HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第67巻 第2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 67(2)
Issue Date	2016-07-26
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/62572
Type	journal
File Information	lawreview_vol67no2.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

ISSN 0385-5953

北大法学論集

第 67 巻　　第 2 号

論　　説

「独占的状態の規制」に関する音楽著作権管理事業における再検討（1）
——独占禁止法第二条第七項と第八条の四の法解釈と適用——
…… 姜　　連　甲　　1

対抗要件否認規定における有害性について（2）
…… 稲　垣　美穂子　　57

資　　料

ドイツ連邦共和国における女子処遇と母子施設
…… リタ・ハーヴァーカンプ　156[1]
小名木明宏　訳

〈北大立法過程研究会報告〉
イタリアにおける二院制
——設計の不備、不満足な実績、未完の改革に特徴付けられた
150年の後に、ついに奇跡は訪れるのか？——
…… カルロ・フザーロ　142[15]
芦田　　淳　訳

判 例 研 究

民事判例研究 …… 橋　本　　伸　111

2016（平成28）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

厚谷襄児（経済法）
伊藤大一（行政学）
今井弘道（法哲学）
臼杵知史（国際法）
大塚龍児（商法）
岡田信弘（憲法）
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）
小木曽茂男（行政法）
小菅芳太郎（法史学）
近藤弘二（商法）
笹田栄司（憲法）
東海林邦彦（民法）
白取祐司（刑事訴訟法）
杉原高嶺（国際法）
鈴木賢（比較法）
瀬川信久（民法）
曽野和明（比較法）
高見勝利（憲法）
高見進（民事訴訟法）
道幸哲也（労働法）
中村研一（国際政治）
中村睦男（憲法）
長井長信（刑法）
畠山武道（行政法）
林田清明（法社会学）
林貫俊文（経済法）

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）
松久三四彦（民法）
松村良之（法社会学）
宮本太郎（比較政治経済学）
山口二郎（行政学）
吉田克己（民法）
亘理格（行政法）

教授

會澤恒（比較法）
池田清治（民法）
岩谷将（政治史）
上田信太郎（刑事訴訟法）*
遠藤乾（国際政治）
尾崎一郎（法社会学）
小名木明宏（刑法）
加藤智章（社会保障法）
岸本太樹（行政法）
桑原朝子（日本法制史）
児矢野マリ（国際法）
権左武志（政治思想史）
齊藤正彰（憲法）
佐々木雅寿（憲法）
嶋拓哉（国際私法）
城下裕二（刑法）
鈴木一人（国際政治経済学）*
曽野裕夫（民法）*
空井護（現代政治分析）*
○田口正樹（法史学）
○田村善之（知的財産法）

辻康夫（政治学）*
常本照樹（憲法）
中川寛子（経済法）
野田耕志（商法）
長谷川晃（法哲学）
林誠司（民法）
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）
水野浩二（法史学）
宮脇淳（行政学）
山崎幹根（行政学）*
山下竜一（行政法）*
山本哲生（商法）
吉田邦彦（民法）
吉田広志（知的財産法）
米田雅宏（行政法）

特任教授

池田茂徳（法実務基礎）
磯部真士（刑事実務）
木下尊氏（民事実務）
西村恵三子（刑事実務）
橋場弘之（法実務基礎）
林田清明（法社会学）
村井壮太郎（民事実務）

講師

李妍淑（比較法）
山本戸勇一郎（民事訴訟法）
山本周平（民法）

特任講師

トビアス・A・シュトレッカ（国際仲裁・国際引法）

助教

郭薇（法社会学）
角本和理（民法）
川村行論（社会保障法）
姜連甲（経済法）
酒巻修也（民法）
津田智成（行政法）
丁文杰（知的財産法）
濱口弘太郎（民法）
堀田尚徳（刑事訴訟法）
李雯静（民法）

橋明香（民事訴訟法）
栗原伸輔（民事訴訟法）
小濵祥子（アメリカ政治史）*
佐藤陽子（刑法）
田中啓之（行政法）
中川晶比兒（経済法）
○西村裕一（憲法）
根本尚徳（民法）
ハズハ・ブラニスラブ（知的財産法）
前田亮介（日本政治史）*
○三宅新（商法）
村上裕一（行政学）*
山本周平（民事訴訟法）

雑誌編集委員　○　印
*は大学院公共政策学連携研究部専任教員

論　説

「独占的状態の規制」に関する音楽著作権管理事業における再検討（一）

――独占禁止法第二条第七項と第八条の四の法解釈と適用――

姜　連甲

目　次

序
第一章　音楽著作権の管理方式と本稿の問題意識・目的
　第一節　音楽著作権の管理方式

第二節　本稿の問題意識と目的
第二章　公的独占事業分野における分割再編と事業法規制
第一節　分割再編
第二節　事業法の規制
第三節　競争環境の整備における主務官庁の責務
小括
第三章　競争政策の観点からのアプローチ検討
第一節　音楽著作権管理事業の特性
第一款　ネットワーク効果
第二款　ロックイン効果
第三款　競争政策の観点からのアプローチ
第二節　市場の自然治癒機能
第一款　ゲーム産業
第二款　音楽著作権管理事業
第三節　Contestability Theory
第一款　Contestability Theory の基本
第二款　同理論の成立条件該当性に関する検討
第四節　行為規制：私的独占
第五節　行為規制：Essential Facilities Doctrine
第六節　独占的状態の規制
第四章　「独占的状態」規定（独占禁止法第二条第七項）の成立
第五章　競争回復措置（独占禁止法第八条の四）の検討
結び

（以上本号）

序

本稿は、独占状態が続く音楽著作権管理事業分野で如何に健全な競争環境を整備するかを、競争政策の観点から検討する論文である。[1]

音楽著作権の管理とは、音楽（曲と詞）の著作権を持つ音楽作家（作曲家と作詞家）や音楽出版者等から演奏権や録音権等の著作権管理の委託を受け、音楽の利用者に対する利用許諾・使用料の徴収・権利者への使用料分配・著作権侵害の監視・著作権侵害者に対する法的責任の追及等、それぞれの音楽に関する著作権を管理する業務のことである。

日本の音楽著作権管理事業（ひと昔は仲介業務と呼ばれていた）は半世紀以上に亘り実質上公的独占状態にあったため、古い管理体制が市場のニーズに追い付かず、権利者の選択の自由が束縛されてしまう等の問題が、時代の発展とともに顕在化していた。独占管理状態がもたらす弊害を解消するために、著作権等管理事業法が制定され、管理事業の規制緩和が実施された。

『権利の集中管理小委員会報告書』によれば、音楽著作権の管理は「著作者の利益の実現のために存在する」とされている。[2] 著作権等管理事業法の制定による制度改革（規制緩和）の目的は簡潔に言うと、日本音楽著作権協会（以下、「JASRAC」という）の独占を前提とする管理方式（以下、「独占的管理方式」という）から、「著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択でき」、「複数の著作権管理団体がこの分野で競争状態を作り出す基盤を整える」方式（以下、これを「競争的管理方式」といい、そのような方式を実現する政策を「競争的管理政策」という）への転換である。

日本音楽産業の市場規模は世界第一位で、アメリカとともに、世界の音楽市場を牽引している。[3] 全国各地の放送局

やカラオケ店のほかに、日本では音楽の演奏に使用できるホール（スタジアムやアリーナを含まない）が約二千箇所以上[4]、フィットネスクラブが四千軒以上[5]、ショッピングセンターが三千施設以上（更にそれらに出店している衣料品や生活用品等のテナント総数は一五万以上[6]）、飲食店が六七万店以上点在しており[7]、楽曲はこのように全国各地あらゆる場所で日々使用されている。この音楽に対する巨大な需要規模から、音楽著作権の管理はビジネスとしての潜在力が非常に大きい事業分野であり、複数の管理事業者が管理競争を繰り広げる市場空間が十分にあるということがわかる。

本稿では競争的管理政策が確立されてから既に一六年経過した現在も、JASRACの独占状態がほとんど変わっていないことに着眼し、著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方式や著作権管理団体を選択でき、複数の著作権団体がこの分野で競争状態を作り出す基盤をいかに作るか（競争的管理政策の実現）を、競争政策の観点から検討し改善策の提案を試みる。

全体は五章によって構成されている。まず、第一章では、グローバルな視点から音楽著作権管理方式の在り方に対する筆者の認識と理解を示した上で、競争的管理政策の観点から日本の音楽著作権管理事業の現状に関する問題意識と本稿の目的を明らかにする。続く第二章では、文化庁の役割や著作権等管理事業法の更なる改正には限界があるとの認識を示した上で、競争的管理政策を実現するためには、独占禁止法の適用を含む競争政策の観点からのアプローチを検討すべきとの考え方を示す。そこで第三章では、音楽著作権管理事業分野が両面市場（二面市場）としての経済的な特性（プラットフォームのネットワーク効果やロックイン効果等）を有するため、アプローチの有効性を検討するにあたってそれを考慮しなければならないという考えに基づき、①市場の自然治癒機能②Contestability Theory③独占禁止法による私的独占の規制④Essential Facilities Doctrineの導入⑤独占禁止法上の純粋構造規制である「独占的状態の規制」という、競争政策の観点からの五つのアプローチをそれぞれ検討する。これらの検討を経て、音楽著作権管理事業の経

済的な特性を考慮した上での競争的管理政策の実現に有効と考えられるアプローチとして、独占的状態の規制（純粋構造規制）が最も適しているという結論に達する。更に第四章では、独占禁止法第二条第七項の法解釈現代化を通じて音楽著作権管理事業の独占状態が同法第二条第七項で定められている「独占的状態」に該当することを明らかにする。[8] その上で第五章では、競争の創出に有効かつ実施可能な競争回復措置（第八条の四）を検討し、音楽著作権管理事業の競争的管理政策を実現させる具体的なアプローチを提案する。

第一章　音楽著作権の管理方式と本稿の問題意識・目的

第一節　音楽著作権の管理方式

音楽著作権の管理は非常に特殊な事業分野であるだけに、如何なる管理方式を用いるかについて国により様相が異なっており、一概にこれこそが先進的とされるような管理方式が存在しているわけではない。

依然として音楽著作権管理を公的独占事業としている国々が存在する。例えば、中国やイタリアがあり、中国では中国音楽著作権協会、イタリアではSIAEによる独占的管理体制となっている。ただ、中国の現状でいうと、一つの団体による独占的管理（中国の場合は厳密に言うと、内部分担のある独占的管理である）[9]という以前の日本と同様な一面が様々な弊害をもたらしているため[10]、アメリカの複数団体による競争的管理や日本の規制緩和を実例に挙げ、独占的管理方式の弊害に対する規制を求める社会世論や学説意見が広がりつつある[11]（以前の日本と似た道を辿っている中国の音楽著作権管理事業にとって規制緩和後には、現在日本が直面している課題に中国もいずれ直面することになると思われる

ので、日本の音楽著作権管理事業における競争の育成研究は今後中国の管理体制改革の参考にもなると考えられる[12]。

また、支分権ごとに異なる一つの事業者がそれぞれ分散的に管理している（支分権ごとの独占的管理状態）国々もある（欧米の場合は演奏権［上演権・上映権・公衆送信権・伝達権・口述権］と録音権［頒布権・貸与権・出版権・譲渡権］の二本を軸に音楽の著作権管理が行われているとされている[13]）。代表国としてデンマークやオーストラリアがあり、デンマークでは演奏権はNCBで録音権はKODA、オーストラリアでは演奏権はAPRAで録音権はAMCOSとそれぞれ管理されている。

他方で、競争的な管理を行っている国々も存在している。まず、特定の支分権について複数事業者が競争的に管理している代表国はアメリカである。同国では、作品の実演権を管理する団体としてASCAP、BMI、SESAC、録音権を管理する団体としてFOX、AMRAがあり、これらの団体は契約自由のもとで楽曲の権利者及び利用者と契約し、互いに競争し合う関係にある[14]。また、オーストリアでは録音権はAustro-MechanaとLiterar-Mechanaの競争的な管理構造となっており（演奏権はAKMが管理）、カナダでは録音権はCMRRAとSODRACが競争的に管理している（演奏権はSOCANが管理）。

次に各支分権をすべて管理できる事業者が複数存在し、競争的な管理構造となっている国もある。代表的な国として例えばブラジルではAMAR、SBACEM、SBAT、SICAM、UBCの五社が演奏権と録音権をすべて管理している。台湾では、（作詞・作曲の）「音樂著作」は中華音楽著作権仲介協会（MÜST）や台湾音楽著作権協会（TMCS）によってそれぞれ管理されている（なお、新たな管理団体の創設も論議されている）。

このように、（競争的な管理方式か、独占的な管理方式か）如何なる音楽著作権管理方式を選択すべきかについては、その国の歴史文化や政策・経済体制にも深く関わっているため、一律の基準で妥当如何を論じることができず、自国に

適した政策決定の問題であると考えられる。[15]

しかし、音楽産業の売り上げシェアが世界第一位と第二位（併せると全体シェアの半分以上）を占め、世界の音楽市場を牽引する日米両国は競争的管理方式を採用している（ただし、日本とアメリカ両国の競争的管理体制に至るまでの経緯は異なっている。また日本の場合は実務的にはまだ改革途中ではあるが、制度的には独占的管理方式から競争的管理方式への改革が実施されている）。今後音楽市場規模の拡大が予想され競争的管理体制の導入を求める声が日々高まる中国が周辺国に与える影響等を考えると、今後は如何に独占的な管理から競争的な管理への移行改革を貫徹し競争環境を創出するかが、音楽産業大国の日本にとってもますます重要な課題となっていくと思われる。本稿は競争的管理方式という方向性を前提に検討を進めることとする。

第二節　本稿の問題意識と目的

既述のように、日本音楽産業の市場規模は世界第一位で、アメリカとともに、世界の音楽市場を牽引している。これほど巨大な日本音楽コンテンツのビジネス基盤を支えている著作権管理事業は、一九三九年の「著作権に関する仲介業務に関する法律」の施行がそもそもの始まりである。しかし、参入規制により音楽著作権管理市場では、JASRACという管理団体しか存在せず、このような公的保護による独占状態（実質上の公的独占）は二〇〇一年の「著作権等管理事業法」の施行まで続いていた。[16]この新法の施行により、音楽著作権管理事業分野は制度上においては、公的独占から自由競争へと規制緩和されることとなった。政府による規制緩和の理由は、著作権審議会に設置された権利の集中管理小委員会でまとめられた『管理報告書』で詳しく説明されている。『管理報告書』は法改正（規制緩和）に具体的な指

針と方向性を示すという位置づけであり[17]、実際に著作権等管理事業法の枠組みも『管理報告書』の提言通りに構成されている[18]。規制緩和の指針及び理由について『管理報告書』は次のように述べている（傍点は筆者による）。

（筆者注：著作者の選択利益の重視について）

「……著作権等の管理団体のあり方について、……権利者の保護と公正な利用の確保という両面に配慮しつつ、いかなる制度が適切であるのかについて検討することが必要となっている[19]」。

「多数の著作者から委託を受け著作権管理を行う団体の場合にあっては、……当該団体の活動は著作者の利益に大きな影響を与えることとなる。また、利用者にとっても当該団体は優越的な地位を有していることが多いので、その権利行使のあり方は利用者の利益や適切な利用秩序の形成に大きな影響を与えることとなる[20]」。

「著作権管理は著作者の利益の実現のために存在するのであり、著作権管理団体が管理を行う場合にあってもまず著作者の意思を尊重すべきである。……著作者が自らの意思によって適切な著作権管理の方法や著作権管理団体を選択する自由を尊重すべきである。著作者の意思を尊重した著作権管理事業であるためには、著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択できる必要があり[21]……」。

（競争的料金設定の重視について）

「著作物の利用許諾に関する著作権管理団体と利用者の関係については、一般の商品のそれとは異なり、［ア］……一般的に著作権管理団体の立場は利用者より優位になりやすいこと、［イ］著作物は嗜好性が強くて代替性が低く、しかも一任型の権利委託の場合には事実上同一の著作物の著作権（支分権）を複数の管理団体が管理するこ

とはないので、アの状況はさらに強まること……、［ウ］使用料には原価という概念が成り立たず、一般の商品のように原価に適正利潤を上乗せするなどのように客観的な使用料決定基準がないので、著作権管理団体の恣意的な使用料設定がおこるおそれがあること、などの特徴を有している。」「認可制が廃止されることに伴い、届出制のもとで複数の著作権管理団体がこの分野で競争状態を作り出す基盤を整えるとともに、著作権管理団体と利用者団体との協議により使用料の設定を可能にする制度を法律上可能にすることが、使用料の高騰から利用者を保護し適正な使用料を設定する仕組みを整えるために不可欠であると考える。」[22]。

右記から理解できるように、音楽著作権管理事業における制度改革（規制緩和）の目的は簡潔に言うと、従来のJASRACの独占を前提とする独占的管理方式から、「著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択でき」、「複数の著作権管理団体がこの分野で競争状態を作り出す基盤を整える」競争的管理方式への転換である。このように、独占的管理方式よりも、競争的管理方式のほうが日本の管理事業にとって良いと考えられる選択肢であるという見解が明確に示されている[23]。

ところが、独占的管理方式から競争的管理方式へという政策方針の転換にもかかわらず、著作権等管理事業法の施行から既に一六年経過した現在もJASRACによる独占状態[24]が続いている。規制緩和の当初は、改革の波に乗ろうとしてイーライセンスシステムズ（以下、「e-License」という）やジャパン・ライツ・クリアランス（以下、「JRC」という）等の新規事業者が参入を試みたが、それ以降は新たな参入事業者が現れていない（JASRACに対抗するために、右記二社も二〇一六年に事業統合した[25]）。このような現状をもたらした原因はどこにあるか、そして競争的管理政策の実現

のためにどう対処すべきかの検討が本稿の問題意識と目的である。

第二章　公的独占事業分野における分割再編と事業法規制

公的独占事業分野（規制事業分野）で競争者の参入環境を整備し健全な競争を育成するために、過去においては規制緩和だけでなく、従来の公的独占事業者による市場支配力の濫用に対する規制立法や分割再編がまずもって行われていた。音楽著作権の管理競争を検討するにあたっても、音楽著作権管理事業において、分割再編が実施されていたか、市場支配力の濫用を防ぐことができる法規制を導入しているかが、最初に議論されておくべきであろう。

第一節　分割再編

従来の公的規制分野において競争者の参入環境を整備し健全な競争を育成するには分割再編が有効と考えられる。実際、電気通信事業分野も旅客鉄道輸送分野も、規制緩和とともに独占事業者に対する分割再編が実施された（政府主導の企業分割による複数事業者の創出）。ここでは電気通信事業分野の分割再編について概観してみる。

電気通信事業の競争は日本電信電話公社（以下、「電電公社」という）の民営化に始まり[26]、分割再編から生まれたものということができる。競争を創出するために、最初の方策として一九八四年一二月二〇日に「日本電信電話株式会社法」（のちに「日本電信電話株式会社等に関する法律」に名称変更された）が成立し電電公社は民営化されたが[27]、その後の五年間に市外電話サービス等において新規参入が起きたものの、規制緩和による競争創出の問題点も次のように浮

き彫りとなった[28]。

（ア）NTTは巨大な独占事業者：①「トップクラスの巨大企業」、②「電気通信のすべての分野でサービス提供を行うとともに、それぞれの分野で極めて高いシェアを有している」、③「多数の企業と深い関係を築いていること等、電気通信産業のみならず社会経済全体に大きな影響力を有している」。

（イ）特異な市場構造：「電気通信市場はネットワークの構成、性格等により、独占的傾向の強い分野と、比較的競争になじみやすい分野に区分される[29]」。

これらの特徴は、分割実施以前の電気通信事業が現在の音楽著作権管理事業の状態と非常に近いと思われる点である[30]。

右記の問題点（言い換えると規制緩和による競争創出の限界性）に対する方策として「市内通信部門と競争的サービスを提供する部門とを分離し、競争的サービスを提供する部門を新事業者と同様の位置づけとする措置、方策を講ぜざるをえない」「市内通信部門については……その巨大・独占性の弊害を除去し、経営効率性及び技術革新を促進するための措置、方策を講ずる……適正管理規模の観点からも、複数に再編成することは引き続き検討すべき課題である」という結論がまとめられた[31]。

その後、公正取引委員会の情報通信分野競争政策研究会が公表した「電気通信分野における競争政策上の課題について」という報告書も、「電気通信事業は、昭和六〇年の制度改革後約一〇年が経過したにもかかわらず、競争が十分に機能しているとはいえない」とそれまでの規制改革の限界性を指摘し、「早急に抜本的な内容の規制緩和策及び競争条件の整備等のための措置をとることが必要」との見解を示した[32]（当時における電気通信事業の状況は、現在も依然とし

てJASRACが独占している音楽著作権管理事業の状況に似通っている）。更に電気通信審議会も「現行NTTを長距離通信会社と二社の地域会社に再編成」すべきとする明確な提言を行った[33]。

このような流れの中で旧郵政省は一九九六年一二月六日に「NTT再編成についての方針」を公表し、「日本電信電話株式会社（以下NTTと呼ぶ）を純粋持株会社の下に、長距離通信会社と二の地域通信会社に再編成する」方針を固めた。他方でNTTが再編成に応じるには独占禁止法が改正されること（持株会社の解禁）が前提であるため、一九九七年二月に持株会社の原則解禁を持ち込まれた連立与党案「独占禁止法改正に関する三党合意」（及び租税特別措置等）が発表され（のちに第一四〇回国会に提出）、NTT再編の運びとなった[34]。

他方で、音楽著作権管理事業に関して競争的管理政策が掲げられているが、規制緩和後もJASRACの独占状態が続いている状況にもかかわらず、分割再編の議論すら行われていない。

第二節　事業法の規制

本来、法的視点から言えば、競争的管理政策を実現するためには、仲介業務法に取って代わった著作権等管理事業法の運用強化も非常に重要である。しかし、同法はあくまでも競争者の出現（言い換えると新規参入）に主眼を置いた法律であるため、必ずしも参入後における既存事業者との競争を前提に競争プロセスの育成に十分に配慮した法律とは言えない。例えば、電気通信事業において「日本電信電話株式会社等に関する法律」（以下、「NTT法」という）や電気通信事業法が制定されており、「競争の促進」という政策基調が鮮明に打ち立てられている[35]。

NTT法は公正な競争を確保するために現在（二〇一六年時点）でも日本電信電話株式会社（以下、「NTT持株会社」

という）及び東日本電信電話株式会社及び西日本電信電話株式会社（以下、「NTT東西」という）に対して業務内容等の規制を行っている（同法は複数回の改正を経て現行法に至っているが、旧NTT法では認可制を導入する等非常に厳格な規制を敷いていた）[36]。

電気通信事業法は、「公正な競争を促進することにより、電気通信役務の円滑な提供を確保する……」という同法第一条の規定から明らかなように、公正な競争を促進することを「手段的目的」と位置づけている[37]。同法において「公正な競争を促進する」措置として、市場支配的な電気通信事業者を予め特定して一定の規制を通常の電気通信事業者とは非対称的に課すという非対称規制の制度を設けている[38]。

他方で、音楽著作権管理事業を規制する著作権等管理事業法は、同法の趣旨を定める第一条（「業務の適正な運営を確保するための措置を講ずることにより、著作権及び著作隣接権の管理を委託する者を保護する……」）と電気通信事業法の第一条を比較すると明らかなように、政策実現方法においては電気通信事業法が「その公正な競争を促進すること」を政策手段としているのに対し、著作権等管理事業法が「業務の適正な運営を確保するための措置を講ずること」を政策方法としており、両法は大きく異なっている。

具体的には著作権等管理事業法において文化庁長官は主に次のような措置を行うことができる。登録申請書若しくはその添付書類のうちに虚偽の記載等があった場合に管理事業の登録を拒否する（同法第六条）、前記の違法行為や命令違反等があった場合に登録の取消し又は管理事業の停止を命じることができる（同法第二一条）、届出に係る使用料規程が著作物等の円滑な利用を阻害するおそれがあると認めるときはその実施禁止期間を延長することができる（同法第一四条）、この法律の施行に必要な限度において著作権等管理事業者に対しその業務若しくは財産の状況に関し報告させ又は著作権等管理事業者の事業所に立入検査することができる（同法第一九条）、著作権等管理事業者の業務の運営

に関し委託者又は利用者の利益を害する事実があると認めるときは委託者又は利用者の保護のため必要な限度において当該著作権等管理事業者に対し管理委託契約約款又は使用料規程の変更その他業務の運営の改善に必要な措置をとるべきことを命ずることができる（同法第二〇条）、利用者代表が協議を求めたにもかかわらず指定著作権等管理事業者が当該協議に応じず又は協議が成立しなかった場合に申立てがあったときはその協議の開始又は再開を命ずること（同法第二三条第四項）、それでも協議が成立せずその当事者から裁定の申請があったときは裁定することができる（同法第二四条）等。

右記の整理から理解できるように、著作権等管理事業法は管理事業者とユーザー（楽曲の委託者と利用者）の関係に焦点を合わせた規制のみ行っており、電気通信事業法等におけるような既存独占事業者と新規参入事業者のパワーバランスに焦点を合わせた非対称規制の制度を用意していない（管理事業法の趣旨が規定に反映されていないのは、参入が起こるものと考えて弊害だけ規制すれば足りると考えたためであろう）。

第三節　競争環境の整備における主務官庁の責務

従来の独占状態が温存され、著作権等管理事業法も管理業務の運営自体に重きを置く中で、競争環境の整備には主務官庁の役割がいっそう期待されている。競争の保護と促進は公正取引委員会の責務であるなら、競争が生まれる前提となる競争事業者（JASRACの競争相手）の育成等競争環境の整備は監督官庁である文化庁の責務ということができる。著作権等管理事業法の付帯決議においても、関係省庁の役割が盛り込まれている。

参議院での附帯決議

「一　……著作権思想の普及・啓発に一層努めるとともに、著作権等管理事業者の健全な育成が図られるようその環境の整備に努めること。

……

七　著作権等管理事業者間の公正な競争の確保及び著作権等管理事業者の利用者に対する優越的地位の濫用の防止を図るため、独占禁止法に基づき公正取引委員会を始めとする関係省庁が協力して適切な措置を講ずる……。」。

衆議院での附帯決議

「一　……著作権思想の一層の普及、啓発に努めるとともに、著作権等管理事業者の健全な育成が図られるよう、特にその環境整備に努め……。

……

三　著作権等管理事業者間の自由かつ公正な競争の確保、著作権等管理事業者の利用者に対する優越的地位の濫用の防止及び著作物等の利用の円滑化を図るため、公正取引委員会をはじめ関係省庁が協力して適切な措置を講ずる……。」。

右記から理解できるように、音楽著作権管理事業分野における競争環境の整備には、公正取引委員会だけでなく、主務官庁である文化庁の役割も求められている。しかし、実際には公正取引委員会による独占禁止法の適用が強化されている一方、文化庁においては音楽著作権事業の競争環境の整備に対する有効と思われる方策が執られていないようである[39]（有効な方策が執られていたら、競争的管理政策が掲げられているにもかかわらずJASRACによる独占状態が続

くようなことは考えられにくい[40]。

例えば現在、JASRAC の包括契約を巡る排除型私的独占事件（審判審決平成二四年六月一二日審決集五九巻第一分冊五九頁、東京高判平成二五年一一月一日判時二二〇六号三七頁、最判平成二七年四月二八日民集六九巻三号五一八頁）が、最高裁判決を受けて公正取引委員会による再審が行われており（以下、本件を「JASRAC 事件」という）、公正取引委員会が如何なる審決を出すかが注目されている。

しかし、JASRAC 事件の審理が（二〇一六年時点で）既に八年経過しており、この間全曲報告技術の進歩により、JASRAC が既に e-License や放送局との間で「放送分野での音楽の利用割合算出方法に関し放送事業者等と合意」に達しており（二〇一五年九月一八日）、私的独占の排除行為として争われている「放送利用割合」を反映しない包括徴収行為自体は既に行われていないことから、当該行為の違法性は認められたとしても、東日本 FTTH 事件（審判審決平成一九年三月二六日審決集五三巻二〇六七頁、最判平成二二年一二月一七日民集六四巻八号二〇六七頁）のように、格別の措置を命じないという可能性が大きくなったのではないかと考えられる。他方で、審理にかかった長い年月や司法コストを考えると、仮に文化庁が公正取引委員会と連携して問題の解決に取り組んでいたら、JASRAC 事件は早い段階で効率的に解決されることができたのではないかと考えられる。

先般の最高裁判決の判示（最判平成二七年四月二八日民集六九巻三号五一八頁）から理解できるように、JASRAC 事件において「放送使用料の追加負担によって放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の……選択の制限や利用の抑制が惹起される仕組みの在り方」を改めることが最も重要である。「放送利用割合」を反映させるだけでなく、審決と高裁判決の事実認定にもあるように、データが実際に存在する他分野の利用割合を基準に控除額を算出する方式[41]や、e-License 管理楽曲の利用分額だけを曲別に控除する方式等[42]（e-License の実際利用分だけの控除と、「放送利用割合」

での控除とは、全く性質が異なる方式である[43]）、いずれも放送事業者の追加負担を回避できるものと思われる。上記いずれかの方式の一つでも、文化庁が介入すれば順当に導入することが可能であった。その理由は次のとおりである。

JASRACの管理楽曲が圧倒的に多いとはいえ、e-Licenseがヒット曲を全く保有していなかったわけではなく、むしろエイベックス・グループから人気曲を複数委託管理されていたことが、事実として認定されている。そのため、現行の総使用料率は変わらず、JASRACへの支払額を少し変更するだけでe-Licenseの楽曲も使用できるようになるなら、JASRACと使用料規程の変更を協議するインセンティブは、放送事業者側にあったであろう。仮に、JASRACは民放連から放送利用の使用料規程に関する協議を求められたときは、これに応ずる義務がある（著作権等管理事業法第二三条第二項）。JASRACが協議に応じず、又は協議が成立しなかった場合に民放連から申立てがあったときは、文化庁長官はJASRACに対して協議の開始等を命ずることができる（同条第四項）。それでも協議が成立しないときは、文化庁長官が一定の手続を経て裁定をする仕組みが設けられている（同法第二四条第一項ないし第五項）。

このように、もしも文化庁が放送局側の意見や意向を積極的に汲み上げ、放送使用料の問題処理に乗り出していれば、「放送使用料の追加負担によって放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の……選択の制限や利用の抑制が惹起される仕組み」は、独占禁止法の事件になる前に改めることができたのではないかと考えられる。

文化庁がJASRAC事件に対し、静観を続けていた姿勢からも、音楽著作権管理事業の独占状態に対して主務官庁である同庁は積極的に対応策を講じようとするインセンティブが低いことを窺わせた。競争的管理政策を実現する上で、公正取引委員会と文化庁はそれぞれ異なる役割を果たせるため、官庁間の垣根を越えて連携した取組みが求められる今日である。

小括

従来の公的独占事業分野における競争的管理政策を論ずるにあたって、最初に議論されるべきなのは分割再編の実施や事業法の役割である。しかし、前述のように音楽著作権管理事業分野は分割再編による競争環境の整備というプロセスを辿っておらず、現行の著作権等管理事業法は管理事業者とユーザー間の関係（「業務の適正な運営を確保するため」）に主眼を置いた法律であるため、必ずしも既存独占事業者と新規参入事業者の競争を前提に競争プロセスの育成に十分に配慮した法律とは言えない。

特に著作権等管理事業法に関して、仮に電気通信事業法のような制度設計をモデルに、音楽著作権管理事業においても起きうる競争上の問題を予め想定し非対称規制を既存の独占事業者（JASRAC）に課していたならば（例えば、包括契約の内容について新規参入事業者から交渉の申入れがあった場合はそれに応じなければならない義務を課す等）、少なくとも現在よりは円滑に新規参入が進められたと思われる。他方で、このような法的制度設計の見直しは、著作権等管理事業法の法改正を前提としており、有効な措置を直ちに講じうる次元の問題ではない。

他方で、たとえ右記のような現状においても、主務官庁が新規参入の促進や競争者の育成といった競争環境の整備に積極的な役割を果しうると思われるが、実際には主務官庁である文化庁が能動的に取り組むインセンティブが低いため、同庁からの有効な方策は期待しがたい。

そこで、本稿は音楽著作権管理事業の特性を明らかにした上で、競争政策の観点から音楽著作権管理競争の回復につながりうるアプローチ（独占状態への対処法）を多角的に考察し、最も有効的と考えられるアプローチについて検討する。

第三章　競争政策の観点からのアプローチ検討

第一節　音楽著作権管理事業の特性

音楽著作権管理事業分野は、楽曲の権利者側市場（作詞家、作曲や音楽出版者等）及び楽曲の利用者側市場（レコード会社や放送局等）並びに両者を繋ぐプラットフォーム（管理事業者）で構成される両面市場（二面市場）である（両面市場とは「あるサイドの顧客によるプラットフォームの利用がグループ間のネットワーク外部性を生じさせ、あるサイドの顧客の便益が、プラットフォームによってもう一方のサイドの顧客をどれくらい集められたかに依存するような市場」である[44]）。

この両面市場ではネットワーク効果とロックイン効果が共に強く働いており、楽曲の権利者側も利用者側もプラットフォームに対する依存度が非常に高い[45]。そのため、独占状態（例えばJASRACの独占）が一旦形成されると自ずと維持・強化されていく現象が確認できる。これこそ規制緩和にもかかわらず、JASRACの独占状態が続いている根本的原因であると考えられる。具体的に言うと次のとおりである。

第一款　ネットワーク効果

独占市場の形成過程でネットワーク効果（プラスのフィードバック効果）は重要な役割を果たしているとされている[46]。ネットワーク効果が大きい状態で、競争を行うと一つの商品・役務だけが生き残り独占になりやすいWinner-

takes-all 現象が確認できる。[47] なぜなら、ネットワーク効果があるとき、ひとたび他社よりシェアを増やした商品・役務は、シェアが大きいというだけで、ユーザーの効用が増加し、更なるユーザーを獲得してますますシェアを高めていくからである。[48]

このことを音楽著作権管理事業に当てはめると、JASRAC が保有している管理楽曲の利用者が多ければ多いほど、（楽曲が使用される確率が高いため）印税収入を増やそうとする権利者側が楽曲を JASRAC に委託管理するインセンティブも非常に高くなり、その結果、JASRAC の管理楽曲はますます増えていく。また、利用者側にとっても、JASRAC とさえ契約すれば国内外のほぼすべての楽曲を使用できるようになり効率的かつ便利なため、JASRAC との契約を優先させるインセンティブは非常に高くなる。

このように、JASRAC をプラットフォームとする両面市場（二面市場）では、権利者側（管理楽曲）の増加が利用者側の規模拡大に繋がり、また利用者側の規模拡大が権利者側（管理楽曲）の増加を更に促すという JASRAC の独占状態を強める間接的ネットワーク効果と呼ばれる相乗効果が存在している（自分の利用する財を他人も利用することによって、その財の補完財がより活発に供給され、したがって自分が補完財の利用から得られる便益も増加する場合には間接的ネットワーク効果が働いている[49][50]）。

第二款　ロックイン効果

他方で、ロックイン効果は JASRAC の独占状態をより強固なものにしている。[51] ロックイン効果とは顧客がある商品又は役務を利用すると、他への乗り換えが困難となり、当該商品又は役務に対する継続的利用関係が維持されやすくな

る効果であり、その本質は今日の投資が将来の選択肢を規定してしまうということである。ネットワーク経済では、最初に市場に参入するだけで差別化とコスト両方の優位性を手にすることができ、更にロックイン効果をうまく利用できれば、その優位性が長期間に保持できるとされている[52]。即ち、ロックイン効果の働きにより、一旦 Winner になると、他の事業者がその状態を崩すことは難しくなってしまう[53]（例えば、デスクトップPCのOS）。

音楽著作権管理事業の場合でいうと例えば、現在（二〇一六年時点）はすべての支分権・利用形態を管理し、作品の使用料を確実に徴収し、更に管理楽曲の不正使用も監視、摘発できる管理事業者は JASRAC のみである。JASRAC は他社を圧倒する全国規模の管理ネットワークを有しており、公的保護による独占時代から培ってきた管理ノウハウや他組織（各地の警察署や音楽出版社協会、レコード協会等の管理団体組織）との連携体制を構築している。

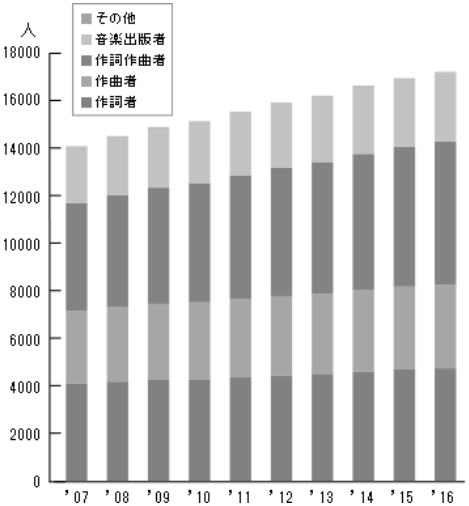
また、楽曲データの登録や使用に関して、委託者である各音楽出版者と受託者である JASRAC の電子管理システムが既に接続・構築されているため、他の管理事業者に楽曲を大量に管理委託するためには、新たな電子管理システムを構築しなければならないので、音楽出版者にとって大きな負担となる。

更に、JASRAC は諸外国の音楽著作権管理団体とも互いの受託楽曲を管理し合うための相互管理契約を締結している[54]。日本では、国外の音楽著作権管理団体と相互管理契約を締結している管理事業者は JASRAC のみで、日本で使用されるほとんどの外国楽曲が JASRAC によって管理されている[55]（日本において長い歴史を持ち、各支分権や利用形態をすべて管理できる事業者が JASRAC のみであるため、外国の管理団体も JASRAC との相互管理契約を優先させる状況は容易に理解できる）。委託者である著作者が JASRAC に入会すれば、自己の楽曲が海外で利用されても、使用料の徴収と分配は保障されることになる（著作者が音楽出版者に著作権を譲渡した場合でも JASRAC に入会しなければ、海外における録音権の使用料のみ、海外の音楽著作権管理団体→JASRAC→音楽出版者という経由で徴収・分配され

るが、演奏権の使用料については海外の管理団体から分配されるどころか、そもそも徴収すらされないのである[56]。著作者が使用料の徴収と分配をJASRACに頼らず、自ら海外の音楽著作権管理団体と連絡を取って直接契約するという方法も理論上ありうるが、しかし著作者本人が他国の言語を駆使して複数の海外管理団体と契約できるか、また仮に作品が大ヒットして複数の国で使用されるようになった場合には、作家として創作活動の傍ら複数の管理団体と個別に契約や連絡しなければならないことの煩雑さや事務コストを考えると、いっそうのことJASRACに入会しておいたほうが確かに得策と言えそうである。このほかに、JASRACの会員となると、録音権使用料の遡及徴収等も可能となる[57]。

このように、作品管理をJASRACに委託しなければ、「演奏権等」（「演奏権等」とはJASRACが著作権信託契約において示している、演奏権に関わる利用を中心とする使用形態カテゴリーの総称で、コンサートやカラオケ等が含まれる。）を管理されなくなったり、作品を利用されなくなるリスクだけでなく、使用されても使用料を確実に徴収・分配されず、不正使用があっても察知されない等のリスクも覚悟せざるをえない。

前述から理解できるように、委託者（著作者や音楽出版者）にとって、①JASRACから離れると委託作品を利用されなくなり、国内外で完全な管理サービスを受けられない事態に直面し②音楽出版者の場合は上記のリスクのほかに、新しい管理事業者との接続電子システムも新たに構築する必要があり、大きな負担となる。実際にJASRACへの入会委託者数は年々増え続けている（他方

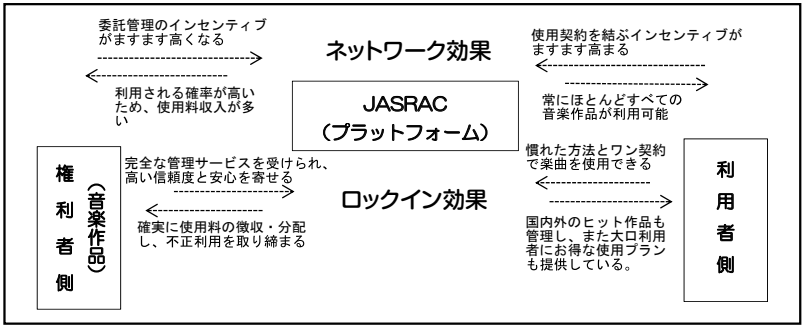


JASRAC「会員・委託者数の推移」[59]

で、JASRACが設けている著作権信託管理の条件も、楽曲の権利者に対するロックイン効果を強める一因と言える[58]。

他方で楽曲の利用者側にとってもJASRACを離れると楽曲利用の効率性や利便性を失うおそれがある。特に、放送局等大口の利用者にとってはJASRACとさえ包括契約すれば創作されたほとんどすべての作品を自由に使用できるようになるので、使い勝手が良いことは事実である。これらの実情はJASRACの楽曲利用者側に対するロックイン効果を強めている。例えば、安藤和宏准教授はJASRACの管理楽曲の放送使用について次のように述べている。

「JASRACが国内におけるほとんどすべての楽曲を網羅管理しているため、実際には放送局の使用する曲の九九％以上がJASRACの管理楽曲で、JASRACの非管理楽曲から放送用楽曲を探す必要はほとんどない。また、放送局が毎日膨大な量の音楽を放送するため、そのすべての音楽についてチェックすることは不可能に近く、調べるとしても相当なコストがかかる。更には新譜CDに収録されている新曲の作品届がJASRACに提出されるのは発売日の後であるため（三か月後ということもある）、放送局が効率的に調べることができないという事情もある。そうであれば、放送する楽曲はすべてJASRACの管理楽曲であるという前提に立ち、仮にJASRACの非管理楽曲を放送してしまった場合は、事後的に放送の事実に気が付いた楽曲の権利者に対して、JARACの使用料規定に準拠した放送使用料を支払え



音楽著作権管理事業の特性の説明図

ば良い。」[60]。

このように、（特に権利者側の）「懸念」、「おそれ」や（特に利用者側の）利便性への考慮はいずれスイッチングコストとなり、JASRAC から離れて小規模の管理事業者に乗り換えるインセンティブが打ち消されるので、楽曲の権利者側も利用者側も JASRAC に対する依存度が非常に高くなる。

もう一つ付言しておきたいのは、JASRAC が一九三九年の設立から既に七七年以上も音楽著作権管理業界に君臨し、しかもそのうち約六〇年間は実質の公的独占状態ということも、権利者及び利用者と JASRAC の関係を密にしている。毎年優秀な音楽作品を表彰する JASRAC 賞の主催や全国各地におけるテーマ性・（音楽）知識性に富むイベントの定期開催等、JASRAC が日本音楽管理業界のシンボル的存在、支配人であるという認識が既に浸透しているといっても過言ではない。「JASRAC のみが音楽著作権を利用者に行使できるという認識が音楽業界で定着し……業界慣習として確立してしまったため」[61]、権利者なのに JASRAC の前で権利の行使を控えるケースさえ見られる。例えば、音楽出版者が楽曲のアレンジを行い編曲作品（二次的著作物）の権利者となったとしても、編曲作品の権利行使（使用料徴収）を控えるのがほとんどのようである。その主な理由は右記のように「JASRAC のみが音楽著作権を利用者に行使できるという認識が音楽業界で定着し……業界慣習として確立してしまった」からと言われている。このような現状からも、音楽著作権管理業界において JASRAC の影響力が非常に大きいことが窺える。このような影響力は（経済学上の）ロックイン効果そのものではないが、ロックイン効果を増強させる要因の一つと考えられる[62]。

第三款　競争政策の観点からのアプローチ

音楽著作権管理事業分野における競争的管理政策上の課題とは、実質的には、前述した同事業分野の特性を背景にしたJASRACの独占状態を如何に規制し、新規参入による競争を促進するかの課題である。競争政策の観点から、独占状態に対するアプローチは大きく五つあると考えられる。

即ち、①市場の自然治癒機能に期待するというアプローチ、②独占の弊害の発生を抑制する一定の市場条件を重視する（Contestability Theory）というアプローチ、③市場支配力の形成・維持・強化に繋がりうるファクター（事業方針や経営方式も含む）を違法行為として捉える独占禁止法の行為規制というアプローチ、④右記の行為規制の枠組みに属するものの、構造的排除措置が認められるEssential Facilities Doctrineを新規定として導入するというアプローチ、及び⑤「純粋構造規制」と呼ばれる独占的状態それ自体を対象に構造的競争回復措置を命じる独占的状態の規制というアプローチである。そこで、右記のアプローチをそれぞれ検討する。

第二節　市場の自然治癒機能

独占状態を規制すべきかを議論するにあたって、最初に想起されるのは、市場の自然治癒機能である。独占状態を放っておいても自ずと競争が生まれる可能性があれば、敢えて独占状態それ自体に独占禁止法を適用する必要がないことから、現在の音楽著作権管理事業で市場の自然治癒機能が正常に働きうるかの検討は（明白な競争制限行為もないという前提の下で）、まず行っておく必要がある。

本稿における市場の自然治癒機能の重視とは、市場が自己修復のメカニズムを備えており、特に国際競争が盛んになっている今日において国内市場における独占や寡占の状態を放任しても、長くても五年か十年経てばいずれ新たなイ

ノベーションや新規参入が起き、一社支配の状態が崩れるので[63]、たとえ一時的に独占（又は寡占）の状態が生まれたとしても、いずれ競争が回復するので、積極的に何らかの措置を加える必要がないというような考え方を指している（他方で、市場治癒機能によりいずれ競争が回復するという視点ではなく、たとえ独占（又は寡占）に近い状態が続いているとしても、一定の条件を揃えていれば、独占（又は寡占）の弊害の発生が抑制されるとして一定の市場条件を重視するのは、後述のContestability Theoryというアプローチである）。

既述のようにロックイン効果は独占状態をより強固なものにする。このことを裏返して言うと、ロックイン効果が解除され易い状態にあれば、独占の状態も長く持続しないということとなる。即ち、市場の自然治癒機能も音楽著作権管理事業の特性と深く関係しており、仮にロックイン効果が強く働いていなければ、独占の状態が形成されても長く続かないと考えられる。

そこで、ロックイン効果が弱いとされているゲーム産業におけるゲーム機器（プラットフォーム）のシェア推移を比較モデルに、市場の自然治癒機能だけで音楽著作権管理競争が生まれるかを検討する。

第一款　ゲーム産業

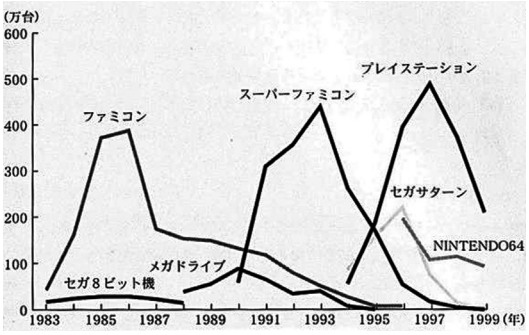
ゲームソフト市場とゲームソフトで遊ぶユーザー市場、及びゲーム機器というプラットフォームから構成され、両面市場（二面市場）の構造を有するゲーム産業では、人気ゲームソフトの動作環境に、より多く対応できるゲーム機器のほうがよく売れる。特に、新しい人気のゲームソフトの発売時期に合わせて新型のゲーム機器を市場に送り出すと、短期間に旧型（既存のプラットフォーム）に取って代わる存在となりうる。

このように、両面市場（二面市場）の構造を持つゲーム産業において、「人気のあるゲームソフトが使えるハードウェアであればあるほど、そのハードに対する需要は高くなる」[64]こと（ネットワーク効果）が認められる。

他方で、前述にもあるように、新型ゲーム機器が短期間に旧型に取って代わり、新旧プラットフォームの切り替わりが起こりやすい現象（プラットフォームによるロックイン効果が弱いこと）が捉えられている。具体的な特徴として、新発売の人気ゲーム機器は発売から一年～二年という短期間に販売数が急上昇するが、その後は販売数が急激に減っていく。次世代のゲーム機器が現われるまでの間、市場は活力に欠け低迷状態が続く。ゲーム機器メーカーは旧型を売り続けても収益性を保てないため（ファミコンからスーパーファミコンへのように）次世代ゲーム機器の開発・発売を通じて収益を挙げる[65]。

このように、一種類のゲーム機器による収益のサイクルが短いことは、新旧機器の切り替わりを加速させる一つの要因と考えられる。

また、ゲーム機器メーカーが新旧ゲーム機の「互換性を保つ戦略をとらない」（新しい世代のゲーム機では古い世代のゲーム機で動作していたゲームソフトは正常に動作しないことが多い）ことも、一つの要因として挙げられている[66]。「互換性がないため、新しい世代に移行すると、新規参入したメーカーのゲーム機も、既存メーカーのゲーム機も同等の条件で競争を行う」ため、プラットフォームが切り替わる



ゲーム機売上（年次）

可能性が大きくなってくる。[67]「互換性を保つ戦略をとらない」理由は、「ユーザーが過去の作品（ゲームタイトル）に関心を払わず、常に現在そして将来の作品に関心を払い続ける」ため、互換性を保つ必要がない（言い換えると、「互換性を保つ戦略をとらない」ようにせざるをえない）からと考えられている。[68]

他方で、「ユーザーが過去の作品（ゲームタイトル）に関心を払わず、常に現在そして将来の作品に関心を払い続ける」というゲームコンテンツの特性は、先に述べた「一種類のゲーム機器による収益のサイクルが短い」ことをもたらす原因でもあると考えられる。[69]即ち、「一種類のゲーム機器による収益のサイクルが短い」ことも、ゲーム機器メーカーが新旧ゲーム機器の「互換性を保つ戦略をとらない」ことも、ゲームコンテンツの特性によるものということができる。

このように、「ユーザーが過去の作品（ゲームタイトル）に関心を払わず、常に現在そして将来の作品に関心を払い続ける」というゲームコンテンツの特性が、ゲーム機器というプラットフォームのユーザーに対するロックイン効果を弱めているということができる。過去のゲーム作品に関心を払わないユーザーは、新しいゲーム体験を求めるために、たとえゲームソフトが異なるメーカーのゲーム機器でしかプレイできないものであって、新機器の購入代金を集めるのに従来使用していた機器を中古に売出しても、乗り換えを試みることがあり、解除されやすいロックイン関係と言える。

他方で、ゲーム機器というプラットフォームのロックイン効果を弱める背景には、機能等において同等或いはさほど遜色しない、代替性の高い他種の機器が常に存在している点も、サブ要因として挙げられる。例えば、スーパーファミコンが優位に立っていた世代に、メガドライブのほかに、プレイステーションやセガサターンといったライバルが存在していて、そのうちのプレイステーションがのちにスーパーファミコンに取って代わり、優位に立つことになった（また、プレイステーションが優位に立てたのも、同機器で対応できるゲームソフトの人気度やタイトル数が多かったためと思われる）。

前述から理解できるようにプラットフォームが、①「ユーザーが過去の作品（ゲームタイトル）に関心を払わず、常に現在そして将来の作品に関心を払い続ける」という特性を持つコンテンツを抱えており、②更に機能面等において遜色せず代替性の高いライバルが並存している場合には、同プラットフォームによるロックイン効果が弱いということができる。

第二款　音楽著作権管理事業

仮に、両面市場（二面市場）である音楽管理事業においても、右記の特徴を有しているなら、短い周期でJASRACというプラットフォームが新規のプラットフォームに取って代わられるため、ただ市場の自然回復を待つだけで十分という結論に繋がるであろう。

しかし、実情としては規制緩和から既に一六年経過したにもかかわらず、JASRACの独占状態に大きな変化が見られないことから、JASRACというプラットフォームのロックイン効果が非常に強固（簡単には自然解除しない）であることが分かる。それには次のような理由が考えられる。

（一）コンテンツとしての音楽作品は「歌い継がれる」もの

JASRAC事件の発端からも理解できるように、人気アーティストの作品（大塚愛の「恋愛写真」等）が新たに現れても（ゲーム産業に置き換えると、新発売の人気ゲームソフトに相当する）、JASRACというプラットフォームのロックイン効果を解除できるほどの影響を及ぼせない。その重要な理由として、包括契約という取引形態が多かれ少なかれ関係しているが、それよりもむしろ、コンテンツとしての音楽作品は、ストーリーを一度攻略し終わると興味をなくし

てしまうゲームソフトと異なって、繰り返して鑑賞・利用されるという特有の「歌い継がれる」という性質を備えている点がより大きいと考えられる。

音楽業界では最も優秀な作品であることを示す重要なシンボルの一つがJASRAC賞の受賞である。[70] 二〇一六年JASRAC賞のトップスリーに中島みゆきが作曲・作詞した『糸』が見事に入賞した（この楽曲を知る方もさぞ多いであろう）。実はこの『糸』は一九九二年に既にリリースされていた楽曲であった。また、中島みゆきの『糸』は、小林武史（Mr.Children のプロデューサー）とボーカルの桜井和寿が中心になって結成されたバンド Bank Band によってカバーされたことをきっかけに、吉岡聖恵（いきものがかり）、森山直太朗、岩崎宏美、植村花菜等のアーティストにもカバーされており、古い作品でも「歌い継がれていく」という音楽コンテンツの特性を如実に表している。

更に、古い P.D. の楽曲（著作権の保護期間が過ぎた楽曲）でも現代において広く歌い継がれている。例えば、平原綾香が歌って大ヒットした「Jupiter」は Gustav Holst が作曲した組曲「惑星」（The Planets, Op32）（作曲時期は一九一四～一九一六とされている）の中の「木星」という曲の中間部、Andante Maestoso の旋律に吉本由美が詞を加え、坂本昌之がアレンジをしたものである。

このように、古い時代に創作された昔の作品でも、新しい人気アーティストがカバーしたり、新たなアレンジが施されたりすると新たな時代の音楽感覚に合致する斬新な作品に生まれ変わるものである（他方で音楽著作権管理事業者というプラットフォームの交代は必要でない）。即ち、音楽コンテンツはいつになっても歌い継がれていくという点において、常に従来を上回る新しいストーリーや視覚効果を求められていて、一過性のゲームコンテンツとは根本から異なっている。

また、最近の動向として、オリジナルの楽曲そのもの（新しいカバーや編曲はされてない従来のオリジナル作品）を純粋に音質・音響をグレードアップさせ、より迫真的で臨場感を与えたものを、もう一度楽しむトレンドが芽生え始め

ている。所謂「ハイレゾリューションオーディオ」の誕生である。[71] 内容はそのままで音質等をグレードアップさせるだけで、作品が「生まれ変わる」という音楽コンテンツの特性も、ゲームコンテンツには備わっていないものである。

このように、通常新たな技術はロックイン効果を解除するための鍵と考えられてきたが、音楽コンテンツに関しては、レコード→カセットテープ→CD（MD）→ハイレゾ→……というように、新たな音源技術や媒体の開発・普及により、同じ楽曲でもその都度新たな価値を付与させることができるため、新たな技術は音楽著作権管理事業という管理プラットフォームの音楽コンテンツに対するロックイン効果を高めている一面も見せているとも考えられる。[72]

前述の検討から理解できるように、JASRACが管理・保有している古い楽曲作品は、時代が変わっても、常に新しい形で新たなコンテンツに生まれ変わっている。そのため、新規の管理プラットフォームが新規参入したとしても、ほとんどすべての音楽コンテンツ（特に人気作品）を既に管理しているJASRACという、既存のプラットフォームのロックイン効果を解除しがたいと思われる。

（二）同等のプラットフォーム構築が難しい

JASRACという管理プラットフォームに取って代わるための前提条件は、JASRACと同等な機能・効用を提供できること、即ち少なくとも「演奏権等」を含むすべての支分権・利用形態を管理できることである。一部の利用形態しか管理できないというような不完全なプラットフォームではJASRACに対抗することは困難である。

しかし、同等の管理プラットフォームを構築するのは、決して容易なことではない。音楽著作権管理業務の内容を大きく分けると、①楽曲利用者との契約、②楽曲利用料の徴収、③使用料の分配及び④楽曲不正利用の発見、取締りや使用料追徴がある。これらの管理業務は、楽曲利用先の特定が容易であるCD（正規品）や映画録音等の利用系形態にお

いては比較的遂行しやすいが、飲食店やフィットネスクラブ等の利用形態においては、高い管理能力を備えないと、利用契約を結ぶどころか楽曲の利用者を捉えることさえできないので、管理業務の遂行が困難である。即ち、JASRACと同等のプラットフォームを構築するために、資金力を必要とする「ハードパワー」（事務所の規模や職員の数等を指している）だけでなく、長い年月をかけて培わなければならない「ソフトパワー」（管理ノウハウや社会的認知度等を指している）が必要である。

例えば、演奏権の管理を例に取ると、管理業務を遂行するために、まずは全国の主要都市に管理業務を遂行するための支部（地方拠点）を置かなければならない。支部事務所、業務設備や専属職員等を配置し、またそれらの施設を維持するにも豊富な資金力が必要となる。他方で、各地に支部や職員を配置すると、直ちに演奏権の管理業務を遂行できるようになるわけではない。飲食店やライブ会場等全国の楽曲利用者及び権利者側に管理業務の開始（新規参入）を周知させるとともに、使用料の徴収や分配の方法を職員に習得させなければならない。また、楽曲の不正利用を如何に迅速に発見・把握し取り締まるかも管理業務を遂行する上で不可欠な「テクニック」である。

日本では音楽の演奏に使用できるホール（スタジアムやアリーナを含まない）が二千箇所以上[73]、フィットネスクラブが四千軒以上[74]、ショッピングセンターが三千施設以上（更にそれらに出店している衣料品や生活用品等のテナント総数は一五万以上[75]）、飲食店が六七万店以上点在しており[76]、楽曲はこのように全国各地あらゆる場所で日々使用（演奏）されている。

JASRACの場合、七〇年以上の業務経験を積んでいるだけに、ハードパワーとソフトパワーを併せ持つ全国規模の管理ネットワークを構築・保有している。例えば、まじめに楽曲の使用契約を更新する飲食店もあれば更新を怠る飲食店もあり、また楽曲の使用状況を誠実に報告するライブハウスもあればごまかすライブハウスもある。更に楽曲の無断使用が少ない地域もあれば多発する地域もある等、それらに関する情報はJASRACがすべて調査・蓄積しているため

（JASRACが持つソフトパワーの一側面）、限りある業務資源を有効に配分し、使用料の徴収や分配から不正利用の発見や取締りまで効率よく遂行できる。特にインターネット等を通じて、無料又はサブスクリプション方式の音楽を簡単かつ大量に入手し利用できるようになったことを背景に、演奏権に関わる管理楽曲の無断利用が増加している近年、全国規模の管理ネットワークの重要性が増す一方である（例えばJASRACは二〇一五年六月一九日にBGMを不正利用していた全国二五八施設の一七一事業者、二〇一六年六月七日に一八七事業者の二一二店舗に対する法的措置を一斉に行った[77]）。

他方で新規参入事業者の場合は、演奏権の管理業務を開始するためには、全国各地すべての楽曲使用施設に、自社の存在と今後JASRACの著作権使用料とは別途に新たな使用料を徴収していくことを説明し契約を交わさなければならない（フィットネスクラブや飲食店等の経営者のほとんどはJASRACという看板しか知らないのが現状のようである）。もし楽曲の利用者側がその説明に納得せず、JASRACの楽曲のみで十分ということを理由に新規事業者との契約を拒む場合、新規事業者は契約を強制できないため、自社管理の楽曲を契約しない店舗に自社の管理楽曲を無断使用されていないかをずっと監視しなければならない（無断使用の監視までの業務を遂行しないと、管理業務を完全に行ったことにならない）。新規事業者にとって如何に大変な作業となるか想像に難しくないであろう。

このように、資金の投入により補えるハードパワーと異なって、ソフトパワー（管理ノウハウや社会的認知度等）は長い年月をかけて業務経験を積み重ねながら、徐々に培っていくしかない。演奏権のような新規参入が困難な管理分野が存在する以上、JASRACと同等の管理プラットフォームが現れにくいと思われる。

実際にゲーム産業等のコンテンツ産業では独占（に近い）状態が繰り返して発生していたものの、いずれも長く持続しなかった現象が確認されているため、市場の自然治癒論には一定の説得力がある[78]。このほか、ビール類製造事業やゲー

ム用の記録物製造事業、ブロードバンドサービス事業、宅配便運送事業等も、当初は独占或いはガリバー型寡占の市場であったが、現在は競争的市場に生まれ変わっている。(79)

しかし、前述で検討したように、音楽コンテンツはゲームコンテンツ等とは異なっており、「歌い継がれる」という性質を持っている。また、音楽コンテンツを管理する音楽著作権管理事業は、ネットワーク効果とロックイン効果の双方が強く働いている両面市場（二面市場）という特性を有している。更に地理的条件等により日本の音楽著作権管理事業（特に「演奏権等」の管理）が国際競争に曝されるような状況は想定しがたい。そのため、音楽著作権管理事業におけるJASRACというプラットフォームの独占状態が市場の自然治癒機能に任せるだけでは解除されるとは考えられにくい。規制緩和から既に一六年経過した現在もJASRACの独占状態がほとんど変わっていないという事実が市場の自然治癒機能というアプローチの限界性を物語っている。しかし他方では、ある市場が独占状態にあるとしても、一定の条件を備えていれば独占の弊害が発生しないので、そのような独占状態を敢えて規制する必要はないとする独占擁護論が存在している。即ち、Contestability Theoryというアプローチである。

第三節　Contestability Theory

第一款　Contestability Theoryの基本

Contestability Theory（以下、「コンテスタビリティ理論」という）とは、一つの財・サービスの市場が単一の事業者によって独占されていても、市場がコンテスタブルであって、潜在的新規参入があるならば、効率的資源配分が達成

されうることを唱えている理論である。[80]

その理由は、コンテスタブル市場で、もし既存の事業者が超過利潤を得るような価格を設定すると、その利潤を狙って潜在的競争者が新規参入を始めるためである。新規参入を引き起こさせないために、既存の事業者は参入誘因となる超過利潤をなくす水準に価格を設定せざるをえない。また、既存の事業者は非効率的な生産も行えない。なぜならば、非効率な生産となると、効率的な生産を行える潜在的競争事業者によって市場を奪われてしまうからである。この理論に基づくと、規模の経済を実現する産業において、たとえ自然独占が成立していたとしても、最も効率的かつ低い価格でないならば、新規参入が発生し、超過利潤のなくなる水準まで価格が引き下げられ、結果的には資源の効率的配分が達成されることになるということである[81]（他方で後述のように、コンテスタブル市場が成立するための条件が非常に厳格なゆえに、コンテスタビリティ理論が唱えられた当初から数十年間の実証研究において、同理論の現実性を含む問題点も浮き彫りにされている[82]）。

仮に音楽著作権管理事業は、コンテスタビリティ理論の要件を満たすコンテスタブル市場であるならば、JASRACの独占状態が続いているとしても、自ずとその弊害が抑制されるため、新たな対策を講じる必要がなくなる。そこで、本節では、コンテスタビリティ理論によるコンテスタブル市場の成立条件を整理した上で、音楽著作権管理事業の該当性について検討することとする。

コンテスタブル市場の成立要件として、①この産業で提供されるサービスが同質的であり、消費者は（潜在的な参入事業者を含めて）どの事業者のサービスをも無差別と考える、②この産業の技術がそのノウハウを含めて周知であり、（潜在的参入事業者を含めて）すべての事業者が同じ費用条件で生産できる、③事業者間の競争が価格を通じて行われ、

生産量や設備の量の競争ではない、④参入と退出が自由であり、しかも参入と退出に費用がかからない[83]、⑤既存事業者が（新規参入に直面したときに）価格を変更するには一定の時間が必要である、という五つの条件が同時に成立していなければならないとされている[84]

第二款　同理論の成立条件該当性に関する検討

（一）①と②の条件について

音楽著作権の管理事業において、価格は重要ではあるが、サービスの品質も非常に重視されているという現実がある。JASRAC の料金設定は高くても、委託者にとって JASRAC に作品を預ければ利用される機会が多いのでいずれ使用料も多く入ってくることになるし、利用者にとっても JASRAC と契約すればほとんどすべての作品を一度に利用できる便益を得られる。

また、JASRAC だけが全国規模の管理ネットワークを保有し、すべての権利・利用形態を完璧に管理できる。演奏権よりは管理しやすいとされている録音権の管理であっても、無断複製ＣＤのオークション販売、カラオケ教室担当者の無断複製物の販売、違法複製楽曲を搭載したカラオケ機器の販売、レコード販売店の違法複製、携帯電話代理店の無断複製サービス等委託者の権利を侵害する行為が行われると、JASRAC は全国どこでもいち早く察知し取り締まることができ、損害が発生した場合には委託者の代わりに損害賠償請求訴訟まで起こしてくれるので、委託者と利用者は非常に高い安心感と信頼感を得られる。

参入事業者は合法利用の使用料を徴収できるとしても、JASRAC のように委託作品を違法行為から守り切れないの

であれば、参入事業者とJASRACの管理サービスの品質が同質で無差別とは言いがたいことは明らかであろう。

他方で既述のように、JASRACは管理業務を遂行する上で必要な技術やノウハウを開発・保有している。例えば、JASRACは楽曲の違法配信等を監視できる「電子透かし」技術や「J-MUSE」[85]システムを構築しただけでなく、全国における楽曲利用者の発見や使用料の徴収ノウハウも蓄積している[86]。七五年以上の業務経験を持つJASRACと新規事業者は、管理技術面（ノウハウを含むソフトパワー）における較差も歴然としている。

このように、前記要件の①と②は既に該当しないことになる。

（二）③の要件について

競争は価格だけではなく、生産量や品質等を通じても行われている。音楽著作権管理事業において、管理業務を遂行するための技術力や管理サービスの品質を巡る競争は現在の音楽著作権管理競争の重要な特徴ではある。しかし、それでも新規管理事業者側は、JASRACよりも安い価格プランの提示を、権利者へのアピールポイントの一つとしている。この意味において、管理事業者間の競争は価格競争の範疇を完全に超えているとまでは言えないので、この要件については該当することとする。

（三）④の要件について

音楽著作権管理事業は航空事業や通信事業等と比べて、大規模な物理的設備の投資をさほど必要としないと思われるが、それでもサンクコストが多かれ少なかれ発生してしまうことに変わりはない。

航空産業の実証で見られたように、今まで形成されてきた利用者による既存の有力事業者に対する信頼と選好も参入

障壁であり[87]、新規事業者が利用者の選好等を打ち破るのに、時間と資金をかけた広告や宣伝等が必要と思われ、この費用もサンクコストになる[88]。

音楽著作権事業分野ではJASRACの突出した管理事業能力と高い信頼度は既述のとおりである。また、JASRACが日本音楽管理業界のシンボル的存在という認識が既に社会全体に浸透していることも忘れてはならない（例えば、JASRAC賞の主催や全国各地におけるイベント開催等）。このように参入事業者が顧客を獲得するには、宣伝広告だけでも多大の費用が必要と思われ、結局サンクコストが発生してしまうことになる。要件④は成立しにくいであろう。

（四）要件⑤について

価格設定について既に管理手数料も使用料も届出制となっているので、JASRACが値下げ反撃を行うなら、直ちに実施できる状態である。このように、要件⑤も成立せず、音楽著作権管理事業分野はコンテスタブル市場ではないので、コンテスタビリティ理論の所謂「hit-and-run policy」は通用しないと思われる。

前述から理解できるように、音楽著作権管理事業はコンテスタビリティ理論の要件を充たしているとは言いがたい。このように、独占状態が続く同事業分野では、独占状態に対する自然治癒機能も弊害解消機能（Contestability Theory）も期待しがたいという前提があってはじめて音楽著作管理事業の独占状態に対し、独占禁止法の観点からのアプローチを検討する意義が生まれる。

（未完）

（1）本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文「音楽著作権管理事業における独占問題と独占禁止法の適用―独占的状態規制の適用可能性に関する研究―」及び今まで発表した音楽著作権管理に関する論説を加筆・修正し、まとめたものである。

（2）権利の集中管理小委員会『権利の集中管理小委員会報告書』「第一章の四 著作権管理事業に関する法的基盤整備の基本的考え方」の部分（二〇〇〇年一月）（以下、管理委員会『管理報告書』という）。

（3）二〇一三年四月八日に国際レコード産業連盟が発表した二〇一二年の音楽市場の世界統計によると、日本は米国を抜き世界一の市場規模になった。CDなど音楽ソフトパッケージや配信サービスなどの売上高の合計は約四三億ドル（約四二五〇億円）。また、両国のシェアを合わせると世界市場の過半数を占めることになる。大川正義『最新音楽業界の動向とカラクリがよ～くわかる本（第三版）』三二－三五頁（秀和システム、二〇一三）（以下、大川『最新音楽業界の動向』という）。

（4）「全国劇場・音楽堂等総合情報サイト」（http://www.zenkoubun.jp/search/index.html）の検索データに基づく（二〇一六年五月一八日最終閲覧）。

（5）フィットネス経営情報誌『Fitness Business』（フィットネスビジネス編集部）が調査・公表したフィットネス業界のデータに基づく（http://www.fitnessclub.jp/business/date/prediction.html、二〇一六年五月一八日最終閲覧）。

（6）日本ショッピングセンター協会の公開データ（http://www.jcsc.or.jp/sc_data/data/overview、二〇一六年五月九日最終閲覧）。

（7）フードビジネス総合研究所掲載のデータ（http://www.fb-soken.com/basic_data01.html、二〇一六年六月二日最終閲覧）。

（8）本稿で用いている「独占状態」及び「独占の状態」という表現は第二条第七項の「独占的状態」と区分するための用語であり、独占が続いている客観的状態を指している。

（9）中国の音楽著作権管理事業は中国音楽著作権協会（一九九二年設立）（以下、「音著協」という）という公的組織によって独占管理されていたが、カラオケ利用市場の急拡大を受けて、現在カラオケ利用に係る使用料徴収等の管理業務が中国音像集体管理協会（二〇〇八年設立）（以下、「音集協」という）に委託されている。管理委託は名目上、管理業務の都合と公式説明されているが、本当は行政組織間の既得利益の不均衡を調整（奪い合い）するための内部分配で、中国ではよくある現象である。当初、中国の文化省が中国文化投資管理という会社（文化庁が同社の株主、文化省の担当者が同社の理事長を兼任）にカラオケに関する音楽著作権管理業務を委託させようとしたが（反壟断法も問題視している典型的な官商癒着の行為）、実施する前にその情報がマスコミに大々的に報道され、利用者や世論の強い反発を招いた（詳細は、王剛

＝段海燕「卡拉统一ＯＫ?」中国新闻周刊二八期一八－一九頁（二〇〇六）参照）ため、中国音像集体管理協会に管理委託されることとなった。したがって、中国の音楽著作権管理は独占的管理ではあるが、厳密的には内部分担のある独占的管理というべきである。

中国における官商癒着や行政独占の規制について、姜連甲「中国における行政独占の規制について」商学討究六一巻二・三号二四五－二八五頁（二〇一〇）を参照されたい。

（10）中国の独占的管理によく見られる弊害について次のように指摘されている（これに関する参照論文は以下のようにまとめて表記しておく。この後に列挙する問題には新聞記事等のマスコミ報道を引用する。胡志海「我国应当确立适度竞争型著作权集体管理模式」科技与法律八〇－八一頁一期（二〇一三）（以下、「胡志海「確立竞争管理」という」、王新霞ほか「我国著作权集体管理中的反垄断问题研究――以卡拉ＯＫ版权收费为视角」西部法学评论六期一〇頁（二〇一一）（以下、王新霞ほか「著作权管理的反垄断研究」という）、林静欣＝许国勇「完善著作权管理」という）、尚立娜「著作权集体管理制度的反垄断法规制」学理论三二期七八頁（二〇〇九）（以下、尚立娜「集体管理的垄断规制」という）、董芳「著作权集体管理组织的反垄断法规制」法制与社会一五期二四四－二四五頁（二〇〇九）（以下、董芳「集体管理的规制」）、李飞跃「著作权集体管理组织的反垄断法律规制」中北大学学报社会科学版六期九一頁（二〇〇九）（以下、李飞跃「集体管理组织的规制」という）。

①一部の利用において包括契約という利用量を選べない単一の契約形態によって、包括契約を必要としない小規模の利用者にとって余計な使用料を負担させられている。②利用者との十分な協議や公聴プロセスを経ず、高い使用料が一方的に設定されている。この点について、中国の各地で起こされたＫＴＶ（カラオケ）使用料訴訟騒動は、管理組織と利用者間の対立を如実に表した代表例である。ＫＴＶの使用料は歌部屋ごとの使用料と部屋数のかけ算で一律計算となっているため、設定された部屋ごとの単価額が不合理なだけでなく、実際に使用されていない歌部屋があっても使用料を徴収されるのも理不尽として全国各地のＫＴＶ事業者は使用料の不納闘争を広げた。これを受け、音集協等は各地の不納事業者に対して使用料の損害賠償訴訟を起こし、遂に全国規模の一大騒動となった（黄伟「缴费标准成版权收费争议焦点」中国知识产权报二〇〇九年一二月二日〇〇五版。「新疆一ＫＴＶ企业状告中国音集协」中国青年报二〇〇九年一一月二四日。周文「广州Ｋ厅收费」信息时报二〇〇九年二月一八日、Ａ〇九版。「ＫＴＶ」北京晨报二〇〇八年一〇月三〇日。「京城百家ＫＴＶ被

诉侵权」洛阳晚报二〇〇八年一〇月一八日、五版。「京城百家KTV被诉侵权」南方日报二〇〇八年一〇月一八日、〇七版等参照。张裕「卡拉能否OK?」文汇报二〇〇八年八月八日、〇〇五版。「卡拉OK版权收费又起争议」人民日报二〇〇六年一一月二三日（〇〇五版）。。③分配不透明かつ割高の管理手数料率を設定し、著作権者の利益よりも協会の利益を優先している。前記のKTV使用料騒動を例に取って言えば、管轄権限は組織間闘争の末に音著協から音集協に移管されたのに、音集協が更に天合文化という会社に管轄権限を与え代理させている。しかも、管理手数料率が五〇％と例を見ないほど高く設定されている。このように、本来著作権者に分配されるべきだった利益が多層的な管理組織に吸い取られていく構造となっている。また、使用料を分配されるはずだった著作権者に使用料が届かない等分配方法や履行状況の不透明等も指摘されている（袁祺「〝管家〟收入比〝主人〟还高?」文汇报二〇〇九年五月一六日、〇〇一版。「音集协八千万版权费去哪了?」品牌与标准化一一期一六頁（二〇〇九）。饶宇锋「〝卡拉OK维权第一案〟究竟卡在哪儿?」财经时报二〇〇八年六月六日、〇二版。）。このほかにも④会員に対する差別的取扱いや⑤退会の不当制限等が問題視されている。

このような事情を背景に、遂に行政独占等の規制を担当する反壟断法の執行機関である国家工商行政管理総局が、「关于知识产权领域反垄断执法的指南」（タイトル訳：「知的財産権分野の独占禁止法執行に関するガイドライン」）の作成に着手した。同ガイドラインに関して特に注目されるのは、高すぎる管理手数料或いは使用料の設定徴収も規制対象とされる点である。

(11) 各説は互いに共通するところも多いが、意見を大きく二つに分類することができる。

一つは独占的管理方式の弊害を除去するためには、反壟断法等既存法の執行強化を求める意見である（胡志海「确立竞争管理」八一－八三頁、窦新颖＝蒋朔「集体管理组织或成反垄断审查对象」中国知识产权报二〇一二年八月二四日（〇〇九版）、王新霞ほか「著作权管理的反垄断研究」九頁、尚立娜「集体管理的垄断规制」七六頁、董芳「集体管理的规制」二四五頁、李飞跃「集体管理组织的规制」九二頁、崔国斌「著作权集体管理组织的反垄断控制」清华法学一三七－一三八頁二期（二〇〇五））。

もう一つは法規制の重要性を認め、更に管理方式の法改正の必要性を訴える意見である（例えば、林静欣＝许国勇「完善著作权管理」三九頁。宋江涛「重构我国著作权集体管理模式的探讨」经营管理者二〇期三八三頁（二〇〇九）。郑开辟「我国著作权集体管理制度亟待完善」中国知识产权报二〇〇六年九月一日（〇一一版））。

(12) 中国では競争の重要性に対する認識が深まるにつれ、いずれ知的財産権保護の先進国であるアメリカや、特に似た経験を持つ日本に倣って規制緩和を実施し、競争を導入する可能性が十分に考えられる。他方で、規制緩和さえ行えば、競争構造が出来上がるという単純な相関関係が存在しているわけではなく、このことは、日本の音楽著作権管理事業分野の状況を見ても明らかである。しかし、現在の学説論文やマスコミ報道はまだ独占的管理より競争的管理のほうが音楽産業の発展に資するという方向性を掲げたばかりの段階にある。今後は具体的に如何なる方法で競争的管理体制を導入・確立させるかという本質的な議論が求められる。

(13) 安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス　基礎編（4th Edition）』六〇頁（リットーミュージック、二〇一一）（以下、安藤『基礎編』という）。また、JASRACの「著作権信託契約約款」（二〇一五年七月三日届出）第五条と世界各国の管理体制に関する公表資料を参照（http://www.jasrac.or.jp/link/overseas/index.html#、二〇一六年六月一日に最終閲覧）。

(14) 相澤英孝「著作権・著作権隣接権といわゆる集中管理」『知的財産の潮流』三頁（信山社、一九九五）。特にアメリカの演奏権管理については、デヴィッド・ナガー＝ジェフリー・D. ブランドステッター共著（大武和夫訳）『音楽ビジネス入門 レコード契約・出版契約のしくみ』八七－八八頁（東亜音楽者、一九九八）にも説明がある（以下、ナガー＝D. ブランドステッター（大武訳）『音楽契約しくみ』という）。

(15) 管理事業の政策として、複数事業者による競争的な管理体制を政府が推し進める国があれば、（各支分権における）ひとつの事業者による独占管理の実態となっても政府がそれを容認する国もある。

　他方で注意しなければならないのは必ずしも管理事業者が複数存在していることと管理事業の競争が正常に機能していることとは同じ関係ではないという点である（勿論このような現象はほかの業界にも存在する）。各管理事業者の間に管理事業力の較差という現実問題があるため、管理競争の「質」も十分に考慮されるべきである。その国の管理における競争状況を把握するためには、管理業界の構造だけではなく、歴史経緯、競争政策や各管理事業者のシェアも併せて考察する必要がある（欧米代表国の音楽著作権管理事情について、比較法研究センター「諸外国の著作権の集中管理と競争政策に関する調査研究報告書」三三－一二九頁（二〇一二）（以下、比較法センター「外国の著作権の集中管理」という）（http://www.bunka.go.jp/tokei_hakusho_shuppan/tokeichosa/chosakuken/pdf/h24_shogaikoku_hokokusho.pdf　二〇一六年六月二日に最終閲覧）。

とはいえ、すべての支分権を一事業者が独占的に管理している状態（参入障壁が非常に高い）より、競争事業者が既に存在していれば、新たな新規参入も起き易くなると思われる。

(16) 歴史的経緯を含む詳細に関しては、紋谷暢男『JASRAC 概論―音楽著作権の法と管理』（日本評論社、二〇〇九）（以下、紋谷『JASRAC 概論』という）第一章で詳しく紹介されている。

(17)「本報告書は、今後文化庁が仲介業務法の改正を行うにあたっての制度上の指針を示すことを目的としてまとめられたものである。」（管理委員会『管理報告書』「はじめに」の部分）。「本小委員会は……基本的な方向を示し、この方向に沿って現行仲介業務法の全面的な見直しが早急に進められるべきであることを提言する。」（管理委員会『管理報告書』「おわりに」の部分）。

(18) 著作権等管理事業法の国会提出理由及び著作権等管理事業法の第一条を参照。

(19) 管理委員会『管理報告書』「はじめに」の部分を参照。

(20) 管理委員会『管理報告書』「第一章の三 著作権管理事業に関する法的基盤整備の必要性」部分。

(21) 管理委員会『管理報告書』「第一章の四 著作権管理事業に関する法的基盤整備の基本的考え方」の部分。

(22) 管理委員会『管理報告書』「第四章の一 使用料の設定」の部分を参照。

(23) 独占的管理による効率性と競争的管理による効率性の両者を比較してどちらがより効率性の高い管理方式なのかの結論を数値で精確に表すことは非常に困難と思われ、また如何なる管理方式を選ぶべきかについて効率性のみに関わる問題ではなく、『管理報告書』にも記されているように著作者等による選択利益の尊重といった側面も考慮しなければならない（ここで言う「効率性」とは管理手数料が安くなる等生産上の効率性と、より多くの楽曲利用者を特定でき使用料を確実に徴収できるようになる等資源配分上の効率性の両方が考えられる）。

そのため、唯一というような結論が存在しているわけではないことは既述のとおりであり、政府が掲げている競争的管理政策の妥当性についても見解が分かれているところである（例えば、「公取委の『デジタルコンテンツと競争政策に関する研究会報告書』は……複数の音楽著作権管理団体の存在が望ましいという公取委の判断を明らかにしていた。しかし……集中管理業務の性格および実態から競争政策上、JASRAC のほかにもう一つある程度まで競争力を有する集中管理団体を創設するほうが望ましいとはいえない。」という意見もある（村上政博「独占禁止法の新たな地平（第五回）日本音楽著

作権協会事件東京高裁判決（平成二五年一一月一日）（下）」国際商事法務四二巻六二〇号二三〇頁（二〇一四）（以下、村上「音楽著作権協会事件高判（下）という」）。

本稿は競争的管理政策を前提に、政策実現のためのアプローチについて検討することとする。

（24）既述のように、本稿で用いている「独占状態」及び「独占の状態」という表現は第二条第七項の「独占的状態」と区分するための用語であり、独占が続いている客観的状態を指している。

（25）e-License と JRC の二社は二〇一六年二月一日に、新会社「NexTone」として、事業統合した。それに伴い、二社はそれぞれ、イーライセンス事業本部と JRC 事業本部に名称を変えた。ただ両事業部は、二〇一七年三月まで、イーライセンス事業本部と JRC 事業本部の二事業部体制で著作権管理事業を展開することになっているため、実質従前どおりの管理構図である。

（26）民営化の背景について、鈴木興太郎＝南部鶴彦「イントロダクション：日本の電気通信の何が問題か」奥野正寛ほか編『日本の電気通信（シリーズ・現代経済研究五）』二―五頁（日本経済新聞社、一九九三）を参照。民営化による初期の競争導入状況について、例えば深谷健著『規制緩和と市場構造の変化』一八五―一八七頁（日本評論社、二〇一二）を参照。

（27）石岡克俊『コンメンタール NTT 法』七頁（三省堂、二〇一一）（以下、石岡『NTT 法』という）。

（28）電気通信審議会「日本電信電話株式会社法附則第二条に基づき講ずるべき措置、方策等の在り方―公正有効競争の創出と技術革新への対応―」（一九九〇）二の（二）「電気通信市場の問題点」（以下、電通審「競争の創出と技術革新」という）。

（29）例えば市内通信網は面的広がりを持ち、建設に当たっては多額の費用と長期間を要し、土地及び道路等の大規模な使用が不可欠であること等から基本的には独占的な傾向が強い分野とされている。一方、長距離通信網や移動通信網等は市内通信分野に比べて実効的な競争を期待しうる分野とされている。

（30）JASRAC も巨大な独占事業者であり①音楽著作権管理事業分野においてトップクラスの巨大事業者、②音楽著作権の全支分権を管理しているとともに、それぞれの支分権管理分野で独占か極めて高いシェアを有している、③音楽出版社協会や芸能実演家団体協議会等の権利管理団体とも深い関係を築いており、また JASRAC 賞の主催や全国各地におけるイベントの定期開催等で JASRAC が音楽業界の支配人という認識が社会全体に浸透しているため、音楽産業だけでなく、一般社会にも大きな影響力を有している。また、音楽著作権管理事業も独占的傾向が強い分野（例えば演奏権の管理）と比較的

競争に馴染みやすい分野（例えばインタラクティブ配信の管理）に区分することができ、「特異な市場構造」を呈している。

（31）電通審「競争の創出と技術革新」二の（四）「望ましい電気通信市場の在り方」、三の（三）「新しい市場における NTT の姿」。

（32）情報通信分野競争政策研究会「電気通信分野における競争政策上の課題について」（一九九五）。

（33）電気通信議会「日本電信電話株式会社の在り方について－情報通信産業のダイナミズムの創出に向けて－答申」（一九九六）第四章三の一「NTT の経営形態の在り方」。

（34）詳細は石岡『NTT 法』一三－一四頁。

（35）石岡克俊「『設備競争』論と『公正な競争』」KEO discussion paper 一二八頁（二〇一二）（以下、石岡「『設備』と『公正な競争』」という）。

（36）石岡『NTT 法』八〇頁、九五－九六頁、一〇一－一〇三頁、一〇四－一〇七頁。

まずは NTT 持株会社の業務は基本的に NTT 東西株式の保有等・NTT 東西に対する助言等・電気通信技術に関する研究・右記に付帯する業務の四種類とされており、それ以外の業務を営むには「あらかじめ、総務省令で定める事項を総務大臣に届け出なければならない」（同法第二条第一項と第二項）。

NTT 持株会社に対する業務範囲規制の趣旨は「本来業務の円滑な遂行に支障を及ぼさないことを通じた本来業務の利用者の利益保護」に重きを置くのに対し、次に述べる NTT 東西に対する業務範囲規制の趣旨については事業専念義務の賦課という一面は勿論であるが、「公正な競争の確保」に重きを置くとされている。

NTT 東西の業務は（法改正を経て緩和されてきたものの）基本的に、地域電気通信の関係とされているが、保有する設備若しくは技術又はその職員を活用して行う電気通信業務その他の業務（以下、「活用業務」という）を営むに当たり「十分な公正競争確保措置が講じられなければ、NTT 東西の市場支配力が濫用されることによって『電気通信事業の公正な競争の確保に支障を及ぼすおそれ』の蓋然性は高いものとなる」ため、公正な競争を確保するために講ずる具体的な措置を明確に示す等を条件に「業務の円滑な遂行及び電気通信事業の公正な競争の確保に支障のない範囲内で」総務大臣に届け出なければならない。「総務大臣は……業務の円滑な遂行及び電気通信事業の公正な競争の確保に支障を及ぼすおそれがない」かを、審査することとなっている（同法第二条第五項）。この業務範囲に関する規制は「NTT 再編成の趣旨が没却されることがないよう」幾度の改正により内容的に緩和があったものの、NTT 法ではその枠組みが堅持されている。

総務大臣は、活用業務が「業務の円滑な遂行及び電気通信事業の公正な競争の確保に支障のない範囲内で」営まれると認められない場合には、同法第一六条第二項に基づき、NTT東西に対し、これを是正するために必要な措置を命じることができる。措置内容についても、ネットワークのオープン化や情報開示、必要不可欠な情報へのアクセスの同等性確保、不当な内部相互補助の防止、関連事業者の公平な取扱い等具体かつ詳細に、総務省「NTT東西の活用業務に関する『地域電気通信業務等の円滑な遂行及び電気通信事業の公正な競争の確保に支障のない範囲内』についての考え方」（及びその別紙）で明記されている（右記措置の多くは後述するJASRACの独占に対するEF法理に基づく排除措置内容の議論にも共通する内容であり、詳細は後述の該当部分を参照されたい）。

(37) 石岡「『設備』と『公正な競争』」。

(38) 非対称規制に関する整理は、姜連甲「音楽著作権管理事業における独占問題と独占禁止法の適用：独占的状態規制の適用可能性に関する研究」北海道大学学術成果コレクション HUSCAP（二〇一五）(http://hdl.handle.net/2115/59660)（以下、姜「音楽著作権管理における独占問題と独禁法」という）の付記【資料一】を参照されたい。

(39) 一般に、「政策形成過程には、少数の者に集中した利益のほうが多数の者に拡散した利益よりも反映されやすい……。したがって、拡散された利益は数が多い分、世の中全体で集計すれば、少数の者に集中した利益の総和よりも大きいとしても、政策形成過程には後者のほうが反映されるというバイアスが働く（少数派バイアス）。規制当局が被規制者から頻繁に情報を獲得したり、人的な交流をなしている場合には、規制の虜の現象（Regulatory Capture）を誘い、上記少数派バイアスに拍車を掛けることになる。」。田村善之「知的財産法からみた民法七〇九条―プロセス志向の解釈論の探求」六一頁NBL936号（二〇一〇）。横倉尚「直接規制政策」植草益編『日本の産業組織 理論と実証のフロンティア』三五三頁（有斐閣、一九九五）。

(40) JASRACは五〇年間以上も文部省官僚の天下り先となっていた等、JASRACと文部省の癒着問題が従来から指摘されている。

(41) 民放連との交渉に際し、e-Licenseが「イーライセンスと被審人の録音権の使用料徴収額の比率に基づいた『管理事業者係数』を乗ずることで決定し、それをイーライセンスが被審人と交渉して被審人から受け取ろうと考えている……放送事業者には放送等使用料の点で負担をかけないつもりである」という提案を、自ら行っていた。

(42) e-Licenseと民放連の間で「add-on」の合意がなされたが、「add-on」される額は曲別使用料の合計で計算されることになっ

ていた。

（43）e-License の実際利用分を控除する方法は許諾利用契約先による一〇〇％の全曲報告を前提としている。しかし、立件当時において、JASRAC の楽曲特定はまだ大半サンプリング調査の報告に依存しており、実際に利用されていた楽曲の一部のみリストアップされていた。そのため、JASRAC と e-License の利用楽曲数を比較しても、正確な「放送利用割合」を算出できない状態であった。

（44）川濵昇ほか『モバイル産業論：その発展と競争的管政策』一一一頁（東京大学出版会、二〇一〇）以下、（川濵ほか『モバイル産業論』という）。玉田康成ほか「プラットフォーム競争と垂直制限」CPRC 報告書（二〇〇九年三月）（http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0508.pdf、二〇一六年六月二日最終閲覧）。他方で、両面市場（二面市場）という概念の定義は必ずしも統一されていないのが現状のようである。

（45）両面市場（二面市場）では間接的ネットワーク効果の存在やプラットフォームを営む主体が各サイドの利用者に対して市場支配力を保有している特徴を有するとされている。川濵ほか『モバイル産業論』一一一－一一三頁。

（46）カール・シャピロ＝ハルR．バリアン共著（千本倖生監訳＝宮本喜一訳）『「ネットワーク経済」の法則』三〇九頁、三一四頁（IDG ジャパン、一九九九）（以下、シャピロ＝バリアン（千本＝宮本訳）『ネットワーク経済』という）。

（47）Winner-takes-all とは市場で勝利する事業者が一社となる現象である。ただし、文字どおりの takes-all ではなく、ごく小さいながらもシェアを維持する他社も存在している。必ずしも他社が完全に駆逐されないのは商品又は役務の差別化のためと考えられる。新宅純二郎ほか『ゲーム産業の経済分析』四五頁（東洋経済新報社、二〇〇三）（以下、新宅ほか『ゲーム産業分析』という）。

（48）同前四一頁。

（49）田中辰雄ほか「ネットワーク外部性とスイッチングコストの経済分析」CPRC 報告書七頁（二〇〇五年一一月）（https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0605.pdf、二〇一六年六月二日最終閲覧）（以下、田中ほか「ネットワーク外部性とスイッチングコスト」という）。この説明から理解できるように同じグループのユーザー間に生じる直接的ネットワーク効果に対して、「間接的ネットワーク効果は異なるグループのユーザー間に生じる」（川濵ほか『モバイル産業論』一一〇頁（東京大学出版会、二〇一〇））。例えばゲーム産業では、あるメーカーのゲーム機（ある財）はとても人気で購入者（購

入者サイド）が多ければ多いほど、その機種で稼働できるゲームソフト（ソフトのサイドは補完財）も多く開発・提供される。そのため、同機種の購入者も、より多くのゲームソフトを選択・体験できるという増大された便益を得られる。iモードサービスの利用において、一方のサイドにコンテンツを利用する加入者が存在し、もう一方のサイドにコンテンツやアプリケーションを提供する様々な事業者が存在する。ここにも間接的ネットワーク効果が存在するので、仮にiモードのコンテンツ事業者が増加すればiモードの加入者も増加し、iモードの加入者が増加すればiモードのコンテンツ事業者も増加する。ショッピングモールでは、訪れる客が多いモールに出店すれば売り上げの増加に繋がるので、より多くのテナントがそのショッピングモールに出店することになる。また、出店するテナントが多ければ多いほど、欲しい商品を一つの集約されたショッピングモールの中、しかも各店の競争によるお得な価格で客は購入できるという便益が増加するので、より多くの買い物客がそのショッピングモールを訪れることになる。

(50) 両サイドの連動している正のフィードバック現象はJASRACというプラットフォームの存在を介して自然に発生し、両サイド間の直接交渉によって行われるものではない（この点は一万六千も超える権利者たちと無数の利用者たちがお互いに呼びかけ合い、またそれぞれのグループ内で調整を行い、一斉にJASRACを利用することの困難を想像してみれば容易に理解できることである）。視点を変えると、権利者たちと利用者たちが互いに呼びかけ合い、JASRACの利用をやめて一斉にほかのプラットフォームに切り替えることも考えられにくいのである。

(51) ロックイン効果に関連する文献として例えば、秋吉浩志「『ネットワーク外部性』が存在する市場の特徴について―スイッチングコストとロックイン効果の基礎的考察―」九州情報大学研究論集一二巻七頁（二〇一〇）、依田高典「ブロードバンド・サービスの需要分析と情報通信政策」社會科學研究：東京大学社会科学研究所紀要六〇巻三・四号四一頁（二〇〇九）、柳川隆＝川濵昇編『競争の戦略と政策』二七五頁（有斐閣、二〇〇六）参照。

(52) シャピロ＝バリアン（千本＝宮本訳）『ネットワーク経済』二三八－二三九頁、二六一頁、二七二頁。

(53) 新宅ほか『ゲーム産業分析』四六頁。

(54) JASRACの公表資料で掲載されているJASRACと管理契約を締結している外国の管理団体数（http://www.jasrac.or.jp/intl/、二〇一六年六月一日最終閲覧）。また二〇一六年時点の合計は一二二団体であった。

JASRACと管理契約を締結している団体数

	演奏権	録音権	合計
直接契約	九二団体	六五団体	一〇二団体
間接契約	一八団体	一九団体	二三団体
合計	一一〇団体 九三ヵ国四地域 （仏領ニューカレドニア／香港／台湾／マカオ）	八四団体 七〇ヵ国三地域 （仏領ニューカレドニア／香港／台湾）	一二二団体（※注） 九三ヵ国四地域 （仏領ニューカレドニア／香港／台湾／マカオ）

（※EAU（エストニア）、AKKA-LAA（ラトビア）、LATGA-A（リトアニア）は演奏権が直接契約、録音権が間接契約のため、二重にカウントされている。従って、直接契約団体数（一〇二）と間接契約団体数（二三）の和が、合計団体数（一二二）と一致していない。）

（55）安藤『基礎編』一五六頁、一八一頁。

（56）JASRACの公表資料で「国際間の著作権管理」に関する説明部分を参照されたい（http://www.jasrac.or.jp/contract/member/faq.html#06_2、二〇一六年六月二日に最終閲覧）。また、安藤准教授（この職名は二〇一六年六月時点で公表されていたものである）も著書の中で、作家がJASRACの会員になることは得策だと説明している（安藤『基礎編』一五五頁）。

（57）安藤『基礎編』七八－七九頁。

（58）例えば、JASRACの『著作権信託契約約款』（二〇一五年七月三日届出）第三条第一項。同条項により、音楽作家はJASRACと信託契約を交わすためには、音楽作家が今まで創作した作品の著作権だけでなく、「将来取得する全ての著作権」もすべてJASRACに移転しなければならないこととなっている。しかし、本来は音楽作家の立場に立てば、現在においてまだ創作しておらず、将来に創作していく音楽作品の管理をJASRACに信託するか、それとも他の新規管理事業者に委託するかを選択する権利が保障されるべきと思われる。

(59) JASRACの公表データ（http://www.jasrac.or.jp/profile/outline/member.html、二〇一六年六月一日最終閲覧）。
(60) 安藤『基礎編』三三八－三四一頁。
(61) 安藤『基礎編』一一二－一一三頁。
(62) 他方で、管理方法における特徴についても補足しておきたい。効率性が求められる音楽著作権管理事業において、各利用形態（支分権）の特質や大口利用のニーズに応じて管理事業者による包括許諾と包括徴収、即ち包括契約という管理形態が一般的に用いられていることは、管理事業の仕組みにおける特徴と言える。例えばライブハウス等での生演奏やカラオケボックス、業務用通信カラオケ、放送、インタラクティブ配信等の利用形態において包括契約に基づく楽曲の包括許諾と使用料の包括徴収が従来から一般的に行われている。他方で、包括契約は諸外国の集中管理団体においても用いられていることから、国際的にもスタンダードな管理形態、一種の取引慣行といっても過言ではない。
(63) 身近の例で、例えば、日本勢が圧倒的に強かった家電産業の日本国内市場においても、中国や韓国メーカーの追い上げや買収により、一昔では予想されなかった勢力図の劇的な変化が起きている。
(64) 新宅ほか『ゲーム産業分析』七一頁。
(65) 説明図にはファミコン、スーパーファミコン及びプレイステーションという三つの世代（山）の推移が記されている。ほかのゲーム機器もそれぞれの世代で販売されていたが、シェアを拡大できなかったのは、両面市場（二面市場）のネットワーク効果（言い換えると「Winner-takes-all」）により、「一つの世代の中では勝利するハードは一種類」に集約されるからである。新宅ほか『ゲーム産業分析』一七頁、四五頁。
(66) 新宅ほか『ゲーム産業分析』六一頁。
(67) 田中辰雄教授は次のように説明している（新宅ほか『ゲーム産業分析』四四頁、四七頁、六〇－六三頁）。
「『世代が切り替わるときは外部性の効果は失われ、新たに競争がゼロから始まる。』。『一つの世代内ではロックイン効果が認められるが、世代が切り替わるときにロックは解かれる。』。『世代が代わるとロックインが崩れるのは、世代間でゲーム機の互換性が保たれないからである。』。『マイクロソフトのパソコンOSの場合、すでにPC上で標準を獲得してから一〇～一五年近く圧倒的なシェアを保ち続けていることと比べると、ゲーム機でのロックイン期間の五年はいかにも短く、ロックインという用語の語感にはふさわしくない。なぜゲーム機では世代が切り替わるときにロックインが崩れるのかが

次の問いとして浮かんでくる。』。『ゲーム機で世代交代とともにロックインが崩れる直接の理由は、世代間でハードに互換性が保たれていないからである。……ゲーム機の場合は、互換性がないため、新しい世代に移行すると、新規参入したメーカーのゲーム機も、既存メーカーのゲーム機も同等の条件で競争を行う。……ゲーム機メーカーが（パソコンの場合には成功を収めた）互換性を保つ戦略をとらないのは……一つの有力な答えは、過去のゲームソフトがユーザーの関心事ではないという点である。』。『一般的に発売から一か月の間に全売上の六割近くを達成する。』。『この点は、過去に発売された製品でも、よいものはずっと使い続けるパソコンソフトウェアの世界との大きな違いである。この違いの背後には、一度やりつくしたゲームは飽きてしまうのでくりかえしてやらない……。ゲーム機メーカーが新世代機を出すときに互換性を維持しないのは、このようなコンテンツ産業の特性を理解しているからと解釈できる。このように考えるならば、ロックインが世代交代とともに崩れる真の原因は、ユーザーが過去の作品（ゲームタイトル）に関心を払わず、常に現在とそして将来の作品に関心を払い続けるというコンテンツ産業の特性に求められる』。」

（68）新宅ほか『ゲーム産業分析』六三頁。

（69）このことを次のように説明することができる。

ユーザーが新しいゲームソフトを体験したいためにゲーム機器を購入し機器の販売数を押し上げるが、ひとたびゲームのストーリー（内容）を全部体験し終えると同ソフトへの興味を失い、前作（古いゲームソフト）を上回るゲームの刺激（ストーリーの追加や従来を上回るゲーム画面の視覚効果の向上等）を求めるようになる。旧型機器ではそのような新しい需要への対応には、物理的に限界がある（例えば、ファミコンでプレイするユーザーが体験できるゲームストーリーの成熟度や視覚エクスペリエンスは、所詮ファミコンの次元に止まるものとなる。ただし、新型プレイステーションのように、PCに類似する機能を備え持つ機種の登場により、対応能力が大幅にアップしているようである。）。

そのため、ゲーム機器メーカーが旧型を売り続けても、既存のゲームソフト（特に人気タイトル）が大多数のユーザーにプレイされていた時点で、ゲーム機器の販売数の減少は避けられない（ゲーム業界ではユーザーが自己の興味を持つゲームソフトしかプレイしない傾向が強いため、ゲーム機器は人気のゲームソフトをプレイした後に、転売されてしまうことがよくある。また、如何なるゲーム機であろうと、それを使いプレイできるゲームソフトのタイトルに限りがある。）。需要を掘り起こすために、新たな需要を満たすゲーム機器を新たに開発・披露（販売）しなければならない。また、新型の

開発において、「ユーザーが過去の作品（ゲームタイトル）に関心を払わず、常に現在そして将来の作品に関心を払い続ける」ことから、互換性を重視する必要もなかった。

（70）シンプルに使用料の分配額で順位を決められるだけに、受賞音楽作品が創作的に優れているだけでなく、この作品の宣伝運営もビジネス的に成功していることも示される。そのため、JASRAC賞を受賞することは受賞作品の作曲家・作詞家にとっても、音楽出版者やレコード会社にとっても、重要な意義を持っている。この賞は一九八二年に始まり、二〇一六年で三四回を迎えた。

（71）ハイレゾについて、NHKの「おはよう日本」（二〇一四年一一月二八日）でも報道された。また、「『ハイレゾバブル』に沸く音響業界 膨らむ経済圏」日本経済新聞電子版二〇一五年一月一五日でも報道されている。

（72）他方で、音楽配信など音楽を聴くメディアも変化している中、アナログレコード（アナログ盤）を見直す動きが出てきている（「アナログレコード 復権の流れ」読売新聞電子版（YOMIURI ONLINE）二〇一五年一月二二日）。再燃する人気にあやかろうと、高級プレーヤーを発売したり、都心部へ専門店を出店したりする動きも活発になっている（「再燃、レコード人気　生産が増加・Perfumeも新譜」朝日新聞電子版二〇一四年七月一九日）。

（73）「全国劇場・音楽堂等総合情報サイト」（http://www.zenkoubun.jp/search/index.html）の検索データに基づく（二〇一六年五月一八日最終閲覧）。

（74）フィットネス経営情報誌『Fitness Business』（フィットネスビジネス編集部）が調査・公表したフィットネス業界のデータに基づく（http://www.fitnessclub.jp/business/date/prediction.html、二〇一六年五月一八日最終閲覧）。

（75）日本ショッピングセンター協会の公開データ（http://www.jcsc.or.jp/sc_data/data/overview、二〇一六年五月九日最終閲覧）。

（76）フードビジネス総合研究所掲載のデータ（http://www.fb-soken.com/basic_data01.html、二〇一六年六月二日最終閲覧）。

（77）BGMを流す施設の著作権管理を開始した二〇〇二年当時は、ほとんどの施設が業務用BGMを利用していた。業務用BGMの場合、音源を提供している日本BGM協会及び全国有線音楽放送協会加盟社などが施設に代わってJASRACに著作権の手続きを行っていたことから、適法に利用されていた。ところが、ここ数年、BGMの音源が多様化（市販のCD、携帯音楽プレーヤー、パソコン、インターネットラジオ等）してきた。こうしたBGMの利用については、利用する施設

ごとに個別に著作権の手続きを行ってもらう必要があるが、いまだに手続きが行われていない施設が多く存在している。

このような背景で、二〇一五年頃から全国各地に所在するJASRACの支部は、BGMを利用していながら音楽著作権の手続きが済んでいない全国の事業者・施設（美容室、理容店、アパレル店、飲食店他）に対し、一斉に民事調停を裁判所に申し立てる措置を執るようになった。

(78) 例えばゲーム産業で一九八四年頃には「ファミコン」が圧倒的なシェアを保有していたが、一九九一年頃になると世代交代が起きて「スーパーファミコン」が圧倒的なシェアを占めるようになった。しかし、一九九六年頃再び世代交代が起き、「プレイステーション」が圧倒的なシェアを獲得した。このように、ゲーム産業において独占に近い状態が形成され易いものの、世代交代も早い周期で起きている。ゲーム産業におけるシェアの推移やその理由について、新宅ほか『ゲーム産業分析』第二章を参照。

(79) これらの事業分野の競争状況について、姜「音楽著作権管理における独占問題と独禁法」付記【資料四】を参照されたい（http://hdl.handle.net/2115/59660）。

(80) 増田辰良「航空法の改正と競争的管理政策」北海学園大学法学研究四〇巻三号六三二頁（二〇〇四）。

(81) 吉田茂＝橋本健司「コンテスタブル理論におけるヒットエンドラン戦略に関する一考察」神戸商船大学紀要．第一類、文科論集三九号一三九頁（一九九〇）。

(82) コンテスタブル市場の代表モデルとされてきた航空産業でさえ、コンテスタブル市場に必要とされる要件が満たされているとは言いがたいという事実が明らかになっている。長岡貞男＝平尾由紀子『産業組織の経済学（第二版）』一二五頁（日本評論社、二〇一三）。今川拓郎「コンテスタブル市場の虚像」（日本経済新聞『IT+PLUS』電子版ネット時評二〇〇二年一一月二七日）。奥野教授と小野教授が指摘しているように、「いうまでもなく、コンテスタビリティの考え方は現実の多くの産業には当てはまらない。したがって、この理論から得られる政策的結論は注意深く解釈する必要がある」（奥野ほか『交通政策の経済学』一一四頁）。

(83) 野方宏「コンテスタビリティ理論について―その批判的検討―一―」『神戸外大論叢』（一九八七）三八巻四号三六頁。

(84) 奥野正寛ほか編『交通政策の経済学』一〇五－一〇六頁（日本経済新聞社、一九九一）（以下、奥野ほか『交通政策の経済学』という）。

（85）JASRACの違法音楽配信サイト対策の根幹をなしている監視システムとされている。インターネット上での音楽配信管理システム「JASRAC NETORCHESTRA SYSTEM」の中の一機能で、二〇〇〇年一〇月二三日から稼動している。一カ月あたりの検索能力は、約五四〇万件以上。対象となる音楽関連ファイルは、HTML・JPEG・GIF・MP3・MIDIなど。「J-MUSE」の使用によって、二〇一一年度は一一〇、二二七件の違法ファイルが削除され、二〇〇二年一〇月からの違法ファイルの累計削除数は六二二、一八八件になる。詳細はJASRACの二〇一二年定例記者会見資料『二〇一一年度JASRAC事業の概要』（二〇一二年五月二三日）を参照されたい。

（86）詳細は本稿第五章第三節三の（一）「『演奏権等』はJASRACでしか管理できないのが現状」を参照されたい。

（87）広瀬弘毅「コンテスタビリティ理論とは何だったのか」経済セミナー四九四号四五頁（一九九六）（以下、広瀬「コンテスタビリティ」という）。

（88）奥野教授と増田教授は航空市場に参入するのに機体等の設備費用だけでなく、コンピューター予約システムや空港使用料、整備費といった直接費用のほかに、乗客サービス費や販売促進費、社員教育費等の間接費用も必要であることを指摘（奥野ほか『交通政策の経済学』一八九頁。増田「航空競争」六三六頁。公共事業学会編『現代公益事業の規制と競争：規制緩和への新潮流』二三七頁（電力新報社、一九八九）（以下、「公共事業学会『現代公益事業の規制と競争』という」）。この点に関するもっと詳しい説明はP.S.デンプシー&A.R.ゲーツ著（吉田邦郎ほか訳）『規制緩和の神話―米国航空輸送産業の経験』二三七―二三八頁（日本評論社、一九九六）を参照）。

また、この点について野本了三教授が航空市場のコンテスタビリティ性に関するこれまでの実証研究を整理し次のように紹介している。

スケジュールとサービスの質に対する信頼性及びネットワーク路線構造において新規参入航空会社と既存航空会社の間に実質的差異が存在しているため、乗客は既存航空会社による飛行に対して選好を示している。このことはサンクコストとも係ってくる。新たに参入した航空会社が乗客の選好を打ち破り、多数の乗客の間に確立するためにはかなりの時間と資金をかけた広告が必要であり、この費用は市場への参入と結びついたサンクコストになり、市場をコンテスタブルな状態から遠ざけることになる（野本了三「コンテスタブル市場仮説の検定」広島大学経済論叢一一巻四号一三三頁参照（一九八八）（以下、野本「コンテスタブル市場検定」という）。広瀬「コンテスタビリティ」四五頁（一九九六））。

前記とほぼ同趣旨で依田高典教授の論文にも航空市場の参入コストに関する検証を紹介している（依田高典「ネットワーク・エコノミックス（三）コンテスタビリティ理論と規制緩和（後）」経済セミナー五三三号一〇一頁（一九九九）（以下、依田「ネットワーク・エコノミックス（三）」という））。日本航空市場の参入事例を見ると、例えばADOが新千歳―羽田線に新規参入した際に、機体整備や地上での貨客業務等を競争相手であるJALに委託し、年間二六億円も委託料を支払っていた。これについて、参入時のこうした高コストには固定費用の意味合いがあり、かつ退出時に回収不可能なサンクコスト的な性質があったという指摘がある。そのため、参入事業者は既存事業者と比べて費用条件が不利になり、航空市場のサンクコストや参入障壁が小さいと言えるかどうかは実に疑問である（増田「航空競争」六三四頁・六三六頁。）。

論　説

対抗要件否認規定における有害性について（二）

稲垣美穂子

目　次

序章
一　問題の所在
二　旧法以前における対抗要件否認規定形成史

1　旧商法典破産編九九二条における議論
2　旧破産法七四条における議論
（一）　立法時
（二）　その後の展開－制限説及び創設説の萌芽
（三）　制限説の分化
三　問題設定
1　制限説、創設説から得られる有害性に対する疑問
2　法発展過程から得られる疑問
3　比較法上の検討の必要性
（一）　検討の意図
（二）　検討対象
（以上第六三巻第二号）
第一章　対抗要件否認規定母法としての一八三八年フランス商法典四四八条
第一節　破産前の時期に破産者によりされた行為の帰趨に関する規律の生成過程
一　破産者が破産前の時期に行った行為に関する一八〇七年商法成立以前のフランスにおける規律
―詐害行為取消訴権との関係―
二　一八〇七年商法典における規律
1　一八〇七年法無効規定立法過程における議論
2　一八〇七年商法典
3　一八〇七年法における無効システムの根拠―詐害行為の法律上の推定―
4　一八〇七年法における先取特権及び抵当権登記の帰趨
5　一八〇七年商法典成立後商法典四四一条、四四二条に関する解釈が与えた影響
三　一八三八年商法典における規律

1　一八三八年法無効規定立法過程における議論―債務者の管理処分権喪失、無効、支払停止概念の発展と関連性―
2　一八三八年法無効規定立法過程における議論―先取特権及び抵当権登記の帰趨―
3　一八三八年商法典
4　一八三八年商法典における疑わしき期間無効システムとその根拠
5　一八三八年商法典四四八条二項三項における無効システムとその根拠
四　小括

（以上本号）

第一章　対抗要件否認規定母法としての一八三八年フランス商法典四四八条

第一節　破産前の時期に破産者によりされた行為の帰趨に関する規律の生成過程

既に述べた通り、現行破産法一六四条の対抗要件否認規定は、旧破産法七四条、旧商法破産編九九二条、一八八四年ロエスレル商法草案破産編一〇四六条に遡り、これらは一八三八年フランス商法典[1]四四八条二項三項の支払停止またはその一〇日前以降に取得した先取特権または抵当権登記の無効（nullité des inscriptions de privilèges ou hypothèques prises depuis la cessation des payments ou dans les dix jours precedent）に由来する。この、フランス商法典四四八条二項三項の登記の無効規定は債務者による支払停止後（一部の行為に関してはその一〇日前以降）にされた行為を法律上当然に（de plein droit）、または裁量的に（facultatif）無効とする疑わしき期間無効の規定（nullité periode suspecte）の一部分である。従って、その成立史は同時に疑わしき期間無効の規定の成立過程と重複する。

対抗要件否認規定の性質を明らかにするために、母法たる登記の無効規定のみならず、フランス商法典における一連の疑わしき期間無効の規定の成立史から、少なくとも成立当時[2]、どのような趣旨でそれら規定が設けられ、その結果どのような行為が無効の対象となっていたのかを把握、検討することが有用である。これらの検討を経ることで、登記の無効規定の無効規定全体の中での位置づけを測ることができると考えるからである。

一　破産者が破産前の時期に行った行為に関する一八〇七年商法成立以前のフランスにおける規律
―詐害行為取消訴権との関係―

1　経済的困難にある商人が破産を避けようとすれば、しばしば将来経済的状態がより良くなることを期待して投機的な取引行為に従事する期間が破産に先行する。また、その間自己の将来の破産を見越して、商人が詐欺的な行為をすることもある。そのような期間を経て破産に至った時に、破産になる直前に債務者が行った様々な取引や行為の帰趨が問題となりうる。これら破産者の行為は、後から見れば、破産者の積極財産を減少させ、その消極財産を殖やし、また破産者の債権者を害する性質を有する行為である。従って、商人によるこれらの行為を詐害行為（fraude）[3]と評価することができれば、問題の行為からその法的効力を奪うことができる。

しかし、債務者たる商人の行為を詐害行為とするためには、少なくともそれが有償取引の場合には、損害の発生、債務者の詐害行為及び債務者と取引した第三者との共謀の事実を、詐害行為と主張する債権者側が立証しなければならない。しかし、特に取引当事者の主観的要件の存在の立証は、実際には簡単でない。その場合に、詐害行為との立証は困難な、しかし財産減少を導き、あるいは債権者を害する行為の結果を債権者に全て受忍させなければならないというの

では、債権者の保護としては不十分である。もっとも、他方で債権者に対して損害を生じさせ得るというその一事をもって債務者が行った取引を絶対的に無効とすることは、取引の安全を脅かす。また、そのような契約が無効とされることを恐れて、破産となりそうな商人との取引を躊躇させる結果ともなりうる。そこで、このような対立する二つの利益を調整することが必要となる。

現代の破産の創始者であると言われる中世イタリア法学者は、破産者の財産回復を狙って次のような独創的な考え方を編み出した。それは、破産宣告判決直前に取引を継続する債務者の行為を詐害行為の立証なくして無効とするため、破産が近い債務者は債権者を害することを欲しているとみなし、このフィクションを、今にも破産しそうな商人（proximus decoctioni）と破産した商人と同一視する、という手法により実現させた[4]。この手法は一定の修正を経てフランスに浸透し、特に一六〇九年五月に発せられたヘンリⅣの王令（Édit）及び一六六七年六月二日のLyon市手形交換所規則にインスピレーションを与えた[5]。

一六〇九年五月に発せられたヘンリⅣの王令は、債務者の行為の中で特に疑わしい行為、つまり《債務者の子、推定相続人、友人に対する移転（transports）、譲渡（cessions, aliénations）、贈与（donations）、売買（ventes）》についてはその行為の時期を定めることなく無効として、一般的、かつ絶対的な解決を図っていた[6]。Lyonの商人（négociants）に受け入れられた一六六七年六月二日のLyon市手形交換所規則（これは続く七月七日のarrêt du Conseilにより認可された）は全てのParlementで認められていたわけでなくLyon市に独自のものであったが、この規則一三条は次のような規定であった。

《全て破産者の財産の譲渡（cessions）及び移転（transports）は、破産が公に知れる前少なくとも一〇日にされ

ないときは、無効とする。[7]》

一六〇九年の王令は無効適用を受ける期間を定めていなかったことから、この規定はあくまで一般的に適用が予定される一般法理（droit commun）を具体化した規定であると理解されうる。これに対して一六六七年規則は、商人破産の場合に商人がした行為を一般法理の適用対象から逸脱させ、一般法とは異なる特別の規律、つまり破産前一定の期間にした行為を、詐害行為の立証を求めることなく法律上当然無効に服させている。この点で、一六六七年規則は、それまでの規定とは異なる性質を有する規定であると評価されうる。そこで、この規定が、破産直前の時期に商人が行った行為の効果に関して定めた、フランスにおける規律の最初の記録であると言われる。[8]

次に現れた法は一六七三年オルドナンス第一一章第四条である。一六七三年オルドナンス第一一章第四条は次のような内容を含む規律であった。

《動産不動産を問わず、全て移転（transports）、譲渡（cessions）、売買（ventes）及び贈与（donations）が債権者を害するときは、無効と宣言する。それら財産を共同の団体に帰することとする。[9]》

しかし、この一六七三年オルドナンスの評価に関しては、破産外で適用される詐害行為取消訴権（action paulienne）の一般法理の適用でしかないと考えられていたようである。[10]というのは、所定の行為を無効とするために、原告たる債権者は債務者の詐害行為と損害の立証が必要であったし、有償行為が問題となる場合には、債務者と取引した第三者との共謀についても立証しなければならなかったからである。[11]

一六七三年オルドナンスの法文の不明確さ、あるいは詐害行為訴権に関する一般法理の適用に過ぎないとの批判に答

えたのが、一七〇二年の王令（Déclaration）である。この王令は、一六七三年オルドナンスが設けた詐害行為の立証に服する無効制度を損なうことなく、これに加えて、実質的に一六六七年規則類似の規律を王国全土に拡張する性質を有するものであった(12)。一七〇二年王令前文は、法文が適用対象とする行為を無効とすべき理由について、次のように述べている。

《余は常に王国の商業に利益となり得ることは何でもするということに注力し、商人に、誠実さ及び善意以上に効果的に商業の発展に寄与するものはない、ということを示させてきた。余はその問題に関して多くの規律を設けてきたが、特に、少なくとも商人の商業に関する規則を設けた一六七三年三月のオルドナンスからは、商人破産の際にしばしば非常に多くされる次のような行為、すなわち債権者のうちのある者との共謀、または新たな借入れのための譲渡（cessions）、移転（transports）、債務負担（obligations）、及び他の債権者を害して債権者の一部に抵当権及び優先権を付与するため商人の破産直前に債権者に対し判決を得させる、といった濫用をさせていない。これら行為は、従前からの真の債権者と、新たに出現した自称抵当権者との間で、権限の有効性に関する訴訟を引き起こし、正当な権利を有する債権者から、彼らに支払われるべき金銭の全部または一部を失わせ、また彼らに非常に金のかかる示談を強いることにつながる。Lyon の商人は、それらの不都合を防止するため、規則（règlement）の形でいくつかの規定を提案し、それらは一六六七年七月七日の arrêt du Conseil により許可され、承認された。それら規定にはとりわけ、破産が公に知られる少なくとも一〇日より前にされなければ、破産者財産に関わる（sur les effets des faillis）全ての譲渡及び移転が無効になると記されている。Lyon 市手形交換所規則第一三条は、破産編を有する商人法典と呼ばれる一六七三年三月のオルドナンス四条を補い、法典の当該規定が時に破産前日にされ

た譲渡、移転及び他の行為の有効性に関して引き起こすあらゆる障害及び訴訟を防止する。王国全体に統一的な法があり、その法によりしばらくの間譲渡、移転及び債務者たる商人によってされた全ての行為、また彼らに対してされるであろう判決をも無効と宣言されれば、その障害がやみ、詐害行為が少なくなるかもしれない。

以上の理由により、…破産状態にある商人の財産の譲渡、移転は全て、少なくとも破産が公に知られる一〇日より前にされない限り、無効であると宣言し、命ずる。一部の債権者のためまた新たな借り入れのため公証人の立ち会いの下でされる行為及び義務負担契約、彼らに対してされた判決も、それらが少なくとも破産が公に知られる一〇日前にされなければ、一般債権者にいかなる抵当権も優先権も付与しない。加えて、一六七三年三月のオルドナンスは効力を保持しており、その形式及び内容に応じて実施される…。[13]》

一七〇二年王令前文は、商人破産の際に詐害行為がしばしば行われること、それに対しては一般法の規律によっても詐害行為を無効とすることができるが、一般法の規律によれば債務者の行為を無効とするのに詐害行為の立証が必要となり、訴訟が乱発し、和解に費用がかかり、いずれにせよ債権者への弁済が減る可能性が生ずるとの不都合が生ずる、従ってこれを避けるために、破産が公に知られる前一〇日に破産者がした一定の行為を当然無効とすることで、詐害行為の立証を要する無効がもたらす弊害を回避する、ということを内容としていた。

しかし、一七〇二年王令によっても全ての問題が解決した訳ではなかった。第一に、一七〇二年王令、Lyon 市手形交換所規則一三条は、既に述べた通り、イタリアの考え方をフランスに導入し、破産が近い商人と破産者を同視することで、破産前一定期間に債務者がした行為を当然無効としたが、イタリアでは破産開始を裁判所が宣言していたのに対し、フランスでは裁判所が破産を宣言する制度がなかった。そこで、フランスでは破産前一〇日の起算点を「破産が公

に知られる」時としたのであるが、あいまいさが残った(14)。

第二に、一七〇二年王令は破産前一〇日にされた譲渡、移転を一律無効としていたが、裁判例及び慣習により字義通りの効果は認められなかった。法文によれば無効とされるべき譲渡、移転は、債権者に対してされたか否かによって譲渡、移転の効果が区別された。譲渡、移転が債権者に対してされた場合には、それが真正な譲渡、移転であっても、代物弁済としてされた譲渡、移転であっても、字義通り法律上当然無効とされた。これに対して、譲渡、移転が債権者以外の者に対してされた時には、法律上当然無効の適用を受けず、これらの行為を無効とするには詐害行為の立証が必要であるとされた(15)。

弁済については、弁済期が到来していた約定額の弁済であれば、それが破産前一〇日内にされたとしても、無効とはされなかった(16)。しかし、一七〇二年王令は他方で拡張され、弁済期が到来していない時期の弁済であるときは、法律上当然無効とされた(17)。

一七〇二年王令について特筆すべきなのは、抵当権、優先権の無効への言及が初めてされたことであろう。しかし、ここで問題とされたのは、あくまで抵当権、優先権の設定の問題であり、その公示の問題ではなかった。というのは、歴史的には抵当権は隠されてきたのであり(18)、この時登記は要求されていなかったからである(19)。

２　破産との関係で、直前にされた登記の帰趨について恐らく初めて言及したのが、共和暦七年（一七九八年）霧月一一日法第五条である。

《破産、詐欺破産または債務者による支払の公然の停止前一〇日内にされた登記は抵当権を付与しない(20)。》

この規定が一八〇四年民法典制定により次のような二一四六条一項後段に承継された[21]。

《Elles（登記 les inscriptions）は、破産開始前にした行為が無効と宣言される期間内に取得したときは、いかなる効果も生じない[22]。》

「破産開始前にされた行為が無効と宣言される期間」とは、一七〇二年王令によって定められた期間の事を指すので[23]、破産が公に知られる前一〇日である。従って、一七〇二年王令及び民法典二一四六条一項後段によると、登記が破産後あるいは破産が周知になる日より前一〇日内にされたときはいかなる効果も生じない。

以上が一八〇七年商法典起草前のフランスにおける破産前の時期に行われた取引に関する規律である。

二　一八〇七年商法典における規律

1　一八〇七年法無効規定立法過程における議論

一八〇七年商法典第一草案は、破産前に債務者がした行為の帰趨について、次のような内容を含む規律を設けていた[24]。

以下の行為については、詐害行為が法律上推定され、法律上当然無効とされる。反証は許さない。

1　破産開始前一〇日内に取得した先取特権及び抵当権。

2　破産開始前一〇日内にされた不動産所有権移転行為。有償無償を問わず、債権者に対する譲渡かどうかにかか

わらない。

3　破産開始前一〇日内にされた弁済期の到来しない債務の弁済。

破産前一〇日内に債務者が締結した商行為については、詐害性の法律上の推定が及ぶ。しかし、反証を排除しない。

当初、第一草案内には、破産開始前一〇日内にした、詐害性が推定される行為についての定めしか設けられていなかった。通常の詐害行為の立証に服する無効についての定めは存在しなかった。しかし、各地の商事裁判所で、詐害行為の立証に服する無効の定めがなければ、破産犯罪を企てた詐欺師は、契約締結と破産開始の間を一〇日以上おくことにより、詐害行為の推定を免れ不当であるとの指摘が挙がった。草案起草者はその指摘の正当性を認め、草案内に、破産前一〇日内にした行為で詐害行為が推定され反証を許さない法律上当然無効の規定、破産前一〇日内にした行為で詐害行為が推定され無効となるが反証を許す単純推定の規定、行為の時期にかかわらず詐害行為の立証に服する無効の規定の三種の規定を設けた。(25)

Conseil d'Etat で、この第一草案における無効、特に反証を許さない法律上当然無効のシステムに理由があるかどうかが議論の対象となった。(26) 法律上当然無効のシステムに対して批判的な論者 Corvetto は、おおよそ次のような主張をした。債務者が破産前一定期間内にした行為は、それを知ると善意であったと債務者も取引の相手方も主張できないような、債務者の悪い財務状態を示す客観的前兆が破産前に伴っているため、詐害行為の蓋然性がある。従ってその蓋然性に依拠して、破産前の債務者の一定の行為に詐害性の推定をかけること自体は正当である。但し、反証をゆるさない法律上当然無効とすることは許されない。反証を許さないほどの推定を及ぼすということは、行為の性質、行為の状況、時期から、詐害行為でないことが不可能かほとんど不可能なほど詐害行為の確実性が認められるときに、その蓋然性と

結びつけて詐害行為が立証されたとみなすことができるということである。しかし、債務者が破産に至るには様々な理由によっているのであって、不品行や不法な詐害的行為が行われる場合もあるが、ただ単に債務者が通常の取引の中で不幸に見舞われ、破産に至った場合もありうる。そのように破産者が誠実に取引したと認められ得るとき、すなわち詐害行為の蓋然性がそれほど確実でないとき、または詐害行為でないことが明らかであっても、法律上当然無効として一切の反証を許さないとすることは、債務者にとっても、また取引の相手方にとっても不公平であるだけでなく、公衆道徳、社会保障、国家の立法を指導する全ての原理に対する有害な侵害となりうる。(27)

更にCorvettoは、一度立証された詐害行為は、破産前一〇日より更に前にされたからといって法の非難を免れないこと、行為の破産時期への近似性はそれ自体行為を疑わしくするから、破産前の行為に詐害行為の法律上の推定をかけることができること、しかし直接証拠による反証を認め、反証により詐害性がくつがえされるかどうかは判事の見識により判断されるべきであること、を主張し、絶対的無効としなくとも、詐害行為の推定さえされれば破産前一〇日内にされた詐害行為を無効にすることができると主張した。(28)

Corvettoが第一草案法文の代わりに提案した法文は、1．債権者を害する全ての行為は無効である、2．破産前一〇日内にされた全ての行為は無効と推定される、の非常にシンプルな法文であった。(29)しかしこの法文は採用されなかった。その理由として、Corvettoの意見に反対する論者が挙げたのは、反証を許すとなれば、例えば破産者が妻の名で行動するといった様々な種類の詐害行為が既に行われており、推定の緩和は法を揺るがしかねない事態をもたらし得るとか、(30)管轄裁判所である商事裁判所には衡平裁判所としての機能が奪われているから、反証についての判断が難しいといった理由である。(31)しかし、恐らく法律上当然無効システムを取り入れる決め手になったのは、通常の詐害行為取消訴権について定めたと一般に評される一六七三年オルドナンスによっては、やはり様々な形で行われていた債務者破産前

の詐害行為に対応しきれず詐害行為が蔓延し、そのために一七〇二年法を必要としたという歴史上の経験に基づくものである[32]。その結果、一八〇七年法で破産前の一定の行為を無効とすることに関連する規律は以下のように定められた。

2　一八〇七年商法典[33]

第四四一条

《破産開始（ouverture de la faillite）は商事裁判所が宣言する。その時点は債務者の失踪（retraite）、店舗閉鎖、商事契約の履行または弁済拒絶を証する全ての行為の日により決せられる。

第一文の全ての行為は、支払停止または破産宣告があるとき破産開始を証明する。》

第四四二条

《破産者は破産の日から、法律上当然に、すべての財産の管理処分権を喪失する。》

第四四三条

《破産開始前一〇日内は、何人も破産者の財産上に先取特権及び抵当権を取得できない。》

第四四四条

《破産者がした無償の不動産上の権利移転行為は、それが破産開始前一〇日内にされたときは、債権者団に対して無効とする。同種の行為は全て、有償であっても、裁判官が詐害行為の性質を有すると判断するときは、債権者の申立により無効とされ得る。》

第四四五条

《破産開始前一〇日内に債務者がした商事に関する全ての行為または契約は、破産者に詐害性が推定される。契約の相手方側の詐害行為が立証されたときは、それらの行為又は契約は無効となる。》

第四四六条

《弁済期の到来していない商事債務につき破産開始前一〇日内にした全ての弁済は、返却される。》

第四四七条

《債権者を害する全ての行為または弁済は無効となる。》

3　一八〇七年法における無効システムの根拠―詐害行為の法律上の推定―

以上のように、一八〇七年法で、一六六七年 Lyon 市手形交換所規則及び一七〇二年王令が用いた法律上当然無効のシステムが一部採用され、これが破産に関する立法の基礎の一つとして定着することとなった。しかし、一八〇七年法が採用した無効システムは、単に破産前一定の行為を法律上当然無効とするにとどまらず、債務者がした行為自体、行為の時期、状況により詐害行為の推定の対象に幅を持たせ、またあるものは反証を許し、あるものは反証を許さない、複雑なものであった。

法律上当然無効の対象となるのは、破産開始前[34]一〇日内に破産者の財産上に先取特権及び抵当権を取得する行為（四四三条）、破産開始前一〇日内に破産者がした無償の不動産上の権利移転行為（四四四条前段[35]）、破産開始前一〇日内の弁済期の到来していない商事債務の弁済（四四六条）である。これらについては、行為の性質、行為がされた状況及び

疑わしい時期から、詐害行為でないことが不可能かほとんど不可能であって、その蓋然性と結び付けて詐害行為が立証されたとみなされる[36]。

この推定の根拠は民法典の規定である。民法典によれば、推定は法律上の推定（présomptions établies par la loi：民法典一三五〇－一三五二条）と法が判事の慧眼さにゆだねた意思的推定（simples présomptions morales：民法典一三五三条）に分類され、法律上の推定には反証を許さない絶対的推定と（民法典一三五二条二項前段）、推定が有利に作用する者から立証を免除するものの、反証を許し、反証が提出されれば推定が覆る単純推定（民法典一三五二条二項後段）に分かれている。民法典一三五二条によれば、法律上の推定は、明文による反証の留保がない限り反証が許されない。従って、法律上の推定であって反証についての留保がない四四三条、四四四条前段、四四六条の効果は、反証を許さない法律上当然無効であり、原告は全ての立証から免れ、被告に対しては反証により推定を争う権能を認めない二重の効果を有していると理解された[37]。

詐害行為の推定が及ぶ行為について、法文上特に限定の無い先取特権、抵当権取得行為及び無償の不動産上の権利移転行為を除けば、詐害行為の推定を受けるのは、商行為、商事契約[38]（四四五条）、商事債務の弁済（四四六条）であり、民事行為、民事契約、民事債務の弁済を含まない。詐害行為の推定の対象が商行為、商事契約に制限されるのは、詐害行為の蓋然性の差ということではなく、商取引を行う者は商人としての資格と個人としての資格を二重に有しており、商法は商人に対してのみ特に適用される特別法であるから、そこで特に定めている不利な推定を個人として行う民事一般の分野にまで拡張すべきではない、といった形式論で説明されている[39]。しかしその背後には、民事取引にまで詐害性の推定を拡張することで法律上当然無効の範囲を拡張しすぎることに対する警戒心があったようである[40]。

弁済については、詐害行為の推定を受けるのは商事弁済、かつ期限前弁済に限定される（四四六条）。対象を弁済期

の到来していない債務に限定することについてはRiom控訴院が異議を唱えたが、維持された[41]。起草者によれば、通常の弁済に詐害行為の推定を認めることはできず、弁済期前の弁済の場合にのみ、弁済までの期間を短縮した、という行為に詐害性が推定される[42]。

先取特権及び抵当権登記については後述する。

詐害行為の推定が及ぶ人的範囲について、法律上当然無効、従って無効の推定が債務者のみならず債務者と取引した第三者についても及ぶ四四三条、四四四条前段、四四六条に対し、四四五条は、詐害性の推定は債務者に対してのみ及び、契約の相手方に対しては推定が及ばないとされる点で特異な規定である。破産開始前一〇日内に債務者がした商行為または商事契約についてこのように推定の人的対象を制限する立法をした理由として、法律上当然無効とすれば、契約の相手方への不意打ちの恐れや不意打ちを避けるために契約時点の偽装が蔓延しかねないこと、債務者の破産直前の資金調達が妨げられること、また善意の証明は困難であることから、相手方善意の時に反証を許すとすることもできないこと等が挙げられている[43]。しかし、正式な権限を有し、法定の正規の方式に従いそれ自体有効な契約を有する者に、その契約の正当性以外の証明を要求することは公平に反する。そもそも法四四五条が定める破産への時間的近似性に由来する詐害性の推定は、破産者の財務状態が悪いことを知ってしたことに由来するから、その推定は本来、必然的に自身の悪い状態を知っていたであろう破産者に対してしか及ばない。従って破産への近似性を理由とした詐害行為を主張するのであれば、その無効を主張する債権者は、取引の相手方も取引当時債務者の財務状態を知ってしたことを立証する必要がある。そうでなければ、一般法理に従い当該商取引が詐害行為であることを立証するか、あるいは契約自体の違法性を証明する以外にない[44]。

四四三条から四四六条により詐害行為の推定が及ばないものについては、債権者は一般法理に従い詐害行為の立証に

服する四四七条により、詐害の意図と損害の事実を証明することで無効を主張できる。[45]

4　一八〇七年法における先取特権及び抵当権登記の帰趨

一八〇七年商法典は破産開始前一〇日内に取得した先取特権及び抵当権取得について詐害行為と法律上推定する規定を設けていたが、その登記の帰趨については定めをしていなかった。従って、四四三条の文言からすれば、破産開始前一〇日内に登記を取得する行為は四四三条による詐害性推定の対象外である。しかし、この帰結を覆し得ると当時評されていた規定が民法典に存在していた。一つは、債権者間で、法定抵当権、裁判抵当権、約定抵当権に関わらず、抵当権は登記の日からしか順位を取得しない旨定める民法典二一三四条[46]であり、もう一つは、破産開始前にした行為が無効と宣言される期間内に取得した登記の効力を否定した前述の民法典二一四六条一項後段である。これら二つの民法典の規定を組み合わせて解釈することにより、先取特権及び抵当権取得は破産開始前一〇日よりも更に前であったが、それらの登記を破産開始前一〇日内にしたときに、四四三条により先取特権及び抵当権取得行為自体を無効とすることができるかについて問題が生じた。[47]

後に述べるように、既にフランスでは抵当権公示システムが不完全ながら形成されつつあった。にもかかわらず、当時、登記制度を単なる徴税手段としか認識していない裁判所さえあったようである。しかしそれ故、登記の意義につき徴税手段として認識していた裁判所は、遅れてされた登記が先取特権、抵当権の有効性に影響を及ぼすことに反対した。[48]この裁判所は、抵当権取得自体には共謀を認定できても、登記を遅れてすることに共謀を想定できないから、遅れた登記取得行為に四四三条の詐害性の推定を及ぼすことはできないとも述べていた。[49]このような意見に対し起草者は、登記の公示としての意義と抵当システムとの本質的連関性を強調した上で、共謀の認定については、悪意の債務者が破産に対

する準備のため、自己に協力的な債権者と共謀した上で、その信用に配慮し、より多くの資産を保有するような外観を公に提供するため、早い時期から破産直前とみえることを避け、債権者から債務者の財産の一部を守る、ということは良く生じ得ると述べて、登記取得について詐害行為の共謀を認定できるとした(50)。つまり、起草者は、破産開始前一〇日内に登記を取得すれば、その登記は民法二一四六条で無効になるが、これとともに、民法典二一三四条、商法典四四三条により、有効に取得したはずの先取特権、抵当権も法律上当然無効になると考えていた(51)。しかしこのようなシステムは、先取特権者又は抵当権者の利益を犠牲に、無効を主張する債権者の利益保護に著しく傾いた制度である。そこで、このような問題意識の下に、この厳格さを緩和する方策が模索されることになった(52)。しかし、これから説明する通り「破産開始」（四四一条）「破産の日」（四四二条）の文言により、無効となる行為の範囲は更に拡大した。

5　一八〇七年商法典成立後商法典四四一条、四四二条に関する解釈が与えた影響

以上に見てきたところによれば、一八〇七年法の起草者は、破産開始前一〇日内に後の破産者である債務者がした行為に詐害行為の推定を及ぼし無効とするかの問題につき、債務者による行為の性質、行為がされた状況及び疑わしい時期を分類し、その分類に応じて詐害行為の法律上の推定を及ぼす対象を決定し、また反証を許すことで、法律上当然無効の範囲が拡大しすぎないよう留意していた形跡が伺われる。しかし、このような起草者の無効に関する施策も、起草者が恐らくは気づいていなかった破産開始時期及び管理処分権喪失についての不用意な法文により、無駄になった。

商法典四四一条によれば、破産を宣言する判決の必要性を認め、商事裁判所に破産開始（ouverture de la faillite）を宣言する権能を付与していた(53)。同時に、破産者が破産状態に陥った破産開始時点は判決の時点ではなく実質的にはもっと前の時点にあるとして、債務者の破産の事実上の徴憑たる四四一条所定の事実、つまりこれらは弁済義務を一般的に

怠っているという支払停止の徴憑であるが、これらが生じた時点で債務者は既に破産状態に陥っており、この時点まで破産開始を遡及させることを認めていた[54]。支払停止の事実が認められれば、商事裁判所はどれほど古くとも破産開始に結びつけることができると一般的に考えられていた。時効を除き、いかなる時間的制約を課せられなかった[55]。また裁判所は、新たな判決により、支払停止を更に過去に遡及させることもできた[56]。

そして、商法典四四二条により、破産者は破産の日から（à compter du jour de la faillite）法律上当然に、全ての財産管理処分権を喪失（est dessaisi de plein droit）した。この破産の日以後の破産者の管理処分権喪失の制度は、一六七三年オルドナンスでは認められていなかった[57]。従って、それまで破産者は、破産の日以降も、実質的には債権者への弁済に充てられるべき共同の担保となるべき財産について、法律上何らの管理処分権の制限も受けていなかった。破産者がそれを横領すれば死刑が課されたが（一六七三年オルドナンス第一一章一〇条、一一条）、横領を止めさせるには至らなかった。また、債権者（またはその代表者）に、破産者財産の占有を移転し破産者から財産管理処分権を奪う慣習は存在した。しかしそれは様々な恣意的な約定の下にされる不公平なものであった。従って、一八〇七年法の起草者は、これらの不都合を解消させる施策が必要であると考え、破産の日から、破産者から破産者財産の管理処分権を奪う規律を設けた[58]。この制度導入当時、破産の日以降なぜ債務者が自己の財産の管理処分権を喪失するのか、その法的性質を十分解明するにいたっておらず、後にそれを合理的に説明する方法が模索されることになるが[59]、ともかくもこの時点における問題は、法文を文言通り解釈すれば、「破産の日」とは破産宣言判決のことを指すのではなく、「破産開始」、すなわち支払停止時を意味すると解されていたことである[60]。四四一条で破産開始はどこまでも過去に遡及することが認められていたから、四四一条と四四二条によれば、破産者は自己の財産の管理処分権をかなり過去に遡って失うこととなった[61]。更に、四四三条から四四六条の規定によれば、「破産開始」、すなわち支払停止前一〇日内に債務者がした一部

の行為に対して詐害行為の推定が及び、法律上当然無効とされるか、あるいは取引の相手方の共謀が立証されれば反証の留保付で無効とされ得た。このように、一八〇七年法の規律は、特に四四一条四四二条の存在により債務者、後の破産者がした行為が広範囲にわたって事後的に無効とされる可能性を含む規律であって、後の破産者と取引をしていた者の取引の安全を害し、破産者の債権者保護に著しく傾いたものであったといえる。

三　一八三八年商法典における規律

1　一八三八年法無効規定立法過程における議論―債務者の管理処分権喪失、無効、支払停止概念の発展と関連性―

一八三八年法の制定作業が開始された時にまず検討されたのは、一八〇七年商法典が破産者と破産宣言判決前に取引した第三者に対してあまりに厳しい結論を導き、これに対して判例が修正を加えてきたため混乱と動揺をもたらしていた、その状況を修正することであった。そこで代議院は、審議過程で政府が提案した草案に対し修正を加え、第一草案として以下の法文を示した(62)。

第一草案第四四二条

《破産開始、破産者の全財産の管理権喪失は、破産宣言判決の日から法律上当然に生ずる。

判決の日から、動産不動産を問わず全て訴権は管財人に対して追行し、提起する。

動産不動産を問わず、全て強制執行についてもまた同じ。

裁判所は必要があると認めるときは、破産者を訴訟参加人とすることができる。》

第一草案第四四三条

《裁判所は、前条の判決または後の判決で、職権または全ての利害関係人の申立てにより、破産開始を支払停止が公知となった日に遡及できる。破産開始を決する判決は全て、四四一条[63]で定める方法により掲示し、公示する。》

第一草案第四四四条

《破産開始と破産開始を宣言する判決の間に債務者がした全ての行為または弁済は詐害行為と推定される、但し、破産者と取引した者が破産者の悪い経済状態を知らずにしたときはこの限りでない。時期によらず債権者の権利を害してした行為または弁済の無効をさまたげない。》

第一草案第四四五条

《動産不動産を問わず、破産開始及びその前一〇日内に債務者がした全ての無償の財産権移転行為は、債権者の財団に対して無効とする。》

第一草案第四四六条

《前条の期間内は、既存の債務について破産者財産上に抵当権または質権を取得できない。抵当権は、それが既に設定されていたときは、その期間内有効に登記しうる。》

第一草案第四四七条

《弁済期の到来していない債務に対する破産開始後及びその前一〇日内の全ての弁済は、返還しなければならない。》

第一草案第四四八条

《破産開始は破産者との関係で、弁済期の到来していない債務の弁済期を到来させる。

破産開始は債権者団との関係で、特別の先取特権、質権、または抵当権で担保されない全ての債権の利息の発生を停止させる。》

これら法文によれば、債務者の財産処分の帰趨が問題となる時期は三つに分かれている。一つは破産宣言判決後、二つ目は破産開始後宣言判決まで、三つ目は破産開始前一〇日である。これらの時期に応じて、債務者による財産処分の帰趨は異なった制度に服する。破産宣言判決後、債務者はその財産の管理処分権を法律上当然に喪失する（第一草案四四二条）。破産開始後破産宣言判決までの間、債務者の全ての行為は詐害行為と推定されるが（sont présumés frauduleux）、取引の相手方に、債務者の財産状態についての善意の主張を許す（第一草案四四四条）。破産開始後宣言判決までの間に加え、破産開始前一〇日内にされた無償の権利移転行為、既存の債務に関する抵当権質権の取得、弁済期にない債務の弁済がそれぞれ法律上当然無効となる（第一草案四四五条、四四六条、四四七条）。この期間中抵当権登記はできる（第一草案四四六条二文）。また、時期を問わず、詐害行為の一般法理の適用が認められる（第一草案四四四条二文）。更に破産開始は、支払停止が公知となった日まで遡及する（第一草案四四三条）。

代議院は、政府が提案した草案の内、破産開始時からの債務者の管理処分権喪失を定めた第一草案四四三条、破産開始時について定めた第一草案四四三条は議論することなく採用してしまっていた(64)。そこで議論の中心は破産開始後宣言判決までの間に債務者がした行為の帰趨であった。Renouard は起草理由を次のように説明した。

破産を構成するものは、本来破産を宣言する判決ではなく、支払停止である。そして、ある者が破産状態、つまり支

払停止にあれば、それ以降債権者の帰趨における平等原則が要請されるから、論理的には、そして厳格な法によれば、宣言判決前であっても、支払停止には一定の効果が付され、それ以降の全てを絶対的に無効とすべきである。しかし、それでは債務者と取引した者にとって、非常に厳しい帰結をもたらす。そこで、破産開始時とその時以降の絶対的無効を緩和する。法律上支払停止が公知となったときに破産の存在、すなわち支払停止の徴憑を認め、破産開始とする。無効については一部の法律上当然無効を除き、破産開始後の行為に詐害行為の推定を及ぼしたうえで、取引の相手方の側から善意の主張を許す(65)。

代議院での議論は、一八〇七年法で支払停止後宣言判決の間にされた行為の帰趨について、法の明文と裁判の解釈に乖離が生じ、また裁判で様々な解釈がされていた、その混乱を表したものであったと言われる(66)。ある論者は一八〇七年法の文言に従い、支払停止後に破産者がした全ての行為を区別することなく無効にするよう主張した。ある論者は宣言判決より前の行為に関して破産の効力を強調する傾向に危惧を抱いて、破産を宣言判決から一か月以上、また別の論者は二四時間以上過去に遡及させないことを望んだ。また別のある論者は、判決前の行為は反証がされるまで詐害行為の推定が及ぶことを望み、別の論者は善意でされたとの推定を望んでいた(67)。

これらの議論の影響を最も受けたのが当然ながら第一草案四四四条であり、四四四条が更に大幅に修正された。それまで第一草案四四四条は破産開始後宣言判決の間に債務者がした行為、弁済に対して詐害行為の推定をしていたが、債務者と取引した相手方の悪意の証明を無効を主張する債権者に課して、その第一文は次のような法文になった。

《債務者が破産開始と宣言判決の間にした全ての行為または弁済は、破産者と取引した者がその事業の悪い状態を知りつつした時は、無効にすることができる(68)。》

貴族院への草案付託にあたり、国璽尚書（le garde des sceaux）のPersilは、第一草案の問題点を次のように指摘している。

旧法によれば破産の根拠は支払停止にあるとの理解の下、「破産開始」（一八〇七年法四四一条）、「破産の日」（同四四二条）を支払停止の日と解し、破産開始日はどこまでも過去に遡及したことから、破産者はかなり過去に遡って法律上当然に管理処分権を喪失し、破産者と取引した者に打撃を与えることとなった。その結果、解釈により破産宣言判決の日と、破産開始が支払停止まで遡及した日という二種の「破産開始」が出来上がり、破産者の管理処分権喪失開始時をどちらの時点とするかについて混乱が生じていた。しかし、新法草案によれば「破産開始」は常に支払停止が公知となった時（第一草案四四三条）である。破産が公知となった時からしか破産者の管理処分権を失わせないのであれば、「破産開始」時点について旧法のような対立が生じることもない。しかし代議院での修正により第一草案四四四条は破産開始後宣言判決前まで破産者がした行為の有効性を認める。この規定は事実上破産宣言判決後からしか破産者がした行為に対し法律上の効果を及ぼすことができなくする作用を有するものと思われ、特定の債権者への破産者の贔屓を助長させ得る。従って、債務者の支払停止が公知となった日から、債権者の帰趨が最終的に決定されなければならない。(69)

貴族院で、新たに次に挙げる修正案が提案された。その冒頭で、Tripierは次のように述べている。国璽尚書の指摘については、破産の公知性は破産者と取引の相手方、弁済を受けた者との関係により異なり得るから、支払停止の公知性に依拠しその後の行為を絶対的に無効とすることはできない。また、取引の相手方からの善意の反証を許すとしても善意の立証は不可能である。他方で、債務者から窮地を知らされた債権者が支払停止後不当に債権者団より優先権を得ようとすることは否定できない。従って、行為の性質及び取引の相手方の善意悪意に従い、支払停止から判決の間にされた行為及び弁済を維持するか無効にするかの判断権限を裁判所に付与すべきである。(70)

貴族院修正案は、基本的には代議院で修正されたシステムを採用し、第一草案四四四条から四四八条を入れ替える目的で提案された。内容は次のとおりである。(71)

貴族院修正案第四四四条

《時期、名義を問わず、債権者の権利を害してした全ての行為または弁済は無効とする。》

貴族院修正案第四四五条

《動産不動産を問わず、債務者がした全ての無償の財産権移転行為は、破産開始またはその前一〇日内にしたときは、債権者団に対し効力を有しない。》

貴族院修正案第四四六条

《前条の期間にした弁済期の到来していない全ての弁済は、金銭、移転、売買、相殺その他の方法にかかわらず、債権者団との関係において無効とする。》

貴族院修正案第四四七条

《破産開始から宣言判決の間に債務者がした全ての弁済及び行為は、その弁済期到来の有無を問わず、無効とする。但し、債務者から弁済を受領した者または債務者と取引した者が債務者の支払停止を知りつつしたときに限る。

破産開始から宣言判決の間支払期日の到来した為替手形の返却を求めるとき、返還の訴えは手形受取人に対してのみ提起できる。

約束手形については、返還の訴えは第一裏書人に対してのみ行使できる。》

貴族院修正案第四四八条

《破産開始から宣言判決の間、何人も既存の債務について破産者財産上に抵当権、不動産質権、質権を取得できない。すでに設定されていた抵当権は、破産開始前一〇日内は有効に登記できる。

四四四条の行為により取得した抵当権、先取特権は、その行為の帰趨に従う。》

結局政府は代議院で修正された第一草案及び貴族院での修正案採択の際の議論を参考に、新たな草案を起草した。この時政府が作成した草案は、従前の第一草案や貴族院が示した修正案に比べ、明確かつ秩序だったものであったと評されている(72)。この草案に対し修正が加えられ、最終的に一八三八年商法典として採択された。そこでは、旧法で議論を起こした「破産開始」、また第一草案での「支払停止が公知となった日に遡及できる」との文言は注意深く削除された。また、破産宣言判決と支払停止の差異が明確化された。支払停止時期の決定権は裁判所に付与され、宣言判決またはその後の判決により支払停止が決せられることとなった。慎重を期して、特に決定がなければ、破産宣言判決の日が支払停止の日になるとされた。更に、支払停止の事実は善意有償で取引した第三者に対しては効果を及ぼさない事となった(73)。

国璽尚書 Persil は新政府草案を貴族院に付託する際、草案の提案趣旨について次のように説明している。支払停止により破産が潜在的には存在するが、まだ破産が宣言されていない時期にした全ての行為に、破産を規律する一般的かつ絶対的な規律を及ぼすことは非常に難しい。なぜなら、破産開始、それに伴う破産者の管理処分権喪失を、債務者が事実上自己の財産に関する処分権を有しており、明らかに営業している時期にまで遡及させるべきでなく、また、類似の

状況で破産者と取引した全ての行為を詐害行為の法律上の推定でたたくことは正当でないからである。そこで政府は、厳格な規律を認めない代議院及び貴族院の考えに賛同した。しかし、破産を遡及させる規律を完全に廃止すべきかどうかは別問題である。その規律は、なお重要かつ必要な効果と関係するから、法で維持しなければならない。債務者の支払停止を知らずにした有償行為を尊重しなければならない、他方で同情することなく、その時期に他の債権者を害して、債務者が債権者の共同担保となるべき財産を無償譲渡する行為を無効とする必要がある。それは無償取引及びそれと同等行為、すなわち期限前弁済、対価となるべき金銭の供与のない抵当権設定、債権者団を害して従前の債権者を利するような他の行為である。破産宣言判決前に債務者とした有償行為については、それを無効にするためには、支払停止を知ってしたとの個別の立証が必要となる。(74)

2　一八三八年法無効規定立法過程における議論―先取特権及び抵当権登記の帰趨―

登記に関しては、一八〇七年法では破産開始前一〇日内にされた登記は民法二一四六条で無効となった。また、恐らくはその意味を誤って理解されていた民法典二一三四条を民法典二一四六条と組み合わせて、商法典四四三条は、登記が破産開始前一〇日内に遅れてされれば、その前に有効に設定された抵当権も、登記取得の詐害性推定故に無効と解釈された。結局、破産開始及びその一〇日前以降に登記すれば、登記に服する抵当権、先取特権の権利自体を、例えそれらが破産開始前一〇日よりも更に前に設定されていたとしても全て無効としており、その厳しさの是非が他の行為と同様に問題となっていた。(75)そこで、政府は当初から、民法二一四六条を参照しないように、支払停止及びその一〇日前以降破産宣言判決まで、「抵当権は、それが既に設定されていたときは、その期間内有効に登記しうる。」との法文を含む草案を代議院に対して提示していた。(76)その背後には、登記の効果はあくまで順位取得に必要なものであって、権利取得

のための効力要件ではないとして、一八〇七年法起草の際に登記の意義を誤って理解したことから導かれる帰結を修正する意図もあったものと思われる(77)。

しかし、法案採決直前、代議院第二審議において新たな観点から破産前に取得される登記の有効性に関する修正が主張された。修正案は Lebeuf, Gaillard-Kerbertin, Sévin-Mareau が提出した以下の案である(78)。

第四四八条修正案その一（Lebeuf）

《先取特権及び抵当権は、有効に取得しても、その効力を生ずるため支払停止前一〇日より前に登記しなければならない。》

第四四八条修正案その二（Gaillard-Kerbertin）

《先取特権及び抵当権は、有効に取得しても、その効力を生ずるため支払停止前一〇日より前に登記しなければならない。

登記期間は設定から八日を超えない、この期間は権利を取得した地と財産の所在地の距離三〇キロに一日を追加する。》

第四四八条修正案その三（Sévin-Mareau）

《有効に取得した抵当権及び先取特権は、破産宣言判決の日まで有効に登記できる。

登記は次のとき効力を有しない。

1　登記時債権者が債務者の支払停止を知っていたとき。

2　抵当権及び先取特権設定行為の日と登記取得日の間に一〇日以上の期間が経過したとき。この期間は行為地と登記地との距離五〇キロにつき一日を追加する。》

これら修正の主眼は代議院での報告者であるQuenaultの次の主張に凝縮されている。

《すでに採択された四四六条及び四四七条において、議会は詐害行為及び債権者団に対する損害の様相を呈する性質を有することを理由に、無効と宣言されなければならない行為と、善意で債権者団に害がない形でされ有効と宣言され得る行為との間に境界線を引いた。第三者に対する効果を有するために、公示を付与することを目的としている抵当権登記のような補完を要求するとき、なおその登記の遅れは一定の詐害行為の手段（le moyen de certaines fraudes）となり得る。実際、登記が遅れてされれば、商人たる債務者に見せかけの信用を与える手段となると皆考えているし、それは、債務者の真の状況に関して第三者に誤らせる可能性がある。従って、抵当権の公示に関して、破産宣言判決の前日、まさにその日まで貸主に登記を遅らせるといった親切により見せかけの信用を維持するようなことを債務者に許さないような特別な規定を付け加えなければならないと考えた。破産が近い債務者財産上に登記を取得する権限を制限する必要性に気付いた。それが提案されていた数々の修正の目的である。(79)》

修正案提出後、委員の間で激しい議論がされた。登記の無効規定挿入を主張する者が挙げた理由は、次の通りである。当時のフランスにおける商慣習によれば、抵当権設定を伴う融資は通常商取引で一般的に用いられる融資方法とされておらず、そのような取引自体が借主が信用を欠いていることの証拠になっていた。また抵当権設定の無い財産を有して

いない債務者は商事的な判断によれば、もはや財産を有していないと同様であるとみなされていた。このような時代背景の下で、当時抵当権設定は秘密にされがちであったが、これを許せば債務者の真の財務状況につき第三者を誤らせ、詐害行為の手段として利用されうる。従って、抵当権は公示されなければならない。他方で、登記の無効規定挿入に反対する立場は、登記を遅らせて善意の第三者の信頼が害される場合は非常に稀で例外的事例であること、仮に信頼が害される場合が債権者債務者間の共謀に基づく詐害行為の一場合であるならば、詐害行為の一般法理の適用で問題は解決し、登記を無効とする必要はないこと、を主張した(80)。最後の点に対しては、登記の無効規定挿入を主張する論者から、防止すべきは共謀に基づく詐害行為が伴う場合のみならず、過失によるものではあるが許し難い怠慢により登記がされなかった場合にも他の債権者の信頼は保護されなければならず、必ずしも全て遅れた登記が詐害行為の一般法理の適用対象となる訳ではないとの反論がなされている(81)。

結局採択された法文は破産直前の登記取得について賛成説と反対説を折衷した形で、第一文で破産宣言判決まで登記でき、二項三項で所定の場合には裁判所が登記の無効を宣言できる旨の規定になった。第一項で破産宣言判決まで登記できる旨定めたのは、四四六条四四七条により、債務者の支払停止後であっても破産判決前まで、債務者に貸付した上でこれと引き換えに抵当権を設定した時は抵当権を有効に取得できることになったため(82)、抵当権自体を取得できるのに登記は取得できない事態が生ずるのを避けなければならなかったからであると説明されている(83)。

3　一八三八年商法典(84)

第四三七条

《全て支払を停止した商人は破産状態にあるものとする。
商人が支払停止の状態で死亡したときは、商人の破産はその死亡後に宣言することができる。
破産宣言判決は、職権または債権者の申立てによるものであっても、死亡から一年以内でなければすることができない。》

第四四三条

《破産宣言判決はその判決の日から、破産者の全ての財産の管理処分権を奪う。破産の状態にある間に破産者が取得した財産につきまた同じ。
判決の日から、動産不動産を問わず全て訴権は管財人に対して追行し、提起する。
動産不動産を問わず、全て強制執行についてもまた同じ。
裁判所は必要があると認めるときは、破産者を訴訟参加人とすることができる。》

第四四六条

《次の行為は、裁判所が支払停止と決めた時期の後、またはその時より前一〇日内に債務者によってされたときは、債権者団に対して無効とする。
動産不動産を問わず、無償で所有権を移転する全ての行為。
弁済期の到来していない債務に対しては、金銭、譲渡、売買、相殺または他の方法による全ての弁済。弁済期の到来している債務に対しては、金銭または商業証券以外の方法による全ての弁済。
既存の債務について債務者の財産上に設定された約定または裁判上の全ての抵当権、全ての不動産質権及び質権。》

第四四七条

《債務者の支払停止後破産宣言判決前に弁済期の到来した債務に対して債務者がした他の方法による弁済、及び債務者がした他の有償行為は、債務者から受領し債務者と取引した者が債務者の支払停止を知ってしたときは、無効とされうる。》

第四四八条

《有効に取得した抵当権及び先取特権は破産宣告判決の日まで登記できる。

支払停止の後又はその前一〇日内にした登記であって、抵当権又は先取特権設定の日と登記の日が一五日以上経過したときは、無効を宣告することができる。

この期間は抵当権取得地と登記地との距離五〇キロメートルに付き一日を加える。》

第四四九条

《為替手形に対し、支払停止と決められた時から破産宣言判決までの間に支払いがされたとき、返還の訴えは手形受取人に対してのみ提起できる。

約束手形については、返還の訴えは第一裏書人に対してのみ行使できる。

いずれの場合も、返還請求を受ける者が振出しの時に支払停止の事実を知っていたことを証明しなければならない。》

4　一八三八年商法典における疑わしき期間無効システムとその根拠

破産宣言判決前後に破産者がした行為の無効システムについて、議論を経て成立した法を要約すれば、次の通りとなる。

破産宣言判決後、債務者はその財産に対する管理処分権を当然喪失する（四四三条一文）。

支払停止後破産宣言判決まで債務者がした行為は以下の規律に従う（疑わしき期間無効）。尚支払停止は債務者の一定の外部的徴憑に依存することなく、裁判所が状況を調査の上決する。

① 限定列挙された一定の行為については、その行為の詐害行為としての蓋然性の強さ故に法律上当然無効となり、支払停止前一〇日内[85]にされた行為にも無効が適用される[86]（四四六条）。

② ①で限定列挙される行為、また③の行為を除き、債務者の支払停止の状態を取引の相手方が知りつつした時は無効とされうる（四四七条）。

③ 抵当権又は先取特権設定日から原則として一五日以上経過した後の登記は、無効とされうる。支払停止前一〇日内にされた登記にも無効が適用されうる（四四八条二項）。

尚、疑わしき期間前の行為には民法上の詐害行為取消訴権の適用がある（民法典一一六七条）。

破産宣言判決前後に破産者がした行為を無効とするシステム、疑わしき期間無効のシステムが必要とされる根拠を説明するものとして、Massé の解説がわかりやすい。Massé は次のように説明する[87]。

一八三八年法ではもはや旧法とは異なって、債務者が自己の保有する財産の管理処分権を喪失するのは、破産宣言判決の日からである。そこで、宣言判決前は債務者が自己の財産管理を把握するのを妨げるものはないはずである。しかし、債務者が破産を基礎づける支払停止の状態に陥れば、債務者は通常の状態にないと理解される。支払停止の事実は、考慮しないことができない事実であり、支払停止の影響下で合意していた行為の効力に対して決定的な影響を与える。

支払停止の事実は完全に新しい影響力と効果を一般法原則に与えることになる。それは、破産に関する特別原則との組み合わせにより、完全に例外的な事項に関して特別の効果を生み出す。一般法の原則は、債権者に、自身の権利を害して債務者がした行為を無効にすることを許す。特別の原則は、破産者の全ての債権者を平等に置き、債権者の内の一人が他の債権者の地位を害してより良い地位を得ることがないようにする原則である。それら二つの原則の組み合わせにより、支払停止後にされた全ての行為が債権者団との関係で債権者の権利を害するとき、また平等を免れようとするとき、無効となる。そして、詐害行為は場合により、その平等を免れる意図だけによっても生じうる。

Thallerは、疑わしき期間無効システムの意義を次のように説明する(88)。

単なる債権者間の平等違反あるいは契約の相手方の軽率さ以上の何かであると考えられている本質的な詐害行為については、四四六条以下の法文によらなくとも、詐害行為の立証に服する民法上の詐害行為取消訴権で足りるであろう。しかし、破産直前に商人がする行為は詐害行為の特徴を欠く。この際破産者に向けられる非難は、取引に冷静さを失い思慮に欠ける行為をしたことであり、第三者に向けられる非難は集団の利益以上に個人の利益を優先することや債務者の軽率な取引に協力したことについてである。いずれも民法典上の詐害行為とは異なり、平等法違反行為である。この場合、民法典上の詐害行為取消訴権を行使することはできない。しかし、破産が平等主義的社会主義的財産清算制度であることを考慮すれば、清算の利益や、配当をより多くすることを考えると、債務者が破産前にしていた取引の効果を再検討できるようにしなければならない。詐害行為取消訴権とは異なる無効の特別のシステムを設ける必要性は、民事及び商事に関する執行権概念の奥行の差に起因する。

また、Bravardは次のように説明していた(89)。

民事取引と商事取引では次のような差異が認められる。第一に、物的担保取得の可能性。民事取引では弁済不能のリ

スクを担保取得により回避できるが、商事取引の迅速性は担保取得の余地を許さず、債務者の誠実さに従う事を要求される。第二に、債権者と債務者居住地の距離。民事取引では債権者債務者間の居住地が近く、取引関係が長期間に及び、債務者の財務状態に対するモニタリングが容易であるのに対して、商事取引では債権者債務者間の居住地が遠く、モニタリングが困難で、詐害行為がされたとしても、立証が難しい。第三に、取引の性質。民事取引では取引数も債権者数も多くないが、商事取引は取引数も債権者数も多いから、無効に訴訟が必要となれば、訴訟数、費用負担共に増える。

民事取引と商事取引の債権者間には以上のような地位の違いがあるので、支払を停止した商人の債権者の利益への配慮が必要となり、債権者間の平等の原則を認める。その結果、それがされれば当然無効となる一定の行為以外の行為は、支払停止後に債権者平等原則に対する違反行為が故意にされたときは、無効とし得る。債務者自身自己の支払停止を知らないことはありえないから、債務者との関係において債務者悪意のあらゆる立証が免除される。

以上のいずれの論者も、論者によりその根拠を補足する理由付けは多様であるが、論理的には債務者の支払停止の効力として、支払停止後（あるいは一定の行為の場合にはその前一〇日以降）は債権者間で強度の平等原則が働くと述べる。その原則が適用される結果、詐害行為の蓋然性が高い一定の行為については詐害行為の立証を要することなくその行為を法律上当然無効とすることができる。また、民法上の詐害行為とは言えない行為については、それが破産宣言判決前にされたとしても、債務者支払停止につき悪意でしたと立証された時に債権者平等原則に違反する詐害行為と評価され、無効とされうることが正当化される。

5　一八三八年商法典四四八条二項三項の無効システムとその根拠

起草者の解説及び議会での議論によれば、四四八条二項三項の制度趣旨は次の通りである(90)。

債務者が信用を維持するためあらゆる手段を必要とする時に、その不動産に一種の禁止を課して債務者の経済状態を立て直すため残された唯一の手段を奪うべきでない。その結果、支払停止後も破産宣言判決まで抵当権を有効に設定し、登記できるとすることが望まれた。しかし、登記を理由なく破産宣言判決直前まで遅らせれば、債務者に本来は有していない見せかけの信用を与え、これから与信をしようとする者に、債務者の支払能力について誤った情報を与える。そして、通常登記が権利設定から一五日を超えて破産直前にされるときは、債権者債務者の通謀によるか、債権者の看過しがたい懈怠によるものである。しかし、不可抗力や偶発的事情により登記が遅れることもあり、既に権利を取得していたが破産宣言判決直前に登記を取得した者と、その他の債権者の利益を調整する観点からは、これらの登記が遅れたやむを得ない事情が存在するときは無効の対象外とすることが望ましい。そこで、これらの事情が存するときは無効の対象外とすることとし、その存否判断は裁判官の独立の評価権に服させることにした。

起草者が述べるところの趣旨からすれば、この規定の立法趣旨は、抵当権者、先取特権者の、権利登記を控えるという不作為による、潜在的債権者に対する詐害行為（fraude）防止である。

Bédarride は四四八条二項三項の無効の性質について、次のように説明する(91)。

有効な抵当権を得ていた債権者が設定行為の日から一五日を超えてしか登記をしなかったという事実にも詐害行為が推定される。四四八条の立法時の議論で、四四八条で濫用をたたき、濫用に対して商業界は異議を述べ続けるということを学んだ。ある商人がその財産上に抵当権を設定する義務を負っているがいかなる信用棄損も受けたくないとき抵当権を公示せず、支払不能状態が到来した時に登記をすることで外観上は存在していた財産を消し去る。立法者の目的は有効に設定された抵当権の登記期間を非常に短い期間しか認めないことで濫用を消滅させるということであるが、その期間が経過すればすぐに詐害行為の存在が推定される。

しかし、その推定は反証を排除しない。登記の欠缺が現実の障害に由来する、あるいは不可抗力に起因することもあり得る。そのような場合には、登記の遅れは、債権者の責任によるものではないから、これを罰することは不公正である。従って、それらの内の一つが証明されれば、法の厳格さが緩和される。期間は距離に応じて増加するが、四四八条が設定から一五日が経過して得た登記を無効としうると述べたにとどまることの意味はそこにある。

ところで、四四八条二項三項の無効と、四四六条、四四七条の無効との関係について、Bravard は次のように説明する(92)。

四四八条二項三項の無効の性質は何か。登記の無効は裁判官の裁量に依拠しており四四六条のような当然無効ではない。また、債務者の行為、契約であることを予定し、第三者の悪意の立証に服する四四七条の無効とも異なる。ここでの無効は、登記を得た時に債権者が債務者の支払停止を知っていたかどうかとは無関係である。無効とするかどうかは債権者の懈怠、手続の充足の遅延、といった別の事情に依拠しており、また判事は、事情により登記の遅れが正当化されるときは登記を有効にすることができる。

また Thaller、Percerou も次のように述べる(93)。

登記の無効は、既存の分類に属さない性質（caractère sui generis）を有している。なぜなら、無効は裁量的でしかないから、無効が義務的である四四六条とは異なっている。また、登記は債権者が登記時に債務者の支払停止を知らなくとも、そして支払停止前であっても一〇日前であれば無効となりうるから、四四七条とも異なる。しかし四四六条、四四七条とは、それが商事裁判所でのみ宣言されうる点では類似している。

四　小括

本節では、商人が破産前の時期にした行為を詐害行為の立証によらず、いかなる理屈で行為の無効を導いてきたか、その生成過程を見てきた。

一八〇七年商法典成立以前、フランスでは破産を判決により宣言する制度を持たず、支払停止が破産を構成すると理解されていた。また支払停止前に破産者がした一定の行為を無効とする法は存在したが、破産者は破産後も自己の財産の管理処分権を保持し続けた。

一八〇七年商法典はそれらの制度的不備から生じる不都合に対応するため破産開始を商事裁判所が宣言することとし、破産開始以降破産者は管理処分権を喪失することとした。また破産開始以前の債務者の行為については、行為者、行為の性質、状況に応じて詐害行為の推定の程度、推定の対象に差を設け無効とする制度を導入した。これが後の疑わしき期間無効の源となった。しかし、長年破産の実質を支払停止ととらえてきた慣習によれば破産開始を支払停止と読まざるを得ず、それに伴い破産者の管理処分権喪失の範囲が拡大し、破産者と取引をした者にとって過酷な制度となった。

一八三八年商法典は、一八〇七年商法典がもたらした混乱を収束させた。債務者の管理処分権喪失は破産宣言判決の効果であり、支払停止後破産宣言判決までの期間（疑わしき期間）債務者がした一定の行為の無効は、債務者破産を実質的に構成するところの支払停止の効果とした。その根拠は詐害行為の推定である。すなわち、支払停止となれば債務者は事実上破綻状態にあるから、以降債権者平等が強度に要請される。その時から、詐害行為の蓋然性が強い行為はその立証をまたず法律上当然に無効になる（一八三八年商法典四四六条）。また、破産でなければ詐害行為とされない行為についても、行為者が債務者の支払停止を知ってしたときは債権者平等違反が詐害行為を構成し、行為を無効としう

ることとなった（一八三八年商法典四四七条）。

以上の歴史的経緯によれば、疑わしき期間無効制度は、一方では無効を基礎づけ無効の開始時点にかかわる支払停止、また他方では時間的に疑わしき期間無効制度と隣接する破産者の処分権喪失の生成過程と関連しつつ、制度が形成されてきたことがわかる。この疑わしき期間無効と、登記の無効とはどのような関係にたつか。

破産前登記を無効とするシステムの萌芽は一七九八年法であるが、一八三八年商法典四四八条二項三項に見られる規律は一八三八年商法典独自のものである。登記の無効についての起草者説明によれば、その立法趣旨は登記を怠ることで債務者の財産状況につき潜在的債権者に錯誤を生じさせる欺罔、詐欺行為を防止することである。従って登記の無効も詐害行為によって基礎づけられる。しかし、登記の無効は、行為自体に詐害性の強い蓋然性が認められる法律上当然無効にも、また債務者と取引した者が、債務者の支払停止を知ってしたことが債権者平等違反となり詐害行為を構成する裁量的無効にも該当しない。登記の無効は、他の二種の無効制度とは異なる独自の裁量的無効制度であると説明される。

（1）一八三四年一二月一日代議院への草案及び理由書提出、その後、数度の草案を経て一八三八年五月一四日最終法案採決。

（2）疑わしき期間無効の規定の趣旨は、債務者企業の再生を集団的手続の第一目的とした一九八五年法により、抜本的に変更されたといわれる。疑わしき期間に債務者がした行為を無効とすることの目的は、一九八五年法以前は、債権者への配当金を増やすため債権者保護にあると理解されていたが、一九八五年法以降は、債務者企業再生に向けた資金調達の一手段であると捕らえられるようになった。この疑わしき期間無効の趣旨の変更は、その適用範囲にも影響を及ぼしたと言われる。また、この時一九五五年改正以降対抗不能（inopposabilité à la masse）とされていた効果が、再度無効（nullité）に換えられた。この対抗不能から無効への置換についても、疑わしき期間無効の制度趣旨が転換したことから生じる新た

な利益のヒエラルキーに従ってされたものであると説明されている。C. Saint-Alary-Houin et M.-H. Monsérié-Bon, «Nullité de droit et nullité facultatives», Juris-classeur procédures collectives., fasc. 2502.

（3）本論文では、fraude を「詐害行為」と翻訳している。しかし、フランス法における fraude 概念は日本法の詐害行為取消権における「詐害行為」、倒産法上の否認権における「詐害行為」より多義性を有する概念であることをあらかじめ指摘しておかなければならない。

片山教授によれば、fraude には広義と狭義の意味があり、広義においては、不誠実な術策、策略または欺瞞を指し、「詐欺（dol）」と同義に用いられることがあるが、狭義では、有効だとされる迂回手段・策略を用いることによってある法規の適用を回避しようとすることを意味する。fraude 概念は中世ローマ法の「詐害はすべてを無にする（fraus omnia corrumpit）」の法格言に由来し、フランスでは一八〇四年にフランス全土で適用される民法典が制定されるまで、一般法理として既に定着していた。また民法典制定後は fraude を規制する法は、不文の一般法理とこれを具体化する個別規定が並存し、フランス民法典一一六七条の詐害行為取消訴権 action paulienne は fraude 規制を具体化した個別規定の内の一つであるとされる。片山直也「フロード（fraude）法理の動態的把握」『詐害行為の基礎理論』一三頁以下（慶応義塾大学出版会、二〇一一）。尚、鎌田薫「不動産二重売買における第二買主の悪意と取引の安全―フランスにおける判例の『転換』をめぐって―」比較法学九巻二号四三頁（一九七四年）、浜上則雄「フランスにおける不動産の二重譲渡の際の第三者の悪意」阪大法学五一号七頁以下（一九六四年）、松坂佐一「Action Paulienne について」『債権者取消権の研究』八一頁以下（一九六二年）等参照。

フランスにおける否認権成立史と詐害行為取消訴権との関係について述べたものとして、下森定「債権者取消権制度の法的構造と機能」『詐害行為取消権の研究』二九頁以下（信山社、二〇一四年）、井上直三郎「詐害行為に対する救済制度の変遷（二）」法学論叢二〇巻六号六〇頁以下（一九二八年）、加藤正治「廃罷訴権論」『破産法研究第四巻』一四〇頁以下（厳松堂書店、一九一九年）等がある。

（4）詐害行為の推定が働く期間は都市毎に異なっていたと言われる。G. Massé, Le droit commercial, 3éd., t.2, Librairie Guillaumin et Cie, 1874, n°1212 ; E.Thaller, Des Faillites en droit comparé avec une étude sur le réglement des faillites en droit international, t.1, Arthur rousseau, 1887, Paris, n° 108; Thaller et Percerou, avec Desserteaux, Des faillites et

Banqueroutes et liquidations judiciaires, 2éd., t.1, Rousseau et Cie, 1935, n° 562; Lyon-Caen et Renault, Traité de Droit Commercial, 3éd., t.7, F. Pichon, Successeur, Éditeur, 1903, n°309, note (3).

（5）Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°563; Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, Traité de droit commercial, 2éd., t.5, Chevalier-Marescq et Cie, 1891, p.208.

（6）Lyon-Caen et Renault, op. cit. 4, t.7, n°309; G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1213.

（7）それは、イタリアの法理の無意識の借用であると評価されている、Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.208, note (2); G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1213.

（8）Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.208.

（9）Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.208; Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°563, note (4); Lyon-Caen et Renault, op. cit. 4, t.7, n°309. Augustin-Charles Renouard, Traité des faillites et banqueroutes, 3éd., t.1, Librairie Guillaumin et Cie, 1857, p.345.

（10）Lyon-Caen et Renault, op. cit. 4, t.7, n°309; Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°563, note (4).

これに対してBravardは、当該条文の文言は多義的かつ曖昧で、法律上当然無効に関する条項なのか詐害行為の立証に服する無効に関する条項なのか法文上は明確には示されていないと認めた上で、しかし単に詐害行為の規定と解すると一般法と同じ規定ということになるから（民法典一一六七条において規定される以前のこの時点における詐害行為取消訴権は判例法理によって理解されていた、Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.208. note (1)）、この規定が無意味になることを恐れた。そこで、一文の「無効と宣言する（déclarons nuls）」及び二文の「それら財産を共同の団体に帰することとする（voulons qu'ils soient rapportés à la masse commune des effets）」の文言を重視することで、一六六七年規則が示す時期以降に第四条所定の行為をすれば、債権者への詐害行為が推定される、法律上当然無効に関する規定であると解した。しかし、このような見方はほとんど支持されなかった（Bravardの補訂者Demangeatも当時の他の注釈者も否定的な見方をしている、次注参照）、Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.208, note (2). 当時の学者（Bornier）も詐害行為の一般法理に関する規定であると読んでいたLyon-Caen et Renault, op. cit. 4, t.7, n°309, note (2).

（11）Lyon-Caen et Renault, op. cit. 4, t.7, n°309.

一六七三年オルドナンス第四条の性質については、当時の他の注釈者も同様に解しているようである。例えば、Locréは「ローマ法は詐害行為の立証に服する無効しか認めていなかった…一六七三年オルドナンスもその無効しか設けていなかった。しかもその法は、時期も行為の性質によっても制限を設けていなかった。」と述べ（Locré, Esprit du Code commerce, ou Commentaire de chacun des articles du Code, t.3, 2e éd., J.-B. Garnery Liberaire, Paris, 1829, p.87）、Masséは「一六七三年オルドナンス第四条は…破産の場合に固有でない一般の規律を思い出させるに留め、債権者は当該規定をあらゆる事項、あらゆる時に利用できる」と述べ（G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1213）、Bédarrideは「一六七三年オルドナンスは動産不動産を問わず、債権者の詐害行為によってされた全ての移転、譲渡、売買、贈与を無効とするために、債権者を害することを要求した。それ故、債権者が詐害行為の存在を証明しなければならず、その立証により蒙った損害の賠償が可能となる」（J. Bédarride, Traité des faillites et banqueroutes, ou commentaire de la loi du 28 Mai 1838, 4e éd., t.1, Durand Libraire, Paris, 1862, n°101）と述べていた。

（12）Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°563 ; G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1214. もっとも、Bravard, Renouardは、一七〇二年王令も全てのparlementで登録されていたわけでなかったようだと述べている、Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.212, note (1); Renouard, op. cit. 9, t.1, p.345.

（13）Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.210-211.

（14）E.Thaller, op. cit. 4, t.1, n° 108.

（15）Locré, op. cit. 11, t.3, p.89-90.

（16）Locré, op. cit. 11, t.3, p.90.

（17）Locré, op. cit. 11, t.3, p.90.

（18）G. Baudry-Lacantinerie, P. de Loynes, Traité théorique et pratique de droit civil du nantissement- des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée, 3éd., t2, L. Larose & Forcel, 1906, n°1429.

（19）A. M. Demante et E. Colmet de Santerre, Cours analytique de code civil, t.9, E. Plon et Cie, 1880, n°120 bis. II. フランスにおける登記登録制度は、大革命時代に登簿に関する法制は飛躍的な発展を遂げ、著しく整備されたとされる、星野英一「フランスにおける不動産物権公示制度の沿革の概観」『民法論集第二巻』八頁（有斐閣、一九七〇年）。同論文によると、フ

ランス全土に渡る最初の法は共和暦三年収穫月九日（一七九五年六月二七日）の抵当権法（Décret concernant le Code hypothécaire）である。当該法は抵当権につき種々の大胆な改革を行い、中でも登記に関連する改革として、抵当権の設定等につき抵当権保存吏のもとにある帳簿への登記（inscription）を有効要件とすることが含まれていたものの、施行が無期延期となった。しかし、共和暦七年霧月一一日（一七九八年一一月一日）抵当権貸付法（Loi de crédit hypothécaire）は無期延期とされた共和暦三年収穫月九日抵当権法の改革を確認した上、抵当権保護の目的を達成するためにさらに一歩を進めて、所有権と、抵当権の目的となる不動産物権（droit réel susceptible d'hypothèque）との移転の証書のすべてを謄記（transcription）させ、謄記なしには第三者に対し権利変動の効力を主張することができないと規定した。又、同年風月二一日（一七九九年三月一一日）の、抵当権の保存に関する法律（Loi relative à l'organisation de la conservation des hypothèques）は、登（謄）記の組織を定めた。

（20）G. Baudry-Lancantinerie, P. de Loynes, op. cit. 18, t2, n°1561.
（21）G. Baudry-Lancantinerie, P. de Loynes, op. cit. 18, t2, n°1561.
（22）起草者の説明によれば、民法二一四六条起草にあたり、立法過程でいかなる異議も生じなかったとされる。Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la france, t.16, Treuttel et Würtz, Librairies, 1829, p.76.
（23）G. Baudry-Lancantinerie, P. de Loynes, op. cit. 18, t2, n°1561.
（24）Locré, op. cit. 11, t.3, p.90.
（25）Locré, op. cit. 11, t.3, p.90-91.
（26）Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la france, t.19, Treuttel et Würtz, Librairies, 1829, Procès-verbal du 26 février 1807 (p.91-96).
（27）Locré, op. cit. 11, t.3, p.91-96.
（28）Locré, op. cit. 11, t.3, p.95-96.
（29）Locré, op. cit. 11, t.3, p.96.
（30）Locré, op. cit. 11, t.3, p.96-97 (Regnaud de Saint-Jean-d'Angely).
（31）Locré, op. cit. 11, t.3, p.96 (L'Archichancelier).

(32) Locré, op. cit. 11, t.3, p.96 (Bigot-Préameneu).
(33) Locré, op. cit. 11, t.3, p.68. 本文中に挙げた翻訳は仮訳にとどまる。
(34) 後に述べる通り、破産開始の時点をいつと理解するかについて大問題が生じた。
(35) 第一草案では、有償であっても不動産上の権利移転は法律上当然無効になるとされていた。しかし、最終的に、法律上当然無効は無償の場合に限定された。その理由は、取引の相手方が債務者の財務状態につき善意であるときは、法律上当然無効になる可能性も知ることができず、善意の第三者を罠にかけるようなものであると評され、債務者にとっても、破産直前の資金調達を妨げられ、結局取引当事者いずれにとっても不公平な結論がもたらされると考えられていたからである。従って、有償譲渡を詐害行為として無効とするには、四四五条、又は四四七条に基づき、詐害行為の立証が必要とされる。Locré, op. cit. 11, t.3, p.129-130.
(36) Locré, op. cit. 11, t.3, p.86-87.
(37) Locré, op. cit. 11, t.3, p.86.
民法典の法文を挙げておく。邦訳にあたり、田中周友ほか『現代外国法典叢書（一六）佛蘭西民法［Ⅲ］』（有斐閣、復刊版、昭和三一年）を参考にした。

民法典一三五〇条
法律上の推定とは特別の法律が一定の行為又は事実に付与するものを言う。次のものを行為又は事実とする。
1　本法がその性質上その規定を潜脱して為されたと認められることを理由に無効と宣言する行為。
2　本法が一定の事情に基き所有権又は免責が生ずることを宣言する場合。
3　本法が既判の事項に付する権威。
4　本法が当事者の自白又はその宣誓に付する効力。

民法典一三五二条
法律上の推定はその利益を受ける者から全ての証明を免責する。
本法がその推定に基き一定の行為を無効と宣言し又は裁判上の訴を許さないときは本法の推定に反する証明を許さな

い。但し法律が反証を留保したときはこの限りでない。裁判上の宣誓及び裁判上の自白に関する規定はその適用を妨げない。

民法典一三五三条

本法が定めない推定は判事の識見に依る。判事は本法が証人訊問を許すときに限り重要、明白かつ合致する推定のみを許すことができる。但し、その行為が詐害又は詐欺を理由に非難されるときはこの限りでない。

（38）商行為については、商法典六三一条－六三三条に定めがある。Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la france, t.20, Treuttel et Würtz, Librairies, 1830, p.10-12.

邦訳にあたり、小野木常『現代外国法典叢書佛蘭西商法［Ⅱ］』（有斐閣、昭和一五年）を参考にした。

商法典六三一条

次の行為を法律上商行為とみなす。

現物で又は加工後転売の目的でする全ての購入。賃貸のためにする購入もまた同じ。

製造、仲立、陸運又は水運の全ての請負行為。

供給、代理に関する全ての請負行為、営業所、競売所、興業所の全ての設置行為。

両替、銀行及び仲立の全ての業務行為。

公の銀行の全ての業務行為。

商人、銀行家間における全ての義務負担行為。

全ての者の間における手形取引、場所を限定しない資金預かり行為。

商法典六三三条

次の行為も法律上商行為とみなす。

国の内外を問わず航海の為にする船舶の全ての建造、売買及び転売に関する請負行為。

全ての海上運送。

船具、船舶属具及び補給品の全ての売買。
全ての傭船契約、冒険貸による金銭の貸借。
海商に関する全ての保険その他の契約。
船員の給料に関する全ての合意及び契約。
全て商船の乗組員の雇入。

(39) Locré, op. cit. 11, t.3, p.133-134, p.44-45. これに対しては、裁判所により、民事取引であると偽装することで商事法での不利な推定を免れる者が出る可能性があると指摘された。起草者は、このような場合には、詐害行為の立証が必要であるものの、民事取引も適用対象とする四四七条により無効にできるとする。Locré, op. cit. 11, t.3, p.134.

(40) Locré は「法律上の推定は、欠くことができないほど必要な、狭く制限された範囲内でしか正当かつ有益でない」と述べている。Locré, op. cit. 11, t.3, p.148.

(41) Riom 控訴院の意見は次の通りである。「《弁済期の到来していない債務》の文言は規定から削除すべきように思われる、というのは、債務者に、他の債権者を害して一人または複数の特定の債権者を利する権限を付与し、他の弁済期の到来した債権は弁済を受けないか、弁済額が減らされるのに、一人または複数の特定の債権には弁済できるとすることは、詐害行為の戸を開けることになるからである」Locré, op. cit. 11, t.3, p.142.

(42) 期間短縮は債務者の破綻から一部の債権者を守ることにつながるので、債務者が一部の債権者を利する行為と同視され得る。Locré, op. cit. 11, t.3, p.143, 146.

(43) Locré, op. cit. 11, t.3, p.137-138.

(44) Locré, op. cit. 11, t.3, p.137-139. 四四五条は反証を許す規定であると理解されていたようである。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.346参照。

(45) Locré, op. cit. 11, t.3, p.103. 有償契約の場合、詐害の意図には債務者の詐害の意図と取引の相手方の詐害の意図（共謀）の二つが必要である。Locré, op. cit. 11, t.3, p.103.

(46) 邦訳にあたり、川上太郎ほか『現代外国法典叢書（一八）佛蘭西民法［Ⅴ］財産取得法（四）』（有斐閣、復刊版、昭和

三一年）を参考にした。

民法典二一三四条

債権者間においては、抵当権の順位は、法定抵当たると裁判上の抵当たると、約定抵当たるとを問わず、本法所定の方式及び手続に従い債権者が保存登記簿に登記した日を以て之を定める。但し、以下に規定する例外の場合はこの限りでない。

この問題を考える際に、起草者が何故この規定を問題発生の根拠として挙げたのか、不思議に思われた。確かに、この規定を現在のように競合する債権者間における優先劣後を登記の順で決定する旨定めたものと理解すると、この規定を挙げた意味が分からない。しかし起草者はこの規定を、登記の有無と抵当権の効力の問題を直結させるものとして理解していたようである。そのように理解すると、民法典二一四六条と併せて理解することで、本文中の問題が生じ得る。A.C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.396参照。

(47) Locré, op. cit. 11, t.3, p.77-79.

(48) Agen 控訴院は「その（登記の）遺漏が評判の良い商人の信用を失墜させないといった心情的に悪くない繊細な理由によっており、遺漏が先に謄記されるリスク負担をすることにより既に十分に罰せられていたとすれば、ほとんど徴税に近い手続の単なる遺漏で、なぜ債権者から権利保存のための権利を奪うのか?」と述べていた。Locré, op. cit. 11, t.3, p.78.

(49) Locré, op. cit. 11, t.3, p.78.

(50) Locré, op. cit. 11, t.3, p.78-79.

(51) Locré はここでの問題は「一〇日より前に（先取特権、抵当権を）取得していたが登記はその後にしかされなかったときに、登記に服する先取特権及び抵当権を無効にするかどうか」であるとした上で、「前に取得していたが適時に登記されなかったもの（先取特権、抵当権）が必ずしも有効であるとは限らない」と述べている。Locré, op. cit. 11, t.3, p.77-78.

(52) 例えば、一部の先取特権には適用がないとか（不動産売買の先取特権について、J.-C. Persil, Résime hypothécaire ou commentaire sur le XVIII titre du livre III du code civil, relative aux privilèges et hypothèques, 4éd., t2, Libraire de la cour de cassation, Paris, 1833, p5 et suiv.）、商法典四三三条は民法典二一四六条を廃止したと解釈する等（Bravard-

Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.288-289, note (1)）である。尚、注（75）参照。

（53）Locré, op. cit. 11, t.3, p.38-39.

（54）Locré, op. cit. 11, t.3, p.37-38; G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1214.

支払停止とは、破産状態を構成するもので、破産状態となるために、停止はいくつかの弁済ではなく、弁済一般に及ばなければならないとされる。特別な理由によって、また個別の紛争のせいで、いくつかの弁済が拒否されることは、定期的に契約全部の履行を続ける商人の破産を構成しない。同様に、いくつかされた弁済が、破産を生じさせるのを妨げない。Renouard, op. cit. 9, t.1, p.234.

一六七三年オルドナンスでは一定の徴憑から支払停止の事実を特徴付けようとしていた。一八〇七年法でこの方式を四一条第一文で受け継いだが、第二文で「支払停止または破産宣告があるとき破産開始を証明する」としたため、その徴憑としての明確さが失われた。そこで、第一文列挙の事実以外でも支払停止を認め得るかが問題となり、裁判所はこれを認めていた。Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°179 ; Renouard, op. cit. 9, t.1, p.346.

（55）破産が宣言判決二九年前に開始していたと宣言することもできたといわれる。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.346.

（56）実際、しばしば判決の日よりも数年前に支払停止を繰り延べることがあったと言われる。Renouard, op. cit. 9, t.1, p.346-347.

（57）フランスで初めて破産状態に置かれた債務者からその財産管理処分権を奪い、財産管理人（curateur）に帰属させる慣習法を成文法の型で確認したのは、Parlement de Provence の一七一四年一〇月一五日法である。Claude Dupouy, Le droit des faillites en france avant le code de commerce, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960, p.112.

（58）Locré, op. cit. 11, t.3, p.60; Renouard, op. cit. 9, t.1, p.291; Lyon-Caen et Renault, op. cit. 4, t.7, n°196 ; Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°89.

（59）Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°94. 破産者の管理処分権喪失は立法当初こそ破産者の無能力に類似すると説明されていたが、その後フランスでは破産の日以降の破産者の管理処分権喪失の法的性質を、詐害行為の反証を許さない絶対的推定であると説明してきた。Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°95 ; Bédarride, Traité du dol et de la fraude en matière civile & commerciale, 4e éd., t2, Libraire Marescq Aîné, Paris, 1887, n°722. 破産の

日以前の期間の債務者の行為の無効と破産の日以降の破産者の管理処分権喪失は、債務者（破産者）の財産保全という共通の目的を有しているのだから同じ法的基礎に依拠していると理解することが好ましく、この説明方法によれば、両者を詐害行為の法律上の推定という統一的な根拠による説明が可能になる利点があった。Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°95bis. しかし、一八八三年イギリス法での信託的な所有権移転との法的構成に触れた後、ドイツ法による破産者財産全体に対する債権者団による法定抵当権取得との解釈に接し、ドイツ法的に理解することが一般的になった。Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°483-483bis.

（60）G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1214; A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.292; J. Bédarride, op. cit. 11, t.1, n°76; Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.77-78, p.212.

破産者の管理処分権喪失を支払停止時から開始させる法制度は、後の論者の批判の対象となった。その批判の直接の対象はもっぱら、次注で述べる通り、適用の結果生じる厳格な効果に対するものであったが、その理論的根拠にも及んでいた。一八〇七年法起草者は、破産者の管理処分権喪失は破産開始判決の効果でないことを明言していた（一八〇七年法四四二条は、破産者は「破産の日」つまり支払停止日から「法律上当然に」すべての財産の管理処分権を喪失する旨定めている）。Locré, op. cit. 11, t.3, p.68. 当時のある論者は、一八〇七年法下における破産者の管理処分権喪失の根拠につき、破産の原因たる支払停止以降債務者が行った財産管理に対し、法が不当な財産管理であるとの擬制を及ぼした、と説明する。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.292, 347. また別の論者は、破産を構成するのは支払停止だから、破産の根拠たる支払停止の事実に破産者の処分権喪失の効果を法が付与した、と説明する。J. Bédarride, op. cit. 11, t.1, n°76. これらに対し、後の論者は、破産者の管理処分権喪失は論理的には破産宣言判決の効果とすべきとして、次のように述べている。「表面上は非常に論理的に見える。というのは、支払停止が破産の基礎であって、効果はその原因に結び付けるしかなさそうだからである。しかし、実際はほとんど合理性を欠く。実際、支払停止は、支払停止というだけではそれ自体破産状態にない。支払停止は判決により宣言される範囲でのみ破産となる。直接破産を生じさせるのは宣言判決であって、支払停止ではない。支払停止に唯一その性質を付与するのが宣言判決である。それ故、破産の帰結である処分権喪失が論理的に開始するのはもっぱら破産宣言判決の日からである。」Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.77-78.

（61）裁判所は、四四一条四四二条を文言の一般的解釈に沿って理解すれば絶対的無効の範囲が拡大しすぎる結果となること

に危機感を抱き、裁判例により修正を加えていた。その手法は次の通りである。裁判所はまず、四四二条の「破産の日」の文言の曖昧さを利用し、債務者がその財産の管理処分権を法律上当然に喪失するのは（dessaisissement de plein droit）、「破産開始」すなわち支払停止からではなく、破産宣言判決からであるとした。そして、支払停止以降宣言判決までの間に債務者がした行為については、債務者は事実に応じて管理処分権喪失（dessaisissement de fait）するとして、取引の性質や、債権者団に対して有害であるかどうか、債務者の取引の相手方が管理処分権喪失を知らずに善意でしたかどうかにより、その取引の効果を維持させていた。G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1214; A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.347; J. Bédarride, op. cit. 11, t.1, n°77; Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.78. これら事実上の管理処分権喪失の検討要件は詐害行為を理由とした無効要件と一致している。このことは、フランスでは破産前後の時期の債務者の行為の無効を詐害行為で一体的に説明してきたことを如実に示すものであろう。

いくつかの裁判例の後に、破棄院は破産開始を七年遡及させる事案である一八二三年五月二八日判決でこのシステムを採用するに至った。しかし、このような一連の裁判例に対しては、規定の本来の意味に反しているとか、もはや法解釈を逸脱し、新たな立法に等しいとか、法文の自然な文言が変更されれば、結論に対して訴訟が増えるとか、また恣意的であるといった批判が展開されていた。G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1214; A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.347-349; Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°564.

（62）政府提案草案に対し、代議院が修正を加えた後の草案を第一草案とした。但し、四四四条については本文で述べる通り、更に修正が加えられた。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.350-351. 本文中に示した翻訳は仮訳にとどまる。

（63）四四一条によれば、破産宣言判決は、商法典四二条が定める方式に従い判決地及び破産者が営業所を有する全ての地の新聞に掲載する。

（64）これらに加えて、破産は支払停止にその本質があるとみなす旨定める四三七条を採択した。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.351.

（65）起草者は消極的証明は無理であると断ったうえで、ここでの取引の相手方側の証明の対象はただの善意ではないとする。それによると、債権者側の責任は支払停止が公知であると宣言する裁判で十分果たされ、これに対し相手方は自分が他人が周知の事実を知らない例外的地位に置かれていることを証明すれば良いと説明する。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.351-

357.

（66）G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1215.

（67）G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1215 ; A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.349-356.

（68）この規定は債務者の取引の相手方に対して、債務者の悪い状態について知らないはずであるとの善意の推定をするものだと評されている。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.356-357.

（69）一八三五年三月二八日政府原案及び代議院修正後第一草案貴族院付託。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.357-359; Archives Parlementaires de 1787 à 1860, t.93, Librairie Administrative Paul Dupont, 1908, p.610-611, 613-615参照。

（70）一八三六年五月一〇日貴族院修正案提出。貴族院修正案は、代議院での修正後貴族院に付託された第一草案と、規定の順番及び細部以外の点はほとんど変わらなかった。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p. 360-361; Archives Parlementaires de 1787 à 1860, t.103, Librairie Administrative Paul Dupont, 1908, p.390参照。

（71）A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p. 360-361. Archives Parlementaires de 1787 à 1860, op. cit. 70, t.103, p.399-401参照。尚、本文中に示した訳は仮訳にとどまる。

（72）一八三七年一月一七日新政府草案貴族院付託、一八三八年一月一五日貴族院での審議後新政府草案代議院付託。Archives Parlementaires de 1787 à 1860, t.106, Librairie Administrative Paul Dupont, 1908, p.443-444 ; Archives Parlementaires de 1787 à 1860, t.115, Librairie Administrative Paul Dupont, 1908, p.13-14参照。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.361.

（73）A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.361-362.

（74）Archives Parlementaires de 1787 à 1860, op. cit. 72, t.106, p.439-440参照。尚、破産開始を支払停止が公知となった日に遡及させていた第一草案四四三条を復活させるべき旨の意見が、これを否定した新政府草案（新政府草案四四一条にかかわる）が貴族院で審議され、代議院に付託された後にもなお、代議院で主張された。それに伴い、破産宣言判決、支払停止の効果に関する議論が再燃したが、最終的には支払停止が公知であるかどうかは本質的に相対的であるとの理由で採用されず、破産宣言判決、支払停止の効果に関する議論も収束した。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.362.

（75）一八〇七年法の制度の下でも、一部の先取特権及び法定抵当権については、民法二一四六条、商法典四四三条が存在す

るにもかかわらず、破産開始前一〇日より後であっても登記できると理解されていた。Bédarride, op. cit. 11, t.1, n°127.

(76) 第一草案四四六条に相当する。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.396.

(77) A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.396-397.

(78) Archives Parlementaires de 1787 à 1860, t.117, Librairie Administrative Paul Dupont, 1908, p.351-352. 一八三八年三月三〇日提出。本文中に示した翻訳は仮訳にとどまる。後の一八三八年四月二日、更に複数の委員（Mayet-Genetry, Lavielle）がそれぞれ別個の案を提出した。

(79) A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.397-398; Archives Parlementaires de 1787 à 1860, op. cit. 78, t.117, p.479.

(80) 登記の無効規定挿入に対して反対する立場の論者は、従前のParisの裁判例との比較においても、修正案は非常に厳しいとの認識を示している。Paris裁判所では、一八〇七年法の下で破産開始（ouverture de la faillite）を破産宣言判決時と理解していたため、破産者が処分権喪失するのは破産宣言判決からであり、また既存の債務に対する抵当権設定、抵当権登記が一八〇七年法四四三条で無効とされるのは、破産宣言判決前一〇日間内に設定、登記された時に限られていた。

(81) この議論の詳細については、Archives Parlementaires de 1787 à 1860, op. cit. 78, t.117, p.351-355, p.401-406を参照。

(82) 四四六条の当然無効が適用される担保権設定は、既存の債務に対する担保設定に限られる。既存の債務に対する担保設定以外は四四七条の問題となる。

(83) Archives Parlementaires de 1787 à 1860, op. cit. 78, t.117, p.351-355, p.401-406を参照。

(84) 邦訳にあたり、次の文献を参考にした。小野木常『現代外国法典叢書（二〇）佛蘭西商法［Ⅱ］』第三編二〇－二七頁（有斐閣、復刊版、昭和三二年）。

一八三八年フランス商法典成立以後現在まで商法典は複数回改正されているが、債務者破産前後に債務者がした行為の無効に関する大まかな枠組みは現在でも維持されている。但し、既に述べた通り（参照：前掲注2）疑わしき期間無効の存在意義は一九八五年法により大幅な変革を受けたと言われている。

四四八条に関して言えば、一九五五年法改正で法条が替わり四七九条となった。その際、一八三八年法制度を基本的に引き継ぎつつも、細部でいくつか修正されている。すなわち、疑わしき期間が支払停止前一〇日から一五日に拡大され、質権（nantissements）が抵当権（hypothèques）、先取特権（privileges）と同様に扱われるよう規定された。フランス国

外で担保を取得し、あるいは取得した権利を登記した場合に、距離に比例していた（担保設定後の公示具備猶予期間）期間の増加が一律三〇日とされた。更に効果についても、無効（nullité）から債権者団に対して対抗できない（inopposabilité à la masse）に代えられた。尚、この規定（一九五五年改正後四七九条二項）は一九六七年法改正で削除された。

(85) この一〇日の期間は、一〇日に意味があるのではなく、単なる慣習によるものであると説明されている。G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1215.

(86) 四四六条の法律上当然無効は、無償譲渡または無償譲渡類似行為に適用されることから、これらの行為を法律上当然無効とすることについては、草案審理中誰も異論を唱えなかったと言われる。但し、支払停止前一〇日の期間を含むことについての是非については議論が生じた。A.-C. Renouard, op. cit. 9, t.1, p.364.

(87) G. Massé, op. cit. 4, t.2, n°1216.

(88) Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°570-570ter ; E.Thaller, op. cit. 4, t.1, n°107.

(89) Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.205-207.

(90) 代議院における前述 Quenault の報告参照。Recueil Général des Lois et des Arrêts 1838, Lois et Décisions diverses, p.308, note (1); Archives Parlementaires de 1787 à 1860, op. cit. 78 t.117, p.351-355, p.401-406も参照。

(91) Bédarride, op. cit. 59, t2, n°724; Bédarride, op. cit. 11, t.1, n°128.

(92) Bravard-Veyrières, par Ch. Demangeat, op. cit. 5, t.5, p.291.

(93) Thaller et Percerou, avec Desserteaux, op. cit. 4, t.1, n°735.

※本稿は、北海道大学博士（法学）学位論文「対抗要件否認規定の有害性について」（二〇一一年三月二四日授与）を加筆・修正したものである。加筆・修正にあたっては、北海学園大学平成二六年度学術研究助成（研究課題「否認権根拠に関する基礎的研究―フランス倒産法との比較法的視点から―」）の支援を得た。

判例研究

民事判例研究

橋本　伸

委託者指図型投資信託の受益権の共同相続において、共同相続人の一人が相続開始後に発生した元本償還金および収益分配金を原資とする預り金の自己の相続分に相当する金員の支払を請求できないとされた事例

最高裁平成二六年一二月一二日第二小法廷判決
民法四二七条、八九八条、八九九条、投資信託及び投資法人に関する法律六条三項
平成二四年（受）第二六七五号　相続預り金請求事件
判時二二五一号三五頁、金法二〇一四号一〇四頁

《事実》

Aは、平成八年一〇月に死亡した。Aの法定相続人は、その子どもであるX、B、Cの三名であり、その法定相続分は各三分の一である。Aは、その死亡時に、販売会社であるD証券会社（その後、D証券会社はYに吸収合併される）から購入した複数の投資信託（以下「本件投資信託」という）に係る受益権（以下「本件受益権」という）を有していた。Aの相続開始後である平成八年一一月から平成一〇年九月までの間に発生した本件投資信託の収益分配金および平成一六年に発生した本件投資信託の元本償還金は、D証券又はYの亡A名義の口座に預り金として入金された（総額二三四九万五五〇九円。なお以下この預り金を「本件預り金」といい、その返還を求める債権を「本件預り金債権」という）。Xは、本件投資信託あるいはこれが転化した上記預り金債権がいずれも可分債権であるから法定相続分に相当する三分の一を当然に分割取得したとして、Yに対して、本件預り金の三分の一にあたる金員（七八三万一八三六円）およびこれに対する平成二二年一二月二一日（訴状送達の日の翌日）から支払済みまで民法所定年五分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

第一審（徳島地判平成二三年一二月二二日金法二〇一四号一一〇頁）は、相続財産の性質については「相続開始時」を基準に判断すべきであり、本件受益権が、単純な金銭債権ではないから、各相続人がこの受益権を準共有すると述べた上で、現時点で預り金債権という「金銭債権に転化したからといって相続開始時に遡って金銭債権となるわけではないから、この預り金債権は、相続開始によって当然に分割される可分債権ではない。」と判示して、Xの請求を棄却した。

原審（高松高判平成二四年九月一一日金法二〇一四号一〇七頁）も、第一審と同様に、「相続によって当然に分割される可分債権か否かについては、相続開始時において判断すべきと解するのが相当である」と述べた上で、「Aの相続開始時において、本件投資信託は可分債権ではなく、遺産分割の対象たるAの相続財産を構成していたということができるところ、その後、本件投資信託が満期償還によって転化した預かり金債権についても、本件投資信託に代わるいわゆる代償財産として、当該遺産分割の対象となるものと解するのが相当である。」と判示して、Xの控訴を棄却した。

これに対しXは、本件受益権がAの相続開始後に金銭債権である本件預り金債権になった以上、本件預り金債権は当然に相続分に応じて分割されるとして、上告した。

《判旨》

上告棄却。

「本件投信受益権は、委託者指図型投資信託（投資信託及び投資法人に関する法律二条一項）に係る信託契約に基づく受益権であるところ、共同相続された委託者指図型投資信託の受益権は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはないものというべきである（最高裁平成二三年（受）第二二五〇号同二六年二月二五日第三小法廷判決・民集六八巻二号一七三頁参照）。そして、元本償還金又は収益分配金の交付を受ける権利は上記受益権の内容を構成するものであるから、共同相続された上記受益権につき、相続開始後に元本償還金又は収益分配金が発生し、それが預り金として上記受益権の販売会社における被相続人名義の口座に入金された場合にも、上記預り金の返還を求める債権は当然に相続分に応じて分割されることはなく、共同相続人の一人は、上記販売会社に対し、自己の相続分に相当する金員の支払を請求することができないというべきである。

これを本件についてみると、共同相続された本件投信受益権につき、亡Aの相続開始後に元本償還金および収益分配金が発生して預り金として本件投信受益権の販売会社であるB証券又はYにおける亡A名義の口座に入金されたものであるところ、共同相続人の一人であるXは、Yに対し、当然には自己の相続分に相当する金員の支払を請求することができない。」

《評釈》

一　はじめに――本判決の意義および問題の所在

（1）本判決の意義

本判決は、委託者指図型投資信託の受益権（以下、「投信受益権」という）につき、相続開始後に元本償還金又は収益分配金が発生し、預り金として上記受益権の販売会社における被相続人名義の口座に入金された場合に、共同相続人の一人が自己の相続分に相当する金員の支払を請求することができないと判断することにより、預り金債権が共同相続人に相続分に応じて当然分割帰属しないとの立場を示した点に意義がある。

投信受益権の共同相続における帰趨が問題となった最高裁判決は、本件を含め二件ある。すなわち、最高裁として初めてこの問題について判断を下したのは、最判平成二六年二月二五日民集六八巻二号一七三頁（以下、「二月判決」という）であり、本判決は、これに次ぐ、二件目の最高裁判決である（ただし、前者は投信受益権それ自体の帰趨を扱い、後者はそこから派生

する支分権を扱った点で異なる）。もっとも、本判決は、結論を導く際の具体的な理由ないし論理を示しておらず、検討の余地を残している。

（2）問題の所在

ところで、民法は、相続人が複数である場合、相続開始から遺産分割までの間、相続財産がその「共有」に属すると規定しており（民法八九八条）、そして従来、同条の「共有」の法的性質をめぐって議論が展開されてきた。すなわち、学説では共有説と合有説が対立しており（両説の整理としては、さしあたり松倉耕作「共同相続財産の『共有論』と債務責任」加藤一郎＝米倉明編『民法の争点Ⅰ』（有斐閣、一九八五）二四〇頁以下を参照）、かつては合有説が支配的であったものの、戦後の民法改正による九〇九条ただし書の導入や制度的インフラの問題（この点、藤原正則「ドイツにおける相続預金の法制度および実務」金法二〇三五号（二〇一六）四六頁以下は、ドイツ法では相続債権者を保護するために合有説がとられていると指摘する一方で、それにより生じる不都合な点〔例えば、相続人の生活費のための預金の払戻し〕を回避するための制度的インフラ〔例えば、相続権とその範囲に関する公的文書である相続証書の発行〕が用意されており、また予防法学〔例えば、配偶者間で利用される連帯債権口座〕も発達していると述べる。なお、わが国の制度的インフラの問題一般については、水野紀子「日本相続法の特徴について」同編著『信託の理論と現代的展開』（商事法務、二〇一四）一九五頁、特に二〇〇頁以下も参照）もあってか、その後は共有説が多数説化しており、判例も大審院および最高裁を通じて一貫して、共有説を採用してきたことは周知の通りである（例えば、最判昭和三〇年五月三一日民集九巻六号七九三頁〔相続財産である不動産を共同相続人間で分割する方法について争われた事案〕は、「遺産の共有及び分割に関しては、共有に関する民法二五六条以下の規定が第一次的に適用」されると判示した）。従って、判例の立場によれば、遺産共有における法律関係は、民法二四九条以下の規定に従って処理されることになる（ただし、遺産分割手続を除く〔民法九〇六条、家事事件手続法一九一条〕）。

もっとも、共有説を採用した結果として、相続法は多くの問題を抱えることになった。その一つが、本件事案とも関連する《可分債権の共同相続》の問題である。というのも、「債権の共同帰属」については、債権総則中の「多数当事者の債権関係」に関する規定（民法四二七条以下）が適用されるため、当該債権が相続開始と同時に相続分――それが法定相続分であるのか具体的相続分であるかについては争いがあるが――に従い分割

され（民法四二七条）、各共同相続人に当然に帰属すると解されるからである（後述する⑩判決〔最判昭和二九年四月八日〕）。

しかし、こうした取扱いは遺産分割手続を空洞化し、何ゆえ遺産分割手続なしに遺産を分割することが認められるのかという問題を提起し、学説ではこうした判例の立場に対する批判的見解が（合有説を支持するか否かは措くにしても）有力となっている。

ところで、従来この可分債権の共同相続の問題は、金銭債権、とりわけ預金債権を中心に展開されてきたが、近年、本件でも問題となった投資信託――投資信託とは、「投資者の資金を主として有価証券等に対する投資として集合して運用し、その成果を投資者に分配する制度」（投資信託及び投資法人に関する法律〔以下、「投信法」という〕一条）であり、集団的投資スキームの一種である――が議論の俎上に載せられ始めている。というのも、投資信託は、金銭的価値を有する点で預金債権と類似する側面を有する一方、預金債権とは異なり、解約時期が遅れると金銭価値が大きく下落し、それにより投資信託の販売店である銀行等が損害賠償責任を負わされる可能性があり、その意味で、預金債権以上に注意深く扱われなければならない側面を有しているからである（堂園昇平「判批」金法一九二九号（二〇一一）六七頁以下参照。また実務上の問題点については、堂園昇平ほか「〈座談会〉相続時における投資信託の取扱い」銀法六八七号三頁以下、六八八号二二頁以下（二〇〇八）も参照）。

以上の点を念頭に置いた上で、以下では、投信受益権の共同相続（二）およびより一般的な可分債権の共同相続（三）に関する従前の判例・裁判例および学説を概観した上で、本件預り金債権の帰趨について検討し（四）、最後に本判決の射程について検討する（五）。

二　投信受益権の共同相続に関する裁判例・判例および学説

（1）裁判例

まず投資信託の共同相続の帰趨をめぐる従来（二月判決以前）の下級審裁判例に一瞥を与えると、本件のような預り金債権に関するものはみられず（ただし、その前提となっている収益分配金請求権に関する裁判例は一件〔後述⑥判決〕ある）、主たる紛争は、販売会社に対する投信受益権の解約実行請求権ないし解約金支払請求権に関するものであった（六件）（なお、従来の下級審裁判例を詳細に分析したものとしては、中田裕康「投資信託の共同相続」『民事判例Ⅵ』（日本評論社、二〇一三）六頁以下がある）。

より具体的に従来の裁判例をみると、(i) 単独行使を肯定

するもの（①大阪地判平成一八年七月二一日金法一七九二号五八頁〔ＭＭＦおよびＭＲＦの共同相続人の一人が販売会社〔証券会社〕に対して自己の相続分〔四分の一〕に相当する換価代金の支払を請求した事案。ただし、振替制度移行前のもの〕）と（ⅱ）否定するもの（②熊本地判平成二一年七月二八日金法一九〇三号九七頁〔ＭＲＦおよび外国投資信託の一部の共同相続人〔一一名〕が販売会社〔証券会社〕に対して彼らの相続分〔四分の三〕の金員支払を求めた事案〕、③福岡高判平成二二年二月一七日金法一九〇三号八九頁〔②判決の控訴審判決〕、④大阪地判平成二三年一月一七日〔未公刊〕、⑤福岡地判平成二三年六月一〇日金法一九三四号一二〇頁〔ＭＲＦおよび国債の一部の共同相続人〔二名〕が販売会社〔証券会社〕に対して彼らの相続分〔各三分の一〕の金員支払、および被相続人の預託金返還請求権の相続分に応じた支払を求めた事案〕、⑥大阪地判平成二三年八月二六日金法一九三四号一一四頁〔公社債投資信託の一部の共同相続人〔二名〕が販売会社〔証券会社〕に対して彼らの相続分〔各六分の一〕の換価金の支払を求めた事案〕）に分かれている。

まず（ⅰ）（肯定する判決）からみると、①判決は、受益証券の準共有を前提とした上で、解約実行請求権等の分割帰属を肯定するものであり、その根拠として（ア）（販売会社と受益者との間の）取引約款に、混蔵保管する当該銘柄の受益証券に対して共有権ないし準共有権を有する受益者は、有価証券の預かり又は返還について、他の受益者と協議を要しないことを受益者が同意したものとして取り扱うと定められていること（なお、この点は、振替制度移行前の受益証券が発行され、それが販売会社等で保護預りされていた当時の状況を前提としている点に留意）、（イ）投資信託約款に、受益権の返還請求は信託契約の一部解約実行の請求とみなされると定められていること、（ウ）投資信託の買付単位は一口一円であり、一口単位で解約請求できることなどを挙げる。

これに対し、（ⅱ）（否定する判決）の論理は、投信受益権が共同相続によって当然に分割帰属しない（もっとも、表現方法は一様ではない。例えば、③判決は、明確に「性質上明らかに不可分債権」であるとし、⑤判決は、「性質上、可分債権であるとみることはできない」とする。さらに、②判決はそもそも性質について言及しない〔これらの点の相違については、平林美紀「判批（③判決）」リマークス四五号（二〇一二）五八頁以下が詳しい〕）とした上で、共同相続人が準共有すると解する（なお、④判決は詳細不明）。その根拠としては、（ア）受益権には、単に解約請求権等にとどまらず、議決権・分配請求権を含むこと（②③判決）、（イ）各投資信託に係る約款上の規定等が存在すること（⑤判決）、（ウ）投資信託法六条

七項が準用する信託法一九三条本文が準共有を前提とすること（⑥判決）が挙げられている。

もっとも、信託受益権を準共有すると解したとしても、その先の問題――すなわち、解約実行請求権等の行使を共有物の管理行為（持分価格の過半数〔民法二五二条〕）と捉えるか、変更行為（全員の同意必要〔民法二五一条〕）と捉えるか――については、否定する裁判例の中でも分かれている。例えば、前者の立場（管理行為）をとる②判決は、（ア）個人が資産を投資信託の形で保有するか、現金、預貯金等の形で保有するかは資産の運用方法の相違であるにとどまり、投資信託の解約請求を行うことは資産管理の一内容とみることができること、（イ）投資信託につき常に相続人の一部による解約を認めないとすれば、相続人の中に解約に反対する者や所在不明の者がいるような場合には、投資信託を換金する手段が奪われることになることをその根拠に挙げる。他方で、後者の立場（変更行為）をとる③判決（⑥判決も傍論ながらこの立場をとる）は、（ア）投資信託の受益権の解約により投資信託自体が消滅することになるため、解約は管理行為にとどまらない処分行為であり各共有者は他の共有者の同意を得なければできないこと（民法二五一条、二六四条）、（イ）約款上も受益権の共有者の一部からの解約請求を認める規定が存在しないため、当事者の一方が数人ある場合には解約の解除はその全員からのみすることができると定める民法の原則（民法五四四条）が適用されること（この点は、⑤判決も同旨）をその根拠に挙げる。

このように従来の裁判例は、（a）投信受益権の可分性、（b）相続人の一人による解約実行請求の可否、（c）当事者に及ぼす影響の三点で評価が分かれていたといえよう（以上の点は、中田・前掲一四頁以下に負う）。

なお、収益分配金請求権に関する判決（⑥判決。厳密には被相続人が販売会社に対して有した預託金返還請求権の帰趨が争われた事案であるが、その預託金の中に投信受益権に係る分配金が入金されたため、その帰趨も問題となった）は、後述する⑫判決（最判平成一七年月九月八日）を参照して、「上記分配金は、本件受益権から生ずる法定果実に当たり、上記分配金の支払請求権は金銭債権であって可分債権であるから、本件共同相続人らは上記分配金の支払請求権を法定相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得したものと解される」と判示し、当然分割帰属性を肯定した。

（2）二月判決

このような下級審裁判例に対して、二月判決は異なる観点か

らアプローチを行った点で注目されている。二月判決は、MRF、国債、株式等の共同相続人らが、遺産分割審判によりそれらを共有取得（各四分の一）する旨の審判を得たのち、相続人の一人が他の共同相続人に対して共有物分割を求めたという事案である（つまり、下級審で問題となっていた解約実行請求権等は問題になっていない）。原審は、「本件国債等に基づく解約請求権等の受益権は、いずれもその性質上、可分債権に該当」するとして、投信受益権の当然分割帰属性を肯定し（ただし、根拠は不明）、共有物分割の必要性を否定した。これに対し、最高裁は、共同相続した投信受益権の単独行使の問題としてではなく、投信受益権の当然分割帰属性を直接に論じた。すなわち、本件投信受益権は「委託者指図型投資信託（投資信託及び投資法人に関する法律二条一項）に係る信託契約に基づく受益権であるところ、この投信受益権は、口数を単位とするものであって、その内容として、法令上、償還金請求権及び収益分配金請求権（同法六条三項）という金銭支払請求権のほか、信託財産に関する帳簿書類の閲覧又は謄写の請求権（同法一五条二項）等の委託者に対する監督的機能を有する権利が規定されており、可分給付を目的とする権利でないものが含まれている。このような上記投信受益権に含まれる権利の内容及び性質に照らせば、共同相続された上記投信受益権は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはないものというべきである。」。要するに、最高裁は、下級審裁判例とは異なり、投信受益権一般の分割帰属の問題として捉えた上で、共同相続人への当然分割帰属を否定した。その際に、権利の性質・内容が重視された。

(3) 学説

学説は、投信受益権が当然分割帰属するかについて見解が分かれている。その際の主たる考慮要素は、下級審裁判例と同様に、(a) 投信受益権の可分性、(b) 相続人の一人による解約実行請求の可否、(c) 当事者に及ぼす影響という三点である（学説については、山下純司「共同相続における財産権帰属の判例法理」金法二〇〇九号（二〇一五）五〇頁以下〔①〕も参照）。

当然分割帰属説は、(a) について、一口一円タイプの投資信託は金銭債権としての側面が強いこと、顧客の認識（投資信託の顧客にとっては販売会社である銀行との間でしか関係を持たないため、顧客は預金と同様の取扱いを想定していること）、口数による分割が不可能ではないこと、また (b) について、解約実行請求権は解約金支払請求権の手段的権利であること、

さらに（c）について、共同相続人全員の同意を得てしなければならないとすると、投資信託の換価が事実上凍結されることなどを指摘する（堂園ほか・前掲（下）二三頁以下〔森本哲郎および奥国範発言〕、奥国範「判批（③判決）」銀法七二三号（二〇一〇）四頁、松本光一郎「判批（③判決）」金法一九一二号（二〇一〇）六〇頁など）。この見解によれば、投信受益権の元本・配当等の金銭の給付に関わる部分以外の権利は、金銭給付を受けるための権利を保全・補強するための権利に過ぎないから、当然分割帰属性の判断において考慮されないことになる。

当然分割否定説は、（a）について、投信受益権には金銭的給付を目的としない権利（監督的機能を有する権利、解約権、議決権など）が含まれていることから、単純に金銭債権には還元できないこと、また（b）について、解約実行請求権は処分行為にあたるから共同相続人全員の同意が必要であること、さらに（c）について、単独行使を認めると自らの意思に反して解約を強いられる相続人が出てくることや販売会社に解約時期の遅れによる損害賠償責任のリスクが生じることなどを指摘する（渡辺隆生「判批（③判決）」金法一九〇七号（二〇一〇）四頁、潮見佳男「判批（二月判決）」金法二〇〇一号（二〇一四）七頁、奈良輝久「判批（二月判決）」法支一七五号（二〇一四）一〇二頁）。なお、当然分割否定説を原則としつつも、ある投資信託の商品設計において換価時期選択の自由の保障や普通預金類似の機能が重視されている場合には、「そのような商品設計をしつつ、設計思想に反する帰結しかとり得ないのは、妥当ではない」こと、および「預金類似の機能を持つ投資信託においては、投資信託委託業者・販売業者の負担は、預金債権が当然分割帰属とされる銀行等の金融機関の負担と大きく異なるものでもない」ことを根拠に、当然分割帰属を認められるべきと説く見解（中田・前掲一八－九頁）、さらに具体的な銘柄によって結論が異なるとする見解もある（村田渉「判批」金法一八三九号（二〇〇八）二八頁）。

ところで、本判決は、上記の二月判決を前提とした上で、預り金債権の当然分割帰属性を否定したものである。もっとも、このような本判決の帰結は、従来の可分債権の共同相続に関する判例法理との間で緊張関係を孕むものとなっている。その点を確認するために、以下では従来の可分債権の共同相続に関する判例・学説に一瞥を与えることにしよう。

三　可分債権の共同相続に関する判例・学説

（1）従来の判例

可分債権の共同相続に関してみると、判例は、大審院および

最高裁を通じて一貫して、当然分割帰属説を採用する。より具体的には次の通りである。まず（ⅰ）共同相続人の一人が債務者に対し自己の相続分に応じて履行の請求をすることができるか（対債務者関係）について、⑦大判大正九年一二月二二日民録二六輯二〇六二頁（生命保険金請求権の共同相続の事案）および⑧最判昭和二九年四月八日民集八巻四号八一九頁（不法行為に基づく損害賠償請求権の共同相続の事案）は、共同相続において金銭債権が法律上当然分割され、各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継するとの立場を示した。その際に、⑦判決は、民法四二七条の法意を根拠として挙げる。

次に（ⅱ）当該債権が遺産分割の対象となるか（共同相続人相互の関係）についても、⑨最判平成一六年四月二〇日判時一八五九号六一頁（共同相続人の一人であるYが相続財産中の郵便貯金を解約して払い戻しを受けた後、他の共同相続人XがYに対して自己の相続分に相当する金員につき、Yに対して不当利得の返還を求めた事案）は、⑧判決を前提とした上で、「共同相続人の一人が、相続財産中の可分債権につき、法律上の権限なく自己の債権となった分以外の債権を行使した場合には、当該権利行使は、当該債権を取得した他の共同相続人の財産に対する侵害となるから、その侵害を受けた共同相続人は、その侵害をした共同相続人に対して不法行為に基づく損害賠償又は不当利得の返還を求めることができるものというべきである」と判示し、遺産分割対象性を否定した（もっとも、松尾知子「判批（⑨判決）」民商一三二巻一号（二〇〇五）六八頁は、なお遺産分割の対象の余地があるとする）。

さらに、判例はこのような可分債権に関する考え方を（ⅲ）遺産の代償財産や（ⅳ）相続開始後に相続財産から生じる法定果実にも適用している。すなわち、（ⅲ）代償財産（売却による代金債権）に関する⑩最判昭和五二年九月一九日判時八六八号二九頁（共同相続人の一人Yは、他の共同相続人全員の合意を得た上で、遺産中の不動産を第三者に売却し、売買代金を受領し、その後他の共同相続人XはYに対して自己の相続分〔一二分の一〕に相当する金員の支払を求めた事案）は、共同相続人全員によって遺産に属する個別財産が処分された場合に、処分された財産が「遺産分割の対象たる相続財産から逸出する」として、代償財産についても、各相続人が「相続財産」としてではなく、「固有の権利」として当然に取得すると判示した（もっとも、⑪最判昭和五四年二月二二日判時九二三号七七頁〔共同相続人XらおよびYは、その全員の合意によって、遺産中の不動産を第三者に売却し、Yが代理して売買代金を受領した後に、XらはYに対して、自己の相続分に相当する金員

の支払を求めた事案）は、共同相続人が代償財産を遺産分割の対象に含める合意をするなど「特段の事情」がある場合には、代償財産を遺産分割の対象にすることも可能としている）。また（iv）（厳密には相続財産ではないが）相続開始後に相続財産から生じる法定果実（不動産の賃料債権）に関する⑫最判平成一七年九月八日民集五九巻七号一九三一頁は、「遺産は、相続人が数人あるときは、相続開始から遺産分割までの間、共同相続人の共有に属するものであるから、この間に遺産である賃貸不動産を使用管理した結果生ずる金銭債権たる賃料債権は、遺産とは別個の財産というべきであって、各共同相続人がその相続分に応じて分割単独債権として確定的に取得するものと解するのが相当である。」と判示した。これらの判例は、可分債権に関する判例法理の強固さを示すものといえよう。

以上の考察からは、判例は、相続財産中に金銭債権その他の可分債権がある場合には、対外的（対債務者関係）のみならず、対内的（共同相続人相互の関係）にも、その債権が相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割され、各相続人に帰属するとの立場をとっており、このような考え方を相続財産の代償財産や相続開始後の相続財産から生じる法定果実にも適用している、と理解することができるであろう。

このような判例の立場は、起草者意思とも一致するが（梅謙次郎『民法要義巻之五相続篇』（復刻版〔有斐閣、一九八四〕）一一三頁〔「債権債務ヲ共有スル場合ニ於テハ法理上常ニ債権者又ハ債務者ノ頭数ニ均シキ債権債務成立スヘキモノトス」と述べる〕、判例は民法四二七条の法意（⑦判決）を除き、当然分割説の実質的な論拠をこれまで示してこなかった（伊藤昌司「判批（⑨判決）」判評五五五号三〇頁（判時一八八五号二〇〇頁）（二〇〇五）参照）。

（2）学説

次に学説についてみると、従来、遺産共有の法的性質論（共有か、合有か）から演繹的に可分債権の帰趨を検討するという手法が一般的であったが、近時は、具体的妥当性を重視する手法がとられている（例えば、鈴木禄弥『相続法講義（改訂版）』（創文社、一九九六）二二一頁は、実益論的な観点から個別的な事案ごとに検討すべきと説く）。

以下では、判例と同様に（i）対債務者関係と（ii）共同相続人相互の関係に分けて学説を概観することにしよう（学説の詳細については、谷口知平＝久貴忠彦編『新版注釈民法（二七）相続（二）〔補訂版〕』（有斐閣、二〇一三）四頁以下〔右近健男執筆〕、中田・前掲を参照）。

まず（ⅰ）（対債務者関係）についてみると、判例の立場を（消極的に）支持する見解もみられる（当然分割帰属説）。この見解は、その根拠として、（ア）民法四二七条の法意のほかに、（イ）各相続人が遺産分割前に相続分に応じた権利行使を認める必要性がある点（例えば、各相続人の当面の資金需要、債務者の無資力リスクの回避など）や（ウ）各相続人が単独で全額請求することができるとすると、他の共同相続人の権利を侵害する点を挙げる。これに対し、反対説（当然分割否定説）は、その根拠として、（ア）具体的相続分が法定相続分よりも多い相続人の権利保護の要請（法定相続分による当然分割を認めると、ある相続人がその具体的相続分を超える法定相続分の弁済を受けた場合、超過部分をそのまま取得するのは不公平だし、他の相続人に返還すべきものとしても弁済を受けた相続人が無資力であると他の相続人が害されることになる）、（イ）債務者保護の要請（分割請求を受ける債務者の事務負担、相続分を超えて弁済した場合の民法四七八条による保護の不十分性）、（ウ）遺産分割手続を定める民法九〇六条の制度趣旨（遺産全体を公平かつ妥当に再配分すること）を挙げる。もっとも、その際の法律構成は分かれる（具体的には、合有説、準共有説などがある）。

他方で、（ⅱ）（共同相続人相互の関係）についてみると、（ⅰ）で当然分割帰属説をとると、遺産分割の対象性を否定するのが論理的帰結であるが、明確にこの見解を支持するものはみられない。むしろ、（ⅰ）で当然分割帰属説をとりながらも、遺産分割に関する民法九〇六条の制度趣旨を重視して、遺産分割の対象性については肯定する見解が多い。もっとも、後者の立場（当然分割帰属＋遺産分割対象性肯定）の法律構成は一様ではない（例えば、対外関係と対内関係で区別する見解、相続人の合意、あるいは法の規定によって改めて遺産分割対象性が肯定されるとする見解などがある）。

このように学説は、遺産分割の制度趣旨を維持しようと試みてきたがこのような学説の努力は、「現実にはほとんど無力」であり（伊藤昌司『相続法』（有斐閣、二〇〇二）二五四頁）、判例法理に揺らぎはないと評されてきた（道垣内弘人「遺産分割の対象」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、二〇〇七）三五六頁）。ところが、近時、そのような判例の中に揺らぎが生じている。そこで次にこの点を確認することとする。

(3) 近時の判例の新動向

本判決以前の近時の判例の中には、金銭債権ないし類似するものの共同相続の事案において、一定の場合に当然分割帰属を

否定し、団体法的・合有的な処理を行っているものやそのような方向性を示唆するものが散見される。

このような方向性を示す判例としては、まず第一に、金銭（現金）の共同相続に関する⑬最判平成四年四月一〇日判時一四二一号七七頁（共同相続人の一人Yが相続財産である現金を「相続財産管理人Y」名義で預金として保管したのち、他の共同相続人Xらが各人の相続分に相当する金員の支払を求めた事案）が挙げられる。⑬判決は、「相続人は、遺産の分割までの間は、相続開始時に存した金銭を相続財産として保管している他の相続人に対して、自己の相続分に相当する金銭の支払を求めることはできないと解するのが相当である。」と判示し、当然分割帰属が金銭（現金）に妥当しないことを明確にした。⑬判決は、多数の学説から支持を受けており、可分債権の共同相続に関する従来の取扱いを再考する契機となる判決と位置づけられた（例えば、西尾信一「判批（⑬判決）」判タ七九七号（一九九二）三三頁など。もっとも、先述の⑨判決（平成一六年最判）の登場により、そのような理解は否定されたかのように見られた）。

第二に、――直接的には可分債権の分割帰属を否定したものではないものの――預金口座の取引経過開示請求権に関する⑭最判平成二一年一月二二日民集六三巻一号二二八頁（共同相続人の一人Xが被相続人Aの預金口座の取引経過開示をY信用金庫に求めたのに対し、Yは共同相続人全員の同意がないとしてこれに応じなかったため、XはYに対してA名義の預金口座に関する預金取引の開示を求めて訴えを提起した事案）が挙げられる。⑯判決は、金融機関の預金者に対する取引経過開示義務を承認した上で、「預金者が死亡した場合、その共同相続人の一人は、預金債権の一部を相続により取得するにとどまるが、これとは別に、共同相続人全員に帰属する預金契約上の地位に基づき、被相続人名義の預金口座についてその取引経過の開示を求める権利を単独で行使することができる（同法〔民法――筆者注〕二六四条、二五二条ただし書）というべきであり、他の同相続人全員の同意がないことは上記権利行使を妨げる理由となるものではない。」と判示した。⑭判決は、被相続人による取引経過開示請求権の単独行使を認める際に、預金契約上の地位の帰属と預金債権の帰属を区別した点で注目されており、学説の中には、預金債権それ自体の当然分割帰属性を再考する契機として、⑭判決を位置付ける見解も一部ながらみられる（例えば、水野貴浩「判批（⑭判決）」判タ一二九八号（二〇〇九）八三頁は、本判決の論理が「預金債権を遺産分割の対象に取り込む際の理由づけとしても十分に援用可能なものである」と述べる。また、川地宏行「共同相続における預金債権の帰属と

払戻」法政論集二五四号（二〇一四）九三一頁以下は、より具体的に、預金契約上の地位が準共有されるとした上で、預金の解約とその後の預金払戻が預金債権を消滅させる行為になることから、共有物の変更行為に当たるとして当然分割帰属説に反対する）。

第三に、定額郵便貯金債権の共同相続に関する⑮最判平成二二年一〇月八日民集六四巻七号一七一九頁（定額郵便貯金債権〔一定の据置期間を定め、分割払戻しをしない条件で一定の金額を一時に預入するもの〔旧郵便貯金法七条一項三号〕〕の一部の共同相続人が、他の共同相続人に対して当該貯金債権が遺産に属することの確認を求めて訴えを提起した事案）が挙げられる。⑮判決は、以下の理由を挙げて、定額郵便貯金債権の分割帰属を否定した。すなわち、（ア）多数の預金者を対象とした大量の事務処理を迅速かつ画一的に処理する必要上、預入金額を一定額に限定し、貯金の管理を容易にして、定額郵便貯金に係る事務の定型化、簡素化を図るという定額郵便貯金債権の分割払戻し禁止の制度趣旨から、「定額郵便貯金債権が相続により分割されると解すると、それに応じた利子を含めた債権額の計算が必要になる事態を生じかね」ず、上記制度趣旨に反すること、また（イ）「同債権が相続により分割されると解したとしても、同債権には上記条件が付されている以上、共同相続人は共同して全額の払戻しを求めざるを得ず、単独でこれを行使する余地はない」ことである。つまり、⑮判決は、「法令」により定められた権利の性質（分割払い戻しの禁止）により、金銭債権の当然分割帰属を否定したものと解される。

第四に、共有物分割による全面的価格賠償による賠償金（債権）に関する⑯平成二五年一一月二九日民集六七巻八号一七三六頁（不動産の共有者の一人において共同相続が開始したが遺産分割が未了の段階で、被相続人の共有持分と他の共有持分との間の共有関係の解消方法が争われた事案）が挙げられる。⑯判決は、遺産共有と通常共有が併存する場面における共有物の分割方法が通常の共有物分割手続であるとした上で、「遺産共有持分を他の共有持分を有する者に取得させ、その者に遺産共有持分の価格を賠償させる方法による分割の判決がされた場合には、遺産共有持分権者に支払われる賠償金は、遺産分割によりその帰属が確定されるべきものであるから、賠償金の支払を受けた遺産共有持分権者は、これをその時点で確定的に取得するものではなく、遺産分割がされるまでの間これを保管する義務を負うというべきである。」と判示した。つまり、⑯判決は、全面的価格賠償による賠償金（債権）の保管義務を共同相続人に課すことにより、賠償金が共同相続人に当然分割せず、遺産分割の対象のま

までであるとの立場を示した。同判決も、先の近時の判例と同じ方向性を示すものとして位置づけられている（例えば、吉田邦彦「判批（⑯判決）」判評六七八号六頁（判時二二五九号一三六頁）（二〇一五）。もっとも、石田剛「判批（⑯判決）」平成二六年度重判解（ジュリ一四七九号）（二〇一五）七二頁は、遺産分割の対象性と債権の帰属が別問題であるとして、「本判決が分割債権化しないという判断を積極的に下したとまでは断定できない。」と述べる）。

第五に、投信受益権、株式、国債の共同相続に関する二月判決が挙げられる。株式および国債についてみると、まず株式について、二月判決は、「株式は、株主たる資格において会社に対して有する法律上の地位を意味し、株主は、株主たる地位に基づいて、剰余金の配当を受ける権利（会社法一〇五条一項一号）、残余財産の分配を受ける権利（同項二号）などのいわゆる自益権と、株主総会における議決権（同項三号）などのいわゆる共益権とを有するのであって（最高裁昭和四二年（オ）第一四六六号同四五年七月一五日大法廷判決・民集二四巻七号八〇四頁参照）、このような株式に含まれる権利の内容及び性質に照らせば、共同相続された株式は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはないものというべきである（最高裁昭和四二年（オ）第八六七号同四五年一月二二日第一小法廷判決・民集二四巻一号一頁等参照）。」とし、また国債については、「〔本件――筆者注〕個人向け国債は、法令上、一定額をもって権利の単位が定められ、一単位未満での権利行使が予定されていないものというべきであり、このような個人向け国債の内容及び性質に照らせば、共同相続された個人向け国債は、相続開始と同時に当然に相続分に応じて分割されることはないものというべきである。」と判示した。つまり、二月判決は、金銭債権一般と異なり、権利の性質および内容の特殊性を重視して、当然分割帰属を否定したと理解される。

こうした近時の判例の方向性については学説上も肯定的に評価されているが、その根拠づけをめぐっては検討の余地を残している。とりわけ、直接的に金銭債権の当然分割帰属性を否定したもの（⑮⑯および二月判決）については、どのようにその結論を根拠づけるか（⑯判決）、あるいはその判決の根拠づけは十分といえるか（⑮および二月判決）が問題となっている。

権利の性質・内容で当然分割帰属を制限した⑮判決および二月判決のみ取り上げると、まず⑮判決に対しては、同判決の挙げる当然分割帰属を否定する根拠（旧郵便貯金法七条一項三号の制度趣旨および法令による分割払い戻し禁止）が十分といえるか（青竹美佳「判批（⑮判決）」司法書士四七五号（二〇一一）六六頁）、

また（射程の問題になるが）法令ではなく「合意（契約）」により分割払い戻し制限を付した場合にも、同様に理解することができるかが指摘されている（青竹・前掲六六頁は、当然分割帰属が相続法の原則であるならば、契約法によりそれを修正することは基本的にできないはずであると指摘する。この点は、二月判決で顕在化した）。

また二月判決（とくに投信受益権の判旨）に対しては、その権利の性質（投信受益権は口数を単位とするものであること）および内容（当該受益権は委託者に対する監督的機能を含むため単なる金銭債権ではないこと）により根拠づける点について疑問が提起されている。すなわち、前者（権利の性質による制限）に対しては、（a）法令で定められた国債とは異なり、投信受益権の口数単位は契約で定めたものである点（山下純司「判批（二月判決）」法教四〇八号（二〇一四）六七頁〔②〕。これに対し、潮見・前掲一〇頁は、「契約から生じる金銭債権に対して当該契約により一定の内容・属性が与えられている場合に、相続によって債権者が変動したからといって、このことを理由に、その金銭債権に対して契約により与えられた内容・属性に変化がもたらされるものではない」とし、当然分割帰属するか否かは、「債権の発生原因である契約により当該債権に与えられた内容・属性（債権者に与えられる権限を含む）に即して判断されるべきである」と述べる）や（b）本件投資信託（MFR）は一口一円とされており、分割が必ずしも不可能というわけではない点（山下（純）・前掲②六七頁。山下（眞）・後掲四頁、伊室亜希子「判批（二月判決）」明治学院大学法律科学研究所年報三一号（二〇一五）二〇五頁、平林・前掲（二月判決）七三頁も同旨）が指摘されており、また後者（権利の内容による制限）に対しても、（c）二月判決は委託者に対する監督的機能を有する権利が含まれていることを根拠とするが、投信受益権には少数株主権に相当するものもなく、株式の議決権のような性質もなく、受益者にとって、投信受益権は、金銭債権に非常に近い点（山下（眞）・後掲四頁。青竹美佳「判批（二月判決）」判評六八二号二一頁（判時二二七一号一六七頁）（二〇一五）、山下（純）・前掲②六八頁も同旨）や（d）（⑭判決を踏まえると）本件投信受益権に含まれる監督的機能を果たす権利は、口数単位により投信受益権が分割されたとしても、保存行為として単独での行使が許されるべきであること（平林・前掲（二月判決）七三頁。松尾弘「判批」法セ七二四号（二〇一五）一一八頁も同旨）が指摘されている。

以上の点を踏まえると、近時の判例は、権利の性質（法令ないし合意による分割払い戻しの制限）および内容（金銭的権利以外の権利を含むこと）を金銭債権ないし類似するものの当然分割帰属性を否定する際の重要な考慮要素としているといえよ

う。もちろん、これらの判例に向けられている批判を踏まえると、上記の考慮要素が果たして金銭債権の当然分割帰属を制限するのに十分といえるか否かは更なる検討が必要であろう。しかし、ここではこの問題には立ち入らず、上記の立場を前提とした上で、本判決の検討に移ることにしたい。

四　預り金債権の当然分割帰属性

本判決は、預り金債権の当然分割帰属性を否定したものの、その際に、具体的な根拠を示しておらず（この点は、北大民事法研究会でも吉田邦彦教授が強調されており、示唆を得た。なお、匿名コメント・金法二〇一四号（二〇一五）一〇五頁は、「本判決のような結論を採ることは、二月判決と相まって、共同相続された投信受益権に関する問題の公平かつ具体的な解決に資する」ことを実質的根拠として挙げる）、検討の余地を残している（本判決の結論が従来の可分債権の判例法理を否定する側面を有することを踏まえると、もう少し丁寧な理由づけをしてほしかったところである）。以下では三点を中心に検討する。

（1）⑭判決との整合性

本判決は、二月判決を前提とした上で、相続開始後に発生した元本償還金請求権および収益分配金請求権が預り金債権に転化した場合に、当該預り金債権が当然分割帰属しないとの立場を示したものである。ここでは、必ずしも明示的ではないが、元本償還金請求権および収益分配金請求権も当然分割しないという立場が前提とされていると解される。つまり、本判決は、投信受益権（法的地位）の帰属とそこから派生する具体的な金銭債権の帰属を区別することなく扱ったと理解することができる。

もっとも、こうした理解は、預金契約上の地位の帰属（準共有）とそこから派生する金銭債権（預金債権）の帰属（当然分割帰属）を区別する⑭判決との整合性が問題となる。すなわち、⑭判決の理解によれば、投信受益権については二月判決のようにいえるとしても、そこから派生する具体的な金銭債権については当然分割帰属すると解する余地もあり得た。もっとも、この点は、預金については、「預金者としての口座の利用権限と預金債権者としての取立権限が区別され分属しうる」ことから、「預金債権が地位とは区別して把握され」る（この点は、森田宏樹「普通預金の担保化・再論」道垣内弘人ほか編『信託取引と民法法理』（有斐閣、二〇〇三）三二七頁注五二）のに対し、投信受益権については、「監督的機能が金銭支払請求権の価値を実現するために認めら

れた権限であり、金銭支払請求権及び監督権能は受益権の『基本的部分』であることからすると、相続の局面において、地位と金銭支払請求権は不可分一体で、分属を認める積極的理由は見出し難い」との反論がなされている（原恵美「判批（二月判決）」平成二六年度重判解（ジュリ一四七九号）（二〇一五）八八頁）。こうした理解が正しいとすれば、預金と投信受益権の性質上の差違から本判決の立場は⑭判決と矛盾するものではないといえよう。

（2）元本償還金請求権・収益分配金請求権の当然分割帰属性

もっとも、本判決は、元本償還金請求権および収益分配金請求権が当然分割帰属しない積極的理由を示していない。とりわけ収益分配金請求権については投信受益権を元物とする法定果実と解する余地もあり得る（⑥判決はこのような立場をとる）ことを踏まえると、より積極的な根拠づけが求められる。

この点についてはいくつかの可能性がありうるが、まず第一に、元本償還金請求権および収益分配金請求権が投信受益権の内容を構成すると解することにより根拠づける方法が挙げられる。本判決は、二月判決に加えて、元本償還金および収益分配金の交付を受ける権利が投信受益権の内容を構成すること（投信法六条三項）に言及していることから、このように解したとも考えられる。しかし、このような理解は、説得的とはいえない。というのも、既に指摘されているように、投信受益権が満期となり、それまでの収益分配金と元本償還金の支払請求権に転化した時点で、二月判決の障碍事由（口数単位と監督的権限の存在）は消滅するため、「元本償還金請求権が同信託受益権の『内容を構成するもの』という本判決の説明は当然分割を否定する十分な理由とは言え」ないからである（松尾・後掲一一八頁）。

そこで第二に、元本償還金請求権等が投信受益権の内容を構成しないとした上で、個別的にそれらを根拠づける方法が挙げられる。まず収益分配金請求権については、法定果実と解する余地があるものの、⑫判決との整合性が問題となる。すなわち、⑫判決によれば、投信受益権から生じる収益分配金請求権については、法定果実として当然分割帰属すると解する余地もある（⑥判決参照。堂園・前掲一五頁、松本・六三頁も支持）。しかし、投資信託における収益分配金は、利回りに関わりなく、元本を切り崩して、支払われる場合もあり、常に果実といえるかは不明である（匿名コメント・前掲一〇五頁は、収益分配金が、「投信受益権を構成する権利の一つであって、元本の一部払戻しとみなされる特別分配金も存在すること等」から、投信受益権を元物とする果実にあたらないとする。それゆえに法定果実ではなく、代償財産とみるのであれば、

次の問題に帰着する）。また元本償還金請求権については、投信受益権の代償財産と解すれば、物上代位法理により、投信受益権の性質を代償財産に引き継がせることが理論的に可能となり、当然分割帰属しないとする結論を導きやすい（水野・後掲一一〇頁以下）。もっとも、この点、代償財産に関する判例法理（⑩⑪判決）との整合性が問題となる。すなわち、⑩判決によれば、相続開始後の代償財産は当然分割帰属し、遺産分割の対象とならないと解されている。しかし、従来の判例は、共同相続人全員の合意の下で相続財産を処分した事案での判断であり、それ以外の事案（例えば、本件のように相続人の処分行為が介在しない事案）には射程が及んでいないとみることもできる（高木多喜男「代償財産の遺産への帰属」別冊判タ八号（一九八〇）三三三頁）。このような理解を前提とすれば、元本償還金請求権および収益分配金請求権の当然分割帰属性を否定したとしても、従来の判例法理と抵触することはない（水野・後掲一一一頁は、「本判決は代償財産が遺産分割の対象となることを肯定した判決としての意義も有する」と指摘する）。

あるいは第三に、金銭の共同相続に関する判例法理（⑬判決）を応用する方法が挙げられる（山下（純）・前掲①五二頁以下）。⑬判決によれば、相続時に当然分割帰属とならない相続財産（投信受益権）については、その後金銭債権に転化したとしても、当然分割することはないと解される。このような理解は、第一審および原審でも示されている（⑬判決の原審である東京高判昭和六三年一二月二一日判時一三〇七号一一四頁を参照する）。

以上の点を踏まえると、本判決の結論は、第二又は第三の方法により根拠づける方が、従来の判例法理との関係でも説得的に説明できたのではなかろうか。

（3）預り金債権の当然分割帰属性

最後に、預り金債権については、投信受益権の内容を構成する権利に含まれていない点を踏まえると、二月判決の射程は預り金債権には及ばないと解される（本判決の匿名コメント・前掲一〇六頁も、本件の預り金債権が「消費寄託契約に基づく」ものであると解している）。

もっとも、預り金債権は、当然分割帰属しないと解される元本償還金請求権・収益分配金請求権を原資とするものであり、元本償還金請求権等の性質が預り金債権にも引き継がれると解する余地はありうる（長・後掲九三頁）。とりわけ、本件では、被相続人A名義の保管口座に入金されており、そのような状況では、当該金銭の特定性は維持されていることから、元本償還

金等に遡ることができ、これらの権利の性質を預り金債権に認めることは可能であろう。本判決の評釈の多くも、法律構成は一様ではないが、結論として同旨説いている（例えば、（a）投信受益権を構成する元本償還金・収益分配金の交付を受ける権利が本件では預り金債権となっており、元本償還金・収益分配金の交付を受ける権利は預り金債権そのものであると理解する見解（宮本・後掲四五頁）、（b）預り金債権が本件投信受益権の代償財産であると理解する見解（水野・後掲一一〇頁。原審判決も「本件投資信託が満期償還によって転化した預り金債権についても、本件投資信託に代わる言わる代償財産として、当該遺産分割となるものと解するのが相当である。」と述べる）、（c）金銭に関する判例法理（⑬判決）を拡張することにより、相続開始後の形態の変更は相続財産の性質に影響しないと解する見解（山下（純）・前掲①五三頁以下）、（d）預り金債権が預金の原資にまで遡って、受益権の内容を構成する権利により取得されたと特定できるかたちで保管されていることを重視する見解（原・前掲八八頁）など）。それゆえに、本件の問題は、(2)の点の判断に帰着することになるであろう。

五　本判決の射程

最後に、本判決の射程を検討することにしたい。ここでは三つの点について検討する。

第一に、元本償還金請求権や収益分配金請求権が相続開始後に発生した事案を対象とする本判決の射程は、それらが相続開始前に発生した事案に及ぶか。この点は、さらに上記請求権が〔1〕相続開始前に発生しているが、販売会社から受益者の口座に入金される前に相続が開始した場合、〔2〕相続開始前に発生し、販売会社から受益者の口座に入金され、預り金債権になった後、相続が開始した場合、〔3〕相続開始前に発生し、販売会社から受益者に現実に支払われた後、相続が開始した場合に分けて見ていくこととする。このうち〔3〕については、本判決の射程外であることは言うまでもない（潮見・後掲五八頁は金銭に関する判例法理（⑬判決）により対応されるべき場面であると指摘する）。これに対し、〔1〕については、元本償還金等の交付を受ける権利が受益権と同様に扱われる本判決の立場によれば、当然には分割されないといえる（宮本・後掲四七頁、山下（眞）・後掲五頁〔ただし、厳密には、〔1〕の後、入金された場合の預り金債権について〕）。他方で〔2〕については、相続開始時には、すでに通常の預金となっているので、当然分割の可能性があり、相続開始の前後で預り金の取扱いに差異が生じる可能性があろう（山下（眞）・後掲五頁、藤原（彰）・後掲五頁。なお、潮見・後掲五六頁は、上記の不自然さを従来の可分債権の判例法理の捉え方に対す

る警鐘となり得るものであると指摘する）。本件一審および原審判決では、相続開始時を基準として、この点を判断しているようだが、同時に投信受益権の特殊性との摺り合わせで、こうした区分を支えることの可否が問題となるであろう。

第二に、元本償還金請求権等が販売会社の受益者（被相続人）口座に入金された事案を対象とする本判決の射程は、販売会社以外の被相続人名義の口座（例えば、銀行の預金口座等）に入金された事案に及ぶか。この点は、保管状況が異なる場合には、法的性質が異なることもありうることが指摘されている（長・後掲九三頁）。本件では被相続人名義の保管口座に入金されたために、元本償還金請求権等の性質を預り金債権に引き継がせることが比較的に容易であったと考えられる。それゆえに、被相続人の通常の預金口座に入金され、他の金銭と混和した場合には、英米法にみられる価値追及（tracing）の発想が弱いわが国では、通常の預金債権と同様に扱われることになろう。

第三に、解約実行請求権の行使についてはどうなるか。本件では満期により元本償還金が自動的に支払われ、預り金債権の払い戻しが事実上、満期により元本償還金が解約実行請求権の行使と同等の意味を持っている。それゆえに、本判決の理解からすると、本事案以上に強い理由で、相続人の一人が単独で満期前の解約実行請求を行使することはできないと解される（なお、この点で、田中亘「判批（二月判決）」『民法判例百選Ⅲ親族・相続』（二〇一五）一三五頁参照）。

＊本判決の評釈・解説として、宮本誠子・民商一五一巻二号（二〇一四）四二頁、山下眞弘・金判一四七七号（二〇一五）二頁、水野貴弘・『民事判例XI』（日本評論社、二〇一五）一〇八頁、小川惠・同法六七巻六号（二〇一五）一九一頁、潮見佳男・金法二〇二五号（二〇一五）五五頁、長秀之・NBL一〇五四号（二〇一五）九二頁、松尾弘・法セ七二七号（二〇一五）一一八頁、藤原彰吾・金法二〇一二号（二〇一五）四頁、浅井弘章・銀法七八二号（二〇一五）六四頁、前田陽一・判セレ二〇一五Ⅰ（法教四二五号別冊）（二〇一六）二一頁、青木則幸・判評六八四号七頁（判時二二七七号一九三頁）（二〇一六）、平田厚・リマークス五二号（二〇一六）七〇頁がある。

また、校正の段階で、原恵美・新判例解説Watch一八号（二〇一六）七五頁、岩藤美智子・平成二七年度重判解（ジュリ一四九二号）（二〇一六）八三頁に接した。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW
Vol. 67 No. 2 (2016)
SUMMARY OF CONTENTS

A Reexamination of the "Regulation of Monopolistic Situations" in the Music Copyright Management Business: Legal Interpretations and Applications of the Article 2 (7) and Article 8-4 of the Anti-Monopoly Act

Renkou KYOU*
(Lianjia Jiang)

This thesis focuses on the ongoing dominance by JASRAC of music copyright management business even after the introduction of competitive copyright management policy in the industry more than a decade ago. The possibility of effectuating a competitive environment through the Anti-Monopoly Act is examined.

This paper begins by pointing out the limitation of regulations through the active involvement of supervisory authorities and "the Act on Management Business of Copyright and Neighboring Rights" and suggests the importance of the regulatory function of the Anti-Monopoly Act.

Chapter 3 examines several regulatory approaches feasible under the Competition policy and arrives at the conclusion that the purely structural regulations against the "monopolistic situation" is the most suitable way to effectively create a competitive environment, when taking into account the characteristics of music copyright management business.

It proceeds to the examination of whether the dominance of JASRAC actually falls under the "monopolistic situation" defined in Article 2 (7) of the

* Hokkaido University Graduate School of Law Assistant Professor.

Anti-Monopoly Act and, if so, then to the question of what effective and feasible measures can be taken to restore competition (Article 8-4).

First, with regard to the relevance of JASRAC's situation with Article 2 (7), the thesis clarifies that the situation enjoyed by JASRAC can be construed as a substantial restraint of competition, which is even more aggressive than ordinary restraints (For example, "private monopoly").

This interpretation leads to the conclusion that the current status of JASRAC can be evaluated as the "monopolistic situation" under the law. Based on this understanding, Chapter 5 further discusses possible competition restoration measures under Article 8-4.

The major advantage of competition restoration measures proposed in this paper is that the measures can be exercised through clerical procedures, such as the amendment of copyright trust agreement clauses or the revision of the management scope under the trust agreements, without requiring any drastic transfer of factories or facilities that normally entail corporate divestiture. While being a purely Businesslike process, its virtual effect in terms of market structure transformation is comparable to an actual corporate divestiture.

When the monopolistic situation is replaced even partially with the competitive management framework through the implementation of competition restoration measures, then both copyright holders and users may enjoy wider options, and healthy management competitions may be expanded, which as a whole would boost the development of music industry.

資　　料

ドイツ連邦共和国における女子処遇と母子施設

リタ・ハーヴァーカンプ
小名木明宏　訳

1．はじめに

ドイツでは2014年３月31日現在、3096名の女子受刑者、51419名の男子受刑者が刑事施設に収容されており、全被収容者数に占める女子の割合は5,7％となっている[1]。男子処遇が大部分を占めているということは、長らく、男子を想定した女子処遇の体制、すなわち非常に過敏な保安基準や男子に向けられた処遇コンセプトの移植という点で批判されている[2]。

少数であるという理由で、何十年にもわたって、女子処遇の性別に対応した研究と実務運用が着目されることはほとんどなかった。とりわけその実務運用に影響を与えたのは、母子施設の創設者であり、当時の施設長であったヘルガ・アインゼレである[3]。21世紀の初めにあたり、一時は強化され、最近では少し落ち着いた女子処遇の研究関心を国際的な視点から検討してみたい[4]。まずひとつには女子処遇の一般的な考察を、そしてもうひとつは母子処遇を取り上げてみたい。

---

[1] Statistisches Bundesamt 2014, Tab. 1.1; 僅かだが、男子507名、女子１名の保安監置もここに含まれる。

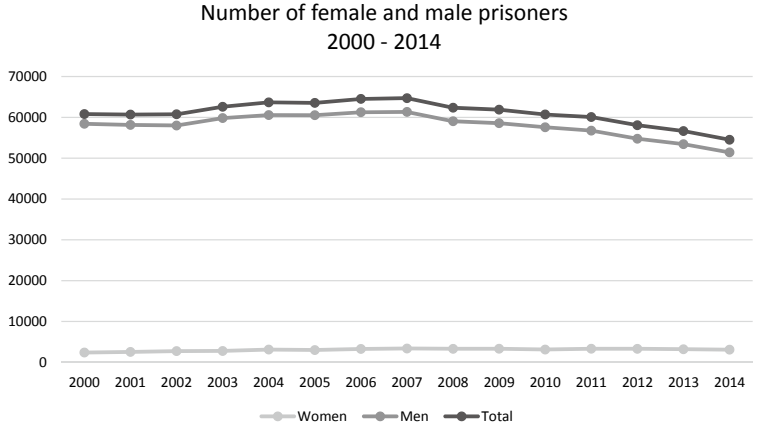
[2] Obermöller 2000, S. 15 m.w.N.

[3] Obermöller 2000, S. 20 m.w.N.

[4] Vgl. nur Zolondek 2007 und Zurhold 2005.

２．女子処遇に関する統計

周知のように、犯罪は性別により均等に分布しているわけではない[5]。全被疑者の４分の１である女子比は、女性人口が過半数である（約52％）ということを反映しているわけではない[6]。この性別構成の違いは刑事手続き全般においてさらに強まり、行刑においては5,7％という最低の数値に達する[7]。女性犯罪者は男性犯罪者に対して犯罪行為がより少なく、さほど重大でないことゆえにいわゆる逆三角形型のフィルター機能が強く働く[8]。ドイツの女子行刑に関する著者の研究からは、とくに重大な行為は原則として自由刑が科される４つの特徴が示されると結論付けている。それらは、軽度から致死までの被害者の傷害、武器の使用、2500ユーロ以上の損害、薬物の取引ないしは密輸である[9]。図１は2000年以降の各年の女子受刑者と男子受刑者の推移を示している。



Quelle: Statistisches Bundesamt: 2000-2014 Fachserie 10 Reihe 4.1, Tab. 1.1

図１：2000年から2014年までの女子受刑者の数

[5] Haverkamp 2011, S. 37.

[6] PKS 2014, Tab. 20.

[7] Statistisches Bundesamt 2014, Fachserie 10 Reihe 4.1, Tab. 1.1

[8] Köhler 2012, S. 42.

[9] Haverkamp 2011, S. 397 ff. 行為の重大性についての主観面による評価および客観的構成要件による評価をもとにした分類。

2007年を頂点として以降は男子処遇の数値は下降している。これとは反対に女子受刑者は時期がずれて2011年に最高を記録し、2013年から下降している。その際、女子受刑者の割合は2000年の４％から2014年には5,7％に達している。表１は女子処遇の刑期の長さについての資料である。

表１：2000年から2014年（３月31日基準）にかけての女子受刑者数と刑期

	年				
刑期	2000	2005	2010	2012	2014
９月まで	1.033	1.256	1.429	1.480	1.455
９月から２年まで	476	664	697	757	684
２年から５年まで	462	530	513	580	519
５年から15年まで	149	197	176	167	152
終身刑	62	95	102	110	104
合計	2.182	2.742	2.917	3.094	2.914

Quelle: Statistisches Bundesamt: 2014 Fachserie 10 Reihe 4.1, Tab. 1.1

処遇の期間はすべてのカテゴリーで2000年から2014年にかけて女子受刑者に関して著しく上がっている。注目に値するのは、終身刑の被収容者数がこの12年で急激に増加している点である。2014年には初めてすべての領域で少なくとも僅かな減少が見られる。ここで傾向が変わったかどうかはしばらく様子を見たい。長期自由刑の受刑者と比較すると短期自由刑の受刑者は数値的に下回っている。これは基準日の集計が短期受刑者の高い変動を反映できないからである[10]。この意義を示したものが表１である。これによれば、９月の自由刑の被収容者の半分は刑期を終えている。処遇の観点が欠けるために、たいていは１年までの短期処遇は一般に監置となっている。そのため処遇のための検査や処遇計画の立案もなされない[11]。

３．女子処遇の構成と形態

ドイツには現在、７つの女子施設が存在する[12]。しばしば、女子受刑者は男

[10] Jehle 2009, S. 45.

[11] Funk 2009, S. 54.

[12] Baden-Württemberg: JVA Schwäbisch-Gmünd, Bayern: JVA Aichach, Berlin:

子の刑事施設にも収容される（施設の一部であったり、敷地内に独自の建物があったり、隔離されたセクターである）[13]。そこでは女子受刑者は多くの場合、「おまけ」扱いである。なぜなら、セキュリティーと処遇は男子受刑者の要求基準に依っているからである[14]。大きな州[15]では、出身地から離れた場所での収容という問題がよく起こり、出身地から遠く離れた女子受刑者にとって社会的なつながりを維持することが困難になる。処遇の緩和や帰休を認めるにあたって、交通費を自弁し、往復の旅程のほんの限られた滞在期間では社会的コンタクトを持続することを難しくする[16]。しかし、また男子施設での収容も親族や友人の近くでの収容というわけでもない[17]。

女子処遇の組織は数字的に小さな員数のために更なる難しさを内包している。未決と既決（刑訴法119条）や成年処遇と少年処遇（例えばバイエルン行刑法166条１項）を分離するという要請は常に守られているわけではない[18]。短期と長期の受刑者、初犯と累犯、別々の処遇を希望する薬物依存者らを分離することは異なる処遇の必要性から、強く要請されているにもかかわらず、受刑者カテゴリーに従った分類がなされていないことは多々ある[19]。この区別がなされないと、リスクを持ったグループに強く着目することになり、女子処遇において過度の保安を求めることになり[20]、これは、過去においては、閉鎖処遇が過剰収容で、開放処遇ではキャパシティに余裕があるという形で現われた[21]。

JVA für Frauen, Hessen: JVA Frankfurt a. M. III Preungesheim, Niedersachsen: JVA Vechta, Nordrhein-Westfalen: JVA Willich II und Sachsen: JVA Chemnitz.

[13] Funk 2009, 50によれば52,6％にものぼる。

[14] Kawamura-Reindl 2009, S. 356.

[15] 例えば、バイエルン州とニーダーザクセン州。

[16] Obermöller 2000, S. 135.

[17] Zolondek 2007, S. 60.

[18] ベルリン、ザクセン・アンハルト、シュレースヴィッヒ・ホルシュタインに今なお適用される連邦行刑法は、140条２項により女子施設と男子施設の分離を規定している。しかし、例えばバイエルン行刑法116条２項のようにいくつかの州法はこれを異にする。

[19] Kawamura-Reindl 2009, S. 356.

[20] Dies. 2009, S. 356.

[21] Funk 2009, S. 52.

処遇形態に関しては被収容者は男子と比べて広く自由が認められている。たとえば、女子はたいてい自分の衣服を着ることが認められており、房にも私物を多く持ち込める。従来から、電話や買い物をすることも女子処遇ではよろしく取り図られていた。連邦憲法裁判所の判決によれば、このような実務は男子受刑者の平等な取り扱いを求める権利を侵害しているとされた。その結果、男子処遇の条件が改善されたのである[22]。

処遇の全体では、本来は好ましくない監置につながる重大な弱点が確認されている。最もポピュラーな短期自由刑は（表１参照）、被収容者の入れ替わりが頻繁にあることを意味し、さまざまな処遇の方策を犠牲にした非常に官僚主義的な無駄となっている[23]。また、（職業）教育と刑務作業における質と量の点で更なる欠点が出てくる[24]。過大な負債と負債整理の見込みがないことは釈放後の時点でネガティブな影響を持つのであり、人員不足と更生保護施設との連携が不十分なため、アフターケアは機能していない[25]。

ドイツにおける女子処遇は地方の違いと構造上の違いによって特徴が認められる[26]。これは連邦制に由来するもので、各州において刑事政策の方向性が異なることになる。ここから、財政および人員配置において、また処遇の緩和や帰休を認めるにあたって、さらに施設内の規律の適用にあたって、相当な違いが生じるのである[27]。

４．女子に固有の特徴

薬物依存は女子の被収容者においては男子以上に蔓延している[28]。ここから生じる治療処置の必要性のほかに、これを手に入れようとする欲求が一般的な

---

[22] あるいは逆かもしれない。2015年夏にシュヴェービッシュ・グミュントの行刑施設を訪問した際、施設管理側は、被収容者に対する施設内購買店を将来的に廃止するかを検討しているとしていた。

[23] Haverkamp 2011, S. 125.

[24] Vgl. nur Franze 2001, S. S. 380 und Schwinn 2004, S. 83 ff.

[25] Hierzu Cummerow 2006, S. 164 und Zolondek 2007, S. 232

[26] Funk 2009, S. 54.

[27] Dünkel/Geng 2007, S. 14 ff.

[28] Koch/Suhling 2005, 105; Wirth 2002, S. 104 ff.

処遇の環境を害している[29]。閉鎖処遇においては、薬物依存は保安基準を高めることになり、当人には処遇の緩和や帰休を認めるにあたって制限的なラインが引かれることになる。女性同士の連帯もなく、施設管理者や施設職員への協力禁止も存在しないので、男子処遇よりは弱いものの、それでもなお女子処遇にはサブカルチャーが存在する[30]。

経験的な知見によれば、女性犯罪者は男子受刑者よりも職業的に不遇な環境が認められる。彼女たちは多くの場合、職業教育を最後まで修了していないのである[31]。このような状況は就業率の低さ、社会的扶助の受給の多さ、生活状況の経済的な困難さを意味する。それゆえ、刑事施設における職業教育は処遇の目玉であるが、すでに述べたように、十分に考慮されているわけではない。

女子に固有の処遇として、母親、妻ないしはパートナーとしての役割が取り入れられている[32]。拘禁中の母は家族から離されており、自ら責任非難をし、拒絶されることへの不安を抱えている[33]。いわゆる主婦の半自由拘禁は子供たちを見知らぬところに収容することを避けるものである。その場合、母親は日中は主婦として、母として、家で仕事をし、夜は刑事施設で過ごすのである。この制度はあまり利用されていないが、多くの自立と独立を学び取るための処遇が行われないのであり、当人にとっては組織的にも、財政的にも、人的にもひとつのチャレンジングなのである[34]。ここには主婦の半自由拘禁への批判が関係する。伝統的な役割モデルにこだわっているというのである[35]。さらにパートナーとの関係はしばしば物質的および感情的依存のゆえに－最悪の場合、DV として現れる－問題である[36]。子どもの時の暴力と性的虐待のネガティブな経験が、大人になっても攻撃と虐待によって特徴づけられる関係において継続されることは稀なことではない[37]。

---

[29] Zurhold 1998, S. 95 f.

[30] Haverkamp 2011, S. 840 f.

[31] Vgl. nur Dünkel 1992, S. 200 und Koch/Suhling 2005, S. 104.

[32] Funk 2009, S. 54.

[33] Steinemann 1982, S. 25 ff.

[34] Kawamura-Reindl 2009, S. 359 und zur Praxis Haverkamp 2011, S. 256.

[35] Dies. 2009, S. 359.

[36] Kestermann 2005, S. 25.

[37] Maelicke 1995, S. 90; Schröttler/Müller 2004, S. 27 ff.

５．母子施設

小さな子供たちが母親から離れることを避けるために女子処遇には母子施設が存在する。このようにして母と子の結束が社会教育的な保護の下で維持され、強固にされている。しかし、このような収容は当該母親の社会復帰のためではなく、子供の福祉のためになされている（たとえば§ 80 Abs. 1 S. 1 StVollzG, Art. 86 Abs. 1 S. 1 BayStVollzG）。最も重要な関係者である母親から引き離すことで、子供の発達障害の虞れがある場合には子供の福祉に適っている[38]。

５．１．法律上の規定

2006年からの連邦制改革によりすべての州は独自の州少年行刑法を[39]、そして大部分は同様に州行刑法を制定した。それぞれの州法は行刑における子供の収容を独自に規定している[40]。比べてみると、親の性別、収容のための子供の年齢の上限、子供の福祉の意義、収容を拒む保安上の理由、費用負担義務、女子施設での母子収容の態様で様々な違いが認められる[41]。母子収容のための共通の前提は滞在決定権者の同意の存在と少年局の事前のヒアリングである。

多くの州の規定では、単に、行刑での母親と子供の収容が規定されているに

---

[38] Kawamura-Reindl/von den Driesch 2002, S. 182, eingehend Junker 2011, S. 228 ff.

[39] 少年行刑の違憲性を問題とした2006年５月31日の連邦憲法裁判所の判決に基づき（BvR 1673/04－2 BvR 2402/04）連邦各州は十分な法的な基盤がないまま、州行刑法を成立させねばならなかった。

[40] Baden-Württemberg: Buch I § 10 JVollzGB; Bayern: Art. 86, 168 BayStVollzG; Berlin: § 27 JStVollzG Bln; Brandenburg: § 21 BbgJStVollzG; Bremen: § 14 BremStVollzG, § 27 BremJStVollzG; Hamburg: §§ 21, 100 HmbStVollzG; Hessen: § 74 HStVollzG, § 70 HessJStVollzG; Mecklenburg-Vorpommern: § 14 StVollzG M-V, § 27 JStVollzG M-V; Niedersachsen: § 73 NJVollzG; Nordrhein-Westfalen: § 87 StVollzG NRW, § 117 JStVollzG NRW; Rheinland-Pfalz: § 21 LJVollzG RLP; Saarland: § 14 SLStVollzG, § 27 SLJStVollzG; Sachsen: § 14 SächsStVollzG, § 27 SächsJStVollzG; Sachsen-Anhalt: § 27 JStVollzG LSA; Schleswig-Holstein: § 27 JStVollzG SH; Thüringen: § 21 ThürJVollzGB.

[41] So Junker 2011, S. 29 f.

過ぎない[42]。これまでは一つの州だけに開放処遇の中に父親と子供のエリアがある[43]。子供の収容の年齢の上限は大きな幅が示されており、3歳[44]から5歳[45]、さらには未就学児童までとさまざまである[46]。受入の最初の条件は子供の福祉である[47]。いずれにしてもいくつかの州は明文の規定を断念しており、施設があり、且つ、保安上の憂慮が存在しないことを収容の条件としている[48]。このコンテクストで、そのような法的な制度は、子供の福祉は公的施設の子供に関するすべての措置に際して優先的に考慮されねばならないとする国連の児童の権利条約3条1項と調和しているか疑わしい[49]。費用の負担については原則的には扶養義務を負う者が収容の費用を負担する。これにより母親と子供の一緒の収容ができなくなる場合は、この限りではない[50]。費用負担については多くの州で子供の健康管理の費用まで拡大している[51]。いくつかの州[52]では母子施設の設置が法的に規定されている一方で、他の州行刑法[53]では一般的な構成原則、区別原則の規定に限定しており、母子収容は特別な部門がなくても許されるのである[54]。

各州の規定を比較すると州法の特殊性も存在する。ある州法の規範は、子供が病気になり、施設内では治療できない場合に、行刑施設の外にある病院へ子供を連れていくことを規定している[55]。母親がそばに行くことが医学上必要であり、処遇根拠に反しない限り、母親は子供を病院に連れていくことができる。

---

[42] ブランデンブルク、ヘッセン、ザクセン、テューリンゲンは除く。
[43] 2010年からは、2名までの子供を収容可能な父親3名分がザクセンのヴァルトハイム行刑施設にある。Junker 2011, S. 30を見よ。
[44] 例えば、バーデン・ヴュルテンベルク。
[45] 例えば、ハンブルク。
[46] 例えば、ヘッセン。
[47] Vgl. nur Nordrhein-Westfalen.
[48] とりわけブランデンブルク。
[49] Junker 2011, S. 34も同様に懐疑的だが、子供の安全を重視している。
[50] 多くの州行刑法は、連邦行刑法80条2項の連邦規定に追随している。
[51] 例えば、バーデン・ヴュルテンベルク。
[52] 例えば、バイエルン。
[53] 例えば、バーデン・ヴュルテンベルク。
[54] So schon Junker 2011, S. 36.
[55] Bayern.

別のある州では母子収容の制限的な運用を規定している。そこでは子供の福祉のみならず、行刑施設での収容のほかに方法がないことが重要となる（最後の手段としての母子収容）[56]。さらに別の州では、子供は開放処遇の母子施設でのみ収容されるとしている[57]。

５．２．母子施設の実務運用

母子部門は６つの州の女子の閉鎖処遇ないし開放処遇に存在する[58]。連邦全体では現在のところ、母親用に100人分、子供用に少なくとも120人分が用意されている[59]。母子施設は主に開放処遇で定着しており、キャパシティーも大きい。これに対して閉鎖処遇では数が限られている[60]。

収容のための年齢の上限は、収容の態様によっても決められている。閉鎖処遇では子供は３歳までだが、開放処遇の母子施設の多くは就学年齢まで子供を受け入れている[61]。閉鎖処遇での年齢制限は実務運用の経験に基づくものである。というのは、３歳以上の子供は、運動や学びについての衝動が旺盛になりそこでは十分に満たせないからである。従って子供はポジティブな人格形成に対するさらなる感覚の刺激を求めるために別の社会環境が必要なのである[62]。多くの母子施設では法的に規定された年齢の上限を明らかに下回った運用がなされており、収容は２歳まで行われている[63]。母子収容は原則として母親の出

---

[56] Hamburg.

[57] Brandenburg.

[58] Baden-Württemberg: JVA Schwäbisch-Gmünd; Bayern: JVA Aichach, Frauenabteilung der JVA München-Stadelheim; Berlin: JVA für Frauen; Hessen: JVA Frankfurt a. M. III Preungesheim; Niedersachsen: JVA Vechta; Nordrhein-Westfalen: Justizvollzugskrankenhaus Fröndenberg; Sachsen: JVA Chemnitz.

[59] Junker 2011, S. 48 und von Haverkamp 2011, S. 252 のデータをもとにした。

[60] 閉鎖処遇のみ : Frauenabteilung JVA München-Stadelheim; 閉鎖処遇と開放処遇 : JVA Aichach, JVA Frankfurt a. M. III Preungesheim und JVA Vechta.

[61] JVA Frankfurt a. M. Preungesheim.

[62] Schriftliche Anfrage an den Bayerischen Landtag Drucksache 16/2063 vom 01.10.2009, S. 3.

[63] JVA Berlin für Frauen.

所の期日が年齢制限に適合していることが必要とされている[64]。

施設の造りは、遊戯室、乳児、幼児の休息室、遊戯場、場合によっては庭を子供の希望に合うように整備している[65]。母親は子供と広い個室に住み、一部は小さな別室がある。日常の教育と保育は母親の役目であり、その際、子供の保育については行刑施設サイドから教育上の支援が認められている。一般に教育能力の強化、母と子の結びつきの構築、維持、安定といったことのみならず、自立して、自らが責任をもって生活をするために、母親の自らの資質を促すことも問題としているのである[66]。各行刑施設間には教育上のコンセプトと人的な設備でそれぞれ差異がある。ほとんどの母子施設では、施設内に子供の世話をする場所があり、母親が作業や処遇を受けられることを可能にしている。場合によっては子供は外部の託児施設に通うこともできる。

５．３．母子収容をめぐる議論

当初、刑事施設での母子収容は議論を巻き起こしたが、時間の経過とともに実務運用で得られた経験のために落ち着いた。最も重大な反対意見は一緒に拘禁されている子供に対するネガティブな影響である[67]。体験の地平面が限定されると、感情の不安定と発達障害を形成する[68]。入れ替わりが激しいため、安定した社会環境はなく、子供たちは友達が変わることに慣れなければならない。女子処遇における圧倒的な単性は子供たちを男性とのコンタクトから全く遠ざけることになる。この批判はとりわけ幼稚園世代の子供に関するものである[69]。これにより、実務運用[70]では、３歳以上の子供は閉鎖処遇では受け入れていない。開放処遇では、外界に開かれているにもかかわらず、就学前の子供の収容に際しては有害な刑務所の影響が残るので、差し控えるということも説得力を

---

[64] Haverkamp 2011, S. 252

[65] Dies. 2011, S. 253.

[66] Schriftliche Anfrage an den Bayerischen Landtag Drucksache 16/2063 vom 01.10.2009, S. 3.

[67] Vgl. nur Krüger 1982, S. 235 f.; Rosenkranz 1988, S. 126.

[68] Franze 2001, S. 235 f.

[69] Steinhilper 2013, § 80 Rn. 11.

[70] 年齢制限については5.2を参照。

持つ[71]。

数十年の経験を経て、ドイツの母子施設は確固たるものとなった。疑義や拒絶は乳児や小さな子供についてはこれを受け入れたり、広く賛同するようになった[72]。その間、一緒の収容は、処遇で施設にとどまるために生ずる、社会化を阻害し、発達を阻害する要因を少なくとも弱め、場合によっては解消するという考え方が支配的となっている[73]。さらに、母親の社会復帰のために子供を虐待しているといえるのではないかという見方も完全に否定された[74]。それでもなお､母子施設は自由の剥奪が子供にも及ぶという理由で次善の策である。しかし、母親から子供を引き離すことはもっと問題であり、一緒の収容はこれに対するより良き選択肢である[75]。

6．まとめ

ドイツ連邦共和国では女子処遇は相変わらず男子処遇の影に隠れている。問題点は処遇のすべての領域に出ている。たとえば、短期自由刑の女子受刑者の場合、たいていは監置にあたる。男子受刑者と比べると、(職業) 教育とその他の女性の要望を考慮した適切な処遇が、特に繰り返し行われる必要がある。また、いたるところで批判され、より増加する過剰な保安措置に対しては、女子処遇を内側からも外側からもオープンにすることによって対応しなければならない。

それでもなお、女子にふさわしい処遇のために数年来行われている試みは見落としてはならない。今日では一つの業績として母子施設の確立が挙げられる。この施設は慈愛と寛大の制度としてのみならず、とりわけ人的な専門部門として表現される。教育学を学んだスタッフが子供の日常の教育と保育に際して母親たちを助ける。それと並行して母親は職業上の資格と人格のさらなる発展のための処遇に参加できる。ポジティブな母子関係と並んで、これにより、自由

---

[71] Steinhilper 2013, § 80 Rn. 11.

[72] Laubenthal 2015, Rn. 685; Steinhilper 2013, § 80 Rn. 1.

[73] Laubenthal 2015, Rn. 685.

[74] So noch Birtsch 1988, S. 11 ff. und Simmedinger 1995, S. 207.

[75] So auch Zolondek 2007, S. 69.

における自ら責任のある生活のための基盤が構築されねばならないのである。

2010年からバンコクルールズにより女子受刑者の処遇についての国連の女性に固有の原則が存在する[76]。この原則を普及させることをNGOはインターネット講座を用いて推進しようとしている[77]。女子受刑者のこれまで置かれていた状況を深く理解するために、女性に固有の問題について詳細な検討を展開することは歓迎さるべきである。そこには、処遇実務にとって相応しい基準とプログラムのみならず、施設職員への教育が含まれている。結論としてバンコクルールズは女子処遇の人道的な実務運用のための重要な拠り所を含んでおり、ドイツの各州において補充的機能が与えられうるのである。

（訳者あとがき）

本稿は、ドイツ連邦共和国テュービンゲン大学ハーヴァーカンプ教授が、２月１日に北大東京オフィスでの日独共同セミナーにおいて行った講演を訳したものである。

ハーヴァーカンプ教授は1988年からパッサウ大学とフライブルク大学で法律学を学び、1993年からフライブルクのマックス・プランク外国刑法研究所で北欧部門の助手をされ、2002年に電子的在宅監視に関する論文で博士号を取得した。2008年までミュンヒェン大学のシェッヒ教授の下で助手として活動し、その後、再び、マックス・プランク外国刑法研究所で研究員をされ、2010年には、シェッヒ教授の下で「ヨーロッパにおける女子行刑（Frauen im Strafvollzug vor dem Hintergrund der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze）」で教授資格を取得した。ミュンヒェン大学講師を経て、2013年10月にテュービンゲン大学教授に就任し、主に刑事政策に関する数々のプロジェクトを手掛けている。

今回、初の日本訪問では、２月１日、北大東京オフィスでの日独共同セミナー（主催：科研費Ａ「犯罪者を親にもつ子どもへの支援に関する総合的研究」（代表者：矢野恵美）、共催：北海道大学法学研究科附属高等法政教育研究センター）において、本講演を行い、続いて、２月４日には北大刑事法研究会特別例会と

[76] 女子に対する自由剥奪伴わない処分も含まれる。

[77] Penal Reform International unter http://www.penalreform.org/priorities/women-in-the-criminal-justice-system/bangkok-rules-2/, zuletzt abgerufen am 30.12.2015.

して「ドイツ連邦共和国における保安処分の現状」と題する講演を行った（主催：北海道大学刑事法研究会、共催：科研費Ｃ「複合的視点からの保安処分制度の再構築についての研究」（代表者：小名木明宏）、北海道大学法学研究科附属高等法政教育研究センター）。

本テーマに関しては、琉球大学の矢野教授を中心とする研究グループが精力的に研究活動を行っている。ドイツの状況に関しては、シンポジウムにおける研究報告として、小名木明宏「ドイツ連邦共和国における刑務所内の女子施設について」（2014年10月19日、犯罪社会学会テーマセッション「犯罪者を親にもつ子どもへの法的支援の必要性－親が受刑中の場合」（京都産業大学）第41回日本犯罪社会学会）、同「ドイツ連邦共和国における刑務所内の母子施設について」（2015年12月５日、ジェンダー法学会ワークショップ「受刑者を親にもつ子どもへの法的支援」（日本大学）第13回ジェンダー法学会学術大会）がある（要約として、拙稿「ドイツの状況：ドイツ連邦共和国における刑事施設内の母子施設」日本犯罪社会学会『第41回大会報告要旨集（2014）』78－82頁、2015年２月参照）。また、その他の国々については、矢野恵美・齋藤実「英国の女子被収容者マネジメントに学べること―刑務所庁規則4800「女子被収容者」より」刑政125号42－57頁（2014年）、齋藤実「フィンランドにおける女子受刑者処遇の現在（いま）：子どものいる女子受刑者の処遇（「家族ユニット」）を中心にしつつ」獨協法学96号181－206頁（2015年）がある。

本講演に続くディスカッションでは、セミナーに参加した実務家と研究者がさまざまな議論を行い、大変有意義なものとなった。

資　　料

〈北大立法過程研究会報告〉

イタリアにおける二院制

—— 設計の不備、不満足な実績、未完の改革に特徴付けられた150年の後に、ついに奇跡は訪れるのか？ ——

カルロ・フザーロ
芦田　　淳　訳

1　序論

全く異なる国で同じように繰り返される問題がある。二院制議会をどのように設計するかは、そのような問題の一つである。

特に、日本とイタリアは、政治及び憲法上の問題について、多くの興味深い共通点を持っている。日本の参議院とイタリアの上院がどのように設計され、発展してきたかに関して、両国とも構成員を直接選挙とした基本的特徴は、憲法制定者に、両院に同等の（イタリアの場合には同一の）権限を与えさせ、二つの非常に差異の小さな二院制議会をつくり出すこととなった。

本稿は、2012年秋に札幌と東京で行った報告[1]を前提に、その後のイタリア

[1] 岡田信弘編『二院制の比較研究－英･仏･独･伊と日本の二院制』（日本評論社、2014年）。なお、本稿は、2015年３月７日に東京で開催された報告原稿の一部を翻訳したものである。当日の報告原稿の構成は、以下のとおりである。

１　序論
２　全般的な比較による論評
３　イタリアにおける二院制議会の事例－起源と発展
（1）　アルベルト憲章期

における議論の動向を整理したものである。本稿では、主に、2014年にレンツィ内閣の提出した改正案の内容について述べる。同改正案は、上院及び下院によって１回ずつ可決され、現在、上院で再び審議されている[2]。私の結論は、第４章において示される。

２　憲法改正に向けた新たな動き

第17立法期に向けた選挙（2013年２月）の結果は、イタリアの政治的及び制度的問題の悪化の前兆となった。経済・財政危機は迅速かつ効果的な行動を必要としたものの、有権者は両院で異なる多数派を選択した。2005年選挙法のおかげで、下院においては民主党及びその同盟者によって明確な多数派が形成されたが、上院においては規模の近い３党が議席を三分することとなった。この問題を解決するには、これら大政党の二つが連合するしかなかった。しかし、そうはならなかった。

危機の深刻さは、６票の差により議会が新たな大統領を選出できないという事実によって証明された。そこで、議席の75% を占める主要政党（３大政党の

---

(2)　1946年～ 1947年の制憲議会で何が現れたか
4　初期の問題及び比較的有効であった1963年の解決策
5　30年にわたるイタリア議会改革の試みとその挫折
(1)　ボッツィ委員会～中道右派改革（1983年～ 2006年）
(2)　直近の法案（2007年～ 2012年）
6　憲法改正に向けた新たな動き
7　イタリア議会によって現在検討されている憲法改正案
8　イタリアの事例の検討による一般的教訓

[2] イタリア共和国憲法第138条によれば、憲法改正案は、各議院が同一の条文で２回ずつ可決する必要があり、第２回目は各議院の議員の絶対多数で可決しなければならない。レンツィ内閣の改正案は、上院で可決された後、下院でわずかな修正が加えられた（内容の約10% に修正が加えられた）。現在（2015年３月時点　※訳者注）、（下院による修正後の案に対して）上院で１回目の審議がなされることになっている。さらなる修正が加えられなければ、改正案は、下院で２回目の審議が行われた後、上院に２回目かつ最終的な審議のために戻ってくる。反対に、上院で修正が加えられた場合には、次の下院での審議は再び１回目の審議ということになる（そして、制限はない）。

うちの二つ）は、すでに88歳であったジョルジョ・ナポリターノ大統領に（前例のない）２期目の大統領就任を要請するに至った。ナポリターノは要請を受け入れたが、必要であり、かつ、議会政党が、議会自身の改革を含む主要な憲法改正を立案し可決するために真摯で信頼するに足る努力を行っている限りにおいて、大領領の職に就くことを明らかにした。2013年６月、左右大連立によるレッタ内閣は、憲法改正について、過去の成果を評価するとともに、新たな試みの基礎を築くために、42名の専門家による委員会を招集した。同時に、内閣は、改正過程を支え1993年及び1997年のような成果を得るための特別手続を定めた法案を提出した。

当該委員会は、2013年９月17日、興味深い報告書を提出した。これは、イタリア憲法第２部改正に関する条文のあり方についての最も包括的で信頼できる報告書であると考えられる。実際、政治的なすべての立場を代表する学者により構成されていたにもかかわらず、委員会は、その結論においてほぼ一致していた。しかし、不運にも、政治状況は、内閣に改正手続に関する憲法的法律の成立を断念させた。（その法案は、イタリア憲法第138条の要求する各議院２回の可決、つまり、４回の可決のうち３回をすでに終えており、まさに最終的な可決の一歩手前であった。）

2013年の終わり、12月８日に、第１党民主党のリーダーが予備選挙により選出された。選出されたのは、エネルギッシュで新しいタイプの政治家、国会議員ではなくフィレンツェ市長であった、当時弱冠38歳のマッテオ・レンツィであった。大統領の実質的な支持を受け、レンツィは、中道右派政党のリーダーで元首相のシルヴィオ・ベルルスコーニと協働して、所要の選挙法及び憲法改正に向けた新たな試みにすぐ着手した。両者は、新たな選挙法と、両院の構成及び権限並びに国及び州の立法権限についての一連の関連する憲法改正に同意した。

2014年２月、レンツィ率いる民主党は、エンリコ･レッタ首相に辞任を求め、レンツィは、2014年２月22日、憲法及び選挙法改正をはじめとした「イタリアの問題を完全に転換する」ための大胆な計画を携えて、新たな首相に就任した。実際、数週間のうちに、両改正案は議会に提出された。

３　イタリア議会によって現在検討されている憲法改正案

関連の深い新たな選挙法案[3]はさておき、憲法改正案は上院に提出され、主要な選択を維持したまま上院は条文を可決した。当該選択とは、（上院は政府信任権限を失い、下院はすべての立法ではないにせよその大部分について最終決定権限を有するというように）両院を抜本的に差異化すること、上院を州議会議員とコムーネの長で構成される間接選挙による議院に変えること、その議員数を現在の３分の１に減じること、立法過程における内閣の手続上の権限の一部を強化すること、約80の県[4]及び経済労働国民会議[5]を廃止すること、（2001年の憲法第２部第５章改正が不満足な結果に終わったことを踏まえて）両院及び州議会の立法権限を見直すこと、国民発案を強化することである。

全般的に見て、下院により可決された改正案は、イタリア憲法第２部の44条に影響を与えるであろう。下院には、直接的な変更は及ばない。上院は、95名

---

[3] 下院案に上院で修正が加えられ、現在、レンツィ内閣が相対的に安定した多数派を押さえている下院による最終的な承認を待っている段階である。2015年夏頃には手続を終える見込みである（本稿の基になった報告後の2015年５月、最終的に可決されて法律となった。　※訳者注）。この新法は、次回立法期から上院が公選制ではなくなるという前提に立って、下院議員選挙を規制している。100程度の選挙区から平均して各６名の下院議員が選出され、勝利した（政党連合ではなく）政党名簿に過半数を超える340議席が保障される。勝利した政党名簿は有効投票の40% 以上を獲得せねばならず、この値を超える名簿がない場合には、２週間後に第１党と第２党の間で決選投票が行われる。政党名簿に対する議席配分には、３% の得票が必要である。選挙区ごとの政党名簿筆頭登載者は各政党により選出されるが、その他の候補者の選出順位は、有権者の選好投票により決定される。有権者は、政党名簿への投票だけでなく、登載順位２位以下の候補者に対する選好投票を行うことができる。２票の選好投票を投じる場合には、有権者は、異なる性別の候補者に投票しなければならない。

[4] 正確に言えば、改正案は、憲法典上の県に関する言及をすべて削除するものである。これは、改正が、県を完全に変容させるか又は廃止することを意味している。当面、県は、県知事及び県議会を選出する基礎自治体に対してサービスを提供する、間接選挙による機関となっている。他方、大都市及びコムーネは、憲法上の地方団体として列挙されたままである。

[5] 経済労働国民会議（CNEL）は、労働組合、専門家及び企業を代表する間接選挙による機関である。期待された情報等を提供せず、政策決定過程に影響を及ぼすことも決してなかった。

の公選議員と最大５名の大統領任命議員[6]によって構成する。各州議会（イタリアでは「parliament」という語ではなく「council」という語が用いられている）は、（「共和国上院」という名称をとどめるであろう）新たな上院において州（及び基礎自治体）を代表する１名以上の州議会議員及び１名のコムーネの長を選出する。各州に配分される上院議員数は、（最小の州を含む全州に保障される２議席を別にして）各州の人口に比例して決定する。

新たな上院は、各州が州選挙を実施する度に部分的に改選されるという意味で合衆国上院に相似している。代表される州議会が活動を終える度に（合衆国の州知事と同様、５年間の任期を終える場合又は州議会の議決若しくは公選の州知事の辞任による繰上げ解散の場合がある）、州議会の上院議員に対する委任の期間は終結する。

上院の一般的な権能は、州及び地方団体を代表することである。上院は、立法、イタリアとEUの関係及び公共政策の評価について承認し、大統領、憲法裁判所裁判官及び司法職高等評議会構成員の選挙に参加し、限定された調査権限を有する。

下院のみが、内閣を辞職させることができるほか、戦争状態の宣言、主要な国際条約の批准の承認、首相及び閣僚がその権能に関係する犯罪を行った場合についての起訴の承認を行うことができる。大統領は、下院のみ解散することができる。

立法権限は、次のように定められている。

ａ）完全に両院による法律案（憲法的法律、言語的少数者及び国民投票に関する法律、地方団体の基本的事項について定める法律、EU法規の形成等へのイタリアの参加を定める法律、上院議員選挙法、EU関係条約の批准を承認する法律、州と国等の関係に関する法律）

ｂ）州の立法権限に対する優越条項の適用に関する法律。上院の可決した修正案は、下院の構成員の多数決によって乗り越えられる。

ｃ）その他のすべての法律。下院が可決した後、上院は30日以内に修正案を提出することができるが、下院は（単純多数決により）最終的な決定ができる。上院が修正を提案せず、30日が経過した場合、法律は公布される。

---

[6] この大統領任命議員はもはや終身ではなく、任期は７年に限られており、議会による承認も受けない。

憲法改正案は、その他の事項も含んでいる。同改正案は、内閣の権限を強化し、内閣の主要提案のための議会における優先手続（下院は、当該提案について、提出後70日以内の同意された日に議決する）を実現しようとしている。憲法改正案は、新しい型の「強力な」国民投票（現行の50万人の有権者という要件に対して、80万人の署名により提案された要求の承認は、投票率に左右されない。現在は、有権者の50% 以上が投票していなければ、投票中賛成が多数であっても国民投票は無効となる）も導入している。また、（並行して県議会等はすでにコムーネの議員及び長で構成される間接選挙制の機関に移行しているが、）県についてのすべての言及を削除する。（ほとんど役に立たず、全体的に見て影響力の乏しい、企業、専門家及び労働組合を代表する諮問機関である）経済労働国民会議も廃止する。さらに、憲法改正案は、国会の立法権限強化により、国と州の間の立法権分割に変更を加えている。

上述の二院制改革に関して、反対派は、次のような異議を提起した。

（ⅰ）上院を間接選挙制の機関に変更することは、イタリアの民主主義を弱体化させる。

（ⅱ）立法権限の削減を伴って上院を間接選挙制の機関に変更することは、憲法保障を弱め、イタリアの憲法体制の抑制と均衡を危険にさらす。この点は、憲法改正前であっても可決が予想される新下院議員選挙法に特に関係している。

（ⅲ）予想される上院議員95名に係る間接選挙の方法は、当該議員が、すでに下院に存在する党派関係ではなく、地方団体及び州の利益を代表することを実際には保障していない。

（ⅳ）新たな上院議員が州議会議員及び／又はコムーネの長でもあることは、同時に二足の靴を履こうとするようなもので、その職務を効率的に遂行することを妨げるであろう。

（ⅴ）より直接的に、連邦参議院が州政府を直接代表し、その議員は、州の内閣の代表であり、新たなイタリア上院の場合のように個人ではなく代表として投票するドイツ型の制度を模倣することが望ましい。

（ⅵ）新たな立法過程は一院制を基にしており、両院の協働による法律は非常に厄介で複雑になるのではないか。

レンツィ内閣の憲法改正に対する以上の異議を評価することは、容易ではない。ある程度は、明らかに見解の相違である。以下は、私の個人的な考えを反

映した簡単な所見である。

a）本稿が示すとおり、イタリアの二院制の問題は、憲法施行以来提起されてきたものである。少なくとも1980年代以降、さらに1990年代の「連邦主義的な機運」より後、第二院は今日、州及び地方団体に分割された国家を代表している限りにおいて正当化されるという考えは、共有されている。他方、全体としての国家は、政党を基礎とした下院によって代表される。

b）イタリアの差異のない二院制は、現代立憲主義の状況の中で風変わりなものである（あった）。

c）両院を真に差異のあるものとするために、一院は他方の院の代表構造とは異なったものとしなければならない。さらに、政治的な性格を有する下院に、立法権限に係る一般的な優越権を明確に与えなければならない。

d）この目的のために、改正は、大多数の研究者の期待に沿ったものであり、レッタ内閣によって招集され、憲法改正担当大臣 G. クアリアリエッロが委員長を務めた2013年の専門家特別委員会の報告書と一致したものである。

e）イタリアにおける民主主義は、様々な公選制機関を介して広範に行き渡っている。従来、批判は、専ら広範にわたる政治階級の圧倒的な圧力に対して唱えられた。県を見直すという決断及び両院の一方が（代表制ながら）間接選挙制による機関であることは、歓迎すべきであり、イタリアにおける民主主義を全く減じるものではない。

f）抑制と均衡は大切で、保持すべき、ことによると強化すべきものである。しかし、立法過程を非常に時間のかかるものにすることこそ立法の内容と質を効果的に保障すると考えない限りは、両院の非効率な重複は、抑制と均衡に係る制度にとって妥当な要素ではない。

g）間接的に選出された新たな上院議員が何を代表しているかは考えてみる必要がある。大部分は、州議会が最終的に誰を選出するか次第である。つまり、平議員なのかリーダーなのか？とりわけ、州知事（イタリアの制度において州知事は州議会の構成員である）は選出されるのか？最も権威のあるコムーネの長は選出されるのか、それとも、候補者は二流のコムーネの長なのか？

h）新たな上院議員が兼職になるという事実は、実質的に対処すべき問題である。特に、上院が１年のうち11か月活動するというイタリアの伝統により、１か月のうち20日以上を費やさなければならない。他方、新たな上院と州議会

の効果的な協働システムを発展させなければならない。州及び地方に関係する問題が本当に危険にさらされているとき及び場においてのみ、新たな上院がもし関わるとすれば、新たな上院が両方の任務を果たせるよう、連携が考案されなければならない。両院及び州議会の議院規則は、この目的のために注意深く策定されなければならない。それは、不可能ではないが、難問である。

ｉ）私は、ドイツ・モデルがまさに模範とされてきたと考える人々に同意する。しかし、この提案は、考慮されていたとはいえ、承認される見込みは全くなく、今からさらに20年の発展が必要であろう。

ｊ）最後に、新たな立法過程は、多くの実験を注意深く行うことが必要であろう。両院間の新たな立法権分割のような改正が適切に機能するために、一定の期間、一定の試行錯誤、一定の修正、場合によっては一定のさらなる憲法改正が必要になるのは普通のことである。現在の制度は、明らかにより単純である。両院は､100% の法律について100% の権限を有している！しかし､問題は､それがうまく機能していないように思われることである。そこで、同様に単純な制度（例えば、議論されているような事項すべてについて、下院は常に上院に優越する制度）により代替されない限り、また別の問題のある権限分割が一定の困難や場合によっては適用に当たっての圧力をもたらすであろう。下院が可決した改正案は、2014年12月に上院が可決した改正案より単純であると言うことができる。

４　イタリアの事例の検討による一般的教訓

イタリアの事例を検討して得られるいくつかの教訓は、より一般的な意味を持っているかもしれない。実際、そうした教訓は、他の二院制議会との比較研究、さらには2013年から2015年にかけてのイタリアにおける直近の情勢により確かめられるであろう。

教訓１：もし議会改革が非常に実現困難なものであるとすれば、（ほとんどの場合がそうであるように）問題となっている議院が憲法改正手続の一部を占めている限り、直接選挙制の議院を間接選挙制の議院に変更することは、特に実現しがたい。

教訓２：国民の投票により生じる直接的な正当性の力は、いったん直接選挙制の議院に一定の権限が与えられたならば、その権限を制限、削減又は廃止す

ることも難しくなるほど大きい。それは、メグ・ラッセルがイギリスの改革者の利点について書いたことにも示されている。つまり、権限が限られていても選挙による議院は非常に強い影響力を持っていることを示すことができ、たとえ内閣を不信認する権限がなくとも、強力な権限を持っていれば決定的で非常に抑制しがたい存在となり得る。

教訓３：現在のイタリアの事例は、直接選挙で―もちろん憲法改正手続の一部を占めることも含めて―同一の権限であることが、いかなる本質的な改革に対しても保護手段となってきたため、特に厄介である。すべての理性的な憲法起草者は、こうした制度を避けるべきである。両院の構成と権限の結び付きは、1946年～1947年の制憲議会以降、イタリアで常に議論されてきた。

教訓４：政府形態（政治体制）と二院制議会の主な特色の間には、緊密な連関がある。特に、議院内閣制―つまり、議会が内閣の信任権限を持つという事実に基づく政府形態―は、（内閣との信任関係を有するのが下院であれば）下院の立法過程における明確な優越を確保しているはずである。この点で、大統領制は、議院内閣制より自由度が高い可能性がある。

教訓５：政府形態及び政党システムの機能における重要な変化は、第二院の役割及び二院制議会の活動様式に大きく影響を与えるであろう。近年のイタリアの情勢は、この点を示している。

教訓６：いかなる場合でも、（イタリアにおけるような）二重の信任関係は、両院それぞれの構成の問題と同様、選挙の問題を一層扱いにくくする。特に、実際に用いられる選挙制度を大きく制約する。抽象的で純粋に論理的な観点からは、二つの異なる直接選挙による議院の政治的帰結が同一であることを確約することは明らかに不可能である。これが、上院の根本的な改革とともに、イタリアの改革者が2015年に下院議員選挙法の改正を行おうとしている理由である。

教訓７：憲法起草者は、下院のように政党の方針に沿って選ばれた第二院を設けることの長所と短所を十分認識していなければならない。

教訓８：再考の院としての第二院、つまり、すでに別の議院が行ったことについて統制、修正に加え、繰り返す議院の存在する余地がまだあるかは検討されるべきである。憲法起草者は、こうした種類の抑制と均衡の仕組みを他の既存の仕組みと適合させるために、払うに足ると考えるコストを注意深く評価すべきである。「迅速な決定がますます要求されているように思われる世界に、

どのような選択が適しているか」が問題である。

教訓９：（理論的には政党の方針に沿って国民により選ばれた下院によって保障される）民主制原理の優越と、第二院又は上院の内にいかなる方法にせよ代表された他の利益の求められる影響力との間の適切なバランスをとることはますます難しくなっている。おそらく、解決策は、下院が通常それに基づいて優越する手続を注意深く作り上げること、また、両院の権限を対等とするその他の事項を同様に注意深く選び出すことにある。

教訓10：この分野において、すべてはすでに考案し尽くされている。つまり、専門的方法や素晴らしい解決策の問題というより、政治的意思や決定の問題である。経験は、同様の提案が政治的な偶然に影響されたわずかな変更とともに周期的に繰り返される傾向があることを示している。しかし、立法者は、緊急の場合にのみ、二院制議会の構成と権限のような事項について行動する決断をするだろう。イタリアにおける直近の情勢は、この点がどの程度真実であるかを示しているように思われる。イタリアの新たな首相の決定は、政治的リーダーシップがどれほど決定的であり得るかを示した。そして、第17立法期冒頭の状況は、将来、イタリアが待ち望んできた緊急の場合として記録されるであろう。

イタリア二院制議会改革案比較表

共和国憲法（1948年～1963年）	ボッツィ委員会（1985年）	ラブリオーラ案（1990年～1991年）	デ・ミータ＝イオッティ委員会（1994年）	ダレーマ委員会（1997年）	中道右派改革（2005年）	ヴィオランテ案（2007年）	レンツィ案（2015年）
630名（下院）	削減、ただし数値なし	変更なし	変更なし	400名～500名（下院）	518名（下院）	512名（下院）	630名（下院）
315名（上院）	削減、ただし数値なし	変更なし	変更なし	200名（上院）	252名（連邦上院[7]）	196名（連邦上院）	95名
終身上院議員[8]（5^{9}＋n）	８名以上に増加	変更なし	変更なし	大統領経験者のみ	終身下院議員（3＋n）	変更なし	変更なし

[7] 連邦上院の活動の一部には、州及び地方団体の代表者が参加することが想定されていた。

[8] 共和国大統領は、その任期の終了後、終身の上院議員となる。その数は規定されていないが、非常に少数である。

[9] 最大５名の終身上院議員が、共和国大統領により任命される。

選挙権年齢 18歳 /25歳[10]	変更なし	変更なし	変更なし	両院18歳	両院18歳	下院18歳	下院18歳
被選挙権年齢 25歳 /40歳	変更なし	変更なし	変更なし	21歳 /35歳	25歳 /25歳	18歳 /18歳	下院25歳
両院 直接選挙	変更なし	変更なし	変更なし	変更なし	変更なし	下院のみ[11]	下院のみ[12]
同一任期 （5年）	変更なし	変更なし	同一任期 （4年）	変更なし	常設の上院	常設の上院	常設の上院
両院による 信任投票	合同会議	変更なし	合同会議	下院のみ	下院のみ	下院のみ	下院のみ
立法権： すべての面で 同一	事項により分化	事項により分化	特定の事項に関して僅かに分化	分化、 下院の優越	事項により分化	両院手続による一定の立法、分化、下院の優越	明瞭な分化、 下院の優越
意見が一致しない場合、両院は対等	一定の事項に関して下院の優越	事項により、いずれかの議院が優越	両院は対等	両院手続による立法に関して下院の優越	内閣の要求により、下院が優越	（両院手続による立法に関して）下院の優越	（両院手続による立法に関して）下院の優越
調査： 同一権限	上院により大きな権限	変更なし	変更なし	上院により大きな権限	下院により大きな権限	変更なし	下院により大きな権限
任命（憲法裁判所）：合同会議	変更なし	変更なし	変更なし	上院のみが裁判官を選任	下院が3名、上院が4名の裁判官を選任	変更なし	下院が3名、上院が2名の裁判官を選任
選挙法[13]	比例代表制	比例代表制	多数代表・比例代表混合制		多数派プレミアム付比例代表制		多数派プレミアム付比例代表制

[10] 18歳に達したすべての市民は、下院議員選挙の投票権を有する。他方、上院議員選挙については25歳以上でなければならない。下院の場合は25歳以上の有権者、上院の場合は40歳以上の有権者から選挙される。上院議員選挙の有権者は、下院議員選挙のそれより400万人少ない。

[11] 上院は、6名～14名の州の代表から形成されることが想定されている。

[12] 上院は州議会議員及び21名のコムーネの長から形成され、上院議員は州議会により選出されることが想定されている。

[13] 1993年まで、両院議員選挙法は比例代表制でほぼ同一であった。1993年から2005年の間の両院議員選挙法は、日本の1994年の衆議院議員選挙法に似ており（イタリアの場合、全議席の4分の3が相対多数の得票により当選する小選挙区制、残りの4分の1が全国単位の比例代表制とされた）、2005年以降、両院の選挙方式は、明確な多数派を保障するため、勝利した政党又は政党連合にプレミアム議席を配分することを付加した比例代表制となった。このことは、選挙を運任せにしてしまうおそれがある。留意すべきは、選挙制度が憲法により規制されていることである。

執筆者紹介（掲載順）

姜　連甲　北海道大学大学院法学研究科助教

稲垣美穂子　北海学園大学法学部専任講師

リタ・ハーヴァーカンプ　テュービンゲン大学教授

小名木明宏　北海道大学大学院法学研究科教授

カルロ・フザーロ　フィレンツェ大学法学部教授

芦田　淳　国立国会図書館調査及び立法考査局主査

橋本　伸　北海道大学大学院法学研究科博士後期課程

平成28年７月19日　印刷
平成28年７月26日　発行

編集人　田村善之

発行人　北海道大学大学院法学研究科長
長谷川　晃

印刷　北海道大学生活協同組合
情報サービス部
札幌市北区北８条西８丁目
TEL 011(747)8886

発行所　北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北９条西７丁目
TEL 011(706)3074　FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 67 July 2016 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

A Reexamination of the "Regulation of Monopolistic Situations" in the Music Copyright Management Business: Legal Interpretations and Applications of the Article 2 (7) and Article 8-4 of the Anti-Monopoly Act ☆
..... Renkou KYOU (Lianjia Jiang) 1

The Prejudice that the Avoidance Provision of Perfection Should Remove (2)
..... Mihoko INAGAKI 57

MATERIAL

Frauenvollzug und Mutter-Kind-Einrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland ..... Rita HAVERKAMP 156[1]
Translated by Akihiro ONAGI

Bicameralism in Italy. A Miracle at last, after 150 Years of Poor Design, Bad Performances, Aborted Reforms? ..... Carlo FUSARO 142[15]
Translated by Jun ASHIDA

CASE NOTE

Note on Civil Law Case ..... Shin HASHIMOTO 111

[ ]…Indicates the pagination for articles typeset horizontally that begin at the end of the journal ☆…Includes an European language summary

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan