



Vol.2 (2007.9)

東京大学 法科大学院ローレビュー

The University of Tokyo
Law Review

環境・公害事件における差止請求—より良い環境で
生きるために— =環境権と事案解明義務=

飯田泰士

患者の自己決定権に関わる医師の説明義務に関する
ガイドライン—メディカル・リスク・コントロールを踏
まえて—

飯田泰士

裁判員裁判における少年の刑事事件

岩堀 裕

共同開発契約において成果帰属を共有とする場合の
問題点

大場規安

準拠法の選択, 解釈と抵触法的な等価性

國井敏明

タックス・ヘイブン対策税制の問題点と, その解決策
の検討—租税条約との関係において

山本哲也

株主代表訴訟における訴訟法上の諸問題

伊藤 眞

刑事訴訟における「上告受理」制度

古江頼隆

エジプト民法典小史

両角吉晃

コラム 「9・11以降の国際的寄付税制」

増井良啓

書評 新山一雄『職権訴訟参加の法理』を読む

山本隆司

法科大学院3年間を振り返って

伊藤 眞

—目次—

- 1 第2巻の刊行にあたって 井上正仁

投稿論稿

- 2 環境・公害事件における差止請求—より良い環境で生きるために—
—環境権と事案解明義務— 飯田泰士
- 20 患者の自己決定権に関わる医師の説明義務に関するガイドライン
—メディカル・リスク・コントロールを踏まえて— 飯田泰士
- 42 裁判員裁判における少年の刑事事件 岩堀 裕
- 51 共同開発契約において成果帰属を共有とする場合の問題点 大場規安
- 69 準拋法の選択, 解釈と抵触法的な等価性 國井敏明
- 113 タックス・ヘイブン対策税制の問題点と, その解決策の検討
—租税条約との関係において— 山本哲也

寄稿論稿

- 133 株主代表訴訟における訴訟法上の諸問題 伊藤 眞
- 143 刑事訴訟における「上告受理」制度 古江頼隆
- 151 エジプト民法典小史 両角吉晃

コラム・書評

- 165 「9・11以降の国際的寄付税制」 増井良啓
- 166 新山一雄『職権訴訟参加の法理』を読む 山本隆司

特別寄稿

- 175 法科大学院3年間を振り返って 伊藤 眞



第2巻の刊行にあたって

3年前に私どもの法科大学院（法学政治学研究科法曹養成専攻）が発足して間もない頃、専攻長を務めていた私は、何人かの学生から「アメリカのローレビューのようなものを出す考えはないのか。もしあるのなら、自分たちも参画したいのだが。」という質問ないし申し出を受けた。彼らと話し合ううちその志の高さと情熱に心を動かされた私は、高橋宏志研究科長（当時）や他の関係の先生方に相談したところ、いきなりアメリカのローレビューと同レベルのものを発行するのは無理だとしても、法科大学院学生の自主的な研究やリサーチ、論文執筆を奨励する意味から、その成果を公表する場として、学生が主体となり教員もこれに協力して、さしあたり電子ジャーナルの形で、独自のローレビューを発行することを考えてみようということになった。そして、後任の山下友信専攻長において、学生諸君と協議を重ね、体制を整備したうえ、学生の有志で構成される編集委員会が先生方の助言を得つつ相当の時間を費やして準備を積み重ねた末、昨年8月によりやく創刊号の刊行にこぎつけたのであった。それから1年、いままた第2巻の発行を見るに至り、感慨ひとしおのものがある。

アメリカには現在、アメリカ法曹協会（ABA）公認のロースクールだけでも180校余りあるが、そのほとんどのロースクールでは各自ローレビューを発行している。有力校では、大学ないしロースクールの名を冠した「旗艦（flagship）」ローレビューのほか、特定の分野に特化したローレビューが何種類も発行されていることも珍しくない。全米最古のローレビューは1852年創刊のUniversity of Pennsylvania Law Reviewであるが、同誌は当初は実務家の執筆・編集になる法律雑誌であった。しかし、それから30年ほど後のHarvard Law Reviewの創刊は、学生有志のイニシアティブによるものであり、当初は同窓会の財政的サポートの下に、その後は財政的にも独立して、文字どおり学生が主体となり編集や経営が行われてきた。今日では、他のほとんどのローレビューも、学生がその主体となっている。特に各ロースクールの旗艦ローレビューの編集委員になるには、成績や論文執筆・編集能力などについて厳しい審査を経なければならないが、編集委員を務めることは大変なプレステージであり、後のキャリア選択などにおいても有利に働くことが多い。ローレビューに掲載される主論文はロースクール（自校とは限らない）の教授や実務家の手になるものがほとんどであるが、編集委員の力は強く、掲載論文の選別を行い、その内容もチェックして、必要に応じ修正を求めることすらある。判例評釈やその時々問題などについてのコメントの類は、編集委員自らが執筆するのが普通であり、その中には、後続の法律書や論文などにも頻りに引用されることとなるような優れたものが少なくない。アメリカの法律学は、まさにこれらのローレビューが支えていると言っても、過言ではないのである。

わが国の学界事情はこれとは異なるし、東京大学法科大学院ローレビューも、そのようなアメリカの一流のローレビューからはまだまだ遠い域にある。しかし、今回も、法科大学院でのタイトなカリキュラムをものともせず、多くの時間を割いて掲載論文を執筆して下さったみなさんや編集に当たって下さった編集委員のみなさんの情熱と献身には、頭の下がる思いをしている。先生方による寄稿も増え、創刊号にも増して充実した内容となったのではないかと思う。前途はなお遼遠であるが、東京大学法科大学院とともに、本ローレビューが大きく育っていくことを祈念したい。

2007年9月

東京大学大学院法学政治学研究科長

井上正仁

論説

環境・公害事件における差止請求
—より良い環境で生きるために—
＝環境権と事案解明義務＝

2005年4月入学

飯田泰士

- I. 序論
- II. 差止請求の法律構成
 - 1 導入
 - 2 差止請求の法律構成についての検討
 - 3 小括
- III. 環境権
 - 1 環境権の法的根拠
 - 2 環境権に基づく請求
- IV. 環境権に基づく差止請求の要件
 - 1 導入
 - 2 環境権に基づく差止請求の要件の検討
 - (1) はじめに
 - (2) 絶対的差止基準
 - (3) 被害が絶対的差止基準に達しない場合の利益衡量
- V. 環境権に基づく差止請求における証明
 - 1 導入
 - 2 証明責任の転換
 - 3 間接反証
 - 4 事実上の推定
 - 5 事案解明義務
 - (1) はじめに
 - (2) 事案解明義務違反の効果
 - 6 証明度の引下げ
 - 7 裁判例の検討
 - (1) はじめに
 - (2) 裁判例の検討（全隈町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件）
 - (3) 裁判例の検討（志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件）
 - (4) まとめ
 - 8 小括
- VI. 結語

I. 序論

不法行為によって損害が発生している場合、その損害についての損害賠償を請求し（民法709条、民法710条）、原状回復を図ることが不法行為の救済手段として中心的なものである。しかし、不法行為が継続している場合、被害者の救済としてはそれだけでは十分でなく、現在継続されている不法行為の中止を求め、侵害自体をさせないことが重要なこととして要求されるのである¹⁾。

そして、そのようなことは、現代社会において、重要課題になっている環境・公害事件の場合に、特に要求される。なぜなら、環境・公害事件では、環境、人の身体・生命といった一度侵害されると回復困難な重要なものが侵害されるからである。そこで、環境・公害事件の場合に、不法行為の差止請求を認めるべきであり、認めている裁判例もある。

もっとも、環境・公害事件の場合の不法行為の差止請求の法律構成のため、差止請求の認められる段階が遅くなっており、しかも、公害訴訟においては、高度の専門性や証拠の偏在といった公害訴訟の特殊性のため、不法行為の差止請求が容易に認められているわけではない。しかし、環境・公害事件の場合の不法行為の差止請求は、より良い環境を保ち、人の身体・生命を保護するために重要なものであるので、早い段階で、適切に認められるべきである。

そこで、本稿では、環境・公害事件の場合の不法行為の差止請求について、その特殊性を踏まえたうえで、より良い環境の保護、人の身体・生命の保護という観点から、分析、検討する。

II. 差止請求の法律構成

1 導入

では、環境・公害事件の場合に、不法行為の差止請求をどのような法律構成で認めるべきであろうか。その法律構成としては、①物権的請求権説、②人格権説、③不法行為的差止請求権説、④環境権説がある²⁾ので、以下、それらについて検討する。

①物権的請求権説とは、被侵害利益が物権である場合は物権に基づいて妨害排除ないし妨害予防を請求できるというものである。もっとも、この場合、実際に物権的利益が侵害されているのではなく、生活上の利益が侵害されているのであり、その被害者がたまたま土地所有者であるということ、所有権に基づいて侵害行為の差止請求をできるという考え方であるから、理論的には物権的請求権の転用である³⁾。公害の差止請求では最も伝統的な立場である⁴⁾。

②人格権説とは、侵害された人権が物権に匹敵する権利である場合は差止請求ができるというものである。近時は、この法律構成による裁判例が多い⁵⁾。ここで、人格権とは「生命・健康を人間が本来有する状態で維持しうる権利」であり、人格権侵害とは、「個人の人格に本質的に付帯する個人の生命、身体、精神および生活に関する利益の侵害」である。この意味で、憲法の分野において、名誉毀損・プライバシー侵害関連で人格権が語られているのとは異なる⁶⁾。

③不法行為的差止請求権説とは、差止によって保護されるべき十分な利益が存在し、それが侵害されることで差止の要件は十分であり、物

1) 富井利安『環境・公害法の理論と実践』（日本評論社、2004）215頁。

2) 大塚直『環境法』（有斐閣、2002）518頁。

3) 田山輝明『不法行為法（補訂版）』（青林書院、1999）139頁。

4) 淡路剛久『公害賠償の理論（増補版）』（有斐閣、1978）262頁、この構成によった裁判例として、名古屋地判昭和42年9月30日判時516号37頁がある。

5) 交告尚史ほか『環境法入門』（有斐閣、2005）207頁、この構成によった裁判例として、大阪高判昭和50年11月27日民集35巻10号1881頁（大阪空港訴訟）がある。

6) 潮見佳男『不法行為法』（信山社、1999）485頁。

権的請求権や人格権、そして後述の環境権を持ち出す必要はないとするものである⁷⁾。

④環境権説とは、環境を破壊から守るために、環境を支配し、良い環境を享受しうる権利である環境権⁸⁾に基づいて侵害行為の差止請求ができるというものである。

ここで、大阪弁護士会環境権研究会の環境権についての研究は、わが国における環境権研究で重要なものである⁹⁾ので、大阪弁護士会環境権研究会の環境権の概要について紹介する⁹⁾。

急激な科学技術の進歩により自然の回復力をはるかに上回る大量の廃棄物が排出・累積され、地表上の汚染は急速に進みつつある。従来、われわれは自然の恩恵を無限のものと考えてきたが、それは地球という有限の空間の中で閉鎖的循環を繰り返している有限なものでしかなかった。われわれを取りまく自然は、もはや、われわれが自由にこれを使用しうる自由財ではなくなり、稀少価値をもつ価値物に変化したといえることができる。

これらの環境を守るために、われわれには、環境を支配し、良き環境を享受しうる権利があり、みだりに環境を汚染し、われわれの快適な生活を妨げ、あるいは妨げようとしている者に対しては、この権利に基づいて妨害の排除または予防を請求しうる権利がある。

2 差止請求の法律構成についての検討

以上のような、法律構成について、私は、④環境権説が妥当である¹⁰⁾と考える。そのように考えるのは、以下のような、消極的理由と積極的理由からである。

まず、消極的理由についてである。

第1に、①物権的請求権説は、物権的利益を

有しない者は、この理論によっては救済されず、その場合は、その者は全く救済されないことになるか、または、他の法律構成によって救済され、一貫性を欠くことになるので妥当でない。もっとも、そのような者も占有者として物権的差止請求をなしうるとする説もあるが、占有訴権の制度は本権に基づく物権的請求権と比べて暫定的性格を有するので、これをこのような場合まで転用するのは妥当でない¹⁰⁾。また、人間の生活に対する侵害であることを本質とする公害・生活妨害を、所有権に対する侵害と構成する点で、被害の実質に適合しないので妥当でない¹¹⁾。

第2に、②人格権説は、人格権は個人が享有主体であり、差止請求を認める根拠として妥当でない。なぜなら、環境・公害事件についての差止は、自然環境を保護しようという住民・社会運動から発現したものであり、集团的・社会的性格をもつからである。

第3に、③不法行為的差止請求権説は、不法行為の条項は事後的に金銭賠償により被害者を救済しようとするものであり（民法709条、民法710条）、将来発生する損害に関する責任についてまで規定していないので、差止請求を認める根拠として妥当でない。また、この構成によると、民法709条、民法710条で故意・過失が要求されることから、故意・過失が認められない限り、差止請求が認められず、被害者に不利であり妥当でない¹²⁾。

次に、積極的理由についてである。

第1に、環境・公害事件の差止は、集团的・社会的性格をもつ。そのため、環境は不動産の利用権とは無関係に、万人に共有されるべきであるとの考え方（環境共有の法理）に基づいて構成された新しい人権の1つである環境権¹³⁾をその根拠とするのが妥当である。

7) 田山・前掲注3)141頁。

8) 阿部泰隆＝淡路剛久『環境法（第3版）』（有斐閣、2004）353頁。

9) 大阪弁護士会環境権研究会『環境権』（日本評論社、1973）50頁、51頁、63頁。

10) 田山・前掲注3)140頁。

11) 加藤一郎『公害法の生成と展開』（岩波書店、1968）20頁。

12) 潮見・前掲注6)483頁。

第2に、判例¹⁴⁾は、環境権は認められないとするが、1972年にストックホルムで開催された、第1回国際連合人間環境会議における「人間環境宣言」は、環境権は現代世界共通の「基本的人権」であるとし、また、環境権は韓国やスペインやポルトガル等の憲法で明文により保障され¹⁵⁾、アメリカやフランスでは法律で保障され、罰則規定のある国もあるので、国際協調主義を採用している（憲法前文、憲法98条）日本においても環境権を認めるべきである¹⁶⁾。

第3に、環境権を根拠に差止請求を認める見解は、身体・生命への侵害結果を問題とせず、環境の侵害すなわち身体・生命への危険を問題とし、公害事件において問題視される、被害者が因果関係を証明することの困難を緩和するものである。これは、専門性や証拠の偏在による立証の困難を緩和することを目指す判例¹⁷⁾や法制度¹⁸⁾の趣旨に沿うものである。

第4に、日本における環境・公害問題に対する、問題意識・取り組みは他の先進諸国に比べ著しく欠けているので、法が先行して、そのような状況の解決を目指すべきである。環境権を認めることは、国民一人ひとりが環境の重要性について認識し、環境を育む心を養うことにより、自発的に環境問題の解決に努め、あるいは環境保全活動に取り組むようになることを

主な目的として行われる教育活動である環境教育¹⁹⁾に資する。

第5に、環境権は内容が不明確であると批判され、裁判例²⁰⁾もそれを理由として環境権を否定するが、環境権は1969年、アメリカのミシガン大学のジョセフ・エル・サックス教授の草案の中に登場し²¹⁾、それ以後研究が進められ、決して不明確であるとは言えない。不明確な面があるとしても、裁判の積み重ねの中で具体化していくことができる。

第6に、環境破壊の考え次第では一切の開発が不可能となり、行政機能が損なわれるおそれがあることを理由として環境権を否定する見解がある²²⁾が、人権はそもそも行政による恣意を排除するためのものであるもので、そのような理由で否定するのは妥当でない。

3 小括

以上のように、私は、環境・公害事件の場合に、環境権によって、不法行為の差止請求を認めるべきであると考えます。

環境権を根拠にすることにより、身体・生命への侵害結果を問題とせず、環境の侵害すなわち身体・生命への危険を問題として差止請求をすることができるので、私の考え方は、裁判例

13) 交告ほか・前掲注5)132頁。

14) 最判昭和56年12月16日民集35巻10号1369頁（大阪空港訴訟）。

15) 韓国民事法務研究会『韓国憲法・戸籍法・親族法・相続法（改正版）』（韓国通信社、1991）6頁によると、例えば、韓国の憲法35条には、次のように規定されている。

すべての国民は、健康で快適な環境で生活する権利を有し、国家と国民は環境保全のため努力しなければならない。環境権の内容と行使は、法律で定める。

国家は、住宅開発政策などを通じ、すべての国民が快適な住居生活ができるよう努力しなければならない。

16) 交告ほか・前掲注5)131頁。

17) 最判昭和39年7月28日民集18巻6号1241頁、最判平成12年9月22日民集54巻7号2574頁、最判平成12年7月18日判時1724号29頁も専門性や証拠の偏在による立証の困難を緩和することを目指していると考えられる。

18) 民事訴訟法の平成8年改正において、220条4号で文書提出義務を一般義務とした。

19) 環境庁は、1986年「環境保全長期構想」の中で施策の重要課題として、環境教育を取り上げている〔横井秀明『図解による法律用語辞典（全訂版）』（自由国民社、1998）1010頁〕。

20) 福岡高判昭和56年3月31日判時999号33頁（豊前火力環境権訴訟）。

21) ジョセフ・エル・サックス教授は「天然資源保全および環境保護法」草案を起草し、公表した。そして、それをもとに、1970年4月1日、「ミシガン州環境保護法（MEPA）」が下院に提出された〔畠山武道『アメリカの環境保護法』（北海道大学図書刊行会、1992）35頁〕。サックス教授の環境権理論は、公共信託理論に立脚する〔J.L. サックス（山川洋一郎＝高橋一修訳）『環境の保護：市民のための法的戦略』（岩波書店、1974）178頁以下〕。

22) このような見解について、横井・前掲注19)989頁、潮見・前掲注6)486頁。

のように、人格権を根拠に差止請求を認める考え方よりも早い段階で差止請求をすることができるという、利点がある。

Ⅲ. 環境権

1 環境権の法的根拠

このように、環境権を根拠として、環境・公害事件の差止請求を認めると考えた場合、環境権の法的根拠が問題となる。

思うに、「健康で文化的な最低限度の生活」(憲法 25 条)を可能にするためには、国民の健康が必要であるが、環境破壊はそれを根本から破壊し、人間の生存そのものを不可能にする危険を内包している。また、より良い環境を享受するために国家に積極的な施策を要求できる権利として理解すべきである²³⁾ので憲法 25 条の生存権を根拠とすべきである²⁴⁾。

また、憲法 13 条の幸福追求権は基本的人権の総則的権利であり、憲法 14 条以下は個別的に歴史上重要視された人権を保障した例示列举にすぎず、憲法 14 条以下で保障できないものについては、憲法 13 条で保障されうると考える。もっとも、あらゆる権利が保障されるとすると、人権のインフレ化が起こり、かえって人権保障のレベルを下げってしまう結果となるので、人格的生存に必要な不可欠なものだけ保障さ

れると考える²⁵⁾。良い環境を享受する権利は、人の人格的生存に必要な不可欠なものであり、憲法 13 条の幸福追求権の一つと考えられるので、これも根拠とすべきである。そして、憲法 13 条によって保障する実益は、将来新しく発生しうる問題に対処できることである²⁶⁾。

このように、環境権の法的根拠を憲法 25 条と憲法 13 条に求めるべきであると考え²⁷⁾。

2 環境権に基づく請求

では、環境権の法的根拠をそのように考えた場合、環境権に基づきいかなる請求が認められるであろうか。

まず、差止請求が問題となる典型事例である、すでに公害が発生し環境破壊がされている場合は、環境権の自由権的側面の問題であり、環境権の内容の特定性は原則として問題とならず不法行為の差止請求が認められる。もっとも「80 ホンを超える騒音を原告居住地内に進入させてはならない」²⁸⁾との抽象的不作為命令を求める差止請求は特定性が問題となるが、判例²⁹⁾と同様に請求の特定性に欠けることはないと考え³⁰⁾。なぜなら、企業活動等により一般人の権利が侵害されている場合、侵害発生メカニズムを被害者が把握できず、請求すべき侵害防止措置の特定を具体的にすることが困難なおそれがあるからである。

23) 政府は環境権に関連して、国には、国民が健康で文化的な最低限度の生活ができるように環境保全のための諸施策を実施する責務があり、その基本理念は憲法 25 条に由来するとしている(1993 年 3 月 22 日参議院予算委員会における大出内閣法制局長官の答弁)[環境庁企画調整局企画調整課『環境基本法の解説』(ぎょうせい, 1994) 99 頁, 長谷部恭男『憲法(第 3 版)』(新世社, 2004) 168 頁]。

24) 1993 年に成立した環境基本法は、この理念に基づき「環境を健全で恵み豊かなものとして維持することが人間の健康で文化的な生活に欠くことのできないものであること」から、「現在及び将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受する」(環境基本法 3 条)ことができるよう環境を保全すべき責務を政府に課している(長谷部・前掲注 23) 168 頁)。

25) 佐藤幸治「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選 I (第 3 版)』(有斐閣, 1994) 38 頁。

26) 環境権を憲法 13 条によって保障する実益として、憲法 25 条で保護されない文化財の保全を図れることをあげる見解があるが、環境権の内容が広汎になりすぎ、権利性が弱められ、環境権が登場するに至った沿革に忠実でないので妥当でない[芦部信喜『憲法(新版補訂版)』(有斐閣, 1999) 242-243 頁]。

27) 憲法 25 条と憲法 13 条を根拠とする見解は、憲法学の多数説である[中山充「環境権論の意義と今後の展開」淡路剛久教授・阿部泰隆教授還暦記念『環境法学の挑戦』(日本評論社, 2002) 45 頁, 46 頁]。

28) 沢井裕『公害の私法的研究』(一粒社, 1969) 119 頁に挙げる例を参考にした。

29) 最判平成 5 年 2 月 25 日判時 1456 号 53 頁(横田基地事件)。

30) 土居正典「公害・環境裁判と差止請求(2)完」鹿兒島法学 39 卷 1 号 21 頁, 49-50 頁(2005)。

次に、未だ公害が発生しておらず、環境破壊もされていない場合についてである。このような場合、公害の発生が起らないようにし、また環境破壊がされないようにするための措置を請求するためには、具体的立法が必要である。なぜなら、環境権の内容が特定されていないため、環境権の社会権的側面についての基準が明らかでなく抽象的権利にすぎないからである。

もっとも、過去の事例・研究から、将来重大な公害が発生し、環境破壊がされるおそれが明らかな場合には、環境権の自由権的側面として事前の差止請求が認められると考える。なぜなら、一度水質汚染がされてしまったために、今後100年は水質を改善することはできないような状況になり、それを飲料水としていた町全体が壊滅的な被害を受けるといったような東南アジアの国々に見られることが起こりうるからである。

IV. 環境権に基づく差止請求の要件

1 導入

では、環境権に基づく差止請求はいかなる場合に認められるか。被害の存在のみで、他の事情を考慮することなく、差止請求が認められることになるのであろうか。確かに、差止請求の根拠として環境権のような権利的構成³¹⁾をとる場合は受忍限度論³²⁾のような利益衡量論をとるべきではないという考え方があり³³⁾、しかも、環境権という考え方がでてきたのは要件論における相関的判断の拒絶にあったといえ³⁴⁾、被害の存在のみで、他の事情を考慮す

ることなく、差止請求が認められることになるとも思える。しかし、受忍限度論は権利的構成である物権的請求権説の判例から生まれてきたものであり³⁵⁾、環境権論者の中にも相関的判断を是認する主張もあり、被害の存在のみで、他の事情を考慮することなく、差止請求が認められることになるというのが、環境権に基づき差止請求を認める見解の論理的帰結になるわけではない³⁶⁾。そこで、以下、環境権に基づく差止請求の要件について検討する。

2 環境権に基づく差止請求の要件の検討

(1) はじめに

従来の環境権に基づく差止請求の要件の考え方は、以下のように要約することができる。

環境侵害という事実があれば、原則として、利益衡量をせず差止請求が認められる。そして、環境侵害が存在するか否かは、原告個人に具体的に発現する被害のみでなく、事前予防・社会予防の見地から、生態系の変化、被害の広汎さをも考慮して判断すべきである。他方、結論の硬直化を防ぐため、望ましい環境状態(被害の違法レベル)が地域によって差のあることを認め、また、公共性、防止措置等加害行為の態様如何では、原告の環境権の行使を権利濫用として抑制することもありうる³⁷⁾。

このような考え方に沿い、そして利益衡量を重視し、私は、一定の被害が発生したならば、いかなる利益衡量も排斥して差止請求を認め、そのような一定の被害が発生しない場合は利益衡量により差止請求を認めるか否かを定めるべ

31) 物権的請求権説、人格権説、環境権説を権利的構成といい、不法行為的差止請求権説を非権利的構成という〔富井利安=伊藤護也『公害と環境法の展開』(法律文化社、1987) 38-39頁〕。

32) 横井・前掲注19)989頁によると、スウェーデンの1969年の環境保護法は受忍限度論の考えに立った賠償責任を規定していた。

33) 淡路・前掲注4)262頁。

34) 総合研究開発機構ほか『差止請求権の基本構造』(商事法務研究会、2001) 119頁。

35) 淡路・前掲注4)262頁。

36) 総合研究開発機構ほか・前掲注34)119頁。

37) 八代紀彦「環境権」西原道雄編『現代損害賠償法講座(5) 公害・生活妨害』(日本評論社、1973) 311頁、325頁、沢井裕『公害差止の法理』(日本評論社、1976) 28頁。

きと考える。そして、いかなる利益衡量も排斥して差止請求を認める一定の被害の基準を絶対的差止基準ということとする³⁸⁾。

このように考えることにより、利益衡量論のみによった場合の差止基準の不明確性や、経済性の過度の重視により差止請求が認められない危険性を克服し、また、従来の環境権に基づく差止請求の硬直的判断に対する批判に応えることができると思う。

(2) 絶対的差止基準

絶対的差止基準たる一定の被害とは、生命・身体（健康）への侵害を意味する。しかし、健康概念は必ずしも明確なものではない³⁹⁾。そこで、絶対的差止基準としては、集団的疾病预防の観点、すなわち閾値をとるべきである。ここで閾値とは、疫学的研究を基礎とし、それ以下では健康上何ら悪い影響もあられない汚染の条件である⁴⁰⁾。もっとも、被害が閾値以下でも、現実に1人であっても住民に生命侵害・疾病発生のおそれがあれば、加害者が被害者の居所の場を適法に収用し立ち退かせうる場合でなければ、被害者の加害者に対する差止請求が認められる。

そして、閾値の確立していない騒音・日照妨害の場合は、規制基準を社会的コンセンサスによる絶対的差止基準とみるべきである。規制基準に違反すれば、その規制基準が想定している被害が発生していないことを加害者が立証しない限り差止請求が認められる⁴¹⁾。

(3) 被害が絶対的差止基準に達しない場合の利益衡量

被害が絶対的差止基準に達していない限り、利益衡量により、被害の重大性と侵害行為の態様が相関的に衡量され、差止請求が認められる

か否かが決まる。このような衡量において検討すべきことは、Ⅰ被侵害利益の評価、Ⅱ侵害行為の態様、である。

そこで、まず、Ⅰ被侵害利益の評価について検討する。被侵害利益の評価は、①総量的被害評価と②生態学的被害評価によってなされるべきである⁴²⁾。

①総量的被害評価とは、単に原告個人の被害のみではなく、被告からもたらされる住民全体の被害を考慮に入れるべきというものであり、公害の拡散による免責を防ぐ意味でも、住民運動の団結の法的認知としても重要である。

②生態学的被害評価とは、現在原告自身に具体的に被害が発生せず、また現実に危険が切迫していることの立証が不可能であっても、生態学的見地から原告を含む住民集団に危険の及ぶことが確実であるなら違法と評価すべきというものであり、このように考えることによって、極めて早い段階で差止を求めることが可能となる。

次に、Ⅱ侵害行為の態様について検討する。侵害行為の態様は、i 正当防衛・緊急避難等違法性阻却事由、ii 公共性等違法性減殺事由、iii 害意等違法性補強事由として機能する⁴³⁾。

i 正当防衛・緊急避難等違法性阻却事由については、公害においては加害者側の正当防衛・緊急避難等は考えられない。

ii 公共性等違法性減殺事由については、①社会的有用性、②防止措置の困難さ、③先住性が問題となる。①社会的有用性については、差止請求が認められると原告・被告以外にも広く社会的に影響を及ぼすから、これをある程度斟酌するのはやむをえない⁴⁴⁾が、経済性等の過度の重視により差止請求が認められない危険性が

38) このような考え方について、沢井・前掲注 37) 29 頁。

39) WHO（世界保健機関）の健康の定義では、健康とは、「単に病気でない状態を指すのではなく、身体的、心理的、社会的に満足のゆく状態にあること」をいう〔池上直己『臨床のためのQOL評価ハンドブック』（医学書院、2001）139 頁〕。

40) 加藤一郎『公害法のしくみ』（有斐閣、1971）20 頁。

41) 絶対的差止基準について、沢井・前掲注 37) 29-30 頁。

42) 沢井・前掲注 37) 31 頁。

43) 沢井・前掲注 37) 33 頁。

44) 沢井・前掲注 37) 34 頁。

生ずるので、社会的有用性を違法性減殺事由として過大に評価することは妥当でない。②防止措置の困難さについては、防止措置が経済的に、あるいは技術的に非常に困難な場合は違法ではなく、差止請求は認められないという見解もある⁴⁵⁾が、企業はそもそも住民の環境権を侵害する権利をもっているわけではないから、適当な防止措置がないのであれば、企業はその事業活動自体を中止するべきである⁴⁶⁾ので、違法性減殺事由にはならないと考えるべきである。

③先住性については、隣地は良好な環境に置かなければならず⁴⁷⁾、先住者なら環境権を侵害してよいというわけではないので、違法性減殺事由にはならないと考えるべきである。

iii 害意等違法性補強事由については、①害意、故意、過失、②防止措置の懈怠、③環境影響調査義務、④環境影響調査結果の公開・説明義務が問題となる。①害意、故意、過失については、差止請求の法律構成として、不法行為的差止請求権説をとらず、環境権説をとるのであるから、必要ではないが、過失があれば、差止請求は認められやすくなり、故意があれば、差止請求はより認められやすくなり、害意があれば、さらに差止請求は認められやすくなると考える。②防止措置の懈怠については、加害者が容易にとれる防止措置を怠っていれば、差止請求は認められやすくなると考える。③環境影響調査義務については、環境影響調査を怠った場合、差止請求を認める重要な要素となると考える。④環境影響調査結果の公開・説明義務については、この義務の懈怠が差止請求を認める重要な要素となると考える⁴⁸⁾。③環境影響調査義務、④環境影響調査結果の公開・説明義務に関して、

近年、環境アセスメント⁴⁹⁾や住民への説明といった手続面が重視され⁵⁰⁾、裁判例⁵¹⁾にも環境影響調査の不履行と住民との話し合いがないことを理由に差止請求を認めたものがある。

V. 環境権に基づく差止請求における証明

1 導入

そして、公害訴訟において、環境権に基づく差止請求が認められるためには、因果関係の立証がなされる必要がある。もともと、高度の専門性が要求され、その上、因果関係を証明するために必要な証拠は環境を侵害している側である企業等によって管理されており、証拠の偏在が顕著であるので、因果関係の証明は著しく困難であり、環境権に基づく差止請求は著しく困難となってしまふ。そこで、証明の負担の軽減や立証困難の緩和をどのようにするかが、大きな問題となるのである。

このような問題に対応するため、民事訴訟法においては、次のような対応がなされている。

まず、当事者が相手方の所持する文書を証拠調べの対象とするために採り得る方法として、文書提出命令があり（民事訴訟法 223 条）、民事訴訟法 220 条 4 号で、同号のイないしホの場合を除き、文書提出義務を一般義務化し、証拠収集の拡充を図っている。

また、当事者が、相手方の下にある証拠を証拠調べの対象とするために採り得る方法として、証拠保全制度がある（民事訴訟法 234 条）。この制度の利用により、本来の証拠調べを待つ

45) 沢井・前掲注 37)35 頁。

46) 大阪弁護士会環境権研究会・前掲注 9)101 頁。

47) 大阪弁護士会環境権研究会・前掲注 9)102 頁。

48) 沢井・前掲注 37)36 頁。

49) 環境影響事前評価ともいう。ある行為によって環境にいかなる影響が及ぶかを事前に調査研究し、それをまとめて公表することである。住民はそれに対して、意見をだすことができる。日本においては、工業立地法や瀬戸内海環境保全特別措置法の中に、環境アセスメントの初歩的な制度が導入され、1997 年に対象事業の拡大、スクリーニング、スコーピング導入、住民参加の機会の拡大をした環境影響評価法が成立している（横井・前掲注 19)988 頁）。

50) 富井利安ほか『環境法の新たな展開（新版）』（法律文化社、1997）70 頁。

51) 熊本地判昭和 50 年 2 月 27 日判時 772 号 22 頁。

ていたのでは取り調べが不可能または困難になるおそれがある場合、予め証拠調べをして、その結果を確保することができることになる。証拠保全の証拠開示機能について、証拠保全による相手方の不利益や提訴前の証拠収集に協力すべき理論的基礎が十分でないとして、消極的に評価する見解⁵²⁾もあるが、証拠の偏在に対処し、当事者の実質的公平を図るために、証拠の保全という目的を超えて、相手方の有する自己に有利な証拠を発見する目的で証拠保全手続を利用する証拠開示機能を積極的に評価すべきである⁵³⁾。

もつとも、このような民事訴訟法の制度だけでは、証明の負担の軽減や立証困難の緩和をすることは困難である。

そこで、訴訟上ある事実の存否が確定できない場合に、判決において、その事実を要件とする自己に有利な法効果の発生または不発生が認められないことになる当事者一方の危険または不利益である⁵⁴⁾、証明責任の分配の仕方によって、環境権に基づく差止請求における証明の負担を軽減することができないか。

このことに関して、当事者の公平の観点から、立証の難易、証拠との距離、事実存否の蓋然性を基準として、証明責任の分配を決定する、という見解が近年有力に主張されている⁵⁵⁾。このように考えれば、環境権の差止請求における証明責任を環境を侵害している企業等に負担させることができ、差止請求する側の証明の負担を軽減することができる。

しかし、証明責任には、審理過程で、当事者の訴訟追行の指標としての機能と裁判所の訴訟

運営の指標としての機能がある⁵⁶⁾が、そのような見解によると、証明責任のそのような機能が十分に果たせず、妥当でない。

そこで、実体法との調和および基準の明確性から、法規の解釈によって証明責任の分配基準を決定すべきである（法律要件分類説）⁵⁷⁾。

証明責任の分配についてこのように考えると、環境権に基づく差止請求の証明責任は、差止請求する側が負うことになってしまい、差止請求が著しく認められにくくなる。しかし、そのような結果は社会的正義の観点から妥当でない。そこで、そのようなことを解決するため、以下、証明の負担の軽減、立証困難の緩和の法技術として、①証明責任の転換、②間接反証、③事実上の推定、④事案説明義務、⑤証明度の引下げについて分析、検討する。

2 証明責任の転換

証明責任の転換とは、特定の場合に、相手方に反対事実の証明責任を負わせる法技術である⁵⁸⁾。明文で規定されているものとして、自動車損害賠償保障法3条但書があるが、明文で規定されていない場合も認められるかが問題となる。

近時の公害訴訟においては、証明責任の転換を認めて、相手方に証明責任を負担させる見解もある⁵⁹⁾。このような見解によると、因果関係の証明がないことにより、差止請求が認められないということが大幅に少なくなる。

しかし、証明責任の転換は、表面的にドラステックであり、他方、解釈論としての説得力

52) このような見解について、大竹たかし「提訴前の証拠保全実施上の諸問題」判例タイムズ361号74頁、74頁（1978）、伊藤眞『民事訴訟法（補訂版）』（有斐閣、2000）382頁。

53) このような見解について、小林秀之『新証拠法』（弘文堂、1998）123頁、林圭介「証拠保全に関する研究」民事訴訟法雑誌37号24頁、40頁（1991）。

54) 菊池定信「証明責任の分配」飯倉一郎編『演習ノート 民事訴訟法（全訂版）』（法学書院、1997）153頁、153頁。

55) 高木敬一「証明責任」櫻井孝一編『争点ノート 民事訴訟法（改訂版）』（法学書院、1997）139頁、141頁。

56) 上田徹一郎『民事訴訟法（第3版）』（法学書院、2001）368頁。

57) 伊藤・前掲注52)310頁。

58) 新堂幸司『新民事訴訟法（第3版）』（弘文堂、2004）520-521頁。

59) 菊池定信「法律上の推定と証明責任の転換」飯倉一郎編『演習ノート 民事訴訟法（全訂版）』（法学書院、1997）155頁、156頁。

は、転換するほうが妥当であるという政策論以上のものは出てきにくく、理論的強さに欠けることが多い⁶⁰⁾ので、明文で規定されていない場合、証明責任の転換は認められないと考える。

3 間接反証

間接反証とは、ある主要事実が間接事実によって一応証明されたときに、別個の両立しうる間接事実を証明することによって、主要事実の推認を妨げる立証活動である⁶¹⁾。

間接反証理論は、法律要件分類説を前提としながら、主要事実の証明責任は変動させず、証明困難な主要事実をめぐる間接事実についての証明の負担を両当事者のいずれかに分配して、証明困難な主要事実についての証明責任の公平な運用を図る機能を有するものであり⁶²⁾、公害訴訟における証拠の偏在構造による問題を解決するための理論として注目されている。

公害訴訟において、間接反証が用いられたとされる、新潟水俣病事件の裁判例⁶³⁾は、因果関係の証明について、原告が、①被害疾患の特性とその原因物質、②原因物質が被害者に到達する経路の2つの事実を証明すれば、因果関係は一応証明されるので、③加害企業における原因物質の排出については、被告企業がその不存在を証明しなければならないとした⁶⁴⁾。

しかし、この裁判例が間接反証を用いたと考えるのは妥当でないと考える。なぜなら、因果関係の有無というのは、評価であり、主要事実ではなく⁶⁵⁾、また、間接反証は証明責任の負担を一部修正する理論⁶⁶⁾だからである。

裁判例にも間接反証を用いることに反対する

ものがあると考えられる。東北電力女川原子力発電所建設工事差止請求事件の裁判例⁶⁷⁾は、人格権等に基づく原子力発電所の建設または運転についての差止訴訟においては、当該原子力発電所に安全性に欠ける点があり、原告らに被害が及ぶ危険性があることについての立証責任は、人格権に基づく差止訴訟一般の原則どおり、原告が負うべきものと解され、本件においては、①原子力発電の運転による放射性物質の発生、②原子力発電所の平常運転時および事故時における右放射性物質の外部への排出可能性、③右放射性物質の拡散可能性、④右放射性物質の原告らの身体への到達可能性、⑤右放射性物質に起因する放射線による被害発生の可能性について、原告が立証責任を負うが、①②③④⑤について原告が必要な立証を行っていること、原子力発電所の安全性に関する資料はすべて被告側が保持していることなどの点を考慮すれば、被告側において、まず安全性に欠ける点のないことについて、相当の根拠を示し、かつ非公開の資料を含む必要な資料を提出した上で立証する必要があり、被告が右立証を尽くさない場合には本件原子力発電所に安全性に欠ける点があることが事実上推認されるとし、間接反証を用いたものと考えられるが、志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例⁶⁸⁾は、そのような考え方はとらないとしている。

また、間接反証理論については、因果関係の有無が主要事実であるとしても、因果関係の存在について事実上の推定を成立せしめる高度の経験則が働くときには、相手方はそれを覆滅するための間接事実の存在を裁判所に確信させなければならないという一般論で十分であり、特

60) 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上』(有斐閣, 2005) 498頁。

61) 椎橋邦雄「間接反証」櫻井孝一編『争点ノート 民事訴訟法(改訂版)』(法学書院, 1997) 130頁, 130頁。

62) 上田・前掲注56)376頁。

63) 新潟地判昭和46年9月29日下民集22巻9・10号別冊1頁(新潟水俣病訴訟)。

64) 間接反証と考える学説がある〔好美清光=竹下守夫「判批」判例時報646号108頁, 109頁(1971)〕。

65) 高橋・前掲注60)494頁。

66) 上田・前掲注56)376頁。

67) 仙台地判平成6年1月31日判タ850号169頁(東北電力女川原子力発電所建設工事差止請求事件)。

68) 金沢地判平成18年3月24日判時1930号25頁(志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件)。

別に間接反証の概念を立てる理由に乏しい、という批判がある⁶⁹⁾。

4 事実上の推定

裁判所は、争いのある事実に関して、証拠から直接、または証拠に基づいて間接事実を認定し、間接事実に基づいて主要事実の存在を推定する。この推定は、経験則を用いて行われ、事実上の推定と呼ばれる⁷⁰⁾。表見証明や一応の推定も事実上の推定の一場合であると考えられる⁷¹⁾。

私は、前述のように、因果関係の有無というのは、評価であり、主要事実ではないと考えるので、因果関係の有無の証明に関して、事実上の推定ということは問題にならないと考える。しかし、前述のように、間接反証理論については、因果関係の有無が主要事実であるとしても、因果関係の存在について事実上の推定を成立せしめる高度の経験則が働くときには、相手方はそれを覆滅するための間接事実の存在を裁判所に確信させなければならぬという一般論で十分であり、特別に間接反証の概念を立てる理由に乏しい、という指摘があり、また、因果関係の有無が評価であるのか主要事実であるのかについては争いがあるので、因果関係の有無を主要事実と考えた場合、事実上の推定により、公害訴訟の妥当な解決が図れるのかについて検討する。そして、検討するにあたって、新潟水俣病事件の裁判例⁷²⁾を例として用いる。

新潟水俣病事件の裁判例によると、証明すべきことは、①被害疾患の特性とその原因物質、②原因物質が被害者に到達する経路、③加害企業における原因物質の排出である。そして、③加害企業における原因物質の排出については、加害企業側の支配領域内の問題であり、原告が

証明することは著しく困難である。

そのため、前述のように、新潟水俣病事件の裁判例は間接反証理論を用いて、原告は①②の事実を証明すればよいとしたとされる⁷³⁾が、事実上の推定を用いて、同様のことが言えるか、すなわち、①②の事実を証明すれば、因果関係の存在について事実上の推定を成立せしめる高度の経験則が働くと言えるであろうか。

思うに、社会的正義ということを考慮に入れたとしても、③加害企業における原因物質の排出があるか否かという、因果関係の存在の有無を認定するにあたって非常に重要なことを原告が証明できていないにもかかわらず、①②の事実を証明しただけで、因果関係の存在について事実上の推定を成立せしめる高度の経験則が働くということはできないと考える。

そこで、新潟水俣病事件の裁判例の事案においては、事実上の推定により、原告の証明の困難を緩和し、因果関係の存在を認めることはできないと考える。

そして、事実上の推定により、因果関係を認めるのが困難というのは、新潟水俣病事件の裁判例の事案に限られることではないであろう。その理由は、次のとおりである。事実上の推定により、証明の困難を緩和しようとする事実は、加害企業が証拠を独占しているような加害企業側の支配領域内の事実であると考えられる。というのは、そのような事実の証明の困難を緩和するのではなく、そのような事実を原告に証明させて、他の事実の証明の困難を緩和しても、証明の困難の緩和という観点からは効果的なものではないからである。そして、加害企業側の支配領域内の事実というのは、加害企業の原因物質の排出や加害企業内の敷地に有害物質が埋め立てられたこと等の因果関係の有無を考えるにあたって重要な事実であり、そのような事実

69) 伊藤・前掲注 52)318 頁。

70) 伊藤・前掲注 52)311 頁。

71) このように考えるのが多数説である(高橋・前掲注 60)504 頁)ので、本稿ではそれに従う。

72) 前掲注 63) 新潟地判昭和 46 年 9 月 29 日(新潟水俣病訴訟)。

73) 間接反証と考える学説がある(好美ほか・前掲注 64)108 頁, 109 頁)。

ただし、前述のように、私は、この裁判例が間接反証を用いたと考えるのは妥当でないと考える。

が証明できなければ、因果関係の存在について事実上の推定を成立せしめる高度の経験則が働くということとはできない。

5 事案解明義務

(1) はじめに

このように、公害訴訟における証明の困難は、間接反証理論や事実上の推定により緩和することはできないと考える。

そうすると、証明責任を負わない加害企業側は、訴訟で証明活動を行わず、証明困難のため原告の本証が失敗するのを待ち、証明の困難を乗り越えて、原告の本証が成功しそうになって初めて反証するということになりそうである。

しかし、そのようなことは、社会的正義という観点から妥当でない。

そこで、加害企業側に事案解明義務を負わせることはできないかについて検討する。

事案解明義務とは、ドイツの学説から示唆を受けたものであり、証明責任を負わない当事者に事実主張の補完のための主張や証拠提出を義務付けるものであり⁷⁴⁾、その要件としては、相手方に事案の解明を求める証明責任を負う当事者が、①自己の権利主張につき合理的な基礎があることを明らかにする手がかりを示し、②この者が客観的に事実の解明をなし得ない状況にあり（事実からの隔絶）、③そのことに非難可能性がなく、④それに反して相手方は事実を容易に解明できる立場にありその期待可能性があること、があげられる⁷⁵⁾。

そして、相手方が、事案解明義務を果たしたときは、証明責任を負うものが証明活動をしななければならない、それにもかかわらず証明に失敗し、真偽不明に陥ったときは、証明責任により、証明責任を負うものが敗訴するということにな

る⁷⁶⁾。

このような事案解明義務は、主張されたドイツにおいても、我が国においても、一般的に承認されるには至っていない⁷⁷⁾。しかし、事案解明義務は、一方当事者に証明責任を負わせ、あとは、当事者の訴訟追行に任せるという伝統理論から生じた証拠を巡る両当事者の法的地位の不平等を調整して、証明責任を負う者に事案の解明を期待できない場合に相手方当事者に主張・立証の義務を認め、実質的当事者平等原則の実現を目指すものである⁷⁸⁾ので、公害訴訟にもよく当てはまる理論である⁷⁹⁾と考える。

(2) 事案解明義務違反の効果

では、事案解明義務違反の効果はどのように考えるべきか。

事案解明義務違反の効果としては、この義務に違反して主張や証拠を提出しないことの評価を裁判所の自由裁量に任せるとの見解と、この義務に違反した場合は要証事実については証明責任が転換するという見解がある⁷⁹⁾。

このことに関しては、①柔軟な事実認定ができ、②手続の安定性が得られ、③過失の軽重に応じて柔軟な訴訟上の効果を得られるので、この義務に違反して主張や証拠を提出しないことの評価を裁判所の自由裁量に任せるとの見解が妥当である⁸⁰⁾と考える。

6 証明度の引下げ

証明度の引下げについては、通常の高い証明度では、証明困難ゆえに、不当な証明責任を導き、適用実体法の規範目的・趣旨に反する結果となる場合に、証明度を軽減する、と説く学説がある⁸⁰⁾。

そして、証明度の引下げが行われる類型とし

74) 松村和徳「証明妨害と模索的証明」櫻井孝一編『争点ノート 民事訴訟法(改訂版)』(法学書院, 1997) 163頁, 166頁。

75) 上田・前掲注56)379頁, 高橋・前掲注60)510頁。

76) 高橋・前掲注60)510頁。

77) 松村・前掲注74)166頁。

78) 上田・前掲注56)379頁。

79) 上田・前掲注56)379頁。

ては、医学・化学・物理学等の因果関係の証明の困難な場合、公害・鉱害・製造物責任の場合、交通事故のように被告が保険に入っていて損害のリスクを分配転嫁しうる場合があげられている⁸¹⁾。

証明度の引下げは裁判所で実際に行われていると見てよいであろう⁸²⁾。

7 裁判例の検討

(1) はじめに

以上のように考えると、公害訴訟で、証明の負担の軽減、立証困難緩和の法技術として用いることができるのは、事案解明義務と、証明度の引下げである。そこで、これらが、差止請求が認められた最近の重要な公害訴訟の裁判例において、どのように用いられているか、それとも用いられていないのかについて分析、検討する。

(2) 裁判例の検討（全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件）

全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例⁸³⁾は、安定型産業廃棄物処分場の建設等差止事件の本案訴訟において、水道水利用者の差止請求を認めた初めての裁判例である⁸⁴⁾。近年、廃棄物最終処分場の建設を巡る紛争は、1.廃棄物の増加に比して処分場不足から処分場設置が全国各地に広がっていること、2.処分場予定地が住民の生活圏に接近していること、3.処分場からの環境汚染が報道され、住民の間に生活、健康への危険の不安が高まっていること、4.行政によるコントロールに対する住民の不信感などの理由により増加し、差止訴訟になる事例が増えている⁸⁵⁾ので、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は重要な裁判例である。

全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例において、事案解明義務、証明度の引下げは用いられているであろうか。以下、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例について、分析、検討する。

全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は次のように判示した。

原告らの請求を基礎づける要素は、大きく区分けすると、㊦当該廃棄物処分場に水道水の清浄を損なうおそれのある物質（以下、「有害物質」という。以後、この意味で「有害物質」という言葉を使う場合には、かぎ括弧付で表記することとする。）が搬入され、埋め立てられることが合理的に予測されるか、㊧当該廃棄物処分場に埋め立てられた「有害物質」が当該廃棄物処分場外に漏出することが合理的に予測されるか、㊨漏出した「有害物質」が水道、ひいては原告らの蛇口まで到達することが合理的に予測されるかの三点に整理することができる。このうち、㊦と㊧は、当該廃棄物処分場設置者の支配領域内にある廃棄物処分場施設内の問題であり、将来の予測という面についても、当該設置者自身が設置、運営するのであるから、当該設置者自身でなければ説明することができない問題であり、原告らに説明させることは意味がない。

そこで、原告は、㊩当該廃棄物処分場に「有害物質」が搬入され、埋め立てられることが合理的に疑われること、㊪当該廃棄物処分場に埋め立てられた「有害物質」が当該廃棄物処分場外に漏出することが合理的に疑われること、㊫漏出した「有害物質」がある場合には、水道、ひいては原告らの蛇口まで到達することが合理的に高度の蓋然性をもって肯定されることを立証する責任があり、これらの立証がされれば、法的因果予測の面の証明はあったものというべ

80) 高橋・前掲注 60)518 頁。

81) 高橋・前掲注 60)518 頁。

82) 高橋・前掲注 60)518 頁。

83) 水戸地判平成 17 年 7 月 19 日判時 1912 号 83 頁（全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件）。

84) 飯塚和之「判批」判例タイムズ 1211 号 27 頁、29 頁（2006）。

85) 飯塚・前掲注 84)27 頁。

きであり、当該廃棄物処分場設置者である被告において、④当該廃棄物処分場には「有害物質」が搬入されることはないこと（搬入を阻止するに足りる十分な対策を講じていること）、又は⑤仮に搬入されても、埋め立てられることはないこと（埋立対象物にしないことを保障し得る十分な対策を講じていること）、又は⑥仮に埋め立てられても、「有害物質」が当該廃棄物処分場外に漏出することはないこと（場外への漏出を防止するに足りる十分な対策を講じていること）を立証しない限り、㉗と①は肯定され、㉗ないし㉗の各要素⁸⁶⁾の立証があったものと解すべきである。

以上のような、全隈町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例の要点は次のとおりである。

まず、原告らの請求を基礎づける要素として、㉗と①と㉗を挙げる。

次に、原告らの立証すべきこととして、①と②と③を挙げる。ここで、①は㉗、②は①、③は㉗とそれぞれ対応している。

次に、被告の立証すべきこととして、④と⑤と⑥を挙げる。ここで、④と⑤は①に関するものであり、⑥は②に関するものである。被告の立証すべきものとして、③に関するものは挙げられていない。

このような、①②③④⑤⑥㉗①㉗の関係を踏まえて、以下、全隈町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例において、事案解明義務や証明度の引下げが用いられているか否かについて、前述の事案解明義務の要件を基に検討する。

まず、判旨は、「㉗と①は、当該廃棄物処分場設置者の支配領域内にある廃棄物処分場施設内の問題であり、将来の予測という面についても、当該設置者自身が設置、運営するのであるから、当該設置者自身でなければ説明することができない問題であり、原告らに説明させることは意味がない」としている。このことから、

被告である業者の廃棄物処分場施設内の問題であり、原告は廃棄物処分施設の部外者であるので、㉗と①、そして、それに対応する①と②については、②原告が客観的に事実の解明をなし得ない状況にあり（事実からの隔絶）、③そのことに非難可能性がないといえ、④それに反して相手方は事実を容易に解明できる立場にありその期待可能性があると見える。

次に、判旨は、原告は、③については、合理的に高度の蓋然性をもって肯定されることを立証する必要があるとしているにもかかわらず、①と②については、合理的に疑われることを立証する必要があるとし、立証の程度に差をつけている。そして、判旨が、「㉗と①は、当該廃棄物処分場設置者の支配領域内にある廃棄物処分場施設内の問題であり、将来の予測という面についても、当該設置者自身が設置、運営するのであるから、当該設置者自身でなければ説明することができない問題であり、原告らに説明させることは意味がない」とし、①と対応する㉗、②と対応する①について「原告らに説明させることは意味がない」としていることから、判旨が①と②について合理的に疑われることを立証する必要があるとしているのは、①と②については①自己の権利主張につき合理的な基礎があることを明らかにする手がかりを示すことで足りるということを意味すると考えられる。

このように、全隈町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は、前述の事案解明義務の要件である①②③④をみたとす。

このことから、判旨が、①に関する④と⑤、②に関する⑥について、被告である加害企業の立証を要求しているのは、被告である加害企業に事案解明義務を負わしたものであると考えられる。ここで、①②③④⑤⑥に関して、判旨が、①と②について合理的に疑われることの立証を原告に要求していることを、①と②について証明度の引下げがされたと考え、④と⑤は①に関して、⑥は②に関して、被告が反証すべきこ

86) 判例時報1912号では、この部分に関して、「と」になっているが、判例時報1923号162頁に訂正記事があり、「ないし」と訂正されている。

とをあげたにすぎないと考えると、③についてだけ反証すべきことをあげていないことになり、不自然なことになる。そのため、①と②について証明度の引下げがされたと考えるのは妥当でない。

また、判旨は、原告によって、①と②と③が立証されても、証明されるのは法的因果予測の面についてであるとし、被告によって、④と⑤と⑥が立証されない場合、初めて、⑦と⑧が肯定され、⑦ないし⑧の各要素の立証があったとする。

このように考えると、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は、原告が、③について合理的に高度の蓋然性をもって肯定されることを立証すれば、⑧の立証があったといえ、また、①と②について合理的に疑われることを立証すれば、事案解明義務が被告である加害企業に課され、被告が④又は⑤又は⑥について事案解明義務を果たさなければ、事案解明義務違反の効果として、裁判所の自由裁量により、⑦と⑧の事実が認定され、その結果、⑦と⑧と⑧の立証があったとしていると理解できる。

以上のことから、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は、事案解明義務を用いていると考える。

そして、また、判旨が、「⑦当該廃棄物処分場に水道水の清浄を損なうおそれのある物質（以下、『有害物質』という。以後、この意味で『有害物質』という言葉を使う場合には、かぎ括弧付で表記することとする）」としていることから、物質の有害性について、証明度の引下げをしていると考えられる。

このように、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は、事案解明義務と証明度の引下げを用いた裁判例であると考えられる。

もっとも、このような私見に対して、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁

判例の理解の仕方として、次のようなものが考えられる⁸⁷⁾。

全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は、⑦と⑧と⑧に関する事実が合理的に予測されることを要求している。これは、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件は、安定型産業廃棄物処分場の建設、使用、操業が、未だなされていない事例であるので、主要事実を⑦と⑧と⑧に関する事実自体ではなく、⑦と⑧と⑧に関する事実が合理的に予測されることにしたと考えられる。それに伴い、⑦に対応する①に関する事実が合理的に疑われること、⑧に対応する②に関する事実が合理的に疑われることを立証することを要求し、⑧に対応する③に関する事実については、合理的に疑われることではなく、合理的に高度の蓋然性をもって肯定されることを立証することを要求しているが、③漏出した「有害物質」がある場合には、水道、ひいては原告らの蛇口まで到達することとし、漏出した「有害物質」が、「ある場合」とし、①②と異なり、「ある場合」に限って論じているので、①②と③に間に立証の程度の差を認めたものではなく、また、①②について立証の困難の緩和をしたものではない。すなわち、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は、事案の性質上、そのような表現になったに過ぎないので、証明の困難の緩和を図ったものではなく、事案解明義務を採用した裁判例ではない。

しかし、このような理解の仕方は、妥当なものではないと考える。

まず、このような理解の仕方によると、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例が「⑦と⑧は、当該廃棄物処分場設置者の支配領域内にある廃棄物処分場施設内の問題であり、将来の予測という面についても、当該設置者自身が設置、運営するのであるから、当該設置者自身でなければ説明することができない問題であり、原告らに説明させることは意味

87) このように主要事実に着目して、裁判例をとらえる思考法については垣内秀介准教授（東京大学）より示唆を得た。

がない」と判示し、支配領域ということに着目し、その上で、立証について論じていることの意義が説明できない。

また、このような理解の仕方によると、①に関して④と⑤、②に関して⑥という被告が反証すべきことをあげ、③についてだけ反証すべきことをあげていないことになり、不自然なことになる。

また、③についてのみ、①と②と異なり、「ある場合」に限って論じているのは、①と②について高度の蓋然性の立証ではなく、合理的に疑われることの立証しか要求していないため、論理的に、③については、「ある場合」に限って論じることになったものであると考えられる。

以上のことから、前述の私見のとおり、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は、事案解明義務と証明度の引下げを用いた裁判例であると考えべきである。

(3) 裁判例の検討（志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件）

志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例⁸⁸⁾は、民事訴訟で原子炉の運転の差止めを認めた初めての裁判例であり、国の原発行政に与える影響が極めて大きい裁判例である。

志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例において、事案解明義務、証明度の引下げは用いられているであろうか。以下、志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例について、分析、検討する。

志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例は次のように判示した。

本件において原告らは、本件原子炉の運転により、原告らが規制値（以下「許容限度」ということがある。）を超える放射線を被ばくする具体的危険があることを主張立証すべきことになる。

他方、原子力発電所は大量の放射性物質を内蔵しており、電気事業者が何らの制御策も放射線防護も講じることなくこれを運転すれば、周

辺公衆が大量の放射線を被ばくするおそれがあるところ、被告は、高度かつ複雑な科学技術を用いて放射性物質の核分裂反応を制御しながら臨界を維持するよう本件原子炉施設を設計するとともに、多重防護の考え方に基づいて各種の安全保護設備を設計しており、本件原子炉施設におけるこれらの安全設計及び安全管理の方法に関する資料は全て被告が保有している。

これらの事実にかんがみると、原告らにおいて、被告の安全設計や安全管理の方法に不備があり、本件原子炉の運転により原告らが許容限度を超える放射線を被ばくする具体的可能性があることを相当程度立証した場合には、公平の観点から、被告において、原告らが指摘する「許容限度を超える放射線被ばくの具体的危険」が存在しないことについて、具体的根拠を示し、かつ、必要な資料を提出して反証を尽くすべきであり、これをしない場合には、上記「許容限度を超える放射線被ばくの具体的危険」の存在を推認すべきである。

以下、志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例において、事案解明義務や証明度の引下げが用いられているか否かについて、前述の事案解明義務の要件を基に検討する。

まず、判旨は、本件原子炉施設におけるこれらの安全設計及び安全管理の方法に関する資料は全て被告が保有しているとしているので、②原告が客観的に事実の解明をなし得ない状況にあり（事実からの隔絶）、③そのことに非難可能性がなく、④それに反して相手方は事実を容易に解明できる立場にありその期待可能性があるといえる。

次に、判旨は、原告らにおいて、被告の安全設計や安全管理の方法に不備があり、本件原子炉の運転により原告らが許容限度を超える放射線を被ばくする具体的可能性があることを相当程度立証する必要があるとしているが、これは、原告に、①自己の権利主張につき合理的な基礎があることを明らかにする手がかりを示すこと

88) 前掲注68) 金沢地判平成18年3月24日（志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件）。

を要求していると考ええる。

そして、判旨は、被告において、原告らが指摘する「許容限度を超える放射線被ばくの具体的危険」が存在しないことについて、具体的根拠を示し、かつ、必要な資料を提出して反証を尽くすべきとしているが、これは、被告に、事案解明義務を負わしたものであると考える。

なぜなら、判旨の「被告の安全設計や安全管理の方法に不備があり、本件原子炉の運転により原告らが許容限度を超える放射線を被ばくする具体的可能性があることを相当程度立証」すればよいということを、証明度の引下げと考え、また、「具体的根拠を示し、かつ、必要な資料を提出して反証を尽くすべき」という判旨の文言通り、「反証」を反証と考えると、判旨の「許容限度を超える放射線被ばくの具体的危険」の存在を推認すべきである、ということの説明ができないからである。というのは、証明度の引下げをしているのであれば、「許容限度を超える放射線被ばくの具体的危険」の存在を推認するまでもなく、立証は成功しているからである。

このように考えると、「許容限度を超える放射線被ばくの具体的危険」の存在を推認すべきである、というのは、事案解明義務違反に基づく裁判所の自由裁量であると考えることができる。

以上のことから、志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例は、事案解明義務を用いた裁判例であると考ええる。

(4) まとめ

以上のような分析、検討の結果、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は、事案解明義務と証明度の引下げを用い、志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例は、事案解明義務を用いて、妥当な解決を図っていると私は考える。

8 小括

以上のように、私は、公害訴訟で、証明の負担の軽減、立証困難緩和の法技術として用いることができるのは、事案解明義務と、証明度の

引下げであると考ええる。

そして、分析、検討の結果、差止請求の認められた最近の裁判例でそれらが用いられていると考える。すなわち、全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例は、事案解明義務と証明度の引下げを用い、志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例は、事案解明義務を用いていると考える。

前述のように、事案解明義務は、主張されたドイツにおいても、我が国においても、一般的に承認されるには至っていないにもかかわらず、最近の公害訴訟における裁判例で用いられ、差止請求が認められているということである。

全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例も志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例も、前述のように、それぞれの分野で、初めて差止請求が認められたものであるため、これらの裁判例で事案解明義務が採用されているというのは、非常に重要な意義を持っていると考える。

これは、前述のように、事案解明義務が、一方当事者に証明責任を負わせ、あとは、当事者の訴訟追行に任せるという伝統理論から生じた証拠を巡る両当事者の法的地位の不平等を調整して、証明責任を負う者に事案の解明を期待できない場合に相手方当事者に主張・立証の義務を認め、実質的当事者平等原則の実現を目指すものであるため、裁判所が事案解明義務を評価でき、公害訴訟によく当てはまると考えているということであろう。

全限町産業廃棄物最終処分場建設等差止請求事件の裁判例も志賀原子力発電所2号機建設差止請求事件の裁判例も人格権を根拠に差止請求を認めており、環境権を根拠に差止請求を認めたものではないが、事案解明義務を用いることにより、証明の負担の軽減や立証困難の緩和をすることができ、差止請求が認められやすくなるということは、環境権を根拠に差止請求を認める場合にも当てはまることである。

VI. 結語

以上のように、環境・公害事件の場合の不法行為の差止請求は、環境権を根拠に認めるべきであると考ええる。

環境権を根拠にする考え方は、身体・生命への侵害結果を問題とせず、環境の侵害すなわち身体・生命への危険を問題として差止請求をすることができるというものである。裁判例のように、人格権を根拠に差止請求を認める考え方よりも早い段階で差止請求をすることができるという利点を有している。

そして、そのような利点は、差止請求の要件として、絶対的差止基準を認め、また、絶対的差止基準に達しない場合の利益衡量において違法性阻却事由や違法性減殺事由を厳格に考えることによって、より生かされることになる。

また、環境権を認め、環境アセスメントや住民への説明といった手続面を重視することにより、住民の環境に対する意識が高まり、それが環境保護につながると考えられる。

このようなことから、今後は、裁判規範として積極的に環境権を認め、それに基づく差止請求を認めていくべきである。

そして、公害訴訟において、当事者の実質的平等を図り、差止請求を認めるため、事案解明義務や証明度の引下げを用いるべきである。特に、事案解明義務は、公害訴訟の差止請求において大きな意義があると考えるので積極的に用いるべきである。

そうすることにより、より良い環境の中で、人は生きていくことができると考える。

以上のように、私は、本稿において、環境・公害事件の場合の不法行為の差止請求について、その特殊性を踏まえたうえで、より良い環境の保護、人の身体・生命の保護という観点から、分析、検討した。そして、本稿における私の主要な主張は、環境権を根拠に差止請求を認めるべきであるということと、公害訴訟におい

て事案解明義務を積極的に用いるべきであるということである。もっとも、環境権については、権利主体が問題とされ、また、事案解明義務については、細部にまだ詰めるべき問題が残っている⁸⁹⁾ので、それらの問題について検討することが、今後の課題となるであろう。

(いいだ・たいし)

89) 高橋・前掲注60)510頁, 511頁。

論説

患者の自己決定権に関わる医師の説明義務 に関するガイドライン —メディカル・リスク・コントロール を踏まえて—

2005年4月入学

飯田泰士

I. 序論

II. 患者の自己決定権を尊重するための説明

1 序

2 患者の自己決定権を尊重するための説明
の内容と方法（ガイドライン1項）

- (1) 患者の自己決定権を尊重するための説明の内容と方法の検討
- (2) ガイドライン1項の規定

3 医療水準として未確立な治療法についての説明（ガイドライン2項）

- (1) 医療水準
- (2) 医療水準として未確立な治療法についての説明
- (3) 患者の自己決定権を尊重するための説明の基準
- (4) 患者の自己決定権を尊重するための説明義務を医師が課される場合
- (5) 未確立な治療法についての患者の自己決定権を尊重するための説明の内容
- (6) ガイドライン2項の規定

4 美容整形や不妊治療についての説明（ガイドライン3項）

- (1) 美容整形や不妊治療についての説明の検討
- (2) ガイドライン3項の規定

5 患者が知らないでいたいと希望した場合（ガイドライン4項）

- (1) 序
- (2) ガイドライン4項の規定

6 患者が未成年者の場合の説明（ガイドライン5項）

- (1) 序
- (2) 患者が未成年者の場合の説明
- (3) ガイドライン5項の規定

7 患者が精神障害者や意識不明者等の判断能力が欠如する者の場合の説明（ガイドライン6項）

- (1) 序
- (2) ガイドライン6項の規定

8 患者が知らないでいたいと希望した場合、または、患者が未成年者である場合、患者が精神障害者や意識不明者等の判断能力が欠如する者の場合で、法定代理人がいない場合の説明（ガイドライン7項）

- (1) 序
- (2) ガイドライン7項の規定

III. 転医の際の患者への説明

1 序

2 転医義務が課される場合（ガイドライン1項）

- (1) 序
- (2) ガイドライン1項の規定

3 転医の際の説明の内容（ガイドライン2項）

- (1) 序
- (2) ガイドライン2項の規定

4 「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」の規定の準用（ガイドライン3項）

- (1) 序
- (2) ガイドライン3項の規定

IV. 小括

V. 結語：「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」と「転医の際の患者への説明に関するガイドライン」

- 1 「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」
- 2 「転医の際の患者への説明に関するガイドライン」

I. 序論

医療とは、患者の健康維持、回復を目的とするものであり、人の生命・身体に関わる重要なものである。

そして、患者中心の医療¹⁾という観点から、インフォームド・コンセント²⁾という患者の自己決定権に関する医療問題が、とても注目されており、医療行為によって、患者の自己決定権が侵害されないように注意しなくてはならない。特に、近年は、医学の進歩が目覚しく、遺伝子治療やクローン技術や再生医療、そして、臓器移植といった現代医療が発展し、人の健康維持、回復に大きな利益をもたらしている反面、このような新しい医療技術は、人の生命・身体・尊厳を侵害する重大な危険性を持つものでもあるので、そのような医療行為がなされるにあたっては、患者の自己決定権がより重視されなければならない³⁾。そこで、インフォームド・コンセントの前提となる医師の説明義務は、患者の自己決定権の尊重の観点から重要性が認められる。

そして、また、病院の行うリスク・マネジメ

ントであるメディカル・リスク・マネジメントにおける最大のリスクは医療紛争と医療過誤であり、その処理の方法としては、リスク・コントロール⁴⁾とリスク・ファイナンス⁵⁾があるが、メディカル・リスク・マネジメントの本質は、リスクそのものを小さくするリスク・コントロールにあるといえる。そして、リスク・コントロールのポイントは、インフォームド・コンセントにより患者と医師の信頼関係を増し、医療事故に関する訴訟を減らし、また、裁判で不利にならないように記録をおろそかにしないことにある⁶⁾。そこで、インフォームド・コンセントの前提となる医師の説明義務は、病院や医師のリスク・コントロールの観点からも重要性が認められる。このようなリスク・コントロールの観点は、毎年医療過誤リスクに関する訴訟件数が増加傾向にある⁷⁾近年においては、重要なものである。

医師がいかなる説明をなすべきか、その都度、個々の医師が考えながら説明するのに任せていては、何らかの説明が脱落するおそれがあり、効率的に医療行為を行うことができず、医師や病院のリスク・コントロールも不安定なものに

1) 最近では、アメリカ医療の影響を受け、医学界においても患者を Patient から Client として捉える立場が増えているが、これは患者を医療契約の主体として考える見解から導かれるものであろう〔植木哲『医療の法律学』(有斐閣、1998) 317 頁〕。

2) インフォームド・コンセントとは、説明を受けた上での同意、のことである〔手嶋豊『医事法入門』(有斐閣、2005) 15 頁〕。

3) このようにインフォームド・コンセントは、患者の自己決定権の尊重に資するものであるが、それだけではなく、医療の質と安全性を高めるものである。なぜなら、患者がきちんと自己決定ができるように正しい情報を分かりやすく提供するためには、医師が患者の心身の状態や疾病について良く知り、また、自己の病院における治療成績などについても科学的なデータをもっておくことが必要になり、そのことは必然的にそこで提供される医療の質と安全性を向上させるからである〔辻本育子「患者側からみた側面」桜井靖久監修『医療の未来像とリスクマネジメント』(シーエムシー、1994) 236 頁, 240 頁〕。

4) 偶発の損失のリスクを回避するか、未然に防止するか、それでも事故が起こった場合に損失を最小化しようとする手法である〔武井勲「メディカル・リスク・マネジメントとは」桜井靖久監修『医療の未来像とリスクマネジメント』(シーエムシー、1994) 51 頁, 53 頁〕。

5) リスク自体を変えるのではなく、リスクの財務的影響を小さくしようとする手法である(武井・前掲注 4) 51 頁, 53 頁)。

6) 武井・前掲注 4) 51 頁, 54 頁。

7) 加藤和彦『「保険」からみた医療サービスにおけるリスクマネジメント』桜井靖久監修『医療の未来像とリスクマネジメント』(シーエムシー、1994) 220 頁, 223 頁。

近年、新たに提起された医療過誤訴訟の件数は、平成 8 年 575 件、平成 9 年 597 件、平成 10 年 632 件、平成 11 年 678 件、平成 12 年 795 件、平成 13 年 824 件、平成 14 年 906 件、平成 15 年 1003 件、平成 16 年 1110 件、平成 17 年 999 件である〔最高裁判所「医事関係訴訟事件の処理状況及び平均審理期間」(http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/izikankei/toukei_01.html, 2006 年 11 月 21 日最終検索)〕。

になってしまう。

以上のようなことから、医師がいかなる説明をすべきかということ、そして、それに関する事項についてガイドラインを作っておくことは、患者や医師・病院の利益につながる。

このような観点から、厚生労働省は、「診療情報の提供等に関する指針」⁸⁾を作成した。

もともと、厚生労働省が作成した「診療情報の提供等に関する指針」には不十分な点もある。

まず、「診療情報の提供等に関する指針」の「6 診療中の診療情報の提供」⁹⁾の規定は、前述のように、医療において重要なインフォームド・コンセントの前提となる、患者の自己決定権を尊重するための医師の説明義務に関する規定であるにもかかわらず、不十分な内容であり、ガイドラインとしての機能を十分に果たせるものではない。

また、転医の際の患者への説明も、転医するか否かという、患者の自己決定権を尊重するための説明であり¹⁰⁾、インフォームド・コンセントに関わる重要なものであり、しかも、転医の際にされる説明であるので、特別な考慮が必

要である。それにもかかわらず、「診療情報の提供等に関する指針」には、その規定がない。

そこで、本稿は、「診療情報の提供等に関する指針」の「6 診療中の診療情報の提供」の規定をより詳細にした「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」と、「診療情報の提供等に関する指針」に規定のない「転医の際の患者への説明に関するガイドライン」を作成することを目的とし、患者の自己決定権を尊重するための説明義務に関する事項について、分析、検討する。そして、そのガイドラインは、医師がわかりやすい、できる限り具体的なものであることを重視し、また、リスク・コントロールをするという観点から判例・裁判例を重視して作成する。

Ⅱ. 患者の自己決定権を尊重するための説明

1 序

患者の自己決定権¹¹⁾ (autonomy) は、いわ

8) 厚生労働省「診療情報の提供等に関する指針」(2003) (<http://www.patient-rights.or.jp/024-1.htm>, 2006年11月21日最終検索)。

9) 厚生労働省・前掲注8)。

6 診療情報の提供

○医療従事者は、原則として、診療中の患者に対して、次に掲げる事項等について丁寧に説明しなければならない。

①現在の症状及び診断病名

②予後

③処置及び治療の方針

④処方する薬剤について、薬剤名、服用方法、効能及び特に注意を要する副作用

⑤代替的治療法がある場合には、その内容及び利害得失(患者が負担すべき費用が大きく異なる場合にはそれぞれの場合の費用を含む。)

⑥手術や侵襲的な検査を行う場合には、その概要(執刀者及び助手の氏名を含む。)、危険性、実施しない場合の危険性及び合併症の有無

⑦治療目的以外に、臨床試験や研究などの他の目的も有する場合には、その旨及び目的及び内容

○医療従事者は、患者が「知らないでいたい希望」を表明した場合には、これを尊重しなければならない。

○患者が未成年者等で判断範がない場合には、診療中の診療情報の提供は親権者等に対してなされなければならない。

10) 中村哲『医療訴訟の実務的課題—患者と医師のあるべき姿を求めて—』(判例タイムズ社, 2001) 48頁。

11) 自己決定権は、憲法13条後段の幸福追求権によって、保障されると考える。

理由は、次のとおりである。社会の状況の変化とともに、現実に生命、自由などについて、憲法14条以下の個人権規定では救済しきれない新しい侵害態様が生じている現状を考えると、それらの問題に法的に対応するために、それ自体、独自の具体的権利を保障する規定が必要である。そして、幸福追求権は「個人の尊厳」の原理と不可分に結びついた、人格的生存に必要な不可欠な権利・自由を包摂する包括的権利であり〔長谷部恭男『憲法(第3版)』(新世社, 2004) 156頁〕、個別の個人権とはいわば一般法と特別法の関係にあって、後者の保障の及ばない範囲を補充する性質があり、自己決定権は人格的生存に必要な権利だからである〔芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第3版)』(岩波書店, 2002) 116頁, 120頁〕。

ゆる生命倫理四原則 (nonmaleficence, beneficence, autonomy and justice, それぞれ無危害原則¹²⁾, 善行原則¹³⁾, 自己決定原則¹⁴⁾, 正義原則¹⁵⁾と訳されることが多い)¹⁶⁾のうちの1つといわれることが多いが, その中で最も重要な原則であることにほとんど疑問はない。自己決定権は, 医療倫理 (medical-ethical) における伝統的原則ではなかったにもかかわらず, 今や生命倫理 (bioethical) 問題の全分野において最も重要な原則となっている¹⁷⁾。

このような患者の自己決定権を尊重するために, 医師には, 患者の自己決定権を尊重するための説明義務が課されている。そして, 患者の自己決定権を尊重するための説明義務は, いわゆるインフォームド・コンセントの問題である¹⁸⁾。

もともと, インフォームド・コンセント法理は, 医療事故訴訟において, 患者の証明責

任を軽減するために発展してきた理論である。すなわち, 英米法においては, 不法行為には, Battery (故意・害意による不法行為) と, Negligence (過失による不法行為) があるが, 患者の同意がないのに行われる治療, 患者が同意したものと異なる治療, 患者の同意を無視してなされる治療, 患者の同意の範囲を越えて行われる治療, 患者の同意の条件に反した治療などの場合に, Battery が成立し, 患者の同意はあるが説明 (とりわけ危険に関する説明) がなされなかったか, 説明が適切でなかった (説明義務が尽くされていない治療) 場合に, Negligence が成立するとされる。そこで, このような場合に重要なのが, 患者が適切な「説明」を受けていれば, 治療に「同意」しなかったはずであるという, 患者の「同意」の問題であった。ところが, 「同意」自体は, 不法行為責任を成立させない事由でもあるから, 当然のことながら,

そして, 人格的生存に必要な不可欠な事項として, 自己決定権の保障内容とされる事柄は, ①自己の生命, 身体に関わる事柄 (自殺・安楽死・尊厳死・治療拒否など), ②家族の形成, 維持に関わる事柄 (結婚・妊娠など), ③リプロダクションに関わる事柄 (妊娠・出産・妊娠中絶など), ④ライフスタイルに関わる一部の事柄 (髪形や服装の自由は自己決定権に含まれるが, バイクに乗る自由や喫煙の自由は含まれない) である。どのような治療を受けるかということは, ①自己の生命, 身体に関わる事柄であり, 人格的生存に必要な不可欠な私的事項といえるから, 自己決定権として保障されることになる [佐藤幸治『日本国憲法: 要説コンメンタール』(三省堂, 1991) 94 頁, 芦部 (高橋補訂)・同 120 頁]。

自己決定権については, 憲法 13 条によりそれを人権の 1 つとして認める見解が有力になっている [樋口範雄「患者の自己決定権」岩村正彦ほか編『自己決定権と法』(岩波書店, 1998) 63 頁, 63 頁]。

12) 基本的な医学的規範である, 危害を加えないという原則である [資料集生命倫理と法編集委員会編『資料集生命倫理と法』(太陽出版, 2003) 12 頁]。

13) 医師は患者に利益をもたらせという原則である [水野俊誠「医療倫理の四原則」赤林朗編『入門・医療倫理 I』(勁草書房, 2005) 53 頁, 53 頁]。

14) 医療者は患者の自己決定権を尊重し, 判断能力に制限のある人を保護しなければならないとする医療者の倫理的態度を要求する原則である [資料集生命倫理と法編集委員会・前掲注 12) 10 頁]。

15) 人々を公正に扱うということであり, 医療資源の分配の正義も要求する原則である [資料集生命倫理と法編集委員会・前掲注 12) 12 頁]。

16) マーシャ・ギャリソン編(土屋裕子訳)「自己決定権を飼いならすために—自己決定権再考」樋口範雄=土屋裕子『生命倫理と法』(弘文堂, 2005) 1 頁, 1 頁。

17) 樋口範雄編著『ケース・スタディ生命倫理と法』(有斐閣, 2004) 230 頁。

18) 近年, 医療においては, 患者中心の医療という観点から, 患者の自己決定権の尊重ということが言われ, インフォームド・コンセントが重視され, 1997 年に行われた医療法の改正の際には, 医療法 1 条の 4 第 2 項に, 「医師, 歯科医師, 薬剤師, 看護婦その他の医療の担い手は, 医療を提供するに当たり, 適切な説明を行い, 医療を受ける者の理解を得るよう努めなければならない」と規定され, インフォームド・コンセント法理が法規定に盛り込まれることになった。この条文は, 義務規定ではなく, 努力規定だと説明されているが, これまでの医師と患者の関係の変革に迫るものである。すなわち, 医療現場へのインフォームド・コンセント法理の定着・普及を著しく加速し, 患者中心の医療を促進するものである。

これまで, インフォームド・コンセントについては, 医師の患者に対する医療についての説明があまり行われなかったり, 不十分であったりしたことから, 患者の権利ということが強調されてきた。このようなことも止むを得ないことであったと思われるが, このような規定が設けられたこの機会に医療の基本的関係という視点にたちかえて, この問題を見直す必要性があると考えられる。

現実には、医師の医療行為の違法性阻却事由として機能してきたのである¹⁹⁾。

しかし、その後の理論的な深化により、インフォームド・コンセント法理は、患者の自己決定権を根拠に説明されるようになった。すなわち、自分の身体・生命の運命は自分のみが決定しうるのだとすることを根拠に、患者に対する治療について、患者の自己決定権の行使としての同意・承諾を引き出すためには十分な説明を行わなければならないとされたのである。そして、この説明を前提として、患者は、当該治療を受諾するかどうかを「決定」することになるのである²⁰⁾。

このようなインフォームド・コンセント法理の発展に対応して、医師の患者の自己決定権を尊重するための説明義務が生じる理由として、学説や裁判例は、以下のような理由を挙げている²¹⁾。

第1の理由は、次のとおりである。医療行為を行う場合、不可避免的に患者の身体の侵襲をとまなう。そのような身体の侵襲に対する違法性を阻却させる必要性から患者自身のそれに対する承諾を受けることが要請される。そのような

承諾の前提として、医師に説明義務が発生する(以下、「第1の理由」という)²²⁾。

第2の理由は次のとおりである。人は、生まれながらにして、自らの生き方を自ら決定する権利である自己決定権を有しており、自らの生き方を自ら決定するためには、自らの情報について知り、そして、自らの情報をコントロールすることが必要不可欠である。特に、病気に罹患した人の場合には、病気がその後の人生の分かれ道になる可能性も高いことから、その情報を知った上、いかなる選択をするかが、その後の人生、生き方に大きな影響を持つ可能性があるため、とりわけその必要性が高くなる。このような患者の知る権利及び生き方に対する自己決定権に寄与するために、医師に説明義務が発生する(以下、「第2の理由」という)²³⁾。

第1の理由は、医師の患者に対する身体の侵襲行為について、その違法性を阻却するために、主として医師の側から要請されているものであり、第2の理由は、患者が自らの生き方を決定するという患者の主体性を前提とするもので、主として患者の側から要請されているものである²⁴⁾。そして、医師の説明は、患者の同意を

19) 塚本泰司『医療と法—臨床医のみた法規範』(尚学社, 1999) 32頁, 近江幸治『民法講義V 契約法(第2版)』(成文堂, 2003) 302頁。

20) 塚本・前掲注19)32頁, 近江・前掲注19)302頁。

21) 中村・前掲注10)47-48頁, 近江・前掲注19)302頁。

22) このような見解をとる裁判例として、東京地判昭和61年3月28日判タ609号73頁, 東京地判平成3年3月28日判時1399号77頁。

裁判例(東京高判昭和60年4月22日判タ556号221頁)は、「医師の説明義務というものは、医師が診断又は治療のため、患者の肉体の無傷性に対する侵襲行為、すなわち手術に代表されるように外形としては身体への侵害と考えられる医療行為をするについて、原則として患者の有効な承諾を得る必要がある(もっとも軽度の場合は承諾が推定されることが多いであろう。)、その承諾をとる前提として、医師が患者に判断資料を与えるため説明をする義務という意味で一般に認められるところであり、他に治療内容としての指導義務に付随する説明義務を指すこともあるが、少なくとも本件で控訴人らが主張するように、いかなる医療措置を採るかを一般に患者の「自己決定」ないし選択に委ねるべきことを前提として、そのために医師が患者に対する説明義務を負うということは考えられない。」とした。

23) このような見解をとる裁判例として、東京地判平成元年4月18日判タ718号187頁, 名古屋地判昭和56年11月18日判時1047号134頁。

裁判例(横浜地判昭和62年10月28日判時1275号90頁)は、「手術の承諾の前提としての医師の説明義務は、身体的な侵襲に対する患者の自己決定権の適正な行使を保障することを目的としており、患者が手術による危険とそれによる治療効果を考慮して、手術を受けるか否か、受けるとしてもどのような医療施設でこれを受けるかを判断する材料を与えるためのものといえる」とした。

24) 第1の理由と第2の理由は同じことを医師の側からいうか、それとも患者の側からいうかの違いにすぎないはずであるが、まさにそのことが重要なことである。後者、すなわち患者の立場の強調は、患者に対する医師の損害賠償責任・義務を認める1つの有力な武器を提供することになるからである〔畔柳達雄『医療事故と司法判断』(判例タイムズ社, 2002) 98頁〕。

踏まえた後の不可避免的な患者の身体的侵襲をと
もなう医療行為を目的としてなされるものである
から、同説明に対する患者の同意を前提とする
ものであり、他方、患者の同意も医師の説明
を前提とするものであり²⁵⁾、医師の説明と患者
の同意とは不可分なものであるから、両者を一
体のものとして考えるのが妥当であるので、第
1の理由と第2の理由の両方の理由により医師
の説明義務が生じると考えるべきである²⁶⁾。

では、このような患者の自己決定権を尊重す
るための説明義務は、いかなる法的根拠により
認められるのであろうか。患者の自己決定権を
尊重するための説明義務に関しては、医療法1
条の4第2項に、「医師、歯科医師、薬剤師、
看護婦その他の医療の担い手は、医療を提供す
るに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける
者の理解を得るよう努めなければならない」と
規定されている。もっとも、このような規定が
なくても、患者の自己決定権を尊重するための

説明義務は、医師と患者の関係に基づき、医師
に課される義務であると考えられるので、医師
と患者の関係の性質を検討したうえで、患者の
自己決定権を尊重するための説明義務の法的根
拠について検討する。

まず、医師と患者の関係の性質について検討
する²⁷⁾。これについて明示する、薬物注射に
より患者がショック死した事例の裁判例²⁸⁾は、
患者が自己の疾病の医学的解明とこれを治療す
る事務処理を目的とした準委任契約の申込をな
したのに対し、医師がこれを承諾し、当事者間
に、臨床医学上の知識技術を駆使して可及的速
かに患者の疾病の原因ないし病名を適確に診断
したうえ、適宜の治療行為をなすという事務処
理を目的とする準委任契約（診療契約）が成立
したと解するのが相当である、とした²⁹⁾。契
約の性質決定においては、典型契約類型を重視
すべきであり、医療契約における債務は、結
果債務³⁰⁾ではなく、手段債務³¹⁾であり、その

25) 患者の同意は、診療行為自体の適法性の要件であるので、当然、この同意は、診療行為の前になされることが必要である。もっとも、事後の同意も全く無意味というわけではなく、その結果についての損害賠償請求権を放棄したという解釈が可能である〔菅野耕毅『医事法と医学教育論—医事法の研究（5）』（信山社、1997）309頁、中村・前掲注10）50頁〕。

26) このような見解をとる裁判例として、札幌地判昭和53年9月29日判時914号85頁。

裁判例（名古屋地判昭和56年3月6日判時1013号81頁）は、「医療は生体に対する医的侵襲であるから、これが適法となるには、患者の生命又は健康に対する害悪発生の緊急の虞れの存するとき等特別の場合を除いて、患者の承諾が必要というべきで、患者の自己決定権に由来する右の理は、精神衛生法上の強制入院たる措置入院させられた精神障害者に対しても、右措置入院が当然には治療受忍義務を強いるものではないことから、適用され」る、とした。

27) 本稿は、ガイドラインを作成することを目的とし、判例、裁判例を重視するので、個々の見解についての検討は行わないが、医師と患者の関係の性質に関する見解としては、Ⅰ医療行為は、契約としての申込と承諾という法律構成が不可能な単なる事実行為とする事実行為説、Ⅱ医師と患者の関係は信認関係であるという信認関係説、Ⅲ契約と考える説として、①請負契約説、②雇用契約説、③準委任契約説、④無名契約説などがある〔前田和彦『医事法講義（改訂第5版）』（信山社、2001）177頁、手嶋・前掲注2）23頁〕。

28) 大阪高判昭和47年11月29日判時697号55頁。

29) 準委任契約と明示する裁判例として、他に、東京地判昭和46年4月14日下民集22巻3・4号372頁、大阪地判昭和46年4月19日判時646号72頁、長野地松本支判昭和47年4月3日判時682号56頁、がある。

30) 手術や輸血や検査、歯科治療等において医療契約の請負的性格を指摘する傾向が強い。なぜなら、明らかにその結果の完成を目的とする医療行為だからである〔植木哲ほか『医療判例ガイド』（有斐閣、1996）24頁、加藤良夫『実務法律講義⑩ 実務医事法講義』（民事法研究会、2005）88頁〕。判例（最判昭和43年6月18日判時521号50頁）も、本件のような非悪性疾患に対しては、皮膚癌のような悪性疾患とは異なり、美容的に治癒させることを第一の条件とし、前より醜い傷害を与えることが注意義務違反を構成する、とした。

31) 医療契約の債務が手段債務であるということについて、裁判例（札幌地判昭和52年4月27日判タ362号310頁）は、「医療契約に基づく診療債務については、これを手段債務と解すべきであるから、まず、治療の手段ないしその前提としての診断については、医師として事態に即応した検査ないし問診等を実施して確診のための努力を重ねることが義務づけられており、その検査方法の採否、収集されたデータによる診断についても、それが、診療時において一般的に是認された医学上の原則に準拠したものであり、かつ、症状発現の程度と認識の手段との相関においてそれが合理的と認められる場合、ついで、療法についても、かかる診断に基づき、適応の肯定できるとみられる薬剤等による治療方法を実施することで足り、治癒の結果の招来それ自体は債務の目的をなさず、むしろ、患者の症状に応じた対症療法

法的性質を、民法の典型契約に当てはめて考えると、準委任契約が最も類似した性質をもつので、医療契約の法的性質としては、裁判例のように、準委任契約説と考えるのが妥当である³²⁾と考える³³⁾。

このように、医師と患者の関係を準委任契約である医療契約であると考えれば、患者の自己決定権を尊重するための説明義務は、民法 656 条、民法 645 条、医療法 1 条の 4 第 2 項に基づき、医師に課される義務であると考えられる³⁴⁾。

2 患者の自己決定権を尊重するための説明の内容と方法（ガイドライン 1 項）

(1) 患者の自己決定権を尊重するための説明の内容と方法の検討

では、医師は、患者の自己決定権を尊重するための説明義務に基づいて、いかなる事項について患者に説明しなければならないのか。

裁判例、通説によると、患者の自己決定権を

尊重するための説明義務に基づき、医師は、患者に、①現在の症状及び診断病名、②医師が勧める治療または処置に関する概要の説明、③勧める治療・処置のリスクと便益の説明、特に、死亡や重大な身体障害のリスクについての説明、④別の治療方法や処置を含め、勧める治療・処置以外にどのような選択があるかの説明、およびそれらについてのリスクと便益の説明、⑤勧める治療を行わない場合に想定される結果、⑥成功する確率、および何をもって成功と考えているか、⑦回復時に予想される主要な問題点と、患者が正常な日常活動を再開できるようになるまでの期間、⑧治療目的以外に、臨床試験や研究などの他の目的も有する場合には、その旨及び目的の内容³⁵⁾、⑨信頼にたる医師たちが同じ状況の場合に通常提供している、上記以外の情報、を説明しなければならない³⁶⁾。

ここで、④別の治療方法や処置を含め、勧める治療・処置以外にどんな選択があるかの説明、およびそれらについてのリスクと便益の説明に関して、医療水準として未確立な治療法につい

を講じ、さらには、具体的療法の実施に代え、安静等の処置をとって、病状の拡大を防ぎながら、経過を観察する等した場合にあっても、かかる措置が、医学・医療の水準上相当と認められる場合には、医師の診療について帰責事由がないと解するのが相当である」とした。また、別の裁判例（前掲注 29）東京地判昭和 46 年 4 月 14 日）は、「通常の病気についての診療契約において医師は患者に対し病気を診察治療することを約しうるとどまりこれを治癒させることまでは約しえないのが通常の事例」である、とした。

32) 稲垣喬『医事訴訟入門』（有斐閣、2003）26 頁、道垣内弘人『ゼミナール民法入門（第 3 版）』（日本経済新聞社、2005）520 頁。

33) 契約の性質決定において、典型契約類型を重視する立場をとるものとして、道垣内弘人「契約の性質決定—その 1」法学教室 288 号 40 頁、43 頁（2004）。

34) ロバート・B・レフラー編（長澤道行訳）『日本の医療と法—インフォームドコンセント・ルネッサンス』（勁草書房、2002）47 頁参照。

35) 裁判例（金沢地判平成 15 年 2 月 17 日判時 1841 号 123 頁）は「医師が治療方法の具体的内容を決定するについて、上記目的（以下「本来の目的」という）以外に他の目的（以下「他事目的」という）を有していて、この他事目的が治療方法の具体的内容の決定に影響を与え得る場合、医師に上記裁量が与えられる基礎を欠くことになるから、医師が医療行為をなす上で必須である上記裁量を得るためには、その他事目的について患者に説明し、その同意を得ることが必要である。すなわち、本来の目的以外に他事目的を有している医師が医療行為（当然上記裁量を随伴する）を行おうとする場合、患者に対し、他事目的を有していること、その内容及びそのことが治療内容に与える影響について説明し、その同意を得る、診療契約上もしくは信義則上の義務があるということができるのである」とした。

36) ジョージ・アナス編（上原鳴夫＝赤津晴子訳）『患者の権利』（日本評論社、1992）15 頁、廣瀬美佳「判批」唄孝一ほか編『医療過誤判例百選（第 2 版）』（有斐閣、1996）186 頁、森山満『医療過誤・医療事故の予防と対策—病・医院の法的リスクマネジメント』（中央経済社、2002）59 頁、手嶋・前掲注 2）150 頁、216 頁、裁判例（名古屋地判昭和 59 年 4 月 25 日判時 1137 号 96 頁）は、「医師が患者に対し、手術等の医的侵襲を加え、そのため生命身体等に重大な結果を招く危険性の高い場合には、その重大な結果を甘受しなければならない患者自身に手術を受けるか否かについて最後の選択をさせるべきであるから、医師は説明義務の免除される特別な事情のないかぎり、その手術の目的、内容、危険性の程度、手術を受けない場合の予後等について十分な説明を行い、その上で手術の承諾を得る義務があるものというべきである」とした。

て、医師が説明義務を負うか問題となるが、それについては、患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン2項において、検討する。

そして、この説明は患者の自己決定権を尊重するための説明義務が医師の課される趣旨を生かすような方法でなされなければならない。

まず、判例³⁷⁾は、医師は方針が相当であるとする理由について具体的に説明するとともに、患者に危険性を具体的に理解した上で判断する機会を与えるべきとし、裁判例³⁸⁾は、施術方法の概略について説明したにすぎず、施術をするについて、形式的には同意していたとしても、適法な同意を得ていたものと解することはできない、と概略の説明では妥当でないとし、具体的な説明を要求するので、説明は具体的にされなくてはならない。

また、裁判例³⁹⁾は、医師が癌化の危険性を殊更あおった事例で、自己の診断を受け入れるよう心理的な強制を与えたもので、診療契約上の説明義務を尽くしたとは言い難く、同義務に違反した、としているので、説明は患者に心理的強制を与えないよう、丁寧になされなければならない。

そこで、ガイドライン1項は、次のように規定する。

(2) ガイドライン1項の規定

1項 医師は、患者の承諾を得るための説明をするにあたって、原則として、患者に対して次に掲げる事項等について具体的かつ丁寧に説明しなければならない。

①現在の症状及び診断病名、②医師が勧める治療または処置に関する概要の説明、③勧める治療・処置のリスクと便益の説明、特に、死亡や重大な身体障害のリスクについての説明、④別の治療方法や処置を含め、勧める治療・処置

以外にどのような選択があるかの説明、およびそれらについてのリスクと便益の説明、⑤勧める治療を行わない場合に想定される結果、⑥成功する確率、および何をもって成功と考えているか、⑦回復時に予想される主要な問題点と、患者が正常な日常活動を再開できるようになるまでの期間、⑧治療目的以外に、臨床試験や研究などの他の目的も有する場合には、その旨及び目的の内容、⑨信頼にたる医師たちが同じ状況の場合に通常提供している、上記以外の情報。

3 医療水準として未確立な治療法についての説明(ガイドライン2項)

(1) 医療水準

医療水準として未確立な治療法についての説明について分析、検討する前提として、以下、医療水準について検討する。

医師の基本的な義務は診療義務であるが、診療義務違反となるのはいかなる場合か、すなわち、医師には、どの程度の診療義務が課されているのか。

一般に、過失とは、「違法な結果の発生を予見して防止すべき注意義務を怠ったこと」と定義するのが普通である⁴⁰⁾。もっとも、医療過誤、すなわち、医療行為における過失の場合に予見される結果は、生命・身体という何のものにもかえがたい重要な法益に関するものであり、また、外科手術に象徴されるように、医療行為は極めて危険なものである。そのため、医療行為は高度の専門的知識・経験に基づいてのみ許され、医師に要求される注意義務は極めて高度のものとなる。東大梅毒輸血事件の判例⁴¹⁾も「いやしくも人の生命及び健康を管理すべき業務(医療)に従事する者は、その業務の性質に照らし、危険防止のために実験上必要とされる最善の注

37) 最判平成17年9月8日裁時1395号1頁。

38) 静岡地判平成3年10月4日判タ773号227頁。

39) 東京地判平成15年3月14日判タ1141号207頁。

40) 内田貴『民法Ⅱ 債権各論』(東京大学出版会、2001)315頁。

41) 最判昭和36年2月16日民集15巻2号244頁。

意義を要求されるのは、已むを得ないところと言わざるを得ない」と述べている⁴²⁾。

ただし、医療過誤一般について過失を広く認め過ぎると、医師が注意深くなり過ぎ、萎縮診療につながり、かえって患者の不利益になるという問題がある。そこで、医師に要求される注意義務の水準は高いとはいえ、あくまで無過失責任ではないという原則は維持するべきである⁴³⁾。

そして、医師の注意義務の上限を画するための理論が、医療水準論⁴⁴⁾である。

従来、医療水準は、実際の適用の水準としてほぼ定着したものであることから、大学病院においても一般病院においても妥当する画一的水準であるとされた⁴⁵⁾。

しかし、大学病院にも町の開業医にも妥当する普遍的な医療水準が存在するというのは幻想であり、しかも、そのような医療水準を医師の注意義務の基準とすると、ある医療が大学病院にほぼ定着してから、一般病院にほぼ定着するまで長い時間が必要であり、そのような間は、大学病院が容易に責任を回避できることになってしまうことになり、妥当でない⁴⁶⁾。

このようなことから、判例⁴⁷⁾は、「当該疾病

の専門的研究者の間でその有効性と安全性が是認された新規の治療法が普及するには一定の時間を要し、医療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性、医師の専門分野等によってその普及に要する時間に差異があり、その知見の普及に要する時間と実施のための技術・設備等の普及に要する時間との間にも差異があるのが通例であり、また、当事者もこのような事情を前提にして診療契約の締結に至るのである。したがって、ある新規の治療法の存在を前提にして検査・診断・治療等に当たることが診療契約に基づき医療機関に要求される医療水準であるかどうかを決するについては、当該医療機関の性格、所在地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮すべきであり、右の事情を捨象して、すべての医療機関について診療契約に基づき要求される医療水準を一律に解するのは相当でない。そして、新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準である」とし、また、別の判例⁴⁸⁾は、「具

42) 東大梅毒輸血事件の判例のみではなく、判例は、医師に通常の場合よりも高度な注意義務を負わず傾向にある（内田・前掲注40）322頁）。

例えば、狂犬病予防接種事件の判例（最判昭和39年11月24日民集18巻9号1927頁）や、インフルエンザ予防接種に関する判例（最判昭和51年9月30日民集30巻8号816頁）である。特に、狂犬病予防接種事件の判例は、東大梅毒輸血事件の場合には、東大病院という日本でも最高の医療機関の医師の過失の問題であったが、このケースは民間の個人開業医の場合であったことに大きな意味がある。というのは、最高裁において、個人開業医の場合でも、東大梅毒輸血事件の場合と同様に、医師に最善の注意義務を課すことが認められたものと考えられることができるからである〔吉川孝三郎『患者のための医療裁判 被害に泣き寝入りしない処方箋』（日本評論社、1985）40頁〕。

43) 内田・前掲注40）322頁。

44) いわゆる「医学水準」は、「学問としての医学水準」と、「実践としての医療水準」とに分けて考えるのが妥当であり、学問としての医学水準は、将来において一般化すべき目標の下に現に重ねつつある基本的研究水準であり、実践としての医療水準は、現に一般普遍化した医療としての現在の実施目標、といえたとされた。未熟児網膜症をめぐる裁判例（岐阜地判昭和49年3月25日判時738号39頁、長崎地判昭和49年6月26日判時748号29頁）についての議論の中で提唱されたものである〔松倉豊治「未熟児網膜症による失明事例といわゆる『現代医学の水準』」判例タイムズ311号61頁、61頁（1974）〕。

45) 最判昭和60年3月26日民集39巻2号124頁。

46) 近江・前掲注19）299頁。

47) 最判平成7年6月9日民集49巻6号1499頁。

48) 最判平成8年1月23日民集50巻1号1頁。この判例は、前掲注47) 最判平成7年6月9日が判示した前述のような命題が、診療契約に基づく債務不履行責任構成の場合だけではなく、不法行為責任構成の場合の医療水準にまで妥当することを明らかにしたという意義を有する。

体的な個々の案件において、債務不履行又は不法行為をもって問われる医師の注意義務の基準となるべきものは、一般的には診療当時のいわゆる臨床医学の実践における医療水準である。そして、この臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療に当たった当該医師の専門分野、所属する診療機関の性格、その所在する地域の医療環境の特性等の諸般の事情を考慮して決せられるべきものであるが、医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」とした⁴⁹⁾。

このように、医療水準は、もはや従来のような画一的な概念でなく、このような判断枠組は、注意義務の水準を高める方向にも低める方向にも働くものである⁵⁰⁾。

そして、医療水準の判断基準は、次のとおりである。

まず、診療当時の臨床医学で実践されている治療法である必要があり、単なる問題の提唱がなされたにすぎない治療法は、医療水準にはない⁵¹⁾ので、治療法の成熟度を医療水準の判断

基準にするべきである。このように考えないと、医師は実施不可能な治療法の実施を強いられることになってしまう。

次に、判例⁵²⁾は、「新規の治療法に関する知見が当該医療機関と類似の特性を備えた医療機関に相当程度普及しており、当該医療機関において右知見を有することを期待することが相当と認められる場合には、特段の事情が存しない限り、右知見は右医療機関にとっての医療水準であるというべきである」とし、裁判例⁵³⁾は、治療法の普及度として治療法の実施可能性を問題とするので、治療法の普及度を医療水準の判断基準にするべきである⁵⁴⁾。このように考えないと、医師は実施不可能な治療法の実施を強いられることになってしまう。

また、判例⁵⁵⁾は、「医療水準は、医師の注意義務の基準（規範）となるものであるから、平均的医師が現に行っている医療慣行とは必ずしも一致するものではなく、医師が医療慣行に従った医療行為を行ったからといって、医療水準に従った注意義務を尽くしたと直ちにいうことはできない」とした⁵⁶⁾。すなわち、医療慣行については、医療慣行に従っていたから過失はないという側面については、医療水準の判断要素とするのは妥当でないとした。判例がこのように判示したのは、医療慣行は医療を取り巻

49) このような最高裁の医療水準論についての考え方の変更の先駆けとなる裁判例（大阪地判昭60年6月10日判タ594号92頁）があり、「具体的事案における特定の医師の医療行為に対する注意義務違反（過失）の判断基準としての医療水準は、当該医療行為のなされた時期、当該医師の専門分野、当該医師のおかれた社会的、地理的その他の具体的環境（たとえば、当該医師が医療行為に携わっている場所が、一般開業医院か、総合病院や大学医学部附属病院かといった点）等諸般の事情を考慮して具体的に判断されなければならない」とした。これは、医療水準を普遍的な画一的水準としてとらえる方向から、医療機関の性質等による個別具体的水準としてとらえる方向を示すものであり、重要な裁判例であると考えられる。

50) 寺沢知子「医療水準の相対化と『医療水準論』の質的転換—最高裁平成7年6月9日判決と最高裁平成8年1月23日判決を契機として—」阪大法学47巻1号69頁、69頁（1997）、内田・前掲注40)323頁。

51) 松倉・前掲注44)61頁、64頁。

52) 前掲注47)最判平成7年6月9日。

53) 横浜地判平成12年11月17日判時1749号70頁。

54) 滝井繁男ほか「『医療水準論』の現状とその批判」判例タイムズ629号15頁（1987）。

55) 前掲注48)最判平成8年1月23日。

56) 前掲注41)最判昭和36年2月16日も、「所論は、医師の間では従来、給血者が右のような証明書、会員証等を持参するときは、問診を省略する慣行が行なわれていたから、堀内医師が右の場合に処し、これを省略したとしても注意義務懈怠の責はない旨主張するが、注意義務の存否は、もともと法的判断によって決定すべき事項であって、仮に所論のような慣行が行なわれていたとしても、それは唯だ過失の軽重及びその度合を判定するについて参酌すべき事項であるにとどまり、そのことの故に直ちに注意義務が否定されるべきいわれはない」とした。

く各種の社会的要因が決定するものであるのに対して、医療水準はあくまで医療の見地から医師が何をなすべきかという観点によって決定されるからである⁵⁷⁾。もっとも、医療慣行は、医師が通常行っている医療であるから、医療慣行に違反しているのが過失があるという側面で医療慣行を医療水準の判断要素とし、そのような医療を行っていない医師に過失を認めるべきである。そこで、医療慣行については、医療慣行に従っていたから過失はないという側面については、医療水準の判断要素とするのは妥当でないと考えるが、医療慣行に違反しているのが過失があるという側面については、医療水準の判断要素とすべきであると考える。

また、判例⁵⁸⁾は、「臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、診療に当たった当該医師の専門分野…考慮して決せられるべきもの」し、一般医であることを理由に高度の注意義務を負わせなかった裁判例⁵⁹⁾があり、また、専門医であることを理由に高度の注意義務を負わせた裁判例⁶⁰⁾がある。そこで、一般医か専門医かを医療水準の判断基準にするべきである。このように考えないと、医師は実施不可能な治療法の実施を強いられることになってしまう。

そして、判例⁶¹⁾は、「臨床医学の実践における医療水準は、全国一律に絶対的な基準として考えるべきものではなく、…診療機関の性格…を考慮して決せられるべきもの」とし、また、裁判例⁶²⁾は、「医療水準は…その他の具体的環境（たとえば、当該医師が医療行為に携わっている場所が、一般開業医院か、総合病院や大学医学部附属病院かといった点）等諸般の事情を

考慮して具体的に判断されなければならない」とした。そこで、病院の性格を医療水準の判断基準にするべきである。このように考えないと、医師は実施不可能な治療法の実施を強いられることになってしまう。

以上のように、医療水準は、治療法の成熟度、治療法の普及度、医療慣行（医療慣行に従っていたから過失はないという側面については医療水準の判断要素とするのは妥当でないが、医療慣行に違反しているのが過失があるという側面については医療水準の判断要素とすべきである）、一般医か専門医か、病院の性格、という判断要素によって導かれる。そして、医師は、そのような医療水準を基準とする診療義務を負うことになる。

(2) 医療水準として未確立な治療法についての説明

医療水準として未確立な治療法についての患者の自己決定権を尊重するための説明は、原則的な場合と異なる。なぜなら、医療水準として未確立な治療法について、医師にそのような治療法を実施する義務はなく⁶³⁾、また、そのような治療法を実施している医療機関に患者を転送したりする義務もない⁶⁴⁾からである⁶⁵⁾。

このようなことから、判例⁶⁶⁾は、「一般的にいうならば、実施予定の療法（術式）は医療水準として確立したものであるが、他の療法（術式）が医療水準として未確立のものである場合には、医師は後者について常に説明義務を負うと解することはできない」とし、原則として、医師には、医療水準として未確立な治療法の存在を患者に知らせる義務はないとする。

もっとも、医師は、未確立な治療法について

57) 手嶋・前掲注2)142頁。

58) 前掲注48) 最判平成8年1月23日。

59) 前掲注28) 大阪高判昭和47年11月29日。

60) 東京地判昭和53年5月29日判時905号77頁。

61) 前掲注47) 最判平成7年6月9日。

62) 前掲注49) 大阪地判昭和60年6月10日。

63) 最判平成4年6月8日判時1450号70頁。

64) 最判昭和63年3月31日判時1296号46頁。

65) 手嶋・前掲注2)142頁。

66) 最判平成13年11月27日民集55巻6号1154頁。

の患者の自己決定権を尊重するための説明義務を常に課されないのではなく、一定の場合に課されることになる。

このことに関して、判例⁶⁷⁾は、「一般的にいうならば、実施予定の療法（術式）は医療水準として確立したものであるが、他の療法（術式）が医療水準として未確立のものである場合には、医師は後者について常に説明義務を負うと解することはできない。とはいえ、このような未確立の療法（術式）ではあっても、医師が説明義務を負うと解される場合があることも否定できない。少なくとも、当該療法（術式）が少なからぬ医療機関において実施されており、相当数の実施例があり、これを実施した医師の間で積極的な評価もされているものについては、患者が当該療法（術式）の適応である可能性があり、かつ、患者が当該療法（術式）の自己への適応の有無、実施可能性について強い関心を有していることを医師が知った場合などにおいては、たとえ医師自身が当該療法（術式）について消極的な評価をしており、自らはそれを実施する意思を有していないときであっても、なお、患者に対して、医師の知っている範囲で、当該療法（術式）の内容、適応可能性やそれを受けた場合の利害得失、当該療法（術式）を実施している医療機関の名称や所在などを説明すべき義務があるというべきである」、とした。

では、医師は、いかなる場合に、未確立な治療法についての患者の自己決定権を尊重するための説明義務を課されると考えるべきか。これを考える前提として、医師が誰を基準として、患者の自己決定権を尊重するための説明をするべきかが問題となるので、検討する。

(3) 患者の自己決定権を尊重するための説明の基準

医師が誰を基準として、患者の自己決定権を尊重するための説明をすべきかということに関して、①善良なる管理者としての医師または合理的な医師ならば説明するであろう情報が説明されるべきとする見解（合理的医師説）、②平均的ないし合理的な患者ならば重要視するであろう情報が説明されるべきとする見解（合理的患者説）、③それぞれの個別具体的患者が重要視する情報が説明されるべきとする見解（具体的患者説）、④具体的患者が重要視し、かつ、そのことを合理的な医師ならば認識できたであろう情報が説明されるべきとする見解（二重基準説）がある⁶⁸⁾。

このような見解は、外国法の影響を受けていると考えられる。そして、諸外国では、合理的医師説と合理的患者説が有力である。比較法的には、イギリス法においては、Sidaway 判決（1985年）で、明確に合理的医師説が採用され、アメリカ法では、Canterbury 判決（1972年）以降、合理的患者説が強調される⁶⁹⁾。

では、どの見解が妥当であろうか。

まず、①合理的医師説について考える。①合理的医師説は、実際の医療実務状況を配慮すれば、現実的であるとも思える⁷⁰⁾。日本の判例実務も①合理的医師説だとされている⁷¹⁾。しかし、医師の説明義務は、医師の裁量を狭め、患者の自己決定権を保障する趣旨で発展してきたものであるので、医師の説明義務が患者の自己決定権の尊重のために重要な意義をもつことを重視し、医師の説明義務の内容を考える基準として、医師のみを基準とするべきではない。判例実務でも、一般的な基準設定という問題意識は希薄であり、例外がある。例えば、心房中

67) 前掲注 66) 最判平成 13 年 11 月 27 日。

68) 金川琢雄『診療における説明と承諾の法理と実情』（多賀出版、1988）7 頁、吉田邦彦『契約法・医事法の関係的展開』（有斐閣、2003）297 頁。

69) 吉田・前掲注 68) 297 頁。

70) 塚本泰司「インフォームド・コンセント法理・再考」湯沢雅彦＝宇津木伸編集代表『人の法と医の倫理—兎孝一先生に賀寿と感謝の気持ちを込めて—』（信山社、2004）362 頁。

71) 吉田・前掲注 68) 297 頁、塚本・前掲注 70) 362 頁。

隔欠損症の手術後に患者が死亡した事例において、欠損孔縫合閉鎖術の際に行った僧帽弁逆流テストについて説明がなされなかったことについて、当該具体的状況における通常の医師と通常の患者を基準とした説明で足りるとした裁判例⁷²⁾が、そのような例外である。よって、①合理的医師説は妥当でない。ガイドラインを作成するというを考えても、そのように裁判例が、例外を認めることがあるのであれば、①合理的医師説に基づいて、ガイドラインを作成するのは妥当でないとする。

次に、②合理的患者説について考える。医師は、医学的知識のない患者にも理解することができるように配慮しながら、慎重に判断しながら説明をしなければならず、その患者には、様々な者がいるので、患者の自己決定権の尊重の見地から、合理的な患者を基準とするのではなく、具体的な患者を基準とするべきであるので、②合理的患者説は妥当でない。

次に、③具体的患者説について考える。確かに、インフォームド・コンセントの性格を徹底するためには、具体的な患者が重要視するであろう情報が提供されるべきであるので、③具体的患者説が妥当とも思える⁷³⁾。アメリカでもこのような考えの倫理学者が多いようである⁷⁴⁾。しかし、限られた時間の中でこのような基準によって説明することは実務上困難であり⁷⁵⁾、しかも、具体的な患者が重要視する情報は認識することが困難であることも少なくないため、常にそれを説明義務の内容とするのは、

医師に不測の損害を与えるおそれがあるので、③具体的患者説は妥当でない。

そこで、④具体的患者が重要視し、かつ、そのことを合理的な医師ならば認識できたであろう情報が説明されるべきとする見解（二重基準説）が医師の説明義務の内容を考える基準として妥当であるとする。このような二重基準説を採用したと考えられる裁判例⁷⁶⁾があり、末期（重症）糖尿病性網膜症に対する硝子体手術の事案において、「本件当時、原告のような末期（重症）糖尿病性網膜症に対する硝子体手術は、成功率が約30パーセントという低い成績で、高度の技術を要し、手術が成功しても視力の回復が得られないこともあり、かつ、術中、術後の合併症の発生する可能性がある危険な手術であったことが窺われる。そこで、右のような医師の一般的責務と原告の左眼が幼児期からほとんど視力のない弱視であり、右眼が唯一の頼りであったことを併せ考えると、少なくとも、被告杉田医師は原告に対し、本件手術の目的、内容、危険性の程度（成功の見通し、視力回復の見通し）、手術を受けなかった場合の原告の病態の予後等について十分な説明を行ったうえ手術の承諾を得る義務があったものといわなければならない」とする⁷⁷⁾。

では、この二重基準説を基準として医師の説明義務の内容を考えた場合、前述の医療水準として未確立な治療法について、どのような場合に、医師の説明義務が認められるか。

72) 裁判例（東京地判平成2年3月12日判時1371号96頁）は、「医師（側）が患者（側）に対してしなければならない当該医療についての説明は、契約締結上あるいは契約上負担すべき義務の一般的な解釈や医師（側）にとっても不確知的要素がないとはいえない医療の本質等からいって、患者（側）が特に説明を求めた等の特段の事情のない限り、当該具体的状況において、通常の医師（側）であるならば通常の患者（側）に対してするであろう範囲及び程度のものであることを要し、かつ、それで足りるといふべきである」とした。

73) 唄孝一「インフォームド・コンセントと医事法学」第1回日本医学会特別シンポジウム『医と法』（日本医学会、1994）18頁、27頁。

74) 塚本・前掲注70)362頁。

75) 塚本・前掲注70)362頁。

76) 前掲注36)名古屋地判昭和59年4月25日。

77) 以上のように、①合理的医師説、②合理的患者説、③具体的患者説、④二重基準説について検討してきたが、法的にはともあれ、実務上は患者基準と合理的医師基準における説明内容は接近してきているとの見解もあり、患者の自己決定権の尊重という観点からは、そうあるべきであろう（塚本・前掲注70)364頁）。

(4) 患者の自己決定権を尊重するための説明義務を医師が課される場合

私は、二重基準説により、当該療法が少なからぬ医療機関において相当数実施されておらず、積極的な評価もされていなくても、患者が当該療法の自己への適応の有無、実施可能性について関心を有していることを医師が知りえた場合は、医師は説明義務を負うと考える。このように考えることにより、患者の自己決定権の保障がよくなると考える。

もっとも、ガイドラインに規定する場合に、「医師が知りえた場合」という文言は不明確であるし、このような文言ではガイドラインとならず、妥当でないので、「医師が知った場合」に説明しなければならない、と規定する。そして、さらに、「医師は、患者がある療法の自己への適応の有無、実施可能性について有している関心を認識できるように注意を払わなければならない」と規定し、医師が患者の関心に気が付かないことを防ぐように促す。

判例⁷⁸⁾の、「当該療法が少なからぬ医療機関において相当数実施され、積極的な評価もされており」、という基準は不明確であり、しかも、同判例⁷⁹⁾は「少なくとも」としているので、私見のように考えることにより、患者の保護をよくすることができ、また、医師や病院のリスク・コントロールに資すると考える。

(5) 未確立な治療法についての患者の自己決定権を尊重するための説明の内容

そして、未確立な治療法についての患者の自己決定権を尊重するための説明の内容は、医師の知っている範囲の、①当該治療または処置に関する概要の説明、②当該治療または処置の患者への適応可能性、実施可能性、③治療・処置のリスクと便益の説明、とくに、死亡や重大な

身体障害のリスクについての説明、④回復時に予想される主要な問題点と、患者が正常な日常活動を再開できるようになるまでの期間、⑤当該治療を実施している医療機関の名称や所在地、⑥信頼にたる医師たちが同じ状況の場合に通常提供している、上記以外の情報である⁸⁰⁾。

以上のことから、ガイドライン2項は、次のように規定する。

(6) ガイドライン2項の規定

2項 医療水準として未確立な治療法に、患者が強い関心を有していることを医師が知った場合、医師の知っている範囲で、①当該治療または処置に関する概要の説明、②当該治療または処置の患者への適応可能性、実施可能性、③治療・処置のリスクと便益の説明、とくに、死亡や重大な身体障害のリスクについての説明、④回復時に予想される主要な問題点と、患者が正常な日常活動を再開できるようになるまでの期間、⑤当該治療を実施している医療機関の名称や所在地、⑥信頼にたる医師たちが同じ状況の場合に通常提供している、上記以外の情報を説明しなければならない。そして、医師は、患者がある療法の自己への適応の有無、実施可能性について有している関心を認識できるように注意を払わなければならない。

4 美容整形や不妊治療についての説明（ガイドライン3項）

(1) 美容整形や不妊治療についての説明の検討

美容整形や不妊手術など非治療的医療の場合には、賠償額はそれほど多くないが、医師の責任が肯定されることが多いのが特徴である⁸¹⁾。美容整形や不妊手術など非治療的医療の場合

78) 前掲注 66) 最判平成 13 年 11 月 27 日。

79) 前掲注 66) 最判平成 13 年 11 月 27 日。

80) 前掲注 66) 最判平成 13 年 11 月 27 日、アナス（上原ほか訳）・前掲注 36) 15 頁、廣瀬・前掲注 36) 186 頁、森山・前掲注 36) 59 頁、手嶋・前掲注 2) 150 頁、216 頁、217 頁。

81) 責任を肯定する具体的事例としては、美容脱毛治療で焼痕が残った場合に慰謝料 35 万円と治療費 20 万円が認められた事例（前掲注 23) 名古屋地判昭和 56 年 11 月 18 日）、避妊手術したにもかかわらず妊娠した場合に慰謝料 100 万円が認められた事例（大阪高判昭和 61 年 7 月 16 日判タ 624 号 202 頁）がある。

は、治療ないし手術に必要性、緊急性がなく、やや特殊なものゆえに、それなりの詳しい説明が必要になるとの趣旨である⁸²⁾。また、美容整形や不妊手術は、患者の容姿やライフスタイルなどのようにプライベートな事項に関することであり、患者の自己決定の要請が高まることから、このように考えるべきである。

そこで、ガイドライン3項は、次のように規定する。

(2) ガイドライン3項の規定

3項 美容整形と不妊治療をする場合は、1項・2項の説明はより具体的に丁寧になさなければならない。

5 患者が知らないでいたいと希望した場合（ガイドライン4項）

(1) 序

患者が知らないでいたいと希望した場合、医師はその希望を尊重しなければならないと考える⁸³⁾。

なぜなら、患者が説明を受ける機会を与えられる権利を放棄した場合、患者の自己決定権を尊重するための説明義務を医師は免れ、患者へ

の説明は不要となるし⁸⁴⁾、また、知らないでいたいという希望が患者の自己決定権の行使とすることができ、しかも、そのような場合に患者に説明すると、患者本人にとって有害な結果をもたらすおそれがあるからである。

そこで、ガイドライン4項は、次のように規定する。

(2) ガイドライン4項の規定

4項 患者が知らないでいたいと希望した場合、医師はその希望を尊重しなければならない。

6 患者が未成年者の場合の説明（ガイドライン5項）

(1) 序

患者の自己決定権を尊重するための説明が有効となるためには、患者が、医師の説明によって、その医療行為の意味を十分に理解して承諾する能力が必要である。なぜなら、インフォームド・コンセントは患者の自己決定権を保障するためのものであり、自己決定権の実効的保障のためには、患者が医師の説明によって、その医療行為の意味を十分理解する必要があるからである。そして、このような患者の承諾能力が

82) 齊藤ともよ「美容整形事故」新美育文ほか編『判例評釈 医療事故と患者の権利』（エイデル研究所、1988）213頁、213頁、吉田・前掲注68)295頁。

美容整形について、裁判例（東京地判昭和52年9月26日判タ365号386頁）は、「医師がその患者に対し手術をする際には、一般に、手術の必要性、その時期、方法等について、当該患者の個体差、病気の種類、部位等個々具体的な要素に照らしながら、諸般の事情を総合的に勘案し、医学の専門的な見地から慎重かつ適正な判断が下されるべきものであるが、特に、美容整形手術を担当する医師としては、右美容整形手術が、一般に、緊急性及び必要性に乏しい場合が多いのであるから、当該手術の要否及び適否を慎重に判断し、また、手術を実施するに当たっては、当該患者の体質、患部の状態等について十分なる事前の検査を行ない、医師としての高度の専門的見地から、当該手術の時期、方法、程度、範囲等を十分に検討して、手術を実施すべき義務があるものというべく、さらに手術を実施する際も、術後の状態にも十分慎重な配慮をしながら事後の手術の進行、治療方法等を選択すべき義務があるものと解するのを相当とする」、とした。

不妊治療について、裁判例（秋田地判平成14年3月15日判タ1138号201頁）は、「一般に、医師は、患者に対して医的侵襲を伴う治療行為をしようとする場合、患者の病状や実施予定の治療行為の内容、予想される成果と付随する危険性、当該治療を実施しなかった場合の予後について事前に十分に説明し、その承諾を得なければならない。中でも不妊治療は、通常の病気や怪我に対する治療行為とは異なり、日常生活を送るのに格別の支障のない患者に対して行われるもので、直ちに行うべき緊急性に乏しく、また、生命や健康の維持促進のための治療行為ではなく、妊娠・出産という一定の結果の発生を目的として行われるものである。…不妊治療を行おうとする医師は、患者が不妊治療を受けるべきかどうかを自らの意思で決定できるようにするため、妊娠・出産が期待できる適切な不妊治療の方法や当該不妊治療を行った場合の危険性等について特に十分に患者に説明する義務があるというべきである」、とした。

83) 厚生労働省・前掲注8)。

84) 加藤一郎＝森島昭夫編『医療と人権』（有斐閣、1984）142頁。

十分でない場合として、患者が未成年者の場合が挙げられる。

患者が未成年者の場合、未成年者の親権者の代諾が必要とされる。なぜなら、親権者には監護義務（民法 820 条）が課せられ、患者にとって最善の利益となる意思決定をなすのに最適の立場にいるからである⁸⁵⁾。

(2) 患者が未成年者の場合の説明

では、患者が未成年者の場合の説明は、どのようにすればよいのか。前述のように、親権者を代諾権者とし、その根拠として民法 820 条という親権に関する規定をあげたので、親権に関する規定を参考に、以下、検討する。

民法 818 条 3 項によると、共同親権者はその親権を共同して行なわなければならないとしており、共同親権者の双方の代諾がないときには、代諾が有効なものとはならないと考えられる。

そして、民法 825 条によれば、共同親権者の一方が他方に無断で共同名義において行為をした場合、これを信頼して取引をするにいたった者は、悪意でないかぎり、当該共同名義でなされた行為を無効とされないが、このような規定が診療行為に対する同意という非取引的な行為に適用されるのか、という問題がある。思うに、同条は取引の安全を図った規定であり、医療においては取引の安全を考慮する必要はないので適用すべきではない。また、実質的にも、このような規定を医療行為についての代諾に適用すると、未成年者の利益が著しく害されることになり妥当でないので、適用すべきではない。

もっとも、医療機関には、両親の一方、多くの場合、母親だけが子供に付き添って診療を求めてくるというのが、日常的な姿である。しかし、前述のように、民法 818 条 3 項によると、

共同親権者はその親権を共同して行なわなければならないとしており、本条によるかぎり、共同親権者の双方の代諾がないときには、代諾が有効なものとはならないことになるが、このような日常の医療の現場の実情にあわず、妥当でないとも思える。そこで、裁判例を参考に考えたい。

このことに関して、裁判例⁸⁶⁾は、父親からの説明要求を無視して、母親の承諾だけで植皮術を強行したが、クロマイ点滴注射により患者である未成年者がショック死した事案について、特段の事情のないかぎり右父親ら両親の承諾を得たうえで本件手術はなされるべきであったというべき、とした。

医療の日常的な姿を踏まえ、このような裁判例を参考にすると、通常診療の場合には、親権者の一方の代諾でよいが、手術等の患者に重大な医的侵襲が伴うような処置が問題になる場合や、あるいは通常でない治療方法が選択される場合等には、民法 818 条 3 項の原則に立ち返り、両親がいるときは、両親双方から代諾を得る必要があることになる⁸⁷⁾。このような考え方は、通常診療の場合には、前述のような日常の医療の現場の実情に対応することができ、手術等の患者に重大な医的侵襲が伴うような処置が問題になる場合や、あるいは通常でない治療方法が選択される等の場合には、患者の保護をよく図ることができ、妥当である。

もっとも、患者が 15 歳以上の未成年者の場合は、その未成年者にも説明する必要があると考える⁸⁸⁾。なぜなら、裁判例⁸⁹⁾は、当時高校 2 年生の患者に対する説明義務があるとし、現在では、その裁判例の時より患者の自己決定権の保障が重視され、学説上も本人の意思を尊重する基準として、民法 961 条や民法 797 条 1 項を根拠として 15 歳を基準とする見解があり、

85) 加藤ほか・前掲注 84) 144 頁。

86) 横浜地判昭和 54 年 2 月 8 日判時 941 号 81 頁。

87) 畔柳・前掲注 24) 131 頁。

88) 裁判例（福岡地裁小倉支判平成 15 年 6 月 26 日判時 1864 号 124 頁）は、未成年者である患者はもちろんのこと、その両親にも説明する必要がある、とした。

89) 京都地判昭和 51 年 10 月 1 日判時 848 号 93 頁。

「臓器の移植に関する法律」の運用に関する指針（ガイドライン）⁹⁰⁾も15歳以上の者の意思表示を有効として扱うとしているので⁹¹⁾、15歳を基準とするべきだからである。

そこで、ガイドライン5項は、次のように規定する。

(3) ガイドライン5項の規定

5項 患者が未成年者である場合には、患者の承諾を得るための説明は次の通りしなければならない。

1号 原則として、親権者の一方の承諾を得なければならない。ただし、手術等の重大な処置や通常でない治療方法を用いるときで、親権者である両親がいる場合は、両親双方の承諾を得なければならない。

2号 患者が15歳以上の未成年者の場合は、両親のみならず未成年者である患者にも説明しなければならない。

7 患者が精神障害者や意識不明者等の判断能力が欠如する者の場合の説明（ガイドライン6項）

(1) 序

前述のように、患者の自己決定権を尊重するための説明が有効となるためには、患者が、医師の説明によって、その医療行為の意味を十分に理解して承諾する能力が必要である。

そこで、患者が精神障害者とか意識不明者等の判断能力が欠如する者である場合、説明は後見人にしなければならない⁹²⁾。なぜなら、後見人には療養看護義務（民法858条）が課せられ、患者にとって最善の利益となる意思決定

をなすのに最適の立場にいることを留意すべきだからである⁹³⁾。

そこで、ガイドライン6項は、次のように規定する。

(2) ガイドライン6項の規定

6項 患者が精神障害者とか意識不明者等の判断能力が欠如する者である場合には、説明は後見人にしなければならない。

8

患者が知らないでいたいと希望した場合、または、患者が未成年者である場合、患者が精神障害者や意識不明者等の判断能力が欠如する者の場合で、法定代理人がない場合の説明（ガイドライン7項）

(1) 序

5項や6項に規定する、患者が未成年者である場合、患者が精神障害者や意識不明者等の判断能力の欠如する者の場合、常に、親権者や後見人といった、法定代理人がいるとは限らない。そのような場合、患者の自己決定権を尊重するための説明はどのようにすべきか。

法定代理人がないような場合には、そもそも代諾は不要であるとも考えることも可能である。しかし、患者自身による意思決定ができないという状況は、法定代理人がいる場合と異なる場合とで差異があるわけではなく、また、患者の最善の利益を確保するべきであるという要請も共通しているはずである。法定代理人のいるときは法定代理人の意思によって、法定代理人のいないときは医師の意思によって、診療行為の実施の可否を決定するべきであるとするこ

90) 厚生省「臓器の移植に関する法律の運用に関する指針（ガイドライン）の制定について」（<http://www.jotnw.or.jp/studying/law3.html>、2007年8月16日最終検索）。

91) 「臓器の移植に関する法律の運用に関する指針（ガイドライン）」の「第1 書面による意思表示ができる年齢等に関する事項」は、「臓器の移植に関する法律（平成9年法律第104号。以下「法」という。）における臓器提供に係る意思表示の有効性について、年齢等により画一的に判断することは難しいと考えるが、民法上の遺言可能年齢等を参考として、法の運用に当たっては、15歳以上の者の意思表示を有効なものとして取り扱うこと。」と規定する。（<http://www.jotnw.or.jp/studying/law3.html>、2007年8月16日最終検索）。

92) 加藤ほか・前掲注84)144頁、患者の権利に関するリスボン宣言の原則（WMA Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient）4・5。

93) 加藤ほか・前掲注84)144頁。

とは、便宜主義的な結論と言わざるを得ない。法定代理人による代諾が必要であるならば、それとまったく同じ理由で、法定代理人がいない場合でも、患者にとって最善の利益となる意思決定をなす立場にある誰かの代諾が必要であろう。

このような場合、患者の家族等と連絡を取るなどして接触を図り、説明をするのに適した家族等に対して説明をしなければならぬと考える。理由は次のとおりである。

第1の理由は、そのような者は、患者の意思をよく知ることができると考えられ⁹⁴⁾、また、患者の利益を考えて判断できると考えられるので、患者の保護に資するということである。

第2の理由は、そのような者に説明しておくことにより、患者の家族等からの損害賠償請求(民法711条参照)を予防する効果があると考えられるので、医師や病院のリスク・コントロールに資するということである。

患者が知らないでいたいと希望をした場合も同様である。

そこで、ガイドライン7項は、次のように規定する。

(2) ガイドライン7項の規定

7項 5項・6項の場合で、親権者や後見人といった法定代理人のいないとき、または、4項の場合、患者の家族等と連絡を取るなどして接触を図り、説明をするのに適した家族等に対して説明をしなければならない。

Ⅲ. 転医の際の患者への説明

1 序

診療義務については、医師の基本的な義務は、

狭義の診療義務であるということは言うまでもないが、転医義務もまた、診療義務の1つであると考えべきである⁹⁵⁾。なぜなら、医師の中心的義務は、狭義の診療義務であるが、症状判断や医師の能力、病院の医療設備との関係で、常に最善の診療ができるとは限らず、患者としても、当該病院に来院したのは、偶然の選択によるものであり、必ずしもその病院のその医師の診療を最後まで受けようとは思っておらず、そこで満足のいく診療が不可能であるなら、最先端の大学病院で診療を受けたいというのが本心だろうから、そのような場合には、医師は転医を勧めるべきだからである⁹⁶⁾。このことに関して、「医療とは本来、最初にどの医療機関で受診しようと、最終的には適切な診療が受けられるルートに通じていなければならない」⁹⁷⁾とされている。

そして、患者を転医させる際には、患者の自己決定権を尊重し、転医するか否かを患者に決めさせるため、患者に説明しなければならない。

では、医師の転医義務や転医の際の患者への説明義務はいかなる法的根拠で認められるのか。

医師の転医義務については、医療法1条の4第3項に「医療提供施設において診療に従事する医師及び歯科医師は、医療提供施設相互間の機能の分担及び業務の連係に資するため、必要に応じ、医療を受ける者を他の医療提供施設に紹介し、その診療に必要な限度において医療を受ける者の診療又は調剤に関する情報を他の医療提供施設において診療又は調剤に従事する医師若しくは歯科医師又は薬剤師に提供し、及びその他必要な措置を講ずるよう努めなければならない。」と規定され、また、保険医療機関及び保険医療養担当規則16条に「保険医は、

94) 佐伯仁志「末期医療と患者の意思・家族の意思」樋口範雄編著『ケース・スタディ生命倫理と法』(有斐閣, 2004) 86頁, 89頁, 加藤良夫『実務法律講義⑩ 実務医事法講義』(民事法研究会, 2005) 28-29頁。

95) 近江・前掲注19)299頁。

96) 前掲注45)最判昭和60年3月26日, 福岡高判昭和60年1月24日判時1167号42頁, 保険医療機関及び保険医療養担当規則16条参照, 滝井繁男「医療水準に関する一考察—特に転医との関連において—」法律時報56巻6号62頁, 62頁(1984), 近江・前掲注19)301頁。

97) 野田寛「判批」法律時報52巻6号138頁, 140頁(1980)。

患者の疾病又は負傷が自己の専門外にわたるものであるとき、又はその診療について疑義があるときは、他の保険医療機関へ転医させ、又は他の保険医の対診を求める等診療について適切な措置を講じなければならない。」と規定される⁹⁸⁾。そして、前述のように、医療契約の法的性質は準委任契約であり、転医義務は診療義務の1つであるので、医師の転医義務は、民法656条、民法643条を根拠に認められる。

そして、前述のように、転医の際の患者への説明義務は、医師が転医義務を負い、患者を転医させる場合に、患者の自己決定権を尊重するために、医師に課される義務であるので、民法656条、民法643条、民法645条、医療法1条の4第3項、保険医療機関及び保険医療養担当規則16条を根拠に認められると考える⁹⁹⁾。

2 転医義務が課される場合 (ガイドライン1項)

(1) 序

では、医師はいかなる場合に患者を転医させなければならないか。そのような場合に、医師は、患者に転医の際の説明をしなければならないので問題となる。法律上の過失の要件としての転医義務の内容は多岐にわたり、この傾向は医

療への期待の増大に従ってますます拡大する傾向にある¹⁰⁰⁾ので、このようなことについて、ガイドラインに規定しておくことには重要な意義があると考えられる。

このことに関して、医師は、狭義の診療義務に従い、患者の病的症状の医学的解明をし、その症状に応じて診療行為をしなければならないが、患者の疾病が自己の専門外にわたるものであるとき、又はその診療について疑義があるときは、他の医療機関へ転医させなければならないとされている¹⁰¹⁾。そして、医師が転医義務を負う場合は、①医師にとって、患者の疾患が自己の専門外の診療科目に属するため、その患者を診療する能力がないか、又は不十分な場合、②患者の疾患に照らし、これを診療する人的、物的設備が整っていないか、又は不十分な場合、③患者の疾患に対し、より適切な治療方法が存在し、かつ、右疾患がその適応状況にある場合、④患者が転送先の病院等にまで安全に搬送できる状況にある場合、⑤必要とされる診療行為が医療水準上是認される場合である¹⁰²⁾。

そこで、ガイドライン1項は、次のように規定する。

(2) ガイドライン1項の規定

1項 医師は、①医師にとって、患者の疾患が自己の専門外の診療科目に属するため、その患者を診療する能力がないか、又は不十分な場

98) 保険医療機関及び保険医療養担当規則16条は「保険医は、患者の疾病又は負傷が自己の専門外にわたるものであるとき、又はその診療について疑義があるときは、他の保険医療機関へ転医させ、又は他の保険医の対診を求める等診療について適切な措置を講じなければならない。」と規定するが、「医師は、医療及び保健指導を掌ることによって公衆衛生の向上及び増進に寄与し、もつて国民の健康な生活を確保するものとする」という医師法1条の趣旨から、これらの規定は、保険医療の場合のみならず、一般的に適用することができる規定であると考えられる(金川・前掲注68)27頁)。松山恒昭「転送義務(2)」根本久『裁判実務大系第17巻 医療過誤訴訟法』(青林書院、1990)225頁、227頁。

99) レフラー(長澤訳)・前掲注34)47頁。

100) 加藤・前掲注94)135頁。

101) 前掲注45) 最判昭和60年3月26日は、昭和51年2月に在胎34週体重1200グラムで出生した極小未熟児が急激に進行する未熟児網膜症により失明した場合において、当該病院には当時未熟児網膜症の治療方法として一般的に認められるに至っていた光凝固等の手術のための医療機械がなく、また、同児の眼底検査を担当した眼科医が、未熟児網膜症についての診断治療の経験に乏しく、生後32日目にした1回目の検査とその1週間後にした2回目の検査により、眼底の状態に著しく高度の症状の進行を認めて異常を感じたにもかかわらず、直ちに同児に対し適切な他の専門医による診断治療を受けさせる措置をとらなかったため、同児が適期に光凝固等の手術を受ける機会を逸し失明するに至った等の判示の事実関係のあるときは、眼科医には右失明につき過失があるものというべきである、とした。

保険医療機関及び保険医療養担当規則16条参照。

102) 松山・前掲注98)225頁、227頁、金川・前掲注68)36頁。

合、②患者の疾患に照らし、これを診療する人的、物的設備が整っていないか、又は不十分な場合、③患者の疾患に対し、より適切な治療方法が存在し、かつ、右疾患がその適応状況にある場合、④患者が転送先の病院等まで安全に搬送できる状況にある場合、⑤必要とされる診療行為が医療水準上是認される場合、転医させなければならない。

3 転医の際の説明の内容 (ガイドライン2項)

(1) 序

では、転医の際の患者への説明の内容はどのようなものであるべきか。

患者の自己決定権を尊重するため、医師は転医にいたった事情を説明しなければならない。

具体的には、①現在の症状及び診断病名、②患者の疾患に対し、より適切な治療方法が存在し、かつ、右疾患がその適応状況にあること、③勧める治療・処置のリスクと便益の説明、特に、死亡や重大な身体障害のリスクについての説明、④別の治療方法や処置を含め、勧める治療・処置以外にどのような選択があるかの説明、およびそれらについてのリスクと便益の説明、⑤勧める治療を行わない場合に想定される結果、⑥成功する確率、および何をもって成功と考えているか、⑦回復時に予想される主要な問題点と、患者が正常な日常活動を再開できるようになるまでの期間、⑧医師にとって、患者の疾患が自己の専門外の診療科目に属するため、その患者を診療する能力がないか、又は不十分である場合はその旨、⑨患者の疾患に照らし、これを診療する人的、物的設備が整っていない

か、又は不十分な場合はその旨、⑩当該治療を実施している医療機関の名称や所在地、⑪治療目的以外に、臨床試験や研究などの他の目的も有する場合には、その旨及び目的の内容¹⁰³⁾、⑫信頼にたる医師たちが同じ状況の場合に通常提供している、上記以外の情報、である¹⁰⁴⁾。

そこで、ガイドライン2項は、次のように規定する。

(2) ガイドライン2項の規定

2項 医師が転医の判断・指示をした場合は、患者に対して、①現在の症状及び診断病名、②患者の疾患に対し、より適切な治療方法が存在し、かつ、右疾患がその適応状況にあること、③勧める治療・処置のリスクと便益の説明、特に、死亡や重大な身体障害のリスクについての説明、④別の治療方法や処置を含め、勧める治療・処置以外にどのような選択があるかの説明、およびそれらについてのリスクと便益の説明、⑤勧める治療を行わない場合に想定される結果、⑥成功する確率、および何をもって成功と考えているか、⑦回復時に予想される主要な問題点と、患者が正常な日常活動を再開できるようになるまでの期間、⑧医師にとって、患者の疾患が自己の専門外の診療科目に属するため、その患者を診療する能力がないか、又は不十分である場合はその旨、⑨患者の疾患に照らし、これを診療する人的、物的設備が整っていないか、又は不十分な場合はその旨、⑩当該治療を実施している医療機関の名称や所在地、⑪治療目的以外に、臨床試験や研究などの他の目的も有する場合には、その旨及び目的の内容、⑫信頼にたる医師たちが同じ状況の場合に通常提供している、上記以外の情報、を説明しなければならない。

103) 裁判例(前掲注35)金沢地判平成15年2月17日)は他事目的による権利の侵害危険性のある場合の他事目的説明義務を肯定する。

104) アナス(上原ほか訳)・前掲注36)15頁、廣瀬・前掲注36)186頁、森山・前掲注36)59頁、松山・前掲注98)225頁、227頁、手嶋・前掲注2)150頁、216頁、217頁、裁判例(前掲注36)名古屋地判昭和59年4月25日)は、医師が患者に対し、手術等の医的侵襲を加え、そのため生命身体等に重大な結果を招く危険性の高い場合には、患者自身に手術を受けるか否かについて最後の選択をさせるべきであるから医師は説明義務の免除される特別の事情のないかぎり、その手術の目的、内容、危険性の程度、手術を受けない場合の予後等について十分な説明を行い、その上で手術の承諾を得る義務があるものというべきである、とした。

「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」の規定の準用(ガイドライン3項)

(1) 序

前述のように、転医の際の説明は、患者の自己決定権を尊重するための説明の一類型であるから、「転医の際の患者への説明に関するガイドライン」には、「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」から、適切なものを準用すべきである。

よって、「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」の3項、4項、5項、6項、7項を準用する。

そこで、ガイドライン3項は、次のように規定する。

(2) ガイドライン3項の規定

3項 「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」の3項、4項、5項、6項、7項を準用する。

IV. 小括

以上のように、ガイドラインの作成を目的として、患者の自己決定権を尊重するための説明と転医の際の患者への説明について分析、検討した。これを踏まえて、以下、「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」と「転医の際の患者への説明に関するガイドライン」を示す。

結語：「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」と「転医の際の患者への説明に関するガイドライン」

1 「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」

1項 医師は、患者の承諾を得るための説明をするにあたって、原則として、患

者に対して次に掲げる事項等について具体的かつ丁寧に説明しなければならない。

①現在の症状及び診断病名、②医師が勧める治療または処置に関する概要の説明、③勧める治療・処置のリスクと便益の説明、特に、死亡や重大な身体障害のリスクについての説明、④別の治療方法や処置を含め、勧める治療・処置以外にどのような選択があるかの説明、およびそれらについてのリスクと便益の説明、⑤勧める治療を行わない場合に想定される結果、⑥成功する確率、および何をもって成功と考えているか、⑦回復時に予想される主要な問題点と、患者が正常な日常活動を再開できるようになるまでの期間、⑧治療目的以外に、臨床試験や研究などの他の目的も有する場合には、その旨及び目的の内容、⑨信頼にたる医師たちが同じ状況の場合に通常提供している、上記以外の情報。

2項 医療水準として未確立な治療法に、患者が強い関心を有していることを医師が知った場合、医師の知っている範囲で、①当該治療または処置に関する概要の説明、②当該治療または処置の患者への適応可能性、実施可能性、③治療・処置のリスクと便益の説明、とくに、死亡や重大な身体障害のリスクについての説明、④回復時に予想される主要な問題点と、患者が正常な日常活動を再開できるようになるまでの期間、⑤当該治療を実施している医療機関の名称や所在地、⑥信頼にたる医師たちが同じ状況の場合に通常提供している、上記以外の情報を説明しなければならない。そして、医師は、患者がある療法の自己への適応の有無、実施可能性について有している関心を知ることができるように注意を払わなければならない。

- 3項 美容整形と不妊治療をする場合は、1項・2項の説明はより具体的に丁寧になされなければならない。
- 4項 患者が知らないでいたいと希望した場合、医師はその希望を尊重しなければならない。
- 5項 患者が未成年者である場合には、患者の承諾を得るための説明は次の通りしなければならない。
- 1号 原則として、親権者の一方の承諾を得なければならない。ただし、手術等の重大な処置や通常でない治療方法を用いるときで、親権者である両親がいる場合は、両親双方の承諾を得なければならない。
- 2号 患者が15歳以上の未成年者の場合は、両親のみならず未成年者である患者にも説明しなければならない。
- 6項 患者が精神障害者とか意識不明者等の判断能力が欠如する者である場合には、説明は後見人にしなければならない。
- 7項 5項・6項の場合で、親権者や後見人といった法定代理人のいないとき、または、4項の場合、患者の家族等と連絡を取るなどして接触を図り、説明をするのに適した家族等に対して説明をしなければならない。

2 「転医の際の患者への説明に関するガイドライン」

- 1項 医師は、①医師にとって、患者の疾患が自己の専門外の診療科目に属するため、その患者を診療する能力がないか、又は不十分な場合、②患者の疾患に照らし、これを診療する人的、物的設備が整っていないか、又は不十分な場合、③患者の疾患に対し、より適切

な治療方法が存在し、かつ、右疾患がその適応状況にある場合、④患者が転送先の病院等まで安全に搬送できる状況にある場合、⑤必要とされる診療行為が医療水準上是認される場合、転医させなければならない。

- 2項 医師が転医の判断・指示をした場合は、患者に対して、①現在の症状及び診断病名、②患者の疾患に対し、より適切な治療方法が存在し、かつ、右疾患がその適応状況にあること、③勧める治療・処置のリスクと便益の説明、特に、死亡や重大な身体障害のリスクについての説明、④別の治療方法や処置を含め、勧める治療・処置以外にどのような選択があるかの説明、およびそれらについてのリスクと便益の説明、⑤勧める治療を行わない場合に想定される結果、⑥成功する確率、および何をもって成功と考えているか、⑦回復時に予想される主要な問題点と、患者が正常な日常活動を再開できるようになるまでの期間、⑧医師にとって、患者の疾患が自己の専門外の診療科目に属するため、その患者を診療する能力がないか、又は不十分な場合はその旨、⑨患者の疾患に照らし、これを診療する人的、物的設備が整っていないか、又は不十分な場合はその旨、⑩当該治療を実施している医療機関の名称や所在地、⑪治療目的以外に、臨床試験や研究などの他の目的も有する場合には、その旨及び目的の内容、⑫信頼にたる医師たちが同じ状況の場合に通常提供している、上記以外の情報、を説明しなければならない。

- 3項 「患者の自己決定権を尊重するための説明に関するガイドライン」の3項、4項、5項、6項、7項を準用する。
(いいだ・たいし)

論説

裁判員裁判における少年の刑事事件

2004年4月入学

岩堀裕

I. はじめに

II. 少年の刑事事件を裁判員制度下で審理することの問題点

- 1 少年の情操保護・更生への配慮との関係で生じる問題
- 2 社会記録の取り扱いに関する問題
- 3 不定期刑制度に関する問題
- 4 少年法55条の家庭裁判所への移送に関する問題

III. 少年の刑事事件を裁判員制度下で審理することのメリット

IV. これからの方策

—裁判員裁判における少年の刑事事件をどのように考えるか、どのように行うか—

I. はじめに

昨今、裁判員制度の実施を目前に控え、その審理方法を巡って法曹三者の間では活発な議論が交わされている。しかしながら、少年の刑事事件（ここで、「少年の刑事事件」とは、少年の刑事被告事件を指す）を裁判員制度下で審理すべきか、審理するとして、特別の配慮は必要ないのかといった問題については、あまり活発に議論されていないのが現状であり、いわば取り残された問題になっているように思われる¹⁾。本稿では、このような問題意識を前提に、少年の刑事事件を裁判員制度下で審理することの問題点、メリット、そしてこれからとるべき方策等について検討する。本稿を通じ、より多くの方がこの問題について考える機会を持って頂ければ幸いである。

なお、執筆に先立ち、河本雅也東京地方裁判所判事に、裁判員裁判への準備状況等についてインタビューする貴重な機会を頂いた。ここで、改めて、心からお礼申し上げたい²⁾。

II. 少年の刑事事件を裁判員制度下で審理することの問題点

裁判員裁判（ここで、「裁判員裁判」とは、裁判員の参加する刑事裁判を指す）の対象事件

1) 本稿は、2006年8月に執筆したものである。

2) インタビューは、2006年6月8日、東京地方裁判所において実施した。

は、死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に当たる罪に係る事件、及び死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪に係る法定合議事件であって、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係るもの（裁判員法2条1項、裁判所法26条2項2号）であり、一方、少年法においては、平成12年の改正により、刑事処分可能年齢が刑事責任年齢と同じ14歳以上に引き下げられ、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件であって、その罪を犯すとき16歳以上の少年に係るものについては、家庭裁判所は原則として検察官送致決定をしなければならないとする原則検送制度が導入されたことから、原則検送該当事件は、裁判員対象事件と一致し、裁判員裁判が実施されると、少年の刑事事件の多くは、裁判員裁判により審理されることになる。しかし、「裁判員制度の検討過程の中で、少年の刑事事件を取り扱うことを前提とした議論はなされなかったようであり、今後、少年法との調整の必要が生じるかもしれない」との指摘³⁾があるように、少年の刑事事件を裁判員制度下で審理するべきか、審理するとして、考えられる問題点は何か、その問題点についてどう対処すべきか等について十分に議論がなされている状況にはないように思われる。少年の刑事事件をそもそも裁判員制度の下で審理すべきかという議論については、後の箇所でも検討することにし、ここでは、少年の刑事事件を裁判員制度下で行うとした場合に想定される問題点について検討する。

1 少年の情操保護・更生への配慮との関係で生じる問題

まず、最初に考えられる問題点として、裁判官3人と裁判員6人、計9人⁴⁾が壇上から被告少年を見下ろした状態で、審理することが被告少年に過度の威圧感を与え、審理において少年を萎縮させ、少年の防御が十分に尽くされないまま判決がなされ、その結果、少年の情操・更生に悪影響を与える場合がありうるということが挙げられる。この点は、年長少年（ここでは、14・15歳の少年を年少少年、16・17歳の少年を年中少年、18・19歳の少年を年長少年と分類する）では、あまり問題にならないと考えるが、それ以外の少年、特に年少少年の場合に問題となりうる〔なお、平成13年4月1日から平成17年3月31日までに終局決定時16歳未満の少年について事件を検察官に送致した例は、傷害致死で2名、強盗強姦で1名の計3名（いずれも終局時年齢15歳）⁵⁾であり、数の上では少数にとどまるが、しかし、皆無ではない以上、この点についての問題を無視することはできない。また、同様の問題は、年中少年にも当てはまる〕。

この第一の問題点を考える前提として、そもそも刑事裁判においても、少年審判の場合に準じて、少年の情操への配慮、少年の健全育成の要請（少年法1条参照）が及ぶのかが問題となる。この点については、少年法50条が、少年の刑事事件の審理方針として、家庭裁判所による調査は「少年、保護者又は関係人の行状、経歴、素質、環境等について、医学、心理学、教育学、社会学その他の専門的智識特に少年鑑別所の鑑別の結果を活用して」行うと定めた少年法9条

3) 八木正一「少年の刑事処分に関する立法論的覚書」判例タイムズ1191号64頁、69頁（2005）。

4) 裁判員法では、争いのない事件について裁判官1人と裁判員4人からなる合議体で審判できる場合に関する規定がある（裁判員法2条3-7項）が、法定合議事件にあたる重大事犯の審判において職業裁判官を減数することは、刑事裁判の適正に対する制度的保障を後退させる〔酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室308号15頁（2006）〕ため妥当ではないと解されるので、本稿では、裁判官3人と裁判員6人からなる合議体で裁判員裁判が行われることを前提に議論を進める。

5) 「平成12年改正少年法の運用の現況（平成13年4月1日～平成17年3月31日）」（最高裁判所事務総局家庭局2005年6月）2頁（<http://www.courts.go.jp/about/siryu/pdf/kaisyonen05.pdf/>, 2007年8月19日最終検索）。

の趣旨に従って行うことを求めていることを、少年法が、少年の更生・健全育成の可能性を刑事裁判の量刑判断に反映させようとしていることの表れと解することができること⁶⁾、また、刑訴法規則 277 条の「懇切を旨とし」の文言は、被告人たる少年に対して、単に「分かり易く丁寧に」という意味にとどまらず、不必要に被告人の情操を害したり、その更生を妨げるような審理をしてはならないことを含んでいると解するのが相当である、との仲家・八木両判事の指摘⁷⁾を考慮すれば、刑事裁判においても、少年審判の場合に準じて、少年の情操への配慮、少年の健全育成の要請（少年法 1 条参照）が及ぶと解すべきである。

では、裁判員裁判が、このような情操保護の要請と両立しないのではないかと、という第一の問題点をどのように考えるべきか。確かに、被告少年が、過度の威圧感の下で、十分な弁明をすることができず、自己が納得しないまま判決を言い渡されるという状況は、適正手続の要請から問題があるだけでなく、少年の更生・情操保護の見地からも望ましくない〔流山事件最高裁判決の団藤補足意見は、適正手続と保護の考え方は対立するものではなく、適正な手続きが遵守され、少年が納得した上で処分の決定がなされれば、少年の更生に資する旨を述べる（最決昭和 58 年 10 月 26 日⁸⁾〕。これは、少年審判においても適正手続の要請が及ぶかという争点の下で述べられたものであるが、少年の更生のためには、少年が適正な手続、すなわち、十分な弁明をすることができたことと少年が感じることのできる手続で行われる審理を経て、納得した上で処分を受ける必要があるという考えは、

少年審判のみならず、刑事裁判の下でも当然妥当する〕。しかし、この点については、少年が威圧感から萎縮して十分な弁明ができないのであれば、公判において、少年に保護者等の付き添いを認める（参照、刑訴法 157 条の 2）、弁護人が少年との打ち合わせを十分に行い、少年の防御権が十分尽くされるよう努力する、裁判所も公判期日中の弁護人と被告人の接見を可能にするなど弁護人と少年が十分に意思疎通ができるよう配慮する⁹⁾、裁判長が少年に過度に高圧的な印象を与えるような訴訟運営をしないよう配慮する等々の運用上の措置により対処可能ではないかと考える。少年の刑事事件を裁判員制度下で行うことには、デメリットだけでなく、後に述べるようにメリットも存在し、問題点があるからといって、安易に裁判員裁判の対象事件から外すというような措置をとるべきではなく、それよりも影響の少ない運用上の措置で対処可能であれば、裁判員制度のメリットを活かすため、そのような運用上の措置で対処すべきである。

2 社会記録の取り扱いに関する問題

第二の問題点として、裁判員裁判における社会記録の取り扱いをめぐる問題が挙げられる。

少年の刑事事件においては、審理の結果によっては刑事裁判所が少年を保護処分に付するのが相当であると認めて、事件を改めて家庭裁判所に移送することがありうるため（少年法 55 条）、審理に当たっても少年法 9 条の趣旨に則り、なるべく、人間関係、人間行動に関する専門的智識を活用して情状の調査に及ぶべきこと

6) 前田忠弘「判批」田宮裕編『少年法判例百選』（有斐閣、1998）225 頁。

7) 八木・前掲注 3) 70 頁。そこで引用されている、仲家暢彦「若年被告人の刑事裁判における量刑手続—少年調査記録の取扱いを中心として」中山善房判事退官記念『刑事裁判の理論と実務』（成文堂、1998）347 頁参照。

8) 最決昭和 58 年 10 月 26 日刑集 37 卷 8 号 1260 頁。

9) 執筆に先立って行ったインタビューで、河本判事は、連日的開廷になることで、公判期日中の弁護人と被告人の接見は可能になるのか、昼休み等、審理の合間の打ち合わせについての配慮はあるのかという質問に対して、「できるだけそのような接見はなるべく認める方向で検討している。構内接見の設備は現在、各裁判所で設置中である」旨、述べておられた。少年の刑事事件、特に年少・年中の少年事件においては、弁護人がより慎重に少年と意思疎通を図り、適切に防御権を行使することが必要であることから、このような公判期日中の接見を裁判所はより広く認めるべきであると考えられる。

が求められている（少年法 50 条，9 条）。このことから，家庭裁判所のような専門的調査機構を備えていない刑事裁判所としては，家庭裁判所が取り調べた証拠，特に社会記録を活用する必要があり（刑訴法規則 277 条参照）¹⁰⁾，実務上は，当事者からの申請または職権で，刑事裁判所によって家庭裁判所から社会記録が取り寄せられた上，必要な資料が法廷に顕出されて証拠調べが行われるというのが通例とされる¹¹⁾。その場合，社会記録の高度の秘密性から法廷での取調べ方法をどうすべきか，また，その証拠能力をどのように考えるべきかが従前から議論されてきた。前者については，社会記録の秘密性，プライバシーの要請にかんがみ，証拠調べの方法としては，これを公開の法廷で朗読すべきではなく，要旨の告知にとどめる（刑訴法規則 203 条の 2 参照）¹²⁾，あるいは，当事者の同意を得て，上記の重要な要請から，要旨の告知をしなくてもよいという例外を認めるといった取り扱いが実務でとられているようであり，また，後者については，量刑に関する単なる情状の資料であり自由な証明で足りるとする説¹³⁾と厳格な証明を要するとする説¹⁴⁾が対立しており，厳格な証明を要するとする説が実務では有力のようである。

裁判の審理に一般市民である裁判員が加わり，書面主義から口頭主義への転換が求められる裁判員裁判においては，社会記録の取調べについては，従前の議論に加えて，さらに困難な問題が生じる。

まず，実務家からは，社会記録が，本来非公開の保護手続で少年の要保護性に関する判断資料とするため作成されたもので，少年及びその家族のプライバシーに触れる事柄をもその内容に含んでおり，また，その調査は，その結果を

外部には漏らさないという被調査者との信頼関係をもとにしてはじめて十分になしうるものであることから，社会記録を裁判員に見せるのは躊躇を覚えるとの意見が聞かれる¹⁵⁾。しかし，この点については，一般市民を裁判員として刑事訴訟手続に関与させることを制度として決め，また裁判員法が裁判員が職務上知りえた秘密の漏示に対して罰則（裁判員法 79 条）をもって臨んでいる点を考えれば，裁判員が，社会記録を含む職務上知りえた秘密について，その重要性を理解し，秘密を漏らさないということ（すなわち，裁判員への一定の信頼）を前提としないければ，結局のところ裁判員は信用に値しないということになり，裁判官と裁判員が協働して裁判をするという裁判員制度そのものを否定することになりかねない。裁判員が一定の良識を有していることを前提としつつ，重要なのは，裁判官が中間評議や評議において，裁判員に，社会記録の高度の秘密性や，調査が調査者と被調査者との間の信頼関係によってはじめて可能になるということ十分に説明し，その秘密保持を強く求めることであると考えられる。他方，裁判官から裁判員に対して以上のような説明が十分にされるということ，また，裁判員の秘密漏示に対しては刑罰による威嚇がされていることが，調査者，被調査者の間で認識されれば，調査者と被調査者の間の信頼関係に悪影響を及ぼす可能性は低いと考えられる。

次に，口頭主義を基本として行われる裁判員裁判の下において，従前のような，社会記録の取調べにつき，当事者の了解を得て，法廷での朗読や要旨の告知を省略するなどの取り扱いが許されるかが問題となる。社会記録は，被告人の情操保護，記録の秘密性，家庭裁判所と被調査者との間の信頼関係保持の観点から，口頭主

10) 栗原平八郎「少年事件」熊谷弘ほか編『公判法体系 3 公判裁判 2』（日本評論社，1975）191 頁。

11) 栗原・前掲注 10) 192 頁。

12) 池田眞一「判批」田宮裕編『少年法判例百選』（有斐閣，1998）221 頁。

13) 池田・前掲注 12) 221 頁。

14) 栗原・前掲注 10) 192 頁。

15) 河本判事へのインタビュー。しかし，河本判事は，少年法 55 条の移送や量刑の判断に必要なのであれば，社会記録を裁判員に直接見てもらう必要があるとし，今後，社会記録の作成方法についても検討を要するのではないかとされている。

義には馴染まないものであり、裁判員制度の下においても、口頭主義の例外として、従前どおりの取り扱いを認め、中間評議や評議において、裁判官が裁判員に対し、証拠となった社会記録の内容を適宜説明しながら裁判員が社会記録に目を通すというような運用が許され、またそのような運営がされるべきである¹⁶⁾。

3 不定期刑制度に関する問題¹⁷⁾

少年の刑事事件を裁判員制度下で審理することの第三の問題点として、少年法52条が規定する不定期刑制度の存在が挙げられる。不定期刑制度については、解釈上未解決の問題があることから、その立法的解決を見ないまま裁判員制度が実施されるとした場合、少年被告人の量刑を決定するに当たって、著しい混乱を生じさせるおそれがあり、裁判員裁判のもとで不定期刑制度を維持するのが相当であるのか疑問があるとの指摘¹⁸⁾がある。八木判事は、不定期刑制度そのものの問題として、①18歳以上の少年については、無期刑と5年以上10年以下の不定期刑という有期刑の上限との間に大きな乖離があり、科刑上の断絶があるということ、また成人共犯者に対して、例えば20年を超える量刑がされたのに、犯情の重い(主犯格の)少年に対して5年以上10年以下の不定期刑に処するしかないとすれば、量刑の均衡という点で問題があることを指摘し¹⁹⁾、さらに、②少年に対する不定期刑の量定に際し、まず定期刑を科するとした場合にはどの程度の刑かを想定し、それを基準として不定期刑の長期と短期を決定する実務の一般的な思考方法を前提に、こ

の場合に、まず想定される責任刑を、不定期刑のどこに合わせて、不定期刑の長期と短期を決定するか(責任刑を、不定期刑の短期に合わせる短期説、長期に合わせる長期説、長期と短期の中間に合わせて中間位説が存在する²⁰⁾)について統一的な言渡基準が確立しておらず、裁判員制度を不定期刑制度の下で実施するには、この言渡基準を確立しておくことが最低限必要であることを指摘する²¹⁾。

上記の八木判事の指摘中、①については、八木判事が述べるように、平成16年改正前刑法が有期刑の上限を15年とし、処断刑の上限を20年としていたもとで、少年法が不定期刑の上限を10年と規定していたことから、刑法が改正され、有期懲役及び禁錮の上限が20年に(刑法12条1項、13条1項)、また、これを加重するときは、30年(刑法14条2項)にまで引き上げられた以上、少年法52条の規定も見直されるべき(長期を引き上げるべき)だと考える。そのような見直しが行われず、八木判事が挙げるような事例において、成人共犯者に対して、20年を超える量刑がなされたのに、犯情の重い少年に対して5年以上10年以下の不定期刑に処するしかないとすれば、その量刑の不均衡が少年の更生にも悪影響を与え(東京高判平成3年7月12日²²⁾は、少年の刑事事件の量刑について、「著しい寛刑をもって臨むのは、一般社会の刑事司法に対する信頼を揺るがせるばかりでなく、少年に対し、自己の罪責を軽視させ、いたずらに刑事処分に対する弛緩した意識を抱かせるなど、少年自身の更生のためにも適当とは思われない」旨述べる)、また、裁判員の量刑に対する理解、納得を得る

16) 八木・前掲注3)69頁。

17) この問題についての考察は、主として前掲注3)で挙げた八木判事の御論考に依拠した。

18) 八木・前掲注3)64頁。

19) 八木・前掲注3)65頁。

20) なお、判例においては、一審が不定期刑の判決をし、二審が破棄自判する場合において、その時点で被告人が成人に達していたために不定期刑を定期刑に変更する場合には、不利益変更禁止の関係では中間位説がとられている(最判昭和32年9月20日刑集11巻9号2353頁)。

21) 八木・前掲注3)67頁。

22) 東京高判平成3年7月12日判時1396号15頁。

のが困難となる可能性があり、その場合には裁判員法が、その1条において「趣旨」として挙げる「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上」は果たせなくなる。

八木判事の指摘中、②についても、八木判事が述べるように、言渡基準について、短期説、中間位説、長期説のいずれをとるかについて、統一が図られていない状態では、裁判官の個人的考えのいかんによって量刑が大きく変わることになり、法的安定性が見地から望ましくなく、また、裁判員裁判において、少年被告人の量刑を決定するにあたり、著しい混乱を生じさせるおそれがあり、言渡基準の統一は急務であると考えられる。では、言渡基準につき、短期説、中間位説、長期説のいずれに立つべきか。私は、仮出獄基準が条文上、短期を基準としている（少年法58条3号）にもかかわらず、運用上は長期が基準とされており（平成12年から16年までの間、不定期刑受刑者の約97%の者が、長期の6割以上の執行を受けて仮出獄を許されている状況にある²³⁾）、不定期刑の長期を刑期とする定期刑に近い運用がなされている状況に鑑み、長期説に立つのが妥当であると考えられる。八木判事は以上の議論をさらに進め、不定期刑制度の下においては、裁判員裁判の評議において、不定期刑の上限を定めるほかに下限を定めなければならない、単純に考えても定期刑の2倍の労力を要することになる、また制度の運用上も不定期刑の長期を刑期とする定期刑に近い運用がなされていることから、不定期刑制度を維持するのが相当か疑問とせざるを得ないとし、不定期刑制度を廃止するのが相当とする²⁴⁾が、私はこの見解には賛同できない。不定期刑制度の趣旨が、少年の可塑性に伴う刑の個別化の要請²⁵⁾に基づくものであるならば、その趣旨は、

今後も十分尊重に値し、単に現在の運用上、短期があまり意味を持たなくなっているとの理由のみからこれを不必要なものとして廃止すべきではない。現に、矯正の現場では、不定期刑制度が予定しているほど少年受刑者の改善・更生が早期には進まないのが現実ではあるが、不定期刑の短期が過ぎたところに仮釈放申請ができるように処遇に努めているという状況²⁶⁾があり、矯正の現場においては、不定期刑の短期も一定の役割を果たしていると評価しうる。また、言渡基準の統一がされた場合には、想定される責任刑から不定期刑の短期と長期を定めるのに際し、裁判員に過度の労力を要するとは必ずしも言えないのではないかと考える（もちろん、この前提として、評議において、裁判官から裁判員に対して、不定期刑制度の趣旨、その量刑の決め方等が十分に説明されていることが必要である）。

したがって、不定期刑制度については、その言渡基準を長期説で統一し、また長期の上限を引き上げた上で、裁判員裁判の下における少年の刑事事件の審理においても、維持させるべきであると考えられる。

4 少年法55条の家庭裁判所への移送に関する問題

少年の刑事事件を裁判員制度下で審理することの第四の問題点として、少年法55条が保護処分相当の場合の家庭裁判所への移送を定めていることから、裁判所が少年に刑罰を科すためには、保護処分相当性を否定する判断を前提的に行う必要があるが²⁷⁾、刑事裁判に初めて関与し、少年事件について何も知らず、また保護処分が何かを知らない裁判員に、このような判

23) 法務省編『第45保護統計年報平成16年』（法務省、2005年）40頁。八木・前掲注3)68頁。

24) 八木・前掲注3)67-68頁

25) 八木判事は、少年の可塑性に伴う刑の個別化の要請は、今後も支持されるとの前提のもとに、不定期刑を廃止し、定期刑を設けた上で、弾力的な仮出獄の運用ができるよう法整備すればよいとするが、これについては、不定期刑で短期と長期を裁判所が定める場合に比べ、行政の裁量が過度に広がりすぎてしまうのではないかという疑問が残る。

26) 八木・前掲注3)68頁。

27) なお、裁判員法6条は、少年法55条の決定に裁判員も関与するものとしている。

断がはたして可能かという指摘²⁸⁾が挙げられる。しかし、この点については、裁判官が裁判員に対し中間評議や評議等において、少年の事件の手続きの概要、保護処分の種類、内容、少年法 55 条の移送の趣旨等について十分に説明すれば裁判員が理解した上で判断することが可能であると考えられる。この説明においては、具体的には、少年法 55 条の移送のためには、保護不能でないこと（保護処分による少年の改善更生の見込みがあること）及び、保護不適でないこと（事案の性質、被害感情、一般の正義感情などを勘案した上、保護処分が相当と認められること）が必要であること²⁹⁾、保護処分が相当であるとされた従来の裁判例においては、①重大な犯罪ではないこと、②犯情が軽いこと（従属的犯行であること、被害者側に落ち度があること、過剰防衛であることなど）、③犯行後の有利な情状があること（被害弁済がなされていることなど）、④若年で未熟であること、⑤長期の自由刑を科すことが適当でないこと、⑥共犯者の処遇と均衡を失することなどが挙げられ、これらのいくつかの事由を総合的に判断して移送決定がなされていること³⁰⁾等、具体的観点を示すことによって争点を明確化させることができれば、裁判員は、何について意見を述べればよいかを比較的容易に認識することができ、意見を述べやすくなるのではないかと考える（この点は、裁判員の能力の問題として考えるべきではなく、裁判官の中間評議、評議における説明、支援の仕方の工夫の問題として考えるべきである）。また、55 条移送の決定をするか否かにあたっては、保護処分の種類及び処遇の中身、少年院等の施設がどのようなものなのかについての理解が必要であることから、その点について、裁判員が十分な理解が得られるような工夫、例えば、少年院でどのような更生教育が行われているかについてのビデオの視聴等が考えられる必要がある。

保護処分相当性の判断は、法律的な判断というよりも、少年被告人の更生の可能性を中心とした全人格的な判断、社会的・教育的判断が要求されるため、裁判員の一般市民としての健全な良識を活かすことに、通常の刑事事件以上に大きな意義が認められる。重要なのは、裁判員には理解が難しいのではないかと、判断するのが難しいのではないかと、判断するのを外す方向で議論するのではなく、裁判員というリソースを少年の刑事事件においてどう活かすのか、また、裁判員がその存在意義を果たせるように、裁判官がどのような支援をすべきかを吟味することではないかと考える。

Ⅲ. 少年の刑事事件を裁判員制度下で審理することのメリット

以上、問題点という観点から裁判員制度下での少年の刑事事件の審理を検討してきたが、裁判員制度下で少年の刑事事件を審理することには、問題点だけではなく、積極的な意義も認められると考える。

第一に、少年の刑事事件の審理においては、法的知識だけでなく、少年の生い立ち、生活環境、更生可能性等の観察、評価が要求されるが、このような審理においては、一般市民の「健全な社会常識」や多様な経験が活かされる機会が多いと考えられる。すなわち、多様な経験を有する一般市民が裁判員として少年の刑事事件の審理に参加することで、少年を多様な面から複眼的に見ることができ、結果として、少年の改善更生にとって最も妥当で、国民が納得する判断が導かれる可能性が高い。このように考えるならば、少年の刑事事件を裁判員制度下で行うことは、重大刑事事件の裁判の過程に、国民の「健全な社会常識」を導入して、刑事裁判の質を現在よりも一層優れたものに変えるという裁判員制度導入の眼目³¹⁾に合致するものであり、

28) 佐藤博＝竹田真「重大少年事件と裁判員制度」現代刑事法 7 卷 1 号 87 頁, 91 頁 (2005)。

29) 上口裕「判批」田宮裕編『少年法判例百選』(有斐閣, 1998) 233 頁参照。

30) 藤本哲也「判批」田宮裕編『少年法判例百選』(有斐閣, 1998) 235 頁。

「法律上死刑を科し得ない犯時18歳未満の少年の刑事事件については、裁判員裁判の対象から除外することも選択肢の1つ」との主張³²⁾には疑問があり、むしろ、少年の刑事裁判こそが裁判員裁判の対象とされるべきであり、想定される弊害については、運用上の工夫、必要最小限の立法的な対処により除去すべきである。

また、裁判員を審理に参加させることは、少年の刑事事件の審理においても、人間関係、人間行動に関する「専門的智識」を活用するよう努めるべきとする少年法50条の趣旨に反するのではないかと批判も考えられるが、現在の刑事裁判所も家庭裁判所のような専門的調査機構を備えていないため、家庭裁判所の取り調べた社会記録に依存しているのが実際であり、裁判員裁判の下においても、社会記録が、裁判員が十分に理解できるような形で活用されれば、裁判員裁判によって少年の刑事事件を審理しても、少年法50条の趣旨に反するとは言えない。

さらに、近年、重大な少年犯罪に対して、厳罰をもって対処すべきだとの世論の高まりがあり、国民の社会常識を少年の刑事事件の審理に反映させれば、厳罰化は避けられないのではないかと懸念がありうる。しかし、「健全な社会常識」と一時的断片的「感情・印象・感覚」に基づく判断とは性質の異なるもの³³⁾であり、根拠のない認定や意見については、それを問い直す評議が行われる³⁴⁾ことになる。このように、裁判官・裁判員の真剣な議論の場である評議を通じて、「健全な社会常識」に基づく判断が形成されるのであるから、単に一時的断片的な「感情・印象・感覚」に基づく厳罰化はなされないものとする。もっとも、国民の「健全な社会常識」を反映した結果、現在よりも厳しい刑が科される可能性もあるが、それが、少

年の更生等をも考慮した上での結論であるならば、一概に不当とは言えない（前掲東京高判平成3年7月12日³⁵⁾も、著しい寛刑をもって臨むことが少年の更生に必ずしも資する訳ではない旨述べる）。

第二に、少年の刑事事件を裁判員裁判の下で審理することのメリットとして、多様な経験を有する裁判員が加わり、多面的・複眼的に、かつ真剣に審理がなされれば、少年も納得して審理の結論を受け入れることが可能になり、それが少年の更生に資するのではないかということが挙げられる。少年の更生のためには、少年が審理の結論に納得できることが重要だとされるが（前掲最決昭和58年10月26日³⁶⁾における団藤補足意見参照）、少年の更生も考慮しつつ何が最善の判断かを9人の大人が真剣に議論し結論を出すというプロセス自体が少年の更生にとって有益といえる。

第三に、付随的な利点として、裁判員が少年の刑事事件の審理に参加することにより、裁判員として訴訟に参加した国民への教育的効果が期待できる点が挙げられる。重大な少年犯罪に対して厳罰をもって臨むべきとする世論の背景には、事件の特異性等、結果のみに着目した感情的な判断がなされていることが多いのではないかという分析ができると思われるが、多くの国民が、少年の刑事裁判に裁判員として参加し、事件の背景を冷静に見つめ、少年事件の処理のプロセスや保護処分等の更生へのプロセスを把握し、また理性的な評議を経て結論に至る過程を経験することにより、少年の刑事事件の処理に対する司法への理解を深め、延いては、司法への信頼の向上へとつながると考える。また、犯罪を犯した少年や少年の更生に関わる関係者への理解を深めることが、少年やその関係

31) 酒巻匡「裁判員制度導入の意義と課題」法律のひろば57巻9号52頁（2004）。

司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書－21世紀の日本を支える司法制度－（平成13年6月12日）」（<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html/>、2007年8月19日最終検索）参照。

32) 八木・前掲注3)70頁。

33) 酒巻・前掲注31)52頁。

34) 河本判事へのインタビュー。

35) 前掲注22)東京高判平成3年7月12日。

36) 前掲注8)最決昭和58年10月26日。

者への支援を広げることにつながることも期待できる。

IV. これからの方策 —裁判員裁判における少年の刑事事件をどのように考えるか、 どのように行うか—

最後に、まとめに代えて、裁判員裁判における少年の刑事事件をどう考えるか、また、裁判員裁判の下で少年の刑事事件を審理するにあたり、どのような方策を講じるべきかについて述べる。

まず、裁判員裁判における少年の刑事事件をどう考えるかという点については、上記「Ⅲ. 少年の刑事事件を裁判員制度下で審理することのメリット」で検討したように、少年の刑事事件を裁判員制度下で審理することには、様々な利点が認められ、これを積極的に評価すべきであり、少年の刑事事件を裁判員裁判の対象から除外すべきとする議論には賛同できない。

一方、上記「Ⅱ. 少年の刑事事件を裁判員制度下で審理することの問題点」で検討したように、現在の少年事件の審理をそのまま裁判員制度下で行うことには問題があり、これらの問題点に対処するために、以下のような方策を講じる必要があると考える。

第一に、被告人が年少少年の場合には、審理において、少年に過度の威圧感を与えないような訴訟運営を心がけるべきであり、また、少年が陳述する際には、保護者の付き添いを認める等の措置をとるべきである。加えて、少年の防御権が十分に尽くされるよう、弁護人は少年と慎重な打ち合わせを行い、裁判所も公判期日中の接見を広く認める等の配慮をすべきである。

第二に、社会記録の取り扱いについては、その高度の秘密性から、従前どおり、法廷への顕出については、当事者の了解を得た上で、朗読・要旨の告知を省略し、評議において、裁判官から裁判員に対して、社会記録がどのようなものであるか、どのような意義を有するものであるかを丁寧に説明した上で、裁判員が目を通すという扱いをすべきである。また、裁判官は、社会記録については、その秘密保持について特に注意するよう、裁判員に繰り返し確認すべきである。

第三に、不定期刑制度については、立法論としては、その長期の上限を、成人の共犯者との著しい不均衡が生じないように引き上げるべきであり、また、不定期刑の量定に際し、まず定期刑を科するとした場合にはどの程度の刑かを想定し、その定期刑を不定期刑の長期に合わせる形で、不定期刑の長期と短期を決定するという長期説に立った言渡基準で統一すべきである。

第四に、少年法 55 条の家庭裁判所への移送について、裁判官は裁判員に対し、中間評議や評議において、少年の事件の手続きの概要、少年法 55 条の移送の趣旨について十分に説明し、また、保護処分の種類及び処遇の中身、少年院等の施設がどのようなものなのかについて裁判員が十分な理解が得られるような工夫をすべきである。

以上のような措置をとれば、少年の刑事事件を裁判員制度の下で審理する際、想定される問題に相当程度対処することが可能である。このような措置を講じた上で、裁判員制度の下で少年の刑事事件の審理が行われれば、一層の充実した審理と少年の更生における効果が期待できるものと考え³⁷⁾。

(いわほり・ゆたか)

37) 佐藤ほか・前掲注 28)91, 92 頁は、裁判員制度は、もともと少年刑事裁判を裁く制度として考えられたものではないとして、少年の刑事事件は専門参審〔具体的には、裁判官 2 名+参審員 3 名(うち最低 1 名は専門参審員)という合議体による審理〕によるべきとする。そこでの少年の刑事事件を裁判員制度の下で審理することに対する消極的な評価は別として、そこで提案されている「専門参審による少年刑事裁判」との考えは注目に値する。少年の刑事事件を実際に裁判員制度下で実施し、そこで得られた経験、また、任期制の専門参審員の候補として考えられる元調査官、少年保護関係機関関係者等の人材の確保の状況等を踏まえつつ、将来的にこのような制度が導入されるべきか、また実施可能かが検討されるべきであろう(なお、裁判員法附則 8 条参照)。

論説

共同開発契約において成果帰属を 共有とする場合の問題点

2005年4月入学
大場規安

- I. 共同開発契約とは何か
- II. 共同開発契約と成果の共有
 - 1 実務の現状
 - 2 内部関係
 - (1) 自己実施
 - (2) 第三者への実施許諾
 - (3) 持分譲渡, 質権設定
 - (4) 収益分配
 - (5) 特許料支払
 - 3 外部関係
 - (1) 損害賠償請求
 - (2) 妨害排除請求
 - (3) 審判請求
 - 4 小括
 - (1) 法的な問題(その1): 実施権が不安定であること
 - (2) 法的な問題(その2): 損害賠償請求権及び妨害排除請求権が認められない可能性があること
 - (3) 事実上の問題: 特許権の譲受人との実施権許諾関係が生じること
- III. 特許権の共有に関する民法の規律
 - 1 問題提起
 - 2 「分割」が問題となる場面
 - (1) 物権法による規律(共有物分割請求)
 - (2) 契約法による規律(残余財産の分配)
 - 3 物権法上の規律
 - (1) 現行法の規定
 - (2) 契約の実務と共有物不分割特約
 - (3) 共有物分割請求をする場合の利益状況の想定
 - (4) 具体的な分割方法と問題点
 - (5) 共有物分割方法の選択 一分割方法の「事前合意」の実効性一
 - 4 契約法上の規律
 - (1) 特許権の共有関係を基礎として組合の成立は認められないか
 - (2) 「内的組合」の考え方
 - (3) 組合契約成立の要件
 - (4) 内的組合における「分割」リスク
- IV. 結論
 - 1 検討結果の整理
 - 2 問題点
 - 3 契約書検討に当たって

I. 共同開発契約とは何か

共同開発は、一般に、①複数のメーカー間で、夫々の不得意分野を相互補完し、技術交流により更なる高度な技術開発を企図して行われたり、或いは②資金力のないメーカーと、資金負担のみ担当する者（商社等）との間で、技術力と資金力を結合させることによる新たな技術開発を企図して行われるものである。このような共同開発を実施するに当たり、当事者間で締結される契約が共同開発契約である。

共同開発契約においては、一般条項を除けば、(1) 開発段階を規律する条項、及び(2) 開発による成果の帰属及び当該成果の実施段階を規律する条項が規定される。そして、共同開発契約の交渉において、主にポイントとなる条項は、①開発費用・役割分担、開発期間、並びに②開発による成果の帰属（成果の実施・利用方法、及び収益分配方法を含む）に関する条項である¹⁾。

このうち、②の開発による成果の帰属に関しては、一般に、「当事者の共有」と定めることが多い。しかし、成果の帰属を「当事者の共有」と定める場合には、後で検討する通り、共有というスキームが生み出す固有の問題点が存在する。

そこで、本稿では、開発による成果の帰属の取極めについて、筆者が経験してきた契約実務も踏まえつつ、当該取極めの法的問題点を検討

し、その対応策を考えることとする。

なお、本稿では、典型的な共同開発契約の事案、即ち「メーカー2社による共同開発契約で、各当事者が労務提供や開発資金負担を行いながら、特許権の客体たる発明を目的として共同開発を遂行し、共同開発の成果については、各当事者が独自に実施するという事案（以下「本設例」という）」を設例として想定しつつ、検討することとする²⁾。

II. 共同開発契約と成果の共有

1 実務の現状

民間企業の間で締結されている共同開発契約においては、成果の帰属につき、殆どの事案で「開発成果は当事者の共有とする」旨を定めていると考えられる³⁾。

では、そもそも、なぜ、成果を「共有」とすると定めるのであろうか。

まず、日本の民間企業により構成される日本知的財産権協会（旧日本特許協会）が発行する知的財産関係契約の解説書中には、共同開発契約における「成果の帰属は、成果を実施することによって得られる共同研究からの利益配分の基礎をなすものであるから、これを規定するに当たっては、共同研究両当事者間のトータルの公平が保たれるように配慮すべきである。」という旨の記述がある⁴⁾。

1) 共同開発契約における各条項の分析としては、熊倉禎男「ケース・スタディ・共同開発へのアプローチ」NBL 260号17頁、17-25頁（1982）がある。

2) 共同開発契約では、共同開発の対象は、発明・考案のみならず、著作物（ソフトウェア）、ノウハウ、商品形態、デザイン等、あらゆる知的財産が対象になりうる。対象を規律する根拠法規によって、共有にする場合の利用・実施等の規律が異なり、特に特許権と著作権とでは、共有に関する規律は全く異なる（例えば、特許法73条2項と著作権法65条2項）。したがって、「共同開発契約」といっても、開発対象により検討すべき事項も異なることになるが、本稿では、共同開発契約において最も典型的と考えられる、発明を対象とする共同開発契約を検討する。

3) 経済産業省関東産業局「特許・ノウハウに関する共同研究開発の手引き」（<http://www.kanto.meti.go.jp/press/20030414patenttebiki.htm>、2006年12月18日最終検索）に掲載される「共同研究開発の例」には、成果の帰属について、「前項に規定する発明等に係る知的財産権の持分については、原則として、甲乙双方の共有とし、その持分は原則として折半とする。」という条項が掲載されている。

4) 日本特許協会特許管理委員会『知的財産関係契約の実務と文例集』（日本特許協会、1994）64頁。しかし、利益分配のみを目的とするのであれば、必ずしも「共有」という法的構成は必要ない。「共有」という構成でなくても、例えば、共同開発当事者の一方が権利を保有した上で、当該権利を実施した製品を製造し、他方開発当事者が当該製品を販売するという方法などによっても「利益」の分配は、可能となるからである。

しかし、果たして、共有というスキームは、利益配分の基礎をなすという理由によって選択されているのであろうか。この点を考えるに当たっては、共同開発を遂行する場合において、成果帰属につき、共有以外の選択肢として他に如何なる方法があるのかという点を検討する必要がある。

共同開発を遂行する場合に、共同開発の成果の帰属を、当事者の「共有にしない」という方法を考えてみると、まず、「一方当事者に成果を単独で帰属させ、他方当事者は通常実施権の許諾を受けるというスキーム」が考えられる⁵⁾。それでは、このような「共有にしない」というスキームでは、共同開発契約の観点から、何か不都合があるのだろうか。

この点を検討するため、本設例を前提に、以下、開発成果たる特許権（及び特許を受ける権利）を当事者の共有にする方法を「共有型」とし、一方当事者に開発成果たる特許権（及び特許を受ける権利）を単独で帰属させ他方当事者はその通常実施権の許諾を受けるという方法を「実施権型」として、両者の法的効果を対比しながら、開発成果の帰属を「共有とする」スキームの持つ意味を考えることとする⁶⁾。

2 内部関係

(1) 自己実施

共有型の場合、特許法において、特許権が共

有に係るときは、各共有者は、契約で別段の定めをした場合を除き、他の共有者の同意を得ないでその特許発明の実施をすることができる（特許法 73 条 2 項）⁷⁾。

一方、実施権型の場合、特許権を有する当事者（以下「権利者」という）は、業として特許発明の実施をする権利を専有し（特許法 68 条本文）、また、特許権を保有しない他方当事者（以下「実施権者」という）も、権利者から通常実施権の許諾を受けるため、当該特許発明を実施することができることになる。よって、実施権者も、当該特許権を実施する権原を有するのであり、法的には、共有型の場合と変わらないという結論になる。もっとも、実施権型の場合には、実施権者は権利者によって実施権を許諾されるどころ、通常実施権許諾契約は、あくまでも債権契約であるため、実施権者の債務不履行やその他約定解除事由が発生した場合には、実施権者が当該実施権を喪失するという事実上のリスクがあるが、実施権者が当該通常実施権許諾契約を適宜履行すれば当該リスクは回避できることになる。しかし、権利者が破産した場合には、一般に実施権許諾契約は未履行双務契約とみなされ、破産法 53 条以下の規定に従って整理されることになるどころ、登録（特許庁に備える特許原簿への登録。特許法 27 条 1 項 2 号）により対抗要件を備えた実施権者に限っては、当該通常実施権許諾契約を解除されることがなく、継続して実施することが可能とされる

5) 通常実施権の許諾ではなく、専用実施権（特許法 77 条）を設定することも考えられるが、専用実施権を設定した場合には、特許権者は実施権を失うことになり、この場合に特許権者が実施権を確保しようとする、専用実施権者たる実施権者から「再実施権の許諾」を受けるという、複雑なスキームになってしまうため、本稿では、通常実施権の許諾を前提に検討する。

6) もっとも、実施権型というスキームは、実施権の許諾を受ける者の立場からは、後で検討する問題点もあり、実際に採用されている例は少ないと考えられる。なお、実施権型における取極め内容が、参加者間で著しく均衡を失い、これによって特定の参加事業者が不当に不利益を受けることとなる場合には、独占禁止法上、「不公正な取引方法」の問題が生じることがあるため、その観点からの注意が必要である（共同研究開発に関する独占禁止法上の指針 第二 2(2) 参照）。

7) なお、各共有者による、下請を起用した上での当該特許権の実施は、どの範囲の行為までが特許法 73 条 2 項の「実施」となるかという問題点については、共有に係る実用新案権についていわゆる「自己実施」となるための要件を示した大判昭和 13 年 12 月 22 日民集 17 卷 24 号 2700 頁があり、これが共有に係る特許権の自己実施の問題についてもリーディングケースとされている。それによれば、①工賃を支払って製作せしめる契約の存在、②原料の購入、製品の販売、品質模様についての権利者の指揮監督、及び③製品を全部権利者に引き渡し、他に売り渡したことがないこと、という要件が揃えば、実用新案権に関する考案を実施する下請業者は実施事業主の一機関に過ぎないから、たとえ継続してこれに従事したとしても、当該実用新案権に関する考案を「実施」したものとすることはできず、共有者の一人が起用した下請企業の実施は実用新案権の侵害を構成しない、と判断している。

(破産法 56 条 1 項)⁸⁾。但し、そもそも、通常実施権の許諾においては、特許庁に備える特許原簿への登録は効力発生要件ではなく、且つ、実施権者には、権利者との合意なき限り、登録請求権は認められていないこと⁹⁾等もあって、実務では、通常実施権の登録は殆ど行われていないと考えられる。したがって、権利者が倒産した場合においては、通常実施権の登録を行っていない実施権者は、最悪の場合には、当該実施権を喪失するリスクが存在する。

(2) 第三者への実施許諾

共有型の場合、特許法上、特許権が共有に係るときは、各共有者は、他の共有者の同意を得なければ、その特許権について専用実施権を設定し、又は他人に通常使用権を許諾することはできない(特許法 73 条 3 項)。

一方、実施権型の場合には、権利者は、独占的通常実施権を実施権者に対して許諾している場合を除き、第三者に実施権を許諾することは制限されないが、実施権者は、権利者の承諾なき限り、他人に通常実施権を再許諾することはできない。よって、実施権者の側からすれば、自らは相手方(権利者)の承諾なくして第三者に権利を許諾できないという点において、共有型と同じ結論になる。

(3) 持分譲渡、質権設定

共有型の場合、各共有者は、他の共有者の同意なくしては、共有に係る特許権の持分の譲渡、質権設定をすることができない(特許法 73 条 1 項)。

一方、実施権型の場合には、権利者は、特許法上は特許権の譲渡につき制約を受けるわけではない。もっとも、このような行為は、通常は、実施権許諾契約において制限され、権利者は債権的な拘束を受けるであろう。なお、特許権が

譲渡された場合には、通常実施権は、当該実施権が登録されたときは、その特許権をその後に取得した者に対しても、その効力を生ずる(特許法 99 条 1 項)が、登録がなければその通常実施権を主張することはできない。しかし、既に検討した通り、実務において通常実施権が登録されることは稀な事案であるといつて良いであろう。したがって、実施権の登録をしない実施権者としては、権利者が当該特許権を譲渡した場合には、当該譲受人に対しては実施権を対抗できなくなるリスクを負うことになる。

(4) 収益分配

共有型の場合、自己実施による収益及び第三者への実施許諾による収益を分配するかどうかは、特許法には特段の規定が存在しないため、共有者間の協議に委ねられる事項となる。

一方、実施権型の場合では、通常の場合、実施権者から権利者に対して実施料が支払われることになると考えられるが、共同開発の成果である場合には、実施料は無償とされる場合も少なくない。この実施料が支払われる場合は、広い意味での「収益分配」があるとも考えることができるが、実施料の料率等の条件については、当事者間の協議に委ねられる事項である。

結局、収益分配については、共有型にしても実施権型にしても、当事者間で取極められるべき事項であり、その点で両者に差異はないと考えられる。

(5) 特許料支払

共有型の場合、各共有者は、特許料を納付することができる(特許法 107 条 1 項)¹⁰⁾。

一方、実施権型の場合、権利者が特許料を納付しない場合には、特許権が消滅してしまう虞があるが、実施権者は、利害関係人として、特許料を納付すべき者の意に反しても、特許料を

8) 伊藤真『破産法(第4版)』(有斐閣, 2005) 268頁, 小川秀樹編『一問一答 新しい破産法』(商事法務, 2004) 87頁。

9) 最判昭和48年4月20日民集27巻3号580頁参照。

10) 中山信弘編『注解特許法[上巻](第3版)』807頁[中山信弘](青林書院, 2000)は、特許料を管理の費用と考えれば、各共有者はその持分に応じて負担することになるが(民法253条1項)、共有者の一部の者が、当該特許にもはや特許料を払うほどの利用価値がないと判断したにも係わらず、他の共有者が未だ価値ありと判断して特許料を納付した場合にまで管理の費用として他の共有者に求償することは妥当でなく、その場合には、特許法110条の趣旨を類推して、納付しない共有者が現に利益を受ける限度においてその費用の償還を請求することができるかと解すべき、とする。

納付することができる（特許法 110 条 1 項）。

したがって、共有型でも実施権型でも、当事者の一方が、特許料を納付することができる点においては、差異がない。

3 外部関係

(1) 損害賠償請求

特許権が第三者により侵害されている場合、共有型においては、各共有者は、当該侵害者に対して、自己の持分につき、単独で損害賠償請求ができる（但し、あくまでも、自己の持分に応じた額だけを請求できるのであり、損害額全額を請求することはできないとされる¹¹⁾）。

一方、実施権型の場合、実施権者には（特に非独占的通常実施権の場合）、損害賠償請求権そのものが認められない可能性がある¹²⁾〔なお、専用実施権者であれば、明文の規定により認められる（特許法 101 条）¹³⁾〕。

即ち、共有型の場合には、持分の範囲に限定されるという制約はあるものの、各共有者が単独で損害賠償請求をなすことができる一方、実施権型の場合には、実施権者が損害賠償請求を

なすことが否定される可能性もある、ということになる。

(2) 妨害排除請求

共有型における妨害排除請求については、訴訟の実務及び学説共に、共有者のうちの 1 人が単独で可能としている。この根拠につき、学説では、妨害排除請求権については、それが保存行為としての性格を有することから、各共有者は単独で差止請求権を行使できると考えるものもある¹⁴⁾（民法 252 条但書参照）。しかし、保存行為と考えた場合には、原告勝訴のときは問題ないが、敗訴のときに他の共有者に対してその判決の効力が及ぶと考えるならば、不当な結果となる。よって、各共有者は、各共有物全体に及ぶ権利を有しているのであるから、その持分権に基づいて当然に妨害排除請求権を持つと解するのが妥当であろう¹⁵⁾。

一方、実施権型の場合、実施権者には（特に非独占的通常実施権の場合）、差止請求権の行使が、差止請求権の代位行使も含めて認められない可能性がある〔なお、専用実施権者であれば、明文の規定により差止請求権の行使が認められる（特許法 100 条 1 項）¹⁶⁾〕。即ち、この

11) 中山信弘『工業所有権法（上）特許法（第 2 版増補版）』（弘文堂、2000）303 頁。

12) 吉藤幸朔（熊谷健一補訂）『特許法概説（13 版）』（有斐閣、1998）568 頁は、「通常実施権は債権的なものであるから、排他性がなく、したがって、第三者による権利侵害はあり得ないとする見解（否定説）と、債権的なものである以上不可侵性があるとして権利侵害があり得るとする見解（肯定説）等、種々の学説があるが、少なくとも、独占的通常実施権については、損害賠償請求権を認めるべきであろう。」（傍点筆者）とする。

13) 実施権者による損害賠償請求に関する裁判例：独占的通常実施権につき、大判昭和 13 年 8 月 27 日民集 17 卷 1675 頁（噴霧器事件）、東京地判昭和 40 年 8 月 31 日判タ 185 号 209 頁（カム装置事件。一般論としては、独占的通常実施権者による損害賠償請求権を肯定するも、この事案では、因果関係を否定して損害賠償請求を棄却した）、大阪地判昭和 54 年 2 月 28 日無体集 11 卷 1 号 92 頁（人工植毛用植毛機事件）、大阪地判昭和 59 年 12 月 20 日無体集 16 卷 3 号 803 頁（ヘアブラシ意匠事件。完全独占的通常実施権）、東京地判平成 10 年 10 月 12 日知裁集 30 卷 4 号 709 頁（シメチジン事件）は肯定説を採る。一方、非独占的通常実施権について、東京地判昭和 36 年 11 月 20 日下民集 12 卷 11 号 2808 頁（書架用支柱事件）、大阪地判昭和 59 年 4 月 26 日無体集 16 卷 1 号 271 頁（スーパージョイナー事件）は否定説を採り、東京地判昭和 37 年 9 月 22 日判タ 136 号 116 頁（2 連銃玩具事件。一般論としては、通常実施権者による損害賠償請求権を肯定するも、この事案では、因果関係を否定して損害賠償請求を棄却した）は肯定説を採る。

14) 吉藤（熊谷補訂）・前掲注 12)550 頁。

15) 中山・前掲注 11)304 頁。このように考えれば、「判決の効力は訴えを提起した共有者にのみ及び、他の共有者は別途訴えを提起しうる。保存行為となるか否かは、敗訴した場合のことも勘案して決すべきであろう。被告側が、一つの訴訟において決着を図りたいならば、訴訟告知をすれば良いことになる（民訴 53 条。）」とする。

16) 裁判例を概観すると、独占的通常実施権の場合の差止請求権につき、東京地判昭和 30 年 12 月 24 日下民集 6 卷 12 号 2690 頁（クロラムフェニコール事件）は肯定説を採るが、前掲注 13) 大阪地判昭和 59 年 12 月 20 日（ヘアブラシ意匠事件。完全独占的通常実施権）は否定説を採る。また、独占的通常実施権の場合の差止請求権の代位行使については、前掲注 13) 東京地判昭和 40 年 8 月 31 日（カム装置事件）は肯定説を採るが、前掲注 13) 大阪地判昭和 59 年 12 月 20 日は否定説を採る。一方、非独占的通常実施権については、裁判例は差止請求権を認めておらず、また、前掲注 13) 大阪地判昭和 59 年 4 月 26 日（スーパー

点も、上記(1)の損害賠償請求と同様に、共有型では各共有者に対して認められている妨害排除請求権が、実施権型では実施権者には認められない可能性がある、ということになる。

(3) 審判請求

共有型の場合、特許法は、特許権の共有者がその共有に係る権利について審判を請求するときは、共有者の全員が共同して請求しなければならない(特許権132条3項)とし、審判請求は固有必要的共同審判であることが定められている。

一方、実施権型の場合には、実施権者は訂正の審判(特許法126条1項)等、審判請求をなし得る地位にはない。但し、特許権者は、特許権者の許諾による通常実施権者等があるときは、これらの者の承諾を得なければ、特許請求の範囲の減縮の訂正審判を請求することができない(特許法127条)。

したがって、共有型、実施権型いずれの場合においても、全当事者が合意しなければ訂正の審判を請求できないという点では同じ結論になる。

4 小括

以上から、共有型と実施権型とを比較すると、実施権者の立場に立った場合に、次の点で実施権型が不利となることが明らかになった。

(1) 法的な問題(その1): 実施権が不安定であること

共有型の場合、各共有者は、共有持分を有することの効果として、その特許発明を実施することが認められる。

一方、実施権型の場合において、権利者が破産したときに、実施権者が通常実施権の登録を行っていないのであれば、実施権者は実施権を喪失する可能性があり、さらに、そもそも特許

法上は、権利者による特許権の譲渡は制限されておらず、仮に第三者に特許権が譲渡されてしまった場合において、実施権者が通常実施権を登録していないときには、実施権者は当該譲受人に対して通常実施権を主張し得ないことになる。

法的な問題(その2): 損害賠償請求権(2)及び妨害排除請求権が認められない可能性があること

共有型の場合には、各共有者が損害賠償請求権及び妨害排除請求権を単独で行使することが認められる。

しかし、実施権型の場合、特にその実施権が非独占的通常実施権の場合には、実施権者には損害賠償請求権及び妨害排除請求権が認められない可能性が存在することになる。即ち、この場合には、実施権者は、妨害排除請求等の権利者による行使を待たなくてはならないことになる。

(3) 事実上の問題: 特許権の譲受人との実施権許諾関係が生じること

実施権型に特有の問題として、あくまでも事実上の問題ではあるが、仮に、通常実施権の登録を行うことにより実施権者が特許権の譲受人に対して通常実施権を主張することができたとしても、譲受人の性質、属性等の如何によっては、円滑なライセンス関係を維持することが困難なことも予想される。例えば、譲受人が、実施権者と競争関係にある者である場合には、当該譲受人は、実施権者との間の当該実施権許諾契約を早期に終了させるインセンティブを持つのが通常であろう。この問題は、仮に、実施権者と譲渡人(元の権利者)との間の実施権許諾契約において「権利者(特許権者)による特許権の無断譲渡禁止」と規定して、当該条項の違反があったとしても、実施権者には、救済としては契約違反による損害賠償が認められる程度であろうから、必ずしも契約で対応できる問題

ジョイナー事件)は差止請求権の代位行使も否定する。もっとも、実務においては、実施権許諾契約中に、「第三者が実施権の目的となる権利を侵害しているときは、特許権者はその排除のために必要な措置を講ずる義務を負い、当該侵害を排除する。」という旨の規定が置かれることも多い。

ではないと考えられる。

このように、実施権型には、実施権者にとっての法的リスク及び事実上のリスクが存在する以上、共有型の方が、実施権者となる当事者にとっては望ましい、と考えることができよう。

Ⅲ. 特許権の共有に関する民法の規律

1 問題提起

それでは、開発成果の帰属を「共有型」にする場合には、問題点はないのだろうか。

特許権の共有は、数人で所有権以外の財産権を有する場合であるから、民法の準共有（民法 264 条）となり、民法の所有権の共有についての規定（民法 249 条乃至 264 条）が準用されるが、法令に特段の定めがある場合には、民法の規定は準用されず、当該特段の定めが優先して適用になる（民法 264 条但書）。この点につき、特許法は、既に検討したように、共有物の持分譲渡等の制限（特許法 73 条 1 項）や実施上の制限（特許法 73 条 2 項、3 項）において別段の規定を設け、共有者の自由を制限しているが、共有に係る特許権の分割については特別の規定を設けていない。したがって、特許権においても、民法の定める共有物分割請求権が認められることになる。

一方、「一般に共有関係に複数の者がある物につき共同所有の状態に入ろうとすることは、この物の使用や管理等につき一定の拘束を受けることを約したことになるから、広い意味での組合契約を結んだ、ともいえる。」という考え方¹⁷⁾、或いは、「一棟の建物の区分所有者間、船舶所有者間などにも、広い意味での組合関係が成立する。」という考え方¹⁸⁾に従って、広く共同開発契約に基づいて特許権の共有関係に入ることを捉えて、「広い意味での組合契約」が

締結された、と考える場合には、組合員、即ち特許権の共有者は、清算前の組合財産（即ち、共有に係る特許権）の分割が禁止されることになり（民法 676 条 2 項）、組合員は、脱退した場合には、持分の払戻を受け（民法 681 条）、また、組合を解散し清算した場合に残余財産として分配を受けることになる（民法 688 条 3 項）。

それでは、これらの物権法による共有物分割に関する規律と、契約法における組合財産の分割に関する規律は、如何なる関係にあるのであろうか。そして、これらの規律は、共同開発契約に基づき共有とされた特許権につき、どのようにして作用することになるのであろうか。

2 「分割」が問題となる場面

はじめに、本設例のような共同開発契約関係において、そもそも、共有に係る特許権の「分割」が如何なる場面で問題となるのか、という点を考えてみたい。

(1) 物権法による規律（共有物分割請求）

本設例において、開発成果の帰属を当事者の共有とした場合において、共有者の一方から共有物分割請求がなされた場合として想定されるのは、①開発成果の発生後、共同開発契約期間中に共有物分割請求がなされる場合、及び②契約期間満了時等、共同開発契約終了時において共有関係を解消するべく共有物分割請求がなされる場合、とが考えられる。①の場合、後に検討するように、不分割特約は 5 年間に限り有効〔民法 256 条 1 項但書。但し、5 年毎の更新も可能（民法 256 条 2 項）〕となる制約を除けば、民法上は、共有者の一方は何時でも共有物分割請求権を行使することができ（民法 256 条 1 項本文）、当事者間で分割方法の合意に至らなければ、裁判による分割となる（民法 258 条 1 項）。後で検討する通り、裁判分割となれ

17) 鈴木禄弥『物権法講義（四訂版）』（創文社、1994）55 頁。

18) 我妻榮『債権各論中巻二（民法講義 V 3）』（岩波書店、1962）777 頁。

ば、本設例のような2当事者による共有の事案では、少なくとも共有者（当事者）の一方は当該特許権の権利を喪失することになり、本設例における共同開発契約は、持分を喪失した当事者の履行不能により、最終的には相手方当事者の解除によって終了すると考えられるから、結局、共有物分割請求が問題となる場面は、②の場合と同様に考えて良いと思われる。即ち、本設例において、共有物分割請求が問題になる局面とは、共同開発契約関係が終了する時である、ということになる。

(2) 契約法による規律（残余財産の分配）

同じく、本設例のような開発当事者が2名のみで構成されるような事案において、共同開発契約に基づいて特許権の共有関係に入ることをご組合として考えた場合、組合員の一方から「やむを得ない事由」による任意脱退の意思表示がなされたとき（民法678条）は、残る組合員が1人になるため当該組合は解散することになり、また、組合員の一方が「やむを得ない事由」により組合の解散を請求した場合にも、当該組合は解散することになる（民法683条）。勿論、当該組合の組合契約に存続期間の定めがあれば、当該組合は期間満了により解散する。そして、組合が解散したときは、清算手続において組合の財産関係が整理された上で残余財産の分配が行われることになる。即ち、組合契約（共同開発契約）が終了するときにおいて、共有に係る特許権の分割が問題になる、と考えられる。

以上から、本設例のように当事者・組合員が2名のみで構成される場合において、共有に係る特許権の「分割」が問題となる場面は、共同開発契約関係の終了の局面に限定される、と考えることができよう。

この認識を前提に、共有に係る特許権の分割に関する「物権法による規律」と「契約法による規律」との関係を検討することとする。

3 物権法上の規律

(1) 現行法の規定

前述の通り、特許権の共有は、数人で所有権以外の財産権を有する場合であるから、民法の準共有（民法264条）となり、民法の所有権の共有についての規定（民法249条乃至264条）が準用されるが、しかし、特許法は、無体物を対象とする特許権の特殊性を考慮し、共有に関して別段の規定を設けており、それらの特許法上の別段の規定は「法令に特別の定めがある場合」（民法264条但書）として、民法に優先して適用されることになる。

しかし、特許法上は、共有物分割について特別の規定はない。したがって、共有物分割については特許法が「特別の定め」を設けていない以上、原則に戻って、民法の規定がそのまま適用される、ということになる。

そもそも、共有に係る特許権といえども財産権であり、相手方の同意がない以上は永久に共有関係から離脱できないということは、財産権であるとの観点から妥当でなく、共有物分割請求は認めるべきと考えられる。しかしながら、特許権は発明という無体物を対象とするものであること、及び発明の実施の独占権であるという性格から、「現物分割」ということはありえない。仮に、現物分割を認めてしまうと、それは最早共有ではなくなり、事実上、同一の特許権が二つ生じてしまうのと同じことになるからである。こうしたことから、通説は、「代金分割」又は「価格賠償」による分割の請求を認めている¹⁹⁾。なお、共有に係る特許権の不分割特約については、民法256条1項但書の適用はあり、5年以内の不分割特約をなすことは可能と考えられており、制度上は、その旨の登録も可能となっている（特許登録令33条2項）²⁰⁾。但し、当該不分割特約は、5年毎の更新は可能であるが（民法256条2項本文）、民法256

19) 中山・前掲注11)303頁。

20) 中山・前掲注11)302頁は、「不分割特約の登録が可能ということは、分割そのものは禁止されていないという根拠にもなる。」とする。

条の規定は強行規定であるため、5年毎に更新することができなければ、当事者の合意により同条の適用を排除することはできないことになる。

(2) 契約の実務と共有物不分割特約

一般に、共同開発契約において開発成果の帰属を共有とする場合、「持分の譲渡禁止」の規定は通常は設けられるが、「共有物の不分割特約」が設けられることは殆どないと思料される²¹⁾。

それでは、共同開発契約で成果の帰属を共有として取極めた場合において、①不分割特約が定められていないとき、及び②不分割特約が定められていても5年を経過したときは、共有者の一方から共有物分割請求をなすことが無条件で認められる、という結論になるのであろうか。

(3) 共有物分割請求をする場合の利益状況の想定

ここで、具体的に、共有物分割請求がなされた場合の利益状況を考えてみる。分割請求をなした側の共有者は、通常は、既に当該特許権は「不要」との判断を下したが故に共有物の分割を請求したとみられる場合が多いであろうが²²⁾、分割請求を受けた側の共有者は、当該特許権を①「不要」と判断している場合もあろうし、②依然として「必要」と判断している場合もあろう。既に検討した通り、共有物を分割するにしても、共有に係る特許権を現物分割することは、同一の特許権が二つ生じてしまうのと同じことになる故、現物分割という方法は採

りえないということから、分割請求を受けた側の共有者も当該特許権を「不要」と判断している場合には、当該特許権を競売することによる「代金分割」によって分割することで問題ないであろう。しかし、分割請求を受けた側の共有者が、当該特許権を依然として「必要」と考えている場合には、「代金分割」となると、当該特許権は競売されることになり、分割請求を受けた側の共有者としても、競落人等から実施権の許諾を受けない限りは、当該特許権を実施する権原を喪失することになる。そのため、この事態を避けるべく、「価格賠償」の方法により、分割請求を受けた側の共有者が、他方共有者の持分を買い取ることになると考えられるが、この状態は、「共有物の分割についての共有者間の協議が調った」という状態であると考えられる。

(4) 具体的な分割方法と問題点

では、仮に、分割請求を受けた側の共有者が、「価格賠償」の方法による持分買取に合意しなかった場合には、如何なる事態になるのであろうか。この場合には、「共有物の分割について共有者間に協議が調わない場合」となり、共有物の分割を希望する共有者は、その分割を裁判所に請求することができる(民法258条1項)。民法258条2項は、裁判による分割について、現物分割を原則とし、例外的に競売による代金分割を認めているだけである²³⁾。

そこで、特許権の共有物分割において、価格賠償が許されるか否か、許される場合には、如

21) 経済産業省関東産業局・前掲注3)及び日本特許協会特許管理委員会・前掲注4)に掲載される共同開発契約書書式にも、「不分割」に関する規定は存在しない。

22) もっとも、理論的には、分割請求をなした側の共有者が、当該特許権を依然として「必要」と考えているにも拘らず、自身の単独所有に移行することを意図して敢えて分割請求をなすという状況も想定されうる。しかしながら、共有者間で分割協議が調わない場合には、裁判による共有物の分割(民法258条1項)となり、代金分割の方法による分割となることも想定され、その場合には、共有者全員が当該特許権の実施権を喪失することになるため、当該特許権を依然として「必要」と考える共有者が、そのようなリスクを冒して敢えて分割請求をなすという事態は想定し難いと考えられる(また、後述の最判平成8年10月31日民集50巻9号2563頁の示した共有物の全面的価格賠償に関する基準からしても、特に、分割請求を受けた側の共有者も当該特許権を実施しているような場合には、分割請求をなした側の共有者が価格賠償の方法により当該特許権の持分を取得することは、「諸事情を総合的に考慮して特定の者に取得させることが相当」とは認められないと考えられ、結局は、代金分割の方法になると考えられる)。

23) 遺産分割においては、民法906条は「一切の事情を考慮して」分割するものとし、代償分割(価格賠償)も可能とする旨の規定が存在するが(家事審判規則109条。債務負担による遺産分割)、特許法には明文の規定が存在しない。

何なる場合に価格賠償が認められるのかが問題となる。既に検討した通り、通説は、「代金分割」又は「価格賠償」による分割の請求を認めているところ、下級審裁判例において傍論で同趣旨を述べたものが存在しているが²⁴⁾、最判では、特許権の分割方法について判示したものは未だ存在しないようである。この点、不動産の共有物分割の事案であるが、最判平成8年10月31日民集50巻9号2563頁は、「特段の事情」があるときには、一人が単独所有権を取得し、他の共有者は持分の価格の賠償を受ける「全面的価格賠償」も許されるとしたが、この基本的な考え方は特許権の分割の場合にも妥当しよう。上記最判平成8年は、この「特段の事情」とは、(i) 諸事情を総合的に考慮して特定の者に取得させることが相当であると認められ、(ii) 持分価格の賠償でも共有者間の実質的公平を害しないと認められることとし、(ii) の判断基準として、価格が適正に評価され、当該共有物を取得する者に支払い能力があることを挙げている。この考え方によれば、2当事者で共有する特許権につき、一方当事者の共有物分割請求によって裁判による分割を行う場合、他方当事者が特許権の継続保有を希望し、且つ当該当事者に資力が認められるようなときであれば、価格賠償の方法により分割されることが認められることになると思われる。

以上の通りであるとする、「共有型」スキームとする場合においては、将来的に、共有に係る特許権の共有者の一方から分割請求がなされたときは、請求を受けた側の共有者は、当該共有に係る特許権の継続した実施を希望するのであれば、「価格賠償」により分割請求をなした側の共有者の持分を買い取ることを余儀なくさ

れ、当該買取に応ずることができないときは、裁判分割となり、裁判分割の段階においてもなお買取を積極的に希望しない（或いは、買い取る資力がない）ということであれば、結局「代金分割」となる可能性があり、その場合には、金銭を対価として当該特許権を手放さざるを得ない、というリスクが潜在的に存在するという結論になると考えられる。

(5) 共有物分割方法の選択 — 分割方法の「事前合意」の実効性一

ここまでは、分割方法につき当事者間に事前の合意がない場合を検討してきたが、ここで視点を変えて、当事者間に分割方法の「事前合意」がある場合には、上記の結論に何らかの変化が生じてくるかどうか、検討したい。

民法256条は、各共有者に共有物分割請求権が認められることを定めており、具体的な分割方法については、民法258条1項で、共有物の分割について共有者間に協議が調わないときは、その分割を裁判所に請求することができる旨を定めている。逆に言えば、民法258条1項の考え方としては、「共有者間で協議が調えば、合意された内容で分割する」、ということであると考えられる²⁵⁾。しかし、協議が調わずに裁判分割になってしまうと、裁判所の判断如何によっては、必ずしも価格賠償の方法により分割されるとは限らないと考えられる（前掲最判平成8年10月31日民集50巻9号2563頁参照）。

共有物分割請求を受けた側の共有者としては、そもそも、合意によって共有物分割請求を排除することは、5年毎の不分割特約が更新されない限り、できないことを踏まえると、最も憂慮すべき事態とは、「共有者の一方から共有

24) 東京地判昭和50年4月24日無体集7巻1号97頁（実用新案権の事案）があり、これによれば、「実用新案権の共有者がその分割を請求した場合、権利そのものを分割することはその性質上不可能であるが、これを売却してその代金を分割し、又は共有者の一人が権利を取得し他の共有者に償金を与えるという方法で共有物を分割することは可能であり、許されるものとするのが妥当である。」とされる。

25) 協議の結果、例えば、共有物分割請求を行った共有者の持分を第三者に譲渡し、共有物分割請求を受けた共有者は依然として共有持分を保有し続けるということで「分割」について合意することも想定される。但し、このような仕組みにする場合は、共有関係は継続するのであり、本稿で検討しているような共有物分割請求の問題は、依然として存在し続けることになり、問題は「先送り」にされたということができよう。

物分割請求がなされたところ、共有者間で協議が調わず、裁判分割となったが、当該裁判分割において、自らの意思に反して代金分割による方法が採用されてしまう」という事態であると考えられる。そうであれば、共同開発契約締結に際し、各当事者は、共有物分割請求がなされたときに備えて、分割請求を受けた側の共有者が、その選択により、①価格賠償によるか、或いは②代金分割によるか、いずれの方法によるかを選択することができる旨、及び、価格賠償を選択する場合において分割を請求した側の共有者に対して支払うべき価格の算定方法を、予め共同開発契約で定めておく、という対応方法が考えられる。これによって、分割請求を受けた共有者は、価格賠償とする場合に分割請求をなした側の共有者に対して支払うべき金額の多寡を検討しながら、自らの判断により価格賠償とするか代金分割とするかを選択することができることになり、「自らの意思に反して代金分割により分割されてしまう事態」を避けることが可能となる。なお、このような条項の効力については、民法 258 条 1 項が共有者間の協議により合意された事項を尊重する趣旨である以上、共有物分割請求がなされた場合の分割方法を、事前に共同開発契約において定めておくことは、何ら民法 258 条 1 項の趣旨に悖るものではないと考えられる。

4 契約法上の規律

民法の定める共有物分割請求のメカニズムは上記の通りであるが、そもそも、共同開発契約関係において特許権を共有とすることは、共有者が共有に係る特許権を共同の事業目的遂行の手段としていると評価することも可能である。その場合には、共有となっている特許権は、共

有者の共同の目的遂行のための経済的手段であるから、一部の者の請求があればこれを分割しなければならないとすると、分割方法の如何によっては、当該目的遂行のための支障となり、不都合が生じることになる。

この点、物権法上の共有物分割請求について、「共有者の間に共同の目的に向かって協力すべき法律関係、例えば組合関係があれば、分割の自由は認められない(民法 676 条 2 項)」とする考え方がある²⁶⁾。この考え方によれば、特許権の物権的な共有関係は、「組合」という契約法的な枠組みの下では、変容し、「組合」としての規律を受けることになり、共有物に関する分割の自由が制限されるという結論を導くことができる。この結論は、他の共有者による共有物分割請求を制限したいと考える共有者にとっては、極めて魅力的なものである。

上記考え方によれば、共有者間に組合関係が認められれば、「共有物分割の自由の制限」という結論を享受することが可能になるが、それでは、そもそも、共同開発契約に基づいて特許権の共有関係に入るというスキームは、「組合」として評価することができるものなのかどうか、ここで検討することとしたい。

(1) 特許権の共有関係を基礎として組合の成立は認められないか

まず、物又は財産権の共有・準共有を基礎として、組合の成立が法律上認められる場合がある。例えば、鉱業法には、「鉱業権を共有する者は、組合契約をしたものとみなす。」という旨の規定が存在し(鉱業法 44 条 5 項)、組合関係が当然に成立することになる²⁷⁾。しかし、特許法には、鉱業法 44 条 5 項に相当する規定は存在しない。

(2) 「内的組合」の考え方

それでは、共同開発契約に基づいて特許権の

26) 我妻榮ほか『我妻・有泉コンメンタール民法総則・物権・債権(第1版補訂版)』(日本評論社, 2006) 435 頁。

27) しかし、鉱業法の当該規定に対して、当該規定は共同鉱業権者が実質的にも共同経営をなすものとの前提で設けられたものであろうが、実際の鉱業の事業形態としては、共同経営ではなく、「鉱脈を発見して鉱業権を取得した者が、自ら経営の任に当たり、資金の提供者を共同鉱業者とする場合」等もあり得るから、一律に組合契約をしたものとみなすことは、立法として当否すこぶる疑わしい、という否定的な評価もなされている(我妻・前掲注 18)776 頁)。

共有関係に入ること捉えて、「広い意味での組合契約」²⁸⁾が締結された、と考えることはできないだろうか。そもそも、民法の組合に関する規定は、大部分が任意規定であるため、非典型組合の成立が可能である。そこで、共同開発契約に基づく法律関係を「内的組合」として捉えることが可能かどうか、検討する。

内的組合とは、「数人の者が共同の事業を営むに当たって、事業活動に必要な全ての法律行為は、数人中の1人の名で行い、従ってまた、必要な経済的手段たる財産もすべてその者の単独の所有とする場合」²⁹⁾、或いは、「当事者間の内部関係では共同の事業であり、組合関係があるが、対外的行為は、全員の名（ないし組合の名）ではなく、当事者の固有の名義で行われ、組合関係が対外的に現れないもの」³⁰⁾であると説明される。

このような関係を、「組合の一種」とするか、「組合ではない」とするかが問題となる。この点、通説的見解は、組合の特色として、①数人の者が共同してひとつの事業を営むこと、及び②そのための手段として、財産を合有し、対外的法律関係を全員の名で行うことを挙げ、内的組合では②の特色を欠くが、民法の組合の一種となすべきかどうかは、便宜の問題と言っても支障はないとされ³¹⁾、更に、組合は、社団に至らない団体組織を広く含むものであり、それに関する民法上の規定は、これらの団体の通則的性質を有するものだから、特に内的組合を組合の一種とする場合には、広くその趣旨を類推することに努めるべきとされる³²⁾。

このように考えれば、内部関係を組合の規定

に服させる便宜からも、内的組合を組合の一種と見るのが妥当であろう³³⁾。

そして、内的組合には、次の特徴があるとされる³⁴⁾。

(i) 対外的行為の当事者

内的組合では、対外的法律行為の当事者となるのは、合手的な全組合員ではなく、組合員個人（通常は1人）であって、その取引の当事者となった者は、その効果も個人的に受けなければならない。

(ii) 責任財産

対外的行為のための責任財産も、当該取引となった者に個人的に帰属していなければならないが、その個人的帰属は、対外的責任の負担に適応する形態であれば足りるのであるから、彼の本来の個人財産であると、また、その財産が内部関係では「共有」とされようと「合有」とされようと問わない³⁵⁾。

(iii) 内部関係

上述の外部関係に関する理論によって直接影響される事項を除き、組合の規定が原則として妥当する。即ち、対外的な代表権は別であるが、各組合員は、共同事業に参加し管理する権利義務を有し、少なくとも業務を監視する権利を持つ。また、損益を分担する権利義務を有する。しかし、それらはいずれも債権関係として成立するに過ぎず、第三者に対して当然直接に権利義務を取得するものではない。

(3) 組合契約成立の要件

本設例のような共同開発契約においては、開発成果が各当事者の共有に帰属した場合といえども、対外的な行為は各当事者が行い、その取

28) 鈴木・前掲注17)55頁。

29) 我妻・前掲注18)767頁。

30) 鈴木禄弥編『新版注釈民法(17)』25頁〔福地俊雄〕(有斐閣, 1993)。

31) 我妻・前掲注18)768頁。

32) 我妻・前掲注18)777頁。

33) 鈴木・前掲注30)25頁〔福地俊雄〕。

34) 鈴木・前掲注30)28頁〔福地俊雄〕。

35) もっとも、内的組合ではない典型的組合においても、組合事業の主要手段の所有名義が全員の合有ではなく、組合員の単純な持分的共有のままの状態——たとえば、家屋の共有者が、所有状態はそのまま、共同して下宿屋営業をする場合など——も可能であり、この場合、家屋の処分権こそないが、使用収益権はやはり全組合員に合有的に帰属する、とされる(鈴木・前掲注30)27-28頁〔福地俊雄〕。

引の当事者となった者は、その効果も個人的に受ける関係にある。まさに、本設例が想定する共同開発契約に基づく関係というものは、内的組合に基づく関係と同一であると考えられると判断される。

それでは、本設例のような共同開発契約に基づく関係が、組合契約の成立要件を充足しているのであろうか、念のため検討する。

組合の成立のためには、民法 667 条から、次の要件が導かれる。

①当事者

2人以上の当事者が必要となる。この点、本設例は勿論のこと、およそ共同開発契約であれば、2人以上の当事者が存在することは当然である。

②出資

この「出資」とは、「組合目的の達成のために当事者によって拠出される経済的手段の総称であり、極めて広い概念」とされる³⁶⁾。また、民法 667 条 2 項は、労務が出資の目的となる旨を規定している。本設例においては、各当事者は開発に対する資金や労務を提供することになるため、この「出資」の要件も、充足する。

③事業の共同性

組合は、目的団体の一種であり、各組合員が何らかの事業を共同の目的とすることが必要である。そして、組合の目的たる事業は、全ての当事者にとって共通のものでなければならないとされる。そして、共同事業の存否の判定については、「土地の共有者の共有物使用関係が、何らかの共同目的のものであれば組合となりうるが、単に共有物の使用方法の協定にすぎなければ組合とはならない。」とされる³⁷⁾。

本設例では、単に、ある特許権の実施関係を定めるものではなく、当該特許権の客体たる発明を当事者による共同開発という事業によって行い、且つ当該共同開発による成果の実施方法を定めているのであるから、共同事業は存在すると考えられ、また、当該共同事業の成功に全

当事者が利害関係を有することは明らかであるから、本設例においては、事業の共同性は認定できると考える。

④合意

本設例では、各当事者が出資して共同の事業を営むことの合意が成立している。

以上から、本設例における共同開発契約に基づく関係は、内的組合として考えることができると判断される。

(4) 内的組合における「分割」リスク

それでは、本設例における共同開発契約に基づく関係を内的組合、つまり組合と考えた場合には、物権法上の規律における共有物分割請求のような、組合員（特許権の共有者）の一方の意思によって共有に係る特許権の「分割」を余儀なくされるようなリスクは存在しないのであろうか。

一般に、組合財産は、組合の目的達成のための経済的手段であって、それは内的組合でも同様であると考えられる。このような財産について、一部の者の都合によって分割されるとすれば、組合財産としての意義を失わせしめ、組合事業の遂行に支障を来すことになる。よって、民法は、組合においては、一部の組合員が清算前に組合財産の分割を求めることを認めないこととしている（民法 676 条 2 項）。そして、この規定は、強行規定であり、組合契約によって別段の定めをなしえないと解されている。

しかし、その一方で、組合は、組合員の人的信頼関係に基礎が置かれ、また組合員が重い責任を負っていることからして、人的信頼関係が破綻し、又は重い責任からの離脱を欲するときには、組合員の脱退を認める必要があるため、民法は、一定の場合には組合員の脱退を認め、また、組合員に対して一定の場合には解散を請求することを認めている。

①脱退

組合員の脱退について、民法 678 条は (i) 組合契約で組合の存続期間を定めなかったとき、

36) 鈴木・前掲注 30)43 頁〔福地俊雄〕。

37) 鈴木・前掲注 30)49 頁〔福地俊雄〕。

又はある組合員の終身の間組合が存続すべきことを定めたときは、組合員は、いつでも脱退することができるが（民法 678 条 1 項本文）、組合にとって不利な時期に脱退することは、やむを得ない事由がある場合を除き、許されず、(ii) 組合の存続期間を定めた場合であっても、各組合員は、やむを得ない事由があるときは、脱退することができる（民法 678 条 2 項）と定めている。

本設例のような新規発明を目的とする共同開発契約の場合、「組合契約で存続期間を定めないこと」や「組合員の終身の間組合が存続すると定めること」は、特許権の存続期間が特許出願の日から 20 年をもって終了する（特許法 67 条 1 項）と定められていることから、想定しにくい。通常は、共同開発契約には、契約期間が定められているのであって、民法 678 条の適用においては、1 項ではなく 2 項が適用になるものと考えられる。

その民法 678 条 2 項では、各組合員は、「やむを得ない事由」があるときは脱退できるとされている。

それでは、「やむを得ない事由」があっても脱退し得ない旨を定める特約は、有効なのだろうか。判例は、1 隻のボートを数人で購入し、保有する組合契約において、やむを得ない事由があっても任意の脱退を許さない趣旨と解される約定は、公の秩序に反し、無効としている（最判平成 11 年 2 月 23 日民集 53 卷 2 号 193 頁）。よって、当事者間で民法 678 条の適用を合意で排除し「やむを得ない事由」があっても脱退し得ないという旨を合意することもできない、ということになる³⁸⁾。

そのため、「やむを得ない事由」による脱退は、およそ組合であれば生じうる問題となる。それでは、「やむを得ない事由」とは、何を指すのだろうか。ここでいう「やむを得ない事由」とは、主として脱退しようとする組合員の主観的事情であるが、組合の事業の不振、他の組合員の不誠意など、組合そのものについての事情も、後述の解散事由としての「やむを得ない事由」とならない程度のもので、なお脱退の「やむを得ない事由」となることがあるとされる³⁹⁾。いずれにしても、「やむを得ない事由」が具体的に何を指すのかということについては、個別に判断せざるを得ない。

しかし、2 人だけで組織されている組合では、1 人の脱退は組合の解散事由となるため、脱退しようとする者は、寧ろ解散を請求するのが組合契約の趣旨に適するであろうが、理論的には、脱退を許さないというものではなく、「やむを得ない事由」の存否の判断に当たっては、組合が解散となることを念頭に置いて決定すべきとされ、また、持分の払戻も、清算の終了まで保留し、残余財産の分配額に限ると解すべきとされる⁴⁰⁾。したがって、この場合、事実上は、脱退を請求する者が解散を請求した場合と同じ結果となる。

②解散請求

一方、民法 683 条は、各組合員は、やむを得ない事由があるときは、組合の解散を請求することができる旨を定める。この解散事由としての「やむを得ない事由」とは、「組合関係の全部を終了させることにつきやむを得ない事由」であり、「1 人の組合員についての事由」ではない⁴¹⁾。裁判例では、経済界の事情の変更、

38) この点、我妻・前掲注 18)829 頁は、「やむを得ない事由ある場合にも脱退し得ないとする拘束は許されないが、それ以外では拘束しうる——いいかえれば、第 678 条は、存続期間の定めある場合にも、ない場合にもやむを得ない事由があれば脱退しうるという点だけが強行規定だ——と解すべきものと思う。」としている。即ち、民法 678 条のうち、やむを得ない事由のない場合には、「期間なしの場合には、組合に不利な時期以外は脱退可能、期間ありの場合には、(期間満了前には)脱退不可能」という命題は、任意規定となる〔大村敦志「判批」星野英一ほか編『民法判例百選 I 総則・物権（第 5 版 新法対応補正版）』（有斐閣、2005）39 頁〕。

39) 我妻・前掲注 18)828 頁。

40) 我妻・前掲注 18)828 頁。

41) 我妻ほか・前掲注 26)1175 頁。

組合の財産状態、組合員間の不和などによって、組合の目的を達成することが著しく困難となることなどが、「やむを得ない事由」として認められている。

なお、本条も、強行規定と考えられ、当事者の合意により排除することはできないと考えられる。

③解散・清算の手続

上述の通り、組合員が2名である場合において、組合員の一方が脱退の意思表示をしたとき、或いは、解散請求をしたときは、いずれにせよ、当該組合は解散することになる。組合が解散したときは、民法上、清算は、総組合員が共同して、又はその選任した清算人がこれを行うことになり（民法685条1項）、また残余財産は、各組合員の出資の価額に応じて分割される（民法688条3項）と定められている。しかし、民法の定める清算手続は全て任意規定と考えられ⁴²⁾、組合契約中に予め定めておけば、或いは、全員の合意があれば、清算として特別の手続をなさずに、適当な方法で組合財産を処分することができる、ということになる⁴³⁾。即ち、組合という構成を採用したとしても、各組合員による脱退或いは解散請求を合意によって完全に排除することはできないが、将来の組合の清算手続に備えて共有に係る特許権の処分方法（分割方法）を、予め組合契約（共同開発契約）で定めておくことは可能となる。

仮に、当該特約を設けていない場合は、どうなるのであろうか。組合が解散したときは、清算は総組合員共同にて、又はその選任した者がこれを行う（民法685条1項）が、残余財産の分配に関する清算人の権限については争いがある。

この点につき、通説的見解は、異なる種類の現物を夫々各組合員に分配する場合などには、組合契約において清算人が特にこれをする権限を与えられている場合のほかは、清算人は任意

に定めることができず、組合員全員の合意によるべきとされる⁴⁴⁾。

一方、判例は、清算人が清算のため組合財産を処分するには、共有物分割請求の手続によらずして、清算人の独断でこれを処分することができるとしている（大判大正12年7月14日民集2巻491頁）。したがって、判例によれば、清算人の独断で組合財産が処分されることも想定されるため、組合財産となっているところの、組合員の共有に係る特許権が、最終的に組合員の意思に拘らず処分されてしまう事態も想定される、ということになる。

そもそも、本設例のような2当事者による共同開発契約の事案において、脱退の意思表示をしなかった組合員、或いは解散請求をしなかった組合員として最も憂慮すべき事態とは、「組合の清算手続において、自らの意思に反して、自らの望まない方法によって、組合財産となっているところの、組合員の共有に係る特許権が処分されてしまう」、という事態であると考えられる。そうであれば、共同開発契約締結に際し、各当事者は、組合が清算される事態に備えて、脱退の意思表示をしなかった組合員及び解散請求をしなかった共有者が、その選択により、(i) 自ら相手方の共有持分を買い取る方法、又は(ii) 当該特許権の売却による方法のうちいずれかを、組合財産の処分方法として選択することができる旨、及び、(i) を選択する場合において他方組合員に対して支払うべき価格の算定方法を、予め共同開発契約で定めておく、という対応方法が考えられる。これによって、脱退の意思表示等をしなかった組合員は、(i) を選択する場合に他方組合員に対して支払うべき金額の多寡を検討しながら、自らの判断によって組合財産の処分方法を選択する権利を確保できることになる。

契約締結の実務の観点からも、このような規定は通常の組合契約に盛り込まれている性質の

42) 我妻・前掲注18)846頁。

43) 鈴木禄弥編『新版注釈民法(17)』186頁〔菅原菊志〕(有斐閣, 1993)。

44) 我妻・前掲注18)849頁。

ものであると考えられる。即ち、およそ組合であれば、当然にいずれは解散・清算することを予定しているものであるから、組合契約において、脱退や解散・清算の場合を取極めるのが通常である。そのため、上記のような対応策を組合契約（共同開発契約）中に盛り込むことは、契約書検討作業の観点からすれば、何ら奇異なものではなく、当然に検討すべきものと考えられよう。

IV. 結論

1 検討結果の整理

本稿での検討を整理すると、

①共有に係る特許権についても、物権法上の規律を受けるため、共有物分割請求を契約で完全に阻止することはできないが、共有物分割請求がなされた場合の具体的な分割方法については、共同開発契約にて定めておけば、それを優先して適用することが可能となる。

②他方、特許権の共有を含む共同開発契約に基づく関係は組合契約であると考えられることができるため、その場合には、契約法上の規律（組合に関する規律）も適用されることにより、上記①の物権法上の規律の適用は制限され、共有物分割請求権の行使は制約される。しかし、契約法上の規律（組合に関する規律）においては、脱退・解散請求の問題が存在する。このような脱退・解散請求を契約で阻止することはできないが、組合財産の分割方法（共有に係る特許権の分割方法）につき、組合契約（共同開発契約）で事前にとり決めておけば、それを優先して適用することが可能となる。

と考えることができる。

ところで、既に検討した通り、物権法上の規律による共有物分割も、契約法上の規律による組合財産の処分（分割）も、本設例のような共

同開発契約関係においては、いずれも、当該契約の終了の場面で問題になるものである。

そうであれば、上記①又は②のいずれの構成で共同開発契約関係を考えるにしても、本設例のような共同開発契約においては、各当事者は、共有に係る特許権の継続した実施権を確保するべく、共有物分割請求、或いは脱退・解散請求がなされた場合の「共有に係る特許権の分割方法」、即ち、「共同開発契約が終了する局面における、共有に係る特許権の分割方法」を、対価の算定方法をも含めて、共同開発契約において具体的に定める必要があると考える。これによって、(i) 分割請求を受けた当事者、及び脱退・解散請求をしなかった当事者の意思によらずして、当該共有に係る特許権が代金分割となる事態、或いはそれが処分されてしまう事態を避けることができ、また、(ii) 分割方法が共有者の一方による価格賠償或いは持分買取となったとしても、当該特許権の持分の価値の算定方法まで定められていれば、約定の算定方法によってその価値を算出することになるため、他方共有者に対して支払うべき具体的な金額についての予測可能性を確保することが可能となる、ということになる。

この点につき、実務で締結されている共同開発契約において、当事者の一方から、共有物分割請求、或いは脱退・解散請求がなされた場合に備えて、共有に係る特許権に関する「分割方法」の特約まで定めている例を、少なくとも筆者は知らない⁴⁵⁾。勿論、共同開発契約を締結する段階で、「共有物分割請求」或いは「脱退・解散請求」がなされたという事態まで想定しないのが通常である（通常の契約書に設けられる「契約の解除事由」以外の事由で、共同開発関係或いは共有関係が終了するような事態は想定しないのが通常である）という現実的な理由が、その大きな要因であろう⁴⁶⁾。

しかしながら、共有物分割請求のリスク、及

45) 経済産業省関東産業局・前掲注3)、及び日本特許協会特許管理委員会・前掲注4)に掲載される共同開発契約書書式にも、共有に係る権利の分割に関する規定は存在しない。

46) その他、①そもそも、共同開発契約の当事者が、共有物分割というメカニズム自体を認識していないこと、及び②共有

び組合構成の場合の脱退・解散請求のリスクは、いずれも合意によっては完全に排除することはできない以上、それに備えた条項を盛り込み、事前に準備しておく必要性は極めて高いのではないだろう。

2 問題点

上記方策の問題点としては、価格賠償等の場合を想定した場合における特許権の共有持分の具体的な価格の算定、即ち特許権の評価というのが、非常に難しいという点が挙げられる。しかも、共同開発契約を締結する時点では、未だ共同開発にさえ着手していないというのが通常であり、未だ発生していない成果であって、且つ未だ実施もしていない成果についての適正な価値を、その時点で予測・算定することは、現実的には極めて困難であろう⁴⁷⁾。

しかし、そうであるからといって、分割方法を定めないということは、最悪の事態を想定した場合には、共同開発の当事者にとって、折角開発した発明に関する共有に係る特許権を手放すことを余儀なくされる事態に繋がると思われる。また、予め分割方法を具体的に定めておくということは、その内容如何によっては、共有者の一方による「共有物分割請求」或いは「脱退・解散請求」を、結果として抑止する効果を有する可能性があることも、併せて考慮しなければならないだろう（勿論、内容によっては、共有物分割請求等を促進・助長する効果をもつ場合もありうるが、上記のような最悪の事態が不都合であって回避すべきものと考えらるならば、契約締結時において、将来起こり得るあらゆる

事態を想定し、それらに対応できる、自らに有利な条項を検討・作成するという地道な作業によってこのような事態を極力回避するという方法を除いて、対応策は存在しないであろう）。

仮に、共同開発契約において分割方法を定めるに当たり、特許権の共有持分の価格の算定方法まで具体的に取極めることが困難であるということであれば、例えば、「分割請求等を受けた側の共有者が、特定の鑑定人を指名し、当該鑑定人による鑑定価格を、特許権の共有持分の価格とする」といった趣旨の、鑑定人の鑑定結果に基づき価格を決定するというメカニズムを定める規定であっても、少なくとも、当該価格が「法外な金額」となるような事態は回避するというメリットを享受することは可能と考えられる。

3 契約書検討に当たって

勿論、共同開発契約を締結する段階において、共有物分割請求や組合の脱退・解散請求に備えて、共有に係る特許権の分割方法について規定する条項に関して交渉することは、このような問題点について認識していない当事者に「共有物分割請求権」等の「権利」を敢えて認識させる結果となり、いわば「やぶ蛇」になる可能性もある。しかし、共同開発契約において開発成果を共有とするスキームを検討するのであれば、このスキームが孕む最大のリスクを認識した上で、契約交渉・契約書作成に当たらなければならないことは当然である。また、それ以前の問題として、共同開発契約を締結する場合には、上記のように共有スキームは「分割」とい

者の一方は、共有に係る特許権を不要と判断したときは、持分を放棄することで対応してきた〔共有者の一人が、その持分を放棄したときは、他の共有者に帰属する（民法255条）〕といった理由も考えられる。このうち、持分の放棄については、特許料は3年毎に増額される（但し、第10年以降は固定）ため（特許法107条1項、請求項の数に一定金額を乗じる形式であるため、請求項が多い場合には、特許料の金額も高額になる）、高額な特許料負担を継続するよりも、持分を放棄して特許料負担から早期に解放された方が得策との判断によりなされることが多いと思われる。

47) 特許庁「行政年次報告書2006年版〈統計・資料編〉」(<http://www.jpo.go.jp/shiryou/>, 2006年12月18日最終検索)中、「(20)登録した権利の変動に関する統計表 ①特許権の変動に関する統計表」によれば、2005年度で、特許権について質権が設定又は移転された件数は、299件とされるが、この質権設定数の少なさを、特許権の評価が困難であり、担保として利用しにくいということの証左であろう。

う問題点も包含するものである故、当該案件において、成果を共有とすることが果たして本当に必要であるのか、共有以外のスキームでは目的を達成することができないのか、更には、共同開発というスキームではなく、開発委託というスキームを採用し、「開発成果は、すべて委託者に帰属する」という仕組みでは目的を達成することはできないのか、という点についても、慎重に検討しなければならないと考える。共同開発を行うにしても、「共同開発契約、即ち、成果の帰属は当事者の共有」とすべき必然性は存在しないのであり、契約書を検討する職務にある者には、このようなテーゼのようなものに囚われずに、事案に即した適切な契約スキームを検討・提案することが求められよう。

(おおば・のりやす)

論説

準拠法の選択, 解釈と抵触法的な等価性

2005年4月入学

國井敏明

I. 問題の所在

- 1 最判平成18年10月17日
- 2 第一の疑問——準拠法の解釈の方法
- 3 第二の疑問——「等価性の問題」
 - (1) 「等価性の問題」への鈍感さ——「準拠法の趣旨の没却」の危険
 - (2) 「等価性の問題」への過剰反応——「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険
- 4 本稿の目的

II. 準拠法選択の目的, 宿命と「等価性の問題」

- 1 準拠法選択が必要となる原因と目的——各国法の異質性と「遵法義務」の衝突
- 2 準拠法選択の限界——民事と非民事の区別
- 3 準拠法選択の宿命——事案の分断と「等価性の問題」

III. 準拠法の選択, 適用過程を構成する法的諸技術による「等価性の問題」への対処

- 1 法律関係の性質決定
- 2 連結点の確定と準拠法の選択
- 3 準拠法の解釈, 適用と第二段階の性質決定
 - (1) 準拠法の解釈による「等価性」の探求
 - (2) 各準拠法への送致範囲の解釈的操作による「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険の回避
- 4 先決問題
 - (1) 先決問題による「等価性」の探求

(2) 先決問題の特殊性

- (3) 先決問題と各準拠法への送致範囲
- 5 先決問題の後に残された「等価性の問題」——「相続と養子の事例」の問題の所在
 - (1) 「相続と養子の事例」における「等価性の問題」
 - (2) 「準拠法の解釈」が持つ各準拠法への送致範囲への影響
 - (3) 「相続と養子の事例」における「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険の回避の試み
- 6 適応問題
 - (1) 適応問題の理論の目的——モザイク的規律の構造的欠陥
 - (2) 適応問題の理論の手段——個別具体的かつ例外的な救済手段
 - (3) 適応問題と「等価性の問題」
- 7 準拠法の変更
 - (1) 準拠法の変更と「転置」
 - (2) 準拠法の変更と本稿のこれまでの議論との関係
- 8 まとめ

IV. 国際私法による「等価性」判断

- 1 国際私法による「等価性」判断の基盤
 - (1) 法規を国際私法の対象とする立場の基盤としての「抵触法的な等価性」
 - (2) サヴィニー型の国際私法の基盤としての「抵触法的な等価性」
 - (3) 「法律関係」の同一性と「実質法上の

法律関係」の「等価性」

- 2 国際私法による「等価性」判断の構造
 - (1) 成立の準拠法と効力の準拠法の関係について
 - (2) 本問題の準拠法と先決問題の準拠法の関係について
 - (3) 「相続と養子の事例」再論
- 3 国際私法による「等価性」判断の射程
 - (1) 国際私法による「等価性」判断の射程の一般論
 - (2) 国際私法による「等価性」判断の射程の具体例
- 4 「等価性」の判示としての最判平成 12 年 1 月 27 日
- 5 まとめ

V. 結びに代えて

- 1 結びにあたって
- 2 準拠法の選択と解釈との交錯と最判平成 18 年 10 月 17 日
 - (1) 特許独立の原則、属地主義の原則の抵触法上の意義
 - (2) 準拠法の解釈としての特許法 35 条の解釈

I. 問題の所在

1 最判平成 18 年 10 月 17 日

「我が国の特許法が外国の特許又は特許を受ける権利について直接規律するものではないことは明らかであり（……工業所有権の保護に関する 1883 年 3 月 20 日のパリ条約 4 条の 2 参照）、特許法 35 条 1 項及び 2 項にいう『特許を受ける権利』が我が国の特許を受ける権利を指すものと解さざるを得ないことなどに照らし、同条 3 項にいう『特許を受ける権利』についてのみ外国の特許を受ける権利が含まれると解することは、文理上困難であって、外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価の請求について同項及び同条 4 項の規定を直接適用することはできないといわざるを得ない。

しかしながら、……その対象が我が国の特許を受ける権利である場合と外国の特許を受ける権利である場合とで何ら異なるものではない。……そうすると、同条 3 項及び 4 項の規定については、その趣旨を外国の特許を受ける権利にも及ぼすべき状況が存在するというべきである。

したがって、従業者等が特許法 35 条 1 項所定の職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合において、当該外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求については、同条 3 項及び 4 項の規定が類推適用されると解するのが相当である。¹⁾

以上は、日立製作所事件最判平成 18 年 10 月 17 日平成 16(受)781 が、「外国の特許を受ける権利……の譲渡の対価に関する問題」、すなわち「法例 7 条 1 項の規定により、第 1 次的には当事者の意思に従って定められる」「譲渡当事者間における譲渡の原因関係である契約その他の債権的法律行為の効力の問題」の準拠法として、日本の特許法の解釈論を展開した部

1) 最判平成 18 年 10 月 17 日民集 60 卷 8 号 2853 頁, 2857-2859 頁。

分である。

この判決には二つの疑問が思い浮かぶ。第一の疑問として、仮に準拠法が外国法だったときにも、裁判所はこのような勇ましい類推適用に踏み切ることができたのだろうか。仮に裁判官が慣れない外国法の解釈をするのにあたって、実質的な立法ともいえる類推適用には躊躇を覚えるのだとすると、本件の準拠法が慣れ親しんだ日本法であったという偶然の事情に寄りかかる（または甘える）ことで、紙一重で本件の解決の具体的妥当性は維持されたにすぎないということになりはしないだろうか。そうだとすると、第二の疑問として、そもそも文理を根拠として、特許法 35 条 3 項、4 項のいう「特許を受ける権利」には外国の特許を受ける権利は含まれないと解したことが、準拠法の解釈として妥当だったのか。そしてここには、各準拠法の個別具体的な解釈論として、問題となった各国の法規の数だけバラバラに議論しているだけで済まされない、国際私法理論が解決すべき課題があるのではないだろうか。

2 第一の疑問——準拠法の解釈の方法

準拠外国法の解釈は、「その外国で行われて

いる通り行われ」なければならないが、「純国内事案の場合に行われているのと全く同じに解釈しなければならないという意味ではな^く、「その法規がその外国で涉外事件に対して……そう解釈されるであろうように解釈する²⁾」とされており、あまり異論はみられない³⁾。さらに踏み込んだ見解として、石黒教授が、「調査した外国法の解釈……の中からどれをとるかに限らず、別な β という解釈を施すことも、また許されると言うべきであり、「外国法の解釈もまた、法創造的な作業であることにはかわりはな⁴⁾」いとされている。しかし、そこでも、あくまで「当該外国法の中に全面的に身を置きつつ」という条件付きで、「法廷地裁判官の主體的なとりくみが、なされねばならない⁵⁾」とされている。結局のところ、第一の疑問は、最後は「当該外国法」における法解釈方法論——類推適用や創造的な法解釈に積極的か、消極的か——に委ねられ、その結果として、類推適用はできないというように閉鎖的に準拠法が解釈される危険も常に残る、ということになってしまふように思われる⁶⁾。

しかし、それでよいのだろうか⁷⁾。さらなる素朴な疑問を頭の隅に残しつつ、とりあえず次の疑問へ移りたい。

2) 池原季雄ほか『国際私法（総論） 国籍法』（有斐閣、1973）233-234 頁。

3) 山田鎌一『国際私法 第3版』（有斐閣、2004）133-134 頁、溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣、2005）247-248 頁、櫻田嘉章『国際私法〔第5版〕』（有斐閣、2006）115 頁を参照。ただし、澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第6版〕』（有斐閣、2006）56 頁、木棚照一ほか『国際私法概論〔第4版〕』（有斐閣、2005）72 頁、神前禎ほか『国際私法』（有斐閣、2004）266-267 頁は、その外国で行われるとおりに解釈するとはしているが、純粋国内事案と国際的事案とは解釈が異なる可能性に対しては言及していない。

4) 石黒一憲『国際私法』（新世社、1994）229-230 頁。

5) 石黒・前掲注 4) 230 頁。

6) ただし、外国法の内容の調査や外国の法解釈方法論の習得が現実には高いハードルになり、またこのような技術的な要因だけではなく、外国人の裁判官である自らに対して法解釈者としての正統性へ疑いがかけられることを恐れるあまり、創造的な法解釈に対して自制が強く働いてしまうことが容易に予想されるとはいえ、それでも理想的な環境の下では、すなわち理論的には、外国法の解釈であるというだけで理由なく妥当な結論の追及を諦めるような、明らかに正義に反するようなことはないはずであるとはいえる。「準拠法の閉鎖的な解釈」がなされたことにも、それなりの理由——たとえそれが文理という形式的な理由にすぎないものであったとしても、その外国法における法解釈で文理が重視されること自体には実質的な理由があるはずである——があるからである。そして、学説のすべき残された仕事は、以上の理論を貫徹させること、すなわち、外国法の情報を豊かに提供すること、創造的な外国法解釈への過度の自制が働かないように準拠法解釈の方法の理論面から法廷地裁判官を支援し勇気付けること、の二点になるだろうか。しかし、このような一般論だけで上手く行くのかどうか、そもそも問題であると思われる。本稿 IV. 2 を参照。

7) ここで一つの問題が考えられる。仮に、特許を受ける権利の譲渡の対価請求の準拠法がある外国法とされた場合で、

3 第二の疑問——「等価性の問題」

第二の疑問は、「法律概念の連絡問題⁸⁾」とも表現されるが、「代替可能性⁹⁾、または代用¹⁰⁾ (Substitution)」「等価性¹¹⁾ (Equivalence)」の問題と講学的に呼ばれている。以下では、「代替可能性」よりも一般的な表現である、「等価性の問題」と呼んでいくことにする。つまり、ある国の法が規定するある法律概念が問題となったときに、外国法が規定する対応する法律概念や類似の法律概念がどのように扱われるのか、すなわち、「等価性」が肯定されてその国

の法律概念と同じ扱いを受けるのか、それとも「等価性」が否定されて異なる扱いを受けるのか、という問題である。

ドイツにおけるこの「等価性の問題」をめぐる議論は、外国の公証人（不動産の譲渡）、外国の裁判所への訴え（消滅時効の中断）、外国の身分戸籍吏（婚姻の成立）を内国のそれに「代用 (Substitution)」できるかといった、「内外国家行為相互の代替可能性の問題」の占める比重が大きいようである^{12) 13)}。この「内外国家行為の代替可能性の問題」に対しては、日本においても石黒教授の学説がある¹⁴⁾。そこでは、「内

その外国の抵触法がそもそもこの問題を特許に関する属地主義の射程内と位置づけて各特許の保護国法によるとしているため、その外国の対価請求に関する実質法規定には他国の特許を受ける権利を含み得ず、類推適用も全く予定されていない場合には、他国の特許を受ける権利の譲渡の対価請求は棄却されざるをえないのだろうか。もし労働契約の準拠法たるその外国で訴訟が提起されていれば、国際裁判管轄さえ肯定されれば、対価請求の準拠法として各特許の保護国法がそれぞれ適用され、「等価性の問題」は発生することなく、多くの請求が認容されるように思われる。もし、以上のようなその外国の抵触法の適用結果を、考慮に入れてその外国実質法を解釈できるならば、とりわけ、いわゆる先決問題論においてヴェングラー的な本問題準拠法所属国国際私法説を採用すれば、実は救済を図れる可能性があることは、偶然の出来事とは言い切れず興味深い。詳しくは、本稿Ⅲ. 4 (1) を参照。

8) 久保岩太郎『国際私法構造論』(有斐閣, 1955) 181 頁 (ただし、旧漢字は新漢字に改めた。以下でこの文献を引用するときにも、特に断ることなく同様に改めることにする。)

9) 石黒・前掲注 4) 187 頁。

10) 溜池・前掲注 3) 237 頁。

11) 石黒・前掲注 4) 188 頁。

12) パウル・ハインリッヒ・ノイハウス (櫻田嘉章訳)『国際私法の基礎理論 第 2 版』(成文堂, 2000) 361 頁以下を参照。ドイツの議論状況がこのようなものであるという点は、石黒・前掲注 4) 187-188 頁で指摘されている。

13) 外国弁護士などが、弁護士・依頼者間の秘匿特権 (attorney-client privilege) を援用できるかという問題に関する、米国の判例にも、「等価性の問題」が見られる。例えば、連邦地裁の反トラスト法事件における判例で、フランスの企業内法務担当者 (French "in-house counsel") とのコミュニケーションについて「秘匿特権」の援用を肯定した、Renfield Corp. v. E. Remy Martin & Co., S.A., 98 F.R.D. 442 (D. Del. 1982) がある。そこでは、法廷弁護士 "avocat" と法廷で弁論できない "conseil juridique" の区別があり、さらに企業に雇用されている者が "avocat" でも "conseil juridique" でもないけれど法的助言の提供を禁じられていないことを例に、フランス法律専門職の構造 (the structure of the French legal profession) のアメリカ法との違いが重視され、そして、フランス法上、「アメリカの弁護士 (the American "bar")」と等価なもの (equivalent) が存在せず、「弁護士の一員 (membership in a "bar")」であることは、「秘匿特権」援用可能性の有意な基準とはならないとし、結論として、「より機能的な基準としての、法的助言をする能力があり、それが法的に許されているか (a functional one of whether the individual is competent to render legal advice and is permitted by law to do so)」というテストを満たしているフランスの企業内法務担当者 (French "in-house counsel") の「秘匿特権」を肯定した。

一方、その後の連邦地裁の特許侵害事件である Honeywell, Inc. v. Minolta Camera Co., 1990 U.S. Dist. LEXIS 5954 は、「レンフィールド基準における弁護士との機能的等価性 (the "functional equivalent" of an attorney under the rationale of Renfield)」を認めたトライアル前手続における治安判事の命令への上訴 (the appeal of the Magistrate's order) がなされ、その上訴を認容した判例であるが、どこの国の弁護士でも弁理士 (registered patent agent) でもないが、「事実上の弁護士のような地位 (status as a de facto attorney)」にあると主張した被告日本企業の従業員の「秘匿特権」の主張を退けた。そこでは、事実認定 (factual determination) の問題として、その従業員の学歴 (理科系の学部卒であり、長年、法律と特許の問題に関する多数の講習会等に出て来たことは重要ではないとされている。) や職務、日本の法制度などを再検討した結果、彼は『「秘匿特権」の適用目的からする事実上の弁護士の地位 (status as a de facto attorney for the purposes of the applying the attorney-client privilege)」にあるという認定は間違いだとする。

弁護士資格が国家によって付与される場合に限られるならば、これも資格付与という「内外国家行為の代替可能性」の問題ということになるだろう。

14) 石黒一憲『国際私法と国際民事訴訟法との交錯——国際私法上の「法律行為」の「方式」をめぐる——』(有信堂高文社,

外国行為の代替可能性」が肯定されるかは基本的にはそれを要求する準拠法の解釈の問題だが、「場所は行為を支配する」の原則の再構成によって、法律効果の発生のために必要とする国家行為をも「方式」の準拠法の送致範囲と位置づけることで、行為地法の国家行為による代替可能性を肯定することが、法廷地の国際私法の視点から初めて可能になるとされる¹⁵⁾。

(1) 「等価性の問題」への鈍感さ——「準拠法の趣旨の没却」の危険

しかし、現在の日本の多くの学説は、「等価性の問題」に鈍感であるように見える。それは、次のような有力な学説によく現れている。

「養親の本国法上、一定の公的機関の関与が定められているとしても、その特定の機関の関与という点は公法的性格を有するその国の手続法であって、送致範囲には入っていないというべきである。もっとも、養子縁組を法律行為だけでできるのか、公的機関の関与が必要なのかという問題は、送致範囲に入っているので、準拠法が公的機関の関与が必要だとしている以上、私人間の法律行為で済ませてしまうことはできないが、その先は、養子縁組をする法域で用意されている手続法に従うほかない。¹⁶⁾」

上記の見解を主張される道垣内教授は、「溜池教授が日本で家庭裁判所の手続によることは『手続問題』であるから当然であるという前提から、問題は実体法の要求にどこまで『適応』できるかであるとされ、……山田〔鎌一〕教授の理由付けは、準拠外国法の解釈として、その法律で定める機関の役割を日本の家庭裁判所が『代行』することができるという発想であるように思われる¹⁷⁾」として、「適応」と「代行」の二つのアプローチがあると指摘しつつ、「すなわち、上記溜池説の通りである¹⁸⁾」として、「適応」の発想を支持される。しかし、道垣内教授によれば「適応」のアプローチをとっているとされる溜池教授は、「本国法適用の趣旨に反する」か否か、つまり、準拠法の解釈として「代行」が許されるか否かを検討することを、決して忘れてはいない¹⁹⁾ ²⁰⁾。そうはいうものの、溜池教授がそこでなされている準拠法の解釈が、第一の疑問に対する学説の回答——その外国でなされている通りに解釈する——によれば、「ここでいう『公的機関の関与』についてのみ外国の公的機関が含まれると解することは、文理上困難であって、外国の公的機関の関与についてこの規定を直接適用することはでき

1988)を参照。

15) 概要は、石黒一憲『国際民事訴訟法』(新世社、1996) 108頁以下の「3.2 『場所は行為を支配する』の原則とその再構成——訴訟・非訟の峻別論を超えて」を参照。

16) 道垣内正人『ポイント国際私法 各論』(有斐閣、2000) 99-100頁。

17) 道垣内・前掲注16)99頁。

18) 道垣内・前掲注16)100頁。

19) 溜池良夫『国際家族法研究』(有斐閣、1985) 402頁以下を参照。そこでは、「[離婚準拠法である]本国法が裁判離婚主義を採用する場合に、わが国において調停離婚または審判離婚をなすことは本国法適用の趣旨に反する」(溜池・同404頁)とされるように、「本国法適用の趣旨に反する」という表現が頻繁に使われている。

20) ただし、若干ミスリーディングとも思われる記述もある。すなわち、溜池・前掲注19)421頁は、日本の民法817条の2以下に、特別養子縁組の制度が設けられる以前においては、「当事者の本国法が、養子縁組の成立要件として、わが民法の立場よりも広く裁判所の関与行為を必要としている場合には、わが国において有効に養子縁組をなしえないことになる。けれども、それは国際私法交通の円滑と安全を目的とする国際私法に反することになる。法例が、養子縁組の成立要件について本国法の適用を規定していることは、わが国において、本国法に従って養子縁組が成立すべき場合を予定していることを意味する」とする。注意して読めば、「法例が……本国法に従って養子縁組が成立すべき場合を予定している」(傍点筆者)、言い換えれば、準拠法たる本国法がそれを予定しているとは限らないのではあるが、それが予定されている場合には準拠法が代行可能と認めるものとなるように日本の裁判所の手続を柔軟に変容させるべきことを、日本の国際私法が要求していると説いているのであって、決して準拠法の趣旨を無視して家裁の審判で済ませることができるとしているわけではない、とわかる。だからこの後直ぐ、「それでは、わが家庭裁判所の許可の審判は、外国法の規定するあらゆる裁判所の関与行為にも及ぶか」が論じられているのであり、常に日本の家裁の関与で代行できるとされているわけではない。

ないといわざるを得ない」と解釈される危険を孕むものであることは、意識されていないように思われる。このような準拠法の閉鎖的な解釈の結果が不当なことは明らかだと感じるかもしれないが、だからといって、多くの学説が「等価性の問題」への理論的な詰めが甘いままに来てしまった結果、「等価性の問題」への鈍感さをさらに強化して現れたのが、最密接関係法たる準拠法の趣旨を無視して、法廷地手続法への送致範囲を不当に拡大しているように思われる、上記の学説なのではないだろうか。

(2) 「等価性の問題」への過剰反応——「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険

「等価性の問題」に対して鈍感な学説が多く、石黒教授の学説も法律効果発生に要する「内外国家行為の等価性の問題」に射程が限定された

ものであることから、学説の「等価性の問題」一般についての理論的な詰めは、「準拠法の閉鎖的な解釈」が不当であると考えていたとしても、不十分であったように思われる。そして、そこを抜け穴として、皮肉にも、鈍感さとは正反対の現象が生じている。すなわち、「等価性の問題」への過剰反応を、しかも恣意的・機会主義的に、許す結果となってしまっている。それが、「特許を受ける権利」という文言は外国の特許を受ける権利を含まないとした、日立製作所事件最判平成18年10月17日²¹⁾であり、結論的には類推適用の決断によって救われたとはいえず、そこで排外的・閉鎖的に準拠法が解釈されそうになった危険は、こうして生まれたのではないだろうか²²⁾。「最密接関係法の趣旨の没却」の危険を、「等価性の問題」の理論的な

21) 前掲注1) 最判平成18年10月17日。

22) 最判が出る約一ヶ月前、大塚製菓のシロスタゾールに関する特許について事件である、東京地判平成18年9月8日平成17年(ワ)第14399号〔裁判所のウェブサイト (<http://www.courts.go.jp/>, 2006年12月22日最終検索。) 上の「裁判例情報」における判例検索システムより。〕は、契約の問題と性質決定し、「日本法が準拠法となる」(同53頁)としつつ、「外国の特許を受ける権利の承継に基づく対価請求権について、特許法35条3項の適用はないと解され、同項に基づく対価請求権は認められない」(同54-55頁)としている。その理由付けとしては、以下のように判示している。「まず、特許法には、外国の特許を受ける権利の承継に基づく対価請求権に関する規定がないだけでなく、外国の特許発明や外国の特許権に関する規定も全く存しない。また、特許法35条と同様に、『特許を受ける権利』について、その移転や担保権の設定、承継等を定める同法33条及び34条が、日本の特許を受ける権利のみを対象とすることは明らかである。さらに、特許法35条1項は、職務発明についての特許を受ける権利の承継の有無を問わず、使用者等が、当該特許権について無償の法定通常実施権を有する旨を定めるところ、特許権についての属地主義の原則、すなわち、各国の特許権は、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められるとの原則(最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁参照)によれば、特許権に対して無償の法定通常実施権のような権利を設定することは、日本の特許権についてのみなし得ることであると解さざるを得ないから、同条1項にいう『特許を受ける権利』及び『特許権』とは、外国の特許を受ける権利及び外国の特許権を含まず、日本の特許を受ける権利及び日本の特許権のみを意味するものと解される。そうすると、外国の特許を受ける権利の承継に基づく対価請求権についても同条3項が適用されるとすれば、同条3項にいう『特許を受ける権利』及び『特許権』には、外国の特許を受ける権利ないし外国の特許権も含まれることになり、同一の条文内で、『特許を受ける権利』あるいは『特許権』について、異なる解釈をするという不整合な事態を生ずることとなる。

そもそも、特許法35条は、職務発明について特許を受ける権利が当該発明をした従業者等に原始的に帰属し、これについての通常実施権が使用者等に帰属することを前提に(同条1項)、当該職務発明について、特許を受ける権利及び特許権の承継等とその対価の支払に関して、使用者等と従業者等のそれぞれの利益を保護するとともに、両者間の利害を調整することを図った規定である(最判平成15年4月22日民集57巻4号477頁参照)。すなわち、同条は、その1項において、使用者等には、特許を受ける権利の承継の有無を問わず法定の通常実施権が認められることを規定するものであり、そのことを前提として、当該特許を受ける権利等の承継等の対価の算定に当たっても、同条4項において考慮される使用者等が受けるべき利益は、通常実施できる限度を超えた独占の利益であると解するのが一般である。したがって、この前提を欠く外国の特許を受ける権利について、同条3項の規律対象となるとする見解は、同条に関する上記の理解を踏まえると、法解釈上、相当でないといわざるを得ない」(同53-54頁)。

ただし、外国の特許を受ける権利の譲渡等にもなう対価の請求に関して、準拠法たる日本の特許法35条の解釈論として請求を棄却した裁判例は、筆者の調べた限りでは他にはなく、前掲注1) 最判平成18年10月17日の原審である東京高判平成16年1月29日判時1848号25頁、味の素アスパルテーム事件東京地判平成16年2月24日判時1853号38頁、三菱電機のフラッシュメモリに関する特許についての東京地判平成18年6月8日判時1966号102頁では特許法35条が適用されて請求が認容されている。また、NTT-ATのタイプホイールに関する特許についての東京地判平成18年5月29日判時1967号119頁では、「本件発明2及び4により被告が受けるべき利益の額について、本件特許権5ないし10の外国特許

詰めの甘さが生んだ害悪の一つの極とすると、「準拠法の閉鎖的な解釈」——ある準拠法の解釈として、内国法が規定する法律概念に対しては法律効果を与えるのに、それと対応する外国法が規定する法律概念の全部または一部に対しては法律効果の発生を否定すること——の危険がもう一つの極であり、両者は同じ親を持つ子であるといえる。

4 本稿の目的

以上に問題の所在を見出す本稿の目的は、「等価性の問題」一般を理論的に検討することとなる。そしてその際、「等価性の問題」に対して、鈍感にも「準拠法の趣旨の没却」に陥ったり、過剰に反応して「準拠法の閉鎖的な解釈」を許したりしてはならない。そしてそのためには、「等価性の問題」の理論的な位置づけが明らかにされなければならない。より詳しく言えば、「等価性の問題」は、国際私法理論が解決すべき課題であるのか、それとも準拠実質法の解釈の問題として各準拠法に委ねられるべき問題であるのか、ということである。文字通り浅学な筆者には、手に余るものだが、「等価性の問題」の理論的検討の重要性に対する、問題提起の役割だけでも果たすことが出来ればと考えている。

なお、本稿は、特許法の国際的な適用関係に固有の問題についての考察を行うものではない。外国の特許を受ける権利に関してこれまで主に議論されてきた論点には、特許についての属地主義の原則の射程と国際私法上の法律関係の性質決定という論点と、法廷地の絶対的強

行法規としての特許法 35 条の適用可能性という論点の二つがあるが、前者については最判平成 18 年 10 月 17 日²³⁾によって判例法上決着が着いたということにして、特に問題とはしない。また、後者については、本稿の検討は準拠法の選択と適用に関する理論のみを対象とするものであり、それとは別枠で絶対的強行法規として適用される可能性は、それによって否定も肯定もされない。これは、また別の問題意識を持って、別に検討すべきことであると考えている。

つまり、最判平成 18 年 10 月 17 日²⁴⁾自体は「等価性の問題」の一例としてのみ扱われることになる。確かに、この判決自体には、特許法 35 条 1 項 2 項が外国の「特許を受ける権利」に適用されないという抵触法上の議論（と位置づけるべき議論）と、特許法 35 条 3 項 4 項の解釈という実質法上の議論とを混同しているのではないかという重大な問題がある²⁵⁾。本稿はこの点も批判的に指摘してはいるが、これは本稿の検討対象——「等価性の問題」——にとってはいわば寄り道に当たる。これは、カードリーダー事件最判平成 14 年 9 月 26 日²⁶⁾から連なる特許についての属地主義の原則の抵触法上の意義や、より一般化した抵触法と実質法との境界の性質決定といったものを検討対象とするときに、正面に置かれて検討される問題だろう。

II. 準拠法選択の目的、宿命と「等価性の問題」

まず始めに、準拠法選択が必要となる原因、目的から説き起こしつつ、その宿命として、なぜ、「等価性の問題」が生じるのかを考えてみる。

権によるものを含めて算定すること、上記実施料収入に対する本件各発明の寄与度が同等であることは、いずれも当事者間に争いが無い（同 54-55 頁）という事情の下、準拠法である特許法 35 条の解釈論は展開されないまま、上記の算定に基づいて請求が認容されている。ちなみに、この判決は、唯一請求を棄却した大塚製菓シロスタゾール事件東京地判平成 18 年 9 月 8 日と同じ東京地方裁判所民事第 29 部によって下されており、三名の裁判官のうち裁判長を含めた二名が同じであった。

23) 前掲注 1) 最判平成 18 年 10 月 17 日。

24) 前掲注 1) 最判平成 18 年 10 月 17 日。

25) 本稿 V. 2 を参照。

26) 最判平成 14 年 9 月 26 日民集 56 卷 7 号 1551 頁。

準拠法選択が必要となる原因と目的——各国法の異質性と「遵法義務」の衝突

1 目的——各国法の異質性と「遵法義務」の衝突

各国の法は、その内容も違えば、それを支える考え方も異なるだろうし、特定の問題についての法的な結論も分れずにはいられないだろう。そもそも、もし世界中の法がどれも同じ結論に落ち着くなら、わざわざ準拠法を選択する必要はないかもしれない²⁷⁾²⁸⁾。少なくとも、抵触法を論じるときには、各国法の間異質性を前提にして論じることになる、とはいえるだろう。

ただし、各国法が異質であれば直ちに準拠法を選択すべきことに、論理的になるわけではない。鎖国政策の下では、国内では国内法だけを適用し、外国法は外国だけで適用される事実を過ぎないものとして、国内では適用されないも

のとすることも、その国の法政策的には可能かもしれない。しかし、今日の国内社会は、私人の国際的な活動がもたらす大きな利益——それは、経済的な活動だけでなく、人間的な交流、情報の流通によっても、もたらされている——によってその豊かさを支えられている以上、国内法秩序と外国法秩序の二重、三重の「遵法義務²⁹⁾」——それらの要求は、ときに衝突し両立不可能である——を現実を負うことになるというコストを、国際的に活動する私人（外国で主に活動する外国人も当然含む）だけに負担させて国内社会が放置することは、「ただ乗り（free riding）」として普遍主義的な正義の理念に反するだろう³⁰⁾³¹⁾。少なくとも国内社会において国際私法が準拠法を選択することは、「正義への企て」としての法にとっての義務にまで、そして、国際的活動をする私人の権利にまで、高められるといえるかもしれない³²⁾。

27) 最判昭和34年12月22日家月12巻2号105頁は、「中華民國政府の公布施行している民法一一三八条、一一四四条は妻及び子が共同して遺産を相続するものと規定しているし、前点所論の中華人民共和国政府の法令によるべきものであるとの立場に立つても、同政府の公布施行している法令中には、この点に関する別段の規定を認めえないし、中華民國政府の右記規定と異別の趣旨に出でているものも条理上にわかに解し難いから、いずれの政府の法令の適用があるにせよ、上告人らが相続により本件建物を所有するものとしてこれが取去を命じた原判決の終局の判断は正当たるに帰し、論旨は結局理由がないことに帰する」とする。

28) しかし、石黒・前掲注4)103頁以下の「2.6 統一法と国際私法」を参照。現実の統一法作成の困難だけでなく、一元的な有権解釈機関に全ての国が服従しない限り、統一法もその解釈は分裂せざるをえず、完全な法の統一は実現できないため、準拠法選択の必要は残り続ける。さらに、一元的な有権解釈機関の実現によってついに完全な世界統一法秩序を実現できたとしても、そこは逆理想郷かもしれない。よって、準拠法選択の意義は残る、いや、むしろ残すべきだ、とも考えられる。すなわち、井上達夫『普遍的再生』(岩波書店、2003)132頁以下の世界政府——そこでは、「自由の最後の保障というべき退出可能性がなく」、「権力の民主的統制可能性も、すなわち退出しえない人々が告発によって統治を下から変革する可能性も、既存の分立する諸国家の場合以上に弱められ」、「世界連邦政府は単独の覇権国を統制できたとしても、多くの弱小諸国に対する一群の強国・大国の集团的覇権を現在よりもさらに強化してしまう」——の問題点を参照。

29) ここでいう「遵法義務」とは、倫理的な存在である個人にとっては、その社会の正義への企ての参加者として、社会的決定である法の決定に従うべきであるとする、サンクションへの恐怖とは別の、倫理的な理由——同意、フェアプレイなど——があり、その理由は個人が自律的な決定を下す際にも、一つの価値として無視し得ない重みを持つことになる、という状況を表現した言葉である。法に従う法的な義務があるというトートロジーを表現したものではない。フィリップ・ソウパーが考えるように、「遵法義務の存在こそ法の規範性の根拠である」〔横濱竜也「遵法義務論と法の規範性——ソウパーの議論を手掛かりに」『宗教と法—聖と俗の法文化—』法哲学会年報(2002)193頁、198頁(2003)〕とするならば、どこの国の法が規律すべきかという問題を扱う抵触法においても、「遵法義務」が重要な意味を持つことになるのではないだろうか。本稿における国際私法の目的についての試論は、このような問題意識に基づく。

30) 遵法義務が衝突する具体的な状況については、例えば、石黒・前掲注4)41頁以下の「2.2 準拠法選択を論ずる具体的意義——国際金融紛争を例に」における米国の資産凍結措置をめぐる問題、石黒・前掲注15)22頁以下の「2.2 域外適用をめぐる国際紛争事例の諸断面」における域外適用と対抗立法をめぐる問題を参照。

31) 正義理念が「ただ乗り」排除を要請することについては、井上達夫『法という企て』(東京大学出版会、2003)3頁以下の「第1章〈正義への企て〉としての法」、特に18頁以下を参照。

32) ただし、独立した主権国家として外国国家が行う法適用との兼ね合いもあり、必ず私人の遵法義務の衝突を回避できるわけではない。本文ですぐ後述する留保の存在だけではなく、各国の国際私法、つまり準拠法選択の規則が既に異なっている。

2 準拠法選択の限界——民事と非民事の区別

しかし、留保を付け加えなければならない。以上で準拠法選択という法技術の目的として試論的に位置づけてみた「私人の負う遵法義務の衝突」の緩和という価値も、現実には国内社会全体の利害を理由として後退している。例えば、刑法2条以下が国外犯の規定を設け、刑法5条が「外国において確定裁判を受けた者であっても、同一の行為について更に処罰することを妨げない」とするように、たとえ外国で不可罰とされており、その反射として一般的な行為の自

由が認められていることと衝突することになったとしても、内国の刑法上の行為義務を課することが予定されている³³⁾。租税法においても、国際二重課税を回避する仕組みはあるが、内国の租税法規の適用範囲だけが基本的には問題となる。外国独禁法の違反に対して、内国で行政処分がなされることもない。現行法上、準拠法が選択されるのは、内国から見た民事法上の生活事実関係に限った話である³⁴⁾。さらに付け加えると、その民事の訴訟においても、いわゆる法廷地の「絶対的強行法規³⁵⁾」は、準拠法選択に関わりなく法廷地において適用されるとされているのである³⁶⁾。

33) 最判昭和28年7月22日刑集7巻7号1621頁は、「憲法三九条は、同一の犯罪につき、わが国の憲法による裁判権によつて二重に刑事上の責任を問うことを禁じた趣旨と解すべきである。すなわち、同一事実についての前の裁判と後の裁判とが、共にわが国の裁判権にもとづくものである場合にはじめて、憲法三九条の定める二重問責の禁止にふれるものといわなければならない」(同1623頁)とする。

34) 民事と非民事の区別については、石黒・前掲注15)8頁以下の「1.3 抵触法上の民事・非民事の基本的区別について」、石黒一憲『『国境を越えた執行』の諸相——『外国判決の承認・執行』と『執行共助』との理論的境界をめぐって(上・下)』貿易と関税39巻11号46頁(1991)、39巻12号48頁(1991)〔石黒一憲『新制度大学院用 国際私法・国際金融法教材』(信山社、2004)1頁所収]を参照。

35) 絶対的強行法規について、法の適用に関する通則法の立案担当者による解説である小出邦夫編著『一問一答 新しい国際私法』(商事法務、2006)157頁では、「一定の政策的な目的を達成するために明確な適用意思を有し、準拠法のいかんにかかわらず適用される法規を、講学上絶対的強行法規といいます。我が国においては、独占禁止法、外国為替及び外国貿易法、消費者・労働者保護関連法規、借地借家法等の中の規定がこれに当たると解されています」と解説されている。これに対しては、石黒一憲『国際私法の危機』(信山社、2004)43-49頁を参照。「絶対的強行法規」について、正確には、石黒・前掲注4)46頁以下、個別の論点としては石黒・後掲注156)を参照。裁判例としては、前掲注22)味の素アスパルテーム事件東京地判平成16年2月24日が、「いずれの準拠法選択をした場合であっても、絶対的強行法規の性質を有する労働法規は適用されるべきであるところ、特許法35条もまた、上記の性質を有する労働法規と解される。〔改行〕そうすると、本件各発明に係る特許を受ける権利の承継の対価請求の準拠法は、いずれにせよ、我が国の法律であると解するのが相当である」とする。ただし、絶対的強行法規は、準拠法選択の論理とは異なる、法廷地の規制の論理から適用されるものであって、両者を混同する表現——「準拠法は、いずれにせよ」——は不適切と思われる。前掲注22)東京地判平成18年9月8日は、「なお、仮に、特許法35条3項が、使用者等による支払額を補完するものとして片面的に適用されるという強行法規的な性格を有すること、あるいは、使用者等と従業者等との間の雇用関係を規律する労働法規的な性格を有することなどを理由として、我が国における職務発明の対価請求について、抵触法的処理による準拠法決定を経ずに直接的に適用されるとの見解に与するとしても、同様の結論となる」(前掲注22)53頁)とし、絶対的強行法規という用語は用いていないものの、こちらの方が正確な記述であると思われる。「絶対的強行法規」という呼び方自体は石黒教授の造語であり(石黒・前掲注35)『国際私法の危機』38頁を参照。)、横溝大「知的財産における属地主義の原則—抵触法上の位置づけを中心に」知的財産法政策学研究2号17頁、33-34頁(2004)の注16)は、「学説上は、『即時介入法規』『介入法規』『絶対的強行法規』等様々な名称で呼ばれるが、以下では便宜上この言葉〔強行的適用法規〕を用いる。『絶対的強行法規』という用語は『相対的強行法規』の存在を前提にした用語であるが……、抵触法上『相対的強行法規』という概念が特に必要であるとは思われない。そこで、『強行法規』と呼んでも差し支えないように思われるが、実質法上の強行法規と混同しないため、敢えて異なる名称を用いることにした」とされている。

36) 「外国公法不適用の原則」なるものが存在するとする見解がある〔道垣内正人「国境を越えた知的財産権の保護をめぐる諸問題」ジュリスト1227号52頁、53頁(2002)の注10)、道垣内・後掲注47)70頁以下を参照〕。さらに、河野俊行「外国特許を受ける権利に対する特許法三五条の適用可能性について——国際私法の視点から——(一)」民商法雑誌132巻4・5号126頁、137-138頁(2005)は、「あらゆる強行法規が準拠法の一部として適用されるわけではない。ヨーロッパ大陸型国際私法(サヴィニー型国際私法ともいえよう)の基本的な発想では、準拠法決定・適用メカニズムは『内外法が平等である』ことが大前提なのであり、ドイツ国際私法の系譜を継ぐわが国の国際私法も同じ前提をとる。それゆえこのメカニズムで決定された準拠法は内外平等である法、すなわち普遍性をもつ法なのであり、従ってかかる準拠法の一部として適用さ

3 準拠法選択の宿命——事案の分断と「等価性の問題」

以上の留保はあるが、とにかく現代の日本社会においては、各国法の異質性が準拠法選択の必要性を理由付ける。しかし、各国法の異質性は、同時に、準拠法選択に難問を突きつける原因でもある。各国法の結論が異なり、準拠法選択の結果が大きく結論を左右するため、最も密接な関係を有する法について、一義的にどこかといえない場合や、複数考えられる場合には、all or nothing の悩ましい決断をせざるをえない。そこで、問題となる生活事実関係ごとの性質にあわせて、それぞれ相応しい準拠法を別々に選択した方がよい、と考えられる（事案の分断、または単位法律関係によるモザイク的規律）。しかし、今度は、別々の準拠法を選択したことで生じる、異質なそれぞれの適用結果を、うまく調和させることの困難さに悩まされることになる。

「等価性の問題」は、この宿命的な悩みの一つである。各国法の固有の趣旨を尊重し、その間の異質性を真剣に受け止めるならば、ある準拠法上規定されている法律概念は、たとえ別の準拠法上のある法律概念と同一の語や訳が与えられていたとしても、直ちに同一のものとはみなせない。極端なことをいえば、各国法上の法律概念の中には、同じものは何一つないといえるかもしれない。究極的には、そこを出発点として、「等価性」を探求していくことになるはずである。それでは、一体、どうすればよいのか。この次は、準拠法の選択・適用のプロセスにおいて、そのプロセスを構成するものとして、国際私法理論上磨き上げられて来た法的諸技術には、何ができるのかを考えてみる。

れる強行法も、普遍的な性格をもつ強行法に限られることになる。……労働法制は各国が自国の社会状況に即して選択決定するものであり（すなわち普遍性を欠く）。……（つまり準拠法決定プロセスにはのらない）」とし、絶対的適用法規は法廷地のものですら準拠法選択を通しては適用されないとするかのようなものである〔河野・同 142 頁は、「私見は、外国の労働法的法規の適用までも主張するものではなく、あくまでわが国の労働法規の適用場面に限定した議論である」として、強行法規の特別連結論を否定する。ということは、日本と全く接点を持たない労働契約に関する民事紛争が、日本の裁判所に係属した場合には、どこの国の労働法的法規も適用されず、一般の契約法によって解決がなされると主張されるのであろうか。また、法の適用に関する通則法 12 条（労働契約の特例）は「その強行規定をも適用する」としているが、ここでいう「強行法規」からは、河野教授のいう「準拠法決定プロセスにはのらない」労働法的法規は除かれているという趣旨なのであろうか。それとも、法の適用に関する通則法の制定によって、「ヨーロッパ大陸型国際私法（サヴィニー型国際私法ともいえよう）の基本的な発想」が変化させられて、7 条（当事者による準拠法の選択）によっても「準拠法決定プロセスにはのらない」はずの労働法的法規が適用されることになったとされるのであろうか。とにかく、河野教授の見解が以上のようなものだとすると、疑問の多い見解といわざるをえない。それに対して、石黒・前掲注 4) 46 頁以下は、外国の絶対的強行法規も、赤裸々な公権力の行使の部分でない限り、私契約に影響する部分であれば、内国の裁判所で準拠法選択を介して適用されうるとする。つまり、絶対的強行法規も準拠法として選択されるが、法廷地の絶対的強行法規だけは別枠で直接適用され、また外国（絶対的強行）法規のうちの公権力性の高いもの——公益性の高いものということではなく、公権力性の高さである——の適用が例外的に排除される、ということである。米国州法にみられる制裁目的の懲罰的損害賠償の規定が、赤裸々な公権力の行使としての非民事法または公法であって、日本の裁判所で適用されないことについては、日本の学説においてあまり異論はないと思われる（カリフォルニア州判決の懲罰的損害賠償を命じる部分につき、「我が国の公の秩序に反するから、その効力を有しない」として外国判決の承認・執行も認めなかった最判平成 9 年 7 月 11 日民集 51 卷 6 号 2573 頁をめぐる議論を参照。学説上は、判決の非民事性から承認対象としての適格を否定する見解が有力である）。しかし、問題は、その外国法規が法廷地で適用されるか否かを分ける、民事法と非民事法または公法と私法の境はどこにあるのか、そしてその適用が排除されるそもその理由は何なのか、にある。その境界線の解明の試みとして、石黒・前掲注 34) 『『国境を越えた執行』の諸相——『外国判決の承認・執行』と『執行共助』との理論的境界をめぐって（上・下）』を参照。石黒教授は、適用排除の理論的な根拠を、国家管轄権論上の内国の執行管轄権侵害と位置づけ、外国の立法管轄権の侵害や外国の国内問題への不干涉による国際法違反、外国へのコミティ（国際礼讓）にあるわけではないとされている。ここでは、法廷地の絶対的強行法規の適用と、公権力性の強い外国法規の適用排除とは、裏表の関係にあるわけではなく、別の理論に基づいているということに注意しなければならない。

Ⅲ. 準拠法の選択、適用過程を構成する法的諸技術による「等価性の問題」への対処

1 法律関係の性質決定

伝統的な国際私法の体系においては、第一に、ある生活事実関係の存在が確認され、その国際私法上の性質が評価される（法律関係の性質決定）。これは、抵触法規範——それは、要件の存在によって効果が発生するという構造を有する実質法規範とは異なり、生活事実関係の性質を決定することで連結点が見出されるという構造を有する——のうちのどの法規範が、問題となっている生活事実関係に適用されるか、という抵触法規範の解釈の問題である。このとき、全体をいくつの事案に分断すべきか、言い換えれば、どのような単位法律関係に分解されるのか、それとも分解されないのか、の評価もなされる。

解釈論の際に、できる限り事案の分断を回避し、全体を一つの法律関係と性質決定することで、「等価性の問題」が出現すること自体を回避する努力をすることができる³⁷⁾。しかし、どれが最も密接な関係を有する法かを考えたときに、やはり事案を二つに分断させるべき場合がある。

2 連結点の確定と準拠法の選択

第二に、性質決定の結果、適用されるべき抵触法規範が決定され、連結点が明らかとなると、この生活事実関係においてそれはどこに所在するかが判断される。つまり、抵触法規範中の連結点の意味の解釈と、その事実への適用がなされる。この連結点が所在する場所の法が、準拠法となる。

具体的な事案において、準拠法選択上の一般条項である「最も密接な関係がある地の法³⁸⁾」を最大限活用して、別々の単位法律関係であっても、なるべく統一的な準拠法を選択することで、「等価性の問題」が出現すること自体を回避する努力をすることができる³⁹⁾。しかし、このときにも、やはり二つの準拠法を選ばざるをえない場合がある。

3 準拠法の解釈、適用と第二段階の性質決定

第三に、適用すべき実質法規範が確定され、適用される。これは、純粹国内事案では、思考経済を抜きに考えれば、あらゆる法規範を実際に解釈・適用してみて、その結果をみる作業になる⁴⁰⁾。例えば、ある認定事実に適用される法規範が、民法 891 条（相続人の欠格事由）（P

37) 石黒・前掲注 4) 37 頁は、「別々にそれぞれ 2 つの準拠法が登場することを必然と考えるのが私の立場ではなく、むしろ、『準拠法選択上の事案の分断』を最小限に押さえる〔原文ママ〕観点から、極力準拠法（実体準拠法）を一本化すべきだ、というのが既述（前出・注 75）の本文の如く、私の基本的な考え方である」とする。

38) 法の適用に関する通則法 8 条（〔法律行為の〕当事者による準拠法の選択がない場合）、12 条（労働契約の特例）、25 条（婚姻の効力）、38 条（本国法）、40 条（人的に法を異にする国又は地の法）を参照。また、明らかにより密接な関係がある地がある場合の例外につき、15 条（事務管理及び不当利得）、20 条（不法行為）も参照。

39) 石黒一憲『国際私法 新版』（有斐閣、1990）73 頁は、「例えば契約準拠法と不法行為準拠法とを別々に選択するというような形で事案の分断をなすべき場合にも、具体的に選択される準拠法を極力同一の国の法とすることに、意を用いるべきであろう」（傍点は省略）とする。また、その際に一般条項の活用が示唆されていることは、石黒・同 104 頁以下が、「準拠法選択上の一般条項……の登場により、先決問題論という問題枠組自体が止揚され、従属連結説とそれをめぐる様々な議論も、結局は例外的事案の救済を行う場合のポリシー分析上のある種の型として、それが発展的に解消される運命にあると見るべきものなのである。〔改行〕もっとも、いわゆる従属連結説が結果として機械的な事案の分断に警鐘を鳴らし、かつ、二つの問題の間に主・従（主要（本）問題と先決問題）の関係のあるときにはむしろ主要な問題にウェイトを置いた準拠法選択をなすべきだとする一つの方向を示したことは、統一的な生活事実関係について不必要な準拠法選択上の分断を避けるべきだとの見地（七〇頁以下）からは、それなりに評価すべきものを含んでいたと言えるであろう」（傍点は省略）とする部分を併せると読みとれるだろう。

40) 大村敦志『基本民法 I 総則・物権総論（第 2 版）』（有斐閣、2005）352 頁が、「P ならば Q である（P→Q）」（大前提）かつ「p は P である（p→P）」（小前提）、よって「p ならば Q である（p→Q）」（結論）という「三段論法は、試

→Q)なのか、民法802条(縁組の無効)(R→S)なのかは、それが「故意に被相続人を死亡するに至らせ、刑に処せられた」という事実(p)に適用されるときでも、民法802条(R→S)を実際に解釈・適用してみても、要件事実には当てはまらないから法律効果は発生しないと考えればよく、さらにいえば、実は、民法802条が適用法規かどうかを知る方法は、実際に解釈・適用して法律効果発生の有無をみる以外にはない。ただ、要件事実がないことが一見明白だから、民法802条は適用法規ではないと常識的に思えるだけである。

しかし、準拠法として適用すべき実質法規を確定するときには、純粋国内事案の場合とは異なり、以下の特殊な考慮が必要になる。ある生活事実関係(または、単位法律関係)の準拠法としては、その生活事実関係を規律する実質法規しか適用されず、国際私法上分断された別の生活事実関係を規律する実質法規は、結果的に同じ準拠法が選択されない限り、適用されない。つまり、準拠法としては、その国の全法規中の一部しか適用できず、適用できない法規があり、それは性質決定段階で決まる、ということになる。これは、純粋理論的には、第一段階の性質決定の結果として既に決まるはずのものであり、第一段階の性質決定と一体のものであることは確かである⁴¹⁾。しかし、準拠法となった法の実質法規中、準拠法として

適用されるのは一体どの法規までか、言い換えれば、問題となっている生活事実関係を規律する法規として、国際私法の視点から評価できるのは一体どの法規までか、という形で記述し直されることで、初めて自他共に理解可能なものとなると考えられる(第二段階の性質決定、選択された準拠法への具体的送致範囲⁴²⁾)。

「等価性の問題」は、準拠法を解釈・適用する場面で、法律要件として法律概念が用いられているときに現れるといえる。また、この場面では、国際的事案においては、準拠法への具体的送致範囲が画されることで、純粋国内事案のように準拠法所属国の法の中のあらゆる法規を適用できるわけではないという意味で、純粋国内事案の法解釈・適用とは異なった制約があるということが出来る。第二段階の性質決定による、この準拠法解釈・適用の制約とも考えられるものが、「等価性の問題」にどう影響するかは考えてみる必要があるだろう。

(1) 準拠法の解釈による「等価性」の探求

いかに各国法が異質でも、「準拠法の解釈」の結果、そこで規定されているある実質法規のいう法律概念が、他国法上の法律概念までも含んでいると解されれば、そこでは「等価性」が認められたということが出来る。この意味で、ほとんどの学説は、「等価性の問題」は準拠法の解釈の問題であると位置づけている^{43) 44)}。

また、準拠法の解釈としては、準拠法上の法

行錯誤のすえによりやく発見(あるいは構成)された結果を表現しただけのことである。『PならばQである』という法規があるとしよう。だが、法命題ならば、『RならばSである』もある。なぜ、この命題ではなくあの命題なのか。大前提である法規の選択は自明とは言えない。次に、『pはPである』。しかし、事実ならば、pのほかにもp'やp''もある。なぜ、この事実ではなくあの事実なのか。小前提である事実の確定もまた、一義的になしうるわけではない。つまり、法適用を行う者は、三段論法の完成に向けて、大量の法規(r)の中から適切なもの(R)を選び出し、同時に、混沌たる事実(f)の中から意味のあるもの(F)を選び出す、そして、その上で両者を照合するという操作を行う必要があるのである」とすることを参照〔厳格には、大前提と小前提に加えて、事実認定の結果である「pである(p)」が「存在借定(existential presupposition)」として隠れた前提となっており、「Qである(Q)」が真とされることで、Qという法律効果が発生することの論証は完成する〕。

41) 神前ほか・前掲注3)37頁〔元永和彦〕は、「性質決定が適正に行われていて、当該準拠法によるものとされる法律関係が適切に切り取られていれば、それに適用可能なものすべてを適用しても特に問題はないと思われる」とする。しかし、ここで「それに適用可能なもの」というときの「それ」とは法律関係のことだとすれば、法律関係にどの法規が適用可能かどうかの問題は、事実法に法規が適用可能かどうかの問題のように、適用不可能な法規が実際に適用されたとしても法律効果が発生しないだけなので何の弊害もない、というわけではないことに注意しなければならない。

42) 石黒・前掲注4)36頁以下、163頁以下の「3.1 国際私法上の性質決定」を参照。

43) 後述の「相続と養子の事例」につき、折茂・後掲注47)国際私法外交雑誌42巻4号32-33頁は、「ドイツの学説の態度をもって、正当なものとかんがふべきであらう。すなわち、問題は、……相続準拠法たる実質法の解釈問題に帰着するものとかん

律概念には、純粋国内的なものだけでなく、あらゆる国の法上の法律概念も含むものとして解釈されるのが、国際的な活動をする私人を支援するためには、望ましいといえるし、また、立法にあたっては、そのようなものとして、立法されるのが望ましいとはいえる。

しかし、反対に言えば、準拠法の解釈の結果として他国法上の法律概念を含んでいないと解されてしまえば、「等価性」は否定されるということでもある。そして、通説的な準拠法の解釈方法——その国で行われている通りに解釈する——からすると、そう解釈される危険は常につきまとう。これに対して、法廷地の国際私法は、指をくわえて見ていることしか出来ないのだろうか。

各準拠法への送致範囲の解釈的操作によ

(2) る「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険の回避

石黒教授は、法律効果発生のために要する国家行為の問題をも、「場所は行為を支配する」の原則の沿革とその価値判断——実質的成立要件の準拠法によれば、法律効果を発生させるためには外国へ行くしかない私人に対して、その不便を救済する必要性——がまさに妥当するこ

とを理由に、法律行為の「方式」と性質決定される。この結果、法の適用に関する通則法 10 条 1 項、34 条 1 項の「当該法律行為の成立について適用すべき法」上要求される国家行為か、10 条 2 項、34 条 2 項の「行為地法」上の国家行為のどちらかを備えればよいことになる（選択的適用）。言い換えれば、成立の準拠法上の国家行為と行為地法上の国家行為の間の「等価性」を肯定し、前者の后者による「代替」を可能にする解釈論が導き出されることになる⁴⁵⁾。

以上は、法廷地の国際私法の解釈として、方式の準拠法への送致範囲を拡張的に操作することによって、「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険の回避を実現した一つの例とみることができ。ただし、これが可能になったのは、方式の準拠法については、「行為地法」との選択的適用が認められているという特別な事情があったからである。

法の適用に関する通則法 24 条 3 項但書は、婚姻の方式について、「婚姻挙行地の法」（24 条 2 項）上の方式と「当事者の一方の本国法に適合する方式」（24 条 3 項）との間の「等価性」を、「日本において婚姻が挙行された場合にお

がへるべきであらう。……かくて、フランスの学者においても、問題は結局、相続準拠法たるフランス実質相続法の解釈のそれとしてとりあつかわれてあるものとみうるであらう」（ただし、旧漢字は新漢字に改めた。以下でこの文献を引用するときにも、特に断ることなく同様に改めることにする。）とする。石黒一憲「国際養子縁組・養子縁組の諸問題」島津一郎教授古稀記念『講座現代家族法』（日本評論社、1991）387 頁、413 頁の注 79）は、「いわゆる Substitution の問題は要するに当該準拠法（lex causae）の解釈問題に帰する（Sonnenberger, supra, 182 ; Birk, Munchener Kommentar, supra note 44, at 1393）」とする。

44) ノイハウス（櫻田訳）・前掲注 12) 361 頁は、「実質法によって本来意図された内国の法現象（Erscheinung）に対しての外国のその『代用（Substitution）』は、技術的な意味における真の先決問題をなんら含んでいない。確かにこの場合にも準拠される実質規定の法律要件は純粋に記述的な表現に代えてある法概念を用いている。しかしその際に問題とされているのはなんら抵触法上の問題ではなく、むしろ実質法上のそれである」とする。ただし、ノイハウス（櫻田訳）・前掲注 12) 363 頁では、「代用の問題は個別的には、たとえば養子の相続権が問題とされあるいは外国において行われた養子縁組の相続準拠法による養子縁組との原則的な等価性や養子縁組の具体的な有効性が検討されなければならない場合（縁組に際して相続権に思いが及んだのか）には、真の先決問題と重なることがある」とする。そこで、ノイハウスにおける「真の先決問題」の位置づけを見てみると、ノイハウス（櫻田訳）・前掲注 12) 355 頁は、「準拠法の抵触法を介入せしめるのが先決問題に解答を与えるのに首尾一貫した方法である。一度特定の法秩序が適用を定められるとその実質規定に用いられた法概念においてどのような内容を有するか、たとえばあるビジネスマンの『商人（Kaufmann）』としての資格が、常にその法自らの実質法的基準によるのか又は本国法の基準、あるいはその者の営業所の所在地法により判断するか否か、も又その法に委ねられるべきである」とし、準拠法所属国の国際私法を用いてその法概念の内容を探索するという意味では通常の「準拠法の解釈」とは異なるが、「真の先決問題」を「準拠法の解釈」の延長として捉えているといえる。つまり、ノイハウスは「等価性の問題」を「準拠法の解釈」またはその延長（である真の先決問題）として位置づけているといえるのではないか。ヴェングラーの先決問題論についての本稿Ⅲ．4 (1) を参照。

45) 石黒・前掲注 14) を参照。

いて、当事者の一方が日本人であるとき」には認めない。ただし、たとえ、「婚姻の成立」の準拠法である各当事者の「その本国法」(24条1項)——ただし、ここで問題となるのは、日本人でない一方当事者の本国法だけである——が、その本国の国家行為しか婚姻成立の要件として認めないというように閉鎖的に解釈されたとしても、どの国家の行為が必要かという問題を「方式」と性質決定し、「婚姻挙行地の法」への送致範囲に完全に含めることが出来るため、婚姻挙行地法上の国家行為によって婚姻を成立させることができる。よって、「婚姻の成立」の準拠法所属国の国家行為がなければ婚姻成立を認めないというように、本国法が閉鎖的に解釈される場合の不利益は回避できる。しかし、全てを「婚姻挙行地の法」に委ねた結果、今度は、挙行地の国家の行為——婚姻の届出に対する、日本の戸籍事務を所掌する市町村長の受理——がない限り婚姻の成立を認めないというように、婚姻挙行地法である民法739条(婚姻の届出)が閉鎖的に解釈される弊害が生まれることになる⁴⁶⁾。

以上からわかるように、二つの準拠法が登場する場面で「等価性の問題」をめぐる不都合が生じたときに、「各準拠法への送致範囲」の解釈的操作によって出来ることは、性質決定の結果として選択的適用が認められるような特別な事情がある場合は別として、基本的には次のようなことであるといえる。すなわち、最も密接な関係を有するといえる一方の準拠法に問題と

なっている部分を完全に送致し、問題となっている法律概念が二つに分かれてしまわないようなどころで、いわば二つの準拠法の切断面を完全に分離することによって、他方の準拠法についての「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険を回避しつつ、一方の準拠法についての「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険は、それが最密接関係法であるがゆえに甘受するということである。

4 先決問題

養子縁組の準拠法であるインド法上、嫡出子がいる者を養親として適法に縁組を結んだ養子について、その養親の相続問題の準拠法である養親死亡当時の1925年のフランス法が、「養子」に相続権を与えてはいるが(フランス民法旧357条)、そもそも嫡出子がいる者が「養子」をとることを禁止する規定(フランス民法旧344条)を持っていた場合には、フランス法上の相続権を主張できないのか。

この事例は、1931年4月21年のフランス破産院審理部の判決を基にしたものであり、「等価性の問題」の古典的な事例としてよく引用される⁴⁷⁾。以下では、「相続と養子の事例」と呼ぶことにする。

この「相続と養子の事例」は、相続準拠法が法廷地法ではなく外国法であった場合には、いわゆる先決問題をめぐる議論の射程に入ってくる。言い換えれば、先決問題の準拠法を指定するのが、法廷地の国際私法か準拠法所属国の国

46) 澤木敬郎=南敏文編著『新しい国際私法——改正法例と基本通達——』(日本加除出版, 1990) 75頁は、「日本人・外国人間の婚姻届を在日の外国領事館が受理した場合であっても日本の戸籍吏に届け出ない限り婚姻は成立していないものとするはず」とする。法例13条3項但書(法の適用に関する通則法24条3項但書)の立法趣旨について、澤木ほか・同8頁は、「日本人と外国人とが日本で婚姻を挙行し、その方式を外国人の本国法に準拠した場合、このような婚姻をも方式上有効と認めると、報告的届出のなされないかぎり、その婚姻が日本の戸籍に搭載されないことになる。これは、日本人の身分関係を可能なかぎり正確に戸籍に反映すべきだとする要請に反することになるし、他方で、日本で婚姻を挙行する以上、当事者に婚姻の届出を要求しても不当に過大な負担を強いることにはならないと考えられる。そこで3項但書は、婚姻当事者の一方が日本人であり、かつ婚姻挙行地が日本である場合には、婚姻の相手方である外国人の本国法の定める方式によることを認めず、婚姻挙行地法である日本法によるべきものとしている。戸籍制度の運用に配慮した規定のひとつの場合である」とする。

47) この事例を検討するものとしては、折茂豊「国際私法における養子の相続権について——フランスの一判例を中心として——(一・二)」国際法外交雑誌42巻2号1頁, 42巻4号17頁(1943)を参照。また、久保・前掲注8)181頁以下、三浦正人『国際私法における適応問題の研究』(有斐閣, 1964) 268頁以下、石黒・前掲注43)、道垣内正人『ポイント国際私法 総論』(有斐閣, 1999) 122頁以下を参照。

際私法かによって結論が異なりえるため、議論の実益がありえる事例となる⁴⁸⁾。そして、本問題と先決問題との間の関係に関する理論は、法廷地国際私法説か本問題準拠法所属国国際私法説かの議論の実益にかかわらず当てはまり、「等価性の問題」の構造を理解する上で参考になる。ただし、先決問題の準拠法を指定する抵触法の問題については、最判平成12年1月27日⁴⁹⁾によって判例法上決着がついたと考えるため、法廷地国際私法説が正当なものであることを前提として議論を進める⁵⁰⁾。

(1) 先決問題による「等価性」の探求

先決問題の準拠法を指定するのはどの国際私法かという問題について、準拠法所属国国際私法説には、メルヒオールのような反致的な発想を基礎とするものもあるが、それとは発想の全く異なるものもある⁵¹⁾。その代表的論者、ヴェングラーが、先決問題と題して論じているのは、「準拠法の解釈」としての法律概念の内容の探求、そして、内外の法律概念の「等価性の問題」であるといえる⁵²⁾。

ヴェングラーによれば、先決問題とは、本問題の準拠法上のある（実質）法規の規定する要件の内容についての問題であり、少なくとも法

廷地の国際私法が介入する余地はない。それでは、本問題準拠法所属国の国際私法が介入する余地もないのではないかとも思われるが、ヴェングラーはそうは考えない。なぜなら、本問題準拠法上のある法規が、法律効果発生のための要件として、事実概念ではなく、法律概念を用いているとき、それはある法規の要件の内容を別の法規に委ねているとみることができ、ここには法規と法規の間の適用関係をどう規律するかという問題——ヴェングラーは、法規間の法政策的関連性を保ちながら、その適用関係の規律をすることが国際私法の機能・本質と考えており、いわゆるサヴィニー型の国際私法が法律関係を対象としているのとは異なって、法規を対象とする⁵³⁾——がある。そして、本問題準拠法の内部で生じた法規間の適用関係を、法規間の法政策的関連性を維持しつつ規律できる抵触法はどれかといえば、当然に本問題準拠法所属国の国際私法であるということになる。

ただし、実はヴェングラーは、相続準拠法への送致範囲に関する、論理必然というわけではない前提を、出発点としていることに注意しなければならない⁵⁴⁾。

48) 例えば、ノイハウス(櫻田訳)・前掲注12)355頁が、「先決問題の問題は、それほど頻繁に生じるものではない。なぜなら、稀にしか一致することのない三つの前提要件があるからである。つまり、第一に本問題に外国法が適用されなければならない(そうでないと法廷地法と準拠法が一致する)。第二に外国抵触法が法廷地の相当する抵触規定とは別の法秩序の適用を結果としてもたらさなければならない。第三に考慮される両法秩序が内容的にも相違していなければならない」とすることを参照。

49) 最判平成12年1月27日民集54巻1号1頁。

50) ただし、折衷説が否定されたとは必ずしもいえないとする見解もある。松岡博「判批」私法判例リマークス22号138頁、141頁(2001)、佐藤やよひ「ヴェングラーの先決問題理論とその国際私法理論」甲南法学40巻3・4号229頁、242頁(2000)の注10)を参照。

51) メルヒオールの見解については、久保・前掲注8)138頁以下、佐藤・前掲注50)239頁以下を参照。特に佐藤・前掲注50)241頁は、「メルヒオールの準拠法説は法廷地法説に極めて近似したものであって、むしろ例外的に準拠法所属国の抵触法の適用が認められる場合のあることを示唆するにすぎないものと言い得るであろう」とする。また、準拠法所属国国際私法説の理論的な可能性について、三浦正人「国際私法上の先決問題について」国際法外交雑誌66巻2号1頁、26頁(1967)は、「以上の考察において、わたしは、先決問題に外国法の抵触規定を適用することは、技術的には可能であるけれども、現行国際私法の構造としては一般論的には是認されないという点で、反致論に対すると同様な批判が当てはまることを述べた。しかし、抵触規定の送致について、foreign court theoryのような立場をとれば準拠法〔所属国国際私法〕説は、理論化できないわけではないことを認めた」とされる。

52) ヴェングラーの見解については、桑田三郎「国際私法における先決問題——ヴェングラーの理論——」法学新報59巻10号55頁(1952)、佐藤・前掲注50)229頁以下を参照。

53) ヴェングラーの国際私法観については、佐藤・前掲注50)231頁、266頁以下を参照。

54) 法規を国際私法の対象とする立場においても、法廷地国際私法説をとりうることに、佐藤・前掲注50)238頁を参照。

(2) 先決問題の特殊性

講学上の先決問題の定義には諸説あるが、「相続と養子の事例」や最判平成12年1月27日⁵⁵⁾の事案の下で問題となった、相続を本問題としたときの身分関係の成否の問題は、まさに先決問題の典型例と考えられてきた⁵⁶⁾。そして、この本問題と先決問題との関係は、例えば、成立と方式のそれぞれの準拠法に単位法律関係が分断されている関係とは、異なっているように見える⁵⁷⁾。これが、先決問題をめぐる議論——とりわけ、本問題準拠法所属国国際私法説——の出発点であった。例えば、婚姻の成立の準拠法上の要件が全て満たされ、かつ婚姻成立の準拠法上の法の上では婚姻は無方式で成立するとされていたとしても、方式の準拠法上の要件を別途満たさない限り、婚姻の成立は認められない。これに対して、本問題の準拠法上の要件を全て満たせば、先決問題の準拠法を問題にすることなく、本問題上の法律効果は発生するのではないか。具体的にいえば、本問題である相続の準拠法が、被相続人の「直系卑属」を相続人とするというような法律概念を用いた規定の仕方をせず、身分関係のところに規定している要件事実を繰り返し条文に書き込んでいたら、その裸の要件事実の存否が直接判断され

ることとなり、そもそも先決問題は現れないのではないか。

(3) 先決問題と各準拠法への送致範囲

しかし、最判平成12年1月27日⁵⁸⁾は、そうではない——本問題準拠法の規定の仕方が、事実概念を用いたものか、「法律概念」を用いたものかにかかわらず、先決問題は現れる——と考えていると理解できる。それは、以下のような問題設定の仕方からわかる。

「渉外的な法律関係において、ある一つの法律問題（本問題）を解決するためにまず決めなければならない不可欠の前提問題があり、その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合、その前提問題は、本問題の準拠法によるのでも、本問題の準拠法が所属する国の国際私法が指定する準拠法によるのでもなく、法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法によって解決すべきである。⁵⁹⁾」

「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」かどうかは、本問題準拠法がどのような条文の書き振りをしているかとは関係ないはずである⁶⁰⁾。つまり、最判平成12年1月27日⁶¹⁾では、そもそも本

55) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

56) 木棚ほか・前掲注3)76頁〔木棚〕は、「離婚の前提としての婚姻の存在は、婚姻がなければ離婚は問題となりえないから、概念上当然に本問題に包摂される要件であり、本問題の一部であるから、先決問題と区別すべきである。このような問題は、先決問題と区別されて、先行問題（Erstfrage）ないし部分問題（Teilfrage）とよばれることがあるが、それは、法廷地国際私法規定の構成要素の一部をなすものであり、法廷地の国際私法規定によるべきことは当然である」とする（そして、先決問題については、本問題準拠法所属国国際私法によることを原則とする折衷説をとられる）。しかし、先決問題と先行問題の区別については、山田・前掲注3)162頁、溜池・前掲注3)231-232頁、櫻田・前掲注3)130頁は否定的である。その理由として、両者を区別する基準を立てることが困難であることが指摘されている。

57) このことを、久保・前掲注8)175頁は、「単位法律関係相互の関係を見るに、自ら二種に分かたれると思う。一つは事物の性質上順序があり前後の関係に立つものであり、他はこれがなく寧ろ並立の関係に立つものである」と表現している。

58) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

59) 前掲注49) 最判平成12年1月27日民集54巻1号9頁。

60) なぜならば、国際私法上の法律関係を構成しているかどうかは、国際私法上の法律関係の性質決定の問題であり、ここでの判断は、準拠法の内容がどのようなものであるかを見ることなく、あらゆる国の法に中立的な生活事実関係だけを見てなされる（いわゆる暗闇への跳躍）。そもそも、性質決定は準拠法を決めるためになされるものであり、まだ準拠法がどれか決まっていらないのに、その内容を見ることは論理的にもできないことである。そして、性質決定には、生活事実関係の全体をいくつの単位法律関係に分けるのか、つまり準拠法をいくつ選ぶのかという問題も含まれ、先決問題が「国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」かどうか、本問題がある一つの単位法律関係を構成しているかどうかと同時に、つまり本問題準拠法の内容を見ることなく判断されることになるからである。

61) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

問題準拠法所属国国際私法説の出発点となった先決問題の特殊性自体が否定されていると考えられ、先決問題という言葉も用いられていない⁶²⁾。

仮に、ヴェングラーが以下のように批判したとしよう。

「かかる要件を定立することは、すでに相続準拠法に割当てられているのである。……それにもかかわらず、もしも法廷地法がその抵触法をもってこれに介入しようとするならば、この法廷地法は、さきとその抵触法においてあたえたところのものを、その一部において、相続準拠法から奪うことになる。しかして、そのあたえたところのものは、とりもなおさず、何人に相続権が帰属しているか、ということが依存しているところの事実的諸条件を提示することである。⁶³⁾」(旧漢字は新漢字に改めた。)

これに対しては、次のように返されることになるだろう。法廷地の国際私法は、そもそも各

準拠法への送致範囲」を決定したときに、相続準拠法に要件のすべてを割り当てたつもりはない。後にも先にも一部については与えたつもりはないし、いわば最初から奪われていたのである。その与えていなかったものとは、相続権の前提となる身分の成否の問題である。以上からわかるように、いわゆる「先決問題」をめぐる議論において決定的なのは、まず各準拠法への送致範囲」をどう解くかであった⁶⁴⁾。

つまり、いわゆる先決問題をめぐる対立は、法廷地と本問題準拠法所属国のどちらの国際私法によるか、単にその選択が違うだけの話ではなかった。そして、ヴェングラー的な本問題準拠法所属国国際私法説は、いわゆる先決問題を論じているときに、同時に「等価性の問題」の探求を行っていた。これとは対照的に、最判平成12年1月27日⁶⁵⁾が採用した法廷地国際私法説においては、いわゆる先決問題を論じた終わった後にも、「等価性の問題」が未解決のまま残されていることになる^{66) 67) 68)}。

62) ただし、判決の読みようによっては、別の単位法律関係を構成している場合は当然法廷地国際私法説によるが、そうではない場合——本問題準拠法所属国国際私法説のいう真の先決問題の場合とでもいうべきか——には、そうとは限らないと解することも可能であるように思われる。つまり、相続準拠法と親子関係の準拠法の関係に限って、これは真の先決問題ではないと判断した判決である、という読み方である。しかし、最高裁がそのような意図を持っていたとは思えず、むしろ先決問題不存在説と親近性を持つものとして理解するのが自然だろう〔大村芳昭「判批」平成11年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1179号)297頁、298頁(2000)、尾島明「判解」法曹時報55巻2号191頁、205頁(2003)〕。にもかかわらず、判決が、「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」の問題処理に関するものであり、「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成して」いない場合の問題処理がどうなるのか、「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」か否かで区別する意義は何かに着目することは、重要と思われる。本稿IV. 4を参照。

63) 桑田・前掲注52)72頁における、Wengler, *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, RABELS ZEITSCHRIFT, 8 JG. 1934. SS. 194 f. の訳を、そのまま引用させていただいた。

64) あき場準一〔「あき」は「秋」の偏と旁を入れ替えた字。〕「国際私法上の先決的問題の問題について」久保岩太郎先生還暦記念論文集『国際私法の基本問題』(有信堂、1962)131頁、158頁は、「久保教授は、養子の相続権が問題の場合には、相続の準拠法たる被相続人の本国法に連結せられるのは相続権を持つ資格を有する者を決定する問題までに限定せられ、この資格取得の要件に関する問題にまでは及ばない、と明示されたのである。これに対して、ヴェングラーは、かえって、相続権を獲得する全ての前提要件たる事実的構成要件の決定までが相続準拠法に連結されている、としていたのであった。ここでは、連結の事項的範囲・ひいて準拠国法の事項的適用範囲に関して、意見の対立・相違が認識されねばならないであろう。これ自体は、けっして、準拠実質法の解釈問題ではないのである」と指摘する。

65) 前掲注49)最判平成12年1月27日。

66) 久保教授は、久保・前掲注8)138頁以下の先決問題の章において、抵触法の問題を論じ終えた後に、久保・前掲注8)181頁以下の最後の節で別途「法律概念の連絡問題」を論じている。あき場・前掲注64)159頁は、「久保教授の先決問題論は、訴訟地抵触法上の連絡問題たる『いわゆる先決問題』の問題、準拠実質法の解釈たる『本問題の準拠実質法における先決問題の法律概念の決定問題』、およびた〔原文ママ〕代替問題たる『法律概念の連絡問題』、の三要素からなる」と指摘する。

67) 三浦・前掲注47)271頁は、「ヴェングラーは、先決問題のこの中心的問題については何ら論ずることなくして、国際私法上の先決問題をすでに解決した後において論じられるべき準拠実質法の解釈問題に中心において、先決問題を論じたの

5 先決問題の後に残された「等価性の問題」——「相続と養子の事例」の問題の所在

「相続と養子の事例」は、折茂教授によって、フランス破毀院判決とそれをめぐるフランスとドイツの学説とともに、詳しく紹介、検討されている⁶⁹⁾。この折茂教授の学説を中心に、先決問題の後に残された「等価性の問題」がどのように処理されるかを考えてみる。

ところで、折茂教授は、「相続人たるべきものが、はたして被相続人の妻であり、嫡出子であり、養子であるか否かという問題は、それぞれ婚姻、嫡出親子関係、養子縁組などの成立に関するそれ——いわゆる先決問題——であって、おのずからそれぞれ別個の準拋法をもつべきこととなるであろう⁷⁰⁾」とされ、さらに、東京控判明治43年12月26日⁷¹⁾の存在を指摘して、「いわゆる先決問題の準拋法を、相続準拋法所属国の国際私法規定によって指定せんとしたものとみられるが、その正当性は疑わしい⁷²⁾」とされており、折茂教授自身は法廷地国際私法説を支持されているものと思われることは、確認しておく。

(1) 「相続と養子の事例」における「等価性の問題」

・一般論——折茂教授の「等価性の問題」の提起

折茂教授は、相続準拋法への送致範囲と養子縁組準拋法へのそれに関する異論はないであろう原則——「養子なる親族が、はたして相続権をもつものであるかいなかといふことが、純粹の相続問題であつて相続準拋法によつてさだめらるべきものであ⁷³⁾」ること——を確認された後、次のようにいわれ、まさに「等価性の問題」を提起される。

「問題は、相続準拋法が養子に相続権をみとめてゐる場合においては、養子縁組準拋法上、有効に養子たるの身分を取得したものは、そのことのみをもつて、ただちに、すべて、相続準拋法上、相続権を認めらるべきものといひうるであらうかといふことである。⁷⁴⁾」

折茂教授は、「各国法の異質性」にはあまり言及されないが、「実質法上の概念と、国際私法上のそれとの相違」に注意すべきとされ、実質法上の「養子」概念と国際私法上の「養子」概念を比べると、前者の方が狭く後者の方が広いことを指摘されて、「相続資格をかかないといふことについて、相続準拋法による再評価が

である。かくてヴェングラーは、筆者の見解からすれば、先決問題を適応問題と混同して同時に取り扱ったのである」とする。ただし、「筆者は、『代用』が可能であるか否かという一般的な法規解釈の問題として問題を単純に把握すべきではないと思う。『代用』の問題だけでなく、『代用』がどのようになされるかによって、準拋法の解釈が変更を受ける場合であるから、その変更の意義や目的の面に重点が置かれるべきである。『代用』もかく考えれば、適応問題の一つの部面に入れられるべきであろう」としている。折茂豊『国際私法（各論）新版』（有斐閣、1972）428頁の注5）も、「かような問題は、国際私法におけるいわゆる『適応問題（Anpassung, adaptation）』の一環をなすものにほかならない」とする。また、佐藤やよひ『ゼミナール国際私法』（法学書院、1998）125-126頁も、「有効に成立した縁組により養子となった者が、本問題準拋法上の『相続権を有する養子』であるか否かは別問題として構成し得るともいえる。法廷地法説ではまさにこれらの問題を分けることができ、後の問題は『適応問題』として処理することができる」とする。溜池・前掲注3）237頁以下も、先決問題の節の次の、適応問題の節の中で「代用」をとり上げている。

68) しかし、本当に先決問題の後に「等価性の問題」が残されていることになるのかは、考える必要のある問題である。本稿IV. 4を参照。

69) 折茂・前掲注47)を参照。

70) 折茂・前掲注67)425-426頁。

71) 東京控判明治43年12月26日新聞700号69頁。

72) 折茂・前掲注67)428頁の注5)。

73) 折茂・前掲注47)国際法外交雑誌42巻4号34頁。

74) 折茂・前掲注47)国際法外交雑誌42巻4号34頁。

なされなければならない」、「かくて、問題は、結局、この点に関するフランスの相続法の規定如何といふこととならう⁷⁵⁾」とされる。そして、フランス実質法の具体的な解釈論へ移られる。

・一般論——折茂教授の学説の「等価性の問題」一般への含意

以上の一般論だけで、「等価性の問題」一般を検討対象とする本稿にとって、折茂教授は決定的な指摘をされている。すなわち、その国でなされているように解釈するという通説的な準拠法解釈方法を前提とし、「等価性の問題」を真剣に受け止める限り、本問題準拠法と先決問題準拠法の接合面で生じる「等価性の問題」については、本問題準拠法上の法律概念に該当するといわなければ法律効果は発生しないといわざるをえないから、各準拠法への具体的送致範囲の解釈的操作によっては、本問題準拠法が閉鎖的に解釈される危険を回避しえない⁷⁶⁾。そして、常に隠れているその危険が現実化したのが、「相続と養子の事例」や冒頭の日立製作所事件最判平成18年10月17日⁷⁷⁾であるということができよう。

・フランス相続法の具体的解釈論

ただし、折茂教授は、「等価性の問題」を正面から論じてはいない。さらに、「もとより、問題の養子縁組が、それ自身としては有効であつてみれば、それから生ずる親族法上の効果は、いずれも、原則として、これをみとめなければならない⁷⁸⁾」とされる。

「相続と養子の事例」においてフランス相続法が問題となったのは相続財産たる不動産の所

在地であったからにすぎず、当事者の本国法はみなインド法であるため、ここでいわれる「親族法上の効果」の準拠法もインド法であることが前提となっていると思われる。しかし、仮に、親族法上の効力の準拠法だけがフランス法であった場合を考えてみると、一体どうなるだろうか。その場合にも、養子縁組準拠法であるインド法上の養子と、養親子関係の効力の準拠法であるフランス法上の養子との間の「等価性」を、折茂教授は肯定する趣旨であるようにも読める。そして、仮に、この「等価性」を折茂教授が肯定していたとしても、それでも「相続と養子の事例」における養子の相続権を否定される折茂教授の結論は揺るがないと思われる。「等価性の問題」と区別しうるその論理は、以下のようなものである。

(2) 「準拠法の解釈」が持つ各準拠法への送致範囲への影響

・一般論

折茂教授は、「相続と養子の事例」において、結論としては、「本件の養子はやはり、相続権をもちえないものと解すべきであらう⁷⁹⁾」とされる。そして、次のようにいわれる。

「問題は、いはゆる、国際私法における法律関係性質決定のそれではなく、むしろ相続準拠法たる実質法の解釈問題に帰着するものとかがへるべきであらう。もしも、しいて法律関係性質決定なることばを用ひるとすれば、ここで問題となつてゐるのは、じつは、相続準拠法たる実質法の内部における法律関係の性質決定に

75) 折茂・前掲注47) 国際法外交雑誌42巻4号37頁。

76) 久保教授も、折茂教授と同旨とみられる。すなわち、久保・前掲注8)182頁は、「前段の本問題の準拠実質私法上の先決問題の法律概念、例えば嫡出子・養子または配偶者の法律概念と、後段の先決問題の準拠実質私法上の先決問題(先決問題自身の立場から見れば本問題となる)の法律概念……が一致しない場合には何れの法律概念によるべきかということがここに問題とするものである。〔改行〕惟うに、この場合に要求されているのは本問題の解決であり、相続権は本問題の準拠実質私法上の相続権が認められている者の法律概念に該当する者のみに認められる道理であるから、準拠実質私法上の法律概念が基礎となり、出発点となつて、これに、次に来る先決問題の準拠実質私法上の法律概念が連絡されるべきである。換言すれば、本問題の準拠実質私法上の法律概念によるものというべきである」とする。また、久保・前掲注8)184頁の注2)も参照。

77) 前掲注1) 最判平成18年10月17日。

78) 折茂・前掲注47) 国際法外交雑誌42巻4号42頁。

79) 折茂・前掲注47) 国際法外交雑誌42巻4号31頁。

すぎないであらう。これを具体的にいへば、すでに嫡出子あるものに養子をなすことを禁ずるフランス民法三四四条が、フランス民法において、単純な養子縁組に関する規定とみらるべきか、あるひは相続に関するそれとみらるべきかといふことであらう。⁸⁰⁾

ここで、折茂教授は、その言葉に反して、むしろ第二段階の性質決定——相続準拋法への具体的送致範囲にフランス民法 344 条が含まれるか否か——と問題を捉えているようにみえる。第二段階の性質決定が、準拋法であるフランス法の解釈によって決まるということは、折茂教授は、国際私法上の法律関係の性質決定は、選択される準拋実質法を基準に決定するべきだという、いわゆる準拋法説を採られているのであろうか。そうではなく、折茂教授も、国際私法上の法律関係の性質は、法廷地の国際私法独自の立場から評価され、決定されるべきとされている⁸¹⁾（法廷地国際私法独自説）。

それでは、どういうことだろうか。折茂教授のいわれていること敷衍してみるならば、次のようになると思われる。相続準拋法への具体的送致範囲を決定するに当たり、法廷地の国際私法独自の立場から評価されるということは、つまり法廷地の国際私法がその評価基準を提供するということだが、その評価の対象となる内容は相続準拋法である実質法の解釈によって提供されることになり、相続準拋法の解釈も送致範囲の結論を左右する。そして、「相続と養子の

事例」に限っては、いかに第二段階の性質決定を行おうとも、言い換えれば、相続準拋法への送致範囲に入る法規範と養子縁組準拋法への送致範囲に入る法規範とを振り分ける評価基準として、採用しうるものの中からいかなる基準を採用したとしても、結論が左右されることはないほど、評価対象の内容を提供する相続準拋法たるフランス法の解釈が、決定的な役割を演じてしまうということである⁸²⁾。

・フランス相続法の具体的解釈論

「問題の養子が、相続権をもつことをさまたげる趣旨の規定が、フランス法にみいだされるものといふべきであらう。それは、じつは、すでに嫡出子あるものに、養子をなすことを禁ずる民法三四四条の規定にほかならぬ。

いふまでもなく、この規定は、養子縁組の要件をさだめた規定である。しかしながら……それは、まさに、相続法的な意味をもった規定であるものといへやう。すなわち、それは、すでに出生してある嫡出子の相続権をおかさないためにまうけられた規定にほかならないのである。⁸³⁾

以上のように述べられた後、既に出生している嫡出子の相続権を養子縁組によって侵害させないという政策目的を実現するための規定を作るには、嫡出子出生後の養子縁組を禁止する形式と、養子縁組は認めても相続権は否定する形式の二つがあり、どちらの方法をとるかは立法技術の問題にすぎないことを指摘され、折茂教

80) 折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 卷 4 号 32 頁。

81) 折茂豊『国際私法の統一性』(有斐閣, 1955) 251 頁以下を参照。

82) なぜ、折茂教授は、このような誤解を招きやすい表現をされたのか。それは、折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 卷 4 号 32 頁で、「おなじく判旨の結論に賛成するものとはいへ、フランスの学説と、ドイツのそれとは、その問題解決の態度において、ひとつの相違をもつてある。けだし、すでにそれらの学説を考察した際に、あらかじめ指摘しておいたやうに、前者は法律関係の性質決定論から出発せんとするのに対して、後者は問題を、相続準拋法たる実質法の解釈問題としてとりあつかはんとしてあるものだからである」と指摘された後に、折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 卷 4 号 33 頁で、「かくて、フランスの学者においても、問題は結局、相続準拋法たるフランス実質相続法の解釈のそれとしてとりあつかわれてあるものとみうるであらう。すくなくとも、論議の実質についてみればそうである。してみればフランスの学者と、ドイツの学者とのあひだにみられた問題解決の態度に関する相違は、実は表見的なものにとどまるものといはねばならぬ」とされていることが関係していると思われる。すなわち、「相続と養子の事例」において「法律関係の性質決定」の議論をしていたフランスの学説を、ある意味で読み替えて、フランス実質法の解釈に問題の所在があるとする自説に取り込むために、なされた記述だと考えられる。折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 卷 4 号 37 頁も参照。

83) 折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 卷 4 号 38 頁。

授は以下のようにいわれる。

「すでに嫡出子あるものに養子をなすことを禁ずるフランス民法三四四条は、それが養子縁組の要件であると同時に、養子が相続権を有することについての要件でもあるといへやう。してみれば、たとひ、養子の相続権をさだめたフランス民法三五七条そのものが、無条件に養子に相続をみとめてゐたとしても、そのことのみからして、ただちにフランス民法は、養子の相続権をみとめるについて、そこになんらの要件をも課してゐないとするのは、あきらかに早計といはねばならない。もとより、三五七条そのものだけをみれば、フランス民法は、およそ養子にはすべて相続権をみとめてゐるごとくにおもはれるけれども、これじつは、そこでは単に、フランス法上の養子のみが念頭におかれてゐるからにはほかならないのであって、フランス民法全体系の趣旨からみれば、それは決してすべての養子に相続権をみとめるものではなく、縁組当時すでに養親に嫡出子あるにかかはらず養子とせられたものごときは、当然に、その相続権を否定せられねばならないとかがふべきであらう。⁸⁴⁾」

以上の折茂教授のいうところの趣旨は、フランス民法 344 条という一つの法規から、養子縁組の要件についての法規範だけではなく、相続権発生のための特別な条件についての法規範までもが、解釈によって導かれるというものであると考えられる。そして、後者の法規範が存在するとすれば、確かに相続準拠法の送致範囲に入るといわざるをえないだろう。

この解釈が正当か否かという問題自体は、法廷地法の価値観から評価すべきものではなく、まさに通説的な準拠法解釈方法に従って、準拠法所属国の法が抱えている価値観によって評価されるべきであると思われる。当時のフランス法にまで立ち入る余裕はないため、「相続

と養子の事例」における具体的解釈論の検討は、ここでは断念することにしたい。ただ、一般論としては、そのような相続権発生のための特別な条件についての法規範を導く準拠法解釈も可能であるといわざるをえないだろう。

(3) 「相続と養子の事例」における「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険の回避の試み

「相続と養子の事例」における「等価性の問題」に対して、「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険を完全に回避することは、やはり諦めざるをえないのだろうか。折茂教授の学説を踏まえて、なおもその危険の回避を試みようとする学説がある。次に、その学説をみってみることにする。

・準拠法の解釈の制限による試み

道垣内教授は、「相続と養子の事例」における、「準拠法の解釈」が持つ「各準拠法への送致範囲」への影響に関して、以下のようにフランス法を解釈すべきとされる。

「フランス相続法上の『養子』を特殊フランス的なものに限るような解釈はとるべきではないと思われる。そのようなことを言い出すと、配偶者にせよ、嫡出子にせよ、すべてはその法秩序の定める要件を具備するものだけを指すということになりかねないからである。国際私法による指定は常に行われているのであって（ポイント□2）、『養子』という概念を相続規定の中で用いる以上、それについての準拠法は自国法ではないかもしれないということは想定されているはずである。したがって、右の例で言えば、三四四条は相続準拠法への送致範囲には含まれないというべきである。⁸⁵⁾」

ただし、道垣内教授は、「仮に右の例で、フランス相続法が単に『養子』という文言を使うのではなく、『嫡出子がないときに被相続人がした養子縁組によって養子となった者』という記述の仕方をしていすると、相続法秩序として正面から嫡出子誕生後の養子の相続権を否定して

84) 折茂・前掲注 47) 国際法外交雑誌 42 巻 4 号 39-40 頁。

85) 道垣内・前掲注 47) 125 頁。

いるので, そのような養子の相続権は否定されるという結論になるであろう……。立法者が外国法による制度と自国法による制度との接合をどうしても阻止したいというのであれば, そのような細かなことまで書き込んだ規定にしておけばよいということになる⁸⁶⁾ともされている。

なぜ, 記述の仕方だけが重視され, そのような記述の仕方がされたときと同じ結論を解釈によって導くことは許されないということが出来るのか, それがまさに問題だと思われる。道垣内教授は, 当時のフランス実質法の具体的な解釈論を展開されているというよりは, むしろ, 自身の共著の教科書の記述——「その外国法が当該外国において現実に適用されている意味内容において適用される⁸⁷⁾」——にもある通説

的な準拠法解釈方法を超えて, 法廷地の国際私法の視点から「準拠法の閉鎖的な解釈」を制限すべきことを主張されているといわざるをえないと思われる。しかし, このような一般的な準拠法解釈の制限についての裸の主張は, そのままでは, 「準拠法の趣旨の没却」に陥る危険だけでなく, 恣意の危険も孕んでいるように思われる⁸⁸⁾。

・「準拠法の閉鎖的な解釈」における各準拠法への送致範囲の恣意的操作の疑惑

石黒教授は, 「相続と養子の事例」における折茂教授の学説には, 「片や縁組, 片や相続という両準拠法への送致範囲を動かして, 両準拠法への送致範囲にある種の相互浸透をさせる⁸⁹⁾」混乱があるのではないかと指摘されている。確かに, フランス民法 344 条が養子縁

86) 道垣内・前掲注 47) 125 頁。

87) 澤木ほか・前掲注 3) 56 頁。ただし, 共著となる以前の澤木敬郎『国際私法入門 第 3 版』(有斐閣, 1990) 58 頁の記述と全く同じであり, つまり道垣内教授は澤木教授の記述をそのまま受け継いでいる。

88) しかし, 西谷祐子「職務発明と外国で特許を受ける権利について」法学 69 巻 5 号 249 頁, 272 頁 (2005) の注 29) によれば, 「東京地判平成一六年二月二四日……[味の素事件]……において提出された, 二〇〇五年三月七日付けの早稲田大学大学院法務研究科客員教授及び弁護士である道垣内正人教授の鑑定意見書参照。道垣内説は, 一般論としては, 日本を労務給付地とする従業員の特許を受ける権利には, 日本のみならず外国で特許を受ける権利も含まれるとするが, 特許法三五条の解釈論としては, 非適用説に立たざるをえないと立論するものである」とされているようである。「『特許を受ける権利』という概念を労働法規定の中で用いる以上, それについての準拠法は自国法ではないかもしれないということは想定されているはず」とは, なぜいえないのだろうか。「文言解釈及び特許法の他の規定との関連性を根拠に, 同条は, 外国で特許を受ける権利には適用されない」(西谷・同 254 頁) のだとすると, 「相続と養子の事例」にしても, フランス民法旧 344 条だけでなく, 養子縁組の効果として養子に養親の相続権を認める旧 355 条も, 養子の章に存在する規定なのだから, 「文言解釈及びフランス民法の養子の章の他の規定との関連性を根拠に, フランス民法旧 355 条は, 外国の養子には適用されない」と解釈することすら, 可能になってしまうように思われる。「相続と養子の事例」と日本の特許法 35 条で, 区別 (distinguish) する理由を示していない道垣内教授の解釈論は, 少なくとも理由付けが不十分であるといわざるをえない。もし, 両者を区別するのが, 特許に関する属地主義の原則の存在であるとされるのであれば, 前掲注 26) 最判平成 14 年 9 月 26 日に対する評釈である道垣内正人「判批」平成 14 年度重要判例解説 (ジュリスト臨時増刊 1246 号) 278 頁, 280 頁 (2003) において, 「米国外特許法が日本での行為に対して域外適用してくることは我が国の採る属地主義の原則に反し, 法例 33 条の公序違反となる」としているが, これも国際私法の構造に対する無理解に基づくものであると言わざるを得ない。というのは, 外国法がどのように地域的に適用されるかは, それが『私法』であれば国際私法に委ねられていることであり, 日本では日本の国際私法だけが私法の地域的適用関係を定めるのであって, 反致を除き, 外国の国際私法を適用することはあり得ない……。判旨 2 で特許権の効力を私法上の事項として扱っている以上, 米国外法が米国外法上どのような地域的適用範囲を有するかは米国外国際私法上のことであって, 日本ではそのことは視野に入らないはずであり (送致範囲に入らない), そうすると, その点が公序に反するということもあり得ない」とされていること, 言い換えれば, 属地主義の原則は, 抵触法において意味を持つのであって, 実質法である日本の特許法への送致範囲には入らないとされていることとの整合性がとれないと思われる。つまり, 特許法の 35 条 3 項 4 項以外の規定に関して, その適用範囲を規律するのは国際私法の役割であり, その後の実質法である日本特許法 35 条 3 項 4 項の解釈にあたっては, 特許法の 35 条 3 項 4 項以外の規定が外国の特許権には適用がないことは, 理由にはならないはずではないか。ただし, 実質法は地域的適用範囲を扱わないとする論理自体は, 「過度の一般論」(石黒・後掲注 144) 貿易と関税 52 巻 10 号 60 頁。) であることには注意すべきである。例えば, 横溝・前掲注 35) 25 頁は, 「自己制限的実質法規は, 一見自ら国際的適用範囲を決定しているようではあるが, 実際には国内実質法秩序の内部で土地に着目して規定に差異をおいているに過ぎないので, 準拠法選択規則により選択される範囲に矢張り含まれることになる」とされる。とはいえ, 属地主義の原則の抵触法上の意義に関する理解は重要だと思われる。本稿 V. 2 を参照。

89) 石黒・前掲注 43) 398 頁。

組の規定でもあり、相続法の規定でもあるとされる点は、そのような批判を呼んでもおかしくはないように思われる。

しかし、上述のように折茂教授は、フランス民法 344 条から、養子縁組的な法規範と相続法的なその二つの法規範を解釈によって導かれ、前者は養子縁組準拋法の送致範囲、後者は相続準拋法の送致範囲とされているものと理解することが出来る。

また、両準拋法への送致範囲について、相続権を有する者といえるための評価基準は相続準拋法が提供し、その評価対象は身分関係の準拋法が提供するというようにその境界線を考えることが出来るならば、その境界は明確であり、何ら「相互浸透」は起こしていないと思われる。そして、「準拋法の解釈」によって、評価基準・評価対象の内容はそれぞれ確定するから、両者の内容がともに最終的な結論に影響し、相続準拋法の解釈だけで結論が決まるわけではないといえ、相続準拋法の解釈の提供する評価基準が狭いものであれば、相続権が認められる場合がそれだけ減ることは確かである⁹⁰⁾。そして、折茂教授は、評価基準の内容を確定する作業としてのフランス相続法の解釈として、嫡出子のあるときに養子となった者ではないことという相続権発生の条件があるとされているのであって、送致範囲を動かしているわけではないと考えることが出来る。

しかし、石黒教授が問題とされているのは、一般的に「準拋法の閉鎖的な解釈」がなされる可能性があるということではなく、具体的な解釈論において「準拋法の閉鎖的な解釈」がなされたときに、そこで各準拋法への送致範囲の恣意的な操作があったためにそのような結論に至ったのではないのか、という疑惑を感じざるをえないということであると思われる。「準拋法の閉鎖的な解釈」の一体何が問題なのかというと、その結論自体の不当性が問題なのではな

く、「準拋法の閉鎖的な解釈」の過程における恣意性こそが問題なのではないか。以上のように、真の問題の所在を明確に捉え直すことが、以後の議論において重要な意味を持つことになる。

・法廷地の国際私法による「等価性」判断の試み

石黒教授は、「後者〔養子縁組〕の準拋法によって創設（または解消）された身分（例えば養子の嫡出子性）を、単に相続準拋法上のそれに相当する身分に適宜あてはめてゆくことになる（それがピタリ符合することは、言葉のレベルではともかく、そもそもはじめから必ずしも期待し得ないが、それはさほど気にせず割り切る）。筆者はそれでよいと考える⁹¹⁾」とされる。

この石黒教授の「割り切る」という見解は、既存の国際私法の解釈・適用過程における法的諸技術の中で、どのように位置づけられるだろうか。これまでの本稿の論証が成り立っているとすれば、既存の法的諸技術を駆使した結果として出てくることではないと考えざるをえない。なぜならば、本問題準拋法と先決問題準拋法の接合面は、成立の準拋法と方式の準拋法の接合面のように完全に分離・独立させることで、方式の準拋法に全てを委ねられるようなものではなく、最後には「養子縁組準拋法のいう養子」が「相続準拋法のいう相続権を持つ養子」に該当するといわなければならない限り、通説的な準拋法の解釈の方法によれば、いくら正当に「各準拋法への送致範囲」を解釈したとしても、準拋法の閉鎖的な解釈の危険を回避することは、不可能と考えられるからである。

そうであるならば、ここでは国際私法における新たな法技術を見出していることになると思われる。それは、端的に、一定の条件の下で、法廷地の国際私法の視点から、国際私法による主体的な「等価性」の判断が可能である、としていると位置づけるしかないように思われる

90) 「等価性の問題」に取り組んだと考えられる米国の判例においては、ここでいうところの評価対象を提供する先決問題準拋法の解釈が、結論を導くのに決定的な役割を果たしたと考えられるものもみられる。前掲注 13)、後掲注 136) を参照。

91) 石黒・前掲注 43) 397 頁。

し、または、そのようなものとして正面から位置づけるべきであるように思われる⁹²⁾。

ただし、本稿のもう一つの目標——「最密接関係法の趣旨の没却」にも陥らない——と両立させるためには、単なる決断で済ますことは当然出来ず、理論的な正当化がなされなければならない。なぜなら、結果的には「準拠法の閉鎖的な解釈」に陥っても、それは最密接関係法の趣旨・価値観・政策を最大限実現しようとしているのであり、送致範囲の枠内でなされる以上、このような「モザイク的規律を行うのが国際私法（狭義の抵触法）の宿命である⁹³⁾」ともいえるはずである。「割り切る」ことが国際私法の宿命だという議論には、少なくとも、さらなる正当化理由が必要になる⁹⁴⁾。

また、折茂教授の学説も、「相続と養子の事例」におけるインド法上の養子と、フランス法上の養子の間の「等価性」については肯定しているとも考えられた。そして、「相続と養子の事例」において決定的だったのは、「等価性の問題」自体ではなく、相続権の発生に特別な条件を要求する別個の法規範がフランス法の解釈として見出せるか否かであった。つまり、仮に、法廷地国際私法の視点から「等価性」を肯定できたとしても、「準拠法の閉鎖的な解釈」を完

全に回避することが出来るわけではないのである。しかし、これは逆に、法廷地国際私法による「等価性」判断を行う枠組みを肯定したとしても、それほど強い薬というわけではなく、その副作用も大きくないということでもあると思われる。

「等価性の問題」に関係するその他の法的諸技術がまだあるので、それを簡単にみてから、この法廷地国際私法による「等価性」判断の枠組みについてより深く考えてみたい。

6 適応問題

(1) 適応問題の理論の目的——モザイク的規律の構造的欠陥

国際私法における適応問題とは、「準拠法の適用の場合に、ひとつの法律関係の準拠法と、それと密接な関連性のある他の法律関係の準拠法とが、異なる国家の法秩序に属する故に、相互の準拠法の文字通りの解釈適用を以てしては矛盾や不調和をまねく場合に、どのように規定を修正して解釈すべきであるかの問題⁹⁵⁾」といわれている。

単一の法秩序内部において、各法的問題の解決の役割を担う各法規範の内容は、その法秩

92) 石黒教授は、いわゆる法定担保物権の準拠法について、債権準拠法と物権準拠法との累積適用説を学説継受的考察から批判され、「物権問題は物権準拠法のみによれば足りる」〔石黒一憲「所謂法定担保物権の準拠法について」海法会誌復刊27号3頁、44頁(1983)〕とされる。そして、日本の累積適用説の成立に大きく関係したフランケンシュタインの学説について、次のようにいわれる。すなわち、「彼は、物権と債権との峻別というドイツ的のドグマの徹底を意図し、物権準拠法にすべてを委ねつつ、その国の法が前提とする原因行為と債権準拠法上予定された原因行為との同質性ないし代替可能性(Gleichwertigkeit)を、専ら前者の側から厳しく精査すべきだ、とした。これは、物権の成立・変動の準拠法(本問題〔主要問題—Hauptfrage〕)と、後述する先決問題(Vorfrage)の準拠法との関係における、1つの立場である。ただし、彼の全体系の中で、常に或る事項につき論ずる際に、その前提となる事項(先決問題)の準拠法の規定内容を、前者(主要問題)の準拠法の側から精査する、という立場が貫かれていたかは疑問である」(石黒・前掲注4)185-186頁。)とされる。また、石黒教授自身の考えとしては「債権と物権とを分けて準拠法選択をする以上、両者の準拠法への送致範囲をはっきりと区別し、単純にその結果を接続して当該物権の成立を判断する(法定担保物権か否か、担保物権か否か、を問わぬ一般的な処理定式と一致させる)」(石黒・前掲注4)183頁。)とされる。本稿のこれまでの議論からすると、法廷地の国際私法による「等価性」判断が可能であることによって初めて石黒教授の立場が成り立ち、それが不可能であるとするフランケンシュタインの学説のような原因行為の「等価性」を物権の準拠法の視点から判断する立場とならざるをえないように思われる。

93) 石黒・前掲注4)399頁。ただし、反対の意味で、つまり「割り切る」ことが宿命だという文脈において使われている。

94) また、石黒・前掲注4)399頁は、「かかる場面でのSubstitution的な処理は、問題を複雑にするだけであって法政策的にも疑問」とされるが、いわば実務的処理の経済効率性だけが実質的な理由だとすれば、たとえば内国公序の維持という使命を勝手に見出した裁判官が、「等価性の問題」が隠れていることを稀貨として、アドホックに過剰反応を起こすのを阻止する力としては、弱いといわざるをえない。

95) 三浦・前掲注47)62頁。

序全体のバランスの中で、他の法規範と役割を分担することによって、初めて妥当な解決を導くといえるものになる。そうすると、国際的事案においては、一応は別個の法的問題とはいえるが、本来は関連性を持つはずの各問題に、別々に準拠法が選択され、異なる国の法規範によって結論が出されることで、全体としては具体的妥当性を欠く結論に至ってしまう可能性がある⁹⁶⁾。

ただし、以上のような国際私法の構造的な欠陥への対処は、もちろん、抵触法や準拠法の一般的な解釈論的(または立法論的)努力の目的・課題でもある⁹⁷⁾。

(2) 適応問題の理論的手段——個別具体的かつ例外的な救済手段

原則的かつ一般的な解釈的努力だけでは限界がある場合に、個別具体的かつ例外的な救済手段——準拠法への送致範囲の個別具体的かつ例外的な操作と、個別具体的な準拠法の解釈の例

外的な修正——をとりうると主張することに、適応問題の理論の存在意義があるものと考えられる。

そこでは、各国の国際私法が不統一であるため、判決の国際的調和の夢を叶えることが出来ない現代国際私法においては、最密接関係法による個別事案の解決の具体的妥当性確保が残された目的であるとされ、モザイク的規律の構造的な欠陥が顕在化した場面では、準拠法の適用によって具体的妥当性が確保されるという予測が破れている以上、「国際私法上の信義則のごとき超越原則⁹⁸⁾」によって例外的な救済手段が与えられるべきであるとされる。すなわち、「適応は、国際私法がその通常的方式をもっては判決の具体的妥当性にいちじるしく妥当性を欠き、その通常的方式をいくぶん修正してもなおかつ達成すべき必要性が認められるところの例外の場合における処置として、公序規定と相並んで認められるべきである。すなわち、公序

96) 例えば、典型例として、以下のようなものが挙げられている。すなわち、「ドイツ人夫婦がスウェーデンに行き、夫がスウェーデンに帰化した後、子を残して無遺言死亡した際、寡婦がドイツの裁判所に財産上の請求をなすとして、ドイツの国際私法上、夫婦の財産関係を規律するのは、婚姻当時の夫の本国法（ドイツ民法施行法一五条）たるドイツ婚姻法であるが、それに依れば、ドイツ法上かかる場合、妻は相続権を持つ故、婚姻法によっては財産上の保護をうけられない。他方、相続関係を規律するのは、被相続人の本国法（ドイツ民法施行法二四条）たるスウェーデン相続法であるが、それに依れば、スウェーデン法上かかる場合、妻は婚姻財産の分与を認められる故、相続権は与えられない。したがって、寡婦はいずれの準拠法によっても何らの財産的保護が得られない」（三浦・前掲注47）319頁」という事案である。

97) 三浦・前掲注47）321頁の注7）を参照。また、たとえば、次の事例を考えてみたい。養親の相続準拠法所属国は、養子は実親の相続人となれるという理由から、養子は養親を相続しないとしていた。一方の実親の相続準拠法所属国は、養子は養親の相続人となれるという理由から、養子は実親を相続しないとしていた。このとき、養子は、養親の相続人となることも、実親の相続人となることもできないのだろうか（三浦・前掲注47）318頁を参照。ただし、三浦教授は、この事例は適応問題ではないとする）。この事例については、実親の相続準拠法上の解釈として、養子は養親の相続人となれるという事情がない場合には、養子は未だ実親の相続人となると解釈する可能性を探求すべきと思われる。同様に、養親の相続準拠法上の解釈として、養子は実親の相続人となれるという事情がない場合には、養子は新たに養親の相続人となると解釈する可能性も探求できると思われる。以上のような解釈を各準拠法が許さないということは、そもそも各準拠法とも養子が養親と実親のどちらの相続人にもなれないという結論を不当とは考えていないということになると思われる。そのような各準拠法の価値判断に対して、法廷地の国際私法の立場から介入する必要性や根拠が見出せるとすれば、それは法廷地の公序に反する事態が生まれる場合の例外的な準拠法適用の排除だけなのではないだろうか。ところで、仮に、両方の準拠法上以上のような解釈が正当であった場合、実親の相続準拠法は、養親の相続準拠法上養子は養親を相続するかどうかを先決問題とすることになり、同様に養親の相続準拠法も、実親の相続準拠法上養子は実親を相続するかどうかを先決問題とすることになり、これによって先決問題の循環が起きてしまい、どちらを先に決めたらよいかわからなくなるという、新たな問題が発生してしまうように思える。この問題に対しては、一つの考え方としては、以下のようなものがあると思われる。養子縁組が成立する以前の状態を基本線と考えて、養子はもともと実親を（将来）相続する権利を持っていたものとして、この権利の消滅の問題から考え始める、つまり、養親の相続準拠法上養子は養親を相続する権利を未だ取得していないことを前提にして、養子が養親を相続する権利を取得するまでは実親の相続準拠法上他の者の養子となった子ではあるが例外的に実親を相続する権利は消滅しないことになり、一方、養子は実親の相続人となれるままであるから養親の相続準拠法上養子が養親を相続する権利を例外的に取得するということはない、という考え方である。

98) 三浦・前掲注47）290頁。

は連結の取り戻しにより、適応は連結の修正と実質規定の変更とにより、国際私法の目的たる実質私法的正義の再建につとめるものと言えよう⁹⁹⁾とされている¹⁰⁰⁾。

そして、「法廷地裁判官の主観によって恣意的に準拠法の法規修正がなされることによって解決される¹⁰¹⁾」といった救済手段の濫用を防ぐために、適応問題を理論化する——具体的な作業としては、適応問題の処理に当たって指針として働く一般的諸原則の提示と適応現象の類型化を行う——ことが試みられている^{102) 103)}。

(3) 適応問題と「等価性の問題」

本稿の検討対象である「等価性の問題」を、適応問題の一つであると位置づける学説も多くみられる¹⁰⁴⁾。確かに、「等価性の問題」は国際私法におけるモザイク的規律の宿命とはいえるが、それが構造的な欠陥とまでいえるかどうか、そもそも検討されなければならない。そして、そのために、原則的かつ一般的な解釈論的努力を突き詰めると結論はどうなるのか、その結論が孕む問題は何か、その問題はどのような価値判断に基づいて、どのように、そしてどこまで解決されるべきなのか、を論じているつもりである本稿の問題意識に対しては、適応問題

の理論は答えをくれないように思われる。

また、前述の「相続と養子の事例」について、三浦教授は、次のようにいわれる。

「二つの準拠法の不一致の調和の問題としての適応問題の発生を考慮しなければならないと思う。もとより、概念の連絡が困難なく行われれば、その限りでは単なる法規調整（代用）が行われたに過ぎないのであり、いまだ適応の問題は生じないのであるが、すでに右の如き困難が発生し準拠法の修正的な適用が問題とされるに至って適応の問題となることは言うまでもない。かかる問題に際しての解決は本問題上の概念が基準となる。したがって、上述の如き事例については、相続権を伴う養子概念の中には、嫡出子のない場合の養子という条件が伴うものであるから、養子準拠法上の養子概念はこの条件をとみなわぬ限り、そのまま連絡するわけには行かない。その養子概念は相続効果を伴わぬものとして連絡されざるを得ないのである。そこに適応が行われると解する。すなわち、養子準拠法上の養子概念には後続的效果が否定され、相続準拠法上の養子概念においては、先決的条件が脱落せしめられて両準拠法が連絡する

99) 三浦・前掲注 47) 290 頁。

100) このような個別具体的かつ例外的な救済手段を肯定するものとして、山田・前掲注 3) 166 頁、溜池・前掲注 3) 236 頁、木棚ほか・前掲注 3) 78 頁〔木棚〕、櫻田・前掲注 3) 136 頁を参照。ただし、石黒・前掲注 4) 213 頁以下は、「表見的な適応（調整）問題」と区別した上で、「真の適応（調整）問題」が存在することは認めるが、「裁判官にフリーハンドを与えることに近い結果をもたらす実質法的調整は、極力排除せねばならない」（石黒・前掲注 4) 214 頁）とする。道垣内・前掲注 47) 133 頁は、「現在の国際私法のもとでは、異なる準拠法の接合によって論理矛盾が生じない限り（7(3)参照）、その当否は云々せず、受け容れるほかないのである」とする。そこでいわれている論理矛盾として、「法例一七条が子の出生当時の『夫婦ノ一方ノ本国法』により嫡出子とされれば嫡出子とすると定めているため、理論上、ある子が誰の嫡出子かは世界中の夫婦の本国法を適応してみることになり、離婚後 X 日目に生まれた子について、A 国法によれば離婚した夫婦の嫡出子とみなされ、B 国法によれば、その後に母が再婚した新しい配偶者との間の嫡出子であるとみなされることが生じ得る……。……国際私法の責任で何とか秩序を与えなければならないが、法例にはその解決を導く手がかりとなる規定は何ら存在しない。そのため、まさに条理として、立法者になり代わって、何れかの適用結果を優先させる決断をするほかないであろう（立法的解決が図られるべき問題である）」（道垣内・前掲注 47) 138 頁）とされる。石黒・前掲注 4) 214 頁以下が例として挙げる「真の適応（調整）問題」も、婚姻に伴う夫婦の氏の問題について人格権説をとることを前提に、夫婦のそれぞれの氏の準拠法が夫婦別氏と同氏に分れている状況下で、両者の氏を変更しないまま婚姻が成立してしまった場合に、同氏を強制されるはずの一方配偶者の氏について処理が不能になる可能性があるという、論理的不整合といえるようなものである。神前ほか・前掲注 3) 36 頁〔元永〕は、「あくまで、『衝突の可能性を回避』するという観点から一般的になされるべきである」とし、個別具体的かつ例外的な救済手段には否定的である。

101) 三浦・前掲注 47) 304 頁。

102) 一般原則の提示については、三浦・前掲注 47) 303 頁以下を参照。

103) 類型化については、三浦・前掲注 47) 304, 306 頁以下を参照。

104) 前掲注 67) を参照。

点に、準拠法適用の修正が存する故である。¹⁰⁵⁾

ここで、三浦教授は、どこまでを原則的な解釈論的努力の帰結とされているのか不明確だが、最後は具体的妥当性の要請から準拠法の解釈を例外的に修正して、「相続と養子の事例」における養子の相続権を否定すべきとされているようである。三浦教授が妥当と考えられている結論は、「準拠法の閉鎖的な解釈」を問題視する本稿がまさに妥当か否かを問うているものである。恣意性こそが「等価性の問題」における最大の敵であり、真の問題の所在だとするならば、まさに恣意性を最大の理論的難点として抱える適応問題と位置づけることによって、何の解決も図れないどころか、かえって有害ではないだろうか。

以上のように、適応問題の理論の目的——モザイク的規律の構造的欠陥——は、「等価性の問題」一般の検討にとっても非常に示唆的であるが、適応問題の理論の手段——個別具体的かつ例外的な救済手段——は、「等価性の問題」へのアプローチとしては不適切だろう^{106) 107)}。

7 準拠法の変更

(1) 準拠法の変更と「転置」

準拠法の変更の問題¹⁰⁸⁾としてここで論じたことは、連結点の所在を基礎付ける事実に変更があり、連結点の所在地が変更されることによって、その生活事実関係を規律する準拠法にも変更があった場合に生じる問題である。さらに、その中でも、既に成立している旧準拠法上

の権利・法律関係が、新準拠法上どのように扱われるかという問題に限って、簡単に論じたい。

例えば、法の適用に関する通則法 13 条 2 項は、物権及びその他の登記をすべき権利について、「権利の得喪は、その原因となる事実が完成した当時におけるその目的物の所在地法による」とするが、その後、目的物が国境を越えて移動し、その所在地に変更があった場合には、その権利は新たな「その目的物の所在地法による」(13 条 1 項) ことになる。このとき、既に成立している旧所在地法上の物権を、新所在地法上の物権に置き換えてその効力を与えなければならないとされる。これは講学上「転置 (Transposition)」と呼ばれるが¹⁰⁹⁾、そこにあるのは、まさに「等価性の問題」である。

そして、本稿の問題意識にとって重要なのは、この「転置」は、新所在地法の視点から判断されるのか、言い換えれば、旧所在地法上のある物権に対しては新所在地法上のこの物権と同一に扱うとか、同じ効力を与えるとかいった、新所在地法上の実質法規範を発見する作業、つまり新所在地法の解釈の問題にすぎないのか、ということである。これを、「国際私法自体の立場から判断すべきである¹¹⁰⁾」とする見解もあるが、多くの学説は、明確ではないものの、本稿がこれまで論じてきたように、準拠法である新所在地法の解釈の問題と位置づけているのではないかと思われる。

また、「転置」がなされた後にも、新所在地法が個々の効力発生のために特に条件を要求する場合にはその条件を具備する必要があるとされ¹¹¹⁾、その条件を具備するまではその物権は

105) 三浦・前掲注 47) 312 頁。

106) 石黒・前掲注 4) 187 頁、217 頁以下を参照。

107) 仮に何らかの手段が必要であるとすれば、別の手段である国際私法による等価性判断の方がより適切な手段であると考えている、と本稿を位置づけることもできるかもしれない。

108) 法律変更または準拠法変更の問題一般については、久保・前掲注 8) 185 頁以下、ノイハウス (櫻田訳)・前掲注 12) 302 頁以下を参照。

109) 詳しくは、檜崎みどり「ドイツ国際物権法における非占有動産担保権の渉外的効力について——いわゆる『転置 (Transposition)』の実証的・理論的検討——」法学新報 105 巻 6・7 号 317 頁 (1999) を参照。

110) 山田・前掲注 3) 306-307 頁。

111) 山田・前掲注 3) 307 頁、溜池・前掲注 3) 347 頁、櫻田・前掲注 3) 190 頁、澤木ほか・前掲注 3) 271 頁、神前ほか・前掲注 3) 198 頁を参照。

成立してはいるけれど、いわば休止状態にあることになるかとされている。例として、旧所在地法上占有を要しない動産担保権が、新所在地法上の占有を要する動産担保権、例えば日本の民法 352 条以下の動産質権に「転置」された場合には、占有を備えることが効力発生要件とされる¹¹²⁾。

(2) 準拠法の変更と本稿のこれまでの議論との関係

以上は、旧所在地法上の物権の成立が先決問題となり、新所在地法上の物権の効力が本問題となって、本問題の準拠法である新所在地法の解釈として、旧所在地法上成立した物権と新所在地法上の物権の間の「等価性」が問題となり(転置)、「等価性」が肯定された後にも、本問題準拠法たる新所在地法が個々の効力の発生に特別な条件を要求していないかが問題となる、と理解することが出来る¹¹³⁾。つまり、本稿が「相続と養子の事例」を例としてこれまで先決問題における処理を論じてきたところの、一般的な枠組みの中で捉えることのできる問題であると考えられる。成立の準拠法と効力の準拠法の関係については、国際私法による「等価性」判断の構造を考える上での出発点として、後に詳しく論じたい¹¹⁴⁾。

8 まとめ

「等価性の問題」とは、準拠法の解釈として、準拠法が「等価性」を認めているか否かという

問題であるとされている。そして、本問題準拠法上の法律概念と、先決問題準拠法上の法律概念の間の「等価性」が問題となった場合には、それが本問題準拠法が等価性を認めているか否かという本問題準拠法の解釈の問題であるとすると、伝統的かつ原則的な国際私法の解釈論的努力によっては、「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険を完全に回避することはできない。なぜならば、本問題準拠法上の要件となっている本問題準拠法上の法律概念に該当するといえなければ、法律効果の発生を認めることはできないといわざるをえないからである。ただし、仮に、そこで、国際私法の視点からの「割り切り」によって「等価性」を肯定できたとしても、「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険は未だ残る。「等価性の問題」と区別された、本問題準拠法が「等価性」と並んで、または別に要求する、個々の効力発生のための特別な条件があるか否かの問題があるからである。以上が、準拠法選択・適用過程を構成する法的諸技術と、それらによる「等価性の問題」の解決をここまで論じて来て得られた、本稿の結論である。

以上の結論を前にして、本稿は何をするべきだろうか。最密接関係法である「準拠法の趣旨」を尊重すれば、「準拠法の閉鎖的な解釈」の結論を不当と断じてしまうことには躊躇がある。しかし、「準拠法の閉鎖的な解釈」がなされる過程には、実は恣意が働いているのではないかと強く疑われる。「準拠法の閉鎖的な解釈」の問題点は、結論の不当性にあると考えるより

112) そのような「転置」がなされた場合には、その権利者は、日本の民法 353 条(質物の占有の回復)のいう「質物の占有を奪われたとき」の動産質権者と同じに扱われ、「占有回収の訴えによってのみ、その質物を回復することができる」ということになるのであろうか。そもそも、占有を要しない動産担保権を、日本の民法上の動産質権に「転置」することの合理性自体が問われるべきだと思われる。檜崎・前掲注 109) 328 頁は、『占有を要件としない』動産担保権が、どこまで『質権』としてとらえられてよいか、という問題が内包されている。……外国動産担保権を安易に無意味なものにする解釈は、国際取引の円滑性を考慮すると、慎まれるべきであろう」とする。また、檜崎・前掲注 109) 415 頁は、「外国の非占有担保権を、わが国の動産質権以外の、いずれかの非占有担保権(例えば動産譲渡担保)に転置させれば、こうした占有要件から解放されると考える立場もあろう」と指摘している。ただし、檜崎准教授は、転置の基準である「機能的等価」を明確にし、そのような一般的な基準による解決を志向されているようである。後述する、本稿の国際私法による「等価性」判断についても、その基準を明らかにするという重要な課題があるはずであるが、筆者の力の限界から、棚上げにさせていただくことをご容赦いただきたい。

113) ただし、先決問題と先行問題を区別するべきとする学説があることについて、前掲注 56) 参照。

114) 本稿Ⅳ. 2 (1) を参照。

も、過程における恣意性にあると考えるべきだろう。そして、この恣意性の問題を乗り越えるためには、「等価性の問題」を法廷地の国際私法の手に委ねるという方法が有効ではないだろうか¹¹⁵⁾。

本稿は、これまで、国際私法における「等価性」がどのように探求されるかを問題としてきた。しかし、ここで、いわば発想の転換をしてみたい。すなわち、法廷地の国際私法によって「等価性」判断を行うという手段を用いることができないうか、できるとすると準拠法の解釈の過程にどのような影響があるのか、ということの問題として、以下では論じていきたい。

IV. 国際私法による「等価性」判断

1 国際私法による「等価性」判断の基盤

(1) 法規を国際私法の対象とする立場の基盤としての「抵触法的な等価性」

いわゆるサヴィニー型の伝統的な国際私法の立場とは違って、国際私法の対象を法規と考える立場がある¹¹⁶⁾。その立場からすると、ある国際的生活事実関係に対して、関係する複数の国の法規の下でそれぞれ法律関係が一応別個のものとして存在しているということを前提として、その競合する複数の法律関係の中からどれか一つを選ぶことが、国際私法の任務ということになる¹¹⁷⁾。このような準拠実質法規定の要件を具備することによって発生する法律効果として、法律関係が成立したといわれるときの、この法律関係というものについて、説明の便宜

のために、「実質法上の法律関係」と呼ぶことにしたい。「相続と養子の事例」に即していえば、養子縁組の準拠法としてインド法が適用されるということは、次のことを意味する。すなわち、インド法の下で成立した「実質法上の法律関係」としてのインド法上の養親子関係と、フランス法の下で成立するかもしれない「実質法上の法律関係」としてのフランス法上の養親子関係が並存・競合する状態に対して、フランス法上の養親子関係ではなく、インド法上の養親子関係が選択されたということである。

ここで考えなければいけないことは、なぜ、どちらかの「実質法上の法律関係」を選択する必要があったのか、または、なぜ、どちらかを選択することが許容されたのか、ということである。どちらか一方を選択する必要のない場合と対比してみよう。ある人の犯罪事実に対して、インド国が彼（女）に対して刑罰権を持つ関係と、フランス国が彼（女）に対して刑罰権を持つ関係から、どちらかを選択するということは、各国の政治的な判断としてはなされうるだろうが、(抵触)法の判断としてはなされない。この場合は、インド国とフランス国とで刑罰権を持つ主体が違う点は指摘できるから、いわば一回の不法行為によって損害を被った二人の者が、一人の不法行為者に対してそれぞれ損害賠償請求権を持つ各「実質法上の法律関係」と同じことだ、といえるのかもしれない。しかし、国際私法の対象を法規と考える立場からすると、二つの「実質法上の法律関係」が別個・独立のものなのは、養親子関係の場合においてもいえることであり、法律関係が別個・独立だからというだけでは説明が足りない¹¹⁸⁾。とにか

115) 後掲注126)を参照。

116) 現代日本の国際私法は、このような立場には立たず、伝統的なサヴィニー型国際私法の立場に立っている。にもかかわらず、この立場を検討することの意味は、「等価性の問題」と国際私法のそもそもの存立基盤との関係が、この立場においてより鮮明に見えてくると考えたからである。

117) 佐藤・前掲注50)238頁、佐藤・前掲注67)125頁を参照。

118) なぜならば、養親子関係と婚姻関係が別個の法律関係であるのと同じように、インド法上の養親子関係とフランス法上の養親子関係とはそもそも全く性質の異なるものであり、ただ養親子の関係にある者同士が婚姻できないように、それぞれの養親子関係に基づいて扶養料の請求ができるとすると事実上の二重取りになると評価される場合などの、競合させるべきでない具体的な状況が発生したときに、一方の養親子関係を規律する法上、その養親子関係の効果を制限する要素として、両者の関係を問題にすればよい、とする国際的な養親子関係についての法秩序も構想しうるはずであるのに、やはり準

く、ここでは、内国の持つ刑罰権は、外国の持つ刑罰権によって取って替えることは出来ず、いわば抵触法的には「等価」なものとは評価できないことを指摘しておきたい。

翻って、同一の二当事者間の養親子関係のような民事法に属する「実質法上の法律関係」の場合に、どちらか一方を選択すればよいとされていることの意味を考えてみると、各国の刑罰権や課税権のように「抵触法的な等価性」が否定される場合とは異なって、二つの「実質法上の法律関係」の間の「抵触法的な等価性」が肯定されて、どちらか一方による「代替」が可能であると考えられているからだ、といえるのではないだろうか。つまり、準拠法を選択するという事は、各国法の下で成立するそれぞれの「実質法上の法律関係」の間の「等価性」を認め、最も密接な関係のある準拠法の下で成立した「実質法上の法律関係」ただ一つによって「代替」させることを意味していることになる。ここでは、各国法の異質性を究極的な出発点としつつも、準拠法を選択するという価値判断によって、各国法の異質性に対していわば「割り切る」ことがなされているといえるだろう。

(2) サヴィニー型の国際私法の基盤としての「抵触法的な等価性」

これに対して、いわゆるサヴィニー型の伝統的な国際私法の体系においては、ある生活事実関係の中に、ただ一つの「法律関係」が見出され、その「法律関係」にとっての、サヴィニーの言い方からすると「本拠 (Sitz)」のある国、現代国際私法の言い方では「最も密接な関係を有する地」を探求して、その「法律関係」はその国の法が規律するのだと考える。国際的な生活事実関係の中から、唯一の「法律関係」を見出し(性質決定)、その本拠を探ることによって(連結点の所在の確定)、規律すべき国の法が判明し(準拠法の選択)、具体的な適用法規も決まることになって(準拠法への具体的送致範囲)、実質法の適用ができるようになる(準拠法の適

用)。以上の過程を規律するのが国際私法の任務ということになる。

このように、国際私法の対象を法規と考える立場との考え方の違いはある。しかし、あらゆる国の法の中からただ一つの法を準拠法として選択するという構造には、同様に、各国法の異質性に対して「割り切る」という価値判断が内在しているといえるのではないだろうか。そもそも、各国の法規の適用範囲を出発点とすることをやめて、各国法が異質であるにもかかわらず、それを捨象した普遍的な「法律関係」に出発点を転換したということに、各国法の法制度の間の「抵触法的な等価性」を肯定する価値判断が含まれていると考えることができるのではないだろうか。

以上のように、国際私法よりも上位の次元において、「抵触法的な等価性」が肯定されていることを基盤として、国際私法は成り立っている。そして、この「抵触法的な等価性」における価値判断が、国際私法のそもそもの存立基盤としてだけではなく、国際私法の内部における法的技術としての国際私法による「等価性」判断を要請する基盤ともなると、考えられるのではないだろうか。

(3) 「法律関係」の同一性と「実質法上の法律関係」の「等価性」

ここでいう「法律関係」という概念は、「実質法上の法律関係」とは次元の異なる概念である。また、サヴィニーのいう「法律関係」とは、要件事実の存在をきっかけとして初めて発生する、事実とは別個の、目には見えない法的な世界にだけ属する、抽象的な存在ではないと考えられる。

「サヴィニーによると、個々の権利は、それだけで考察の対象となるものではない。個々の権利は、その基礎を『法律関係』にもつ。ここから個々の権利が導かれるのである。発生した権利だけを個別的に見るのは形式主義的であ

拠法を選択すべきだと考えられているからである。実は、準拠法を選択すべきか否かということも、決して自明ではなく、実質的な価値判断の問題であると考えられる。

る。そうではなくて、その根底にある普遍的なもの、つまり、その法律関係に即して、個々の権利を考察しなければならない。また、サヴィニーのいう法律関係は、抽象的なものではなく、『生き生きとした』、『有機的な』ものとされる¹¹⁹⁾。

「法律関係」とは、個々の権利の基礎であり、その根底にある、普遍的なものであって、抽象的なものではなく、生き生きとした、有機的なものである。サヴィニー型の国際私法においては、このようなそれ自体として意味を持つ「法律関係」の存在が、国際的生活事実関係の中にまず見出されるのであり、準拠実質法はそれに具体的な形を与えるにすぎないものといえるだろう。サヴィニーのいう「法律関係」は、事実とは区別された法律効果というよりも、むしろ生活事実関係と密着したものだと思われ、法的な意味を持つ生活事実関係と言換えてもよいのではないかと思われる¹²⁰⁾。

以上のような「法律関係」について、それを規律する法はどこかの国の法かということを探求するのが準拠法選択であり、「法律関係」のそもそもの法的な成否はもちろんだが、その具体的な形はそれを規律する準拠法によって決まる。その結果、同じ性質を持つ「法律関係」でも、その具体的な形については、それが規律される準拠法ごとに、多種多様なものに分れうることになる。しかし、その区別の根拠は「法律関係」の実体にあるわけではなく、いわば、それらの「法律関係」の存在する場所——サヴィニーのいう「法律関係」の「本拠」——が違っているだけであって、その結果、同じ性質の「法律関係」に対して、違う「実質法上の法律関係」

がその具体的な形として与えられるということにすぎない。

「等価性」の判断において問題となっているのは、各「実質法上の法律関係」の間の「等価性」である。このとき、「法律関係」に対して与えられた具体的な形の違いに惑わされることなく、「法律関係」そのものの同一性に眼を向けるべきではないだろうか。そして、国際的生活事実関係の全体の中から、国際私法上のある性質を持った「法律関係」として全体の中から切り取られたとき、その同一の「法律関係」の具体的な形として与えられうる各「実質法上の法律関係」の間の「等価性」と「代替可能性」は、「法律関係」の同一性を根拠として、肯定されていると考えるべきではないだろうか。

2 国際私法による「等価性」判断の構造

(1) 成立の準拠法と効力の準拠法の関係について

・成立と効力の各準拠法への送致範囲

サヴィニーの考えるように、「法律関係」とそこから導かれる「個々の権利」を区別して考えてみると、まず、「法律関係」の法的な成否については、成立の準拠法の送致範囲に入る。また、ある二つの「法律関係」が国際私法上同じ性質を有すると評価されたとしても、同じ準拠法の下においても、その準拠法がその具体的な形として異なる「実質法上の法律関係」を与えているということが多い。例えば、国際私法上、いわゆる物権の問題と性質決定されたときに、その準拠法上は様々な物権の類型が用意されている。ただし、ここで物権と表現しているもの、

119) 赤松秀岳『十九世紀ドイツ私法学の実像』(成文堂, 1995) 10頁。

120) まず重要なことは、「個々の権利」と「法律関係」とが区別して考えられているということである。そして、「法律関係」とは、法規が与える「個々の権利」を全て集めて束にしたにすぎないものではなく、それ以上の内容を持っているのである。さらに、普遍的で、具体的で生き生きとした有機的なものであるとされていることから、各国実質法によって初めてその存在が与えられるにすぎないようなものではなく、それ自体として豊かな内容を持つものとして考えられていると思われる。そうすると、「法律関係」の内容はそれ自体として既に具体性のあるものといえるのであり、「法律関係」に対して、選択された準拠法が「実質法上の法律関係」を規定することで与えようとするところのものについては、所詮は比喩に過ぎないことではあるが、その「形」と表現するべきではないかと思われる。

例えば物の所有権は、「個々の権利」——例えば、妨害排除請求権など——とは区別された、その源泉となる「実質法上の法律関係」であると考えられるべきだろう。このとき、「法律関係」に対して、どの「実質法上の法律関係」が具体的形として与えられるのかという問題も、成立の準拠法の送致範囲に入る。

これに対して、効力の準拠法の送致範囲には、「法律関係」の法的な成立を前提（先決問題）として、その「法律関係」の具体的形である「実質法上の法律関係」に対応して、どのような条件の下でどのような「個々の権利」が導かれるか、という問題が入ってくることになると思われる。

・効力の準拠法における創造的な解釈の必要性と不可避的な法の欠缺

効力の準拠法の適用の場面で、効力の準拠法は、その内容として、あらゆる他の国の法が成立の準拠法となる場合を予定して、あらゆる他の国の法上の「実質法上の法律関係」に対応する規定を用意しておかなければならないといえるだろうか¹²¹⁾。理想論としては、成立の準拠法と分断されてしまうにもかかわらず、効力の準拠法に規律を委ねた法廷地の国際私法の趣旨は、効力の準拠法があらゆる他の国の法上の「実質法上の法律関係」に対応する規定を用意していることによって、初めて実現されるといえる。しかし、現実には、そのような要求を準拠法に対してすることは、不可能を強いることといわざるをえない。

それでは、どうすればよいか。一つには、あらかじめ規定しておくことは不可能だとしても、効力の準拠法に対して解釈による実質的な法創造を要求することが考えられる。例えば、旧所在地法上の物権から新所在地法上の物権へ

の「転置」の必要性について、次のようなことがいわれている。

「転置というプロセスは、動産担保権の渉外的効力を判断するためにつねに行わなければならないのか。理論的には、既得物権の効力を新所在地法に委ねる以上、新所在地法が外国動産担保権の渉外的効力について自国物権への転置、すなわち、自国類型の貫徹を求めているかどうかを、考える必要があるのではないか。……物権法定主義をとる国でも、例えば外国物権の内国牽連性が希薄であることを理由に、内国物権への転置を求めずに、当該外国法上の効力をそのまま認めることも、理論的には考えられないわけではない。¹²²⁾」

以上の見解は、成立の準拠法所属国の効力に関する規定をその内容として、あらゆる他の国の法上の「実質法上の法律関係」に対応する効力準拠法上の法規範が、自生的に創造される仕組みが効力の準拠法によって用意されることになるような、効力準拠法の解釈の可能性を指摘したものと理解できる。このような自生的な法創造を実現する解釈を導くことは困難だったとしても、パッチワーク的にある他国法上の「実質法上の法律関係」に対応する法規範を解釈によって実質的に創造すること——例えば、類推適用——がなされることは十分あるだろうし、パッチワーク的な法創造が積み重ねられて一般的な処理原則——例えば、「転置」——に昇華されることもあるだろう。しかし、これらは準拠法がいわば自発的に法廷地の国際私法の困難な要求に応じてくれる場合であって、準拠法が法の欠缺を放置する事態も理論的には避けることはできない¹²³⁾。

121) 効力の準拠法は、どのような「個々の権利」をどのような条件によって発生させるのかということについての法規範を、それぞれの「実質法上の法律関係」の違いごとに持っていなければならないことになる。しかし、各国法上の「実質法上の法律関係」の等価性を前提としないとすると、「実質法上の法律関係」は成立の準拠法が違うごとに無数に存在することになる。その結果、あらゆる成立の準拠法が規定する「実質法上の法律関係」の数だけ、効力の準拠法は法規範を用意しなければならないことになる。しかも、全ての効力の準拠法がその数を用意してくれない限り、つまり期待にこたえてくれない準拠法が一つでもあれば、そこに法の欠缺が生じてしまうのである。

122) 植崎・前掲注109)326-327頁。

・効力の準拠法上の法欠缺を補充する手段としての国際私法による「等価性」判断

このような事態の発生は、成立と効力の準拠法を分断させた法廷地の国際私法の責任に起因するものであって、法廷地の国際私法によって、効力準拠法の規定の補充、またはその代替手段の用意がなされなければならないと考えられる。この必要性に答えるものとして、法廷地の国際私法による「等価性」判断という手段を提案することができる。つまり、法廷地の国際私法が、問題となっている成立準拠法上の「実質法上の法律関係」について、効力準拠法上の「実質法上の法律関係」の中のどれか一つと「等価」なものとみなし、同じ規定が適用されることとするのである¹²⁴⁾。

・効力の準拠法に法の欠缺がない場合と国際私法による「等価性」判断

例えば、日本を動産所在地として成立した「日本法上の譲渡担保権」について、その動産が新所在地に国境を越えて移動した後に、物権の効力の準拠法である新所在地法が、日本法上の効力をそのまま認めた場合を考えてみる。この場合には、新所在地法上の物権の一類型として、「日本法上成立した譲渡担保権」というものが存在するとみることができる。このときに、物

権の成立準拠法上の「実質法上の法律関係」の一類型である「日本法上の譲渡担保権」と、効力準拠法である新所在地法上の「実質法上の法律関係」の一類型と考えられる「日本法上成立した譲渡担保権」の間に、「等価性の問題」を仮に設定してみたとしても、思考過程にワンクッションはさむことの無駄が生じるだけであって、両者の「等価性」は国際私法によってそのまま肯定されるだけであるから、結論に変わりはない。このように、国際私法による「等価性」判断を、効力準拠法上の法の欠缺を補充する必要のある場合だけでなく、常に行われるものだと観念したとしても、特に問題は起こらないと思われる。なぜなら、その代わりに、どのような「実質法上の法律関係」を明文または不文で設定するかは、効力準拠法が自由に決定することができるため、効力準拠法の望む結論を歪めることはないからである。以上からして、国際私法による「等価性」判断は、常に行われるものとも考えることも許されると思われる。そうすると、いってみれば、効力準拠法があらかじめ自由に用意したメニューの中から、法廷地の国際私法が「等価」と考えるもの一つを選ぶという形になるのである¹²⁵⁾。

123) 外国法不明の場合の処理と準拠法上の法の欠缺の関係は微妙であるが、一応区別して考えるべきことにつき、神前禎「準拠外国法の『不明』をめぐって」法学協会雑誌 107 巻 6 号 999 頁 (1990) を参照。

124) つまり、国際私法による「等価性」判断がなされることによって、上記のような法の欠缺の可能性はなくなると考えられる。なぜならば、効力の準拠は、あらゆる外国法上成立した「実質法上の法律関係」の内国実質法上の取り扱いについて定めておく必要はなくなり、内国法上成立した「実質法上の法律関係」の内国実質法上の取り扱いさえ定められていれば、外国法上成立した「実質法上の法律関係」については、その定められているもののうちのどれかと同じ扱いがされることになるからである。そして、一体どれと同じ扱いをするのかということについては、法廷地の国際私法が決めることになる、ということである。

125) 準拠法とその解釈には、どのような「実質法上の法律関係」の類型が存在するのかという問題が依然として委ねられ、いわば法廷地国際私法がその中から等価なものを選ぶためのメニューを用意することになる。この点で、国際私法による等価性判断がなされたとしても、それは準拠法の解釈における営為に完全に取って代わったり、その営為を妨げたりするようなものではない。なぜならば、法の欠缺が原則通り準拠法の解釈によって埋められる場合には、効力の準拠法の規定する「実質法上の法律関係」の中に、外国法上成立した「実質法上の法律関係」の受け皿となるために作られた特別な類型が存在するものとして考えればよいからである。その結果、外国実質法上規定され成立した「実質法上の法律関係」と、内国実質法上規定されているこの特別な類型の「実質法上の法律関係」との間の等価性が、法廷地の国際私法によってそのまま認められることになるだろう。このように考える余地が残されていることによって、最終的な価値判断を委ねられている準拠法の望む結論を曲げることはないと考えられる（さらに、準拠法の解釈には、「個々の権利」発生のための特別な条件の問題もまだ残されている）。このように準拠法の解釈における営為を阻害することなく、それでいて、準拠法の解釈が法の欠缺を放置する非常時に不可欠な役割を果たせるからこそ、国際私法による「等価性」判断という新たな法技術は、手段として非常に優れたものであるといえると思われる。

・効力の準拠法の価値判断による閉鎖的な結論について

また、「実質法上の法律関係」について、どのような条件の下で、どのような「個々の権利」を発生させるかの問題は、完全に効力準拠法への送致範囲に入ることであり、効力準拠法が自由に決することができる。そうであるとする、外国法上成立した「実質法上の法律関係」に対して、その受け皿として特定の「個々の権利」については生じさせないような特別な「実質法上の法律関係」を設けたり、「個々の権利」の発生条件として事実上内外差別になるような特別な条件を設けたりすることで、効力の準拠法は閉鎖的な結論を採用することが出来る。これは、最も密接な関係を有する法である準拠法の価値判断である限り、また、法廷地の公序に反しない限り（法の適用に関する通則法 42 条）、受け入れざるをえない結論だと思われる。そして、そのような効力準拠法の価値判断は、明文でなされる場合だけでなく、解釈によってなされる場合があることも、認めざるをえないだろう。

・効力の準拠法の閉鎖的な解釈と恣意性の問題

しかし、重大な問題は、そのような「準拠法の閉鎖的な解釈」がなされる危険がある場合に、法廷地裁判官の恣意が入り込まないようにするには、どうしたらよいかということにある。「法

律関係」の成立を無に帰させるような「実質法上の法律関係」——例えば、「個々の権利」を何も発生させないようなもの——を効力準拠法上の一つの類型とするような解釈や、内国法上の「実質法上の法律関係」には適用されることはない、外国法上のそれを狙い撃ちしたような「個々の権利」の発生条件を設けるような解釈は、疑わしいといえる。疑わしい区別や条件については、その実質的な理由が示されなければならないだろう。ただし、その準拠法所属国における法解釈方法に従うべきことからすると、言換えれば、その準拠法所属国の価値判断に従うべきことからすると、それにも限界があるといわざるをえない。

とはいえ、準拠法の解釈について、いわば質的な制限——例えば、閉鎖的な結論を直接禁止すること——は「準拠法の趣旨の没却」に陥る恐れがあるため、いわば量的な制限——例えば、各準拠法への送致範囲の明確化——にとどめるべきことを前提として、「等価性の問題」について、これを準拠法の解釈の問題とせず、法廷地の国際私法の下に確保しておくことは、準拠法の解釈における恣意防止のための量的な制限としての機能を果たすことができると考えられ、十分合理性があるものといえるのではないだろうか¹²⁶⁾。

126) 「個々の権利」発生のための特別な条件によって「準拠法の閉鎖的な解釈」がなされた場合に、国際私法によって肯定された「等価性」が不正な解釈をチェックする基準となることで、準拠法の解釈の正統性と信頼性を確保することができる。それはどういうことかという、たとえ結論としては、その「実質法上の法律関係」が内国法上成立した場合にはある「個々の権利」が与えられ、外国法上成立した場合には与えられないことがほとんどであったとしても、国際私法によって「等価性」が肯定されることによって、両者に課される「個々の権利」発生のための条件自体は同じものとなり、その限りでは両者は同じ扱いを平等に受けているといえることができる。そして、このように同じ一般的な規範に服することの帰結として、外国法上成立したものに対してだけでなく、内国法上成立したものに対しても普遍主義的な制約が効いてくることになるのである。つまり、ある「実質法上の法律関係」で内国法上成立したものがその条件を満たさないような事態が、通常はあまり考えられないのかもしれないが仮に起こったときには、外国法上成立したものと同じように、その「個々の権利」については与えないという結論になるはずであり、そのような結論を受忍する覚悟があつて初めて、「準拠法の閉鎖的な解釈」が行われたはずなのである。もしそうでなければ、その解釈は、正義に反するダブル・スタンダードであるという批判を免れない。以上を、「準拠法の閉鎖的な解釈」における正統性と信頼性の確保の必要性という視点から照らしてみると、ある「実質法上の法律関係」について、それが内国法上適法に成立したものであったとしても、そのような条件を満たさない場合には問題となっている「個々の権利」は与えられないと考えた場合にのみ、解釈者は「準拠法の閉鎖的な解釈」を行うことができると考えられる。そして、このように内国法上成立したものまでもが制約される場合があるということであれば、その解釈が恣意的であるという批判は、かなりの程度弱められるといえる。つまり、法廷地の国際私法によって「等価性」が認められることを前提として、内国法上成立したものと外国法上成立したものとが同じ条件に服しており、前者についてもその条件を満たさない場合があることが現実的なこととして論じられるならば、その「準拠法の閉鎖的な解釈」は正統といえ

(2) 本問題の準拠法と先決問題の準拠法の関係について

成立と効力の各準拠法の関係は、いわゆる本問題と先決問題の関係にあると考えられる。しかし、以上で論じてきた成立と効力の各準拠法の関係が、本問題と先決問題の各準拠法の関係一般にそのまま当てはまるわけではない。「法律関係」の成立が先決問題となっている点は変わらないが、「法律関係」の効力が本問題ではない場合には、二つの準拠法間の共同作業的な性格は弱くなる。例えば、先決問題準拠法上成立した「実質法上の法律関係」に対して、本問題の準拠法が、本問題に限っては「個々の権利」を何も与えなかったとしても、それだけでは疑わしい区別であると考えすることはできない。なぜならば、純粹国内事案においても、先決問題準拠法への送致範囲に入るような法規において用いられている特定の法律概念と、本問題準拠法への送致範囲に入るような法規において用いられている特定の法律概念とは、たとえ同じ言葉が用いられていたとしても、両者の意味は異なると解釈される可能性があり（概念の相対性）、本問題と同じ準拠法によって成立が肯定された「実質法上の法律関係」ですら、本問題に限っては「個々の権利」を何も与えられていないということもありえることだからである。

しかし、「抵触法的な等価性」が認められる内外の「実質法上の法律関係」に対して、本問

題準拠法が異なる扱いをしているならば、それは疑わしい区別といえるだろう。ここでも、先決問題の準拠法上成立が肯定された「実質法上の法律関係」については、本問題準拠法所属国の法上の「実質法上の法律関係」の中のどれかと「抵触法的な等価性」が国際私法によって認められると考えるべきである。そして、前者と後者は同じ扱いを受けるべきであって、本問題の準拠法によって前者に対して「個々の権利」が何も与えられないとすれば、それは後者に対しても与えられない限りにおいて、つまり単一法秩序内にも存在する概念の相対性の範囲内においてであると考えべきだろう¹²⁷⁾。

(3) 「相続と養子の事例」再論

以上は、「相続と養子の事例」における結論を、直接左右することになるわけではない。なぜならば、折茂教授の学説も、インド法上の養子とフランス法上のそれとの間の「抵触法的な等価性」は認めつつも、本問題準拠法であるフランス相続法上の相続権発生条件として、養子となったときに養親に嫡出子がいなかったこと、という条件が要求されていると理解することができたからである。

そして、この場合の効力発生条件の疑わしさについては、微妙なところであると思われる。フランス法を養子縁組準拠法として成立した養親子関係については、同じ条件が既に養親子関係の成立の要件とされているから、このような効力発生条件を満たしていないものは通常は考

るものとなり、一応信頼しうるものとなるのである。

127) これまでの議論では、「等価性の問題」と「個々の権利」発生のための特別な条件の問題とを区別してきた。つまり、後者の問題については、法律概念の内容の問題という形では捉えて来なかったが、そう捉えるか捉えないかは見方（または説明の仕方）の問題に過ぎないと思われる。これまでは、このような特殊な見方を利用して考えを明確に整理して来たわけだが、ここでは敢えて、後者についても法律概念の内容の問題という形で捉え直してみることにしたい。そうすると、次のようになる。「相続と養子の事例」について言えば、最終的に得たい結論は、〈インド法上の養子〉と〈フランス法上の相続権を持つ養子〉との間の「等価性の問題」である。しかし、これを直接、一足飛びに問うべきではない。そうしてしまうと、問題は一気に難解になってしまうからである。そこで、まず〈インド法上の養子〉と〈フランス法上の養子縁組問題における養子〉——フランス法上の実質法規範の中で、仮に国際私法上の第二段階の性質決定がなされたならば、養子縁組準拠法の送致範囲に入ってくることになる法規範において規定されているフランス法上の養子——との間の「等価性」が問われることになる。そして、ここでは国際私法による「等価性」判断がなされることによって、「等価性」を肯定することができる。次に、〈フランス法上の養子縁組問題における養子〉と〈フランス法上の相続権を持つ養子〉との間の「等価性の問題」が問われることになる。そしてここで問われることは、外国の法律概念が関わって来るような難問ではなく、一国の法秩序内において通常生じる概念の相対性の問題であるということである。このように、〈フランス法上の養子縁組問題における養子〉を中継として用いることによって、より正確な概念の連絡が可能になっているといえるのではないだろうか。

えられず、外国法を養子縁組準拠法として成立した養親子関係を狙い撃ちした条件ではないかとも疑われる。そして、疑わしいとされる理由がそのようなものであるとすると、このような効力発生条件を満たしていないけれども、フランス法を養子縁組準拠法として成立してしまった養親子関係というものを想定してみるという思考実験が有益ではないかと思われる。

例えば、対世効を持った判決によって、フランス法上の養親子関係の成立が肯定されてしまっていたが、養親の相続権を争う訴訟において、縁組ときに養親に実は嫡出子があったことが認定された場合を考えてみよう。その嫡出親子関係成立の先決問題として、婚姻または離婚の有効性が争われており、その判断が裁判所ごとに分れた（争点効は働かない）ということであれば、多少は現実味のある教室設例といえるのではないかと思われる。折茂教授の学説によれば、この場合のフランス法上の養親子関係についても、養親子関係の無効または遡及的な取消しを待つまでもなく、フランス法上の相続権が否定されなければならない。これを肯定し、インド法上の養子の相続権だけを否定するような法解釈は、普遍化不可能な内外差別といわざるをえず、「正義への企て」としての「法」の解釈とはいえないと強く推定される¹²⁸⁾。逆にいえば、いわば「他者に課した制限に自らも拘束される」という覚悟をもって、裁判官が法を解釈するのであれば、インド法上の養子の相続権を否定する解釈も、正当なものであるように思われる。

そして、以上のような覚悟を要求された上で、どちらの道を選択するかということが、準拠法であるフランス法の価値判断に委ねられた問題ということになるだろう。

3 国際私法による「等価性」判断の射程

(1) 国際私法による「等価性」判断の射程の一般論

法廷地の国際私法による「等価性」判断は、その基盤を、民事法上の「法律関係」に限って、準拠法を選択するという決断をしたときに、その決断に内在していた「法律関係」の「抵触法的な等価性」を肯定する価値判断に持つ。また、その構造は、「法律関係」の成立の準拠法が「実質法上の法律関係」の成立を肯定した後で、その「実質法上の法律関係」が他の国の法の下で問題となったときには、当該他国法上の「実質法上の法律関係」の中のどれか一つのもので、法廷地の国際私法によって「等価性」が認められ、その後は、その「等価性」を認められた当該他国法上の「実質法上の法律関係」と同じ条件に従って同じ取り扱いを受ける、というものである。そうであるとする、国際私法による「等価性」判断の射程または限界としては、国際私法によって準拠法が選択されて成立が認められた「実質法上の法律関係」と、本問題の準拠法で前提問題となっている「実質法上の法律関係」の間の「等価性の問題」に限って、法廷地の国際私法の視点から、法廷地国際私法が主体的に「等価性」を肯定できるということにあると考えられる。

(2) 国際私法による「等価性」判断の射程の具体例

そうすると、その射程外の事項としては、以下のようなものが考えられる。例えば、内外の公証人、裁判所、身分戸籍吏の行為や、弁護士過誤訴訟において守秘義務の存否が問題となったときの国などによる弁護士資格の付与といった、「内外国家行為」の間の「等価性の問題」は、それらは準拠法選択の対象である「法律関係」ではないから、国際私法による「等価性」判断ではなく、それらを要件として要求する各準拠

128) 井上・前掲注31)19頁以下の二重基準についての記述を参照。

法の視点から、各準拠法の純粋な解釈問題として、要件事実の存否の判断がなされることになる。

また、内縁の準拠法をめぐる議論が非常に興味深いものとして見えてくると思われる。内縁について、「法律上問題となるのは不当破棄や相続の局面であり、それぞれ、不法行為の準拠法（通則法一七条・二〇条・二一条・二二条）、相続の準拠法（三六条）によれば足りると解される。……そのような関係にある者の保護の問題は、それぞれの局面に適用される準拠法の判断に委ねるべきであり、通則法上に存在しない婚約や内縁という単位法律関係にあたるか否かをあえて問題とすることは適当でない¹²⁹⁾」とする説¹³⁰⁾に対して、多数説は内縁という身分を国際私法上の独立の「法律関係」と考えて、その成立の準拠法を選択するとしている¹³¹⁾。本稿の立場からすると、両説の間の決定的な違いは、各国法上のいわゆる内縁に対応する「実質法上の法律関係」の間の「等価性」を肯定するか否か、つまり国際私法による「等価性」判断の射程が及ぶか否かにあると考えられる¹³²⁾。国際私法による「等価性」判断の射程が及ぶとすれば、つまり多数説をとった場合には、内縁の成立が先決問題となって、その後、内縁の不当破棄——内縁の効力の問題と性質決定する以

外にも、不法行為の問題と性質決定することも可能だと思われる——や相続などのあらゆる本問題の準拠法上、本問題準拠法所属国の内縁と同じものと（法廷地の国際私法によって）みなされ、同じ条件に服して同じ扱いを受けることになる。国際私法による「等価性」判断の射程が及ばないとすれば、不法行為や相続の問題の準拠法が、要件の一つとして内縁を要求している場合に、その内縁関係があるかどうかは、不法行為や相続の準拠法の解釈問題であるということになり、本問題ごとに、ある国の法のところの内縁であるとされたり、別の国の法のところの内縁ではないとされたりすることになる。

さらに、「多数説のいう内縁に登録パートナーシップが含まれるとすることは可能であると思われる¹³³⁾」とする学説があるが、本稿の立場からこの学説に従うとすると、登録パートナーシップに関する規定を欠く現行の日本法上は、司法による実質的な法創造によって登録パートナーシップに関する日本法上の法規範を見出さないのであれば、外国法上の登録パートナーシップは日本法上の内縁と同じものとして扱われ、その不当破棄や相続における問題に解答が与えられるということになると考えられる^{134) 135) 136)}。

129) 澤木ほか・前掲注3)118頁。

130) 河野俊行「判批」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選』（有斐閣、2004）114頁、115頁もこの立場に賛成する。

131) 山田・前掲注3)442頁、溜池・前掲注3)482頁、木棚ほか・前掲注3)191頁、神前ほか・前掲注3)174頁を参照。

132) 法例の改正をめぐる議論において、婚約・内縁・婚姻外の登録パートナーシップについて新たな規定を設けるべきかが検討されていたが〔法例研究会『法例の見直しに関する諸問題（4）』別冊NBL 89号（商事法務、2004）52頁以下〔中西康〕を参照。〕、そこでは、「実務上最も問題となるのはその不当破棄の場合における損害賠償の問題であるので、これについて、現行法の少数説（内縁を独立の問題として準拠法を考えるのではなく、それが問題となる個々の問題、ここでは不法行為の準拠法による説）と、現行法の多数説である内縁を独立の問題として身分関係の一つとして準拠法を考えていく説とで、結論がどの程度異なるかを整理してみる」（法例研究会・同63-64頁）として、もっぱら連結点がどう違ってくるかを検討している。説によっては内縁の成立が先決問題となることは指摘されているものの、結果的に準拠法が違わなければ意味がないと考えているのだとすると、そのような平面的な理解では、本稿の立場からは物足りないものが感じられる。

133) 林貴美「同性カップルに対する法的保護の現代的動向と国際私法」国際私法年報6号138頁、152頁（2004）。

134) ただし、前掲注49)最判平成12年1月27日は、「旧法例一七条によれば、子が嫡出かどうかはその出生当時の母の夫の本国法によって定めるとされており、同条はその文言上出生という事実により嫡出性を取得する嫡出親子関係の成立についてその準拠法を定める規定であると解される。そうすると、出生以外の事由により嫡出性を取得する場合の嫡出親子関係の成立については、旧法例は準拠法決定のための規定を欠いていることになるが、同条を類推適用し、嫡出性を取得する原因となるべき事実が完成した当時の母の夫の本国法によって定めるのが相当である」としており、「出生という事実により嫡出性を取得する嫡出親子関係の成立」と「出生以外の事由により嫡出性を取得する場合の嫡出親子関係の成立」とを、別個の「法律関係」と位置付けているようにもみえるが、両者は事柄の性質上連結点を異にするだけで、両者の間の「等価

4 「等価性」の判示としての最判平成 12 年 1 月 27 日

最判平成 12 年 1 月 27 日¹³⁷⁾の判示を、視点を変えて、もう一度引用してみたい。

「渉外的な法律関係において、ある一つの法律問題（本問題）を解決するためにまず決めなければならない不可欠の前提問題があり、その

前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合、その前提問題は、本問題の準拠法によるのではなく、法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法によって解決すべきである。」（傍点筆者）

最判平成 12 年 1 月 27 日¹³⁸⁾は、先決問題である身分関係準拠法と本問題である相続準拠法が異なることになった当事者については、そ

性」は肯定されると考えるべきであると思われる。

135) 現代における同性婚や登録パートナーシップなどをめぐる各国の立法動向は、「等価性の問題」に対して、難問を投げかけることになるとと思われる。神前ほか・前掲注 3) 174-175 頁〔神前〕は、「この点について外国では、成立と効力、解消といった問題に分けることなく、全て成立の準拠法によって判断する例が見られる。これらの関係においては各国法の類似性あるいは交換可能性といった、婚姻には妥当する前提がなく、成立の準拠法と効力等の準拠法を別に解することは困難であろう。また、成立の準拠法と効力の準拠法とを別とする場合、効力の準拠法上婚姻あるいはそれに類似する制度が複数存在する場合そのいずれを適用するのかの判断が困難となるという事情もある。もっぱら成立の準拠法によるとしているのはそういった理由によるのであろう」と指摘している。しかし、少なくとも相続権の有無については相続問題と性質決定せざるをえず、同性婚や登録パートナーシップを国際私法上の「法律関係」と考える限り、先決問題準拠法と本問題準拠法を常に一致させることはできないと思われる。

136) 同性婚の是非が重大な政治問題となっている米国において、婚姻 (marriage) と "civil union" の間の「等価性」を否定したと考えられる判例として、ジョージア州の控訴裁判所における *Burns v. Burns*, 253 Ga. App. 600, 560 S.E.2d 47 (Ga. App. 2002) がある。この事案においては、まず離婚がなされ、三人の子供につき、夫を監護権者とし、妻には面会権があるとされたが、その後、面会権を修正する裁判所の同意判決 (consent order) が出された。そこでは、「何れの当事者も、法的な婚姻相手または二親等以内の親族ではない成人と、同棲または同宿している間は、子供と面会も同居も禁止する。((t) here shall be no visitation nor residence by the children with either party during any time where such party cohabits with or has overnight stays with any adult to which such party is not legally married or to whom party is not related within the second degree.)」とされていた。その後、元妻は連れ女性とヴァーモント州へ行き、「civil union の認可証明書 (LICENSE AND CERTIFICATE OF CIVIL UNION)」を得た。そして、元妻が女性の愛人と同棲している間に面会権を行使したのが、裁判所の命令に違反するとして、元夫が裁判所侮辱を申し立てた (filed a motion for contempt)。これに対して、元妻は、"civil union" がなされたから、法的な婚姻の要求には従っていると反論した。裁判所は、以下のように判示した。元妻と連れ女性とは、ヴァーモントで婚姻したのではなく、代わりに "civil union" の関係に入った。ヴァーモント州の法律は、定義の節で、婚姻——法的に承認された男女の結合——と "civil union" ——この章に従って二人の適格者の間に設定された関係——を明示的に区別する。次の節ではこの区別を強調し、適格者は同性であるため本州の婚姻法から排除された者でなければならないことを要求している。実際に、ヴァーモント "civil union" 法の制定に付随する立法機関の調査研究は、"civil union" のシステムは婚姻の地位を与えるものではない、としていた。さらに、仮にヴァーモント州が同性婚を合法化していたとしても、法廷地ジョージア州においては同性婚は公序に反するため承認できないとされており、「十分な信頼と信用 (full faith and credit)」を与える必要もない〔連邦婚姻擁護法 (28 U.S.C.S. § 1738C) 参照〕。元妻のプライバシー侵害の主張は、同意判決の形成過程における彼女の役割を無視している。そのような権利が仮に存在したとしても、彼女が同意判決に同意したときに放棄されている。実際に、もし彼女が "civil union" が婚姻と同じように認められることを確保したかったら、同意判決自体の中にその趣旨の文言を入れておかなければならない。元妻とその連れ女性とは、ヴァーモント州において法的に婚姻していないし、ジョージア州法下でも明らかに法的に婚姻していないのだから、元妻の行為は同意判決に違反し、(裁判所) 侮辱にあたる。ジョージア州最高裁判所によって、2002 年 7 月 15 日、裁量上訴 (certiorari) の申立も却下されている (2002 Ga. LEXIS 626)。以上においては、いわば日本の国際私法における先決問題準拠法に相当するヴァーモント州法の解釈も、結論を導くにあたって重要な論拠とされていると考えられる。また、他州の同性婚の承認拒絶を認める連邦の婚姻擁護法 [Defense of Marriage Act (DOMA)] について、"civil union" や "domestic partnership" を結んだ者に対して、その違憲性を争う適格 (constitutional standing) があるか否かが争われた訴訟においても、婚姻との「等価性の問題」が提起されている。例えば、*Bishop v. Okla. ex rel. Edmondson*, 447 F. Supp. 2d 1239; 2006 U.S. Dist. LEXIS 58107 を参照。ここでもヴァーモント州の "civil union" は婚姻として扱われないことを理由に、原告には連邦婚姻擁護法 § 2 を争う適格はないとされた。

137) 前掲注 49) 最判平成 12 年 1 月 27 日。

138) 前掲注 49) 最判平成 12 年 1 月 27 日。

もそも先決問題の準拠法である日本法によって親子関係の成立が否定されてしまい、両準拠法がともに韓国籍となった当事者については継母子関係の成立と相続権がともに認められた事案であり、結論を導くために「等価性の問題」を検討する必要はなかった。そのため、いわゆる先決問題の後に残された「等価性の問題」について、最高裁が意識して判示したのかは疑わしい。最判平成12年1月27日¹³⁹⁾は、いわゆる先決問題をめぐる論点に対して、いわゆる本問題準拠実質法説をも否定しているが、ここでなされた本問題準拠実質法説の否定が、その後の「等価性の問題」の不発生までも含意していると即断してしまうことは安易というべきかもしれない¹⁴⁰⁾。とはいえ、文理の上では、本問題準拠法上の前提問題は、いわゆる先決問題の「準拠法によって解決」までもがなされてしまうとされており、その後に「等価性の問題」は発生しないとしていると読むことも不可能ではないと思われる。本稿の立場からその理由を補うとすれば、それは国際私法による「等価性」判断がなされるからだということになる。

そして、以上のように、先決問題の「準拠法によって解決」することが可能な場合については、一定の限定がなされているということが出来る。すなわち、「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」に限られるということである。逆にいえば、「その前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」ではない場合については、「本問題の準拠法による」解決がなされる、つまりは国際私法による「等価性」判断はなされず、「等価性の問題」は準拠法の解釈の問題になる、ということになるのではないと思われる。

以上のように、最判平成12年1月27日¹⁴¹⁾

は、本稿が論じてきた国際私法による「等価性」判断の構造や、射程または限界と整合的なものとして理解することができると思われる。

5 まとめ

第一に、国際私法による「等価性」判断をなぜ行うことができるのかについて議論した。

その最大の根拠は、狭義の国際私法、すなわち準拠法選択という法技術が、そもそもあらゆる国の法の間「等価性」と代替可能性を前提として成り立っているということである。言い換えると、あらゆる国の法の間「等価性」を認めるという価値判断がなされて初めて、その中から準拠法を選択するという発想が生まれると考えられるのである。そして、この準拠法を選択するという価値判断に内在する「等価性」を、本稿が議論の対象としてきた各準拠法の規定する「実質法上の法律関係」の間「等価性の問題」に対しても、適用することができないだろうか。

第二に、国際私法による「等価性」判断がどのようなものかについて議論した。

ほとんどの国の法は外国法との接合までを予定して作られてはいないため、法の欠缺ともいえる状況が不可避免的に生じるが、それはモザイク的規律を行おうとする法廷地国際私法にも責任の一端がある。そうであるとすると、第一次的に法の欠缺を埋める役割を果たす準拠法の解釈以外にも、準拠法の解釈における営為を阻害しない範囲内で、法廷地の国際私法においてもその役割を果たす法技術的枠組を用意しておくべきではないだろうか。国際私法による「等価性」判断は、この役割をうまく果たすことができると考えられる。すなわち、モザイク的規律を宿命とする国際私法において、あらゆる二つ

139) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

140) 調査官解説である尾島・前掲注62)202頁-203頁は、「本問題準拠法説は、『先決問題は、本問題準拠法を適用する過程で生ずる問題であるから、本問題準拠法のみを適用すればよい。』という立場である。簡明な考え方であるが、現在その支持者はない。先決問題は、本問題準拠法所属国でも涉外事件としてその国の国際私法によって準拠法が決まるはずであるから、単純に本問題準拠法を適用すればよいというわけにはいかないからである」とする。

141) 前掲注49) 最判平成12年1月27日。

の異なる国の法と法との間の優れたインターフェイスの役割を、国際私法による「等価性」判断は果たすことができる。なぜならば、法域の数だけ存在する外国法上の法律概念をそれぞれのように扱うかという難問に頭を悩ませる必要がなくなり、それらと等価な内国法上の概念の扱いだけを考え、同じ扱いをすれば済むことになるからである。そしてその際に、準拠法の解釈として法律効果発生のための特別な条件の有無の問題が残されているため、準拠法の望む結論を曲げることもないからである。

またそれだけではなく、国際私法による「等価性」判断は、「個々の権利」発生のための特別な条件について「準拠法の閉鎖的な解釈」がなされた場合に、内国法上成立した「実質法上の法律関係」もそれと同じ条件に服して同じ扱いを受けるといふ普遍主義的な制約がかかってくるという意味で、不正な解釈をチェックする基準を提供することができる。別の見方をすれば、その準拠法解釈の正統性と信頼性を確保することにも資するといえるのである。「準拠法の閉鎖的な解釈」の真の問題の所在が解釈の恣意性にあるとするならば、これは特に重要であると思われる。

第三に、国際私法による「等価性」判断は、どのような場合になされ、どのような場合になされないのかについて議論した。これについては、上の二つの議論の帰結として、国際私法上の単位法律関係を構成している場合であるということになる。言い換えると、国際私法によって成立の準拠法が選択されて、その結果として成立が認められる「実質法上の法律関係」に対して、それと等価なものがあらゆる準拠外国法において必ず一つずつ存在する、ということになる。一方、国際私法による「等価性」判断がなされない場合とは、内外国家行為の間の「等価性」が問題となった場合などの、成立の準拠法が選択されて成立が認められる「実質法上の法律関係」ではなく、ただ効力の準拠法の法律

効果発生要件としてのみ意味を持つ法律概念の「等価性」の場合である。この場合には、その法律概念を要件として要求する準拠法の解釈として、「等価性」が探求されることになる。

第四に、国際私法による「等価性」判断と、既存の国際私法についての判例理論との整合性について指摘した。特に、最判平成12年1月27日¹⁴²⁾と国際私法による「等価性」判断とは、より整合的に理解することができるのである。

V. 結びに代えて

1 結びにあたって

本稿の国際私法による「等価性」判断の枠組みについての論証は、読まれた方が満足されるようなレベルのものとはとてもいえないだろう。しかし、この筆者の未熟さ故のものとは別に、準拠法の解釈に委ねられるとされてきた「等価性の問題」に対して、法廷地の国際私法が何かをしなければならないのではないかと、それは国際私法の存立基盤とも関係するのではないかとという「問い」自体の持つ重要性——これは、「相続と養子の事例」における「準拠法の閉鎖的な解釈」の危険を回避する試みの必要性を見出す論者との間で共有されている「問い」であると筆者は信じている——を受け止めていただけたならば、本稿の目的は果たせたのではないかと思う。

さて、本稿のこれまでの検討を前提として、本稿の問題意識の出発点であり、冒頭で紹介したにもかかわらずそのままにしてある日立製作所事件最判平成18年10月17日¹⁴³⁾に対する簡単な分析を加えて、本稿の結びに代えることにしたい。

142) 前掲注 49) 最判平成12年1月27日。

143) 前掲注 1) 最判平成18年10月17日。

2 準拠法の選択と解釈との交錯と最判平成 18 年 10 月 17 日

(1) 特許独立の原則、属地主義の原則の抵触法上の意義

「我が国の特許法が外国の特許又は特許を受ける権利について直接規律するものではないことは明らかであり（……工業所有権の保護に関する 1883 年 3 月 20 日のパリ条約 4 条の 2 参照）」、そのことから考えなければならないことは、準拠法選択において特許の保護国法を選択しなければならないということである。「特許法 35 条 1 項及び 2 項にいう『特許を受ける権利』が我が国の特許を受ける権利」にしか適用がないことは準拠法選択によって担保されるべきことであって、準拠実質法の解釈として「特許法 35 条 1 項及び 2 項にいう『特許を受ける権利』が我が国の特許を受ける権利を指すものと解」する必要は全くなかったと思われる。残念ながら、特許独立の原則と属地主義の原則が準拠法選択に対して持つ意味——抵触法上の意義——についての、最高裁の理解の甘さが、ここでも引き継がれてしまっており、議論の出発点からつまづいてしまっているといわざるをえない¹⁴⁴⁾。

BBS 並行輸入事件最判平成 9 年 7 月 1 日¹⁴⁵⁾において判示された、特許に関する属地主義の

定義——「各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められる」——は、その後のカードリーダー事件最判平成 14 年 9 月 26 日¹⁴⁶⁾に一字一句変わらず受け継がれ、下級審裁判例も文理上それに従っている。そして、上記の定義は、権利関係を規律する法についての前半部分と、効力の領域限定についての後半部分に、一応は分けて考えることができる。本来は、この定義の後半部分の効力の領域限定についても、特許の保護国法——その保護の要求された領域の法——を準拠法とするという、抵触法上の意義がある。ただし、残念ながらカードリーダー事件最判平成 14 年 9 月 26 日¹⁴⁷⁾においては、その抵触法上の意義は見出されることなく、属地主義の原則は実質法の一つである日本の特許法の採用する実質法上の原則にすぎないものであるかのような判示がなされてしまった¹⁴⁸⁾。しかし、権利関係の規律についての定義の前半部分については、抵触法上の意義を持つことを、日立製作所事件最判平成 18 年 10 月 17 日¹⁴⁹⁾自身が認めているのである。すなわち、日立製作所事件最判平成 18 年 10 月 17 日は以下のように判示している。

「なお、譲渡の対象となる特許を受ける権利

144) 石黒一憲「米国特許権に基づく日本国内での行為の差止めの可否とパリ条約——わが最高裁・学説の混乱した理論の克服といわゆる属地主義（特許独立の原則）——（上・中 - I・中 - II・中 - III・中 - IV・中 - V・中 - VI・下）」貿易と関税 52 巻 3 号 58 頁, 52 巻 4 号 56 頁, 52 巻 5 号 51 頁, 52 巻 6 号 55 頁, 52 巻 7 号 51 頁, 52 巻 8 号 54 頁, 52 巻 9 号 52 頁, 52 巻 10 号 56 頁 [石黒一憲『国境を越える知的財産—サイバースペースへの道程と属地主義』(信山社, 2005) 所収]を参照。

145) 最判平成 9 年 7 月 1 日民集 51 巻 6 号 2299 頁。

146) 前掲注 26) 最判平成 14 年 9 月 26 日。

147) 前掲注 26) 最判平成 14 年 9 月 26 日。

148) すなわち、「我が国は、特許権について前記属地主義の原則を採用しており、これによれば、各国の特許権は当該国の領域内においてのみ効力を有するにもかかわらず、本件米国特許権に基づき我が国における行為の差止め等を認めることは、本件米国特許権の効力をその領域外である我が国に及ぼすのと実質的に同一の結果を生ずることになって、我が国の採る属地主義の原則に反するものであり、また、我が国とアメリカ合衆国との間で互いに相手国の特許権の効力を自国においても認めるべき旨を定めた条約も存しないから、本件米国特許権侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことに米国特許法を適用した結果我が国内での行為の差止め又は我が国内にある物の廃棄を命ずることは、我が国の特許法秩序の基本理念と相いれないというべきである。〔改行〕したがって、米国特許法の上記各規定を適用して被上告人に差止め又は廃棄を命ずることは、法例 33 条にいう我が国の公の秩序に反するものと解するのが相当であるから、米国特許法の上記各規定は適用しない」とされていた。

149) 前掲注 1) 最判平成 18 年 10 月 17 日。

が諸外国においてどのように取り扱われ、どのような効力を有するのかという問題については、譲渡当事者間における譲渡の原因関係の問題と区別して考えるべきであり、その準拠法は、特許権についての属地主義の原則に照らし、当該特許を受ける権利に基づいて特許権が登録される国の法律であると解するのが相当である。¹⁵⁰⁾」(傍点筆者)

属地主義の原則の根拠がどこにあるのかについては、学説も諸説に分れている¹⁵¹⁾。ただし、それは、最高裁の定義の後半部分の効力の領域限定についての議論であって、定義の前半部分の権利関係の規律が、パリ条約4条の2の定める特許独立の原則にその根拠があることは明らかと思われ、むしろ特許独立の原則そのものといえるかもしれない。つまり、最高裁の立場か

らしても、特許独立の原則は抵触法上の意義を持つものとして、理解されるはずなのである。

(2) 準拠法の解釈としての特許法35条の解釈

特許独立の原則により、準拠法選択において特許の保護国法が適用されるため、特許法35条1項2項が外国の「特許を受ける権利」に適用されないことになるのであって、準拠実質法の解釈として、日本の特許法35条1項2項がいう「特許を受ける権利」の文言が、日本の「特許を受ける権利」に限られていると解釈する必要はない。同様に、準拠法である特許法35条3項4項5項の解釈として、そこでいう「特許を受ける権利」とは、日本の「特許を受ける権利」に文理上限られると解釈する必要もない¹⁵²⁾。そう解釈する利点もないと思われる。

また、仮に、日本の特許法が、日本の特許(を受ける権利)だけ規律するという、実質法とし

150) 前掲注1) 最判平成18年10月17日民集60巻8号2857頁。特許の保護国法を準拠法として選択すべきことの根拠として、属地主義の原則を援用しており、属地主義の原則に抵触法上の意義を見出している最高裁の判示として、注目すべきであることを重ねて強調しておきたい。

151) 特許についての属地主義の原則の根拠については、パリ条約2条の内国民待遇の原則から導かれるとする見解、パリ条約4条の2の特許独立の原則のコロラリーとする見解(石黒・前掲注144)を参照。)、パリ条約の暗黙の前提とする見解(木棚照一「国際的な知的財産紛争の準拠法」L&T16号53頁(2002)を参照)、パリ条約成立以前からのいわゆる公法の属地主義の原則と同じ国家実行に沿革があるとする見解(横溝・前掲注35)を参照)などがある。

152) 西谷・前掲注88)は、前掲注1)日立製作所事件最判平成18年10月17日に鑑定意見書として提出されたそうである(西谷・前掲注88)269頁)。そこでは、「わが国の実定法規である特許法三五条三項の解釈論としては、従業者の対価請求権は、わが国で特許を受ける権利だけを規律対象としているものと解される。理論的観点からも、職務発明における従業者の対価請求権又は補償請求権は、特定の特許を受ける権利の使用者への譲渡又は原始的帰属を原因として法律上発生する請求権であると見ることができ、当該権利を規律する各国法によるべき問題である」(西谷・前掲注88)264頁)とし、実質法である日本の特許法の35条3項の解釈論を展開しているのか、国際私法上の性質決定について論証しているのか、理解に苦しむ。この結論を導く理由として西谷・前掲注88)263頁以下が挙げているのは、以下の四点である。第一に、日本の特許法に明文の規定がなく、立法資料でも言及がない。第二に、「特許法三五条三項の規定は実質法上、『片面的強行法規』であるとされており、……またドイツ従業者発明法九〜一二条及びオーストリア特許法八〜一一條は……(中略)。これらの規定に鑑みれば、従業者の対価請求権は、国際私法上、単純な当事者間の契約の問題に還元すべきでなく、むしろ、特定の特許を受ける権利の処分にもなって法律上発生する請求権として、特許を受ける権利の規律と密接に関係している」(西谷・前掲注88)263頁)とされる。第三に、外国には特許を受ける権利を使用者に原始的に帰属させる国もあるから、そこでは「特許法三五条が本来予定するような『特許を受ける権利』の譲渡に対する対価請求ではありえず、論理的整合性に欠けるといわざるをえない」(西谷・前掲注88)263頁)とされる。第四に、特許法35条1項「の規定は、特許に関する『属地主義の原則』に照らすと、わが国の特許権だけを対象としていると解さざるをえない」(西谷・前掲注88)264頁)とする。第一の理由は、準拠実質法の解釈論である。第二の理由は、比較法的な検討をしているので、国際私法の解釈論なのであろうか。第三の理由は、各国特許法の差異に対応するためには、対価請求についても各国特許法に委ねた方が整合性がとれるという、国際私法上の性質決定の議論であろうか。第四の理由は、それが実質法である特許法35条3項4項の解釈に影響があるということは、実質法の解釈論のつもりなのであろう。以上のように、西谷・前掲注88)262-265頁全体の論証においてすら、実質法の解釈論と国際私法の議論の混同・混乱があるのではないかと疑わざるをえないため、そこでなされた第四の理由の内容についても、特許法35条1項2項が外国の特許に関する問題の送致範囲には入ってこないという国際私法上の議論と、準拠法である特許法35条の解釈の問題との混同・混乱があったのではないかと強く推認されるのだが、もしそのような混同・混乱が存在し、それが影響して、この部分を最高裁が採用してしまったのだとすれば、非常に残念に思われて仕方がない。前掲注88)も参照。

ての適用意思しか持っていなかったとしても、本稿の立場からすると、日本法において、日本の特許（を受ける権利）とは区別されたものとして、外国の特許（を受ける権利）が「実質法上の法律関係」として規定されているとは考えられない以上、法廷地の国際私法による「等価性」判断がなされる。そして、日本の特許（を受ける権利）と外国の特許（を受ける権利）は、その間の「等価性」が日本の国際私法によって肯定される「法律関係」であると考えられる¹⁵³⁾。なぜならば、「特許（を受ける権利）」の成立、移転という「前提問題が国際私法上本問題とは別個の法律関係を構成している場合」であるため、「その前提問題は、本問題の準拠法〔譲渡契約の準拠法〕によるのも……なく、法廷地である我が国の国際私法により定まる準拠法〔各特許の保護国法〕によって解決すべきである」からである。

そして、特許法 35 条 3 項 4 項 5 項は、1 項 2 項のように特許の保護国法への送致範囲にで

はなく、譲渡契約の準拠法の送致範囲に含まれるのであるから、外国の特許を受ける権利の承継という生活事実関係に対して適用される。そして、そこでは、日本の特許を受ける権利と外国のそれとは、同じ条件に従って、同じ扱いを受けることになる。ただし、「特許を受ける権利」という「法律関係」に対して、特許法 35 条 3 項 4 項 5 項は、「個々の権利」として「相当な対価の支払いを受ける権利」を与えていると考えられるから、「個々の権利」の発生する条件として、日本の特許を受ける権利の「承継¹⁵⁴⁾」に限るという条件がついているかどうかが一応は問題となるかもしれない。そして、このような条件がついているかどうかについては、日本の特許法の解釈の問題として、その実質的な理由を大いに議論すべきことである。しかし、結論については、最高裁が特許法 35 条 3 項 4 項の類推適用の可能性を論じている部分と同じ理由から、ないと考えるべきだと思われる^{155) 156)}。

153) 石黒一憲「国際課税と抵触法（国際私法）（中 - 1）」貿易と関税 53 卷 10 号 53 頁, 60 頁 (2005) が、「つまり、ここで再度想起すべきは、本号分で既述の東京地判昭和六〇年五月一三日判タ五七七号七九頁が、所得税法一六一条七号のイの、『工業所有権その他の……使用料……』との文言につき、複数国での特許（出願中のものを含む）をも一括して『本件特許権』とし、そのロイヤルティ支払いにつき、我が国の源泉課税を、それらの全体について正当に (!) 認めたことである。……特許権の場合には、前期パリ条約の存在ゆえに、各国特許権の制度的な『同質性・等価性』が、いわば条約によって担保されている。それゆえに、『工業所有権』との租税法上の規定の文言が外国の法制度を包摂するということが、ごく自然に理解出来る」とすることも参照。

154) 本稿の立場からすると、西谷・前掲注 88) 263 頁のいうとおり、「英国、フランス、スイス、イタリアのように、職務発明にかかる権利が原始的に使用者に帰属している国との関係では、そもそも従業者から使用者に対する権利の譲渡が存在しないため、対価請求権の対象がないことになってしまう」と考えられる。特許法 35 条 3 項 4 項 5 項を形式的に当てはめて「特許を受ける権利を承継」していなのだから「相当の対価の支払いを受ける権利」は生じないと解されるとするならば、適応問題の範囲を広く考える立場からすると、「これらの国の法は——スイス法を除いて——いずれも従業者が適切な補償を受けることを認めている」（西谷・前掲注 88) 263 頁）ことと比べて、ここには適応問題が生じているということになると思われる。本稿の立場からすると、国際的事案の特殊性を考慮した柔軟かつ創造的な法解釈が、その準拠法所属国の法解釈としてどこまで可能かという問題として位置づけられる。そして、日本法の解釈としては、「承継」に従業員発明によって使用者が特許を受ける権利を取得した場合というように、広く解釈することが考えられる。また、外国法が従業員への補償を認めている場合と、スイス法のように認めていない場合とで、使用者への原始的な帰属の性質を異なるものと考えて、両者を区別して扱うような解釈も考えられるかもしれない。もちろん、使用者に原始的に帰属する以上、従業者には「相当の対価の支払いを受ける権利」は生じないと判断されたとしても、それだけで不当と断じることにはできないだろう。もし、最高裁が、使用者に原始的に帰属する「特許を受ける権利」には特許法 35 条 3 項 4 項は直接適用できないことを念頭におきつつ、それでもどの国の「特許を受ける権利」についても「相当の対価の支払いを受ける権利」が従業者には与えられるべきだと考えた上で、一部のものについてはどうせ必要となる類推適用という法律構成に統一したのだとすれば、直接適用可能な外国の「特許を受ける権利」をわざわざ除く必要性は理論的にはないとは思われるが、現実の処理の仕方としては、簡明かつ合理的なものだったといえるのかもしれない。

155) ただし最高裁は、以上のような論理をとらず、「等価性」を否定しているように見える。これを国際私法による「等価性」判断がなされるという立場と整合的に理解しようとするならば、日本の実質法上、日本の特許を受ける権利とその他の外国の特許を受ける権利とが別個の類型の「実質法上の法律関係」として存在しており、外国準拠法上の特許を受ける権

最高裁の結論に限れば、もとより正当であると思われる。また、類推適用か直接適用かは、単なる形式の問題にすぎず、現実の法の運用においては重要ではないことなのかもしれない。しかし、結論を導く過程において、準拠法を選択するということは何を解決することであり、そこではどのような価値判断がなされるのかに思いをめぐらすことなく、国際的事案における法の解釈がなされてしまっているように思われて、国際私法の魅力に惹かれて学んでいる者からすると、物足りないものが感じられてならない。

(くにい・としあき)

利は後者との間に「等価性」を肯定されたと考えるしかないだろう。そして、日本の特許法は前者について規定し、後者については規定しないのだが、特許法 35 条 3 項 4 項に限っては類推適用が可能であるということになる。

しかし、このようにどのような結論に対しても後付けでそれと整合的なものであると考えることができるとすれば、そのような理論には何の意味も価値も力もないのではないと思われるかもしれない。これに対しては、国際私法による「等価性」判断という視点があることで、次のようなことが初めて指摘できるようになるということができる。すなわち、そもそも、それについて言及する既存の法規範がほとんど存在しないような「実質法上の法律関係」の類型を、外国準拠法上成立した「法律関係」の受け皿として作り出すことには疑問がある。そうであるとする、少なくとも、このときに法規範の不存在を法律効果付与の否定であると安易に推定するべきではなく、類推適用などの法技術を駆使して法の欠缺を埋める努力が積極的になされなければならないのではないだろうか。国際私法による「等価性」判断を導入することによって、前掲注 1) 最判平成 18 年 10 月 17 日における類推適用の決断に対しても、このように理論的な援護を行うことができると考えられる。国際私法による「等価性」判断と相容れないように見える前掲注 1) 最判平成 18 年 10 月 17 日にとっても、国際私法による「等価性」判断という新たな法技術的枠組みが提供する視点は、無駄ではないと思われるのである。

156) なお、「等価性の問題」に関する重要と思われる論点として、次のものがあることを指摘しておきたい。すなわち、江頭憲治郎『株式会社法』(有斐閣、2006) 640-641 頁の注 10) は、「外国会社(会社二条二号)は、会社(会社二条一号)ではないから、たとい日本国内で『社債』と称する債権を発行しても、それは会社法という社債ではなく、会社法上の社債管理者の設置義務(会社七〇二条)、社債権者集会(会社七一五-一七四二条)等の規定は適用されない」とする。この論点に対しては、前掲注 155) の指摘が意味を持つかもしれない[ただし、そもそも国際私法によって「会社」と「外国会社」の間の「等価性」を肯定する余地も検討の必要があるのではないだろうか。とはいえ、明治期の法典編纂作業において、企業についての規律には「外人法・抵触法の一元的把握」(石黒・前掲注 4) 299 頁) がなされていたことからすると、本稿がこれまで検討してきた「等価性の問題」の一般理論を踏まえるだけでは足りず、それを越えた国際企業法に固有の問題の検討が不可欠だろう]。また、この論点についてだけでなく、特許法 35 条 3 項 4 項 5 項についても、法廷地の絶対的強行法規としての適用の問題があるのだが、本稿においては検討の対象外であることを確認しておく。これに対しては、「社債」等の定義規定を設けた会社法が制定される以前の論文ではあるが、石黒一憲「円建て外債とわが商法(会社法)規定の適用関係——KEPCO社債権者集会事件への疑問(上・下)——」貿易と関税 41 巻 4 号 126 頁(1993)、41 巻 5 号 54 頁(1993)(石黒・前掲注 34)『新制度大学院用 国際私法・国際金融法教材』29 頁所収)を参照。

論説

タックス・ヘイブン対策税制の問題点と、 その解決策の検討

一租税条約との関係において

2005年4月入学

山本哲也

- | | |
|---|--|
| <p>I. はじめに</p> <p>II. 海外の判例</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 フランス国務院の判決 2 フィンランド最高行政裁判所の判決 3 イギリスの裁判例 4 小括 <p>III. タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係について</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 コメンタリーの条約解釈における位置付け 2 7条1項との抵触関係についての問題の整理 3 タックス・ヘイブン対策税制により合算される所得の法的性質 <ol style="list-style-type: none"> (1) 二つの課税理論 (2) 日本のタックス・ヘイブン対策税制の規定の検討 4 法的二重課税のみを目的としているかについて 5 小括 | <p>IV. 解決策の検討</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 2つの解決策 2 みなし配当理論に依拠した再構成 <ol style="list-style-type: none"> (1) みなし配当規定 (2) 納税義務者 (3) 所得税における所得分類（措法40条の4第1項柱書） (4) 外国税額控除（措法66条の7） (5) 課税済留保金額の配当に伴う調整（措法40条の5，同66条の8） (6) 株式の取得価格の調整 (7) 赤字子会社の欠損金の帰属について 3 小括 <p>V. まとめ</p> |
|---|--|

I. はじめに

現在のわが国のタックス・ヘイブン対策税制は、租税条約に抵触することを理由に無効とされる可能性が高い。そこで本稿では、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約に抵触することを示すとともに、タックス・ヘイブン対策税制を租税条約に抵触しないものへと再構成することを提言する。

タックス・ヘイブン対策税制（租税特別措置法、以下「措法」40条の4以下、66条の6以下）とは、タックス・ヘイブン tax haven¹⁾に子会社を設立し、その子会社に留保利益を蓄積することにより、日本における課税を繰り延べあるいは回避することを防止するために、その留保利益のうち持分に相当するものを株主の所得に合算する制度である²⁾。

このタックス・ヘイブン対策税制は、OECDモデル租税条約³⁾⁴⁾（以下、「モデル条約」。なお、本稿において条文番号のみを示す場合は、

モデル条約の条文を示すものとする。）7条1項に抵触し、無効であると考え⁵⁾⁶⁾。なぜなら、タックス・ヘイブン対策税制は7条1項における課税権分配の合意に反しているからである。7条1項は事業所得について締約国間で課税権を分配しており、相手国にある企業の事業所得については日本に課税権が分配されていない。しかし、タックス・ヘイブン対策税制は相手国にある子会社の事業所得に対して課税している。よって、タックス・ヘイブン対策税制は租税条約に抵触し、無効となる。

タックス・ヘイブン対策税制が制定された当初は、タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係について考慮する必要がなかった。なぜなら、当時のタックス・ヘイブン対策税制は、低課税国を指定するという方式を採っており、日本はこれらタックス・ヘイブン国とは租税条約を締結しないという方針を採用していたからである⁷⁾。しかし、平成4年改正により、低課税国の判定基準は、法人の所得に対す

1) 「法人の所得あるいは法人の特定種類の所得に対する税負担がゼロあるいは極端に低い国または地域（スイス・ホンコン・バミューダ等）のこと」。金子宏『租税法（第11版）』（弘文堂、2006）443頁。タックス・ヘイブンの税制については、高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』3-43頁〔石山嘉英ほか〕（清文社、1979）、ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT(OECD), INTERNATIONAL TAX AVOIDANCE AND EVASION (No.1), at 21-22(1987) 参照。

2) 本稿では、紙面の関係上タックス・ヘイブン対策税制の詳細な制度について説明することは困難である。そこで、詳細な制度の解説については本庄資＝川田剛編『国際課税の理論と実務〔第4巻〕タックス・ヘイブン対策税制／過小資本税制』（川田剛）（税務経理協会、2000）、武田昌輔編著『DHC コンメンタール法人税法〔第9巻〕』（第一法規、1979）4982の1-5212頁、武田昌輔監修『DHC コンメンタール所得税法〔第7巻〕』（第一法規、1983）7560の1-7671頁などを参照されたい。

3) OECDモデル租税条約とは、OECDが作成した先進国間の租税条約のひな型である〔金子・前掲注1)112頁注(1)参照〕。タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係について、日本では日本とシンガポール（OECD非加盟国）との間の租税条約（所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府とシンガポール共和国政府との間の協定、以下「日星租税条約」）との抵触関係が中心に論じられてきた。だが本稿においては、タックス・ヘイブン対策税制は、日本と非OECD加盟国との間の租税条約のみならず、日本とOECD加盟国との間の租税条約とも抵触する可能性があると考えるので、モデル条約の条文との抵触関係を論じることにする。モデル条約はあくまでモデル条約にすぎないので、日本といずれかの国の間の条約としての効力を有するものではない。よって、正確にはこれらの二国間条約と抵触することになる。なお、多くの租税条約がこのモデル条約をもとに作成されており、7条1項に相当する条文が規定されている。日星租税条約7条1項など参照。

4) 本稿におけるモデル条約、およびそのコメントリーの和訳については、川端康之監訳『OECDモデル租税条約 2003年版（所得と財産に対するモデル条約）』（日本租税研究協会、2003）の和訳に従う。なお、英文についてはORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT(OECD), MODEL TAX CONVENTION ON INCOME AND ON CAPITAL(2005) 参照。

5) タックス・ヘイブン対策税制とモデル条約10条5項との抵触関係が問題となることもあるが、最も問題となるのは7条1項との抵触関係であると考えるので、本稿では特に取り扱わない。なおこの問題につき、モデル租税条約の規定に関するコメントリー、第10条のコメントリー第37パラグラフ参照。

6) 日本では、条約が法律に優先することにはほぼ争いが無い。野中俊彦ほか『憲法II（第4版）』（有斐閣、2006）415頁、金子・前掲注1)112頁。

7) 佐藤正勝「タックス・ヘイブン対策税制」日税研論集33号115頁、125頁注(6)（1996）参照。

る課税が25%以下の国という基準に変更された(租税特別措置法施行令, 以下「措令」39条の14第1項2号)。これにより, 日本においてもタックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係が問題になる余地が生じたのである。

タックス・ヘイブンを利用した租税回避については, 海外でも類似の対策が採られており(いわゆる, **Controlled Foreign Company Legislation**)。以下, 海外における日本のタックス・ヘイブン対策税制に相当する税制については「CFC法」と表記する), タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係については, ヨーロッパでは以前から盛んに議論がなされていた⁸⁾。一方, 日本ではそもそも国内法と租税条約との抵触関係についての議論があまり盛んではなかったことから, タックス・ヘイブン対策税制と租税条約の抵触関係が論じられることも少なかった。しかし, 2002年にフランス国務院がフランスのCFC法は租税条約と抵触するとの判断を示したことで, 日本においてもタックス・ヘイブン対策税制と租税条約が抵触するのではないかという議論が展開されるようになった⁹⁾。このように, 日本においてもタックス・ヘイブン対策税制が租税条約に抵触するのではないかという問題意識が高まっていることは確かである。

しかし, もしタックス・ヘイブン対策税制が事業所得ではなくみなし配当所得に対して課税しているとすれば, 配当所得については日本に課税権が分配されているので, 条約との抵触関係は生じなくなる(10条1項)。だが, 日本のタックス・ヘイブン対策税制は子会社の留保利益を親会社に合算する理論的根拠をあいまいにしておき, みなし配当所得に対して課税していると考えることが出来ない。そこで, 本稿では

タックス・ヘイブン対策税制をみなし配当理論に依拠して再構成することを提言する。

そこで以下では, 最初に2002年のフランスの判決を中心に, 外国の判決及びその内容を概観する(Ⅱ)。次に, タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との関係について, タックス・ヘイブン対策税制の規定を詳細に検討することで, 両者が抵触していることを示す(Ⅲ)。具体的には, まず前提問題としてOECDのモデル租税条約の規定に関するコメンタリー(以下, 「コメンタリー」)のみを根拠に抵触関係を否定できないことを確認する(Ⅲ-1)。その上で, 7条1項の課税権分配の合意に反することが問題の所在であることを示し(Ⅲ-2), タックス・ヘイブン対策税制は事業所得に課税しており, みなし配当所得に対して課税している規定とは考えられないこと(Ⅲ-3), 7条1項が法的二重課税排除のみを目的にしていることを根拠に両者の抵触関係を否定することはできないこと(Ⅲ-4)から, 租税条約と抵触することを示す。そして, Ⅲでの議論を前提に, 日本のタックス・ヘイブン対策税制が租税条約に抵触しないようにするための解決策として, みなし配当として再構成することを提言する(Ⅳ)。最後に, 今後の国際租税分野における立法について, 一定の指針を示す(Ⅴ)。

Ⅱ. 海外の判例

1 フランス国務院の判決

前述のように, この問題において最も注目し値するのが, 2002年に示されたフランス国務院の判決である(以下, 「Schneider case」)¹⁰⁾。

この事件は, Schneider社がスイスに持っていた子会社に対してフランスのCFC法を適

8) 特に, ドイツを中心として議論がなされていた。詳細については, 谷口勢津夫『租税条約論』(清文社, 1999)185-238頁参照。また, 近時ではCFC法とEU法との関係が注目されている。MICHAEL LANG et al., CFC LEGISLATION, TAX TREATIES AND EC LAW (2004), DANIEL SANDLER, TAX TREATIES AND CONTROLLED FOREIGN COMPANY LEGISLATION, at 169-190(1998)参照。

9) 中里実「タックスヘイブン対策税制」税研124号72頁(2005)。

10) 同判決については, *Société Schneider Electric, 28 June 2002, Conseil d'Etat No.232,276, 4 INTERNATIONAL TAX LAW REPORTS 1077(2002)*に英訳がある。

用することが、フランスとスイスの間の租税条約に抵触するかが問題になった事件である。この問題について、フランス国務院はCFC法が租税条約に抵触するという原審の判断を支持した。

この判決については、以下の三点が注目値する。一つ目が、フランスとスイスはともにOECD加盟国であるという点である。フランス国務院は、OECD加盟国間であってもCFC法と租税条約とが抵触することを認めたのである。二つ目が、フランス国務院は、フランスのCFC法がみなし配当所得について課税するものであるという政府の反論を退け、日本のタックス・ヘイブン対策税制と類似していた当時のフランスのCFC法は、事業所得に対して課税していると判断した点である。三つ目が、フランス国務院は、租税条約は経済的二重課税排除を目的にしているという政府の反論をもまた排除した点である。

筆者は、日本においてもこのフランス国務院と同様の結論が導かれると考える。そこで、以下フランス国務院の判決を紹介することとする¹¹⁾。

フランス国務院は、CFC法と租税条約との抵触関係を検討するに当たって、まず国内法に基づいた所得の性質決定を行っている。そして、政府側のみなし配当所得であるという主張を退け、事業所得であると判断している。この判断に当たっては、“*bénéfices*”という文言に注目している。この文言は、7条1項においても一般租税法典209B（フランスにおけるCFC法）においても使われている。そして、租税条約上でその意義が定義されていない以上は、国内法上の定義に従う¹²⁾として、両者の意義は同一であると判断している。フランス国務院は、このことを根拠にCFC法によって合算される所得を事業所得であると解釈している。このよう

にフランス国務院は、国内法の規定を参照した上で、条約についてかなり厳格な文言解釈をして所得の性質決定を行っている。

次に、フランス国務院は、租税条約は経済的二重課税排除を目的としていないという政府側の反論を明確に否定している。その理由として、課税される主体が異なるからといってこのような条約違反が許容されるわけではないことを明言している。

さらに、フランス国務院は、租税条約の目的が租税回避防止目的であることを根拠に、CFC法は租税条約に抵触しないという政府側の反論をも否定している。このような効果は、明確な規定が必要であることを説いている。

このように、フランス国務院は、国内法を文言解釈することによって所得の性質を事業所得であると判断している。日本では、租税条約の文言とタックス・ヘイブン対策税制の文言が異なるため、同様の解釈を行うことはできない。しかし後述するように、日本のタックス・ヘイブン対策税制の規定を詳細に検討すると、合算される所得の性質が事業所得であることは明らかである。一方、租税条約が経済的二重課税排除目的であることや租税回避防止目的であることを根拠にタックス・ヘイブン対策税制が正当化されるわけではないという論理は、日本においても同様に妥当する。したがって、日本においてもフランス国務院の判決と同様の判決が下される可能性が高い。このことを、Ⅲにおいてより明確にする。

2 フィンランド最高行政裁判所の判決

フィンランドにおいても、フィンランド最高行政裁判所が、同じく2002年にこの問題について判断を示している¹³⁾。この事件は、フィ

11) *Schneider case* についての評釈としては、Pierre-Yves Bourtourault=Marcellin N. Mboma-Mboma, *French High Tax Court Confirms that The Former French-Switzerland Tax Treaty Overrides the French CFC Legislation*, 30(12) *INTERTAX* 493(2002) がある。

12) その際に根拠として、フランス-スイス間の租税条約3条2項を参照している。なお、モデル条約3条2項に同様の規定がある。

13) 同判決については、*A Oyj Abp*, 20 March 2002, *KHO:2002:26*, 4 *INTERNATIONAL TAX LAW REPORTS* 1009(2002) に英訳がある。

ンランドのCFC法と、フィンランドとベルギーの間の租税条約との抵触関係が問題になった事件である。この判決において、フィンランド最高行政裁判所は、フィンランドのCFC法が租税条約に抵触しないと判示している。

この判決については、以下の二点が注目になる。一つ目が、フィンランドのCFC法が事業所得に対して課税するものであると判断した点である。二つ目が、ともにOECD加盟国であるフィンランドとベルギーの間の租税条約とCFC法との抵触関係について、コメントリーを根拠に抵触しないと判断していることである。

二点目については、その判断が条約の締結・改定後のコメントリーに従っている点で誤りであることをⅢ-1において示すが、ここでもCFC法が事業所得に対して課税するものであると判断したことを留意しておくべきであろう¹⁴⁾。

3 イギリスの裁判例

イギリスにおいても、下級審でCFC法と租税条約との抵触関係が問題になった事件がある(以下、「Bricom case」)¹⁵⁾。この判決は、CFC法が租税条約に抵触しないと判示した。この判決を根拠に、イギリスにおいてもCFC法はモデル条約7条1項と抵触しないと見る見解がある¹⁶⁾。しかし、この判決はCFC法と利子所得についての条項との抵触関係について判断を示したものであり、7条1項との抵触関係について同様の結論が導かれるとは限らない。少なくとも、後述する課税権配分についての合意違反という本稿の視点(Ⅲ-2)から考えると、Bricom caseを根拠に7条1項は租税条約に抵触しないと結論を導くことは困難であると

考える¹⁷⁾。

4 小括

以上のように、海外においてもCFC法と租税条約との抵触関係について判断を示した判決は多くない。その中で、日本と似たCFC法を採用していたフランスで、CFC法が租税条約に抵触するとの判断が示されたことは注目になる。もちろん、海外と日本ではCFC法の規定が異なる上に、租税法の制度が異なる。また、国内法の解釈において法的な拘束力を持つものでもない。それでもなお、我が国と類似の法制度を採用している、海外の権威ある裁判所が下した判断は、我が国の国内法を解釈する上で重要な指針であることは否定できない。

Ⅲ. タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係について

1 コメントリーの条約解釈における位置付け

CFC法と7条1項の関係について、コメントリーはCFC法と7条1項は抵触しないと判断を示している(第1条のコメントリー第23パラグラフ、第7条のコメントリー第10.1パラグラフ)。このコメントリーを根拠に、両者が抵触することを否定できないかが問題となる。もし、モデル条約に基づいて作成されている租税条約はコメントリーに従って解釈されなければならないのだとすれば、コメントリーのみを根拠にタックス・ヘイブン対策税制とモデル条約が抵触しないと結論付けることが出来る。そこで以下では、コメントリーの条約解釈における位置付けについて検討することで、特

14) フィンランド最高行政裁判所の判決については、Michael Lang, *CFC Regulations and Double Taxation Treaties*, 57(2) INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION 51(2003) 参照。

15) Bricom Holdings Ltd. V. IRC, [1997]S.T.C. (SCD) 228, appeal dismissed [1997]S.T.C. 1179 (CA).

16) 占部裕典「タックス・ヘイブン税制と租税条約の抵触関係について」同志社法学 58 巻 2 号 645 頁, 709-711 頁 (2006)。

17) Bricom case についての評釈としては、Daniel Sandler, *Tax treaties and controlled foreign company legislation*, 1998(1) BRITISH TAX REVIEW 52(1998) がある。

別な場合を除いてはコメントリーのみを根拠に両者の抵触関係を否定できないことを示す¹⁸⁾。

まず、コメントリーは「決定」(経済協力開発機構条約5条(a))のように加盟国を拘束するものではなく、「勧告」(同条(b))として、加盟国に対して拘束力を持つものではないことを確認しておく必要がある。したがって、加盟国に対して法的拘束力を生じさせるものではない。

その上で、コメントリーの条約解釈における位置付けについて、ウィーン条約法条約(以下、「条約法条約」)にしたがって検討する¹⁹⁾。なお、検討に当たっては、条約の締結や改定の際に存在したコメントリー(古いコメントリー)と、条約の締結・改定後に新たに改定されたコメントリー(新しいコメントリー)とに分けて考えることとする。

古いコメントリーについては、「特別な意味」

(条約法条約31条4項)と考えるべきである²⁰⁾。まず、コメントリーは国際機関の「勧告」にすぎず、その特定の条約についての「関係合意」や「関係文書」ではない²¹⁾。同条2項の「関係合意」や「関係文書」とされるには、条約締結国間で租税条約の解釈についてコメントリーを「関係合意」や「関係文書」と考えるという特別の合意が必要であろう²²⁾。また、コメントリーを「通常の意味」(同条1項)と解することは困難である。「通常の意味」を決するのは、本来は国際的な裁判所などの役割であり、OECDの理事会が決めてよいものではない²³⁾²⁴⁾。よって、古いコメントリーについては、「特別の意味」として当事国がコメントリーに従って「特別の意味を与えることを意図していたと認められる場合」(同条4項)についてのみ、コメントリーに従った解釈をするべきであると考えられる²⁵⁾。また、場合によっては32条の「解釈

18) コメントリーの条約解釈における位置付けについては、現在も国際的な議論的になっているところである。しかし、本稿ではこの問題について詳細に論じる紙面的な余裕はない。また、本稿における議論との関係では、条約の解釈においてコメントリーに法的拘束力がないことが確認できれば十分である。そこで、最近の議論については今後の国際租税の分野における議論の発展に期待するとして、本稿においてはコメントリーが特別の場合を除いては条約法条約上の拘束力を持たないことを確認する限度に留める。なお、この問題についての最近の議論としては、David A. Ward, *The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process*, 60(3) BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION 97(2006), Maarten J. Ellis, *The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process-Response to David Ward*, 60(3) BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION 103(2006), Frank Engelen, *Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model*, 60(3) BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION 105(2006)などを参照。

19) 最近では、条約法条約の中でコメントリーの条約解釈における十分な位置付けを見出すのは困難であることから、それ以外の観点からコメントリーの条約解釈における位置付けを見出そうという試みがなされている(Ward・前掲注18), Engelen・前掲注18)参照)。また、Vogel先生は、以前からコメントリーの弱い拘束力(soft obligation)を根拠に、その位置付けを見出そうとしていた[KLAUS VOGEL, *KLAUS VOGEL ON DOUBLE TAXATION CONVENTIONS (THIRD EDITION)*, at 45(1997)]。しかし、これらの見解も強い法的な拘束力までは認めないことを強調しておく(Ward・前掲注18)99頁, Engelen・前掲注18)105頁, Vogel・同45頁)。

20) Hugh J. Ault, *The role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties*, in edited by HERBERT H. ALPERT =KEES VAN RAAD, *ESSAYS ON INTERNATIONAL TAXATION* 61(1993)が、「特別の意味」と考える代表的な見解である。また、谷口・前掲注8)15-18頁も同様の立場に立つ。

21) Sandler・前掲注8)82頁, Ault・前掲注20)63頁。

22) 谷口・前掲注8)50頁注(37)において、実際にそのような合意がなされた例が紹介されている。

23) 少なくとも、本稿で特に問題としているCFC法と租税条約との抵触関係についてのコメントリーを「通常の意味」と考えることは出来ない。なぜなら、前述のようにフランス国務院が2002年という直近に全く反対の解釈を採っており、「通常の意味」と考えるだけの国際的なコンセンサスが来ていないことは明白だからである。

24) 「勧告」による弱い義務を根拠に「通常の意味」とであると解釈することは、結局はコメントリーに従う意思を持っていたか否かの判断を要することになり、条約の主観的解釈につながるとして批判されている。谷口・前掲注8)17頁参照。

25) Ault・前掲注20), 谷口・前掲注8)17頁は「31条と32条との懸け橋」として「特別の意味」とであると解釈するべきであるとしている。確かに、31条の他の条文のように強い拘束力を認めるべきではない。一方で、32条ではコメントリーを参照できる場面が極めて限定されてしまっている。そこで、このような解釈を採ったものと思われる。ただ前掲注19)のように、現在では条約法条約以外の観点からコメントリーの法的位置付けを検討する試みもなされている。このような試みが成功すれば、32条が限定的であるという問題点が解消されるので、また異なった解釈論へと発展する可能性はある。

の補足的手段」と考えることも可能である²⁶⁾。

これに対して、新しいコメンタリーについては、条約法条約を根拠に拘束力を認めることは出来ない。まず、新しいコメンタリーは条約締結や改定時には存在しなかったものである。そこで、条約締結時に存在した事情を前提としている「文脈」(31条2項)、「特別の意味」(同条4項)、「解釈の補足的手段」(32条)として位置付けることは出来ない。また、31条3項(a)の「後にされた合意」と解釈することは、前述のようにコメンタリーが締約国に対する法的拘束力を持たないこと、国際機関において専門家によって決議されたにすぎないこと²⁷⁾などを考慮すると、困難であろう。同条項(b)の「後に生じた慣行」との関係においても、コメンタリーは国際機関の決議にすぎず国家実行が伴うものではないので、「慣行」ということはできない。よって、「後に生じた慣行」と解することも困難である。したがって、条約法条約にしたがうと、新しいコメンタリーは条約の解釈において考慮すべき要素であるとは言え

ないことになる。また、新しいコメンタリーに条約法条約に基づいた特別な効力を持たせることは、条約を改正しないのに事実上条約を改正するのと同じ効力を有するので、法治主義や立法府との権限分配との観点から大いに問題がある²⁸⁾²⁹⁾。

以上のように、コメンタリーのみを根拠にタックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係を否定することは出来ない。締約国が7条1項について「特別の意味」として古いコメンタリーに従う意図を持っていたことを証明できた場合のみ、コメンタリーを根拠にタックス・ヘイブン対策税制は当該締約国との間の租税条約と抵触しないとすることが出来るのである。このように考えると、新しいコメンタリーを根拠にCFC法と租税条約の抵触関係を否定したフィンランド最高行政裁判所の判決に問題があることが明らかである³⁰⁾。少なくとも、日本において採用すべき判断とは言えない。

ただ、このようにコメンタリーを「特別の意味」と解することは、締約国がコメンタリーに

しかし、締約国が、条約締結過程において条文にコメンタリーに従った「特別の意味」を与えるといった場面が十分想定し得るので、筆者はそれでも「特別の意味」と解すべき場面があると考え。そこで、これからもこのような解釈論は十分成り立ちうると考える。

26) Sandler 先生は、「補足的手段」にすぎないと考えている(Sandler・前掲注8)83頁)。「特別の意味」ととらえることに対しては、その合意が形成されたと考えるには問題があることなどを根拠に、否定的である。確かに、コメンタリーを理由に合意が形成されたと考えることには、問題があることが指摘されている(Michael Lang, *Later Commentaries of the OECD Committee on Fiscal Affairs, Not to Affect the Interpretation of Previously Concluded Tax Treaties*, 25(1) INTERTAX 7, at 8(1997)参照)。しかし、なお「特別の意味」と解すべきであると考え。本稿の見解は、コメンタリーを根拠に当然に「特別の意味を与え」たと考えるのではない。コメンタリーに従った「特別の意味を与える」という意思があったことを証明する必要あると考えるのである。したがって、コメンタリーを理由に当然に合意が形成されたと考えるわけではないので、Sandler 先生の批判は当たらない。

27) 前掲注26)において指摘したように、OECDの理事会は全ての締約国が代表を派遣しているわけではないこと、多くの国の間で合意しなければならないので多元的であることなどを根拠に、OECDの理事会での決定のみを根拠に合意が形成されたとするについては疑問が呈されている。Sandler・前掲注8)83頁、Lang・前掲注26)8頁参照。

28) 租税の分野では、日本における租税法律主義のように、特に法律により明確な規定を設けることが要求されている(金子・前掲注1)77-87頁)。また、租税条約は通常の条約のように国家間で効力が生じるのみではなく、納税者という第三者に影響を与える〔条約の自力執行力 self-executing については、井上康一=仲谷栄一郎「租税条約と国内税法の交錯」国際商事法務30巻7号914頁、917-920頁(2002)参照〕。このような租税の分野の特殊性を考えると、特にこれらの要請は大きいであろう。Lang・前掲注26)8頁、Ault・前掲注20)67頁参照。

29) ただ、現在のOECDのコメンタリーはルーズリーフ形式を採用しており、頻繁に改正することが予定されている。そこで、このような解釈論によると、条約締結時点でのコメンタリーがどのコメンタリーであるか不明であることが問題点として指摘されている。ただ、このような問題は、コメンタリーの改定を条文の意味の明確化に留めることで解決できる(Ault・前掲注20)68頁)。また、このような問題によって、法治主義や立法府との権限分配といった問題点が正当化されるとは言えない。

30) Lang・前掲注14)51-53頁参照。

従った「特別の意味を与えることを意図して」いなかった場合には、コメンタリーを無視してよいということまでは意味していない。コメンタリーは、国際的な租税の専門家が話し合った結果出されたものであり、租税条約の解釈において大きな役割を果たしていることは事実である³¹⁾。したがって、その見解は何ら拘束的なものではないとしても、十分尊重に値するものであると言える³²⁾³³⁾。

なお、“CFC法と租税条約は抵触しない”という国際慣習法が確立していないことも付言しておく。前述のように、コメンタリーのみを根拠に国際慣習法が確立したと考えることに問題があるのは明らかである。また、法律と条約の抵触関係について最終的な決定権限を有しているのは多くの国では裁判所であろうが、いまだに多くの国では裁判所の判断が示されていない。さらには、前述のようにフランス国務院が両者は抵触するとの判断を示したことなどを考えると、国際慣習法が確立したと解することはフランス国務院の判断を無視、あるいは軽視するものであり問題がある。なお、European Court of Justice の判例法理に見られるように、

多くの国でCFC法が導入されていることは国際慣習法の確立の根拠とはならない³⁴⁾。したがって、この問題をめぐる議論については、世界的に未だ明確な解答が出ていないと言えよう³⁵⁾。

2 7条1項³⁶⁾との抵触関係についての問題の整理

以下、タックス・ヘイブン対策税制と7条1項との抵触関係について検討するにあたって、まず7条1項の問題の整理を試みようと思う。すなわち、従来の7条1項の議論は2つの問題が混合されているので両者を区別し、課税権分配の合意に反していることが問題の本質であることを示す。

7条1項第1文は、“PE³⁷⁾なければ課税なし”という原則を定めている³⁸⁾。すなわち、同条項は「一方の締約国の企業の利得」について当該締約国に課税権があることを原則とし、他方の締約国は「恒久的施設を通じて当該他方の国内において事業を」行うときのみ他方の締約国で課税することが出来るとしている。つま

31) 序論のコメンタリー第15パラグラフ、同19パラグラフ参照。小沢進=矢内一好『租税条約のすべて』(財務詳報社、2000)13頁。

32) この結論は、OECD加盟国であろうと非加盟国であろうと変わらない。コメンタリーが国際租税法において大きな役割を果たしていることから、非加盟国がコメンタリーに従った「特別の意味」を与えることもありうるからである。ただ、加盟国と非加盟国では、「特別の意味」を与える意思を持っていたと証明することの容易さは異なる。なお、非加盟国もコメンタリーに対する自分の立場を表明することが可能であることを付言しておく(OECD・前掲注4)309-339頁のNON-MEMBER COUNTRIES' POSITIONS ON THE OECD MODEL TAX CONVENTION及び川端・前掲注4)293-320頁の「OECDモデル租税条約に対する非加盟国の立場」参照)。したがって、シンガポールについても、「特別の意味を与える意図」があれば、コメンタリーを根拠に抵触関係を否定する余地がある。占部・前掲注16)668頁は、この限度で賛成できる。

33) Ward・前掲注18)の言う“soft law”や、Vogel・前掲注19)の言う“soft obligation”が、このような意義のものであるとすれば、そう解することには賛成できる。

34) Lang・前掲注14)52頁参照。

35) なお、占部・前掲注16)665-668頁は、シンガポールが特に反対の意思を示していないことを根拠に、シンガポールはタックス・ヘイブン対策税制を許容していると主張している。しかし、反対の意思を示していないことを根拠にCFC法が相手国に許容されていると考えることには、疑問が呈されている。Lang・前掲注14)52頁参照。

36) 「一方の締約国の企業の利得に対しては、その企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の国内において事業を行わない限り、当該一方の国においてのみ租税を課すことができる。一方の国の企業が他方の国内にある恒久的施設を通じて当該他方の国内において事業を行う場合には、その企業の利得のうち当該恒久的施設に帰せられる部分に対してのみ、当該他方の国において租税を課することが出来る。」(川端・前掲注4)26頁)

37) Permanent Establishment (恒久的施設)の略称。条約の適用において、具体的にどのようなものが含まれるかについては、モデル条約5条参照。

38) 第7条のコメンタリー第3パラグラフ参照。

りは、事業所得については居住地国での課税を原則とし、相手国は相手国内にPEがあるときのみ課税できるという形で課税権を分配しているのである。

この7条1項違反という時には、2つの問題が混同されがちである。1つ目が、二重課税を理由に7条1項違反であるとする問題である。そして2つ目が、課税権分配の合意に反しているがゆえに7条1項違反であるとする問題である。この両者は似て非なるものである。なぜなら、二重課税が生じていなくても課税権分配の合意に反していれば、7条1項に反するからである。

7条1項は、PEがない国については、事業所得に対する課税権を与えていない。このことは、“shall be taxable only in that State”（下線筆者）^{39) 40)}という文言からも明らかである⁴¹⁾。だが、例えば居住地国においてある法人の事業所得に対して課税していない場合に、相手国が当該法人（PEなし）の事業所得に対して課税したときには、二重課税は生じていないが課税権分配の合意には反している。また、たとえPEがあったとしても、PEに帰属していない所得に対して課税したときには、やはりこの課税権分配の合意に反している（7条1項第2文）。二重課税が生じていないからといって課税権分配の合意に反することは許されるものではなく、また合意違反がないということも言えないであろう。所得の課税範囲を決するのはその国の権限であるが、その決定が課税権分配の合意に反することは許されないのである。よって、二重課税排除の問題と、課税権分配合意違反の問題は分けて考えるべきである。

そしてこのように考えると、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約に反しないと主張する根拠の1つとして、二重課税が排除されていることを根拠にすること⁴²⁾は、二重課税が生じているとの問題点に対する反論にはなっているが、課税権分配の合意に反するとの問題に対する反論にはなっていない。また、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約と抵触すると主張する際に、二重課税が生じていると主張するときには、後者の意味で言っていることが多いと思われる⁴³⁾。二重課税についてはタックス・ヘイブン対策税制で十分配慮がなされており⁴⁴⁾、課税権分配の合意に反していないかということが、抵触関係を論じる上で最も大きな問題なのである。

そこで、以下では課税権分配の合意に反していないかという観点から、タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係について論じる。

3 タックス・ヘイブン対策税制により合算される所得の法的性質

タックス・ヘイブン対策税制は、「一方の締約国の企業」（7条1項）である特定外国子会社等の「利得」に課税している。そこで、事業所得に対して課税していると言える。だが、もし株主の配当所得に課税しているのだとすれば、課税権分配の合意に反するとは言えなくなる。なぜなら、配当所得について課税する権限は、支払いを受ける企業のある国に分配されているからである（10条1項）⁴⁵⁾。そこで以下では、日本のタックス・ヘイブン対策税制の規

39) OECD・前掲注4)28頁。

40) 「当該一方の締約国においてのみ課税を課することができる。」(川端・前掲注4)26頁)。

41) 倉内敏行「相互協議の対象について—『租税条約に適合しない課税』の解釈に関する一考察」税務大学校論叢27号137頁、164-166頁(1996)、Sandler・前掲注8)19頁参照。

42) 占部・前掲注16)685-686頁。

43) フランス国務院の判決は、この問題意識にしたがった判断をしていると思われる。中里・前掲注9)78頁も、この問題意識のもと「日本における事業所得に対する課税は否定される」としていると思われる。また、Sandler・前掲注8)19頁は課税権分配合意違反であることを明示している。

44) 措法40条の5、66条の7、66条の8など。

45) なお、その他所得(21条)に当たると考える見解もある(占部・前掲注16)692頁)。この見解は、金銭等の財産

定を詳細に検討することにより、タックス・ヘイブン対策税制が配当所得に対して課税しているものではなく、事業所得に課税するものであることを示す⁴⁶⁾。

(1) 二つの課税理論

タックス・ヘイブン対策税制が配当所得に課税しているか、事業所得に課税しているかについて考えるためには、タックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠を考える必要がある。なぜなら、両者の違いはタックス・ヘイブン対策税制がどのような法律構成によって課税対象留保金額を株主に帰属させているかによって決まるからである。そして、タックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠については、日本では主に以下の2つの理論が対立しており、その理論的根拠に対応して配当所得に課税しているかとみるか、事業所得に課税しているかとみるかが対立している⁴⁷⁾。

1つ目の理論が、タックス・ヘイブン対策税制はみなし配当所得に課税していると考えられるものである(以下、「みなし配当理論」*deemed dividend theory*)⁴⁸⁾。すなわち、タックス・ヘイブン対策税制は、特定外国子会社等(措法66条の6第1項)の留保利益につき配当があったものとみなしてそのみなし配当所得について

株主に対して課税しているというものである。みなし配当理論は、課税対象留保金額の計算がみなし配当理論を前提になされていることを主な根拠としている。タックス・ヘイブン対策税制がみなし配当理論に依拠しているとすると、タックス・ヘイブン対策税制は配当所得に対して課税していることになり、租税条約とは抵触しなくなる。

2つ目の理論が、タックス・ヘイブン対策税制は、特定外国子会社等の法人格を否定した上で、特定外国子会社等の所得が株主に直接帰属したのものとして、親会社の事業所得に対して課税していると考えられるものである(以下、「所得直接稼得理論」*income earned directly theory*)⁴⁹⁾。所得直接稼得理論は、タックス・ヘイブン対策税制が法人税法(以下、「法法」)11条の実質所得者課税の原則を明確したものであること、相手国において配当とは取り扱われていないこと、「雑所得に係る収入金額とみなして」(措法40条の4第1項柱書)、「収益の額とみなして」(同66条の6第1項柱書)という文言を主な根拠としている。タックス・ヘイブン対策税制が所得直接稼得理論に依拠しているとすると、タックス・ヘイブン対策税制は事業所得に対して課税していることになり、租税

の交付はないので配当所得そのものではないとしても、配当類似のものとしてその他所得に分類して考える見解である。そこで、配当所得に課税していると考えられる見解と同様に解することが出来る。なお、配当所得類似のものではなく、単にその他所得として課税していると考えた場合には、やはり課税権分配の合意に反する。なぜなら、他方の国においてその他所得として課税しようとも、「一方の締約国の企業の利得」である以上は、その所得については相手国に課税権がないと言えるからである。配当所得としての課税が許されるのは、「一方の締約国の企業の利得」が相手国に配当という形で送金される際には、10条1項により相手国に課税権が分配されているからである。

46) この問題について、Lang・前掲注14)は条約の問題であるとし、10条1項の“paid”(OECD・前掲注4)31頁参照)の意義を広く解することで配当所得に含まれると解する。しかし、同条項の“paid”を広く解することは「通常の意味」(条約法条約31条1項)であるとは言えず、第10条のコメンタリー第7パラグラフに従った「特別の意味を与える意図」(同条4項)が必要である。結局は、国内のCFC法が配当所得に課税するものであるかどうかという国内法の解釈によらざるを得ないと考える。なお、フランス国務院も国内法の解釈によるべきことを明言している。

47) タックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠についてはさまざまな分類方法があるが、ここでは現在最も対立している2つの理論を挙げることにした。佐藤・前掲注7)127-129頁、大崎満『国際的租税回避—その対抗策を中心として』(大蔵省印刷局、1990)196-197頁、木村弘之亮『国際税法』(成文堂、2000)917-920頁、吉川保弘「同族会社の国際的租税回避を巡る諸問題：タックスヘイブンを利用する同族会社及び支配株主に係る課税問題」税務大学校論叢35号225頁、249頁(2000)など参照。

48) 占部・前掲注16)679-694頁。なお、占部先生は村井正編『国際租税法の研究』(法研出版、1990)38頁において、日本のタックス・ヘイブン対策税制は所得帰属理論に依拠しているとしているが、占部・前掲注16)においてみなし配当所得であるという主張をしているので、ここではみなし配当理論として整理する。

49) 中里・前掲注9)72頁及び中里実「タックスヘイブン対策税制と赤字子会社」税研123号69頁(2005)。

条約と抵触することになる。

日本では、この2つの理論的根拠を巡って事業所得に課税しているか、配当所得に課税しているかが争われてきた。しかし、タックス・ヘイブン対策税制の規定を詳細に検討すると、現在の日本のタックス・ヘイブン対策税制はこのいずれの理論にも依拠していないことが分かる。すなわち、配当とみなすこともしていないが、法人格を否定することもしていない。いずれの理論にもよらずに、その理論的根拠をあいまいにしたまま、租税回避を否認するために特定外国子会社等の留保利益を株主の収益の金額とみなして、株主の事業上の所得として課税しているものである。ただその際に、課税対象留保金額の計算方法についてはみなし配当理論の構成を採用し、所得の帰属については所得直接稼得理論の構成を採用しているのである^{50) 51)}。このように考えると、タックス・ヘイブン対策税制は配当所得に課税しているとは言えなくなる。したがって、「一方の締約国の企業の利得」に対して課税している以上は、事業所得に対して課税していることになる。

そこで、以下ではタックス・ヘイブン対策税制の規定を詳細に検討する。

(2) 日本のタックス・ヘイブン対策税制の規定の検討

・納税義務者及び特定外国子会社等の要件（措法40条の4第1項・2項、措令25条の19、措法66条の6第1項・2項、措令39条の14）

いかなる者が納税義務者及び特定外国子会社等に当たるかの要件は、どのような理論に依拠しているかについて中立的である。

前述のように、タックス・ヘイブン対策税制はタックス・ヘイブンを使った租税回避を防止するための措置である。そこで、どのような要件を満たした場合に租税回避としてタックス・ヘイブン対策税制を適用するかは、どのような行為を租税回避と考えるかの問題である。これに対し、タックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠の問題は、租税回避に当たるとされた場合に留保利益を合算する理論的根拠は何かという問題なのである。よって、理論的根拠の問題は、納税者及び特定外国子会社等の要件の問題に影響を及ぼさない⁵²⁾。

また、適用除外要件（措法40条の4第4項、措令25条の22、措法66条の6第4項、措令39条の17）が、軽課税国において事業活動を行っ

50) タックス・ヘイブン対策税制がいかなる理論的根拠によって子会社の留保利益を親会社の所得に合算しているのかは、法文からは明らかになっていない。また、いずれかの理論に依拠するのかを明確にする意図も持っていないものと思われる。結局は、特定外国子会社を使った租税回避行為を防ぐために、特定外国子会社等の留保利益を実質所得者である親会社の所得として合算するという制度を採用しているにすぎない。佐藤・前掲注7)129頁、木村・前掲注47)919頁、小松房明『法人税法概説（五訂版）』（有斐閣、1993）217-221頁も同旨であると思われる。また、立法者も「このように本税制は、子会社等の法人格を否定することなく、その留保所得が実質的に帰属する者である我が国株主に課税しようとするものであり、」（高橋・前掲注1)93頁）と述べており、このような解釈が立法者意思にも最も合致する考え方である。

51) なお、木村・前掲注47)919頁にある「帰属関係は正説」が一番近い考え方であろうが、木村先生が指摘しているように、タックス・ヘイブン対策税制はこれに依拠する意図も有していない。タックス・ヘイブン対策税制は、いかなる理論的根拠のもとに特定外国子会社等の留保利益を親会社の所得とみなすのかをあいまいにしており、それがゆえに租税条約と抵触しているのである。そこで、いかなる論理に依拠しているのかを明確にした上で、それに合わせて制度を手直しすべきであるというのが本稿の問題意識である。帰属関係は正説に依拠するものとして、吉川保弘「外国税額控除制度とタックス・ヘイブン対策税制をめぐる諸問題」税務大学校論叢17号93頁、149頁（1986）参照。

52) ただし、みなし配当理論による場合には、外国関係会社に当たるか否かの要件が議決権の50%を基準にしている必要がある。なぜなら、配当をするか否かを決定するのは議決権の50%が必要であるからである〔会社法453条1項、同309条1項。なお、ここで日本の法律にしたがって考えることに違和感を抱く方もおられるかもしれないが、タックス・ヘイブン対策税制は基本的に日本の法律にしたがった処理をしている（措令25条の20など）。これは、各国の制度がまちまちであるから、各国の制度にしたがって処理するのは困難であること、とりわけタックス・ヘイブンでは納税者に有利な法制であることが多いことなどを背景としていると思われる〕。ただ、現在のタックス・ヘイブン対策税制は、外国関係会社に当たるか否かについて50%を基準に判断しており（措法66条の6第2項1号参照）、この点については問題がない。また、議決権が50%に至らない場合に外国関係会社に当たるとされる場合もありうる（同条項）が、これも議決権50%という要件を潜脱することを防止するための措置として許容される範囲内であろう。

ている法人を除外していることを根拠に所得直接稼得理論に依拠していると考え余地もある。しかし、みなし配当理論に依拠した場合にも、このような法人はタックス・ヘイブン対策税制を適用する必要がない法人である。よって、適用除外要件を根拠に所得直接稼得理論に依拠していると考えすることは不適切である。

したがって、納税義務者及び特定外国子会社等の要件は、いずれの理論に依拠するかについて中立的である。

・課税対象留保金額の計算方法（措法 40 条の 4 第 1 項・2 項，措令 25 条の 20，同条の 21，措法 66 条の 6 第 1 項・2 項，措令 39 条の 15，同条の 16）

課税対象留保金額の計算方法は、みなし配当理論に依拠しているとされる最大の根拠である。

課税対象留保金額は、適用対象留保金額（所得税については、「調整適用対象留保金額」）に持株割合を乗じた金額である（措令 25 条の 21 第 2 項，措令 39 条の 16 第 2 項）。そして、適用対象留保金額は未処分所得の金額（措法 40 条 2 項 2 号，措令 25 条の 20，措法 66 条の 6 第 2 項 2 号，措令 39 条の 15）から，当期中の納付が確定した法人所得税（措令 25 条の 21 第 1 項 1 号，措令 39 条の 16 第 1 項 1 号）及び当期に係る配当等の額（措令 25 条の 21 第 1 項 2 号，措令 39 条の 16 第 1 項 2 号）を控除した金額である。よって，当期に配当すべきであった金額を計算するという方式によっ

る。これは，みなし配当理論に整合的な計算方法である⁵³⁾。これに対して，所得直接稼得理論に依拠しているとする，法人格が否認されるのであるから，未処分所得の金額を計算するのではなく，特定外国法人等の益金に相当するものを内国法人の益金に，損金に相当するものを内国法人の損金に計上するべきということになる。したがって，課税対象留保金額の計算方法から考えると，タックス・ヘイブン対策税制は所得直接稼得理論に依拠しているとはいえない。

ただ，このような計算方法は，みなし配当理論に依拠しなければ採用出来ないものではない。タックス・ヘイブン対策税制で問題にしている租税回避行為は，特定外国子会社に留保利益を貯めておくことによる課税の繰り延べあるいは回避である。よって，この租税回避に対応するには特定外国子会社の留保利益を所得に合算すれば十分であり，またその方が簡便である。そこで，本稿のようにタックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠はあいまいであるという前提に立ったとしても，タックス・ヘイブン対策税制は配当すべきであった金額を計算するという計算方法を採用したと説明することに，何ら問題はない。

・所得税における所得分類（措法 40 条の 4 第 1 項柱書）

タックス・ヘイブン対策税制によって合算される所得は，所得税法では「その者の雑所得に係る収入金額とみな」（措法 40 条の 4 第 1 項

53) みなし配当理論を貫くならば，適用対象留保金額は前期の未処分所得をもとに計算すべきである。例えば，株主が年 1 回，12 月決算で，特定外国子会社等も年 1 回，12 月決算であった場合を考える。この場合，子会社が 18 年 1 月～12 月の間に支払う配当は，17 年 1 月～12 月の間に得た所得からその所得に対応する法人税を支払った後に，残った利益から支払われるはずである。しかし，タックス・ヘイブン対策税制では，18 年 1 月～12 月の間に得られた利益から，その間に支払うことが確定した法人税の金額を控除することで，適用対象留保金額を計算している（措令 25 条の 21 第 1 項 1 号，39 条の 16 第 1 項 1 号）。18 年 1 月～12 月の間に支払うことが確定した法人税の金額というのは，17 年 1 月～12 月の間の所得に対応する所得である。そこで，みなし配当理論を貫くならば，17 年 1 月～12 月の間の所得から，それに対応する法人税及び配当の金額を控除したものを適用対象留保金額とする方が理論的には整合的であると言えよう。しかし，このような制度を採ることは現実的にはかなり困難である。まず，株主と特定外国子会社との決算期がこの例のように常に同じであるとは限らない。また，株主間でも決算期が異なる場合がありうる。こうなると，株主間で未処分所得金額が異なる可能性が出てくる。さらには，法人税と所得との対応関係が不明確な場合もあり得る。このように，法人税と所得とを対応させようとする，混乱が生じる可能性が極めて高い。結局，法人税と所得との間にずれが生じる現在の制度も，未処分所得の金額から欠損金を控除できること（措法 66 条の 6 第 2 項 2 号），外国税額控除の繰越が認められること（税法 69 条 2 項），みなし配当なのであり，多少の擬制は許されることなどを考えると，是認できよう。

柱書) されることになる。

このように雑所得と分類していることは、みなし配当理論からは説明可能である。みなし配当理論によると、みなし配当であることから本来は配当所得に分類すべきと言える。しかし、実際に特定外国子会社等から株主に金銭など財産の交付がないことから、雑所得と分類したと説明することになる⁵⁴⁾。

一方、所得直接稼得理論によると、課税対象留保金額は本来ならば事業所得の総収入金額と分類すべきと言える⁵⁵⁾。なぜなら、事業所得における事業とは「自己の計算と危険において営利を目的とし対価を得て継続的に行う経済活動のこと」⁵⁶⁾であり、特定外国子会社等の法人格を否定している以上は、特定外国子会社等の事業は株主の「計算と危険において」なされていると言えるからである。しかし、課税対象留保金額は特定外国子会社等の所得金額に調整を加えたものである。すなわち、特定外国子会社等の総収入金額に相当するものから、必要経費に相当するものを控除したあとの金額である。このように、課税対象留保金額は総収入金額とは概念が異なるものもあるので、事業所得における総収入金額に当たらないとして、雑所得に分類したと説明することになる。もっとも、総収入金額と課税対象留保金額の性質の違いは相対的であり、このような説明で事業所得でないとの位置付けを正当化できるかは疑問である。結局、課税対象留保金額の計算方法が現在のような方式によっている以上は、所得直接稼得理論に依拠していると説明することは困難

であると言えよう。

このように、所得税における所得分類から考えても、みなし配当理論に依拠しているかのように見える。しかし後述するように、配当所得であるか雑所得であるかによる違いはほとんどない。そのような状況の下で、財産の交付がないことのみを根拠として配当所得でない位置づけることが十分に説得的であるかは疑問である。むしろ、みなし配当と構成するつもりがなかったのが、配当所得とは分類しなかったと説明する方がより説得的である。また、立法者がみなし配当理論によって制度を設計するつもりがなかったことは、以下で他の諸制度を詳細に検討すれば明らかになるであろう。

・外国税額控除（措法 66 条の 7）

タックス・ヘイブン対策税制では、課税対象留保金額に対応する金額について、外国税額控除を認めている。

みなし配当理論によると、この外国税額控除は、子会社からのみなし配当についての外国税額控除ということになるので、間接外国税額控除（法法 69 条 8 項）⁵⁷⁾に対応する制度ということになる。しかし、タックス・ヘイブン対策税制の外国税額控除と間接外国税額控除とは要件が異なる。タックス・ヘイブン対策税制では、課税対象留保金額について常に外国税額控除が認められる。すなわち、5%以上の株式を有していた場合には、外国税額控除が認められる（措法 66 条の 6 第 1 項）。これに対して、間接外国税額控除が認められるには、25%以上の株式を 6 ヶ月以上保有することが必要である（法

54) 占部・前掲注 16) 686-690 頁。

55) さらに付言すると、課税対象留保金額の計算方法についての議論と同様に、本来ならば、特定外国子会社等の総収入金額に相当するものを総収入金額に、特定外国子会社等の必要経費に相当するものを必要経費に計上するという計算方法によるべきである。

56) 金子・前掲注 1) 213 頁。

57) 間接外国税額控除とは、子会社から配当を受けた場合に、子会社が納めたその配当に対応する外国法人税について外国税額控除を認める制度である。これによって、子会社所得に対する海外での法人税課税と、親会社である内国法人が受け取った配当に対する法人税課税という二重課税を排除することができ、支店形態による海外進出と子会社形態の海外進出との中立性を保つことができる（金子・前掲注 1) 417-418 頁）。なお、制度の詳細については、本庄資＝川田剛編『国際課税の理論と実務〔第 2 巻〕外国税額控除』71-102 頁〔中野百々造〕（税務経理協会、2000）、渡辺淑夫『最新 外国税額控除 ―国際的二重課税排除の理論と実務―』（同文館出版、2002）203-263 頁、武昌昌輔編著『DHC コンメンタル法人税法〔第 3 巻〕』（第一法規、1979）4287 の 10-4287 の 40 頁など参照。

人税法施行令、以下「法令」146条)。このように、両者は要件が異なる。そして、この要件の違いは実際に配当として財産が交付されていないことでは説明できない。みなし配当と構成しながら、実際に配当をした時には認められない間接外国税額控除を認めることは、説明が困難である⁵⁸⁾。このような外国税額控除の規定から、タックス・ヘイブン対策税制は課税対象留保金額が株主に帰属する法的根拠をみなし配当と考えていない姿勢が強かうかがわれる⁵⁹⁾。

これに対し、所得直接稼得理論によると、特定外国子会社等の法人格を否定するので、課税対象留保金額に対応する法人税は株主が納付したことになる。よって、この外国税額控除は直接外国税額控除（法第69条1項）に対応する制度ということになる。したがって、上記のような間接外国税額控除との要件の違いは問題にならない⁶⁰⁾。しかし、前述のように計算方法や所得分類などについて考えると明らかなように、所得直接稼得理論に依拠してタックス・ヘイブン対策税制を説明することも困難である。

結局のところ、この外国税額控除の制度は、直接外国税額控除とも間接外国税額控除とも異

なる二重課税排除措置なのである。すなわち、みなし配当ではないので特定外国子会社等の納めた外国法人税について間接外国税額控除を認めることはできない。また、前述のように、法人格を否認したと考えることは困難である以上は、当該外国法人税は株主自身が納付したわけでもないので、直接外国税額控除を認めることもできない。しかし、課税対象留保金額について法人税が課税されることになると、二重課税が生じる。そこで、課税対象留保金額に対応する外国法人税額を株主が納付したとみなして外国税額控除を認めたのである⁶¹⁾。このように、タックス・ヘイブン対策税制は二重課税を排除するための調整措置を丁寧に設けていることは確かであるが、その調整は何らかの理論的根拠に基づいて統一的に整理されたものではない。

・課税済留保金額の配当に伴う調整（措法40条の5、同66条の8）

課税済みの留保金額から配当がなされたときには、二重課税を排除するための調整がなされる。これは、一度課税された留保金額について二重に課税することを排除する規定であり、いずれの理論からも説明可能な合理的な規定である。

58) また、後に実際に配当がなされた場合には、25%株式を保有していなければ間接外国税額控除が認められないことから、結局認められる外国税額控除が変わらないということも、この違いを正当化する根拠とはならない。なぜなら、みなし配当理論に依拠すると、後になされた配当というのは本来留保金額が合算された時に配当されるべきであったものであり、そのために配当を擬制しているのである。よって、後に実際配当がなされた時とみなし配当の時と同様の処理をするべきという結論に変わりはない。

59) タックス・ヘイブン対策税制により外国税額控除が認められる場面の方が、間接外国税額控除が認められる場面より広いので、タックス・ヘイブン対策税制の方が、二重課税が生じる場面は少ない。だが、このことをもってより広い範囲に外国税額控除を認めることが是認されるわけではない。なぜなら、このような二重課税は間接外国税額控除では生じるものであり、二重課税が生じることが問題なのだとすれば、間接外国税額控除の要件に問題があるのである。二重課税発生が好ましくないことは肯定するが、そのことは実際に配当した場合と比べて取り扱いが異なるという課税上の不均衡の根拠とはならない。

60) なお、個人については外国税額控除が認められない。これは、いずれの理論に依拠したとしても、個人については間接外国税額控除が認められないからという説明になる。現在の日本の税制は、法人段階と株主たる個人段階の二段階で所得を捕捉するという制度を採用しており、たとえ所得直接稼得理論に依拠して法人格を否認したところで、外国法人税について外国税額控除を認めるのは他の制度との均衡からして困難である。また、留保利益を配当した場合との均衡を考えるのは当然の配慮であろう。ただ、みなし配当理論からの説明の方が容易であることは確かである。このようにしてみると、個人については法人よりもみなし配当理論に近い構成を採っていると言える。これは、法人同士に比べて、法人と個人の場合だと両者の性質が大きく異なるからであると考えられる。そこで、場合によっては、Schneider caseのように所得税におけるタックス・ヘイブン対策税制と法人税におけるタックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠は異なると説明することも可能であろう。さらに付言すると、本稿の問題意識からすると、ここでもタックス・ヘイブン対策税制がいかなる理論的根拠に依拠するかを明確にして制度全体を整理していないことが何われると指摘することができる。

61) このような理解は、立法者の意思とも合致する。高橋・前掲注1)167-168頁〔小沢進＝小田嶋清治〕参照。

・株式の取得価額の調整

みなし配当を受けた時は、取得価額にみなし配当の金額が加算される（所得税法施行令 112 条第 4 括弧書，法令 119 条 1 項 5 号第 2 括弧書，同条項 6 号第 2 括弧書参照）。これは、みなし配当を受けた株式が譲渡された時に、みなし配当の額について二重課税が発生することを防止するための措置である。そして、課税対象留保金額について課税を受けたときにも、みなし配当であると考えているとすれば、これに対応して取得価額に課税対象留保金額が加算されるはずである。しかし、タックス・ヘイブン対策税制は取得価額について特に調整を加えていない。ここからも、タックス・ヘイブン対策税制がみなし配当理論に依拠していないことが分かる。

・赤字子会社の欠損金の帰属について

赤字の特定外国子会社等の欠損金が親会社に帰属しないことを根拠に、タックス・ヘイブン対策税制がみなし配当理論に依拠しているとする見解がある⁶²⁾。しかし、この問題については高裁判決⁶³⁾があるにすぎず、また一審判決⁶⁴⁾では結論が異なっている。さらに、高裁の結論に対しては強い批判がなされている⁶⁵⁾。よって、赤字子会社の欠損金が株主に帰属しないという結論自体に争いがあり、根拠としては不適切である。むしろ、タックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠についての争いの帰結である。また、たとえ欠損金が親会社に帰属しないとしても、それは特定外国子会社等の法人格を否認していないという意味で、所得直接稼得理論に依拠していないことを示すにすぎない。本稿のように、いずれの理論にも依拠しないと考えるも、欠損金の帰属を認める規定がない以上は欠損金は親会社に帰属しないという結論を導くことは可能である。よって、特定外国子会社等の欠損金が親会社に帰属しないことを根拠に、

タックス・ヘイブン対策税制がみなし配当理論に依拠していると考えすることはできない。

このようにタックス・ヘイブン対策税制の規定を詳細に検討すると、タックス・ヘイブン対策税制が何らかの理論的根拠に基づいて統一的に規定されているわけではないことが明らかになる。少なくとも、みなし配当理論や所得直接稼得理論に依拠していると考えことは困難である。みなし配当理論については、所得の帰属について詳細に規定を検討すると、みなし配当と整理しているとは言えない。一方で、所得直接稼得理論については、課税対象留保金額の計算方法を考えると、子会社の法人格を否認しているとは言えない。タックス・ヘイブン対策税制はいずれの理論にも依拠せずに、理論的根拠をあいまいにしたまま特定外国子会社等の留保利益を実質所得者である株主に合算するという制度を採っている。このように考えると、タックス・ヘイブン対策税制は、課税対象留保金額を配当したものとみなしてみなし配当所得に課税していると言えず、事業所得に課税していると言わざるを得ない。そして、事業所得に課税している以上は、7条1項により特定外国子会社等の居住地国にのみ課税権が分配されており、課税権が配分されていない日本で事業所得に課税することは、7条1項の合意に反していると言える。

4 法的二重課税のみを目的としているかについて

以上のように、タックス・ヘイブン対策税制が事業所得に課税しているとしても、OECD のコメンタリーによると、タックス・ヘイブン対策税制は相手国の企業の利得を減少させていないので、課税権配分の合意に反しないという

62) 占部・前掲注 16) 684 頁。

63) 高松高判平成 16 年 12 月 7 日訟月 52 卷 2 号 667 頁，判タ 1213 号 129 頁。

64) 松山地判平成 16 年 2 月 10 日訟月 52 卷 2 号 690 頁。

65) 中里・前掲注 49) 「タックスヘイブン対策税制と赤字子会社」参照。

ことになる⁶⁶⁾。しかし、このような解釈は、7条1項の「文脈」(条約法条約31条1項)にしたがった解釈ではなく、「特別の意味」(同条4項)にすぎない。

まず、このような解釈は7条1項の文言に正面から反する。すなわち、タックス・ヘイブン対策税制が課税対象としている事業所得は、特定外国子会社等の法人格を否定していない以上は、特定外国子会社等の「利得」であることが明らかである。そして、特定外国子会社等のPEが日本にないときには、「当該一方の国においてのみ租税を課すことができる」はずであるが、他方の国である日本で租税を課している⁶⁷⁾。よって、文言に正面から反している。また、7条1項は、第1文において“PEなければ課税なし”の原則を定めていると同時に、第2文においてPEがある場合についてもPEに帰属する所得のみについて課税できること(帰属主義)を規定している⁶⁸⁾。この第2文も含めた「文脈」から考えると、7条1項は事業所得についてPEなどを通じて当該国に帰属する所得のみについて課税権を認めている。よって、ある企業の所得について課税する場合には、その企業に帰属する所得に対してのみ課税することを当然の前提としていると考えるのが、「文脈」に即した自然な解釈である。そして、特定外国子会社等の法人格を否定しない以

上は、タックス・ヘイブン対策税制で合算される事業所得が親会社には帰属しておらず、特定外国子会社等に帰属していることは明らかである。したがって、当該企業に帰属しない所得についても課税できるとする解釈は、「文脈」に即した解釈とは言えない。

また、7条1項の「目的」(条約法条約31条1項)が法的二重課税の排除のみであり、経済的二重課税の排除が目的ではないことを根拠に、コメンタリーのような解釈が可能であると解することも妥当ではない⁶⁹⁾。最初に、「目的」を参照するのは両国の間で解釈が異なる時であり、原則は文言解釈であることを確認しておく必要がある⁷⁰⁾。その上で、7条1項は経済的な二重課税の排除を目的とはしていないと解釈することも妥当でない。まず、モデル条約のどの条文も、法的二重課税のみを対象にしていることを明らかにしているわけではない⁷¹⁾。むしろ、相互協議手続に見られるように経済的二重課税に対しても配慮をしている⁷²⁾。加えて、コメンタリーの解釈にしたがうと、一方の締約国の企業に課税する際に、他方の締約国にあるまったく関係ない企業の事業所得を課税の基礎に含めることも許されることになろう。このような課税を放置すると考えるのは極めて不当な結論であるし、前述のように帰属を根拠に課税権を分配した帰属主義とも齟齬が生じると

66) 7条のコメンタリー第10.1パラグラフ。「第1項の目的は、一方の締約国の、他方の締約国の居住者である企業の事業所得に対する課税権の制限を規定することである。本項は、一方の締約国の、自国の国内法令の従属外国法人規定に基づく自国の居住者に対する課税権を、これらの居住者に対して課せられる当該租税が、他方の締約国に居住している企業の利得で、これらの居住者の当該企業への持分に帰せられる部分に基づき算定されるのにもかかわらず、制限していない。一方の国によって自国の居住者に対してこのように課せられる租税は、他方の締約国の企業の利得を減少させず、それ故、当該利得に対して課せられたとは言いがたい。(第1条に関するコメンタリー第23パラグラフ及び第10条に関するコメンタリー第37パラグラフ及至第39パラグラフも参照)。(川端・前掲注4)103頁)。英文については、OECD・前掲注4)116-117頁参照。

67) PEが日本にあるときにも、PEに帰属しない所得に課税しているので、同条項第2文に反することは明らかである。

68) 第7条のコメンタリー第5パラグラフ、木村・前掲注47)812-813頁など参照。

69) 「法的二重課税」(judicial double taxation)とは、同じ所得について二国が同一の主体に対して課税することである。一方、「経済的二重課税」(economic double taxation)とは、同じ所得について二国が異なる主体に対して課税することである。占部・前掲注16)675頁、Sandler・前掲注8)15-16頁参照。

70) Sandler・前掲注8)56-58頁。Vogel・前掲注19)37頁。

71) Sandler・前掲注8)19頁。

72) 中里・前掲注9)79頁。

言える。

さらには、支配株主において留保利益が課税されるか否かは、当該会社の計算上の利得には影響を及ぼさないであろうが、配当をするか否か、新たな投資をするか否かなどの行動に当然影響を及ぼす。このような事実上の影響を無視して、単に計算上の利得が減らないことのみを根拠に相手国に影響が及ばないとするのは、形式的にすぎる。少なくとも、すべての国において是認される論理であるとは到底言えないであろう。よって、コメンタリーが「当該利得に対して課せられたとは言い得ない」とするのも、やはり「特別の意味」である。

このように考えると、コメンタリーの解釈は「特別の意味」と考えなければ採用し得ない解釈である。少なくとも、文言解釈を原則とする(条約法条約 31 条 1 項) 条約の解釈としては不適切である。

5 小括

このように、租税条約の締結国が、コメンタリーに従った「特別の意味を与える意図」を有している場合以外は、タックス・ヘイブン対策税制は租税条約に抵触する。タックス・ヘイブン対策税制は、7 条 1 項の文言に正面から反する。そして、「特別の意味を与える意図」を有していた場合を除いては) 両者が抵触することをコメンタリーのみによって否定することは出来ない。また、タックス・ヘイブン対策税制は配当所得に課税していると考えて、7 条 1 項に抵触しないと考えることもできない。さらには、経済的二重課税排除を目的にしていることを理由に、タックス・ヘイブン対策税制が事業所得に対して課税しているとしても 7 条 1 項に抵

触しないとすることもできない。よって、日本においてもフランス国務院と同様に、タックス・ヘイブン対策税制は条約に抵触し、無効となる。

したがって、タックス・ヘイブン対策税制は、租税条約を締結している国にある子会社の留保利益については適用できなくなる。そうすると、これらの子会社を使った課税繰り延べや租税回避を放置することになる。そこで、以下 (IV) では以上の議論を踏まえてこの問題の解決策について検討する。

IV. 解決策の検討

1 2つの解決策

IIIにおいて行った議論から考えると、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約に反しないと結論を導くためには、①条約締結国との間で特別の合意をする、②タックス・ヘイブン対策税制をみなし配当理論に依拠した規定へと改正するという2つの解決策が考えられる。そして、本稿では②の解決策を採ることを提言する。

①の解決策とは、租税条約を締結している各国との間で「後にされた合意」(条約法条約 31 条 3 項 (a)) として租税条約とタックス・ヘイブン対策税制は抵触しないとの合意をすることである⁷³⁾。このような解決策を採ることも、可能ではある。ただ、外国との交渉のコストや、租税条約を将来締結する際の手間を考えると、あまり賢明な解決策であるとは言えない⁷⁴⁾。

むしろ、②みなし配当理論に依拠した規定へと再構成する方が、租税条約との抵触関係だけではなくいくつかの問題点も同時に解決できるので、より賢明な策であると考え^{75) 76)}。

以下では、みなし配当理論に依拠した規定へ

73) なお、条約締結後の合意について「特別の意味」(条約法条約 31 条 4 項) と解することが出来ないことは、言うまでもない (III-1 参照)。

74) フランスでは、Schneider case 以前はこのような対応策が採られていた。横田文志「国際課税 最近のEU税制とフランス」租税研究 657 号 128 頁, 135-136 頁 (2004)。

75) フランスにおいても、Schneider case の判決を受けて、CFC法にみなし配当規定を設けている。占部・前掲注 16) 712 頁, 租税事務局「各国税務事情」租税研究 663 号 153 頁, 154 頁 (2005) 参照。

76) このようにみなし配当理論に依拠して再構成する見解に対しては、そもそも、実際に配当がなされていないのにも

と再構成する場合に改正が必要な規定を検討することで、このことを示そうと思う。

2 みなし配当理論に依拠した再構成

(1) みなし配当規定

まず、「雑所得に係る収入金額とみなして」(措法40条の4第1項柱書)、「収益の額とみなして」(同66条の6第1項柱書)という文言は、みなし配当規定を置くことでみなし配当理論に依拠することを明示するべきである。

(2) 納税義務者

現在のタックス・ヘイブン対策税制では、5%以上の株式を保有している株主が納税義務者とされている(措法40条の4第1項1号2号, 同66条の6第1項1号2号)。この株式保有要件については、合理性に乏しいことから撤廃するべきであるということが主張されている⁷⁷⁾。

タックス・ヘイブン対策税制をみなし配当理論に依拠して再構成すると、5%要件はより合理性を失うことになる。配当は、株主の有する株式の数に応じてなされなければならない(会社法454条3項)、5%以上保有する株主にのみ配当を行うということは、株主平等の原則(同109条1項)の趣旨に反する。よって、5%

以上株式を保有する株主についてのみみなし配当を觀念するというのも、このような日本の会社法上の原則と整合がとれないと言える。また、5%要件を残しておく、意図的に株式保有割合が5%を下回るようにすることで、タックス・ヘイブン対策税制を潜脱することが可能となるので、これを阻止する必要性もある。

したがって、5%の株式保有割合要件は廃止するべきである⁷⁸⁾。

(3) 所得税における所得分類(措法40条の4第1項柱書)

前述のように、所得税においては合算される所得は雑所得として分類されている。そして、みなし配当理論に依拠して再構成する場合には、合算された所得をそのまま雑所得として分類することも可能であるが、配当所得として分類する方がより好ましいと考える。

前述のように、みなし配当理論に依拠した場合も、実際に財産の交付がないことを根拠に雑所得として分類することは可能である。一方で配当所得として分類した場合には、財産の交付がないことから、特定外国子会社等に源泉徴収義務(所得税法181条, 182条)を課すことは困難であろう⁷⁹⁾。そこで、源泉徴収義務を課さないことを明示するべきである。そうすると、雑所得と分類することと配当所得と分類す

関わらず配当があったと考えることが、相手国の課税権との関係で許されるのかが問題となる(中里・前掲注9)78頁参照)。しかし、このように配当があったと考えることも許されると考える。まず、租税条約はそれ自体が課税の根拠となるものではなく、国内法に基づく課税関係を前提に、国際的な二重課税を排除するために調整がなされるにすぎない。そこでは、条約締結国間で取扱いが等しくなることを好ましいとは考えてはいるが、保障をしているわけではない。むしろ、相互協議手続に見られるように、締結国間で取扱いが異なることで、納税者が不利を受ける場面も想定している。このように考えると、一方の国では配当があったとみなし、他方の国では配当がなかったとみなすことも条約上は許容されていると考えるべきである。もし、みなし配当規定により納税者が不利益を被ったのであれば、相互協議手続により両国間の調整を行うべきである。このように、租税条約は、特定外国子会社等の居住地国の課税権を尊重するとともに、日本国の課税権をも尊重しているのである。

77) 占部裕典「タックス・ヘイブン対策税制の現状と課題」ジュリスト1075号31頁, 34頁(1995)。

78) なお、占部・前掲注77)34頁では、年度末に株式を保有していた者についてタックス・ヘイブン対策税制を適用する年度末ルールによるのではなく、期間按分ルールによることも検討するべきであるということも指摘されている。しかし、配当においても期間按分ルールを採用していない以上は、みなし配当についても期間按分ルールを採用するべきではない。よって、みなし配当理論に依拠して再構成すると、年度末ルールが妥当である。

79) 源泉徴収は、本来納税義務を負わない者に対して徴収納税義務を負わせるものである。そこで、徴収納税義務を負わせるには、徴収納税義務を負わせることが合理的であり、徴収納税義務者に過大な負担でないことが必要である。金銭の支払いがない者に対して徴収納税義務を負わせることは、源泉徴収制度全体との整合性から考えても、憲法上の問題から考えても困難であろう(金子・前掲注1)716-717頁参照)。また、タックス・ヘイブン対策税制によって特定外国子会社等に源泉徴収義務を負わせることは、相手国の課税権侵害という新たな問題を生じさせる可能性がある。

ることにより、両者はともに総合課税の対象となる。また、配当控除についても外国法人から受けるものについては配当控除の対象とならない（所得税法 92 条 1 項柱書第 4 括弧書）ことから、この点についても異なる。そうすると、敢えて合算された所得を雑所得に分類する理由も特段見当たらない。よって、みなし配当理論に依拠していることを明示するためにも、配当所得と分類する方がより好ましいと考える。

(4) 外国税額控除（措法 66 条の 7）

外国税額控除については、前述のように間接外国税額控除と制度を合わせる必要がある。そこで、法令 146 条の要件を満たしたときには、法法 69 条 8 項の規定に従って間接外国税額控除が認められるという制度に変更するべきである。

(5) 課税済留保金額の配当に伴う調整（措法 40 条の 5、同 66 条の 8）

所得税における課税済留保金額の配当に伴う調整は、従来は特定外国子会社等から受ける配当等に係る配当所得の金額又は課税対象留保金額に係る雑所得の金額から控除されることとされていた（措法 40 条の 5 第 1 項本文）。これも、合算される所得を配当所得に分類することになると、特定外国子会社等から受ける配当等の金額及びみなし配当の金額に係る配当所得の金額から控除することになる。

(6) 株式の取得価格の調整

前述のように、株式の取得価格にはみなし配当の金額を加算させるべきである。これにより、従来指摘されていた⁸⁰⁾ タックス・ヘイブン対策税制の適用を受けた特定外国子会社等の株式を譲渡した際の二重課税が、解消されることになる。

(7) 赤字子会社の欠損金の帰属について

みなし配当理論に依拠する以上は、赤字子会

社の欠損金は株主に帰属しないということになる。ただ、この結論の妥当性については疑問が呈されており⁸¹⁾、立法論として株主に欠損金を帰属させる制度を検討する必要がある。

3 小括

このように、みなし配当理論に依拠してタックス・ヘイブン対策税制を再構成することは、租税条約との抵触関係を解消するという意義だけを有しているのではない。まず、タックス・ヘイブン対策税制がいかなる理論的根拠に基づいて特定外国子会社等の留保金額を合算しているのか、今まであいまいであったのを明確にすることになる。また、5%の株式保有要件を撤廃することで、株式保有割合を調整することによるタックス・ヘイブン対策税制の潜脱を防止できる。その上、特定外国子会社等の株式を譲渡した場合の二重課税を解消することにもつながる。さらには、赤字子会社の欠損金の帰属についての解釈上の争いを解決できる。このように、みなし配当理論に依拠した再構成は、様々な問題の解決につながる。こうしてみると、①のように個別に合意を取り付けるよりも、②のようにみなし配当理論に依拠して再構成した方が、より合理的な解決策であることは明らかである。したがって、みなし配当理論に依拠した再構成をするべきであると考えられる。

V. まとめ

以上のように、現在のタックス・ヘイブン対策税制は租税条約と抵触している。そして、このことの最も大きな原因は、タックス・ヘイブン対策税制がその理論的根拠をあいまいにしていることにある。しかし、このような立法は致し方ないという面はある。タックス・ヘイブン

80) 中里・前掲注 49) 75 頁。占部・前掲注 77) 36 頁。

81) 中里・前掲注 49) 69 頁。また、高裁判決の結論を支持する立場からも、特に船舶業界に対してタックス・ヘイブン対策税制が適用される場面を中心に、立法政策の必要性が説かれている。山下学「特定外国子会社の欠損を内国法人の損金に参入することの可否」税務弘報 53 巻 8 号 80 頁、88-89 頁。

対策税制が制定された当初は、租税条約と抵触する可能性がなかったことは前述のとおりである。また、そもそも租税条約と国内法との抵触関係についての議論があまり盛んでなかったことも事実である。

しかし、現在では、国内法と租税条約との抵触関係に対する関心が高まってきている。また、そもそも日本のように条約が法律に優先する⁸²⁾とされている国においては、立法の際に条約と抵触しないように配慮することは当然である。さらには、裁判所によって無効とされた場合には多大な混乱と損失が生じることとなる。これらの事情を考えると、今後は租税条約との抵触関係を考慮しない国際租税法上の立法は許されない。

本稿が、これからの立法実務に対する警鐘となれば幸いである。

※ 本稿は、平成 18 年 12 月にリサーチペーパーとして提出されたものに、若干の補正を加えたものである。本稿を書くに当たっては、指導教官である増井先生、このテーマを書くきっかけを下さった森・濱田松本法律事務所の大石先生、原稿を読んで批判をくれた優秀な友人たちなど多くの人の助けを借りた。そこで、ここに心からの感謝の意を表したいと思う。

(やまもと・てつや)

82) 日本では、条約が法律に優先することにはほぼ争いがないが(前掲注 6) 参照)、ドイツやアメリカでは条約であろうと法律であろうと後法が優先する。このように、国によって両者の関係は異なる。Sandler・前掲注 8) 39-54 頁参照。

株主代表訴訟における訴訟法上の諸問題

東京大学名誉教授・早稲田大学客員教授

伊藤眞

I. はじめに

1 株主代表訴訟の特質

II. 被告取締役等側への会社の補助参加

III. 株主代表訴訟における訴訟上の和解

IV. 代表株主勝訴判決にもとづく強制執行

V. おわりに

I. はじめに

本日は、韓国民事訴訟法学会における報告の機会を与えていただき、心より光栄に感じております。

さて、日本、韓国の両国にとりまして、企業の活動は経済の中核をなすものであり、創造性にあふれた企業の活動なくしては、経済の発展は望めないといつてよいでしょう。そして、企業の経営方針や事業活動の内容に関する実質的な決定権は、取締役、取締役会あるいは代表取締役（韓国商法では、それぞれ理事、理事会あるいは代表理事）に委ねられているのが通常です¹⁾。取締役や理事（以下、取締役等と呼ぶ。）は、会社に対して忠実にその職務を行うべきことが義務づけられており（日本会社法 355 条、韓国商法 382 条の 3。以下、それぞれ日会社法、韓商法と略称する。）、また、法令を遵守して職務執行をしなければならないことは当然ですが、場合によっては、取締役等が忠実義務に違反したり、また法令遵守を怠ったりして、会社に対して損害を与える可能性があります。日本の会社法や韓国の商法は、このような事態の発生を未然に防ぐために、いわゆるコーポレート・ガバナンス（企業統治）のための機構として、様々な制度を設けていますが、それにも

*本論文は、2006年5月27日、韓国光州にて開催された、韓国民事訴訟法学会における報告を内容とするものである。

1) 2006年5月1日から施行された日本の会社法は、従来より多様な機関を設けているが、取締役や代表取締役が機関の中心であることに変わりはない。神田秀樹『会社法【第八版】』（弘文堂、2006）146頁参照。

かかわらず取締役等が義務違反や違法行為をすることによって会社に損害を与える可能性を完全に排除することはできません。

取締役等の行為によって会社に損害が発生した場合、法律上の構成からすれば、会社が取締役等に対して損害賠償請求権を取得することになりますから、その主体である会社が取締役等に対して適切に請求権を行使すれば、会社の損害は回復されるはずですが、その権利行使をするかどうか、会社の業務に関するものとして、取締役等の判断に委ねられることから、適切な損害賠償請求権の行使がなされないおそれがあります。そこで、このようなおそれに対処するために、法は、一定の資格を持つ株主が、会社に代わって、この請求権を会社のために行使することを認めています。これが株主代表訴訟の制度です²⁾。現実にも、日本においても、また韓国においても、取締役等に対して巨額の賠償を支払うことを命じる判決が言い渡されており³⁾、株主代表訴訟は、コーポレート・ガバナンスの手段として大きな役割を果たしているというべきです。しかし、その社会経済的機能が大きければ大きいほど、株主代表訴訟については、その適正な運用が求められるというべきでしょう。本日は、訴訟法上の問題に限定して、株主代表訴訟の適正な運用を実現するためには、どのような考え方をとるべきかを申し上げたいと存じます。

1 株主代表訴訟の特質

株主代表訴訟制度には、訴訟法の視点から見ると、以下のような特質があることに注意しな

ければなりません。日本における従来の議論では、ともすればその特質を十分認識しないままに個別の問題についての解釈論を展開したりする傾向が見られましたので、この特質については、特に強調したいと存じます。

第1は、代表株主が、自らの利益のためではなく、会社の利益を実現するために訴訟追行をすることです。日本においても、また韓国においても、原告株主の地位を会社の代表機関とする考え方が有力ですが⁴⁾、これは、株主による代表訴訟の追行は、会社自身が訴訟当事者となり、代表取締役がその法定代理人として訴訟を追行する場合（日本民事訴訟法37条、韓国民事訴訟法64条。以下、それぞれ日民訴法、韓民訴法と略称する。）と実質的に異ならないという考え方を表現したものと思われま。代表株主が勝訴した場合には、被告取締役等から償還を求められる訴訟費用以外の費用を会社に対して償還請求できるという規定（日会社法852条1項、韓商法405条1項）は、代表株主の代表機関性を端的に示すものです。

第2は、それにもかかわらず、日本会社法や韓国商法は、代表株主を会社の代表機関とはせず、取締役等に対する損害賠償請求権という権利の帰属主体である会社に代わって訴訟追行権を行使する第三者として位置づけています（日会社法847条3項・5項本文、韓商法403条3項・4項）。これが、代表株主を法定訴訟担当者とする構成であり、民事訴訟法の規定（日民訴法115条1項2号、韓民訴法218条3項）を介在させて、判決の効力を会社に及ぼすという構成をとっています⁵⁾。なぜ、立法者はこのような法律構成をとったのでしょうか⁶⁾。この

2) 日会社法847条以下、韓商法403条以下。なお、日本会社法における正式の名称は、「責任追及等の訴え」であるが、従来の株主代表訴訟と本質的違いはないので、ここでは講学上の用語として、株主代表訴訟を用いる。

3) 日本においては、大和銀行株主代表訴訟第1審判決（大阪地判平成12年9月20日判タ1047号86頁、判時1721号3頁）において、7億7500万ドル（当時の1ドル120円換算率で、930億円）の支払いが命じられており、最近でも、106億円の支払いを命じた大阪地裁判決がある（大阪地判平成17年2月9日判タ1174号292頁）。韓国においては、サムソン電子株主代表訴訟第1審判決において、200億ウォンの支払いが命じられており、大法院判決を経て確定している。

4) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（6）』358頁〔北沢正啓〕（有斐閣、1987）、崔基元『新会社法論〔第12大訂版〕』（博英社、2005）参照。

5) 崔・前掲注4)691頁、李時潤『新民事訴訟法【第3版】』（博英社、2006）136頁、伊藤眞『民事訴訟法【第3版再訂版】』（有斐閣、2006）156頁参照。

点を考えることが株主代表訴訟に関する訴訟法上の問題を検討するための鍵になると思われま。それは、被告となる取締役等が義務違反や違法行為を犯したかどうかについて、提訴の時点において、会社自身の判断と代表株主の判断が食い違うことが前提となっているからです。法律の規定に則していえば、このことは、代表株主の当事者適格が、株主の会社に対する提訴請求およびそれに対する会社の不提訴などの事実によって基礎づけられることに示されています(日会社法 847 条 1 項・3 項, 韓商法 403 条 1 項・3 項)⁷⁾。取締役等の行為の違法性についての判断が会社と代表株主との間で食い違う以上、当該株主を会社の代表機関として訴訟追行させることは適切ではありません。それにもかかわらず、日韓の立法者は、コーポレート・ガバナンスの視点から、代表株主に訴訟担当者としての地位を付与することを通じて、会社の損害賠償請求権を実現する機会を与えているものと思われま。

ただし、ここで注意しなければならないことは、取締役等に違法行為があるという代表株主の判断が正しいのか、それとも、違法行為が存在しないという会社の判断が正しいのかは、株主代表訴訟における判決によって決定されるべき問題であり、判決の確定まではそのいずれの可能性も存在するという事です。したがって、株主代表訴訟が係属中に、会社に対しては、提訴当時の判断を変更して、代表株主と共同して、取締役等に対する損害賠償を訴求するか、それとも、当初の判断を維持し、逆に被告取締役等側に参加して、自らの判断の正当性を主張する

機会が保障されなければなりません。II. で扱う、会社の被告取締役等側への補助参加がこの点に関連する問題です。

また、代表株主には、訴訟担当者としての適格が与えられるといっても、株主代表訴訟の訴訟物である会社の取締役等に対する損害賠償請求権について全面的な管理処分権が認められるわけではなく、その訴訟上の確定に必要な限度で自らの名において訴訟行為をなす権能が与えられるに過ぎません。この点が、同じく訴訟担当者であっても、破産管財人などとは異なる点です。そのことは、株主代表訴訟における請求の趣旨およびそれに対応する請求認容判決の主文が、「被告はA会社に対して金〇〇円(ウォン)を支払え。」という形になることにも現れています。このように、訴訟物に関する代表株主の管理処分権が制限されているにもかかわらず、訴訟係属中に裁判所が代表株主に対して和解の勧誘や勧告をすることはできるのでしょうか。また、原告たる代表株主と被告とは、訴訟物について、たとえば一部免除の上、分割弁済を行うなどの合意を内容とする和解をすることはできるのでしょうか。和解については、日会社法 850 条および韓商法 403 条 6 項がそれぞれ規定を設けていますが、その趣旨等について III. で検討したいと存じます。

さらに、株主代表訴訟における原告勝訴判決によって会社の被告取締役等に対する損害賠償請求権の存在が確定したと仮定しましょう⁸⁾。確定判決は、それを債務名義として(日本民事執行法 22 条 1 号, 韓民執法 24 条。以下、それぞれ日民執法, 韓民執法と略称する。)被告

6) この法律構成の矛盾の一つは、提訴手数料算定の基礎となる訴額についての定めに現れている。日本会社法 847 条 6 項は、株主代表訴訟の訴額の算定については、これを非財産権上の請求権とみなしている。したがって、民事訴訟費用法 4 条 2 項および同法別表第一 (一) によれば、たとえ損害賠償請求権額が 100 億円の場合であっても、訴額は、160 万円とみなされ、提訴手数料は、13000 円に過ぎない。これは訴えによって得られる利益が代表株主個人に帰属するものではないという点から考えると妥当な立法であるが、同じ請求を会社自身が行った場合には、訴額は 100 億円であり、それに対応する提訴手数料額も相当額に達することと比較すれば、やや均衡を失う感がないではない。しかし、訴訟担当の法律構成をとり、かつ、担当者の適格を株主の共益権に求めたために、このような結果を生じることとなった。

7) もっとも、代表株主が直ちに訴えを提起できる場合(日会社法 847 条 5 項, 韓商法 403 条 4 項)には、このようにいうことはできないが、それはあくまで例外的な場合に過ぎない。

8) 未確定判決に仮執行宣言が付されることによって執行力が発生する場合も考えられるが(日民訴法 259 条, 韓民訴法 213 条)、ここでは、説明を簡略化するために、確定判決のみを前提とする。

取締役等に対する強制執行を行うことができますが、強制執行を申し立てることができるのは、代表株主でしょうか、損害賠償請求権の主体である会社でしょうか、それともその両者でしょうか。理論的な検討は、IV.で行いたいと思いますが、以下のような問題はないでしょうか。すなわち、会社としては、損害賠償請求権の存在および内容が確定された以上、その実現を求めることは当然といえます。しかし、どのような時期に、何を対象として強制執行を行うか、また強制執行によるまでもなく、取締役等との交渉によって任意の弁済を受ける可能性がないか、その場合に、分割弁済を認める必要があるかなどの判断は、代表株主が行うべきなのでしょう。それとも、損害賠償請求権の主体である会社が行うべきなのでしょう。「債務名義に表示された当事者」（日民執法 23 条 1 項 1 号、韓民執法 25 条 1 項）という点からみると、当然に代表株主が強制執行を申し立てる資格、すなわち執行債権者の地位を認められ、会社は、被担当者として二次的な執行債権者の地位（日民執法 23 条 1 項 2 号、韓民執法 25 条 1 項）を有するに過ぎないと考えられてきましたが、私は、むしろ会社にのみ執行債権者の地位を認めるべきであると考えています。この点の詳細は、IV. で述べることに致します。

II. 被告取締役等側への会社の補助参加

代表株主が会社の取締役等に対する損害賠償請求権を訴訟物として訴えを提起した場合、会社は、その結果について二つの違った方向から関心を持たざるを得ません。一つは、会社自らが損害賠償請求権の存在を主張し、訴訟による確定を求めようとする場合です。先に述べたように、株主代表訴訟が提起されるのは、会社自

身が取締役等の違法行為の存在を否定し、訴えを提起しようとしがない場合が通例ですが、会社の判断が変わることもあり得ますので、このような場合も想定すべきでしょう。このときに、会社としては、自らも訴訟に参加しようとするれば、原告である代表株主の側に補助参加（日民訴法 42 条、韓民訴法 71 条）または共同訴訟参加（日民訴法 52 条、韓民訴法 83 条）をすることになります。しかし、会社は訴訟物である損害賠償請求権について、その主体として当事者適格を認められますし、また判決の効力は会社に対して及ぶところから、通常は、共同訴訟参加の手段がとられるでしょう⁹⁾。

しかし、多くの場合には、代表株主の提訴請求に対して会社はそれを拒絶しているわけですから、その判断が変わらないとすれば、会社が原告である代表株主の側に参加することは考えられず、むしろ被告の側に参加することを求めるでしょう。この場合に考えられる参加の形態は、補助参加になります。しかし、かつての日本の通説的見解は、補助参加の利益を否定していました。その理由は、補助参加の利益は、判決主文中の判断、すなわち訴訟物たる損害賠償請求権について考えるべきものであり、会社が取締役等に違法行為がないことを主張するのは、自らの損害賠償請求権の存在を否定することに他ならず、それは補助参加の要件である「法律上の利害関係」に当たらないというものです。

しかし、このような考え方は、二つの理由で誤っています。一つは、補助参加の利益は、訴訟物のみならず、訴訟物についての判断の前提となる判決理由中の事項についても認められることです。補助参加が認められる代表例である、保証債務履行請求訴訟に主債務者が補助参加する場合を考えていただければ、このことが理解されるでしょう¹⁰⁾。もう一つは、会社が被告取締役等側に補助参加を求めるのは、被告取締

9) 日会社法 849 条 1 項本文は、共同訴訟参加の可能性を明定する。また、韓商法 404 条 1 項にいう会社の参加についても、大法院判例（大判 2002. 3. 15, 2000 다후 9086）は、判決効の拡張などを理由として、その性質が共同訴訟参加であるとする。

10) 主債務履行請求訴訟において主債務の発生原因事実が争いになった場合、先行する保証債務履行請求訴訟の判決理由中の判断において主債務の存在が認められていることが、主債務者に対して不利に影響するために、主債務者には、

役等が関与した会社の意思決定が適法であることを主張するためであり、そのような主張は、正当な法的利益に関するものと思われることです。つまり、かつての通説が、「会社が自らの損害賠償請求権を否定するために被告取締役等側に参加することは背理である。」といていたのは、会社が被告取締役側に補助参加することを求めるのは、自らの意思決定の正当性を主張するためであり、意思決定の正当性は、補助参加の基礎となる法律上の利益であることに気がつかなかつたためなのです。私は、このような理由から通説に反対し、被告取締役等が参加した意思決定の正当性を主張する場合には、会社は被告側に補助参加できると考えました¹¹⁾。この考え方は、まず下級審の裁判例に採用され、その後最高裁の判例でも認められました¹²⁾。

このような経緯を経て、平成13年商法改正によって商法旧268条8項が追加され、会社の取締役側への補助参加を認めることが明定されました。現行会社法849条2項もこれを引き継いだものですが、会社の取締役等側への補助参加を慎重に判断させるために、監査役などの同意を得なければならない旨を規定しています。いずれにしても、このような学説、判例および立法の発展は、株主代表訴訟制度の特質を正しく認識した結果だと思います。

Ⅲ. 株主代表訴訟における訴訟上の和解

訴えが提起された場合でも、合意による解決が望ましいと考えられる事件が存在します。訴訟上の和解制度が存在するのはそのためです

し、株主代表訴訟においてもそのことに変わりはありません。韓商法403条6項が、当事者は法院の許可なくしては、和解等を行うことができないと規定しているのも、株主代表訴訟における和解による解決可能性を前提としているものと思われます。それでは、法院は、どのような場合に和解を許可すべきでしょうか。許可の要件としては、和解内容が適切かどうかという、実体的要件と和解の手続が適切かどうかという手続的要件の二つが区別されますが、ここでは、手続的要件、特に和解の当事者について考えてみましょう。

和解は、訴訟物についての互譲が本質的要素です（日民法695条、韓民法731条参照）。典型的には、訴訟物たる10億ウォンの請求の内、5億ウォンを免除し、残額5億ウォンを毎月末1億ウォンずつ5回に分割して支払うという例が考えられます。冒頭にお話ししたように、訴訟物たる損害賠償請求権について完全な管理処分権を持たない代表株主が、このような内容の和解の当事者になることができるでしょうか。別の表現をすれば、裁判所がこのような内容の和解を代表株主に対して勧誘したり（日民訴法89条、韓民訴法145条・225条）、代表株主と被告取締役等との間にこのような内容の和解が成立したときに、裁判所は、それを調書に記載するように書記官に命じることが許されるでしょうか（日民訴267条、韓民訴220条参照）。

この問題を一般化すれば、原告が訴訟担当者である場合に、訴訟物に関する和解をすることができるか、そのための条件は何かということになりますが、私は、そのような一般化は、か

補助参加の利益が認められる。

11) 伊藤眞「補助参加の利益再考」民事訴訟雑誌41号1頁(1995)、伊藤・前掲注5)602頁参照。

12) 東京地決平成7年11月30日判時1556号137頁、最決平成13年1月30日民集55巻1号30頁。最高裁決定においては、「取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に対し提起された株主代表訴訟において、株式会社は、特段の事情がない限り、取締役を補助するため訴訟に参加することが許されると解するのが相当である。けだし、取締役の個人的な権限逸脱行為ではなく、取締役会の意思決定の違法を原因とする、株式会社の取締役に対する損害賠償請求が認められれば、その取締役会の意思決定を前提として形成された株式会社の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがあるというべきであり、株式会社は取締役の敗訴を防ぐことに法律上の利害関係を有することができるからである。」と判示されている。

えって問題の本質を見誤らせる原因になると思います。たとえば、破産管財人は、訴訟担当者的一种ですが、破産者が帰属主体になっている破産財団所属の財産に関する訴訟において、訴訟上の和解をする権能を持つことに疑いはありません¹³⁾。これは、破産財団所属の財産については、破産管財人が排他的な管理処分権を認められるためです（日破産法 78 条 1 項，韓倒産法 384 条）。しかし、代表株主が会社の損害賠償請求権について持つ権能は、これとは異なります。代表株主は、損害賠償請求権について訴訟追行権を認められ、請求棄却判決が確定したときには、その既判力が会社にも及びますから、その限度では、管理処分権が与えられているといっても差し支えないでしょう。しかし、それはまさにその限度の管理処分権でしかありません。代表株主が、その意思にもとづいて損害賠償請求権について免除や期限の猶予を与える権能は存在しないのです。

訴訟上の和解の構造については、日本でも、韓国でも、裁判所による和解勧誘または勧告を契機として、当事者間に訴訟物に関する合意が成立し、その合意内容を裁判所が調書に記載させることによって既判力や執行力が生じると理解されます¹⁴⁾。その本質的部分は、訴訟物に関する当事者間の合意といつてよいでしょう。それでは、管理処分権を持たない代表株主が主体となっている合意を基礎として、裁判所は、訴訟上の和解を成立させることが許されるのでしょうか。一つの考え方は、このような合意も私法上は無効ということではできない¹⁵⁾、したがって、権利帰属主体たる会社がそれを承認するかどうかは別として、訴訟上の和解として成立を認めること自体は差し支えないというも

のです。韓国商法の規定に則していえば、このような場合にも裁判所は、訴訟上の和解について許可を与えることができるとの結論になります。

しかし、私は、このような考え方は正しくないと思います。訴訟上の和解とは、判決に代わる紛争解決手段であり、その故に私法上の和解とは異なって、既判力や執行力という訴訟法上の効力が認められています。損害賠償請求権について完全な管理処分権を有しない代表株主と被告取締役等との間で訴訟上の和解を成立させたとしても、その効力は会社には及ばず、会社は、和解内容である債務免除や期限の猶予に拘束されません。つまり、このような和解は、損害賠償請求権をめぐる紛争の解決につながるわけです。したがって、紛争の解決をその責務とする裁判所としては、たとえ代表株主と被告取締役等との間で合意が成立したとしても、それを許可したり、また調書に記載させたりすることは適当でないと考えます。

それではどうしたらよいのでしょうか。紛争の抜本的解決につながる訴訟上の和解を成立させるためには、損害賠償請求権の主体である会社を和解に参加させるか、少なくとも会社が和解内容について異議がないことを確認するべきでしょう。日本でも、会社法制定前は、この問題が解釈論や運用論として議論されていましたが¹⁶⁾、会社法は、上に述べたような考え方を踏まえて、次のような規定を設けています（日会社法 850 条）。第 1 に、会社が和解の当事者として参加し、または和解内容について承認を与えている場合以外には、訴訟上の和解の成立が認められない（同条 1 項）¹⁷⁾、第 2 に、そのための措置として裁判所は、会社に対して和解

13) ただし、裁判所の許可を要するが（日破産法 78 条 2 項 11 号，韓倒産法 492 条 11 号），これは手続的要件であり，破産管財人の管理処分権の性質によるものではない。

14) 日民訴法 265 条にもとづく裁判所が定める和解条項，および韓民訴法 225 条が定める和解勧告決定はここでは扱わない。

15) 民法上では，他人物の売買も有効とされること（日本民法 560 条，韓国民法 569 条）などがその根拠となっている。

16) 実務では，会社の参加のないままに和解の成立が認められた例がある。

17) 条文の文言では，会社が和解の当事者でない場合および会社の承認がない場合には，「民事訴訟法 267 条の規定は，一中略一適用しない。」と規定されている。

の内容を通知し、会社に対して異議の有無を催告する（同条2項）、第3に、会社が異議を述べなかったときは、会社が和解内容を承認したものとみなす（同条3項）、第4に、取締役の責任免除について総株主の同意を要する旨の規定（424条等）は、この場合の和解には適用しないというものです。

第4の点についてのみ、説明を補充したいと存じます。違法行為にもとづく取締役等の責任免除については、会社法制定前から商法は、総株主の同意という厳格な要件を設けていました。この考え方自体は、現行会社法においても維持されていますが、それを訴訟上の和解に適用すると、実際には、損害賠償請求権の一部免除を内容とする和解の成立は不可能になります。そこで、従来は解釈論として、裁判所の関与の下になされる訴訟上の和解については、その内容の適切さが担保されているから、総株主の同意という厳格な要件は不要であるとの議論がなされていました¹⁸⁾。その後、平成13年の商法改正によって、会社が当事者となり、または承認する和解には、総株主の同意という厳格な要件が適用されず、3分の2以上の賛成による特別決議をもって足りることとされ、この考え方は、会社法850条4項に引き継がれています¹⁹⁾。立法者がこのような決断をした背後には、訴訟上の和解内容については、裁判所の関与によってその適正さが担保されていることと、株主代表訴訟は、株主の個別的利益を保護するための制度ではなく、会社全体の利益実現のための制度であるから、取締役の責任免除については、特別決議という慎重な意思決定の方式をとる必要こそ認められるものの、総株主の同意を得る必要はないという考え方があるものと思います。韓商法400条は、日会社法424条と同様に、理事の責任免除について総株主の

同意を要件としています。株主代表訴訟においてこの要件がどのように適用されるのか、皆様から御教示いただければと存じます。

IV. 代表株主勝訴判決にもとづく強制執行

最後に、代表株主の請求を認容する判決が確定した場合、執行債権者として強制執行の申立てをすることができるのは誰か、すなわち執行債権者適格の問題について考えてみましょう。

II. で取り扱った補助参加の問題、およびIII. で取り扱った和解の問題について、日本では、すでに立法による解決がなされているのに対して、強制執行における執行債権者適格につきましては、未だ考え方が対立しているところです。

考え方は、代表株主に執行債権者適格を認めるか、それとも認めないかで、二つに大別されます。これを認める考え方（肯定説と呼びます。）は、学説では多数説と思われます²⁰⁾。その理由として、執行債権は、会社の取締役等に対する金銭債権であるが、債務名義である確定判決に表示された当事者（日民執法23条1項1号、韓民執法25条1項）である代表株主を執行債権者とすることが、執行手続の基本的考え方に合致すること、会社には、被担当者としての執行債権者適格（日民執法23条1項2号、韓民執法25条1項）を認めれば足りること、代表株主に執行債権者適格を認めないと、株主代表訴訟の制度趣旨が実現できないことなどの点があげられます。これに対して少数説（否定説と呼びます。）は、私自身の考えでもありますが²¹⁾、次のような理由を挙げます。すなわち、債務名義に表示された執行債権の主体は、会社であるから、債務名義に表示された当事者も、それを基準として考えるべきこと、代表株主を

18) 伊藤眞「法定訴訟担当訴訟の構造」司法研修所論集—創立50周年記念特集号第1巻410頁（1997）など参照。この考え方を採用した下級審裁判例として、大阪地判平成15年9月24日金商1177号31頁がある。

19) ただし、責任免除について総株主の同意を要するとの原則自体は維持されている（日本会社法424条）。また、免除の限度などについては、会社法425条以下の規定が存在するが、本報告では割愛する。

20) 代表的なものとして、中野貞一郎「代表訴訟勝訴株主の地位」判例タイムズ944号41頁（1997）がある。

21) 伊藤眞「株主代表訴訟の原告株主と執行債権者適格（上）（下）」金融法務事情1414号6頁、1415号13頁（1995）。

執行債権者としても、配当受領資格は認められず、他面、会社に配当受領資格を認める可能性がないこと、勝訴判決を放置すれば、新たに取締役等の責任が生じるから、代表株主に執行債権者適格を認めなくとも、株主代表訴訟制度の実効性が損なわれるおそれはないことなどがその理由です。また、実務では、代表株主に執行債権者適格を認めることが望ましいとしつつも、会社に配当受領資格を認める手段がないなどの理由から、否定説が採用されています²²⁾。

本日は、時間の制約もありますから、私自身の考え方を詳しく御説明することは避け、2点のみを申し上げます。一つは、第三者のためにする契約（日本民法537条、韓国民法539条）との対比です。この契約の下では、第三者が諾約者に対して義務の履行を請求できるだけでなく、要約者が諾約者に対して第三者に対する義務を履行するように請求できます。その義務の内容が金銭給付であれば、被告取締役等が会社に対して損害金を支払うよう原告代表株主が求める関係に類似しています。肯定説の論者は、要約者が諾約者に対して強制執行を申し立て、競売の売却代金などを第三者に受領させ、または第三者のために供託させられるのであれば（日民執法91条2項・141条2項、韓民執法160条2項・222条2項）、株主代表訴訟の場合も同様に、代表株主が執行債権者となって、取締役等の財産に対する強制執行の結果としての売却代金などを会社に受領させ、または会社のために供託させることができるとしています。

しかし、この議論は、二つの意味で、誤っています。第1は、会社は執行手続外の第三者であり、配当受領資格もなく、したがって、執行

機関は、会社のために執行供託をすることも不可能であることです。実務が肯定説を採用しないのは、この理由によるものです。第2は、第三者のための契約の場合には、要約者は諾約者に対して第三者に対する給付をなすように求める実体法上の請求権を有しています。したがって、債務名義上に表示されている執行債権は、正確に言えば、この請求権であり、要約者は、その主体たる当事者として執行債権者適格が認められるのです²³⁾。これと比較してみれば明らかですが、代表株主の場合には、自らは、会社に対しても、また被告取締役等に対しても何らの請求権を持っていないのですね。したがって、いかなる意味でも執行債権の主体になり得ませんし、執行債権の実現を求めて強制執行を申し立てる適格も存在しないはずです。

このようにいうと、皆さんは、日民執法23条1項1号および2号、韓民執法25条1項において、担当者および被担当者に執行債権者適格が認められているにもかかわらず、担当者である代表株主の執行債権者適格を否定することは、条文の文言に反するのではないかと感じられることでしょう。しかし、同じく法定訴訟担当者である代位債権者（日本民法423条、韓国民法404条）が第三者に勝訴した判決を考えると、執行債権は、債務者の第三者に対する債権ですが、代位債権者は、それについて管理処分権を認められ、自らへの給付を求めることができます。また債務者も、代位債権者がその管理処分権を行使しない場合には、執行債権の主体として、自らへの給付を求めることができます。いわば執行債権の主体が代位債権者と債務者とに分属しているといってもよいで

22) 常盤紀之「株主代表訴訟における株主による強制執行の可否」判例タイムズ1140号21頁(2004)、新谷祐子「株主代表訴訟—その現状と課題」判例タイムズ1150号26頁(2004)参照。新谷論文では、「原告株主による強制執行を認めない株主代表訴訟の実効性を失わせるという肯定説の指摘はもっともであるが、現在の執行制度を前提にした場合、株主が強制執行を申し立てることはできるとしても、株主には法律上訴訟追行権(267条1項)と弁護士費用請求権(268条の2)が認められているのみであることからすると、株主の配当受領権を認めるのは困難であり、他方、会社に配当受領権を認める明文上の規定を欠くことから」と説明している。

23) 厳密に言えば、この執行債権は金銭債権ではない作為請求権であるから、間接強制(日民執法172条)によって実現すべきことになる。しかし、その方法が迂遠であるために、大審院判例(大判昭和4年9月26日民集8巻750頁)は、金銭執行に準じて要約者が諾約者に対して強制執行を行い、その売却代金を第三者に交付する可能性を認めている。

しょう。このような場合には、担当者も執行債権者としての適格を持ちますし、同時に、被担当者も執行債権者適格を有することになります。民事執行法の規定は、このような場合を想定したものと考えられます。それに対して、同じく担当者であっても、代表株主のように、執行債権に対して管理処分権を行使しえない者は、「債務名義に表示された当事者」として扱うべきではないというのが私の考えです。

実務が代表株主を執行債権者として扱う可能性自体は肯定しつつも、会社に配当受領資格を認め得ないことをもって、結局、代表株主を執行債権者とすることを否定していることは、すでに申し上げた通りです。それを前提として、実務家の論文では、民事執行法を改正して、会社に配当受領資格が与えられるようにすべきであるとの主張がみられます²⁴⁾。しかし、そのような改正は、果たして望ましいものでしょうか。

私は、望ましいものとは思いません。その理由は以下のようなところにあります。確かに代表株主には、訴訟を進行し、その結果たる判決の効力を会社に及ぼすことができるという意味で、訴訟物に関する管理権は与えられています。しかし、強制執行を実施するための管理処分権は、それを超えるものです。そもそも被告取締役等に対して強制執行を実施するか、それとも任意弁済を促すか、また任意弁済を促す場合には、履行期などについてどのように合意するか、強制執行を実施する場合には、執行対象財産として不動産を選ぶか、それとも預金などの債権を選ぶか、これらはすべて執行債権者の判断に委ねられている事項であり、いいかえれば、執行債権者が執行債権に関する管理処分権の行使として判断すべき事柄といえます。これらは、法が代表株主に認めている管理権の範囲を超えるものといわざるを得ません。代表株主の管理権の範囲は、損害賠償請求権を会社のために訴訟上行使して、会社に対して勝訴判決を与える

ことに尽きているからです。Ⅲ.において訴訟上の和解に関してお話ししたことからも、このことがお分かり頂けると存じます。したがって、仮に立法論をするのであれば、勝訴判決を得た代表株主は、その判決正本を速やかに会社に引き渡し、会社は、その勝訴判決の内容が実現されるよう適切な注意を払わなければならないという趣旨の立法がなされるべきであると思いません。

このように考えることは、株主代表訴訟制度の実効性を危うくするものでしょうか。私はそうは思いません。報告の冒頭に申し上げたように、株主代表訴訟制度は、訴訟追行の場面に限定して、取締役等に対する会社の損害賠償請求権の確定と給付命令の取得について代表株主に対して、会社の機関としての地位を付与し、その目的を実現するための法技術として訴訟担当を用いているものです。そこで用いられている訴訟担当という法技術に引きずられるあまり、代表株主の管理権の範囲を超えて、給付命令の実現の場面まで代表株主の権限とすることは、かえって株主代表訴訟制度の本旨に反すると思えます。代表株主が勝訴判決を得たにもかかわらず、会社が、正当な理由なく、その内容の実現を怠るときは、取締役等は、直ちに第二の株主代表訴訟に直面せざるを得ませんから、私のように考えても、コーポレート・ガバナンスの手段としての株主代表訴訟の機能が弱体化することはないと考える次第です。

V. おわりに

本日は、会社の被告取締役側への補助参加、訴訟上の和解、および勝訴判決にもとづく強制執行という三つの問題について検討いたしました。特に、最後の強制執行の問題については、日本でも考え方が分かれているところで、私の考えは少数説であろうかと思えます。幸い、会社法、商法、民事訴訟法、民事執行法など、関

24) 代表株主を執行債権者とする強制執行において、会社に対する配当や供託を可能にするための規定を設けるべきであるとする。常盤・前掲注22)26頁参照。

連する法令の内容については、日本と韓国との間に共通する部分が多いように感じます。皆様方からの御意見をいただき、私自身もさらに研究を続けたいと存じます。長時間、御傾聴有り難うございました。

(いとう・まこと)

刑事訴訟における「上告受理」制度

東京大学教授・検事
古江頼隆

I. はじめに

II. 「上告受理」制度について

III. 新潟少女監禁事件控訴審判決に対する上告受理の申立て

IV. 最高裁第一小法廷の判断

V. おわりに

I. はじめに

既に旧聞に属するが、平成 15 年 7 月 10 日、最高裁第一小法廷は、いわゆる新潟少女監禁事件について、原審東京高裁の「被告人を懲役 11 年に処する」との判決を破棄して、被告人の控訴を棄却し、第一審新潟地裁の判決の量刑（懲役 14 年）を是認する注目すべき判決を言い渡した¹⁾。

これは、上記東京高裁判決に対して、検察官が、同判決は刑法 47 条の解釈・適用を誤るものであるとして、いわゆる「上告受理の申立て」を行ったのに対して、最高裁がこれを是認する判断をしたものである。

刑法 47 条の解釈に関する本判決の判示については、それ自体重要な問題を含むが、既に多数の評釈²⁾がなされているので、ここでは、別の視点から、いわゆる「上告受理」制度に焦点を当てて検討することとしたい。

なお、本件訴訟の経過は、次のとおりである。

- (1) 平成 14 年 1 月 22 日 新潟地裁判決（懲役 14 年）³⁾
- (2) 1 月 24 日 被告人控訴申立て
- (3) 12 月 10 日 東京高裁第 8 刑事部判決（原

1) 最一判平成 15 年 7 月 10 日刑集 57 卷 7 号 903 頁。

2) この判決については、永井敏雄「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成 15 年度 383 頁 (2006)、只木誠「判批」平成 15 年度重要判例解説 (ジュリスト臨時増刊 1269 号) 162 頁 (2004)、土本武司「判批」判例評論 542 号 198 頁 (2004)、和田俊憲「判解」ジュリスト 1279 号 156 頁 (2004) など多数の判例評釈がある。筆者も、法律のひろば 56 卷 11 号 73 頁 (2003) において、刑法 47 条の法意について判例評釈した。

3) 新潟地判平成 14 年 1 月 22 日判時 1780 号 150 頁、判タ 1095 号 93 頁。

判決破棄・懲役 11 年)⁴⁾

- (4) 12 月 24 日 東京高検検事長において最高裁に対し事件受理の申立て（事件受理申立書を東京高裁に提出）
- (5) 12 月 24 日 被告人上告申立て
- (6) 12 月 25 日 東京高裁から判決謄本を交付
- (7) 平成 15 年 1 月 6 日 東京高検検事長において事件受理申立理由書を東京高裁に提出（刑訴規則 258 条の 3 第 1 項）
- (8) 1 月 17 日 最高裁第一小法廷が上告受理決定
- (9) 6 月 12 日 弁論
- (10) 7 月 10 日 最高裁第一小法廷において判決言渡し
- (11) 7 月 22 日 被告人において判決訂正申立て
- (12) 8 月 8 日 判決訂正申立て棄却決定
- (13) 8 月 12 日 確定

II. 「上告受理」制度について

(1) 「上告受理」は、正確にいえば、刑訴法 406 条の規定に基づく「上告審としての事件受理」であるが、実務においては、これを「上告受理」、そして上告権者による申立て（刑訴規則 257 条）を「上告受理の申立て」と呼び慣わしている。最高裁の受理決定書においても、「検察官から上告受理の申立てがあったので・・・」、「本件申立てに係る被告事件の上告を受理する。」とされる（なお、最高裁の終局判決・決定においては、刑訴法の文言どおり「事件受理の申立て」とされるのが一般である）。なお、新民事訴訟法においても、刑事訴訟法と同様に「上告審として事件を受理することができる」と規定した上（民訴法 318 条 1 項）、この申立てを「上告受理の申立て」と略称することとしている（同条 2 項）。そこで、以下、民刑実務の呼称に従い、「上告受理」、「上告受理の申立て」ということ

とする。

「上告受理の申立て」は、「上告申立て」（刑訴法 405 条）とは異なって、最近では、刑事訴訟実務上これを目にする機会はほとんどない。上記のとおり、新民事訴訟法に「上告受理」制度が新設され、活発に活用されていることから、事情は変わりつつあるものの、それ以前においては、刑事訴訟における上告受理制度の存在自体を知らない実務家も少なくなかったように窺われる。上告受理制度は、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、判決確定前に、上告審として裁量的に事件を受理できることとしたものである（刑訴法 406 条）。これに対応して、刑訴規則において、上訴権者は、上告提起期間内に、最高裁に対して、上告審として事件を受理すべきことを申し立てることができることとされた（刑訴規則 257 条）。

最高裁の違憲審査権はさておき、最高裁は、法律審として法令解釈統一の機能を果たすべきところ、その機能を十全に果たすためには、事件負担の過重は避けなければならないことから、最高裁の負担軽減のために法令解釈の統一に係る上告理由を、判例が衝突し、現実に法令解釈の統一の必要性が生じている「判例違反」に限定することとしたものである（刑訴法 405 条）。その他の法令解釈の統一の必要がある場合、すなわち、当該法令解釈に関する判例がそもそも存しない場合（当該法令が比較的新しい場合はまあまり得る。）や、判例が既に確立しているものの変更の必要がある場合については、最高裁の裁量によって、重要なものだけをその管轄とし、これによって刑訴法 405 条に規定する上告理由を補うことができるよう、「上告受理」制度が設計されたのである。米国のサーシオレイライ (certiorari) に倣って、上告受理を裁量的なものとすることによって、上告濫用による最高裁への事件の氾濫を防止し、みずから適度に権能を調整することができるように設

4) 東京高判平成 14 年 12 月 10 日判時 1812 号 152 頁。

計されているのである⁵⁾。

「上告申立て」に対しては、最高裁は何らかに判断を示す義務を負うが、「上告受理の申立て」の場合は、受理をするかどうかは最高裁の完全な裁量に委ねられており、最高裁が上告受理決定をして初めて、判断を示す義務を負うことになる。

(2) 「上告受理」制度は、「制定当初は、重要な法律問題について、判例の形成に大きな役割を演ずることが期待され」⁶⁾、現行刑訴法施行後10年くらいは、申立て件数が年間数十件に及び、制度本来の趣旨に適った利用がなされていたようであるが、最近では、利用されることが極めて稀になっている。

その理由は、①法令解釈上の諸問題に関して判例が集積され、最高裁の判断がなされていない法令解釈上の問題が比較的少なくなっているため、刑訴法405条の判例違反で「上告申立て」が可能となったこと、②405条の適法な上告理由がない場合であっても411条により原判決を破棄する最高裁の運用が一般化し、他方、「上告受理の申立て」による場合であっても、最高裁が原判決を破棄する場合の根拠法条は410条ではなく411条1号によることとさ

れていること(つまり406条の規定を根拠に上告受理の申立てを行っても、所詮は411条1号の要件の有無が問題とされる。)から、わざわざ406条の面倒な手続によらなくても、はじめから411条を主張して職権発動を促すことで足りることとなり、「上告受理の申立て」を利用する実益がなくなったこと、③「上告受理の申立て」をしたときは、申立ての日(申立て後に判決謄本の交付を受けたときは、その日)から14日以内に、理由書を裁判所に差し出さなければならず、「上告申立て」の場合の上告趣意書の提出期限(刑訴法414条、376条1項、刑訴規則252条1項)に比して時間的余裕がなく、理由書の作成に相当の困難を伴うこと⁷⁾などがあると分析されているが⁸⁾、とりわけ②が主たる理由であるように思われる。

「上告申立て」、「上告受理の申立て」の関係を整理すると、図表のとおりである。

上記②について若干敷衍すると、上告理由は、405条に定める「憲法違反」「判例違反」に限られ、これを補充するために406条の「上告受理」制度を設けられたものであることは、上述のとおりであるが、411条は、職権により、原判断を是正する余地を開いたもので、決して

図表	
I 上告申立て	
(a) 本来的上告申立て(憲法違反・判例違反)	→ 410条適用
(b) 本来的上告申立て(憲法違反・判例違反)に名を借りた実質的に411条の主張	→ 411条適用
(c) 411条の職権発動の申立て(適法な上告理由なし)	→ 411条適用
II 上告受理の申立て	→ 受理された場合は、411条適用

5) 城富次「上告受理申立及び上告審への移送」『藤重光ほか編『法律実務講座刑事編第11巻』(有斐閣, 1956) 2627頁参照。

6) 石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務(新版)(下)』506頁〔仙波厚〕(新日本法規出版, 2005)。

7) 筆者自身、年末の相当期間、本件に係る上告受理申立理由書の起案に忙殺されることとなった。405条の上告や411条の職権発動を求める場合に比すれば、極めて短期間に理由書の作成を余儀なくされるのであり、上告受理申立理由書の提出期限を短期間とする現行法の規定には無理があるように思われる(新民事訴訟法では、上告理由書と上告受理申立理由書の提出期間は同一とされている)。

8) 臼井滋夫「上告受理制度の運用状況」判例タイムズ473号35頁(1982)、城富次・前掲注5)2625頁など。

「憲法違反」「判例違反」とは別個の上告理由を認めたものではない。制度発足当初は、411条は、例外的な規定として運用され、いわば「伝家の宝刀」⁹⁾であったが、今日の上告審の実務においては、「実質的に見て本来の上告理由を主張するものの割合は低く、411条により、とりわけ量刑、事実認定、法令解釈・適用等を不服として上告するものが大半を占めるという傾向は、根強く続いている」¹⁰⁾のであり、最高裁は、名目的に憲法違反・判例違反を主張するものの実質的には411条の主張に過ぎない上告申立て(図表Iの(b))はもとより、上告理由(憲法違反・判例違反)が全く主張されず、専ら411条の職権発動を求める申立てとしての「上告申立て」(図表Iの(c))であっても、411条による原判決の破棄を認めていることから¹¹⁾、「上告受理の申立て」によることのできる法令違反についてさえも、「上告受理の申立て」はほとんど利用されることなく、図表I(b)ないし(c)の形式で主張されるのが実情であり、「上告受理」は、「立法者の意図した406条によってではなく、411条によって認められるようになって」おり、411条は、裁量上告として運用され、事実上、「一種の上告受理の制度」として機能しているとも言われているのである¹²⁾。

このように、被告人の上告について411条の職権破棄が事実上の原則形態となっている現状は、「いわば裏口が大っぴらに利用された」¹³⁾

ものであり、「上告受理」制度は、「制度として失敗」¹⁴⁾であり、「被告人の側から敢えて上告受理の申立をすることがほとんどなくなり、検察官の側から申立をする場合に限られることとなった」¹⁵⁾のである。

(3) この上告審の現状を是とすべきかどうかは、挙げて上告審の目的・機能をどのように理解するかに係っている。①違憲審査は、②法令解釈の統一や、③具体的な事件における救済と同列には論じ得ない。そこで、比較されるべきは、②と③の目的であり、いずれを主たる目的と考えるべきか。刑訴法の制度設計としては、最高裁の違憲審査権・憲法解釈の観点から、「憲法違反」を第1の上告理由とし、全国唯一の終審裁判所として法の解釈・適用の統一を図る観点から、「判例違反」が第2の上告理由とされ、これらはいずれも、いわゆる「権利上告」として構成されているほか、さらに、法の解釈の統一目的を補充するものとして、いわゆる「裁量上告」としての「上告受理」制度が設けられている。これらは、「上告審の本来の機能は、憲法問題について最終的な判断を示すことと、現実に判例の分かれているような法律問題について、審査機能、統一機能を果たすこと」が「上告審の本来の機能」であることを意味する¹⁶⁾。他方で、具体的な事件の個別的救済の観点から¹⁷⁾、例外的な制度として、職権破棄の制度(411条)が設けられているのである。

そうだとすると、具体的な事件の救済こそが

9) 河上和雄「上告審 コメント1」三井誠ほか編『刑事手続(下)』(筑摩書房、1988)977頁。

10) 高木俊夫「上告審一裁判の立場から」三井ほか編・前掲注9)968頁。

11) 最三判昭和33年6月24日刑集12巻10号2286頁。ただし、横井大三『刑訴裁判例ノート(5)』(有斐閣、1972)324頁は、これに反対し、「上告理由を制限している以上少なくとも真にその理由があることを主張するものについてのみ411条の発動を考えれば足りるのではなかろうか。それが411条の正しい解釈であると思う。」とされる。

12) 平野龍一「最高裁判所の二十年」『裁判と上訴(刑事法研究第5巻)』(有斐閣、1982)178頁、平野龍一『刑事訴訟法概説』(東京大学出版会、1968)224頁、高木・前掲注10)970頁、佐藤文哉「上訴審の機能」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系6巻』(日本評論社、1982)249頁、松尾浩也『刑事訴訟法(下)(新版補正第2版)』(弘文堂、1999)247頁。

13) 田宮裕「上訴の理由」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座第3巻』(有斐閣、1964)112頁。

14) 田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(有斐閣、1996)493頁。

15) 伊藤栄樹ほか著『注釈刑事訴訟法(新版)第6巻』433頁〔香城敏磨〕(立花書房、1998)。

16) 佐藤・前掲注12)247頁。

17) 正確に言えば、411条の趣旨は、「第1次的には、最高司法機関として司法の權威を維持し、公正な司法を保障するという国家目的を狙いとする」(香城・前掲注15)446頁)にあるというべきであろうが、そうではあってもその限度で、当事者の具体的救済の機能を果たしていることは疑いがない。

上告審の主たる目的であるとの理解は、実務の運用の实情としてならば格別、少なくとも制度の建前としては、採られていないというべきである¹⁸⁾。

しかしながら、上告審の現状が、411条の職権破棄を中心として、個別的救済を主目的とする運用がなされていることは、上述のとおりであり、制度の建前と実務の現状との乖離、換言すれば、最高裁がいわば「第2控訴審」としての役割を負担する実情に対しては、これに批判的な見解¹⁹⁾と、肯定的な見解²⁰⁾とが存するところである。

刑事訴訟におけるこのような現状は、新民事訴訟法において、旧法において上告理由として認められていた「法令違背」が削られ、権利上告は、憲法違反と絶対的上告理由に制限され、裁量上告として「上告受理」制度が新設されたのと鋭い対照をなす。国家刑罰権の実現手続としての刑事訴訟においては、法律審としての最高裁といえども、「個別的な救済」を無視することが正義に反する側面があることは、否定できない。その意味においては、制度設計としては格別、憲法違反、判例違反が一段落した今日から、上告審の実務が、法令解釈の統一目的から個別的救済目的へと変容し、司法の権威の維持と公正な司法の保障の限度とはいえ、411条による個別的救済を中心として上告審が運用されることは、いわば必然の流れであったと評価すべきであり、411条の運用の現状を、制度本来の建前という「小さくて古い服」に無理矢理に押し込めることは、相当とは思われないのである。411条もまた、米国のサーシオレイライの制度に倣って規定されたものである²¹⁾とするならば、被告人が「上告受理」制度ではなく、411条の職権破棄という個別的救済目

的の規定による裁量上告を利用することは、異とするに足らない。

(4) ところで、411条と検察官上告の関係にも言及しておこう。結論からいえば、検察官は、「上告受理の申立て」の可能な法令違反について、上表(c)の形式で上告を申し立てることは、絶えてないといつてよかろう。検察官としては、制度本来の建前どおり、適法な上告理由(憲法違反ないし判例違反)が見当たらないときは、「上告受理の申立て」の可否を検討するのが、これまでの検察実務であった。

現に、昭和36年以降を調査しても、検察官において、憲法違反・判例違反に加えて411条各号の事由を主張することはあっても、上表(c)の形式、すなわち憲法違反・判例違反を主張することなく、専ら411条の事由を主張して上告を申し立てた事例、換言すれば411条の職権発動を求めた事例は、皆無である。もとより、制度本来の建前ではないが、最高裁の実務を前提に、検察官が、本来のルートである「上告受理の申立て」によることなく、上表(c)の411条の職権発動を求めることによって、411条が上告受理制度の代用機能を果たしている現状においては、上告受理と同様の効果を得ることはできるのであるが、検察官は、公益の代表者として、「裁判所に法の正当な適用を請求する」責務を有するのであるから(検察庁法4条)、いわば「裏口」としての411条を用いることに二の足を踏む心理的抵抗も理解できよう。

なお、比較的最近の「上告受理の申立て」の例としては、本稿の新潟少女監禁事件のほか、刑法233条の「信用」の意義に関する最高裁平成15年3月11日第三小法廷判決²²⁾(ただし、弁護人申立てであり、上告は棄却されている。)、破産法374条3号の「商業帳簿」に電

18) 民事訴訟法学における同様の議論として、山本和彦「上告制度の目的」青山善充=伊藤眞編『民事訴訟法の争点(第3版)』(有斐閣、1998)288頁。

19) 青柳文雄「判批」判例評論295号71頁(1983)、河上・前掲注9)977頁。

20) 大淵敏和「上告審—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』(悠々社、2002)452頁。

21) 龍岡資久「上告審における職権破棄理由」佐伯千巳=団藤重光編『総合判例研究叢書刑事訴訟法(13)』(有斐閣、1962)4頁。

22) 最三判平成15年3月11日刑集57巻3号293頁。

磁的記録が含まれるかどうかに関する最高裁平成14年1月22日第三小法廷判決²³⁾、いずれも証券取引法のインサイダー取引規制に関する最高裁平成11年6月10日第一小法廷判決²⁴⁾、最高裁平成11年2月16日第三小法廷判決²⁵⁾がある。

(5) 新民事訴訟法下の訴訟実務においては、新たに導入された「上告受理」制度(民訴法318条)は、活発に活用されているようであり(ただし、9割方が受理されていないように窺われる。)、その原因は、新民事訴訟法では、「上告受理の申立て」の理由として「判例違反」があること(刑事訴訟では上告理由とされている。)、上告理由書も上告受理理由書も、どちらも50日以内に提出することとされており両者の間に期間の長短がないこと(民訴法315条1項,318条5項,民訴規則194条,199条2項)、「裏口」としての刑訴法411条(職権破棄)に対応する規定がないことなどにあるのであろう。

Ⅲ. 新潟少女監禁事件控訴審判決に対する上告受理の申立て

(1) 東京高裁判決は、第一審判決(新潟地裁判決)を破棄して、被告人を懲役11年に処する旨の判決をしたが、その理由として、未成年者略取、逮捕監禁致傷及び窃盗の各罪の成立を認めた上、前二者は観念的競合の関係にあり、これらの罪と窃盗罪とは併合罪の関係にあるとして、刑法47条本文を適用して、犯情の重い逮捕監禁致傷罪を基準としてその法定刑の長期である懲役10年を1.5倍した懲役15年が処断刑の上限になると正当に判示したが、「刑法47条の趣旨からすれば、併合罪全体に対する刑を量定するに当たっては、併合罪中の最も重い罪につき定めた法定刑の長期を1.5倍の限度で超えることはできるが、併合罪を構成する個別の罪について、その法定刑を超える趣旨

のものとするとは許されないというべきである。」とし、「逮捕監禁致傷罪と窃盗罪の併合罪全体に対する刑を量定するに当たっては、例えば、逮捕監禁致傷罪につき懲役9年、窃盗罪につき懲役7年と評価して全体について懲役15年に処することはできるが、逮捕監禁致傷罪につき懲役14年、窃盗罪につき懲役2年と評価して全体として懲役15年に処することは許されず、逮捕監禁致傷罪については最長でも懲役10年の限度で評価しなければならない」とし、第一審判決が逮捕監禁致傷罪について法定刑を超えて評価していることについて、刑法47条の解釈を誤ったとして、第一審判決を破棄し、改めて、逮捕監禁致傷罪を懲役10年の限度で評価して、第一審判決よりも軽い懲役11年の刑を言い渡したのである。

(2) 東京高裁の刑法47条についての上記の解釈は、従前の検察実務における求刑決定の前提としての同条の解釈とは相容れず、また、裁判実務の大勢も、明示的なものはないものの、東京高裁の見解とは相容れないものと思われた。

そこで、検察としては、日々裁判実務で行われている併合罪加重の方法についての刑法47条の解釈をこのまま高裁判例として確定させることは、今後の刑事裁判を混乱させるものであって相当ではなく、最高裁の判断を仰ぐ必要があると考えた。しかしながら、憲法違反は存しないのみならず、この点に関する最高裁判例及び高裁判例等を探したが見当たらず、結局のところ、適法な上告理由(検察実務では、「切符」などということもある。)が存しなかったのである。

そこで、次に、刑訴法406条、刑訴規則257条に定める「上告受理の申立て」が可能であるかどうか検討し、上告受理の申立てが可能であることから、上告受理の申立てを行うこととされた。

23) 最三判平成14年1月22日刑集56巻1号1頁。

24) 最一判平成11年6月10日刑集53巻5号415頁。

25) 最三判平成11年2月16日刑集53巻2号1頁。

(3) 上告受理の申立ての理由の概略は、次のとおりである。

(ア) 刑法 47 条は、併合罪を構成する個別の罪について暫定的にせよ刑の量定を行うことなく、併合罪を構成する各罪全体について包括的に 1 個の処断刑の枠を決め、その処断刑によって併合罪を構成する各罪を一体として評価し、統一的な刑の量定を行うこととする趣旨の規定である。同条により併合罪を構成する各罪全体に対する処断刑が作出された後は、各罪の法定刑は、宣告刑を量定するに際して事実上の目安となることはあるとしても、それ自体としては独立の法的意味を失うに至ると解される。それにもかかわらず、東京高裁判決が、同条の併合罪加重に関し、「併合罪を構成する個別の罪について、その法定刑を超える趣旨のものとするは許されない。」旨の解釈を示し、これに基づいて裁判したのは、同条の解釈適用を誤ったものであるところ、刑訴法 406 条所定の「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」であり、この点に関する明確な最高裁判例も存しないので、最高裁の判断を仰ぐのが相当であると思料し、上告審として本件事件を受理することを申し立てる。

(イ) 上記の法令の違反は、判決に影響を及ぼしていることは明らかであり、基本法令の解釈の誤りを放置することは、今後の刑事裁判を混乱させるものであって、到底許されず、これを破棄しなければ著しく正義に反する（刑訴法 411 条 1 号）²⁶⁾。

(ウ) 東京高裁判決の刑の量定は、甚だしく不当であり、これを破棄しなければ著しく正義に反する（刑訴法 411 条 2 号）²⁷⁾。

IV. 最高裁第一小法廷の判断

(1) 最高裁第一小法廷は、平成 15 年 1 月 17

日、検察官の上告受理の申立てを受けて、上告受理決定を行い、同年 7 月 10 日、東京高裁判決を破棄し、被告人の控訴を棄却したが、刑法 47 条の解釈に関しては、「刑法 47 条は、併合罪のうち 2 個以上の罪について有期の懲役又は禁錮に処するときは、同条が定めるところに従って併合罪を構成する各罪全体に対する統一刑を処断刑として形成し、修正された法定刑ともいべきこの処断刑の範囲内で、併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決することとした規定であり、処断刑の範囲内で具体的な刑を決するに当たり、併合罪の構成単位である各罪についてあらかじめ個別的な量刑判断を行った上でこれを合算するようなことは、法律上予定されていないものと解するのが相当である。」「同条が更に不文の法規範として、併合罪を構成する各罪についてあらかじめ個別的に刑を量定することを前提に、その個別的な刑の量定に関して一定の制約を課しているのは、相当でないといわざるを得ない。」と判示した。

(2) この最高裁の判示は、検察官の「上告受理の申立て」の理由を全面的に採用したもので、刑法 47 条の解釈、すなわち併合罪加重の方法に関して指針を示したという意味で重要な判例といえることができる。

V. おわりに

刑法の解釈に関しては、明治 40 年の同法制定以来ちょうど 100 年を経過し、その間に大審院判例、最高裁判例等を通じて、「法令の解釈に関する重要な事項」について判例が存しない事態は稀有であり、現に、検察官の「上告受理の申立て」は、最近では、その多くが特別法の解釈に関するものであった。その意味において、本件のような刑事基本法たる刑法の原始法

26) 上告受理決定がされた場合、411 条が適用されることは、上述のとおりである。

27) 上告受理決定があったときは、受理の対象外の事項についても、411 条の適用がある〔最三判昭和 33 年 2 月 11 日刑集 12 卷 2 号 187 頁、松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』541 頁〔佐藤文哉〕（有斐閣、1992）、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第 6 卷』518 頁〔原田國男〕（青林書林、1996）〕。

条の解釈に関して、「上告受理の申立て」を行った本件は、稀有の事例といえよう。ともあれ、本件は、刑事裁判実務において日々生起する併合罪加重の根拠規定である刑法 47 条の解釈を確定させるという、まさに「正門」としての「上告受理の申立て」の制度趣旨に適う事例であったといえよう。

(ふるえ・よりたか)

エジプト民法典小史

東京大学准教授

両角吉晃

I. 編纂前史

- 1 司法制度
- 2 混合裁判所
 - (1) 設立経緯
 - (2) 管轄と構成
 - (3) 混合裁判所用諸法典
- 3 国民裁判所
- 4 イスラーム法の「法典化」の試み

II. 民法典の編纂

- 1 新民法典の制定
- 2 起草者サンフーリー

III. 施行後の状況

- 1 ナセル体制下の民法典
- 2 サダト体制下の民法典
- 3 現在の民法典

エジプト民法典は、エジプト近代法史においてのみならず、中東アラブ諸国の近代法史全般においても重要な位置を占める。エジプト周辺のアラブ諸国の中には、エジプト民法典から直接の影響を受け、類似の内容を持つ民法典を制定した国があり（イラク、リビア、シリア、ヨルダン）、さらに、民法分野に限らず、法制度全般の整備・運営に際してエジプト人法律家・裁判官の助力を得ることでエジプト法の影響を受けた国も少なくない。

本稿は、現行エジプト民法典（1949年施行）が編纂されるまでの過程、並びに、施行から現在に至るまでの間に当該法典が置かれてきた状況を素描した覚え書きである。

I. 編纂前史

19世紀のエジプトは、少なくとも法的にはオスマン帝国の領土であったが、1805年にエジプトの太守に任命されたムハンマド・アリーは独自の権力基盤を確立することに務め、1841年には太守職の世襲をオスマン帝国に承認させるに至った¹⁾。これ以降も、エジプトは本国からの独立性を高めていき、オスマン帝国の特権的・自立的領土としての地位を獲得することになる。

1) 1882年に事実上イギリスの支配下に入った後も、エジプトはオスマン帝国領であり続けた。1914年、第1次世界大戦勃発に伴い、イギリスはエジプトの保護国化を宣言した。しかし、エジプトにおける独立運動の高まりにより、1922年、イギリスは一方的にエジプトの独立を宣言することになる。

この独立性ゆえに、エジプトの法律制度・司法制度は、本国たるオスマン帝国のそれとは異なる発展を遂げることになった。オスマン帝国民法典といわれるメジェッレ **Mecelle** (1877年全編完成) は、オスマン帝国が消滅した後も、かつてその領土であった地域で適用され続けることになるが、エジプトでは適用されなかった。

エジプトで最初に作られた民法典は、混合裁判所で適用されるために編纂された混合裁判所民法典であった。本章では、まず混合裁判所設立以前のエジプトの司法制度に簡単に触れた後、混合裁判所並びに国民裁判所の設立経緯とその法典について述べることにする。

1 司法制度

19世紀初めの段階で、エジプトにおいて法的争訟の一般的管轄権を持っていたのは、少なくとも理論的には、伝統的なイスラーム法を適用するいわゆるシャリーア法廷であった。イスラーム法の諸準則は、法典という形で存在するのではなく、アッラーの啓示を法学者たちが解釈することで蓄積された学説（具体的には、その学説を記した法学書）という形式で存在していた。したがって、包括的内容を持つ法典の編纂並びにその裁判所での適用という法制度運用形態そのものが、近代に入って初めて生じた事態であった。

ムハンマド・アリー統治時代に、このシャリーア法廷とは別に、行政・立法・司法の機能を併せ持つ委員会（多くの場合、マジリス **majlis** あるいはディーワーン **dīwān** という名称を持った）が設立された。主たる構成員は行政官であったが、イスラーム法学者もしばしばこれに加えられた。ムハンマド・アリーの後継者たちの時代には、地方にも類似の委員会が設置

され、第5代イスマーイール（在位：1863年－1879年）の時代には、カイロを中心、村落を末端とする中央集権的なシステムができあがった。これらの委員会は基本的にエジプトの支配者が制定した法律を適用した（特に刑法の適用による犯罪の処罰）²⁾。

もう一つ、三番目の司法組織として領事裁判所が挙げられる。元来は西洋諸国の構成員に対しオスマン帝国が「恩恵」として与えた特権を定めたキャピチュレーションは、近代における西洋諸国との関係では不平等条約として機能し、その弊害が目立つようになった。キャピチュレーション締結国の外国人はエジプトにおける治外法権を持ち、それらの外国人を被告とする訴訟は領事裁判所の管轄事項となっていた。しかし、エジプト人から見れば、被告と同国人である領事の公正さが疑問視され、かつ、領事裁判所の判決に対する上訴は、通常、当該外国人の本国の裁判所の管轄とされたため、外国人相手の裁判で勝訴すること自体が困難であった。しかも、仮に勝訴したとしても、その執行を掌るのもまた領事であり、判決内容の実現可能性は極めて低かった。また、15の国が領事裁判権を持っていたため管轄権は輻輳し、これが被告たる外国人の利用するところとなった（係争物を別の外国人に売り渡すことで、管轄権を移転させる、といった手法が使われた）³⁾。

2 混合裁判所

(1) 設立経緯

領事裁判権の廃止を実現するために、エジプトは混合裁判所の設立を企図した。すなわち、外国人裁判官とエジプト人裁判官により構成される裁判所を設立し、外国人の関与する訴訟を領事裁判所から混合裁判所の管轄に移管するこ

2) NATHAN J. BROWN, *THE RULE OF LAW IN THE ARAB WORLD*, at 23-24 (1997), Rudolph Peters, *Criminal Law in Nineteenth Century Egypt*, 4-1 *ISLAMIC LAW AND SOCIETY* 70, at 75-76 (1997).

3) Mark S Hoyle, *The Origins of the Mixed Courts of Egypt*, 1 *ARAB LAW QUARTERLY* 220, at 225-227 (1986). キャピチュレーション締結国は、オーストリア、ベルギー、デンマーク、フランス、ドイツ、イギリス、ギリシア、オランダ、イタリア、ノルウェー、ポルトガル、ロシア、スペイン、スウェーデン、アメリカ合衆国である (*Id.*, at 228).

とを計画したのである。

具体的に混合裁判所制度を構想し、かつ、その実現のために西洋諸国との交渉に当たったのがヌーバル・パシャ Nūbār Pasha (1825 - 1899) であった。ヌーバル・パシャは、オスマン帝国のイズミル (スミルナ) 出身のアルメニア人で、フランス、スイスで教育を受けた後、ムハンマド・アリーの前通訳官であった叔父ボゴス・ベイに連れられてエジプトにやって来た。諸外国語に通じ⁴⁾、ムハンマド・アリー朝の支配者、特に第5代のヘディーヴ⁵⁾・イスマールのために、西洋諸国並びにオスマン帝国との外交交渉にあたった。1878年に西洋型の内閣が設立された際にその内閣 (イギリス人、フランス人各1名が入閣したため、「ヨーロッパ内閣」と呼ばれる) を率いたのもヌーバル・パシャであり、その後も2度首相を務めた。

混合裁判所設立のための交渉は、1867年にヌーバル・パシャが作成した司法制度改革プランを西洋諸国に提示することで始まった。当初、欧米列強の反応は消極的で、特に、フランスは最初から最後まで一貫してこの計画に反対し続けた。しかし、ヌーバル・パシャによる精力的な交渉の結果、1869年10月にヌーバル・パシャを長とする国際委員会がカイロに設立され (オーストリア、ドイツ、イギリス、イタリア、ロシア、フランス、アメリカ合衆国の代表が出席)、1870年1月までの間、混合裁判所制度の内容について、この委員会で議論がなされた。刑事事件についての管轄権を領事裁判所から混合裁判所に移管するという案に対しては反対が非常に強く、結局、刑事事件は領

事裁判所の管轄に留まることになった。また、交渉の過程で本国たるオスマン帝国とエジプトとの関係も問題となり、その結果、1873年に、エジプトの外交交渉権限を拡大する勅令をオスマン朝スルタンから獲得する必要に迫られた。1873年1月に第2次国際委員会が開かれ、翌2月に、混合裁判所の体制およびそこで用いられる法律が承認され、各国の批准に付されることになった。

以上の経緯を経て、混合裁判所は1875年に設立され、翌1876年に審理を開始した⁶⁾。

諸外国が (刑事事件を除き) 混合裁判所に管轄権を移譲することに最終的に合意した背景には、エジプトの対外債務増大とその返済不能の危惧があったと言われている。ヘディーヴ・イスマールは、先代のサイド (在位: 1854年 - 1863年) が着手したスエズ運河掘削事業をはじめ、オペラハウスなどの公共施設建造、都市計画事業を行ったが、これらの事業のために必要な費用の大部分を外国からの借金でまかなった。このため、エジプトは短期間のうちに多額の負債を負うことになり、それが原因となって、欧米列強による政治・財政面でのエジプト支配が強化されることになった (この負債問題は、最終的には、イスマール自身の廃位につながり、さらに外国支配に反発するオラービー運動、そしてイギリスのエジプト支配を招くことになる)。増大するエジプト国債の返済を確実にするためには、エジプト政府およびヘディーヴに対して下された判決を実現できる裁判所が望ましいと考えられた。この点で、領事裁判所よりも混合裁判所の方がエジプト国債を持つ西洋人の利益をよりよく実現するであ

4) ヌーバル・パシャは11カ国語をしゃべったが [ARTHUR GOLDSCHMIDT JR., *BIOGRAPHICAL DICTIONARY OF MODERN EGYPT*, at 157-158 (2000)], アラビア語は知らなかったとされる [F. ROBERT HUNTER, *EGYPT UNDER THE KHEDIVES, 1805-1879*, at 165 and at 196 (1984)]. ムハンマド・アリー朝の支配者や高官・高級将校たちは、現地の言語であるアラビア語ではなく、主にトルコ語を使用していたので、アラビア語を知らなくても公務に支障はなかったと思われる。ムハンマド・アリー朝の支配者のうち、最初にアラビア語でフォーマルなスピーチをすることができるようになったのは、実質的に最後の国王となったファールーク (在位: 1936年 - 1952年) であった (GOLDSCHMIDT, *supra note 4*, at 54)。

5) ヘディーヴは1867年にオスマン帝国からムハンマド・アリー朝の支配者に正式に付与された称号で、通常、副王 (viceroys) と訳される。1914年のエジプト保護国化により、支配者の称号がスルタンに変更されるまで使用された。なお、1922年の独立後は、国王 (malik) の称号が使われている。

6) Hoyle, *supra note 3*, at 228-230.

ろう、という予測が背後にあったということは容易に理解できる⁷⁾。

混合裁判所は、諸外国が持っている特権の守護者としての役割を果たした。1882年以降エジプトを実質的に支配したイギリスは、キャピチュレーションが支配にとって大きな障害になることを発見した。そのため、混合裁判所もまたイギリスの支配に対する障害と認識された。しかし、これらの特権を無視することは外交問題となるため、イギリスは混合裁判所に対する直接の攻撃を避けた。また、ヘディーヴにとっても、混合裁判所がヘディーヴの不利益になるような判決を下した場合でもそれに従うことが要求される以上、それは決して都合のよい制度ではなかった。しかし、後述の通り、最終的に混合裁判所を国民裁判所と統合し、それによって諸外国が持つ特権を廃止する計画を念頭に置くエジプトにとって、混合裁判所をあからさまに攻撃することは得策ではなかった⁸⁾。そもそも、混合裁判所制度の設立を提案し、そのための交渉を行ったのはエジプト自身であった。裁判官は、外国人が多数派であったとはいえ、その任命はエジプト政府により行われた（裁判所構成規則第5条）。判決は、混合裁判所用諸法典をはじめとするエジプトの法律に依拠して、エジプトの支配者の名前で行われた。ヘディーヴに不利な判決は、まさにそのヘディーヴの名において執行された⁹⁾。混合裁判所は、諸外国が持つ特権を前提にするものであり、その限りで対等な国家間の関係に依拠したものではなかったが、あくまでもエジプトの裁判所であった。

混合裁判所は、全ての当事者——エジプト、イギリス、特権を持つ諸外国——にとって、ベストではないにしても悪くない選択肢として1949年まで存続することになる。

(2) 管轄と構成

上記の通り、刑事事件についての管轄権は、混合裁判所には認められなかった。その管轄権に属する事項として認められたのは、エジプト人と外国人、または異なる国籍を持つ外国人の間の民事・商事紛争であった（ただし、身分事項に関する紛争を除く）。また、当事者が同じ国籍を持つ外国人である場合でも、不動産に関する紛争はやはり混合裁判所の管轄事項とされた¹⁰⁾。

審級については二審制を採用し、初審裁判所と控訴審裁判所により構成された。初審裁判所はアレクサンドリア、カイロ、マンスーラの3箇所に置かれ、設立当初の構成は、外国人裁判官(judge)4名とエジプト人裁判官3名であり、判決(sentence)の成立には、それぞれ3名及び2名の賛成が必要とされた（裁判所構成規則第2条）。控訴審裁判所はアレクサンドリアに置かれ、外国人裁判官(magistrat)7名とエジプト人裁判官4名から構成された。判決(arrêt)の成立には、それぞれ5名及び3名の賛成が必要とされた（裁判所構成規則第3条）。

裁判官には、ほとんどの場合有能な法律家が採用され、書記官、執達吏、通訳などの補助職に就いた者たち、並びに弁護士についても一定以上のレベルの資質が要求されたため、制度としての水準は高く、その運営方式は後に国民裁判所を設立する際のモデルとなったとされる¹¹⁾。

(3) 混合裁判所用諸法典

混合裁判所用の法典としては、民法典(774箇条)、商法典(427箇条)、海商法典(275箇条)、民商事訴訟法典(816箇条)、刑法典(341箇条)、治罪法典(277箇条)があった。法典の正文はフランス語であった¹²⁾。

ちなみに、裁判所構成規則には、法廷で使

7) BROWN, *supra* note 2, at 27-29.

8) *Id.*, at 34-35.

9) Mark S Hoyle, *The Structure and Laws of the Mixed Courts of Egypt*, 1 ARAB LAW QUARTERLY 327, at 343-345 (1986).

10) *Id.*, at 328-329. 裁判所構成規則第9条に定められている。

11) *Id.*, at 336-342.

12) なお、日本の明治政府はエジプトの混合裁判所に関心を持っており、設立準備段階の混合裁判所用諸法典を纂作

用される言語として、アラビア語、イタリア語、フランス語の三つが挙げられているが¹³⁾、実際にはフランス語が使われるのが常であった¹⁴⁾。

関連文献によれば、これらの混合裁判所用諸法典を編纂したのは **Maunoury** という名前の人物であるということになっているが、この人物の経歴及び法典編纂過程の詳細についてはほとんど言及がない。名前も、多くの場合、姓しか記載されず、しかもしばしば **Manoury** と誤記されている¹⁵⁾。 **Jacques Maunoury** というフルネームで紹介する文献もあるが¹⁶⁾、後述の通り、 **Jacques** というのは彼自身の固有名ではないと思われる。

これらの文献の記述を総合すると、 **Maunoury** はアレクサンドリアで法実務に就いていたフランス人法律家であり、一定期間以上エジプトに滞在した経験を持っており、そのため現地の慣習にも通じていた人物とされる。起草された諸法典は、基本的にフランス法に依拠しており、かつ非常に短い時間で作られたため¹⁷⁾、

これを「ほとんど純然たる全くのフランス法」と形容する者もいるが（エジプト政府の司法顧問を務めたイギリス人 **Sir Malcolm McIlwraith** の言葉）、起草者である **Maunoury** が現地の慣習を熟知していたがゆえに、エジプトの実情に合わせて修正を加え、イスラーム法の規定も取り込んだ法典となっており、フランス法の単純なコピーではないと評価されている¹⁸⁾。

起草者 **Maunoury** に該当するのは、 **Jacques Hippolyte Pol (Paul) Maunoury** という人物であると思われる。1824年にフランス、ウール＝エ＝ロワール県のシャルトルに生まれ、弁護士 (*avocat*) から検察官になった後、ナポレオン三世のクーデターでフランスを離れ、エジプトに赴いて弁護士業を始めた。レセップスの元でスエズ運河会社の顧問弁護士を務め（1863年から1867年）、ヌーバール・パシャの秘書として「エジプトにおける司法改革並びにフランス諸法典の導入に重要な役割を果たした」。1870年の普仏戦争時に一時帰国した後、再びエジプトに戻り、カイロの国際委員会にて

麟祥に翻訳させている。この点については、北村一郎編『アクセスガイド外国法』463頁注36〔両角吉晃〕（東京大学出版会、2004）を参照。

13) 第16条「弁論並びに証書及び判決の作成のため、法廷において使用される裁判用の言語は、現地語、イタリア語、フランス語である」。1905年にはこれに英語が付加された。

14) LAṬĪFAH MUḤAMMAD SĀLIM, TĀRIKH AL-QADĀ' AL-MIṢRĪ AL-ḤADĪTH, at 76 (1991). もっとも、Pierre Crabitès, *The Courts of Egypt*, 11-8 AMERICAN BAR ASSOCIATION JOURNAL 485, at 491 (1925)によると、初期においては法廷でイタリア語が使われることもあり、また、その後もイタリア人裁判官が自国語で判決を書くことがあったとされている。Pierre Crabitès (1877-1943) はアメリカ合衆国ルイジアナ州、ニューオーリンズのフレンチ・クォーター出身の法律家・中東研究者で、カイロの初審混合裁判所の裁判官を務めた人物である。彼については、Brian Rogers Parkinsonの博士論文 *Judge Pierre Crabitès: A Bourbon Democrat in Egypt, 1877-1943* を参照 (<http://etd.lib.fsu.edu/theses/available/etd-12192005-165822/>, 2007年7月31日最終検索)。

15) Maurice S. Amos, *Legal Administration in Egypt*, 12 JOURNAL OF COMPARATIVE LEGISLATION AND INTERNATIONAL LAW, THIRD SERIES 168, at 175 (1930), JASPER YEATES BRINTON, *THE MIXED COURTS OF EGYPT*, at 145 (1930), FARHAT J. ZIADEH, *LAWYERS, THE RULE OF LAW AND LIBERALISM IN MODERN EGYPT*, at 28 (1968), Hoyle, *supra note 9*, at 330 and at 332, Enid Hill, *al-Sanhuri and Islamic Law*, 3 ARAB LAW QUARTERLY 33, at 61 (1988)。これらの文献では、全て名前が **Manoury** になっている。

16) Peters, *supra note 2*, at 74.

17) Amos, *supra note 15*, at 175 は **Maunoury** が2週間で法典を起草したという「伝説」を伝えている。これが誇張だとしても、Hoyle, *supra note 9*, at 330 and at 335 が、それぞれ「1872年の夏」および「数ヶ月の間に」と述べているように、数年間といった通常想定される期間とは比較にならないくらい短い期間で起草されたと推測される。

18) Hoyle, *supra note 9*, at 330-336, Hill, *supra note 15*, at 61。もっとも、治罪法典は対応するフランスの法典とほとんど同じであった、という点も同様に指摘されている。

なお、Pierre Crabitès は、**Maunoury** がフランス法をコピーすると同時に随所に修正を加えたため、もし **Maunoury** が修正を加えなければ避けられていたであろう「多くの興味深い訴訟」が起きることになった、と述べている (Crabitès, *supra note 14*, at 491)。修正された条項とそうでない条項との混在により法典の整合性が損なわれた可能性を示唆する記述であるが、この点についての判定は、混合裁判所の法典・判例の詳細な分析に基づかなければならないであろう。

エジプト政府の代表を務める。1874年にヌーバール・パシヤが更迭された後に最終的に帰仏し、1876年から1889年にかけて、ウール＝エ＝ロワール県選出の代議院議員となる。1899年に死去した¹⁹⁾。混合裁判所諸法典への直接の言及はないものの、起草者がフランス帰国後に代議院議員になったという記述が別の文献に存在すること²⁰⁾をも考え合わせると、この人物が起草者であるということはほぼ確実である。子の Jacques Hippolyte Maurice Maunoury (1863年アレクサンドリア生まれ、1925年死去)もまた、1910年から1924年までウール＝エ＝ロワール県選出の代議院議員となり、また1922年から1924年まで内務大臣も務めている²¹⁾。子の名前から推測すると、起草者の固有名は Pol (または Paul) であろう。

3 国民裁判所

当初のヌーバール・パシヤのプランでは、エジプト人の中で生じる訴訟についても混合裁判所の管轄事項とすることが考えられていたが、エジプトと諸外国の双方が、混合裁判所における相手方の影響力の増大を危惧したため、このプランは捨てられ、国民裁判所を別個に設立することになった(ただし、両裁判所の統合は、

関係者にとって、常に念頭に置かれていたとされる)。

裁判所組織の構成については比較的早く、1881年5月までに決まったものの、そこで適用される法典については起草作業が遅れ、オラービー運動およびイギリスによるエジプト占領で作業が中断した後、再びこの課題への取り組みが始まった。より長い時間をかけてエジプトの国情にあった法典を作るという案は退けられ、国民裁判所の早期開設を支持する見解が採用された。結局、混合裁判所用の諸法典に、エジプト社会の状況に照らして必要と思われる修正を加えた法典が準備された(まずフランス語で作成した法典を、アラビア語に翻訳したという)。1883年に設立命令および法典が公布され、翌1884年3月に審理が開始された²²⁾。

このようにして形成された国民裁判所制度並びに混合裁判所制度は、過去の司法制度と比較すると、司法機構の行政機構からの分離・独立、国家制定法たる包括的な法典に依拠した裁判、イスラーム法およびオスマン帝国の法からヨーロッパ法への転換、といった特徴を持つと言われている²³⁾。

国民裁判所の設立により、エジプトには4種類の裁判所組織——国民裁判所、混合裁判所、領事裁判所、シャリーア法廷²⁴⁾(並びにその

19) G. VAPEREAU, *DICIONNAIRE UNIVERSEL DES CONTEMPORAINS*, at 1077 (1893), ADOLPHE ROBERT ET GASTON COUGNY (DIR.), *DICIONNAIRE DES PARLEMENTAIRES FRANCAIS DE 1789 A 1889*, at 318 (1889). 後者は http://www.assembleenationale.net/histoire/biographies/1789-1889/Tome_4/MATHIEU_MAUREINS.pdf にて閲覧可能、2007年7月31日最終検索。これらの文献については、北村一郎教授からご教示をいただいた。ここに記して感謝したい。

なお、1874年のヌーバール・パシヤの更迭とは、彼が外務大臣の職から外された事実を指していると思われる (HUNTER, *supra note 4*, at 170)。もっとも、これで彼の政治生命が終わったわけではなく、すでに述べたとおり、1878年以降、3回にわたり首相を務めている。ヌーバール・パシヤとヘディーヴ・イスマーイルとの間の確執については、HUNTER, *supra note 4*, at 195-226 特に at 195-196 を参照。ヌーバール・パシヤがヘディーヴの権力の制限を目指すようになり、混合裁判所制度をそのための手段と考えていた、という指摘がなされている。混合裁判所の位置付けを検討する際に考慮しなければならない点の一つである。

20) BRINTON, *supra note 15*, at 145 note 2.

21) BEATRICE ET MICHEL WATTEL, *WHO'S WHO IN FRANCE XX^e SIECLE : DICIONNAIRE BIOGRAPHIQUE DES FRANCAIS DISPARUS AYANT MARQUE LE XX^e SIECLE*, at 1375 (2001). ちなみに、Amos, *supra note 15*, at 175 は、第1次世界大戦時にパリ防衛に活躍した 'General Manoury' (sic) を起草者の子としているが、該当者である Joseph Maunoury についての記述 (WATTEL, *supra note 21*, at 1375) によると、これは間違いである (Crabitès, *supra note 14*, at 491 は將軍を起草者の甥としている)。また、1956年の第2次中東戦争(いわゆるスエズ戦争)時に、スエズ運河入口の港ポート・サイドからのフランス軍撤退に反対した国防大臣 Maurice Bourguès-Maunoury (1914-1993) は Maurice Maunoury の孫、つまり起草者の曾孫である。

22) BROWN, *supra note 2*, at 29-31, ZIADEH, *supra note 15*, at 30-36.

23) BROWN, *supra note 2*, at 31-33.

他の宗教裁判所)——が存在することになった。これらが一つの裁判所組織に統一されるのは、半世紀以上先のことになる。

4 イスラーム法の「法典化」の試み

国民裁判所用の諸法典として、より長い時間をかけてエジプトの国情にあった法典を作るという案が退けられたと述べたが、そのときに念頭に置かれていた法典の一つが、カドリー・パシヤの手になる「民法典草案」であった²⁵⁾。これは、財産取引についてのハナフィー派イスラーム法学の学説を条文の形式にまとめたもので、後にムルシド・アル・ハイラーン Murshid al-Hayrān という名で知られることになる。実際に法典になることはなかったが、後に現行民法典を編纂する際に、イスラーム法の準則の内容を示す際にこの著作が参照されており²⁶⁾、その意味で重要な役割を果たしたと考えられるので、ここで言及することにしたい。

ムハンマド・カドリー・パシヤ Muḥammad Qadrī Pasha (1821 – 1888) は、トルコ人の父とエジプト人の母を持ち、エジプトのナイル中流域の町で生まれた。外国語学校²⁷⁾で優秀な成績を収め、卒業後、出身校で通訳を務める傍ら、イスラーム法およびヨーロッパの諸法典を学んだ。外国語学校の同僚・卒業生たちとフランス諸法典の翻訳作業に参加し(彼の担当は刑法典)、また、混合裁判所用諸法典のアラビア語への翻訳も行っている。アレクサンドリア

にある控訴審混合裁判所の最初のエジプト人裁判官に選ばれたのも彼である。国民裁判所用諸法典の編纂時には、民法典、商法典、治罪法典の編纂を担当している(イタリア人法律家との共同作業)。他に、司法大臣、教育大臣も務めている。財産取引分野のみならず、ワクフ(イスラームの寄進財団)に関する法、及び家族法の諸準則を条文形式にまとめた著作を残している。カイロで没した²⁸⁾。

『ムルシド・アル・ハイラーン』とは、『迷える者を導くもの(書)』の意味である²⁹⁾。刊行されたのはカドリー・パシヤの死後であり、しかも複数のバージョンが存在するということがわかっている(条文の数及び番号が異なるバージョンが存在する)。

公教育省の費用負担で刊行された、いわばオフィシャル・バージョンの冒頭には、発行に携わった二人の人物の往復書簡が付されている。それによると、カドリー・パシヤの相続人たちが、当時の教育大臣であったアリー・ムバーラクの元にカドリー・パシヤの遺稿を持ち込んだが、この中には、財産取引、家族・相続、ワクフに関するイスラーム法の諸準則を条文形式に整理した原稿が含まれていた。これらの著作がイスラーム法の教育のために役立つのではないかと考えたアリー・ムバーラクは、エジプトのムフティーであったシャイフ・アル・アッブー・スィー・アル・マフディーに、同じくハナフィー派法学者であったハッスーナ・アル・ナワーウィーと一緒にカドリー・パシヤの著作を検討

24) シャリーア法廷は、19世紀第4四半世紀の改革によりその管轄権を大幅に制限され(基本的に家族法分野に関する事項に限定された)、最終的には1955年末日をもって廃止されることになる。BROWN, *supra note 2*, at 62-69 参照。

25) ZIADEH, *supra note 15*, at 32-33.

26) 現行民法典の起草・審議過程を記録したエジプト司法省の文書 AL-ḤUKŪMAH AL-MISRIYAH, WIZĀRAT AL-'ADL, AL-QĀNŪN AL-MADANĪ, MAJMŪ'AT AL-'AMĀL AL-TAḤDĪRĪYAH (N.D.) においては、個々の条文に関連する内容を持つイスラーム法の諸準則を参照する際に、オスマン帝国民法典メジェッレまたは『ムルシド・アル・ハイラーン』の条文番号が引用されている。

27) 1836年に設立。1849年から1854年まで、一時閉鎖された。1868年に行政・外国語学校と改名。1882年には外国語学校と行政学校が分離し、行政学校は1886年に法学校と改称される。この法学校が、現在のカイロ大学法学部の前身である。なお、外国語学校は、初期の法曹養成に重要な役割を果たしたとされている。P. J. VATIKIOTIS, *THE HISTORY OF MODERN EGYPT*, 4TH EDITION, at 119 (1991).

28) Hoyle, *supra note 9*, at 337, GOLDSCHMIDT, *supra note 4*, at 159, ZIADEH, *supra note 15*, at 35.

29) やや訳しにくいだが、正式なタイトルは、『取引において人々が置かれる諸状態についての知識——大イマーム、アブー・ハニーファ・アル・ヌウマーンの学派に依拠し、エジプトの国土並びにそれ以外のイスラーム共同体の慣習に適合した——に迷える者を導くもの(書)』となる。

するよう依頼し、その結果、これらの著作が公刊されるに至った、とされている³⁰⁾。オフィシャル・バージョンは全 941 箇条からなり、当然のことながら、このバージョンが最も古い。往復書簡の末尾の記述によると、このバージョンの初版が刊行されたのはイスラーム暦 1308 年第 11 月のはじめとあるので、1891 年 6 月に出版されたものと思われる。

このオフィシャル・バージョンの他に、少なくとも 2 つのバージョンが存在する。一つはフサイン・ハサニンなる人物により出版されたことが末尾に記されたバージョンで、全 1035 箇条からなる³¹⁾。もう一つのバージョンは、起草者であるサンフーリーがその論文の中で言及しているバージョンである³²⁾。

II. 民法典の編纂

1 新民法典の制定

国民裁判所民法典は、フランス民法に依拠しつつ、エジプトの状況に合わせて必要な修正を加えて編纂されたのであるが、社会状況の変化に伴い、改正の必要性が明らかになってきた。いくつかの部分的改正がなされたが、その中でも重要な意味を持つのは、1923 年法律第 18 号として制定された登記法である。当初、所有権は、動産不動産を問わず、合意のみによって移転すると定められ（国民裁判所民法第 45

条³³⁾）、また、不動産の所有権及びその他の物権は、契約締結者以外の第三者との関係では、法律に定められた方式によりその登記がなされた時にのみ成立するとされていた（国民裁判所民法第 47 条³⁴⁾）のに対し、登記法の制定により、不動産に関する物権の変動は、契約締結者間であっても登記によって初めて生じることとされた³⁵⁾。

しかし、部分的改正の不十分さが意識され、全面的改正に向けて作業が開始された。特に、1937 年のモントルー条約により、キャピチュレーションの廃止、刑事事件の混合裁判所への移管、そして、1949 年の混合裁判所廃止（それ以降は国内の通常裁判所が外国人に対する管轄権を持つこととされた）が決定されたことで、新民法典の編纂・施行に 1949 年という具体的な期限が設定されることになった。

最初に作られた改正草案起草委員会は、混合裁判所の外国人裁判官 2 名からなり、1931 年に作業を開始した。しかし、職務のない休日に会合を行っていたため、作業の進行が遅かった³⁶⁾。

草案の起草にのみ専念することを前提に作られた最初の委員会は、1936 年 2 月にムラード・サイイド・アフマド・パシャを長として設置された。当初の委員は長を含めて 6 名で、後に 9 名に増員された（増員された委員の一人が後述するサンフーリーである）。この委員会は 3 ヶ月で序章の法源および法の抵触に関する条文の

30) アリー・ムバーラク (1823-1883)、アル・アッパースイー・アル・マフディー (1827-1897)、ハッスーナ・アル・ナワーウィー (1839-1925) については、それぞれ、GOLDSCHMIDT, *supra note 4*, at 131-2, at 4, at 156 を参照。後二者については、JAKOB SKOVGAARD-PETERSEN, *DEFINING ISLAM FOR THE EGYPTIAN STATE*, at 106-119 (1997) に比較的詳細な記述がある。

31) ただし、第 988 条の後が第 999 条になっているため、最後の条文番号は第 1045 条になっている。なお、筆者の参照した刊本は、1919 年および 1983 年に出版されている（出版地はいずれもカイロ）。フサイン・ハサニンの詳細は不明。

32) 'Abd al-Razzāq Aḥmad al-Sanhūrī, *Wujūb Tanqīḥ al-Qānūn al-Madani al-Miṣrī*, 6 MAJALLAT AL-QĀNŪN WA-AL-IQTISĀD 3 (1936) (「エジプト民法典改正の必要性」) およびその一部のフランス語訳である Abd-el-Razzak Ah. El Sanhoury Bey, *Le droit musulman comme élément de refonte du code civil égyptien*, 3-4 INTRODUCTION A L'ETUDE DU DROIT COMPARE, 621 (1938) の中で引用されている。このバージョンの詳細は不明である（筆者は未見）。

33) 混合裁判所民法第 67 条も同趣旨。

34) 混合裁判所民法第 69 条も同趣旨。

35) 同年法律第 19 号として混合裁判所用の登記法も制定された。内容は第 18 号とほとんど同じである。なお、この登記法のルールは、1946 年法律第 114 号の不動産公示制度に関する法律に、そのまま受け継がれている。

36) LATĪFAH MUḤAMMAD SĀLĪM, AL-NIZĀM AL-QADĀTĪ AL-MIṢRĪ AL-ḤADĪTH, 1914-1952, AL-JUZ' AL-THĀNĪ, at 414 (2001)。

草案を完成させたが、5月に解散させられている³⁷⁾。

1936年11月に第2の委員会が作られた。この委員会は、長であるカーミル・スイドキー・ベイを含め11名からなり（委員のうち5名は外国人であった。この委員会の構成員リストにサンフーリーの名前は入っていない）、1938年5月まで仕事を続け、保証および先買いの条文を作成した。

1938年6月、第3の委員会が設置される。作業の迅速な推進のためには少人数からなる委員会での起草が望ましいと具申した司法省の見解が閣議で了承され、サンフーリーとリヨン大学法学部長だったエドゥアール・ランベール **Edouard Lambert** の二人が委員に任命された。二人は、フランス民法典100周年記念時にフランス人法学者たちによって展開された議論を検討し、フランス法の欠点を明らかにするとともに、エジプト法に携わる外国人のうち、著名な人物（改正に賛成の者、反対の者双方）から意見を聞き、草案を作成した。ただし、ランベールは第2次世界大戦の勃発により、起草作業を継続することが不可能になり、その後はサンフーリーが一人で作業を行った。

1942年、サンフーリーは1600箇条からなる草案を完成させ、これをアラビア語とフランス語で発表して世論を問い、また草案についての講義も行った。家族・相続に関する規定は、旧民法典と同様、草案の中に含まれておらず、また、知的財産権や登記制度についての規定も、民法典の中には取り込まれなかった。草案作成に当たっては、4つの源泉、すなわち、フランス法、比較法、エジプトの判例、イスラーム法が参照された。

1945年、サンフーリーを長とする5名の法

律家からなる委員会が組織され、この委員会において草案に若干の修正が施された。同年、草案は議会に法案として提出され、その後3年間、元老院および代議院で審議に付された。1948年に、元老院に実務家・法学者を招いてさらに議論を行っている。ここでのサンフーリーの説明により、法案への反対の動きは収束に向かった（ただし、この議論には、アズハル大学からも、他の大学の法学部からも、イスラーム法学者は参加しなかった）。

新民法典は、同年7月に法律第131号として公布され、1949年10月15日に施行された³⁸⁾。

完成した民法典は、全1149箇条からなり、序章（法律の適用、自然人・法人、物の分類についての一般規定を置く）と、債権、物権を対象とする二つの部から構成されている。第1部「債務および債権」は第1編「債務総論」および第2編「典型契約」からなり、第2部「物権」は第3編「本源的物権」および第4編「付随的物権または物的保証」からなる³⁹⁾。

2 起草者サンフーリー

起草委員となったサンフーリー（1895－1971）とはいかなる人物であったのか。

アブドゥル・ラッザーク・アフマド・アッ・サンフーリー **'Abd al-Razzāq Aḥmad al-Sanhūrī** は、1895年8月11日 アレクサンドリアで生まれた。1913年、カイロのヘディーヴ法学校に入学し、1917年に卒業した後、いくつかの実務に就いた。

1921年、フランスへ留学。リヨン大学でランベールの指導を受け、「カリフ制論」および「イギリス判例法における個人の労働の自由に対す

37) *Ibid.*, AL-ḤUKŪMAH AL-MIṢRĪYAH, *supra note 26*, AL-JUZ' AL-AWWAL, at 5-6. 当初の活動予定期間は2年間であった。解散の理由は、外国人委員をエジプト人委員で替えるためであったとされる。もっとも、日本の旧民法について問題となったように、外国人が起草委員会に加わることで自体が問題視されたわけではなく、予算節約のため、外国人委員に支払わねばならない謝礼をなくするのが目的だったようである。

38) SĀLIM, *supra note 36*, at 414-417, AL-ḤUKŪMAH AL-MIṢRĪYAH, *supra note 26*, AL-JUZ' AL-AWWAL, at 6-9.

39) 本源的物権の中には所有権と用益物権が含まれ、付随的物権は、「または物的担保」とあるところからわかるように、担保物権を指している。

る契約上の制限⁴⁰⁾」の二つの論文を提出し、博士号を取得した。1926年に帰国し、設立間もないカイロ大学(当時の名称はエジプト大学)法学部助教授に就任、民法を担当した。1930年に『賃貸借契約論』を、1934年に『契約法論』を公刊している。1932年にはハーグで開かれた国際比較法学会に出席し、比較法の重要な素材としての地位がイスラーム法に認められるよう努力した。1935年から1936年にかけて、イラクで法学教育および民法典の編纂にも協力している。

1936年、エジプト大学(カイロ大学)法学部長に任命されたが⁴¹⁾、翌1937年には大学を辞職する。辞職の背後には、ワフド党との確執があったと推測される。ワフド党に対立するサアド党の結党者であるアフマド・マーヒル、マフムード・ファフミー・アル・ヌクラシー⁴²⁾はサンフーリーの政治的盟友であり、彼の経歴

はこれ以降もワフド党とサアド党の対抗関係によって左右されることになる。

1938年から1939年にかけて、マンソーラの初審混合裁判所で裁判官を務め、1939年に教育副大臣、1944年に司法副大臣となり、1945年から1949年まで、途中一時期の中断をはさんで、教育大臣を務めた(いずれもサアド党が単独又は連立で内閣を構成した期間である)。1947年、スーダン問題を安全保障理事会に付託するために国連に送られたエジプト代表团(団長はヌクラシー首相)に法律専門家として随行した。

1949年には国務院院長に任命される(国務院はフランスのコンセイユ・デタに倣って1946年に創設された)。彼が院長を務めた時代の国務院は、自由主義的司法の守護者として重要な役割を果たした。1948年12月に、ヌクラシー首相はムスリム同胞団の解散命令

40) ランベールがロスコウ・パウンドに宛てた手紙の中で、サンフーリーの論文に言及し、パウンドがこれに関心を示したという事実が指摘されている。Amr Shalakany, *Sanhuri and the Historical Origins of Comparative Law in the Arab World (or How Sometimes Losing Your Asalah can be Good for You)*, ANNELESE RILES (ED.), *RETHINKING MASTERS OF COMPARATIVE LAW*, 152, at 179, note 86 (2001).

41) カイロ大学法学部は、1868年の行政・外国語学校設立(前掲注27)参照)をもって法学部の設立ととらえているようで、法学部創立100周年記念誌にその旨が明言されている[JĀMI'AT AL-QĀHIRAH, KULLIYAT AL-ḤUQŪQ, AL-'ĪD AL-MI'AWĪ LI-KULLIYAT AL-ḤUQŪQ, at 21 (1980)]。また、「カイロ大学法学部・大学院学生便覧2006-2007年版」には、1868年以降の学部長の一覧が掲載されており[JĀMI'AT AL-QĀHIRAH, KULLIYAT AL-ḤUQŪQ, DALĪL AL-ṬĀLIB LI-MARḤARATAY AL-LĪSĀNS WA-AL-DĪRĀSĀT AL-'ULYĀ LI-AL-'ĀM AL-JĀMI'Ī 2006-2007, at 27-29 (N.D.)]、それによると、サンフーリーは第13代法学部長で、その在任期間は1936年10月8日から1937年10月15日までとなっている。

なお、ランベールは第4代学部長を務めているが(上記学生便覧によると、在任期間は1906年10月23日から1907年9月25日まで)、教育省顧問であったイギリス人 Douglas Dunlop と衝突し、1年足らずで学部長職を辞している(Shalakany, *supra* note 40, at 167-170. ただし、ランベールの辞職を7月としている)。

また、同じくフランス人法学者のレオン・デュギーは、国立となったエジプト大学(現在のカイロ大学)の法学部で最初の学部長を務めている。このとき、デュギーがエジプトで行った一連の講演が翻訳されている。赤坂幸一=曾我部真裕訳「レオン・デュギー『一般公法講義』(1926年)(1)-(6)」金沢法学第47巻第1号369頁(2004)、第47巻第2号187頁(2005)、第48巻第1号109頁(2005)、第48巻第2号115頁(2006)、第49巻第1号171頁(2006)、第49巻第2号419頁(2007)。赤坂ほか・同書(1)373-380頁には、デュギーが法学部長に招聘される経緯を含め、当時の法学部での教育についての記述も含まれており、エジプト近代法史にとっても重要な資料である。

なお、上記学生便覧では、デュギーは第8代法学部長(在任期間:1923.4.30-1923.11.11)となっており、他方、1925年から1926年にかけての第10代法学部長(在任期間:1925.11.29-1926.3.1)としては別人の名が挙げられている〔後者の点は、カイロ大学創立90周年記念誌である JĀMI'AT AL-QĀHIRAH, JĀMI'AT AL-QĀHIRAH, TĪSŪN 'ĀM MIN AL-'AṬĀ, at 69 (1998) も共通〕。しかし、法学部創立100周年記念誌は、国立エジプト大学法学部の最初の学部長(在任期間:1925年11月29日から1926年3月1日まで)をデュギーとしており(JĀMI'AT AL-QĀHIRAH, KULLIYAT AL-ḤUQŪQ, *supra* note 41, AL-'ĪD AL-MI'AWĪ LI-KULLIYAT AL-ḤUQŪQ, at 25)、着任の事情を語るデュギー自身の言葉〔カイロに到着したのは1925年11月29日であったとする。赤坂ほか・同書(1)373頁〕も考え合わせると、デュギーは実際には第10代法学部長(行政・外国語学校の創設から数えて)であったと思われる。

42) アフマド・マーヒル、マフムード・ファフミー・アル・ヌクラシーについては、それぞれ、GOLDSCHMIDT, *supra* note 4, at 158, at 116-117 を参照。

を出し、同胞団の構成員によって暗殺された。この同胞団解散命令を不服とする上訴を1951年に受理したのは、奇しくもサンフーリーが院長を務める国務院であった。審理の結果、国務院は、没収した財産を同胞団に返還するよう政府に命じる判決を下している⁴³⁾。

1952年7月の自由将校団による革命は、サンフーリーの経歴にも大きな影響を及ぼすことになった。当初、サンフーリーは革命指導評議会と比較的良好な関係を保っており、1953年1月に設置された新憲法起草委員会のメンバーに任命され、また、1953年6月の王政廃止に際しては、その法的手続の正統性を付与する役割を果たしたと言われている。しかし、1954年3月、サンフーリーは国務院に乱入したデモ隊により物理的に国務院から排除された⁴⁴⁾。そして、同年4月15日の革命指導評議会の命令により、公職に就く権利及び全ての政治的権利を10年間剥奪される。この命令には、1942年2月6日から1952年7月23日までの間に大臣の職に就いた者の名前が列挙されており、その中にサンフーリーの名前も含まれていたのである。

こうして公の地位から退くことを余儀なくされたサンフーリーは、以後、法学研究に専念することになる。1952年に刊行が始まっていた民法典の注釈書 "al-Wasīṭ" は1970年に全10巻で完結した。不朽の名著であり、現在でもエジプト民法典の研究に不可欠の文献として参照され続けている。

なお、国外においてではあるが、再び法典編纂に携わる機会も得ている(1961年から1962年にかけて、クウェートに滞在)⁴⁵⁾。

1971年6月20日に死去⁴⁶⁾。

彼の果たした学問的・法実務的・政治的業績からすると、サンフーリーが近現代のアラブ世界における最も重要な法学者の一人であるということに疑いの余地はない。

III. 施行後の状況

1 ナセル体制下の民法典

サンフーリーの国務院からの排除は、ある意味で、自由主義的司法運用の終焉を象徴する事件となった。ナセル体制下では、人民裁判所、その他特別法廷による裁判が行われ、社会主義的政策が推進されると共に、司法部もその政策に沿った形で任務を果たさなくてはならないとする主張が、行政部においてのみならず、法律家たちの間からも出てくるようになる⁴⁷⁾。

しかし、奇妙なことに、ナセル体制下でもサンフーリーの民法典は基本的にそのまま存続した。

たしかに、1960年代半ばに、法規定の内容が不明確なときには、社会主義体制の基本原則を適用する、という条項を民法典の中に挿入する案が提示されたことがあった⁴⁸⁾。しかし、実際にはその案は実現されず、民法典の基本原則を修正するような抜本的改正は実行されな

43) ARTHUR GOLDSCHMIDT JR., *MODERN EGYPT, THE FORMATION OF A NATION STATE, SECOND EDITION*, at 99-100 (2004).

44) この事件の真相については、NĀDIYAH AL-SANHŪRĪ WA TAWFĪQ AL-SHĀWĪ (ED.), *AL-SANHŪRĪ MIN KHILĀL AWRĀQIHI AL-SHAKHṢĪYAH*, at 282 note 1 に諸説が挙がっている (この本はサンフーリーの個人的メモワールを集めたものである。Nādiyah al-Sanhūrī はサンフーリーの一人娘)。その中には、ナセルが意図的にサンフーリーを排除し、そのことをサンフーリー自身も認識していた、それゆえ、病院に見舞いに来たナセルの面会をサンフーリーが拒絶した、という説も紹介されている。

45) BROWN, *supra note 2*, at 154-155. なお、サンフーリー夫人の話では、彼は1954年以降、湾岸諸国への渡航を禁じられていたため、彼のクウェートへの渡航に際しては、クウェートの首長が直々に要請を行った、とされている。NĀDIYAH AL-SANHŪRĪ WA TAWFĪQ AL-SHĀWĪ, *supra note 44*, at 304 note 1.

46) 以上、サンフーリーの生涯については、GOLDSCHMIDT, *supra note 4*, at 180-181, Enid Hill, *al-Sanhuri and Islamic Law*, 3 *ARAB LAW QUARTERLY* 33, at 33-64 and 182, at 182-218 (1988), 'ABD AL-RAḤMĀN AL-RĀFĪ, *THAWRAT* 23 *YŪLIYAH SANAT* 1952, *TĀRĪKHUNĀ AL-QAWMĪ FĪ SAB' SANAWĀT* 1952-1959, at 80-81 and at 151-152 による。

47) BROWN, *supra note 2*, at 84-88.

48) BROWN, *supra note 2*, at 85.

かった⁴⁹⁾。

しかし、行政部が司法のあり方に対して不満を持っていなかったわけではない。実際、1969年の一連の大統領委任立法により、司法部の独立を制限するような政策が推進された。裁判所をコントロール下に置くための手段として、最高裁判所の設立が決定され（裁判官の任命権は大統領にあり、任期も3年と短く設定された）、裁判官の任命・昇進を決定する機関として、それまでの最高司法会議（裁判官により構成される）に替えて、司法部最高会議が設立された（この会議の議長は大統領が、副議長は司法大臣が務めた。確かに、構成員の多くは裁判官であったが、裁判官の任命・昇進に行政部の意向を反映させるために導入された制度であった）。さらに、全ての裁判官を即時の再任審査にかけ、200名以上の裁判官の再任を拒否した（これは後に「司法部虐殺」と呼ばれることになる）⁵⁰⁾。

2 サダト体制下の民法典

1970年に大統領に就任したサダトは、社会主義路線から開放政策への転換を行う。1971

年に制定された新憲法は、社会主義的な内容を持つ規定を残しつつ、法の支配を謳った条項を創設した（第4章「法の支配」、第64条から第72条まで）。また、エジプトの憲法として初めて、イスラーム法の諸原則を立法の主要な源泉とする、いわゆるイスラーム法条項が導入された（第2条）。

「司法部虐殺」によって制限された司法部の独立も回復の方向に向かった。

1971年憲法には司法部最高会議についての規定が置かれ、司法部最高会議は憲法上の国家機関となった。しかし、1972年および1984年の法改正により、その下部組織としてかつての最高司法会議と同じ組織が作られ、この下部組織が実質的に裁判官の任命・昇進を決定するようになった。設立が計画されていた最高裁判所は、最高憲法裁判所という名称で新憲法に規定された（「最高」という形容詞が付いているが、憲法裁判所に下級審は存在しない）。実際の設立は遅れ、1979年になった⁵¹⁾。当初は司法部の独立を崩す組織として警戒されたが、実際には自由主義的司法の担い手としての性格を強め、多くの違憲判決を出している⁵²⁾。

民法典との関係で重要な意味を持つのは、第

49) 民法典のテキストを取めた SĀMIH SAYYID MUHAMMAD (ED.), AL-QĀNŪN AL-MADANĪ (2005) の注記によれば、民法典の条文そのものを修正する改正は、いずれもこの時期になされている。

① 1954年法律第331号

第87条第1項、第88条（いずれも公物に関する規定）を改正。

② 1956年法律第384号に関する共和国令

民法典序章「一般規定」第2節「人」のうち、非営利法人について定めた第54条から第80条までを削除。

③ 1957年法律第147号に関する共和国令

第970条（時効による財産取得に関する条文）の改正。

④ 1959年法律第309号に関する共和国令

同じく、第970条の改正。

⑤ 1964年法律第100号

第874条第3項（無主物の土地において耕作・建築を行った場合、一定の条件の下で、国家の許可なく当該土地の取得を認めた条文）を削除。

⑥ 1968年法律第25号

民法典第1部「債務および債権」第1編「債務総論」第6章「債務の証明」に配置された全条文、第389条から第417条までを削除。

⑦ 1970年法律第55号

第970条の改正。

50) BROWN, *supra note 2*, at 91-92.

51) BROWN, *supra note 2*, at 93-98.

52) 1980年から2000年までの21年間のデータによると、各年に下された合憲判決と違憲判決の数を比較した場合、約3分の2の年で後者の方が多くなっている。1995年から2000年にかけては、1年当たり20件前後の違憲判決が出

2条のイスラーム法条項である。特に、1980年5月22日の改正により、「主要な源泉」という言葉に定冠詞が付されたことは大きな意味を持った。というのは、定冠詞がない場合 (*maṣḍar raī'sī*) の「立法の主要な源泉の一つ」という意味合いが、定冠詞が付くことで (*al-maṣḍar al-raī'sī*)、「立法の唯一の主要な源泉」に変わったためである。

この改正の背景には、この頃イスラーム復興運動が勢力を増してきたという事情があったとされる。そもそも、1971年憲法にイスラーム法条項が含まれることになったのは、1967年の第3次中東戦争における敗北に伴うアラブ民族主義の後退とイスラーム回帰主義の台頭という文脈の中においてであった。1980年の憲法改正は、社会主義路線の放棄と大統領3選禁止の解除を主たる目的としていたが、イスラーム復興運動への配慮から、イスラーム法条項の「主要な源泉」という文言を定冠詞付きに変えた。これにより、イスラーム法以外にも「主要な源泉」があるという解釈をすることは困難になった⁵³⁾。

この改正により、民法典の中に含まれる反イスラーム法的な内容を持つ規定は無効になった、という法的主張が現れる。例えば、遅延利息を定めた民法第226条は、利息を禁じたイスラーム法に反するのであるから、イスラーム法の諸原則に反し、違憲・無効であるという主張がなされた。最高憲法裁判所は、1985年5

月4日の判決（「憲法」裁判1年20号）で、憲法第2条の改正には遡及効がない（民法典の制定は憲法改正より前になされている）という理由で、この主張を退けた⁵⁴⁾。この判決により、現行民法典は、次の改正が行われるまでの間、そのまま効力を保ち続けるということが確定されたのである⁵⁵⁾。

3 現在の民法典

1985年5月4日の最高憲法裁判所判決は、憲法第2条改正が遡及効を持つことを否定しつつ、同時に、既存の立法からイスラーム法の諸原則に反する準則を除去するのは立法部の政治的責任であるという指摘も行っている。1970年代以降のイスラーム復興運動の流れの中で、イスラーム法の復興、法のイスラーム化が主張されており、現に、イスラーム法に依拠した内容を持つ法典の草案が起草されている。その中には、議会に提出された法案もあった。

1975年に司法省により設立された委員会で主要法典の草案起草作業が開始され、この作業は1978年に人民議会の特別委員会に引き継がれた。そして、1982年7月1日、以下の法典草案が議会に提出された。すなわち、民法典（1044箇条）、訴訟法（513箇条）、証拠法（181箇条）、刑法（635箇条）、海商法（443箇条）、商法（776箇条）の6つである⁵⁶⁾。しかし、その後、これらの草案に基づく法改正のための

ている。なお、最高憲法裁判所長の任命権を持つのは大統領であるが（1979年法律第48号最高憲法裁判所法第5条）、法に定められた資格（同第4条）を持つものであれば誰でも任命の対象になるところ、設立以来20年以上に亘って、最高憲法裁判所の最年長の裁判官を裁判所長に任命するという慣例が守られてきた。しかし、2001年に司法省の要職に就いている者が任命され、この慣例は崩されるに至った。Tamir Moustafa, *Law versus the State: The Judicialization of Politics in Egypt*, 28 LAW AND SOCIAL INQUIRY 883, at 884, at 893-894 and at 924 (2003). 2006年7月には検事総長が裁判所長に任命されている [Mona El-Nahhas, *Court choices*, 802 AL-AHRAM WEEKLY ONLINE (2006.7.6-12), <http://weekly.ahram.org.eg/2006/802/eg3.htm>, 2007年7月31日最終検索]。

53) エジプト憲法のイスラーム法条項とそれを巡る政治情勢については、小杉泰『現代中東とイスラーム政治』（昭和堂、1994）241-268頁を参照。

54) この訴訟については、北村・前掲注12)465-466頁〔両角〕を参照。

55) なお、イスラーム法条項の実質的な意味に関する最高憲法裁判所の解釈については、Hatem Aly Labib Gabr, *The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court*, KEVIN BOYLE AND ADEL OMAR SHERIF (ED.), HUMAN RIGHTS AND DEMOCRACY: THE ROLE OF THE SUPREME CONSTITUTIONAL COURT OF EGYPT, at 217-227 (1996), および CLARK B. LOMBARDI, STATE LAW AS ISLAMIC LAW IN MODERN EGYPT: THE INCORPORATION OF THE SHARĪA INTO EGYPTIAN CONSTITUTIONAL LAW (2006), 特に PART II を参照。

審議が行われることはなかった。そして、現在に至るまで、イスラーム的諸法典編纂の目立った動きは現れていない。

提出された法案が日の目を見ない結果に終わった背景には、3つの事情があったとされる。第一に、政府が、反政府イスラーム勢力との宥和政策を（特に、1981年のサダト暗殺以降）放棄したこと、第二に、イスラーム法に依拠した刑法を全国民に適用することに対しコプト教徒が強く反対し、法のイスラーム化は国家内部の分裂を招く危険があると認識されたこと、そして最後に、法のイスラーム化が、対外関係、特に経済関係（具体的に念頭に置かれているのは、アメリカからの経済援助⁵⁷⁾である）に悪影響を及ぼすのではないかという危惧があったこと、の三点である⁵⁸⁾。

改正憲法第2条に関する最高憲法裁判所判決が下された1985年5月4日に、人民議会では、「宗教・社会事情およびワクフ委員会」が議会に提出した報告書に基づき、同改正の意味についての討議が行われた。報告書によれば、この改正された第2条が意味するのは、現行法を、段階的かつ科学的手法に基づいて改正しなくてはならない、ということである。立法上の安定性、蓄積された司法判断、社会的条件に配慮しながら、シャリーアの諸原則に反する部分を修正していくことが求められる。そして、民法典については、その大部分はイスラーム法の諸規定に起源を持つので（1980年7月27日の破毀院判決を引用）、シャリーアに反する条文を直せば十分である、とされている。討議の後の政府声明においても、民法典はイスラーム法に基礎を置く立法であるとされた⁵⁹⁾。

現行民法典が今後いかなる道をたどるのか、という問いは、それがどの程度イスラーム法に依拠しているのか、という問いと密接不可分の関係にある。もしそれが基本的にイスラーム法に依拠したものであれば、民法典をイスラーム化する場合には、上記報告書にある通り、部分的手直しで十分ということになる。他方、イスラーム法に依拠する程度を低く見積もるのであれば、全面改正は不可避ということになる。

しかし、民法典がイスラーム法に依拠する程度を判定するためにはいかなる方法をとるべきであろうか。そもそも、そのような判定は可能なであろうか。極めて明白なことであるが、この問題は、イスラーム法の諸準則に依拠した（あるいはそれに類似する）内容を持つ条文の数とそうでない条文の数の比率を計算する、といった単純な方法では解決されない。この問題については別の考察が必要になる。

（もろずみ・よしあき）

56) Hill, *supra note 46*, at 210-211, Rudolph Peters, *Divine Law or Man-Made Law? Egypt and the Application of the Shari'a*, 3 ARAB LAW QUARTERLY 231, at 236-239 (1988). 法案がどの程度イスラーム法に依拠した内容を持つものであったのかという点は、草案のテキストが公開されていないため、不明である。Hill, *supra note 46*, at 211 note 19, Peters, *supra note 56*, at 237 note 23.

57) アメリカによるエジプトへの経済援助の額は、1979年以降、毎年20億ドルに上り、この額は、アメリカによる経済援助としてはイスラエルに次いで第2位を占める。GOLDSCHMIDT, *supra note 43*, at 199.

58) Peters, *supra note 56*, at 239.

59) Hill, *supra note 46*, at 213-214.

「9・11以降の国際的寄付税制」

東京大学教授
増井良啓

2001年9月11日、ニューヨーク世界貿易センターに、ハイジャックされた航空機が突っ込んだ。アル・カイダの資金源を突き止めようとする人々は、慈善寄付金がテロリストに流れているのではないかと疑いはじめた。しばらくすると、浄財であるはずのものが殺人目的に流用されたという記事が、メディアをにぎわすようになった。たとえば、2003年3月15日のエコノミスト誌によると、ブルックリンのモスクで集めた資金をアル・カイダに渡したとして、イエメンの僧侶が摘発された。また、チェチェン人がロシア人と戦い、ボスニア人イスラム教徒がセルビア人と戦うための援助資金を、シカゴの慈善基金が提供していたという。

世界観の多様性と思想信条の自由は当然の前提であるが、人を殺すための資金提供に弁解の余地はない。ましてや、所得税制のうえで各種控除を与えることは、もってのほかである。こうして、9・11以降、国際的な慈善寄付に対して、租税政策の風向きは厳しいものになってきた感がある。

しかし、議論の方向は、必ずしもそれだけではない。米国のある論文は、むしろこのような状況にあつてこそ、米国政府はグローバルな慈善寄付を促進する租税政策を展開すべきだと主張している。世界規模で貧困を絶ち、社会改革をすすめるために、より多くの市民・会社・非営利組織が参画できるよう税制が後押しすべきだということである。この論文は、メディアが伝える濫用例のみに着目するのは、一面的であるという。たとえば、2002年10月に連邦議会

は法律を制定し、指定テロリスト組織に対する慈善寄付につき個人が所得税の上で控除を行うことを禁止した。しかし、そのような寄付はそもそも税制上控除の要件を充たさないのであつて、新しい立法は不必要であつたと論じている。このような認識にたち、この論文は、米国の現行寄付金税制が国際的慈善寄付の妨げとなつている点をアンケート調査によって洗い出し、いくつかの改革案を提示している。

この論文については、非営利組織のガバナンスについて楽観的すぎないか、個人の善意を政府の外交・軍事活動と並置してよいか、といった疑問もある。だが、濫用事例に眼を奪われて大局を見失ってはならないという警鐘を、素直に受け取るべきであろう。

(この文章はもともと、2004年冬学期「租税法」の授業のために2004年8月に用意したものです。)

[参考文献とサイト]

- 1) *Terrorist Finance: The iceberg beneath the charity*, THE ECONOMIST, March 15th 67(2003).
- 2) Nina J. Crimm, *Through a Post-September 11 Looking Glass: Assessing the Roles of Federal Tax Laws and Tax Policies Applicable to Global Philanthropy by Private Foundations and Their Donors*, 23 VIRGINIA TAX REVIEW 1 (2003).
- 3) The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States (<http://www.9-11commission.gov/>, 2007年8月25日最終検索。)
- 4) Financial Action Task Force on Money Laundering (<http://www1.oecd.org/fatf>, 2007年8月25日最終検索。)
- 5) 増井良啓「外国NPOへの寄付と寄付金控除」税務事例研究72号35頁(2003)。

(ますい・よしひろ)

書評

新山一雄『職権訴訟参加の法理』を読む

東京大学教授
山本隆司

I. 本書の意義と本書評の方針

- II. 職権訴訟参加が問題となる利害状況と「行政実体法関係」
 - 1 典型例と非申請型義務付け訴訟の考慮
 - 2 (行政)実体法関係, 行政事件, 実質的(紛争)当事者
- III. 行政訴訟における判決効と訴訟参加との関係
 - 1 取消判決の形成力に基づく必要的訴訟参加
 - 2 既判力とその拡張
 - 3 既判力ないし参加的効力を及ぼすための訴訟参加
- IV. 必要的訴訟参加が問題となる第三者に必要な手続保障
 - 1 行政主体と第三者の役割分担
 - 2 実体的な信頼保護の要請
 - 3 検討
 - 4 行訴法 34 条による再審

I. 本書の意義と本書評の方針¹⁾

本書は、2006年に弘文堂から「行政法研究双書21」として公刊された、行政事件訴訟法(以下、行訴法という)22条の定める職権訴訟参加の法的意義を解明するモノグラフィーである。

このテーマは、民事訴訟法の理論を、行政訴訟の特性を考慮して選別ないし修正しながら撰取することを要求する。つまり、民事訴訟法学と行政法学の接点に位置する。こうした性格のテーマは、行訴法制定当時は、本書でも分析されているように(218頁以下。以下、本書の引用は頁数だけを示して行う)、民事訴訟法学と行政法学が対話しながら盛んに検討していたが、近年はどちらのディシプリンからも敬遠される傾向にある。そうした「谷間」に踏み込んだ点に、本書の第1の意義がある。

行政法学内在的に見ると、職権訴訟参加が主に問題となる、いわゆる三面関係、多極的行政法関係、ないし二重効果的(複効的)行政行為の重要性は、既に縷々説かれている(384頁以下、389-390頁を参照)。しかし、議論は、訴訟の局面に関しては、行政訴訟の原告適格論、国家賠償請求の要件論といった、いわば入口に集中している。三面関係、多極的行政法関係を、

1) 本稿は、2007年3月24日に東京大学で開催された本書の書評会における報告の原稿に最小限の補正を施したものである。著者の新山教授をはじめとする出席者の方々のご教示に感謝申し上げます。なお、本書を補う論考として、新山一雄「改正人事訴訟法と取消訴訟における職権告知」成城法学75号5頁(2007)が公にされている。

行政訴訟の審理手続および判決においてどのように扱うか、といった問題は、それほど深く解明されていなかった。こうした問題に切り込み、三面関係、多極的行政法関係、二重効果的行政行為の理論を、一歩先に進めた点に、本書の第2の意義がある。

さらに本書が、日本の学説史研究と、ドイツ法、そして主に二次文献²⁾を参照する形ではあるが、フランス法との比較法という、王道を行く研究方法を実践している点に、本書の第3の意義を見出し得る。もとより自己反省として言うのであるが、こうした本来は当たり前のはずの研究ができず、したがって指導をすることも困難になっている昨今の研究環境の中で、本書の公刊は一筋の光明である。

本書は本文が569頁に及ぶ、日本の行政法学のモノグラフィーとしては極めて大部なものであり、5年以上をかけて調査と思考を積み重ねた過程を刻んでいる〔初出は大学紀要(成城法学)に連載された論文である。viii - ix頁〕。全体の構成としては、第1章「問題の所在と本書の目的」に続き、第2章で「ドイツ行政訴訟の必要的訴訟参加」が分析され、第3章「職権訴訟参加の法理」では、第1節「わが国の行政訴訟における訴訟参加理論の歴史的分析」をした後、第2節以下で、近年の民事訴訟法学説を踏まえながら、著者による「職権訴訟参加の法理」が展開されており、整然とした形式となっている。

ただし本書評は、以下述べるように、本書の叙述の順序にこだわらずに進める。本書は、職権訴訟参加プロパーの問題を超える、行政実体法や行政手続法の分野に及ぶ複数の問題に対する分析をモザイク状に綿密に組み合わせながら、職権訴訟参加の法理を構成している。こうした方法は、職権訴訟参加というテーマに適合している。否、このテーマを検討する以上不可避であろう。本書評では、このように著者が描いたモザイクを浮き彫りにした上で、論評を加

えることにする。そのために、以下のように問題を層状に分けて論述を進める。第1に、職権訴訟参加が問題となる利害状況を例示して、具体的なイメージを喚起する。著者が、こうした利害状況を法的に把握するために、著者なりの行政実体法関係を観念していることも確認する(Ⅱ)。第2に、こうした利害状況が、取消判決など行政訴訟の判決によりどのように規律されるかという、判決効に関する著者の分析を見る。職権訴訟参加という審理手続の問題は、判決効の問題と不可分であり、著者も、両者の関係を正確に捉えることにこだわりを見せている(Ⅲ)。そしていよいよ第3に、職権訴訟参加の意義に関する本書の分析を検討する。著者が、行政訴訟手続における職権訴訟参加を、行政手続ないし行政手続法理と関連づけて、必要的訴訟参加が問題となる第三者に「真に必要な手続保障」(528頁以下)が何かを分析している点に、本書のユニークな着想がある(Ⅳ)。

Ⅱ. 職権訴訟参加が問題となる利害状況と「行政実体法関係」

1 典型例と非申請型義務付け訴訟の考慮

行政訴訟における職権訴訟参加に関して、民事訴訟法理論を選別ないし修正しながら摂取するには、まず、訴訟の対象となる実体法関係、より事実のレベルに近づけて言えば利害状況が、行政訴訟の場合と民事訴訟法理論において想定されているもので、同じ点および異なる点をはっきりさせる必要がある。

そこで、本書が挙げている例を中心に(特に392頁以下)若干の付加も施して、職権訴訟参加が問題となる典型的な状況を示しておく。Xが取消訴訟の原告であり、Yが参加人として考えられる私人である。

① 権利を移転する効果を持つ行政行為—

2) 伊藤洋一『フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効』(東京大学出版会, 1993)。

—国税滞納処分としての公売処分を受けたXが取消訴訟を提起した場合における、落札者Y。収用裁決取消訴訟を地権者Xが提起した場合における、起業者Y。

② ①の行政行為が連続する場合——農地買収処分を受けたXが取消訴訟を提起した場合における、農地売渡処分を受けたY。

③ 不利益処分の実質的な名宛人——法人Xに対する役員Yの解任命令に対してXが取消訴訟を提起した場合。

④ 不利益処分により法的不利益を受ける名宛人以外の者——Xに対する退去強制の取消訴訟をXが提起した場合における、配偶者Y。

⑤ 競願訴訟³⁾——Yに対する放送局開設免許の取消訴訟を、競願事業者Xが提起した場合。

⑥ 消極的競業者訴訟——Yに対する公衆浴場経営許可の取消訴訟を、近隣で営業するXが提起した場合。

⑦ 消極的競業者訴訟の潜在——Xが公衆浴場経営許可拒否処分取消訴訟を提起した場合における、近隣で営業するY。

⑧ 隣人訴訟——Yに対する建築確認の取消訴訟を近隣住民Xが提起した場合。

⑨ 隣人訴訟における他の隣人——⑧の例におけるXの近隣住民Y。

⑩ 隣人訴訟の潜在——Xが建築基準法による違反是正命令の取消訴訟を提起した場合における、近隣住民Y。

⑪ 一般処分——健康保険組合Xが医療費値上げの職権告示の取消訴訟を提起した場合における、保険医療機関Y。

以上の他、行訴法の改正により、取消訴訟が併合提起されない非申請型義務付け訴訟が法定され、行訴法22条も準用されることから（行訴法3条6項1号・38条1項）、次のような状況も考える必要がある。

⑫ 非申請型義務付け訴訟——XがYに対する建築基準法上の違反是正命令の義務付け訴訟を提起した場合。

本書は大半が実質的に行訴法改正前に執筆されているので、こうした義務付け訴訟における職権訴訟参加については検討の対象から外している（185頁。ドイツの事例として99-100頁）。しかし、取消訴訟における職権訴訟参加の法理それ自体の妥当性を検証する上でも、非申請型義務付け訴訟における職権訴訟参加への応用可能性、およびそれとの整合性を考察することは有益であろうし、やはり現時点では必要であろう。そこで以下では、⑫の状況も考察の対象に含める。まずは、改正行訴法の立案担当者の指摘を挙げておく。すなわち——⑫の場合、Yに判決効を及ぼさないと、義務付け判決が下されて行政庁が違反是正命令を下しても、Yが取消訴訟を提起して命令の違法性を主張できることになる。これではXの権利保護が実現できないし、義務付け訴訟手続が無駄になる可能性がある。そこでYを行訴法22条により訴訟参加させることが考えられるが、同条には参加人の受ける判決効に関する規定がなく、義務付け訴訟には行訴法32条も適用されないので、行訴法7条により民訴法46条を（類推）適用して、行訴法22条による参加人に判決の参加的効力を及ぼすべきである。取消訴訟に行訴法22条を適用する場合も、同様に判決の参加的効力を認めるべきではないか⁴⁾。

2 (行政) 実体法関係, 行政事件, 実質的 (紛争) 当事者

以上に挙げたような利害状況を、どのように法的に把握するか。著者は、行政庁が顕在的・潜在的に対立する私益を相互に調整して、顕在的・潜在的な私人間の紛争を調停する関係を、

3) 競業者訴訟の類型については、Winfried Brohm, Die Konkurrentenklage, in: FS für Menger (1985), S.235ff. および同論文に依拠した佐藤英世「競争者訴訟の構造」阪本昌成＝村上武則編『人権の司法的救済』（有信堂高文社，1990）163頁以下。

4) 福井秀夫ほか著『新行政事件訴訟法』98頁以下・129頁〔村田斉志〕（新日本法規出版，2004）。

「(行政) 実体法関係」と観念する(382-383頁)。行政訴訟の対象である「行政事件」も、私益間ないし私人間の顕在的・潜在的な対立・紛争を意味することになる。ここで著者は、行政行為だけで私益間の調整・私人間紛争の解決を完全に行えるわけではなく、行政訴訟も「行政事件」を完全に解決できるわけではない、と冷静に指摘する。それでも、行政訴訟において、こうした私益間の調整、私人間紛争の調停という観点を意識する必要がある、とする(531頁以下)。要するに、行政法関係を、単に私人と行政庁との法関係(いわば垂直関係)の束として見るのではなく、私人間の法関係(いわば水平関係)を含むものと観念するのである。こうした考え方は、ドイツでは近年、シュミット-アスマンによる「分配行政」の観念、シュミット-プロイスによる「紛争調停的行政行為」の観念、あるいは、公法が水平関係を垂直関係に転換するが、水平関係が吸収ないし「止揚」されてしまうわけではない、というヴァールの註釈などにより、明らかにされている⁵⁾。こうした考え方は、私も支持しているが、日本では理論として確立されているわけではない。

このような(行政) 実体法関係の観念によって、著者は、訴訟参加が問題となる場面が、民事訴訟と行政訴訟とで異なる点を明確にしている。つまり、行政訴訟では、行政主体が被告となるために、原告私人と「水平関係」において対立し、紛争状態にある私人、すなわち著者がいう「実質的紛争当事者」が、当事者とならない(行訴法4条前段の形式的当事者訴訟では、正にこうした私人が被告になる)。したがって訴訟参加は、民事訴訟においては多くの場合、いわば複数の法関係に係る複数の紛争を一挙・合一的に解決する意味を持つが、行政訴訟においては多くの場合、いわば一つの実体法関係に係る一つの紛争の実質的当事者を訴訟に引き込む意味を持つことになる〔355頁、426頁、469

頁註(532)。ベッターマンの「実質的訴訟当事者」概念について31頁〕。そのためにドイツでは、関係私人の意思に委ねずに、裁判所が必要的に訴訟参加させる制度が設けられているのであろう。日本の職権訴訟参加の制度を解釈運用する場合にも、こうした点に注意しなければならない。

Ⅲ. 行政訴訟における判決効と訴訟参加との関係

そこで次に、行政訴訟の判決、特に取消判決の効力により、Ⅱで明らかにした法関係がどのように規律されるか、という問題に関する著者の分析を辿る。

1 取消判決の形成力に基づく必要的訴訟参加

行訴法32条は、取消判決の第三者効を明文で認めているが、かつて兼子一は、訴訟参加しなかった第三者に形成判決の効力を及ぼすことに反対していた。著者はこの兼子説を重く受け止めて検討し、結論としては、兼子説は行政法、特定すれば行政行為の特性に対する考慮が不十分であり、また、原告の権利保護を貫徹できないとして、第三者効を定める制度を妥当としている(244頁以下、561頁以下)。私も、行政庁が国民・住民を規律するために対世的に法(源)としての行政行為を定めることに対応させて、行政行為を取り消す判決の対世効を制度化することは、合理性を持つと思う⁶⁾。

そして著者は、行政訴訟に参加させる必要がある者を、原告の請求する判決により法的地位が「直接的」に「消極的」な影響を受ける者とする、ドイツのコンラートの学説を基本的に支持している(160頁以下、185-186頁、390頁以下、426-427頁)。このコンラート説は主

5) 山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000) 246頁以下。

6) 山本・前掲注5)470頁、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(上)」ジュリスト1238号86頁、97頁(2003)。

として、取消判決の形成力により法的地位（権利義務）を不利益に変動される者を指しており、取消判決の形成力を念頭に置くものと言えよう。具体的には、II 1 の①⑤⑥⑧のYがこれに該当する。そしてドイツ法によれば、判決により法的地位を不利益に変動される者には、基本法 103 条 1 項、19 条 4 項等により裁判所における法的聴聞が保障され、かくして訴訟参加させることが要求される、という論理になる（30 頁以下、177 頁以下。もっとも著者は 72-73 頁、136-137 頁では、ドイツでも法的聴聞が必要的訴訟参加の目的として正面から挙げられていないと評する）。日本では、このような具体的な憲法解釈論をこれから展開させていかなければならない、と著者は指摘する〔515 頁註（617）〕。

ここでコンラートは、「直接的」という要件を形式的に理解し、判決の名宛人のみが満たすものと解している。著者も基本的に同様である〔337 頁註（307）、344 頁、393-394 頁、473 頁註（544）、555-556 頁。もっとも、「すくなくとも」と留保した表現も見られる〕。しかし、判決により法的地位を不利益に変動される者は、名宛人でなくても、「直接」性要件を満たすと解し得るようにも思われる。例えば II 1 ②のYも、行政行為が段階的に分かれているため、取消判決ないし取り消される行政行為の名宛人ではないが、農地の法的な取得原因が失われるため、法的地位を不利益に変動されるとは言えるのではないか。

以上のような必要的訴訟参加が行われなかった場合に、ドイツの通説は、判決効を相対的にではなく絶対的に、つまり参加しなかった第三者に対してのみならず訴訟当事者間においても否定する（16-17 頁、28 頁）。取消判決の

形成力を念頭に置いて、形成力が相対的に生じる事態を避けることを意図しているのであろう⁷⁾。もっとも著者は、このドイツの通説は第三者の保護に偏し、勝訴判決を獲得した原告の権利の実現を軽視する点でバランスが悪い、と評する。これに対しフランスは逆に、取消判決の判決効はとにかく対世的に発生させて、第三者の保護は再審を広く認めることにより図る（279 頁以下）。著者はフランスの解決法に共感するものの、再審可能性だけでは取消判決により権利を剥奪される第三者にとって遅過ぎる、と指摘する（295 頁、511-512 頁、556 頁）。この点についてはさらにIVで敷衍する。

2 既判力とその拡張

著者によれば、かつてドイツでは形成判決の既判力を否定するレントの見解が有力であり、日本でも同様に説かれていたが、現在では、既判力を肯定するのがドイツでも日本でも通説である（170 頁以下）。では、行政行為取消判決に、形成力に加えて既判力を認める意義は、どこにあるか。同じ原告による国家賠償請求訴訟で裁判所が行政行為の違法性を前提に判断することになる、という点は、訴訟参加の問題に直接には関係しない。著者は、訴訟参加に関わる点として、既判力がそれを受ける者に裁判所の判断（行政行為の違法性）を受容・承服させる事実上の機能を持つことが、重要であるとす。例えば II 1 ②の事例で取消判決が下された場合に、Yが既判力を受けると、行政庁による売渡処分取消処分に対し取消訴訟を提起して争い、またはXによる土地明渡請求に対し徹底的に争うことが抑えられる、というのである（407 頁以下、428-429 頁）。しかしむしろ、法的効

7) 近年ドイツでは、取消判決の形成力が相対的に発生する事態を避けながら、通説より細かく場合分けする説が現れている。例えば Wolfgang Bier, in: Schoch/ Schmidt-Aßmann/ Pietzner (Hrsg.), VwGO §65 Rn.40 (Stand: 2006) は、形成力のある取消判決については、立法論としてはフランスのように判決効を対世的に発生させつつ再審を広く認めることも考えられるものの、解釈論としては通説のように解されるとするが、形成力が問題にならない義務付け訴訟で第三者の必要的参加が懈怠された場合は、当事者間で（のみ）判決効が生じるものと解する。Berthold Clausung, in: a.a.O., §121 Rn.98f. (Stand: 1997) は、義務付け判決にせよ取消判決にせよ、必要的参加を懈怠された第三者に不利な場合は判決効が絶対的に否定されるが、当該第三者に有利な場合は判決効が否定されないものとする。

果として、反復禁止効を考えるべきではないか。反復禁止効を既判力で基礎づけることは、ドイツではほぼ定説であり、日本でも学説上は有力に説かれてきた⁸⁾（日本で実務上有力な特殊効力説によると、ここでの問題は既判力ではなく取消判決の特殊効力としての拘束力の問題になる）。例えばⅡ 1 ⑥⑧の事例で取消判決が下された後、Yが再申請をした場合、仮にYに既判力が及んでいれば、前訴から事情の変化がない限り、行政庁は申請拒否処分を行うことになり、Yが拒否処分に対し取消訴訟を提起しても、裁判所は処分を違法と判断しないことになろう。このように、既判力（ないし拘束力）は、「（行政）実体法関係」における「行政事件の解決」（Ⅱ 2）のために重要な意味を持つ。

では、取消判決の既判力は第三者私人に及ぶか。著者は、既判力の拡張を定める民訴法 115 条 1 項 2 号の準用を認める（同条が適用される例として、債権者代位権により債権者が債務者の請求権を代位行使して訴訟を提起する場合や、婚姻取消訴訟において、相手方とすべき者が死亡しているために検察官が相手方となる場合がある）。つまり、前述した「実質的（紛争）当事者」に当たる私人に、取消訴訟の被告である行政主体が「訴訟上代位」し、行政主体が当該私人の「訴訟担当者」となり、したがって当該私人に取消判決の既判力が及ぶ、と解している（415 頁以下、429 頁以下）。しかし、行政主体は訴訟においても、原告私人と「実質的（紛争）当事者」に当たる私人の両方の利益を十分考慮して、その意味で中立的に行動すべきであり、そのような代位関係や訴訟担当者性を認めるのは無理ではないかと思う（さらにⅣ 3 参照）。なお、民事訴訟法学における反射効の理論を適用することも、行政主体に「実質的（紛争）当事者」たる私人が従属する関係にはないので、やはり難しいであろう。

3 既判力ないし参加的効力を及ぼすための訴訟参加

結局、前述した形成力については、著者がベッターマンに賛成して述べるように、判決効が及ぶから第三者私人を訴訟参加させて手続保障をすることが必要と考える（そして、手続保障を欠く場合のサンクションとして、判決効を否定することを選択肢の一つと考える）のが正確であろうが（64 頁以下）、既判力については、判決効を及ぼすために第三者を訴訟参加させて手続保障をすることが必要と、分けて考えるべきではないか（ドイツ行政裁判所法 63 条・121 条は、行政訴訟の訴訟参加人に、当事者に準ずる訴訟手続上の地位を認めて既判力を及ぼす旨を定める - 13 頁、16-17 頁）。著者が、ドイツで職権訴訟参加が論じられる際に取消判決の形成力が明確に位置づけられていない、として（71-72 頁、169-170 頁。ドイツにおける批判として、174 頁以下、177 頁以下）、前述 1 のように形成力を重視して職権訴訟参加を分析していることは、卓見である。ただし、ドイツの議論の問題点をより精確に特定すれば、形成力に基づく訴訟参加の論理と、既判力を及ぼすための訴訟参加の論理とを、必ずしも明確に区別して関係を整理してこなかった点にあるのではないか。したがって、日本法の観点からドイツの議論を分析する際に重要なのは、明確に両者を区別し関係を整理することではないか。

例えばⅡ 1 ⑫のように、判決に形成力がない非申請型義務付け訴訟の場合、既判力を及ぼすことが第三者Yの訴訟参加を要求する根拠になろう。1 に挙げたコンラートは、訴訟で争いの対象となる行政行為の名宛人が判決の名宛人と同様に、判決の影響を「直接的」に受けるとして、非申請型義務付け訴訟における必要的訴訟参加を説明するが、形成力を念頭に置く「直接性」のメルクマールにより非申請型義務付け訴訟における必要的訴訟参加まで説明すること

8) 興津征雄「行政処分反復禁止効の法的構成」法学協会雑誌 121 巻 2 号 213 頁（2004）。

は、厳密に理論的には、著者も評するように「くるしい」であろう（165頁）。

そして、訴訟参加により手続保障を行って既判力を及ぼすことが必要な第三者私人の範囲は、「（行政）実体法関係」における紛争解決の実効性を図る観点から画定するべきではないか。確かに、II 1 ⑨⑩の事例のように、法的に保護された利益を持つ者が多数で利害も区々な場合に、こうした法的利益を有する者の範囲を特定し全員を参加させて審理を進めるのは、紛争解決を遅延させる可能性があるから、参加を必要とすべき第三者私人の範囲は、原告適格の判定基準に抛るよりは狭くなろう（112-113頁）。しかしそれでも、利害関係が明確な者は、形成力に基づく訴訟参加が1の基準により必要とされなくても、既判力を及ぼして紛争を一回的に解決するために訴訟参加させる、という考え方があり得よう。例えばII 1 ⑦のYや、⑩の事例で行政庁がYの要請により違反是正命令を行った場合などが考えられる。

実のところドイツ行政裁判所法は条文の追加挿入により、必要的訴訟参加人が50人以上見込まれる場合に裁判所は期限内に申し立てた者のみを訴訟に参加させる措置をとり得る旨（65条3項——21頁）、および、利害を同じくする訴訟手続関係人が多数の場合に裁判所は共同訴訟代理人の選任を命令し、さらには自ら選任することができる旨を（67a条）、定めるに至っている。その限りで、紛争解決の実効性の観点から必要的訴訟参加人を——II 1 ⑦⑩に関して上に示した例を超えて——かなり広く理解するための制度上の手当てが整っているようにも思われる。しかしドイツの学説・実務は一般に、訴訟経済の観点を主要な根拠にして必要的訴訟参加を認めてはおらず（28頁以下）、コンラートの定式のように必要的訴訟参加の範囲を狭く理解し、II 1 ⑦⑩に関して上に示した事例でも訴訟参加を必要的とは解していない。

日本の行訴法22条による訴訟参加人については、ドイツ行政裁判所法121条に対応する規定がない（411-412頁）。そのため、行訴法22条による訴訟参加人には、既判力でなく参加的

効力（372-373頁）を及ぼすに留めざるを得ない（II 1）。それでも、同条による訴訟参加人は、共同訴訟的補助参加人として、必要的共同訴訟人と同様の訴訟行為を認められているので、参加的効力が発生する可能性は、単純な補助参加の場合より高く、ドイツにおける既判力を及ぼすための職権訴訟参加と同様に、日本では、参加的効力を及ぼすための職権訴訟参加を考慮することができよう。なお、参加的効力は参加人と主たる当事者との関係においてのみ発生するが、単純な補助参加の場合にも、既判力や争点効を参加人と相手方当事者との間の関係で認める民事訴訟法学説があり、著者は、「行政訴訟においては、きわめて魅力のある、有用な論理であるといえるし……行政訴訟のほうが、このような論理はうけいれられやすい」と評している（420頁以下）。

IV. 必要的訴訟参加が問題となる第三者に必要な手続保障

以上を前提にして、最後に、必要的訴訟参加の意義、および必要的訴訟参加が問題となる第三者に「真に」必要な手続保障について、著者の説くところを見る。

1 行政主体と第三者の役割分担

著者は、取消訴訟における被告行政主体と、必要的訴訟参加が問題となる第三者（典型的には、これまで例示したように、授益的行政行為の名宛人）との関係を分析して、次のように論じる。行政主体と授益的行政行為の名宛人との間の（行政）手続法関係においては、典型的には、前者に職権調査義務、後者に協力義務が課される。こうした義務は、訴訟前の行政手続においても、また取消訴訟中も妥当する。つまり授益的行政行為の取消訴訟において、行政主体は自らの行った処分を正当化するように調査・主張・証明を尽くす義務があり、行政行為による受益者も基本的には、裁判所でなく行政庁に協力する義務を負う。そうすると、授益的行政

行為の名宛人が当該行政行為の取消訴訟に訴訟参加しても、行政主体に対してせいぜい補充的な役割を負うに過ぎず、訴訟参加の実益は小さい。そして、著者によれば訴訟参加させなくても取消判決の既判力は「実質的（紛争）当事者」に当たる第三者私人に及ぶので（Ⅲ 2）、裁判所は当該第三者私人に対し、取消訴訟が係属しているという事実を情報提供として告知すれば足り（「訴訟告知」とは異なる）、訴訟参加するかは当該第三者の意思（申立て）に委ねればよい（395 頁以下、427-428 頁、551 頁）。

このように著者が、行政主体と第三者私人との役割分担を、訴訟前の行政手続および訴訟中において一貫したものとして捉え、また、こうした広義の行政手続における役割分担を、訴訟参加の問題と結びつけている点は、慧眼というべきである。

2 実体的な信頼保護の要請

そして、著者は、1 で述べた訴訟係属の告知の意義は、当該第三者私人に対する訴訟参加の機会の保障にもあるが、重点はむしろ、当該第三者の信頼保護にある、と主張する。すなわち、授益的行政行為の取消訴訟が係属し、行政行為の名宛人である第三者私人の法的地位が将来の取消判決により覆滅される可能性があることを裁判所が告知して、当該第三者が訴訟係属中、リスクを計算しながら投資ないし行動できるようにすることが、第三者の実体的な信頼保護のために要請される、というのである〔522 頁註（665）、533 頁以下〕。

訴訟係属の告知が信頼保護の機能を有することは、本書により初めて明示されたと言えよう。また、これまで、授益的行政行為に対する信頼保護の要請を、職権取消の場合には非常に強調する一方、争訟取消の場合には、反対利害関係人の権利保護を一時的に優先させる傾向があったが、後者の場合にも信頼保護の要請を考慮して、バランスのとれた制度論・解釈論を志向する点も、注目される。

3 検討

ただ私は、やはり第三者私人を職権で訴訟参加までさせる制度論・解釈論が必要ではないかと思う。そもそも、取消判決の既判力は第三者私人に当然には及ばないと解すると（Ⅲ 2）、形成力を超える判決効を及ぼすための制度論・解釈論を考える必要がある。また、著者による行政主体・第三者間の役割分担の捉え方は、ほとんどの場合現実に適合するであろうが、なおしっくりこない点がある。まず、行政主体に対する私人の協力義務は、Ⅱ 1 ⑫のような非申請型義務付け訴訟における不利益処分の名宛人には、授益的行政行為の申請人ほど強くは妥当しない。また、授益的行政行為の取消訴訟であっても、行政主体が行政行為の根拠「AまたはB」のうちAの存在は認めるがBの存在は認めない場合などには、行政行為の理由のレベルで行政主体と第三者私人（行政行為による受益者）の主張が食い違う可能性がある。そのほか、訴訟の進行によっては、行政主体が原告の主張を第三者私人の考え方に反して認める方に傾くこともある（極端な場合は、自白、上訴の不実施）。さらに、ケースによっては、行政庁より第三者私人の方が主張・証明を的確になし得ることもあるのではないかと思われる。結論として、著者が、第三者私人に対する手続保障を、民事訴訟法学における「第三の波」論者の主張ほど強くする必要はない、としている点には賛同できるが（488 頁以下、528 頁以下）、それでも著者の考えよりは、第三者が訴訟手続に参加することの意義を強く認めるべきではないかと思う。

4 行訴法 34 条による再審

最後に、行訴法 34 条の定める再審の要件は、著者の分析する通り、フランスよりかなり制限されている。例えば裁判例は、行訴法 34 条の再審においては「従前の訴訟で既に判断されている」攻撃防御方法は援用できない、としている（499 頁以下）。しかしこのような現行法上

の制限に関しては、憲法上の法的聴聞ないし裁判的権利保護の要請（Ⅲ 1）に適合するか、あるいは、非申請型義務付け訴訟の場合と比べて均衡を欠かないかを、さらに検討する必要があるように思われる。後者は、Ⅱ 1 ⑫の事例で、Yが訴訟参加しないまま義務付け判決が下され、行政庁が判決に従い違反是正命令を行ったのに対し、Yが取消訴訟を提起する場合、Yは従前の訴訟で既に判断されている攻撃防御方法の提出も妨げられないのではないか、そうすると行訴法 34 条の要件と不均衡ではないか、といった問題である。

* * *

以上のように、本書には様々な新しい着眼が盛り込まれている。私は若干の問題も提起したが、これは陳腐でありきたりの問題提起であり、むしろ本書のオリジナリティーを際立たせる意味しかない。

（やまもと・りゅうじ）

法科大学院3年間を振り返って

東京大学名誉教授・早稲田大学客員教授

伊藤眞

今春卒業された方々が3年前に入学された折、懇親会での挨拶において、「私もあと3年で卒業ですから、一緒に修了することができるよう、お互いに頑張りましょう」と、お話ししたことを覚えています。学生諸君も緊張の毎日であったと思いますが、私にとっても、試練の3年間であったというのが正直な気持ちです。

I. 法科大学院発足前に描いていた授業風景

実定法科目での従来の授業風景は、教員の熱意や学生の意欲の度合いによって多少の差はあったでしょうが、基本的には、講壇から学生に向かって、それぞれの科目で取り扱う法の内容を体系的に説示するというものでした。しかし、法科大学院の教育は、双方向的でなければいけないということになり、いざ自分がそれを行わなければならない立場に立たされたとき、どのような形の授業にすべきかについては、いささか苦慮呻吟したといわざるをえません。従来も演習形式の授業経験はありますが、特に基本科目の場合には、その法分野全体について体系的な知識と応用能力を修得させることが目的となりますから、演習のやり方をそのまま当てはめるわけにはいかないでしょう。

II. 米国ロー・スクールでの経験

多くの教員に共通していると思いますが、私も、30年ほど前に米国で経験した、いわゆるソクラティック・メソッドを思い出しました。ただ、すでに紹介されている通り、米国の教員の熱意や教育方法にも大差があり、振り返ってみても、「反面教師」にしかならない例にも接しました。そんな中で、ミシガン大学ロー・スクールにおけるフランク・R・ケネディ教授の授業は、その水準の高さ、準備の周到さ、教育への熱意のいずれをとっても、第1級のものと感じておりました。同教授は、現行破産法の起草委員会委員長でもあった高名な学者ですが、教育者としても、敬服すべき存在でした。研究と教育の両面において全力を尽くすべきであることを否定する方はいらっしゃらないと思いますが、いざ実践となると、偏ってしまう例が少なくないようです。

III. 参考解答

1年目は、余裕がなく、実践できませんでした。2年目と3年目には、課題について必ず参考解答を示すようにしました。十分な時間をかければ、法的思考や表現方法は、自然に身に付くものかも知れませんが、特に、未修者にとって、短期集中的にこれらを修得するためには、

教員の側で範を示すことが不可欠であると考えたからです。もちろん、参考解答は、100点満点の「模範解答」ではありません。内容についても、表現についても、いろいろ批判や指摘があると思います。しかし、80点程度のものでよいのではないのでしょうか。学習が進んでいる学生は、それを踏み台にして、90点、95点の水準に達するでしょうし、まだ学力が十分でない学生は、それをとりあえずの目標にできるからです。

IV. 皆さんへの期待

法科大学院制度については、未だ評価が定まったとはいえませんが、私は、この3年間の、そして現在所属している早稲田大学の受講生の眼差しを臉に浮かべると、この制度の成果を確信しています。もうしばらくの間、現役として活動したいと思います。ときには同じ立場で、また意見の対立する場面でも、法曹として成長された皆さんの姿に接することを楽しみにしております。

(いとう・まこと)

執筆者一覧

伊藤 眞

東京大学名誉教授
早稲田大学大学院法務研究科客員教授

古江頼隆

大学院法学政治学研究科教授・検事

増井良啓

大学院法学政治学研究科教授

山本隆司

大学院法学政治学研究科教授

両角吉晃

大学院法学政治学研究科准教授

飯田泰士

2005年4月既修者コース入学
2007年3月同コース修了

岩堀 裕

2004年4月未修者コース入学
2007年3月同コース修了

大場規安

2005年4月未修者コース入学

國井敏明

2005年4月既修者コース入学
2007年3月同コース修了

山本哲也

2005年4月既修者コース入学
2007年3月同コース修了

編集委員一覧

学生編集委員

栗原伸輔 木下昌彦 前田健 飯田泰士 栗原宏幸 矢作達也 吉野内庸子
島村陽子 鹿 騁

教員編集委員

山口 厚

大学院法学政治学研究科教授・前法曹養成専攻長（2006年度）

海老原明夫

大学院法学政治学研究科教授・前法曹養成副専攻長（2006年度）

浅香吉幹

大学院法学政治学研究科教授

東京大学法科大学院ローレビュー

The University of Tokyo Law Review

Vol.2 2007年9月発行

編集・発行 東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会

〒113-0033 東京都文京区本郷7-3-1

東京大学大学院法学政治学研究科法曹養成専攻内

E-mail: sl-lr@j.u-tokyo.ac.jp

<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/sl-lr/>



※東京大学法科大学院ローレビュー編集委員会へのご連絡は、原則としてE-mailにてお願いいたします。

※法律で認められた場合をのぞき、本誌からのコピーを禁じます。