



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第61巻 第6号 全1冊
Citation	北大法学論集, 61(6)
Issue Date	2011-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45113
Type	journal
File Information	lawreview_vol61no6.pdf



北大法学論集

第 61 卷 第 6 号

論 説

21世紀の日中不法行為法の諸課題 ——中国における法制定を契機に——	吉 田 邦 彦	1
商品先物取引における委託取引の構造 ——最判平成21・7・16を素材として——	川 村 力	31
取締役法令遵守義務違反責任の帰責構造 ——最高裁判決、会社法、そして債権法改正——	得 津 晶	61
企業不祥事と取締役の民事責任（4） ——法令遵守体制構築義務を中心に——	南 健 悟	99
国際的な投資取引を巡る国際裁判管轄権について ——国際的共同不法行為の裁判管轄を中心に——	嶋 拓 哉	426[1]
契約と過失不法行為責任の衝突 ——建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）が生じる例をめぐって——	新 堂 明 子	386[41]
ドメスティック・バイオレンス保護命令の実効性	町 村 泰 貴	364[63]

講 演

韓国における人身拘束制度をめぐる議論状況	閔 永 盛	157
内閣法制局の印象と公法学の課題	仲 野 武 志	183
ヨーロッパ人権条約上の要請に照らして見たフランス行政法の現代的变化 ルネ・オスティウ	小林真紀 翻訳	346[81]

資 料

B型肝炎札幌訴訟における意見書 ——因果関係の証明負担の軽減について——	瀬 川 信 久	328[99]
〈北大立法過程研究会報告〉 民主党連立政権下の立法過程	武 蔵 勝 宏	312[115]

判 例 研 究

刑事判例研究	閔 口 和 徳	276[151]

雑 報

* * *

瀬川信久先生の民法学 その経歴と業績	松 久 三四彦	203
道幸哲也教授の経歴と業績	加藤智章・斉藤善久・国武英生	223
林 鳩教授の経歴と業績	山 本 哲 生	249

2011(平成23)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等教育研究センター教員名簿

古藤		深瀬		穂貫		島山		中村		曾野		杉東		實方		近藤		小菅		小木		神原		奥田		小川		大塚		白井		今井		伊藤		石川		五十嵐		厚谷		名譽教授	
矢岡		康有		利一		文道		睦男		勝利		明比		嶺國		彦民		二二		昇二		芳太郎		茂男		弘三		浩三		晃一		龍兒		知史		道一		武清		兒經			
句(アメリカ政治史)		宏(民法)		利(憲法)		文(憲法)		睦(憲法)		勝(憲法)		明(憲法)		嶺(憲法)		彦(憲法)		二(憲法)		昇(民法)		芳太郎(民法)		茂男(民法)		弘三(民法)		浩三(民法)		晃一(政治思想史)		龍兒(政治思想史)		知史(政治思想史)		道一(政治思想史)		武清(政治思想史)		兒經(政治思想史)			
寺川		常本		辻村		田口		高見		曾井		瀬川		鈴木		新城		白下		嶋田		佐々木		権左		加矢野		小名木		尾崎		岡田		遠藤		池田		松村		松澤			
祐照		康善		正樹		進樹		護夫		久賢		二子		司刑		哉司		寿憲		志憲		武憲		智憲		章憲		宏憲		弘憲		乾憲		治憲		男憲		之憲		陽憲			
一樹(憲法)		夫(憲法)		之(憲法)		進(憲法)		護(憲法)		久(憲法)		二(憲法)		司(憲法)		哉(憲法)		寿(憲法)		志(憲法)		武(憲法)		智(憲法)		章(憲法)		宏(憲法)		弘(憲法)		乾(憲法)		治(憲法)		男(憲法)		之(憲法)		陽(憲法)			
*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*		*			
准教授		松阿		佐藤		岸田		伊藤		特任教授		亘理		吉田		山本		山崎		山崎		宮脇		宮本		松久		松浦		町村		藤原		林田		長谷川		中井		道幸			
澤阿		雅阿		彦阿		輔阿		二阿		一阿		格阿		彦阿		生阿		根阿		淳阿		郎阿		三阿		孝阿		正阿		貴阿		明阿		靖阿		晃阿		一阿		也阿			
(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)			
助		松板		所東		徐浩		下峻		坂太		大金		米島		吉田		吉田		眞野		堀口		藤谷		根島		中本		得川		鈴木		齋藤		桑原		川村		郭村			
巴和		根雄		彦代		介代		行比		一成		誠比		宏志		徹二		仁夫		史志		健武		岳志		比志		晶比		一哲		志比		子比		力比		舜比					
(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)		(比較法)			

*は大学院公共政策学連携研究部専任教員
雑誌編集委員 ○ 印

瀬川信久教授は本年三月をもって定年を迎えられることとなりました。

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

北海道大学大学院法学研究科



瀬川 信久 教授

道幸哲也教授は本年三月をもつて定年を迎えられることとなりました。

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

北海道大学大学院法学研究科



道幸 哲也 教授

林靖教授は本年三月をもって定年を迎えられることとなりました。

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

北海道大学大学院法学研究科



林 靖 教授

二二世紀の日中不法行為法の諸課題

——中国における法制定を契機に——

吉
田
邦
彦

一．はじめに——本稿の課題

(二) 私の不法行為法学との出会い、法学研究者活力の源泉・学問の姿勢など

本稿においては、二一世紀における日中の不法行為法の諸課題を分析することを課題とするが、私の不法行為法学との出会いは、もう三〇年も前の平井宜雄教授の講義であり、当時のご自身の不法行為法学の主著をベースとする最先端の状況を説かれるというもので、それは極めて強烈且刺激的で、またそれは、民法学（法学）とは何なのかを考える際にも、出発点ともなる決定的なものであった。すなわちそこでは、我妻栄博士を始めとする当時の不法行為法学の通説理論（例えば、①違法性理論ないしその基準としての相関関係理論、②それと対比される（主観的）過失論、③相当因果関係論、④損害に関する金銭的差額説等）の根底的なところで、次々と批判理論を展開され、説得的に破壊していくという風のもので、まさしく当時の学説は、「揺れ動いて」おり、サークルなどで居合わせた一年上の先輩の議論の仕方とかなり異なるものであったことを懐かしく思い出す。そして、私が助手論文（最初に提出する就職論文）を提出し、新たな奉職の機会を得て、東大法研を辞する際に、同教授から戴いた忠告は「首尾一貫した研究を行うこと」そして「オリジナルな自分の民法学の世界を作り上げる」ということであった。

あれからもう二〇数年経つが、この間だけのことのできたかということを考えると、本当に忸怩たる思いに囚われる。最初は、①第三者による債権侵害（契約侵害）に代表される、経済的（取引的）不法行為法から始め（当時は今と違い、この分野の研究は乏しく、平井不法行為法学にも欠落していた）、その後、②アメリカ留学を契機として、契約侵害問題の延長として、ヨリ理論的に、（個人主義的な意思主義理論に対する批判理論としての民法学理論である）関係的契約理論（Macneil 理論）に関心は広がった。③そして、契約以上にヨリ根底的なレジームを扱う所有法領域が、川島理論のママになっていることに批判対象は移り、人格的所有理論（人格的理論）を軸とする、身体の所有、環境法、情報所有法（知的所有権法）などの研究、さらにはその後続研究として、住宅法・居住福祉法学、都市法学、それと関連する地方自治法学等を行っている。④また、補償法学として、（所有法の裏側でもある）民族紛争等に伴う、

先行する所有権征服に関わる補償問題、さらには、広く戦後補償・戦争補償に関わる論述（まず、強制連行・労働の問題を取り上げ、続けて、慰安婦問題、また中国侵略問題の一環で、虐殺問題、空爆問題（特に、重慶での長期の無差別爆撃、細菌戦・化学兵器の問題を扱っている）を行い、時効法学のみならず、広く（法と道德との関係に関わる）不法行為法の目的論・救済方法の根底的反省等を行っている⁽²⁾。

また、法学ないし法解釈方法論としては、学生の頃から強い影響を受けてきた、日本版リアリズム法学とも言える星野英一教授などの利益考量法学、さらには、比較分析として、本場のアメリカ法学における、リアリズム法学、批判理論、プラグマティズム法学、批判的法の支配論などの研究を行っており、特に批判法学からの影響は強いが、自分自身としては、学生の頃からの問題関心の連続的な延長線上の考察のつもりであるし⁽³⁾（しかもこのように、捉えどころがないほど、多くの各論的問題群を横断的に扱うアプローチは、「方法論は、各論的に、具体的法実践との相互関係で、扱わなければならない」という、恩師星野教授からのメッセージの私なりの実践のつもりである）、さらに、私が、関係理論に始まり、フェミニズム法学、批判人種理論を射程に入れ、さらには、デリダなどの哲学的基礎理論も含めた意味での批判法学にとりわけ関心をもつのも、冒頭に挙げた平井教授の不法行為法学から作られた民法学イメージと無縁ではないということも付言しておきたい。

「二一世紀の日中不法行為法の課題」というテーマに、かくも多くの「研究者の卵」の諸君が、関心を寄せていることに、恐縮且驚嘆しているが、それだからこそ、私自身が何をしてきたかということとはともかく、先の平井教授の警句は、「なぜ不法行為法などの民法研究を行うのか」という、研究活動の出発点ないし研究者志望の動機付けとも関わり、改めて強調しておきたい。というのは、日本では近時は、債権法改正という動きもあり、いわば総動員体制的に従来の議論を整理したり、一定の解釈論的立場を実定化したりするというような事業が前面に出ていること⁽⁴⁾もあり、従来の議論をな

「ぞるような刊行物ばかりで満ち溢れているように思われるからである（もちろんそれに加えて、諸外国の動向はどうであるかという資料的研究も盛んであるが）。しかし我々はそのようなことのためだけに研究者を指摘したのであるか。そうではないだろう。少なくとも、冒頭の平井教授のメッセージは、そうではなく、『既存の議論状況を批判し、問題提起する』ところ、それを通じて『法的議論を進展させる』ところに、研究者のレゾン・デールがある」という如くで（もちろん、そうした問題提起の主張について、比較法的に説得力がなくては意味がないことは言うまでもない）、それがなくては、今後の民法学の活力は見込めないことになるだろう。そうした問題提起の実践が、自分自身が出来ているかは、一応棚に上げて、本稿の分析でも、少なくとも出発点である考察姿勢としては、前述の警句を改めて確認しておきたいわけである。

（二）本稿の分析視角・問題意識

さて、ここに二一世紀における日中の不法行為法の比較ないしその諸課題を検討する本稿において、その考察・分析視角（つまり私の問題意識）を最初に述べておこう。

すなわち、その第一は、日中関係を見据えての不法行為法を考えたいということである。従前の不法行為法学は、今尚、「脱亜入欧」的・「ヨーロッパ（ないし欧米）基底的」不法行為法なのであり（もともと、物権法などと比べて、不法行為法の場合には、抽象度の高い制度であるので、普遍性も高く、従来式のやり方にも意義があることそれ自体を否定するわけではない）、もっと日中という東アジアの隣国という状況を踏まえ、その歴史的事実ないし今世紀の共通の課題（隣国ならではの諸課題）にも留意しつつ、東アジアに定位し「軸足を置いた」不法行為法学の構想もあってよいという問

題意識である。これはこの十年来、私の民法理論研究の問題軸として、新たに加えたことも関係する（ハーバード大学イェンチン研究所での隣国研究者との分野を越えた共同研究体験を一つの契機としている）。

また第二は、従来の法的責任法としての「不法行為法」の視座を拡大したいということである。すなわち、いわゆる近代法の桎梏として過失責任主義があつたりして、ともすると不法行為法上の射程は狭かったことは多くの論者が、今日指摘することだが、さらに、「被害者救済を総合的に考える」（加藤雅信教授）という形で広げてみて⁽⁵⁾も、視野の狭さは色々指摘できる。例えば、①交通事故の領域では、加害者の資力の確保、さらにはそれのままならない時の被害者補償制度の確保の制度が求められ、とくに、保険法との総合的考察なしには済まされないことは言うまでもない。また、②医療過誤の領域でも、医療実践との相関なしの不法行為分析は狭いだろう。疾病・傷害に対する医療配分との関係はどうか、またそれを財政的に確保する医療保障制度との相関的考察も求められるところであろう（それがすなわち、アメリカでも医療過誤法の枠を脱して、医事法として展開されているところである）。さらに、③災害補償などは、何故か加藤教授的な分析は手つかずで、不法行為法の射程外とされるためか民法学者の関心は皆無に近く、比較法的にも、わが国の救済状況は貧しいのに、それに対する批判的議論は追いついていない⁽⁶⁾。ともかく、そのような問題関心からの分析ということである。

それ以外のレベルでも、不法行為責任の趣旨・目的ないし救済方法という見地から、責任を負うということは、どういうことなのか、さらには道義的責任（道徳的責任）との異同という根本問題も意外になされておらず、そのような意味からの視野拡大も必要であらう。

さらに第三は、不法行為における具体的な法と政策との関わりに力点を置いて分析することである。この点で、平井教授の、「政策志向型訴訟」に関する理論展開は、周知のものであるが、やや一般理論に傾斜しており、私としては、⁽⁷⁾
⁽⁸⁾

ヨリ各論的に具体的に法と政策の交錯状況を、論じてみたいし、その方が、実践的には、生産的だと考えるということである（もとより、伝統的・日常的不法行為の重要性も否定するわけではないが（例えば、交通事故などの問題）、現代的には、政策的不法行為の重要性が高いことは否定できないだろうし、意外に日常的不法行為も、政策的不法行為であることが多いことも、後述する如くである）。

因みに、政策志向型訴訟ないし政策訴訟は、アメリカにおける公共訴訟の議論を発条として、展開してきたものであるが、中国でも近時、「影響性訴訟」として類似の議論が展開してきていることにも留意されよう（例えば、肝炎ウイルス保有者に対する差別訴訟、キャッシュカード付き運転免許証再発行価格に関する訴訟など。もつとも、政策性・政治性が高くなると、訴訟の受理は否定されている（受理難と言われる）ので、事情は異なるが⁽⁹⁾）。

(1) 平井宜雄・損害賠償法の理論（東大出版会、一九七二）、同・現代不法行為理論の一展望（一粒社、一九八〇）など。

(2) 論文の冒頭にこのような件くだりを入れる由来は、本稿が、二〇一〇年九月二五日の南京大学法学院における講義を機縁としており、そこでは自己紹介として、自身の研究の概観を入れるようにとの要請があったためであり、それ以上のものではない（因みに、本稿の中国語訳（章程（北大法学研究院院生）訳）は、南京大学法律評論三五号（二〇一一年春季号）に掲載される）。最初に記すように、研究の貧しさを恥ずかしく思う。論文集で、①については、『債権侵害論再考』（有斐閣、一九九一）で、②については、『契約法・医事法の関係的展開』（民法理論研究二巻）（有斐閣、二〇〇三）で、また、③④については、『民法解釈と揺れ動く所有論』（民法理論研究一卷）（有斐閣、二〇〇〇）、『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（民法理論研究三巻）（有斐閣、二〇〇六）、『都市居住・災害復興・戦争補償と批判的「法の支配」』（民法理論研究四巻）（有斐閣、近刊（二〇一一））で行った。

また、こうした研究を反映させつつ、日々の講義の記録として、講義録の公表を始めた（『家族法講義録』（信山社、

二〇〇七）、『不法行為等講義録』（信山社、二〇〇八）、『所有法（物権法）・担保物権法講義録』（信山社、二〇一〇）、『契約法各論講義録』（信山社、近刊）。また、居住福祉法学については、『居住福祉法学の構想』（居住福祉ブックレット）（東信堂、二〇〇六）。

（3）これについては、吉田・前掲書（注2）（民法理論研究一卷）第一部、同・前掲書（注2）（民法理論研究四卷）第四部をさしあたり、参照されたい。

（4）こうした近時の民法（債権法）改正の問題状況に関する私なりの批判的分析としては、吉田邦彦「近時の『民法改正』論議における方法論的・理論的問題点」ジュリスト一三六八号（二〇〇八）、同「民法（債権法）改正」の目的・趣旨の再検討と法解釈方法論」法律時報八二巻一二号（二〇一〇）（同・前掲書（注2）（民法理論研究四卷）一〇章に所収）参照。

（5）この点の総論的展開としては、例えば、加藤雅信・損害賠償から社会保障へ（三省堂、一九八九）参照。

（6）この点に関しては、吉田邦彦「居住福祉法学から見た『弱者包有的災害復興』のあり方——補償問題を中心に」法律時報八一巻九号、一〇号（二〇〇九）（同・前掲書（注2）（民法理論研究四卷）四章に所収）参照。

（7）平井・前掲書（注1）（一粒社、一九八〇）六六頁以下。

（8）その所産は言うまでもなく、平井宜雄・法政策学（第二版）（有斐閣、一九九五）である。

（9）中国の影響性訴訟については、さしあたり、高見澤磨『鈴木賢・中国にとっては法とは何か——統治の道具から市民の権利へ』（岩波書店、二〇一〇）一三一頁以下（鈴木執筆）参照。

二. 従来の動向——日本不法行為法からの示唆

日本民法学では、不法行為法領域は、従来最も論文数も判決例も多い分野であるが、ここでは皮切りとして、新法制定を迎えた中国法に対して、いかなる示唆・留意点があるのかにつき、簡単な概観を与えておこう。

すなわち第一は、数多くの理論的議論がみられたということであり、例えば、違法性・過失・因果関係などに関するものである。しかし冒頭に触れたように、確かに平井教授のように大きな理論的展開を見せたものがあるが、議論百出の状況でもあり、また平井理論の登場後一世代を経た今日の段階で、振り返ると、やや理論過剰の嫌いもあり、その反面で、それによりどれだけ実務が動いたかという観点からは、不毛さも無くはない。

第二に、他方で、比較的少ない条文を補う数多くの裁判例があるということであり、日本では、不法行為法は、判例の分析なしには済まされない（もつともこの点で、中国の裁判例（案例）は、その公表例は、従来限られ、またその法的・事実的拘束力もなく、その意義は日中で異なることには、注意されなければならない（しかし他面で、中国最高人民法院及び最高人民檢察院が出す「司法解釈」は拘束力があるとされる¹⁰）。しかしともかく、ヨリ具体的類型・実例ごとの検討の必要性があるという点では、加藤一郎博士のような見方は、理論過剰に対する反省という意味でも、また実例に即した建設的議論の展開という意味でも、再度注目されてよく、¹¹ここでも、例えば、医療過誤、製造物責任、公害、環境、戦後補償などというぐらいに実例に即した分析を行うこととする。

第三は、「法と経済学」理論による急転回が、一九七〇年代半ば以降、アメリカ法学を追う形で、日本でもなされたということであり、それにより、市場との関係で、法制度を見るという意味での視座の拡大がなされ、また、法と政策の交錯の考察が深められたという意味でも注目されてよい。その理論的成果は、平井教授の「法政策学」であり（注8文献）、功利性基準（効率性基準）と正義性基準とからなる理論枠組みであるが、ヨリ具体的に視座を拡大していく必要性もある。ともかく、この潮流は、不法行為法領域から発展していったわけであるが、その過程で、不法行為法の「部分性」も認識されたということが言えよう。

(10) これらについては、本間正道ほか・現代中国法入門（第五版）（有斐閣、二〇〇九）一〇二頁参照。

(11) 加藤一郎・民法における論理と利益衡量（有斐閣、一九七四）一七頁以下（初出、一九六四）。そして、この点で、吉田邦彦・不法行為等講義録（信山社、二〇〇八）五二頁以下でも、意識的にそのような類型的アプローチを採っている。

三、中国不法行為法〔侵權責任法〕瞥見

中国不法行為法（侵權責任法）に目を転ずると、従来不法行為法として規律していたのは、民法通則（一九八六年四月採択・公布。一九八七年一月施行）第六章（一〇六条以下）であつたが、二〇〇九年暮れに単独の「侵權責任法」が制定された（二〇〇九年一月制定。二〇一〇年七月施行）ので、それを最初に見ておくことにする。⁽¹²⁾

（一）比較法的野心作

まず一般的な比較法的特色として、本法律には、世界各国の影響が認められ（アメリカ法の影響もある）、非常に野心的でオリジナリテイのある法律を作ろうとする意欲作であると思われ⁽¹³⁾と指摘されている。そのような思い切った立法ができることも、中国ならではの立法事情が関係していると思われ（代表的民法研究者のイニシアティブによる「トップダウン型立法」のよい側面であろう）、日本のかつての法典調査会、法制審議会が指導的役割を演じていた頃と類似する。しかし日本の今は、いわゆる「立法の民主化」ゆえに、保守化勢力によるロビイングがあるから、こうしたことはできな

いだろう(目下債権法改正の動きがあるけれども)。因みに、アメリカ不法行為法でも一九九〇年代以降は、保守派勢力¹⁴ないし保守的「法と経済学」の影響が強く、被害者保護よりも、賠償額の制限などが前面に出ることとなっており、やはり中国とは事情が異なることを想起されたい。

(二) 不法行為法の目的・救済方法の多面性・柔軟性

また、不法行為法の目的論の捉え方が、権利保護、侵害責任の明確化、予防・制裁、社会の調和・安定の促進(一条)として多面的であることが注目され、これは、日本の金銭賠償主義(損害填補への偏り)(日本民法七二二条二項)とは対照的である。そしてこのことは、救済方法の多元性(損害賠償以外に、差止め(侵害停止・妨害排除・危険除去)の予防的措置、財産返還、謝罪、影響除去・名誉回復)(一五条二項)と対応している。さらに、製造物責任につき、懲罰的賠償も認められる(四七条) ことにも注意されてよく、この点では既に、消費者保護法(消費者權益保護法)(一九九三年採択。一九九四年施行) 四九条では、倍額賠償の規定を定めて、これに関する事例も存在していたところである。

しかし他方で、補償的事例における償い効果、修復的正義・関係和解的な救済方法をどこまで包摂できるかは、よくわからないところがあり、まだ議論は不十分ではないか。

(三) 特色ある扱い

さらに、その他の特色ある規定として、(蓄積された幾つかの事例の中で問題とされた)「同命不同価」(命の価値の格差化)的処理を修正する「包括一律賠償」の処理の提示(一七条)(日本の公害・被害における実務の影響)⁽¹⁵⁾など、興味深い。

また、公平責任(二四条)(無過失の場合の責任分担)は、それまでのやり方(民法通則一三二条)の承継で、中国ならではのものだが、やや性格が異なるものの寄せ集めの色彩もある⁽¹⁶⁾(例えば、①無能力者責任(三二条)(これは日本と扱いが違うが、フランス法などは同じ立場である)、②加害者不特定の被害者保護(八七条)(性質上は、加害者不明の共同不法行為の問題(日本民法七一九条一項後段)、③予想外の状況における損害についての、受益者による補償(三二条後段)など)。

(四) 残された課題——後述する二一世紀的諸問題との関連での不十分さ

しかし反面で、二一世紀的課題との関係で、幾つかの限界があることも否定できないだろう。つまり、既存の不法行為法の比較法によるためか、その限界を抱え込むことになり、すなわち第一に、不法行為の規模の大きいもの(国家規模を越え国際的紛争になるもの)、そして逆にある意味で反対の極である、密室内でなされるようなものについては、従来きちんと対応できていない(しかし重要な不法行為課題である)ことに注意すべきである。例えば、①補償問題などで前面化する、国際法(国際人権法)との交錯領域の不法行為法は不十分である。また、②ドメスティック・バイオレンスとかセクシャル・ハラスメントなどの新たな不法行為についても対応できていない(日本では、後者について、ある程度の事例が出ている)⁽¹⁷⁾。

また第二に、災害問題なども、不可抗力とされ（二九条）、慮外におかれてしまうのか。なお、広い意味での過失責任の枠組み内だが、わが国の戦後の国家賠償には、変遷もあるが、比較法的には、営造物責任など比較的柔軟に責任を認める方である（戦前は国家無答責。しかし非権力の行為については、当時から不法行為責任は、肯定されていた）。これに対して、中国ではなお射程が狭いという課題があるのではないか（後述する）。もつとも他方で、環境汚染責任の領域では、いわゆる「予防・警戒原則」（precautionary principle）に対応する法理につなげることもできる（六五条（汚染者責任）、六六条（因果関係の推定））。また、効果の多面性（前述）という点では、日本法よりも柔軟に対応できる可能性があるだろう。

さらに第三に、完全賠償の原則としつつ（一九条）、精神的損害賠償は、「重大な」場合に絞る（二二条）（そもそも本法律制定以前には、慰謝料賠償は、認められていなかった⁽¹⁸⁾）のは、社会主義的立法の特色をなす限界だろうか。他方で、日本では従来慰謝料賠償が公平の要請に資するべく、柔軟に認められるのが、特色である。

(12) 中国で新たに制定された不法行為法（侵權責任法）については、日本語文献として、住田尚之「中国における新しい不法行為法の制定」ジュリスト一四〇六号（二〇一〇）、同「中華人民共和国權利侵害責任法（不法行為法）の解説」NBL九二六号（二〇一〇）、加藤雅信・森協章「中国不法行為法（侵權責任法）の制定と中国民法の動向」法律時報八二卷二号（二〇一〇）（それほど詳しくはない）、早稲田大学孔子学院編「日中民法論壇」（早稲田出版部、二〇一〇）一章（梁慧星執筆）、中国語文献としては、王利明ほか「中国侵權責任法教程」（人民法院出版社、二〇一〇）、中華人民共和國侵權責任法解説（中国法制出版社、二〇一〇）、楊立新「侵權責任法」（法律出版社、二〇一〇）、王勝明主編「全人代法工委民法室・中華人民共和國侵權責任法・条文解釈与立法背景」（人民法院出版社、二〇一〇）、全人代常委会法制工作委员会民法室編「侵權責任

法・立法背景と観点全集（法律出版社、二〇一〇）など参照。

- (13) 野村豊弘ほか「座談会」アジアの民法——その比較法的意義と特色」ジュリスト一四〇六号（二〇一〇）七頁、一六頁〔鈴木賢発言〕。

- (14) 例えば、R・ミラー「アメリカ合衆国における不法行為法改革の動向（上）（下）」判タ六二二号、六三二号（一九八七）、さらに、石原治・不法行為改革（勁草書房、一九九六）参照。

- (15) 王勝明主編・前掲書（注12）七七頁参照。

- (16) 住田・前掲（注12）五一頁は、運用次第では、適用場面が広がり過ぎる懸念があるとする。

- (17) これについては、水谷英夫・セクシャル・ハラスメントの実態と法理（信山社、二〇〇二）、和田美江「セクシャル・ハラスメントの不法行為評価」（二・完）北大法学論集五三巻五号、六号（二〇〇三）参照。

- (18) 精神的損害賠償（慰謝料賠償）は、民法通則一二〇条では、姓名権等の人格的侵害に限り明文規定で認めるに止まったが、その後製造物責任（三二条）、国家賠償法（二七条）などの特別法で、死亡賠償金、傷害賠償金という名目で実質的に認める場合が増え、さらに、最高人民法院の司法解釈で更なる拡充が見られた（二〇〇一年の「民事不法行為精神賠償損害責任の確定に関する若干の問題の解釈」一条で、従来の人格権侵害以外に、生命権、健康権、身体権、人格尊厳権の侵害の場合にも広げられた。二〇〇三年の「人身損害賠償事件の審理の法律適用に関する若干の問題の解釈」一条一項も同旨である）。

四、具体的考察——例示的に

では続けて、上述したように、実例に即して、具体的・類型的に、日中の不法行為法の比較概観を進めることにしよう。

(一) 交通事故

まず、「交通事故」事例では、日本での経験に鑑みると、モータリゼーションの発達とともに、不可避免的に生ずるが、ADR（代替的紛争処理）の重要性は大きいであろう。つまり、わが国では、自動車事故訴訟は、一九七〇年頃をピークとして、減少した。その背後には、賠償実務の方式の集積的確立とそれと相俟った、訴訟外の紛争処理の増加ということが¹⁹⁾ある。中国では、自動車の急増とともに、交通事故事情の悪化が予測され、当面は訴訟（案例）も増えるのであろうが、日本と類似の軌跡を辿るのかは、興味深い。

なお、日本における交通事故賠償実務は、確立されたようではないながら、よく考えると、いわゆる相続構成をはじめとして、その実務のフィクション性は大きい。しかも、近時は、労働事情の変化（非正規雇用・失業率の上昇）とともに、平等主義的取扱いとの関係で、反省の必要があろう。そしてこの点で、中国侵權責任法は、交通事故の場合にも、死亡賠償金、しかも一律のそれということ（二六条、一七条）、日本の実務のフィクション性がある意味で克服した立場の如くであって、注目されるであろう。

またこの領域では、「保険実務」の役割の大きさが決定的であることも確認しておきたい。強制保険化が、日本では、自動車損害賠償保障法（一九五五年制定）に始まるが、中国の道路交通安全法（二〇〇三年採択）は同様のものか（なお、中国では、過失責任とのことであるが、日本の無過失責任に近い中間的責任と違いがあるのかどうか）。

さらに、ひき逃げのような場合の被害者保護の必要に對して、日本では、自動車事故賠償保障事業があるが（自賠法七一条以下）、中国でも、類似の制度が認められていることも注目される（五三条〔道路自己交通事故社会救済基金〕による支払い・立替え）。

(二) 医療過誤

「医療過誤」類型においては、その基盤をなす制度としての「医療保障制度」の相關的検討の必要性があるであろう（例えば、i. c.（インフォームド・コンセント）といつても、背景が日米ではかなり異なる⁽²⁰⁾）。日中でも大きく違いがある（日本では、財政的に動揺しつつも、今も国民皆保険制度が維持されているのに対して、中国では、医療保険が妥当するのは、都市地域に限られ、医療の背景状況が異なる）。

なお留意すべきは、日本では近時、医療過誤領域では、最高裁の被害者保護の見地からの破棄判決が相次ぎ、民事における例外的な積極司法の代表的領域と言えるが（もう一つは、契約法（消費貸借契約法）における、高利貸し規制の利息制限法の運用による過払い金返還訴訟の領域である）、これに対しては、医療界から、医療慣行に反するなどの反発があるということである。つまり、あまり厳格な医療保護法にすると、医療にコストがかかり、そのつけは患者側にも影響するというような多面的考察（訴訟の枠を超えた政策的・制度論的考察）も必要であるということ、現に「医療崩壊」とか、防衛医療（例えば、産婦人科における帝王切開へのシフト）とかの問題も深刻になってきている。ただ、この点でも、日中の状況の相違に鑑みるならば、中国ではさしあたりは、医療過誤に関する規定（五四条以下）の積極的運用による被害者保護に傾注することではないかと推測される。

(三) 製造物責任

「製造物責任」類型に関しては、日本では、特別法として、製造物責任法（一九九四年）があるが、同法は、それま

での民法七〇九条による製造物責任の判例と大差ない（政治的意味合いはあるかも知れないが）。中国法（民法通則一二二条および製造物品質法（一九九三年採択）、また侵權責任法四一條）でも、大差ないのかどうか。なお既に触れた、近時の懲罰賠償の規定（四七条）は、明らかに日本法を越えるものである。

（四）公害、環境問題

次に、「公害・環境侵害」類型であるが、まず、今尚深刻な公害被害があるかどうか、日中の相違であろう（わが国では、かつては、四大公害訴訟など深刻事例があり、それが公害に関わる法理の刷新を突き動かした。しかし今日の関心は、むしろ市街的公害の方に移っている）。しかし日本でも、アスベスト問題、たばこ問題、じん肺問題、大気汚染問題などは今後の課題として残っていることは忘れてはならず、その限りで日中共通の問題といえよう（なお、アメリカでは、タバコやアスベストは大問題で、膨大な訴訟があり、立法も含めて、混迷状況である。それらは、製造物責任の問題としても、議論されているのである⁽²³⁾）。

他方で、二一世紀に大きく前面に出る「環境問題」は、地球規模的な環境リスクの浮上（CO₂削減問題）であり、これは、「不法行為法」の域を超える難問であろう。とはいっても、この問題に即した不法行為法理開拓の鍵を述べると、第一は、差止めの重要性ということである。こうした環境リスク損害は、広範に不可逆的に進行するという特性に即して、環境不法行為法の構築の必要性があるが、その際には、早期の段階での差止めが重要になるわけである。しかし、日本の民法七〇九条による対応は、従来後手に回っている。この点で、中国法は、無過失責任とのことであるが（民法通則一二四条）（新法の六五条（環境汚染責任）、六九条（高度危険責任））、実際の運用上の問題として、日本法と同様のこ

とも予想されるが、同国での救済方法の柔軟さ（一五条参照）を駆使して、どれだけこうした現代的課題に対応できるかは、注目したいところである。

また第二は、技術面での改善の必要性ということがある。こうした広範な問題について、単発の不法行為訴訟アプローチで、どれだけ対処できるのかという問題があり、コミュニティ基底的な規制も考えられてよい（司法よりも行政的アプローチということになる）。その際に、中国的な法制・社会システムを活用した「上からの」規制は、どれだけ奏功するかも注目されよう（例えば、行政規制アプローチで、杭州・西湖の水質汚濁の解消の例がある）。

しかし、自由主義化、グローバル市場化の波は強力であり、こうした中で、例えば「排出権取引」ないし「環境賦課金」という取引論理で⁽²⁴⁾ どれだけ対処できるのかも耳目を集めているが、懐疑的にならざるを得ない面もある。また他面で、戦略的な行動による「コモنزの悲劇」を克服すべく、「下からの」コモنزの管理に向けた「協調行動」のメカニズムの探求もなされて⁽²⁵⁾ いて、注目されよう。

なおこれとの関連で、第三に、東アジア規模での国際的対応の必要性があるということも、指摘しておきたい。ともかく、中国は、面的にも、人口的にも、大国であり、その環境政策（例えば、自動車交通を避けるような公共交通の充実、海産物資源の確保・枯渇防止のための食生活に関わる施策など）の国際的影響力は大きいことに留意すべきである。

（五）住宅災害との関連での不法行為責任

続いて、「災害」事例であるが、それに関わる不法行為問題として、二〇〇八年の四川地震（汶川地震）による建築被害が発条となり、その建築発注者、施工業者の責任（無過失の連帯責任）の規定（八六条）がおかれたことは注目す

べきである。因みに、わが国での欠陥住宅問題に関する民法法理の弾力的運用は、不充分で（民法五七〇条の瑕疵担保でも学理的議論の豊饒さの裏腹に、実際の保護は大きくなかった）、またその不法行為的保護は、近時に「取引的不法行為」として始まったばかりであるが、この問題は、私がかねて論じていた問題である。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

（六）災害問題

しかし本論の「災害事例」類型になると、一般論として、「不可抗力」の問題として、民法の範疇外とされた。しかし、視野拡大の必要があり、損害填補のあり方を広く論ずる必要がある（特に地球温暖化による自然災害の増大に鑑みて）。

もともと、前述の如く、日本では、国家賠償法（一九四七年）の適用による水害に関する国・地方公共団体の責任の裁判例が多数見られた（もともと、一九八〇年代半ばごろから、最高裁のスタンスは、やや消極的になる（大東水害訴訟以降）⁽²⁸⁾）。中国での国家賠償法（一九九四年）の運用はどうか。同法は、公務員の不法行為系列のものが主で、災害関連は、対象とされていないから（日本法的に言えば、国家賠償法一条系列だけである）、この点では、大きな違いがある（もともと、震災・水害は、国家賠償という形ではなく、災害補償という形でなされるから、それらの動向も包括的に見る必要がある）。

なおこの点で、アメリカでは、これに関する司法的運用は消極的であるが、行政的対応として、我が国より手厚いことに留意が必要である（例えば、カトリナ・ハリケーンの場合）（注6文献参照）。

ところで、日本の場合、水害訴訟のもたらしした帰結として、過剰な河川管理、ダムによる水量管理の過剰（不要なダムの林立による予算の無駄遣い）、それによる環境破壊が遅まきながら問題とされる。すなわち、環境保護との関係で、

ある程度リスクとの共存・共生という発想が必要である。これは理論的に中国と同様であろうが、これすなわち、新たなリスク論の必要性ということである。

付言すべきこととして、災害問題との関係で、もつと真剣に民法学の問題として議論すべきこととして、原発問題がある。原発事故に関しては、わが国では、ヨーロッパ諸国での議論に習う形で既に五〇年前に補償法が出来ていて（一九六一年原子力損害賠償法）、その後そのスキームは基本的に維持されている（というよりも、この間幸いに、同法を適用するような事故がなかったために、深刻な議論もなかったと言える）。もつとも、同立法に尽力された星野教授によれば、①無過失責任（免責されるのは、異常に過大な天災ないし社会的動乱など極めて制限的で、その時にも政府の措置がある）、②責任保険（そこにおける責任の限定、責任者の限定（求償の限定））、③政府による補償（地震、噴火、津波、正常運転の場合の場合にこの補償が問題になる）のミックスという洗練された立法が当初からとられたことも改めて注目されるべきである²⁹（これに比較するならば、中国の不法行為法七〇条は、この問題に対する手当規定であるが、やや簡単に過ぎるというべきではないか）。

しかしながら、原発被害の広汎さ、その不可逆性、また発生メカニズムの不可見性などに鑑みると、——キャラブレ³⁰イジ教授の用語を使うならば、liability ruleではなくてproperty ruleによる保護も二一世紀的には、本格的に議論されるべきであり（それはすなわち、単に補償法制のみならず、行政訴訟における建築許可の取り消しや差止めによる救済が志向されることになる）、——しかも近時のリスク論に教えられるならば、普段の安全技術の進展の絶えざる学習を通じて、損害が起こるような事態には、早い段階で差止めに食い止めるいわゆる「予防・警戒原則（precautionary principle）」³¹の適用が一次的に考案されるべきことが、特に震災列島のリスクを抱えるわが国の場合には、急務であることが銘記されるべきであろう³²。

(七) 戦後補償問題

最後に、「戦後補償」事例を取り上げるが、これは、日中関係に関わる未解決問題（集团的不法行為問題）であって、例えば、中国人強制連行、南京大虐殺、平頂山事件、重慶無差別爆撃、七三一部隊による細菌戦であり、私の近時の中国出張では、それらの被害者からの聞き取り作業を進めている⁽³³⁾。

この種の事例は、枚挙に暇がないのであるが、この東アジア問題の一つの根幹をなす（集团的）不法行為の解決（法的・道義的〔倫理的〕解決）に従来日本政府や関連企業は向き合っていない。そしてこの点は、アメリカなどでは、多くの議論が蓄積されて⁽³⁴⁾いるのと比較すると、対照的である。

この種の類型の責任問題の解決の要点を概説するならば、第一に、日本での司法的状況（判例）は、近時自然債務的解決⁽³⁵⁾をしていて、今や和解手続の進展が注目される⁽³⁶⁾。また、法的責任の帰趨との関連で、しばしば問題となる時効ないし除斥期間問題に関しては、中国でも、（日本よりもやや短い）短期時効（知った時ないし知りうべき時から二年、権利侵害の時から二〇年）（民法通則一三五条―一四一条）の運用はどのように考えられているのか。中国での裁判例（案例）がないので、この点不明だが、人格権的の不法行為ないし残虐な集团的の不法行為は、別途考えるということは十分に考えられよう。

また第三に、この類型では、国際法（国際人権法）との交錯がしばしば問われて、国際条約（例えば、ヘーグ陸戦条約）の民事上の効力、日中共同声明における責任放棄条項の解釈の仕方、国際私法の適用（法の適用に関する通則法（かつては法例）の適用の仕方）などが、不法行為法と同時並行的に問題とされることに留意すべきである。

さらに第四に、不法行為法の目的論、また法的解決の意義などについて、抜本的に反省を迫るところがあるというところであり、この点は、次述するところに譲りたい。

- (19) この交通事故訴訟の減少経緯について、オベアの「利益紛争」「価値紛争」という紛争類型論を用いて、理論的に分析したのは、平井・前掲書（注1）（一九八〇）四〇頁以下及び同「現代法律学の課題」同編・法律学（日本評論社、一九七九）である。
- (20) この点については、吉田邦彦「近時のインフォームド・コンセント論に関する一疑問——日本の医療現場の法政策的考察を中心として」民商法雑誌一一〇巻二号、三号（一九九三）同・前掲書（注2）（民法理論研究二巻）二七八頁以下参照。
- (21) 例えば、最判平成七（一九九五）年六月九日民集四九巻六号一四九九頁（未熟児網膜症事例。光凝固法の治療義務に関して、当該医療機関の性格、地域の医療環境の特性を考慮して、積極的に解する）、同平成八（一九九六）年一月二三日民集五〇巻一号一頁（虫垂炎麻酔事件。能書きどおりに二分間隔の血圧測定しないのは、過失だとする）、同平成九（一九九七）年二月二五日民集五一巻二号五〇二頁（抗生物質などの投与と顆粒球減少症との因果関係に関する）、同平成一一（一九九九年）二月二五日民集五三巻二号二三五頁（肝臓早期発見義務違反（AFP検査不実施）と患者の「その時の死」との因果関係を肯定する）、同平成一三（二〇〇一）年一月二七日民集五五巻六号一一五四頁（乳癌患者に対する乳房温存療法に関する説明義務違反肯定）、同平成一五（二〇〇三）年一月一日民集五七巻一〇号一四六六頁（急性脳症事例で、開業医の転送義務違反肯定）など。
- (22) 例えば、最判平成九（一九九七）年七月一日民集五一巻六号二五七三頁参照（カリフォルニア州の懲罰的損害賠償判決の承認・執行（民訴一一八条三号（旧民訴二〇〇条三号））を、公序に反するとして、否定する。賃貸借契約締結時における欺罔行為という事例）参照。
- (23) これらについて詳しくは、吉田邦彦「たばこ問題と現代型訴訟（不法行為・医療保障上の課題）」ジュリスト一一四九号

- (一九九九) 同・前掲書(注2)(民法理論研究二卷)三七四頁以下、同「日本のアスベスト被害補償の問題点と解決の方途——とくにアメリカ法との比較から」NBL八二九号、八三〇号(二〇〇六) 同・前掲書(注2) 五九七頁以下参照。
- (24) これについては、さしあたり、大塚直「環境賦課金(一)」(六・完)「ジュリスト九七九号、九八一〜九八三号、九八六号、九八七号(一九九二) 参照。
- (25) 言うまでも無く、それは、ELINOR OSTROM, GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION (Cambridge U.P. 1990) 14, 29. に始まる研究である。
- (26) 最判平成一九(二〇〇七) 年七月六日民集六一巻五号一七六九頁参照(買収を受けた鉄筋コンクリート建物の廊下・床・壁のひび割れ、梁の傾斜、鉄筋量の不足など。建築にかかわる設計者、施工者、工事監督者の不法行為責任(過失責任)の肯定) 参照。
- (27) 吉田邦彦・前掲書(注2)(一九九二) 三八八頁以下、六五一頁以下。その後、能見善久「比較法的にみた現在の日本民法——経済的利益の保護と不法行為法(純粹経済損失の問題を中心に)」広中俊雄Ⅱ星野英一編「民法典の百年Ⅰ(有斐閣、一九九八) も出た。
- (28) 最判昭和五九(一九八四) 年一月二六日民集三八巻二五三頁(大東水害訴訟(改修中ないし未改修の堤防の事例)。予算上の抗弁否定の論理は妥当せず、自然的条件、社会的条件、改修の緊急性の有無・程度等諸事情を考慮して、河川管理の一般基準・社会通念から「是認し得る安全性」を判断するという)、同昭和六〇(一九八五) 年三月二八日民集三九巻二号三三三頁(加治川水害訴訟。改修中で溢水型の事例)、また、同平成六年一〇月二七日判時一五四号二八頁(長良川安八水害訴訟。計画高水位以下の浸潤破堤。堤体と基礎地盤とを区別して、後者は、安全性の有無調査・所要対策の必要性はないとする) など。これに対して、同平成二(一九九〇) 年二月一三日民集四四巻九号一八六頁(多摩川水害訴訟。改修工事が完了している河川の破堤) は、揺り戻して、諸制約の下で、安全性欠如(瑕疵) を肯定した。
- (29) 星野英一「原子力災害補償」私法二二号(一九六〇)、法協七九巻一号、三号(一九六二) 同・民法論集三巻(有斐閣、一九七二) 三九五頁以下、とくに四〇六頁以下、四二一〜四二三頁、四三三〜四三四頁参照。
- (30) See, Guido Calabresi & Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and the Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

- (31) これについては、Francois Ewald, *The Return of Descartes's Malicious Demon: An Outline of a Philosophy of Precaution*, in: Tom Baker et al. eds., *Embracing Risk: The Changing Culture of Insurance and Responsibility* (Cambridge U.P., 2002) 273-.
- (32) こうした原発災害へのアプローチについては、Kunihiko Yoshida, *A Critical Appraisal of Current Nuclear Energy Policy in Japan with Reference to Some Civil Law Institutions*, 45(4) KYUNG HEE L.J. 617 (2010) を参照したい。
- (33) その成果として、吉田邦彦「重慶・四川奥地都市爆撃補償問題の現状と課題」(下森傘寿) 債権の近未来像(酒井書店、二〇一〇)〔同・前掲書(注2)〕(民法理論研究四卷)八章に所収、同「中国侵略の戦争被害補償法学研究と日中友好——平頂山、常德での聞き取りを中心として」季刊中国一〇五号(二〇一一)参照。
- (34) これについては、吉田・前掲書(注2)〔民法理論研究三卷〕六章以下参照。
- (35) 最判平成一九(二〇〇七)年四月二七日民集六一卷三号一一八八頁(西松建設中国人強制連行事件。日中共同声明で個人の請求権は放棄されたとの立場を示すが、自然債務としての道義的責任は否定されないとする)。この点で、本文に挙げた中国侵略に関わる事例は、それ以前に判決が出されているが、同様に道義的責任は否定していないと解されるものがある(例えば、東京高判平成二七年五月一三日訟月五三卷一号一頁(七五頁)〔平頂山事件控訴審判決〕では、賠償訴訟の提起は無理からぬところがあり、十分な賠償を行ったとは言えないと述べる(一三六頁)。また、東京地判平成一四年八月二七日〔細菌戦第一審訴訟〕では、被害は、十分に了解し得る説得的なものとし、ヘーグ陸戦条約三条を内容とする国際慣習法による国家責任を肯定した。
- (36) この点は、吉田邦彦「中国人強制連行和解の現状と課題——花岡和解の問題点を中心として」書齋の窓五八八号(五九〇号(二〇〇九)〔同・前掲書(注2)〕〔民法理論研究四卷〕七章に所収)参照。

五. 総論的考察

(一) 類型の整理

最後に、総論的考察を行うが、まずは、二一世紀の日中両国の不法行為法の諸課題を浮かび上がらせる前提作業として、幾つかの不法行為諸事例整理の類型軸を提供してみよう。例えば、第一に、①「日常的不法行為と政策的不法行為」という区分けであり、本稿では前述の如く、後者に焦点を当てているが、前者の意義を軽視するわけではない（例えば、交通事故は、前者の例。医療過誤も前者に見えるが、日本では、近時医療過誤の最高裁判決も多く、その医療集団への影響力は大きいという意味で、後者的である）。後者は、訴訟を越えて、広く政策にかかわるタイプの不法行為訴訟である（アメリカにおける公共的訴訟であり、日本では、「政策志向型不法行為」として、平井教授が析出した（注1文献参照））。

第二は、②「伝統的不法行為とフロンティア（新分野・新種）不法行為」という区分で、ここでの後者には、従来議論は希薄だけれど、近時開拓された現代的に重要な不法行為という意味がある。例えば、（a）経済的不法行為（契約侵害（債権侵害）、不正競争、知的財産紛争、また、マスコミにかかわる風評被害）、（b）コンピュータにかかわる責任（中国侵権責任法三六条参照）、（c）配慮義務の拡大（責任の拡大）にかかわる安全配慮義務領域（日本では、債務不履行責任（契約責任）として扱われるが、中国法では、不法行為法に規定された（三七条～四〇条参照）、（d）家族内・職場内・学校内の不法行為（家庭内暴力、児童虐待、校内暴力・いじめ、教師の暴力、セクシャル・ハラスメントなど）が、その具体的場面である。

第三は、③「財産的不法行為と人格的不法行為」、さらには、「環境的（生態系的・地球規模的）不法行為」という分類である。そしてここでの前者「財産的不法行為」は、代替的財産被害にかかわるもの（経済的損害については、何故か立ち遅れていて、②の後者である）であり、広範な財産的被害が出た場合に、どうなるか、懲罰的賠償をするか、利益吐き出し的賠償をするか等は、現代的課題である（取引のグローバル化ゆえにそういう問題が出る）。

そして後者「人格的不法行為」は、人損（死亡・重傷）にかかわるものだが、とくに精神的損害については、クロウズアップされる。しかし、従来日本法では、慰謝料（金銭賠償）に直結されてしまい、十分なその救済方法について、考究がなされていない（かなり前の星野教授の問題意識もその点を衝いている）（後述（四）に関連する）。また最後者「環境不法行為」については、これからの問題であり、通常的不法行為の枠組みを超える問題である。

言うまでもなく、以上の分類軸①～③は、相互に交錯することもある。そして本稿では、各々の分類につき、後者の方の不法行為に力点があるということになる。

（二）総合救済システムの検討の充実の必要性

次に二一世紀的課題として、もう一度考えてみたいのは、いわゆる「総合救済システム」の検討を充実・徹底させるということである。この点で、加藤（雅）教授のそれ（注5参照）は、何故か今日では、立ち消え状態、ないしは不徹底な状況で、社会的ニーズが高い分野での展開がなされていない。つまり、損害填補を、ヨリ広範に検討する——不法行為法の枠組みを超える——必要性があるということである（とくに自然災害の場合）。

そしてそのような作業を行う過程で、諸利益に対する公共的支援の必要性の問題が見えてくることになり、例えば、

医療、住宅（居住福祉）に関するそれがそうであり、私が、「居住福祉法学」を展開して、災害復興領域での公共的居住福祉支援を説くことは（注6文献参照）、同法学の構想の基本的なモチーフとなっている。そういう形で、不法行為法学をある意味脱却して、包括的な救済法学のあり方の議論に展開していくことが、地球温暖化現象もあり、災害が相次ぐ東アジア法の課題として急務と言えよう。

（三）国際的連携の可能性？

また、「環境被害・公害・災害」事例などでは、まず原発安全問題などは、その損害の甚大さに鑑みて、一国を越えるアジアの地域的管理、最先端の技術連携の問題であり、風通しを良くした広域的安全管理態勢の構築が必須であろう（自国中心のないシナリオナリステイックな軍事競争類似の杜撰な原発競争で、その管理が疎かにされることなどはあってはならない）。

また、コモンズの国際的管理とでもいうべきものが不可欠である。つまり、広域的資源維持、環境保護の必要性があるということ（森林資源、水資源、海洋資源などの持続的管理ということである）、他方で、原油流出等の回避の問題（アメリカでのメキシコ湾の流出事故（二〇一〇年四月）は、深刻な問題だが、中国・大連沖でも類似の問題が起きている（同年七月））もある。この点で、「下からの」資源管理の伝統的知恵として、日本の入会制度の見直しの動きもある。⁽³⁸⁾

これとの関連で、前述の如く排出権取引の発想の拡充ということもあろうが、こうしたコモン・リソースの管理問題（例えば、水利権の問題、森林資源の問題）においては、関係当事者の「協調行動」の制度メカニズムをどのように構築していくかということにあり、資源の性質上広域的处理が求められ、アジア規模の環境保護の共同研究は不可欠である。

う。因みに、私の中国滞在中（二〇一〇年九月）にいわゆる「尖閣問題」が再燃したが、領土問題をクロージアップさせて、排他的ナショナリズムを高揚させても、原理やガス田などの資源に関する協調的な管理メカニズムの構築において、有害無益であることに思いを致すべきであろう。二一世紀におけるグローバル化による脱領域的な管理（マネージメント）の要請の高まりと、他面で強靱に存続する方法論的国家主義（ナショナリズム）との間で、どう折り合いをつけていくかは、誠に喫緊なかつ困難な課題と言えよう。⁽³⁹⁾

（四）不法行為救済法（目的論）再検討の必要性——「認罪」政策・思想の意義と背景

既に述べているように、「戦後補償」事例を契機として、従来の暗黙の前提とされた、不法行為法の救済方法として、損害填補（しかも金銭的損害賠償）だけが（主たる）目的なのかということが根源的に問われている。その際には、対立・復讐の連鎖から脱するための「関係修復」のプロセス——それは、①加害事実の承認ないし②不法行為責任の承認を受けた、③謝罪・償いのプロセスである——の中で、不法行為法、さらには、広く責任ないし補償問題（法的責任のみならず、その基盤をなす道義的責任）は、いかなる意味を持つのかという形で、問われている。そしてこうした不法行為法の根源問題とも言える研究に関しては、日本の状況は今尚貧しいという他はない。

しかし、既に各論的考察で述べたように、近時の判例が、こうした道義的責任も踏まえた、補償の抜本的責任論を迫っているという風に捉えていくべきもので、これまでの法律家に見られた「損害賠償中心主義」「法的責任中心主義」は、矯正されるべきものである（つまり、戦後補償訴訟などでは、日本では（あるいは中国でも）道義的責任を、法的責任の否定として、消極的に捉える嫌いがあり、この点は、反省が必要である）。道義的責任は、法的責任と密接で、法的

責任を支え、基盤をなし、ある意味で、良心に触れ合うレベルの責任問題として、広く重いと考える必要がある。かくして、このような了解のもとに、これまで周縁化されていた不法行為目的における「償いの側面」が、根底的要素として、前面化することになる。

この関連で、私が注目しているのは、中国において、一九五〇年代に顕著にみられた、いわゆる「認罪」の実践（撫順戦犯管理所における当時の毛沢東氏の共産党の立場、とくに周恩来氏の立場）である。そこでは、中国侵略の戦犯やシベリア抑留者は、復讐的に厳格に制裁的・応報的に処罰されるのではなく、反対に食事・医療的対応・その他の生活面で、極めて好待遇を受けて、他面で、「学習」を通じて、各自の罪行について自発的に良心に訴えるたちで――換言すると、前記の抜本的な道義的責任のレベルで――責任の認識・承認・改心を迫るということがなされたわけであり、その「人間改造」に向けた寛大策は、日本に対するアメリカの逆コース政策と似て非なるものであることに留意する必要がある。

こうした実践は、南アフリカの真実和解委員会（TRC）のやり方とも類似しており、安易に被害者の復讐意識に訴えず、他面で加害者の責任認識（償いの意識）を良心的に（その意味で道徳的に）訴えかけるという意味で、先駆的であり（TRCに四〇年余り先行して行われたのである）、その効果には、改めて注目に値する（その証拠に中帰連の人たちの平和活動がある）。そしてその背景にも関心が持たれ、それは一面、①延安時代の共産党政策として打ち出された、捕虜優遇政策との連続性ということについては、既に指摘があるところであり、⁽⁴¹⁾しかしこのことは、中国の戦後補償問題に関する寛大政策にも繋がると思われるが、その背景として、②儒教思想（「以德報怨」）や仏教思想（「罪大惡極」）の影響があるとの見方もあるし（黒竜江省社会科学学院・王希亮教授からの示唆）、また、③犯罪学・刑事政策としても、伝統的刑事思想として、復讐と寛大が併存しており、罪を語ると刑事政策を緩和するという対応がなされ、また唐の頃

から罪の認識を重視するという立場がある（例えば、農村での強姦犯罪につき、村のエリートが介在して加害者・被害者を結婚させるという例が調解〔調停的刑事和解で、情、理、法（人情、面子、権力、法律）により判断される〕慣習としてある）とのことで（南京大法学院・狄小華教授「犯罪予防と控制研究所長」からの示唆⁽⁴²⁾）（しかしそこから、共産党政策（前記①）では、復讐的側面が抑えられたとのことである）、中国ならではの伝統思想・革新思想の重層複合的所産として——しかしながら現代的に応用可能性が広いものとして——、今後とも理解を深めていきたいと思う次第である。

(37) 星野英一「(シンポ) 生命侵害の損害賠償」私法二九号（一九六七）同・民法論集三卷（有斐閣、一九七二）四四七—四四九頁では、(a) 被害者側については、苦痛の紛れの方は時間が経つと進行し、他方で怒り・復讐感情の満足の要素があり、(b) 加害者側には、償いの要素があるとし、その上で、償いを相手の遺族に対する金銭ですることの妥当性を問題にすべきだとし、慰謝料の方は、低額化するということも指摘されている。筆者が、補償事例との関係で不法行為目的・救済方法の捉え直しをしているが（後述）（とくに、吉田・前掲書（注2）（民法理論研究三卷）六章など）、それとも関連でも、卓見というべきであろう。

(38) See, e.g., Margaret McKean, *Management of Traditional Common Lands (Iriatchi) in Japan*, in: Daniel W. Bromley, *Making the Commons Work* (ICS Press, 1992) 63.

(39) この問題について、さしあたり、遠藤乾「グローバル時代の国家回帰」学士会会報八八四号（二〇一〇）二四頁以下、とくに二八—二九頁参照。

(40) この「認罪」実践については、例えば、中国帰還者連絡会翻訳編集委員会訳編・覚醒——撫順戦犯管理所の六年 日本戦犯改造の記録（新風書房、一九九五）、野田正彰・戦争と罪責（岩波書店、一九九八）二九頁以下（太原捕虜収容所での

扱い)、一〇〇頁以下(撫順戦犯管理所での実践)、熊谷伸一郎・なぜ加害を語るのか——中国帰還者連絡会の戦後史(岩波ブックレット)(岩波書店、二〇〇五)、江鳩毅ほか「座談会」撫順戦犯管理所での生活」中帰連三四号(二〇〇五)四四頁以下、撫順の奇蹟を受け継ぐ会九州支部編・赦しの花(せいうん、二〇〇六)、岡部牧夫ほか編・中国侵略の証言者たち——「認罪」の記録を読む(岩波新書)(岩波書店、二〇一〇)など参照。また、(NHKハイビジョン特集)『認罪——中国撫順戦犯管理所の六年』(二〇〇八年一月三〇日放映)も参考になる。

(41) 例えば、藤原彰・姫田光義編・日中戦争下中国における日本人の反戦活動(青木書店、一九九九)一一頁以下、一七頁(姫田執筆)、三四頁以下(井上久士執筆)参照。また、新井利男「中国の戦犯対策とは何だったのか」新井利男資料保存会編・中国撫順戦犯管理所職員証言(梨の木舎、二〇〇三)一九頁以下、さらに新井利男・藤原彰編・侵略の証言(岩波書店、一九九九)三〇〇頁も参照。

(42) 調解の動向については、同教授のものとして、狄小華ほか「刑事和解程序研究」南京大学法学評論二〇〇七年春・秋号一一〇頁、同「中国伝統調解制度的現代転型」東南大学学报(哲学社会科学版)一〇巻六号(二〇〇八)五六頁参照。

(付記)

瀬川信久先生には、同門の先輩として、また私が北大に移籍してからの二〇年余りは、同僚教員として、何事につけ、身近に親しくご指導・ご鞭撻賜った。これまでのご厚情に深く感謝申し上げますとともに、今後の先生のご健康、益々のご研究の進展を祈念する次第である(吉田邦彦)。

商品先物取引における委託取引の構造

—— 最判平成二・七・一六を素材として ——

川 村 力

○ 序

先物取引には、とりわけその市場が存在することには、一般に多くの意義が認められる。対象原資産の将来の各期限

での需給にかかる情報がもたらされると共に独立した価格形成メカニズムが得られることにより、十分な取引量（流動性）が存在する場合には、第一に、対象原資産の現時点の取引やその価格形成を安定させる機能を果たし、第二に、対象原資産そのものへの将来の需給を有する当事者が価格変動リスクを第三者に転嫁することを容易にする⁽¹⁾。

市場と投資とが具体的に結ばれる局面では、先物取引もまた近時多発している投資勧誘取引をめぐる多数の紛争の一角を形成しているが、中でも商品先物取引をめぐる裁判例は投資勧誘取引の中でも早くから多数蓄積された一つのジャンルをなしている⁽²⁾。これに対し、商品取引所法では、昭和四二年改正で不当勧誘行為規制が導入されて以来、委託者保護の必要性は、商品先物取引法へと改称された平成二二年改正にいたるまで常に課題であり続けてきた⁽³⁾。

商品先物取引を、ある特定の商品について行う場合、これを行うことができる者はその商品が上場されている商品市場における取引資格を持つ取引所会員（以下、特に断らない限り「商品取引員」とはこの資格を持つ者を指す。）に限定される（商品先物取引法九七条）。したがって、それ以外の者は商品取引員を通じて商品先物取引を行う必要がある、この場合の顧客と商品取引員の関係は商品先物取引委託契約と称される。そうすると商品先物取引の委託者保護の問題はすべてこの取引の構造に関わって発生することになる。およそ投資勧誘問題は世界各国で論じられる問題には違いない。しかし日本の商品先物取引においては、委託取引関係と市場の双方の構造に、かねてより顕著な特徴が見られる。

商品先物取引委託関係では、商品取引員が委託者の委託に基づいてする取引は委託玉と呼ばれ、他方で同じ商品取引員自身が自己の計算をもって取引をすることも可能であり、これは自己玉と呼ばれる。しかし、この自己玉を認める場合に、商品取引員は委託者の委託玉を建てると共に、それと反対方向の自己玉（以下では「向かい玉」と呼ぶ）を建てることも可能である。

仮に委託玉に対して向かい玉を建てるということが多くの場合商品取引員の慣行となっているとすれば、取引成立の

メカニズムは実質的には市場を経由しない。そのため、一方で、独自の価格形成メカニズムをもたらずに十分な取引量を伴う先物市場は形成されているのか、との疑問が生じる。他方で、商品取引員への委託を前提とする制度の中で事実上受託者が売買の相手方となることは、商品取引員の投資勧誘や委託取引関係のあり方を歪めていないか、そればかりか成立する取引は単なる「売買」ともまた異なる問題を生みさせているのではないか、との疑問を生じさせる。

日本の商品先物取引特殊の問題を示唆する徴憑は随所に見られる。日本の商品先物取引市場は、個人の一般委託者が市場の参加者の多くを占めるという特徴が顕著である。⁽⁴⁾これに対し商品取引所法の平成二一年改正は、一般委託者の保護の強化に加え、金融機関や当業者等の参加促進（「プロ市場化」）⁽⁵⁾を大きな柱としているが、このことは一方で、近年急速な拡張を見せる世界的な傾向と対照的に、日本では平成二六年以降先物取引はその取引量を著しく減少させている、⁽⁶⁾という事態への危機感と直接結びついている。⁽⁷⁾しかし、他方で、一般委託者に依存した市場構造が国際的競争力に乏しいとの認識は平成一五年の段階で既に明確に示されており、⁽⁸⁾一般委託者を取り込む委託関係で発生する自己玉を含めた問題は、そもそも取引所の機能の前提となる大量の需給投合が存在しなかったため、昭和二九年の商品外務員制度をはじめとする一般委託者を取り込む市場振興策によって生じたものであることもまた、昭和四二年に既に明確に認識されている。⁽⁹⁾

かかる状況において、最高裁は平成二一年七月一六日の判決において初めて、商品取引員の行った「差玉向かい」について、委託取引との関係でその法的な位置づけを論じた。本稿は、最高裁のテクストを分析することにより、日本における商品先物取引委託関係の構造と商品先物取引市場の構造について一つの視点を得ること、そのことを通じてまた最高裁判決自体の位置づけを行うことを、目的とする。

【最一小判平成二一年七月一六日民集六三卷六号一二八〇頁】（以下では「本件」と称する。）

「事案」

原告会社デコールは、昭和五九年七月に設立された会社であり、融資等を行っていたが、バブル崩壊と共にほとんど仕事がない状況であった。原告栗尾は、昭和一九年生まれであり、原告会社の代表取締役であった。

被告第一商品は、商品先物取引の受託等を目的とする会社であり、東京穀物商品取引所及び東京工業品取引所の会員であった。

原告栗尾は、平成八年ごろ資金運用の仕方を各方面に模索していたが、その一環で、平成八年三月二五日から五月一日まで、訴外フジチュウ株式会社を通じて初めて商品先物取引を行い、合計約一億七〇〇〇万円の損失を被っている。

原告栗尾は、被告会社の広告等を通じて被告会社を知り、平成八年三月末ごろから経済レポートを通じてコンタクトをとる関係になり、やがてフジチュウとの先物取引について相談にのってもらった。その後、同年五月九日から六月二六日までは原告会社が、そして五月二〇日から九月二四日までは原告栗尾が、被告会社を通じて、とうもろこし及び米国産大豆、並びに錦糸の、商品先物取引を行った。その結果、原告会社は五六四万〇一三一円の損失を、原告栗尾は七五四二万二三二〇円の損失（うち委託証拠金として入金したものは八七四六万円）を出した。

そこで、原告会社と原告栗尾が、損害賠償の請求を求めて訴えたのが本件である。

第一審は、説明義務違反、断定的判断の提供、合理的根拠の法理違反、新規委託者保護義務違反、過当取引、仕切り拒否の主張をいずれも排斥、さらに差玉向かい玉の違法、客殺し商法の違法を、すべて排斥して訴えを棄却した。

原審は、以上のほか、差玉向かい玉を行っていることについての説明義務違反の主張を排斥し、控訴を棄却した。これに対して上告したのが本件である。

〔判決〕 破棄差戻し

「四」しかしながら、原審の上記判断のうち、商品取引員が差玉向かいを行っていることは委託者の投資判断に影響を与えるものではないから、商品取引員は差玉向かいによって商品取引員と委託者との間に利益相反の関係が生ずることの説明義務を負わないとの部分は、是認することができない。その理由は、次のとおりである。

(一) ア 商品先物取引を受託する商品取引員は、商法上の問屋であり(商法五五一条)、委託者との間には、委任に関する規定が準用されるから(同法五五二条二項)、商品取引員は、委託者に対し、委託の趣旨に従い、善良な管理者の注意をもって、誠実かつ公正に、その業務を遂行する義務を負う(民法六四四条)。

イ 商品先物取引は、相場変動の大きい、リスクの高い取引であり、専門的な取引であること、商品取引員が、上記委託者に対し、投資判断の材料となる情報を提供し、上記委託者が、上記情報を投資判断の材料として、商品取引員に先物取引委託契約は、商品取引員から提供される情報に相応の信用性があることを前提にしているというべきである。

そして、商品取引員が差玉向かいを行っている場合に取引が決済されると、委託者全体の総益金が総損金より多いときには商品取引員に損失が生じ、委託者全体の総損金が総益金より多いときには商品取引員に利益が生ずる関係となるのであるから、商品取引員の行う差玉向かいには、委託者全体の総損金が総益金より多くなるようにするために、商品取引員において、故意に、委託者に対し、投資判断を誤らせるような不適切な情報を提供する危険が内在することが明らかである。

そうすると、商品取引員が差玉向かいを行っていることは、商品取引員が提供する情報一般の信用性に対する委託者の評価を低下させる可能性が高く、委託者の投資判断に無視することのできない影響を与えるものというべきで

ある。

ウ したがって、少なくとも、特定の種類の商品先物取引について差玉向かいを行っている商品取引員が専門的な知識を有しない委託者との間で商品先物取引委託契約を締結した場合には、商品取引員は、上記委託契約上、商品取引員が差玉向かいを行っている特定の種類の商品先物取引を受託する前に、委託者に対し、その取引については差玉向かいを行っていること及び差玉向かいが商品取引員と委託者との間に利益相反関係が生ずる可能性の高いものであることを十分に説明すべき義務を負い、委託者が上記の説明を受けた上で上記取引を委託したときにも、委託者において、どの程度の頻度で、自らの委託玉が商品取引員の自己玉と対当する結果となっているのかを確認することができるように、自己玉を建てる都度、その自己玉に対当する委託玉を建てた委託者に対し、その委託玉が商品取引員の自己玉と対当する結果となったことを通知する義務を負うべきである。」

一 商品先物取引における自己玉の規制

(一) 制定法

商品取引員が顧客の委託玉を受けると共に、それと反対方向の自己玉（「向かい玉」）を建てると、商品取引員と顧客の建玉をめぐる損益が対称となることから、商品取引員による向かい玉の利用は顧客に損害を生ぜしめるいわゆる「客殺し商法」の温床になっているとの指摘が早くからなされていた。

昭和四二年の商品取引所法改正では、商品取引員の禁止行為として施行規則で向かい玉の規制が導入され、さらに平成一六年改正で禁止される向かい玉の範囲が拡大された。すなわち、平成一六年改正前の旧法下では、向かい玉である

この他、投機的利益の目的と数量の過大性が要求されたが、現行法（平成二二年改正後商品先物取引法）二一四条一〇号及び施行規則一〇三条一項二号はこれらを不要とした（ただし、本判決は平成一六年改正前の旧法が適用される事案である）。しかし現行法でも、禁止の対象となるためには、委託玉に対して自己玉が向かい玉の關係にあるばかりでなく、その關係を通じて委託者に損害が生じさせたことが「故意に」⁽¹¹⁾ よることが要件とされているために、実際にはこれを立証するにはかなりの困難を伴うものと考えられる。

（二）農林省通達

他方、行政通達では、向かい玉の關係になることそれ自体についての規制も行われていた。すなわち、昭和四五年の農林省の通達により、従って、農林省所管の商品取引について、特定の委託者の委託玉のすべてに自己玉を対等させる「全量向かい」⁽¹²⁾ について、禁止されるに至った。

（三）差玉向かいについての先例

これに対して、以上の規制が直ちには及ばないことから、商品取引員が行うようになった、あるいは少なくとも平成年間において行われ続けているのが「差玉向かい」（もしくは「取組高均衡仕法」と呼ばれる）⁽¹³⁾ である。これは、商品取引員が委託玉の買玉と売玉を集計してその差額がある場合に、当該差額の全部ないしは一定部分に反対の自己玉を建てる取引方法である。⁽¹⁴⁾

この差玉向かいの適法性は、したがって裁判上問われることとなった。まず一定の場合に差玉向かいが刑事の詐欺罪に該当することが最高裁で認められているが、詐欺罪が成立するための要件として、「向かい玉により損益を対称にすること」⁽¹⁵⁾ についての意図だけでなく、「顧客にことさらに損失等を与える・・・意図」⁽¹⁶⁾ が必要であるものとされる。

民事訴訟でも下級審で多数争われることとなった。現在までのところ、「向かい玉」それ自体を直ちに違法と評価す

る判決は、より具体的な係争点に則して言えば差玉向かいを行っていることの一事をもって不法行為の成立を認める判決は、存在しない。しかし、これらの判決における「差玉向かい」の位置づけは、微妙にニュアンスを異にしている。

①第一に、「向かい玉が顧客に損害を与える意図でなされること」を、向かい玉が違法たることの要件とするものがある（名古屋高判平成一七・一一・九 LEX/DB 28110271、名古屋高判平成一七・六・二二 LEX/DB 28101486）。さらには、商品取引所法施行規則の要件充足を要求し、相場支配まで要求するものもある（名古屋高判平成一三・六・二三 LEX/DB 28061929）。これらは、刑事詐欺や規制法規の要件をそのままぞつたものと言える。あるいは、単に「直ちに違法とはならない」とするもの（名古屋地判平成一七・一・七 LEX/DB 2810074（前掲名古屋高判平成一七・一一・九の原審））や、単に損失の証拠なしとするもの（名古屋高判平成一八・一・二四 LEX/DB 28110714）もある。

②第二に、一体的不法行為の一要因としてカウントしながら、「要因となりうる」とするに止めるものがある。すなわち、不法行為と認められるためには、「差玉向かい」に加えて「個別の違法行為」が必要とするものである（大阪高判平成一七・一・一九 LEX/DB 28100734（原審京都地裁平成一五・一二・二四 LEX/DB 28100734も同様）、名古屋高判平成一八・二・九 LEX/DB 28110720「差玉向かい」「顧客に損失を生じさせる」動機付けになり得る」とする）。他方、さらにこの類型の中にも、「向い玉を有すること自体・・・顧客」の利益を軽視する可能性を否定できない」（大阪高判平成一八・七・一三 LEX/DB 28112061）「顧客に損失を生じさせる」動機付けとなりやすい」「傾向が強い」（福岡地判平成一八・一〇・一〇 LEX/DB 28112480）と、やや積極的な評価を与えるものがある。

③そして第三に、やはり個別の違法行為が必要であるとの前提であるが、「差玉向かい」をしている事実は・・・「客殺し」の体質があることを推認させる」とするものがある（神戸地姫路支判平成一四・二・二五 LEX/DB 28071311）。さらに、差玉向かい自体はやはり不法行為とはならないとしながら、「差玉向かい玉を行っていたことは・・・委託

者の損失において自己の利益を図ろうとする傾向を有していたことを推認させる」とする、同日同裁判官による二つの東京高裁判決（東京高判平成一六・一二・二一 LEX/DB 28100730、東京高判平成一六・一二・二一 LEX/DB 28100731⁽¹⁷⁾）がある。

（四）差玉向かいの説明義務

これに対して、前掲の東京高判平成一六・一二・二一の二つの判決では、差玉向かいを行っていることについて、取引開始時点で説明をしなかったことについての説明義務の主張が持ち出され、この主張が認められるにいたった。この後、差玉向かいの説明義務の有無については、有りとするもの（大阪高判平成一九・三・一六 LEX/DB 28131513）「構造的な利益相反が生じることとは否定できず、反対の自己取引が常態であることを伝えることで、委託者にハイリスクの投資であることを認識させることが考えられる、とする」、原審神戸地姫路支判平成一八・六・一一 LEX/DB 28111387 も同様の説明義務違反を認める。）と、無しとするもの（名古屋高判平成一七・一一・九 LEX/DB 28110271、名古屋高判平成一八・一・二四 LEX/DB 28110714、福岡地判平成一八・一〇・一〇 LEX/DB 28112480）に分かれる、という状況にある。

二．事案の特徴

以上の状況において、本件は差玉向かいを行っていることについての説明義務を認めたものである。

（一）説明義務違反の主張の位置づけ

以上の先例との関係では、第一に、本件では、第一審と第二審で、説明義務違反が否定されているが、同時に被告の

責任そのものが否定されていることが指摘できる。すなわち、説明義務違反を認めるか否かの判断が、被告の責任の有無を分ける事案であったと言える。

差玉向かいを用いた「客殺し商法」と称される取引は、通常、多数の個別の行為が複合的に合わさった取引である。すなわち、本件の原審までも主張されているように、先物取引の投機性に関する説明義務違反、断定的判断の提供、新規委託者保護義務違反及び過当取引、仕切り拒否、さらには両建て・直し・途転・日計り・不拔けといったいわゆる特定取引、等の一連のテクニクを取引会員が用いるケースが多く、違法性を争う弁護士としては、取引全体を一連の不法行為と構成して争うのが通常である⁽¹⁸⁾。

しかし、実際に裁判例で不法行為が認められるためには、一連の行為のうちから、具体的な違法行為が特定される必要がある。このため、先例の中でも、不法行為構成をとる中でも③の立場と、差玉向かいに関する説明義務違反の構成をとるものは、違法行為を争う側としては大きな意味を有するものと言える。すなわち、先に見た個々の行為は、個別に見た場合であっても、具体的な当事者の投資経歴や市場の状況に照らして判断せざるを得ないが、それぞれに直ちに違法であると言えない場合が多く、違法の判断は相当程度微妙なものとなる。そのため、③のように推定を働かせることは、個々の違法行為の認定態度に大きな影響を与える。

また、差玉向かいに関する説明義務違反は、そもそも一体的不法行為の構成による主張とは異なり、差玉向かいを行っていることさえ明らかであれば、これを説明していないことは直ちに被告の違法を導くことができる。差玉向かいについての説明義務違反の主張が初めて認められた二つの東京高判平成一六・一二・二一の事件のうち一件（東京高判平成一六・一二・二一 LEX/DB 28100731：本件原告の「フジチュー」との取引）では、原審が被告の責任を否定したのに対して、高裁では、一応、新規受託者保護義務違反も認めたのではあるが、この説明義務違反の主張が説得的にな

されたことが結論を分けたと言うことができる。これに對して、差玉の説明義務違反が認められなかった事件では、いずれも個別の違法行為の認定を通じて不法行為により被告の責任が認められたものであり（前掲・名古屋高判平成一七・一一・九は、断定的判断、新規受託者保護義務、両建勧誘、返金拒否、前掲・名古屋高判平成一八・一・二四は、新規受託者保護義務、不当売買、仕切り回避、取引過程の適合性、前掲・福岡地判平成一八・一〇・一〇は、投機性の説明義務、適合性、各種特定売買）、敢えて差玉向かいの説明義務違反を認める必要性はない事案であった（なお、差玉向かいの説明義務を認めたもう一つの東京高判（東京高判平成一六・一二・二一 LEX/DB 28100730）では、無断取引や帳簿の虚偽記載等の個別の違法行為も認められたが、両高裁判決は同裁判官により同日出されたほぼ同一の文言のものである）。

そうすると、説明義務違反が独自の違法類型として正面から問題とされた場合には、下級審も否定するものがあつたわけではなく、本件最高裁もまた、この意味において差玉向かいについての説明義務を認めたものと言うことができる。

（二）差玉向かいの問題認識

第二に、本件最高裁は、差玉向かいの問題について、以下のように述べている。「商品取引員が差玉向かいを行っている場合に取引が決済されると、委託者全体の総益金が総損金より多いときには商品取引員に損失が生じ、委託者全体の総損金が総益金より多いときには商品取引員に利益が生ずる関係となるのであるから、商品取引員の行う差玉向かいには、委託者全体の総損金が総益金より多くなるようにするために、商品取引員において、故意に、委託者に対し、投資判断を誤らせるような不適切な情報を提供する危険が内在することが明らかである⁽¹⁹⁾」。

「差玉向かい」の問題については、その何が問題であるかという点について、先例においても認識が区々となっている。第一に、取引員と顧客の損益が対称となることから、顧客に不利な投資をさせることにつながると指摘する判決がある。

これに對して第二に、単に建玉の損益が対称となるのみならず、取引所との決済をなくすことで市場からの収益がなくなるため、取引員の営業収益すべてを顧客から獲得することが必要となるために、営業全体が「客殺し」体質となることに、問題を見出す先例がある。

そして、差玉向かいの問題点を以上のいずれに見出すかは、当然ながら各判決における差玉向かいの法的な評価と結びついている。第一の点に差玉向かいの問題点を見出す先例は、差玉向かいそれ自体を不法行為の成否の判断ではほとんど重視していない。というのは、この問題が問題であるというためには、取引員の方が顧客より相場の先行きに有利な見通しを有していることが前提となるため、取引員が市場の状況を予測することが出来る場合もしくは相場操縦をしている場合にしか妥当しないことになるが、これは共に否定に解されるのが通常である（前掲・名古屋高判平成一三・六・一三、名古屋高判平成一六・三・二五 LEX/DB 28092681、前掲・名古屋高判平成一七・一一・九、前掲・名古屋高判平成一八・一・二四、前掲・名古屋高判平成一八・二・九）。

これに對して、差玉向かいの問題点として第二の点を認識するものは、前掲・神戸地姫路支判平成一四・二・二五、前掲・東京高判平成一六・一二・二二、前掲・大阪高判平成一七・一・一九、前掲・大阪高判平成一八・七・一三、前掲・大阪高判平成一九・三・一六であり、とりわけ神戸地姫路支判は不法行為構成の③の立場を、東京高判平成一六・一二・二二と大阪高判平成一九・三・一六は説明義務違反を認めており、差玉向かいをより違法なものと認め易い法的な位置づけに結びついていると言える。その場合の具体的な手口としては、たとえば神戸地姫路支判によれば以下のようになる。「相場の予想は困難であり、相場の変動を利用して直ちに顧客に損失を被らせることが困難であるとしても、向かい玉によって顧客から預託された委託証拠金を手元に留保した商品取引員が、この委託証拠金の返還を免れる意図のもとに、「客殺し」を構成するとされる各取引手法（利乗せ満玉、無意味な反復売買）を組み合わせて用いれば、

手仕舞い時に、計算上の損失に藉口して顧客に返還すべき金員がないかのように取り繕うこと（客殺し）は十分に可能といわなければならない。」そして差玉向かいをこのように捉える場合には、取引員の相場の予測の可否は問題ではなく、むしろ相場の予測を放棄して機械的に差玉向かいを行うことは、その方が取引員の収益性が高いという事情を示す事情とすら解しうる。

本件では最高裁は、差玉向かいの認識として、「決済」の局面のみを指摘する⁽²⁰⁾一方で、原审の立場をまとめる際に「相場変動」に触れていることは意図的に書き分けており、第二の立場に立っていること、そしてそのことが、差玉向かいを行う場合には「不適切な情報を提供する危険が内在することが明らかである」という評価に結びついていることを、指摘できる。

三．問屋の善管注意義務

（一）説明義務と善管注意義務

本判決は、冒頭の（一）アにおいて、商品取引員の負う義務の性格について、問屋についての商法五五二条二項を引用して、委任契約上の善管注意義務を負うべきものとする位置づけから始まっている。

これに対して、説明義務については、（二）イで、それが要求される前提として、専門的知識のない者には的確な判断が困難であること、商品取引員の情報が投資判断の材料とすることから、商品先物取引委託契約について、商品取引員から提供される情報に相応の信用性があることが前提になるとの性格付けをしている。

この、専門的知識を欠く委託者への商品取引員の情報提供という関係、及びそこから導かれる差玉向かいの説明義務

という帰結は、二つの東京高判平成一六・一二・二一の影響を強く受けたものと考えられる。⁽²³⁾

しかし、東京高判平成一六・一二・二一では、差玉向かいの開示をすべき義務の根拠は「信義則上の義務」に求められている。また、このような専門的知識のない投資家が取引員に依存する関係を前提にした義務は神戸地姫路支判平成一四・二・二五でも論じられ、ここでは「被告従業員（G）は、亡Eの資産の管理を任されていたといえるから、亡Eの資産を適切に運用すべき信義則上の注意義務（配慮義務・信認義務）を負っていたものと解するのが相当である」とされている。すなわち、取引員への依存関係を前提とする取引員の義務はこれまでも論じられてきているが、その性格は必ずしも「委任の善管注意義務」とは考えられてはこなかったと言える。

また、本判決自身も、（一）ウで専門的知識の無い委託者への説明義務の内容を敷衍する際には、「少なくとも」との留保を付しており、何よりも、冒頭の四で「しかしながら」以下に示されるように、本判決は第一義的には原告が高裁で、そして上告においても主張した説明義務について応答したものである。そうすると、本判決が示した説明義務と、冒頭に論じられる「善管注意義務」との間には、微妙な距離がある。この善管注意義務と説明義務との関係を、どのように捉えるべきであろうか。

（二）説明義務の意義と問題

投資勧誘の問題領域で説明義務が近年ますますその重要性を増していることは疑いない。説明義務違反という構成は、勧誘過程に不実表示等の作為があったことを必要とせず、論者において予め想定された水準の義務の不作為があったという一事をもって違法を問うことができるため、投資勧誘取引における被害者の救済の必要性が感じられる場合に、価値判断を直接反映させるツールとして大きな役割を果たしてきたことが認められる（しばしば大幅な過失相殺も認められる）。しかし、既に多く指摘されているように、説明義務違反が問題とされる事例及び要求される説明義務の本身は

多様な類型を含んでいるところ、そのうちの一定の類型ではしばしば義務が加重されるが、その加重された義務を課す根拠は必ずしも明らかではない。

本件でも、「差玉向かいを行っていること及び差玉向かいは商品取引員と委託者との間に利益相反関係が生ずる可能性の高いものであることを十分に説明すべき義務」が課されるとするが、これは説明義務を狭義に捉えた場合に想定されるであろう、投資対象商品の取引の仕組みや危険性の説明、に尽きるものと言うことはできない。そればかりか、一体的不法行為の構成と比しても、取引開始後の個々の委託を含めた一連の行為すべての損害について、取引開始時点での不作為のみを捉えて責任を課することが可能となるという効果が認められる。このような義務の加重を認める根拠はここに見出せるのであろうか。

第一に、説明義務の内容の加重と対応して、判旨（一）アは民法六四四条の善管注意義務の本身に「誠実かつ公正に」との文言を付け加えていることが認められる。これは商品先物取引法二二三条（本件で適用されるのは、平成一六年改正前商品取引所法一三六条の一七）で商品取引員に課せられる「誠実かつ公正の原則」⁽²⁴⁾を指すものと解しうるが、条文上あるいは判例・学説上、その内容は必ずしも明らかではない。⁽²⁵⁾

第二に、本件最高裁判決からわずか五ヶ月後に最高裁の第二小法廷判決は、本件判旨（一）イ及びウとほぼ同様の文言により差玉向かい（取組高均衡法）⁽²⁷⁾を行っていることについての説明義務を認めたが、委任あるいは善管注意義務を根拠とすることは放棄され、端的に信義則を根拠としている。信義則を導く際には、本件と同様に、東京高判平成一六・一二・二一が強調した専門的知識のない投資者に対し専門的知識を有する商品取引員が投資決定の情報を提供する関係が、示されている。しかし斯く摘示される関係も、素朴な公平感に訴えかける効果はあっても、それ自体では法的に義務を加重する根拠には乏しいと言わざるを得ない。⁽²⁹⁾

善管注意義務とは別個のものとして信認関係に基づく忠実義務を認めるべきであるとする主張も、学説上見られる。⁽³⁰⁾ 現代の日本社会における投資勧誘の問題に、従来の私法の枠組みで対応できない、この意味での忠実義務を導入すべき事態が生じている、可能性そのものを否定することはできない。⁽³¹⁾ しかしその場合であっても、素朴な公平の觀念に陥ったり、無用な混乱を避けるためにも、まずは委任の善管注意義務が用意している委託者の地位が把握される必要があるように思われる。⁽³²⁾

説明義務違反のみによって被告の行為の違法が問えるとの帰結は実務的に極めて重要な意義を有することは確かである。しかしその根拠が明らかでないために、実質的にも、第一に、差玉向かいが専門的知識を有しない者との関係でだけ問題となるものか、また第二に、差玉向かいは開示さえないとされれば行いうるものなのか、という点には疑問が残るように思われる。すなわち、差玉向かいをした場合に、一定の場合にその説明義務が要求されるとすることは明らかだが、そもそも差玉向かいそのものを法的にどのように評価すべきかという点はお明らかとは言えない。それにも拘らず差玉向かいの説明義務を考えるにあたって善管注意義務から議論を始めている以上、この説明義務と善管注意義務との関係を考えるためには、まずは問屋の善管注意義務との関係で差玉向かいの位置づけを考える必要があるだろう。

(三) 問屋の取引構造と善管注意義務

では、問屋の取引構造との関係で、差玉向かいはどのような取引形態と位置づけられるだろうか。委託者が問屋に取引を委託する場合、商品先物取引の場合であれば、執行されるべき委託業務の内容は、委託者から取引を開始する際に委託証拠金を預かり、委託された取引の結果を委託者に帰すること、すなわち委託証拠金の寄託⁽³³⁾と取引の結果の実現を委任する委任契約により構成される、と言える。

ここで、信認義務を持ち出す前に、寄託と委任で構成される取引には、既に独自の「委託者保護」の構造が用意され

ていることにまずは留意すべきである。このうち委任契約をさらに敷衍すると、問屋が委託者の契約の趣旨の実現に向け委託者の保護を図るために元来用意しているのは、以下の構造である。まず、商法五五二条一項により問屋は実現を委任された取引について自己の名で取引を行い、委託者に対してはその結果を帰属させるという、二つの関係から構成されることになる。そして二つの関係に分けられていることの意義として、委任契約では、第一義的には取引は受任者のみに帰属しているため、委任者は受託者が委任の趣旨に反する不当な結果を免れるために、自らに結果が帰属する前に委任の無効や債務不履行を主張することや、民法六五〇条一項により受任者の側に費用償還請求を行わせることが、保証⁽³⁴⁾されている。したがって、善管注意義務は、もちろん委任事務を処理する義務であるが、その際に以上の委任者の効果帰属についての意図を尊重する構造を認めつつ処理することをその中身とする点に、委任及び問屋の制度的な特徴があると考えることができる。

これに対して向かい玉が行われるとどうなるか。自己玉を対当させる場合には、受託者は自己の名において買手と売り手を兼ねることとなり、受託者でありかつその取引相手である第三者であることとなる。まず、この場合に取引相手である第三者の立場を兼ねること、どのような場合に受託者として委託された業務の執行を損なうこととなるだろうか。

①向かい玉を行うこと自体は、委託された委託証拠金を奪ったり委任契約上の取引の結果を委託者に帰することを妨げることに直ちにつながるわけではない。しかし、②無意味な反復売買や両建は委託された委託証拠金を奪うこととなる点のもとより、③委託者に利益が生じた取引の終了時に仕切りを拒否することは取引の帰結を委託者に帰することを妨げる点で、さらに、④仕切り拒否に続けて委託者の意思に反して利乗せをして損失時のリスクを増大させることは、意図せぬ取引の帰結を委託者に帰する点で、これらの個別の行為は委任者を害すると思われることができる。したがって、

この②、③、④が発生する場合に、委任の趣旨に反して委任者を害するという事態が発生すると言える。

では、この②、③、④の発生は、①「向かい玉」とどのように関係しているか。差玉向かいを行う場合の問題の本質は、神戸地姫路支判平成一四年判決に示されるように、商品取引員と商品取引所との決済を限りなくゼロに近づけ、商品取引員の収入源が委託者のもととなることにある。このことは、第一に、商品取引員は相場を通じて利益をあげるよりも委託者から利益をあげる方が効率的のではないか、しかも第二に、商品取引員は自らが呼び込んだ収入源たる委託者の証拠金を排他的に取得しようとするのではないか（この場合向かい玉は商品取引員の収入の上限を意味する）、との疑問を生じさせる。⁽³⁵⁾この場合向かい玉の存在は委託者の損失がすべて商品取引員の収益を意味することから、②はより行われやすいであろう。これに対して③と④との関係では、商品取引員に必要なことは委託者が大損するタイミングまで離脱させないことであり、個々の委託行為に際して委託者からは取引の合理性の有無に関係なくとにかく何かしらの委託を得ること自体が望ましい。もちろん、商品取引員は不利な市場予測に基づく建玉を委託者に意図的にさせることもありうるであろうが、離脱をさせないことさえ可能であれば、相場予測をする必要はない。

以上のように向かい玉のメカニズムが作用する場合、そのことから直ちに委託者が害されるわけではない。しかし問題は第一に、二点において、問屋及び委任の用意する取引構造に反する状況を促進することにある（α）。一つは、確かに②のような反復売買は投資勧誘一般に問題となるものであるが、委託者が排他的な収入源たることは、その動機をより強いものとすると言える。二つめは、③と④が、向かい玉が存在することにより、委任者がそうとは及び知らないにも拘らず、商品取引員は委託の連鎖が継続すること自体を目的とするようになるために、発生しやすい構造が生じる点である。その結果、委任者を害する結果を生じるにも拘らず、委託者はそうとは知らずに個々の委託を発しその効果を承認するために、個々の委託について委任者のチェックが機能しなくなると共に、事後的にも委託者が委託の意思を

争うことにもかなり困難を伴うこととなる。⁽³⁶⁾

しかしさらに、③と④が生じる状態は、委託本来の形とは異なり、委託者は商品取引員を相手に一対一で投機をしていることを意味することになる。この場合、単に相場予測を伴わない賭博であるというのではなく、問題は第二に、委任の形をとること、二つの点で商品取引員が不当なアドヴァンテージを得ることにある⁽³⁷⁾。一つは、商品取引員は取引毎に委託に伴う対価として委託手数料を取り、しかもこの委託手数料がかなり高額にかさむことが商品先物取引においては顕著である。二つめは、委託者は委託証拠金を予め預託するのであるが、実際には商品取引員が委託者から取得する対価は（委託者の個別の承認を得るわけではなく）直ちに委託証拠金に反映されることになるために、商品取引員の違法を問題とする場合には、常に顧客の側が委託証拠金から差し引かれた部分を、争わざるを得ないことになる。

以上のように、商品取引員が向かい玉を用いることは、（ α ）問屋が用意する委託の趣旨を実現するための構造を弱める効果を持つばかりでなく、（ β ）実質的には相対する取引関係であるにも拘らず委託の形式で対価を取得している。向かい玉を建てて委託取引を行う場合、この二つの意味で商品取引員は委任の趣旨を実現させるための構造を弱体化させ、善管注意義務と相反する（整合しない）行為を行っているということができる。

（四）説明義務の再定位

それでは、差玉向かいについての説明義務はどのように位置づけることができるだろうか。以上では、委託者の利益が害されるのは基本的には②、③、④が行われるときであること、しかし差玉向かいが委託の趣旨の実現を確保する構造を弱体化させる点で善管注意義務と整合しない関係にあることを見た。

これに対して本件判決は差玉向かいを行っていることの説明義務を課しているが、差玉向かいを行っていることを明らかにすることは、第一に実質的な投機の相手が商品取引所会員であること、第二にその勝負における相手方の戦略は

委託の連鎖を狙いとしていることを、明らかにしうることを意味する。その結果、「商品取引員が提供する情報一般の信用性に対する委託者の評価を低下させる」ことにより、個々の委託やその効果の帰属における委託者のチェックを回復させ、(α)の問題を改善する意義が認められる。したがって、差玉向かいについての説明義務は、信認義務であったり、当事者の情報の優劣といった社会的な関係を持ち出さずとも、問屋の取引構造と整合的に位置づけることができる。⁽³⁸⁾

しかし、差玉向かいについて説明義務を課してなお取引が行われるとすれば、なお問題(β)は残る。その場合に、(三)の②、③、④という違法な行為を争うことは、十分にはなしえないおそれがある。というのも、先述の通り、第一に、これらの個別の行為が非合理なものか否かという判断は、しばしば非常に曖昧であり、第二に、委託証拠金を予め預託するためにこれらの行為の効果は直ちに委託証拠金に反映されることになるため、常に委託者の側が委託証拠金から差し引かれた部分について、困難な立証を負うことになる。

以上に見てきた問題点からは、問屋が予定する取引構造を確保するためには、差玉向かいそのものを禁止するということは十分に一つの選択肢となりうるように思われる。しかし、これを禁止としない場合には、受託者の立場として取得しうる手数料について、及び売買相手としては、受託者としての地位から生じるいかなるアドヴァンテージも生じさせないことが必要となるのではないか。すなわち、一体的不法行為の成否について個別の違法行為を検出する際に、神戸地姫路支判平成一四年が示したように、反復売買や両建には原則として違法の推定を働かせ、さらにこれに加えて、個々の取引の結果の帰属の判断を厳格に保証するために、仕切り拒否の違法を厳格にチェックして個々の取引について仕切りを原則とし、勧誘に基づく利乗せ満玉は原則として違法とすべきことが考えられる。

(五) 差玉向かいと市場の構造

なお、「向かい玉」は、問屋における委託を実現させる取引構造と整合しないとしても、また学説のみならず法律や通達等で問題視されてきたにも拘らず、差玉向かいが行われてきた一因として、専ら商品取引員によって主張されてきた正当化根拠も存在する。

すなわち、①商品取引員にとっては、取組高が一方に偏ることで相場変動が生じ、それに伴って委託玉に多額の損失が発生して取引所との決済額が多額となり、商品取引員の資産を危うくすることを防止するリスク・ヘッジ機能がある。また、②委託者の利益として、②-1委託者の建玉にストップ高やストップ安が生じた時に損切りの手仕舞いが可能となる、②-2大量の注文でも売買を成立させることが出来る、②-3大量の委託玉を市場に出すことで委託者に不利な相場の変動が生じるのを防ぐことができる。このように主張される⁽³⁹⁾。

このうち①は、商品取引員のみに限られない、決済システムの崩壊を防ぎ市場の機能不全を防ぐという目的を、示している。とはいえ、もちろん決済リスクへの考えうる唯一の対応ではない。商品取引所法では平成一六年改正により、アウトハウス型クリアリング・ハウス制度を導入して決済リスクを取引市場から分離した⁽⁴⁰⁾。しかし、クリアリング制度の前提として、クリアリング・ハウス及びその清算参加者双方に、財務基盤をはじめとする経営基盤が十分に成立していない⁽⁴²⁾ということが問題になっている。逆に言えば、決済リスクへの対応として「向かい玉」が主張され用いられたのは、商品取引員の経営基盤の脆弱さを背景としてこそ一定の説得力も認める余地のありうるものであったと言える。

他方、②については、実際に委託者の利益に用いられているかはともかくとして、②-1で懸念されている事態は、それ自体は単に市場のルールに従った成り行きであり制度外で個別的に救済をすればむしろ損失補填にあたりかねず、②-3は市場の価格形成を阻害しているのでそもそも相場操縦に過ぎないとの指摘もなされる⁽⁴³⁾。また、そもそも②に挙げられる事態を想定しその対処を論じる場合には、そもそも想定されている市場の取引量（流動性）が十分であるか否

かがまずは検討される必要があり、②・③はむしろ市場の価格形成に資する取引量（流動性）の供給を抑制しようとするものである。⁽⁴⁾

本稿の向かい玉の分析は、現在（条文上）問屋として定められている取引構造を分析軸にとったものにすぎず、素朴な立法民主主義（や政策論）によるのであれば、商品取引員の主張のように、向かい玉を正当化する余地を認め得ないとするものではない。とはいえ、以上に見たように、向かい玉は問屋の用意する委託実現の取引構造と整合的でないばかりでなく、そもそも想定している市場の構造がまったく異なっていることを少なくとも確認しておく必要がある。

（１）これらに加え資金運用手段の提供という機能が通常挙げられる。以上につき、たとえば、河内隆史『尾崎安史』『商品取引所法（四訂版）』（商事法務、二〇〇六年）二一六頁参照。

本文に掲げた二つの機能が、日本の商品先物市場において、成立している商品と成立していない商品の実例として、たとえば江藤祥子ほか「日本の商品先物市場は本来の機能を果たしているのか」『先物取引被害研究三〇号五五頁（二〇〇八年）』参照。とりわけ第一の機能が国際的なレヴェルで果たされる例としてかつてよく挙げられた原油価格は、他方で、先物市場の次元で買ひ方・売り方の片方に大量の投機が偏るという問題が生じた時には、その問題はまた原資産の取引価格にも影響が及ぶという側面もあることを、示す例となったこともまた記憶に新しい。

（２）代表的な研究として、清水俊彦「投資勧誘と不法行為」判タ八五三、八七七、九二五、九三六、九五五、九五七、九六九、九八三、九八四（一九九四―一九九八年）が挙げられる。

（３）昭和四二年改正は、昭和三〇年代後半の大衆参加の急増に伴う紛争の急激な増加を受けたものである。横田捷宏「商品取引所法の改正問題」時の法令五九五号二七頁（一九六七年）。以後大きな改正が行われた、昭和五〇年、平成二年、平成一〇年、平成一六年では委託者保護は繰り返し課題とされている。

- (4) 市場参加者の構成についての公式のデータはないことから、経済産業省経済産業課「商品先物市場をめぐる現状と課題」調査と情報六一五号(二〇〇八年) (<http://www.ndl.go.jp/data/publication/issue/0615.pdf>) 五頁が近似的に再構成した比較によると、売買シェアは「NYMEXとCBOTでは当業者(四〇%前後)と機関投資家(五〇%前後)」が九〇%前後、LMEでは約九九%、となっている。これに対して日本では個人投資家が六〇%前後で当業者が二〇%前後となっており、残るシェアのほとんどは商品取引員の自己玉と推計されている。
- (5) 二〇〇二年から二〇〇七年までの五年間でも出来高は三倍以上に増加している。農林水産省「経済産業省「商品先物取引の現状と最近の動向」<http://www.meti.go.jp/committee/materials/g80327cj.html>」資料四参照。また、FIAの統計によれば、先物とオプションを併せた出来高についての数値であるが、金融危機の影響により伸び率は減少したものの、二〇〇八年も増加している。<http://www.futuresindustry.org/volume-statistics.asp>
- (6) 平成十一年の石油市場開設により一時的に出来高は急増したが、平成十五年から平成十八年にかけて出来高はほぼ半減している。「商品先物取引の現状と最近の動向」前掲注6の資料参照。
- (7) 産業構造審議会商品取引所分科会「報告書」(二〇〇九年)二四、八一八頁。五十嵐佳奈子・石井大貴「商品取引所法及び商品投資に係る事業の規制に関する法律の一部を改正する法律の概要」NBL 九一一号五八頁(二〇〇九年 五八・五九頁)。
- (8) 産業構造審議会商品取引所分科会「商品先物市場制度の改革について(中間報告)(案)」(二〇〇三年)三五頁。個人の一般委託者が多く市場参加者を占める現状から脱却し、当業者やファンド等主体的な投資判断を行う投資家層からなる市場参加者とする構造を目指す必要があるとされ、加えて同一二頁では「関係者のビジネスモデル」の転換が不可欠であると指摘される。
- (9) 横田捷宏「商品取引所法の改正問題」時の法令五九五号二七頁(一九六七年)三〇頁、中村泰男「委託者保護の新展開」時の法令六二五号一頁(一九六七年)二四頁。
- (10) 平成一六年改正前商品取引所法九四条四号、同施行規則四六条二号が定める禁止事項は、「もっぱら投機的利益の追求を目的として、受託等業務に係る取引と対等させて、過大な数量の取引をすること」とされていた。
- (11) なお、アメリカでは、商品取引所法(Commodity Exchange Act, 7 U.S.C.A. (Amended in 2010, Pub.L. 111-203) Sec.6b (a)(2)(D)(ii))で顧客の事前の同意を得ずに故意に(willfully and knowingly)顧客の注文と自己の注文を対当させることを禁

止している。また、顧客の同意を得る場合、NYMEXとCBOTの取引所規則では、顧客が通知を得た直後に発注しかつ顧客注文がGlobexプラットフォームに反映されてから五秒以上経過した場合、顧客から書面による事前の同意を得てから一二ヶ月経過後でかつ顧客注文と対当する取引をすべて特定した上で行う場合、に限って認められている。NYMEX Rule 531. A. B. 4. 5; CBOT Rule 531. A. B. 4. 5.

(12) 農林省農林経済局長通達（穀物取引所理事長宛）昭和四五年五月三〇日四五農経C第一六三一号。その後規制緩和の環境として通達整理により、平成十一年一月一日に廃止されている。

(13) 絹川泰毅「判批」ジュリー四〇一四九四頁（二〇一〇年）。

(14) 典型的には、本件の事案がそうであるように、場節毎に約定価格を決定する板寄せ方式の市場（たとえば東京穀物商品取引所の上場商品）で、①立会いでは委託玉の売付けと買付け数量の差（差玉）の一部のみを出し、②立会い終了後に残る差玉部分について自己玉を建てて売付けと買付けを同数量にし、各場節の立会い約定値段にて売買約定を成立させることを認めるバイカイ付け出しにより、約定を成立させるものである。しかし、商品取引員と市場の決済資金の出入りを事実上最小限にすることは、委託者の建玉を集計した上で自己玉を建てれば、約定毎に取引価格が決まるザラバ方式の市場（たとえば東京工業品取引所の上場商品）でも可能であることには変わりはない。

(15) 最決平成四・二・一八刑集四六卷二二頁。「商品先物取引に関して、いわゆる客殺し商法により顧客にことさら損失等を与えるとともに、いわゆる向かい玉を建てることにより顧客の損失に見合う利益を会社に帰属させる意図であるのに、顧客の利益のために受託業務を行うものであるかのように装って、取引の委託方を勧誘し、その旨信用した顧客から委託証拠金名義で現金等の交付を受けた行為は、詐欺罪を構成する」。

(16) 江藤孝「判批」平成四年重判一七九頁（一九九三年）参照。

(17) 本件事案中にある「フジチュー」との取引であり、本件と弁護士も同一人物である。

(18) 商品先物取引において委託取引の適法性を争う場合に、当初は個々の商品取引所法違反や受託契約準則違反を理由に個々の委託契約の無効が争われたが、最判昭和四九・七・一九判時七五五号五八頁をはじめ裁判例はほぼ一貫して無効を認めなかった。また不法行為を主張する場合、一方で説明義務違反のみでの不法行為の成否に争いがあったこと、他方取引開始後の個々の取引にも最初から問題があることが多いことから、昭和六〇年代以降は商品先物取引の訴訟一般に、勧誘行

為からその後の一連の取引行為全体を総合的に不法行為として把握する、いわゆる一体的不法行為論が主流となり、最判平成七・七・四 1LEX/DB 2801068 で同構成が認められるに至った。今西康人「公設商品先物取引における商品取引員の不法行為責任」法時五九卷九号九四頁（一九八三年）、清水俊彦・前掲注（2）判タ八五三号二三頁、参照。

（19）民集六三卷六号一二八六頁二行目。

（20）民集六三卷六号一二八六頁三行目。

（21）民集六三卷六号一二八四頁三（一）。

（22）民集六三卷六号一二八六頁行目。

（23）東京高判平成一六・一一・二一 1LEX/DB 28100730 では、受託者に自己玉による利益相反があることを説明する信義則上の義務を導くにあたつて、以下のように論じている。

「商品先物取引に一般大衆が参加するようになった現代では、商品取引員に委託して商品先物取引を行う者は、自ら収集した情報と自己の研究、経験から得られた知識に基づいて、商品取引員の従業員から提供される情報や具体的取引の勧誘について批判的に取捨選択して、自ら取引についての判断を形成し、それに基づいての取引を委託することのできる一部の者以外は、必ずしも十分な情報もなく、研究や取引経験に基づく知識の蓄積のないままに、商品取引員の従業員から商品先物取引を勧められて取引を開始し、具体的取引についても商品取引員の従業員から提供される情報や見通しを基本的に信頼し、従業員から推奨される取引を委託している（ときには応じないことがあるにせよ）のが実情であることは当然裁判所に顕著である。

そのような多くの委託者は、従業員の提供する情報や見通し、具体的取引の推奨、とりわけ特定の商品を今買い建てるべきなのか売り建てるべきなのかという基本的方針は、当該従業員個人のものではなく、商品取引員の社内の熟練した専門家の判断に基づく商品取引員の社内共通のものであると理解し、そのことが従業員から提供される情報や見通しを信頼し、従業員から推奨される取引を委託する要因となっているものと推認される。そうであれば、従業員から特定の商品について売建あるいは買建を推奨された委託者は、もし商品取引員自身が自己の計算で取引に参加するのであれば、自分が従業員から推奨された売建又は買建と同じ取引をするものと考えている者が大多数であると解して誤りはないと考えられる。したがって、もし、商品取引員自身が自己の計算で行う取引（自己玉）が、顧客である自分が従業員から推奨されて

委託した取引と売り又は買いが逆の取引であること、あるいは自分の委託した取引を見て逆の取引をしたこと、あるいは自分を含む同じ商品取引員へ委託している複数の顧客の委託玉の売り又は買いの少ない方に自己玉の取引をしたこと、更には、商品取引員が以上のような取引を繰り返す方針であることを知った場合、顧客は、従業員の提供する情報や見通しを信頼せず、推奨される取引をしない蓋然性が極めて高いと解される。

しかも、商品取引員の自己玉が個々の顧客の建玉と対向する取引に当てられた場合、自己玉と委託玉は上記のような意味での利害相反の關係にあり、自己玉が複数の顧客の委託玉の売り又は買いの多い方に対向する取引に当てられた場合も、少なくとも自己玉と対向する取引を委託した顧客との間では上記のような意味での利害相反の關係にあることは前記のとおりである。」

(24) 本条は、証券監督者国際機構 (IOSCO) で一九九〇年一月に採択された行為規範原則が平成四年改正により証券取引法四九条の二(平成一八年改正後金融商品取引法三六条)が、平成一〇年改正により商品取引所法にも規定されたものである。同条については、神崎克郎編『平成一〇年改正 商品取引所法逐条解説』(商事法務、二〇〇〇年) 六八頁以下参照。

(25) 善管注意義務の内容として会社法三五五条に相当する忠実義務を認めるべきであるとする見解もある。民法(債権法)改正検討委員会編『詳解債権法改正の基本方針Ⅴ』(商事法務、二〇一〇年) 九七・九九頁参照。もともと、新たに導入が検討されている【三・二・一〇・〇四】(受任者の忠実義務)では、善管注意義務と異なる内容を持ち込むものでも、特別な効果を認めるものでもないようであり、それ自体の内容が特に明らかではないのは誠実公正義務の場合と同様である。

(26) 最二小判平成二一・一二・一八判時二〇七二号一四頁。なお、本件第一小法廷の構成員は、宮川光治(裁判長)、甲斐中辰夫、涌井紀夫、櫻井龍子、金築誠志であり、最判平成二二年二月の第二小法廷の構成員は、今井功(裁判官)、中川了滋、吉田佑紀、竹内行夫である。

(27) なお、本件では主に板寄せ方式の東京穀物取引所の商品が対象となっていたが、最判平成二一年二月ではザラバ方式の東京工業品取引所の商品が対象となっている。

(28) ただし、本件判旨の(一)ウ後段に対応する通知義務は課されていない。

(29) 一体的不法行為構成における義務の加重についての議論であるが、松岡久和「商品先物取引と不法行為責任―債務不履行構成の再評価」ジュリ一一五四号一〇頁(一九九九年)二三頁は、「①相手方の財産状況を調査し、それにあわせて小額

の取引から指導すべき義務、②新規委託者の習熟に配慮すべき高度の義務、③専門家としての状況に応じた適切な助言・指導義務と委託者の真意に基づく忠実な建玉実施義務、④善管注意義務を超える忠実義務、⑤委託の趣旨に反して顧客の利益を蔑ろにし、その損失において利益を図ってはならない義務、⑥委託者の指示が不適切なことを発見すれば通知・変更助言まで行うべしとする周到な専門家を標準とする高度の注意・助言義務、⑦手仕舞を拒否せず取引を継続させる方向で誘導しない義務など」が裁判例上認められているが、これらの義務は、「その重さから見て、特別の接触関係にある当事者においてもとうていそれだけを理由に一般的に認められる義務ではない」と指摘する。

(30) 四宮和夫「委任と事務管理」『四宮和夫民法論集』（弘文堂、一九九〇年）一三二頁、道垣内弘人「信託法理と私法体系」（有斐閣、一九九六年）一七一頁。

(31) 事態の検証にあたつては、アメリカと日本について、私法、規制法、規制機関の構造、仲裁に亘って、膨大な事例の検討に基づく全体の画像を示すことを試みた労作である、アンドリユー・M・バーデック『証券取引勧誘の法規制』（商事法務、二〇〇一年）が参照に値すると思われる。

また、信認関係に基づく忠実義務の受け皿として、松岡久和・前掲注30は、取引関係に入る時点での基本契約と、同基本契約の枠に沿ってなされるその後の個々の委託契約とに分けて構成する、という構想を示す。基本契約の契約上の責任として忠実義務等の加重された義務を位置づけ、基本契約の債務不履行と個々の委託契約の無効及び民法六五〇条一項の費用償還請求の否定により具体的な対処をする、との構想である。基本契約への取り込みという構成の正当性や、個々の委託契約の無効という意思の認定がどれほど現実的かという点は、今後検証される必要があるだろう。

(32) 本件では委託者と受託者との間で、損益が対称になるという利益の相反があるのは確かである。この点、保険業法二九七条が定める保険仲立人の報酬体系の顧客への開示義務は、類似する利益相反の問題を扱うものであるが、仲立人はあくまで保険契約の媒介を行うものであり（通常は委託者の使者と解される。山下友信『保険法』（有斐閣、二〇〇五年）一六五―一六六頁）、後述するように、自己の名で契約を行う問屋や委任とは委託者との間に認められる法的構造は異なる。また、金融商品の組成者が売買の当事者となる場合に生じる利益相反も、一およそ利益相反という括りにおいてやはり共通する面があるにしても―売買と、問屋や委任とは、用意する法的構造が異なる。これら諸取引形態との比較の必要があることについては、東京大学の岩原紳作教授から指摘をいただいた。

(33) なお、平成一六年改正前は、商品取引員は委託者から委託証拠金を受けなければならず（平成一六年改正前商品取引所法九七条一項）、商品取引所は商品取引員に対し取引証拠金を預託させることができるとされていた（同七九条一項）。これに対し、平成一六年改正により、委託者は原則として商品取引所または商品取引清算機関に直接取引証拠金を預託し（商品先物取引法一七九条）、商品取引員に対する委託証拠金の預託は委託者の承諾がある場合に限るとの、例外的な位置づけとなった（同一〇三条二項）。

(34) なお、商法五五二条二項では、問屋と委託者の間では「委任及び代理の規定を準用する」とされており、代理の規定も準用されているが、第三者との関係では問屋が取引当事者であることには変わりはなく（いわゆる間接代理）、問屋と第三者との間の取引が有効であることと何ら関係なく、顧客の委託がない無断売買を問屋が実行しても計算を顧客に帰することとできないことには変わりはない。最判平成四・二・二八判時一四一七号六四頁。なお、江頭憲治郎『商取引法（第五版）』（弘文堂、二〇〇九年）一三六頁参照。

(35) 岩本雅郎「向かい玉と説明義務（なぜ向かい玉のか）——MNGアローズ判決 平成一六年二月二一日東京高裁判決——」先物取引被害研究二五号（下）五頁（二〇〇五年）参照。

(36) 江頭憲治郎・前掲注34、二三一―二三二頁は、「信託は、受託者が自己の名をもってした行為の経済的效果を受益者（受益信託であれば委託者と同一人）に帰属させる制度という点で、問屋・準問屋に類似するが、法的に見れば財産が受託者に帰属する点、および、経済的に見れば単発的行為ではなく財産の継続的管理を目的とする点において、問屋・準問屋と異なる」としており、信託義務関係が認められる信託との違いとして、問屋は単発的な行為の一つ一つの帰属を確保することを本質とする構造の取引であることが示されている。

(37) 農林水産省商業科「通産産業省商務室「委託者保護に関する研究会中間とりまとめ」（一九九七年）一（一）によれば、委託者数一人あたりの委託手数料は、証券業では八、六万円であるのに対し、商品先物取引業では三二二万円となっている。

(38) なお、本件判決は（一）ウの後段で、委託者による委託の後も、商品取引員は自己玉を建てる都度自己玉と対当する委託玉を建てた委託者への通知を要求している。商品先物取引では、建玉と手仕舞の一往復の委託が必要であり、説明義務を実効的なものとする、つまり個々の委託について委託者が明確な認識を有するためには、必要な処置であらう。

また、自己玉を用いることが認められる以上常に向かい玉が建てられる可能性を否定できない。本件の第一審でも証

拠保全（東京地決平成一一・一一・一一一 LEX/DB 25451491）と文書提出命令（東京地決平成一八・一一・一〇 LEX/DB 25451492）が認められているが、訴訟実務上向かい玉の立証にあたっては、第一に、いつ自己玉が向かい玉として使われているかの判断が用意でないこと、第二に、自己玉のダミー玉が使われていることがしばしばありうること、という困難が伴う。岩本雅郎・前掲注35、九一一頁・茨木茂「新日本商品事件判決についての報告—東京高裁平成一六年二月二一日—」先物取引被害研究二五号（下）二二頁（二〇〇五年）。自己玉を一律に禁止して、違反にサンクションを課すのも一つの選択肢であろう。しかし禁止とまではいなくても、本件判決（一）ウの通知義務は訴訟実務上も重要な意義を有すると思われる。

(39) 吉井文夫「向かい玉の意義と、その民事上、刑事上の責任」『商品相場取引をめぐる法律上の諸問題』（ぎょうせい、一九七六年）（名古屋先物取引被害研究会『先物取引被害の救済（Ⅱ）—違法性の立証—』（一九八六年）一〇一一―一〇二頁で引用されたものを参照した。）。

(40) 商品先物取引法一六七条以下。平成二年改正で取引所がインハウス型クリアリング・ハウスの導入は認められており、平成一五年に東京工業品取引所が初めて導入していた。平成一六年改正に伴い、アウトハウス型クリアリング・ハウスとして日本商品清算機構が設立され、現在四商品取引所すべてのクリアリング業務を一括している。

(41) 清算参加者は、商品取引清算機関が行う取引の決済に直接参加するために要求される資格であり（商品先物取引法二条一四項、二七四条）、商品取引所の取引参加者資格とは別個に要求され、取引所会員でも清算参加者ではないこともありうる。

(42) クリアリング機能の強化に関する研究会「クリアリング機能の強化に向けた今後の取組について」（二〇〇八年）五上六、一〇二―一頁参照。

(43) 絹川・前掲注13参照。

(44) 証券取引の場合に、現在ヨーロッパ及びアメリカでも、顧客の委託取引の執行に際して証券会社の計算で対当させる自己執行をも含めた店内内部執行(internalisation)が認められるが、しかし同時に証券会社は取引執行に最良執行義務（トレード・スルー禁止）を負うものとされ（EUについては MiFID (Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004) art. 4 para1(7), 27' アメリカについては Reg NMS 600 (b)(77), 611参照）⁹⁾ 最良執行義務を確保するための情報開示等の諸規制の整備が問題となっている。このような取引と規律が導入されたことには以下の背景

がある。第一に、証券会社の私設電子証券取引ネットワークを含めた多数の取引所で同一の証券が取引されることを認め、取引所間での競争を促進する意図があった。しかしこのことは他方で、多様化・複雑化した顧客注文の執行方法において価格や費用のみならずタイミングや注文サイズの観点から最良の執行方法を証券会社を選び出すことが必要となると同時に、執行方法に関する顧客と証券界者との間の情報の非対称性を著しく増大した。第二に、多数の取引所の出現によって市場構造は複合化し、市場全体として見た場合に取引や情報が分散し、価格形成・取引成立可能性の両面で市場の効率を低下させる市場の分裂 (market fragmentation) (アルゴリズム取引など自動執行システムの普及による取引の小口化が進んだことで取引所内部でも市場の分裂は問題となっている)、取引流動性が事後的にしか把握できず価格形成に寄与する情報や取引流動性が確保できない (dark pool, dark liquidity pool) という問題が生じた。

本稿では以上の市場構造について本格的な分析を行うことはできないが、証券取引で自己執行が認められてきた背景との違いとして、商品取引で向かい玉が行われる場合には、第一点との関係では執行手段の間での競争が前提とされていないこと、第二点との関係では、とりわけバイカイ付出により差玉向かいが行われる場合に、価格形成に寄与する取引(流動性)を極小化する構造をとっていることが、指摘できる。また、仮に最良執行義務を観念するとしても、同義務を確保するための規制監督体制を確保しうるかには大きく疑問がある。

以上の証券取引における自己執行との比較の必要については、東京大学の神作裕之教授から指摘をいただいた。

取締役法令遵守義務違反責任の帰責構造

—— 最高裁判決、会社法、そして債権法改正 ——

得
津

晶

I. 問題意識

II. 三つの最高裁判決

- 一、最判昭和五十一年三月二三日金法七九八号三六頁〔横河電機製作所事件〕
- 二、最判平成二二年七月七日民集五六卷四号一七六七頁〔野村証券損失補填事件〕

三、最判平成一八年四月一〇日民集六〇卷四号一二七三頁〔蛇の目利益供与事件〕

III. 会社法改正

一、民法学者からの指摘

二、立案担当者の反応

IV. 債権法改正

一、「債権法改正の基本方針」

二、手段債務の免責事由の可能性・その一

三、手段債務の免責事由の可能性・その二

V. 免責事由の内容

一、債務不履行事実の抽出…具体的法令違反と一般的義務違反

二、故意・過失（主観的要素）枠組の否定

三、利害得失判断に基づく法令違反

四、事前に債務者が計算しえない事情

VI. 結論

I. 問題意識

本稿は、取締役の法令遵守義務違反における民事責任は、いかなる形式論理によって論じられるのかという問題と、いかなる場合に民事責任が課されるのか、または、免責されるのかという実質論の問題について、現在の裁判例の立場を明らかにし、平成一七年会社法と現在審議されている債権法改正との整合性を保った形で提示することを目的にする。

法令違反の場面における取締役の民事責任について、平成一七年改正前商法下では、明文で法令違反をした場合が責任発生原因として挙げられていたところ（平一七前商法二六六条一項五号）、平成一七年会社法四二三条では、かかる個別の責任発生原因規定が削除され、「任務を怠ったとき」との一般的責任規定のみになったことから、解釈に変更が生じるのかという問題点が民法学者により指摘された。^①平一七前商法二六六条一項五号の責任には、最高裁判決により、法令違反行為のほか、「違反行為につき取締役の故意又は過失を必要」とされ、二件の最高裁判決は、取締役に故意・過失なしとして責任を否定している。このように最高裁は、具体的な法令違反の事実と取締役の故意・過失という二要件による判断構造を採用したが、会社法による「任務懈怠」要件への外形上の一元化によって、取締役の法令遵守への注意義務違反という形の判断構造に変更されたと解し得るというのが潮見佳男による問題提起である。この問題は、現実の裁判における訴訟活動・立証活動にも影響を与え得る問題であり、本稿では、かかる問題を形式論理の問題とする。さらに、形式論理の問題は、問題提起者の問題意識の源泉であるところの契約責任論が、債務不履行責任に関する近時の民法学界の有力な流れをくむものであり、この流れは昨今議論される民法（債権法）改正に連なることから、債権法改正による影響も検討の必要がある。

また、仮に、何らかの形で従前の判例法理による二要件構成を維持した場合、実質論の問題として、従前の判例による「違反行為につき取締役の故意又は過失」とはいかなる事情が当たり得るのかという問題がある。特に、会社の費用便益分析の観点から会社の利益のために法令違反行為をした取締役の免責が認められるかという問題が指摘されている。^⑤他方、前記形式論理の問題と整合的であるか検討の必要がある。

本稿の結論は、取締役の法令違反における民事責任は①債務不履行事実と②免責事由の二要件による判断構造で判断され、これは会社法前後で変更はなく、債権法改正の議論を経てもなお、債務不履行法一般に妥当する判断構造である

というものである。両要件の区分は立証責任分配の観点からなされ、具体的には、証拠との距離や蓋然性等が区分の判断要素となり、具体的法令違反の場合は法令違反の事実をもって債務不履行事実の要件が満たされることになる。この場合の免責事由は、会社（株主）レベルでの利害得失計算では認められず、功利主義の立場を採用するにしても、社会全体の富の最大化の観点からなされるべきであり、合理性のない法律かどうか等が基準となる。

本稿は、まず、平成一七前商法二六六条一項五号の責任に関し取締役の「故意又は過失」を問題とした最高裁判決を、いかなる形式論を採用しているか、実質論としてどのような事情を勘案しているのかという観点から整理する（Ⅱ）。次いで、会社法改正による平成一七年改正前商法二六六条一項五号の明文削除が従前の二要件構造をとっている形式論理・実質論にどのような影響を与え得るかの議論を確認する（Ⅲ）。そこでは、従前の判例法理の形式論を維持すると民法債務不履行法の原則と齟齬が生じ得るとの問題点が指摘されたため、近時の債権法改正の動向から債務不履行法と取締役の民事責任の形式論理の整合性を検討する（Ⅳ）。この検討から、債権法改正によっても債務不履行法の一般原則と齟齬なしに取締役の民事責任の二要件判断構造の形式論理を維持できることを指摘し、最後に、かかる形式論理を採用した場合、どのような事情が取締役の免責事由になりうるのかの実質論を展開する（Ⅴ）。

Ⅱ. 二つの最高裁判決

一. 最判昭和五一年三月二三日金法七九八号三六頁〔横河電機製作所事件〕

（一）事案

A社（株式会社）は、昭和三七年に一株三九〇円でB証券会社及びC証券会社を引受人とする買取引受の方式により株主総会決議を経ずに新株発行を行った。昭和三〇年改正以降、昭和四一年改正前商法二八〇条ノ二第二項は、第三者割当増資の場合には有利発行可否かを問わず株主総会特別決議を要求していたところ、原審・原々審は買取引受も第三者割当増資として特別決議が必要とした。当時、買取引受については、発行価額が公正である限り株主総会特別決議を要しないとする説が存在し、実務上それに倣った例も多かったが、下級審は、特別決議を必要と判断した。⁹なお、本件の発行価額については、昭和三七六年六月二五日にB社、C社から具申された意見と、A社の取締役であるYが他の取締役と共に協議して算出した一応の価格とを総合勘案して同二六日に決定し、有利価額には当たらないと裁判所に判断されている。

これに対して、A社株主のXが、株主総会の特別決議なしに新株発行したことは法令違反行為に該当するとして会社が被った損害についてYの平一七改正前商法二六六条一項五号の責任を代表訴訟により追及したのが本件である。¹⁰

（二）最高裁の判断

最高裁は、本件新株発行の有利発行には該当しないとした上で、特別決議欠缺に関連して本稿の問題関心である取締役の免責事由の判示を行う。「株式会社取締役が法令又は定款に違反する行為をしたとして、商法二六六条一項（平一七改正前。筆者注）の規定によりその責任を追及するには、右違反行為につき取締役の故意又は過失を必要とするものと解するのを相当とする。したがって、YがA社の取締役として取締役会において他の取締役とともに本件新株発行につき株主総会の特別決議を経ないまま、B証券及びC証券に買取引受けをさせる決議をし、それを実行しても、Yにおいて、故意はもとより、右行為が法令違反になるとの認識を欠いたことに過失がなかったから、Yに損害賠償責任が

ないとした原審の認定判断は、正当として是認することができ」る。

(三) 形式論理

最高裁は、原審の昭和四一前商法二八〇条ノ二第二項違反の判断を変更せず、「取締役の故意又は過失¹³」が必要とし、かかる「故意又は過失」がないことを理由にYの責任を否定した。本判決は①法令違反事実と②「取締役の故意又は過失」の二要件構成の採用を宣言したといえる。

(四) 実質論

次いで、取締役の免責事由として挙げられている事情の検討をするが、最高裁の判示は有利発行該当性判断〔消極〕が中心であり、免責事由判断について詳細の言及はない。最高裁の判文は、一般論では「違反行為につき取締役の故意又は過失」と述べ、故意・過失の対象が違法性の評価とは関係なく行為自体とも読み得るのに対して、当てはめでは「故意はもとより、右行為が法令違反になるとの認識を欠いたことに過失がなかった」と、少なくとも過失の対象は法令違反の認識としている。また、本件における法令違反対象行為自体（株主総会特別決議を経ないでの第三者割当増資）の認識は当然、Yは有しているが、「故意はもとより」と故意の存在を否定している。

本判決では、免責事由が法的評価の難しい事案における取締役の責任を救済する機能を果たしている。ただし、問題となった法令は昭和四一年商法改正によって改正され、判決当時であれば適法な行為であったこと、実務において株主総会特別決議なしに買取引受を行う例は他にも多かったこと等の特殊事情があり、どの程度から免責事由が機能するかは不明瞭であった。

二、最判平成一二年七月七日民集五六卷四号一七六七頁〔野村証券損失補填事件〕

(一) 事案

大手証券会社であるA社は、昭和四八年三月以来有価証券売買等による資金運用取引の大口顧客であるB社に対して、平成元年四月に、B社を委託者、C信託銀行を受託者とする特定投資信託契約を締結し、取引口座をA社に開設し、他の投資顧問業者と投資顧問契約を締結せずに、B社のための有価証券売買による資金運用を行う営業特金取引を開始した。B社は、かかる営業特金に一〇億円を信託したが、平成元年末ごろに約二億七〇〇〇万円、平成二年二月末ごろには約三億六〇〇〇万円の損失が発生した。

当時は、別の証券会社が大口顧客に対して約一〇〇億円の損失補填を行ったこと等が社会的に問題となっており、平成元年一二月二六日、大蔵省（当時）は、日本証券業協会会長宛てに、事後的な損失補填や特別の利益提供を慎むこと、特定金銭信託勘定取引については原則として顧客に投資顧問業者との投資顧問契約を締結させるべきこと等を証券会社に周知徹底させる旨の証券局長通達を発し、日本証券業協会も平成元年一二月二六日、本件通達に応じて事後的な損失補填等を慎むべきと内部規則を改正している。ただし、当時、事前の損失保証契約は証券取引法上禁止が明文で定められていたものの、事後の損失補填を明文で禁ずる法律は存在しなかった。

A社は、他の証券会社と同様、これら通達等を、投資顧問業者のいない営業特金の解消を早急に求めるものと解釈し、通達直後からB社の財務部長らと営業特金の解消について交渉したが解決せず、A社担当者は損失補填をしなければ今後のB社との取引関係に重大な影響が出ると考え、A社取締役であるY₁にその旨報告した。Y₁は、B社の営業特金は証券市場好況時から損失が生じていたこと、将来B社の証券発行における主幹事証券会社の地位を失うおそれ等を考慮し、

損失補填実施の必要性ありと判断し、平成二年三月一日のA社専務会において、Y₁からB社ほかの顧客に生じた損失について総額約一六一億円の補填が提案・了承された。A社は、平成二年三月一日、ルクセンブルク証券取引所上場のD社ワラントをB社に売却し、即日買い戻すことで、B社に三億六〇一九万一二七円の損失補填を実施し、営業特金も解消した。

これに対して、A社の株主Xが、損失補填はA社の代表取締役（当時）Yらの善管注意義務（平一七前商法二五四条三項〔会社法三三〇条〕・民法六四四条）・忠実義務（平一七前商法二五四条ノ三〔会社法三五五条〕）違反、証券取引法違反、独占禁止法違反に該当し、本件損失補填により三億六〇〇〇万円の損害を被ったとして平一七前商法二六六条一項五号の責任追及を株主代表訴訟によって行った。

（二）最高裁の判断

裁判所は原々審・⁽¹⁴⁾原審・⁽¹⁵⁾最高裁は、一貫して、本件損失補填が、証券取引法ではなく、⁽¹⁶⁾独占禁止法一九条・不公正な取引方法九号（不当な利益による顧客誘引）に該当する違法行為と認定しながらも、Yらの民事責任を否定したが、民事責任を否定した論理は各審級で異なる。⁽¹⁷⁾第一審は、本件損失補填の動機がB社との取引関係維持・拡大にあり、実際にB社との取引関係継続によりA社が相当額の利益を得ており、かつ、今後也得られる見込みがあることから、損害がないと判断し、他方、原審は、平一七前商法二六六条一項五号によって取締役の責任が発生する法令には、競争者の利益保護を目的とする独占禁止法一九条は含まれないとし、本件の違法行為は二六六条一項五号の対象となる善管注意義務違反・忠実義務違反を構成しないとした。これに対し、最高裁は、二六六条一項五号の法令には「商法その他の法令中の、会社を名あて人とし、会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定」が含まれるとし（いわゆる非限

定説)、原審の立論を否定した上で、前掲最判昭和五一・三・二三を引用して、「違反行為につき取締役に故意又は過失」が必要とし、本件では、損失補填決定・実施時において独占禁止法違反の認識がないことについてやむをえない事情があり、認識を欠いたことに過失があったともいえないと判断した。

(三) 形式論理

本件では、最高裁が平一七前商法二六六条一項五号の民事責任において法令違反該当事実のほかに「取締役に故意又は過失」が必要であることが民事責任の否定という結論を左右する事情である。本判决により二要件の判断枠組を最高裁が確立したものと評価できる。

(四) 実質論

それでは、本判决は、いかなる事情を「取締役の故意又は過失」の判断要素としているか。最高裁は、①Yらが損失補填について当時の証券取引法や通達違反の有無について関心があったが、独占禁止法一九条違反の有無については問題を認識していなかったこと、②関係当局も、当時、損失補填は証券取引法の問題と考え、独占禁止法の問題とは考えていなかったこと、③公正取引委員会が損失補填を不正な取引方法に該当するとの勧告は平成三年一月二〇日までなかったことを挙げている。かかる要素から、故意・過失の対象は行為自体ではなく法令違反の評価であることがわかる。また、法的評価が難しい事案における取締役責任の救済法理として機能している点は前掲最判昭和五一・三・二三と同じである。ただし、前掲最判昭和五一・三・二三と比較すれば、問題となった法令の廃止がなくとも、規制当局等の当時の対応状況から「過失」なしとし得ることが示された点において、前掲最判昭和五一・三・二三を推し進めたと評し得る。

三、最判平成一八年四月一〇日民集六〇巻四号一二七三頁〔蛇の目利益供与事件〕

(一) 事案

仕手筋として有名なBが、昭和六一年から、自ら設立した会社も用いてA社（東証第一部上場株式会社）の株式を買い集めて大株主となり、昭和六二年六月にはA社取締役を選任された後、昭和六三年一〇月ごろより保有株式の高値買取を要求しだし、平成元年七月二九日には、保有するA社株式を暴力団関連会社に売却したとし、八月一日には取り消すには三〇〇億円必要と要求し、さらに八月四日には「大阪からヒットマンが二人来ている」とA社取締役Yらを脅迫した。これによりA社から三〇〇億円をBに迂回融資の形で交付することが八月八日、A社取締役会で決定、一〇日に実施された。さらにその後も、Bの関連会社がA社を含む会社の株式取得の原資として借り入れた債務の肩代わりをした。平成二年七月一九日のBの逮捕後、BはA社取締役を辞任し、関係者間の和解により、A社が迂回融資による三〇〇億円、肩代わり債務を引き受けることとなった。

A社の株主Xは、取締役Yらの関与した金員の交付、債務肩代わり等は忠実義務・善管注意義務違反による責任（平一七前商法二六六条一項五号）、利益供与（平一七前商法二六六条一項二号）⁽¹⁹⁾に該当し、会社が九六六億円の損害を被ったとして株主代表訴訟による損害賠償請求をした。⁽²⁰⁾

(二) 最高裁の判断

原々審・原審は取締役の責任を否定したが、最高裁は破棄・差戻した。ここでは、原判決の論理から確認する。原審は、三〇〇億円交付について、YらのBへの初期の対応・判断に誤りがあったと指摘し、脅迫に応じて「A社にとつ

て、外部に対し全く理由の立たず、かつ返済のあてのない三〇〇億円を融資の形で利益供与することは、本来会社としてはできないことであつて、これを認めた他の取締役についても、本来的には責任を免れない」、「その意味では、Yらには、取締役として、少なくとも三〇〇億円の融資の形を取った利益供与行為を行ったことについて、外形的には忠実義務違反、善管注意義務違反があつたといふことができる」とする。しかし、前掲最判昭和五一・三・二三、最判平成一二・七・七を引用し、法令違反として商法二六六条一項五号の責任には「違反行為につき取締役に故意又は過失」が必要とし、これは、忠実義務違反、善管注意義務違反でも同様とし、Yらの故意または過失の有無に検討を進める。まず、「前記認定の事実関係に照らし、Yらの故意を認めることはできない」と故意を即断で否定し、過失についても、事前の対応については、心労を重ね冷静な判断ができない状況にあつたこと、その後の三〇〇億円の喝取を予測できなかったこと等から過失を認めることはできないとし、交付そのものについても、「結果として違法行為や犯罪行為の温床となる可能性が十分にあるものであるから、会社の経営者としては、より毅然たる態度をもつて臨むことが期待されるべきであるが、本件におけるBの狡猾かつ暴力的な脅迫行為を前提とした場合、当時の一般的経営者として、Yらが上記のように判断したとしても、それはまことにやむを得ない」と評価し、「取締役としての職務遂行上の過失があつたとは認められない」と判断した。²³⁾

これに対し、最高裁は、三〇〇億円の交付について「正当化すべき合理的な根拠がなかったことが明らか」とし、暴力団関係者が株主となることでA社に干渉してくることへの恐れについては「証券取引所に上場され、自由に取引されている株式について、暴力団関係者等会社にとって好ましくないと判断される者がこれを取得して株主となることを阻止することはできないのであるから、会社経営者としては、そのような株主から、株主の地位を濫用した不当な要求がされた場合には、法令に従つた適切な対応をすべき義務を有する」とした上で、「本件において、Yらは、Bの言動に

対して、警察に届け出るなどの適切な対応をすることが期待できないような状況にあったということとはできない」ことを理由にBの理不尽な要求に応じた三〇〇億円交付の提案・同意というYらの行為を「やむを得なかったものとして過失を否定することは、できない」と判断した。²⁴⁾

(三) 形式論理

本件では、問題となった法令が善管注意義務・忠実義務という一般的義務規定・包括的規定であり、独占禁止法や個別の会社法規定が問題となった先行二判決とは異なる。最高裁では、原審の「過失はない」という判断に対して「過失がないとは言えない」と応接したものであるので、最高裁がいかなる形式論理を用いたのかは明らかではない。原審判断の一部を否定したことを原審の全体の形式論理の枠組みを維持したと読むのであれば、善管注意義務・忠実義務という一般的・包括的な法令についても、平一七前商法二六六条一項五号の責任は、①法令違反行為と②「取締役の故意又は過失」の二要件の判断構造が妥当するといえそうである。しかし、原審の判断は、あくまで、「外形的には忠実義務違反、善管注意義務違反があった」というものであり、善管注意義務違反・忠実義務違反を断言していない。ここからは、取締役の「故意又は過失」の判断が、必ずしも善管注意義務・忠実義務の判断とは独立したものとは限らず、善管注意義務・忠実義務の判断の一部と読む可能性も開ける。他方、用語法とは別に、①外形上の義務違反と②取締役の「故意又は過失」という形で二段階の枠組みを用いているという点では、従前の個別具体的規定違反における最高裁判決と共通する。

(四) 実質論

まず、原審は故意を即断で否定し、最高裁もその点に言及しなかった点が注目される。これが、最高裁が原審判断

を首肯する意図であれば、本件においてYは、善管注意義務違反の対象行為（三〇〇億円交付、債務肩代わり等）の認識はあり、さらに、Bへの巨額の利益供与として経営者として本来してはならない性質の行為であることの認識まであったのであるが、それでは判例の言う「違反行為への故意」には足りないとの判断が示されたことになる。⁽²⁵⁾

他方、「過失」については、最高裁と原審とで結論が分かれている。原審は、過失を否定する事情として、まず、Bによる喝取の原因となったA社取締役Y₂によるB所有の株式の買取・ファイナンスをA社が責任を持って行う旨の念書作成については、Y₂がこの問題の対応で心労を重ね、冷静な判断ができない状況にあること、Bに唆されたこと、念書作成時点ではその後の三〇〇億円の喝取まで予測できなかったことから本件喝取との関係では損害はないとしている。⁽²⁶⁾そして、その後の交付の提案・決定についても、Bの脅迫行為の悪質性、同僚としてY₂の失態をカバーしたいとの気持ち、A社のイメージ崩壊のおそれ、ひいてはA社崩壊のおそれ等から、「当時の一般的経営者として、Yらが上記のように判断したとしても、それはまことにやむを得ないことであつた」⁽²⁷⁾として過失を否定している。ここでは、Yらの内心にかなり重点が置かれ、債務者が一般に要求される程度の注意を欠いたか否かによって過失の有無を決する伝統的な債務不履行法の枠組み⁽²⁸⁾が用いられていることに気づかされる。

これに対し、最高裁は、過失がないとの判断を否定する際に、「本件において、Yらは、Bの言動に対して、警察に届け出るなどの適切な対応をすることが期待できないような状況にあったということはできない」と述べる。この判断を原審と比較すると、無論、A社取締役Yらの状況についての価値判断の違いよりも、最高裁は、何らかの具体的な行為義務（本件では適切な対応）を問題にしていることに気づかされる。最高裁は、原判決が、Aの脅迫があつた状況で、Yらは具体的にどのような義務を負っており、それを尽くしたのかについての言及が一切ない点を問題視しているのである。そして、このような状況下では、取締役は、一切、何の義務も負わないという極端な結論を論証しない限

り、原審の判断は維持できないというところにある。先行評釈には、警察の届出によってYらの生命身体の危機が解消されないとの指摘も見受けられるが、最高裁は、警察に届け出ればYらの安全は保障されたとも、取締役の個人的利益は常に会社法上の義務に劣後するとも述べてはいない。本件では、Yらは警察に届出ても株式譲渡は阻止できないと「思った」⁽³⁰⁾との主張があるものの、功を奏さなかったにしても、具体的にAの脅迫に対してどのような対応行為を行ったのかについて一切、認定がない。かかる「故意又は過失」の証明責任が被告取締役側にあると考えるならば、最高裁は、Yらが具体的な行為義務の内容とその履行の有無について証明できていないため、「過失を否定することは、できない」と述べたと捉えられる。

Ⅲ. 会社法改正

以上の最高裁判例と前後して、平成一七年会社法制定作業がなされ、平一七前商法二六六条一項五号の定める「法令違反」という具体的要件は廃止され、「任務懈怠」との一般的要件のみになった（会社法四二三条）。これによって、従前、判例の採用していた①法令違反行為と②「違反行為につき取締役の故意又は過失」という二要件の枠組みの基礎付けが失われたのではないかとの問題提起がなされた。

一. 民法学者からの指摘

最初にこの問題提起を行った潮見佳男は、従前の伝統的理解に対して、二つの指摘を行った。まず、第一に、民法

四一五条の債務不履行の帰責事由に關して、契約によつて定められた行為義務違反と認定されれば、債務不履行責任が発生し、帰責事由の判断は行為義務違反の判断に含まれるという理解の提示である。潮見は債務を手段債務と結果債務（結果保証債務）に区分し、手段債務には上記の理論が妥当するところ、取締役の注意義務は手段債務に該当するとする。⁽³¹⁾これは、債務不履行責任発生要件を①債務不履行の事実（ないし違法性の要件）と②主観的帰責事由（故意・過失）と考える従来の伝統的な理解⁽³²⁾に対し、債務不履行を一元的に捉える近時の民法・契約法の業績⁽³³⁾（民法学説の到達点⁽³⁴⁾）を反映したものである。

第二に、取締役の具体的な法令違反（善管注意義務、忠実義務以外の法令に違反する場合）に基づく責任について以下のような整理を提示する。一方で、具体的な法令違反があれば、即、取締役の行為義務違反があるとし、一般的な注意義務違反の場合と判断構造が異なるとする考え方を二元説⁽³⁵⁾とし、他方、取締役には「会社が法令を遵守しないで行動するようなことのないようにする注意義務」が取締役の注意義務の「内容として」とし、行為義務違反一般の場合も具体的な法令義務違反の場合も判断構造は同じであるとする考え方を一元説とする⁽³⁶⁾。後者の一元説では、具体的な法令違反があつたのみでは取締役の注意義務違反は断定できず、取締役が「会社が法令を遵守しないで行動するようなことのないようにする注意義務」を果たしていれば、取締役に行為義務違反はないとする。

かかる整理に従い、潮見は、前掲最判平成一二・七・七による判例の定式は二元説としながら、会社法では、「法令違反」（平一七前商法二六六条一項五号）との明文の具体的な要件が消え、「任務懈怠」要件（会社法四二三条）に一本化したことから、具体的な法令違反があつても「任務懈怠」要件を充足すると評価されて初めて責任が成立するという一元説の理解に整合的ではないかとの指摘をした。⁽³⁸⁾

他方、潮見は一元説構成を用いても、法令違反行為という事実によつて任務懈怠を事実上推定することで従前の判例

法理との整合性は保たれるとする。そして、被告取締役は間接反証によって任務懈怠を反証しうる。⁽³⁹⁾

かかる潮見の指摘は、本稿の問題関心に如何なる示唆を導き得るか。一見、会社法制定により形式論理の二要件構成が揺らぐかに見えるが、①法令違反行為によって二応の証明がなされ、②「間接反証」によって免責し得るとするため、概念に差異はあるものの、現実の二段階構成は維持されている。⁽⁴²⁾ただし、潮見が善管注意義務・忠実義務等の一般的義務規定と区別して個別具体的な法令違反を取り扱ったのは、一般的義務規定であれば一元説、具体的法令違反が二元説を判例は採用しているとの暗黙の前提があるようだが、かかる理解は必ずしも判例の理解に整合的とは限らない。⁽⁴³⁾前掲最判平成一八・四・一〇は一般的義務においても最高裁は二元説を採用することを示唆しているからである。

他方、実質論として、具体的法令違反の場合についていかなる事情が「間接反証」として責任否定事由に該当するかについては、潮見は、法律違反行為も反証事実もあくまで「会社が法令を遵守しないで行動するようなことのないようにする注意義務」という主要事実の下で行われることから、客観的な注意義務・行為義務を履行した事実が該当する。抽象的な基準であるが、内心の問題ではなく、客観的な注意義務・行為義務の履行の有無を問題にする点では前掲最判平成一八・四・一〇と共通する。

二. 立案担当者の反応

かかる潮見の指摘に対し、会社法の立案担当者は、潮見論文の二ヶ月後に「現行（当時。筆者注）商法から、その実質を変更したのではない」旨、応接した。⁽⁴⁴⁾立案担当者が問題視したのは、潮見の第一の指摘である債務不履行と帰責事由の関係であった。立案担当者が批判を加える「一元説」とは、「債務不履行責任（民法四一五条）について、債務

を結果債務と手段債務に二分した上で、手段債務については、不完全履行と過失を一元的に把握する見解⁽⁴⁵⁾であり、潮見が第二の点である法令遵守義務とその他の一般的注意義務の判断構造を一致させるという意味での「一元説」とは用語法が異なる⁽⁴⁶⁾。

立案担当者は、過失を任務懈怠の枠組みの内側で考える考え方に対し、取締役の責任は単に委任契約上の責任ではなく、それを超えた法律上生じる責任であることを理由に、「民法四一五条の責任を論ずる場合は格別、会社法四二三条一項の責任において」は否定する⁽⁴⁶⁾。かかる立論は、取締役の義務違反と民法債務不履行法との断絶を示唆するもので、瑕疵担保責任の法定責任説と契約責任説の対立を彷彿とさせるが、取締役の一般的義務（善管注意義務・忠実義務）について最高裁が「通常の委任関係に伴う善管義務」⁽⁴⁷⁾とした理解と齟齬がある。

だが、立案担当者の批判は、潮見の見解が具体的法令違反の場面で「一元説」と称しながらも、実際には訴訟では①具体的法令違反事実と②間接反証との二段階構成を維持していることからすると、むしろ一般的注意義務違反の場合の形式論に向けられていると理解できる。となれば、むしろ判例法理により整合的と理解し得る。

次いで、いかなる事情が「故意又は過失」に該当するかの実質論については、立案担当者の一名が、別途、類型毎に論じている⁽⁴⁸⁾。そこでは、任務懈怠と過失の区別は、立証責任の分配の問題とし、①法令違反行為となる類型について、客観的に法令違反行為（違法行為）となる取締役会決議に賛成したことが任務懈怠を構成するとし、過失は各取締役の主観的要素とする。そのほか、②自己又は第三者の利益を図る目的又は会社に損害を与える目的で取締役が権限行使する類型では、取締役の主観的意図を立証することで任務懈怠を構成するとし、当該決議に賛成した他の取締役はかかる濫用目的を知らなかったこと、知ることできなかったことを反証することが善意無過失という免責事由を構成するとしている。③著しく不合理な判断類型については、会社レベルで把握していた情報を前提に著しく不合理な決定であれ

ば関与していた取締役に任務懈怠が認められ、善意無過失は、各取締役レベルで当時有していた情報・権限等に基づいて立証するものとする。

かかる枠組みは、任務懈怠と過失の区分について、会社レベル―個別取締役レベルの基準と客観―主観の基準の二つの基準を錯綜させたものであり、合理性に疑問があるが、重要な⁽⁴⁹⁾のは、この帰結の根拠として立証責任の分配という観点を挙げ、請求者が立証責任を負うのが酷かどうか等の検討に基づいて立論している点である。そして、立案担当者の見解は、具体的法令違反類型だけでなく、一般的義務違反の場面でも原告にすべての証明責任を課すべきではないとの判断が導出される。

IV. 債権法改正

取締役の民事責任論にも影響を与えた近時の契約責任論の研究成果は現在、債権法改正という形で結実を迎えており、ますます影響力を強めるであろうが、反面、議論が進むにつれ、立案担当者の様に債務不履行責任と会社法上の任務懈怠責任とを乖離させなくとも判例法理を説明し得ることが判明してきた。

一. 「債権法改正の基本方針」

契約責任論は当初、伝統的学説が債務不履行事実（違法性）と過失（帰責事由）の二要件で審査してきたものを「債務不履行」要件に一元化して判断することが強調されてきた。⁽⁵¹⁾ 潮見佳男の取締役の民事責任に関する論文はかかる潮流

に基づいてなされた立論である。ところが、債権法改正に向けた私的研究会提案のうち、先述した近時の契約法学説の影響を最も強く受けた民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」⁽⁵²⁾においても、要件の一元化は少なくとも提案本文ではなされていない。提案【三・一・一・六二】（債務不履行を理由とする損害賠償）は「債権者は、債務者に対し、債務不履行によって生じた損害の賠償を請求することができる。」とし、提案要旨には「債務不履行を一元的にとらえる考え方を基礎にしている」とあるが、ここでの一元化とは、債務不履行と帰責事由の一元化ではなく、履行遅滞・履行不能・不完全履行の三類型を取らないという趣旨のようである。⁽⁵³⁾そして、提案【三・一・一・六三】（損害賠償の免責事由）（一）は「契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じたときには、債務者は【三・一・一・六二】の損害賠償責任を負わない」とし、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という免責事由の存在を認めている。

かかる提案は、契約責任について、債務不履行と「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という形で、二要件構成を維持するものといえる。⁽⁵⁴⁾伝統的な故意過失もしくは帰責事由概念を否定した理由は、帰責事由概念は「過失責任主義」と結びつけて論じられ、免責事由として画一的な過失の有無が基準になるとの考えに結びつくことを否定するためであり、免責事由は、あくまで契約に基づくリスク分配を基準にすることを明言するためとされる。⁽⁵⁶⁾そしてかかる立場は、現実の裁判実務の処理方法を明確にするものであり矛盾しないとしていた。⁽⁵⁷⁾

当然、現在の裁判実務が行っているように「帰責事由」概念を契約に基づくリスク分配という観点から用いること、さらには、「過失」概念をそのように解すること⁽⁵⁹⁾も理論上可能であるが、同一用語を異なった意義に用いることは混乱を惹起すること、わかりにくく多義的な「帰責事由」概念では一般市民にとって理解しやすい民法を目指す上で適切でないことから、契約を基準にすることを明白にしたとする。⁽⁶⁰⁾

ただし、「債権法改正の基本方針」の解説まで参照すると、必ずしも形式論理として二要件構成が一貫していないことが窺える。診療債務や雇用契約上の安全配慮義務等の誠意債務・最善努力義務・手段債務型という具体的事情に即して債務内容が確定されるタイプの債務については、契約によって引き受けたリスクという免責事由の要素は、履行過程の具体的状況下での事態を前提として債務内容を確定し、債務不履行責任の成否を判断する際に取り込まれているとし、債務不履行責任の成否判断とは別に免責事由の判断を行う必要はないとする。⁽⁶¹⁾かかる立論は、取締役の善管注意義務・忠実義務にも妥当するところ、債務不履行事実と従来⁽⁶²⁾の「過失」の判断が「事実上」ないし「通常」重なるというのであれば、既存の商法学者による指摘と矛盾せず、判例の二要件構成は維持されていることになる。だが、両要件が「法律上」重なり、かつ、証明責任が債務者にあるとすれば、例外的にすら免責事由が存在しえないことになる。とりわけ、会社法上の取締役の責任を「任務懈怠」という一般的要件で判断するとした場合には、従前の裁判例の立場と異なる帰結になりかねない。

二、手段債務の免責事由の可能性・その一

手段債務類型に免責事由の余地の有無の検討には、そもそも債務不履行事実と区分される免責事由の概念から考える必要がある。とりわけ債務不履行・免責事由共に契約の拘束力を出発点にすると、両者の区分は曖昧であり区分基準が問題となる。

解説によれば、「債権法改正の基本方針」の債務不履行事実と免責事由との区別は、「契約において、債務者が何を引き受けたのか」という問題が債務不履行の前提となる債務内容の確定レベルの問題であるとし、対して、免責事由は、

「その事態から生じるリスクを債務者が引き受けていたのか」という問題であるとする⁽⁶³⁾。この基準は、曖昧さ故、手段債務は生じるリスクへの対応こそが債務内容であるため両者は重なりと説明できるが、売買契約等の結果債務においても、どのようなリスクまで履行しなくてはならないかは債務の内容であるとの説明もできてしまい、区分の基準として機能しない。

そこで免責事由の存在が既に認められている結果債務から検討する。「債権法改正の基本方針」を検討した先行研究によれば、結果債務の免責事由とは、「履行障害事由が生じた後の時点に立つて事後的に、契約上の義務の射程は、当該事由を克服して結果を実現するまで及んでいなかったという規範的な評価を行うもの」⁽⁶⁴⁾（傍点ママ）と説明されている。かかる規範的評価の内容が問題であるが、「契約の内容や趣旨等との関係で、個別的・相対的に評価される」⁽⁶⁵⁾と契約を出発点とする観点に加えて、事後的観点を強調している点が注目される。事前・事後の区別から、免責事由とは、事前の観点から行為規範として免責原因と考えていないような事情のみ（評価規範として）考慮し得るとの区分を導き得る。無論、たいていの事情は事前の観点から行為規範として考慮しているであろうから、免責事由は非常に狭くなり、従前の不可抗力として考えられてきた帰結⁽⁶⁶⁾と実践的には変わらないであろう。

このような事前の観点から考慮しえないか否かを基準に免責事由と債務不履行事実とを区分するのであれば、手段債務についても同様の概念は観念し得る。手段債務の債務内容は、契約を基礎にいかなる内容の注意義務を負うのかという事前の観点から基礎づけられ、他方、債務者が事前の観点では注意義務違反責任が発生し得ることを認識・承知した上で、それでも履行できないような外在的事情は免責事由の判断要素となり得る。ただし、かかる事情が免責を認めるに足りるまで蓄積されるような事例は非常に少ないであろう。

三、手段債務の免責事由の可能性・その二

さらに、「債権法改正の基本方針」のもとでは、手段債務について免責事由が存在し得る場合は、上記、事前観点から考慮しえない事情以外にも存在することが先行研究によって指摘されている。そこでは、追奪担保責任（民法五六一条⁽⁶⁷⁾）、賃貸借契約における保管義務が挙げられている。追奪担保責任については、他人物の権利移転が契約に基づき手段債務となとした上で、免責事由に該当するとし、他方、賃借人の保管義務についても契約に基づく義務として免責事由に該当するとしている。ここでは、契約上の手段債務として行為義務（事前の観点から当然評価されている行為義務）が免責事由となっている。

このような事象について、論者は、他人物売買の引渡義務、賃貸借契約の引渡義務という結果債務の不履行と、権利移転義務、保管義務という手段債務の不履行とが実体法上「交錯」することによって、結果債務の不履行が手段債務の不履行を推定させるものとなっていると説明する⁽⁶⁹⁾。そして、契約上の債務が結果債務と手段債務との性質が融合している類型についてはこのように免責事由として契約上の行為義務が免責事由になるとするが、注意義務を尽くしたか否かが免責事由で検討されるのは一定の場合に限られるとする⁽⁷¹⁾。

しかし、なぜ、結果債務と手段債務の融合と分類される債務に限って免責事由要件で具体的行為義務・注意義務の履行の有無が判断要素になるのかは不明確である。論者も指摘する結果債務の不履行が手段債務の不履行を推定するという構造は、一定の外形的な結果が証明されることによって契約違反の発生が推定されるということに他ならない。これは、いかに立証責任を分配していくかという考慮によって決せられる問題であろう。

論者は、周到にも、立証責任分配を基準とする整理に対して、仮に支配領域内に生じた事実の問題であれば、医師の

診療義務や使用者の安全配慮義務にもある程度妥当するが立証責任分配がなされていないことを論拠に説明として十分とする。⁽⁷²⁾しかし、証拠との距離は立証責任分配判断にとって重要な要素であるが、そのみで立証責任転換を認めるわけではなく、推定を基礎づける結果の抽象的な蓋然性も重要な要素となる。診療契約の結果患者が死亡したという事実や被用者の労働事故という結果だけでは、契約違反の抽象的な蓋然性が認められず立証責任転換まで認める必要はないと説明することも可能である。

このように立証責任分配の観点から、請求者がまず立証すべき事柄を債務不履行事実、その後、被告取締役が反証すべき事柄を免責事由とし、区分の基準として、証拠との距離のほか任務懈怠評価の蓋然性ある事実があれば債務不履行事実とし、他方、具体的な行為義務・注意義務態様のうち債務者が立証しやすい事情を免責事由とするということは可能である。そして、かかる立証責任分配の観点が取り込まれるのは、債権者にとって契約違反の証明が困難であり、債務者が証拠提出に有利な立場にあり、一定の外形的事実の証明によって契約違反の蓋然性が一定程度伺われるような事例であれば足り、結果債務と手段債務が融合する場合に限定する必要はない。さらに、そもそも結果債務と手段債務の区分が相対的であることからすれば、⁽⁷³⁾純粹に手段債務とされる場合でも行為義務違反を推定させる一定の外形的事実を債務不履行事実とし、詳細な具体的事情については免責事由として債務者に立証責任を負わせることも考え得る。⁽⁷⁴⁾

かかる立証責任分配の観点による二要件の分類は立案担当者の議論⁽⁷⁵⁾とも共通し、また、潮見による一応の推定と間接反証を用いた説明とも共通する。⁽⁷⁶⁾

V. 免責事由の内容

前節でみたように、会社法・債権法改正の議論を経ても、債務不履行の一般原則に反することなく、取締役の法令遵守義務違反の責任について二要件構成をとり得ることが分かった。それでは、免責事由としていかなる事情が該当し得るかの実質論の問題を最後に検討する。

一、債務不履行事実の抽出・具体的法令違反と一般的義務違反

前節でみたとおり、免責事由と債務不履行事實は、同じ契約上の義務の立証責任の分配の問題でもあるため、債務不履行事実としてどこまで証明を求めるのかという問題と表裏一体の側面がある。

まず、問題となるのは、具体的な法令違反行為の立証によつて、債務不履行事実の立証は尽きたといえるかどうかである。平成一七改正前商法二六六条一項五号は法令違反行為を明文で責任発生原因に列挙していたため、請求者側の立証責任はこれのみで足りるといえたが、会社法においてはかかる規定が削除されたため問題となる。⁽⁷⁸⁾しかし、前掲最判平成一二・七・七は、取締役の法令遵守義務の根拠として「会社が法令を遵守すべきことは当然⁽⁷⁹⁾」とし、条文中に依存していないこと、また、会社法三五五条の文言「取締役は、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し…」から法令遵守義務を導きうること等からすれば、会社法のもとでも法令違反のみをもって取締役の義務違反を推定させるという意味で債務不履行事実⁽⁸⁰⁾に該当し得ると解される。

他方、具体的法令違反ではない一般的注意義務違反の場面においても、証拠が通常取締役に近いこと、請求者が少数派株主である場合、具体的行為義務の履行まで立証するのは困難であることから、取締役の義務違反を伺わせる蓋然性の高い一定の外形的事実のみをもって債務不履行事実と解することは可能と思われる。前掲最判平成一八・四・一〇の事

案は、利益供与という法令違反行為が関連し、具体的法令違反と一般的注意義務違反の中間類型の事件ではあるが、会社が損失を被らないし被るおそれが高く、会社の負担する理由のないことをもって、約三〇〇億円の交付や債務の肩代わりについて善管注意義務の債務不履行事実の証明を認めたものと捉えることができる。

二、故意・過失（主観的要素）枠組の否定

従前の最高裁判例は免責事由を「違反行為への取締役の故意又は過失」と定式化していた。しかし、裁判所の実際の判断は、一方では、具体的法令違反の事案において、行為自体の認識ではなく、法律違反の評価も含むものであり、他方では、内心の問題ではなく、客観的・具体的な行為義務・注意義務の問題としていた。前者は、具体的法令違反において適法性評価が困難な場合に確率による計算を認めることを意味し、⁽⁸⁰⁾後者は、債務不履行事実を客観的事情、免責事由を主観的事情とする定式は採用していないことを意味する。⁽⁸¹⁾

三、利害得失判断に基づく法令違反

それでは、違法行為を行ったと認定された場合に、免責事由としてどのような立証をすればよいか。契約法における債務不履行事実と免責事由は契約を出発点に考えればよいとされているが、会社の機関においてはアナロジーとして契約を用いることがあるものの、⁽⁸²⁾具体的な契約ではないためガイドラインが存在しない。とりわけ、会社の利害得失計算に基づく法令違反が認められうるかが問題となろう。

会社法を契約（の束）と考える場合、論者は、全体の利益が最大化するように契約を考える。となれば、利害得失計算に基づく法令違反を認めるかに見える。しかし、かかる見解は、会社とは株主のみを指すのではなく、会社の利害関係人全体の利益を基準とするものであり、株主の支配権の根拠は会社の残余権者として限界損益が帰属することから社会全体の富の最大化を目指してのことである。⁽⁸³⁾そのため、株主の支配権は株主の保有する cash flow が関係する会社の経済的損益に限定され、それ以外の利益については株主を基準に考えることはできない。⁽⁸⁴⁾具体的法律規制は、多くの場合、外部性が存在するため規制を課すものであろうが、かかる外部性は株主の cash flow によってインセンティブが確保されている利益ではない。よって、株主レベルでの利害得失計算によって免責事由と解することはできないと解される。⁽⁸⁵⁾⁽⁸⁶⁾⁽⁸⁷⁾

功利主義を徹底すれば、社会全体の価値を最大化するか否かが免責事由の基準になりえ、前掲最判昭和五一・三・二三の事案は、問題となった法規制が法改正によって廃止されたことから、法令自体が社会全体の価値を最大化する合理性がなかったことが伺われる。⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾他にも、従前の最高裁判例からは、適法性解釈に争いがあり、当該会社・取締役だけでなく、業界全体や規制官庁が違法とは扱っていない場合⁽⁹⁰⁾に免責を認めている。

四、事前に債務者が計算しえない事情

他にも、IV・二、指摘の通り、事後的に当該事由を克服して結果を実現するまで及んでいなかったと判断される場合は免責事由に該当し得る。取締役が、不履行該当行為以前に、民事責任を負うと覚悟してでも不履行せざるを得ない事情によって不履行を選択し、かかる判断が、取締役と会社の関係からしてやむを得ないと評価される場合にも免責され得る。非常に限定的な場合であるが、前掲最判平成一八・四・一〇の事案で問題となった取締役個人に生命身体⁽⁹¹⁾の危険が

発生し、危険が及ばない程度での行為義務・注意義務は尽くしたが功を奏さず、一定の法令違反行為等を行わざるを得ない場面などはこれに該当し得るのではないか。

VI. 結論

本稿は、取締役の法令違反行為における民事責任について、形式論として、①債務不履行事実と②免責事由の二要件構成を採用することは、従前の裁判例に沿い、会社法改正を経ても妥当し、また、債権法改正によっても民法法理と乖離が生じるわけではないことを指摘した。そして、債務不履行事実と免責事由との区別は、立証責任分配の観点から、証拠との距離及び蓋然性によって決せられるものとし、具体的法令違反行為は会社法制定後もそのみをもって債務不履行事実⁽⁹¹⁾に該当するとした。そして、実質論として免責事由に該当し得る事情としては、株主（会社）レベルでの利害得失計算では足りず、社会全体の利害得失計算もしくは適法性に争いがあり業界全体や規制官庁が違法と取り扱っていないような場合等を指摘した。

また、本稿の結論は、具体的法令義務違反のみを債務不履行事実と扱うものではなく、先述した立証責任分配の観点から連続的に債務不履行事実の切り出しを認め得る。例えば、具体的法令違反の公表を怠ったことにより後に発覚して会社に損害が生じたような、法令違反と一般的注意義務違反との中間領域に当たるとする事件類型⁽⁹¹⁾において、かかる公表の懈怠をもって債務不履行事実とする考え方⁽⁹²⁾にもつながりうる。

本稿は、現在議論の盛んな民法契約責任の帰責構造に対し、専門外であるにもかかわらず、踏み込んだ考察をさせて頂いた。大きな誤解もあるであろうが、筆者の赴任以来、分野を超えてご厚情とご指導を賜った瀬川信久教授、道幸哲

也教授が御退職を迎えるにあたり深い感謝を表すために民商の壁を超えた論文に挑戦させていただいた。

- (1) 潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」商事法務一七四〇号（二〇〇五）三三、四〇頁
- (2) 最判昭和五一年三月二三日金法七九八号三六頁
- (3) 前注(2) 最判昭和五一・三・二三、最判平成二年七月七日民集五六卷四号一七六七頁
- (4) ただし、後述するように、潮見・前注(1) 四二頁注二九は現実の裁判における立証活動に変更はないとする。
- (5) 田中亘「利益相反取引と取締役の責任・下」商事法務一七六四号（二〇〇六）一〇頁注五二、後藤元「判批」法協一二四卷九号（二〇〇七）二二〇九頁等による指摘
- (6) 昭和四一改正前商法二八〇条ノ二第二項「株主以外ノ者ニ新株ノ引受権ヲ与フルニハ……第三百四十三条ニ定ムル決議アルコトヲ要ス」
- (7) 東京高判昭和四八年二月二八日金判五〇三号一八頁
- (8) 東京地裁八王子支判昭和四六年四月二四日金判二六六号一三頁
- (9) 横浜地判昭和三七年二月一七日日下民集一三卷二二号二四七三頁、東京地裁八王子支判昭和三八年八月三〇日日下民集一五卷五号一〇二九頁。なお、昭和四一年商法改正により特に有利なる価額でなければ第三者割当新株発行でも株主総会特別決議を不要との規律（平一七前商法二八〇ノ二第二項・三四三条（会社法一九九条二項・二〇〇条一項・三〇九条二項五号）に変更された（味村治・改正株式会社法（一九六七商事法務研究会）一六五頁、上柳克郎編・新版注釈会社法（七）（一九八六有斐閣）六一・六二、六八・六九頁）。
- (10) 両証券会社は、直近日A社株価終値四六一円、一週間終値平均四五九円五〇銭、一カ月間終値平均四三四円一一銭の単純平均四五・一円五四銭に配当差二円四銭を差し引いた四四九円五〇銭を基準に、A社株価が短期間（一ヶ月以内）に一〇％超の下落が過去七年間で毎年二回程度発生していたこと、直近一カ月間の株価変動率が二・三二％であること、A社の過去の売買出来高が一日平均一八万五〇〇〇株、同年六月平均でも四六万八〇〇〇株であるところ本件発行株式数が

二〇〇万株と大量であることを勘案して、前記直近一カ月間株価変動率一二・三％を減じた三九四円一七銭以下、さらに当時の国内外の経済情勢、株式市況の見通し等が悲観的であったことを勘案して、発行価額は一株三八〇円から三九〇円までが妥当と述べた。他方、Yは、直近日前一週間の終値平均、直近一カ月間の終値平均、権利落ち後の昭和三十七年三月二八日から直近日までの終値平均四〇六円五銭の三者の単純平均四三三円二銭からその一〇％を減じた三九八円九〇銭を一応の合理的価額とした。

(11) 杉田貴洋「新株の有利発行と既存株主の経済的利益の保護」慶應義塾大学・法律学研究二六号（一九九五）五一頁、吉本健一「判批」判評四三九号（判時一五三四号）（一九九五）一二八頁、田中亘「募集株式の有利発行と取締役の責任」新堂幸司Ⅱ山下友信編・会社法と商事法務（二〇〇八商事法務）一四三頁等の論理からすれば、手続欠缺による違法な新株発行における、会社の損害の有無、代表訴訟による救済の適否が問題となるが、さしあたり本稿では検討の対象外とする。

(12) 最高裁は、A社の様な上場会社の時価発行による第三者割当増資においては、発行価額は、本来は旧株の時価と等しくなければならぬと述べるが、続けて、「新株を消化し、資本調達のための見地からは、原則として発行価額を右より多少低額にする必要があり、この要請を全く無視することもできない。そこで、この場合における公正価額は、新株の発行価額決定前の当該会社の旧株の価格、右株価の騰落習性、従来の売買出来高の実績、会社の資産状態、収益状態、配当状況、発行済株式数、当該新株の発行数、株式市況の動向、これから予測される新株の消化可能性等の諸事情を総合し、旧株主の利益と会社が有利な資本調達の目的を達成するという利益との調和の中に求められるべきもの」との一般論を示し、本件の両証券会社の意見及びA社取締役協議による価額は、「客観的資料に基づいて前記考慮要因が斟酌されているとみることができ、そこで採られている算定方法は、前記公正発行価額の趣旨に照らし、一応合理的であるというを妨げず、かつ、右を総合勘案して取締役会において決定された価額は、右決定直前の旧株の株価に近接しているということができ」と述べ、「特別の事情のない限り、一応公正な価額であると解するのを相当と」するとした上で、本件において、引受人たる証券業者が具申した意見を参考に発行価額が決定された事実についても、かかる意見の合理性が肯定できるため、それだけで特段の事情には該当しないとし、「他に特別の事情を認めるに足りる事実関係のない本件においては、本件発行価額は、一応公正な価額である」と判断した。

(13) 金判五〇三号一八頁

- (14) 東京地判平成五年九月一六日民集五四卷六号一七九八頁
- (15) 東京高判平成七年九月二六日民集五四卷六号一八一二頁
- (16) 第一審・原審ともに当時の（平三改正前）証券取引法違反を否定した。
- (17) なお、本件では、株主代表訴訟（類似必要的共同訴訟）における原告の一部の上訴の効力についても最高裁は判断しているが、本稿の検討の対象外とする。
- (18) この点については疑問の余地があるが、検討の対象外とする。
- (19) 利益供与に関する主張は原審からであり、第一審及び原審では、利益相反取引規制及び自己株式取得規制違反を主張していたが検討の対象外とする。
- (20) Xは、他にも代表訴訟としてA社が破産したBに対して破産債権を有することの確定を求め、一部認容されている（九九億円）が、この点は検討しない。
- (21) 東京地判平成一三年三月二九日判時一七五〇号四〇頁。「A社が企業として存立していくためのやむを得ない選択」と評価し、「債務保証、担保提供等の行為によって会社に損害が生じたことは事実であり、また、事後的にみて他のより適切な対応方法が可能であったと推測することができるとしても、…、Bの要求は、企業の存立基盤を脅かしつつ執拗に繰り返された悪質なものであり、これに直面したYら取締役について、その当時おかれていた状況の下で、通常の企業経営者として、本件の解決方法以外のより適切な方法を選択すべきことを法的な注意義務として要求することができたとまではいえない」と判断した。
- (22) 東京高判平成一五年三月二七日民集六〇巻四号一三〇六頁
- (23) 債務肩代わりについては、A社と関係のない債務やBがA社株式取得のために借り入れた債務であり、肩代わりにA社が協力する必要はなく、A社が巨額の損失を被る可能性が高く、A社の経営として本来とるべきものではないことから、「外形的には、取締役としての忠実義務・善管注意義務に違反する」としながらも、「Yらの忠実義務・善管注意義務違反について、過失があったか否か」を検討し、BがA社の大株主に留まるとA社の信用失墜・経営へ悪影響を与える恐れがあること、債務肩代わり等は喝取された三〇〇億円返還のためのスキームの一部であったこと等を踏まえて「喝取事件を経験したA社の取締役としては、以上のような判断をしたことには無理からぬところがあった」として、Yらに過失なしと

した。

また、利益供与については、三〇〇億円喝取について、A社経営陣の認識としてBが株式を取り戻すための利益供与であること、実際は喝取されたものであることから、平一七改正前商法二九四条ノ二の定める「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」財産上の利益を供与したものと趣旨が異なり、該当しないとされた。他方、債務肩代わりについては、Bから要求された行為であること、A社が行ったことは関連会社に対する担保の提供しかないことから、「株主ノ権利ノ行使ニ関シ」に該当しないことは明らかとした。

(24) 債務の肩代わりについては、A社は本来債務の肩代わりに協力する必要がなかったこと、A社の利益にならないこと、A社が巨額の損失を被る可能性の高い方策であったことから、Yらには少なくとも本件の様な対応を避けるべき義務があったとし、三〇〇億円の喝取を含むBの言動につき警察に届け出る等の適切な対応をすることが期待できない状況にあったということもできないからYらの行為について、「無理からぬところがあったとして過失を否定することは、できない」と判示した。

また、利益供与禁止該当性について、三〇〇億円交付の件は、株式の譲渡は原則として「株主ノ権利ノ行使」に該当しないとしながら、「会社から見ても好ましくないと判断される株主が議決権等の株主の権利を行使することを回避する目的で、当該株主から株式を譲り受けるための対価を何人かに供与する行為は、上記規定にいう『株主ノ権利ノ行使ニ関シ』利益を供与する行為というべき」として、本件では「暴力団関係者がA社の大株主としてA社の経営等に干渉する事態となることを恐れ、これを回避する目的」での迂回融資を利益供与に該当するとした。他方、債務肩代わりについても、本件の債務の肩代わり等の実質は、A社が関連会社等を通じて巨額の利益供与であるとし、「将来Bから株式を取得する者の株主としての権利行使を事前に封じ、併せてBの大株主としての影響力の行使をも封ずるために採用されたものであるから」、利益供与に該当し得るとした。

(25) 民集六〇巻四号一三五九頁

(26) 民集六〇巻四号一三六〇頁

(27) 民集六〇巻四号一三六一頁

(28) 我妻榮・新訂債権総論（一九六四岩波書店）一〇六頁、奥田昌道・債権総論（増補版）（一九九二悠々社）一二五頁

- (29) 後藤・前注(5)
- (30) 民集六〇巻四号一三五頁
- (31) 潮見・前注(1) 三四―三五頁
- (32) 鳩山秀夫・日本債權法(総論)(増訂改版)(一九二五岩波書店) 一三六頁、我妻・前注(28) 一〇六頁、松坂佐一・民法提要債權総論(第四版)(一九八二有斐閣) 六九頁、於保不二雄・債權総論(新版)(一九七二有斐閣) 九三頁、林良平・石田喜久夫・高木多喜男(安永正昭補訂)・債權総論(第三版)(一九九六青林書院) 九一頁「林良平」、奥田・前注(28) 一二四頁など
- (33) 吉田邦彦「債權の各種―『帰責事由』論の再検討」星野英一編集代表・民法講座別巻・二(一九八五有斐閣) 四四頁、渡辺達徳「国際動産売買法と契約責任の再構成」法学新報一〇四号(一九九六) 四五頁など
- (34) 潮見・前注(1) 三六頁
- (35) 潮見・前注(1) 三八頁、三九頁
- (36) 潮見・前注(1) 三八頁
- (37) 潮見・前注(1) 四二頁注二六
- (38) 潮見・前注(1) 四〇頁。ただし、かかる潮見論文に基づき行われた私法学会シンポジウムにおける潮見佳男の報告は、会社法が一元説の理解を採用した旨の主張は謙抑的であり、二通りの理解がありうることの指摘に留めていたように筆者には見受けられた。
- (39) 前掲最判昭和五一・三・二三及び最判平成一二・七・七のみを想定し、最判平成一八・四・一〇は以前の論文であるため含まれていない。
- (40) 間接反証とは、ある主要事実について証明責任を負う当事者が当該主要事実を推認させるのに十分な間接事実を一応証明した場合に、相手方がその間接事実とは別個の、かつ、両立しうる間接事実を立証することにより、主要事実の推認を妨げる立証活動を指すが(実例として新潟地判昭和四六年九月二九日判時六四二号九六頁)、事実上の推定に対する通常の反証として説明すれば十分との指摘もある(伊藤眞・民事訴訟法〔第三版〕三三二頁注二七一)。
- (41) 潮見・前注(1) 四二頁注二九

- (42) ただし、潮見・前注(1)四二頁注三三は、損害賠償の範囲として相当因果関係(民法四一六条)の基点が異なり得るとする。
- (43) ただし、潮見・前注(1)は前掲最判平成一八・四・一〇以前に公刊されたものである(前注(39))。
- (44) 相澤哲＝石井裕介「株主総会以外の機関(下)」商事法務一七四五号(二〇〇五)一三頁、特に二二頁。ただし、引用が一切なく、潮見・前注(1)への反論ではない可能性もある。しかし、「取締役の任務を手段債務ととらえ、会社法四二三条一項の責任についても、任務懈怠と過失とを一元的に把握する見解がある」との記述からは、論理的にあり得る見解ではなく、既に存在する見解への批判であることが伺われ、会社法案が明らかになった二〇〇五年四月以降一〇月までの間に、会社法の文言と任務懈怠・過失の関係を指摘する文献は筆者の知る限り、潮見・前注(1)論文のみであった。
- (45) 吉原和志「会社法の下での取締役の対会社責任」江頭憲治郎先生還暦記念・企業法の理論・上巻(二〇〇七商事法務)五二八頁は、潮見・前注(1)と相澤＝石井・前注(44)の理解の齟齬について指摘する。
- (46) 相澤＝石井・前注(44)二三頁
- (47) 最判昭和四五年六月二四日民集二四卷六号六二五頁
- (48) 葉玉匡美「善管注意義務」会社法であそぼ(二〇〇九年四月二二日八:三〇AM)・<http://kaishahou.cocolog-nifty.com/blog/2009/04/post-8ae.html> (last visited Nov. 28, 2010)
- (49) 任務懈怠を客観面、過失を主観面との整理は前掲最判平成一八・四・一〇とは整合的でない上に、後述するように近時の債権法改正で最も批判されている点である。
- (50) 二〇一〇年一月二八日現在、法制審議会民法(債権法)部会で審議中である。
- (51) 潮見佳男・プラクティス民法 債権総論(第三版)(二〇〇七信山社)一一二頁
- (52) 別冊NBL一二六号(二〇〇九)
- (53) 民法(債権法)改正検討委員会編・詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ(二〇〇九商事法務)二四三頁
- (54) 民法(債権法)改正検討委員会編 前注(53)二五二頁は「損害賠償からの免責の枠組みをドイツ型の『過失』『無過失』から、契約のもとでの履行障害リスクの引受けへと変更したにすぎない」とする。
- (55) 【三・一・一・六三】提案要旨三、民法(債権法)改正検討委員会編・前注(53)二四七頁
- (56) 【三・一・一・六三】提案要旨四、民法(債権法)改正検討委員会編・前注(53)二五〇頁。他にも、過失責任の原則に

は債務者の行動の自由を保障するという考え方であり、契約により行動の自由から自ら制約を課したと考える契約の拘束力論と理論的に矛盾するとの指摘もある（民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二四七頁）。

(57) 【三・一・一・六三】提案要旨四、民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二五四頁。他に、小粥太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリスト一三二八号（二〇〇六）一二〇頁

(58) 【三・一・一・六三】提案要旨五

(59) 民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二五〇頁

(60) 民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二五〇頁

(61) 民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二五三頁

(62) 大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」鴻常夫先生古稀・現代企業立法の軌跡と展開（一九九五・商事法務）六三頁、吉原和志「利益相反取引にもとづく取締役の責任」法学六七巻六号（二〇〇四）一〇七四頁、北村雅史「取締役の義務と責任」法学教室三〇四号（二〇〇六）四三頁、田中亘「利益相反取引と取締役の責任・上」商事法務一七六三号（二〇〇六）

六頁、江頭憲治郎・株式会社法（第三版）四三五頁注四。手段債務において両者の事実上の重なりを指摘する古典として中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」過失の推認（一九七九弘文堂）六七頁以下。

(63) 民法（債権法）改正検討委員会編・前注（53）二五一頁

(64) 森田宏樹「手段債務における債務不履行と免責事由の要件相互の關係」法学教室三五六号（二〇一〇）八七頁

(65) 森田・前注（64）八七頁

(66) 森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」契約責任の帰責構造（二〇〇二有斐閣）五五頁

(67) 森田・前注（64）八六頁及びそこで検討される最判昭和四一年九月八日民集二〇巻七号一三二五頁、最判昭和五〇年二月二五日金法七八四号三四頁

(68) 森田宏樹「結果債務と手段債務の交錯・融合」法学教室三五七号（二〇一〇）九一頁

(69) 森田・前注（68）九一頁

(70) 森田・前注（68）九二頁

(71) 森田・前注（68）九八頁

(72) 森田・前注(68) 九一頁

(73) 森田・前注(64) 八九頁

(74) この点は、結果債務・手段債務の定義による。結果債務と手段債務の区分は、債権者による結果の不実現の「リスクの引受け」の有無で整理されてきたが(森田宏樹「買主が悪意の場合における他人の権利の売主の責任」法学教室三五五号(二〇一〇)五四頁)、「債権法改正の基本方針」によれば、結果債務にも免責事由の存在が認められている以上、そこで説かれる「リスクの引受け」は「債務の内容」レベルに留まり(民法(債権法)改正検討委員会編・前注(53)二四八頁)、免責事由レベルでは引受なかったリスクの存在を主張できる。ここからは、結果債務とは一定の外形的事実たる結果を立証するのみで債務不履行事実の立証がなされたと扱われる債務ということになり、免責事由でいかなる事実が該当し得るかは結果債務概念に関係がないということもできる。このように解すれば、後述するように、例えば、法令違反を立証すれば債務不履行事実が証明され、取締役が行為義務を尽くしたかどうかを免責事由となるという法令違反における取締役の民事責任は、結果債務であると整理することもできるからである。ただし、伝統的には、免責事由の範囲が前項で説明した事前に責任を逃れると考慮していない事項に限られる場合を結果債務としているように思われる。

(75) 葉玉・前注(48)

(76) 前注(42) 該当本文参照

(77) 潮見は訴訟法的に処理するのに対し、本稿は実体法で整理するという点に違いがあるが、本稿の形式論の問題関心は、裁判における機能として考察しているためかかる違いについて詳論は避ける。ただし、訴訟法上の問題として解決可能かどうかという問題(森田・前注(64) 八六頁)とは別に、最高裁判例の判文は実体法として扱うのに整合的に見える(森田・前注(64) 八八頁)。

(78) 潮見・前注(1) 四〇頁は「とりわけ、『法令違反』という『要件事実』が明文から消えたことによる、影響は少なくない。制度設計面で『法令に、民法六四四条(取締役の注意義務)が含まれるか』という思考様式を採用していた商法二六六条一項五号から、『取締役の任務懈怠』注意義務違反に、法令違反行為が含まれるか』という思考形式を採用する会社法四二三条一項へと転換を遂げた以上、任務懈怠を理由とする責任のパラダイムも、一元説の方向で考えることが望ましいことになる」として、明文規定の削除を根拠にしている。ただし、潮見・前注(1)は一応の証明と間接反証を用い

て二要件構成を維持することにつき前注(42)該当本文参照。よって潮見の立場では、なぜ法令違反行為によって「一応の証明」がなされたといえるのかが問題となり、本文と同様の検討が必要になる。

- (79) 神田秀樹・会社法(第二版)(二〇〇二弘文堂)一四三頁注一〇は、かかる理由に反対し、「すべての法令を遵守して経営を行うことが株主の通常の合理的意思ないし期待であることに求められるべきである」とするが、条文の削除のみでは影響しないという点では同じであろう。

- (80) 田中・前注(5)一〇頁注五二は、行為が外部に発覚する確率によるデイスカウントは認めないが、適法性確率によるデイスカウントを認める。

- (81) 前田達明・口述債権総論(第三版)(一九九三成文堂)一三五頁、北川善太郎・債権総論(第三版)(二〇〇四有斐閣)一一三頁などは、近時の契約責任説以前から、不法行為法における過失論と同様に、債務不履行責任要件の過失も心理状態ではなく客観的注意義務違反と捉えられるようになっていくことを指摘する。

対して、木内宜彦「判批一法学新報八四卷四〇六号(一九七七)一一一頁以下は刑法のアナロジーから、前掲最判昭和五一・三・二三が「故意又は過失」を否定した判示に対して、責任が否定されるのは違法性の認識可能性がない場合に限られる(制限責任説ないし制限故意説)旨を指摘するが、客観的な行為義務・注意義務として考えれば、適法性の評価も義務内容の一側面として考えることとなる。また、同様に、前注最判平成一二・七・七河合伸一判事補足意見では、緊急避難等の違法性阻却と期待可能性の欠如等の責任阻却を免責事由に挙げているが、刑法理論の様に違法性と責任の枠組で債務不履行を説明すること自体が適切でないこととなろう。

- (82) FRANK H. EASTERBROOK AND DANIEL R. FISCHEL, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW (1996)

- (83) ROBERT CLARK, CORPORATE LAW 386 (1986); Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Voting in Corporate Law*, 26 J. L. & Econ. 395 (1983); EASTERBROOK & FISCHEL, *supra* note 82, at 67-68; 江頭・前注(62)一二三頁注三

- (84) 例として、株主総会にて、どの政党に寄付すべきかを会社の損益を離れて政策によって社会にとってどの政党が望ましいかを判断するということは認められないであろう。

- (85) このように解すると、なぜ、株主代表訴訟によって法令違反の責任追及がなされるのかが問題となろうが、エンフォーースメントの多様化の観点から肯定して構わないと思われる。

- (86) ただし、後藤元「取締役の債権者に対する義務と責任をめぐるアメリカ法の展開」金融研究二九巻三号（二〇一〇）一六八頁；Henry T. C. Hu & Jay Lawrence Westbrook, *Abolition of the Corporate Duty to Creditors*, 107 Colum. L. Rev. 1321, 1324 (2007) は外部性の代表例である支払不能時の債権者へのリスク転嫁について取締役の義務論・民事責任論による解決に懐疑的であり、外部性に対する解決手段の適否の問題は検討すべき課題となろう（前注（85）参照）。
- (87) かかる観点は取締役自らが法令違反行為の意思決定・業務執行をする場面でなくとも妥当し、取締役の法令遵守のための内部統制システム構築義務にも連続すると考えられる。法令遵守のための内部統制構築義務については南健悟「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」北大法学論集六一巻三号（二〇一〇）八一七頁以下〔未完〕参照。
- (88) 名古屋地判平成一三・一〇・二五判時一七八四号一四五頁もかかる観点から免責を認めたものと整理し得る。
- (89) ただし、個別の会社には個別の法規について合理性を審査することを認めることは、法令遵守への規範意識が薄れ、統治コストが膨大になることもあり得、功利主義とは一致しないこともあり得る（安藤馨「制度とその規範的正当化」帰結主義とその社会規範の関係を巡って」新世代法政策学研究八号（二〇一〇）二九八頁以下参照）。この点については今後の課題とする。
- (90) このような法規は既に法令遵守への規範意識が失われていると評価すれば前注（89）の観点から、功利主義にも反しない。他方、平一七前商法二六六条ノ三（会社法四二九条）・民法七〇九条ではあるが、株主の地位確認訴訟に関し控訴審で請求棄却されたため会社側が原告を株主として扱わなかったところ後の上告審で破棄・請求認容された場合には控訴審口頭弁論最終日に株主として扱わなかった事案においてかかる株主総会で新株有利発行決議がなされた場合には当該株主に対して損害賠償責任を負いうるとした最判平成九年九月九日判時一六一八号一三八頁からすれば、裁判所の法の不知に対する調査義務は比較厳格なものではないかと解される。
- (91) 大阪高判平成一八年六月九日判タ二二一四号一一五頁
- (92) 畠田公明「判批」ジュリスト一三三三二号〔平成一八年度重判〕（二〇〇七）一〇三頁（食品衛生法違反の場合、その事実を速やかに公表しないという経営判断について善管注意義務違反による責任を負わせるのが妥当であろう）。なお、本稿の基となった筆者の民事法研究会報告（二〇〇七年五月一八日、北海道大学）は前注（91）大阪高判平成一八・六・九の畠田・前掲の内在的理解を示すことを目的としたものである。

本稿は平成二二年度科学研究費若手研究（B）（課題番号…二二七三〇〇六七）の研究成果の一部である。

企業不祥事と取締役の民事責任（四）

——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

第四節 法令遵守体制構築義務をめぐる学説

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

第一節 序論—アメリカにおける取締役の監督義務

第二節 *Graham v. Allis-Chalmers* 事件判決—法令遵守体制構築義務の否定

第三節 内部統制システム・法令遵守体制に関する議論の展開

第四節 *Caremark* 事件判決—法令遵守体制構築義務の肯定

第五節 小括

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

第一節 取締役の信認義務の動揺

第二節 取締役の誠実性 (Good Faith) ・誠実義務 (Duty of Good Faith)

第一款 裁判例の展開

(一) デラウェア州最高裁判所における展開

(二) デラウェア州衡平法裁判所における展開

(三) *Disney* 事件判決

(四) *Stone v. Ritter* 事件判決

第三節 取締役の監督義務と忠実義務

第四節 小括

第四章 *Caremark* 事件判決における審査基準の検討

第一節 検討対象

第二節 *Caremark* 事件判決における審査基準とその評価

(以上、六一卷三号)

(以上、六一卷四号)

(以上、六一卷五号)

第一款 Caremark 事件判決における審査基準

第二款 Allen 判事の意図

第三款 審査基準に対する評価

第三節 Caremark 事件判決以後の裁判例

第一款 デラウェア州における裁判例の展開

第二款 裁判例の検討

(一) Caremark 基準から Guttman 基準への移行と Stone v. Ritter 事件判決

(二) 監査委員会の重視

第四節 取締役の責任強化？

第一款 Sarbanes-Oxley 法による影響？

(一) Sarbanes-Oxley 法の制定

(二) Sarbanes-Oxley 法制定による影響？

第二款 取締役の責任の強化は見られるか？

第五節 小括

第五章 Red-Flag 対処義務

第六章 日本法への示唆と検討

(以上、本号)

第四章 Caremark 事件判決における審査基準の検討

第一節 検討対象

前章では、取締役の誠実性や誠実義務の出現に伴い、取締役の信認義務の枠組みが変更され（ようとしており）、結果的に取締役の責任が厳格になったということを指摘した。従来、取締役の信認義務は注意義務と忠実義務に分けられ、前者の場合は、経営判断原則による保護や定款による免責条項による保護が与えられる。しかし、取締役の注意義務の機能不全や二〇〇〇年以降の企業不祥事の続発、連邦政府による立法対応により、デラウェア州の裁判所としても取締役の責任の問題に対する積極的介入の一環として、取締役の誠実性や誠実義務を押し出すことで、経営判断原則による保護や免責条項による保護を取締役に与えないような方向性を打ち出したと考えられる。

このことから、取締役の責任一般については、一応、厳格化の方向性が見られる。しかし一方で、本稿が扱う、取締役の監督義務特に法令遵守体制構築義務についても同様のことが指摘できようか。確かに、監督義務や法令遵守体制構築義務が忠実義務の枠組みで分析されることになれば、法令遵守体制を構築しなかった取締役は忠実義務違反と認定され、経営判断原則による保護や免責条項による保護も与えられないことになるから、その面で厳格化しているようにも見える。しかし、法令遵守体制構築義務が取締役の誠実義務に組み込まれ、(Stone v. Ritter 事件判決⁽¹⁾によれば、)もって忠実義務の問題として位置づけられたとしても、当該義務違反が認められる審査基準も検討しなければ、実質的に取締役の法令遵守体制構築義務が厳格になっている、と述べることはできない。他方、当該審査基準を検討することによって、デラウェア州においてはどのような場合であれば、取締役の責任が肯定されるのかということも明らかになると思

われる。そして、同時に、この検討作業は、日本法において、取締役の法令遵守体制構築義務や内部統制システム構築義務の議論に関して、しばしば「最低限のシステムを構築しなければならず、それ以上のシステムについて取締役は裁量を有する」と指摘されるが、この「最低限のシステム」を明らかにする一つの作業としても有益であると考えられる。そこで、本章では、Caremark事件判決によって設定された取締役の監督義務・法令遵守体制構築義務の審査基準について検討する。

第二節 Caremark事件判決における審査基準とその評価

第一款 Caremark事件判決における審査基準

まずは、Caremark事件判決によって述べられた取締役の監督義務違反・法令遵守体制構築義務違反が認められる審査基準について確認する。Caremark事件判決は、次のように判示する。

すなわち、「監督を履行する取締役会の継続的または組織的懈怠の場合――たとえば、合理的な情報報告システムの存在を全く確保しようとしなかった場合――には、責任を認めるための必要条件である誠実性の欠如を構成する」と。⁽²⁾

この表現からすると、取締役の監督義務違反・法令遵守体制構築義務違反を認めるためには、原告（株主）は、抽象的には、取締役会が継続的に、または組織的に監督を行っていなかったということ、より具体的には取締役会が合理的な情報報告システムを構築していなかったということを主張立証しなければならないことになる。

第二款 Allen 判事の意図

そこで、次に問題となるのは、なぜ、本判決を担当した Allen 判事がこのような審査基準を設定したのか、ということである。まずは、このことを明らかにしたいと思う。

この点については、Allen 判事自身、Caremark 事件判決の中で次のように述べている。すなわち、「監督類型において要求される責任テストは、おそらくクラスとしての株主利益に適うであろう。なぜならば、取締役会の経営判断の場合と同様、そのことで、有能な取締役による誠実履行義務を促進するものとしての役割を果たし、その一方で、そのような有能な人物によって取締役会の職務を果たしうることになるからである」と。⁽³⁾つまり、Allen 判事は、取締役は情報報告システム構築義務（法令遵守体制構築義務）を認めつつ、後の裁判例で証明することが困難であると評されるような高度な責任基準を設定することによって、取締役のリスク回避的な行動をもたらし、それによって生じる株主利益の減少を防ぎたかったということの現れだと思われる。⁽⁴⁾逆に言えば、この基準をより取締役に厳しい基準を設定し、取締役に對してより高度な注意を要求することで、株主利益を図ることができるかもしれないが、しかし、その究極的な結果は、その保護しようとする株主利益に對して、より大きな損失を与えることになると指摘する。⁽⁶⁾結局、Allen 判事は、一方で、取締役により積極的な監督の役割、特に会社の法令遵守についての役割を果たさせようとし、他方で、取締役が、自らの判断が客観的に見て合理的であるかどうかについての裁判所の監視から離れて、この義務をもっともよく履行する方法について自らの判断を認める余地を残そうとしたと考えられる。⁽⁷⁾そして、Allen 判事は、取締役の監督義務を拡大する行為基準を定めつつ、裁判所の権限を制約する審査基準を採用したものと見えよう。やはり、Caremark 事件判決の内容から、Allen 判事自身、この審査基準が取締役の責任という重大な脅威を削減するものであると認識している

と思われる。この点について、Allen 判事は後のインタビューにおいて、Caremark 事件判決は、たとえ取締役が責任の脅威がなくとも、明確に示された法的義務に従うはずであるから、法令遵守についてより重要な監督をするよう勧告したものであると述べている。⁽⁸⁾ すなわち、たとえ取締役が監督義務違反・法令遵守体制構築義務違反による法的責任に問われなくとも、取締役は裁判所が設定した行為基準に従おうとするはずであるとの道徳的な視点に依拠する。これは、注意義務の行為基準と、経営判断原則によって設定される審査基準（責任基準）とが異なることに関する論稿にも現れている。その論稿においては、注意義務の行為基準と審査基準が異なる理由として、人間が道徳的な存在であるという視点を挙げている。⁽⁹⁾ 人間は機会主義的であるだけでなく、道徳的規範（moral codes）への忠誠を保持して道徳的共同体のメンバーたろうとするのである。⁽¹⁰⁾ それゆえ、たとえもし、金銭的な制裁を伴う基準の違反に制裁措置をとるような強制メカニズムがなかったとしても、「正しい行動」という権威的な基準が明らかになるから、平均的に取締役に富が移転するような事前の機会主義的利用を理論的に減らすことができるのであると述べる。⁽¹¹⁾ したがって、Allen 判事の Caremark 事件判決で示された審査基準がどの程度、取締役に合理的な情報報告システム（法令遵守体制）を構築させるのか、という効果は、実は、道徳的な説得にかなり依存していると考えられる。⁽¹²⁾

第三款 審査基準に対する評価

しかし、以上のような Allen 判事の意図はどのように評価されているのであろうか。たとえば、ほとんど株主利益に資さないとの批判も見られる。⁽¹³⁾ また、他の論者も、Allen 判事の解決策では積極的な取締役の法令遵守の監督を促さないということを認識することが重要であるとして、以下のように指摘する。⁽¹⁴⁾ 第一に、Caremark 事件判決は、取締役に

は法令遵守を監督する義務があると勧告する一方、その義務は経営者を調査したからでない取締役による積極的な調査を促すには不十分である。第二に、不誠実という責任基準はあまりに容易に回避することができ、実質的な抑止効果を与えることはできない。結局、Caremark事件判決によって述べられた義務は、積極的かつ効果的な取締役による監督を促すことはできない、と。

他方で、企業倫理の観点から、正当化され得ないと述べる論者もいる。⁽¹⁵⁾ たとえば、製品市場に対して欠陥製品が出回するようなケースにおいては、取締役会の判断は株主に影響を与えるだけでなく、一般的に公衆に対しても影響を及ぼす。そして、取締役会は、もし欠陥製品がリコールされず、会社の財務安定性に潜在的な損害を与えるのであれば、消費者への潜在的損害を含む、その製品の存在に関するコストを重視しなければならぬ。理想をいえば、会社は会社自身や株主利益に資すると同時に公共の利益を保護しようとすべきであるとする。⁽¹⁶⁾ その上で、取締役は、Caremark事件判決で要求された最低限の監督義務だけを果たすのではなく、より社会的・倫理的アプローチによって、会社の行為を監督すべきであると指摘する。⁽¹⁷⁾

確かに、Allen 判事が公式化した取締役の監督義務違反の審査基準はかなり高度なものであって、たとえそれが道徳的に従うはずであると述べていたとしても、どこまで監督義務が促進されるのかという点については疑問の余地がある。しかしながら、これらの批判においては、具体的な審査基準には触れておらず、単にCaremark事件判決の審査基準を批判するにとどまっている。その点で、学説上の批判も説得力に欠ける。

では、これだけ高度な証明が要求される審査基準は、Caremark事件判決以後、どのように変化していったのだろうか。

第三節 Caremark 事件判決以後の裁判例

第一款 デラウェア州における裁判例の展開

【１】 Ash v. McCall 事件判決⁽¹⁸⁾

本件は、H社がM社を買収（買収後の社名はMH社とする）した後、MH社の会計不正が発覚したため、同社の取締役につき信認義務違反があったか否かが争われた事例である。

MH社の取締役は、H社およびM社からそれぞれ六名ずつ選任された。そのうちH社の社長、CEO、取締役会議長を務めていた一名がMH社の取締役会議長に就任した。一九九九年四月、MH社は期末監査に関して、監査人Aが一九九九年三月期末の収益について不適切な内容を発見したと公表した。これはH社のソフトウェア製品販売について不適切な処理が行われていたものであった。結局、この監査の公表によりMH社の株価は当初の株価の半額に近い額まで下落した。また、同年五月にも、会社は、収益についてさらなる訂正が必要であると公表し、その二ヶ月後には、内部調査とともに結論が出され、二会計年度分を訂正する必要があると公表した。同年四月から七月に発見された収益の過大計上はH社によるものであり、それは一九九六年から一九九九年四月までMH社の取締役会で発覚するまで続いていた。このような事実関係の下、MH社の株主が同社を代表して同社取締役らに対して訴えを提起した。なお、本件では事前の提訴請求がなされていなかったため、争点はその提訴請求の無益性の有無である。

「M社の取締役の提案とM社の株主による買収承認の三ヶ月の間に、会社の監査人であるAはH社の会計不正を取締役に報告していた。M社の取締役六名とH社の取締役六名からなるMH社の取締役会が、一連の収益訂正を行うために内部調査を行い、この情報に対応した。また、取締役会は経営陣を一掃し、数人の上級経営者を解任し、新たな経営

構成へと変更した。

これらの事実からすると、原告の主張から直接的に導き出されるのは、M社の取締役は買収が完了し、それらを開示し修正するための手続をすぐにとった後に会計不正を認識したことである。これらの行動は要求されている誠実かつ思慮を有する受認者の行動である。

…散発的で、かつわずかに主張された事実からは、H社の取締役が会計慣行への疑いを知り、それゆえ、Aの報告により展開された潜在的な会計不正を知っていたということが推測され得る。もし、原告が特定してそのような事実を主張すれば、それらは原告らが指摘していないものの、提訴請求からの解放が保証される。

…原告はH社の取締役がこれらの不祥事を現実に知り、それゆえ、潜在的な会計不正を現実に認識していたという事実を主張していない。…もし、原告がH社の取締役（またはH社の監査委員会のメンバー）が潜在的な会計不正を知り、取締役らがAの監査報告を見るまで（買収後三ヶ月間）対応していなかったということを裁判所に推測させることができるような事実を特定して主張することができるならば、H社の取締役（または監査委員会のメンバー）が誠実に行動していなかったと主張することができないかもしれない（*id.*）。結局、提訴請求は免除されることになるだろう。

…原告に対して再訴答および提訴請求の無益性を判断するような付加的で特定された事実を主張する余地を認める。」

そして、本判決の脚注部分（*id.*）において、以下のようにも指摘されている。

「原告はH社が監査委員会を設置していたと主張する。明らかにになっている事実によれば、特にそれがよく機能していたということが強調されている。にもかかわらず、監査委員会の存在と、それに加え、H社の社外監査人として、会社の財務報告の定期監査のために Arthur Andersen に依頼をしていたという事実は、モニタリングやコンプライアンス

ス・システムが買収前のH社に設置されていたということを証明する。」

本件は、買収前の会社における不正会計について、新会社の取締役らに監督義務違反があったか否かが争われた事例である。具体的には、取締役らがその不正会計を認識していたかどうかが中心的争点となっている。本件では、「原告はH社の取締役がこれらの不祥事を現実に知り、それゆえ、潜在的な会計不正を現実に知っていたという事実を主張していない。」と判断されており、具体的な事実が主張されていないことを理由に、原告の主張が退けられた。ただし、再訴答が認められている。本件で、Caremark事件判決が述べた取締役の責任が認められる基準には言及していないが、取締役が監督義務違反を問うための一定のガイダンスを提供している点に意義があろう。すなわち、どのような場合であれば、取締役が監督義務違反に基づく責任を負う可能性があるのかについて、本判決は「原告がH社の取締役（またはH社の監査委員会のメンバー）が潜在的な会計不正を知り、取締役らがAの監査報告を見るまで（買収後三ヶ月間）対応していなかったということを裁判所に推測させることができるような事実を特定して主張することができるならば、H社の取締役（または監査委員会のメンバー）が誠実に行動していなかったと主張」し、その場合には、取締役の不誠実性が認められる可能性があるとする。したがって、取締役や監査委員会が不正行為を知り、それに対応していないという事実を主張することによって責任が認められる可能性を示唆する。この点は、後述する不正行為を示すRed flagに対応する義務であると思われるが、ここでのポイントは監査委員会に言及している点である。本判決の脚注部分（n57）で述べられているように、監査委員会の設置という事実が、コンプライアンス・システムやモニタリング・システムが設置されている事実と強く関連づけられている。本判決では、Caremark事件判決が述べているような情報報告システムの設置は、監査委員会を設置することで同視し得る可能性を示唆する。換言すれば、監査委員会の存在が

重要な要素として考えられているということである。このことは、次に見る Guttman 事件判決により明確に現れる。

【2】Guttman v. Jen-Hsun Huang 事件判決⁽¹⁹⁾

本件は、被告役員および取締役が、N社の財務結果の説明および開示に関して不正行為を行い（主としてインサイダー取引のための不正行為等）、適切な財務統制システムを構築していなかった否かが争われた事案である。

N社は、3Dグラフィックプロセッサおよびそれと関連するソフトウェアを製造販売する会社である。N社は、N社製品およびソフトウェアを顧客会社のマザーボードなどに組み込んで、小売店などに販売する会社である。原告の主張によれば、N社は、将来予想される利益を発生させ、かつ四半期末に出荷を偽装して利益を得るように帳簿を作成し、そのために、適切ではない時期に利益を計上するための裏金（cookie jar reserve）を利用していた。なお、この行為はN社の株価を上げるために意図されたものであると主張されている。被告役員および取締役はN社の株式を売却していたが、それに対して、二〇〇一年にSECが被告らが株式を売却した期間におけるN社の会計慣行について調査を開始し、二〇〇二年二月には、N社は同調査に対応して当該期間における財務諸表に関する内部調査を行っていると公表した。その公表後、N社の株価は急激に下落し、同年四月には、内部調査によって、二〇〇二年度の第一四半期から第三四半期までと二〇〇〇年度および二〇〇一年度の財務結果について訂正が行われた。N社で行われていた不正行為とは、①実際の収益があまりにも少ない場合、または実際の費用があまりにも多く、明らかに経常利益の目標額と齟齬を来していた場合に、利益を計上するための裏金を作っていた。また、②すべての会計がバックインによる方法でなされており、将来予測の利益を達成するのに必要な収益計算と費用計算を行うなど不適切な処理を行っていた。結局、二〇〇二年七月、N社が事前に提出していたガイダンスとは裏腹に、二〇〇三年度の第二四半期における将来収益が三二%のマイナ

スになると公表され、同社の株価は下落した。また、翌八月には、N社はSECから1001年度における10Kと四半期末の2002年四月における10Qについて、報告を受けたと発表した。

このような事実関係の下、原告の主張は、（一）被告らの一部が、重要かつ非公開の情報を知り、その情報を利用しながら、問題となっている期間において株式を売却し、個人的利益を図っていたということ。（二）被告取締役らが会社をして適切な財務統制システムを構築させようとしなかったことにつき、N社に対する信認義務に違反したとする。すなわち、社外取締役が会社に強制されている会計基準を遵守することを確保するために機能するシステムを構築しようとする義務を怠ったため、N社の一部の経営陣が会社をして、重大かつ誤解を生じさせる財務諸表を公表させたとする。なお、本件は【1】事件と同様、原告株主らは会社に対して事前の提訴請求を行っていないため、当該提訴請求が免除されるか、つまり、当該提訴請求が無益であったか否かについて争われている。

「Caremark」事件判決は、会社の法的基準の遵守を監督する取締役によりなされる注意の履行を促進するものとして考えられているが、その平易かつ意図的な文言により、その意見は、取締役が誠実にその義務を履行しようとしなかったことによって忠実義務に反するということを証明することを要求するという監視の懈怠についての責任基準を明確にした。換言すれば、その判決は、取締役が自らの職務を果たしていないという事実を自覚していることを証明することで責任を負うとする。Allen 判事が述べたように、

『一般的に、会社の損害に対する取締役の責任の主張は、社内における活動を行う責任の無視が示された場合になされるが、それは、すなわち、私の意見では、継続的または組織的な監督を行う取締役会の懈怠の場合、たとえば、合理的な情報報告システムを確保しようと全くしていなかった場合には、責任を基礎付けるための誠実性の欠如を構成する。』

このような責任テスト、つまり、合理的な監督を行う取締役の継続的または組織的な懈怠によって証明される誠実性の欠如はかなり高度なものである。しかし、監督の文脈における責任テストの要求は、おそらく株主にとって利益となるものである。それは、有能な取締役によって取締役会の職務を行う可能性が高くなるし、一方で、そのような取締役による義務の誠実な履行を促すものとして行動し続けてくれるからである。』

機能的に言えば、Caremark事件判決もまた、ほとんどの取締役に對する責任に関する背景と一致する。その取締役は免責に関する定款規定による金銭的損害から保護されるのである。

…原告らの推論的な主張には、Caremark類型の主張にとって重要な事実、たとえば、会社が監査委員会を設置していなかったとか、散発的かつ明らかに不適切な時間しか職務を行っていないような監査委員会を設置していたとか、監査委員会が重大な会計不正を認識し、単にそれを見逃しようにと決定していたり、さらに悪いことに、その状態を促進していたといった類の事実がないのである。

…私の知る限り、N社の監査委員会は年間六回、半日開催されており、監査委員会は、完全に独立した取締役から構成され会社に対して他のサービスを提供していない有能かつ独立した監査法人に依頼しており、監査法人に対して、利益および他の重要な財務データの記録について、専門的に信頼できる経営者の誠実性 (integrity) のランダムテストの実施に金銭を支払っており、また、経営者による開示もしくは監査人が財務諸表を注意深く見ることによってカバーされないということを発見時に要求されていたために、誠実な努力がなされている場合には、会計不正を発見するように期待されていなかった。

もちろん、N社の取締役が実際に、適切な財務統制システムを構築していたと述べることはしない。私が述べたいのは、…N社の独立取締役がCaremark基準の下で責任が認められるほどの監督の懈怠をしていたという事実がきちんと

主張されていないということである。

したがって、…当該原告の主張は却下される（n.39）。」

そして、本判決の脚注部分（n.39）において、以下のようにも指摘されている。

「修正された本件主張が不適切なものであるため、免責条項がない場合に、独立取締役が責任を課すことができる基準（*litmus test*）である注意のレベル（重過失）を推測し得る事実すらきちんと主張されていないとすることができる。もし、重過失が過失以上のものを意味するのであれば、財務諸表の完全性を確保するために用いたプロセスとそれが相当であるとするものの間の大幅な相違を示す事実を主張することでその要求に応えることができる。…

分析の問題として、デラウェア州における会社に関するコモンローにおいては、以下のことが証明された場合に、独立取締役が法的救済を求めることができるであろう。（一）独立取締役が認識可能な注意の懈怠（先例の言葉によれば「重過失」）を通じて、信託義務に違反したために、会社が財務諸表の完全性を確保する相当なプロセスを設置していなかったということ。（二）注意における重大な懈怠の結果として、会社の内部者が会社をして市場参加者に人為的な高い株価をつけさせるような重大で、誤解を生じさせる財務諸表をリリースさせたということ。（三）実際に会社の財務状態を知らず、主観的に、財務諸表が完全で、かつ正確であると信じていた場合であっても、独立取締役が株式を公衆の購買者の費用で売却して利益を得て、会社に損害を生じさせたということ。」

本判決の意義は二つあると思われる。第一に「その『Caremark 事件判決における Allen 判事の』意見は、取締役が誠実にその義務を履行しようとしなかったことによって忠実義務に反するということを証明することを要求するという

監視の懈怠についての責任基準を明確にした。」という点で、これは前章で述べたように、Caremark事件判決における誠実性を忠実義務の下位要素として捉え、誠実性の欠如を構成する場合、取締役の監督義務を注意義務の枠組みから忠実義務の枠組みへと変容させた点である。これによって、取締役の監督義務に関し、取締役の免責規定に関するデラウェア州一般会社法一〇二条(b)項(七)の適用を排除した。⁽²⁰⁾そして、この点を「取締役が自らの職務を果たしていないという事実を自覚していることを証明することで責任を負うとする」と言い換え、取締役が自らの職務を行っていないという事実を意識していたということを証明することが取締役の責任の前提としたのである。⁽²¹⁾つまり、単に意識していない不作為では足りず、意図的に職務放棄をしている場合に限局して、責任を負うと考えていると思われる。したがって、このように考えた場合、Caremark事件判決に対する一つの解釈として、本判決担当のSrinie判事は、より限定的な場面でのみ責任を認めるべきであると考えているように思われる。その理由として、Caremark事件判決のAllen判事の意見を引用して述べているように、そのように責任が認められる場合を限定することで「有能な取締役によって取締役会の職務を行う可能性が高くなるし、一方で、そのような取締役による義務の誠実な履行を促すものとして行動し続けてくれるから」であろう。

第二に、【1】判決を引用して「原告らの推論的な主張には、Caremark類型の主張にとって重要な事実、たとえば、会社が監査委員会を設置していなかったとか、散発的かつ明らかに不適切な時間しか職務を行っていないような監査委員会を設置していたとか、監査委員会が重大な会計不正を認識し、単にそれを無視しようとしたか決定していたり、さらに悪いことに、その状態を促進していたといった類の事実がないのである」という部分に見られる。これは、【1】判決のところで述べたところであるが、取締役の監督義務違反が認められる基準に関して、監査委員会の存在如何が問題とされている。本判決によれば、取締役の責任が認められる可能性があるのは、①監査委員会が設置されていない場合、②

監査委員会が散発的かつ明らかに不適切な時間しか職務を行っていない場合（監査委員会が時々にししか開催されず、かつ開催されてもほとんど時間を費やすことがないような形式的な開催の場合）、③監査委員会が重大な会計不正を認識し、またはその状態を促進していた場合であるとされる。【１】判決では抽象的に監査委員会の設置と監査委員会が不正行為を認識していたかどうかを一つの基準であるとしていたが、本判決はそれを三つの具体例に分けて述べている。そして、本判決の脚注部分（Footnote）においては、独立取締役が法的救済を求めることができる場合として、「独立取締役が認識可能な注意の懈怠（先例の言葉によれば重過失）を通じて、信託義務に違反したために、会社が財務諸表の完全性を確保する相当なプロセスを設置していなかったということ」を挙げている。この部分では、監査委員会の設置とは別に、重過失によって「財務諸表の完全性を確保するプロセス」を設置しているか、という点にも触れている。もちろん、重過失によつては定款に基づく免責が認められる可能性も述べられているが、少なくとも、本件では重過失に当たる義務違反すら主張していないとする。そして、興味深いのは、重過失によるものであることを主張するためには、「財務諸表の完全性を確保するために用いたプロセスとそれが相当であるとするものの間の大幅な相違を示す事実を主張すること」でその要求に応えることができる」として、原告は、取締役が重過失による監督義務違反があったと主張するためには、原告が相当であると考ええる「財務諸表の完全性を確保するために用いたプロセス」と実際に構築されていた「プロセス」との大幅な乖離を主張することが必要であるということが述べられている。

【c】 Saito v. McCall 事件判決⁽²⁾

本判決は、【１】とは同一の事実関係の下で出されたものである。被告Y₁、Y₃らからなるH社の監査委員会が同社の監査人である被告Y₈と一九九七年監査について議論するための会議を開催した。同会議には、H社の経営陣も参加し

ていたが、監査委員会は、一九九七年監査が「ハイリスク」であるとの報告を受けた。そこでは、ソフトウェア会社特有の会計リスクについて議論がなされ、特に、ある特定のH社の販売方法によって生じるリスクについて議論が行われた。そして、監査委員会ではY₈から提示された監査報告書について議論をしようとしたが、経営陣はそれを断った。二〇〇二年のSEC調査によると、Y₈は監査委員会に対して、H社が一般に公正妥当と認められる会計基準を適用していないことを報告していなかったが、Y₈は重大な問題はない旨等を報告していた。ところで、一九九八年六月から七月にかけて、M社との経営統合について検討がなされた。M社の取締役会は、本件経営統合に関して被告Y₇およびY₈の協力を得ていた。同年七月に開催されたM社の取締役会において、H社の財務的デュー・デリジェンスについての概要の報告を受け、そこで、H社の問題のある会計慣行についても報告がなされた。しかし、H社の重大な会計原則違反がM社の取締役会で注意を引いたのかについては不明確である。その取締役会の二日後には、H社に関してM社の取締役らが検討を行い、M社の取締役Y₉が問題のある会計慣行を特定し、同月一三日の取締役会でY₉は当該会計問題およびH社の手続またはそれに対応する計画を精査した。その後、一九九八年一〇月に、H社の会計問題を知っていたM社の取締役会は買収を承認した。同年一月一〇日には、Y₈は問題のある会計慣行を知っていたにもかかわらず、H社の監査委員会に対して、財務諸表について適正意見を述べることを示唆した。経営統合後のMH社は、四月に前四半期からの利益を訂正することを公表し、六月にはその結果を下回る形で訂正をすることを公表し、七月には、より大幅な訂正が必要となることが公表された。その結果、同社の株価が急激に下落したため、同社の株主らが同社の取締役らに対して訴えを提起したものである。なお、本件でも、事前の提訴請求を行っていないため、提訴請求の免除が認められるかが争われた。

「Caremark事件判決におけるAllen判事の定式の下では、『いって展開される理論はおそらく、原告が勝訴判決を得ようとする場合における会社法上最も難しい理論であろう』。原告は、『監督を履行する取締役会の継続的または組織的な懈怠、たとえば、合理的な情報報告システムの存在を確保しようと全くしなかった場合』を構成する事実を主張しなければならぬ。換言すれば、責任が認められるためには『取締役が自らの職務を行っていない』ことを認識していたことを証明すること』が前提とされる。原告は、この文脈において、Caremark基準の下で主張をするためには、MH社の取締役会が、このような状態にあったということを証明しなければならない。すなわち、MH社の取締役会が、（１）違法な会計不正が発生し、または、発生しつつあったということを知るべきであって、かつ（２）違法な会計不正を是正しようと誠実に努力していなかった、ということである。…私はCaremark基準はこれらの状況の中に含意されていると考える。

…原告らは、独立して、H社とM社の取締役会がH社の会計不正について知っていた（または知るべきであった）ということ推測するのに十分な事実を主張している。

…主たる原告摘示の主張は、買収後の取締役会が買収を承認したとき、または承認されても多くの時に要求されていたことを知っていたとの申立てである。しかし、MH社はH社の実質的な会計問題を知っていたにもかかわらず、数ヶ月も何もしていなかったということが明らかである。MH社は四月末まで利益の訂正を公表しなかったのである。それに加えて、二ヶ月間、完全な失敗に対して上級経営陣が責任をとるまで何もしなかったのである。…以上のことから、本件主張は被告らの却下申立てに耐えるものである。」

本判決は、第一に、Gutman事件判決の一般論をそのまま踏襲していることが指摘できよう。Caremark事件判決の

判旨の意味について、「原告は、『監督を履行する取締役会の継続的または組織的な懈怠、たとえば、合理的な情報報告システムの存在を確保しようと全くなかった場合』を構成する事実を主張しなければならない。換言すれば、責任が認められるためには『取締役が自らの職務を行っていないということを認識していたことを証明すること』が前提とされる」とし、Gutman 事件判決を引用している。やはり、ここでも単に意識していない不作為では足りず、意図的に職務放棄をしていることが責任の前提になるとする。ここでも、取締役の監督義務違反に基づく責任を限定的に考えているように思われる。

第二に、その一般論を具体的に言及している点にも意義がある。すなわち、本判決では、意図的な職務放棄が認められる場合として、「MH社の取締役会が、(1) 違法な会計不正が発生し、または、発生しつつあったということを知るときであって、かつ(2) 違法な会計不正を是正しようと誠実に努力していなかった、ということである」と述べている。ここでは、①違法な会計不正が発生し、または、発生しつつあったということを知るべきであったかどうか、②違法な会計不正を是正しようと誠実に努力していなかったかどうか、ということが問題になるとする。これは、取締役会が違法(不正)行為に気づいていたか、または気づくべきであったという事実と、その上で、違法(不正)行為を是正しようと誠実に努力していなかったという事実を原告が主張立証する必要があるということの意味している。この部分は、第五章で論じる取締役の Red Flag 対処義務に関する部分であり、厳密には取締役の法令遵守体制構築義務違反とは直接に関係しないものであるが、本判決においても、【1】【2】判決と同様、監査委員会の役割や実際の監査委員会での職務について詳細に言及していることが注目される。

本判決は、実際に被告取締役らが経営統合前のH社の会計慣行の不適切性について認識していたということが問題とされ、それに対応しなかった点に取締役の任務懈怠があったと考えているように思われる。本判決は、厳密には

取締役の法令遵守体制構築義務違反とは直接関係するものではないが、監査委員会における認識を一つの重要な要素としている点は参考に値しよう。

【４】Shae v. Michael Armstrong 事件判決⁽²⁴⁾

本判決は、C社の取締役が、同社とその顧客であるE社およびW社との詐欺的な関係について知り、または知るべきであったにもかかわらず、それらの関係を承認し、または無謀にも発見しなかったことについて信認義務に違反したかが争われた事案である。C社はデラウェア州の会社で、一〇二カ国二七万人の従業員と資産を抱える世界第二位の金融サービス会社である。C社の取締役は、同社とE社およびW社との関係を発見せず、詐欺的な事業にかかわっていたために、C社に課せられた金銭的制裁を防止しなかったことが取締役会の懈怠であると主張された。原告（株主）の主張によれば、C社はE社の違法な特別目的事業体の設立やファイナンスを援助したが、E社は貸借対照表に記載すべき債務数十億ドルを隠蔽することによってその財務状態を虚偽表示し、財務諸表を捏造したとされる。また、C社の経営陣がE社の支配企業に合計約一五〇〇万ドルもの個人ファンドを投資し、人為的にE社の利益を上げる架空取引に従事していたとされる。他方、W社との取引については、同社の完全子会社であるSSB社によって公表された格付けに関する問題と関連する。SSB社のアナリストがW社の格付けをつり上げ、W社から報酬を受け取っていた。なお、W社はその後、破綻した。結局、これらの取引のため、C社はE社の投資家との訴訟を和解させるために二六億ドル、E社の投資家との訴訟を和解させるために二〇億ドル、そして、SEC、ニューヨーク州、ニューヨーク市に罰金として一億三五〇万ドルを支払い、C社のE社に対する債権六億ドルが回収不能となった。原告は、「結果として、取締役会はSSB社による不正行為を調査するために機能するモニタリング・システムを構築する義務があった」にもかかわ

らず、当該義務を怠ったため、それぞれの不正行為について責任を負うべきであると主張した。

「Caremark」型の事案において、原告がその証明責任を果たすことは困難である。原告にとつての一つの選択肢としては、提訴請求を受けた取締役と利害関係があり、または独立していないことを主張することである。他方で、原告は、取締役会が会社の監督を全く行わなかったということ、たとえば、合理的な情報報告システムを確保しようとしなかったことによって信託義務に違反したということを主張することができる。具体的には、この後者の主張は、会社が完全に監査委員会を有せず、または他の重要な監督組織を有していないということ、または、公式に監査委員会が開催されていないことを導く事実を証明する事実を用いるのである。そして、他の類似の主張において、Caremark 型の主張を行う原告は、『取締役が自らの職務を行っていないという事実を認識している』ということや、取締役らが自らの義務を無視して不正行為を示す『Red flags』を無視したということを主張することができる。たとえば、監査委員会または取締役会が重大な不正行為に気づきながら、単純に調査を怠ったという主張は、たとえもし、監査委員会または取締役会がきちんと組織され、かつ機能していたとしても、却下を求める申立てに耐えられる。

…しかし、…原告は、口頭弁論において、C社は広範なコンプライアンス・システムを構築しており、これらのシステムが基本的に機能していなかったと信じる理由がないということを認めている。さらに、原告は取締役会が会社が引き受けたリスクについて何も質問しなかったこと、または、監査委員会が社内活動を積極的に調査していなかったとも主張していない。原告または裁判所が知る限り、被告らがすべてそれらの行為をしたとしても、E社およびW社に関する潜在的な不正行為を知らせる『Red flags』がもたらされていたということを示す具体的な事実を主張していない。事実、取締役会または監査委員会もしくはその他の監視メカニズムに、疑わしい関係を示す情報もたらされていたと

の主張もしていない。」

本件は、世界的な金融会社であるC社と、Sarbanes-Oxley法（以下、SOX法という）法制定の契機となったE社およびW社との不適切な取引関係によって、C社が多額の損失を被った事案である。本件では、C社はE社に対して違法な特別目的事業体の設立および資金調達に関与し、E社の貸借対照表の虚偽記載を援助したことにつき、取締役の信託義務違反が問題とされ、W社との関係については、C社の完全子会社のアナリストがW社から金銭的見返り等を得ながら、問題となる格付けを続けていたことについて、そのような不正行為を調査するためのモニタリング・システム構築義務違反があったか否かが争われた。本件のような監督義務違反を争う場合、原告はCaremark事件判決で述べられた「取締役会が会社の監督を全く行わなかったということ、たとえば、合理的な情報報告システムを確保しようとしなかったことによって信託義務に違反した」ということを主張立証することが求められた。そして、ここでさらに重要なことは、この抽象的に述べられているCaremark事件判決の基準をより具体化する形で、Guttman事件判決を引用しつつ「会社が完全に監査委員会を有せず、または他の重要な監督組織を有していないということ、または、公式に監査委員会が開催されていないということを導く事実を証明する事実を用いる」とこととされたことである。これは、ここまです紹介してきた裁判例と同様、監査委員会の設置の有無、監査委員会に代わる他の監督組織、または公式に監査委員会が開催されているか否かという点を重視していることがわかる。また、Red Flag対処義務との関連でも「事実、取締役会または監査委員会もしくはその他の監視メカニズムに、疑わしい関係を示す情報もたらされていたとの主張もしていない」と判示しており、取締役会はもとより監査委員会への情報伝達が重視されていることも明らかである。

このように見てきたように、Caremark事件判決は取締役の情報報告システム構築義務を認めた事案として注目された

が、実際、Caremark事件判決以降、何らかの情報報告システムについて裁判所が細かく判断するのではなく、従来から、任意とはいえ設置が望ましいとされている監査委員会の有無が重視されている点が注目になる。しかし、以上はすべてCaremark事件判決を含めてデラウェア州衡平法裁判所における判断であり、次に見るStone v. Ritter事件判決が出されるまで、デラウェア州最高裁判所は、Caremark事件判決とそれ以降の裁判例で考えられてきた枠組みについて検討する機会がなかった。⁽²⁶⁾

【5】Stone v. Ritter 事件判決⁽²⁶⁾

本件は、従業員によるマネーロンダリング防止法違反行為によって会社に損害が生じた事案で、当該従業員に対する監督義務違反が問題とされた。なお、本判決の事実については既に前章で掲げているので、ここでは判旨のみを挙げる。本判決も、他の裁判例と同様、事前の提訴請求の免除が認められるかが争われた事案である。

「我々はCaremark事件判決が、取締役の監督責任の根拠となる必要条件を定式化したことを認める。すなわち、(a)取締役がいかなる情報報告システムまたは統制を全く構築しなかった、もしくは(b)そのようなシステムまたは統制を構築したものの意識的にその運用を監視または監督せず、それによって、取締役の注意を必要とするリスクまたは問題が取締役に伝達されなかった場合である。いずれの場合、取締役に責任を課すには、取締役が自らの信認義務を履行しなかったと認識していたということを証明しなければならない。取締役が認識している作為義務に直面しているときに何も行動せず、それによって、取締役らの責任を意識的に無視したことが証明された場合に、取締役は誠実義務の履行を懈怠したことによって忠実義務に違反したことになるのである。

…本件は、取締役会に提示された重大な会社の決定を注意深く行わなかった事例ではない。本件は、有効でない内部統制のために取締役会まで情報が伝達されなかった事例である。後知恵的に見れば、…コンプライアンスの点において同社の内部統制は不適切であったということがいえる。そして、当事者も、内部統制の欠陥が最終的に五〇〇〇万ドルもの巨額の制裁をもたらしたことは争っていない。しかし、この損害発生の事実だけで、会社の取締役の過半数が提訴請求を検討する資格がないと、裁判所に結論づけさせるには不十分である。

…KPMGの報告はA社のBSA／AMLコンプライアンス・プログラムについての様々な要素を評価している。そして、A社の取締役会は当該コンプライアンス・プログラムに対して考えられる資源を投入し、かつコンプライアンスを確保するために膨大な手続やシステムを構築していたということを反映している。それによれば、プログラムの要素は、適用される法令に関するコンプライアンスの程度を表している。

…KPMGの報告によれば、取締役は情報報告システムを構築する監督責任を果たしていただけでなく、当該システムが取締役をして定期的にA社のコンプライアンスを監視させるように構築されていた。

…本件では、提訴請求が免除されるとの原告の主張が充分か否かは、当該主張が被告取締役が潜在的にSARsに報告をしなかったことについて責任を負うということを証明するのに充分な事実を主張しているか否かにかかっている。デラウェア州の裁判所は、会社が行う決定のほとんどが取締役の注意の中に入っていないことはもちろん認識している。結果的に、取締役が従業員の不正について個人的に責任を負うという主張は、おそらく原告が勝訴判決を得るための会社法上最も困難な理論であろう。

…合理的な監督を履行する取締役の継続的または組織的な任務懈怠によって証明される誠実性の欠如という責任のテストはかなり高度なものである。

…KPMGの報告は、取締役が合理的なBSAコンプライアンス・システムや報告システムが存在するよう確保する必要な手続を全くとっていないかったという主張を否定する。

…後知恵的に見れば、原告は悪い結果をもつて不誠実であると主張する。原告の議論において不足しているものは、取締役の誠実な監督責任の履行は、従業員による刑事法違反行為や会社に重大な金銭的責任を引き起こすような行為をさせることを必ずしも防ぐものではないということである。…したがって、red flagsが存在しない場合には、監督における誠実性は、取締役が合理的な情報報告システムが存在しているということを確保することによって判断しなければならないのであり、結果的に不幸な結果が生じるような従業員の行為が行われた後に、後知恵的に判断してはならないのである。」

本判決は、デラウェア州最高裁判所として初めてCaremark事件判決を承認した事案である。本判決の意義については、大きく分けて二つあるだろう⁽²⁸⁾。

第一に、前章で述べたように、取締役の誠実性について、Disney事件判決における基準を採用しつつ、独立した信託義務として扱うのではなく、忠実義務の低位要素として位置づけた点であろう。これにより、Caremark事件判決で述べられた「継続的または組織的な監督を履行する取締役会の懈怠」たとえば、合理的な情報報告システムの存在を全く確保しようとし「ない」場合には、取締役に誠実性の欠如＝誠実義務違反が認められ、もって忠実義務違反を構成することになるとされた。結局、取締役の誠実義務違反→忠実義務違反と位置づけることで、取締役の免責に関するデラウェア州一般会社法一〇二条(b)項(七)の例外条項に該当し、その意味で取締役の責任の強化が図られたことになる。

第二に、本判決では具体的にAB銀行の内部統制システム(コンプライアンス・システム)について検討を加えてい

る点である。本判決は以下のように判示する。すなわち、「KPMGの報告によると、A B銀行には、同社のBSA遵守を監督し、経営陣やその取締役会にその違反を報告するための取締役会によって設置された多くの従業員、部署、委員会がある」といふのである。すなわち「BSA Officer 一九九八年から、A社は『従業員教育、一般的情報伝達（CTRレポーティング、SARレポーティングといったBSA／AMLに関連する事項について全責任を負う）』『BSA Officer』を設置し、『現在のAML方針やプログラムが取締役会、様々な事業ライン上の経営陣そして定期的なセキュリティや監査人の教育への参加者を変えている』」。

BSA／ALM Compliance Department A社は、数年前からBSA／ALM Compliance Departmentを設置している。それはBSA Officerをトップとして、BSA／AML Compliance ManagerとCompliance Reporting Managerを含む一〇人の専門家から構成されている。

Corporate Security Department A社のCorporate Security Departmentは、詐欺的活動に関するような疑わしい活動を防止し、報告するためいつでも責任を負っている。そして、WがCorporate Securityのトップとして一九九八年からA社で勤務し、彼は、U.S. Secret Serviceで一九六九年から一九九八年にかけて勤務していた。

Suspicious Activity Oversight Committee 二〇〇〇年か、『Suspicious Activity Oversight Committee』とその前身である『AML Committee』がA社のBSA／ALMコンプライアンス・プログラムを積極的に監督してきた。当該委員会の任務は、何年にもわたり、『効果的なプログラムが、マネーロンダリング、疑わしい活動や他の詐欺的活動を抑止し、防止し、報告するためにA社内存在していることを確保するために、Corporate SecurityとBSA／ALMコンプライアンス・プログラムに関する政策、手続、手続問題』を監視してきた、と述べる。これは、今まで見てきた裁判例と異なり、単に取締役会自体ないし監査委員会がどのように機能していたかについては言及することなく、本件

で問題となった会社のコンプライアンス・プログラムについて検討を加えている点が目新しい。本判決では監査委員会の設置如何については全く言及がない。この点、それまでの裁判例との違いはなぜ現れたのか。考えられる可能性は二つあると考えられる。一つは、従来の企業不祥事はいずれも会計不正、すなわち、財務諸表の虚偽記載に係る不正等であり、本件はマネーロンダリング防止法違反という会計不正以外の企業不祥事類型であったということである。そして、もう一つはA B銀行が各種コンプライアンス関係の部署を設置しており、当該部署の存在があったために監査委員会の設置如何が問題とならなかったとも考えられる。

ここまでの判決では、第一に取締役会ないし取締役の一部が社内での不正行為の存在を認識していた場合には、提訴請求の無益性が認められ、訴訟却下の申立てが棄却されるが、それ以外の場合には、監査委員会ないしは各種コンプライアンス体制が存在し、かつ機能していることを理由に、Caremark事件判決で示された基準である「継続的または組織的な監督の懈怠」を満たさないとして、被告取締役による訴訟却下の申立てが認められている。

【9】ATR-Kim Eng Financial Corp. v. Araneta 事件判決⁽²⁸⁾

本件は、持株会社であるP社の株式の九〇%を保有し、かつ取締役会議長として職務を行っている被告Y₁が、会社にとって重要な資産を信託義務に違反して自身の家族に譲渡させたことが問題とされた事案である。当該持株会社の株式の一〇%を保有するATR社が、P社の取締役会メンバーであるY₂およびY₃について、Y₁を監督する手続をとらず、自己取引を防止しなかったことを理由に責任を負うべきであると主張した。なお、Y₂はアメリカ合衆国における経営のトップとして、Y₃は他の企業のCEOを務めていた。彼らは、Y₁の単なる従業員であると考えており、P社に対する信託義務を履行する手続をとらなかったということを認めている。Y₂およびY₃はY₁のやりたいようにさせていたとされる。

「会社の取締役の最も重要な義務の一つが、組織内にいる他の人が彼らの義務に違反するという可能性を監視することである。したがって、『取締役の義務には、取締役会が適切であると考える会社の情報報告システムが存在しているということを実際に確保しようとする義務が含まれるのである』。もちろん、そのような報告システムが違法または不適切な行為の可能性をゼロにすることにはならないが、『会社の情報報告システムが概念的に存在し、かつ適切な情報が、適時に通常の問題として取締役会の注意の中に入ってくることを取締役会に確保させるために適切に設計されていると誠実な判断をし、それが責任を満たすことになる』ということが取締役には課せられている。したがって、最高裁が近時述べたように、

Caremark 事件判決は、取締役の監督責任について必要条件を述べている。（a）取締役がいかなる情報報告システムまたは統制を全く構築しなかった、もしくは（b）そのようなシステムまたは統制を構築したものの意識的にその運用を監視または監督せず、それによって、取締役の注意を必要とするリスクまたは問題が取締役らに伝達されなかった場合である。いずれかの場合、取締役に責任を課すには、取締役が自らの信認義務を履行しなかったと認識していたということを証明しなければならない。取締役が認識している作為義務に直面しているときに何も行動せず、それによって、取締役らの責任を意識的に無視したことが証明された場合に、取締役は誠実義務の履行を懈怠したことによって忠実義務に違反したことになるのである。

当該持株会社の取締役らに対する審尋によれば、報告システムは設置されておらず、かつ他の情報システムまたは統制も、取締役会において考慮されていなかったことは明らかである。彼らは定期的な取締役会すら開催していなかった。結果的に、当該持株会社の規模であれば、容易に知ることができたにもかかわらず取締役らはしばしば会社の活動について知らなかった。

…法令によって行動するよう求められているにもかかわらず、彼らは意識的に独立して、かつ公平に義務を履行しようとすることを放棄したと自白する。彼らの行動は注意もしくは判断におけるちょっとした間違いではない。

…結果として、私はY₁の信認義務違反について彼らも共同して責任を負うと考える。」

本件では、裁判所は監査委員会の存在・不存在やCaremark事件判決およびStone v. Ritter事件判決によって確立した情報報告システム構築義務の対象となる当該システムを評価の対象とはしていない。本件は、他の取締役がY₁による不正行為に関して、Y₁にほとんどの権限を委譲しており、いわゆる名目的取締役としての色彩が濃⁽³⁰⁾い。つまり、本件は監査委員会の設置どころか、取締役会の開催も怠り、二名の取締役がY₁に全く注意を払っていないという状況にあったと認定される。このような事実関係の下、ほとんど取締役責任が認められないほど高度なCaremark基準すら満たしていないとされ⁽³¹⁾た。

第二款 裁判例の検討

(一) Caremark 基準からGutman 基準への移行とStone v. Ritter 事件判決

以上の裁判例を概観すると、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）に関するアメリカ法の傾向は以下のように指摘できる。

第一に、従来から、一般的に、Caremark 事件判決によって事実上承認された情報報告システム構築義務とその審査基準はStone v. Ritter 事件判決によって承認されたといわれている。しかしながら、Stone v. Ritter 事件判決は

Caremark 事件判決をそのまま承認しているわけではなく、微妙にそのニュアンスを変更しているといえよう。すなわち、Caremark 事件判決では、確かに「取締役は、継続的または組織的な誠実性の欠如とされるような監督の懈怠の場合には責任が問われる。」と述べているが、単にそれにとどまるものであり、そこには取締役自身がどのような主観的状态であれば責任を問われるかということについては言及されていない。意識的ではなく、継続的または組織的に監督を懈怠していた場合についても、Caremark 基準に照らせば、取締役の誠実性の欠如ということがいえる可能性が出てくるのであるが、Stone v. Ritter 事件判決では、その点を敷衍して「(a) 取締役がいかなる情報報告システムまたは統制を全く構築しなかった、もしくは、(b) そのようなシステムまたは統制を構築したものの意識的にその運用を監視または監督せず、それによって、取締役の注意を必要とするリスクまたは問題が取締役らに伝達され得なかった場合である。いずれかの場合、取締役に責任を課すためには、取締役が自らの信認義務を履行しなかったと知っていたということを証明しなければならない。」と要件を再定式化している。Caremark 基準からは、本判決が考える (a) の要件は導くことができると思われるが、(b) の部分が述べるように「システムまたは統制を構築したものの意識的にその運用を監視または監督」しなかったとして、取締役の主観的状态を問題にしていることは直接には読み取ることができない。にもかかわらず、取締役の監督責任を追及するためには、情報報告システムが全く存在していない場合でなければ、当該取締役の主観的状态についても証明しなければならないのである。Stone v. Ritter 事件判決による取締役の監督責任を認めるための審査基準は、Caremark 事件判決によって示された基準よりも、原告（株主）にはより高度な証明が求められるようになったと考えられる。したがって、Caremark 事件判決をそのままデラウェア州最高裁判所は承認したのではなく、より審査基準を高度なものとして、換言すれば、取締役の責任が認められにくい方向へと導かれたように思われる。では、なぜこのような変化が生じたのだろうか。これは、Gutman v. Jen-Hsun Huang 事件判

決における Strine 判事の意見によって、Caremark 基準がやや異なつて解釈されたことによると考えられる。そうすると、Stone v. Ritter 事件判決は、Caremark 基準とは微妙に異なる審査基準を承認したことになろう。⁽³²⁾では、なぜ Strine 判事は Caremark 事件判決をこのように解釈したのかが問題となる。これは、Strine 判事の誠実性概念に対する認識によるものであると考えられる。前章で論じたように、取締役の誠実性概念は、大きく分けて、主観的狀態を問題とする立場と、客観的な狀態を問題とする立場などに分かれて議論がなされているが、Strine 判事は前者の立場に親和的な立場にいると思われる。そのため、取締役の誠実性を問題にするとすると、取締役の主観的狀態を問題とする方向に傾く。そのため、Strine 判事は、Caremark 事件判決で述べられた「誠実性の欠如」をそのような意味に解釈したものと考えられる。しかし一方で、Caremark 事件判決を担当した Allen 判事は、経営判断内容が客観的に見て、不誠実であるとはいえないほどひどい場合に、取締役の誠実性が欠如するという形で考えていることが、前章で見たように、JP Stevens 事件判決から看取できるから、必ずしも取締役の誠実性を主観的なものとして捉えていない可能性が高い。このように、取締役の誠実性を主観的狀態を問題とする立場に与するか、それとも客観的狀態を問題とする立場に与するかの違いによって、微妙に異なる変化がもたらされたと考えられる。

(二) 監査委員会の重視

第二に、Caremark 事件判決以降、取締役の監督義務違反（法令遵守体制構築義務違反）が争われた事案において、本稿が中心的に論じている法令遵守体制の内容を詳細に検討した上で、取締役の責任が問題とされた事案は、主として Stone v. Ritter 事件判決くらいである。Stone v. Ritter 事件判決以外の裁判例は、原告側の主張が非常に乏しいこともあって、具体的なシステム内容についてまで言及されていない。しかしながら、だからといって、取締役の法令遵守体

制構築義務を検討するに当たって、これらの裁判例は全く意義がないとはいえない。これらの裁判例を見る限り、指摘できるのは、監査委員会といった一定の監督権限を有する社内機関が、その機能を働かせていたような場合であれば、取締役の監督責任が認められる可能性は低いといえることである。そこで、以下では、アメリカ法における監査委員会の権限等から、その重要性について検証する。

日本の委員会設置会社については、監査委員会の設置が義務づけられているが（会社法二条一二号）、アメリカの各州法においては、一部の州を除き、基本的に設置が要求されていない。しかし、その監査委員会の重要性については、一九四〇年代から指摘されてきた⁽³⁴⁾。本稿は、監査委員会制度について歴史的展開については言及しないが、前述したように、会計不正の事案において、監査委員会の設置如何が Caremark 事件判決で示された基準を満たすか否かについて重要な要素であるとされていることから、近時の監査委員会に関する制度等において、監査委員会はどのような機能を有しているのか、ということについて検討を行う。

近時における監査委員会に関する重要な基準として、一九九四年に公表されたALIのコポレート・ガバナンス原理や、一九九八年のニューヨーク証券取引所（NYSE）および全米証券業協会（NASD）によって設立された監査委員会の有効性を研究するブルーリボン委員会（Blue Ribbon Committee on Improving the Effectiveness of Corporate Audit Committees）の報告書による勧告を受けてのNYSEおよびNASDの規則改正が挙げられる。そして、一九九八年のNYSEおよびNASDの規則改正によって、上場会社は、少なくとも三名の取締役から構成され、かつ全員が経営陣や会社から独立してその職務を行いうるような会社と関係のない者から構成される監査委員会の設置が義務づけられている⁽³⁵⁾。また、監査委員会の機能については、ALIコーポレート・ガバナンス原理三〇五条が分析および推奨を出している。

同条によれば、「すべての大規模公開会社は、財務データの作成およびその内部統制、そして会社の外部監査人の独立性を定期的な基準となる会社のプロセスを審査することによって取締役会の監督機能を実行し、かつサポートするための監査委員会を設置すべきである。監査委員会は、少なくとも三人の構成員からなり、かつ過半数の構成が会社の上級経営陣と重要な関係を有しない構成員であり、また会社に雇用されず、かつ過去二年以内に雇用されていなかった取締役によって構成されるべきである。」³⁶と述べられている。そして、監査委員会の権限は、三A、〇三条が規定する。すなわち、「以下のことが会社実務の問題として推奨される。つまり、三、〇五条または三A、〇二条に基づき設立された公開会社の監査委員会は、(a) 監査法人に会社の外部監査人として使用され、かつ、提供されたその監査人の職務を審査するよう推奨し、(b) 外部監査人の報酬、その契約期間、その独立性を審査し、(c) 上級内部監査役員の選任および解任を審査し、(d) 外部監査人と取締役会と、また上級内部監査役員と取締役会との間の連絡手段として職務を果たし、(e) 会社の外部監査の結果、監査報告書、その他関連する経営報告書、監査人とともに外部監査人によって作成された推奨に対する経営陣の対応、全体として会社にとって重要な内部監査部門の報告書、そして、これらの報告書に対する経営陣の対応について審査し、(f) 会社の年次財務諸表、その他の認証、報告書、意見またはこれらの財務諸表に関連して外部監査人によってなされた審査、それらの財務諸表の準備段階で生じた経営陣と外部監査人との重要な議論について審査し、(g) 外部監査人と上級監査役員と協議するに当たって、その会社の内部統制の適切性を検討し、(h) 外部監査人、主要上級経営陣その他の者によって示された場合に、会社の財務諸表の準備段階で用いられる適切な監査方法、会計基準および会計実務に関する重要な変更および他の重要な問題を検討をすべきである。」³⁷と。監査委員会の権限は基本的に財務情報およびそれに関連する事項であり、また、内部統制の適切性について検討することが明示されているが、これに関する監査委員会の関与はしばしば監査プロセスの審査よりも制約されるだろうと指摘

されている。⁽³⁸⁾なぜならば、内部統制の運用は、特に広範囲にわたり、かつ複雑だからである。⁽³⁹⁾このようにALIのコポーレート・ガバナンス原理によれば、監査委員会は財務諸表等の作成を行い、また、それにかかる内部統制の審査および内部監査役員や外部監査人と取締役会との連絡経路として重要な役割を果たしていることがわかる。つまり、監査委員会は財務諸表等の作成だけではなく、内部統制に関する事項や、取締役会と社内外の監査人との連携を図るための委員会と考えられる。また、二〇〇二年に成立したSOX法三〇一条は、その機能に関して、第一に、登録公認会計事務所に関する責任として、監査報告書の作成・発行・関連業務のために、雇われる公認会計事務所の指定・報酬・業務の監視に對して直接の責任を負い、他方、登録公認会計事務所は、監査委員会に直接報告を行うとされ、第二に、苦情申立に関する手続や、会計または監査事項上、疑義がある場合に、発行者の従業員が内部告発を行うための手続を定めることとされている。⁽⁴⁰⁾このように、監査委員会は、社外監査人（公認会計事務所）、社内検査部および会計に関する経営陣から必要な情報を入手できるような体制を構築した上で、これらの関係者に対し、適切で、かつ必要に応じて質問を行い、何らかの問題点を発見した場合には、取締役会に対し報告を行うことを主たる任務とすることが期待されている。⁽⁴¹⁾監査委員会は、会計上の手続等について取締役会の監督機能を補完するものとして重視され、内部会計統制や社内外からの情報（社外監査人からの指摘、社内の監査役員からの指摘、従業員からの内部告発による情報）を収集し、取締役会へとその情報を伝達するための重要な役割を担っている。

そうすると、これらALIのコポーレート・ガバナンス原理やNYSEやNASDの上場規則、SOX法等によって期待されている監査委員会の制度そのものがCaremark事件判決で述べられているような「情報報告システム」といえるのである。したがって、Caremark事件判決以降、監査委員会の設置をもって、この情報報告システムの設置であると捉え、前述のような監査委員会の職務が果たされているのであれば、「監督を履行する取締役会の継続的または組織的な懈怠」

とは認定されないということになる。⁽⁴²⁾

しかしながら、ここで注意すべきは、監査委員会の職務は、主として財務報告に係るものであって、社内の違法行為・不正行為すべてについてまで監視することまで期待されているわけではないという点である。そこで、区別されるのは会計上の不正とそれ以外の違法・不正行為であると考えられ、それが *Stone v. Ritter* 事件判決とそれ以外の裁判例とは異なる責任認定の手法がとられた要因であると考えられる。すなわち、*Stone v. Ritter* 事件判決は、会計上の不正が問題とされたのではなく、銀行に勤める従業員らがマネーロンダリングに関与し、それを当局に報告しなかったことが問題とされていたのである。したがって、*Stone v. Ritter* 事件判決では、それ以前の裁判例とは異なり、監査委員会の設置如何が問題とされたのではなく、法令遵守体制（コンプライアンスに関する部署や従業員教育等）を具体的に認定した結果、原告の主張は *Caremark* 事件判決が定めた基準を満たさず、被告取締役側の訴訟却下の申立てが認められたと考えられる。

第四節 取締役の責任強化？

第一款 Sarbanes-Oxley 法による影響^{a)}

(一) Sarbanes-Oxley 法の制定

ところで、取締役の内部統制システム構築義務に関して、重要な連邦立法がなされている。すなわち、SOX法の制定である。そこで、次に、取締役の責任に関して重要な影響を与えたといわれる、SOX法の内容およびそれによる取

締役の責任論への影響について、⁽⁴³⁾ここで検討を加える。

まず、SOX法の制定経緯について、指摘しておかなければならないのは、二〇〇〇年以降のアメリカ市場における株価低迷である。二〇〇〇年から二〇〇二年にかけて、アメリカの株式市場は衰退を続けており、一九三〇年代以来初めて三年連続の株価下落を記録していた。⁽⁴⁴⁾そして、それに追い打ちをかけたのが、後に企業不祥事続発の端緒となる二〇〇一年秋のEnronの破綻であった。Enronはエネルギー関係の企業で、世界でも有数の大規模な企業として有名であり、その企業の破綻は全米に衝撃を与えた。そして、Enronに対しては、政府問題に関する合衆国上院議会委員会（The United States Senate's Committee on Government Affairs, GAC）による調査がなされ、その調査に基づく報告書が提出された。しかしながら、このEnronの破綻自体によって何らかの連邦政府などによる介入がなされたわけではなかった。Enronの破綻後、事件の記憶も薄れ、二〇〇二年五月の頭までは、当時のSEC議長のArthur Levitt氏も会計改革を立法によって行わない旨を述べており、また、上院議員のJon Corzine氏も特に新しいことが発生しなければ、会計改革を行う可能性は少ないと指摘していた。⁽⁴⁵⁾ところが、その後、企業の破綻はEnronだけにどまらず、注目を集めるような企業会計に関する不祥事が続発した。⁽⁴⁶⁾その結果、これらの企業の破綻や不祥事の続発により、Sarbanes法案制定に弾みがつき、また、二〇〇二年六月二六日には、WorldComが数十万ドル規模の粉飾を行っていたとの報道がなされたため、これらの一連の不祥事、それまで続いていて株式市場の急落、世論の資本市場や公開会社の取締役会、役員、市場規制者に対する信頼は失墜した。⁽⁴⁷⁾結局、当初の会計改革や法改正の必要性はないとの風潮は消滅し、二〇〇二年七月一五日に一九三三年証券法、一九三四年証券取引法以来の大規模な改正がなされた。⁽⁴⁸⁾いわゆるSarbanes-Oxley法である。SOX法は、監査法人の独立性の強化、財務諸表・開示の透明性の改善、アナリストによる分析の客観性の改善、証券法のエンフォースメントの強化を意図したものであった。⁽⁴⁸⁾より具体的な内容としては、会計

専門家を監督するための公開会社会計監督委員会 (Public Company Accounting Oversight Board, PCAOB) の設立、会社に対してより効果的な内部統制を整備するように求める多くの強制、すなわち、財務諸表の信頼性を確保し、かつ、それが法令に従っていることを保証するために会社が用いる手続、最高経営責任者および最高財務責任者が当該財務諸表および開示書類を証明しなければならないという要求、会社の監査人が十分に会社の経営陣とは独立していることを確保するための多くのルール、会社が、監査人と関係し、会社の財務手続を監視する独立取締役からなる監査委員会を設置するように求める規定、内部者に対する貸付けと、内部者による株式取引に関する新たな制限、開示の迅速性と透明性を高めるために、どのように会社が情報を開示するのかということを定めた規定の改正、Enron 事件で注目された司法妨害を阻止するために設計された内部告発者保護および文書破棄の制限、会社の不正行為に対する新しく、かつ厳格な刑事制裁と民事制裁である。⁽⁴⁹⁾ 本稿では、以上のうち、法令遵守体制と密接に関係する内部統制に関する規定等に重点を置いて論じる。⁽⁵⁰⁾

まず、重要な規定として、財務報告に関する会社の責任を定めた三〇二条が挙げられる。同条によれば、証券取引委員会は、年次報告書を提出する各企業に対して、筆頭業務執行役員もしくは筆頭財務担当役員、またはこれと同等の職務を遂行する者が、申告または提出する年次または四半期報告書において、内部統制に関する事項を宣誓するよう義務づけている。より具体的にいえば、署名役員は、内部統制の構築や維持に責任を負い、発行者およびその連結子会社に関する重要情報が、それらの企業体の内部者によって、特に年次報告書が作成される期間内に、確実に当該役員に知られるような内部統制を設計し、一定期間内において、内部統制の有効性を評価し、結論を報告書に明記することが求められた。それと同時に、署名役員は監査人および取締役会の監査委員会に対して、「財務データを記録、処理、要約、および報告する発行者の能力に悪影響を及ぼすおそれがあり、かつ、監査人が内部統制の重要な欠陥を確認する、

内部統制の設計または運用上のすべての著しい不備」と「内部統制において重要な役割を果たす経営者または従業員にかかわる一切の不正」を開示するものとされた。また、次に挙げられるのは、内部統制に関する経営者の評価を定めた四〇四条である。同条によれば、内部統制報告書を年次報告書に含めることが求められ、当該報告書には、「適切な内部統制体制および財務報告の手続を確立および維持する経営者の責任」と「財務報告に係る内部統制体制および手続の有効性につき、直近の会計年度が終了した時点における評価」を記載しなければならないとされた。また、内部統制の評価および報告についても、監査報告書を作成または発行する登録公認会計事務所が、内部統制の評価に関して、経営者による評価を証明し、報告しなければならないとされた。それに加え、四〇六条は上級財務担当役員の倫理規定に関する規定を定める。すなわち、年次報告書とともに、発行者は上級財務担当役員のための倫理規定を採択したか、もし、採択されなかった場合にはその理由の提出が義務づけられた。そして、倫理規定を開示することが求められた。なお、本条にいう「倫理規定」とは、「個人的および職業的関係における事実上または明白な利益相反に倫理的に対処することを含む、誠実かつ倫理的な行動」と「発行者が提出すべき年次報告書を、完全、公正、正確、かつ適時に理解できる形式により開示すること」、「適用される政府規則・規制の遵守」を促進する上で合理的に必要とされる基準を意味するものとされている。

これらがSOX法における内部統制に関係する規定であるが、ここに規定されている内部統制とは何かについて検討する。⁽⁵¹⁾ここで重要なことは、同法四〇四条および三〇二条における内部統制の意味が異なることである。

まず、四〇四条における「内部統制」については、一九三四年証券取引所規則一三a—一五(f)、同規則一五d—一五(f)⁽⁵²⁾が定める。すなわち、

「内部統制とは、財務報告の信頼性およびGAAP（一般的に公正妥当と認められた会計原則）に従った対外的目的の

財務諸表の作成に関して、合理的な保証をするために、主要執行役員および主要財務役員もしくはそれらと同様の役割を担う者によって、またはこれらの者の監督の下において設計され、かつ、取締役会、経営者およびその他の人員により実行されるプロセスであって、次の方針と手続を含むものをいう。

①合理的な程度に詳細で、正確かつ公正に発行者の資産の取引および処分を反映する記録の保存に関する方針および手続。

② GAAP に従って財務諸表が作成されるために必要な程度に取引が記録され、発行者の受取りおよび支出が経営者および取締役の承認に従った場合にのみ行われることについて、合理的な保証をする方針および手続。

③財務諸表に重大な影響を与える発行者の資産の権限なき取得、使用もしくは処分の防止または適時の発見に関して、合理的な保証をする方針および手続。」である。

本規則を見ると、COSO レポートとは異なり、この「内部統制」は財務報告の分野に限定した内容であることがわかる。⁽⁵³⁾

では、次に、もう一つの内部統制に関する規定である三〇二条における「内部統制」についてはどうか。三〇三条(a)項(一)ないし(三)は財務報告の記載内容についての認証であり、三〇二条(a)項(四)は内部統制の構築・維持の責任、発行者および連結子会社に関する重要な情報が役員に認識されることを確実にする内部統制の設計およびその有効性の評価結果についての役員による認証であるとされる。そして、ここにいう「内部統制」は「開示統制および手続」であるとされ、その「開示統制および手続」については、一九三四年証券取引所規則一三a—一五(e)、同規則一五d—一五(e)において、以下のように述べられている。すなわち、

「開示統制および手続とは一九三四年証券取引所法に基づいて届け出または提出される報告書において、発行者によ

る開示が要求される情報が、SECの規則およびフォームで定める期間内に、記録され、処理され、要約され、かつ報告されることを、確実にするために設計された統制および手続。開示統制および手続には、要求される開示に関する決断が適時に下されうるように、一九三四年証券取引所法に基づいて届け出または提出される報告書において、発行者による開示が必要とされる情報が発行者の主要執行役員、主要財務役員、またはそれらと同様の役割を担う者を含む経営者に集積され、かつ、伝達されることを確実にするために設計される統制および手続を含む。」と。

そうすると、三〇二条は四〇四条と異なり、より広く財務報告に限られない情報の伝達に関する開示統制および手続について規定する。つまり、SECは年次報告におけるすべてのディスクロージャーのための情報収集をカバーする内部統制として位置づけており、これは従来の海外不正支払防止法等による内部統制要求以上のものであると指摘されている。⁽⁵⁴⁾

まず、三〇二条については、以下のように述べられている。本条は、最高経営責任者および最高財務責任者に対して、会社の年次報告書に重要な虚偽または欠落が含まれていないということと、企業の財務状態と業務の結果を『公正に提示している』⁽⁵⁵⁾ということを証明させるものである。そして、SECは「上記〔財務諸表等〕署名書類は署名する役員の知識に基づいて作成されるべきである。このことは、現行の役員の義務を変更するものではない」とした上で、「発行者の主要執行役員および財務役員は既に証券法の責任規定に基づき発行者の開示に対する署名者として責任を負っているし、一般的な反詐欺基準および証券法違反を引き起こしまたは幫助した人に対して補償を求める我々の権限に基づき、重大な虚偽または欠落に対して責任を負いうる。虚偽の署名をした役員は、潜在的に、証券法二三条（a）または一五条（d）違反により、委員会の訴訟、および証券法一〇条（b）および証券取引所規則一〇条（b）―五に違反したとして、委員会と私的訴訟の両方を提起されうる」と述べている。⁽⁵⁷⁾そして、同条に関する開示統制および手続については「要

求された証明をなすに当たり主要執行役員および財務役員の責任を履行する際に、彼らを支援するために、証券所持人に対して正確かつ完全な情報を提供する責任を履行するのと同じく、会社は内部コミュニケーションや他の手続が用いられ、重要な情報が時宜に適う方法により適切な収集および開示に関する地位に流れるようにすることを確保する必要がある」とする。また、「新しい証券取引所規則一三a―一五および一五d―一五は、主要財務執行役員および財務役員の監督の下で、発行者に対して、証券法に基づく四半期または年次報告書の登録日から九〇日以内に開示統制および手続の設計および運用の有効性を評価するよう求める」とされている。つまり、三〇二条の「内部統制」は「開示統制および手続」という用語を用いて、四〇四条における「内部統制」と定義を異にしており、後者は財務報告に係る内部統制に関するものであり、前者における内部統制は非財務情報についても上級役員が認証することが求められているのである。ここには微妙だが、重要な区別が存在していることを認識しつつ、SECは新しい証券取引所規則一三a―一五において、発行者は二つの異なった、そして、重なり合う内部統制システムを構築しなければならないと述べているとされる⁽⁶⁰⁾。

では、これらの規定は、役員に対して新たな義務を課したものののだろうか。この点、三〇二条について、SECは新たな義務を課す意図はなく、三〇二条の採用および三〇二条に基づくルールの公表に従って役員の義務は変わっていない、と述べている。しかしながら、学説からは少なくとも役員の義務履行に明らかな影響があるだろうし、署名要求は、実質的なコーポレート・ガバナンスに関する命令であると評され、本条に基づく内部統制については、SECは年次報告書における全開示のための情報収集をカバーしているのであって、従来の内部統制の要求以上のものであるとの指摘もある⁽⁶³⁾。すなわち、他のコーポレート・ガバナンスに関する規定に比べ、本条項は州会社法と抵触するのではない⁽⁶⁴⁾かともいわれた。結局、本条項は（役員に対して義務を課すという）コーポレート・ガバナンスに関する命令であるが、

その要求された署名は州会社法体系にはない文書を連邦法にて強制される登録を伴うものであると評価されている。⁽⁶⁵⁾

他方、四〇四条についてはどうか。この規定は、会社に対して、各年次報告書において内部統制報告を行うよう求める規定である。そして、（a）項第二文に定める経営者評価に関して公開会社の登録公認会計事務所が証明するよう求めている。つまり、SECは公開会社に対して、その四半期報告書の中で会社の内部統制における変化が発生したか否かを明記するよう求めたのである。そして、本条は財務報告に係る内部統制に、重大な影響が発生したのか、それとも合理的に見て重大な影響が発生しそうなのか、ということを確認するよう求める。本条項に関して、本法成立当時のSEC議長であったWilliam Donaldson氏は「多くの会社にとって、内部統制に関する新たなルールは、SOX法に付随する最も重要な要求の一つであろう。財務報告に係る内部統制の構築と維持は、常に重要な経営者責任を負わせることになる。∴財務報告に係る内部統制とその統制の有効性に関する経営者評価に対する経営者の責任を明記している報告書を要求することによって、投資家は経営者の管理責任に関する評価をより良くすることができるようし、会社の開示の信頼性も高めることができるだろう」と述べたとされる。⁽⁶⁶⁾

では、本条に対する学説上の評価はどうか。本条に対しては二つの考えが出されている。すなわち、第一に否定的な評価として、同条項の要求、特に監査人証明要求は、公開会社に対してかなりの負担を強いているとの指摘がある。⁽⁶⁷⁾ところが、反対にこの規定は特段目新しいものではないとする見解もある。たとえば、同条項について「会社が負担するコストのおかげで、四〇四条は法律の中で最も議論の多い条項であると考えられるが、それは『コーポレート・ガバナンス』の根拠ではないと確実にいえ」⁽⁶⁸⁾、「実際に、海外不正支払防止法（FCPA）は既に会社に対して有効な財務報告のための内部統制の維持を要求している。会計ルールにおいても既にそのような統制の定義をおき、役員も既にそのような統制の適切性について監査人に対して文書を提示することが求められている。さらに、州の信託義務法でも、ある程

度の内部統制を奨励し、おそらく要求もしているし、連邦制裁ガイドライン (FCG) もまた、適切な統制を設置している会社に対する制裁を減らすことによってもそのことを奨励している」⁽⁷⁰⁾との指摘も見られる。

なお、四〇六条については、公開会社に対して、筆頭財務役員のための倫理規定を採択したか否かを開示させ、もし当該倫理規定が改正され、または会社によって承認された規定を免除した場合には、登録における開示をするように求めた規定であるとされる⁽⁷¹⁾。

(1) Sarbanes-Oxley 法制定による影響。

SOX 法が制定され、その中でも特に内部統制に関する規定が目立つ。そして、従前、Caremark 事件判決は、取締役の法令遵守体制構築義務を信認義務の一つとして指摘したが、内部統制について定める SOX 法がいかなる影響を与えたのかということについて検討する。そこで、ここでは、まず、SOX 法制定後もない時期に、取締役の信認義務が影響を受けるであろうとする予測を紹介する。

まず、Johnson and Sides は、SOX 法による信認義務全体に対する影響について、以下のように述べている。そもそも、会社の取締役や役員は、信認義務として、注意義務・忠実義務（・誠実義務）を負っており、取締役や役員は忠実に、注意深く、かつ誠実に行動しなければならないとされている。ただし、その基準に従って、責任を履行することについて広範な裁量を有している⁽⁷²⁾。そして、これは司法審査のプロセス志向という形で現れる⁽⁷³⁾。すなわち、これは、裁判所による過剰に厳格な内容審査や行為規範の特定を回避するためである⁽⁷⁴⁾。このことは、同時に賞賛や非難といったものを形作るルールよりも、取締役や裁判官に解釈の裁量を提供することになる⁽⁷⁵⁾。また、会社法上、注意、忠実、公正という概念は、数十年にもわたる判決を通じて様々な文脈で意味を与えられ、コーポレート・ガバナンス実務の法規制は、

伝統的に、衡平 (equity) という道具を用いる裁判官の職務であって、立法者や行政機関の職務ではない。⁽⁷⁶⁾ つまり、立法者や行政機関の職務は証券規制であって、コーポレート・ガバナンスに関するものではない。⁽⁷⁷⁾ ところが、SOX法は、コーポレート・ガバナンスについて、ルール・ベースのアプローチを行い、それによって、全面的に連邦による介入がなされたわけではないものの、部分的、選択的に浸透し、従来ビルト・インされていない解釈的、判断的、強制的メカニズムを提供することになると述べた。⁽⁷⁸⁾ そうすると、Johnson and Sidesによれば、従来、コーポレート・ガバナンスに関する法（実務や行為規範も含む）は、専ら裁判所によって展開されており、取締役や裁判所の裁量に委ねられていたという事実が強調される。そして、そのようなコーポレート・ガバナンスに関する法規制は、信認義務違反があったか否かについて検討する裁判所の職務であって、立法者や行政機関によるのではないとして、SOX法によるルール・ベースのコーポレート・ガバナンスへの介入を否定的に捉えていると思われる。なお、このことについて、前章で述べたように、SOX法が直接的にではないにせよ、誠実義務に関して、取締役の信認義務の分析枠組みに影響を与えたということが一つの証左であろう。つまり、前章で論じた取締役の誠実性の重視や誠実義務の登場は、その根底には経営判断原則や定款による免責規定による影響が見られるものの、それが前面に押し出される契機になったものの一つとして、SOX法が考えられるとする指摘とも整合的であろう。

Johnson and SidesはSOX法による信認義務全体に対する介入を以上のように評価したわけであるが、他方で、Caremark事件判決で言及された情報報告システムの構築に係る取締役の義務が、SOX法の内部統制法制によって何らかの影響を受ける可能性があるのかについては、以下のように指摘している。⁽⁷⁹⁾ すなわち、Caremark事件判決は取締役の監督義務には、会社の情報報告システムが適切であり、かつ存在しているということを誠実に保証する義務が含まれると判示している。そして、Allen判事の基準によれば、「監督を行う取締役会の継続的または組織的な監督の懈怠

の場合にのみ責任が認められる誠実性の欠如を構成」とし、本判決を読むと、取締役の合理的に情報を得る義務や合理的な監督を行う義務について、取締役が合理的な情報報告システムを確保しなければならないとする意見が繰り返し述べられている。監督の領域で、合理的に行動しなかった取締役は不誠実であると推論され、もしくは、そのような不作為は「合理的な情報を得る」ことを取締役に要求する注意義務に反する可能性がある。そうすると、「合理的な情報を得た」のかということが問題となるが、これは二〇〇四年現在と一九九六年段階では異なってくるわけであるから、現在は、SOX法が制定されており、このことから合理的な保証をすることを意図した内部手続を強制したと関係してくる。そして、Caremark事件判決の合理性基準の下で、裁判所がより厳格な取締役の注意を要求するという形で「合理的な」監督の概念に新たな意味を加える可能性があるとする。また、取締役の監督責任には、会社の法令遵守を監督する義務も含まれており、結局、SOX法は取締役の監督責任の履行を強化することを意図した条項を有しているため、それが取締役の義務に影響を与える可能性を指摘する⁽⁸⁰⁾。

他方、内部統制条項について、Burchも取締役の注意義務に二つの影響を与えると指摘する⁽⁸¹⁾。一つは、内部統制には内部告発体制を含み、システムの有効性をフィードバックする体制を含むものであるが、これはもともと経営判断のレベルだったものが、SOX法によって必要なものと位置づけられたということである。つまり、それらのシステムの内容は取締役の裁量の範囲外、すなわち必ず構築しなければならない体制の一つとして位置づけられたということである。もう一つは、内部告発が、情報収集・報告システムを通じて監査委員会に伝達されたのであれば、取締役会自身が調査を行わなければならないことになったことである。後者は、特に目新しいものではないものの、トップダウン方式による調査を行うことになったものである。取締役は経営者を信頼することができるが、その信頼が合理的であることを確信するためにはより強い質問義務（調査義務）が要求されることになったと指摘する⁽⁸²⁾。

また、Scheinert⁸⁴⁾も、SOX法による情報報告システムの構築に関する取締役の義務への影響について言及している。Scheinertによれば、SOX法は、合理的な情報報告システムの最低限の基準を規定しており、これはCaremark事件判決において示された責任と密接に関連しているとする⁽⁸⁵⁾。そして、Caremark事件判決によって示された義務は連邦法によって支配されることになったという⁽⁸⁴⁾。つまり、連邦による州の信託義務法支配へのある種の介入が、連邦法が適用されない分野においてさえ注意の基準を高めることになり、コーポレート・ガバナンスのある特定の部分における連邦の圧力が、すべての会社法の分野を通じて注意義務を上昇させることになると指摘した⁽⁸⁵⁾。

以上の見解を踏まえると、SOX法はコーポレート・ガバナンスに関する法規制について職務を行う裁判所に対する連邦による介入を表し、それが取締役の信託義務に影響を与えるだけではなく、SOX法が規定する内部統制法制によっても、取締役の信託義務のうち、監督義務・法令遵守体制構築義務に対しても影響を与える可能性を示唆する。そして、より具体的には、Caremark事件判決では「合理的な」情報報告システムの確保ということが強調されていることを引き合いに出して、実際、Caremark事件判決のような事案が発生した場合、その「合理性」の基準に対して、より厳格な方向性を与えると考えられた。つまり、従来であれば、合理性の基準についても、SOX法が意図する内部統制ではなかったとしても責任が認められない可能性もあったが、SOX法が制定されたことによって、同法が意図する内部統制を基準として、義務違反が認定される可能性を指摘しているのである。

第二款 取締役の責任の強化は見られるか？

ところが、実際に、Caremark事件判決以後の裁判例を見る限り、前款で述べたような影響はあまり見られないとい

えよう。前節で見たように、デラウェア州においては実際に法令違反行為が行われていたことを認識していた場合を除き、取締役の法令遵守体制構築義務違反が認められる事案はほとんどない。会計不正の場合は、監査委員会が適切に職務を果たしていると認定されれば、基本的に情報報告システム構築義務違反は認定されない可能性があるということは前述したとおりである。逆に、取締役の責任が認められるような事案というのは、ATR-Kim Eng Financial Corp. v. Aranceta 事件判決のように、名目的取締役が一部の取締役の暴走を全く食い止めようとしなかったような場合である。

そうすると、前款で述べたようなSOX法の制定によって取締役の信認義務が影響を受ける可能性については、内部統制システムに関する条項との関係上、ほとんどなかったといえそうである。⁽⁸⁶⁾ 結局、前章で論じたように、企業不祥事の続発やSOX法の制定による取締役の信認義務への影響は、少なくとも、取締役の誠実性・誠実義務の観点にとどまり、現段階では、⁽⁸⁷⁾ 取締役の法令遵守体制構築義務への直接の影響、たとえば、学説等が予測していたように情報報告システムの「合理性」がSOX法の制定に伴って、そのレベルが上昇するなどの影響はほとんど見られない。要するに、取締役の法令遵守体制構築義務は、それを誠実義務（独立した義務として捉えず、忠実義務の下位要素へと含める立場であれば忠実義務）の枠組みに含めたことにより、デラウェア州一般会社法一〇二条（b）項（七）が定める例外として非免責的な責任へと移行したという意味で、厳格な責任となったが、義務違反と認定される審査基準については、より高度になった点で、責任が緩和されている。

第五節 小括

以上、本章では、取締役の法令遵守体制構築義務の審査基準がどのように評価され、またどのような変遷を辿って現

在に至ってきたのか、という点を検討した。Caremark事件判決によって提唱された審査基準はその判決が出された当初から高度なものであり、原告（株主）としては、その証明が困難なものの一つであると指摘されてきた。しかし、二〇〇〇年代に入り、企業不祥事の続発や連邦立法による規制が登場してくると、その審査基準に影響を与えるのではないかとの指摘がなされた。ところが、取締役の監督義務・法令遵守体制構築義務に関する裁判例を見ると、審査基準への影響はほとんど見られず、そこが、Caremark基準よりも高度な証明が求められる方向へと移行していることに気づく。結局、判例法上、違法行為・不正行為を認識していた場合を除き、取締役の監督義務違反が認められるような事案は少ない。連邦法が内部統制に関する法規制を行っていることに鑑みると、取締役の監督義務・法令遵守体制構築義務に関連し、コーポレート・ガバナンスに関する問題について、州の裁判所の権限を歴史的に連邦議会と証券取引所が受け入れてきたことを放棄し、積極的に会社のコンプライアンス規制に介入してきたという事実が見て取れる⁽⁸⁸⁾。その意味で、取締役の監督義務・法令遵守体制構築義務に関し、州裁判所なканずくデラウェア州裁判所においては、ほとんど責任が認められない可能性が高いものの、そのことを補完する形で、SOX法や証券取引所による規制が機能しているともいえよう。

ここまで検討した点を改めてまとめると、取締役の監督義務のうち、積極的側面である法令遵守体制構築義務については、あまり実質的な機能を果たしているとは言い難い。実際に、違法行為・不正行為を認識していない場合に、取締役の監督義務違反が認められたような事案は、ほとんど取締役としての職務を果たしていなかった名目的取締役の事例のような場合である。しかし、取締役の監督義務には、もう一つの重要な義務が存在する。いわゆるRedFlag対処義務と呼ばれるものである。これは、第二章で述べたように、取締役の監督義務の消極的側面に係るものである。この義務は、決して目新しい義務ではなく、従前から認識されていた義務であるが、二〇〇〇年代以降、より重要な義務とし

て認知されていこう。そこで、次章では、この Red Flag 対処義務について考察する。

- (1) 911 A.2d 362 (Del.2006).
- (2) 698 A.2d 959 (Del.Ch.1996), at 971.
- (3) 698 A.2d 959 (Del.Ch.1996), at 972.
- (4) Guttman v. Jen-Hsun Huang, 823 A.2d 492 (Del.Ch.2003).
- (5) Lawrence Scheinert, *Heurett-Packard's Spy Games and the "Duty of Caremark"*, How Consistent Standards Governing a Director's Duty of Care Disregards a Company, 18 U. Fla. J. L.&Pub. Pol'y 447 (2007), at 469.
- (6) *Id.* at 470.
- (7) Jennifer Arlen, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: Directors' Evolving Duty to Monitor*, Law & Economics Research Paper Series Working Paper No.08-57, available at <http://ssrn.com/abstract=1304272> (2008), at 3.
- (8) *Id.* at 4.
- (9) William T. Allen, The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule under U.S. Corporate Law, Klaus Hopt et al., Comparative Corporate Governance - State of the Art and Emerging Research - (Oxford University Press, 1998), at 329.
- (10) *Id.* at 330.
- (11) *Ibid.*
- (12) Arlen, supra note (7), at 24.
- (13) Stephen F. Funk, *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation: Director Behavior, Shareholder Protection, and Corporate Legal Compliance*, 22 Del. Corp. L. J. 311 (1997), at 323.
- (14) Arlen, supra note (7), at 22.
- (15) Brian Allen Warwick, *Reinventing the Wheel: Firestone and the Role of Ethics in the Corporation*, 54 Ala. L. Rev. 1455

- (2003), at 1460-1461, 1466.
- (16) *Id.* at 1466-1467.
- (17) *Ibid.*
- (18) 2000 Del.Ch. LEXIS 144 (Del.Ch.2000).
- (19) 823 A.2d 492 (Del.Ch.2003).
- (20) Stephen M. Bainbridge, *Caremark and Enterprise Risk Management*, 34 Iowa L. Corp. L. 967 (2009), at 975.
- (21) *Id.* at 976.
- (22) *Ibid.*
- (23) 2004 Del.Ch. LEXIS 205 (Del.Ch.2003).
- (24) 2006 Del.Ch. LEXIS 33 (Del.Ch.2006).
- (25) Bainbridge, *supra* note (20), at 976.
- (26) 911 A.2d 362 (Del.2006). 本判決に関する日本における評釈として、近藤光男「従業員に対する監視と誠実義務」商事法務一八〇六号（二〇〇七年）三五頁、大川俊「取締役の誠実性と内部統制システム—Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del.2006), —」法律論叢八〇巻四／五合併号（二〇〇八年）二二三頁。
- (27) 第三章第二節第一款（四）参照。
- (28) このほかにも、本件の提訴請求免除に関する適用基準が Aronson 基準ではなく、Rales 基準が採用されたという点について、意義があると思われるが（前掲註二六・大川二三頁）、ここでは、Caremark 基準の検討を行うため、さしあたり除外しておく。
- (29) 2006 Del.Ch. LEXIS 215 (Del.Ch.2006).
- (30) このことを表すものとして、他の取締役が Y₁ に対して特段の注意を払わず、Y₁ の言いなりになっていたという認定事実がある。
- (31) The Corporate Compliance Committee, ABA Section of Business Law, *Corporate Compliance Survey*, 62 Bus. Law. 195 (2007), at 212.

- (32) Bainbridge, *supra* note (20), at 974.
- (33) しかし、それでも日本における裁判例ほど詳細な体制の認定はなされていないところにアメリカ法における特質が見られる。
- (34) 日本におけるアメリカの監査委員会の紹介・検討については、土橋正「取締役・監査役の独立性について—ALI Corporate Governanceの基本的な考え方を中心に—」堀口亘先生退官記念論文集刊行委員会編『堀口亘先生退官記念現代会社法・証券取引法の展開』（経済法令研究会、一九九三年）一九三頁以下、森田章「コーポレート・ガバナンスとディスクロージャー」森本滋・川演昇・前田雅弘編『企業の健全性確保と取締役の責任』（有斐閣、一九九七年）一一三頁～一二一頁、中田直茂「ディスクロージャーの正確性の確保とコーポレート・ガバナンス—米国監査委員会制度の現状—」〔上〕〔中〕〔下〕商事法務一六一九号一七頁以下、一六二〇号九頁以下、一六二二号（以上、二〇〇二年）三七頁以下、畠田公明「コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制度」（法律文化社、二〇〇二年）一〇九頁以下、石田眞得編『サーベンス・オクスレー法概説』（商事法務、二〇〇六年）一二三頁以下参照。アメリカにおける監査委員会を含む委員会の職務やその重要性は、従来から州法よりも連邦証券規制、会社実務、SECによる法執行、会計・監査基準、ニューヨーク証券取引所等の取引所の上場規則等によって促進されてきた。See, Robert W. Hamilton, 'The Law of Corporation' (West Group, 2000), at 319. 特に、一九七七年にはニューヨーク証券取引所がすべての上場会社に対して、一九七八年六月三〇日まで監査委員会を設置し、維持することを要求した。そして、監査委員会は、取締役が自らの監督義務を履行するための重要な手段として認識されてきており、監査委員会を設置していないということが、ときには、取締役が注意義務を果たしているか否かの点で問題になり得るとの指摘がある。Edward Brodsky and M. Patricia Adamski, *Law of Corporate Officers: Rights, Duties and Liabilities* (Clark Boardman Callaghan, 1989), at § 8.09.
- (35) SEC, NYSE Rulemaking, Rel. No. 3442233; File No. SR-NYSE-99-39 (Dec. 14, 1999), 303.01 (A), (B) (1) (a)-(c), available at <http://www.sec.gov/rules/sro/ny99390.htm>. なお、監査委員会の構成員のうち、最低一名は会計なしに関連する財務経営の専門家であることが要求されている。
- (36) ALI, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendation* (1994), at § 3.05.
- (37) *Id.* at § 3A.03.

- (38) *Id.* at §3A.03 Comment (c).
- (39) *Ibid.*
- (40) SOX法三〇一条(二)項、(四)項。
- (41) 前掲註三四・中田〔下〕三九頁。
- (42) 一九七〇年代後半には、監査委員会を設置しなかった取締役は、少なくとも公開会社においては、状況に応じて、注意義務違反を構成する可能性がある旨示唆されていた（例として、John C. Coffee Jr., *Beyond the Shut-Eyed Sentry: Toward a Theoretical View of Corporate Misconduct and an Effective Legal Response*, 63 Va. L. Rev. 1099 (1977), at 1188. は監査委員会の不設置により、取締役は過失責任を負う可能性が高くなる旨述べる）。この点について明示的に争われた裁判例はないうのであるが（See, Brodsky and Adamski, *supra* note (34), at §8.09.）、これらの一連の裁判例から推測するに、監査委員会の不設置が取締役の注意義務違反を生じさせる可能性は一段と高まったといえよう。その意味で、確かに、内部統制システムないし法令遵守体制の構築が重要であるといえようが、従来から存在する制度の活用という視点も重要であると考えられる。
- (43) SOX法の制定経緯については、Gary M. Brown, *Changing Models in Corporate Governance - Implication of the US Sarbanes-Oxley Act*, Klaus J. Hopt et al., *Corporate Governance in Context* Corporations, States, and Markets in Europa, Japan, the US (Oxford University Press, 2005), at 144-146参照。
- (44) Stephen M. Bainbridge, *The Complete Guide to Sarbanes-Oxley - Understanding How Sarbanes-Oxley Affects Your Business* (Adams Business, 2007), at 1.
- (45) たいてい、Adelphia、Tyco、ImCloneなどのアメリカ国内でも有力な企業の破綻や不祥事が明らかになった。*Ibid.*
- (46) Lyman P.Q. Johnson and Mark A. Sides, *The Sarbanes-Oxley Act and Fiduciary Duties*, 30 Wm. Mitchell L. Rev. 1149 (2004), at 1153.
- (47) 当時のGeorge W. Bush大統領は「Franklin Roosevelt大統領の時代以来の、アメリカビジネス界の広範囲にわたる改革を成し遂げた」と賞賛し、また、当時のSEC議長であったWilliam Donaldsonも「一九三〇年代の連邦証券法以来の最も重要な証券立法といえる」と評価した。Bainbridge, *supra* note (44), at 1; Johnson and Sides, *supra* note (46), at 1153, n.16.

- (48) Brown, *supra* note (43), at 155-156.
- (49) Bainbridge, *supra* note (44), at 2.
- (50) SOX 法の訳については、柿崎環「河村賢治訳『新外国証券関係法令集アメリカ（I）サーベンス・オクスレー法』（財団法人日本証券経済研究所、二〇〇七年）によった。
- (51) なお、SOX 法における内部統制に関して、一九九二年のトレッドウェイ委員会組織委員会（COSO）による内部統制のフレームワークが重要な役割を果たしていると考えられる。Donald Langevoort, *Internal Controls After Sarbanes-Oxley: Revisiting Corporate Law's "Duty of Care as Responsibility for Systems"*, 31 J. Corp. L. 949 (2006), at 954.
- (52) 117 C.F.R. 240.13a-15 (f), 15d-15 (f). なお、これらの訳は前掲注三四・石田編一七一頁～一七二頁にみえた。
- (53) 前掲註三四・石田編一七一頁。
- (54) Brett H. McDonnell, *Sarbanes-Oxley, Fiduciary Duties, and the Conduct of Officers and Directors*, available at <http://ssrn.com/abstract=570321> (2004), at 12.
- (55) Roberta Romano, *The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance*, 114 Yale L. J. 1521 (2005), at 1540.
- (56) SEC, Final Rule: Management's Reports on Internal Control Over Financial Reporting and Certification of Disclosure in Exchange Act Periodic Reports, Rel. No.33-8238 (June 5, 2003), available at <http://www.sec.gov/rules/final/33-8124.html>, at II・B (3).
- (57) SEC, Final Rule: Management's Reports on Internal Control Over Financial Reporting and Certification of Disclosure in Exchange Act Periodic Reports, Rel. No.33-8238 (June 5, 2003), available at <http://www.sec.gov/rules/final/33-8124.html>, at II・B (6).
- (58) SEC, Final Rule: Management's Reports on Internal Control Over Financial Reporting and Certification of Disclosure in Exchange Act Periodic Reports, Rel. No.33-8238 (June 5, 2003), available at <http://www.sec.gov/rules/final/33-8124.html>, at III・A.
- (59) SEC, Final Rule: Management's Reports on Internal Control Over Financial Reporting and Certification of Disclosure in

Exchange Act Periodic Reports, Rel. No.33-8238 (June 5, 2003), *available at* <http://www.sec.gov/rules/final/33-8124.html>, at Ⅲ・B.

- (60) LANGEVOORT, *supra* note (51), at 955.
- (61) Johnson and Sides, *supra* note (46), at 1180. より具体的には、GAAPの遵守が株主に対する会社の財務事項を報告する義務を履行したとすることは十分であるが役員が主張するようには必ずしもなるとは限る。
- (62) Romano, *supra* note (55), at 1540 ; Marijn van Daelen, Risk management from a business law perspective, Marijn van Daelen and Christoph van der Elst, *Risk Management and Corporate Governance-Interconnections in Law, Accounting and Tax* (Edward Elgar, 2010), at 75.
- (63) McDonnell, *supra* note (54), at 12.
- (64) 内部統制条項などに関する領域においては、SOX法が連邦法として州法と矛盾する形で専占しているところ。Romano, *supra* note (55), at 1540; Johnson and Sides, *supra* note (46), at 1150.
- (65) Romano, *supra* note (55), at 1540-1541.
- (66) See, Johnson and Sides, *supra* note (46), at 1184.
- (67) *Ibid.*
- (68) 実務上の観点からこの文章を正確に訳すと「Anthony Talarino, Manager's Guide to Compliance (Wiley, 2006), at 21.
- (69) Brown, *supra* note (43), at 156.
- (70) *Ibid.*, n.33; See, John C. Coffee Jr., *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance* (Oxford University Press, 2006), at 144.
- (71) Johnson and Sides, *supra* note (46), at 1185.
- (72) *Id.* at 1194.
- (73) *Ibid.*
- (74) *Ibid.*
- (75) *Id.* at 1194-1195.

- (76) *Id.* at 1195. (77) *Ibid.*
- (78) *Ibid.*
- (79) *Id.* at 1198-1199.
- (80) ほかにも、Fairfax は、SOX 法の規定によって課せられた役員らの職務について、取締役ないし役員の情報取得義務（ある経営判断をなすに当たっては当該判断にとって重要な情報を得た上でなされなければならないという経営判断原則の一要素を構成する情報取得義務）との関係で、それを強化しているように見えると指摘する。そして、役員に重要な情報をもたらされるということを確認する内部統制を構築・維持するよう役員に対して要求していたり、統制手続の有効性を認証させたり、年次報告書に内部統制報告を含めなければならなかったりと、その信認義務を高めているのではないかと指摘する。Lisa M. Fairfax, *The Sarbanes-Oxley Act as Confrontation of Recent Trends in Director and Officer Fiduciary Obligations*, 76 St. John's L. Rev. 953 (2002), at 961-962.
- (81) Regina Burch, *Director Oversight and Monitoring: The Standard of Care and the Standard of Liability Post-Enron*, 6 Wyo. L. Rev. 487 (2006), at 506.
- (82) *Ibid.*
- (83) Scheinert, *supra* note (5), at 462.
- (84) *Ibid.*
- (85) *Ibid.*
- (86) 二〇〇四年段階のものではあるが、SOX 法の規定は、従来のルールを明文化したか、ベスト・プラクティスを多少拡大した程度のものであり、デラウェア州の判例も厳格になったとはいうものの、ほとんど従来の原理を変更しておらず、ニュアンスの違いに過ぎないと指摘する論者もある。McDonnel, *supra* note (54), at 14.
- (87) これは将来にわたっても、このような高度な責任基準が継続し続ける保証があるわけではない。法令遵守体制構築義務との関係については、Graham v. Allis-Chalmers 事件判決以降、海外不正支払防止法や組織に対する連邦制裁ガイドラインの制定など、法令遵守体制に関する法的展開が、取締役の信認義務に影響を与えてきたということは既に述べた。ここでは、現段階では、少なくとも法令遵守体制構築義務における法令遵守体制の合理性については、Caremark 事件判決以降、

厳格の方向へと変化していないということを指摘するにとどまる。ただ、ここで注意すべきは、学説において指摘されているように、内部告発体制等 SOX 法等が明示的に定めた体制については最低限の基準として考えられる可能性を排除するものではない。

(88) Arlen, *supra* note (7), at 23.

〔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。

韓国における人身拘束制度をめぐる議論状況

関 永 盛

一 はじめに

人身拘束制度は、近代的刑事訴訟制度が韓国に導入されて以来、もつとも頻繁に議論の対象になった主題であり、同

時に依然として解決すべき課題を抱えている分野である。身体不拘束捜査・裁判の拡大は、裁判所を相手にした国会法制司法委員会の懸案質問や国政調査のたびにいつも出てくる課題でもある。二〇〇七年六月一日に改正されて二〇〇八年一月一日から施行されている現行刑事訴訟法も、人身拘束をより慎重にして不拘束裁判の原則を具現化するための規定を多数設けている。その一例として、宣言的ではあるが、「被疑者に対する捜査は、不拘束状態で行うことを原則にする」という規定（第一九八条第一項）を新設した。

韓国の刑事訴訟法上、人身拘束制度は逮捕と拘束に二元化されているが、本稿では逮捕に比べて比較的長期間の自由制限を伴い、そのインパクトも大きい、拘束と関連した問題を中心に説明することにする。

韓国の人身拘束制度に関する具体的な説明に入る前に、矯正施設の未決収容者の収容率について見てみよう。

表1を見ると、未決収容者数が一九九八年には三万人を超えたが、二〇〇八年には一万四千人にまで減少した。未

（表1） 矯正施設 1日平均収容人員

年度	1日平均収容人員	受刑者	未決収容者	未決収容率
1994	57,643	33,207	24,436	42.4%
1995	59,680	32,895	26,785	44.9%
1996	59,367	32,848	26,519	44.7%
1997	58,948	33,123	25,825	43.8%
1998	66,363	35,125	31,238	47.1%
1999	66,973	38,364	28,609	42.7%
2000	61,865	37,120	24,745	40.0%
2001	60,799	37,036	23,763	39.1%
2002	60,022	37,111	22,911	38.2%
2003	58,811	36,458	21,235	36.1%
2004	55,247	34,609	20,638	37.4%
2005	50,226	32,933	17,293	34.4%
2006	44,739	29,923	14,816	33.1%
2007	44,516	29,289	15,227	34.2%
2008	44,648	30,280	14,368	32.2%

※ 1日平均収容人員は労役場留置を除外した数値である。

決収容率も二〇〇〇年までは四〇%を超えたが、その後次第に減少し、二〇〇八年には三二%まで落ちていたのが分かる。このような結果は、はたして人身拘束をめぐる不拘束捜査・裁判の原則という憲法と刑事訴訟法の理念が単に法典上の飾りに止まるのではなく、法執行の現実と反映されている証であると言えるだろうか。これを見て、拘束が不可避な場合に最小限に行われていると言えるだろうか、そして拘束と釈放は有機的に調和を成しているのか。

このような問題に対する省察と診断を通じて、韓国の人身拘束制度の運営の現状と問題点、そして改善策について検討してみたい。

二 裁判官は拘束をどのように理解しているのか―拘束制度の運営と関連した原型的考え方―

では、実際に令状裁判を担当している実務家、裁判官たちは、拘束についてどのような認識をもっているのか。令状裁判は実際にどのように運用されているのか。この問題に答える前に、まず、韓国刑事訴訟法上、拘束はどのような条件下に許容されているのかについて一瞥する。刑事訴訟法第七〇条第一項は、拘束事由として、第一に、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があつて、第二に、住居不定、証拠隠滅の念慮（恐れ）、逃亡又は逃亡する念慮の中で一つに当たる場合であると規定している。

実際に、令状裁判で一番多く考慮されている事由は、逃亡の念慮である。改正刑事訴訟法は、「犯罪の重大性、再犯の危険性、被害者及び重要参考人に対する危害憂慮等を考慮しなければならない」（第七〇条第二項）という規定を追加した。しかしこれは、令状の実質審査制の導入による実務慣行の急激な変化が招く副作用を最小化するために、既存の実務慣行を明文化しただけにすぎず、この規定の追加にもかかわらず、逃亡の念慮が令状裁判において占める影響力

には変わりはないと思われる。⁽²⁾

結局、令状裁判の要諦は、拘束事由の中で逃亡する念慮をどのように解釈、適用するべきかの問題に帰着すると言えるが、このような令状裁判の運用方式と関連して、実務家の間には多様な見解のスペクトラム (spectrum) が存在している。

拘束制度の運営と関連した原型 (prototype)⁽³⁾ 的考え方は、刑事政策的アプローチ、実体的アプローチ、手続的アプローチの三つの流れに分けて見ることができる。⁽³⁾

その一。刑事政策的アプローチとは、拘束を刑事政策実現の手段、つまり刑罰執行の一環として積極的に活用しようという立場である。

その二。実体的アプローチとは、事案の軽重によって拘束するかしないかを判断しようという見解で、実刑事案の被疑者は拘束、非実刑事案の被疑者は不拘束するべきだと主張する。

その三。手続的アプローチは、拘束するかしないかの判断に刑事政策的考慮や事案の軽重などの要素を排除して、もっぱら手続確保の必要性に基づいて拘束するかしないかを決定するべきだと主張する。

過去には、拘束が懲罰の手段として悪用されており、犯罪の嫌疑に照らして多少でも懲らしめる必要がある被疑者は逃亡の念慮とは関係なしにいったん拘束し、未決拘禁期間中、事実上の短期自由刑に服役させた後、執行猶予等で釈放する刑事政策的アプローチが勢力を得ていた。その結果、当然のことながら、大量拘束と大量執行猶予という事態を招いた。⁽⁴⁾ 刑事政策的アプローチと関連して言及する必要があるのが、いわゆる偽装された拘束事由 (apokryphe

(5)
Haftgründe) である。

偽装された拘束事由とは、拘禁を本来の目的ではなく自由を得るための手段、世論をなだめるための手段、見せしめにするための手段、捜査上協力を得るための手段、先取り刑罰の手段などとして悪用することをいう。偽装された拘束事由は、検証の難しい「逃亡の念慮」という拘束事由の背後に隠蔽されていることが多い。拘束を処罰の手段として活用したり、短期自由刑の代替物または執行猶予の前提として利用する実務慣行のために、拘束＝司法処理と認識され、特定の犯罪者が拘束されることによって処罰手続きは事実上終了し、沸き立った国民の怒りや世論の指弾はすぐに冷えてしまうのが大体の実情であった。その結果、十分な審理を通じて犯罪の原因と対策を冷静に反芻し、責任と法的効果を宣言すべき公判手続が形骸化されてしまい、裁判所の地位失墜にまで繋がったのである。それゆえ、偽装された拘束事由をなくし、拘束事由を拘束の本来の目的に相応しく厳格に適用することこそ、早急に解決すべき課題の一つである。

一九九七年、令状実質審査制度の導入に伴い、刑事政策的

人身拘束事務処理基準

(ソウル中央地方法院 2006. 1. 3.)

○一般基準

－拘束令状が請求された被疑者に対して令状実質審査をする時、第1審裁判で執行猶予若しくは罰金刑の宣告が予想される場合には令状発付をしない、しかし懲役刑など実刑が予想される場合には拘束する方針（実刑基準の原則）

－令状実質審査の時、被疑者が合理的な理由を提示するなど法廷で熾烈な争いが予想されたり、拘束によって被疑者がうける生活上の不利益が公共の利益より大きい場合には、なるべく拘束しないようにする。但し、社会的衝撃や波及効果が大きい性暴力・組織暴力・食品衛生・賄賂犯罪等政策的考慮が必要な事件の場合には、拘束捜査を許容するようにする。

－また、麻薬、酒気帯び運転、轢き逃げ、経済犯罪、性売買、凶器による暴力事件、インターネット犯罪などは政策的考慮対象犯罪部類から除外する。

○具体的基準

－実刑宣告が予想される場合には令状発付：厳格に適用。

－刑事政策的考慮（再犯憂慮、被害者保護の必要性など）による令状発付：維持するが、大幅に縮小。

－被疑者の防御権保障のための令状棄却：拡大。

－被疑者の個人的不利益を考慮した不拘束：拡大。

－少年事件：特別配慮拡大。

アプローチに対する批判と同時に手続的アプローチも主張されたが、支持を得ることなく、徐々に実体的アプローチが勢力を得るようになった。⁶二〇〇六年、ソウル地方法院を筆頭にして多数の地方裁判所が人身拘束処理基準を発表したが、その内容は実刑基準の原則を挙げていて、実体的アプローチとほぼ軌を一にするものだった。

実体的アプローチの根底には、事案が重くて実刑が言い渡される可能性の高い人だけを拘束することによって、社会的必要悪である拘束の弊害を最小化しようとする意図が伏在するように見える。実体的アプローチが、不要な拘束の過剰を減らすことにある程度貢献したことは事実である。過去、刑事政策的アプローチが澎湃していた時代には、事案の軽重とか客観的な逃亡の念慮とは関係なしに、かなりひどい拘束が濫発していた。その結果、拘束者の実刑宣告率は二〇％程度に止まっていた。しかし実体的アプローチが支配する最近では、拘束者の数は大幅に減少し、拘束者の実刑宣告率も五〇％半ばまで増加した。このように刑事政策的アプローチが退潮し、実体的アプローチが勢力を得ることによって、拘束者数は減少しているが、長期拘禁の弊害は依然として存在している。

人身拘束制度に関する今までの議論が、裁判所と検察を中心に拘束の敷居の高低をどのように設定するべきかに集中されていたあまり、拘束とかわかるほかの重要な部分に対しては相対的に関心が疎かになってしまった。不要な長期拘禁の弊害が依然として改善されていないことも、このような脈絡で理解することができよう。

したがって、拘束制度に関するこれからの議論は、単に拘束事由の解釈論に止まってはいけない。人身拘束制度全般に関する包括的アプローチが切実な課題となる。たとえば、令状審査段階での条件付釈放制度の導入、釈放制度の統合、釈放条件の多様化などに関する真摯な検討が必要だと思う。これらの問題については、後の改善論のところで検討する。

三 令状実質審査制度

一九九七年から実施されている令状実質審査制度は、韓国の人権保障の歴史において画期的転換点になった。以前の形式審査の下では、拘束令状発付が証拠能力のない司法警察官作成の被疑者訊問調書やその他の捜査資料に依存して行われていて、被疑者には弁解の機会が全然付与されていなかった。しかし、令状実質審査制度の施行によって、国際人権規約が要求する拘束された被疑者の裁判官対面権が保障されることになり、国際的な人権基準に近接するようになったし、拘束基準が強化されて不要な拘束が抑制されるという効果をもたらした。

制度導入当時には、裁判官が拘束事由を判断する際に必要だと認める場合には、被疑者を審問することができるという任意的審問制度だったが、現行法では逮捕された被疑者に対して拘束令状の請求を受けた裁判官は直ちに被疑者を審問しなければならぬという、いわば必要的令状審査制度に改正された(第二〇一条二)。

令状実質審査制度⁷⁾は、拘束令状発付過程で裁判官が被疑者を直接対面して審問するため捜査機関の捜査中の人権侵害行為が減る、この制度によって人身拘束に直面した被疑者が自分に有利な事情を裁判官に直接陳述することができ、刑事司法の公正性を期

(表2) 拘束令状発付率

年 度	請 求	発 付	拘束令状発付率(%)
1996	154,435	143,068	92.6
1997	144,232	118,576	82.2
1998	163,507	140,297	85.8
1999	129,250	111,633	86.4
2000	122,359	106,089	86.7
2001	121,031	105,815	87.4
2002	115,171	99,995	86.8
2003	109,620	94,741	86.4
2005	74,613	65,150	87.3
2006	62,160	51,990	83.6
2007	59,109	46,274	78.3
2008	56,845	42,903	75.5
2009	57,109	42,732	74.9

※司法年鑑及び法院統計月報

することができると、国民の信頼を高めることができるという長所が指摘されている。

(表2)の統計資料を見ると、一九九六年、つまり令状実質審査施行前には拘束者数が約一四三、〇〇〇人だったが、二〇〇九年には約四三、〇〇〇人で、一〇〇、〇〇〇人くらい減少し、拘束令状発付率も約九三%から七五%に、一八ポイント低くなった。

令状請求者数が大幅に減少したのは、検察官も自制したからではないかと思う。

(表3)は、一九九九年から二〇〇八年までの一〇年間の第一審刑事公判事件の係属人員の現況を表したものである。(表3)からも分かるように、第一審刑事公判人員の中で被拘束者が占める比率が一九九九年の約四九%(約九五、〇〇〇人)から二〇〇八年には約一四%(約四〇、〇〇〇人)で三五ポイント低くなった(人数にして半分以下)。外見上では相当な変化があったことがわかる。

次に、少し違った角度から見てみよう。

(表4)は刑事訴訟段階別釈放状況を表している。刑事訴訟段階別釈率を一九九七～二〇〇〇年の状況と二〇〇五～二〇〇六年の状況とを比較しながら検討してみよう。

(表3) 第1審刑事公判事件 被拘束人員数

年 度	係属人員数	被拘束者数	構成比(%)
1999	195,374	94,892	48.6
2000	256,026	129,071	50.5
2001	198,506	90,014	45.3
2002	208,506	86,266	41.4
2003	283,269	117,014	41.3
2004	238,358	74,217	31.1
2005	216,460	56,657	26.2
2006	227,696	46,275	20.3
2007	250,172	42,159	16.9
2008	274,955	39,693	14.4

※司法年鑑及び法院統計月報

表の（第一期）は、令状実質審査が制度として定着する前の過渡期を調査対象にしたもので、（第二期）は令状実質審査が導入されて一〇年が経った定着期を調査対象にしている。（第一期）から見ると、拘束者の二四・二％だけが実刑を言い渡されているということは、当時、本裁判で釈放されることが見込まれる被疑者に対しても拘束令状が濫発されていたことを間接的に示唆する。過去、人身拘束が濫用されていたことは、（表3）の減少する被拘束者数からも推定できる。このような統計資料に見られる被拘束者数の全般的減少、捜査段階および第一審段階での釈放率の減少、実刑宣告率の増加は、何を意味しているのか。

それは、従来は、不起訴が予想され、あるいは起訴されても罰金刑や執行猶予が予想される被疑者も拘束されていたが、次第にそのような実務慣行が改善されていることを意味するのではないだろうか。言い換えれば、令状実質審査制度導入後の一〇年間、単に被疑者審問という一つの手続が制度として定着したということだけではなく、令状業務を担当する実務家の拘束観、拘束に対する認識にも重大な変化があったことを意味する。

これは、前述した、刑事政策的考慮による拘束を自制して、実刑基準の原則によって令状を審査しようとする裁判所の主流的動向とも無関係ではない。要するに、最近の令状裁判で刑事政策的アプローチが衰退し、反面、実体的接近論が勢力を得ているという事実が実証的に証明されていると言えよう。

（表4） 刑事訴訟段階別釈放

区 分	1997年～2000年(第1期)	2005年～2006年(第2期)
起訴前段階釈放	17.2%	6.1%
第1審段階釈放	44.8%	30.8%
第2審段階釈放	8.6%	5.7%
実 刑	24.2%	51.5%
その他	5.2%	5.9%

※その他は少年部送致、移送、管轄違反など。

四 拘束適否審査と起訴前保釈制度

(1) 拘束適否審査制度は、一九四八年の米軍政令第一七六号によって韓国にはじめて導入されたが、一九七三年の第三次刑事訴訟法改正のときに廃止（維新憲法）、一九八〇年第五次改正のときに復活、そして一九九五年、第八次改正によって逮捕適否審査を追加し、拘束適否審査制度に保証金の納入を条件にする被疑者釈放制度を導入、二〇〇七年第十七次改正では、令状によって逮捕・拘束された者はもちろん、令状によらないで緊急逮捕、現行犯逮捕された被疑者にも適否審査を許容するなど請求者の範囲を拡大（第二一四条の二第一項⁽⁸⁾）、さらに逮捕・拘束適否審査制度の活性化のため被疑者を逮捕または拘束した検察官または司法警察官に被疑者などに対して適否審査請求ができることを告知する義務を新設した（第二一四条の二第二項）。

但し、被告人には拘束適否審査請求権が認められていない⁽⁹⁾。これに対しては、裁判所によって不法または不当に拘束される被告人も生じうるので、被告人にも拘束適否審査が請求できるように改正するのが望ましいという見解が少なくない⁽¹⁰⁾。裁判所の棄却決定に対する抗告を認めないこと（第二一四条の二第八項）にも批判の余地がある。裁判所の棄却決定に対する抗告禁止は一九八〇年第五共和国憲法の実施に伴う刑事訴訟法の非民主的改正に起因したもので、今日、一九五四年の刑事訴訟法制定当時の状態に還元されて被疑者に抗告権が認められるべきだと思ふ⁽¹¹⁾。

(2) 一九九五年の改正時に導入された起訴前保釈制度は、裁判所が拘束適否審査手続にて拘束された被疑者を保証金の納入を条件にして釈放することができるようにした制度（拘束適否審査制度と被疑者保釈制度の結合⁽¹³⁾）である。但し、証拠隠滅の憂慮や被害者・参考人等に対する害悪の可能性のある場合だけを条件付釈放の例外に規定している（第

二二四条の二第五項)。

保証金の納入を条件にする被疑者釈放制度は、起訴後保釈制度の趣旨を起訴前捜査の段階まで拡大して身体活動が自由な状態で防御権の行使を可能にする装置、被疑者の人権を実質的に保障しようとする装置であり、令状実質審査制度とともに一九九五年の刑事訴訟法改正のもっとも主要な特徴の一つに数えられている。

しかし、不幸にも、実際の運用上、(表5)から分かるように、令状実質審査制度とともに導入された起訴前保釈制度の意味が矮小化されて、本来の立法意図¹⁴⁾のとおり釈放の門を広げるという点で実質的な役割が果たされていないという問題点が指摘されている。拘束の門を狭めることだけに関心が集中され、一旦狭い門を通過した拘束者に対しては釈放の可能性がその分低くなるという論理であらう。起訴前保釈制度のより積極的な活用のためには、現行法上認められていない保証金納入条件付釈放決定を、拘束されている被疑者に認めるのが望ましいと思う。

(表5) 拘束適否審査請求事件釈放率

年 度	請 求	釈 放	釈放率(%)
1996	9,617	4,777	49.7
1997	11,155	5,389	48.3
1998	9,978	4,418	44.3
1999	8,072	3,498	43.3
2000	8,786	3,886	44.2
2001	9,176	3,899	42.5
2002	8,691	4,082	47.0
2003	8,928	4,699	52.6
2004	8,329	4,092	49.1
2005	5,737	2,697	47.0
2006	4,536	2,015	44.5
2007	3,921	1,737	44.2
2008	3,795	1,420	37.8
2009	3,580	1,253	35.0

※司法年鑑及び法院統計月報

五 保釈

改正法は、被告人保釈と関連して釈放条件を大幅に多様化した。改正前の法は、保釈許可には保証金の納入を本来的条件にしており、保証金が納入できる資力のない者には保釈を通じた釈放の機会が与えられにくかった。

このような問題点を是正するため、改正法は、保釈を許可する場合、九つの条件を細分化して規定し、九つの条件中一つ以上の条件を定めるようにしている（第九八条第一項）。そして保釈の条件を定める際には、考慮事項として、犯罪の性質および罪状、証拠の証明力、被告人の前科・性格・環境および財産、被害者に対する賠償など犯行後の情況に関連する事項を挙げている（第九九条第一項）。

改正法は保釈の手続を二元化した。すなわち、保釈条件は、被告人に特定の作為義務を課す条件と不作為義務を課す条件に分けられる。そして、前者の場合には先履行・後釈放方式に（第九八条第一号、第二号、第五号、第七号及び第八号の条件は、これを履行した後でなければ保釈許可決定を執行することができない。第一〇〇条第一項）、後者の場合には先釈放・後履行の方式になっている。つまり、第九八条第一号（本人誓約書）、第二号（本人保証金約定書）、第五号（第三者の出席保証書）、第七号（被害額供託）、第八号（保証金または担保の提供）は先履行・後釈放の方式に、残りの第三号（住居制限）、第四号（接近禁止）、第六号（出国禁止誓約）、第九号（その他の条件）¹⁵は先釈放・後履行の方式に規定されている。

保釈不許決定に対して、普通抗告は可能だが（第四〇三条第二項）、執行停止の効力のある即時抗告は許容されていない。保釈に関する統計を見ると、拘束適否審査と保釈の運用の基調も不拘束捜査・裁判を拡大する方向に相伴って変わっていくのが望ましいのに、（表5）と（表6）から見ると、適否審査による釈放率と保釈許可率は次第に低くなっ

ている。裁判所が、一九九七年から人身拘束制度の運営において力点を置いた部分は、主に拘束段階での被疑者の裁判官対面権の保障と拘束事由の審査強化であって、拘束問題を以前より厳格な基準で決定した以上、一旦拘束された者は容易に釈放させないという立場に立っているように見える。最近、令状発付率が低く拘束事件自体が少なかったことを勘案すれば、低い数値ではないという指摘もある。

保釈制度をより活性化するためには、保釈不許可事由を縮小すること、保釈不許決定に詳細な理由を摘示して提示することなどの改善策が必要だと思う。

ところで、保釈制度の改正による肯定的な効果も、ないわけではない。保釈によって釈放される内容を見ると、いわば「信用保釈」制度が徐々に定着している様子がうかがえる。

大法院（最高裁）によると、二〇〇八年、全国の裁判所から保釈で釈放された拘束被告人四、四九〇人の中で三七・九％の一、七〇一人が保証金納入や担保提供が全くなしに釈放されている（一〇人中四人に当たる数値）。これは金銭的に余裕のない拘束被告人も不拘束裁判を受ける機会が大きくなった

（表 6） 保釈請求事件 処理結果

年 度	処理件数	許 可	許可率(%)
1996	42,768	25,044	58.6
1997	32,578	17,975	55.2
1998	33,220	17,391	52.4
1999	27,768	14,421	51.9
2000	24,174	12,224	50.6
2001	24,673	12,304	49.9
2002	25,852	14,151	54.7
2003	21,491	11,722	54.5
2004	25,478	12,154	47.7
2005	15,808	8,203	51.9
2006	13,636	6,730	49.4
2007	12,128	5,536	45.6
2008	10,692	4,490	43.5
2009	10,589	4,629	44.1

※司法年鑑及び法院統計月報

ことを意味することであり、望ましい方向だといえよう。

裁判所が定めた保釈条件は、集計の結果、「保証金納入または担保提供（第八号）」が四二・二％、「逃走防止のための措置受忍（第三号）」が一八・一％、「裁判所出席・誓約書提出（第一号）」が一四・六％、「外国出国禁止（第六号）」が六・五％であった（表7参照）。

裁判官らの話しによると、不拘束被告人が逃亡したケースはあっても、保釈で釈放された被告人が逃亡した例は殆んどなかったという。

問題は、刑事単独事件の場合は活用度が高いが、刑事合議部の場合は多様化された条件による保釈許可をした例はほとんど無いということである。刑事合議部の場合、管轄事件が経済事犯、腐敗（汚職）事犯、選挙事件など罪質が悪くて法定刑が高い事件が多い。それゆえ、実刑宣告の可能性が高い、よって逃亡する念慮が高い、だからなかなか釈放できないというのがその実情ではないかと思われるが、不拘束裁判原則の徹底化のためには、今後、被告人の個別的事情と事案に合う、被告人一人ひとりに最も適切な保釈条件をさがしだす努力が一層必要だと思われる。

六 改善論

（表7） 保釈条件別活用件数（2008年）

順 位	保釈条件内容	比 率
1	保証金納入または担保提供（第8号）	42.2%
2	逃走防止のための措置受忍（第3号）	18.1%
3	誓約書提出（第1号）	14.6%
4	外国出国禁止（第6号）	6.5%
5	保証金相当納入約定書提出（第2号）	5.7%
6	危害行為または接近禁止（第4号）	5.2%
7	出席保証書提出（第5号）	4.8%
8	裁判所が定めた適当な条件（第9号）	2.5%
9	被害回復のための金員供託（第7号）	0.4%

* 法律新聞 2009年6月21日の記事から引用

以上のとおり、韓国の人身拘束制度の運営にはある程度目に見える成果があったことは事実だが、なお改善すべき点も少なくない。ここでは、学界や実務家、大法院、司法改革委員会、司法改革推進委員会、そして法務部（法務省）などが提示した改善方策を中心に人身拘束制度の改善論を簡単に紹介する。

（一）令状段階での条件付釈放制度の導入

令状段階での条件付釈放制度はすでに二〇〇四年司法改革委員会にて深く議論されたことがあったが、二〇〇七年の改正の際には結局導入されなかった。現行法上、拘束代替制度としては、前述したように、拘束適否審査を通じた保証金納入条件付釈放命令と被告人に対する保釈制度があるが、今後、拘束令状審査段階で被疑者の出頭を担保する条件を課して釈放を命じるとか、そのような担保提供を釈放条件にして令状を発付する令状段階での条件付釈放制度の導入を積極的に検討する必要があると思う。

但し、出席担保条件としては保証金以外の多様な代替義務を課して釈放できるようにして、経済的能力などの差による不公平が発生しないよう注意しなければならない。

（二）釈放条件の多様化

二〇〇七年に改正された刑事訴訟法は、保釈保証金以外の多様な保釈条件下に被告人を釈放させる制度を設けたという点では評価できるが、まだ十分ではない。立法論ではあるが、今後、検察官による保証金納入条件付釈放制度の導入

を検討する必要があると思う。すなわち、捜査の初期には拘束が不可避だったが、その後拘束の必要性が減少した場合、現行法上では検察官が拘束取消し決定をしようとしても、被疑者の出頭を担保する方法がなくして止む終えず拘束したまま起訴する事例がある。したがって、このような場合、検察官が職権で保証金納入を条件にして拘束を取り消し、不拘束状態で起訴する、しかし起訴後被疑者が逃亡したら保証金を没取する制度¹⁷は、不拘束裁判の原則に照らしてみる限り望ましいと思われる。

(三) 釈放制度の統合

現行法上、釈放制度は、被疑者段階での拘束適否審（保証金納入条件付釈放命令）、拘束取消し、拘束執行停止、そして被告人段階での保釈、拘束取消し、拘束執行停止に区分されている。このように被疑者と被告人に対する釈放手続が多く段階に分けられ、複雑で被疑者や被告人には分かりにくいので、釈放手続を、国民が分かりやすくして利用しやすい制度に再整備することが要請されている。様々な釈放手段が混在しているということは、被疑者または被告人に釈放の機会を幅広く与えるという利点もあるが、その要件と手続がそれぞれ異なっており被疑者や被告人が有効適切に活用できないという短所もある。

したがって、釈放の機会をより幅広くするためには、制度の多様化だけでなく、制度の開放化、統一化を図ることによって釈放制度の活用度と実効性を高めることが重要である。

そのためには、現行法上ばらばらになっている釈放制度を統合して、被疑者・被告人を問わずに裁判所に単一の手続による釈放審査請求ができるようにするのが望ましい¹⁸。統合の方式は、拘束適否審手続と保釈手続を一つの釈放審査手

続に統合し、その中に拘束取消し、拘束執行停止を共に規定する方案が考えられる。

七 余論

(一) 未決拘禁の代替手段としての電子監視？

未決拘禁の代案として、あるいは保釈の許可条件としての電子監視制度には、未決拘禁の問題点を改善できる可能性がある。

韓国でも、現在、電子監視制度が一部導入されている。二〇〇八年九月一日から施行された「特定性暴力犯罪者に対する位置追跡電子装置装着に関する法律」⁽¹⁹⁾と、これを改正して二〇一〇年七月一六日から施行されている「特定犯罪者に対する位置追跡電子装置装着に関する法律」⁽²⁰⁾がその根拠法律である。電子監視の対象者は、性暴力犯罪者、未成年対象誘拐犯罪者、殺人犯罪者⁽²¹⁾で、法務部傘下のソウル保護観察所に位置追跡中央管制センターを設置して二四時間三六五日、年中無休の監督システムを構築・運営している⁽²¹⁾。

実際に二〇〇八年九月から二〇一〇年三月まで電子監視を受けた性暴力犯五八二名のなかで、監視途中に同種の犯罪を犯した事例は一件にすぎない⁽²²⁾くらいに、電子監視の犯罪抑制効果は高いと把握されている。ただし、改正法に基づいて電子監視を出所者などに対して遡及適用するためには、再犯の危険性に対する判断において詳細な基準を設け、それを厳格に適用する必要がある。

ところで、韓国の位置追跡電子装置装着制度は、主に性暴力犯罪者の中で再犯の危険性があると認められる者に対し

て、位置を確認できる電子装置を付着させ、その行動を追跡することによって、性暴力犯罪の再犯を防止しようとすることにその主たる立法目的がある。この点で、矯正施設過密化解消など矯正施設収容の問題点を解決するため電子監視制度を導入した外国の例とは異なる。

したがって、韓国の場合、現在は、電子監視制度は拘束に対する代替手段としての性格は持っていないが、事情によっては、今後その可能性が広がるかもしれない。

(二) 未決拘禁日数算入関連判例

刑法第五十七条第一項は、「判決宣告前の拘禁日数は、その全部または一部を有期徒刑、有期禁固、罰金及び科料に関する留置に算入する」と規定している。同条によって未決拘禁日数を算入する場合、その算入日数は裁判官の自由裁量というのが大法院の確立された判例⁽²³⁾である。裁定通算の場合に一番判決が被告人の未決拘禁日数中の一部を算入しなかったとしても、それは判決裁判所の裁量に属する事項であり、一部通算しなかった未決拘禁日数に対して上訴審に裁量権がないから、⁽²⁴⁾原審判決に不服の拘束被告人が上訴しようと思っても、未決拘禁日数中一部だけが算入され事実上拘禁期間が延長される不利益を憂慮して上訴を躊躇する例が少なくなかった。

刑法第五十七条第一項が、大多数の立法例が未決拘禁日数の「全部」を刑期に算入するのと違って、未決拘禁日数の「または一部を算入する」と規定して、未決拘禁日数を刑期に算入はするがその算入の範囲は裁量によって決定するようにした理由は、被告人が故意で不当に裁判を遅延させるのを防止して刑事裁判の効率性を高め、また、被告人の濫上訴を防止して上訴審裁判所の業務負担を減らすためだと説明されてきた。

同条に対して、最近、憲法裁判所は、「刑法第五七条第一項中、『または一部』部分が上訴提起後未決拘禁日数の一部を算入しないこともできるようにして、被告人の上訴意思を萎縮させることによって濫上訴を防止しようとすることは、立法目的達成のための適切な手段であるとは言えないし、濫上訴を防止するとの名目でかえって拘束被告人の裁判請求権や上訴権の適正な行使を阻害する。このような立法目的が、憲法上の無罪推定の原則と適法手続の原則に反して未決拘禁日数の一部のみを刑期に通算するのを許すほどの合理性と正当性をそなえたとは言い難い」との理由で、違憲決定を下した。⁽²⁵⁾

憲法裁判所は、「未決拘禁を許容すること自体が憲法上無罪推定の原則から派生する不拘束捜査の原則に対する例外であるのに、刑法第五七条第一項中『または一部』部分はその未決拘禁日数の中で一部のみを本刑に算入することもできるように規定して、その例外に対して事実上再び特例を設定することになっていて、基本権の中でもっとも本質的な身体の自由に対する侵害を加重している」、そして、「憲法上、無罪推定の原則に照らして有罪判決が確定する前に被疑者や被告人を罪ある者に準じて取り扱うことによって、法律的、事実的側面で有形・無形の不利益を与えてはいけない。特に未決拘禁は身体の自由に対する侵害を受ける被疑者または被告人の立場から見れば、実質的に自由刑の執行と変わらないから、人権保護および公平の原則上刑期に全部算入しなければならない。したがって、刑法第五七条第一項中『または一部』部分は、憲法上無罪推定の原則および適法手続の原則などに違背して合理性と正当性なしに身体自由を侵害する」と指摘した。さらに、憲法裁判所は、「拘束被告人が故意に裁判を遅延させたり不当な訴訟行為をしたとしてもこれを理由に未決拘禁期間中の一部を刑期に算入しないことは、処罰されない訴訟上の態度に対して刑罰要素を取り入れて制裁を加えることになり、適法手続の原則および無罪推定の原則に反する」ことを明らかにした。本決定は、従来、実務上問題視されていて、法改正が議論されてきた問題について、明確に必要な全部算入説の立場を表明

したという点で、多少遅きに失したとはいえ、歓迎するべきものであろう。

ところで、大法院によると、憲法裁判所の本違憲決定が下された二〇〇九年六月二五日から二〇一〇年六月二四日までの一年間、大法院に上告された刑事拘束事件は七、九三三件で、違憲決定が下される前の一年間に上告された事件三、八〇二件に比べて二・一倍も増加したという。⁽²⁷⁾ 不拘束事件の上告率には変化がないのに拘束事件の上告率が急上昇したのは、拘束被告人達の濫上訴の憂慮が現実化された結果だという指摘もあるが、問題は、このような現象をどのように解決すべきにあると思う。

現在のところ、その解決策として提示されているのは、おおむね二つの案である。その一つは、高等法院に上告審査部を設置する案で、もう一つは、大法官の数を増やす案である。

高等法院上告審査部設置案は、大法院を中心に主張されている案である。上告審査部は、最終審の上告審裁判が必要だと判断される事件のみを選り分ける一種の門番 (gate keeper) 裁判部ともいえる。この案については、大法院の法律審機能の強化や法令解釈及び法適用の統一機能の調和、⁽²⁹⁾ 審理不統行制度の問題点の解決、⁽³⁰⁾ 地域分権化の流れにも沿う⁽³¹⁾ などの長所がある反面、国民の裁判を受ける権利の侵害可能性や四審制になるなどの短所もあると指摘されている。

大法官増員案は、与党のハンナラ党と大韓弁護士協会を中心に主張されている案である。現在、大法院長を含め一四人いる大法官の数を、ハンナラ党は二四人に、大韓弁護士協会は五〇人にまで増員するべきだと主張している。この案については、大法官一人当たりの事件負担の減少、審理不統行制度の問題点の解決、国民の裁判を受ける権利保障、特許分野など上告審裁判の専門性確保などの長所がある反面、予算確保の難しさ、法令解釈の統一性確保の難しさ、彌縫策にすぎないなどの短所も指摘されている。

本題との関係上、簡単に言及するが、結局、この問題解決の鍵は、上告審で審査を受けるほどの資格を備えていない

無益な上告を適切に選り分けながらも、三審裁判を受けることを希望する国民の法感情をどのように調和させるかにかつていただけに、上告審査部の設置・運営とともに漸進的に大法官の数を増やしていくというふうに、両案とも並行して実施する方策が望ましいと思う。

八 終わりに

被疑者・被告人は、ただでさえ罪を犯したという嫌疑を受け社会から排除されやすく、捜査機関に比べ、捜査や裁判過程において武器をもたない弱者にすぎないのが現実である。そのうえ、彼らから身体的自由を奪った状態におけば、武器対等による公正な裁判の保障は期待し難い。

右に述べたとおり、韓国では、人身拘束制度の運用において、ある程度肯定的な変化を見せている。しかし、刑事裁判の全過程において、憲法や刑事訴訟法が要求する無罪推定の原則を具体化し、不拘束裁判の原則の精神を活かして被告人の防御権を充分に保障しているのかといえ、いまだに理想と現実の間には乖離があるというしかない。

不拘束捜査・裁判を貫く核心は、拘束＝処罰の連鎖を断ち切ることである。拘束を刑罰の手段として利用するようになると、裁判が始まる前に刑の執行が開始されるという論理的矛盾に逢着することになる。また、拘束が刑罰だとすれば、一旦拘束されると犯罪に相応する分だけ拘禁されないと釈放はできないことになり、拘禁が長期化することになる。不拘束裁判の原則が確実に根付くようにするためには、人身拘束制度を運営する人たちの認識とともに、一般国民の法感情も変わらなければならない。犯罪者は、社会的関心から遠ざかる前に一旦拘束する方が処罰効果があるという、積年の固定観念を克服する必要がある。

不拘束裁判の原則を実現するためには、拘束の敷居の上部は高くし、拘束後釈放のそれは低くしなければならぬ。上述のとおり、令状実質審査制度の施行によって「拘束の門」はある程度狭まったが、「釈放の門」が制限的にしか開かなかったため、拘禁空間に置かれている人の数は依然として多い。

拘束Ⅱ長期拘禁という実務慣行に対しては、すでにしばしば問題提起があり制度改革のための試みがあつたが、残念ながらあまり成果がなかつた。今後、人身拘束制度の運用に関する議論は、単に拘束の敷居の上部をどのように設定するべきかという古典的な問題を超えて、どれくらい長く拘禁状態を維持することが望ましいのかに関する真摯な検討の上で、長期拘禁の弊害を防ぐためにはどのような制度補完が必要なのかの問題に、もっと関心を傾ける必要があると思う。

(1) その一例として二〇〇七年二月二日から二〇〇七年四月三日まで大田地方裁判所で発付された一〇〇名の被疑者に対する拘束令状に記載された拘束事由を見ると、九三％が逃亡の念慮(逃亡した場合を含む)に関連している。

(2) 徐正、「令状実質審査一〇年、その成果と課題」、司法論集(第四五集、二〇〇七年)、三八三頁。追加された第二項は従来の法定拘束事由(第一項)とはどんな関係に立つのかについて、独立の拘束事由なのかそれとも付随的な考慮事由に過ぎないものなのかとの批判があるが、学界や裁判官たちは大体第一項の法定拘束事由を判断するときに第二項の考慮要素を参酌することではないという消極的意味をもつのにすぎないものとして理解しているようである。吳基斗、「改正された刑事訴訟法の運用」、ジャスティス(通巻第一〇三号、二〇〇八年)、七五頁。

(3) 徐正、前注(2)、三八四—三九〇頁參照。

(4) 尹南根、『不拘束裁判の實踐的課題』、刑事裁判の諸問題(四卷、二〇〇三年)、五〇一頁。

(5) 偽装された拘束事由については、柳海鏞、『人身拘束制度の運用方式改善のための提案』、ジャスティス（通巻第八三号、二〇〇五年）、一二二―一二五頁参照。〴〵いわゆる偽装された拘束事由が拘束事由を定めた法条文の背後に正体を明かさず巧

みに隠れて拘束令状発付決定に介入し、大きな影響力を行使している、黄ジョンゲン、『人身拘束と人権』、法栄社（一九九九年）、八頁。

(6) 二〇〇一年一月、大法院が裁判官たちを対象に実施した、拘束事由の有無を判断する際に逃亡または証拠隠滅の念慮以外に法定刑や犯罪行為の軽重も考慮するのかというアンケート調査の結果、罪質が重いか社会的非難の世論が高いと執行猶予が予想されても一応拘束すると答えたのが三八・〇%、実刑宣告を受ける相当な蓋然性がある場合には拘束事由として考慮するのが六一・六%、法が定めた拘束事由ではないから事案の内容は考慮しないのが〇・四%であった。柳海鏞、前注(5)、一二三頁。

(7) 検察では、これを拘束前被疑者審問制度といい、拘束令状を発付する裁判官がその拘束の可否を事前に審査することは糾問的性格が強く法治国家的刑事手続きに符合しないという批判もあるが、どんな用語を使用しようと、問題の本質は犯罪容疑者に対する身体の自由剥奪に際して裁判官対面権が手続的に保障されるかどうかであって、検察の反発の背景には、捜査機関が以前のように思いのまま裁判所からやすやすと令状を受け取って被疑者を拘束することができなくなったことに対する不満が伏在すると思われる。

(8) これは、憲法第一二条第六項「だれでも逮捕または拘束された時にはその適否の審査を裁判所に請求する権利を持つ」との規定を根拠に、令状によらないで緊急逮捕された被疑者にも逮捕適否審査を請求する権利があると決定した大法院の判例（大法院一九九七年八月二十七日、九七モ二一決定）を立法的に反映したものである。

(9) 憲法裁判所は、拘束された被疑者が適否審査を請求した後、検察官が裁判所の決定を待たずに電撃起訴した場合、被疑者の身分が被告人に変わって裁判所としては請求を棄却するしかないということになり、被疑者が適否審査を受ける機会を剥奪される結果を来すからこの部分に法的空白が発生する、それ故に第二一四条の二が拘束適否審査の請求権を被疑者に限定したのは憲法不合法だという決定を下した（二〇〇四年三月二十五日二〇〇二憲バ一〇四決定）。その後、立法者は二〇〇四年一〇月、刑事訴訟法の一部改正を通じて、逮捕拘束適否審査請求後に起訴があったとしても適否審管轄裁判所がそのまま判断を継続することができるように規定（第二一四条の二第三項二文）して、この電撃起訴の問題は立法的に解決された。

(10) 李在祥、『新刑事訴訟法』、博英社（二〇〇七年）、二七四頁。

- (11) 申東雲、『新刑事訴訟法』、法文社（二〇〇八年）、二六八頁。
- (12) 大法院判例は、逮捕された被疑者に対しては、第二一四条の二第四項が拘束された被疑者だけを対象にしているという規定上の理由を挙げて、被疑者保釈を認めていない（大法院一九九七年八月二七日九七モ二一決定）。
- (13) 拘束適否審査制度と被疑者保釈制度は、その本質において大きな差があつて、両者を一つの手続にあわせて規律することとは不合理だという指摘が国会の審議過程で提起されたが、立法者は両者を分離して別途の手続に規定する場合、現実的に類似した救済手続が重複するし、各手続ごとに捜査記録が裁判所に送付されることになって捜査が遅延する弊害が生じるという点を理由にして、両制度を一つにあわせて規定する方式を採択した。国会法制司法委員会、『刑事訴訟法中改正法律案審査報告書』（一九九五年二月）、一六頁。
- (14) 令状実質審査制度の導入によつて拘束の門を狭めると同時に起訴前保釈制度の導入で釈放の門を広めて不拘束捜査及び裁判を拡大し、これによつて生じうる刑罰の漏水現象に備えて弾力的な刑罰ができるように、社会奉仕命令制度などを一緒に導入したのではないかと推論できる。柳海鏞、前注5、一一四頁。
- (15) 一定の場所への出席義務、指定した場所に車両保管、車両運行禁止または運転免許証の返納、雇用関係維持、役所にバースポート・身分関係書類保管、裁判所が指定する教育プログラムへの参加などが考えられる。
- (16) 必要的保釈の除外事由と関連して、韓国刑事訴訟法は日本刑事訴訟法第八九条とは違つて「被告人が逃亡し又は逃亡する念慮があると信じるに足る充分な理由がある時」をその事由の一つとして挙げている（第九五条四号）。しかし、保釈制度が保証金や担保の没取との心理的強制を通じて被告人の逃亡を防止できるといふ経験的事実に立脚しているという点に鑑みれば、「被告人が逃亡する念慮がある」という事由を必要的保釈の除外事由として認めるのは論理矛盾というしかない。申東雲、前注（11）、八三〇頁。
- (17) 但し、被疑者の当事者としての地位を弱化させ、防御権に制約を与える可能性がある。被告人が法廷拘束される場合の保証金の返還問題など、手続的問題は今後立法過程で補完する必要があると思う。
- (18) 司法制度改革推進委員会の刑事訴訟法改正案は、第九三条の拘束取消と第二〇一条の拘束の執行停止を削除し、これを保釈請求と統合して被告人に対する釈放審査請求制度に再編し、被告人に対する釈放制度を統合することを内容にしていた。司法制度改革推進委員会、「刑事訴訟法改正法律案説明資料」、（二〇〇六年一月二六日）、一五頁以下。

- (19) 改正法の主な内容は、電子監視の週及適用の許容、監視期間の延長、対象者に殺人犯罪者を追加することなどである。
- (20) 二〇一〇年九月一日現在、電子監視を受けている対象者は七八八名で、そのうち性暴力犯罪者が六八八名、殺人犯罪者が一〇〇名である。法務部と大検察庁によると、二〇一〇年七月一日現在、法務部矯正本部が改正法律に基づいて検察庁別に通報するため把握した電子監視週及適用検討対象者(二〇〇八年九月一日以前に一審判決宣告を受けて改正法施行三年前の二〇〇七年七月一日以後刑務所から出所したか出所する予定の性暴力犯)の数は六、九一六名に達するという。検察は、性暴力犯罪の処罰を強化する方向へと法が改正される前に重犯罪者のみに実刑が宣告されたから、矯正本部が把握した性暴力犯罪者の中で、相当数が監視対象に当たると見ている。
- (21) 法務部によると、二〇一〇年末までに大田に第二位置追跡中央管制センターを設置する予定だという。
- (22) 同種再犯者一名、異種犯罪者四名で、全体再犯率は〇・八六%だった。これは一般性暴力犯罪者の再犯率一四・八%に比べてだいぶ低い数値だと言えよう。
- (23) 大法院二〇〇五年一〇月一四日宣告二〇〇五ド四五七八判決。
- (24) 大法院一九九三年一月二六日宣告九三ド二五〇五判決。
- (25) 憲法裁判所二〇〇九年六月二五日二〇〇七憲バ二五全員裁判部決定(違憲決定)。本判例は、石田倫識、「未決拘禁日数の全部算入―韓国憲法裁判所の違憲決定を手がかりに―」、季刊刑事弁護(六一巻、二〇一〇年)、一一三―一八頁にも紹介されている。
- (26) 李東洽裁判官の反対意見、「被告人が訴訟遅延などのため悪用する期間まで法定通算をするようになれば、被告人に責任を問うべき期間が刑期に算入される不合理な結果をもたらす憂慮がある。したがって、……未決拘禁日数を全部本刑に算入するようにするより、実務上審理に必要な期間、審理遅延などに対する被告人の帰責事由、被告人の犯行後の態度、事件の進行状況などを参酌して裁判官の裁量によって本刑への算入の程度を定められるようにした刑法第五七条第一項は合理的な理由があると言える」。
- (27) 法律新聞、「刑事拘束事件上告率が二倍も増えた」、二〇一〇年七月六日記事。不拘束刑事事件の上告率は殆んど変化がなかったという。
- (28) 未決囚は判決が確定された既決囚とは違って、「刑の執行及び収容者の処遇に関する法律」上の各種の制限を受けないか

ら、上訴することによってできるだけ未決状態を長期間持続する方が本人に有利だと思われる側面も無視できない。それゆえに、既決囚の処遇を改善して判決が確定しても未決囚の処遇に比べて大きな差を生じないように矯正システムを改編する必要があると思う。

(29) 上告事件が減って、法律的な判断が必要な重要事件を主として裁判することができき大法官の力量を集中できるし、その結果、権利救済機能及び法令解釈機能、法適用の統一機能が調和を成すことができるというのが、大法院の判断である。

(30) 上告不受理決定時、必ず決定文にその理由を記載するようにして、現在の審理不続行制度の問題点として指摘されてきた理由説示の問題を補完した。

(31) 各地域に分散されている高等法院（ソウルをはじめ、釜山、大邱、大田、光州）において上告審査を受けることができ、市民の便宜が図られる。もともと釜山地方弁護士会など多くの地方弁護士会は、高等法院上告部設置を主張したが、大法院と大韓弁護士協会、ソウル弁護士会の反対にあつて、その実現可能性が薄くなった。

(32) 大法院は、当事者が上告審査部の上告不受理決定に不服がある場合には大法院に即時抗告できるようになっているから、国民の裁判を受ける権利を侵害するところはないと反論する。

(33) 大法院改編案の内容は、以下のとおりである。上告審査制、審理不続行制のように大法院への進入の敷居の上部を高める方法では国民の司法不信を解消できないし、高等法院の裁判官の数を増やすだけで大法院の事件数を減らすこともできない。大法官の適正な数の事件負担は司法への信頼のもつとも基本的な要素で、大法官の事件負担を適正水準に維持するために、増えている上告事件数に相応する大法官の増員と専門化が必要である。

内閣法制局の印象と公法学の課題

仲 野 武 志

本講演は、二〇一一年九月一七日、北海道大学内で開催された北海道大学公法研究会において、仲野武志准教授（東北大学）が行った講演を再現したものである。本講演は、また、「関係性及び連携と連帯に着目した新たな行政観の構築可能性とその具体像に関する研究」と題した科学研究費・基盤研究（A）（代表者・亘理格）において、行政法学方法論を討議す

るための場として設けることとした継続的研究会の一環として、開催されたものでもある。仲野氏は、紹介するまでもなく行政法を専門とする研究者であるが、本年七月末までの二年間にわたり内閣法制局に勤務され、法令審査等の現場を経験された。この得難い経験を通して、仲野氏は、本講演において、行政法総論の体系と実際の立法における条文構造との懸隔、異なる立法間を横串に通覧した場合に明らかになる分野横断的な「相場」を可視化する必要性、立法先取り型研究の必要性などを主張された。いずれも、行政法学方法論の基盤に関わる新鮮な問題提起であり、上記研究会が挑もうとする課題の解明に大いに寄与するものである。本講演に引き続き行われた質疑応答でも、興味の尽きない議論が交わされた。その主要な部分は、脚註等を加筆する形で本稿に織り込まれている。（以上、巨理格）

はじめに

筆者は、平成二十二年九月の政権交代を挟んで二年間、研究者としては成田頼明博士以来約四〇年振りに、内閣法制局で勤務した。この間、憲法を始めとする現行法令の解釈を担当する意見部（第一部）に在籍しつつ、法律・政令案の審査を担当する審査部（第二―四部）にも特命を受けて配属され、意見事務・審査事務の双方を経験する機会を得た。

以下では、筆者が一研究者として受けた法制局の印象を紹介した後、筆者が一実務家として感じた公法学の課題を呈示することとしたい。

一 法制局全体の印象

法制局の組織は、各省のようなピラミッド型ではなく、いわゆる文鎮型である。キャリア職員は、長官（特別職。閣議にも陪席）、次長（次官級）、部長（局長級）及び総務主幹（官房長級）から成る幹部七名の下、参事官（課長級）が各部に五・六名、参事官補が第一部に五・六名いるにすぎない。これは同局が「調整」でなくも「決定」の局面に携わっていることを物語るものであるが、筆者にとって幹部との距離の近さは極めて清新であった。

幹部は、いずれも実に個性的である。法案や答弁案を仕上げるには、部長↓次長↓長官という三枚の壁を突破しなければならぬ⁽¹⁾が、各段階を通じて多重的なチェックが掛かるシステムとなっている。原理論を重視するタイプもいれば、明快な合理主義者タイプもいる。

参事官は、各省にとって法制局の代名詞でもある。俗にいう「有力官庁」の出身か否かを問わず、その思考回路の柔軟さ・明晰さに脱帽することはしばしばであった。同じ参事官でも、官邸と直結し常に政治的なバランス感覚が求められる意見部では、筆頭参事官の果たす主導的役割が大きい。審査部の参事官はそれぞれ専用の審査卓に陣取る「一人親方」である。尤も、審査部の参事官が統一化を検討する必要性ありと認めた論点は、例年九月に総務主幹が主催する法令整備会議の議題として提出され、局内の全参事官・参事官補の討議に付されることとなる。

第一部の参事官補は、国会答弁の作成については同部の参事官を補佐する一方、相談案件に対する応接や質問主意書の審査については、参事官の決裁を要しつつも対外的に参事官と異なるところはない。

事務官は、官邸・各省や国会との連絡に当たる外、法案等の形式的チェックを担当する。前田正道編『ワークブック法制執務』（ぎょうせい）にも登載されていない立法技術について、新任の参事官が教えを請う姿は珍しくない。

この外、職員ではないが、公法・私法学者各二名及び長官経験者を参与としている。月例の参与会では、参事官又は参事官補が局内で問題となった案件を基に議題を提出し、現役幹部との意見交換が行われる。筆者は議題の作成には苦

労したが、大所高所に立った参与からの示唆は極めて有益であった。

意見部・審査部に共通するのは、その職務が受動的であり、かつ、繁閑の差が激しい点である。憲法解釈に関する国会質疑は予算委に集中するし、法案の閣議決定日が予算関連か非関連かで二分して設定されるため、法案審査の申込も一時期に殺到するからである。

二 意見部の印象

第一部の主な業務には、官邸・各省からの相談案件に対する応接、国会質疑に対する答弁の作成（合議受け・メモ出しを含む）、質問主意書に対する答弁書の審査・作成及び予算委等に出席する長官・部長の随行があるが、後三者は会期中に限られる。

一 相談案件に対する応接

応接には、内閣法制局設置法三条三号にいう「意見」の照会に対する回答（意見回答）もあれば、組織法の定めを要しない官庁間協力としての単なる教示もある。尤も、意見回答と単なる教示との境界は常に截然としている訳ではない。例えば、法制局の見解が学説と一致している場合に前者を主とすれば意見回答、後者を主とすれば単なる教示ともなりうるからである。相談ルートとしては、各参事官・参事官補が原課の担当官から受けるのが通常であるが、法制局らしく、幹部に対し高いレベルで直接教示を依頼されることもないではない。

意見回答は、相談省庁に法制局名義の文書を交付する形式（文書回答）ではなく、相談省庁に当該省庁名義の文書を法制局として特段の異論がなくなるまで纏めさせる形式（口頭回答⁽²⁾）で行われる。戦後の一時期（昭和二三年から昭和四三年（意見年報不登載分も含めると昭和五五年）まで）には文書回答も併用され、多くが法制意見として公刊されたが、結局定着することはなかった。一般命題として出される上に変更手続もない文書回答は、ともすれば金科玉条化して現場の運用を縛り、法制局として責任を取り切れなくなる危険と背中合わせだからであろう⁽³⁾。

意見照会のうち、正式の口頭回答として処理される割合は、極僅かである。意見ではなく単なる教示で足りる案件や行政法総論の初歩に近い案件が多いからであり、これらは部長の決裁を仰ぐまでもなく参事官・参事官補限りで処理される。更に、各省が相談において消極的感触を得た場合には、自己の方針を公式に否定される事態を回避すべく、相談自体を取り下げることが珍しくないからでもある。なお、各省が自己の方針を強行しようとする場合、国会で取り上げられそうな案件については法制局として弁護しない旨警告することもできるが、そうでない案件については、逃切りを抑止する制度的な担保がある訳ではない。

相談省庁には偏りがあり、何かあるとすぐ持ち込む原課もあれば、余り頼らない原課もある（これは俗にいう「有力官庁」か否かとは必ずしも関係ない）。マスコミの注目を浴びたり、主計局等から前提問題として指摘されたため、他律的に来訪する場合もある。たまたま定例会見で「法制局と相談させます。」と答える傾向のある大臣がいたために、特定省庁からの相談が一時的に増えたこともあると聞く。

二 国会質疑に対する答弁

およそ法令解釈に関する質疑であれば全て法制局が答弁を作成する訳ではない。憲法解釈又は法令一般（「基本法とは何か」等）に関する質疑は、総理・官房長官又は法制局長官・部長が要求に応じて答弁するが、常に法制局作成となるのはこれらのみである。一方、個々の法律の解釈に関する質疑は、所管の大臣・局長又は法制局長官・部長が要求に応じて答弁するが、法制局は前者の答弁の作成には干与せず、自らの答弁においても個別事例に係る「当嵌め」には踏み込まない。とはいえ、どこまでが一般論でどこからが「当嵌め」か、実際には微妙な場合もある。

国会答弁に対しては、帰結が政策的に妥当でないという外在的批判と論理が法律的に妥当でないという内在的批判とがありうる。前者の批判に対しては、当該法令を所管する省庁が必要に応じ改正を検討すべきであるから、法制局が受けるべき批判はもっぱら後者となる。併しながら、これも過去の答弁との形式的整合性が保たれている限り、窮極的に論破されることはないのである。

併しながら、こと憲法解釈に限っては改憲が困難なため、法制局が外在的批判の矢面に曝され、しばしば解釈変更を迫られることは周知の通りである。この点、仮に政策上の必要性があるとしても、政府限りで従来の憲法解釈を非連続的に変更することは原則として許されないと解すべきであろう。これは、政府が法治国原理の下自ら法を体现すべき立場にあるというばかりでなく、一旦変更すれば際限のない政治的圧力に抗し切れなくなるからである。

かといって、新たに国会等が干与する憲法解釈変更手続（例えば両院の過半数の賛成に加え、総選挙と併せ行う国民審査において異議が半数に達しないこと）を制度化することも、変更の意味的範囲を明確に示せるかといった難点があり、決して容易ではない。だとすれば結局振出しに戻って、過去の答弁との形式的整合性を保ちつつ、これをその背景や暗黙の前提まで掘り下げて分析すること等によって再解釈し、新たな展開可能性を摸索する外ないということになるが、それはピサの斜塔の上に逆に傾いた斜塔を積み増すようなアクロバティックな作業となるから、時間的制約を受け

ない学説による側面支援が期待される（後述）。

ここで政権交代の影響について付言しておく。民主党政権は憲法論議を国会議員のみで行うべく、同党議員の憲法解釈に関する質疑をもっぱら総理・官房長官に振り向けると共に、第一七四回国会からは法制局長官を政府特別補佐人（国会法六九条の二第二項）とする承認の申請自体を見送った。⁴とはいえ、同政権の官房長官や「法令解釈担当」無任所大臣は、彼ら自身認める通り、法制局が設置法三条三号に基づいて述べた意見を踏まえ、内閣としての解釈を述べているもので、法制局を無視して独自の見解を表明している訳ではない。長官の能力は一騎当千の参事官と日々討論しているからこそ保持できるのであり、その職務は物理的に国会議員本来の活動とは両立しえないものである。

三 質問主意書に対する答弁書

各省が作成する答弁書は、全て閣議決定を経て衆参の議長に返送される。法制局による答弁書の審査の実効性は、これによって制度的に担保されている。

法制局としては「質問主意書の内容に法律問題が含まれている場合に答弁書の内容が法律的に適切であるか」を審査するのは当然である。とはいえ、ここから直ちに、「質問主意書の内容に法律問題が含まれているか」を法制局が網羅的に審査しなければならない訳ではない。併しながら、政府部内では、ある時期から法制局にこのような前提審査まで引き受けさせる扱いとなっている。このため、平成一〇年代から一部の議員を中心に提出件数が急増すると、意見部の執務時間の大半が答弁書の審査に割かれる事態となった。純然たる事実問題に関する答弁書であっても、法令解釈に対して間接的な影響を与えうる点に鑑みれば、自ずと用語を法令用語と一致させたり差異化させたりするなど細かい

表現にまで配慮せざるを得なくなるからである。

四 国会随行

意見部の参事官又は参事官補は、予算委の基本的質疑等に出席する長官（第一七三回国会以前）・第一部長（第一七四回国会以降）に半日交代で随行する（この外、長官・部長答弁の要求があった場合に各部の担当参事官が随行することは勿論である）。通告なしの質疑を受けた際、即座に佐藤功『憲法（上・下）』〔新版〕ポケット註釈全書（有斐閣）等を披く役割なのであるが、筆者は幸いそこまで切迫した事態には遭遇しなかった。議場の騒然とした空気は、高性能マイクを用いたテレビ中継とは全く別物である。

三 審査部の印象

一 一般的な流れ

審査部に一歩足を踏み入れると、大部の資料（新旧対照表、改め文、用例集、論点集（参事官によつては逐条解説）及び参照条文（黒本の写し）の五点セット）を持参した各省の担当者が参事官を囲む光景に目を奪われる。一見大学のゼミを思わせるが、そのような生易しいものではない。終日でも終夜でも納得がゆくまで時間をかけて、①当該省庁が行いたい政策は何か、②当該政策は法律をもつてしないとい行い得ないものか、③当該政策は条文に正確に表現されてい

るか、④表現（用語・排列等を含む。）は既存の用例に倣っているか、⑤条文全体（一部改正の場合は改正後の全条文）が論理一貫したものとなっているか、⑥条文に規定された作用・組織等が同種・類似の作用・組織等を規定した他の法律と比べて「相場」を外れたものとなっていないか、先例がないものには相応の理屈が用意されているか等が（総じて穏やかな口調ながら）徹底的に問い質される。出来ては壊され、出来ては壊されているうちに、全体を通して審査する「二読」に入るまで数週間を費やすことも珍しくない。

幾つか特徴を挙げておくと、まず①に関しては、政策が他省庁と関係する場合には調整を終えてから審査に臨むべきものとされる（各省には調整を有利に進めるため法制局を利用しようとする傾向がある）。②に関しては、法律事項（侵害作用及び行政組織に関する基本的事項）でないものは原則削除となる。③に関しては、最も長考を要するのが定義規定であり、当初の定義を土台にすると条文全体をうまく組み立てられなくなる場合には再考を余儀なくされる点において、⑤とも密接に関連する。④に関しては、一字一句に亘って用例（字面だけではなく、意味的にも同じもの）が要求される。これは形式に拘泥している訳ではなく、別ヴァージョンを派生させることにより予期せざる解釈が生ずるのを防止する^⑩と共に、検索の便を図って通覧性を高めるためでもある。⑥は既存法秩序との整合性を確保するための「抵触性審査」であり、侵害作用について行われる場合には違憲審査そのものとなる。^⑪⑥の理屈は、日参の挙句それぞれ一枚紙に纏められ、論点集の骨格をなすことになる。

このように理詰めで行われるにも拘らず法案審査が理論倒れに終わることがないのは、各参事官が行政運営の實際を熟知しているからである。これは議院法制局や研究者には真似の出来ない強みである。だからこそ各省の担当者も「本音の説明」を吐露するのであり、それに代えて国会で通り易い「建前の説明」を考案するのも、参事官に期待された役割である。

さて、法案を一通り了承した参事官は、今度は一転して部長から審査される立場に回る。各省の担当者が直接目にする機会はないが、この部長説明こそが法制局における法案審査の山場なのである。当事者以外の第三者が別の第三者を説得する過程を経ることにより、法案の客観性は弥が上にも高められる。法案審議が始まると自ら答弁を担当する部長の目は厳しい。条文は固より部長説明資料の随所に手が加えられ、とりわけ先例のない条文の合理性を根拠付ける理屈は、国会における厳しい審議に耐えることは固より、実際の運用において問題を生ずる虞がないよう磨き抜かれる。

部長説明の後には次長・長官説明が続くが、各部長の了解を得た法案が根柢から覆されることは稀のようである。閣議決定日の直前に輻輳する法案を精査するには、次長・長官とも大変な労力を要するものと推察される。なお、この時期に並行して各省協議が開催されるが、法制局のスタンスは中立的である。

かくして完成した法案は、いわば「マツチ棒のピラミッド」である。そこでは、同じ条の項相互間に始まって当該法案と他の法律との間に至るまで対比を意識した書分けが尽くされており、微視的な次元から巨視的な次元までの段階を取り出しても「並びが取れている」(均衡が成り立っている)。嘗ては条文を平板に眺めていただけであった筆者も、法制局勤務を経て、当該法律の中又は他の法律との間で諸規定を縦横に比較対照させることにより、作用等の性質(侵害の強度等)に関する序列関係を洞察することの意義を実感するに至った。

二 具体例

筆者は、分野横断的な法案や過去に類例のない法案について、担当参事官の補佐を命じられた。他に多くの法案を抱える参事官に代わって下審査を引き受けることもあり、年次を重んずる霞ヶ関では筆者が登場しただけで不満気な表情

を示す者もいたが、職務である以上容赦なく臨んだ。

いずれの法案においても検討事項は多岐に亘ったが、ここでは既成立の法案の幾つかに絞り、特に印象に残った点だけを挙げておく。

消費者庁設置法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律案⁽¹³⁾では、諸法律を消費者庁に移管するに当たり、もっぱら事業者の視座に立つて書かれている法律を「消費者庁」が所管するのは不合理であるため、それらを消費者の視座に立つたものに書き換える作業が必要となった。この点は、処分庁だけを書き換えれば済むと安易に思っていた筆者には非常に新鮮であった。

同じく消費者庁関連三法案の一つである消費者安全法案では、既存の縦割りの規制法の隙間を埋める「隙間命令」につき、要件の定め方以前に、分担管理原則との関係が問題となった。⁽¹⁴⁾結局、隙間事案については消費者庁と他省庁の所掌範囲が隣接しているが、境界までは確定されていないという前提に立った上、線引きのための手続ルールを定めることで決着した。⁽¹⁵⁾わが国では実現困難ともいわれていた「警察の概括条項 (Generalklausel)」の誕生に立ち会えたことは幸運であった。

公文書等の管理に関する法律案では、現用文書を対象とする情報公開法制と権衡を失しない範囲で、非現用文書の特性に応じた開示 (利用) 範囲の拡大を実現することが課題となった。この点、同法案は個人情報情報に関しては、謙抑的・漸進的なものとなっている (仮に、死亡した個人や公務員に限れば更に踏み込めたのではないかという批判がある) とすれば、甘受すべきかもしれない。なお、本人利用 (一七条) は既存の利用水準を保障しただけであって個人情報保護法制に根差すものではなく、同法制を「後退」させた訳ではない。⁽¹⁶⁾

北朝鮮特定貨物の検査等に関する特別措置法案⁽¹⁷⁾では「Creeping Jurisdiction」を始めとする国際法上の論点に止まらず、⁽¹⁸⁾

法執行（警察権の行使）としての武器使用、（通常の行政調査と異なる）¹⁹検査のための検査²⁰や占有者の知れている物件の保管費用を理由とする売却といった憲法・行政法に跨る論点も目白押しであった。特別司法警察職員にとっては間接強制こそが最も強力な義務履行確保手段であるといった部内では半ば常識に属する事柄すら、筆者には目から鱗が落ちる思いがした。

四 行政法学の課題

意見部・審査部の双方に身を置くと、前者が日常的に行政法学説を参照しているのに対し、後者は必ずしもそうでないことが分かる。学界においては、たまたま裁判例で問題となった法律を中心に訴訟法的論点を深掘りした研究は数多くみられるものの、立法例を分野横断的に博搜した上で行政実体法の全容を描いた研究が少ないことがその要因である。筆者は在任中、行政法学の幅を拡げる意味でも、立法例を網羅的に素材とした研究がもう少しあってよいのではないかと感じた。

例えば、条文を組み立てる上で土台となり、より根柢的には法と社会との関わり方を示すものでもある定義規定について、立法例を精査した上メタレヴェルからの理論的分析を加えることであるとか、縦割りの政策領域を横串のテーマ・視角¹⁹から通覧して初めて把握される前述の「相場」について、できるだけ多くのテーマ・視角を取り上げて可視化する（該当する全ての立法例を分類した上、それぞれの基礎にある理屈を再構成する）といったことが考えられる。

このような準備作業があつて初めて、法制局と同じ土俵に立った「立法先取り型」の研究（既存の法体系に破綻を齎すことなく新たな立法を附加することができるかを問うもの）も可能となることであろう。

なお、研究面だけでなく教育面については、行政法総論の体系と実際の条文構造に懸隔があることから、両者の対応関係を看破し、初見の行政法規でも読みこなすことが出来る能力を養うような教育が求められていると感じた。

五 憲法学・国際法学の課題

飽くまでも筆者が一実務家として抱いた感想にすぎないが、以下のような研究があれば、意見部にとって資するところ大きいと思う。

第一は、行政実例を素材とした、内閣・国会関係を始めとする統治機構の研究である。尤も、日々公刊される裁判例と異なり、行政実例についてはその所在自体、官報、国会会議録、新聞報道等を駆使しなければ探し当てられないものが多い。例えば、第四五回総選挙の期日（平成二年八月三〇日）と憲法五四条一項との関係については高見勝利教授が指摘しておられるが、国会が外国為替及び外国貿易法一〇条二項に基づく制裁措置の承認・不承認の議決のいずれも行わなかったことの効果（政府が次の国会に再度承認を求めることの要否等）については、管見の限り論及した文献が見当たらない。

このような状況に鑑みると、政府部内で利用されている閣議決定データベースは固より、内閣総務官室（内総）作成資料等のうち重要な行政実例を含むものについても、何らかの形で定期的に公開してゆくことが望まれる。

今一つは、前述した「答弁先取り型」の研究である。実際上の必要性があるか否かに拘わらず政策中立的に、かつ、過去の答弁との形式的整合性を保ちつつ、論理的に考えられる過去の答弁の再解釈・新展開の選択肢を呈示するような研究があってもよいと考える。

筆者は在任中、Verfassung（国制＝憲法）においては事実と規範が一致するというC. Schmittの言葉を実感せずにはいらなかった。とりわけ統治機構に関しては、原テキスト（憲法典）に註釈テキスト（答弁）を附加して創出されたコンテキストこそが「憲法」に外ならないから、過去の答弁との整合性を度外視している限り永久に、学説は政府見解に対する致命的批判となりえないのである。

なお、蛇足であるが、たまたま筆者の在任中、松下圭一教授の権力分立論が総理の所信表明演説において言及された。⁽²¹⁾ 憲法の学位を有しない筆者にはよく評価しうるところではないが、同教授の所説に対しては憲法学者からの批判も提起されている模様である。⁽²²⁾ 総理が特定個人の所説に言及することは減多にないことであるので、これを契機に憲法学界における議論が一層活性化することを望みたい。

おわりに

法制局の印象を一言で纏めると、視野が広く、かつ、十分に掘り下げた検討に立脚しているという点に尽きる。尤も、同局が意見事務・審査事務双方につき織り成してきたテキスト群は決して固定的ではなく、無限の展開可能性を秘めた、いわば将来に開かれたものである。また前述した職務の受動性と時間的制約ゆえ、全ての論点を体系的に整理したファイルが局内のどこかに存在するという訳でもない。これらの点に鑑みると、公法学界全体として比較優位を発揮できる余地は、決して小さくはないように思われる。

- (1) 参事官・参事官補が厳しい幹部説明を乗り切るには、後輩に甘い顔を見せている余裕はない。寄合所帯であるはずの法制局が各省の植民地にならないのはこのためである。
- (2) 「口頭回答」と呼ばれるのは、相談省庁が作成した文書に特段の異論がない旨を口頭で回答する（回答した事実は文書化される。）からであり、全く文書が作成されないからではない。
- (3) 無論、法制意見華やかなりし頃に辣腕を振るわれた成田博士の追憶（内閣法制局百年史編集委員会編『内閣法制局の回想』（昭六〇）二六八―二七四頁）を繙くと、筆者も一研究者として羨望の念を禁じえない。
- (4) これに対しては、長谷部恭男「比較の中の内閣法制局」ジュリスト一四〇三号（平二二）二頁による批判がある外、大森政輔元長官が平成二二年四月一五日付毎日新聞に一文を寄せており、筆者も全く同感である。なお、自民党等の議員は民主党政権の方針とは無関係に随時法制局長官の答弁を要求しているから、政府参考人（衆議院規則四五条の三等）としてその都度理事会の承認を得てではあれ、従来通り長官答弁が続いている点に変わりはない。
- (5) 参照、一七四・参・予算委・四号（平二二・三・三）二四頁（枝野国務大臣）。
- (6) 第一七三回国会以前には、各省の大臣秘書官と並んで閣僚席の真後ろに座席があった。筆者は小渕優子大臣に靴先を踏まれ、「あら御免なさい。」と云われたこともある。
- (7) 「ジラソノケンゲンラギヨウウコトラボウゲナイ」といった耳慣れない日本語が飛び交っているのも大学と違う点であるが、これは口頭で正確な表記を伝えるためであり、また睡気醒ましの効果もある。
- (8) 参事官が日中の時間帯を部長説明（後述）・議員レク（質問取り等）に費やさざるを得ないため日没後に審査が開始されることが多くなっている点は、率直に言って改善を検討すべきであると思う。
- (9) このような審査は、するかししないかの二者択一であって程度問題ではない。「審査を緩和できないか」といった提案は、掃除機を縞模様（ストライプ）に掛けるよう説くのと同じである。
- (10) 例えば、深く考えずに「契約を締結する」と書く前に、「契約を結ぶ」「契約をする」等の用例が現行法制上どのように使われているか調べなければならない。さもなければ「当該法律は、契約締結上の過失論を認めない趣旨である。」といった珍説が罷り通るかねないからである。
- (11) 「相場」とは個々の立法例（テキスト）に通底するコンテキストであり、そこに憲法規範が体现され则认为られる。

如何なる法案でも森林法違憲判決等の定式に当て嵌めて合憲と称することは容易であるから、それ以前に「相場」内に収まっている（「相場」を半歩踏み出す新例だが相応の理屈がある）から合憲である。」という判断が介在しなければならないのである。

- (12) 法制局が定期的に国立公文書館に移管している法案審査録は、部長説明資料を骨格としている。部長説明以前に作成された草案や法制局審査終了後に作成された想定問答を保存する責任は各省にあるが、それらを含めた保存のあり方を政府全体として検討すべきであろう。

- (13) 第一七〇回国会に提出。第一七一回国会において、消費者庁及び消費者委員会設置法の施行に伴う関係法律の整備に關する法律（平二一法四九）として成立。

- (14) この外、消費者庁組織令（平二一政二一五）では、同庁の内部部局が横串（取引、安全及び表示）ではなく、どちらかという縦割り（移管前省庁別）に編制された。一般に、法制局による組織政令の審査は、課事務の合計が局事務に、局事務の合計が省庁全体の所掌事務になっているか（除（じょ）き合い）になっていないか、局・課の名称がそれぞれの所掌事務と合致しているか等の技術的観点を中心とし、編制方針等の組織政策を対象とするものではない（行政管理局による査定も、内部部局数の最小化に資するか等の限定的な観点から、組織政策を審査するに止まる）。新設省庁が横串の組織政策を実現するためには、裏付けとなる自前のポストのための予算を確保できるかによるところが大きいようである。
- (15) この点、同一客体に対し異なる観点から複数の法律（例えば建築基準法及び消防法）に基づき同一内容の命令がされる状況は珍しくないところ、消費者庁の命令は百パーセント消費者の観点に立つ一方、他省庁の命令が百パーセント消費者の観点に立つことはないから、消費者庁は如何なる対象にも介入でき、そもそも隙間など存在しないという考え方も成り立ち得ない訳ではない。併しながら、同法案はより洗練された考え方を採用している。

- (16) 所有権確認訴訟ではなく境界確定訴訟に譬えられる。恐らく同旨、宇賀克也「消費者庁関連三法の行政法上の意義と課題」ジュリスト一三八二号（平二一）三三頁。

- (17) 第一七一回国会に初提出。第一七四回国会において、国際連合安全保障理事会決議第千八百七十四号等を踏まえ我が国が実施する貨物検査等に関する特別措置法（平二二法四三）として成立。

- (18) 参照、小寺彰「執行管轄権の域外行使と旗国管轄権——旗国管轄権の非旗国（沿岸国）による補完とその意義」山本草二編『海

上保安法制―海洋法と国内法の交錯』（三省堂・平二一）一七六頁。

(19) 筆者は、「所有権を剥奪する行政行為」等の私権形成的行為につき拙稿「法律上の争訟と既得権の観念（四〇九・未充）」法学（東北大学）七一巻三号（平一九）一頁・同巻六号三〇頁・七二巻一号（平二〇）三四頁・同巻二号一頁・同巻三号七七頁・同巻四号三三頁において、「違法性の承継」につき拙稿「判批」自治研究八七巻一号（平二三）一四八頁において、それぞれ立法例の悉皆的分析を試みたことがある。

(20) 参照、高見勝利「浮き彫りになった憲法上の論点―投票から新政権発足までの間」ジュリスト一三九〇号（平二二）九八頁。

(21) 参照、一七四・衆・本会議・三五号（平二二・六・一一）二頁（菅内閣総理大臣）。

(22) 参照、高見勝利「『国会・内閣一体化』の危うい帰結」書齋の窓五九六号（平二二）一頁。

【補註】内閣法制局図書館について

稀少価値の高い所蔵文献としては、①内閣法等の立案関係資料、②一木喜徳郎博士の陸軍経理学校における講義録及び③戦前の外国法関係資料がある。

①は、『昭和二十一年臨時法制調査会第一部会関係資料五』（請求記号三二〇・五四―R一―五）及び『臨時法制調査会における（憲法改正）諮問第一号に対する答申書・臨時法制調査会総会（第一―第三回）議事速記録』（請求記号三二三・二〇二―R一―（二））から成る。前者は皇室典範、皇室財産法・皇室会計法、内閣法、中央官庁法、地方官庁法及び官吏法に関するものである（「二五冊の五」とあるが、部分的なものではなく、「二五部謄写された中の第五部」という意味かと推定される。）。

②は、『二木博士講述国法学』及び『行政法講義筆記』（明四二）から成る。前者は二四六頁の叙述によると明治三一・三二年の講義を纏めたもののようである。

③には、『翻訳ゾーム氏羅馬法教科書』（四巻）及び『財政法と恩給』（原文仏語）がある外、日本立法資料全集（信山社）に復刻された明治二〇・三〇年代の翻訳書が若干ある。

北海道大学法学会記事

二〇一〇年一〇月二八日（木）午後三時より

「正戦論ルネッサンス?」…国際秩序の基本構造から見た正義と公共性」

報告者 郭 舜
出席者 三三名

国際社会において近年見られるような、公共性と正義を掲げて個別적인なされる武力行使は、どのような原理に基づいているのか。また、それを国連に代わる制度的選択肢として正当化する余地はあるか。

（一）近時の〈新たな正戦論〉は刑罰戦争の正当化論である…「対テロ戦争」の名の下に行われたアメリカ合衆国のアフガニスタンおよびイラクに対する武力行使は、国際法上の合法性をめぐる議論を引き起こした。それは、これらの武力行使が多少

の違いはあれ実定国際法規則と適合しない側面を有していたからである。同様に国際法上の合法性が争われた事例として、旧ユーゴスラヴィアにおけるコソヴォ紛争の際の北大西洋条約機構（NATO）軍による武力行使の例がある。対テロ戦争とコソヴォにおける人道的干渉という二つの武力行使を正当化した論理を〈新たな正戦論〉と呼べば、その奥底には不正行為の処罰という刑罰的な思考が宿っている。

（二）刑罰戦争は〈戦争後の法〉の要求に応えられず、現実には正当化しえない…刑罰的な一方的武力行使は理論的には正当化しうる。個別の処罰は相応しい者に相応しい限度で科される必要がある。また、刑罰制度の運用としては、二重基準は許されず、負担を他国に共有させる場合には精確性・効率性・信頼性の条件を満たさなければならない。これらの条件を満たすならば、理論的には刑罰としての一方的武力行使を行い、その負担を他国に共有させるということも正統である。

ここで刑罰的な武力行使が政治指導者に対するものとならざるをえないということが問題となる。政治指導者に対する処罰を意図した武力行使は、その除去を目的とせざるをえない。ところが、政治指導者を除去すれば、その統治下にあった領域において政治的空白が生ずる。〈新たな正戦論〉に基づく武力行

使が正統性を標榜するならば、これを放置することはできない。それが《戦争後の法》の要求である。

ところが、このような《戦争後の法》の要求に応えるためには、国連を通じた国際社会全体の関与・協力が不可欠である。なぜならば、統治の再建という課題は長期的な関与を必要とするが、一国家あるいは少数の国家の間でそれを確保することは困難だからである。国家行動は国内の有権者の意向に左右されるものであり、軍事的・財政的な負担の大きさから中途で撤退が求められる可能性がある。これは刑罰としての一方的武力行使という制度が信頼性を欠いていることを意味し、正当化のための条件が充足されないことになる。

(三)《戦争後の法》の要求に応えるのは国連憲章体制による平和の行政的管理である。国際社会全体の関わりによってのみ《戦争後の法》の要求に応えうるとするならば、国連はその結節点を成す。その活動は広い意味での行政の概念によって特徴付けることができる。ここで行政とは、規範的に指示された一定の事実状態の創出を目指す公共的な活動を指す。国連は紛争の監視・予防から平和構築までの多面的な活動の担い手であるが、そこには紛争に対する全体論的で継続的な関わりが見られる。

国連憲章体制における平和の行政的管理の中心は安全保障理事会にある。安全保障理事会の活動は、それが担う平和の全体論的・継続的な管理という公共的な目的によって正当化され、また一定の集団的な意思決定手続によって憲章上の合法性が与えられる。それは形式的な正統性を有するだけでなく、その実践全体が事務総長など他の国連機関や加盟国集団との対話的關係の中で一定の答責性が確保されうるという点でも政治的に正統である。

国連憲章体制は安全保障理事会の常任理事国の政治的意思の弱さをはじめとする問題を抱えてはいるものの、分権的な国際社会において対立競合する諸価値を調停し合意を形成する場としてこれ以上のものを求めるのは困難であり、改革へ向けた努力の継続を条件としてそれをあくまで固守することが支持される。

瀬川信久先生の民法学

——その経歴と業績——

松久三四彦

瀬川教授は、本年三月三十一日をもって北海道大学大学院法学研究科を定年退職される。教授は、一九七一年六月に東京大学法学部を卒業されて東京大学大学院法学政治学研究科民刑事法専攻修士課程に入学され、同課程を一九七三年三月に修了した後、東京大学法学部助手として採用された。そして、三年後にまとめた助手論文によって、一九七六年七月に北海道大学法学部助教授に採用され、その後、三四年余にわたり本学部・研究科に勤務され、民法の研究・教育に従事された。以下では、この間の教授の御研究の展開を振り返ることにしたい。

一 研究上の業績

(1) 教授は、研究者となられた当初の修士課程・助手の期

間に多くの判例研究を執筆されたが、この期間の研究の中心の対象は不動産付合法であった。この研究は、修士論文「附合法の再検討——紛争の解決という視点からの——」を経て、助手論文「不動産附合法の一考察」としてまとめられ、法学協会雑誌に連載された。不動産付合法というテーマは、修士課程一年の時に行った集合物に関する判例研究で抱いた問題関心を発展させたものであったという。民法二四二条に関するこの論文は、古くからの錯綜した学説と不明確な基準に終始していた判例を、紛争当事者と争われる利益によって事案を類型化し、同条の解釈としては、まず付合の当事者間の紛争を念頭に置き、そして、権利濫用法理に基づく基準をとるべきだと主張した。付合をめぐる紛争をいくつかのタイプに分けて分析検討するスタイル

は、「大上段の議論から入るのは性に合わず、具体的な問題から考えていきたい。だから、民法を研究することにした」という教授自身の問題関心の方向性を受けたものであろう。また、不動産付合制度を物権觀念の歴史的な変転とフランス法・ドイツ法の対抗関係の中に位置づけ、民法にとって周辺のとも思える問題が実は民法・民法学の全体の長期変動と密接に結びついていることを示し、法解釈という作業の社会的意味を具体的に制度解釈に即して明らかにした。これは、外国法研究という面では、高校時代の一年間の留学で経験した異なる社会の強い印象と関心に根ざしているとともに、法概念を社会や歴史との関係で把握しようとする姿勢は、狭い意味での法学者の枠を超え、社会科学者としての萌芽を感じさせる。詳細で透徹した分析によって、あたかも細密画のように、問題の各部分と全体像を解明した点は、学界に大きなインパクトを与えるとともに、その後の若手研究者にとって模範とすべき論文の一つとなった。同論文は、教授が本学部助教授として採用される基礎となり、その後、手を加えられて『不動産附合法の研究』（一九八一年）として公刊されている。

(2) 助教授になられた当初は、札幌身分法研究会に参加されたことから、研究対象を寄与分、遺産分割、財産分与などに

拡げられたが、付合法の研究において未解明のまま残された民法解釈方法の問題が研究関心の中で大きな比重を占めていたとのことである。一九八一年～八三年のフランス留学中もフランスの法解釈論を検討し、例えば、「Ch. ベレルマン『議論の研究』——実用法学の視点からの検討——」（一九八四年）では、当時着目されていたレトリック論を民法解釈の観点から読み直す試みをされた。法解釈の方法はいかにあるべきかに対する答えからはほど遠いものであったと述懐されているが、しかし、このようにして培われた研究基盤を背景として、その後、星野英一教授と平井宜雄教授の間でなされた議論に参加され（「法解釈論と法学教育（ミニ・シンポジウム）」（一九八九年）、また、戦前から当時までの主要な民法解釈方法論を検討する作業をされた（「民法の解釈」（一九九〇年））。そして、次のような理解を得られたという。

民法を研究し始めた当初は、法解釈には正しいものがないとしても、法解釈方法論には正しいものがあると考え、それを探究していたが、これまでの多くの法解釈方法論を整理してみると、法解釈方法論にも正しいものがあるわけではない。法解釈方法論は、それぞれの論者がどのような問題をどのように解決しようとしたかによって異なる。したがって、法解釈方法論に

においてまず重要なのは、何を重要な問題と考えるか、それにと
のように取り組むかを明らかにすることである(『民法の解釈』
の「おわりに」)。

このような理解は、諸学説や判例をその対象とする紛争類型
との関係で位置づけるといふ、教授が付合法の研究以来法解釈
について重視してきた作業を法解釈方法論にも及ぼすもので
あった。

これ以後、教授は、法解釈方法論をそれ自体として検討する
のではなく、その基礎にある問題との関係を重視して検討され
るようになった。過去の法解釈方法論についてはその時代の問題との関係を明らかにしようとし(『梅・富井の民法解釈方法論と法思想』(一九九一年)、『末弘巖太郎の民法解釈と法理論』(二〇〇七年)、『川島民法学における法ドグマと科学』(二〇一〇年)のほか、『二〇世紀をふりかえる 民法』(二〇〇〇年)、『我妻先生と金融ビッグバン』(二〇〇〇年)、また、今採るべき法解釈方法論については現代社会のあり方との関係を重視されている(『民法解釈論の今日的位相』(一九九九年)、『民商の壁』を超えるために(二〇一〇年))。法学者であり、日々法解釈を実践しつつも、それを社会全体のなかで位置づけようとする姿勢から、経済学や社会学等に対しても知的関心が旺盛で、常

に広い視野を保ち続けられている点は驚嘆に値する。

(3) 法解釈方法論の研究と並行して、民法解釈の研究対象を、家族財産法の問題や、「隣人訴訟」の比較法的な研究に拡げ、その後は不法行為の判例研究も進められた。もともと、民法の研究自体の意義を定めることができない状況において、個別の法解釈問題にどのように取り組むべきかについてはずっと悩まねばならなかったという。その状況からの一つの出口を見出されたのは、上に述べた法解釈方法論に関する一応の理解に加えて、『日本の借地』(一九九五年)にまとめられる借地法の研究と、私法学の課題を考察した『豊かな社会の出現と私法学の課題』(一九九一年)の執筆を通してであったという。

借地の研究は、規制緩和の動きの中で、一九八〇年代の借地法改正問題を、江戸期から今日までの宅地賃貸借制度の変遷の中で明らかにし、立法提言に結びつけたものである。それまでの物権化Ⅱ近代化論に基づく借地法学が借地問題を地主と借地人の対抗関係にとらえ、規制緩和と推進の経済学が土地賃貸借市場の問題としてのみみていたのに対し、本研究は、都市の諸資源の配分に関する都市法の問題、あるいは、土地賃貸借市場が土地売買市場・金融市場と連動する局面の問題としてとらえたのである。その上で、借地の減少の原因は借地法規制ではなく、

第一次都市化の終了による地価上昇率の低下と社会的余剰資金の増加による借入金利の低下と地代収益率の低下によること、土地売買市場と金融市場の拡大に対する土地賃貸借市場の収縮によることを明らかにし、居住用借地については借地法規制を緩和してその増加を図るべきでなく、いわば「自然死」させるべきであると主張された。札幌・函館から東京・大阪・京都・横浜へと実態調査を及ぼし、現在から戦前さらに江戸期まで視野に入れた上で、上記の理論枠組みにまとめたこの研究は、法学者の手になる実証的研究としては稀有な労作であり、また借

地が減少した原因を一つの最高裁判決に求めようとする一部の経済学者に対する、「しかし、地方では七〇年代の末から八〇年代の前半になっても借地が増えているところがある。(中略)論者は、地方ではいまだに一九六二年の最高裁判決の重要性が認識されていなかったからだと答えるのであろうか」(『日本の借地』六頁)という問いかけは、自身の足を使った実証的研究に対する並々ならぬ自信を示すものであろう。同書は、東京市政調査会「藤田賞」および日本不動産学会著作賞を受賞し、『不動産附合法の研究』(一九八一年)と並ぶ瀬川法学の代表的な作品となるとともに、狭い意味での法解釈学にのみとられることなく、社会や歴史という広い視野から法を分析検討しよう

とする教授の研究スタイルの一つの到達点を示すものであり、後進にとつて実証的研究の何たるかを指し示す「導きの星」といえる。

『豊かな社会』の出現と私法学の課題(一九九一年)は、消費者問題、医療訴訟、公害・環境問題、土地・住宅問題、災害訴訟、労災訴訟の分析を通して今日の法律問題の背後にある社会変化の方向を析出し、その方向を踏まえた「社会構成原理」の構築を民法学の課題だとして、規制緩和論と公共性論、社会連帯論とシステム責任論、新しい市民法論、権利論、法人論・団体論を社会構成原理構築の柱石として提示した。教授によれば、それはいまだ素描にとどまり、また当時進みつつあったグローバル化を視野に入れていない点で限定されたものであったが、それでも研究の方向と手掛かりを得ることができたのとである。同論文の内容を法学部公開講座で講演したものとして『市民』の時代の紛争と法(一九九八年)があり、また同論文の理論的知見を拡大・補完しようとしたものとして、『民事法の変容と個人、組織、関係、専門家』(一九九九年)があるが、これらに限らず、教授の以降の作品には、この研究から得られた知見がにじみ出ており、通底する問題関心が感じられる。

(4) 借地法の研究をまとめた後は、不法行為法の研究に重

点を置き、多くの判例研究、論文を発表された。また、金融法、消費者法、知的財産法にも研究対象を拡大し、その中で二一世紀COEプログラムおよびグローバルCOEプログラムの研究活動にも参加された。

不法行為法の研究では、いわゆる一般的不法行為については、「危険便益比較による過失判断」(一九九六年)において、ハンドの定式を成立させた事案と背景を明らかにしてこの定式の妥当性と限界を明らかにし、『民法典の百年Ⅲ』の「民法七〇九条」(一九九八年)において、過失と違法性を中心に明治以来の不法行為法の変遷を整理し、さらに、「不法行為——因果関係概念の展開」(二〇〇六年)ではフランス不法行為法における「因果関係」の変遷を分析された(その他にも、因果関係については、疫学的因果関係、TV火災、予防接種等の判例研究や鑑定意見書(二〇〇二年)などがある)。いわゆる特殊な不法行為では、「共同不法行為論転回の事案類型と法理論」(二〇〇七年)で、共同不法行為の学説・判例を再整理している。これらの論文においては、各学説が念頭に置く事案を明確にしつつ学説の対立と変遷を整理し、事案ごとにあるべき解決を探究するという教授の研究スタイルがよく現れている。

借地法の研究において金融の重要性を認識されたことから金

融法の研究を進められ、さらに、自身が中心となって組織された金融法研究会を一つの母体として、貸手責任、証券化の研究を進められた(「貸手責任の社会的背景と法的性格」(一九九七年)「流動化・証券化の法律問題(一)」(二〇〇一年)。また、担保物権・民事執行制度の法改正(二〇〇三年)、動産譲渡登記の立法(二〇〇四年)の審議に関与され(「動産譲渡登記について」(二〇〇五年)、大学院の授業においては、二〇〇五年以来「現代取引民法」の金融法を担当されている。他方で、北海道消費生活審議会、適格消費者団体での経験から、消費者法にも関心を広げ、金融法的な側面にも配慮の行き届いた消費者法の捉え方を提示されている(「消費者法と民法」(二〇〇八年))。

金融法、消費者法という法学の伝統的蓄積が少ない問題領域においては、対象事案の類型化という手法ではなく、問題の社会的性格を考慮した法規範・立法論を提示されている。

(5) 瀬川教授の研究の基本的な考え方は、現実の具体的問題(紛争・判例・法概念)から出発し、紛争の背景と、それらの判例・学説・法概念はいかなる法(学史)的環境のもとで、どのように解決しようとするものかを社会的歴史的に明らかにし、その成果をふまえたうえで解釈論を提示するというもので

ある。英語、フランス語、ドイツ語文献を駆使して外国法研究を行うにあたっては、外国法がなぜそうなっているかを背景に遡って明らかにし、単なる外国法の紹介にはとどまらない。月並みな表現ではあるが、「旺盛な知的好奇心に裏打ちされた、幅広い視野からの法学研究」こそが教授の研究の真骨頂といえよう。

二 教育上の業績

瀬川教授は、着任以来、学部・研究大学院・法科大学院において民法全域にわたる講義と演習を担当されたほか、外書購読、さらには金融法など幅広い分野について教育にあたられてきた。

まず学部においては、毎年、講義や演習を担当され、その明解で奥深い内容には定評がある。そのほか、学習用の判例集を編纂し、また演習教材を公刊されるなど、学部生の知的好奇心を喚起し、そのレベルアップを図ってきた。

また研究大学院にあつては、演習や外書講読を幅広く担当され、教授が指導教員を務めた大学院生はもとより、民法・民法法のみならず、他の分野を専攻する大学院生に対してまで懇切丁寧な指導をされてきた。特に学内の研究会（民事法研究会）

では、大学院生を暖かく指導し、全国レベルの研究者が数多く巣立っている。留学生に対する指導も実にきめ細かく、その教育姿勢は教えを受ける大学院生だけでなく、周囲にあつて教育に当たる多くの教員への無言の教えとなっている。さらにご自身が中心になって組織された金融法研究会等の共同研究を通じて、既に独り立ちした研究者に対しても、ご自身の研究過程や研究成果を示す形で、指導にあたっている。

さらに法曹養成にも熱心に取り組まれた。司法試験に取り組んだご経験があるだけに、その指導は実態を弁えたものであった。研究大学院に実務家の養成をも目的とする専修コースが設けられたさい、数多くの大学院生を指導され、このなかには今日第一線で活躍している実務法曹も多い。また民法を一通り学習した学生に対して、さらにその理解を深める目的で、事例問題を与え、それを解説するというスタイルの中規模サイズの授業をはじめて展開された。この「民法の重要問題」と称する授業は、後の法科大学院における授業の先駆けをなすものであり、本学部において、他の民法の教員が無理のない形で、法科大学院における教育に取り組むことができたのは、教授のこのような経験があつたからである。

このように、瀬川教授は多数の優秀な学生を世に送り出された。

三 学部・研究科運営上の業績

瀬川教授は、法学部、法学研究科、全学の各種委員を務められた。委員に取り組む姿勢は真剣そのものであり、たとえば教務委員としてまとめられた「学部教育の現状と展望」（一九八七年）は、五一頁になんなんとする力作であり、どのような仕事に対しても決して手を抜かない教授の姿が如実に表れている。

そこでは、一九七〇年以後の学部教育とそれをめぐる議論の変遷を詳細に分析し、それをふまえて、教育の改善のため今後の課題となる個別的な問題について詳しく検討され、ご自身の見解をまとめている。あたかも一つの「学術論文」であるかのような「作品」であり、多くの同僚から感嘆された。

また、二〇〇四（平成一六）年四月から二〇〇六（平成一八）年三月まで、初代の法科大学院長として、法科大学院の基盤整備に尽力された。当時の法科大学院は制度を一から作り上げる段階にあり、対外的な関係も数多くこなさなくてはならなかったが、丁寧にかつ、粘り強く取り組まれた。さらに二〇〇六（平成一八）年二月から二〇〇八年二月までは、法学研究科長・法学部長として、法学研究科・法学部全体の運営にあたられた。ちょうどグローバルCOEプログラムの採択

に関わる時期であったこともあり、多忙を極めたのではないかと思われる。

この間、学会の理事や多くの学外委員も務められた。そして、何より研究科内での人事案件について、民法のみならず、他の分野に関するものであっても、審査委員として選出された。これは、教授が同僚からいかに学問的に信頼されていたかを示す証左といえよう。もちろん、数多くの博士論文の審査にもあたられてきた。

以上のように、瀬川教授は北海道大学に赴任されてから三四年余にわたり、熱心、かつ、丁寧に学部生・大学院生の教育にあたるとともに、膨大な研究成果をあげてこられた。同僚からも学問的に信頼され、また親しみやすいお人柄から、学部生にも大学院生にも、そして、同僚にも慕われてきた。ここに感謝と敬意を表すとともに、本学部・本研究科を退職された後も、ますますご活躍されることを祈念してやまない。

瀬川信久教授の経歴

【学歴・職歴等】

一九七一（昭和四六）年 六月 東京大学法学部卒業
 一九七一（昭和四六）年 一〇月 司法試験合格
 一九七三（昭和四八）年 三月 東京大学大学院 法学政治学
 研究科 民刑事法専攻修了
 一九七三（昭和四八）年 四月 東京大学法学部助手
 一九七六（昭和五一）年 七月 北海道大学法学部助教
 一九八一（昭和五六）年 一〇月 パリ第二大学留学（一九八
 三年七月）
 一九八五（昭和六〇）年 七月 北海道大学法学部教授
 一九八六（昭和六一）年 六月 法学博士（論文） 東京大学
 二〇〇〇（平成一二）年 四月 北海道大学大学院法学研究科
 教授（大学院重点化に伴う配
 置換え）
 二〇〇四（平成一六）年 四月 北海道大学法科大学院長（
 二〇〇六年三月）
 二〇〇四（平成一六）年 四月 北海道大学大学院法学研究科
 副研究科長（二〇〇六年
 一二月）
 二〇〇四（平成一六）年 一二月 北海道大学教育研究評議会評
 議員代理（二〇〇六年三月）

二〇〇六（平成一八）年 四月 北海道大学教育研究評議会評
 議員（二〇〇六年一二月）
 二〇〇六（平成一八）年 一二月 北海道大学大学院法学研究科
 長・法学部長（二〇〇八年
 一二月）
【学会理事】
 ・私法学会理事（一九九六年～一九九八年）
 ・民主主義科学者協会法律部会理事（一九九三年～二〇〇五年）
 ・日本法社会学会理事（一九九六年～一九九九年、二〇〇二年
 ～二〇〇七年）
 ・金融法学会理事（二〇〇八年～現在）
【学外委員など】
 ・法制審議会担保・執行法制部会臨時委員（二〇〇一年～
 二〇〇三年）
 ・法制審議会動産・債権担保法制部会臨時委員（二〇〇三年～
 二〇〇四年）
 ・公認会計士試験第二次試験委員（一九九四年～一九九六年）
 ・司法試験委員会審査委員（二〇〇一年度～二〇〇六年度）
 ・札幌地方裁判所簡易裁判所判事推薦委員会委員（二〇〇三年
 ～現在）

・道立文書館運営協議会（二〇〇三年～二〇〇九年）

・北海道民生活安定審議会委員（一九九五年～二〇〇一年）

・北海道消費生活審議会委員（二〇〇一年～二〇〇二年）

・札幌弁護士会人権賞選考委員会委員（二〇〇五年、二〇〇七年～二〇〇八年）

・札幌法律援護基金顧問（二〇〇七年～二〇〇八年）

・消費者支援ネット北海道理事長（二〇〇七年～現在）

・大学評価・学位授与機構法学系研究評価専門委員会民事法学部会構成員（二〇〇二年）

・日本学術振興会特別研究員等審査会専門委員（二〇〇〇年～二〇〇二年）

・商事法務賞審査委員会委員（二〇〇五年～現在）

・民法（債権法）改正検討委員会・全体会議委員（二〇〇六年～二〇〇八年）

・名古屋大学法学研究科・法学部外部評価委員（二〇〇八年）

・北海道新聞「読者と道新委員会」委員（二〇〇九年～現在）

〈受賞〉

① 平成七年度東京市政調査会「藤田賞」

② 平成八年度日本不動産学会著作賞

*いずれも、後記『日本の借地』について。

瀬川信久教授の業績

I 著書・編著書

1 『不動産附合法の研究』（有斐閣、一九八一年）（単著）

2 『基礎演習民法（財産法）』（有斐閣、一九九三年）（池田真朗ほかとの共著）

3 『民法判例集3 債権各論』（有斐閣、一九九三年）（内田貴との共編）

4 『日本の借地』（有斐閣、一九九五年）（単著）

5 『民法判例集 担保物権・債権総論』（有斐閣、一九九七年、第二版二〇〇四年、第三版二〇〇八年）（内田貴・森田宏樹との共編著）

6 『民法判例集 債権各論』（有斐閣、一九九七年、第二版二〇〇二年、第三版二〇〇八年）（内田貴との共編著）

7 『私法学の再構築』（北海道大学図書刊行会、一九九九年）（編著）

8 『21世紀の日韓民事法学—高翔龍先生日韓法学交流記念—』（信山社、二〇〇五年）（加藤雅信ほかとの共編著）

9 『民法学における法と政策』（有斐閣、二〇〇七年）（能見善久ほかとの共編著）

10 『事例研究民事法』（日本評論社、二〇〇八年）（七戸克彦ほかとの共編著）

Ⅱ 論文

1 「不動産附合法の一考察（一）」（六・完）『法学協会雑誌』九四卷六号、九号、一一号、一二号、九五卷二号、九五卷四号（一九七七年～一九七八年）

2 「具体的相続分算定のための遺産評価の基準時」谷口知平ほか編『現代家族法大系4』（有斐閣、一九八〇年）

3 「抵当権と従物（一）」『北大法学論集三一』卷三＝四号上巻（一九八一年）

4 「Ch.ペレルマン『議論の研究』(Traité de l'argumentation)」——実用法学の視点からの検討『日仏法学一三』号（一九八四年）

5 「寄与分における相続人間の公平と被相続人の意思——寄与分額の決定、具体的相続分の算定、相続分の指定、遺留分の算定等の問題について（一）」（四・完）『判例タイムズ』五四〇号、五四一号、五四二号、五四四号（一九八五年）

6 「財産分与制度」山畠正男・泉久雄編『演習民法（親族）』

（青林書院、一九八五年）

7 「遺留分減殺請求権の行使による回復請求権の行使期間の制限」加藤一郎・米倉明編『民法の争点Ⅱ「第2版」』（有斐閣、一九八五年）

8 「子どもを好意で預かった場合の保護義務」加藤一郎・水本浩編『民法・信託法理論の展開』（弘文堂、一九八六年）

9 「フランス法における、児童を預かった者の安全確保義務——慈善活動・青少年活動において預かった場合を中心に——」『北大法学論集三八』卷五＝六号下巻（一九八八年）

10 「札幌の借地（一）、（二・完）——借地法改正論議の基礎的視座を求めて——」『北大法学論集三九』卷五・六号、四一巻二号（一九八九年～一九九〇年）

11 「民法の解釈の方法」『法律時報六一』巻二号（一九八九年）

12 「民法の解釈」星野英一編集代表『民法講座 別巻1』（有斐閣、一九九〇年）

13 「定期借地権による宅地供給の具体像」『法律時報六二』巻九号（一九九〇年）

14 「定期借地権による宅地供給と定期借地権制度の評価」『社会科学研究四二』巻三号（一九九〇年）

15 「裁判例における因果関係の疫学的証明」星野英一・森島

- 昭夫編『現代社会と民法学の動向 上』(有斐閣、一九九一年)
- 16 「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学論集四一
巻五・六号(一九九一年)
- 17 「これからの土地税制——求められる都市・国土利用のビジョン」法律時報六三巻二号(一九九一年)
- 18 「『豊かな』社会の出現と私法学の課題」法の科学一九号
(一九九一年)
- 19 「社会・都市の発展と借地借家法規制の方向——居住用借地を中心に」ジュリスト一〇〇六号(一九九二年)
- 20 「不法行為における過失相殺の拡張」法学教室一四五号
(一九九二年)
- 21 「借地関係の利害構造と定期借地権」日本住宅総合センター
『定期借地制度の研究』(一九九四年)
- 22 「欠陥、開発危険の抗弁と製造物責任の特質」ジュリスト
一〇五一号(一九九四年)
- 23 「好意と契約」谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13)』
(有斐閣、一九九六年)
- 24 「危険便益比較による過失判断——テリー教授から、ハンドの定式と大阪アルカリ事件まで——」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題 下』有斐閣(一九九六年)
- 25 「借地市場のメカニズムと借地規制のあり方」住宅問題研究
究一二巻三号(一九九六年)
- 26 「借地市場の構造と借地法の将来」住宅土地経済二二号
(一九九六年)
- 27 「消費社会の構造と製造物責任法」『岩波現代講座 現代の
法13』岩波書店(一九九七年)
- 28 「民法七〇九条(不法行為の一般的成立要件)」広中俊雄・
星野英一編『民法典の百年 Ⅲ』(有斐閣、一九九八年)
- 29 「日本における建築者の責任」北大法学論集四八巻五号
(一九九八年)
- 30 「危険・リスク 総論」ジュリスト一二二六号(一九九八年)
- 31 「『市民』の時代の紛争と法」今井弘道編著『『市民』の時代』
(北大図書刊行会、一九九八年)
- 32 「民法解釈論の今日的位相」瀬川信久編『北大法学部ラ
イブラリー第二巻 民法学の再構築』(北大図書刊行会、
一九九九年)
- 33 「なぜ韓国では伝賃金が授受されるのか?——わが国の保
証金・借地との比較——」北大法学論集五〇巻四号(一九九
九年)
- 34 「民事法の変容と個人、組織、関係、専門家」法の科学

二八号（一九九九年）

35 Le droit japonais de l'exploitation du sol et de l'immeuble,
Revue internationale de droit comparé, 1999, no 3

36 「流動化・証券化の法律問題（一）」——資産の移転と証券
の発行・流通——「金融法研究・資料編（二七）（二〇〇一年）」

37 「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリスト一二二九号
（二〇〇二年）

38 「明治前期の名譽回復訴訟」林屋礼二ほか編『明治前期の
法と裁判』（信山社、二〇〇三年）

39 「知的財産権の侵害と『正当な権利行使』——近時の裁判
例をめぐって——」知的財産法政策学研究九号（二〇〇五年）

40 「安全配慮義務論・再考」加藤雅信ほか編『21世紀の日報
民法法学』（信山社、二〇〇五年）

41 「動産譲渡登記について」裨貫俊文ほか編『競争法の現代
的諸相（上）』（信山社、二〇〇五年）

42 「損害賠償額の算定基準時」（高見進との分担執筆）鎌田
薫ほか編『民法法Ⅱ 担保物権・債権総論』（日本評論社、
二〇〇五年）

43 「不法行為——因果関係概念の展開」北村一郎編『フラン
ス民法典の二〇〇年』（有斐閣、二〇〇六年）

44 「共同不法行為論転回の事案類型と論理」能見善久ほか編

『民法学における法と政策』（有斐閣、二〇〇七年）

45 「末弘巖太郎の民法解釈と法理論」六本佳平ほか編『末弘
巖太郎と日本の法社会学』（東大出版会、二〇〇七年）

46 「第二節 所有権の取得」（五十嵐清との共著）川島武宜・
川井健編『新版注釈民法（7）』（有斐閣、二〇〇七年）

47 「競争秩序と損害賠償論」NBL八六三号（二〇〇七年）

48 「損害賠償の範囲と判断枠組み」内田貴・大村敦志編『民
法の争点』（有斐閣、二〇〇七年）

49 「法人の不法行為」内田貴・大村敦志編『民法の争点』（有
斐閣、二〇〇七年）

50 「消費者法と民法」日本経済法学会年報二九号（二〇〇八年）

51 「知的財産権の侵害警告と正当な権利行使（再論）」田村善
之編著『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣、二〇〇八年）

52 「経済的自由をめぐる憲法規範と民法規範」早稲田大学
法学研究科グローバルCOE紀要《企業と法創造》憲法特集
号、通巻第二一号（第六巻四号）（二〇一〇年）

53 「川島民法学における法ドグマと科学」法律時報八二巻三
号（二〇一〇年）

54 「『民商の壁』を超えるために」新世代法政策学研究七号

(二〇一〇年)

55 「社会発展與使用者責任の多元化——以『職務行為』為主要研究対象」中日民商法研究第九卷(二〇一〇年)〔社会発展と使用者責任の多元化——「事業執行性」要件を中心に〕のチミト上海交通大学副教授による中国語訳)

56 「私法與消費者法——日本立法的進展與面臨的課題」中日民商法研究第九卷(二〇一〇年)〔消費者私法とは何か——日本における消費者法の展開と課題〕のチミト副教授による中国語訳)

Ⅲ 判例研究・判例解説

1 「代理人が自己の債務のために極度額・期間のない連帯保証契約を締結する際、相手方たる金融機関が本人の意思を確かめなかったときは、一一〇条の正当理由は認められない(最判昭和四五年二月一五日)」法学協会雑誌八九卷一〇号(一九七二年)

2 「集合物の譲渡担保における目的物の特定(岡山地判昭和四四年六月二日)」ジュリスト五一九号(一九七二年)

3 「被用者の暴行行為による損害が、事業の執行につき第三者に加えた損害にあたるとされた事例(最判昭和四六年六月

二二日)」法学協会雑誌九一卷一号(一九七四年)

4 「すでに財産分与を得ている場合にも、さらに離婚による慰籍料を請求できる場合があるとされた事例(最判昭和四六年七月二三日)」法学協会雑誌九一卷一号(一九七四年)

5 「伐採を目的とする立木の売買契約における売主の義務(最判昭和四七年五月三日)」法学協会雑誌九一卷二号(一九七四年)

6 「陸送中の事故について、自動車所有者が運行供用者責任を負わないとした事例(最判昭和四七年一〇月五日)」法学協会雑誌九一卷四号(一九七四年)

7 「賃借人が賃借建物に附加した部分が滅失した場合の有益費償還請求の可否(最判昭和四八年七月一七日)」法学協会雑誌九二卷四号(一九七五年)

8 「法定条件(営林局長の許可)に、民法一二八条を類推適用した事例(最判昭和三九年一〇月三〇日)」法学協会雑誌九二卷五号(一九七五年)

9 「民法九四条二項によって建物を取得した者は、その敷地賃借権をも取得するとされた事例(最判昭和三九年二月一日)」法学協会雑誌九二卷六号(一九七五年)

10 「売買契約が民法五六一条による解除された場合に、目的

物の引渡を受けていた買主は売主の使用利益を返還しなければならなかった事例（最判昭和五一年二月二三日）」法学協会雑誌九四卷一一号（一九七七年）

11 「旧利息制限法の制限外利息債権を被担保債権として、抵当権の設定登記を請求することはできない（最判昭和三〇年七月一五日）」法学協会雑誌九五卷四号（一九七八年）

12 「営林署職員の白蟻病につき国の安全配慮義務違反を認めた事例（高知地判昭和五二年七月二八日）」判例評論二二一（判例時報八八〇）号（一九七八年）

13 「土地建物の所有者が、土地の所有権移転登記を経ないまま建物に抵当権を設定した場合でも、法定地上権が成立する（最判昭和五三年九月二九日）」判例評論二四四（判例時報九二二）号（一九七九年）

14 「建築途中の建前に第三者が材料を供して建物を完成させた場合における当該建物所有権の帰属（最判昭和五四年一月二五日）」判例評論二四九（判例時報九三八）号（一九七九年）

15 「遺産を構成する特定不動産の共有持分権の譲渡と分割手続（最判昭五〇年十一月七日）」加藤一郎・太田武男編『家族法判例百選「第三版」』（有斐閣、一九八〇年）

16 「抵当権と従物（最判昭四四年三月二八日）」谷口知平・加

藤一郎編『新版・判例演習民法2』（有斐閣、一九八二年）

17 「複合ビルの共有者の一部は、他の共有者・区分所有者の同意を得ないで増築した場合に増築建物の収去義務を負うか——物権的請求権に基づく建物収去請求の被告、附合と収去義務、複合ビルの増築に必要な承諾（東京高判昭和六一年二月二四日）」判例評論三四四（判例時報一二四三）号（一九八七年）

18 「幼稚園児が騒いで名馬の子が暴走・骨折し殺処分になれた場合に、幼稚園の過失を認め、馬の時価等一三四〇万円の支払を命じた事例（札幌地判平成元年九月二八日）」判例評論三八八（判例時報一三七九）号（一九九一年）

19 「抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲（最高一小判平成二年四月一九日）」私法判例リマックス三三三号（日本評論社、一九九一年）

20 「西淀川大気汚染訴訟第一審判決——大阪地判平成三年三月二九日」法学教室一三三三三三（一九九一年）

21 「今期の主な裁判例（民法判例レビュー三五 民事責任）」判例タイムズ七七一号（一九九二年）

22 「予防接種における禁忌者に該当したことの推定——小樽種痘損害賠償請求上告審判決（最高一小判平成三年四月一九

- 日) 判例タイムズ七七一号 (一九九二年)
- 23 「今期の主な裁判例 (民法判例レビュー 民事責任四二)」
判例タイムズ八二四号 (一九九三年)
- 24 「交通事故の被害者がその後水死した場合、逸失利益の賠償は死亡時までに限られるか (東京高判平成四年一月二六日)」 判例タイムズ八二四号 (一九九三年)
- 25 「私立大学応援団の暴力行為と学校法人の責任 (最高三小判平成四年一〇月六日)」 私法判例リマックス八号 (日本評論社、一九九四年)
- 26 「今期の主な裁判例 (民法判例レビュー四八 民事責任)」
判例タイムズ八七一号 (一九九五年)
- 27 「新聞記事が意見を公表したときの、名誉毀損の成否 (東京高判平成六年一月二七日)」 判例タイムズ八七一号 (一九九五年)
- 28 「テレビの発火事故につき家電メーカーの過失を推認した事例―松下テレビ発火事件 (大阪地判平成六年三月二九日)」
判例評論四三五 (判例時報一五二一) 号 (一九九五年)
- 29 「建物が合体した場合の抵当権 最高裁平成六年一月二五日」 星野英一・平井宜雄編『民法判例百選Ⅰ 総則・物権 [第四版]』 (有斐閣、一九九六年)
- 30 「被用者の取引的不法行為における相手方の「重過失」 (平成六年一月二二日最高三小判)」 私法判例リマックス三三号 (日本評論社、一九九六年)
- 31 「今期の主な裁判例 (民法判例レビュー五六 民事責任)」
判例タイムズ九三三三号 (一九九七年)
- 32 「一連の変額保険判決について (最判平成八年一〇月二八日)」 判例タイムズ九三三三三号 (一九九七年)
- 33 「今期の主な裁判例 (民法判例レビュー六一 民事責任)」
判例タイムズ九八二二号 (一九九八年)
- 34 「財産的損害につき、民事訴訟法二四八条により相当な損害を認定した事例 (東京高判平成一〇年四月二二日)」 判例タイムズ九八二二号 (一九九八年)
- 35 「今期の主な裁判例 (民法判例レビュー七一 民事責任)」
判例タイムズ一〇四六号 (二〇〇一年)
- 36 「過労自殺についての使用者の不法行為責任 (最判平成一二年三月二四日)」 判例タイムズ一〇四六号 (二〇〇一年)
- 37 「民法一七七条の第三者の範囲―背信的悪意者からの転得者 最高裁平成八年一〇月二九日」 星野英一・平井宜雄・能見善久編『民法判例百選Ⅰ 総則・物権 [第五版]』 (有斐閣、二〇〇一年)

- 38 「建物が合体した場合の抵当権 最高裁平成六年一月二五日」星野英一・平井宜雄・能見善久編『民法判例百選Ⅰ 総則・物権「第五版」』（有斐閣、二〇〇一年）
- 39 「相続債務がある場合の遺留分侵害額の算定方法 最高裁平成八年一月二六日」久貴忠彦・米倉明・水野紀子編『家族法判例百選「第六版」』（有斐閣、二〇〇二年）
- 40 「相続債務がある場合の遺留分侵害額の算定方法 最高裁平成八年一月二六日」北大法学論集五三卷二号（二〇〇二年）
- 41 「今期の主な裁判例（民法判例レビュー七九 民事責任）」判例タイムズ一一〇七号（二〇〇三年）
- 42 「二つの〇一五七判決 食中毒の原因を公表した行政の国家賠償責任（東京地判平成一三年五月三〇日、大阪地判平成一四年三月一五日）」判例タイムズ一一〇七号（二〇〇三年）
- 43 「今期の主な裁判例（民法判例レビュー九〇 民事責任）」判例タイムズ一一八七号（二〇〇五年）
- 44 「組長責任訴訟における事業執行性の判断（最判平成一六年一月二二日）」判例タイムズ一一八七号（二〇〇五年）
- 45 「共同暴走行為における被害者側の過失 最高裁平成二〇年七月四日」平成二〇年度重要判例解説（有斐閣、二〇〇九年）
- 46 「建物の付合——賃借人のした増築 最高裁昭和四四年七月二五日」中田裕康・潮見佳男・道垣内弘人編『民法判例百選Ⅰ 総則・物権「第六版」』（有斐閣、二〇〇九年）

- 47 「相続人がおらず包括受遺者がいる場合の相続財産の管理者 最高裁平成九年九月一二日」松本恒雄・潮見佳男編『判例プラクティス 民法Ⅲ親族・相続』（信山社、二〇一〇年）
- 48 「相続財産法人に対する登記手続請求の可否 最高裁平成一一年一月二二日」松本恒雄・潮見佳男編『判例プラクティス 民法Ⅲ親族・相続』（信山社、二〇一〇年）
- #### IV 学会報告
- 1 「ドイツ不動産附合法の変遷」（私法学会・一九七七年度個別報告）私法四〇号（一九七八年）
- 2 「民法学の立場から」（不動産法学会シンポジウム 借地・借家法改正問題の現段階と今日の都市問題——借地・借家法改正要綱試案をめぐって）季刊日本不動産学会誌五卷一号（一九八九年）
- 3 「借地・借家法の改正をめぐって」（不動産法学会シンポジウム）日本不動産学会誌七卷二二号（一九九二年）
- 4 「都市の成長と借地」（法社会学会）法社会学会四七号（一九九五年）

- 5 「製造物事故の構造と製造物責任―危険効用基準、ハンドの定式と不法行為の類型論」(私法学会・一九九五年度民法ワークショップ) 私法五八号(一九九六年)
 - 6 「貸手責任の社会的背景と法的責任」(金融法学会) 金融法研究二三号(一九九七年)
 - 7 「貸手責任の社会的背景と法的性格―わが国の裁判例の分析から」(金融法学会) 金融法研究二三号(一九九七年)
 - 8 「民法解釈方法論の今日的位相」(私法学会・一九九七年度シンポジウム報告) 私法六〇号(一九九八年)
 - 9 「流動化・証券化の法律問題(一)」(金融法学会北海道地区部会・シンポジウム) 金融法研究第一八号(二〇〇二年)
 - 10 「物権・債権二分論の意義と射程」私法六五号(二〇〇三年)
* 『私法』では討論のみ掲載。報告は前掲Ⅱ37
 - 11 「競争秩序と損害賠償論」私法七〇号(二〇〇八年) * 『私法』では討論のみ掲載。報告は前掲Ⅱ47
- V 座談会・シンポジウムなど**
- 1 「民法を語る(不動産附合法について)」Law School二二号(一九八〇年)
 - 2 「コメント 法解釈論と法学教育(ミニ・シンポジウム)」ジュリスト九四〇号(一九八九年)
 - 3 「民法の解釈の方法(シンポジウム)」法律時報六一卷二号(一九八九年)
 - 4 「統・民法学の課題と方法(シンポジウム)」法律時報六一卷五号(一九八九年)
 - 5 「討論(シンポジウム 定期借地権―都市的土地利用研究会)」法律時報六二卷九号(一九九〇年)
 - 6 「借地法改正問題の所在(シンポジウム 借地・借家法の改正をめぐって)」季刊日本不動産学会誌七卷二号(一九九二年)
 - 7 Discussion on "General Clause in Contract Law", Conference on the Civil Code Revision in the Netherlands, (Tokyo, 1992), published in the Proceedings of the Symposium: Dutch and Japanese Laws Compared (1993) pp.141-145.
 - 8 「こうすれば民法がわかる―総則物権、債権」法学セミナー四八七号、四八八号、法学セミナー四八七号(一九九五年)
 - 9 「補充報告 外国人の人権―民事法の観点から」北大法学論集四六卷六号(一九九六年)
 - 10 「座談会 定期借家権論をめぐって」ジュリスト一一二四号(一九九七年)

- 11 「シンポジウム 定期借家について」考える(上)(下)「不動産鑑定三四卷一二号(一九九七年)、三五卷一号(一九九八年)」
- 12 「座談会 不動産所有権の現代的諸問題」ジュリスト 一二三四号(一九九八年)
- 13 「鼎談」民法解釈方法論の現状と実務(上)(下)判例タイムズ一〇五〇号、一〇五一号(二〇〇一年)(加藤新太郎編『民事司法展望』(判例タイムズ社、二〇〇二年)に収録。)
- 14 「コメント 法科大学院において教える内容はどう変わるか(法科大学院シンポジウム 法科大学院における民法教育のあり方/実体法と手続法の総合教育の実践に向けて)」判例タイムズ一一二九号(二〇〇三年)
- 15 「コメント(シンポジウム 環境秩序への多元的アプローチ(二・完 実定法学のクロスロード)」北大法学論集五六卷四号(二〇〇五年)
- 16 「座談会 ロースクール教育の到達点」ロー・スクール研究一号(二〇〇六年)
- 17 「末弘巖太郎とグローバル化時代の民法学」早稲田大学法学研究科イニシアティブ活動報告二〇〇六年度(二〇〇七年)
- 18 「座談会 法における人間像を語る」法律時報八〇巻一号

(二〇〇八年)

- 19 「コメント 樋口亮介『法人処罰と過失犯論』」新世代法政策学研究五号(二〇一〇年)
 - 20 Sur les mesures de réparation en droit de la concurrence et en droit de l'environnement au Japon「新世代法政策学研究五号(二〇一〇年)(日本語訳は、吉田克己・ムスタファ・メキ編『効率性と法 損害概念の変容』(有斐閣、二〇一〇年)に収録。)
 - 21 「二〇〇九年度私法学会シンポジウム 家族法改正 コメント」私法七二号(二〇一〇年)(補充して、中田裕康編『家族法改正』(有斐閣、二〇一〇年)に収録。)
- Ⅵ 翻訳**
- 1 ジャノー・ブノワ「フランス左翼政権成立後の経済的諸変動——フランス社会党の国有化理論に就いての試練——」北大法学論集三六卷一・二号(一九八五年)
 - 2 アンドレ・タンク「生産物責任に関する欧州共同体指令とそのフランス法への導入」ジュリスト九一一号(一九八八年)
 - 3 ランドロー・イザベル「フランスにおける外国人の私法上の地位」北大法学論集四六卷六号(一九九六年)

- 4 ユーグ・ペリネ・マルケ「フランスにおける建築者の責任」北大法学論集四八巻五号（一九九八年）
- 5 クリスチャン・シェーヌ「一九世紀から二〇世紀半ばまでの危機とフランス法」北大法学論集五〇巻六号（村上裕章との共訳）（二〇〇〇年）
- 6 ステファン・グレゴワール「フランスの著作財産権とデジタルの諸問題」知的財産法政策学研究五号（二〇〇五年）
- 7 ジェラルディヌ・ゴフォール「競争法における損害」吉田克己・ムスタファ・メキ編『効率性と法 損害概念の変容』（有斐閣、二〇一〇年）

VII 調査報告等

- 1 「札幌地域における借地と精通者の意向」日本住宅総合センター・借地借家制度調査会『借地・借家制度の研究 第一編 精通者の意向』（一九八九年）
- 2 「裁判資料保存についての各国の法制と実情 フランス」（山本和彦との共著）ジュリスト一〇七八号（一九九五年）
- 3 林屋礼二ほか編『図説 判決原本の遺産』（一九九八年）の四項目（開拓使の判決、九官島返還請求事件、樺太沿岸漁業権事件、ブラキストン関係判決）

VIII 書評・辞典項目・意見書・講演記録・その他

- 1 「バリ留学を顧みて」北大時報三六二号（一九八四年）
- 2 「日本私法学会（一九八六年）（学会だより）」（浜田道代との共著）法学教室七五号（一九八六年）
- 3 「学部教育の現状と展望」『法学部教育・研究年報四 教育特集号』（一九八七年）
- 4 「星野英一著『民法の焦点（PART①総論）』」法学教室九二号（一九八八年）
- 5 「足入れ婚」など六三項目『新法律学辞典（第三版）』（有斐閣、一九八九年）
- 6 「読書随想 小説の風景」法学セミナー四三〇号（一九九〇年）
- 7 「早慶合同ゼミナール 改築建物の附合と転用物訴権」法学教室一九九号（一九九七年）
- 8 「受験勉強と民法の理論」受験新報四八巻四号（一九九八年）
- 9 「二〇世紀をふりかえる 民法」書斎の窓四九一号（二〇〇〇年）
- 10 「加賀山茂・松浦好治編『法情報学——ネットワーク時代の法学入門』」法学教室二二六号（二〇〇〇年）
- 11 「我妻先生と金融ビッグバン」学士会会報八二八号

(二〇〇〇年)

12 「佐藤岩夫『現代国家と一般条項——借家法の比較歴史社会学的研究』」法社会学五二号(二〇〇〇年)

13 「借地借家制度の変遷」「現行の借地法」日本不動産学会編『不動産学事典』(住宅新報社、二〇〇二年)

14 「意見書(B型肝炎訴訟)」(二〇〇二年)北大法学論集六一巻六号(二〇一一年)

15 「証券取引規制研究の新しい動き」消費者法ニュース五六号(二〇〇三年)

16 「解説 山田晟」来栖三郎『損害賠償の範囲および方法に関する日独両法の比較研究』『来栖三郎著作集I』信山社(二〇〇四年)

17 「法科大学院探訪(8) 北海道大学法科大学院——大志ある法曹を養成する 瀬川信久教授(法科大学院長)、池田清治教授、田村善之教授に聞く」法学セミナー五九九号(二〇〇四年)

18 「借地借家法三二条は強行法規か?——サブリース最高裁判決について」金融・商事判例一二〇二号(二〇〇四年)

19 「動産譲渡登記と譲渡担保法学の課題」金融・商事判例一二二二号(二〇〇五年)

20 「プレテスト問題の検証 民事系科目」法学セミナー六一二号(二〇〇五年)

21 「東海林邦彦教授の経歴と業績」北大法学論集五五巻六号(二〇〇五年)

22 「競売評価における評価人の注意義務——賠償責任裁判例を素材に」二〇〇七年四月二七日全国競売評価人会議(二〇〇七年)

23 「『日本民法典資料集成』第一巻の刊行について(紹介)」民法研究五号(二〇〇八年)

24 「『法の科学』四〇号と二一世紀世界」法の科学四〇号(二〇〇九年)

25 「吉川吉樹准教授の経歴と業績」北大法学論集五九巻六号(二〇〇九年)

26 「民法と消費者法」廣瀬久和・河上正二編『消費者法判例百選』(有斐閣、二〇一〇年)

27 「消費者問題の歴史展開と消費者団体訴訟」HEERORポート一一〇号(二〇一〇年)

道幸哲也教授の経歴と業績

加藤智章
齊藤善久
国武英生

道幸哲也教授は、二〇一一年三月三十一日をもって、北海道大学大学院法学研究科を定年退職される。道幸教授は、昭和四五年北海道大学法学部を卒業後、北海道大学法学部助手、小樽商科大学助教授を経て、昭和五八年から二八年間にわたり、北海道大学法学部・法学研究科において助教授・教授として勤務してこられた。この間、法学部、大学院法学研究科および法科大学院の教育に携わるとともに、学部、大学院および全学において、学生部委員やセクハラ相談員など各種委員を務められた。

教育面では、学部においては、労働法、労働法演習など、法学研究科および法科大学院では、労働法特殊講義、労働法など

を担当された。特筆すべきは、労働法判例研究会を長年にわたり主宰してこられたことである。この研究会は、故保原喜志夫名誉教授と院生であった道幸教授とがはじめたもので、判例研究を中心に、労働法および社会保障法を専攻する院生を鍛える道場ともいべき場であった。この研究会は、先生の著作活動と同様、精力的に開催されてきた。自由闊達な雰囲気の中、議論が議論を呼ぶ、研究会である。

さらに、研究とも密接に関連することであるが、一九八三年から現在に至るまで、北海道労働委員会の公益委員を、そして二〇〇九年からは同委員会会長を務められてきた。アメリカ不

当労働行為の研究を修士論文にまとめられて以来、特に集团的労働関係法を専門としてこられた先生にとつて、まさに理論と実践とを結ぶ社会活動といえよう。また、北海道最低賃金審議会委員を昭和五八年から務めておられ、さらに、専門の労働法関係にとどまらず北海道や札幌市の各種委員会を歴任してこられた。

このほか、日本労働法学会では長らく理事を務められ、二〇〇四年一月から二〇〇六年四月まで代表理事を務められた。また、二〇〇七年一月には、特定非営利活動法人「職場の権利教育ネットワーク」を設立し、「一五歳のワークルール」(旬報社、二〇〇七年)に連なる労働法の権利教育を実践すべく、代表理事として活動の前面に立たれている。

以下、先生の業績を集团的労働条件決定システムと個別的労働関係法に大別して概観してゆきたい。

一. はじめに

道幸教授は、アメリカ不当労働行為制度、わが国集团的労使関係法および個別的労働関係法という広範な分野の研究を、一貫した問題関心の下で展開してこられた。すなわち、労働組合

制度の活用を中心的メソッドとする、労働者の権利の保護と実現である。特に、「できるだけ組合分裂を回避し、組合内部の対立を民主的に調整し、同一組織に多くの従業員(組合員)を集結すべきである」(『労使関係法における誠実と公正』(旬報社、二〇〇六年)二二五頁)という、大組合中心主義とも言うべき立場からこれを論じておられる点が特徴的である。

道幸教授の研究業績は、おおきく①団体交渉を中心とする集团的労働条件決定システム(不当労働行為制度もここに含まれる)および②個別労働者の権利保護に関するものに分けられる。主たる研究手法は、①関係法制度に関する歴史分析と現状分析、および②膨大な裁判例の分析による判例法理の抽出と検討である。その多くにおいて、新たな法制や法理論研究の進むべき方向および課題を学界に提起するスタイルにより自身の見解を示してこられた。

以下、教授のこれまでの研究の大まかな流れと特徴的な内容について、ご紹介する。

二. 集团的労働条件決定システム

1 不当労働行為制度(アメリカ法研究)

道幸教授がその研究生活の初期に取り組まれたアメリカ不当労働行為制度に関する研究は、「アメリカにおける『不当労働行為制度の形成』(一)(二)」(北大法学論集二四卷二号、三号(一九七四年))や、『不当労働行為救済の法理論』(有斐閣、一九八八年、冲永賞受賞)などとして結実している。このうち後者は、特に「公権理論」の視点から①「不当労働行為制度によって保護される『権利』の性質」(同書第一編)、②「救済命令法理の形成と展開」(第二編)および③「アメリカ不当労働行為制度を支える法理」(第三編)を分析するものである。同書においては、アメリカの不当労働行為制度が「公益」の保護を目的とするものであること、また、右の目的から、同国においてはわが国の労働委員会に相当するNLRBに告発と判定の両権限を付与する行政主導型の事件処理システムが採用されていることなどが指摘されている。

なお、同書によれば、ここに言う「公益」とは「産業平和の達成による州際通商の円滑化」である。すなわち、資本の側からの要請と言える。これに対して、道幸教授の不当労働行為制度に対する基本的な問題関心は、(それを「私益」と評すべきかそれとも何らかの意味でやはり「公益」であるのかはひとまずおくとして)あくまで労働者の権利の保護と実現にある。

道幸教授がアメリカ不当労働行為制度の研究から多くのアイデアを得られたことは確かである。しかし、同制度の目的と道幸教授の基本的問題関心にはこのような根本的相違のあることに注意が必要だろう。

2 不当労働行為制度(日本法研究)

労働委員会命令が裁判所によって取り消される事態の多発、さらに不当労働行為事案が民事事件として裁判所に提訴されるケースも現れてきたことなどを背景として、道幸教授はわが国における不当労働行為の司法救済の問題点を鋭く批判し、行政救済法理の独自性を主張し続けてこられた。「不当労働行為救済法理の独自性」(中央労働時報九二三号(一九九七年)二頁以下)、『不当労働行為の行政救済法理』(信山社、一九九九年)などがこの領域に関する代表的な業績と言える。

このうち、たとえば『不当労働行為の行政救済法理』においては、不当労働行為救済法理における行政救済法理と司法救済法理の混在状況が明らかにされるとともに、この混在が独自の行政救済法理の確立を阻害し、労働委員会命令の取り消し判決増加の原因の一つとなっていることが指摘されている(ほかにも、「二世紀の労働組合と団結権」日本労働法学会編『講座

二一世紀の労働法第八巻 利益代表システムと団結権』(有斐閣、二〇〇〇年) 一二頁など)。また、手続き上の原因として、取消訴訟における新主張、新証拠の提出が制限されていないことの「アン・フェア」性や、労働委員会に不当労働行為の成否に関する要件裁量が認められていないことの問題点なども厳しく批判されている。

3 団結権・団交権

道幸教授は、労働者の権利と利益を公正に代表し、これを実現しうる主体としては、一定以上の組織率を有する労働組合においてほかにないと考えてこられた。

団結権にかかわる特徴的な主張のひとつが、ユニオン・シヨップ協定(ユ・シ協定)有効論である。次のように述べて、ユ・シ協定の有効性を擁護しておられる。「たしかに労働者の自己決定や組合の任意団体性からなされるユニオン・シヨップ協定無効論にはかなりの説得力はある。組合と労働者との関係からはそういえそうである。しかし、労働組合は、意見の同一性ではなく、職場における『利害の同一性』がその存立基盤である。

また、その集団を前提にして交渉相手たる使用者と『対峙している』と指摘される。したがって、一定の団結強制による集団

的労働条件決定システムの構築は適切な組合機能を維持するうえで不可欠であり、憲法二八条の予定するところといえる」(『労働組合の変貌と労使関係法』(信山社、二〇一〇年) 一二頁)。

また、団交権については、特に労働契約法の制定過程において職場全体の労働条件決定システム(不利益変更を含む)としての新たな従業員代表制度が打ち出されたことを契機として、その対案などの形をとりながら、「(少数組合に比しての)優先的団体交渉権や協約の拡張適用制度の適用等」や「アメリカ法的な排他的交渉代表制度」の導入という選択肢を示してこられた(同書三七頁他)。もともと、このようなアイデアは、わが国においてあらゆる組合に団交権を平等に保障していることが多様な「労労使」間紛争の原因となっている(「団体交渉権の法的構造」『講座二世紀の労働法第八巻 利益代表システムと団結権』(有斐閣、二〇〇〇年) 六八頁他)との認識や、労働組合弱体化の現状に対する危惧などを背景に、従前から温めてこられたものに他ならない。

以上のうち、特にユ・シ協定に関する道幸教授の主張は、学界においてほとんど孤立無援の状況にさらされてきた。ゼミの学生にもなかなか理解されない議論であったと言える。しかし、実質的な交渉力を有する労働組合の存在は、労働法制全体の重

要な存立基盤に他ならない。労働者の個別分断化と労働組合の組織率低下が進む現在、道幸教授の主張は、わが国の労働法、労働運動そして労働法学の将来を考える上で、極めて重要な方向性を提示するものと言わなければならない。

4 公正代表義務

派遣労働の拡大などにともなう就業構造の変化と労働者集団内部における階層分化、労働者の価値観の多様化と個人主義化が互いに影響しながら急速に進行した結果、職場における労働者の集団的な意思の統一や調整は非常に困難になっている。他方、労働協約や就業規則による労働条件の集団的な不利益変更が広く行われ、特に後者については労働契約法において法制化されるに至り、組合員、さらには当該職場の労働者全体の意思や権利、利益を代表する主体およびその方法の在り方の検討が緊急の課題となっている。

道幸教授は、最も適切な労働者代表主体である（とお考えになる）労働組合が、その付与された権限に応じた公正代表性を備えることの必要性を、対象事項の性質ごとに明らかにしてこられた。これは、「労働組合運動は、結局多数の労働者を組織化し、かつ支持と納得を得なければ弱体化し、十分な役割を発

揮しえ」ず、「そのためには、多様な組合員の種々の利益を公正に代表することが不可欠である」との考え（前掲・『労使関係法における誠実と公正』一二五頁）に立脚する研究である。ユ・シ協定の有効性を主張されるうえで団結強制の正当性に「説得力」を加えるものでもある（同書二二二頁）。従来の公正代表義務論がもっぱら組合の内部運営に着目するものであったのに対して、「組合の内部運営と団交、協約法理を結びつけようとした点に特徴がある」（同書三三五頁）。

この研究は、これまでのところ、もっぱら当該労働組合の組合員との関係における公正代表義務を対象として進めてこられたものである。今後は、労働協約の拡張適用や、いわゆる三六協定なども視野に入れた、さまざまな形態による非組合員も含めた全従業員の労働条件決定における公正代表義務についても検討が必要となる。退官後における教授のライフワークになるものと思われ、またそうしてくださることを、道幸門下はもちろん学界全体が期待している。

三、個別的労働関係法

道幸教授は、不当労働行為法理研究の第一人者であるが、集

团的労使関係法のみならず個別的労働関係法の分野にも関心をよせられ、とりわけ労働契約論に関する先駆的な論文・著作を発表している。

1 職場における自立とプライバシー

道幸教授の問題関心は、まず職場における自立とプライバシーに向けられる。職場における〈自立〉や〈プライバシー〉という問題自体が、従来ほとんど論じられてこなかったものであり、テーマ自体がこれまでの労働法学に対する問題提起を意味する。『職場における自立とプライバシー』（一九九五年、日本評論社）は、職場におけるプライバシー権の保護を検討するとともに、業務命令権の理論的課題を取り上げることにより、全体として職場における「労働者の自立」を支える法理の形成を目指したものである。

同書では、労働者の自立のために必要な観点として、①労働者が自主的、主体的な判断によって労働条件を使用者との間において決定すること、②労働者のキャリアや仕事の専門性に見合った決定や実施の権限を保持すること、③職場のプライバシー権を保障し、労働者の私的領域に不当に関与されないこと、④労働条件の集团的な共同決定の実現を図ることの必要性が説

かれ（同書七頁）、なかでも②と③の点について詳細な検討がなされている。具体的には、プライバシーについては、これまで必ずしもプライバシーの問題としては扱われてこなかった事象を含めて、多様な問題をプライバシー権のもとに統一的に考察し、新たな解釈が示されている（第二章）。また、業務命令権を制約する法理については、従来の判例法理による権利濫用構成の限界があることを踏まえ、業務命令権を的確に行使し、適切な職務を付与する信義則上の義務違反として再構成することが主張されている（第三章）。同書は、職場におけるプライバシー権に関する最初の本格的な著作であり、職場におけるプライバシーや業務命令権を論ずる際の最も基本的な文献として高く評価されている。

その後の研究においても、「職場における人権保障法理の新たな展開」日本労働研究雑誌四四一号（一九九七年）二頁、「自分らしく働く―職場における自立法理の展開」法律時報七三卷九号（二〇〇一年）二三頁、「職場におけるプライバシー権」下井隆史先生古稀記念『新時代の労働契約法理論』（信山社、二〇〇三年）二五九頁において、裁判例の分析を通してプライバシー権や労働者人格権などの新たな権利の形成過程の分析がなされ、その後の判例法理に強い影響を与えている。

2 労働契約論

次に、労働契約論をめぐる問題については、雇用終了、労働条件決定、競業禁止義務などの幅広い分野での一連の業績がある。

雇用終了をめぐる問題については、小宮文人教授（北海学園大学）、島田陽一教授（早稲田大学）とともに執筆した「リストラ時代 雇用をめぐる法律問題」旬報社（一九九八年）が代表的である。同書は、リストラと雇用不安に対処するための法的問題を検討するものであり、判例を正確にふまえてわかりやすく解説がなされるとともに、この分野に関する重要な問題提起を含んだ著作として高い評価を得ている。その他に、「早期退職優遇制度をめぐる法律問題」労働判例七九七号（二〇〇一年）五頁、「整理解雇過程論の試み」労働法律旬報一五〇二号（二〇〇一年）五三頁において、整理解雇法理のあり方が論じられている。

労働条件決定をめぐる問題については、「条文解説 労基法九三条」『基本法コメンタール 労働基準法 第四版』（日本評論社、一九九九年）三一五頁（『成果主義時代のワークルール』（旬報社、二〇〇五年）所収）において、就業規則と労働契約との関連性と就業規則法理の問題点を浮き彫りにされている。また、

労働契約レベルでの合意については多くの問題があるとし、労働者に的確な判断をなさしめるために、使用者に十分かつ適切な情報提供や説明を義務づけることが必要であることを指摘される。関連して、労働契約法制の立法過程をめぐる諸論点については、共同研究として『職場はどうなる 労働契約法制の課題』（明石書店、二〇〇六年）を企画・執筆され、「労働契約法制と労働組合—どうなる労使自治」労働法律旬報一六三〇号（二〇〇六年）四頁では、労基法上の従業員代表制・労使委員会の制度的特徴と問題点を明らかにしたうえで、就業規則法理、組合機能との関連を含めた労使自治のあり方について総合的な検討がなされている。

その他に、「成果主義人事制度導入の法的問題」労働判例九三八、九三九、九四〇号（二〇〇七年）、「競業禁止義務制約の法理」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』（二〇〇八年、有斐閣）三一頁、「変貌する労働時間法理『働くこと』を考える」（法律文化社、二〇〇九年、共著）などがある。数多くの判例研究を含めて、膨大な裁判例を駆使して多彩な論点について検討を加えるという研究スタイルが貫かれている。

3 権利主張の基盤整備

労働条件の不利益変更事案や雇用終了をめぐる紛争が増加し、個々の労働者がそれぞれ自分の権利を守ることが必要になっているにもかかわらず、従来、学会や実務界において権利教育に対する問題関心は希薄であった。道幸教授は、研究・教育や実務的な経験を通じて、権利教育の必要性についても研究の対象とされ、労働条件の確保、自己決定の実質化のための権利主張の基盤整備、労働法教育の重要性、紛争処理のあり方などについて提言されている。

権利主張の基盤整備については、「権利主張の基盤整備法理」季刊労働法二〇七号（二〇〇四年）一二八頁（『成果主義時代のワークルール』（旬報社、二〇〇五年）所収）が代表的な論文である。同論文は、権利主張のための基盤をいかに整備していくかという問題意識から新たな労働契約法理の構築を論じている。具体的には、労働契約法理の観点として、①労働条件の明示・説明義務、②業務命令権や解雇権等の適正行使・説明義務を考察され、さらに、権利主張の基盤整備という観点から、③労働者の権利主張自体を直接に保護する法理、④権利主張のための知的基盤の整備について論じられている。

労働法教育のあり方については、「労働法教育の課題」日本

労働法学会誌一〇七号（二〇〇六年）一五三頁において、学校教育や社会教育において、十分な教育がなされていないばかりか、むしろ権利主張を行う人間を排除する傾向さえみられる状況を指摘し、学校教育と社会教育の方向性を示されている。また、個別紛争処理のあり方については、「個別労使紛争の増加と処理システム」季刊労働法一九五号（二〇〇一年）五六頁において、実務上の問題点と構想案を含め、個別的労使紛争処理システムについて総合的に検討されている。

これらの権利主張の基盤整備、労働法教育を具体化する試みとして、高校生や社会人の読者を想定した前掲『一五歳のワークルール』（『ワークルールの基礎 しつかりわかる労働法』（旬報社、二〇〇九年）、『パワハラにならない叱り方―人間関係のワークルール』（旬報社、二〇一〇年）の一連の著作がある。いずれも、「労働力」ではなく生身の人間として働き続けるために必要な法的知識を身につけるという観点から、一般の読者にもわかりやすく説明がなされている。これらの著作は、一般の読者を想定して書かれたものであるが、法的検討の視点が明快に示されており、研究者にとっても有益なものである。

四. 実務と研究活動

研究活動にとどまらず、実務と研究活動との連動を実践している点においても、道幸教授は稀有な研究者である。

道幸教授は、不当労働行為の研究とともに、一九八二年以来北海道労働委員会の公益委員として活躍されている。労働委員会での活動にとどまらず、実務で得た経験をも研究対象とし、「実感的労働委員会論」法律時報七二巻四号、五号（二〇〇〇年）（『不当労働行為法理の基本構造』（北海道大学図書刊行会、二〇〇二年）所収）において労働委員会の運営実態を論じている。これまで労働委員会の運営実態については明らかにしていなかったが、同論文は不当労働行為法理の構築の前提となる貴重な論文である。また、実務での経験をエッセイ等として多数執筆しており、実務での問題点や視点を共有できる機会を提供している（『幹旋の実態 紛争処理ノウハウの共有を』労働法律旬報一四七九号（二〇〇〇年）四頁、「やはりむずかしい個別あっせん」労働基準（二〇〇二年）一月号一頁、「解決A、解決B——北海道地労委における個別あっせん——」Business Labor Trend 1100四年三月号四三頁等）。

他方で、前述した権利主張の基盤整備に関する研究活動は、

実際にワークルールの教育活動として実践・展開されている。

二〇〇七年一〇月には、職場においてワークルールを生かすことを目的として、NPO法人「職場の権利教育ネットワーク」を立ち上げ、このNPO法人が主体となつて、ワークルール教育のための専門家の派遣、ワークルール教育のための調査・研究、ワークルール教育の担い手の研修、個別の労働相談などが行われている（『ワークルールを生かす—NPO「職場の権利教育ネットワーク」の立ち上げ』労働法律旬報一六八一号（二〇〇八年）二九頁）。この活動は、「生きる力は、職業能力だけではなく、権利主張をする知識と気構えをも含むもの」であり、「権利教育は、民主主義の担い手を養成するという市民教育でもある」（『働く市民の常識としての労働法』日本労働研究雑誌五五六号（二〇〇六年）一頁）という考えを具体化したものであり、全国に先駆けた北海道独自の取り組みとして注目を集めている。

五. 教育実績

道幸教授は、法学部において労働法等の講義と演習を担当され、法学研究科や法科大学院においてはより専門的・実践的な

講義を展開された。とりわけ演習では、基本の最高裁判例と最新の裁判例を題材にして、学生の自由闊達な議論を喚起するとともに、社会経験の少ない学生に対し、労働現場や労働委員会の見学、実務家との対話、映画鑑賞などの多様な機会を積極的につけてこられた（「ゼミをおもしろくする工夫」労働法律旬報一五三二号四頁（二〇〇二年））。労働法の教育のみならず、社会人としてのあり方を教わったゼミ生も数多い。

また、北海道の研究会活動をリードしてきた点も特筆されるべきである。研究会は、北海道大学の社会法学を牽引された故保原喜志夫名誉教授のもとで一九七〇年からスタートし、現在では、労働判例研究会を月三回、社会保障法研究会月一回、年間四〇回のペースで開催されている。道幸教授は、四〇年近く継続して研究会活動をしていることになり、研究会において多くの論文作成の着想を得ることができたと述べられている（「問題関心を維持する工夫」日本労働法学会誌一一六号（二〇一〇年）一一〇頁）。

道幸教授は、保原教授の自由な人柄を引き継がれ、研究会において、専攻や立場に関係なく自由に発言ができる真剣勝負の場を形成された。研究会の運営においては、紛争状態全体や紛争の背景・経緯を把握する視点をもち、先例を丹念に調べ

判例上の位置づけを明らかにすること、自由闊達な議論を実現すること、共同研究につなげること、発表する機会を確保することが重要であると指摘される（『労働判例研究』のフィードとしての『北大労働判例研究会』法律時報八〇巻一〇号（二〇〇八年）一〇四頁）。研究会を今後とも継続・充実させ、そこでの知見を研究活動につなげていくことが、道幸教授にお世話になった研究者にとって重要な事柄であり、課題といえる。

以上のように、北海道大学に赴任されて以来、道幸教授は教育活動においては非常に熱心に学生の指導にあたられ、また、研究活動においては労働法学に多大な貢献をされてこられた。本研究科を退職された後もご健康に留意され、研究・教育活動の益々のご発展とご活躍を心から祈念する次第である。

【道幸哲也教授の経歴】

一九四七（昭和二二）年一月	北海道函館市に生まれる
一九七〇（昭和四五）年三月	北海道大学法学部卒業
一九七二（昭和四七）年三月	北海道大学大学院法学研究科修士課程（民事法）修了
一九七二（昭和四七）年四月	北海道大学法学部助手
一九七五（昭和五〇）年四月	小樽商科大学商学部講師

一九八三（昭和五八）年 四月 北海道大学法学部助教授

一九八五（昭和六〇）年 六月 北海道大学法学部教授

一九八八（昭和六三）年 三月 法学博士（北海道大学）

二〇〇〇（平成一二）年 四月 北海道大学大学院法学研究科

教授

【所属学会】

日本労働法学会（二〇〇五年一〇月～二〇〇七年四月まで代

表理事）

日本社会保障法学会

【主たる社会貢献等】

学術審議会専門委員科学分科会（旧文部省、一九九七

年一月～一九九九年一月）

北海道地方社会保険医療協議会委員（旧厚生省、二〇〇〇年

一〇月～二〇〇二年九月）

札幌市情報公開・個人情報保護審議会委員（札幌市、二〇〇九

年四月～現在 二〇一一年三月）

北海道労働委員会公益委員（北海道労働局、一九八二年五月

～現在）

同委員会会長（二〇〇八年一〇月～現在まで）

北海道最低賃金審議会委員（北海道労働局、一九八三年五月

～現在）

同委員会会長（二〇〇〇年四月～現在まで）

【著書】

『不当労働行為救済の法理論』有斐閣（一九八八年）

『労使関係のルール 不当労働行為と労働委員会』『労働旬報

社』（一九九五年二月）

『職場における自立とプライヴァシー』日本評論社（一九九五

年一〇月）

『リストラ時代 雇用をめぐる法律問題』旬報社（一九九八年）

小宮文人・島田陽一との共著

『不当労働行為の行政救済法理』信山社（一九九八年）

『労働組合活用のルール』（二〇〇一年、旬報社）

『不当労働行為法理の基本構造』（北海道大学図書刊行会、

二〇〇二年）

『成果主義時代のワークルール』旬報社（二〇〇五年）

『労使関係法における誠実と公正』旬報社（二〇〇六年）一

一三二六頁

『職場はどうなる 労働契約法制の課題』（小宮文人・本久洋
一・紺屋博昭他）明石書店（二〇〇六年）

『一五歳のワークルール』旬報社（二〇〇七年）

『不当労働行為の成立要件』（二〇〇七年、信山社）

『変貌する労働時間法理《働くこと》を考える』（共著）
（二〇〇九年、法律文化社）

『ワークルールの基礎』（二〇〇九年、旬報社）

『労働組合の変貌と労使関係法』（二〇一〇年、信山社）

『パワハラにならない叱り方―人間関係のワークルール』

（二〇一〇年、旬報社）

【論文】

1 アメリカにおける「不当労働行為制度」の形成（一）（二）

『北大法学論集』二四巻二号

三号（一九七四年）

2 文献研究〈日本の労働法学〉不当労働行為の救済

『季刊労働法』九四号（一九七四年）

3 アメリカ法における団交拒否の救済

『日本労働協会雑誌』一八八号（一九七四年）

4 管理職への昇進と不当労働行為

『商学討究』二七巻三号

四号（一九七七年）

5 不当労働行為制度によって保護される「権利の性質」（二）（三）

『北大法学論集』二六巻三号
四号

二七巻二号（一九七七年）

6 企業情報の組合への開示義務

『季刊労働法』一〇七号（一九七八年）

7 不当労働行為の救済

労働法文献研究会『文献研究 労働法学』（一九七八年）

8 米国におけるバックペイ法理の展開（上）（下）

『判例タイムズ』三八〇号

三八二号（一九七九年）

9 誠実団交義務と自由取引

『学会誌労働法』五四号（一九七九年）

10 アメリカのレイオフ制度

『季刊労働法』一一三号

11 タフト・ハートレー法改正の動向

『学会誌労働法』五五号（一九八〇年）

- 12 争議行為による労働不提供と賃金カット
『商学討究』三二巻一号（一九八〇年）
- 13 誠実団交義務法理の形成
—ワグナー法制定までの経緯—
『北大法学論集』三二巻三号
四号（一九八一年）
- 14 労働条件の変更と誠実団交義務（上）（下）
「一方的変更（unilateral change）の禁止」法理について
『日本労働協会雑誌』二六七号
二六八号（一九八一年）
- 15 前提条件・妥結月払い方式
現代労働法講座八『不当労働行為二』（一九八二年）
組合脱退法理の再検討
- 16 『商学討究』三三巻一号（一九八二年）
原職復帰命令の法理論
—日米法理の比較—
- 17 『北大法学論集』三四巻二号（一九八三年）
カナダ（B・C州）における不当労働行為事件の処理
『日本労働協会雑誌』三〇三号（一九八四年）
アメリカ不当労働行為制度を支える法理
- 18 『北大法学論集』三八巻五号 六号
三九巻一号（一九八八年）
経営参加と不当労働行為—アメリカにおける不当労働行為
制度観の相克（上）（下）
- 19 外尾健一編『団結権侵害とその救済』有斐閣（一九八五年）
人事協議・同意条項をめぐる判例法理の展開（一）（二）
—昭和五〇年代の裁判例の検討—
『労働判例』四四七号
四四八号（一九八五年）
- 20 誠実団交義務の法理論
外尾健一編『不当労働行為の法理』有斐閣（一九八五年）
協約の地域的拡張適用制度の基本問題（上）（下）
『判例タイムズ』五七八号
五七九号（一九八六年）
- 21 労働組合の公正代表義務—新法理への模索—
『日本労働法学会誌』六九号（一九八七年）
バック・ペイ法理の再検討
- 22 『季刊労働法』一四八号（一九八八年）
組合申立の法構造—不当労働行為制度における組合と組合
員（一）（二）
- 23 『北大法学論集』三二巻一号（一九八二年）
原職復帰命令の法理論
—日米法理の比較—
- 24 『北大法学論集』三二巻一号（一九八二年）
原職復帰命令の法理論
—日米法理の比較—
- 25 『北大法学論集』三二巻一号（一九八二年）
原職復帰命令の法理論
—日米法理の比較—
- 26 『北大法学論集』三二巻一号（一九八二年）
原職復帰命令の法理論
—日米法理の比較—

- 『判例時報』 一三二五
- 一三二八（一九九〇年）
- 27 職場におけるプライバシーの保護（上）（中）（下）
- 『判例タイムズ』 七二一
- 七二一
- 七二三（一九九〇年）
- 28 ポスト・ノータイス命令の法理論（上）（下）
- 『中央労働時報』 八二一
- 八二三（一九九一年）
- 29 不当労働行為制度の現代的課題
- 『学会誌労働法』 七七号（一九九一年）
- 30 団体交渉権保障の法理（上）（下）
- ― 団交拒否紛争をめぐる判例法理の展開と問題点―
- 『労働法律旬報』 一二七三号
- 一二七四号（一九九一年）
- 31 労使自治と不当労働行為
- 『季刊労働法』 一六一号（一九九一年）
- 32 職場における労働者の自立―労働契約・業務命令権法理の再検討―
- 『季刊労働法』 一六五号（一九九二年）
- 33 共同研究・従業員代表制を考える（上）
- 日本労働研究機構 調査研究報告書一九九三 No.三八（一九九三年）
- 34 労働委員会命令の司法審査―取消訴訟法理の再検討（一）（二）
- 『法律時報』 六五卷一〇号 七二一 七七頁
- 一一号 八四一 八九頁
- 一二号 八五一 九二頁
- 六六卷 一号一〇五一 一一頁
- 二号 二四一 二七頁
- 三号 二〇一 二五頁
- 35 不利益取扱い禁止の法理
- 『日本労働研究雑誌』 No.四一一 一五一―二四頁（一九九四年五月）
- 36 業務命令権と労働者の自立
- 『法律時報』 六六卷九号（一九九四年七月）
- 37 「雇用終了法理を考える・突然の解雇はないよ（三の二）（三の二）」
- 『法学セミナー』 一九九五年一月号 九八一―一〇二頁
- 一二月号一〇〇一―一〇四頁

- 38 「職場における自立と協調性―協調性欠如を理由とする解雇の法理」
『季刊労働法』一七七号八六―九七頁（一九九五年）
- 39 「組合併存下における労働条件決定過程と団交権保障（上）（下）」
『法律時報』六八卷七号三二―四一頁
八号六五―六九頁（一九九六年）
- 40 「職場における人権保障法理の新たな展開」
『日本労働研究雑誌』四四一号二―一頁（一九九七年）
- 41 「一人組合の申立適格」
『労働法律旬報』一四〇一号二八―三三頁（一九九七年）
- 42 「不当労働行為救済法理の独自性（上）（下）」
『判例時報』一五八九号二―一三頁
一五九〇号一五―二六頁（一九九七年）
- 43 「管理職の組合結成・加入をめぐる法律問題」
『労働判例』七二〇号六―一七頁（一九九七年）
- 44 「労働組合員たることの保護法理」
『法律時報』七〇卷一〇号（一九九八年）四三―四九頁
『労働組合政策の回顧と労使関係政策の課題』
『日本労働研究雑誌』四六三号四〇頁―四九頁（一九九九年）
- 45 「労働組合政策の回顧と労使関係政策の課題」
『日本労働研究雑誌』四六三号四〇頁―四九頁（一九九九年）
- 46 「団結権保障システムの展開と課題」
北海道大学法学部ライブラリー『人権論の新展開』
二九〇―三三九頁（一九九九年）
- 47 「不当労働行為の成否判断基準」
『日本労働法学会誌』九四号一四七―一六四頁（一九九九年）
- 48 「救済命令の司法審査法理」
『季刊労働法』一八八号一四―二三頁（一九九九年）
- 49 「実感的労働委員会論（上）（下）」
『法律時報』七二卷四号四二―五三頁（二〇〇〇年）
七二卷五号八三―八七頁（二〇〇〇年）
- 50 「配転の不当労働行為性の判定視角」
『労働法律旬報』一四七八号（二〇〇〇年）三八―四八頁
- 51 「二一世紀の労働組合と団結権」二―一七頁
- 52 「団体交渉権の法的構造」六六―八四頁
- 53 「講座二一世紀の労働法八巻」有斐閣（二〇〇〇年）
『個別労使紛争の増加と処理システム』
- 54 『季刊労働法』一九五号（二〇〇一年）五六―六八頁
『早期退職優遇制度をめぐる法律問題』
『労働判例』七七七号（二〇〇一年）五一―一頁
- 55 「整理解雇過程論の試み」

- 56 『労働法律旬報』一五〇二号（二〇〇一年）五三一五九頁
「労使関係法の将来」
- 『日本労働法学会誌』九七号（二〇〇一年）一八七—
二〇三頁
- 57 「自分らしく働く——職場における自立法理の展開」
『法律時報』七三卷九号（二〇〇一年）二三—三〇頁
- 58 「不当労働行為法理の基本構造 上下」
『法律時報』七三卷一号（二〇〇一年）六三—七二頁
七三卷一、二号（二〇〇一年）
- 59 「労働過程におけるミスを理由とする使用者からの損害賠償法理」
『労働判例』八二七号（二〇〇二年）六一—四頁
「職場におけるプライバシー権」
下井隆史先生古稀記念『新時代の労働契約法理論』
（二〇〇三年、信山社）二五九—二九六頁
- 61 「公務員労働団体の代表法理——公務員の労働条件決定システムを支える法理」
『日本労働法学会誌』一〇一号（二〇〇三年）三九—五五頁
- 62 「労働協約による労働条件の不利益変更と公正代表義務
- 判例法理の検討と公正代表義務法理の再構築——（一）（二）
（三）（四）」
『労働判例』八五一号五—四頁（二〇〇三年）
八五三—五五一頁
八五五—五六一頁
八五七—五一一頁
- 63 「組合申立による個人利益の救済」
『労働法律旬報』一五六三号（二〇〇三年）四—一頁
- 64 「集团的労使紛争処理システムからみた不当労働行為制度の見直し」
『季刊労働法』二〇五号（二〇〇四年）九七—一一八頁
- 65 「労組法改正と労働委員会システムの見直し」
『日本労働法学会誌』一〇四号（二〇〇四年）一〇二—
一二三頁
- 66 「団交権保障と団交拒否紛争の処理」
『労働法律旬報』一五六六号（二〇〇四年）二六—三三頁
- 67 「団交権保障の意義と重畳的使用者概念——大阪証券取引所事件・東京地判の検討」
『労働法律旬報』一五八七号（二〇〇四年）四—一一頁
- 68 「権利主張の基盤整備法理」

- 『季刊労働法』二〇七号（二〇〇四年）一二八―一六五頁
- 69 「不当労働行為審査はどうなるか ―二〇〇四年労組法改正のめざしたもの」
『労働法律旬報』一五九―九二二号（二〇〇五年）六八―七四頁
- 70 The Labor Relations Commission as an Organization to Resolve Collective Labor Disputes Japan Labor Review vol.3 No.1 2006 pp.32-50
- 71 「労働法教育の課題」
『日本労働法学会誌』一〇七号（二〇〇六年）一五三―一六二頁
- 72 「条文解説 労基法九三条」
金子政史・西谷敏『基本法コメンタール 労働基準法五版』（二〇〇六年・日本評論社）三六四―三七三頁
- 73 「競業禁止義務制約の法理」
『知的財産法政策学研究』一一号（二〇〇六年）二〇五―二三〇頁
- 74 「渡島信金会員代表訴訟事件と理事の善管注意義務・忠実義務」
『季刊 企業と法創造』二巻二・三合併号（二〇〇六年）三二―四七頁
- 75 「労働契約法制と労働組合 ―どうなる労使自治」
『労働法律旬報』一六三〇号（二〇〇六年）四―二二頁
- 76 「揺れ動く『労使委員会』構想」
『民商法雑誌』一三四卷六号（二〇〇六年）一―二三頁
- 77 「親会社の団交応諾義務」
『季刊労働法』二一六号（二〇〇七年）一六五―一七八頁
- 78 「労働法判例総合解説三九 不当労働行為の成立要件」
信山社（二〇〇七年）一―二〇頁
- 79 「成果主義人事制度導入の法的问题（一）（二）（三）」
『労働判例』九三八号五―一三頁
『労働判例』九三九号五―一一頁
『労働判例』九四〇号五―一〇頁（二〇〇七年）
- 80 「最低賃金額決定手続と最低賃金法の改正」
『季刊労働法』二一八号（二〇〇七年）一一九―一二七頁
- 81 「競業禁止義務制約の法理」
田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』（二〇〇八年、有斐閣）三二―三三六頁
- 82 「労働条件の不利益変更をめぐる紛争化・公共化の諸相」
『法社会学』六八号（二〇〇八年）一六〇―一六八頁

83 「公務員労働法における団交・協約法制」

『季刊 労働法』二二二号（二〇〇八年）七八―八七頁

84 「解体が見直しか ―労働組合法の行方（一）（二）（三）」

『季刊労働法』二二二号―二二二―一三五頁

二二二号―二二七―一四五頁

二二三号（二〇〇八年）九三―一二二頁

85 「企業組織再編と労使関係法」

早稲田大学二二世紀COE叢書・企業社会の変容と法創造

六卷

『労働と環境』（〇八年、日本評論社）一〇二―一二二頁

86 「確認的救済命令の適否」

『中央労働時報』一〇九四号（二〇〇八年）九―一四頁

87 「組合申立の法理 ―労働委員会手続における組合員と組

合」

『中央労働時報』一〇九八号（二〇〇九年）二―一七頁

88 「団結権侵害を理由とする損害賠償法理（一）（二）」

『季刊労働法』二二六号（二〇〇九年）一四―一五七頁

二二七号（二〇〇九年）一一―一三〇頁

89 「日本の不当労働行為制度を支える法理」

『韓国労働法ジャーナル』三二二号（〇九年）五八九―

六一六頁

90 不況日本の経済社会と法律問題「雇用と法」

『法学セミナー』二〇一〇年六月号（二〇一〇年）一四―

一七頁

【判例解説】

1 和高教組事件 地公法三七条一項の違憲性

『判例評論』一七九号（一九七四年）

共同執筆

2 *Cott v. Ash* 会社選挙資金支出の違法性

『アメリカ法』一九七六―二（一九七六年）

3 日本メール・オーダー事件 併存組合下の賃金差別

『ジュリスト』六一五号（一九七六年）

4 油研工業事件 社外工の使用権

『民商法雑誌』七六卷二号（一九七七年）

5 第二鳩タクシー事件 バック・ペイと中間収入

『判例評論』二二二号（一九七七年）

6 日産自動車事件 併存組合下の残業差別

『労働判例』二九三号（一九七八年）

7 三菱重工業事件 協約失効と便宜供与

- 8 『判例評論』二五三号（一九八〇年）
Teamsters v. U.S. 公民権法と先任権制度
『アメリカ法』一九七九—二（一九八〇年）
- 9 旭ダイヤモンド工業事件 共同交渉拒否の不当労働行為性
『季刊労働法』一一六号（一九八〇年）
- 10 日本IBM事件 特定職位への昇進命令
『ジュリスト』七二〇号（一九八〇年）
- 11 日産自動車事件 組合事務所貸与の組合間差別
『労働判例』三五三号（一九八一年）
- 12 北辰電機製作所事件 集団的賃金差別事件における「立証」方法
- 13 『季刊労働法』一二三号（一九八二年）
学習研究社事件 緊急命令の必要性
『判例評論』二八九号（一九八三年）
- 14 全日本検数協会大阪支部事件 組合欠勤と賃金カット
『季刊労働法』一二七号（一九八三年）
- 15 西日本重機事件 争議を理由とする一時金カット
『労働判例』四一〇号（一九八三年）
帯広市職労事件 混合組合の協約締結検
『学会誌労働法』六三号（一九八四年）
- 16
- 17 日本メール・オーダー事件 前提条件の諾否に由来する差別
『労働判例』四三一号（一九八四年）
- 18 新宿郵便局事件 救済の必要性なしとの理由による棄却
『判例評論』三〇七号（一九八四年）
- 19 布施自動車教習所事件 事前協議条項の効力等
（大阪高判五九・三・三〇）『判例評論』三二二号（一九八五年）
- 20 明光写真製作所事件 不利益取扱い事件における組合の被救済利益
（東京地判六〇・五・二七）『判例評論』三二三号（一九八六年）
- 21 北海道釧路病院事件 混合組合の法的地位
（札幌高判昭五六・九・二九）『公務員判例再選』（一九八六年）
- 22 済生会中央病院事件 病院の被申立人適格
（最一小判昭六〇・七・一九）『学会誌六七号』（一九八六年）
- 23 旭ダイヤモンド工業事件 組合固有の救済利益
（最一小判昭六一・六・一〇）『労働法律旬報一一五一号』（一九八六年）
- 24 日立製作所事件 残業命令拒否を理由の懲戒解雇
（東京高判昭六一・三・二七）『判例評論』三三二号（一九八六年）

- 25 ネットスル事件 緊急
(東京地決昭六一・二・二一)『判例評論』三四〇号(一九八七年)
- 26 あけぼのタクシー事件 バックベイからの中間収入控除
(最一小判昭六一・四・二)『判例評論』三四八号(一九八八年)
- 27 日産自動車事件 事務所等貸与の組合間差別
(最一小判昭六一・五・八)『学会誌』七十一号(一九八八年)
- 28 兵庫県教委事件 団交拒否を理由とする地位確認請求
(神戸地判昭六三・二・一九)『判例評論』三六四号(一九八九
年)
- 29 三菱電機事件 解雇後長期間経てからの団交要求
(東京地判昭六三・一一・二二)『判例評論』三七〇号
(一九八九年)
- 30 済生会中央病院事件 チェックオフの中止と不当労働行為
(最一小判平一・一二・一一)『ジュリスト』九五三号
(一九九〇年)
- 31 亮正会高津中央病院事件 ポスト・ノータイス命令
(最一小判平二・三・六)『民商法雑誌』一〇三卷二号
(一九九〇年)
- 32 社会保険診療報酬支払基金事件 女子の昇格差別
- 33 (東京地判平二・七・四)『判例評論』三八五号(一九九一年)
朝日放送事件 重畳的使用者概念
(東京高判平四・九・一六)『労働旬報社』一三一一号
(一九九三年)
- 34 J R 東日本事件 出向先における情宣活動の正当性
(東京高判平五・二・一〇)『ジュリスト』一〇二六号
(一九九三年)
- 35 ヒノヤタクシー事件 救済命令取消訴訟の提起と訴権の濫
用
(盛岡地判平五・一一・五)『法律時報』六七卷四号九九一
一〇二頁(一九九五年)
- 36 山陽物産事件 男女賃金格差の合理性
(東京地判平六・六・一六)『判例評論』四三四号二三五一
二三八頁(一九九五年)
- 37 ネスレ日本事件 チェックオフ分の申立組合への支払い命
令
(最一小判平七・二・二三)『民商法雑誌』一一四一
一二四一―一三七頁(一九九六年)
- 38 高知県観光事件 差し違え条件と残業差別
(最一小判平七・四・一四)『ジュリスト』一〇九一号

- (一九九六年) 一九八一—二〇〇頁
『法律時報』六八卷一〇号(一九九六年) 一〇〇—一〇三頁
- 39 オリエンタルモーター事件 組合集会・組合加入調査
(最二小判平七・九・八)『判例評論』四五〇号(一九九六年)
一二八一—一二三二頁
- 40 山口観光事件 解雇後判明した懲戒事由
(最一小判平八・九・二六)『労働法律旬報』一四〇五号四六
一五一頁(一九九七年)
- 41 朝日自動車労組事件 協約の不利益変更と内部問題
(大阪地判平九・二・二四)『法律時報』七〇卷六号一二五一
一二八頁(一九九八年)
- 42 J R採用差別事件 J Rの使用者性
(東京地判平一〇・五・二八)『判例評論』四八二号二二一
一二七頁(一九九九年)
- 43 日本貨物鉄道事件 証人出頭時の差別と不当労働行為
(大阪地判平一〇・一〇・二二六)『労判』七六七号七一—二三
頁(一九九九年)
- 44 日産自動車事件 併存組合下での使用者の中立保持義務
(最三小判昭六〇・四・二三)産労総合研究所編『人事・
労務の法律相談』
三三三—三三八頁(二〇〇一年)
- 45 大和銀行事件 早期退職優遇制度適用についての使用者の
承諾義務
(大阪地判平一二・五・一一)『法律時報』七三卷一〇四—
一〇七頁(二〇〇一年)
- 46 都南自動車教習所事件 様式を欠く労使間合意の効力
(最三小判平一三・三・一一)『判例評論』五一五号一八九
一九二頁(二〇〇二年)
- 47 大阪教育合同労組事件 混合組合の不当労働行為救済申立
適格
(大阪高判平一四・一・一一)『法律時報』七四卷一二二—
一二五頁(二〇〇二年)
- 48 ネスレ日本事件 救済命令の限界
(最一小判平七・二・二三)『労働判例百選(七版)』(二〇〇二年)
- 49 日本IBM事件 賃金制度の不開示と誠実交渉義務
(東京地判平一四・二・二七)『法律時報』七五卷九号
一〇二—一〇五頁(二〇〇三年)
- 50 J R北海道事件 J R発足時の採用差別
(最一小判平一五・二・二二)『法律時報』七六卷三号

- 一三三頁（二〇〇四年）『法学セミナー』五九二号一二二頁（二〇〇四年）
- 『ジュリスト』平成一五年度重要判例解説』一二六九号
二二〇一—二二三頁（二〇〇四年）
- 51 J R 東日本等事件 申立人とならなかった組合員の訴訟参加の許否
（最一小決平一四・九・二二六）『法律時報』七六卷五号九九
一〇二頁（二〇〇四年）
- 52 フジ興産事件 周知を欠く就業規則の効力
（最一小判平一五・一〇・一〇）『法学セミナー』五九五号
一二五頁（二〇〇四年）
- 53 東朋学園事件 産後休業等に基づく欠勤を理由とする賞与不支給
（最一小判平一五・一二・四）『法学セミナー』五九八号
一二二頁（二〇〇四年）
- 54 大阪証券取引所事件 証券会社従業員との関係における取引所の使用者性
（東京地判平一六・五・一七）『法学セミナー』六〇一号
一二五頁（二〇〇五年）
- 55 京都市交通局事件 支配介入事件に対する個人申立の適否
- （最一小判平一六・七・一二）『法学セミナー』六〇四号
一四九頁（二〇〇五年）
- 56 『民商法雑誌』一三一巻六号九三〇—九三四頁（二〇〇五年）
東芝労働組合事件 二重組合所属の合意と脱退の許否
（東京高判平一六・七・一五）『法学セミナー』六〇七号
一二五頁（二〇〇五年）
- 57 近畿コカコーラボトリング事件 不更新条項に基づく雇止め
（大阪地判平一七・一・一三）『法学セミナー』六一〇号
一三〇頁（二〇〇五年）
- 58 日本アイ・ビー・エム事件 スタッフ専門職の組合員資格の否認と不当労働行為
『法学セミナー』六一三号一二五頁（二〇〇六年）
- 59 アートネーチャー事件 競業禁止義務違反を理由とする損害賠償
（東京地判平一七・一二・二三）『法学セミナー』六一六号
一二四頁（二〇〇六年）
- 60 日本郵便通送事件 労働協約の改訂と公正代表義務
『法学セミナー』六一九号一二二頁（二〇〇六年）
- 61 安威川生コン工業事件 ロックアウトの正当性

- 62 『法学セミナー』 六二二号一二三頁（二〇〇六年）
豊国工業事件 社会保険加入義務
- 63 『法学セミナー』 六二五号一一四頁（二〇〇六年）
J R 東海事件 中間管理職の反組合的行為の使用への帰責
- 64 『法学セミナー』 六二八号一二〇頁（二〇〇七年）
『法律時報』 七九卷一一号一〇九一一二頁（二〇〇七年）
根岸病院事件 取消訴訟と行政事件訴訟法二二条の参加
『判例評論』 五七八号二〇二一二七頁（二〇〇七年）
- 65 ノイズ研究所事件・東京高判 就業規則による成果主義賃金制度の導入
- 66 『法学セミナー』 六三一号一二三頁（二〇〇七年）
自治労・公共サービス清掃労組他事件・東京地判 ピケティンゲ
- 67 『法学セミナー』 六三四号一一六頁（二〇〇七年）
東京バス事件・神奈川厚生農業協同組合連合会 チェックオフ
- 68 『労働法律旬報』 一六五八号三七一四三頁（二〇〇七年）
東京海上日動火災保険事件・東京地判 配転命令
『法学セミナー』 六三八号一二八頁（二〇〇八年）
- 69 松下PDP事件・大阪地判 偽装請負と雇用契約関係
『法学セミナー』 六四一号一二五頁（二〇〇八年）
『法律時報』 八〇巻六号一二四一一七頁（二〇〇八年）
- 70 根岸病院事件・東京高判 非組合員の労働条件が義務的交渉事項か
- 71 『法学セミナー』 六四四号一三七頁（二〇〇八年）『判例評論』 五九四号一八九一九三頁（二〇〇八年）
関西大学事件・大阪地判 保護者への対応を理由とする停職処分
- 72 『法学セミナー』 六四七号一三〇頁（二〇〇八年）
新国立劇場事件・東京地判 労働組合法上の使用者
- 73 『法学セミナー』 六五〇号一二九頁（二〇〇九年）
『労働法律旬報』 六八七・六八八号五七・六五頁（二〇〇九年）
J R 北海道事件・東京地判 配転の不当労働行為性
『季刊労働法』 一二四号二三六一二四六頁（二〇〇九年）
- 74 『法学セミナー』 六五三号一二五頁（二〇〇九年）
野村総合研究所事件・東京地判 就業規則の不利益変更の争い方
- 75 『法学セミナー』 六五六号一四一頁（二〇〇九年）
ネスレ日本島田工場事件・東京地判 団交命令の拘束力

『法学セミナー』 六五九号 一二九頁 (二〇〇九年)

『速報判例解説』 六卷 二二七―二四〇頁 (二〇一〇年)

76 日本メーロオーダー事件・東京地判 職務給制度の隠蔽

『法学セミナー』 六六二号 一三三頁 (二〇一〇年)

77 全日通労組事件・大阪高判 役員立候補ビラ削除

『法律時報』 八二卷 一一号 一五二―一五五頁 (二〇一〇年)

『速報判例解説』 七卷 二二九―二三三頁 (二〇一〇年)

法学セミナー〈最新判例演習室〉

一九八九年五月号以降

食堂の使用制限と不当労働行為

(最三小判 昭六三・七・一九) 五月号 一二七頁

協約による労働条件の切り下げと公正代表義務

(神戸地裁姫路支部 昭六三・七・一八) 六月号 一一二頁

休職期間満了を理由とする退職扱いの不当労働行為性

(最一小判 昭六三・九・八) 七月号 一三二頁

長期年休と使用者の時季変更権

(東京高判 昭六三・一二・一九) 八月号 一〇五頁

揭示板貸与の組合間差別と不当労働行為

(最一小判 平一・一・一九) 九月号 一二五頁

割増賃金の算定基礎となる諸手当

(最一小判 昭六三・七・一四) 一〇月号 一二三頁

解雇延長期間経てからの団交申し入れと拒否の正当性

(東京地判 昭六三・一二・二二) 一一月号 一三二頁

使用者の損害賠償債務の履行と労災保険法上の請求権の代位

(最一小判 平一・四・二七) 一二月号 一〇三頁

一九九〇年一月号以降

協約失効時における退職金額の決定

(最一小判 平一・九・二七) 一月号 一〇五頁

雇用調整を目的とする出向命令と整理解雇法理

(大阪地決 平一・六・二七) 二月号 一二二頁

協約の一部のみの解約の可否

(大阪地判 平一・一・三〇) 三月号 一一五頁

チェック・オフの中止と不当労働行為の成否

(最二小判 平一・一二・二一)

労基法、労組法上の権利行使と欠勤評価の適否

(最一小判 平一・一二・二四) 五月号 一三五頁

降職処分と懲戒権の限界

(高松地判 平一・五・二五) 六月号 一三七頁

併存組合下のユニオン・シヨップ協定の効力

(最一小判 平一・二二・一四) 七月号一二七頁

労働組合の加入承認義務

(横浜地判 平一・九二・二六) 八月号一二三頁

労基法上の労働時間の意義

(長崎地判 平一・二一・一〇) 九月号一二九頁

ポスト・ノータイス命令と労働委員会の裁量

(最一小判 平二・三三・一六) 一〇月号一二三頁

パートタイマーに対する整理解雇法理の適用

(大阪地決 平二・二二・一〇)

書面交渉の固執と誠実団交義務

(東京地判 平二・四・一一) 一二月号一二九頁

一九九一年一月号以降

適正判断のための期間設定の意義

(最一小判 平二・六・一五) 一月号一三一頁

人事院勧告の完全実施を求める争議行為の適否

(東京地判 平一・一〇・三二) 二月号一二二頁

女子の昇格差別に対する法的救済のあり方

(東京地判 平二・七・四) 三月号一二三頁

協約解約後の就業規則による労働条件の変更

(東京地判 平二・一〇・二九) 四月号一二九頁

不倫行為を理由とする長期自宅待機命令の効力

(静岡地判 平二・三・三三) 五月号一二九頁

協定書の作成拒否と誠実団交義務

(大阪地判 平二・一〇・二六) 六月号一三七頁

労働契約の合意解約の成否

(神戸地姫路支判 平二・九・一七) 七月号一二二頁

降格「処分」の法的性質と限界

(神戸地判 平三・三・一四) 八月号一二九頁

組合の内部紛争に対する司法審査の適否・範囲

(浦和地決 平二・七・二六) 九月号一四五頁

不当労働行為性
組合活動のためになされた職場離脱を理由とする仕事差別の

(最一小判 平三・二・二二) 一〇月号一二九頁

課長への不昇格措置の不当労働行為性と救済命令のあり方

(秋田地判 平二・一二・七) 十一月号一四七頁

退職金不支給規定の効力

(名古屋高判 平二・八・三二) 十二月号一三三頁

林 靖教授の経歴と業績

山 本 哲 生

林靖教授は、平成二三年三月三日をもって、北海道大学大学院法学研究科の定年を迎えられる。林教授は、昭和四五年三月に北海道大学法学部を卒業後、北海道大学大学院法学研究科に進学し、同大学院法学研究科修士課程を修了した後の昭和四八年四月に、北海道大学法学部助手に採用され、昭和五二年一〇月に北海道大学法学部助教授に、昭和六一年二月に北海道大学法学部教授に、それぞれ昇任し、平成二二年四月に北海道大学の組織替えにともなって、北海道大学大学院法学研究科教授となられた。

この間、法学部・法学研究科及び全学の各種委員を務められ、その運営に力を尽くされた。

法学部の教育においては、商法Ⅰ～Ⅲの講義（商法総則・商

行為法、会社法、手形法・小切手法）、特殊講義（保険法、海商法）及び商法演習を担当し、法学部の学生を指導された。法学研究科の教育においては、講義及び演習を担当し、研究者及び法律実務家を志望する大学院生を指導し、平成一六年度の法科大学院（北海道大学大学院法学研究科法律実務専攻）の開設後には、法学未修者を対象とする商法Ⅰ～Ⅲの授業及び法学既修者等を対象とする商事法事例問題研究Ⅰ～Ⅲの授業を担当し、法科大学院生を指導された。

法学部・法学研究科の教育の一環として、法曹を志望する法学部の学生及び法科大学院生の課外活動を支援し、旧司法試験を受験する法学部学生が組織する「北法会」の顧問及び新司法試験を受験する法科大学院生が組織する「七法会」の顧問を長

く務められたほか、北法会及び七法会が企画する答案練習会等において学生を積極的に指導し、新旧両司法試験における北大の合格者数の増加に寄与貢献された。

学会活動では、日本私法学会の理事（平成一二年九月まで）として、同学会の運営に参加された。

林教授の研究の特徴は、法律上の根拠を精緻化、明確化し、うえでのバランスのとれた法解釈の展開にあるということができよう。法律解釈にあたり法体系と整合的な基礎付けをすることは法律解釈における重要な要素の一つであるが、林教授の研究は、この点の精緻性、明確性において抜きん出ていると評することができる。民法、商法等の私法一般に対する幅広く、深い理解に基づいて、具体的な法解釈が法体系上どのように導き出されるかという基礎づけにつき、従来の解釈の法体系と整合していない点、理論的な基礎付けが不十分である点を的確に指摘しながら、法律上の根拠を明快に示されている。

研究対象としては、商法学全般の研究に努力されたが、とりわけ手形・小切手等の有価証券に関する研究に、強い関心をもたれた。修士論文では、手形の善意取得の成立範囲について研究し、助手論文では、手形債務者が善意の手形取得者に対抗することができない抗弁について研究された。前者は手形法第

一六条第二項の適用範囲いかんの問題であり、後者は手形法第一七条の適用範囲いかんの問題である。これらの問題は、従来から多数の判例・学説が蓄積されてきた問題であり、手形法・小切手法学上の難問の一つである。林教授は、これらの問題の解決を志し、上記の規定の立法の沿革に遡り、我が国の学説に多大な影響を及ぼしてきたドイツの判例・学説を詳細に検討し、その解決のために必要な基礎的な研究を発表された。

善意取得の成立範囲については、譲渡人が無権利の場合にのみ善意取得が認められるのか、同一性の欠缺、意思表示の瑕疵などの手形取得行為に瑕疵がある場合にも善意取得が認められるのかという問題につき、まず、善意取得を譲渡人の形式的資格に対する取得者の信頼保護の制度ととらえるのであれば、前者の結論になるが、取得者の形式的資格に対する信頼を保護する、すなわち自己が権利者であることを信じて裏書を連続する手形を所持する者を保護する制度であるのととらえるのであれば、後者の結論をとることも可能であることを示し、後者の解釈はドイツ普通法学における「通常取得時効」における善意の定義に起源があると推測されることを指摘される。その上で、前者の解釈は、民法の能力、代理、意思表示に関する規定の存在を考慮したものである点、民法の即時取得と同一の理論的根

扱によって基礎づけることができる点、手形の流通安全との関係でも問題が生じるとは評価できない点から、前者の解釈を支持される。この研究は、従来、後者の解釈はその理論的な考え方が必ずしも明らかではなかったところ、ドイツ法の詳細な検討から、その理論的背景を明らかにした点で、議論を大きく深化させたものであり、かつ、結論としては前者の解釈が適切であるとし、的確な法解釈を示している。

次に、抗弁に関する研究としては、償還により受戻を受けた裏書人に対してどのような抗弁を対抗できるかという観点から検討したものである。まず、前提として、受戻した裏書人が手形上の権利を取得することの法律上の根拠は弁済による代位（民五〇一条）に求めることができるのであり、裏書人は所持人が有していた権利を承継取得することを基礎づけることができることを示される。次に、手形法第一七条のいわゆる抗弁の切断の意義につき、裏書の性質が債権譲渡であるという性質から、抗弁が切断されて完全な権利になるという解釈は理論上当然ではなく、抗弁の切断とは善意者に対する抗弁の対抗を制限したものにすぎないと理解すれば足りることを指摘される。さらに、従来の学説が、受戻した裏書人に対する抗弁の対抗の問題につき、すべての種類の抗弁を一括して論じていたところ、

裏書人が権利者であることを前提としてその者の請求を拒むことができるという抗弁、無権利の抗弁、手形債務の存在に関する抗弁に分け、それぞれの抗弁の理論的な位置づけは異なるのであるから、それに応じて別個に対抗の問題を検討すべきことを指摘される。この最後の抗弁の性質に応じて、個別に対抗の問題を検討することはドイツ学説においても、十分になされていなかったことであり、有価証券法学の進展に大きく寄与したものである。

このほかに、多数の論文・判例評釈・解説等において、手形法・小切手法に関する重要な問題、例えば、被裏書人欄の抹消の効果、手形外の支払猶予の合意が手形の時効の起算点に及ぼす影響、手形偽造の場合の法律関係、利得償還請求権の成立要件等の問題を研究された。

会社法に関する研究として、株主総会の条件付決議の効力に関する解説、合資会社に関する旧商法の規定の注釈のほかに、株券喪失登録制度に関する注釈を公表しているが、これも有価証券法に対する関心の延長上にある研究であると評価される。

商法総則及び商行為法に関する研究としては、商号に関する判例評釈・解説等があるが、とりわけ保険法の研究にも関心を示し、ドイツ保険法の泰斗であるエーレンベルクの「私保険法」

多くの業績をあげられた。本研究科の退職後も、商法学の教育・研究にますます活躍されることを祈念するしだいである。

林 靖教授の経歴

の翻訳を試みられた。また、たとえば、一部保険における請求権代位の範囲についての研究では、一部保険の場合には保険者と被保険者に危険が分配されるという一部保険の理論としては相対説が妥当であり、また、一部弁済による代位が認められている（民五〇二条）ことも相対説の根拠となることを示された上で、保険者は保険料という対価を得て被保険者の損害をてん補する義務を負っているという保険契約における衡平の問題としては、被保険者の損害の回復を優先的に扱う差額説が妥当であるとされ、商法六六二条第二項の類推適用という解釈を支持される。この研究では、問題の理論的位相を的確に把握したうえで、衡平な解決のあり方を示し、最終的には類推の基礎があることを巧みに示すことで法律上の根拠も備わっていることを示すという優れた法律解釈論が示されている。

保険法に関する研究としては、このほかに、倉庫営業者と寄託者との間の免責特約が保険者に及ぼす影響、保険料の不払いを理由とする保険者による保険契約の解除の効力、自動車保険における他車運転危険担保特約についての研究がある。

以上のとおり、林教授は、北海道大学助教教授に昇任されて以来三四年間に亘り、法学部・法学研究科の教育において、熱心に学生を指導し、研究においては、顕著な学術的意義を有する

昭和二年一〇月 北海道三笠市に生まれる。

昭和四五年 三月 北海道大学法学部法律学科卒業

昭和四八年 三月 北海道大学大学院法学研究科修士課程修了

昭和四八年 四月 北海道大学法学部助手

昭和五年一〇月 北海道大学法学部助教

昭和六一年 二月 北海道大学法学部教授

平成一〇年一〇月 日本私法学会理事（平成一二年九月まで）

平成一二年 四月 北海道大学大学院法学研究科教授

平成一二年 四月 北海道大学法学部教授（併任）

平成一五年 四月 北海道大学大学院法学研究科附属高等法政

教育研究センター教授

（平成一六年三月まで）

平成一六年 四月 北海道大学大学院法学研究科教授

林 靖教授の業績

【著書】

一九八九（平成元）年

「商法（三）手形・小切手」（有斐閣）（大塚龍児・福瀧博之氏と共著）

一九九八（平成一〇）年

「商法（三）手形・小切手（第二版）」（有斐閣）（大塚龍児・福瀧博之氏と共著）

二〇〇五（平成一七）年

「商法（三）手形・小切手（第二版補訂版）」（有斐閣）（大塚龍児・福瀧博之氏と共著）

二〇〇六（平成一八）年

「商法（三）手形・小切手（第三版）」（有斐閣）（大塚龍児・福瀧博之氏と共著）

二〇一〇（平成二二）年

「商法（三）手形・小切手（第三版 補訂）」（有斐閣）（大塚龍児・福瀧博之氏と共著）

【論説】

一九七一（昭和四六）年

「西ドイツ民法判例——一九六八年度——」（川井健・小林資郎・池田糸男・三浦潤氏と共著）北大法学論集二二卷二号

一九七四（昭和四九）年

「手形法一六条二項にいわゆる「善意」について（一）」北大法学論集二四卷四号

一九七四（昭和四九）年

「手形法一六条二項にいわゆる「善意」について（二）」北大法学論集二五卷二号

一九七五（昭和五〇）年

「ウルマー「統一手形法における抗弁切断」（紹介）」北大法学論集二六卷二号

一九七九（昭和五四）年

「最近西ドイツの手形抗弁論の一側面」私法四一号

一九八一年（昭和五六）年

「期限後裏書と手形抗弁」北大法学論集三一巻三・四号

一九八四（昭和五九）年

「手形の偽造・変造」鴻常夫・河本一郎・北沢正啓・戸田修三【編】
演習商法（手形小切手）（青林書院新社）

「手形の善意取得」鴻常夫・河本一郎・北沢正啓・戸田修三【編】
演習商法（手形小切手）（青林書院新社）

一九八五（昭和六〇）年

「手形の再取得と人的抗弁」北大法学論集三六巻一・二号

「商法一五〇条～一五二条、一五六条、一五九条～一六一条

の注釈」上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫【編】新版注釈会社法
第一巻（有斐閣）

「善意取得」竹内昭夫・龍田節【編】現代企業法講座第五巻（東
京大学出版会）

一九九一年（平成三）年

「利得償還請求権と手形上の権利」法学教室一三〇号

一九九三年（平成五）年

「手形保証と共同振出」北沢正啓・浜田道代【編】商法の争
点Ⅱ（有斐閣）

一九九四年（平成六）年

「演習」法学教室一六三号

「演習」法学教室一六四号

「演習」法学教室一六五号

「演習」法学教室一六六号

「演習」法学教室一六七号

「演習」法学教室一六八号

「演習」法学教室一六九号

「演習」法学教室一七〇号

「演習」法学教室一七一号

一九九五（平成七）年

「演習」法学教室一七二号

「演習」法学教室一七三号

「演習」法学教室一七四号

「利得償還請求権と手形上の権利」竹内昭夫【編】特別講義
商法Ⅱ（有斐閣）

「問屋の破産と委託者の取戻権」法学教室一七八号

一九九七（平成九）年

「手形法一六条の注釈」平出慶道・神崎克郎・村重慶一【編】
手形・小切手法（注解法律学全集二五）（青林書院新社）

「手形法三〇条～三二条の注釈」平出慶道・神崎克郎・村重
慶一【編】手形・小切手法（注解法律学全集二五）（青林書
院新社）

「手形行為の無因性」法学教室二〇四号

一九九八（平成一〇）年

「他車運転危険担保特約の検討」岩原紳作【編】商事法の展
望（竹内昭夫先生追悼論文集）（商事法務研究会）

一九九九（平成一一）年

「二部保険における請求権代位の範囲」瀬川信久【編】北海
道大学法学部ライブラリー2・私法学の再構築（北海道大学
図書刊行会）

二〇〇四（平成一六）年

「手形債権の一部譲渡（一）」北大法学論集五五卷二号

二〇一〇（平成二二）年

「会社法二二一条～二三五条の注釈」奥島孝康・落合誠一・浜田道代【編】新基本法コンメンタール会社法三（日本評論社）

【判例研究等】

一九七五（昭和五〇）年

「悪意の民事保証人が割引手形を買戻した場合と人的抗弁の切断」ジュリスト五八八号

一九七六（昭和五一）年

「他人による自己の商号使用を知って放置した場合と名板貸の責任」ジュリスト六〇六号

一九七九（昭和五四）年

「授権株式数増加の条件付決議」矢沢惇・鴻常夫【編】会社判例百選（第三版）

一九八〇（昭和五五）年

「倉庫営業者と寄託者との間の免責特約の効力」鴻常夫・竹内昭夫【編】損害保険判例百選

一九八一（昭和五六）年

「手形金額に錯誤がある裏書」鴻常夫・竹内昭夫【編】手形小切手判例百選（第三版）

「悪意の抗弁と重過失」鴻常夫・竹内昭夫【編】手形小切手判例百選（第三版）

「手形偽造者の手形上の責任と悪意の取得者」法学教室六号

「約束手形の所持人と裏書人との間において満期前になされた支払猶予の特約と所持人の裏書人に対する手形上の請求権の消滅時効の起算点」判例時報九八九号（判例評論二六五号）

一九八三（昭和五八）年

「授権株式数増加の条件付決議」鴻常夫・竹内昭夫【編】会社判例百選（第四版）

一九八四（昭和五九）年

「振出日の記載のない確定日払手形の効力」民商法雑誌八九卷五号

一九九二（平成四）年

「授權株式数増加の条件付決議」鴻常夫・竹内昭夫・江頭憲治郎【編】会社判例百選（第五版）

一九九四（平成六）年

「商号単一原則」鴻常夫・竹内昭夫・江頭憲治郎【編】商法（総則・商行為）判例百選（第三版）

一九九七（平成九）年

「手形金額に錯誤がある裏書」鴻常夫・江頭憲治郎・岩原紳作・山下友信【編】手形小切手判例百選（第五版）

一九九八（平成一〇）年

「授權株式数増加の条件付決議」鴻常夫・落合誠一・江頭憲治郎・岩原紳作【編】会社判例百選（第六版）

二〇〇一（平成一三）年

「類似商号」江頭憲治郎・山下友信【編】商法（総則・商行為）判例百選（第四版）

一九八五（昭和六〇）年

「商号単一原則」鴻常夫・竹内昭夫・江頭憲治郎【編】商法（総則・商行為）判例百選（第二版）

一九八七（昭和六二）年

「手形の被裏書人の記載の抹消と裏書の効力」判例時報一二三二一号（判例評論三四一号）

一九九〇（平成二）年

「手形金額に錯誤がある裏書」鴻常夫・竹内昭夫・江頭憲治郎【編】手形小切手判例百選（第四版）

二〇〇二（平成一四）年

「1 場屋営業者の不法行為責任に、寄託に際してその種類及び価額の明告のない高価品の滅失または毀損により生じた損害賠償責任を免れしめた商法五九五条の類推適用がある

2 ホテルの従業員が、重過失により、客から運搬を依頼された高価品の在中するバッグを紛失した事案について、場屋営業者の不法行為責任についても、商法五九五条と同趣旨のホテル宿泊約款の定める責任制限特則の適用があるとされた事例」判例時報一七七九号（判例評論五二〇号）

二〇〇四（平成一六）年

「坂道に止めた自動車動き出して付近の他車に衝突し、その側にいた人を負傷させた事故について、「運転中の」事故に当たらないとして他車運転危険担保特約の適用が認められなかった事例」判例時報一八三七号（判例評論五三九号）

「交通事故の被害者が、加害車両の運転者との間で他の自動車につき自動車総合保険契約を締結していた保険会社に対し、他車運転危険担保特約に基づき保険金の支払を請求した事案について、加害車両が自動車総合保険契約の他車運転危

険担保特約第2条ただし書きにいう「常時使用する自動車」に該当するとして、同特約に基づく保険金の支払請求が認められなかった事例」北大法学論集五五巻一号

「利得償還請求権の発生と原因債権との関係」落合誠一・神田秀樹【編】手形小切手判例百選（第六版）

二〇〇六（平成一八）年

「見せ金と公正証書原本不実記載罪」江頭憲治郎・岩原伸作・神作裕之・藤田友敬【編】会社法判例百選

二〇〇八（平成二〇）年

「不正競争防止法による類似商号の使用差止請求」江頭憲治郎・山下友信【編】商法（総則・商行為）判例百選（第五版）

二〇一〇（平成二二）年

「会社の商号の使用禁止等を認める会社法八条にいう「不正の目的」の意義は何か」私法判例リマックス四〇号

「保険料不払いを理由とする解除の効果」山下友信・洲崎博

史【編】保険法判例百選

【翻訳】

二〇〇三(平成一五)年

「ヴィクトール・エーレンベルク『私保険法(一)』(三)』
北大法学論集五三卷五号、六号、五四卷一号

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 61 No. 6 (2011)
SUMMARY OF CONTENTS

Challenges for Sino-Japanese Tort Law in the 21st Century: With Reference to Recent Legislation in China

Kunihiko YOSHIDA*

[Abstract]

Comparisons of tort law between Japan and China are quite interesting in the sense that it is, on the one hand, one of the most debated fields in Japan while, on the other hand, in China, it was codified at the end of 2009 and has been considered the fruit of comparative jurisprudence ; the variety of tort law purposes and of tort remedies in the recent statutes is noticeable.

In this article, the legal comparison of both tort laws has been pursued using the concrete cases of tort law: for example, (1) traffic accidents, (2) medical malpractice, (3) product liabilities, (4) public nuisance and environmental torts, (5) natural disasters, and (6) reparations of past injustices.

Then the imminent tort law agendas in the 21st century have been analyzed as follows. First, (1) the reciprocal relationship of law and policy, and thus that of legislation and adjudication, in many public tort law cases, (2) recent developments of tort law, such as economic torts, cyber torts, sexual harassment, child abuse, and some other family and school torts behind closed doors, (3) tort law regarding personal identity as opposed to physical damage

* Law Professor, Hokkaido University.

and environmental tort law.

Second, the debate over the comprehensive recovery system outside of traditional tort law has already started in the case of traffic accidents, but it is all the more necessary in the field of natural disasters, in the face of the recent abundance of earthquake and flood tragedies. Broader public assistance should also be considered in this context.

Third, the international co-operation among neighboring countries in East Asia is indispensable for the pursuit of environmental protection and the preservation of common-pool resources, e.g., forests, water, oil, fishery resources, and to prevent the global warming.

Fourth, reparation debates about past injustices, especially those regarding the Japanese invasion of China, are still limited. The re-examination of the significance of legal and moral tort responsibilities and reconsideration of the type of remedies in reparation cases should be prioritised in order to stop the cycle of hatred, and to seek the forgiveness in its true sense from the victims, and thus to attain historical reconciliation. In this sense, the effort to look for the sincere recognition of the personal guilt in the Fushun penitentiary in the 1950s still attracts academic attentions.

[Key Words]

Tort Law ; Historical Reconciliation; Law and Policy ; Comprehensive Remedies from Disasters ; Protection of Environment and Common-Pool Resources

国際的な投資取引を巡る 国際裁判管轄権について

—— 国際的共同不法行為の裁判管轄を中心に ——

嶋 拓 哉

1. 問題の所在

投資取引のボーダーレス化が進展するに伴い、企業間のみならず、企業と個人との取引にも渉外的な要素が含まれる傾向が生じてきた。個人が行う投資は単に当該個人が居住する国に閉じるわけではなく、海外においても展開されることがある。従って、仮にそうした投資取引に関して法的紛争が生じるとすれば、その紛争が単に一国に止まらず、複数国の要素を含む渉外的な事案に発展することは容易に想像できるであろう。例えば、ドイツでは、国内の仲介業者が個人投資者に取引に伴うリスクを適切に伝えないなど欺罔的な手段を用いて投資取引に関する事務処理契約を締結したうえで、当該仲介業者から取次ぎを受けた外国所在のブローカー業者がこれら投資者から預かった資金により運用を行ったものの、リスクが顕現化し最終的には個人投資者の財産に毀損が生じてしまうといった事案が典型的なケースとして想定されている¹。こうした事案において、国内の仲介業者が債務超過の状態に陥っていたり、あるいは営業免許の取消しを受け解散していた場合には、個人投資者は外国

¹ R.Wagner/K.Gess, Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagendelikten, NJW 2009, 3481, 3484.

のブローカー業者を相手取り、損害賠償請求の訴えを提起せざるを得ないが、果たして、個人投資者の所在地国はかかる訴訟に関して国際裁判管轄権を有するかが本稿の中心的な検討課題である。ドイツでは従来よりこうした事案が訴訟実務において取扱われてきたが、近時、類似の事案を取扱う連邦最高裁判決が相次いで下されるに至っている。

こうした投資取引を巡る国際裁判管轄権の問題はわが国裁判所でいまだ取扱われていないものの、わが国の個人投資者と決して無縁のものではない。例えば、ここ数年の間に、個人投資者の間で外国為替証拠金取引が普及してきたが、当初は顧客勧誘においても詐欺的な手法が横行し、また契約締結過程で十分なリスク説明がなされないなど、顧客とのトラブルが多発することになった²。従来より、国内の外国為替証拠金取引業者等が個人投資者と相対の取引関係に入ることなく、外国のブローカー業者からの営業委託を受けて、個人投資者に当該外国ブローカー業者を

² あくまで一例であるが、札幌高判平成16年2月26日先物取引裁判例集36号175頁、大阪地判平成16年4月15日判例時報1887号79頁、東京地判平成16年5月14日先物取引裁判例集37号256頁、東京地判平成17年2月18日判例時報1923号60頁、東京地判平成17年4月22日LEX/DB28101060、名古屋地判平成17年5月18日先物取引裁判例集40号394頁、札幌高判平成17年6月23日先物取引裁判例集40号487頁、札幌高判平成17年9月14日先物取引裁判例集40号487頁、東京地判平成17年11月11日判例時報1956号105頁、東京地判平成17年11月14日先物取引裁判例集43号50頁、大阪地判平成17年11月18日判例時報1927号148頁、神戸地（尼崎支）判平成18年1月17日先物取引裁判例集42号181頁、大阪地判平成18年2月2日先物取引裁判例集42号465頁、東京地判平成18年4月27日先物取引裁判例集44号75頁、札幌地判平成18年6月27日先物取引裁判例集45号194頁、東京高判平成18年9月21日金融商事判例1254号560頁、岡山地判平成18年11月9日先物取引裁判例集46号377頁、東京高判平成18年11月29日先物取引裁判例集46号475頁、東京地判平成19年1月24日先物取引裁判例集47号323頁、富山地判平成19年6月28日先物取引裁判例集49号151頁、東京地判平成19年7月23日先物取引裁判例集49号234頁、仙台地判平成19年9月5日判例タイムズ1273号240頁、東京地判平成19年12月15日先物取引裁判例集47号55頁、大阪高判平成20年8月29日先物取引裁判例集52号80頁、東京地判平成20年10月16日先物取引裁判例集53号352頁、札幌地判平成21年3月26日先物取引裁判例集55号133頁、福岡高判平成21年12月18日先物取引裁判例集59号54頁等がある。

紹介し、個人投資者と外国ブローカー業者間の仲介・取次ぎを行うに止める Introducing Broker（以下「IB」という）形態が見受けられた³が、こうした取引形態はまさにドイツで想定されている上記事例と近似している。また平成19年9月に金融商品取引法が施行され外国為替証拠金取引が同法の規制対象に含まれたのに続き、平成23年1月には商品先物取引法が完全施行され海外商品先物取引を含め商品先物取引全般がその規制の下に置かれることとなった⁴。これにより従来事前規制が存在しなかった海外商品先物取引の領域に関しても、国内商品先物取引同様に、ブローカー業者の許可制および仲介業者の登録制が敷かれることとなったが、これはまさに国内の仲介業者が外国ブローカー業者に国内投資者からの注文を取次ぐ IB 形態が許容されなくなることを意味する。もっとも、金融商品取引法の施行時にも見られた現象であるが、法施行と同時にその規制対象領域において法的紛争が発生しなくなるわけではなく、損害賠償請求訴訟が事後的な救済制度である以上、規制枠組の施行と紛争発生との間には一定のタイムラグがあることから、今後もこうした投資取引を巡って国内投資者により損害賠償請求訴訟が提起される事態が容易に想定され得る。さらに実務界では、金融商品取引法も商品先物取引法も適用されないような先物取引が発生する余地は皆無で

³ 外国為替証拠金取引がわが国に紹介された当初は、国内投資者に外国ブローカー業者への仲介・取次ぎを行う国内仲介業者も多数見受けられたが、金融商品取引法施行後は、こうした国内仲介業者は「金融商品仲介業者」として登録を要することとされ（金融商品取引法66条）、金融商品取引業者として登録を受けた者（同法29条）等と投資者との仲介業務を行うこととされた（同法2条12項）。その結果、国内仲介業者は外国ブローカー業者の国内支店・支社となるか、あるいはこれら外国ブローカー業者の国内支店・支社への顧客仲介を行うか、いずれかの形態を採ることを余儀なくされることとなった。

⁴ 商品先物取引の領域においては、「商品取引所法及び商品投資に係る事業の規制に関する法律の一部を改正する法律」が、第171回通常国会で成立し、平成21年7月に公布された。この改正により国内商品先物取引と海外商品先物取引をともに規制対象範囲に含める包括的な商品先物取引の規制枠組（法律名は「商品先物取引法」）が導入されることとなり、第1段階（平成21年10月）、第2段階（平成22年7月）、第3段階（平成23年1月）のステップを経て完全施行されるに至っている。

はないとの見解も示されており⁵、法規制の網の目を搔い潜る形で今後新たな取引類型が生み出される可能性も否定しきれないところである。これら事情を勘案すれば、国内投資者が自国裁判所において外国のブローカー業者を相手取り損害賠償請求訴訟を提起し得るかという問題は、わが国においても引続き実的な意義を有していると言えよう。

本稿では、国際的な投資取引を念頭に置いたうえで、国内個人投資者が外国ブローカー業者に対して不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起する場合に、自国裁判所が国際裁判管轄権を有するか否かにつき、近時のドイツ連邦最高裁判決および国際的共同不法行為（複数の者が国境を跨ぐ形で一つの不法行為に関与する事案を指す）に関するわが国の裁判例を適宜参照しつつ、検討を行うこととする。

2. 裁判例

（1）ドイツ

ドイツでは、国際投資取引において典型的に想定されてきた上述のような事案が相次いで、近時連邦最高裁に持ち込まれ、自国の国際裁判管轄権を肯定する判断が下されている。これらは、国内仲介業者（訴外）の詐欺的な勧誘行為により国際的な投資取引を開始した国内投資者（原告）が、その取引の執行および決済を担当する外国ブローカー業者（被告）を相手取り、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した事案である。こうした事案においてはまずもって、国内に拠点を有しない外国ブローカー業者に対する紛争事案に関して、ドイツが国際裁判管轄権を有するか否かが問題となる。ドイツでは、普通裁判籍として被告住所地国であることが規定されているが、これら事案では被告は外国所在のブローカー業者であり、ドイツが被告住所地国とはなり得ない以上、ドイ

⁵ 津谷裕貴「産権審商品取引所分科会の報告－商品取引所法改正中心に」先物取引被害研究33号29頁（2009年）。従って、こうした見解によれば、一連の法規制強化が渉外的な法的紛争の消滅という帰結を齎すかについては不透明な部分があることになる。

ツに国際裁判管轄が認められるためには、ドイツ国際民事訴訟法上、特別裁判籍である不法行為地管轄が肯定されることが要求される。

ドイツには不法行為地特別裁判籍を定める国際民事訴訟法の規定が2つある。一つは純然たる国内法である民事訴訟法(Zivilprozessordnung, 以下「ZPO」という) 32条⁶であり、いま一つは欧州共同体理事会規則であるブリュッセル I 規則⁷ 5条3項⁸である。両者の適用関係に言及しておく、ブリュッセル I 規則第3条1項⁹によれば、欧州連合加盟国

⁶ ZPO32条は次のとおり規定している。

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist.

なお、ZPO32条は国内土地管轄の規定であるが、ドイツ国際民事訴訟法上は、ZPOの規定に基づき国内土地管轄が認められる場合には、同時にドイツの国際裁判管轄権が肯定されるという見解（土地管轄規定の二重機能説）が通説・判例である（H.Nagel/P.Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6.Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2007), § 3 Rdn.316; H.Musielak, ZPO, 7.Aufl. (Franz Vahlen, 2009), ZPO § 12 Rdn.17, § 32 Rdn.23 [C.Heinrich]; H.Thomas/H.Putzo, ZPO, 31.Aufl. (C.H.Beck, 2010), ZPO § 1 Vorbem Rdn.6 [R.Hübtege]; BGH Urteil vom 18. April 1985 (VII ZR 359/83), BGHZ 94, 151; BGH Urteil vom 2. Juli 1991 (XI ZR 206/90), BGHZ 115, 90; BGH Urteil vom 17. Dezember 1998 (IX ZR 196/97), NJW 1999, 1395)。

⁷ Verordnung (EG) Nr. 44/2000 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 12/1 vom. 16. Januar 2001.

⁸ ブリュッセル I 規則 5条3項は次のとおり規定している。

Eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, kann in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden, wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht.

⁹ ブリュッセル I 規則 3条1項は次のとおり規定している。

Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, können vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaats nur gemäß den Vorschriften der Abschnitte 2 bis 7 dieses Kapitels verklagt werden.

に住所を有する者は、同規則 5 条以下の特別裁判籍の規定に基づいてのみ、他の加盟国の裁判管轄権に服することになる。このことは、国際裁判管轄に関する国内法上の規定（ZPO32条）が加盟国内に住所を有する者に対する国際裁判管轄の基礎としては排除されることを意味するが、他方において、同規則 4 条 1 項¹⁰によれば、加盟国以外の第三国に住所を有する者に対しては、加盟国は依然として、ブリュッセル I 規則ではなく自国の国内法（ZPO32条）に基づき国際裁判管轄権の有無を判断することになる¹¹。

以下では、2つのドイツ連邦最高裁判決の概要を示すが、(イ)は被告であるブローカー業者が他の欧州連合加盟国（英国）に所在するケースであり、ブリュッセル I 規則 5 条 3 項に基づきドイツの国際裁判管轄権の有無が判断された事案である。これに対して、(ロ)は被告であるブローカー業者が米国に所在するケースであり、ZPO32条に基づいてドイツの国際裁判管轄権の有無が判断された事案である。

(イ) 2010年7月13日付連邦最高裁判決¹²

(事実関係)

本件は、原告 X（ドイツ在住のドイツ国籍を有する男性）が被告 Y（英

¹⁰ ブリュッセル I 規則 4 条 1 項は次のとおり規定している。

Hat der Beklagte keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, so bestimmt sich vorbehaltlich der Artikel 22 und 23 die Zuständigkeit der Gerichte eines jeden Mitgliedstaats nach dessen eigenen Gesetzen.

¹¹ ペーター・ゴットヴァルト（出口雅久＝工藤敏隆共訳）「ヨーロッパ民事訴訟法」立命館法学299号608頁（2005年）。

¹² BGH Urteil vom 13. Juli 2010 (XI ZR 28/09), WM 2010, 1590. なお、本稿の校正段階で、2010年10月12日付連邦最高裁判決（BGH Urteil vom 12. Oktober 2010 (XI ZR 394/08), RIW 2011, 77）に触れた。これも、ドイツ在住のドイツ国籍を有する男性が英国所在の英国ブローカー業者を相手取り、上場先物・オプション取引に関連する損失につき、不法行為に基づく損害賠償請求を行った事案である。ドイツ連邦最高裁は、この事案においても2010年7月13日付連邦最高裁判決と同様に、不法行為結果発生地を原告の口座所在地であるドイツと認定したうえで、ブリュッセル I 規則 5 条 3 項に基づき自国の国際裁判管轄権を肯定している。

国に所在する英国のブローカー業者)を相手取り、上場先物・オプション取引に関連する損失につき損害賠償請求を行った事案である。Yは企業顧客に加えて、個人顧客に対しても、デリバティブ取引の執行・決済業務を提供しており、本件では、Yは仲介業者との契約(以下「仲介契約」という)に基づき、個人顧客毎に専用口座を開設したうえで、個人顧客から仲介業者に対して取引注文がなされると、その取引注文の執行および資金決済を行うなど、仲介業者に対して必要な業務提供を行うこととされていた。また、仲介契約によれば、Yは、顧客の専用口座から仲介業者との間で予め取決めた額のブローカー手数料を引き落とし、仲介業者の口座に所定の金額を手数料として入金するという業務も行っていた。

2002年7月5日、Xは仲介業者たる訴外S(ドイツ監督当局から免許を取得していた金融サービス業者で、2005年11月に取引業務停止になっている)との間で、約款に準拠した上場先物・オプション取引執行の事務処理契約(以下「事務処理契約」という)を締結し、その中で、Sはとりわけブローカー業者への口座開設の仲介につき義務を負う一方で、XはSに対して、取引の都度サービス手数料として実現利益の6%を支払うほか、先物・オプション取引の場合には四半期単位で実現利益の10%を支払うものとされていた。またXは先物・オプション取引の売買片道1回につき50ドルの手数料(うちSの取り分は40ドル)を支払うほか、売りもしくは買い1回につき市場価格の2.5%または20ドルのいずれか高い方を株式取引手数料として支払うことが義務付けられていた。

SはXとの事務処理契約に基づき、X名義の専用口座をYに開設し、Xはドイツにある自身の銀行口座から総額で158,380ユーロを当該専用口座に振り替えた。YはSにより取次ぎを受けたオプション取引を順次執行したが、他方で、Xは2003年5～10月の間に約36,907ユーロの返金を受けたほか、2004年1～4月の間に約20,253ユーロの返金を受けるに止まった。そこで、Xは、YはSを通じて公序良俗に反する意図的な侵害行為に関与したとして、当初の振込額との差額101,220ユーロおよびその利息等の支払いを求めて、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起したのが本件である。これに対して、Yは本件につきドイツに国際裁判管轄権がないとして争った。第一審ではドイツの国際裁判管轄権を否

定し、本件提訴を却下したが、控訴審ではXの主張を受け入れ、ドイツの国際裁判管轄権を肯定し、第一審裁判所に差し戻した。そこで、Yは第一審判決の維持を求めて連邦最高裁に上告を行った。

(判決要旨)

連邦最高裁は、Yの上告を認め控訴審に本件の差戻しを行ったが、ブリュッセル I 規則 5 条 3 項に基づきドイツに国際裁判管轄がある旨認めた判断箇所については、正当なものとしてこれを肯定した。

① ブリュッセル I 規則 5 条 3 項の解釈論

ブリュッセル I 規則 5 条 3 項では、被告がYのように欧州連合加盟国に所在している場合において、他の加盟国内で侵害的な事象が生じたときには、不法行為またはそうした行為に起因する請求権が訴訟物を構成する限り、当該他の加盟国においてその被告に対し訴訟を提起し得る旨を規定している。損害賠償義務を根拠付けるに当たり考慮に値する事象が生じた場所（加害行為地）と、こうした事象の結果として侵害が生じた場所（結果発生地）は必ずしも一致するとは限らないことから、原告は加害行為地または結果発生地いずれでも訴訟を提起できる選択権を有すると解される。また、同規則 5 条 3 項は、同規則 5 条 1 項に規定する契約に関連する場合を除き、損害賠償責任を主張するすべての訴訟を含むと解される。

ブリュッセル I 規則 5 条 3 項の解釈に当たっては、秩序ある司法の形成と事案に則した手続処理という理由に照らして、不法行為訴訟の管轄権の所在を正当化し得る牽連性が当該不法行為訴訟と管轄所属国との間に存在していることが必要である。そうした見解の前提として、侵害事象が発生した地の裁判所が訴訟物と地理的に密接であり、証拠調べも容易であることから、その法的紛争を解決するために最も適切な立場にあることが想定されている。

また、ブリュッセル I 規則 2 条 1 項¹³には、被告住所地国に原則とし

¹³ ブリュッセル I 規則 2 条 1 項は次のとおり規定している。

Vorbehaltlich der Vorschriften dieser Verordnung sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen.

て国際裁判管轄を認める旨規定されており、同規則5条3項はその例外規定としての性格を有することから、限定的に解釈されるべきである。すなわち、ブリュッセルI規則5条3項については、原告の選択可能性が当該選択を正当化し得る特別な事由を超えて拡張されるなど、同規則において明文で規定されている限度を超えた適用がなされるべきではない。さもないと、ブリュッセルI規則2条1項の原則管轄の規定は意義を失うし、同規則がそもそも明示的に適用されることを想定していない事案にまで原告住所地国の管轄を認めることになってしまう。

② 本件事案への具体的な適用

原告Xは、利益を生む見込みのない上場先物取引への訴外Sによる仲介を通じて、また被告Yの意図的な関与の下で被った財産的損害の賠償を求めているが、Yの取引関与はXとSの間の事務処理契約に起因する義務の履行に付随して発生した問題ではなく、従って本件訴訟はX S間の事務処理契約に決定的な関連を有するものではない。YがSによる不法行為に故意に関与したか否かという点の判断に当たって決定的に重要なのは、YおよびSの実際の行動であり、Xが当事者になっていないY S間の仲介契約である。

そのうえで、ブリュッセルI規則5条3項に基づきドイツの国際裁判管轄権を肯定した控訴審の判断は、上記解釈論に照らして適切であると判断し得る。ある不法行為に国境を超える形で複数者が関与した場合に、各行為地に相互に管轄を認めるべきか否かについては争いがあるが、本件に関する限りは、結果発生地はドイツなので、いずれにしてもブリュッセルI規則5条3項に基づきドイツの国際裁判管轄権が肯定される。Xは、Yの関与の下で行われたSによる公序良俗に反する意図的な侵害行為の結果として、ドイツの金融機関に開設した彼自身の預金口座から投資資金をYの許に振替えており、賠償対象とされる財産侵害はドイツの金融機関に開設したXの預金口座において生じている。従って、不法行為により引き起こされた預金口座の残高減少という事態は結果発生地の確定に当たって決定的な意義を有している。また、YはSの取引モデルに少なくとも帮助者として意図的に関与しているが、これは手数料構造とその額に照らして投資者に利益を齎さない取引の仲介実績を増やし自身の利益を最大限獲得することが目的である。この取引モデルは、情報

が十分提供されておらず騙されやすい個人をその利殖欲求と無分別に付け込んで顧客として獲得し、その犠牲の下で業者が莫大な利益を得るのであり、投資者によってなされる投資資金の振替こそが不法行為の帰結である。こうした点からも、ブリュッセル I 規則 5 条 3 項で指示される結果発生地は預金口座残高の減少が生じた地ということになる。

また、ブリュッセル I 規則 5 条 3 項にかかる上記解釈は、同規則の管轄決定ルール全般および同規則 5 条 3 項の例外的性格との関係でも適合的である。確かにかかる解釈は、被告住所地国管轄を原則とする同規則 2 条 1 項と異なり、原告である投資者 X の住所地国に管轄を認めるものであるが、被告 Y が X の住所地国に所在する財産に直接的に損害を生ぜしめる不法行為を行った以上は、これを正当化することが可能である。本件事案においてブリュッセル I 規則 5 条 3 項に基づき国際裁判管轄が認められるドイツは、訴訟物のみならず証拠の面でも密接な牽連性を有している。X と S との間の話のやり取りや損害額について証拠が示されたり、X と S の会話に関しては同一の地に所在する証人が召喚される機会も少なくないであろう。

さらに、Y の予見可能性の観点を考慮しても、上記の解釈を変更する必要はない。Y のようなブローカー業者は他の欧州連合加盟国の仲介業者と提携し海外市場を開拓しているのであって、本件事案のように勧誘された投資者が投資資金の振替を行うことにより、自国において自己毀損的な財産処分を行い得ることを十分に予見できたと考えられる。

(口) 2010年3月9日付連邦最高裁判決¹⁴

(事実関係)

原告 X (ドイツ在住のドイツ国籍を有する女性) が被告 Y (米国に所在する米国ブローカー業者) に対して、上場先物・オプション取引の損失につき損害賠償を請求した事案である。Y は訴外 S (ドイツに所在する仲介業者で、2005年11月に取引業務停止になっている) が米国の証券取引所で証券取引を執行できるようにオンラインシステムを提供したほか、S との間で、2003年8月21日に為替決済協定を締結し、S が勧誘し

¹⁴ BGH Urteil vom 9. März 2010 (XI ZR 93/09), RIW 2010, 391.

てきた顧客に対して専用口座を開設したうえで、顧客による注文取引の清算を行う義務を負っていた。

XはSとの間で、約款に準拠した上場先物・オプション取引執行の事務処理契約（以下「事務処理契約」という）を締結したが、その手数料体系および水準は上記（イ）の事案とほぼ同様であった。2003年12月にXはYに開設された専用口座に6,000ユーロを入金したが、2006年初の取引終了時にはXは約205ユーロの返金を受けたに止まったことから、YはSを通じて公序良俗に反する意図的な侵害行為に関与しているとして、Xが当初の振込額との差額約5,795ユーロおよびその利息等の支払いを求めて、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起したのが本件である。第一審はXの請求を却下したが、控訴審はXの主張を取り入れ利息の一部を除きXの請求を認容した。そこでYが連邦最高裁に上告したのが本件である。

（判決要旨）

連邦最高裁は、控訴審の判断を支持しYの上告を却下したが、その中で、本件に関するドイツの国際裁判管轄について、次のように判示している。

控訴審判決では、ZPO32条に基づき、本件に関するドイツの国際裁判管轄権を肯定しているが、これは正当な判断である。

ドイツ連邦最高裁の確定判例によれば、国内土地管轄に関するZPO12条以下の規定は国際裁判管轄をも間接的に規定している。

また、こうしたドイツ国内法の規定は、本件に関してはブリュッセルI規則によって排除されることはない。Yは米国に所在する企業であり、欧州連合加盟国の領域に所在しないことから、同規則4条1項に沿って国内法が適用されるほか、同規則15条2項¹⁵に基づきYをドイツに所在する企業として取り扱うことは認められない。

¹⁵ ブリュッセルI規則15条2項は次のとおり規定している。

Hat der Vertragspartner des Verbrauchers im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats keinen Wohnsitz, besitzt er aber in einem Mitgliedstaat eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung, so wird er für Streitigkeiten aus ihrem Betrieb so behandelt, wie wenn er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Staates hätte.

Xはドイツ民法（以下「BGB」という）826条および830条に沿ってYの不法行為を立証しており、ZPO32条に基づき不法行為管轄権がドイツに認められる。Xの申立てによれば、Sは利益を生む可能性のない取引をXに持ちかけ、意図的に公序良俗に反する形でXに損害を与えている。YはドイツにおけるこうしたSの不法行為に少なくとも幫助者として関与している。一の不法行為に複数者が関与する場合には、各関与者はその他の関与者がもたらした行為の寄与（Tatbeiträge）について、単にBGB830条のみならず、ZPO32条の領域においてもその責を負わなければならない。

（２）日本

（イ）該当事案に関する裁判例

わが国において、個人投資者が国内仲介業者を通じて取引関係にある外国ブローカー業者に対して、不法行為に基づく損害賠償請求訴訟をわが国裁判所に提起した事案は存在しない。例えば、大阪地判平成16年4月15日判例時報1887号79頁は、国内の個人投資者（原告）がオーストラリアに所在するブローカー業者との間で外国為替証拠金取引を行った結果損失を被ったことから、当該取引を仲介した国内仲介業者（被告）に対し、当該取引が詐欺又は賭博に当たるなど全体として不法行為を構成するとして、損害賠償請求を行った事案である。本判決では、被告による取引行為は詐欺や賭博に該当しないとしつつも、原告の属性を踏まえると本件事案では適合性原則の違反等の違法が認められるとして被告の損害賠償責任を肯定したが、そもそも外国ブローカー業者は本件訴訟の被告になっていない。また大阪地判平成17年11月18日判例時報1927号148頁では、国内の個人投資者（原告）が、カリフォルニア州所在のブローカー業者との間で外国為替証拠金取引を開始するに当たって、国内の外国為替情報コンサルタント会社（被告）が国内の仲介業者を通じて故意の虚偽説明や欺罔行為を用いその結果として同取引により損失を生ぜしめたと主張し、上記情報コンサルタント会社およびその取締役等に対して不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した事案である。本判決においても、情報コンサルタント会社の不法行為に基づく損害賠償責任、

およびその代表取締役等の商法上の善管注意義務及び忠実義務違反に基づく損害賠償責任を肯定したが、やはりカリフォルニア州所在のブローカー業者は本件訴訟の被告とはなっていない¹⁶。

この点、既述の2つのドイツ連邦最高裁の事案では、国内の仲介業者はいずれも2005年11月にドイツ金融当局により金融サービス業者免許を剥奪され取引業務停止になっており、事実関係は明示されていないが、通常これら仲介業者は以降速やかに清算されたものと想定される。すなわち、これら事案では、原告である個人投資者が事後的救済を受けるためには、外国に所在するブローカー業者を相手取り損害賠償請求訴訟を提起するほかなかったという事情が存在したと考えられる。これに対して、わが国の上記事案はいずれもIB形態であり、個人投資者の取引相手は外国に所在するブローカー業者であるにも拘わらず、訴訟当時、国内の仲介業者が引き続き営業活動を継続し国内に所在していたほか、その取締役も同職に止まっていたために、これら国内仲介業者等に対して訴訟を提起すれば足り、敢えて外国ブローカー業者を被告に加える必要性に乏しいという事情が存在していたと言える。逆に言えば、わが国の上記事案ではたまたま国内の仲介業者が訴訟時にも存続していただけのことであり、国内の仲介業者が清算等により消滅していた場合には、わが国においても個人投資者が取引相手方である外国ブローカー業者に対して不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起せざるを得ない事態も想定されるのである。

(ロ) 国際的共同不法行為に関する裁判例

① 東京地判昭和62年6月1日金融商事判例790号32頁

¹⁶ 他にも、東京地判平成17年4月22日LEX/DB28101060は、外国ブローカー業者との間で外国為替証拠金取引を行い損失を被った個人投資者(原告・複数)が、国内仲介業者の取締役等(被告・複数)に対して、当該取引の違法性・賭博性を主張して、委託証拠金、株式購入代金相当額等の支払を求めた事例である。本判決では、外国為替証拠金取引が賭博の構成要件に該当するとし、公に認められた取引所を通じて行うもの以外は原則として公序良俗に反する違法な取引行為であるとして、原告の請求を一部認容したが、やはり外国ブローカー業者は被告になっていない。

(事実関係)

原告Xは日本に住所を有する日本人であり、かつて被告等と取引関係にあった企業の主宰者である。これに対して、被告Yは香港に居住し、かつて日本に所在する百貨店Aおよび香港に所在するAの完全子会社Bと取引のあった者である（なお、AおよびBは弁論分離前の相被告である）。Xは香港において複数の銀行預金債権を有しており、Yに対して、これら銀行預金債権の保全・管理を委任するとともに、被告においてその債権保全に必要な範囲で預金証書等の保管、預金の入出金のサインを行い得る旨約していた。ところが、YはA、Bと共謀し、Xに無断でこれら預金を全額引き出し、領得したことから、XはYに対して不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。

(判決要旨)

裁判所は、民法484条により義務履行地が原告の住所地となり旧民事訴訟法5条（現行法5条1号に相当）により日本に国際裁判管轄が認められるとするXの主張について、不法行為事件の国際裁判管轄の決定について旧民事訴訟法5条の義務履行地を基準とすることは被告においてそのことの予測が不可能であって当事者間の公平に反する惧れが大きく、条理に反する結果を招来するとして、適当でないとの見解を示した。また、共同不法行為の共同被告間において旧民事訴訟法21条（現行法7条本文に相当）の関連裁判籍の規定が適用されることを原則として認めつつも、被告が生活上の関係がなく、また自己に対する請求と関連しない地にその意に反して訴えられる等の特段の事情があるときは、主観的併合に関連裁判籍の規定は準用されるべきではないとし、本件事案においては、事実関係に照らしてその特段の事情の存在を肯定した。

そのうえで、裁判所は、国際的共同不法行為の事案における不法行為地裁判籍規定（旧民事訴訟法15条〔現行法5条9号に相当〕）の適用について、「Xは、本件不法行為は、Aの指示によるものであることは明らかであるから、東京も不法行為地の一つであると主張する。しかしながら、本件訴状によると、Xは、Yらが香港においてXの預金を無断で引出し領得した行為を不法行為として損害賠償を請求しているのであり、Aの指示は請求原因を構成するものではない。仮にXが、Aの指示を共謀の事実としてとらえているとしても、共同不法行為における共謀

の事実、民訴法15条の不法行為地を定める基準となるものではない。したがって、本件訴えについて民訴法15条を準用して日本に国際裁判管轄があるとするXの主張は理由がないというべきである。」として、否定的な判断を下した。

② 東京地裁中間判決昭和62年6月1日判例時報1261号105頁
(事実関係)

事実関係は上記①の事案と同じである。本判決では、百貨店A（日本所在）の完全子会社B（香港所在）に対する原告Xの訴えについてわが国に国際裁判管轄権が帰属するかが争点とされた。

(判決要旨)

裁判所は、次に示すとおり、旧民事訴訟法21条の関連裁判籍の規定を準用して、XのBに対する損害賠償請求訴訟についてわが国の国際裁判管轄権を肯定した¹⁷。

「国内の土地管轄を決定する場合において、主観的併合に関連裁判籍の規定（民訴法21条）の適用があるかは争いのあるところであるが、本件のように共同不法行為を事由とする共同被告間においては関連裁判籍の規定の適用があると解すべきである。しかし、国際裁判管轄を定める場合には、各国における私法制度のくい違い、場所的隔たりが大きいことによる訴訟活動の困難性、国内と異なって移送という第一次の管轄を修正する手段が存在しないこと等を考慮しなければならないから、たとい共同不法行為を事由とする共同被告間の場合であっても、関連裁判籍

¹⁷ 東京地判平成元年6月28日判例時報1345号93頁（以下「平成元年東京地裁判決」という）は、日本に居住する日本人である原告Xが、当時自身が代表取締役であった百貨店Y1、その香港所在の完全子会社Y2、Y2の専務取締役Y3を相手取り、Y3がXから管理を依頼されていた香港における銀行預金の返還等に応じなかったことを理由として、債務不履行および不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。本判決においても、上記②の判決と同様に、裁判所は、わが国の国際裁判管轄を肯定することにより却って条理に反するような特段の事情がない限りは、旧民事訴訟法21条を準用してわが国の国際裁判管轄権を認めるのが相当であるとの判断を下し、主観的併合の関連裁判籍の規定を準用する余地について比較的広く認める見解に立っている。

を国内管轄を決定する場合と同様に解することはできない。しかしながら、それは、国際裁判管轄を定めるに当って関連裁判籍の規定を無条件に準用すると、被告は自己と生活上の関係がなく、また自己に対する請求と関連を有しない地にその意に反して訴えられる結果となるおそれがあることがあって妥当でないということであるから、共同不法行為を事由とする共同被告間においては、右のような特段の事情のない限り、国際裁判管轄の決定について関連裁判籍の規定の準用を認めるべきである。」

「Bは香港に所在する外国法人であり、Aと親会社・子会社の関係にあるといっても、親会社と子会社は、それぞれ独立の意思を持つ全く別個の法人格を有するものであり、法人の本店と支店の関係とは明らかに異なるから、わが国の裁判所で本件を審理した場合、被告の防禦活動に若干の不都合を来たすことが予想されないわけではない。しかしながら、一方が他方の100パーセント出資の子会社であり、子会社の役員の全員を親会社の従業員が兼務している場合には、事実上子会社は親会社の指示によって動くことになり、実質的には親会社と子会社の関係は、本店・支店の関係に近づくことになる。そして共同被告間に右のような関係がある場合、親会社所在地の裁判所に訴えが提起されたとしても、海外の子会社は、親会社と連絡を取ることで、代理人を選任することができるし、本件不法行為における審理において最も重要な証人として証拠調べが予想されるS、T及びU（いずれも当時のBの役職員〔本括弧内の記載は執筆者による〕）は現在日本に居住しているのであるから、証拠の収集その他裁判活動にそれほどの支障は生じないと考えられる。そうとすれば、Bには前記のような特段の事情はないといわなければならない。そして、口頭弁論分離前の相被告Aには日本に管轄があるから、Bに対する本件訴えについては、主観的併合の場合の関連裁判籍の規定（民訴法21条）を準用して国際裁判管轄を認めることができる。」

③ 東京地判平成13年5月14日判例時報1754号148頁

（事実関係）

原告Xは、「プロスタグランジン類」等の発明に関する特許権について、訴外Aより専用実施権（以下「本件専用実施権」という）の設定および登録を受けた日本法人であるが、他方、被告Y1は医薬品の製造販売を

行う米国法人、被告Y2は医薬品の製造販売を行うスウェーデン法人、被告Y3は医薬品の輸入・製造販売を行う日本法人であり、Y1の完全子会社である。Y2はXが本件専用実施権を有する特許権の範囲に属する有効成分「ラタノプロスト」を国外において製造していること、Y3はY2が国外で製造した「ラタノプロスト」を輸入したうえで眼圧降下剤等の治療薬（以下「被告製品」という）を製造し販売等を行ったこと、Y1はY3を完全子会社としていること等から、Xは被告らの行為が本件専用実施権を侵害するとして、製造等の差止請求および不法行為ないし共同不法行為に基づく損害賠償請求の訴えを提起した。

（判決要旨）

「本件全記録によるも、本訴において、Xは、Y1及びY2が、我が国において、Xの有する本件専用実施権を侵害したとする具体的な行為（単独不法行為又は共同不法行為を構成する具体的な行為）をしたとの主張及び相応の立証をしたと認めることはできない。上記認定したY1、Y2のいかなる行為についても、それらが、我が国における独立の不法行為ないし共同不法行為と評価される行為であるといえないことは明らかである。…（中略）…（なお、被告製品を製造、販売したY3の行為が、Xの有する本件専用実施権を侵害しないことは、既に、前記において、詳細に認定、判断したとおりであるから、Y3の行為は不法行為を構成しない。したがって、この点からも、Y1及びY2の何らかの行為が、Y3との共同不法行為を構成することはないというべきである。）。したがって、XのY1及びY2に対する訴訟について、我が国内に不法行為地としての裁判籍はないというべきであり、よって、この点を根拠にした国際裁判管轄も否定すべきことになる。」

「なお、不法行為に基づく損害賠償請求に関しては、損害発生地ないし義務履行地としての裁判籍が、我が国内にあるか否かについても検討すると、当事者間の公平の観点に照らすならば、本件において、これを肯定する余地はないというべきである。これに対して、Xは、Y1が、Y3の100パーセント親会社であること、Y2が、Y3と同一グループに属し、スウェーデン国内において「ラタノプロスト」についての基礎開発をしたり、これを製造して、日本へ輸出したりしていることから、不法行為地としての裁判籍を認めるべきであると主張する。しかし、Y3は、

我が国において、法人格を取得して、独自の法的責任の下で経済活動を行っていること、その販売額は、被告製品だけでも、Xの主張によれば年間約100億円に上り、営業活動の規模は決して小さいとはいえないこと、Y3の法人格が全く形式的であり、既に形骸化しているとは到底いえないこと等の事実を鑑みれば、親会社の関係にあるというだけの理由（Y1）や外国において製造行為をしたことやグループの一員であるというだけの理由（Y2）で、我が国内に経営基盤を有しないY1、Y2に対して、過大な負担を強いる結果となる我が国における応訴を強要することは、正に当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に反するものというべきであるから、Y1、Y2に対する訴訟事件について、不法行為地としての裁判籍を肯定するのは妥当でない。」

④ 東京地判平成19年11月28日 LEX/DB28140016

（事実関係）

原告Xは「データ伝送方式」と称する発明（以下「本件発明」という）について特許権（以下「本件特許権」という）の共有持分を有する日本法人であるが、他方、被告Y1はADSLモデム用チップセット（以下「被告製品」という）の製造販売を行う米国法人であり、被告Y2はその完全子会社たる日本法人であり、被告製品の販売活動のサポートを業務としている。Y1は日本法人である訴外A社およびB社（以下「A社等」という）に被告製品を販売し、これを米国内で引き渡している。またA社等は被告製品が内蔵されたADSLモデムを日本国内に輸入し、同国内でこれを日本法人である訴外C社およびD社（以下「C社等」という）に譲渡した。Xは被告製品を内蔵したモデムによるADSL通信が本件発明の技術的範囲に属するとしたうえで、以下の事由（①～㊟）から、Y1およびY2に対して、不法行為に基づく損害賠償請求および不当利得返還請求の訴えを提起した。

- ① 被告製品の譲渡、輸入、譲渡の申出の各行為はいずれも本件特許権の間接侵害行為に該当することから、A社等はC社等への被告製品を内蔵したADSLモデムの譲渡について不法行為責任を負うが、被告Y1およびY2はこれについて共同不法行為責任を負うこと（主位的主張）。

- ㊤ Y1等による被告製品の譲渡は日本で行われていると評価できること（予備的主張1）。
- ㊦ Y1等は日本において、被告製品の譲渡の申出を行っていること（予備的主張2）。
- ㊧ Y1等は被告製品の心臓部であるウェハーを日本法人である訴外E社に日本において製造させているが、この製造行為はY1等によるものと評価できること（予備的主張3）。

（判決要旨）

まず裁判所は、Y2がY1の営業所と同視でき民事訴訟法4条1項および5項の普通裁判籍に基づきY1についてもわが国の国際裁判管轄を認め得るとしたXの主張を退けたほか、民事訴訟法7条但書および38条に基づきY1に対する訴訟につきY2に対する訴訟との間で主観的併合が成立するとしたXの主張についても、被告製品の製造、同製品のA社等に至るまでの流通にY2が関与していないこと、およびY2による不法行為の実行行為につき立証がなされていないこと等を理由として、これを認めなかった。

他方で、裁判所は次に示すとおり、民事訴訟法5条9号が規定する不法行為地裁判籍を根拠として、Y1に対する訴訟に関してわが国に国際裁判管轄権がある旨の判断を下した。

まず裁判所は、「民訴法5条9号の不法行為地の裁判籍の規定に依拠して我が国の国際裁判管轄を肯定するためには、原則として、〔1〕原告主張に係る不法行為の客観的事実の存在及び〔2〕そのうちの実行行為地又は損害の発生地が日本国内であることが証明されれば足り、違法性や故意過失については立証する必要はないと解するのが相当である。」「そして、共同不法行為においては、上記〔1〕の国際裁判管轄を肯定するために立証すべき客観的事実は、当該不法行為の実行行為、客観的関連共同性を基礎付ける事実又は幫助若しくは教唆行為についての客観的事実、損害の発生及び事実に因果関係であると解するのが相当である。」として、国際的共同不法行為の国際裁判管轄に関する判断枠組を提示する。

そのうえで、不法行為の実行行為、損害の発生および事実に因果関係の要件について、「A社等は、被告製品又は被告製品を組み込んだ

ADSL モデムを輸入し、同 ADSL モデムを C 社に販売しているのであるから、仮に、本件特許が無効とならず、被告製品の輸入、販売等が本件特許権の侵害行為に該当するのであれば、A 社等の上記行為は、本件特許権を侵害する不法行為を構成し、また、本件特許権を有している X に、我が国において、損害は発生しているものと認められる。」との見解を示した。

さらに、客観的関連共同性を基礎付ける事実又は幫助若しくは教唆行為についての客観的事実について、裁判所は、被告製品の一部は Y1 と A 社間で締結された開発協力契約、および Y1 と B 社間で締結された開発協力契約に基づいて製造開発されたものであること、Y1 は A 社等に対して販売した被告製品がそのまま又は ADSL モデムに組み込んだ形で C 社等によって輸入されることを認識しており、そのような認識の下で A 社等に対して積極的に被告製品の販売活動を行ったものと推測されることを認定したうえで、「Y1 には、A 社等の上記不法行為について、少なくとも客観的関連共同性が認められ、また、Y1 の A 社等に対する被告製品の販売行為及びその前提としての営業行為は、A 社等の上記不法行為の幫助ないし教唆行為と評価できるというべきである。」との判断を示した。

3. 裁判例の整理・分析

ここでは、国際的共同不法行為の国際裁判管轄に関するわが国の裁判例について、適宜ドイツの裁判例を参照しつつ整理・分析を行うこととする。

(1) 不法行為地管轄

最近時の裁判例である平成19年東京地裁判決（上記2.（2）（ロ）④）についてみると、第一に重要なのは、国際的共同不法行為に関連して、外国の実行行為者に対する訴えについて不法行為地特別裁判籍（民事訴訟法5条9号）に基づきわが国の国際裁判管轄権を肯定している点である。昭和62年東京地裁判決（上記2.（2）（ロ）①）では、仮に原告が

Aの指示を共謀の事実としてとらえているとしても、共同不法行為における共謀の事実とは旧民事訴訟法15条（現行法5条9号に相当）の不法行為地を定める基準となるものではない旨判示しているが、平成19年東京地裁判決はこうした過去の裁判例の見解を変更していると評価することができる。学説においても、平成19年東京地裁判決の結論に対して反対を唱える見解は存在していない¹⁸。

第二に、平成19年東京地裁判決は不法行為地管轄の立証について客観的事実関係説に立脚している点を指摘することができる。従来より不法行為地管轄の有無を決するに当たって、本案の勝敗を決する程度までに不法行為が存在していることの立証を要求すると、管轄の有無という問題が本案判決の前提であるという位置付けを超えてしまうことから、国際裁判管轄の有無を決するに当たって不法行為の存在をどの程度立証すればよいかという問題が議論されてきたところ、最判平成13年6月8日民集55巻4号727頁（以下「平成13年最高裁判決」という）は、平成13年東京地裁判決（上記2.（2）（ロ）③）を含む下級審で主流とされてきた管轄原因一応の証明説に拠るのではなく、管轄の判断の局面において本案審理よりも立証の範囲を限定する客観的事実関係説を採用するに至ったのである¹⁹。学説の中にも同説を支持する見解は多い²⁰。平成19年東京地裁判決はこの平成13年最高裁判決を踏まえ、国際的共同不法行為

¹⁸ 平成19年東京地裁判決の評釈としては、多田望「判批」平成20年度重要判例解説〔ジュリスト1376号〕342頁（2009年）、駒田泰土「判批」Law&Technology 45号72頁（2009年）、同「判批」速報判例解説〔法学セミナー増刊〕4号189頁（2009年）、申美穂「判批」ジュリスト1386号145頁（2009年）等がある。理由付け等につき疑問を示すものもあるが、本判決の結論自体にはいずれも賛成の立場を示している。

¹⁹ こうした学説の流れについては、櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選〔新法対応補正版〕』（有斐閣、2007年）171頁〔高橋宏志執筆〕を参照。

²⁰ 斎藤秀夫他編著『注解民事訴訟法（5）〔第2版〕』（第一法規、1991年）448-449頁〔山本和彦執筆〕、高橋宏志「国際裁判管轄における原因符合」『原井龍一郎先生古希祝賀・改革期の民事手続法』（法律文化社、2000年）323-324頁、越山和宏「判批」判例時報1585号207頁（1997年）、村上正子「判批」法学教室257号134頁（2002年）等がある。

についても客観的事実関係説を採用することを明確に判示している。ちなみにドイツでは、国際裁判管轄に関して、原告が事実の主張を論理一貫した形で行い、その主張内容を前提とすれば自国域内で不法行為がなされたことが明らかである場合には、当該原告の主張の真偽を問うことなく国際裁判管轄を肯定するという、いわゆる管轄原因仮定説が採用されている²¹。つまりは、管轄の立証においては原告の申立が真実であることが仮定され、訴訟の過程で原告の申立が事実と異なることが判明すれば、本案審理の問題として訴えが棄却されることになる²²。2010年7月13日付ドイツ連邦最高裁判決（上記2.（1）（イ））においても、「管轄は実際に不法行為がなされたかということに左右されない。必要な事実について論理的な申立が原告によってなされていれば十分である。こうした事実の確定は訴訟の理由具備性を判断するに当たって初めて必要になる」²³としており、ドイツにおける通説・判例に沿った判断が下されている。なお平成13年最高裁判決では、管轄原因仮定説について、わが国との間に何らの法的関連が存在しない事案についてまで被告にわが国での応訴を強いる惧れがあり、当事者の公平性の観点から不当であるとの見解が示されており²⁴、わが国の裁判実務においてはこの問題に関してドイツと異なる見解が採用されるに至っている²⁵。

²¹ Musielak, a.a.O (Fn.6), § 32 Rdn.19 [C.Heinrich]; L.Rosenberg/H.Schwab/P.Gottwald, Zivilprozessrecht, 17 Aufl. (C.H.Beck, 2010), § 39 Rdn.3ff; R.Zöller, ZPO, 28 Aufl. (Dr. Otto Schmidt, 2010), § 12 Rdn.14 [M.Vollkommer]; BGH Urteil vom 24. September 1986 (VIII ZR 320/85), BGHZ 98, 263; BGH Urteil vom 28. Februar 1996 (XII ZR 181/93), NJW 1996, 1411; BGH Urteil vom 13. Oktober 2004 (I ZR 163/02), NJW 2005, 1435; BGH Urteil vom 30. März 2006 (I ZR 24/03), BGHZ 167, 91; BGH Urteil vom 6. November 2007 (VI ZR34/07), WM 2008, 479; OLG Frankfurt/M Urteil vom 8. Juni 2006-16 U 106/05, ZIP 2006, 2385.

²² Musielak, a.a.O (Fn.6), § 32 Rdn.19 [C.Heinrich].

²³ a.a.O. (Fn.12), 1591.

²⁴ この点を詳述したものとして、高橋・前掲注（20）312頁以下を参照。

²⁵ なお国内土地管轄としての不法行為地特別裁判籍に関しては、わが国学説においても管轄原因仮定説が有力に主張されている（この点に関しては、櫻田＝道垣内編・前掲注（19）171頁〔高橋宏志執筆〕、兼子一『新修民事訴訟法体

第三に、平成19年東京地裁判決は国際的共同不法行為を巡る国際裁判管轄について具体的な要件を提示しており、判決文中において、㉞不法行為の実行行為、㉟客観的関連共同性を基礎付ける事実又は幫助若しくは教唆行為についての客観的事実、㊱損害の発生、および㊲事実的因果関係の各要件の立証を要するとしている。このうち、国際的共同不法行為に特有の要件として本判決が掲げたのは㉟の要件であると言える²⁶。こうした判断枠組については、その結論を含めて全面的に支持する見解²⁷もあるが、他方で、これに批判的な見解も示されている。その中には、本来外国における教唆・幫助行為と内国における侵害結果の発生との間には直接的な事実的因果関係はないが、教唆・幫助者と実行行為者との間に一定の共同関連性があれば直接的な事実的因果関係の要件の証明が軽減されるという判断枠組には一定の評価を与え得るものの、他の行為者との共同性等を問うまでもなく、各行為者の実行行為、侵害結果、および両者間の事実的因果関係という従前の不法行為地管轄要件が満たされる可能性があり、こうしたケースについてまで㉟の要件を追加的に課す必要があるか疑問とする批判（第一の批判）²⁸や、平成19年東京地裁判決は客観的関連共同性と言いつつも、A社およびB社の実行行為に対する被告Y1の認識や意思の関与の程度まで含めた諸事情を勘案しており、客観的事実関係説の事案への当てはめを正確に行って

系〔増訂版〕』（酒井書店、1965年）93-94頁、鈴木正裕他『演習民事訴訟法』（有斐閣、1982年）29頁以下〔鈴木正裕執筆〕、新堂幸治『新民事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2008年）116頁等を参照）。もっとも、裁判実務は管轄原因仮定説に拠っておらず、裁判所は管轄について疑義がある場合には管轄の有無について一応の証拠調べを行い、他の裁判所に管轄があると判断したときには直ちに移送決定するほか、他方で証拠調べの結果一応管轄があると認め得るときには直ちに管轄違いの抗弁を却下しないで本案審理を行い、その後管轄がないことが明確になればその時点で管轄裁判所に移送する取扱いがなされているようである（菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ〔補訂版〕』（日本評論社、1993年）155-156頁、高橋・前掲注（20）313頁）。

²⁶ 多田・前掲注（18）344頁、申・前掲注（18）147頁。

²⁷ 駒田・前掲注（18）〔Law&Technology 45号〕72頁以下、同・前掲注（18）〔速報判例解説4号〕189頁以下。

²⁸ 申・前掲注（18）147頁。

いないとする批判（第二の批判）²⁹が寄せられている。これら批判を呈する学説も外国における共同不法行為者につきわが国の国際裁判管轄を肯定した平成19年東京地裁判決の結論自体に対しては賛成の立場に拠っていることをまずもって心に留め置くべきであるが、そのうえで近時のドイツ連邦最高裁判決を踏まえるとこれら批判の内容には首肯できる側面があるのも事実である。例えば、第一の批判に関連して論ずれば、2010年7月13日付ドイツ連邦最高裁判決では、「被告Yが原告Xの住所地国に所在する財産に直接的に損害を生ぜしめる不法行為を行った以上は、Xの住所地国に国際裁判管轄が所在することを正当化することは可能である（Dies ist aber aufgrund der -hier unterstellten- unerlaubten Handlung der Beklagten, die unmittelbar einen Schaden des im Wohnsitzstaat des Klägers belegenen Vermögens verursacht hat, gerechtfertigt.）」³⁰としており、これは共同不法行為者である外国ブローカー業者の実行行為（国内仲介業者への幫助行為）とドイツ国内における原告預金口座の残高減少との間に直接的に事実的因果関係が存在していることを認定していると評価でき、必ずしも平成19年東京地裁判決のように、国内外の行為者間における客観的関連共同性の存在を要件とする必要がないことを示していると位置付けることができる。また、第二の批判に関連して論ずれば、被告である外国の不法行為者の認識や意思的関与の程度を要件化するという方法と、そうした事情を一切考慮しないという方法のいずれかを採ることが考えられる。例えば、2010年7月13日付ドイツ連邦最高裁判決は、被告である外国ブローカー業者がドイツ国内において原告である個人投資者の財産が毀損されるという侵害発生につき予見可能であったか否かを考慮のうえ検証しているが、これなどは、被告の認識や意思的関与といった要件を、外国に所在する被告を内国裁判所の管轄に服せしめるのが当事者の公平等の観点からみて適当か否かを判断するための枠組みの中に組み込もうとする試みとして捉えることが可能である。駒田泰土准教授は、平成19年東京地裁判決に関して、「外国親会社等について、わが国特許権侵害の共同不法行為に基づ

²⁹ 申・前掲注（18）147頁、多田・前掲注（18）344頁。

³⁰ aa.O. (Fn.12), 1593.

く国際裁判管轄を肯定するには、当該親会社等の行為が日本の特許権侵害に『向けられている』というだけの客観的事実を要しよう。とくに、本件事案の場合は、本件特許権の直接の被疑侵害者であるA・B各社とY1との間には親子関係すらないのだから、より慎重な判断を要するというべきであろう。この点、本判決は、Y1およびA・B各社等の間の契約関係を詳細に認定して、Y製品（被告製品〔本括弧内の記載は執筆者による〕）が日本国内に流通することについてY1が予見可能性を有していたことを明らかにしており、判断手法としては是認しうる」との見解を示している³¹が、こうした見解も同様のスタンスに立脚するものと評価して差し支えないと思われる。他方で、2010年3月9日付ドイツ連邦最高裁判決（上記2.（1）（ロ））では、一的不法行為に複数者が関与する場合には、各関与者はその他の関与者がもたらした行為の寄与（Tatbeiträge）について、手続法上もその責を負わなければならないとし、外国ブローカー業者をドイツの国際裁判管轄権に服せしめるに当たって、主観的な認識や意思的関与の存在について特段の言及を行っていない。J.Ellenberger 判事は、従来のドイツ連邦最高裁の判決例³²を踏まえつつ、「国内投資仲介業者と外国ブローカー業者が過度な売買勧誘行為で提訴される事案では、両者が共同行為関係にあるとして扱われる限りは、外国ブローカー業者についても、ZPO32条に基づきドイツの国際裁判管轄権が肯定される。この場合、各関与者は他の関与者による行為の寄与について、BGB830条1項のみならず、ZPO32条の領域においてもその責を負わなければならない。同様のことは教唆者および幫助者にも該当する（BGB830条2項）。さらに、加害行為地が外国であるが、結果発生地がドイツである事案でもZPO32条の適用が肯定される。投資者の国内財産が毀損された場合などは通常はこうした事案に該当する。また、外国ブローカー業者と国内投資仲介業者との間に利益還元契約（Kick-Back-Vereinbarung）があり、後者がドイツで取引契約を締結

³¹ 駒田・前掲注（18）〔速報判例解説4号〕192頁。

³² BGH Urteil vom 6. Februar 1990 (XI ZR 184/88), WM 1990, 462; BGH Urteil vom 22. November 1994 (XI ZR 45/91), WM 1995, 100; BGH Urteil vom 28. Februar 1989 (XI ZR 70/88), WM 1989, 1047.

している場合には、前者に対する訴訟についても、ZPO32条に基づきドイツの国際裁判管轄が肯定される。この場合には加害行為地も結果発生地もドイツに所在するからである」³³との議論を展開しているが、2010年3月9日付ドイツ連邦最高裁判決もこうした議論に沿ったものと位置付けることが可能である。またドイツの学説でもZPO32条に関してこうした裁判所の見解を支持するものは多数に上っている³⁴。やはり多田望教授が平成19年東京地裁判決に関して、「日本の特許権侵害をした者（Z）を外国で教唆・幫助した者（Y）に対する訴訟について、単純に『原則として、Yの教唆又は幫助行為により、Zの直接侵害行為が行われた我が国において損害が発生したとの客観的事実関係が証明されれば、特段の事情がない限り、我が国の裁判所に国際裁判管轄を認めてよいと思われる』との線に沿った基準の方が、まだ問題が少ないように思われる」³⁵との見解を示しているが、これも被告の認識や意思的関与の有無を考慮しないとの立場に依拠するものである。

もっとも、この第三の論点のうち、第一の批判については必ずしも平成19年東京地裁判決に対する有効な批判とは言い難い。すなわち、外国所在の被告による行為について、国内所在の直接の実行者と全く別個独立に、国内で生じた結果との間に因果関係が認定されるのであれば、国際的共同不法行為という概念を用いず単独の不法行為としても処理できるはずであり、こうしたケースにまで、「客観的関連共同性を基礎付ける事実又は幫助若しくは教唆行為についての客観的事実」という要件（上記④）を殊更持ちだす必要がないことは論を俟たない。複数行為者間の客観的関連共同性の要件は外国所在の被告による行為と国内で生じた結果との間の因果関係という要件と代替可能性を有すると捉えれば足りるのであって、第一の批判が想定しているケースにおいては、複数行為者

³³ J.Ellenberger, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Börsenterminhandel, WM Sonderbeilage Nr.2, 1999, 22.

³⁴ Zöller, a.a.O. (Fn.21), § 32 Rdn.13 [M.Vollkommer]; Nagel/Gottwald, a.a.O. (Fn.6), § 3 Rdn.356; Thomas/Putzo, a.a.O. (Fn.6), § 32 Rdn.5 [R.Hüßtege]; Musielak, a.a.O. (Fn.6), § 32 Rdn.13 [C.Heinrich]; Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, 3.Aufl. (C.H.Beck, 2008), § 32 Rdn.14 [R.Patzina].

³⁵ 多田・前掲注（18）344頁。

間の客観的関連共同性の要件の立証に拠らず、単に外国所在の被告と原告の間、国内所在の直接の実行者と原告の間それぞれに別個に2つの不法行為が並存していることを立証しても何ら差し支えないと思われる。他方で、第二の批判については、既述のとおりわが国の学説でも賛否両論があるが、やはり過剰管轄を回避し外国所在の被告の予見可能性を確保すべきという実際的な要請を踏まえると、わが国の国際裁判管轄の有無についてきめ細かい判断をなし得る枠組みを設ける必要があることに留意すべきであろう。また主観的事実と客観的事実との区別は必ずしも一義的に容易に決まるものではなく³⁶、国際投資取引においては、外国ブローカー業者等の行為がわが国の投資者の財産権侵害に向けられていると評価し得る程度の客観的事情の存在を要件として盛り込んだとしても、必ずしも客観的事実関係説と齟齬を生ぜしめるわけではないように思われる。例えば、外国ブローカー業者がわが国の仲介業者にわが国投資者との取引仲介を依頼しており、当該仲介業者が自身の顧客勧誘方針等を外国ブローカー業者に送付しているような場合であって、当該顧客勧誘方針がわが国の金融商品取引法をはじめとする勧誘規制体系に抵触しているときには、当該外国ブローカー業者に対するわが国の国際裁判管轄を肯定しても差し支えないであろう。裏を返せば、外国ブローカー業者が仲介依頼を行った国内仲介業者による不当な勧誘行為の態様を知り得なかったと評価し得る客観的事情があれば、外国ブローカー業者に対するわが国の国際裁判管轄権を否定すればよいと考えられる。

(2) 主観的併合

国際的共同不法行為について、国内に所在する共同不法行為者のみならず、海外に所在する共同不法行為者についても不法行為地特別裁判籍に基づきわが国の国際裁判管轄権が肯定されるのであれば、特段主観的併合に基づく関連裁判籍の有無を検討する必要に乏しいが、平成19年東京地裁判決でも本論点が取り上げられており、被害者が予備的主張として関連裁判籍の存在を主張する可能性もあるので、本稿にても一応論じ

³⁶ 小林秀之＝村上正子『国際民事訴訟法』（弘文堂、2009年）64-65頁。

ておく。

被害者である国内投資者が国内の仲介業者とともに、外国ブローカー業者に対しても損害賠償請求訴訟を提起する場合には、主観的併合により、後者に対する訴訟についてもわが国の国際裁判管轄を肯定する余地が存在するであろう。この点、平成19年東京地裁判決では、「相被告に対する請求と当該被告に対する請求との間に、固有必要的共同訴訟の關係ないしそれに類似する程度の強固な関連性があることが認められる場合など、特に我が国の裁判所に国際裁判管轄を認めることが当事者間の公平、裁判所の適正・迅速を期するという理念に合致する特段の事情が存する場合には、我が国の裁判管轄を認めることが条理に適うと解される。そこで、民事訴訟法7条但書、38条前段の規定に依拠した国際裁判管轄は、原則として認められず、上記のような強固な関連性が認められる場合にのみ認められると解するのが相当である」とし、主観的併合による国際裁判管轄の肯定に当たっては、合一確定の必要（民事訴訟法40条）という意味での請求相互間の関連性という要件を満たす必要がある旨示唆している³⁷。平成19年東京地裁判決を踏まえると、国際的共同不法行為に関して主観的併合による国際裁判管轄が認められる余地は殆ど存在しないことになるであろう³⁸。

しかしながら、平成19年東京地裁判決における主観的併合に関する判旨は、従来の見解に比べても些か厳格に過ぎると考えられる。学説においても平成19年東京地裁判決と同様の見解を唱える立場があるのも事実である³⁹が、わが国裁判実務では、必要的共同訴訟に限らず比較的緩やかに主観的併合に基づき国際裁判管轄を肯定しているように思われる。例えば、昭和62年東京地裁中間判決（上記2.（2）（ロ）②）では、当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期することを基本理念として、条理

³⁷ 申・前掲注（18）148頁。なお、高部眞規子「判解」『最高裁判所判例解説 民事編 平成13年度（下）』（法曹会、2004年）506頁も同様の見解に拠る。

³⁸ わが国民民事訴訟法上、共同不法行為に基づく複数人に対する損害賠償請求訴訟は必要的共同訴訟と位置付けられていない。

³⁹ 齋藤彰「判批」ジュリスト942号123頁（1989年）、矢澤昇治「判批」ジュリスト998号134頁（1992年）。

に反するような特段の事情が認められない限り、国際裁判管轄の決定に当たっては関連裁判籍の規定（旧民事訴訟法21条）の準用を原則として認めるべき旨を判示している⁴⁰ほか、最判平成10年4月28日民集52巻3号853頁（以下「平成10年最高裁判決」という）においても、「同一の実体法上の原因に基づく訴訟であって、相互に密接な関連を有しているから、統一的な裁判をする必要が強いといえることができる」との理由で、主観的併合を認め、これに基づきわが国の国際裁判管轄を肯定するに至っている⁴¹。また学説においても、渡辺惺之教授が主観的併合に基づく国際裁判管轄を肯定するに当たっては、「わが国内民法上のいわゆる判決の『合一確定の必要』（民訴40条）ある場合（必要的共同訴訟）に狭く限られるべきではなく、通常共同訴訟とされる場合にも、相当な必要性が認められるならば肯定されるべきであろう（たとえば、連帯債

⁴⁰ 平成元年東京地裁判決（事案の概要については前掲注（17）を参照）も同旨。なお、東京地判昭和62年7月28日判例時報1275号77頁では、国際裁判管轄に関して主観的併合は原則として許されないとしつつも、当事者間の公平、裁判の適正・迅速という理念に合致する特段の事情が存する場合には例外的にわが国の国際裁判管轄を肯定しているなど、下級審判決では、併合管轄に関しては「特段の事情」が例外的肯定の根拠として機能するのが通常である（この点につき、河邊義典「判解」『最高裁判所判例解説 民事編 平成10年度（上）』（法曹会、2001年）475頁。なお、東京地判平成2年10月23日判例時報1398号87頁、東京地判平成3年1月29日判例時報1390号98頁、東京地判平成7年4月25日判例時報1561号84頁、東京高判平成8年12月25日高民集49巻3号109頁、東京地判平成9年2月5日欄例タイムズ936号242頁、東京地判平成19年11月28日LEX/DB28140016（上記2.（2）（ロ）④）、東京地判平成20年4月11日判例タイムズ1276号332頁等も参照）。もっとも、昭和62年東京地裁中間判決（上記2.（2）（ロ）②）および平成元年東京地裁判決は「特段の事情」が例外的否定の根拠として機能しており、これら判決については、通常のケースと異なり、原則と例外が逆転していることに留意する必要がある。

⁴¹ 本判決の評釈としては、伊藤眞＝高橋宏志＝高田裕成編『民事訴訟法判例百選〔第3版〕』（有斐閣、2003年）252頁〔中西康執筆〕、河邊・前掲注（40）450頁、山本和彦「判批」平成10年度重要判例解説〔ジュリスト1157号〕297頁（1999年）、酒井一「判批」私法判例リマックス1999（下）158頁（1999年）、渡辺惺之「判批」判例時報1670号201頁（1999年）、安達栄司「判批」NBL678号62頁（1999年）がある。

務、共同不法行為による損害の賠償のように、後の求償の関係から統一
的裁判が望ましい場合等)」との見解を唱えておられる⁴²。また、諸事情
を検討し、併合裁判籍を認めることが当事者間の公平、裁判の適正・迅
速を期するという理念に合致するときは国際裁判管轄を認めてよいとす
る見解も示される⁴³など、最近では、必要的共同訴訟に限らず、比較的
緩やかに主観的併合に基づく国際裁判管轄を肯定する学説が有力に主張
されている⁴⁴。

加えて、現在国会に提出されている「民事訴訟法及び民事保全法の一
部を改正する法律案」（以下「国際裁判管轄法案」という）では、数人
からの又は数人に対する訴えで数個の請求をする場合において、日本の
裁判所が一の請求について管轄権を有し、他の請求について管轄権を有
しないときは、訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であ
るとき、又は同一の事実上及び法律上の原因に基づくときに限り、日本
の裁判所にその訴えを提起することができるとする旨の規定が設けられ
ている⁴⁵。必要的共同訴訟に限ることなく通常共同訴訟であっても主観

⁴² 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論 [第5版]』（有斐閣、2007年）
305頁[渡辺惺之執筆]。渡辺惺之「判批」ジュリスト715号112頁（1980年）も同旨。

⁴³ 斎藤秀夫他編著『注釈民事訴訟法（1）[第2版]』（第一法規、1991年）312
頁[小室直人・松山恒昭執筆]。

⁴⁴ 河邊・前掲注（40）475頁。他にもこうした見解に立つものとして、高桑昭
＝道垣内正人編『新・裁判実務大系3 国際民事訴訟法（財産法関係）』（青林
書院、2002年）134-135頁[櫻田嘉章執筆]、松岡博『現代国際私法講義』（法
律文化社、2008年）299頁、本間靖規＝中野俊一郎＝酒井一『国際民事手続法』
（有斐閣、2005年）64頁[中野俊一郎執筆]、海老沢美広「判批」昭和54年度重
要判例解説[ジュリスト718号]303頁（1980年）、三井哲夫「判批」判例時報
1361号216-218頁（1990年）等がある。

⁴⁵ 国際裁判管轄法案第1条（民事訴訟法3条の6）には、「一の訴えで数個の
請求をする場合において、日本の裁判所が一の請求について管轄権を有し、他
の請求について管轄権を有しないときは、当該一の請求と他の請求との間に密
接な関連があるときに限り、日本の裁判所にその訴えを提起することができる。
ただし、数人からの又は数人に対する訴えについては、第38条前段に定める場
合に限る。」との規定が置かれている。本条項の但書が主観的併合に関連した
規定箇所である。

の併合によるわが国国際裁判管轄を肯定する見解に立脚した規定内容であり、法制審議会国際裁判管轄法制部会の審議過程では、主観的併合をやや広く認めすぎるとの懸念も示された⁴⁶が、最終的に現行案のとおり要綱として取りまとめられた経緯がある。国際裁判管轄法案では、同時に「特段の事情」条項が明文で設けられており⁴⁷、特段の事情により当事者間の公平、裁判の適正・迅速という理念に基づきわが国の国際裁判管轄が否定されるケースも存在すると思われるが、他方において、そうした事情がない限りは、原則として国際的共同不法行為に基づく損害賠償請求訴訟においても、主観的併合に基づき、わが国の国際裁判管轄権が比較的緩やかに認められるものと考えられる。

4. 若干の追加的検討

(1) 国際的共同不法行為における結果発生地管轄

ドイツでは、共同不法行為であろうが、単独不法行為であろうが、その侵害結果が自国内で生じている限りにおいて、不法行為地特別裁判籍に基づき自国の国際裁判管轄を肯定するという見解が一貫して採用されている。2010年7月13日付ドイツ連邦最高裁判決（上記2.（1）（イ））はその好例である。

これに対して、わが国においては、平成13年東京地裁判決（上記2.（2）（ロ）③）を巡って、この論点に関する見解に相違がみられる。本事案では、日本企業（Y3）の外国親会社であるY1や外国関連企業であるY2に対する国際裁判管轄権の有無が問題とされ、東京地裁はこの点につき否定的な見解を示したわけであるが、神前禎教授は、「わが国に不法行為地が存在しないと判断する際、不法行為地としてもつばら加害行為地のみを問題としているように思われる。そのことは、第一に、Y

⁴⁶ 法制審議会国際裁判管轄法制部会第5回会議事録8頁〔手塚裕之委員発言〕。

⁴⁷ 特段の事情（法案においては「特別の事情」という文言を使用）に関しては、国際裁判管轄法案第1条（民事訴訟法3条の9）に規定が設けられている。

2等の具体的な侵害行為がわが国で行われていないことから直ちにXの主張を斥けていること、第二に、損害発生地については、不法行為地の裁判籍がわが国にないという結論を述べた後に、義務履行地と並んで簡単に触れていることから窺われる」との正当な分析を行っておられる⁴⁸。この点を巡って、学説では、日本国内での実行行為を認定できない以上はわが国の国際裁判管轄権を肯定し得ないとし、本判決の立場に賛同する見解も示されている⁴⁹が、他方で、わが国においてXの有する特許専用実施権が侵害され損害が生じていることを理由に、わが国に不法行為地特別裁判籍を認めることも十分に考えられたとする批判が複数寄せられている⁵⁰。共同不法行為の場合にのみ殊更、結果発生地であることを不法行為地特別裁判籍の根拠としない理由はなく、後者の見解が妥当であるとする。むしろ、外国所在の共同不法行為者においてわが国での結果発生を予見し得るような客観的事情が存在するのであれば、当事者間の公平、裁判の適正・迅速という理念に照らしても、わが国の国際裁判管轄権を積極的に肯定していくのが適当と考えられる。平成19年東京地裁判決も、わが国が結果発生地であることを認定したうえで、海外に所在する共同不法行為者についてもわが国の国際裁判管轄に服せしむるのが相当とする判旨を展開しており、後者の見解に立脚していると評価して差し支えないであろう。

次に、国際的投資取引を念頭に置いた上で、結果発生地がどこに求められるべきかという問題がある。2010年7月13日付ドイツ連邦最高裁判決では、ブリュッセル I 規則 5 条 3 項に関連して、これを投資者の口座残高の減少が生じた地 (Ort der Minderung des Kontoguthabens) であると結論付けている⁵¹。P.Mankowski 博士は、同条項に関して、勧誘者の詐欺により投資者が新たな口座を開設し、自身の既存口座から新口

⁴⁸ 神前禎「判批」ジュリスト1263号195頁（2004年）。

⁴⁹ 中山信弘＝相澤英孝＝大渕哲也編『特許法判例百選 [第3版]』（有斐閣、2004年）217頁 [道垣内正人執筆]。

⁵⁰ 神前・前掲注(48) 195-196頁、渡辺惺之「判批」Law&Technology18号25頁（2003年）、申・前掲注(18) 147頁、木棚照一「国際知的財産権紛争の国際裁判管轄権と準拠法」特許研究38巻10頁（2004年）。

⁵¹ aa.O. (Fn.12), 1593.

座への資金振替を行わされた事案を想定したうえで、こうした事案では、既存口座（振替元口座）を連結点とするのが適切であるとの見解を示している。同博士によれば、その根拠は、①不法行為者は詐欺的勧誘の中で新口座の開設場所を誘導し被害者の選択を著しく狭めることが容易であること、②不法行為者は被害者の振替元口座の所在を容易に突き止め得るため、当該口座の所在地に管轄を認めても、その予見可能性を損なわないこと、③不法行為者は被害者を詐欺的に取引関係に引き込んだ張本人であることから、因果関係の要件において困難な問題が生じないこと等に求められるとする⁵²。また S.Leible 博士は、欧州司法裁判所が結果発生地を直ちに原告住所地に結び付けないとのスタンスを堅持しているとしたうえで、特に投資詐欺の事案における結果発生地を巡っては財産の中心地（Vermögenszentrale）に焦点を当てることが重要であると主張する。そして、この場合には、資金の振替自体が不法行為の結果である以上、振替による資金の流出場所（Ort des Abflusses）こそが結果発生地と考えるべきであると結論付けている⁵³。なおブリュッセル I 規則 5 条 3 項の前身であるルガノ条約 5 条 3 項に関して、ドイツ在住の投資者がスイス所在の資産管理会社との間で資産管理契約を締結し、同契約に基づきドイツの銀行口座からスイスの銀行口座に資金を振替えたものの、その後当該契約を解除したにも拘らず一部の返金に止まった事案において、被害者である投資者の振替元口座の所在地であることを理由に、ドイツの国際裁判管轄を肯定している⁵⁴。

⁵² U.Magnus/P.Mankowski, Brussels I Regulation (Sellier, European Law Publishers, 2007), Art.5 Rdn.239 [P.Mankowski]; P.Mankowski, Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2004/2005 (Teil2), RIW 2005, 561, 562.

⁵³ T.Rauscher, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2.Aufl (Sellier, European Law Publishers, 2006), Brüssel I-Verordnung Art.5 Rdn.86b [S.Leible]. その他同じ見解を採るものとして、Musielak, aa.O. (Fn.6), EuGVVO Art.5 Rdn.24 [A.Stadler]; A.Junker, Ammerkung zum EuGH Urteil vom 10. Juni 2004, ZZPInt 9, 200, 205f (2004) 等がある。

⁵⁴ BGH Versäumnisurteil vom 6. November 2007 (VI ZR 34/07), NJW-RR 2008, 516.

ZPO32条に関しても、こうした結論は一般に妥当するものと考えられている。1994年11月22日付ドイツ連邦最高裁判決⁵⁵で取り扱われたのは、国内の2人の投資者が米国（ニューヨーク）に所在するブローカー業者との間で商品先物取引を行い、両者の仲介はフランクフルトに所在する仲介業者が一手に行う一方で、当該ブローカー業者が取引の決済目的のためにこれら投資者の口座管理の委託を受けていたが、仲介業者が過当売買（Churning）を行った結果損害が生じたとして、これら投資者がブローカー業者と仲介業者を相手取り、共同不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した事案である。本事案では、ニューヨーク所在のブローカー業者に対しても ZPO32条に基づきドイツの国際裁判管轄権を肯定すべきかが争われたが、ドイツ連邦最高裁は、ブローカー業者と仲介業者が共同し、異常なほどの過当取引によって投資者の銀行口座に23%超の損害を齎し、これら投資者も法外なまでの取引回数が原因で、損害の把握が遅れ取引の繰り返しに至ったことを認定したうえで、共同不法行為者である米国ブローカー業者に対しても、ZPO32条に基づきドイツの国際裁判管轄を認める旨の判断を下している⁵⁶。

（２）国際的共同不法行為における加害行為地管轄

2010年3月9日付および同年7月13日付ドイツ連邦最高裁判決、平成19年東京地裁判決ではいずれも不法行為の結果発生地（Erfolgsort）が法廷地国内であったことから、厳密な意味で加害行為地（Handlungsort）を特定する必要がなかったが、そうでない場合（例えば、原告である投資者の預金口座が法廷地国以外の第三国に所在する金融機関店舗に開設されていた場合）には、各関係者が行為を行った地が各々、共同不法行為に関与した者全員について国際裁判管轄権を有するか否かを議論する必要が生ずるであろう。わが国において、平成13年東京地裁判決および

⁵⁵ BGH Urteil vom 22. November 1994 (XI ZR 45/91), NJW 1995, 1225.

⁵⁶ なお、この判決を支持するものとして、Münchener Kommentar, aa.O. (Fn.34), § 32 Rdn.32 [R.Patzina]; Zöller, aa.O. (Fn.21), § 32 Rdn.17 [M.Vollkommer]; Musielak, aa.O. (Fn.6), § 32 Rdn.17 [C.Heinrich] がある。

同判決を支持する見解は、侵害結果がわが国国内で発生している、外国所在の共同不法行為者による行為自体がわが国国内でなされていない限り、わが国の国際裁判管轄権は認められないとの立場を採っており、こうした考えを突き詰めれば、外国所在の共同不法行為者自身による行為がわが国国内でなされていないうえに侵害結果すらわが国国内で生じていない事案において、外国所在の共同不法行為者についてわが国の国際裁判管轄権を認めるのは一層困難であるとの結論に帰着するものと考えられる。他方で、平成19年東京地裁判決では結果発生地が日本国内であることが認定されており、本論点は同判決の射程外にあると評価し得るし、国際的共同不法行為の事案において外国所在の行為者にわが国の国際裁判管轄権が及ぶことを肯定する学説においても、わが国が結果発生地国であることをその前提にしていると考えられる⁵⁷。

この点に関して、ドイツでは見解が分かれている。まず、本論点につき肯定的な見解を示す学説がある⁵⁸。P.Mankowski 博士は、ブリュッセル I 規則 5 条 3 項に関連して、①同条項は被告自身の行為に限定する趣旨ではなく、被告が法律上責任を持ち得る関与者の行為をも対象としているのであって、裁判管轄を主犯格の不法行為者の行為地に限定するのは説得的ではないこと、②複数者により不法行為が分割的になされたからといって、一人が単独ですべての不法行為を実施したケースとは異なる結論が導出されてはならないこと、③原告は不法行為の関与者が行為を行なった地に限りその責任を問えるに止まることから、原告による正当視され得ないフォーラム・ショッピングの危険性が存在しないこと等を

⁵⁷ 木棚照一編著『国際知的財産侵害訴訟の基礎理論』（経済産業調査会、2003年）152-153頁〔渡辺惺之執筆〕、高部真規子「特許権等登録を要する知的財産権に関する訴訟の国際裁判管轄」『知的財産紛争をめぐる国際的な諸課題に関する調査研究報告書』（知的財産研究所、2002年）74頁、神前・前掲注（48）195-196頁、多田・前掲注（18）344頁、申・前掲注（18）147頁。

⁵⁸ 本文中で示すものの他に、Nagel/Gottwald, a.a.O. (Fn.6), § 3 Rdn.356; A.Baumbach/W.Lauterbach/J.Albers/P.Hartmann, ZPO, 69.Aufl. (C.H.Beck, 2011), EuGVVO Art.5 Rdn.22; Musielak, a.a.O. (Fn.6), EuGVVO Art.5 Rdn.25 [A.Stadler]; Thomas/Putzo, a.a.O. (Fn.6), EuGVVO Art.5 Rdn.20 [R.Hüßtege] 等がある。

理由として、本論点につき肯定的な主張を展開している⁵⁹。また、R. Geimer 博士も、同条項に関連して、「共同行為者、補助者、幫助者をはじめ、被告がそれらの者の行為につき不法行為法あるいは擬似不法行為法上責任を負うべきとされる者が行為をなした地においても、当該被告につき国際裁判管轄権が肯定される。また共同行為者、教唆者、幫助者については、自身が寄与行為をなした地のみならず、他の関与者が各々行為をなした地、あるいは主たる侵害が生じた地いずれにおいても国際裁判管轄権が肯定される」との見解を表明している⁶⁰。M.Vollkommer 博士は、ZPO32条にいう「不法行為地」は、行為がなされた地（加害行為地）のみならず、保護法益が侵害された地（結果発生地）も含む概念であるとしたうえで、侵害的な形で投資取引への詐欺的勧誘がなされたケースでは加害行為地は当該取引契約の交渉がなされた地であり、不法行為に複数の関与者がいる場合には、各関与者による行為への寄与を相互に勘案して国際裁判管轄権の有無を決することになるとする。そして、複数が関与する形で詐欺的な契約締結がなされた場合には、仮令ある関与者自身がドイツ国内で詐欺的行為を行っていないくとも、ドイツがZPO32条の「不法行為地」に該当する限りは、当該関与者に対してドイツの国際裁判管轄権が及ぶことになる旨の見解を示している⁶¹。

これに対して、本論点につき否定的あるいは懐疑的な見解を示す学説も主張されている⁶²。M.Weller 博士は、ZPO32条に関して、① BGB830条等に沿った原告の申立てにより不法行為の関与者、幫助者等と見做された者は須らく、他の者が行為をなした地の裁判管轄権に服するとされていること、および②行為地の確定に至る国際民事手続法上の結論が抵触法上も決定的であるとし、国際民事手続法上の連結点を手掛かりに抵

⁵⁹ Magnus/Mankowski, aa.O. (Fn.52), Art.5 Rdn.221 [P.Mankowski].

⁶⁰ R.Geimer/R.A.Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3.Aufl. (C.H.Beck, 2010), A1 Art.5 Rdn.250 [R.Geimer].

⁶¹ M.Vollkommer, Anlegerschutz bei der Publikumsreederei, Bindungswirkung von vertraglichen Schiedsklauseln und internationale Zuständigkeit bei Anlegerschädigung, IPRax 1992, 207, 211.

⁶² 本文中で示すものの他に、Münchener Kommentar, aa.O. (Fn.34), EuGVO Art.5 Rdn.62 [P.Gottwald] 等がある。

触法上の連結点を確定するという見解が連邦最高裁で採用されたことの2点に対して否定的な立場を明確にしたうえで、ブリュッセルⅠ規則では、BGB830条や831条が解釈指針として想定されるのではなく、別途の解釈基準が設定されるべきであるとの見解に拠っている⁶³。R.Wagner博士他は、2010年に相次いで示された2つのドイツ連邦最高裁判決（上記2.（1）（イ）および（ロ））とほぼ同様の事案を想定したうえで、こうした事案において外国ブローカー業者に対して加害行為地であることを事由として自国の国際裁判管轄が肯定され得るかという問題について、「欧州司法裁判所はブリュッセルⅠ規則5条3項について未だ見解を示さずにいるが、ドイツの裁判所は、ルガノ条約やブリュッセル条約における類似事案において、国内でなされた不法行為への被告の関与や共同行為が原告に対する侵害を齎していることが十分に説明できるときには、こうした結論を認めてきた」としつつ、「その場合に、被告の関与や共同行為の前提は特段の理由なく法廷地法たる BGB830条や831条に求められる」が、「このようにドイツ実質法に基づき加害行為地管轄を判断することに問題がないわけではなく、むしろ欧州司法裁判所はブリュッセルⅠ規則5条3項の自律的な解釈を要請していることに留意する必要がある」との指摘を行っている⁶⁴。

5. 結語

わが国においては、全貌が把握されているわけではないが、従来より外国為替証拠金取引およびその他 CFD 取引・先物取引等においても、国内仲介業者が外国ブローカー業者への注文取次ぎを行う IB 形態が幅広く存在していたと思われる。また平成23年1月に商品先物取引法が完全施行されたが、海外商品先物取引の領域においてはつい最近まで悪質な勧誘行為や不当な取引形態が横行し社会問題化していたほか、金融商

⁶³ M.Weller, Zur Handlungsortsbestimmung im internationalen Kapitalanlegerprozeß bei arbeitsteiliger Deliktsverwirklichung, IPRax 2000, 202, 206f.

⁶⁴ Wagner/Gess, aa.O. (Fn.1), 3484f.

品取引法および商品先物取引法の適用対象に該当しない新たな取引類型が生み出される余地も残されていることから、今後ドイツでの訴訟と類似した事案がわが国裁判所に提起される可能性が大いに存在している。わが国の特定商取引に関する法律等においては、個人消費者・投資者の保護という観点から業者に対して勧誘規制等を厳格に課すべきとの考えに沿って各種の規定整備がなされている。こうした消費者保護関連法規が公法あるいは絶対的強行法規として適用されるべきとの主張はドイツのみならずわが国でもなされている⁶⁵が、いずれにせよ、その前提として、わが国の国際裁判管轄権が肯定され、法廷地たることが必要である。

通常国内投資者が国内仲介業者を通じて外国ブローカー業者と取引をする場合には、国内の銀行口座を入出金口座として指定し、当該ブローカー業者に注文を出す際にはその国内の銀行口座からブローカー業者に開設した口座に入金するのが通常であるから、侵害結果発生地がわが国内に所在すると認定され得るケースが大半であろう。そうであれば、既に説明してきたとおり、平成19年東京地裁判決の内容を踏まえれば、外国ブローカー業者との関係で、わが国が不法行為地特別裁判籍に基づき国際裁判管轄権を有することは肯定され得るし、また平成10年最高裁判決および国際裁判管轄法案の関連規定を踏まえる限りは、主観的併合に基づく関連裁判籍により、わが国の国際裁判管轄を認めることも可能であると考えられる。

もちろん、外国に所在する業者をわが国の訴訟に引き込むに当たっては、平成19年東京地裁判決の判断枠組みを踏まえて不法行為地特別裁判籍の要件を充足するか否かを検証し、当事者間の公平という観点から当該業者が予見不可能な形で多大な負担を負わないように配慮すべきことは当然であるが、IB形態による外国ブローカー業者への取次ぎの場合には、国内仲介業者と外国ブローカー業者の間に業務上緊密な連絡がなされており、外国ブローカー業者はわが国国内における仲介業者の勧誘

⁶⁵ 詳細については、嶋拓哉「わが国抵触法体系における利息制限法の位置付けに関する一考察－利息制限法の絶対的強行法規性を巡る議論(1)～(5・完)」国際商事法務38巻1号37頁以下、同2号193頁以下、同3号345頁以下、同4号489頁以下、同6号779頁以下(2010年)を参照。

等の実態をある程度は把握し、また把握し得る状態にあるのが通常であることから、当事者間の公平、裁判の適正・迅速という理念に照らして特段の事情が認められる場合は別として、原則的には、外国ブローカー業者を相手取った損害賠償請求訴訟につきわが国の国際裁判管轄を認めても差し支えないであろう。

(追記)

本稿は、平成22年度科学研究費補助金（基盤研究（C））「わが国抵触法体系における絶対的強行法規の機能的・動態的分析（研究代表者：嶋拓哉）」、財団法人全国銀行学術研究振興財団（2009年度学術研究助成）「金融経済活動のクロスボーダー化と国家的経済秩序との交錯（研究代表者：嶋拓哉）」および平成21年度科学研究費補助金（基盤研究（B））「金融システムの変動と消費者・投資者保護法制（研究代表者：瀬川信久教授）」の成果の一部である。紙幅をお借りして、関係者の皆様に謝辞を申し上げる。

契約と過失不法行為責任の衝突

—— 建物の瑕疵により経済的損失
(補修費用額)が生じる例をめぐって ——

新 堂 明 子

(目次)

はじめに

I 経済的利益、経済的損失

1 定義

2 過失不法行為責任否定準則

3 類型的考察

(i) 過失不実表示類型

(ii) 役務不履行類型(瑕疵物損失類型)

(iii) 間接被害者類型

II 契約と過失不法行為責任の衝突

1 イギリス法

(1) 過失不実表示類型(責任肯定)

(2) 瑕疵物損失類型(原則として責任否定)

(3) 瑕疵物損失類型(例外的に責任肯定)

(4) 役務不履行類型(責任肯定)

2 日本法

(1) 契約連鎖関係事例

(2) 契約当事者関係事例

おわりに

はじめに

本稿¹は、物理的侵害なく発生する経済的損失が問題となる事例を類型化し、とくに建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）のみが発生する類型につき、過失不法行為責任の成否、および、その理由を考察する。本稿は、不法行為法は契約に介入すべきでないとの立場から、契約によるアレンジメントとは関係なく過失不法行為責任を追及することはできないと結論づける。

なお、この問題に関し議論の蓄積があるイギリス法との比較を通じ、日本法を位置づける。

I 経済的利益、経済的損失

1 定義

物理的侵害（物理的損害）とは、加害者による、被害者の生命または身体の侵害による損害（人的損害）と被害者の所有物ないし所有権の侵害による損害（物的損害）をあわせたものをいう。

経済的損失とは、このような物理的侵害（物理的損害）なく発生した損害のことをいう²。

イギリス過失不法行為（ネグリジェンス）法は、物理的損害なく発生した経済的損失に関し、その発生を回避する注意義務を否定し、過失不

¹ 本稿は、拙稿「契約と過失不法行為責任の衝突——建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）が生じる例をめぐって」NBL936号17頁以下（2010）をベースに、日本私法学会第74回大会シンポジウム「新しい法益と不法行為法の課題」（2010年10月11日、北海道大学クラーク会館）において報告したものである。シンポジウム「新しい法益と不法行為法の課題」私法73号（2011、予定）参照。

² 物理的侵害（たとえば身体侵害）により経済的損失（たとえば逸失利益）が発生する場合、これを結果経済損失（consequential economic loss）という。物理的侵害なく経済的損失が発生する場合、これを純粋経済損失（pure economic loss）という。WH v Boom, 'Pure Economic Loss: A Comparative Perspective' in WH v Boom, H Kozioł and CA Witting (eds), *Pure Economic Loss* (2004) paras 5-7.

法行為責任を否定する。日本民法709条にそくしていえば、過失の要件の中で判断していることになる。

ドイツ民法823条1項は、法律上保護される権利——生命、身体、健康、自由、所有権、その他の権利——を列挙し、その権利の侵害なく発生した損害につき、不法行為責任を否定する。日本民法709条にそくしていえば、権利利益侵害の要件の中で判断していることになる。

2 過失不法行為責任否定準則

日本民法709条が、過失を要件としたのも、権利侵害を要件としたのも、行動の自由を保障するためであるといわれている³。

イギリス法においては、経済的損失に関し、過失不法行為責任を否定するのが一般準則である。その理由については、次のように説かれている。

①生命、身体、所有物ないし所有権のほうが経済的利益よりもずっと重要であるという理由である⁴。生命、身体のほうが経済的利益よりも重要といえるかもしれないが、所有物ないし所有権のほうが経済的利益よりも重要といえるか。あらゆる経済的利益について不法行為法の保護を否定してよいのか。ここでは、被害者の権利または利益をどのようにランクづけるかがまさに問題となる。

②いわゆる水門論争がある。すなわち、物理的損害と経済的損失を区別することなく（水門を開けて）請求を許すと、裁判所は訴訟の洪水に曝されよう、加害者も不確定な数の被害者に対する不確定な額の責任に曝されよう。したがって、（水門を閉じて）請求を許さない、というものである⁵。水門論争は政策的考慮といわれるが、裁判所の負担と加害者の責任をそれぞれ問題としている⁶。加害者の責任に対する考慮は加害者

³ 瀬川信久「民法七〇九条（不法行為の一般的成立要件）」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年 Ⅲ個別的考察(2)債権編』560-564頁（1998）。

⁴ B Feldthusen, *Economic Negligence* (4th edn, 2000) 12-14.

⁵ Boom (above n 2) paras 85-87.

⁶ カラブレジ教授のテーゼによると、「不法行為責任のルールは、予防費用、事故費用、そして運用費用の合計を最小化するように構成されなければならない」。ロバート・D・クーター＝トーマス・S・ユーレン（太田勝造訳）『新版

の行動の自由に対する考慮に接近する。

③不法行為法は契約に介入すべきでないという議論がある。すなわち、不法行為法が競争市場原理に介入したり、リスク市場原理を歪めたりするのは望ましくない、というものである。自身が被る損失に保険を掛けるほうが、他人のそれに保険を掛けるよりも、より簡単かつ効率的であり、また、フィナンシャルでコマーシャルな権利（経済的利益）の保護は契約法に固有の問題である⁷。

3 類型的考察

以上の問題を考える際には、経済的利益の侵害により経済的損失が発生する事例を分類し、その類型ごとに考察するのが便宜であると主張されており、次のような類型が説かれている⁸。

法と経済学』353頁（1997）。本文の裁判所の負担に対する考慮は、同テーゼにいう運用費用に関するものであり、本文の加害者の責任に対する考慮は、同テーゼにいう予防費用と事故費用に関するものである。とくに間接被害者類型につき、運用費用に関する法の経済分析を行うものと、予防費用と事故費用に関する法の経済分析を行うものの、2つの方向があることは、以前にも指摘したことがある。拙稿「純粹経済損失の歴史分析と経済分析・紹介」北法57巻4号1840頁以下（2006）。間接被害者類型については、後掲注（29）参照。

⁷ A Burrows (ed), *English Private Law* (2nd edn, 2006) para 17.153.

⁸ イギリス不法行為（torts）法の下に論じられる類型は次のとおりである。A Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd edn, 2004) 253-268.

（Ⅰ）不実表示（misrepresentation）。これには、（Ⅰ－Ⅰ）詐欺＝故意（fraudulent）、（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失（negligent）、（Ⅰ－Ⅲ）善意無過失（innocent）によるものがある。

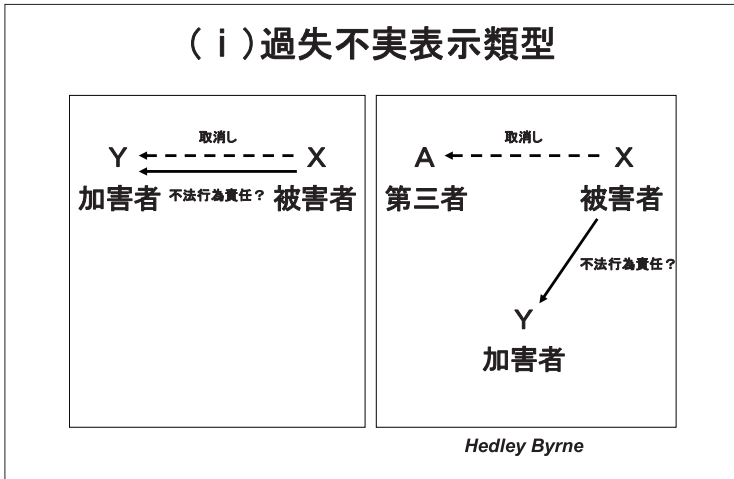
（Ⅱ）不法な知的財産権の侵害（wrongful infringement of intellectual property rights）。

（Ⅲ）取引または契約の妨害（interference with business or contract）。これには、（Ⅲ－Ⅰ）不法な（wrongful）、（Ⅲ－Ⅱ）過失による（negligent）ものがある。

（Ⅳ）過失により役務を履行しないというものがある。

これらのうち、本文には、イギリス過失不法行為（a tort of negligence）法の下に論じられる類型だけを挙げており、それらの対応関係は次のとおりである。

(i) 過失不実表示類型



表示者Yの被表示者Xに対する不実表示により、たとえば、XがYから割高で物を買う⁹、あるいは、Xが第三者Aから割高で物を買う¹⁰、という事例がある¹¹。

上記（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失による不実表示は、本文（i）**過失不実表示類型**に、上記（Ⅲ－Ⅱ）過失による取引または契約の妨害は、本文（iii）**間接被害者類型**に、上記（Ⅳ）過失により役務を履行しないというものは、本文（ii）**役務不履行類型**に、それぞれ対応している。

本文に挙げていない類型について、日本法を概観しておく。

上記（Ⅱ）不法な知的財産権の侵害については、知的財産法または不正競争防止法により規律されている。

上記（Ⅲ－Ⅰ）不法な取引または契約の妨害については、独占禁止法、景品表示法または不正競争防止法により規律されており、また、債権侵害論の中で論じられている。吉田邦彦『債権侵害論再考』（1991）。

これらについては、立法を重視し、司法は立法の欠缺があるときだけ救済を与えればよいと考えている。田村善之「知的財産法からみた民法709条——プロセス志向の解釈論の探求」N B L 936号54頁以下（2010）参照。

⁹ XがYに割安で物売る場合もある。

¹⁰ Xが第三者Aに割安で物売る場合もある。

¹¹ さらに、Xが市場から割高で証券を購入する、という事例がある。

この類型では¹²、不実表示による意思表示を取り消し、不実表示による意思表示がなかったならばあったであろう状態を回復するか、または／および、不実表示を不法行為と見て——この可否を検討する必要はあるか¹³——、不実表示という不法行為がなかったならばあったであろう状態を回復することができる¹⁴。

¹² この類型では、(1)不実の表示が真実であることが契約の内容とまでなっておらず、不実表示という契約違反により、不実の表示が真実であったならばあったであろう状態を回復することができない。ただし、(2)表明（の真実性の）保証の場合は、不実の表明が真実であることが契約の内容となっており、不実表示という契約違反により、不実の表明が真実であったならばあったであろう状態を回復することができる。イギリス法については、高橋美加「表明保証条項違反に関する雑感——東京地判平成18年1月17日判時1920号136頁に対するもう一つの評釈」立教76号122頁以下（2009）。フランス法については、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ1094号128頁以下、137頁（注24）（1996）（奥田編・後掲注（14）所収、110頁以下、119頁（注24））。

後掲注（23）参照。

¹³ 本来、情報は自分で収集すべきであり、不実表示に欺される方が悪い、という社会においては、不実表示を不法行為と見ることは難しい。山本敬三「民法における『合意の瑕疵』論の展開とその検討」棚瀬孝雄編『契約法理と契約慣行』149頁以下、181-182頁（1999）、能見善久「総論——本シンポジウムの目的と視点」NB L 936号8頁以下、11頁（2010）。

¹⁴ 日本の学説がいう評価矛盾と逆の評価矛盾がイギリス法においては発生する。日本法においては、（Ⅰ－Ⅰ）詐欺＝故意による不実表示についてしか、契約の取消しが認められない（96条）。しかし、（Ⅰ－Ⅰ）詐欺＝故意による不実表示だけでなく、（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失による不実表示についても、不法行為に基づく損害賠償が認められる（709条）。よって、（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失による不実表示については、契約の取消しが認められず、すなわち、契約は有効と評価されたにもかかわらず、契約を無効と評価するに等しい、不法行為に基づく損害賠償が認められる、という評価矛盾の問題が発生する。奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理——制度間競合論の視点から』所収各論説（1996）。

イギリス法においては、（Ⅰ－Ⅰ）詐欺＝故意および（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失による不実表示だけでなく、（Ⅰ－Ⅲ）善意無過失による不実表示についても、契約の取消しが認められる。しかし、（Ⅰ－Ⅰ）詐欺＝故意および（Ⅰ－Ⅱ）善意有過失による不実表示についてしか、不法行為に基づく損害賠償が認めら

過失不実表示類型で過失不法行為責任を肯定する場合、次の点が問題となる。

①被害者の利益については、法律行為法にそくせば、被害者による意思表示が加害者による不実表示からフリーなことであり、そうでないとき、不実表示による意思表示を取り消し、不実表示による意思表示がなかったならばあったであろう状態を回復できることである。不法行為法にそくせば、不実表示という不法行為がなかったならばあったであろう状態を回復できることである。つまり、効果——被害者はどのような状態を回復できるか——については、法律行為法も不法行為法も同じ方向を向いている。そこで、要件——被害者はどのような権利または利益を侵害されたか——については、ひとまず、法律行為法においての被害者による意思表示が加害者による不実表示からフリーなことを不法行為法にスライドし、このような生命、身体、物権、債権でもない利益が保護法益かどうかについて、ここでは、ひとまず肯定しておく。このような利益を「自己決定権」とする学説があり¹⁵¹⁶、また、このような利益を保護することにより取引ないし競争の効率性および公正性が保護されるともいえる¹⁷。

れない。よって、(I-Ⅲ) 善意無過失による不実表示については、契約の取消しが認められ、契約は無効となるが、それは効果として強力すぎる、などと議論される。J Beatson, A Burrows and J Cartwright (eds), *Anson's Law of Contract* (29th edn, 2010) 317-318.

¹⁵ 潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題(2・完)」ジュリ1080号86頁以下、94頁(1995)(奥田編・前掲注(14)所収、18頁以下、26頁)、錦織成史「取引の不法行為における自己決定権侵害」ジュリ1086号86頁(1996)(奥田編・前掲注(14)所収、64頁)、山本・前掲注(13)182-183頁。

¹⁶ 錦織・前掲注(15)ジュリ1086号86頁は、「自己決定権という人格的利益の侵害を不法と考えて財産的利益の保護の枠組を考えるという「ずれ」を指摘する。

¹⁷ 金融商品取引法上のディスクロージャー制度(黒沼悦郎『金融商品取引法入門』38-41、44-45頁(第3版、2009))参照。

独占禁止法2条9項6号ハ(不当な顧客誘引・取引の強制)一般指定8項(ぎまんの顧客誘引)および不当景品類及び不当表示防止法4条(不当な表示の禁止)(川濱昇ほか『ベーシック経済法 独占禁止法入門』246-248頁(第3版、2010))

なお、法律行為法と不法行為法の制度間競合問題——どのように制度設計するか¹⁸——については、制度間競合説に立つことになる¹⁹。

②水門論争にどう答えるかが問題となる。なぜならば、有体物とは異なり、無体の情報は無限に拡散し、それによる被害者が多数に上る可能性があるからである^{20 21 22 23 24}。

参照。不正競争防止法2条1項13号(品質等誤認行為)(田村善之『不正競争法概説』399頁以下、415頁以下(第2版、2003))参照。

効率性(厚生)と公正性(競争プロセス、原理、正義)については、川濱昇「市場をめぐる法と政策－競争法の視点から－」新世代法政策学研究1号65頁以下、83-84頁(2009)。

¹⁸ 道垣内弘人「請求権競合論から制度間競合論へ」ジュリ1096号103頁以下、109頁(1996)(奥田編・前掲注(14)所収、161頁以下、167頁)は、次のように述べている。「既存の要件論・効果論をどこまで固定的なものと考えるのか…何をどこまで固定的なものと解するか」の判断は「歴史や立法過程に縛られる場合もあろうし、確固とした判例法理に抵抗できない場合もあろう。ただ、これまで民法学上なされてきた研究には、固定的だと考えられていた制度を、その制度の根本的な再検討によって流動化させたものも多い…つまり、ある制度の根本的な再検討によって、様々な法規範・法制度の再検討がもたらされることになるのである。」

現在の制度(要件論・効果論)および複数の制度間の関係は、各国の歴史により既定されることが多いと考える。

¹⁹ 制度間競合説に立った上で、各制度の要件と効果を調整する必要がある。よって、作用的制度間競合説に立つことになる。

²⁰ たとえば西武鉄道事件判決のように(ただし故意事例である)。

²¹ Yの不実表示により、Xが第三者Aと契約を結ぶ事例においては、第三者Aの取引の安全という別の考慮が必要なため、Xは契約を取り消すことができない。*Anson's Law of Contract* (above n 14) 316.

²² 不実表示を含む、作為の不法行為の場合は、加害者が被害者の意思表示に瑕疵を生じさせたことになり、不法行為が成立することに問題はない。しかし、不作為の不法行為の場合は、被害者の意思表示に瑕疵が生じそうなのを加害者は知っていて黙っていたとしても、不法行為は成立しない。不法行為を成立させたいければ、説明義務を指定できる類型である必要があり、被害者の意思表示に瑕疵が生じそうなのを加害者が知っていれば教えてあげなければならない——あるいは、知っていなければならないし、教えてあげなければならない——といえる類型である必要がある。*Anson's Law of Contract* (above n 14) 332-

333. 錦織・前掲注 (15) ジュリ1086号90-91頁、山本・前掲注 (13) 166-171頁。

²³ そもそもどういう場合に説明義務が認められるかについて考えなければならないが、それが一定の場合に肯定されるとして、説明義務の対象としては、(1)説明義務が契約の成立に向けられているものと、(2)説明義務が契約の履行に向けられているものがある。横山・前掲注 (12) ジュリ1094号130-131頁、潮見佳男『債権総論 I』582-582頁 (第2版、2003)。

(1)の説明義務違反があれば、(i) **過失不実表示類型**と同様に、説明義務違反による意思表示を取り消し、説明義務違反による意思表示がなかったならばあったであろう状態を回復するか、または／および、説明義務違反という不法行為がなかったならばあったであろう状態を回復できることになる。

(2)の説明義務違反があれば、(ii) **役務不履行類型 (瑕疵物損失類型)**と同様に、説明義務違反という契約違反 (または不法行為) がなかったならば、すなわち、説明義務が履行されたならば、あったであろう状態を回復できることになる。横山・前掲注 (12) ジュリ1094号137頁 (注23)。

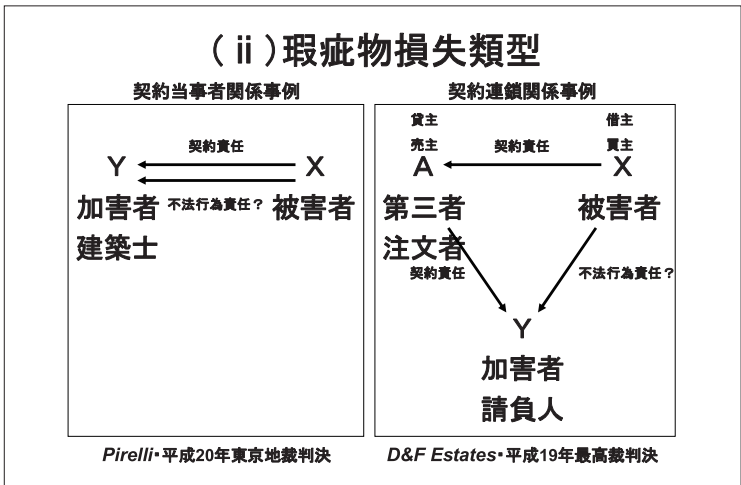
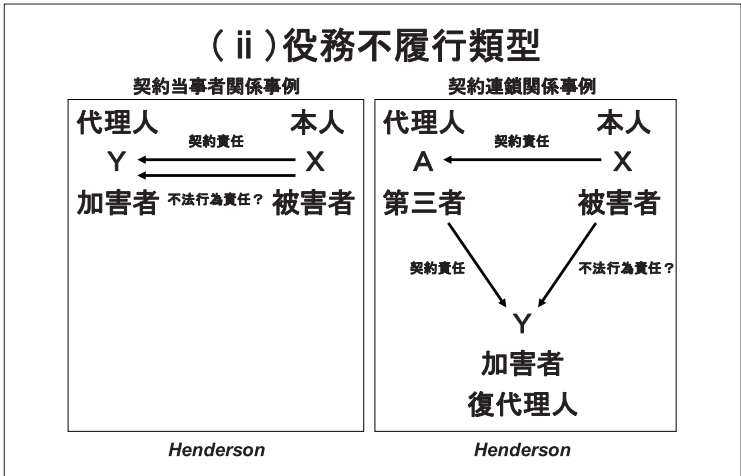
(2)の説明義務違反により、説明義務が履行されたならば、あったであろう状態を回復できることを認めた例として、最判平成17年9月16日判時1912号8頁がある。すなわち、マンションの売主および宅建業者は、マンションの買主に対し、そこに設置された防火戸の電源スイッチの位置、操作方法等についての説明義務を負い、その義務違反より、防火戸が閉じていたとしたら焼けずにすんだであろう、防火戸の区画外への延焼等を防止することができなかった場合、売主は契約違反に基づき、宅建業者は不法行為に基づき、買主に対し、延焼の原状回復にかかる費用の賠償義務を負う。小粥太郎「判批」民商134巻2号144頁以下、145-147頁 (2006)。

前掲注 (12) 参照。

²⁴ 瑕疵による損害は経済的損失 (契約利益) であり、すなわち、契約の目的物 (建物) の価値 (利益) の侵害であるといいやすい。他方、建物の瑕疵が建物の瑕疵以外の部分を侵害したととらえ、物理的損害が発生したと説明することはできるが、私見はそうは考えない。後者の考え方がいわゆる複雑構造理論 (complex structure theory) とされるものであるが、貴族院はこれを否定している (*Murphy v Brentwood District Council* [1991] 1 AC 398, 476-479)。

他方、防火戸の説明義務違反による延焼という損害は経済的損失 (契約利益) であり、すなわち、契約の目的物 (マンション) の価値 (利益) の侵害であるとはいいいにくい。他方、防火戸が閉じなかった事が防火戸の区画外を侵害し、物理的損害が発生したというほうがとおりがよいが、ここでも、私見はそうは考えない。しかし、それには説明が必要であろう。すなわち、契約責任の場合には、契約の目的物の価値により損害の性質または範囲を決定することが適切である。しかし、なぜ契約責任の場合の説明を過失不法行為責任の場合にスラ

(ii) 役務不履行類型（瑕疵物損失類型）



イドさせなければならないか、すなわち、契約の目的物の価値により損害の性質または範囲を決定することが適切かどうかは説明が必要であろう。私見はこれを説明していないので、説得力を欠く。今後の課題としたい。

なお、以上の問題は、拡大損害の定義の問題といいかえることもできよう。

役務の提供者Yが受領者Xに対し役務を提供しないまたは適切に提供しない——これによりXがYから割高で役務を買うことになる——という事例がある（これを「役務不履行類型」という）。

たとえば、建築士YとXの間で建物設計・工事監理契約が締結された事例で、Xに対し瑕疵ある建物が引き渡されたところ、Xに人的損害または当該建物以外の物的損害が生じる前に建物に瑕疵が発見され、Xに建物の瑕疵の補修費用額という経済的損失だけが発生する場合がある（これを「契約当事者関係事例」という）。あるいは、請負人Yと注文者Aの間で建物建築請負契約が締結され、さらに、AとXの間で建物売買契約が締結された事例で、上記同様、Xに建物の瑕疵の補修費用額という経済的損失だけが発生する場合がある（これを「契約連鎖関係事例」という）。

建物の瑕疵の補修費用額という経済的損失が生じる点と、契約責任だけでなく不法行為責任が問われる点で、両事例は同様の問題を孕む。契約当事者関係事例では、XがYに契約責任を追及するか、または、短期消滅時効の規定または瑕疵担保責任期間を短縮する特約により契約責任を追及できないこともあることから、XがYに不法行為責任を追及するか、ということが問題となる。契約連鎖関係事例では、XがAに、さらに、AがYに契約責任を順次追及するか、または、XがYに不法行為責任を直接追及するか、ということが問題となる。

この類型には、瑕疵ある建物（欠陥住宅）事例のほか、瑕疵ある製品（欠陥製品）事例も入る（これを「瑕疵物損失類型」という）。

役務不履行類型（瑕疵物損失類型を含む）で過失不法行為責任を肯定する場合、次の点が問題となる。

①被害者＝債権者の利益については、それは債権なので、保護法益であると（一応）いうことができる。

契約法にそくせば、契約違反がなかったならば、すなわち、契約が履行されたならば、あったであろう状態（経済的損失という補修費用額）を回復することができる。ここでもかりに不法行為法の介入を許し、不法行為に基づく損害賠償を認めるとすれば、契約違反という不法行為がなかったならば、すなわち、契約が履行されたならば、あったであろう状態（経済的損失という補修費用額）を回復することができる。これはど

のようなことをしたかという、契約違反の事実不法行為のラベルを貼った上で、本来効果については契約違反と逆の方向を向く不法行為（のラベルが貼られた契約違反の事実）に対し契約違反の効果を肯定したことになる。

なお、契約法と不法行為法の請求権競合問題——どのように制度設計するか——については、次のように考えている。

まず、物理的損害なく経済的損失が発生する事例だけについていえば、原則、請求権非競合説に立つことにする。つまり、契約違反に不法行為のラベルを貼ることはしない。ただし、本稿は、請求権競合説に立つ後掲判決²⁵がそのように制度設計したのはなぜかについても考察する。つまり、契約違反に不法行為のラベルを貼らなければならない場合はどのような場合かも検討する²⁶。たとえば、物の売買契約——この契約の成立により発生する債務を嚴格債務ということがある²⁷。——の違反などは契約違反であるとともに不法行為であることとらえることに抵抗感があるかもしれない。あるいは、役務提供契約——この契約の成立により発

²⁵ *Pirelli* 貴族院判決、*Henderson* 貴族院判決、平成20年東京地裁判決。

²⁶ 小粥太郎「債権法改正論議と請求権競合問題」法時82巻11号101頁以下、103-104頁（2010）は、次のように述べている。債権法改正論議を導いていると思われる考え方、すなわち、契約においては両当事者の合意を尊重すべしとする考え方に基づく場合には、契約責任と不法行為責任との単純な競合を是認することはできまい。つまり、契約責任と不法行為責任とが競合するかのような場面であっても、契約による規制が可能な領域については、契約を尊重する、ということが基本とならざるをえない。そして、指針となるべき考え方は、私的自治に基づく契約法の優先とでもいうべきものであり、契約法規範が規制している領域では、契約法が妥当する。しかし、契約法規範が規制していない領域や、そもそも規制すべきでない領域では、不法行為法が妥当する。つまり、伸縮自在の契約法の守備範囲の外側に、こぼれた問題を拾う不法行為法の守備範囲が広がる、というイメージになる。

本稿は、建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）のみが生じる例において、小粥教授のいう「こぼれた問題を拾う不法行為法の守備範囲」を探るものである。

²⁷ A Burrows, 'Solving the Problem of Concurrent Liability' (1995) CLP 103, 123.

生する債務を合理的な注意を尽くし履行する債務ということがある²⁸——の違反などは契約違反であるとともに不法行為であるにとらえることに抵抗感がないかもしれない。ここでは、厳格債務と合理的な注意を尽くし履行する債務という基準を（一応）提示しておくが、これは契約法制度と不法行為法制度をどのように設計するかという問題である。このように、請求権競合説が成立しうる場合を制限的にしか認めない考え方を制限的請求権競合説とでも呼ぶことにする。

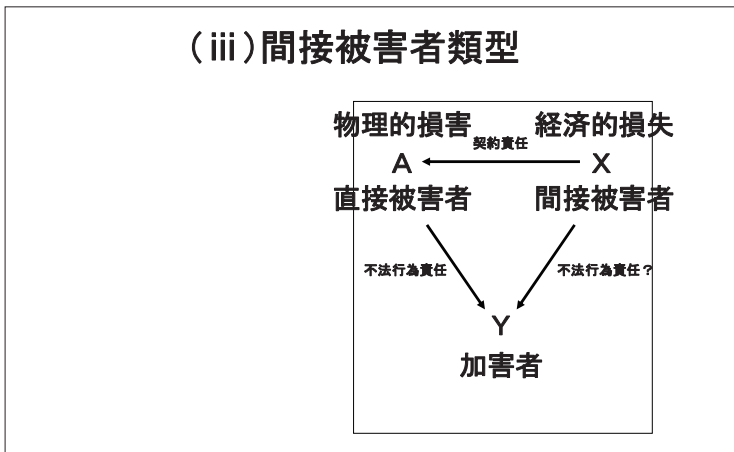
つぎに、契約ないし契約法は不法行為法に作用する、すなわち、作用的請求権競合説に立つことにする²⁹。

まとめると、制限的請求権競合説と作用的請求権競合説の組合せにより、できるかぎり不法行為法は契約に介入すべきでないという議論を維持することにしたい（下記③参照）。

②水門論争は問題とならない。というのは、物1個につき、瑕疵という損失も1つだけしか発生しないからである。

③不法行為法は契約に介入すべきでないという議論にどう答えるかが問題となる。これが本稿の取り組む問題である。

（iii）間接被害者類型



加害者Yが、直接被害者Aに物理的損害を生じさせた結果、Aと契約関係にある、間接被害者Xに経済的損失を生じさせた事例である。つまり債権侵害という不法行為である。

間接被害者類型で過失不法行為責任を肯定する場合、次の点が問題となる。

①被害者の利益については、それは債権なので、保護法益であると（一応）いうことができる。

②水門論争にどう答えるかが問題となる。というのは、直接被害者と契約を結ぶ間接被害者が多数に上る可能性があるからである³⁰。

Ⅱ 契約と過失不法行為責任の衝突

以下、瑕疵物損失類型を検討する。

1 イギリス法

（1）過失不実表示類型（責任肯定）

過失不実表示類型において過失不法行為責任を肯定した、*Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd*³¹貴族院判決を検討する。事案は、XによるAの信用力の照会に対して、Y銀行がAの信用力は良好であると表示したので、XによりAに対し契約が履行されたところ、それが過失による不実表示であったことから、Xが経済的損失を被ったものである。判旨は、①表示者が特別な知識または技術を有すること、すなわち、表示者が専門的助言者である——とくに金融サービスにおいてのそれである——こと、②表示者と被表示者の間に特別の関係がある——表示者が責任を引き受け、被表示者がそれを信頼し、表示者と被表示者の間の関係が契約と同等のものである——ことから、表示者Yの被表

²⁸ ibid.

²⁹ 拙稿・前掲注（1）N B L 936号25-28頁（Ⅳ）参照。

³⁰ たとえば電線を切断された電力会社の事例のように。

³¹ [1964] AC 465.

示者Xに対する過失不実表示責任を肯定した³²。

現代の複雑な金融取引を行う上で、専門的知識をもつ専門家に頼ることなく取引を行うことは不可能に近い。裏を返せば、そのような専門家に対する社会的信頼が守られなければ、円滑な取引は望むべくもない³³。

①は、このような専門家に対する社会的信頼を保護したものといえる。

②は、表示者Yと被表示者Xの間の特別な関係を要件とすることにより、水門論争に対処したものといえる。

(2) 瑕疵物損失類型（原則として責任否定）

本類型では、原則として責任は否定される。

*D & F Estates Ltd v Church Commissioners for England*³⁴ 貴族院判決は、契約連鎖関係事例（YA間の建物建築請負契約＋AX間の建物賃貸借契約）で、建物の瑕疵につき、請負人Yの建物借主Xに対する過失不法行為責任を否定した。以下、その理由を整理する。

①過失不法行為責任が肯定されるとすれば、契約により定められた標準または契約によるリスク・アロケーションを覆すことになるために、過失不法行為責任は否定される。よって、契約の連鎖を遡り、順に契約責任が追及されるべきである³⁵。

②瑕疵物損失類型では、水門論争は問題とならないといったが、しかし水門論争は別の形で問題となる。すなわち、危険な瑕疵と危険でない瑕疵の区別が微妙で困難な場合が多く、危険でない瑕疵にかかる不当なクレームの濫用のおそれを排除するという政策的観点から、危険な瑕疵か危険でない瑕疵かを問わず、責任を否定することに重要な意義がある——これは日本の製造物責任法の議論である——³⁶。

③貴族院が責任を否定したのは、すでに立法府による制定法

³² ただし、免責条項が存在したことから、免責された事案である。

³³ 山本・前掲注（13）169頁。

³⁴ [1989] AC 177.

³⁵ HG Beale (ed), *Chitty on Contracts* (30th edn, 2008) paras 1-176-1-177.

³⁶ 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説 製造物責任法』102頁（1995）。

(Defective Premises Act 1972³⁷) が存在し、それにより同様の保護が図られていたからである³⁸。

以上が、貴族院が瑕疵物損失類型で過失不法行為責任を原則として否定する理由である。すなわち、不法行為法は契約に介入すべきでないとの原則に従い (①)、不当なクレームの濫用のおそれを排除すべく (②)、立法と司法の役割分担のために (③)、過失不法行為責任を否定したのである。

(3) 瑕疵物損失類型 (例外的に責任肯定)

本類型でも、例外的に責任が肯定されることがある。

*Pirelli General Cable Works Ltd v Oscar Faber & Partners*³⁹ 枢密院司法委員会 (最上級審) 判決は、契約当事者関係事例 (コンサルタント・エンジニア Y と X の間の煙突設計契約) で、煙突の瑕疵につき、コンサルタント・エンジニア Y の X に対する過失不法行為責任を肯定した⁴⁰。

(ア) 例外的に責任を肯定する、その形式的な正当化理由について

Pirelli 事例は *Hedley Byrne* 判決の射程内にあり、*Pirelli* 事例でも過失不法行為責任を肯定できるとする見解がある。これには、2つの見方がある⁴¹。

① *Hedley Byrne* 判決の意義は、Y 銀行が専門家であることを理由に過失不実表示責任を認めた点にあり、*Pirelli* 事例を、コンサルタント・エンジニア Y が専門家であることを理由に過失不法行為責任を認めた例ととらえるものである。

② *Hedley Byrne* 判決の意義は、表示者 Y と被表示者 X の間に特別な

³⁷ 義務の内容は、優良な職人らしい仕方、適切な材料により建物が建築され、その建物が居住に適するものでなければならないというものである (1条)。さらに、これは強行規定である (6条)。

³⁸ [1989] 1 AC 177, 207-208.

³⁹ [1983] 2 AC 1.

⁴⁰ なお、出訴期限のために契約による請求がなされず、過失不法行為請求がなされたが、契約による請求だけでなく、過失不法行為請求も出訴期限のために否定された事案である。

⁴¹ E McKendrick, 'Pirelli re-examined' (1991) 11 Leg Stud 326, 331-332.

関係——Yが責任を引き受け、Xがそれを信頼する。——があることを理由に過失不実表示責任を認めた点にあり、*Pirelli* 事例を、債務者Yと債権者Xの間に特別な関係——Yが責任を引き受け、Xがそれを信頼する。——があることを理由に過失不法行為責任を認めた例ととらえるものである。

①は、専門家に対する社会的信頼を保護したものといえる。

②は、過失不法行為責任が成立することのないように契約をアレンジするのがデフォルトであるが、債務者Yが債権者Xに対し過失不法行為責任を引き受け、Xがそれを信頼する、そのように契約をアレンジしたのであれば例外的に過失不法行為責任が成立する、ということである。しかし、責任の引受なり、それへの信頼という要件は非常に曖昧であり、トートロジーにおちいりやすい。⁴²

(イ) 例外的に責任を肯定する、その実質的な正当化理由について

何らかの損害が生じる前に、施主が瑕疵を見つけたら、施主は、何らかの損害が生じるまで待たず、その段階で不法行為の訴訟原因を取得すべきである。つまり、さらなる悲劇が起こる前に、施主が瑕疵を見つけたら、施主は、さらなる悲劇が起こるまで放っておかず、その段階で危険な瑕疵を修補せよ、しかも、危険な瑕疵の原因者たる加害者の費用で、ということである⁴³。

これは、いわば本丸の法益である⁴⁴、生命、身体、当該建物以外の所有物ないし所有権の侵害による損害の発生を予防すべく、その物理的損害の発生の危険性がないことを保護法益として措定したものといえる。いいかえれば、その物理的損害の発生を予防すべき費用を加害者は負担

⁴² ②は、*Hedley Byrne* 事例（過失不実表示類型）の場合は、水門論争に対処したものといえたが、*Pirelli* 事例（瑕疵物損失類型）の場合は、「水門論争」（不当なクレームの濫用のおそれ）に対処できるものとはいえない。

⁴³ [1991] 1 AC 398, 466.

⁴⁴ 大塚直「公害・環境、医療分野における権利利益侵害要件」NB L936号40頁以下、49頁（2010）。ただし、大塚教授は、本丸の法益の侵害はあったが、不法行為と法益侵害の間の因果関係が証明しにくいことに対処するために、本丸の法益の一部を取り上げる形で別の法益を構成する法技術という文脈で本丸の法益を使う。

すべし、ということである⁴⁵。

以上が、貴族院が瑕疵物損失類型で過失不法行為責任を例外的に肯定する理由である。すなわち、不法行為法は契約に介入すべきでないとの原則の例外を認め（**(ア)** ②）、物理的損害の発生を予防すべく、その物理的損害の発生の危険性がないことを保護法益と指定し（**(イ)**）、しかも専門家責任を考慮した上での解決を図るべく（**(ア)** ①）、過失不法行為責任を肯定したのである。

（４）役務不履行類型（責任肯定）

瑕疵物損失類型で過失不法行為責任を例外的に肯定した *Pirelli* 判決と同様に、この類型以外の役務不履行類型でも過失不法行為責任を例外的に肯定する判決がある。

*Henderson v Merrett Syndicates Ltd*⁴⁶ 貴族院判決は、本事例が *Hedley Byrne* 判決の射程内にあるとして、契約当事者関係事例（Y X 間の代理契約）でも、契約連鎖関係事例（Y A 間の代理契約 + A X 間の復代理契約）でも、フィナンシャル・サービスの提供者（専門家）Y の受領者 X に対する役務の提供の際に合理的な注意を尽くす義務を肯定し、過失不法行為責任を肯定した⁴⁷。

２ 日本法

（１）契約連鎖関係事例

最二判平成19・7・6⁴⁸（以下「平成19年最高裁判決」という）は、契

⁴⁵ 物理的損害の発生の危険性がない建物は物理的損害の予防装置そのものであり、それを金銭評価すれば経済的損失（補修費用額）となる。クーター＝ユーレン・前掲注（6）353-358頁、森田果＝小塚壮一郎「不法行為法の目的——「損害填補は主要な制度目的か」」N B L 874号10頁以下、13-14頁（2008）参照。後掲注（52）参照。

⁴⁶ [1995] 2 AC 145.

⁴⁷ なお、契約による請求は出訴期限のためになされず、不法行為請求がなされた事案である。

⁴⁸ 民集61巻5号1769頁。

約連鎖関係事例（Y A間の建物建築請負契約＋A X間の建物売買契約）で、居住者等「の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような」「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に限り、請負人Yの建物買主Xに対する過失不法行為責任を肯定した。本判決の調査官によれば、建物の補修費用相当額の損害が生じたものと解されている⁴⁹。

上記貴族院判決と比較し、平成19年最高裁判決の意義をまとめる。

①貴族院は、物理的損害と経済的損失の間に線を引き、前者しか保護しないとしたことにより、不法行為法が契約によるアレンジメントを覆すことを許さなかった。他方、最高裁は、経済的損失のうち危険な瑕疵と危険でない瑕疵の間に線を引き、前者まで保護するとしたことにより、不法行為法が契約によるアレンジメントを覆すことを許した。

②貴族院は、危険な瑕疵かどうかを問わず責任を否定し、危険でない瑕疵にかかる不当なクレームの濫用のおそれを排除したことになる。他方、最高裁は、危険な瑕疵かどうかを区別できることを前提として、危険な瑕疵に限り責任を肯定した。そこで、危険な瑕疵かどうかは今後の裁判例の積み重ねによることになるが、その区別が微妙で困難な場合が多く、負担を伴う判断であることが予想され、危険でない瑕疵にかかる不当なクレームの濫用のおそれを排除しきれるかが問われ続けることになる⁵⁰。

③貴族院が責任を否定したのは、すでに立法府による制定法が存在し、それにより同様の保護が図られていたからである。他方、最高裁が責任を肯定したのは、いまだ立法府による制定法が存在せず、それにより同様の保護が図られていなかったからである。つまり本件は制定法（住宅の品質確保の促進等に関する法律（平成11年）⁵¹）施行前の事案であった。

④物理的侵害を予防すべく、その物理的侵害の危険性が存しないこと

⁴⁹ 高橋譲「判解」曹時62巻5号215頁、231頁（2010）。

⁵⁰ 福岡高判平成21・2・6判時2051号74頁（平成19年最高裁判決の差戻後控訴審判決）は、本件建物には危険な瑕疵は存在しないとした。

⁵¹ 新築住宅の取得契約（請負、売買）において、基本構造部分（柱や梁など住宅の構造耐力上主要な部分、雨水の浸入を防止する部分）について10年間の瑕疵担保責任（補修責任等）が義務づけられる（94条、95条）。さらに、片面的強行規定である（94条2項、95条2項）。

を保護法益と措定したとして最高裁を正当化することができる⁵²。

⑤「マイホームは一生の買い物」⁵³、「マイホームは一生の夢」といわれるが、そのマイホームに欠陥が発覚したときの住宅購入者の精神的落胆や精神的不安はどれほどか⁵⁴。そのような精神的損害を被らないことを保護法益と措定したとして最高裁を正当化することもできる。

契約の当事者が自分の意思で自分の権利または利益を処分し、契約違反のリスクを配分したのであるから、契約によるアレンジメントに不法行為法が介入するべきではない(①)。しかし、契約によるアレンジメントが一方の当事者の権利を剥奪する場合、その被害者に最低限の保護を保障する任務が、不法行為法にはあるとされている⁵⁵。最高裁は、居住者等「の生命、身体又は財産を危険にさらすことがないような」「建物としての基本的な安全性」が、被害者に保障される最低限の保護である、としたのである。④は、不法行為法の予防的機能を肯定したものである。⑤は、政策的考慮が反映したものである。④⑤は、契約責任により保護される契約利益(経済的利益)とは異なる保護法益を措定し、不法行為責任を肯定するところに特徴がある⁵⁶。

⁵² 最高裁が、加害者に経済的損失(補修費用額)を負担させたということは、加害者に物理的侵害の予防装置の費用を負担させたということである。高橋・前掲注(49)1386頁(注5)、橋本佳幸「不法行為法における総体財産の保護」論叢164巻1=6号391頁以下、412-414頁(2009)参照。前掲注(45)参照。

⁵³ 【国土交通省】「住宅の品質確保の促進等に関する法律」のページ(<http://www.mlit.go.jp/jutakukentiku/house/torikumi/hinkaku/hinkaku.htm>)。

⁵⁴ 建設省住宅局住宅生産課監=犬塚浩『Q&A 住宅品質確保促進法解説』2-3頁(第2版、2000)。

⁵⁵ 四宮和夫『請求権競合論』93-94頁(1978)。ただし、全規範統合説により効果規範統合を行う文脈においての記述である。

⁵⁶ ここには、④物理的侵害の危険性が存しないこと、あるいは、⑤精神的損害を被らないこと、を保護法益と措定しながら、これを経済的損失(補修費用額)に換算するという「ずれ」がある。前掲注(16)参照。

⑤精神的損害を被らないことを保護法益として措定する場合、錦織教授のいう「ずれ」と同じ「ずれ」を見ることができる。つまり、既発生の精神的損害をどのように経済的ないし金銭的に評価するかという問題が現れている。

他方、④物理的侵害の危険性が存しないことを保護法益として措定する場合、

製造物責任法から提起された、不当なクレームの濫用のおそれの問題を検討するに、一方で、建物も製品と同様の議論ができるが(②)、他方で、建物と製品では、④物理的侵害の危険性の程度が異なるとして、あるいは、⑤精神的損害の程度が異なるとして、違う扱いをすべきであるという議論も成り立つ。

(2) 契約当事者関係事例

東京地判平成20・1・25⁵⁷ (以下「平成20年東京地裁判決」という)は、契約当事者関係事例(建築士YとXの間の建物設計・工事監理委託契約)で、「構造的欠陥による倒壊の可能性や漏水による水損を生じさせることになる」、また、「蟻被害により構造部分の朽廃を進行させ建物の倒壊の可能性を生じさせるものである」、「建物としての基本的な安全性を損なう瑕疵」に限り、建築士YのXに対する過失不法行為責任を肯定した⁵⁸。

専門家に対する社会的信頼の保護により、本判決を正当化することができる。

表

	類型	事例	イギリス	日本
(i)	過失不実表示		○ <i>Hedley Byrne</i>	(省略)
(ii)	瑕疵物損失	契約連鎖関係	× <i>D&F Estates</i>	△H 19 年
		契約当事者関係	○ <i>Pirelli</i>	△H 20 年
	役務不履行	契約当事者関係	○	(省略)
		契約連鎖関係	○ <i>Henderson</i>	
(iii)	間接被害者		(省略)	(省略)

過失不法行為責任につき、○：肯定、×：否定、△：危険な瑕疵に限り肯定

錦織教授のいう「ずれ」とは異なる「ずれ」を見ることができる。つまり、未発生の物理的損害を予防すべく既発生の経済的損失を賠償させるという「ずれ」であり、未発生の物理的損害と既発生の経済的損失は「べつもの」である。

⁵⁷ 判タ1268号220頁。

⁵⁸ なお、XのYに対する債務不履行に基づく損害賠償請求権は、商行為により発生した債権であり、建物の引渡し時点でYの監理行為も終了し、それから5年が経過したことで時効消滅したものと判断されている。

おわりに

本稿は、とくに建物の瑕疵により経済的損失（補修費用額）のみが発生する類型につき、過失不法行為責任の成否、および、その理由を考察した。本稿は、不法行為法は契約に介入すべきでないとの立場から、契約によるアレンジメントとは関係なく過失不法行為責任を追及することはできないと結論づけた。債務者（加害者）と債権者（被害者）は、各人の意思で各人の権利または利益を処分し、両人の合意で契約違反のリスクを配分したからである。さらには、不当なクレームの濫用のおそれの排除（政策的考慮）や、立法と司法の役割分担も考慮されていた。

しかし、イギリスの貴族院は例外的に、日本の最高裁は危険な瑕疵に限り、過失不法行為責任を肯定する。不法行為法が被害者に保障すべき最低限の権利ないし利益は何か。それは、物理的侵害の危険性が存しないことであり（不法行為法の予防的機能）、マイホームを巡り精神的損害を被らないことでもある（政策的考慮）。さらに、専門家に対する社会的信頼の保護も考慮されていた。このような利益を保護すべく、不法行為法は契約に介入したのである。

（後記）

本研究は、日本学術振興会・科学研究費補助金『金融システムの変動と消費者・投資者保護法制』（研究代表者：瀬川信久教授）による研究成果の一部である。

この場をお借りし、瀬川信久先生の十余年に及ぶご指導に対し、深く感謝を申し上げます。先生の「利益分析をなささい」というご指導を肝に銘じ、今後も研究に励む所存です。先生の今後のご活躍をお祈り申し上げます。

ドメスティック・バイオレンス 保護命令の実効性

町 村 泰 貴

1. 問題の所在

わが国のドメスティック・バイオレンス（以下DVと略す）対策は、2001年の「配偶者からの暴力防止及び被害者保護に関する法律」¹が総合的な対策を定め、特にその中で新設された保護命令が個別の被害者の救済につながる重要な存在となっている。

この保護命令は、いわゆるストーカー防止法²上の禁止命令と異なり、裁判所が被害者の申立てに基づいて発令する民事手続であるが、その命令は執行力を持たず、強制力は刑事罰により担保されるという独特の構造³を有する。本稿はこの保護命令の実効性を検討しようとするものである。

保護命令が備えるべき実効性とは、直接的には被害者の安全確保にほかならない。それは被害者が婚姻関係を整理してその後の生活再建を果たし、あるいは未成熟子の養育においても安全かつ安心できる環境を獲得するというトータルな解決の中では、ごく一部を担うに過ぎないかも

¹ 平成13年法律第31号。以下、DV防止法と略し、法律名を略して条文を引用する場合は現行DV防止法を指す。

² ストーカー行為等の規制等に関する法律（平成12年法律第81号）

³ これと同様の構造を持つ例としては、特許法第105条の4などに規定された秘密保持命令が挙げられる。

しれない。しかし現に生命身体の危険が存在する段階での安全確保は、被害者救済の重要な局面であり、それが実際に安全確保に結びつくという意味での実効性は極めて重要である。

加えて、保護命令は被害者のその後の生活再建も含めたトータルな解決とも密接に関係する。保護命令の効果は婚姻上の実体的法律関係や財産上の法律関係に影響するし、離婚等の手続の進行にも影響がありうる。例えば配偶者間の同居・扶助義務や子の親権監護権に対して、保護命令は事実上それらを一時的に停止したり変更したりする効果を持たざるを得ないし、配偶者間の財産権についても、退去命令は退去を命じられた者の占有権限を一時的に剥奪することになる。そうした効果と、離婚手続に付随する暫定的な処分との関係は明らかでない。また逆に、婚姻関係や財産関係が保護命令の発令の当否や内容の選択に影響を及ぼすこともありうる。例えば退去命令に対して所有権を根拠として対抗することも考えられないではない。住居が事業所を兼ねている場合に退去命令を発すると営業妨害となるとして、裁判所が躊躇することもありうる。

わが国では、これまでこうした問題について理論的に検討されることがなかった。保護命令と身分関係・財産関係をめぐる実体関係および手続との関係は、保護命令が實際上機能するかどうかにも関係してくるので、理論的な整理は実務上も重要である。

本稿はこのような問題意識から、保護命令それ自体の実効性ととともに、被害者と加害者との関係の整理と被害者の生活再建という文脈で、保護命令が実効的となるための方策を検討する。

以下では、DV防止法の現状を観察し、その問題点を明らかにした上で、将来の方向性についての私見を提示したい。

2. DV防止法の規定

A. 立法小史

(1) 配偶者からの暴力防止及び被害者保護に関する法律

配偶者間の暴力について保護命令を含む被害者救済のための立法がなされたのは、2001年で、議員立法により立法された⁴。

この最初の立法でも既に、保護命令には接近禁止命令と退去命令とが

含まれていたが、その要件効果ともに、現行規定よりも狭かった。すなわち、現配偶者間であることと、身体的暴力が加えられたこと、さらなる暴力により生命または身体に重大な危害を受けるおそれ大きいことを要件とし、その効果として6ヶ月の接近禁止命令が原則的な内容となる。その上、被害者と相手方配偶者とが生活の本拠を共にするという要件が加わると、2週間の退去命令が発令されることとなっていた。

（２）第一次改正DV法

DV防止法附則（平成13年）第3条に定められた3年を目途とした見直し規定に基づき、2004年にDV防止法の最初の改正がなされた⁵。

この改正により、子どもへの接近禁止命令（現第10条第3項）が創設されたほか、離婚後（現第10条第1項柱書括弧書き）も保護命令を求めることができ、退去命令の期間も2ヶ月に伸ばし、再度の退去命令も可能となった。

（３）第二次改正DV法＝現行法

現行法は、同様に附則（平成16年）第3条に定められた3年を目途とした見直し規定に基づき、2007年に成立した改正法であり、翌年施行された⁶。

⁴ 立法の経緯については、南野知恵子ほか監修『詳解DV防止法〔2008年版〕』（ぎょうせい・2008）4頁以下、戒能民江編著『ドメスティック・バイオレンス防止法』（尚学社・2001）14頁以下など参照。またこの法律に関する裁判所側の解説として、堂蘭幹一郎「『配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律』における保護命令制度の解説」曹時53巻10号2851頁以下がある。また同年に制定された配偶者暴力に関する保護命令手続規則（平成13年最高裁判所規則第7号）に関する解説として、菅野雅之「保護命令手続のイメージとして―配偶者暴力に関する保護命令手続規則の解説を中心に」判タ1067号4頁がある。

⁵ この改正について、裁判所における運用を検討したものとして、鬼澤友直＝福田修久「東京地裁及び大阪地裁における平成16年改正DV防止法に基づく保護命令手続の運用」判タ1157号12頁。

⁶ この改正について、裁判所における運用を検討したものとして、石橋俊一＝川畑正文「東京地裁及び大阪地裁における平成19年改正DV防止法に基づく保

そこでは、親族等に対する接近禁止命令（第10条第4項）が創設されたほか、電話等を禁止する命令（第10条第2項）も創設された。要件面では、過去の身体的暴力がなくとも、生命または身体に対する脅迫があって、今後身体に対する暴力で重大な危害を受けるおそれがあれば（第10条第1項柱書後段）発令可能となった。

このように、法律上は徐々に保護命令制度が強化されてきた⁷。

また、DV防止法は、保護命令の他に行政的な被害者救済方策として、配偶者暴力相談支援センター（第3条）、いわゆるDVセンターを設けて被害者の相談窓口とし、シェルターなどへのアクセスにもつなげていくことを予定し、国や自治体は基本方針（第2条の2）や基本計画（第2条の3）を立てて暴力防止と被害者保護のための行政的な措置を進めることとし、警察や裁判所等の職務関係者に対する研修啓発を行うこととする（第23条）など、多方面の施策を用意している。その中には民間団体に対する援助も予定されている⁸。

B. 保護命令の性格

（1）民事事件と刑事事件の狭間

保護命令は、私人間の紛争について、私人の申立てに基づき、裁判所が判断を下す制度であるから、基本的には民事手続と位置づけることができる。このことは、DV防止法第21条において「…保護命令に関する手続に関しては、その性質に反しない限り、民事訴訟法…の規定を準用する」と規定されていることから明らかである。

もとより実体法上の権利義務を終局的に確定することを目的とする訴訟事件ではなく、後見的な見地から緊急かつ一時的な措置を命じるものであって、性質上は非訟事件に属する。にもかかわらず民事訴訟法が準

護命令手続の運用」判タ1259号5頁。

⁷ 現行法の附則には、見直し規定がおかれていない。ただし、所管官庁も含め、改正を求める動きはなお続いている。以上の改正の経緯・内容、および今後の展望については筒井隆志「配偶者暴力防止法の今後～制定後10年目を迎えて～」立法と調査310号73頁以下が詳しい。

⁸ 第26条。ただし、努力義務にとどまり、第27条以下に見られるような具体的な支出を定めた規定はおかれていない。

用されているのは、手続の基本ルールが非訟事件訴訟法ではなく民事訴訟法に整備されているからという法技術的な理由による。

ただし、申立人と被申立人（相手方）とは、対等な立場の当事者ではない。このことは、DV防止法第1条第2項で「配偶者からの暴力を受けた者」と定義されている「被害者」と、その暴力を加えている配偶者（事実婚・元配偶者を含む）との間の手続となっていることから明らかである。しかも、DV防止法第1条の暴力の定義は「配偶者からの身体に対する暴力（身体に対する不法な攻撃であって生命または身体に危害を及ぼすもの）」または「これに準じる心身に有害な影響を及ぼす言動」とされており、保護命令の発令要件としての「被害者」の意義よりも広いことに注意すべきである。このことは、保護命令の手続運用にあっても考慮されるべき点である。

他方、保護命令には執行力がなく（第15条第5項）、その違反行為について「1年以下の懲役又は100万円以下の罰金」という刑事罰が用意されている（第29条）。

このように民事裁判所の裁判の履行を刑罰によって担保する制度は、英米法の裁判所侮辱にならったもので、DV防止法制定当時は我が法制に類例を見ないとも言われた⁹が、その後、やはり英米法の裁判所侮辱に範を得て立法された知的財産法上の秘密保持命令¹⁰とその違反が、民事裁判所の裁判の履行を刑罰によって担保する制度として挙げられる。この他、民事訴訟法第193条（証人の不出頭、宣誓拒絶、証言拒絶）や倒産処理法上の罰則¹¹も、類例といえるかもしれない。

これらの規定はいずれも、裁判手続進行上の裁判所命令と、これに対する制裁という性質を有する。DV保護命令はそれ自体として独立した裁判のように見えるが、DV被害者の救済と生活再建という全体の過程に付随する裁判であり、その救済プロセス全体の進行に関わる裁判所命令と再定義すべきことを示唆するものである。

⁹ 堂蘭・前掲論文（注四）2852頁。

¹⁰ 例えば特許法第105条の4（秘密保持命令）及び同法第200条の2（罰則規定）。

¹¹ 例えば破産法第268条など。

(2) 手続の特徴

保護命令は、民事保全手続に近い。特に仮の地位を定める仮処分との類似性は明らかである¹²。その主な点は①決定手続で、迅速な審理・裁判が要請されていること（第13条）、②保護命令の決定理由についての要旨で足りるとする規定（第15条第1項）¹³、③必要的審尋とその例外（第14条第1項）¹⁴、④事後的な取消の存在（第17条）、⑤決定の告知と同時に効力が生じるとされていること（第15条第2項）¹⁵が挙げられる。

これに対して保護命令が民事保全と異なる点は、①疎明で足りるとの規定はないので、証明が必要であること¹⁶、②資料収集に関する特則が認められていること（第14条第3項）、③執行力がなく（第15条第4項）、④刑罰をもって担保される（第29条）、⑤和解はできない¹⁷、⑥刑罰を科す命令なので、取下げも命令が発令された後はできなくなる¹⁸、⑦本案訴訟に相当するものがないなどの諸点がある。

要するに保護命令は、その緊急性や暫定性という点では民事保全に酷似するし、手続モデルとして仮の地位を定める仮処分の規定を参照していることから手続構造も近いが、民事保全のように民事上の権利義務の争いを本体として、これに付随的な処分という性格を有するわけではないという特徴がある。裁判資料収集や和解の可否の局面で当事者主義が後退しており、また強制執行という私人のイニシアティブによる裁判の実現ではなく刑罰によることで、私益の追及よりも公的色彩が前面に出ている。

¹² この点を検討したものとして、長谷部由起子「保護命令制度の課題」民事研修639号35頁以下。

¹³ 民事保全法第16条参照。

¹⁴ 民事保全法第23条第4項参照。

¹⁵ 民事保全法には規定がないが、民事訴訟法第119条参照。ただし、DV防止法は相手方に対する送達または相手方の出頭した期日における言い渡しとしているが、民事保全では債務者に送達される前に効力が生じる点で異なる。民事保全法第43条第3項参照。

¹⁶ DV防止法第21条による民事訴訟法の準用。

¹⁷ この点は疑問の余地がないわけではない。

¹⁸ 堂蘭・前掲論文（注4）2884頁以下。

このことは、保護命令の実際の発動において一種のねじれをもたらす。すなわち保護命令申立てはあくまで被害者の意思に委ねられているので、被害者の自己決定がスタート時点では尊重されている。ところがこの自己決定の尊重は審理中の資料収集や保護命令発令後の実行段階では貫徹されない。この段階では、被害者の意思よりも後見的な配慮や公的な秩序形成に重点がおかれている。こうしたアンビバレンツな性格を持つ手続を機械的に運用したのでは、能動的に保護命令を利用しようとする被害者にとってはその意思が十分貫徹できず、逆に暴力により主体的判断力を奪われた被害者にとっては、自己責任の名の下に救済を与えないということにもなりかねない。

現実には、被害者も一様ではなく、同一の被害者の精神的な状態も一様でなく、さらに公的にも私的にも支援の程度により保護命令の利用可能性が左右されるので、上記のような能動的な被害者とそうでない被害者とは理念形に過ぎない。重要なことは、保護命令制度が被害者救済のための制度であると同時に私人のイニシアティブによる民事手続の一つでもあり、その二つの性格を事案の特性に応じて適切に運用することである。

(3) 保護命令が関係する実体私法

(a) 離婚とこれに伴う財産関係の処理および子供の処遇との関係¹⁹

保護命令はあくまで被害者の一時的な保護・安全確保のための処分であり、離婚手続との直接の関連性はない。しかし事実婚も含め、配偶者間の暴力に対する措置である以上、婚姻関係・男女関係の解消または再建の手続と密接に関連せざるを得ない。

例えば、被害者が子供を連れて逃げているとか、あるいは子供を連れ出すことが困難であるために逃げられないというような場合に、子供の従前の生活の本拠に被害者の居場所を設けることが望ましいといえるが、そのことと離婚後の親権監護権の帰属の問題とを統一的に解決する

¹⁹ 保護命令と離婚手続との関係に着目した文献として、伊達聡子「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律の離婚事件手続への影響について」青山善充古稀祝賀『民事手続法学の新たな地平』（有斐閣・2009）1113頁

のは困難である。理想的には、親権監護権を被害者に帰属させるようなケースにおいて退去命令により被害者がもとの住居で安全に暮らし続ける環境を確保することが望ましい。しかし現行法の保護命令が、今まさに暴力にさらされている状態を想定して、迅速に救済を実現する制度であるとすれば、その審理過程において将来の離婚後の子の処遇を考慮して発令の有無を決めるとすることは困難であろう。

要するに、離婚手続の一つのモジュールでありながら、緊急時において暫定的かつ迅速に救済をはかるためには離婚の際の条件と切り離すことが必要な法技術だといえるが、そのことから保護命令発令においては両当事者の利害や実情に即した解決を図ることに限界が生じているわけである。

(b) (当面の) 建物占有権限

退去命令は、加害者の住居の占有を奪うという効果を持つので、これと財産関係に関する実体法秩序との関係が問題となる。加害者が家屋の所有者である場合に特に問題となるが、配偶者双方が家屋共有者である場合、あるいは婚姻中に形成した財産として実質的に共有と解される場合、借家であって賃借人名義が加害者にある、または共同賃借人である場合など、それぞれ問題となりうる。

退去命令を発令する時点での権利関係についていえば、被害者が住居に何らかの権利を有する場合と有しない場合とで結論が変わることもあり得る。また退去命令後の事情、例えば離婚時の財産分与も考慮に入れるならば、住居が被害者に帰属されうる場合に、これを先取りして退去命令を発令し、その後の財産分与処分とが連続的になされることが望ましいといえる。逆に、加害者側の親の住居に被害者が同居しているケースなどは、退去命令により加害者を追い出して被害者に占有させるということは不自然な結果をもたらすことになる。後者の場合は、現行法が想定している引越しに必要な期間だけ安全を確保するという退去命令がフィットする。

また、こうした権利関係を判断した上でないと保護命令が出せないということであれば、これまた被害者救済がかえって後退する可能性もある一方、財産の帰属との関係を全く切り離れた保護命令は、被害者救済の手段として実情にそぐわないものとなる可能性もある。

3. 現状に対する検討

A. DV被害の現状

(表) 離婚申立ての際の動機として暴力を挙げる数の推移

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
妻	13002	13611	14148	14588	14531	13781	13041	13394	14136
夫	882	983	1010	1096	1358	1270	1260	1377	1378

司法統計年報（家事編）第18表より作成

司法統計年報の離婚を求める当事者がその動機として暴力を挙げている件数を、2000年以降、表に示した。少なくとも妻の側では、2000年から2008年まで増減はあれどもほとんど横ばいとなっている。

夫の方は、顕著な増加傾向を見せており、これが妻の暴力の増加を反映したものなのか、離婚申立て時に妻の暴力を記載することに心理的抵抗がなくなったのか、あるいは戦略的にそのような行動に出ようになった現れなのか、いずれかは不明であるものの、社会的には興味深い。

この数字から、妻が暴力被害者となっている場合は夫が暴力被害者となっている場合の10倍と結論づけることも留保が必要である。というのも、内閣府による「男女間における暴力に関する調査」(平成20年)²⁰では、配偶者からの「身体的暴行」「心理的攻撃」「性的強要」のいずれかを一つでも受けたことがあると答えた割合が、男性で約17%であったのに対して女性は約33%であり、10倍もの開きがあるわけではない。他方、配偶者間で行われた殺人、傷害、暴行の検挙件数（平成21年）²¹は、女性を被害者とするものが92.4%であるのに対して男性を被害者とするものが7.6%と、ここでは10倍以上の開きがある。

その他、男女共同参画局「配偶者からの暴力に関するデータ」²²からは、

²⁰ 内閣府男女共同参画局「配偶者からの暴力に関するデータ」（平成22年5月更新分）＜http://www.gender.go.jp/e-vaw/data/dv_dataH2205.pdf＞参照。

²¹ 同前

²² 同前

保護命令既済件数が明らかに増加傾向にあることが読みとれる。これは被害者救済の過程において保護命令の役割が大きくなってきていることを意味するのであろう。

また配偶者暴力相談支援センター等への相談も増加傾向が顕著であり、センターの認知度の向上がうかがわれる。

警察への相談対応件数も顕著に増加傾向を示している。DVセンターと違って警察は認知度が上がったということはないので、単純に被害が増大しているということのほか、被害者が警察沙汰にすることをためらわなくなってきたとか、医療機関等からの通報が行くようになってきたとか、あるいは警察が被害者の相談や被害届にきちんと対応するようになってきたという要素が考えられる。

以上のように、DV防止法施行後、DV被害は減少する傾向はみられず、かえって増加している可能性もある。DV防止法制定とその広報の成果として事件が掘り起こされてきたということや、DVが事件として重要だという認識が深まってきたということもあって、顕在化するケースが増加してきたという要素はあるにしても、DV防止の実を挙げたというにはまだ十分ではない。DV対策法制度は、なお一層の被害者救済の実効性を上げるために改善が迫られているといえよう。

B. 保護命令の検討

(1) 対等な当事者間の手続か？

保護命令は被害者の救済を目的とする手続であり、もともと非対称的な当事者関係を前提としている²³。にもかかわらず、対等な二当事者を前提とする民事手続と位置づけられている点に、混乱と実効性を阻害する要因がありそうである。

当事者間の非対称性は、もちろん暴力の加害者と被害者という立場の違いに基づいているが、当事者主義を基調とする民事手続の中では、特

²³ ここでいう非対称性とは、労働者と使用者のような構造的なものではなく、個別的に生じる非対称性であり、可変的なものであることにつき、井上匡子「DV防止法・DV問題の理論的検討のために——親密圏における当事者と法との新しい関係に向けて」ジェンダーと法6号1頁以下、特に12頁参照。

に被害者の意思形成の前提となる精神状態に着目する必要がある。DV被害者の精神的ダメージについては、夙に指摘されている²⁴ところだが、被害者が沈黙に追い込まれて助けを求められない状況にあることは一般に認められている。医学分野における研究²⁵でも、暴力に曝されている同居時には、その恐怖から暴力被害を申告できないところまで追い込まれており、また離別後もその恐怖はすぐに解消されることはないことが明らかにされている。逃げてきた被害者は「不眠、暴力の夢、フラッシュバックなどPTSD 様症状や抑うつ感、罪責感などの精神状態」にありながら、「転居、様々な手続き、就職、裁判、子どもの転校など、様々な課題をこなしてゆかなくてはならない」状態におかれている²⁶。保護命令の申立てと審尋に直面する被害者は、こういう精神状態にあるということを十分にふまえて、制度設計やその運用を行う必要がある。

暴力の加害者と被害者という立場の非対称性は、保護命令の結果に対する評価に際しても考慮する必要がある。すなわち、保護命令の認容または棄却が正しく行われた場合は問題がないとして、間違っただけの認容または棄却してしまった場合の不当な結果を比較してみよう。間違っただけの棄却の場合は被害者が暴力から逃れる手段を封じられ、生命身体に対する危険にさらされ、最悪の場合は生命を奪われる可能性すらある。対して間違っただけの保護命令を発令された相手方は、暴力を振るわないにもかかわらず、被害申立人等への接近を妨げられ、一時的に住居を奪われる。この加害者でなかった相手方への不利益は、保護命令の効果を法律上調整することにより小さくすることもできるし、金銭的な事後的救済も可能である。これに対して暴力被害に曝され、場合により生命を奪われた被害者は、事後的救済を受けることはほとんど不可能である。

このような非対称性は、民事保全の構造にも見られるもので、申立人

²⁴ 内山絢子「ドメスティック・バイオレンスの現状分析」岩井宣子編『ファミリー・バイオレンス』（尚学社・2008）21頁以下。

²⁵ 例えば澤田いずみ研究代表者による平成15年度～17年度科学研究費補助金（基盤研究(c)）研究成果報告書『夫婦間暴力における夫と離別した女性の健康状態と暴力の長期的影響に関する研究』（2006）19頁以下参照。

²⁶ 澤田・同前

を債権者、相手方を債務者と称していることに象徴的に現れているが、保全命令を不当に発令執行した場合の債務者の不利益はある程度犠牲にしてでも、それを不当に発令しなかった場合の債権者の不利益を回避すべきとの前提のもとで、とりあえず申立人の言い分から権利の存在と緊急性を認めて処分を下し、その後に異議があればゆっくり審理するという構造を有している。そしてその安全装置として、疎明と担保、および過失の証明責任を事実上転換した損害賠償責任²⁷が用意されている。

保護命令は、現行法の下でも非対称性に対する一定の配慮は見られる。要件の立証は疎明ではなく証明とされているが、その証拠方法にDVセンターや警察署の相談記録等を予定し、証拠調べとも釈明処分ともつかない書面提出や説明要求を付け加えており、原則としてそれ以上の証拠調べをしないでの判断を予定している²⁸。保護命令に対する担保も要求されていない。この背景には生命身体に対する侵害を防止することを優先するという理念がある。誤って下された保護命令に対する救済は、事後的な即時抗告や取消申立て制度、あるいは離婚手続の中での財産的調整で十分尽くされている²⁹。

このような非対称性の中で組み立てられた保護命令制度に、対等当事者間であることを前提とした審理判断で臨むなら、制度の趣旨を見誤ることとなる。

（２）退去命令に対する躊躇

退去命令は一般に発令されにくいと言われている。このことは統計的にも明らかであり、法律上はほぼ同一の要件でセットとなっている退去命令と接近禁止命令だが、平成19年5月までの全国の累計では退去命令と接近禁止命令との双方が発令された件数が1740件であったのに対し、

²⁷ いわゆる過失の一応の推定法理と呼ばれる判例理論により、仮処分が実体的に不当であった場合は債権者に一応過失があると推認され、無過失の反証が債務者に求められる。最判昭和43年12月24日民集22巻13号3428頁参照。

²⁸ 第12条から第15条までを参照。もちろん裁判所の自由心証主義を排除する規定はない。

²⁹ なお、子どもに対する接近禁止については、誤って発令された場合の結果が離婚時の子どもの処遇を左右する可能性を否定できないので、別論としたい。

接近禁止命令のみの発令件数が4718件となっている。ここからは、接近禁止命令に対して退去命令を発令するのに、より慎重であること、あるいは退去命令を発令することに対しての躊躇が看取できる。

その原因は、一つには接近禁止命令に対して退去命令の方が相手方に対する不利益の度合いが高いということに起因しているが、もう一つは現行の退去命令の欠陥にも起因している。以下、分説する。

(a) 退去命令の不利益に対する危惧

退去命令の不利益の最たるものが、相手方の住居に対する所有権や占有権に対する侵害となりうることだが、これはさらに居住の自由や生存権侵害といった憲法上の人権侵害にならないかという危惧につながる。

特に平成16年改正により退去の期間が2ヶ月に伸ばされ、かつ平成19年改正により再度の退去命令も可能であることが明文化された(第18条)ため、理論上は半永久的に加害者を住居から退去させることが可能になったと評されている³⁰。再度の退去命令の要件は「配偶者と共に生活の本拠としている住居から転居しようとする被害者がその責めに帰することのできない事由により当該発せられた命令の効力が生ずる日から起算して2月を経過する日までに当該住居からの転居を完了することができないことその他の同号の規定による命令を再度発する必要があると認めるべき事情があるとき」に限るとされており、また「当該命令を発することにより当該配偶者の生活に特に著しい支障を生ずると認めるときは、当該命令を発しないことができる」との但書きも付されているので、半永久的な退去が可能になったというのはやや過剰な表現だが、ともかく2ヶ月にはとどまらない退去が刑事罰をもって強制される可能性がある。この点をとらえて、退去命令は憲法第22条第1項(居住の自由)、第29条(財産権)、そして第25条第1項(生存権)に反する疑いがあるとの指摘も、裁判官からなされている³¹。

その結果、本来は現に暴力に曝されている被害者の生存も含めて安全確保のために緊急かつ暫定的な措置として発令が予定されているにもか

³⁰ 筒井・前掲論文(注7)81頁。

³¹ 常盤紀之「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律における保護命令制度についての問題点」判タ1146号59頁以下、特に62頁以下。

かわらず、「一定の暴力の存在が認められれば、接近禁止命令については比較的容易に発令できるものの、退去命令については、より程度の高い暴力の存在と、退去命令の必要性を慎重に勘案した上で発令の可否を決定している」³²との運用につながっているものと思われる。

しかしながら、少なくとも生存権という観点でいうならば、前述したように、暴力の存在がないのに退去命令が発令された場合の生存権侵害と、暴力が存在するのに退去命令が発令されなかった場合の生存権侵害とを比較して考えることが必要である。真偽不明となった場合に、退去命令を不当に発令したときのデメリットと不当に発令しなかった時のデメリットは明らかに後者の方が大きいことを想起すべきであろう。

(b) 2ヶ月という期間の中途半端さとリジッドさ

憲法違反との主張の当否はともかくとして、退去命令の期間が2ヶ月というのは確かに中途半端に長すぎ、逆に中途半端に短かすぎる。しかもその短縮や伸長は裁判官の裁量によっても当事者の申立てによってもできないことと解されている。このことが退去命令を使いにくくしているものと思われる。

退去命令は加害者を現在の住居から追い出して、被害者の安全を確保するものであるが、その目的は二種類のものが混在していた。立法段階での説明では、加害者を生活の本拠としている住宅から一定期間退去させることにより、被害者を保護することが主目的とされ、被害者が引越すためということは明示されていない³³。ところがその期間を2ヶ月に伸長した平成16年改正においては、被害者の引越しのための期間と説明され、それが2週間では短すぎるとの指摘が改正の根拠とされている³⁴。

³² 常磐・同前62頁。

³³ 南野知恵子ほか監修『詳解DV防止法』（ぎょうせい・2001）87頁。同書には、少なくとも退去命令の目的を引越目的とする記述は見られない。もっとも、制定当初から引越を可能にする期間という解釈はとられていた。戒能民江編著『ドメスティック・バイオレンス防止法』（尚学社・2001）42頁参照。

³⁴ 第159回国会衆議院法務委員会会議録第30号における南野議員答弁。また再度の退去命令を認めた第18条の要件でも、転居目的が明示されている。ただし、南野議員は「2週間という現行法の退去命令の期間では、被害者は住居から転

具体的な利用の事例を想定して考えるならば、まずシェルターやステッパハウスに逃げた被害者が引っ越しをするために家財道具を運び出すのであれば、一律に2ヶ月間加害者を退去させるというのは長すぎる。むしろ短期の退去を数度にわたって命じて、引っ越しの準備から実行までを可能にすることが必要である。他方、被害者が当該住宅に住み続けて安全な生活を再建するのであれば、2ヶ月というのは短すぎる。

従って、現行法の一律2ヶ月という規定には、立法として欠陥があると言わざるを得ない。

(3) 窓口指導の存在と被害者支援の困難

退去命令に対する裁判実務の躊躇は、裁判官による発令の前に、担当書記官の申立受付段階でも現れる。

地方裁判所の書記官が一般にDV問題についてどのような知見を有し、あるいは研修の機会を有しているか、明らかではないが、多くの場合は執行保全を担当する部において保護命令申立ても取り扱うものとされているようである³⁵。そしてDV被害者にとって法的救済を求めて訪れるファーストコンタクトの場が裁判所窓口であり、担当書記官である。被害者の申立てを受け付け、それも完成した申立書を受け取るだけではなく被害者と面談して事実上の指導を行う機能も担う担当者としては、特にDVに曝された被害者の医学的・精神的な状態に専門知識と、その応対についてのスキルを持つことそしてその修得に適した研修が必要である³⁶。

保全部の書記官がDV事件の専門的研修を受けるわけではない現状で

居せざるを得ず、かつ、その期間は身辺整理、転居先の確保などを行うための期間としては十分ではない」としており、必ずしも退去命令が被害者の引越を可能にする制度との理解には立っていないことがうかがわれる。

³⁵ 東京大阪ではいわゆる保全部がDV事件の保護命令も扱っている。石橋＝川畑・前掲論文（注6）5頁参照。

³⁶ 弁護士を対象としたものだが、DV被害者の支援団体が中心となって考案した法律実務家向け研修プログラムとして、井上匡子は「ドメスティックバイオレンス対応に関する弁護士向け研修プログラムの作成」法と実務7号235頁以下参照。

は、そのような知識・スキルを有するとは限らない書記官が被害者からの申立てを受け付けて、事実上の指導も行っているのだと考えられ、このことが保護命令の実効性を妨げている可能性がある。

なお、弁護士が代理人として保護命令を申し立て、あるいは当事者に同行する場合には、窓口の対応に関わらず、適切な保護命令の申立てが可能となるかもしれない。しかし保護命令の制度設計は弁護士の代理を予定していないものと解されるし、実際にも弁護士に依頼する資力のある被害者はごく少数であろう。そこで、民間のDV被害者支援団体が被害者の申立てに付き添い、書記官の下での面接や裁判官との審尋にも立ち会うことが必要だが、同行支援が行われても面接や審尋に立ち会わせることは裁判所が認めないと思われる。

前述した被害者の精神状態を想起するならば、また申立てを受け付ける窓口には被害者対応の専門的スキルが十分あるとは限らないことから、被害者に支援者が付き添うことを認めない実務は適切な保護命令申立てへのアクセスを妨げている一因である。

4. 今後の方向性

以上の検討から、保護命令による被害者救済の実効性を上げるには、以下のような立法および運用での改革が必要と考えられる。

第一に、保護命令のうち特に退去命令について、その目的を明確化するとともに、目的に沿った多様化が必要である。すなわち、加害者を退去させる目的が被害者の安全を確保しながら転居することにあるのであれば、2ヶ月という一律の期間を定めるのは明らかに過剰であり、それがかえって退去命令を利用しにくい、発令されにくいものとしている可能性がある。立法論としては、接近禁止命令が発令されていることを前提として、被害者が住居に立ち入る必要が生じた場合ごとに短期間の退去を命じ、その履行確保のための監視を警察官が行うといった制度が考えられる。身の回りの品々を運び出すだけであれば一度の立ち入りで十分かもしれないが、家財道具の運び出しを伴う転居であれば、引越業者の見積もり、事前準備、引越実施、後片付けなど、複数回、複数日にわたっての退去命令が必要となる。このような必要がある限りで発令され

るのであれば、回数や期間の制限は定める必要がない。

解釈運用論としても、被害者の引越を可能にするための退去命令として手続を工夫すれば、より積極的な発令が可能となりうる。例えば、退去命令自体は2ヶ月であっても、引越が完了した後はこれを取り消すことで、相手方の不利益を最小限に留めることが可能であり、また取消後に立ち入る必要が生じた場合は再度の申立てを柔軟に認めることで、現実の必要に応えることが可能となろう。

第二に、被害者が従前の居住を安全に続けるために、加害者を退去させる目的の退去命令も考えられる。本来であれば、暴力の被害者が出ていかなければならないということ自体、不当なことであり、また未成熟子がいる場合は、子どもの就学機会を奪わないためにも、被害者が自分の住居を取り返すための退去命令が認められるべきである。ただし、この場合は加害者の実体的な権利との衝突が生じる可能性があり、また離婚時の財産清算および子の処遇の問題との接合性を考える必要もある。加えて、加害者の親族と同居している場合や自営業の場合など、被害者が離婚後も従前の居住を継続することが事実上無理な場合もあろう。従って、この目的での退去命令は離婚手続と連携しながら、慎重な手続をもって発令する制度とすべきである。

第三に、担当裁判官および申請を受け付ける書記官等の職員に対する研修が必要である。このことは現行のDV防止法第23条においても義務づけられている課題であり、直ちに実行するべきである。

なお、本稿では検討を民事手続としての保護命令を中心にしたため、多くの論すべきポイントを省くことになった。被害者の安全安心な生活再建という点では、加害者との婚姻を清算する離婚手続との関係が不可避であり、保護命令も離婚手続の一つの付随的な手段という見方も可能である。退去命令と離婚手続との連携の必要については部分的に本稿でも触れたが、財産の清算や子の処遇との関係、離婚手続中の婚姻費用分担との関係や保全処分³⁷との異同等法的にも検討が必要な問題が残されている。その他、裁判所の実務としてもDV対応に関係する他機関との連携協力のあり方や刑事罰のあり方、刑事手続上の保釈や仮釈放など

³⁷ 人事訴訟法第30条、家事審判法第15条の3など参照。

加害者処遇と被害者保護との関係など、DV対策全体の中での保護命令の位置づけや機能については、別稿で改めて論じたい。

最後に、瀬川信久教授と道幸哲哉教授には筆者が学部生だった頃から指導を受ける機会に恵まれ、ご退職まで同僚としても教えを乞う機会を得た。両教授のご退職に献じるにははなはだ不十分な内容にとどまってしまったことを恥じ入るばかりだが、謹んでご退職のお祝いとすることをお許しいただきたい。

(付記)

本稿は、(財)民事紛争処理基金の平成20年度共同研究助成「法執行における民事、刑事、行政の交錯」および(財)日弁連法務研究財団の法務研究基金による研究助成「ドメスティック・バイオレンス問題に対する行政・司法の対策・比較法研究」(平成21年度)による研究助成を得て行った研究の一部である。

また、本稿は平成21年度札幌民事実務研究会にて行った報告「ドメスティック・バイオレンス保護命令の実効性」(平成22年2月・札幌地裁)を元になっている。同報告で貴重なご意見を賜ったことに、この場を借りてお礼を申し上げる。

ヨーロッパ人権条約上の要請に照らして見た フランス行政法の現代の変容

ルネ・オスティウ（ナント大学名誉教授）
 翻訳 小林真紀（愛知大学准教授）

本講演の解説（亘理 格）

本講演は、2010年10月8日（金）、慶応大学三田キャンパスで開催されたフランス行政法研究会において、ナント大学（フランス）のルネ・オスティウ名誉教授がフランス語で行われた講演を、小林真紀准教授（愛知大学）が翻訳されたものである。

ルネ・オスティウ名誉教授は、日本学術振興会の2010年度「外国人研究者招へい事業（短期）」に採用され、2010年9月28日から同年10月18日までの21日間にわたり、「土地法・環境法における公益性とそのコントロールをめぐる日仏比較法研究」という研究課題の下で、受入研究者である亘理との共同研究に従事された。また、その間、客員研究員として北海道大学法学研究科に所属され、北海道大学、慶応大学、京都大学において開催されたシンポジウムや研究会において、それぞれ1回ずつの講演を行うほか、本研究科のスタッフ及び我が国の行政法研究者との活発な意見交換を含め、多面的な研究活動に従事された。

本講演は、フランス行政法研究会（代表・小早川光郎教授）が主催したものであるが、同時に、亘理が代表者を務める科研基盤研究（A）「関係性及び連携と連帯に着目した新たな行政観の構築可能性とその具体像に関する研究」が共催したものである。本講演のテーマは、オスティウ名誉教授と亘理が緊密な意見交換の下で設定したものである。また、その内容は、近年活発化しているヨーロッパ人権裁判所の判例が、フランス行政法という国内法に及ぼす影響を分析するものである。「公正な裁

判を受ける権利」に関する同裁判所の判例が、フランスの行政裁判所の組織構成や行政訴訟手続に関する制度改革を迫ることとなっている点や、都市計画制限に関する同裁判所の判例が損失補償に関する国内法原則を脅かしている点等、フランス行政法の根幹に関わる変容状況を簡潔かつ的確に提示するものであり、我が国の行政法上の諸課題を検討するに際しても、重要な比較法的素材として参考になるものと思われる。

翻訳者である小林真紀氏は、国際人権法の分野で活躍されており、特に、フランス公法及びヨーロッパ人権条約に造詣が深いことで知られていることから、本講演の翻訳に最適の研究者としてお引き受け頂いた次第である。同氏からは、その明快かつ意を尽くした御翻訳を通して、オステイウ名誉教授の意図したところが広く読者に伝わる機会を賜ったことに対して、深甚なる感謝の意を表させて頂きたい。

本日、私に依頼されたテーマは単純なものではありません。人権と基本的自由の保護のための欧州条約、すなわちヨーロッパ人権条約がフランス行政法に対して及ぼす影響について分析し、この法の近年の変容の中からヨーロッパ人権条約に直接に起因するものを確定することは、明らかに極めてデリケートな作業です。それにはいくつかの理由があります。

1. 最初に、歴史的な観点から申し上げますと、フランス行政法とヨーロッパ人権条約が《全く平等》ではないことは明白です。フランス行政法は、1789年8月26日の人権および市民の宣言を取り込み、以後2世紀以上の歴史があります。ヨーロッパ人権条約ははるかに最近のものです。

実際に、フランス行政法は、革命期まで遡ります：

－1790年8月16日－24日の法律および共和暦3年実月（フリュクティドール）16日のデクレ（これは現在も効力があります）は、まさにモンテスキューを受け継ぐ形で、《権力分立》を確立し、それにより司法裁判所が行政行為を管轄することを禁止するとする原則を打ち立てました。

－さらに、共和暦8年の憲法典（1799年）により、《行政分野で発生している問題を解決するために》国務院が創設されました。とくに（いわゆる“留保裁判制”を“委任裁判制”に置き換えた）1872年5月24日の法律により、国務院は、《フランス国民の名のもとに》厳粛に判決を

下すという、真の裁判機関へと徐々に変化しました。

国務院と学説との協働により、19世紀のフランスに、《行政法》という独自の法分野が誕生しました。その目的と構造は当初より全く変わっておりません。行政法を特徴づける不変性は、とくにそれが追求する目的の恒常性に起因しています：すなわち、行政活動は、法律にしたがい、裁判官の統制のもと、公権力の行使により一般利益を充足するものであるということです。行政法のもう一つの恒常性は、行政の権限（すなわち行政の実効性）と市民の権利（およびその実効的保障）の間の恒久的な均衡を図ることです¹。

このような独自の制度の創始者である国務院は、判例の要素に深く基づく法を生み出しました。それは時がたつにつれ、柔軟性と適応可能性を示すようになりました。多数の理由、とくにそのうちの一つとして当然最も重要なものは、国務院が、公権力の諮問機関であると同時に、それらが下す決定の適法性を判断する裁判官でもあるという、極めて特殊な位置におかれていることが挙げられますが、このような理由から、行政法およびその形成方法の正統性が一般的に問題にされることはありませんでした。

この200周年を迎える法を、フランスでは誰もが一つの手本として考えています。これに対して、ヨーロッパ人権条約は、《若造》、あるいは《侵入者》とさえみなされています。但し、ヨーロッパ人権条約をEU法（EC法）と混同してはいけません。

ヨーロッパ人権条約は1950年11月4日にローマにて署名に付され、約40カ国、現在は47カ国によって批准されています。フランスがこの条約を批准したのは1974年です。また1959年には、フランスのストラスブールにヨーロッパ人権裁判所が設置されました。この裁判所は、人権条約に列挙されている諸権利（思想の自由、所有権、社会的・政治的自由など）を締約国が侵害した場合に、これらの締約国に対して制裁を課す任務を負っています。

訴訟に関しては、人権条約の採択は、次のような二つの結果をもたらしました：

¹ D. Truchet, *Droit administratif*, PUF 2008, p. 41.

- 第一に、国内的には、すべての市民が、行政裁判所および司法裁判所のいずれにおいても、条約の規定に対する違反を援用することができます。フランス憲法55条の規定により、人権条約は《法律に優位する効力》を有しており、人権条約の規定は、憲法、法律あるいはデクレと同様に、国内裁判官が適用の任務を負っている《法源》（適法性ブロック）の一部を構成しています。言い換えれば、国内裁判官は、場合によって、人権条約の規定に対する違反を判断する完全な権限を有し、必要であれば条約の規定を優位させるということです。したがって、国内裁判所で援用できる国内法の規定の条約適合性について判断する権限を与えられているのは国内裁判官であるということになります。

- 第二に、国際的な面では、人権条約34条をフランスが批准した1981年以降は、国内法上のすべての救済手段が尽くされたのちには、いかなる私人（自然人あるいは法人）も、人権裁判所に対して個人として申立てる権利を持っています。条約違反の場合には、人権裁判所に対して、当該国が条約に違反したことを宣告し、必要に応じて、損害を被った当事者に“衡平な満足”を支払うことを求めることができます。但し、この場合、人権裁判所に係争中の（国内）裁判所の判断を修正することは認められていないため、これを私人が求めることはできません。この人権裁判所の権限が、国内法と人権条約法の間関係を劇的に変えることになりました。というのも、国務院（あるいは破毀院）が《終審》として下した判断が、人権裁判所における訴訟の対象となりうるからです。これにより、公権力は多くのケースにおいて国内法の修正（これには法律および行政立法などの立法のみならず、判例法も含まれます）を実施することを促されることになります。この修正は、ストラスブール（人権裁判所）の裁判官による違反宣告の《おそれ》が、国内機関に対して国内法の修正を行うよう働きかけることがあるため、事前に行われることもありますし、ひとたび違反宣告が出されると国内機関は人権裁判所の判断に適合するよう否応なしに拘束されることから、事後に行われることもあります。

2. このような“規範的な”優位性にもかかわらず、国内法に対する

人権条約の優位の原則が直ちに適用されるものではないということは言うまでもありません。国務院自身は法の創造者ではないにしても、しばしば法の提案者ではあることから、その法についての分析の妥当性と当該法の適法性には確信を抱いております。このような国務院が保証人として存在するため、新しい基準、新しい原理、ときには新たな価値までもが誕生する新たな法構造のために、閉ざされ完結した国内法の世界を放棄することは簡単なことではないのです。

それゆえ、人権条約上の要請という視点に立って行政法の変容を指摘しようとする、多くの問題が生じます。国務院は、破毀院とは異なり、多くの場合、このような“法的な変革”に対して消極的であるからです。国務院は、ヨーロッパ法の解決策を無条件に保証するということをなかなか受容できず、ときにはそのような解決策を最小化し、ついには《回避》すらしようとするのです。

したがって、人権条約がフランス行政法に与える影響を評価する場合には、必然的に複数のケースを区別しなければなりません。

最も“明示的な”ケースでは、公権力が、自らに下された条約違反の判断を法的に確認させ、条約に反していると判断された規定を修正することを余儀なくされます。

他方で、これとは反対に、因果関係があまり明確でないこともあります。

いくつかのケースでは、“大胆な”法構造と引き換えに、後にそれが否定される可能性も留保しつつ、係争中の規定が人権条約上の要請と完全に両立することを公権力が主張することもあります。あるいは、フランスに違反宣告が下される可能性を惹起する状況に対し、公権力自らが機先を制して“予防的に”終止符を打とうとすることもあります。だからといって、その結果が保証されているわけではないのですが。

このように様々なケースが想定されます。そこで、まずは、“人権条約上の”制約を二つの種類に区別し、まず行政《訴訟》法を、次に行政《実体》法をとりあげることで、これらについてもう少し明確にしたいと思います。

I 行政訴訟法：公正な裁判を受ける権利の影響

人権条約6条1項は次のように規定しています：

《何人も、独立の、かつ公平な裁判所において、合理的な期間内に、
衡平なかつ公開の審理を受ける権利を有する。裁判所は、申立人の民事
上の権利および義務について、あるいは申立人に対する刑事訴追の妥当
性について判断する》

この《公正な裁判》を受ける権利は、民・刑事裁判のみならず、極めて
例外的な場合²を除いて、あらゆる行政訴訟、すなわち適法性審査お
よび国家賠償訴訟にも適用されます。人権裁判所は、一見したところ大
した効果をもたないようなこの手続規定について、極めて《建設的な》
解釈を行い、行政訴訟におけるこの衡平性の要請の意味に関して、いく
つかの疑問を直接に提起してきました。そして、それはしばしば行政裁
判法典の改正のきっかけにもなったのです。したがって、同種の事例で
人権裁判所によって押し付けられた《戒め》は、國務院にとっては一般
的に非常に受け入れ難いものであり、このことが、ときに二つの機関の
間の《緊張》として現れることになりました。

行政訴訟を網羅的に分析することは不可能であり、結局のところ利益
もないので、ここでは、公正な裁判を受ける権利の原理を行政訴訟に適
用した際に発生するいくつかの問題を扱うことに留めたいと思います。
これらの問題は、一方で、この概念の極めて広い《豊かさ》を示すと同
時に、他方で、同様の《移植》が必然的に惹起する問題点も提示してい
ます。

A. 訴訟期間の問題：国内機関がヨーロッパ人権裁判所の要請にしたが う場合

最初のごく単純な例をとりあげましょう。この例は、非常に一般的で、
しかも、世界中のどの国でも行われている司法の遅延についての訴えで

² CEDH, Grande chambre, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres C/ Finlande*,
AJDA 2007, p. 1360, note F. Rolin.

すので、理解しやすいと思います：《遅れて判決を下すことは、判決しないことと同じである》としばしば言われますが、ご存じの通り、この批判は根拠が全くないわけではありません。これは、外圧（ここでは人権裁判所のことを指します）がこの分野での国内法の変化の原因となっていることを示しているという意味でも、有益な例であるといえます。このことは、すべての法制度が自発的に改革を行うことが極めて難しいことを示すものです。

人権裁判所によれば、《公正な》裁判を受ける権利は、《合理的な》期間内に判決を受ける権利を意味します。フランスはこの理由で何度も人権条約違反を宣告されています。この権利について人権裁判所は、当該裁判の性質（民事か、刑事か、行政か）によらず、《合理的な》期間を尊重することのみが裁判の実効性と信頼性を保障しようと考えています。

このように繰り返し人権条約違反と判断されたことによって、国務院はついに、行政訴訟の期間があまりに長い場合には、裁判機関による国家の《過失》責任が課されうることを認めました³。もちろん、《合理的な》期間とは、“基準”にすぎません。すなわち“枠組み概念”です。これは“柔軟な規範を意味しており、意図的に曖昧にされた基準に基づく”ものです⁴。したがって、訴訟期間の“合理的”性質は、事件の状況、事案の複雑性、原告の態度および国内機関の対応によって全体的かつ具体的に評価される一連の要因によって決まります：今や確立された判例の表現を借りるなら、《この義務を怠ることが訴訟手続ののちに下される決定の効力に何ら影響を及ぼさないとしても、裁判当事者はその尊重を確保させることができなければならない；したがって合理的な期間ののちに判決を受ける権利が侵害された場合、裁判当事者は、司法役務の欠陥的機能によって惹起され、かつ合理的期間を越えた部分に関して直接かつ確実に被った物理的および精神的損害の全体について賠償を得る

³ CE, 28 juin 2002, *Garde des Sceaux C/ Magiera*, RFD Adm. 2002, 756, concl. F. Lamy.

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2003, p. 853.

ことができる⁵といえます。現在は行政裁判法典に（R311-1条5号として）編入されている2005年7月28日のデクレにより、国務院は、一審かつ終審として、《行政裁判所における訴訟が極端に長いために、国家に対して提起される賠償責任訴訟》を管轄する権限を与えられました。これにより、合理的な期間を越えたことについて提起された訴訟の大部分は、国内裁判所に移されることになったのです。

B. 裁判を受ける権利の問題

ここでは、三つの例をもとに、公正な裁判を受ける権利の構成要素のいくつかを国内法に転換する際に惹起される問題点を取り上げたいと思います。

1. “裁判に訴える権利 (droit à un tribunal)”

公正な裁判を受ける権利が《裁判に訴える権利》を含むことは明白です：市民がこの権利を行使し、その結果、自らの利益に影響を及ぼしうる決定に対する訴訟を管轄する裁判所に訴えるためには、この決定について《知っている》ことが必要だからです。

こうして人権裁判所は、原告の利益に直接に影響する決定に対して提起された訴訟の期間を、この決定の《公告》の日から起算し、その結果、権利の喪失を原告に宣告したことについて、フランスが条約に違反していると判断しました。人権裁判所は、この事案のような所有権に対する《侵害》となるあらゆる決定に対して、異議を申し立てることができる《明確で具体的かつ実効的な》可能性をすべての私人が必ずもっていないべきこと、それゆえこのような決定は当該私人に対して《通知》されなければならないことを主張しました⁶。

この判例は、収用の場合にも適用されるべきでしょうか。《公益宣言》

⁵ CE, 14 avril 2010, *M. Durand*, n° 316560, RD Imm. 2010, note R. Hostiou, p. 445.

⁶ CEDH, 16 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle C/ France*, D. 1993, 561, note Fl. Benoit-Rohmer.

-すなわち、行政庁が、聴聞ののちに、特定の作用（高速道路、鉄道あるいは飛行場などの建設）の実施についての公益性を判断する行為 - は通知されておらず、《収用許容決定》-すなわち、行政が収用しようとする土地のリストを作成する行為 - だけが《通知》の対象となっています。公益宣言の違法性は、収用許容決定に対する訴訟の中でも主張できることから、フランスの行政裁判官は、フランス法は公正な裁判を受ける権利の要請と矛盾しないと判断しました⁷。しかし、この事案の重要な点は、この問題について国内裁判官が下した判断に対して、人権裁判所の裁判官が保証を与えたということです⁸。これは、“裁判に訴える権利”の解釈について、二つの機関の見解が一致していることを示すものです。

2. “公平かつ独立した裁判所による裁判を受ける権利”

この問題は、フランスの公的機関の構造、すなわち、すでに述べた通り、国務院が“諮問的”機能（国家の中央当局に対して助言をする機能）と“裁判的”機能（それらの当局が下した決定の適法性を審査する機能）を兼ね備えているという構造そのものに関わるために、大変な議論的になっています。このような兼職は、公正な裁判を受ける権利に固有な要請と両立するのでしょうか。

Procola 対ルクセンブルグ事件⁹のなかで、人権裁判所は、一定の人が同じ機関の中で同一の決定について引き続いて二つの機能を果たすことは、この機関の“構造的公平性”という点から問題になりうるとしました。また、Sacilor Lormines 対フランス事件¹⁰で、人権裁判所は、1997年に国務院行政部が出した答申が、後に下された判決（具体的には2000年および2002年の判決）の“一種の事前判決”となっているといえるかどうかについてとくに検討した結果、最終的には、国務院の行政的権限

⁷ CE, 8 juin 1998, *Groupeement foncier agricole du domaine de la Cabanne* : JCP G 1999, II, 10026, note A. Bernard ; AJDI 1998, p. 1079, note R. Hostiou.

⁸ CEDH, 19 septembre 2006, *Maupas C/ France*, AJDA 2007, p. 180.

⁹ CEDH, 28 septembre 1995, *Procola C/ Luxembourg*, RFDA 1996, 777, note J.-L. Autin et F. Sudre.

¹⁰ CEDH, 9 février 2007, *Sacilor Lormines C/ France*, JCP 2007, I, 106, obs. F. Sudre.

と裁判的権限の兼務は人権条約6条1項違反に当たらないと判断しました。

このような公的機関の機能に対する疑念、すなわち最も重要性の高い行政裁判所の判決の大多数に対する脅威から、フランスは、2008年3月6日のデクレを出すに至りました。このデクレは、“國務院の構成員は、自らが関与した答申に基づいてとられた行為に対する訴訟の判決には参加できない”と規定しています。

人権裁判所はこのような見方を容認したように思われます。つい最近にも、常に同じ争点、すなわち原告の“独立かつ公平な”裁判所による裁判を受ける権利について、公益宣言（この決定は國務院の“答申”のあとに出されており、同じ國務院がこの決定の適法性について一審かつ終審として管轄しています）に関する事案のなかで、公益宣言の取消を求められた法廷の構成員は、以前にこの決定に関する答申を行った部会には参加していなかったことを指摘しています¹¹。

結果として事件は終結したように見えますが、それでもなおこの事案は、人権裁判所の判例が惹起した“心理的な外傷”のもつ重要性を示唆するものといえます。なぜなら、何人かの評釈者は、國務院が独立かつ公平な形で機能していないのではないかと疑われたという事実だけでも“不敬”罪にあたると考えているからです¹²。

3. 外観理論 (théorie des apparences)

最後に、國務院が人権裁判所の要請にしたがわず、この二つの機関の間の深い意見の食い違いとなっている最も重要なケースをとりあげます：それは、“合議”すなわち裁判所の判断（判決）を作成する段階における“政府委員 (commissaire du gouvernement)”の存在です。

“政府委員”は司法官であり、所属する裁判所（國務院、行政控訴院あるいは行政地方裁判所）の構成員です。その任務は極めて特殊です。

¹¹ CEDH, 15 juillet 2009, *Union fédérale Que choisir de Côte d'Or C/ France*, RFD adm. 2009, p. 885, note P. Pacteau.

¹² この点に関しては、R. Hostieu, observation sous CE 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, RD Imm. 2010, p. 370 参照。

というのも、自らが属する裁判所に付託された事案について、訴訟当事者の弁論のあとに“総括意見書 (conclusions)”を公表する、すなわち自らの見解（但し、その後裁判所はこの総括意見書にしたがう場合とそうでない場合があります）を公にすることで全く独立した立場から判断する任務を負っているからです。このことが、政府委員が合議に出席することを禁止するものではないという点は常に認められてきました。

人権裁判所は、英米法に起源をもつ“外観理論”をとりわけ根拠として、別の判断を下しています。この理論によれば、判決は公正な方法で下されるだけでは足りず、あらゆる人に対して公正に下されことを印象づけるものでなければなりません：つまり、“公正な裁判が下されるだけではいけない；公正に下されたとみなされなければならない (justice must not only be done ; it must also be seen to be done)”ということです。

人権裁判所によれば、“政府委員が、当事者のいずれか一方の主張の認否について公に意見を表明すれば、当事者は、当然のことながら、その政府委員がいずれか一方を擁護していると考え”ます。また、評議に政府委員が出席することについて、人権裁判所は、“合議にとって（政府委員が）純粋に技術的に参加することがもつ利点と、裁判当事者の優位的な利益と間で、均衡が図られなければならない。裁判当事者は、政府委員の出席が合議の結果に何らかの影響を与えることがないという保証を得られなければならない”と主張しています。現行のフランスの制度はこのようにはなっていないのです¹³。

フランスではこの決定は悪く受け取られているというだけでは十分ではありません。再度の違反宣告¹⁴の後、この判決から帰結を導き出すために、2006年8月1日のデクレによって行政裁判法典は改正を余議なくされたからです。ここでもまた国内機関がしぶしぶ屈したということを強調しなければなりません。すなわち、このデクレにより、行政地方裁判所および行政控訴院では政府委員が合議に出席することが禁止され、国務院では“一方当事者からの反対の意思表示がある場合を除いて、政

¹³ CEDH, 7 juin 2001, *Kress C/ France*, GAJA Dalloz 2009, n° 108.

¹⁴ CEDH, 12 avril 2006, *Martinie C/ France*, AJDA 2006, 986, note F. Rolin.

府委員は合議に出席する。評決には参加しない”と規定する行政裁判法典 R733-3条が適用されることになったのです。原告からの申立てがなければ、政府委員は合議に出席し続けます。

2009年1月7日のデクレはこのような“整理”を続行し、“政府委員 (commissaire du gouvernement)”という呼称－これが誤解の原因であったともいえるのですが－を“公の報告担当官 (rapporteur public)”に替えました。

それでもなお、この Kress 対フランス事件判決は、人権裁判所と国務院の“別離”の象徴として残っています。

Ⅱ 行政実体法：“多様な”影響

では、行政法の基礎部分－すなわち“手続”法の対句としてしばしば“実体”法とよばれるもの－に関しては、人権条約は顕著な変化の原因となっているのでしょうか。

一見したところ、二つの理由から、問題は突飛のようにも思われます。

第一に、伝統的に、フランスでは（行政裁判官ではなく）司法裁判官が“個人の自由”（憲法66条の規定参照）および基本的自由の保障を担っています。これにより、狭義の“行政”法に及ぼされる人権条約の影響は制約されることになります。

第二に、フランスは、ご存じのとおり、基本的自由の保護に配慮するために人権条約に調印することを望んでいたわけではありません。この点に関しては、1789年の人権宣言が、憲法前文と同様に実定法の完全な一部をなしていること、およびその実定法を遵守させる任務を担っているのが国内裁判所であることを思い起こす必要があります。これに、公権力、とりわけ国務院に顕著な法的“ナショナリズム”の傾向がつけ加えられるとしても、行政法は人権条約に従属しているという原理が、極めて多様な適用実態を生み出していると言っても驚くべきことではありません。行政裁判官は、大抵の場合、国外の法的な理由よりも、むしろ純粋に国内法的な理由を用いて、法の変化を正当化しようとするからです（A）。但し、この方法には限界があることも事実です（B）。

A. 間接的な影響

客観的に見れば、人権裁判所の判例から“切り離すことができる”ものではない変化が問題となるとしても、国内裁判所が、時として大胆な法理論と引き換えに、この因果関係の存在を最小化したり、場合によっては否定しようとしたりするという点に矛盾があるといえます。

ここでは以下の二つの例を取り上げます：

- 都市計画地役の無補償の問題
- 立法による追認の問題

1. 都市計画地役の無補償

ここでは、フランス法に古く（1943年）から存在し、現在、都市計画法典 L160-5条に規定されている原理が問題となります。この原理は、実際には極めて厳格に解釈される二つの例外を除き、原則として“都市計画地役”は補償の対象とはならないとするものです。都市計画地役とは、土地の利用条件に関する様々な規制（建築の制約、建築禁止）を指し、不動産所有権に対して制限的な性質を持ちます。一般的に、この“無償性”は都市計画法の存在条件です。というのも、このような規制により建築に対する権利が影響を受ける様々な市民に対して補償を想定しなければならないとすれば、都市計画ができなくなってしまうからです¹⁵。

問題は、この規定が、“財産の尊重”に対する権利という人権条約上の原理（人権条約第1 附属議定書1 条）を根拠として、行政裁判所で争われたことです。学説の一部が提言しているように、“フランス流”の都市計画の基本概念を問題にするというリスクを冒してまで、果たしてこの人権条約上の権利を都市計画法 L160-5条の規定に優位させるべきなのでしょうか。

この問題を付託された国務院は、独自の方法で解決しました。これは国務院が頻繁に使う手法を極めてよく表すものです。すなわち、無補償の原理に対して完全に第三の例外を創設し、いわば問題に敢えて触れな

¹⁵ R. Hostiou, La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme, AJDA 1993, n° spéc. p. 27.

いことによって人権条約の要請を“回避”したのです：

“一方で、都市計画法典 L160-5条は、都市計画地役の無補償の原理に、次のような条件を課している。すなわち、一般利益に合致し、法律が定める権限、手続および様式に関する規定を遵守して、都市計画政策を実施するために適法に設定されたものであることという条件である。他方で、同条は、一般的かつ絶対的原理を定めるものではなく、所有者の既得権および従前の現状確認書に対する修正という二つの例外を明示的に補充するものである。それゆえ、同条は、地役の対象となっている財産の所有者が、例外的状況で補償を求めることを妨げるものではない。この例外的状況とは、地役が課せられそれが実施される条件および状況の全体およびその内容から、この所有者が特別にかつ過大な負担を強いられており、それが追及される一般利益の目的に見合うものではないといえる場合を指す。これらの要件に照らせば、原告が、都市計画法典 L160-5条はヨーロッパ人権条約第1 付属議定書1 条の規定に反すると主張することに根拠はない。…”¹⁶

この判決で行政裁判官が展開した手法は、係争中の規定にまず“条約適合性という免状”を与えるということです。しかし、これには限界もあります。つまり、当然のことながら、この手法は、人権裁判所が逆の結論を表明しない限りにおいてしか有効でないということです。さしあたり本件に関しては、そのようなことはまだ起こっていないということは言わねばならないでしょう。

2. 立法による追認の問題

“立法による追認 (validation législative)” とは、取り消された行政行為あるいは取り消される可能性のある行政行為について、明示的、間接的または黙示的に、遡及的あるいは予防的に追認するための法律を定めるという形で立法者が介入することを指します¹⁷。

これが公権力にとって便利であることはお分かりになるでしょう。なぜなら、公権力は、ある決定が訴訟で取り消された場合でも、取り消さ

¹⁶ CE, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, Rec. p. 288, concl. R. Abraham.

¹⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit. p. 919.

れた行為を“蘇らせ”、最終的には行政活動が裁判官によって妨げられたとはみなされないようにする力をもつからです。

このような“安易さ”と、それが本来の方向から外れてしまう危険性に終止符を打つために、人権裁判所の介入が必要となりました。まず1994年に、そしてより明確には1999年に、人権裁判所は、一般利益に基づく絶対的な理由がある場合を除いて、“法の優位性の原理”は（公正な裁判の概念とともに）、訴訟の法的な解決に影響を及ぼす目的で立法府が司法に介入することを認めるものではないとして、立法による追認の適用範囲を大幅に減じることを求めました¹⁸。

これらの判決により、国内裁判所がこの新しい法的な“枠組み”を考慮せざるを得ないことは明白です。これは、当然に、行政法に対する人権条約の影響力を示すものです。それでもやはり、伝統に忠実な国務院が、一般利益にかなうと考えられる追認を正当化するために、“一般利益に基づく理由”の概念にこだわり続けていることには変わりありません¹⁹。憲法院もまた、このメッセージを十分に理解しているとしても、“国外の”法規範に照らして法律の効力を判断することを拒むという伝統に対して忠実であり続けています。憲法院が追認の法律を無効と判断する場合には、それは人権条約に基づくものではなく、常に1789年の人権宣言の原理を根拠としています²⁰。

B. 直接的影響

最後に、フランス行政法に対する人権裁判所の判例の直接的影響について、私自身が最も分かりやすいと考えている例をとりあげます。それは収用法に関する例です。収用法に関しては、フランスは、近年、人権

¹⁸ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal C/ France*, RFD Adm. 2000, p. 289, note B. Mathieu.

¹⁹ CE, 8 juin 1998, *Coordination départementale pour la 2X2 voies et contre l'autoroute*, Rec. Tables, p. 966.

²⁰ この点に関しては、Cons. const. 13 janvier 2005, *loi de programmation pour la cohésion sociale*, RFD Adm. 2005, p. 2999, note R. Hostiou 参照。

裁判所から何度も条約違反と判断されています。その結果、公権力は、収用法に一定の修正を施さざるを得なくなりました。但し、こんにち収用法典におさめられている規定のすべてに条約適合性があると確信することはできません。

確かに、フランスの収用法は古くからある法です。1810年のナポレオン時代の法まで遡り、今年はその200周年を祝う年にあたります。この収用法は、一般的に、私人に対して多くの保障を備えていると理解されています。

だからといって、収用法の条約適合性は保証されているといえるのでしょうか。これほど不確かなことはありません。

というのも、近年、人権裁判所が何度もフランスに対して違反判決を下しているということを認めざるをえないからです。条約違反と判断されたのは、手続の取消決定を実施しなかった場合²¹、被収用者が農業従事者でその補償の条件が不十分であった場合²²、さらには収用された財が使用されなかった場合²³です。

より最近には、手続の司法的段階（裁判官による補償額の決定に相当します）が、人権裁判所によって違反とされました。この事案で人権裁判所は、当該手続が、全ての訴訟手続を支配している“攻撃防御の平等”原則を遵守していないと判断しました²⁴。

要するに、国内裁判所が常に反対のことを強調していたとしても、改正の必要があると考えるべきだったのです。この改正は、2005年5月13日のデクレの中で行われました。その目的は、公用収用に関するフランス法の“条約適合化”を極めて明示的に行うことにありました。このデクレに対して提起された訴訟で、国務院は、この条約適合化という目標

²¹ CEDH, 21 février 1997, *Guillemin C/ France*, AJDA. 1997, p. 399, note R. Hostiou.

²² CEDH, 11 avril 2002, *Lallement C/ France*, AJDA 2002, p. 686, note R. Hostiou.

²³ CEDH, 2 juillet 2002, *Motais de Narbonne C/ France*, AJDA 2002, p. 1226, note R. Hostiou.

²⁴ CEDH, 24 avril 2003, *Yvon C/ France*, D. 2003, J. p. 2456, note R. Hostiou ; CEDH, 25 avril 2006, *Roux C/ France*, AJDA 2006, p. 1441.

は達成されたと判断しました²⁵。

但し、まだ疑問点は残ります。なぜなら、ここでもう一度思い起こして頂きたいのですが、今後重要となる新たな法的枠組みで“最終判断”をするのは人権裁判所だからです。

結びとして、ひとこと申し添えます。大抵の場合、このような状況は行政法を良い方向へと発展させるものであるとしても（但し、この点に関しては誰もが賛同するような状況からは程遠いといえますが）、それは明らかに法的不安定性の原因であり、決して満足のいくものではありません。しかし、ここで取り上げた問題は“周辺のな”ものであって、他方で、人権裁判所長官をフランス人が務めるようになってからは（彼自身国務院の出身者です）、二つの機関の間には顕著な歩み寄りが見られるようになったことも言及すべき点です。また、人権裁判所の判例が、国務院の判例に関してしばしば“理解を示す”ようになったということも言わねばなりません²⁶。今は、もはや戦争ではなく、協働の時期にあると思われれます。

²⁵ CE, 3 septembre 2007, *Assoc. de sauvegarde du droit de propriété et autres*, RFD Adm. 2007, p. 1175, note R. Hostiou.

²⁶ この点に関しては、CEDH, 29 mars 2010, *Depalle C/ France*, RFD Adm. 2010, p. 543. 参照。

B型肝炎札幌訴訟における意見書

—— 因果関係の証明負担の軽減について ——

瀬 川 信 久

以下に掲載するのは、集団予防接種あるいは集団ツベルクリン反応検査によりB型肝炎ウイルスに罹患したとする原告5名が国に対し国家賠償法に基づき損害賠償を請求した札幌B型肝炎訴訟の控訴審において、原告側弁護団より依頼を受けて作成し、平成14年9月2日付で札幌高等裁判所に提出された意見書である。当該事件では、一審判決は原告全員の請求を棄却したが、控訴審は原告のうち3名につき請求の一部を認容し、2名については民法724条後段の20年の除斥期間が経過していることを理由に請求を棄却した。原告と被告国の双方から上告受理申立てをしたところ、最高裁は原告全員の請求を認め、被告国の上告を棄却した（最判平成18年6月16日民集60巻5号1997頁）。その後、多数のB型肝炎ウイルス患者が、この最高裁判決に基づき、乳幼児期の集団予防接種における注射器の使い回しによると主張して国に損害賠償請求事件を提訴した。現在10の地方裁判所に継続し、昨年（平成22年）からは和解協議が進められていることはしばしば報道されるところである。

本意見書は公表しなかったが、B型肝炎訴訟の研究で言及されることがあり、今回「経歴と業績」をまとめる労をとっていただいた松久三四彦教授から、本訴訟の社会的意義を考慮すると記録として公表すべきでないかのご意見をいただいた。文献・裁判例の引用などが不十分であるが、このような経緯から、札幌高等裁判所に提出された形のままで、「資料」として掲載いただくことにした次第である。

（2010年11月記）

意 見 書

札幌高等裁判所平成12年（ネ）196号損害賠償控訴事件（B型肝炎訴訟）に関し、同事件の争点のうち、予防接種と肝炎ウイルス感染との因果関係の証明について意見を述べる。

この因果関係を認めることができるかが本件の重要な問題であるが、この問題は裏から言うと、因果関係の証明の負担をどこまで軽減できるかという問題である。ところで、証明負担軽減の方法としては一般に、証明責任の転換、推定、一応の推定ないし表見証明、証明妨害、事案解明義務、証明度の軽減、割合的認定などがあげられる¹。これらのうち、証明責任の転換、推定、証明度の軽減、割合的認定は、証明負担軽減の効果に着目した分類であり、推定、一応の推定（表見証明）、証明妨害、事案解明義務は、どちらかという証明負担軽減の根拠ないし要件に着目した分類である。ところで、本件では、どのような証明負担の軽減が可能かが問題になっている。したがって、証明負担を軽減するための要件が満たされているかという観点から、推定、一応の推定（表見証明）、証明妨害、事案解明義務について検討することになる。ただ、本件は当事者の一方のみが容易に証明できる場合ではないので、事案解明義務を根拠とする証明負担の軽減は認め難い²。そこで、検討の対象を、推定、一応の推定（表見証明）、証明妨害による証明負担の軽減に絞る。それを検討した後で、近時の判例の動きを参考にして、本件の場合に保護法益の拡張によって因果関係の証明負担を軽減できないかを考えることにする。

¹ 高橋宏志『重要論点民事訴訟法〔新版〕』478頁以下、渡辺武文「証明負担の軽減」『民事訴訟法の争点〔3版〕』214頁。

² 証明妨害も、一定の証拠保全義務を前提としている点で、広い意味での事案解明義務に含まれる（渡辺・前掲注（1）216頁）。しかし、本来の事案解明義務はより特定されたものである。すなわち、証明妨害による証明負担の軽減は、証拠提出を不可能にした相手方の行為を理由にするのに対し、事案解明義務による証明負担の軽減は、証明責任を負う者にとって証明が客観的に困難であり相手方には容易であるという証明難易の格差を理由にする。この点を見ると、本件で考えるべき証明負担の軽減は、事案解明義務ではなくて証明妨害によるものである。

1. 事実上の推定

推定とは、経験則を利用してある事実から他の事実を推認することである。因果関係については、この推認を規定する法規はないので、自由心証主義の一作用としてこの推定を行っている(事実上の推定)。その際に利用する経験則は、自然・人間・社会に関する一般的な法則ないし知識である。本件の場合には、疫学上の経験則に基づく推定が認められるかが問題になる。しかし、本件では、今のところ基礎となるデータが少なく、予防接種とB型肝炎の感染との間の因果関係を疫学的に認めることには困難があるように思われる(原判決230頁以下)。

2. 一応の推定・表見証明

(1) 一応の推定の根拠に関する概観

一応の推定はわが国で、表見証明はドイツで、主に不法行為の過失と因果関係について判例が作り出した推認の手法であるが、その内容は類似しているといわれる³。しかし、一応の推定・表見証明の定義については統一的な見解がない。通常的事実上の推定よりも高度の蓋然性のある経験則による推定だとする考えがある⁴が、高度の蓋然性のある経験則がない場合にも、ドイツでは表見証明を認めた裁判例があり、日本では一応の推定を認めるべきだという学説がある⁵。そこで、一応の推定・表見証明とは、推定される事実が何らかの過失・因果関係といった抽象的で不特定な内容のものである場合の事実上の推定であるとする見解もある。このように、一応の推定と表見証明の内容は必ずしも明確でない。それだけでなく、どのような場合に一応の推定・表見証明を認めるべきかも明確でない。

ところで、一応の推定・表見証明の内容や要件が明確でないのは、それが、経験則、すなわち、自然・人間・社会に関する一般的な法則ないし知識だけで

³ 藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」新堂幸司編『講座民事訴訟⑤証拠』129頁、141頁。

⁴ 新堂幸司『新民事訴訟法』495頁。

⁵ 渡辺武文「表見証明と立証軽減」山木戸克己編『手続法の理論と実践 下巻』140頁(定型的事象経過が認められないにもかかわらず表見証明を認めるドイツの裁判例をあげる)、154頁以下。そのほか、藤原弘道「前掲」129頁、高橋『前掲書』484頁も参照。

なく、手続的衡平という価値や、さらには実体法上の価値判断ないし法解釈にも依拠し、その手続的衡平や実体法上の価値判断・法解釈が事案類型によって異なるからではないかと思われる。例えば、一応の推定の例として、他人の立木を伐採した者に過失を認める判例があげられる⁶が、伐採する立木を他人が所有していることが伐採者にとって認識可能であるとの経験則があるとは思われない。むしろ、多くの場合には、他人の立木と認識できないために伐採するのであろう。にもかかわらずこの侵害類型で判例が過失を推認するのは、おそらく、静止している他人の不動産を一方的に侵害する者は、他人の所有を認識し得たか否かを問わず不法行為責任を負うべきだという実体法上の価値判断に基づいているのであろう。事実、このような場合に英米不法行為法では trespass により無過失責任を負っている⁷。したがって、因果関係の一応の推定・表見証明については、因果関係の判断に特有の手続的衡平や実体法的な価値判断・法解釈をも考慮して、その可否を考えなければならない⁸。

(2) 手続的衡平に基づく一応の推定——他原因との比較と他原因の具体的な主張

因果関係の推認における手続的衡平として指摘すべきは、結果と被告の行為との因果関係を原告が具体的に主張立証するのに応じて、被告は他原因を具体的に主張しなければならないということである。少し説明する。

⁶ 中野貞一郎『過失の推認』6頁以下。

⁷ 瀬川信久「危険・リスク——総論」ジュリスト1126号142頁。

⁸ なお、証明責任の分配に関し、法律要件分類説は法規の条文の形式的構造に依拠していた。これに対し、利益考量説はより実質的な根拠を探究し、蓋然性(蓋然性の低い事実を主張する者に証明責任を課す)、立証の難易、証拠との距離(証拠に近い方に証明責任を課す)など訴訟当事者間の手続的衡平を考慮して証明責任を分配するべきだとし、さらに、一部の学説は、実体法の趣旨・価値判断を考慮すべきだとしている(以上につき、高橋『前掲書』458頁以下)。要するに、証明責任の分配は今日、蓋然性に基づくものと、当事者間の手続的衡平に基づくものと、実体法の趣旨・価値判断に基づくものとがあると考えられている。本文の考えは、証明負担の軽減も証明責任の分配と同じように、高度に蓋然的な経験則に基づくもののほかに、手続的衡平に基づくものや実体法的価値判断に基づくものがあると考えている。

被告の行為と結果との事実的因果関係の証明は、普通、(a) 被告の行為が当該結果を発生させ得たことと、(b) 他原因が当該結果を発生させなかったことを証明することによって行われる。そして、裁判例は一般に、(a) 被告の行為に因る可能性と、(b) 他原因に因る可能性とを比較して、因果関係の有無を判断している。例えば、最判昭50年10月24日民集29巻9号1417頁（ルンバール事件）では、ルンバールによる脳出血の可能性が高いことと、化膿性髄膜炎の再発の蓋然性が低いことから、ルンバールとの因果関係を認めた。最判平成3年4月19日民集45巻4号367頁（小樽種痘国賠事件）は、「ある個人が禁忌者に該当する可能性は右の個人的素因を有する可能性よりもはるかに大きいものというべきであるから、予防接種によって右後遺障害が発生した場合には、当該被接種者が禁忌者に該当していたことによって右後遺障害が発生した高度の蓋然性があると考えられる。」としている。

このように因果関係は他原因との比較によって判断されることから、裁判例は、被告に対し、(b) の考えられる他原因をある程度具体的に主張することを要求し、被告側が考えられる他原因を具体的に主張しなかった場合には、他原因の可能性を論ずることなく被告の行為との因果関係を推認している。例えば、東京地判昭和42年6月7日下民集18巻5・6号616頁は、交通事故の被害者が診断のために造影剤注射による脳動脈撮影をしたところ、意識喪失と一過性の麻痺を生じた。被告側が他原因を何も主張しなかったところ、意識喪失と後遺症は施術上の過失（頸動脈穿刺の失敗とやり直し、前後像撮影の失敗のため時間がかかったこと）によるものと推認した⁹。

大阪地判平成6年3月29日判時1493号29頁は、テレビ火災事件で、被告メーカーが安全性検査をしていることしか主張しなかったため、他原因による可能性を判断することなく因果関係を認定した。

ドイツ連邦最高裁判決も同様の考えを示している。

BGH, Urt. 14.12.1953 BGHZ 11, 227（第1輸血梅毒事件）は、血液提供者が

⁹ ただし、控訴審で被告側がウログラフィンの注入による脳浮腫の発生という因果関係経路を主張し、東京高判昭和45年5月26日訟務月報16巻10号1129頁は、その可能性を認めて施術上の過失との因果関係を否定している。しかし、本控訴審判決は医師の行為との因果関係は認めているのであるから、施術上の過失を否定したものと解すべきである。

輸血2週間前に、感染させる確率の小さい第3期梅毒患者であった事件で、「多数の原因の可能性を示す一定の病状がある場合に、そのうちのひとつの原因について確実な手がかりがあり、他の原因にはそれがないというときは、そのひとつの原因につき表見証明がある」と判示し（中野貞一郎『過失の推認』27頁）、他の原因によるという被告の主張は単に抽象的な可能性を述べているだけで具体的な主張は何もしていないことを理由に梅毒感染の事実を推認した（渡辺武文「表見証明と立証軽減」山木戸克己編『手続法の理論と実践〔下巻〕』145頁）。

BGH, Urt. 12.2.1957 VersR 1957, 252（第2輸血梅毒事件）は、血液提供者が当時梅毒患者であったか不明である事件で、「輸血だけが梅毒感染の唯一の具体的手掛かりのある原因である」として、表見証明を肯定した（中野『前掲書』36頁、渡辺「前掲」146頁）。

BGH, Urt. 18.6.1969 NJW 1969, 1708（欠陥車事件）「他の事故原因を認めうるだけの具体的事情が明らかにされないかぎり、車輪枠の瑕疵が、正常な運転にもかかわらず当該事件のような事故の原因となりうることは生活経験に合致する」（渡辺「前掲」152頁）。

以上によれば、本件の場合は、予防接種との因果関係の証明の具体性と、他原因との因果関係の証明の具体性との相対比較の問題である。ところで、本件の原判決は、他原因として、「ア 一般の医療行為による感染」「イ 対人的な接触による感染」「ウ 家庭内での感染」「エ 想像を超える感染経路」を上げている（219～225頁）。しかし、エのような抽象的に考えられるだけの他原因を理由に被告の行為との因果関係を否定するのは正しくない。また、イウについても、一般に通常の社会生活、家族生活ではB型肝炎ウイルスは感染しないとされており、特に家庭内感染については、家族内にキャリアがいない場合には他の家族への感染は希有だというのであるから、感染させたと考えられる他原因を被告側がより限定する必要がある。結局、他原因として重要なのは、「ア 一般の医療行為による感染」に絞られると考える。

（3）実体法上の価値判断に基づく一応の推定——概括的認定

本件の場合に実体法上の価値判断に基づく因果関係の推定として考えられるのは、被告の信義則上の義務に基づく概括的認定である。

因果関係の概括的認定とは、原因を特定せず、「何らかの」瑕疵あるいは過失に因るとして因果関係を認めることである。工作物事故、医療事故、製造物

事故などの裁判例でみられる。工作物事故では次のものがある。

東京地判昭和2年9月30日新報137・24——小学生がバスケットボール台の下敷きになった事件で、風速7・8米の風で倒れるのでは一応設備不完全だとした。

高松高判昭和50年3月27日判時789号45頁——クレーンのワイヤロープが突然切れて負傷した事件で、通常は3ないし5トンでも切れないのに2トンもないバケットで切断したから、ドラムの乱巻き、キンク、腐食等の瑕疵を具体的に特定できなくても、何らかの瑕疵があったと認めるべきであるとした。

大阪地判昭和50年9月30日判時815号70頁——デパートYのエスカレーターに3歳の幼児の長靴が挟まれ、7歳の姉Xが長靴を取り出そうとして手を挟まれ重傷を負った事件で、エスカレーターに具体的瑕疵がなく長靴が挟まれた原因が不明であったが、通常の利用方法によって長靴が挟まれたのはエスカレーターが本来備えているべき安全性を欠いていたとして、責任を認めた。

医療事故では、前掲東京地判昭和42年6月7日、広島地裁尾道支判昭和60年3月25日のほか次のものがある¹⁰。

大阪地判平成元年10月30日判時1354号126頁——四肢不全麻痺は、手術中の何らかの過失による脊髄損傷に起因すると認定した。

最判昭和39年7月28日民集18巻6号1241頁——麻酔注射の際に、注射器具、施術者の手指、注射部位等の消毒不完全によりブドウ球菌に感染したと認定した。

製造物事故では次のものがある。

前掲大阪地判平成6年3月29日（松下テレビ火災事件）——電源コードの短絡という他原因は個別に否定したが、「本件テレビは、合理的利用中……に発煙、発火したと認められるから、不相当に危険と評価すべきであり、本件テレビには欠陥が認められる。」「本件テレビには欠陥が認められるから、その危険を生

¹⁰ 択一的認定、すなわち、考えられる事故原因を列挙した上でそのうちのいずれかとの因果関係があることを理由に因果関係を認める裁判例は、最判昭和32年5月10日民集11巻5号715頁（当該筋萎縮症は、ビタミン剤皮下注射の際の注射液の不良か注射器の消毒不完全によると認定）、大阪地判昭和46年4月19日判時646号72頁（眼球注射の直後の一時的失明が注射液の選定の誤りか注射部位・方法の誤りかは不明としつつ因果関係を認定した）のほか多数存在する。喰孝一『医事法学の歩み』106頁以下、149頁以下を参照。

じさせた欠陥原因の存在が推認される」として、他原因との因果関係をとくに検討していない。

大阪地判平成9年9月18日判タ992号166頁（シャープ・テレビ火災事件）——足温器、電気あんま器、OA 機器、屋内配線、たばこ、放火の可能性は、個別に否定したが、それ以上の原因の特定については、「消費者において、当該商品をその合理的利用期間内に通常的使用方法によって使用している間に事故が生じたこと、右事故を生じさせた商品が『当該商品が通常有すべき安全性』を欠いていたことを立証すれば、製造者に商品を設計・製造し流通に置くに際して安全性確保義務違反の過失があったものと推定され、製造者において、欠陥原因を解明するなどして右推定を覆さない以上その責任を免れない」とした。

東京地判平成11年8月31日判時1687号39頁、判タ1013号81頁（冷凍庫火災事件）——「本来の使用目的に従って製造物を使用し、事故が発生した場合に」は「通常有すべき安全性を欠いていたというべきであり、この意味で欠陥があったものといわざるを得ない。」

しかし、全ての場合に概括的認定を認めているわけではない。なかでも、自動車の製造物事故では多くの裁判例は概括的認定を認めていない。

大津地判平成8年2月9日判時1590号127頁、判タ918号186頁——自動車事故直前に左前が沈み込み操縦不能になったとは認められなかったとした。

東京高判平成8年2月29日判タ924号228頁——自動車事故により負傷したXが、自動車速度制御装置の欠陥によると主張したが、当該装置に欠陥・製造上の過失はないとした。

東京地判平成9年12月18日交通民集30巻6号1768頁——ガードレールに衝突し物損が生じた事件で、運転者の不適切なハンドル・アクセル操作に因ると認定した。

津地判平成10年9月29日金判1057号46頁——夜間エンジンを掛けたまま仮眠中に出火し廃車になった事件。Xらは欠陥の具体的内容を主張しなかったところ、睡眠中無意識にアクセルを踏み、高速回転状態により異常加熱の可能性が高いと判断した。

概括的認定を認めたものと認めなかったものとを比べると、認めたものでは、考えられる他原因が、被害者の関与が及ばず、被告がコントロールしている、あるいはコントロールすべき領域（テレビ火災事故判決の言う「安全確保義務」の及ぶ範囲内）にある場合である。注射器・エスカレーター・電気製品の内部

と比べると、自動車の内部は個々の利用者の手が容易に及ぶ領域なのである。

因果関係の概括的認定を認める根拠について、従来は、高度の蓋然性を持つ経験則だと説明してきた¹¹。しかし、注射後の化膿が注射をした者の何らかの過失に因するという経験則はあるが、自動車の不具合が製造者の何らかの過失に因するという経験則はない、という違いは、経験則の蓋然性だけでは説明できない。近時の学説¹²のように、「具体的な過失事実の証拠がないとして権利主張者に対する権利保護を拒否するのが正義に合するか、それとも、どの範囲の反対事実の可能性を特段の事情として相手方の反証責任に委ねるのが衡平にかなうか」といった利益考量論に基づいていると考えるべきであろう。すなわち、一定の領域から生ずる侵害については、被告が全面的に結果回避義務を負うわけではないが、自己の行為に因らないことを積極的に証明しない限り不法行為責任を負うという利益考量である。その領域から生ずる侵害のかかなりの部分については被告が結果回避義務を負うこと、その領域に生ずることについては被告が管理すべき地位にあることから、因果関係が不明であることを理由に責任を負わないのは信義則に反すると考えるのである。このような信義則上の義務を負わないとすると、因果関係を解明すべき者が因果関係不明を理由に責任を負わないという不合理な結果が生ずる。作為義務不履行（不作為）の不法行為の場合の因果関係についてであるが、最高裁はしばしば因果関係を推認している。すなわち、最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁（東大病院輸血梅毒事件）、最判昭和51年9月30日民集30巻8号816頁（予防接種問診事件）、最判昭和59年4月10日民集38巻6号557頁（宿直員強盗殺人事件）、最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁（麻酔薬能書事件）は、血液提供者あるいは母親への問診、のぞき窓・防犯ベルなどの物的設備、宿直員に対する安全教育、2分間隔の血圧測定をしていれば侵害結果を回避できたという高度の蓋然性があったとは言えない場合に因果関係を推認しているが、これも同様の利益考量に基づくのであろう。

（2）で述べたように、本件の場合に考えられる他原因は「ア 一般の医療行為による感染」であるが、本件予防接種の当時、国は注射針の連続使用の危険性を認識していたのであり、しかも、本件接種が強制的であったのであるか

¹¹ 新堂幸司『前掲書』495頁。

¹² 渡辺・前掲注（5）156頁。

ら、一般医療機関における注射針の連続使用を中止させる義務を負わないとしても、自らの予防接種による感染でないことを積極的に証明する義務を負っていたと考えるべきである。この意味で、一般の医療機関の連続注射に因る可能性があるという理由で、自らの予防接種に因る可能性もある被害について因果関係の欠如を理由に責任を免れるのは信義則に反する。

以上より、本件においては、概括的認定によって、予防接種と肝炎ウイルス感染との因果関係を認定することができる考える。

3. 証明妨害

(1) 概観

証明妨害とは、証明責任を負わない訴訟当事者が相手方による証拠の収集・提出を困難にしたり妨げたりした場合に、裁判所が事実認定の上で、妨害を受けた当事者の主張に有利に調整することである¹³。その要件としては、①広い意味での証拠保存義務、あるいは、事案解明への協力義務に対する違反があること（義務違反）、②この義務違反により相手方が証明しようとする事実が解明不能になっていること（因果関係）、③この義務違反が有責であること（帰責事由）、④義務違反行為が公平な訴訟追行に反し、信義則上、証明責任を負う者に事案の解明を期待できないことがあげられる¹⁴。

本件の場合には、肝炎感染を含む危険性を事後的に調査することなく予防接種を実施し続けたことを、証明妨害の前提としての義務違反と考えることができる。その場合、ウイルス性肝炎に感染する可能性を考え、そのことも確認できる副作用調査を事後的にしていれば、原告の肝炎が予防接種に因るものか否か明らかになったのだから、②の因果関係はある。問題は、①④について、訴訟以前の副作用の調査懈怠が証拠保存義務違反になるか、③について、故意とまで言えない行為だが、過失の証明妨害をも認めるかである。

¹³ 春日偉知郎『民事証拠法研究』191頁（「第六章 証明妨害」）。

¹⁴ 春日『前掲書』208頁、同「証明責任の転換——証明妨害」『民訴判例百選 新法対応版Ⅱ』284頁。ゴットフリート・バウムゲルテル「民事訴訟における証明妨害」判タ585号18頁は、①④を証明妨害のための法的基礎、②を客観的要素、③を主観的要素とする。

（２）義務違反行為という客観的要件

①④の義務違反については、証明妨害の要件としての義務違反行為は広いものが考えられており、本件の副作用の調査懈怠は証明妨害の義務違反行為になると考える。確かに教科書・体系書は、証明妨害の例として主に訴訟開始後の証拠調べに協力しなかった場合をあげている¹⁵。しかし、詳しく検討する論文は、ドイツの議論によりながら、訴訟開始前の証拠毀損行為（例えば、事故車の解体）、さらには、侵害結果が顕在化する前の証拠毀損行為（例えば、医師が治療の際になすべき検査の不実施、治療内容の不記録、記録の紛失）も、証明妨害たりうると考えている¹⁶。また、わが国であげられる証明妨害の裁判例のうちで、新潟地判昭46年9月29日下民集22・9＝10別冊・1（新潟水俣病事件）は、被告の工場が当該中毒症の汚染源として疑われていたが未だ訴え提起がなされていない時に、被告が工場のアセトアルデヒド製造工程関係の製造工程図を焼却し、試料を保存することなくプラントを完全に撤去してしまったことを、因果関係を認定する際に指摘している¹⁷。さらに、大阪高判昭和55年1月30日下民集31巻1～4号2頁（被告が、自己の土地と原告の土地の境界にあった境界標・杭・畦道などを破壊して自分の土地として使用していたのを、原告が2年半後に知って抗義し、紛争になった事件。「自由心証の範囲で事実上の推定をなし、立証の必要ないし証拠提出責任を被告に課することが許されてよい」とした。）は、紛争が発生する前の行為を証明妨害と考えている。また、東京地判平成2年7月24日判時1364号57頁、および、その控訴審判決である東京高判平成3年1月30日判時1381号49頁（車両保険の遅滞分割保険料が支払われたが領収書に日付を記入しなかったために、交通事故がその前か後かが争われた。

¹⁵ 新堂幸司『前掲書』161頁、吉村徳重ほか『講義民事訴訟法』251頁など。

¹⁶ 春日『前掲書』208頁、渡辺武文「証拠に関する当事者行為の規律」新堂幸司編『講座民事訴訟⑤証拠』162頁。

¹⁷ 同旨の裁判例として、広島地裁尾道支判昭和60年3月25日判時1158号32頁がある（骨関節結核を集団感染について県保健所の責任が問われた事件で、県保健所が迅速適切な初期活動を行わず、そのため当該医師・看護婦が死亡し、医院が閉鎖されてカルテも廃棄され、医院のレセプトもごく一部しか残存しなかったために感染経路・感染源を立証することが不可能となったことを理由に、感染させた医院が特定されれば、感染経路・感染源まで特定する必要はないとした）。

後の場合にのみ保険金が払われる。判決の結論は後述）は、紛争が予想されない時点での行為を証明妨害と考えている。

訴訟が開始せず、また、目前に迫ってもいない状況での証拠保存義務として、最も議論されているのは、医師の診療録作成・保存義務である。そして、ドイツでは、契約あるいは法律に基づく場合のほか、医療慣行に則した正規の治療という面から通常期待される場合には、訴訟とは無関係に証拠保存義務が生ずるとされている。「職業上他人の利益を保護しなければならない者が、自分しか知ることのできない、他人の利益に直接関係する事実を記録しておかなかったため、後からものはやこれを解明できない事態が生じた以上、訴訟においてもその責めを負わなければならない」と考えるのであり¹⁸、このことは本件予防接種の副作用の調査不実施についても言うことができる。

もっとも、第1に、この診療録作成義務は診療時点の医療水準に依るべきだとされる¹⁹。しかし、本件予防接種のうち最初のものは1951年（昭和26年）であるが、諸外国では、遅くとも1940年代半ばには連続接種による感染の危険性についての警告がなされていたのである。第2に、証明妨害については、「その証拠方法が将来証拠調べの対象となることが十分予想でき、そのため、相手方が適切な保存ないし作成措置を講じる必要性を認識しえたこと……が要件となる。」とされる²⁰。しかし、予防接種の副作用の調査は損害の発生・拡大の抑止を目的とするが、副作用の発生は損害賠償責任を発生させること、原告らが予防接種を受けた昭和30年代には、既に、国・地方共同体に対し相当数の医療過誤賠償請求事件が提起されていたこと²¹を考えると、本件の場合も、「その証拠方法が将来証拠調べの対象となることが十分予想でき、そのため、相手方が適切な保存ないし作成措置を講じる必要性を認識しえた」ということができる。

¹⁸ 春日『前掲書』209頁、202～206頁、渡辺・前掲注（16）169頁。

¹⁹ 春日『前掲書』209頁。

²⁰ 渡辺「前掲」講座169頁。

²¹ 有名な東大輸血梅毒事件の提訴は昭和23年である（東京地判昭和30年4月22日下民集6巻4号784頁、東京高判昭和31年9月17日、最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁）。そのほか、国が被告とする昭和30年代初めの事件として、金沢地判昭和32年7月12日医療過誤民事裁判例集199頁、徳島地判昭和33年2月7日医療過誤民事裁判例集25頁などがある。

以上によれば、本件の場合には、既に1953年（昭和28年）に WHO が連続接種に因る感染につき警告していたのであるから、証明妨害の事件としての義務違反を認めることができる考える。

（３）故意過失という主観的要件

③の主観的要件については、一般に過失でもよいとされている²²。もっとも、わが国の裁判例では、前掲東京地判平成2年7月24日（保険料受領日付不記入事件）が、過失の場合にも証明妨害を認めたが、控訴審の東京高判平成3年1月30日は、故意又は重大な過失のある場合に限定した。しかし、この事案では、裁判所は、保険料支払いは保険事故の後だったという確定的な心証を得ていたから、証明妨害の判断を示す必要はなかった、したがってこの部分の判断は意味がないといわれている²³。また、たとえ本控訴審判決の証明妨害に関する判断が意味を持つと解するとしても、本肝炎訴訟の場合の主観的要件を考えると参考にならないように思われる。すなわち、この事案では、遅滞分割保険料を支払う際に弁済受領書に日時の明記を要求できたのにしなかった点に原告に過失がある。また、日時の明記が必要になる事態に至ったことが、分割保険料の遅滞という原告の過失に起因している。これに対し、肝炎訴訟では、原告に予防接種により肝炎に感染したか否かを調査しなかった過失を認めることは全くできない。予防接種は法律上または事実上強制的であったから、それが含む危険性については、強制した被告（国）が調査すべきであった。とくに、欧米では、1940年代半ばには人の血液が人体に入ることによる肝炎がありその予防のためには各種治療に用いられる注射器（針や筒）の連続使用をしないことが肝要であることが明らかにされ、1945年にイギリス保健省は注射器の連続使用の危険性を警告し、1953年に WHO 肝炎専門委員会は注射器（針）等の連続使用の問題性を指摘していた。国はこれらのことを認識しつつ注射器（針）等の連続使用による予防接種を実施していたのであるから、その予防接種の副反応の実態を調査しなかったことは重大な過失であったとすら言うことができるように思われる。

以上により、本件では被告の証明妨害を理由に、原告の因果関係の証明負担

²² 春日『前掲書』208頁。

²³ 上原敏夫・判例評論395号163頁（前掲東京高判平成3年1月30日の判例批評）。

を軽減すべきであるとする。

4. 保護法益の拡張

裁判例の中には、侵害の過程のより前の段階の利益を被侵害法益と考えることによって、因果関係の証明負担を軽減するものがある。近時議論があるのは、適切な医療を受けなかったために快復しなかったという因果関係が不明の場合、換言すれば、適切な医療を受けていたら快復・生存したという因果関係が不明の場合に、快復ではなくて、延命、あるいは、適切な医療を受ける機会、あるいは適切な医療を受ける期待を保護法益と考えるものである。被侵害利益を回復より前の段階で考えることによって、因果関係の認定が容易になる。この問題につき、最判平成11年2月25日民集53巻2号235頁は、「患者がその死亡の時点においてなお生存していたであろうこと」を保護法益と考え、さらに最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁は、「患者がその死亡の時点においてなお生存していた相当程度の可能性の存在」を保護法益とし、被害者からの損害賠償請求を認めた。

このようにして「因果関係」の証明負担が軽減されるのは、「因果関係」が加害者の「注意義務（違反）」と被害者の「被侵害法益」の間の諸事情を考慮・判断する要件枠組みであるために、加害者の義務を拡大したり被害者の保護法益を前進させると、要件としての因果関係が短くなるからである。2.(3)で検討した概括的認定は、被告の信義則上の義務を拡大することによって因果関係の証明負担を軽減するものであったが、ここでは、被害者の保護法益を拡張することによって因果関係の証明負担を軽減しているのである。問題は、侵害の過程のより前の段階の利益を保護法益と考えることができるかということと、保護法益＝被侵害利益と考える場合の賠償額の算定である。

本件の場合にも、人間の基本的価値である身体・健康の利益が損なわれている。また、健康のために予防接種を受けるのであるから、適切な予防接種を受けることに対する期待は、一般の適切な医療を受けることに対する期待と比べて決して小さくない。したがって、これらの判例の考え方を導入することができると考える。その場合には、原告らが、予防接種を受けなかったら「B型肝炎に罹患しなかった可能性」、あるいは、「B型肝炎に罹患しなかった相当程度の可能性」を保護法益と考え、連続接種とその侵害との間の因果関係が認められれば、不法行為責任を認めるのである。この場合の損害賠償は慰謝料である

が、それは精神的苦痛に対する賠償というよりも、包括慰謝料のように財産的損害の賠償をも含むものと考えるべきである²⁴。

²⁴ 包括慰謝料については、吉村良一『不法行為法』140頁参照。包括慰謝料のように考えると、前掲最判平成12年9月22日が、「生命を維持することは人にとって最も基本的な利益であって……」と判示しているが、本件での賠償の対象は精神的苦痛ではなくて健康侵害ということになる。

〈北大立法過程研究会報告〉

民主党連立政権下の立法過程

武蔵勝宏

はじめに

1993年～94年の非自民連立政権以来、約15年ぶりの政権交代によって、民主党を中心とする民社国連立政権（以後、民主党連立政権と表記する）が誕生した。鳩山内閣は2009年総選挙の政権政策マニフェストに基づいて、自公連立政権時の政策を大幅に転換する立法提案を行った。しかし、鳩山内閣の173回臨時国会及び174回通常国会（会期末に菅内閣に交代）における閣法の平均成立率は60.5%にすぎず、（不完全型）衆参ねじれ国会で法案成立に苦しんだ福田内閣の平均81.1%、麻生内閣の平均85.7%にも及ばない結果となった。民主党連立政権では、174回回国会の会期末に連立政権から社民党が離脱したものの、それでも、衆議院で313議席、参議院でも122議席（党籍離脱の江田五月参院議長を含む）の過半数を与党はかろうじて維持していた。これまでも衆参ねじれ国会では、政府与党が野党の反対する法案の国会提出を手控えたり、野党との修正協議に柔軟に応じたりするなどの対策を講じることによって、与野党間の議席の伯仲または逆転が閣法の成立率に顕著に反映するとは限らなかった。しかし、同様に与党が衆参の過半数を保持し、かつ国会運営でも与野党が対立関係にあった安倍内閣の閣法の平均成立率92.7%と比較して、民主党連立政権の成立率の低さは際立っていた。その要因としては、官邸と民主党執行部の国会運営の失敗、政治とカネの問題などに起因する内閣支持率の低下、鳩山由紀夫首相の退陣による混乱、参議院選挙を早急に実施するために国会閉会を

優先させたことなどが挙げられる。特に、連立与党（閣僚）間の不一致によって郵政改革法案の国会提出が遅れ、法案の成立を急ぐ与党側が強行突破を図り野党の反発を招いたことが、重要法案が成立に至らなかった要因として指摘できよう¹。

そこで、本報告では、国民の高い期待を背負って発足した民主党連立政権が、衆参両院の過半数を有しながら、なぜ政権公約の実現に結びつけることができなかったのか、その原因として同政権の統治システムの構造的問題を分析することとする。その上で、（完全型）衆参ねじれ国会に直面することとなった民主党連立政権が、その統治システムをどのように立て直そうとしているのかについて、考察を行うこととする。本報告では、民主党連立政権の時期区分を、①統治システムの構築期—鳩山内閣の発足から退陣まで（173回臨時国会～174回通常国会）と、②統治システムの再構築期—菅内閣発足から参議院選挙を経て衆参ねじれ国会の出現まで（175回臨時国会）に分けて、時系列に述べていくこととする。

1. 統治システムの構築期

1) 政策決定の一元化

8月30日の総選挙の結果は、民主党が308議席を獲得する圧勝に終わった。選挙後、民主党は、社民党、国民新党と連立協議に入るとともに、鳩山代表を中心に組閣作業を進めた。政府・与党の政策決定一元化の観点から焦点となったのは、民主党執行部と閣僚を兼務させるか否かがであった。民主党の総選挙マニフェストの基礎となったのは、1993年の著書『日本改造計画』以来、政治主導を持論としてきた小沢一郎前代表が2008年9月の代表選挙の際に示した政権構想であった。同構想で、小沢代表（当時）は、各省の副大臣、政務官の大幅増員と大臣補佐官の新設によって、100人以上の与党議員が内閣に入り、政府を担う議員が政策・法案の立案、作成、策定を主導することによって、官僚主導の予算編成や政策立案を政治家主導に変える方針を示した。内閣には、党の幹事長や政調会長も入閣し、与党が内閣と一体化することによって、党の政調機能を停止し、内閣が政策立案の全てを行うようになることが構想されていた

¹ 伊藤和子「第174回国会主要成立法律」『法学教室』第359号、2010年8月、44頁。

た²。ところが、2009年6月に民主党英国政権運営調査団の団長として視察を行った菅直人代表代行から「閣僚の国会出席義務がある日本では、入閣によって幹事長の行動が制約されるマイナスの面が大きい」との報告書が提出され、党としては、幹事長を閣外に置く方針に転換することとなった³。さらに、総選挙の政権政策マニフェストでは、「政府に大臣、副大臣、政務官、大臣補佐官などの国会議員約100人を配置し、政務三役を中心に政治主導で政策を立案、調整、決定する」、「各大臣は、各省の長としての役割と同時に、内閣の一員としての役割を重視する。」との方策が明記されたものの、政調会長の入閣については具体的には示されなかった。総選挙後の組閣作業において、菅は閣僚が政調会長を兼ね、政調スタッフが補佐する体制を主張し、また、鳩山代表も元々は国家戦略局のトップを政調会長的な閣僚にする考えを持っていた。しかし、小沢幹事長が政調会長と閣僚の兼務に反対し、政調会そのものについても廃止するとの党側の方針を鳩山代表が受け入れることとなった⁴。こうして、政策・政務は内閣が担い、国会と党運営、選挙対策は政権交代の最大の立役者である小沢幹事長に委任（実質的には一任）するという政府と党の「役割分担」が定められることになった。幹事長のポストは、国政選挙における候補者公認権に加えて、党所属議員に対する人事権や処分権、党の資金配分権を有し、後に鳩山首相と小沢幹事長の二重権力を生む原因となった。もっとも、幹事長が党代表の「部下」としてその統制下にあるならば幹事長の持つ権限は代表（首相）のそれに還元されうる。しかし、小沢幹事長は民主党内で約150人を超える最大の議員グループを抱え、鳩山代表との関係も役職上の立場とは逆に小沢幹事長の側が実質的な決定権を持っていたとさえいえる。

鳩山内閣は発足直後の9月16日の初閣議で、政策・政務に関して内閣に一元化すると政権の基本方針を明確にするため、自民政権下の与党による事前審査の慣行を廃止して、政府・与党の意思決定を一元化することを「内閣の基

² 自民政権時の官僚主導の政府と政治主導の党の二重構造が政策立案の透明性を欠き、族議員の跋扈を許すことになったとの認識が前提にあったと指摘されている（神保哲生『民主党が約束する99の政策で日本はどう変わるか?』ダイヤモンド社、2009年、113-115頁）。

³ 菅直人『大臣（増補版）』岩波書店、2009年、198-199頁。

⁴ 読売新聞政治部『民主党・迷走と裏切りの300日』新潮社、2010年、200-201頁。

本方針」として決定した。さらに、これまで官僚機構によって閣議の案件に先立ってあらかじめ準備、調整してきた事務次官会議を廃止した。同日の閣僚懇談会では、「政・官の在り方」についての申し合わせが行われた。すなわち、①「政」は、行政が公正かつ中立的に行われるよう国民を代表する立法権者として監視責任を果たすとともに、議院内閣制の下で、国务大臣、副大臣、大臣政務官等として政府の中に入り、責任をもって行政の政策の立案・調整・決定を担うとともに、「官」を指揮監督する。「官」は、国民全体の奉仕者として政治的中立性を重んじながら、専門性を踏まえて、法令に基づき、主に政策の実施、個別の行政執行にあたる。②政策の立案・調整・決定は、「政」が責任をもって行い、「官」は、職務遂行上把握した国民のニーズを踏まえ、「政」に対し、政策の基礎データや情報の提供、複数の選択肢の提示等、政策の立案・調整・決定を補佐するとして、政策の立案・調整・決定についての政と官の役割分担が明記された。

一方、法律案の作成等、政策立案の過程において、大臣等以外の「政」から「官」への具体的な要請、働きかけがあった場合は、大臣等へ報告する。「官」から大臣等以外の「政」への働きかけは原則として行わないものとするが、大臣等の指揮監督下にあつて、その示した方針に沿って行う場合は、この限りでなかった。このことにより、官僚が議員に根回しをすることは禁止され、議員からの個別の陳情も受け付けなかったこととなった。従来の自民党政権のように、族議員と官僚との癒着を防ぐことに狙いがあったといえよう。

党側からは、小沢幹事長の名前で、9月18日に「政府・与党一元化における政策の決定について」の文書が民主党全議員に通知された。そこでは、「①一般行政に関する議論と決定は、政府で行う。従って、それに係る法律案の提出は内閣の責任で政府提案として行う。②選挙・国会等、議員の政治活動に係る、優れて政治的な問題については、党で議論し、役員会において決定する。その決定にあたっては、必要に応じて常任幹事会あるいは議員総会で広く意見交換を行う。従って、それに係る法律案の提出は、党の責任で議員提案として行う。」として、議員立法は②の場合を除き、原則禁止とされた。しかし、もともと民主党には野党時代に政調部門会議において、議員立法に熱心に取り組んできた議員が多い。議員立法の禁止には政府に入っていない議員からの不満も強かった。173回臨時国会では、厚生労働委員会で協議が進められてきた肝炎対策基本法の制定を求める福田衣理子衆議院議員からの働きかけもあり⁵、小沢幹事

長の判断で、全会派の賛成を前提とする委員会提出法案は許容する方針に修正され、同国会では、肝炎対策基本法案の他にも原爆症認定訴訟解決基金法案が委員会提出法案として成立した。

さらに、廃止された政調部門会議に代わって、各省政策会議が設置されたが、その役割は、「①副大臣が主催し、与党委員会所属議員（連立各党）が参加する。その他与党議員も参加可能とする。②政策案を政府側から説明し、与党議員と意見交換する。③与党議員からの政策提案を受ける。④提案・意見を聞き、副大臣の責任で大臣に報告する。」「各省政策会議で、提案・意見を聴取し、大臣チーム（大臣・副大臣・政務官で構成）が政策案を策定し、閣議で決定する。」のに留まり、自民政権時代の事前審査と比べて、与党議員の政府提出法案に対する影響力は極めて限定されることとなった⁵。つまり、民主党にとっての政府提出法案に対する党議拘束は閣議決定によって決まることとなり、国会運営においても、閣議決定に従って、各委員会所属議員の行動は党の幹事長、国対委員長長の指示に規律されることとなった。必然的に現場の委員会には最終的な権限が担保されず、政府と与党との連絡調整の場である政府・民主党首脳会議等で決まった方針に基づいて、委員会での修正協議やその打ち切りも国対からのトップダウンの指示に従わざるを得ない構図となった。こうした与党議員の行動の制限は、議員立法の禁止以外にも、173回臨時国会では、鳩山首相の所信表明演説に対する民主党の代表質問を行わず（174回通常国会でも同様）、政府提出法案の委員会審議においても同党議員からの質疑は時間節約のためできるだけ省略するとの方針がとられた。民主党議員提出の文書質問についても同様に党によって制限されることとなった。

これらのドラスティックな制度改革は、与党議員の影響力を排除し、政策決定の内閣への一元化に寄与するはずのものであった。しかし、こうした改革に対しては、当然、その権限を奪われる与党議員からの抵抗を生じることとなった。政府外の与党議員からは、新たに設けられた各省政策会議に対しても、議員が政策決定に関与できないとの不満が強まった。こうした声を受けて、衆参委員会筆頭理事を中心に「質問等研究会」において、議員が法案や関連する政

⁵ 福田衣理子『覚悟。』徳間書店、2009年、48頁。

⁶ 各省政策会議の開催頻度は各省によって異なるが、総務省では月1～2回程度、財務省でも月2～3回程度であった。

策について勉強する機会が設けられることとなった⁷。

一方、内閣への政策決定の一元化についても限界を露呈した。与党の政策調査会の廃止と各省政策会議の役割の限定化により、税制改正や予算編成などにおいて、政策調査会に代わって、自治体や関連業界からの陳情処理を一手に担ったのは、小沢幹事長を中心とする党の幹事長室であった。自治体や業界団体からの陳情は民主党の地方組織である都道府県連から民主党幹事長室に上げられ、さらに全国的な業界団体からは幹事長室が直接受け付け、そこから必要な省の政務三役に処理を割り振るという方式に一変することとなったのである。その狙いは、業界団体や自治体の霞ヶ関もうでを一掃し、族議員の跋扈を防止し、予算決定過程の透明化、公平化を確保することにあるとされた。同時に、地方組織が脆弱な民主党が陳情受付を通じて、地元とのパイプを強化する狙いもあった。しかし、こうした建前とは裏腹に、小沢幹事長らは、幹事長室に陳情を一元化し、選挙対策などの思惑から取捨選択した案件のみを政務三役に取りつぐという恣意的な運用を行った。歯科医師会、医師会、看護協会、全国土地改良政治連盟、農政連などの自民党の有力な支持団体は、陳情を受け付けてもらうために、自民党支持から民主党支持への切り替えを求められ、その多くは従わざるをえなかった。

こうした陳情処理を通じて、結果的に小沢幹事長が政府の政策に介入する余地を広げることとなった。たとえば、民主党の総選挙マニフェストにあったガソリン税暫定税率廃止については、2010年度予算編成での財源探しに政府側が迷走していた時に、小沢幹事長が党（国民）からの要望事項として、暫定税率維持を鳩山首相に申し入れ、内閣の政策決定に大きな影響を及ぼすこととなった。しかし、実際には、ガソリン税暫定税率維持についての陳情はなく、党内論議なしに小沢幹事長が国民からの声を代弁するとの名目で押し切ったものであった。政府側にとっては、小沢幹事長からの要望はマニフェスト違反との批判を回避し、不足する財源を確保するための助け舟としての意味を持った。さらに、小沢幹事長からの要望には、高速道路整備や整備新幹線などマニフェストに含まれない項目も盛り込まれていた⁸。その結果、鳩山内閣は、麻生政権時

⁷ 伊藤和子「第173回国会主要成立法律」『法学教室』第353号、2010年2月、8頁。

⁸ 党のマニフェスト関連の要望には、高校無償化（所得制限を設けない）、高速道路無料化（社会実験で影響を確認しながら無料化）、農家戸別所得補償制度（土

に導入された高速道路料金を土日1000円とする割引制度の財源を高速道路にも転用できるように道路整備事業財政特別措置法改正案を通常国会に提出することとなった。この転用措置によって財源が減ることを前提に、前原誠司国土交通大臣は、普通車2000円とする新料金制度を発表したが、これに対して小沢幹事長がマニフェストの原則無料化に逆行すると反発し、6月に予定していた新制度が実施できないままになるなど、内閣と党側の不一致が鮮明になる事態となった。この事例は、政務・政策は内閣に、国会と党運営は幹事長と分担したにもかかわらず、小沢幹事長が政府に介入することで、政策決定の主導権を小沢個人が握るという矛盾を示したものであったといえよう⁹。

こうした状況に対して、薬師寺は、議院内閣制は行政府と立法府の一体性が強い制度であり、政府と与党の一元化と政策と国会運営の切り離しは矛盾を含んでいるとして、連立政権の維持や参院選への影響など政局的要素を無視して政策を決めることはできないのであるから、小沢が閣僚を兼務し、内閣の一員となり、政府の政策決定に連帯責任を負っていれば、この矛盾は最小になったはずと批判をしている¹⁰。

2) 官僚主導から政治主導へ

自公連立政権時代の政府内での立法過程では、与党の事前審査に先立って、官僚制内部で政策の立案・調整・決定が行われるボトムアップ方式が通常であった。そこでは、大臣は、既に事務次官レベルで調整が行われた原案に対して、省議において承認を与えるという受動的な立場にとどまることが多かった。その要因には、大臣自身が平均一年弱で交代するという順送りの人事慣行によっ

地改良の予算要求4889億円を半減して財源に充てる)のようにマニフェスト通りのものと、ガソリンなどの暫定税率の現在の水準の維持、子ども手当の所得制限(限度額は政府与党で調整)などマニフェストを変更するものがあり、与党の要望はバラマキ型のものに限られていたわけではない。

⁹ 2010年9月の民主党代表選挙で菅首相はこうした小沢幹事長時代を権力の二重構造と表現し批判を行った。

¹⁰ 朝日新聞政権取材センター編『民主党政権100日の真相』朝日新聞出版、2010年、284頁。薬師寺は、さらに、小沢は内閣に入らないばかりか、完全に内閣に距離をおき、独立王国をつくった。そのことが、自民政権時代の政官業のトライアングルとは異なる二元構造の原因となったとしている。

て、所管の政策に対する専門性を欠いていたことや、大臣に政治任用のスタッフがおらず、官僚側からの情報提供に依存せざるを得ないなどの問題があったことが指摘できる。民主党連立政権では、こうした官僚主導のボトムアップの構造を大臣・副大臣・政務官からなる政務三役が各省ごとに官僚を掌握するトップダウンの構造に変更することをめざした。

もともと副大臣・政務官の制度は、1999年の「国会審議の活性化及び政治主導の政策決定システムの確立に関する法律」により、従来の政務次官を廃止して導入されたもので、副大臣22名、政務官26名の計48名が国会議員（慣例上）から任用され、各省庁の事務次官の上に位置づけられることとなったものである。副大臣は、大臣の命を受け、政策及び企画をつかさどり、政務を処理し、大臣不在の場合、その職務を代行するのに対し、政務官は、大臣を助け、特定の政策及び企画に参画し、政務を処理し、大臣の職務の代行はできない。鳩山内閣でも、22名の副大臣（別に2名の官房副長官）と25名の政務官が任命され、副大臣は、大臣の代行として、省の政策の取りまとめや各省との調整を担い、また、廃止された事務次官会議に代わって、各省間の政策等に関して相互の調整に資するため設置されている副大臣会議のメンバーとして、閣議案件の事前調整に関わるようになった。また、各政務官の行う職務の範囲については、その府省の長である大臣が定めることになっているが、実際には、各政務官が省の重要課題を分担して担当したり、大臣・副大臣が対応できない場面において、その役割をカバーしたりするなど、個別の省ごとにその運用は異なっている。しかし、どの省においても、副大臣、政務官の任用は、従来の自公連立政権当時のような派閥の推薦や当選回数による割り振りではなく、大臣が与党議員の中から一本釣りの形でスカウトする大臣による実質的な政治任用によって行われることとなった。そのため、政務三役は「大臣チーム」といわれるように、大臣を主体に組織的な力を発揮しうる要素を増すこととなった。もっとも、各省の副大臣、政務官はあわせてもそれぞれ3から5名程度であり、各省の局の数と比較しても極めて少ない。結果的に「局」ごとの所管を政務官に割り当てるキャパシティはなく、局を横断する特命的な職務に制約されざるを得ないという限界があった（この限界を克服するために、副大臣2名、政務官10名、合計12名の増員を行う国会改革法案が通常国会に提出された）。

こうして政務三役は、これまでの官僚によるボトムアップ型に代わって、各省の政策立案と省庁間の調整の中心的な役割を担うこととなり、その意思形成

の場として新たにスタートした政務三役会議は、週一回のペースで定例的に開催されることとなった¹¹。たとえば、財務省では、政務三役が中心となって全ての租税特別措置を検証し、租特の実態を公表する租特透明化法案を練り上げ、法律の制定に主体的な役割を果たすなど、政治主導の効果を発揮したとされる。2010年度税制改正の決定過程では、自民党政権時との変化も見られた。自民党政権では、政府税調よりも党税調が主導権を握り、各業界団体からの陳情を受けた自民党政調会各部会からの要望を踏まえて、インナーと呼ばれる党税調のベテラン議員数人が主要税目の決定権を握っていた。これに対し、民主党連立政権は、政府への政策決定の一元化の観点から党税調を廃止して、新しい政府税調を立ち上げた。政府税調の会長は財務大臣が務め、財務副大臣を取りまとめ役として、各省副大臣との間の協議によって税制改正を決定する仕組みに転換された。その結果、2010年度の税制改正では、民主党がマニフェストで公約した租税特別措置の見直しに取組み、国税で41項目、地方税で7項目を廃止または縮減し、増減税の差し引きで約1,300億円の圧縮を図ることとなった¹²。

しかし、政務三役が実質的な政策決定を担う運用が始まって以降も、たとえば、政務三役会議では、官僚を交えず政治家のみで議論するため¹³、情報不足や政治家の力不足から、十分な企画・立案ができないなどの問題点も指摘されてきた。特に、官僚依存を止めたために、副大臣・政務官ともに、次官や局長が担当していた大量の行政案件の処理に忙殺され、政策の企画立案や調整に主導権をとる余力がないともいわれる。その一方で、各省庁の縦割りの弊害については、官邸のリーダーシップや調整力が弱いこともあり、依然として克服で

¹¹ 政務三役会議の内容を2009年12月24日から公開するようになった総務省では、2010年8月26日までの間に29回の政務三役会議を開催している。

¹² もっとも、業界団体や所管省庁からの抵抗が強く、たとえば、景気悪化の中で、経産副大臣からナフサ免税や中小企業の投資減税などに関し現状維持の要望があり、結局これを受け入れるなど、全体で5.9兆円に達する租特全体に対する切り込みは十分ではなかったとされる（『朝日新聞』2009年12月23日）。

¹³ 政務三役会議は、原則非公開で官僚の同席を認めていたのは経産省のみとされる。なお、同会議には、大臣等秘書官（事務）、廃止された民主党政調会の元スタッフ（内閣官房専門調査員として任用）の同席は認められていた。なお、政務三役会議の議事録が公開されたのは、総務省、内閣府のみであり、政策決定過程のプロセスの不透明性が指摘された。

きていないとされる。その結果、各省間の競合関係の主役が官僚から政務三役に衣替えしただけともいえよう。政治主導の観点から、官僚による省庁間調整が禁じられ、その代替として、閣僚や副大臣ら政治家自らが省庁間の困難な課題の調整を図ることとなった。しかし、実際には、閣僚委員会の開催数も漸減傾向で、期待された機能は十分に発揮できていないとされる。たとえば、2010年度の予算編成では概算要求を白紙に戻して10月に再度出し直すこととなった。藤井裕久財務大臣から各省大臣に対して要求大臣ではなく査定大臣になることが求められたが、実際には、各閣僚は各省の利益代表として行動するものも多く、その要求額は95兆円に膨れ上がることになった。これに対し、鳩山内閣は、新規国債発行を約44兆円に収める方針を閣議決定したため、財源探しが必要となり、小沢幹事長ら党側からのガソリン税暫定税率維持や子ども手当の所得制限などの内閣への介入を招く余地を作ることとなった。また、年金記録問題で活躍し、念願の厚生労働大臣に就任した長妻昭厚労相も、省内、閣内からの抵抗にあうことが少なくなかった。長妻大臣は2010年度予算編成で、診療報酬の10年ぶりの増額や毎年2200億円の社会保障費の伸びの抑制を止めるなど、マニフェストの実現に一定の成果を挙げたものの、厚労省の官僚との関係では、予算のムダ削減や天下りの排除などの改革に対して反発にあい、事務方との摩擦を生じた。他省との調整においても、長妻大臣は、前政権時に決定された子育て応援特別手当の実施に前向きであったものの、閣内の反対を受けて執行停止を決めた。しかし、停止の決定に対しては、原口一博総務大臣より既に支給を前提に準備していた地方自治体が混乱するとの反発を招いた。また、マニフェストに盛り込まれた生活保護の母子加算の復活では、厚生労働省からの予算要求に対して財務省からその代わりとして高校修学支援などの廃止を求められた。この問題は、長妻大臣が鳩山首相に直訴してようやく決着を図ることができた。子ども手当の創設をめぐる予算編成でも、長妻大臣はマニフェストの通り、全額を国費で賄うつもりであったが、財源不足から初年度は半額支給にとどまった。さらにその財源として地方自治体にも負担を求める案や所得制限の是非をめぐって政府方針は二転三転した。財務省、厚労省、総務省の政務三役では調整がつかず、結局は三省の官僚が現行の児童手当を温存して子ども手当の一部とし、地方自治体や事業主にも負担してもらおう案をまとめ、政治家を説得するような形で決着が図られることとなったのである¹⁴。

長妻大臣とともに内閣の看板大臣であった原口総務大臣も、2010年度予算編

成で小沢幹事長の後押しを受けて地方交付税の1.1兆円増額を実現し、また、都道府県知事からの要望を受け、国の直轄事業に係る都道府県の維持負担金を廃止したものの、政権の重要政策である地域主権改革では、ひもつき補助金の一括交付金化や出先機関改革に対して、他省の政務三役の抵抗にたびたびあって、鳩山・菅両内閣において成果をあげることはできなかったのである。このように、閣僚間の意見対立を調整する仕組みが不十分なままに、閣僚同士での協議が行われても、結局は、首相や幹事長、財務官僚などの外部からの力を借りなければ、当事者間で問題の解決に至ることが難しいという限界を露呈することとなったのである。

なお、政府税調の抜本的改革に見られるように民主党連立政権では、役所が事務局を務め、官僚のお膳立ての上で、学識経験者を交えて政策を煮詰めていくといった側面が強かった「隠れ蓑型」審議会の廃止、見直しに取り組む傾向が見られた。前原国交大臣は、就任直後に高速道路の建設区間を審議する国土開発幹線自動車建設会議を廃止し、道路族と国交省主導で決められてきた高速道路整備を見直すこととした。小泉政権時に経済財政諮問会議と並んで構造改革の旗振り役となってきた規制改革会議についても、2010年3月末の任期満了に伴い廃止とし、行政刷新会議のもとに設置された規制・制度改革に関する分科会において、内閣府の副大臣・政務官が中心になって規制改革を取りまとめる方式に変更した。審議会の構成メンバーから自民党の有力な支持団体の代表が排除された審議会としては中央社会保険医療協議会や交通政策審議会、社会資本整備審議会、食料・農業・農村政策審議会などが挙げられる¹⁵。これらは、診療報酬、公共事業、農政などいずれも巨額な財政資金の配分に係わるもので、医師会、経済界、農協などの利益団体が自民党・各省官僚制との間で政策コミュニティを形成していた分野であることが注目される。その一方で、原口総務大臣のように、官僚が持つ情報や調整力だけに依存せず、政治主導で政策を進めるために民間人からなる有識者チームを多用する大臣もいる。大臣の私的諮問機関を、官僚依存から脱却し、政治主導を発揮するための知恵袋として活用す

¹⁴ 『朝日新聞』2010年2月1日。

¹⁵ 丹羽功「政権交代後の官民関係の変化：団体と政治を中心に」2010年度日本政治学会研究会分科会C1（政権交代後の政府体系—変容と連続）での報告による。

るこうした方式はその他の府省においても取り入れられるようになった。しかし、こうした官僚外し、利害関係団体排除の方式は、利害関係団体間の調整を審議会において行うことで、政策の方向性を決めてきた「利害調整型」審議会からの反発も招いた。地球温暖化対策法案の作成では、環境省の政務三役によって内部で法案が作成され、副大臣級の検討チームで初めて他省庁との協議が行われた。これに対し、中央環境審議会は、すでに原案が固まった段階で初めて開催され、環境省内部での「密室」の議論に審議会にメンバーを出している経済界や労組、環境 NGO からも批判が出るといった事態を招いた¹⁶。労働者派遣法改正でもこれまで労働政策審議会での結論を政府が尊重することを慣行としてきた労使の合意案を基本政策閣僚委員会で社民党の要求で内容変更し、労使の双方が反発するなど、政治主導に対してのリアクションも生じた。

3) 官邸主導への模索

鳩山政権では、マニフェストで明示した「閣僚委員会の活用により、閣僚を先頭に政治家自ら困難な課題を調整する。事務次官会議は廃止し、意思決定は政治家が行う」との方針に基づき、事務次官会議を廃止するとともに、省庁間の調整は、官僚に依存せず、閣僚間の協議で行うこととなった。その場としては、政策課題ごとに閣僚委員会を設置したり、閣議後の閣僚懇談会で議論を行ったりするなどの方式が取り入れられた。連立与党間の調整についても、三党の党首が入閣することによって、基本政策閣僚委員会で行われることとなった。

鳩山内閣では、17名の国務大臣の内、小沢幹事長を除いて歴代の民主党代表経験者が入閣し、さらに政策通の有力議員が閣僚となったため、閣僚懇談会では、閣僚間の活発な議論が展開されるなど、「閣議」が活性化することとなった。しかし、最終的な内閣の決定権は、依然として分担管理原則と閣議の全会一致の制度・慣行のもとで、首相自身が行使する場面は限られていた。そうした点で、鳩山内閣の性格は、首相が強いリーダーシップを発揮する「首相政治」ではなく、各国務大臣の間の合意を重視し政策決定が行われる「内閣政治」にどまっていたといえるだろう。

首相の権限を強化し、各省縦割りを是正するための制度改革も試みられた。鳩山首相は、「官邸機能を強化し、総理直属の「国家戦略局」を設置し、官民

¹⁶ 『朝日新聞』2010年3月6日。

の優秀な人材を結集して、新時代の国家ビジョンを創り、政治主導で予算の骨格を策定する」、「国民的な観点から、行政全般を見直す「行政刷新会議」を設置し、全ての予算や制度の精査を行い、無駄や不正を排除する」とするマニフェストに沿って、政権発足後、経済財政諮問会議の機能を停止させ、首相直属で予算の骨格づくりにあたる国家戦略室とムダを洗い出す行政刷新会議を発足させ、官邸主導の車の両輪と位置付けた。

小泉政権時に、小泉首相や竹中経済財政担当大臣、主要閣僚、民間人議員らによって構成された経済財政諮問会議は、議長を務める首相の意向を受けた民間人議員らの活躍によって、構造改革の司令塔としての機能を果たした。鳩山内閣において国家戦略担当となった菅直人副総理は、経済財政諮問会議について官邸主導をうたいながらも結局は官僚主導であったと批判し、新たに設置する国家戦略局や行政刷新会議を、国民主権の理念に基づいて政治家が責任をもって政策を決める国民主導のものに改めるものと説明した¹⁷。しかし、現実には、これらの新たな組織の設置のためには、法改正が必要なため、それまでの間、国家戦略室、行政刷新会議ともに、法令・省令の根拠を持たない閣議決定で設置することとなった。国家戦略室の責任者には、菅直人国家戦略担当大臣が就任し、内閣府副大臣の古川元久が国家戦略室長についた。国家戦略室の任務は、「税財政の骨格、経済運営の基本方針その他内閣の重要政策に関する基本的な方針のうち、内閣総理大臣から特に命ぜられたものに関する企画及び立案並びに総合調整を行う」とされた。しかし、法令上の根拠がないことによる権限のあいまいさや、政府内の政治家を増やす法案を先送りしたため、政治部門のスタッフ不足によって、国家戦略室は十分な機能を発揮していないとされる。各省からは国家戦略室への官僚の出向の打診があったものの、菅大臣は官僚に取り込まれることを警戒し意図的に排除した¹⁸。国家戦略局の制度設計に当たった松井孝治前内閣官房副長官は、政務官級の政治家を5人ほど配置し、その下に官民混成チームを置いて、テーマごとに官民がしのぎを削りながら議論を重ね、ここで物事の方角を決めるという構想を描いていたという。しかし、鳩山内閣においては、民間スタッフの登用による組織作りが遅れて、国家戦略

¹⁷ 菅・前掲書226-227頁。

¹⁸ 同上233頁。

室は期待通りに動いたとは言にくいとしている¹⁹。

一方で、行政刷新会議は、国の約3000の事業のうち、449の事業を対象に事業仕分けを行うことで国民の注目を浴びた。しかし、国会議員、民間人からなる仕分け人による短期間での事業仕分けには、自ずと限界があり、対象となる事業の選定もあらかじめ財務省によって準備されたものが7割程度を占めたとされる。また、そもそも民主党政権のもとで各省から要求された予算要求に基づく事業を行政刷新会議が改めて仕分けするというのは、政務三役が省内において十分なチェックができていないという事実の裏返しでもあった。もちろん、事業仕分けは、各省縦割りの事業予算を、財務省主計局に代わって民主党政権が、官僚の天下りや中抜き事業、埋蔵金といった共通の尺度²⁰で仕分けすることで、同様の事業に結果を反映させるという「横串」の機能も持つものであった。しかし、事業仕分けでは当初、民主党から32人の国会議員の動員が予定されていたが、新人議員の登用に小沢幹事長が反発し、結果的に議員は7人に削減された。その代わりに民間人から多くの仕分け人が起用されたが、公務員ではない民間人が事業仕分けの作業に関与することについて、公務員法上の守秘義務を負わないなど、その資格についての疑義も出された²¹。

それでは、こうした国家戦略室と行政刷新会議が、鳩山内閣の予算編成において果たした機能はどのようなものであっただろうか。鳩山政権が発足当初に直面したのは、前政権が決定した2009年度第一次補正予算を見直し、財源を確保することであった。結果は、2兆9259億円の執行を停止することとなった。さらに、新たに作成しなおした概算要求によって膨らんだ各省庁の予算要求を事業仕分けで削減し、その削減分をマニフェストの政策経費に充てようとした。しかし、その削減額は、当初目標とされた3兆円に及ばず、7000億円程度にとどまった。さらに、追加的な景気対策の必要から、第二次の補正予算も編成せざるをえなくなった。一方、国家戦略室には、経済成長戦略の基本方針の策定

¹⁹ 『朝日新聞』2010年8月30日。

²⁰ 蓮舫『一番じゃなきゃダメですか?』PHP研究所、2010年、34-35頁。

²¹ なお、仮に仕分け人が公務員（非常勤）であるとした場合には、国会議員が仕分け人になることについて、議員の公務員との兼職を制限する国会法39条の関係から疑義があるとの指摘もある。晴山一穂『政治主導を問う』自治体研究社、2010年、92-93頁を参照。

も求められた。しかし、実際に、成長戦略策定会議の発足にこぎつけたのは、予算編成がほぼ終了する段階の12月15日であった²²。2010年度予算では、財務省原案がなくなり、自民党政権時代の復活折衝に代わり、各省の政務三役が協議して懸案事項を決着する方式がとられた。しかし、税制改正や予算編成の大詰めでは、小沢幹事長による党からの要望が大きな影響を及ぼし、結果的に国家戦略室の司令塔としての役割はほとんど機能しなかったともいえる²³。鳩山首相は、この党からの要望を助け船に、子ども手当の半額支給、高校授業料無償化、農家への戸別所得補償、高速道路の一部無料化、診療報酬の引き上げなどのマニフェストの経費も盛り込んだ上で、国債発行額を約44兆円に抑え、財政規律をかりうじて維持した一般会計総額92兆2992億円の2010年度予算案を年内に編成することができたのである。

この一連の過程で、官邸、特に首相が省庁間の調整に主導権を発揮できなかった要因には、国家戦略室や行政刷新会議の役割が限定的であったことに加え、首相自身のリーダーシップが十分でなかったことが挙げられる。首相政治においては、総選挙で明示したマニフェストが有権者の選択によって支持を受けたことを背景にして、首相がそれに基づいた政策の主導権をとるのが通常のパターンである。しかし、そもそもマニフェストの内容自体に財源の裏付けが欠けており、実際に政権を担当してみると、2010年度予算でマニフェストに必要とされた財源7.1兆円の内、実際に確保できたのは3.1兆円にとどまった。予算の組み替えやムダの削減だけでは不足額を補うことは困難なことが明らかになったのである。結局、公約変更という責任を首相自身が負うことを回避し、国民への説明も明確にしないまま、政府と党を使い分けるという便法をとらざるを得なかったともいえよう。そこでは、鳩山首相は、Hayaoが指摘した日本の首相の3種類のリーダーシップスタイルのうち、問題が顕在化したとき、解決のための代替的な選択肢を検討し最善の選択肢を選ぶ技術合理的（テクノクラティック）リーダーシップや、明確な目標を示し、その実現のために使えるあらゆる資源を総動員して反対を押し切るトップダウン型の政治的リーダーシップを持ちえなかったといえよう。むしろ、実現すべき明確な政策目標の議題を持たないときは問題が顕在化しないように努め、問題が発生した時にはど

²² 読売新聞政治部・前掲書99-100頁。

²³ 伊藤達也『総理官邸の真実—小沢民主党との闘い』PHP 研究所、2010年、261頁。

うにかして対処するという受動的なリーダーシップにとどまっていたといえるのではないか²⁴。

もっとも、首相のこうしたリーダーシップスタイルは、党内に圧倒的な影響力を持つ小沢幹事長という存在があり、また、鳩山自身のコンダクター（協調）型のパーソナリティーが反映したものと見ることもできよう。こうした受動的な首相をサポートするためには、制度として官邸のスタッフの役割が重要となる。政務のスタッフとしては、平野官房長官を筆頭に、松野頼久・松井孝治の2名の副長官、中山義活・小川勝也・荒井聡・逢坂誠二の4名の首相補佐官がいた。しかし、いずれも、鳩山首相や菅副総理の側近を中心としたメンバーで、実力者ぞろいの閣僚や各省の副大臣をコントロールする力量に欠けていた。また、事務方のスタッフについても、民主党連立政権では、政治主導を強調したために、官邸においても、首相を直接・間接にサポートをする事務方のスタッフが滝野欣弥官房副長官を含め、自ら動きにくいという欠陥があった。また、事務次官会議の廃止や、各省の官僚が大臣の許可がなければ議員との接触もできず、また、官邸にも出入りが自由にできないなどの制約が課されたことにより、各省からの情報が官邸に集まりにくいという面もあった。その結果、官僚からの説明が政務三役にとどまり、首相自身が判断しようとしても、必要な政策情報が官邸に届かないという政治主導の逆効果を生むこととなったのである。こうした官邸の機能不全は、結果的に分担管理原則をさらに強めることとなった。鳩山政権において、官邸主導で立案された法案は限定的で、内閣官房が実質的に企画立案した国会提出法案は政治主導確立法案のみで、同様に内閣官房（郵政改革推進室）が担当した郵政改革法案は、亀井郵政担当大臣の強い影響力のもとで、亀井担当大臣と原口総務大臣、斉藤次郎日本郵政社長の三者の協議によって内容が決定されたものであり、首相のリーダーシップに基づく官邸主導のものではなかったのである。

4) 連立与党間の調整

鳩山政権のアキレス腱は、連立与党間の政策の距離が大きく、連立の維持のために、与党内で圧倒的多数を占めている民主党が小政党に譲歩を余儀なくさ

²⁴ Kenji Hayao, *The Japanese Prime Minister and Public Policy*, University of Pittsburgh Press, 1993, pp.15-19.

れることがしばしばあったことである。連立与党間の調整は、自社さ政権や自公政権においては、通常の案件の場合、連立与党の政策調整会議やプロジェクトチームなど政策担当の実務者レベルで行われ、調整が困難な問題の場合は、連立各党の幹事長による会談や党首会談でトップダウンの決着を図るという使い分けがされてきた。これに対し、民主党連立政権では、三党の党首が入閣することで、閣内の基本政策閣僚委員会で対立点を調整するという方式が取られた。基本政策閣僚委員会の開催は、定例日化されておらず、予算案や普天間飛行場移設問題などの重要政策について、閣議の事前に三党首クラス（民主党からは菅副総理が出席）で議論し、その結果を閣議に諮るという運用が行われた²⁵。こうした運用方式を最大限に活用したのが、亀井静香国民新党代表であった。11月の第二次補正予算の規模をめぐる基本政策閣僚委員会の協議では、11兆円を主張していた亀井は、政府案の2.7兆円に猛反発して白紙撤回をさせ、最終的に7.2兆円の規模で閣議決定を行うこととなった²⁶。民主党や社民党が提出に前向きな外国人地方参政権付与法案や選択的夫婦別姓法案が閣議決定に至らないのも、国民新党が反対していることがその一因とされている。民主党の方針を貫徹しようとする連立が揺らぎ、連立を重視すれば少数政党の主張を過剰なほど政権の方針に反映させなければならない。そうした点で、民主党は、連立解消に至るような無理は自制せざるをえなかったのである。

もっとも連立与党の党首が、問題となっている政策の所管の大臣である場合には、あえて基本政策閣僚委員会を利用する必要はない。むしろ所管外の案件の問題である場合に、閣僚としてではなく、連立与党の党首として発言権を確保するために基本政策閣僚委員会が利用されたという面が強いといえる（普天間移設問題では社民党は基本政策閣僚委員会の開催を強く求めた）。実際にも、国民新党の亀井代表は、中小企業金融円滑化法案（返済猶予法案）やゆうちょ銀行やかんぽ生命の政府保有株の売却凍結法案、さらには、174回国会での郵政改革法案などで、閣内から批判が生じて、その決着は、基本政策閣僚委員会ではなく、あくまで閣議（閣僚懇談会）において、分担管理原則に基づく専

²⁵ 2009年9月の三党連立政権合意書では、「調整が必要な政策については、3党党首クラスによる基本政策閣僚委員会において議論し、その結果を閣議に諮り、決していくことを確認する」とされた。

²⁶ 大下英治『亀井静香天馬空を行く！』徳間書店、2010年、347-348頁。

管事項として押し切った。こうした手法が通じたのは、国民新党が連立離脱カードという瀬戸際戦術を社民党とも連携しながらとったからである。鳩山内閣は、173回国会召集時点で民主党308議席（統一会派を組む無所属クラブを加えて311議席）、社民党7議席、国民新党3議席とほぼ衆議院の3分の2を占める過大規模連合であるにもかかわらず、参議院では、民主党は116議席（党籍離脱中の江田参院議長を含む）と過半数に達せず、国民新党の6議席と社民党の5議席のいずれかを失うと過半数を上回る議席を維持できなかった。国民新党は、この参議院での「最小勝利連合」を活かし、政権離脱を切り札に大きな発言力をもったのである²⁷。なお、これらの法案の作成過程では、亀井金融（郵政改革）担当大臣は、マスコミや銀行業界から批判のあった中小企業返済猶予法案のとりまとめを民主党の大塚耕平副大臣に委ね、株式売却凍結法案についても、民主党の原口総務大臣との調整を踏まえて閣議に提案をしている。こうした政務三役レベルでの事前調整を行っていたことが、閣議段階での連立与党間の対立をある程度緩和することになったといえよう。

2. 鳩山政権の国会運営

1) 与党主導の国会運営

2010年度の予算編成を終え、174回通常国会の開会を前に、内閣の構成に変化が生じた。予算編成を機に年明けに藤井裕久財務大臣が辞任し、菅国家戦略

²⁷ ドッドは、連合政権の形成パターンと継続期間に着目し、議会内で過半数支持勢力を確保する上で不必要な政党をも閣内に含んでいる過大規模内閣よりも議会内で過半数支持勢力を確保するに必要なだけの政党は閣内に含んでいるが、過半数確保に必要なでない政党は一切含まない最小勝利内閣の継続期間の方が長くなるとしている。最小勝利連合ではどれか一党でも内閣から離脱すれば、議会の過半数を維持できないため、各党はよほどのことがない限り妥協を図り、政権の継続性を求めるようになるからである。また、政権獲得によって享受するポストや政策に対する影響力も連合パートナーが少なくなければなるほど大きいものになるからである。Lawrence C. Dodd, *Coalitions in Parliamentary Government*, Princeton University Press, 1976, pp.17-18,49-52,117. ローレンス・C・ドッド（岡沢憲美訳）『連合政権考証—政党政治の数量分析』政治広報センター、1977年、31、65-68、141頁）。

担当大臣が財務大臣に、仙谷由行政刷新担当大臣が国家戦略（公務員制度改革）担当大臣を兼務し、2月には事業仕分けチームの統括役を務めた枝野幸男が行政刷新担当大臣として入閣することとなった。同時期に、小沢幹事長の政治資金をめぐり、東京地検特捜部が強制捜査に着手し、同幹事長の元秘書だった石川知裕衆院議員が逮捕されるなど、政治とカネの問題をめぐり、174回通常国会は波乱含みでスタートした。鳩山政権にとっての当面の課題は、2010年度予算案や、子ども手当法案などのマニフェスト項目の予算関連法案を年度内に成立させることであった。予算案の審議では、鳩山首相と小沢幹事長の政治とカネの問題や普天間飛行場移設問題をめぐる首相の発言などが争点化した。予算案の審議中に、公共事業の個所付け情報を民主党が都道府県連を通じて自治体側に流す問題が発覚し、集中審議が行われるなど波乱もあった。しかし、与党側は、関係者の証人喚問にも応じず、野党の自民党は審議拒否戦術をとったものの公明党が協力に応じなかった。結局、与党の強硬姿勢に押し切られる形で、予算案は3月24日に早期成立することとなった。また、予算関連法案も子ども手当法案や高校授業料無償化法案の修正で野党の公明党と連携するなど与党側ペースで進み、年度内に成立することとなった。

2) 与野党対立への変化

後半国会の焦点は、前国会から先送りにされていた政治主導確立法案と国会改革法案、国家公務員法改正法案や、労働者派遣法改正案、郵政改革法案、地域主権改革法案などの重要法案の成否に移った。政治主導確立法案(閣法)は、経済全般の運営の基本方針、財政運営の基本、租税政策の基本、予算編成の基本方針の企画・立案・総合調整に関する事務をつかさどる国家戦略局を内閣官房に設置し、国家戦略局長（官房副長官から任命）、国家戦略官（政務官）を置く。首相補佐官を5人以内から10人以内に増員し、税制調査会や行政刷新会議を法律上の機関とし内閣府に設置する。内閣府や各省に非国会議員の政務調査官を設置する等、官邸の政策立案や調整機能を強化し、政治主導を確立することを内容としていた（副長官1名、政務官2名の増員を含む）。また、国会改革法案（国会審議活性化法案）は、連立与党による議員立法で、政府特別補佐人から内閣法制局長官を削除し、政府参考人制度を廃止するなど、官僚答弁の禁止と、意見聴取会の設置、副大臣2名・政務官10名合計12名の増員を内容とする。これらの法改正によって、政府に入る国会議員の数は、現行の74名か

ら89名に増員され、総選挙マニフェストで示した100人により近づくこととなる²⁸。

一方、国家公務員法改正法案は、次官・局長等の幹部人事を内閣が一元管理するため、内閣人事局を新設し、次官・局長を職制上同格として次官・局長を部長に降格させることも可能とする。さらに、民間人材登用・再就職適正化センターや再就職等監視・適正化委員会を設置し、公務員の天下りの適正化を図るものである。なお、民主党のマニフェストでは、「事務次官・局長などの幹部人事は、政治主導の下で業績の評価に基づく新たな幹部人事制度を確立する」として、「内閣の一元管理による新たな幹部職制度や能力・実績に応じた処遇などを着実に実施する。定年まで働ける環境をつくり、国家公務員の天下りのあっせんは全面的に禁止する。地方分権推進に伴う地方移管、国家公務員の手当・退職金などの水準、定員の見直しなどにより、国家公務員の総人件費を2割削減する。公務員の労働基本権を回復し、民間と同様、労使交渉によって給与を決定する仕組みを作る。」の各項目が並べられていた。今回の法案は、この内、幹部職員だけを対象に新たな人事制度を作ることから、政治主導の強化の観点から、民主党政権の政策や立場に忠実な幹部職員を、官邸主導で省庁の枠を超えて進めていくことにその狙いがあったとも考えられる²⁹。

同法案の決定に際しては、幹部職員の特例降任の要件が麻生内閣時代の政府案と同一であったため、原口総務大臣が閣議決定に反対し、仙谷公務員制度改革担当大臣と原口総務大臣、鳩山首相の協議により、官僚による骨抜きを排除するため要件の修正を行うこととなった。なお、同法案については、担当の仙谷大臣は、事務次官廃止を持論としていたが、官僚からの反発が強く検討課題にとどまった。これに対し、みんなの党は事務次官の廃止等を含む対案を自民党と共同の議員立法として4月6日に提出した。

政治主導確立法案は、2月5日に衆議院に提出され、国家公務員法改正案も2月19日に衆議院に提出された。一方、国会改革法案については、民主党は与野党での議員立法を目指していたが、与党側が小沢幹事長の政治とカネの問題

²⁸ 鳩山首相は、100名にまで増員することを目指したが、新人議員の登用をせざるをえなくなることにより小沢幹事長ら党執行部が反対し15名の増員になったとされる（『朝日新聞』2010年1月10日）。

²⁹ 晴山・前掲書98-100頁。

にゼロ回答が続けたため、国会改革法案の与野党協議に野党（自民、公明、共産、みんなの党）の同意が得られなかった。小沢幹事長は政治主導確立法案と国会改革法案を並行して審議するとの考えを示し、政治主導確立法案の審議は国家公務員法改正案の後回しとなった。4月6日に国家公務員法改正案が衆議院内閣委員会に付託され、同法案とみんなの党・自民党共同提出の対案との審議が行われた。両法案及び公明党提出の早期退職勧奨を禁じる修正案は、5月12日に野党の質疑を打ち切って委員会で強行採決され、政府案が修正議決（施行日修正）で参議院に送られた。しかし、参議院内閣委員会は委員長ポストを自民党が握っており、公聴会を含む5日間の委員会での審議が行われたが、6月1日の審議を最後に採決に至らなかった。衆議院では44時間、参議院では25時間の委員会審議が行われ、参議院内閣委員会では与野党間の修正協議も水面下で行われていたが、国会会期を延長しないとの政府与党の方針によって、現場での動きは封じられることとなった。

一方、政治主導確立法案は5月13日に衆議院内閣委員会に付託、国会改革法案は翌5月14日に衆議院に発議された。政治主導確立法案は、内閣支持率が低下している中で、政権を立て直すためにも、体制強化に必要な人員の増加が急がれるものであった（法案の施行日は4月1日）。しかし、政治主導確立法案は、野党が審議を拒否したまま委員会でまったく審議されることなく継続審議となった。国会改革法案も、それまでの与野党合意の慣例を破って、連立与党の単独で提出されることとなったものの、議院運営委員会に付託もされないまま継続となった。もっとも、国会改革法案に盛り込まれていた国会答弁における政府参考人の答弁禁止や政府特別補佐人から内閣法制局長官を外すことに関しては、通常国会の当初から与党側は、政府参考人ではなく副大臣・政務官が答弁を代行したり、法制局長官に代わって、内閣に法令解釈担当大臣（仙谷、次いで枝野）を設置し、閣僚が法制局長官に代わって、政府の憲法解釈について答弁したりする運用を行った。

重要法案では、地域主権改革法案が3月29日、労働者派遣法改正案が4月6日（撤回後再提出）、郵政改革法案が4月30日に国会に提出された。このうち、郵政改革法案は、日本郵政グループを5社から3社に再編し、政府が株式の一定割合を保有して関与を続けることを明記し、全国の郵便局ネットワークの維持費用を賄うためにゆうちょ銀行の預け入れ限度額などの拡大を内容としていた。この政府案は、全国郵便局長会の後押しを受けた国民新党の亀井郵政改革

担当大臣と原口総務大臣、斉藤次郎日本郵政社長、内閣府・総務省の政務三役によって決定された。これに対し、仙谷国家戦略担当大臣や菅財務大臣が、預入限度額引き上げや消費税の免除に異論を唱えて閣内が紛糾し、閣議決定は1カ月以上も遅れた。改革案の策定には、成長戦略や税制など総合的な政策調整が必要であったのに、関係閣僚間の調整が不足していたことが閣内不一致の要因とされた³⁰。4月30日の国会提出後も、衆議院総務委員会に先に付託されていた放送法改正案による電波監理審議会の機能強化が番組内容への介入につながるとして野党が反対し慎重審議（審議日数5日間）を求めたため、郵政改革法案の審議入りはさらに遅れた。そのため、政府与党側は、理事会で行われていた与野党間の修正協議を打ち切り、電波監理審議会の機能強化の規定を削除する与党提出の修正案の採決を強行し、郵政改革法案の審議入りを急いだ。国民新党の強い意向を受けて、与党は郵政改革法案をわずか1日、2時間の委員会審議で強行採決して5月31日に参議院に送った³¹。民主党内でも小沢幹事長が全国郵便局長会で郵政改革法案の今国会成立を約束しており、7月の参院選を前に選挙対策上、同法案の成立を急ぐ必要があった。しかし、その影響を受け、参院先議の地域主権改革法案は、5月25日に衆院総務委員会に付託されたが、郵政改革法案の強行採決後、委員会は空転状態のまま継続審議となった。

同様に、労働者派遣法改正案は、2009年末の労働政策審議会で労使が合意し、同合意に沿って厚生労働省が要綱案を策定した。これに対し、社民党は、施行時期の前倒しや、派遣先の責任強化など5項目の修正を要求した。その結果、厚生労働省案に盛り込まれていた「事前面接解禁」を社民党や国民新党の反対に配慮して削除し、閣議決定を行ったものであった。法案処理を急ぐために民主党は参議院に同法案を提出したものの、野党側から重要広範議案を参院先議とした例はないとして、結局、衆議院に4月6日に再提出されることとなった。そのため審議入りがずれ込み、野党側が出席して委員会質疑が開始されたのは5月28日になってからであった。法案の内容に対しても自民党は失業者の大量発生を招くと反対し、逆に労働組合からも例外措置の定義があいまいで抜け道をつくりかねないとの懸念が表明されていた。社民党は連立離脱後も同法案の成立に協力することを確認していたが、結局、審議は1日のみで衆議院で継続

³⁰ 読売新聞編集部・前掲書208頁。

³¹ 小泉内閣時の郵政民営化法案は衆議院で100時間以上の審議を行っている。

となった。

このように、予算成立以降は、政治とカネや普天間飛行場移設問題で混乱が続く中で、会期末があと1カ月に迫り、5月中旬以降、郵政改革法案を始め積み残しの重要法案を通過させるために、衆院の各委員会で野党の同意なく審議を打ち切る採決が連発された。与党による強行採決は連続10回に及び、与野党が激突した安倍内閣の通常国会以来の対決国会(当時とは与野党とも攻守交代)となった。国会前半では、与党との関係維持にも配慮していた公明党も与党の強硬姿勢に自民党と歩調を合わせて対抗するようになった。そのため、衆参の委員会での与野党協議を通して、法案修正を行うケースが極端に減少し、与党修正も含めた成立した閣法の修正率は11.4%(174回通常国会)にとどまった。これは(不完全型)衆参ねじれ国会で野党との協調を重視した福田内閣の20.6%(169回通常国会)の半分程度、麻生内閣の31.8%(171回通常国会)の三分の一程度にとどまる。与野党が法案内容に係わって共同修正した閣法は、174回通常国会では子ども手当法案(民主・公明・社民)、高校授業料無償化法案(民主・公明・共産)、公共建築物木材利用法案(民主・自民・公明・社民)のわずか3件にとどまる。

このように政府与党が数の力で政府案を通そうとしたのは、民主党が総選挙における政権公約(マニフェスト)で、有権者からの信任を得たことが背景にあった。民主党は、官僚が予算や法案の作成を担い、閣僚や与党議員はそれを成立させるだけという自民政権の在り方を官僚内閣制と呼んで批判してきた。これに代わって、国民の信を得た多数党が党首を首相にし、その首相が内閣をつくることによって、多数党が立法権を押さえ、行政権を掌握する国会内閣制のもとで、政治が主導権をもって政策を決定するという理念を掲げてきた。政権党が国会において、政府与党一体の下で、野党と対峙するというのは、国会内閣制の当然の帰結であるともいえる。しかし、選挙で示した公約を国民の選択に基づいて強力に実行する「多数決型民主主義」は、国民によって政府の首長が実質的に選任される直接民主制に位置づけられるが³²、小選挙区単純多数制によって過半数が人為的に作り出されるという問題がある³³。それにもか

³² 高見勝利『現代日本の議政と憲法』岩波書店、2008年、12-16頁。

³³ Arend Lijphart, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, 1999, pp.14-15. (アレンド・レイ

かわらず、単独過半数内閣への執行権の集中、内閣の議会に対する優越、二大政党制、中央集権制、一院制議会への立法権の集中、違憲審査権の不在といった仕組みのもとで、多数派となった政府に権力が集中するという特徴をもち、その典型としてはイギリスが挙げられる³⁴。こうした多数決型民主主義が国民によって享受されるためには、国民の間に深刻な亀裂がない同質性の高い社会が前提としてあり、少数派が遠からず多数派になれるような政権交代の可能性があると条件といえる。確かに、日本の場合も、小選挙区制の導入が自民党一党優位体制を崩壊させ、二大政党化を進めることとなった。政権交代の可能性が増すことによって、世論も野党が審議拒否などで与党に対して抵抗することに必ずしも融和的でなくなった。衆参両院で与党が過半数を確保している以上、野党の審議引き延ばしに応じる必要性は与党側にはない。その結果、川人が指摘するように1990年代以降は、与党が委員会運営の慣行である理事会の全会一致ルールを破り、委員長が職権で委員会を開会し、多数決で採決を強行する多数決主義の傾向を増したといえる³⁵。民主党は、こうした多数決主義のもとで、総選挙でのマニフェストに対する国民の信任を抛り所に、議長・委員長の持つ議事統制（運営）権を活かして、中央突破を図ったといえよう。2009年総選挙の結果、衆院の常任委員長ポストは前政権と総入れ替えとなり、常任委員会の内、野党に割り振られた委員長ポストは、予算・法案と関係のない決算行政監視と懲罰のみとなり、他はすべて与党が握ることとなった。こうした議事統制権の独占が174回国会の衆院において10回を超える強行採決を可能としたともいえるだろう。なお、参議院では、与党は政権党として過半数をもっていたが、常任委員会の内、内閣、法務、文部科学、国土交通、環境、国家基本政策、行政監視、懲罰の8委員会が自民または公明の野党が委員長ポストを占めていた。中間報告によって、野党委員長の委員会審議を省略するという強硬策もあるが、参議院における野党委員長は、多数派による国会支配を抑制する働きも持つものであった。なお、議長、副議長は党籍離脱をすることで、与野党に対して中立的な運営をすることが期待される。しかし、自民党は、会期

プハルト（粕谷祐子訳）『民主主義対民主主義－多数決型とコンセンサス型の36ヶ国比較研究』勁草書房、2005年、11頁）。

³⁴ Ibid., pp.10-21.（レイプハルト・同8-16頁）。

³⁵ 川人貞史『日本の国会制度と政党政治』東京大学出版会、2005年、157-171頁。

末に野党から提出された菅首相問責決議案を江田参院議長が本会議を開会せず握りつぶしたとして、参院選挙後の臨時国会で同議長の再選を実質的に阻止することとなった³⁶。

こうした多数決型民主主義の対極にあるのがコンセンサス型民主主義である。そこでは、連邦制や地方分権、比例代表制によって、少数派も統治に参加するような制度設計が配慮されている。比例代表制の採用によって多党制が形成され、幅広い連立政権によって連立政党間で執行権が共有され、執行府と議会は対等な均衡関係にある。また、強い二院制を設け、異なる選挙方法のもとで多数派と少数派の意向がそれぞれ代表されるようにし、権力の集中を防ぐ³⁷。国内が宗教、イデオロギー、言語、文化、民族、人種などによって垂直に分断された多民族的な社会においては、多数派支配を強行すれば少数派の疎外感を招き、民主主義体制そのものに対する信頼感を失いかねない。こうした多民族的な社会においては、対立ではなくコンセンサスを重視し、排他的ではなく包括的な、そして多数派の規模を最大化するようなコンセンサス型民主主義が必要とされる³⁸。その典型はスイスやベルギーなどのヨーロッパ大陸の民主主義体制である。

以上の統治形態の比較の観点からは、小選挙区制と比例代表制の混合型の選挙制度を採用し、二院制のもとでしばしばねじれ現象が生じるなど、55年体制終焉後の日本の制度配置は、民主党がモデルとするイギリスの多数決型民主主義とは必ずしも適合的ではないといえよう。むしろ、穏健な多党制のもとで連立政権や与党と野党の部分連合が形成され、社会の多様な諸利益の間の協調が重視される、コンセンサス型の政治システムが1994年の衆議院選挙制度改革以降も根強く残り、国会における与野党関係も争点ごとに多数決型とコンセンサス型が拮抗する状況にあったといえるのでないか³⁹。そうした中で、与野党間

³⁶ 江田議長自身は、本会議開会を当然と考えていたものの、議院運営委員会で開会が決まらなかったとしている（『朝日新聞』2010年7月16日記事「ねじれを読むインタビュー編江田五月参院議長」）。

³⁷ Lijphart, op. cit., pp.34-41.（レイプハルト・前掲27-33頁）。

³⁸ Ibid., pp.32-33.（レイプハルト・同26頁）。

³⁹ 1995年以降の与党と野党第一党との衆議院の委員会での法案審議における多数決（対抗）型とコンセンサス（合意）型の暦年別の変化をみると、2005年まで多数決型とコンセンサス型がほぼ拮抗していることが指摘できる（武蔵勝宏

の対決が顕著になったのが、小泉政権の末期と安倍政権、そして、鳩山政権における国会運営であったといえるのではないだろうか。

表1は、2005年の郵政選挙後の与党と野党第一党との衆議院の委員会での法案審議における多数決（対抗）型とコンセンサス（合意）型の暦年別の変化を示したものである。近年では、小泉内閣の最終年と安倍内閣における多数決型から福田内閣・麻生内閣でのコンセンサス型へと顕著な変化を示している。鳩山内閣は一転して多数決型にシフトしている。つまり、衆参両院の与野党間の勢力比によって与党が両院の多数を獲得した時は、法案審議は多数決型を示し、逆に参院の多数を失ったときはコンセンサス型になることを示しているといえよう。

通常国会では、こうした対決姿勢を与野党が強める中で、国会の立法活動における与党議員の自律性は少しずつ改善していった。小沢幹事長への権限集中に対して、閣内から前原、仙谷、枝野ら反小沢系議員からの反発が強まり、与党内でも反小沢グループからの批判が出るようになっていた。そうした不満が、玄葉光一郎衆院財務金融委員長、安住淳衆院安全保障委員長、生方幸夫党副幹

表1 衆議院における委員会別の審議様式の形態

	内閣		総務		法務		外務		財務金融		文部科学		厚生労働		農林水産		経済産業		国土交通		環境		安全保障		合計		
審議様式	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	対抗型	合意型	
95-05計	6	5	5	5	4	12	0	0	13	3	2	2	8	16	5	4	3	7	4	5	2	1	4	2	56	62	
小泉※		1	2	1	2				2				3		1				1		2					13	2
安倍	1			1	2	1					2		3										1		9	2	
福田		1		3		1		1					1		4		1			1			3		7	9	
麻生		5		1		1			1	1		2		4		2		1		3		1	2		3	21	
鳩山	1		2										2			1			1		1				7	1	

- 注) 1. 複数の法案が一括提案されて審議採決された場合は合せて1件としてカウントした。
 2. 特別委員会に付託された法案については法案の所管省庁に対応する常任委員会に含めた。
 3. 95-05は暦年で集計した合計を示す。小泉政権は05年の郵政総選挙後から退陣までの国会のデータを示す。

「第7章国会」森本哲郎編著『シリーズ日本の政治第四巻・現代日本の政治と政策』法律文化社、2006年、218-221頁）。

事長ら小沢幹事長に批判的な議員による政調会の復活要望として主張されるようになった。そのため3月になって執行部側も改善策を講じ、衆参委員会筆頭理事を中心に与党議員が政策を議論する場として議員政策研究会を党内に新設することとなった。4月には、民主党議員が議員立法を行う際に、政府側、民主党側双方に調整チームを設け、議員が提言する政策を合同で審査した上で国会提出の可否を判断する仕組みをルール化することとされた⁴⁰。174回通常国会では、閣法の成立率は極端に低下したものの、議員立法については、過疎地域自立促進特措法改正案、拉致被害者支援改正法案、地震防災対策財政特措法改正案、障害基礎年金加算法案、PTA・青少年教育団体共済法案、口蹄疫対策特措法案（いずれも衆法）、旧ソ連抑留者特措法案（参法）など、衆法35件中8件、参法18件中2件が成立した⁴¹。この内、口蹄疫対策特措法案は、自民党と公明党がそれぞれ対策法案を提出する中で、当初、特別立法に消極的だった赤松農水大臣が筒井衆院農水委員長に議員立法で提出することを要請し、これを受けて民主党の農水関係議員が政府側と協議して取りまとめ、委員会提出としたものである。

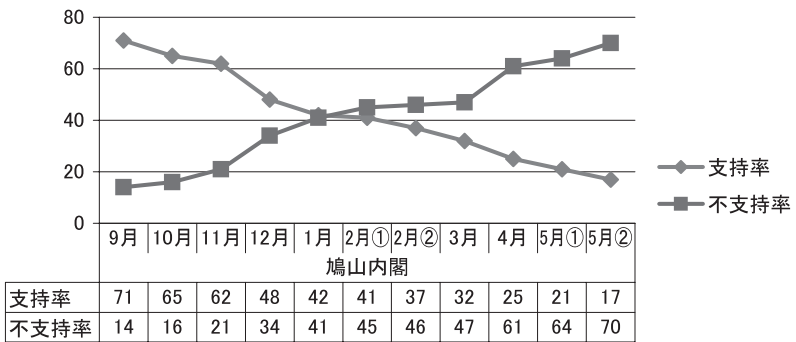
3) 鳩山首相の辞任

しかし、鳩山首相は政権交代からわずか8カ月半で辞任するに至った。その要因には、小沢幹事長と首相自身の政治とカネの問題に対する世論の批判や、米軍普天間飛行場移設問題に関する公約からの違背、日米合意に反発した社民党の連立離脱、こうした一連の問題を受けた世論の支持率の低下（17％）と不支持率の増加（70％）が挙げられる（図1）。参院民主党を中心に参院選挙を前に首相退陣の要求が出ていたことも首相の決断を促すこととなったといえよう。鳩山内閣にとって、政権のアキレス腱であった普天間の問題では、結局、社民党との間で合意点を見つけることができなかった。首相自身が総選挙中に最低でも県外との公約を行ったことが、地元の沖縄県民の期待値を高め、社民党と地元、米国政府の三者の合意を取り付けるという解決困難な課題を自ら抱えることになってしまった。そうした点で、鳩山首相自身の責任は免れ得ないが、より根源的には、イデオロギー差の大きい政党を連立政権に抱えざるをえ

⁴⁰ 『朝日新聞』2010年4月9日。

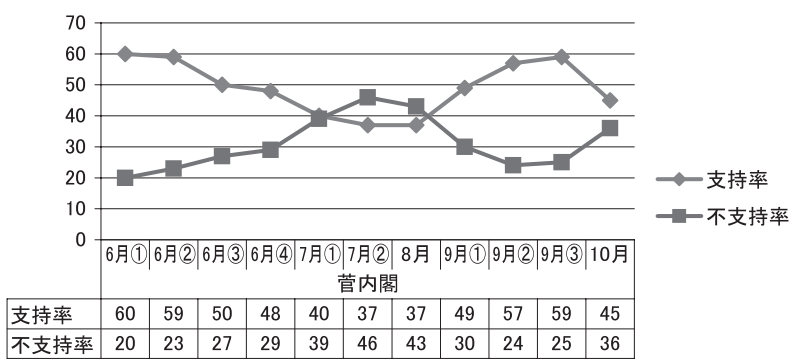
⁴¹ 成立した議員立法はいずれも委員会提出法案であった。

図1 鳩山内閣の支持率の変化（2009-10年）



出所)『朝日新聞』世論調査

図2 菅内閣の支持率の変化（2010年）



出所)『朝日新聞』世論調査

ないという日本の政党制にその問題をみることができよう。サルトーリは、政権に関与する政党の数とそのイデオロギーの差異を指標に政党制を分類し、政党数が3～5で、大きな反体制政党が存在せず政党間のイデオロギー距離が比較的小さく、すべての政党が政権指向政党で二極化した連合政権指向型政党配置にあり、政党間競合が求心的な政党制を穏健な多党制⁴²⁾、政党数が6～8で、

⁴²⁾ Giovanni Sartori, *Parties and Party Systems: A Framework for Analysis*, Cambridge University Press, 1976, p.179. (G. サルトーリ (岡沢憲美・川野秀之訳) 『現代政党学—政党システム論の分析枠組み』早稲田大学出版部、1992年、298-

かなり大きな反体制政党が存在し政党間のイデオロギー距離が非常に大きく、双系野党が存在し、中間政党の存在によって求心的競合が阻害される政党制を分極的多党制と定義した⁴³。比例代表制は穏健な多党制をもたらす場合と、分極的多党制をもたらす場合の両方のケースがあるが、特に、分極的多党制は、イデオロギー距離が大きいより多くの政党が存在することによってもたらされる。自社さ連立政権や民社国連立政権は、安全保障政策をめぐる、イデオロギー上の乖離が生じ、結果的に終焉を迎えることとなったが、連立政権を安定的に維持するためには、基本政策をめぐる連立与党間の対立を解消し、政党間の競合関係を求心的に働くようにすることが不可欠であったといえるだろう。社民党の連立離脱の時点で、与党は参議院で122議席の過半数をкаろうじて維持していた。社民党も、参院選挙が近づくにつれて、与党の中に埋没するよりも、党の個性を発揮することが選挙対策からも有利との判断が働く。鳩山首相と福島党首のチキンレースが続かなかで、結局は日米同盟維持に鳩山首相が舵をきることとなったといえよう。

世論調査では、民主党連立政権に対して、行政のムダ減らしや脱官僚には世論は肯定的であつたものの、外交・防衛や政治とカネへの対応については低い評価を下していた⁴⁴。後継の首相には、こうした世論への対応が求められていたといえる。鳩山首相は、小沢幹事長を「道連れ」にして同時に辞任し、普天間飛行場の移設問題については、名護市辺野古沖を移転先とする日米合意を閣議決定した。次期政権にとっては、世論の批判の強い懸案事項を前政権から直接引き継ぐことなくスタートをきることができたのである。

4) 統治システムの構造的要因

このように鳩山政権では、政治主導を強調する余り官僚依存からの行き過ぎた脱却が見られた。政務三役は、マニフェストの実行を優先課題に掲げ、この

299頁)。

⁴³ Ibid., pp.132-136. (サルトリー・同229-236頁)。

⁴⁴ 朝日新聞社が2010年8月7、8日に実施した全国世論調査では、民主党連立政権の発足以来の課題ごとの評価について、行政のムダ減らしを評価する69%、評価しない23%、脱官僚を評価する62%、評価しない26%に対して、外交・防衛を評価する15%、評価しない67%、「政治とカネ」への対応を評価する21%、評価しない67%であった(『朝日新聞』2010年8月9日)。

ことが、政策の継続性や省庁の利害に固執する官僚機構との軋轢を生じる要因となった。その結果、官僚側からの十分なサポートが得られず、政府としての政策形成能力を低下させ、マニフェストの実行にも影響を及ぼすことになったといえる。他方で、こうした政務三役による省内での主導性も、他省庁との調整過程では、各省大臣による分担管理原則が優位し、省庁間で利害が対立する問題を克服することの困難さを露呈した。こうしたセクショナリズムを打破するためには、首相によるリーダーシップの発揮が不可欠である。しかし、内閣官房の補佐機能や国家戦略室などの官邸の司令塔が十分に機能しなかったために、鳩山内閣では、小沢幹事長による内閣の政策決定への介入の余地を生むこととなった。他方で、連立政権において、数議席を有するに過ぎない小政党が閣内で過剰な影響力を行使し、政権内での不一致をまねく要因ともなった。このような統治システムの構造的な欠陥がある中で、鳩山内閣に対する世論の急激な支持の減少は政権の政策推進力を低下させ、参院選挙前の成果をあせった国会対策の不手際もあって、鳩山政権はマニフェストで明示した重要政策の一部を実現しただけで退陣を余儀なくされることとなったのである。

3. 統治システムの再構築期

1) 菅政権の発足と参院選挙

6月8日に菅内閣が発足し、菅首相は、内閣人事と党人事に着手した。人事の目玉は、内閣への政策決定の一元化が、小沢幹事長への権力の集中によって空洞化してしまったことを立て直し、首相や内閣に主導権を回復することにあった。そのため、幹事長には、枝野幸男行政刷新担当大臣、官房長官には仙谷国家戦略担当大臣を起用し、官邸と党執行部の関係の緊密化を図った。また、党政調を復活させ、玄葉光一郎政調会長に内閣府特命大臣として閣僚を兼務させた。小沢幹事長時代に、政調会廃止が結果的に幹事長への政策決定への関与を強めたことへの反省から、政調会長を閣議に参加させることで、政府と党の政策決定の一元化を目指したのである。政策調査会には、その下部組織として、部門会議やPTが再発足することとなった。従前の議員政策研究会と各省政策会議は部門会議に吸収統合され、各部門会議に座長が置かれた。これら部門会議やPTは、自民党政調部会のような事前承認権を持つものでなく、政務三役や内閣への政策提言を行う機関として位置づけられた。復活後、部門会議は精

力的に活動を開始し、週2～3回程度の頻度で定例的に開催されるようになっていく。

しかし、発足直後の菅政権の政策決定は前政権の微調整にとどまった。マニフェストの重点戦略に掲げられた地域主権改革では、鳩山首相が各省に対して自治体への義務付けの廃止や補助金の一括交付金化を指示したにもかかわらず各省の副大臣や政務官が省益の代弁者となり、菅内閣において参院選前にかろうじて決定にこぎつけた地域主権戦略大綱も官僚の抵抗によって具体化は先送りとされた。また、菅副総理の経済成長戦略策定の補佐役だった荒井聡首相補佐官を国家戦略担当大臣に任命し、菅内閣発足直後に強い経済、強い財政、強い社会保障の実現を目標とする新成長戦略を決定した。しかし、これらの政策を実現するために不可欠な経済成長と財政健全化の両立について、消費税の引き上げなどの財源確保の具体化は明示されていなかった。

もっとも、菅内閣の発足は、国民からの期待を高め、内閣支持率は60%台にV字回復することとなった（図2）。この高支持率を背景に早期に参院選挙を実施するため、通常国会は延長せず、多くの重要法案を残したまま閉会となった。選挙戦では、当初、自民党が民主党との争点化を意図して消費税率10%への引き上げを掲げたのに対し、菅首相は党内論議を欠いたまま自民党と同じ税率の消費税増税を打ち出し、このことが世論の流れを変えることとなった。みんなの党などの野党からは、首相が財務官僚に取り込まれたとの強い批判を浴びた。また、首相の消費税発言が唐突でかつ何回も内容が訂正されたことが、有権者の民主党政権そのものに対する信用を損ねることとなった。その結果、有権者の相当程度が消費税発言を原因として、投票先を自民党やみんなの党に変更し、民主党が改選議席を10議席も下回る敗北の原因となった。与党の参院での議席は109名にとどまり、衆参両院で多数派が異なるというねじれ国会が再び復活することとなったのである。

2) 政治主導の再構築

参院選挙後召集された175回臨時国会では、民主党106議席、国民新党3議席、合計109議席と与党側は過半数を大きく割り込み、議院運営委員長のポストも自民党に譲り渡すこととなった。与党は衆議院でも3分の2の議席をもたない(完全型)ねじれ国会であるため、予算は成立しても、予算関連法案を始め重要法案は、野党の賛成を得なければ成立できないという状況になった。そのため、

政治主導のために不可欠としていた政治主導確立法案の成立のめどもつかず、菅首相は予定していた国家戦略局の新設については棚上げとし、内閣の助言機関的な政策ユニットとして活用するとの方針を示した。その結果、2011年度の概算要求基準のとりまとめは国家戦略室ではなく、官房長官、財務大臣、政調会長の三者に委ねることとなった。こうした財務省、与党、官邸による予算編成は、自民党政権時代の方式に後戻りするものとの批判も強い。2011年度予算の概算要求では、菅内閣は自民党政権時代のシーリングと同様の各省一律に前年度予算の1割削減を閣議決定し、さらに、1割以上の削減分の3倍までを雇用増につながる事業などの特別枠として要求できる仕組みを設けた。また、消費税を含む財政健全化の道筋についても、今後は、民主党だけでは成立させることができないため、超党派による検討を呼び掛けることも考えられよう。これらの一連の政策の方向性から、菅内閣においては、財務官僚の影響力がより強くなったと見る向きもある。しかし、財務省自体は、財金分離により、現在は、自らの所管する実施行政を持たない役所であり、誰が首相であっても、財務省は基本的には首相に従う方向で動くとされる⁴⁵。すなわち、政権が明確な意思を固めることができれば、本来、財務省は政権の意向に沿って行動する組織なのである。

政治主導確立法案や国会改革法案の成立が遠のくことで、民主党連立政権の官僚主導から政治主導への転換は、人的な面でも、制度的な権限の面でも停滞するかもしれない。しかし、官僚をいかに使い、政治が主導性を発揮するかは、単に組織や人員の強化だけに依存するものではない。現行制度においても、内閣は内閣官房を首相直属の機関として、政策の企画立案・総合調整に活用することは可能であり、また、そのためのスタッフも官民からリクルートすることは可能である。脱官僚は決して官僚を政策形成の場から排除するということではなく、政と官がそれぞれの役割を明確にして、両者の長所を生かすことによって意味を持つものであろう。そうした点で、政治家が官僚の職分にもで関与し、多忙を極めることで、本来、政治が担うべき役割に対応できないという政治家の官僚化は本末転倒である。官邸を中心とする政治主導が必要なのは税制や社会保障の改革（いずれも負担の増大や配分の削減を伴う）など官僚ではその調整が困難で政治責任をとれない分野や、自由貿易協定のように縦割りの省庁の

⁴⁵ 寺脇研『官僚がよくわかる本』アスコム、2010年、162頁。

枠を超えた分野であろう。他方で、政策作りや予算編成、省庁間の調整も、官僚のサポートを得ながら、政務三役がノウハウを蓄積していけば、いずれは、これらの政策立案や予算編成も政治が主導権をとってリードすることが当然のこととなるのではないだろうか。

3) ねじれ国会での国会運営

ねじれ国会への対応に関しては、与党が参院で過半数を持たない以上、菅内閣は、政策ごとの部分連合（議会連合）や閣内での連立（閣内連合）への道筋をつけないければ、来年度の予算関連法案が成立せず、衆院の解散または首相の引責辞任に追い込まれるのではないかと観測もある。公務員制度改革や行政改革などをめぐって比較的政策に近いみんなの党や、子ども手当法案などで共同修正を行った公明党などとの連立や提携が指摘されているが、実際には、参院選で激しく対立した経緯からも、連立の成立は容易ではないだろう。

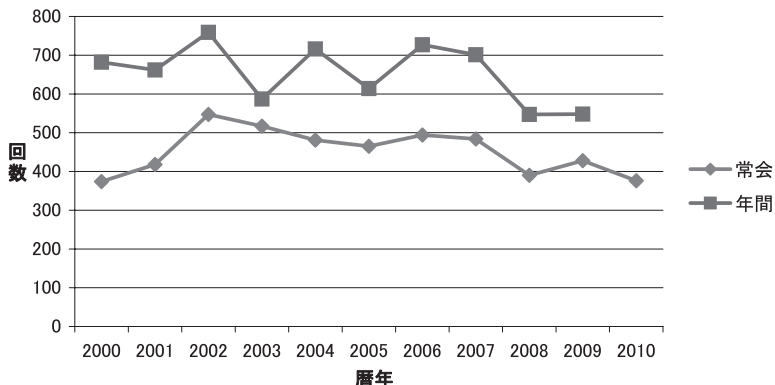
一方で、174回通常国会では、与野党が対立に終始したものの、175回臨時国会では一転して、民主党は前国会で拒否した予算委員会の開催に応じるなど野党に対して低姿勢で臨む路線を取るようになった。国会での与野党関係は、かつての55年体制のようなコンセンサス型から、1990年代半ばの政権交代以降は、ねじれ国会時を除いて、有権者への争点明示やアピールを競うために、多数決型へと変化する傾向が強い。しかし、こうした数の力で押し切る一方通行の国会運営は、結果的に多数派が入れ替わった時の「仕返し」を生む。政党は、そうした失敗の積み重ねの中から、いつ与党が野党になり、逆に野党が与党になるかわからないという状況では、与党側も野党側も反対の立場に立った時の損得の観点から自制をかけることを学習していくべきである。ゲーム理論では、繰り返しゲームのもとで、しつぱ返し戦略やトリガー戦略がナッシュ均衡となり、その結果、プレイヤーの間で協調行動が形成されるとする。与野党とも政権交代が今後も攻守変えて繰り返されるとの認識の下で、ねじれ国会での経験を双方が学び、活かすことが必要であろう。

たとえば、参議院では、議院運営委員長のポストを自民党が獲得し、野党が趣旨説明要求を取り下げなければ、参院では法案の付託すら難しいという状態が続く。参院で野党提出の首相問責決議案を可決し、政権を追い込むことも可能となる。法案に関しても、野党が一致して協力すれば、日切れ法案や限時法の延長法案を否決して失効させたり、法案以外にも、日銀総裁の人事案件や、

自衛隊の海外派遣などの国会承認で、参議院単独で不承認としたりして行政執行を停滞させることも可能となろう。しかし、そうした対決することだけ为目的とする妨害行為は、はたして国民の利益になるといえるだろうか。野党には国民利益に立った自制が求められる、また、与党にとっても、（完全型）ねじれ国会である以上、野党からの賛成が得られる法案でなければ国会提出を見合わせる、または、野党の賛成が得られるように法案修正に柔軟に応じる姿勢が必要不可欠になろう。両院制の観点からは、多数決型の衆議院とコンセンサス型の参議院に役割分担を行い、権力の衆院に対して、参院は熟慮と討議に基づく与野党の合意形成の場として位置付けることが必要ではないか。

なお、国会での与野党関係が多数決型またはコンセンサス型のいずれの場合であっても、2007年の参院選挙以降、衆議院本会議・委員会での審議回数（時間）が減少していることに注意する必要がある（図3）。福田、麻生両内閣では法案の修正率が上昇し、国会の合意形成機能が高まったものの、十分な審議を踏まえて修正に結実したものではない。むしろ、参議院での60日ルールを活用した野党による審議拒否などによって法案成立を遅らせ、そのことが法案修正につながるなど、依然としてビースコスト型の国会戦術が幅を利かしている。逆に鳩山内閣のように与党が多数を確保すると、与野党双方が対決姿勢を強め、法案審議よりも多数で採決することを与党側が優先する。その結果、ねじれ国会あるいは与党が多数を持つ国会のいずれにおいても、法案の総審議量

図3 衆議院本会議・委員会開会回数



資料)『衆議院の動き』各年版による。

が減少することに陥っているのである。その背景には、国会での議論よりも、選挙によって多数を握った政党が数の力で押し通しても正当化されるという「選挙独裁」主義がある。それでは国会の存在意義が極めて希薄化することは避けられないだろう。

おわりに

民主党内では、9月14日の党代表選で菅首相と小沢前幹事長が対決することとなった。小沢「首相」の待望論の中には、社民党や公明党などとのパイプを活かし、新たな連立政権の構築にその政治手腕を発揮するとの期待が議員にあったと思われる。一方で、小沢前幹事長には政治とカネの問題がつきまとい、かつて厚生官僚とやりあって薬害エイズ問題などで成果を挙げ、クリーンなイメージのある菅首相に対して期待する世論の力が議員に及ぼす影響も大きいとされた。代表選挙の結果は、菅代表が党员・サポーター票、地方議員票で圧倒し、議員票では拮抗していたものの大差の再選となった。菅改造内閣では、閣僚ポストで小沢候補を支持したグループが相対的に冷遇され、逆に副大臣、政務官の人事では、官邸主導の人選によって小沢グループの議員も政府に入ることとなった。党側では、岡田幹事長、枝野幹事長代理、玄葉政調会長（留任）、鉢呂国会対策委員長といずれも小沢元幹事長に批判的な議員が要職を占め、代表選挙でうたわれていた挙党態勢は実現しなかった。菅改造内閣の最大の焦点は、当然のことながら、ねじれ国会で野党側の協力をいかに取りつけて、予算関連法案などの重要法案の成立を図るかという国会対策にあることに変わりはない。改造後の菅内閣では、党側の政策責任者である玄葉政調会長を国家戦略担当大臣と兼務させ、党の持つ政策立案の資源を内閣が活かすことで政府・与党の一体化を図りつつ、野党との政策協議を進めることになった。そこでは、党の政策責任者や国会対策委員長の役割がより重要となろう。

菅政権にとって、自公連立政権時代と異なるのは、自民党の分裂によって多党化が進み、野党の中に小党が乱立していることから、提携の可能性のある政党を見つけやすいことである。参議院では、民主党と国民新党の与党は109議席と過半数に足りないが、公明党の19議席またはみんなの党の11議席を加えれば過半数を回復できるからである。補正予算をめぐる提出前に政策協議が行われたり、法案ごとに政策連合が形成されたりする可能性が高いと考えられる

のもそのことによる。一方で、社民党と法案ごとの連携関係を構築することができれば、国民新党などとともに衆院で3分の2の多数派を形成し、衆議院での再議決が可能な勢力を目指すことも可能性として考えられよう（社民党の6議席を加えると与党側の衆議院の議席は与党系無所属議員を加えて319議席になる）。

176回臨時国会では予算を始め重要法案の未成立が内閣の責任に直結するため、どうしても政局含みで国会が推移し、法案審議よりも与野党間の駆け引きが優先される可能性が高い。しかし、多数派を形成するためだけの数合わせや、政権を追い込むことだけを目的とする審議拒否に終始するのではなく、政党内・政党間の議論を活性化させ、政策をめぐる協議を蓄積することで政党間の合意形成が図られていくべきであろう。そうしたプロセスを進めることで、官僚依存から、本当の意味での政治主導への転換が図られる機会も生じてくるものと考えられる。

（注）本稿は、2010年9月1日に実施された北大立法過程研究会での口頭報告に菅改造内閣発足（同年9月末）までの状況を踏まえた加筆・修正を行ったものである。

刑事判例研究

関口和徳

宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、荷送人や荷受人の承諾を得ずに、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察する行為は、検証としての性質を有する強制処分に当たり、検証許可状によらずにこれを行うことは違法である、とされた事例

最三決平21・9・28刑集63巻7号868頁

（平成19年（あ）第798号 国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律違反、覚せい剤取締法違反被告事件）

【事実】

大阪府警察官らは、かねてから覚せい剤密売の嫌疑で大阪市内の有限会社A社に対して内偵捜査を進めていたところ、A社関係者が東京の暴力団関係者から宅配便により覚せい剤を仕入れている疑いが生じたため、宅配便業者の営業所に対して、A社の事務所に係る宅配便荷物の配達状況について照会等をした。その結果、同事務所には短期間のうちに多数の荷物が届けられており、それらの配送伝票の一部に不審な記載のあること等が判明した。そこで、警察官らは、同事務所に配達予定の宅配便荷物のうち不審なものを借り出してその内容を把握する必要があると考え、上記営業所長の承諾を得て、平成16年5月6日から同年7月2日にかけて、5回にわたり、同事務所に配達予定の宅配便荷物各1個を同営業所から借り受けた上、関西空港内大阪税関においてエックス線検査を行った（なお、警察官らは、本件エックス線検査につき、荷送人や荷受人の承諾を得ていなかった）。その結果、1回目の検査では覚せい剤とおぼしき物

は発見されなかったが、2回目以降の検査では、いずれも、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された（以下、これら5回の検査を「本件エックス線検査」という）（なお、本件エックス線検査を経た上記各宅配便荷物は、検査後、上記営業所に返還されて通常の運送過程下に戻り、上記事務所に配達された）。

1審は、本件エックス線検査は荷送人・荷受人のプライバシーを侵害するものではあるが、その侵害の程度は軽微であるとして、本件エックス線検査を任意捜査に当たるとするとともに、任意捜査の限界を超えた違法なものともいえないとした（大阪地判平18・9・13刑集63巻7号890頁）。被告人は控訴したが、控訴審も1審の判断を是認した（大阪高判平19・3・23刑集63巻7号911頁）。

これをうけ被告人は、本件エックス線検査は任意捜査の範囲を超えた違法なものであり、本件において事実認定の用に供された本件覚せい剤等は同検査により得られた射影の写真に基づき取得した搜索差押許可状により得られたものであり、違法収集証拠として排除されなければならない、として上告した。

【決定要旨】

上告棄却。

「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない」。

「本件覚せい剤等は、同年6月25日に発付された各搜索差押許可状に基づいて同年7月2日に実施された搜索において、5回目の本件エックス線検査を経て本件会社関係者が受け取った宅配便荷物の中及び同関係者の居室内から発見されたものであるが、これらの許可状は、4回目までの本件エックス線検査の射影の写真等を一資料として発付されたものとうかがわれ、本件覚せい剤等は、

違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠であるといえることができる。

しかしながら、本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を説明するためには本件エックス線検査を行う実質的必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実に占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各搜索差押許可状に基づく搜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸事情にかんがみれば、本件覚せい剤等は、本件エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができるかと解するのが相当である。

したがって、本件覚せい剤等を証拠排除せずに事実認定の用に供した第1審の訴訟手続を是認した原判断は、結論において正当である¹。

【検討】

1 本件エックス線検査は強制処分か

(1) 刑訴法197条1項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調べをすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない。」と規定している。ここにい

¹ 本決定の研究として、前田雅英「強制捜査と違法収集証拠排除」『警察学論集』62巻12号(2009年)171頁、正木祐史「最新判例演習室」『法学セミナー』660号(2009年)128頁、池田公博「宅配便内容物のエックス線検査の適法性」『判例セレクト』2009Ⅱ(2010年)39頁、小玉大輔「実務刑事判例評釈」『警察公論』65巻4号(2010年)89頁、坂口拓也「判例研究」『研修』748号(2010年)15頁、笹倉宏樹「宅配便荷物のエックス線検査と検証許可状の要否」『平成21年度重要判例解説』(2010年)208頁、野呂裕子「判例紹介」『研修』739号(2010年)109頁、緑大輔「速報判例解説・刑事訴訟法 No.5」『速報判例解説 Vol.6』(2010年)209頁。なお、1審判決の研究として、豊崎七絵「最新判例演習室」『法学セミナー』637号(2008年)118頁がある。

う「強制の処分」(強制処分)について、リーディング・ケースである【1】最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁は、「有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」と定義づけた。すなわち、強制処分の要素は、「個人の意思の制圧」と「身体等〔の諸権利〕の制約」の2点ということになる²。そこで、本件エックス線検査が、「個人の意思の制圧」と「身体等〔の諸権利〕の制約」を伴うものであるのか否かが問題となる。

(2) 従前の判例の中に、本件エックス線検査のような捜査の強制処分に当たるのか否かについて明確な判断を示したものは、下級審を含めて見当たらない。この点、本件1審は、次のように述べ本件エックス線検査の強制処分該当性を否定し、任意処分に位置づけた。すなわち、「このような方法は、捜査機関が、運送中の宅配便荷物について、封を開披することなく、①目視して外部を見分する、②寸法や重量を測定する、③荷送伝票の記載を読んで荷送人・荷受人の住所氏名等や内容物として記載された品名を知るなどの方法で調査するのは性質を異にし、内容物の形状や材質について窺い知ることが可能になるという点で、荷送人・荷受人の私的な領域に一步踏み込むものである」。「荷送人及び荷受人が当該荷物に関し本件エックス線検査が実施されようとしていることを知った場合、これを承諾しないことも予想されるところ、そのような機会を与えずに荷物をエックス線検査にかけることは、その程度はともかくとして、荷送人・荷受人のプライバシー等を侵害することは否定できない」。「しかし、本件によるエックス線検査による方法は、その射影により内容物の形状や材質を窺い知ることができるだけで、内容物が具体的にどのようなものであるかを特定することは到底不可能である。したがって、この方法が荷送人・荷受人のプライバシー等を侵害するものであるとしても、その程度は極めて軽度のものにとどまる。荷物を開披した上で内容物を見分した場合に荷送人・荷受人のプライバシー等が侵害されるのに比べれば、格段の差がある」。また、控訴審も、「①エックス線を照射して宅配荷物の内容物を検査することが荷送人及び荷送人のプライバシー等を侵害するものであることは否定できないが、宅配荷物の外部から照射したエックス線の射影により内容物の形状や材質を窺い知

² 白取祐司『刑事訴訟法〔第6版〕』(日本評論社、2010年)93頁。

ることができるにとどまり、プライバシー等の侵害の程度が大きいとはいえないこと、②……それまでの内偵捜査により、同一人と思しき人物からBなる者に宛てた宅配荷物が有限会社A……の事務所に多数回配送されていたことなどの事実が判明し、本件会社の関係者が何者かから宅配荷物により覚せい剤を譲り受けている嫌疑が高まっていたこと、③本件のエックス線照射は、宅配荷物の直接の占有者である宅配業者の承諾を得て行っている上、検査の対象としたのは、C……が実名で本件会社宛に発送した宅配荷物1個とCが偽名を使用してB宛に発送した宅配荷物4個に限定されていることなどに照らすと、本件エックス線照射は任意捜査として許容される限度のものというべきである」として1審の判断を是認した。

本件1審・控訴審は、本件エックス線検査によってプライバシー侵害が生ずるとしてもその程度は大きくはない、という理解に基づいて本件エックス線検査を任意処分と位置づけたものと解される。そして、このような判断の根底には、「身体等の〔諸権利の〕制約」の「制約」には、少なくとも軽微なものにとどまる「制約」については含まれない、という考え方が横たわっているものと解される。この点、学説においては、強制処分を基礎づける「制約」について、その「制約」の態様は様々であることを踏まえ、ある程度重大な「制約」が加えられた場合には強制処分に、そこまでに至らない場合（「制約」が軽微なものにとどまる場合）には任意処分に区分する考え方が有力となっている³。強制処分にまでは至らない有形力の行使という概念を認めた前出【1】もこのような考え方にたつものと解しうる⁴。そして、本件エックス線検査によりプライバシー等の「制約」が生ずることを認めつつ、その「制約」の程度を問題として、本件エックス線検査を任意処分に位置づけた1審・控訴審も、このような考え方を踏襲したものとみることができる。

（3）1審・控訴審が本件エックス線検査を任意処分に位置づけたのに対し、本決定は、「捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察した

³ 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（2）」『法学教室』284号（2004年）68頁、井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、2006年）12頁等参照。なお、白取・前掲（注2）書117頁も参照。

⁴ 後藤昭「強制処分と令状主義」『法学教室』245号（2001年）12頁も参照。

ものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される」として、本件エックス線検査を強制処分に位置づけた。本決定は、本件のようなエックス線検査による捜査を強制処分であると最高裁として初めて明確に判示した点に重要な意義がある。

本決定が本件エックス線検査を強制処分に位置づけたのは、本件エックス線検査が「荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものである」ことによる。このように、当該捜査が強制処分に当たるか否かの判断において権利制約の程度を問題にしていることに鑑みると、本決定の任意処分と強制処分の区別に関する基本的な考え方は前出【1】の考え方を踏襲した1審・控訴審と共通している⁵。しかし、本件エックス線検査の処分の性格については1審・控訴審と本決定とで結論が分かれた。その理由はどこにあるのか。両者の結論の相違は、本件エックス線検査によるプライバシー侵害の程度の評価の相違によるものと解される⁶。すなわち、1審は、本件エックス線検査によって生じるプライバシー侵害の程度について、「[本件エックス線検査では]内容物の形状や材質を窺い知ることができるだけで、内容物が具体的にどのようなものであるかを特定することは到底不可能である」とした上で「この方法が荷送人・荷受人のプライバシー等を侵害するものであるとしても、その程度は極めて軽度のものにとどまる」とした。また、控訴審は、「エックス線を照射して宅配荷物の内容物を検査することが荷送人及び荷送人のプライバシー等を侵害するものであることは否定できないが、宅配荷物の外部から照射したエックス線の射影により内容物の形状や材質を窺い知ることができるにとどまり、プライバシー等の侵害の程度が大きいとはいえない」とした。これに対し本決定は、「荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であつた」として、「荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものである」としている。このように、1審・控訴審と本決定とでは本件エックス線検

⁵ 正木・前掲（注1）論文128頁、緑・前掲（注1）論文210頁参照。

⁶ 正木・前掲（注1）論文128頁。

査によって生じたプライバシー侵害の程度、具体的には、本件エックス線検査によって荷物の内容物をどの程度窺い知ることができたのかという点についての評価が大きく異なっている。すなわち、本決定では、1審・控訴審では認定されなかった「内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であつた」ことが認定されており、このことが1審・控訴審と本決定とで結論が分かれた最大の理由と解される⁷。もっとも、1審・控訴審と本決定とで結論が分かれた理由はこのような点の評価の相違のみにあるわけではないとも解される。なぜなら、本決定は、エックス線検査によって「内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であつた」としたが、これは、品目等の具体的特定が相当程度可能な場合もあれば不可能な場合もあるが、可能な場合の存在することがエックス線検査の強制処分性の根拠となることを示しているからである⁸。

ところで、エックス線検査に類似する捜査方法としては写真撮影が想起される。写真撮影の強制処分性に関する学説の議論においては、強制処分性を基礎づけるプライバシー侵害の重大性について、「外から見える状態か見えない状態か」を重要な判断基準とする考え方が有力化している⁹。これは、プライバシーに対する期待可能性を基準にプライバシー侵害の重大性を判断する考え方であると換言できる。このような議論を踏まえれば、本件エックス線検査の対象となった梱包された荷物についてもプライバシーに対する期待可能性が存在すると解することができるから、具体的に内容物が特定できたといえない限りプライバシー侵害の程度が軽微であるとして当該捜査の強制処分性を否定した1審・控訴審の論理には疑問を容れる余地があるように思われる¹⁰。梱包された荷物の中身の探索の方法には種々のものがあり¹¹、いかなる探索の方法であってもそれが梱包された荷物の中身を対象としたものである限り常に強制処分にあたるとまではいえないにしても、本判決の論理によれば、少なくとも、本件エックス線検査のように、梱包された荷物の中身を対象とし、「内容物によつ

⁷ 正木・前掲（注1）論文128頁。

⁸ 笹倉・前掲（注1）論文209頁。

⁹ 井上・前掲（注3）書12頁、白取・前掲（注2）書117頁。

¹⁰ 豊崎・前掲（注1）論文118頁参照。

¹¹ 笹倉・前掲（注1）論文209頁。

てはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能である」方法で行われる探索については、強制処分に当たると評価されることになると思われ、この点に本決定の重要な意義が認められる。

(4) ところで、先にみたように【1】の示した強制処分の要件は、「個人の意思の制圧」と「身体等〔の諸権利〕の制約」の2点であるが、本件エックス線検査が「個人の意思の制圧」を伴うものか否か¹²⁾について本決定の中では触れられていない¹³⁾。この点をどのように理解すべきか。本件エックス線検査は、相手方不知の間に行われていたものであるが、このような方法が、「個人の意思の制圧」を伴うものといえるのか否が問題となる。

この点、従前の判例の中には、相手方不知の間に行われた電話傍受（盗聴）の合憲性の判断において、「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」と判示したものがある（【2】最決平11・12・16刑集53巻9号1327頁）。【2】においては、電話傍受が強制処分に当たることが明らかとされたが、そこでは、電話傍受が「個人の意思の制圧」を伴うものなのか否かが具体的に検討されることなく、電話傍受が「通信の秘密を侵害」し「プライバシーを侵害すること」から直截に強制処分であるという結論を導いている。

学説においても、強制処分には、【1】の事案のように有形力行使によって現実に「個人の意思の制圧」を伴う捜査だけでなく、相手方不知の間に「身体等〔の諸権利〕の制約」を加える捜査についても強制処分に含める考え方が有力である。たとえば、田宮裕博士は、「強制処分とは……相手方の権利侵害をきたす場合をも加えて考えるべきではないかと思われる。すなわち、処分態様の異常性のほか、処分の向けられた法益の内容にも注目すべきであって、強制に基づく場合や義務を負わせる場合のみならず、隠密裏にはあっても、同意を得ずに個人の法益を侵犯するような場合も、強制処分と解すべきであろう」¹⁴⁾とされた。また、井上正仁教授も「本人が知れば当然拒否すると考えら

¹²⁾ この論点につき、白取祐司「捜査官の欺罔による『承諾』と手続の適正」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2002年）507頁以下、宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」『研修』733号（2009年）11頁以下参照。

¹³⁾ 緑・前掲（注1）論文2頁も参照。

¹⁴⁾ 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）71頁。

れる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利を奪うのも、現実に表示された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきである。この理は、例えば、住居主が不在のときに、その住居に立ち入って捜索を行うのが任意処分とは到底いえないことを考えてみれば、容易に理解できる¹⁵⁾とされる。さらに、白取祐司教授も、「盗聴のように相手方不知の間に侵害することもあるから、現実には意思を『制圧』したことまで要せず、本人が知れば当然に反対する場合も含む¹⁶⁾とされる¹⁷⁾。このような考え方にたてば、「個人の意思の制圧」については、「相手方の明示または黙示の意思に反すること」と捉えるべきことになる¹⁸⁾。また、「個人の意思の制圧」についてこのような理解が可能であるとする、強制処分とは「被処分者の意思または推定的意思に反する法益侵害行為」と端的に言うるのではなからうか¹⁹⁾。先にみた【2】が、電話傍受について、「個人の意思の制圧」を伴うものなのか否かを具体的に検討しなかったのは、このような考え方を前提にしているものと解される。本決定が、本件エックス線検査が「個人の意思の制圧」を伴うものなのか否かについて具体的な検討をしなかったのも、同様の理由に基づくものであろう。

(5) 以上をまとめると本決定は、本件エックス線検査が「プライバシー等を大きく侵害するもの」であること、および、本件エックス線検査が被処分者の推定的意思に反することを根拠に本件エックス線検査を強制処分に位置づけたものということになる。もっとも、この点に関し前田雅英教授は、【3】最大判昭44・12・24刑集23巻12号1265頁（京都府学連事件）や【4】最決平20・4・15刑集62巻5号1389頁などを挙げつつ、「強制捜査として令状を要するかどうかの判断にも、嫌疑の濃さや当該捜査の必要性・緊急性の程度が影響を与える²⁰⁾余地がありうることを示唆される。たしかに、【3】は、「何人も、その承諾な

¹⁵⁾ 井上・前掲（注5）書10頁。

¹⁶⁾ 白取・前掲（注12）論文507頁。

¹⁷⁾ このような考え方にたつ最近の研究として、松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010年）233頁。

¹⁸⁾ 井上・前掲（注5）書10頁。

¹⁹⁾ 白取・前掲（注12）論文507頁。なお、川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（下）』（判例タイムズ社、2006年）29頁。

²⁰⁾ 前田・前掲（注1）論文177頁。

しに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有する」とする一方で、「現に犯罪が行われもしくは行われたのち間がないと認められる場合であって、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもって行われるときは」適法であるとし、また、【4】も、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必用な証拠資料を入手するため、これに必用な限度において、公道上进行している被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである」、「これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な限度において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なもの」として、それぞれ当該捜査の適法性判断において、権利の制約と捜査の必要性・緊急性といった要素とを利益考量している。本件1審・控訴審も、このような利益考量を踏まえて、本件エックス線検査を適法と判示している。

しかし、【3】・【4】は、当該捜査によって生じた権利侵害自体を重大なものとは捉えておらず、当該捜査が任意処分に区分されるものであることを前提にそれらの適法性を判断する文脈において必要性・緊急性等を検討したものである²¹。本件1審・控訴審も、本件エックス線検査によって生じるプライバシー侵害を軽微なものにとらえ、同検査を任意処分と位置づけたものである。これらの点は見過ごすべきではないのではなからうか²²。すなわち、上記はいずれも、当該捜査を任意処分に区分したうえで、その任意処分としての適法性を判断する中で、利益考量が行われているのである。これに対し、本決定は本件エックス線検査によるプライバシー侵害の重大性を肯定し、同検査を強制処分に位

²¹ 【3】の位置づけにつき、井上・前掲（注3）書13頁参照。

²² 判タ1250号339頁の匿名解説が、本件1審について、最決昭59・2・29刑集38巻3号479頁（高輪グリーンマンション事件）と同様の立場にたつと解説したのも、本件1審が本件エックス線検査を任意処分に位置づけていることが前提となっているのである。

置づけているのであるから、任意処分の適法性判断の文脈で捜査の必要性・緊急性等を検討した【3】・【4】や本件1審・控訴審の判示は、本決定には妥当しないというべきであり、本件のように高度のプライバシー侵害が認められるような場合においては、利益考量の余地はないと解すべきである。本決定が、本件エックス線検査が強制処分に当たるか否かの判断において捜査の必要性・緊急性等に言及しなかったのも、まさにこのような理解にたっているためであると解される。

2 本件証拠の証拠能力

(1) 以上にみたように、本件エックス検査が強制処分に当たり違法であるとする、そのような違法な捜査手続によって収集された証拠を疎明資料として発付された捜索差押え許可状によって収集された本件覚せい剤等の証拠能力が問題となる。

ところで、違法な捜査手続によって得られた証拠の証拠能力について、リーディング・ケースである【5】最判昭53・9・7刑集32巻6号1672頁は、警察官が職務質問に際し相手方の承諾なく上衣左内側ポケットに手を差し入れて所持品を取り出したところそれが覚せい剤であった、という事案につき、「証拠物の押収等の手続に、……令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」とする。【5】のいう証拠排除の要件は、(イ)証拠物の押収等の手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があること(違法の重大性)、(ロ)当該証拠を許容することが違法捜査抑制の見地からして相当でない場合(排除の相当性)、の2点をともにみたすことであり、【5】はいわゆる「相対的排除説」にたつものと解されている²³。

もっとも、【5】と本件とはやや事案を異にする。【5】では違法な所持品検

²³ 白取・前掲(注2)書363頁参照。なお、【5】以降の判例は一貫して、この「相対的排除説」にたつて違法収集証拠の証拠能力を判断してきた(最判昭61・4・25刑集40巻3号215頁、最決昭63・9・16刑集42巻7号1051頁、最決平6・9・16刑集48巻6号420頁、最決平7・5・30刑集49巻5号703頁、最決平8・10・29刑集50巻9号683頁、最判平15・2・14刑集57巻2号121頁〔後出【7】〕等参照)。

査によって発見された覚せい剤の証拠能力が問題となったのに対し、本件では、違法な本件エックス線検査によって得られた証拠（本件エックス線検査で撮影された写真）を疎明資料として発付された搜索差押許可状に基づいて行われた搜索によって発見された覚せい剤等の証拠能力、すなわち派生証拠（2次証拠）の証拠能力が問題となっている²⁴。2次証拠の証拠能力については、いわゆる毒樹の果実論の適用の有無が問題とされる²⁵。日本の判例においては、【6】最判昭58・7・12刑集37巻6号791頁の伊藤補足意見が初めて毒樹の果実論について言及した。その後の最高裁判例において、毒樹の果実論それ自体について詳細に検討したものはいまだ存在しないが、違法収集証拠の証拠能力を否定した初の最高裁判例である【7】最判平15・2・14刑集57巻2号121頁が、違法な身体拘束中に得られた尿（1次証拠）の証拠能力のみならず、これを疎明資料として発付された搜索差押許可状に基づく搜索によって発見された覚せい剤とこれに関する鑑定書（2次証拠）についてもその証拠能力を問題としていることに鑑みると、毒樹の果実論が適用されることが前提になっているといえる²⁶。

（2）本決定は、本件覚せい剤等について、「本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を解明するためには本件エックス線検査を行う実質的必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各搜索差押許可状に基づく搜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸事情にかんがみれば、本件覚せい剤等は、本件

²⁴ 笹倉・前掲（注1）論文210頁、緑・前掲（注1）論文211頁。

²⁵ 毒樹の果実論については、さしあたり、光藤景皎『刑事訴訟行為論』（有斐閣、1974年）291頁、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985年）412頁、川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集（下）』（有斐閣、1998年）515頁参照。

²⁶ 朝山芳史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 平成15年度』（法曹会、2006年）47頁参照。

エックス線検査と上記の関連性を有するとしても、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができると解するのが相当である」として、最終的にその証拠能力を肯定している。

本決定は、本件覚せい剤等の証拠能力につき、「違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠」の証拠能力の問題として処理していることから、本件覚せい剤等の証拠能力を2次証拠の証拠能力の問題と捉えていることが窺える²⁷。もっとも、本決定の本件覚せい剤等の証拠能力の判断方法をみると、違法収集証拠排除法則の適否と毒樹の果実論の適否とが混在した形となっているように見える。このような形になったのは、本件においては1次証拠の証拠能力が問題とされていないことに起因するものと解される²⁸。2次証拠の証拠能力については、1次証拠の証拠能力が否定される場合（すなわち、【5】が証拠排除の要件とした「違法の重大性」と「排除の相当性」が肯定される場合）に、その1次証拠に基づいて得られた2次証拠についてもその証拠能力も否定すべきか、という形で検討されることになる²⁹。しかし、本件においては1次証拠の証拠能力が問題となっていないため、通常は1次証拠の証拠能力を判断する局面で検討されるべき「違法の重大性」と「排除の相当性」が2次証拠にあたる本件覚せい剤等の証拠能力の判断の局面で検討されたのである。

このような本決定のとした2次証拠にあたる本件覚せい剤等の証拠能力の判断方法は、毒樹の果実論の本質を如実に浮かび上がらせたものともいえる。先にも述べたように、毒樹の果実論は、違法な捜査手続によって得られた1次証拠の証拠能力を否定する場合に1次証拠に基づく2次証拠の証拠能力まで否定すべきなのかという形での問題設定がなされることになるが、突き詰めれば、この毒樹の果実論の本質は、1次証拠収集の基礎となった違法な捜査手続の影響が1次証拠のみならず2次証拠についても及んでいるのか否か、にあるということである³⁰。2次証拠についても、結局のところ、違法収集証拠排除法則の適用の可否が問われていることに相違はないのである。

²⁷ 緑・前掲（注1）論文212頁参照。

²⁸ 緑・前掲（注1）論文211頁以下。

²⁹ 前出【7】参照。

³⁰ 川出・前掲（注25）論文516頁以下、朝山・前掲（注26）論文47頁参照。

(3) 本決定は、本件エックス線検査を強制処分に位置づけてこれを違法と断じたが、「違法の重大性」については、これを否定している。「違法の重大性」について、【5】は、捜査官側に令状主義を潜脱する意図が存在することが必要であるとしている。このような意図の存否は、判例上、「違法の重大性」を判断するうえで重要視されているといえる。最高裁として初めて、「違法の重大性」を認めて証拠排除にいたった【7】も、「本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない（逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の経過から明らかである。）という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである」としている。本決定が、本件エックス線検査について、「プライバシー等を大きく侵害するものである」として強制処分に位置づける一方で、「違法の重大性」を否定しているのも、警察官側の意図を重要視した結果であると解される。

(4)ところで、本決定が本件エックス線検査の違法性を判断するのに際し「検証許可状の発付を得ることが可能だった」と述べているが、「検証許可状の発付を受けることが可能だった」ことが本件エックス線検査の違法の重大性の判断においてどのように考慮されているのかが必ずしも判然としない³¹。本件については、本件エックス線検査実施前に捜査機関は対象者らへの嫌疑を相当深めていたことが窺え、検証許可状の発付を受けた上で検査を実施することも可能であったのではないかと指摘もある³²。文字通り「検証許可状の発付を受けることが可能だった」にもかかわらず、その発付を受けずに検証を行ったとすれば、それはまさに「令状主義の精神を没却する」違法行為というべきであ

³¹ 池田・前掲（注1）論文39頁。

³² 坂口・前掲（注1）論文23頁。

る³³。それにもかかわらず、本決定はなぜ違法の重大性を否定したのであろうか。この点に関しては、(イ) 本件嫌疑の高さ、宅配便業者の承諾の存在、検査対象限定の配慮等、本件エックス線検査の違法性自体を軽減しうる事情、(ロ) 本件覚せい剤は司法審査を経た搜索差押許可状に基づく搜索により発見されたものであるところ、同許可状請求の際の疎明資料としては本件エックス線検査で撮影された写真以外の資料も提出されていることから、本件エックス線検査と本件覚せい剤等との「関連性を希釈する事情」を考慮したことが違法の重大性の否定に結びついたという見方も可能である³⁴。もっとも、(イ)については、嫌疑の高さは「検証許可状を得るべき事情として違法の重大につながる」³⁵ともいえるし、本件エックス線検査の違法性の根拠が荷送人・荷受人のプライバシー侵害であることにてらせば³⁶、宅配便業者の承諾の存在はそのようなプライバシー侵害を軽減するものではなく、違法性もまた軽減しないという見方もできる。また、(ロ)についても、本件エックス線検査で撮影された写真以外の資料のみによってはたして搜索差押え許可状が発付されたのかについてはなお検討の余地がある³⁷。

思うに、本決定が「検証許可状の発付を受けることが可能だった」としながら、違法の重大性を肯定しなかったのは、本件の特殊事情として、本件エックス線検査のような捜査方法の強制処分該当性について明確に判示した従前の判例が存在しないことから、本件エックス線検査が行われた時点においては、本件エックス線検査が強制処分に当たるのか否かすなわち令状の要否が分明ではなかったという点を挙げることができるのではなかろうか。本決定は、このような点を踏まえ、令状を得ることなく本件エックス線照射を行った警察官の側に「令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえない」（すなわち、本件エックス線検査が強制処分に当たることを認識しながら敢えて令状を得ずに検査を実施したという状況は存しなかった）との判断にいたったものと解さ

³³ 緑・前掲（注1）論文212頁。

³⁴ 緑・前掲（注1）論文212頁参照。

³⁵ 正木・前掲（注1）論文128頁。

³⁶ 緑大輔「令状における規律—『搜索及び押収』と令状主義」『法学セミナー』668号（2010年）124頁以下も参照。

³⁷ 正木・前掲（注1）論文128頁。

れる。本決定がだされたことにより、本件のようなエックス線検査が強制処分にあたることが明らかとなった。以降同様の事例が現れた場合には、「違法の重大性」を認めてそれによって得られた証拠の証拠能力を否定すべきであろう。また、上述のような本決定の理解にたつと、裁判所は重大な違法を認めて証拠排除に踏み切ることが予想される。

なお、本決定は、「その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を肯定することができる」と解するのが相当」としており「証拠の重要性等諸般の事情」が本件覚せい剤等の証拠能力を肯定する方向での考慮要素となっていることが窺える。しかし、「証拠の重要性等諸般の事情」は、本件覚せい剤等の収集過程に重大な違法が認められないことを判示したうえで、触れているにすぎないのであるから、証拠収集過程に重大な違法が認められる場合においてもなお、「証拠の重要性等諸般の事情」を根拠に当該証拠の証拠能力を肯定できるとする趣旨までは含まれていないものと解すべきである³⁸。

〔付記〕

- ・ 本稿は、日本刑法学会北海道部会（北大刑事法研究会共催）（2010年3月13日、於北海道大学）における研究報告を基にしたものである。
- ・ 校正中に、葛野尋之「宅配便荷物のエックス線検査の適法性」『法律時報』83巻2号（2011年）122頁に接した。

³⁸ 笹倉・前掲（注1）論文210頁参照。

〔掲載順〕

[illegible]

平成23年 3月24日 印 刷
平成23年 3月31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
松久三四彦

印刷 北海道大学生生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北8条西8丁目
TEL 011(747)8886

発 行 所 北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北9条西7丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 61 March 2011 No. 6

CONTENTS

ARTICLES

Challenges for Sino-Japanese Tort Law in the 21 st Century: With Reference to Recent Legislation in China ☆	Kunihiko YOSHIDA	1
The legal structure of commodity futures trading brokerage	Chikara KAWAMURA	31
Structure of Director Liability on Violation against Duty of Compliance with Legal Rule: Cases of Supreme Court, New Corporate Law, and Reform of Law of Obligations	Akira TOKUTSU	61
Corporate Scandal and Civil Liability of Director (4) : Director's Duty to Establish Compliance System.	Kengo MINAMI	99
Die internationale Zuständigkeit der Gerichte für Schadensersatzklagen aus Kapitalanlagendelikten	Takuya SHIMA	426[1]
Conflict between Contract and Tort Liability for Negligence in Pure Economic Loss Cases Involving Defective Premises	Akiko SHINDO	386[41]
Effectiveness of the Domestic Violence Protective Order	Yasutaka MACHIMURA	364[63]

LECTURES

A Discussion on Detention System in Korea	MIN Youngsung	157
Impressions of Cabinet Legislative Bureau and Duty of Public Law Studies	Takeshi NAKANO	183
L'évolution contemporaine du droit administratif français au regard des exigences de la convention européenne des droits de l'homme.	René HOSTIOU	346[81]
Translated by Maki KOBAYASHI		

MATERIALS

Memorandum Submitted to the Sapporo High Court in Respect of Hepatitis B Infection Case	Nobuhisa SEGAWA	328[99]
The Legislative Process in the Democratic Party of Japan-led Coalition Government	Katsuhiko MUSASHI	312[115]

CASE NOTE

Note on Criminal Law Case	Kazunori SEKIGUCHI	276[151]
* * *		
Prof. Nobuhisa SEGAWA's Curriculum Vitae and Publications	Miyohiko MATSUHISA	203
Prof. Tetsunari DOKO's Curriculum Vitae and Publications	Tomoyuki KATO/Yoshihisa SAITO/ Hideo KUNITAKE	223
Prof. Tatsumi HAYASHI's Curriculum Vitae and Publications	Tetsuo YAMAMOTO	249

[]...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