6章 日本法の分析と日本法への示唆

以上に、本稿における問題意識——存在意義に関する議論——との関係において、アメリカにおける議論を参照、分析加工した上（**2章、3章、4章、5章**）で、その理論を分析の視角として、日本における学説の分析を行ってきた。アメリカの理論から得た示唆をひとことで述べると、制度の社会的な存在意義に照らして、要件効果を議論すべきということになる。したがって、既に、述べるべきことは述べてきたが、ここにおいては、まとめとして、二つのことを行う。

まず、アメリカの議論によって日本の議論を補う。次に、日本法に得られた示唆について若干の検討を行う。なお、ここにおいて列挙するアメリカ法の分析は簡単なものであるので、詳しくは先述したことによる。

1 日本とアメリカの比較

以下においては、アメリカの議論と、日本の議論の比較をしながら、日本の議論を補充していくことにする。便宜的に、存在意義に関わるものとして、①（詐害の発生のメカニズム）、②（詐害行為取消権の存在意義）、③（問題解決へのメカニズム）、存在意義の現われとして、④（要件論）、⑤（効果論・実効のための理論）について説明を行なう。

なお、以下の説明において、日本法独自の考え方については、番号に「”」をつけることによって表現する。「”」が不十分性を示すものとして現れるのは、存在意義に関わる議論（①、②、③）、したがって、要件論（④）である。他方、「”」が十分性を示すものとして現れるのは、効果論・実効のための理論（⑤）である。ただし、当然のことであるが、①、②、③（存在意義）の不十分性は、⑤においても議論の不安定さとして現れていると評価し得る。

以下に、紹介してゆこう。順序は、まず、簡単にアメリカの議論について触れ、次に、日本の議論について説明を行なう。なお、「小見出しの囲み」は、以下の文章が、アメリカにおいて存在するが、日本法には不十分な形においてしか存在しないことを示す。

1.1 問題——近代法の原理による意思の歪みと過剰（過少）投資（①）

日本においても、詐害の根本的な原因になり得る法技術の存在、すなわち、「債務者の所有権」（使用・収益・処分）と、「債権者の債権」（債務者の処分にタッチできない）については、明確に認識されている。さらに、その法技術を、如何なる場合（債務超過の場合）においても堅持した場合に、一般の融資行動において引き起こされる信用収縮についても明示的に認識されている。ただし、信用収縮の発生と、詐害行為取消権がそれを防止するメカニズムについては、十分に記述されていない。それゆえ、詐害行為取消制度の社会的な意義と制度を機能させる要件・効果論が分断されて議論されているか、あるいは、「目的」とされる抽象的な命題（責任財産保全のため）が特定の解釈的帰結を形式的に正当化するために（信用という実質に関係付けられないまま）利用されるに留まっており、そのことが、②、③、④、⑤に影響を与えていると評価し得る。

《アメリカ》

① [一般信用による社会的分業] 債務者に引当て資産の処分についての意思決定権限が与えられ、債権者には投下資本の回収についての債務者に対する優先権が与えられるという原理が存在する。（3章）

①-1 [債務者健全時] この時、債務者は、債権者は引当て資産を運用

し増加させることによって、その資産から債権者に対して弁済を行った後に残る自己の取り分を増加させることが可能となるからである。債権者と債権者の利害が大枠で一致する結果、債務者の引当て資産の処分に委ねておくことが債権者にとっても利益になる。このようにして、社会的な分業が行われている。（大まかな考え方については、3章を参照。）

①-2 **【債務者債務超過時——過剰なリスクテイク・経営無関心】**しかし、債務超過の場合には、以上のメカニズムは機能せず、債権者・債務者の利益状況は大きく変化する。債務超過時においては、債務者は、自己の有する財産を少々上手に運用したとしても、その収益は債権者を利するのみとなる。また、自己の有する財産を目減りさせたとしても、もともと債権者の弁済のための原資となるはずのものが目減りしただけのことであって、債務者にとっては痛くも痒くも無い。さらに言い換えると、この状況下においては、債務者にとっては、その引当て資産をハイリスク投資にあて大きな運用益を得たならば、その可能性が万に一つであっても、取り分が復活する可能性がある（もちろん、債権者もその場合には満足を得ることになる）し、引当て資産を清算しそのまま大人しく債権者に弁済を行うならばその取り分は0のままとなる。債務者にとっては、引当て資産を、「清算して債権者に弁済を行うことや、リスクに見合っていないが少額のリターンに伴う投資を行う」よりも、「過剰なリスク投資——そのリターンがリスクに見合わないものであったとしても、とにかく、確率的に自己の取り分を回復させる可能性があるような投資（例えば、宝くじを買う）——に全てつぎ込む」方が、自分にとっては合理的であるということになる。

以上をまとめると、債務超過の状態では、債権者の本来得るはずの引当て資産を、債務者はリターンの伴わないハイリスク投資や健全時ならば行わないであろう投資に回してしまう可能性があり（そのリスクは債権者が全て負担することになり）、分業が失敗してしまう。この問題が、1980年代の **Baird & Jackson** をはじめとする法政策的な研究によって明示的に説明されたエージェンシー問題である。

この債務超過の状態で債務者に起こる法的状況（債務者は一定以上の負担を負わなくてもよい）の代表的な原因は、株主有限責任の原則とされるのが一般的であるが、それだけではない。無限責任であったとして

も、倒産免責によって法的に責任が限定されるので同様に投げやりな行動にでてしまうことも考えられるし、そのような場合に、倒産免責が解除されることにより投げやりな行動を抑える法制があったとしても、負債に対して持ち合わせている資産が物理的に過少な場合には、債務者は自己の資産の最大化を諦めてしまうので、同じように投げやりな行動にでてしまう。結局、債務者が有限責任の適用を受ける法人であるか否か、自然人であるか否かに関わらず、この問題は生じ得るし、それに対して「法人格否認（有限責任から無限責任に切り替える）」「倒産免責の解除」などの手当てによって改善されるにしても、また、放置しておいても評判の低下を恐れる債務者自身やその利益代表者によって幾分かは改善されるにしても、やはり、債務者の投げやりな行動を完全に防ぐことはできない。その債務者の問題行動による抽象的な損失を、実際に問題が起こってから、事後的に負担するのは、債権者ということになる。そして、そのリスクは、金融債権についての潜在的な回収不能率の上昇という形で現れる。

①-3 **[信用の縮小]** 社会に存在する潜在的な金融債権者は、このことを予め察知することによって、一般的に、その融資時における融資契約条項において、この回収不能リスクを織り込むことになる。その結果、債務者の契約条項に行動の制限が書き込まれるか、それがコスト高になるというのなら、債務者の信用調達コストの増加（利率の上昇）が起こる。

①-4 **[取引の縮小]** これによって一般信用は縮小し、その信用を使って行われる取引の量も縮小する。（3章）

《日本》

① **[近代法の原理]** 債務者に引当て資産の処分についての意思決定権限が与えられ、債権者には投下資本の回収についての優先権が与えられるという近代法の原理が存在する。これらは、石坂・雉本・川島・下森など伝統的な学説によって指摘されていた。

①"-2 債務者の処分によって、債権者はその債権が回収不能となる¹。

¹ ただし、近時の道垣内弘人『ゼミナール民法入門第4版』（日本経済新聞社、

①”-4 これによって責任秩序が維持されず、一般信用が維持できない（雫本・下森）。

1.2 債権者——債務者の取り得る対処と詐害行為取消制度の存在意義（②）

ここには、先の問題と同じ問題が見て取れる。取消権による法的帰結が、信用に資するメカニズムについての記述が十分にはなされていない。

特に、第一に考えられるべき、「債権者の契約による問題発生を抑止」について議論がなされていない。厳密に言えば、担保契約との対比における無担保融資の重要性は石坂によって記述されているが、無担保融資における契約条項によって債務者を規律付けられないかについての議論は存在していない。これらは、詐害行為取消権の存在意義を考え、取引類型毎の取消しの程度を考える上で致命的に重要な考慮要素であった。（なぜなら、一般債権者が契約条項によって比較的安価に債務者を規律付けができるのであれば、その範囲において、詐害行為取消権は機能する必要がないからである。）

したがって、これらの要素についての説明の不在が、後の要件論・効果論に影響していると考えられる。

《アメリカ》

② **【目的・必要性】** この債務者の「インセンティブの歪み」を是正することが信用秩序の回復に繋がる。（3章）

②-1 **【融資時の契約一期限の利益喪失・損害賠償】** 債権者は、この問題の被害を受ける第一の関係者であるので、自己が債務者に融資を行う際にその融資契約条項によって、この問題を低下ないし消滅させる動機を一般的に持つ。

しかし、契約によって、債務者（株主）－債権者は、信用調達コストの増加を防ぐことはできない。理由は以下の通り。

まず、Zaretsky が指摘したように、特定の行為・取引を契約によって禁止する場合には、事前にその行為・取引が認識されていなければな

2008、初版2002）316頁の債権者代位権の項目においては、エージェンシー問題からの説明がなされている。

らないが、契約時においてはその取引が未知のもので特定されないこともあり得る。このような場合、取引の性質や利害得失が認識されていることが前提とされる契約条項で対応するには不十分か相対的にコスト高になるので、債権者の契約による債務者の規律付けが万全に機能するとは限らない。特に、LBO が出現した段階ではこのことが問題とされた。

次に、**Reilly** が指摘したように債務者は、自らの債務超過時の問題行動の禁止を、債権者の信用できる形で確約（コミット）することができない。なぜなら、特定の場面で特定の行動を行わないことを契約上約しても、実際、その特定の場面が現出した場合には、すでに債務者の資産状態は債務超過状態となっていて、その際の債務者財産はすべて債権者の引当てとなっていることから、契約による制裁は債務者にとっての制裁たりえず、結果、問題行動の抑止には繋がらないからである。このことは、既に、融資時において自明のことなので、債権者は債務超過時の行動の禁止を債務者に約束させることに何の意味も見い出さない。（ただし、道徳的な規律付け程度の意味はあろう。）債務超過の際に期限の利益を喪失させても、それによる負担は契約を締結した債権者自身を含めた一般債権者全員が負担するのみであって、債務者はその損失を負担せず、問題行動のインセンティブはなくなる。（3章）

したがって、融資債権者による契約による規律は、十分に機能しない場面が幾つか存在しそうである。問題は、債務者にとっても、債務超過時に問題行動を起こさないことを確約し、融資時における利率を下げたいのに、そのような契約ができないことにある。

②-2 **【第三者効】** そこで、第三者効が必要となる。第三者効の働きについては後述（③-1）。

②-3 **【担保権】** **McCoid** が指摘するように、担保契約を結ぶこと自体に費用がかかるので、いつ如何なる場合も担保契約を結ぶべきだったという風には言えない。

②-4 **【法制度】** そこで、債務者の問題行動を一律に禁止し、その禁止の実効を確保するために第三者効を持つ詐欺行為取消制度が必要となる。

②-5 **【取消権】** そのために、債権者に、その問題行動の現われである詐欺行為を、事後的に取り消すことを認める詐欺行為取消権を与える。

《日本》

②” [目的・必要性] 責任財産を回復し、総債権者のために保全（平等主義的解決のことと一般的に言われている）することが信用秩序の維持に繋がる。

②-2 [第三者効] そこで、第三者効が必要となる（石坂・雉本・鳩山・加藤・川島・下森等）。

②-3 [担保権] しかし、「担保権」を使わない方がよい場合もある（石坂）。

②-4 [法制度] そこで、責任財産を保全するために詐害行為取消制度が必要となる。

②-5 [取消権] そのために、債権者に、その問題行動の現われである詐害行為を、事後的に取り消すことを認める詐害行為取消権を与える。

1.3 機能——問題解決に至るメカニズム (③)

問題発生メカニズムについての記述が不十分（①、②）であるために、問題解決についての記述も不十分となっている。日本の議論は、取消権が信用秩序に如何に働きかけるのかについての議論は存在しない。

これが、④の要件論における総合判断を支配する理論の不在と、⑤における安易な平等主義的解決の主張に影響を与えることになる（ただし、判例法のレベルでは修正されている）。

《アメリカ》

③ [機能] 詐害行為取消権は、債権に第三者効を与えること、すなわち、債権者に、債務者の詐害取引を事後的に取り消す権能を与えるものである。これにより、取引相手は債務者の取引が詐害取引であるかを監視するようになる。

③-1 [メカニズム] そのメカニズムはこうである。取引相手は、取引後の取消しを恐れ、取引前に、自己の行う取引が詐害取引であるかに注意を払う。そして、もし、問題があれば事前に取引を回避するようになる。この結果、債務者は、取引には応じてもらえない。

③-2 [効果—ガバナンスの再現—信用秩序の維持] こうして、この取引相手の監視によって、債務者の問題行動は事前に回避され、債務者が健全時であるならば行っていないであろう取引が可及的に予防されるこ

とになる（ガバナンスの再現）。

③-3 **〔示唆〕** この機能を全うするならば、債務者が詐害行為を起こした場合に、債権者に適切な程度の取消しの要求が為されるように仕組みなければならない（⑤へ）。

1.4 要件論——フレームワーク（④）

日本においては、従来より存在した「債務超過」「対価の不均衡」という要件を、総合考量することによって（山中＝竹屋）、詐害行為取消権の網を拡張し包摂する理論が存在する。もともとの狙いは、「弁済」を詐害のあみに包摂することであったが、この理論の提案によって、あらゆる債務者の行為——新しい取引も含む——が、詐害の網の中に包摂され、詐害行為取消権の審査に服することになった。これは、「規整」の観点からは、有益な機能である。他方、同時に、この包摂性によって、詐害性判断の基準は「悪性」のみとなり、（さらに、伝統的には、「詐害」とは異なるものとされてきた「弁済」を詐害行為に包摂したことによって）要件論は混迷を極めることになる。総合判断を支配する理論は、通常は、法の趣旨や機能であるが、①、②、③が明確に記述されていないことから明らかなように、それは十分には与えられていない。理論なき総合判断は学説によって批判されている²。ただし、類型化は存在している³。

² 早川眞一郎「詐害行為取消権からみた債務者の行為規範」別冊 NBL60号233-250頁（商事法務、2000）。また、吉田邦彦「一章リアリズム法学と利益考量論に関する『基礎理論』的考察」『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2000、初出瀬川信久編『私法学の再構築（北大法学部ライブラリー2）』（北大図書館刊行会、1999）53-54頁は、日本法における一般的な特徴として、あらゆる要素の総合判断を指摘した上で、その相関判断を指導する理論の欠落が、裁判官による判断の「追認」に繋がりがかねないと危惧を表明する。

³ 下森定「424条」「425条」奥田昌道編『注釈民法（10）債権（1）債権の目的・効力 §399-426』。しかし、判例を類型化したに留まる。また、解釈論は分かれており、不安定な状況である。すなわち、「要件」については、曖昧であり、「効果」については100年来判例と学説の乖離が続いている。

《アメリカ》

④ [あらゆる取引に網をかける] コモンローとしてのエリザベス法「現実の詐害 actual fraud」や、「法定詐害」の適用の可否について議論された総合判断に現われる。すなわち、伝統的に「現実の詐害（債権者を害する意図を有していること）」の要件は、広く新しい取引を詐害取引の審査に包摂してきたし、時代と共に取消される場合の類型化が進んだとしても、削除されずなお存置されてきた。「法定詐害」の要件が創設され、その要件が近時の現代取引に対して規制しすぎてしまうという幣が指摘された場合にあっても、その論者である **Baird & Jackson** によっても「現実の詐害」の要件の適用除外が主張されることはなかった。（2章・5章）

④-1 [契約の代替物] 詐害行為取消制度は、「債務者」「債権者」が望んでも実現できなかった融資契約条項の代替物という性質を持つから（②-1）、「債務者（株主）－債権者－取引相手」が「一般的に望むもの」でなければならない。すなわち、詐害行為取消制度は、「債権者－債務者－取引相手」が、十分な時間と機会と交渉能力を有していたなら結ばれていたであろう一般的な契約条項の代替物となる（**Baird & Jackson** の creditor's bargain model）。（3章）

④-2 [狭い or 広い] しかし、この「あらゆる債権者・債務者が望むであろう融資契約条項の代替物」という性質がある故に、広すぎる詐害行為取消制度は、望まれない。広く取消しが認められる制度のもとでは、債権者・債務者が望む取引も規制されてしまうからである。もし、この状況下においても、その取引を望むなら、詐害取消制度の適用を解除されなければならない。そのためには取消しの利害関係者である全ての債権者（将来的な債権者も含めて）の合意を調達する必要がでてくる。この合意の調達は現実的には不可能である。他方、狭すぎる詐害行為取消制度も、望まれない。債務者と債権者の契約によって追加的に債務者を規律することによっては、第三者効は十分には得られないからである（3章：②-1）。

④-3 [交渉のスタート地点としてのルール設定の限界] 以上により、債権者－債務者間の契約による微調整が難しい詐害行為取消制度のあり方は、「一般的に望まれる必要最小限のもの」でなければならない。交

渉のスタート地点としての詐害行為取消制度という考え方（任意規定としておけば、当事者による交渉が行なわれ適切な程度の制限が契約されるであろうという考え方）にも限界がある。

④-4 **[適切なルールを探る必要性]** 「一般的に望まれる」とは如何なる考慮により決まるか。詐害取消制度は、債権者と取引相手に債務者の行動をより安価に監視させるために、両者に監視の役割を分担させる機能を有する。取引相手に債務者の監視を分担させる場合（債権者による債務者の監視が相対的に困難になる場合）では、取消権が肯定される。例えば、債務者の債務超過時に生じがちになる債務者の過剰なりスクテイクや無関心に対しては、債権者の契約による監視が困難になることから、取消しが容認されることになる。これにより、取消しをおそれた取引相手によって、取引の事前の段階で詐害取引（過剰なりスクテイクや無関心による投げやりな取引）が忌避されあるいは取引の内容が取り消され得ないようなものへと修正されることになる。こうして、取引相手によって、債務者の行動が監視されることになる。

④-5 **[考慮要素]** したがって、取消しを認めるか否かの判断においては「債権者の契約による監視能力」と、「取引相手の債務者に対する監視能力」とが重要となる。取引相手に監視を行わせて意味があるのは、取引相手に監視能力がある場合のみである。

④-6 **[取引相手の能力]** 取引が、市場価格のわかりにくいことならについて行われるような場合には、取引相手の監視能力は低いレベルに留まる。物の取引のような場合には、一般的に債務者の資金状態を監視することもほとんど無い。この場合に、取引相手に監視させるならば、取引相手は取引を萎縮させてしまう。取消しは正当化されない。

④-7 **[取引相手の能力]** 他方、取引が、金融取引のような場合（取引相手も債権者としての性質を有するような場合）においては、取引相手は、債務者の健全性・取引の利益性などを評価した上で取引に入るので、これらの点について、相対的に高い監視能力を持つことになる。さらに、場合によっては、LBOのように、債務者の経営判断自体を取引相手が行う場合がある。（むしろ、取引全体を支配するような関係者を「取引相手」と評価する理論が存在する。）少なくとも、この場合においては、詐害行為取消制度の積極的な適用が基礎付けられることになる。

④-8 **【裁判所の能力】** ただし、理論上は、債務者の有する資産価値を増加させる取引を取引相手が行えば取消権の行使は回避できる、とされていても、実際に、取引相手が重視するのは、それについて裁判所が行うであろう判断である。

そこで、裁判所が「取引の合理性・債務者の資金状態」（経営者の経営判断）を判断する能力があるか、債権者・取引相手がそれを予測できるか否かによっても議論が左右されることになる。ビジネスサイドが理論を信じて、充分に予測を行ったとしても、裁判所の判断能力が不十分であるならば、その予測がはずれ思わぬ損失が発生することが予想される。逆に、ビジネスサイドが裁判所の不十分な判断能力まで織り込んで予測を行い、それを基に行動するならば、そもそも詐害行為取消制度の目的——「規整」——が実現され得なくなる。完全に、詐害行為取消制度の目的を実現するには、裁判所の判断（または裁判所が採用する評価基準）が正確で、且つ、確実でなければならない。

したがって、究極的において、取消しの許否は、「裁判所の判断の仕組み」や、「債務者価値の評価基準の開発状況」や、「市場（専門家・ビジネス）の競争」に依存することになる。

④-9 **【倒産政策】** さらに、エージェンシー問題の解決法としては、債務者価値の最大化のほかに、債権者価値の最大化も有り得る。本稿の議論においては、債務者価値の最大化という考え方にそって説明している。すなわち、債務超過のときには、全体としてみて債務者の資産を最大化させない（リターンに見合わないリスクテイク）行動が起こる可能性があるが、それを防止するために、詐害行為取消権を位置付けている。したがって、詐害取引となる基準は、資金状態が健全である債務者ならば行なわないであろうリスクに見合わないリターンの取引となる。これに対して、リスクにリターンが見合っているにもかかわらず、債権者にとってはリスクが大きすぎる場合というものも存在する。債務者価値の観点からは望ましいものでも、債権者から見ると、債権者の損失において行なわれている取引も計算上はあり得る。どの場合が一体詐害取引なのかについての解答については提示できない。考え方としては、債務者の業種（例えば石油掘削）によって、ある程度のリスク（石油掘削事業のリスク）を債権者も覚悟しているというように個別的に考える余地もあり得る。こう考

えるなら、通常の業務から逸脱した行為を行う場合には詐害取引と考えることになる。

さらに、一般的には、倒産法政策や、債権政策が影響するかもしれない。なぜならば、詐害行為取消制度は、倒産の前段階における債務超過の債務者の行動に影響するものであり、債務者の資金難の状況を如何なる計画で規律するかという倒産政策に大きく影響を受けるべきであるからである。すなわち、考え方によっては、債務超過時の債務者を取引相手に監視させるという方法もあれば、早期に倒産手続きを開始させ、その構造的な原因である「債務超過」そのものを取り去るという方法もある。債権者価値最大化という考え方は、債務超過時には債務者の取引そのものに債権者の利益を相対的に多く反映させ、取消しの範囲を大きくし債務者の取引を抑制するという考え方であるので、金融危機状態の債権者・債務者・取引相手の再交渉を促進させ、債務者の清算や私的・法的再建を早めることに繋がるかもしれない。

④ -10 **[ルールかスタンダードか]** 実際の適用においては、関係当事者の萎縮を防ぐために、個別事案の厳密な評価（スタンダード的の評価）よりも、個別的には間違いがある可能性を無視してより可視的一律的な基準（规则的評価）が重視されることもあり得る（場合によってはそのほうが効率的であり得る）。

ただし、この考慮も、以上のフレームワークを基礎に行われなければならない。すなわち、规则的な基準を採用するからといって、以上に述べてきた考慮要素とその相関である「フレームワーク（利益衡量）」が不要ということにはならない。そのフレームワークに従って、ルールの合理性の判断が行われる必要があり、その合理性は当該ルールの適用の許否に影響し得る。**Baird & Jackson** の指摘するように、ルール型の要件の適用には、そのルールの創設された社会状況（「法定詐害が創設された時代には、債務超過債務者による対価の不均衡な取引は、大抵、債務者の詐害の意図に基づいて行われていた」）が現在にも妥当していること、したがって、当該ルールによって、詐害取引法が為すべき処理を適切に為しえることが必要となる。この考慮からすると、現在の商取引においては、多くの債務超過債務者による対価の不均衡な取引は、債務者の詐害の意図に基づいて行われているわけではない。加えて、債務

超過や対価の不均衡を審査するにも、企業の経営についての評価的な判断（経営判断が合理的かについての審査）を要することになる。彼らは、経営判断として行われるLBOに対する審査を非専門家である裁判所が行うことによって生じる予測不能性が取引相手に与える萎縮効果（債務者の取引の阻害）を危惧し、法定詐害による広い取消しを否定すべきこと、その後、「現実の詐害」の基準にしたがって総合的にその悪性を判断すべきことを主張した（もちろん、萎縮を避けるために、彼は結論として取消しには謙抑的な姿勢を見せる）。また、後に、LBOが社会的に認知を受け、債権者が一般的な融資契約条項にLBOの禁止を書き入れるという段階に至っては、その態度を取消し肯定の方向へと軟化させているようにも見える。単に、ルール型の要件にあてはまるから、取消し得るとするような単純な考慮は見られない。特に、詐害取引法の文脈においては、同法が「新しい取引を規整する」という役割を有している以上、ルールが社会の変容に耐えられるかを考えることなく、完全にルール化しそれを硬直的に適用することには限界がある。

④-11 **【社会政策的な要因による解除】** これとは別に、債務者やその家族の厚生のために、債務者の特定の行動が詐害取引であろうと無かろうと、許されなければならない場合がある。例えば、債務者の行動に一定の社会保障機能を担わせたい場合や、債務者自身の生活の厚生のために必要な場合である。

信用秩序は、人々の幸せのために存在するので、人々の幸せのために必要であるならば、信用秩序が維持されなくても認められることになる。この時、実質的には、信用社会（すなわち「債権者」）が、信用調達コストの上昇を保険料として、債務者に厚生（債務者の特定の行動）のための保険を与えていると言い得るであろう。

④-12 **【フレームワーク-まとめ】** 詐害取引法の適用は、一般論としては「債務者の過剰なリスクテイク・無関心」に対して「債権者・取引相手どちらが高度な監視能力を有するか」によって決まる。ここには、「裁判所」や「ビジネス」の能力も関係する。特に、監視能力の判定において、一般的に、問題となる取引類型が、「物の取引か金融取引か」に結論が左右されることになる。物の取引であれば取消し否定の方向へ、金融取引であれば取消し肯定の方向へと。そして、債務超過時から支払

不能時の債務者の行動を規整する倒産政策全体によっても影響を受ける。

要件論の視点からまとめると、取引に対する詐害取引法の規制は、エージェンシー問題の禁止を最低ライン（④-4）として、それに規制を追加する形で、もろもろの考慮要素を考えながら、信用秩序にとって最も望ましいものを考えればよい。それとは別に、社会政策にも影響を受ける（④'-11）。それが債権者達が望むものとして（④-1）説明されることになる。それを実現する法律構成は、「『法定詐害（債務超過・対価の不均衡）』を規範的に柔軟に解釈すること」かもしれないし、「『法定詐害』の適用を除外した上で、『現実の詐害』によってより柔軟に処理する」ことかもしれない。

《日本》

④ [あらゆる取引に網をかける] 詐害行為取消権は、導入時に、債権者保護制度として導入された。後に、あらゆる取引がその規制の対象となり得ようになる（不法行為説・総合考量説）。結果、要件は、「債務超過」「対価の不均衡」「受益者（取引相手）の認識」を基本として、その「拡張」——「弁済」「相当価格による売却」に対して——が見られる。

④"-1～12 [基準——総合考量・相関判断] 総合考量・相関判断をして悪性を判断する（山中＝竹屋・通説）。

④"-11 [社会政策] 弁済・債務者による社会保障（離婚の際の財産分与や、教育のための担保借り入れ）などは、適法性の高いもの（悪性を弱めるもの）として相関判断に相関要素として組み込まれる。

1.5 効果論・実効のための理論（⑤）

日本においては、「取消しの効果」について、分厚い積み上げが存在する。しかし、①、②、③の議論の不十分性がここにも影響を与えている。詐害取引法の目的を実現するために柔軟に法的帰結を選択すべきという主張は多く見られるが、詐害取引法の目的（①②）に裏打ちされていない。以下、詐害取消権の直接的な効果についての議論を「効果論」とし、取消権が行使された後の債権者達の分配のあり方についての議論を「取消しの後始末論」とするならば、それぞれにおいて、存在意義（制度の設計）についての議論からの基礎付けが不十分であることが確認さ

れる。後者の取消しの後始末の点については、近時、佐藤に異を唱える平井・大島論文が存在するが、その関係でも後に若干説明する。なお、ここにおいては便宜的に日本についての議論を先にまとめておく。

《日本》

⑤” [目的-手段思考] 日本においては、もとより、目的-手段思考によって、詐害行為取消権の効果を柔軟に理解してきた。すなわち、判例や学説は、424条の「取消し」という言葉にとらわれることなく、その効果を解釈している。

⑤”-1 [効果論] 判例は、その目的的思考の現われとして、「取消し」の意味を、「相対的取消し」と考え、学説においては、その他「絶対的取消し（取消し）」「債権の発生（取戻し）」等の詐害行為の受益者から債務者への詐害行為対象資産の返還を主張するものから、「責任の変動」とそれに基づく「執行忍容」とすることによって、受益者が詐害行為対象資産を維持したまま、取消債権者を初めとする債権者が回収を行なうことを主張する見解が主張されている。さらに、近時に至っては、その帰結をより簡便に実現するために、取消権を、「訴権」と理解することによって、詐害行為取消権に関わるルール（実体法・訴訟法・執行法）を解釈すべきとの示唆を含む訴権説が提案されているといえよう（佐藤：訴権理論⁴）。

⑤”-2 [取消しの後始末論——取消権行使のインセンティブ] 自己の債権回収について熱心な債権者を保護するため、取消権が存在するので、それを行使させるインセンティブを与えなければならないという議論が存在する（大島・平井）。これに対して、佐藤は反対する。ここにおいては、何れにせよ、取消権が何故行使されるべきか、何故行使されてはならないのかについての説明がない。これについては、後に検討を行なう。

⑤”-3 [一体的取消し] 法形式を超えて適用を行わなければならない。取引当事者が、法形式を操作することによって、詐害取引を助長支援する可能性があるからである。（石坂論文において、目的のための包括的

⁴ ただし、本稿によって存在意義に関する議論の視角から理論化した。

な取消しを認めるかに見える記述が見られる⁵⁾。

《アメリカ》

⑤ **【目的－手段思考】** アメリカにおいても、詐害取引法の要件・効果を目的－手段思考によって理解している。

⑤-1 **【効果論】** 当初より取引相手（受益者）のもとに執行をかけることができたことから⁶⁾、日本のように取消しか取戻しか執行忍容かという議論は存在せず、取引相手に対する執行、債務者取引相手の処分の禁止、その他、状況が必要とする救済等柔軟な処理が UFTA によって認められている⁷⁾。これは佐藤の研究が示すように、当初より取消権が訴権として捉えられていたことによるのかもしれない（先述、日本法の分析⑤”-1及び訴権の意義についての5章における本稿の分析を参照）。

⑤-2 **【取消しの後始末論】** 取消権行使債権者には、優先的満足が与えられるので、日本のように取消しのインセンティブが弱まってしまうというような問題提起は存在しない。ただし、取消権の行使によって実現されるのが、詐害対象財産を上限とする救済であることから、取引相手への制裁にならないとの興味深い批判が存在し、取消権の効果がこの問題にも答えるものになっている⁸⁾。この問題は他日を期する。

⁵⁾ 債務者が、受益者との間に複数の人間を介在させることによって取消権を脱法する可能性について示唆されている。詳しくは、5章において先述した。

⁶⁾ 旧法である UFCA § 9 は、自己の債権が満期になっている取消債権者について、詐害的な譲渡を無効にし義務の負担を免除するか、譲渡された資産に対して直接に執行できるとする一方、§ 10 は、未だ満期になっていない取消債権者について、裁判所が債権者の権利保全のために必要な措置を講ずることができる。すでに、取消しや受益者への直接の執行が認められていることになることに加えて、未だ満期になっていない取消債権者については、裁判所による柔軟な処理が一定の範囲で認められていることになる。

⁷⁾ 後の UFTA § 7 は、UFCA において未だ満期になっていない債権者についてのみ認められていた「取消しの効果としての裁判所による必要な措置」を全ての取消し債権者が利用できるように拡張・一般化している。

⁸⁾ Gerald K. **Smith** & Frank R. **Kennedy**, *Fraudulent transfers and Obligations: Issues of Current Interest*, 43 S.C.L.Rev. 709 (1992), at 712-713 には、この問題を指摘する Carlson の議論 (David Gray **Carlson**, *Is Fraudulent Conveyance Law*

⑤-3 **[一体的取消し]** 近時、上記の指摘も踏まえて、取引相手を柔軟に選択する理論が存在している。またその際の訴権の内容は損害賠償的なものになりこれが認められているが⁹、これについての更なる分析も他日を期する。詐害取引法は、形式ではなく実質を見るという法命題は一般的なものとなっている。

2 検討の導入——アメリカの理論による補充

以上に、アメリカと日本における議論を対置させた。

①②の存在意義について、アメリカと日本における詐害取消制度は基本的な目的——詐害の生じる根本的な原因の認識と制度の存在理由——を同じにしており、その基礎を同じくしていることがわかる。しかし、同時に、日本における議論には、何故信用の破壊が起こるのかについて（①）と、信用の破壊についての債権者の防衛手段について（②）と、詐害行為取消権（責任財産の回復）がそれに対して如何にしてアプローチしていくか（③）についての記述には補う余地があることも見て取れる。

ここに、日本においては、本稿における意味での存在意義に関する議論は補い得る形で存在していることが見て取れるだろう。この補い得る余地が種々の部分（④、⑤）において現れることになる。

そこで、以下の手順によって日本の議論を補うことにする。

- ・まず、日本の理論における①、②、③について、アメリカの理論によって補う。
- ・次に、要件論（④）を再整理する。
- ・さらに、効果論（⑤”）について、⑤”-1（「効果論」）、2（「取消しの後始末」）について、議論の対立があるので、補った理論をもとに、後に検討を行う。

以下、④要件論と、⑤効果論・実効のための理論について検討を行い本稿を閉じるとする。

Efficient?, 9 Cardozo L.Rev 643 (1987), at 652) が紹介されている。

⁹ Gerald K. **Smith** & Frank R. **Kennedy**, *supra* note 8.

3 要件論（総合考量を支配する理論）——④について

要件論については、既に、2章にて説明をした。そこにおいては、現時点において、日本法における条文及びそれを補充する解釈論と、1980年代のアメリカ許害取引法の主要な要件は類似している。すなわち、日本においては、当初より、「債務超過」「対価の不均衡」（客観要件）を取消しの要件としており¹⁰、その硬直性が、1950年代の不法行為説——「弁済」「相当価格の売却」を許害行為取消権の網の中に包摂するという実践を主張する——（総合考量説）^{11 12}により緩めらるることになる。この

¹⁰ 石坂音四郎「債権者取消（廃罷訴権）論」志林13巻8、9号331頁（1944、明44）、下森定「424条」「425条」奥田昌道編『注釈民法（10）債権（1）債権の目的・効力 §399-426』等参照。

¹¹ この考え方は、責任財産の減少をもたらさないので客観要件を満たせない「相当対価による売却」「弁済」について、「主観要件・客観要件を総合的相関的に判断して悪質性（許害性）を判断する」と述べることにより、許害行為取消権の網の中に包摂するために生み出された拡張理論である。

¹² オリジナルの総合考量説は、許害行為取消権を不法行為請求権と性質決定するがこの点については、受け入れられてないようである。

例えば、松坂佐一「ドイツにおける債権者取消権—わが民法との比較において—」『債権者取消権の研究』127頁（有斐閣、1962）131頁は、こう述べる。不法行為説は、ドイツにおいては普通法上は有力であったがドイツ法では早くに克服された。しかし、近時は、日本における山中康雄「許害行為取消権の本質」早稲田大学法学会『訴訟法学と実体法学』中村宗雄教授還暦記念祝賀論集（有斐閣、1955）・フランスにおける Sinay によって主張されている。

さらに、松坂は、以下のように述べる。取消権は相手方には、「過失ある違法な状態の存することを要しない」こと、不法行為は損害賠償を目的とすることが取消権は返還を目的とすることから、「取消権はそのものとして、いかなる場合においても、不法行為に基づく請求権ではない」と。

また、下森・前掲書注10、790頁は、竹屋芳昭「債権者取消権に関する一考察」法政研究24巻3号331頁（1957）に対して、債権者取消権の本体を不法行為の一種と見ることには問題があるとして、その理由を以下のように述べる。「客観主義的傾向を強めた現代の債権者取消制度全体を不法行為思想で一元的に説明するのは問題であり（主観要件につき、単なる認識で足りると解するのが通説である）、逆に、制度の適用を通謀的害意ある場合に限るべしとするのは、制度の機能を大幅に制約するものとなって、許害行為に対する救済制度の史的発展に逆行するもの

結果、「弁済」については、債務者と受益者（取引相手・偏頗弁済受領者）が共謀している弁済を受領したような事例は詐害取消しの対象となることが理論的にも正当化されることになる¹³。以上から、日本においては、アメリカにおける「法定詐害」「現実の詐害」と同様に機能する詐害行為取消権——「債務超過・対価の不均衡」という伝統的な要件と、総合考量によって拡張されることによって創設された要件——が形成されている。日本においては、その利便性が高いことや具体的に妥当な結論を導き得ることから、拡張機能を有した総合考量説が普及することになる一方で、総合考量を支配する理論は存在していない。さらに、「弁済」などのように、当初は詐害とは理論上区別されていたものを詐害に取り込んだが故に、ますます要件論は混迷を極めることになる¹⁴。

ただし、わかりにくいからといって総合考量を排除すべきではないことがアメリカの理論によって示唆される。客観的硬直的な要件によって

といえ」と。

しかし、エリザベス法の主観要件が、近時（1918、1984）になっても維持され、依然として、新しい取引を規整するために、その拡張性と総合考量判断が維持されていることを考えれば、不法行為説が行なおうとした、拡張や包摂や総合考量は評価されなければならないであろう。

¹³ アメリカについては、2章参照。日本においては、判例として、大審院大正5年11月22日民録22輯2281頁（他の債権者を害する意思のもと弁済を行なえば詐害行為が成立するとの一般論のもと、詐害の意思のない通常の弁済の事案につき詐害行為の成立を否定）、最高裁昭和33年9月26日12巻13号3022頁（ただし、通常の弁済につき詐害行為否定例）等がある（下森・前掲書注10、823頁）。学説として、下森・前掲書注10、824頁（網羅的な紹介）、山中・前掲注12、竹屋・前掲注12も参照。内田貴『民法Ⅲ（2版）』（東京大学出版会、2004）、309頁には、「主観要件は独立の要件ではなく、行為の詐害性との相関で判断されるものだということである」とあり、また、同311頁には、「判例は、贈与のような詐害性の強い行為については、主観的要件は単なる認識で足りるとし、さらにそれも推定する等して、容易に詐害行為の成立を認めるが、弁済のような詐害性の弱い行為については、主観要件として害意・通謀等の強い非難可能性を要求している」「行為の目的・動機等主観的事情も合わせて斟酌し、総合的な判断を行っている」と述べる。

¹⁴ このことは、適用基準が曖昧であり行為規範として機能しないと学説により批判されているところである。

詐害行為取消権を運用することは、社会の変容を包摂し評価し吸収しなければならないこの法理の意義(「規整」)を減殺してしまうことになる。したがって、総合考量を行いつつ理論により予測を担保することが必要となる。あるいは、たとえ、客観的硬直的な要件による一律の処理(ルール化)を認めるにしても、それは総合考量と理論を背景にした「一過性のもの」であるとの認識が必要となろう。

また、アメリカにおいても日本においても、「債務者の意思の歪み」が対象となる。すなわち、詐害行為取消権は、債務超過時における債務者の行動の変化、端的には、「意思決定の歪み」——それが債務者の資産価値に影響を与える——を詐害行為として規制するものと位置付けられる。

その上で、以下においては、アメリカの理論にに基づいて、日本における幾つかの論点(「弁済」「相当価格による売却」、「社会政策的考慮」)について、示唆を得る。すなわち以下の通り。

3.1 「弁済」についての伝統的な理解

「弁済」が民法上の詐害取消しの対象となるか否かについては、歴史的に、倒産処理法上の「偏頗行為」との関係において、論じられてきた。そして、近時、改正破産法(2004)によつての、偏頗行為の扱いが、この「弁済」と詐害行為取消権の関係に影響を与えている。そこで、まず、沿革を概説した後に、本稿による「詐害行為取消権」——債務者の問題行動の規制——の観点から、「弁済は詐害行為となり得るか」について、論じることとする。

[学説1922年以前] 破産法制定(1922;大11)以前は、破産法の代替物として、詐害行為取消権が機能することが期待され、それを理由として、詐害行為取消権によって偏頗弁済が取り消されることが主張される。加藤はこう述べる¹⁵。

「強制平等分配は破産に於いてのみ認めらるるものに非ずして
個々の強制執行の場合に於いても又認められる故」「債権者相互の

¹⁵ 加藤正治「廃罷訴権論」『破産法研究4巻』(有斐閣、1918)324-332頁、特に328頁以下参照。

關係に於ける平等分配を確保する為めに廢罷訴権を認むるは寧ろ我國民事訴訟の主義にも又適合するものと謂うべきなり」「殊に破産手續に於ける救済は總ての場合を包容するに足らず蓋し破産は現行法としては商人に限る又破産法上の否認権は本問に適用ありて救済を与ふる場合は旧商法第991条なれとも同条は債務者の支払停止後の行為に限り適用あり然るに支払停止後の弁済又は担保の提供のみを否認し得たるのみにては不十分なり」「若し弁済又は担保供与が既に第996条に包含するものとすれば之と同趣旨に出づる民法第424条の場合にも又其適用ありと言はざるべからず。」(圈点、本稿筆者)

[学説1922年以後] 破産法制定以後は、破産法という債権者平等を図る法制度が制定され、その中に偏頗行為否認(旧破産法72条2号)が規定されたことにより、詐害行為取消権の純化を目指す説が目立つ。すなわち、詐害行為－偏頗行為峻別論、したがって、偏頗行為の性質を持つ弁済が詐害行為取消権によって取り消されることはないとする説が台頭することになる。すなわち、鳩山¹⁶は、「強制的平等分配は破産の場合に於いてのみ法律の之を認むるものなるが故に詐害行為とならざるものと解さざるべからず(圈点、筆者)」とする。

ただし、弁済を詐害行為によって取り消すべしという思想は、破産法制定以後であっても、詐害行為取消権を「簡易な破産処理制度(破産の前倒し)」と位置付けることによって残存することになる。先の加藤の主張である民事執行法と詐害行為取消権との均衡や、詐害行為取消権によって破産法の機能不全を補うという理由のうち特に後者は、たとえ破産法が制定されていたとしても揺るがないことは一見して明らかである。

以上の議論における共通の前提を確認しておこう。「弁済」について詐害行為取消しを肯定する説、それを否定する説、何れの説においても、「弁済」を破産法にて規律されるべき「偏頗行為」とカテゴライズしている。そして、議論の分かれ目は、詐害行為取消権を破産法の否認権の代替物(破産の前倒し)として考えるか否かにある。ここに、論者は、弁済については、元來、破産法が手当てすべき偏頗行為であると考へて

¹⁶ 鳩山秀夫『日本債権法(総論)改訂版』210頁(1925)。

いる点において一致していることが確認されるのである。

〔学説1950年以後〕先の流れ——「詐害」「偏頗」峻別論——を受け、我妻も弁済について詐害行為取消しを否定する¹⁷。すなわち、「通謀をして他の債権者を害する意思をもって、といっても、債権者が平等に（比例的に）弁済を受けることを強制されるのは、強制執行または破産において清算される場合に限るべきである」と。

他方、これに関して新たな流れが生じる。1950年代には、債務者が支払不能（法的倒産に適正な状態）になっているのに、支払停止（否認権行使の要件充足）になかなかならないという前記加藤論文が指摘した社会事実の残存を受けて、再び、詐害行為取消権によって偏頗弁済を取り消すべしという議論が台頭し、総合考量説という理論を生み出すことになる¹⁸。その理論に基礎付けられてか、あるいは、判例法の判断に妥当性を見出してかは定かではないが、破産法学説にも変化が現われる。当時の状況を説明するものには「当時の通説を代表していた中田博士が、その判例評釈において、判例は妥当な実質的判断をしており従来の通説は間違っていたという、いわば総ざんげするような学説の変更を契機として、雪崩を打ってこの判例を支持する方向に学説は動いた」とある¹⁹。

¹⁷ 我妻栄『民法講義Ⅳ（新訂）』185頁（岩波書店、1964）。

¹⁸ 山中・前掲注12、竹屋・前掲注12参照。ただし、本稿の主張によれば、総合考量説の理論的意義が、このことだけに留まらないことこそが重要である。

¹⁹ 小林秀之発言・小林秀之＝沖野眞巳『わかりやすい新破産法』（弘文堂、2005）、170頁。本文中の中田論文については、最高裁昭和42年5月2日についての判例評釈である民商法雑誌57巻6号908頁（昭43. 3；1968）である。従前の裁判例においては、支払停止後、破産宣告より1年以上前の弁済について、72条2号の危機否認（偏頗弁済禁止）によって取り消すことができないことから、72条1号の故意否認（倒産法における詐害行為取消しと類似のもの）によって取り消すことを認めていた。この判決は、支払停止前、破産宣告より1年5ヶ月前の弁済の72条1号による取消しを認めた事例であり、従来の判断を一步進めたものである（新堂幸司「判批」法学協会雑誌85巻5号（昭43. 5；1968）759頁参照。なお新堂はさらにこの事案の特徴として、他の詐害されている債権が期限未到来であるのにも拘わらず否認を認めていることを指摘しつつ判旨に賛成している）。

それ以降は、総合考慮の理論の下に詐害行為取消しの審査に服させしむ総合考量説は、支持を集め、その結果、当時において、弁済について、詐害行為取消し否定説は通説であるかは疑わしいと評される程になる²⁰。

[学説2004年以後] こうして、詐害行為取消権によって、「偏頗行為としての弁済」を取り消し得るという議論は主流となったが、この議論は、近時、改正破産法（2004）における偏頗行為についての扱いの変化によって、大きく影響を受けることになる。すなわち、改正破産法162条によって、「支払不能時以後の弁済について否認の対象となる」とされると、その反対解釈として、支払不能以前の弁済について（民法上の詐害行為取消権によっては）取り消され得ないとする説が、再び有力化することになる²¹。その論理は、以下のようなものであろう。倒産法によって倒産手続適正時である支払不能以後の「弁済」を偏頗行為として取消し得ると規定されたのだから、その反対解釈として、それ以前の段階を規律する民法上の詐害行為取消権によっては取り消し得ないと解すべきである。

例えば、内田は、詐害行為取消権によっては弁済は取消し得ないとい

中田は、この事例についての評釈において、形式的な危機時期（支払停止や破産申立て）以前においても「実質的には支払不能の破産状態」となっていることが有り得て、債務者がそれをひた隠しにしながら、他方、特定の債権者に対しては、従前の恩顧に報いるために、或いは将来の恩恵を期待して、この債権者にだけあえて弁済するというような場合には、旧破産法72条1号によって取り消されるべきことを主張した上、従前の自説を改説している。

²⁰ 下森・前掲書注10（1987）、824頁による。又、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）補訂版』（良書普及会、1992、初版1978）にも、同じく、判例支持が多いとある。大島俊之『債権者取消権の研究』（大阪府立大学経済研究叢書63冊）（大阪府立大学経済学部、1986）20-23頁は、判例評釈レベルでは、判例を支持し、体系書レベルにおいては否定説が主流とする。この現象は、理論的には、詐害と偏頗行為を別だとした上、実際に焦点を当てる判例評釈においては、詐害行為否認（すなわち、詐害行為取消）によって、弁済を取り消し得るとする説が多いと評価できようか。

²¹ 小林秀之＝沖野眞己『わかりやすい新破産法』（弘文堂、2005）、170-174、特に173頁参照。

う解釈論を提示する²²。すなわち「改正破産法は、一部の債権者に対する優先的な弁済行為（偏頗行為と呼ばれる）につき、支払不能に陥る前は否認の対象としていない（破産162条）。…（中略²³）…弁済行為について、破産の局面で機能する否認権より債権者取消権による取消しが広く認められるというのはバランスを失する。そこで、破産法との整合性を考慮し、弁済期にある債務の弁済行為は詐害行為には当たらないと解するのが妥当ではないかと思われる（弁済の効果を否定したければ破産手続きによるべきである）。（圏点、本稿筆者）」と。

【小括】 このように、破産法における偏頗弁済についての改正によってもたらされたところの、民法における詐害行為取消権の解釈の変容からも、学説は、伝統的に、①論理的には、偏頗行為と詐害行為を区別した上で、倒産処理法の偏頗行為否認の代替物として詐害行為取消権を見るべきか否かという議論を行っていたと評価することができよう。そして、②支払不能時以後の偏頗行為が破産法上の否認の対象となることが明示されたことにより、偏頗行為である「弁済」は、詐害行為とはなり得ないという解釈的帰結が演繹されていると考えられる。

3.2 「弁済」についての本稿の見解

以上の議論を、本稿の視角によって評価すると一定の分析が行い得る。まず、先にも述べたように、詐害行為取消権は、債権者と債務者との関係を規律し、債務超過時における債務者の行動の変化、端的には、「意思決定の歪み」——それが債務者の資産価値に影響を与える——を詐害行為として規制するというものである。

そうであるとすれば、「弁済」が端的に、債務者の行動によって行われ、債務者の資産価値を下落せしめるか否か——それが詐害行為なのだから——を考えればよい。任意弁済は、複数の債権者が存在する時に、如何

²² 内田貴『民法Ⅲ（3版）』（東京大学出版会、2005）312頁。

²³ 「支払不能とは、債務者が支払能力の欠乏のために弁済期にある債務を一般的かつ継続的に弁済できない状態（破産2条11項）であり、破産手続きの開始原因である（破産15条）。」

なる債権者に如何程の金銭を支払うかべきを債務者が決定するという行為である。債務者が行う「この弁済に関する判断」は、正に、債務者の資産価値に影響を与えるところの債務者の経営判断に他ならない。そして、債務超過時におけるこの債務者の判断には一定の行動の変化が見られる場合がある。

したがって、弁済は、詐害行為として、正当に詐害行為取消権の審査に服することになる²⁴。すなわち、前記②命題は誤りであろう。ただし、理論上、弁済が詐害行為にカテゴライズされる場合があるとしても、実際において、即、取り消されるかというところではない。詐害行為取消しの要件を完全に満たさなければならないからである。特に、弁済受領者（取引相手・受益者）は、「弁済が債務者の資産価値を下落せしめること」についての「悪意」を満たさないことが通常であろう。満たすとすれば、それは、従来、判例法が挙げてきた「債権者—弁済受領者共謀事例」のような場合のみであろう（例えば、伝統的に言われてきたような、債務者と債権者が共謀の上、期限未到来の債権について弁済を行ったような場合）。

他方、伝統的学説のように、詐害行為と偏頗行為を完全に区分し、弁済を偏頗弁済にカテゴライズすることによって、弁済に対する詐害行為取消しを否定するという理論構成を採用した場合には、以下の理論上・実際上の問題が生じる。すなわち、理論上、前記の濫用的な弁済が取り消し得ないことにならないか。なぜならば、弁済は、偏頗行為なので如何なる場合であっても、倒産法によって処遇されるべきものだからである。内田は「弁済期にある債務の弁済は詐害行為にはあたらない」とするが、弁済期以前の弁済であろうと、濫用的な弁済であろうと、弁済は、理論上、偏頗行為なのであるから、（債務者の自由になるものとされ）詐害行為によっては取り消し得ないことになる。前記内田の言説——「弁

²⁴ 小林秀之の発言・小林秀之＝沖野眞巳『わかりやすい新破産法』（弘文堂、2005）170-171頁には、弁済が経営判断であることについて明確に記述されている。小林は、「支払不能に陥らない限りは、（弁済をするか否か—括弧内本稿筆者）むしろ誰に弁済するか、債務者の自由ではないかというふうに考えられる」とする。この点について、本稿は、経営判断であるからこそ詐害行為取消の対象と一応はなり得ると考える。

「済期にある債務の弁済は詐害行為にはあたらない」——の裏に、弁済期未到来の債権の弁済については詐害行為に当たるといような規範的判断があるとするならば、その法的帰結を導く理論は、弁済が詐害行為にもカテゴライズされることがあることを認めた上で、その経営判断を審査するという本稿におけるようなものではなからうか。

〔一般化〕 このことを、総合考量説に照らして説明するところである。1950年代に展開されたところの総合考量説が、詐害取消しの対象とした「弁済」には、二つの側面がある。

ひとつめは、偏頗行為としての弁済という側面である。これは、伝統的に問題視されて来た社会事情とそれに対する法の欠陥——「支払不能」にはなっているので破産理論上は偏頗行為として否認されるべき弁済も、「破産法の否認権行使の要件である支払停止」には至っていないので条文上は取り消しえない——を補うために、詐害行為取消権を破産法上の否認権の前倒しとして活用するという文脈において検討されるところの“弁済に対する詐害行為取消権の代替的な行使”という側面である。この時の取消権は、「債権者と債権者の間の利害調整」を行い、債務者支払不能時の債務者資産の解体を抑制するために機能する²⁵。この側面から見れば、弁済は原理的には詐害行為取消し（「債務者と債権者の間の利害の調整」を行なうもの）の対象ではないということになる。

そして、もうひとつは、詐害行為としての弁済という側面である。これは、債務超過債務者が共謀の上、特定の債権者に対して期限の利益を放棄して弁済を行うといような経営上望ましくない債務者の行動である²⁶。このように「弁済は取消しの対象となる」と理解しておいたとし

²⁵ このような考え方については、DOUGLAS G. BAIRD, ELEMENTS OF BANKRUPTCY, Fourth Edition (Foundation Press, 2005), at 157等参照。

²⁶ 通常、弁済は、10の資産を、5と5に分けるか、8と2に分けるかの違いに過ぎず、弁済による分配によって「総債権者に手に入る債務者資産の総量10」には影響しない。しかし、誰に弁済するかも経営判断である以上、特定のものに対する弁済が、債務者資産の価値に影響を与える場合がある。そして、債務者が債務超過の場合には、例の悩ましい問題も生じる。恐らく、この場合においては経営無関心が生じ得る。そして、それによった代物弁済の場合には、資産の解体などを導くことも多いと考えられるが、金銭による弁済の場合にも

でも、先述したように、債務者の弁済について、弁済を受領する債権者
がその合理性を判別することは不可能に近いのであるから、弁済が事実
上取り消されることは稀であろう。しかし、弁済が取り消される論理が
異なるので、その取消しの範囲（要件）は異なるものとなる。

このように、詐害行為としての弁済が取り消されにくいことは、詐害
行為取消制度の存在意義からも説明し得る。すなわち、債務超過時の弁
済が一律に禁じられるのであれば、債務超過時の無担保融資（または任
意弁済）が債務者の資産価値を上昇させる場合にも、その融資の回収が
禁じられてしまうのであるから、その望ましい経営行動を阻害してしま
うことになりかねない²⁷。債務者が債務超過時であっても健全時と同じ
行動を再現させるという詐害行為取消制度の役割を果たすことができな
い。こうして、債務超過時の弁済は緩めに規整し（それでも、無秩序に
債務者の自由に委ねるわけではない）、支払不能時の弁済は厳しく禁じ
ておくことに意味があることになる。

企業の価値に影響することはあるだろう。その経営判断の非合理性を弁済受領
債権者（受益者・取引相手）が認識して債権の回収を行ったような場合には、
そのエージェンシー問題の現れについて、その債権者が監視できる立場にある
ので、一般的には、詐害行為として取り消されることになる。しかし、弁済受
領債権者（受益者・取引相手）の監視能力は皆無に等しい。又、實際上、証明
も不可能に近い。したがって、ほとんど認められないだろう。

²⁷ 昭和42年5月2日判決についての新堂評釈(新堂・前掲注19)763頁において、
新堂は、従前の学説が、破産法72条1号の故意否認により本旨弁済が取り消さ
れることを承認していた判例法に対して反対していた実質的な理由として以下
のような推論を行っている。故意否認の「債権者を害することを知りて」とい
う要件の判断によって、否認の可否を決めるため、どのような弁済まで否認の
可能性があるのか予測がはなはだ難しくなり、これにより、債務者の再建への
努力——たとえば特定の債権者に弁済するかわりに材料の供給を継続してもらおうという個別的
折衝——に水をさす虞があると。ここには、債務者の意思による弁済が経営判
断的な意思決定として行われること、それによって債務者の価値が実質的に変
動することが指摘されている。新堂は、このような虞を生じさせない場合、す
なわち、弁済受領債権者が債権者の意図を理解していたような場合には、予測
を害することも、したがって、一般的に債権者への再建の努力を阻害すること
もないとして弁済を故意否認として取り消した裁判所の判断を是認している。

以上より、債務超過時の弁済は、経営判断として非合理的な場合（受益債権者はそのことを認識している場合）に、取り消されることになる。他方、支払い不能時以降の弁済は、倒産処理法の前倒しとして取り消される可能性がある（受益債権者は支払不能であることを認識している場合）。従来の、「弁済＝偏頗行為⇒倒産処理法」というような理論枠組みを用いずに、本稿のような理論枠組みを用いても、實際上、弁済が詐害行為となる場合は、例外的であろう²⁸。すなわち、弁済が詐害行為として取り消され得る場合は、弁済受領債権者がインサイダーである場合や、債務者と債権者が予め特定の債権者に嫌がらせをしようとしたような場合（いわゆる共謀の場合）に限られるであろう。また、同様の実質を持つ「先立つ負債に対する担保権の設定」も、同様に、弁済として処理されれば足りる。

3.3 「伝統的学説」に対する分析・補充

以上に述べてきた、「弁済」が帯びる特徴（偏頗行為としての弁済）については、既に、あらゆる先行研究において指摘されてきたと考えてもよい。例えば、古くは、鳩山体系書の記述がこのことを明確に指摘し、弁済に対して詐害行為取消しを行うことを否定している。また、取消しを認める加藤論文においても、破産法不在時に詐害行為取消権によって破産法上の偏頗行為否認を代替させると明示している点から、この弁済の特異性を認識していると評価し得よう²⁹。

さらに、近時、下森は、詐害性の判断についての「重要な視角」として、以下のように述べている。

「詐害行為の相手方が債権者の一人である場合（弁済や代物弁済の詐害性が争われた場合など）と、そうでない場合（不動産の贈与行為や譲渡行為で受益者が債

²⁸ 前注26参照。インサイダーの場合には、取消しが認められる余地がある。

²⁹ 後注34参照。我妻榮『民法講義Ⅳ（新訂）』185頁（岩波書店、1964）、下森定「424条」「425条」奥田昌道編『注釈民法（10）債権（1）債権の目的・効力 § 399-426』776頁（有斐閣、1987）、796頁、沖野＝小林・前掲書注24にはより顕著に現れている。

権者の一人ではない場合）」とは基準の基礎となる原理を異にする³⁰と。すなわち、「前者では、取消債権者と受益者たる債権者との間の公平をどの程度考慮すべきかが問題であるのに」対して「後者では、債務者の財産管理の自由ないしは経済的更正の保護および受益者の取引安全の保護を債権者の保護との均衡上どの程度考慮すべきかが問題である」ので、原理的に異なるというわけである³¹。

この議論は、総合考量において、詐害行為取消しの網の中に含まれた偏頗行為（「前者」）を、元来の詐害行為（「後者」）と区別して認識するものとして重要であるが、本稿の視点によって、さらにこの視角を精密化できる。すなわち、後者の類型（詐害行為）においても「取引相手」が債権者である場合も存在することを指摘できる（LBOの場合はまさにそうである）。さらに、下森の分類において、債権者と債権者の利害が対立するかに見える前者（偏頗行為）の類型に当てはまるかに見える弁済であっても、経営判断（後者の類型）として詐害行為取消法理によって審査されなければならないことも再三指摘した通りである。すなわち、後者の類型にあてはまる場合も存在する³²。

まとめると、特定の行動についての経営判断の側面（債務者の意思決定の規整）を問題にするならば、後者（詐害行為）の類型であり、債権者平等（回収競争）の側面を問題にするならば前者である。両者の類型は、重なることがある、結局のところ、弁済については、理論上、「偏頗行為」の性質も「詐害行為」の性質も持ち得る。

このように、「弁済」においては、詐害と偏頗が重なることがあるという点は、伝統的な学説が見落としている点であると評価し得ないか。すなわち、学説は、偏頗と詐害を二分した上で、弁済を偏頗行為と性質決定し、偏頗行為は倒産法によって処理されるものであるから、詐害行為取消権においては扱われないと考える³³。特に、改正破産法（2004）

³⁰ 下森・前掲書注10、795-796頁、**下森**定「11債権者取消権」『民法学4〈債権総論の重要問題〉』奥田昌道他編145頁（有斐閣、1976）152-154頁参照。

³¹ 下森・前掲書注10、795-796頁、下森・前掲注30、152-154頁参照。

³² 下森・前掲注30、154頁は、この問題は存在しないと述べる。

³³ 小林＝沖野・前掲書注24、170-174頁。

以降は、この二分論的な傾向が強く、総合考量説が打ち立てた、弁済を詐害行為として取り消すという解釈は排されたと見る向きがある³⁴。

しかし、本稿はこの見解を正当とせず、総合考量説の示す帰結（したがって、一定の弁済について詐害行為取消しを認めるような一般論を展開していた判例法）は、まだ生きていると評価することにする。改正破産法によって、明示されたのは、倒産法上の偏頗弁済禁止を、支払不能時より前の段階においては、前倒しとしての詐害行為取消権に担わせないということ——債務超過時の「偏頗」弁済を、詐害行為取消権によって取り消すことは認められないということ——のみであると理解するのが合理的であろう。すなわち、①支払不能時以降ならば、詐害行為取消権が倒産処理法上の否認の前倒しとして（偏頗的）「弁済」が取り消されることはあり得るし、②債務超過時においても濫用的な（詐害的）「弁済」が取り消されることもあり得る。

先述した、いかなる場合にも弁済は詐害行為たりえないとする解釈は、破産法の反対解釈として正当ではないし、実際上も、不当な結論を導くことになる。

[森田] また、森田は、判例の採用する「通謀的害意論」（債務者と弁済受領権者が債権者に対する害意を持って弁済を受けている場合においてはその弁済は取り消され得るとする理論）を機能的に分析した上で、そこには、倒産法上の考慮（債権者対債権者）が多分に存在していることを理由にして、民法による倒産法の前倒しである①については認め（それによって、民法と倒産法の均衡が図られる点については正当である）。②については残されているとしながらも、否定的に解するかに見える³⁵。この②について、「弁済」の有する経

³⁴ 小林＝沖野・前掲書注24、170-174頁、とりわけ173頁。また、内田・前掲書注22、312頁。森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）55頁、63頁は、「債務者の害意」に取消しの根拠を求める「弁済」が問題となる文脈において発展した通謀的害意論について、この文脈においては、もはや、妥当しない旨を論じる。

³⁵ 森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）55頁、61-65頁。特に、61頁において、「債権者取消権の意義は残り」として偏頗行為禁止についてのみ検討を行っている。他方、同時に、61-62頁において、「新破産法は、支払停止前の実質的危機時期における偏頗弁済を、詐害行為否認の対象から外し、もっぱら偏

営判断の側面（特に、債務者が企業の場合においては、誰に如何なる程度の弁済を与え

頗る行為否認の問題とする一方で、対象となる弁済の時期を支払停止後ではなく、『支払不能』後とした。『支払不能』が支払停止に先行するのが一般であろうから、その限りでは従来の危機否認の範囲を拡張することで偏頗行為に対処する選択をしたものと解される。旧法下においても、支払不能時になされた偏頗弁済に、故意否認で対処する判例の方向と並んで、危機否認の対象行為の時期の前倒しを主張する有力説があり、新破産法はこの説を採用している。『弁済の否認の実体法上の中核は、『支払不能』に求められる』とする。同時に、63頁においては、『支払不能』時前に、偏頗行為否認の対象となり得ないが民法の債権者取消権の対象とはなり得る弁済を用意しなくて良い…（略）。』とする。

ここに、森田は、従来、故意否認でカバーされていた「弁済」を、危機否認の支払不能要件の柔軟化・規範化によってカバーすべし、且つ、民法上の詐害行為取消権は原理的には「弁済」を取り消し得ないと解釈を導いていると評価できようか（同上・62頁）。そのことは、60頁において、一つの債権回収行動について詐害行為取消権と否認権が異なる評価をすることは妥当ではないという価値判断からも推測できる（これについて本稿は反対する）。そうすると、弁済が詐害行為取消権によって取り消され得るのは、支払不能概念が柔軟化されたことによって拡張した危機否認（偏頗行為禁止法理）が詐害行為取消権を通して現れているからと説明することになろう。すなわち、ここにいう詐害行為取消権は、倒産処理法上の否認権の前倒し（代替物）としてのものとなり、原理的には詐害行為取消権は弁済を取り消し得ないと評価しているように思われる。66頁において、私的整理における弁済を規律するために、詐害行為取消権の利用が示唆されていることも、簡易な倒産処理法制（否認権の前倒し）として詐害行為取消権を位置付けてのことである。

さらに、注目すべきは、63頁（注22）において、支払不能時前の「弁済の取消しの余地を残すとして、民法の債権者取消権を否認と棲み分ける解釈論の方向もありえる」と示唆されている点である。さらに続けて、「この方向にたてば、否認要件としての『支払不能』概念は、債務者の客観的財産状態として、評価規範的性格を脱色させることが容易になろう。」とする。

この方向性は、「弁済」を、詐害行為取消しの対象とする（且つ、故意否認の対象とする）という意味において、本稿の私見の目指すもののようにも思われる。ただし、本稿は、「支払不能」概念が、規範的要件であること自体は否定しないが、「支払不能」概念は、倒産的考慮のみによって基礎付けらるべきであり、同時に、「債務超過（詐害取消法）」も、その存在意義に基礎付けられる範囲において規範的のものとなるべきであると考えられる。

るかは債務者の判断によって行われ、債務者の資産価値に影響してくる)を見れば、ひとつの考え方——「弁済」は債務者の意思の現われとも言えるのであるから「詐害行為」の性質を持つ——も有り得ることが示唆されよう。このような切り取り方の方法は、既に、鳩山論文によって提供されている³⁶。すなわち、単に、詐害取消法理の視点から、「弁済」を見ればよいだけである。

すると、まず、問題になるのが、詐害行為取消権と倒産法との均衡性である。すなわち、倒産法上は詐害行為否認(160条)と偏頗行為否認(162条)とを区別し、弁済は後者に含まれる故に支払不能時以前の弁済については取り消し得ないにも拘わらず、それ以前の段階においても詐害行為取消権によって取消され得るとすると倒産法制による判断を無視しているのではないかということが問題になろう。この問題意識は、(単に文言の不均衡に留まらず)ちぐはぐな機能を持たないかというものである。これに対しては、寧ろ、倒産法上の詐害行為否認(故意否認)にも、「民法」のルールが読み込まれることによって均衡が図られるべきであると答えることになる。すなわち、倒産法上も、詐害行為として、その要件にしたがって「弁済」は取消し(160条)の審査を受けることになると解されるべきである。倒産法が改正したのは「偏頗行為」としての「弁済」についてのルール(危機否認についてのもの)のみであり、これについてのルールが、従来ルールに付け加わったに過ぎないと理解することになる。したがって、「弁済」は「危機否認・故意否認」両方によって取り消され得るようになったと理解することになろう。

次に、そのように解するとすると「弁済」が「債務超過」時に、取り消され得る際の実害について考えなければならない。「弁済」を詐害行為たり得ないとする学説の背後には、「ストラクチャード・ファイナンスや、ベンチャーの保護」のために「弁済」を取り消され得ないとすべきであるという思想が存在すると言い得る³⁷。

³⁶ 鳩山秀夫「特定物ノ引渡ヲ目的トスル債権ト廃罷訴権」法学志林18巻3号53頁(1916;大5)。

³⁷ 森田・前掲書注35、60頁注17は、倒産法改正の背後には、「ストラクチャード・ファイナンス」の保護のために、このような考慮があるという。また、小林発

この考慮（産業保護）が正当であるとしても、まず、一般法の改造によって手当てすべきではなく、従来の枠組みにしたがって、個別的な要件の審査において取消しが否定されやすいとしておけば、十分である（實際上、「債務超過」時においては、「弁済」は、詐害行為取消しによって取り消され得ることはまれであることは、先に述べたし、詐害の審査においてもこれらの取引類型はかなり甘く判断されることは理論上示唆されている）。若しくは、特別法によって手当てすべきであろう（そしてその際も、その規範の硬さは、一過性またはゆるいものとなる）。

ここにおいては、むしろ、そもそも、根本的に、最も「詐害」が起りやすいこの現代取引の文脈において、現代取引の中核をなす弁済を一律に取消しの対象外とすること、すなわち、「詐害法理」の役割である「規整」を後退させることの是非こそが論じられなければならない。加えて、詐害行為取消法理は、現在の一時点において、認識されている特定の取引（やその複合体）だけを問題としているわけではないことも既に2章・5章において述べた。過去の学説が理論の発展によって付け加えた「拡張・規整機能」を、完全に取り外すことについての慎重な議論が必要であろう。

以上のような機能的分析（私見）によれば、債務者と受益者の共謀が見られる「弁済」を詐害行為として、詐害行為取消権による取消しの対象と宣言してきた判例理論（「通謀的害意論」）は、弁済をはじめとした様々な取引を詐害の審査の対象とするという政策を言語的に表明するという意味において一般論としても完全に正当であるし、且つ、その運用においてほとんど弁済が取り消されてこなかったことから、妥当な結論をも導いて来たという意味付けられよう。一般論として、弁済を取り消し得るとしながらも、個別的に弁済に対する取消しを否定することには、以上のような（債務者の経営判断としての弁済を威圧しておくための、または社会の変容に対応するための）考慮が存在すると分析し得るといふわけである。そうであるならば、たとえ、総合判断によって、現実に取り消しが行われることについては謙抑的になるとしても、現行法においても、従来の民法の分野にて発展した法理論は妥当させておくことが望ましいのではなからうか。加えて、先に示したように、このあり方のほうが、条文の形式的

言・小林＝沖野前掲書注24、176-177頁は、ベンチャー保護をその関心事として、取消しの否定を主張している。

解釈（破産法の反対解釈）としても無理が無いように思われる³⁸。あるいは、たとえ、「弁済」について、詐害行為取消しの対象となり得ないという風に結論するにしても、その結論を基礎理論による基礎付けの薄いもの（若しくは、一過性のもの）と評価し、社会にそぐわなくなった時のために解釈的な切り崩しの準備をしておくことが必要ではなからうか。それが、この場面における理論の役割である。

結局、本稿の分析によれば、「詐害性判断」の中核は、今も昔も、債務者対債権者の文脈における財産の減少であり、それ以外の帰結（支払不能時以降の弁済の取消し）は、詐害行為取消理論によって別の法理の機能が代替されているに過ぎないものと見るべきであろう。（先章（2章）の注において紹介してきた「弁済」についての判例とその分析³⁹——「弁済」も一般的に詐害の審査の対象となり、さらに、「good faith」（取引相手の善意）の解釈によって詐害行為として取り消され得ることが示唆される——は、「弁済」に対しても詐害の審査をするということ、「取引相手」の善意の解釈によってコントロールするということを示すものとして興味深い。さらには、「執行行為」の一種である、foreclosureにおいてでさえ、「債務者の意思が、価格に影響を与えるならば」詐害の問題となり得ることが明示されていることも示唆的であ

³⁸ 破産法改正によって、弁済について詐害行為取消しを否定する解釈を採ることが、必ずしも論理必然的な帰結ではないことを明示的に指摘するものに小粥太郎『民法の世界』（商事法務、2007）147-149頁がある。ここにおいては、幾つかの可能性が指摘されている。まず、本稿の本文にも紹介したところの支払不能概念の規範化・柔軟化によって偏頗行為否認を前倒しすることを目指す森田・前掲書注35、52-63頁の考え方である。（この考えを進めれば、倒産手続きの前倒しの処理を行うために詐害行為取消権を代替的に利用することも考えられることになる。森田は、同上・66頁以下において、この考慮によって私的整理全体が詐害行為取消権によって規律される可能性を示唆する。）次に、端的に、偏頗行為否認の考え方を前倒しし、詐害行為取消権にその役割を代替させることによって、弁済を処理する潮見佳雄『債権総論Ⅱ』（信山社、2005）144頁）の考え方である。いずれの考え方も、倒産手続き（集合回収手続き）の前倒し、すなわち、簡易な倒産処理法制として詐害行為を位置付けるもの（原理的には詐害行為取消権によって弁済は取消し得ないとしながら、倒産上の否認権の代替物として詐害行為取消権を利用しようとするもの）である。これらとは異なり、本稿では、弁済を原理的に詐害行為と扱う可能性を示唆することになる。

³⁹ Note, *Good Faith And Fraudulent Conveyances*, 97 HARV. L. REV. 495 (1983), at 495-496.

る。）弁済はどちらの法理の審査対象にもなり得る。

先の森田の分析に以上のような帰結を付け加えることができるのではなからうか。森田が主張するように「支払不能」も規範的な概念であると共に、「詐害行為取消法理」（とその要件）も、歴史的にも、比較法的にも、機能的にもそれと同様に、規範的な概念であると考えたい⁴⁰。

何れの法律構成上によっても同じ帰結を導けるような気がするが⁴¹、ここにおいては、目指すべき帰結と問題点を確認しておくことにした。

3.4 「相当価格による売却」

他方、「相当価格による売却」は、債務者の意思決定によって行なわれている行動であるから、意思の歪みが現れ得る。担保権の設定による資金調達についても同じである。債務超過時における、債務者の自己資産の流動化（現金化）は、使い道について何らコミットされていないならば、債務者の「意思の歪み」の虞れ故に、債務者価値の下落を意味す

⁴⁰ 日本の詐害行為取消法理は、簡易な倒産処理機能を営むことが期待されているので、詐害行為の要件である「債務超過」と、森田のいう規範的判断としての「支払不能」は帰結において、同じものとなり得る。

しかし、実際の分析においては、例えば「通謀的害意論」の評価については、森田説と私見とは大きく分析を異にするように感じる。加えて、法実践的にも、「債務超過」の段階と「支払不能」の段階——法的倒産手続に関連付けられている（さらにいえば「支払不能」とは法的、あるいは「簡易ではない」倒産が視野に入った時における関係者の行動を規律する概念ではなからうか）——において、債務者を初めとする利害関係者に対して、それぞれ異なった決め細やかな行為規範を、分かり易い形にて与えられるほうが望ましいのではないだろうか。さらには、私的整理を合理的に規律することができる柔軟性とネットワークを持つ概念として債務超過（もしくは、「債務超過」「支払不能」の協働）を考慮しておいても良いのではないか。したがって、これについても、「弁済」についての私見と同様に、重疊的な適用が望ましいと考える。ただし、この点については、未だ検討が不足しており、他日を期する。

⁴¹ 濫用的な「弁済」を、「弁済」プラス「無償譲渡」と性質決定した上で、後者を取消しの対象にする余地もある。ただし、そのような技術的な法実践——「濫用的な弁済」も取消しえないとはしない——を基礎付けるものは、本稿の提示したような理論によるべきである。

る⁴²。使い道についてまでコミットされている場合⁴³には、その使い道によった場合の債務者価値の増加を問題にすればよい⁴⁴。

3.5 「社会政策的考慮」

社会政策的考慮は、問題となる行為が詐害的であるか否かにかかわらず、行われることになる。この要素は、債務者の意思決定によって引き起こされるという意味における「詐害」性とは相関してはいない。伝統的整理において、社会政策的な考慮は「社会的適法性」として、弁済とひとくりにされてきたがその実質は若干異なるものとなることは認識しておく必要がある⁴⁵。

先に説明したように、弁済の方は、「偏頗行為の部分を除いた部分」が、「詐害」の関連判断になり得るが、社会政策の方は、厳密な意味においては、詐害性とは相関していない可能性もある⁴⁶。言い換えれば、社会

⁴² 通常時の資産流動化は、証券化・流動化取引に代表されるように、企業価値を高めるものであろう。しかし、これとは対照的に、債務超過時における資産の流動化（現金化も含む）は、その資金を合理的に利用するインセンティブを債務者が持ち合わせていないことから原則的には詐害行為であり、取引相手の監視能力如何によっては取消され得る。

⁴³ 通常をつなぎ融資はこの類型であろう。アメリカにおいても、運転資金調達のための融資は詐害行為取消しの対象とはならないと述べられている。

⁴⁴ そのような規範を与えておけば、「取引相手」は合理的に行動するであろう。ただし、「取引相手」の監視能力が高い類型においてのみこのような理解が妥当するであろう。

⁴⁵ この点は、既下森・前掲書注10、796頁に指摘されている。伝統的な学説は、弁済が義務であるから社会的な適法性が備わり易い（したがって、通謀的な善意によった弁済しか取り消され得ない）とする。これに対して、森田は、「義務」の有無ではなく機能の視角から整理すべきであるとする。本稿は、森田の帰結には必ずしも沿うものではない（先述、「弁済」参照）が、その点については賛同するものである。

⁴⁶ ただし、生計や子女の教育費にあてるため、家財を売却し、それに対して、譲渡担保を設定した場合において、それが相当価格で無いならば詐害取引となる。これについては、最高裁昭和42年11月9日民集21巻9号2323頁も同趣旨である。

また、この場合において、さらに、家財の売却が相当価格であったとしても、特に子女の教育のために家財という生活に必要な資産を売却してしまう（自己・

政策的考慮は、憲法における社会権の現れ（それと信用秩序との関係）であるが、弁済については信用秩序固有の問題である。

それとの関係で、「租税債権」や「不法行為債権」を被保全債権とする場合には、若干考慮が異なる可能性がある。「租税債権」については、信用秩序の問題ではないと言い得る。また、「不法行為債権」については、不法行為債権者を詐害行為取消権の「債権者」として保護せずとも、信用秩序は破壊されない（一般の「債権者」の融資が鈍らない）という意味においては異なる考慮が背後にあると言える。

こうして、伝統的な要件論の内実をより精密に認識し得るであろう。ただし、この部分については視点の提示だけに留めて、他日を期することにする。

4 効果論・実効の理論——⑤について

これについても先述したように、詐害行為取消制度の存在意義についての議論（①、②、③）が不足していることにより、実効の理論（⑤）に問題が生じている。

4.1 [帰結その1；取消しの後始末における取消権行使債権者の優先弁済受領権]

この⑤の問題について、佐藤は、詐害行為取消権は訴権であると指摘し、そして、それによって、実体法・訴訟法・執行法を詐害行為取消権の目的にかなって解釈し得る可能性を提示したと評価し得る。しかし、それによって示唆されたところの具体的な帰結は、訴訟法上の判決効の拡張に留まっており、「取消しの後始末」については佐藤自身も伝統的

家族の厚生を放棄して子女の教育のために資金調達をしてしまう）債務者の行動の承認が、債務者の厚生（社会保障政策）の観点から合理的であるかは問題として残されている。もし、それが問題行動であるならば、そのような融資行為を抑止するために、その融資が、詐害行為取消権によって取り消され得ると評価される余地も残されている。

しかし、もはやそれは、既に詐害性の問題ではないことは留意しておこう。そして、この問題の背後には、社会保障制度の不備があることも併せて指摘しておく。

な執行法上の一般論を適用している（⑤”-2）。その結果、佐藤は、取消しの後始末における分配の問題について、平等主義的解決（按分弁済）を主張することになる。この「判決効については民事訴訟の一般原則である判決効の相対性の例外としながらも、執行段階の分配についてはその一般原則である債権者平等原則を適用する」という現象について、先に見たように、詐害行為取消権の存在意義を考えることによって、はじめて補い得る余地を見出し得ることになる⁴⁷。

そこで、本稿においては、詐害行為が起ったならば、その行為はリスク中立的な債務者ならば取り消しを求めらる程度に取り消されなければならないという存在意義による示唆を根拠に、取消しを行った債権者については少なくとも、何らかの形で優先弁済受領権を与えるのが正当であると考える。この場面において、按分弁済によってしまうと、取消し債権者の取消し行動が抑制される結果、取消権の機能が阻害され、その目的が阻害されることになる。すなわち、リスク中立的な債務者であるならば行わなかったであろう行為の取消し（それによるリスク中立的な債務者行動の再現）が行われなくなる⁴⁸。なぜならば、取消債権者は、たとえ取消しの要件の主張立証に成功したとしても、取消し対象資産の分配において他の債権者と平等に分け合わなければならないならば、取消権を行使する意欲を著しく減退させることになるからである。債務者によって、リスクに見合わないリターンしか伴わない取引が行われたとしても、取消しを行う意欲が減退している以上、取消しが実際に主張される場面が限定されてしまい、そのような帰結が所与のものであれば、債務超過時の債務者資産の毀損は激しさを増すことになる。これがそのまま信用収縮に繋がることになる。

判例は、取消権行使者が、受益者から金銭を受領した際⁴⁹に、債務者

⁴⁷ ただし、再三説明したように、佐藤論文は存在意義（制度の設計）については言及を行うことを目的としていないのであるから、佐藤論文においては、この問題についてはもとより議論の対象外である。

⁴⁸ 取消債権者に過剰な報酬を与えてはならないが、過少な報酬を与えるのも合理的ではない。なぜならば、リスク中立的な債務者の行動の再現が実現し得ないからである。

⁴⁹ 取消債権者が、受益者から金銭を交付される場合は、二つある。まず、詐

に対する不当利得返還債務と、自己の債権を相殺することによって「事実上の優先弁済」を受領することを認めているが、この「事実上の優先弁済」構成は、存在意義によりその結果が基礎付けられ、訴権理論によって、あらゆる手法を使い取消債権者に「何らかの優先弁済受領権」を与えるための法律構成としては言い得て妙であるといえよう。

4.2 「帰結その2；効果論における執行忍容に対する「取消し・取戻し」の優位性

また、「効果論」において、学説は、「取消し・取戻し」という帰結を目指すところの形成権・請求権説から、「執行忍容」を目指すところの責任説・訴権説へと展開されて来た。しかし、これは、それ自体多様な意味を持ちえる「保全」という目的を目指すものであり、現状においては「信用」に裏打ちされた形での再考が必要となる。

以下、順に論じていく。まず、「取消しの後始末」(⑤"-2)については、同様の結論を支持する先行研究が存在する。そこで、以下においては、本稿とこれらの学説との関係を探り、その体系の中に、本稿を位置付ける。次に、「効果論」(⑤"-1)について、信用の観点から、伝統的な判例の立場である「取消し・取戻し」の意義について考えよう。

5 「取消しの後始末」について

——優先弁済支持諸説における本稿の位置付けと積み上げ（基礎理論による基礎付け）

取消債権者の優先弁済受領権を支持する議論が、既に存在している⁵⁰ ことについては、先に述べた (⑤"-1)。古くは下森論文⁵¹ (1959)、中野

害的行為として金銭が受益者に移転された場合に、取消債権者が受益者に対して金銭の回復を請求した場合である。次に、詐害的行為として物が受益者に移転されたが、取消債権者の債権額が物の価格を下回り、且つ、その際に、取消債権者による金銭賠償が認められた場合である。

⁵⁰ 森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）55頁等にもそのことが記述されている。

⁵¹ 下森定「債権者取消権に関する一考察（一）（二）」志林57巻2号44頁（1959）、志林57巻3 = 4、176頁（1960）、特に志林57巻3 = 4号222頁。

論文⁵²（1960）であり、近時の大島論文⁵³（1982、1986）と平井論文⁵⁴（1993）、平井体系書⁵⁵（1994）である。付言しておく、下森論文、中野論文においては、この問題はあくまでも立法論上の問題として指摘されているのに対して、大島論文と平井論文においては、下森論文、中野論文と同じ規範認識⁵⁶に立ちつつ、解釈論として昇華されている。平井体系書はこの流れを確認するものである⁵⁷。本稿における存在意義に関する議論は、解釈論としてのものではなくその根底に存在すべき規範認識のために必要な基礎理論を提供することを目指している、立法論か解釈論かの差異にかかわらずに、これらの学説が共有する規範認識の部分を検討の対象とする。

そこで、以下においては、これらの論文について簡単に言及することにより、これら学説に対する「本稿による積み上げ」を確認したうえで本稿を閉じることとする。まず、判例理論を説明し、それらに対する学説の評価と理由付けを説明し、その根底にある規範認識を抽出しよう。

5.1 判例

【原則；現物返還——平等主義的解決】日本の判例においては、周知の通り、取消権行使の結果として、債務者のもとに詐害的譲渡の対象物が回復され、それに対して、総債権者が執行を行うことになる。

⁵² 中野貞一郎「債権者取消権と強制執行」民訴雑誌6号53頁（1960）、94頁注16参照（この点は、森田・前掲書注50、53頁注4において指摘されている）。

⁵³ 大島「第四章債権者取消権行使の効果」前掲書注20、114頁（1986、ただし、初出は法律時報54巻1号、2号（1982）である。本稿においては、1986のものを利用する。）

⁵⁴ 平井宜雄「不動産の二重譲渡と詐害行為－action paulienneへの回帰を意図して」太田知行・荒川重勝編『民事法学の新展開－鈴木禄弥先生古希記念』170頁（1993）

⁵⁵ 平井宜雄『債権総論（第二版）』（弘文堂、1994）274頁以下。

⁵⁶ 結論についての価値判断のこと。

⁵⁷ 平井体系書の初版である平井宜雄『債権総論』（弘文堂、1985）においては佐藤の訴権説の帰結を支持するかに見えたが、平井・前掲注54（1993）を挟み、2版においては、それと反する立場を確認することになるのでその意義は大きい。

その結果、総債権者の間で、平等主義的解決が図られる。

【例外；金銭賠償——優先主義的解決】同時に、この原則の「例外」が存在している。すなわち、金銭賠償が、一定程度許されている⁵⁸。そして、その際、取消債権者は、詐害的譲渡の相手方である受益者（取引相手）から、直接金銭を授受することを認められており、取消債権者は受領した金銭についての債務者への返還債務と、自己の債務者に対する金銭債権を相殺することになる⁵⁹。

その結果、取消債権者が「事実上の優先弁済」を受け得ることになる。

5.2 学説による評価

以上の判例理論に対して、平等主義に異を唱える学説は、如何に評価するのだろうか。以下に、紹介しよう。ここにおいて、特に、重要なのはその理由付けである。

①下森論文は、【原則】については、立法論政策上考える余地があるとする⁶⁰。他方、【例外】については、肯定的に評価する⁶¹。その理由はこうである。

「身を殺して仁を為す」の趣きがあり、自己の権利保全に熱心な債権者の保護に薄い。⁶²

⁵⁸ 詐害的譲渡の対象物が金銭である場合・詐害的譲渡の対象物が不可分であり、且つ、担保権者に対して弁済として支払われた場合・詐害的譲渡の対象物に対して抵当権付けられておりその抵当権が実効された場合等である。

⁵⁹ 事実上の優先弁済を受ける構成については、相殺説・弁済充当説・強制執行説・責任説がある。詳しくは、福永有利「12債権者取消訴訟」奥田昌道他『民法学4〈債権総論の重要問題〉』160頁（有斐閣、1976）164頁、下森・前掲書注10、860-863頁参照。

⁶⁰ 下森定「債権者取消権に関する一考察（二）」、志林57巻3 = 4、176頁（1960）、222頁。

⁶¹ 下森・前掲注60、222頁、236-237頁。中野貞一郎「債権者取消権と強制執行」民訴雑誌6号53頁（1960）、94頁の[注16]も同旨。

⁶² 下森・前掲注60。

②同じく、大島論文は、**[原則]**については、判例によれば現物返還が為される場合においても、金銭賠償を要求できるようにするべしという解釈論を提案する⁶³。他方、**[例外]**については、肯定的に評価する⁶⁴。その理由はこうである。

取消債権者が敗訴の危険をいとわず、無報酬で、費用と時間をかけて、やっと勝訴したにもかかわらず、最終的な満足を得る段階で、取消債権者と一般債権者とを同じように扱うことが、「平等主義」の名に値しようか。一方は、自己の権利の確保のために無報酬で熱心に努力した者であり、他方は、なんらの行動もしなかった者である。これら両者に対して、異なった取扱をすることこそ、実質的な意味で平等といえるであろう。この点において優先主義がすぐれているのである。

また、債権者取消権という制度をじゅうぶんに機能させるためにも、この権利を行使する者に対して、経済的誘因を与えなければならぬであろう。この点からも優先主義が優れているのである。⁶⁵

③同じく、平井論文は、**[原則]**については、判例によれば現物返還が為される場合においても、金銭賠償を要求できるようにするべしという解釈論を提案する⁶⁶。他方、**[例外]**については、「合理的」債権者の行動に或る程度答える」と肯定的に評価する^{67 68}。その理由はこうである⁶⁹。

⁶³ 大島・前掲書注53、137頁。

⁶⁴ 大島・前掲書注53、137頁。

⁶⁵ 大島・前掲書注53、136頁。

⁶⁶ 平井・前掲注54、191-193頁。

⁶⁷ 平井・前掲注54、178頁。

⁶⁸ 平井・前掲注54、191-193頁。

⁶⁹ 平井論文は、現物返還の中でも、不動産の事例（そこにおいては、177条と424条のジレンマが問題となる（本文においても鳩山論文の紹介において問題を紹介した））についてのものであるが、以下本文において述べる理由付けは、詐害行為取消制度一般について広く当てはまる（佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』（東京大学出版会、2001）、374-375頁）。

取消訴訟を提起し、詐害行為の存在を立証するのは多くの費用と時間を要する仕事である。すでに述べたように、「合理的」債権者ならばそれに見合うだけのものを要求するはずであり、そうでなければ「合理的」制度とはいえないのではあるまいか。⁷⁰

5.3 分析——規範理論の抽出

以上に、学説の議論を紹介した。それによれば、各論者とも優先主義的解決を主張する理由として共通のものを挙げている。すなわち、『自己の債権の回収に熱心であったものに対して、平等主義的解決によっては報いることができない』というものである。

しかし、「自己の債権の回収に熱心であったものを何故に保護すべきか」についての説明は存在しない。現に、「債権者の回収行動が熱心」なだけは、当該債権者を保護する理由にはならない。このような回収行動は、偏頗弁済の場面においては、法によって完全に否定される。これについて、平井は、偏頗弁済の場面においては、たとえ回収行動が制度により否定されたとしても、そのことを債権者は、織り込み済みであり（また、織り込むべきであり）、（偏頗弁済受領者は、後に否認される可能性があることをわかって回収行動を行っているのであるから、そのリスクが実現して否認されたとしても）問題は無いとする（括弧内、筆者）⁷¹。

⁷⁰ 平井・前掲注54、188-189頁参照。その他にも、以下の理由を述べている。①通説のように424条を準実体法的に解する限り、424条と強制執行における平等主義とは論理的関係に立たないと解すべきであることや、執行法上も配当要求しうる債権者の範囲・配当要求の時期に関し平等主義を修正するに至っていること（188頁）。②判例では、金銭賠償の場合において取消権者に事実上の優先弁済を受けることを認めていること（188頁）。③沿革的に、424条は Boissonade の独創であり、フランスでは取消債権者に優先弁済が与えられていること（190頁）。①について、佐藤論文についての検討において議論したことと同旨であろう。②について、本稿においては規範理論を先決だと考えるので考えない（平井論文は、判例理論を正当化し得る解釈を提供することもその目的としている）。③についても、同じく、佐藤論文についての検討において議論した。

⁷¹ 平井・前掲注54、189頁参照。さらに、「自己の債権回収に熱心である債権者」が報われない例えとして、複数の取消訴訟が提起され、後に訴訟を提起したものが先に勝訴判決を得た場合を挙げる。この時、後から来た取消訴訟の提起者

しかし、そうであるとする、詐害行為取消の場面においても、制度をよく知る取消権行使債権者は、制度によってもたらされる平等主義的解決を織り込み済みであるので、取消権を行使せずとも、また、配当要求に総債権者が入ってこようとも、何ら問題は無いということになりかねない。債権者は、そのような制度を所与の物として行動しているのであり、また、そうすべきだからである。

そこで、優先主義的解決を擁護する大島は、詐害行為取消権を行使する経済的誘因（インセンティブ）を与えるために優先主義が必要なのだという。しかし、「詐害行為取消権を行使させることが、詐害行為取消権の存在意義に適うものなのか」、「優先主義によって誘導された取消権行使が過剰な行動ではないのか」という問題意識は補われなければならない。また、この点に関して、平井は、先の論理を逆転させ、（おそらくこの場面において）自己の債権の回収に熱心であったものに、見合った報酬を与えることが「合理的」制度であるとする。

ここに、各論者の見解から、暗黙の共通認識となっている規範理論を抽出し得る。すなわち、この場面において、制度の合理的な存在意義に資する形で債権者が行動しているならば、その債権者、すなわち、取消債権者の行動は「合理的」と評価され、その行為はその限りにおいて、支援され促進されるべきであるというものである⁷²。これは、佐藤論文において分析されていることと同旨であろう⁷³。そして、同時に、各論

が、先に取消訴訟を提起した「熱心な債権者」に劣後させられ、報われないというわけである。これに対しても、平井は、本文に述べたと同様、それは制度を熟知すべき債権者の自己責任の問題であるとする。

本稿の立場に寄れば、この点については、偏頗弁済受領の場合と異なり、大問題であると考ええる。

⁷² おそらく、平井論文に言う「合理的」とは、制度の目的に適ったという意味(reasonable)と、目的に応じて手段を合理的に設定するという意味(rational)とを調整したものであろう。

⁷³ 佐藤・前掲書注69、375頁は、結局は、詐害行為取消制度を如何に設計するかの問題であるとする。佐藤はこう述べる。「詐害行為取消権制度というものは、判例の準則や諸学説によって、その制度目的・効果について著しく異なった見解が唱えられており、私見である訴権説を含めて未だ決定的な見解は見受けら

者の胸のうちには、「制度の合理性についての認識」が、各論者の論じる結論を導くように存在している⁷⁴ことが窺える。

5.4 規範的解釈としての不十分性——存在意義に関する議論の不在

以上に、「制度の存在理由に見合った行動を採ったものに報酬を与える」という規範理論が明らかになったが、同時に、その規範理論を稼働させるための肝である「制度の存在理由」については議論が行われていないことから、この「場面」において、「自己の債権の回収に熱心なもの」がその制度の存在理由に適ったものあるのか否かについては判断できないことが分析された。

ここから、佐藤は、平井理論を評して、以下のように指摘する。平井の理論は「制度設計」の問題⁷⁵である、と。そして、さらに述べる。「『合理的』債権者に合致しないという理由だけで（425条を）「空文化」ないしは「死文化」して（取消債権者による優先弁済受領を導いて）良いのであろうか（括弧内、本稿筆者）」と。

この言説は、この各論者の「優先弁済が至当である」という規範認識に魂を吹き込む基礎理論（目的論；制度の存在意義・合理性についての説明）が存在していない現段階においては、単に「自己の債権の回収に熱心なだけ」で保護される理由とはならない旨を指摘するという意味においては正当であろう。それは、先の本稿による分析によって指摘した

れないと私は考えている。そうだとすると、「制度」をよく知り、「制度」に合致した行動をする者が「合理的」債権者であるという平井教授の理論は、結局は詐害行為取消権制度をどのように設計—解釈論及び立法論の双方を含むものと考えられる—するののかという当初の命題に帰着し、その限りでは、いささかトートロジカルな側面を覗かせるのである。（中略）そして、この部分において、平井説と私見との間には大きな相違がある。」と。

この分析は、以下の点を指摘している。①まず、平井説は、合理的な制度の望む行動を採ったものを合理的と評価するということ。②次に、その制度の合理性については、定見が存在しないこと。

⁷⁴ そして、各論者の論文は、これについて論じることを目的とするものでもない、その部分についての認識が胸のうちにしまわれていることになる。

⁷⁵ 前注73。

ことと同旨である。

しかし、その批判は先の分析に指摘したように佐藤説に対してもそのまま当てはまる。

すなわち、各論者は、正当に、優先主義的解決や平等主義的解決を導く精密な解釈論を提示してはいるが、その解釈の優劣を決する（またはその帰結を強固に基礎付ける）規範認識については、存在意義に関する理論（制度の存在の合理性についての議論；制度の趣旨論）を介在させていない以上、その解釈は不安定なものとなっている。規範認識を基礎付ける議論である「熱心な債権回収には保護を与えなければならない」、「制度があるから使われなければならない」は未だ補う余地を残している。同じく、平等主義的解決を目指す議論についても、全く同じことが言える。すなわち、先の佐藤論文についての検討において分析したように、「平等が良い」「破産＝とにかく平等」という理由が補われるべき規範認識になっている（破産であるということは、同じであるものを同じに扱うべきであることをいうに過ぎない。ここにおいては、同じであるか否かが問題となっている）。

こうして、伝統的学説は、制度趣旨の理解に必須であるところの理論——制度の存在意義についての議論——を制度設計の問題として研究対象からはずした故に⁷⁶、直感的な規範認識を根本に据えて解釈を行っていることになっており、その解釈論的帰結について不安定となっていると評価できるのではないか。

そこで、以上に述べてきた本稿により、制度の合理的な存在理由についての説明（理論）によって議論を補うことにする。その結果、佐藤論

⁷⁶ 本文は佐藤論文によく当てはまる。他方、平井論文については、「論文の目的からして、論じなかった故に」とするのがよいと思われる。（もともと平井の問題関心は、『法政策学（2版）』（有斐閣、1995）に見られるように多角的アプローチであり、本稿もそれにならうところである。）両論文ともに、「存在意義の部分」については、行論上論じないのが正当であるのだから、本稿による指摘は、両論文に対しての外在的な視点によるものである。

ただし、各論者の論文を「詐害行為取消権論」という地図の上に配置してゆくと、最も基礎理論的な「存在意義」に関する理論が不在であるが故に、その展開される解釈は、正当ではあるが安定していないことも、本稿により分析されるところである。

文・大島論文・平井論文が提示した精密な解釈論に息を吹き込むことができよう。すなわち、取消権を訴権的に柔軟且つ包括的な制度と構成しつつ、少なくとも、取消権行使者に何らかの優先弁済受領権を与えることが必要となろう。彼は、取消権の行使によって（世の中のすべての取引相手にその債務者のガバナンスを是正させるように、仕向けたのであるから）取消権の公益的な目的に寄与したと評価できる。

6 「効果論」——「取消し・取戻し・執行忍容」——「総債権者」について

以上に述べたように、あらゆる場面において、取消債権者に優先弁済受領権を与えることが至当ということになる。このような解釈は、既に大島論文・平井論文において示されているところであるが若干敷衍を行おう。優先弁済を認めるということになると、「総債権者」の意味が問題となる。この文脈においての本稿の主張は、一般信用に資するように「総債権者のために」の意を解釈すべし、ということに他ならない。したがって、制度が機能するように優先弁済を維持しつつ、信用を支配する倒産法制と連動させればよいことになる。そして、近時の倒産法制が目指している「資産の一体性の維持」の観点からすれば、「優先弁済」を維持しながら資産の一体性を回復させるために、「取消し・取戻し」が、——その扱いが信用（総債権者・債務者の資産価値）にとって資する範囲において——、至当となる場面が存在すると言えるかもしれない。そうであるとすると、伝統的な学説が行ってきた「責任説・訴権説へ」という展開が、「存在意義に関する議論」を持ち合わせなかった故に、行うべき議論の一部にしか過ぎなかったと評価できることになる。

以下、私見を説明しよう。

事後的な総債権者の取り分の最大化

①詐害行為の対象が不可分物である場合（且つ、取消債権者の債権額<物の価格）には、当該物は債務者に取戻されることになる。そして、その物について、取消債権者は優先弁済受領権を得ることになる⁷⁷。そ

⁷⁷ ただし、特定物履行請求権が被保全債権である場合も、取消債権者は特定

して、取消債権者が優先弁済を受けた後の部分について、取消しの効果についての判決効の拡張を受けた総債権者(民法425条に関する佐藤説)が配当要求をすることができる。すなわち、判決効の拡張が、「総債権者」のためにの意味である。

②このように、一度、債務者のもとに物の帰属を移さなければならないのは、債務者について倒産申立て、ないし、私的整理が行われることに備えてのことである（法的倒産手続きの場合、手続きが管財人または再生債務者に受継されるが、その際においても、取消債権者は優先弁済を受けなければならない）。物の場合は、債務者のその他の資産と一体性を持つことによって相乗効果（シナジー）が生まれ、債務者の価値を増加させることになるからである⁷⁸。取消債権者が受益者に対する金銭賠償を要求する場合は問題となるが、裁判所の釈明権の行使により取戻し請求へと誘導すべきだろう。

③他方、取消債権者の債権額が物の価格を上回る場合（取消債権者の債権額>物の価格）、取消債権者は物を債務者に戻させても、自己に引渡を要求しても、金銭賠償を要求してもよいことになる。取消債権者に

物請求はできない。

⁷⁸ また、受益者について倒産申立てが行われた時にも、「債務者のもとに帰属が移されなければならないという」この命題は意味を持つ。すなわち、取消権の効果として、受益者破産の際の取戻権を債務者（又はその背後にいる総債権者）に持たせるために、である。下森・前掲注51、志林57巻3＝4号223頁は、責任説によっているが、受益者が破産宣告を受けた場合には、取消権者は「当該破産財団に対し取戻権を主張し得るものと解する（圏点、筆者）」という。責任説は、財産の帰属についてはタッチしないところに意味があるのだから、受益者が倒産したとしても、取戻権を行使し得ず、「受益者」の一般責任財産における「債務者総債権者集団」の引当てとなる「責任」部分に包括的な優先権が認められるという結論になりそうだが、もし、取戻権を認めるというのなら、受益者の下に存在する債務者の責任財産を債務者の総債権者のための信託と見るかもしれない。

さらには、問題は、「責任」の内容に何を盛り込むかにもかかってくる。信用秩序が、「取消し・取戻し」をも選択肢としているならば、その反映として、責任説によってもその帰結（責任の取り方）は変わるかもしれない。そうであるとすれば、責任説に立ったとしても、ほとんど帰結は変わらないことになる。

物の帰属先を決定させればよい⁷⁹（ただし、金銭賠償の際に優先弁済受領権を得られるとするならば、債務者の下に資産が取り戻されたとしてもそこから優先弁済受領権を得られるとしなければならない）。取消債権者が、債務者に詐害的譲渡対象物を戻させたことによって、債務者のその他の資産と当該物とのシナジーが生まれる場合には、債務者への取戻しを行った上で債務者について倒産申立てを行うことによって、当該物についての優先弁済と、それによっても生じる不足部分について債務者の資産から一般債権者と共に弁済を受けることになる。

この場合（取消債権者の債権額＞物の価格）においては、取消債権者は、自己の利益を最大化すれば、総債権者の引当てである債務者資産が最大化することになる。すなわち、取消債権者は債務者財産を最大化させるインセンティブを有する。したがって、取消債権者は、総債権者の引き当ての最大化を安価に実現できる者である。且つ、取消権行使の意欲を維持しておかなければならないので、取消債権者には如何なる場合においても、優先弁済受領権を与えなければならない。それによって、この者に資産の帰属先——取戻しか受益者の帰属としたまま執行か——を決定させれば、「総債権者」の取分が最大化する可能性が高い。

ただし、取消債権者が、詐害取引対象資産の債務者への取戻しを選んだ際、現実的な取消債権者の債権回収は、法的倒産申立てによる分配によって行われることには注意を要する。法的倒産手続による利益の分配には、相当の時間を要するので、（たとえ、後に述べるように取消債権者に対して常に優先弁済受領権を認めたとしても）このことは、真実、資

⁷⁹ 取消債権者の債権額が10、物の価格が7であるとする。債務者の資産が1あるとする。取消権によって優先弁済受領が導かれる場合においては、取消債権者が満足を受け得られなかった3については、一般債権者として再度、債務者のその他の資産から分配を受けることになる。この時、物が債務者に戻された際には、債務者のその他の資産と一体となり債務者の資産が2になるとするならば、取消債権者としては、物に対してそのまま執行を行い、優先弁済を受けるよりは、債務者の下に資産を戻し、そこから優先弁済を受け、取戻しによって増加した債務者の資産2から按分弁済を受けることが合理的となる。

この論理は、特に、取消債権者の取消し後の後始末の分配ルールが平等主義的な解決であっても同様である。

産が債務者に返還された方がよい場合においても、取消債権者が受益者に対する金銭賠償の請求を選択してしまいかねないことをも意味することになる。その際には、やはり取消債権者の主張を、取戻し請求へと誘導する裁判所による釈明権の行使による誘導が、再び重要となろう。

以上に述べた主張は、何が何でも債務者への資産の返還を実現すべきであるということでもない——取戻しにも制度の目的のために重要な意義がある（責任財産保全のためという目的から論理必然的に受益者に対する執行という帰結にはならない）という指摘に留まる——ことを付言しておこう。一般信用にとって望ましい範囲で、その取戻しという作業は行われるべきである。たとえ、債権者が債務者への資産の取戻しを主張したとしても、（受益者の下で大きなシナジーを生み出す場合については）公益的な観点から、金銭賠償の主張へ誘導することも重要となる⁸⁰。それについては、再び、裁判官の役割（釈明権の行使等）が重要であるだろう。債権者への権利義務の付与のみではワークし得ない場合においては、当然、その部分については裁判所の運用（公）による協力が必要となる。理論上は、以上のような帰結になるだろうが、實際上、釈明権の行使による誘導が費用高になるのであれば、やはり、取消債権者の優先弁済受領権は確保した上で（後述）、原則取戻し、という処理が妥当ということになるだろう。さらに、返還の対象が金銭のような場合においても、理論上は、債務者のもとへの取戻しの道が開かれてもよいであろう。實際上、現金が債務者資産の価値を高めることがあり得る（現金があれば、いわゆる商権などの喪失を防ぐ場合があり得る）からである。

ただし、取戻しを認める際においては、債務者のもとに戻された資産について、再び詐害取引が行われないようにするための仕組みが必要であろう。取消債権者が選択したのではなく、裁判所が釈明によって取戻

⁸⁰ この時、無理に取戻しを認めることにより、受益者の資産から物を引き離すことによって損失が生まれることになることを一度評価しなければならない。受益者の詐害行為への加担（主導）についての制裁として是認するか、物の引き離しにより受益者に生じる損失が、物が債務者資産と結合して得られるシナジーより大きい場合は、取戻しを否定するか。この点については、更なる分析が必要となるが、他日を期することにする。

しへと誘導する場合（先述）においては仕組み上、再度の詐害が起らないようにすることが必要となる。加えて、後述するように、金銭が取戻された場合においても、その金銭に対する優先弁済（解釈的には債務者資産に対する取消債権者の価値の返還請求権や一般先取特権ということになるか）は確保されなければならないのは言うまでも無い。「金銭」が詐害的譲渡の対象となった場合や、金銭賠償の場合について、「取消債権者」に対する直接の支払いが認められている理由は、かかる技術上の理由のみであり、理論上は取戻しへも道が開かれているというものであろう。結局、詐害行為に関わった資産についての効果は、信用秩序にとって望ましいように解釈すればよいことになるので、「金銭だから」「物だから」ということによって、理論上、特定の帰結が導かれるわけではないということについて指摘することになる。ただし、現実の解釈においては、技術的に価値の返還請求権の困難性やさらなる詐害を防ぐための制度の不備を加味することになるので、現状のような帰結が導かれる。この理論と実際の齟齬は、議論、すなわち、新たな解釈論や立法論の契機となろう。

他方、債務者の行動が物（金銭）の移転ではなく、金融取引における場合においては、取引相手が実際上の債務者の経営判断について最も——場合によっては債務者よりも——責任ある決定を行い得る可能性がある。この時、取消しの効果として、取引相手が債務者に対して有する債権を、その他の総債権者に対して、劣後化させることによって、取引相手に対する適切な行動規範を与えることになる。なぜならば、取引相手はこの時、実質的には、債務者企業の——債権者ではなく——株主と同じ地位に立つことによってよりよい経営監視が行えるからである。これは、現に存在している理論である相対的取消理論（ないしその修正）によって可能となる。なぜならば、取引相手は相対的取消しによって、自己の債務者に対する行為の有効性を責任財産（総債権者）との関係においては主張し得ず、債務者のその他の資産との関係において主張し得るのみとなるという帰結が導かれることになるので、取り戻された責任財産に関して、総債権者に劣後することになるからである^{81 82 83}。そして、株主と取引相手との関係が問題となる場合においては、債務者と取引相

⁸¹ 既に、石坂論文において指摘されている。

手の関係において取引は有効であるという相対的無効論によって、取引相手を優先させるという帰結を導くことも可能であろう。これは、「衡平法上の劣後化」と言われる処理とほぼ同様のものとなる。

以上のような本稿の理論を基礎とした解釈を行う場合、既存の理論よりも実際の判例理論の帰結、特に、「取消し・取戻し」をよく説明し得ると思われる（ただし、それでも完全には一致しない）。なぜならば、「取戻し」に意義を認めるからである。伝統的学説は、それ自体意味が曖昧な責任財産保全という趣旨から、受益者の下にある詐害行為対象資産の帰属を変えないことを導いたが、それは詐害行為取消権が為すべき作業の一部にすぎない。それが認められるべきなのは、一般信用にとってその解決が望ましい範囲においてのみである。すなわち、伝統的学説は、「保全」の意味を明らかにできていない。信用にとって望ましい責任財産保全のあり方は様々な可能性があるのであって、詐害行為取消権の存在意義——一般信用の維持——に照らせば、債務者への「取消し・取戻し」「執行忍容」どちらにも、一理ある場合がある。

この分析は、責任説と判例理論との調和をも実現させることになるかもしれない。すなわち、この文脈での「責任」は信用に基礎付けられた概念であるはずだから、時の信用秩序を内容として盛り込めばよい。そうであるとするならば、「受益者の下に帰属を置いたままそれに対して執行する」という処理が必ずしも、現時点において、「責任のとり方」として至当ということにはならない。現在日本において存在している責任説も、その出所である時代や社会に制約されている説（「責任」説の中のひとつのバージョン）であることを認識することが必要である⁸⁴。

⁸² 詐害取消しを行使された受益者（債務者に対する返還請求権者）と株主との優先関係は残された問題となろうが、相対的取消の理論や詐害行為取消権の意義（債権者のための制度）によれば、株主よりも受益者のほうが優先することになるか。

⁸³ さらに、劣後化のみに留まらず、取引相手に対する損害賠償の請求も認められる余地もある。これらの点については、未だ、詰められていないので他日を期することにする。

⁸⁴ 本稿は、現在存在している責任説の規範認識についてはこれを相対化するものであるが、責任説の持つ基礎理論的な意義については、他の学説には為し

以上①-③は、倒産処理制度として、解体清算手続き——近時の倒産処理法改正までの伝統的な倒産法制が主としていた処理——以外の手続きを想定した際に、詐害行為取消制度をその準備として機能させることを目指した場合における法的帰結である。すなわち、以上は、詐害行為取消権を、簡易な倒産処理機能⁸⁵を持つ信用秩序を維持する——具体的には債権者の信用供与を望ましいレベルに保つ——ための制度と理解した際の法的帰結である。他方、倒産処理制度として解体清算のみを念頭において法的帰結を導いた場合は、先述した、優先弁済のみが必要であり、その他の帰結は、伝統的な責任説・訴権説（佐藤）の帰結（受益者に対する執行）によるのが至当ということになるだろう。なぜならば、先述したように、倒産手続として解体清算（伝統的な破産法）を念頭に置いた場合においては、資産は結局のところバラ売りされるわけであるから、債務者の下に資産を帰属させ（返還させ）て、破産法や、私的整理を利用して、その他の資産と有機的な一体として処分⁸⁶（または再建）する必要も無いからである。

得なかった、ヨリ現代的には重要な視点を提示し得ていると評価するものである。責任説は、「受益者に、財貨の帰属を維持したまま、責任を負担させる」処理、すなわち、「所有権の所在を受益者のもとに維持したまま（処分の効果を維持したまま）、その資産についての優先権を取消権行使債権者（や総債権者）が取得する」という処理を可能にした。ここに、責任説は、理論的には既存の学説の中では唯一財貨の帰属の問題と優先権の問題（責任のあり方）とを切り離し別々に論じる可能性を手に入れている。責任説には、「受益者への執行を導くために」「責任的無効」という大鈍を振るったとの批判がなされるが、まさにこの点、すなわち、民法学が扱えなかった「責任のあり方」の問題をはじめて直視することに成功したという点に、重要な意義があるように思われる。これについての分析も他日を期する。

⁸⁵ 破産であったとしても、近時は、一体清算の役割が破産法に期待されているのであるから、やはり、本稿のような帰結になるであろう（後注86参照）。

⁸⁶ 2006年破産法改正により、破産手続開始決定後には、管財人が裁判所の許可を得た上で事業を譲渡することが可能となった（破産法78条）。このことは、担保権消滅制度（破産186条以下）とあいまって、破産手続においても解体清算以外の効果（財団を構成する資産についてその有機的一体を保ったまま清算を行う処理；いわゆる一体清算）をもたらすことが期待されている（佐藤鉄男「病院倒産」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』（日本評論社、

この場合においては、受益者の下にある許害的譲渡の対象となった資産に対して、総債権者が執行を行うのが至当という解釈が合理的であろう。しかし、現状においては、破産法と機能しない和議法という倒産法制を持つ50年前の日本⁸⁷やドイツの信用秩序において至当とされていた処理が、一体清算処理をも期待されている破産法・再建型倒産法制としての民事再生法・会社更生法を持つ現在の日本の信用秩序においても至当とされるべきかは一度考える必要があるだろう。

事前における総債権者の引当ての最大化

④また、優先弁済受領権を取消債権者に与えることによって、事前のレベルにおいて、適切な程度に近いレベルで許害取引を抑止できる。これによって、債務者のガバナンスは可及的に回復する。ただし、この点については、果たしてそれで十分か、十分でないとして、返還以上の救済が許されるのか否か、という観点で検討が進められなければならないだろう。

以上の①-④の法的帰結は、許害行為取消権を、簡易な破産制度として位置付ける伝統的学説と何ら変わらない。違いは、破産の意味につい

2006) 327-328頁)。

なお、民事再生においても、事業譲渡を容易になし得るようになり(民事再生法42条、43条)(佐藤・同335頁)、事業を譲渡した後、債務者については清算処理を行うこともなし得ることになる(松嶋英機「ノンバンク倒産」高木=伊藤『同』393頁参照。この場合、条文上は「再生のために必要であると認める場合に限り」事業譲渡が許されるのであるから、前記、譲渡後債務者が解体清算される場合において、「債務者の清算をもたらす」かかる事業譲渡が許されるかが問題となり得るが、この「再生のため」は、譲渡の対象となる営業が譲受人のもとで再生することも含まれると理解されているので問題は無いとされる(山本和彦=中西正=笠井正俊=沖野真己=水元宏典『倒産法概説』(弘文堂、2006) 382-384頁)。

⁸⁷ 日本においては、1952年に再建手続を可能にするために会社更生法が、制定されている。しかし、再建型処理倒産法制が、さらに充実したのは、2000年に入ってから倒産法制の整備によってである(2000年の民事再生法、2002年の改正会社更生法、2006年の改正破産法の制定)。

て、現実においては既に存在しない法命題である「破産＝債権者平等（解体清算）」とせず、「破産＝信用秩序の維持のための望ましい分配（解体清算・一体清算・再建）」とし、集合的利益について管財人のように個人的利益を有さないところの「一債権者」が集合利益に沿った行動を“可及的に”採り得るように帰結を修正しようと試みた点にある。

7 総括

私見をまとめておこう。存在意義に関する理論により、伝統的な学説が導いた法的帰結の三つを修正する。

まず、「要件論」について、総合考量説の内部で行うべき考え方——考慮要素の特定とその相関関係——を提示した。それによって、「弁済」については、「経営判断の現われ」「偏頗弁済」二つの性質を持つことを確認した。前者が詐害行為取消しの対象となるものである。後者は倒産法上の否認権の代理者としての詐害行為取消権が取消しの対象とするものである。そして、改正破産法において、後者について言及されたことによって、前者については、何ら変化はないと解釈し得る。前者については議論が存在していない。

次に、「効果論」について、伝統的学説は「取消し」をせずに「対抗し得ない」とする効果、すなわち、「詐害的譲渡に関わる資産の帰属を受益者に維持したまま、その物に対して執行を行う」という効果を導いた。しかし、この考え方は、倒産法制として、旧破産法しか念頭においていない。倒産法制として再建型法制、破産法における一体清算（営業譲渡）が重要な機能を営む今日においては、シナジーを維持するために「取消し：詐害的譲渡に関わる資産の債務者のもとでの維持」の効果が、詐害行為取消しの存在理由である信用秩序の基礎付けを得て、再度検討されるべきであろう。詐害行為取消権を簡易な破産制度（倒産処理制度）と見る先進的な日本法であればこそ、このような解決はより馴染むものとして受け入れられよう。

そして、その帰結は、（信用によって基礎付けられているはずの）「責任説」とも（柔軟に法の目的を実現することを至上命題としている）「訴権説」とも調和し得る。

最後に、「取消しの後始末」について、取消し債権者に優先弁済を受

領させるべきである。解釈論としては、取消権を行使した取消権者の債権は、共益費用についての先取特権（民法307条）とすればよいが⁸⁸。

7章 結論とその他の示唆

本稿においては、以下の作業を行った。まず、アメリカにおける存在意義に関する議論を抽出した（1章、2章、3章）。次に、その視点から、新しい取引（MBO）が評価された（4章）。アメリカにおいては、「新しい未知の取引」を規整するために、条文による明確性を後退させ、明確化の任を学説とビジネスに委ねる形で、存在意義に関する議論が行われたことに留意しなければならない（5章）。

そして、最後に、日本における存在意義に関する議論の展開を探り、以上のアメリカにおける議論とその基礎を同じくすることを確認した上で、日本の議論の不十分性、したがって、アメリカの議論の導入可能性を導き、伝統的学説に積み上げを行った（6章）。分析を通して、解釈的な補強以外の方法論的な副産物も多く得られた。

アメリカの議論から見い出された基礎理論（存在意義）を視角として、伝統的な学説の分析を行うと、日本のこの分野の解釈学説は——ともすれば見かけ上性質決定論など概念的形式的な議論が多いように見えるが——機能論や法政策的考慮に大きな影響を受けていることが見て取れる。また、個々の学説はそれぞれ個別的な解釈的目的を有しており、そのために正当に議論を展開しているが、その総体を基礎理論（存在意義や制度の設計）の視点から見た場合には、存在意義についての議論やそれによる個別の解釈の基礎付けが不十分となることによって解釈的な不安定がもたらされている傾向が見て取れた。加えて、アメリカにおいて、社会が、新しい取引という変容に直面し議会がその指針を提示することができず司法に政策判断を委ねた際、立法の思考的な再現とも言うべき政策論的考慮を——学者が、解釈論として——行うことによって、制度の役割や方向性（その役割をまっとうするための解釈論）を導きその変容を吸収しようとしたことは非常に示唆に富んでいる。政策的考慮を学者が解釈論とし

⁸⁸ 「共益」に関わる費目は、訴訟費用だけではない。

て行うことは、事実上政策判断を強いられている裁判官を補助するという意味において、（裁判官は政策判断をできるだけすべきではないと思うなら）なおさら望ましいことである。

今現在、日本における現実的な問題は、「現代取引に対する詐害行為取消権の適用」としては生じていない。しかし、実際は、実質的に同じ問題が既に指摘され、論じられている。たとえば、信託に対する嫌悪観などはその一例であろう⁸⁹。イギリスにおける Twyne's Case がまさに隠れた信託についての問題であったように、信託は、所有権制度に基づく分業をその前提として、さらに、所有の中に別の責任財産を作り出すものであるから、一般債権者にとっては詐害の問題に他ならない。これは、まさに、「新たな取引」を、既存の法体系に包摂する際に生じる問題を現しているといえよう。逆に言えば、詐害行為取消権は、信用にとって害のある範囲において、取引の全部・一部を取り消すことによって、新しく生まれ来る取引を規整し、その悪性を取り去り、社会に受容する役割を持つ。したがって、詐害行為取消権の理論は新しい取引——「水に浮かぶ油」——を社会に調和せしめるという意義がある。

MBO が日本で取り立てて詐害の問題として現れることがなかったとしても、アメリカにおいて新しい取引に直面した際に行われた議論を参照することにはその存在意義を考える上で、大きな意義がある。詐害行為取消権は、——学問的には、民法・商法・倒産法・経済学・経営学の結節点となる制度であることは言うまでも無く——、所有制度と金融を基礎とする社会的分業によって生じる問題を是正し、新しい取引のメリットをできるだけ残しつつデメリットを削り取ることによって信用社会（社会的分業）に受容する社会的役割を持つ（アメリカにおいてはエリザベス法が残存し続け、日本においては歴史的には一度消滅した不法行為説が復活したことによってその機能が想起される）。

この役割に着目するならば、詐害行為取消権の理論は、社会の変容が著しければ著しいほど——形式的な法制度としての詐害行為取消権の中において論じられるかは別問題であるが——活動するものであろう。その役割をヨリよく担えるように詐害行為取消権の要件・効果は仕組まれ

⁸⁹ 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）1 - 2 頁に紹介がある。

る必要がある。

課題

幾つもの課題が残されたままになっている。ここにおいてはその一部を幾つか紹介して、後の研究課題としたい。本稿においては、詐害行為取消権を債務超過時の債務者のガバナンスの緩みを債権者と取引相手に是正させるものとして位置付けているが、ガバナンスの緩みを如何なる状態と考えるかについては答えを得られていない。一例として、債務者価値が有り得る債務者の選択肢の中で最大化していないことという基準を示した。これに対しては、債権者の価値が最大化していないことをガバナンスの緩みと考えることもできる。また、その問題とは別に、如何なる場合に取消権を行使させるべきか、を論じることもできる。債務者価値最大化を目指す場合においても、債権者価値が最大化していない場合に債権者に取消権を行使させることによって、債務者を倒産処理や私的整理に誘導し債務超過を改善させ、債務者価値を最大化させるというやり方も有り得るからである。債務者の金融危機時期の規律のあり方や債権をどのように考えるかなどのより大きな視点からの議論が必要であるが、到底この問題についても扱い得なかった。

加えて、MBOが日本の法制度において如何に扱われるかについても答えを得ていない。筆者の能力上の問題もあり、アメリカ詐害取引法について中心に検討されている議論（これについても基礎理論を抽出するために有益な、一時代の一部のもの）を参照しながら、現代的な問題を特定し、そこにおいて詐害行為取消権に期待されている役割（そして伝統的にもそれを期待されていた）について基礎理論的な示唆を得たのみである。

こうして抽出した基礎理論をもとに伝統的な要件論を整理し、効果論については取消し取戻しを目指す判例理論に基礎付けを与えることになった。特に、効果論の中でも「取消しの後始末」に関しては、本稿は、取消債権者に優先弁済受領権を付与すべきことを主張することになったが、その根拠は詐害行為取消権の基礎理論（機能的な存在意義）にある。すなわち、そうしなければ詐害行為取消権が適切にその任をまっとうできないことをその根拠としている。他方、この問題について優先弁済受

領を目指す見解の中にも別のルートからの理由付けが有り得る。すなわち、詐害行為取消権の後始末の問題を執行の問題と捉えた上、執行法上の平等主義を立法論的に弱めるか、それほど強力ではないことを特定することにより、詐害行為取消権の後始末としての優先弁済を導くやり方である。取消しの後始末論において、取消債権者に優先弁済受領権を付与する議論も、注意深く見れば、このふたパターンのいずれか、若しくは、いずれをも含んでいる⁹⁰。（本稿の立場は、あくまでも詐害行為取消しの効果の文脈に限って取消権者に優先弁済を与えるものである。対して、後者の立場は、優先弁済を広く認めた上で詐害行為取消しの効果の文脈でも優先弁済を認めるものである。）

本稿はもちろん前者の方法を採用するものであるが、後者の方法を採用するにはさらに慎重な検討が必要であるように思われる。これについては、雉本論文の検討の際に述べたが、執行法上の主義が、詐害行為取消権の効果としての優先弁済には結びつかない可能性や、執行法上の優先主義化についてのさらなる検討の必要性が指摘されるからである。ドイツやアメリカにおいて優先主義が採用されておりそれが取消権の後始末につ

⁹⁰ 福永有利「12債権者取消訴訟」奥田昌道他『民法学4〈債権総論の重要問題〉』160頁（有斐閣、1976）169頁はまさにこの問題を指摘している。並びに、**下森定**「424条」「425条」奥田昌道編『注釈民法（10）債権（1）債権の目的・効力 §399-426』等参照。他にも、**平井宜雄**「不動産の二重譲渡と詐害行為－action paulienne への回帰を意図して」太田知行・荒川重勝編『民事法学の新展開－鈴木祿弥先生古希記念』170頁（1993）188頁は、優先主義的解決を導くひとつの根拠として、執行法の平等主義が若干修正されたことを挙げているが、詰めて考えれば、やはりこの問題が存在している。（ただし、同時に、平井188頁は、民法425条と強制執行における平等主義とが論理的に直結されていないことを指摘する。**森田修**『債権回収法講義』（2006）55頁は、「訴権説にならって民法425条を取消訴訟の判決効を他の債権者に及ぼすための規定であると捉えても、そのこと自体は、当然には債権者平等の原則の宣言を意味せず、債権者取消権を取消債権者の優先的満足のための制度と捉えることを必ずしも妨げないことになる」と論を進める。）他方、学説には、執行法上の優先主義を改訂することによってこの問題を扱うべきという問題意識も強いように思われる。例えば、**栗山朗子**「フランスにおける債権者平等と競争の報酬」早稲田法学71巻2号（1996）を参照されたい。

いての優先弁済受領を導いている（対して日本は執行法上の平等主義であるからその帰結は採用できない）と説明されることが多いが、厳密に考えれば、取消権が行使され譲渡の効果が無効とされた後に、取消債権者以外の者が差押えを行った場合にその者が取消債権者に優先してしまうというのが、執行法上の優先主義（差押え質権）を貫いた際に生じる論理的な帰結である。各法系においてこのような結論が採用されていないとするならば、そこには、（差押え者ではなく）取消権行使者に特別の実体法上の優先権を与えるという政策判断が介在している可能性が非常に高い。もしかしたら、取消権を訴権（実体法上の権利に執行法も含む手続法上の権利が付着したもの）と構成しなければならないのは、取消権の行使により差押え質権を与える必要があるからなのかもしれない。そうであるならば、その判断の背後には実体法上の政策判断が介在している可能性がある。すなわち、執行法上の主義を負かすほどの実体法上の優先権が付与されることが詐害行為取消しの効果だと暗黙のうちに考えられている可能性がある。加えて、後者の方法を採用際には、執行法上の主義について、機能的な検討が必要であろう。詐害の場面を修正するために、執行法の主義を変えるならば今まで執行法が担ってきた重要な機能が捨て去られる可能性があるからである。

さらに、「効果論」について、本稿で扱った詐害行為取消権の存在意義——債務者のガバナンスの低下を最も安価にやり繰りできる者に債務者の行動を監視させ債務者の行動を倒産政策上合理的たらしむよう支援させる——を進めると、伝統的な議論の認識しなかった議論への扉が開かれる。

すなわち、まず、効果として一理あるとした「資産の取戻し」についても、それだけでは、利害関係者に適切な監視を行わせるには不十分であることに思いが至る。詐害譲渡に関わる資産とその対価が巻き戻すだけでは、受益者は最悪利益が得られないだけのことからである。加えて、債務者の取引をコントロールできる取引相手も直接の受益者である必要はないのであって、その者への訴権の行使を認めるとするならば、詐害行為取消権はまさに不法行為訴権的な性質を帯びることになる。これが現代取引を適切に規制するために詐害行為取消権が有していなければならない議論の方向性と思われる。これについては、一部しか扱えて

おらず、他日を期することにする。

加えて、本稿の検討から、効果論として、詐害取消法理と衡平法上の劣後化⁹¹をはじめ様々な法理との関係が意識されるところであるが、相対的取消しとの関係など未だ詰めるべき点が多い。様々な課題が浮き彫りになったがこれも存在意義についての議論を検討したことの成果と言える。今後の研究課題としたい。

参考文献

- 碧海純一『法と社会 新しい法学入門（28版）』（中公新書、1983、初版、1967）
- 浅香吉幹『現代アメリカの司法』（東京大学出版会、2001、初版1999）
- 浅香吉幹担当部分・北村一郎（編）『アクセスガイド外国法』（東京大学出版会、2004）
- 飯原一乗『詐害行為取消訴訟』（悠々社、2006）
- 石坂音四郎「債権者取消権（廃罷訴権）論」法学志林13巻8-9合併号331頁（明44、1911）
- 石坂音四郎「雉本博士ノ「債権者取消ノ訴ノ性質」ヲ論ス」法学志林17巻3号1頁、17巻12号63頁（1915）、18巻1号19頁（1916）
- 伊藤秀史「序章インセンティブ設計の経済学」伊藤秀史＝小佐野広『インセンティブ設計の経済学』（勁草書房、2003）
- 内田貴『民法Ⅲ（第2版）』（東京大学出版会、2004）（初版1996）
- 内田貴『民法Ⅲ（第3版）』（東京大学出版会、2005）
- 梅謙次郎『民法要義卷之三』78頁（有斐閣、1897；明30）
- 太田勝造（訳）『Robert D. Cooter, Thomas S. Ulen『法と経済学』』（商事法務、1997）
- 大島俊之『債権者取消権の研究』（大阪府立大学経済研究叢書63冊）（大阪府立大学経済学部、1986）
- 大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995）
- 奥田昌道『債権総論（増補版）』（悠々社、2000、初版1982）

⁹¹ 倉部真由美「倒産手続における債権の劣後化」同志社法学58巻6号（2007）はアメリカにおける議論状況を描写している。

- 沖野眞已「約定担保物権の意義と機能—UCC 第9編の『効率性』に関する議論の素描」学習院大学法学会雑誌34巻1号75号165頁（1998）
- 加藤正治「廃罷訴権論」『破産法研究4巻』137頁（有斐閣、大7、1918）
- 角紀代恵〈注釈〉「Steven Wechsler, Trough the Looking Glass: Foreclosure by Sale as DE FACTO Strict Foreclosure – An Empirical Study of Mortgage Foreclosure and Subsequent Resale, 70 CORNELL L. REV. 850 (1985)」アメリカ法1987-1、149頁（1987）
- 角紀代恵〈注釈〉「Patrick B. Bauer, Statutory Redemption Reconsidered : The Operation of Iowa's Redemption Statute in Two Counties Between 1881 and 1980, 70 IOWA L. REV. 342」アメリカ法1987-1、154頁（1987）
- 柏木昇「レンダー・ライアビリティ論の現状」別冊NBL60号（商事法務、2000）
- 片庭浩久『図解MBOのしくみがわかる本』（中京出版、2000）
- 北川徹「マネジメント・バイアウト（MBO）における経営者・取締役の行為規整」経済産業研究所ポリシーディスカッションペーパー <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/summary/07070007.html>（2007）
- 北村一郎「契約の解釈に対するフランス破産院のコントロール（1）—（10）」法学協会雑誌93巻12号、94巻1号、3号、5号、7号、8号、10号、95巻1号、3号、5号（1976-78）
- 北村元哉＝村上勝『MBO入門』（東洋経済新報社、2000）
- 金本良嗣＝藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』191頁（東京大学出版会、1998）
- 川島武宜『債権法総則講義』56-58、64-74頁（岩波書店、1949）
- 雉本朗造「債権者取消ノ性質（廃罷訴権）」法学志林17巻3号1頁、同17巻12号63頁（大4；1915）、同18巻1号19頁（大5；1916）
- 倉部真由美「倒産手続における債権の劣後化」同志社法学58巻6号（2007）
- 栗山朗子「フランスにおける債権者平等と競争の報酬」早稲田法学71巻2号（1996）
- 小粥太郎『民法の世界』（商事法務、2007）
- 小林磨美「企業金融と負債の役割」経済論叢別冊調査と研究第26号（2003）
- 小林秀之・神田秀樹『法と経済学入門』（弘文堂、1986）

- 小林秀行＝沖野眞己『わかりやすい新破産法』（弘文堂、2005）
- 坂井秀行＝栗田口太郎「証券化と倒産」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』119頁（日本評論社、2006）
- 佐藤岩昭〈注釈〉「Frank R. Kennedy, The Uniform Fraudulent Transfer Act, 18 U.C.C.L.J. 195-215（1986）」アメリカ法1987-1、159頁
- 佐藤岩昭『詐害行為取消権の理論』（東京大学出版会、2001、初出1987-1988- 法学協会雑誌104巻10号、12号、同105巻1号、3号）
- 佐藤鉄男「病院倒産」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』321頁（日本評論社、2006）
- 潮見佳雄『債権総論Ⅱ』（信山社、2005）
- 下森定「債権者取消権に関する一考察（一）（二）」法学志林57巻2号44頁、同57巻3＝4号176頁（1959）
- 下森定〈紹介〉「G・パウルス『債権者取消権の意義と諸形態』」志林56巻5号203頁（1959）
- 下森定「債権者取消権に関する一考察」私法29号281頁（1967）
- 下森定「424条」「425条」奥田昌道編『注釈民法（10）債権（1）債権の目的・効力 § 399-426』776頁（有斐閣、1987）
- 下森定「11債権者取消権」奥田昌道他編『民法学4〈債権総論の重要問題〉』（有斐閣、1976）
- 丸戸善一＝常木淳『法と経済学』（有斐閣、2004）
- 渋谷年史『アメリカ統一商事法典』（木鐸社、1994）
- 新堂幸司「判批」法学協会雑誌85巻5号（昭43. 5；1968）
- 鈴木禄弥『債権法講義4訂版』232頁（創文社、2001、初出1980）
- 鈴木禄弥「『債権者平等の原則』論序説」法曹時報30巻8号1頁
- 高木新二郎「私的整理の過去・現在・未来」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』（2006）
- 竹屋芳昭「債権者取消権に関する一考察」法政研究24巻3号331頁（1957）
- 竹屋芳昭「詐害行為と詐害の意思」大分大学経済論集11巻3＝4号205頁（1959）
- 道垣内弘人『買主の倒産における動産売主の保護』（有斐閣、1997）
- 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）
- 道垣内弘人『ゼミナール民法入門第4版』（日本経済新聞社、2008、初

版2002)

- 中野貞一郎**「債権者取消権と強制執行」民訴雑誌 6 卷53頁 (1960)
- 中田裕康**「債権者平等の原則の意義」法曹時報54卷 2 号1283頁以下(2002)
- 中田淳一**「支払停止以前における本旨弁済と否認権の行使」民商法雑誌 57卷 6 号908頁 (昭43. 3; 1968)
- 西村総合法律事務所『ファイナンス法大全 (上) (下)』(商事法務、2003)
- 西村ときわ法律事務所『ファイナンス法大全アップデート』(商事法務、2006)
- 鳩山秀夫**『日本債権法 (総論)』(68版) (岩波書店、1924; 大正13)
- 鳩山秀夫**『日本債権法 (総論)』改版 (岩波書店、1925; 大14)
- 早川眞一郎**「詐害行為取消権からみた債務者の行為規範」別冊 NBL60 号233-250頁 (商事法務、2000)
- 林田清明**『法と経済学 (第2版)』(信山社、2002、初版1997)
- 春木一郎**「十二表法」京都法学会雑誌第 1 卷 8、9、10、11、第 2 卷 1 号 (1906-1907)
- 春木一郎**「売買ノ発展史ニ於ケル mancipatio」法学新報第35卷 1 号(1925)
- 菱田雄郷**「消費者倒産法制の基本構造について」法学66卷 2 号183-226 頁 (2002)
- 平井宜雄**『債権総論』209頁 (弘文堂、1985)
- 平井宜雄**『債権総論 (第二版)』(弘文堂、1994)
- 平井宜雄**「不動産の二重譲渡と詐害行為 - action paulienne への回帰を意図して」太田知行・荒川重勝編『民事法学の新展開 - 鈴木禄弥先生古希記念』170頁 (有斐閣、1993)
- 平井宜雄**『法政策学第2版』(有斐閣、1995)
- 福永有利**「12債権者取消訴訟」奥田昌道他編『民法学 4 〈債権総論の重要問題〉』(有斐閣、1976)
- 藤田友敬**「株主の有限責任と債権者保護」法学教室223号 (1999)
- 藤田友敬**「市場、国家、法」あうろーら16号126-131頁 (1999)
- 星野英一**『民法概論Ⅲ (債権総則) 補訂版』(良書普及会、1992、初版、1978)
- 前田達明**「詐害行為取消訴訟試論」判例タイムズ605号 2 頁 (1986)

- 松阪佐一『債権者取消権の研究』（有斐閣、1962）
- 松嶋英機「ノンバンク倒産」高木新二郎＝伊藤眞『講座倒産の法システム』393頁（日本評論社、2006）
- 森田修「債権回収法講義」法学教室 No285、66（2004）
- 森田修「債権回収法講義」法学教室 No286、88（2004）
- 森田修『債権回収法講義』（有斐閣、2006）
- 森田修『アメリカ倒産担保法「初期融資者の優越」の法理』（商事法務、2005）
- 中野貞一郎「債権者取消権と強制執行」民訴雑誌6号（1960）
- 柳川範之＝藤田友敬「会社法の経済分析」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』1頁（東京大学出版会、1998）
- 山中康雄「詐害行為取消権の本質」早稲田大学法学会『訴訟法学と実体法学』中村宗雄教授還暦記念祝賀論集519頁（有斐閣、1955）
- 吉田克己「民法学の方法・覚書」ジュリスト1126号254頁
- 吉田邦彦『民法解釈と揺れ動く所有論』（有斐閣、2001）
- 山本和彦＝中西正＝笠井正俊＝沖野眞己＝水元宏典『倒産法概説』（弘文堂、2006）
- 山本和彦『倒産処理法入門（第2版補訂版）』（有斐閣、2006）
- 我妻栄『民法講義Ⅳ』（岩波書店、1940）

Barry E. **Adler** and Larry E. **Ribstein**, *Debt, Leveraged Buyouts, and Corporate Governance*, Cato Policy Analysis No. 120 (1989)

<http://www.cato.org/pubs/pas/PA120.HTM> (2005. 6. 11現在)

Barry E. **Adler**, *Bankruptcy and risk allocation*, 77 CORNELL. L. REV. 439 (1992)

Peter A. **Alces** and Luther M. **Dorr, Jr.**, *A critical analysis of the New uniform Fraudulent Transfer Act*, 1985 U. ILL. L. REV. 527 (1985)

Douglas G. **Baird** & Thomas H. **Jackson**, *Fraudulent Conveyance Law and Its Proper Domain*, 38 VAND. L. REV. 829 (1985)

Douglas G. **Baird** & Thomas H. **Jackson**, *Bargaining After the Fall and the Vontours of the Absolute Priority Rule*, 55 U. CHI. L. REV. 738 (1988)

Douglas G. **Baird**, Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy

- :A Reply to Warren, 54 U. CHI. L. REV. 815 (1987)
- Douglas G. **Baird**, *A world without bankruptcy*, 50 Law and Contemporary Problems 173 (1987)
- Douglas G. **Baird**, Fraudulent Conveyance Law and Leveraged Buyouts, 546 PLI/ Comm 101 (1990)
- Douglas G. **Baird**, *Fraudulent Conveyances, Agency Costs, and Leveraged Buyouts*, 20. J. LEG. STUD. 1 (1991)
- DOUGLAS G. **BAIRD**, ELEMENTS OF BANKRUPTCY, Fourth Edition (Foundation Press, 2005)
- Lucian Arye **Bebchuk**, *A New Approach to Corporate Reorganization*, 101 HARV. LAW REV. 775 (1988)
- Lucian Arye **Bebchuk**, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claim in Bankruptcy*, 105 YALE. L. J. 857 (1996), (SSRNversion (p1-88))
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=417960
 (2005. 4時点、2006. 1時点においても確認済み)
- Michael **Bradley** & Michael **Rosenzweig**, *The Untenable Case for Chapter 11*, 101 YALE L. J. 1043 (1992)
- BRIAN A. **BLUM**, BANKRUPTCY AND DEBTOR/CREDITOR, Fourth Edition (ASPEN, 2006)
- ORLANDO F. **BUMP**, FRAUDULENT CONVEYANCES (Beard Books, 2000, originally published, 1872)
- David Gray **Carlson**, *Leveraged Buyouts in Bankruptcy*, 20 GA. L. REV. 73 (1985)
- David Gray **Carlson**, *Is Fraudulent Conveyance Law Efficient?*, 9 CARDOZO L. REV. 643 (1987)
- Robert C. **Clark**, *Duties of corporate debtor to its creditors*, 90 HARV. L. REV. 505 (1977)
- FRANK H. **EASTERBROOK** AND DANIEL R. **FISCHEL**, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW (1991)
- DAVID G. **EPSTEIN**, BANKRUPTCY AND RELATED LAW IN A NUTSHELL, SEVENTH EDITION (West, 2005)
- GARRARD **GLENN**, THE LAW OF FRAUDULENT CONVEYANCES (William S. Hein

& Co., Inc., 1996, originally published in 1931)

GARRARD **GLENN**, FRAUDULENT CONVEYANCES AND PREFERENCES, revised edition vol.1/2 (William S. Hein & Co., Inc., 2001, originally published in 1940)

J. B. **Heaton**, *Financial Contracts and Non-contractual Leagal Rules: The Case of Debt Capacity and Fraudulent Conveyance Law*, SSRN (1998)

Margaret **Howard**, *Vern Countryman and Barry Zaretsky: A Legacy of Ideas*, 75 AM. BANKR. L.J. 283 (2001)

Margaret **Howard**, BANKRUPTCY, CASES AND MATERIALS, *Fourth Edition* (West, 2005)

Thomas H. **Jackson**, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditor's Bargain*, 91 YALE L.J. 857 (1982)

Thomas H. **Jackson**, *Avoiding Powers in Bankruptcy*, 36 STAN. L. REV. 725 (1984)

Thomas H. **Jackson**, *Translating asset and liabilities to bankruptcy forum*, 14 Journal of Legal Studies 73 (1985)

THOMAS H. **JACKSON**, THE LOGIC AND LIMITS OF BANKRUPTCY LAW (Harvard University Press, 1986)

Michael C. **Jensen** and H. **Meckling**, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON. 305 (1976)

Michael C. **Jensen**, *Agency Cost of Free Cash Flow Corporate Finance and Take over*, 76 AM. ECON. REV. 323 (1986)

Michael C. **Jensen**, *Active Investors, LBOs, and the Privatization of Bankruptcy*, in : JENSEN, A THEORY OF THE FIRM – GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS, (Harvard University Press, Michael C. Jensen ed., 2000)

Michael C. **Jensen** and Donald H. **Chew**, *U.S. Corporate Governance: Lessons from the 1980s.*, in : JENSEN, A THEORY OF THE FIRM – GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS, (Harvard University Press, Michael C. Jensen ed., 2000)

(Originally published in the Portable MBA in Investment, ed. Peter Bernstein (New York:John Wiley and Sons, 1995) p.377-406)

Michael C. **Jensen**, *Introduction*, in : JENSEN, A THEORY OF THE FIRM – GOVERNANCE, RESIDUAL CLAIMS, AND ORGANIZATIONAL FORMS, (Harvard University Press, Michael C. Jensen ed., 2000)

Frank R. **Kennedy**, *The Uniform Fraudulent Transfer Act*, 18 U.C.C.L.J. 195 (1986)

Laura **Lin**, *Shift of Fiduciary Duty upon Corporate Insolvency: Proper Scope of Directors's Duty to Creditors*, 46 VAND. L. REV. 1485 (1993)

Stephen J. **Lubben**, *Beyond True Sale-Securitization and Chapter 11*, 1 N.Y.U. L. J.L. & BUS. 89 (2004)

Lois R. **Lupica**, *Asset Securitization: The Unsecured Creditor's Perspective*, 76 TEX. L. REV. 595 (1998)

John C. **McCoid**, *Constructively Fraudulent Conveyances: Transfers for Inadequate Consideration*, 62 TEX. L. REV. 639 (1983)

James A. **McLaughlin**, *Application of the Uniform Fraudulent Conveyance Act*, 46 HARV. L. REV. 404 (1933)

Merton H. **Miller**, *Leverage*, in: FOUNDATIONS OF BANKRUPTCY LAW (Barry E. Adler,ed.,Foundation Press, 2005) (originally published in 46 JOURNAL OF FINANCE 479 (1990))

Franco **Modigliani** and Merton H. **Miller**, *The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment*, 48 AM. ECON. REV. 261 (1958)

Robert K. **Rasmussen**, *Debtor's choice: A menu approach to corporate bankruptcy*, 71 TEX. L. REV. 51. (1992)

Marie T. **Reilly**, *The Latent Efficiency of Fraudulent Transfer Law*, 57 LA. L. REV. 1213 (1997)

Steven L. **Schwarcz**, *Rethinking a Corporation's Obligations to Creditors*, 17 CARDOZO L. REV. 647 (1996)

Thomas A. **Smith**, *The Efficient Norm For Corporate Law : A Neo Traditional Interpretation of Fiduciary* 98 MICH. L. REV. 214 (1999)

Gerald K. **Smith** & Frank R. **Kennedy**, *Fraudulent Transfers and*

Obligations: Issues of Current Interest, Symposium on Bankruptcy: The Trustee's Avoiding Powers, 43 S.C.L.Rev. 709 (1992)

CHARLES J. **TABB**, BANKRUPTCY ANTHOLOGY (Anderson, 2002), ch7, at 331-360

Frederick **Tung**, *Limited Liability and Creditor's Rights: The Limits of Risk Shifting to Creditors*, 34 GA. L. REV. 547 (2000)

ELIZABETH **WARREN**=JAY L. **WESTBROOK**, THE LAW OF DEBTORS AND CREDITORS, TEXT, CASES, AND PROBLEMS, Fifth Edition (ASPEN, 2006)

Michele J. **White**, *The corporate bankruptcy decision*, 3 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES (1989)

Robert J. **White**, *Leveraged Buyouts and Fraudulent Conveyance Laws under the Bankruptcy Code--Like Oil and Water, They Just Don't Mix*, 1991 ANN. SURV. AM. L. 357 (1992)

Jack **Williams**, *Revisiting the Proper Limits of Fraudulent Transfer Law*, 8 BANKR. DEV. J. 55 (1991)

Barry L. **Zaretsky** & Prudence B. **Abram**, *Commentary on Mr. Whites Paper : Leveraged Buyouts* (Proceedings and Papers of a Bankruptcy Law Symposium Held at the New York University School of Law April 12, 1991), 1991 ANN. SURV. AM. L. 433 (1991)

Barry L. **Zaretsky**, *Fraudulent Transfer Law as the Arbiter of Unreasonable Risk*, 46 S.C. L. REV. 1165 (1995)

NOTE（または学生との共著）

Alon **Chaver**, Jesse M. **Fried**, *Managers's Fiduciary Duty Upon the Firm's Insolvency: Accounting for Performance Creditors*, 55 VAND. L. REV. 1813 (2002)

Kevin J. **Liss**, Note, *Fraudulent Conveyance Law and Leveraged Buyouts*, 87 COLUM. L. REV, 1491 (1987)

Note, Good Faith And Fraudulent Conveyances, 97 HARV. L. REV. 495 (1983)

その他

UNIFORM LAWS ANNOTATED, Master Edition.7A. II (1999)

UNIFORM LAWS ANNOTATED, Master Edition.7A. II , 2004Cumulative

Annual Pocket Part. For Use in 2004-2005 (2004)

Uniform Law Commissioners

The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
ホームページ

<http://www.nccusl.org/Update/> (2004. 11. 3時点)

以下は、同ホームページ内にある

Final Act (The Uniform Fraudulent Transfer Act (統一詐害取引法),
Prefatory Note (1984) (2005. 5. 18時点) [http://www.law.upenn.edu/bll/
ulc/fnact99/1980s/ufta84.htm](http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1980s/ufta84.htm)

Why States Should Adopt the.... (2005. 5. 18時点) [http://www.nccusl.
org/Update/uniformact_why/uniformacts-why-ufta.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_why/uniformacts-why-ufta.asp)

Summary (2005. 5. 18時点) [http://www.nccusl.org/Update/uniformact_
summaries/uniformacts-s-ufta.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_summaries/uniformacts-s-ufta.asp)

Few Facts About The.... (2005. 5. 18時点) [http://www.nccusl.org/Update/
uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ufta.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ufta.asp)

野村証券証券用語解説集 <http://www.nomura.co.jp/terms/> (2005. 5. 18
時点)

NIKKEINET (日本経済新聞社) <http://www.nikkei.co.jp/> (2005. 5. 18
時点)

(なお、裁判例は、本文中の引用に代える。)

台湾民法の百年

—— 財産法の改正を中心として ——

陳 自 強*
黄 淨愉**・鈴木 賢*** 訳

目 次

- 1 台湾民法と日本民法
- 2 物権法の発展
 - (1) 体系と特色
 - ① 外的体裁
 - ② 物の概念
 - ③ 物権の変動
 - (2) 不動産所有権の発展について
 - ① 特別法の制定
 - ② 物権編通則の改正

*台湾大学法律学院教授、ドイツミュンヘン大学法学博士（1993）。本稿は、2009年7月3日に北海道大学法学研究科の民事法研究会で行った報告に加筆修正を加えたものである。同報告は鈴木賢教授のご助力により実現したもので、自ら日本語への通訳も担当してくださった。また、筆者が北海道大学法学研究科において研究員だった期間中、同氏よりひとかたならぬご援助をいただいております、心から敬意と謝意を表したい。なお、研究会で、またその終了後にも、東海林邦彦教授、瀬川信久教授、松久三四彦教授、吉田邦彦教授、藤原正則教授、曾野裕夫教授などから、論文の関連内容について質問をいただき、日本民法の発展についてさらに認識を深めることができた。合わせて謝意を表したい。

**北海道大学大学院法学研究科博士課程在学。

***北海道大学大学院法学研究科教授。

- ③ 物権編所有権の改正
- ④ 合有〔共同共有〕
- (3) 担保物権の改正
 - ① 特別法の制定
 - ② 物権法の改正
- 3 不法行為法の発展
 - (1) 体系と特色
 - ① 外的体裁
 - ② 保護の客体
 - ③ 過失責任主義の堅持
 - (2) 民法以外の危険責任
 - (3) 債権編の改正
 - ① 商品製造者責任
 - ② 動力車両運転者責任
 - ③ 危険行為責任
 - ④ 人格権保護の強化
- 4 契約法の発展
 - (1) 体系と特色
 - ① 外的体裁
 - ② ドイツ法律行為論の継受
 - ③ 無因性理論の継受
 - a. 物権行為の無因性
 - b. 無因債権行為
 - c. 代理権授与行為に関する無因性理論
 - ④ スイスにおける民商合一主義の採用
 - (2) 特別法の制定
 - ① 商事契約の立法
 - ② 労働契約関係の規範
 - ③ 賃借人の保護
 - a. 耕地賃借人
 - b. 家屋賃借人
 - c. 借地人
 - ④ 消費者の保護
 - a. 定型化契約
 - b. 特殊売買
 - c. 消費情報
 - (3) 債権編の改正

- ① 特別法に関する改正
- ② 法律行為の性質に関する改正
- ③ 不完全給付の明文化
- ④ 契約締結上の過失に関する一般規定の制定
- ⑤ 有名契約類型の追加
 - a. 旅行契約
 - b. 無尽講契約
 - c. 人的保證

5 展望

凡例

1. 本文中の（ ）は原著者によるものである。
2. 本文中の〔 〕は中国語の原語である。ただし、表記は繁体字ではなく日本漢字に改めた。
3. 本文中の〔 〕は訳者が適宜加えた訳注である。

1 台湾民法と日本民法

台湾の現行民法（中華国民民法）は、施行後未だ百年に満たない。もっとも早く施行された総則編は1929年に公布され、民法が全面的に施行されたのも、ようやく1931年5月5日のことにすぎない。1929年に民法総則が公布されてから今日まで、わずか80年しか経っていないので、「台湾民法の百年」という表題は、計算を誤っていると思われるかもしれない¹。台湾で施行された「民法」を論ずるならば、1894年の日清戦争によって、清朝は1895年に台湾を日本に永久割譲した。日本統治（日治）の前期（1898～1922年）、いわゆる「律令民法時期・特別統治時期」には、台湾における民事事件について、原則として清朝統治（清治）期の台湾の慣習〔旧慣〕が踏襲され²、1923年から日本民法が台湾

¹ 台湾では、民法50年（王澤鑑「民法五十年」同『民法学説與判例研究第五冊〔初版〕』（1986）1頁以下参照）、また、民法70年を回顧する論文（蘇永欽ほか『民法七十年之回顧與展望紀念論文集』全3冊（元照、2000）参照）があるが、未だに民法百年に関する論文はない。

² 清朝統治期の民事に関する法律規範は、わずかな律令を除けば、ほとんどが

で施行されたものの、親族および相続に関する事柄については、依然として台湾の慣習が援用されていた。1923年1月1日から1945年10月25日（内地延長主義の時期）まで台湾で施行されていた民法は、現行の中華民国民法ではなく、基本的には当時日本本土で適用されていた日本民法（1898年7月16日施行）であり³、その後ようやく、国民党政府が南京で制定した中華民国民法が有効となったことから、台湾において「民法」（日本民法および中華民国民法）が施行されていた期間は、86年にすぎない。台湾の現行民法が誕生した中国大陸に視野を広げるとしても、1949年に中華人民共和国が成立して中華民国の法体制をすべて破棄したので、中華民国民法が中国大陸で有効だった時期は、最長でも20年にすぎない。

しかし、1907年に清朝政府が修訂法律館を設立し、翌年に日本人の松岡義正を招聘して民法草案（大清民律草案）の前3編を起草させたことをもって、中国民法の近代化が正式に始まり今日に至ったのだとすれば、たしかに百年を満たしている。この百年間、台湾と中国は政治経済および社会などの各方面において、辛酸を嘗めつくし、激動の歴史を経てきた。強大な軍事力を背景に外国勢力が中国の門戸を開き、台湾は日本に割譲され、孫文が中華民国を建国してから、2度の世界大戦や国民党と共産党の内戦を経て、国民党政府は台湾に逃れて存続した。他方、中国は共産党による文化大革命から再生して改革開放を成し遂げた。このように、台湾と中国はそれぞれの法制を建設する歩みにおいて緩急を異にしているが、経済発展にともなう現実の必要性に応じて、民法、とりわけ取引関係を規律する法律体系を現代化させることは、イデオロギーと関係なく、為政者が尽力して実現すべき目標となってきた。台湾では、日本統治期の台湾の民事慣習から、日本の民法を経て、国民党が南京国民政府として制定した民法が適用されるに至っている。中国大陸では国民政府が制定した民法から、今日では相次いで分散した民事立法がなされるに至っている⁴。こうし

民間慣習であった。これについては、王泰升『台湾法律史概論〔初版〕』（元照、2001）85頁。

³ これについて、王泰升『台湾日治時期的法律改革』（聯経、1999）304頁以下、黄宗棠「近百年台湾法制研究之特殊意義」同主編『台湾法制一百年論文集』（台湾法学会、1996）5頁。

⁴ 中国は婚姻法（1950）、民法通則（1986）、契約法（1999）、物権法（2007）などの民事関係を規律する法律を相次いで制定したが、未だに成文法典国家でい

て〔台湾、中国、香港とマカオの〕「两岸三地」において民事事件に適用される現行法は、全く異なっている。このように台湾と中国の民法発展の軌跡は、異なっているにもかかわらず、台湾の現行民法は、一度は中国大陆において施行されており、台湾民法の学説や判例も、今日では中国における改革開放後の民法の発展に一定程度の影響をおよぼしている。つまり、ここで台湾民法の発展を概観することの意義は、台湾民法を認識することだけにとどまらない。

ドイツ民法が正式に施行されたのは1900年1月1日だったが、1896年8月24日に公布されたことから、ドイツの学界は1996年になると百年を経た民法について検討や批判を展開するようになり⁵、その2年後には日本が民法典の百年を慶賀した⁶。台湾では歴史的な要因によって、民法の百年がいつなのか、考古学的な関心をもつ人々にとって争いの余地がないわけではないが、1898年以降の日本統治期に台湾慣習の西歐法化が始まった⁷とするならば、西歐民法の法的精神は、台湾においてすでに百年の基礎を有していることになる⁸。したがって、今日、北海道大学法学研究科の民事法研究会において、「台湾民法の百年」と題して台湾民法を鳥瞰的に回顧することは、とても意義深いことだと考えている。

まず、台湾の現行民法は、法体系の構成としてはドイツ民法に近いものの、日本民法およびその学説・判例が台湾と中国における民法の発展に多かれ少なかれ影響をおよぼしていることは、争う余地のない事実である。実際に、中国民法の近代化に対する日本の影響は、日本人に大清民律草案の起草を依頼した1908年を端緒とするわけではない。中国は早くも1896年には国費留学生を日本へ派遣し始め、1906年にはその数も8000人に達していたが、そのうち法律、政治、軍事警察専攻の学生は半分以上を占めていた。1904年には法政大学が中国の学生のために法政速成科を開設し、6年間での入学者数は2862人、卒業生は1384人に上った⁹。このような歴大な留学生は、帰国してから中国における法律

う民法典を有していない。物権法を制定した後、不法行為責任法を制定した。

⁵ Vgl. Schmoeckel, 100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe, NJW 1996, 1697 ff.

⁶ 広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年』全4冊（有斐閣、1998）は、日本民法の成立および発展について詳しい。

⁷ 王泰升・前掲注3）303頁以下。

⁸ 王澤鑑『民法総則〔増訂版〕』（2000）36頁は、台湾民法がすでに百年の歴史的基礎を有していると考えている。

⁹ 張晋藩『中国法律的传统與近代轉型〔第2版〕』（法律出版社、2005）317頁。

の近代化に一定の影響を与えたであろう。ドイツに留学して民法を学んだ者は、人数において日本に留学した者とまったく比べものにならない。中華民国民法の編纂に参加した法律の専門家のうち、多くは日本留学の背景をもっていた¹⁰。また、法人、法律行為、意思表示などの法律専門用語のように、民法における法律概念のうちかなりのものが、日本民法に直接したがって漢字を借用しているというべきであろう。なお、「不当得利」（日本語では不当利得）、「使用借貸」（日本語では使用貸借、日本民法593条）などの用語は、日本語の漢字を多少改変したものであろう。

中国大陸の対岸にある台湾は、日本統治期の前期には依然として台湾の慣習を主としていたものの、その慣習は西欧法によってある程度変容させられた。日本統治期の後期には、日本の西欧式民商法典が、親族・相続部分を除いて、直接台湾人にも適用された¹¹。この時期の日本民法は、依然としてフランス法の影響を受けているところが少なくなかったものの¹²、日本の民法学説はドイツ民法およびその学説や判例を大量に継受していた時期でもあった¹³。1945年に中華民国民法が台湾において施行されたが、法体系上、ドイツ民法の影響を深く受けていただけでなく、学説や判例もその発展において、間接的には日本を経由し、直接的にはドイツの法律文献の紹介を経て、ドイツの動向ばかりを追いつづけてきた。そのため、形式的には政権が代わることで新法と旧法の適用における接合の問題が生じるはずだが、日本民法と中華民国民法とでは、法律原則および法律概念の運用に大きな差異がないため、台湾人民は法律生活に

¹⁰ 朱勇主編『中国民法近代化研究』（中国政法大学出版社、2006）343頁以下の説明によれば、親族・相続編を起草した羅鼎、立法院長の胡漢民、民法起草委員会顧問の王寵惠、戴傳賢、民法起草委員会委員の史尚寬、鄭毓秀、王用賓は、いずれも日本に留学した経験をもつ。

¹¹ 王泰升・前掲注3）303頁以下。

¹² 物権変動について意思主義を採用した以外に、もうひとつの証として、フランス民法1166条に倣って、債権者代位権（日本民法423条）を規定している。台湾民法はフランス法の影響をほとんど受けていないが、日本民法における代位権の規定を継受したため（台湾民法224条）、台湾の現行民法にはごくわずかながらフランス民法の血も流れている。

¹³ 戦前の日本における民法学について、加藤雅信『現代民法学の展開』（有斐閣、1993）119頁参照。

大きな変化が生じたと感じておらず、法律の接合に重大な困難は生じなかった¹⁴。

第2次大戦の終結前、台湾は日本に統治されていたため、法律家が日本民法をかなり熟知していたことはいうまでもない。日本の教育を受けたことにより日本語に精通していた法律家は少なくなく、日本に留学したことがなくても、日本の法律文献を自分で研究したり参照したりする者はさらに多かった。第2次大戦の終結後、台湾の民法学者にも中国大陆から台湾へ移住してきた者が含まれるようになったとはいえ、日本の教育を受け日本の法学文献を大量に読める者は相当多数いたのであって、そのような台湾民法の先達が、日本民法という泉から新鮮な水を絶えず台湾の民法理論に注ぎ続け¹⁵、70年代までには日本民法の法学文献は、台湾の重要な民法教科書の著者にとって不可欠な参考資料となっていたといえる。70年代以降、日本法の洗礼を受けたことがない新世代の法律家が、相次いでドイツやフランスに留学して帰国するようになり、西欧における最新の民法理論が直接導入され称揚されることが次第に増えるにいたり、西欧、とりわけドイツの民法理論について、これまでのように日本の法学文献だけを参照することはなくなった¹⁶。90年代以降は、もともと大陸法系の独断場だった伝統的な民法領域も、英米法系の新しい考え方から衝撃を受けるようになった。台湾の民法学は、このように日々多元化しており、すべてに目をおす暇もないほど多彩なものになっているが、それでも日本民法は依然と

¹⁴ 王泰升・前掲注2) 128頁によれば、台湾の法体系において1949年に「法規範が断絶しても、法社会は連続していく」現象が生じ、「法社会の連続」は、「多かれ少なかれ、形式上断絶した両国の法律が、歴史的偶然により、意外にも実質的内容において相当な類似性を具有している——いずれもドイツの近代法に属している——ことに導かれている」。

¹⁵ 台湾大学が1946年10月に「法律学系」と称して新たに法学教育を実施するにあたって招聘した教師、例えば戴炎輝、蔡章麟および洪遜欣は、いずれも東京帝国大学を卒業している。これについて詳細は、王泰升『国立台湾大学法律学院院史(1928～2000)』(国立台湾大学法律学院、2002) 11頁参照。

¹⁶ 日本では戦後に星野英一が気風を生みだしてから、フランス民法を日本民法の母法として比較研究する者が増えるにつれて、ドイツ民法の研究はもはや絶対的優位ではなくなった(加藤・前掲注13) 121頁参照)。これに比べて、台湾民法はフランス民法の影響がきわめて少なく、ドイツの民法や学説判例が依然として法継受の主要な対象である。

して確固たる法学的基礎をもって台湾の民法学の発展と立法に影響し続けている。しかし、いうまでもなく、日本に留学して民法を学ぶ者は次第に減っており、日本語の民法文献を参照できる若手の学者は以前ほど多くはないため、日本の民法学説の影響力は、わずかながら退潮傾向にある。この機会に、日本民法が台湾民法の改正や発展にどのような役割を果たしているかを改めて観察することができるならば、台湾と日本の民法学界の交流に一定の積極的意義を有するかもしれないし、台湾と日本の学術交流を強化することは、中国の民法学が勃興する中で、さらに異なった意義を有するかもしれない。

加えて、「台湾民法の百年」と題して中華民国民法の発展を振り返ることは、将来を展望する上でもより重要である。ドイツ民法が百年を迎えた後、2002年に債権法〔債法〕を現代化させ、債務不履行体系を改変した。2004年（ちょうどフランス民法制定二百周年）12月1日に日本では「民法の一部を改正する法律」（平成16年法律第147号）が公布され、その変動の幅はドイツの債権法改正におよばないものの、実質的な内容の改正も若干含まれている。2006年には「民法（債権法）改正検討委員会」が設立されたが、同委員会は2009年3月に作業を終え、「債権法改正の基本方針」を提出しており、日本民法の債権編の抜本的な改正が間近に迫っている¹⁷。中華民国民法は百年に満たないものの、その改正作業は継続的に進行している。しかし、抜本的な改正法はいまだ完成していない。被継受国における一連の重大な改正に直面しながら、台湾の民法学界は、さらなる反省や検討を迫られていると思われる。百周年まであとわずかになっている今日、台湾の民法学界は、日本の民法学界のように将来を見据えて過去を検討し、絶えず自身を調整し、新たな挑戦に備えなければならない。この機会に専門家各位に教をを請うことには、積極的な意義があると思われる。

本報告の題目は「台湾民法の百年」だが、論じる対象を主に財産法に絞らざるをえない。それは身分法領域における法律の変動がなかったためではない。むしろ、中華民国民法の親族編は、1931年に施行されてから、大小14回の改正がなされ、もっとも顕著な改正として、結婚および協議離婚についてともに戸籍登記を効力要件とするようになった。相続法の改正はわずか4回にすぎない

¹⁷ 民法改正という議題は日本民法学界を席卷し、近時もっとも熱気を帯びた話題となっている。吉田邦彦「近時の『民法改正』議論における方法論的・理論的問題点」ジュリスト1368号（2008）106頁参照。

が、最近の改正（2009年5月22日立法院三読通過）では、相続人が被相続人の債務に対し原則として無限責任を負うとしていた規定を、物的な有限責任に変更し、「相続により得た遺産の範囲で、弁済責任を負う」（1148条2項）とされた。その改正の意義は通常と異なり、重大な変革である。しかし、時間の制約と個人的能力の限界から、報告の範囲を財産法に限定させていただきたい¹⁸。同様に〔人法〕に属する民法総則では、行為能力制度において重大な変革がなされている。すなわち、禁治産者〔禁治産人〕を監護宣告を受けた者〔受監護宣告之人〕と改称し、監護宣告の事由を精神障がいまたはその他の知能上の欠陥と改め（14条）、さらに〔補助〕宣告制度を追加したが（15条の1）、監護宣告を受けた者は依然として行為能力のない者〔無行為能力人〕とされ（15条）、成年被後見人による法律行為を取り消すことができるという日本民法9条の規定とは明らかに異なっている。このように監護宣告を受けた者の行為能力を完全にはく奪することが、本当にその者にとって有利であるかどうかについては、

¹⁸ 中華民法が台湾で適用された後、台湾の経済と社会の構成が相当変化し、大家族が徐々に退化・解体し、核家族がそれに代わりつつある。そこで、中国の固有法を基礎とする「家」（台湾民法1122条以下）の規定は、もはや机上の法（law in book）となっている。たとえば親族会議は、親族紛争の解決において立法者が期待する役目を果たすことができなくなり、かつ現実の意義を有していない。その反面、国家公権力が身分関係に介入する強度は増しており、たとえば、養子をとるには裁判所に認可を申請しなければならず（同1079条1項）、父母が未成年の子の重大事項に関する権利を行使するにあたり意思が一致しない場合には、子の最善の利益を斟酌した決定を法院に請求することができる（同1089条2項）ことなどがあげられる。総体的な発展は、つきまどっていた中国の固有法から漸く離脱する趨勢にあり、1998年の親族法の改正で婿入り婚が廃止されたことがその証左である。そのほかに、男女平等原則の貫徹は、親族法改正の契機および指導的思想であり、たとえば、夫婦は各本姓を保有し（同1000条1項）、子の姓は原則的に父母が書面をもって約定するものとされ（同1059条1項）、夫婦の住所は双方で協議し、協議が成立しないときは法院の決定を申請できるように（同1002条1項）、〔夫婦の姓や住所は〕改正前のように男性方により決定されるものではなくなった。さらに、夫婦関係消滅後の財産分配は、明らかに近年の改正における重点事項であって、親族法の規範の重心は、家族関係を自分で調整できない、あるいは、家族内の紛争を自主的に解決できない場合に移りつつあり、裁判規範は行為規範よりも大きく機能しているようである。

議論の余地がある¹⁹。

台湾の現行民法は、ドイツ民法に倣い総則、債権〔債〕、物権、親族、相続の5編編成を採り、日本民法が物権を債権の前に置いているのとは異なっている。法律の体系や規範の地位および細かな点に相違はあることを除けば、各国の民法における財産法の規範は、英米法を含めてもなお、物権、契約、不法行為の3者に重心を置いている。それゆえ本稿では事務管理および不当利得の発展については割愛し、他日を期すこととしたい。

2 物権法の発展

(1) 体系と特色

① 外的体裁

台湾の現行物権法は10章からなり、日本の物権編と章数は同じだが、日本で占有権（日本の物権編第2章）にあたるものは、台湾では占有（台湾の物権編第10章）にあたり²⁰、台湾には先取特権（日本の物権編第8章）や不動産質（日本の物権編第9章第3節）はないが、〔典権〕（台湾の物権編第8章）という規定がある²¹。そのほかに、台湾の物権法におけるいわゆる〔永佃権〕は、効力

¹⁹ ドイツでも民法制定当時には禁治産制度があったものの、学者がその合憲性を疑うようになり（vgl. Canaris, JZ 1987, 993）、1992年の民法改正によって禁治産者はなくなった。日本は2000年4月1日に施行された改革後の行為能力制度において、禁治産および準禁治産制度を廃止した。

²⁰ これについて、台湾民法はドイツ民法と近く、物に対する事実上の支配力〔管領〕を物権とせず、法律によって保護された地位とするにとどめており、日本の通説が占有権について占有を法律要件とする物権と考えているのとは異なる。我妻栄著・有泉亨補訂『新訂物権法』（岩波書店、1983）460頁。

²¹ 台湾において日本統治期の日本民法の施行前に発生した典権には、大正11年勅令第407号「台湾ニ施行スル法律ノ特例ニ関スル件」6条によれば、1923年から日本民法の不動産質に関する規定が適用された。戦後の台湾最高法院による関連判決につき、陳榮隆「由最高法院实例論物権法制的変遷——以台湾日据時期的不動産物権為中心」謝在全ほか『民法七十年之回顧與展望紀念論文集（三）物権・親族編』（元照、2000）113頁以下参照。

としては日本民法の永小作権に相当するが、用語が異なっている²²。以上が外的体裁におけるもっとも顕著な違いである²³。ここでいう「典権」とは、中国を淵源とし、古代中国の農業社会の産物であり²⁴、「永佃権」も中国に古くからある制度であるが²⁵、戦後の台湾では、「永佃権」の登記はなく、「典権」も近年ではあまり利用されていない²⁶。上述のように、台湾民法と日本民法の一見して明らかな相違のほかに、台湾の物権法の特徴については、以下で指摘する。

② 物の概念

民法上の物について、日本民法85条は明文で有体物と規定しているが、台湾民法には類似の規定がない。学説は電気・光・熱などの自然力も民法上の物としているが、自然力がどのように動産物権の支配対象となるのかは、甚だ疑問である²⁷。このほか、無記名債権を動産とみなす規定（日本民法86条3項）もまた、台湾民法にはない。しかし、台湾民法66条1項の「不動産とは、土地及びその定着物をいう」という規定は、日本民法86条1項を翻訳したものであろう。立法者がドイツ民法94条（建物を土地の重要部分とする）の立法例を採らず、建物を独立の不動産としている日本民法の立法例²⁸を継受したことは、物権法体系の構成に甚大な影響をおよぼしている。たとえば、不動産物権の客体が土地と定着物に分けられるだけでなく、所有権の移転をそれぞれ別にしなければならないので、土地登記制度もそれに応じて調整されることになり、土地

²² 王書江・曹為訳『日本民法』（五南、1992）は、まさに永小作権を永佃権と翻訳している。

²³ そのほかに、日本民法263条、294条のいわゆる「入会権」については、別個に章が設けられていないが、日本民法が明文で規定している物権なのは明らかである。我妻・前掲注20）は、第6章においてもっぱらそれを説明している。

²⁴ 朱勇・前掲注10）210頁。清朝統治期における台湾の「典」について、王・前掲注3）323頁、陳榮隆『百年來典權之滄桑歲月及未來展望』黃宗樂・前掲注3）553頁。

²⁵ 朱勇・前掲注10）208～210、240頁。

²⁶ 王澤鑑『民法物権（二）用益物権・占有〔修正版〕』（2001）9頁。

²⁷ これについて、陳自強『民法講義 I 契約之成立與生効』（学林文化、2002）24頁。

²⁸ 日本民法における建物の独立性の由来に関して、瀬川信久『不動産附合法の研究〔初版〕』（有斐閣、1981）10～12頁。

については[総登記]、建物については建物第1次登記(日本民法の影響を受け、台湾も保存登記と称する)として区別されている。このほか、未完成の建物をいつから独立した不動産となしうるか、また、独立した不動産所有権の客体になっていない場合、果たして、不動産附合の規定(811条)を適用するか、あるいは動産(66条2項)とみなすか、ということも問題となりうる²⁹。

③ 物権の変動

台湾と日本の物権法のもっとも顕著な相違は、法律行為による物権の変動について、まったく異なる立法例を採用していることである。台湾民法は、ドイツ民法の不動産登記・動産引渡し[交付]による効力発生主義[生効主義]を採っているが(758条、761条)、日本民法はフランス法系の意思主義を採っており、176条において物権の設定および移転は、当事者の意思表示のみによってその効力を生ずると明文で規定し、不動産物権の登記は、対抗要件にすぎない(177条)。台湾と日本の物権の立法例における相違は、比較法上の意義を有するにとどまらない。台湾では1923年以降日本民法が適用され³⁰、20余年の法律適用を経ており、台湾人民の法律意識に一定の影響を与えているはずである。また、多くの日本民法の規定および制度も、物権変動の意思主義という背景のもとで理解しなければならず、日本の学説を継受しようと思うならば、このような基本的な法律原則の相違をも考慮すべきで、さもないと混乱を招きかねない。たとえば、意思主義のもとでは、流抵当契約[流押契約](lex commissarial)³¹を有効だと認めれば、抵当物は確かに停止条件が満たされて、その所有権が債権者に直接帰属しうるが、これと反対に登記効力発生要件主義[登記生効要件主義]のもとでは、不動産所有権は登記を待たずに、債務者の

²⁹ これについて、我妻・前掲注20) 306頁。

³⁰ 戦後の台湾法院による日本統治期の不動産変動の法律適用について、陳榮隆・前掲注21) 103頁以下。

³¹ 台湾の学者には「流質契約」と称する者もあり(謝在全『民法物権論(下冊)[初版]』(1991) 119頁参照)、質権の場合(893条2項)と用語は同様だが、物権変動について形式主義を採るならば、抵当権および質権について当事者が同じ内容の約定を有していたとしても、質権者はもはや動産の直接占有者となり、現実の引渡しを待たずして、譲渡の合意のみによって所有権を移転できることになるので、抵当権の場合と大きく異なっている。

債務不履行のみによって即時に債権者に取得されることはありえない。立法論においてこのような約定が有効だと承認しても、抵当権設定者に移転登記の義務を負わせるにすぎない。ドイツ民法1149条の規定の趣旨も同様である。台湾は2007年に物権法を改正し、873条の1に「債権が弁済期になっても弁済されていないとき、その抵当権の目的物の所有権が抵当権者に移転すると約定した場合は、登記をしなければ、第三者に対抗できない」と規定した。その「登記をしなければ、第三者に対抗できない」という文言には、日本民法の意思主義の影が潜んでいるようだが、もし所有権移転行為が、未弁済で停止条件が満たされることによって効力を生じるというならば、明らかに民法758条の不動産物権変動の基本原則に抵触するし、ここでいう約定が移転登記義務の発生する約定（債権契約）を意味しているならば、債権契約につき登記をしなければ第三者に対抗できないことになるが、これは個人的には理解しがたい。同様の問題は、日本のいわゆる代物弁済予約の効力においても現れており、形式主義と意思主義には、当事者間の利益状況および法律関係につき必ず一定の相違がある³²。

(2) 不動産所有権の発展について

清朝統治期および日本統治期における土地に対する権利の西欧法化について³³は省略し、直接第2次大戦後の台湾物権法の発展について観察するならば、2つの部分に大別できる。1つは物権特別法の制定であり、もう1つは民法物権編の改正である。

① 特別法の制定

台湾民法は不動産物権変動について形式主義を採り、土地登記を行政行為とし、登記手続についての規定は本来民法の範疇に属していなかった。しかし、

³² 日本は1978年に仮登記担保法を制定したが、これは代物弁済予約に関する判例法理の集大成といえる（近江幸治「日本民法の展開(2)特別法の生成——担保法」広中＝星野・前掲注6）『民法典の百年Ⅰ』219頁）。台湾の代物弁済予約について、陳自強『無因債権契約論』（学林文化、1998）354頁以下。

³³ 王泰升・前掲注3）319頁以下。

立法当初、登記をもって実体法の要件とする規定には、甚だ遺漏が多く、不動産登記の推定力・公信力・更正登記・予告登記などについては明文がなかった。1930年に制定され、1936年に施行された土地法には、事実上、民事実体法の規定に属するものが多くあり、土地登記の公信力[絶対的効力](旧36条、現43条)、1975年の土地法改正で追加された予告登記(79条の1)などは、その例である。

区分所有建物の管理について、ドイツは早くも1951年に住居所有権法(Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht)を制定し、日本も1962年に建物の区分所有等に関する法律を制定した。台湾民法には制定時から区分所有の規定があり、「数人で一つの建物を区分し、それぞれその一部を所有する場合は、その建物及びその付属物の共同部分は、各所有者の共有と推定し、その修繕費及びその他の負担は、各区分所有者がその所有部分の価値に応じて分担する」(旧799条)こととなっていたが、この規定が現代の都市における区分所有形態の規範として設計されたかどうか、疑義がないわけではない。旧800条の規定は、「前条の場合において、その一部の区分所有者がその他の区分所有者の玄関を使用する必要があるときは、これを使用することができる。ただし、別段の定め又は慣習があるときは、その定め又は慣習に従う」となっているため、現在よく見られるアパートやマンションではなく、3世代、4世代が同居する大家族制度の共同生活形態を連想させる。1995年に制定公布されたアパート及びマンション管理条例[公寓大廈管理条例]には、もとより物権関係の規範(たとえば、4条の専有部分に対する所有者の権利)があるものの、その重点は共用部分の管理、使用収益および費用の分担など、区分所有者相互間の権利義務関係におかれている。台湾のアパート及びマンション管理条例は、ドイツや日本の団体法人化の思想を継受しており、アパートやマンションの自治管理は、法人と類似した組織や構成を採っているので、公共基金だけでなく、区分所有者集會(意思決定機関)、管理委員会および管理責任者(執行機関)、規約(章程)などの規範もあるが、区分所有者が組織した団体は法人ではなく、管理委員会が当事者能力を有するにすぎず(38条1項)、この点、管理組合法人として登記しうる日本とは異なる(建物の区分所有等に関する法律47条)。当該法律の施行後、台湾における区分所有建物の共用部分、とくに屋上の増築や違法増築、建物の外壁への広告看板の設置、地下室および空き地の駐車場の使用などの問題については、ようやく比較的詳細な規定が整えられた。

② 物権編通則の改正

物権法の改正は、台湾民法典の全面改正における終着駅である。1999年に債権編の全面改正作業が終わりを告げ、物権編の改正がすさまじい勢いで展開された。2003年に物権法の改正を3つに分けることが決定され、担保物権の改正が2007年3月にもっとも早く完成した。改正された物権通則および所有権が2009年7月23日に施行され、用益物権および占有の改正が切実に叫ばれ、ようやく2010年2月3日に改正・公布され、公布後6ヶ月後から施行すると定められた³⁴。

通則および所有権の規定改正によって、変動した条文の数は相当多いが、全体的に言えば、物権編のもとの構成および基本原則はほとんど変わらず、多くは現行法の範囲内での改正に属す。旧760条の書面がもっぱら物権行為を指すことを確認したり（758条2項）、宣告的登記の範囲を拡大したり（759条）、不動産登記の権利推定力および公信力を追加した（759条の1）ことなどは、改正しなくても、旧規定の解釈によって同様の結果に到達できる。757条（日本民法175条）は物権法定主義の規定だが³⁵、「物権は、この法律又はその他の法律に規定がある場合を除き、創設することができない」というものから、「物権は、法律又は慣習によるものを除いて、創設することができない」と改正された。学説³⁶もこの改正が従来の実務の見解³⁷を変えたとしているが、慣習法

³⁴ 本稿の日本語の翻訳が完成してからこの部分が改正されたので、改正内容を詳細に紹介することはもはや難しい。その改正内容には現行法の解釈における疑義を一掃し、最高法院の実務的見解を明文化したものが多く、法政策の重大な修正も含まれている。すなわち、第1に、他人の土地の上下の一定空間を範囲として設定する「区分地上権」（841条の1以下）を地上権に追加した。第2に、「農育権」（他人の土地で農作、林業、養殖、畜産、竹木を植栽・保育する権利）をもって永佃権に代えた（850条の1以下）。第3に、地役権の要役および承役の客体を土地から建物にまで拡張し、地役権を「不動産役権」と改称したことなどである。

³⁵ 日本民法175条が台湾民法757条の母法であるのは明らかである。前者でいう法律が慣習法を含んでいるかどうかについて日本の学説でも争いがあるが、我妻・前掲注20）26頁は肯定的見解を採っている。

³⁶ 陳榮隆「互動而成之新物権通則及所有権」月旦法学雜誌168号（2009）11頁。

³⁷ たとえば、最高裁33（1944）年上字第2040号判例は、同条でいう法律は成文法を指しており慣習を含まないとしていた。

は本来成文法と同様に法源としての地位を有する。最高法院は物権編の改正前から根抵当権〔最高限額抵当権〕の有効性を承認していたが³⁸、これは慣習法が承認している物権と解釈するしかない。したがって、私見によれば、この改正は実は現行法を变革したものではないと思われる。

物権的請求権が物権共通の効力であるかどうかにつき³⁹、通説と判例（最高法院52（1963）年台上字第904号判例）の見解は一致していないが、改正物権法は通説の肯定説を採り、民法767条に第2項を追加して、所有権以外の物権にも所有権にもとづく物権的請求権の規定を準用できるようにした⁴⁰。この改正は形式上は所有権の改正だが、実際上は物権の共通原則にかかわっている。似たような事情は、所有権以外の財産権の取得時効でも生じており、772条は所有権の取得時効に関する規定をその他の財産権に準用すると規定している。この部分の改正には、些細なものが多いが、とりあげる価値のあるものとしては、物権の改正において実務の一貫した見解を確認したものとして、不動産所有権の時効取得は目的物の未登記を要件とするが、その他の不動産を客体とする財産権、とりわけ地上権については、土地の未登記を要件としないことにした点などがある。

③ 物権編所有権の改正

不動産の相隣関係および遺失物の拾得は、所有権の改正においても少なくない割合を占めているが、瑣末な調整にすぎないものが多い。個人的には、重大な意義のある改正は、共有および区分所有に関連するものだと思う。その

³⁸ 最高法院は1958年からすでに根抵当を承認する判例（47（1958）年台上字第535号判例）を示しており、根抵当権に関する文献も枚挙にいとまがない。蔡明誠「台湾最高限額抵押制度之探討」月旦法学雑誌95号（2003）29頁以下参照。

³⁹ 台湾における物権法の教科書のいずれにも「物権の効力」に関する説明があり、このことは日本の物権法理論を継受した結果であろう（我妻・前掲注20）18頁は、物権の本質から、優先的効力および物権的請求権だとしている）。それと比べれば、ドイツにおける物権法の教科書には、物権の効力と同様の説明があまり見られない。

⁴⁰ ドイツおよび日本はこれについての明文がないが、Baur/Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, 16 Aufl., 1992, S.27 f. は、物権法の基本原則における絶対性の原則によってこれを肯定している。

中でも [分管契約]、すなわち、共有物の特定部分を特定の共有者が管理・使用するという約定、とりわけ区分所有者が建物の共用部分を特定の区分所有者に駐車のために供させるという約定が、持分権の譲受人に対して拘束力をもつかどうか、実務上もっとも重要な論点である。要するに、共有物の使用・管理に関する約定は、債権契約であるにすぎず、第三者はその約定を知っていても拘束されないのか、あるいは一定の条件下で当該約定は物権的効力をもち、契約当事者以外の第三者を拘束しうるのであろうか。共有者間における共有物の使用・管理・分割あるいは分割禁止に関する約定が、持分権の譲受人あるいは物権取得者に対しても効力を有するかどうかは、共有および区分所有の法律適用だけでなく、債権法および物権法のもっとも核心的な問題にかかわっている。物権法は不動産についてドイツ民法1010条1項の立法例に倣って改正され、登記の有無を基準とする一方で、動産には登記がないため、譲受時あるいは取得時に明らかに知りまたは知ることができたはずかどうかで決まるとした(826条の1)。この部分は司法院积字第349号解釈の精神を参照したものである。このような共有者間の共有物の使用・管理に関する約定は、区分所有の共用部分に係るならば、上記の原則によって登記の有無を基準とするが、改正法799条の1第4項は、「区分所有者間の約定によって生ずる権利義務は、承継人を拘束する。その他の約定によって生ずる権利義務は、特定承継人がその約定の内容を明らかに知り、又は知ることができたはずのときは、同様である」と規定しているため、異なる原則を採用しているようである。

共有物の管理は、共有者全員の同意を得なければならないのであろうか。上述の共有物管理の約定について、各共有者の意思表示が一致してはじめて共有者全員を拘束する効力が発生するのか。この問題について、物権法の改正前は肯定的に解することができたが、改正後は多数決(共有者の過半数かつその専有部分合計の過半数の同意によって決まる。日本民法252条参照)が採られた。

④ 合有 [公同共有]

[公同共有]は、日本学説において合有(総手的共有(Eigentum zur gesamten Hand))と称されるもので、台湾民法はドイツの立法例を継受し、組合財産[合夥財産]、夫婦共同財産および共同相続財産を[公同共有]とし

て規定しているが⁴¹、日本民法には合有の明文規定がなく⁴²、ドイツ物権法にも共有の規定（1008～1011条）しかない。台湾民法が共有の節において共有および合有〔公同共有〕を同時に規定するのは⁴³、スイス民法（652～654条）を継受した結果であり、もともとの内容もスイス民法と大同小異であった。ところが今回の物権法改正によって、合有物の処分およびその他の権利行使につき合有の共有者全体の同意を得なければならないという基本原則（スイス債務法653条1項参照）については、共有の規定を一部準用すると改正され、すなわち共有物の管理における多数決原則、共有物の物権的請求権および共有物の使用・管理・分割に関する約定の効力の規定は、いずれも〔公同共有〕に準用されることとなった（828条2項）。土地法34条の1が、合有物の処分についても共有と同様に多数決原則を採用していることをも考えれば、〔公同共有〕と〔分別共有〕との差異は、実際にはそれほど大きくない。

(3) 担保物権の改正

① 特別法の制定

海商法は船舶抵当権〔船舶抵押権〕を規定し、民用航空法は民用航空機抵当権〔民用航空器抵押権〕を規定しており、法律が新たな物権を創設した点からいえば、もとより民法物権編の特別法となりうるが、これらの法律は新たな物

⁴¹ 台湾の慣習により設立される〔祭祀公業〕、すなわち、設立者が財産を寄付し、祖先やその他の者を祭祀することを目的とする団体は、日本統治期には日本民法施行法19条を準用して財団法人となれたが、台湾で中華民国民法が適用されてから、2008年7月1日に施行された祭祀公業条例によって祭祀公業法人としての登記ができるようになる以前は、最高法院は従来から祭祀公業が法人でなく、不動産が祭祀公業の名義で登記されても、依然として合有〔公同共有〕であると考えていた。

⁴² 我妻・前掲注20) 317頁によれば、日本民法は合有の観念を認めないが、学説には組合員の組合財産に対する支配は合有であるとする者がある。石田喜久夫『口述物権法』（成文堂、1989）209頁参照。

⁴³ ここで、台湾民法のいわゆる共有には広狭両義があり、狭義の共有はもっぱら〔分別共有〕（数人がその持分に応じてひとつの物の所有権を共有すること）を指すが、広義の共有は〔公同共有〕も含む。

権を創設することを主要な目的としているのではない。1955年に公布された鉱業抵当法〔工鉱抵当法〕は、1965年に動産担保取引法〔動産担保取引法〕が施行されたことにより廃止された⁴⁴。動産担保取引法は民法にはない動産抵当を創設しただけでなく、個人的には台湾における民法法領域の継受について新たな里程標を樹立したものと認められる。台湾民法が制定された当時、西欧法の継受が圧倒的に多く、固有の規範を体现することは極めて少なかったものの、英米法についても影も形もなかった。しかし、動産担保取引法が規定する3種類の取引、動産抵当、条件付売買および信託占有⁴⁵は、それぞれアメリカの統一動産抵当法、条件付売買法および統一信託法を元としている⁴⁶。当該法律の用語には英語の原文を翻訳したものが多く、これによって本当に民法の法律概念に転化させ、民法体系とハーモナイズさせたとは考えられないし、しかも大陸法系、とりわけドイツ法が債権行為と物権行為を厳格に区別している伝統を十分に考慮しておらず、学説がひそかに継受し始めていた日本およびドイツの非典型担保物権理論に対しても、聞く耳をもたなかった。その結果、法律はアメリカ法を継受の対象としたのだが、とりわけドイツにおける所有権留保や⁴⁷、日本における譲渡担保の学説判例の発展に関して⁴⁸、学説はドイツと日本の文献を大量に参考せざるをえず、母法だったアメリカ法は顧みられることがなかった。

⁴⁴ 日本では財産抵当制度が相当発達しており、相次いで工場抵当法、鉄道抵当法、漁業財団抵当法および観光施設財団抵当法を制定した。日本における担保特別法の生成につき、近江・前掲注32) 181頁以下参照。

⁴⁵ 動産担保取引法32条は、「信託占有とは、委託者が受託者に資金又は信用を供与し、かつ信託に提供した動産目的物の所有権をもって債権の担保とし、受託者が信託証書によって目的物を占有・処分する取引という」と規定する。

⁴⁶ 王澤鑑「動産担保取引法上登記制度対抗力・公信力與善意取得」同『民法学説與判例研究第一冊〔第3版〕』（1975）260頁。アメリカ統一商法典は統一的担保制度（Art.9 UCC）に簡略化された。

⁴⁷ 王澤鑑「附条件売買買受人之期待権」前掲注46) 165頁以下参照。

⁴⁸ たとえば台湾の重要な物権法教科書、謝・前掲注31) は、留置権と占有の間に、わざわざ「譲渡担保」の章を設置し、その参考文献は、主に日本の物権法の教科書や不動産法大系などの書籍である。

② 物権法の改正

抵当権は担保制度の核心であり、2007年の物権法改正における重点項目であった。変更された条文は少なくなかったが、旧規定の解釈上の争いを一掃し、強制執行法改正ですでに取り入れられていた点を確認するなど⁴⁹、旧規定の範囲内での修正が多く、現行の法状況に重大な変革をもたらしたわけではない。実は根抵当権の追加さえもこれに属する。

周知のように、日本民法は1971年になって抵当権の章に第4節として根抵当を追加したものの⁵⁰、それは民法施行前にすでに取引の慣行となっており、1902年に大審院がその有効性を確認していた⁵¹。根抵当はまさに日本統治に伴って台湾に定着し、日本統治期以来台湾でも盛んに行われており、中華民国民法が台湾において適用されてからも、明文規定がないなかで、最高法院が実務的見解として肯定したことにより、すでに慣習法として効力を有する制度となっている。今回の物権法改正は、それに実定法上の地位を付与したほか、実務が承認していた包括根抵当〔概括最高限額抵押〕を否定し、抵当権者と債務者間の現在および将来の一切の債権をすべて根抵当権の担保範囲とすることを認めず、根抵当が担保する債権を一定の法律関係で生じる債権あるいは手形により生じる権利に限ると明文で規定した（881条の1）。この規定が日本法の影響を受けたことは明らかで⁵²、一葉落ちて天下の秋を知るがごとく、その他の根抵当の改正についても日本の根抵当規定を継受したものが多し。そのほかに、旧規定は抵当権の随伴性にもとづき、抵当権を債権から分離して譲渡しあるいはその他の債権の担保とすることはできないと明文で規定し、日本民法376条の

⁴⁹ 抵当権の行使時、用益物権、賃貸借、抵当権およびその他の優先弁済権などを含む不動産負担の処理については、1996年の強制執行法改正時にすでに規定された（98条）が、同様趣旨の規定が、改めて改正民法866条、873条の2として規定された。

⁵⁰ 日本が2004年の民法改正で465条の2以下に追加した「貸金等根保証契約」は、台湾の最高裁が認める〔最高限額保証〕（最高法院77（1988）年台上字第943号判例）にあたるはずだが、この実務上よく見られる保証は、1999年の台湾債権編改正では明文化されなかった。

⁵¹ 我妻栄『担保物権法〔新訂〕』（岩波書店、1979）464頁。

⁵² 1955年に日本法務省は、「包括根抵当」を無効とする見解を示した。高木多喜男ほか『担保物権〔初版〕』（有斐閣、1978）206頁参照。

ような抵当権処分の規定はなかった。改正法はこの問題を乗り越えるための規定をおいた。まず、根抵当については、改正法は元本が確定する前に抵当権設定者の同意を経れば、単独で根抵当権を譲渡できるとしたが（881条の8）、その立法理由には金融資産証券化および債権管理の実務的必要性に応じるため、日本民法398条の12第1項に倣って追加したものととくに明記されている。ついで普通抵当権について、抵当権順位の譲渡および放棄を追加したが（870条の1および2）、日本民法が承認している抵当権の譲渡・放棄および転抵当については規定しなかった。換言すれば、抵当権の改正は日本の担保物権法の影響を深く受けているといえども、すべて倣ったのではない。

今回の抵当権の改正におけるもうひとつのポイントは、物的担保相互間の競合および人的担保と物的担保の競合に関して内部分担規定を新たに追加したことにあるだといふべきだろう。同一債権を担保するために複数の不動産に抵当権を設定した場合（共同抵当）、各不動産にどのように分担させるかという問題について、改正物権法には相当詳細な規定が追加された（875条の2、3、4）⁵³。同一債権を担保するために同時に保証人および物上保証人がいて、そのうちのひとりが代わりに債務を弁償し、あるいは抵当権者が抵当権を実行したことにより物上保証人が抵当物の所有権を喪失した場合、人的担保と物的担保間でどのように分担するかという問題について、改正物権法は物的担保優先説を採らず、平等説を採り、保証人が負うべき履行責任および抵当物の価値に比例して分担金額を定めるとした（879条2項）。

動産質権は債権者が動産を占有していることを質権の成立および存続要件としているため、企業経営における資金調達に適さないことから、非典型担保物権が勃興することになったが、動産質権は質屋などの営業質においては依然として重要な役目を果たしている⁵⁴。しかし、中華民国物権法の制定時には、まさしく実務上もっとも重要な営業質が民法の動産質権規定の適用範囲から排除

⁵³ 共同抵当権に関し、日本の物権法の教科書にはいずれも、相当詳細な記述がある。物権法の改正前においては、台湾の物権法の学説ではこれにつき議論が多くなかったが、今回の改正は大量に日本の学説を参考にしたはずである。

⁵⁴ 質屋業は早くも清朝統治期にはあって、台湾ですでに盛んに行われていたし、1919年以後、日本総督府も地方官庁の経営する公設質屋を設置した。質屋をめぐる台湾の法律発展について、陳宛妤『法律継受與伝統融資活動—以合會與當舖在台湾的法律發展軌跡為中心』台湾大学修士論文（2004）85～112頁。

され（民法物権編施行法20条参照）、別に質屋業管理規則〔當舖業管理規則〕および質屋業法〔當舖業法〕が相次いで制定されたものの、このことは民法動産質権のもっとも重要な適用対象をとりあげてなくしてしまうことにほかならなかった。ところが2007年の物権法改正によって、営業質は民法の適用対象に戻され、営業質の特殊性から、一般規定（899条の2）とりわけ流質契約禁止規定の適用を排除し、流質期間満了後5日以内に受け戻さないときは、質権者が質物の所有権を取得し、被担保債権は同時に消滅すると明文で規定した（899条の2、日本の質屋営業法19条参照）。その他の質権に関する改正の意義は大きくない。根質権の追加（899条の1）はとりあげる価値が比較的あるものの、この規定の実際の意義がどのようなものかは、さらに観察しなければならない。

3 不法行為法の発展

(1) 体系と特色

① 外的体裁

台湾民法における不法行為〔侵權行為〕の規定は、大きく構成要件と法律効果の2つに分かれている。改正前の民法における不法行為の体系は、一般的に民法184条の一般不法行為と民法185条から191条までの特殊不法行為に分けられることが多い。個人的には、自己行為責任についての狭義の不法行為法（一般不法行為、共同不法行為および公務員の不法行為責任）と対人責任（法定代理人責任、使用者責任）および対物責任（動物占有者責任、工作物所有者責任）についての規範である準不法行為法（Quasideliktsrecht）に区別されるべきだと考えている⁵⁵。賠償責任に関して、台湾民法は〔債之標的〕〔債権の目的〕において損害賠償の一般規定（213～218条の1）を有しているが、不法行為の要件規定の直後においても192条以下に不法行為の損害賠償についての特別規定を改めて設けている。

⁵⁵ 詳しくは、陳自強「民法侵權行為法体系之再構成（下）」台湾本土法学雑誌17号（2000）28頁参照。

② 保護の客体

不法行為法の構成におけるもっとも重要な問題のひとつは、その保護の客体を権利に限定するか、あるいは権利以外のその他の利益にもおよぼすかという問題である。権利に限るとしても、所有権、生命、身体、健康および人身の自由などの絶対的権利に限るべきであろうか。フランス民法1382条は権利に限っていないため、その不法行為が発展する空間はきわめて広く、純粋な経済損失についても法律適用の問題はたやすく解決される。台湾の一般不法行為には3つの基本的構成要件があり（184条）、そのうち「故意に善良の風俗に反する方法で他人に損害を加えた者」（1項後段）および「他人を保護する法律に違反したとき」（2項）という規定は、ドイツ民法826条および823条2項に倣ったものであり、その保護の客体が権利に限られないことについて争いが無い。もっとも争いのあるのは、基本的構成要件のうちでもっとも基本的なもの、すなわち、「故意又は過失によって不法に他人の権利を侵害した者は、損害賠償の責任を負う」（1項前段）という規定である。当該規定は「不法」という要件を明示したこと⁵⁶を除いて、ほぼ日本が1898年に施行した民法709条の規定⁵⁷を翻訳したものであり、ドイツ民法823条1項が保護の客体を絶対的権利に限ると明文で規定しているのとは、少なくとも用語において違いがある。不法行為におけるいわゆる権利に債権などの相対的権利が含まれるかどうか、すなわち、債権実現の妨害が不法行為法の保護を受けるかどうかについては、日本の学説に争いがあり⁵⁸、台湾でも同様の議論があるが、以前は肯定説が通説であった⁵⁹。ここ数年来ドイツに留学した学者がドイツにおける戦後の発展を深く掘り下げて紹介するにつれて、すでに否定説が優勢となっている。

③ 過失責任主義の堅持

⁵⁶ 日本民法は明示的に不法を要件としていないからこそ、不法行為の判断上に「違法性」が必要かどうか、それと過失とはどのような関係があるかをめぐり、学説には争いがある。瀬川信久「民法709条（不法行為の一般的成立要件）」広中＝星野・前掲注6）『民法典の百年Ⅱ』559頁以下参照。

⁵⁷ 2004年に日本民法709条が改正され、保護の客体に「法律上保護される利益」が追加された。

⁵⁸ 加藤雅信『事務管理・不当利得・不法行為〔初版〕』（有斐閣、2002）210頁以下。

⁵⁹ 孫森焱『民法債編総論（上冊）〔修訂新版〕』（1999）214頁。

過失責任主義は19世紀以来、各国における不法行為法の基本原則であり、台湾民法は184条の基本的構成要件においてこれを採用しているだけでなく、いわゆる自己行為責任でない領域でもこの原則を堅守し、わずかに他人を保護する法律に違反した不法行為および対人責任と対物責任の規定⁶⁰に過失推定を運用して、過失責任の厳格さを緩和している（中間責任）。

過失による不法行為における過失の認定について、台湾民法の通説によれば、過失は客観的な善良なる管理人の注意をもって判断基準とすべきとされ、いわゆる過失の客観化と類型化を図っている⁶¹。これと関連するが完全に同じ問題ではないのは、過失一元論ないし違法性過失二元論の争いであり⁶²、過失不法行為を判断する上で、違法性（Rechtswidrigkeit）と有責性（Verschulden）を区別すべきか⁶³、あるいは過失を単に注意義務違反（duty of care）とするか、または客観的的行為義務違反とするかという問題がある。これに関する理論の発展としては、台湾ではドイツと日本の理論、とくにドイツの社会生活上の義務（Verkehrspflicht）の学説を継続的に継受しているほか、アメリカの不法行為理論および法の経済分析が紹介されたこと⁶⁴、英米法系の法的思考や問題解決の方法を用いて契約外損害分配の問題を処理する試みが台湾の民法学説に導入されたことが注目される。

⁶⁰ ドイツ民法833条の動物占有者の責任は、部分的に無過失の危険責任を採用しているが、台湾民法はそれを継受しておらず、日本民法718条、スイス債務法56条と類似する規定をおいている。

⁶¹ 王澤鑑『侵權行為法第一冊、基本理論・一般侵權行為〔初版〕』（1998）296頁。

⁶² 日本の学説には重大な争いがあるようである。これについては前田達明「権利侵害と違法性」藤岡康宏編『権利侵害と被侵害利益』（日本評論社、1998）15～17頁。

⁶³ たとえば、ドイツの学説には注意義務を外的注意（äußere Sorgfalt）および内的注意（innere Sorgfalt）に区別するものがあり、前者は違法性、後者は有責性の判断問題である。これに関して、陳・前掲注55）20～25頁。

⁶⁴ たとえば、アメリカのLearned HandはUnited States v. Carrole Towing Co.に提出したThe Negligence Formula of Learned Handの紹介である。これに関して、王澤鑑・前掲注61）299頁。このハンドの定式は日本においても広く紹介されている。内田貴『債權各論〔初版〕』（東京大学出版会、1997）317頁、吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社、2008）25頁参照。

(2) 民法以外の危険責任

台湾民法の制定時に不法行為法はすでに、187条3項の行為無能力者あるいは制限的行為能力者および188条2項の使用人の衡平責任⁶⁵のように、きわめて少ないながらも無過失責任の規定を有していたとはいえ、無過失責任においても重要な発展は依然として危険責任にある。台湾法の危険責任は、民法典以外の特別法から始まったのであり、もっとも主要なものは、民用航空法、原子力損害賠償法〔核子損害賠償法〕および消費者保護法である。そのなかでも、日本の製造物責任法と同じ年に誕生した消費者保護法7条は理論上、実務上大きなインパクトを与えた。すなわち、同条は「商品の設計、生産、製造又はサービスの提供に従事している企業経営者は、商品を提供して市場に流通させ、又はサービスを提供するときに、当該商品又はサービスが当時の科学技術あるいは専門レベルによって合理的に期待しうる安全性に符合するよう努めなければならない（1項）。商品又はサービスが消費者の生命、身体、健康、財産に危害を加える可能性のあるときは、明らかなるところに警告標示及び緊急処理の方法を示さなければならない（2項）。企業経営者は、前二項に違反したことによって、消費者又は第三者に損害を加えたときは、連帯して賠償責任を負わなければならない。ただし、その無過失を証明することができるときは、裁判所はその賠償責任を軽減することができる（3項）」と規定した。その他の国でよく見られる製造物責任〔産品責任〕あるいは製造者責任の立法と比べて、上記規定にはいくつかの特徴がある。第1に、当該条文の適用範囲にはサービス提供者責任〔服務者責任〕を含むため、とくに医師などの専門職の技術者が提供するサービスに当該条文を適用するかどうかという論争が生じている。第2に、当該条文におけるいわゆる商品には、消費者保護法施行細則4条によれば、動産に限らず不動産も含まれる。第3に、同条は1項において企業経営者に〔安全性符合義務〕を課し、他方でその責任を無過失責任とし、企業経営者が自己の無過失を証明できれば、裁判所はその賠償金額を軽減できると規定

⁶⁵ 188条2項「被害者が前項但書の規定によって損害賠償を受けることができないときは、裁判所はその申立てによって、使用者と被害者の経済状況を斟酌し、使用者に全部又は一部の損害賠償をさせることができる」。

している⁶⁶。そのほか、消費者保護法51条によれば、損害は企業経営者の故意によるものならば、賠償額の3倍以下の懲罰的損害賠償金を、過失によるものならば、2倍以下の懲罰的賠償金を請求できる。もとより懲罰的損害賠償はアメリカ法に特有なものであり、この規定はアメリカ法が上述の動産担保取引法だけでなく損害賠償法においても、台湾民法の発展に影響していることを意味している。

(3) 債権編の改正

① 商品製造者責任

立法論として、消費者保護関連規定は民法典以外に特別に立法されるべきか、あるいは民法体系中に戻されるべきか、容易に答えられる問題ではない。EU各国が私法領域の関連指令を国内法化するときに、各国の態度はまちまちであった。たとえば、ドイツにおける2002年の債権法の改正は、EU指令を国内法化するために特別法として制定された多数の法規定を民法典に統合したものの、1985年の欧州経済共同体の瑕疵商品責任に関する指令を国内法化するため1989年に制定した欠陥製造物責任法（Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte）は、そのままとされた。いずれにしても重複して規定されているわけではない。台湾は1994年に消費者保護法に商品およびサービス責任を規定したものの、1999年に債権編を改正し、191条の1に商品製造者責任を追加した。すなわち、「商品製造者は、その商品の通常の使用又は消費により他人に損害を与えたときには、賠償責任を負う。ただし、当該商品の生産や製造あるいは加工や設計に欠陥がないとき、その損害が当該欠陥によるものではないとき、もしくは損害発生防止に相当な注意を払ったときは、この限りではない」とした。これは民法不法行為法の対物責任と同様の過失推定責任を採用したもので、責任の基礎は行為義務違反であり、消費者保護法における無過失の危険責任とは明らかに異なる。特別法の規定がより厳格ならば、その適用範囲はさらに広がることになり、一般規定を適用する機会は多くないはずで、両者が併存

⁶⁶ 王澤鑑・前掲注61）19頁は、これについて、台湾法の獨創性であり、世界各国を調査しても例がないと述べている。立法過程について、朱柏松『消費者保護法論』（1999）114頁以下。

していることは、法律適用の競合関係の争いを増すだけかもしれない。消費者保護法の商品責任と民法の商品製造者責任が、法条競合なのか請求権競合なのかについて、学説には争いがある⁶⁷。特別法のほかに改めて一般法を制定したのは、もしかすると立法過程とも関係しているかもしれない。というのも、民法債権編の改正作業は1974年に始まり、消費者保護法の起草はその後のことだったのだが、後者が先に成立してしまったからである。改正委員会は不法行為法の体系を維持するため、民法にも規定を追加すべきだと考えたのだろう⁶⁸。

② 動力車両運転者責任

1999年の民法債権編の不法行為に関する改正において、比較的意義があるのは、191条2項の動力車両〔自動車やバイクなど〕運転者責任がそのひとつである。立法理由では、当該条文について、イタリア、ドイツ、スイスおよび日本の自動車損害賠償保障法3条における自動車事故に対する賠償責任の特別規定を参照しつつ、台湾の国情を斟酌して追加したと説明されている。しかし、当該条文但書では、運転者が損害発生防止に相当な注意を払っていれば賠償責任を負わないと規定されていることから、当該規定は無過失責任ではなく過失推定責任であり⁶⁹、なおかつ車両占有者責任ではなく運転者責任となっている⁷⁰。当該条文の追加が、強制自動車責任保険法（1996年制定）に対応するものならば、なぜ自動車所有者の無過失責任という立場を採用しなかったのか、理解に苦しむところである。

⁶⁷ 姚志明「消費爭議與民法及消保法適用之問題」月旦法学雑誌110号（2004）24頁参照。

⁶⁸ 郭麗珍「台湾産品責任法十年來之發展概論」月旦法学雑誌110号（2004）28頁参照。

⁶⁹ 王・前掲注61）25頁は、民法191条の1の商品製造者責任および同条の2の動力車両運転者責任を、いずれもいわゆる「推定過失の危険責任」とであると認めながら、「無過失の危険責任」とは異なり、過失推定の原則が採られていると考えている。

⁷⁰ 191条の2の改正草案では、車両占有者の連帯責任に関する規定があったが、立法委員はその規定につき、「社会の構成に重大な衝撃を与え、または車を貸して他人に利用させるという感情的交流に劇的な変化をもたらす」と考えたため、それを削除した。

③ 危険行為責任

今回の債権編改正においてもっとも特色があり、かつもっとも争われたのは、191条の3にほかならない。すなわち、「一定の事業を經營し、あるいはその他の仕事や活動に従事している者は、その仕事や活動の性質あるいはその使用した工具や方法につき他人に損害を与える危険を生じさせたときには、他人に対する損害につき賠償責任を負う。ただし、損害がその仕事や活動あるいは使用した工具や方法によらないとき、又は損害発生の防止に相当の注意を払っていたときは、この限りではない」。当該条文の法的性質や解釈適用に関してはかなりの論争があったが、立法理由の説明によれば、改正委員は当該条文について危険責任の立法例であって伝統的な過失責任ではないと考えており、しかも改正理由においてイタリア民法2050条を引用していることから、この条文こそが母法であると暗示しているようである。個人的には、当該条文はドイツ法の意義における危険責任でないし、イタリア民法の危険行為責任でもなく、過失推定責任だと考えている⁷¹。

④ 人格権保護の強化

人に対する侵害（生命、身体、健康および人身の自由の侵害）以外の人格的法益の侵害により、財産的損害が発生することはもとよりあるが、非財産的損害に対する金銭賠償、すなわち、被害者が相当金額の慰謝料〔慰撫金〕を請求できることは、被害者にとってもっとも実益がある。台湾民法はドイツ損害賠償法の伝統的な見解を継受し、18条2項において人格権を侵害された場合、法律に明文の規定がある限りにおいて慰謝料を請求できると規定している。立法当時、人格権の侵害によって非財産的損害の賠償を請求できるのは、生命権以外に、身体、健康、名誉、自由、姓名に限られ、その他の人格的法益が侵害された場合には、被害者は不法行為の一般規定によって財産的損害賠償を請求できるが、慰謝料を請求することは困難だった。今回の改正は、慰謝料請求の範囲を、信用、プライバシー、貞操あるいはその他の人格的法益を不法に侵害されて、その事情が重大な場合にまで拡大した。このほか、未成年者が誘拐されるとか、配偶者が他人と姦通するといった身分的法益の侵害についても慰謝料を請求できるかどうかについてははっきりしなかった。債権編の改正において、

⁷¹ 個人的な見解である。陳自強・前掲注55) 32～43頁参照。

親子あるいは配偶者の身分的法益が不法に侵害され、その事情が重大な場合には、慰謝料を請求できると明確に定めた。

損害賠償の改正と関連するが、体系上は債務不履行の改正に属するものとして、不完全履行〔不完全給付〕の際の損害賠償の改正がある（227条の1）。台湾の民法学説は不完全履行を〔瑕疵給付〕（不完全履行により履行利益が損害された場合）と〔加害給付〕（家具業者が家具を搬送中に不注意により買主の絨毯に損害を与えたというように⁷²、固有の利益が侵害された場合）に区別している。1999年の債権編の改正前は、契約にもとづいて損害賠償を請求する場合に、非財産的損害の賠償を請求することはできず、間接被害者が損害賠償を請求できるという明文規定もなかった。それゆえ非財産的損害の賠償を請求したい被害者および間接被害者は、たとえば医療過誤により患者が死亡した場合、被害者の家族が慰謝料および扶養される権利を喪失したとして損害賠償を請求したければ、不法行為の規定にもとづいて主張しなければならなかった。改正債権編は、不完全履行の実定法における地位を明文で確認しただけでなく、〔加害給付〕の態様を承認し（227条2項）、さらに227条の1において、生命権、身体健康権およびその他人格的法益が侵害されたときにおける不法行為法の損害賠償および消滅時効に関する特別規定を準用すると規定した。その結果、人格的法益を侵害された場合、たとえ不法行為責任および契約責任の規定に同時に該当したとしても、法的効果は大同小異となった。この改正の方向性は、ドイツにおける2002年8月1日の損害賠償についての改正趣旨⁷³と同様であって、台湾が一步先に成立させたことになる。

4 契約法の発展

⁷² 我妻栄『債権総論〔新訂〕』（岩波書店、1984）151頁の例である。

⁷³ ドイツ民法253条2項は、「身体、健康、自由又は性の自己決定権を侵害したことによって、その損害を賠償すべきときは、被害者は非財産的損害についても公平な金銭的賠償を請求することができる」と規定している。もともと不法行為に規定されたもの（847条）が、債権総則の損害賠償の一般規定に移されたことにより、契約義務違反および危険責任を追求する場合、上述の権利侵害につき非財産的損害に対しても賠償を請求できるようになった。vgl., Jauernig/Teichmann, 12. Aufl. 2007, § 253 BGB, Anm 1.

(1) 体系と特色

① 外的体裁

台湾民法は債権契約を独立の編としておらず、条文においてもっばら契約を規律対象としているものも、債権編に限られない。民法総則の法律行為の規定には、制限行為能力者が法定代理人の同意を経ずになした契約に対する規範がある（79～82条参照）。債権通則の債権の発生に関する節の第1款（153～166条の1）および債権の効力に関する節の第4款（245条の1～270条）は、いずれも「契約」を標題とし、直接債権契約をその規律対象と明示している。この点、日本の債権総則の章は第3節の多数当事者の債権および債務において、台湾民法およびドイツ民法では各種の債権の保証債務および貸し金などの根保証契約⁷⁴（446～465条の5）に属するものを規定しているほかは、もっばら契約を対象にすると明示しているものはなく、やや異なっている。債権編第2章の各種の債権には、民商統一法ではない国の民法典においてよく見られる売買、贈与、賃貸借、請負、委任などの有名契約類型のほか、民商二元制の商法典に規定されている伝統的な商事契約、たとえば問屋、倉庫営業、運送営業、運送取扱営業〔承攬運送〕といった契約類型もあるが、事務管理、不当利得および不法行為などの法定された債権関係は債権通則に規定されているため、台湾民法における各種の債権とは、各種契約による債権であるにすぎない⁷⁵。

⁷⁴ 保証、和解やその他の債務の履行および債権の確保に関する契約には、必ず原因関係があるので、売買、賃貸借、請負などそれ自体で経済的な目的を達成しうるものとは、完全に同じではなく、法構造としてはむしろ債権譲渡により近い。したがって、体系の観点からすると、保証が債権総則に置かれているのは適切であるが、日本民法は終身定期金および和解を各種の契約に規定しており、徹底しきれていない嫌いがある。

⁷⁵ 民法制定時には各種の債権の章は、一般に24種類の契約および2種類の単独行為から構成されると考えられていた（鄭玉波『民法債編各論（上冊）（第6版）』（1979）1頁）。しかし、民法における商店支配人の規定は有名契約の類型なのか、もしくは代理の特別規定なのか、さらに指図証券および無記名証券は単独行為なのか、契約なのかについては、学説には争いがある。にもかかわらず、「各種の債権」が事実上は各種の契約の債権であるということは否定されていない（鄭玉波・前出）。

しかしながら、契約に関する法律規範は、決して上述のもっぱら契約を対象とすると明記された条文に限られるわけではなく、個人的見解によれば、民法総則の法律行為に関する規定は、主要な適用対象を債権契約関係の発生、変更、消滅にかかわる法律行為としており⁷⁶、それ以外の法律行為に民法総則の法律行為規定を適用できるかどうかについては、疑念や論争の程度を異にしているにすぎない⁷⁷。それだけではなく、民法総則における消滅時効の客体が、たとえば債権や債権的請求権に限らないとしても、それらはもっとも重要なものである⁷⁸。債権通則の適用対象は、法典における配列の形式的論理によれば、その名が債権通則である以上、そのすべての規定は、あらゆる債権関係に適用されるのであって、法定の債権発生原因によるものか、あるいは法律行為により生じたものかは問わないはずである。しかしながら、実際の運用は、法定の債権関係の規定（172条以下）および若干の損害賠償に関する制度（とりわけ213条から218条の1までの損害賠償に関する規定および272条以下の連帯債務に関

⁷⁶ 債権契約は、もとより契約関係を発生させるもっとも重要な法律行為であり、民法総則における法律行為の主要な規範対象でもあり、さらに私的自治の原則ないし契約自由の原則を実現する手段でもある。しかし、債権関係を変更、消滅させる法律行為は、これに限られない。たとえば優先買取権・選択権の行使は、権利の内容によって債権契約を発生させるし、変更権、解除権、終止権の行使によって、契約関係を変更・消滅させる。また、契約当事者は契約によって、契約関係を変更（債権の変更契約）あるいは消滅（合意解除もしくは合意終止）させることができる。以上の法律行為は、いずれも契約関係を発生、変更および消滅させることができるのであり、法律行為の規定が適用になることはいうまでもない。

⁷⁷ 物権行為の適用に関して、陳・前掲注27) 391頁以下。身分行為の適用につき、戴炎輝＝戴東雄『中国親屬法〔修訂版第1版〕』（1986）7頁。四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第5版増補版〕』（弘文堂、2000）は、法律行為の分類において、もとより財産行為と身分行為の区別があるが、身分行為には当然に適用されるわけではないとする。川島武宜『民法総則』（有斐閣、1965）はさらに、中川善之助が主張した総則編の規定を原則として身分行為に適用すべきではないという見解について、すでに多数説となっているとしている。

⁷⁸ 日本の民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』（商事法務、2009）は、債権編に「債権時効」の節を追加するように提案している。

する規定)を除いて、契約は依然として債権通則の主要な適用対象である⁷⁹。台湾の債権通則が規定している事務管理、不当利得および不法行為は、各種の債権に適用しうる一般規定に属しておらず、立法者がドイツ債務法とスイス債務法の体系を混在させたため、体系に紊乱が生じている。これに比べて、日本民法の債権編は総則、契約、事務管理、不当利得および不法行為の5章に分かれており、契約法の法律規範は、あらゆる債権の関係を規定している債権総則および契約の章に適用しうるほか、契約の章はさらに契約総論と各種契約に分かれているので、体系が明瞭でわかりやすい。比較すれば、債権および債権関係という抽象的法律概念を基礎として債権法を構成する方が、法律適用の焦点があいまいになるということがないであろう。

② ドイツ法律行為論の継受

法律行為ないし意思表示の概念を構成して体系化するのには、19世紀のドイツ法学の主要な成果であり、世界の法学に対する偉大な貢献のひとつでもある⁸⁰。しかし、法律行為、意思表示および契約を法律行為規定の核心としているドイツ民法総則の体裁は、他国の民法立法者から唯一可能な立法例とみなされたわけではない。ドイツの法律行為規定が規律している問題は、フランス法系の国では多くは債権法において、英米法系の国では契約法において処理されている。それだけではなく、ドイツ法系の国でさえ、単にそのまますべてを受け入れているわけではなく、スイス民法には総則がないばかりか、スイス債務法にも法律行為の一般規定がない。台湾民法と日本民法は類似しており、いずれも民法総則をもち、総則には法律行為の一般規定があるものの、契約の成立についてはいずれも民法総則に規定されていない。台湾民法はそれを債権通則において

⁷⁹ 鈴木禄弥『債権法講義〔3訂版〕』（創文社、1995）は、債権法の総論および各論を含む教科書であり、損害賠償に関する説明が不法行為におかれ（86頁以下）、債権の目的（265頁）、債権者代位権および取消権（168頁以下）、債務不履行（260頁以下）、同時履行の抗弁権（288頁）などはともに売買におかれるが、利息・弁済および債権の消滅のその他の原因についての論述は消費貸借におかれている。同氏の債権法に対する体系編成は、恣意的なものではなく、実際の運用の観点にもとづいたものとなっている。

⁸⁰ ドイツにおける法律行為および意思表示の概念の形成に関し、Flume, AT, 1992, S.28 ff. 参照。

おり、スイスの立法例から影響を受けていることが顕著で、日本民法が債権編における契約の章の総則に規定しているのとは異なる。契約法の法律規範に法律行為や意思表示の概念が存在しないことは想像しえないわけではないとしても、立法論としては法律行為を依然として契約法の外にある抽象的法律概念としなければならないのか、あるいは直接に契約によってそれに代えることができるかは、議論の余地があろう⁸¹。

台湾民法における法律行為の構成はドイツ民法と完全に同じわけではないが、法律行為はつとに立法者が使用する法律概念となっており、法律行為および意思表示という概念の発祥地であるドイツの学説を継受することは、台湾法を理解して適用するためには回避できないことである。ドイツの法律行為を忠実に継受しようとするならば、とりわけ法律規定そのものがドイツにおける法律行為の規定を継受している場合、ドイツの法律文献を直接消化吸收し、加えて一定程度内在化することこそが、正道のはずである。しかし、民法学発展の軌跡を概観するならば、ドイツの法律行為論を日本の学説をとおして間接的に継受していることは、台湾における学説継受の唯一の方法であるとまではいえないとしても、それが主要な源泉となってきたのであり、台湾民法学における法律行為理論の形成に深い影響を与えた。たとえば、台湾学説が法律事実における行為を適法行為と違法行為に分け、さらに違法行為を不法行為と債務不履行に分け、準法律行為には意思の通知、観念の通知および感情の表示の3つがあるとしているのは、いずれも日本の民法教科書によく見られる説明である⁸²。これ以外にも、法律行為の要件は成立要件と効力要件〔生効要件〕に分けられ、この2つはそれぞれ一般要件と特別要件に区別されているが、個人的推測によれば、これもまた日本の民法学説を継受したものである⁸³。以上のような法律行為の理解について、日本の初期学説がドイツから19世紀の法律行為論を継受した結果なのかどうかについては判断できないが、ドイツで現在流行している

⁸¹ これに関し、内田貴『総則・物権総論〔第3版〕』（東京大学出版会、2005）337頁。

⁸² 鄭玉波『民法総則〔修訂版〕』（三民書局、1982）215頁、鈴木祿弥『民法総則講義〔改訂版〕』（創文社、1990）171頁参照。

⁸³ 高窪喜八郎『民法総則編（上巻）』（法律評論社、1929）599頁以下は、歴年の民法学説・判例における成立要件および効力要件に対する論述およびその出典をすべて網羅しており、個別に調べる労を免れ、かなり参考になる。

民法総則の教科書は、法律行為の成立要件と効力要件の概念とその区別によって法律行為を説明していないし⁸⁴、債務不履行を違法行為に分類することもない。こうしてみると、その輸入先が日本だからというだけで頭から排斥してはならないし、人に因って言を廃すべきでないのは論を俟たないが、どうしてドイツの法律行為論をもって、これに相当する論述をしないのか、考えてみる余地がないわけではないように思われる⁸⁵。

台湾の民法学者が初期に日本の学説を大量に参考したことには、日本法を継受している以上それなりの正当性がある。たとえば、台湾民法87条但書が通謀虚偽表示はその無効につき善意の第三者に対抗できないとしているのは、日本民法94条2項を継受したものである。ドイツ民法117条1項には同様の規定はないので、この規定をどのように理解するかは、日本の学説を参考にするしかないであろう⁸⁶。しかしながら、日本民法の前記条文の由来は、フランス民法1321条であり⁸⁷、この規定は日本民法177条、178条の登記および引渡しを対抗要件とする規定と同様の立法趣旨によるであろう。もしドイツの形式主義を採っているならば、物権変動にかかわらず、物権法の公信の原則（不動産および動産の善意取得）や権利外観理論の妥当な運用をとおして、第三者の正当かつ合理的な信頼を保護することができる。ドイツ民法には類似の規定がないにもかかわらず、これについて不都合が生じているわけではない。台湾民法は物権変動につきドイツの立法例を採っている以上、フランス法系を背景とする日本民法94条2項の規定を採用する必要があるかどうかは、再考の余地がある。もしこのような背景を知らずに日本の学説をそのまま鵜呑みにすれば、必ずや通謀虚偽表示の効力が第三者の主張によって左右されるという奇妙な見

⁸⁴ Larenz, AT, 7. Aufl., 1989, § 18 I, S. 316は、「法律行為の要件」に対する叙述があるが、台湾の通説に類似の説明は見られない。そのほかの教科書の説明も、実際、大同小異である。Hübner, AT, 2. Aufl., 1996, Rz. 610 f.

⁸⁵ 伝統的な法律行為の要件に対する批判につき、陳自強「法律行為・法律性質與民法債編修正（下）」台湾本土法学雜誌6号（2000）2頁以下。

⁸⁶ 当該条文の但書における第三者とは誰なのか、その無効が対抗できないとはいかに理解すべきかにつき、台湾の学説は実際、日本の学説を参考にしている。たとえば、史尚寛『民法総論〔台初版〕』（1970）349頁は、薬師寺、鳩山、田島、穂積などの学者の著作を引用している。

⁸⁷ これについては、大村敦志『民法読解：総則編』（有斐閣・2009）306頁。

解に至る恐れがある⁸⁸。

台湾における法律行為論の初期の発展は、法律行為の一般論を解明するにあたり日本学説の影響を深く受け、法律規定には明らかに日本民法と目的や方法が一致しないものもあるのに、伝統的な民法の教科書は依然として日本から完全に脱却することができないでいる。錯誤論の発展は、その戒めとすべき前例である。日本民法95条は、「意思表示は、法律行為の要素に錯誤があったときは、無効とする。ただし、表意者に重大な過失があったときは、表意者は、自らその無効を主張することができない」と規定しており、おおよそドイツ民法の119条から122条までを継受している台湾民法の88条から91条までとは、少なくとも法律条文の表現において天と地の差ほど異なっている。このような状況において、台湾の初期の学者は、意思主義を基礎とした日本の民法学説を参考にすることが少なくなく、ドイツにおける錯誤規定の解釈と適用の発展についてはそれほど重視していなかった。台湾の通説は内容の錯誤と動機の錯誤の区別を認めており、動機の錯誤は原則的に取消することができないが、「動機を外部に表示したならば、明示あるいは黙示にかかわらず、当該動機が意思表示の内容を構成し、その錯誤は意思表示の内容の錯誤にあたる」⁸⁹と考えられている。この説の来歴や経緯について、個人的にはもとより断定できないが、ドイツの通説ではないはずであり⁹⁰、個人的推測によれば、東京大学の我妻栄による戦前の「動機表示」理論の影響を受けたものと思われる⁹¹。当該理論の妥当性に

⁸⁸ 個人的には、通謀虚偽表示は無効であり、第三人が有効だと主張することによって突如として有効になるわけでないから、いわゆる善意の第三者に対抗できないというのは、第三者は意思表示が有効だった法律状況（通常は権利の変動、たとえば、所有権の移転）を主張できるという意味だと考えられる。これについて、陳・前掲注27）227頁参照。

⁸⁹ 洪遜欣『中国民法総則〔修訂再版〕』（1978）386頁。

⁹⁰ Flume, AT, 1992, S. 492は、一般的な場合、動機は契約の一方当事者のものにすぎず、他方当事者にとって、その契約目的を達成することに関わりがないとする。

⁹¹ 我妻ほか『民法総則・契約概論・暴力行為等処罰法』（日本評論社、1928）に、当該理論が見られる。学説の発展に関して、森田宏樹「民法95条（動機の錯誤を中心として）」広中＝星野・前掲注6）『民法典の百年Ⅱ』176頁以下。

については本稿で論ずることはできないが⁹²、日本の戦前の学説が台湾の伝統的な民法学説に与えた影響について、ここにその一斑を見ることができよう。ドイツ民法における法律行為論を直接継受するという作業につき、重大な責任が戦後70年代の新世代の法律家の肩にのしかかっていたにもかかわらず⁹³、それ以前の先達が苦勞して困難を乗り越えて茨の道を切り拓き、すでに相当の成果を上げた故か、法律行為の重要性に鑑みれば、関連論文の数量はそれにふさわしいものとはいえない。物権行為の無因性についての検討は、もっとも重要な例外かもしれない。

③ 無因性理論の継受

法律行為は有因行為および無因行為に分けることができ、いわゆる無因性原則を承認するのは、比較法的にはドイツ民法の特色となっている⁹⁴。台湾の民法学説のドイツにおける無因性理論に対する認識としては、いまなおもに物権行為の無因性にとどまっており、研究や議論がもっとも多いが⁹⁵、ドイツの無因性理論におけるそれ以外の2つの類型、すなわち無因債権行為の承認および代理権授与行為の無因性をめぐる論争には、まだ同じような関心が注がれるに至っていない。

a. 物権行為の無因性

物権行為の無因性原則とは異なり、独自性原則がなければ、いわゆる無因性原則もないことになる。たとえば、日本民法176条のいわゆる「意思表示」を売買などの契約の意思表示と解するならば、物権変動にはもっぱら物権変動を目的とする意思表示は必要ない。すなわち、そもそも物権行為が存

⁹² 陳自強「意思表示錯誤之基本問題」政大法学評論52号（1994）335頁参照。

⁹³ たとえば、表示上の動機の錯誤について取消ができるという伝統的な見解は、ドイツの文献を直接参照できる学者が著した民法総論の教科書にはすでに見られない。王澤鑑・前掲注8）400頁参照。

⁹⁴ Zweigert, Einführung in die Rechtsvergleichung, Band1, 1. Aufl., 1971, § 15 II.

⁹⁵ これに関する文献は枚挙にいとまがないが、個人的には、当該問題の実際の重要性に比例していないと思われる。蘇永欽「物権行為の独立性與無因性」戴東雄教授六秩華誕祝寿論文集編輯委員會編『固有法制與当代民事法学：戴東雄教授六秩華誕祝寿論文集』（三民書局、1997）279頁以下参照。

在しないので、物権行為の無因性の問題を提起しても、自ら面倒を惹き起こすだけである⁹⁶。独自性原則を採用としても、無因性原則が唯一の選択肢ではなく、たとえばスイス民法は物権契約（dingliche Einigung）を承認しており、少なくとも動産所有権の移転について、原因行為が無効ならば、動産を引渡しても所有権の変動は生じないという要因説を採っている⁹⁷。ドイツ民法は独自性原則を採りつつ、無因性原則も採っているので、現行法の解釈において疑義はない⁹⁸。台湾民法の立法者が多くの立法の選択肢のなかから、少なくとも独自性原則を確立しており（761条1項但書参照）、無因性原則を明文で規定していないものの、それは学説の一致した見解というべきである⁹⁹。しかし、個人的な観察によれば、台湾の学説はドイツにおける物権行為の無因性理論を継受する際に、ためらいを見せていた。というのも、台湾の伝統的な見解が承認した無因とは、ドイツにおける本来の意味での無因ではなく、いわゆる「相対的無因」であり、すなわち「行為の形態や当事者の意思に照らし、有因になることがありうる（台湾民法が採用したのは、まさに相対的無因である）」というものであったからである。たとえば、債権行為と物権行為が同時に行われる場合には、両者が同じ運命をたどると解しうるが、これは行為の態様にもとづいて有因ともしうるのである。また、債権行為と物権行為が当事者の意思によって相互に結合する場合には、法律行為が一部無効であればすべて無効とする民法111条の規定を適用できるが、これは当事者の意思にもとづいて有因とすることに他ならない¹⁰⁰。ドイツの学説ではもとより条件関連（Bedingungszusammenhang）、瑕疵の同一性（Fehleridentität）、法律行為の一体性（Geschäftseinheit）など、物権行為の無因性を乗り越える主張がなさ

⁹⁶ 日本学説における争いに関しては、我妻・前掲注20）56頁、千葉恵美子ほか『物権〔第2版補訂版〕』（有斐閣、2008）208頁。

⁹⁷ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12.Aufl, Nachdruck 2006, Schutthess, S.906.

⁹⁸ ドイツの物権行為に対する検討および批判は、絶えず耳に届いている。vgl. Flume, AT, 1992, S. 176 f.; Medicus, AT, 1992, Rn.230.

⁹⁹ 王澤鑑「物権行為無因性理論之検討」同『民法学説與判例研究第一冊〔第5版〕』（1980）281頁。

¹⁰⁰ 鄭玉波『民法物権〔修訂3版〕』（三民書局、1963）38頁、王澤鑑・前掲注99）287頁参照。

れている。しかし、台湾の学説でいわれている相対的無因は、ドイツの通説における理解と明らかに異なっており¹⁰¹、台湾の学説で言われるところの「相対的無因」もまた、日本の戦前の学説を継受したものかも知れない¹⁰²。

b. 無因債権行為

法律行為の有因・無因の問題が、物権行為とその他の処分行為（たとえば債権譲渡行為）だけに限られるかどうかについては、日本の学説には争いがあるものの¹⁰³、手形行為〔票據行為〕が独自性を有することについては、疑義がないと思われる¹⁰⁴。台湾でも手形が無因証券であることは、学説の一致した見解だが、手形行為が単独行為か契約かは、人により見解が異なっている。いずれにせよ、手形行為は処分行為でなく債権行為であり、もし手形行為が契約ならば、公認された無因債権契約ということになる¹⁰⁵。手形法の学者は、手形行為の無因性を一致して肯定しているけれども、手形行為と原因行為との関係について、従来、あまり関心が払われてはいなかった¹⁰⁶。そのほか、債権法理論は従来、債権契約には有因と無原因（無因）の区別があることを承認してきたが、無因的債権契約に対する認知は無因債務約束と債務承認だけに限るものが多い。この両者は明らかにドイツ民法780条、781条に由来しており¹⁰⁷、ドイツにおける無因債権契約理論の発展と検討状況について、比較的深く理解されるようになったのは、近年のことにすぎない¹⁰⁸。個人的観察では、無因債権行為や同様の機能を具有する制度は、現在の経済生活において、ドイツの無因性理論に対して好感をもたない国においてもやはり不可欠の役割を果たしている。これと対比して、物権行為の無因性が性質上必ずそうでなければならないわけで

¹⁰¹ 陳自強・前掲注27) 413頁参照。

¹⁰² 我妻・前掲注20) 69頁参照。

¹⁰³ 川島・前掲注17) 163頁参照。

¹⁰⁴ 田中誠二『商法〔新版・8全訂版〕』（千倉書房、1983）483頁。

¹⁰⁵ これに関しては、陳・前掲注32) 111頁以下参照。

¹⁰⁶ 陳自強・前掲注32) 110頁以下における手形の無因性およびその基礎関係に関する説明が参考としてあげられる。

¹⁰⁷ 孫森焱・前掲注59) 44頁は、「当事者が、原因を問わず単純に債務を負担するのは、債務約束と債務引受の2つだけである」と述べる。

¹⁰⁸ 陳自強・前掲注32) 174頁以下に、無因債権契約の体系構成について、詳細な説明がある。

はないし、問題を解決する唯一の方法でもないはずである。にもかかわらず当該理論だけが台湾の学者から強い関心を集めていることは、納得しがたいところである。

c. 代理権授与行為に関する無因性理論

ドイツにおける無因性理論の発展は〔給与行為〕（日本学説にいう出捐行為）に限られるわけではない。代理権授与行為は出捐行為ではないものの、ドイツでは代理とその基礎となる法律関係を分離するという命題のもとで、授権行為と基礎となる法律行為（委任や雇用）を物権行為と原因行為の關係に類似すると考える学説もあり、授権行為は独自性を有するだけでなく、無因性原則も適用されるとする。台湾の民法学説においても、ドイツの文献により多く触れている者は、無因説を主張するが¹⁰⁹、日本学説の影響をより多く受けた者には¹¹⁰、無因説に対して強い疑念を表明している¹¹¹。有因説、無因説のいずれを採用かは、そもそも授権行為という物事の本質や法的性質の問題ではなく、ポイントを代理の核心的問題、すなわち代理人、本人および相手方の間において代理制度の運用によって生じるリスクをいかに合理的に分配するかという問題に帰帰させるべきであり、信頼原則ないし権利外観法理の適切な運用によって、ほとんどの問題を解決できるはずである。

④ スイスにおける民商合一主義の採用

民法典のほかに独立した商法典を制定すべきかどうかは、多くの国にとっては立法政策上の考量ではなく、ドイツ民法が制定される前に商法典があったように、主に歴史的要因によって決まる¹¹²。中華民国の南京政府時期には、各種の法が一斉に整備されるのを待っていたのであり、民法典のほかに独立した商法典を制定するかどうかは、私法体系の構成において避けられない立法政策上の選択問題だった。1929年に中央政治会議は民商法画一提案審査報告書を議決

¹⁰⁹ 王澤鑑『債法原理（一）基本理論・債之発生：契約・代理権・無因管理〔増訂版〕』（1999）327頁。

¹¹⁰ 代理権授与および内部の基礎的な法律關係に関する学説について、佐久間毅『代理取引の保護法理』（有斐閣、2001）38頁。

¹¹¹ たとえば、孫森焱『民法債編総論（上冊）〔修訂新版〕』（2001）89頁。

¹¹² 陳自強『代理権與經理權之間』（元照、2006）270頁参照。

し¹¹³、当時はあまりみられなかった民商合一の立法例を毅然として採用することとし、ドイツや日本が採っていた民商分立方式とは、異なる道を歩むことにした。立法者はスイスの債務法を主要な模倣対象としたとは率直にいいないが、債権編の章立てや個別の規定を概観すれば、台湾債権法にはスイス債務法の烙印がはっきりと見て取れる。それにもかかわらず、これによって台湾における債権法の発展はスイスに傾斜したわけではなく、学説はむしろ母法を顧みずに、日本とドイツの学説・判例を吸収し続けている¹¹⁴。

台湾民法においては商事のニーズにもとづく特殊な規定が欠如しているわけではなく、複利禁止の例外(207条2項)や商店支配権〔經理権〕の特別規定(553条以下)などがこれにあたる。しかし、台湾の民法学説が継受しているドイツや日本の学説は、ほとんどがその「民法」学説であり、「商法」学説を同時に継受していないことが多いので、本質的には商行為に属するにもかかわらず、民商合一主義によって民法に規定されているものについては、十分に理解できないのが常であり、その所以もよくわからない¹¹⁵。さらにより深刻なのは、台湾には商法典がないので、商法総則もなく、当然に商人、商行為、企業などの概念も、また商業使用者〔商業輔助人〕、商事代理などの規定もない。学説も民商分立国の商法理論をまともに継受していないので、その商法規定や理論の発展について、ほとんど顧慮することがなく、商行為の特性を念頭においていない。商行為や商人の特殊性を顧慮せずに民法の一般規定をそのまま適用することから、不公平が生じ、商法理論によく通じていないために、狼狽することになる。たとえば、同じ沈黙であっても、商人間の商業確認書の沈黙(professional's written confirmation)に対しては、法律上の評価が大きく異なっ

¹¹³ 民商法画一提案審査報告書が中央政治会議第183回会議において議決され、1929年6月5日に立法院に送付され、同年11月22日に民法債権編が制定・公布された。

¹¹⁴ たとえば、民法の委任についてはスイス法の委任規定を多分に参考にしてはいるが、学説の多くはこの事実を見落とし、相変わらずドイツ、日本の学説を参考にしている。これについては、陳・前掲注112) 32頁以下参照。

¹¹⁵ たとえば、支配権(取締役権)は商事代理であり、ドイツや日本などは商法典に規定しているが、台湾民法は民商合一によって民法典に規定しているので、学説がドイツ、日本の商法理論を参考にせず、母法(スイス債務法)に見向きもしないならば、法律の解釈適用について根拠なく空想を巡らすしかない。

ており、多くの国が規範を有しているにもかかわらず¹¹⁶、台湾では棄児のように民法学者から大切にされていないし、商法理論においても顧慮されていない¹¹⁷。

(2) 特別法の制定

① 商事契約の立法

契約法の領域における特別法の制定は、民法典と歩調を合わせていたものも少なくなく、保険契約を規定する保険法や海上運送契約を規定する海商法は、いずれも1929年12月に制定公布されたが、民商合一主義のもとでは民事特別法に属するはずである。しかし、この2つの法律と同じ時期に制定された手形法と会社法をまとめて「商法（あるいは商事法）」と称しているので、台湾には商法典がないとはいえ、講学上は商法概念がある。つまり、法律の表面的体裁は民商合一であるが、法学の分野（法學学科）としては民商分立となっている。

1930年前後には民法（典）と上述の商事立法が台湾における私法の基本体系を構成していたが、それが大方整えられるには、かなりの時間を要したのである。その後20年間、中国では烽火が連なり、人々は生計を立てることもままならず、中華民国政府が台湾に移り、経済が次第に好転するまで、商事法領域ではその他の特別立法はほとんどなされなかった。商事取引の実際の必要性に応じて立法の介入が必要となったのは、近年のことにすぎない。商事契約法についてとくにとりあげたいこととして、1996年の信託法の制定がある¹¹⁸。信託といってもなにも英米法の専売特許ではなく、大陸法系もローマ法における

¹¹⁶ 簡明な説明は、Lando, Beale, Principles of european contract law, Parts I and II, 2002, p.186.

¹¹⁷ 民法と商法との複雑な関係につき、陳・前掲注112) 253頁以下参照。なお、日本が2006年に社団法人商事法務研究会に「民法（債権法）改正検討委員会」事務局を設置したが、これと民商合一主義とは直結しないかもしれないが、民商両法の関係についていかなる立場をとるかという問題との関連を想起させる。

¹¹⁸ 大陸法系の観点にしたがえば、信託法には信託契約関係の規範のみならず、物権関係を規律する部分もあるが、信託は法律に別の規定があるときを除き、契約あるいは遺言によってこれをしなければならぬとされているので、本稿ではここで説明することにした。

fiducia と fideicommissum から信託を発展させたが、英米法の信託はその法律生活において比類なき役割を果たしており、the guardian angel of the Anglo-Saxon と称されることもある¹¹⁹。台湾の最高裁判所も信託の概念について詳しく述べているものの¹²⁰、その理解における信託が英米法にいう信託なのかどうかについては、疑義がないわけではない。いずれにしても、信託法の発展の契機は、1970年に政府が投資信託会社の設立を開放したことに遡る。1985年に財政部が信託法研究班を編成し、1995年には信託法が立法院での3度の審議を経て、英米法のなかでももっとも特有の制度とされる信託制度が法制化された。しかし、英米信託法は判例法なので、本来、法律条文をとおして模倣し継受することはできない。もっとも、信託法学者によれば、台湾における信託法の制定は、「おもに日本と韓国の信託法を手本にし、英米の信託法原則も参酌した」のであり¹²¹、日本によって継受された英米法が、台湾の英米法制の継受に対して、明らかに重大な影響を与えた。

② 労働契約関係の規範

商人間の取引関係は、多くが契約によって規律され、約定に不明な点や遺漏がある場合には、さまざまな様相で現れる商事慣習（法）が補充的あるいはより詳細な規範を提供しうることが多いため、立法介入の必要性は高くない。立法政策上の考量にもとづけば、契約関係について規律する必要があるのは、おもに経済的弱者を保護すべき領域である。なかでももっとも典型的な経済的弱者は労働者だが、民法の制定時に立法者が想定した被用者〔受雇人〕は従属性を有することを要件とせず、独立した被用者を前提としていた。労働者を特別に保護したいならば、立法において民法の雇用に関する規定を改正するか、特別法を制定しなければならなかった。こうして台湾の労働契約関係の規範は民法内部ではなく、1984年の労働基準法の制定によって完成した。

¹¹⁹ Hayton, *The Law of Trusts*, 4th Edition, Sweet & Maxwell, 2003, p 1.

¹²⁰ より初期の実務の見解は、62（1973）年台上字第2996号判例（2002年第13回民事庭会議は、信託法の施行によってもはやこれを援用しないと決議した）である。

¹²¹ 頼源河 = 王志誠『現代信託法論〔初版〕』（五南、1996）10頁。

③ 賃借人の保護

a. 耕地賃借人

賃借人〔承租人〕は必ずしも経済的弱者とは限らず、たとえば商用ビルを賃借した大企業について、特別に立法して保護する必要はないものの、農地賃借人〔耕地承租人〕や居住を目的として建物を賃借した者は、明らかにこれとは異なる。台湾民法の立法者は小作人〔佃農〕を幾重にも保護したというべきであり、民法の制定当時には農地賃借人に対する特別規定（457～463条）があったし、ほぼ同時に制定された土地法（1930年6月30日）にもさらに一歩進んだ保護規定がある¹²²。それだけでなく、中華民国政府が台湾に移ってすぐ、1951年に耕地三七五減租条例を制定し¹²³、さらに手厚い保護を与えた。賃料（担保金を含む）を制限し、回収原因を法律に規定された事由に限定したことは、賃借人の保護に対するもっとも基本的な手段であった。しかし、賃貸借期間満了前に農地が非耕作地として使用することに指定〔土地編定〕または変更され、あるいは賃貸人が家族農場の経営規模を拡大するために、その自ら耕作する土地と同一または近隣の地区内の農地を回収して自ら耕作する場合に、それぞれ土地の現在公告価額から地価高騰税を控除した後の剰余額の3分の1を賃借人に補償しなければならないという規定については（耕地三七五減租条例17条2項3款、19条2・3項）、保護の正当性や程度についてそれぞれ疑義があるとされた。大法官釈字第580号解釈は、家族農場の経営規模を拡大するために耕作地を回収して自ら耕作する場合に、賃借人に補償しなければならないという規定を違憲とした。以上のような賃借人を保護する程度や方法は合憲の範囲内である限り、もちろん立法政策上の考量によるものだが、このような規定は農業の国際化や自由化の波のなかで、農地の合理的な利用を促進するなどの目的を達成するうえでプラスに働かないことから、2000年の農業発展条例の改正により、上述の小作人を保護する特別規定の適用が緩和あるいは排除された。

¹²² たとえば1930年土地法制定当時の177条は、すでに「地代は、耕作地における生産物の収穫総額の千分の三七五を超えてはならない」と規定しており、180条には不定期耕作地賃貸借の回収事由の制限に関する規定がある。

¹²³ 日本農地法第2章第3節18条以下にも農地賃貸借関係の調整に対する規定があるが、その制定は台湾耕地三七五減租条例が施行された翌年（1952）のことである。

b. 家屋賃借人

建物の賃借〔房屋承租〕はその使用目的により営業用と居住用（住宅）に分けることができ、住宅の賃借人が自己所有の家屋をもっていなければ、立法政策において特別に保護する必要がある。一般規定である民法は明らかな保護的色彩を帯びていないが、民法425条1項の売買は賃貸借を破らないという規定、すなわち「賃貸人が賃貸物を引渡した後においては、たとえその所有権を第三者に譲渡しても、その賃貸借契約は譲受人に対してなお継続して存在する」という規定は、賃借人にとって特別の意義を有する。当該条文の適用対象を建物の賃貸借に限っていないのは、スイス債務法261条と同様で、ドイツ民法566条1項とは異なっている。しかし、スイス債務法では自ら用いるために回収する権利を譲受人に付与しているにもかかわらず、台湾にはこれに対応するものはない。日本民法605条は登記を不動産賃貸借における対抗力の要件とするが、建物の賃貸借については建物を引渡した後にその登記がなくても、1921年の借家法1条1項（1991年借地借家法31条1項）の規定によって、建物取得人に対してなお対抗力を生ずるとしている。比較すると、台湾の規定がもっとも緩やかであり、もとより賃借人の地位の保障に有利ではあるが、弊害も生じやすい。たとえば債務人が強制執行される際に、第三者と虚偽の賃貸借契約を締結することによって、強制執行を妨害するというのを、時々耳にすることがある。そこで2000年の債権編の改正では、第2項が追加され、公証されていない不動産賃貸借契約について、その期間が5年を越えあるいは期限を定めていないものについては、当該原則の適用が排除されることになった。

1930年に制定された土地法は、賃料および建物の回収に関する特別規定（旧163～170条）をすでに有していた。第2次大戦が終結した翌年（1946年）にさらに大幅な改正がなされ、都市部の地方政府は建物を建築して人民の居住に供さなければならないと規定したが（94条）、その立法趣旨はよいものの、烽火を連ねていた中国にはこれを実行する余裕があるはずもなかった。戦後になって、土地法の建物賃貸借に関する特別規定が台湾においても施行されるようになった。土地法97条、99条の賃料および担保金を規制する規定について、最高裁判所（94（2005）年台簡上字第8号判決参照）は営業目的の商業賃貸借には適用しないとしたが、これは判例法における重要な発展だといえる¹²⁴。こ

¹²⁴ 日本借地借家法は用途によって適用対象を区別しない。佐藤岩夫「日本民法

のほかに、土地法100条の建物の回収を制限する規定は、賃貸人に対する影響が甚大である。当該条文は不定期の賃貸借だけに適用されるが、期限の定めのある賃貸借であっても、賃借人が賃貸借期間満了後も建物を継続使用し、賃貸人が即時に反対の意思を表示しないならば、民法451条によって期限を定めず継続してそれを賃貸することとみなされ（日本借地借家法26条1項参照）、賃貸人は法定事由があるときしか建物を回収できない。建物の価格が上昇して、賃料が建物の価値にそぐわなくなれば、民法442条は不定期賃貸借の当事者に対して法院に賃料の調整を請求する権利を付与しているが、賃貸人の利益にわずかに配慮するものにすぎない。この規定が日本において当時有効だった借家法7条からの示唆によるものであるかどうかは、現在ではすでに確かめる術がない。

c. 借地人

日本における借地〔基地租賃〕法の発展は、借家〔房屋租賃〕に比べて、より日本的特色を有するようである。日本はその歴史的背景などの要因によって借地をすることが相当普遍的になり¹²⁵、日露戦争後の資本主義の発達による大都市の地価の高騰は、もともとの賃料による収益率を低下させ、地主が民法の規定を用いて賃料の調整や土地の回収を要求するようになり、深刻な社会問題となった。1909年に制定された建物保護法1条は、建物の登記を経た場合、地上権あるいは土地の賃貸借はその登記がなくても第三者に対抗できると規定した。さらに1921年に制定された借地法は、借地権の存続期間・更新、建物買取請求権、地代増減額請求権、賃借人の優先買取権などの規定を有していた¹²⁶。台湾の民法制定前後において、他人の土地を使用して建物を建てる実情がどのようであったかは、実際の状況調査がないので確定できないが、少なくとも問題はまだ浮上していなかった。1930年に制定された民法や土地法は借地について特別に規定していなかったが、1946年の土地法の全面改正において、借地について追加され、賃貸人と賃借人は契約成立後2ヶ月以内に地上権の登記を申

の展開(2)特別法の生成——借地・借家法」広中＝星野・前掲注6)『民法典の百年Ⅰ』264頁は、このことについて検討する必要があると考えている。

¹²⁵ 日本における借地の歴史の発展、実情の分析および問題の整理については、瀬川信久『日本の借地』（有斐閣、1995）。

¹²⁶ 佐藤・前掲注124) 234頁以下参照。

請しなければならないとされた（102条）。最高裁は従来からこの規定について賃借人に地上権登記請求権を付与するものと解しているが（41（1952）年台上字第117号判例参照）、どうして当事者が5銭（賃貸借）を要求しているのにもかかわらず1円（地上権）を与えたのか、地上権登記後に地上権が生じるのかどうか、地上権関係が賃貸借関係にとって代わるのかどうか、それぞれ検討が待たれるところである¹²⁷。ともかく、地上権登記によって賃借人の地位を強化するのは、日本民法605条が賃貸借の登記を対抗力発生要件としている方法と、はからずも軌を一にするのである。このほか、土地法にはさらに土地の回収を制限する事由や優先買取権の規定（103条、104条）がある。台湾土地法の借地に関する特別規定は簡単なもので、日本の旧借地法や現行の借地借家法とは比べものにならないが、それほど困るほどの混乱や社会問題が起きていない。そのおもな要因は、台湾の土地利用の実際の状況が日本と完全に同じでないことにあるはずである。日本における借地法の発展は、日本独自の問題を解決するために、自らの法律生活経験にもとづいて不断に改正し検討してきた激動史であり、生活の実態を離れて単純に外国法を模倣あるいは継受してきた結果ではない。

④ 消費者の保護

以上の賃借人の保護は、農業、土地、住宅など国の不動産政策に関連しており、昨今の世界各国における消費者保護法の規範体系の問題と、問題点や利益状況がまったく同じわけではない。各国の消費者保護法が規律している契約関係は、おもに会社組織の企業経営者が提供する商品やサービスの取引であり、しかもその対象は自然人としての消費者である¹²⁸。台湾の消費者保護法における消費者契約関係の規範は、おもに3つの部分から成る。

a. 定型化契約

¹²⁷ 最高法院64（1975）年第5回民事庭総会決議（五）参照。

¹²⁸ ドイツ民法13条は、消費者が自然人でなければならないと明文で規定しているが、日本消費者契約法2条1項は、消費者について事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における者を除いた個人と規定する。台湾消費者保護法2条1号は明文の制限をおいていないが、学説は機関団体も消費者になりうると考えている。詹森林ほか『認識消費者保護法〔初版〕』（行政院消費者保護委員会、1995）11頁。

消費者保護法第2章第2節の定型化契約に関する規定は、基本的にドイツの1976年約款規制法の影響を深く受けており、たとえば12条2項2款、3款の「2、約款の契約条項が、これによって排除され適用されなくなる任意規定の立法趣旨と、明らかに矛盾するとき。3、契約の主要な権利や義務が約款の契約条項により制限されるため、契約目的の達成が難しくなるとき」という規定は、同法9条の規定（ドイツ民法307条2項）を参考にしなければ、おそらく理解しがたい。他方、ドイツ約款規制法にはないものもあって、たとえば11条は企業経営者が消費者に30日以内の合理的期間を与えて約款内容を審査させなければならず、審査期間の規定に違反した場合、当該条項は契約内容を構成する規定とはならないとしている。このほか、17条は主管機関は定型化契約において記載すべき事項あるいは記載できない事項を公告できるとし、記載すべき事項が記載されていない場合、消費者保護法施行細則15条2項によれば、その事項はなお契約内容を構成するが、この規定もまたドイツ法にはない。このように契約内容を構成する強制的記載事項については、消費者保護法施行細則15条1項により、依然として消費者保護法の定型化契約に関する規定が適用される。換言すれば、民法の法源ではないが、事実上、消費者行政機関に消費者契約関係の形成に強制的に介入する機会が与えられていることになる。

b. 特殊売買

消費者保護法第2章第3節における特殊売買〔特種買売〕の規定は、3つの問題、すなわち通信訪問販売〔郵購訪問買売〕、現物申込〔現物要約〕および割賦売買〔分期付款買売〕にかかわっている。台湾での割賦売買における買受人の保護は、1994年の消費者保護法から始まったのではなく、早くも1930年の民法制定時から期限利益損失約款と解約時の代金留置約款に対して買受人を保護する強行規定（389条、390条）を有していた¹²⁹。消費者保護法は割賦売買についてたった一カ条でその書面による記載事項を規定しているにすぎない（21

¹²⁹ ドイツの1894年割賦売買法を消費者保護の先駆けとする者もいるが、Drexl, Verbraucherrecht - Allgemeines Privatrecht - Handelsrecht, in: Wandlungen des Schuldrechts, Baden-Baden 2002, S. 97, は、立法者の意図は小企業（Kleingewerbetreibende）を保護することにあると考えている。台湾はドイツのように特別法を制定せず、スイスの立法例（スイス債務法旧226～228条）に倣っている。

条)。粗末なものでも利用できるものは利用すべきだが、日本の1961年割賦販売法における詳細さとは比べるべくもない。通信訪問販売における買受人の保護は、消費者保護法領域においては製造物責任について重要な発展といえる。日本では早くも1976年に「訪問販売等に関する法律」(2000年に「特定商取引に関する法律」に改称)を制定し、EUは1985年に訪問販売指令(Haustürgeschäfts-Richtlinie)を發布したが、台湾では1994年を待って消費者保護法が制定され、ようやく簡単な2つの規定(18条の企業経営者の告知義務および19条の消費者の解約権)ができた。さらに2003年の消費者保護法の改正では19条の1が追加され、18条、19条の規定は通信販売方式および訪問販売方式によるサービスや取引に準用されることになった。

c. 消費情報

台湾消費者保護法には「消費情報[消費資訊]の規範」という節があるものの、その規定内容は個別取引類型の情報提供義務に関する具体的内容ではなく¹³⁰、商品表示、包装、保証書などに関する規定である。比較的とりあげるに値するのは、22条の「企業経営者はその広告の内容が真実であることを確保しなければならず、消費者に対して負う義務は広告の内容より低くしてはならない」という規定である。広告は契約法理論において、申込の誘引であって申込そのものではないので、広告の内容は当然契約内容を構成するわけではない。企業経営者の広告内容の真実性に対する責任の法的性質は果たしてどのようなものか、消費者は宣伝チラシをもって企業経営者に広告内容を実現させるよう要求できるかどうか、いずれについても明らかではない。

(3) 債権編の改正

① 特別法に関する改正

以上のような民法典以外の契約関係についての改正は、大半が経済的弱者、とくに消費者保護という立法政策上の考量にもとづいており、こうして見ると、台湾契約法は契約の自由を制限する方向に突き進んでいるようである。台湾民法における債権編の全面改正の列車は、かなり早くから動き始めたが(1974年)、

¹³⁰ ドイツの2002年 Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht には、消費者契約などについて詳細な規定がある。

それは1999年によく目的地に到着した。この20年余の間に契約法は停滞して前進しなかったわけではなく、上述の労働基準法、信託法、とりわけ消費者保護法は、いずれもこの間に成立した。民法典以外の契約法の変動については、債権編改正の立法者も当然はつきり認識していたので、実際に民法典に移植する改正もなされている。たとえばもともと民事訴訟法に規定されていた事情変更原則についての規定を削除し、民法に移植した（227条の2）。しかし、法律適用について疑義が生じうるような形で、重複した改正がなされている例もある。たとえば土地の賃借人が地上権の登記を請求できることや賃借人の土地に対する優先買取権は、土地法102条、104条にすでに規定されており、債権編の422条の1、426条の2において同様の条文を改めて追加したにもかかわらず、土地法の重複した規定を同時に削除することはなかった。このほか、定型化契約（債権編立法者は附合契約と称する）に対する規定は、そもそも消費者保護法の重要な課題であり、債権編の改正において247条の1に定型化契約の効力をさらに追加したが、わずか1カ条しか規定しなかった。まさに民法における商品製造者責任の改正と消費者保護法における商品責任との関係同様、民法における定型化契約の改正と消費者保護法における定型化契約の内容制限の規定はいったいどのような関係にあるのか、いずれも容易に決着をつけられない。

② 法律行為の性質に関する改正

債権編の改正におけるもうひとつの特色としては、法律行為の性質に関する学説上の争いを解決したり、学説の主張に沿った改正が少なくないことを指摘できる。大きくいえば、2つの大きな改正目標があった。第1は、懸賞広告に関する改正である。台湾は懸賞広告についてスイス債務法（8条）および日本民法（529～532条）に倣って、契約成立の一般規定のなかに定め（164条、165条）、ドイツ民法のように各種の債権（657条以下）においたのではない。ドイツは一致して懸賞広告を単独行為だと考えているが、スイス、日本および台湾ではいずれも規範体系における位置づけとしては、懸賞広告を契約としている。これに対して、スイスの通説は単独行為説を採り¹³¹、日本では従来より契約説が多数説になっていたが、近年では単独行為説がしだいに有力化してい

¹³¹ Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., Bern 2006, S. 202.

る¹³²。台湾はドイツと日本の伝統的見解から挟み撃ちにされ、両説が対立してきた。債権編改正の立法者はぜひとも立法によってこの論争に決着を付けようと考えたようで、わざわざ改正理由に契約説を採ることを明示したが、個人的にはこの改正は実際の問題の解決には関係するものではなく、それほど実益がないと考えている¹³³。

第2の重点は、要物契約に関する改正である。改正前の債権編465条は「使用貸借は、目的物の引渡しによって、その効力を生ずる」と規定し、消費貸借についても475条に同様の趣旨の規定がある¹³⁴。この両者とも目的物の引渡しを貸借の効力要件としているだけで、成立要件とはしていないので、通説は台湾民法における貸借が厳格な意味での要物契約ではないと考えていた¹³⁵。立法者は貸借が本質的に要物性を有しており、法律規定がこの要物性の理解に抵触するならば、改正の必要があると考え、上記2つの条文を削除し、立法理由で貸借の要物性を確認している。他方、貸借の予約（465条の1、475条の1）を追加し、長年にわたり学説に任せていた予約制度は、ついに貸借に正式に娶られた。貸借の要物性と予約が同時に承認されたことも、日本法の影響を受けているように思われるが¹³⁶、広中俊雄のいうとおり、消費貸借を要物契約と認めることと消費貸借予約の効力を承認することは、本来矛盾している¹³⁷。

③ 不完全給付の明文化

ドイツ債権法の2002年の改正には2つの重点項目があり、第1はEU指令の

¹³² 我妻榮ほか『我妻・有泉コンメンタール民法：総則・物権・債権〔第2版〕』（日本評論社、2008年）976頁。

¹³³ これについて、筆者は「法律行為・法律性質與民法債編修正（上）」台湾本土法学雑誌5号（1999）13～18頁以下において詳論している。

¹³⁴ 台湾民法旧475条は、日本民法587条の後半部分を翻訳したもののように思われる。

¹³⁵ 鄭玉波・前掲注75）302頁。

¹³⁶ 日本民法は売買において予約の規定（556条）を有するほか、589条も消費貸借の予約の効力を承認することを前提とする規定である。

¹³⁷ 広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』（有斐閣、1996年）109頁。筆者は前掲注85）14以下で、有償消費貸借の要物性について詳細に検討したので、ここでは詳論しない。

債権法への国内法化およびハーモナイズに関する改正で、第2は民法総則の消滅時効、給付障害（Leistungsstörung）の一般規定¹³⁸および売買に関する改正である。前者については、改正の推進力は外部から来たもので、目的はEU圏内における法のハーモナイズを実現することにあったが、後者は内部改革の力によるもので、国内向けのものではあったが、ドイツの学界はこの改正によって世界の債権法の発展に影響をおよぼすことをねらっていた。台湾債権編の改正の途上で、遠方のドイツの債権法改正列車が汽笛を鳴らしながらゆっくり進んでいくのが聞こえていた。ドイツの立法者が2000年に新たに改正の素材を載せて歩みを加速させていたころ¹³⁹、台湾の債権編改正列車は先に目的地に到着してしまった。〔そのため〕ドイツの2002年の債権法改正においてもっとも精彩を放ち、もっともドイツらしい特色を有する部分、たとえば売買の瑕疵担保責任を債務不履行の体系に位置づけ、もはや債務不履行から独立した無過失担保責任ではないとし、買受人が瑕疵のない別の物（Nacherfüllung）の引渡しを請求できるとしたことは¹⁴⁰、改正立法者の視野に入ることはなかった。Staubが1902年にドイツ民法の遺漏を補填するために見だし、学説・判例の発展を経て慣習法としての効力を有していた積極的契約侵害（positive Vertragsverletzung（後に積極的債権侵害（positive Forderungsverletzung）と称する）は、ドイツの債権法改正後、独立の債務不履行の態様ではなくなり、多くの個別の条文（280～282条、323条、324条）に吸収されることになったが¹⁴¹、このようなことも台湾の債権編改正においては選択肢にならなかった。

ドイツ債権法の影響を深く受けた国々は、上述の積極的契約侵害理論の発展について、いずれも聞き慣れているので詳しく説明できる。債務不履行の規定

¹³⁸ 給付障害はドイツ法の学界における慣用語だが、法律用語ではなく、一般的に履行不能・履行遅滞・積極的債権侵害・法律行為の基礎の喪失および瑕疵などの問題を含んでいると考えており、台湾の法律家がよく用いる「債務不履行」の概念と、まったく同じわけではない。

¹³⁹ 2000年8月4日に連邦司法省は、「債務法現代化法の討議草案（Diskussionsentwurf）」を公布し、毅然として債権法の抜本的な改革を進め、その機に乗じてそれまであちこちに散らばっていた特別法を民法典に統合した。

¹⁴⁰ Huber, in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, München 2002, S.317 ff.

¹⁴¹ Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, München, 2002, XVI.

がドイツ債権法と相当異なる日本でも、伝統的見解は債務不履行に履行遅滞、履行不能および不完全履行の3つの態様があると考えている¹⁴²。台湾の債務不履行の態様には、法律が明文で規定している履行不能〔給付不能〕と履行遅滞〔給付遅延〕のほかに、不完全履行〔不完全給付〕があり、つとに台湾の通説となっているが¹⁴³、それが条文に明文化されているかどうかについては争いがある¹⁴⁴。不完全履行が真に権威ある実務の見解によって確認されるのには、1988年の最高裁77（1988）年第7回民事庭総会における不完全履行と物的瑕疵担保の関係に関する決議を待たなければならなかった。台湾の学説は日本の「不完全履行」に近い「不完全給付」という用語を用いており、ドイツ語から翻訳した用語を用いていない。台湾に輸入された製品はドイツブランドではあるものの、一部の部品は日本製のものであり¹⁴⁵、台湾で組立てられた製品はドイツとも日本とも異なる場所があった。改正前の通説は不完全履行を瑕疵給付と加害給付の2つに分け、前者は補正が可能かどうかにより、履行遅滞や履行不能の規定を類推適用するとしていたが、少なくとも瑕疵給付と加害給付という用語は、日本の学説においてはほとんど見られないものである。ドイツの積極的契約（債権）侵害の要件においてもっとも重要な「義務違反」（Pflichtverletzung）は、少なくとも上述の最高裁民事庭総会決議においては、その重要性が強調されていない。1999年の債権編改正では、以上のようにやや土着化された制度を文章化して立法し、債務不履行における不完全履行の地位を明文で確認した。しかし、輪郭がはっきりしていないこともあって、不法行為、物的瑕疵担保および債務不履行の一般規定などの制度との競合関係におい

¹⁴² 我妻栄『新訂債権総論』（岩波書店、1964）150頁。

¹⁴³ 孫森焱『民法債編総論（下冊）〔修正版〕』（2000）567頁。そのほかに、履行拒絶を債務不履行の態様と承認すべきかどうかについて論争があるが、鄭玉波『民法債編総論〔第7版〕』（三民書局、1978）265頁は、肯定説を採っている。

¹⁴⁴ 改正前の旧227条は、「債務者が履行しない又は完全な履行をしないときは、債権者は裁判所に強制執行を申立て、また、損害賠償を請求することができる」と規定しているが、いわゆる「完全な履行をしない」とは不完全履行のことなのかどうかをめぐり、学説に争いがあった。王澤鑑「不完全給付之基本理論」同『民法学説與判例研究第三冊〔初版〕』（1981）65頁以下参照。

¹⁴⁵ 孫森焱・前掲注143）567頁、鄭玉波・前掲注143）265頁における不完全履行に関する説明で引用されている日本の文献を参照されたい。

て、なお詰められるべき論点が多く残されている。ドイツの債権法改正前、台湾とドイツの法律状態は同様だったので、これらの問題は被継受国（ドイツ）における民法の学説・判例のその後の進展を継受することで解決できたかもしれない。台湾が同じ場所で足踏みしているうちに、ドイツ債権法が債務不履行の構造を積極的に調整したことで、ドイツの民法学説は継受するに足る対象から単なる比較法の参考対象となってしまった。台湾がもしその尻馬に乗ろうと思わないならば、今後は自分で解決するしかない。

④ 契約締結上の過失に関する一般規定の制定

不完全履行の改正は、おもに学説・判例の発展の成果を明文化したもので、債権編改正において245条の1に契約締結上の過失の一般規定を追加したこととは、意義が異なる。改正がなかったとしても、不完全履行はすでに現行法の一部となっていたが、契約締結上の過失についてはそうではなく、改正前に最高裁は契約締結上の過失を一般的法律原則として承認していなかったので、法律に明文規定がない事情のもとでは、それを請求権の基礎とすることはできなかった。日本ではドイツの契約締結上の過失論の発展について早くからきわめて詳細に知られており、それを詳しく紹介しただけでなく、さらに解釈論をとおして日本民法に導入しようと意図した学者も少なくなかった¹⁴⁶。しかし、これを一般的法律原則とすべきかどうかについては、学説はいままで逡巡してきた¹⁴⁷。日本民法と比べると、台湾民法の土壌はより容易にドイツの契約締結上の過失論の種子を開花させることができそうに思われる。それは台湾不法行為法の構造が相当ドイツに近いからであって、台湾民法はドイツ民法がJhering理論を基礎として設けた規定、すなわち錯誤による取消の損害賠償（ドイツ民法122条2項）、原始的不能の損害賠償（ドイツ民法旧307条）、無権代理人の損害賠償（ドイツ民法179条）をことごとく取り入れている（91条、110条、247条）。これに対して、日本民法には無権代理人の責任に関する明文しかなく（117条）、台湾法と一律に論じることはいできない。改正債権編の立法者がドイツ法の発展に従うならば、契約締結にむけた交渉の開始から、当事者双方が保護義務（[先契約義務]）を負うことを承認し、当事者の一方がこの義務に違反しかつ帰責

¹⁴⁶ 円谷峻『新・契約の成立と責任』（成文堂、2004）97頁以下。

¹⁴⁷ 平井宜雄『債権各論 I 上一契約総論』（弘文堂、2008）129頁参照。

事由があり、他方に損害を与えたときは、損害賠償義務を負わせるとするのが、当然より原作に忠実である。しかし、改正法245条の1は、「契約が成立していない場合、当事者が契約締結の準備あるいは協議するにあたり以下の事情があるとき、過失によらず契約が成立するだろうと信じて損害を被った当事者の他方に対し、賠償する責任を負う。①契約の重要関連事項について、他方の問合せに対して、悪意で隠匿しあるいは不実の説明をしたとき。②他方の秘密を知りあるいは有する場合、他方が秘密を守るべきと明示したにもかかわらず、故意あるいは重大な過失によりそれを漏洩したとき。③その他明らかに誠実信用の方法に反したとき（1項）。前項の損害賠償請求権は、2年間行使しないことにより消滅する（2項）」と定めており、ドイツの契約締結上の過失論の精神をかりうじて受け入れたといえる。しかし、他方で1項1号と2号にドイツの契約締結上の過失責任にはない要件（ドイツ民法311条2、3項）を加えている。ドイツの特効薬には副作用があるはずだと考えて、わざわざそれを服用する場合を厳しく制限したようである。さらに3号に概括条項を追加して、契約締結上の過失責任の成立に向けて広く門を開き、学説・判例のために将来の発展への広大な空間を残した。王澤鑑が当該規定を「台湾的特色ある契約締結上の過失制度」¹⁴⁸と考えるのも無理もない。当該規定が実施されてからいままで、裁判例の累積は多くないが、学説の発展をドイツの文献に通暁した学者が主導していれば、ドイツの契約締結上の過失に関する学説・判例は、上述の概括条項の正門をとおって、堂々と台湾に進入するだろう。

⑤ 有名契約類型の追加

債権編の改正におけるもうひとつの重点は、疑う余地なく、有名契約類型の追加である。債権編における有名契約類型の追加は、たとえ消費者保護の考えにもとづいていないとしても、公平な解決方法（任意規定）を提供し、契約の遺漏を補填しうる効果がある¹⁴⁹。1999年の債権編の改正において追加された主要な契約類型には以下のものがある。

¹⁴⁸ 王澤鑑・前掲注109) 267頁。

¹⁴⁹ 任意規定と契約解釈の関係について、吉田邦彦「比較法的にみた現在の日本民法—契約の解釈・補充と任意規定の意義」広中＝星野・前掲注6)『民法典の百年I』549頁以下参照。

a. 旅行契約

旅行契約〔旅遊契約〕の追加は、その規範の体系における位置（請負の後）にしても、規定の具体的内容にしても、それぞれにおおむねドイツの1979年の旅行契約法（ドイツ民法651a条以下）の影が現れている。ドイツの旅行契約の規定は、旅客の保護を趣旨としており、旅行規定は強行性を有すると明記している（651m条）¹⁵⁰。個人的には、台湾の立法者が旅行契約を明文化したのもこの趣旨にもとづいていると思われる¹⁵¹。旅行の規定において、台湾的特色のある改正もあって、514条の10の旅行営業者の事故処理義務や、514条の11に「旅行営業者が旅客に特定の場所で買い物させた場合、その買ったものに欠陥があるとき、旅客はその物を受け取ったときから1ヵ月以内に、旅行営業者に対して処理の協力を請求することができる」と定められた協力処理義務などがそれにあたる。しかしながら、日本で商品を購入し、帰国後に瑕疵が発覚した場合、旅行営業者が義務を尽くすために、どの程度まで処理に協力すれば、旅客に対して債務不履行責任を負わなくてもよいのかは¹⁵²、容易に答えを出すことができない。

b. 無尽講契約

債権編に新たに追加された契約類型のうち、純粋に消費者契約にあたるものは多くない。無尽講〔合会〕（民間互助会）は民間の資金調達方法であり、当事者は企業経営者ではなく個人であり、双方商事契約（B2B）でもなければ一方商事契約（B2C）でもない単純な民事契約（C2C）であり、立法目的は消費者保護にあるのではなく、法律関係を明確にさせることにある。〔合会〕が有名契約とされたのは、民法典が生まれる過程においてとりわけ際立った独自の地位にあったことによる。なぜならば、台湾民法典はおもに西欧の成文法を継受して形成されたのであり、学説の継受と法律の継受は、影が形に添うように終始離れることなくなされてきた。法律を継受する前にまず学説が継受され、法律の制定後、継受によりもたらされた法律を如何に操作するかを学ぶために、

¹⁵⁰ ドイツ旅行契約法の制定は、1970年代ドイツ消費者保護の重要な立法活動のひとつに属している。vgl. Pick, Reiserecht, München 1995, Einl. Rz 113.

¹⁵¹ 異なる意見として、王澤鑑『民法概要』（2002）403頁。

¹⁵² 協力処理義務に違反すれば債務不履行責任を負わなければならないというのが、通説である。劉春堂『民法債権各論（下）〔初版〕』（2003）21頁参照。

学説は被継受国の学説を継続して継受する。しかしながら、[合会]は民間の金銭消費貸借による資金調達的手段として輸入されたものではなく、台湾の清朝統治期にはすでに民間で[合会]（会・会仔）が盛んに行われており、日本統治期には台湾に渡った日本の内地人も[合会]に類似の「講」・「無尽講」・「頼母子講」を日本からもちこんだ。戦後になっても[合会]は、台湾における民間の資金調達方法として依然重要な地位にあったが、1980年代になって[倒会]〔合会の成員が借金を踏み倒して逃亡すること〕があとを断たず、立法によって規制しようという声が絶えず聞かれるようになった¹⁵³。成文法典を有する西欧諸国には立法の前例がなく、日本には類似した制度があるものの未だ立法されていなかったため、[合会]を有名契約とするにあたって、旅行契約のようにドイツの既製品を参考にできなかった。また、イギリスやアメリカの信託法法制化過程で日本の経験を調べたときのようにもできなかったことから、[合会]を有名契約としたのは、西欧民法の継受ではなく、まったくのMade in Taiwanということになる。とはいえ、日本統治期以来の日本における学説・判例の発展は、台湾の[合会制度]の法制化に対して影響をおよぼしていないわけではないであろう。

c. 人的保証

債権編の改正において人的保証〔人事保証〕を追加したことも、消費者保護と関係しているわけではない。保証人はほとんどの場合、肉親の情、友情および師弟間の情誼などにより、その肉親、友人、生徒、旧友（被保証人）が職務上不当な行為によって使用者に与えた損害について、賠償責任を負うことに同意するというものである（あるいは断りにくいことから無理やり同意させられる）。スイス債務法には、早くから職務あるいは雇用保証（Amts - oder Dienstbürgschaft）の規定があったが¹⁵⁴、台湾民法を制定する際にはこれを継受しておらず、日本民法にも未だ規定されていなかった。保証事故が発生しなければそれまでだが、ひとたび発生すると、ややもすれば保証人にとって厄介なことになるので、日本は早くも1933年に「身元保証に関する法律」を制定し、保証人の責任を軽減した。台湾でも債権編を改正するにあたり、このような保

¹⁵³ 19世紀末の台湾清朝統治期の[合会]について、陳宛好・前掲注54) 29～32頁参照。

¹⁵⁴ スイス債務法503条2項、509条3項、512条。

証人にとって不利な、突如として巨額の債務を負担させる保証に対して、立法により明文で禁止すべきだという提案もなされ、最後は妥協の結果として、保証人の賠償金額について賠償事故が発生した際、被用者がその年に受けとる報酬総額を限度とするという規定が追加された（756条の2第2項）。日本の上記法律には、総額を制限する規定はないものの、5条において裁判所は使用者の過失の有無その他一切の事情を斟酌して、その保証責任および金額を決定できると規定しており、これと同趣旨の規定が台湾民法756条の6第2号にも見られる。使用者が被用者の選任あるいは監督を怠った場合、裁判所は賠償金額を軽減あるいは免除することができる。なお、債権編に人的保証を追加したことが、日本の上記法律に倣ったものかどうかについて¹⁵⁵は詳論のしようがないが、改正時に必ず参照していたことは、民法756条の5の使用者の通知義務と日本の上記法律3条の規定を比較してみれば明らかである。

5 展望

以上、台湾民法について深入りせず表面的に俯瞰したが、当然のことながら民法の全貌を呈示できたわけではなく、さらに裁判所が個別の裁判において実践した民法について詳細に論述することもかなわなかった。とはいえ、以上の説明から、日本の民法および学説・判例が、台湾民法の発展において受け継がれ、その後の更なる発展の端緒となり、将来へと伝えられるべき地位にあることは確認できるはずであって、台湾民法と日本民法の関係は細い糸で結びついている。

たとえば、民法制定時、物権行為の変動についてドイツの形式主義を採用したにもかかわらず、不動産の客体については、日本が建物を独立の不動産とした立法例を継受していたため、台湾の物権法理論の枠組みは日本法の影響から脱することができない。また、民法184条の不法行為の基本的構成要件は、ほぼドイツ民法の不法行為（823条、826条）を継受したものだが、もっとも肝心の保護客体に関しては、改正前の日本民法709条に倣っているので、この条文を日本法の発展方向に沿って解釈する余地がある。日本法を継受していない領域においても、中国大陸であるか台湾であるかを問わず、日本語に造詣のある

¹⁵⁵ 黄立主編『民法債編各論（下）』（元照、2002）615頁は、そのように述べる。

法律家は、絶えず日本の学説（ドイツ学説を継受した部分を含む）を台湾の民法体系に溶かし込んでいる。戦後の台湾では、動産担保取引法においてアメリカの信託占有などの新しい動産担保取引類型を導入したように、[財經法] [台湾における民法・商法・知的財産法・金融法・租税法などの総称] の体系を構成するにあたってアメリカの影響を深く受けたにもかかわらず、学説は依然として日本の譲渡担保などの学説を継受の対象としてきた。信託法の制定においても、日本の信託法を元にするのを忘れなかった。1999年には債権編を改正して [合会] 契約や人的保証契約類型を追加したが、西欧の成文法典を調べる状況下にはなく、日本の学説・判例が重要な参考資料であったし、2007年の担保物権の改正でも、根抵当権をはじめとして、日本法の影響は至るところに見られる。

ドイツ民法およびスイス債務法を骨格として、また日本の技術支援のもとで編纂され発展した台湾民法が、21世紀の挑戦に対応しうるほど成熟の域に達しているかどうかは、もとより歴史の検証を待つしかない。債権法についていうならば、改正された債権編は、基本的に台湾の債権法理論が発展して土着化した結果であると言っている。前提となっている債権法理論が、なおドイツで2002年に債権法が現代化される以前の学説を継受していることを隠すわけにはいかない。また、すでに台湾で根づいている [合会] および人的保証を条文化したほか、おもに判例の見解に対する見直しや確認を行った結果であることから、条文の変動数はもとより少なくないが、改正によって本当に法律状態を大転換するような重大な変革が行われた箇所は厳密に言えば多くはない。しかしながら、取引秩序規範である債権法は、取引の実際のニーズに応じて調整されなければならないし、グローバル化という趨勢のもとでは、さらに世界的な契約の法秩序とハーモナイズさせ、法律が異なることから生じる障害をなくしていくべきである。したがって、法の土着化という観点から自国の事情だけに固執するならば、自ら世界との関係を絶つことになる。1980年の国連によるウィーン売買条約 (CISG) および1994年に私法統一国際協会が制定した国際商事契約原則 (2004年に改正) については、台湾の債権編を改正するにあたって機が熟していないと考えたためか、未だにそのメリット、デメリットを斟酌していない。今日に至り、前者は国際商品売買契約の領域において世界的な規則としての地位を確立し¹⁵⁶、後者も CISG のように法的拘束力があるわけではないと

¹⁵⁶ 曾野裕夫「ウィーン売買条約の意義と特徴」ジュリスト1375号 (2009) 4

はいえ、世界の契約法の発展に対して限りない影響力を有している¹⁵⁷。このような世界的に契約法が発展する力は、ドイツにおける2002年の債権法の現代化を牽引し、日本の民法学界における債権法の改正作業をも席卷している¹⁵⁸。台湾が債権編を改正するにあたって、ドイツにおける2002年の債権法の現代化を参考にできなかったのは、もちろん理由があるとはいえ、ハーモナイズしつつある世界の契約法の新たな発展を十分に顧慮しなかったことは、重大な欠点である。台湾においてははまだ債権法の改正が目前に迫っているわけではないものの、日本がなぜ大がかりに制度を根本から変えようとしているのかを探求しなければならない。台湾と日本の民法学界の交流において、この問題を提起すると、特別の思いがこみ上げることを禁じ得ない。

頁。1988年に発効して以来、これまでにアメリカ・ドイツ・中国など76の国家が当該条約に批准し加入している。これについて、http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html 参照（検索日2009・9・11）。日本は2008年7月1日に加入し、2009年8月1日に発効した。

¹⁵⁷ 当該原則が世界の契約法理論と実務に与えた影響について、Bonell, *Unidroit Principles 2004- The new edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*, *Uniform Law Review* 2004, pp. 5～40参照。

¹⁵⁸ 日本は2004年の民法改正に続いて、即座に債権法の改正に動き始めており、いちおうの成果として「債権法改正の基本方針」を作成しているが、たとえば、債務不履行の損害賠償について、参照した関連条文において、CISGの規定を引用したものは少なくない。

民事判例研究

池田雄二

譲渡担保権者の債権者が被担保債権の弁済期後に目的不動産を差し押さえた場合の設定者からの第三者異議の可否

平成16年（受）第1641号 平成18年10月20日第二小法廷判決 上告棄却 第一審大阪地裁 第二審大阪高裁 民事判例集60巻8号3098頁

【事実】

平成12年9月12日、Aは、株式会社エステートワン（X）に対して有していた貸金債権400万円（年利24%）を担保するために、X所有の不動産の上に譲渡担保の設定を受け、「譲渡担保」を原因とする所有権移転登記を取得した。しかし、Aは貸金債権の弁済期（平成13年3月11日）を経過した後も債務の弁済をうけなかった。しかしその後、同年3月12日にXはAに12万円を支払い、Xは弁済期限を6月11日まで猶予された。しかしXは6月11日になっても元本を弁済できず、その頃からXはAより弁済期限を定めない期限の猶予を受けた。その後、XはAに同年8月1日に12万円、平成14年2月25日に48万円、同年3月8日、4月10日、5月10日、6月10日、7月10日に各12万円を支払った。

他方、B信用組合は、Aに対する執行力ある正本を有していた。このBを承継した整理回収機構（Y）が、Aに対する債権に基づき本件不動産に対し強制競売を申し立て、平成14年6月28日に競売開始決定がなされ、同年7月1日、同決定にもとづく差押登記がなされた。

ところが、7月25日、XがAに対し債務の全額を弁済し、同月30日付けで受戻権を行使したので、Aは解除を原因としてAからXへの所有権移転登記を経由した。その上でXはYに対して第三者異議の訴えを提起した。

第1審は、次のように判示し、Xの請求を認容した。譲渡担保権者が目的不動産を確定的に自己の所有とするためには、清算手続をすることを要する。他方、譲渡担保設定者は、譲渡担保権者が換価処分するまで被担保債権を弁済して目的不動産を受け戻せる。このことは譲渡担保権者の債権者が目的不動産に強制執行をした場合も同様である。そして本件では弁済期限の猶予をうけており、元本を弁済し、解除を原因とする所有権移転登記を経由しているので、第三者異議を認めるのが相当である。

原審は、次のように判示し、第1審判決を取り消し、Xの請求を棄却した。債務者がその所有不動産に譲渡担保権を設定した場合、債務者が弁済日に債務の弁済をしない場合には、換価処分して自己の債権の弁済に充てることができる（最高裁昭和62年2月12日民集41巻1号67頁）。特に、債務者が弁済日に弁済しない場合、債権者は、帰属清算型であると処分清算型であると問わず、目的物を処分する権能を有するから、債権者がこの権能に基づいて目的物を第三者に譲渡したときは、原則として債務者は残債務を弁済して、目的物を受け戻すことができなくなる（最判平成6年2月22日民集48巻2号414頁）。この場合の債権者の目的物の処分には民事執行法による強制執行も含む。「担保権者の債権者による差押えは、〔…〕担保権者の立場で見れば、担保不動産の処分による債務の弁済という点でなお共通点があるといえなくもない」。弁済期日については譲渡担保設定契約時に定めた弁済期であり、この期限経過で担保権者は処分権能を取得する。その処分権能の事後的な変動があっても、「担保不動産について担保権者と取引関係に入ろうとする者の利益を害すべきではなく、こうした者は「民法94条2項の類推適用など」で救済される。他方で処分権能の事後的な変動を「担保権者の差押債権者には対抗できない」。

Xは上告受理申し立てをし、判旨との関連では大略、次の趣旨を主張した。第一に、最判平成6年は履行遅滞をその射程にしている。その履行期限は設定当事者間で合意した期日である。ところが、本件は、Xが弁済期限の猶予を受けており、履行遅滞がなかった事案である。したがって、本件は、最判平成6年の射程外である。第二に、本件では（Xに履行遅滞がないので）設定当事者間において担保権者に処分権能がない。第三に、最高裁は、担保権者の担保権実行による満足を除いて、設定者の受戻権を優先させている。なぜならば、最判昭和62年が、譲渡担保の目的が目的不動産の取得ではなく、その金銭的価値の実現により債権の満足をえることであり、所有権取得は価値実現の手段にす

ぎないと判示し、譲渡担保権実行までの受戻を認めるからである。第四に、本件は、最判昭和62年および最判平成6年の射程外である。なぜならば、これらの判例の事案が、弁済期限後の担保権者による譲渡担保権の実行である一方、本件は担保権者の債権者による差し押えだからである。

【判旨】 上告棄却

「1 不動産を目的とする譲渡担保において、被担保債権の弁済期後に譲渡担保権者の債権者が目的不動産を差し押さえ、その旨の登記がされたときは、設定者は、差押登記後に債務の全額を弁済しても、第三者異議の訴えにより強制執行の不許を求めることはできないと解するのが相当である。なぜなら、設定者が債務の履行を遅滞したときは、譲渡担保権者は目的不動産を処分する権能を取得するから（最高裁昭和55年（オ）第153号同57年1月22日第二小法廷判決・民集36巻1号92頁参照）、被担保債権の弁済期後は、設定者としては、目的不動産が換価処分されることを受忍すべき立場にあるというべきところ、譲渡担保権者の債権者による目的不動産の強制競売による換価も、譲渡担保権者による換価処分と同様に受忍すべきものといえるのであって、目的不動産を差し押さえた譲渡担保権者の債権者との関係では、差押え後の受戻権行使による目的不動産の所有権の回復を主張することができなくてもやむを得ないというべきだからである。

上記と異なり、被担保債権の弁済期前に譲渡担保権者の債権者が目的不動産を差し押さえた場合は、少なくとも、設定者が弁済期までに債務の全額を弁済して目的不動産を受け戻したときは、設定者は、第三者異議の訴えにより強制執行の不許を求めることができると解するのが相当である。なぜなら、弁済期前においては、譲渡担保権者は、債権担保の目的を達するのに必要な範囲内で目的不動産の所有権を有するにすぎず、目的不動産を処分する権能を有しないから、このような差押えによって設定者による受戻権の行使が制限されると解すべき理由はないからである。

2 これを本件についてみるに、原審が適法に確定した事実関係によれば、被担保債権の弁済期後に譲渡担保権者の債権者である被上诉人〔Y〕が目的不動産を差し押さえ、その差押登記後に設定者である上诉人〔X〕が受戻権を行使したというのであるから、上诉人は、受戻権の行使による目的不動産の所有権の回復を差押債権者である被上诉人に主張することができず、第三者異議の

訴えによって強制執行の不許を求めることはできないというべきである。原審の判断は以上の趣旨をいうものとして是認することができ、論旨は採用することができない。」

【評釈】

一 本判決の意義

本件では、担保権者の債権者が弁済期後に担保権者名義の不動産を差押え、その登記を経由している。これに対し、その後に受戻権を行使し登記を経由した設定者が第三者異議の訴え（民執第38条）を申し立てている。

本判決はこの両者の優劣について正面から論じた初めての最高裁判例である。以下では視野を広げ、本判決に至るまでの譲渡担保権者が処分した場合の先例を一瞥しよう。

古くから判例は担保権者の換価処分までの設定者の受戻権行使を認めていた。大判大正8年7月9日民録25輯1373頁（電話使用権売渡担保事件）は、弁済期後の受戻権行使の可否が争われ、弁済期後から担保権者の目的物処分前までの受戻権行使を認めた（ただし特約による排除をみとめ、設定者の上告を棄却した）。そして、本判決も引用する最判昭和57年1月22日も、譲渡担保権者の換価処分までの受戻権行使を認める（売渡担保の設定者による弁済期から16年後の受戻権行使の可否が争点となった）。

一方で担保権者が目的物を第三者に売却等処分した場合には、判例は特に弁済期前か後かを論じることをせず、たとえ譲受人が悪意であっても、譲受人は確定的に所有権を取得するとしてきた（大判大正9年9月25日民録26輯1389頁。弁済期前か後か定かではないが、「賣渡抵當」の担保権者が目的不動産を第三者に譲渡した事件）。その後、最判昭和34年9月3日民集13巻11号1357頁は、弁済期の定めのない売渡担保の担保権者が目的物である建物を第三者に売却し、以後、転々と売却され、最終的な登記保持者から建物明渡請求された事件で、設定者の売渡担保権者等に対する債務不履行に基づく損害賠償請求権が生じることは格別、それを根拠に設定者が第三者に留置権を主張することを認めなかった。

ついで最判昭和62年2月12日は帰属清算型の譲渡担保の事例において、清算義務未了であっても目的不動産が譲渡担保権者により売却等をされれば、設定者は受戻権を失うとした（譲渡担保権者が弁済期後、清算未了前に目的不動産

を第三者に売却処分したので、設定者に対する清算金額の確定時期が争われた事件であり、受戻の可否が争われた事件ではない¹。ここで譲渡担保権の実行において、帰属清算型でも処分清算型でも、弁済期後は担保権者が処分権能を取得し、その後の「処分」により、設定者は受戻権を失うという法理が形成されたとされる²。さらにこのことを明らかにしたのは最判平成6年2月22日である（登記の原因を「贈与」とする譲渡担保において、設定者が弁済期までに支払いをせず、担保権者が清算未了前に第三者に贈与した事例）。この判決により、帰属清算か処分清算かは担保権者による実行手段の選択肢にすぎなくなったとされる³。

以上の判例を総括するとこういえる。担保権者は設定者に対し弁済期前には目的物を処分しない義務を負い、その不履行は担保権者の損害賠償責任を生じさせる。しかし設定者は転得者に受戻権者としての地位を主張できない。他方で、弁済期後は、担保権者が、帰属清算型、処分清算型の何れであっても目的物に対する処分権能を取得し、一方で帰属清算型における設定者は担保権者の清算義務履行か第三者への「処分」まで、また処分清算型における設定者は担保権者による目的物の第三者への「処分」まで受戻権行使が可能である。

以上を前提とすると、譲渡担保権者側の債権者も譲渡担保権者側の第三者であるから、その差押えを譲渡担保権者による「処分」と同視するならば、その差押えが譲渡担保の被担保債権の弁済期の前か後かを問わず、設定者はその受戻権者としての地位を主張できないはずである。

しかし東京地判平成10年3月31日金法1534号78頁は、「売買」を原因とする譲渡担保の目的物を担保権者の債権者が弁済期前に仮差押えをし、設定者が第

¹ 生熊1・後掲・284-285頁、同2・後掲・42頁は、本判決が、担保権者が処分した事例ではない昭和57年1月22日判決ではなく、昭和62年2月12日判決を引用すべきだったとする。

² 小山・後掲・80頁。また同判決の評釈である道垣内弘人・法協112巻7号990-991頁もそのように解するが、帰属清算型でも弁済期到来により担保権者が第三者への処分権能を取得することを積極的に判示したわけではないとする。

³ 田高1・後掲・74頁、同2・後掲・94頁、太矢・後掲・74頁、小山・後掲・80頁。道垣内・前注・1001頁は同判決が、譲渡担保一般として処分契約成立時点で受戻権が失われるとする結論に賛成する。だが生熊1・後掲・287-288頁、同2・後掲・43頁は、判例を支持する学説は少ないとする。

三者異議の訴えを提起した事件で、仮差押えが弁済期の前か後かで第三者異議の訴えの可否を分け、第三者異議の訴えを認めている（ただし、「売買」の登記原因を信頼した債権者を第94条第2項類推適用で保護したので、設定者敗訴）。以上を経て本判決へと続いた。

二 論点整理

まず本判決の検討に入る前に本判決の論理構成を整理してみよう。

第一に、担保権者の債権者Yによる差押え登記を担保権者による「処分」と同視できるか。「処分」と同視するとすれば、設定者Xの受戻権は消滅する。「処分」と同視しないならば、担保権者Aによる私的実行がない本件では、Xの第三者異議の訴えが可能となるか、あるいは「処分」と同視することとは別の理由によりXの第三者異議の訴えを許容しないという二つの方向性がありうる。この点について本判決は後者の立場をとりつつ、XとYとの関係を対抗問題とする。そうだとするとXがYに先行して受戻権を行使し、所有権復帰の登記をした場合、Yによる目的不動産に対する差押えは起こらなくなるので、Xの第三者異議の訴えの可否は問題とならない。逆にYの差押え登記が先行する場合、常にXが劣後することになる。

それでは第二に、XがYによる差押えに対し第三者異議の訴えを提起できる場合があるのか。この点について本判決は弁済期前にXが受戻行使をした場合にYに対する第三者異議の訴えを認める。

それでは第三に、基準とすべき弁済期はいつとされるべきであり、またXの受戻権行使はその弁済期の前か後か。結論として、本件ではXの第三者異議の訴えは認められなかった。

以下、この論理構成⁴に沿って本判決を検討する。

三 譲渡担保権者の債権者の差押えは「処分」にあたるか

譲渡担保権者により目的物が処分されると、設定者はその処分に対して原則として異議をのべることができない。ではその「処分」に譲渡担保権者の債権

⁴ 本判決の評釈のほとんどは判決文の第二に関する判旨を傍論とする。だが以上の論理構成の下ではこれらの部分は、Yの差押えに対するXの第三者異議の訴えの可否を判断する前提となるので、傍論ではない。

者による差押え登記を含むか。この論点につき、まず一審判決はこれを「処分」と同視していない。原審判決も「処分」と強制執行を同視するものの（強制執行のどの段階が「処分」と同視されるのか明らかではない）、「処分」に譲渡担保権者の債権者による差押えを含めず、次のように判示している。「目的物の「処分」には、任意の譲渡等に限らず、民事執行法による強制執行等を含む」。「担保権者の債権者による差押えは、〔…〕担保権者の立場でみれば、担保不動産の処分による債権の弁済という点でなお共通点があるといえなくもない」。しかし原審は、担保不動産について担保権者と取引関係に入ろうとする者と担保権者の差押え債権者とを区別して次のように論じる。すなわち前者は、担保権者がいったん取得した処分権能に変動が生じても「民法94条2項の類推適用などの法理」で救済されうる。一方、後者の場合、譲渡担保当事者間での受戻は有効としつつも、設定者はその受戻を譲渡担保権者の差押え債権者に「対抗できない」。

そして、本判決はこうのべる。弁済期後の設定者が、目的不動産が換価処分されることを受忍すべき立場にあるのと同様に、設定者は譲渡担保権者の債権者による目的不動産の「強制競売による換価」も受忍すべきである。そして本判決は続けてこうのべる。「目的不動産を差し押さえた譲渡担保権者の債権者との関係では、差押え後の受戻権行使による目的不動産の所有権の回復を主張することができなくてもやむを得ない」。

この判旨を敷衍するとこういえる。先例に従えば、設定者の受戻権は譲渡担保権者が目的物を処分した時点で消滅する（前掲・最判平成6年2月22日）。そして本判決は強制競売による換価までは「処分」と同視している。しかしYの差押え登記を「処分」と同視するには無理がある。そこで強制競売による換価とは別にXとYの関係について「目的不動産を差し押さえた譲渡担保権者の債権者との関係では」Xの受戻権行使による所有権回復の主張を認められないと論じている。つまり本判決は、「処分」とYの差押えとを同視しないので⁵、差押え登記後のXA間の受戻を有効とするが⁶（「処分」だと受戻権が消滅する）、

⁵ 杉本・後掲1・62頁は、本判決が換価処分と弁済期後の差押え（登記）の事実を同視しているとする。

⁶ 荒木・後掲・43頁、増森・後掲1・105頁、増森・後掲2・214頁（なお増森・後掲3は同・後掲2と同内容であるので、一々引用しない）も本判決について

それによる所有権回復をYに対抗できないとしていると考えられる⁷。

次に、この点に関して本判決の評価をみてみよう。(i) この判断はこれまでの判例(前掲・最判平成6年2月22日までの諸判例)の延長線上にあるとしたり、当然に予想できた判例と評する見解⁸、(ii) 民事執行法秩序における外観主義および差押えの効力(差押え登記後の権利変動は差押え債権者との関係では無効)の観点から、譲渡担保権者の債権者の差押え登記の時点で設定者の第三者異議の訴えを遮断する本判決が一定の説得力をもつとする見解⁹等、本判決に好意的なもの他、(iii) 差押え登記がされたに過ぎない本件で設定者の受戻権行使を制限することに疑問を呈し、設定者の第三者異議の訴えによる強制執行の排除を認めるものもある¹⁰。

それでは、本判決についてどう考えるか。まず差押え登記を処分と同視しない点に賛成する。なぜならば、譲渡担保権者の売却等処分による譲受人の所有権取得時期は契約時であるのに対し(民法第176条)、強制執行における買受人の所有権取得時期は代金納付時だからである(民執第79条)¹¹。

とはいえ執行法上、差押えがなされると、執行債務者は目的物に対する事実上の行為や法律行為を禁止され、その後の権利変動は差押え債権者との関係上は無効とされ、最終的には換価処分がなされるのだから¹²、差押え登記の時点で設定者が受戻権行使を差押え債権者に主張できなくなるとしても不合理ではな

同様の理解をする。

⁷ 松村・後掲・123頁も本判決は民事執行法秩序における外観主義および差押えの効力の観点から、差押え債権者と設定者とは対抗関係と解しているのだろう。また増森・後掲1・106頁も差押え債権者と設定者とは対抗関係と解する余地があるとするが、同・後掲2・215頁では、両者の関係が対抗問題であるか、あるいは差押えの処分制限効として処理されるべきかは問題ではないとし、むしろ本判決は譲渡担保権者の債権者と設定者の何れが保護されるべきかという実体的判断を要する問題として捉えているとする。

⁸ 荒木・後掲・43頁、生熊1・後掲・290頁、印藤・後掲・5頁、田高2・後掲・94頁。

⁹ 松村・後掲・123頁。

¹⁰ 太矢・後掲・75頁。

¹¹ 松村・後掲・122頁も同様の指摘をする。

¹² 米倉明「不動産譲渡担保と差押の可否」(星野英一編『私法学の新たな展開 我妻榮先生追悼論文集』(有斐閣、1975年)323頁)343頁。松村・後掲・123頁。

いと考える。したがって、この点も本判決に賛成したい¹³。

四 譲渡担保権者の債権者の差押えに対する設定者からの第三者異議の可能性とその要件

つづいて二でのべた第二の論点を検討する。本判決は、弁済期前に限って、設定者が受戻権行使をした場合に、第三者異議の訴えを認めている。それでは、この点に関して学説の状況はどうであったか。

本判決前の学説は弁済期を意識せずに、担保権者は被担保債権額に相応する価値を把握しているにすぎず、担保権者の債権者はその価値から弁済をうけるにすぎないので、それ以上のものをみとめるべきではないことを理由に第三者異議の訴えを認めてきた。その中で、主に二つの見解が主張されてきた。第一の見解は、本判決と同様に設定者の受戻権行使を要件とし¹⁴、かつ登記を不要とする見解であり¹⁵、通説であった。第二の見解は、担保権構成の立場から、

¹³ 設定者に差押えの通知がされないために（民執第46条）、設定者は差押えの事実を知らずに譲渡担保権者に弁済し、支払った受戻代金を担保権者から回収できなくなるおそれがあるとの指摘がある（生熊2・後掲・44頁）。しかし少なくとも弁済期後の譲渡担保権者は処分権能を取得し、設定者はいつ目的物を処分されてもおかしくないのだから、目的不動産の権利関係を確認せずに受戻代金を支払うことは軽率であるとする見解も存在する（永石・後掲・15頁はこの点のXの不注意をX側弁護士の弁護過誤とする）。とはいえ、差押えの事実が設定者に通知されないことは問題であり、解決されるべきである。この点、YがAの被担保債権を差押え、譲渡担保権を実行すれば、このような問題は生じない（民執第150条。また生熊1・後掲・44頁もYはこのような手続をとるべきだとする）。しかし執行法学者によると、このような実行は困難である。なぜならば不動産譲渡担保が所有権移転の形式をとるために民事執行法第150条の公示をできず、差押債権者による譲渡担保権実行のための手続を欠くからである。そのため不動産の差押えを認める必要があるとされる（中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂五版〕』（青林書院、2006年）319頁注12）。一方で、手続上の困難の克服を試みる学説も存在する（詳しくは、米倉・前注12・346-347頁）。

¹⁴ 我妻栄『新訂擔保物權法』（岩波書店、1968年）645頁、我妻、有泉亨『民法①総則・物權法〔第五版〕』（有斐閣、2000年）525頁、我妻著、清水誠、川井健補訂『民法案内6 担保物權法 下』（有斐閣、2007年）348-349頁、中野・前注13・299頁および注12。

¹⁵ 我妻・前注14・担保物權法下・348-349頁は登記を不要とする。また中野・

受戻権行使を要件とせずに、設定者の第三者異議を認め、債権者の保護は民法第94条第2項ではかる見解である¹⁶。

本判決は学説にしたがった上で、第一の見解を採用している（設定者が所有権復帰の登記を具備することを要するかどうかは不明であるが、本件の設定者は登記を具備している）。なぜならば、本判決は「弁済期前においては、譲渡担保権者は、債権担保の目的を達するのに必要な範囲内で目的不動産の所有権を有するにすぎず、目的不動産を処分する権能を有しない」ことを理由とした上で受戻権行使を要件に設定者に第三者異議の訴えを認めるからである¹⁷。それではこの判旨についてどのように考えるべきか。論点は、設定者の第三者異議の訴えを認めるべきかどうか、そして認める場合の受戻権行使の要否、そして受戻権行使を必要とする場合に登記も必要とするか、である。

担保権構成によれば、譲渡担保における所有権者は実体的には設定者である。とすると、譲渡担保権者の債権者に対する第三者異議の訴えを認めること自体に問題はない。しかし譲渡担保といっても、登記原因を「売買」や「贈与」とする、いわば通謀虚偽表示的な譲渡担保と本件のように登記原因を「譲渡担保」、

前注16・299頁および注12、293頁を併せると、同旨といえるだろう。

¹⁶ 米倉・前注12・346頁、内田貴『民法Ⅲ〔第3版〕債権総論・担保物権』（東京大学出版会、2005年）538頁、高木多喜男『担保物権法〔第4版〕』（有斐閣、2005年）361-362頁、道垣内『担保物権法〔第3版〕』（有斐閣、2008年）316頁、川井健『担保物権法』（有斐閣、1975年）191-192頁。第二の見解が設定者の第三者異議の訴えを認める根拠は必ずしも明らかではないが、米倉・前注12・346-347頁は、抵当権者と同様に譲渡担保権者は被担保債権額に相当する目的物の価値を把握しているに過ぎないことを根拠としている。なお、一前掲・東京地判平成10年は、受戻権行使を問題にしなかった。

¹⁷ 判決が述べる理由は、譲渡担保権者が処分権能を持たないにもかかわらず第三者に「処分」をした場合にもいえる。しかしこれまでの判例は二でのべたように、そうした場合に設定者の所有権にもとづく主張を認めてこなかった。だからこそ、「伝統的な理論」は、譲渡担保権者の債権者による差押えに対しても設定者が第三者異議の訴えを提起することを許さなかった（我妻、有泉・前注14・525頁他参照）。だが我妻・前注14・担保物権法下・348-349頁は、譲渡担保権者からの譲受人と譲渡担保権者に対する差押え債権者の場合とで区別し、前者の場合の譲受人を独立の取引当事者として、その地位を保護すべきだとする。

「担保のため」などとするものがある。これらを区別して扱う必要はないのか。学説の中で登記原因を区別して論じるものは少ないが、次のような学説がある。すなわち登記原因が「譲渡担保」の場合、目的不動産を差押えようとする第三者は、当該不動産が譲渡担保の目的物であること、および弁済期限が未到来なので担保権者が処分権能を取得していない可能性があるため、差押え後に受戻権が行使されて設定者から所有権を主張されるおそれがあることを想定できる。一方、設定者にしても、まだ履行遅滞になっていないのに譲渡担保権者の差押債権者が出現すると、受戻権行使をしても所有権を第三者に主張できなくなるのでは登記原因を「譲渡担保」とした意味がない。一方、登記原因が「売買」等の場合、弁済期前の差押債権者その他第三者の保護を民法第94条第2項類推適用で図る余地があるかは残された問題である、とする¹⁸。

この問題についてどう考えるべきか。まず登記原因が本件のように「譲渡担保」等となっている場合、第三者は所有権が譲渡担保権者に実体的には帰属していない可能性があることを知ることができるので、設定者の第三者異議の訴えを認めても第三者に不測の損害を与えることにはならない¹⁹。したがって、

¹⁸ 増森・後掲2・215-216頁および注15。

¹⁹ 「譲渡担保」等の登記原因に対抗力を付与することについて学説は分かれており、積極説（柚木馨編『注釈民法（9）』（有斐閣、1965年）柚木馨、福地俊雄執筆338頁）と消極説が存在する。吉田真澄『譲渡担保』（商事法務研究会、1979年）192頁以下は次のような理由により登記原因に登記の効力（推定力、対抗力、公示力）を及ぼすことに消極的である。登記官は登記原因を証明する旧不動産登記法上の登記原因証明書に対する実質的審査権限をもたないので、登記原因の真实性を保証するものはない。登記原因証明書は登記済証として利用されることで登記官の負担を軽減するためのものである。しかし消極説が前提していた法制度と現行法制度は異なり、次のように反論することもできる。現行不動産登記法では登記原因証明書は廃止され、その代わりに登記原因証明情報が導入された。これは登記済証として利用されることなく、登記所に保管され、後日の紛争防止や物件調査に資することが期待されている（登記研究編集室編『平成16年改正不動産登記法と登記実務』（テイハン、2005年）小宮山秀文執筆363頁、清水響『新不動産登記法』（商事法務、2005年）167頁）。また登記原因証明情報の提供は登記官が当該情報が真実であることを担保するための制度である。これについて清水・前掲・168頁はこうのべる。共同申請の場合は、登記義務者が登記原因証明情報の内容を確認したものが当該情報と認め

この場合には設定者に第三者異議の訴えを認めてもよい。しかし登記原因が「売買」や「贈与」となっている場合には、第三者がこの登記原因を疑うべき理由がないので、譲渡担保権者の債権者等が目的物を差押えた場合、外観主義を否定して当該差押えを否定する根拠が乏しい。したがって、この場合には設定者の第三者異議の訴えを認めるべきではない。以上の理由により上記学説に賛成したい。

次に、登記原因が「譲渡担保」などとなっている場合でも、設定者の受戻権行使を要件とすべきか。不動産譲渡担保は外観と実体が乖離している法律の予定しなかった制度である。そのことは登記原因が「譲渡担保」となっている場合でも同様である。なぜならば、この場合でも外観上の所有権者は譲渡担保権者である一方、実体的な所有権者は設定者だからである。ただ登記原因が「譲渡担保」等の場合には、外観と実体が乖離していることが外に表れている。この外観と実体との乖離を容認して執行法上の外観主義を修正して設定者の第三者異議の訴えを認めるのではなく、この乖離を可能な限り是正した上で設定者の第三者異議の訴えを認めるべきだろう。すなわち設定者の第三者異議の訴えは受戻権行使およびその登記をし、外観と実体との乖離を是正した上で、認められるべきである²⁰。またこのように考えることは執行法秩序とも合致する²¹。

以上のように考えるので、二でのべた第二の論点に関する本判決に賛成したい（本件事案ではXが登記を経由しているので問題とならなかったのだが、本判決が設定者に受戻権行使の登記を要求しないのならば、その部分の結論は本稿とは異なる）。

られる。なぜならば、権利を失う者が登記情報の具体的事実を自認しているのだから、当該原因が事実との心証を登記官が採ることができるからである。以上からすると、登記原因の真実性が全く担保されていないわけではない。そしてこの真実性の担保については登記原因証明書にもいえたであろう。

²⁰ 槇悌次『担保物権法』（有斐閣、1981年）365-365頁も、譲渡担保設定者の債権者による目的不動産に対する差押えの局面において、外観を実体にあわせて修正する方向での問題解決を提唱する。

²¹ 第三者異議の訴えにおける異議事由が所有権である場合、第三者異議の訴えをする第三者の所有権は執行債権者に対抗できるものでなければならないので、対抗要件が必要であるとするのが執行法上の判例・通説である（中野・前注16・293頁）。

五 基準となる弁済期

つづいて二でのべた第三の論点を検討する。譲渡担保権者が処分権能を取得する弁済期について、一審判決は弁済期の猶予を認める。これに対し、原審判決では、弁済期の猶予を認めず、弁済期を当初の弁済期とし、三でのべたように弁済期後に担保不動産を差押えられると、設定者は受戻権を差押債権者に対抗できないとした。そして本判決は、基準となる弁済期がいつであるかを明確にすることなく、弁済期が経過したとした。

ところで、本判決は、上告受理申し立て理由が主張する期限の定めのない弁済期の猶予を認めたのではないことは明らかであるが、それ以前に当事者が期限を定めた初めの弁済期の猶予も認めなかったのかどうかは明らかではない。このような弁済期の猶予によって、受戻権の行使可能期間が延長するかが問題である。ただ本件を処理するためにこの点を判断する必要がなかった。なぜならば、Yの差押えは初めの弁済期の猶予で定めた弁済期後だからである²²。したがって弁済期の猶予を認めるかどうかは残された問題である。そこで弁済期の猶予を認めるべきかどうかを検討する。

まず期限の定めのない弁済期の猶予を認めなかった本判決に批判的な学説が多く存在する²³。しかし本判決が期限の定めのない弁済期の猶予を認めなかつ

²² 生熊・後掲1・295頁、庄、杉江・後掲・66-67頁、占部・後掲・186頁、増森・後掲1・106頁、松村・後掲・123頁は本判決が当初の弁済期を弁済期としたとする。また金融・商事判例編集部・金商1254号28頁も、そのように解されなくもないとする。一方で、印藤・後掲・5頁、太矢・後掲・75-76頁は、本判決の趣旨が原審のように当初の弁済期をさすものではなく、弁済期が当事者の合意により変更されれば、変更された弁済期が到来するまで担保権者は処分権能を取得せず、設定者は受戻権行使をし、第三者異議の訴えを提起できる趣旨だとする。田高・後掲1・75頁、田高・後掲2・96頁も同旨である。

²³ 生熊1・後掲・295頁、占部・後掲・186頁、松村・後掲・123頁。例えば生熊2・後掲・44頁は次のように論じる。設定者は清算手続完了まで譲受人に対して留置権をもつ。譲受人はそういう不動産だと知って譲り受けたのならば、設定者は清算手続完了まで受戻権行使ができる。またXは弁済期を猶予され、利息をAに支払い続けていたので、Aからの実行はありえなかったのだから、本判決が受戻権行使を認めなかったことは疑問だとする。庄、杉江・後掲・66頁は、当事者間で弁済猶予の合意があれば、変更後の期限が到来するまでAは処分権能をもたないから、Xに第三者異議を認めなかったことは疑問だとする。

たことは正しい。という訳はこうである。Xの主張を認めると、Aが実行するまでXは受戻ができることになる。他方で、X側の債権者も、不動産が実体的にはXの所有であるとしてこれを差押えることも無論できない。するとXが受戻すか、Aが実行するか、あるいは弁済期を定めて、その弁済期が経過するまで誰もこれを差押えることができなくなる。しかしそれはおかしい。なぜならば、Aは永久に実行しないことを意図していないだろうから、期限の定めがないということはAがいつでも実行できる、つまり弁済期が経過していると解釈すべきだからである（民法第412条③、第617条参照）。

では期限を定めた弁済期の猶予を認めることは可能か。問題はそのような猶予がなされた場合、第三者がその猶予を知ることができ、かつ当事者間の通謀を疑わないものがあるか、である。

弁済期の猶予が、例えば債権譲渡における第三者對抗要件である確定日付ある証書（民法第467条第2項）のように客観的でかつ日付の操作が不可能な証拠によりなされている等の特段の事情があれば、弁済期の猶予を認める余地もある²⁴。原審判決も弁済期を当初のそれとはしない例外の可能性を認めている。しかしそのような証拠がない場合、やはり弁済期は当初の弁済期とすべきである。

しかし当初の弁済期も通謀により日付を操作される可能性がないか。原審判決もそのような可能性を認めている。不動産譲渡担保の場合、被担保債権の弁済期は公示されないので、当初の弁済期を登記簿上の公示によっても知ることができない。しかし何らかの客観的な証拠により当初の弁済期を知ることができないか。そのような証拠がありえれば、目的不動産を差押えようとする第三者に、そのような証拠を調査する義務を課しやすい。その代わり、調査しても当初の弁済期を知りえない場合、何らかの責任を設定者に帰することも考えられる。学説の中には第三者に担保権者の処分権能の有無を調査する義務を課すものもある²⁵。そこでこの点についても検討してみる。

²⁴ 田高・後掲1・75頁、増森・後掲2・注1は明確に弁済期の変更がなされた場合、弁済期の変更の余地を認める。またこうした合意を公証する方法が考えられなくもない（公証人法第1条）。

²⁵ 生熊1・後掲・291-292、294頁、同2・後掲・44頁、小山・後掲・84頁。特に生熊2・後掲・44頁は以下を第三者に確認義務をかす根拠とする。設定者に対して債務不履行に関する確認をしないと、設定者は担保権者の債権者による差押えの可能性やその事実をすることができない。そのため設定者は差押え

まず登記原因が「譲渡担保」とされていれば、第三者は担保権者の処分権能の有無が明らかではないことを知ることができる。すると第三者に弁済期をしなければならないが生じる。そして当初の弁済期であれば、旧不動産登記法下の登記原因証明書（第35条①二、第60条①）、新法下の登記原因証明情報（第61条）に記載されている可能性がある。そこでの記載は操作不可能である。そこで第三者に登記原因証明書や登記原因情報を調査する義務を課してはどうか。旧法下でも登記原因証明書が保存されていれば、利害関係人は閲覧できた（旧第21条①、旧施行細則第29条、第30条柱書但書）。だが登記原因証明書は登記済証として還付されるので、通常は登記所に保存されない。だが日付の操作が不能であることに変わりはないので、譲渡担保権者にその閲覧等を要求すればよい（民法第467条第2項の確定日付ある証書も債務者の下にある）。一方、新法下では登記原因証明情報が登記所で保存されており（新第121条②）、閲覧しやすい。そこで本件のように登記原因が「譲渡担保」とされている場合、弁済期前に不動産を差押えた第三者を民法第94条第2項の類推適用で保護する前提として、第三者に登記原因証明書や登記原因情報を閲覧し、少なくとも当初の弁済期を調査する義務を課しても不合理ではない²⁶。この場合、第三者が調査をしても当初の弁済期をしりえない場合の不利益は設定者が甘受することになる。

本件ではYは弁済期について何の調査もしなかったかもしれないが、Yの差押えは当初の弁済期どころか、初めに猶予された弁済期後であったから、Yを勝訴させた本判決に賛成する。

ところで学説の中には、帰属清算型の譲渡担保の場合、清算手続き完了まで設定者に第三者異議を認める見解がある（注23）。しかし当事者による清算手

の事実を知らずに残債務を担保権者に弁済してしまう可能性がある。そこで設定者に債務不履行の有無について確認すべきである。また登記に携わる実務家も元の所有者への債務不履行の事実の確認を推奨する（古山隆『最新版すぐに役立つ不動産登記簿の読み方』（すばる舎、2007年）204頁）。

²⁶ 現行不動産登記法立法関係者も登記原因証明情報が物件調査や後日の紛争防止につながることを期待している（前注19。小宮山・前注19・364頁以下）。また田高・後掲1・75頁、同2・後掲・96頁は、弁済期の変更を認める前提についてはあるが、当事者間の通謀の可能性があるので、民法第94条第2項の類推適用により差押債権者の保護を図り、その前提として差押債権者に弁済期の調査義務を課す。

続完了日の操作を排除した上で、清算手続完了の有無を確認できるものがないのであれば²⁷、帰属清算型の譲渡担保であっても譲渡担保権者が処分権能を取得する時期を、原則として当初の弁済期とすべきだろう²⁸。

六 残された問題

設定者の受戻権行使、弁済期、譲渡担保権者の債権者による差押えの時序は以下の6通り存在する。すなわち①弁済→差押え→弁済期、②差押え→弁済→弁済期、③弁済→弁済期→差押え、④差押え→弁済期→弁済、⑤弁済期→弁済→差押え、⑥弁済期→差押え→弁済（本件）、である。本判決は少なくとも②と⑥の場合を明らかにした。そこで残りの場合をどう考えるか。まず⑤の場合は、最判昭和62年11月12日集民152号177頁（弁済、目的不動産の譲渡、弁済期限の時序は不明だが、債務者の債務弁済による譲渡担保権消滅後に、目的物が譲渡担保権者から第三者に譲渡された事件）により設定者と担保権者側の差押え債権者との対抗問題となるだろう²⁹。

本件判決が、弁済期の前後で区別したためであろうか。本件判決の評釈には、弁済期の前後で受戻権行使の可否を詳細に場合分けして論じる見解が目立つ³⁰。例えば、次の二つの見解がある。第一の見解はこうである。①から④では担保権者に処分権能がないことを理由に設定者の第三者異議の訴えを認める。⑤は対抗問題とする（担保権構成をとる場合、民法第94条2項類推適用で処理されるとする）。⑥は、帰属清算型を原則とする立場を維持するならば、清算義務未履行の場合、処分権能の無いことを理由に第三者異議を認める余地が生じるとする³¹。第二の見解はこうである。弁済期前の差押えに関しては、

²⁷ 前注24と同様の方法が考えられなくもない。だがそうした証拠に対する調査義務を第三者に課することが妥当かどうかが問題である。それは弁済期の猶予でも同じである。

²⁸ 田高2・後掲・96頁は、担保権者が未清算のまま処分した場合、第三者は第94条2項類推適用の前提として清算義務履行の有無を当事者に問い合わせるべきだとする。

²⁹ 田高・後掲1・75頁。

³⁰ 田高・後掲1・75頁、同2・後掲・95頁、杉本・後掲2・5-6頁、永石・後掲・14-15頁。

³¹ 田高・後掲1・75頁、同2・後掲・95頁。なお⑥について田高・前掲が本文に

第三者異議の基準時までには受戻をした上で権利保護要件としての登記をすれば強制執行の排除を認める。そう解することで、①②④の場合、設定者が受戻権を行使し、かつ権利保護資格として登記を備えることで設定者の第三者異議を認める。一方、弁済期後の差押えは、受戻が弁済期より前である③の場合でも対抗問題であり、判例の立場も同様だとする。そう解することで、③⑤は対抗問題となる。⑥の場合は、本判決と同じく、設定者の第三者異議を否定する³²・33。

両見解はその結論が③⑥の場合に異なる。第一の見解は③の場合、設定者の弁済時点で譲渡担保権者の処分権能が問題となくなるので、対抗問題とはしない。だが第二の見解は、判例の考え方が、譲渡担保権者が処分権能を取得する（管の、か）弁済期後の差押えである場合、設定者と差押え債権者とは対抗関係とする考えであると解し、これを採用している。

両見解のいずれも譲渡担保権者の処分権能を基軸としていることに相違はないだろう。だが③に関しては、担保権構成を採用するかぎりでは（注32）、第一の見解に分がある。という訳はこうである。なるほど、③について判例の考えは、第二の見解が指摘する通りかもしれない。しかし⑤と異なり、担保権者が一度も処分権能を取得していない③の場合に対抗問題とするためには、③の場合を所有権の二重譲渡類似の関係と考える必要がある。つまり、譲渡担保権者に所有権が帰属しており、設定者の受戻後も譲渡担保権者に不完全な所有権

のべるような見解を採用しているかどうか明らかではないが、同「譲渡担保判例における担保権構成の伸張と限界－譲渡担保権者の目的物処分事案を中心に」（川井健、田尾桃二編『転換期の取引法 取引法判例の一〇年の軌跡』（商事法務、2004年）191頁）202頁以下をあわせてよめば、同見解を採用しているといえる。

³² 杉本・後掲2・5－6頁。ただ同・6頁は②に類似した場合で、差押え→第三者異議の訴えの基準時→弁済期、の場合について触れる。そしてこの場合、設定者に受戻を要求せずに、設定者の第三者異議の訴えを肯定し、第三者の保護を民法第94条第2項ではかる。その論拠として同・6頁別表注3は同・3－4頁を引用する。そこでの記述は担保権構成を採用した上で設定者に受戻権行使をしない第三者異議の訴えを認め、第三者の保護を民法第94条第2項ではかる見解、つまり四でのべた第二の見解への言及および同見解の理解の仕方であるから、同見解を前提とした上での帰結と思われる。

³³ 他に受戻、弁済、差押えの順序を場合分けして論じるものとして、永石・後掲・14－15頁がある。この見解は、第三者異議と差押えとの関係を対抗問題とすることの可否を判例との整合性や実質論を軸に論じている。

が残存しており、これに対して譲渡担保権者の債権者が差押えをしたと考える必要がある。この考えは所有権構成を採用しなければ、でてこない。したがって、担保権構成を前提する限り、③については第一の見解を支持せざるをえない。このように考えると、①の場合も譲渡担保権者の処分権能が問題とならないので、第一の見解と同じ結論になる。⑥の場合、判例と第二の見解と同じく、帰属清算型でも譲渡担保権者の処分権能取得時期を原則として当初の弁済期と解することはすでにのべた（五）。そうすると残るのは④の場合である。結論として、上記両見解と同様に解すべきだと思う。なぜならば、譲渡担保権者が処分権能を取得する弁済期前の差押えは不当であり、これが弁済期を経過することで正当な差押えになるべきではないからである³⁴。またこのような差押えを許すと、第三者は譲渡担保の目的不動産に対する調査（特に登記原因証明情報等）を怠るだろう。

一 評釈 一

荒木新五・判タ1234号41頁（2007年5月）、生熊長幸1・民商136巻2号279頁（2007年5月）、同2・金法1812号41頁（2007年9月）、印藤弘二・金法1794号5頁（2007年2月）、小山泰史・金法1803号77頁（2007年5月）、庄菊博、杉江隆司・専修ロ-3号57頁（2008年1月）、杉本和士1・金商1286号60頁（2008年3月）、同2・金商1287号2頁（2008年3月）、占部洋之・判時1993号181頁（2008年4月）、田高寛貴1・重判平成18年度・74頁（2007年4月）、同2・法七増・速報判例解説 vol. 1・93頁（2007年10月）、谷本誠司・銀法672号39頁（2007年3月）、玉越義雄・別冊判タ（平成19年度主要民事判例解説）22号54頁（2008年9月）、太矢一彦・銀法677号72頁（2007年8月）、永石一郎・金商1269号10頁（2007年7月）、福田修久・判タ1245号196頁（2007年9月）、増森珠美1・ジュリ1351号104頁（2008年3月）、同2・曹時60巻5号206頁（2008年5月）、同3・最高裁判所判例解説（民）平成18年（下）1098頁（2009年12月）、松村和徳・私法リ35号120頁（2007年7月）、山野目章夫・金商1256号1頁（2007年1月）。

本研究は科研費（21056022）の助成を受けたものである。

³⁴ 田高1・後掲・75頁。

執筆者紹介（掲載順）

| | | | | | | | | |
|--|--|-------------------------|------------------|-------------|----------------------|--------|------------------------|-----------------------|
| 池田雄二 | 鈴木賢 | 黄淨愉 | 陳自強 | 水野吉章 | 堀口健夫 | 武鴻雁 | 朴鍾碩 | 南健悟 |
| 北海道大学大学院 法学研究科博士後期課程・ 日本学術振興会特別研究員 | 北海道大学大学院 法学研究科附属高等法学院 教育研究センター教授 | 北海道大学大学院 法学研究科博士後期課程 | 国立台湾大学 法律学院教授 | 関西大学法学部専任講師 | 北海道大学大学院 法学研究科准教授 | 北海道副所長 | 北海道大学大学院 法学研究科専門研究員 | 小樽商科大学商学部 企業法学科准教授 |

平成22年9月24日 印刷
平成22年9月30日 発行

編集人 白取祐司
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. 61 September 2010 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

- Corporate Scandal and Civil Liability of Director (1):
Director's Duty to Establish Compliance System.
..... Kengo MINAMI 1
- A Study On The Changes Of The Socialist System ☆
..... PARK Jong-Seok 378[1]
- The participation in the proceedings for the third party without
independent request in civil trial in China
—— civil action caught between procedure and substance ——
..... WU Hongyan 332[47]
- Precautionary Concept in the Orders of Provisional Measures of the ITLOS
..... Takeo HORIGUCHI 264[115]
- Reexamination of the Grounds for Fraudulent Transfer Law (7) :
From the theoretical perspectives Yoshiaki MIZUNO 224[155]

LECTURE

- 100 years of Taiwan Civil Law:
Focusing mainly on Legislative Changes of Its Contracts
and Property Chapters CHEN Tzu-Chiang 152[227]
Translated by Chingyu HWANG/Ken SUZUKI

CASE NOTE

- Note on Civil Law Case Yuji IKEDA 92[287]

[]...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