HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集　第63巻　第3号　全1冊
Citation	北大法学論集, 63(3)
Issue Date	2012-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/50183
Type	journal
File Information	lawreview_vol63no3.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 63 巻　　第 3 号

論　　説

日台民法学比較と近時の改正論議の問題状況 …… 吉　田　邦　彦　　1

損害賠償法における素因の位置（4） …… 永　下　泰　之　　25

消費者契約法における誤認に基づく取消しの対象
…… 山　本　哲　生　308[　1]

司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（1）
―― 日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に ――
…… 鄭　　明　政　272[37]

民事詐欺の違法性と責任（1） …… 岩　本　尚　禧　232[77]

要件の視角から見た中国法人格否認の法理（4・完）
…… 王　　万　旭　198[111]

資　　料

〈北大立法過程研究会報告〉
両院制運用への展望 …… 大　石　　眞　　87
大石報告に対するコメント …… 浅　野　善　治　113

判 例 研 究

民事判例研究 …… 藤　原　正　則　160[149]

2012(平成24)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名誉教授

厚谷襄兒（経済法）
五十嵐清（比較法）
石川武（法史学）
伊藤大一（行政学）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
小川晃一（政治思想史）
小川浩三（法史学）
奥田安弘（国際私法）
神原勝（行政学）
木佐茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
小山昇（民事訴訟法）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
實方謙二（経済法）
東海林邦彦（民法）
杉原高嶺（国際法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
道幸哲也（労働法）
中村睦男（憲法）
中村研一（国際政治）
長井長信（刑法）
畠山武道（行政法）
林竧（商法）

教授

稗貫俊文（経済法）
深瀬忠一（憲法）
福永有利（民事訴訟法）
藤岡康宏（民法）
古矢旬（アメリカ政治史）
松澤弘陽（政治思想史）
松村良之（法社会学）
山畠正男（民法）
吉田克己（民法）
池田清治（民法）＊
池田悠（労働法）
岩井奉信（政治学）
岡田信弘（憲法）
小名木明宏（刑法）
小山剛（憲法）
笠原毅彦（行政法）
加藤智章（社会保障法）
岸本太樹（行政法）
児矢野マリ（国際法）＊特任教授
権左武志（政治思想史）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
白取祐司（刑事訴訟法）
城下裕二（刑法）
新堂明子（民法）
鈴木一人（国際政治経済学）＊
鈴木賢（比較法）
曽野裕夫（民法）＊准教授
空井護（現代政治分析）＊
遠藤乾（国際政治）＊
會澤恒（比較法）
尾崎一郎（法社会学）
○山下竜一（行政法）
○山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
亘理格（行政法）
薄木宏一（法実務基礎）
大野雅祥（刑事実務）
岸田洋輔（刑事実務）
高見進（民事訴訟法）
中村研一（国際政治）
舛田雅彦（法実務基礎）
松阿彌隆（民事実務）
米屋佳史（民事実務）
○郭舜（法制度論）
○川村力（商法）
○中島岳志（アジア政治論）＊
○中川寛子（経済法）
○堀口健夫（国際法）
三宅新（商法）
水野浩二（法史学）
山本周平（民法）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）＊
小嶋崇弘（知的財産法）
王万旭（商法）
稲垣美穂子（民事訴訟法）
石神圭子（アメリカ政治史）
鄭永泰（民法）
徐行（比較法）
朴鍾碩（国際政治）
桶口正樹（法史学）
辻村善之（知的財産法）
常本照樹（憲法）
長谷川晃（法哲学）
林田清明（法社会学）
藤原正則（民法）
眞壁仁（日本政治思想史）
町村泰貴（民事訴訟法）
松久三四彦（民法）
宮本太淳（行政学）＊
山崎幹根（行政学）＊
山口二郎（行政学）＊
脇淳（行政学）＊
渡辺治（政治学）＊
栗原伸輔（民事訴訟法）
桑原朝子（日本法制史）
小濵祥子（アメリカ政治史）
齋藤哲志（比較法）
得津晶（商法）
中川晶比兒（経済法）
根本尚徳（民法）
櫛橋明香（民法）

助教

＊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

論　説

日台民法学比較と近時の改正論議の問題状況

吉田邦彦

＊本稿は、二〇一二年四月一二～一三日の台湾政治大学主催のシンポジウム「中国（台湾）における民法法典化の方向と進展」での報告及び同月一六日の台湾大学での同名タイトルでの講演原稿に若干の加筆・修正を施したものである。こうした機会を与えて下さった、政治大学の陳洸岳教授をはじめとする諸教授、また台湾大学では司会者の詹森林教

授、討論者の陳自強教授をはじめとする諸教授に心よりお礼申し上げる。

はじめに

「中国（台湾）における民法法典化の方向と進展」というシンポ企画を立てられた陳洸岳教授は、近時の日本の債権法改正論議について（それを、台湾からご覧になると、民法研究者総動員的な異論のない動きのように見えるかもしれませんが）、私が慎重な立場を採っている（そして改正論議に慎重論ないし批判的意見を持つ人は、私が知る身近な研究者には少なくないことも確かです）ことを聞き及ばれて、「民法改正論議は、できるだけ多面的に議論すべきなので、そういう吉田の議論を展開して欲しい」というのが、同教授からのご要望でした。

しかしそれを行うためにも、（一）日本と台湾の民法学がどのように異同があり、（二）その相互関係はどのようなものであり、さらに、（三）吉田の民法学への問題意識はどのようなものであるかも、述べておく必要があると思いますので、前半でそれを行い（一章、二章）、それに続けて、後半で近時の改正論議についての私の所見を述べることに致します（三章）。とはいえ、今回が台湾初訪問の私にとりましては、この国の諸事情とか、文化とか、また台湾民法学の摂取に実は夢中で、未だに不勉強であるという致命的欠陥を抱えながらの報告であることは、最初にお断りをしておかなければいけません。

なお本稿での議論の仕方は、日台民法学者おなじみの各論的解釈論の比較研究とは少し趣が違います。それは時間的制約という理由もありますが、いずれ述べるように、各論的議論とは別の総論的・理論的スタンスで両民法学を捉え直してみたいという私自身の思いもあるのです。

＊以下では、「ですます体」を「だである体」に変更します。

一．台湾民法学の特色

台湾民法学の勉強を進めると、全体的にそれがかなり日本民法学に似ていることに気づかされる。しかしそれを承知の上で、両者の類似点と相違点を描き出すことから始めよう。

（一）（諸外国の状況への敏感さ、盛んな比較法論議）

第一の特徴は、諸外国の動きに敏感で、比較法研究が盛んである。そしてこれは、日本の民法学の状況に類似することである（近時は、比較法研究はトーンダウンしているが）。星野教授は、日本の法学者の「新しもの好き」傾向を指摘されたことがあるが[1]、台湾民法学者の特質としても類似するものがあると言えるのではないか。ともに、島国であることからかとも思われる。

（二）（日本以上のドイツ法の影響の強さ、スイス法の影響）

第二は、法典（台湾民法〔一九二九年制定〕）は、日本以上にドイツ法の影響が強く（日本民法は、我妻博士の頃までは、同様の印象を与えていたかもしれないが、戦後研究（星野教授等）により、かつての理解に誤解があり、フランス法、イギリス法の影響が法典自体には濃厚であることが明らかになっている[2]）、また、スイス法の影響が見られるところも興味深い。

なお、台湾では、近時でも「法継受」現象が見られるところ[3]も興味深い（例えば、一九九四年消費者保護法における一九七六年ドイツ約款規制法の継受、一九九五年区分所有共同住宅管理法における一九五一年ドイツ住居所有法の継受。これに対して、日本の近時の法改正では、それほど外国法の密着的参照ということは少なくなった。この違いをどう説明できるのだろうか）。自前の法解釈実践がある場合に、何故「法継受」がなされるのだろうか。

（三）（台湾での「日本学説継受」）

第三は、日本法との深いつながりがあることであり、台湾民法学における「日本学説継受」は、日本民法学における「ドイツ学説継受」の構造的問題（北川教授[4]）と類似するところがある。つまり、台湾民法典は、本来ドイツ法ないしスイス法の影響を受けた民法なのに、それと異質の日本学説の継受による歪みが出ているとの指摘がなされているのである（例えば、陳自強教授[5]）。

例えば、①通謀虚偽表示の第三者との関係（台湾民法八七条但書〔ド民一一七条一項〕への日本民法九四条二項の影響）、②錯誤理解（台湾民法八八～九一条〔ド民一一九～一二一条〕への日本民法九五条の影響）、③物権行為の無因性（台湾民法七六一条一項但書）への日本の有因説の影響、④ドイツ型不法行為（台湾民法一八四条一項前段、一項後段、二項はそれぞれ、ド民八二三条一項、八二六条、八二三条二項に対応）に対する日本の消極的な債権侵害論の影響などがそうである。

この種の批判[6]を行う議論は、かつて日本ではかなりのインパクトをもって論議された（北川・星野教授等）。韓国でも類似の研究がある（例えば、鄭鐘休教授[7]）。しかし本稿では敢えて、巨視的視点から関係諸国の比較法的研究を見てみると、こうした構造的矯正の作業は、所詮《顕微鏡的な作業》であると今では思っている（吉田）。ただ、従来閑却

された規範の新たな発見により、議論が塗り替わる場合は別であろう。

（四）（法教義学の強さ）

第四に、日台民法学の相違として気付かされるのは、台湾における法教義学志向の強さという点である。その背景が何に由来するかも一つの問題であろうが、推測されるのは、ドイツ法学、そしてそこにおける法教義学の強さの影響である。

この点は、程度の差かもしれない。日本でも京大を中心とする関西等ではこうしたドイツ的色彩は濃厚だからであるし、次に述べるように近時はその傾向は再度強くなる勢いがある。しかし、（全体としては、例外的かも知れないが）、従来日本民法学の展開をリードした東大系の民法学者（例えば、末弘・川島・来栖・加藤・星野各博士など）においては、アメリカ法学の影響が強く、方法論レベルでのリアリズム法学の影響から、法教義学一辺倒の法学に対しては、「概念法学」として批判的に脱構築していこうという潮流が有力であり[8]、私自身そのような土壌の下に育てられたということには留意されたい。

（1）例えば、星野英一「日本民法学の出発点」同・民法論集五巻（有斐閣、一九八六）二〇五頁（初出、東大公開講座・明治・大正の学者たち（東大出版会、一九七七））、同「日本の民法解釈学」同書二四四頁（初出、早稲田法学五八巻三号（一九八三））。これは、平井教授が指摘される「最新流行主義」（平井宜雄「『法的思考様式』を求めて」吉田邦彦編・民法学の羅針盤（信山社、二〇一一）四〇頁（初出、北大法学論集四七巻六号（一九九七））と通ずるものがあろう。

（2）例えば、星野英一「日本民法典に与えたフランス民法の影響」同・民法論集一巻（有斐閣、一九七〇）（初出、日仏法学

三号（一九六五））。

（3）法制定・改正における「法継受」等の概況につき、詹森林（宮下修一訳）「台湾における民法典の制定」加藤雅信編・民法改正と世界の民法典（信山社、二〇〇九）四〇九頁以下。

（4）北川善太郎・日本法学の歴史と理論（日本評論社、一九六八）。

（5）以下のことについては、例えば、陳自強「台湾民法の百年」北大法学論集六一巻三号（二〇一〇）九三二頁以下（「二六〇」頁以下）。債権侵害については、吉田邦彦・債権侵害論再考（有斐閣、一九九一）参照。つまりここでそれに関して言いたいのは、台湾不法行為法の規定の体裁からすれば、ドイツ法八二六条の議論をバランスよく継受することも可能であったろうに、何故かバランスを失した（私見が出る前の）日本の債権侵害学説の影響が台湾にも根強いのである。

（6）かつての日本民法学では、本来のフランス的・イギリス的法典が、ドイツ学説で歪められたという構造的批判が、台湾民法学においては、本来のドイツ的・スイス的法典の解釈が、日本的に歪められ、その矯正の必要性があるという議論とパラレルの関係がある。

（7）鄭鐘休・韓国民法典の比較法的研究（創文社、一九八九）。

（8）例えば、末弘厳太郎「法律解釈に於ける理論と政策」春木還暦論文集（有斐閣、一九三一）、川島武宜・科学としての法律学（弘文堂、一九六四）、来栖三郎「法の解釈適用と法の遵守（一）（二・完）」法協六八巻五号、七号（一九五一）、同「法の解釈と法律家」私法一一号（一九五四）、加藤一郎・民法における論理と利益衡量（有斐閣、一九七四）、星野英一「民法法解釈論序説」同・民法論集一巻（有斐閣、一九七〇）など。これらの分析について詳しくは、吉田邦彦・後掲書（注9）（民法理論研究一巻）第一章参照。

二．「民法理論研究」の視角[9]からの台湾民法学への問いかけ

次に、これまで行ってきた民法学に関する総論的視角ないし理論研究という角度からの日台民法学比較を行う序説と

して、その分析軸として私が注目しているものに即して、台湾民法学に問いかけを行い、これを巡る両国の比較法交流を素材として提示してみる。

（一）（法解釈方法論的議論）

第一は、法解釈方法論的議論であり、前述の如く、日本では、これについて従来民法学者が議論をリードして、それなりの蓄積がある（注8文献参照）が、こうした議論は台湾民法学にはあるのだろうか。

例えば、リアリズム法学の影響から、「法と社会」（生ける法）に関する議論が出され（末弘博士以来）、それを受け止めつつ、利益考量論（加藤・星野教授ら）が支配的民法解釈論の方法論となった。しかし、一九九〇年頃、それに対する批判として「法的議論」の基礎付けが行われたが（平井教授）[10]、同教授とて、論理実証主義ないしリアリズム法学の強い洗礼を受けつつの疑問の提示としての「第二次法解釈論争」であったことを忘れてはならない（因みに、「第一次法解釈論争」は、利益考量論の嚆矢となった来栖博士の議論を指している）。しかし、星野＝平井論争後の近時の日本民法学の動向として、概念法学的傾向、マニュアル化という現象が顕著で、批判的議論は停滞しており、論者（平井教授）の趣旨にも沿わないものとなっており、遺憾な事態である。

台湾民法学では、こうした日本の状況に対応する動きはあるのだろうか。この点で、陳教授は、「利益考量の方法が台湾民法学の方法論に及ぼした影響は、極めて限られたものにすぎなかった」とし、しかし他方で、「法と経済学」は、台湾の若い法律家（研究者）の間で風靡し、万能薬として科学的経済分析方法で全ての法律問題を解決できると期待する者も少なくないと指摘されていて[11]、こうした状況はなぜなのか不可解に私には映る。

すなわち、「リアリズム法学」（その影響を受けた利益考量論）と「法と経済学」とは、法思想の系譜的には連続面が

あるのに、台湾民法学のこのリアクションの相違には、理解に苦しむところがあるのである。

（二）（日台の法思想の特徴は？）

第二に、日台民法学の法思想の特徴はどのようなものなのだろうか。この点で、日本の特徴として、①従来原理的に考えることが弱いとされ（星野教授[12]。一般的には既に中江兆民[13]）、他方で、ハウツー的テクネー志向が強く、経済学的思考は好まれる。これは、（損得勘定に長けた江戸町人的な）日本的プラグマティズムであり、「利益考量論」はある意味で、法教義学の脱構築という意味で、こうした色彩もあるわけである。②他面で、社会科学におけるマルクス主義の影響は、従来強かったが、その理解のされ方は、比較的シェーマ的で一面的でもあった（例えば、川島博士の『所有権法の理論』[14]）。また経済学の領域で影響が強く、マルクスの思想的な影響力、さらには、その現代的な批判思想の展開というと、弱かったのであり、この点について、私は突こうとしているのである[15]。

台湾におけるこうした社会科学一般の思潮状況はどうなのであろうか。日本と類似するのか。

（三）（社会実態の民法への影響〔「法と社会」の視点〕）

第三に、社会実態の変化による民法への影響という関心はどうなのか。この点、日本の近時の状況に対応した民法学の変化の若干を述べると、例えば、①近時の経済不況（日本経済の空洞化）の影響があり（例えば、物上代位（日本民法三七〇条）への着目[16]）、②リスクの広域化、越境化の現象が前面に出て、その因果関係のメカニズムの複雑さの認識による従来の科学主義的責任原理の限界という問題が意識される[17]。とくに環境法の領域がそうであり、例えば、地球温暖化問題への民法的対処の難しさがあり、原発汚染等に対する従来型対応〔事後的補償的対応〕の時代錯誤性[18]という問

題になっている。また、③金融形態の変化（メインバンクシステムの崩壊と直接金融の前面化（債権の証券化・流動化[19]））は債権譲渡の議論にも変化をもたらしたが、それによる金融リスクのグローバル化で、サブプライムローンの金融リスクの世界的蔓延の問題は、周知のことであろう。

このような台湾民法学の検討はなされているのだろうか。

（四）（「社会編成原理」の自覚的認識及びその政策的スタンスの分散）

第四に、社会問題の規律を捉える際に、「社会編成規範原理」のあり方という問題意識が出てきたこと、とくに「市場と国家との関係」等に注目する視角が出てきたことに、私などは着目している（もっとも、具体的問題としては、例えば、公序良俗違反による契約（法律行為）が無効との規定（日本民法九〇条、台湾民法七二条）との関連で、「契約自由か、契約正義か」などという課題については、古典的問題として、法解釈的議論は蓄積されているが、ここで述べるようなマクロ的視点が自覚されていたかということである）。こうした台湾民法学分析はあるのであろうか（この点で、その規範的・法政策的立場が、全く一致しているかはわからないが、蘇永欽教授は、ドイツのシステム理論（トイブナー教授など）の影響を受けられて、憲法規定を媒介に民法の私的自治原則を規制する方向で説かれていて[20]、こうした社会編成原理の観点に類似するものが、例外的に看取されて、興味深く思う）。

もう少しこの点を敷衍すると、こうした視角は、アメリカの法と経済学の潮流、そして批判法学の議論を経て意識化されてきた。そして近時は、日本では、法解釈者の政策的スタンスの相違が意識化されている。すなわちそれは、自覚的な保守的（市場主義的）論者の登場ということであり（とくに、保守的「法と経済学」に染まった論者にそうした人は多い）、この点は、我々の恩師の世代においては、進歩的な立場での政策的立場のコンセンサスがあったのと対照的

である（そして、こうした政策的スタンスの変化は、後述の立法過程の混迷化とも関係する）。

例えば、近時の規制緩和の議論（そこにおける「小さな国家」志向）（例えば、小泉構造改革）との関係でみるとよくわかり、経済界は、概して、市場主義的である。民法問題として具体的には、①借地借家法の「正当事由」（二八条）に対する批判（その結果としての定期借家権（同法三八条）の導入）（平成一一年（一九九九年）改正による）、②抵当権強化（金融業者優位）の下での短期賃貸借制度（日本民法旧三九五条）の廃止（平成一五年（二〇〇三年）の担保法改正による）、③区分所有法改正（平成一四年（二〇〇二年）改正）によるマンション建替え業者・再開発重視と、その反面での少数居住者（建替え反対派）の利益保護の後退（同法六一条、七〇条等）等がその例である。

台湾では、一九九五年の「区分所有共同住宅管理法」（前記）が、マンションの特別法であるが、人口稠密の点で共通する同国で、このような問題は生じていないか。（因みに、日本の区分所有法の制定は、一九六二年。団体法的規制は、一九八三年改正、さらには、二〇〇二年改正でどんどん高まるばかりであり、後者は居住の個人権保護の観点から、その「社会編成規範原理」的偏りという、疑問を呈し得る。[21]）

このように、「社会編成原理」との関連での法政策的スタンスの自覚的認識の有用性を踏まえて、こうした視座の所有法への応用として、川島理論批判を行った。[22] さらにその居住分野（具体例の幾つかは既に上述した）で、市場主義的日本の状況へのアンチ・テーゼとして、展開したのが「居住福祉法学の構想」である。[23]

わが国の居住法政策の市場主義的偏りは、医療の分野と比較すれば、明らかであるが、未だに民法学者にこの点の問題意識の共有ができているとも思われない。居住領域で、わが国では先進諸国で突出して公共的支援が弱く、市場主義的・自己責任的政策となっている。具体例として、ホームレス問題、災害復興問題に顕著に問題状況は現れ、また中山間地の居住福祉についても、その多面的意義は閑却され、――これは、地方自治問題であるが――地域的な平等主義的

な財の再分配機能は弱まっている（例えば、平成の市町村合併、三位一体の地方分権改革参照）。「居住福祉法学」は、その公共的側面に留意して、住宅市場に公共的に介入して、居住弱者保護政策を打ち出そうとするものに他ならない。これに対応する法政策は、中国・韓国などでは顕著であり、大いに見習うべきところがあるが、台湾の状況はいかがであろうか。

（五）（土着の法思想・法文化〔いわゆる「法意識」論〕）

第五に、法継受・学説継受等の欧米の外来思想に対する、土着の法思想・法文化への関心であり、これも、川島博士や星野教授などがかねて説かれていた[24]。星野論文によれば、日本的な契約意識について、本来日本では、あまり詳細な規定を置かず（これは言うまでもなく、中国的な法三章的伝統であろう）、しかし契約による拘束は強く考えていたとされる（但し、言葉による拘束力ではない）。しかし近時は、欧米の影響で、日台ともに契約規定は詳細化する現象はあろう。他方で、近時の契約実務で、中国では、結構契約を破る行為があり、この点で違約に怒る日本業者の声を耳にしたこともあり、データ的にそれを裏付ける研究も出されている[25]。日本では概して、信義に厚いという現象があるのに、中国はこの点違うのか、また、儒教などの礼儀の文化が強い台湾においては、日本に近いのかということも教えて欲しいところである（もとより、個別事例により様々でこうした大雑把な割り切りはできないであろうが、その上での各国の契約意識の文化の相違には関心が持たれる）。

さらに、台湾ならではの法制度として、何があるのかへの関心は強い。それに関連して、台湾独自の法実務・法意識・法文化というものはあるのだろうか。

この点で例えば、①「合会」（無尽講）契約（一九九九年改正による台湾民法七〇九条の一～七〇九条の九）は、既

に清朝統治期からの民間資金調達方法と伺っているが、その社会的機能は定着し、台湾金融社会の関係志向を示すものなのだろうか。

②また台湾先住民族の法状況も、二〇〇五年には「原住民族基本法」が制定されており、注目されよう（もっとも、民法は適用される）。アイヌ民族の状況と比べて、台湾では、原住民族の民族議席の伝統もかねてあり、自立性・アイデンティティ・政治的パワーは、強いようである[26]。これが何に由来するのかも、興味深いが、戦後の「本省人」「外省人」の混淆もあり、台湾は、日本よりも多民族国家という意識が強いのであろうか。これに対して、日本におけるアイヌ民族の場合には、日本社会の同質性の強さ故に、少数民族の地位はなお劣悪で、歴史的にも、所有権剝奪・社会的差別・同化圧力による周縁化という事情ゆえに補償問題の分析は欠かせないと考える（吉田[27]）。なお、戦時中に調達された「高砂義勇隊」については、補償問題が残り（一九四二年から七回にわたり、南方戦線に六〇〇〇人以上ものタイヤル族などの台湾原住民従軍者が派遣され、戦死者は三〇〇〇人に及ぶ。日本の戦後補償問題は放置され[28]、烏来にある碑文も、皇軍同視の大和魂を讃える類であり、補償的記念碑としての批判的検討が必要だと思われる）、これは次項の問題である。

（六）（日台の補償問題など）

最後に考えたいのは、日台・台中の現代史、過去の歴史的不正義に関わる民法問題（補償問題）という視角である。これは従来民法学で閑却された集団的不法行為の問題であり、所有の淵源問題かつ非所有の所有法学問題である。

例えば、①台湾人の戦争補償からの排除（軍人・軍属の場合の恩給からの排除・差別的処遇）、②台湾慰安婦問題（二〇一一年夏の段階で、二二名の阿嬤生存者[29]）、③ハンセン病者への隔離政策（台北郊外の楽生療養院）、④植民地問題（例えば、一八九五年の台湾人民軍事犯処分令、台湾住民刑罰令、一九八六年台湾総督府臨時法院条例、一八九八年匪徒刑

罰令、一九〇四年犯罪即決制、罰金及笞刑処分例、一九〇五年刑事訴訟特別手続における刑事部門の手続保障のない刑事制裁手続の遂行という「法の暴力」[30]がそうである。これらは、植民地時代の負の遺産として、日本側のやり残した問題でもある。

さらに、⑤台中の問題として、一九四七・二・二八事件（犠牲者は、一万八〇〇〇～二万八〇〇〇人）等の「白色テロ」に関する補償問題[31]が重大課題であろう（この点では、韓国における国内補償問題である済州島の四・三事件とか光州事件での事後処理が参考になる）。本件について、一九八八年本省人初の李登輝総統による民主化の後、一九八九年には、記念碑が建設され、一九九五年李総統による犠牲者及びその遺族に対する公式謝罪がなされた。そして、国民党（馬英九総統）による「和解」の努力がなされているようでもあり、しかしそれは微温湯的で批判もあり、なお残された課題は大きい。ここで述べているのは、アメリカ法学などでは、これは不法行為の大きな課題とされていて、東アジアにおいてもこうした状況になるべく、民事法研究者の関心を集める必要があると考える。

（9）これに関する私のものとして、吉田邦彦・民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究一巻）（有斐閣、二〇〇〇）、同・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）、同・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）、同・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、二〇一一）。

（10）平井宜雄・法律学基礎論覚書（有斐閣、一九八九）、同・続・法律学基礎論覚書（有斐閣、一九九一）（平井宜雄著作集Ⅰ（有斐閣、二〇〇九）に所収）。

（11）陳自強（周作彩＝村田彰共訳）「台湾民法に対する日本民法の影響」流経法学一一巻一号（二〇一一）一一四頁。

なお、台湾における「法と経済学」の文献として、例えば、簡資修・経済推理與法律（元照、二〇〇六）、謝哲勝主編・

法律経済学（五南、二〇〇七）など。

(12) 例えば、星野英一「民法学の方法に関する覚書」同・民法論集五巻一二九頁以下（教授の言う「哲学的考察」）。

(13)「わが日本、古（いにしえ）より今にいたるまで哲学なし。本居宣長などは、一種の考古学にすぎない。…加藤弘之などは、…ヨーロッパの論説のそのまま輸入で…哲学者と称するに足りない。…哲学なき民は、何をしても深い意味がなく、浅薄を免れない。」は、中江兆民「一年有半」（初出、一九〇一）河野健二責任編集・中江兆民（中央公論社、一九八四）三六四－三六五頁。

(14) 川島武宜・（新版）所有権法の理論（岩波書店、一九八七）（初版は、一九四九）一五四頁以下参照。

(15) 吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究一巻）二章参照。

(16) 例えば、賃料に対する物上代位は、かつては日本民法旧三七一条（果実には抵当権の効力は及ばないという規定）との関係で、その可否について議論があり、しかし最判平成元（一九八九）年一〇月二七日民集四三巻九号一〇七〇頁で積極論にかたまってから、夥（おびただ）しい裁判例が蓄積されていることにも示される。不動産自体の市況の低迷の裏面の現象であることに注意を要する。この点は、吉田邦彦・所有法（物権法）・担保物権法講義録（信山社、二〇一〇）二二三頁以下も参照。

(17) この点は、吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究四巻）三七五－三七六頁参照。

(18) 福島原発破壊に対する対応についての批判として、野口定久ほか編・後掲書（注23）（居住福祉学）二九五頁以下（吉田邦彦執筆）をさしあたり参照。

(19) これに関しては、大垣尚司・ストラクチャードファイナンス入門（日本経済新聞社、一九九七）、同・金融と法――企業ファイナンス入門（有斐閣、二〇一〇）参照。

(20) 例えば、蘇永欽「私的自治與公平的管制」月旦法学雑誌七〇期（二〇〇一）同・走入新世紀的私法自治（元照出版、二〇〇二）一六五頁以下参照。

(21) 因みに、日本の判例は、こうした動向を支持しているが（最判平成二一（二〇〇九）年四月二三日判時二〇五四号一一六頁）、こうした見地から批判的考察をしたものとして、吉田邦彦「老朽化マンション（とくに団地）の建替えを巡る諸問題と課題」判時二〇八〇号（二〇一〇）三頁以下、また開発利益の居住者への均霑という点から、日韓の批判理論分析をしたのが、吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究四巻）一章である。

(22) とくに、吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究一巻）七章参照。

(23)「居住福祉法学」とは、端的に言えば、居住に関する公共的支援を重視し、自己責任的・市場主義的処理に批判的分析を行うものである。これに関する入門書として、吉田邦彦・居住福祉法学の構想（東信堂、二〇〇六）、野口定久他編・居住福祉学（有斐閣、二〇一一）八章、一二章（吉田邦彦執筆）。ヨリ詰めたものは、吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究三巻）一〜五章、同・前掲書（注9）（民法理論研究四巻）一〜四章である。

(24) 例えば、川島武宜・日本人の法意識（岩波新書）（岩波書店、一九六七）、また、星野英一「日本人の法意識」同・民法論集七巻（有斐閣、一九八九）（初出、法社会学三七号（一九八五））、同「日本における契約法の変遷」同・民法論集六巻（有斐閣、一九八六）二八五頁以下（初出、日本とフランスの契約観（有斐閣、一九八二））。さらに、星野英一他「日本社会における契約」NBL二〇〇〜二〇三号（一九七九〜一九八〇）参照。

(25) 加藤雅信ほか編・日本人の契約観――契約を守る心と破る心（三省堂、二〇〇五）八一－八八頁は、日本における契約遵守度が低くはないという川島批判の文脈での論証であるが、そこでのデータを日中比較すると、中国の方が、契約遵守度が低いことが見て取れる。

(26) この点で、例えば、山本春樹ほか・台湾原住民族の現在（草風館、二〇〇五）。

(27) 吉田邦彦「アイヌ民族の補償問題――民法学からの近時の有識者懇談会報告書の批判的考察」関西大学ノモス二八号（二〇一一）。さらに、加筆修正した、同・アイヌ民族の先住補償問題―民法学の見地から（さっぽろ自由学校「遊」、二〇一二）とくに五二頁以下参照。

(28) この点は、片倉佳史・観光コースでない台湾（高文研、二〇〇五）一〇七－一一〇頁参照。

(29) 台北市婦女救援基金会頼采児ほか著・沈黙的傷痕――日軍慰安婦歴史影響書（商周出版、二〇〇五）参照。

(30) これについては、王泰升「台湾における『法の暴力』の歴史的評価――日本植民地時代を中心に」高橋哲哉ほか編・法と暴力の記憶――東アジアの歴史研究（東大出版会、二〇〇七）二五頁以下参照。

なお、これに対して、「民事面では、台湾人に粗暴な干渉はしなかった」とされつつ（三一頁）、「地方ノ慣例・条理」ないし「旧慣」によるとしたやり方（一八九五年台湾住民民事訴訟令、一八九八年七月一六日律令、一九〇八年台湾民事令、一九二三年身分法に関する扱い）については、被統治者の利益を無視した法の暴力の側面があったとして批判的である（三二頁）。これは、日本における旧民法起草に従事したボアソナードも日本の旧慣に配慮していた（ボアソナード口述（森順

正口訳）法律不遡及論（初版一八九五）（復刻宗文館書店、一九八四）ということとも通ずるものであり、「法の暴力」とまで言えるのかについては、異論も出うるところであろうが、同教授の見方は次のようなものである。

すなわち、当初は、台湾総督府（とくにその民政長官後藤新平）としては、岡松参太郎博士により、旧慣調査の上で、独自の法典を編纂する予定であって一九一四年には、法典（「台湾民事令草案」）も完成したが、その後後藤の影響力の低下などもあり、日本の植民地政策上の路線変更があり、植民地が独自の法典を持つことは危険であると考えられるようになり、結局見送られて一九二三年からの日本法の財産法に関する適用に止まった。しかしそれにより、台湾民法の近代システムへのアクセスは見送られて、経済発展の支障となった面もあり、また家族法においても近代化の契機を失ったとする批判を投ずることができて、その限りで「法の暴力」的側面があったというわけである。この点は、同・台湾日治時期的法律改革（瞬経、一九九九）三〇三頁以下、同・具有歴史思維的法学（元照、二〇一〇）一七六頁以下、同「岡松参太郎の学説と台湾日本統治前期における民事法の変遷・再論」法制史研究登載予定など参照。同教授からは、直接のご教示も受けており、ご厚意にお礼申し上げる。

（31）例えば、何義麟・二・二八事件（東大出版会、二〇〇三）参照。

三　近時の日本民法（債権法）改正論議の問題点

それでは、台湾民法学者にも関心を集めている、日本の近時の債権法改正論議について、その問題状況を述べてみよう[32]。

（一）（従来の民法改正との相違）

第一に注意してほしいのは、今般の改正論議は、従来型の民法改正（法改正）（例えば、近時の親権法改正）と相違があるという点である。そこにおいては、法改正の実践的目的が欠如しており、しばしばこの改正により、「わかりやすい民法」にすると言われるが、本当にそうかは、よくわからない[33]。もちろん、民法制定から百年も経ち、使い物にならない古い規定は改廃（オーバーホール）の必要はあるわけで、そういうものに止めて謙抑的改正に止めるべきだというのが、私見である（もっともそういうものは使われていないわけで、そうなると、どれだけ今回の改正論議に実践的意義があるかは、疑問にもなる）。

なお、この点で、大村教授の近著では、今般の債権法改正の議論とこれまでの民法改正の議論との相違を、（意識的に？）捨象していて[34]問題である。さらに、ヨーロッパの債権法改正及び東アジアの民法改正（民法制定）を、今回の日本での改正論議を後押しするかの如く叙述する[35]が、それぞれコンテクストは異なり、ヨーロッパでは、EU統合との関係、また中国などは法解釈実践が日本と異なり、韓国・台湾においても法改正事情の相違を捨象できるのか、慎重な検討が必要であろう。

（二）（立法的「規範整理」の是非）

第二に、「規範の整理」を立法で行ってよいかという問題がある。「判例・通説」の実定化は、異論がないものならば、それほど実害もないが、こうした作業は、あまり生産的ではないことにも注意を要する。既に回っている法解釈論で、強いてそれをいじる必要性もないからである。逆に判例を全て実定化することによる、規定の増大化・詳細化（これは現行法起草者が意識的に避けようとしたことである[36]）が果たして良いことなのかどうかも、慎重な検討が必要であろう。沢山の判例を大量の条文という形で示されることが、本当に「国民のための立法」なのかが、正直よくわからない。（ま

た後に述べるが、それは問題ある法状況を一定の法改正目的のために、改善するという本来の意味での法改正でもない。）

（三）（国際契約法の影響）

今回の改正論議で、とくに目立つ特色としては、「国際的統一法」の影響という面がある。しかし、ウィーン売買条約（CISG）（一九八〇年採択、一九八九年発効。日本の締約による発効は、二〇〇九年八月から）も適用があるから、国内法をこれに揃える実践的必要性はない。

この点で、台湾民法の場合には、ドイツ法との関連が深く、一九九九年債権編改正では、（ドイツ旧法に基づく）①不完全給付の明文化（二二七条）、②契約締結上の過失の一般規定化（二四五条の一）もなされ、他方で、元のドイツ法が、ヨーロッパ法統一化の波で、改正がなされているので（二〇〇一年ドイツ債権法改正）、穏やかではいられないところがあろう。その他例えば、③債務不履行責任では、過失要件の意味での帰責事由要件を要求する旧ドイツ法を基に台湾民法ができているのに、二〇〇一年のドイツ法改正でこの立場は捨てられているのである（国際契約法と同様の立場になっている）。

この点で詹論文は、契約解除に即してこの問題を扱っており、そのねじれ現象の例として、(i)履行不能による解除（台湾民法二五六条。この前提とする二二六条、二二五条一項）、履行遅滞による解除（二五四条、二五五条）では、上記意味での帰責事由が要求され、それは、ド民旧三二五条に依拠していたが、改正後のド民三二三条は異なる立場である点、(ii)一九九九年改正による台湾民法二二七条一項は、これを前提とする点、(iii)事前の違反、履行拒絶に対する解除は、ドイツ旧法と同様に認めていないが、改正後のド民三二三条四項では、これを認めている点、(iv)台湾民法二六〇条は、体裁は、ド民新三二五条と同様に、「解除と損害賠償は併存する」という立場だが、（台湾判例）は、狭い理解をしてお

り、「解除前の損害賠償のみできる」とする点などを指摘する。[37]

なお、鹿野教授は、この点で、日台民法規定を同視しているが[38]正確ではない。日本民法の関連規定（民法四一五条、五四一条、五四三条）は、もともとドイツ的理解であったかは疑問であるからである。[39]

（四）（「法解釈的立法」の問題）

ところで、今回の改正談義の落とし穴として、「法解釈的立法」の側面が多分にあることがある。例えば、①債権者代位に関する事実的優先効の否定、②詐害行為の理解に関する判例より狭い捉え方、③債務不履行責任の無過失責任化、④「相殺と差押え」に関する無制限説の主張などは、法解釈論として、異論があるところであり、法的議論としても決して収束していないところだが、それを「上から」ホップズ的に立法でもって押し付けようという側面があることは否めない。

これは、批判的法解釈論の展開に抑圧的・閉塞的に機能する面があるということで、来栖博士以来の「法」と「法律」との区別の論議、平井教授が展開した「議論の法律学」という日本の法解釈論方法論の議論の蓄積に反するところがあり、関係者（とくに内田前教授）は意識的にこの点の議論を避けていて、問題がある。かねて法解釈論として異なる案を別法案として改正案を掲げていた加藤雅信教授が近時の状況に大きな不満を示されている（注33文献参照）のは、改正論議に上記の問題を孕んでいる（同教授も法解釈問題を立法問題として法案を戦わせようとする限りで、同様の方法論的問題を含んでいるが・・・）ことを示しているのである。

（五）（進歩的な「法政策的論議」の不十分さ）

他方で、「政策的論議」の踏み込みの弱さを指摘できる（前述の居住福祉法分野は、日本の大きな法政策的欠陥とも言えるし、これは民法分野であるのに、債権法改正論者からのこの側面での立法提言が皆無であるのは、不思議であり、改正論者の偏ったスタンスの表れなのかもしれないし、政策的踏み込みの消極性・一面性を示している）。

もっとも、この点は、日本の立法過程の変化との関係で、やむを得ない内在的限界を示しているのかもしれない。つまり、「立法過程の民主化」により、現実には、企業サイドの市場主義的・保守的議論からのロビイングが強くなったし、さらには、日本研究者における政策的スタンス（社会編成原理に関する捉え方）の多様化・分散（かつての進歩的コンセンサスの喪失という意味での保守的研究者の増加）にも関係する。その帰結として、あまり政策論に踏み込むと、意見がまとまらず、現状よりも保守的な立法とならざるを得ないという皮肉な構造的問題がある。

しかしその他面で、「時効」は政策的制度であるのに、「世界の潮流」を謳い文句にして、十分な議論の詰めもなく、これまで判例が積み重ねてきた「被害者保護の営為」を排除するという側面が出ている（その限りで、企業寄りの保守的政策論に既に乗っている）のであり、批判的吟味が必要であろう。

なおこの点で、内田前教授の近著[40]は、「消滅時効期間の短期化は世界潮流」という論法と「理由もなく国際的潮流にあわせるという発想はとるべきではない」という論法を織り交ぜて進められるが、やはり前者の論法の色彩が強い。しかしそもそも同前教授は、《基本的に政策問題には、今回の債権法改正は立ち入らない》としていた原点から、この時効法改正は逸脱しているし、少なくとも、（a）取引安定が求められる場合（売買や消費貸借等金融領域）と、（b）弱者保護・被害者の権利保護の要請が強い場合（消費者保護、労働者保護等安全配慮義務領域、概して不法行為領域）とは区別して捉えて、改正するにしても、類型的・限定的に行い、時効短縮化の無造作な一般化を「世界潮流」「そうし

ないとガラパゴス的だ」などという盲判的議論をしない（もっと、具体的・実質的な利益考量を詰めて行う）ことが重要であろう。

他方で、前述の如く、一般的には、社会問題に対する弱者保護的な政策的提言ないし現状に対する批判的視座は弱く、例えば、合意志向という古典的な契約理論に適合的な保守的議論の側面も強い（これに対するアンチ・テーゼとして、ウィーン条約後に提示された「関係契約理論」は、日本では、持て囃された筈であるのに、近時の改正論議では、その系譜の議論は弱い）。

この点で、立法過程を巡る事情として、台湾民法学界は、なお研究者の進歩的な研究者の良識・野心的法解釈を立法化する「エリート型」立法を許す環境にあるのだろうか（かつて、日本でも、我妻博士が法制審議会座長の頃は、このような状況にあった）。それは、研究者の数、質、及び研究者の法曹におけるウェイトの置かれ方によるのであり、例えば、韓国は、日本の状況との相違があり、上記の環境がなお維持されているかもしれないが[41]、台湾はこの点はどうなのか。もしこの点で相違があるならば、台湾では、日本とは異なる民法改正の展開も期待できるのかもしれない。

（32）これについては、文献は多いが、さしあたり、内田貴・債権法の新時代――「債権法改正の基本方針」の概要（商事法務、二〇〇九）、吉田邦彦・前掲書（注9）（民法理論研究四巻）（二〇一一）一〇章参照。

（33）加藤雅信・民法（債権法）改正――民法典はどこにいくのか（日本評論社、二〇一一）は、今回の改正論議の目的の無さ、改正による多条文化、長大化、国民のための改正になっていない等、多角的に批判する。

（34）大村敦志・民法改正を考える（岩波新書）（岩波書店、二〇一一）五〇頁以下。

（35）大村・前掲書（注34）八八頁以下、一〇三頁以下。
（36）例えば、法典調査会「法典調査ノ方針」（一八九三年）では、原則変則及び疑義を生ずべき事項に関する規則に止め、細密の規定に渉らないとし、定義種別引例に関する規定は削除すべきだとされた（一二条、一四条）。これについては、民法成立過程研究会（福島正夫編集）・明治民法の制定と穂積文書（有斐閣、一九五六）一二一頁参照。
（37）詹森林（鹿野菜穂子・英文訳）「台湾の契約解除法制――比較法的検討」加藤雅信編・前掲書（注3）二七九頁以下、とくに二八三頁以下。
（38）鹿野菜穂子「契約解除法制と帰責事由」加藤（雅）編・前掲書（注3）二九九頁。
（39）四一五条につき、吉田邦彦「債権の各種――帰責事由の再検討」同・前掲書（注9）（民法理論研究二巻）所収（初出、一九九〇）、五四一条につき、渡辺達徳「民法五四一条による『解約解除』と帰責事由（一）（二・完）」商学討究四四巻一＝二合併号（一九九三）、辰巳直彦「契約解除と帰責事由」谷口追悼論文集（二）（信山社、一九九三）など参照。
（40）内田貴・民法改正――契約のルールが百年ぶりに変わる（ちくま新書）（筑摩書房、二〇一一）一五四頁以下。
（41）この点は、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）一〇七頁注五でも指摘した。

四．結び

（一）「法継受」「学説継受」の絶えざる積み重ねで、法解釈を発展・展開させてきたという点は、日台民法学は、共通項が多い。台湾民法研究者のアンテナの鋭敏さ（この点、日本民法学者もかつては同様であったが、近時は、国内志向が強く、また教育負担の過重ゆえか、民法研究者ないし民法教育における比較法のウェイトの低下という遺憾な事態がある）には敬意を表するが、この点で、近時の「日本債権法改正論議」を、かつての改正論議と同様に注目されること

には、留保が必要であろう。

（二）しかし、本稿では、従来型民法学とは違う、「民法理論研究」の重要性（それはアメリカ法学からの刺激による問題意識である）という点からの、日台民法学比較の試みを行ってみた。従来の日本民法学と同様に、台湾民法学においても、そのような総論的視野からの民法理論的検討は手薄であったという推測を持っているが、台湾民法の状況には、疎いので、貴重なご教示をお願いしたい。

そしてそのような方法論的視座、法政策的視座を入れることにより、日本での昨今の債権法改正論議には、やや危ういところがあり、手放しで称賛するわけにもいかず、なお幾つか慎重に検討すべきところがある。この点でも、東アジアの民法学の望ましい方向性という見地からの日台、否韓国・中国も交えた複合的な法発展に関する比較研究が望まれるところであると考える次第である。(42)

(42) なお、私の角度からの日中、日韓民法学比較に関するものとして、吉田邦彦「二一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」北大法学論集六一巻六号（二〇一一）、同「日韓民事法の課題――とくに不法行為法の諸問題」北大法学論集六二巻六号（二〇一二）参照。

論　説

損害賠償法における素因の位置（四）

永下泰之

目　次

序章　素因減責論の課題
第一節　問題の所在
第二節　外国法との比較

第三節　本稿の目的・構成
第一章　わが国の判例・学説の到達点
第一節　はじめに
第二節　被害者の素因の類型とその意義
第三節　判例の状況
第四節　学説の状況
第五節　小括
第二章　ドイツ法における素因不考慮命題の意義
第一節　序
第二節　素因不考慮命題の形成過程
第三節　被害者の素因の取り扱いに関する判例・学説の展開
第一款　素因に関する裁判例の展開
第二款　素因不考慮命題の限界―帰責性の否定
第三款　学説による素因不考慮命題の評価
第四款　小括
第三章　被害者の特別な精神的脆弱性
第一節　被害者の心理的反応
第二節　ノイローゼ事例における素因の位置
第三節　被害者の体験の不適切な精神的消化
第四節　小括
第四章　ドイツ法における素因の考慮場面
第一節　素因不考慮命題と諸法理による減免責の可能性
第二節　逸失利益算定における考慮

（以上、六二巻四号）

（以上、六二巻五号）

（以上、六三巻一号）

第三節　逸失利益算定における割合的控除
第四節　素因と共働過責
第五節　小括
第五章　素因減責論再考

（以上、本号）

第三章　被害者の特別な精神的脆弱性

第一節　被害者の心理的反応

前章で考察した素因不考慮命題は、被害者が精神的に脆弱であり、それゆえに健康上の損害が発生・拡大した場合であっても、妥当することが認められている。[1] これを明示的に示したのが、【D-20】ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決[2]であったのはすでに確認したとおりである。[3] ところが、当該事件は定期金ノイローゼ事例であったところ、加害者の帰責性の判断に際し特殊な判断がなされ、素因不考慮命題に反して、例外的に加害者が免責されている。そして、本判決以降、定期金ノイローゼ事例についての加害者免責の判例法理が確立することとなった。そこで、本節では、まずは、定期金ノイローゼの事例を除き、一般的に素因不考慮命題が妥当するとされている被害者の心理的反応が競合した場合につき確認しておく。

一　事故に起因する精神状態の悪化から健康損害へ

不法行為によって被害者に精神的苦痛が生じるだけでなく、不法行為の後に被害者の精神状態が悪化し、その健康状態も悪化することがあるのは、よく知られたことであろう。そして、その悪化は、被害者の精神的脆弱性（心因的要因）が一因となった心理的反応であるとされることが多い。ドイツ法においては、こうした被害者の心理的反応から生ずる健康損害もまた、加害者が賠償責任を負うべきであるとされている。例えば、【D-29】ＢＧＨ一九五九年一二月八日判決（BGH VersR 1960, 225）の事故に基づく性格変化の事例が挙げられる。一九五五年九月一九日、Ｙがガソリンスタンドへ入ろうと左折した時に、オートバイを運転していたＸに衝突した（これを第一事故とする。）。本件事故によりＸは、頭蓋底を骨折し、脳挫傷を負った。その後Ｘは、一九五六年六月二九日に卒倒し頭部を打ち、脳震盪を起こしたことがある（これを第二事故とする。）。後にＸは精神障害を発症し、精神病院への入院命令が出され入院、入院先でＸは性格変化を起こしていることが判明した（判決文からは正確な年月日は不明であるが、精神病を発症したのは第二事故以降であると推測される。）。Ｘに対しては、一九五八年五月二八日までの一部補償が行われたが、Ｘはさらなる損害賠償を請求した。第一審及び控訴審は、Ｘの請求を認容。Ｙが上告、上告棄却。

本件では、まず、Ｙは、Ｘの精神障害は第二事故により生じたものであり、第一事故とは無関係であるとして、その原因性を争ったが、ＢＧＨは、次のように述べ、Ｙの行為の原因性を肯定した。「鑑定人は、感情生活の深刻な変化もまた体質的要因又は外因性の要因―むろん特筆すべきものでもない―によって色づけられているであろうという場合には、Ｘの性格変化は、第一事故に帰せしめられうるとの結論に至っている。それに対して、もっぱら第二事故のみが―第二事故は第一事故によって生じたものではないとすると―入院命令を要する性格変化を惹起したと認める理由はない[4]」。次いで、【D-20】ＢＧＨ一九五九年二月二九日判決を引用して、Ｘの精神障害についてＹの責任が制限されることはないと明示した。「なぜならば、単にある種の態度が心因性の反応であると解釈されるという理由だけでは、損害

をもたらす出来事と労働能力及び抵抗力を妨げる状態との責任設定的関連性は否定されないからである」[5]。

この他にも妄想性障害の事例が挙げられる。【D-30】BGH一九八二年九月二一日判決（BGH NJW 1983, 340）は、次のような事案である。一九七〇年に一度鼠径ヘルニアの疑いのため手術を受けたことがあったX（当時は職業軍人）が、一九七二年に鼠径ヘルニア再発の診断を受け、手術を受けたところ、その際に、ヘルニアはなかったがヘルニア環の拡大が所見されたため、右睾丸への精索が絞扼された。その結果、右睾丸が萎縮し、後に手術により摘除されたのであるが、手術後にXは職務に復帰することができず除隊された。Xは、医師が重大な治療ミスを犯したために、睾丸を失うこととなり、また生業不能になったとして、Y（病院責任者）に対して損害賠償を請求した。第一審は慰謝料のみを認容。X、Yの両者が控訴、控訴棄却。Xが上告、Yが附帯上告。Yの附帯上告棄却、Xの上告破棄差戻し。

本件で問題となったのは、睾丸喪失と生業不能との関連性であるが、本判決ではこれを「誤った展開（Fehlentwicklung）」と表現する。この誤った展開については、控訴審では、Xは既に加害行為時以前から妄想性の精神病質の素因（Veranlagung）を有しており、それによって誤った展開が生じたとする鑑定書が附されている。この点につき、BGHは、Xの睾丸喪失とその後の勤務不能及び生業不能との間に原因関係は「少なくともXの潜在的な異常な精神的素因（Veranlagung）が損害事件により明らかにされたという点では」存在するという控訴審の確信は排除されないとして、Yの帰責性を認める。その理由として、BGHは、【D-20】BGHZ一九五九年二月二九日判決を引用し、なぜならば、「Yは、その医師らの加害行為の結果が、被害者が以前から有していた傷害（Vorschädigung）に起因するような遠い（entfern）ものであっても責任を負わなければならない」からであるとする[6]。

以上の他、精神状態の悪化から健康損害としてノイローゼ（神経症）を発症することもある。うつ病[7]が典型的な例であるが、その他にも現実神経症や災害神経症[8]、不安神経症[9]、転換神経症（転換性障害）[10]、心因性の痛覚障害・協調

障害、機能障害・集中障害[12]などの事例においても加害者の責任が原則として認められている。なお、このようなノイローゼ事例については、定期金ノイローゼ事例との関係が問題となる。すなわち、【D-20】ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決では、被害者が定期金ノイローゼを発症したが故に加害者は免責されているのであるが、他方で、上記の諸ノイローゼ事例では加害者の責任が認められており、同じノイローゼであるにもかかわらず、正反対の結論が導かれているのである。そうすると、定期金ノイローゼとその他のノイローゼとの違いはどこにあるのか、また、そうした相違は正当化されうるかという点が問題として生じる。この点については、別途考察する（本章第二節）。

二　ショック損害における素因

被害者の病的素因につき、非接触型事例、すなわち被害者が直接的に侵害を受けたわけではない場合に、被害者の抱えていた疾患が顕在化した結果、損害が生じたとしても、加害者は免責されないことがは既に述べた通りであるが[13]、同様の間接的侵害の場合において、被害者が特別に精神的に脆弱であったために損害が生じた場合にも、やはり加害者は免責されないものとされている。いわゆるショック損害（Schockschaden）に関する問題であるが、ドイツ法では、一般的な観点から、ショック損害もまたＢＧＢ八二三条一項の健康侵害の法益に包摂されるものと認められている。すなわち、ショック損害の原因は精神的なものであり、近親者のショックに対する感受性により媒介される[14]。ショック損害については、精神的な特殊性ゆえに、ショックによる侵害を原因として近親者の喪失を特に感じる者だけが保護されている[15]。次の事例でこれを確認しよう。

【D-31】ＢＧＨ一九七一年五月一一日判決（BGHZ 56, 163 = NJW 1971, 1883）は、次のような事案である。一九六五年三月六日、当時六四歳であったＸの夫がＹの自動車に轢かれ死亡した。事故当時五〇歳であったＸは、その夫の突然

の死の知らせを受けたことにより深刻な精神的ショックを受け、うつ状態（Depression）となった。そのためXは、労働不能となり、これまで行ってきた家政婦としての仕事を行うことができなくなったとして、Yに対して損害賠償を請求した。第一審はXの請求を認容。Yが控訴、控訴審はXの請求を一部認容。Yが上告、上告破棄差戻し。

本件では、まず、Xの主張する健康損害がBGB八二三条一項の保護範囲にあるか否かが問題となった。というのは、Xの主張する健康損害は、直接的身体的侵害の結果ではなく、その夫の死亡報告を聞いたことによる精神的ショックに起因するからである。判決では、「遠隔作用（Fernwirkung）」による健康損害もBGB八二三条一項の保護範囲にあるか否かという形で問われている。この点について、BGHは、従来からの判例[16]を引用し、BGB八二三条一項の意味での健康損害は、被害者の身体に対する身体的な影響を要件とせず、心理的に媒介されるもので十分であるとする。その上で、本件のような場合については、「……相当な原因が存在する場合には、第三者の侵害行為又は殺害行為が直接的損害の誘因である限り、賠償を要求する者自身が、自ら目撃せざるを得ないこと（Mitansehenmüssen）によって侵害されるかそれとも〝精神的にショックを与える〟報告によって侵害されるかは重要ではない。そのような〝遠隔操作〟のみから生じる健康侵害もまた―控訴審が正当に認めるように―健康状態への直接的侵害であり、本来的意味において〝間接的〟損害ではない。

妻がその夫の事故死という突然の報告を受けることでそのような健康侵害を被ることがありうる、ということについてはより詳細に理由づける必要はない。このことは、確かに比較的稀なことではあるが、しかし、この結果を加害者の責任とすることが許されないというほど常に遠く離れるものではない[17]」として、一般論として、ショック損害の原因関係を肯定する。そして、本判決では、被害者が精神的に不安定であったことについても、次のように述べ、原則として損害賠償請求を認める。「……この異常な体験に対する反応が個々の場合においては以前から有する器質的又は精神的

不安定さ（Labilität）に基づいてのみ起こりうるものであった、つまり、事故体験には作動的な影響しかなかったという事情もまた、……損害賠償請求権を承認する妨げとならない。Stoll（Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, 1964, S.20）の反対の提案は、既存の損害傾向（Schadensbereitschaft）に基づく異常な反応もまた通例は加害者の影響力の行使のみならず、被害者のそれ〔影響力の行使〕からも逃れるという理由からすでに従うことができない[18]」。

本件では、被害者がもともと精神的に不安定であったことが素因として考慮されるべきであるか否かが争われたのである。Y側の主張は、被害者がもともと精神的に不安定であるが故にうつ状態にまで陥ったのであるが、「通常」の者の精神状態であれば、そこまでの事態にはなりえず、つまり損害は生じなかったであろうから、本件で原因とされる被害者の夫の死亡報告と被害者の健康損害（うつ状態）との原因関係は存在しない、というものであったが、BGHはこれを否定しXの損害賠償請求の成立を認めている。また、本判決では、シュトル（H. Stoll）の見解が引用され、検討されている。シュトルは、本件のようなショック損害において被害者の完全な賠償請求権を認めることに否定的な見解を示しているが[19]、しかし、BGHは、この点についても採用を否定している。以上のように、本判決では、明示的に素因不考慮命題が述べられているわけではないが、素因不考慮命題と同様の考慮がなされていることを読み取ることができよう。

三　自殺、自傷の場合

わが国においても問題となる事例であるが、加害行為を受けた被害者が、その後自傷ないし自殺することがある[20]。ドイツ法では、このような場合につき、被害者の特別な精神的脆弱性が関与したため、被害者の精神的反応が生じ、その結果自傷ないし自殺に至った場合であっても、原則として、加害者の帰責性が肯定されている[21]。

例えば、事故後の被害者の自殺については、次の事例が挙げられる。【D-32】ＢＧＨ一九五八年六月一〇日判決（BGH NJW 1958, 1579）は、事故後に被害者がうつ病に罹患し、自殺したという事例である。Ｙの運転するオートバイと衝突し重傷を負ったＡは、Ｙの損害賠償義務の確認請求については勝訴し確定したが、額については未決定であった。Ａはその後額の決定前に拳銃により自殺してしまった。Ａの死後、Ａの経営していた会社が倒産したため、X_1（Ａの配偶者）及びX_2（Ａの母親、会社の共同所有者）が、Ｙに対して扶養権喪失による損害の賠償を請求した。第一審はＸらの請求を認容。控訴審は、第一審判決を変更し、事故と自殺との間には原因関係がないとしてＸらの請求を棄却。Ｘらが上告、上告認容。

本件でＢＧＨは、控訴審が、事故と自殺との間には原因関係がないと判断したことについて、二点を批判する。第一点は、被害者の人格的特性（Persönlichkeitsartung）を考慮しなかった点である。この点につきＢＧＨは次のように述べる。「……しかしながら、事故結果の医学的評価に対して、侵害の原因としての意義を既存の器質的所見のみに従って評価するのは不適当であるということが法的見地から考慮されるべきであった。むしろ、鑑定人が確認した身体的及び精神的健康損害が、事故及び病気の時点における被害者の人格的特性及び具体的な生活状況を考慮すると、どのように被害者に影響を与えたのかが問題とされなければならなかった。侵害結果が、特別な、しかし相当な関係にある事情によって悪化させられたのであるならば、こうした加重的事情（Erschwerung）も考慮されなければならなかった。なぜならば、法的見地からは加害者が責任を負うべき諸事情が加害結果に対する共働原因であることで十分であるからである。それゆえ、具体的な、Ａの人格並びに生活状況及び労働状況にある特殊性が考慮されず、そのことによって〔当該特殊性が〕損失の程度の評価に際して考慮されないのは、是認することができない」[22]。

第二点は、被害者の事故後の心理的負担についてである。「さらに不適当であるのは、器質性の病的所見が心因的に

積み重なったということは、まさに脳傷害の際にしばしば起こることなのであるが、あっさりと、評価にとって不相当であるから重要ではないとされたことである。当審は、医学的決定に反して、RGの確定判例[23]を強調して、次のことを固く保持する。すなわち、損害賠償義務は器質的に確認することができる損害に限定されるのではなく、能力の減少に作用する全ての損傷も賠償されうるのであり、それは、事故及び身体な健康上の障害に対する被害者の精神的反応から明らかとなり、また、そう理解されうるものがそうである[24]。……その結果として、控訴審は、法的評価に際して排除することが許されない要素を考慮しなかったことにより、はじめから法的意味における原因関係の評価に関する正当な視点を誤っている。控訴審の見解によると事故とは無関係と（説明）されている自殺の説明可能性を控訴審が認めたという評価もまた上述の法的に誤った観察方法によって影響を受けているということは明らかである[25]」。

また、自傷行為に関しては、【D-33】BGH一九六八年一一月二六日判決（BGH VersR 1969, 160）において、示唆されている。本件は、交通事故により脳に損傷を受けた被害者が、事故後統合失調症を発症し、自ら目をつぶし盲目となったという事案である。本件では、被害者が事故前から統合失調症の素因を有していたか否かも争点となっていたが、BGHは、事故により生じた統合失調症及びそれに起因する自傷行為（目をつぶしたこと）に対する加害者の責任を認めている[26]。

第二節　ノイローゼ事例における素因の位置

以上確認したとおり、ドイツ法においては、被害者の精神的脆弱性を理由とする心理的反応もまた一般的に素因不考慮命題の妥当領域に含まれるものとされている。ところで、定期金ノイローゼもまた被害者の心理的反応に他ならない

のであるが、先に述べたように、定期金ノイローゼ事例であった【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決[27]では、加害者の責任は否定されており、素因不考慮命題が妥当しないとされている。このとき、一般論として精神的脆弱性についても素因不考慮命題が妥当する（つまり、加害者は全責任を負担する）とされたにもかかわらず、特殊な判断によって加害者の責任が否定されている。しかし他方で、その他のノイローゼ（現実神経症、転換神経症（転換性障害）等）の場合には、素因不考慮命題が妥当し、加害者の責任が認められているところである。そうすると、定期金ノイローゼ事例とその他のノイローゼ事例とで判断が異なるのであれば、両者は何が異なるのかが問題となろう。また、定期金ノイローゼ事例では加害者の責任を否定するに際してかなり特殊な判断がなされているのであるが、定期金ノイローゼの特殊性とはいかなるものであるのかも問題となろう。さらには、定期金ノイローゼ事例とその他のノイローゼ事例とは加害者の帰責性という点で本質的に異なることがあるのであろうかが問われることとなろう。

そこで以下では、第一に、損害賠償法におけるノイローゼの問題点を確認した上で（第一款）、定期金ノイローゼ事例において形成されている素因不考慮命題の例外準則を確認することとする（第二款）[28]。

第一款　ノイローゼの問題点

ノイローゼ（神経症）は、交通事故などの外傷的加害行為の後に生じる被害者の精神的症状であり、この精神症状は不安、強迫、恐怖、抑うつ、離人、焦燥、無気力などの症状を呈する[29]。そして、これらの精神的症状のため、心身に機能障害が生じ、通常の生活を送ることが困難となる。場合によっては、稼働することも不可能となる。ノイローゼは、特に、不法行為などの外傷的体験を伴う場合には、外傷性神経症とも呼ばれる。

第一次大戦後の時期にドイツの指導的精神医学者ボンヘッファー（Bonhoeffer）らは、外傷性神経症は社会的疾患であり、社会的治療によってのみ治癒するという主張を掲げた学派を築いた。しかし、社会的治療は社会的状況の改善を目的とはしておらず、そのため、彼らが、彼らの外傷性神経症の患者すべてが実際に遺伝的な素因を持っていたと結論づけると、患者の遺伝的脆弱性を扱う方が、その窮状の防止や改善よりも、決定的な問題だと考えられるようになった。彼らは、自分たちの患者に見られた外傷神経症の真の原因は補償の適用の如何にあると信じていた。すなわち、"Das Gezetz ist die Ursache der Unfallneurosen"：法が外傷神経症の原因である、と。この見解によると、外傷神経症は病気ではなく、保険システムの人工的産物、つまり「賠償神経症（Rentenneurose）」であるとされていた。そしてこの賠償神経症は、まず素因のある個人に発生すると考えられたのである。ドイツでは、一九二六年の国家健康保険法（Reichversicherungs Ordnung: RVO）において、外傷神経症は患者が年金かその他の補償が与えられない限り治らないとする立場が固定強化された。しかし、被害者の問題が長引いた場合には、それは、素因、体質、堕落傾向、補償などの相互作用がその理由であるとされた(30)。

第二款　定期金ノイローゼの場合における素因不考慮命題の例外準則

定期金ノイローゼ（賠償神経症）は、一般に、生活上の苦痛から逃れたいという気持ちから、事故を理由に賠償を得ることを無意識の中に欲し、ノイローゼ症状から、実際に働くことができなくなるような場合を意味する。すなわち、定期金ノイローゼは、ノイローゼによる不平の多い誤った態度であり、そうした態度で、被害者は自らの被害を（精神的に）消化し克服することを避け、もはや自ら生計を立てることができず、生活保障を加害者に転嫁することができ、

またそうしなければならないという観念にとらわれている場合であると理解される。[31] このような定期金ノイローゼについて、当初RGでは加害者の責任が認められていた。いみじくも、素因不考慮命題を示した【D-1】一九三七年四月二六日判決がそれであった。しかしながら、【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決（BGHZ 20, 137）は、RG判決に反して、賠償神経症のうち定期金ノイローゼに関しては、加害者は免責されると判示した。その際、BGHは、因果関係を否定するのではなく、法政策的観点から加害者の責任を否定している。

一　法政策的観点からの免責

（一）BGH一九五六年二月二九日判決の意義

本判決は、既に確認したように、被害者が特別に精神的に脆弱であり、それゆえに健康上の損害が発生・拡大した場合であっても、素因不考慮命題が妥当する旨を述べたものであった。すなわち、被害者の健康上の障害が、身体又は精神的脆弱性のいずれに由来するかは法的には重要ではないとして、加害行為と損害との因果関係は否定されないのである。しかしながら、本件では被害者が定期金ノイローゼを発症したと認定されており、定期金ノイローゼはまさに法が被害者に賠償を与えるが故に生じるものである。そのため、BGHは、因果関係の観点から加害者の免責することができないのであれば、なお別の観点からの責任制限が必要であるとして、次のように述べた。

「……Xの精神状態、特にその無為（Untätigkeit）は、主として、―無意識的な場合も含む―Xにとって好都合であると思われる生活保障を求める努力又は想像上の法的地位への執着によって説明される－そこでは事故が生活闘争の困難さを避けるための誘因とされている－、という結論に鑑定が至るのであれば、当然そのような結果はもはや加害者には法的に帰責されてはならない。なぜならば、単に被害者の身体及び精神の回復に不利となるにすぎない状態の固定化

（Verfestigung）への寄与は加害者には要求されえないからである。こうした理由から、権利ノイローゼ及び定期金ノイローゼ患者の請求権は制限されなければならず、その制限は、因果関係の欠如からではないが、損害填補の意義及び衡平（Billigkeit）の理念から導き出されうる……」[32]。

本判決によれば、被害者の精神疾患が定期金ノイローゼの場合には、損害賠償を与えることによって、かえって被害者の身体的及び精神的な状態の回復が困難なものになるため、加害行為と損害との間に因果関係が存在しようとも、損害賠償を認めること自体が否定されるのである。この判断につき、本判決でＢＧＨは、責任制限の根拠を損害填補の意義及び衡平の理念を媒介とした被害者の救済に求めているところからして、極めて法政策的な判断であると解される。

本判決の述べる損害填補の意義及び衡平の理念については、ヴォルフ(J. G. Wolf)が適切に指摘する。すなわち、彼は、本判決が定期金ノイローゼの場合において素因不考慮命題の適用を排除したことについては同命題の適用の範囲を狭めたとして批判的であるが[33]、本判決が「損害填補の意義」を持ち出したことについて、（正しい）判決に到達するための重要な方向付けであることを認めている。しかし、同時に、これを具体化する際には、治療上の考慮及び各々の心情解釈から離れなければならないと注意を喚起する。なぜならば、法秩序は損害賠償請求権を認めているが、それは法秩序が被害者を救済しようとするからではなく、損害を被害者から加害者へ転嫁することが公正（gerecht）であると思われるからである[34]。彼の見解を換言するならば、損害賠償の意義及び衡平の理念は、損害の転嫁がその第一目的なのであり、損害賠償の意義及び衡平の理念という名を借りた、法政策的な被害者救済を過度に強調することに対する警鐘であろう。

また、ヴォルフは、定期金ノイローゼの場合における損害の転嫁についても言及する。すなわち、被害者が、器質性のものでなく、ノイローゼによる誤った態度（Fehlhaltung）としか説明のつかない労働不能状態によって生じたとこ

ろの所得喪失の賠償を請求したのであれば、損害賠償請求権がノイローゼ、すなわち損害を惹起する状態を継続させてしまうであろうという理由付けでは、訴えは棄却されない。こうした理由づけは、現実的には適切であろうが、しかし、医学的・治療的視点に過ぎない。法的評価としては、被害者の救済ではなく、専らこの損害をも加害者に転嫁することが公正（gerecht）か否かが問題なのである。そして、その判断に際しては、法秩序が「異常な」心理的反応を心理的に「正常に」克服することを期待するため、異常な心理的反応によって彼の状態に生ずる損害は行為者に帰責されるべきではないという理由づけだけで、治療を免れなかった被害者の請求は棄却されうるだろうとする。(35)

本判決以降、定期金ノイローゼ事例について賠償を認めないという命題自体は引き継がれていたが、その根拠は完全に一致しているわけではなかった。当初は、【D-20】ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決の示した、「単に被害者の身体及び精神の回復に不利となるにすぎない状態の固定化への寄与が加害者には要求されえない」という見解が支持されていたが、別の観点から加害者の帰責性を否定するものも見られる。

（二）ＢＧＨ一九六五年九月二八日の意義

【D-34】ＢＧＨ一九六五年九月二八日判決（BGH NJW 1965, 2293）は、一般予防的な医学的目標設定について言及する。(36)すなわち、「欲望ノイローゼ及び権利ノイローゼについても賠償義務を肯定することは、それに加えて、法の社会的機能に反するであろう。なぜならば、……まさに、定期金ノイローゼの誤った態度（Fehlhaltung）に対する補償義務（Ausgleichpflicht）を寛大に法的に承認することは、そのようなノイローゼを増強し、かつ、この観点では虚弱な者が再び労働生活に適合する努力が無に帰するという結果をもたらすからである」。(37)

また、本判決は、【D-20】ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決とは異なり、損害賠償請求を否認することで被害者が自らの不全状態を克服することができるものとは認められない場合であっても、損害賠償を否定する。(38)【D-20】ＢＧＨ一

九五六年二月二九日判決は、被害者が自らの誤った態度を、損害賠償請求を断念することで克服することができたであろうという場合にのみ妥当すると解されるものであるところ、本判決は克服可能性が認められるか否かに判断は左右されないという。なぜならば、被害者の誤った態度を賠償義務者の負担とすることは許されないからである。[39]

これに対して、メディクス（D. Medius）は異議を唱える。すなわち、本判決は損害賠償の目的の論拠が機能しない場合であるが、このような場合においては、さしあたりＢＧＢ二五四条が考慮されるべきであり、次いで帰責性関連が完全に否定されるのは極端な損害素因の場合[40]に限られるとするのがより当然である。[41] ＢＧＢ二五四条の適用が考えられているところからすると、メディクスは克服可能性を重視した見解であると解される。

また、シュテフェン（E. Steffen）は、本判決は【D-20】ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決の示す損害賠償の承認が被害者の不全状態を固定化させるだけであるという理由から離れていると解する。すなわち、【D-20】ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決の示す理由によると、被害者は、療養することを法的に命ぜられることとなる、つまり賠償を得るためには自ら積極的に症状克服の努力をしなければならなくなるのであるが、しかし、こうした要請は、医学的には根拠がなく、また責任法の責務とも矛盾することとなってしまうとして批判する。そこで、彼は、定期金ノイローゼにつき、加害者への帰責が否定される根本的理由を、不法な侵害との違法性関連の欠如に求める。その際、彼は、違法性関連の欠如につき、結晶化点（Kristallisationspunkt）と表現される、原因の交換可能性の観点から説明する。[42] それでは、次に、原因の交換可能性の観点からの加害者の免責について考察してみよう。

二　原因の交換可能性からの免責

【D-20】ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決の示した例外準則は、被害者の身体的・精神的状態の回復のためには損害

賠償を承認することはかえって被害者の不利益であるとする被害者救済を前面に出した極めて法政策的な判断であったところ、【D-34】ＢＧＨ一九六五年九月二八日判決は、損害賠償請求を否認することで被害者が自らの不全状態を克服することができるであろうとは認められない場合であっても損害賠償を否定することで、ＢＧＨとしては法政策的な判断から離れていったものと解される。そして、【D-35】ＢＧＨ一九七九年五月八日判決（BGH NJW 1979, 1936）は、さらに法政策的判断から離れ、目的的関連性及び侵害行為の交換可能性から帰責を否定する。

本判決の事案は次のとおりである。Ｘ（一九三〇年生、ギリシャ国籍保有者）が、一九七〇年に外国人労働者としてドイツに入国し、先に入国し職業を得ていたＸの妻及び子とともにドイツに滞在していた。Ｘは、一九七二年三月二一日にＹ病院にて脱腸手術を受け、同年三月二七日から四月一日まで Megacillin（ペニシリンの一種）注射を大臀筋に受け続けたところ、左足不随の障害を被り、以降稼働不能となった。そのためＸは、Ｙに対して所得喪失の賠償並びに慰謝料を請求したのが本件の事案である。第一審及び控訴審ともにＸの請求を棄却。Ｘが上告。本判決においてＢＧＨは、定期金ノイローゼの意味での欲望観念に起因する所得喪失は賠償されないとする判例を離れるわけではないが、その理由づけを上述の二判決と異にする。

「確かに、当審は判例を離れない。所得喪失は、身体的損害によって惹起された定期金ノイローゼという意味における欲望観念のみに結びついている限り、賠償されないとする判例である。この関係では、上告が批判する、単に被害者の身体及び精神の回復に有害な状態の固定化に寄与することは加害者には要求されえないという命題が根拠として存続するか否かは未決定であってよい。当審は、すでに、損害賠償が被害者の誤った態度（Fehlhaltung）を改善する望みがない場合にも命題は損害賠償を否定することから、この命題を離れる。しかしながら、本件では、次のことで十分である。すなわち、身体侵害の不法の内容（Unrechtsgehalt）とそれを端緒とする欲望観念との間に理解できる目的的関

連性が存在せず、損害事件が、むしろ、その本質によれば交換可能であるところの、欲望ノイローゼにとっての〝結晶化点（Kristallisationpunkt）〟を構成するにすぎない場合には、加害事象と定期金ノイローゼとの帰責関連は肯定されない」[43]。

本判決では、加害行為は被害者が欲望観念を抱くに至った「結晶化点」にすぎないとして帰責性が否定されているが、ここでいう「結晶化点」とは、当該侵害行為とは別の「適切な」行為であったとしても、同様に被害者は欲望観念を抱くに至ったところの行為であり、被害者の精神損害は、別の「適切な」行為であっても生じ得たわけであるため、本質的に交換可能であることを意味する[44]。この場合、侵害行為と損害との相当因果関係が否定されることとなるのであるが、それは侵害行為が無価値なのではなく（侵害行為とは見なされないのではなく）、事実上の原因関係は存在するが、被害者の一般生活上の危険が現実化したものとして交換可能なのであり、侵害行為と損害との違法性関連が存在しないため帰責性が否定されるのである[45]。

三　帰責されうるノイローゼ ― 現実神経症・転換神経症（転換性障害）

これまでは定期金ノイローゼの場合に関する賠償義務の免除について考察してきた。ところで、同じ「ノイローゼ（神経症）」であっても、加害者の帰責性が肯定される場合が判例において認められている。次の現実神経症と転換神経症（転換性障害）である。これら二つのノイローゼは、定期金ノイローゼと異なり、欲望観念により形成されていないノイローゼとして帰責関係が肯定されている[46]。

（一）現実神経症

現実神経症（Aktual Neurose）とは、現実成果におけるフラストレーション（欲求不満）や現実不安が蓄積して大

きな精神的ストレスがかかることによって発症する、すなわち、「現実的・外部的な原因」によって発症する神経症である。[47]

この現実神経症の場合については、判例上、加害者への帰責が認められている。[48]上述の定期金ノイローゼの場合には、「現実的・外部的な原因」（侵害行為）が「結晶化点」に過ぎない場合には帰責性が排除されていたが、現実神経症の場合には、被害者の人格形成上もともと備えていたノイローゼが発症するに至った「現実的・外部的原因」である侵害行為は、「結晶化点」に過ぎないのではない。むしろ、被害者の精神的損害は、侵害行為の際に精神的ショックを受けたことにより、主要かつ直接的に与えられたものであり、それゆえ、幾重にも侵害行為と密接に結びついているため、帰責性は排除されないのである。[49]

（二）転換神経症（転換性障害）

転換神経症（転換性障害）は、以前はヒステリーとも呼ばれていたものであり、精神的・心理的なストレスや葛藤が原因で発症する神経症である。患者はそうしたストレスや葛藤を、無意識のうちに身体症状へ「転換」するため、転換神経症（転換性障害）と称される。

転換神経症（転換性障害）は、被害者が事故及び事故による身体的結果を精神的に消化することができないという点では、定期金ノイローゼと同様であるが、それは、定期金ノイローゼの場合のように将来的に加害者又は公共（Allgemeinheit）が被害者の生計を立てなければならないという観念にとらわれているわけではなく、被害者が自らの内的葛藤を抑えることができず、自尊心を失うことによって生じ、無意識的に事故を潜在的な内的葛藤を補うきっかけとして利用してしまうという事故経過の誤った消化である。そのため、定期金ノイローゼとは異なるものとして、帰責性は排除されない。[50]

もっとも、転換神経症（転換性障害）は、ほとんど取るに足りないような誘因（Anlass）によっても発症する場合がある。そのような場合には、被害者の一般生活上の危険しか実現しなかったとして違法性関連が否定されることがある。[51] しかし、そのような場合は例外的に認められるにすぎず、通例は、加害者は〝有害な素因〟を有する被害者を引き受けなければならないとして、帰責性が認められるのである。[52]

四　精神的脆弱性に関する素因不考慮命題の例外準則

（一）以上、考察してきた精神的脆弱性に関する素因不考慮命題の例外準則を敷衍するならば、次のとおりである。

第一に、被害者が定期金ノイローゼの場合には、素因不考慮命題は破られ、加害者への帰責は排除される。定期金ノイローゼの場合に加害者が免責される理由は、①損害賠償の意義及び衡平の理念に反し、賠償を与えることでむしろ被害者の損害の回復が困難になる、または、法の社会的機能に反し、賠償を与えることで社会復帰が困難になる、という被害者救済を目的とした法政策的な判断をするものから、法政策的判断から離れ、②損害賠償を否定したとしても、被害者が自ら不全状態を克服する可能性がなくとも、被害者の誤った態度（Fehlhaltung）を加害者の負担とすることはできないということに求めるものや、③侵害行為は、欲望観念の「結晶化点」を構成するに過ぎず、本質的には交換可能である、すなわち、偶然的な原因に過ぎないため、被害者の一般生活上の危険が現実化したものであり、侵害行為と損害との違法性関連が存在しないとして、帰責性が否定される、などとその理由は変遷をとげている。

他方で、ノイローゼと呼ばれるものであっても、現実神経症と転換神経症（転換性障害は、賠償観念によって形成されていないノイローゼとして定期金ノイローゼとは区別され、原則として加害者は免責されない。

第二に、精神的損害の発生が一般生活上の危険の現実化と見なされる場合には、帰責性は否定される。すなわち、被

害者の精神的損害を惹起した原因（侵害行為）が、取るに足りない、任意の別の原因と交換可能なものであるのであれば、被害者の精神的損害は、むしろ、一般生活上の危険の現実化であり、被害者は自らそれを引き受けなければならず、帰責性が否定されるのである。

（二）以上のような定期金ノイローゼの場合における素因不考慮命題の例外準則は、学説では異論の多いところであった。とりわけ、被害者救済という法政策的な判断の下で帰責性が否定されることについては、医学的評価にすぎないとの批判がなされるところである。[53] そのため、判例は、被害者救済の観点から離れて、一般生活上の危険の観点からの責任制限を試みるものが一般的になってきたものと思われる。

また、学説では、ランゲ（H. Lange）が、定期金ノイローゼなどの場合における被害者の誤った態度（Fehlhaltung）につき、加害者の負担とされるべきでなく、帰責性が排除されることについて、次のような見解を示す。すなわち、欲望観念（原文では欲望ノイローゼ）は、何人も自分自身で責任を負うべき内部領域に属するものである。[54] この欲望観念が現実化し、精神的損害が生じた場合というのは、被害者に最低限の精神的抵抗力が欠けているからである。[55] このようにランゲは、最低限の抵抗力という基準により、それを下回った場合に限って定期金ノイローゼの場合の精神的損害の発生を一般生活上の危険に割り当てるという見解を示している。ランゲは、定期金ノイローゼの場合において、帰責性が否定されるのはあくまでも例外であるにすぎないと考えており、原則は帰責性を肯定する。他方で、帰責性が認められたとしても、被害者が自分自身の欲望観念に逃げ込むことを避けることができたか、被害者がその観念から再び逃れるために期待されうることを全て尽くしたか否かは、別途審理されなければならないとする。[56] この審理は、すなわち、BGB二五四条の共働過責の成否の審理である。

しかし、学説は、共働過責の成立についても消極的である。なぜならば、被害者の共働過責を問うためには、被害者

にノイローゼの克服可能性を要求することとなるが、しかし、「加害者は、〝適切に体験を精神的に消化〟することのできる被害者を侵害したであろうと期待することは許されない」[57]からである。そして、このように解するならば、素因不考慮命題のいう「虚弱な者」には、「適切に体験を精神的に消化することのできない者」もまた含まれると解することができよう。

第三節　被害者の体験の不適切な精神的消化

第一款　加害者免責の定式

原則として、被害者の特別な精神的な脆弱性が素因として損害の発生・拡大に寄与した場合であっても、素因不考慮命題が妥当し、加害者は責任を免れないことは、既に確認したとおりである。しかしながら、被害者の特別な精神的脆弱性については、定期金ノイローゼの場合においても言及されていた、被害者の「誤った態度(Fehlhaltung)」、すなわち、「体験の不適切な精神的消化」が問題とされる。つまり、被害者が精神的に脆弱であるが故に、不法行為体験を適切に精神的に消化しきれず、損害として顕在化してしまった場合に、加害者は責任を負うべきか否かという問題が生じるのである。この場合、判例上は、一定の場合に限り、加害者は責任を負わないことが認められている。このとき判例では、上述した定期金ノイローゼの場合における素因不考慮命題の例外準則が修正され、「加害事象が全くとるに足りないものであり、かつ、被害者の精神的反応が具体的場合において誘因に比して重大な不均衡となるため、もはや全く理解できない」、として定式化されている。[58]この定式化に重要な役割を果たしたのが、【D-37】ＢＧＨ一九九六年四月三〇日判

決と【D-38】一九九七年一一月一一日判決である。(59)

一　ＢＧＨ一九九六年四月三〇日判決

（一）事案と判旨

【D-37】ＢＧＨ一九九六年四月三〇日判決（BGHZ 132,341）の事実の概要は、大要次のとおりである。Ｘ（当時四六歳）は、一九八三年八月二五日に交通事故に遭い、頚椎脊柱管の鞭打ち症を伴う頚椎脊柱管及び胸椎脊柱管の打撲症などの傷害を被った。なお、Ｘは、すでに一九六五年から一九八二年までの間に八回交通事故に遭い傷害を被ったことがあった。Ｘは、事故日以降複数の病院に入院しても、その状態に明らかな改善はなかった。その後、Ｘは、嘱託医から、最終的に就労不能であるとの診断を受け、一九八五年一一月一日付けで退職させられ。そこでＸは、逸失利益の賠償と少なくとも25000DM 程度の慰謝料、並びにその他全ての損害に対する賠償義務の確認を請求した。第一審は請求を棄却。控訴審は、37500DM の慰謝料と主張された財産的損害に対する賠償、並びに逸失利益を一部認容し、確認の訴えも認容した。これに対して、Ｙが上告。上告棄却。

ＢＧＨは、本判決において、精神的脆弱性に関する素因不考慮命題及びその例外準則につき、以下の三点に言及する。

第一に、被害者の損害に対する特別な脆弱性は責任法的に加害者の責任とされるという素因不考慮命題は、原則として、通常は被害者の特別な精神的脆弱性から生じる精神的損害についても妥当することを確認した上で、ノイローゼによる体験の誤った精神的消化を理由とする後続損害(60)についても、「精神性の後続損害に対し加害者は、その後続損害が以前からあった精神的な病気またはそのようなノイローゼの消化に由来する場合であっても、責任法上、原則として、責任を負わなければならない(61)」として、原則として帰責性を認めることを明言する。

第二に、ノイローゼによる体験の誤った精神的消化を理由とする後続損害の帰責性が認められるとしても、定期金ノイローゼの場合には、依然として、加害者の責任は否定される[62]。

第三に、精神的損害についても、身体的損害の場合と同様に、極端な損害素因に由来するものである場合には責任が制限される。この場合、「加害事件が全く取るに足りないものであり（Bagatell）、かつ、被害者の損害素因に特別に影響を与えたわけでもなく、具体的事案における精神的反応が誘因との重大な不均衡があるが故にもはやまったく理解できない場合」に限られる[63]。

そして、本件においては、Xが定期金ノイローゼに罹患していたことは確認されず[64]、また、Xは、本件事故において自動車が全損するほどの衝突をしており、その際脳震盪、頸椎のむちうち症並びに身体の他の部分に挫傷、打撲等の傷害を被っており、事故は取るに足りないものではなかったため、帰責性は排除されないとされた[65]。

（二）本判決の意義

ＢＧＨは、現代医学における精神身体医学的方向性を反映しており、本判決において、精神的損害の取り扱いを広範囲に身体的損害の取り扱いに適合させ、素因不考慮命題を拡張する方向にある。本判決では、その一環として、素因不考慮命題は、被害者の単なる精神的脆弱性だけでなく、ノイローゼによる誤った精神的消化を理由とする後続損害にも妥当するものと定式化し、素因不考慮命題を拡張させている[66]。

もっとも、本判決では、上述第二で見たように、依然として、定期金ノイローゼの場合には帰責性が否定されるとの立場が堅持されている。ただし、責任設定的帰責性（因果関係）については、厳格な帰責性が要求されており[67]、定期金ノイローゼに関する例外準則は、責任設定的因果関係の厳格さという点で、例外性が強調されたものと解される。

また、ＢＧＨが、素因が極端なものである場合について、加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、被害者

の損害素因に特別に影響を与えたわけでもなく、具体的事案における精神的反応が誘因との重大な不均衡があるが故にもはやまったく理解できない場合に限られるという、新たな例外準則を定式化したところに重要な意義がある。この例外準則は、一般生活上の危険の現実化による責任制限を定式化したものと解されるところである。(68)

二　BGH一九九七年一一月一一日判決

（一）事案と判旨

【D-38】BGH一九九七年一一月一一日判決（BGHZ 137, 142）の事実の概要は次のとおりである。Xは、一九八六年二月三日、Yが付保する乗用車と衝突し、ドア枠に頭を打ち付けた。Xは、事故後外来診察を受けたところ、むちうち症であると診断され、医師の所見によると、五日間の労働不能であるとのことであった。しかし、Xはその後もさらなる身体侵害と麻痺症状とを訴えた。Xは、その苦痛を理由として、一九八七年に一九八二年以来営んできた家具店をたたんだ。そこでXは、月々支払われる定期金を控除した月3,360DMの生業損害の賠償、5,000DMの慰謝料並びに将来的損害に対するYの定期金義務の確認を請求した。

第一審及び控訴審はXの請求を棄却。Xが上告。上告破棄差戻し。

本判決でBGHは、【D-37】一九九六年四月三〇日判決において示された新たな例外準則の本件への適用の可否とXの精神障害が定期金ノイローゼであるか否かについて、次にように判示した。

第一に、本件事故が【D-37】一九九六年四月三〇日判決において示された例外準則の意味における僅少事例（Bagatellfall）として帰責が排除されるほど僅少であったか否かについて、BGB八四七条（現二五三条）に基づく非財産的損害の賠償の否定につき発展させた原則が適用されるべきであるとして、「それによると、本質的な生活態度の

侵害及び持続的後遺症のない身体又は健康の僅少な侵害については、一時的な、日常生活において典型的かつ特別な損害事例とは異なる理由でもしばしば生じる身体的又は精神的健康の侵害が問題となる場合に賠償は否定される。つまり、第一次侵害の程度からも性質からも全く取るに足りないものであり、かつ、通常は被害者に持続的影響をもたらさない侵害が想定される。なぜならば、被害者はすでに他者との共同生活がゆえに比肩するような健康の障害にさらされているからである。

しかし、むちうち症を伴う頭部打撲症が日常生活にとって典型的ではなく、通例は特別な損害事件と結びついており、本件では侵害は明らかにXの複数日に及ぶ労働不能をも結果としてもたらしたということから既に明らかとなっているように、本件で確認されたXの侵害は明らかにそのような損害像（Schadensbild）を超えている[69]」として事故の僅少さが否定された。また、「……一九九六年四月三〇日判決の原則によると、上述の意味における僅少な損害がある場合においても、場合によっては、加害事件がまさに被害者の特殊な損害素因を侵害し、ノイローゼの誤った展開に対する一般的な脆弱性のみを侵害したのではない場合には、精神的後続損害の帰責は正当化されうる。このことは、身体的損害と精神的損害とを同等に扱う原則から結果として導かれる。この原則により、加害者は同様に被害者の特別な損害素因を引き受けなければならない[70]」のであるが、本件は僅少という点で責任が排除されていないので、本件では問題とならないとされた。

第二に、控訴審では、Xの人格障害、婚姻状況及び労働状況のため、他の日常生活で発生が避けられない出来事であったとしても同じ反応に至ったであろうから、本件事故は定期金ノイローゼの結晶化点に過ぎないとして、Yの責任は否定されたのであるが、本判決では、「Xのノイローゼ状態に関する鑑定人の説明に鑑みると、控訴審は、その精神異常が、むしろ、精神的葛藤が身体的障害へと変化した転換神経症（転換性障害）を指し示していないのかどうかを審理しなけ

ればならなかった。そのようなノイローゼは、同様に、事故という出来事の誤った消化（Fehlverarbeitung）に基礎を置くものである。その誤った消化は、欲望ノイローゼとは異なり、もはや働かなくともよいという願望を必ずしも顧慮しない場合であっても、無意識に潜在的心理的葛藤を補うきっかけとして利用されるのであり、その結果、この場合には原則として因果関係の帰責が成立する。それによると、責任の判断にとって決定的であったのは、Xのノイローゼ状態が決定的に欲望観念により形成されているか否かであった。

鑑定人は、本件において、一方で、―確かに意識的に近い―Xの転換（Konversion）を出発点としているが、他方では、ノイローゼ形成の構成要素として保障願望及び賠償願望についても言及したので、控訴審は、損害事件に関するこのノイローゼ状態の帰責を容易には否定せず、この状態を―例えば鑑定人の追加的尋問によって―包括的に明確化しなければならなかったはずである。

むろん、この後さらに必要となる事実解明に際して、控訴審は、次のことを顧慮しなければならない。すなわち、新たな心理学上の知見によると、さしあたり定期金ノイローゼが発症した場合においても、定期金願望は確かに一つの症状であるが、しかし本質的又は単独で決定的な病原性の要因ではなく、むしろ、そのような精神的な誤った態度に関しても、被害者の人格構造並びに事故によって発現する可能性があった誤った消化（Fehlverarbeitung）又は著しいストレスが本質的な役割を果たしたことが明らかとなった、ということである」として、本件では、転換神経症（転換性障害）又は定期金ノイローゼあるいは欲望ノイローゼの観点からも帰責性は否定されず、むしろ、欲望観念に対するXの脆弱性がどの程度影響しているのかが問われなければならないとして、破棄差し戻されたのである。(71)

なお、本判決では、損害額の算定に関し、特別な精神状態やノイローゼの展開に協働する欲望観念といった被害者の素因が考慮されうることにつき言及されているが、(72) 帰責性と別の論点であるため、別途考察することとする（本稿第四

章第三節）。

（二）本判決の意義

本判決では、【D-37】一九九六年四月三〇日判決において新たに示された「加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、被害者の損害素因に特別に影響を与えたわけでもなく、具体的事案における精神的反応が誘因との重大な不均衡があるが故にもはやまったく理解できない場合」における侵害行為の僅少性は、慰謝料を否定する場合の原則に倣って、一時的な、日常生活において典型的かつ特別な損害事例とは異なる理由でもしばしば生じる身体や精神の侵害が問題となっている場合であることが示されたという点で、ある程度の基準が明らかにされたものと考えられる。もっとも、具体的事案において、侵害行為の僅少性があまり認められないこととなった場合には、保険料が値上がりする可能性が懸念されている(73)。

本判決でより重要なのは、定期金ノイローゼと認定する際には、ノイローゼ状態が決定的に欲望観念により形成されているかどうかが決定的であるとされた点である。【D-37】一九九六年四月三〇日判決では、定期金ノイローゼの場合には依然として帰責性は否定されるとの姿勢が堅持されることを明言していたが、しかし、責任設定的因果関係の認定が厳格なものとなり、定期金ノイローゼとは認定され難くなり、それゆえ例外準則の例外性が際立ったと解されるが、本判決の判旨もまたその延長線上にあるといえる。このように考えるならば、ＢＧＨとしては、現代の精神身体医学的知見を積極的に取り入れることによって、従来、いわゆる定期金ノイローゼと呼ばれ帰責性が否定されていた事例についても、原則として帰責を認める方向に舵を切ったものと解することは許されよう。そして、素因不考慮命題との関係でいえば、従来は素因不考慮命題の第一の例外として位置づけられていた定期金ノイローゼの場合も、原則として包含されるものと解される。すなわち、素因不考慮命題の拡張である。

ただし、素因不考慮命題を拡張していくと、次には、責任制限の手段がなくなり、加害者は過酷な状況に追い込まれるという弊害も発生するのは、想像に難くないであろう。この点につき、BGHは、本判決において、損害額の算定に関し、特別な精神状態やノイローゼの展開に協働する欲望観念といった被害者の素因が考慮されうると判示していることに鑑みると、BGHとしては、加害者の責任の拡大にともない、賠償額算定において実質的な調整をすることを志向しているようにも思われる。

三　加害者免責の再定式

以上、判例により形成された加害者免責の定式を再定式化するならば、次のとおりである。

第一に、素因不考慮命題は、現代の精神身体医学の発展に合わせて、その適用範囲を拡張させ、被害者の単なる精神的脆弱性のみならず、ノイローゼによる誤った精神的消化を理由とする後続損害にも妥当する。

第二に、定期金ノイローゼの場合には帰責性が否定されるとの立場は変わらず維持されているが、責任設定的因果関係の厳格さやノイローゼ状態が決定的に欲望観念で形成されていることが必要とされたことにより、その認定が困難なものとなった(74)。この意味では、例外性が強調されたものと解される。

第三に、あくまでも例外ではあるが、素因が極端なものである場合には、「加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、特別に被害者の損害素因に影響を与えたわけでもなく、具体的事案における精神的反応が誘因との重大な不均衡があるが故にもはやまったく理解できない場合」に限って帰責性が否定される。

第二款　加害者免責定式に対する学説の評価

一　定期金ノイローゼに関する例外準則の問題点

学説では、ＢＧＨの例外準則において、素因不考慮命題の適用範囲が被害者の単なる精神的脆弱性だけでなく、ノイローゼによる誤った精神的消化を理由とする後続損害にも妥当するとして、素因不考慮命題を拡張することには取り立てて異論は見られないが、しかし、定期金ノイローゼの取り扱いについては、問題点が指摘されている。

定期金ノイローゼの認定にはノイローゼ状態が決定的に賠償観念（欲望観念）によって形成されていることが要求される点につき、ミュラー（Müller）は、次のことを指摘する。欲望観念は転換神経症（転換性障害）についても少なくとも背景にはあり、しばしば心理学者によりノイローゼの構成要素として確認されている。そうすると、法律学者がかつては全責任を肯定していたあるいは全責任を否定していたというコンセプトに従い、定期金ノイローゼと転換神経症（転換性障害）との境界に依存する場合、法律学者はむしろ潜在的に被害者には無意識の欲望観念のノイローゼ形成への影響を専門的には完全に誤って判断してしまい、その範疇での鑑定を強要すると、心理学者には疑わしく、不明確又は不自然な結果が導き出されてしまう区別が生じてしまうのではないか、という問題が容易に想起される。(75)

また、ヘス（Heß）は、ＢＧＨの示した基準に従って定期金ノイローゼの証明はどのように行われるのか未解決であるとして、訴訟における証明の問題を指摘する。(76)

証明の問題に関連して、ファン・ビューレン（van Bühren）は、ＢＧＨの示した責任制限基準は、実務上利用可能ではないと批判する。すなわち、鑑定人は、事故事象の誤った消化が他の内的葛藤を補うためであるか、あるいは職業生活の負担から完全に逃れるためにであるか、いずれに作用しているのかをどうやって確認するのであろうか、として疑問を呈する。というのも、ドイツでは（も）むち打ち症は医学的検査によって客観的に確認することができないからである。また同様に責任制限基準である労働不可能性も証明することはできない。なぜならば、治療に当たる医師は、

その患者の主観的苦痛が客観的に診察できない場合でもそれを信用するからである。(77)

二　定期金ノイローゼとその他のノイローゼとの区別の相対化

ＢＧＨの示した定期金ノイローゼに関する基準には、以上のような問題が生じるところであり、結局のところ、定期金ノイローゼとその他のノイローゼの医学的な線引きが微妙であり、専門家以外には確認することができないので、定期金ノイローゼによる責任制限からは事実上決別することになると、グルンスキー（Grunsky）が評価するところである。(78)定期金ノイローゼとその他のノイローゼとの区別が困難となることは、【D-37】ＢＧＨ一九九六年判決及び【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決が下される以前から、すでに指摘されていたところである。(79)

定期金ノイローゼによる責任制限からの事実上の決別は、定期金ノイローゼとその他のノイローゼとの区別が相対化されることを意味する。この点につき、ミュラーは、定期金ノイローゼと転換神経症（転換性障害）との扱いの相違に言及することから始める。(80)従来、裁判例は、転換ノイローゼであれば賠償を認めるのに対して、定期金ノイローゼ及び賠償神経症の場合には賠償を認めないという立場を採ってきたことについて、新たな心理学的分析(81)によると、定期金ノイローゼ・賠償神経症と転換神経症（転換性障害）も本質的には同じであることを指摘する。定期金ノイローゼ・賠償神経症においては、欲望観念（Begehrensvorstellung）が問題とされ、それが本質的または唯一の決定的病因論的要素であるとして、加害者は免責されたのである。しかし、欲望観念は、精神的に誤った態度として捉えられるが、その欲望観念についても、被害者の人格構造、精神的な誤った消化（Fehlverarbeitung）又は彼の人的領域内での相当のストレスが、症状の形成に本質的役割を果たしている。(82)他方で、転換神経症（転換性障害）は、被害者の精神的な誤った消化が症状発現の要因であると考えられている。そうすると、定期金ノイローゼ・賠償神経症も転換神経症（転換性障害）

もまた、「精神的な誤った消化（精神的消化不良）」という点で共通であり、かつ、症状発現の本質は、被害者の個人領域（人格）にあるということができるので、両者の区別は相対化されることとなる。それゆえに、ミュラーは、いわゆるノイローゼの事例においては果たして責任の全か無かという原則は適当なのかということを問題とし、柔軟な解決を試みるべきであるとし、責任の調整方法として、【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決の示す、賠償額算定における特別な精神状態やノイローゼの展開に協働する欲望観念といった被害者の素因の考慮を支持するものである。(83)

三　僅少な事例（Bagatellfall）に関する例外準則について

僅少な事例に関する例外準則である、「加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、特別に被害者の損害素因に影響を与えたわけでもなく、具体的事案における精神的反応が誘因との重大な不均衡があるが故にもはやまったく理解できない場合」とは、学説では、一般生活上の危険が現実化した場合であると解されている。(84) つまり、僅少な侵害行為と損害との間には、違法性関連が欠如すると解されている。(85)

上述の定期金ノイローゼの場合における素因不考慮命題の例外準則において、帰責性が否定されるためには被害者の損害素因（Schadensanlage）に特別に影響を与えたことを要するとされた点につき、シーマン（G. Schiemann）は、損害素因は仮定的因果関係の問題において予備的原因として考慮され、早められたことによる損害のみが加害者に帰責されるということで学説は一致していたにもかかわらず、ＢＧＨはこの損害素因の概念を正反対の機能で用いたとして批判する。すなわち、従来は、損害が被害者自身へ帰責される（加害者の帰責性が制限される）のは、取るに足りない要因（Bagatellanlässe）に限られるとしていたにもかかわらず、【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決によれば、事故が被害者の損害素因に特別に影響を与えた場合には、加害者に帰責されることとなる。つまり、被害者の損害体質

（Schadensdisposition）及び取るに足りない要因に関しては加害者に帰責されないが、被害者の損害素因に関しては加害者に帰責されることとなるのであるが、これは従来の学説と矛盾するように思われると。そこでシーマンは、同判決を、取るに足りない要因が損害素因に影響を与えた場合に（加害者の）帰責性は排除されるということを判示したものと理解している。(86)

また、キューターマイヤー（J. D. Kütermeyer）は、例外準則が、被害者の精神的反応と誘因との重大な不均衡がある場合という制限を附していることに関連して、誘因と反応との重大な不均衡による責任制限は、「何人も最低限の抵抗力を示さなければならない」という命題に基づくものであので、最低限の抵抗力を下回った場合には、どのような事情によるかは取るに足りないことであるので、損害素因の種類を考慮することはできないとする。(87)

第四節　小括

本章では、被害者の特別な精神的脆弱性と素因不考慮命題との関係を考察してきた。それによれば、素因不考慮命題は、被害者の特別な精神的脆弱性についても妥当することが確認されたところである。

ところで、ドイツ法では、定期金ノイローゼの扱いについては、特有の議論が展開されていた。RG時代には、定期金ノイローゼの場合であっても、加害者の帰責性は否定されていなかったが、BGHの時代になり、一変して帰責性が否定されることとなった。RG時代には定期金ノイローゼもまた素因不考慮命題の適用範囲にあったものが、(88)【D-20】BGH一九五六年二月二九日判決により、定期金ノイローゼが、素因不考慮命題の例外として位置付けられるに至ったのである。その際、BGHは、当時の医学的知見を背景として、被害者救済を目的とした法政策的判断から、加害者の

帰責性を否定することとした。その後、被害者救済を目的とする定期金ノイローゼの場合の例外的取り扱いは、次第に、法政策的判断から遠ざかり、一般生活上の危険の理論により帰責性が排除されるものと構成されるようになったのである。

定期金ノイローゼは素因不考慮命題の例外として位置付けられており、他方でその他のノイローゼは、前者とは区別され、素因不考慮命題が適用されていたが、精神身体医学の発展により、両者には「体験の不適切な精神的消化」という共通項が認められるようになり、両者の区別は相対化されるようになった。現在においても、定期金ノイローゼの場合の例外性は維持されてはいるが、区別が相対化されるに伴い、定期金ノイローゼの原因であるとされる欲望観念の認定には厳格性が要求されることとなり、実際問題としては、ほとんど利用可能性がないことが指摘されている。

また、定期金ノイローゼとは異なるノイローゼに関しても問題となっていた、「体験の不適切な精神的消化」については、「加害事件が全く取るに足りないものであり、かつ、特別に被害者の損害素因に影響を与えたわけでもなく、具体的事案における精神的反応が誘因との重大な不均衡があるが故にもはやまったく理解できない場合」に限り帰責性が否定されるとして定式化されている。これについては、異論がないわけではないが、基本的には、一般生活上の危険の現実化として理解されている。

以上の通り、被害者の特別な精神的脆弱性については、「体験の不適切な精神的消化」をキーワードとして、素因不考慮命題の適用範囲が拡張されていったという経緯が観察される。しかしながら、他方で、素因不考慮命題の適用範囲が拡張されるということは、加害者の責任を制限する方法が失われ、加害者にとっては酷な状況が生じかねない。そこでＢＧＨは、別の方法による責任制限を試みている。後掲【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決が示した賠償額算定における素因の考慮がそれである。ＢＧＨは、帰責の観点からの責任制限ではなく、加害者の帰責を認めた上で、

賠償額によって調整を図ることを志向しているものと解されるが、この方向性は、わが国の素因減責論と同じ方向を向いていると思われる。したがって、次章では、賠償額算定における素因の考慮について考察する。また、「体験の不適切な精神的消化」は、BGB二五四条の共働過責として把握されることがたびたび指摘されているため、BGB二五四条と素因との関係についても考察を試みる。

第四章　ドイツにおける素因の考慮場面

第一節　素因不考慮命題と諸法理による減免責の可能性

上述第二章及び第三章の検討から、ドイツ法における「虚弱な者に対して加害をなした者は、健康な者に加害をなした場合と同様に扱われることを主張し得ない」という素因不考慮命題は、損害の帰責に関するルールであることが明らかとなったわけであるが、その点にこそ日本法との齟齬が見出される。すなわち、わが国における素因斟酌準則は、損害の加害者への帰責を認めた上で、素因の影響力（寄与度）を考慮（斟酌）しうるか否か、しうるとすればどの程度であるか、そしてその際の法律構成はいかなるものが適切であるかが議論の対象となっているのであり、この意味では、ドイツ法における素因不考慮命題と同等の判断は、損害の帰責というレベルでは、わが国においても行われていると考えられるところである。

それでは、本章では、素因不考慮命題が貫徹されているドイツ法における素因の考慮場面について考察してみたい。なぜならば、第二章及び第三章の検討において、素因が考慮される場面及び法理が俎上に上っていたからである。ドイ

ツ法における素因不考慮命題の意義及びその射程を理解するためには、上述のような素因の考慮可能性を合わせて理解することが必要であると考えられ、また、わが国における素因斟酌準則との比較の上でも重要であろう。

さて、ドイツ法においては、被害者の素因が考慮される場面としては、具体的には、仮定的（凌駕的）因果関係による減免責として、逸失利益算定において素因の将来的影響が考慮されていた（第二章第三節二）[89]。さらに、後掲【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決では、逸失利益の割合的認定の可能性が示唆されているところである。また、学説においては、ＢＧＢ二五四条の共働過責の規定の適用の可能性が、素因不考慮命題を積極的に支持する論者からもしばしば主張されている。

よって、以下では、まず、逸失利益算定における考慮を検討し（第二節、第三節）、次いで、ＢＧＢ二五四条の共働過責の規定の適用可能性について考察することとする（第四節）。

第二節　逸失利益算定における考慮

第一款　素因事例

一　素因事例と素因不考慮命題の相違

侵害時において既に存する素因（Anlage）が理由で、被侵害客体に別の侵害が確実に予期されえたという場合、ドイツ法では「素因事例（Anlagefälle）」と称されるが、この場合、当該素因は予備的原因として顧慮されうるとする点で判例・学説は一致している[90]。

他方で、上述の意味における素因事例に属さないのは、損害素因（Schadensdisposition）が原因ではあったが、当該損害素因がそれ自体単独では損害をもたらさず、発生が確実には予見されることのない作動因との連関によってのみ損害が惹起されたであろうという事情であり、この場合には、素因不考慮命題が妥当し、加害者は免責されないとされる[91]。わが国では、素因競合の問題と仮定的因果関係の考慮との相違が強調されることが多いが[92]、このように、ドイツ法においても、仮定的因果関係の考慮を意味する素因事例と素因不考慮命題とは法理論上明確に区別されている。

二　予備的原因の顧慮の効果

素因が予備的原因として顧慮されることの効果は、「早められたことによる損害（Verfrühungsschaden）」のみの加害者への帰責である[93]。つまり、加害行為がなければ存したであろう状態を基礎として、予備的原因たる素因の将来的展開を仮定し、その実現時までに限って所得喪失損害（＝逸失利益）の賠償が認められるのである。例えば、加害行為がなくとも一年後には被害者自身が加害行為以前から有していた素因によっても確実に同じ状態へと現実化したであろうということが証明されるのであれば、残存稼働可能期間まで所得喪失損害を算定するのではなく、加害行為時から一年後までに限っての所得喪失損害を算定するのである（【D-15】OLG Frankfurt aM 一九八三年七月七日判決[94]）。

「早められたことによる損害」のみの帰責は、予備的原因の実現時以降の賠償義務の完全な排除を意味する。このことにつき、学説では次のように指摘されている。予備的原因の実現時以降については、社会通念上、当該法益は無価値であると見なされる[95]。もっとも、「無価値」という判断は、加害行為と原因関係がないという意味ではなく、差額説を基礎とする損害算定によると、予備的実現時以降については同じ状態であるとみなされるということは、法益としては同価値である、すなわち、損害としては「無価値」とみなされるということを意味する[96]。

三　証明責任及び証明度

予備的原因の証明責任については、加害者は、存在する素因又は後発的に生じた事件が確実に加害行為によって生じたと同様の損害を惹起させていたであろうことを主張・立証しなければならないとして[97]、通説・判例とも加害者がこれを負担しなければならないということで、結論はほぼ一致している[98]。なお、加害者が負担する予備的原因の証明の程度については、加害行為以外の方法による損害発生の単なる可能性（Möglichkeit）では十分ではなく、確実というに近い程度の蓋然性（mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit）が要求される[99]。学説では、この加害者に課せられる証明の程度が高度であることから、ＺＰＯ二八七条の証明度の軽減の規定の適用を認める見解もみられる（この点については、後述第三節参照[100]）。なお、この証明に失敗すると、素因不考慮命題が適用され、全損害が加害者に帰責されるという帰結へと至る。

第二款　「早められたことによる損害」の帰責の意味

一　「早められたことによる損害」の帰責の意味と素因不考慮命題

素因が予備的原因として顧慮されることの効果は、「早められたことによる損害」のみの加害者への帰責であるが、これが意味するのは、予備的原因の実現時以降の賠償義務の完全な排除であった。すなわち、加害者は、予備的原因たる素因が、ある「時点」において加害行為によるものと同様の損害を発生させたことを証明すれば、当該「時点」以降については賠償義務が完全に免除されることとなる。これは、見方によっては、賠償義務の時間的修正であり[101]、素因不考慮命題が時間的要素により修正されたものと理解することもできる。

この賠償義務の時間的修正は、素因不考慮命題による損害の帰責の全か無か的判断に対して、素因という被害者の領域に属するリスク・ファクターを評価するものとして理解しうるものであるが、しかしながら、この方法もまた柔軟性に欠ける解決であるといえる。なぜならば、予備的原因たる素因の実現時という「時点」をもって賠償義務が制限されるということは、つまり、「時点」の前後において賠償義務の有無が判断されることを意味するからであり、そうすると、依然として全か無か的な判断がなされることを意味し、責任制限としては画一的であることからは免れていないと考えられるからである。

二　証明責任及び証明度との関係

上述（第一款三）で確認したように、予備的原因の実現については加害者がその証明責任を負担し、かつ、確実というに近い程度の蓋然性が要求されるのであるが、加害者がその証明に失敗した場合には、素因不考慮の命題が適用され、結局のところ、責任は全か無かという判断がなされることとなる。

このような問題が生じるのは、加害者に求められる証明度が高いからであり、むしろ実際に証明が困難な場合が多いと考えられる。さらには、素因が元で後の加害行為とは無関係の侵害（Schädigung）が、確実ではないが、かなりの蓋然性をもって予期されえたであろう場合[102]もありうる。このような場合についても、加害者の高度の証明を貫徹すると、証明可能性によって賠償責任が大きく変わることとなり、やはり柔軟な解決とは言えないであろう。それゆえに、学説では、ＺＰＯ二八七条の適用による証明度の軽減が認められるべき見解が提唱されていたのであろう。

こうした事情の中、近年、ＢＧＨは、ＢＧＢ二五二条とＺＰＯ二八七条を併用することにより、加害者の証明の軽減を図る判断を下したのである。

第三節　逸失利益算定における割合的控除

仮定的因果関係論による責任の時間的控除という手法を用いても、「時点」をもって制限するという画一性があり、柔軟な解決であるとは言えないという問題点は、なお生じる。ところが、【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決は、逸失利益算定の場面において、加害者の証明の軽減を図るとともに責任の割合的控除を認める判断を下した。本判決は、加害者への帰責性を認めつつ、賠償額算定において素因の影響を考慮したものと理解することができる。その際、逸失利益の算定につき、素因を考慮する手法として、ＢＧＢ二五二条とＺＰＯ二八七条を併用して割合的解決の可能性を示している点が注目される[103][104]。

第一款　ＢＧＢ二五二条とＺＰＯ二八七条の併用による割合的控除

一　ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決（BGHZ 137, 142）

本件は、いわゆる「むち打ち症」の事案であり、Ｘは、逸失利益の賠償及び慰謝料を請求した。ＢＧＨは、Ｘの被った損害については責任法上の帰責性は否定されえないとしたうえで、Ｘの特別な精神状態、ノイローゼの展開に共働する欲望観念は、ＺＰＯ二八七条に従い算定される損害額の算定並びに慰謝料額の範囲において、生業損害の場合も同様に重要であるということを顧慮しなければならないとして、次のように判示した。

「控訴審が、上述の法的根拠に基づき、かつ、他の適切な確認に従い、Ｘのノイローゼに由来する損害に対するＹの責任を認めるに至ったというのであれば、Ｘの特別な精神状態及びその領域においてあるいはあり得るノイローゼの展

開においても共働する欲望観念は、慰謝料額の範囲においても生業損害についても、ＺＰＯ二八七条に従い算定される損害額の算定にとって重要であるということが顧慮されなければならない。衡平にかなった慰謝料額の算定に際しては、確定判決によれば、被害者の特別な損害に対する脆弱性は考慮されうる。このことは、被害者の精神的な素因（Veranlagung）についても、それに由来するリスクにも妥当する。

所得損失の算定に際し、裁判官は、あらゆる－後の任意の口頭弁論の時点での－観点を考慮に入れて、通常の事物の経過、素因は損害事件がなければどのように展開したのかを予想しなければならない（ＢＧＢ二五二条）。その限りでは、偶発的な凌駕的因果関係の判断のみが重要なのではなく、将来的に明らかになったであろうところの事情に基礎を置く損害の算定自体が重要なのである。

その限りでは、具体的損害事件がなくとも被害者の精神的な出発状況（Ausgangssituation）のため、当該ノイローゼの展開が、比肩しうるほどの侵害による影響によって、より遅く効果を発揮したであろうか又はより遅く効果を発揮したであろうか、及び、場合によってはどれほどの蓋然性でもって効果を発揮したであろうかという問題のみが重大な意義を有するのではなく、むしろ、偶発的な無意識の、―ノイローゼという形で明らかとなったのだが―被害者の精神構造に基礎を置く欲望観念によって、被害者の将来の職業状況について存在していたところの危険もまた考慮されうる。この危険を解明し被害者の予想される職業上の経歴の機会及び制約の判断に対する十分な事実的根拠を得るため、事実審裁判官は、鑑定人の助言を求めることを要する。それゆえ、事実審裁判官は、これに関する問題を鑑定人と共に詳細に審議し、明らかにするよう試みなければならない。

このような事情評価に基づき、ＺＰＯ二八七条の適用に十分な蓋然性をもって重大なリスク、つまり、人生の幾重もの浮き沈みをノイローゼ的に誤って消化する被害者の傾向及び場合によっては〝生存闘争〟から逃れるための無意識の

努力のためのリスクが生じ、長い目で見ると事故とは無関係にも職業上の可能性の相当な負担が危惧される場合には、事実審裁判官は、このことを生業損害に対して存する予測に際し考慮に入れなければならない。このことは、期間についても所得損失損害の額についても重要である。ほとんど構造化されていない所得生活のため予想が困難な場合と同様に、本件でも、そのようなリスクがなかったとしたら予期されうる所得収入のパーセンテージによる割引（Abschlag）が考慮されうる」[105]。

以上の本判決の論理を敷衍するならば次のとおりである。被害者の素因（本判決では、体験の誤った消化をしやすい精神的傾向・脆弱性）は、長期的にみると職業活動の負担となることがある。そうすると、この点を考慮に入れた上で将来的な仮定的推移を予測しなければならない（例えば、六五歳まで労働可能であったとはいえないだろう等）。したがって、被害者の素因が、どの程度将来的損害（逸失利益）に影響を与えるかを評価すべきである。

このようにBGHは、期間及び額について素因による将来的負担を考慮しなければならないとするが、このBGHの理論によれば、期間及び額の評価は次のようなものと捉える事ができる。すなわち、期間については、素因による将来的負担の可能性のため、就業可能年数までは就業可能ではなかったとして、労働可能期間を一定の限度で区切り、以降については損害と見なさない。額については、被害者が素因を有するが故に、素因を有しない者に比べて所得の増加は少ない、あるいは見込めない、それどころか所得が低下するという可能性を考慮することになろうか。

本判決において理論的により重要であるのは、BGHはこの評価をZPO二八七条による損害の算定によって評価することができるとした点である。ZPO二八七条は、通説的見解によれば、証明度の軽減の規定であると解されるところ[106]、期間及び額の認定に適用するということは、期間についてのY側の証明を軽減する、つまり、ある「時点」までしか労働可能ではなかったというところの「時点」の証明を軽減することになる。また、額についても、所得の増減の

証明が軽減されることになろう。なお、ＢＧＨは、場合によっては割合的に評価することも可能であるとしているが、この割合的評価は何を意味するのかは、本判決からは明らかではない。しかしながら、ＢＧＨの示したこの論理は、近時、下級裁判例においても採り入れられているものが散見される。例えば、【D-39】OLG Schleswig 二〇〇六年七月六日判決ではまさに逸失利益の割合的控除が図られている。よって、以下では【D-39】OLG Schleswig 二〇〇六年七月六日判決を通して、ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決の示した「割合的控除」の内容を確認しよう。

二　OLG Schleswig 二〇〇六年七月六日判決の事案と判旨

【D-39】OLG Schleswig 二〇〇六年七月六日判決（OLG Schleswig SchlHA 2006, 163 = NJW-RR 2007, 171）は、いわゆるむち打ち症（HWS-Syndrom）の事案である。本件で、Ｘは、Ｙによる交通事故によりむち打ち症になり、早期に退職することとなったため、逸失利益の賠償を請求した。

シュレスヴィヒ上級地方裁判所は、本件事故とＸの早期退職との間には因果関係があり、Ｙは賠償義務を負うが、Ｘには素因（心身症）があり、その素因に由来する誤った消化が生じているので、賠償額を五〇％控除するのが正当であるとした。そして、この五〇％の控除については、【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決を引用し、Ｙは全損害に対して責任を負うとするが、賠償額は五〇％控除されるべきであるとして、次のように述べる。

「……Ｙらは、Ｘの事故による財産的及び非財産的損害に対して全範囲に責任を負う。しかしながら、当審は、程度に応じてなされるべき損害賠償給付を五〇％控除することが正当であるとする。なぜならば、鑑定人Ｅの鑑定書とそれに関する口頭説明に基づくと、Ｘには事故とは無関係の、素因〔Prädisposition〕に由来する（決定的な）事故体験の誤った消化〔Fehlverarbeitung〕が生じていることが確かであるからであり、これがパーセンテージによる控除を正当化す

る。鑑定人Eの陳述によれば、Xについては、すでに事故以前から心身症であったという損害素因的人格が重要である。Xは、内心の欲求と抑制に高度に消耗しており、すでに以前からXについて精神的疲弊状態に至っていたのだろう。Xは、子供の頃及び若い頃、強力な精神的負担要素に曝されており、Xは職業領域では常に平均以上の働きによってその精神的均衡を保持しようと努めていたのである。

Xが―確認されたように―実際にむち打ち症を被ったということを出発点とすると、鑑定人は当審において、その場合適応障害の形での相応の誤った消化もまた考えられ得ると説明した[107]」。「被害者が事故の際に被った第一次侵害が全く取るに足りないものであったとしても、原則として加害者は、精神性の後続損害に対しても責任を負う。Xのむち打ち症は、確かに、軽度でしかないが、しかし、誰もが日常的に通常は影響なく被り得る侵害が問題であるという意味では、取るに足りない（Bagatell）という性質のものではない。この侵害は、上述の被害者の当該素因に打撃を与えたのであり、その際事故により惹起せられた損害は、Xの精神的前損害により事故がなくとも、遅かれ早かれ生じたであろう。このことは、鑑定人Eの書面による叙述からもその口頭説明からも明らかであり、程度（Höhe）に応じたパーセンテージによる控除を正当化する。

しかし、Yらの見解に反し、Xの損害賠償請求は時間的には制限されるべきではない。むろん、―鑑定人Eが述べるように―診断マニュアルの基準値によれば、適応障害は最大でも1年継続するといえる。このような時間的制限は、医学的意味においては適切であろうが、実際には、事故により惹起せられた、Xの当該素因によっても助長されたとしても、事故の結果が継続しているのであり、―例えば定期金付き退職のように―事故によっても生じるので、医学的診断マニュアルの図式的基準値に従って時間的制限が顧慮されるのではなく、むしろ、引用された最高裁判例〔BGH NJW 1998, 810［813］（【D-38】BGH一九九七年一一月一一日判決）〕の意味におけるパーセンテージによる控除がなされな

ければならない」[108]。

本判決では、Xは事故でむち打ち症となり、早期に退職することとなったのであるが、しかし、Xはもともと心身症という素因を有していたという事情があった。事故の体験を適切に消化することができなかったため、早期に退職することとなったと評価し得るのであり、その誤った消化が割合的に認定できるので、逸失利益を割合的に控除し得ると判断されたのが本判決である。

また、本判決は、上述の論理を採るにあたり、時間的制限は不適切である旨を述べている。すなわち、時間的制限は、医学的には適切であるかもしれないが、素因により損害が助長されていることを（規範的に）評価しなければならないので、不適切であり、むしろ、割合的控除が正当であると。

第二款　学説による評価

【D-38】BGH一九九六年一一月一一日判決の示した、BGB二五二条とZPO二八七条の併用による逸失利益算定に際しての立証の軽減及び逸失利益の割合的認定（割合的控除）の理論は、下級裁判例レベルでは受け入れられているといってよいであろうが、学説の評価はいかなるものであろうか。以下では、【D-38】BGH一九九七年一一月一一日判決について評価している学説を検討する。

一　ミュラーの見解

先に見たとおり、ミュラーは、新たな心理学的分析によると、定期金ノイローゼ・賠償神経症も転換神経症（転換性障害）

もまた、「精神的な誤った消化（精神的消化不良）」という点で共通であり、かつ、症状発現の本質は、被害者の個人領域（人格）にあるということができるので、帰責性の区別は相対化されることを示す。それゆえに、いわゆるノイローゼの事例においては果たして責任の全か無かという原則は適当なのかということを問題とし、柔軟な解決を試みるべきであるとして、責任の調整方法として、【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決の示す、賠償額算定における特別な精神状態やノイローゼの展開に共働する欲望観念といった被害者の素因の考慮を支持する（第三章第三節二参照）[109]。

ミュラーによれば、欲望観念が別原因（加害行為）を完全に凌駕する場合には、帰責性は排除されるのであるが、しかし、別原因と併存している（例えば五〇％だけ関与している）と認定できるのであれば、その範囲において責任を制限し得る。すなわち、被害者の欲望観念のノイローゼ状態への影響が定量化できる場合には、その程度に応じて責任制限を図ることができると考えるのである[110]。

上述の程度に応じた責任制限の判断に際しては、被害者のノイローゼ状態の仮定的展開を顧慮することが重要となる。すなわち、被害者の人的領域に由来する事故とは無関係の要素（素因を意図していると思われる）が、具体的な加害行為がなくとも、一定の蓋然性をもって同程度の精神的損害をもたらしたであろう場合には、仮定的展開を顧慮することによる責任制限の余地があるとする[111]。そして、その仮定的展開の判断に際して、鑑定人は、労働不能状態は事故がなくとも生じたか否か、または事故がなければ、素因を有していたとしても依然として労働可能であったか及び労働可能であったとすれば、どの程度であるか、を明らかとしなければならない。この判断においては、鑑定人は、被害者の前毀損（Vorschädigung）、職業的問題、パートナーとの問題等の要素と並んで、被害者の欲望観念に対する脆弱性及びその傾向（すなわち素因）とそのノイローゼ状態への影響を考慮に入れるべきであり、その上で、事故がなかった場合の被害者の精神状態の仮定的展開を予測すべきであると主張する[112]。

ミュラーは、このようにして、欲望観念をそのノイローゼ形成に対する程度（Gewicht）に応じて考慮されうるとし、ＺＰＯ二八七条を媒介として把握することができる被害者のノイローゼ状態の仮定的展開の予測と関連させて、責任の量的制限を図ることができるとし、これが柔軟な解決であり、また、公平（gerechtig）であるとする。[113]

以上によれば、ミュラーは、ＺＰＯ二八七条により事実認定の証明度を軽減することにより、素因の影響力（わが国で言えば寄与度にあたる）を定量的に把握することができると考えているようであり、そのように理解することができれば、【D-38】ＢＧＨ一九九六年一一月一一日が傍論的に述べた逸失利益の割合的控除もまた証明度の軽減により把握することができることとなろう。しかし、ミュラー自身が認めているようにそもそも素因の影響力を定量化することができるかどうかは疑問のあるところであり、ＺＰＯ二八七条によってその証明度を低減したとしても問題は何も解決されておらず、割合的控除のための理論的基礎は明らかであるとはいえない。

二　ヘスの見解

ヘスは、上述ミュラーに対し異論を唱えつつも、逸失利益の割合的控除の理論自体には一定の理解を示す。[114]

ヘスによると、逸失利益は数年又は一〇年を超えることになるが、比較的軽微な傷害の場合においても無制限に加害者の責任を認めることは行き過ぎであるとＢＧＨも認めているところであり、そのため、ＢＧＨは【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決において逸失利益の割合的控除という理論を挙げたのであるが、この控除がどの程度であるかは予測しがたいものである。ミュラーは、この逸失利益の割合的控除という理論により、事実審裁判官に対して全か無かの解決の代わりに柔軟な解決可能性を示したものとするが、この方法は問題を孕んでいることを指摘する。すなわち、慰謝料に関してはＢＧＢ八四七条（現二五三条）の衡平（Billigkeit）の原則があるが、逸失利益の算定に関してはその

ような原則・根拠が存在しないのであり[115]、そのような原則・根拠が存在しない以上、割合的控除の理論自体の正当化は困難である。

また、鑑定書に従い、ある仮定的時点までしか労働可能ではなかったというのであれば、生じた損害はその仮定的時点までしか賠償されないという仮定的因果関係の問題となり、全か無かの原則は時間的に修正されることとなるのであるが、当該仮定的時点は裁判所が十分蓋然性があると認めなければならない。ここに問題が生じることとなる。すなわち、裁判所が仮定的時点以降について賠償請求権が消滅するとの確信に至るほどの将来に対する証言は具体的にはどの程度なされうるかという問題である[116]。換言すると、どの程度具体的な証言がなされれば、裁判所は仮定的時点について確信を持つか（「特定の」仮定的時点の蓋然性）という点が問題となるのである。この問題を踏まえ、ヘスは、ＢＧＨの割合的控除の理論を次のように理解する。すなわち、この仮定的時点の証明責任は、加害者及びその責任保険者が負うものであるが、加害者側にとっても「特定」の仮定的時点の証明は困難である。それゆえに、ＢＧＨはＺＰＯ二八七条を媒介として逸失利益の割合的控除をすることとしたのである。とはいえ、ヘス自身が指摘するように、割合（パーセンテージ）については原則というものがなく、そのため、割合の評価は、事実審裁判官の評価、すなわち裁量に委ねられたのである[117]、と。

ヘスの指摘する、加害者側の仮定的時点の証明の困難さという点は、確かにもっともであり、その仮定的「時点」の証明度を軽減するために、ＺＰＯ二八七条を適用したと理解するのであれば、それは正当な理解であると思われる。しかし、【D-38】ＢＧＨ一九九七年一一月一一日判決は、同時に、ＺＰＯ二八七条を適用することにより逸失利益の割合的控除をも可能としたのである。これについてヘスは、裁判官の裁量に委ねられるとしているのであるが、しかしながら、いくら証明度を軽減したところで、割合的な評価の理論的根拠とはなりえず、ミュラーと同様の問題を抱えてしま

うことに変わりはないと思われる。

三　シーマンの見解

上述の、ミュラー及びヘスに関する問題点は、シーマンが適切に指摘する。

シーマンは、【D-38】一九九七年一一月一一日判決において、定期金ノイローゼ・賠償神経症と転換神経症（転換性障害）の責任区分が相対化されたことにより、精神性の損害の帰責が原則として肯定されるのであれば、賠償範囲に関して特別な精神状況及びノイローゼ的な欲望観念を考慮することは結論として正当であるとしつつも[118]、ＢＧＨの理論構成には異議を唱える。すなわち、シーマンによれば、ＢＧＨはＢＧＢ二五二条に基づく逸失利益の算定に関して、ＺＰＯ二八七条を適用することで、最終口頭弁論時におけるあらゆる任意の観点を顧慮する予測を要求することで満足しているが、ＺＰＯ二八七条は裁判官に対して事実認定のみを軽減しているのであり、実体法規範による包摂の代わりではない。それにもかかわらず、ＢＧＨは実体法上の規範をＺＰＯ二八七条の衣をまとわせて適用している[119]。しかし、その実体法規範は、逸失利益賠償に関する仮定的損害事象の判断についての問題なのであるが、ＢＧＨは、明確に、具体的事案に対して行われる予測は凌駕的因果関係の判断が問題なのではないとしたのである[120]。そうすると、ＢＧＨがＺＰＯ二八七条を媒介として実体法規範を適用する理論的根拠が乏しくなり、当該理論の正当化は困難となる。それどころか、いたずらにＺＰＯ二八七条の適用範囲を拡大することとなり[121]、かえって不当である。それゆえシーマンは、ＢＧＢ二五二条に基づく逸失利益の算定に関してＺＰＯ二八七条を適用するのは理論的には正当化されないと批判するのである。

他方で、シーマンは、賠償範囲に関して特別な精神状況及びノイローゼ的な欲望観念を考慮することは結論として正当であるとしており[122]、賠償責任の縮小に関して別の正当化理論を示す。シーマンは、賠償範囲を制限する実体

法上の根拠は、ＢＧＢ二五四条の適用しか残されていないとする。すなわち、不法行為体験の精神的な誤った消化（Fehlverarbeitung）をＢＧＢ二五四条の共働過責（Mitverschulden）に位置づけるのである。[123] 従来の裁判例が採っていた、定期金ノイローゼ・賠償神経症の場合には加害者の責任を否定し、他方で転換ノイローゼの場合には加害者の責任を肯定するという、責任の全か無か的判断は、古めかしい効果なのであり、柔軟性がない。それゆえ、シーマンは、ＢＧＢ二五四条による損害の分配が近代的かつ柔軟な解決であると主張するのである。[124]

第三款　小括―逸失利益の割合的控除が意味するもの

以上より、上述のＢＧＨ判決（【D-38】一九九七年一一月一一日判決）の示したＢＧＢ二五二条とＺＰＯ二八七条を併用した逸失利益の割合的控除の理論は、次の通りであると解される。

被害者の有していた精神的脆弱性という素因が共働して一個の損害が生じた場合、当該素因が存在すること及び当該素因が共働して損害が生じたことの証明責任は、責任の減免を求める加害者が負担することとなる。この場合、加害者は、抗弁として、仮定的推移における素因の影響を証明しなければならない。すなわち、加害者は、仮定的因果関係において、ある仮定的「時点」以降については、素因の影響によっていずれにせよ同じ状況になっていたはずであるから、自らは責任を負わないと主張し、またそれを証明しなければならないこととなる。この場合、加害者が証明を求められるのは、ある特定の仮定的「時点」である。しかしながら、この「時点」の証明は、加害者にとっても非常に困難である。したがって、ＺＰＯ二八七条の証明度の軽減の規定を適用することにより、加害者の証明を軽減することができることとなる。さらには、同規定により、「時点」ではなく、割合として認定し得るのである。

すでに確認したように、従来、判例・学説では、加害者によって惹起された損害が、被害者の素因によって、加害行為がなかったとしても確実に発生していたであろうという場合には、所得喪失等の継続的損害について素因を考慮（斟酌）することが認められていたが、その場合素因が考慮されるには、加害者がそのことを確実性に近い程度で証明する必要があった[125]。【D-38】一九九七年一一月一一日判決は、ＺＰＯ二八七条の適用により十分な蓋然性[126]で足りるとし、かつ、割合的控除も可能であることを示すことにより、加害者の立証を軽減した点に意義を有するものと解される。また、この証明度の軽減及び逸失利益の割合的認定という理論は、学説が指摘するように、責任の全か無かの判断から脱却することができ、また、割合的控除は近代的かつ衡平であるという点においても評価することができる。

しかし、加害者による「時点」の証明の軽減についてはともかく、逸失利益の割合的認定については、シーマンが指摘する通り、理論面では大きな問題を孕んでいる。すなわち、ＢＧＨ判決は、ＺＰＯ二八七条により逸失利益の割合的認定が可能であるとするのであるが、ＺＰＯ二八七条の有する証明度の軽減という機能が割合的認定と結びつくことのロジックは述べられておらず、その理論の正当化根拠が希薄である。この点につき、ヘスは、割合的認定は裁判官の裁量によるとするのであるが、証明度の軽減と裁判官の裁量とは論理的に整合性のあるものとは言えないであろう。というのも、シーマンが指摘するように、逸失利益の割合的認定は実体法規範によるものであるところ、ＺＰＯ二八七条は訴訟法規定であり、証明度の軽減のみを定めているため、ＺＰＯ二八七条を援用したところで、加害者の抗弁として提出される事実の証明が軽減されるのみであり、割合的認定とは論理的に結合することはないからである。この意味で、ＢＧＨ判決によるＺＰＯ二八七条の併用による逸失利益の割合的控除の理論は、論理的に飛躍があると考えられ、解釈論として採ることは困難であろう[127]。

とはいえ、上述の理論を排するならば、責任の全か無か的な判断とならざるを得ず、柔軟な解決の道を閉ざすことと

なる。したがって、別の論理構成を試みなければならない。ここで注目されるのは、シーマンの提唱するＢＧＢ二五四条の適用による解決である。よって、次に、ＢＧＢ二五四条と素因との関係につき考察を試みる。

（1）*Schiemann, Gottfried,* J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2, §§ 249-254, 2005, § 249 Rn. 39. なお、ドイツ法においては、素因不考慮命題が妥当するためには、被害者の心因的要因が寄与した結果、身体又は健康上の損害が生じていなければならない点に注意を要する。単なる精神的損害の場合には、慰謝料算定において、素因を考慮することが当然であると考えられている。*Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried,* Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 3 X 1, S. 130; kritik. *Stoll, Hans,* Gutachten für den 45. DJT, Verhandlungen des fünfundvierzigsten deutschen Juristentages Karlsruhe 1964, Bd. 1, Teil 1, 1964, S. 20.

（2）BGHZ 20, 137, 139.

（3）拙稿「損害賠償法における素因の位置（二）」北大法学論集六二巻五号（二〇一二）七九頁以下。

（4）VersR 1960, 225, 226f.

（5）VersR 1960, 225, 227.

（6）NJW 1983, 340, 341. もっとも、本判決が、手術及び手術の結果である睾丸の摘除がなかったとしても、同様の不利益はＸに生じなかったか否か、及び、Ｘの不相当な精神的消化はどの程度であるかという点についてさらに事実が審理されなければならないとして破棄差し戻したことも重要である。この点は、仮定的因果関係の観点から問題となるものであり、後述第四章第二節で検討する。

（7）BGH VersR 1966, 931.

（8）BGH NJW 1986, 777.

（9）BGH VersR 1970, 272.

（10）BGH VersR 1970, 272.

（11）BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425（後掲【D-37】ＢＧＨ一九九六年四月二〇日判決）; 2000, 1523.
（12）OLG Brandenburg VRS 107, 85.
（13）拙稿・前掲注（3）七〇頁以下。
（14）OLG Freiburg JZ 1953, 704.
（15）*Deutsch, Erwinn/Ahrens, Hans-Jürgen*, Deliktsrecht, 5. Aufl. 2009, § 38 B Ⅲ, Rn. 695, S. 215.
（16）RGZ 133, 270; 157, 11; BGH VersR 1969, 373; OLG Freiburg JZ 1953, 704.
（17）NJW 1971, 1883, 1884.
（18）NJW 1971, 1883, 1884. Vgl. *Herkner, Walther*, Anmerkung zu BGH Urt v. 11. 5. 1971 – VI ZR 78/70, VersR 1971, 1140.
（19）*Stoll*, a.a.O. (Fn. 1), S. 20.
（20）とりわけ自殺の場合、わが国では、基本的に事故と自殺との因果関係を認めたうえで、賠償額算定において、素因を斟酌し賠償額の減額がなされるのが通例である。樫見由美子「事故と自殺との因果関係」民法判例百選Ⅱ（別冊ジュリスト一七六号）（有斐閣、二〇〇五）一六七頁。なお、事故と自殺との因果関係については、高崎尚志「交通訴訟における因果関係」交通法研究第五号一七二頁、福永雅彦「事故と損害の因果関係」ジュリ増刊総合特集八・交通事故一五三頁、本井巽「交通事故と自殺」交通法研究第七号一五四頁、加藤了「被害者の自殺と賠償範囲」『不法行為法研究会編・交通事故賠償の現状と課題』（ぎょうせい、一九九七）一一四頁、飯塚和之・鈴木潔ほか編・注釈交通損害賠償法（一九八二）三七七頁、徳本伸一・リマークス一九九五（上）五二頁、福岡右武「被害者の事故後の自殺」吉田秀文＝塩崎勤編・裁判実務体系（八）（一九八五）一四五頁、松本朝光「被害者の自殺と事故との因果関係」ジュリ増刊総合特集四二・自動車事故八四頁などを参照されたい。
（21）*Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn.1), § 249 Rn. 39; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn.1), § 3 X 2, S. 136.
（22）NJW 1958, 1579f.
（23）RGZ 155, 37（【D-1】ＲＧ一九三七年四月二六日判決）; 159, 257; 169, 117（【D-9】ＲＧ一九四二年四月二九日判決）.
（24）BGHZ 20,137 = NJW 1956,1108（【D-20】ＢＧＨ一九五六年二月二九日判決）.
（25）NJW 1958, 1579, 1580.

という点が争点となっている。

(26) VersR 1969, 160. もっとも、本判決では、加害行為と損害との間の原因関係がＺＰＯ二八七条に従い立証されたか否か

(27) BGHZ 20, 137.

(28) 定期金ノイローゼ（賠償神経症）については、すでに、角田光隆「損害賠償の軽減―被害者の賠償神経症―」早稲田法学会誌四一巻（一九九一）二八七頁が詳細な分析を行なっている。本稿は、これに多くを負う。

(29)『南山堂医学大辞典第一九版』（南山堂、二〇〇六）より。

(30) Ｂ．Ａ．ヴァン・デア・コルク他編／西澤哲訳『トラウマティック・ストレス―PTSD およびトラウマ反応の臨床と研究のすべて』（誠信書房、二〇〇一）七一頁以下。

(31) *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn.1), § 249, Rn. 40.

(32) BGHZ 20, 137, 142.

(33) *Wolf, Joseph Georg*, Der Normzweck im Deliktsrecht, 1962, S. 51. 本論文の邦語訳は、Ｕ・フーバー他／吉田豊・吉田勢子（訳）『ドイツ不法行為法』（中央大学出版、二〇〇〇）一五三頁以下を参照されたい。

(34) *Wolf*, a.a.O. (Fn. 33), S. 52.

(35) *Wolf*, a.a.O. (Fn. 33), S. 52. なお、ヴォルフはこの観点から、被害者が治療行為を免れるとしたら、ＢＧＢ二五四条により彼の請求権は縮減されうるか、それどころか消滅しうるとして、共働過責の成立の可能性について言及する。*ders*, a.a.O. (Fn. 33), S. 52, Fn. 179.

(36) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 140.

(37) NJW 1965, 2293, 2294.

(38) NJW 1965, 2293, 2294; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 140; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O (Fn. 1), § 249 Rn. 41; *Grüneberg, Christian, Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch. 70. Aufl. 2011. vor § 249 Rn.39; kritik. *Oetker, Hartmut*, Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2, § 241-432, 5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 183.

(39) NJW 1965, 2293, 2294; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), S. 140.

(40) 本稿第二章第三節第二款一（拙稿・前掲注（3）八一頁以下）を参照。

（41）*Medicus, Dieter*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 2. 1980, § 249 Rn. 56.
（42）*Steffen, Erich*, RGRK Bd. 2, 5. Teil §§ 812-831, 12. Aufl. 1989, § 823 Rn. 12.
（43）NJW 1979, 1935, 1936.
（44）BGHZ 39, 313, 317.
（45）*Steffen*, a.a.O. (Fn. 42), § 823 Rn. 12.
（46）*Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141.
（47）現実神経症と対置されるのは、精神神経症（psychoneurosis）である。後者は、「内部的・無意識的な葛藤」に原因があるとされ、かつては両者は「原因」によって区別されていた。しかし、現在の精神医学では、「内部的原因を重視する精神神経症」と「外部的原因を重視する現実神経症」を区別することは無くなっており、DSM-Ⅳ（米国精神医学会発行『精神疾患の診断と統計マニュアル第四版（DSM-Ⅳ）』（American Psychiatric Association, DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS, 4th Edition, TEXT REVISION, 1994. 日本語訳として、高橋三郎ほか訳『精神疾患の診断・統計マニュアル』（医学書院、一一〇〇一））やICD-10（WHO（World Health Organization）発行「臨床記述と診断ガイドライン」（World Health Organization, The ICD-10 Classification of Mental and Behavioral Disorders, Diagnostic criteria for research. 日本語訳として、融道男ほか監訳「精神および行動の障害　臨床記述と診断ガイドライン」（医学書院、一九九三））により客観的な分類・診断が行われている。
（48）BGH VersR 1961, 597; 1963, 261; 1968, 396; 1970, 272.
（49）*Stoll, Hans*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1. 9. 1981 OLG Frankfurt aM, JZ 1982, 203, 204f.; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 40; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141 (Fn. 371).
（50）BGH NJW 1986, 777, 779; 1993, 1523; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141 ; *Staudinger/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 40.
（51）BGH NJW 1991, 2347, 2348.
（52）BGH NJW 1993, 1523. なお、本判決では、ノイローゼの発症を一般生活上の危険に割り当てることについて、次のよう

に述べる。「被害者が自身の特別な人格構造を理由として事故を潜在的な内的葛藤を補うための単なるきっかけとして利用し、そして彼が、事故とはもはや内的関連がなく、この事象が任意の別の出来事によって交換可能な神経症の進展に対する結晶化点としての現れでしかないノイローゼに逃げ込むのであれば、被害者の精神障害をも加害者に責任を負わせることはＢＧＢ八二三条一項の規範目的に従って正当化されない。被害者の精神障害は、そのような場合において、全く偶然に事故によって惹き起こされたにすぎず、同様あるいは類似の方法で、あるいは取るに足りない別の誘因（Anlass）によっても生じうるかもしれず、それゆえに確定判例によると、賠償なく引き受けなければならない被害者の一般生活上の危険に属する」(NJW 1993, 1523) が、本件では、事故は偶然性が欠けており、交換可能性がなく（したがって、結晶化点ではなく）、同時に、ノイローゼの発症を一般生活上の危険に割り当てるための根拠もないとして、加害者への帰責が認められている（NJW 1993, 1523, 1524）。

(53) *Wolf*, aaO. (Fn. 33), S. 52. また、ランゲは、法は医学に対する補助機能を有しないとして批判する。*Lange/Schiemann*, aaO. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 140.

(54) *Lange/Schiemann*, aaO. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 140f. 同旨 *Stoll*, aaO. (Fn. 49), S. 206.

(55) *Lange/Schiemann*, aaO. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141.

(56) *Lange/Schiemann*, aaO. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 141.

(57) *Staudinger/Medicus*, aaO. (Fn. 41), § 249 Rn. 56.

(58) *Palandt/Grüneberg*, aaO. (Fn. 38). vor § 249 Rn. 38.

(59) 【D-37】ＢＧＨ一九九六年四月三〇日判決及び【D-38】一九九七年一一月一一日判決を中心とした判例・学説については、塩原真理子「心因的要因が競合して発生した損害の帰責と賠償範囲―最近のドイツ裁判例を素材として―」東海法学四〇号（二〇〇八）一五八頁以下を参照されたい。

(60) 判決文では、その例として、事故に起因する性格変化（BGH VersR 1960, 225）、うつ病（BGH VersR 1966, 931）、現実神経症又は災害神経症（BGH NJW 1985, 777）、転換神経症（転換性障害）（BGH NJW 1985, 777）が挙げられている。現実神経症、転換神経症（転換性障害）の場合には帰責性が肯定されることについては、本章第二節第二款三を参照されたい。

(61) BGHZ 132, 341, 346.

（62）BGHZ 132, 341, 346.
（63）BGHZ 132, 341, 346.
（64）BGHZ 132, 341, 348.
（65）BGHZ 132, 341, 349.
（66）*Staudinger/Schiemann*, aa.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 42.
（67）*Staudinger/Schiemann*, aa.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 42.
（68）*Staudinger/Schiemann*, aa.O. (Fn. 1), § 249 Rn. 42. 塩原・前掲注（59）一五一頁。
（69）BGHZ 137, 142, 147.
（70）BGHZ 137, 142, 147f.
（71）BGHZ 137, 142, 150ff.
（72）BGHZ 137, 142, 151ff.
（73）*van Bühren, Hubert W.*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11. 11. 1997 – VI ZR 146/96, MDR 1998, 159, 160は、本判決及び同日付のＢＧＨ判決（BGH MDR 1998, 159）において、被害者のノイローゼの誤った展開を第一次侵害に帰せしめ、かつ、第一次侵害の僅少性が否定されたことについて、保険の観点からすると、個別事例では被害者にとっては好ましいであろうが、被保険者は高額の保険料を支払い、保険給付に対して出資することとなるため、可能的被害者である被保険者全体にとってみれば、あまり好ましいとは言えないだろうとする。
（74）なお、ＢＧＨ一九九七年二月二五日判決(NJW 1997, 1640)では、心因症状の原因を特定するための鑑定が要求され、以降、同様の事件では鑑定は必須となっている。塩原・前掲注（59）一四八頁。
（75）*Müller, Gerda*, Spätschäden im Haftpflichtrecht, VersR 1998, 129, 133.
（76）*Heß, Rainer*, Haftung und Zurechnung psychischer Folgeschäden, NZV 1998, 402, 403.
（77）*van Bühren*, a.a.O. (Fn. 73), S. 160.
（78）*Grunsky, Wolfgang*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11. 11. 1997 – VI ZR 376/96, LM § 249 (A) BGB Nr. 114.
（79）シュテフェンは、現実神経症と定期金ノイローゼとの境界付けは困難である旨を指摘する。*Steffen*, a.a.O. (Fn. 42), § 823

Rn. 12.

(80) *Müller*, a.a.O. (Fn. 75), S. 132.

(81) Vgl. *Foerster, Klaus*, Neurotische Rentenbewerber, 1984, S. 97ff.; *Nedopli, Norbert*, Forensische Psychiatrie 1996, S. 125; *Plagmann, Hermann*, Medizinische Begutachtung im Sozialrecht 2. Aufl., 1995, Rn. 166; *Bresser, Paul Heinrich*, ZversWiss 74 (1985), 643ff.

(82) *Müller*, a.a.O. (Fn. 75), S. 133.

(83) *Müller*, a.a.O. (Fn. 75), S. 133.

(84) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), §3 X 2, S. 141.

(85) *Steffen*, a.a.O. (Fn. 42), §823 Rn. 12.

(86) *Schiemann, Gottfried*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.11.1997－Ⅵ ZR 376/96, JZ 1998, 683, 684.

(87) *Kütermeyer, Jens D.*, Haftungsrechtliche Zurechnung psychischer Folgeschäden, 2003, S. 111f.

(88) 素因不考慮命題を表明した【D-1】RG一九三七年四月二六日判決は、まさに定期金ノイローゼの事案であった。

(89) 拙稿・「損害賠償法における素因の位置（三）」北大法学論集六三巻一号（二〇一二）一一四頁以下参照。

(90) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), §4 IX S.191f.; *Staudinger/Schimann*, a.a.O. (Fn. 1), §249 Rn.97; *Mertens, Hans-Joachim, Soergel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl.,1990, vor §249 Rn. 157; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O. (Fn. 38), vor §249 Rn. 57; *Larenz, Karl*, Schuldrecht Bd. 1, 14. Aufl. 1987, §30 I, S. 526; *Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht Bd. 1 Teilband 2, 8. Aufl. 2000, §33 Ⅳ 2, S. 247f.; *Deutsch/Ahrens*, a.a.O. (Fn. 15), §6 C Ⅱ, S. 33等。判例については、本稿第二章第三節三（拙稿・前掲注（89）一一三頁以下）を参照されたい。

(91) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), §4 X, S. 193.

(92) 窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、一九九四）四八頁以下、能見善久「寄与度減責」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）一三九頁。

(93) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), §4 X, S. 194; BGH NJW 1981, 628, 1983, 1053.

(94) NJW1984, 1409.

(95) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 4 IX S. 193; MünchKomm/*Oetker*, a.a.O. (Fn. 38), § 249 Rn. 204; *Grunsky*, *Wolfgang*, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleichung, in: FS für Lange, 1992, S. 469ff., 477f.

(96) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1) § 4 IX S. 193.

(97) *v. Caemmerer*, *Ernst*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, 1962, S. 20.

(98) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1) § 4 XI, S. 198.

(99) *Deutsch*, *Erwin*, Haftungsrecht, Bd. 1, 1976, S. 173.

(100) *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 90), vor § 249 Rn. 159; *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 4 X, S. 194.

(101) 本稿第二章第二款三（拙稿・前掲注（89）一一五頁以下）参照。

(102) *Lange/Schiemann*, a.a.O. (Fn. 1), § 3 X 2, S. 142.

(103) この点に関しては、塩原・前掲注(59)一五八頁以下が詳しい。特に、ＺＰＯ二八七条の証明度の低減との関係については、一四二頁以下を参照されたい。その他、ＺＰＯ二八七条については、宮里節子「損害賠償訴訟における立証軽減―ＺＰＯ二八七条の意義について―」琉大法学二八号（一九八一）四四九頁、五十部豊久「損害賠償訴訟における訴訟上の特殊性―慰藉料算定における裁判所の自由裁量を中心として―」法協七九巻六号（一九六三）七二〇頁、倉田卓次「損害賠償における証明度」判タ二一二号（一九六七）一七三頁（『民事交通訴訟の課題』（日本評論社、一九七〇）一六五頁所収）、坂本恵三「ドイツ民事訴訟法二八七条について―民事訴訟法改正議論と関連して―」『木川統一郎博士古稀祝賀　民事裁判の充実と促進（下巻）』（一九九四）一二六頁など参照。

(104) なお、ここで想起されるのは、シュトル（H. Stoll）の見解である。シュトルは、ＺＰＯ二八七条を適用する見解ではなく、ＢＧＢ二五二条を類推適用することによって、加害者の証明を軽減し、かつ、素因が発現したであろう蓋然性の程度に応じて将来的不利益に対する賠償が軽減されるべきであると主張していた（*Stoll*, *Hans*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968, S. 43; 本稿第二章第三款四（拙稿・前掲注（89））一四二頁以下を参照）。シュトルの見解は、ＢＧＨ判決と理論構成こそ異なるが、証明の軽減及び蓋然性の程度に応じた賠償額の軽減という点は、基本的視座として共通するものがあると思われる。

(105) BGHZ 137, 142, 151ff.

(106) *Prütting, Hanns*, Münchener Kommentar zur Zivil Prozessordnung, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, § 287 Rn. 3.
(107) NJW-RR 2007, 171, 172f.
(108) NJW-RR 2007, 171, 173.
(109) *Müller*, a.a.O. (Fn. 75), S. 133.
(110) *Müller*, a.a.O. (Fn. 75), S. 134. もっとも、ミュラー自身も、事実認定においてそのような定量化が確認されうるか否かについては消極的であり、確認ができるようになるまでその到来を待つべきであるとの留保を付している。
(111) *Müller*, a.a.O. (Fn. 75), S. 134.
(112) *Müller*, a.a.O. (Fn. 75), S. 134f.
(113) *Müller*, a.a.O. (Fn. 75), S. 135.
(114) *Heß*, a.a.O. (Fn. 76), S. 403f.
(115) *Heß*, a.a.O. (Fn. 76), S. 403.
(116) *Heß*, a.a.O. (Fn. 76), S. 404.
(117) *Heß*, a.a.O. (Fn. 76), S. 404.
(118) *Schiemann, Gottfried*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.11.1997-VI ZR 376/96, JZ 1998, 683, 684.
(119) *Schiemann*, a.a.O. (Fn. 118), S. 684. *Soergel/Mertens*, a.a.O. (Fn. 90), vor § 249 Rn. 285によれば、裁判所は評価能力として財産法上の規則を無視することはできない。
(120) *Schiemann*, a.a.O. (Fn. 118), S. 684.
(121) *Schiemann*, a.a.O. (Fn. 118), S. 685.
(122) *Schiemann*, a.a.O. (Fn. 118), S. 684.
(123) *Schiemann*, a.a.O. (Fn. 118), S. 684. なお、シーマンによるBGB二五四条の適用の理論構成については後述本章第四節で検討する。
(124) *Schimann*, a.a.O. (Fn. 118), S. 685.
(125) 樫見由美子「不法行為における仮定的な原因競合と責任の評価（四）」判時一一五三号（一九八五）一七頁。

（126）ＺＰＯ二八七条の適用により証明度が低減されることにより、証明度は優越的蓋然性（überwiegende Wahrscheinlichkeit）で足るとされる。MünchKommZPO/*Prütting*, a.aO. (Fn. 106). § 287 Rn. 17.

（127）他方で、日本法における民訴法二四八条（損害額の認定）を実体法規定であると理解するのであれば（例えば、平井宜雄「民事訴訟法第二四八条に関する実体法的考察」『不法行為法理論の諸相　平井宜雄著作集Ⅱ』（有斐閣、二〇一一）二五九頁（初出：井原＝庄子＝渡辺編『現代企業法学の研究―筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集』（二〇〇一）四五五頁）、二八三頁以下）、わが国において、二四八条を適用した形の割合的認定の可否について論じうるかもしれないが、本稿の目的とは直接の関係がないため、本稿では立ち入らない。

※本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「損害賠償法における素因の位置」（二〇一一年三月二四日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり、平成二一－二二年度科学研究費補助金（研究活動スタート支援）（二一八三〇〇〇二）の支援を得た。また、加筆・修正にあたり、平成二三－二五年度科学研究費補助金（若手（B））（二三七三〇〇七八）の援助を受けている。

※※校正の段階で、谷口聡「ドイツ損害賠償法における素因に関する一考察」高崎経済大学論集五五巻一号（二〇一二）一五頁に接した。

【訂正】拙稿「損害賠償法における素因の位置（二）」北大法学論集六二巻五号三五頁に左記の誤りがありましたので、ここで訂正いたします。

・七七頁九行目

誤：【D-19】ＢＧＨ二〇〇一年一一月二〇日（BGH VersR 2002, 504）は、・・・

正：【D-19】ＢＧＨ二〇〇一年一一月二〇日（BGH NJW 2002, 504）は、・・・

・八八頁注（51）

誤：（51）VersR 2002, 504, 505.

正：（51）NJW 2002, 504, 505.

資　料

〈北大立法過程研究会報告〉

両院制運用への展望

大石　眞

はじめに

(1)　京都大学の大石でございます。今日の課題は、国会の「ねじれ」問題を取り扱うことですが、単純な憲法の話と、それ以外の話がずいぶんたくさんあります。その意味でやや展開が難しいのですが、取りあえず話題提供ということで、皆様ご存じのところが多いかと思いますが、私なりにまとめた「両院制運用への展望」ということで、簡単に話を申し上げます。

これについてレジュメを二枚ほど用意いたしました。九月一日付けとなっていますが、これを書いた時点ですと八月二五日前後です。第一七七回国会での提出法案のゆくえはその時点でのものですから、今日はやや修正を要するところがあります。資料として添えました法案の成立状況につきましても、八月三〇日の時点ですとまた違っていますので、後で訂正をしながら話を進めたいと存じます。

このレジュメのほかに、資料が一緒に綴じてあると思います。一つは今申し上げた内閣提出法律案の関係のものでありまして、もう一つは、主要各国議会制度一覧表を添えています。衆議院調査局の『別冊 RESEARCH BUREAU 論究』から取ってきたものですが、たぶんこれは、慶應義塾大学の山本龍彦さんが中心になってお作りになったものだと思います。

もう一つは、今年の六月に発刊された『Voters』という冊子です。これは、二院制について特集を組むので何か書いてくれと言われましたので、私が総論的なことを書き、ほかに大山礼子さん、待鳥聡史さん、藤本一美さんがお書きになっているものです。何らかの参考になるかも知れないと思いましたので、編集事務局に冊子を送ってくださいとお願いしたところ、必要部数を送っていただきましたので、お手元に届けた次第です。

ご存じかとは思いますが、この『Voters』という広報誌は、そのタイトルから考えても分かりますが、明るい選挙推進協会に『私たちの広場』という広報誌がありました、そのいわば改訂版ということで立ち上がったものです。『Voters』の発行とこの研究会における報告との時期がたまたま近く、かつテーマが共通していましたので、資料として併せて用意した次第です。

そういう資料とレジュメを前提としながら話を進めていきます。両院制論議への視点が大きな論点になろうかと思いますが、そのことだけを述べてもあまり意味がないと思いますので、最近の状況や政権交替後の具体的問題を多少取り扱いながら検討したいと思っております。

なお、先ほど、レジュメを書いた時点は八月二五日だと申し上げました。特例公債発行法案は既に大きな修正をした後に成立をしておりますし、子ども手当法案についても、手当の特別措置法案が、閣法第九〇号という第一七七回国会では最後の昔内閣提出法案ですが、新しく姿を変えて成立をしたという、その後の経過がありますので、それらの点も訂正を加えながら話をしたいと存じます。

(2)　さて、本題に戻りますと、ここでマニフェスト選挙と申しますのは、政権交代との関連もありますけれども、いわば一

定の数値目標等を掲げ、具体的な選挙民の選択を迫るという意味です。マニフェストの政策への期待があって、かなり大きな政治勢力の変動を来すということが、マニフェスト選挙では予定されています。その結果、実際に政権交代が起こるということになりました。従来、この一〇年、二〇年間を見ましても、ねじれ問題がまったくなかったわけではありません。このことは皆さんご承知の通りですけれど、総選挙でマニフェストを訴えると――なぜか参議院の選挙でもそれを訴えるという話になりますが――政策への期待が裏切られた場合に、かなり高い確率でその後の国政選挙でしっぺ返しに遭うことになって、衆参両院のねじれの意味がかなり深刻になってくるという違いがあります。そこにマニフェスト選挙と政権交代、ねじれ問題の顕在化ということをまとめたわけです。

そのねじれ問題が起きますと、当然に、新政権が法案の提出という形で政策を提示し、まとめ、実現への一歩を踏み出すということで、その政策実現能力が問われるわけです。しかし、両院がねじれているから政策実現能力が低いのかというと、必ずしもそう単純には言えないわけです。後でも見ますけれども、鳩山内閣のころはねじれはなかったわけですから、両院のねじれと政策実現能力の問題と直結させるというのは、必ずしも筋の通った見方ではないと考えております。

ですから、政策実現能力は単に数の多寡によるという問題ではなくて、両議院の運営の問題がかなり大きな要素を占めるところがあります。せっかく政権が交代して、国民はある種の政策の実現を求めることになりますが――実際にやってもらえばそれでいいんですけれど――そうはいかない。これは、単に衆参両院の勢力図が違ったという問題だけではなくて、その運営を担うだけの、その資質・能力という問題も大きく影響していると思いますので、以後の話はその辺も踏まえて議論したいところです。

Ⅰ　ねじれ国会の最近例

1　国政選挙の推移

ねじれ国会の最近例は、レジュメでも示した国政選挙の推移を考えれば分かることですが、これに関して、内閣提出の法律案・条約案と政令制定件数という資料をお配りしています。一番右の欄「備考」を見ていただくと分かりますが、太字になっていますのは衆議院の総選挙であり、そうでないのが参議院の

通常選挙です。両方の選挙を合わせて国政選挙ということになりますが、一九九二年・九三年・九五年・九六年・九八年、二〇〇〇年・〇一年・〇三年・〇四年・〇五年・〇七年・〇九年・一〇年と、国政選挙がこれほどたくさん、実は行われているわけです。いわゆる戦後で考えますと、衆議院の総選挙が二二回、参議院の通常選挙も二二回行われましたから、戦後から今日まで計四四回の国政選挙をやっている計算になります。

2　ねじれ国会の出現と政権

衆議院の総選挙があった後に参議院の通常選挙があり、それで与野党が逆転するということは、よく起こります。これを最近の事例だけでみますと、レジュメに二〇〇七年（平一九）七月に第二一回参議院通常選挙があり、与党一〇三と書いてありますが、いわゆる自公連立政権の下、参議院において与党が過半数割れしたという意味です。これは第一六七回国会から第一七一回国会の間で、安倍内閣の末期の時から福田内閣・麻生内閣までということになっています。

次に、二〇一〇年（平二二）七月に第二二回参院通常選挙があり、与党一一〇と書いてありますが、これは、二〇〇九年（平二一）八月の第四五回衆議院総選挙において民主党が大勝しましたものの（三〇八議席獲得）、翌年の参議院通常選挙においては与党の過半数割れがあったということです。第一七六回以降の国会がそうなります。

とくに福田内閣の事例の場合、第一六九回通常国会だと思いますが、内閣提出法案の数は八〇件で、結局、成立したのは六三件にすぎませんから、そんなにスムーズには法律は成立していません。当然のことですが、民主党政権になった後の菅内閣の場合をみると、もう典型的なパターンでして、第一七四回（通常）国会にあっては、内閣提出法案は六四件に絞られましたが、それでも、結局、成立したのはわずか三五件にすぎませんでした。

このように、衆議院総選挙の後すぐ、いわゆるねじれになる。こういうところで、「ねじれ」問題が非常に顕在化してくることになって、なかなか法律の成立が難しくなるということが当然予想されます。単純にそれだけの問題かというのが、先ほど言った通りの問題意識であります。実際、二〇〇九年八月の第四五回衆議院総選挙の後から二〇一〇年七月の参議院通常選挙の時までは、民主党が衆議院で多数派、参議院でもそうだったわけですから、ねじれは生じていないわけです。しかし、この間に、第一七四回国会がありましたが、その時にスムーズに法

律が成立したかというと、必ずしもそうではないというのが、現実の姿でした。その間は、政権が交代した後で、しかも「ねじれ」以前という話になるわけです。その点を検証して、Ⅲで述べる「ねじれ」国会が生じた後の内閣提出法案のゆくえと、「ねじれ」が生じていないのになおかつそうした状態になるということとを対比してみようというのが、次の大きなポイントになります。

Ⅱ　第一七四回国会の検証――「ねじれ」以前

1　概　観

わが国ではかなり頻繁に総理大臣が代わる、あるいは政治情勢も変わるということがありますので、ずいぶん前のことだったような気がしますが、実はそう前の話ではありません。その意味で妙な感覚にとらわれておりますが、第一七四回国会は二〇一〇年（平二二）一月一八日に召集され、六月一六日に閉会したものです。鳩山内閣の時で、今でも思い出しますが、できるだけ早く会期を閉じたいという与党側の意向に対し、野党の方はもう少し延ばして議論したいということで、たいへん混乱した事態が生じました。ちょうど樽床伸二議員が――二〇一一年九月一日で現在は幹事長代行になりましたが――民主党の国対委員長を務めておられる頃だったと思います。

その通常国会が終わった後、よく新聞でも言われましたのは、内閣提出法案の成立率が非常に低いということ、具体的には五四パーセント位で、半数ちょっとしか成立していないということでした。なぜ成立率が低いかという背景には、国会内部以外の要素もずいぶん絡んでいること、すなわち、米軍基地の沖縄県外への移設について腹案があるといいながら実はなかったというようなことに端的に表れたように、鳩山総理ご自身の見識の問題が明るみに出ることになったことは大きいと思います。結局、国会は「ねじれ」状況にはなかったにもかかわらず、言い換えますと、法案を成立させようと思えばできたにもかかわらず、それができなかったことを少し考えておく必要があるように思います。

2　マニフェスト法案

具体的にどういうものがあるかを見ますと――今となっては懐かしい法案があります――ここでは「マニフェスト法案」と

一括したいと思います。私がマニフェスト法案と呼びますのは、民主党がマニフェスト等に大きく掲げ、これでもって政策を推進していくと主張していた重要な法案を指しています。

代表的なマニフェスト法案を挙げますと、政治主導確立法案は、昔の国会法の関連もありますけれど、むしろ内閣法と内閣府設置法を改正して、「行政刷新会議」及び「国家戦略室」を正式に制度化するという内容です。それまでの設置根拠は内閣総理大臣の決定や閣議決定でしたが、それを恒久的に制度化しようとするものです。これは、第一七四回国会の時に内閣提出法案第一三号として提出されました。そして、ご承知のように、国家公務員の幹部人事を一元的に管理することや内閣に人事局を設置することを主な内容とする国家公務員法等改正案も、いわば目玉として挙げられました。さらに、この時、地球温暖化対策基本法案も提出されましたし、いわゆる小泉郵政改革に反対するということで、袂を分かった人たちが中心になって、郵政改革関連三法案というのも提出されました。それから、派遣労働者の処遇の問題がずいぶん大きくクローズアップされたことがあり、略称でいいますが、労働者派遣法改正案も用意されていたわけです。

そのほかにもたくさんの内閣提出法案がありまして、全体としては六四件の内閣提出法案が国会に提出されました。日切れ法案等の処理の問題もありますが、民主党の目玉政策ということでマニフェスト法案を挙げると、少なくとも今述べました五つだろうと思います。

3　継続審議案件と参議院先例の障壁

しかしながら、その会期である一五〇日間にマニフェスト法案の審議が進んだかというと、必ずしもそうではありませんでした。正直言って、かなり荒れた国会でしたが、結果としては、衆議院で審査中の法案をそのまま継続審議としたものがあります。衆議院で審査中のものは継続審議にすることで、けりはつくわけです。ほかに、審議未了になって廃案になったものが八件ほどあったはずです。

しかし、大きな問題もありました。とくに郵政改革関連三法案の場合は、衆議院でかなり強引な議事運営をやって採決しましたが、その会期幅が延長されるかが分からないという不透明な状況の下で参議院に送付したばかりに、廃案になってしまいました。というのも、参議院では、実は閉会後すぐに通常選挙（第二二回、七月）が予定されていて、議院としての組織替えがあ

るということですから、継続審査はしない、できないという先例があったからです。レジュメに、参議院先例の障壁と書きましたのは、そういう意味です。ヨーロッパ議会法のことばでいうと「立法期」による議案の不継続という問題ですが、組織替え、つまり当該議院の選挙がある時は議案の継続はできないというのが、参議院の確立した先例としてあるわけです。これには一件ほど例外があったはずですが、組織替えは同時に議案の終了になるという、立法期の考え方がそこでは生きていることになります。したがって、実は、このような先例が原因で、郵政改革関連三法案は、結局、審議未了となり、廃案になってしまったということになります。

私は、この間の事情について詳しいことを知りたいと思い、研究会等を通じて知り合った議院事務局その他の方々に、なぜそうなったのかを何度も聞いたことがあります。要するに、会期延長の問題が絡んで、延長するといろいろなことが出てくるので困る、できるだけ早く閉じたいという意向が与党側にはある。しかし、衆議院で可決して参議院に送付した以上、参議院である程度審議日数を確保しないと意味がないわけですが、通常選挙の日程は最初から決まっているといった状況において、事務局としての知恵を出さなかったのかということで、衆参両院の事務局・法制局も含めて、内々に質問をしたこともあります。その点に関する詳しい言及は避けますが、どうやら議院運営の見通しが立たなかったことがあるようです。衆議院では長い間審議しなかったのに、会期末が近づいて急に審議を始めて、参議院に法案を送付したばかりに、全部廃案になってしまった。そのため、郵政改革関連三法案に力を入れていた亀井静香さんなどがずいぶん怒ったという話になるわけです。その点については、議院事務局はそれなりにいろいろなアドバイスをされたようですが、それに耳を傾ける余裕のない議員たちの行動パターンはどうしようもないという事情があったようです。私個人の感想を言えば、この点に対する反省をしていただかないとまずいと思います。せっかく総選挙で議会の多数派を占め、政権運営を任されたとしても、その政策が実行できないようでは仕方がないからです。財源がないというならいいのですが、このケースはそうではないのです。

さて、樽床議員は今度は幹事長代行におなりになったので、あの時の経験を踏まえて、今回は少し考えざるを得ないだろうと思います。完全な「ねじれ」状態ですから、あの時の経験をしっかり生かしていただきたいという気がいたします。

4　各種決議案のゆくえ

自民党政権時代あるいは自公連立政権時代にも、混乱とは言いませんが、かなり強引な議事運営はみられました。いわゆる強行採決というもので、マスコミ等から強く非難されることもありました。しかし、つい一年前の通常国会でも、委員会や本会議の運営はかなり荒れました。そのため常任委員長解任決議案が六件出されましたし、さらに、議長に対する不信任決議案も出されました。横路孝弘衆議院議長に対する不信任決議案と、江田五月参議院議長に対する不信任決議案がそれです。むろん、採決に至らなかったというところもありますが。

このような数だけを見ると、委員長解任決議案が六件ぐらいあったことは、過去にも自民党政権時代にありました。ただし、そこでは事務局にある程度支えられて、議事運営についての見通しを立てながらやっていたような事情がうかがえますが、こうした議院運営と、第一七四回国会のように――議院事務局がどれほど表に出されたか分かりませんが――事務局の意見を聞く耳を持たないである程度運営された場合とでは、大きな違いがあるように思います。結果的に、こういう数の常任委員長解任決議案が出る、議長不信任決議案が出るという話になってしまうのですが、それ自体として必ずしも健全ではないことは、たぶん、議員の皆さんも重々承知しておられるところだろうと思います。

しかしながら、衆参両院通じてこうした状況になっていることを見ますと、やはり、われわれとしては、議院運営に臨む場合の見通し、決断、あるいは手順というものに対する、J・ベンサムのいわゆる「議院戦略」あるいはE・ブラモン的な言葉でいえば「議会技術」というものに対する理解がやや欠けているのではないかと、研究者として遠くから見て実感しています。ずいぶん歯がゆい思いもしましたが、第一七四回国会の全体を見ると、もともと会期末をいつにするかという処理の問題も含めて、非常に見通しの立たない時期であったように、感じております。

ここには、一年生議員がたくさん増えたという事情が関係しているかも知れません。そう言えば、ここにいらっしゃる木下和朗さん（当時、熊本大学）と一緒に調査でロンドンに行きましたが、イギリスでも同じことが起こっている、一年生議員を訓練するのが大変なのだと、英国議会下院事務局の担当者、M・ハットン氏が言っていたことを想い出します。それはともかく、新人議員が増えて、柔軟にといいますか、自分で物事を考えて

議院運営に何らかの形で貢献するというのであれば良いのですが、それよりもむしろ、誰かに指示されて動いているという側面が強くなったような気がいたします。何しろ元の党代表に連れられて百数十人も大挙して中国に行くようなありさまで、そういう行動パターンが国会の中でも見られたような気がして、大変残念なことだと思います。現在は少しもう訓練されたと思いますから、そう悲観的になってはいけないとは思いますが。ただ、「ねじれ」が起こる前の問題ですから、それぞれの譲歩あるいは修正があったにしても、本来ならかなりの程度、法案を通して政策実現ができたはずなのに、それができなかったということは、やはり大きな反省材料だろうと思います。

Ⅲ　内閣提出法案のゆくえ――「ねじれ」以後

1　提出法案の絞り込み（通常国会）

さて、「ねじれ」以後の話になりますが、ちょうど一年後の通常国会をこれから考えてみることにします。ここから生じてきた現象として、内閣が提出する法案が非常に絞り込みを掛けられたことはかなり大きいと思います。それまでの通常国会では、多い時には一三〇件ぐらい、少ない時でも九〇件以上が「閣法」として提出されておりました。自公連立政権時代にも「ねじれ」が生じますと、その通常国会だけに絞ってみても、福田内閣では八〇件提出、麻生内閣では六九件提出というように非常に絞り込みが掛けられています。

ということは、逆に、その政権の主要政策を担った法案として是非とも成立させなければならないものだとも考えられます。しかしながら、次に紹介する数字を見る限り、絞り込んだから当然に多くの法案が成立したわけでもないことが分かります。

今年（二〇一一年）の第一七七回（通常）国会を考えても、トータルで九〇件の内閣提出法案が出されました。そのうち六七件成立というのは、先ほど申しました通り、八月二四～二五日段階の数字です。最終的に成立したのは、九〇件中七二件です。せいぜいその程度ですが、しかも、その九〇件の法案のうち、実は二六件は東日本大震災に関連する法案でして、いわば政策的法案として出されたのは六四件にすぎません。ですから、六四件という数字は、鳩山内閣時点の数字と同じになるわけです。つまり、九〇件の閣法提出と言いますと、少し回復したように見えますが、実は二六件をマイナスしますと、政権党とし

ての民主党本来の政策的法案は、それほど数として回復したわけではないことが分かります。

ついでに言いますと、内閣提出法案に限りますが、内閣法制局のホームページでは、大震災関連法案は別立てになっていて、たいへん分かりやすくなっています。これを見ると、大震災関連法案に政令まで含めると、全部で五二件あることが分かります。

2　法案の成否と政策実現能力

法案の絞り込みが行われたこと自体がいいか悪いかは別として、絞り込みが行われる傾向が非常に強くなるのは、両院の情勢を考えれば当然だということになります。それでは、その法案がどのように結実したかを考えてみます。

今年の第一七七回（通常）国会の場合、第一七四回国会からの継続案件は一一件ありまして、一一件のうち最終的に成立したのは七件あります。しかし、先ほど申しました政治主導確立法案が、実は、この国会で撤回されているという状況です。それから、地域主権改革関連の法案が三つほどあります。これも第一七四回国会で既に提出されていましたが、地域主権というのに違和感があると、自民党その他の野党の中でも、あるいは専門家の中でも異論がありました。しかし、民主党は、「地域主権改革」だということで、従来の「地方分権」から少し発想を転換したことを強調したいという趣旨のようです。その地域主権改革関連法案の中には、「国と地方の協議の場」に関する法律案も含まれていました。結局、地域主権から地域主権改革に題名も変わりまして、それが修正して可決されました。これは、第一七四回国会からの継続案件としては、首尾よくいった方だと思います。

さらに、第一七六回（臨時）国会からの継続案件が八件ありました。この八件の中に、郵政改革関連三法案については、先ほど申しましたように、議院運営の不備といいますか、強行採決して参議院に送付したばかりに、会期末が当然訪れて結局廃案になってしまったものを再提出したものです。それらの法案は継続案件に現在もなっています。これは今なお議院運営委員会において一応委員会付託をして、今回は審議を始めようというポーズだけを取っただけでして、全然成立に至っていません。ここでは、内容に対する当否は別として、法案を成立枠として抱えた以上それを実施に移すという点だけを議論しております。ずいぶん長い時間があったのにそうはならなかったとい

うのが現在の状況です。

それから三番目に、今国会において新規に提出された法案がもちろんあります。先ほど申しましたように、東日本大震災関連法案を含めて九〇件ありました。最初はそんなに多くなかったのですが、会期途中で大震災が起こり、その関連法案の提出が増えて、合計二六件ほど加わりました。

そのうち、第一七七回国会での閣法第一号は、平成二三年度の特例公債発行法案です。さらに閣法第九号として、平成二三年度における子ども手当の支給等に関する法律案が目玉として提出されました。しかし、ご承知のような事情がありまして、マニフェストを修正するかどうかという与野党の議論のはざまにあって、これは撤回するという話になりました。それに代わって、最後に閣法第九〇号として提出されたのが、平成二三年度子ども手当の支給等に関する特別措置法案です。本来の手当法案は年度ごとですが、手当法案を撤回し、その手当の特措法案と形を変えて出てきたということです。

その修正案の内容が昨日まで衆議院ホームページでは出てこなかったので確認できなかったのですが、撤回と審議中の間に修正というのを加えて欲しいところですけれども、その修正を加えられたのが、平成二三年度における財政運営のための公債の発行の特例に関する法律案、俗に言う、特例公債発行法案です。これが非常に大きな修正を加えられました。順序を追っていきますと、最初は五ヶ条あり、いろいろな提案条文が書いてありました。これが提出され、衆議院で議案を受理したのは今年の一月二四日で、財務金融委員会に付託されたのが二月一五日です。その後、東日本大震災の関係もありますけれども、与野党の修正協議においていろいろ議論され、四月二八日に、内閣からいったん提出した法案に対して修正したいという申し出が出てきました。いわば内閣側からの修正要求ですが、そのための手続きとしては、国会法第五九条の定める議院の承諾が必要です。そこで四月二八日に、衆議院で内閣からの法案の修正を承諾することを決定したわけです。その結果、平成二三年度における財政運営のための公債の発行の特例等に関する法律案という題名そのものが変えられまして、平成二三年度における公債の発行の特例に関する法律案となりました。さらに、第三条から第五条までの規定がばっさり削られ、第一条と第二条の二ヶ条からなるものに縮小して修正されました。それとともに提案理由も変わりましたので、この点でもかなり大きな変化があったことになります。最終的には、衆議院では八月一〇日に修正可決され、参議院では八月二六日に可決されて成立したと

いう経過になるわけです。後でも述べますが、憲法第五九条が予定しているような両院間関係は、ここでは何ら働いていないことが注目されます。ですから、「ねじれ」問題については、両院協議制度等の憲法が予定している制度が本来発揮されるのがいいのかも知れませんが、違う場面ですべて修正が整えられて、国会の場面では、ほぼ形式的な問題、最終決着に絞られるということになります。

これと並んで、内閣法及び内閣府設置法の改正案も提出されています。これも、レジュメには審議中と書いておりますが、実現を見るに至っておりません。また、私としてはかなり関心のある、独占禁止法の改正案も、未だ手付かず状態であります。この独禁法の改正案はずっと前の第一七四回（通常）国会からの継続案件で、第一七四回国会の閣法第四九号として提出されています。憲法解釈の議論ですと、必ず出てくる行政審判の制度、審決制度が廃止されるという、かなり大きな内容を持ったものですので、その動向に注視する必要があります。

他方、情報公開法の改正案は、公法系の者にとってはかなり重要な内容を含んでおりますが、委員会に付託されないままの状態になっています。実は、情報公開法が改正されますと――私自身も京都の方で関係していますが――各地方自治体の情報公開条例をかなり改正しなければならないという部分があって、これまでの任意提供や公開の除外といった条項がなくなりますから、かなり大きく変化することになります。しかしながら、これもまったく付託されていない状況が続いています。この法案は、政権交代の前からの検討結果ですから、必ずしも民主党がもたついているということではないかも知れませんが、制度を少しでも手直しをするという精神からは、必ずしも褒められたことではありません。こういう分野に政治家の先生方があまり関心を寄せてくれないというのは、困ったことだと思います。法律に携わっている者にとっては、多少未熟な箇所については少しずつ改正していって、できるだけ成熟した制度にした方がいいと思います。国会の中では、そういう関心が高くなく、法案を成立させようという力学があまり働かないということは大変残念なことと言わなければなりません。もちろん、独禁法の改正案がおかしいとか、あるいは情報公開法の改正案がおかしいという立場に立てば、それはそれで結構なのかもしれませんが、何ともすっきりしないところがあります。

さて、われわれ国立大学の教員は、かつてのような国家公務員ではありませんが、国家公務員の給与の臨時特例に関する法律案、要するに特例減額措置法案の審議が一向に進まなかった

のは、大変結構だと思います。私は、実は、この法律案は憲法違反だと思っています。少なくとも国家公務員法第二八条を無視しています。だから、それが内閣法制局の審査を通ったこと自体、私はおかしいと思っています。その第二八条は「人事院は、毎年、少くとも一回、俸給表が適当であるかどうかについて国会及び内閣に同時に報告しなければならない」と規定していますが、この特例減額法案では向こう三年間といっていますから、それはもう明らかにおかしい。菅首相が総理談話を出したその日に、人事院総裁も談話を発表され、国家公務員法との関係で疑問がないわけではないと柔らかくおっしゃったのは、正しくそのことでして、明らかにかなり怒っておられるように見えます。そして、国家公務員法第二八条違反だとなると、結果的には、内閣は「法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理すること」と定めている憲法七三条四号違反にもなり得るわけです。あくまでも現行法に沿った形でやるならばいいですが、そうでないことを先取りした手続としてやるという点で、まったくおかしいと考えています。ですから、その法案の審査に入れば、私はそういう点を述べようと思いました。裁判官も検察官も給与を下げるとあります。幸か不幸か、いろいろなことが起こって、その審議は進んでいませんので、関係の方々も安心しておられるのではないかと思います。その法案が設立すれば、幹部クラスは三割または二割カット、一般の職員でも一割カットになりますので、相当な痛手です。国立大学法人も――何のために法人化したのかと思いますが――完全に右に倣えになります。この法案が成立しますと、われわれもその憂き目に遭っていたはずです。そもそも東日本震災の発生に伴って急に出てきた話でして、これを無駄遣いの一環として論ずる向きもありますが、筋の悪い話です。これが内閣法制局の審査を通ったのは、ある種の政治的圧力が働いたのではないか、少なくとも何かの意思が働いた結果の法律案ではないか、と私はにらんでいます。

ともあれ、この法案は第一七七回国会では継続審議となりましたので、次回以降の国会に議論が移ると思います。私としては、『人事院月報』で何か書いてくれと依頼されていますから、その頃にはこの問題をまともに取り上げようと思っています。

3　与野党協議の推進と限界

(1)　とはいえ、そういった議院運営の中でも与野党協議、政策協議あるいは修正協議といったものが、ある場面で推進され

たことは事実です。これをバイアスと言うかは別として、東日本大震災の関係では、やはり与野党が協力しなきゃいけないという意識が働いたことは確かなようですが、ここではその二つの代表的例を挙げています。

いずれも東日本大震災に関係するものですが、その一つは東日本大震災復興基本法案です。もう一つは東日本大震災により生じた災害廃棄物の処理に関する特別措置法案で、テレビなどでしばしば「がれき処理法案」と言われているものです。ここには災害廃棄物という新しい概念が出ています。がれきと廃棄物が同じかという問題があり、被災した人にとっては、大事な自分の持ち物が「がれき」と言われることにかなり違和感があるかも知れませんが、この法律の成立過程を見ると、与野党間のある程度の協調・協議と言いますか、やらなきゃいけないんだという健全な力学が働いたことは疑いえないと思います。

まず、震災復興基本法案については、五月一三日に政府から東日本震災復興の基本方針及び組織に関する法律案が提出されました。しかし、その内容について異論が出て、「衆法」、つまり衆議院議員の提出法案として、少しタイトルは違いますが、東日本大震災復興再生基本法案が、一八日に出されたわけです。ばらばらではまずいということもあり、与野党修正協議がまとまった段階で、委員会としてまとめ、東日本大震災復興特別委員長が提出するというかたちで、最終的には六月一〇日に衆議院で、一〇日後に参議院で可決され成立して、東日本大震災復興基本法が今日公布されているという経過をたどりました。

いわゆるがれき処理法案の場合も同じようなケースです。もともと衆法として、七月一日に、東日本大震災により生じた災害廃棄物の処理に関する特別措置法案が提出されていました。似たような内容の閣法が提出されたのは、その後です。この閣法は、微妙に題名が違いますが、東日本大震災により生じた廃棄物の処理の特例に関する法律案として、七月八日に一週間遅れで提出されました。基本的な目的は同じであり、国と市町村がどの程度の負担割合にするかという問題がありました。これも、しかし、特別委員長の提出というかたちで最終的に決着をみましたので、東日本大震災により生じた災害廃棄物の処理に関する特別措置法が成立し、現在既に公布されております。

この二つの例などは、大震災ということがありましたから、何とか復興しなければならない、がれきを処理しなければならないということで、その基本的理念に反対する人はいないわけです。そういう意味での、いわば妥協はしやすかった事情はありますが、与野党間の協議のある程度の推進が見られたことは

確かであると思います。

(2)　しかしながら、冒頭に申しましたように、いわゆるマニフェストそのものに関わる法案は、なかなか簡単には成立しないというところがあります。現に、先に述べましたように、第一七七回国会の閣法第一号の特例公債発行法案は、一月二四日の段階でもう提出されていますし、二月半ばには財務金融委員会に付託されています。しかし、その内容をめぐっての議論が二月はずっと続いていました。これがなかなかまとまらないという状況であったということになります。

いわゆる子ども手当法案の場合も、すでに述べましたように、事情は同じです。閣法第九号として提出された法案は、いったん撤回をされました。しかし、これもなかなか協議がまとまりませんでした。一方では、マニフェストの旗印を下ろすのが問題とされ、他方では、財源の問題があって、子ども手当の見直しは必至だろうという議論があるという、ご承知のような状況が背景にありました。ようやく与野党協議がある程度まとまった段階で初めて、閣法の最後を飾る第九〇号として、平成二十三年度における子ども手当の支給等に関する特別措置法案が出てきたのが八月一七日です。子ども手当法案というのは、常会の非常に早い段階、一月の段階で提出されていたのに、内容の修正をめぐって、その背景となる理念をめぐっての争いがずっと続いていました。マニフェストそのものが背景にありますから、なかなかこれは簡単に修正には応じられないという状況もよく分かりますが、八月になって会期を延長し、会期末になってようやく決着がついたというところです。

このように見てきますと、東日本大震災の関連法案は、それなりの背景があったので、与野党間の妥協はしやすかったところがあります。しかし、マニフェストそのものに関わる法案については、それぞれの政党会派のいわば存立基盤にも関わるような問題ですから、与野党協議はそう簡単には進まない。そこでの協議というものも、これが総理大臣の退陣の一角にされたというのも変な話ですが、「ねじれ」国会であるから両院間の協議でまとめるという話には、別段ならないわけです。しかも、この間の修正協議や妥協は、議院の正式な機関である表舞台ではなく、会派レベルでの協議の中で進められていますので、公式記録といいますか、そういうものには載っていません。ホームページのどこを見ても載っていないような形で進められて、全部まとまった段階で表に出てくることになります。

ですから、明日お話をなさる佐藤治氏は、常任委員会調査室にお勤めですから、国会内部から見ておられますけれど、外か

ら、比叡山の向こうから見ている人間にとっては、正直言って、なかなか分かりにくいところがたくさんあります。こうした議院運営については、マスコミの方もいろいろお書きになっていますが、われわれが知っている情報とどこまで径庭があるのか、実はよく分からないところがあります。昨年一月に召集された第一七四回（通常）国会の会期末――菅内閣の末期でもありますが――を見ても、マスコミの皆さんも見通しを持った報道は、必ずしもしていなかったはずです。研究者の立場から見たものが、まったくの青二才的な議論かと言うと、そうでもないという気がいたします。

Ⅳ　両院制論議への視点

次の「両院制論議への視点」に移りますが、ここで内閣提出法案の具体的な成否の推移を諸々見てきますと、従来あまり見えなかったところが大事なポイントとして表に出てくるのではないかと感じたりもするわけです。

1　両院協議制度のあり方

まず、両院協議制度は、憲法では、一応、両院協議会として第五九条その他で定められています。しかしながら、両院協議会が有効に機能しうるのは、両院の議決が異なった場合にどうするかという事後処理の場面です。先ほどいろいろと検討したような問題を考えてみますと、実は、「ねじれ」問題は、両院を通じた与野党の対立問題であって、本来的な意味における両院間関係の問題では全然ありません。もちろん、その問題が背景にあるから、会派間で事前に交渉するということはありますが。したがって、「ねじれ」問題は憲法で予定しているような両院間関係の問題でないが故に、憲法上の、いわば事後的な両院協議会制度は適合しない、と言わざるをえません。ここでは、むしろ、事前の与野党協議の方がはるかに有効な手だてとなるわけです。この点でも、与野党協議の努力というのを、われわれとしてはある意味で評価し注目する必要があると思います。

この「ねじれ」国会の問題については、両院の議決が異なった場合にどうするかということを想定して、大山礼子さんも両院協議会をもう少し活発にしたらどうかとおっしゃっていますし、ついこの間も、成田憲彦先生は両院協議会の在り方を変える、そういうことをお書きになっていて、両院協議会の仕組みを少し変えたらどうかとおっしゃっています。しかし、これま

で述べた例を見ますと、それはほとんど意味がないように私は考えています。与野党間の抜き差しならぬ対立があるが故に、議決が異なる前に調整をするということに問題が移っているわけでして、両院協議会のあり方を変えるといっても、あまり効果的ではないように思えるのです。それならば、われわれとしては、事前の与野党間協議をしっかりやっていただいて、できればもう少し透明化していただきたいという気持ちがあります。むろん、両院協議会になれば、与野党間協議をある程度透明化できるという期待があるのかも知れません。しかしながら、両院協議会においても協議そのものは実は公開しないので、最終的にどこに行くか分からないところがあります。

ですから、「ねじれ」国会だからといって、憲法上の両院協議会に過度な期待を掛けるのはどうかというのが現在の私の率直な気持ちです。もちろん、表向きは、両院がきちんと審議して、議決が異なるならば、憲法で予定しているオフィシャルな制度をきちっと使ってくださいということは、申し上げなければなりません。しかし、その決着の仕方が、それがア・ラ・ジャポネーズ、日本的なものかどうかは別として、現に与野党協議・修正協議というかたちで、両院を通じた解決が図られる以上、両院協議会に対して過度な期待を寄せるのは禁物でないかというのが正直なところです。

そういう意味では、与野党協議というものにどうしても注目せざるを得ないわけです。会派代表者会議は日常的にきちんとやっていただければ十分なわけですが、さらに、別の制度としては、両院合同会議というものがあります。ここで少し注意を促しておきますと、ヨーロッパ諸国では「両院合同会議」といいますと、少なくとも上下両院の議員が全部集まって審議を行う会議体を指します。フランスの例で言いますと、例えば憲法改正案の審議を行うためにベルサイユ宮殿に集まって、「合同会議規則」の下に運営されますが、私のレジュメで二〇〇五年（平一七）の実例としている与野党協議の中の両院合同会議というのは、それとはまったく別物です。

すなわち、二〇〇五年に、年金制度をはじめとする社会保障制度改革に関する両院合同会議というものが開かれました。これは、実は、両院からそれぞれの会派の代表者をそろえて開かれたものです。なぜそのような名前を付けたのかは分かりませんが、今述べましたヨーロッパ的な「両院合同会議」という本来の名称と異なって、代表者が集まっている会議にすぎません。ですから、誤解を招くところがありますので、名称は少し考え直した方がいいかも知れませんが、この社会保障制度改革に関

する両院合同会議は、二〇〇五年の四月から七月にかけて、合計八回開催されています。いずれにしましても、憲法上の両院協議制度を直接に使わずに、与野党間の対立である以上、与野党間の修正、政策協議という形で決着させるという運用のやり方は、一つの手だてとしてあるだろうと思います。

2　両院制の組織と運用

両院制のあり方としてもう一つ指摘したいところは、やはり何といっても、両院制の組織と運用の問題です。これは、午前中に芦田さんがなされました極めて詳細な報告にも十分入っておりましたので、大凡のことはお分かりになると思います。私は、この問題については、組織・権限・手続というのは一体として考えるべきだ、ということをかねて強調しています。

(1)　そういたしますと、日本の場合、類似した両院組織法になっていることが大きな問題です。衆議院は三〇〇の小選挙区、プラス一八〇の一一ブロック制の比例代表となっています。参議院議員の場合、一二一が通常選挙における半数改選の数です。その中で、四七都道府県中二九県における選挙区の通常選挙は、現在、一人を選出するわけですから、要するに小選挙区です。また、通常選挙においてこのような小選挙区を三〇にするというような改正案も提案されたりしています。そうなると、比例代表制と多数代表制の組み合わせという意味では、衆参両院ともほぼ同じとなるわけでして、いっそう酷似した選挙制度になってきます。多くの政治学者も言っていることですが、そういう非常に類似した選挙制度になっていることは、憲法第四二条が定めている両院制の趣旨と本当に合うのかという議論を、実はやっていかなければなりません。

しかし従来は、衆議院の議員定数及び選挙制度の問題は、もっぱら衆議院で議論し――もちろん法律の改正になりますが――それについては参議院ではとくに異論を述べない、他方、参議院の議員定数及び選挙制度については、参議院のみで議論をし、衆議院がそれに対して異議をとなえることはないという状況です。こうして、結局、国政全体に対して議会制度をどう位置付けるかという視点がないままで、両院それぞれの思いの下に――勝手なとは言いませんが――選挙制度などが議論されているという状況です。私は以前から、何とかこれを改善してほしいと申し上げているのですが、しかし、それは議員それぞれの政治生命がかかっているので、なかなか頷いてくれません。せめて両院の合同審査会を開いてほしいと思いますけれども、そう

もいかないみたいです。むろん、選挙制度審議会を立ち上げて、少し時間稼ぎをしながら根本的に議論したらどうかという話もありますが、それも一つの考え方だと思います。ともかく、参議院が選挙制度をいじると、今度は衆議院がいじる、しかし、衆議院で小選挙区・比例代表でやることが決まると、参議院は、今度は同じことができないので、参議院で独自の制度改正を何とかひねり出してやる。こうして、国政全体をどう動かすかという視点がどうも失われていのではないかということは、ここで強調したいことです。これが、いわば静態的に見た、類似した両院組織法という問題です。

(2)　もう一つの問題、実は、この方がより重要な問題だと思いますが、そういう選挙制度を基にして、冒頭にも言いましたように、かなり頻繁に国政選挙が行われているという事実です。戦後、衆参両院合わせると四四回の選挙を行っていますから、単純に七五六ヶ月を四四回で割ると、平均して一七ヶ月です。要するに、平均して一年五ヶ月ごとに国政選挙をやっているというわけです。

　連邦制でいくと、アメリカ連邦議会の下院議員の任期は二年ですから、二年に一度選挙をやるというのは、それはそうかも知れないと思います。上院議員も選挙する話になりますと、国政選挙が頻繁になることは疑いないわけです。これに対し、イギリスやドイツには上院選挙はもともとありませんから、国政選挙の数は少なくなります。実際に一九九〇年以降、過去二〇年を通算してみますと、イギリスでは下院総選挙は五回、ドイツでは六回ですが、もともと上院選挙がありませんから、これらの国の国政選挙が少ないのは分かります。それでは、上院について従来三分の一改選を行ってきたフランスの場合はどうでしょうか。上下両院がそれぞれ選挙をやりますから、国政選挙というかたちでは、日本と同じく重なるわけです。それでも、過去二〇年合わせて一一回です。このフランスの選挙制度のことは、今日ご出席の只野雅人さんが非常にお詳しいと思います。

　これらの国々に比べて、日本ではその間の過去二〇年間に、衆議院総選挙を七回やっています。参議院通常選挙も七回やっていますから、合わせて一四回やっているわけです。その様子は、衆議院総選挙と参議院通常選挙を通覧してみると、実は、ほぼ毎年のように国政選挙をやっています。こういう国はたぶんないでしょう。かつ、このように頻繁に国政選挙を行うことが本当にいいのかという視点に立って見ないといけないだろうと思います。さらに、日本の場合、いわゆる統一地方選挙があるほか、それぞれの政党においても総裁あるいは代表選挙があ

りますから、政党または政策を取り巻く環境は、相当不安定な状況に置かれるわけです。

この点については、国政選挙が多いのはいいことでしょうと言われる方もいますが、選挙が単に多いからいいという話じゃないと思います。本当に安定した政権をつくり、政策を実現することが大事なので、その政権・政策がいいかどうかは選挙民の選択に任せればいいわけですが、そういう大きな展望の下に、国政選挙を考えるべきだと思います。

また、投票率についても、ドイツなどではそれほど選挙をやりませんから、最低でも七一・何パーセントを割ったことはないように思いますが、日本では、とくに参議院の場合、投票率がかなり低く、この点も少し考えてみなければならないと思います。

3　両院の権限関係の検討

組織と権限は関連していますから、組織法を変えるとすると、やはり権限も検討しなければなりません。ところが、権限関係は憲法事項になっていますから、憲法を改正しないという前提をとりますと、組織法を変えざるを得ないわけです。また、組織法を変えると同時に、その組織の運用のやり方を変えることが大事です。先ほど静態的な両院組織法と申しましたが、頻繁に衆議院の解散があることを合わせると、頻繁な国政選挙があるという運用の実態が問題です。だから、そこを少し改める必要があるのではないかと思います。イタリアでもそうした議論があるように聞いています。

しかし、そうではなくて、権限関係に踏み込んで下院の優越度を高めようという方になれば、当然、憲法改正の問題になります。われわれも「参議院の将来像を考える有識者懇談会」でそれを強く主張したことがあります。しかし、これは、参議院がうんと言いませんから、実現の見込みはゼロだということになります。現に私も、斎藤十朗議長の時代、その有識者懇談会に入る時、憲法改正の問題まで踏み込むのかと聞きましたが、それで結構ですということでしたので、有識者懇はかなり思い切った案を出しました。ところが、当時の参議院は村上正邦先生がきわめて強い力をおもちでしたから、激怒されました。正直それで完全にお蔵入りです。ただし、われわれとしてはそんなに間違ったことは言っていないという気持ちは、今でもあります。冒頭に紹介した待鳥さんの論文もそれを評価しておられる。政治学者も一般に有識者懇報告書を評価してくださるので

はないかと思いますし、隣にいらっしゃる浅野先生にも――たぶん、『ジュリスト』の座談会だったと思いますが――その有識者懇報告書を取り扱っていただいたことがありますが、ひどい評価は下されなかったような気がします。

このようにどちらか二つの道がありますが、憲法改正はハードルがかなり高いので、両院の権限関係が現状であるならば、両院の組織法を変更する、あるいは、衆参同時選挙にして向こう三年間は取りあえず安定させようという選択、つまり一つの予算サイクルは安定させようという方向の議論も、あり得ると思います。

現在の参議院議員の意識では、実は逆転しております。先ほど述べた有識者懇談会の時、現職の議員からも当然にヒアリングを行いました。しかし、出席された議員が言うには、自分たちも衆議院議員と同じように直接選挙によって選ばれている、だから権限がないことが本当はおかしい、という議論をされています。そうすると、憲法を改正してイタリアと同じようにするのですかと反論したいところですが、議員に対する反論ができないというのがわが国の慣例ですから、その場ではとくに反論はしませんでした。

なかなか難しいところですが、少なくとも衆議院選挙法は直接選挙で全部入替制でなければならないことは――憲法に明記されていないけれども――私は憲法上の要求だと考えています。これに対し、上院議員の選挙は、明文で固定されていない以上、憲法事項そのものではなく、立法政策の一つとして考えるべきだという立場です。というのも、権限関係が容易に動かせない以上、立法事項である程度動かせるという枠を残しておかないと、憲法が定めている両院制そのものが実は意味をなくしてしまうのではないかという懸念をもつからです。現職の参議院議員がおっしゃったような形ではなく、権限は憲法上固定されているが、直接選挙という現在の参議院議員選挙の方法は立法的な選択の結果にすぎないという発想を、もう少し打ち出した方がいいと思います。そういう議論も、私は衆参両院の委員会に参考人として出たことがありますが、なかなか聞き届けてはいただけないようです。

先ほども議論になっていましたけど、衆参両院とも組織法については、最高裁という障壁が立ちはだかっていますから、投票価値の較差問題は回避できない状況になっています。私自身も、現在、衆議院議員選挙区画定審議会委員の一人ですから、大変困っておりまして、いわゆる一人別枠方式に違憲状態判決が出た三月下旬以来、この審議会は完全にストップしたままの

状況です。改定案の勧告を――首相の諮問機関ですから――内閣総理大臣に出す期限は、来年二月二五日と区切られており、刻々と近づいています。ですから、審議会のメンバーは皆、秋からどうするのかということをたいへん気にしています。それはともかく、一票の較差問題というなかなか厚い壁もあって、組織法についてはもう少し考えなければならないと思っています。

おわりに

さて、「ねじれ」国会という状況は、国政選挙の現状を前提にするかしないかはともかく、シミュレーションしてみると分かりますが、衆議院議員が四年任期、参議院議員が六年任期ですから、衆議院を任期満了までずっと持たせたとしても、必ず生じるわけです。衆議院総選挙の一年後かそこらに必ず参議院通常選挙があります。当初の話に戻りますが、政権与党がマニフェスト等で期待を持たせた分だけ、その後の経過によって国民の側ではストレスが大きくなりますから、ねじれ状況は必ず出てくるであろうと思います。

これが「ねじれ」国会の常態化という話ですが、これへの備えを政党組織の問題として考えれば、主要な与野党間の大連立はあり得る話だと思います。それが政策的に正しいかは別として、道としては、大連立あるいは政界再編を考えざるを得ない状況にもなっています。

他方、選挙制度の運用の問題として考えますと、国政選挙を頻繁にしないという意味では、衆参同日選挙が挙げられます。これは、かつて第三次中曽根内閣の時に行われましたが（第三八回衆院総選挙・第一四回参院通常選挙、昭和六一年七月）、この時には参議院の独自性はどうするのかという議論や強い批判がありました。ただ、頻繁な国政選挙は必ずしもよき国政をもたらさないということは、やはり考えるべき問題であって、ある程度の「立法期」を確保することは大事だと思います。

さらに、議院運営の問題として言いますと、各党の国会対策委員なり衆参両院の議院運営委員会がそれなりの司令塔をきちんと果たせばいいのですが、どうもそうではないところがあるようです。議院運営としては、要になるべきところが要にならないといけません。議会はどのようなもので、どのような運営をするのかということは、昔のJ・ベンサムの時代からすでに議論していることで、その『議院戦略論』のフランス語版は一八一六年に出ました。日本では明治二〇（一八八七）年には、

もう阪谷芳郎という後に大蔵大臣になる人の手によりこの論考の翻訳が出ているぐらいです。その結果として両院制の運用の展望ができるかどうかは別として、少なくとも私はそういう展望を持った議会運営を心掛けて欲しいという気持ちでおります。

以上、由なし事を並べましたけれども、後は皆さんのご意見あるいはご批判に答えることにいたします。また、私は研究者としての立場から述べたにすぎませんので、実務的観点から見てそれは違う、あるいは別の視点があり得るという点がありましたら、ご指摘いただきたく思います。どうもご清聴ありがとうございました。

北大／立法過程研究会　　2011年（平23）9月1日

両院制運用への展望

大石　眞（京都大学）

はじめに

マニフェスト選挙

政権交代と「ねじれ」問題の顕在化

政策実現能力の問題

Ⅰ　ねじれ国会の最近例

1　国政選挙の推移

2000年（平12）6月　第42回衆院総選挙　連立与党271（森内閣）

2001年（〃13）7月　第19回参院通常選挙　与党138（小泉内閣）

2003年（〃18）11月　第43回衆院総選挙　連立与党275

2004年（〃16）7月　第20回参院通常選挙　与党139

2006年（〃18）9月　第44回衆院総選挙　連立与党327

2007年（〃19）7月　第21回参院通常選挙　与党103（1）　第167回国会～第171回国会

2009年（〃21）8月　第45回衆院総選挙　民主党308

2010年（〃22）7月　第22回参院通常選挙　与党110（2）　第175回国会～

2　ねじれ国会の出現と政権

(1) 自公政権の場合

安倍内閣（第168回国会末）、福田内閣・麻生内閣（第168回国会～第171回国会）

(2) 民主政権の場合

菅内閣（第176回国会～）

Ⅱ　第174回国会の検証

1　概　観

2010年（平22）1.18～6.16（常会）　鳩山内閣

内閣提出法案の成立率の低下　64-35（54%）

2　マニフェスト法案

政治主導確立法案（内閣法・内閣府設置法等の改正）　行政刷新会議・国家戦略室の恒久的制度化

国家公務員法等改正案　幹部人事の一元的管理・内閣人事局の設置）

地球温暖化対策基本法

郵政改革関連三法

労働者派遣法改正案

3　継続審議案件と参議院先例の障壁

継続審議　政治主導確立法案・労働者派遣法改正案など

審議未了　国家公務員法等改正案・地球温暖化対策基本法案・郵政改革関連三法案など8件

4　各種決議案のゆくえ

常任委員長解任決議案6件

議長不信任決議案3件（衆院2件、参院1件）

Ⅲ　内閣提出法案のゆくえ

1　提出法案の絞り込み（通常国会）

第169回＝福田内閣（80-63）、第171回＝麻生内閣（69-62）

第177回＝菅内閣（90-67）

但し、90法案中26件は東日本大震災関連法案で、政策的法案は64件（鳩山内閣並み）

2　法案の成否と政策実現能力
第 174 回国会からの継続案件
撤　回　政治主導確立法案
修　正　地域主権改革推進関連三法（整備法・協議法・地方自治法改正）
第 176 回国会からの継続案件
再提出　郵政改革関連三法案・地球温暖化対策基本法案など
第 177 回国会での提出案件
撤　回　23 年度子ども手当法案
審議中　内閣法・内閣府設置法改正案
未付託　情報公開法改正案など
3　与野党協議の推進と限界
東日本大震災復興基本法案（6／9 特別委員長提出、6／10 衆院可決、6／20 参院可決）
・閣法 70 号「東日本大震災復興の基本方針及び組織に関する法律案」（5 月 13 日提出）
・衆法 8 号「東日本大震災復興再生基本法案」（5 月 18 日提出）
東日本大震災により生じた災害廃棄物の処理に関する特別措置法案（8／9 特別委員長提出、8／11 衆院可決、8／12 参院可決）
・衆法 19 号「東日本大震災により生じた災害廃棄物の処理に関する特別措置法案」（7 月 1 日提出）
・閣法 85 号「東日本大震災により生じた廃棄物の処理の特例に関する法律案」（7 月 8 日提出）
マニフェスト法案の取扱い
特例公債発行法案（閣法 1 号）、子ども手当て法案（閣法 9 号）
Ⅳ　両院制論議への視点
1　両院協議制度のあり方
憲法上の両院協議会
ねじれ問題は、両院を通じた与野党の対立問題で、本来的な意味での両院間関係の問題ではない。
ここでは憲法上の事後的な両院協議会制度は不適合で、むしろ事前の与野党協議が有効となる。
与野党協議
会派代表者会議、両院合同会議（2005 年の実例）
2　両院制の組織と運用
類似した両院組織法の再検討
頻繁な国政選挙の検討
3　両院の権限関係の検討
現状維持の場合　両院組織法の変更と組織法運用の変更
衆議院優越の徹底　憲法改正
おわりに
ねじれ国会常態化へのそなえ
政党組織の問題　大連立、政界再編
選挙制度の運用　衆参同日選挙（国政選挙の低頻度化）と「立法期」の確保
議院運営の問題　司令塔としての「国対」「議運」

資　料

1　内閣提出法案等成立状況
2　主要各国議会制度一覧表（衆議院調査局『別冊 Research Bureau 論究』2008 年 9 月）pp.100-101
3　「特集 二院制を考える」Voters 創刊号、2011 年 6 月

内閣提出の法律案・条約案と政令制定件数

＊閣法-成立は内閣提出法律案の数と成立数を、条約は国会承認件数を、政令は公布件数をそれぞれ表す。

年	国会回次		閣法-成立	条　約	政　令	備　　考
2011（平23）	177（通常）	1/24~8/31	90-67	18-14		
		計			265	8/26 現在
2010（平22）	176（臨時）	10/1~12/3	20-11	5-0		
	175（臨時）	7/30~8/6	0	0		7/11　第22回参院選
	174（通常）	1/18~6/16	64-35	14		6/8　菅内閣
		計			258	
2009（平21）	173（臨時）	10/26~12/4	12-10	3		
	172（特別）	9/16~9/19	0	0		9/16　鳩山内閣
	171（通常）	1/5~7/21（解散）	69-62	14		8/30　第**45**回総選挙
		計	81-72	17	310	
2008（平20）	170（臨時）	9/24~12/25	15-10	0		9/24　麻生内閣
	169（通常）	1/18~6/21	80-63	13		
		計	95-73	13	405	
2007（平19）	168（臨時）	9/10~08'1/15	10-10	0		9/26　福田内閣
	167（臨時）	8/7~8/10	0	0		
	166（通常）	1/25~7/5	97-89	19		7/29　第21回参院選
		計	107-99	19	400	
2006（平18）	165（臨時）	9/26~12/19	12-12	2		9/26　安倍内閣
	164（通常）	1/20~6/18	91-82	14		
		計	103-94	16	404	
2005（平17）	163（特別）	9/21~11/1	24-21	2		
	162（通常）	1/21~8/8（解散）	89-75	9		9/11　第**44**回総選挙
		計	113-96	11	393	
2004（平16）	161（臨時）	10/12~12/3	20-19	1		
	160（臨時）	7/30~8/6	0	0		
	159（通常）	1/19~6/16	127-120	21		7/11　第20回参院選
		計	147-139	22	429	
2003（平15）	158（特別）	11/19~11/27	0	0		
	157（臨時）	9/26~10/10（解散）	6-6	0		11/9　第**43**回総選挙
	156（通常）	1/20~7/28	121-118	9		
		計	127-124	9	558	
2002（平14）	155（臨時）	10/18~12/13	71-71	0		
	154（通常）	1/21~7/31	104-88	18		
		計	175-159	18	407	
2001（平13）	153（臨時）	9/27~12/7	28-28	1		
	152（臨時）	8/7~8/10	0	0		7/29　第19回参院選
	151（通常）	1/31~6/29	99-92	11		4/26　小泉内閣
		計	127-120	12	443	
2000（平12）	150（臨時）	9/21~12/1	21-20	1		
	149（臨時）	7/28~8/9	0	0		
	148（特別）	7/4~7/6	0	0		6/25　第**42**回総選挙
	147（通常）	1/20~6/2（解散）	97-90	11		4/5　森内閣
		計	118-110	12	556	
1999（平11）	146（臨時）	10/29~12/15	74-74	2		
	145（通常）	1/19~8/13	124-110	15		
		計	198-184	17	436	
1998（平10）	144（臨時）	11/27~12/14	6-6	1		
	143（臨時）	7/30~10/16	10-7	1		7/30　小渕内閣
	142（通常）	1/12~6/18	117-97	21		7/12　第18回参院選
		計	133-110	23	423	
1997（平9）	141（臨時）	9/29~12/12	20-20	0		
	140（通常）	1/20~6/18	92-90	16		
		計	112-110	16	391	
1996（平8）	139（臨時）	11/29~12/18	12-9	0		
	138（特別）	11/7~11/12	0	0		
	137（臨時）	9/27（解散）	0	0		10/20　第**41**回総選挙
	136（通常）	1/22~6/19	99-99	8		
	135（臨時）	1/11~1/13	0	0		1/11　橋本内閣
		計	111-108	8	352	
1995（平7）	134（臨時）	9/29~12/15	17-17	18		
	133（臨時）	8/4~8/8	0	0		
	132（通常）	1/20~6/18	102-102	7		7/23　第17回参院選
		計	119-119	25	439	
1994（平6）	131（臨時）	9/30~12/9	19-19	1		小選挙区比例代表制導入
	130（臨時）	7/18~7/22	0	0		6/30　村山内閣
	129（通常）	1/31~6/29	75-67	15		4/28　羽田内閣
		計	94-86	16	421	
1993（平5）	128（臨時）	9/17~04'1/29	20-17	4		
	127（特別）	8/5~8/28	0	0		8/9　細川内閣
	126（通常）	1/22~6/18（解散）	76-72	10		7/18　第**40**回総選挙
		計	96-89	14	410	
1992（平4）	125（臨時）	10/30~12/10	10-10	0		
	124（臨時）	8/7~8/11	0	0		
	123（通常）	1/24~6/21	84-80	11		7/8　第16回参院選
		計	94-90	11	395	（宮澤内閣）

大石報告に対するコメント

いわゆる「ねじれ国会」の状況における両議院の権能

浅野　善治

大東文化大学の浅野です。岡田先生から、大石先生のご報告に対してコメントをというご指示をいただきました。大石先生のご報告にコメントするなどできるはずもございませんので、私なりに少し考えていることを付け加えさせていただきまして、併せてご批判をいただければと思っております。

大石先生のご報告の中でも、非常に広範な問題が出てきたように思います。組織の問題、権限の問題、それから議事運営の問題、いろいろあるかと思います。衆参のねじれと今の政権運営がうまくいっていないことと必ずしもつながっていないのではないかというところがあったかと思います。その点を中心に、どのように考えるとよいのか、私なりの考えを少しお話させていただきたいと思います。

今日は、レジュメと資料として会議録を配らせていただきました。この会議録は二〇一〇年三月一六日、参議院内閣委員会の会議録です。自民党の古川俊治議員、埼玉県選出の議員ですが、菅首相に対して質疑をした箇所です。菅さんが「議会制民主主義というのは期限を切ったあるレベルの独裁を認めることだと思っているんです」と、この発言がいろいろなところで取り上げられるところですが、そういう答弁をした会議録です。

まず、この会議録から少し説明させていただきます。議会制民主主義とはどういう考え方なのか、どういう考え方で進めたかということを、イギリスの議院内閣制を例にとり、菅さんに意見を聞いているというのが、このやりとりです。その中で、菅さんの考え方が示されています。選挙によって政権を選んでもらうのだということです。選挙で選ばれた以上、期限を区切って、政権がある意味独裁的に政策を進めることができるという考え方です。そのような考え方に則って、議院内閣制の強化あるいは政治主導の強化ということで改革を進める、そういう考え方で議会と内閣の関係をつくる、このような考え方です。これに対して、古川先生から、日本には参議院があるということが決定的に違う、「英国との一番の違いというのは、やっぱり参議院の存在だというのが日本の憲法上しっかり書かれているということ」だというやりとりがあるわけです。

日本国憲法における両院制

そこで参議院をどのように考えるかですが、やはり日本の憲法上、参議院というものをどう考えるかということ、あるいは両院制をどう考えるかということ、その理念に従って今の政権が運営されているのかというところが一番問題にされなければいけないと思います。

これも何度も話が出てきていますが、日本の両院制は、両院ともに公選議員から構成されることから、同等の民主的正統性を持つ、あるいは権限も同等でなければならないという議論があります。しかし、日本国憲法ができる時はそもそも、一院制でいいというのが連合国側の考え方でした。そういう意味では、民主政の強化、徹底ということについて、参議院が存在する必要があったのか、なかったのかという議論があるわけです。日本国政府側から、第二院の存続ということの中で、公選でなくてもいいので第二院を残す、また逆にそういう立場にするのであれば、権限もある程度バランスの崩れた形でいいのだというやりとりがあったわけです。そこの中で、公選による第二院ということで決着したわけですが、こうした経緯を踏まえて、権限のうち、いくつかのものについては、衆議院の優越が認めることとなったのだと思います。したがって、そもそも公選議員からなる参議院がどうあるべきか、どういう権限を持つべきか、ということが、一つ大きなポイントになるかと思います。

政権創出における両議院の在り方

日本国憲法上の両院制の考え方を整理するとして、まず、国会の権能として、政権を創出する、内閣総理大臣を指名して組閣をさせることが挙げられます。

菅さんの考え方は、内閣総理大臣を指名する機能を中心に考えて、国政選挙というのは、政権を選択するものであり、選択された以上はその政権の意思に従ってすべて動く、政権が動きやすくすること自体がある意味では最適な国政の運営になる、ということです。そういうことになってくるとすれば、政府与党の強化が徹底されることが一番望ましい形だということになるわけです。そういう観点から、政権に対して両議院がどれだけ影響をもたらすことができるかという関係、政権を創出することにおける両議院の在り方が整理できます。

政権を創出するという面からは、内閣総理大臣の指名についても、国会の議決による指名であり、憲法上は衆議院の指名に

よるということではありませんので、参議院もそこに影響力を持つということです。しかも、両議院の議決が異なった場合、衆議院の議決によるという規定ではなく、あくまでも両院協議会で意見調整をした上で衆議院の議決が国会全体の議決になるという構成をとっています。結局は、衆議院の指名した議員が内閣総理大臣になるとしても、そこには参議院の意思が入った形で決定されているという理念が前提とされています。ただし、そういうことの中で意見が分かれた場合、その限りで衆議院が優越するということです。

衆議院だけに認められている内閣不信任決議権、それに伴う、伴うと言っていいかは分かりませんが、衆議院の解散があります。政権とのつながりの中で、衆議院のみが実際に法的効果をもつ内閣不信任決議権を持つということです。内閣の責任追及から言えば、憲法上、内閣は国会に対して連帯して責任を負うということですので、決して参議院に対して責任を負っていないわけではありません。しかし、衆議院のみに内閣不信任決議権が認められているということです。

内閣に予算編成権があるとともに、予算の審議については、衆議院の先議、一定の優越が認められています。これも、衆参の議決が異なった場合、両院協議会を必ず開いて意見を調整した上、まとまらなければ衆議院の議決を国会の議決とするという規定になっています。また、条約の締結は内閣の権能とされるところですが、条約締結の承認についても予算と同じく、衆議院の優越が認められています。

衆議院の優越として考えられるのは、法案の再議決を除くとするならば、こういった事柄になります。政権に対して衆議院が深いつながりを持つという意味合いが、いずれの点でも強く感じられるところではないかと思います。政権を創出する、あるいは政権に対する信任関係の中で、両議院のうち特に衆議院が中心的役割を果たすべきだという考え方が憲法上、そこに色濃く出ています。衆議院の多数党が政権を創出するという意味で、政権与党となって協働して、政策運営をすべきだという考え方が強く読み取れると思います。

政権あるいは政府とのつながりという観点から逆の見方があるとするならば、例えば、国会同意人事における参議院の役割です。内閣が適任と思う者についても、参議院が反対すると、どうにもならなくなるところがあります。これをどう考えるかという問題です。また、参議院議員から内閣総理大臣を指名することについて必ずしも制限されていないという問題もあります。ここから、参議院議員、参議院と政権とのつながりをどの

ように考えるかという問題が出てきます。それから、閣僚につ いても、国会議員の中から過半数を任命すると規定しており、衆議院議員という縛りが特にありません。参議院議員の入閣も認められているという中で、政権と衆議院、参議院との距離ということから、参議院をどのように考えるかという問題が生まれてきます。

このような問題があるにしても、憲法全体の流れからすると、政権と衆議院が深く結び付くような形が考えられていると整理できると思います。

行政統制における両議院の在り方

国政が運営されるとき、立法もありますが、行政統制という機能から、両議院がどのようにその権限を行使できるかという観点からも、憲法上の権限を整理できると思います。

「国会」に対して連帯して責任を負うという内閣責任追及における参議院の役割を考えた場合、憲法上、衆議院に対して参議院の権限が劣る、あるいは衆議院が優越するということは、特に感じられません。内閣と参議院が政権運営において協働するかはともかくとして、内閣の責任追及ということからいえば、衆議院と参議院は同等の責任追及ができるといえます。法的効果を持つ不信任決議を政権との関係として別に考えるとすれば、参議院も、内閣の責任を追及する立場にあるといえます。

参議院が内閣の責任追及権をどのように活用していくかということの中では、国政調査権が各議院に認められていることは一つ大きな意味があると思います。国政調査権は、国会の権能ではなく、議院の権能です。参議院が国政調査権を活用して行政統制を行うことは、参議院の強い権限としてできるわけです。最近の改正として、衆議院に予備的調査が認められています。このような予備的調査に対する在り方については、参議院の方にこそ予備的調査を内閣責任追及の一手段として活用するという考え方があってもいいと感じるところです。

政策決定過程

政権がさまざまな政策を決定していく中で両議院がどのように関係していくべきかという問題に移ります。議院内閣制を採っているとするならば、政府与党が中心になって政策を決定していくということになります。政権を創出する衆議院の与党が政府と一体となって政策を決定すること、あるいは、与党か

ら離れて、政府内部に入った与党議員の閣僚等を中心にして、内閣を中心にして政策を決定することがもう少し徹底されるべきだということになります。官僚主導から政治主導ということの中で、内閣を中心として衆議院議員が政策を決定する、あるいは衆議院の与党が政策を決定していくという考え方は、一つの強い考え方として出てくると思います。

そういうこととは別に、参議院側を意識する場合、政策を決定したとしても果たして国会で審議して通過するか、という問題があります。いわゆる「ねじれ状況」を前提とするならば、参議院での政策決定ということも踏まえた上で政策の実現を考えなければならず、そこからは、参議院での議論が十分に配慮されて政策が決定されなければならないという流れが出てくると思います。そういった流れで考えていくとすれば、政策決定段階から与野党が協議をする、つまり、与野党が協議をして政策を決定しなければ、結局のところ政策実現に結び付かないという流れも出てきます。

強い与党あるいは強い政府をつくって、政府与党が一体となって、菅さんが言うような、ある意味期限を区切った独裁政という形が徹底されていくとするならば、政府与党を中心とした政策決定がなされて、国会は政府に対する問題点指摘の場になるという考え方になります。このような考え方が強く出てくると思いますが、衆参のねじれを背景にした場合、参議院における野党が政府の政権運営に対して大きな権限を持つということがあるとするならば、結局は、与野党が事前協議した上での政策決定するという状況が出てくるのではないかと思います。

このような問題を背景にして、例えば、内閣提出法律案について、どのように審議をして法律案を決定するのか、提出した後にどのような審議経過をたどっていくのか、あるいは内閣提出法律案の提出率がどのように変化していくのかという問題を整理することが必要となります。

また、与野党協議が中心になった政策決定過程が重視されるべきだということになれば、国会に提出された後の審議中の与野党対決だけでは当然不十分な状態になるわけですから、それに備えるために院外の政策協議が徹底されていく、その場が重視されていくという状況が出てくると思います。例えば与野党幹事長、書記局長会談というような形で与野党の幹部が政権協議をする、あるいは各党の実務者会議の中で政策協議が進んでいくことが考えられる一つの姿かと思います。

議事手続への影響

参議院がある程度の権限を持ちながら、政府与党と必ずしも同じ動きをしないことになるとするならば、やはり与野党協議が中心となった政策決定が当然のこととして織り込まれてきます。そうなると議事運営がどのような形になるのか、という問題に進みたいと思います。

議事手続については、両院がそれぞれ独立に活動するということが前提になります。基本として当然、政府与党が望む姿で参議院が動くことにならないわけです。ですから、各議院の独立活動がある意味では進んでいきます。例えば、参議院においては、独自の事情によって継続審議にならない案件があるというのも、ある意味では独立活動の原則から当然出てくることになります。

両院協議会については、先ほどのご報告でも話が出ていますが、両院協議会は、それぞれの議院が議決した後での協議になり、両院協議を経て成案を得た後、さらに衆議院と参議院がまた議決するという形になるわけです。そういった形の中で細かな議論ができるかが問題になると思います。両院協議会の活用よりはむしろ、事前の与野党協議に中心が移っていくというのが自然のことと考えます。

参議院についても立法、政策決定が大きな活動として認められるとするならば、野党が中心となった政策提案も進んできます。このことは議事手続の中でも現れてくることかと思います。先ほどの大石先生のご報告の中にもありましたが、東日本大震災復興基本法、東日本大震災により生じた災害廃棄物の処理に関する特別措置法についても、野党から政策提案という形で具体案が出ています。このような野党議員立法による政策提案が出てくること、また進んでくることに対してどのように向き合うのかという観点から、議事手続をしっかり整理することが必要になると思います。

内閣提出法案については、修正あるいは回付が当然起きます。回付案についての再議決、あるいは衆参の議決が異なったものについての再議決について、憲法上一つの制度としてどのように運用していくかという問題が当然出てくると思っています。

選挙制度の見直し

果たして、政権創出あるいは政策決定の中で、衆参の権限をどう配分するか、参議院が衆議院に対してどのようにあるべきか、ということについては、やはり日本国憲法上どのように考えられているのかをみる必要があります。そういうことから整

理するとすれば、政権をつくり出す、あるいは政権と協働するという面では、衆議院が参議院に対して一定の優位にあると思います。政策を批判する、政策決定に一定の役割を果たすという意味からすると、衆議院と参議院はほぼ同じ権限を持つと言わざるを得ないと思います。

政府与党の中で政策決定があった場合、政府与党の運営の中で衆議院と同じ形での政党中心とした参議院の勢力ができるとするならば、衆議院、参議院の間で極めて不正常な状態が起きてくることが考えられます。その解消には、政党の枠組みを超えて参議院が機能を十分に果たせることができるような両院の関係がどのようにつくられるのかという観点が出てくるかと思います。

大石先生からのご報告にもありましたが、例えば、小選挙区制が中心を占めるような衆参の選挙制度があった場合、さらに頻繁に選挙が繰り返されたということがあったとすれば、憲法で考えられている参議院の権限が十分に果たし得るのかと言うと、かなり疑問だといわざるを得ません。仮に参議院を衆議院と同じ権限と考えるとするならば、政権から一定の距離をとる形で、参議院が独自の立場で意思決定できるという見方もできるような組織構成にすべきということが必要となります。選挙制度改革が、政権選択可能な選挙の実現を中心にして、衆議院選挙制度の中で進められてきています。しかし、現状においてそういったことがうまく機能しているのかが問題だと感じます。政権選択可能な選挙制度が衆議院だけの選挙制度であったはずにもかかわらず、参議院の選挙制度にもそういったことが及んできている中、政権の運営を極めて脅かす実態が現れていることが問題ではないかと感じています。

私が考えていることは大体このようなことになるわけですが、大石先生のお話に少しコメントさせていただくとすれば、第一七四回国会の鳩山内閣のケースです。両議院のねじれは決してなかったけれども、政権運営がうまくいかなかったという問題が出てきたかと思います。なぜ鳩山内閣の政権運営がうまくいかなかったのかということになるわけですが、やはり大きな問題の一つは、第二一回参議院通常選挙の結果がどのようなものだったかということです。確かに、参議院選挙で民主党が自民党を破りましたが、民主党だけでは過半数を得られなかったのです。その結果、参議院を政府与党と同調して働かせるためにどのようなことが行われたかというと、民主党は、国民新党、社民党、新党日本と連立政権を創る、国民新党、新党日本

と統一会派を組むということがなされたわけです。その中でどういう問題が起きてくるかというと、社民党が政権から離脱しないようにということで、普天間の問題で、実はかなり無理があるにもかかわらず、社民党の考え方に沿った発言をしていったわけです。その結果、どんどん首が絞まっていくという問題はあったかと思います。それから、国民新党が政権から離脱しないようにということで、郵政改革関連三法案について、大石先生から先ほどお話があったように、非常に無理な形で衆議院の採決を行ったわけです。どういうことが起きたかと言うと、郵政改革三法案を成立させて政策を実施するというよりは、国民新党が政権から離脱しないようにするために、衆議院で議決することの政治的意味合いを優先させた。こうした状況から、そういう問題が起きてくるのかなと思います。

自民党時代の福田内閣も、ねじれの中で、例えばインド洋の給油継続問題、ガソリン税の暫定税率問題といった厳しい与野党対立がありました。福田内閣でも、法律案の再議決を繰り返しましたが、福田内閣と鳩山内閣とは、かなり事情が違うと思います。例えば、国会の議事運営をにらんでいろいろな政策決定をするという問題があります。福田内閣の時代は、国会の全日程をにらんで、どういう日程でどのように進めれば、どこまで決定できるかという形の見込みがあったところでの再議決だったかと思います。確かに常任委員長解任決議といったものが出てくるわけですが、おそらく、それも織り込んでいたとも思えるわけです。福田内閣は行き詰まって辞めてしまうわけですけれども、福田首相は、辞任の会見で「私のこの先を見通す…私は自分自身を客観的に見ることはできるんです。」という話がありましたが、先の見通しとして手詰まりになったというところがあったかと思います。

それに対して、鳩山内閣の議事運営は、国会の全日程を考えるというのではなく、いってみればその時点の政治的意味合いを強く意識した議事運営だったと思います。参議院の存在がある中で政策の運営の仕方がかなり変わってきていると思います。

最近になって、与野党協議あるいは三党合意という中で政策決定が進んでいます。赤字公債、特例公債の発行法案、子ども手当法案についても、各党合意の中で決定され、法案化されていくことになるわけです。菅首相退陣の条件という中で、政策の三党合意、各党合意がなされていくわけですが、自民党をとらえてみると実は、参議院自民党はそういった合意に対して強く反対をするということがあります。また、民主党の運営ということからみても、西岡武夫参議院議長は、党籍離脱している

といっても、民主党の立場からかなり強い反対をおっしゃる、あるいは独自の行動を取られるということがあります。参議院がこれまでと違った形でいろいろな行動を取ろうとしていることが出てきているのかなという感じがしないわけでもありません。

こういう形になっていくとすれば、ねじれ国会における両院制をどうみるかということがあるわけです。一つの方向は、大石先生からのご報告の中にもあったと思いますが、衆議院に対して参議院の権限をいかに変えていくのかということ、憲法改正も含めて、その極端な形は一院制ということになりますが、衆議院が中心に存在するような政権運営が実現するように、衆議院が圧倒的に優位な権限を持つような形で整理することかと思います。

もう一つの方向は、今の憲法上の両院の権限をそのままに考えて、参議院の特殊化をいかに図るかということです。参議院がその存在理由として認められている意義を少し踏み込んでいうとすれば、政権に対する距離をいかに保ったまま、参議院の権限が行使できるか、そういうことができるような組織をいかにつくっていくのかがポイントになると思います。

それからもう一つは、ねじれが常態化していくとすれば、これまでのような政府与党の中で政策を決定していくという形が必ずしもとれなくなることが既に明らかになってきていると思います。与野党の事前協議が政治の中の存在として常態化していくと思います。

民主党の平野貞夫元議員、小沢一郎先生の懐刀といわれた方です。この方が、議会制民主主義は、舞台裏の交渉という形があるけれども、決して裏ではないと言われています。議会制民主主義という以上、与野党間の協議は表に見えないところでいくらでもあるんだということをおっしゃっておられます。与野党の合意が、院外といいますか、表ではないところでどんどん進んでいく、そういう時代になっていくのではないかと、そのような感じがしないでもないわけです。そういったことが起きた場合、後から検証できるように、どのような形で何が議論されて何が決定されたのかということを議会の中で明らかにすることが適切でないかと感じています。

思い付くままに、衆参のねじれを含めて両院制について、私の考えをお話させていただきました。大石先生に対するコメントという形ではなく、私の考え方として聞いていただければと思います。後は、皆さんのご質問あるいはご批判にお答えをしていければと思っております。ご清聴ありがとうございました。

＊大石眞教授の報告原稿と浅野善治教授の大石報告へのコメントは、二〇一一年九月一日に北海道大学で開催された北大立法過程研究会における報告とコメントを活字にしたものである。なお、この研究会は、科学研究費基盤研究（A）「二院制の比較立法過程論的研究」平成二一年度～平成二五年度（研究代表者・岡田信弘）に基づくものである。

論　　説

消費者契約法における誤認に基づく取消しの対象

山　本　哲　生

目　　次

はじめに
Ⅰ　最高裁平成22年３月30日判決
Ⅱ　不実告知と断定的判断の提供の関係
Ⅲ　将来における変動が不確実な事項について不利益事実を告げない場合の取消しの可否
Ⅳ　不利益事実の不告知と断定的判断の提供、不実告知
おわりに

はじめに

消費者契約法は一定の場合に契約の申込みまたは承諾を取り消すことができることを定めている。このうち、消費者が誤認したことによってなされた意思表示につき取消しを認めるいわゆる誤認類型は、不実告知（消費契約４条１項１号）、断定的判断の提供（消費契約４条１項２号）、不利益事実の不告知（消費契約４条２項）の３類型である。不実告知と不利益事実の不告知では、重要事項に関して不実告知や不利益事実の不告知がなされることが要件となっている。正確には、不実告知では、重要事項について不実告知をすることが必要である（消費契約４条１項１号）。不利益事実の不告知では、重要事項または重要事項に関連する事項について利益となる旨を告げ、当該重要事項について不利益事実を告

げないことが必要である（消費契約４条２項）。このように不実告知または不利益事実の不告知による取消しが認められるかどうかについては、重要事項とは何かが重要な意味を持つ。

重要事項は、消費者が当該契約を締結するかどうかの判断に通常影響を及ぼすべきものであり、かつ、次の事項に限られる。すなわち、物品、権利、役務等の当該契約の目的となるものの質、用途その他の内容、あるいは物品等の当該契約の目的となるものの対価その他の取引条件である（消費契約４条４項）。このように定められた重要事項に具体的にどのような事項が含まれるかについては従来から議論があった[1]。

このような状況において、最高裁平成22年３月30日判決判時2075号32頁は、金の商品先物取引委託契約につき、金の将来価格について上がるという予測を述べて勧誘した場合に、不利益事実の不告知による取消しが認められるかどうかが問題となったケースにおいて、商品先物取引の委託契約に係る将来における当該商品の価格など将来における変動が不確実な事項は重要事項ではないとして、取消しを認めなかった。本稿は、この最高裁判決を契機として、消費者契約法による消費者の誤認に基づく意思表示につき取消しが認められる範囲について、若干の検討を行うものである。

Ⅰ　最高裁平成22年３月30日判決

１　事案および判旨

事案を簡単に述べると次のようなものである。X（原告、控訴人、被上告人）は本件取引当時64歳の男性であり、相当以前に一度だけ株式の現物取引をした経験はあったが、商品先物取引の経験はなかった。Y（被

[1] 山本敬三「消費者契約法と情報提供法理の展開」金法1596号（2000年）11頁、池本誠司「不実の告知と断定的判断の提供」法セ549号（2000年）20頁、道垣内弘人「消費者契約法と情報提供義務」ジュリ1200号（2001年）49頁、千葉恵美子「金融取引における契約締結過程の適正化ルールの構造と理論的課題」金法1644号（2002年）37頁、野々山宏「消費者契約法と契約締結過程の適正化」法教310号（2006年）104頁、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法（第２版）』（商事法務、2010年）88頁以下。

告、被控訴人、上告人）は東京工業品取引所等の複数の商品取引所の会員で商品取引員であり、顧客から委託を受けて、売買取引所に取り次ぐこと等を業とする会社である。

平成17年11月ころから、Xは、Yの札幌支店の外務員であるA、同支店の営業課長Bから、金の商品先物取引の勧誘を受けるようになった。平成17年11月24日、XはYと商品先物取引受託契約（本件基本契約）を締結した。これに先立ち、Xは、商品先物取引の仕組みやリスク等につき説明を受け、また、断定的判断の提供の禁止について質問を受け、取引の注文は自己判断で行う旨を回答している。

その後、A、Bは金の先物取引の勧誘を続けた。まず、平成17年12月７日、金の値段が年内に１グラム当たり2400円程度まで上がるだろうとの見通しを伝えた。その後、Xに対し、東京金の値動きを示した表に、「一般的に…勝てば官軍負ければ賊軍ですが、現在の金相場は…買えば官軍売れば賊軍？？？買った者勝ちだと思います。年内2400円～2500円目標？？？」と記載したファクシミリ文書を送信した。また、「外貨準備に占める割合、ロシア、金を倍増、中銀10％方針高値の一因にも」との見出しの日本経済新聞の記事に「10％まで比率を高めた場合500ｔの新たな需要が見込めます。ロシアだけではなく他国も含めますと3000ｔ規模になります。原油は７倍になりましたが、金も７倍になりますと、1750ドル（6751円）です。ひじょうに夢とロマンがあります。」と記載したファクシミリ文書を送信した。同年12月12日、Bは金の値段がストップ高を付けていることを伝え、取引を始めることを勧めた。

同日、Xは、1500万円の委託証拠金を入金し、金200枚の買注文を出し、金の商品先物取引を委託する契約（本件取引）を締結した。同年12月13日、東京市場における金価格は急落し、同月14日、Xは手仕舞いをした。この取引により、総額3139万円の売買差損金が生じ、この金額から委託証拠金1500万円を控除した残額の1639万円につき、Yが立替払いした。

本件契約締結前後の、金の東京市場の状況は次のようなものであった。①金現物取引における世界標準の価格であるロコ・ロンドン市場価格と比べて、東京市場価格の異常な独歩高が連続していた。②平成17年12月９日、①の状況を受けて、東京工業品取引所では臨時の貴金属市場管理委員会が開催され、市場動向について注意深く監視することの確認など

がなされ、同月12日には、同月14日分から当分の間臨時増証拠金を預託させることが決定された。③東京工業品取引所における平成17年12月９日、12日の、Ｘが買玉を建てた平成18年10月限月の金の買ポジションの総取組高は30万枚を超える非常に多いものであり、うち一般委託者の割合は約98％であった。

Ｘは、Ｙの断定的判断の提供等により委託証拠金相当の1500万円と弁護士費用相当額の200万円の損害を被ったとして、不法行為による損害賠償を求めて訴えを提起した。これに対し、Ｙは前記立替払金1639万円の支払を求めて訴えを提起した。第１審（札幌地判平成19・５・22金判1285号53頁）は、Ｘの請求を棄却し、Ｙの請求を認容した。Ｘが控訴したが、控訴審において、Ｘは、消費者契約法４条１項２号、４条２項により平成17年12月12日の金の先物取引の委託契約の申し込みの意思表示を取り消したとして、委託証拠金1500万円の不当利得による返還請求という主張を追加し、これを主位的請求とした。また、予備的請求として、不法行為等による損害賠償を求めた。控訴審（札幌高判平成20・１・25判時2017号85頁）では不利益事実の不告知による取消しが認められた。これに対してＹが上告した。

最高裁（最判平成22・３・30裁判集民事233号31頁、判時2075号32頁）は、不利益事実の不告知による取消しは認めず、Ｘの主位的請求を棄却した。判旨は次の通りである。

「消費者契約法４条２項本文にいう『重要事項』とは、同条４項において、当該消費者契約の目的となるものの『質、用途その他の内容』又は『対価その他の取引条件』をいうものと定義されているのであって、同条１項２号では断定的判断の提供の対象となる事項につき『将来におけるその価額、将来において当該消費者が受け取るべき金額その他の将来における変動が不確実な事項』と明示されているのとは異なり、同条２項、４項では商品先物取引の委託契約に係る将来における当該商品の価格など将来における変動が不確実な事項を含意するような文言は用いられていない。そうすると、本件契約において、将来における金の価格は『重要事項』に当たらないと解するのが相当であって、Ｙが、Ｘに対し、将来における金の価格が暴落する可能性を示す・・・ような事実を告げなかったからといって、同条２項本文により本件契約の申込みの意

思表示を取り消すことはできないというべきである。」

2　本件事案の検討

本件は金の商品先物取引委託契約につき消費者契約法による取消が認められるかが問題となった事案であり、控訴審は、商品先物取引委託契約につき消費者契約法４条２項（不利益事実の不告知）による取消を認めた唯一の裁判例である。これに対し、最高裁は不利益事実の不告知による取消を認めなかったが、問題とされているのは将来の金の価格という将来における変動が不確実な事実が重要事項に当たるかどうかであり、本判決はこの点につき判断した初めての最高裁判決として重要な意味をもつ。

本件については、控訴審においても最高裁においても、断定的判断の提供には当たらないとされている[2]。本件の事案は断定的な判断という言葉にはなじみにくいものと思われるが、本件の事案の処理として問題になるのは、そのようなケースにおいて、契約の取消が認められるかということである。最初に、金の将来価格が重要事項に当たるかどうかという点はひとまず措くことにし、事案の処理として、実質的に取消しを認めることが妥当かどうかを検討する。

前述のように、控訴審では不利益事実の不告知による取消しが認められているが、取消しが認められるためには、告げられなかった不利益な事実は、利益となる旨を告げられたことにより、当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものでなければならない（消費契約４条２項）。本件は断定的判断が提供されて、これを信じたという場合には該当しないことを前提とすると、そのような場合に、利益となる評価を告げられたからといって、不利益な事実がないと考えるのが通常であるといえるかがもっとも問題になる。

将来の価格の動向について業者が一定の評価を示して勧誘したような

[2] 賛成するものとして、今西康人・判批・リマークス38号（2009年）36頁、泉日出男・判批・大憲論叢48巻（2010年）43頁、松本恒雄・判批・リマークス43号（2011年）57頁。なお、宮下修一「消費者契約法４条の『重要事項』の意味」国民生活研究50巻１号（2010年）87頁。

場合については、価格の動向についての判断は、本来各人の責任で行うべきものであり、相手方の評価をそのまま鵜呑みにするのではなく、自ら正確に事実を理解し、それに基づいて主体的に判断すべきであるという指摘がなされている[3]。このように相手方の評価は鵜呑みにしてはならないのが原則であるとすると、利益となる評価を告げられたことにより不利益な事実がないと考えることは、評価を鵜呑みにしたということであるから、まさに断定的判断の提供に当たるような場合でなければ、意思表示の取消を認めるべきではないことになる。これは消費者契約法４条２項の要件としていえば、価格が下落するであろうこと、あるいは価格の下落要因となる事実は、有利な評価を告げられたことによって、消費者が存在しないと考えるのが通常である不利益な事実に当たらないと、原則としては考えるべきであるということである[4]。

このような観点から本件の事案をみると、同時期の金先物取引につき、消費者契約法による取消しが問題となったいくつかの裁判例があるが、そこでは、臨時増証拠金の決定が出るまでは、まだ、金価格が上昇すると予測することも合理的であるなどの指摘がなされ、不利益事実の不告知による取消を認めたものはない[5]。これらを参考にしても、本件の事実関係では、本件取引をする前の段階では、金価格が上がるか下がるかは分からない状態であり、金価格が上がるという評価も断定的な形ではないことからすれば、不利益事実の不告知に当たらないというべきケース

[3] 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商123巻４＝５号（2001年）514頁。最高裁判決につき、具体的な市場リスクについては、重要事項の対象外とするものとの指摘がある。角田美穂子・判批・民商144巻１号（2011年）103頁。

[4] 存在しないと考えるのが通常かどうかは平均的消費者を基準として判断される。消費者庁企画課編『逐条解説消費者契約法（第２版）』（商事法務、2010年）120頁。

[5] 大阪地堺支判平成20・５・30先物取引裁判例集54号44頁、大阪高判平成20・12・18先物取引裁判例集54号88頁、横浜地相模原支判平成20・２・21先物取引裁判例集53号108頁、東京高判平成20・７・16先物取引裁判例集53号135頁、福井地判平成22・２・４先物取引裁判例集58号494頁。

であるように思われる[6][7]。

3　最高裁判決の影響

本件の事案においては、取消しを認めないことは妥当であるとしても、金価格が上がるという有利な評価を告げていたところ、金価格が下落したというようなケースにおいて、事案によっては、少なくとも実質的には取消しを認めることが妥当である場合もあるかもしれない。たとえば、金価格が下落することがほぼ確実であるという事情を知りながら、有利な評価を告げていたという場合であれば、取消しを認めてよいようにもみえる。本件に即していえば、業者が臨時増証拠金が課されるという情報をつかんでいた場合[8]が考えられる。このような場合に、金価格が上がるという評価に対する信頼を保護するというのではなく、金価格が下落することがほぼ確実な状況ではないという信頼は保護すべきであると考える余地はありそうである。

断定的判断ではないような形で評価を告げ、その評価が適切かどうかは一概には判断できない場合、すなわち金の価格が上がるという評価を告げ、上がるかどうかは分からないという状況であれば、金価格が下がる可能性を告げていなかったとしても、上がるという評価を聞いたときに、下がる可能性がないと通常判断するものとはいえないので、取消しを認めるべきではないことは前述の通りである。しかし、金価格が上がるという評価を聞いたときに、通常下がる可能性がないと思うものとはいえないとしても、下がることがほぼ確実であるという状況だとは思わ

---

[6] 黒沼悦郎・判批・金判1324号（2009年）12頁、泉・前掲注２）45頁、三枝健治・判批・民商143巻３号（2010年）414頁、松本・前掲注２）57頁。なお、本件において取消しを認めることによる業者の勧誘行為に対する影響という観点からの批判として、黒沼・同10頁、三枝・同416頁。この点への反論として、池田清治・判批・現代消費者法10号（2011年）94頁。特に商品先物取引につき、宮下・前掲注２）87頁。

[7] 断定的ではないものの、いい加減な評価を示した場合に、不法行為による損害賠償責任は問題となりうる。黒沼・前掲注６）11頁、泉・前掲注２）47頁、宮下・前掲注２）88頁、池田・前掲注６）94頁。

[8] 黒沼・前掲注６）12頁参照。

ないのは通常であるということはありえるようにもみえる。これを、将来の変動が不確実な事項について消費者に有利であるような評価を告げながら、その評価を告げられたことで消費者が通常存在しないと考える事実を告げないというふうに表現すると、消費者契約法４条２項の不利益事実の不告知に該当し、取消しが認められると考えることができそうにみえる。

この点で問題になるのが最高裁の判断である。最高裁は、商品先物取引における当該商品の将来価格などの将来における変動が不確実な事項は消費者契約法４条２項における重要事項に当たらないと判断した。従来、最高裁のような形で将来の変動が不確実な事項が不利益事実の不告知における重要事項に当たるかどうかを論じた裁判例は見当たらない。

最高裁判決によれば、将来の変動が不確実な事項について消費者に有利であるような評価を告げながら、その評価を告げられたことで消費者が通常存在しないと考える事実を告げなかった場合に、不利益事実の不告知として取消しが認められることはないことになる。判旨において理由としてあげられているのは、消費者契約法４条４項の重要事項を定めた文言と４条１項２号の断定的判断の提供の対象となる事実を定めた文言の比較である[9]。

このように最高裁では、断定的判断の提供との対比により、不利益事実の不告知の対象である重要事項の意義について判断されている。もっとも、断定的判断の提供との対比といっても、実質的な比較検討がなされているわけではなく、法律の文言を形式的に比較することにより判断が下されている。しかし、実質的にも、断定的判断の提供では将来における変動が不確実な事項が対象となることと比較しつつ、不利益事実の不告知ではどう考えるべきかを検討すること、より一般的にいえば、不実告知を含めた消費者契約法におけるいわゆる誤認惹起類型の取消権の中での不利益事実の不告知の位置づけを検討することは一つの有益な分析視角であると思われる。

なお、実質的な問題は、前述の金価格が下落することがほぼ確実であるという例のように、少なくとも表面的には断定的な判断ではないよう

[9] このような解釈を示したものとして、黒沼・前掲注６）９頁。

な形で、有利であるような評価を告げることによって誤認したことに基づく意思表示について取消しを認めるべきかどうかであり、必ずしも不利益事実の不告知による取消しにこだわる必要はない。つまり、こういう事例は不実告知に含まれると理解する方向性もありうるかもしれない。あるいは判断を誤らせるものであるとして断定的判断の提供を従来よりも広く理解するという方向性も考えられる。以下では、このことも含めて検討する。

Ⅱ　不実告知と断定的判断の提供の関係

最高裁判決に即していえば、問題は、不利益事実の不告知と断定的判断の提供の関係をどのように理解するかであるが、消費者契約法４条４項の重要事項は、４条２項の不利益事実の不告知と４条１項１号の不実告知に共通しているので、最高裁のように金の将来価格は不利益事実の不告知の対象にならないのだとすると、不実告知による取消の対象にもならないとするのがひとまず自然な解釈である[10]。そこで、不実告知と断定的判断の提供の関係については、従来から議論があるので、まず、この点からみていくこととする。

不実告知と断定的判断の提供の関係をどう理解するかということは、消費者契約法におけるいわゆる誤認惹起類型の取消しをどのように理解するかということである。この点に関する基本的な理解としては、２つの考え方がある。立案担当者は次のように考えていたようである。まず、情報提供の問題につき、作為の場合と不作為の場合に分けて考えるという立場から、不実告知と不利益事実の不告知に分けられる。そして、断定的判断の提供は作為型であるが、将来の見込みにつき不確実なことについて確実であるという形で見込みをいったとしても、将来について不確実である以上、厳密にいえば不実告知とはいえないという考え方に基づいて、不実告知とは別に断定的判断の提供という類型を定めた[11]。こ

[10] 違いを指摘するものとして、池田・前掲注６）92頁。

[11] 牧佐智代「市場秩序と消費者保護（２）」NBL924号（2010年）80頁。また、山本豊「消費者契約法（２）」法教242号（2000年）91頁。

こでは不実告知と断定的判断の提供は本質的には異なるというような理解はなされていない。実質的には、どちらも勧誘行為の違法性判断等を緩和するという意味で、詐欺の拡張として同じものとして理解されている[12]。その上で、断定的判断の提供が不実告知とは別の類型とされたのは、上記のように、将来について不確実な事項について見込みをいうことは厳密には不実告知とはいえないという形式的な違いに基づいている。

以上のような理解に対して、不実告知と断定的判断の提供は本質的に異なる問題であるという指摘もなされている。すなわち、いずれも相手方の誤認惹起行為に基づいてなされた意思表示について取消しという救済を認めるかどうかという問題ではあるが、事実に関する誤認惹起行為である不実告知と、判断に関する誤認惹起行為である断定的判断の提供は本質的に異なるという指摘がある。

事実について不実のことを告げた場合には、その表示の内容を正確に理解したとしても、誤った事実を理解したということであるから、不実告知に基づいてなされた判断は不適当なものとなり、事実については真実に反することを述べてはならないとの要請が強く働く。また、不適当な判断から消費者を解放する、すなわち契約の解消を認める必要も大きい。これに対して判断は、本来各人の責任で行うべきものであり、相手方の評価をそのまま鵜呑みにするのではなく、自ら正確に事実を理解し、それに基づいて主体的に判断すべきであるということができる[13]。つまり、誤認を惹起するような評価が示されたとしても、評価についてはそもそも鵜呑みにするべきではないのだから、評価を信じてなされた判断から、消費者を解放する必要性はそれほどないことになる。判断に関する誤認惹起行為につき契約の取消しを認めるべき場合はかなり限定されることになる。

---

[12] 消費者庁企画課・前掲注４）129頁。この点の指摘として、山本・前掲注３）510頁、513頁、潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）451頁。

[13] 山本・前掲注３）508頁以下、513頁、山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（一）（二・完）」民商141巻１号（2009年）35頁、２号（2009年）178頁、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Ⅰ』（商事法務、2009年）125頁、150頁。なお、大村敦志「意思表示」法教259号（2002年）41頁。

不実表示は自己決定の基礎となる事実の表明に関するもので、情報格差にかかわる問題であり、断定的判断の提供は自己決定の基礎となる評価の表明に関するもので、交渉力格差にかかわる問題であり、事実の表明を不当とする際の判断枠組みと評価の表明を不当とする際の判断枠組みは異なるともいわれる[14]。

このような理解からすれば、事実に関する誤認惹起行為である不実告知と、判断に関する誤認惹起行為である断定的判断の提供には本質的な違いがあることになり、不実告知と断定的判断の提供を、将来における変動が不確実な事項についてかどうかで区別することは実質的にも妥当であることになる。

このように、不実告知と断定的判断の提供の関係については、基本的な理解としては２つの考え方があり、いずれによっても不実告知では評価を述べたことは対象にならず[15]、不正確な評価により誤認したという問題は断定的判断の提供で扱われることになる[16]。もっとも、消費者契約法の解釈として、不実告知では評価は対象にならないという解釈が全面的に支持されているわけではない。評価であっても不実といえる場合があり、それは不実告知に含まれるとの解釈も示されている[17]。たとえ

---

[14] 潮見・前掲注12）446頁、潮見佳男編著『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』（経済法令研究会、2001年）36頁〔潮見〕。

[15] 消費者庁企画課・前掲注４）109頁。

[16] 消費者契約法では、断定的判断の提供の対象となる判断は、将来における変動が不確実な事項に関するものに限られており、さらに、将来における変動が不確実な事項が、消費者の財産上の利得に影響するものに限られるという解釈もある。消費者庁企画課・前掲注４）115頁。しかし、財産上の利得に影響するものには限られないという解釈もある。落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001年）79頁、弁護士連合会消費者問題対策委員会・前掲注１）72頁、潮見・前掲注14）39頁〔潮見〕、野々山・前掲注１）105頁。また、将来における変動が不確実な事項に限られ、不正確な判断の問題がすべてカバーされるわけではない点についても批判がある。山本・前掲注１）12頁。

[17] 道垣内・前掲注１）52頁、弁護士連合会消費者問題対策委員会・前掲注１）68頁、野々山・前掲注１）102頁。このような事例で取消しを認めた裁判例として、東京地判平成17・３・10ＬＬＩ06030993、大阪高判平成16・４・22消費者法ニュース60号156頁等。取消しを否定した裁判例として、佐世保簡裁平成

ば、腐りかけた魚を新鮮であるというような場合には、「新鮮である」というのは評価であるが、あまりにも事実とかけ離れた評価であれば、事実と異なるといえるというような説明がなされることがある[18]。このような解釈は少なくとも形式的には可能であると思われるが、その妥当性については、取消しを認める考え方に照らして確認する必要がある[19]。

Ⅲ　将来における変動が不確実な事項について不利益事実を告げない場合の取消しの可否

1　検討の視角

不実告知と断定的判断の提供の関係については、以上のような理解がある。ただし、不利益事実の不告知とこれらの関係がどのように理解されているかは、必ずしも明らかではない。前述のように、立案担当者は不実告知については将来の変動につき不確実な事項は対象にはならないと考えていたところ、不実告知の対象である重要事項は不利益事実の不告知と共通であることからすれば、少なくとも結果的には、不利益事実の不告知においても将来の変動につき不確実な事項は対象にならないと解するのが自然である[20]。最高裁の判断は、立案担当者の不実告知と断定的判断の提供の区別についての考え方と重要事項が不実告知と不利益事実の不告知で共通する形になっていることには整合的であるとはいえる[21]。

正確な要件論はひとまず措くとして、消費者契約法の考え方からして、

17・10・18消費者法ニュース68号61頁、福岡地判平成18・２・２判タ1224号255頁等。

[18] 道垣内・前掲注１）52頁、弁護士連合会消費者問題対策委員会・前掲注１）68頁。

[19] 野々山・前掲注１）103頁では、このような行為は消費者をことさら誤認させ、その合理的意思形成を妨げるものとされている。

[20] 不利益事実の不告知を事実に関する誤認惹起行為とするものとして、山本・前掲注３）509頁。また、大村敦志『消費者法（第４版）』（有斐閣、2011年）99頁。

[21] 最高裁は事実に関する誤認惹起行為と判断に関する誤認惹起行為を区別する見方を前提とするとするものとして、後藤巻則「契約締結過程の規律の進展と消費者契約法」NBL958号（2011年）33頁。

消費者に利益となるような評価を述べながら、消費者に不利益となる事実を述べなかったという場合に取消しを認めるべきであろうか。なお、前述の通り、ここで問題とするのは、断定的判断ではないような形で利益となる評価を告げ、その評価からすれば、通常はないであろうと判断する事項がないものと判断したという事例であり、具体的には、たとえば、金の価格が上がるという将来予測を述べながら、客観的にみて金の価格が下落するのがほぼ確実であることを示す事実を告げなかったというような場合である。

このような場合に限れば、前述のように、形式的には不利益事実の不告知に該当するということは可能であるようにみえる。しかし、取消しを認めるべきかどうかのより根本的な検討としては、不実告知と断定的判断の提供との関係でみたような、消費者契約法の誤認惹起類型の取消しに関する前述の２つの考え方、すなわち勧誘行為の違法性判断等を緩和するという意味での詐欺の拡張という考え方と、事実に関する誤認惹起行為と判断に関する誤認惹起行為に分ける考え方からして、利益となる評価を述べることにより、不利益な事実がないと誤認させる行為はどのように位置づけられるかを検討することが必要である。

２　詐欺の拡張類型

（１）積極的誤認惹起行為

まず、上記のような行為を詐欺の拡張類型として位置付けることが妥当かという観点からすればどのように考えられるであろうか。立案担当者によれば、不実告知等の誤認類型は、具体的には、詐欺の故意要件と欺罔行為の違法性要件を緩和したものとされている[22] [23]。このような形で

[22] 消費者庁企画課・前掲注４）130頁。

[23] 詐欺の要件の緩和という点に関して、詐欺について、消費者契約においては自由な意思決定の侵害が原則として違法となるが、同時に故意は主観的違法要素であるという理解を前提として、消費者契約法４条は故意なしで、つまり違法性なしで取消しを認めていることになるという立場もある。つまり、自由な意思決定の侵害は原則として違法とするので、不実告知等につき、行為の不法性という点では違法性要件を緩和したものという必要はないことになるが、故意を主観的違法要素ととらえ、詐欺の故意を不要とする点で違法性要件を緩

詐欺を拡張することの正当化根拠は、消費者と事業者間には構造的な情報格差があることとされる[24]。また、相手の動機形成に不当な攻撃を加え、誤った判断を惹起させたり自由な判断を阻害するという行為態様の悪性もあげられる[25]。このような見地から、利益となる評価を述べて、不利益な事実がないと誤認させる行為を不実告知等と同様の類型として扱うことが妥当かどうかが問題になる[26]。

不利益事実の不告知については、これを実質的には積極的な誤認惹起行為ととらえる考え方がある。すなわち、不利益事実の不告知は、意図的に消費者の利益となる旨のみを告げて、不利益となる事実は存在しないと思わせる行為であり、実質的には不実告知と同様に事業者が誤った

和したものととらえている。田中教雄「詐欺取消しにおける『故意』と『違法性』の要件に関する一考察」九大法学70巻４号（2004年）1194頁。

また、詐欺について、次のような説もある。たとえば、詐欺の問題として、虚偽に等しい評価を述べたという場合につき、積極的欺罔行為は意思決定自由の侵害に向けられた意図的な行為であり、意思決定の自由を侵害するというところに詐欺の違法性があるという考え方が示されており、これによると、客観的に真偽が確定できないような純粋な主観的評価を除けば、セールストークも含めて将来の不確実な事項に関する断定的判断の提供なども原則として違法と評価できるとされる。高嶌英弘「民事上の詐欺の違法性に関する一考察」磯村保ほか編『民法学の課題と展望』（成文堂、2000年）187頁、193頁。さらに、意思決定自由の侵害に向けられた意図的な行為というところに違法性が認められるので、積極的な悪意がない場合も詐欺とすることができるとする。高嶌・同196頁注15。

この説からすれば、自由な意思決定の侵害に向けられた積極的欺罔行為は原則として違法であり、積極的な悪意も本来不要であると理解するので、消費者契約法は詐欺の違法性要件および故意要件を緩和したものと位置づけることにはならない。

[24] 消費者庁企画課・前掲注４）129頁、沖野眞已「契約締結過程の規律」私法62号（2000年）27頁。

[25] 河上正二「総論」私法62号（2000年）11頁。

[26] なお、不実告知は詐欺と比較した場合には要件を緩和したものといえるが、錯誤の法理によれば民法の解釈でも同様のことは実現できるとの指摘がある。山本・前掲注３）511頁、大村・前掲注13）42頁。

事実を告げたものと評価できるとする[27]。このような観点から、金価格が下がることがほぼ確実であるのに、上がるような評価を述べるという行為をみると、どのように評価できるであろうか。

詐欺の要件を緩和する理由である行為態様の悪性という観点からすれば、有利な評価を告げて不利益な事実を誤認させる行為を別に扱う必要はないように思われる。金価格の例でいえば、特に金価格が下がることがほぼ確実であるというような状況ではないときに、通常の予測として金価格が上がるという評価を述べただけであれば、行為態様の悪性は高くなく、このような場合に取消しを認めるのは妥当ではないが、金価格が下がることがほぼ確実であるという状況であることを知りながら、金価格が上がるという評価をすることは、たとえ、予測の表現は過度なものではなくても、行為態様の悪性は強いと評価してよいと思われる[28] [29]。

なお、取消しを認めるべきであるとして、具体的に不利益事実の不告知（消費契約４条２項）、不実告知（消費契約４条１項１号）、断定的判断の提供（消費契約４条１項２号）のいずれで扱うのか、については後述する。

（２）沈黙による詐欺

不利益事実の不告知は沈黙による詐欺の要件を緩和したものであるとの理解もある[30]。それでは、沈黙による詐欺の拡張として、金価格が上

---

[27] 山本・前掲注３）509頁。

[28] 詐欺の違法性要件の緩和という観点から、消費者に一般に検証を期待できない事実について利益告知だけを行い、利益告知に基づく消費者の判断を覆すような不利益事実は故意に隠すという情報操作をした場合に取消しを認めてよいとするものとして、丸山絵美子「消費者取消権」法時83巻８号（2011年）18頁。

[29] 不利益事実の不告知による取消しが認められる例として、眺望がよいと告げながら、隣にマンション建設計画があることを告げなかったケースがあげられる。消費者庁企画課・前掲注４）120頁。行為態様の悪性からすれば、このようなケースと金の価格が上がると告げながら、ほぼ確実に下がるであろうことを告げなかったケースを区別する合理性はないように思われる。

[30] 河上・前掲注25）18頁。なお、沖野・前掲注24）18頁。山本・前掲注13）「契約規制（一）」40頁。

がると述べながら、金価格がほぼ確実に下落することを示す事実を告げなかったという行為につき、取消しを認めることが妥当であろうか[31]。

ただし、沈黙による詐欺という言葉を用いるとしても、金価格が上がるという評価を述べたことで、ほぼ確実に下がることを示す事実を告げる義務が生じるかどうかが問題となる、すなわち誤った評価を述べたという先行行為によってそれを訂正する義務が生じるかどうかが問題なると考えるのであれば、実質的には積極的欺罔行為に当たるかどうかと同様に考えれば足りるであろう[32]。積極的欺罔行為とは別類型の問題として理解するということは、たとえば、金価格が上がるという評価を述べることはごく普通の勧誘行為であって、そのこと自体によって、金価格が下落することがほぼ確実であることに関する情報提供義務が生じるわけではないというように考えることになる。問題をこのようにとらえた場合に、積極的欺罔行為とは異なる沈黙による詐欺の問題となる。

このような見地からみると、本来、どのような場合に沈黙による詐欺が認められるかについては、専門家性や財産権等の保護という見地から情報提供義務を認め、情報提供義務違反が詐欺の違法性を基礎づけるという説明がある[33]。消費者契約法で詐欺の要件を緩和したとして、重要事項についての不告知があれば、沈黙による詐欺の緩和として、意思表示の取消しを認めてよいと考えるのだとすれば、少なくとも金の将来価格は将来の変動が不確実なものであるという理由で、詐欺の要件の緩和の対象から外すことには合理性がない。

ただし、金価格が上がるという評価を述べて、下落することがほぼ確実である事実を告げなかったという行為を、先行行為により情報提供義務が基礎づけられる場合ではないと理解するのであれば、消費者契約法の不利益事実の不告知という類型には本来は当てはまらない場合である

---

[31] 沈黙による詐欺についての学説の整理として、三枝健治「アメリカ契約法における開示義務（一）」早法72巻２号（1997年）12頁以下、内山敏和「情報格差と詐欺の実相（一）」早稲田大学法研論集111号（2004年）549頁以下。

[32] 内山敏和「情報格差と詐欺の実相（五）」早稲田大学法研論集116号（2005年）354頁。

[33] 山本敬三『民法講義Ⅰ（第２版）』（有斐閣、2005年）207頁。

というほかないであろう。消費者契約法は不利益事実の不告知の類型として、利益となる旨を告げるという先行行為を要件としているからである。もっとも、そもそも消費者契約法が不利益事実の不告知による取消しについて、利益となる旨を告げることを要件としていること自体に対する批判もある[34]。先行行為により情報提供義務が基礎づけられる場合ではなく、沈黙による詐欺が認められる場合においても、少なくとも消費者契約においては、詐欺の故意の要件を緩和するべきであるという立場からすれば、利益となる旨を告げることによって情報提供義務が生じる場合ではなくても形式的に利益となる旨を告げた場合に該当しそうな場合にも、不利益事実の不告知による取消しを認めるという形で射程を広げていくという考え方が出てくる余地はある[35]。

このように沈黙による詐欺と位置づけた場合には消費者契約法の条文に適合する形で説明できるかどうかという問題はあるが、積極的誤認惹起行為と位置づけた場合には、詐欺の拡張という視点からみた場合、金価格が上がるという評価を述べて、下落することがほぼ確実であることを告げないという行為は、消費者契約法で取消しを認める範疇に含まれるという方向で解釈することは消費者契約法の考え方に反するものではないと評価できる。

---

[34] 山本・前掲注33）260頁、内山敏和「情報格差と詐欺の実相（七・完）」早稲田大学法研論集117号（2006年）12頁、宮下修一「消費者契約法四条における契約取消権の意義」静法11巻１・２・３・４号（2007年）96頁、堀竹学「消費者契約法４条における事実に関する誤認」総合政策論叢18号（2010年）131頁、丸山・前掲注28）19頁、伊藤浩「不実表示と説明・情報提供義務違反」愛媛法学37巻１・２・３・４号（2011年）60頁。なお、特定商取引法では、平成16年改正により、利益となる旨を告げる先行行為なしで、事実の不告知による取消しが認められている（特商法９条の３第１項２号、24条の２第１項２号、40条の３第１項２号、49条の２第１項２号、58条の２第１項２号）。

[35] 先行行為に触れずに、不利益事実の不告知による取消しを認めた裁判例として、小林簡裁平成18・３・22消費者法ニュース69号188頁、東京地判平成21・６・19判時2058号69頁。また、山本・前掲注13）「契約規制（一）」41頁、堀竹・前掲注34）131頁。

3　事実に関する誤認惹起行為と判断に関する誤認惹起行為

（1）判断枠組みの検討

（ア）判断枠組みの違い

次に、消費者契約法における誤認類型の取消しを、一括して詐欺の拡張ととらえるのではなく、事実に関する誤認惹起行為と判断に関する誤認惹起行為に区別して理解するという観点からすると、どのように考えられるかを検討する。ここで問題としているのは、金の価格が上がるという評価を示すことによって、金価格がほぼ確実に下落することに関する事実を誤認させる、ないし判断を誤らせるという行為である。すなわち、断定的ではない評価を示すことで事実認識ないし判断を誤らせるという行為である。このような行為には、事実に関する誤認惹起行為と判断に関する誤認惹起行為のどちらの枠組みが妥当するのであろうか。

金価格の例に即していえば、何を誤認したかという点については、言葉としては事実を誤認したという表現も、判断を誤ったという表現も、どちらも可能である。金価格が上がるという評価を述べることにより、金価格がほぼ確実に下落することを示す事実はないと誤認させたといえば、誤認したのは事実であるようにみえる。これに対して、判断の問題としていえば、まず、金価格が上がるという評価は断定的なものではないことが前提であるから、金価格が上がるという評価を信じたという問題ではない。それでは、どういう評価を信じたことを問題とするかというと、金価格が上がるという評価を示すことで、少なくとも金価格が上がるか下がるかは不確定でどちらの判断も十分可能な状態であるという評価を信じさせたことを問題にすることになる。つまり、実際には金価格が下落することはほぼ確実であるという状況だったのに、金価格が上がるか下がるかは分からない状況であるという評価を信じさせたということである[36]。

[36] 本文では、金の将来価格自体については判断の問題で、将来価格の変動要因は事実の問題であるという形で述べている。ただし、金の将来価格がどうなるかは、具体的な市場リスクの問題であるといえるが、具体的な市場リスクは評価の問題なのか事実の問題なのかは微妙なところもある。実際上、具体的な市場リスクがどの程度あるかは評価の問題と考えられるように思われる。しか

事実の誤認か判断の誤りかという形でいえば、このようにどちらよりの表現も可能であるが、実質的な問題は、事実に関する誤認惹起行為についての判断枠組みと、判断に関する誤認惹起行為についての判断枠組みのいずれが適切かである。これらの判断枠組みの基本的な点をあげると、事実に関する誤認惹起行為として取消しが認められる不実告知に当たるかどうかの判断においては、事実は信じてよいことが前提となっている。したがって、告げた内容が事実と異なっており、それを信じたのであれば取消しが認められる[37]。これ以上に不実告知の行為態様が不当かどうかを問題にする余地はない[38]。これに対して、判断に関する誤認惹起行為として取消しが認められるかどうかを考える場合には、示された評価を信じたことが正当だったかどうかが問題になる。したがって、断定的判断の提供に該当するかどうかの判断において、まさにこの評価を信じてもやむをえない場合か、信じた消費者を保護すべき場合かどうかが問題になる。このように事実に関する誤認惹起行為では示された事実を信じてよいかどうかは問題にならず、信じてよいことが前提となっていたのに対して、判断に関する誤認惹起行為では評価を信じてよいかどうかが問題となる。

（イ）事実と評価の区別

し、たとえば、相場の下落の可能性が非常に高い状態であったことを認識していなかったことを、相場の下落の可能性が高いという事実を誤認していたということはそれほど不自然ではない。実際に裁判例においても、具体的な市場リスクの誤認が問題とされることがあるとの指摘もある。村本武志「顧客限定合理性の下での適合性原則・説明義務と錯誤の役割と要件」新世代法政策学研究13号（2011年）311頁以下。このように、金の将来価格自体についても、評価の問題か事実の問題かは微妙になりうる。

[37] もちろん、消費者契約法でいえば事実が重要事項に関するものかどうかは問題になる。

[38] 不実告知につき、故意または過失があることは要件ではない。なお、不利益事実の不告知では、故意は要件となっている。この点は、不作為による不実表示につき契約取消しのリスクを事業者に負わせるのは過大な負担となるという配慮が働いたと指摘されている。潮見・前掲注12）444頁。また、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会・前掲注１）76頁。

もっとも、事実は信じてよいが、評価は信じてはならないという形で区別することができるかどうかについては、疑問も示されている。この事実と評価の区別に対する疑問は大きくは２つに分けられる。１つは、評価を信じてよいかという判断においては、どのような事実が評価の根拠として提示されているかが重要な要素となることが通常なのであり、評価と事実を区別することは妥当ではないというものである[39]。純然たる評価だけが提示されることはあまりない、あるいは、評価だけが提示された場合には、そのような評価を鵜呑みにすることは妥当ではないのは当然であり、問題は事実を伴って評価が提示されたときに、その評価を信頼したことがどのような場合に正当化されるかであるという意味では、この指摘は妥当であろう。ただ、事実と評価の区別のポイントが事実は信じてよいといえるが、評価は当然に信じてよいとはいえないということであるとすれば、この指摘は評価を信じてよい場合をどのように考えればよいかを示したものであり、事実と評価の区別自体を否定するものという必要はないように思われる[40]。

事実と評価の区別に対する疑問の２つめは、そもそも事実は信じてよいという形で一般化することが妥当か、換言すると、事実と異なることを告げたことが常に意思表示の取消原因となることが妥当かというものである。

この点に関連して、債権法改正の検討において、不実表示に基づいてなされた意思表示の取消しを認める規定を民法の一般規定として置くべきかどうかが議論されているが、そこで、仮にこのような規定を置くとしても、不実表示を信頼したことが正当であったことを取消しの要件とするべきかどうかが問題の一つとなっている。このような要件を不要とする立場は、人は事実については信じる傾向があり、相手方の不実表示によって誤認した以上は取消しを認めるべきであるとする[41]。これに対

[39] 牧佐智代「断定的判断の提供法理について（二・完）」北大法学論集61巻２号（2010年）700頁、696頁。

[40] もっとも、前述のように、事実と評価の区別が微妙であるということはある。前掲注36）参照。

[41] 法制審議会民法（債権関係）部会第32回会議議事録６頁（山本敬三発言）。

して、このような要件を置くべきであるとする立場は、不実表示をした側の事情と不実表示を信じた側の事情との衡量において、常に不実表示をした側の負担により取消しを認めるべきだとは限らないとする[42]。これはあくまで対象が消費者契約に限られない民法の規定として、不実表示の規定を置くべきかどうかにおける議論ではあるが、事実については、常に信じた側を保護するというべきかどうかには、このような議論がなされている[43]。

なお、事実と評価の区別については、不実表示は自己決定の基礎となる事実の表明に関するもので、情報格差にかかわる問題であり、断定的

また、民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注13）125頁。事実に関する誤認惹起行為があった場合に取消しを認めるという考え方は、消費者契約法では、情報格差に基づくものと整理されるように思われる。これに対して、債権法改正において、一般規定として不実表示による取消しを認めるという場合には、情報格差から正当化する考え方と、前提事実に錯誤があった場合の救済として、すなわち動機の錯誤に対する救済の一類型として正当化する考え方がある。後者の立場では、契約締結に通常影響を及ぼすべき事項につき誤認があった場合に取消しを認めるのは広すぎ、錯誤と同様の要素性（主観的因果関係と客観的重要性）を満たす事項に限られる。このとき、錯誤とは法律行為の内容として取り入れられているかどうかで区別される。法制審議会民法（債権関係）部会第32回会議議事録10頁（潮見発言）。

[42] 鹿野菜穂子「錯誤規定とその周辺」『民法（債権法）改正の論理』（別冊タートンヌマン）（2010年）262頁、金融法委員会「不実表示にかかる債権法改正に関する論点整理」NBL940号（2010年）20頁、三枝健治「不実表示の一般法化に関する一考察（下）」みんけん647号（2011年）10頁。また、後藤巻則「錯誤、不実表示、情報提供義務」円谷峻編著『社会の変容と民法典』（成文堂、2010年）48頁、後藤・前掲注21）33頁。

[43] 事実と評価の区別についての問題意識は消費者契約に該当するような場面でも以前から示されていた。たとえば、証券取引において、事実か評価かがあいまいな事例があること、不確定な事実の提供の問題をどのように扱うべきかなどが議論されている。上柳克郎ほか「証券取引法に関する最近の判例の動向（８）」インベストメント50巻４号（1997年）42頁以下、53頁以下、「証券取引法に関する最近の判例の動向（９）」インベストメント50巻５号（1997年）94頁以下、102頁以下、108頁以下、西原寛一ほか「証券取引法の改正について」インベストメント18巻４号（1965年）96頁。

判断の提供は自己決定の基礎となる評価の表明に関するもので、交渉力格差にかかわる問題であり、事実の表明を不当とする際の判断枠組みと評価の表明を不当とする際の判断枠組みは異なるとの指摘がある[44]。情報格差の問題と交渉力格差の問題であるという違いがあり、判断枠組みも異なるということは一般的にはそのようにいえるようにも思われる。ただ、判断枠組みのあり方として、事実は信じてよいが、評価は信じてはならないという形で分けることができるかということが問題である。事実であっても信じることが正当かどうかを問うべき場合があるという考え方はありうるのであり、そのような立場からすれば、事実を信じることが正当かどうかを情報格差の問題として判断するということになろう[45]。

（ウ）判断枠組みの適用

事実と評価の区別が妥当かどうかは別として、いずれにせよ、消費者契約法の不実告知による取消しの規定からすれば、消費者契約法では、重要事項に関しては、事実は信頼してよいとの考え方が採用されているといえる。この点には、これ以上立ち入らない。ここでの問題は、金価格の事例のようなケースには、どちらの判断枠組みが妥当するかである。

金価格の事例で、当然に相手の主張を信じてよいかどうかを考えると、結局は、金価格の値動きについてどう判断するかという問題であるから、第一次的には本人の判断に任される場合であろう。金価格が上がるという評価を述べることにより、金価格がほぼ確実に下落することを示す事実はないと誤認させたというように、事実の誤認のようにとらえたとしても、相手方は評価を述べたのであり、その評価が正しいかどうかは本人が判断すべきであるということは、その評価に反する事実があるかどうかの確認も含めて本人に任されるといえそうである。

---

[44] 潮見・前掲注14）36頁〔潮見〕。

[45] この立場からすれば、結果的に、情報格差の問題と交渉力格差の問題が、信頼の正当性を要件とする点においては、同じ判断枠組みということになる。後藤・前掲注42）48頁参照。ただし、正当性があるかどうかの判断の中身は違ってくるかもしれない。

このようにみると、金価格の例は、信じてよいことが当然であると評価できるケースではなく、信じることが正当化されるかどうかが問われるケースであるということになる。そして、この点において、判断に関する誤認惹起行為の枠組みで考えるべきケースであるといえる。つまり、評価を聞いて、その評価に反するような事実はないと信じることが正当化されるような事由があるかどうかを検討する必要がある[46]。

（2）信頼保護の必要性

金価格が上がるという評価を告げて、金価格が下落することがほぼ確実であることを告げなかった場合に、顧客の信頼を保護すべきであるといえる場合があるであろうか。すなわち、信じることが正当化される場合があるであろうか。ここで問題となる信頼の中身は、金価格が上がることを信じたという内容ではない点で、通常、断定的判断の提供で問題となる評価に対する信頼とはかなり異なったものである。前述のように、この信頼は、金価格が上がるという判断をしている以上は、金価格が下

---

[46] 事実を誤認したととらえた場合に、消費者契約法では重要事項に関する事実は信頼してよいという立場がとられていることと、本文のように、取消しを認めるべきかどうかの判断において、信頼の正当性が問題となることはどのような関係にあるだろうか。

ここでは、事業者によってもたらされた誤認かどうかが問題になると考えられる。確実に下落につながるような事実はないと誤認していたとして、事業者は通常の形式の将来予測しか述べていないのであり、将来予測自体は当然に信じてよいものではないとすれば、その誤認が事業者によって引き起こされたものと評価するかどうかが問題になる。つまり、仮に事実の誤認の問題であるとしても、そのことから、当然に消費者を保護すべきであるという結論は出てこない。そして、この誤認が事業者によって引き起こされたものと評価すべきかどうかで考慮することの中身は、一般的な将来予測しか述べていない事業者を信頼してよいかということだと思われる。結局、このような事例においては、事実の誤認の問題であるというとらえ方をしたとしても、実質的には、事業者に対する信頼を保護するべきかどうかが問題になるのである。この点に関連して、債権法改正における不実表示による取消しについての因果関係の議論参照。法制審議会民法（債権関係）部会第10回議事録47頁（潮見発言）、金融法研究会・前掲注42）12頁。

がることが確実ということはない、すなわち上がるか下がるかは分からない状態であると信頼することであると表現することができる。この表現にも表れているように、これは勧誘者の判断内容をそのまま信用したという信頼ではない。上がるという評価を信用したのではなく、上がるという評価をすることの前提として、下がることがほぼ確実ということはないことを信用したということである。

ただ、信頼の内容をこのようなものとしてとらえることは、金価格が上がるという評価に絡めて消費者の信頼を位置づけるという視点が前提となっている。つまり、断定的判断の提供や不利益事実の不告知のように、相手方が評価や事実を示したことに対する信頼を保護するという枠組みで考えることが前提となっており、その枠組みの中で消費者の信頼を位置づけるために、上がるという判断をすることの前提として、下がることがほぼ確実であるということはないことを信用したというような信頼を問題としているものといえる。このことを認識したうえで、もう一度、金価格の例における信頼の内容を考えると、実は、ここでの信頼は金価格が上がるという予測に基づいて発生したものといえるかどうかは微妙であるように思われる。むしろ実質的には、評価に対する信頼というよりは、勧誘をしている以上、ほぼ損することが確実なものを売りつけることはないという信頼といってよいかもしれない。

金融商品等の勧誘においては、実際には、将来利益となる旨を告げて勧誘することが普通であろうから、評価に対する信頼かそうではないのかを区別することには難しい面がある。ただ、上がるといわれて上がるとは思わないけれども下がることが確実ということはないと信頼したといういい方をするとしても、実際には具体的にこのようなことを考えるわけではないのであり、相手の評価の中身に基づく信頼というよりは、より素朴な信頼とみる方が実態に近いように思われる。そうだとすると、こういう信頼を正当なものとみてよいかどうかは断定的判断の提供といえるかどうかとはかなり内容の違うものである[47]。このような見地から

[47] 断定的判断の提供に関する裁判例につき、牧・前掲注39）703頁以下、宮下修一「消費者契約法４条の新たな展開（１）」国民生活研究50巻２号（2010年）107頁以下。

すると、評価を示したことは本質的な要件ではなく、むしろ事業者の方が勧誘した場合に、このような信頼を保護するという方が適しているかもしれない[48]。

金価格の例における信頼が評価に対する信頼というよりは、勧誘をしている以上、ほぼ損することが確実なものを売りつけることはないという信頼であるとして、このような信頼は保護に値するであろうか。これを、取引の種類を顧慮せずに一律に論じてよいかどうかは問題であり、差し当たり、金価格の事例のような金融取引で考えることとする。このような金融取引では、金融商品の内容や市場動向を消費者が自ら調べて判断することは困難であり、ある程度事業者を信頼することができなければ、取引が成立することは難しいように思われる[49]。ここで、具体的な市場リスクの判断は最終的には消費者に任せられるのであるが、市場の変動要因が何であるかを理解し、それらの事実をできるだけ収集して、総合的に評価することが困難であるときに、実際には損をすることがほぼ確実かどうかというレベルの判断も消費者は十分にはできないことも多いのが実態ではなかろうか。それでも、取引が成立するのは、損をすることがほぼ確実ということはないということを消費者が信頼し、それが取引をする上での暗黙の前提となっているといえるのではなかろうか。このような信頼は事業者の専門家性など種々の要素によって生じるものと思われるが、ごく普通の勧誘に伴うものではあっても、事業者の行為により生じるものであり、事業者の行為により生じた信頼により消費者は判断をゆがめられているものといえる。そして、金融取引などではこのような最低限の信頼なしに取引を行うことは難しく、また、事業

[48] 消費者契約法における勧誘の意義につき、不特定多数相手は含まないとするものとして、消費者庁企画課・前掲注４）108頁。特定個人相手か不特定多数相手かを問わず意思形成を具体的に働きかける内容かどうかによるとするものとして、池本・前掲注１）20頁、石戸谷豊「不利益事実の不告知」法セ549号（2000年）24頁、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会・前掲注１）65頁。パンフレットの記載を勧誘に当たるとしたものとして、京都簡裁平成14・10・30消費者法ニュース60-57・212。なお、千葉・前掲注１）39頁。

[49] 情報提供に関してある種の信頼があって初めて投資勧誘が可能になる。上柳克郎ほか・前掲注43)「判例の動向（８）」42頁。

者の専門家性などからすれば、この程度の信頼を置くことは消費者からすれば自然なことであり、このような最低限度の信頼は法的に保護してよいのではなかろうか。これは前述のように、事業者の具体的な表示に対する信頼保護の問題ではないという点では従来の断定的判断の提供とは異なる問題である。ただし、消費者が事業者を信頼することが正当かどうかが問題となっているという点をとりあげれば、実質的に断定的判断の提供と同じものとみることもできる[50]。

もちろん、判断は自分の責任であり、金価格でいえば上がるか下がるかの判断は自分の責任であることからすれば、ほぼ確実に下がるものではないという判断も自分の責任であるというようにもみえる。しかし、上がるか下がるかの判断を引き受ける前提として、ほぼ確実に下がるものではないという信頼があるとみることも可能であろう。

このように事業者を信頼することの正当性が問題となるという点では断定的判断の提供と同様のものであるとすると、この場合に取消しを認めることは、消費者契約法の誤認惹起行為に基づく意思表示について取消しを認めるという考え方に調和するものという見方も可能である。このとき、断定的判断の提供のように、このような信頼を保護することが正当であるかどうかは事案ごとに判断する必要があり、このような最低限度の信頼があるかどうか、信頼を保護すべきかどうかは、事業者の専門家性などの見地から個々に判断することになる[51] [52]。

---

[50] 顧客の限定合理性のため、販売事業者の専門性、著名性、対象商品の著名性、周知性などの強調により、顧客の事業者からの情報に対する信頼度は大きく影響されるという指摘がある。村本・前掲注36）268頁。このような事情から、不実表示、断定的判断の提供にいたらないような場合でも消費者を保護すべきであるとするものとして、村本・同268頁、297頁。そこでは、金融商品の取引時の具体的な市場リスクについての錯誤による無効を認めることも提唱されている。村本・同315頁。

[51] 錯誤の見地からすれば（前掲注41）参照）、金価格のような事例につき、取消しを認めることは当然といえるであろうか。ほぼ確実に損をするということは、それが分かっていれば当然意思表示しないものといえる。しかし、これは通常法律行為の内容になるようなものではない。ここで、錯誤の拡張として、法律行為の内容にならない事項についても不実表示で救済するというときの

なお、損することがほぼ確実であるというのは、金価格の例のように、将来の変動が不確実な事項については、価格が上がるまたは下がることがほぼ確実であるというような場合であるが、勧誘している以上は損することがほぼ確実なものを売りつけることはないという信頼を保護すべきであるとすると、少なくとも一般論としては、これは将来の変動が不確実な事項についてだけ問題となるものではない。取引の目的物の品質からして損することが確実であるという場合にも問題となる。もっとも、単に、取引の目的物が消費者の期待通りではなかった場合を広く含むわけではない。具体的な表示に対する信頼保護の問題ではないのだから、特に表示されたわけでもないのに、目的物の品質等が期待通りであるという信頼を保護することは行き過ぎである[53]。取引を行うにつき最低限度の前提として、事業者を信頼するという信頼の問題であるから、当該取引において、どのような消費者であっても不利益を受けることがほぼ

実質的なポイントは相手方による錯誤というかどうかであろう。山本・前掲注３）512頁参照。なお、村本・前掲注36）316頁。つまり、本文と同様に、相手方がごく普通の勧誘しかしていないときに、ほぼ確実に損しないという誤認をしたことを、相手方によるものと評価するかどうかが問題となる。なお、前掲注46）参照。

[52] ほぼ確実に損するものをそうはいわないで売りつけることは、まさに不実告知であって当然に取消しが認められるという考え方があるかもしれない。詐欺の拡張という見地からは、類似しているといいやすそうにみえる。判断に関する誤認惹起行為という点からすれば、どうであろうか。ここでの問題は、形式的にこれを不実告知ということができるかどうかではない。後述のように、形式的に不実告知ということができるかどうかであれば、そういうことは可能であろう。問題は、これを不実告知といってよいとすれば、それは実質的には、相手が何もいっていなくても、自分に不利益が生じることが確実なものではないという信頼を保護してよいと考えるということであり、そのように考えることが妥当かどうかである。少なくとも実質的にこれが妥当であることは確認する必要があろう。

[53] 取引の相手方である特定の消費者の具体的な期待を知り、それには適合しないことを知っていた場合にどのような処理が適切かは、別に検討すべき問題である。

確実という極端な場合のみが対象となる[54]。

また、前述のように、このような信頼を保護すべきかどうかは事案ごとに考えるべきである。信頼が存在するか、信頼が存在したとして、それを法的に保護するべきかどうかは、取引の種類等に応じて判断するべきである。金融取引では、事業者にはある程度の専門家性が認められることが多いであろうから、このような信頼が存在することも多いであろう。また、消費者には判断が困難であることからすれば、このような最低限度の信頼を保護すべきであると考えやすいように思われる。これに対して、骨董品の取引ではこういう信頼は保護すべきではない[55]。取引の内容に即してこのような信頼を保護すべきかどうかを考えるべきである。

Ⅳ　不利益事実の不告知と断定的判断の提供、不実告知

以上のように、詐欺の拡張類型という見地からしても、判断に関する誤認惹起行為という見地からしても、利益となる評価を述べて、不利益となる事実がないと誤認させる行為によりなされた意思表示につき[56]、一定の場合に取消しを認めることは消費者契約法の考え方になじむもの

[54] たとえば、不要な物品を売りつけられたというケースは、不利益を受けることがほぼ確実であるといえそうにみえるかもしれないが、不要かどうかは人によって異なるのであり、基本的にはここには該当しない。

[55] 肌がきれいになるという美容液の販売において、効果がまったくないという例は、損をすることが確実である場合に該当するということもできそうであるが、必ず何らかの効果があるという信頼を暗黙の前提として保護すべきであるといえるかどうかは問題であろう。この場合は肌がきれいになるという効用をうたって販売しているので、それが断定的判断の提供に当たるかどうかの枠組みで判断する方が適切であろう。もっとも、断定的判断の提供は、将来の変動が不確実な事項に限られており、このようなケースは対象にならないとされている。

[56] 詐欺の拡張という観点からみた場合に沈黙の詐欺類型で考えると、利益となる評価を告げることは本来的には不要となる。判断に関する誤認惹起行為という観点からみた場合も、勧誘に伴う信頼として考えれば、やはり利益となる評価を告げることは本来的には不要となる。

といえる。そうだとして、具体的に消費者契約法上の取消し要件に照らして、どの条文に基づいて取消しを認めるべきかは問題になる。すなわち不利益事実の不告知か、断定的判断の提供か、あるいは不実告知かということである。

不利益事実の不告知として消費者契約法が定める行為は、重要事項等につき、消費者の利益となる旨を告げ、かつ当該重要事項につき消費者の不利益となる事実を故意に告げないというものである（消費契約４条２項）[57]。告げなかったことが問題となるのは、不利益となる「事実」であるが、告げる対象とされているのは、「利益となる旨」であり、これが事実に限られるのか評価も含むのかが問題になる。この点の解釈は分かれるようであるが[58]、少なくとも形式的に利益となる評価を述べることが排斥されるような文言ではない。

もっとも、金価格の例については、消費者契約法の解釈問題としては、金の将来価格が消費者契約法４条２項における重要事項に当たるかが問題になる。重要事項は契約の目的となるものの質、用途その他の内容であり、質とは品質等の属性をいうと考えると、商品の将来価格を質と捉えることは困難であるという指摘もある[59]。しかし、商品先物取引は差金取得を目的としてなされるのであるから、将来価格自体が質、用途に類似する契約の目的となるものの内容であるという解釈はありえなくはない[60]。

もっとも、質の理解のような形での重要事項の解釈は従来も論じられてきたところであるが[61]、最高裁は、そのような角度からではなく、将

---

[57] なお、故意の意義については議論がある。道垣内・前掲注１）54頁、落合・前掲注16）84頁、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会・前掲注１）77頁。

[58] 利益とは、消費者が自己にとりプラスと評価する事実とするものとして、落合･前掲注16）82頁。評価を含むとするものとして、今西･前掲注２）37頁。

[59] 後藤巻則･判批･TKC ローライブラリー速報判例解説民法（財産法）41号（2010年）４頁。

[60] 宮下修一「消費者契約法４条の新たな展開（２）」国民生活研究50巻３号（2010年）28頁、住田浩史・判批・御池ライブラリー 32号（2010年）６頁。

[61] 主に、契約締結の前提となる事項や動機をどこまで含めることができるかについて、議論がなされていた。山本・前掲注１）12頁、道垣内・前掲注１）

来の変動が不確実な事項が重要事項に当たるかどうかという点に焦点をあて、将来の変動が不確実な事項が対象となることを示す断定的判断の提供との文言の違いから、結論を導いている。しかし、形式的には、４条２項の重要事項から、将来の変動が不確実な事項が明示的に排除されているわけではなく、これを含むものという解釈がありえないわけではないと思われる。

なお、金の将来価格が重要事項であるとして、告げなかったことが問題となる事実がなにかは微妙である。最高裁は、金の将来価格などの将来の変動が不確実な事項は重要事項ではないとしているのであり、重要事項かどうかが問題とされているのは金の将来価格自体である。ここで、不利益事実の不告知とは、重要事項について不利益となる事実を告げないことであるところ、重要事項についての事実とは何かが問題になる。重要事項そのものだとすれば、ここでは金の将来価格がほぼ確実に下がることが重要事項についての事実（事実か評価かは措く）となり、ほぼ確実に下がることを顧客に告げないことが、不告知となる。これに対して、重要事項「についての」事実の不告知だから、重要事項そのものである必要はないとすれば、金価格の変動要因を告げないことが重要事項についての事実の不告知になるとも考えられる。ここでは、金価格がほぼ確実に下落する要因となる事実を告げないことが不利益事実の不告知となる[62]。最高裁においても、金価格が暴落する可能性を示す事実を告げなかったからといって、意思表示を取り消すことはできないと判示されており、不告知が問題となっているのは金の将来価格自体ではなく、価格変動要因であるかのようにみえる。

後者のように考えるとして、不利益事実は、利益告知により当該事実

52頁、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会・前掲注91頁等。裁判例につき、宮下・前掲注47）97頁以下。特定商取引法では、平成16年改正により、不実告知等による取消権が認められ、不実告知の対象となる事項に、顧客が契約締結を必要とする事情に関する事項が含まれている（特商法９条の３第１項１号・６条１項６号等）。もっとも、事実の不告知による取消権では、顧客が契約締結を必要とする事情に関する事項は対象となっていない（特商法９条の３第１項２号・６条２項等）。

[62] この点につき、黒沼・前掲注６）10頁。

が存在しないと消費者が通常考えるべきものでなければならないが、一般的消費者が存在しないと通常考えるべきかどうかの判断において、具体的事実すなわちたとえば臨時増証拠金が課されるという事実を想定し、かつ具体的に消費者がこの事実を思い浮かべて存在しないと考えるかどうかというような判断手法をとれば、そもそも不利益事実に当たらないとも考えられる。しかし、金価格がほぼ確実に下落する要因はないと通常考えるかどうかという判断手法をとれば、不利益事実に該当するということはできる[63]。このように考えれば、金の将来価格がほぼ確実に下がることを「重要事項についての事実」とみるか、下落につながる変動要因を「重要事項についての事実」とみるかで、取消しが認められるかどうかはあまり変わらないのではないかと思われる[64] [65]。いずれに

[63] この点につき、青野渉・判批・消費者法ニュース76号（2008年）247頁。

[64] なお、最高裁のような視点から、金の将来価格が重要事項かどうかを問題とするのであれば、不告知が問題となるのも金の将来価格自体と考えるべきであるようにもみえる。将来の変動が不確実な事項か事実かで、断定的判断の提供か、不実告知・不利益事実の不告知かを区別することの理由は、前述のように、変動が不確実な事項なのだから厳密には不実ということができないということか、あるいは事実は信頼してよいが評価は鵜呑みにしてはいけないということである。ここで、金の将来価格は将来の変動が不確実な事項であって事実ではないとして、価格の変動要因が存在しているということは事実である。したがって、不実告知でいえば、価格の変動要因について不実のことを告げることは虚偽の事実の告知であり、厳密には不実とはいえないとか、評価を鵜呑みにするなどということは当てはまらない。このことからすれば、この最高裁判決を根拠に価格の変動要因が重要事項ではないと解することは速断であろう。もちろん、これは価格の変動要因は不確実な事項かどうかの点で重要事項ではないことにはならないというだけであって、質等に該当するかどうかという点で重要事項に当たるかどうかは問題になる。

不実告知でいえば、このように考えられるが、不利益事実の不告知については、不告知の対象をどう考えるかはややこしい。利益となる旨を告げることに評価を告げることが含まれるのであれば、金の将来価格自体についての評価を告げて、価格変動要因たる事実を告げないことによる誤認は不利益事実の不告知の対象ではないという切り分けも可能だからである。この点、最高裁の文言は、金の将来価格が重要事項かどうかと、暴落の可能性を示す事実を告げなかったことをつなげているようであり、金の将来価格と価格変動要因たる事実を区

せよ、形式的には、不利益事実の不告知の要件により取消しを認めることも考えられる。

次に、断定的判断の提供については、相場が上がるか下がるかは分からない状態であると信じてもやむを得ないという意味で断定的判断の提供がなされ、それにより、分からない状態であることは確実であるという誤認をしたという形で、条文の要件にのせることになる。これも従来断定的判断の提供として想定されてきたものとは中身は異なるが、このように位置づけることはありえなくはないであろう[66]。

あるいは、相場が下落することはほぼ確実であるのに、上がるか下がるかは分からないような表示をしたものとみて、これは不実告知に該当するという解釈もありえる。これは、従来から議論のあった、評価であっても不実告知に該当する場合があるかという問題として位置づけるものである。

このように、とりあえず不利益事実の不告知、断定的判断の提供、不実告知のいずれにでものせることはできそうである。ただし、判断に関する誤認惹起行為という見地からすれば、前述のように、損することがほぼ確実なものを売りつけることはないというような信頼を保護すべきかどうかは取引の種類等によるのであり、一律に保護すべきとはいえないとすると、このような考え方から取消しを基礎づけるときには、このような信頼を保護すべき場合であることを要件として読み込むことがで

別していないようにもみえる。しかし、将来の変動が不確実な事項と事実を区別することを前提にするのであれば、両者は分けるべきであり、最高裁の判旨は、金価格について有利となる相場予測を述べた場合に、暴落の可能性を示す事実を告げなかったことが不利益事実の不告知にならないと判断したものととらえるべきであろう。

[65] 金の価格が上がるというように利益となる旨を告げると、単に金価格が下落する可能性を示す事実も告知しなければならないとすると、告知しなければならない事実は際限なく存在することになるという指摘がなされている。松本・前掲注２）57頁。この点からも、告知が必要になるのは、金価格が下落することがほぼ確実であることを示す事実に限定するのが妥当である。

[66] 消費者契約法４条からは、限定的なルールではなく、拡張可能な原理を引き出すことが試みられるべきであるとするものとして、大村・前掲注13）42頁。

きることが必要となる。

不利益事実の不告知であれば、これは、不利益事実が「当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきもの」とされているところで、読み込むことが可能である。これは、一般的消費者を基準として判断するものと解されている。たとえば、骨董品の取引では、一般的消費者は、損するようなものを売りつけられることはないという信頼はしないというような形で読み込むことができよう。断定的判断の提供の提供でも、上がるか下がるかは分からない状態であると信じてもやむを得ない断定的判断の提供がなされたかどうかという判断において、そのような事情を考慮することになろう[67]。

不実告知では、契約を締結するかどうかの判断に通常影響を及ぼすべき事実かどうかの判断において、実質的には同様のことを考慮することはありえるかもしれない。ただし、損をすることがほぼ確実なものを売りつけることはないという信頼を保護すべきかどうかは取引の種類に応じて変わるとしても、損をすることがほぼ確実かどうかは、すべての取引において契約締結の判断に影響するというのが素直であろうから、この要件に読み込むことは難しいようにも思われる[68]。しかし、不実告知によって誤認が生じたといえるかどうかの判断において、信頼を保護することが妥当な場合であるかどうかを考慮することはできるであろ

---

[67] 不利益事実の不告知と断定的判断の提供は重複する場合があるとするものとして、松本恒雄「消費者契約法、金融商品販売法と金融取引」金法1587号（2000年）８頁、住田・前掲注60）５頁、池田・前掲注６）93頁。

[68]「通常」要件に信頼の正当性を読み込めるかどうかにつき、後藤・前掲注42）49頁、後藤・前掲注21）33頁、三枝・前掲注42）９頁、内田貴『債権法の新時代』（商事法務、2009年）54頁。

なお、消費者が情報を収集するのが困難な場合であることも要件とするべきであるとも考えられる。ほとんどの場合には情報収集は困難であるというように考える余地もあるが、情報収集の困難さを実質的に要件とする場合には、不利益事実の不告知では、「消費者が通常考えるべきもの」という要件に読み込むことも可能かもしれない。もっとも、本来は、この要件とは異なるものであろう。後藤・前掲注42）49頁。そうすると、断定的判断の提供がもっとも判断枠組みとしては適切であることになる。

う[69]。このように形式的な要件の問題としてみれば、いずれの類型にあてはめることも可能である。

もっとも異なるのは事業者側の故意の要件である。不利益事実の不告知では故意は明示的に要件とされている。断定的判断の提供では故意は要件として示されていないが、実質的には故意のような場合になるように思われる。不実告知であれば、故意は要件ではない。実質的に故意を要件とするべきかどうかは評価は分かれるであろう。

おわりに

消費者契約法における誤認類型の取消しを詐欺の拡張として考えれば、金価格のような例を取消しの対象に含めることは、それほど困難ではないと思われる。これに対して、判断に関する誤認惹起行為という観点からとらえ、さらに金価格のような例で問題になる信頼は評価に基づく信頼ではなく、勧誘に伴う信頼の保護であると理解すれば、このような例で取消しを認めることは、消費者契約法の取消しにかなり異なったものを組み入れるものとも考えられる。すなわち、ここで対象としているケースは、前述のように、具体的な表示に対する信頼に等しいものではないので、不実告知とは異なる。また、不利益事実の不告知において、利益告知が要件である点から素直にみれば、利益告知は本質的な要件ではない点で異なる。また、普通の形態で勧誘していても生じる信頼保護であることからすれば、断定的判断の提供が本来念頭においていたケースでもない。したがって、消費者契約法が本来カバーしようとしていたケースではない。しかし、実質的に取消しを認めるべきかどうかという点でいえば、断定的判断の提供について取消しを認める消費者契約法の考え方と親和的なところがあり、そのことからすれば、取消しを認めていくという方向性もありうるということである。

前述のように、最高裁判決では、将来における変動が不確実な事項は、不利益事実の不告知の対象にならないとされている。したがって、この

[69] 前掲注46）参照。

判例を前提として考えれば[70]、このようなケースにおける意思表示の取消しという形での救済を認めるかどうかは断定的判断の提供に含める形で解釈することができるかどうかで考えていくしかないことになる[71]。断定的判断の提供にこのようなものも含めることは、消費者契約法の思想に必ずしも反するものではないといえよう。

本研究は平成21 ～ 23年度科学研究費補助金（基盤研究（B））（研究代表・瀬川信久、課題番号21330020）による研究成果の一部である。

[70] 射程を限定する理解として、宮下・前掲注60）30頁。

[71] 将来の変動が不確実な事項ではない、取引の目的物の品質等が問題となる場合を考えると、逆に、断定的判断の提供は使えないことになる。不実告知または不利益事実の不告知を用いることになる。

論　　説

司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（1）

―― 日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に ――

鄭　　明　政

目　次

はじめに　本稿の目的と構成
　第１節　本稿の目的
　第２節　本稿の視座及び構成
　　１．弱者優先保護の憲法理論の必要性
　　２．社会権の「段階的性質」による生存権規範の多層化
　　３．立法裁量の「権利実現の促進」機能
　　４．本稿の構成
第１章　日本、アメリカ及び台湾の憲法学における生存権研究の到達点と課題
　第１節　日本――柔軟な権利観と極端な司法消極
　　１．多義的な権利概念
　　２．権利主体性の回復
　　３．無干渉の違憲審査基準　　（以上、本号）
第２章　社会給付と生存権に関する憲法理論
第３章　生存権に関する判例及び違憲審査基準
第４章　司法による生存権の保障及び権利促進の可能性
おわりに

はじめに　本稿の目的と構成

第1節　本稿の目的

近代国家は、資本主義が発展するにつれて表出してきた社会的・構造的な矛盾――たとえば貧困や失業等の問題――を克服するため、一連の社会保障制度を設け、いわゆる「福祉国家」を形成してきた。民主政の下で国民生活の安全を確保し、リスクを解消・緩和させ、社会正義を追求するという積極的責務が国家には求められ続けている。こうして、従来の「夜警国家」、「消極国家」といった国家観は、「規制国家」、「給付国家」とも称される「積極国家」へと一変した。それにともなって、できるだけ国家権力を制限しようとしてきた従来の古典的な憲法観も変容しつつある。現在では、国家に積極的な行為を求める社会国家の理念に基づいて、伝統的な受益権や国務請求権を保障するだけでなく、国家が国民の経済領域にある程度介入することも許されている。1919年に制定されたドイツのワイマール憲法は、社会権に関する規定を初めて記したものだが、そこには、「人間たるに値する生存」の保障が明記された[1]。

---

[1] もっとも、ワイマール憲法の社会権条項では、「権利」という言葉は用いられていなかった。当時の学説でも、社会権条項は立法の指針や法律解釈の基準に過ぎないというプログラム規定説が主流であったので、法的な意味は弱かったように思われる。野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣・2012年）502頁［野中俊彦執筆］。

なお、ワイマール憲法以前の1749年フランス憲法（ジャコバン憲法）21条では、就労機会の保障と公的扶助は国家の「神聖な債務（dette sacrée）」であるとするような規定があった。文言上権利ではなく「債務」と定められたが、これは社会権の概念の芽生えとも言えよう。陳新民『法治國家公法學的理論與實踐――陳新民法學論文自選集』（三民・2010年）441頁。

また、ワイマール憲法は治安や社会秩序の安定を図る妥協的な産物であり、「経済活動への国家の介入は社会化の手段であり、弱者保護に還元されない目的を持っていた」から、このような「妥協の社会化」には、現在の社会的・経済的弱者保護を掲げる「社会権」と法的概念及び目的において決定的な違いがある。遠藤美奈「社会権―これからの社会を構想するために」法学セミナー688号（2012年5月）16頁参照。

同憲法は、のちに日本と台湾にも大きな影響を及ぼし[2]、日本では1947年から施行された日本国憲法25条に、台湾では1947年に公布・実施された中華民国（台湾）憲法15条に、それぞれ「生存権」が規定され、社会的・経済的弱者を保護することにより実質的平等を実現するよう、国家に積極的な給付を要請している[3]。

他方、1788年に成立したアメリカ合衆国憲法には、生存権や社会権のような規定がないものの、周知のとおり、アメリカ合衆国憲法は、18世紀以来、修正条文の追加やアメリカ合衆国連邦最高裁判所の憲法解釈を通して時代の変遷とともに内容を発展させている。アメリカでは、原意主義と解釈主義の争いがあるにもかかわらず、学説においても判例においても、平等保護条項、デュー・プロセス条項、あるいは、市民権条項に基づいて、医療保障や老人・児童福祉給付において福祉権を保障するようになっている[4]。そのため、アメリカ合衆国憲法は生存権（福祉権）

---

[2] 芦部信喜編『憲法Ⅲ人権（2）』（有斐閣・1981年）321頁［中村睦男執筆］。林紀東『中華民国憲法逐條譯義（四）』（三民・1993年〔６版〕）249頁。鍾秉正『社會保險法論』（三民・2005年）27頁。

台湾現行憲法第13章「基本国策」の規定は、一般的にワイマール憲法を模範とするものであると思われる。とくに、多くの基本国策条項は、当時の主要な憲法起草者である張君勱らがワイマール憲法に倣ったものであると思われる。しかし、当時の基本国策に当たる憲法草案第10章第２節にいう「生計」編には、労働者保護の規定を除きワイマール憲法のような団結権や労働者の経営参加権及び社会保険などの規定が欠如していたので、社会権に関する諸規定は必ずしも張が関心を示したものとは限らないという指摘もある。郭明政「社會憲法―社會安全制度的憲法規範」蘇永欽編『部門憲法』（元照・2006年）340頁。とはいえ、ドイツ憲法及び憲法解釈が現在も台湾の憲法解釈に強く影響を与え続けていることは否定できない。

[3] 日本及び台湾の代表的な教科書は、いずれも生存権の積極的な作為的、給付的機能を強調している。たとえば、芦部信喜『憲法〔第５版〕』（岩波書店・2011年）260頁、呉庚『憲法的解釋與適用』（三民總經銷・2004年）266頁。しかし、台湾においては、生存権について、「生命の維持」が念頭に置かれるのが常である。すなわち、一般的に生存権は、①死刑廃止の問題、②堕胎の適法性の問題、③安楽死の問題、④国家に給付を求める請求権の問題として扱われる。陳新民『憲法導論』（新學林・2008年）130頁。

[4] アメリカ合衆国憲法には社会権規定は存在しないが、貧困者への法的扶助、

を憲法典に明記するべきかどうかの手がかりを提供するのみならず、他の人権条項ないし憲法全体と生存権との関係を検討するうえで、異なる視野や解釈手法を提供しているといえるかもしれない[5]。近時ますます台湾の憲法解釈に影響を及ぼしているアメリカの憲法理論[6]は、生存権保

教育支援、食物・住居、基本的な衛生医療の提供が法律によって認められている。自由の概念を重視するアメリカ合衆国では、社会権の問題は基本的に政治問題であるとされている。しかし、自由が他者に依存するものであるならば、自由の条件を提供する「積極的政府」がやはり必要である。*See* Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, The Cost of Rights : Why Liberty Depends on Taxes 204-208 (2000).

[5] もっとも、自由主義を基盤としたアメリカ社会では、個人責任の精神が強く、国家に対する福祉給付の請求や国の経済への介入の要請に警戒感が強く持たれる。近時、オバマ（Barack Obama）大統領が主導した医療保険改革法PPACA（Patient Protection and Affordable Care Act）が2010年３月の議会で219対212の僅差で成立したが、その後、同法の医療保険強制加入命令（individual mandate）の合憲性をめぐる訴訟が各地で行われている。2011年８月12日にアトランタ連邦高裁は、フロリダ州下級審の違憲判決を支持し、医療保険加入を義務づけ、違反者（保険未加入者）に罰金を科する同法の枠組みについて２対１で違憲判断を下した（ただし、同法による保険業者の規制や保険費の引き下げについては合憲判断を下した）。

そのため、本件は連邦最高裁に上告され、2012年３月26日から28日までの３日間の聴聞弁論会が開かれ、激しい賛否の攻防が繰り広げられた。最終的に連邦最高裁は2012年６月28日に同法に規定された罰金を議会の課税権の範囲内にあると解し、保険強制加入について５対４で合憲としたが、連邦政府と州政府が共同負担する低所得層向け医療保険（Medicaid）の拡大に関する部分を無効と宣告した。それにもかかわらず世論の反対は弱まっておらず、今後の発展に注目し続ける必要があるといえよう。

[6] 台湾司法院の大法官解釈（憲法裁判解釈）では、ドイツの理論が頻繁に援用されてきたが、近年ではアメリカの理論からの影響も見られるようになってきている。たとえば、大法官釈字第328号解釈（1993年11月26日）では、固有の領土〔固有疆域〕の問題を「政治問題の法理」（Political Question Doctrine）としているし、同384号（1995年７月28日）では、憲法８条に定める逮捕等の「法定手続」について「デュー・プロセス（Due Process）」と説明している。また、言論の自由に関する同445号（1998年１月23日）では、表現内容に基づく規制と表現内容に中立的な規制を区別する「ツートラック理論（Two-Track）」、「明

障の領域にどのような示唆をもたらすだろうか。筆者には大変興味深い問題である。

日本と台湾の憲法は、いずれも生存権条項を有しているにもかかわらず、現在の日本の通説によれば、生存権の法的性質は、抽象的権利であるとされ、いかなる内容がどの程度保障されるかについては、ほとんど明らかにされていない。日本の最高裁判所は、生存権の内容はきわめて多義的な概念を含んでいると想定しているため、具体的な法律による内容形成を尊重したうえで、朝日訴訟[7]及び堀木訴訟[8]において、行政府または立法府の広汎な裁量を認め[9]、生存権に基づいて最高裁自ら実質的に救済する姿勢を示さなかった。そのため、憲法が保障する権利の意味があらためて考えられなければならない。また実務上、生存権をめぐる訴訟における違憲審査基準については、いわゆる「二重の基準論」または「立法裁量論」が展開され、「明白性の原則」といったきわめて緩やかな違憲審査基準によって審査し続けているが、これでは実質的に無審査(hands-off)であり、違憲審査を回避するのと同様であるように思われる。つまり、生存権を実効的に救済できなくなる。

もちろん、生存権の保障は、法律によって具体化されるべきであって、財政民主主義の原則等にも配慮しなければならないことから、司法による保障には限界があるわけだが、それでも憲法に生存権が明記されたこ

確性の理論」、「明白かつ現在の危険」を援用している。同613号（2006年７月12日）、同614号（2006年７月28日）における「行政権一元化〔行政一体〕」理論は、アメリカ合衆国憲法上の「Unitary Executive Theory」概念に類似している。廖元豪「美國憲法學對臺灣憲法實務與理論之影響――以方法論為重心」月旦法學教室第100期（2011年２月）65-68頁。

[7] 最大判昭和42・５・24民集21巻５号1043頁。

[8] 最大判昭和57・７・７民集36巻７号1235頁。

[9] 憲法25条１項の「健康で文化的な最低限度の生活」はきわめて多義的な概念であると思われるから、結局、生存権には、①法律の具体化：「法律による内容形成が必要であって立法裁量論が成立すること」、②内容の多様化：「保障内容は不確定要素が多いので立法裁量は広く設定されること」という「二重の裁量論」がはたらくことになる。駒村圭吾「憲法訴訟の現代的回転―憲法的論証を求めて［第13回］生存権」法学セミナー 682号（2011年11月）78頁。

との意味や、それに関する規範内容及び司法のありかたは、明らかにされるべきである。また、生存権とは、法律によって実現されるべき制度的・客観的権利なのか、それとも個人が裁判所に提訴できる主観的権利なのか。生存権をめぐる憲法訴訟では、いかなる解釈方法ないし違憲審査基準が適用されるべきか。このような問題については、これまで必ずしも明瞭にされてこなかったように思われる。なお、すでに社会保障立法が数多く制定されているという現実に基づき、社会立法の内容または生存権を実現する具体的な行政活動について、憲法の観点からどのように規範的な評価がされるべきかについては、現在急速に進んだ少子・高齢（化）や経済の低成長の社会構造のなかで改めて検討されなければならない。

そこで、本稿はこのような背景に憲法上の文言を重視し、実質的な権利救済を実現すべきとの見地から、生存権をどのように運用させるべきかを模索するものである。とりわけ台湾の社会保障制度における生存権と社会給付との関係について考察し、日本とアメリカの学説および判例を参考にしながら､台湾憲法における生存権の(国家に対する請求権の)本質を解明する。また、生存権の憲法解釈を通して、その条文の意味、権利の内容、規範的効力を明らかにし、台湾の社会保障制度に関する新たな憲法理論・解釈を構築する。したがって、本稿の主要な目標は、より具体的には以下の通りである。①台湾における生存権の憲法規範を明らかにし、その規範内容を充実させるべく、適切な司法審査のあり方を提言する。②社会給付請求権を生存権に基礎付け、憲法訴訟によって救済しうる憲法理論を思索する。

第２節　本稿の視座及び構成

本稿は、主に以下のような視点を有するものである。このような視座に立つことにより、生存権条項が司法審査において有効な保障機能を発揮することができると考えられる。

１．弱者優先保護の憲法理論の必要性

憲法が保障する権利について、前国家的権利をより重視する「価値序

列」的理解や「切り札」としての権利論[10]、あるいは、自律的個人の自己決定を強調する「強い個人像」等が説かれているが[11]、これらの諸説は「国家からの自由」、「基本権のパンチ力」にこだわり、社会に現存している構造的格差や社会的権力による圧迫を適切に把握しているといいがたい。これらの見解を前提にすると、法律は結果として、抽象的・普遍的・中立的な名目の下に、事実としての社会的現実に干渉できず、現状を追認するに止まっている。そのために、多数者や社会的強者の地位が保たれ、社会的弱者が社会において排除される実情が継続している。そこで、弱者の保護を主眼とした生存権論では、まず、生身の人間が超社会的な存在ではなく、日常的に他者と相互的な関係をもちつつ、社会構造的な権力による支配や圧迫に直面しているという事実を認識したうえで、この支配・圧迫・社会的排除に抗するために、憲法が弱者層を包摂し、帰属させる機能を果たすべきであると主張される。すなわち、生存権の権利主体の多様性を認め、人々の市民としての資格、人間としての尊厳を承認し、政治領域のみならず、社会共同生活に参加しうるための実質的条件を整備することが求められるわけである。この目的を達するために、生存権・社会権条項を有する憲法に内在する価値は、中立的憲法価値ではなく、弱者を優先的に保護する憲法価値であると理解すべきであり、司法審査を行う際には、社会格差や排除の事実的あるいは、社会的権力のあり方について、「弱者のエンパワーメント」という視点から憲法を解釈すべきである。具体的な制度としては、弱者の異議申立

[10] たとえば、自律的個人が自己決定しうる前提条件として必要な権利に「切り札」としての機能を期待し、権利の絶対性を重視するロナルド・ドゥオーキン（Ronald Dworkin）に代表される権利観である。この見地からは、憲法上の権利の範囲や射程は狭く解され、そして、権利と公益との比較衡量が軽視されやすくなるように思われる。Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, 184-269 (1977); 廖・前掲注（6）372-373頁。

[11] たとえば、中世身分制社会から解放されたひとりひとりの個人が「自分のことは自分で決める」ようになったことにフランス革命の意義を見いだす樋口陽一は、このような近代人権の成立過程からすれば、規範である憲法が保障している人権の享有主体は、強い個人でなければならない、と説く。樋口陽一『「日本国憲法」 まっとうに議論するために』（みすず書房・2006年）54-57頁。

を可能にする制度を整え、その資格・地位の剥奪に対して回復または補償を可能にする理論を発展させるべきである。

2．社会権の「段階的性質」による生存権規範の多層化

社会権の実現が国家財政、社会環境の変動によって変動することからすれば、社会権には「段階的」な性質があるように思われる。したがって、その実現については一歩一歩、漸進的な実践が重要となる。それゆえ､生存権の権利構造も多層的に把握することが必要である。すなわち、生存権の規範性を論じる際には、その権利内容をいくつかのレベルに分けて論じるべきであろう。たとえば、生存権の核心となるのは生命にかかわる「最低限度の生活」を保障することである。これは最低限守られなければならない限度であるし、緊急性が認められるものであるから、通常の政治プロセスによる適切な対応ができない場合に司法プロセスによる救済が確保されるべきである。他方、国家の財政状況等に応じて適宜実現されていく社会保障制度や福祉措置もあるから、生存権には、各国の発展段階に応じて保障されるべき異なるレベルもあるといえよう。このように、生存権は多層的な権利として把握されうることから、この規範的効力には強弱があり、動態的なものも含まれることを認めたうえで、核心的部分については裁判所に迅速かつ実効的救済を要求し、立法府には社会保障制度を漸進的・段階的に整備していく責任を負わせているものと考えられる。また、司法審査では、争点が生存権の核心に近ければ近いほど、より厳格な違憲審査基準を適用しなければならない。

3．立法裁量の「権利実現の促進」機能

社会権の段階性に基づき、本稿は、生存権の保障を最低限度の保障に限定して把握するのではなく、より快適な生存を実現することについても憲法によって保障されていると考える。すなわち、国家には生存権を向上させる憲法的義務があり、その規範性を否定することはできないと考える。この意味において、生存権の立法裁量は、憲法がその権利を実現・向上させるために具体的な制度を自由に形成することを立法府に授権したものであって、立法府は立法過程において憲法の命令・価値に従い、その権利の実現を最大化する責務がある。立法裁量は、合憲性を追

認するための道具として、違憲審査の限界を示し、司法府に民主的正統性がないことを根拠に緩やかな審査基準を適合して、実質的に司法による無審査を強調する概念ではない。むしろ、立法裁量は、社会権の多層的・不完全的な規範構造のもとで、立法者が立法過程において十分な配慮と討議、利益衡量をすることにより、多数者・社会的強者と少数者・弱者との利益を調整し、生存権を最大化させるように憲法に要求するものだと理解すべきである。したがって、立法者の決定「結果」の的確あるいは、立法裁量の「有無」の問題は、司法審査において最も重要な事項ではない。立法「プロセス」における利益衡量、とりわけ少数者・社会的弱者の利益・権利に十分に配慮されているかどうか、そして、その「プロセス」が憲法の課している義務ないし憲法価値・目標に符合するかどうかという問題こそが司法審査の重点とされるべきであろう[12]。こうして、立法府が十分な配慮や討議をなすべき義務を履行しない場合、あるいは、憲法価値の理解を誤り、違反している場合には、司法府が立法府に権利の実現を促進させるために、司法審査において憲法的価値を明示することにより、司法府と立法府が対話する必要があるように思われる。

４．本稿の構成

本稿は、大きく４つの章から構成される。各章の内容は、以下のとおりである。

第１章「日本・アメリカ及び台湾の憲法学における生存権研究の到達点と課題」では、おもに日米台における現在の生存権研究の到達点を確認するとともに、残された課題を明らかにして本稿の問題意識を深める。

第２章「社会給付と生存権に関する憲法理論」では、第１章で示された問題意識に基づいて、おもに台湾の社会給付と生存権に関する制度及び学説の見解を検討する。台湾の社会保険制度はおもに職域別によって設けられているが、税収を主たる財源として社会保険制度を維持してい

[12] 近時の台湾では、このように司法審査の立法裁量について積極的な意義を説く見解もある。黃舒芃「違憲審査中之立法形成空間」月旦法學雜誌第185期（2010年10月）42頁。

ることは、一般に社会保険制度が強調する「相互的」「権益的」な社会連帯と互助原則に反し、「一方的」「恩給的」な社会保障制度になっている傾向がある。そして、台湾では、強力な労働者組合がないだけでなく、国民間の連帯意識が薄れていることから、健全な社会保険制度の発展が損なわれやすい。

このような連帯精神や下からの社会権論の理念に反していることについて、本稿は、人々が社会構成員としての連帯意識といったコンセンサスを有する必要があり、そのために、より理性的、参加的、討議的な民主制が生存権の保障にとって重要であると主張する。また、台湾はドイツ法の諸理論から影響を受けているため、多くの学説と司法院大法官解釈（とりわけ釈字第485号解釈）は、憲法前文、憲法1条、基本国策及び憲法増補条文10条の規定からドイツの社会国原理にあたる「民生福祉原則」を導き出している。しかし、この原理ないし原則の内容については、大法官解釈においても明らかにされていない。諸学説の共通見解によれば、このような民生福祉原則（社会国原理）を人間の尊厳や生存権と（ときには平等権と）連結させて、人々は社会保障制度の完備を請求しうると説かれているようである。少なくとも、最低限度の生活条件を保障しなければならないことがこの原則の最低限度の要求であることは明らかにされている。なお、大法官解釈は、ドイツの客観法概念を大量に引用し、独自の基本権の多重的機能を発展させたうえで生存権を実質的に保障する傾向にある。しかし、このような迂遠な方法は、理論構成が複雑で、国民の権利意識を培うことが困難になるだけでなく、国家が生存権の向上義務を負っていることを強調しにくくなるように思われる。また、客観法の枠組みによって、国家の行為についてはあくまでも広範な立法裁量を認めるよう要求されるため、その保障はおそらく最低限度にとどまることになるであろう。

台湾憲法の文言に戻ると、生存権条項及び基本国策の規定がある以上、上述のような法継受的な基本権の多重的機能論を展開させるとしても、憲法15条の生存権条項と結びつけ、台湾憲法の文言、歴史・文化にふさわしい生存権理論を発展させるべきだと思われる。したがって、本稿は、社会給付及び関連する基本国策の規定の核心となる憲法根拠を憲法15条の生存権に求める。そして、従来の学説・大法官解釈に基づき、生存権

の権利構造を「積極的な生命保護」、「最低限度の生活保障」、「快適な生活の追求」の３層に分け、それぞれを段階的に保障するべきであると論じる。また、生存権が基本権のひとつであるならば、立法・行政・司法を規範づけているはずである。そのために、生存権がどのように国家権力を統制するかの問題をさらに検討する必要もあるだろう。

第３章「生存権に関する判例及び違憲審査基準」では、日本・アメリカ・台湾の社会給付・生存権判例を比較検討する。日本には生存権条項があるが、抽象的権利説が通説としてとなえられており、「二重の基準論」や「権利の価値序列論」の影響で生存権の規範的効力があまり発揮されていないようである。もっとも、近年の立法不作為の憲法訴訟からみると、生存権の具体的な権利（少なくとも最低限度の保障）が徐々に認められる傾向にあるようにみうけられる。他方で、アメリカには生存権条項はないものの、平等保護条項、手続的保障によって福祉給付を保障している側面がある。近時、フランク・マイクルマン（Frank Michelman）、キャス・サンスティーン（Cass Sunstein）のように、違憲審査には問題の発見や権利の促進といった機能があるとの見地から[13]、違憲審査の重点を、社会的弱者への侵害が憲法の基本精神に反する不合理な国家行為になっていることを明らかにすることにおき、その後の計画や執行を原則的に政治プロセスに委ねる傾向にある。つまり、原状回復や現状維持によって個人の自律を支えることより、公共の議論を促すような司法審査が求められつつあるわけである。

このようなアメリカにおける議論の展開から生存権の「より快適な生活保護」の発展に有益な示唆が得られるように思われる。また、反差別、反従属、平等な市民権をとなえる学説は、台湾の実質的平等の概念に再

[13] Frank Michelman は、裁判所が缶切り（can opener）のように、問題のある法律を引き出す役割を果たすべきと考える。また、Cass Sunstein は、促進者としての裁判所（Court as Catalyst）が適切な判決を通して公的討議を引き出す役割を果たすべきと主張した。*See* Frank I. Michelman, *Economic Power and the Constitution, in* The Constitution In 2020, 52-53 (Jack M. Balkin & Reva B. Siegel eds., 2009). 廖元豪「平等權的檢討與展望」月旦法學教室第90期（2010年）34-35頁。Cass R. Sunstein, One Case at a Time : Judicial Minimalism on the Supreme Court 120-121 (1999).

考を迫るものであろう。すなわち、台湾における生存権と平等原則にかかわる事案では、明確な違憲審査基準が明示されていないのみならず、「実質的平等」の言葉が大法官や学説によって頻繁に用いられていた。しかし、いずれも「合理性の基準」という枠組みで考えられるものであり、この合理性基準をとる審査方法は、実質的には「形式的平等」を保障するにすぎない。台湾憲法にはすでに生存権条項があるから、今後、平等審査を生存権の価値にとりいれ、すべての人が平等に尊厳のある文化的、健康的な基本生活を保障される、あるいは、促進される実質的平等理論を発展させるべきだと考えている。

第４章「司法による生存権の保障及び権利促進の可能性」では、これまでの先行研究、規範論、判例法理及び司法審査に関する技術論を整合的に理解し、生存権の権利概念と理念を再構築し、手続面及び実体面における権利保障の充実を試みる。そのほかに、国際人権条約や司法及び非司法的救済手法を考察し、司法による権利保障の可能性と限界を論じる。最後の「おわりに」では、本稿を総括し、台湾の生存権や社会給付の実効的な保障及び違憲審査を活性化させるために、いくつかの結論を述べる。

第１章　日本、アメリカ及び台湾の憲法学における生存権研究の到達点と課題

第１節　日本――柔軟な権利観と極端な司法消極

１．多義的な権利概念

⑴　プログラム規定説

日本国憲法25条１項は、「すべての国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」とし、生存権を「権利」として規定している。しかし、憲法に権利として明記されているとはいえ、生存権の法的性質及び規範の内容について、学説では必ずしも明確になっていない。生存権の法的性質についての日本の学説には、「プログラム規定説」、「抽象的権利説」、「具体的権利説」があり、それぞれの説によって裁判規範としての効力も異なっている。日本国憲法制定後、最初に有力視された

ものは、裁判規範性をまったく認めないプログラム規定説であった[14]。同説によれば、憲法25条１項の規定は、単なる国政の指針を宣言したものにすぎず、国家は、人々が最低限度の生活を維持できるように努める政治的義務のみを負う。したがって、国民は、下位法律が制定されない限り同規定のみに基づいて裁判所に提訴することはできず、その意味で生存権には給付請求権は含まれていない。同説は、そのように説く根拠として、「健康で文化的な最低限度の生活」という権利内容の抽象性や、司法による救済措置執行の困難性を指摘しているが、法的権利の実現は結局のところ政治に左右されるという認識がその背景にある[15]。

このような認識は、ワイマール憲法下において法治国家が危機に直面した歴史的事実に由来している[16]。しかし、プログラム規定説には、さらに「国は国民の生存権を保障する義務に対してまったく任意自由の立場にあるものではなく、法律上に具体化されたものは、その権利的性格を無視することができない」とする「プログラム規定積極説」もある[17]。

---

[14] 最初の代表的論者は我妻栄である。我妻は、具体的権利説に対し、最高裁判所の法令審査権による是正が不可能であるとして、その請求権的側面には法的効力がないと述べた。我妻栄「基本的人権」国家学会編『新憲法の研究』（有斐閣・1949年）87-88頁、同『新憲法と基本的人権』（国立書院・1948年）135-138頁。

ただし、近時、笹沼弘志は、以下の点を指摘している。すなわち、我妻の「生存権的基本権」は、①「国民のうちの一部の者の生存を脅かすという事実を前提し、国家の権力がこれを是正し各人に対してその生存を完うさせようとする意図」を持つものであって、「国家共同体理念」を積極的に示すものである（我妻・前掲書、64頁）。②「自由権的基本権よりも積極的な内容を有しており、これを侵害する個人及び国家の行動は違法視され、これを是正する法律的手段の他に、消極的侵害、不作為の場合に政治的手段があるから、一定の法的効力を有する」。この２点から、笹沼は、我妻によっても生存権の権利性を認める可能性もあると説く。石埼学＝笹沼弘志＝押久保倫夫編『リアル憲法学』（法律文化社・2009年）136頁［笹沼弘志執筆］。

[15] 斉藤康輝「生存権に関する一考察――プログラム規定説の意味をめぐって」朝日法学論集34号（2007年）33頁。

[16] 斉藤・前掲注（15）33頁。

[17] 代表的論者である池田政章のプログラム規定積極説について、池田政章「プ

したがって、プログラム規定説は、「一時的に」法的権利性が否定されるとしつつも、いずれ法律によって権利が実質化されることを期待している。さらに、権利の実質化が進展すれば、給付資格を認めない等の行政処分について直接その違憲性を争えるようになる、と説く論者もいる[18]。その意味では、プログラム規定説の可能性を見出すこともできるかもしれない[19]。しかしながら、生存権の保障にかかる国家の責務が道徳的･政治的なものにとどまるならば､生存権の法的規範性が否定され、国民は社会給付請求権を有していないことを意味するのみならず、憲法25条を根拠に社会保障制度の立法化を要求することもかなわない[20]。また、眠っている生存権を目覚めさせる手段が「政治」以外にないということになれば、実効性がない＝裁判所による救済をえられない権利という、およそ認めがたい権利概念を生じさせることになろう。

なによりも、憲法上の人権カタログに明記された権利について、最初からその法的権利性を否定することは、「テクスト解釈」からあまりに乖離している[21]。また、人権を前国家的権利と後国家的権利に峻別し、生存権を「国家による権利」、すなわち、後国家的権利に位置づけることは、人間はおよそ本能的に生存を求めるという自然的側面を捨象している。さらに、法律によって具体化された社会給付請求権が反射的な利

ログラム規定における消極性と積極性（一）、（二）」立教法学３、７号（1961、1965年）を参照。中村睦男「権利としての福祉――生存権の現代的意味」ジュリスト537号（1973年）40頁。

[18] 池田政章「プログラム規定における消極性と積極説」大須賀明編『生存権論』（三省堂・1977年）87-88頁。

[19] いわゆる「プログラム規定積極説」。もっとも、このように一定の裁判規範性を認め、法的効力を一切否定するわけではないのならば、実際には抽象的権利説の見解に近づくのではないだろうか。

[20] もっとも、プログラム規定説では権利の妨害排除請求権（自由権）的側面さえも否定される。渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・2007年）255頁。

[21] ただし、プロセス的人権観に立脚する松井茂記は、生存権を「非プロセス的権利」と分類し､「政治参加のプロセスに不可欠な権利の制約ではない以上、基本的に生存権の問題は政治プロセスで決着を図るべきであり、裁判所は国会の判断を尊重し緩やかな審査をすべき」と述べ、福祉分野に対する裁判所の是正機能を否定した。松井茂記『日本国憲法〔第３版〕』（有斐閣･2007年）535頁。

益にすぎないとされるならば、あるいは、「利益の付与」については「立法・行政の裁量」に委ねられるとされるならば、個人は、国家に何かを要求する権利を一切有していないことになる（主観的権利の否定）。これでは、「恩恵論」とあまり異ならないのではないだろうか。結局、プログラム規定説は、生存権規定が実質的にどのような意味を有しているかについて、何ら明らかにしていないように思われる。明らかにならないからプログラム規定なのだ、ということになるのかもしれないが、それでは、生存権条項を解釈しているとはいいがたいだろう。

⑵　法的権利説

これに対して、生存権に何らかの現実的な規範性をもたせる「法的権利説」がある[22]。法的権利説は、文言を重視する立場から、生存権が法的権利であることを認め、国家がそれに応じた義務を負うとしている。すなわち、個人が国家に一定の給付請求権を有することが想定されている。もっとも、このような給付請求権を認める段階に応じて、法的権利説は、一般的に「抽象的権利説」と「具体的権利説」に分かれている。

現在、通説的地位にあるのは、「抽象的権利説」である。この説によれば、個人の給付請求権は憲法25条の生存権から直接には認められず、個人は法律による具体化を待ってはじめて裁判所に給付請求訴訟を提起できることになる。つまり、具体化した法律がなければ裁判所に救済を求めることができない。同説の代表的論者である芦部信喜は、憲法「25条の生存権が生活保護法のような施行立法によって具体化されている場合には、憲法と生活保護法とを一体として捉え、生存権の具体的権利性を論ずることも許される」[23]と述べている。これによれば生存権の主観的権利性は完全に否定されるわけではないが、「憲法25条が機能する場面とは、法律による具体化がなされた後に限定される」[24]ことになる。このように、憲法上の権利が法律によって創設されるというのでは、憲

[22] 芦部編・前掲注（2）336頁［中村睦男執筆］。

[23] 芦部・前掲注（3）260頁。

[24] 葛西まゆこ「司法による生存権保障と憲法訴訟」ジュリスト1400号（2010年５月）111頁。

法が保障する権利の意義がかなり相対化されてしまうだろう。

もっとも、憲法が保障する権利は、私法上の権利と必ずしも同じ意味ではなく、裁判的救済を伴わない場合もあり[25]、憲法上の権利が「一時的に弱い」とみなされても、その後の政治プロセスにおける努力に期待し、立法によって「権利性」を高めることも考えられる、と示唆されている[26]。ここでは、何らかのかたちで利益がえられる結果が生じれば「権利」が実現された状態だと観念されているが[27]、権利と利益の区別を曖昧にさせた日本独自の「権利」観が表出したものといえよう[28]。法的権利説には、「ひとたび『憲法上の権利』としての核心が定まった以上、法律で創設された権利とは異なり、法律によってその内容を自由に改廃しうると解するわけにはいかない」[29]と説いて、生存権が憲法に明記された意義を確立しようと試みているものもあるが、法律が制定されていない場合は、憲法「25条を直接の根拠にして、生活扶助を請求する権利を導き出すことは難しい」[30]ということから、法律が制定されない限り、生存権は、抽象的かつ客観的な権利にとどまらざるをえない。つまり、立法の不作為や不十分な立法に対して、司法の関与する余地がないとい

---

[25] 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣・1971年）97頁。

[26] 樋口陽一によれば、実定憲法の「権利」を裁判による実現を伴わないという意味で「権利ではない」とするならば、逆に、政治の場面で権利性を高めようとする努力の足をひっぱるものになりうる。樋口陽一『国法学――人権原論［補訂］』（有斐閣・2007年）24頁。

[27] 権利の要素として「選択の意思」（義務を履行させるか否か）を重視するプログラム規定説に対して、法的権利説は「利益」を重視することによって、防御権構成の狭隘さを免れるメリットがあると思われるが、生存権が「意思」に裏打ちされない分だけ権利としての強さを欠き、結局は立法・行政の裁量統制のあり方に問題が還元される傾向がある。宍戸常寿『憲法の解釈論の応用と展開』（日本評論社・2011年）164頁。生存権と権利の本質論について、岩本一郎「生存権と国の社会保障義務」高見勝利＝常本照樹＝岡田信弘編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣・2004年）212-213頁。

[28] 藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂・1998年）405頁。

[29] 只野雅人『憲法の基本原理から考える』（日本評論社・2006年）176頁。ただし、そもそも権利の核心が何なのかは、難しい問題である。

[30] 芦部・前掲注（3）260頁。

うことになる。

このような抽象的権利説は、生存権の発展可能性（保護領域の拡大）につながる有意義な概念を提供し、柔軟な解釈の余地を与えるもののようにも思われるが、反面で政治的妥協を認める側面もあり[31]、生存権の権利性を弱めてしまうおそれがある。実際に、同説は、裁判所が頻繁に行政裁量または立法裁量論をもちだす一因ともなっているように思われる。また、同説は、司法の権利救済機能を実質的に否定するものであり、「権利のあるところに救済あり」という普遍的原則に反するだけでなく、憲法に備わっている「司法審査制」や重要な権利のひとつである「裁判を受ける権利」とも齟齬を来たすことになる[32]。憲法が司法審査制を備えているのは、多数者の意思が体現される立法府の限界を認識し、違憲審査を政治部門から独立した裁判所に委ねることで、実質的な人権保障を確立するためである[33]。この観点に立つならば、憲法明文規定がある以上、実質的な救済手段を確保すべきであると思われる。

そこで、生存権を実質的に保障するために、それが憲法に明記された段階（法律が制定される前段階）ですでに裁判規範性を有する具体的権利である、と主張されるようになった。これが「具体的権利説」である。具体的権利説は、立法不作為の問題を克服するために、いくつかの救済方法を提示している。たとえば、大須賀明は、「立法不作為の違憲確認訴訟」を提唱し、違憲確認判決を通して世論を喚起し立法を促そうと試みているし[34]、高田敏は、憲法訴訟法といった手続法が必要だとしつつ、それがない場合、立法不作為の違憲確認訴訟は、「無名抗告訴訟」として認められるべきだと説く[35]。中村睦男は、立法不作為の違憲性を争う

---

[31] 藤井・前掲注（28）391頁。

[32] 藤井樹也によれば、裁判所で救済をうけられない「権利」という観念は、素朴な権利イメージに反するのみならず、司法審査制と裁判を受ける権利が憲法に定められていることと両立しない。藤井・前掲注（28）408頁。

[33] 阪口正二郎「司法支配性と日本の特殊な違憲審査制」浦田一郎ほか編『立憲主義の展望――山内敏弘先生古稀記念論文集』（法律文化社・2010年）202頁。

[34] 大須賀明『生存権論』（有斐閣・1987年）126-130頁。

[35] 高田敏『社会的法治国の構成――人権の変容と行政の現代化』（信山社・1993年）168頁。

訴訟として「国家賠償請求訴訟」をあげている[36]。

このように、同説は、権利侵害と司法救済とを結びつけ、立法不作為について司法をとおして是正する方法を模索しているが、一般的に具体的給付請求権については、憲法から直接認められるわけではない、としている。そのため、違憲確認訴訟を認めるにとどまる具体的権利説の司法による救済効果について、抽象的権利と径庭はない、ともいいうる[37]。そこで近年では、たとえば、棟居快行が憲法25条に基づく「金銭給付訴訟」の可能性を説き[38]、藤井樹也は、憲法に基づく「損害賠償請求に対する金銭給付判決（過去の補償請求）」を肯定するだけでなく、立法府が給付方法を選択する裁量を前提とした「義務づけ判決（将来の給付請求）」も認められるべきだと主張している[39]。

⑶　柔軟な権利観

以上のことから、抽象的権利説と具体的権利説のいずれも、生存権を主観的権利とするよう試みていることがわかった。両説は、立法不作為

---

[36] 中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社・1989年）129頁。中村睦男「生存と憲法」樋口陽一編『講座憲法学４――権利の保障⑵』（日本評論社・1994年）61-63頁。

[37] また、立法不作為の違憲確認訴訟において、訴えの利益や当事者適格などの訴訟制度上の「技術的」な問題もある。

[38] いわゆる「文字通りの具体的権利説」によれば、生存権を「どのように実現するか（How）」について、国側に広範な裁量が認められているが、生存権を「実現するかしないかのか（If）」について裁量は認められない。すなわち、国側の具体的な実現方法の選択権を不当に奪わないことを前提に、生存権を具体的に保障する立法が存在しなくても、裁判所が憲法25条１項にいう「健康で文化的な最低限度」以下と明らかにいえる部分に限って生存権を裁判規範として金銭給付判決を行う可能性がある。棟居快行「生存権の具体的権利性」『憲法学再論』（信山社・2001年）348頁以下。

[39] 藤井樹也は、「背景的権利／抽象的権利／具体的権利」という「権利の三重構造」を批判し、「拡散」する権利を「収束」させるため、憲法に明記された権利が侵害された場合（立法不作為による侵害を含む）、裁判所に救済を求めることができるとし、生存権の性質を積極的に解釈する。藤井・前掲注（28）414-416頁、419-420頁。

に対して司法府がとるべき態度について異なるものの、生存権が一定の裁判規範性を有していることについては、必ずしも対立しているわけではない。したがって、結局のところ、生存権の裁判規範性は、憲法下における立法府と司法府の機能及び役割の考え方に左右されているといえよう。両説とも、生存権の権利としての意義を確立し、憲法が国家に生存権の保障範囲の拡大を要請していることを認めている。その意味で、両説とも権利の発展を図る「柔軟な権利観」に立脚しているといえるだろう。すなわち、基本権の保護領域や規範内容が固定化されているわけではない。むしろ、実際の社会状況に応じて充実・発展していく機能を認めているといいうる。これについては、憲法25条２項の「国はすべての生活部面について、社会福祉、社会保障および公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」という文言から手がかりを得られるかもしれない。今後は、かような権利観のもとで、実効的な救済を実現するために、生存権の保障ないし立法を促しうる積極的な機能や規範効力を発揮・確立しうる理論的構成が課題となるだろう[40]。とくに、さまざまな社会保障制度が設けられたこともあって、生存権をめぐる議論は、生存権が法的権利であることを前提として、司法審査のあり方、すなわち、違憲審査基準論や立法裁量論の是非の問題に移行しつつある現在におい

[40] 生存権の主観的権利性を強調するために、従来の生存権論や裁判において憲法25条１項のいう「最低限度」の保護を中心に普遍的・客観的な保護水準を求めることが論じられた。すなわち、「下限統制」という視点から生存権の解釈を通して裁量統制が行われる。葛西まゆこは、これを「防戦アプローチの生存権論」と呼ぶ。

しかし、葛西の指摘の通り、「抽象的権利説によれば法律による初動を憲法上要請できないことから、立法を促すような理論的枠組みはなかなか提示できていない」から、下限統制の手法は生存権を消極的に理解していると思われる。そして、現在既存の社会保障制度に対する司法による統制は、結局のところ広汎な立法裁量または行政裁量に吸収されているということからすると、消極的・下限的な裁量統制だけでなく、積極的・促進的な立法または行政裁量を引き出すのが、現在の生存権論に求められるものではないだろうか。葛西まゆこ「憲法25条と生活保護制度」月報司法書士483号（2012年５月）３頁。同「生存権論の軌跡と課題」ロースクール研究18号（2011年12月）119頁。

て[41]、生存権に関する訴訟による救済ルートや方法の可能性を探るだけでなく、生存権条項は「政策の方向性を示し、既存の社会のあり方を問う批判措置」として[42]、社会保障制度に対して法的な指針としての機能を持たせ、規範的・促進的な法的効力を有するものと解すべきと思われる。したがって、次章では現行の社会保障制度による社会給付が生存権ないし憲法といかなる関係にあるのかについて、検討を行っていきたい。

２．権利主体性の回復

⑴　参加志向の「下からの社会権論」

生存権は、立法府による創設と行政府による執行があってはじめて実現するため、民主的政治プロセスを通して福祉国家を実現させることが何よりも重要である。実際に、生存権訴訟をはじめとする市民運動が国家の福祉施策にしばしば影響を及ぼしている。このように、生存権の保障には、国民が立法府や行政府からの作為を待つだけでなく、あるいは、国家からの給付を受動的にもらうだけでなく、積極的・能動的に「権利実現過程の参加者」となることが民主主義にとって重要な意味をもっている。

日本でも1970年代から、すでに社会権保障における国民参加の重要性を指摘した論者がいた[43]。代表的論者である中村睦男は、従来の社会権

---

[41] 中村睦男が指摘するように、諸法律の制定により議論の実益は乏しくなったので、現在の学説は、生存権の裁判規範性を認めたうえで、「いかなる訴訟類型において、いかなる違憲審査基準によって生存権に規範的効力を認める」かを検討している。中村睦男「社会権再考」季刊企業と法創造６巻４号（2010年２月）68頁、中村「生存と憲法」・前掲注（36）61-63頁。

[42] 遠藤・前掲注（1）17頁。

[43] たとえば、小林直樹は、「福祉過程への人民の可及的参加、とくに社会的弱者の参加保障」は福祉国家のプログラム項目のひとつであると指摘した。小林直樹「福祉社会への視座――国家論的視角からみた福祉問題」ジュリスト537号（1973年６月）21頁。また、小川正亮は、「社会事業給付をうける権利が基本的に労働者の階層に属するもののそれである以上、労働者の代表、社会事業労働者の代表、その他民主的な患者団体、障害者などの代表が参加しうることが必要」であると述べている。小川政亮「社会保障関係審議会」法と民主主義77号（1973年）22頁以下。さらに、中村睦男は、「参加を意義あるようにする

論は、「自由権と社会権の異質性を強調」し、「国家の役割の強調による個人の自由と生存の保障をはかる点において『上からの社会権』である」と指摘し、労働者を中心とする利害関係者の権利・自由を軸とする「下からの社会権論」を提唱し、社会権の自由権的側面や民主的要素を強調した[44]。

「下からの社会権論」によれば、国家の介入はあくまでも補充的なものであるべきだが、国家は積極的な給付義務を負っている。つまり、社会扶助のような国家からの給付を前提とする一方的な社会保障を否定しないが、より重要なのは自発的な個人の自由を中心とする諸権利にあるというわけである。具体的には、労働基本権について、労働条件の集団的決定に参加する権利として、労働協約締結権や企業管理への参加権、異議申立のようなストライキ権の行使を認める[45]。こうしたことは、一般的に社会的経済的領域の利害調整については、利害関係者の方が立法者よりも優れていると考えられることから、社会福祉への国民参加は、社会的経済的領域では議会制民主主義を直接民主主義によって補完するという意味を含んでいる[46]。

このように、下からの社会権論は、国家による個人の自由と生存の保障を強調するのとは異なり、当事者参加の原則と継続しうる制度を重視して、社会給付については一方的な社会扶助より、相互的な社会保険制度を強調するものである[47]。そして、権利の主観性を前提に裁判所のコ

ためには、形式的に制度をつくるだけでは不十分で、参加に実効性をもたらす社会的基盤の形成が必要である」と説く。すなわち、中村は、各市民団体や市民・住民運動の存在、ないし団体の交渉権の承認が重要であることを示した。中村睦男『社会権の解釈』（有斐閣・1983年）44-47頁。

[44] 中村睦男『社会権再考』・前掲注（41）69頁。

[45] 中村睦男『社会権再考』・前掲注（41）69頁。

[46] 中村睦男・前掲注（43）45頁。

[47] 民主的要素のほかに権利論を主張する際には、費用負担の問題を考える必要もあるため、社会保険中心型の社会保障制度を維持したほうが良いように思われる。中村「社会権再考」・前掲注（41）69頁。西原博史ほか発言「中村睦男報告をめぐる質疑応答」季刊企業と法創造６巻４号（2010年２月）162-163頁。［中村睦男発言］。

ントロール機能を認めることは、個人が主観的権利の享有主体であるとして、権利主体の客体化から脱却するのに重要な意義を有している。しかしながら、生存権を含む社会権の参加主体として個人だけでなく集団も想定されていることや、労働者を中心とする当事者を「能力のある当事者」と捉えていることから[48]、下からの社会権論は、実際には生存権の主体として「強い人間」を想定し、現実社会における多様で具体的な個人像でなく、一般的抽象的個人像を前提としているとの指摘もあり、同説のとおりに社会権を実現しようとすれば、個別の社会的弱者が国家の恣意的な行政行為や社会的多数者に支配されてしまう危険性もあるように思われる。

⑵　自己決定に基づいた「人格的自律論」

ａ．自由の前提条件

日本では、生存権が社会保障制度の基本理念を提示し、同制度を法的に基礎づける規定であることについてはほぼ異論がないといえるが、1990年代になって社会保障法を研究する菊池馨実が、社会給付において個人を受動的な受給者＝保護されるべき客体から、積極的能動的な権利義務主体に転換させるために、「個人の自由」、「自己決定権」の理念に立脚し、個人を「人格的に自立した存在として、主体的に自らの生を追求できる」ものと位置づけ、憲法13条を主軸とした社会保障の規範的理論を構築するよう主張しはじめた[49]。憲法13条を主軸とした社会保障の基礎づけ論は、社会保障法関係における個人の主体的位置づけを意識し、より動態的ないしプロセス的な視点から社会保障法理論を再構築し[50]、社会保障についての「人格的自律権論」といえる。すなわち、社会保障の根本目的は「個人的自由」を確保することにあり、憲法13条を基軸として「個人」基底性（個人の尊重）と「自律」指向性（幸福追求権）を保障しなければならない、というわけである。そこでは、社会保障制度

[48] 西原博史「自治と自律と社会権――生存権の権利主体の立ち位置をめぐって」企業法制と法創造６巻４号（2010年２月）85頁。

[49] 菊池馨実『社会保障の法理念』（有斐閣・2000年）139-140頁。

[50] 菊池馨実『社会保障法制の将来構想』（有斐閣・2010年）8-9頁。

において尊重されるべき個人の意思による「選択」、個人の主体的「参加」、個人の「負担（貢献）」という規範的な諸原則が提示されている[51]。菊池は、社会保障は「個人の自由」＝「個人の自律」を支援するためのものであり、「自律した個人の主体的な生の追求による人格的利益の実現のための条件整備」である、との見地から、最終的な責任主体としての国家は、「生き方の選択の幅」ないし「実質的な機会の平等」の理念を実現すべきであり、自由の前提条件としての社会保障制度を創設するよう求められている、と説いている[52]。

このように、憲法25条の生存権保障を憲法13条の幸福追求の理念、あるいは、自己決定権と結びつけ、国家が過度に介入することにより、「保護」と引換えに「自由」を抑圧すること[53]を警戒している人格的自律権論は、自由の前提条件として必要な範囲内で社会給付の受給者の自己決定を尊重し、自らの幸福を追求するにあたって公権力の干渉を排除する[54]、あるいは、給付水準の切り下げや給付停止を防ぐ概念を提供しうるものといえよう。

ｂ．制度後退禁止原則

---

[51] すなわち、個人単位での権利・義務に着眼し、まず、「選択」の原則から、受給者や利用者の意思による選択権を尊重し、措置制度における契約的要素を重視する。また、「参加」の原則から、不利益処分を課す際の告知聴聞手続の保障のみならず、政策立案過程や制度運営への積極的な参加を可能にする社会保障の仕組みを求める。そのために、前提条件としての「情報へのアクセス」も必要である。さらに、「負担（貢献）」の原則から基本的に能力に応じた負担（応能負担）が求められるが、個別具体的な場面において負担能力がなくても、抽象的な負担可能性がある以上、自立に向けた取り組みが求められる。菊池・前掲注（49）144-145頁、菊池馨実「社会保障の規範的基礎づけと憲法」季刊・社会保障研究41巻４号（2006年）310-311頁。

[52] 菊池・前掲注（49）139頁以下。

[53] 武井寛「自己決定と生存保障」法律時報増刊『改憲･改革と法』（2008年４月）339頁。

[54] たとえば、サービス利用者のプライバシー権（資産調査）や給付金の自由処分権（学資保険・自動車の購入）などの問題。しかし、これらの問題はそもそも自由権に依拠すべきではなかろうか。遠藤美奈「生活保護と自由の制約」摂南法学23号（2000年）47頁。

給付水準の切り下げに関する憲法論として、いわゆる生存権の「制度後退禁止原則」をめぐる議論がある。「制度後退禁止原則」によれば、立法による憲法理論の実現において、当該措置や制度は憲法上の抽象的義務とされても、一旦措置や制度が成立したら、合理的理由がない限り、その措置や制度を後退ないし廃止させることができない。その規範的効果について、山下健次は、地方自治制度を例にして憲法理論を具体化する法律の「改廃、制度への移行にあたっては、理念の合理的実現という観点からの厳格な根拠づけが要求され、それが充分に示されないかぎり違憲の評価を免れない」と述べている[55]。そして、社会権は、自由権との権利構造が異なり、法的効果の問題以前の歴史的・社会的な客観的意味を有するから、国家からの干渉を要求する社会権の法的効果を「自由権的」効果と呼ぶ場合も、けっして「自由権として」の効果を直ちに意味するわけではない[56]。サラリーマン税金訴訟のように財産権や平等原則にかかわる事案では、「自由権に対する制約排除を自由権として主張することを媒介にして」、生存権の保障が求められる。つまり、具体的事案に応じて、25条の視点からほかの自由権との関連で判断すべきである[57]。そうすると、社会保障立法において、制限条項によってその給付水準を縮減する場合に25条によって違法性阻却や憲法適合を争う可能性がある[58]。このように、25条の生存権条項は、ほかの自由権と連動し、不作為請求たる法的効果によって制限条項の不当な適用を排除する機能を有するから「制度後退禁止原則」の一種といえよう。

その後、棟居快行は、「制度後退禁止原則」をさらに発展させた。棟居によれば、抽象的権利説においても客観的憲法原則としての憲法25条１項に指示された健康で文化的な最低限度の生活に関しては、「現行の

---

[55] 横田耕一ほか編『現代憲法講座（上）』（日本評論社・1991年）300頁［山下健次執筆］。

[56] 山下健次「生存権規定の「自由権的効果」」『人権規定の法的性格』（三省堂・2002年）151頁。

[57] 山下・前掲注（56）152-153頁。

[58] 例えば、堀木訴訟のような事案において少なくとも関係者の経済生活実態を検討したうえで、健康で文化的な最低限度の生活という視点から制限条項（併給禁止条項）の審査を行わなければならない。山下・前掲注（56）155-156頁。

給付水準の一切の不利益変更を許されないというほどには厳格ではないが、憲法上の一定の幅からも逸脱してしまうような大幅な不利益変更に対してそれを拒否しうる」。そして、その「制度の切り下げにあたっては、そのような切り下げが「社会通念」に合致するものであることが、国側により裁判上論証されなければならない」[59]。

このように、制度後退の範囲を特定し、そして国に立証責任を課する主張は、社会給付の「切り下げ」の水準（結果）ないし手続（過程）に対する国の裁量をより厳格に統制する可能性を示すものといえる。実際に「理由づけの不十分な切り下げは、立法手続上の不備が問われ」[60]、また、「切り下げ」は「切り上げ」よりも厳格な審査基準（厳格な合理性基準など）によって審査されるべきであると主張されている[61]。近時、葛西まゆこは、主観的権利としての生存権の意味を重視し、「制度後退としての法政策の合理性の問題と、それがもたらす具体的帰結が、（処分行政庁がありとあらゆる手段を尽くしたとしても）ある人にとっての「健康で文化的な最低限度の生活」を失わせるものになっていないかという点は分けて考えるべき」としたうえで、個々人に対して、その生活保障の「『最低限度』の憲法上の規範ラインとして死守しなければならない」と述べている[62]。この意味で同説は、しばしば羈束裁量論や具体的権利説によって強調された生活水準の客観的検証可能性を認めるという立場に近いと思われる。もっとも葛西は、25条に関する裁量問題の事案において法令違憲だけでなく、適用違憲（処分違憲）の判断を下す余地があると考えており、広汎な裁量による規範的弱化に一定の歯止めをかけようと試みている。

ｃ．人格的自律論の問題

以上からみれば、制度後退禁止原則には、憲法規範の法的拘束力を拡

---

[59] 棟居快行「生存権と「制度後退禁止原則」をめぐって」『憲法学の可能性』（信山社・2012年）403-405頁。

[60] 遠藤美奈「憲法に25条がおかれたことの意味」季刊社会保障研究41巻４号（2008年）338-339頁。

[61] 棟居・前掲注（59）406頁。

[62] 葛西まゆこ「生存権と制度後退禁止原則―生存権の「自由権的効果」再考」季刊企業と法創造７巻５号（2011年３月）34-34頁。

張させ、不十分な社会保障立法を是正させる機能があるようである。しかしながら、かような抽象的権利説を前提とする制度後退禁止論のもとで、法律レベルとしての個々人の給付受給権をどのように憲法レベルの生存権にコミットさせるかについては、確かに内野正幸が指摘する「下剋上」や「無から有に」という問題が残っている[63]。また、小山剛は、生存権には財産権と同じく法律依存性があるが、「財産権の法律依存性の実質は、憲法が設定した抽象的目標に具体的手段を提供するものではなく、法的生活における各人の自己決定の法的インフラを創設することである」と説く[64]。つまり、生存権と自由権との構造上の相違が示された。財産権の具体的な形態は法律によって与えられ何人かに帰属するのに対して、憲法25条１項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容、実現手段及び何人に帰属させるべきかについては未確定であるから、生存権の憲法次元での制度後退禁止原則ないし自由権的効果は成り立たない。ただし、生活保護法に限っては、保護基準の設定と改定の間に差異を認めうると思われる[65]。制度後退禁止論に関する機能と批判や客観的憲法原則等の問題については後に検討するが、以上の学説からすると、給付水準の切り下げについては特に憲法13条を引用する必要はなさそうである。逆に憲法13条を過度に取り入れた人格的自律論は生存権保障の実現を阻害するおそれがあるかもしれない。

すなわち、社会保障制度が自由を享受するための前提条件であることを強調しすぎると、自律した個人の「自己決定」が「自助原則」や「自己責任」と同義に捉えられ、国家の義務であることが薄れてしまい、生存権本来の積極的な意義と機能が失われてしまうかもしれない。また、

---

[63] 制度後退禁止原則の批判について、内野は「下剋上」の問題を指摘した。すなわち、「下位規範に先行して確定しているはずの憲法上の法規範の内容が、下位の制度の有無（ないし内容）によって逆に規定されてしまう（換言すれば、制度成立の前か後かでそれにかかる憲法的規範の内容が無から有に変わってしまい、また、制度を成立すればするほど憲法上の法規範となる領域が広がる）という難点」がある。内野正幸『憲法理論解釈の論理と体系』（日本評論社・1991年）155頁。

[64] 小山剛「生存権の「制度後退禁止」？」慶應法学19号（2011年３月）110頁。

[65] 小山・前掲注（64）110頁。

自由の前提条件が最低限度の生存にとどまるならば、生存権の射程を限定することとなり、生存権保障の発展にとって足枷となるかもしれない。したがって、戸波江二は、かような自己決定権に基づいた社会保障理論を「生存権における自己決定として狭すぎ」、「強い個人を措定することは、事態を正確に把握していない観念論と表さざるをえない」と批判している[66]。また、法律論と憲法論の次元の違いにも留意すべきであろう。社会保障法学は、独立の法学体系として、基本的に憲法上の原理よりも政治プロセスにおける立法政策の実現を意図しながら、憲法25条２項から「一定の立法に対する後追い的解釈基準――とそれを踏まえた立法構想――」を導出するに過ぎない傾向にあるという西原博史の指摘もあり[67]、憲法25条２項の「社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進」という憲法理念上の規範があるとしても、最低限度の生活を超える保障については、やはり立法裁量に委ねられてしまうことになりかねない[68]。

ｄ．実質的自由の拡充―憲法13条の生存権保障機能

そもそも生存権には本質的に人格的自律による自由の確保といった要素があるわけで、社会給付を量的に確保するだけでなく、質的に各個人の現実社会における生き方の「多様性」を確保するために、自己決定な

---

[66] 戸波江二「憲法学における社会権の権利性」芹田健太郎ほか編『国際人権規範の形成と展開』（信山社・2006年）384頁。

[67] 西原博史「生存権論の理論的課題と自己決定・社会的包・潜在能力」『自律と保護――憲法上の人権保障が意味するものをめぐって』(成文堂・2009年)75頁。

[68] 社会保障法学者の菊池馨実によれば、憲法25条２項にいう給付水準の「向上増進義務」に独自の規範的意味があることを認めるとしても、以下のネックがある。すなわち、社会福祉立法の後退ないし削除は憲法25条２項に反するかどうかについて、①給付水準の財政的な制約があること。②個別制度ではなく、社会保障全体の水準を論ずべきこと。③最終的な所得保障のための生活保護法が存在すること。④社会給付の既得権または財産権的性格が認められても国会の民主的正統性が担保されているから、後退立法には「合理的な理由」がある以上、特段の事情がない限り、憲法25条２項違反をいうのは難しいこと。これらのネックからすれば憲法25条２項に基づいた向上増進義務や制度後退禁止などの規範的意味が認められても、結局立法の裁量に吸収され、規範的機能をあまり見いだせないではないだろうか。菊池・前掲注（50）97-98頁。

いし選択の自由の要素が不可欠である[69]。このような量と質に配慮した社会保障という複合的な概念は、各個人の「善き生」の多様な選択を実現させるために重要である。したがって、憲法25条による立法裁量及び行政裁量の制限についても、それに応じて個別具体的な検討が求められる。したがって、尾形健は「自律的・主体的生のための生活保障にかかる条件整備とは、人生の各過程・各側面における必要・需要に応じて、多様に検討すべき」問題であり、生存権保障は「基礎的生活保障にとどまらない様々な段階・射程を持つ」とし、生存権は重層的な規律構造を有しているから、裁判所は「事案における当事者の事態状況にも配慮しながら、個別具体的に慎重な審査をなす」べきである、と説く[70]。

そうだとするならば、自由を享受する前提としての「自律への条件整備」をそもそも重視している憲法学は、社会給付の受給者が「善き生」を追求できるような生存権保障を論じるにあたって、憲法25条の他に憲法13条までもちだす必要があるだろうか。これについて、佐藤幸治は、個人の自律性（自由と参加）を基礎に社会権を捉えたうえで、生存権（社会権）を憲法「13条の幸福追求権（基幹的な人格的自律権）から流出派生する権利であり、就中、25条は生存権（社会権）の土台というべき総則的規定の位置にある」と解し、自律的な存在としての個人の生を全うするためには、様々な局面において社会連帯に基礎をおく、その状況に応じた適正な支えを必要とする[71]。すなわち、憲法25条の生存権を基盤とする憲法13条の内実は、社会政治状況と関係しつつ発展的に形成されていくものであり[72]、25条と13条とが有機的に連結されれば、このような自律への条件整備が広く保障されることになるという意義があるといえよう。

---

[69] 小林武「今日の生活保護裁判と「生存権の自由権的効果」再考」『人権保障の憲法論』（晃洋書房・2002年）263-237頁。

[70] 尾形健「「福祉」問題の憲法学――「自由で公正な社会」における社会保障制度の意義」ジュリスト1244号（2003年）109-111頁。尾形健「生存権論の可能性――憲法25条をめぐる司法審査のあり方についての一視点」法学教室326号（2007年）18頁。

[71] 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）361-362頁。

[72] 佐藤・前掲注（71）177-178頁。

竹中勲は、社会権規定が盛り込まれた以上、日本国憲法における人間像は、近代立憲主義の念頭に置く抽象的人間像ではなく、憲法25条に示されるように、「少なくとも経済的自律（自立）性が十分でない状態にある個人・貧困者などの存在を念頭に置いている」具体的人間像と解すべきである、と述べる[73]。そして、憲法13条前段にいう「個人の尊重原理」における個人を、「他者（国家・公権力や私人）とのかかわり、交わりの可能性を否定されない存在としての個人」とし、そして、憲法13条後段により「判断能力・自己決定能力が十分な個人だけでなく、それが十分でない（不十分・欠如した）個人も、かけがえのない独自的存在として自分なりのまとまりのある人生をつくりあげることを模索し希求する権利をもつ」、として、いわゆる「自己人生創造希求権」を導きだせると主張した[74]。つまり権利主体としてより個別的・具体的な個人を想定したうえで、自律能力がない、あるいは、不十分な個人も生存権保障の射程におくべきだと解しているように思われる。

このように、日本国憲法の「核心」とされる憲法13条（人間の尊厳・個人の尊重原理）は、制限的・絶対的な自由観ではなく、憲法25条の生存権等の社会権に影響を与え、そしてまた調和され、憲法13条には、「一定の幅のある」多面的・複合的な意味があると思われる。つまり、社会権が憲法に規定されているからこそ、自由を享受する前提条件を欠くことのないようにしなければならないのであり、社会権は、自由の実質的な享受と「拡充」のために、私的自治の原則ないし多数者による差別・暴力等に対抗しうる憲法上の権利として、自由権と協働しながら個人の尊厳を確立させるものである。憲法13条は憲法の核心としてすべての憲法条文を整合・指示しており、その尊厳理念には社会権的要素も含まれていると解することができる。そこで、憲法13条の尊厳理念を多層化させ、生存権に基づく社会保障を質・量ともに向上させることが重要な課題となる。最近になって尾形健は、憲法13条後段の「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」という文言に照らして、社会権等の

[73] 竹中勲「基幹的な自己人生創造希求権と憲法13条論」『憲法上の自己決定権』（成文堂・2010年）34-35頁。

[74] 竹中勲「高齢者と人権保障・憲法学」法律時報77巻５号（2005年）22頁。

国務請求権的性格を有する権利にあっては、「最大限充実の原理」を掲げていると解すべきである、という有意義な見解を提示している[75]。

社会的実情に応じて社会保障制度による財の再分配を行うということは、国民に何らかの義務を負わせることを意味する。社会保障は、実質的には国家からの給付を受給する個人という一方的な依存関係ではなく、諸個人の相互依存関係の上に成り立っている。したがって、「個人の自律」のみによって社会保障を十分に基礎づけることはできない。とりわけ社会保障の強制加入といった問題には、「社会的連帯」のようなより強力な根拠が必要であろう[76]。自己決定に基づいた人格的自律論は、生存権の権利主体の回復に資する理論だが、福祉国家理念のもとで、国家が一方的に保護を施すような社会扶助や、社会保険給付の切り下げを回避するために、社会連帯理念だけでなく、国家の保護義務、信頼保護原則、平等原則についても検討を必要とするものである。これらの原理原則は、立法裁量や行政裁量を制約し[77]、生存権訴訟における裁判所の判断をより適切なものとするのに資すると思われる。

⑶　社会的排除に抗する「弱者のエンパワーメント」

「下からの社会権論」または「人格的自律論」における権利主体は、自律能力を有していることが前提とされているから、自己の生存を維持するために他者の援助を必要とする人々も、単に保護を受けるだけでな

---

[75] 尾形健「「生活への権利」はいかなる意味で権利か」長谷部恭男編『講座人権論の再定位３　人権の射程』（法律文化社・2010年）256頁。

[76] 岩本一郎「生存権理論の現況と課題」北海道自治研究490号（2009年11月）31頁。岩本は、自由、平等、民主主義、社会連帯の４つの理念を生存権理論の柱とする。

[77] たとえば、社会給付水準の切り下げの問題について、宍戸常寿は、行政裁量の統制における「判断過程統制」の手法を用いて、厚生労働大臣の判断（他事考慮ないし過大考慮に当たるかどうか）を憲法25条の理念に照らして検討するという形で、さらなる審査密度の深化を図ることができる、と説く。また、被保護者の個別具体性を重視したうえで、給付水準の減額に対しては、平均的世帯同士の比較ではなく、個別世帯の生活実態に着目すれば適用違憲の判断が下される可能性があると指摘している。宍戸・前掲注（27）169-170頁。

く主体としての責任が求められる[78]。そのために、「個人の自律」によって基礎づけられた生存権論は、個人が「保護すべき客体」から脱却するために、自己の生を追求する「自律の努力」がまず求められる[79]。具体的に、生活保護法４条の「利用し得る資産、能力その他あらゆるものを、その最低限度の生活の維持のために活用することを要件として行われる」という、いわゆる「保護の補足性」については、経済的自立、すなわち就労することだけでなく、社会的自立を含む努力が要求されると解釈されてきた。自律＝自立論における「人格的に自律」している強い個人像は、主に「国家からの自由」に着眼し、身分制社会から解放された諸個人が国家や団体等の権力に対抗するために提起された理論だと思われるが、リアルな格差社会で自律＝自立できない人々を排除する機能を果たしているという批判がある[80]。

強い個人論の代表的論者である樋口陽一は、「人権というコンセプトは実在する弱者が、にもかかわらず強者たろうとする意思を持つということを前提」とするフィクション性が必要であると説く。なぜかというと、「社会契約による公共社会の成立への説明のフィクションをあばくことと同様に…人権という思想そのものが「実在」への依存によってではなく、「虚妄」との緊張に耐えることを要求している」からである[81]。そして、人権の歴史からみれば、「身分制のしがらみから解放されたひとりひとりの個人が、「自分のことは自分で決める」という生き方を目

---

[78] 笹沼弘志「社会権保障における憲法学の成果――社会的排除の現実から問う」憲法問題19号（2008年）31-32頁、笹沼弘志「格差社会と社会的排除――立憲主義の危機と社会権の可能性」法律時報79巻８号（2007年７月）85頁。

[79] たとえば、尾形健は、「有責な主体であるということはたとえ無拠出の給付を受ける主体であっても、自己の生を追求するための努力を怠ってはならない」と説く。尾形「生存権論の可能性」・前掲注（70）11頁。

[80] たとえば、笹沼弘志は、「人格的自律による社会権の基礎付け理論が、切り札としての人権論と共鳴しつつ、保護・国家的責任を縮小させ個人の責任や負担を要求し、社会通念としての「自立」観念及び「勤労の義務による生存権制約説」に一層強力な基礎づけを与え、社会的排除を促進する傾向にある」という。笹沼弘志「社会権保障における憲法学の成果・前掲注（78）32頁。

[81] 樋口陽一『憲法　近代知の復権へ』（東京大学出版会・2002年）169-170頁。

ざすところにあったはず」であると考えられるから、法・社会制度における人間像として、まず「強い個人」が想定される[82]。なお、奥平康弘は、「ヒューマン・ライツ」と「憲法の保障する権利」とを区別し、「ヒューマン・ライツ」の主体を「一人前、すなわち最小限の程度において理性的な判断能力を具えている者、もっといえば、関連情報が与えられることにより、自分の行為の目的を自主的に選択し、目的適合的であるためにはなにが必要かということを自主的に判断して、自己の責任において行為する主体」という「平均的」な一人前の人間と想定する[83]。このように、人権論においては強い個人が市民の公共性ないし人間の理性の根拠として唱えられている。

しかし、権利主体を「強者であろうとする弱者」または「平均的な人間」とするこのような人権理論は、自立・自律能力によって基礎づけられ、「国家からの自由」と人権の普遍性にこだわるあまり、人間の主観的な「感性的自由」、「欲望の開放」、「自分の幸福への期待」ないし「社会事実の脈絡」をあまりに軽視しているという問題がある。また、社会保障に依存せざるをえない人々は弱い個人であるとされ、再び自立した生活を回復できないと見做されれば社会的に排除され、社会保障を得るためにその自由を制限することまでもが正当化されうることになる。このことにより、たとえ社会的・経済的弱者（子供、老齢者、貧困者等）を保護する権利が憲法上の権利として認められても、配慮された「特別な権利」だとされ、その価値は自然権や自由権より劣ると説かれるため、実質的には暴力的[84]、恩恵的[85]な側面が残存し、その保護機能も限られる

---

[82] 樋口陽一・前掲注（11）54-55頁。

[83] 奥平康弘『憲法Ⅲ　憲法が保障する権利』（有斐閣・1993年）24頁。

[84] 石埼学は、事実としての人間に「規範的人間像」という仮面をかぶせた「人権理論の基礎にある「あるべき人間像」が、現実の人間に、永遠ノルム化を強いるがゆえに暴力的であるという側面」がある、という。石埼学『人権の変遷』（日本評論社・2007年）27-29頁。

[85] 笹沼弘志は、「人権以上の特別な権利が保障されるべきだと配慮の必要を強調するが、その根拠は温情以外にはないことになろう。……ある種の人々を排除し、平均的な人間に限定するというのは、一部の人の権利の正当化にとどまり、普遍的人権とはいいがたい」と説く。笹沼弘志「人権批判の系譜」愛敬浩

ことになろう。

石埼学は、こうした普遍的な強い個人像を「理性的＝規範的人間像」とし、差別と排除の基盤になってしまうと批判した。すなわち、石埼は、「それぞれの具体的人間は、規範的人間像から、多かれ少なかれ偏見を持っている。その偏見にしたがって、人間は、階層構造のうちに序列化される。規範的人間像を中心に、その中心からの距離によって、人々は序列化される。基本的人間像を基礎にした近体的人権概念自体が、差別的な階層秩序を再生産する」と説き、理性的人間像を基底におく近代的人権概念の問題点を指摘した[86]。また、笹沼弘志は、「人格的自律能力による人権基礎づけ論には、自律能力なき者を権利保障から排除せざるをえない根本的問題がある」と指摘し[87]、そして、強い個人のような考えは、「団体対個人という枠組みの中で構想され、あくまでも個人の自己決定＝自己責任、自立を倫理的に説くにとどまり、現実の個人がおかれている支配服従構造を等閑視しているため、結果として、個人の自立を強調し過重な個人責任を負わせ国家責任・企業責任の後退を正当化」[88]し、保護を必要する社会的経済的弱者を自立させる、あるいは、幸福にするという名目のもとに社会的経済的弱者を主体化させて保護することが国家の恣意的な支配に服従させることに転化されてしまう構造的問題を指摘した。

このような問題は、生存権理論において、生活保護法４条１項の「稼働能力活用要件」や憲法27条１項の「勤労の義務」が強調されるところに現れており[89]、「自助努力の強制を内実とする社会通念上の「自立」観

二編『講座人権論の再定位２　人権の主体』（法律文化社・2010年）26頁。

[86] 石崎・前掲注（84）35-36頁。

[87] 笹沼弘志「生存と自由――健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」法学セミナー642号（2008年６月）59頁。

[88] 笹沼弘志『ホームレスと自立／排除――路上に「幸福を夢見る権利」はあるか』（大月書店・2008年）49頁。

[89] 笹沼によれば、1993年以後「勤労の義務による制約説」として「国民は、憲法第27条第１項により勤労義務を負っており、憲法第25条はこれを前提として国民の生存権を保障したものであるから、稼働の能力があり、その機会があるにもかかわらず、その者の能力の範囲内で紹介された職業に就くことをあえて

念と結合し、失業などの要因によって勤労の意欲さえ喪失させられた人々を保護から排除するとともに、保護に依存する人々を自助努力を怠る者とみなし、社会的排除を正当化、促進する機能を果たしてきた」という[90]。

以上の問題を克服するために、笹沼弘志は、「社会的排除に抗する社会権論」を提起した。笹沼は、中村睦男の「資本による支配と搾取に対する労働者階級の異議申立」に注目し、土地私有制度のような資本主義秩序において多くの人々の自然権的権利が剥奪されたため、持たざる者への補償は社会、国民全体の責任である、というトマス・ペイン（Thomas Paine）の考えに基づき、自然権としての「プロパティー侵害への異議申立と補償措置」を基礎に社会権の正当性を説く。こうした見地からは、社会権の基礎づけに人格的自立能力や主体の負担責任や貢献という義務は不要であるように思われる。そして、笹沼は、生存権に基づいて、自律・自立能力のない人々（怠け者として社会から排除された人々）を含む「すべての人」に対して多様な保護を提供し、自由な幸福追求の条件を確保しなければならない、と主張する[91]。

このように、強い人間像を前提とする人権理論は、現実社会の諸個人を自立している保護者（強者）と自立できない被保護者（弱者）に区分し、普遍的規範的人間像によって現状（実質的な強者の地位）を維持する結果となっている。結局、既存の社会的権力による横暴が正当化され、被保護者である弱者は永遠に保護者によって支配されるようになる。このような現況を打破するために、生身の人間は、超社会的な存在ではなく、日常的に他者と相互関係をもちつつ行動することによって形成されている社会に所属し、実在しているのだから、社会的・構造的権力によ

忌避する者については、生活保護法による最低生活の保障が及ばないとしても憲法上の問題ではない」という解釈が示され、生活保護法４条１項の稼働能力活用要件が厳格に解釈されるようになり、生活保護申請の違法な拒否も横行しているという。笹沼弘志「社会権・国家賠償請求権」辻村みよ子『基本憲法』（悠々社・2009年）217-218頁。

[90] 笹沼・前掲注（80）32頁。

[91] 笹沼・前掲注（80）44-45頁、笹沼・前掲注（87）59頁。

る支配や圧迫という事実に留意しなければならない[92]。したがって、現実社会を生きているすべての人々を共同体の一員として平等にあつかい、何人も社会から排除されることのないように、憲法の包摂する機能と所属させる機能を重視すべきである。生身の人間には、「社会からの自由」だけでなく「社会による包摂」や「社会への所属」も必要である。すべての権利主体には、市民としての資格と人間の尊厳が認められ、政治プロセスだけでなく、社会共同生活に参加する実質的条件が整えられるように要請できると理解すべきである。このような「弱者のエンパワーメント」という見地から、社会的格差や社会的排除に苦しむ社会的弱者の異議申立に適切に対処しうる制度・基盤を整え、その是正や回復に資する理論を構築すべきである。

3．無干渉の違憲審査基準

プログラム規定説によれば、生存権を法的権利ではないとする立場であるから、生存権の問題はそもそも司法審査の対象とはならない。したがって、生存権の裁判規範性が認められなければ、その違憲審査基準を論じる実益がないことになる。しかし、生存権が法的権利であるとしても、抽象的権利説における生存権の裁判規範性はかなり制限的なものであり、生存権は具体的請求権ではない、と説かれている。実際に日本の最高裁判所も、憲法25条の生存権に基づく救済をこれまで認めていない[93]。最高裁は、食糧管理法違反事件判決以降、朝日訴訟、堀木訴訟、

---

[92] 人権に内包された権力関係は、単に国家権力のみを指す概念ではない。現代の高度に組織化された社会では、権力は人々の日常的な行為形式を通じて作用し、様々な儀式や制度を媒介として国家的支配という全体的合成性を形成する現象がある。したがって、「国家からの自由」のみならず、「社会からの自由」の「権力関係」も重視されるべきだろう。石崎・前掲注（84）29-30頁。

[93] もっとも、山下健次によれば、生存権の保障については２段階の裁判的保障があるから、弱い裁判規範力のもとでも一定の救済機能がある。第１段階として、裁判所において、諸法令を可能な限り憲法の趣旨に従って積極的に解釈することにより、生存権保障の裁判的保障のレベルアップをはかり（憲法によって形骸だけを与えられた生存権は、それを実施する法律によって空間が埋められ、権利が実質化していき、実質化が進めば進むほど、直接「処分の違憲性」

そして近年の学生無年金訴訟においても消極的な姿勢を崩していない。

生存権訴訟における具体的な違憲審査基準について、最高裁は、堀木訴訟において「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講じるかの選択決定は、立法府の裁量に委ねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない」と述べ、生存権の裁判規範性を認めたものの、広範な立法裁量論を前提とし、いわゆる「明白性の原則」という極めて緩やかな審査基準を採用した。生存権の具体的な内実に関する判断を回避しているため、実質的に審査していないに等しい。それに対して、学説では芦部信喜が「すくなくとも、平等原則違反というかたちで問題が争われるときは、形式的な目的と手段との合理的関連性の有無を問うだけの、立法府に広汎な裁量を認める考え方ではなく、もう少し具体的な事実、実態に基づいて判断をする方法で審理」[94]すべきであるから、「アメリカの『厳格な合理性』のアプローチと同じ厳しさの実質的審査を認めるものでなければならない」[95]と述べ、「生活事態を考慮した上での中間的審査基準」を提示した。

また、「最低限度の生活保障」と「より快適な生活保障」とを区分し、生存権を二層的構造と把握して、最低限度の生活保障の程度については客観的に把握しうることから、「厳格な審査基準」を適用すべきである、という主張もある。たとえば中村睦男は、最低限度の生活保障に関しては「厳格な審査基準」を適用し、より快適な生活保障に関しては「より緩やかな審査基準」を適用すべきだと主張する[96]。横田耕一や浦部法穂は、最低限度の生活保障には「厳格な審査基準」を適用すべきであるとしつつ、より快適な生活保障について、横田は「厳格な合理性の基準」

を争うことができるようになる）、第２段階では、憲法の生存権規定が直接適用される。山下健次「生存権の裁判的保障」大須賀明『生存権』（三省堂・1977年）115頁。

94 芦部信喜『憲法判例を読む』（岩波書店・2000年）163頁。

95 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣・1981年）113頁。

96 芦部編・前掲注（22）357-358頁［中村睦男執筆］。

を、浦部は「合理的の基準」を適用すべきである、と主張している[97]。

このように、学説が提示している「生活実態に基づいた違憲審査」、あるいは、「生存権の二層構造の把握」によって、生存権の違憲審査基準をより厳密にできるはずだが、裁判実務には反映されていない。藤澤宏樹によれば、二重の基準論を前提とした生存権の違憲審査においては、広汎な立法裁量論を前提として無審査ともいえる合理性の基準が適用されるのは必然の帰結である。すなわち、精神的自由を享受する前提である経済的基盤を保障するものとして生存権を捉え、自由権的に構成し直すという構造をとる限り、たとえぎりぎりの生活に関する事柄（最低限度の生活保障）が憲法上の権利であるとされたとしても、結局、二重の基準論のもとでは、自由権であっても経済的事象に関する自由については合理性があれば規制されてもよいことになっているため、より純粋に経済的事象に分類される生存権の問題では[98]、合理性の基準の適用も容易に認められてしまう[99]。そこで、生存権訴訟における違憲審査基準をより厳格なものとするために、藤澤は、生存権に経済的権利と異なる性質が含まれていることを明らかにする必要性に加えて、「生存権の自由権的基礎づけばかりでなく、自由権を生存権的視点から再構成する」必要性も指摘している[100]。したがって、いわゆる権利の価値序列に基づい

---

[97] 横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座憲法訴訟第２巻』（有斐閣・1987年）161頁以下、浦部法穂『違憲審査の基準』（勁草書房・1994年）33-45頁。

[98] たとえば、君塚正臣は、二重の基準論のもとで「日本国憲法が、社会国家・福祉国家原理を取り入れ、特に社会権的基本権規定を挿入した点を強調しても、そのことが厳格度の高い司法審査基準を妥当する根拠とはならない。……生存にかかわる、つまりは経済的事象の社会国家政策的規制問題に、特に厳格度の高い審査基準を当てはめることは、一貫性を欠こう。…社会権の問題は経済的自由の修正として純化することができるように思われ、合理性の基準が妥当すると言いやすいと思える」と述べ、合理性の基準から分化した中間審査（三重の基準論）の恣意性を指摘し、明快な憲法訴訟論を展開するために従来の「二重の基準論」を復活・確立すべきと主張した。君塚正臣「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学17巻２号（2008年12月）10頁。

[99] 藤澤宏樹「生存権の違憲審査基準論の再検討」法律時報75巻10号（2003年９月）84-86頁。

[100] 藤澤・前掲注（99）86頁。

た「二重の基準論」が反映している生存権訴訟の審査基準は、見直されるべきである。

多様な生活実態に応じた生存権保障や、より快適な生活保護といった観点からは、生存権の実現にかかる立法府や行政府の裁量を認めないわけにはいかない。しかし、司法審査を行う以上、審査しないに等しいような過度あるいは一律に広汎な立法裁量に委ねるべきではない。生存権が実質的に保障されない原因として、生存権の内容が抽象的であることの他に、受給資格、受給要件等の行政手続上の問題にも注目すべきであるとの指摘もある。たとえば葛西まゆこは、立法裁量においても生存権保障の手続に関しては裁判所の積極的な審査が可能である、と指摘している[101]。生活保護以外の福祉政策については、立法による解決を促すために裁判所が可能な限り精緻な検討を行うことが求められるため、一律に緩やかな審査基準を適用するのではなく、当事者それぞれの利益を考慮しつつ、厳密に比較衡量を行うべきであり、中間審査基準といった「より厳格な審査基準」によって審査すべきである、と主張している[102]。葛西は、最近の論文において、法律による具体化がなされてはじめて憲法

[101] 葛西まゆこ「生存権と立法裁量」法学政治学論究67号（2005年12月）220頁。

[102] 葛西まゆこは、主にアメリカのモンタナ州のブッテ（Butte）判決から、福祉政策に関する立法裁量を合理的な範囲内に制限した中間審査基準の手法という示唆を得ている。すなわち、モンタナ州憲法には、権利宣言としての２条「生活に必要なものを追求する権利」という福祉保障条項、及び、社会福祉立法の権限を定める12条の統治機構の規律がある。

モンタナ州最高裁は、Butte Ⅰ判決（Butte Community Union v. Lewis, 712 P.2d 1309 (Mont. 1986)）において、12条について「憲法が給付を命じる以上、公的扶助の制度については、政策目標とのより合理的な関係が必要である」と判示した。したがって、福祉給付に関する立法裁量は完全に無制限ではない。そして、Butte Ⅱ判決（Butte Community Union v. Harris, 745 P.2d 1128 (Mont. 1987)）において、「福祉給付については、それが、基本的な必要を充たすための憲法に根拠を置く社会扶助への権利であるがゆえに、立法部は、十分な保護がなされるよう配慮しなければならない」と判示した。したがって、立法裁量は決して司法審査を遮断するものではない。葛西・前掲注（101）201頁以下、藤田忠尚「生存権の発見――アメリカ州憲法における積極的権利の軌跡（２・完）」福岡大学大学院論集（2009年11月）237頁。

25条の機能を果たすことになるという抽象的権利説の下でも、生存権訴訟における行政裁量を逸脱した違法な処分に対して、裁判所は、憲法的価値を読み込んだ「違法」判断によって権利保障をはかり、行政裁量の根拠となる法律の解釈に憲法規範を読み込めば、「違法」レベルを「違憲」レベルに引き上げる余地があるとして、いわゆる「小さな司法」による救済方法を提示している[103]。

しかしながら、葛西は、「生存権が憲法に存在する限り、少なくとも最後のセーフティ・ネットを取り去ることができない」という明確な最低限度の規範内容がある、とも述べている[104]。そうであるならば、最低限度の生活保障については具体的権利性があることを認めざるをえないのではないか、と指摘している。その意味で、抽象的権利と具体的権利説という学説の区別によって生存権の規範的効力を判断する必要はないように思われる。しかも、生活保護法のような生存権を具体化した法律が既に存在しているのだから、その実施の態様について、生存権の要請に合致しているかを判断すべきであろう。笹沼によれば、健康で文化的な「最低限度の生活保障」という概念は、「国民の生活実態、特に生活困窮者の実態を考慮し、公正な給付の実施手続基準等を設けることを要請している」。そして、憲法「25条規範の要請とその具体化・実施過程の構造とその統制方法が明らかになった以上、広範な立法裁量、行政裁量を認め、司法判断を抑制することは許されない」[105]。

他方、生存権の個別具体的な性質に基づいて「より快適な生活保障」を図り、福祉政策の策定を迅速かつ的確に行なうために、一定の立法裁

---

[103] 葛西・前掲注（24）110頁以下。

[104] 葛西・前掲注（24）118頁。

[105] 笹沼弘志「生活保護基準設定における大臣の裁量権と立憲主義的統制」賃金と社会保障1529・1530号（2011年１月合併号）34頁。近時、老齢加算廃止訴訟福岡控訴審（福岡高判平成22年６月14日判時2085号76頁）は、裁判所は老齢者の生活実態に基づき、老齢加算の減額廃止は社会通念に照らし著しく妥当性を欠いており、正当な理由はないことを指摘し、その減額廃止が生活保護法56条に違反し「違法」であると判示した。つまり、行政裁量を認めたが、最低生活水準を維持するための諸措置を国側が十分に考慮していなかったのは、裁量権の逸脱または濫用と見なされた。

量や行政裁量を認めることは、やはり必要だと思われる。しかし、それらすべてに緩やかな違憲審査基準を適用すべきではない。尾形が説くように、生存権を発展的に実現させるため、生存権の司法審査は、「政治部門の判断に一定の途を開きながら、しかしその進むべき方向について、憲法や各法令の指示するものを踏まえつつ漸進的に領導していくことが重要」である[106]。このように、司法府と立法府との対話を進めていく過程に、立法裁量論や司法審査の積極的な意味を見出すことができるわけである。

このように、従来の生存権学説の分類によれば、生存権を二層的ないし多層的に把握する傾向があるようである。そうだとすると、対応する審査基準の二分化ないし多分化も必要だと思われ、このような生存権の多層的権利概念に基づき、多様な社会保障権利・利益に応じて異なる違憲審査基準を適用し、より積極的な司法審査が期待されるといえよう。そこで、現在の社会事実の脈絡のもとで、生存権の多段階的・多層的類型化に応じて、各実践過程におけるそれぞれの内実と規範的意義や救済機能の最大化、及び人間の尊厳や平等原則などの憲法条項との関係がさらに明らかにされなければならないことになる。

〔付記〕本稿は、北海道大学博士（法学）学位論文「社会給付と生存権保障の憲法理論――日本･アメリカ･台湾の司法審査を中心として――」（2011年6月30日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり、日本交流協会奨学金（H19002・2007－2010年度）の支援を得た。また、加筆・修正にあたり、日本学術振興会科学研究費補助金（研究活動スタート支援・課題番号：23830002）（2011－2012年度）の助成を受けている。さらに、加筆・修正の際には、落合研一氏（北海道大学アイヌ・先住民研究センター助教）、児玉弘氏（北海道大学法学研究科博士課程・日本学術振興会特別研究員）、橋場典子氏（北海道大学法学研究科博士課程・日本学術振興会特別研究員）のご協力をいただいた。記して謝意を表したい。

[106] 尾形健「生存権論の可能性」・前掲注（70）21頁。

論　　説

民事詐欺の違法性と責任（1）

岩　本　尚　禧

目　　次

序論
　第１節　本稿の課題
　　第１款　「違法根拠の自由意思」と「責任根拠の自由意思」
　　第２款　故意要件の意義と問題
　　第３款　学説の対応
　　第４款　本稿の課題
　第２節　本稿の構成
　　第１款　ドイツ法
　　第２款　日本法　　（以上、本号）
第１部　ドイツ法
　第１章　詐欺の前史
　　第１節　ローマ法と自然法
　　第２節　19世紀の詐欺論
　第２章　詐欺の違法性と責任
　　第１節　転回する自由意思の要保護性
　　第２節　保護の範囲と限界
第２部　日本法
　第１章　民事詐欺論の展開
　　第１節　日本民法と自然法
　　第２節　意思決定自由の要保護性
　第２章　民事詐欺の違法性と責任
　　第１節　比較法の帰結の考察－裁判例を素材として－
　　第２節　民事詐欺の違法性と責任
結論

序論

第１節　本稿の課題

第１款　「違法根拠の自由意思」と「責任根拠の自由意思」

本稿の対象は、民法96条１項の詐欺である。被欺罔者は、相手方の詐欺を理由として、自身の意思表示を取り消すことができる[1]。「民法は、詐欺・強迫を受けた者のためにその正当な利益の保護をはかる」のであるから[2]、96条は表意者を保護する制度であることが理解できる[3]。ただし、96条が認める法律効果は取消権であり、その対象は意思表示であるから、財産的損害は96条の要件ではなく、ゆえに財産的利益は96条において保護されるべき利益ではないはずである。ならば、民法が96条において保護している被欺罔者の利益とは何か。

例えば、710条の自由権は精神的自由を含み、精神的自由の内容として意思決定の自由が含まれるから[4]、その自由が詐欺によって侵害されれば、不法行為の成立が認められる[5]。そして、96条における詐欺も、自由

---

[1] 民法96条１項：詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。

[2] 我妻栄『新訂 民法總則』（1965年）307頁。また、ある論者によれば、「民法は相手方の不当な干渉のため自由な意思決定によらずして意思表示をした者に、その意思表示を取り消す権利を与えることによって、その不利益を免れさせることとした」（下森定『新版 注釈民法（３）』川島武宜･平井宜雄（編）（2003年）467頁）。この不利益が何か、も問題である。

[3]「錯誤も詐欺も、ともに、表意者保護の制度に他ならない」（我妻･前掲注２･311頁）。

[4]「生命・身体が社会の存立および不法行為法制度の根幹をなす最も重要な利益であることは、前述のとおり（〔三〕頁）であるから、最も重大さの程度が高い。身体を動かす自由も同様である（七一〇条は、「自由」を挙げる。なお同条に「生命」が挙げられていないのは、生命侵害そのものに慰藉料請求権を認めない趣旨であった－七一一条および一七七頁参照）。重要さにおいてそれと劣らない意思決定の自由も含まれることに異論はない」（平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（1992年）41-42頁）。

[5] 大審院1933年（昭和８）６月８日判決（大審院刑事判例集12巻771頁）は次のように説示する。「第七百十條ニ所謂自由トハ身體的活動ノ自由ノミナラス精神活動ノ自由ヲモ包含スルモノト解スルヲ正當ナリトスルカ故ニ不法行爲者カ本件ニ於ケルカ如ク欺罔手段ニヨリ被害者ノ意思決定ノ自由ヲ害シテ錯誤ニ

な意思決定を妨害する行為として理解されている[6]。それゆえ、96条の詐欺によって侵害される自由意思と710条によって認められている自由意思を別意に解する理由が存在しない限り、96条における表意者の利益を自由権として捉えることが可能である[7]。ここで仮に権利侵害ないし法益[8]侵害を違法として理解するなら[9]、この意味における自由意思は「違

陥レ財物ヲ騙取シタル案件ニ付テハ被害者ニ於テ之カ爲メ財産上ノ損害ヲ被リタル外特ニ精神上ノ苦痛ヲ被リタル事實ノ存スル限リ不法行爲者ニ對シ財産上ノ損害賠償ノ外慰藉料ヲ請求スルコトヲ得ルモノト解スルヲ妥當ナリトス」。

[6]「表意者の自由な意思決定を妨げる不当干渉として民法の認める手段には、詐欺と強迫とがあり、詐欺または強迫によつてなされた意思表示を『瑕疵ある意思表示』と一般にいう」（下森・前掲注２・222頁）。

[7] 確かに、決定論と非決定論の対立が示すように、そもそも自由意思の存在を否定する理解も成り立ち得る（この点について、例えば来栖三郎『法とフィクション』（1999年）313頁以下を参照）。しかし、民法が自由権の内容として自由意思を認めるなら、少なくとも民法を語る範囲において、自由意思の存在は肯定され得るし、肯定されなければならない。それゆえ、本稿は、自由意思の存在を前提として、議論を進める。

なお、本稿において、「意思」という表現と「意志」という表現を区別しない。さらに、自由それ自体が自分の意思を自ら決定する意味を含み得るから（宗宮信次『不法行為論』（1968年）272頁）、本稿において「自由意思」という表現と「決定自由（あるいは意思決定自由）」という表現も、その意味内容について区別しない。

[8] 本稿は、違法評価の対象として、「権利」と「法益（法的に保護された利益）」を特に区別しない。このことは、例えば旧709条に追加された「法律上保護された利益」という文言が実質的な変更を企図された要件ではなかったことからも理解される（つまり、権利侵害が違法であるなら、法益侵害も違法でなければならない）。709条における「法律上保護された利益」について、道垣内弘人「民法709条の現代語化と要件論」法学教室291号（2004年）57頁以下も参照。

刑法学においては、違法評価の対象は「権利」に限定されず、「法益」として捉えられている。これは、「刑法によって保護されるのを権利だけに限定するのはせますぎる。権利といえない利益で刑法の保護の対象となるものは、いくらもある。そこで法益の侵害という考え方が権利の侵害という考え方にとって代った」からである（団藤重光『刑法綱要総論（第３版）』（1990年）185頁）。それゆえ、民法が刑法よりも権利ないし法益について保護の機能ないし範囲を狭めなければならない理由が存しない限り、民法709条における「法律上保護

法根拠の自由意思」として把握することができるであろう[10]。違法根拠の自由意思は、その特徴として権利性を帯び、その反面として被侵害性も備える。これは、外在的な侵害を受けることによって初めて法律効果と結び付く性質の自由意思を意味する。96条における被欺罔者は、この違法根拠の自由意思に対する侵害を理由として、意思表示の取消権が与えられるのである。

このような違法根拠の自由意思に対して、行為者あるいは表意者の責任[11]と結び付く自由意思も存在する。例えば、刑事責任の前提として要

される利益」も違法評価の対象として理解されるであろう。なお、刑法学における「権利」から「法益」へ展開する過程は19世紀のドイツ刑法学において見られ、これはドイツ民法典における自由意思の要保護性あるいは違法評価の理解にも関わる点であり、後述する。

[9] 違法性概念の根拠について付言する。その根拠を「不法」行為という文言に求める見解が存在する（前田達明『不法行為帰責論』（1978年）203頁の注（３））。しかし、そのように理解しなくても、違法性という概念を肯定することは十分に可能である。法の存在それ自体が違法性を予定しているからである（我々が生活する社会において、およそ違法状態が起き得ないならば、そもそも法は必要ない）。それゆえ、たとえ民法典における不法行為の文言が、例えば「私犯」あるいは「侵権行為」であったとしても、民法典において当然に違法性を語ることができる。

なお、本稿は、不法（Unrecht）と違法性を原則として区別しない（この点について、Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911 (Neudruck 1966), S. 92も参照）。さらに本稿は、Rechtswidrigkeit と Widerrechtlichkeit も原則として区別せず（この点について、Ernst Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), S. 6も参照）、両者について同じく「違法性」という訳語を与える。

[10] 民法710条の自由権に自由意思が含まれること（前掲注４および５を参照）、権利あるいは法益も違法評価の対象たり得ることから（前掲注８を参照）、自由意思の権利性を語ることができ、少なくとも自由意思の侵害を違法として捉えることは可能である。

[11] 責任の最広義の意味は、法律的な制裁または不利益として理解されている（國井和郎「Ⅱ 責任－近代法から現代法への展開」芦部伸喜・星野英一・竹内昭夫・新堂幸司・松尾浩也・塩野宏（編）『岩波講座 基本法学５－責任』（1984年）44頁）。刑罰は制裁として理解することができるし、損害賠償は不利益と

求される自由意思が、それである[12]。これに対応する民事責任として、まず不法行為責任[13]が挙げられ、より広義の民事責任として契約責任も含まれる。とりわけ契約責任と自由意思の関係は、「契約当事者は自己の自由な意思に基づいて契約を締結し、その結果として当該契約に拘束される」という契約の拘束力の根拠として重要である[14]。このように、刑事責任であれ、不法行為責任であれ、契約責任であれ、自己の自由な意思が責任を基礎づけるのであるから、この意味における自由意思を「責任根拠の自由意思」として把握することができるであろう。

当然ながら、違法根拠の自由意思を有する被欺罔者は、その自由意思に基づいて契約を締結した主体である限り、責任根拠の自由意思に基づいて契約責任を負う。このことから責任根拠の自由意思と違法根拠の自

して理解することができる。契約の拘束性は自由の剥奪という意味において不利益として理解することができるであろうから、契約の拘束性も法的な責任として理解することができるであろう（この点について、例えば森村進『権利と人格－超個人主義の規範理論－』（1989年）147頁を参照）。厳密に言えば、制裁と不利益も区別され得るであろうが、しかし現時点における言及は控える。

[12] この意味における自由意思について、平野竜一「意思の自由と刑事責任」尾高朝雄教授追悼論文編集委員会（編）『自由の法理』（1963年）231頁以下を参照。

[13]「作為および不作為という人間の自由な意思に基づく行為のみが帰責の前提となり、かかる意思によって導かれた行為のみが違法および有責な行為と評価される」（中井美雄「不作為による不法行為」山田卓生（編）『新・現代損害賠償法講座 第１巻 総論』（1997年）108頁）。

[14] 契約の拘束力の根拠について、大別すれば、信頼と意思が挙げられるであろう（例えば、星野英一「Ⅵ 現代における契約」加藤一郎（編）『岩波講座 現代法８』（1966年）265頁および高橋三知雄「私的自治・法律行為論序説（一）」法学論集24巻３号（1974年）142頁を参照）。しかし、「信頼責任に基づく法律行為的効果を認めることが妥当かは、検討すべき重要な問題であるが、かりにこれを承認するとしても、本人の意思をまったく排除することが不当である、との認識はひろく支持をうけるものと思われる」（石田喜久夫「現代法律行為論の課題－意思主義の復権とその限界－」Law School13号（1979年）９頁の注４）。すなわち、契約の拘束力の根拠から意思の要素を完全に排除しない限り、いずれの見解に与しても、意思が契約の拘束力の根拠として重要な意味を持つ点について変わりはない。

由意思は表裏一体であること、そして両者の区別が一定の法的観点に基づく相違に過ぎないことが理解できる[15]。いずれも一人間が備え持つ自由意思である点においては何ら異らないのであり、あらゆる局面において両者の区別が可能かつ意義を持つわけでもない。

しかし、本稿は96条の詐欺取消制度を、違法根拠の自由意思と責任根拠の自由意思という区別が可能であり、かつ当該区別が意義を持ち得る一場面として想定している。なぜなら、96条の枠組においては、違法根拠の自由意思と責任根拠の自由意思は、相互に真逆の法律効果と結び付いているから、つまり違法根拠の自由意思を重視すれば取消権の行使に基づく拘束力の解消へ、逆に責任根拠の自由意思を重視すれば契約に基づく拘束力の維持へ向かうからである。

自由意思が異なる側面を有すること自体は問題ではない。問題は、従来の詐欺取消制度の解釈論においては、責任根拠の自由意思のみに重点が置かれ、違法根拠の自由意思は十分に考慮されてこなかった、という点である。例えば、ある者は次のように述べる。「たとえ他人の欺罔行為によって錯誤におちいったとしても、表意者はなお意思表示の決定の自由を保持し、自己の自由な判断によって意思表示をしたわけであり、時としては相手方の欺罔行為を見破ることのできる場合もあるかも知れない」[16]。

ここで語られている自由意思は、責任根拠の自由意思である。責任根拠の自由意思を強調すれば、当然に契約を維持する作用が働き、その反面として違法根拠の自由意思は軽視され、被欺罔者が救済を受ける余地

---

[15]「確かに、民法123条の構成要件における意思自由の干渉は外部的な他人の影響によって引き起こされているのであり、これに対して行為能力の場合における干渉は本人の事情に由来している。かかる差異は、侵害の原因に関連しているに過ぎない」（Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 115）。引用文における民法123条は、後述する如く、日本民法96条に相当するドイツ民法の規定である。なお、同書の紹介として高橋三知雄「ヴォルフ『法律行為における決定の自由と契約による利益調整』（１）・（２・完）」法学論集21巻３号155頁以下・同巻４号（1972年）104頁以下）。

[16] 石本雅男『民法総則』（1962年）243頁。

は低減する[17]。既に指摘したように、責任根拠の自由意思と違法根拠の自由意思は、詐欺を語る局面において、相反する作用を営む。問題は、この局面において、なぜ責任根拠の自由意思のみが強調されるのか、である。

その原因として、被欺罔者の落ち度に注目する傾向（風潮？）が考えられる。例えば、ある者は次のように述べる。「詐欺にかかった者にはうかつな点もあるのが通常だから、その者が不利益を被ってもやむをえない」[18]。この理解によれば、違法根拠の自由意思が害された原因は被欺罔者に求められ、したがって違法根拠の自由意思に対する侵害は考慮されず、その結果として考慮される自由意思は責任根拠の意味しか残らず、ゆえに責任根拠の自由意思が妥当し、やはり契約の解消は制限され、最終的に詐欺取消制度は適用されない、という結論が正当化される[19]。こうした見解によれば、もはや96条の詐欺取消制度は、被欺罔者の所為を戒める制度と化してしまう。しかし、民法は被欺罔者に対する制裁法なのか[20]。96条の規範目的は表意者の保護ではなかったのか。

---

[17]「詐欺については、故意による違法な欺罔行為があったことが厳格に要求され、単に誤った事実が告げられたり、意思決定に必要な情報が告げられなかったりしただけでは、詐欺による取消しは認められない。･･･(中略)･･･これは、みずから意思をもって契約した以上、保護が受けられるのは、詐欺や強迫という悪質な行為がおこなわれた場合にかぎられると考えられてきたことによる」(山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（一)」民商法雑誌141巻１号（2009年）11-12頁)。

[18] 四宮和夫『民法総則』(1972年）195頁、同『民法総則（第四版補正版)』(1996年）185頁。その他に、「詐欺されたこと自体には多少の軽率さを伴うことがある」(須永醇『民法総則要論』(1988年）204頁)。さらに同206頁によれば、「『そこつ者』－被欺罔者」。それ以外に、中井美雄『通説 民法総則』(1991年）182頁、石田喜久夫『口述 民法総則（第二版)』(1998年）244頁も参照。

[19]「詐欺の典型的場合においては－不当勧誘事例にかぎっていえば常に－、錯誤に陥ったことについて表意者にも過失があ」り、「不当勧誘事例は、顧客に過失がある－そのため契約の拘束力からの完全な解放が不適切である－がゆえに、詐欺取消制度の射程外に置かれていたのである」(橋本佳幸「取引的不法行為における過失相殺」ジュリスト1094号（1996年）150頁および153頁)。

[20]「欲張った人は損をするといい薬になる、高い授業料を支払ったと思えばよ

第2款　故意要件の意義と問題

表意者の保護という96条の規範目的を重視しない解釈が押し進められるならば、その当然の前提として詐欺の成否を決する解釈の重点は被欺罔者の観点から欺罔者の観点へ移り、それに連動して、96条という枠組においては欺罔者に対する評価を反映できる要件が重視される。そして、それは96条の故意要件に他ならない[21]。

96条の故意は、いわゆる二段の故意を要する。すなわち、「(a) 相手方を欺罔して錯誤におとし入れようとする故意と、(b) さらに、この錯誤によって意思表示をさせようとする故意とである」[22]。この定義から読み取ることができる重要な要素は、以下の三点である。第一に、一段目の故意における欺罔が既に相手方の意思決定自由を侵害している点である[23]。第二に、およそ契約当事者ならば、相手方をして意思表示させる故意を有しているはずであるから（売主ならば、買主に「買う」と言わせたいはずである）、これを敢えて要求する二段目の故意は（一段目

いなどと安易にいうことで、欲を張らせるのに首尾よく成功した悪者が得をすることになりはしまいか。民法は欲張った人に対する制裁法なのか」（米倉明「どういう論文が『よい』のか－民法解釈学の論文を念頭に－」法学雑誌 tâtonnement タートンヌマン1号（1997年）23頁）。

[21]「詐欺の典型的場合においては－不当勧誘事例にかぎっていえば常に－、錯誤に陥ったことについて表意者にも過失がある（情報収集不足）。そのため、詐欺取消による意思形成過程の保護は、相手方が欺罔の故意を有する場合にしか正当化できない」（橋本・前掲注19・150頁、同「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢164巻1－6号（2009年）415頁の注71も参照）。

[22] 我妻・前掲注2・308頁。

[23]「相手方の行為によって表意者が錯誤に陥る場合には、虚偽の言明という典型的な行為態様を例にとっても、相手方の主観的態様に応じ、(i) 相手方に過失はないがその虚偽の言明による場合、(ii) 相手方に過失がある場合、(iii) 相手方が故意に虚偽の言明をした場合、そして (iv) それによって意思表示をさせる目的で故意に虚偽の言明をした場合がある。表意者が相手方の言明に惑わされるという点では、(i) ～ (iv) に変わりはない」（沖野眞已「契約締結過程の規律と意思表示理論」別冊 NBL54号（1999年）28頁。さらに、同頁によれば、「にもかかわらず、民法が詐欺取消を認めるのは、(iv) の場合のみである」という）。

の故意における欺罔に基づく被欺罔者の意思表示に関する）欺罔者の特別な主観的意図として理解されている点である[24]。そして、第三に、第一および第二から、「二段の故意」という要件それ自体が、96条という枠組において、被欺罔者の被侵害権利よりも、欺罔者の行為態様の重視を示している点である。

このように通説によれば、詐欺概念と故意概念は密接な関係を有する。そもそも両者の関係は古い。後述するように、詐欺取消制度の起源たるローマ法の dolus それ自体が既に詐欺と故意の両義を備える概念であったのであり[25]、さらに dolus はキリスト教の影響を受けたことによって道徳的観念と結び付けられ、そして非難に値する主観的要素を不可欠の要件として求める傾向が生まれた[26]。こうして、近代法制度の誕生より古い歴史を有する詐欺の概念は、法典において詐欺として規定される時点において既に、欺罔者の主観的態度を推し量る要素である故意要件なくして語り得ない概念として確立されていたのである[27]。

しかし、このことが近代市民法の理念から逸脱していることは、過失責任の原則を想起すれば、明らかである。過失責任の原則は、その字の如く、行為者の過失が認められない限り、その行為者は責を負わない旨を説く原則である。換言するなら、行為者の過失が認められる限り、その行為者は責を負わなければならない。ところが、96条の詐欺は成立要

---

[24] いわば、「意思表示獲得目的」である（沖野・前掲注23・28頁）。

[25]「法の全領域について、かかる犯罪意思は、法律用語において『策略（List）』、つまり dolus として呼称され、大抵は強調して『悪意ある策略（böse List）』、つまり dolus malus として呼称されているのであり、不法の意識、つまり sciens を伴って行われる」（Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, 1961, S. 86）。

[26] この点に関して、詐欺の意味の dolus について Ulrich von Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia, 1971, S. 193、故意の意味の dolus について Max Kaser, Das Römische Privatrech II, 1959, S. 253 f. を参照。

[27] 詐欺に植え付けられた負の印象は、現在も払拭されてはいない。詐欺は、「社会通念上悪い、違法視されることが必要」であり（石田・前掲注18・241頁）、「その響きには強烈な印象があり、道徳的な非難のはなはだしい行為といった印象をぬぐえない」（平野裕之「投資取引における被害者救済法理の相互関係について－投資取引における事業者の情報提供義務－（１）」法律論叢71巻１号（1998年）42頁）。

件として故意を要し、欺罔者の過失は詐欺を構成しない。すなわち、民法96条は、過失責任主義の重大なる例外を成すのである。では、なぜ民法96条は過失責任主義の例外たり得るのか。

「詐欺は本来的に故意行為であるから」。詐欺の解釈伝統を支持する者は、このように答えるのであろうか。しかし、これは、詐欺の解釈として考えられ得る複数の選択肢から採用された一つの立場に過ぎない。少なくとも民法は、96条において故意の要求を明記していない[28]。詐欺を故意行為として解釈しなければならない理由を明示しない限り、過失責任主義に対する民法96条の例外性は説明されないし、正当化されないはずである[29]。

ならば、96条の故意要件は如何なる意味を有するのか。例えば、ある者は次のように答える。「意思表示の効力に影響あらしむるは効果意思決定の不自由ということのみを以て説明するを得ず」[30]、「意思表示の効力を問題とするに當りては須らく表意者を以て起點となさざる可らず、他人に於て意思決定の不自由を惹起こしたりという客觀的因果關係あり、之を惹起こさしめんと欲したりという主觀的連絡あらば乃ち他人を措いて表意者を保護するに十分なる理由存す。民法は之を以て當事者の

[28] これに対して、日本民法96条1項に相当するドイツ民法123条1項は、欺罔者の故意を意味する悪意の要件を明文化している。にもかかわらず、本論において確認するように、ドイツ民法123条1項の詐欺取消制度の故意要件は相当程度に緩和され、ほとんど過失に近い。

[29] 例えば、橋本・前掲注19によれば、表意者の過失が故意要件を正当化する要素であるようにも見える。しかし、これは不当である。なぜなら、例えば、「商品取引員側の違法行為は、まさに顧客側の過失の誘発を目的としたものと評価すべきだからである」（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」法律時報59巻9号（1987年）95頁）。一方当事者の情報収集不足のみが強調され、他方当事者の説明不足という過失は看過され易い。もし両者に過失が認められるなら、共通錯誤によって無効が認められるべきであろう（事業者側は、当初から十分な説明を与える意図を有していなかった、という抗弁によって自身の錯誤を否定することはできない。これは、詐欺の故意の自白に等しいからである）。このような場合に共通錯誤が認められないならば、やはり民法96条の故意の要件は不平等を招き、不当である。

[30] 鳩山秀夫『民法研究 第一巻（總則）』（1925年。初出は1910年）523頁。

雙方を最も公平に保護し、取引の安全を確保する所以としたるものなり」[31]。

ここで語られる「取引の安全」の確保は、要するに欺罔者側の行為自由の保障を意味する。確かに、伝統的な法解釈によれば、故意または過失は責任形式である[32]。そして同時に、過失責任の原則は、帰責原理という側面に加えて、行為自由の保障という目的をも併せ持つ[33]。それゆえ、欺罔者の法益の保障という目的を、不法行為法のみならず、96条の枠組においても妥当せしめること自体は可能であり、かつ正当である。つまり、96条における詐欺取消制度においても、一方当事者の意思決定自由のみならず、他方当事者の行為自由も考慮されるべきであろう。

しかし問題は、なぜ他方当事者の行為自由を確保する要件が96条の詐欺取消制度という枠組においては「故意」に限定されるのか、である。96条の主観的要件が故意に固定される限り、当事者間の利益調整は均衡を維持し得ず、公平性を欠く。なぜなら、故意要件を堅持すれば、過失の欺罔に起因するリスクは、専ら誤導された契約相手方に割り振られるからである。すなわち、解釈伝統に従い96条１項の故意要件を維持するならば（換言するなら、過失の詐欺を認めないならば[34]）、過失行為者の行為自由は保障されるものの、被欺罔者は欺罔者の過失責任を甘受する他なく、その反面として被欺罔者の被侵害権利、つまり違法根拠の自由意思の要保護性は低下するのである。

以上の如く、96条の枠組においては、違法根拠たる被欺罔者の意思決定自由と、責任要素を通じて確保される欺罔者の行為自由が、相互の法益として対立する。本稿が表題として掲げる「民事詐欺の違法性と責任」

---

[31] 鳩山・前掲注30・528頁。同論文は強迫における意思を論じているものの、この点は詐欺にも同じく妥当する旨を説いている（523頁）。

[32] 例えば、金子宏・新堂幸司・平井宜雄（編）『法律学小辞典（第３版）』（1999年）304頁を参照。

[33] 藤岡康宏「五 私法上の責任－不法行為責任を中心として－」芦部伸喜・星野英一・竹内昭夫・新堂幸司・松尾浩也・塩野宏（編）『岩波講座 基本法学５－責任』（1984年）212-213頁。

[34]「過失による詐欺の承認は解釈伝統と断絶する」（磯村保「契約成立の瑕疵と内容の瑕疵（２）」ジュリスト1084号（1996年）80頁を参照）。

は、まさに違法性[35]（被欺罔者の意思決定自由の要保護性）と責任（欺罔者の行為自由を確保する要件）の相互関係の問題を指しているのである。既に確認したように、被欺罔者が有する違法根拠の自由意思は責任根拠の自由意思と表裏であるが、しかし同時に責任根拠の自由意思は欺罔者の責任を肯定する前提でもあるから、欺罔者と被欺罔者は責任根拠の自由意思を通じて共通の側面を持ち合わせているのであって、それゆえ民事詐欺の違法性と責任における相互関係は共通の過失（責任主義に立脚した）要件でなければならないはずである。被欺罔者の意思決定自由が欺罔者の行為自由に劣後する性質の自由ではない限り、96条における故意要件は一方で行為自由を優先し、他方で意思決定自由を劣後せしめる結果を導き、不当である。

ところが、伝統的通説は、一方で96条の故意要件を堅持し、他方で被

[35] 違法性概念の根拠については、既に述べた（前掲注９）。もっとも、違法性概念を認め得るとしても、これを積極的に肯定するか否か、は別の問題である。実際に、違法性概念の不要を説く見解が存在する。例えば、「『権利侵害から違法性へ』の命題が、通説を支配するや否や、『違法性』概念はその機能を果し終った」（平井宜雄『損害賠償法の理論』（1971年）383頁）。これに対して、むろん、違法性概念の存置を説く見解も存在する（近時では、例えば吉村良一「不法行為法における権利侵害要件の『再生』」立命館法学321･322号（2008年）602頁）。本稿も、違法性概念の有用性を前提として、議論する（違法性概念の意義は本稿の本論においても触れる。さらに、違法性「概念によって、正当防衛や被害者の同意といった、不法行為責任を阻却する事由を整合的に組み入れることができる」という吉村・前掲の指摘に対して、本稿も同意見である）。ただし、違法性概念の存置を説く見解は、これを行為の違法性から説く立場（行為無価値）と結果の違法性から説く立場（結果無価値）に分かれる（吉村・前掲は、あえて仕分けるなら、前者であろう）。もちろん、両者を統合した見解も存在しないわけではないが、しかし行為無価値論は結果無価値論を先取る理論として理解されており、原則として両者は異質である（「結果不法は、行為不法の発生根拠にすぎず、内容そのものではないから、不法行為における違法な行為（不法）の本質は結果不法か行為不法かと問われれば、行為不法と答える外はない」（四宮和夫『現代法律学全集10-ii 不法行為』（1985年）280頁）。それゆえ、本稿は行為無価値論と結果無価値論を折衷した立場も行為無価値論として扱う（結果無価値を支持する本稿にとって、行為無価値は批判の対象であり、この点は本論において触れられる）。

欺罔者の法益を軽視する。例えば、ある者は次のように述べる。「自由權は自由といふ點に本體があるのではなく、寧ろ不法に干渉せられないといふ所に本體がある。換言すれば、詐欺強迫等による加害行爲が違法なのは自由權といふ利益を侵す點に在るのではなく、その行爲が詐欺強迫といふ禁止規定又は公序良俗に反するものなる點に存すると謂はねばならぬ」[36]。

この見解によれば、そもそも自由権の要保護性が低く捉えられ、それに連動して違法性の判断基準が被欺罔者の自由意思から欺罔者の加害行為（あるいは故意）へ移転し、その結果として自由意思は責任根拠の意味しか残らず、したがって契約の解消は制約される傾向が強まる。のみならず、この見解によれば、被欺罔者の自由意思は違法性の判断基準たる地位を失うから[37]、法によって予定される詐欺取消制度の目的は被欺罔者の自由意思の保護ではなく、むしろ欺罔者の制裁へ転じる[38]。しかし、民法は欺罔者に対する制裁法なのか。96条の規範目的は表意者の保

[36] 我妻栄『事務管理·不当利得·不法行為（復刻版）』（2005年。初版は1937年）136頁。

[37] それは行為の違法性が重視されるからであり、つまり「故意があったかどうかは主観の問題であり間接的に認定するほかないが、そうなると、行為の違法性の評価が大きな影響を持ってくる」（大村敦志『消費者法（第４版）』（2011年）81頁）。詐欺の問題に限らず、とりわけ不法行為の領域において行為の違法性を重視する傾向が裁判例においても見られる点について、徳本伸一「判例の違法論」金沢法学45巻２号（2003年）39頁以下を参照。なお、徳本によれば、こうした行為の違法性を重視する違法論が、違法性と有責性の峻別論を否定させる一要因として指摘されている（同・40頁）。結果無価値の立場を維持する本稿は、後述するように、違法性と有責性を区別する。

[38]「詐欺や強迫も、その結果表意者の健全な意思形成が妨げられた故にその効力を否定しうるものとする制度とみることのほか、詐欺者、強迫者の不誠実さを咎める制度とみること、さらには、それにより損害をこうむった者を保護する制度とみること、のどれもまったく可能である」（星野英一「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（１）連載にあたって」NBL469号（1991年）11頁）。その他に、「詐欺、強迫については、このような行為によって相手方の意思決定を歪める者の悪性に着目することも可能である」（大村敦志「契約内容の司法的規制（１）」NBL473号（1991年）37頁）。

護ではなかったのか。

仮に96条の規範目的を欺罔者の制裁として理解するならば、96条の適用可能性が縮減せられることは当然の帰結である。なぜなら、その成立要件の充足は非難に値する程度に達していなければならず、その認定は慎重を要し、その反面として96条の適用範囲は限定されるからである。少なくとも伝統的通説は、故意の要件を固持し、さらに二段の故意という制約を設け、そして欺罔者の行為態度を重視してきたのである[39]。

以上の問題関係は、詐欺のみならず、ある程度において強迫にも妥当する。確かに、民法96条が詐欺の他に強迫を規定している理由は、詐欺と強迫の共通性に由来するのであろう[40]。しかし、両者は根本的に異なる点も有する。すなわち、被強迫者は自身の意思決定自由に対する侵害を認識しているものの（被強迫者に当該行為が強迫であることを認識させなければ、強迫として意味を成さないから）、これに対して被欺罔者は自身の意思決定自由に対する侵害を認識していない（被欺罔者に当該行為が詐欺であることを悟られると、詐欺の意味を成さないから）[41]。つまり、被欺罔者が自身の意思決定自由を回復する契機は被強迫者より少ないのであるから、被欺罔者の要保護性を被強迫者の要保護性より高く評価することも可能であろう。

加えて、「自身の意思決定自由に対する侵害を認識していない」という状況は、相手方の過失に基づく言動によっても作出され得る。とりわけ、現代における社会制度の複雑化は詐欺を覆い隠す契機を与えるのみ

[39] とりわけ二段目の故意について、「此要件ハ甚重要ナルモノニシテ若此意思ニ出テス他ノ目的ヲ以テ事實ヲ虚示スルモ詐欺ヲ構成スルコトナシ」（富井政章『民法原論 第一巻』（1904年）375頁）。

[40] 「民法は詐欺による意思表示と強迫による意思表示とにつき共通の規定（九六条）を設けた。蓋し両者ともに他人の違法な行為に基因する表示であり、従つてまた表意者の保護を必要とする点に於いても同様だからである」（吾妻光俊『民法総則』（1967年）163-164頁）。

[41] 「詐欺は、表意者は、自己のなした意思表示が本来ならなされなかったものであることを表意者が自覚していなかった点では、錯誤と共通であり、強迫は、表意者にこの点の自覚がある点では、心裡留保ないし虚偽表示に近い」（鈴木禄弥『民法総則講義（改訂版）』（1990年）147頁）。

ならず、自由な意思形成を困難ならしめているのであり、すなわち社会制度の複雑化それ自体が意思決定自由の侵害を誘発している。それゆえ、現代社会において被欺罔者を救済すべき要請は、確かに存在しているはずであるが、しかし伝統的通説は96条において厳格な諸要件を維持し続け、このことが現代的取引状況における96条の然るべき運用の可能性を奪い続けたのである。

第３款　学説の対応

学説は、このような状況において、96条の再検討という選択肢を避け、解決の糸口を他の法規範へ求めた。例えば、95条の錯誤無効であり、709条の損害賠償である。ところが、これは、さらなる問題と弊害を生み出した。まず、95条に基づく解決が問題である。96条に代わる救済方法として95条が優れていることを示すためには、96条に基づく詐欺と95条に基づく錯誤の双方が主張され、かつ後者のみが肯定される事案を挙げる必要があろう。しかし実際は、96条に基づく詐欺と95条に基づく錯誤の両方が主張され、かつ後者のみが肯定される事例は少なく[42]、大抵は両方とも否定される[43]。それゆえ、95条は、96条に代わる救済手段と

---

[42] 例えば、東京地判1994年（平６）５月30日金法1390号39頁、東京地判1997年（平９）６月９日判タ972号236頁、東京地判1996年（平８）７月30日判時1576号61頁⑤、横浜地判1996年（平８）９月４日判時1587号82頁②、東京高判2008年（平20）５月22日判時2015号47頁が挙げられる（ただし、上記の裁判例は一方で錯誤を肯定し、他方で詐欺に言及していないに過ぎず、詐欺が明確に否定されているわけはない点に留意されるべきである）。

[43] 例えば、大阪高判1963年（昭38）７月15日判時350号19頁、大阪地判1972年（昭47）9月12日判時689号104頁、東京地判1975年（昭50）１月30日金融法務事情754号35頁、東京地判1975年（昭50）10月６日判時802号92頁、浦和地判1982年（昭57）５月19日判時1062号122頁、大阪地判1986年（昭61）５月30日判タ616号91頁、大阪地判1989年（平１）２月13日判タ701号216頁、東京高判1989年（平１）３月29日金法1243号29頁、東京地判1992年（平４）９月29日判タ823号241頁、東京地判1993年（平５）２月10日判タ816号214頁、広島地判尾道支部1993年（平５）10月22日判タ839号233頁、大阪地判1993年（平５）11月10日判タ843号188頁、東京地判1993年（平５）11月29日判時1498号98頁、東京地判1994年（平６）３月15日判タ854号74頁②、東京地判1994年（平６）12月14日判時1536号69頁、

して必ずしも適切ではない。

たとえ96条に基づく詐欺と95条に基づく錯誤の双方が主張され、後者のみが肯定される事案が多数を占めたとしても、これ自体が問題である。96条に代わる救済方法として95条を強調する解釈は、いわゆる評価矛盾という理論的問題を生み出すからである。すなわち、96条より緩やかな要件によって成立する95条[44]が、96条より強力な効果を発動することは矛盾ではないか[45]、という問題である。これに対して、95条の無効とい

東京地判1995年（平７）１月27日金法1420号37頁、東京地判1995年（平７）８月29日判タ926号200頁、東京地判1995年（平７）９月６日判タ915号167頁、東京地判1995年（平７）10月４日金法1467号41頁、東京地判1995年（平７）12月22日判タ926号220頁、東京地判1996年（平８）１月22日判タ915号264頁、東京地判1996年（平８）２月21日判時1587号82頁①、東京地判1996年（平８）３月26日判時1576号61頁②、東京地判1996年（平８）8月29日判時1606号53頁、横浜地判1996年（平８）９月４日判時1587号82頁②、東京高判1996年（平８）12月24日判時1596号63頁、松山地判1997年（平９）４月16日判タ983号239頁、大阪地判1997年（平９）５月29日判タ960号166頁、東京地判1997年（平９）７月７日判タ946号282頁、東京地判1997年（平９）７月28日判時1646号76頁、東京地判1999年（平11）２月23日判タ1029号206頁、名古屋地判2001年（平13）６月28日判時1791号101頁、東京地判2001年（平13）12月20日判タ1133号161頁、東京地判2004年（平16）７月13日判時1873号137頁、東京地判2006年（平18）１月27日判タ1236号251頁、大阪地判2006年（平18）４月18日判時1959号121頁、大阪地判2008年（平20）４月18日判時2007号104頁、大阪高判2008年（平20）６月26日判時2022号14頁が挙げられる。

[44]「詐欺に当たるとされる場合の方が、ほとんどの場合、錯誤よりも厳格な要件である」（磯村保「契約成立の瑕疵と内容の瑕疵（１）」ジュリスト1083号（1996年）84頁）。

[45] 例えば、武川幸嗣「契約の有効・無効と損害賠償の関係－不法行為法的救済の補充的機能を中心に」円谷峻・松尾弘（編）『損害賠償法の軌跡と展望（山田卓生先生古希記念論文集）』（2008年）516頁は、法律行為法的救済と不法行為法的救済の評価矛盾の可能性を指摘しつつ、「相手方の態様（意思決定への関与の度合いや、錯誤の対象事項が表意者の契約目的にとって重要な意味を有する旨に関する認識の有無など）あるいは、表意者の錯誤によって得た契約上の利益を適法に保持することの不当性・不公平など、相手方の態様も考慮要素として織り込むとすれば、詐欺要件の厳格性を補完しうる余地が認められよう。具体的には、契約の重要内容ないし前提に関する錯誤とまでいえなくても、表

う効果を、取消権へ近づけることによって、こうした矛盾の緩和を図る解釈も考えられた[46]。しかし、民法が明記する95条の無効を取消的無効へ修正する解釈が許されるならば、民法が明記しない96条の故意要件を否定する解釈こそ民法に与えるダメージが少なく、許されるべきであろう[47]。

そもそも95条と96条の法律効果の均一化それ自体が問題である。なぜなら、この均一化は結果として錯誤者と被欺罔者の要保護性の均一化を意味するが、しかし両者の要保護性は決して同一ではないからである。錯誤者と被欺罔者は、他人の干渉を受けたか否か、という点において決定的に異なる。すなわち、「單純ノ錯誤ハ多クハ當事者ノ過失ニ出ツルモノニシテ之ニ因リテ法律行爲ヲ取消サシムルトキハ往往ニシテ過失者ヲ保護シ却テ過失ナキ者ニ損害ヲ加フルノ結果ニ至ルヘシト雖モ他人カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ表意者ハ或ハ毫モ過失ナク又假令過失アルモ他人ノ非行ニ因リテ錯誤ニ陥リタル者ナリ」[48]。自ら勝手に錯覚に陥る

意者にとって契約への拘束を決定づける重要な錯誤であり、それが相手方の不誠実な態様に起因する場合が挙げられようか」という。しかし、武川の理解によれば、「相手方の不誠実な態様」の証明は可能でありながら、なお詐欺の成立が困難な事例の存在が前提であるものの、そうした事例として如何なる事例が想定されているのか、故意を欠く「相手方の不誠実な態様」が考えられ得るのか、そもそも伝統的な通説は「相手方の不誠実な態様」から詐欺の違法性を捉えていたのではないのか、という疑問が残る。

[46] 例えば、椿寿夫「Ⅱ 錯誤無効と詐欺取消の関係」同（編）『法律行為無効の研究』（2001年）19頁以下のような、錯誤無効の取消化である。

[47] 椿・前掲注46・27頁によれば、「明文の規定がないかぎり認められない、と突っぱねる以外には考えられないのか。そうすることは、私の感想によれば保守度が強すぎる」。そして、椿は、「錯誤と詐欺をからめた無効と取消の対比問題」として無効の取消化を論じる。ところが、椿は96条の詐欺が抱える問題性には触れていない。つまり、一方で詐欺の解釈伝統を盲目的に支持し、他方で従来の錯誤論の枠組からしか効果論を展開しないなら、これこそ保守的である。むしろ、「明文の規定がないかぎり認められない」という姿勢は民法の条文に忠実なだけであって、健全かつ正当な立場であろう。

[48] 梅謙次郎『民法要義 巻之一（訂正増補四版）』（1897年）202頁。

者[49]が、なぜ錯誤へ陥らされた者と同等あるいは同等以上の保護を受け得るのか。むしろ、被欺罔者は単なる錯誤者よりも強く保護されて然るべきである[50]。それゆえ、95条によって96条を補完せしめる解釈は妥当ではない。

こうした95条の他に、96条の補完を図る解釈の問題性は不法行為法においても見られる。95条と96条は法律行為における意思表示の問題を扱う規定であるから、両者が同時的に（つまり、意思表示という次元で）競合することは理解できる。しかし、詐欺取消規定と不法行為規定は、事情が異なる。96条の詐欺は、欺罔者が相手方の意思決定自由へ干渉することによって相手方をして錯誤に陥らせ、そして当該錯誤に基づいて相手方をして意思表示せしめることによって完成する。少なくとも、意思決定自由という被侵害利益の保護を目的とする詐欺取消制度は、財産的損害の発生を要しない[51]。これに対して、詐欺不法行為は、この被欺罔者の意思表示と欺罔者の意思表示が合致することによって法律行為が完成し、かかる法律行為の効果に基づいて両当事者の財産関係に変動が生じ、このことによって相手方が損害を受けて初めて成立する。つまり、詐欺不法行為は成立要件として損害の発生を要するから、96条の詐欺よりも成立が遅れるのである[52]。換言するなら、詐欺取消制度は、不法行為制度よりも先んじて、その適用の可否が問われる。

---

[49]「錯誤の場合は自分で勝手に錯誤に陥る場合が一般的」（石田・前掲18・232頁）。

[50] 錯誤と詐欺は、「無効と取消との區別をする程本質的な差があるわけではない。他人の違法行爲によるか否かの違である。むしろ、この點からすれば、後者の場合の方がより強く表意者を保護しなければならないはずである」（於保不二雄『民法總則講義』（1956年）188頁）。

[51]「詐欺ニ因ル意思表示ヲ取消シ得ベキモノトスルハ意思決定ニ不當ナル干渉アルガ爲ニシテ財産上ノ損害ヲ要件トスルモノニアラザレバナリ。此點ニ於テ不法行爲タル詐欺ト其要件ヲ異ニス」（鳩山秀夫『日本民法總論（下卷）』（1924年）373頁）。

[52] 契約の締結それ自体を損害として把握するならば、確かに96条と不法行為法の適用関係における時間差は解消されるのかもしれない。このような意味における不法行為の成立を肯定する意義は、一方で96条の詐欺を否定し、他方で過失相殺を適用する点に（のみ）存する。しかし、過失相殺それ自体が問題である。この点は後述する。

このことが、まさに96条における詐欺取消制度の存在意義でもある。すなわち、詐欺取消制度の存在意義は、たとえ金銭的補償は得られなくても、契約関係の継続それ自体を拒絶したい者に、当該契約関係から離脱することを認める点に存する[53]。欺罔に基づく不必要な契約の如く、経済的価値として損害が発生していない類型（例えば経済的に10万円の価値を備える布団を、その必要性について欺罔することによって被欺罔者をして10万円で購入させる場合）も考えられ得るであろう[54]。「ここではその契約当事者にとっては損害賠償を請求するよりも契約上の履行義務から解放されることが第一義的な関心事となる」[55]。それゆえ、96条における詐欺の要件は詐欺不法行為の要件よりも軽く設定されなければ、96条は独自の意義を失うのである。

これに対して、96条の問題を不法行為法において処理するなら、例えば売買契約は締結されたが、しかし未だ売買代金が支払われていない段階において詐欺に気づいた被欺罔者たる買主は、詐欺の存在を認識しながら、あえて売買代金を支払うことによって財産的損害を発生せしめない限り、保護されない[56]。さらに、96条の問題を不法行為法において処理する方法は、たとえ損害賠償請求権が肯定されても、法律行為の効力は依然として存続するのであるから、被害者は不法行為者の履行請求を

---

[53]「詐欺的商法の被害者の願いは恐らく、交付した金員の返還または求められた金員交付の拒絶であろう。そのためには、公序良俗違反、錯誤等による無効または詐欺等による取消を理由とする当該契約の私法的効力の否定が想起される」（國井和郎「民事責任 詐欺的商法の不法行為処理と理論構成」判例タイムズ667号（1988年）64頁）。

[54]「必要のない契約を結んでしまった場合のように、金銭に評価しうる損害は発生していないともいえるような被害（契約締結被害）も考えられる」（松本恒雄「消費者取引における不当表示と情報提供者責任（上）」NBL229号（1981年）７頁）。

[55] 本田純一「『契約締結上の過失』理論について」遠藤浩・林良平・水本浩（監）『現代契約法大系 第１巻 現代契約の法理（１）』（1983年）207頁。

[56]「瑕疵ある意思表示を為さしめても、未だ財物を詐取するに至らないときは、刑法上未遂罪（刑二四六、二五〇）に該当し、その意志表示は取消せるが（民九六）、被害者に未だ損害のないときは、不法行為にならない」（宗宮信次『不法行為論』（1968年）318頁）。

拒絶できない、という不都合を残す[57]。

96条と不法行為の関係は、こうした制度的問題に加えて、いわゆる評価矛盾の問題も無視できない。一方で96条における詐欺の成立を否定することによって違法性の存在を否定しつつ、他方で不法行為を肯定することによって違法性を肯定することは矛盾ではないか[58]、という問題である。もちろん、詐欺を理由とする取消権を求めるか、詐欺を理由とする損害賠償請求権を求めるか、それは被欺罔者の自由である[59]。しかし、それは被害者保護の観点から請求権者の自由な選択に委ねられているのであって、この選択権を裁判所に与える理由は無い[60]。すなわち、96条と不法行為法の適用関係における評価矛盾の本質は、法の解釈および適用を司る裁判所が民法の体系を無視した解釈に基づいて判決を下している点に存する（敗訴者が評価矛盾の問題を援用した場合、裁判所は何と答えるのか。答えられないならば、裁判所の恣意的な法の適用という批判は免れないであろう。これは法の下の平等にも反する事態である）。

確かに、不法行為法に基づく処理は、損害賠償請求権と過失相殺の併用によって、取消権に基づく「全か無か」という硬直的な解決よりも、柔軟な解決を可能にする。しかし、このような「柔軟な解決」は、違法根拠の自由意思、すなわち被欺罔者の被侵害権利を犠牲にして成り立つ解釈である点に注意しなければならない[61]。例えば、ある者は、過失相

---

[57] この点について、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）」ジュリスト1080号（1995年）86頁を参照。

[58] 例えば、松岡和生「商品取引委託契約が有効に成立している場合に外務員の勧誘行為の違法性を理由として民法第七一五号第一項を適用することの可否（判旨積極）」判例評論174号（1973年）24-25頁。道垣内弘人「取引的不法行為－評価矛盾との批判のある一つの局面に限定して」ジュリスト1090号（1996年）137頁も参照。

[59] この点について、長尾治助「不法な勧誘にもとづき一般人主宰の株式投資グループに参加した出資者より勧誘者（主宰者）に対する損害賠償請求が認められた事例」判例評論336号（1987年）32頁の注14を参照。

[60]「不法行爲と法律行爲との兩立し得る場合に於ては損害賠償請求權を行使すると取消權を行使するとは一に被詐欺者（被害者）の任意撰擇に屬する」（東京控訴院1912年（大1）9月17日法律新聞838号21頁）。

[61] 行為無価値論の利点は法解釈における柔軟性を確保し得る点に存し（例え

殺の機能を次のように理解する。「いわば、意思表示の効力を割合的にしか廃棄しない詐欺取消であ」り、「被害者の意思形成の自由につき割合的保護を付与するものといえよう（割合的な詐欺取消）」[62]。この理解によれば、如何に説明されようとも、法律行為の効力は維持される。すなわち、責任根拠の自由意思は完全に維持されつつも、違法根拠の自由意思は割合的な保護しか与えられないのである。

こうした違法根拠の自由意思を軽視する発想は、情報提供義務論においても見出される。例えば、ある者は、情報提供義務論を次のように理解する。情報提供義務の根拠は当事者間の情報格差であって[63]、すなわち同義務論は原則として弱者たる消費者と強者たる事業者という枠組において語られ[64]、そして情報提供義務は意思の自律を制限し[65]、そのことによって契約自由を実質的に保障する[66]、と。

しかし、情報提供義務論は、意思の自律の制限、すなわち責任根拠の自由意思を制限しているのであって、それに対して違法根拠の自由意思を重視する発想が存在しているわけではない。そもそも、意思決定自由の侵害という観点によれば、加害者の属性（事業者であるか否か）は問われないはずである（意思決定自由は、何人によっても害され得るから）。すなわち、情報提供義務の適用範囲を当事者の属性に応じて区別する限り、同義務論は被欺罔者の被侵害権利の救済と結び付き難い。実際に、

ば、行為無価値論と密接に関連する社会的相当性の理論が示すように、その解釈の基軸は無内容と言える程に広く、その支持者から見れば柔軟性として映り、この立場に依拠することによって、例えば過失の注意義務も相当な伸縮性を獲得できる）、これは日本の民法学において行為無価値論が通説的地位を占めている一理由であろうが、しかし行為無価値論と詐欺取消制度の結合は自由意思の要保護性の低下を招く。この点は、後述する。

[62] 橋本・前掲注19・149頁。

[63] 後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（一）」民商法雑誌102巻２号（1990年）198頁（同『消費者契約の法理論』（2002年）へ収録）。

[64] 後藤・前掲注63・183頁。

[65] 後藤・前掲注63・200頁。

[66]「情報提供義務は、一般的には契約締結過程における信義則に基づき、契約自由の実質的保障のために、情報力において優位に立つ当事者に課される義務である」（下森・前掲注２・476頁）。

フランスの情報提供義務論は、契約締結過程に信義則の観点を持ち込むことによって、相手方の行為態様を重視する意思表示理論を導く議論として理解されているのである[67]。この理解は欺罔の違法性を重視する96条の伝統的解釈と大差なく[68]、やはり意思決定自由の保護という観点からは情報提供義務論も問題を残している[69]。

---

[67] 後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（三・完）」民商法雑誌102巻４号（1990年）460-461頁（同『消費者契約の法理論』（2002年）へ収録）。

[68] 信義則を持ち出す点も問題である。すなわち、「違法性あるもの・即ち信義の原則に反する程度のものでなければ詐欺ではない」（我妻栄『民法總則』（1930年）437頁）。

我妻の違法論が行為の違法性を重視し、詐欺取消制度において欺罔者に対する制裁として機能し得る点は既に指摘した。信義則が制裁の機能を持ち得る点は現在においても積極的に肯定される傾向が見られる。この点について、例えば廣峰正子「信義則による不法の抑止と制裁－金銭消費貸借契約をめぐる最近の裁判所の動向を契機として－」立命館法学302号（2005年）147頁以下を参照。確かに信義則は常に詐欺取消制度と関係しているわけではないが、しかし信義則が適用される事例から共通して抽出される中身が「行為者の主観や先行行為を含む行為態様を考慮した実質的正義・衡平の実現であり」、このことが「当該当事者の非難性を問題とするから、ひいては、ときとして制裁や抑止を志向することにもつながりうる」のであるならば（廣峰正子「信義則再考－わが国の最高裁判例にみる信義則の役割－」立命館法学305号（2006年）127頁）、その基本的な発想は我妻が考える詐欺取消制度における信義則の意味と同一であろう。このことから従来の民法学の根底に制裁という発想が潜んでいることが窺われ、その一端が通説を介して96条における故意要件の問題性として現出している。

[69] もっとも、情報提供義務論の他の側面、すなわち故意の推定を導き出す点は注目される（後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（二）」民商法雑誌102巻３号（1990年）33-338頁（同『消費者契約の法理論』（2002年）へ収録）。例えば、ある者は次のように述べる。「情報提供義務を負う者が、その情報が表意者の決断を左右することを認識した上で虚偽の事実を述べ、あるいはその情報を秘匿したことが明らかになった場合など、情報提供義務違反が当該情報を相手方が保有しないことおよびその情報の相手方にとっての重要性を認識して行われたときには、詐欺の故意を推定できるのではないだろうか」（横山美夏「契約過程における情報提供義務」ジュリスト1094号（1996年）135頁）。

むろん、保護が要請される自由意思の主体は基本的に経済的弱者（あるいは社会的弱者）であるが、ただし経済的弱者を保護することが必ずしも自由意思を保護することへ結び付くわけではない。例えば、約款規制あるいは公序良俗に基づいて契約自由の制限を正当化する議論は、経済的弱者の保護を図る議論として重要である。しかし、契約自由の制限を説く立場は責任根拠の自由意思を制約し[70]、あるいは契約正義を説く立場は意思の問題から離れてしまう[71]。こうした立場と異なり[72]、本稿は、

しかし、「情報提供義務を負う者が、その情報が表意者の決断を左右することを認識した上で虚偽の事実を述べ、あるいはその情報を秘匿したこと」は、誰が立証するのか。この立証の難易度は、96条における故意の立証の難易度と如何なる程度において異なるのか。あるいは、故意が推定されることによって、96条において問題視された厳格性が如何なる程度に緩和されるのか。仮に緩和されるとして、明文の根拠なき情報提供義務を導入する代償として、被欺罔者の意思決定自由たる被侵害権利性を無視することが、果たして民法の解釈として妥当であるのか。疑問が残る。

[70] この点について、白羽祐三「契約の自由－現代社会における契約の自由の意義（はたして自由があるか）、その機能」『契約法大系 Ⅰ 契約総論』（1962年）１頁以下を参照。

[71] この点について、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『岩波講座基本法学４－契約』（1983年）30頁および49頁を参照。

[72] 例えば、星野・前掲注71・32-33頁によれば、「フランスでは、契約正義に並んで、契約における信義則の強調が著し」く、「詐欺や強迫の場合は、詐欺者・強迫者の反倫理的・反社会的行為に対する制裁の要素があるがゆえにその契約の効力の否定が認められると考えられるようになる」。この理解が日本民法96条においても妥当するなら、少なくとも違法根拠の自由意思の保護という観点は消滅もしくは著しく減退する（詐欺と信義則について、前掲注68も参照）。

もちろん、想定されている事例の相違は無視できない。例えば、約款が付された保険契約あるいは暴利的な利率を含む消費貸借契約や不公平な約定が規定された借地借家契約は問題を抱える契約内容ではあるが、しかし被保険者あるいは借主にとって決して不要な契約ではなく、契約の締結それ自体は必要であり、かつ望まれている。ゆえに、締結された契約の全部を否定するのではなく、契約自由の原則を制限することによって一部の効力を否定する必要が生じるのである。これに対して、本稿が96条の枠組において想定する事例群は、必ずしも生活上必要不可欠ではない契約も少なくなく（その典型は金融商品の事例）、しかも主として「詐欺なかりせば契約を締結していなかった」類型であって、

より積極的な自由意思の保護の在り方を模索したいのである[73]。

第４款　本稿の課題

自由意思の尊重は、決して我儘の奨励ではない。自由意思の保護は、決して我欲の擁護ではない[74]。「意志の自由は人間の特権である。自由の

それゆえ意思自由保護の帰結として正当化される取消権によって契約の全部的解消が望まれるのである。

[73] 本稿の立場は、いわゆる意思主義の復権論あるいは意思を重視する立場と親和的であり、こうした立場から少なからず示唆を得ている（ただし、人間性無視に由来する民主主義の未定着に対する反省という出発点をも共有し得るか否か、は留保する。この出発点について、安井宏「最近のいわゆる『意思主義復権論』について」修道法学８巻１号（1985年）188頁）。しかし、例えば約款を念頭に置く原島重義は、やはり法律行為責任の在り方を問うのであり（原島重義「契約の拘束力･とくに約款と手がかりに」法学セミナー345号（1983年）35頁）、その意味において責任根拠の自由意思が重要な意味を持ち、それゆえ自由意思の侵害から導かれる法律効果（無効あるいは取消権）の問題ではなく、むしろ法律行為の解釈の問題へ転じるのである（原島重義「約款と『市民法』論」法の科学12号（1984年）23頁）。あるいは石田喜久夫は、確かに詐欺の問題を含め、詐欺が広く認められて然るべき旨も説くのであるが、しかし立証の困難を指摘するのみで（石田・前掲注14・９頁）、詐欺取消制度の再構成を図るわけでもなく、むしろ保護の方法を意思無能力制度に求める（石田喜久夫「契約の拘束力」遠藤浩･林良平･水本浩（監）『現代契約法大系 第１巻 現代契約の法理（１）』（1983年）101頁）。これは、意思を重視する結果として意思の否定という矛盾を孕む結論へ到達しているのであって、ここにも責任根拠の自由意思と違法根拠の自由意思を区別しない問題点が見出される。

なお、自由意思の価値を擁護する高橋三知雄（例えば「私的自治・法律行為論序説（３）完」法学論集24巻（1974年）６号）も、意思の瑕疵の問題に言及しているが（同・84頁）、しかし詐欺取消制度における自由意思の問題について必ずしも明言していない。

[74] 自由意思の偏重であってはならず、このことを問題視する指摘も見られる。例えば、浅野有紀「法のグローバル化における意思決定・自由・秩序」法科大学院論集（近畿大学）５号（2009年）99頁によれば、自由意思の偏重には、規範意識の衰退、協働関係の規範的意義の喪失、既存の秩序の崩壊等の弊害がある、という。さらに、山本顯治「契約交渉と市場秩序－シュミット－リンプラー再読－」神戸法学雑誌58巻４号（2009年）31頁が紹介する「『意思』を根

體系の中では、それは法的自由の保障となつてあらわれ」[75]、そして「法的自由の存立の基礎を成すものは個人の尊厳である」[76]。自由意思の尊重は、個人の尊厳と離れ難く結び付いている。自己の意思を自ら決定し得る権利は憲法において保障される自由権の発露でもあり[77]、憲法13条の幸福追求権から導かれる自己決定権も意思決定の自由を含む[78]。違法根拠と責任根拠という相異なる側面を併せ持つ自由意思は、いずれの側面も一人間の尊厳を為す自由の重要な一部を構成しているのである[79]。

元的価値とする見解においては社会における『人々の共同生活（menschliches Zusammnenleben）』が契約によりどのように『正しく秩序づけられるか』という問いの重要性が看過されている」というシュミット－リンプラーの批判は、意思の偏重に対する問題点をも示唆している。しかし、既に本稿において明らかにされたように、従来の詐欺取消制度の解釈においては欺罔者の行為自由が偏重されていたのであり、これに対して本稿は行為自由に対する自由意思の対等化を求めるに過ぎず、決して自由意思の偏重を説いているわけではない。このことは、本稿の結論として、96条１項の故意要件を過失へ引き下げる旨を説く点からも理解されよう。

[75] 尾高朝雄『自由の體系』（1950年）５頁。

[76] 恒藤恭「個人の尊厳－自由の法理との連関から見た個人の尊厳について－」尾高朝雄教授追悼論文編集委員会（編）『自由の法理』（1963年）30頁。

[77]「諸個人が（他者の自由を害さない限り）、他からの干渉や拘束を受けずに、自らの事柄を自らの意志で自由に決定できるということは、近代初期の民主憲法に合意された自由権の原則に外ならない」（小林直樹『法の人間学的考察』（2003年）287-288頁）。

[78] この点について、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治－私法関係における憲法原理の衝突－（二）・完」法学論叢133巻５号（1993年）５頁および同「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明（編）『現代法の展望 自己決定の諸相』（2004年）16-17頁を参照。小林・前掲注77・287頁も参照。

[79] 自由意思を行使する主体は自然人一般であって、消費者に限られない。それゆえ、本稿において語られる被欺罔者の主体は消費者に限定されない。したがって、本稿は、本稿が取り扱う詐欺取消制度の問題を消費者問題に限定しているわけではなく、あくまでも法律行為一般の問題として認識している。このことは、本稿の対象が消費者契約法ではなく、民法96条であることからも自明である（当事者の属性を問わず、取消権は発動される）。本稿の射程に関わる事柄でもあるから、念のために付言した次第である。

もちろん、欺罔者の行為自由も、経済的自由あるいは営業活動の自由[80]として、憲法22条１項において保障されている[81]。それゆえ、被欺罔者の法益と同様に、欺罔者の法益も、等しく尊重されなければならない。ところが、民法96条における詐欺の故意要件は、既に指摘したように、被欺罔者の要保護性を欺罔者の要保護性に劣後させる。つまり、同条の故意要件が一方当事者（欺罔者）の経済活動の自由を、他方当事者（被欺罔者）の意思決定自由より優先させる結果を導いているのである[82]。

---

[80] 本稿は、欺罔者の法益たる行為自由を、いわゆる経済的自由の意味として理解する。これに対して、被欺罔者の法益たる意思決定自由は、いわゆる精神的自由の意味として理解される。後者は、既に指摘したように、自己決定権として憲法13条によって保障される。

確かに、この意味における経済的自由も、これが自己決定を前提とする限り、自己決定権に包摂される、という見解も存在する（山田卓生『私事と自己決定』（1987年）343頁）。しかし、これに反対する見解も存在する（佐藤幸治『日本国憲法と「自己決定権」－その根拠と性質をめぐって』法学教室98号（1988年）15-16頁）。自己決定権の根拠規定たる憲法13条を「社会の必要に応じて生成される新しい人権の法的根拠」として理解するなら（伊藤正己『憲法（第3版）』（1995年）194頁）、既に根拠規定が存在する経済的自由あるいは営業活動の自由は憲法13条から区別されることが妥当である（佐藤・前掲・16頁も参照）。

[81]「憲法22条１項は、国民の基本的人権の一つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包合しているものと解すべきであり、ひいては、憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものということができる」（最判大1972年（昭47）11月22日刑集26巻590頁）。伊藤・前掲注80・358頁以下も参照。

[82] 96条１項の故意要件は不当であるが、しかし一方当事者の意思決定自由と同様に他方当事者の行為自由も無視されてはならないのであるならば、たとえ96条１項における故意要件が不当であったとしても、少なくとも過失要件は維持されなければならない。これは、過失要件を通じて両当事者の法益保護の均衡化を図る趣旨であり、本稿の結論の一部でもある。ただし、詐欺を巡る今日の諸議論が少なからず事業者と消費者という局面において語られる限り、他方当事者の行動自由は自然人に属する権利という観点と必ずしも結び付かず、しかも事業者の活動は社会的有用性の観点から語られることが少なくない。このことが一方で行為自由を優越させ、他方で意思決定自由を劣後せしめる一因でもある。こうした観点からは、少なくとも「ハンドの定式」に依拠した過失論

民法は、そして憲法も、経済活動の自由と意思決定の自由に関して、その優劣関係を認めていない。欺罔者の法益も被欺罔者の法益も等しく尊重されるべきであるならば、従来の不当な解釈を是正する第一歩として、違法根拠の自由意思を尊重する積極的な保護の在り方が模索されるべきである。こうした自由意思の保護が他の規定ないし法理によって代替し得ないならば、自由意思の保護は96条を通じて図られるべきである。そして、96条における詐欺の故意要件を堅持することが現在の法体系の解釈として相容れないならば、96条における要件論は再考されるべきである。

確かに、「『詐欺』とは、もともと『わざとだます』という意味である。にもかかわらず、そこから『故意』の要件をはずしてしまうと、詐欺を語りえないところで『詐欺』があると言うことになりかねない」[83]。しかし、「詐欺の概念の拡張は許されないというが、そもそも詐欺の概念は法律には明示されていない。概念の内容を左右しているのは、判例学説の背後にある理論であると言うべきだろう。もちろん、理論が果たしている役割を軽視すべきではないが、理論を修正変更することは不可能ではない」[84]。

は疑問である。この点について、山本顕治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』－不法行為法の目的論のために－」民商法雑誌133巻６号（2006年）881頁以下を参照。

[83] 山本敬三「取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論－総括」ジュリスト1097号（1996年）128頁。

[84] 大村・前掲注37・400頁。リベラリズムに立脚した権利論を展開する山本が詐欺取消制度の拡張を許さず、これを大村が許容する点に、筆者は興味を覚え、同時に疑問を感じる。欺罔者の側から見た解釈に偏した従来の詐欺取消制度の理解へ権利論の視点が導入されるならば、むしろ山本説においても詐欺取消制度の拡張が支持されるのではないか、という感想を筆者は抱いていたからである。なぜ山本は詐欺取消制度の拡張を許さないのか。

山本・前掲注83の本文引用における「『詐欺』とは、もともと『わざとだます』という意味である」という理解は、欺罔者の側から見た詐欺であって、これを被欺罔者の側から見れば、詐欺を意思決定自由の侵害として定義し得るのであり、この後者の定義において故意は詐欺の必然の要件ではないはずである（「被欺罔者の救済の立場からは欺罔者に故意ありしや否やは本質的な問題ではあり

以上の問題意識から、本稿は、理論的分析を踏まえ、96条の詐欺取消

得ない」（内田力蔵「英法に於ける善意不實表示に就いて（一）」法学協会雑誌53巻5号（1935年）836頁））。少なくとも、詐欺を欺罔者の側から解釈しなければならない旨の論証は未だ示されていないし、詐欺を被欺罔者の側から解釈してはならない旨の論証も未だ示されてはいない。ならば、なぜ山本は後者の意味における詐欺の解釈の可能性を否定するのか。この疑問は、あるいは次のように考えるならば、解消されのかもしれない。周知の如く、山本は権利論と密接に関連する基本権保護義務論を展開する。これは国家をして基本権保護義務を負わしめ、かかる保護義務の履行を求める方法を正当化する議論である。そして、その履行方法として、例えば裁判所の判決あるいは国会の立法が考えられている（山本・前掲注78「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」・13頁）。しかし、少なくとも96条の問題に関して、裁判所の役割に期待することはできない。なぜなら、96条における詐欺取消制度に関連する諸問題は、本来的に裁判所の硬直的（例えば、厳格な要件の維持）かつ場当り的（例えば、評価矛盾の放置）な態度に由来しているからである。それゆえ、次いで国会の立法に基づく基本権の保護が考えられる。立法を通じて96条の問題を解決する方途は、十分に考えられ得るであろう。しかし、この意味における基本権保護義務論は一種の（あるいは、まさに）立法論であって、つまり換言するなら、96条における詐欺取消制度の問題点が理論あるいは解釈によって解決されるならば、この局面における基本権保護義務論は（完全ではないにしても）その意義を失う。したがって、山本の理解によれば、現在の96条の枠組を前提とする限り、詐欺取消制度の拡張を図る方向へ向かないのである。

以上の推測は邪推の域を出ないが、しかし既に山本は、例えば消費者契約法の不十分性を説き、立法論として民法における不実表示の導入を示唆していたし（山本・前掲注78「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」・27頁）、近時の債権法改正に伴う法律行為法における改正提案において、不実表示規定の導入が提案されているのである（山本・前掲注17・35頁。民法（債権法）改正検討委員会（編）『債権法改正の基本方針』別冊 NBL126号（2009年）30-31頁も参照）。山本は、立法的解決が実現する間の当座の措置として、錯誤法の拡充を唱える（山本・前掲注83「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」・27頁）。しかし、前述したように、これは評価矛盾の拡大を意味するのであって、やはり山本の主眼は立法に置かれていることが窺われるのである。

仮に不実表示法の導入が実現すれば、本稿が想定する96条の詐欺取消制度に関連する諸問題は（少なくとも理論的見地から）一挙に解決される可能性が開かれるであろう。ゆえに、本稿は不実表示法の導入について反対ではない。しかし、不実表示法の導入の検討それ自体が過失行為から意思決定自由が保護さ

制度における法益たる自由意思と要件たる故意を違法性と責任という観点から相互に検討し、その是非の判断を通じて、現代における詐欺取消制度の在り方を再考する。

第２節　本稿の構成

前節において確認した課題を達成するために、本稿は以下の構成を採用する。まず、全体を２部から構成し、第１部としてドイツ法を検討し、第２部として日本法を検討する。ドイツ法という比較法的対象を取り入れる理由は、そのことによって日本における解釈伝統から発想し得ない解決可能性を探り得るからであり、しかも日本民法典における法律行為制度の母法がドイツ民法典（の第一草案）であるからである[85]。

れるべき要請の存在を示唆しているはずであり、このような要請に対して現在の民法に如何なる可能性が残されているのか、現在の96条が担う本当の役割は何か、こうした問に答えない限り、改正後の民法でさえ被害者の救済に際して不当な桎梏を課せられる可能性が残るであろう。ゆえに、本稿は、96条を検討する（なお、大村も過失の詐欺を肯定するわけではなく、「事業者側に積極的な悪意がないという場合までを詐欺でカバーすることは困難である」、という（大村・前掲注37・97頁））。

[85] ドイツ法の詐欺取消制度を扱う先行業績として、内田力蔵「英法に於ける善意不實表示に就いて（一）」法学協会雑誌53巻５号（1935年）67頁以下、田中教雄「十九世紀ドイツ普通法における詐欺・強迫理論とドイツ民法典の編纂過程」石部雅亮（編）『ドイツ民法典の編纂と法学』（1999年）249頁以下、同「詐欺取消しにおける『故意』と『違法性』の要件に関する一考察－消費者契約法第四条とドイツ民法第一二三条－」法政研究70巻４号（2004年）397頁以下、内山敏和「情報格差と詐欺の実相－ドイツにおける沈黙による詐欺の検討を通じて－（１）・（２）・（３）・（４）・（５）・（６）・（７・完）」早稲田大学大学院法研論集111号（2004年）１頁以下・113号（2005年）１頁以下・114号１頁以下・115号１頁以下・116号27頁以下・117号（2006年）19頁以下・119号１頁以下、右近潤一「ドイツにおける詐欺取消しの違法性要件」京都学園法学１号（2006年）53頁以下が存在する。

これら先行業績が残した共通の問題は、ドイツ法の検討を踏まえた日本法の研究・分析の不十分であり、もちろん全く為されていないわけではないが、しかし十分ではない。さらに個別の問題点を挙げるなら、まず内田研究は詐欺取消制度を被欺罔者の救済ないし保護として捉えつつも、その被侵害権利を意味

第1款　ドイツ法

第1部のドイツ法は、2章から構成される。第1部の第1章において

する意思決定自由の由来あるいは要保護性について触れられておらず、詐欺取消制度の規範目的を十分に正当化できていないのであって、この点に問題点を残している（なお、「被欺罔者の救済の立場からは欺罔者に故意ありしや否やは本質的な問題ではあり得ない」という内田の指摘（28頁）に対しては本稿も賛成であり、そのことを正当化することが本稿の主たる目標でもある）。続く田中研究は特に2004年の論文において詐欺と違法性の関係に注目し、故意を違法性の根拠として見る主観的違法要素が詐欺取消制度の原則的要件である旨を説くのであるが、しかし主観的違法要素を認めることが行為無価値へ傾かせ、そのことが意思決定自由に対する侵害を違法として理解する結果無価値と相容れないにもかかわらず、つまり主観的違法要素の根拠が詐欺取消制度の理解にとって重要であるにもかかわらず、この根拠に関する論証は全く為されておらず、このことから詐欺取消制度の規範目的に関する理解の不明確性も免れず、この点に問題を残している（なお、「『二重の故意』のうち、特に前者の『人を欺いて錯誤に陥れようとする故意』の有無が、欺罔行為の違法性に影響することは否定できないであろう」という田中の指摘（411頁）は、この意味の故意を主観的違法要素として捉えるか否かは別としても、詐欺取消制度を意思決定自由の保護といて理解する観点からは重要であり、本稿も同様の理解であって、この点は後述する）。次の内山研究は不作為の詐欺に限定した議論を展開しているが、しかし詐欺に限らず、行為の基本形は作為であり、しかもドイツ法の詐欺取消制度における主たる議論（例えば契約締結上の過失法理による詐欺取消制度の補完）は基本的に作為の詐欺について争われた裁判例が対象であって、そもそも不作為という行為概念それ自体が特殊な問題を含んでいるのであり、この点に問題を残している（なお、「故意として未必の故意で足りることは、よく考えれば、当然のことのようにも思える。しかし、従来わが国では、あまり意識されることのなかった点ではなかろうか」という内山の指摘（（2）・7頁）は先駆的な問題提起であり、本稿も意識した点であって、この点は後述する）。最後に、右近研究は労働契約の裁判例（のみ）を取り上げているが、しかし労働契約において争われる詐欺取消制度を巡る議論は、後述するように、他の類型に比べて特殊性を有するのであり、ここからドイツ法の詐欺取消制度の一般的な性格を語ることはできず、この点に問題点を残している（なお、「『社会的妥当性』として説明される『違法性』という概念によって、十分な説明のないまま取消権を排除するのは考えものである」という右近の指摘（66頁）に対しては本稿も賛成であり、この点は後述する）。

は、詐欺の前史として、ローマ法から現行民法典に至る詐欺論の歴史的経緯を確認する。まず詐欺取消制度の起源たるローマ法から遡り、中世の神学や啓蒙期自然法学説を経て、さらに19世紀の詐欺論を通じて現行民法典へ至る過程を確認する。この間において、ローマ法の dolus が既に詐欺と故意の意味を有していたこと、dolus の法律効果が主として私的刑罰であったこと、いわゆるローマ法の再発見に寄与した教会によって詐欺と原状回復の関係が確立されたこと、神学として展開された自由意思論がプロイセンにおいて栄えた啓蒙期自然法学説によって詐欺と結び付けられたこと、19世紀の初頭から登場した歴史法学派が詐欺の解釈をローマ法へ振り戻したこと、しかし19世紀後半以降の経済自由主義が現行民法典の成立過程においてプロイセンの自然法学説の影響を及ぼしたこと、そして理由書において詐欺と自由意思が再び結び付けられたことが確認されるであろう。歴史的経緯を検討する理由は、以上の如く、詐欺の歴史は古く、沿革的考察なくして詐欺を語ることはできないであろうからである。

続く第１部の第２章においては、理論的側面をも重視した分析方法に基づいて、詐欺論の展開過程を追う。まず現行民法典の成立から戦前の議論を経て、そして戦後から債務法改正へ至る議論を確認する。この間において、自由主義に対する批判から自由の概念が次第に制限されたこと、戦前のナチズムおよび社会的相当性理論の登場によって個人的法益も制限されたこと、一方で戦前の議論が詐欺取消制度の解釈にも影響を及ぼしたこと、しかし他方で戦後の、とりわけ1960年代以降から労働問題や消費者問題を通じて意思決定自由を含めた個人的法益が重視され始めたこと、判例および学説が詐欺取消制度における故意要件の厳格性を契約締結上の過失法理によって補完したこと、これが債務法改正へ結実したこと、さらに同法理による補完のみならず、判例は故意の概念を拡大することによって実質的に過失へ近づけていることが確認される。周知のように、違法性および責任あるいは故意に関連する議論は私法学よりも刑法学において顕著であり、これを無視することはできず、むしろ参照することが有益であって、ゆえに本稿においては必要な限度において刑法学の知見をも援用する。

第2款　日本法

以上のドイツ法の検討に基づいて、次いで第2部の日本法を検討する[86]。日本法の構成と分析視点は、原則としてドイツ法と同様である。ただし、第2部の第1章において第1部の第1章と第2章に相当する内容を扱い、第2部の第2章はドイツ・日本の裁判例の比較検討に当てられる。まず、第1章においては、詐欺の前史として、律令から現行民法典に至る詐欺論の歴史的経緯を確認し、さらに通説の形成期として戦前の議論をも含めて確認する。西洋法思想の流入前において自由あるいは権利の観念を知らなかった日本法思想が意思決定自由の保護という発想と無縁であったこと、西洋法思想の流入によって一応は権利本位の法律観に立脚した現行民法典が成立したこと、しかし個人主義に対する批判に基づいて権利本位の法律観が社会本位の法律観へ転回せられたこと、社会本位の法律観が個人的法益を軽視していたこと、そして詐欺と自由

[86] 従来の民法96条の研究は、その沿革的研究が中心であり、柳澤秀吉「登記の公信力と民法九四条二項、九六条三項の意味」法学志林70巻1号（1972年）71頁以下、松尾弘「権利移転原因の失効と第三者の対抗要件－虚偽表示、詐欺取消および解除を中心として－」一橋論叢102巻1号（1989年）78頁以下、中舎寛樹「民法九六条三項の意義－起草過程からみた取消の効果への疑問－」南山法学15巻3・4号（1992年）15頁以下、田中教雄「日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程－不当な勧誘に対処する手がかりとして－」香川法学13巻4号（1994年）515頁以下、武川幸嗣「法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説－民法九六条三項の意義と法理を中心に－」法学研究69巻1号（1996年）513頁以下が存在する。もちろん、本稿においても立法過程の検討は重要な意味を持ち、その部分は上記先行業績に依拠している。

それ以外の詐欺取消制度を中心に扱う先行業績として、高嶌英弘「民事上の詐欺の違法性に関する一考察－セールストークの許容性を中心に－」磯村保［ほか］（編）『民法学の課題と展望：石田喜久夫先生古希記念』（2000年）163頁以下が存在する。高嶌研究は、その結論として「積極的欺罔行為について、従来の総合的・相関関係的違法性評価を排し、これを原則違法とする枠組みを提唱する点」を説き、その論証を今後の課題として残している。行為の違法性を重視するのか、意思決定自由侵害の違法性を重視するのか、という点について高嶌研究は若干の疑問を残しているが、しかし後者であるならば、本稿の理解と基本的に同一であり、高嶌研究が残した課題は本稿の課題でもある。

意思の関係も希薄化したことが確認される。さらに、戦後から近時に至る詐欺論の展開過程において、まず戦前の社会本位の法律観が目的的行為論によって理論的に裏付けられたこと、1960年代から詐欺の事例として増加した先物取引等の投機性の高い取引においては被害者の落ち度が強調されたこと、完全なる契約解消よりも損害賠償による解決が好まれたこと、過失相殺の適用によって被欺罔者の保護が割合的に低減せられたこと、これに対して確かに1990年代前後から自己決定権論に基づいて人間の尊厳あるいは意思決定自由の要保護性が強調され始めたが、しかし96条の詐欺取消制度においては依然として厳格な要件が固持されていることが確認される。

続く第２章においては、ドイツおよび日本の裁判例を比較検討する。事案類型は総じて類似しているものの、前者に比べて後者の裁判例は詐欺の故意を厳密に捉え、詐欺を容易に肯定しない傾向が指摘される。もっとも、近時の立法動向、例えば消費者契約法や金融商品販売法あるいは（債権法改正の一環として検討されている）不実表示の制度から、過失の詐欺に基づく被害の救済の必要性が窺われ、96条の要件としても過失が妥当であること、その帰結として違法根拠の自由意思の重要性および要保護性が確認される。

（未完）

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文「民事詐欺の違法性と責任」（2011年３月24日学位授与）に加筆・修正したものである。

論　　説

要件の視角から見た中国法人格否認の法理（４・完）

王　　万旭

目　次

第１章　序論
　第１節　本論文の問題の設定
　第２節　考察の順序
第２章　中国における法人格否認の法理（会社法第20条第３項）の立法史
　第１節　会社法第20条第３項成立前の中国社会
　第２節　法人格否認法理の導入についての立法者の説明
　第３節　小括
第３章　法人格否認の法理（会社法第20条第３項）に関する判例
　第１節　判例の整理
　　第１款　債権者詐害事例
　　第２款　株主による会社資金の流用事例　　（以上、62巻６号）
　　第３款　株主の義務不履行に関する事例
　　第４款　会社法の強行規定違反事例
　　第５款　財産混同・法人格混同の事例
　　第６款　契約の解釈による解決事例
　　第７款　その他の事例
　第２節　判例から見た中国における法人格否認法理の要件
　第３節　小括
第４章　法人格否認の法理（会社法第20条第３項）に関する学説の紹介
　第１節　会社法第20条第３項の要件をめぐる代表的学説の紹介
　第２節　会社法第20条第３項の要件に関する学説の検討
　第３節　学説のまとめ及び問題点の整理　　（以上、63巻１号）

第５章　日本法の考察
　第１節　日本法上における法人格否認法理の要件についての考察
　第２節　形骸化に関する判例・学説の更なる検討
　第３節　法人格否認の法理の再構成
　第４節　日本法からの示唆　（以上、63巻２号）
第６章　会社法第20条第３項に代替する法規範の試み
　第１節　契約・法規範自体の解釈
　　第１款　契約自体の解釈・事実認定
　　第２款　法規範自体の解釈
　第２節　詐害行為取消権（中国契約法第74条）についての考察
　　第１款　判例の現状
　　第２款　詐害行為取消権に関する判例の検討
　第３節　債権者代位権（中国契約法第73条）に関する考察
　　第１款　判例に関する考察
　　第２款　中国契約法第73条の立法背景及び最高人民法院の立場
　　第３款　小括
　第４節　中国法考察の結論
　　第１款　一般私法の法理による対応可能性
　　第２款　会社法第20条第３項の適用範囲
第７章　結章
　第１節　本稿の結論
　第２節　残された課題　（以上、本号）

第６章　会社法第20条第３項に代替する法規範の試み

本稿第５章では日本法の考察を行った。その中で法人格否認の法理を理論上再構成することを試みる森本･江頭両教授の主張は､示唆に富む。すなわち、会社法の基本原則である会社財産の維持充実義務の維持という立場に立脚した上で、法人格否認の法理の適用は財産混同（但し、江頭は批判）、会社搾取、過少資本という三つの場合に限定すべきであるという。これ以外の場合は､一般私法の法理に委ねる（但し江頭教授は、この場合の事例に法人格否認の適用余地を認める）。

私は、森本教授の主張即ち、会社法の基本秩序と関係する三つの場合以外の事例について、一般私法の法理に委ねるということを賛成する。

すなわち、日本の判例考察から分かるように、法人格否認の適用に属する事例には、その要件が明確とはいえない。特に法人格の濫用に当たる事実について、濫用基準の判断が難しい。そこで、株主（新会社）に責任を課する際に、明確な要件を求めなければならない。森本教授は、一般私法の法理に対して目的解釈、拡張解釈などの法的テクニックを通して、法人格否認の事例に妥当な解決が得られると主張した。森本教授のこの主張は、理論的に筋が通っており、問題解決にストレートであるため、支持すべきであろう[1]。

一方、中国会社法第20条第３項を適用するには、株主による法人格の「濫用」を適切に把握することが一番肝心なことである。「法人格の濫用」の明確化を探求することはもっとも大事である。では、中国の場合、会社法第20条第３項の適用について、森本の主張のように、今まで法人格否認の事例（専ら取引法の範疇に属する）を一般私法の法理に委ね、同法理の適用を不要とすることができるであろうか。中国法上の一般私法の法理に対する独自の考察が必要である。

まず、第３章の判例の中に、契約・法規範自体の解釈によって事案に妥当な解決ができると思われる判例もある。契約相手方の認定に属する事例は、【判例34】～【判例36】である。法規範自体の解釈事例について、以下のようなものがある。①合法な清算を経ずに会社登録を抹消する事例（【判例１】【判例４】【判例６】【判例７】【判例８】）。この事例に対応する規定は、会社法第184条、第190条第３項等である。②株主による清算義務の不履行事例（【判例３】【判例24】）。この事例に対応する規定は、会社法第109条第３項と会社法司法解釈（2）第18条である。③株主による会社法強行法規違反事例（【判例25】【判例26】）。この事例に対応する規定は、会社法第36条、会社法第172条である。

[1] 江頭は個別的利益調整型の事例について、その多くは一般私法の法理による解決可能であると主張するが、一般私法の法理による解決に限界があるため、この類型の事例の中に法人格否認の存在する余地を認めた。しかし、江頭は日本法においてこの限界がどこにあるかを明確に示していないようである。法人格否認の要件の明確化という立場に限ってみれば、江頭のこの主張を支持し難いであろう。

次に、会社債権者詐害又は株主による会社財産流用・占用事例について、会社債権者の利益を保護するために、詐害行為取消権（中国契約法第74条）規定を援用して債権者救済を図ることが考えられる（このグループに該当する事案は【判例５】【判例９】【判例10】【判例11】【判例12】【判例13】【判例14】【判例27】【判例28】【判例29】【判例31】【判例32】【判例33】である）。

最後に、株主による仮装払込事案について、債権者代位権（中国契約法第73条）を活用して、事案の妥当な解決ができないかと考えられる（このグループに該当する事案は【判例15】【判例16】【判例17】【判例18】【判例19】【判例20】【判例21】【判例22】【判例23】である）。

以下、この問題意識に沿って、中国における一般私法の法理を考察する。考察の目的は、次のとおりである。すなわち、人民法院の下した会社法第20条第３項を適用した事案に対しては、既存の法規範・契約自体の解釈ないし一般私法の法理による解決が可能であるか否かを中心に考察する。そして、理論上、中国法人格否認の法理の枠内に入るべきものは何かについて検討する。以上の考察を通して、中国法人格否認の法理の要件の明確化を見出す上で、同法理を理論上構築することを試みる。

第１節　契約・法規範自体の解釈

第１款　契約自体の解釈・事実認定

第３章【判例34】は、その事実関係が以下のとおりである。つまり、Y_2は個人の債務を債権者であるＸとの間に、当該債務をY_1会社に移転することを約した。その後Ｘは訴えを提起してY_1にも右債務を請求した。人民法院は、Ｘ・Y_2間の買掛金債務をY_1社に移転し、債権者であるＸにも当該債務移転合意を承諾したから、本件契約が性質上第三者Y_1による履行ではなく、当該契約の当事者がＸとY_1であると認定した。

【判例35】は、その事実関係が以下のとおりである。つまり、Ｘ・Y_1の間に技術移転合意書が締結され、製品の売上についての利益配分も約した。Y_1は製造工場がないため、姉妹会社であるY_2の工場で製造を始めた。その後、Ｘは、Y_2が勝手にＸの技術で生産した製品を海外に輸

出したことを発見したので、Y_1が右合意書を違反したことによって、Y_2の商品売上高に対して利益配分することを請求した。人民法院は、契約の合目的的解釈の立場に立って、Y_2の製造行為をY_1のそれと認定した。

【判例36】は、その事実関係が以下のとおりである。すなわち、X は、Y との間に加工物請負契約が締結された。X は契約通りに完成した加工物を Y に交付したが、Y は一部の代金しか支払わなかった。X は、上述加工物を Y に交付した後、その代金の一部を A 会社から支払ったことを理由に、A に残りの代金を請求した。人民法院は、A が X と本件請負契約以外に契約関係を存しないこと、両会社（Y、A）が関連会社であることに照らして、A が X に対して行った支払行為は、Y のためにする弁済であると認定した。

【判例34】は契約相手方の認定の事例である。【判例35】は契約の目的解釈によって妥当な解決ができた事例である。【判例36】は事実認定によって、一方の支払行為が第三者のためにする弁済という事例である。要するに、契約自体の解釈、事案の事実認定などを通して妥当な解決が得られる限り、法人格否認という不明確な法律構成を必要としないであろう。

第２款　法規範自体の解釈

一　合法な清算を経ずに会社登録を抹消する事例

この類型の事例に属する判例は、第３章の【判例１】【判例４】【判例６】【判例７】【判例８】である。この類型の事例の共通点としては、会社債権者は、清算委員会の構成員である株主が合法な清算を経ずに会社登録を抹消することによって、その債権が害されたことである。この類型の事例に対応する中国会社法の規定は、会社法第190条第３項である。

会社法第190条第３項は、以下のとおり規定している。すなわち、「清算委員会の構成員[2]は、故意又は重大な過失により会社又は債権者に損

[2] 清算委員会の構成員について、中国会社法第184条は以下のとおり規定している。すなわち、「…有限会社の清算委員会は株主により構成され、株主会社

害を与えた場合、賠償の責任を負わなければならない」。

【判例４】においては、人民法院は会社法第190条第３項及び会社法司法解釈（2）第20条第１項[3]を援用して会社の株主に賠償の責任を認めたが、株主の責任につき会社法第20条第３項を援用して株主に連帯責任を課した。しかし、株主の責任について、会社法の規定があった以上、株主の行為の性質によってその規定自体を解釈すれば妥当な結論ができるであろう。すなわち、株主の責任については、会社法規定自体の解釈の範囲内の問題であり、法人格否認の問題ではないであろう。

【判例８】も【判例４】とよく似ている。すなわち、株主の責任について人民法院は会社法第18[4]条、会社法司法解釈（2）第11条、第19条を援用して株主に賠償の責任を認めたが、さらに会社法第20条第３項を援用して株主に連帯責任を課した。しかし、清算委員会の構成員である株主に責任を認めた以上、責任の範囲などは会社法規定自体の解釈問題であろう。

【判例１】【判例６】【判例７】には、その問題の実質は、会社の株主に責任を認める際に、その株主が会社を清算し登録を抹消する行為自体が法定の手続きに従って行ったかどうかであろう。【判例１】では会社の債権者は会社の株主らが法に従わないで会社を清算し登録を抹消することについて、証拠を挙げられなかったため請求が棄却された。【判例６】

の清算委員会の構成員が取締役又は株主総会で確定した人員により構成される。…」。すなわち、有限会社が清算する場合、その株主全員が清算委員会の構成員である。

[3] 会社法司法解釈（2）第20条１項は、以下のとおりに規定する。すなわち、会社の解散は、法に従って清算を終了した後に抹消登録を申請しなければならない。会社は、清算を経ずに抹消登録を行い、会社が清算することができなくなるに至った場合、債権者は、有限会社の株主、株式会社の取締役又は支配株主、及び会社の実質的支配者に会社の債務に対して弁済責任を負わせることを請求する場合、人民法院は法に従って支持しなければならない」。

[4] 会社法司法解釈（2）第18条は、以下のとおりに規定する。すなわち、（１項）「有限会社の株主、株式会社の取締役及び支配株主が法定期間内に清算委員会を組織せず、会社財産に値下がり、流失、毀損又は滅失に至った場合、債権者が前述の者にその行為によってもたらした損失の範囲内で会社債務に対して賠償責任を主張する場合、人民法院は法に従って支持しなければならない」。

【判例７】は、株主に責任を課する根拠として、当該株主が合法な清算手続きを行ったかどうかにあると考える。

二　株主による清算義務の不履行事例

この類型の事例に属する判例は、【判例３】【判例24】である。この類型の事例の共通点としては、株主の清算義務の不履行によって会社債権者の利益が害されたことである。

【判例３】は、法人格否認の適用を否定した事例である。すなわち、保証金債権を有するＸは、その債務者であるY_1に債務履行を請求した。しかし、Y_1は、その営業許可書が取り消され、会社の清算が行われていない。ＸはY_1の株主であるY_2が法定の清算手続きを行わないため、債権者としての自己の利益を損なったことを理由に、Y_2にY_1の本件債務に対する連帯責任を追求した。

人民法院は、会社法第190条第３項及び会社法司法解釈（2）第18条４を援用してY_2の責任の成否を判断した。すなわち、①有限会社の株主は、法定期限内に清算委員会を成立させ清算を開始しないこと、②清算義務者は、即時清算義務を履行せずに、会社財産が値下がり、流失、毀損及び滅失に至った。これについてＸは①につき証拠を挙げたが、②については証拠を挙げていなかったため、請求が棄却された。

【判例３】は、清算義務を履行しない株主の責任について、人民法院は、会社法の規定である会社法第190条第３項及び会社法司法解釈（2）第18条を援用して判断した。法人格否認の適用を否定した。

【判例24】では、人民法院は、契約上の債務を負う会社の株主が会社の営業許可書が取り消された後に、会社を清算しないことによって会社債権者の利益を害したことを理由に、会社法第20条第３項を適用して当該株主に責任を課した。しかし、会社の株主が会社の営業許可書が取り消された後に会社を清算しないことからは、直ちに当該株主が法人格を濫用して債務を逃れることに導かないではないか。

【判例24】は、【判例３】のように、会社の株主に責任を課するには、清算義務者が即時清算義務を履行しないで、会社財産が値下がり、流失、毀損及び滅失に至ったことを証明することが必要であろう。さもないと、明確な基準なしで会社の株主に責任を課するのは法の安定性を害するで

あろう。

要するに、【判例３】【判例24】は、会社の株主に責任を課する際に、株主の清算義務不履行による責任の規定である、会社法第190条第３項及び会社法司法解釈（2）第18条の規定に従って解釈すれば足り、法人格否認の適用を必要としないであろう。

三　株主による会社法強行法規違反事例

【判例25】は、出資の払戻禁止規定（会社法第36条）違反事例である。つまり、会社法36条は、「株主は、会社成立後、出資の払戻を受けてはならない」と規定している。しかし、同条は、出資払戻禁止規定に違反した株主にいかなる責任を課すかにつき、規定していない。会社法条文の中にも当該株主の責任を規定したものが見当たらない（但し、会社法第201条は、会社法第36条に違反した株主に行政責任を規定した）。

しかし、会社法第36条に違反して出資の払戻を受けた株主は、その負う責任がいかなるものかについて、会社法第28条（出資払込義務）及び第31条（現物出資の差額補填）という資本充実原則規定を類推して、当該株主に責任を課するべきであろう。

【判例26】は、個人名義口座開設禁止規定（会社法第172条[5]第２項）違反の事例である。すなわち、売買契約上の債権を有するＸは、その債務者であるY_1の株主たるY_2に対して、Y_1がY_2の名義で銀行口座を開設したことを理由に、当該行為が法人格の濫用であると主張してY_2の責任を求めた。人民法院はＸの主張を認めた。しかし、Y_1がY_2の名義で銀行口座を開設したこと自体、Y_2が株主としての有限責任を濫用したかを、到底理解しがたい。なぜなら、Y_1がY_2の名義で銀行口座を開設したこと自体は、会社の債務を逃れて会社債権者の利益を害することを直ちに導けないであろう。

【判例26】は、事案の状況を併せて、また会社法第172条第２項規定の

[5] 会社法第172条は以下のとおり規定している。すなわち、（１項）「会社は、法定の会計帳簿以外に、別に会計帳簿を設けてはならない」。
（２項）「会社の資産について、いかなる個人名義によっても口座を開設して預金してはならない」。

趣旨に照らして、会社の株主に責任を課するかどうかを決めるべきであろう。だから、【判例26】の本質は、会社法第172条第２項自体の解釈の問題であると思う。

第２節　詐害行為取消権（中国契約法第74条[6]）についての考察

第１款　判例の現状

詐害行為取消権（中国契約法第74条）に関する中国の判例は、現在９件ある。９件の裁判例の中で、事実認定を主に行った裁判例が３件あった。その他、債権者取消権の行使期間[7]に関する認定を主に行った裁判例が１件あり、取消権訴訟における事実認定の依拠する判決が再審により変更されたため､取消権行使の請求が棄却された裁判例が１件あった。結局、ここで分析に供する裁判例は、以下の４件のみである。

詐害行為取消権に関する中国の判例を調べる際に、主に念頭に置いたのは次のことである。つまり、中国契約法第74条に関する判例の中に、会社法第20条第３項の判例が提示したように、会社の株主（主に小規模の会社で、その支配株主が会社の法定代表者を勤めるのが通例）が自己の会社への支配力を利用して、会社の財産を自己のところに移転させ、

---

[6] 中華人民共和国契約法第74条は、以下のとおり規定している。すなわち､「債務者が、期限の到来した自己の債権を放棄し又は財産を無償譲渡したことにより、債権者に損害を与えたときは、債権者は、人民法院に対して、債務者の行為の取消を訴求することができる。債務者が明らかに不合理な低価格をもって財産を譲渡し、債権者に損害を与え、かつ譲受人が当該事情を知っていたときもまた、債権者は、人民法院に対して、債務者の行為の取消を請求することができる」。

「取消権の行使の範囲は、債権者の債権を限度とする。債権者が取消権を行使するのに必要な費用は、債務者の負担とする」。

[7] 中華人民共和国契約法第75条は、以下のとおり規定している。すなわち､「取消権は債権者が取消の事由を知る又は知るべきときより一年以内に行使する。債務者の行為が発生された日より五年以内に債権者が取消権を行使しなかった場合、当該取消権が消滅する」。

会社の債務弁済能力を失わせることによって、会社債権者の利益が害されるに至った事例はあるか。本稿第３章で紹介したように、会社債権者の利益を守るために、会社法第20条第３項を適用して判決を下した例が一部の人民法院の判決から見られる。第３章の【判例５】【判例９】【判例10】【判例11】【判例12】【判例13】【判例14】【判例27】【判例28】【判例29】【判例31】【判例32】【判例33】がその例である。

債務者は、期限の到来した自己の債権を放棄しもしくは財産を無償譲渡したこと、または明らかに不合理な低価格をもって財産を譲渡したことによって、債権者の利益を害した場合、債権者は中国契約法第74条をもって自己の利益を守ることができる。中国では、債権者の利益を保護する重要な手段として、契約法第74条が重要な役割を果たしている。

本節では、中国において詐害行為取消権という理論構成を援用して、第３章の債権者詐害諸事例に対応するケースがあるかどうか、もし詐害行為取消権で対応可能とすれば､効果上法人格否認のそれと異なるかを､この部分の考察の目的とする。

判例の考察は、①取消権者は誰に何を請求できるか、②債権者取消権の行使の効果について、重点に置いて行う。

第２款　詐害行為取消権に関する判例の検討

１　最高人民法院の判決

【判例１】最高人民法院2008年９月５日判決（2008）民二終字第23号

【事実の概要】

1998年８月21日に、X 銀行は、Y_1会社（被告、被上告人）との間に金銭消費貸借契約（以下、「貸借契約」とする）を締結した。この契約により、Y_1が X から金15,300万元を借り入れ、契約期間は1998年７月１日～ 2007年７月１日であった。その後、Y_1は2001年満期の500万元と2002年満期の800万元を返済したが、残りの債務を履行しなかった。

2004年４月７日に、Y_1はY_2会社（被告、被上告人、Y_1の株主）との間に株式引換合意書を締結した。合意書により、Y_1はその有する A 会社の株式持分の74.4％（時価13,000万元と評価される）をもって、Y_2の

有するB会社の株式持分の98.5％と引き換える旨を約した。Xは、Y_2の引換に供するB会社の株式持分が著しい低価格であることを理由に、Y_1・Y_2間の株式引換合意を取り消すよう訴えを提起した。

第一審人民法院は、次のような理由でXの請求を棄却した。つまり、Y_1は本件の株式を引き換えた後、所持するBの株式持分を13,000万元の値段で訴外C会社に譲り渡した。したがって、本件株式引換時、Y_2がY_1に相当な対価を払ったと認定できる。

Xは上告。

上告審での事実認定

①Y_2の有するB会社の株式持分の98.5％の評価値に対し、上告審には、その評価値が2,787.88万元であると認定した。

②Y_1がY_2から引き換えたBの持分を訴外Cに譲り渡した事実について。上告審で取り調べた証拠によると、C会社がY_1からBの株式持分を購入する資金（13,000万元）は、Y_1の子会社Dから拠出されたものであり、しかも、その資金の80％が当日、Dに戻された。また、Y_1・C間に取引がなかった。

【判旨】上告認容

「Y_1は、13,000万元の資産をもってY_2の2,787.88万元の資産と引き換え、Y_2も引換に供する資産が2,787.88万元の価値しかないことを知っている。(Y_1・Y_2の)当該行為は著しくY_1の債権者Xの利益を損なった。『契約法』第74条により、Xの請求即ちY_1・Y_2間の株式引換契約の取消を支持すべきである。…取消後、Y_1・Y_2が、相互に株式を返還すべく、相互返還が困難な場合、Y_2が両者の株式評価額の差額の範囲内において、その差額を金銭に換算して、Y_1に返還すべきである。」

【分析】

①取消権者は、誰に何を請求できるかについて。本件では、取消権者は、債務者と受益者に対して、株式譲渡契約の取消を請求した。

②詐害行為取消権行使の効果について。本件では、受益者は無償で譲り受けた財産の差額部分を債務者に返還した。

2　下級審人民法院の判決

【判例2】北京市第二中級人民法院2004年3月19日判決（2004）二中民

終字第01440号

【事実の概要】

1998年３月31日に、Ｙ会社（被告、被控訴人）はＡ銀行から300万ドルの金員を借り入れた。Ｂ会社が当該金銭消費契約の連帯保証人を務めた。弁済期の到来後、Ｙが弁済をしなかったため、Ａは本件債権を主張して提訴した。2001年３月22日に、終局判決により、ＹはＡに元金及び利息を支払い、Ｂは連帯責任を負うことを命じられた。2001年６月27日に、Ｙ、Ｂ、Ｃ、ＤとＸ（原告、控訴人、Ｂの第一株主）の五者の間に、強制執行についての合意がなされた。この合意によると、Ｘが300万ドルの元金及び利息を支払うことにより、ＹのＡに対する債務を消滅させる。ＸがＢに対して求償しない代わりに、Ｙ及び本件消費貸借契約の実際上の資金使用者Ｃ、Ｄに求償する旨約した。その後、Ｘは約定通りに金員の支払を終え、Ｙ、Ｃ、Ｄに求償したが、三者のいずれも応じなかった。そこで、Ｘは求償権を行使するために、訴えを提起して確定判決を得た。

前述確定判決の強制執行中に、Ｘは以下の事実を察知した。1998年８月６日に、ＹはＥ会社に自己の所有する訴外Ｎ会社の株式の50％を無償で譲り渡した。Ｘはこの無償譲渡行為が自己の債権実現を害したことを理由に、Ｙ・Ｅ間の株式譲渡合意を取り消すよう訴えを提起した。

第一審人民法院は、Ｘの債権取得の時期について判断をしてＸの請求を棄却した。つまり、Ｙ・Ｅ間の株式譲渡合意の締結時期は1998年８月６日であるのに対し、Ｘの本件求償権の取得時期は2001年６月29日であった。したがって、Ｙ・Ｅ間の株式譲渡合意がＹの責任財産を減少させたけれど、（発生時期から見れば）Ｙの行為がＸの債権を害する意図が見えないから、Ｘの請求を支持し得ないと判示した。Ｘは控訴。

【判旨】控訴棄却

「…『中華人民共和国担保法』第31条[8]によると、保証契約中、保証人と主たる債務者との間に当然の債権・債務関係が存するわけではなく、

[8]「中華人民共和国担保法」第31条：保証人は保証責任を負担した場合、債務者に求償する権利を有する。

保証人が債権者に保証責任を負担して始めて、債務者との間に債権・債務関係が生じる。したがって、X の控訴理由は支持できない。」

【分析】

取消権者は、誰に何を請求できるかについて。本件では、取消権者は、債務者と受益者間の無償譲渡行為の取消を求めた。

【判例３】江蘇省宝応県人民法院2004年11月26日判決（2004）宝民二初字第281号

【事実の概要】

1999年７月～９月に、Y_1が X からセメント・レンガ等の材料を購入し、その買掛金額は43,748元であった。X は本件代金債権を主張して訴えを提起した。人民法院が（2001）宝経初字第374号判決をもって、X の請求を認容した。強制執行を経て、X は7,400元を得たが、残りの39,058元が Y の無資力のため、強制執行中止となった。

1999年12月３日に、Y_1がその妻 Y_2と離婚し、二人の間で、夫婦共同財産[9]即ち８部屋の二階建ての家屋一軒と家具・家電製品等を Y_1・Y_2の息子 A（第三者）の名義の下に移転し、夫婦関係存続期間の生じた債務がすべて Y_1が負担する旨約した。X はこれを理由に、Y_1・Y_2の本件贈与行為の取消を主張して提訴した。

【判旨】請求認容

「…X・Y_1間の債務発生時期が Y_1・Y_2離婚の前段階だと認定できる。Y_1・Y_2は債務を負っているにもかかわらず、離婚時、共同財産をすべて A に贈与したことにより、自己に債務弁済能力を失わせるに至った。

[9] 離婚時、夫婦共同財産の処分に関して、「中華人民共和国婚姻法」第39条第１項は次のとおり規定している。すなわち、離婚時、夫婦の共同財産が双方の協議で処分する。協議を達成できないとき、人民法院が財産の具体的状況を照らし、子供及び妻側の利益優先の原則で判決を下す。

また、第41条は次のとおり規定している。すなわち、離婚時、夫婦共同生活上で負っている債務が、共同で弁済すべきである。共同財産が弁済に足りないとき、又は財産が各自所有に帰するとき、双方が協議で弁済する。協議を達成できないとき、人民法院に判決を下す。

その行為は、債権者Ｘの債権実現を害した。したがって、Ｘの請求即ち本件贈与中の39,058元相当の財産贈与行為の取消を支持する。」

【分析】

取消権者は、誰に何を請求できるかについて。本件では、取消権者は、債務者と受益者に対して、贈与行為の取消を請求した。

【判例４】上海市崇明県人民法院2009年１月22日判決（2008）崇民二（商）初字第427号

【事実の概要】

ＸとＹとの間に金銭消費貸借契約が結ばれた。2006年11月16日に、上海市崇明県人民法院の調停により、Ｙが2006年11月20日まで、Ｘに金192万元を返還する合意は達成した。履行期日満了後にＹが債務を履行しなかったため、Ｘは強制執行を申し立てた。

ＹはＡ会社に641万元の利益配当分の債権（判決の確定による）があって、2008年８月４日に、Ｙ・Ａ間に「和解合意書」を締結した。「和解合意書」により、ＹはＡに対して債権641万元を放棄した。ＸはＹの債権放棄行為が自分の債権実現に損害をもたらしたことを理由に、当該「和解合意書」の取消を主張して訴えを提起した。

【判旨】請求認容

「Ｙの巨額債権放棄の行為の結果から見れば、事実上、責任財産の減少を招来し、自己（Ｙ自身）に資力不足の境地に陥らせ、その行為が直接（Ｙの）債権者の利益を損なった。また、「和解合意書」を締結する前、ＸのＹに対する債権が既に存し、強制執行手続中に入った。これについて、Ｙ・Ａが当該事実について知るはずである。…Ｙの債権放棄行為が、その債権者全員の利益に損害をもたらした。債権者全員の合法的利益を保護するために、Ｘの主張（Ｙの巨額債権放棄の行為の取消）を支持すべきである。」

【分析】

取消権者は、誰に何を請求できるかについて。本件では、取消権者は、債務者と受益者に対して、債権放棄の行為の取消を請求した。

第３款　まとめ

以上、中国法上の詐害行為取消権（中国契約法第74条）に関する判例を考察した。次のことが分かった。

①取消権者は誰に何を請求できるかについて

【判例１】では、取消権者は債務者・受益者間における著しい低価格で株式を譲渡す行為、【判例２】では、取消権者は債務者・受益者間の債権の無償譲渡行為、【判例３】では、取消権者は債務者・受益者間の贈与行為、【判例４】では、取消権者は債務者・受益者間の債権の放棄行為を取り消すことを請求した。

②詐害行為取消権行使の効果について

【判例１】～【判例４】の中に、詐害行為取消権の行使効果を明示したのは、【判例１】のみであった。すなわち、受益者は、無償で譲り受けた財産の差額部分を債務者に返還した。ただ、第１款冒頭の部分で言及した状況即ち、会社の支配株主が自己の会社への支配力を利用して、会社の財産を自己のところに移転させ、会社の債務弁済能力を失わせることによって、会社債権者の利益が害されるに至った状況は、現在の判例考察の結果から見当たらなかった。

しかし、詐害行為取消権の要件は、会社債権者詐害又は会社財産の流用・占用の事例について対応することが可能である。つまり、債務者が第三者（受益者・会社の株主）と通謀して、会社の財産を第三者のところに移転させ、当該行為によって債権者の利益に損害を与えた場合（第３章【判例５】【判例９】【判例10】【判例11】【判例12】【判例13】【判例14】【判例27】【判例28】【判例29】【判例31】【判例32】【判例33】）、会社債権者は契約法第74条を援用して、債務者・受益者間の財産移転等の行為を取り消すことを請求することが可能である。そして、受益者はその受けた財産を債務者の責任財産に返還する。

したがって、詐害行為取消権は、債務者・受益者間の財産移転等の行

為の取消を通して、債務者の責任財産の回復に帰する。結果として、詐害行為取消権の行使によっては、取消権者を含む債権者全体の債務弁済に役立つと考える。

第３節　債権者代位権（中国契約法第73条[10]）に関する考察

第１款　判例に関する考察

一　判例の現状

債権者代位権（中華人民共和国契約法第73条）に関する中国の公表された裁判例を調べ、2009年までの債権者代位権に関する裁判例13件を対象として扱った。その中に、主に原告の証明責任について判断を下した裁判例２件、保険法上の代位権事例２件を除いて、分析する裁判例は９件である。

中国法上の債権者代位権に関する裁判例を調べる目的は、会社の株主が不実出資[11]した場合、会社の債権者は自らの利益を守るために、当該

---

[10] 中国契約法第73条は、次のとおり規定している。すなわち、（１項）債務者が、期限の到来した自己の債権の行使を怠ったことにより、債権者に損害を与えたときは、債権者は、人民法院に対して、自己の名義をもって債務者の債権を代位行使することを請求することができる。但し、当該債権が債務者の一身に専属する場合を除く。

（２項）代位権の行使の範囲は、債権者の債権を限度とする。

[11] 中国法上の「不実出資」という用語は、日本法上の「出資の仮装払込」という用語と似ているが、「出資の仮装払込」が主に預け合いと見せ金を指すのに対し、「不実出資」はより範囲が広い。中国の公表された裁判例の中に、会社の株主が、瑕疵の出資により会社の債権者に責任を負担した事案の中から、「不実出資」の例としては、次の①～⑤の場合がある。即ち、①会社成立の当日（前日）に、出資金の全額又は一部は会社の株主に引き出される。（2008）港商初字第305号、（2009）二中民終字第00489号。②会社設立・増資の際、銀行が虚偽の預金残高証明書を発行した。（2007）琼民二終字第３号、（2007）琼民一終字第23号、（2007）民二終字第26号。③会社の従業員に偽りの会社資金証明書類の作成を指示し、その資金証明書を使って、資金検査機構の証明書の発行を騙して、会社増資手続きを終えた。（2007）滬高民四（商）終字第４号。④現

会社の株主に債権者代位権に基づいて、不実出資をした株主にその不実出資分の自己への弁済を直接請求できるか否かということである。具体的に言えば、まず、中国法上の債権者代位権に関する裁判例の中で、会社の株主が不実出資の場面が含まれるかどうか、そして、会社の株主が不実出資した場合に、会社の債権者が株主に対して責任を追求するためには、債権者代位権による法律構成が可能か否かを検討する。

二　判例の検討

【判例１】最高人民法院2006年９月29日判決（2006）民二終字第90号

【事実の概要】

2004年４月21日に、X 銀行（原告、被上告人）と A 会社との間に貸付契約が締結された。この契約により、X は A に金8,000万元を貸付け、期間は2004年４月21日～2004年10月21日であった。貸付契約の期間満了後、A が契約期間内の利息のみを支払ったが、元金8,000万元及びその利息が未払いであった。

2004年４月20日に、A は委託者として、Y 証券会社（被告、上告人）と投資依頼契約を締結した。契約により、A は１億元を Y 交付して投資を依頼した。契約期間は12ヶ月であった。同日、A・Y は「補充協議書」を結んだ。該協議書によると、受託者 Y が A の年間投資収益率を7.8％以上に達することを保証する旨約した。投資依頼契約の期間満了後、Y は A の投資元金2,000万元の返済及び投資収益として780万元の支払いのみを行い、残りの元金8,000万元を返済しなかった。

X は、A が Y に対して有する期限の到来した債権を主張しない行為が、自己の債権の実現に損害をもたらしたことを理由に、Y に対して代位権訴訟を提起した。

物出資としての不動産（倉庫）の所有権移転登記手続きが欠いた。(2008) 民二終字第79条。⑤合弁会社の株主が出資期限内に、引き受けた出資額を全額払込できなかった。(2005) 武民商外初字第26号、(2006) 穂中法民四初字第358号。また、不実出資した株主は、引き受けた出資額と実際払込みをした金額の差額の範囲内において、会社債権者に対して責任を負う。

原審法院は、Ｘの代位権の請求を認めた。ただ、Ａ・Ｙ間の投資収益についての約定が無効の約定であると認定した上で、Ｙが既に支払った投資収益としての780万元を不当利得として、残りの元金8,000万元及びそれについての銀行貸付金利息と相殺して、その差額をＸに弁済するよう命じた。Ｙは元金8,000万元についての銀行貸付金利息の支払いが不当だと主張して上告した。

上告審の認定について

Ａ・Ｙ間の投資収益確保についての約定が証券法の規定に違反した[12]ため、無効になる。当該無効の約定が存するため、Ａ・Ｙ間の投資依頼契約全体が無効に至らせた。したがって、Ｙは委託された資金元金をＡに返還すべく、中国人民銀行の同期定期預金利率で利息を支払うべきである。

【判旨】原審判決を一部変更

「Ｘは、Ａに対して債権を有し、また、ＡはＹに対して債権を有する。上述債権は既に期限が到来した。ＡはＸに期限の到来した債務を履行しないし、Ｙに自己の債権の行使を怠った。（Ａの当該行為が）Ｘに損害をもたらした。…したがって、Ｘは自己の名義をもって、Ａの債権を代位行使すること自体、不当はない。」

【判例２】広州市中級人民法院2004年10月15日判決（2004）粤高法民二終字第376号

【事実の概要】

1998年12月３日に、Ｂ銀行・Ａ会社間に貸付に関する契約が締結された。この契約により、ＢがＡに対して、金880万元を貸付け、期間が10ヶ月であった。契約期間が到来した後、Ａは元金50万元と1999年12月31日までの利息を支払ったのみで、残りの元金及び利息を払わなかっ

[12] 中華人民共和国証券法（2005年）第144条（1998年証券法第143条）は、次のとおり規定している。すなわち、証券会社が如何なる方式をもって、顧客の証券取引の収益又は証券取引の損失の填補について、保証の約束をしてはならない。

た。1999年12月30日に、Bは、本件貸付契約に基づく権利をX会社（原告、被控訴人）に譲渡した。

A・Y（被告、控訴人）ともは、不動産開発・経営の資格を有する会社である。1998年９月８日に、A・Y間に、Aがその請け負っているビルの開発権をYに譲渡する旨が約定された。約定により、YがAに開発権譲渡金1,790万元及び開発管理費25万元を支払うことになる。その後、Yが開発権譲渡金として440万元のみをAに支払い、残りの代金が未払いであった。Xはこれを基づいてYに対して債権者代位権を主張して訴えを提起した。

一審人民法院は、次のように判断した。即ち、Aは現在、債務を履行する能力がないにもかかわらず、訴訟又は仲裁の方式をもってYに有する期限の到来した債権を主張しない。Aは、債権行使を怠ったことによって、Xの本件債権の実現を害した。そこで、一審は、債権者代位権に基づいてXの請求を支持した。Yは、原審判決の認定した事実と適用した法律が誤ったことを理由に、控訴した。

【判旨】控訴棄却

「A・Y間の契約により、YはAに対して開発権譲渡金1,790万元及び開発管理費25万元を支払うべきである。Yは開発権譲渡金として440万元のみをAに支払い、残りの代金1,375万元を支払うべきである。XがAに対して707万元の期限の到来した貸付金債権を有し、また、AがYに対して1,375万元の債権を有する。AはYに対して有する債権の行使を怠ったことにより、債権者であるXの債権を害した。…したがって、YはXに対して、AのXに負っている債務707万元及びその利息を支払うべきである。」

【判例３】上海市第一中級人民法院2005年11月25日判決（2005）滬一中民四（商）終字第942号

【事実の概要】

X会社（原告、控訴人）・A会社（第三者）間に、2000年７月に、貨物の陸上運送契約が締結された。2002年７月25日に、X・A間に発生した運賃を確認したところ、AがXに415,000元の運賃を未払っていない

ことが明らかであった。その後、Aは、5,000元の運賃を払ったのみで、残りの41万元を払わなかった。

2000年７月１日に、A・Y_1会社（被告、被控訴人）間に貨物の陸上運送契約が締結された。この契約により、AはY_1のために陸上の貨物運送サービスを提供する。運送代金の支払として、Aが毎月の10日前に、先月の運送データをY_1に送付し、Y_1は前述データを確認する後、60日以内に前月の運賃を支払う旨約した。2001年11月に、Y_2会社（被告、被控訴人、Y_1の関連会社）の車両配当担当者Bが運送データの確認欄にサインを押した。Xはこのことに基づいて、Aの2001年11月分の運賃債権25万元をY_1・Y_2に対して主張して訴えを提起した。

一審法院では、第三債務者はY_1又はY_2かが未だ確定されていないこと、Aに債務弁済に十分の財産があることを理由に、Xの請求を棄却した。Xは、本件の第三債務者がY_2であることを主張して控訴した。

【判旨】控訴棄却

「…Xが代位権訴訟を提起する主な根拠は、AがY_1・Y_2のいずれかに債権を有することである。ところが、Xの提供した証拠を見る限り、いったい、Y_1・Y_2のいずれかがAに債務を負っているかが明確ではない。わが国の債権者代位権の規定によると、債務者が第三債務者に有する債権が明確であることが必要とする。したがって、AがY_1・Y_2のいずれかに対して債権を有するかを証明することができないため、債権者代位権の構成要件を満足しえない。」

【判例４】江西省贛州市中級人民法院2007年３月26日判決（2007）贛中民一終字第125号

【事実の概要】

2004年６月16日に、Aは、Y郷人民政府（被告、被控訴人）との間にY郷区内所属の道路施工に関する請負契約を締結した。契約により、工事竣工後、初回の検査を受けた後に、工事代金の50％～90％を支払い、工事終回の検査を受けた12ヶ月後、残りの工事代金を支払う旨約した。A・Y間の契約締結後、AはX（原告、控訴人）から金７万元を借り入れ、2005年６月まで借入金を返済する旨約した。返済期間満了後、A

はXに10,500元のみを返済し、残りの分は返さなかった。Xは代位権訴訟を提起して、Yに対して支払を請求した。

一審法院は、A・Y間に工事の代金につき、最終的な決算が行われなかったことを理由に、Xの請求を棄却した。Xは、一審判決の認定事実に誤りがあることを理由に控訴した。

【判旨】控訴棄却

「…Aが請け負った道路工事が最終的に竣工しておらず、A・Y間に当該道路工事につき最終的な決算を行わなかった。したがって、A・Y間に期限の到来した債権が存しない。…したがって、Xの請求を支持できない。」

【判例５】広西自治区高級人民法院2007年５月20日判決（2007）桂民四終字第16号

【事実の概要】

A（第三者、被控訴人）は、鉄鋼などの貨物の輸入・輸出を従事する個人である。港作業につきX（原告、被控訴人）を代理人に選任した。Aは資金難のため、XはAのために貨物搬入費等合わせて220万元を立て替えた。1995年１月10日に、A・X間においては上述立替金債権を確認した。

2003年９月１日に、Y会社（被告、控訴人）とAは、訴外C会社を設立し、Aは200万元の出資をして、持分の40％を占めている。2004年11月11日に、YはAの了承[13]を得ないうちに、Aの持分を訴外Bに譲り渡し、株主名簿の変更登記も行った。AはYが勝手に自己の持分を他人に譲り渡すことによって、自己の権利を侵害したことを理由に訴訟を提起したが、後に訴訟を撤回した。

XはA・Y間の債権・債務関係に基づいて、自己のAに有する債権をYに請求した。一審法院は、Xの請求を認容した。Yは、本件代位

[13] C会社の定款によると、株主が株主以外の者にその持分を譲り渡す際に、株主全員の同意を得なければならない。持分の譲渡を同意しない者は当該持分を購入すべきである。

権行使の第三債務者が自己ではなく、C 会社であることを主張して控訴した。

【判旨】控訴棄却

「Y の行為（A の持分を第三者に譲り渡すこと）が A の C 会社にある持分を侵害した。当該持分侵害行為により、A・Y 間において不法行為の債権が成立した。当該侵害行為がなされたときより、A が不法行為による損害賠償請求権を有する。…したがって、A の有する債権は、期限の到来した債権といえる。」

「…当該行為の侵害した対象は A の会社の持分であるため、債務者自身に専属した権利ではない。したがって、代位行使できる。」

「A は、Y に不法行為の訴えを提起したが、2006年８月に訴えを撤回した。その後、X に負っている債務を履行しないし、訴訟又は仲裁の方式をもって Y に対して権利を主張していなかった。しかも、A が本件の Y に対して有する債権以外に X の債務を弁済する財産がないことを明確に申し出た。したがって、A がその期限の到来した債権の行使を怠ったことにより、債権者としての X の債権を実現不能に陥らせ、X の債権に損害をもたらした。…したがって、X は代位権を主張することについて、支持すべきである。」

【判例６】上海市閔行区人民法院2008年12月15日判決（2008）閔民二（商）初字第1164号

【事実の概要】

X と A との間には、1998年９月28日にポケベルの売買に関する契約が締結された。X は契約通りに品物を提供したが、A は1999年６月30日までに、合わせて X に対する40万元の代金が未払いであった。B 会社（第三者）が A の未払代金のために連帯保証人となった。

なお、Y_3会社（被告）は B に40万元の未払代金債務を負っている。Y_3は1999年６月21日に、自己の全ての資産及び負債を Y_1と Y_2に譲渡した。X は、Y_1・Y_2に対して40万元の代金の代位行使を主張して提訴した。

【判旨】請求認容

「…本件に鑑みると、B の Y_1・Y_2に対して有する債権が既に期限が到

来したにもかかわらず、Bは訴訟又は仲裁の方式でY_1・Y_2に対してその債権を主張しなかった。一方、Bが保証人として、自己のXに負っている期限到来した保証債務を履行しなかった。Bの行為によって、自己がXに対しての保証債務を履行することができないに至った。Bの行為が債権者としてのXの合法的利益を損なった。したがって、Xの提起した代位訴訟が代位権行使の要件が揃ったといえる。…Y_1・Y_2は、共同でXに対して40万元の未払代金を交付すべき」である。

【判例７】河南省開封市中級人民法院2009年11月９日判決（2009）汴民終字第299号

【事実の概要】

2000年３月～2001年３月に、X（原告、被控訴人）は、６回に分けてA工場に金38.4万元を貸し付けた。Aは借入金の一部を返済したが、残りの27.8万元及び利息と合わせて45万元を返さなかった。

AはY会社（被告、控訴人）に36万元の期限の到来した債権を有するが、その債権を主張しなかった。Xはこれを理由として、Yに対して債権者代位権を主張して訴えを提起した。

一審判決は、XのAに有する債権、AのYに有する債権がともに期限の到来した債権であると認定した。また、AがX対して負っている債務を履行しないと同時に、訴訟又は仲裁の形によってYに対して自己の債権を主張しないことも認定した。したがって、Aの当該行為が期限の到来した債権の行使を怠ったことを認定することができると判断し、Yに直接、Xに対して36万元を支払えと命じた。YはXが債権者代位権を行使するには、その代位権行使の事実・法的根拠がないと主張して控訴した。

【判旨】控訴棄却

「一審判決の認定した証拠から見る限り、XはAに対して期限の到来した債権を有することが認定でき、また、AがYに対して期限の到来した債権を有し、しかも、その債権の行使を怠ったことも認定できる。したがって、Xが債権者代位権を行使する際に、その事実・法的根拠がある。」

三　まとめ

以上、中国法上の債権者代位権に関する裁判例をその中の７つを扱って検討した。その検討から以下のことが分かった。

すなわち、債権者代位権を適用するには、以下の要件が必要である。①債権者・債務者の有する債権がともに期限が到来した[14]。②債務者がその有する債権の行使が怠った。判例では債権行使を怠った基準としては、訴訟又は仲裁の方式をもって自己の債権を主張していないことである[15]。③債務者が債権行使を怠ったことにより、その債権者の利益を損なった[16]。

したがって、会社の株主が仮装払込をした場合（例えば第３章【判例15】【判例16】【判例17】【判例18】【判例19】【判例20】【判例21】【判例22】【判例23】）、債権者代位権の行使要件に照らし、会社の債権者（代位債権者）は、直接に会社の株主（第三債務者）に対して、株主の会社に負っている出資払込債務の範囲内で、会社の当該出資払込債権を代位行使することが理論上可能であろう。

第２款　中国契約法第73条の立法背景及び最高人民法院の立場

[14] 広州市中級人民法院2004年10月15日判決（2004）粤高法民二終字第376号、最高人民法院2006年９月29日判決（2006）民二終字第90号、江西省贛州市中級人民法院2007年３月26日判決（2007）贛中民一終字第125号、広西自治区高級人民法院2007年５月20日判決（2007）桂民四終字第16号、上海市閔行区人民法院2008年12月15日判決（2008）閔民二（商）初字第1164号、河南省開封市中級人民法院2009年11月９日判決（2009）汴民終字第299号。

[15] 広州市中級人民法院2004年10月15日判決（2004）粤高法民二終字第376号、最高人民法院2006年９月29日判決（2006）民二終字第90号、広西自治区高級人民法院2007年５月20日判決（2007）桂民四終字第16号、上海市閔行区人民法院2008年12月15日判決（2008）閔民二（商）初字第1164号、河南省開封市中級人民法院2009年11月９日判決（2009）汴民終字第299号。

[16] 広州市中級人民法院2004年10月15日判決（2004）粤高法民二終字第376号、最高人民法院2006年９月29日判決（2006）民二終字第90号、広西自治区高級人民法院2007年５月20日判決（2007）桂民四終字第16号、上海市閔行区人民法院2008年12月15日判決（2008）閔民二（商）初字第1164号。

一　中国における債権者代位権（中国契約法第73条）の立法背景

債権者代位権制度を立法（「中華人民共和国契約法」）で創設する直接のきっかけが、中国の企業を困らせた三者間の債権・債務問題（原文は、“三角債”“討債難”）である[17]。具体的に言えば、「中華人民共和国契約法」（1999年３月15日第９回全人代可決、1999年10月１日より施行）が頒布する以前、中国において責任財産の保全制度が欠いているため、債権回収困難（原文は、“三角債”“討債難”）の現象が普遍であった。例えば、債権者代位権の規定がない場合、甲は乙に債権を有し、乙は丙に債権を有する。もし、乙は丙に対してその有する債権を主張しないと、甲は直接、丙に対して、自己の乙に有する債権を根拠に請求することができない。甲は、自己の債権を行使するために、まず、乙に対して自己の債権を主張し、乙はさらに丙に対して行使する迂遠な方法をとらざるを得ない。もし、責任財産保全の制度が確立したら、債権者は、直接、第三債務者に請求できるから、債権者の利益が十分保護できると、社会各界からの立法の声が強まった[18]という。

二　「中華人民共和国契約法」頒布後における最高人民法院の立場

「中華人民共和国契約法」が頒布された後に、最高人民法院がそれについての司法解釈「『中華人民共和国契約法』を適用する際の若干問題への解釈（一）」（法釈〔1999〕19号、以下、「契約法司法解釈（一）とする」）をも公布した[19]。契約法司法解釈（一）の制定者の一人である曹守曄教授が以下のように最高人民法院の立場を説明した。

（1）債権者が債権者代位権の行使を通して、直接に第三債務者からの弁済を受けることができる。その理由は次の通りである。

---

[17] 張馳「代位権法律制度比較研究」法学、2002年第10期46頁。

[18] 王利明＝崔建遠『合同法新論・総則』（中国政法大学出版社、1996年）382～383頁（王利明執筆）。

[19] 契約法司法解釈（一）において、第11条～第22条の12箇所をもって、債権者代位権につき規定された。

①代位債権者が第三債務者との間に直接の権利･義務関係を有しないが、法律（契約法及び契約法司法解釈）が債権者に直接の受領権限を与えたため、代位債権者と第三債務者との間に新たな直接の法律関係が創設されたと看做される。したがって、一旦、代位訴訟が提起されたら、債権者が直接に第三債務者を自己の債務者として債権を主張することができる。

②立法の精神に当てはまる。つまり、まず、代位権を行使した後の財産が債務者の責任財産に帰属する主張は、理論上の根拠があるものの、（中国の）現実の事情と合わない。その結果、代位権制度としての効果を発揮できず、当該制度がただ形になってしまうおそれがある。次に、代位権訴訟は清算手続きや破産手続きのような債権者の公平に弁済を受ける制度ではない。また、代位権を行使する債権者の努力をも保護する必要がある。

③訴訟効率の原則に当てはまる。つまり、もし、債権者が代位権行使を通じて直接に第三債務者から弁済が受けられず、自己の債権を実現するためにさらに債務者を被告としてその債権を主張するなら、債権者にとっては、訴訟のコストが高い。

④不告不理の原則に合う。代位権訴訟は、個別の普通訴訟に属するため、代位債権者以外の債権者にとっては不公平が存しない。他の債権者が自己の債権を主張しない限り、人民法院は彼らの利益を自ら保護する必要がない。

⑤公平の原則に合う。代位権行使の法定の条件を具備すれば、債権者何人も代位訴訟を提起することができる。訴訟の併合も認められる。代位債権者が自己の債権額を限度とする等の理由で、不公平はない[20] [21]。

---

[20] 曹守曄「代位権的解釈与適用」法律適用、2000年第３期16頁以下。

[21] この最高人民法院の立場について、賛否が分かれる。賛成論者は、代位債権者が直接に第三債務者から弁済を受けることによって、積極的に債権者の利益を保護することができること、債権者の真の平等が図れること等主張して、最高人民法院のこの立場を賛成する。賈玉平「論債権人代位権」法学評論、2001年第４期26頁。これに対して、批判する学者もいる。つまり、中国契約法第73条及び契約法司法解釈第11条以下が、代位債権者に優先弁済権を与える反面、債権者代位権制度の本来の立法趣旨・体系性を失わせ、訴訟コストを増やし、

（2）当事者に対する効果

①債務者に対する効果。債権者が代位訴訟を提起した場合、債務者の第三債務者に対する訴訟が制限される。代位権が成立した場合、第三債務者が代位債権者に弁済をした後、債務者・第三債務者間、債権者・債務者間の債権・債務関係が即時消滅する。
②第三債務者に対する効果。第三債務者が債務者に対して有する抗弁は、債権者に対抗できる。
③債権者に対する効果。債権者が直接に第三債務者からの弁済を受けることができる。代位権訴訟を提起しなかった債権者が代位訴訟によって債務者に対して債務名義を取得することができない[22]。

第３款　小括

債権者代位権は、元々、責任財産の保全に位置づけられ、債務者が一般財産の維持保全を怠ったとき、債権者が債務者に属する権利を行使するための制度である[23]。日本では、通説は、一般財産の保全という代位権の趣旨から、代位権行使の効果を直接に債務者に帰属すると説かれるが、判例は、代位権が債務者の権利を単に代わって行使するだけではなく、行使によって代位権者が優先的に満足を受ける権利だという帰結を承認している[24]。

一方、中国においては、債権者代位権制度が社会事情に合わせて独特の発展を進んでいった。すなわち、立法者が念頭に置いたのは、中国の企業を困らせた「三角債」の問題であった[25]。すると、一種の金銭債権

訴訟効率を低減させ、ひいては平等・公平の精神に反する等主張している。上述批判を踏まえたうえで、現段階の中国契約法第73条が便宜的にすぎず、将来、立法上の修正を通じて、債の保全制度としての本来の姿を戻すべきだと主張している。張馳「代位権法律制度比較研究」法学、2002年第10期49頁。

[22] 曹守曄・前掲書17頁。

[23] 平井宜雄『債権総論』（弘文堂、1985年）193頁。

[24] 平井・前掲書206頁以下。

[25] 王利明＝崔建遠・前掲書382 ～ 383頁（王利明執筆）。

の簡易回収手段として、中国契約法第73条が立法者に期待されていた[26]。契約法司法解釈を作った最高人民法院も同じ見解を示している[27]。したがって、中国契約法第73条は、一種の金銭債権の簡易回収手段として位置づけられ、しかも、債権者の優先弁済権が事実上認められる。

中国契約法第73条の行使要件に照らして、会社の株主が仮装払込をした場合、会社の債権者（代位債権者）は、直接に会社の株主（第三債務者）に対して、当該株主の会社に負っている出資払込債務の範囲内で、会社の当該出資払込債権を代位行使できるであろう。すなわち、株主による出資の仮装払込の場合、中国では契約法第73条を援用して会社債権者の利益を守ることが十分可能である。

第四節　中国法考察の結論

第１款　一般私法の法理による対応可能性

本稿第３章において、中国における法人格否認の法理に関する人民法院の判決を、その解決・裁判官の法律論及び具体的な事案の具体的な問題状況にまで立ち入って、分析検討を行った。この検討から分かるように、中国の法人格否認の法理に関する判例は、実は、債権者詐害、株主による会社資金の流用・占用、株主義務不履行、会社法強行規定違反などの事例がある。そこで、本稿では中国における法人格否認の法理に関する判例には、多種多様な法律関係が含まれているという理解を導き出した。

一方、中国会社法第20条第３項を適用するには、株主による法人格の「濫用」を適切に把握することが一番肝心なことである。「法人格の濫用」

[26] 韓世遠『合同法総論』（法律出版社、2004年）第387頁以下。

[27] 中国法上の債権者代位権は、伝統の債権者代位権理論を基礎に、特に、近年中国で問題となった「三角債」及び債務者が悪意で債務を逃れることを対応して制定された新たな責任財産の保全制度である。この認識の上に、効果として、第三債務者が直接、債権者に対して債務を弁済する。曹守曄「代位権的解釈与適用」法律適用、2000年第３期、第16頁。

の明確化を探求することはもっとも大事である。しかし、第３章の考察から分かるように、法人格否認の事例を債権者詐害、株主による会社資金の流用・占用、株主義務不履行、会社法強行規定違反などの事例に分類・整理できていても、「法人格の濫用」特に濫用の目的とは何かを明確な基準が見出せない。したがって、中国の場合、今まで会社法第20条第３項の適用事例は、取引法の範疇に属するから、これらの事例を一般私法の法理によって解決できないかと考える。そこで、第６章では、中国法上の一般私法の法理に対する独自の考察を行った。

考察の結果は、以下のとおりである。

まず、事案の事実認定などを通して妥当な解決ができる場合、事実認定の段階にとどまり、法人格否認の法理の適用を必要としない。また、契約自体の解釈即ち、契約相手方の確定や、契約目的の解釈などを通して、事案を妥当に解決できれば、法人格否認の適用を必要としない。

次に、法規範自体の解釈を通して妥当な解決ができる場合、当該法規範解釈の範疇に委ねて、法人格否認の法理の適用を必要としない。具体的にいえば、株主が合法な清算を経ずに会社登録を抹消する場合、問題の実質は会社法第184条、第190条第３項及び会社法司法解釈(2)第11条、第19条、第20条第１項の解釈問題である。株主による清算義務の不履行の場合、問題の実質は会社法第190条第３項及び会社法司法解釈（2）第18条の解釈である。株主による会社法強行法規違反の場合、会社法第36条、第28条と第31条を解釈すれば足りる。個人名義口座開設禁止違反の場合、会社法第172条第２項の趣旨に従って解釈すれば妥当な結論が得られるであろう。

最後に、法人格否認の相当の部分を占める債権者詐害、株主による会社資金の流用･占用事例について、会社債権者の利益を保護するために、中国契約法第74条はこれらの事案を解決することができる。株主による出資の仮装払込事例について、中国契約法第73条をもって会社債権者の利益を保護することが可能である。

結論を言えば、今まで中国で法人格否認の法理を適用した事例は、一般私法の法理よる解決が可能であるといえよう。

第２款　会社法第20条第３項の適用範囲

中国において今まで法人格否認の法理を適用した事例は、一般私法の法理よって解決可能である。では、理論上会社法第20条第３項の適用に属する事例はいかなるものであろうか。森本・江頭説によれば、理論上財産混同、会社搾取と過少資本こそ法人格否認の適用事例であるという。中国の場合はこの説をこのまま受け入れてよいのか。以下、少し検討を加える。

一　財産混同

財産混同とは、株主・会社間の財産が外観上区別しにくい状況を指すものであると考える。だから、財産混同自体は、当然に株主による有限責任濫用の目的が含まれていない。第３章の考察から分かるように、中国会社法第20条第３項は、その適用には株主による濫用の目的が必要である。したがって、濫用の目的が入っていない財産混同要件は、理論上会社法第20条第３項の枠内に入ってはならない。

財産混同に関する判例をみれば、財産混同は、その実質が以下のような事実に還元することができよう。すなわち、①会社財産の流用（第３章【判例28】、【判例29】、【判例31】）、②契約相手方の確認（【判例30】）、③契約相手方からの不当利得返還請求（【判例33】）である。この三つの類型は、本章の考察に照らして、すべて一般私法の法理の範疇に属するから、一般私法の法理に委ねれば足りる。したがって、中国において財産混同は、法人格否認の一つの単独要件としてではなく、一般私法の法理の枠内に入ることがより適切であろう。

二　会社搾取

会社搾取には、その事実状況がさまざまある。例えば、株主が支配力を利用して会社の財産を流用・占用することや、会社倒産直前に株主が会社の財産に担保を設定したり、自己のところに移転したりすること等が挙げられる。しかし、その場合は詐害譲渡法理（契約法第74条）とか、倒産法上の否認権（倒産法第31条、第33条、第36条）で対応することはまず考えるべきであろう。

ここでいう「会社搾取」とは、社員（親会社）は会社に対する支配力を利用して、不平等な条件で会社と取引することによって、会社から多

額の利益を取得し、会社財産を減少させる場合を指す[28]。だから、第３章における株主による会社財産の流用・占用事例は、ここでいう「会社搾取」とは意味が異なる。

会社債権者は、その債権を会社から満足を得ないとき、会社の株主が会社を搾取するような行為がある場合、会社法第20条第３項を援用して当該株主に責任を追及することができるであろう。日本法の検討から分かるように、会社の搾取による株主の責任という命題について、株主に責任を課するには、株主による詐害的行為の有無、会社法における資本拘束規定による解決の可否などといったアプローチを踏まえた上で、法人格否認の援用を検討すべきである。

すなわち、会社搾取問題には、その実質は、株主が不平等な条件で会社から利益を剥奪することであるから、問題の本質は株主による会社資本の剥奪である。したがって、株主に責任を課するには、会社資本拘束規制で対応することがまず考えるべきであろう。しかし、中国の場合、会社資本拘束規制に関する規定は、会社法第36条[29]のみであるから、さまざまな会社搾取の状況に対応できないといわざるを得ない。したがって、解釈上、会社搾取に該当する事実があれば、会社法第20条第３項を適用して株主の責任を追及することが否定できないであろう。

ただ、今までの判例から会社搾取という事件が出ていないため、ここで問題点を指摘するにとどまる。

三　過少資本

森本・江頭両教授は、いずれも過少資本を企業の自己資本の水準の問題であると認めた。その上で両教授は、過少資本が適切な自己資本の具備という会社法の根本原則に反するから、法人格否認の適用の一ファク

---

[28] 森本・前掲書５号７頁を参照。

[29] 会社法第36条は以下のとおり規定している。すなわち、「株主は、会社成立以後、出資の払戻をうけてはならない」。ドイツ法上の包括的資本維持規定（ドイツ株式法第57条、第62条など）と比べて、中国会社法第36条は、株主による出資の払戻の禁止を宣言しただけで、その効果は規定していない。したがって、会社債権者の利益を保護するには、体系的な資本維持規定が必要であるため、会社法第36条のみでは期待できないであろう。

ターとなると指摘した。これに対して近年、後藤元准教授は、従来の過少資本による株主の責任という議論に期待された機能というアプローチから分析を展開し、いわゆる過少資本による株主の責任問題の実質が、実は自己資本の水準ではなく、株主によるギャンブル的な事業を選択する（資産代替）インセンティブと不法行為のコストを外部化するインセンティブであると指摘した[30]。

そして、後藤は、日本法上の法律構成を試みた。すなわち、最高裁の提示した主観的濫用論の要件（支配要件と目的要件）に照らして、いわゆる過少資本による株主の責任という問題を、主観的濫用論の枠内に入れることは適切であると指摘した。濫用の要件事実として、契約後に債権者に再交渉の機会を与えることなしに行われた債権者に不利な積極的なリスクプロファイルの変更、株主の不法行為発生への関与、発生が予想される不法行為責任からの株主による軽視（judgment proofing）などが挙げられた[31]。言い換えればこのような事実が立証されれば、株主に責任を課することができる。

後藤の説に従って第３章の【判例１】を再度見よう。A 会社は、B 会社と「建築物外壁洗浄契約」を締結した。この契約により、A は、あるビルの建築物外壁の洗浄工事を B に請け負わせた。その後、B は本件工事を Y_2（個人）に下請けさせ、Y_2はさらにそれを Y_1（個人）に下請けさせた。

Y_1は X を雇用して洗浄作業を行う途中、X は五階の建物から転落し、重大な人身事故となった。X は、Y_1が安全配慮義務を怠ったこと、Y_2が Y_1に作業に必要な資格・設備が備わっていないことを知りながら工事を Y_1に下請けさせたこと、B が Y_1に相応の資格と設備が備わっていないことを知りながら工事を Y_2に下請けさせたことを理由に、Y_1、Y_2及び B の株主 Y_3、Y_4、Y_5に対し、連帯して治療費・慰謝料など併せて621,077元の賠償を支払うように請求した。

原審は、Y_1、Y_2に対し連帯賠償責任を命じたが、Y_3、Y_4、Y_5の連帯

[30] 後藤元『株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任』（商事法務、2007年）107頁～ 108頁。

[31] 後藤・前掲書563頁。

賠償責任について、社員の有限責任を理由に、Y_3、Y_4、Y_5に清算により配分された金額の範囲内において、Y_1、Y_2と連帯責任を負うと判断した。

X は控訴。理由は、Y_3、Y_4、Y_5が事故発生後、賠償責任を免れるために、会社経営に異常がないにもかかわらず、会社の抹消登記を行った。これは会社法人の独立地位と株主の有限責任を濫用して債務を逃れる行為であるということである。これに対し、二審人民法院は、株主の有限責任を強調した上で、Y_3らの法人格濫用行為に対して、X が何ら証拠を提供できなかったことを理由に、控訴を棄却した。

【判例１】は、B の登録資本金が10万元であるのに対し、その従事する業種は高度的危険作業（建築物外壁洗浄）である。B が安全配慮義務違反により被害者 A に対して80万元以上の連帯債務を負っている。A は、一審の中で B が僅少の資本で高度的危険作業を従事すること自体が法人格の濫用に当たると主張したが、人民法院は、A のこの主張に対し応じなかった。X は、Y_3らが賠償責任を免れるために会社を解散したと控訴した。ところで、控訴理由には、争点の絞り方に問題があるのではないか。

すなわち、B には、10万元の登録資本金で会社を設立こと自体は問題がない[32]。むしろ、少額であるが、社会的に需要がある業種の会社を設立することは、有限責任制度の積極的な役割であろう。Y_3らが B を解散すること自体にも、株主が会社を解散する自由があるから、その点から Y_3らを非難することは困難であろう。

本件の実質的問題は、Y_3らが僅少の資本で高度的危険作業を従事することに対し、発生が予想される人身傷害などに対する賠償責任を回避しようとしたことの存否であろう。すなわち、Y_3らは、建築物外壁洗浄という高度的危険な事業を選択することについて、その事業実施の際に必要な損害防止措置（例えば、下請相手方の必要な資格・設備の有無

[32] 中国においては、有限会社の最低資本金が３万元である。中国会社法第26条第２項は以下のとおり規定している。すなわち、「有限会社の登録資本の最低限度額は、３万元人民元とする。法律、行政法規に有限会社の登録資本の最低限度額についてより高い規定がある場合は、その規定に従う」。

の確認、自ら下請事業実施への監督など）や付保などをしなかったため、Xに対して責任を負うべきであろう。言い換えればY_3らの当該行為は、不法行為コストの外部化という株主のインセンティブのゆがみにあるであろう。

解釈論として、会社法第20条第３項の文言に照らして、Y_3らの上述行為がXに立証されれば、有限責任の濫用に該当することになり、Xに対して賠償責任を負うことが可能であろう。ただし、本件ではXから主張しなかったため、ここで問題を提起するにとどまる。

中国会社法（2006年施行）改正の一つの目的は、起業の促進である。この目的の条文上の表現の一つとして、会社登録資本金額の緩和の規定である。すなわち、有限会社は最低資本金が３万元（会社法第26条第２項）であり、一人会社のそれは10万元（会社法第59条第１項）である。僅少な資本金で会社を設立し、リスクの高い事業を選択する場合は、いったん事業が失敗したら会社債権者に損害をもたらす。逆に不幸に事業が失敗して株主個人に会社債権者に対して賠償責任を課させるなら、有限責任制度の基礎を揺らすことになる。

そこで、有限責任が一般的に認められている今日には、株主の有限責任を認めることを前提にしながら、例外に株主の責任を認めることが適切であろう。この意味で厳格な要件をもって株主に責任を課さなければならない。いわゆる過少資本による株主の責任という命題は、現在の中国の判例のなかに未だ現れていない。しかし、経済状況の発展に従って、今後、過少資本会社の設立による債権者保護の問題は一層重要になるであろう。

第７章　結章

第１節　本稿の結論

中国会社法第20条第３項は、法人格否認の法理を規定した条文であると言われている。ところで、同条は独特の性格を有する。すなわち、会社法第20条第３項の文言からみれば、同条は濫用型の法人格否認の法理であるといえる。さらに、条文に照らして株主による法人格濫用の目的

が必要ではないかに見える。実際の裁判例もその大部分が株主による濫用の目的が必要であることを示している。

一　形骸化の位置づけ

私は、中国会社法第20条第３項が法人格否認の法理を条文上規定した以上、同法理を認めた上でできるだけその要件の明確化を求めることが適切であると考える。この立場に立つ限り、本稿の主たる目的としては、中国における法人格否認法理の要件の明確化を試みることである。ところで、中国の同法理の要件に関する判例・学説とも、形骸化の会社法第20条第３項の枠内における位置づけにつき認識が未熟であるかに見える。そこで、法人格否認法理の要件を明確化するために、その作業の一つとして、「形骸化」という言葉を適切に理解することであろう。

形骸化とは、会社とその社員との間に財産、業務など外観上区別しにくい状況を指すであると理解する。だから、形骸化の場合、会社の背後にある社員が取引上の債務を免れる等の目的の存在は不要である。中国の判例考察によれば、中国会社法第20条第３項を適用するには、株主による有限責任の濫用目的が必要である。したがって、濫用の目的を含まない形骸化は、理論上濫用目的を必要とする中国会社法第20条第３項の枠内に入れてはならない。そこで、会社法第20条第３項の適用を無制限に拡大することを防ぐために、「形骸化」という概念自体を同条の適用から排除することは、解釈論上の帰結であろう。

形骸化（主に財産混同）事例を見れば、その事案の実質は次のとおりである。すなわち、①株主による会社財産の流用、②契約相手方の確認、③契約相手方からの不当利得返還請求であるといえよう。第６章考察のとおり、これらの①～③の事例は、一般私法の法理によって解決が可能である。したがって、形骸化事例は、その事案の実質に照らして一般私法の法理に委ねられるため、会社法第20条第３項の適用にないであろう。

二　濫用要件の解明

第３章で考察したとおり、法人格濫用の目的は、主に①債権者詐害、②株主による会社資金の流用・子会社又は姉妹会社への移転、③株主による法の義務不履行、④会社法の強行規定違反がある。

しかし、第３章第２節以下で考察したとおり、②株主による会社資金の流用・子会社又は姉妹会社への移転事例、③株主による法の義務不履行事例、④会社法の強行規定違反事例については、株主の当該行為からは､必ずしも債務を逃れる目的を含まれていないといえる。人民法院は、株主による有限責任濫用の目的を要求したとしても、その濫用目的の内容は容易に把握することができない。

したがって、株主による有限責任濫用の目的は多種多様なので、その濫用目的を列挙することは不可能である。他方、人民法院は濫用の目的を認定しようとしても、株主の当該行為は必ずしも債務逃れの目的の存在を導くことができない。結局、濫用の目的自体は容易に把握するものではないので、濫用の目的から会社法第20条第３項の内容を解明することは無理である。そこで、いかなる事実があれば濫用の目的が認定できるかについて、法人格否認の法理に対して更なる考察が必要であろう。

三　中国における法人格否認の法理の構築の試み

中国の場合、今まで会社法第20条第３項の適用事例は、取引法の範疇に属するから、これらの事例を一般私法の法理によって解決できないかと考える。

まず、事案の事実認定などを通して妥当な解決ができる場合、事実認定の段階にとどまり、法人格否認の法理の適用を必要としない。また、契約自体の解釈即ち、契約相手方の確定とか、契約目的の解釈などを通して、事案を妥当に解決できれば、法人格否認の適用を必要としない。

次に、法規範自体の解釈を通して妥当な解決ができる場合、当該法規範解釈の範疇に委ねて、法人格否認の法理の適用を必要としない。具体的にいえば、株主が合法な清算を経ずに会社登録を抹消する場合、問題の実質は、会社法第184条、第190条第３項及び会社法司法解釈（2）第11条、第19条、第20条第１項の解釈問題である。株主による清算義務の不履行の場合、問題の実質は、会社法第190条第３項及び会社法司法解釈（2）第18条の解釈である。株主による会社法強行法規違反の場合、会社法第36条、第28条と第31条を解釈すれば足りる。個人名義口座開設禁止違反の場合、会社法第172条第２項の趣旨に従って解釈すれば妥当な結論が得られるであろう。

最後に、法人格否認の相当の部分を占める債権者詐害、株主による会社資金の流用･占用事例について､会社債権者の利益を保護するために、中国契約法第74条は、これらの事案を解決することが可能である。株主による出資の仮装払込事例については、中国契約法第73条をもって会社債権者の利益を保護することが可能である。

結論を言えば、今まで中国で法人格否認の法理を適用した事例は、一般私法の法理による解決が可能であるといえよう。

結局、会社法の基本秩序原則と関係する領域で、法人格否認の法理の適用範囲に残されるものは、財産混同、会社搾取と過少資本である。財産混同はすでに論及したので、ここで会社搾取と過少資本について一言を付する。すなわち、ここでいう「会社搾取」とは、社員（親会社）は会社に対する支配力を利用して、不平等な条件で会社と取引することによって、会社から多額の利益を取得し、会社財産を減少させる場合を指すものである。会社債権者はその債権を会社から満足を得ないとき、会社の株主が会社を搾取するような行為がある場合、会社法第20条第３項を援用して当該株主に責任を追及することができるであろう。

アメリカの判例では、過少資本による内部債権の劣後・株主に対する直接請求という形をもって過少資本の問題を対応している[33]。日本では、近時、過少資本を自己資本の水準ではなく、株主のインセンティブの歪みというアプローチから過少資本を理解した説がある[34]。では、中国法において過少資本会社の株主に責任を課するには、会社法第20条第３項の枠内で、どのような形をとるかが、今後、法人格否認の法理を研究する際の重要な課題であろう。

結論として、中国における会社法第20条第３項の適用には、会社搾取と過少資本に限定すべきであろう。

第２節　残された課題

[33] 江頭・前掲書294頁以下。

[34] 後藤元『株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任』（商事法務、2007年）107頁～108頁。

本稿は、主に現在における中国法人格否認の法理につき、その裁判実務上の運用という観点から同法理を考察した。考察した範囲は、現在まで中国法上に現れてきた法人格否認の法理の要件、当法理の理論上の構築という二つの問題に限定する。この意味で、本稿は、法人格否認の法理の一部のみを考察したと認めざるを得ない。

日本法上で議論されている会社搾取・過少資本による株主の責任、執行力の拡張の可否などといった問題は、現在の中国法には未だ現れていないため、考察の対象としなかった。これから、上述問題を含めて中国における法人格否認の法理の理論的構築を目指して研究を続けたい。

会社が債務超過に陥って解散あるいは解散に臨むとき、株主は債務を逃れるために、会社の財産を自己又は他の子会社に移転することによって、会社債権者を害する場合は、中国における公表した裁判例の中に現れていないが、実際に多く発生するであろうと考えられる。この場合、第６章に述べた民法上の詐害譲渡規整（中国契約法第74条）の他、倒産法上の否認権[35]も視野に入れる必要がある。倒産法上の否認権に関する考察は、後日に譲る。

[35] 中国倒産法第31条は以下のとおり規定する。すなわち、「人民法院が破産申立てを受理する一年前に債務者の財産に関わる以下の行為について、管理人は人民法院に取り消すことを申し立てることができる。（一）無償で財産を譲渡す場合、（二）著しく不合理な価格で取引をする場合、（三）担保に附していない財産に担保を付ける場合、（四）期限未到来の債務を前もって弁済する場合、（五）債権を放棄する場合」。

倒産法第33条は以下のとおり規定する。すなわち、「債務者の財産に関わる以下の行為は無効とする。（一）債務を逃れるために財産を隠匿･移転する場合、（二）債務を偽造する又は不実の債務を認める場合」。

倒産法第36条は以下のとおり規定する。すなわち、「債務者の取締役、監査役及び高級管理職が職権を利用して企業から得た非正常収入と占有した企業財産に対し、管理人は取り戻さなければならない」。

判例研究

民事判例研究

藤原正則

無権利者を委託者とする物の販売委託契約が締結された場合における当該物の所有者の追認の効果

最高裁判決平成23年10月18日（民集65巻７号2899頁、裁時1542号１頁、判タ1360号93頁、判時2134号58頁、金法1944号120頁）

【事実】

訴外Ａ（山岸製作所）は、茸の生産・販売を業とする有限会社だったが、平成８年頃から経営が悪化していた。そこで、Ａの代表取締役Ｂ（山岸敏夫）の妻（山岸みゆき）の実弟であるＣ（星野寛三）が、その妻や息子に依頼してＢ等Ａの関係者に資金を貸し付けるなどしていた。さらに、平成12年頃から平成９年に設立された有限会社セレクト（代表取締役Ｂ）がＡの経営を引き継ぐこととし、Ｃがその経営に関与するようになった。

Ｘ（原告）は平成13年６月１日に設立され、Ｃの妻の実妹Ｄが代表取締役であり、茸の生産および加工販売を業とする特例有限会社であるが、Ｂの所有するＡの茸栽培工場をＢから賃借して、茸の栽培・販売を始め、平成14年以降は、同工場で生産される茸をＸが出荷し、ＢおよびＢの妻などは、同工場で稼働してＸから労務費の支払いを受けるようになっていた。

ところが、平成15年８月12日、Ａ所有の動産の売買契約および同工場の賃貸借契約の解除等をめぐる紛争から、ＢおよびＢの妻等は、実力でＣやＸの従業員等の同工場への立ち入りを排除し、Ｘの申立てによる仮処分の決定で同工場の明け渡しの執行がされた同年９月17日までの間、同工場を占有していた。

Ｙ（被告）は、農業協同組合であるが、生産者から委託を受け、生産者から

生産物を預かって市場等に出荷し、手数料等の販売経費を取得していた。AはB等が工場を占有していた平成15年８月12日から同年９月17日までの間、Yに対し、販売代金205万9199円でX所有のブナシメジ（以下、本件茸）を出荷し、Yに本件茸を引き渡した。本件茸の販売代金は、遅くとも平成15年10月末日までには支払期限が到来していた。

他方で、XはYに対し平成15年８月15日到達の書面で、本件茸はXの所有だから、Aに対して代金の支払いをしないよう通知した。

その後、XとAおよびB等の間のB所有の工場の賃貸借契約の解除をめぐる紛争に関する訴訟は、概ねXが勝訴し、控訴審判決（東京高等裁判所平成18年（ネ）第3423号事件）が確定した。

Xは、平成19年８月27日到達の書面で、Yに対して、Aによる本件茸の売買を追認する旨の通知を行った。Yは、これに対する平成19年９月10日付けの回答書で、本件茸の売買代金の支払いを拒絶し、現在まで支払っていない。

そこで、XはYに対して本件茸の販売代金205万9199円、および、平成15年11月１日から支払い済みまで年６部の割合による金員の支払いを請求した。

これに対して、Yは、第１審（東京地方裁判所）の第１回弁論準備期日（平成20年２月19日）に、本件茸の販売代金支払債務とAに対する平成13年９月末日から平成14年５月末日を支払期限とする茸生産資材等の代金211万2670円の請求権を対等額で相殺する旨の意思表示をした。

そこで、Xは、主位的には、XAYの三者間で本件茸の販売委託を目的とするXY間の販売委託契約が成立したとして、受託者Yに販売代金の支払い（主位的請求）を、予備的には、本件茸の所有権につきXA間で争いがあり、しかも、Aが倒産状態で債権回収が困難であることを知りながら、Aとの間で販売委託契約を締結して、Aに対する債権と本件茸の販売代金を相殺するというYの不法行為によって本件茸の販売代金相当額の損害を被ったとして不法行為による損害賠償を請求した（第１次予備的請求）。

その結果、第１審での主な争点は、（１）AYXの三者間に、Yが本件茸の販売委託を受託し、本件茸の所有者Xを委託者として、本件茸の販売代金を支払うという合意が成立したか、および、（２）Aに対する債権と本件茸の販売代金を相殺したことによるYの不法行為責任の有無だった。

第１審判決（長野地判平成21・３・27民集65巻７号2906頁）は、（１）につき、本件の経緯からXY間の販売委託に関する合意が成立したとはいえないと判

断した。（２）についても、ＹがＡとの間で販売委託契約を締結して販売代金支払債務を受動債権として相殺して債権の回収を図ることは不法行為とはいえないとして、Ｘの請求を棄却した。そこで、Ｘが控訴して、予備的請求を追加し、ＸはＹに対して平成15年８月15日に本件茸はＸの所有物だから代金をＡに支払わないよう通知する方法で、ＡＹ間の販売委託契約を追認し、さらに、平成19年８月27日にも追認したから、ＸはＹに対する販売代金債権を取得したと主張した（第２次予備的請求）。

第２審（東京高判平成21･12･22民集65巻７号2914頁）は、Ｘの主位的請求、および、第１次予備的請求を棄却した。しかし、第２次予備的請求を容れて、「他人の物を目的とする販売委託契約についての当該目的物の所有者による追認は、権原のない者が無権限で他人の所有物を目的として締結した販売委託契約について、民法116条の類推適用により、契約締結の時に遡って、権原を有する者がその権原に基づいて販売委託契約を締結したのと同様の効果を生じさせるものと解すべきである（最高裁判所昭和34年（オ）第504号同37年８月10日第二小法廷判決・民集16巻８号1700頁）。」と判示した。

さらに、「このように解しても、Ｙは、Ａとの間で本件茸の販売委託契約を締結した当時、Ａを本件茸の所有者として上記販売委託契約を締結したものにすぎず、Ａでなければ上記販売委託契約を締結しなかったという事情も認められないから・・・、必ずしもＹの意思に反することにはならない。」

だから、「Ｘ主張の平成19年８月27日の追認によって、ＡとＹとの間の本件茸の販売委託契約は、遡及的に、ＸとＹとの間の本件茸の販売委託契約として有効となるから、Ｘは、Ｙに対し、本件茸の委託者として、本件茸の販売代金債権を取得することとなる。」

その結果、「平成20年２月19日にしたＡに対するＹの相殺は、受働債権であるＡのＹに対する本件茸の販売代金債権が存在しないから、その効力を生じるに由なきものといわざるを得ない。」として、Ｘの請求を認容した。

そこで、Ｙが上告受理申立した。上告理由は、他人物の売買の追認を許した判例（最判昭和37・８・10民集16巻８号1700頁）は、追認の結果として所有権の移転という物権的効果が発生することを認めたに止まる。権利者が契約の当事者となるという債権的効果を認めたものではない。無権代理の追認とは異なり、他人物売買の追認で債権的効果が発生すると、第三者は契約相手方が異なることになり、経済取引に混乱を招く。例えば、受任者が販売委託契約を締結

したのに、委任者（権利者）が追認して売買契約の効果を帰属させては、経済取引が成り立たない、などである。他方、Xは主位的請求、第１次予備的請求のいずれについても、敗訴部分に関して上告受理申立をしなかった。

【判旨】

破棄自判。

「無権利者を委託者とする物の販売委託契約が締結された場合に、当該物の所有者が、自己と同契約の受託者との間に同契約に基づく債権債務を発生させる趣旨でこれを追認したとしても、その所有者が同契約に基づく販売代金の引渡請求権を取得すると解することはできない。なぜならば、この場合においても、販売委託契約は、無権利者と受託者との間に有効に成立しているのであり、当該物の所有者が同契約を事後的に追認したとしても、同契約に基づく契約当事者の地位が所有者に移転し、同契約に基づく債権債務が所有者に帰属するに至ると解するならば、上記受託者が無権利者に対して有していた抗弁を主張することができなくなるなど、受託者に不測の不利益を与えることになり、相当ではない。」として、Yの上告を認めて、Xの請求を棄却した。

【検討】

１．本件では、無権利者Aが第三者YとX所有の茸の販売委託契約を締結し、その後に、XがAY間の委託販売契約を追認して、Yに対して委託販売代金の引渡を請求している。これに対して、本判決は、無権利者Aを委託者とするAY間の販売委託契約を、所有者Xが、自分と受託者Yとの間に販売委託契約の効果を帰属させる目的で追認しても、所有者Xは同契約に基づくAのYに対する販売代金の引渡請求権を取得することはないと判示した。

他方で、控訴審は、XのYに対する委託販売代金の請求（第２次予備的請求）を認容して、XがAY間の販売委託契約を追認した時からAのYに対する販売代金債権はXに帰属し、追認はAY間の契約締結時に遡及して効力を有するから（民116条）、その後にYはAに対する反対債権で相殺できないと判示してXを勝訴させていた。しかし、それ以外のXの主位的請求、第１次予備的請求を棄却しているが、これに対してはXは上訴しなかった。その結果、本判決は、無権利者が第三者と締結した販売委託契約を権利者が追認して、販売委託契約の効果を自分に帰属させることが可能かについてだけ判示してい

る。だから、無権利者が自己の名前で行為したときに、権利者は無権利者が第三者と締結した契約を追認して、その契約を自己に効果帰属させることはできないというのが、本判決の先例としての意味である。つまり、中間者Aの行為が本人Xに効果帰属する前提は、Aが本人（X）の名前で行為することであり、Aが自分の名前で行為したときは、相手方YとのAの法律行為の効果はAに帰属するという法律行為の効果帰属に関する顕名原則、ないしは、代理の顕名原則（民99条）を確認した判決だといえる。その意味では、本判決は、いわば当然の事理を確認した判決だともいえる。

2．ところが、よく見ると、本判決の趣旨は必ずしも判然としない。というのは、本件では、所有者Xが、無権利者AとYの間に締結された「販売委託契約」を追認している。これに対して、原審は、「他人の物を目的とする販売委託契約について当該目的物の所有者による追認は、権原のない者が無権限で他人の所有物を目的として締結した販売委託契約について、民法116条の類推適用により、契約締結の時に遡って、権原を有する者がその権原に基づいて販売委託契約を締結したのと同様の効果を生じさせる」と判示し、無権利者の処分の追認を認めた最高裁判例（最判昭和37・８・10民集16巻８号1700頁）を引用している。そうすると、原審が、権利者Xが無権利者Aの茸の処分を追認すれば、処分の相手方Yとの間の契約関係もXに帰属すると判示しているというのは、十分に考えうる理解であろう。そこで、Yが上告受理申立して、昭和37年判決は、権利者Xによる無権利者Aの他人物売買（処分）の追認により、権利者Xから相手方Yへの所有権移転という物権的効果を帰結させるに止まり、無権利者Aの「他人物売買」の契約相手方Yとの間の契約関係が、権利者Xに帰属するという債権的効果は発生させないと主張している。さらに、その際に、他人物売買を追認しても、売買は被追認者Aの名前で締結されているから、追認者Xは被追認者Aの契約上の地位を取得しないとも主張している。そして、これに答えたのが、本判決である。ところが、本判決は、権利者Xが無権利者Aの処分を追認したとはいっておらず、昭和37年最判にも言及していない。本判決は、無権利者Aを委託者とする販売委託契約を権利者Xが追認しても、Xが販売委託契約による受託者Yに対する販売代金の引渡請求権を取得することはないとだけ判示している。そうすると、Xが追認したのは、原審ないしは上告受理申立の考え方では、Aの処分行為（他人物売買）

だが、最高裁では、AY 間の「販売委託契約」であり、A の処分行為ではない。だから、最高裁は、権利者の無権利者の処分の追認が遡及効を発生させるか否かにも言及していない。

他方で、本判決は、判例評釈などにも見られるように、X が AY 間の販売委託契約を追認したことで、X に Y に対する販売代金債権が帰属するのか、ないしは、無権利者の「処分行為」を権利者が追認したときに、物権的効果のみならず債権的効果も発生するのかという観点から論じられている(1)。その理由は、先述したように、原審が、権利者による無権利者の処分の追認を認めた昭和37年最判を引用し、その効果が上告受理申立で争われたこと、および、学説では、授権（Ermächtigung）という法形式が承認されており、無権利者の処分の権利者による追認（Genehmigung）で、無権利者の処分に欠缺していた処分授権（Verfügungsermächtigung）が追完（Heilung）されて無権利者の処分は有効となる(2)と説かれているからであろう。しかし、本件では、茸の処分をしたのは、同じく無権利者だが A の契約相手方 Y であって、中間者 A ではない。中間者 A は、契約相手方 Y に茸を処分したのではなく、処分行為は委託（委任）しているが、A が茸の処分をしたわけではない。仮に、A が茸を Y に売却していれば、A は Y と他人物の売買契約を締結し、茸の所有権も処分している。その場合には、X が A の処分行為を追認することは可能で、X が A の Y に対する売買代金を請求できるのかを問題にする余地はある。しかし、A が Y と締結した委託販売契約は、A が Y に処分を委託（委任）する契約であっても、A は茸を処分していない(3)。茸の所有権が移転するのは、AY

(1) 松尾宏「判批」法セミ688号132頁、中村肇「判批」金商1388号８頁以下、宗宮英俊他「判批」NBL975号93頁以下、岩藤美智子「判批」『平成23年度重判（ジュリ1440号）』78頁以下、河津博史「判批」銀行法務743号58頁。

(2) 例えば、田島順「非権利者の処分と其追完」法学論叢32巻２号431頁以下、於保不二雄「追完（Konvalenszenz）について」）『財産管理論序説』（有信堂・1995年〔復刻版〕）243頁以下（初出・法学論叢33巻１号）、四宮一夫『民法総則（第３版）』（弘文堂・1982年）236頁以下、伊藤進『代理法理の探求』（日本評論社・2012年）54頁以下など。民法（債権法）改正委員会編『債権法改正の基本方針Ⅰ』（商事法務・2009年）324頁以下も参照。

(3) 委託販売契約に関しては、大塚龍児「委託販売契約」遠藤浩・林良平・水元浩編『現代契約法体系（第４巻）』（有斐閣・1985年）１頁以下を参照。

間の販売委託契約ではなく、Yの売買契約の相手方Dへの Yの茸の処分によるからである。Xが処分行為を追認するなら、それはAの行為ではなく、Yの処分行為であろう。処分行為（Verfügungsgeschäft）とは直接に権利変動をもたらす行為であり、義務を負担する債務負担行為（Verpflichtungsgeschäft）ではないからである(4)。

確かに、AはYに対して茸の処分を委任しているから、AはYに処分権も授与しており、XがAY間の販売委託を追認すれば、Yの処分も追認していると考えることもできる。XがYの処分を追認すれば、XからDに茸の所有権は移転するが、AY間の契約関係がXに移転することにはならない。これは、例えば、Xが茸を寄託していたAがYに茸の販売を委託し、YがDに処分して、Dが善意取得（民192条）したケースと変わらない。この場合でも、茸の所有権は、Yの処分行為によりXからDに移転しているが、XのA、Yに対する不法行為による損害賠償、又は、不当利得の返還請求が問題になるだけである。XがYに販売代金の請求権を取得するには、AY間の契約関係（原因関係）がXに効果帰属する必要がある。しかし、所有権の移転と、原因関係の効果帰属は全く別の問題である。仮に、本件とは違って、XがAに茸の処分を委託していたとしても、Aは自分の名前で行為しているから、AY間の販売委託契約はAY間に効果帰属している。AY間の契約関係がXY間に効果帰属する前提は、AによるYとの契約の締結が、Xに他人効を及ぼすものでなければならない。その前提は、Aが本人Yの名前を顕名して行為するか（民99条1項）、又は、非顕名代理を認める必要がある。だから、本件で、XがAY間の販売委託契約を追認したというのは、無権限の処分行為の追認ではなく、比喩的な表現だがAの非顕名の無権代理の追認であろう。

さらに、XのYに対する茸の販売代金の請求は、本来は自己に帰属する茸の所有権の価値の追及が目的であろう。だから、本件は、Xの所有権の保護のあり方という視角からも検討される必要があると考える。そこで、本稿では、判例研究の範囲を逸脱しているが、本件の内包する問題を以下の順序で取り上

(4) 例えば、我妻栄『民法総則（新訂版）』（岩波書店・1965年）246頁、前掲注（2）四宮156頁、幾代通『民法総則（第2版）』（青林書院・1984年）198頁など。ディーター・ライポルト（円谷峻訳）『ドイツ民法総論』（成文堂・2008年）346頁、Deiter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 8.Aufl., Müller, 2002, S.89f. も参照。

げる。第１に、Ｘは Ｙの処分の相手方Ｄに対して返還請求により茸を追及する余地があった。その際の、Ｘの返還請求の実現の困難さを、まず確認する（３.）。第２に、上述したように、本件でのＸの AY 間の販売委託契約の追認は、いわば非顕名の無権代理の追認に類する行為である。そこで、仮に、ＡによるＸの非顕名代理が成立した場合でも、Ｘの Ａの契約相手方Ｙに対する請求が認められるか、ないしは、Ｙの相殺の抗弁が可能かを見る。ただし、その際に、非顕名代理を一般的に承認する英米法に関するドイツでの研究、及び、その評価を参照する。直接に英米法を参照しないのは、筆者が英米法を検討する能力に欠けること、および、わが国と同じく代理の顕名を原則とするドイツ法の視角から非顕名代理を検討することが、わが国での問題の考察には好都合だと考えるからである（４.）。第３に、わが国で無権利者の処分の追認に関する判例・学説を確認する（５.）。第４に、無権利者の処分の追認に関するドイツ法の状況を概観する。その理由は、無権利者の処分の追認が可能だというわが国の学説はドイツ法に由来するが、そこでの問題状況を見ておくことは、わが国での問題を考える上で参考になると考えるからである（６.）。結論を先取するなら、ドイツ法では、本件で、Ｘは中間処分者Ｙの処分行為を追認した上で、Ｙに対して不当利得の返還を請求することができると解されており、そのような形式での所有権の保護も可能だと考えられている。そこで、最後に、わが国でも同様の請求が可能かを検討し、本判決との関係を考えることとしたい（７.）。

３．本件で、Ｙは Ａから茸（ブナシメジ）の販売委託をされ、茸を売却してＤ（D1、D2、D3・・・Dn）から代金を取得している。本件では茸は占有離脱物だから、民192条ではなく民193条が適用される。だから、占有離脱から２年間は、Ｘは Ｄから茸の回復が可能だったはずである。ところが、本件の茸は代替物であり、しかも、恐らく Ｙは Ａ以外からも同種の茸（ブナシメジ）の販売委託を受けている可能性もある。さらに、Ｙの茸の販売先Ｄは複数だろうから、Ｘが自己所有の茸の販売先を特定し、Ｄ（D1、D2、D3・・・Dn）を発見するのは容易ではない、又は、不可能であろう。したがって、Ｘが「回復請求権」（民193条）を行使すること自体が、極めて困難である。さらに、Ｙは農業協同組合だから商人ではないが、生産者から生産物を預かって市場などに出荷するという委託販売を行っており、「公の市場」に当たる可能性もある

から、民194条が適用されれば、Dを発見できたときも、（通常は、善意・無過失の）Dから代価弁償の請求を受けることになる。その際に、Yが占有離脱物と知って買い受けたときは、安価に売り急ぐ可能性もあるが、代替物で劣化しやすいブナシメジで、しかも、Aから販売委託を受けたと考えているYは、ブナシメジを即座に時価で売却しているだろう。だから、XがDを発見できたとしても、代価弁償とブナシメジの時価はほとんど等しいから、茸の回復は意味を持たない。しかも、茸は消費物だから、恐らく、D、又は、Dからの転得者Eによって消費されているであろう。その場合には、民194条の回復請求は物の現存を前提とするとして、回復請求だけでなく、物の客観的価格と代価弁償の差額を請求した被害者の不当利得返還請求権を退けた最高裁判例（最判昭和26年11月27日民集５巻13号775頁）が存在する。だから、本件の事案では、Yからの転得者Dに対する回復請求（原物返還）、又は、それに代わる不当利得返還請求によるXの所有権の保護はほとんど実質的な意味を持たない。

さらに、Xは、Aに対しては、茸の所有権侵害を根拠とする不法行為による損害賠償、又は、不当利得返還請求が考えられるが、Aは無資力であり、無意味である。だから、まずは考えられるのが、Yの所有権侵害を根拠とする、XのYに対する不法行為による損害賠償請求、又は、不当利得返還請求であろう。ところが、Xは前者を主張していない。Aから販売委託を受けて茸を売却したときは、Yは善意・無過失だったからであろう。恐らく、その結果が、Aの無資力を知りながら、販売委託契約を締結して、AのYに対する販売代金請求権とYのAに対する債権を相殺するのは不法行為に当たるという、１審、原審でも退けられたXの主張（第１次予備的請求）である。

だから、現実には、Xは主張していないが、Yに対する不当利得返還請求が残されているだけである。そうすると、Xの所有物（茸）の直接の侵害者Aではない中間処分者Y、しかも、善意・無過失のYに対する不当利得返還請求の成否が問題になる。確かに、Yが茸を原物で占有していれば、XはYに対して回復請求権を行使することが可能である（民193条）。だから、Xの茸の所有権の代償である不当利得返還請求は、民193条の回復請求権と変わらないと考えるなら、Xの請求は可能であろう。しかし、そこで問題になるのが、上記の昭和26年最判である。というのは、同判決は民193条ではなく民194条に関するものだが、学説では、この判例の結論を支持して、民194条のみならず、民193条の回復請求の前提は物の現存であり、原物返還が不能の場合は、回復

請求権を行使できないとし、回復請求後に物が滅失・損傷したときは、損害賠償が問題になるが、請求以前の滅失・損傷では回復請求に代わる損害賠償も問題にならないと説くものがある[(5)]。つまり、このような学説によれば、原物返還が不能なら、Yが転売したときも、XはYに対して不当利得返還請求もできない可能性がある。したがって、このXのYに対する不当利得返還請求の是非は、後にXがYの処分行為を追認して、Yに対して不当利得返還請求できるかという問題と併せて検討することとしたい。いずれにせよ、本件の事情では、所有権侵害を理由とする、XのYに対する損害賠償請求は相当に困難であろう。

4．だから、その結果が、XのAY間の販売委託契約を追認して、Yに販売代金の引渡を請求するというXの主張であろう。そうすると、まずは、Aが自分の名前で締結したAY間の販売委託契約のXへの効果帰属の可能性が問題になる。しかし、Aの法律行為を他人Xに効果帰属させる前提は、Aが他人Xの名前で行為することであり（民99条1項）、顕名がなければ行為者Aに効果帰属するはずである（民100条本文）。ただし、英米法では、顕名代理（disclosed agency）とともに非顕名代理（undisclosed agency）が承認されており、顕名と非顕名の代理の間に決定的な差異は存在しないとされている[(6)]。英米法の非顕名代理を大陸法の立場から検討したミュラー・フライエンフェルス（Müller-Freienfels）は、以下のように非顕名代理を紹介している。英米法でも、特に、そこでの「契約の相対性（privity of contarct）」が厳格に適用されていることなどに鑑みれば、非顕名代理は「異常（Anomalie）」であり、法政策的に妥当だとは評価されていない。しかし、過去の判例は、非顕名代理を

(5) 舟橋諄一『物権法』（有斐閣・1960年）257頁、川島武宜・川井健編『新版注釈民法（7）』［好美清光］（有斐閣・2007年）207頁。

(6) 英米法の代理法、非顕名代理の全体像に関しては、樋口範雄『アメリカ代理法』（弘文堂・2002年）を参照。特に、本人のための代理制度という視点については、13頁以下を参照。さらに、特に、本件との関係で、英米法上の非顕名代理に関しては、大塚龍児「問屋の委託実行行為により生ずる法律関係の観点から見たagencyの法理」竹内昭夫『現代商法学の課題（下）』（有斐閣・1975年）1219頁以下を参照。

承認しており、現在ではその妥当性を論じても手遅れだと考えられている[7]。さらに、その根拠は、法定の債権譲渡（cessio legis）、代位（subrogation）だなどという説明もあるが、代理権の授与には約因は要求されないが、約因理論と同じく、結局のところ終局的には対価的取引の帰属するのは、第三者と隠れた本人（undisclosed principal）の間だということに求められている[8]。もっとも、非顕名の無権代理を本人が追認することはできない[9]から、本件では、英米法のルールでもXによるAの代理の追認は不可能であろう。しかし、本件との関係で重要なのは、最初は背後に隠れていた本人が履行請求してきたときの、第三者（相手方）の保護のあり方である。これに関して、ミュラー・フライエンフェルスは、非顕名代理を法定債権譲渡と構成するか、代理と構成するかにかかわらず、中間者の名前で契約した第三者の保護は変わらないと説明している。いずれにせよ、第三者は代理人に対して主張できることは、本人に対しても主張できる、本人が明らかになる以前の代理人に対する弁済を本人に主張でき、代理人に対して取得した債権で、本人からの請求に対して相殺できるからである[10]。ツヴァイゲルト／ケッツ（Zweigert / Kötz）は、判例の具体例を紹介している。原告は、隠れた代理によって取得した売買代金債権を請求して第三者を訴えた。ところが、第三者が隠れた代理人と売買契約を締結したのは、もっぱら代理人に対する旧い債権と売買代金債権を相殺するためだった。第三者の相殺の主張は認められて、本人の第三者に対する履行請求は退けられ

---

[7] Wolfram Müller-Freienfels, Die "Anomalie" der verdeckten Stellvertretung (undisclosed agency) des englischen Rechts, in Wolfram Müller-Freienfels, Stellvertretungsregelung in Einheit und Vielheit, Klostermann, 1982, S.131ff., 131ff. ミュラー・フライエンフェルスは、間接代理での例外、例えば、本人からの相手方への直接請求、すなわち、顕名原則の例外を認めつつあるドイツ法、大陸法と、英米法の非顕名代理の接近と相対化を説いている。

[8] 前掲注（７）Müller-Freienfels, aaO., S.138ff., S.169ff. 特に、S.196ff.

[9] 前掲注（７）Müller-Freienfels, aaO., 140. その他で、非顕名代理が認められない例外が、捺印契約（gesiegelte Veträge）と有価証券である。前掲注（６）樋口85頁が無権代理の追認の要件は、代理人による本人の名前の顕名であると指摘していることも参照。

[10] 前掲注（７）Müller-Freienfels, aaO., 149ff., S.151. 前掲注（６）樋口182頁、三林宏「アメリカ代理法」椿寿夫・伊藤進編『代理の研究』（日本評論社・2011年）560頁以下、575頁も参照。

たというケース（Greer v.Downs Supply Co. [1927] 2 K.B. 28）である。今ひとつの判例（Said v. Butt [1920] 3 K.B. 497）の事案では、原告は演劇の初演に行くつもりだったが、劇場の支配人は原告を快く思っておらず、原告にチケットを売るつもりはなかった。そこで、原告は友人を通じてチケットを入手したが、支配人は原告の入場を認めなかった。原告は、隠れた代理人を通じてチケットを入手したと主張したが、裁判所はこれを認めなかった。だから、第三者が自分の知っている契約相手方にだけ給付義務を負うことに正当な利益を有すると契約の解釈から明らかになるときは、隠れた本人の訴権は認められないということになる(11)。

このような英米法の非顕名代理を、ツヴァイゲルト／ケッツは、以下のように評価している。すなわち、隠れた本人の訴権を英米法が承認しても、取引の安全と矛盾しない。大陸法では、直接代理と間接代理の区別、つまり、顕名主義を取引の安全によって正当化している。しかし、その利益状況は、ドイツ法での債権譲渡に類似しているともいえる。ドイツ法では、債務者の協力なしに債権者の交替を認めるが、この場合の債務者の保護の方法は、英米法で隠れた本人の訴権に曝された第三者の保護と同じである。例えば、代理人と第三者の契約関係の特別な性格から匿名の本人の訴権が排除される場合には、ドイツ法でも原債権者以外への給付では債権の内容が変わってしまう場合、あるいは、譲渡禁止の特約がある場合は、債権譲渡できないと規定するドイツ民法（BGB）399条の規定によって、債権譲渡は妨げられる。英米法では、第三者が隠れた代理人との契約関係から主張できる相殺又は抗弁によって本人の地位を制限するなら、ドイツ法では、債権譲渡で新債権者に対して譲渡前の旧債権者に対する相殺を抗弁でき（BGB406条）、旧債権者への給付、旧債権者との法律行為の効力を、債務者は新債権者に主張可能であり（BGB407条１項）、旧債権者と債務者の訴訟で債権譲渡に関する確定判決があったときは、新債権者にもその効力を主張できる（BBG407条２項）という規定で、類似した結論に至っている。だから、直接代理と間接代理の区別は決して当然で必然的だというわけではなく、英米法での隠れた本人が自分の計算で締結された契約に基づいて訴えたいという利益と、第三者の契約相手方の同一性に対する信頼を保護する利

(11) Konrad Zweigert, Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3.Aufl., 1996, S.435.

益の衡量は、ドイツ法での債権譲渡と同様であるとしている[12]。

そうすると、顕名原則は契約相手方の保護のための原則だと考えられる。しかし、カルステン・シュミット（Karsten Schmidt）は、顕名原則（Offenkundigungsprinzip）の意義はそれに止まるものではなく、取引全体の安定のためでもあると指摘している。つまり、例えば、法律行為により取得した物や債権を、債権者が差し押さえたいと考えたとき、それが誰に帰属しているのかが明らかでなければならない。その帰属が客観的に不明確であるときに、それをはっきりさせるのは第一義的には法律行為の当事者の役割であり、事後的に裁判所が解明するというのは、病的であり、顕名原則が法政策的にも理性的であるとしている[13]。つまり、例えば、本件で、Aの債権者GがAの委託販売契約による代金引渡請求権を差し押さえる際に、債権が帰属するのが、XかAかは明確である必要があるということである。

本件では、Xは、AはXの名前で行為していないが、「相手方が、代理人が本人のためにすることを知り、又は知ることができたときは」（民100条ただし書）「本人に対して直接に効力を生ずる」（99条１項）と主張したいところであろう。しかし、XがYに茸が自己の所有に帰属すると通知したのは、XがYに販売代金を支払わないよう警告していることからも、Yの処分の後だった。

---

[12] 前掲注（11）Zweigert, Kötz, aaO., S.435ff. ツヴァイゲルト・ケッツも、フランス法での復委任者に対する委任者の直接訴権などを検討し、大陸法と英米法の違いを相対化している。

[13] Karsten Schmidt, Offen Stellvertretung, JuS1987, S.725ff., 426. 以上のよう顕名原則の妥当性を基礎づけた後に、カルステン・シュミットは、顕名原則の例外、「関係人のためにする法律行為（Geschäft, für den, den es angeht）」、「日常家事処理権（Schlusselgewalt）（BGB1357条）」、「物権的代位（Dingliche Surrogation）」を検討して、各々に位置づけを与えている。すなわち、関係人のためにする法律行為－例えば、主婦ではなく家事補助者が商店から食料品を現金で購入するケース－は、相手方が契約相手方に無関心なだけでなく、相手方は誰かということを窺わせる手掛かりは存在するから、具体的な本人のアイデンティティーは明らかではないが、本人の存在は明らかにされている。日常家事処理権は、代理の顕名原則の例外ではなく、法定の責任を認めた規定である。物権的代位は、関係人のためにする法律行為の一種だというのである。以上のカルステン・シュミットの狙いは、相手方のみならず、相手方の債権者も含めた取引の安全と公示を重視することである。

そこで、Xは第1審から主位的請求として、XAY間でXY間の委託販売契約が合意されたと主張したが、1審でも原審でも認められていない。その結果が、AY間の販売委託契約の追認というXの第2次予備的請求である。しかし、上述のとおり、XによるAY間の販売宅契約の追認は非顕名の無権代理の追認で不可能であり、仮に、可能だとしても、第三者YはAに対する反対債権が、本人Xが明らかになる以前に取得したものであれば、本人Xからの履行請求に対して相殺を主張できるのが妥当だということになる。だから、その意味で、本判決の妥当性は、比較法的な視角からも裏書きされていることになる。

とはいっても、YがXの所有物を処分したのでなければ、XによるAY間の販売委託契約の追認の可能性などは、そもそも考えられない。だから、本件では、無権利の中間処分者Yに対する所有者Aの所有権に基づく追及の可能性が問われていることになる。そこで、原審は、Yにとっては、茸の販売委託契約を締結するのが、XでもAでも無関係だから、AY間の契約をXY間に効果帰属させても問題はないとし、Yの相殺の利益を顧慮しなかった。その理由は、本件でのXのYに対する請求の目的は、本来はAY間の契約のXへの効果帰属ではなく、Xの所有権の保護だったからであろう。

5．次に、わが国での無権利者の処分の権利者による追認に関する判例・学説を、本件での問題との関係で確認することとしよう。ただし、これまでわが国で権利者による追認の可否が主に論じられたのは、直接の侵害者、本件ならAが権利者Xの物を処分したケースであり(14)、中間処分者、本件のYの処分ではない。中間処分者の処分の追認の可否に関しては、後（7．）に検討することとしたい。

直接の侵害者が物を処分した場合に関しても、初期の学説は、無効な行為は追認する余地はないと否定的に解していた(15)。しかし、現在の通説は、無権限

(14) 無権利者の処分の権利者による追認に関しては、服部篤美「非権利者の処分行為と権利者による追認－判例理論の検討を中心にして」判タ551号142頁以下。同論文には、事後の同意（追認）だけでなく、事前の同意、さらに、処分行為だけでなく、債務負担行為（他人の不動産の賃貸借）も含めた非常に丁寧な整理と分析がある。本稿も服部論文を参照し、同論文の検討に負うところが多い。

(15) 例えば、近藤英吉『注釈 日本民法（総則編）』（巌松堂・1932年）448頁、

処分を無権代理と同様に、効果帰属要件が欠缺している行為と位置づけ、権利者の追認があれば有効になると考えている(16)。判例も、大審院が、無権代理行為の追認も他人物の無権限処分の追認も利益状況に変わりはないとして、無権限処分の追認を承認し（（ⅰ）大判昭和10年９月10日民集14巻19号1717頁）、この大審院の判例を最高裁も確認し（本件の原審が引用する、（ⅱ）最判昭和37・８・10民集16巻８号1700頁）、さらに、同趣旨の裁判例が幾つか存在する。ただし、大審院の判例（ⅰ）は、権利者Ｘが、自己所有の山林の立木を無権限で伐採したＹ（Y1、Y2）に対して損害賠償を請求したが、Ｘは山林の毛上を無権利者ＡがＢに処分したのを承認（追認）していたから所有権を失っており、Ｙに対して損害賠償請求できないと判示したものである。さらに、最高裁の判例（ⅱ）も、無権利者Ａによる抵当権の設定を権利者Ｘが追認したとして、抵当権者Ｙに対する抵当権の抹消請求を認めなかったケースである。だから、これらの判例での権利者の追認は、無権利者の処分の相手方、又は、第三者との関係で、権利放棄の効果を発生させる以上の意味は持っていないことになる。

裁判例でも、（ⅲ）大阪高判昭和37年４月23日判時302号17頁では、ＡがＹのために土地を購入しＹの名前で登記したが、Ａは自己の土地としてＸに売却した。その後、ＹはＡの処分を承認したが、後に態度を変えて所有権を争った。判決は、（ⅰ）を引用して、ＸのＹに対する移転登記に必要な書類の交付を求める請求を認容している。（ⅳ）大阪高判昭和40年10月28日判時437号38頁では、動産をXYが外部的にはＸの単独所有、内部的にはXYの共有としたが、Ｘが単独所有としてＡに売却した。そこで、Ｙが動産に仮処分を行い、Ａが売買代金の半額をＹに支払った。そこで、Ｘが、Ｙに対して、売買代金債権の半額を失ったとして、不法行為による損害賠償、および、不当利得の返還を

鳩山秀夫『法律行為乃至時効』（巌松堂･1916年）386頁。さらに、岩田新「判批」（（ⅰ）の大審院判決の判例評釈）志林38巻２号270頁以下（1936年）は、権利者の追認を認めない場合の法律構成の検討として、極めて示唆に富むと考える。

(16) 例えば、前掲注（２）田島456頁以下、於保271頁以下、前掲注（２）四宮165頁。於保不二雄編『注釈民法（４）』［奥田昌道］252頁以下も参照。さらに、島保「判批」（（ⅰ）の大審院判例の評釈で、前掲注（15）の岩田新の評釈に対する反論）志林38巻４号520頁以下は、無権限処分の追認を認める学説の骨子が良く整理されていると考える。

請求した事例である。判決は、Y が A から売買代金の半額を受領したことで、Y の追認により処分は有効となったとして、（ⅰ）（ⅱ）を引用している。その上で、持分の半分は Y に帰属しており、Y が代金の半額を受領しても不当利得にはならないと判示している。（ⅴ）東京地判昭和44年４月24日判時567号40頁では、A が X（X1、X2）所有の土地建物に第三者 Y のために抵当権を設定したが、X が抵当権の設定を追認したとして、（ⅱ）を引用し、X の Y に対する抵当権の抹消請求が棄却されている。（ⅵ）札幌地判昭和47年11月29日判時700号113頁では、X は Y の委託を受け、小豆の売買を行い、Y に対して差損金と委託手数料を請求したが、その際に、X の社員 A が Y の名前を盗用して小豆の売買を行ったとしても、Y は A の行為を追認したから、Y は A の行為に荷担したと主張して、X が Y に対して損害賠償を請求した事例である。判決は、Y による無権利者 A の売買の追認の余地を認めたが、Y の追認を認定せず、X の請求を棄却している（（ⅰ）（ⅱ）の判例に言及せず、無効な行為の追認には、116条、119条ただし書を類推すると判示している）。そうすると、裁判例でも、無権限処分の相手方に対する請求が問題になったのは、（ⅲ）（ⅴ）だが、そのいずれも権利者の請求を退けており、（ⅰ）（ⅱ）の判決と同じである。（ⅳ）（ⅵ）では、無権限の処分者の相手方に対する請求は問題になっておらず、しかも、（ⅵ）は、追認を認定しなかった事例である。

他方で、（ⅶ）東京高判昭和41年４月６日判タ194号142頁では、無権利者 A が家屋を Y に賃貸したが、A が死亡した後、B が家屋は X に相続されたと信じて、X の代理人として Y から賃料を受領していた。これを発見した X は賃貸借に関して異議を述べず、しかも、XB は Y に対して賃料を X に支払うよう告げた。その後、契約違反を理由に、X が賃貸借契約の解除を Y に通知している。判決は、X が AY 間の賃貸借の締結を追認したとして、民法116条を類推して、契約締結時から遡って X に対して効力を生じたと判示している。（ⅷ）広島地判昭和52年５月30日判時883号74頁は、Y が X 所有の土地を Y 所有の土地として A に賃貸した。そこで、X が Y の賃貸借契約の締結を追認して、Y に A に対する賃料債権が自己に帰属することの確認を求めた。判決は、民法116条の類推で賃貸借締結時から X に対して効力を生じるとして、請求を認容している。以上の裁判例も、（ⅶ）は、権利者 X の無権利者 A と取引した相手方 Y への建物の明渡請求に対して、X の AY 間の賃貸借の追認を認定したものである。もちろん、その前提として、Y は X に賃料を支払っていた

のだろうが、これはXY間で新たに賃貸借契約が締結されたと考えても問題のないケースである。(viii)は、権利者Xと無権利者Yとの間で、賃借人Aに対する賃料債権の帰属を争ったケースで、Yとの契約相手方Aに対する履行請求ではない。ただし、特に、(viii)では、判決は、「Xは、Yによる本件土地の賃貸借行為を本件口頭弁論においてYに対して追認した。ところで、或る物権につきなんらの権利を有しない者がこれを自己の権利に属するものとして処分した場合において真実の権利者が後日これを追認したときは、無権代理行為の追認に関する民法116条の類推適用により、処分の時に遡って真実の権利者につき効力を生ずるものと解するのを相当とするから、本件の場合、XとYの間においては、YがAに本件土地を賃貸した日に遡ってXと右Aとの間に本件土地の賃貸借関係を生じ、Xは右Aに対して右賃貸借関係から生じる賃料債権を有するものというべきである」と判示している。もっとも、賃貸借契約の締結は、直接の権利変動をもたらす行為ではないから、処分ではなく債務負担行為である。だから、本件の原審も含めて（裁）判例は、処分行為と債務負担行為を区別していないと考えられる[17]。しかし、処分行為の追認では、無権利者の取引相手方に権利者の権利が移転するだけだが、債務負担行為の場合は、契約の際に表示された契約相手方が交替することになり、顕名原則に反する。ただし、この問題は、後に（6.）ドイツ法での無権利者の処分行為の追認を見る際に、検討することとしたい。

無権利者の処分の追認が可能なことは、学説は一致して承認しているが、その結果、無権利者と相手方の契約関係が権利者に移転するのかを論じるものは多くはない。さらに、そのような学説も、これに対して否定的である。例えば、米倉説は、非権利者の処分では、「その売買契約の当事者は終始（追認の有無を問わず）、非権利者（売主）とその相手方（買主）なのであり、たとえば売買代金債権を有するのは非権利者なのであって、追認をした権利者ではな

[17] 前掲注（14）服部155頁以下も、他人物賃貸借の所有者による追認を認めた裁判例（(vii)(viii)）も抵当権設定などの事例と同列に紹介しているから、処分行為と債務負担行為を区別していないようである。他方で、前掲注（1）中村12頁は、(vii)(viii)を債務負担行為を追認を肯定した例として紹介し、13頁で、処分行為の追認が問題となった例ではないから、本判決の射程は及ばないと解すべきだと、問題を区別している。

い・・・。非権利者の処分の追認においては、物権レベルにおいてのみ権利者は影響を受けるにとどまる」としている[18][19]。清水説も、「義務設定行為も含め全部の効果が発生すると解すると、相手方は予期しない者との行為を強制されることになるから、この点はさらに義務負担授権との関係が検討されるべきであろう」と指摘する[20]。ただし、義務設定（債務負担）授権との関係では、権利者が無権利者と併存的に義務を負担する限りでは相手方との関係では問題は少ないから、権利者からの権利行使による相手方の不利益、つまり、顕名原則との抵触を清水説は指摘していると考えてよいと思われる。

他方で、無権利者と相手方の契約関係が権利者に移転する余地に言及する学説では、幾代説は、追認によって、処分の相手方と本人の間に直接にあらゆる義務が発生する可能性と、権利者による単なる権利放棄の可能性があり、曖昧な場合は、後者だとして、無権利者と相手方の契約関係が権利者に移転するのを承認しているようにも思われる。しかし、前者の効果としてあげるのは、権利者に売主としての担保責任を生じることであり、権利者から売買代金債権を行使しうると具体的に言及しているわけではない[21]。同様に、川井説も、権利者による追認の結果、相手方が権利者に対して履行請求できると指摘するに止まっている[22]。そうすると、学説では、本件のようなケースを具体的に考えて、権利者Ｘからの無権利者Ａの取引相手方Ｙに対する履行請求を肯定したものはないと考えるのが正確であろう。

６．（１）BGB185条は、１項で「権利者の同意（Einwilligung）を得て行ったときは、無権利者の物又は権利の処分は有効である。」、２項で「権利者が処分を追認した（genehmigen）とき、又は、処分者が物又は権利を取得したとき、又は、権利者が処分者を相続し、かつ、遺産債務に対して無限責任を負ったときは、処分は有効となる。後二者の場合は、物又は権利に関して相互に矛盾する複数の処分が行われたときは、先の処分だけが有効となる」と規定している。

---

[18] 米倉彰「法律行為（八）」法教51号14頁以下、24頁。
[19] 北川善太郎『民法講要Ⅰ［民法総則］（第２版）』（有斐閣・2001年）195頁も同旨。
[20] 水本浩『民法１（総則２）（注解法律学全集10）』［清水千尋］132頁。
[21] 幾代通『民法総則（第２版）』（青林書院・1984年）362頁注（１）。
[22] 川井健『民法概論（第４版）』（有斐閣・2008年）258頁。

さらに、BGB184条１項では、「別段の定めがないときは、事後の同意（追認）の効力は、法律行為の時に遡る」と規定されている。つまり、BGB185条は、無権利者の処分行為が、権利者の事前の同意で有効となるケース（同条１項）、および、事後的に有効となるケース（同条２項）を規定し、さらに、BGB184条１項は185条２項の第１の事例では、追認に遡及効があることを規定している。

以上の権利者の事前の同意で無権利者の処分行為が有効となるという法制度は、処分授権（Verfügungsermächtigung）とネーミングされている。その結果、処分行為以外でも授権を一般化させて、法律行為が他人効を生じさせる制度として、代理以外に授権（Ermächtigung）が存在すると説かれている。だから、授権とは、自己の名前で他人の権利を主張・行使するが、その効果を他人に帰属させるための制度であり、それが有効なのは、他人の同意があるからだということになる(23)。ただし、授権によって、授権者は権利を失うことはなく、被授権者には他人の名前で権利を行使・主張するという権限が、授権者によって付与されているに止まる。授権と代理とは類似しているが、代理は人と関係し（personenbezogen）、授権は対象と関係する（gegenstandbezogen）。代理人が他人の名前で行った法律行為は、本人の行為であり、本人に効果帰属する。反対に、被授権者が自分の名前で行った行為は、被授権者の行為である。代理人が本人のために締結された行為とは無関係なように、授権者は被授権者の行為に契約相手方としては関係しない。他方で、間接代理と授権の違いは、授権が間接代理と異なり、第三者との関係で効力を有するが、間接代理ではそうではないことである(24)。

ただし、BGB に規定がおかれているのは、処分授権だけである。しかし、学説では処分授権以外の授権の可能性が説かれている。すなわち、取立授権

(23) ドイツ法の授権に関しては、わが国の研究として、伊藤進「授権（Ermächtigung）概念の有用性－ドイツの学説を中心として－」伊藤進『授権・追完・表見代理論』（成文堂・1989年）１頁以下、清水千尋「授権（Ermächtigung）に関する基礎的考察－とくに処分授権を中心として（２）～（５）」立正法学13巻１・２号55頁以下、17巻１・２号29頁以下、17巻４号51頁以下、21巻１・２号59頁以下を参照。

(24) 例えば、Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd, Das Rechtsgeschäft, 4.Aufl., Springer, 1992, S.903; Staudinger-Schilken (2004), §§164ff., Rn.62ff.

(Einziehungsermächtigung)、権利取得授権（Erwerbsermächtigung)、債務負担授権（Verpflichtungsermächtigung）である。取立授権とは、被授権者が自分の名前で債務者から債務の弁済を受けるが、授権者に対して効力を有するという授権である。例えば、延長された所有権留保売主は、予め所有権留保買主から自分に商品の転売代金債権の譲渡をさせるが、留保買主からの買主（債務者）に対して留保買主に転売代金債権を主張し取り立てる権限を付与している（取立授権)。権利取得授権とは、被授権者が自己の名前で、授権者のために権利取得する授権である。権利取得授権は、「関係者のためにする法律行為(Geschäft, für den, den es angeht)」を説明するために提唱された授権の形式だった。例えば、商店で現実売買で商品を購入するときには、顧客が第三者のためにその商品を購入している場合でも、商店は誰に商品を販売するのかは無関心である。商品の瑕疵担保を第三者が追及しても、問題はない。つまり、契約相手方が、誰と契約しているのかに無関心な場合には、関係者のためにする法律行為は、顕名原則の例外として許容されている。しかし、これを権利取得授権として一般化することは、顕名原則に抵触し、しかも、相手方と第三者のためにする契約を締結すれば十分だという理由で、有効ではないとされている。債務負担授権とは、被授権者の法律行為によって、授権者だけを、又は、同時に被授権者を義務づける授権である。債務負担授権の可否に関しては議論がある。それを拒否する理由は、顕名原則に反するからであり、かつ、債務引受を認めれば十分だと考えられているからである[25][26]。つまり、授権という制度を一般化すれば、性質の異なった制度が一括され、しかも、顕名原則との抵触が問題になる[27]。

以上のようにBGB185条１項（処分授権）が類推されて、処分授権以外の授権が有効となるのか以外に、BGB185条２項の事後の同意（追認）の類推が可能なのかも問題になる。具体的には、他人物の賃貸である。というのは、賃貸借契約を締結すれば、賃貸人は債務負担するに止まらず、物の占有を引き渡すと同時に、自己の物権的な支配権を制限し、その結果、契約期間中は賃借物を所有物返還請求することはできなくなる。その結果、債権的な占有権を委ねる

[25] 前掲注（24）Schilken, Rn.62ff., Flume, aaO., S.905ff.
[26] 例えば、前掲注（23）伊藤25頁以下も参照。
[27] 例えば、Staudinger-Grunsky (2004), §164, Rn.111.

ことは、それと関連した物権的な占有の譲渡と併せて、処分と同様の効力を持つと解されている。だから、所有者の同意を得て無権利者が不動産を賃貸することは可能なだけではなく[28]。さらに、通説は、他人物の賃貸の追認が許されると解している[29]。

このようなドイツ法での議論を参照すると、本件との関係では、次のように考えることができよう。仮に、本件でAがYと茸の売買契約を締結してれば、XによるAの処分行為の追認が可能である。ただし、その結果は、Xから茸の所有権がYに移転するに止まり、Aの行為がXに効果帰属するわけではない。他方で、XがAの販売委託契約の締結を追認したとしても、AのYに対する売買代金債権を取得することはできない。ドイツ法でも、顕名原則に抵触するから、権利取得授権は拒否されているからである。つまり、ドイツ法で処分授権と取立授権が可能だと解されているのは、被授権者が自分の名前で行為しても、その行為が直接に効果帰属するのは、授権者と相手方ではなく、被授権者と相手方の間だからである。もちろん、以上の法律行為の内容は、授権者の権利と関係している。しかし、授権者は、自分の権利領域に関係する他人の法律関係が、自分に対して効力を有することを承認し、拘束されるにすぎないから、相手方には不利益はないからである。反対に、顕名原則に反して、他人の法律行為の効果を自己に帰属させることはできないから、権利取得授権は有効ではないということになる[30]。例外が、債務負担授権だが、他人物の賃貸借の授権であり、その追認である。ただし、ここでも授権の効果は、権利者は賃借人に対して、賃貸借契約の継続中は、所有物返還請求権を行使できないことに止まる。

以上を本件に即して見ると、以下のように考えられる。権利取得授権は顕名原則に反し有効ではない。だから、XのAに対する権利取得授権を追認することも不可能であり、XはYに対する販売代金債権を取得することはない。X

---

[28] 例えば、前掲注(27) Grunsky, §185, Rn.102ff.; 前掲注(24) Flume, aaO., S.907f.

[29] 例えば、前掲注(27) Grunsky, §185, Rn.106f.; Münchenr-Schramm, §185, Rn.10.

[30] Philippos Doris, Die rechtsgeschäftliche Ermächtigung bei Vornahme von Verfügungs-, Verpflichtungs- und Erwerbsgeschäften, Beck, 1974, S.112の債務負担授権と処分授権、取立授権との比較に関する記述を参照。

がYに対する債権を取得するためには、Aから債権譲渡を受ける他ないが、その際には、Yは譲渡通知以前のAに対する相殺の抗弁を対抗できる（民468条２項）。本判決も、同様の理を判示していると考えられる。

他方で、５．で見た（vii）（viii）の裁判例に関しても、ドイツ法で無権利者による他人物賃貸借の追認が可能と解されていることと同様の考慮を見て取ることが可能であろう。しかも、わが国の判例・学説は、契約相手方の賃借人の承諾を要せず、賃借物の所有権の移転による賃貸人の交替を認めるから、他人物賃貸借を追認して、権利者（所有者）が賃貸人としての権利を行使するのを認めるのは、むしろ当然と考えることもできよう(31)。さらに、わが国の裁判例（vii）が他人物賃貸借の追認を処分の追認としているのも、ドイツ法の議論が占有の移転の要素も含めて賃貸借に処分行為との類似性を認め、BGB185条２項を類推する思考図式と類似してると考えることもできよう。

（２）そこで問題となるのが、XによるYの処分行為の追認と、直接の侵害者Aではなく、中間処分者のYに対する不当利得返還請求の可否である。ドイツ法では、これが可能だと解されている(32)。だから、ドイツ法で、権利者が無権限処分を追認するのは、無権利者に対して売却代金を請求するためである(33)。その際の根拠条文は、BGB185条２項の第１の事例（無権利者の処分の権利者による追認）、および、BGB816条１項である。BGB816条１項は、無権利者が目的物を処分し、これが権利者に対して有効なときは、処分によって取得したもの（das durch die Verfügung Erlangte）を権利者に引き渡す義務を負う。処分が無償で行われたときは、処分によって直接法律上の利益を受けた者が、同一の義務を負う、と規定している。例えば、第三者が処分された動産を善意取得した場合である。そこで、処分されたのが占有離脱物で、第三者が善意取得できないときでも、権利者は無権利者の処分を追認して所有権を失った状態を発生させ、その結果、BGB816条１項１文で処分者に対して売却代金

(31)（注（17）で紹介した）前掲注（１）中村13頁を参照。

(32) 以下のドイツ法の状況に関しては、藤原正則「無権限者による他人の物の処分と他人の債権の取立による不当利得（１）～（４）」北法59巻２号565頁以下、59巻３号1219頁以下、59巻４号59巻５号2309頁以下を参照。

(33) 例えば、前掲注（27）Grunsky, §185, Rn.54.

（＝処分によって取得したもの）を不当利得返還請求することになる(34)。

もっとも、ドイツ法でも、民法典の施行直後は、権利者が無権限処分者、特に、善意・無過失の中間処分者の処分を追認して、不当利得返還請求できるのかに関しては理論的な疑念もあった。しかし、それにもかかわらず、ドイツの判例・通説が、権利者（所有者）による処分者に対する不当利得返還請求と、占有者に対する所有物返還請求権という選択権を認めたのは、実益の観点が決定的である。動産が占有離脱したときはもちろん、それ以外の場合でも、第三者が善意取得しているか否かは、所有者には容易に判断できない。特に、占有離脱物が所在不明の人間に処分されるか、複数の人間に処分されたときは、物が発見できるか否かは不確かである。さらに、回復した物が損耗しており、売却代金の返還が物の回復より経済的に意味のある場合もある。しかも、処分者、占有者が善意の場合は、所有者は損耗に対して損売賠償請求できない（BGB993条２項）。そうなると、善意取得が成立して不当利得返還請求できる場合と比べて、善意取得の成立しない場合のほうが、所有者の地位は却って劣化していると考えることもできる。さらに、所有者が占有者から物を回復すれば、処分者は占有者から追奪担保責任の追及を受け、追奪担保責任は損害賠償を含むから、売却代金以上の返還義務を負うことになる。ところが、所有者が追認して、処分者が売却代金を返還すれば、処分者は追奪担保責任を確実に免れることになるからである。

その結果、判例は、所有者の保護を徐々に拡大してきている。すなわち、現在の判例・学説によれば、無権限の売買が連鎖したとき、所有者は任意の処分者、つまり、最も高価に処分した者、最も資力のある処分者を選択して、その処分を追認することが可能である(35)。所有者が物の一部を回復したときも、処分を追認できる。つまり、所有者が物を回復したときでも追認権の放棄とはならず、追認は処分を適法とするのではなく、不当利得返還請求のための擬制に

(34) ドイツ法では、判例はBGB816条１項の文言に忠実に売却代金の返還を指示するが、学説では物の客観的価値を指示するものが多い。これは、売却価格が物の市場価格（客観的価値）を上回るときに問題となる。これに関しては、例えば、Staudinger-Stephan Lorenz (2007), §816, Rn.23ff.、さらに、藤原正則『不当利得法』（信山社・2002年）217頁以下を参照。

(35) 例えば、前掲注（34）Staudinger-Stephan Lorenz, §816, Rn.9を参照。

すぎない[36]。処分を追認した後でも、盗人に売却代金を超える損害の賠償をすることも可能である。その結果、処分者と盗人は連帯債務者となる[37]。さらに、物が第三者の下で加工されて所有権が失われた後も、つまり、追認時には所有者ではないにもかかわらず、所有者は処分を追認できる[38]。結局、物の処分によって取得できる経済的価値の総てを所有者に与えることを、追認の遡及効によって達成しているのが、判例・通説の考え方である。さらに、判例は、所有者の処分者に対する売却代金の請求を所有者の追認とみなし、所有者は確実に所有権を失い、それ以外の解釈は信義則に反すると解しているが、学説はこれに反対している。追認後に処分者に執行しても、処分者が無資力の可能性があるから、二者択一を強いるのは不当だと学説は考えるからである。その結果、売却代金の引渡と同時履行での追認[39]、および、物の回復を解除条件とする追認という法律構成[40]も提案されている。だから、本件のケースでは、ＸはＹの処分行為を追認して、ＹがＤから取得した販売代金を不当利得返還請求することが可能だということになる。

ただし、以上のドイツ法では、わが国とは善意取得に関する規定が異なっていることには注意が必要である。すなわち、ドイツ法では、金銭・有価証券は、占有離脱物でも善意取得が成立し、通常の動産でも公の競売で権利取得すれば、同様に善意取得が成立するが（BGB935条２項）、占有離脱物の回復請求には期間制限がなく、しかも、わが国の民194条のような代価弁償を認める規定はない。この点は、わが国での同様の問題を考える際に、重要な違いとして意識しておく必要があると考える。

７．（１）わが国で同様の請求が可能かを考える前に、不法行為に関する判

---

[36] BGH NJW1986, 1326.

[37] BGHZ52, 39.

[38] BGHZ54, 131.

[39] Heinz Bauernfeld, Herausgabe des Erlangten Zug um Zug gegen Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten, NJW1961, S.109ff.

[40] Uwe Wilckens, Ist der Rückgriff des Bestohlenen auf den Veräußerungserlös notwendig endgültiger Verzicht auf das Eigentum, AcP157, S.399ff. Werner Merle, Risiko und Schutz des Eigentümers bei der Verfügung eines Nichtberechtigten, AcP183, S.81ff.

例を見ておきたい。というのは、本件でのXの所有権の保護を考える際には、Yに対する不当利得返還請求とともにYが有過失なら不法行為による損害賠償の可能性も考えうるからである。

直接の侵害者に対する不法行為による損害賠償請求に関してだが、初期の大審院の判例（(ix) 大判明治43年６月９日刑録16週125頁）は、土地を詐取して転売した詐欺者に対する不法行為による損害賠償請求を認容し、転得者（第三者）が悪意で土地を取得できないときも（民96条３項）、被害者（所有者）には転得者に対する所有物返還請求と処分者（詐欺者）に対する損害賠償請求の選択肢があると判示した。ところが、後に大審院は判例を変更し、所有者が所有権を失わないときは、所有者には損害がなく、詐取者、窃取者に対して損害賠償請求はできないとしている（(x) 大判大正８年10月３日民録25輯1737頁〔立木の伐採〕、(xi) 大判大正５年５月28日民集５巻587頁〔土地〕）。しかも、所在不明、返還不能の考えられない不動産だけではなく、動産に関しても同様に判示している（(xii) 大判昭和13年７月11日大審院判決全集第５週９号６頁〔動産〕）。以上は直接の侵害者に関する判例であり、第三者から原物返還が可能なら直接の侵害者に対しても不法行為による損害賠償請求は成立しないというのが（同様の事案を取り上げた最高裁判例は存在しないが）、現在までの判例の立場だと考えられる。

他方で、不当利得・事務管理に関する判例は、不法行為に関する判例とは異なり、原所有者が所有権を失ったか否かで問題を区別していない。ちなみに、所有者の追認の有無に言及する判例は、所有者が直接の侵害者の処分を追認したことによる事務管理の成立と処分した侵害者に対する売却代金の返還請求を認めた判例（(xiii) 大判大正７年12月19日民録24輯2367頁〔船舶の共有持分の処分〕）が１件だけ存在する。しかし、この判例も故意の直接の侵害者による処分の事例であり、かつ、処分が有効となる可能性のあった事例である。さらに、無権利者の処分の有効・無効に言及しない判例の多くは、直接の侵害者に対する不当利得返還請求を肯定した事例である（(xiv) 大判明治38年11月30日民録11輯1730頁〔動産〕、(xv) 大判大正４年３月13日民録11輯371頁〔土地〕、(xvi) 大判昭和11年７月８日民集15巻1350頁〔山林〕）。直接の侵害者ではない中間処分者に対する不当利得返還請求を認めたのは、原物が存在すれば民193条が適用されるべきケースで、原物返還が不能で、中間処分者に過失があった事例である（(xvii) 大判昭和12年７月３日民集16巻1089頁〔動産〕）。

他方で、原物返還が不能となった盗品の中間処分者に対する不当利得返還請求で、善意・無過失の中間処分者が前主に支払った代価の控除を認めた裁判例（（xviii）高松高判昭和37年６月21日高民集15巻４号296頁）がある。具体的な事案は、A会社から従業員Bが材木を窃取し、善意・無過失の材木商Cに売却し、Cは材木を転売した。AのCに対する不当利得返還請求に対して、CはBに支払った代価の控除を抗弁できるとしている。もっとも、この裁判例に対しては、Cが材木を転売せず占有していれば、民193条によるAの返還請求に対して代価弁償はできなかったから、対価抗弁を認めたのは不当だという批判が有力である(41)。

他方で、民194条の適用されるケースでは、Xの不当利得返還請求を認めなかった判例（（xix）最判昭和26年11月27日民集５巻13号775頁）がある。具体的な事件は、Aから窃取した電気銅を盗人BがCに売却し、CDEFと転売された。Fは金物販売商であり、GはFから電気銅を買い受け、工事に使用した。AはGに対して、主位的に原物返還を、予備的に物の客観的価格と代価弁償の差額を請求した。判例は、民194条の回復請求権は、動産の現存を前提とし、しかも、回復請求に代わる不当利得返還請求も同様だと判示している。後に紹介するように、学説にはこの判例を支持するものが多く、しかも、同様の理は、民193条の回復請求権にも当てはまると解している。ただし、民194条は代価弁償の限りで占有者に取引の安全を与えるものであり、占有離脱した動産の価値の帰属自体を認めるものではないから、この判例を疑問視する余地はある。ただし、判例が、民194条の解釈によって動産取引の安全を拡大したと考える余地もある。さらに、今ひとつ、最近の判例で、Aから窃取された土木機械を盗人Bが中古機械の販売業者Cに売却し、Cから土木機械を買い受けた占有者Dに対して所有者Aから回復請求と使用利益の返還請求がされたケースで、民194条の解釈として、原所有者の代価弁償までは訴訟係属以後も占有者は使用利益の返還義務はないとしたもの（（xx）最判平成12年６月27日民集54巻５号1737頁）がある。確かに、善意の占有者（D）は果実（・使用利益）の返還義務を負わないが（民189条１項）、それは訴訟係属以前である（民189

(41) 川村泰啓「返還さるべき利得の範囲」判評65号27頁以下、34頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（上）』（青林書院・1981年）189頁、190頁注（４）、好美清光「不当利得法の新しい動向（下）」判タ387号22頁以下30頁以下など。

条２項)。だから、この判例は、民189条２項の文言に抵触する。判決の理由は、(a) 被害者Ａは盗品の回復を請求するか否かを選択できるが、回復を諦めれば占有者Ｄは使用利益を享受でき、回復を請求すれば使用利益の返還義務を負い、占有者Ｄの地位は不安定となり、被害者と占有者の保護の均衡を図った民194条の趣旨に反する。(b) 占有者の被害者に対する代価弁償には利息は付されないが、被害者の回復請求に使用利益の返還も認めれば、両者の均衡を欠くというのものである。しかし、(a) は、被害者に選択権がある以上は、当然の結果である。(b) は、売買契約の当事者間の契約の解消（解除、無効・取消）では妥当しようが（この場合に、民575条を類推する余地はある)、第三者である被害者Ａの回復請求権に対しては考慮すべき事情ではないであろう。だから、判例は、民194条の範囲では、善意・無過失の占有者のために取引の安全を拡大していると考えるべきであろう(42)。

以上を要約すると、次のようになる。不法行為に関する判例は、直接の侵害者に対する請求でも、原物返還が可能なら、「損害」がないとして損害賠償を認めない（(ｘ)（xi）(xii))。他方で、不当利得返還請求では、多くは故意、少なくとも過失はある直接の侵害者に対する請求では、原物返還の可否にかかわらず、つまり、処分の有効・無効とは無関係に不当利得返還請求を認めている（(xiii)（xiv）（xv）（xvi))。しかし、動産を占有していれば民193条が適用されたはずの事例で、中間処分者に対する不当利得返還請求を認めたのは、原物返還が不能で、しかも、中間処分者に過失があったケースである（(xvii))。他方で、批判は多く、しかも、裁判例だが、善意・無過失の中間処分者に対する不当利得返還請求で、前主に支払った対価の控除を認めたものがある((xviii))。さらに、民194条の適用されるべき占有者に対する不当利得返還請求では、占有者が動産を消費したケースでも、原物返還が不能なら民194条の回復請求権は成立せず、動産の客観的価値と代価弁償の差額の支払いを求める不当利得返還請求に関しても同様だと判示したものがある（(xix)。さらに、民194条の解釈として、訴訟係属後も占有者は使用利益の返還義務を負わない

(42) だから、この判決が、民189条２項に抵触することを理由とする反対が、好美清光「判批」民商124巻４・５号723頁以下、池田恒男「民法判例レビュー」判タ1046号67頁以下。ただし、前掲注（５）好美226頁では、代価弁償に利息を含まないことと関連させて理解すべきであろうと判例に対して親和的である。

と判示して、取引の安全を拡大した判例（(xx)）がある。

このような判例を整合的に理解するのは、必ずしも容易ではない。しかし、以下のように考える余地はあるのではないか。直接の侵害者に対しては、原物返還が可能なら、判例は不法行為による損害賠償を認めない。しかし、他方で、通常は故意、少なくとも過失はある直接の侵害者に対しては、原物返還の可否とは別に不当利得返還請求を認めている。だから、その限りでは、不法行為の被害者（所有者）の「損害」の要件を、不当利得では利得者（侵害者）の「利得」に注目して補完していると考えることができる。直接の侵害者以外の占有者、中間処分者に関しては、中間処分者に過失があれば、不当利得返還請求を認めている。他方で、善意・無過失で動産を消費した、あるいは、添付により所有権を取得した占有者、中間処分者に対する不当利得返還請求のあり方は問題である。代価弁償の認められる占有者に関しては、動産を消費したときは、民194条の回復請求権、不当利得返還請求のいずれも可能ではないとした判例がある他に、民193条のケースで、善意・無過失の中間処分者に対価控除を認めている裁判例もあるからである。さらに、民194条による回復請求を受けた占有者に対しても訴訟係属後も使用利益の返還義務を負わないとした判例も考慮すれば、民193条、194条、特に、民194条の範囲では、（裁）判例は、善意・無過失の占有者、中間処分者に対して取引の安全を拡大しようとしていることになる。だから、６．で紹介したドイツの判例・学説のように、少なくとも、民194条の適用を受ける善意・無過失の中間処分者の処分を追認して不当利得返還請求することを、判例が当然に肯定するとは考えにくい。ただし、この問題に関しては、不当利得に関する学説を一瞥した後に考えることとしたい。

（２）まず、不法行為に関する学説は、他人の所有物を処分しても、それが不法行為を構成するのは、第三者の善意取得、添付などで所有権を失った場合に限られ、法律上の権利が失われないときは、用益の阻害分や登記回復の費用を損害賠償請求できるに止まると解している[43]。

これに対して、不当利得に関する学説では、我妻説は、ドイツ法を参照して、無権限処分を追認しての権利者による無権利者に対する不当利得返還請求を肯

[43] 加藤一郎『不法行為（増補版）』（有斐閣・1974年）107頁、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為（下）』（青林書院・1981年）576頁、幾代通・徳本伸一『不法行為法』（有斐閣・1993年）67頁注（１）など。

定している。しかし、我妻説の示す具体例は、直接の侵害者に対する不当利得返還請求である(44)。しかも、先に見た動産取引の安全を拡大する判例が、占有離脱物でも善意・無過失の第三者は動産を善意取得し、被害者は所有権を失うが、被害者（原所有者）には民193条、194条の回復請求権が与えられるとする我妻説(45)の影響下にあることを考えると、我妻が善意・無過失の中間処分者の処分の権利者による追認と不当利得返還請求を認めているとは考えにくい。松坂説も我妻説と同様に無権利者の処分の追認の余地を認めているが、具体例は、直接の侵害者の処分の追認である(46)。四宮説も、権利者が無権限処分を追認することは可能だとしている。具体的には、次のような記述である。すなわち、B が A の動産を無権限で C に処分したが、C が所有権を取得しないときは、A は B に対して物の客観的な価値を不当利得返還請求できないはずである。しかし、A が所有物返還請求権を放棄して、B の処分を追認すれば、物の客観的価値（不当利得）を、B が悪意・重過失なら物の売却代金の返還を請求できる（準事務管理）と、四宮説は解している(47)。さらに、三宅説は、以下のように主張している。すなわち、ドイツ法は物権行為主義をとるから、処分の有効・無効で問題を区別する。しかし、日本の判例は、処分の有効と無効とを区別しない。なぜなら、善意の第三者の取引の安全を保護する民94条２項、96条３項をはじめ、民192条ですら、所有権取得の実体規定ではなく、善意の転得者に対する所有物返還請求権の行使を制限する規定にすぎないからである。だから、所有者の追認の意味は、無権限の処分者に対する所有物返還請求権を放棄して、その代わりに無権利者に対する代金の返還請求を可能にすることにある、というのである(48)。ただし、三宅説も、善意・無過失の中間処分者に対しても追認して不当利得返還請求が可能かを具体的に論じてはいない(49)。

---

(44) 我妻栄『債権各論（下１）』（岩波書店・1972年）1010頁以下。

(45) 我妻栄『物権法』（岩波書店・1952年）139頁以下。

(46) 松坂佐一『事務管理・不当利得（新版）』（有斐閣・1973年）152頁以下。

(47) 前掲注(43)四宮193頁以下。四宮説の準事務管理の肯定に関しては、同43頁。

(48) 谷口知平・甲斐道太郎編『新版注釈民法（18）』（有斐閣・1991年）［三宅正男］285頁以下。

(49) ただし、前掲注（34）藤原216頁は、民193条の適用されることを前提に、善意・無過失の中間処分者の処分を追認して、中間処分者に対して不当利得返還請求できると説いている。さらに、その際に、学説の多くも無権限処分者の処分の

他方で、先に紹介した民194条の適用されるべき中間占有者が動産を消費したときは、占有者は不当利得返還義務を負わないという判例を、学説の多くは支持している。回復請求の前提は、物の現存だと解するからである(50)。ただし、鈴木（禄弥）説は、民193条の適用を極力狭く解すべきことから賛成できるが、物が転売されて現存すれば、転買者が原所有者から返還請求を受けると、転売者は転買者から追奪担保責任の追及を受けるのと比較すると疑問の余地があると指摘している(51)。

（３）以上を前提にすると、本件で、Ｙが悪意・有過失の場合は、従来の判例でも、Ｙの不当利得の返還義務は肯定されよう。さらに、Ｙが動産を占有していれば、民193条の適用を受けたはずだから、Ｙには動産の価値が帰属する理由はないと考えれば、Ｙが動産を転売した本件でもＸはＹに対して不当利得返還請求が可能であろう。これは、６．で紹介したドイツ法のように、債権的請求（不当利得）による所有権保護の完全化である。ところが、わが国の判例では、民193条の適用されるはずだった善意・無過失の中間処分者Ｙに対するＸの不当利得返還請求を否定したものはないが、肯定したものもない。そこで、以下では、思考実験として、一応は債権的請求で所有権の保護を補完することはできないことを出発点に問題を考えることとする。その際には、Ａを直接の侵害者、Ｙを民193条の適用される善意・無過失の中間処分者、Ｄを民194条の適用される占有者又は中間占有者、Ｅを民193条又は194条が適用される現在の占有者とする。

債権的請求で所有権保護を補完できないことを出発点とするなら、とりあえずは、動産を処分したＹには、不当利得返還請求はできないと考えることになる。Ｙが動産を消費したとき、Ｄが動産を消費・転売していたときも、同様である。しかし、Ｄが動産を占有していたときは、ＸがＤに回復請求権を行使すれば、Ｄは代価弁償を主張できる。その際には、ＹはＸの所有物でＤに

追認を認めていると指摘しているが、本文で示したとおり、学説が追認を認めているのは、中間処分者ではなく直接の侵害者だから、この部分の指摘は不正確であろう。

(50) 前掲注（５）を参照。

(51) 鈴木録弥「即時取得」『総合判例研究叢書 民法（６）』（有斐閣・1957年）59頁以下。

対する債務（民560条）を弁済しているから、Xは動産の客観的価値の不当利得返還請求、又は、少なくとも代価弁償をYに求償できると考えることも可能である（a）。しかし、このようなXの不当利得返還請求も、債権的請求による所有権の補完だと考えるなら、Xの請求は成立しないことになる。

ところが、Dが動産を転売したEに民193条が適用されるときは、XはEに対して回復請求権を行使できる。そうすると、EはDに追奪担保責任を追及し、DはYに同様の請求をすることになる（b）。その結果は、Yばかりか民194条の適用されるはずだったDの取引の安全が損なわれる結果となる。ところが、Eが動産を消費していたときは、XはEに不当利得返還請求はできない。他方で、Eに民194条が適用されると、EはXに代価弁償が可能だが、Xは民194条の適用されるDには不当利得返還請求はできないと考えるべきことになる。

そうすると、（b）のように動産が現存して、現在の占有者D、又は、Eに民193条が適用されると、Xの所有権の保護は貫徹されることになる。他方で、（a）のように動産が現存しても、Dに民194条が適用されるときに、XはYに対して不当利得返還請求ができないと解するなら、取引の安全は民193条が適用された場合より拡張されたことになる。

もっとも、Eが悪意・有過失の占有者のときは、Eの占有・消費・転売のいずれの場合も、Xは所有物返還請求、又は、不当利得で返還請求が可能であろう。その結果は、EからDへ、DからYへの追奪担保責任の追及が連鎖することになる（c）。そうすると、Dの取引の安全は完全に覆滅される。しかし、民194条の適用を受けるDは通常は占有者（最終消費者）で転売を予定していないだろうし、しかも、Eが悪意という事態は考えにくいから、（c）は一応は考慮する必要はないのであろう。

以上を前提にわが国の判例と学説を考えると、学説の一部には、民194条の適用されるべき占有者Dが登場した後は、民193条、194条は適用されず、Xは回復請求できないと解するものがある(52)。この学説に従うなら、（b）でも取

(52) 末川博・谷口知平『民法総則・物権（ポケット注釈全集６）』（有斐閣・1956年）［宅間達彦］342頁、我妻栄編著『物権法（判例コメンタールⅡ）』（日本評論社・1964年）［遠藤浩］200頁。他方で、前掲注（５）好美225頁は、この考え方は「多分に善意取得者保護の政策的配慮に支えられており、その意図は一応理解でき

引の安全は拡大されることになる。さらに、D が動産を消費していた場合に、X の動産の客観的価格と代価弁償の差額を否定する判例（xix）も、以上の学説と同様に、所有権を債権的請求で補完できないという考え方で、取引の安全を拡大したのだと考えられる。学説が、民193条の適用される占有者に関しても、同様の趣旨が当てはまると解するのも同様である。問題は、このような取引の安全の拡大をどこまで認めるのかである。その限度は、現在の占有者に民193条が適用され、占有者から前主に追奪担保責任の追及されるケースである。しかし、原物が現存しないか、現在の占有者に民194条が適用される場合は、取引の安全を拡張する余地がある。この方向を推し進めれば、占有者、中間占有者に故意・過失があるときに不法行為による損害賠償、又は、それを補完する場合に限って不当利得返還請求が成立する余地だけを認めることになる。

ただし、以上の問題、つまり、動産を転売した中間処分者の取引の安全のあり方は、ドイツ法のように善意取得が成立し占有者が所有物返還請求を受けないケース以外は所有権の保護を優先する法制度とは異なり、わが国の民192条以下の規定の由来するフランス法、フランス法を継受したスイス法などでは、判例による法形成、ないしは、法創造の課題であり、複数の選択肢がありうると考える(53)。例えば、ドイツの比較法の文献で(54)、ドイツとは異なった考え方

る」が、疑問だとしている。

(53) ちなみに、善意取得の制度が認められていなかった19世紀のドイツの普通法では、動産の原物返還が可能ではない場合、つまり、動産の転売・消費の場合に取引の安全を与える方向性が追及されていた。これを、ケーニッヒ（Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung, Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht, Carl Winter, 1985）は、以下のように説明している。

普通法では、他人の所有権を悪意で侵害した者は、所有物返還請求権の枠内で全利益の賠償義務を負った。さらに、悪意の占有者が果実を消費し、物を消費し、加工・混和・付合させたり、処分したときは、所有者には「不法な原由ゆえの不当利得返還訴権（condictio ex iniusta causa）」、および、「盗の不当利得返還訴権（codictio furtiva）」が帰属した。しかし、民法典の立法者は、所有者は所有物返還請求権と不法行為（場合によっては、契約法）で十分に保護されるという理由で、このような不当利得訴権を継承しなかった。

他方で、善意の占有者が動産を消費、加工。又は、処分したときは、原所有者は所有物返還請求権を失った後に、無原因の不当利得訴権（condictio sine causa）で補償を請求できるかが問題となる。普通法では、善意・有過失の占

をとる例示として、しばしば引証されるスイスの判例は、善意・無過失の中間処分者で、わが国の民193条と同様の規定が適用されるはずだった商人Yに対する、所有者Xからの売却代金の不当利得返還請求を退けているが、Yが動産を消費したケースについては、判断を留保するとしている(55)。しかし、少なく

有者は責任を免れた。サビニー（Saviny）は、物を無償で取得した占有者にだけ責任を制限しようと考えた。イェーリング（Jhering）は、取得の権限を欠く占有者に対してだけ返還請求を制限しようとした。だから、契約に基づいて物を取得した者は、善意取得の制度がないから所有物返還請求を受けるが、取引の安全ゆえ動産を消費、売却、加工したときは、責任を免れることになる。これに対して、ヴィントシャイト（Windscheid）は、占有者は取得原因を欠くか否かにかかわらず、不当利得の返還義務を負うと主張した。ただし、イェーリングとヴィントシャイトの論争中は、善意取得を欠く時代の取引の安全に合致するがゆえに、イェーリングが優勢だったが、BGBが善意取得制度を認めたことで、ヴィントシャイトの考え方に収束することとなった（S.157ff.）（以上に関しては、前掲注（32）藤原（1）574頁以下を参照）。

さらに、ケーニッヒは、中間処分者に対して不法行為責任の成否を問題にし、不当利得による保護を与えず、善意取得が広く認められるから占有者が添付によって所有権を取得したときの原所有者からの償金請求の適用局面がほとんど認められないというフランス法を概観した後に、フランス法は所有物返還請求を不当利得によって拡張することを拒絶しており、イェーリングの目指した取引の安全と同様であると評している。反対に、ドイツ法の立法者は、ヴィントシャイトが目指した所有権保護の首尾一貫した追及に与したというのである（S.173f.）。

(54) 前掲注（11）Zweigert, Kötz, aaO., S.546; Peter Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa Ⅱ, Mohr, 2001, S.117.

(55) スイス連邦裁判所1945年3月1日（BGE71Ⅱ90）は、XからAB（C）が窃取した動産を買い受けたYが、動産をDに転売したケースで、XのYに対する不当利得返還請求を拒絶している（代価弁償の義務が発生するのは、Dに対してであって、Yではないケース）。この場合に、Yが不当利得の返還義務を負うのかはスイス法でも学説の対立があるとしながらも、判例は、①占有離脱物の回復請求権に関するスイス民法（ZGB）934条は、占有離脱物が転売された場合の物権的代償を規定していない。5年以内の回復請求が認められるなら、現在の占有者にだけ請求すべきである。②スイス民法は一般的な代償原則を規定していない。③Yの利得は存在するが、不当ではない。善意の占有者は、使用、賃貸、その他の収益、全部又は一部の費消の場合でも、物から利益を受け

とも、本来は民193条が適用されるはずだったYが、転売･消費したときまで、Xの不当利得返還請求が排除されることはないと解したい。その理由は、例えば、本件でのYDに民193条が適用されたときは、YはDから追奪担保責任の追及を受ける。ところが、Dに民194条が適用され、しかも、XのYに対する動産の客観的価値の不当利得返還請求どころか、代価弁償の求償も認められないなら、本来は自分の前主Aの権利帰属について、通常人より高度の注意義務を要請しても不当ではない商人のYが、結果的に非商人のYより大きな取引の安全を与えられることになる。しかも、Yが民194条の適用されるDに処分したことで、結果的に、YにD以上の取引の安全が与えられるのは、妥当とは考えられない。なぜなら、DはYに支払った代価の弁償を受けるに止まるが、XがYに不当利得返還請求できないなら、YはAからの取得額とDへの売却額の差額を利得できることになるからである。だから、Yの取引の安全を拡大するにしても、可能なのは、民194条の認める代価弁償と同様の意味を持つ、Xの不当利得返還請求に対するAに支払った対価の控除をYに認める（xviiiの裁判例の考え方）のが限度だと考えるべきであろう。しかし、これも、本件とは異なり、YがAから善意･無過失で動産を買い受けたときに限って、考えうる民194条の趣旨による取引の安全の拡大である。他方で、本件では、Yは動産を取得するためにAに対価を支払ったわけではなく、単にAの動産の販売を委託されたにすぎない。民194条は､対価を支払った善意の占有者に、自己の取引の相手方に対する抗弁（解除と代金返還請求〔追奪担保責任〕）を第三者である所有者に主張することを認めたものであり､善意取得（民192条）には至らない部分的な取引の安全の実現である。だから、一般債権者者が無権利者のもとにある動産を差し押さえても善意取得できないのと同様に、Xの所有権による追及に対して、Yが相殺を対抗できるのは、民194条の趣旨に反していると考えることもできる。

ることを保障されている（ZGB938条）。④YがDからの追奪担保責任を免れることは、回復請求権とは無関係である。⑤YをXの事務管理者とみなして受領物の引渡を請求することもできない。⑥回復請求権に関するスイス法の母法であるフランスの判例も同旨である、という理由で、中間占有者Yに対する不当利得返還請求を退けている。ただし､この判例も､Yが転売したのではなく、動産を他の物と付合・混和させて返還不能としたときの結論は留保するとしている。以上に関しては、前掲注（32）藤原（３）1755頁以下を参照。

さらに、Yが消費したケースで考えると、民193条が適用されるべきケースで動産の返還義務を負ったYが不当利得の返還義務を負わないなら、民191条の趣旨に抵触する可能性がある。なぜなら、善意の占有者は、物の滅失・損傷に関して損害賠償義務を負わないが、現存利得は返還する義務があると、同条は規定している。つまり、民189条以下の規定によれば、善意の占有者は使用利益・果実の収取は可能だが、それ以上に物の本体（元物）の価値の帰属が認められているわけではない。民194条の適用される占有者に、訴訟係属後も代価弁償を受けるまで使用利益の帰属を認めた判例（xx）も、民194条のケースで、かつ、果実・使用利益について、訴訟係属後は悪意の占有が擬制されると規定する民189条２項の文言に反して取引の安全を拡大したものだが、民193条に関してではない（しかも、この判例は、占有者の代価弁償には利息を含まないことと、被害者が使用利益の返還ができないことの間の均衡を指摘するが、民193条が適用されれば、占有者は被害者に対して代価弁償はできないから、その射程は民193条により回復請求を受ける占有者には及ばないと考えるべきであろう）。しかも、民194条の適用されるケースですら、占有者に代価弁償は認めても、所有者は回復請求で、動産の客観的価値と代価弁償の差額分は、動産の価値を回復することが可能である。だから、Yが消費したときにまで、Xの不当利得返還請求を認めないのは、善意取得（民192条）を制限した民193条の趣旨にも反することになると考える。結論として、民194条の適用されるはずだったDはともかく、民193条の適用を受けるYに関しては、善意・無過失でも取引の安全を拡大する必要はないということになる。

それでは、XはYに対して不当利得返還請求する前提として、Yの処分を追認する必要があるのか、ないしは、追認は可能なのかが問題になる。まず、Yが動産を消費したときは、追認の必要はない。動産の価値はYに帰属しており、民248条はYが添付により所有権を取得したときにも、不当利得返還請求を認めているからである。他方で、処分の場合は、確かに、XはYの処分によって所有権を失ってはいない。しかし、所有権の喪失の効果を導き、不当利得返還請求を行使するためにXがYの処分を追認することは可能だと解したい。判例（最判平成16年10月26日判時1881号64頁）[56]は、共同相続人の１人

[56] この判例についても、ドイツ法と対比した評価に関しては、前掲注（32）藤原を参照。

Yが、被相続人に帰属した預金の全額の弁済を受けたときに、債務者（金融機関）には民478条の適用されないときでも、今1人の共同相続人Xは、自己の相続分に相当する金員をYに対して不当利得返還請求することを認めている。つまり、ここでは、Xは債務者に対して預金債権の払戻し請求が可能であり、「損失」も「損害」もなかった。それでも、判例は、無権限で弁済受領した共同相続人YのXには「損失」がないという抗弁を、信義則に反するという理由で退けている。このケースも、損失の要件を厳格に解するなら、XはYの弁済受領を追認する必要があるだろうが、判例は、（ⅰ）Yは自分に債権が帰属することを前提に、預金の払い戻しを受けたが、Xから訴えを提起されると、一転して、自分への払戻しが無効と主張していること、および、（ⅱ）債務者の弁済に民478条が適用される否か、弁済の有効性で、Xの請求の相手方が変わるなら、Xは自分の関与しない問題について判断して訴訟の相手方を決定する必要があるが、これはXにとって不必要な訴訟上の負担だから、Yの抗弁は信義則に反すると判示している。以上の考慮は、本件のXにも当てはまり、動産の所在を追及し、しかも、占有者からの代価弁償があるのかを調査する負担に関しても同様であると評価できないわけではない。しかも、無権限の弁済受領では、弁済は債権者Xではなく、債務者の財産に由来する。だから、Yへの弁済はXに帰属していなかったと考える余地もある。ところが、本件では、処分された動産は、間違いなく所有者Xに帰属している。だから、本件で、動産のXへの帰属を前提に、Yに動産の価値賠償を請求することは可能と考えたい。その際に、YのXに「損失」はないという抗弁は、自己の物として動産を処分したYには許されないと考えることも可能ではなかろうか。ただし、本件と債権の弁済受領で異なるのは、本件でのYは善意・無過失だが、無権限の弁済受領では、直接の侵害者Yには故意又は少なくとも過失があることである。仮に、この点を重視するなら、あくまでも不法行為の「損害」の要件を補完するのが、不当利得での「利得」であり、本件では、Xは不当利得返還請求できないことになる。しかし、そうだとすれば、本件のケースでは、債権的請求での所有権の補完を拒否し、故意・過失という行為者の行為態様を問題にできる場合に限って、所有権の保護が可能だという考え方を採用したことに他ならない。しかし、ここまで取引の安全を拡大するのは、上述したとおり疑問であろう。だから、結論として、XがYの処分を追認することも可能と解したい。

最後に、本件、ないし、本判決をどう評価すべきか。本件の原審は、YはAに対する反対債権でXのYに対する販売代金の引渡請求権と相殺できないと判示していた。本件でも、XのYに対する不当利得返還請求が可能なら、相手方が異なるから、YはAに対する債権でXに対しては相殺できないことになる。だから、Xの所有権の保護を不当利得返還請求権で補完することが、この限度では可能だと解するなら、結論としては、原審は妥当だったということになる。つまり、本件では、民193条の適用されるべき中間占有者（中間処分者）、しかも、対価を支払って動産を取得したのではないYに対する不当利得返還請求の可否、あるいは、動産の代位物の引渡請求が本当の争点のはずだった。ところが、AY間の販売委託契約の追認という法律構成の是非だけが争われた結果、他人の物を販売委託契約したときに、他人の追認によって他人に販売委託契約が他人に効果帰属するのかという法律行為、ないしは、契約のルールの解釈に争点が集中したというのが、本件だったのではないか。もっとも、本判決の判示は、以上のような不当利得を排除することまでも含むものではないだろうから、民193条が適用されるはずだった善意の中間処分者Yに対する不当利得返還請求の可否は将来の課題というべきであろう。

執筆者紹介（掲載順）

吉田邦彦	北海道大学大学院法学研究科教授
永下泰之	北海道大学大学院法学研究科助教
山本哲生	北海道大学大学院法学研究科教授
鄭明政	北海道大学大学院法学研究科付属高等法政教育センター助教
岩本尚禧	小樽商科大学商学部企業法学科准教授
王万旭	北海道大学大学院法学研究科付属高等法政教育センター助教
大石眞	京都大学大学院法学研究科教授
浅野善治	大東文化大学大学院法務研究科教授
藤原正則	北海道大学大学院法学研究科教授

平成24年９月21日　印　刷
平成24年９月28日　発　行

編 集 人　山　本　哲　生
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. 63 September 2012 No. 3

CONTENTS

ARTICLES

Some Comparison of Japanese and Taiwanese Civil Law Scholarship and the Recent Civil Law Revision Agenda ····· Kunihiko YOSHIDA 1
Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten für eigene Schadensanlage (4) ····· Yasuyuki NAGASHITA 25
Rescission Based on the Mistakes under the Consumer Contract Act ····· Tetsuo YAMAMOTO 308[1]
Judicial Relief and Promotion of the Right to a Decent Life (1) : Focusing on Judicial Review in Japan, United States, and Taiwan ····· Ming-Cheng CHENG 272[37]
Rechtswidrigkeit und Schuld des zivilen Betrugs ····· Naoki IWAMOTO 232[77]
An Essential Viewpoint of Piercing the Veil of Chinese Corporate Entity (4) ····· WANG WAN XU 198[111]

MATERIAL

Perspectives of the Practice of Bicameralism ····· Makoto OHISHI 87
Comments on the Report of Professor Ohishi ···· Yoshiharu ASANO 113

CASE NOTE

Note on Civil Law Case ····· Masanori FUJIWARA 160[149]

[ ]···Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan