



Vol.3 (2008.9)

東京大学 法科大学院ローレビュー

根抵当権と被担保債権の譲渡—セキュリティ・トラスト論議
を機縁として—

内部告発の法と経済学: 公益通報者保護法の検討

第9条—特に平和的生存権の現代的意義について—

プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈

憲法上の財産権保障の意義について

裁判員制度に関する—考察—Tocquevilleを通じて

阿部裕介

岩崎将基

岡本直也

佐藤安紘

清水 潤

鳥生真紗子

アメリカ弁護士のクラス・アクション戦略

アメリカにおける投資ファンドの規制

内部者取引規制におけるいわゆるバスケット条項について

水道事業の官民連携に関する法律上の問題点

Protection of Patent License Against Subsequent Patent
Holder in Japan

労働審判制度の解決機能とインパクト

私の家事実務手帳—離婚訴訟における離婚給付の取り扱い

Utilitarianism and Freedom of Speech - Why and how
broadcasting should be regulated -

契約総則上の制度としての代金減額—債権法改正作業の
文脈化のために

独占禁止法の改正と審判制度

浅香吉幹

大崎貞和

小林俊夫

高橋玲路

Shinto
TERAMOTO

徳住堅治

野崎薫子

Yasuo
HASEBE

森田 修

矢吹公敏

Law Review

The University of Tokyo

—目次—

- 1 第3巻の刊行にあたって 井上正仁

投稿論稿

- 2 根抵当権と被担保債権の譲渡
—セキュリティ・トラスト論議を機縁として— 阿部裕介
- 30 内部告発の法と経済学：公益通報者保護法の検討 岩崎将基
- 57 第9条—特に平和的生存権の現代的意義について— 岡本直也
- 73 プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈 佐藤安紘
- 86 憲法上の財産権保障の意義について 清水 潤
- 122 裁判員制度に関する一考察 — Tocqueville を通じて 鳥生真紗子

寄稿論稿

- 135 アメリカ弁護士のクラス・アクション戦略 浅香吉幹
- 145 アメリカにおける投資ファンドの規制 大崎貞和
- 156 内部者取引規制におけるいわゆるバスケット条項について 小林俊夫
- 167 水道事業の官民連携に関する法律上の問題点 高橋玲路
- 191 Protection of Patent License Against Subsequent Patent Holder
in Japan Shinto
TERAMOTO
- 214 労働審判制度の解決機能とインパクト 徳住堅治
- 221 私の家事実務手帳—離婚訴訟における離婚給付の取り扱い 野崎薫子
- 238 Utilitarianism and Freedom of Speech - Why and how broadcasting
should be regulated - Yasuo
HASEBE
- 247 契約総則上の制度としての代金減額
—債権法改正作業の文脈化のために 森田 修
- 267 独占禁止法の改正と審判制度 矢吹公敏



第3巻の刊行にあたって

近時、法科大学院を取り巻く状況はにわかに厳しさを増し、予断を許さない情勢にある。法科大学院を中核とする新たな法曹養成制度の大前提であったはずの一質量ともに豊かな法曹を育成することがこれからの社会にとって不可欠であるという一基本的考え方を覆し、法曹人口の増加を食い止めようとする動きが、法曹界自体の内部でも活発化し、その理由として、新規法曹を受け入れる側のキャパシティの問題ばかりでなく、法科大学院修了者の質が高くなく、学力が低いといった指摘すらなされている。

これらの動きや発言は、多分に、旧制度で育った人たちの新制度に対する違和感、不信感を反映するものであったり、既得権益に安住しようとする守旧的な抵抗にほかならなかつたり、誤解や曲解に基づく根拠の不十分な言いがかりであったりするところがあり、これらに対しては、私たちは、毅然として反論し、また説明を尽くすことにより、多くの人々の理解を得るよう努めるとともに、理由のある批判や指摘には真摯に耳を傾け、改めるべきところがあれば進んで自己変革を行うことにより、法科大学院を中核とする新たな法曹養成制度本来の趣旨のより良い実現を図っていく必要がある。

法科大学院は、単に司法試験に受かりやすくするために設けられたものではない。その目的は、あくまで、社会のさまざまなニーズに応じて質の高い法的サービスを提供できるだけの能力と高い志を備えた法律家を育成することにある。少なくとも東京大学の法科大学院においては、学生諸君がそのような法律家として育ってくれることを目標にするからこそ、目先の司法試験には役立ちそうにない、あるいは高度すぎるとも思われる内容・レベルの授業をも含め、広範かつ多様なカリキュラムを用意し、情熱を傾けて教育に取り組んできた。幸いにして、学生諸君の多くも、高い目的意識を抱き、旺盛な学習意欲を示して、これによく応えてきてくれた。修了後も、単に司法試験に合格して法曹資格を得ればよしとするのではなく、この法科大学院での学修経験とその成果を礎とし糧としつつ、真のプロフェッショナルとしての法律家となり、社会の期待に応えた良い仕事をする事ができるよう、不断に研鑽を積んでいくよう心がけていただきたいと思う。

学生諸君の学修の成果物を中心にし、かつ学生諸君自身の編集によるローレビューの発行は、上記のような教育理念をよく体現するものであり、わが東京大学法科大学院独自の新たな伝統を形作るものとして、永く受け継いでいかれるべき事業である。今また、編集委員のみなさんの献身的なご尽力により、数倍の応募の中から選び抜かれた学生諸君の論稿と多くの先生方からのご寄稿とからなる充実した内容の第3巻が発刊される運びとなったことは、この上ない喜びである。関係者のみなさんに深甚の謝意を表したい。

2008年9月

東京大学法科大学院法学政治学研究科長

井上正仁

論説

根抵当権と被担保債権の譲渡 —セキュリティ・トラスト論議を機縁として—

2006年4月入学

阿部裕介

I. 序論

- 1 本稿のテーマ
- 2 セキュリティ・トラストとその利点
 - (1) 担保権の一元的管理
 - (2) 債権の流動化促進
- 3 根抵当の特徴～確定前における「随伴性」の否定
- 4 根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラスト
- 5 本稿の方針

II. 普通抵当の性質～「随伴性」を中心に

- 1 本章の目的
- 2 基本的性格～特定の債権の担保
- 3 附従性
- 4 「随伴性」
- 5 「随伴性」と抵当権の準共有の関係

III. 確定前根抵当権の特徴と「随伴性」否定の位置づけ

- 1 本章の目的
- 2 基本的性格～継続的取引関係から生じる不特定の債権の担保
- 3 被担保債権の流動性・入替り可能性～成立及び消滅における附従性の否定
- 4 存続における附従性の否定
- 5 「随伴性」の否定
- 6 上位概念～被担保債権からの独立性
- 7 確定前根抵当権の準共有

IV. セキュリティ・トラストの仕組みと「随伴性」～普通抵当の場合

- 1 セキュリティ・トラストの構造と担保権実行の仕組み
- 2 担保権者＝被担保債権者の原則とセキュリティ・トラストの許容性
- 3 セキュリティ・トラストと抵当権の諸性質～「随伴性」を中心に
- 4 小括
 - (1) 受益者の定めと担保権の性質の関係について
 - (2) 「随伴性」理解に対する示唆

V. 確定前根抵当権に関する「随伴性」否定の趣旨目的～現行法解釈として

- 1 セキュリティ・トラストと民法 398 条の 7
- 2 否定理由の説明その 1～複雑な法律関係の予防
- 3 否定理由その 2～被担保債権決定基準からの説明
- 4 否定理由その 3～本来の根抵当の特質・機能との矛盾
- 5 考えられるその他の理由～担保価値の単独保持
- 6 本章のまとめ

VI. 民法 398 条の 7 の立法経緯

- 1 根抵当立法以前の議論状況
- 2 根抵当立法の特徴と全体像
- 3 具体的な経過
- 4 本章のまとめ

VII. 確定前根抵当権の理論化とその問題点～被担保債権からの独立性について

- 1 「被担保債権からの独立性」概念による整理
- 2 「被担保債権からの独立性」概念誕生の背景～近代的抵当権論という文脈
- 3 根抵当理論の構築～被担保債権からの独立性の解釈指針化
- 4 被担保債権からの独立性を解釈指針とすることの問題点
 - (1) 根抵当法における独立性の不徹底
 - (2) 被担保債権からの独立性それ自体の問題
 - (3) 398 条の 7 に対する現在の評価

VIII. 結論

補論 I. 根抵当権の「被担保債権の範囲」とセキュリティ・トラスト

- 1 残された問題の所在
- 2 債権者基準設定について
- 3 債権範囲基準変更の要否
- 4 譲受特定債権としての追加の要否

補論 II. 貸付人の地位譲渡への応用

- 1 貸付人の地位のみの譲渡の場合
- 2 貸付人の地位と併せて既発生の個別債権をも譲渡する場合

I. 序論

1 本稿のテーマ

これまで、被担保債権を受益者に帰属させたまま担保権を信託財産として受託者に帰属させる「セキュリティ・トラスト」は、被担保債権者と担保権者を分離するものであるため、認められないという考えが強かった。しかし、新信託法¹⁾ 3 条は信託設定の際の「財産の処分」として「担保権の設定」を例示して、これを明文で認めた。

本稿は、この「セキュリティ・トラスト」における担保権者と被担保債権者の分離を通して、担保物権の「随伴性」の理解に新たな光を当てるとともに、根抵当権の「随伴性」を否定した民法 398 条の 7 が、その新たな光の下でいかに解釈されるべきかを問うものである。

とはいえ、本稿は単なる抽象的・理論的な検討にとどまるものではない。本稿は、ある実務的な要請に対する（部分的な）応答の試みでもある。

具体的には、以下のとおりである。

2 セキュリティ・トラストとその利点

そもそもセキュリティ・トラストの許容は、実務的な要請に基づくものである。すなわち、セキュリティ・トラストは、多数の金融機関が一つの契約書のもとでそれぞれ融資を行うシンジケート・ローン（以下「シ・ローン」と略称する）を担保付にする場合に、担保権者と被担保債権者の分離によって以下のような効用を享受するためのものなのである²⁾。

(1) 担保権の一元的管理

これまでのシ・ローン実務では、レンダーに各別に同順位の担保権を設定するか、一つの担

1) 平成 18 年 12 月 15 日法律第 108 号をいう。以下同じ。

2) 浅田隆ほか「銀行から見た新たな信託法制」金融法務事情 1810 号 10 頁、24 頁〔浅田隆発言〕(2007)。

保権を準共有する³⁾しかなかった。しかし、前者は個別の債権者がセキュリティ・エージェントの判断に反して独自の判断で各自の担保権を実行する余地を残し、後者は被担保債権の譲渡に際して煩雑な手続を要する、という問題があった⁴⁾。

セキュリティ・トラストを用いれば、担保権を実行できるのは受託者のみなので（詳細はIV 1、2を参照）、各レンダーの足並みを強制的にそろえることができる。

債権譲渡に伴う手続の煩雑さも、次に述べるように解消される。

(2) 債権の流動化促進

貸付側の不良債権処理やシ・ローン市場の拡大のため、シ・ローンでは債権の譲渡が可能になっていることが望まれる⁵⁾。普通抵当権付きの貸付債権を譲渡する場合、普通抵当権の被担保債権への「随伴性」（II 4）によって抵当権は譲受人に当然に移転するが、抵当権移転の付記登記手続が必要であり⁶⁾、コストがかかる。

セキュリティ・トラストを用いれば、抵当権の帰属をセキュリティ・エージェントに固定できるので、抵当権の移転に関する手続は一切不要となる。さらに、受益者を「A B間の○月○日付シ・ローン契約に基づく債権の、その時々

の債権者」と定めることで、受益者の変更に伴う信託変更の登記も問題にせずすむ⁷⁾⁸⁾。本稿で扱う問題は、主にこちらに関わる。

3 根抵当の特徴～確定前における「随伴性」の否定

ところで、シ・ローンには、融資枠の範囲内で借入人に需要に応じて貸付を受けることのできる権利を与え、債務を弁済すれば融資枠が復活する、という「リボルビング方式」のものが存在する。このような融資枠型シ・ローンから生じ得る貸付債務群を担保するためには、普通抵当権ではなく根抵当権を設定する必要がある⁹⁾。

しかし、普通抵当権との大きな違いとして、根抵当権は被担保債権が移転しても随伴しない（民法398条の7）。従って、根抵当権付債権として価値を高めて譲渡したい場合には、債権譲渡前に元本を確定するか、債権譲渡と同時に根抵当権を譲渡し（398条の12・398条の13）、譲受債権を被担保債権範囲へ追加する（398条の4）必要がある¹⁰⁾。しかし、元本の確定は、取引継続に支障をきたすものであり、根抵当権の譲渡と被担保債権範囲の変更は、抵当不動産

3) この構成には問題があり、普通抵当に関しては登記実務上認められていない（後掲注26）参照。

4) 佐藤正謙監修『シンジケートローンの実務』（金融財政事情研究会、2003）151頁。

5) 佐藤監修・前掲注4)97頁。日本ローン債権市場協会（JSLA）による契約書ひな型26条（<http://www.jsla.org/uploadfile/bxbk732a3q044.doc>，2008年8月27日最終検索。）も参照。

6) 付記登記は、まず抵当権の移転を第三者（債権の第二譲受人ではなく、譲渡人から抵当権の処分を受けた者を指す）に対抗するための対抗要件として必要である。

また、抵当権実行に際して、抵当権の移転を証明する（民執181条3項）ためにも必要である。鈴木祿弥『物権法講義（4訂版）』（創文社、1994）222頁、上原敏夫ほか『民事執行・保全法（第2版補訂）』（有斐閣、2007）227-228頁。

なお、抵当権実行の要件については、債権譲渡契約公正証書などで代替することも可能である。中野貞一郎『民事執行法（増補新訂5版）』（青林書院、2006）348-349頁。

7) 信託の登記における受益者について、新信託法施行に伴う不動産登記法97条1項の改正により、「受益者を定める方法」による登記（2号）が可能となり、個別の受益者の特定は不要となった（同条2項）。これにより、本文のような受益者の表示が可能になり、債権譲渡に伴う受益者変更で信託の変更登記手続をする必要はなくなった。

8) その他、譲渡担保など、そのままでは後順位担保権の設定が実務上困難な担保権を設定する場合に、レンダーのリスク選好度に応じて受益権を階層化することにより、事実上の後順位担保権を実現できることなどもメリットとして挙げられる。浅田ほか・前掲注2)24頁〔浅田隆彦言〕。

9) 我妻栄『新訂擔保物権法（第28刷）』（岩波書店、2002）134頁、佐藤監修・前掲注4)138-139頁。普通抵当には消滅における附従性（II 3）があるので、債務弁済後に復活した融資枠を利用して再度の借入れがなされ新債務が発生した場合、普通抵当ではこれを担保できない。なお、貸付債権は一本の債権となるのではなく、貸付ごとに別個独立の債権が成立することを前提とする。

10) 青山修『根抵当権の法律と登記』（新日本法規、2000）137頁、佐藤監修・前掲注4)158頁。

所有者との合意や登記手続が必要である。

4 根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラスト

それでは、普通抵当のときと同様、根抵当権を信託財産としてセキュリティ・トラストを設定し、受益者の定めや根抵当権の被担保債権の範囲の定めを工夫すれば、元本確定前に譲渡された債権の担保を実現しつつ、登記などの煩雑な手続を回避できるのだろうか¹¹⁾。

この点に関して、詳細な議論はまだ展開されていない¹²⁾。そもそも、根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストに言及する文献自体が非常に乏しい。この問題に言及した実務家の手による希少な文献によると、実務家の間には期待もあるようだが、根抵当権に随伴性がないことを理由に否定的に解するかのような見解も見受けられる¹³⁾。一方で、根抵当権の移転がないので398条の7からは問題ないものの、受益者をいかに定めても被担保債権の範囲変更手続が必要である、という見解もある¹⁴⁾。しかし、いずれもごくわずかな言及であり、しかも後者の見解によっても根抵当権の場合にはセキュリティ・トラストの効用が大きく減殺されることになって実務上のニーズは満たされない。

このように、結局根抵当権の場合には上記実務的ニーズの達成を諦める見解が多い、ということになりそうである。ただ、そもそも議論が

あまり成熟しておらず、根抵当やセキュリティ・トラストの複雑な構造もあいまって、何が理論的に問題であるか、何を論ずべきかについての共通認識さえ形成されていない、というのが現状のようである。

5 本稿の方針

根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストで上記の実務的ニーズを満たすことができるかを判断するためには、①まず受益者を「A B間の〇月〇日付コミットメントライン契約に基づく債権の、その時々々の債権者」と定めることが、確定前根抵当権の「随伴性」を否定した398条の7（及び根抵当権の性質）に抵触しないか、②抵触しないとして、被担保債権範囲の変更なしに譲渡債権が担保されると解し得るか、の両方を別個に検討する必要がある、と考える。そして、本稿が中心的に取り上げるのは、そのうち①の方である。

そこで本稿では、まず議論の前提として、抵当権の基本的性格と「随伴性」を中心とした諸性質・諸概念を取り上げて概念整理を行い(Ⅱ)、これとの比較において根抵当の特徴を把握する(Ⅲ)。次に、普通抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストの法的構造を分析して、「随伴性」との関係を整理するとともに、受益者の定めと398条の7との抵触が問題になり得ることを確認する(Ⅳ)。その上で、398条の7の立法趣旨ひいては根抵当の本質の所在を探究

11) なお、根抵当の場合にセキュリティ・トラストを用いて手続コストを回避する方法としては、他に債権譲渡と並行して受益権を別に譲渡する方法が考えられる。

しかし、仮にこれが実体法上可能としても(理論的には、受益権譲渡の可否そのものが問題になる。普通抵当権の場合は、被担保債権からの分離は許されないので無効にすべきとされる(Ⅳ3)が、根抵当権の場合は被担保債権と切り離した絶対的譲渡が可能なので、受益権だけの譲渡は一応可能なものと仮定する)、この場合は受益者として特定人を定めることとなり、信託の登記も特定人を受益者としてすることになる。そうすると、受益権譲渡に伴って信託変更の登記を経由する必要が生じる。これでは、セキュリティ・トラストのメリットは減殺される(もっとも、受益権譲渡の受託者對抗要件は通知・承諾であり(新信託法94条1項)、第三者対抗要件も信託の登記ではなく確定日付ある通知・承諾なので(同条2項)、信託の登記上の受益者を変更せず放置しても当座は問題ないかもしれない)。

12) 山田誠一「セキュリティ・トラストの実体法上の問題」金融法務研究会編『金融法務研究会報告書(14)担保法制をめぐる諸問題』(金融法務研究会事務局、2006)35頁、43頁は、設定の際の問題については普通抵当と共通であるとするが、設定後の被担保債権の譲渡についていかなる立場に立たれるのかは不明である。

13) 浅田ほか・前掲注2)32-33頁〔井上聡発言〕。

14) 藤原彰吾「セキュリティ・トラスト活用に向けての法的課題(下)」金融法務事情1796号30頁、49頁(2007)。

することで、398条の7をセキュリティ・トラストにおける受益者の定め方に適用した場合の帰結を検討する（V・VI・VII）。

II. 普通抵当の性質～「随伴性」を中心に

1 本章の目的

本章では、まず根抵当と比較対照される普通抵当について、その基本的性格と諸性質を概観し、その上で、根抵当権の場合に否定される「随伴性」とは何かについて検討したい。

また、本稿Vで根抵当権の準共有が問題となる関係上、本章では普通抵当権の「随伴性」と準共有の関係についても説明を行う。

なお、本章で取り上げる諸性質の他にもう一つ、普通抵当と根抵当に共通する性質として、「担保権者＝被担保債権者の原則」がある。しかし、これはセキュリティ・トラストをめぐる論議で焦点が当てられた原則なので、詳細はIV2で説明したい。

2 基本的性格～特定の債権の担保

普通抵当権は、特定の債権の担保を目的とする担保権である。

そして、債権担保の目的から導かれる「担保権の通有性」は、一部緩和されているものの、大体において妥当する。

3 附従性

附従性は、担保権が被担保債権と運命を共にすることをいう。具体的には、成立における附従性（被担保債権が成立していなければ担保権

も成立しない）、消滅における附従性（被担保債権が消滅すれば担保権も消滅する）があり、さらに存続における附従性（担保権を被担保債権から独立して処分することはできない）、実行における附従性（被担保債権が存在しなければ担保権は実行され得ない）¹⁵⁾などがいわれる。

これを正面から定める民法典上の規定は存在しないが、債権を担保するという担保権の存在目的から導出されるといわれる¹⁶⁾。

附従性は、普通抵当については一応妥当する¹⁷⁾。

4 「随伴性」

随伴性は、それ自体としては、①「被担保債権の移転に伴って担保権が被担保債権の譲受人に移転すること」をいう。そもそも「随伴」という日本語は「付いていく」という意味であり、注釈書にも随伴性の説明として「被担保債権がその同一性を維持しつつ移転するときは、これを担保すべき抵当権もまた、別段の契約がない限りこれに随伴して移転する」（傍点筆者）などの記述がある¹⁸⁾。

しかし、随伴性は単に担保権の移転という文字通りの意味を有するにとどまらない。担保権の移転によって②「被担保債権の帰属が変更しても債権は担保され続ける」ということが、当然の前提として含意されているのである。

以下では従来の随伴性概念を解体して、前者を随伴性①、後者を随伴性②と呼び、この両者が混然となっている、従来の理解に基づく随伴性は「随伴性」と表現することとする。ここで、随伴性①は担保権の移転という側面のみに注目した概念であり、何が被担保債権であるかには関係しない。他方、随伴性②は被担保債権が担

15) これは、根抵当立法前に、包括根抵当を解釈上有効とするため、根抵当にも認められる最低限度の附従性として編み出された概念であった。鈴木禄弥『抵当制度の研究』（一粒社、1968）271-274頁。

16) 我妻・前掲注9)14頁。

17) ただし、成立における附従性については、普通抵当においても緩和されている。すなわち、将来の債権のための普通抵当が承認されている。我妻・前掲注9)119頁以下。

18) 柚木馨編『注釈民法（9）（増補再訂版）』（有斐閣、1982）27頁〔柚木馨＝高木多喜男〕。

保され続けるという側面のみ注目した概念であり、担保権の移転には関係しない。ただ、担保権者と被担保債権者が一致している限り、この両者は同一の現象を異なる側面から見たものにすぎない。この両者の違いが最も鮮明に出るのが、担保権者と被担保債権者の一致しない、セキュリティ・トラストなのである（IV参照）。

附従性と同様、これを正面から定めた規定はないが、やはり担保権の存在目的に基づく当然の性質と解されている。附従性の一態様として扱う見解もあり¹⁹⁾、確かに被担保債権への従属という方向性において附従性と共通するが、随伴せずに消滅するという仕組みも附従性と（論理的には）両立するので、附従性から論理的に導出されるものでもない。比喩的にいえば、債権担保の目的という同じ親を持つ兄弟として捉えるべきであろう。

「随伴性」が認められる実質的理由は、担保権が債権の経済的価値を増すために特に付加されたものであること²⁰⁾や、債権を担保するための手段であること²¹⁾に求められるのが通常である。ただ、そのままでは存在目的を失うからというだけであれば、随伴せずに消滅するものとする規律もあり得る。そこをあえて随伴しているのは、価値を増した状態で債権を移転する方が、把握している担保価値を消滅させるよりも経済上合理的であり、特に債権の移

転が当事者の意思に基づく場合はそれが債権譲渡当事者間の通常の意味にも合致するからであろう²²⁾（現に、債権譲渡当事者間の合意によって抵当権を随伴させないことは可能であり、その場合、抵当権は消滅すると解されている²³⁾）。

ところで、実質的理由として挙げられている諸点は、いずれも被担保債権の価値に関わるものである。つまり、随伴性①ではなく、随伴性②を必要とする実質的理由であると思われる。この点には注意を要する²⁴⁾。

「随伴性」は、普通抵当については問題なく妥当する。

5 「随伴性」と抵当権の準共有の関係

一人の債権者が有する複数の被担保債権を担保するために、一つの抵当権を設定することがある。そして、被担保債権の一部のみが第三者に譲渡された場合、抵当権は譲渡債権に随伴する（不動産登記法 84 条参照）。しかし、抵当権の全部が移転するわけではない。具体的には、担保権の不可分性（296 条、372 条で抵当権に準用）によって、移転しなかった債権も移転した債権も担保目的物の全部で担保される必要があるので、債権額に応じた抵当権の準共有（264 条）が成立する、とされている^{25) 26)}。

19) 近江幸治『担保物権法』（成文堂、2004）12 頁。もっとも、ここでは「附従性」という語は被担保債権に従属し専ら債権担保を目的とする性質のことを指して用いられているようであり、そうだとするとむしろ本稿で基本的性格として扱った「債権担保目的」に近い、広義の附従性とでもいうべきものであろう。道垣内弘人「普通抵当と根抵当」『民法の争点』（有斐閣、2007）149 頁、150 頁の「附従性」も、広義の附従性を指すものと思われる。

20) 我妻・前掲注 9) 15 頁。

21) 星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）（合本再訂）』（良書普及会、1984）345 頁、鈴木禄弥・前掲注 6) 221 頁。

22) 我妻・前掲注 9) 126-127 頁。星野・前掲注 21) 345 頁も、同旨をいうものと解される。

23) 我妻・前掲注 9) 226-227 頁、星野・前掲注 21) 345 頁。これは、担保権者＝被担保債権者の原則（IV 2）との抵触を避けるためである。

24) なお、担保権に最大の利害を有する被担保債権者が自ら実行をコントロールできるようにする、という理由も考えられ、これは随伴性①に関する理由のように見える。しかし、実はこれはむしろ後述の担保権者＝被担保債権者の原則が存在する実質的理由であろう（IV 2 参照）。

25) 大判大正 10 年 12 月 24 日民録 27 卷 2182 頁。

26) これは後発的に準共有が成立する場面であるが、抵当権設定の際に、債権者を異にする複数の債権を被担保債権とする一つの抵当権（同順位の複数の抵当権ではない）を設定できるか、という議論がある。登記実務は、被担保債権の合計額を担保する抵当権が成立すると、他人の債権について抵当権を取得することになるので許されないものとする。枇杷田泰助「抵当権における準共有の成立」金融法務事情 195 号 38 頁（1959）、匿名記事「債権者を異にする数個の債

Ⅲ. 確定前根抵当権の特徴と「随伴性」否定の位置づけ

1 本章の目的

本章では、前章で概観した普通抵当の特徴との対比において、確定前根抵当権の特徴を分析する。そして、その中で「随伴性」の否定（398条の7）がどのように位置づけられるものであるかを検討する。

2 基本的性格～継続的取引関係から生じる不特定の債権の担保

根抵当権も、債権担保の目的である点では抵当権と共通である。条文上も、抵当権の一変種として位置づけられていることが分かる（398条の2第1項）。

ただ、個別・特定の債権の担保ではなく、継続的取引関係から生じる取引債権群の担保を目的にする点に特徴がある。

3 被担保債権の流動性・入替り可能性～成立及び消滅における附従性の否定

根抵当権は、設定後当分の間に発生する被担保債権は順調に弁済され、その分新たに債権が発生することを予定している。そこで、被担保債権の入替りによって、新たな担保権設定なしに担保価値を再利用する必要が生じる。この被担保債権の流動性すなわち入替り可能性の実現

こそが、根抵当法に特有の目的である²⁷⁾。

然るに、将来発生する債権を担保できないのであれば入替りは不可能であるし、既存の債権の消滅に附従して根抵当権が消滅しても入替りは実現できない。そのため、成立及び消滅における附従性は根抵当では否定されている。

すなわち、成立及び消滅における附従性の否定は、根抵当における被担保債権の入替り実現の論理的前提をなすものである。その実定的根拠は398条の2に求められる。

こうして附従性を否定した結果、特定の被担保債権が指定されることはなくなる。しかし、根抵当権も債権担保目的の権利であるからには担保される対象を何らかの形で観念する必要がある。そこで、根抵当権では被担保債権決定基準（債権者基準・債務者基準・債権範囲基準）²⁸⁾を用いて包括的に被担保債権の範囲が決定される。担保権者＝被担保債権者の原則（IV 2）が妥当する場合の債権者は根抵当権者に定まるので、担保される債権の範囲を確定するのに実質的な役割を果たすのは、債務者基準と債権範囲基準である。個々の債権に対して成立・消滅における附従性を有しないので、被担保債権の範囲は変更可能である（398条の4）。

4 存続における附従性の否定

根抵当権は、被担保債権から分離して譲渡できる（398条の12・398条の13）。これは、普通抵当権の譲渡が譲渡人の債権に対する配当を譲受人に回すだけの「相対的譲渡」であることとの対比で、「絶対的譲渡」とされる。

権の抵当権は設定できるか」金融法務事情 267号 197頁（1961）。これらの見解も、被担保債権の譲渡に伴う後発的な準共有の成立（本文記載）は承認する。これは、担保権者＝被担保債権者の原則（IV 2）を理由とするものであるが、なぜこの原則が存在するのかは明らかにされていない。

もっとも学説上は、原始的に準共有の抵当権を設定する場合でも、各人が被担保債権の合計額の担保価値を把握するわけではなく、各被担保債権者が把握する担保価値はあくまで各人の被担保債権額に応じた持分権の価値にとどまるので、担保権者＝被担保債権者の原則は維持されており、問題ないと解するのが通説である。我妻・前掲注9) 246頁、道垣内弘人『担保物権法（第3版）』（有斐閣、2008）124-125頁。柚木編・前掲注18) 22頁〔柚木馨＝高木多喜男〕は、被担保債権の譲渡による後発的な準共有成立を認めることとの平仄をも根拠とする。これらの見解も、担保権者＝被担保債権者の原則自体を否定するものではない。

27) 鈴木禄弥『根抵当法概説（第3版）』（新日本法規、1998）1-9頁。鈴木・同 525-549頁も参照。

28) 鈴木禄弥・前掲注27) 43頁の用語法に従った。

存続における附従性の否定は、入替り可能性の論理的前提でも、入替り可能性を認めたことの論理的帰結でもない。ただ、成立及び消滅における附従性が否定されたことで、存続における附従性を否定するための論理的前提が準備された、とはいえる。

以上のように、附従性に関していえば、元本確定前の根抵当権には実行における附従性しか認められない。

5 「随伴性」の否定

元本確定前の根抵当権は、「随伴性」を有しない（398条の7）。

ところで、被担保債権の入替り可能性は、成立及び消滅における附従性がなければ実現できるのであり、なにも「随伴性」を否定する論理的必然性はない。つまり、「随伴性」を肯定しても、譲渡債権が元本確定前に弁済された場合にその枠が新たに発生した譲渡人の債権を担保するのであれば、入替り可能性は何ら害されない。継続的取引関係から生じる債権群を担保するという観点からしても、譲渡されたからといって継続的取引関係から生じた債権であることには変わらない。では、なぜ確定前根抵当権の「随伴性」は否定されるのだろうか。これこそが本稿の中心的テーマであり、V以降で詳しく論じる。

前章で検討したところによると、この「随伴性」の否定についても、実は二通りの解釈が可能であることが分かる。

すなわち、398条の7の文言は「その債権について根抵当権を行使することができない」とする。根抵当権を行使するためには根抵当権者であることが必要なので、398条の7は随伴性①を否定しようとした規定として読めようである。しかし、398条の7は担保権者＝被担保債権者という関係が当然であった時代に起

草された条文であり、随伴性①と②の区別に注意を払っていたとは到底考えられない。つまり、随伴性②を否定する目的で、随伴性①を否定する文言を用いた可能性もあり、条文の文言は決め手にはならない。

このいずれと解すべきであるかは、実はセキュリティ・トラストにおける受益者の定め方への制約の有無と深く関係するので、後述する。

6 上位概念～被担保債権からの独立性

以上のように、元本確定前の根抵当権には、成立・消滅における附従性がなく、絶対的譲渡が可能であり、「随伴性」がない、といった性質があり、被担保債権の範囲も変更できる。これらを統一的に説明するために、「根抵当権の独立性」という概念が用いられることがある²⁹⁾。これに、極度額の範囲で自由に（＝後順位抵当権者の関与なく）被担保債権の範囲変更・根抵当権の譲渡ができるという観点を加えた「独立の価値権性」という概念も用いられる。これらは、確定前根抵当権者を、被担保債権から独立した価値枠たる「担保枠」³⁰⁾の保有者として構想するものである。

ところで、継続的取引関係から生じる取引債権群の担保や、被担保債権の入替り可能性の実現という観点から論理必然的に導出されるのは、「入替り可能性」とその論理的前提である「成立・消滅における附従性の否定」までであり、根抵当権の独立性を構成するものとされる他の諸要素は、論理必然的に導かれるものではないはずである。

しかし、成立及び消滅における附従性の否定は、絶対的譲渡と被担保債権の範囲変更の論理的前提を提供するものである。また、被担保債権との関係の希薄化という点で、入替り可能性と独立性が方向性を同じくするのは確かであ

29) 清水湛「新根抵当法の逐条解説（上）」金融法務事情 618号4頁、10-11頁（1971）、柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（9）』（有斐閣、1998）664頁〔高木多喜男〕など。

30) 鈴木祿弥・前掲注27)10頁は、担保枠概念の成立を根抵当権の「副次的な特徴」と位置づける。

る。そのような意味において、被担保債権からの独立性という上位概念を設定し、他の諸概念をいわば同じ親を持つ兄弟の関係にすることには、それなりの理由がある。

ただ、この概念が債権担保目的と緊張関係に立ち得るものであることには、注意を要する(後記VII)。

7 確定前根抵当権の準共有

根抵当権は一度に多数の債権を担保すること当然に想定している。そこで、普通抵当と比べても、準共有が問題になりやすい³¹⁾。

確定前根抵当権の場合、「随伴性」が否定される結果、被担保債権が譲渡されても根抵当権が一部移転し、準共有を生ずることはない。

しかし、根抵当権の一部譲渡によって準共有が生じる。根抵当権の譲渡は、被担保債権の譲渡と同時にすることももちろん妨げられないが、この場合に譲渡債権が担保されるようにするためには、同時に譲受債権を特定債権として被担保債権範囲に追加(被担保債権範囲の変更(398条の4)の一種)することが必要とされる³²⁾。これは、譲渡債権が根抵当権の譲受人と債務者との「取引によって生ずる」債権(398条の2)に当たらないためである。

こうして根抵当権の準共有が成立する場合に備え、民法典には準共有関係に関するデフォルト・ルールが存在する(398条の14)。しかし、準共有者の一人が単独で根抵当権を実行できるのか³³⁾など未説明の問題が多く、根抵当権の

準共有が生じると法律関係は錯綜することになる。

IV. セキュリティ・トラストの仕組みと「随伴性」～普通抵当の場合

1 セキュリティ・トラストの構造と担保権実行の仕組み

まず、議論の前提として、セキュリティ・トラストの構造をごく簡単に紹介する。

セキュリティ・トラストは担保権を信託財産とする信託であり、新たに担保権を設定する直接設定方式(担保権設定者が委託者、担保権者が受託者、被担保債権者が受益者)と、既存の担保権を被担保債権から分離して信託する二段階設定方式(被担保債権者が委託者兼受益者、担保権を移転される者が受託者)があり得る³⁴⁾。

普通抵当の場合、抵当権設定契約において被担保債権が定められる。

セキュリティ・トラストにおいては、受託者が担保権実行申立てをし、受託者が売却代金等を一括受領した上で、受益者に配当する(新信託法55条)。担保権実行の意思決定については、法律上は善管注意義務を負う受託者に委ねられた形になっているが、実際には信託行為で受益者の意思を介在させることになろう³⁵⁾³⁶⁾。

31) なお、根抵当の場合、(準)共有関係を定めた398条の14があるためか、当初から債権者複数の根抵当権を設定することも可能とされる。これを共有根抵当という。清水湛・前掲注29)21-22頁。登記実務もこれを認めているようである(「根抵当権に関する登記事件の動向」金融法務事情670号16頁、19頁(1972))が、普通抵当の場合(前掲注26)参照)との取扱いの差異を理論的に正当化できるのかには疑問が残る。

32) 青山修『根抵当権の法律と登記』(新日本法規、2000)137頁、佐藤監修・前掲注4)158頁。

33) 我妻・前掲注9)526頁は全員が共同して実行することを要求するが、貞家克己ほか『新根抵当法の解説』(商事法務研究会、1971)213頁〔清水誠発言、清水湛発言〕は、単独実行を認める。

34) 谷笹孝史「セキュリティ・トラストの概要と有効活用のポイント」銀行実務2007年4月号90頁、93-94頁(2007)。

35) 藤原・前掲注14)45頁。なお、新信託法26条但書参照。

36) なお、債務(被担保債権)消滅の時期については、受託者の受領時か受益者の受領時かで争いがある(受益者=債権者の同意の要否とも関係する)。山田誠一「新信託法とその利用② セキュリティ・トラスト」金融法務事情1811号16頁、21-23頁(2007)、浅田ほか・前掲注2)26-28頁。

2 担保権者＝被担保債権者の原則とセキュリティ・トラストの許容性

セキュリティ・トラストは被担保債権を受益者に帰属させたまま担保権を信託財産として受託者に帰属させ、担保権者と被担保債権者を分離する。そこで、担保権者＝被担保債権者の原則との関係が問題となる。

担保権者＝被担保債権者の原則は、文字通り担保権者と被担保債権の債権者が一致していることを要求する原則である。かつては、特に意識されることなく当然視されてきた³⁷⁾。

この原則も、民法典に正面から規定されていない³⁸⁾。附従性、「随伴性」のコロラリーとして導かれるという説明もある³⁹⁾が、附従性(実行におけるそれを除く)・「随伴性」のない元本確定前の根抵当権についてもこの原則は妥当する。ただ、普通抵当の場合は被担保債権の帰属が担保権の帰属を規定する(「随伴性」)のに対して、根抵当の場合は逆に担保権の帰属が被担保債権の範囲を規定する⁴⁰⁾、という違いがある。

この原則が認められる実質的理由も、これまでほとんど議論されていなかった。しかし、セキュリティ・トラストがこの原則を(少なくとも形式上は)否定するものであることから、セキュリティ・トラストの承認に際してはこの原則の実質的理由をめぐる議論が意識的になされた⁴¹⁾。そして結論として、この原則は、担保権者と被担保債権者を分離すると、担保権者が配当を受けるだけで被担保債権の弁済には充てられず、担保権の本来の趣旨すなわち債権担保

の目的に反するので、これを防ぐ趣旨のものと考えられた⁴²⁾。

セキュリティ・トラストの許容性は、担保権者＝被担保債権者の原則に対するこのような理解を前提として議論された。すなわち、セキュリティ・トラストにおいては、担保権者と被担保債権者が形式上分離することは否定できない。しかし、被担保債権が存在しなくなるわけではない。しかも信託のスキームを用いれば、受託者は受益者のために担保権を実行し配当金を受益者に配分するので、被担保債権の回収は確実に図られる。つまり、受益権が担保権を実質的に代替し、受益者を被担保債権者と定めることで担保権者＝被担保債権者の原則が実質的に実現される。このことを実質的根拠として、セキュリティ・トラストは明文で認められることとなったのである⁴³⁾。

また、立法時に明示的になされた議論ではないが、配当の最終的な行き先ではなく担保権実行の決定権の点に注目した場合でも、以下のような議論が可能なのではないかと考えられる。すなわち、担保権者＝被担保債権者の原則は、債権担保の目的のために設計された担保権について、配当額に最大の利害を有することになる被担保債権者に担保権実行の決定権を与えることで、経済的に合理的な担保権実行がなされることを期待したものと解することもできる。そしてセキュリティ・トラストの場合、確かに形式上は被担保債権者以外の者が決定権を有することになるが、それは単なる他人ではなく、信託における受託者である。受託者は、忠実義務を課され(新信託法 30 条)、義務違反の際に

37) 我妻・前掲注 9) 128 頁。我妻・同 227 頁も参照。

38) ただし、民法 369 条が抵当権を「自己の債権の弁済を受ける権利」と定義するように、この原則が民法典で前提になっていることは窺える。質権の 342 条も同様である。

39) 道垣内・前掲注 26) 9 頁。

40) 鈴木禄弥・前掲注 27) 11-12 頁。

41) 新信託法の立法前にも、解釈上セキュリティ・トラストを認める見解はあった。2005 年に発表された、金融法委員会「セキュリティ・トラスティの有効性に関する論点整理」(<http://www.flb.gr.jp/jdoc/publication22-j.pdf>, 2008 年 7 月 31 日最終検索。)参照。

42) 山田・前掲注 12) 36 頁。

43) もっとも、これが創設的なのか確認的なのかについては、理解の一致を見ていない。能見善久「新信託法とその利用」**1** 総論 金融法務事情 1811 号 8 頁、14 頁 (2007)。

責任を負う（同 40 条）など、受益者（ここでは被担保債権者）の利益を追求することを特に法的に確保された存在である。従って、担保権者＝被担保債権者の原則が目指していたところの経済的に合理的な担保権実行は、ここでも実質的には確保されていると考えられるのである。

以上のように、セキュリティ・トラストが担保権者＝被担保債権者の原則の例外として許容されるのは、それが担保権者＝被担保債権者の原則の目的を実質的に実現する仕組みを備えているからである、といえる。

3 セキュリティ・トラストと抵当権の諸性質～「随伴性」を中心に

セキュリティ・トラストにおいて、担保権者＝被担保債権者の原則や附従性・「随伴性」は、いかにして扱われることになるのか。ここでは普通抵当に即して検討する。

まず、担保権者と被担保債権者が形式上分離することは否定できないが、受益権が担保権を実質的に代替し、受益者を被担保債権者と定めることで担保権者＝被担保債権者の原則が実質的に実現される。他方、被担保債権の帰属

と実質上の担保権すなわち受益権の帰属との分離は、債権担保の目的を逸脱するのでセキュリティ・トラストによっても許されない。そこで、信託行為で、受益者を定める方法（新信託法 88 条、不動産登記法 97 条 1 項 2 号参照）を「その時々々の被担保債権の債権者」と規定する必要がある⁴⁴⁾。受益権の単独譲渡も、無効にすべきものとされる⁴⁵⁾。

成立・消滅の附従性については、そのまま認められる⁴⁶⁾。セキュリティ・トラストであることによって何か違いが生じるわけではない。

「随伴性」は、これを認めてはセキュリティ・トラストの意義が失われるので否定すべきである、とされる⁴⁷⁾が、これは随伴性①のことである。そして、受益者の定めを「その時々々の被担保債権の債権者」とすることで「事実上の随伴性」が実現される⁴⁸⁾。すなわち、抵当権の「随伴性」そのものではなく、受益権の定め方によって、譲渡後も債権が担保されるという随伴性②が実現されることになる。

44) 受益者を信託成立時の被担保債権の債権者（特定人）と定めた場合はどうなるか。実務家の解説には、これが認められることを前提とするものが多い（小野傑＝有吉尚哉「新形態の信託」法律のひろば 2007 年 5 月号 28 頁、33 頁（2007）、藤原彰吾「セキュリティ・トラスト活用に向けての法的課題（上）」金融法務事情 1795 号 30 頁、32 頁（2007）、藤原・前掲注 14）37 頁）。ところで、受益権は担保物権そのものではないので、担保物権の性質である「随伴性」（当然移転）は認められないとされる（山田・前掲注 12）44 頁）。従って、その特定人が債権を譲渡する際には受益者と被担保債権者の分離防止のため受益権も同時に譲渡する必要がある、とされる（小野＝有吉・同 33 頁、藤原・同 37 頁）。しかし、現実に受益権を譲渡しなかった場合はどうなるかは明らかでない。能見・前掲注 43）15 頁は受益者を特定人とする定め方自体認めないようであるが、山田・前掲注 12）42 頁や山田・前掲注 36）25 頁も同じ趣旨であろうか。

理論的には、①受益権にも随伴性を認めるか、または対抗力ある賃借権の目的物譲渡に伴う貸主の地位移転のように構成して、特段の合意なくして当然に債権譲受人に受益権を移転する②被担保債権から分離した受益権は消滅するものとする③「その時々々の債権者」という受益者の定め方を成立要件とする（特定人を受益者とするセキュリティ・トラストを無効とする）という考え方があり得るだろう。しかし、ここでは深入りしない。

45) 山田・前掲注 36）25 頁。

46) 能見・前掲注 43）15 頁。

47) 山田・前掲注 12）44 頁は、「債権者と抵当権者を分離したことによって、随伴性を備えないものとなったと解すべきである」とする。一方、山田・前掲注 36）25 頁は、随伴性を否定すべきであるとしながらも「これは当事者の契約に基礎を置く規律であるのか、そうではなく、当事者の契約にその旨を定めていなくても実現する規律であるのか…といった問題があるように思われる。」とする。

48) 山田・前掲注 36）25 頁、前掲注 12）44 頁。能見・前掲注 43）15 頁は、端的にこれを「随伴性」と呼び、「このような随伴性を確保していない仕組みを作った場合には、セキュリティ・トラストは無効であると考えたい。」とする。

4 小括

(1) 受益者の定めと担保権の性質の関係について

以上から、セキュリティ・トラストは自由な設計が許されるものではなく、信託された担保権の性質を体現する設計になっていなければならない、ということが分かる。セキュリティ・トラストは担保権者＝被担保債権者の原則を崩すものであるが、これは担保権の性質に変更をきたすものではなく、信託の仕組みを使って担保権の性質を実質的に実現することが必要なのである。

そこで、根抵当権を信託するセキュリティ・トラストの場合も、「コミットメントライン契約に基づく債権のその時々債権者」というような受益者の定め方をすることが、398条の7やその背後にある根抵当権の性質との関係で許されるものかを検討せねばなるまい。次章からは、この作業に入ることにする。

(2) 「随伴性」理解に対する示唆

もう一つ、随伴性①(被担保債権の移転に伴って担保権が被担保債権の譲受人に移転する)、②(被担保債権の帰属が変更しても債権は被担保性を失わない)と担保権者＝被担保債権者の原則の関係についても、以上の議論は示唆を与える。

本章で検討したとおり、普通抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストにおいては、随伴性①が崩される一方で、受益者の定めによって②が実現され、これをもって「事実上の随伴性」が実現されたものとされる。それでは、なぜ随伴性②が実現されれば足り、随伴性①は否定しても良いのだろうか。

この点については、理論的な説明を与え得るように思う。つまり、II 4で述べたとおり、随伴性を承認すべき実質的理由として挙げられてきた諸点が、みな①ではなく②に関するものであるからであろう。

そうだとすると、従来「随伴性」の定義であるとされた随伴性①「被担保債権の移転に伴って担保権が被担保債権の譲受人に移転する」と

いう性質は、実は目的ではなく手段であった、というべきであろう。すなわち、②「被担保債権の帰属が変更しても債権は被担保性を失わない」という原則の実現こそが「随伴性」の目的であり、この原則を「担保権者＝被担保債権者の原則」の下で実現するためには、①担保権の帰属変更という随伴性が、手段として必要だったのである。

そして、セキュリティ・トラストの場合、随伴性①という手段ではなく、受益者の定め方を「その時々における債権者」にするという手段によって、随伴性②という目的が実現されることになり、それで足りるのである。

V. 確定前根抵当権に関する「随伴性」否定の趣旨目的～現行法解釈として

1 セキュリティ・トラストと民法398条の7

前章で検討したように、セキュリティ・トラストは担保権者と被担保債権者を分離した結果、被担保債権が譲渡されても担保権者は変わらない、という状態を可能にする。すなわち、受益者の定めによって、随伴性①を実現しないようにしつつ、随伴性②を実現することができるのである。これは、根抵当権の場合でも同様である。

そうすると、根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストにおける前記のような受益者の定め方が398条の7における「随伴性」の否定と抵触しないかを考えるに当たっても、398条の7の目指すところが随伴性①を否定すること(担保権の帰属変更の阻止)にあるのか、それとも随伴性②を否定すること(譲渡債権を担保することの阻止)にあるのかを探究する必要があるだろう。随伴性①を否定することが主目的であるとすれば、受益者の定め方で随伴性②を実現しても構わないが、随伴性②を否定することが主目的であるとすれば、受益者の定め方で随伴性②を実現することは398条の

7に照らして許されないということになる。

そこで、まず本章では、現行法 398 条の 7 の解釈指針を求めるべく、この条文がこれまでにどう説明されてきたか、その説明が随伴性①②のいずれを否定する結論につながるかを検討してみたい。

2 否定理由の説明その 1～複雑な法律関係の予防

根抵当権者からの被担保債権譲受人がみな根抵当権者となると複雑な関係が発生するので、398 条の 7 はこれを防ぐための政策的規定だと考える見解がある⁴⁹⁾。

この見解は、確定前の段階では、被担保債権は枠の中に入っているだけで、終局的に担保されると決まったわけではなく、担保することとするかは政策的に考慮すべき問題である、とする⁵⁰⁾。そして、新法は法律関係を簡明にするために「随伴性」を否定したものと考える。

ここにいう「複雑な問題」とは、具体的には確定前根抵当権の準共有成立に伴う諸問題を意味する。すなわち、被担保債権の一部の譲渡によって根抵当権の準共有状態が生じ、根抵当権の行使の要件⁵¹⁾や割合⁵²⁾、弁済された場合の効果（弁済者の代位を生ずるかどうか）について問題が生じ、しかも多数の被担保債権が複数人に譲渡されることによって問題がより複雑化

することが指摘されている⁵³⁾。その他、根抵当権の処分・被担保債権の範囲変更に準共有者たる個別債権譲受人全員の同意が必要だとすると（398 条の 14 第 2 項）、制度の使い勝手が極めて悪くなるであろう。

「随伴性」を否定した場合、譲渡債権を根抵当権で担保し続けるためには、根抵当権の一部譲渡⁵⁴⁾と被担保債権の範囲変更を経ることが必要になる。

もちろん、根抵当権の一部譲渡をする場合であっても準共有が成立するので、複雑な問題は生じる。複雑な問題の出現を防止するといっても程度問題ではある。しかし、準共有者間に利害衝突が生じやすいとすれば、根抵当権者は根抵当権の一部譲渡をする必要が生じた場合でも、慎重に意思疎通の利く相手を選ぶであろう。そして、仮に「随伴性」を肯定する場合には、大量に発生する被担保債権のうちの一部を譲渡したい場合にも同様に譲渡先を慎重に選択するか、根抵当権を随伴させない合意を取りつける必要があることになるが、これが不便であることは確かである。

また、随伴性を肯定する場合と、被担保債権の譲渡とともに根抵当権の一部譲渡と被担保債権の範囲変更を経る場合との違いとして、後者では譲渡当事者間の合意に加えて根抵当権設定者の承諾が必要である、という点がある。このように設定者の承諾を梃子にすれば、法律関係

49) 柚木＝高木編・前掲注 29)692 頁〔高木多喜男〕、我妻・前掲注 9)500 頁など。

50) 我妻栄『新版民法案内VI』（一粒社、1972）220 頁は「これを解決すべき理論というほどのものはない。結局は、どちらが金融界の需要に適するか、またどちらが取り扱いに便利であるかによって決してよいことだ。」と明快に述べる。また、星野・前掲注 21)306 頁も「根抵当権だからといって別にこうしなければならない必然性はないが、實際上、個々の債権譲受人が根抵当権の一部を取得することになると、もとの根抵当権者との関係その他複雑な問題が生ずるから、このようにしたものである」とする。

51) 根抵当権を実行すると元本が確定する（398 条の 20 第 1 項）ので、準共有者たる債権譲受人が単独で根抵当権を実行できるとすると、譲渡人と債務者との間の取引を譲受人が停止させてしまう恐れがある。逆に、全員での共同実行が必要とすると、いつまでも根抵当権を実行できなくなる恐れがある。いずれにせよ、被担保債権の譲渡自体に慎重にならざるを得なくなるだろう。もっとも、随伴性は譲渡当事者間で反対の合意をすることを妨げない（II 4）が、逐一合意をすることが煩瑣なので、デフォルト・ルールとして随伴性を否定することが要請される。

52) もっとも、これについては確定前根抵当権の準共有一般につきデフォルト・ルール（配当時の債権額の割合による）が現行法上存在する（398 条の 14 第 1 項本文）。

53) 我妻・前掲注 50)220 頁。

54) もちろん、分割譲渡でも構わない。その場合、準共有が生じないので、法律関係はより簡明化するであろう。

の紛糾を避けることができ、これこそが随伴性否定の真の狙いである、ともいわれる⁵⁵⁾。

この考え方によれば、398条の7は根抵当の性質から演繹されるものではない創設的規定ということになり、仮に398条の7がなければ、普通抵当の場合に妥当する原則に立ち返るべき（すなわち、「随伴性」を肯定すべき）ともいわれる⁵⁶⁾。

このように、根抵当権の一部移転（準共有）が複雑な関係を生じることを立法趣旨として考えるのであれば、398条の7は随伴性①の否定に主眼のある規定だということになる。そして、セキュリティ・トラストを用いれば根抵当権の移転及び準共有が生じないのだから、随伴性②を実現しても398条の7の趣旨には反しない、ということになる。根抵当権の実行手続においては受託者を単独の根抵当権者として扱えば足り、受益者の権利内容については、信託行為で定められた受益権の内容に従うことになる。すなわち、複雑な問題はセキュリティ・トラストを設定する際の信託行為の定めで解消できるのである。

3 否定理由その2～被担保債権決定基準からの説明

譲渡された債権が、根抵当権の被担保債権決定基準のうちの債権者基準から外れるために随伴性が否定されるという見解がある⁵⁷⁾。つまり、譲渡債権が債権者基準から外れるので、譲渡後も当該債権を担保し続けるためには、債権

者基準の変更として根抵当権の譲渡が必要となる（その上で、実は債権範囲基準からも外れているので債権範囲基準の変更も必要になる）と考えるのである。

この見解を推していくと、譲渡債権が債権者基準から外れさえしなければ、当該譲渡債権は根抵当権で担保され続けてもかまわない、ということになる。そしてこの理由からは、根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストにおける受益者の定め方についての何らの制約も導き出されない。

しかし、この理由づけは、実はあまり理由になっていないものと思われる。というのも、債権者基準というものは、たとえ担保権設定の当事者間で個人を具体的に特定して設定されていたとしても、法律が「〇〇の場合には変わる」と規定しさえすれば、法に沿った形で変わり得るものなのである。つまり、現行の398条の7に代えて「随伴性」を肯定し、被担保債権の譲渡によって債権者基準が当然に変更される（債権の譲受人が債権者基準に当然追加される）、という規律をすることも、十分考えられたのであり、現に普通抵当権についてはそのような規律があると考えてよい⁵⁸⁾。

従って、根抵当の場合に債権者基準の当然変更がないことの実質的理由を説明する必要があり（しかもそれは、普通抵当には妥当せず、根抵当にのみ妥当するような理由であることが必要である）、そのためには結局、理由1か後述の理由3を持ち出す必要がある⁵⁹⁾。

55) 我妻・前掲注9)500頁。これは、根抵当権設定者と被担保債権譲受人の間に交渉の場を設定することで、譲受人によるむやみな実行に歯止めをかける、という趣旨であろうか。また、一部譲渡先をどうするかなどについても、設定者に一定の発言力を与えられるかもしれない。もっとも、この点は法律上の建前論であって、融資者の側に強い経済的支配力があれば、現実には設定者の承諾も有名無実化するかもしれない。

56) 貞家克己ほか「根抵当立法を振り返って」貞家最高裁判事退官記念論文集『民事法と裁判 下』（きんざい、1995）400頁、436頁〔香川保一発言〕。

57) 鈴木祿弥・前掲注6)241頁、前掲注27)168頁、300頁。根抵当の随伴性を「被担保債権の範囲の定め方の問題」とする道垣内・前掲注19)150頁も同旨か。ただし、道垣内・前掲注26)239頁は、理由1と3を並列して挙げている。

58) 道垣内・前掲注26)234頁は、債権者基準と債務者基準は普通抵当権においても要求される、とする。

59) 鈴木祿弥・前掲注27)305-306頁も、被担保債権の差押え・質入れの議論に関連して理由1と3を紹介しており、結局いずれの見解に与するのかは明らかにされていないが、少なくとも理由2を理由1や理由3と同列に扱うわけではないようである。

4 否定理由その3～本来の根抵当の特質・機能との矛盾

「随伴性」を肯定すると根抵当権の本来的特質・機能と矛盾することを、「随伴性」否定の理由として指摘する見解がある⁶⁰⁾。すなわち、流動変動する債権を担保するという根抵当の本来的特質・機能からすると、たまたま被担保債権が元本確定前に個々具体的に特定のものとなったとしても、その債権が元本確定前に根抵当権者から移転した場合にはもはや根抵当権によって担保されると解すべきではない、というのである。

しかし、根抵当権の被担保債権の入替り可能性は、成立及び消滅における附従性がなければ実現できるのであり、たとえ「随伴性」を肯定しても入替り可能性が損なわれるわけではない(Ⅲ5参照)。ただ、入替り可能性があるので「随伴性」を否定しても困らない(後記5参照)、というだけである。

ここで注目すべきは、論者が根抵当権の「附従性の否定」の反面として、当然に「根抵当権の独立性」「独立の価値権性」が強化されるとする点である⁶¹⁾。「附従性の否定」は被担保債権の入替り可能性確保のために必要なものなので、これを要するに、被担保債権の入替り可能性を追求することはその反面として当然に根抵当権の(被担保債権からの)独立性を強化することにつながり、この独立性強化と「随伴性」の肯定とが理論的に相容れない、という趣旨の

ようである⁶²⁾。

この理由3によれば、担保価値は被担保債権から独立して当初の根抵当権者に属人的に帰属していることになる。そして、被担保債権の譲渡だけで根抵当権者による根抵当権の譲渡を経ずに債権譲受人が担保価値を把握することは被担保債権からの独立性に反するので、随伴性②こそが否定されるべきということになるろう。

5 考えられるその他の理由～担保価値の単独保持

なお、普通抵当における「随伴性」は、抵当権の債権担保手段としての存在意義に由来するものであった(Ⅱ4)。然るに、根抵当権には被担保債権の入替り可能性があるので、確定前の譲渡債権を担保しないとしても、代わりに将来譲渡人に生じる他の債権を担保することができ。すなわち「随伴性」を認めなくてもなお担保としての存在意義を失わず、消滅しない。そうであれば、根抵当権者にとって「随伴性」を否定することは必ずしも不合理とはいえない。特に任意の債権譲渡の場合、譲渡人が自己の把握する担保価値を自己のもとに残しておきたいと考えるのが通常だとすれば、デフォルト・ルールとしては「随伴性」を否定しておいて、例外的な場合には根抵当権の絶対的譲渡と被担保債権範囲の変更で対処すればよい、ということになる。

現行法398条の7の立法理由としてこの点

60) 清水湛・前掲注29)44-45頁。理由1も付加的に援用しているが、重心は理由3にあるようである。

61) 清水湛・前掲注29)10頁。

62) この確定前根抵当権の被担保債権からの独立性のゆえに、そもそも元本確定前の段階で被担保債権決定基準を満たす個別の債権は「被担保債権」として扱われるべきではなく、単なる被担保債権の候補・予備的存在に過ぎないものとして扱われるべきである、とする見解がある(斎藤和夫「確定前根抵当権の被担保債権群中の個別債権上の質権設定・差押えの『処分行為』の効力」法学研究59巻12号247頁、267-268頁(1986))。この議論は通常、被担保債権の差押えの効力(後掲注94)を念頭においてなされるが、本稿の問題関心との関係では、元本確定前の個別債権から「被担保債権」のラベルをはく奪することにより、398条の7が随伴性②を否定するものであることを強く示唆するものであるといえる。

しかし、被担保債権から独立した価値権としての根抵当権の性質を強調する立場に立ちながら、元本確定前でも個別債権が被担保債権であることを認める見解もある(清水湛・前掲注29)46頁)。

また、逆に、候補であるに過ぎないとしながら、なお随伴性の否定を政策的問題として位置づける見解もある。我妻・前掲注50)220頁は、「候補者といったところで比喩にすぎない。どれだけの効力を認められるべきものか、一般的に決っているわけではない。」とする。

に触れる文献はないが、このことも消極的理由にはなるものと思われる。そして、立法当時の取引界（とりわけ根抵当権者側）が「随伴性」を嫌った理由の中にも、債権譲渡人として担保価値を手元にとどめておきたいという発想が見え隠れするのである（後述VI参照）。

このように考えた場合には、随伴性②の否定こそが重要だ、ということになる。

しかし、デフォルト・ルールとしての説明は、同じく「随伴性」が問題になる被担保債権の差押え・転付命令等の強制執行については維持し得ない。しかも、この理由は立法当時の取引感覚に基づくものに過ぎない。取引上のニーズは絶えず変化するものであり、現在の取引において、根抵当権者（譲渡人）が担保価値を自ら把握し続けることよりも債権と一緒に譲受人に与えることを望むのが通常といえるのであれば、解釈論の範囲でその要望を反映することは妨げられまい。つまり、これはあくまで消極的理由である。

6 本章のまとめ

以上より、「理由その1＝随伴性①の否定」と「理由その3＝随伴性②の否定」が、解釈指針になり得る主要な理由として残りそうである。

結論を先取りすると、本稿は398条の7を、複雑な関係の出現防止という政策的配慮（理由1）を中心にした規定として考える。そして、398条の7の主眼は随伴性①の否定にあり、担保権者＝被担保債権者という常態においてはこれが結果的に随伴性②をも意味したに過ぎな

い、と解する。

しかしこれに対しては、根抵当権の被担保債権からの独立性との矛盾（理由3）をどうして問題にしないのか、被担保債権からの独立性は根抵当権の欠くべからざる本質ではないのか、という反論が想定される。そのため、以下ではこの想定される反論に対する再反論を試みたい。

ところで、これら立法後の立法理由の説明には、立法過程における議論が反映されているものと考えられる。そこでまず次章では、398条の7の立法過程において、これらの立法理由がいかんして現れてきたものであるかを考察する。

VI. 民法 398 条の 7 の立法経緯

1 根抵当立法以前の議論状況

根抵当立法以前、根抵当についてこれを正面から認める条文は民法典上に存在しなかったが、判例がこれを認めていた⁶³⁾。ただ登記実務上、根抵当権の設定には被担保債権の発生原因たる特定の「基本契約」の存在が必要とされていた⁶⁴⁾。これは、根抵当権の基本契約への附従性を要求するものであった（包括根抵当の否定）。

そのため、基本契約上の地位への「随伴性」、すなわち基本契約上の地位の移転に伴う根抵当権の移転は、広く承認されていた⁶⁵⁾。

既発生被担保債権のみの譲渡の場合に根抵当権が随伴するかについては、議論の対立があり、否定説も有力であった⁶⁶⁾が、「随伴性」肯

63) 大判明治34年10月25日民録7輯9巻137頁。

64) 昭和30年6月4日民事甲1127号民事局長通達。これは、物権法定主義の観点から、普通抵当と同じく附従性を必要とした上で、債権への附従性を契約への附従性にすり替えたものであった。これに対して、学説上は基本契約を不要とする包括根抵当有効説も有力であった（鈴木禄弥・前掲注15）245-264頁など）。

65) 柚木馨編『注釈民法（9）（初版）』（有斐閣、1965）270頁〔柚木馨＝高木多喜男〕、大判昭和10年12月24日民集14巻2116頁（もっとも、問題となったのは三者間合意による移転の可否であり、根抵当権譲渡の合意がない場合に随伴を認めたものではないので、随伴性の有無の先例とするのは疑問の余地があるかもしれない）。

66) 石田文次郎『擔保物権法論上巻』（有斐閣、1935）346頁は、担保権不可分の原則を根拠に、確定前の根抵当権処分も含めて確定前の根抵当権の移転を一切認めなかった。これに対して、柚木編・前掲注65）273頁〔柚木馨＝高木多喜男〕は、根抵当権の処分を肯定しつつ当然随伴のみを否定していた。

定説が通説とされ⁶⁷⁾、登記実務も肯定説であった⁶⁸⁾。この肯定説の多くは、根抵当を基本契約に附従する被担保債権額不確定の抵当権と捉えた上で、普通抵当との連続性を理由に「随伴性」を認めるもの⁶⁹⁾であった。しかし、我妻博士は当初の包括根抵当否定論⁷⁰⁾から立法作業への関与を経て肯定論（根抵当権の債権及び基本契約への附従性を不要とし、根抵当権を被担保債権不特定の抵当権として観念する見解）に転じた⁷¹⁾後も、なお「随伴性」を認めていた⁷²⁾。

2 根抵当立法の特徴と全体像

根抵当法はヨーロッパ大陸法を継受したものではなく、わが国の実務慣習をもとに新たに立法されたものである。しかも、法制審議会の審議過程が公表されておらず、立法過程の探究は容易ではない⁷³⁾。そこで、さしあたり法務省の試案やこれに対する各界の意見などから、当時の議論状況を推測することとする。

立法作業は全体として、根抵当権を被担保債権から独立させる方向で進められた。中心的な争点は、被担保債権発生原因としての基本契約の要否であり、最終的には基本契約を不要とすることになった。それにとどまらず、一旦は取引包括根抵当（A B間の取引に基づく一切の債

務を担保する根抵当）を許容するに至ったが、設定者保護という政策的観点からの揺戻しの結果、取引種類の特定を要求する現行法（398条の2）の形に落ち着いた⁷⁴⁾。その他、根抵当権設定者の同意を要件として、根抵当権の絶対的譲渡（375条の相対的譲渡とは異なる）が可能となった（398条の12、398条の13）。以下、具体的な経過を見ていく⁷⁵⁾。

3 具体的な経過

昭和40年に法務省が示した「検討事項」は、全体的に幅広く考え得る案を並べている。「随伴性」についても、甲案が「根抵当権の一部の移転が生じない」と「随伴性」を否定し、乙案が「移転が生ずる」と「随伴性」を肯定する、両論併記の形が取られている（第七）。

昭和41年の要綱試案でも、包括根抵当を許容する甲案と否定する乙案が併記されている。しかし両案とも「随伴性」に関しては違いがない。すなわち被担保債権の譲渡の場合には「根抵当権の移転を認めない」（随伴性①を否定する文言である）一方、弁済代位や転付命令の場合には根抵当権の移転を認める（第七）。また、基本契約に基づく債務のみを担保する根抵当権については、基本契約上の地位の特定承継に伴う根抵当権の移転を認めている（第八）。

67) 堀内仁監修『根抵当実務全書』（金融財政事情研究会、1978）12頁、304頁。なお、その場合は譲渡人と譲受人が根抵当権を準共有するものとされた。

68) 昭和35年10月24日民事甲2674号民事局長事務代理回答。

69) 枇杷田・前掲注26)39頁、吉野衛「債権とともに根抵当権の一部移転とその登記」金融法務事情257号313頁（1960）。ただし后者は、立法論としては否定の方向を示唆する。

70) 我妻栄「いわゆる包括根抵当契約の有効性をめぐって（上・下）」金融法務事情117号170頁（1956）、118号189頁（1956）。

71) 我妻栄『新訂擔保物権法（第1刷）』（岩波書店、1968）472頁。

72) 我妻・前掲注71)489頁。

根抵当立法後、立法担当官は立法議論以前の議論状況を「基本契約不要＝随伴性否定説」対「基本契約必要＝随伴性肯定説」という構図で説明する（清水湛・前掲注29)44-45頁）が、我妻博士の立場は、この構図では説明し得ないものである。従って、本稿にとってこの見解は極めて興味深いものであるが、残念ながら詳細な理由が付されていない。ただ、我妻博士は立法後に398条の7について政策的規定と説明されており（前掲注50）、立法の前後を通じてある種の連続性が保たれていることは窺われる。

73) 椿寿夫「担保法制」ジュリスト1073号96頁、97-98頁（1995）。

74) 貞家ほか・前掲注56)422頁〔清水湛発言〕。

75) 以下で登場する試案等については、法律時報40巻12号48頁以下（1968）に掲載された資料を参照した（特に注を付したものを除く）。

参事官室による昭和43年の要綱試案は、はじめて案を一本化して提示したものであり、基本契約や取引を特定する根抵当と並んで、取引包括根抵当を許容している(第一)点が特徴的である。「随伴性」については、「根抵当権によって担保されないものとする」という表現で、これを否定する(第五)(随伴性②を否定する文言である)。そして、保証人による弁済代位の例外や、基本契約に基づく債務のみを担保する場合の基本契約上の地位の特定承継の例外(第七)は残されているが、弁済代位一般や転付命令の場合の例外は消滅した。この段階での立法担当官の説明は、主に複雑な法律関係の予防に主眼を置いたものとなっている⁷⁶⁾。

法制審議会による昭和44年の法律案要綱案は、現行法と同じ内容である。「随伴性」についても、「根抵当権を行うことができない」という、現行法に近い(随伴性①を否定するかのよう)表現に再び改められる⁷⁷⁾とともに、昭和43年の要綱試案まではあった例外が削除され、一般承継を除き全般的に「随伴性」を否

定することとなっている。この段階での立法担当官の説明は、「随伴性」否定の理由として、複雑な法律関係の予防に加えて新たに根抵当の本来的特質を挙げる⁷⁸⁾。

この過程で、法務省の意見照会に応じる形で、各界から意見が表明されている。銀行界では早い段階から、随伴させた場合の手續の煩雑さを理由に、随伴を否定する立法を望む声があった⁷⁹⁾。商事法務研究会の契約研究会の意見(商社の意見を反映しているとされる)も、取得した手形を割引く際の随伴を嫌い、「随伴性」を否定する⁸⁰⁾。学界では、昭和41年に根抵当法研究会(我妻栄代表)が公表した根抵当法案要綱仮案がすでに確定前の被担保債権に対する「随伴性」を否定している([10])。「随伴性」を肯定するものとしては、早稲田大学の意見が「譲渡債権の保全のために必要」としているのが目につく程度である⁸¹⁾。

76) 貞家克己「根抵当立法要綱試案について」金融法務事情507号2頁、6頁(1968)。

77) なぜこの変遷が生じたのかは、「随伴性」を随伴性①と随伴性②に分離する本稿の観点からは興味深い、立法過程における議事録等が公表されていないので、解明することができなかった。立法当時は担保権者と被担保債権者の一致、随伴性①と随伴性②の一致が前提とされていたのであるから、この文言の変遷にはあまり重きを置くべきではないのであろう。ただ、随伴性②を否定する文言が一旦浮上しながらも最終的に採用されなかったことで、随伴性②の否定が398条の7の文言から直ちに出てくるものではなくなった、ということは指摘しておきたい。

78) 貞家克己=清水湛「根抵当に関する民法の一部を改正する法律案要綱案の解説」金融法務事情565号4頁、20頁(1969)。

また、立法担当官は、昭和43年段階まであった例外則(保証人の弁済代位)を否定した理由についても、①保証人だけに特に例外を認める理論的根拠がない、という点を挙げつつ、例外を認める実質的な必要性がないこと、つまり②元本確定前に保証人が弁済する事例が實際上少なく、③根抵当権への弁済代位を認めなくても、求償権を担保する独自の根抵当権を設定するか、あるいは債権者から根抵当権の一部譲渡を受ければ目的を達し得ることなどを挙げ、最後に本則を維持する実質的な必要性として④根抵当をめぐる法律関係を簡明なものにする必要を挙げて説明する。

79) 香川保一ほか「取引界が望む根抵当の制度化」金融法務事情328号3頁、8頁[安武政敏発言](1963)、堀内仁ほか「根抵当立法に望む」金融法務事情381号21頁、30-31頁[堀内仁発言](1964)。なお、金融業界でも全国信用組合中央協会と全国信用保証協会連合会は、「随伴性」を肯定する(さらには、包括根抵当にも反対する)立場であったようである(堀内仁「根抵当権の立法と金融界」法律時報38巻3号26頁、28頁(1966))。

80) 契約研究会「根抵当の立法化に関する意見」商事法務326号2頁、5頁(1964)。

なお、この意見には「債権の流通性と根抵当権の流通性は、全く別個のものとして考えるべき」という、被担保債権からの独立性につながるくだりもある。しかし、この意見は根抵当権の譲渡については、はっきりと独立価値権としての構想から絶対的譲渡を提言しているのに対し、随伴性に関する記述では独立の価値権性を強調しておらず、温度差がある。

81) 牛山積「根抵当に関する法務省照会に対する意見書およびその解説」早稲田法学会誌15巻177頁、179頁(1965)。なお、この意見書も我妻説と同様、包括根抵当の有効性を承認しつつ個別債権への随伴を認めるものであり、立法担当官が立法後に描いた構図(前掲注72))からはみ出している。

4 本章のまとめ

立法過程での取引界の意見を見るに、当時は継続的取引から生じた債権について根抵当権随伴のニーズが実務上乏しく、逆に当初の根抵当権者が根抵当権を独占保持し続けることにニーズがあったものと思われる。

そのため、包括根抵当について態度決定がなされる前の早い段階で、取引の実情に合わせて「随伴性」を否定する、という流れがすでに形成されていた。そして、包括根抵当を肯定した昭和43年の要綱試案でも、随伴性の否定は専ら政策的観点から説明されていた。

しかし、例外則が縮小・消滅していくとともに理論化が進み、根抵当の性質・機能、被担保債権からの独立性という観点からの説明が付加されるようになってきたのである。

もちろん、立法の方向が定まるとともに議論が深化した、という面もある。しかし少なくとも、398条の7に関しては根抵当の理論的位置づけが定まる前からすでに他のより実際的な理由で結論の方向性が定まっていたということには、注意が必要であろう。

そこで、次章では被担保債権からの独立性を構成する他の要素にも視野を拡大し、根抵当権を被担保債権から独立した価値権として位置づけ解釈上これを貫徹することにおける問題があるかを検討したい。

Ⅶ. 確定前根抵当権の理論化とその問題点～被担保債権からの独立性について

1 「被担保債権からの独立性」概念による整理

根抵当立法後の立法担当官の解説は、根抵当

の「理論的な特質」として、被担保債権からの独立性・独立の価値権性（本稿Ⅲ6参照）を挙げる⁸²⁾。立法担当官は要綱案段階まではこのような整理をしておらず⁸³⁾、立法サイドにおいて徐々に理論化が進んだことが窺われる。

そこで根抵当権の独立性を示すものとして挙げられている具体的要素は、成立・消滅における附従性の否定、「随伴性」の否定、被担保債権の範囲変更、根抵当権の絶対的譲渡である。また、「価値権」としての性格を基礎づけるものとして挙げられているのは、極度額に変更がない限り絶対的譲渡・被担保債権範囲変更・確定期日変更につき後順位抵当権者の関与を要しないことなどである。

「被担保債権からの独立性」概念 2 誕生の背景～近代的抵当権論という文脈

ところで、「被担保債権からの独立性」「独立の価値権」という概念は、根抵当立法の過程で創出された用語ではない。これらは元来、ドイツの近代的抵当権の特質を説明する概念であった。我妻博士は、資本主義の発展段階に応じた発展の形態として、保全抵当（債権担保目的に特化した抵当権）から投資抵当（投資の手段としての抵当権）へ、というドイツの抵当権史を紹介し、投資抵当ひいては土地債務こそが最も近代的な抵当権である、とした⁸⁴⁾。

ここで近代的抵当権の特質とされるのは、公示の原則・特定原則・順位確定の原則・独立の原則・流通性の原則である⁸⁵⁾が、ここでは特に順位確定の第二原則（被担保債権が弁済されても抵当権の消滅・後順位抵当権の順位上昇がなく、所有者抵当が成立する）と、独立の原則のうち特に附従性を否定する（抵当権を特定

82) 清水湛・前掲注29)10-11頁。

83) 貞家=清水・前掲注78)5-6頁。

84) 我妻栄『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953）83-114頁。

85) 我妻・前掲注9)214-223頁。

の債権の担保という従属的地位にとどめず、独立の価値権として金融取引の客体にする)側面が問題になる。ここで価値権とは、交換価値を把握する権利を意味し、これは取引の対象となることを含意する。

根抵当立法に際しても、当時の論者は多かれ少なかれドイツの近代的抵当権を意識していたようである⁸⁶⁾。裁判実務家の意見の中には、この際ドイツの制度を導入すべしという大胆なものがあつたほどである⁸⁷⁾。

確かに、確定前根抵当権には、近代的抵当権の独立の原則のうち附従性の否定が(実行におけるそれを除き)備わっており、普通抵当と比べると独立の価値権に近づいている。そして確定前根抵当権も被担保債権消滅による順位上昇を極度額の範囲で妨げ、根抵当権者の新たな債権を担保するので、根抵当権者側からみれば順位確保の機能がある。ここでも、近代的抵当権の順位確定の第二原則の機能が一部実現されている⁸⁸⁾、と見ることができる。

もちろん、我が国の根抵当とドイツの抵当制度にはなお隔たりがあり、当時の論者もそのことは意識していたようである⁸⁹⁾。しかし、成立及び消滅における附従性を否定する点で根抵

当権とドイツの近代的抵当権が共通しているためか、根抵当を理論的に説明する過程では、論者の多くは我が国の普通抵当権の対極にあるものとしてドイツの近代的抵当権を意識し、両者を結ぶ直線上に根抵当権を置く⁹⁰⁾ことで、従来の我が国普通抵当と根抵当の異質性を説明しようとしたようである。

こうして、被担保債権からの独立性や独立の価値権性という用語が、成立・消滅の附従性を否定する我が国の根抵当権にも用いられるようになったものと考えられる⁹¹⁾。

3 根抵当理論の構築～被担保債権からの独立性の解釈指針化

このように、被担保債権からの独立性が普通抵当との対比における根抵当の特徴として強調されると、それが根抵当法の背景にある理論として、解釈論にも強く反映されるようになる。398条の7を根抵当権の被担保債権からの独立性・独立の価値権性の現れと解し、そこから随伴性②の否定を導く解釈も、その一つであるといえよう。

しかし、根抵当法を理論的に構築していくこ

86) 清水誠「根抵当立法における基本的問題点」法律時報 40 卷 12 号 4 頁 (1968)。根抵当立法前の柚木編・前掲注 65) 4-5 頁〔柚木馨=高木多喜男〕及び根抵当立法後の柚木編・前掲注 18) 4-5 頁〔柚木馨=高木多喜男〕も参照。

なお、根抵当立法前に絶対的譲渡(一部譲渡)制度の必要性を訴えた我妻栄「根抵当立法の基本問題」『民法研究 XI』(有斐閣、1979) 277 頁は、債務の借り替えの事案を例に挙げるが、これは抵当権における順位確定の第二原則の必要性を示すために用いられる例でもある(我妻・前掲注 9)217 頁)。

87) 「根抵当立法要綱試案に対する学界・法曹界の意見」金融法務事情 510 号 24 頁、40 頁〔長谷部茂吉〕(1968)。また、同 38 頁〔鈴木重信〕は、債務者あるいは設定者の側による担保価値活用の観点から、ドイツ法の所有者土地債務制度を参照することを提言する。

清水湛・前掲注 29)11 頁も、「確定の前後によって法律関係を区別するのは、抵当制度全体の見地から見ると、いたずらに法律関係を複雑にするだけであるということもいえるであろう。…普通抵当にはなんら改正を加えずに、単に根抵当の明文化に止まったという立法の態度に問題があるといえなくもない。いずれ将来の課題として、普通抵当を含めて抵当制度全体の根本的検討によって解決されるべき問題ともいいうるであろう」としており、普通抵当に手をつけられなかったために立法が中途半端に終わったものと捉えているようである。

88) 順位確定の第二原則を完全に実現するためには、①被担保債権がなくても抵当権が存立する(成立及び消滅における附従性がない)こと、②所有者抵当が承認されることが必要であるとされる(我妻・前掲注 9)217 頁)が、我が国の根抵当権は①のみを認めるものであって、②を欠いている。

89) 林良平「根抵当立法化の附従性理論」法律時報 40 卷 10 頁、14-15 頁 (1968) など。

90) 我妻・前掲注 9)219 頁は、根抵当を「附従性緩和の一顕現であるには相違ないが、これとて、抵当権の独立性の理想から見れば、なおほとんどいうにたらないものである」と評する。

91) そして、根抵当権の「附従性の否定」の反面として当然に「根抵当権の独立性」「独立の価値権性」が強化される、という言明(清水湛・前掲注 29)10-11 頁。V 4 参照)がなされるに至るのである。

とには、ある種の困難がつきまとう。それは、根抵当法が我が国における取引慣行の追認として、母法を持たない我が国独自の法として新たに立法されたこと、さらには、高度の利害調整の結果としての立法であることにも由来する⁹²⁾。もちろん利害調整は立法一般に妥当することだが、根抵当立法については特にそうであった⁹³⁾。だからといって理論化の試みを放棄すべきでないことは当然だが、制度を理論化してその本質を同定し、そこから結論を導く、という通常の法解釈の営みも、こと根抵当法の解釈に関しては一定の危険を孕み得るように思われるのである⁹⁴⁾。

しかも、以下に述べるように、問題はそれにとどまらない。

4 被担保債権からの独立性を解釈指針とすることの問題点

(1) 根抵当法における独立性の不徹底

根抵当立法の主眼は、その時点における我が国の取引の実情に合わせることにあり、被担保債権からの完全な独立化は結局、達成されていない。すなわち、根抵当権者が把握する担保価値は元本確定によって極度額から元本確定時の被担保債権額へと縮減し、以後は元本確定時の被担保債権に附従・随伴し、被担保債権の変更や被担保債権から切り離しての絶対的譲渡もできなくなるなど、根抵当権は被担保債権からの独立性を失う。しかも、第三者による目的不動産の差押えによっても元本が確定するので、根

92) 吉田眞澄「根抵当」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊 NBL31 号（商事法務研究会、1995）44 頁、46 頁、同「根抵当の機能・役割と理論」同 198 頁、199 頁。

93) 鈴木祿弥ほか「根抵当実務の諸問題とその法的検証」金融法務事情 1342 号 8 頁、10-11 頁〔鈴木祿弥発言〕（1993）。利害調整の最たるものは、被担保債権資格の限定及びその例外的拡張であった（鈴木祿弥「新根抵当権の基本的性格」ジュリスト 487 号 92 頁、94-97 頁（1971））。

94) その一例として、ここでは被担保債権の差押えと 398 条の 7 をめぐる議論を取り上げたい。

普通抵当において、被担保債権が差し押えられると、債権のみならず、抵当権の管理処分権も担保権の随伴性に基づいて差押債権者に付与される。これが確定前根抵当権の場合にどうなるかが論じられている。

根抵当権の独立性を強調する見解（斎藤・前掲注 62）。近江・前掲注 19）239-240 頁も同旨。）は、確定前根抵当権の独立性から、確定前においては被担保債権を観念できず、被担保債権決定基準を満たす債権は単なる被担保債権の候補者に過ぎないとした上で、398 条の 7 の類推適用により差押えの効力が確定前根抵当権には及ばない、とする。この見解によれば、債権に質権が設定された場合も、論理必然的に同様の帰結となる。

これに対して我妻博士は、効力が及ぶことを肯定しつつ、根抵当権者の利益を保護して差押債権者による実行を制約しようとする（我妻・前掲注 9）502 頁）。

質入れと差押えを区別し、差押えのみ確定前根抵当権に効力が及ぶとする見解（竹下守夫「根抵当権の被担保債権の差押の効力」金融法務事情 653 号 4 頁（1972）、鈴木祿弥・前掲注 27）305-315 頁）もある。特に鈴木博士は、被担保債権を観念し得るか否かの論争にはあえて踏み込まず（抽象的に優劣を論じるのはきわめて困難であり、生産的でもない、という）、根抵当権の実行の可否と被担保債権の範囲変更に関する承諾の要否の問題として整理したうえで、差押禁止財産を作らないという観点から実質的妥当性を踏まえて議論する。

ところで立法担当官の解説は、差押えの効力が及ぶことを無条件に肯定している（清水湛・前掲注 29）46-47 頁。この立場は、試案に対する解説の段階から堅持されている。貞家・前掲注 76）7 頁、貞家＝清水・前掲注 78）21 頁。）。その理由は、398 条の 7 は債権の移転に伴う根抵当権の移転を否定するだけで、債権の移転を生じない差押えの効力とは無関係であり、398 条の 7 の適用がない以上普通抵当の一般原則に戻るべきである、というものであり、これは一見すると単なる形式論に見える。しかし、どうやらその背後には、立法過程で普通抵当の被担保債権を差し押さえた場合との均衡が問題となり、あえて「債権を取得した者」という文言にした、という経緯があるようである（貞家ほか・前掲注 56）434 頁〔清水湛発言〕。これに先立つ貞家克己＝清水湛『新根抵当法』（きんざい、1973）120 頁には、「この問題は、最終的には解釈にゆだねられることになったが、第三九八条の七の文言は、この問題を十分に意識して表現されているものである。」という意味深長な記述がある。）。だとすれば、この点についてはすでに立法者の「決断」がなされているのだ、ということもできる。

無論、立法担当官の解説は個人的見解に過ぎず、しかも立法者意思はその後の解釈を必ずしも拘束しない。しかし、立法段階で差押債権者の利益ないし差押え制度に対する配慮がされ、その手がかりが条文上に残されているのであれば、効力を否定する解釈をするに当たってはそれらが実質的に配慮するに当たらないことを示す必要があり、独立性という概念はその後に結論を示す説明として用いるにとどめるべきではなかろうか。

抵当権の価値権性（取引対象性）は、その限りで妨げられる。ドイツの所有者抵当などは、日本法の抵当制度とその建前を根本的に異にし、取引の実情にも合わないので、導入されなかった。

そして当然のことながら、我妻博士も根抵当を（ドイツ的な意味で）近代的とは評価していない。根抵当立法は取引の実情に合わせた立法であり、近代性の点では取るに足りない、とする⁹⁵⁾。

しかしそうであるからといって、不徹底を補うべく解釈で独立性を可及的に高めようとするべきではないだろう。根抵当法が独立性を徹底できなかったことには、次に述べるような根抵当の本質に関わる理由があると考えられるのである。

(2) 被担保債権からの独立性それ自体の問題

被担保債権からの独立性という概念の由来であるドイツの近代的抵当権は、抵当権を債権担保目的ではない独立の価値権として構想するものであった。このことから分かるように、被担保債権からの独立性という概念は、債権担保目的という我が国の抵当権・根抵当権に共通の基本的性格とは、本来的に緊張関係を有するものである。根抵当権において被担保債権からの独立性が不徹底なのは、根抵当権が我が国の取引の実情を反映してあくまで債権担保の目的を基本的性格としていることの、当然の帰結なのである。

そして、我妻博士の近代的抵当権論に対しては、ドイツ抵当権の発展は特殊ドイツ的な資本

主義発展を背景に持つものであって、被担保債権から独立した価値権というドイツ投資抵当の特徴を普遍的に近代的なものと評することはできない、という批判⁹⁶⁾がなされ、これが浸透して⁹⁷⁾、現在では近代的抵当権論は下火になっている。すなわち、被担保債権からの独立性を欠く債権担保目的の抵当権であるからといって、必ずしも後進的とはいえないことが、共通了解になってきているのである。

そこで、根抵当についても、あくまで普通抵当と同じく債権担保目的の保全抵当である、という点に立ち返って解釈すべきであろう。被担保債権の入替り可能性だけは普通抵当との大きな違いとして認めねばならないが、被担保債権の入替り可能性を超えて普通抵当との違いを強調し、根抵当権自体を独立の価値権として構想する必要はないのである。ドイツの近代的抵当権と我が国の根抵当権は（成立・消滅における）附従性がない点で共通しているが、それは異なる目的を偶然に同じ手段で実現しようとしているに過ぎない、というべきである。

そして実際に、根抵当をめぐる法制度は、このような観点からも十分説明可能である。

例えば、根抵当権は被担保債権から分離して譲渡できるが、これは根抵当権を独立の価値権として根抵当権者にとっての取引対象とするものではなく、本来は設定者による担保価値の弾力的利用を可能にするためのものと考えべきである⁹⁸⁾。極端に言えば、根抵当権者が融資者の地位を利用して大きめの枠を獲得し、余剰を設定者の一般債権者に有償譲渡して利益

95) 我妻・前掲注9)219頁。

96) 鈴木禄弥「ドイツ抵当権法と資本主義の発達」法律時報28巻11号20頁(1956)。

この近代的抵当権論に対する批判は根抵当立法より前になされたものであったが、根抵当立法当時は、まだ法律家全体における共通認識となるには至っていなかったようである。

鈴木博士は根抵当立法に際しては、ドイツの制度の中でも最高額抵当との関係を重視される（鈴木禄弥・前掲注15)280頁以下）。最高額抵当は保全抵当なので独立の原則は妥当しないが（鈴木・同305頁）、成立・消滅における附従性は否定されている。このことは、独立の原則が妥当すれば成立・消滅における附従性が否定されるものの、逆に成立における附従性がないからといって独立の原則が妥当するわけではないことを示唆する。

なお、ドイツでは最高額抵当などの保全抵当にも所有者抵当は成立するので、順位確定の第二原則は妥当する（鈴木禄弥「近代ドイツにおける抵当権法発達史補論」『物的担保制度の分化』（創文社、1992）154頁、189頁）。

97) 松井宏興「近代的抵当権論」星野英一編『民法講座第3巻』（有斐閣、1984）33頁、40頁以下、伊藤進「抵当権の学理上の課題」椿寿夫編『担保法理の現状と課題』別冊NBL31号（商事法務研究会、1995）191頁、191頁。

98) 清水誠・前掲注86)8頁。

を得る、というような利用さえ、独立の価値権という性質には適合しているといわざるを得ない。しかし、これは債権担保目的という一段上の制度趣旨からは逸脱している。現に、法は譲渡につき設定者の承諾を要件とすることで、独立の価値権性に歯止めをかけており（398条の12、398条の13）、このことを単なる設定者保護のための政策的配慮と評価すべきではなからう。

附従性の否定も、価値権としての独立性から導かれるものではなく、被担保債権の入替り可能性を実現するために導かれたに過ぎないものといえる。すなわち、成立・消滅における附従性がなくても、根抵当権はあくまで将来存在する可能性がある被担保債権を担保するために存在しているのであって、独立の価値を有するものとはいえないのである⁹⁹⁾。

(3) 398条の7に対する現在の評価

話を398条の7に戻して、398条の7から随伴性②の否定を導かないことの、今日における実質的妥当性を確認しておきたい。

根抵当立法はメインバンク化¹⁰⁰⁾、系列化・固定化¹⁰¹⁾を時代背景に持つ。当時、根抵当権者たる銀行は債務者の財産に設定した価値権を独占的に把握することを欲しており、債権譲渡¹⁰²⁾も根抵当権の絶対的譲渡¹⁰³⁾も、それほどなされなかった。

しかし近年、金融及び抵当権のあり方は大きく変わっている。メインバンク制に動揺が見ら

れ、融資枠契約が広がりを見せているのもその結果である¹⁰⁴⁾。また、債務者のみならず銀行側の経営不振で、銀行が貸付債権を譲渡することが増えている¹⁰⁵⁾。

何より、担保権を債権から独立させて取引対象とするのではなく、むしろ債権の方を（担保付で）流通させる方向の取引が盛んになっている（セキュリティゼーション¹⁰⁶⁾）。セキュリティ・トラストはまさにその中であって、担保付債権を売買するための制度なのである。

このような時代背景にあって、398条の7がもたらす不便さが認識されつつあり¹⁰⁷⁾、近時の根抵当法改正の方向性もそのことを示している。営業譲渡に伴う根抵当権の移転¹⁰⁸⁾こそ実現しなかったが、根抵当権者側からの確定請求（398条の19第2項）は、随伴性を生じさせることで担保付の債権譲渡を容易にするための規定である¹⁰⁹⁾。

このような中で、あえて398条の7の射程を拡げるような解釈を採用するのは、合理的とはいえないだろう¹¹⁰⁾。

VIII. 結論

セキュリティ・トラストを用いると、「随伴性」の有する随伴性①（担保権の移転）と随伴性②（従前の被担保債権が担保され続けること）の両側面が分解される（II）。そして根抵当権に関する398条の7についても、随伴性①の

99) 道垣内・前掲注19)150頁。これは、説明概念としても「独立の価値を有する担保権」（本稿における「被担保債権の独立性」に相当する）を持ち出すことが不適切である（かもしれない）ことを指摘するものである。

100) 「根抵当法20周年に寄せて」金融法務事情1342号62頁、65頁〔春日川和夫〕（1993）。

101) 清水誠・前掲注86)5頁。

102) 鎌田薫ほか「抵当権制度の現状と将来像（11）」NBL717号36頁、43頁〔菅原胞治発言〕（2001）。

103) 前掲注100)63-64頁〔江口浩一郎〕。

104) 佐藤監修・前掲注4)7-9頁。

105) 鎌田ほか・前掲注102)43頁〔菅原胞治発言〕。

106) 道垣内・前掲注26)120頁。

107) 鎌田ほか・前掲注102)38頁〔小林明彦発言〕、40-41頁〔菅原胞治発言〕。

108) 担保法改正委員会「抵当権法改正中間試案の公表」ジュリスト1228号181頁、226-228頁〔中田裕康〕（2002）。

109) 担保法改正委員会・前掲注108)230-232頁〔中田裕康〕。

110) もちろん、物権法の解釈には物権法定主義からの制約があり、立法当時の利益状況にある程度拘束されるので、こうしたニーズの変化は解釈論よりもむしろ立法論に親和的である。しかし、解釈論としても、解釈の範囲を守りつつ現在の経済状況に対応することは許されてしかるべきであろう。

否定と随伴性②の否定という、両様の読み方が成り立ち得る(Ⅲ)。

根抵当権を信託財産とする場合には、受益者の定めが、その両様の読み方のいずれかとして再解釈されたところの398条の7に反するものであってはならないことになる。セキュリティ・トラストで受益者を定める方法をその時々債権者とする、随伴性①が否定されつつ随伴性②が実現される(Ⅳ)。従って、根抵当権を信託財産とするセキュリティ・トラストの許容性を考えるに際しては、398条の7が随伴性①と随伴性②のいずれを主に否定する趣旨であるかを解釈せねばならなくなる。

そこで考えるに、根抵当権を独立した価値権として位置づけ、そこから結論を演繹するような解釈は避けるべきである(Ⅵ・Ⅶ)。すなわち、根抵当権と普通抵当権との最大の違いである「被担保債権の入替り可能性」だけを根抵当権制度の核心として捉え、被担保債権の入替り可能性(とそれを認めることに伴う不都合を解消するための諸条文の趣旨目的)を損なわない範囲では、むしろ可及的に根抵当を普通抵当に近づけて解釈すべきである。そして、被担保債権からの独立性を構成すると説明されてきた各制度・条文は、分解・解体され、それぞれの具体的な趣旨目的を検討して個別に解釈されるべきである、ということになる。

そこで、398条の7も、まずは準共有に伴う複雑な関係の出現に歯止めをかけるための政策的規定と解しておくべきである(Ⅴ)。そして、398条の7が文言上適用される場合以外については、この「複雑な関係の出現」の程度を中心に、守るべき他の制度の制度趣旨などを考慮して398条の7を解釈し、適用(または類推適用)の有無を判断すべきである、と考える。

然るに、元本確定前の根抵当権について「複雑な関係」が生じる原因は、随伴性①「被担保債権の移転に伴って根抵当権が(一部)移転すること」にあった。そして、担保権者=被担保債権者の原則のもとでこれを否定するためには、随伴性②「被担保債権の帰属が変更しても債権は被担保性を失わないこと」をも、同時に崩さざるを得なかった。つまり、398条の7は随伴性①という手段のもたらす弊害に鑑みて「随伴性」を否定したに過ぎず、「随伴性」の目的である②そのものの否定を狙った規定ではない、と考えるべきである。

セキュリティ・トラストの場合、随伴性①がないので、398条の7が危惧した「複雑な問題」「複雑な関係」は生じない。

そしてこの場合も、根抵当を普通抵当と区別する分水嶺たる「入替り可能性」は実現される。すなわち、根抵当権には消滅における附従性がないので、弁済等によって債権が消滅しても極度額は減少せず、新たに発生した債権が担保される。この点は、随伴性②を肯定しても維持される。根抵当権を信託したセキュリティ・トラストの場合でも、譲渡債権が弁済されればその枠で新たに発生した債権が担保されるのであり、この意味において根抵当権の本質は害されない。

従って、受益者の定め方によって随伴性②を実質的に実現しても、398条の7の趣旨には反しないというべきである。具体的には、受益者を定める方法を「AB間の〇月〇日付コミットメントライン契約に基づく債権のその時々債権者」などとしても、398条の7の趣旨に反するものではない、というべきである¹¹¹⁾。

111) 一方で、受益者を特定人として受益権の単独譲渡を認めることも、根抵当権の場合には絶対的譲渡ができることを考えると、およそ仕組みとして許されないとはいえないだろう。この意味で、398条の7が随伴性②を否定するものでないにしても、本則に戻って随伴性②を必ず実現すべきということにはならないと思われる。

ただ、前掲注11)で述べたとおり、受益権を譲渡すると、受益者を変更する信託変更の登記の要否が問題として残るだろう。

根抵当権の「被担保債権の補論Ⅰ. 範囲」とセキュリティ・トラスト

1 残された問題の所在

以上のように、根抵当の場合でも受益者の定め方によって受益権の当然移転を仕組みことが許されると解しても、直ちに譲渡債権を被担保債権として扱うことはできない。譲渡債権を特定債権として被担保債権の範囲に追加する必要があるか否かが、別途問題になる。

この問題についてはまだ十分に検討できていないが、問題を残す者の責任として、以下では問題の所在を指摘しつつ、考えられる議論の筋道を簡単に示したい。

2 債権者基準設定について

担保権者＝被担保債権者の原則の下では、根抵当権者が定めれば自動的に債権者基準が定まるので、債権者基準の定め方は問題にならなかった。しかし、セキュリティ・トラストによって担保権者＝被担保債権者の原則が崩されることで、根抵当権の帰属とは独立に債権者基準を定めることの要否が、はじめて問題となる。

債権者基準は、セキュリティ・トラストだからといって自由に定められるものではない。セキュリティ・トラストにおいては担保権者＝被担保債権者という関係を受益権によって実質的に維持する必要があることを考えると（Ⅳ参照）、債権者基準は、受益者であることが必要である。そして、受益者を「その時々における債権者」などと定めると、債権者基準も不特定の「受益者」とせざるを得なくなり、しかもそれはその時々における受益者と必ず一致するので、債権者基準を変更する必要はない（債権者

基準はいわば自動的に変更される）、ということになる。

ここで、債権者基準は果たして不特定人ではないのか、という問いが生まれる。

この問題は、被担保債権決定基準が果たすべき機能に照らして考察するしかないだろう。そして、被担保債権決定基準に求められる機能とは、文字通り根抵当権が実行される場合に優先弁済を受ける債権を決定する機能であると解したい¹¹²⁾。

そうすると、範囲を確定することができれば、すなわち既特定・既発生になった債権が被担保債権であるかないかが一義的に定まれば足りるはずである。

このように考えると、「受益者」（＝その時々における債権者）という定め方はその時々に応じてその指示対象が変化するものの、その時々において具体的に誰を指しているのかははっきり分かるはずである。従って、債権者基準は「受益者」としてよいであろう。

3 債権範囲基準変更の要否

次に、債権範囲基準を変更する必要があるかが問題となるが、根抵当権の譲渡があった場合でも、債権範囲基準の変更が常に必要なわけではない。

抽象的基準¹¹³⁾の場合、例えばA銀行が「銀行取引」から生じた債権を担保する根抵当権をB銀行に譲渡した場合、B銀行が同じ債務者に対してする銀行取引から生じた債権を担保するのであれば、債権範囲基準の変更は不要と解されている¹¹⁴⁾。

これに対して、契約を特定した具体的基準¹¹⁵⁾の場合で、契約上の地位の移転に伴って根抵当権が譲渡された場合については、厳格に被担保債権範囲の変更を要求する見解もある¹¹⁶⁾もの

112) 道垣内・前掲注19)149頁。

113) 鈴木禄弥・前掲注27)49頁の用語法に従う。

114) 鈴木禄弥・前掲注27)287頁。

115) 鈴木禄弥・前掲注27)49頁の用語法に従う。

116) 鈴木禄弥・前掲注27)290頁。これは、物権公示の観点を重視し、契約上の地位の承継が登記上に公示されてい

の、被担保債権決定の観点からは、移転の前後を通じて契約に同一性が認められるので、債権範囲基準を変更しなくても問題ないはずであり、現にこの場合は変更不要と解する見解もある¹¹⁷⁾。

この見解を推していくと、債権譲渡でも債権の同一性は維持されるので、形式上は債権範囲基準から外れることはないと解することができそうである。

4 譲受特定債権としての追加の要否

しかし債権範囲基準は、範囲の確定の他にもう一つ、債権者・債務者間の取引によって生じた債権(398条の2第2項)への限定という、より実質的な意味合いも有する。

そこで、既発生被担保債権と併せて根抵当権を譲渡する場合でも、譲渡債権を被担保債権として追加する被担保債権範囲の変更が必要とされている。これは、譲渡債権は根抵当権譲受人と債務者との間の直接の取引によって生じた債権ではないからである¹¹⁸⁾。

従って、たとえ債権範囲が具体的基準の場合で、根抵当権と既発生被担保債権と契約上の地位を一挙に譲渡した場合でも、既発生被担保債権は(形式上債権範囲に入るように見えるにもかかわらず)そのままでは担保されないのである。

こうして、従来の考え方を維持する限り、被担保債権範囲への追加が必要だということになりそうである。ここが、実務的には最大のネックとなるであろう。

そこで、以下では試論として、従来の考え方を否定する方向で解釈を提示してみたい。

被担保債権が債権者債務者間の直接の取引で生じた債権に限定される理由は何であろうか。これまでの見解の多くは、根抵当権の存在目的が継続的取引から生じた取引債権の担保であることを理由に、取引債権への限定を説明する¹¹⁹⁾。ここで、非取引債権として具体的に想定されているのは、偶発的債権(債権者債務者間にたまたま生じた不法行為に基づく損害賠償請求権など)及び譲受債権である。

しかし、偶発的債権の排除と譲受債権の排除を、果たして同列に扱うべきであろうか。両者の排除は、趣旨目的を全く異にしているのではなかろうか。

偶発的債権が排除されるのは、債権が以後発生する可能性が、設定時の当事者間の意思に全く基礎づけられていないためであるとされる。

これに対して、譲受債権の排除は、債権回収秩序の維持がその目的であると考えられる。つまり、譲受債権を設定当初から被担保債権として容認すると、その後債務者の信用状態が悪化したときに、極度額に余裕がある根抵当権者が無担保の債権を買い取って根抵当権の被担保債権にして回収することが可能になるので、これを防止する趣旨と考え得る¹²⁰⁾。

ここに、目的論的解釈を展開する余地が生まれる。

すなわち、根抵当権とともに債権を譲り受けた場合は、もともと持っていた極度額の余りを用いて譲受債権の回収を図る場合とは異なり、

ないことを問題にするものである。

117) 鈴木正和ほか「新根抵当法の問題点《第5回》」手形研究186号34頁、40頁〔清水誠発言〕(1972)。なお、法務省民事局第三課編『例解新根抵当登記の実務(増補版)』(商事法務研究会、1983)37-38頁は、根抵当権譲渡に対する根抵当権設定者の承諾に債権範囲基準の変更の承諾を読み込んだ上で、登記の同一性を理由に債権範囲基準変更の登記は不要とする。

118) 鈴木禄弥・前掲注27)291頁、清水湛・前掲注29)45-46頁。

119) 鈴木禄弥・前掲注27)29頁。

120) 我妻・前掲注9)487頁。なお、譲受債権については、銀行界の強い要望で「回り手形」を当初から被担保債権にすることが例外的に認められている(398条の2第3項)が、例外の例外として、危機時期に残余極度額を利用する目的で取得した手形は担保されない(398条の3第2項)。本文の解釈は、この例外の例外から原則の理由を読み取るものである。

債権回収秩序を害することはない。

ただ、通常の根抵当権の譲渡であると、特に債権範囲基準として抽象的基準を用いた場合などには、譲渡された根抵当権が譲受債権以外の債権を担保することもあり得る。そうすると、債権回収秩序を害する恐れが皆無とはいえない。

しかし、セキュリティ・トラストで受益者の定めを「A B間の〇月〇日付コミットメントライン契約に基づく債権のその時々々の債権者」として、債権範囲基準に「(A B間の) 〇月〇日付コミットメントライン契約に基づくローン債権」という具体的基準を用いた場合なら、受益者に変更が生じて譲受債権だけが担保されることとなり、受益者が債務者に対して有する他の債権が担保されることはないので、債権回収秩序を害する恐れがない。従って、この場合は具体的基準に形式的に当てはまっていれば被担保債権としてよく、現在の特定の受益者と債務者の間の取引で生じた債権である必要はない、と解し得るのである。

しかし、被担保債権範囲への追加の要否はなるべく画一的に決まるのが望ましいとも考えられる。そうすると、これはもはや立法論の域に入るかもしれない¹²¹⁾。

補論Ⅱ. 貸付人の地位譲渡への応用

実務上は、個別の貸付債権ではなく貸付人の地位を譲渡して貸付銀行を入れ替え、新しく入った銀行の債権も根抵当権で担保される、というセキュリティ・トラストも必要である¹²²⁾。そこで、貸付人の地位の譲渡を想定して、譲渡の後に譲受人の下で生じたローン債権を根抵当権で担保できるようにすることは可能かが問題となる。これについてはさらに検討が不足しているが、若干付言したい。

1 貸付人の地位のみの譲渡の場合

受益者の定め方を例えば「A B間の〇月〇日付コミットメントライン契約の、その時々における貸付人」とすることに何か問題はないか。貸付人の地位のみの譲渡の場合、地位譲渡人の下で発生した個別の被担保債権が移転しつつ根抵当権で担保される、という帰結を求めているわけではないので、むしろ根抵当権だけの絶対的譲渡に近い。従って、398条の7の趣旨を随伴性①の否定と考えても随伴性②の否定と考えても、契約に随伴する形をとることの可否が398条の7との関係で問題になることはないはずである。

債権者基準については、個別債権譲渡と同じく、不特定の「受益者」としてよいと思われる。

債権範囲基準については、補論Ⅰで検討したところにより、契約上の地位の譲渡によっても契約の同一性が保たれるので「A B間の〇月〇日付コミットメントライン契約に基づく貸付債権」という具体的基準を定めれば変更は不要になる、と考えたい。

取引で生じた債権に当たるか、という点については、地位の譲渡後に地位譲受人の下で発生するローン債権については、問題なく受益者＝地位譲受人と債務者の間に生じた債務といえる。従って、むしろ個別債権の譲渡の場合よりも問題は少ないといえる。

2 貸付人の地位と併せて既発生 of 個別債権をも譲渡する場合

この場合に、譲渡された個別債権が根抵当権で担保されるかは、個別債権のみの譲渡と比べても、貸付人の地位のみの譲渡と比べても、さらに難しい問題である。特に、取引によって取得したといえるかが問題となりそうであるが、問題の指摘にとどめたい。

121) 他にも、不特定人である「受益者」を債権者基準としたことで、譲渡にもかかわらず債権者基準の変更が生じないことになるので、このことに注目する方法も考えられるかもしれないが、ここでは指摘にとどめる。

122) 貸付人の地位譲渡のニーズにつき、佐藤監修・前掲注4)130頁。

※ 本稿を執筆するに際しては、指導教官の森田修教授にお忙しい中幾度となく時間を取っていただき、懇切丁寧なご指導をいただいた。また、実務に疎い筆者がこの問題領域に関心を持つことができたのも、ひとえに小林卓泰弁護士（森・濱田松本法律事務所）の貴重なご示唆があればこそであった。ここに記して感謝の意を示したい。

もちろん、本稿が試みた議論はすべて筆者個人の拙い着想によるものであり、それゆえ本稿が犯しているであろう間違いはすべて筆者のみに帰責されるべきものであることを、念のため注記しておく。

（あべ・ゆうすけ）

論説

内部告発の法と経済学： 公益通報者保護法の検討

2007年4月入学

岩崎将基

I. はじめに

- 1 近年の企業不祥事・組織的不祥事と内部告発
- 2 内部告発の定義
- 3 公益通報者保護法の制定
- 4 本稿の構成

II. 内部告発の法と経済学

- 1 なぜ企業犯罪が起きるか
- 2 なぜ内部告発がなされるか
- 3 内部告発に対する企業の報復行為
- 4 内部告発と組織内外の監視機能との関係

III. 公益通報者保護法の検討

- 1 通報先は適切か
- 2 通報対象事実は適切か
- 3 通報者の保護は十分か

IV. 提言：望ましい内部告発者保護法制の構築 へ向けて

- 1 提言1：外部通報の相当性の要件は不必要である
- 2 提言2：通報対象事実を見直すべきである
- 3 提言3：通報者の保護を強化すべきである

V. 結語

I. はじめに¹⁾

1 近年の企業不祥事・組織的不祥事と内部告発

近年、いわゆる「内部告発」によって、企業不祥事・組織的不祥事が明るみに出る例が相次いでいる。具体的には、企業などの組織内の人間が、所属組織の法令違反といった不正行為を、組織内外の監督機関や報道機関へ通報することにより不祥事が発覚するというものである。図表1に示すように、このような事例がみられる業界は多岐に渡っており、また民間部門だけでなく、政府部門でも「内部告発」により不祥事が発覚している。2007年に限ってみても、ミートホープの牛肉ミンチの品質表示偽装事件、ニチアスの耐火性能試験の大臣認定不正取得事件など、枚挙に暇がない²⁾。

こうした現象は、日本に限らず、世界各国で見られる傾向である。米国では、同国経済を牽引する巨大企業であったエンロンが2001年に、ワールドコムが2002年にそれぞれ倒産しているが、いずれも「内部告発」に端を発するものであった³⁾。

本稿はこうした「内部告発」行動について、経済学的な分析を行うものである。その上で、「内部告発」の一形態である公益通報について定めた公益通報者保護法について、法と経済学の観点からその妥当性を検討するものである。

2 内部告発の定義

そこで、最初に、本稿で検討の対象とする内部告発について定義する。ここで対象としている内部告発は英語では **whistleblowing** に該当する。内部告発の定義は研究者によって幾通りにもなされてきたが、本稿では櫻井(2006)が掲げる内部告発行為の構成要素に修正を加えたものを内部告発の定義として使用することにする。すなわち、①組織の了解を得ないで行われる(内部告発の本質的な属性)、②組織ぐるみ、組織の一部、あるいは組織トップ(不正行為の主体・被告発者)による、③違法行為を中心とした不正行為(不正行為の態様)に対する、④従業員などの内部関係者(告発者)による、⑤情報提供あるいは資料提供等(告発の手段)による、⑥組織内部の通報受付機関、行政機関あるいはマスコミ等の外部(告発先機関)への不正の暴露を、内部告発と呼ぶことにする⁴⁾。

3 公益通報者保護法の制定

内部告発が世界的に増加し、これを保護・規制する法律が制定されていく風潮の中、日本では2006年4月1日から公益通報者保護法が施行された。これは内部告発の一形態である公益通報行為に関する規律を置くものである。「公益通報」とは、公務員を含む労働者が、不正の目的でなく、犯罪等の事実が生じた旨などを通報することをいい、通報者が不利益な取扱いを免れる要件が、その通報先(組織内部の機関、行政機関、組織外部の機関)ごとに定められて

1) 本稿の分析は、東京大学法科大学院2007年度「リサーチペーパー」として提出した論文に基づくものである。指導教官の太田勝造教授からは数多くのご助言とともに、懇切丁寧なご指導を頂いた。また、Daniel H. Foote教授からもご助言を頂いた。ここに記して、両教授に心より感謝申し上げたい。なお、本稿に残る誤りは、筆者の責に帰するものである。

2) これらの事件の概要については、図表1を参照。順に、事件番号(25)、(26)の項目を参照のこと。なお、本稿本文・脚注・図表に登場する事件の事実関係は新聞報道などの記述に基づくものである。

3) これらの事件の概要については、図表1を参照。順に、事件番号(4)、(10)の項目を参照のこと。

4) この定義を採用した理由は、内部告発行為を経済学的観点から捉えた場合にポイントとなる要素を、必要十分に捉えていると考えるからである。櫻井稔『内部告発と公益通報』(中央公論新社、2006)9頁では⑥の部分について、組織内部の通報受付機関を含めていないが、本稿ではこれへの通報も内部告発に含めることとした。これは、王晋民ほか「社会心理学の観点から見た内部告発」社会技術研究論文集 vol. 1、268頁、269頁(2003)の定義を参考にした。

いる。よって、内部告発者のすべてが、「公益通報者」として保護されるわけではないことに注意する必要がある。内部告発と公益通報との関係については、図表2に掲げておく。

法律の中身について目を向けると、この法律は、全11条からなり、二つの目的がある。一つは、公益目的で犯罪事実等を通報した公益通報者を、解雇や降格・減給等の不利益処分から保護すること、もう一つは、国民の生命、身体、財産などの保護にかかる法令を事業者や行政機関に遵守させようという目的である（法1条参照）。

図表3は諸外国の類似の制度との比較を示すものである。紙幅の関係から米国と英国の内部告発者保護制度に絞って、説明することとする⁵⁾。

まず、米国には「内部告発者保護法」(The Whistleblower Protection Act of 1989)が存在し、公的部門のみの適用となっているが、いかなる情報開示についても、それを理由とした開示者に対する人事行為をしてはならないと定めている。また、「不正請求防止法」(The False Claims Act)は、政府に対する不正請求を、報奨金を通じた内部告発により発見することによって、その回収を図ろうとするものである。「企業改革法(サーベンス・オクスリー法)」(Sarbanes-Oxley Act of 2002)は、株主に対する不正行為、証券取引に関連する詐欺、上場基準違反などの事実に関する内部告発者の保護を規定するとともに、不利益処分を犯罪として刑事罰を科するなどしている。こうした連邦法以外にも、州法で多数の保護制度が規定されており、内部告発者保護に関しても米国は先進国の立場にあるといえる。報奨金制度を内部告発と組み合わせている点、不利益処分に対して刑事罰をもって臨んでいる点などは、日本の法制を考える上で、参考となろう。

次に、英国についてみてみよう。英国では、米国と異なり、民事ルールとしての基本的かつ

包括的な内部告発者保護法である「公益開示法」(The Public Interest Disclosure Act 1998)が1999年から施行されている。この法律は、日本の公益通報者保護法のモデルにもなっている。日本の公益通報者保護法と比較すると、通報先ごとに保護要件が定められている点は似ているが、通報の対象となる事実が広範である点が異なっている。後述するように、通報対象事実は広ければよいというものではないが、積極的に活用しようとする点は参考とするに値しよう。

4 本稿の構成

以下では、まず、Ⅱ節において、内部告発行動を経済学的観点から分析する。ここでは公益通報に限らず、より広い通報行動を分析の対象とする。その上で、内部告発の対象となる企業犯罪がなぜ行われるかを検討し、内部告発が犯罪の発見や抑止にどのように役立つかを説明する。内部告発とその対象となる犯罪行為は、民間企業でなく、官公庁でも行われているが、本稿では、主として、民間企業における内部告発に焦点を当てることとする。さらに、今度は、内部告発を保護・奨励するにはどうしたらいいかを考えるため、内部告発がなぜ、どのように行われるかを、その構造から正確に捉えることを試みる。また、組織内外の監視機能と対比することによって、内部告発のアドバンテージがどこにあるかを掴む。Ⅲ節では、Ⅱ節の理論モデルを前提に、現行の公益通報者保護法について、その妥当性を検討する。Ⅳ節ではこれを踏まえて望ましい内部告発者保護法制に向けて具体的な提言をする。最後にⅤ節で分析と提言の要約をし、結論を述べる。

Ⅱ. 内部告発の法と経済学

これまでの内部告発の研究は、主として、内部告発者の意思決定にのみ注目するものであつ

5) 詳細については、國廣正ほか『コンプライアンスのための内部通報制度』(日本経済新聞社、2006)250頁や、浜辺陽一郎『内部通報制度：仕組み作りと問題処理』(東洋経済新報社、2004)34頁を参照のこと。

た。しかしながら、後述するように、内部告発者が内部告発を行うかどうかは、企業からその後どの程度の報復行為を受けるかといった企業の行動に依存する。そして、企業の報復行為は、自らの行った犯罪行為が発覚しないようにするため、あるいは他にも社内で行われている犯罪があり、それについてまで内部告発されないようにするため、さらには、新たな犯罪行為を行うにあたり「裏切り者」を排除するため、行われる。したがって、企業の報復行為は、企業の犯罪行動と密接不可分の関係にある。このような構造を前提にすると、内部告発をめぐる問題は、まず最初に企業の犯罪行為があり、それに対して内部告発がなされ、さらにそれに対して犯罪行為の延長線上で報復行為がなされるという一連の過程全体をみる必要があることに気づく。

これを踏まえると、内部告発をめぐる問題の所在を正確に理解するには、まず企業の犯罪行動がなぜ行われるかを解明し、その上で、それと密接不可分の関係にある内部告発者の意思決定、企業の報復行為の構造を解明する、という作業が必要となる。この点についてこれまでの先行研究は各問題について独立に扱ってきており、各経済主体の行動における相互依存関係を十分に説明できていなかった。また、後述するように、企業内の従業員の間における意思決定過程にも少なからぬ相互依存関係が存在し、企業犯罪が行われるかという局面と、内部告発が行われるかという局面の二つの局面で重要なファクターとなるが、この点を考慮している研究は存在しない。さらに、内部告発が行われるか否かは、告発先機関がどの程度の対応をとってくれるかに大きく依存するが、告発先機関のインセンティブまで考慮して、各経済主体の相互依存関係を説明する理論モデルも存在していない。その上、企業を監視する第三の経済主体としての、社内外の監視機関の存在も含めて、相互依存関係を統一的に説明する研究も存在していない。これは、内部告発を巡る問題が、法律学、経済学、心理学、社会学で扱う問題が絡

み合う複雑な性質を持っていることにも起因しよう。しかし、だからといって、一連の過程を無視して、各段階だけをみていると、全体としての作用について判断を誤るおそれがある。そこで、本稿では、これらの未解明の問題について、法と経済学のアプローチを用いて、統一的な説明を試みる。具体的には、企業の犯罪行為、内部告発行為、報復行為、監視機関の監視行為、これらの相互依存関係を解明することによって、これまでは明らかにされていなかった、問題の深層部に迫ろうとするものである。なお、紙幅の関係から数学的な証明は省略するが、本稿で掲げる理論モデルは、数学的に展開することが可能である。

1 なぜ企業犯罪が起きるか

以上を踏まえて、本小節では、内部告発の対象となる不正行為、とりわけ犯罪行為がなぜ起きるかを検討し、内部告発が犯罪への抑止として効果的であることを説明する。内部告発の対象となる犯罪行為は、民間企業に限らず、公的部門で行われることもあるが、本稿では民間企業によって行われる犯罪に焦点を絞ることとする。

本論に入る前に、本稿で用いられている経済学の分析手法について説明しておく。まず、経済学では、個人は合理的行動をとるものと仮定する。この場合の合理的行動とは、自己利益最大化行動をとるということであり、ある行為をとるかどうかは、その行為からくる利益（ベネフィットないしゲイン）と費用（コスト）とを考慮して、利益が費用を上回る場合に、当該行為をとることが決定される、というものである。要するに、損得勘定で行動する、ということである。犯罪行動をとるかどうかは、これに犯罪が発覚する可能性という主観的確率が導入されるが、基本的には、損得勘定である。

Becker (1968) は、個人の犯罪行動は、犯罪が露見する確率を考慮しても、犯罪行為により得られる利益が、露見した場合の不利益より

も大きいと主観的に認識される場合に行われるとした⁶⁾。犯罪行為により得られる利益とは、例えば財産犯の場合、金銭その他の財物が挙げられる。一方、不利益には、刑罰を科されることが挙げられる。また将来にわたって stigma(負の烙印)を背負うことも、大きな不利益となる。したがって、犯罪行為が露見した場合の処罰を厳格化すると同時に、露見率を上昇させ、犯罪行為は割に合わないと思わせることが犯罪への抑止策となる。後述するように、この露見率の上昇には内部告発が効果的である。

企業犯罪の場合について、この考え方がそのままあてはまるかという点、すぐにはそうとはいえない。企業内で行われる業務上横領罪(刑法 253 条)のような犯罪は、従業員個人が、自己の利益の追求のために行う犯罪であるから、Becker の枠組みをそのまま応用することもできよう。しかしながら、例えば、談合などの犯罪は、従業員個人が自己の利益の追求で行っているというよりは、会社の利益の追求のために行っていると考えられる。そうすると、なぜ自分の利益のためでなく、会社の利益のために犯罪を行うのか、という点を説明しなければいけなくなる。この点については、プリンシパル・エージェントの枠組みを用いることにより、Becker の考え方を基本的には応用することが可能である⁷⁾⁸⁾。ここで使う、プリンシパル・エージェント理論とは、プリンシパル(依頼人)がエージェント(代理人)の行動を監視できない状況下で、エージェントに約束を実行させるには、どのような条件(契約形態、インセンティブのデザインなど)が最適であるかを明らかに

しようとする理論である⁹⁾。

白石(2007)が示すように、日本の企業犯罪は、経営者によるものと、中堅幹部を中心とした従業員によるものがあるが¹⁰⁾、ここでは、まず、前者の問題について考えよう。

経営者による企業犯罪については、まず、株主をプリンシパル、経営者をエージェントと捉え、株主と経営者の間で完備契約(あらゆる不確定な要素を織り込んだ契約)としてのエージェント契約が締結されたと考えている。ここで、企業の目的は、利潤の最大化にあり、利潤は最終的には株主に帰属する。よって、企業の目的は、株主利益を最大化することであると考えていることができる。そのため、経営者は株主のエージェントとして、株主利益を最大化するように行動する。一方、株主はプリンシパルとして、経営者に経営権限・裁量を与えるとともに、成果に応じて報酬を与えることになる。

この場合、経営者としては、違法行為などの不正行為を行うことで、適法な企業行動からの利益以外に犯罪からの追加的利益を企業に対してもたらしることができる。例えば、食品会社が食品の品質を偽装して粗悪な食品を高価に販売したりすること、建設会社が耐震強度を偽装したりすることにより本来かけるべき費用をかけずに住宅を販売すること、粉飾決算により利益を実際よりも多く見せること、などが挙げられる。このような違法行為によって、見かけ上は成果を上げることができるから、株主からはこれに応じて追加的な報酬を受け取ることができる。これが犯罪行為により得られる利益に対応する。

6) Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 THE JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 169-217 (1968).

7) 例えば、Nuno Garoupa, *Corporate Criminal Law and Organization Incentives: A Managerial Perspective*, 21 MANAGERIAL AND DECISION ECONOMICS 243-252 (2000) を参照のこと。

8) Becker の枠組みで説明できる犯罪と、プリンシパル・エージェントの枠組みを用いて説明する犯罪との関係については図表 4 に掲げておく。

9) ゲーム理論の中にプリンシパル・エージェントの枠組みを含めて考えるのが通常であるが、ここでは説明の便宜のために、後述するゲーム理論とは独立してプリンシパル・エージェントの枠組みについて説明した。プリンシパル・エージェントの枠組みについては、例えば、JEAN- JACQUES LAFFONT & DAVID MARTIMONT, *THE THEORY OF INCENTIVES: THE PRINCIPAL-AGENT MODEL* (Princeton University Press, 2002) を参照のこと。

10) 白石賢『企業犯罪・不祥事の法政策』(成文堂、2007 年) 51 頁。

逆に、犯罪行為が露見した場合、露見にともなって株価が下落したり、評判 (reputation) を喪失したりすることにより企業利益が減少するという事態が生ずる。この場合、経営者は株主から報酬の減額や解任といった制裁を受けることになる。経営者個人に刑罰が科されることもあろう。これらが、犯罪行為が露見した場合の不利益となる。

したがって、経営者による企業犯罪も、基本的には、犯罪が露見する確率を考慮しても、犯罪行為により得られる利益が、露見した場合の不利益よりも大きいと主観的に認識される場合に行われることになる。よって、個人犯罪の場合と同様、露見率を上昇させ、犯罪を抑止させるために、内部告発が役立つことになる。

中堅幹部を中心とした従業員による企業犯罪についても、経営者による企業犯罪と同様に考えることができ、株主または経営者をプリンシパルと考える一方、従業員をエージェントと捉えることで説明できる。従業員は露見率を考慮しながら、成果を上げて昇進・昇給を得ることなどの利益と、露見した場合の解雇などの不利益を考慮しつつ犯罪行為に走るかを決定する。

しかしながら、従業員による企業犯罪に対しては別の観点からの説明も可能である。ここではゲーム理論を使う。ゲーム理論とは、複数の主体の存在する状況下での意思決定について研究する、20世紀半ばに確立された数学の一分野であり、経済学において特に成功を収めている¹¹⁾。このうち、本稿で用いられる概念は、囚人のジレンマであり、この点について説明しておく。囚人のジレンマとは、要するに、合理的な各個人が自分にとって最適な選択をすることと、全体として最適な選択をすることが同時に達成できない場合を指す。

日本企業では、上司や先輩の不正行為やミスをかばったり揉み消したりしているうちに、そ

れが代々続いて、もはや後戻りできない、という状況が少なからず存在する¹²⁾。上司や先輩の不正を自分や同期の者が引き継いだり、もみ消したりし、自分や同期の者の不正は後輩が引き継いだり、もみ消したりする、という構造になっているので、自分や同期の者が犯罪行為をやめるか決定する際には、既にお上司や先輩の犯罪行為が行われてしまっている一方、後輩が犯罪行為を行うか否かはその時点では分からないため、各世代で協調して犯罪行為から抜け出すことが難しくなっているのである。

ある世代以降、全員が犯罪行為や揉み消し行為をやめて協力する場合、健全な営業行為が継続することにより、各個人の利得は、全員で犯罪行為や揉み消し行為を行った場合の利得よりも大きくなることもある。しかしながら、自分が犯罪行為や揉み消し行為を行わなかったとしても、同期の者や後の世代が自分に続いて同じ行動をとってくれるかどうかは分からない。このとき、皆が犯罪行為や揉み消し行為に出て、自分だけそうした行為を行わないと、自分だけ組織から降格・解雇などの報復行為を受けるなどのおそれがある。場合によっては、自分だけ営業成績などの仕事上のパフォーマンスが落ちたりすることもある。そこで、仕方なく、犯罪行為や揉み消し行為を行う、という現象が起こる。

これはゲーム理論でいうところの一種の囚人のジレンマ的状况であり、ある世代以降、各世代のプレイヤー (従業員) が全員で犯罪行為をやめれば、各プレイヤーの利得は全員で犯罪行為を行った場合よりも増えるにもかかわらず、ある世代のプレイヤー1人だけが犯罪行為をやめても、自分 (ないし自分の世代) の利得が大幅に減少する一方、他のプレイヤーの利得がかえって増大するおそれがあるので、結局組織の構成員全員で犯罪行為に手を染めるというもの

11) 1994年にはゲーム理論の理論的基礎を築いたとしてジョン・F・ナッシュ、ラインハルト・ゼルテン、ジョン・C・ハーサニーの3名が、2005年にはゲーム理論の分析を通じて、対立と協力の理解を深めたとしてロバート・オーマンとトーマス・シェリングの2名がノーベル経済学賞を受賞している。

12) 例えば、官公庁取引における入札談合が代々の営業部長に引き継がれているといった状況を想定している。

である¹³⁾。

また、同僚が揃って不正行為を行っている場合、遵法意識が低くなり、法に従うことから得られる効用が低くなる一方、集団行動に加わる効用が増加し、会社への忠誠心という名の下に、いわば盲目的に犯罪行動に走っているという、社会的インタラクション (social interaction) の観点からの説明も可能である¹⁴⁾。これは、社会心理学でいうところの「同調」を経済学的観点から構成した説明とも言えよう。また、上司の指示に従って犯罪を行っている場合には、相手の地位や権威によって、指示内容の良し悪しを決する「属人思考」が働いている可能性もある¹⁵⁾。

企業犯罪を考える場合に重要なことは、犯罪が組織的になされることが多いという点である。個人犯罪の場合ですら、犯罪者の間に社会的インタラクションがあり、犯罪者間の意思決定に相互依存関係があるとする研究がある¹⁶⁾。この相互依存関係が、犯罪発生率の少ない割合を説明できるという結果が出ているのである。そうだとすれば、組織的に犯罪行為を行っ

ている企業犯罪の場合、従業員間の意思決定に相互依存関係があるのは明らかであり、この相互依存関係ゆえに、犯罪行為が行われやすい状況が作り出されている可能性が高い。したがって、社会的インタラクションの観点を考慮することは必須である。

このように、従業員による企業犯罪には複数のアプローチが可能であるものの、これらは相互に排斥し合うものではない。よって、従業員による企業犯罪は複数の側面を持つという、折衷的な考え方が妥当であろう。内部告発は、いずれのアプローチにおいても、犯罪抑止に役立つ。まず、プリンシパル・エージェントの枠組みで役立つことは経営者による企業犯罪の場合と同様であり、露見率を上昇させることによって、犯罪を抑止する。次に、囚人のジレンマ的状况においては、内部告発は、コンプライアンス・プログラム¹⁷⁾などを導入する契機となり得、会社組織の意思決定システムを変化させることにつながる¹⁸⁾。これは、利得構造やゲームのルールを変化させたり、「強制装置¹⁹⁾」の導入を意味したりすることになるので、やはり

13) 囚人のジレンマ (ナッシュ均衡・支配戦略均衡とパレート最適との間のジレンマ) の発生している場合と、少なくともローカル (例えば談合参加者) にはジレンマでない支配戦略均衡が成立している場合が想定できるが、ここでは、前者の場合をモデル化している。後者の場合は、さらに、社会全体としての (本来の) パレート最適と合致する場合と外部性等のために社会全体としては次善状態 (非効率) となっている場合に分けられ、法的介入の要否と方法が区別されることになる。

14) 社会的インタラクションの理論については、例えば、GARY S. BECKER & KEVIN M. MURPHY, *SOCIAL ECONOMICS* (The Belknap Press of Harvard University Press, 2000) を参照のこと。

15) 「属人思考」については岡本浩一『無責任の構造—モラル・ハザードへの知的戦略』(PHP 研究所、2001) 57-85 頁を参照のこと。

16) Edward L. Glaeser et al., *Crime and Social Interactions*, 111 THE QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 507-548 (1996) を参照のこと。米国の研究であり、これが直ちに日本に当てはまるか疑問ではあるが、筆者が以前に同様の計算方法で日本のデータを分析したところ、やはり同じように犯罪者間に社会的インタラクションが存在し、これが犯罪発生率の説明要因となる結果が得られたことを付言しておく。

17) コンプライアンス・プログラムとは、企業倫理に関する社内教育や内部通報窓口の設置などを行い、違法行為を社内ですら事前に防止しようとする仕組みのことである。白石・前掲注 10) 69 頁を参照のこと。

18) 内部告発が、コンプライアンス・プログラムなどの導入の契機となって、①利得構造を囚人のジレンマ型から信頼ゲーム型に変更する、②従業員の信頼関係形成を促進する、③従業員の制裁のコスト低減化、あるいは犯罪行為の因習から脱却することのコストを減少させる、といった効果をもたらすと考えられる。

19) 強制装置 (Zwangsgapparat) は Max Weber の用語で、裁判、強制執行、起訴、処罰などのサンクションによってある行動を禁圧したり促進したりする規範の妥当 (施行、実施、遵守されている状態) を確保する社会装置を意味する。コミットメントをクレディブルにする制度の一つとして法的強制があり、このような強制のための社会装置を強制装置と呼び、それによって遵守の担保があるか否かを Weber は重視する。その意味で Weber の考え方は単なるクレディブル・コミットメントで、クレディビリティを社会的装置が担保している規範を法と呼んだと言い換えられる。強制装置の有効性は、「制裁の重さ×発見の確率」に大きく依存すると考えられ、内部告発は発見の確率を大きく変える。

犯罪を抑止できることになる。通常、囚人のジレンマ的状况の解消策としては、ゲームの繰り返し化などが挙げられるが、今想定している状況では、世代交代により、犯罪を行うかを決める立場にあるプレイヤー（従業員）が代わってしまうので、同一プレイヤーによるゲームを繰り返すことはできず、この方法は採用し難いのである。さらに、社会的インタラクションにより、会社への忠誠心から盲目的に犯罪行為に走っている場合には、内部告発は、コンプライアンス・プログラムの導入などによる社内体制の見直しを図らせることによって、従業員の遵法意識を高め、法に従うことから得られる効用を高める一方、集団行動への同調から得られる効用を減少させることにつながる。これにより、犯罪を抑止しようというものである。

以上をまとめると、内部告発には、①犯罪の露見率を高めるという機能以外に、②犯罪から得られる利得や集団行動への同調から得られる効用を減少させ、または、法に従うことから得られる効用を増加させる状況を作り出す契機となる、という機能があり、これらにより犯罪抑止を図ることが可能である、ということになる。①については阿部（2003）などで既に指摘されているところであるが²⁰、本稿ではこれに加えて②の点を指摘しておく。会社という組織内において、上下関係といったしがらみや集団行動からもたらされる意思決定の相互依存関係は、時として、犯罪が発覚する可能性が高い場合でも、あえて構成員全体を犯罪へと走らせてしまうことがある。そのような状況下では、企業外の機関、例えば行政機関による監視を強め、いつ発見されるか分からない、という状況を作り出したとしても、犯罪の抑止にはあまり実効的でない場合がある。このようなときは、内部告発によって膠着状態を打破し、経営陣に対して企業内の意思決定システムそのものを改革さ

せる必要がある。この意味での内部告発の機能も、間接的なものではあるが、重要である。

2 なぜ内部告発がなされるか

次に、なぜ内部告発がなされるかを検討しよう。Heyes and Kapur（2007）は、内部告発には、大きく分類すると三つの動機があるとしている。すなわち、①良心や遵法意識に端を発するもの、②社会的福祉を考慮したもの、あるいは、利他主義に端を発するもの、③経営者や組織などへの私怨や不満に端を発するもの、である²¹。①は、企業の行う違法の程度について、ある水準までは許容できるが、それを越えた場合には、内部告発をする、というものである。臨界点となる水準は、個人の良心や遵法意識によって決定される。②は、内部告発によるコスト・ベネフィットを計算し、社会的ベネフィットが十分に大きい場合に、内部告発を行うというものである。他者の効用が自分の効用関数に入ってきているという説明もできる。③は、私怨や不満などから、経営者や組織への報復行為として、内部告発をするというものである。

これらの動機は互いに併存し得るものであるから、ここではコスト・ベネフィット計算による意思決定として一本化し、企業犯罪の意思決定と比較できるように定式化することにする。具体的には、内部告発によって当該本人にもたらされるベネフィットが、コストよりも大きい場合に、内部告発がなされると考えることにする。ここで内部告発によるベネフィットとは、大きく分けて、①不正を告発し、良心・遵法意識が守られることにより得られる効用、②他者への危害を防ぐことにより、自らが満たされるという効用、③報復行為によって、処罰感情がみたまされるという効用、などから構成されるとするのである。

20) 阿部泰隆『内部告発〔ホイッスルブローワー〕の法的設計』（信山社、2003）5頁を参照のこと。

21) Anthony Heyes & Sandeep Kapur, *An Economic Model of Whistleblower Policy* (2007) (<http://www.business.otago.ac.nz/ECON/seminars/Abstracts/Whistles15.pdf>, 2008年8月20日最終検索。)を参照のこと。同論文は、THE JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, AND ORGANIZATION から近日発表予定。

ここで、特に②の効用が得られるか否かは、通報先機関が告発を受けて対応をとってくれるか否かに懸かっているという意味で、他者の行動に依存しているところが大きい。企業犯罪による被害が他者へ及ぶのを食い止めることができるかどうかは、告発を受け付けた機関が、どの程度迅速に、そしてまたどの程度適切に対応してくれるかに依存するので、告発受付機関の反応度（responsiveness）に依存した期待効用となる。したがって、告発者としては、できるだけ自分の告発に基づいて行動を起こしてくれる受付機関に告発することが、望ましいということになる。

一方、内部告発によるコストとしては、懲戒解雇や昇進・昇給の停止といった報復行為が組織からなされた場合の不利益²²⁾、家族に対して脅迫や嫌がらせといった危害が及ぶおそれがあるという不利益、内部告発を組織への裏切りと誤解・曲解されて、近隣住民・社会から白い目でみられるといったおそれがあるという不利

益などが考えられる²³⁾。場合によっては、民事責任を追及されたり²⁴⁾、刑事責任を追及されたりする可能性もある²⁵⁾。また、内部告発には証拠の収集が必要であるが、これには時間と費用がかかる。こうしたコストも内部告発をする際の計算に入れなければならない。会社を辞めても行き場がある者や、医者や弁護士などの資格者、家族が自営業などの者は、退路を確保しているので、そうした事情がコストを減少させ、内部告発をしやすい方向へ動機付けているかもしれない。ガンで余命が幾許もない、退職が近い、どのみち会社を辞めるといった事情なども、コストを減少させる方向に働き、内部告発へと動機付けているかもしれない。

また、社会的インタラクションの観点からは、犯罪行為の意思決定の場合と同様、上司や同僚の存在が内部告発をするかどうかの意思決定において重要なファクターとなる。たとえ経営陣から不利益な取扱いがなされることが予想されるときでも、自分の行動を支持してくれる

22) 内部告発者が、その後、失業したり、離婚したり、さらには自殺に追い込まれたりするケースが少なからずあることが各所で報告されている。内部告発者が受ける不利益について詳しくは、例えば、GERALD VINTEN, eds., *WHISTLEBLOWING: SUBVERSION OR CORPORATE CITIZENSHIP?* (Paul Chapman Publishing Limited, 1994)などを参照のこと。また、米国のタバコ産業の不正を告発したTVプロデューサーと元重役を描いた社会派ドラマで、実話が基になっているMichael Mann監督の映画「The Insider」(1999)は、内部告発者・その家族へのすさまじい圧力・脅迫を描いている。

23) 匿名通報を望む場合は、実名が発覚する可能性・リスクが考慮されることになる。

24) 公益通報者保護法成立・施行前の、司法における内部告発の取り扱いについて簡単に触れる。内部告発がいかなる場合に保護されるかについて明確な基準はなく、内部告発者、企業側とも、内部告発によるその後の帰趨を正確には予測できない状況であったといえる。過去の裁判例からは、内部告発の目的・動機、方法・態様、経緯、告発内容の公益性及び真実性などが総合的に考慮されている。企業側が告発者に対して名誉・信用毀損に基づく損害賠償請求をするケースでは、名誉毀損に対する免責の法理により告発者の保護が図られてきた。一方、告発者が企業による不利益処分を争う場合は、権利濫用理論による保護が図られてきた。これは平成15年の労働基準法改正、平成19年の労働契約法制定により明文化されている（労働契約法16条（旧労働基準法18条の2）、15条等）。告発者側が勝訴した事例として、杉本石油ガス（退職金）事件（東京地判平成14年10月18日労判837号11頁）がある。これは、被告である杉本石油ガス株式会社を退職した原告が、被告に対し、退職金及び不法行為に基づく慰謝料の支払を求めた事案である。被告は以下の理由により、退職金を原告に支給しなかった。すなわち、①労組又は支部が被告の顧客に対し、被告が米の不正販売をしている旨の書面を送る際、原告が封書の宛名書きをしたこと、及び②社長を非難する集会に参加したこと、である。判決は、被告による米の販売行為は、不正行為であり、本件各行為が被告に対する永年の勤続の功を抹消するほどの背信行為であるということではできず、いずれも退職金不支給の理由として相当性を欠くとして、退職金不支給とすることを認めなかった。一方、告発者側が敗訴した事例として、千代田生命保険情報漏洩損害賠償請求事件（東京地判平成11年2月15日判時1675号107頁）がある。千代田生命を退任した取締役が週刊誌の記者に内部情報を漏洩し、千代田生命の醜聞を記載した記事が公表された。これにより会社の名誉・信用が毀損されたとして損害賠償請求をした事案である。判決は、退任した取締役の行為は、在任中に職務上知り得た会社の内部情報についての守秘義務に反する違法な行為であるとした。裁判例の分析について、詳しくは、國ほか・前掲注5)89-127頁や浜辺・前掲注5)24-33頁を参照のこと。

25) 名誉毀損罪（刑法230条1項）、信用毀損罪（刑法233条）の罪責を負うことが考えられる。証拠の入手方法・態様によっては、窃盗罪（刑法235条）の罪責を負うことも考えられる。

上司や同僚が存在すれば、これは告発を積極的に考える方向で働く。告発対象となる犯罪行為が、組織一丸となって行われている場合は、告発者を支持する者が存在する可能性は低いであろう。一方、組織の一部で犯罪が行われている場合は、告発者を支持する者が少なからず存在するかもしれない。

さらに、内部告発に対して国民が公益性の高い行動としてみるような社会文化が形成されているほど、内部告発者にとっては内部告発をしやすい環境になる、という関係になる。ある程度内部告発の事例が蓄積される状況になれば、これから内部告発をしようとする者は、先例を参考にすることによって²⁶⁾、意思決定に伴うコストを減少させることができるからである²⁷⁾。また、先に述べたように、周囲からどのような目でみられるかといった要素も、内部告発を行おうとする者にとっては考慮要素の一つとなり得るから、内部告発に対して肯定的な社会文化の影響は大きい。

加えて、内部告発を行おうとする者が、どの程度の勤続年数か、いかなる役職についているか、といった点も重要である。勤続年数が多ければ多いほど、あるいは、役職が高ければ高いほど、組織内部の情報に精通してくる。そのため、人脈を駆使して犯罪行為の証拠を掴みやすい一方、組織が自分に対してどのような報復を行ってくるか、これまでの組織の人間の対応から具体的にイメージしやすい²⁸⁾。この点は内部告発を肯定する方向で働くか、否定する方向で働くかは、実証研究が待たれるところである。

このように、企業における犯罪行動と、内部告発行動とは、ともに、組織の構成員の意思

決定における相互依存関係から受ける影響が大きく、後述するように、この点を考慮して、内部告発者の保護法制を組み立てなければならない。

ここでさらに、このような社会的インタラクション的説明に進化経済学の成果を組み合わせた説明もできる。内部告発者の動機には、先にみたように、②他者への危害を防ぐことにより、自らが満たされるという効用がある。このような利他行動は、進化論的観点からは、その個体には不利益であるのに、自己犠牲的に同種の他の個体の利益になるような行動をとる例として、人間を含め多くの動物でみられる現象とされている。利他行動は、一見するとその個体本人には不利益な行動であるものの、進化面から捉えると、自己と同種の遺伝子が殖えやすくなるから自然淘汰されずに存在するとされるのである。これを内部告発の例に置き換えてみよう。内部告発者は大きなコストを背負って自らを犠牲にしても、周囲の人間を犯罪被害から救うという利益を考えて行動している。この行動によって、社会が改善されれば、結果として、将来、自分のように内部告発を行おうとする者が増えるであろう。そうした内部告発行動、あるいは内部告発を行おうとする正義感・倫理観の強い人間が途絶えないように、敢えて内部告発を行っていることと捉えることができる。このように考えると、進化論的アプローチも、内部告発行動がなぜその不利益にもかかわらず行われるのか、存在するのか、といった点について、一つの説明を与えてくれるのではないかと考える。1974年に起こったトナミ運輸の違法カルテル内部告発事件²⁹⁾での告発者である串岡弘

26) 例えば、米国では内部告発を行おうとする者へ忠告をし、情報を提供する非営利団体が存在する。

27) 意思決定において、複雑な状況での判断を求められた場合、個人の判断能力に過度の負担がかかるが、他者の行動を真似ることによって、そうした負担を減少させることができる。例えば、Sushil Bikhchandani et al., *Learning from the Behavior of Others: Conformity, Fads, and Informational Cascades*, 12 (3) THE JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 151-170 (1998) を参照のこと。

28) 場合により、役職が高ければ高いほど、企業のベネフィット・コストと自己のベネフィット・コストが連動するという可能性もある。

29) 1974年、元従業員の串岡弘昭氏はトナミ運輸が他の同業者との間で認可運賃枠内での最高運賃收受や荷主移動(顧客争奪)禁止を内容とするヤミカルテルを締結しているなどとして公正取引委員会に内部告発した。会社はこれを理由として長期間にわたり串岡氏を昇格させなかったり、不当な異動を命じて個室に隔離したうえ雑務に従事させたりなど

昭氏は、その後、2002年まで実に28年という長きにわたり、昇給・昇格を停止され、広大な保養所の敷地でひたすら草むしりする日々を送らされた。そして、自ら提訴したトナミ運輸への損害賠償請求訴訟について、内部告発をしやすい社会を作ることが裁判の目標であると語っている³⁰⁾。内部告発を行った当時の正確な動機は分からないが、こうしたその後の告発者本人の心情から推知するに、内部告発行動には、進化論的観点からの利他行動としての側面もあるといえる。

以上をまとめると、内部告発行動も、基本的には、本人にとっての利益と費用を考慮して、利益が費用を上回る場合に、行われると考えることができる。さらに、その際には、周囲の人間の存在や行動が、意思決定に少なからぬ影響を及ぼすということになる。これと前のⅡ節の第1小節での分析とを結合すると、いかなるインプリケーションが導かれるであろうか。Ⅱ節の第1小節でみたように、内部告発の対象となる不正行為は、組織的に行われているから、発覚しにくいという性質を持つ。組織ぐるみの犯罪の場合、外部からは不正が行われていることを把握しにくい場合が多い。そのため、長年にわたって、不正行為が続いていることも少なくない。また、組織だつて行われる不正行為による被害・損害は、社会的・経済的にみて質・量ともに深刻なことが多い。このように発覚しにくく、継続性があり、社会・経済に対する被害・損害の大きい組織的な不正行為に対し、内部告発は強力な対抗ないし抑止手段となるので、これを活用しない手はない。どのような動機にせよ、内部告発によってもたらされる社会的ベネフィットがコストよりも大きければ、当該内部告発は奨励されるべきである、ということにな

る。内部告発行動を奨励するためには、内部告発者が内部告発行動をとるかどうかを決定するに際しての個人的な利益と費用の計算の際に、利益が費用を上回るようにし、さらには、周囲の環境を告発行動をとりやすい環境に整えればよい。これにより、社会的に望ましい結果が達成できるということになる。

ここで特に注意すべきなのは、本人にとっては告発先機関が行動を起こしてくれるか否かが内部告発をするか否かの意思決定において非常に重要な意味を持つてくるということである。先に述べたように、内部告発による告発者本人に対するベネフィットには、②他者への危害を防ぐことにより、自らが満たされるという効用が存在しており、これは告発先機関が行動を起こしてくれるかに懸かっているからである。実際、米国の「内部告発者保護法」(The Whistleblower Protection Act of 1989)が施行された後のアンケート調査によれば、実に9割近い回答者が、自分の告発によって、事態が改善されるかどうか、内部告発をするかどうかの意思決定に際して非常に重要であると回答している³¹⁾。

3 内部告発に対する企業の報復行為

Ⅱ節の第2小節でみたように、内部告発者が意思決定にあたり、企業からの報復行為をコストとして考慮しているとして、この内部告発と報復行為との関係は一体どのようなになっているのだろうか。

内部告発によってもたらされる社会的ベネフィット・コストと内部告発者のベネフィット・コストとの関係を見ると、告発対象となる不正行為が深刻であればあるほど、社会的なベネ

の行為をした。串岡氏はこうした報復行為に屈することなく、2006年9月20日、60歳で定年退職した。会社への損害賠償請求は報復行為が認定された上で、一部認容された。富山地判平成17年2月23日判時1889号16頁を参照のこと。

30) 串岡昭弘『ホイッスルブローアー＝内部告発者——我が心に恥じるものなし』(桂書房、2002年)211-214頁を参照のこと。

31) United States General Accounting Office, *Whistleblower Protection: Survey of Federal Employees on Misconduct and Protection From Reprisal*, GAO/GGD-92-12OFS, July 14, 1992 (<http://archive.gao.gov/d33t10/147240.pdf>, 2008年8月20日最終検索。)14頁を参照のこと。

フィットは大きくなるが、同時にそうした不正行為は企業に莫大な利益をもたらすことが多いから、企業からの報復・反撃は強烈になる。これを告発者は一人で背負わなければいけない。よって、大きなコストを背負うという関係になり、社会的ベネフィットと内部告発者のコストが比例関係にあるといえる。内部告発者が深刻な犯罪事実を告発しようとするれば、企業はこれに対して強烈な報復行為・証拠隠滅行為を行ってくる可能性が高いのである。

企業の報復行為は、自らの行った犯罪行為が発覚しないようにするため、あるいは他にも社内で行われている犯罪があり、それについてまで内部告発されないようにするため、さらには、新たな犯罪行為を行うにあたり「裏切り者」を排除するため、行われる。また、先にみたように、組織内においては、社会的インタラクションが構成員の間にあるから、内部告発者が現われることによって、これに感化され、内部告発者が続いて出てくる可能性がある。自分が口火を切って内部告発することは躊躇われるが、誰か他の人間の後に続く場合は、心理的にも物理的にもコストが低くなるため、雪崩を打ったように、内部告発が続発すると考えられる。こうした理論的予測を裏付ける事例としては、1997年の防衛庁の防衛装備品納入代金の水増し請求事件³²⁾を挙げることができる。この事例では、内部告発により事件が表沙汰になったあと、関連する告発が殺到した。このように社会的インタラクションにより告発が続発することが予想される場合、企業としては、「みせしめ」として「裏切り者」に対して苛烈な制裁を加え、他の従業員に対して、内部告発行動が割に合わないとの脅しのシグナルを送ることになる。さらに、社会的インタラクションは、企業の中に限らず、国民レベルでの、広い範囲でも存在するから、ここ数年で内部告発が続発している背景には、他の内部告発の事例に触発され、勇気付けられて内部告発を行うといった要因が寄与し

ている可能性がある。

企業の報復行為についてその中身をみると、これは、内部告発が当初どこに対してなされたかにより、反応が変わると予測される。まず、企業内部の告発受付機関に内部告発がなされたとしよう。この場合、受付機関の中立性・独立性が確保されていなければ、そこから経営陣などに告発事実が漏洩し、企業としては、犯罪事実が未だ組織外に知られていないことをいいことに、その時点で揉み消そうとしてくるだろう。脅迫その他の報復行為により、告発者を押さえつけてくることが予測される。同時に証拠隠滅行為に乗り出すおそれもある。

企業外の受付機関に内部告発がなされ、仮に中立性・独立性が確保されていたとして、犯罪事実が表沙汰になったとしよう。その場合でも、企業としては、その時点から証拠隠滅行為に走ってこれまでの利益を確保し、同時に告発者を割り出し、報復行為をすることによって、その後の自社へのダメージを最小限にしようとする筈である。

以上をまとめると、企業には、内部告発により犯罪事実が表沙汰になるか否かを問わず、報復行為に乗り出すインセンティブが存在し、告発対象が深刻なものであるほど、報復行為が苛烈になるという関係が存在することになる。

4 内部告発と組織内外の監視機能との関係

次に、視点を変えて、内部告発と企業組織内外の監視システムとの関係について検討しよう。Ⅱ節の第1小節でみたように、犯罪行為の露見可能性を高めることによって、犯罪を抑止することができる。この露見可能性を高めることは、内部告発だけでなく、組織内外の監視システムを働かせることによっても可能である。しかしながら、それらが有効に働くかは疑わしい。

32) 防衛庁の装備品納入業者による水増し請求が1997年、内部告発が契機となり発覚した。六角弘『内部告発の研究』(日本実業出版社、2005) 171頁などを参照のこと。

組織ぐるみの犯罪が行われている場合、組織内部におかれた監視システムが有効に機能する可能性は低い。あくまで企業の内輪の存在である以上、見て見ぬ振りをする可能性が高いからである。実際、組織ぐるみの犯罪では取締役会・監査役は有効に機能しなかったケースが多い³³⁾³⁴⁾。

組織外部からの監視システムについても、過去の事例をみる限り、社外取締役や監査法人が有効に機能しているとはいえない³⁵⁾。社外取締役には会社との利害関係がなく、独立性を有することが求められる一方、それゆえに、かえって会社の業務執行を監督するインセンティブを十分には持っていない場合がある。社外取締役の「座り合い」があったりすることによって、追及の手が緩む可能性もある。監査法人についても、顧客企業の不正を積極的に糾すことは、新たな顧客開拓という面などからはかえってマイナスとなり、適切な監視をするインセンティブを十分には持てない場合がある。

組織外の監視システムとしては行政監督も考えられる。しかしながら、これも有効に機能するかは疑わしい。監督官庁が組織内部の情報を入手するのは困難であるし、業界の専門知識に欠ける場合もある。仮に監督官庁の権限を強化

したとしても、かえって不正の温床になる可能性の方が高い。例えば、官民癒着・談合などを考えれば分かります。企業は公務員の天下り先を用意するなどして、監督者を籠絡するリスクがある。監督する公務員にとっては、目先の職務を公正に遂行することにより得られる利益よりも、不正を見逃すことによって、将来企業から受ける見返りの方が大きければ、不正行為を黙認しようという歪んだインセンティブを持つことになる。また、行政監督に伴う費用は税金で賄われるから、国民が負担しなければいけないことになり、無制限に強化できるわけではない。

以上をまとめると、組織内外を問わず、監視システムは機能不全に陥りやすく、これを強化するという方策には限界があり、内部告発が露見可能性の上昇に有効であることが分かる。内部告発者を単に保護するだけでなく、奨励するところまで踏み込む制度が必要なのではないだろうか。

Ⅲ. 公益通報者保護法の検討

以上の内部告発に関する基本的なフレームワークを踏まえた上で、公益通報者保護法の妥

33) 例えば、ダスキン事件（大阪高判平成18年6月9日判タ1214号115頁）の際の取締役・監査役の例が考えられる。この事件は、2000年10月から12月にかけて、ダスキンが運営するミスタードーナツで食品衛生法で認められていない添加物を使用して肉まんを販売しており、担当取締役は隠蔽工作をし、さらに他の取締役及び監査役もこれを知りながら事実を公表しなかったというものである。厚生労働省又は農林水産省への匿名による通報に端を発して発覚することとなった。株主代表訴訟では、2007年1月、大阪高裁は、担当取締役についての損害賠償責任を認めた。隠蔽工作に関与していない取締役及び監査役に対しても、2006年6月、大阪高裁は損害賠償責任を認めた（2008年2月、上告棄却、不受理により確定）。当該事実について「自ら積極的に公表しない」という方針を採用し、消費者やマスコミの反応をも視野に入れた上での積極的な損害回避の方策の検討を怠った点において、取締役に善管注意義務違反があり、監査役についても、自ら上記方針の検討に参加しながら、取締役らの明らかな任務懈怠に対する監査を怠った点において、善管注意義務違反があるとしている。

34) II節の第1小節でコンプライアンス・プログラムの導入により、状況が改善される可能性について触れたが、どの程度功を奏すかは、場合による。上手く機能しない場合も当然考えられる。しかし、少なくとも、内部告発により、コンプライアンス・プログラムが導入されたり、強化されたりすれば、組織内の監視システムについても多少は機能が改善されることが期待される。

35) カネボウ粉飾決算事件では、監視すべき立場にある中央青山監査法人の公認会計士が不正に関与したとして、証券取引法違反により有罪とされた（東京地判平成18年8月9日判例集未掲載）。この事件は、当時のカネボウ社長らが主導し、同社の2002年、2003年3月期の連結決算を資産超過・黒字であるかのように粉飾した事件である。例えば、「カネボウ粉飾、元会計士3人が有罪 東京地裁」朝日新聞夕刊東京本社版2006年8月9日、1面などを参照のこと。巨額の不正経理・不正取引が明るみに出て、2001年12月に破綻に追い込まれたエンロン事件でも、全米有数の会計事務所であったアーサー・アンダーセン及び顧問法律事務所が粉飾決算・違法行為に加担していた。

当性を検討する。

1 通報先は適切か

法3条1号から3号は、3条、4条、5条の規定によって通報者が保護されるための要件、すなわち公益通報の保護要件を定めている。これによると、①企業内部に対する通報（内部通報）、②行政機関に対する通報（行政機関通報）、③マスコミ等の行政機関以外の企業外部に対する通報（企業外通報）の順に要件が厳しくなっている。この趣旨は、企業の正当な利益の保護と、公益通報による公益（国民の生命、身体、財産その他の利益の保護）の実現との調和を図ることにあるとされる³⁶⁾。

この規定のように、1次的に内部通報、2次的に行政機関通報、3次的に企業外通報を位置づけることは妥当だろうか。通報者にとって、通報先機関の持つ意味は大きい。II節の第2小節でみたように、通報者にとっては、他者への危害を防ぐことにより、自らが満たされるという効用が存在しており、これは通報先機関が行動を起こしてくれるか否かに懸かっている。また、通報先において情報漏洩のリスクがあると、企業からの報復行為の可能性が高まる。したがって、通報するか否かの意思決定において、通報先機関がどこであるかは非常に重要な意味を持つのである。

これを踏まえて、どの通報先機関が最も通報に対して適切な行動を起こすインセンティブを持っているか、同時に、情報漏洩のリスクが少ないか、を検討しよう。

まず、企業内の通報受付機関についてみると、

仮に中立性・独立性が確保されていれば、組織ぐるみで犯罪が行われている場合でも、長期的にみれば不正を糾すことが企業の利益となるので、適切に行動するインセンティブを持っている筈である。しかしながら、通報受付機関の中立性・独立性が確保されていなければ、通報事実や通報に伴う証拠が握りつぶされる可能性がある。あるいは、通報者の個人情報を通報受付機関の外に流出させ、報復の機会を企業に与える可能性もある。深刻な犯罪行為ほど、それによる企業へのゲインが大きいし、発覚した場合の評判減少などのコストも大きいから、企業としては証拠隠滅行為・報復行為に費用を投入するインセンティブを持つことになる。いったん犯罪行為に手を染めてしまった以上、いわば毒を食らわば皿までという状況になるのである。

行政機関についても、行政機関は民間部門を規制すると同時に保護するという役割を担っているという性質を持つので、これがネックとなる可能性が高い。通報によって犯罪事実を認識したとしても、それを公表したりすることが、かえって市場の混乱を招くと判断した場合に、対応することを躊躇う可能性がある。例えば、大和銀行ニューヨーク支店の巨額損失事件（大阪地判平成12年9月20日判時1721号3頁）³⁷⁾では、当の大和銀行から不正事実の報告を受けた当時の大蔵省が、米国金融当局への報告を待つように示唆したとも受け取れる対応をしたと言われている³⁸⁾。図表1に掲げたミートホープ事件でも、元幹部が事件発覚1年前から農水省北海道農政事務所に牛ミンチのサンプルを持ち込み、内部告発をしていたが、まともな対応がされなかったことが判明している。また、通

36) 例えば、國ほか・前掲注5)69頁を参照のこと。

37) 大和銀行ニューヨーク支店において、同行の行員が、1984年から12年間にわたり、同行に無断かつ簿外で米国財務省証券の取引を行い、約11億ドルの損失を出した事件。大和銀行は不正取引の事実を知った後も、米国金融当局への報告をしなかった。これにより、報告が遅れたことを理由として3億4千万ドル（約350億円）の罰金を払うこととなり、米国からの撤退を余儀なくされた。株主代表訴訟の判決では、大蔵省が、米国金融当局への報告を待つように示唆したとの点については、証拠不十分で認定されていない。

38) 関連して、現行会社法と公益通報との関係について触れておこう。会社法においては、大会社の取締役会に内部統制システムの構築・整備に関する決定を義務付けている（同法362条5項、416条2項）。ここで、公益通報のうちの内部通報について社内ですげられる内部通報制度は、取締役の善管注意義務・忠実義務の対象とされる内部統制システム構築・整備義務の一環と位置づけられることになる。國ほか・前掲注5)23-26頁などを参照のこと。

報事実を認めることが、監督官庁の監督不行き届きを認める場合には、監督官庁にも証拠隠滅のインセンティブが生じることになる。さらに、近年、行政機関の個人情報漏洩件数が増加していることから分かるように、行政機関の個人情報に対する認識は未だに甘く、通報者の個人情報に本当に守られるのか疑わしい状況にある。これを象徴する事件として、2002年の東京電力の原子力発電所のトラブル隠し事件がある³⁹⁾。そこでは、当時の通産省の調査担当者が、内部告発者の実名などを東京電力に知らせていた⁴⁰⁾。

では報道機関や消費者団体などの企業外部の機関はどうか。報道機関にとっては、企業の不祥事を暴けば、スクープとなり、自社の利益が上がるので、告発に対してこれを公表するなりして、何らかの行動を起こそうとする強いインセンティブが存在する。もっとも、目先の利益を追求するあまり、告発対象の事実の真偽を十分に確認することなく、これを公表してしまうこともあり得る。その場合は、企業は大きな風評被害を受けるであろう⁴¹⁾。ただし、企業からの損害賠償請求などを考慮して、当然一定の歯止めはかかると考えられる。情報漏洩については、比較的安全とも思えるが、通報者の個人情報に必ず守られるとは言い切れない。情報は常に漏洩する可能性があるからである。一例として、2006年5月、毎日新聞東京本社社会部の記者が、糸川正晃衆院議員との取材を録音したICレコーダーを取材協力者に渡したという事件があったように、報道機関といえども、情報の取扱いが万全ではない⁴²⁾。

消費者団体については、適切な行動をとってくれるインセンティブが比較的存在すると考え

られるが、情報漏洩のリスクについては、不確実であり、ケース・バイ・ケースである。

以上をまとめると、現行法が規定する通報先の位置づけ方は根拠・合理性に欠ける側面がある。また、通報先として絶対に安全だといえるところもない。そうだとすれば、企業の利益との調和が必要であるとしても、リスクを負うのは通報者自身なのであるから、自己責任と自己防衛の観点から、通報者に納得のいく通報先を自由に選択させるか、少なくとも、企業外通報の要件を緩和するなどの方向で考えるべきであろう。

2 通報対象事実は適切か

次に、通報対象事実について検討する。法2条3項と別表は公益通報の内容となる通報対象事実の範囲を定める。具体的には、別表に掲げられた国民の生命、身体、財産その他の利益の保護にかかわる法律に違反する法律違反行為の事実であって、最終的には、刑罰によって、実効性が担保されている法令違反行為の事実が通報対象となる。すなわち、合計413の法律に定める犯罪行為と法令違反行為とが、通報対象事実となる。

ここで問題となるのは、413の法律の中には、租税関係法と政治資金規正法が含まれていないという点である。内閣府の説明では、専ら国家の機能にかかわる法律であって、「国民の生命、身体、財産その他の利益の保護にかかわる」ものでない、というのが除外された理由とされている⁴³⁾。しかしながら、先に述べたとおり、外部から観察困難で、監視が難しい犯罪ほど内部告発が発見および抑止に効果的である。国

39) 事件の概要については図表1参照。事件番号(12)の項目を参照のこと。

40) 「「告発者の名漏らす」原発損傷隠して保安院 第三者委がチェックへ」朝日新聞夕刊東京本社版2002年9月27日、22面。

41) 報道機関による風評被害については、1996年から1997年にかけて、O157による食中毒騒動の際のいわれ大根業者の被害が例として考えられる。テレビ朝日系の報道番組「ニュースステーション」が、埼玉県所沢市産の野菜から高濃度のダイオキシンが検出されたと誤報道した事件でも、農家が風評被害を受けた。「テレ朝、農家に謝罪 1千万円支払い、和解 ダイオキシン報道訴訟」朝日新聞朝刊東京本社版2004年6月17日、1面。

42) 「毎日記者、取材録音渡す 協力者に頼まれ 糸川議員脅迫事件」朝日新聞朝刊東京本社版2007年2月24日、39面。

43) 例えば、櫻井・前掲注4)162-163頁を参照のこと。

が被害者だから保護対象として外したという趣旨の説明では説得力がない。現に、米国ではIRS（内国歳入庁）が内部告発室（Whistleblower Office）を開設し、脱税などの告発者に対して、IRSが回収できた追徴税額の15%から30%が報酬として支払われる仕組みとなっている。脱税や違法な政治献金などは密行性が高い犯罪であり、こうした犯罪にこそ、内部告発を活用すべきであろう。したがって、現行法の通報対象事実の範囲に各種税法や政治資金規正法も含めるべきである。

逆に、現行法は、本来通報対象とすべきでない事実も多数含んでいるおそれがある。法律が正当性・合理性を支える事実、すなわち「立法事実⁴⁴⁾」に基づいて制定されていない場合、それを厳格に執行することは社会的にみて非効率となり、かえって有害であることが多くある⁴⁵⁾。例えば、改正建築基準法では建築物の審査が厳格化しており、住宅着工戸数が減少しているとか、薬事法による新薬の審査が当局の責任逃れの観点から過度に厳しくなっており、開発が進まないといった例が考えられる。2007年の赤福の消費期限及び製造日、原材料表示偽装事件でも、どれだけの実害が出たのかははっきりしない前に、批判ばかり高まったという側面が存在した。よって、このように法の公正さ・合理性について信頼・根拠がない場合に、公益通報が行き過ぎると、かえって社会的に望ましくない結果をもたらすことになりかねないといえる。したがって、立法事実に基づいていない法律の違反行為については、通報対象から外すべきである。

以上をまとめると、現行法の通報対象事実の範囲に各種税法や政治資金規正法を含め、同時に、既に別表に掲げられている413の法律について立法事実を見直し、規制対象とすべきか

どうかを再検討すべきである、ということになる。

3 通報者の保護は十分か

II節の第2小節でみたように、内部告発者は多大なコストを負担しなければならない。内部告発によってもたらされる社会的ベネフィットが大きければ大きいほど、内部告発者は大きなコストを背負うという関係が存在することは既にみた。そうだとすれば、内部告発によるゲインを上昇させ、あるいはコストを減少させることによって、社会的に有用な内部告発を保護・奨励する必要がある。ゲインの上昇には報奨金制度が役立つと考えられるが、阿部・前掲注20)などで詳細な提案がなされているので、ここでは一点だけ指摘しておく。

報奨金制度の導入には公益通報、ひいては内部告発に対する積極的・肯定的なイメージを国民に流布するという、メッセージ的な側面がある。内部告発には組織への裏切りといったマイナス・イメージがあるので、社会的インタラクションの観点から、この点が内部告発を躊躇させる要因となっていることは先にみた。会社への忠誠心を重視する企業文化の中では、そうした価値観から抜け出すことは難しい。そこで、政府が率先して内部告発を奨励することで、国民全体に内部告発を公益性の高い行動との認識を共有させることができるのである。この点について、独占禁止法における課徴金減免制度の事例が参考となる。欧米では既に同様の制度があり、効果を上げている一方、業界内の連帯意識が強い日本では、同業者への裏切りともとれる行為に走る会社は存在しないのではないかと、制度の有効性を疑問視する見方が少なからずあった。しかしながら、改正独占禁止法施行

44) 「立法事実」、および、立法事実アプローチに基づく研究については、例えば、太田勝造＝藤田政博「弁護士報酬敗訴者負担制度の社会的影響:予備的実態調査の結果報告」自由と正義54巻1号、20-37頁(2003)などを参照のこと。

45) 立法過程自体が利害関係者集団のせめぎあい、制定された法律は、それに勝利した利害関係者集団の意見を反映したものであるから、これに違反することは必ずしも社会的にみて望ましくないとはいえない、との考え方もできる。しかしながら、その場合も、必ずしも全ての法律がかかる性質を持つとはいえず、立法事実に基づく法律が存在することは確かである。

後において既に実に 105 件、事業者から自らの違反行為に係る事実の報告などが行われている（2007 年 9 月 3 日時点）。公益通報に積極的なイメージを与えると同時に、ゲインを増加させる報奨金の導入は、組織内部の連帯意識・偏った価値観を打破する契機となることが期待される。

次に、内部告発のコストの面について検討しよう。法 3 条、4 条、5 条は通報者の保護内容について規定している。そこでは、解雇の無効、労働者派遣契約の解除の無効、降格、減給等の懲戒処分やその他の不利益な取扱いの禁止について定めており、これは公益通報に伴うコストを減少させるという意味を持つ。しかしながら、これだけでは公益通報者保護に十分とはいえない。少なくとも、不利益な取扱いをした場合には、米国の「企業改革法（サーベンス・オクスリー法）」（Sarbanes-Oxley Act of 2002）のように、刑罰を科したり、厳罰をもって臨むべきであろう。また、幾ら不利益な取扱いを禁止しようと、当該企業において公益通報者が誰か判明してしまった以上、いじめ・嫌がらせなど、法を潜脱するような有形・無形の圧力が生じることによって居心地が悪くなることが予想され、そのような状況になること自体をできるだけ防ぐ必要がある。

そのためには、通報者の個人情報を通報受付機関以外に漏れないような工夫をする必要がある⁴⁶⁾。通報により、当該企業に査察・立入検査を行うと、それがこれまでの慣例に反する場合、通報に起因するものではないかと疑われる可能性がある。したがって、ランダム査察（random inspection）と巧みに組み合わせるなどして、これを防ぐ工夫が必要である⁴⁷⁾。具体的には、通報があつてから当該企業以外に他の企業に立入検査をしても、不自然な感があるのは否めない。そこで、普段からランダム査察を

行うことにより、当該企業への立入検査が偶然なされたように装い、企業による通報者探しが起こらないようにすべきである。定期的査察では企業に対して、予め一時的な証拠隠滅などの準備機会を与えることになるし、通報に対して迅速な対応をなすためには、いつ立入検査が起きてもおかしくないという状況を作っておく必要がある。

また、通報者を探そうとする行為、通報者の情報を漏洩する行為に対しては、厳罰をもって臨むべきであろう。この点について、公益通報者保護法の法律審議時に、衆議院で「公益通報を受けた事業者及び行政機関は、公益通報者の個人情報を通報者が漏らすことがあってはならないこと」、参議院で「公益通報者の氏名等個人情報の漏えいが、公益通報者に対する不利益な取扱いにつながるおそれがあることの重大性にかんがみ、公益通報を受けた者が、公益通報者の個人情報の保護に万全を期するよう措置すること」という付帯決議が採択されている。しかしこれだけでは不十分である。行政機関に通報した場合、通報者の情報を漏らせば、守秘義務違反として罰則が適用されるものの（国家公務員法 109 条 12 号、地方公務員法 60 条 2 号）、懲役一年以下となっており、通報者の不利益に比して十分なものとはなっていない。より重い罰則の導入を検討すべきである。

さらに、通報者に対して、刑事・民事上の責任を免責することにより、通報に伴うコストを徹底して減少させる必要もある。この点について現行法は何ら手当てを置いていない。

以上をまとめると、現行法では通報者の保護は十分ではなく、通報のインセンティブが低くなっているため、報奨金などによって通報者にゲインを与えると同時に、通報者の保護を徹底して、コストを減少させるべきである、ということになる。

46) 匿名通報は法の保護対象となっていない。匿名ならば、保護する必要がないという理由からである。もっとも、通報後に通報者が特定され不利益な取扱いを受けると、法の保護対象となる。

47) ランダム査察の有効性については、例えば、Joseph G. Van Matre & George A. Overstreet, Jr., *Motor Vehicle Inspection and Accident Mortality: A Reexamination*, 49 THE JOURNAL OF RISK AND INSURANCE 423-435 (1982) を参照のこと。

IV. 提言：望ましい内部告発者保護法制の構築へ向けて

本節では、Ⅱ節における内部告発に関する理論モデル、これを受けてのⅢ節における現行公益通報者保護法の分析と改善への基本的方向性を踏まえ、望ましい内部告発者保護法制の構築へ向けての具体的な提言をすることにする。

1 提言 1：外部通報の相当性の要件は不必要である

まず、第一に、通報先については、現行法のように、1次的に内部通報、2次的に行政機関通報、3次的に外部通報と位置づけることはやめ、少なくとも行政機関通報と外部通報について同じ要件で保護されるとすべきである。現行法では行政機関通報には「通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしていると信ずるに足りる相当の理由がある場合」という真実相当性の要件が課されているが、これ自体は、根拠のない通報を排除するために必要な要件であると考えられる。問題は、外部通報に、上記の真実相当性の要件に加え、以下の外部通報の相当性の要件が加えられている点である。すなわち、①公益通報をすれば解雇その他不利益な取扱いを受けると信ずるに足りる相当の理由がある場合、②公益通報をすれば当該通報対象事実に係る証拠が隠滅され、偽造され、又は変造されるおそれがあると信ずるに足りる相当の理由がある場合、③労務提供先から公益通報をしないことを正当な理由がなくて要求された場合、④書面により内部通報をした日から20日を経過しても、当該通報対象事実について、当該労務提供先等から調査を行う旨の通知がない場合又は当該労務提供先等が正当な理由がなくて調査を行わない場合、⑤個人の生命又は身体に危害が発生し、又は発生する急迫した危険があると信ずるに足りる相当の理由がある場合のいずれかが必要である。ただでさえ高いコストを負担する通報者に、重い立証責任を課すことは妥当でない。

Ⅲ節の第1小節で分析したとおり、通報先機関のインセンティブを考慮すると、行政機関と報道機関・消費者団体などの外部機関とでは、どの程度通報に対しての適切・迅速な対応が期待できるかという点で大差がないし、場合によっては外部機関の方が適切・迅速な場合もあり得る。仮に行政機関の立入検査が真偽の確認に必要であるとしても、場合によっては、行政機関に通報するよりも、一度外部機関に通報してから、行政機関へ立入検査を促すほうが、プロセスが可視化されて望ましいことであろう。現行法は外部機関、特に報道機関の社会的影響力に鑑みて、真実相当性の要件に加え外部通報それ自体の相当性の要件を課したものと考えられるが、これはあまりに外部通報のコストを増加させるものである。よって、外部通報の相当性の要件を外して、行政機関、報道機関・消費者団体などの外部機関については、ともに真実相当性の要件のみで通報者が保護されるようにすることが望ましい。

これに対する企業側の反論としては、まず、そもそも通報が根拠のあるものとは限らないし、誤った情報が組織外の機関に通報されることにより企業イメージを傷つけられたり、*reputation* を下げられたりして、企業の利益が損なわれる事態になることは不当だ、というのが考えられる。

しかし、再反論をすれば、そうした懸念は本来、行政機関通報においての真実相当性の要件のみで払拭できる筈である。さらにいえば、企業のイメージが傷付けられるのは、内部告発に限らないし、全く関係のない第三者がクレイマーとして、根拠のない風説を流布し、企業イメージを傷つけるリスクは常に存在するのである。

よって、①から④の要件は不要である。また、⑤の要件については、急迫危険がなければ外部通報をすることが許されないかのようなイメージを与え、通報行動を萎縮させるおそれがある。社会的インタラクションの観点からも、外部通報が極めて限定的な場合にしか許されないとの価値観を伝播させるおそれがあり、望ましくな

い。よって、削除されるべきである。

2 提言2：通報対象事実を見直すべきである

第二に、租税関係法や政治資金規正法といった「専ら国家の機能にかかわる」法律の違反行為についても、通報対象事実とすべきである。同時に、立法事実欠缺の法律の違反行為は、通報対象事実から除くべきである。

Ⅱ節の第2小節でみたように、外部から観察困難で、監視が難しい犯罪ほど内部告発が発見および抑止に効果的である。脱税や違法な政治献金などは密行性が高い犯罪であり、こうした犯罪にこそ、内部告発を活用すべきであろう。したがって、現行法の通報対象事実の範囲に各種税法や政治資金規正法も含めるべきである。同時に、Ⅲ節の第2小節でみたように、現在の日本には、不当に、ないし過度に、国民や企業の行動を規制する法律が存在し、こうした法律は経済活動を停滞させる要因となっている。したがって、立法事実欠缺の法律については、その法律を改廃するまでいかなくとも、少なくとも公益通報者保護法の対象からは外すべきである。

前半の主張に対する反論としては、内閣府の説明のように、税金関係や政治資金関係は、「専ら国家の機能にかかわる」ものであり、これに対する統制は、別の手段で行うべきである、というものが考えられる。しかしながら、再反論するならば、脱税や違法な政治献金を摘発することは、「公益」に適わないのであろうか。実質的にみても、かかる反論は、当該事実を通報対象事実から除く根拠について何も語っていないに等しい。脱税行動や違法な献金行動が後を絶たない現状からすれば、既存の制度だけでは十分に対応できていないということが窺われ、だからこそ内部告発を活用すべきではないかと考えられる。

後半の主張に対する反論としては、立法事実欠缺の判断が難しい、あるいは、立法事実欠缺の法律が経済成長に影響を与えるとはいえない、といったものが考えられる。しかしながら、再反論するならば、現に、上で見たように、各種税法や政治資金規正法については対象事実から除いているし、413の法律は何らかの基準によって、選別している筈である。そうだとすれば、国民の意見を募ったり、各分野の専門家の意見を聴いたりするなどして、各法律の立法事実を検討することは十分に可能だと考える。また、法制度が経済成長に影響を及ぼすことは既に確定した事実となっており、現在の議論は、いかなる法制度が経済成長にとって望ましいかに移っている⁴⁸⁾。

以上から、通報対象事実を全面的に見直すべきである。

3 提言3：通報者の保護を強化すべきである

第三に、通報者の保護を強化すべきである。具体的には、報奨金制度の導入、通報者探し行為・不利益取扱い行為への厳罰の導入、通報者の民事・刑事免責の導入などが挙げられる。

Ⅱ節の第3小節でみたように、通報対象となる不正行為が深刻であればあるほど、社会的なベネフィットは大きくなるが、同時にそうした不正行為は企業に莫大な利益をもたらすことが多いから、企業からの報復・反撃は強烈になる。これに通報者は一人で立ち向かわなければならぬ。通報行為のゲインを上昇させるか、コストを減少させなければ、内部告発はなかなか行われぬであろう。

第三の主張に対する反論としては、全体的主張に対する反論として、内部告発はそこまで保護すべき価値があるのか、といったものが考えられる。これに対する再反論としては、Ⅱ節の第1小節の企業犯罪の分析から分かるように、

48) 例えば、Dani Rodrick, *Institutions for High-Quality Growth: What They are and How to Acquire Them*, NBER WORKING PAPER 7540 (2000) を参照のこと。

企業犯罪は組織的に行われることが多く、発覚しにくく、継続性があり、社会・経済に対する被害・損害の大きい組織的な不正行為であるから、内部告発は強力な対抗ないし抑止手段となり得、これを活用しない手はないと答えることができる。

さらに、具体的な各保護方法に対して、個別の反論が考えられよう。報奨金については、日本の文化になじまない、証拠を捏造して行われる通報や軽微な事実を対象とする通報まで促進してしまう、額はどうするのか、といった反論が考えられる。これに対しては、これまで日本の文化でなじまないと思われてきた、ゲインを与えてインセンティブを変化させる制度も、独占禁止法の課徴金減免制度の例でみられるように、社会の変化とともに、受け容れられつつある、という再反論が可能である。また、証拠の捏造による通報は、刑法 172 条の虚偽告訴罪で処罰されるし、軽微な事実については、重大な不正に対象事実を限定することで、対応可能である⁴⁹⁾。また、金額についても、米国の制度を参考にすることで、合理的な額を算出できよう。

通報者探し行為・不利益取扱い行為への厳罰の導入については、処罰される側の権利を簡単に制約していいのか、といった反論が考えられるが、内部告発者の被る不利益の重大さを考えると、合理的範囲でならやむを得ないという再反論が可能であろう。先にも出てきた米国の「内部告発者保護法」(The Whistleblower Protection Act of 1989)が施行された後のアンケート調査によれば、実に7割近い回答者が、匿名性を内部告発するかどうかの意思決定に際して重要視していることが分かった⁵⁰⁾。これは、それだけ、告発者が、匿名性が維持されることを望んでいることを示すだけでなく、不利益取扱いされることを恐れていることの証しであると考えられ、とにかく告発者のコストを減少させる必要があることが分かる。

同様に、通報者の民事・刑事免責の導入については、やはり、通報される企業の権利の重要性から反論されることが考えられるが、これに対しては、行政機関への通報のみ保護することにし、報道機関などへの外部通報に対しては一律には免責されない、とする対応が妥当ではなかろうか。通報先の要件の検討では、行政機関通報と外部通報とに差を設けるべきでない、という議論をしたが、報道機関などで情報が公開された場合の影響力を考えると、民事・刑事の一律の免責まで認めることは、企業側の利益を考えると、難しいと考えられるからである。

以上から、通報者の保護を徹底的に強化すべきである。

V. 結語

最後に、本稿の理論モデルとこれに基づく現行法の分析をまとめ、提言について要約をして本稿を締め括ることとしたい。

II節においては、まず第1小節において、企業犯罪がなぜ起きるかについて、ミクロ経済学の基本的な考え方、ゲーム理論、社会的インタラクションを応用することによって、説明可能であることを述べた。いずれのアプローチからでも、内部告発は犯罪の発見ないし抑止に効果的であることが分かった。次に、第2小節において、内部告発がなぜ行われるかについて、やはりミクロ経済学の基本的な考え方、社会的インタラクション、さらには進化経済学を応用することによって説明可能であることを明らかにした。ここでは、内部告発は予想される企業からの報復行為の質・程度、当初の匿名通報にもかかわらず実名が発覚することのリスク、告発先がどの程度の対応をとってくれるか、などといった要素に大きく依存することを述べた。また、企業犯罪のような組織的犯罪には内部告発が社会的にみて有用であることが分かった。さらに、第3小節では、内部告発行動と企業の報

49) 報奨金の議論については阿部・前掲注 20)68-79 頁に詳しいので本稿では立ち入らない。

50) United States General Accounting Office・前掲注 31)14 頁を参照のこと。

復行動との関係について検討し、企業には報復行動に乗り出す強いインセンティブが存在することを述べた。また、告発対象が深刻であればあるほど、報復行為が苛烈になるという関係が存在することが分かった。第4小節では、企業内外の監視システムについて、監視者に十分なインセンティブがないか、歪んだインセンティブが存在するために、機能不全に陥っていることを説明した。ここから内部告発の保護・奨励の必要性が導かれた。

これを踏まえて、Ⅲ節では、公益通報者保護法の妥当性を検討した。ここでは、まず、第1小節において、主として通報先機関が持つ、適切な対応をとることに対するインセンティブを考慮すると、企業内部への通報を優先することに合理性が欠けることを述べた。次に、第2小節では、通報対象事実についても、経済学的観点からは、十分に選別されていないことが分かった。最後に第3小節では、通報者保護の方法・程度について、内部告発の過程における各当事者の意思決定の相互依存関係を考慮すると不十分であることを述べた。

以上を受けたⅣ節の具体的提言では、第一に、外部通報について、外部通報の相当性の要件を外し、行政機関通報と同じく、真実相当性の要件だけで保護されるようにすべきであることを提言した。第二に、租税関係法や政治資金規正法といった「専ら国家の機能にかかわる」法律の違反行為についても、通報対象事実とし、同時に、立法事実欠ける法律の違反行為は、通報対象事実から除くべきであることを提言した。最後に、第三として、報奨金制度の導入、通報者探し行為・不利益取扱い行為への厳罰の導入、通報者の民事・刑事免責の導入などによって、通報者の保護を徹底的に強化すべきであることを提言した。

(いわさき・まさき)

図表 1 : 内部告発事件年表

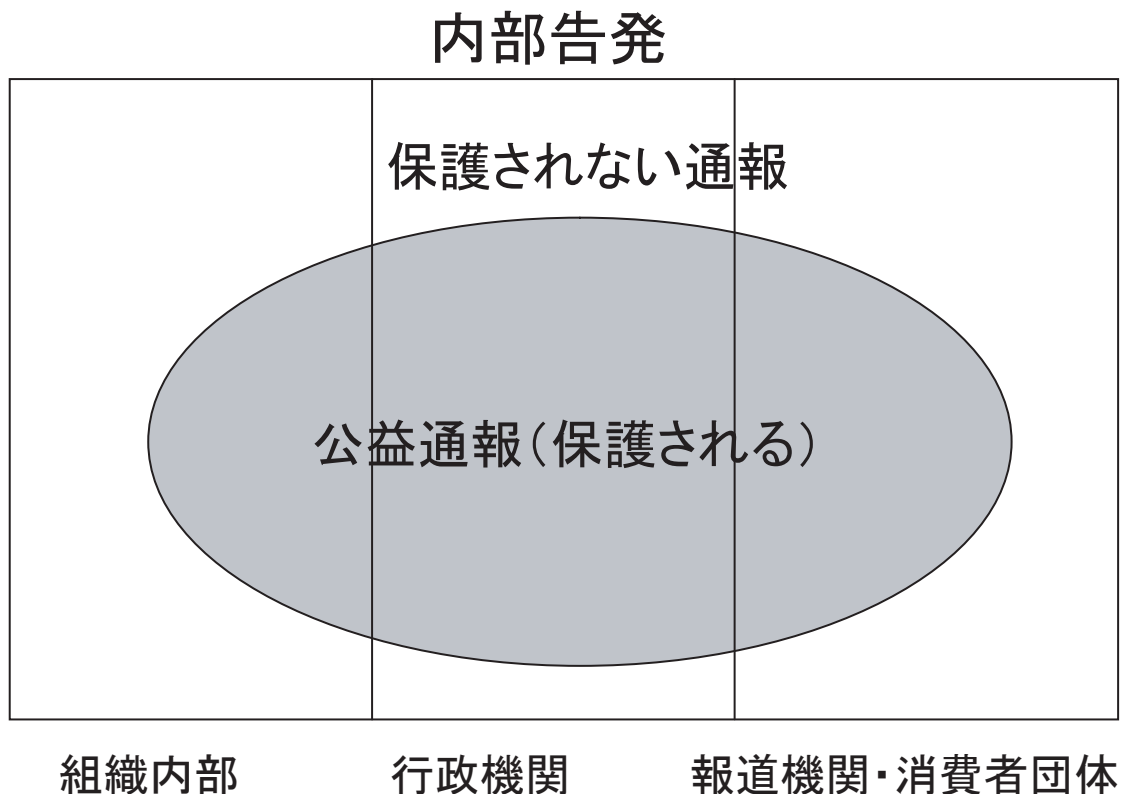
| 事件番号と年月 | 内部告発によって表面化した主な事件 |
|-------------------------|--|
| (1)2000年6月 | 三菱自動車の過去30年にわたるリコール情報の隠蔽などが、運輸省への匿名通報によって発覚。行政処分と刑事罰をうける。 |
| (2)2000年6月 | 日本医科大学付属病院で、手術助手をつとめた医師が、読売新聞記者に「手術ミスによる死亡」と告発。しかし、2005年11月の2審判決は、告発した医師が「手術ミスを信じる理由」に欠けると判示。 |
| (3)2000年10月 | 三洋電機の子会社が、太陽光発電システムの不良品を販売していたことが、2年前に本社社長に内部通報されていたが、無視。告発をうけた通産省の指摘で、発覚。補助金の交付を停止。社長が引責辞任。内部監査室を新設して、業務監視を強化した。 |
| (4)2001年10月 エンロン事件 | 米国のエネルギー大手のエンロン(Enron Corp.)が、特定目的会社(SPC)を利用して簿外取引により決算上の利益を水増しして計上していたことが内部告発により発覚、経営破綻に追い込まれた。不正会計に気づき、内部告発者となったのは、元副社長のシェロン・ワトキンス(Sherron Watkins)である。2002年に『TIME』誌がパーソンズ・オブ・ザ・イヤーに選んだ。この事件に端を発し、米国の有力企業における不正会計が次々に明るみに出た。そのため、米国では「企業改革法(サーベンス・オクスリー法)」(Sarbanes-Oxley Act of 2002)が成立した。 |
| (5)2001年12月 | 東京女子医科大学病院で心臓手術をした医師がカルテを改ざんしたことを、同大学理事長と死亡患者の両親に匿名通報。医師は、業務上過失致死等で逮捕。医療安全対策室を設置し、安全管理対策の指針を策定した。 |
| (6)2002年1月 | 雪印食品で牛肉の原産地表示を偽装していたことを、倉庫会社の社長が県警に通報。雪印幹部が詐欺罪で逮捕され、行政処分も。3か月後に、廃業に追い込まれた。 |
| (7)2002年3月 | 全農チキンフーズが、鶏肉の原産地等を偽装表示していたことを、全農の会員生協に匿名通報。仕入れ商品の表示は、事業所単位でチェックし、追跡管理するシステムに。 |
| (8)2002年5月 | 協和香料化学が、食品衛生法違反の物質を用いて香料を製造していたことを、東京都食品監視課に匿名投書。行政処分。3か月後に廃業。 |
| (9)2002年5月 | ダスキンが、食品衛生法違反の物質を使用して肉まん製造していたことを、厚生労働省に匿名通報。行政処分。専任の品質管理者をおき、行動基準を制定、ホットラインの運用を開始。 |
| (10)2002年6月 ワールドコム事件 | 米国の電気通信大手のワールドコム(Worldcom)が、粉飾決算を行っていたことが内部告発により発覚、経営破綻に追い込まれた。内部告発者となったのは、監査担当役員のシンシア・クーパー(Cynthia Cooper)である。2002年、『TIME』誌がパーソンズ・オブ・ザ・イヤーに選んだ。 |
| (11)2002年8月 | 日本ハムの子会社が牛肉の保管事業について虚偽申請していたことを、近畿農政局に通報。3つの社内通報窓口を設置。行動規範について社員研修。 |

| | |
|-------------------------|--|
| (12)2002年9月 | 東京電力が原子炉の自主点検作業について不正記載をしていたことを、請け負った米国業者の元社員が通産省に通報。原子力部門の内部監査を強化、企業倫理相談窓口を設置。通産省も、不備であった自主点検の報告基準を新設。 |
| (13)2003年2月 | 社会福祉法人が、是正勧告に従わず継続的にサービス残業させていたことを、職員が労働基準監督署に通報。理事長が労働基準法違反で逮捕される。 |
| (14)2004年2月 | 浅田農産が、養鶏の鳥インフルエンザ感染を隠蔽していたことが、保健所への通報によって発覚。自己破産に追い込まれる。 |
| (15)2005年1月 | NHKの特集番組（慰安婦問題の民間裁判）について自民党幹部が放送前日に批判したことを、番組担当デスクが報道界に暴露。担当デスクには、処分なし。 |
| (16)2005年1月 | いすゞ自動車が、無届で公道走行試験したことを、国土交通省に匿名通報。コンプライアンス委員会を設置。 |
| (17)2005年2月 | 愛媛県警の鉄道警察隊員の旅費支払いに不備があることを、巡査部長が実名告発。同部長は、通信司令室へ異動となり、裁判に。 |
| (18)2005年7月 | 核燃料サイクル開発機構の事業所職員が業務手当を不正受給していたことを文部科学省へ匿名通報。 |
| (19)2005年7月 | NHKの職員が、ビール券、入場券等を着用していたことを、経理担当職員が週刊誌等に通報。本人を懲戒免職、上司に減給等の処分。 |
| (20)2005年7月 | 明治安田生命が大量の保険金未払いを隠していたことが、金融庁への通報によって発覚。行政処分。他の保険会社にも波及。 |
| (21)2005年8月 | 明德義塾高校の野球部員が、喫煙、暴力などを行っていたことを、新聞社と野球連盟に匿名通報。 |
| (22)2005年11月 | 多数の建設会社、建築士等が関与したマンション、ホテルの耐震強度の偽装が、設計事務所社長の国土交通省に対する通報で発覚。全国的に波及。 |
| (23)2006年1月 | ライブドアが、証券取引法違反の手口で株価をつり上げ、粉飾決算していたことを、東京地検、金融庁等に多数の匿名通報。社長以下幹部が逮捕される。 |
| (24)2006年2月 | 東芝の原発用流量計試験データの改ざんが、納入した東京電力の通報窓口が届いた手紙で判明。原子力安全保安院が、東芝に立ち入り調査。 |
| (25)2007年6月 ミートホープ事件 | 北海道苫小牧市の食品加工卸会社ミートホープが、主に豚肉を使ったひき肉を牛ミンチとして出荷していた。新聞社への内部告発により事件が明るみにでた。不正行為に対し、元役員が2度にわたり農水省北海道農政事務所に偽牛ミンチのサンプルを示し、調査を要請。しかし、同事務所は受け取りを拒否した。その1カ月半後に「具体的な疑義が特定できなかった」とする公文書を作成していたことが判明している。 |

| | |
|------------------------|--|
| (26)2007年10月 ニチアス事件 | 東京都港区の大手建材会社ニチアスが、耐火材について、国土交通大臣の認定を不正に取得していた。この耐火材は全国の住宅などで計約10万棟に使用され、うち少なくとも約4万棟は認定基準より耐火性が劣っていた。同社は2006年10月に社内の製品調査で不正行為を把握していたが、これを公表せず、出荷を継続。しかし、匿名による内部告発の投書が同社に届いたことから、1年が経過した2007年10月17日にニチアスは国交省に報告した。 |
|------------------------|--|

注：宮崎貞至『公益通報のすべて——企業と行政の通報処理ガイドライン』（ぎょうせい、2006）178頁の表に筆者が加筆した。エンロン事件、ワールドコム事件については、NIKKEI NET Biz Plus の経済新語辞典 (<http://bizplus.nikkei.co.jp/shingo/327.html>, 2008年8月20日最終検索。)、 「告発3女性が「今年の人物」 米タイム誌 (PEOPLE)」 朝日新聞夕刊東京本社版2002年12月24日、2面、「ワールドコム倒産 資産12兆円、米史上で最大規模更生法申請」 朝日新聞夕刊東京本社版2002年7月22日、1面、の記述を参考として加筆した。ミートホープ事件については、以下の記事を参考として加筆した。「「ミートホープ」偽ミンチの内部告発放置 農政事務所、1年余」 朝日新聞夕刊東京本社版2007年6月21日、15面。「偽ミンチ、「疑義特定できず」 告発1カ月半後に農水事務所が文書」 朝日新聞朝刊東京本社版2007年6月24日、39面。「(内部告発：1) ミートホープ：上 眠れぬ夜増え、腹くくった」 朝日新聞朝刊東京本社版2008年2月25日、3面。ニチアス事件については、以下の記事を参考として加筆した。「ニチアス、耐火材偽装 01年から10万棟分 昨秋把握後も出荷」 朝日新聞朝刊東京本社版2007年10月31日、1面。「投書あるまで「隠蔽」 ニチアス、細工し検査を通過 耐火材偽装」 朝日新聞朝刊東京本社版2007年10月31日、31面。「納入先に電話殺到 ニチアス耐火材偽装」 朝日新聞夕刊東京本社版2007年10月31日、14面。「(内部告発：8) ニチアス：上 幹部の秘密に迫った投書」 朝日新聞朝刊東京本社版2008年3月5日、3面。

図表 2：内部告発と公益通報との関係概念図



注：外側の枠線の内部が内部告発に該当する。楕円の内部が公益通報に該当する。したがって、内部告発の中に、公益通報が内包されるという関係にある。この間の領域の内部告発は公益通報者保護法によっては保護されない。縦のラインで3つに区分されている領域は、左から、組織内部への通報（内部通報）、行政機関への通報（行政機関通報）、報道機関・消費者団体などへの通報（外部通報）に該当する。内部告発と公益通報との関係は文献によって異なる。本稿とは異なる定義の仕方については、宮崎・前掲図表1注）25頁や、浜辺・前掲注5）12頁などを参照のこと。

図表3：諸外国における公益通報者保護法制の概要

注：国民生活審議会消費者政策部会、公益通報者保護制度検討委員会資料を引用、http://www.consumer.go.jp/seisaku/shingikai/kouekiinkai3/shiryo2.pdf、2008年8月20日最終校索。

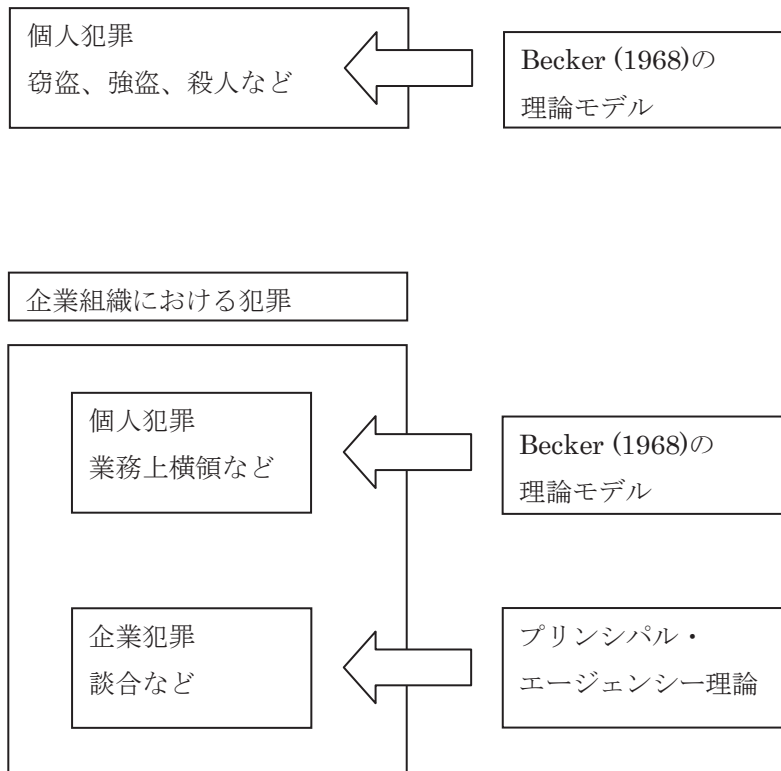
| 国名 包括法の 有無 | イギリス | | アメリカ | | オーストラリア(注3) | | ニュージーランド |
|----------------------|--|--|---|------------------------------------|--|--|---|
| | ○ | ○ | × | × | × | ○ | |
| 法律名 | 公益開示法(1998年) | 内部通報者保護法(1989年) | 環境(原子力分野の個別法(注1)) | ハーバース・オクスリー法(2002年)(806条)(注2) | 各州法 | 各州法(クィーンズランド州、ビクトリア州、ニュー・サウス・ウェールズ州、サウス・オーストラリア州、ウェスタン・オーストラリア州、オーストラリアン・キャピタル・テリトリー)以上6カ所 | 開示保護法(2000年) |
| 適用範囲 | 民間・公的部門 | 公的部門 | 環境(原子力分野の間部門に適用) | 上場会社及び証券会社 | 公的部門(15州以上が民間部門に適用) | 一般的には、公的部門での不正を対象(クィーンズランド州法のみが民間部門の内部通報者も保護) | 民間・公的部門 |
| 通報者の 範囲 | 雇用契約その他の契約下の労働者(派遣労働者等を含む) | 連邦政府職員(元従業員、採用予定者を含む) | 適用法ごとに異なる | 上記会社における従業員 | 州によって異なる | 公的部門での不正について内部通報できる者は、ニュー・サウス・ウェールズ州は公務員に限定。他の州法では、だれでも通報し、法の保護を受けることができる。 | 組織の従業員(※「組織」とは、法人・非法人を問わず、人が集めた団体を意味し、1名の従業員、ならびに1名以上の従業員で構成される団体を含む) |
| 通報対象 行為 | 「犯罪行為」、「法律上の義務違反」、「人の健康又は安全に対する危険」など | 法令違反(詐欺、賄賂等)、資金の浪費、権力の濫用、国民の健康・安全への重大な危険など | 適用法ごとに異なる | 取引における詐欺、上場基準違反、株主に対する不正行為など | 法の違反、失政、巨額の浪費、職務濫用、公衆の健康と安全に対する脅威など(州によっては、特定の法違反に限る場合もある) | 「各州法は、一般的に公共の利害に係る通報に限定。クィーンズランド州法(公的部門だけでなく、民間部門も含む。)では「公務員による違法行為等」、「公衆の健康または安全に対する危険」 | 「公共資金、公共資源の違法等使用」、「公衆衛生、公衆安全または環境に重大な危険を及ぼす行為」、「違法行為」など |
| 通報 相手先 | 雇用者等の内部への通報が前提(一定の要件の下、報道機関等の外部への通報も保護の対象) | 機関内外の誰かを問わない | 環境分野に限り、一般に、議会や行政機関など特定機関に対する内部通報を保護対象とする | 従業員に対する監督権を有する者、連邦議員、捜査当局など | いくつかの州において、内部への事前通報要件規定あり。また、事前通報必要なしと規定する州もある。 | 組織の内部手続きに従って通報することを原則(一定の場合に、関係当局、オンブズマンへの通報も保護対象) | 組織の内部手続きに従って通報することを原則(一定の場合に、関係当局、オンブズマンへの通報も保護対象) |
| 不利益処 分に係る 救済方法 | 雇用審判所に申立(決定に不服がある場合は司法手続きに移行) | 特別助言局に申立(決定に不服がある場合は司法手続きに移行) | 労働省行政法審判局等に申立(決定に不服がある場合は司法手続きに移行) | 労働長官等に申立(決定が期日内に提示されない場合は司法手続きに移行) | 主に民事訴訟を提起(州によっては、提起前に行政上の救済を受けることを要求する場合もある) | 裁判所に提訴。 | 裁判所に提訴、あるいは労働問題を扱う苦情処理機関への申立のいずれか |
| 救済内容 | 原職復帰、再雇用又は補償金 | 原職復帰、過及賃金、損害賠償など | 原職復帰、過及賃金、損害賠償など | 原職復帰、過及賃金、損害賠償など | 原職復帰、過及賃金、損害賠償、懲罰的損害賠償など | 原職復帰、損害賠償など | 原職復帰、損害賠償など |

(注1) 具体的には「大気清浄法」、「連邦水質汚染管理法」、「安全飲料水法」、「有毒物質管理法」、「エネルギー再編法」など、ほぼ環境と原子力関連の分野に限定されている。つまり広範囲にわたる影響が予想される領域で安全に対して敏感であることが求められる者に内部通報の保護規定が適用される。

(注2) 同法においては、上記の従業員を直接、保護する規定以外に、連邦法に違反する行為を法執行官へ通報した如何なる組織の従業員に対しても不利益を与えることを禁止し、違反した者に罰則を課すことが出来る旨、規定されている。(1107条)

(注3) 森下忠「オーストラリアの内部告発者保護法」判例時報No.1539(1995年)などによる。

図表4：犯罪と対応する理論モデル



論説

第9条

—特に平和的生存権の現代的意義について—

2006年4月入学

岡本直也

I. はじめに

II. 第9条

- 1 穏和な平和主義
- 2 自由の基礎としての第9条

III. 平和的生存権

- 1 従来の学説の議論
- 2 私見

IV. まとめ

I. はじめに

日本国憲法第9条の特徴を「平和」と「人権」を結びつけた（平和的生存権）ことにあるとする指摘は枚挙に暇がない¹⁾。かつては「戦争は政治的手段とは異なる手段をもって継続される政治にほかならない」²⁾として戦争を行うことを主権国家の正当な権利の一つと捉え、国家が戦争に訴えることにより「平和」が侵されたとしても何ら違法ではないとされていたことからすれば、第9条が「平和」と「人権」を相互的關係に捉えなおしたという点を主要に、その指摘自体は正鵠である。しかし、そのような「平和」と「人権」の捉え方は日本国憲法に特有なわけではない。国連憲章や国際人権規約をはじめ、1968年テヘランの国際人権会議や1978年オスロで開かれた「平和と人権＝人権と平和」会議においても、「平和」と「人権」が国際的にも国内的にも相互依存的で不可分であることが指摘されていた。そこでは、「平和」の条件としての「人権」保障にすぎなかった「平和」と「人権」の關係が、第三世界の国々の国連加盟と、それらの国々による「人権」への新しいアプローチである「人権、平和、発展」によって、より相互依存的なものとして把握され、しかも、それらと発展途上国の「発展」の關係が

1) 代表的なものとして、高柳信一「人権としての平和」法律時報47巻12号33頁、33-70頁（1975）を挙げておく。

2) クラウゼヴィッツ（篠田英雄訳）『戦争論 上巻』（岩波書店、1968）14頁。

強調されるようになっていったのである³⁾。

このような国際社会の状況を見たとき、第9条を有する戦後の「学界通説的解釈」⁴⁾が、国際社会における「平和」と「人権」の議論で満足するはずがなかった。いうまでもなく、国際社会において「武力」行使は違法性阻却事由の存在を条件に一定の正統性を与えられている。対して、戦後の「学界通説的解釈」は、日本国憲法が「平和」を達成するための手段として「非武力」を規律していることを前提にしていたからである。そのような見解からすれば、「平和」は戦争と同等のものではなくて、多数決の論理の及ばない、いかなる状況においても確保されるべき優越的な価値になったと主張する⁵⁾こともそれほど不自然なことではない⁶⁾。「平和」達成の手段を「非武力」に限定していることが主観的権利としても認められると考えた上で「武力」の概念が明確だと考える限り、そのような主観的権利に対しては論理上「公共の福祉」による制限を観念し得ないからである。そして、そのこともなお、「非武力」を前提にする主観的権利としての平和的生存権の内実が民主主義的多数決に対抗しうるほど具体的な個人の権利を示すのだとすれば、理解しうる。問題は、「学界通説的解釈」が導き出した主観的権利としての平和的生存権が、多数決原理に対抗するために「立憲主義」が守るべきものとしての内実を備えていたのかという点にある。果たして「六〇～七〇年代における憲法学内部の人権論」において『『権利』として語られていたのは、『国民』

全体にとっての利益を客観的に前もって認定し、その一元的に理解された『国民』利益を権利の名のもとで民主的政治過程に押し付けようとする論理構造のもの」であり「国民の権利としての『平和』が非武装に直結するという論法は、『平和』のために有事法制が必要であるという論法と同じナイーブさを内包している。ここでは、個人として判断し、行動する人間のイメージはない。」「基本的人権として主張されるものが、権利主体である具体的な個人を離れ、一元的な利益を享有するものとみなされる『国民』のものとなる段階で、権利を扱う法的な言語が、政治的な目的の前に道を譲っている疑いが生じる。」「基本的人権の主体を、個人から『国民』に張り付け直す時、基本的人権は政治エリートによって守ってもらう客体の利益という位置づけに転落し、主体的に参加する個人の絶対的要求としての意義を失」わせていたのではないかという疑いがあるからである⁷⁾。

たとえば、平和的生存権を積極的に援用する浦田賢治名誉教授は平和的生存権の現代的內容として「平和を求める公共良心」を観念し「平和原則を侵害する公権力による特定の人々の精神的損害の賠償」を具体的利益に加える⁸⁾⁹⁾。いわば、自衛隊の海外派遣などの政策決定の際にその政策に反対する個人に損害賠償請求できる権利を認めるものである。この点に関連して、「9条と思想良心の自由を保障した19条とを組み合わせて、一語で『平和的生存権』と呼んでいるだけのことで」あり、「あとは、原告ら

3) 松井芳郎「国際法における平和的生存権」法律時報 53 卷 12 号 8 頁、10-11 頁 (1981)。

4) 奥平康弘「第9条における憲法学説の位置」法律時報 76 卷 7 号 27 頁、33 頁 (2004)。なお、本稿で使用している「学界通説的解釈」は、奥平名誉教授が使用しているそれとはニュアンスが異なる。本稿においては、「学界通説的解釈」とみなされていそうなものの多くが実は「善き生」を押し付けているように見えることを批判し、「原基的な了解」に端を発する第9条の意義を最大限活かすためには新たに理論付けを行わなければならないという問題意識に立っているため、奥平教授とは評価のスタンスが少々異なっているからである。

5) 高柳信一「戦後民主主義と『人権としての平和』」深瀬忠一編『文献選集 日本国憲法③戦争の放棄』(三省堂、1977) 188 頁、196 頁。

6) 本稿での「多数決」は民主主義の一側面を示している。論者の能力の問題から「民主主義」論については本稿では立ち入ることができない。

7) 西原博史「有事法制・新たな人権論・憲法改正策動」法律時報増刊『憲法と有事法制』226 頁、229 頁 (2002)。

8) 浦田賢治「平和的生存権の新しい弁証」浦田賢治編『立憲主義・民主主義・平和主義』(三省堂、2001) 562 頁、566-581 頁。

9) そもそも、浦田賢治教授の人権論は「特殊」な可能性がある。浦田賢治「人権体系の現代的展開」季刊科学と思想 24 号 681 頁、687-692 頁 (1977) 参照。

が、思想良心の自由（19条）のレベルでどこまで確固とした世界観として平和主義を信奉しているかにかかってくる」と支持する見解¹⁰⁾があるが、ここでの注目すべき点は、9条の特定の解釈なくしてこのような主張はできない可能性が高いということである。国家権力による特定の個人に対する直接的な具体的権利侵害であればまだしも、それとは異なり民主主義的多数決によって決定した一般的政策について、その政策に反対する個人が良心の自由を侵害され精神的損害を負ったとして損害賠償請求をすることが可能であろうか。おそらくは無理である場合の方が多きように思われる。正当な民主的手続に参加している当該個人にとって、自らの意見とは異なる政策が成立したからといって、そのことを理由に、直ちに、多数決によって個人の自律的な私生活が侵蝕されると言うことが可能だとは考えられないからである。自らの信じる宗教の教義と異なる政治決定をされたからといってそれを権利侵害だということができないのと同様である。結局、浦田教授の議論は、第9条2項が自衛隊という「戦力」を禁止していることを一般的国民に主観的権利として保障していると主張しているに過ぎない^{11) 12)}。本来ならば個人が主張し得ないはずの一般的政策に対する権利侵害を9条により主張できるのは、この議論が、第9条を逸脱した政策を認めずに、そのような客観法違反を個人にも主観的

権利として主張することを認めたと解するからである。果たしてそのような解釈は可能であろうか。

そこで、以下、第9条の解釈をどのように考えるかを長谷部恭男教授の「穏和な平和主義」論と樋口陽一名誉教授の「自由の基礎としての9条」論を題材に検討したうえで、第9条のもとで基礎づけられる主観的権利としての平和的生存権とは何かを検討する。

なお、次章以下において使用する概念の定義は脚注14)で述べていることを前提としている。

II. 第9条

1 穏和な平和主義

第9条がどのような場面を規律しているのかはそれほど明らかではない。平和的生存権は主観的権利（主観法）としての側面のはずである¹³⁾が、後述するように第9条の問題として捉えるかについては争いがある。日本国憲法第3章の「国民の権利及び義務」より前の第2章に条文を置いた第9条の文言解釈として自衛戦争・侵略戦争が許されるのか否かを学説が主に争ってきたのは本来、客観法としての側面だったはずである。もっとも、「学界通説的解釈」

10) 棟居快行『憲法フィールドノート（第3版）』（日本評論社、2006）72-73頁。

11) あるいは第9条1項で「非武力」が主観的権利として保障されていると主張しているのかもしれない。

12) この浦田賢治教授の議論に関連して、奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993）430-434頁は、平和的生存権を「権利」として主張するために、従来の国民＝国家においてなされる「人権」概念の再構成の必要性を示唆している。このような奥平名誉教授の指摘に関連して、和田進「構造的平和の構築と憲法学」法律時報73巻1号32頁、34-36頁（2001）がある。和田教授は、新しい「権利」の構築を試みたものとして、「平和的生存権」の思想は、「全世界の国民」が有する「人権」として提出されることによって「国民」国家の枠組みを止揚した立憲主義の展望をもたらすことになるとして、「人権」と主権との矛盾・緊張関係を止揚して、近代立憲主義の核心である「人権」の確立をグローバルに展望することになったと主張する。しかし、「平和」の問題に関して主体が国家から国際社会に転換したとしても、国際社会の「立憲主義」が未完である以上、国民＝国家の構造の内部での「人権」保障が必要であるとすれば、「平和」に関する国家の役割について、十分に検討することができないように思う。愛敬浩二「リベラリズム憲法学の行方」法律時報73巻6号79頁、81頁（2001）参照。

13) 平和的生存権は、国際人権がそう見えるように、世界に向けた理念の「メッセージ発信的な意味」として使用されることもある。対して、本稿で研究対象としているものは、国内における主観的権利（主観法）として裁判救済に使用可能なものとしてのそれである。なお、国際人権をどう捉えるかは、大沼保昭「人権の国内的保障と国際的保障—より普遍的な認識を求めて」国際人権17号57頁、57-62頁（2006）など一連の議論を参照。

は主観法的側面と客観法的側面との整合性についてそれほど敏感にならずに、自衛戦争をも禁止したと解するとともに「平和」を達成するための手段として政治部門に戦時に軍隊に転化しうる程度の「戦力」不保持を強制したと解している。

このような「学界通説的解釈」のうちの「絶対平和主義」¹⁴⁾に対して一石を投じたのが長谷部恭男教授の「穏やかな平和主義」であった。

「穏やかな平和主義」は、公共空間を破壊しかねない世界観を私的領域に封じ込めることにこそ立憲主義の意義があり、「学界通説的解釈」の多くが採っているであろうと思われる「絶対平和主義」は、市民の生に包括的な意味と目的を付与しない立憲主義のプロジェクトに反していると主張する¹⁵⁾。

もう少し詳しく見てみよう。

長谷部教授は、「善き生き方」としての「絶対平和主義」を検討するとしてうえて、「善き生」に関する観念は多様であり相互に比較不能である、とする。公的領域と私的領域とを区分し、万人の万人に対する争いを引き起こしかねない「善き生」とは何かに関する対立を私的領域に閉じ込めることで、公共の事柄に関する理性的な解決と比較不能で多様な価値観の共存を両立させようとするのが「立憲主義」のプロジェクトであるから、「善き生」の観念を貫くために、結果に関わりなく「絶対平和主義」を採るべきだという立場は容易には整合しない、とする。さらに、「こうした極端な平和主義の背後にあるのは、効果的な防衛の実現方法に関する現実的な議論というよりは、そうすることが『善き生』のあり方だからという究極的な価値観に依拠するものと考えざるをえない。」¹⁶⁾あるいは、

14) 「絶対平和主義」と「非武装平和主義」という用語について、それぞれの用語の使用法が各論者によってまばらであるため議論が混乱している感が否めない。本来ならばそれぞれの用語の使用法について統一し、整理しなければならないはずである。混乱の素になっていると思われる部分を具体的に挙げると、長谷部教授が批判の対象とする、長谷部教授のいうところの「絶対平和主義」という見解は、「戦力」の解釈においてなんらの実力組織も認めない見解である。そして、長谷部教授自身は「戦力」について政府見解を採用している。しかし、だからといって、長谷部教授が、第9条が「非武装平和主義」であることまで否定するかどうかは疑わしい。第9条2項には明らかに「戦力」不保持が定められているからである。「戦力」不保持を日本語として自然に読み替えればそれは「非武装」のことであり、それを「非武装平和主義」と呼ぶことは可能だからである。そして、そのうえで、長谷部教授は、法律用語としての「戦力」の意味解釈について争おうとしているのである。そうすると、長谷部教授は「非武装平和主義」に立ちながら「絶対平和主義」を批判していることになる。しかし、その一方で長谷部教授が批判の対象と考えていると思われる多くの論者は、自説を「絶対平和主義」というよりは「非武装平和主義」として論じることが多いように思う。そこでは「非武装」とは、「戦力」を「戦時に軍隊に転化しうる程度の組織」と解釈した上でそのような特定の「戦力」を有さないことのみを指しているように見える。各論者が自らの考える「非武装平和主義」の内容（「戦力」とは具体的には一体何なのかという問題）を具体的に提示しない場合が多い（石川健治教授の言葉を借りれば「言説空間の歪み」があるためである）ため議論が混乱する環境にある。

本稿でも引用の都合上「絶対平和主義」と「非武装平和主義」の内容が同じであったり違うものであったりまばらになってしまうこともあるが、原則として、「非武装平和主義」とは「戦力」不保持という第9条2項の条文自体を示し（ここでは「戦力」に関して、意味解釈を加える以前の普通の日本語としての読み方を想定している）、「絶対平和主義」とはその中でも「戦力」について「戦時に軍隊に転化しうる程度の組織」と解釈しているであろう見解を示すように努力している。なお、私見がどのような「非武装平和主義」を志向しているかは「まとめ」で述べている。

また、ここで重要なことを指摘するならば、(国際社会で使われる)「武力」と、(第9条1項の)「武力」と、(第9条2項の)「戦力」と、(非武装平和主義というときの)「武装」とは異なる概念であることに十分な注意が必要である。(私自身は、第9条の構造について、第2項の「戦力」不保持条項によって「戦力」として認められなかった組織であっても、第1項の「武力」行使はできない、というように読むべきだと考えている。)

15) 長谷部恭男教授の議論については、長谷部恭男「平和主義の原理的考察」憲法問題10号50頁、50-64頁(1999)、長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』(筑摩書房、2004)138-141頁、長谷部恭男「平和主義と立憲主義」ジュリスト1260号56頁、58-60頁(2004)、長谷部恭男「国家権力の正当性とその限界」岩村正彦ほか『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』(岩波書店、1997)137頁、153-162頁、長谷部恭男「カール・シュミットのシェイクスピア」UP 33巻3号33頁、33-37頁(2004)、落合恵子=長谷部恭男「対談『曲がりなり』」にも民主的な、この社会を守るために「世界732号32頁、32-39頁〔長谷部恭男発言〕(2004)などを参照。

16) 長谷部恭男「民主主義は生きる意味を教えない」紙谷雅子編『日本国憲法を読み直す』(日本経済新聞社、2000)48頁、60頁。

「とにかく通常の軍備さえ無いような状況で生きるのが人として生きる正しい生き方だからそう生きろ、というふうに解釈する人がいるわけですね。私はこういう解釈は立憲主義の根本的なものの考え方に反すると考えます。そういう非常に純粋な『絶対平和主義』として憲法9条を解釈するということはとるべきではないというのが私の考え方です。」¹⁷⁾

この指摘は、長谷部教授が平和的生存権について「切り札としての人権」¹⁸⁾性を認めていないことと関連して意味があると思う。すなわち、長谷部教授は平和的生存権について、自然状態で暮らしていた人々が公共財の適切な享受を求めて国家を建設する際に、典型的な公共財といえる防衛サービスの供給を全面的に禁止するとはにわかに想定しにくいから、平和の維持という社会全体の利益を実現するために憲法によって特に認められた権利である、と主張している¹⁹⁾。

詳言すれば、長谷部教授の見解に対する、「思想の押しつけについていえば、非武装平和主義やその背景にある非暴力、抵抗がもし押しつけになるのであれば、逆に武装平和主義や暴力あるいは実力による抵抗ということを憲法に規定しても、やはりそれは押しつけになってしまうはずです。一方が押しつけになり、他方がならないと考えるとすれば、それは法的論理ではなく政治的選択の問題であり、簡単に言えば普通の国家・憲法論が選択されているのではないのでしょうか。」²⁰⁾との反論がさほど有効でないのは、長谷部教授の議論は、第9条2項の「戦力」不保持条項は何らの実力組織も有さないことを個人の主観的権利として規定しているわけでは

ないことが前提になっているからである。もしも、何らの実力組織も有さないことが多数決に対抗しうる主観的権利として認められるのであれば、それは価値の押し付けではなく、多数決に対する個人の権利の正当な擁護である。しかし、何らの実力組織も有さないことを一般的に主観的権利として認めることは、具体的個人の権利を「人権」と考えるイメージからは大きく乖離したものである。そして、そのように主観的権利として認められない「善き生」を認めることは価値の押し付けを認めることに他ならないから「立憲主義」を志向する日本国憲法が意図するはずがない。この点に関して、長谷部教授の指摘は正鵠だと思う。(もっとも、長谷部教授が主張する「立憲主義」と「民主主義」の関係を前提としない場合にはそれほど説得力を持たない可能性がありうる。)

そして、このことによって、「憲法は、ほかのことならいざしらず、何よりもかけがえのない平和のためであれば、一種の『闘う民主制』を要求しているのではないか」²¹⁾『たたかう民主制』ないしそれと同質の論理に由来する戦闘性を、近代立憲主義を根本原理とする憲法(状況)下において必然であるとするのか」²²⁾という問いに答えることもできうる。

このように考えてみると、「絶対平和主義」を主張する論者が行いがちな「絶対平和主義」を時に政治過程によって実現すべき絶対的な価値として導出しようとする解釈態度は、「個人」を「善き生」の「押し付けられる」客体へと変えてしまう結果を引き起こしかねない、ということに気づくことになる。そして、そのことは立憲主義の構造転換を意味していることになる

17) 山脇直司ほか「総合討論Ⅱ」長谷部恭男＝金泰昌編『公共哲学② 法律から考える公共性』(東京大学出版会、2004) 217頁、250頁〔長谷部恭男発言〕。

18) 長谷部恭男『『公共の福祉』と『切り札』としての人権』法律時報74巻4号83頁、83-87頁(2002)。

19) 長谷部恭男『憲法(第2版)』(新世社、2001)72-74頁。

20) 浦田一郎＝山元一「平和主義と立憲主義」井上典之ほか編『憲法学説に聞く』(日本評論社、2004)253頁、261頁〔浦田一郎発言〕。

21) 浦田＝山元・前掲注20)261頁〔山元一発言〕。

22) 渡辺洋「憲法の戦闘性」神戸学院法学30巻3号719頁、755-756頁(2000)。

から、十分に警戒感をもつ必要がある^{23) 24)}。

2 自由の基礎としての第9条

「穏和な平和主義」のように、「絶対平和主義」が多数決に対抗しうる主観的権利として十分ではないために価値の押し付けになってしまい許容されないと考えたとしても、第9条(2項)が「戦力」不保持を採用しているという意味における「非武装平和主義」まで否定することは特殊日本的状況においては問題がある。それを指摘したのが樋口陽一名誉教授の主張する「自由の基礎としての第9条」論である²⁵⁾。

樋口教授は「憲法13条の個人の尊厳、諸個人の自由な結合で社会を作るというフィロソフィーが、それこそ大文字中の大文字の人類普遍の原理」であるとして、「日本国憲法は、9条の問題については、日本独特なやり方をすることによって、初めて大文字の人類普遍の原

理を日本社会で根づかせることが可能なんだという結びつき方を示しているのだと思うのです。」と指摘している²⁶⁾。「近代立憲主義」の「準抛国」ではない日本において、「自己決定をし、その結果を引き受ける個人を少なくとも建前として社会に容認される状態」である「近代」を日本に根づかせるために第9条＝「非武装平和主義」の意義を説くのである^{27) 28)}。

そして、樋口教授は日本国憲法第9条には「継承」と「断絶」の意味があるとした上で、「断絶」の意義を、実践的な「思想」の選択として、日本国憲法の出自たる第二次世界大戦をも含めた「正しい戦争」を否定した点に見出し、「国連＝正戦論」に対し、『正義のための武力』を否定した日本国憲法の理念を掲げ、21世紀に向けてのもう一つの選択肢を対置することにある」と主張する。そして、「国連の『正戦』に参加しないことを、消極的に『憲法ゆえに』弁明するのではなく、積極的に『憲法ゆえに』理由づけ

23) 西原博史「立憲主義において国家を縛るもの」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』(創文社、2004) 559頁、575頁。ほかに、西原博史「政治部門と裁判所の憲法解釈」公法研究66号139頁、139-148頁(2004)参照。

24) なお念のため、私自身は長谷部教授の第9条論について本文中で述べている問題意識以外について賛同するものではない。たとえば、何ら実力組織を持たないことよりも自衛のための実力保持の方が合理的に諸個人のプロパティを保全できるという主張(長谷部恭男「ゲバラのように生きる」UP 37巻1号35頁、35-38頁(2008))は複雑な国際社会の政治状況の中で、長谷部教授が言うほどに当然のことでは全くない。

25) 本節の樋口教授の議論は、樋口陽一「戦争放棄」樋口陽一編『講座・憲法学 第2巻』(日本評論社、1994) 109頁、113-114頁、樋口陽一「憲法9条と西欧立憲主義」樋口陽一『憲法近代知の復権へ』(東京大学出版会、2002) 100頁、102頁、樋口陽一「立憲主義展開史にとっての一九四六年平和主義憲法」深瀬忠一ほか編『恒久世界平和のために』(劉草書房、1998) 134頁、136-137頁などに依っている。樋口教授の第9条論につき全体を網羅したものとして樋口陽一『もう一度憲法を読む』(岩波書店、1992) 161-204頁がある。

26) 樋口陽一＝大嶽秀夫「対談」軍事化・右傾化の現状認識 法学セミナー増刊『憲法と平和保障』22巻20頁、25頁〔樋口陽一発言〕(1983)。

27) 大沢秀介＝根森健「春季研究集会シンポジウムのまとめ」憲法問題13号67頁、74頁〔樋口陽一発言〕(2002)、樋口陽一「『準抛国』の崩壊と立憲主義」思想830号4頁、4-19頁(1993)など、参照。

28) 類似の議論として、第9条は、言説の磁場が権力問題と直結しており、言説の不自由さこそが人々の「自由」を何程か確保している例だと指摘する見解がある(石川健治「政府と行政」法学教室245号74頁、79頁(2001))。石川教授によれば、第1に、議会の立法権行使に際し、軍編成権に関してはその組織法制定権限を否定するという(消極的な)法的権限規定として定められているという側面と、第2に、そうした組織法制定権限の制約根拠一同時に、いわゆる軍令の領域も原理的に存立しえなくなる一として、平和主義の理想という、その時々(の)民意をも超える、より高次の政治的正当化根拠を提示している側面と、第3に、それに伴い政府が軍事予算を計上することが不可能になるという意味での財政権の限界規定一それは、89条と同様に、憲法が基本とする「議会による財政統制」の方式(財政民主主義)に対する憲法上の限界を構成する一をおいているという側面から、論ずる必要がある(石川健治「Arma virumque cano」現代思想32巻12号102頁、105頁(2004))とした上で、9条が理想的でありすぎることに倦んで、憲法学が正統性剥奪に基づく軍事力統制の課題を安易に放棄することが、わが国の国家機構の権力バランスを損なうおそれを危惧し、権力分立と権利保障を最低限度の関心事とする立憲主義憲法学は平和主義をめぐる議論が今後流動化し始めるとすれば、その場合に、立憲主義にとって最低限の課題である軍事力のコントロールの問題に対して責任をもって対処すべきであるとする(石川健治「前衛への衝迫と正統からの離脱」憲法問題8号105頁、117頁(1997))。その後も石川教授は、繰り返し「言説空間の歪み」を指摘している。石川健治「憲法改正論というディスコース」ジュリスト1325号90頁、93頁(2006)。

る」ことが重要であるとしたうえで、「近代立憲主義」の準拠国ではない日本が人権＝個人の解放という普遍性をもった概念を基礎に国際社会における未完の立憲主義を構築することを目指すべきだと指摘している。

樋口教授が指摘するように、第9条で「非武装平和主義」を規定したことが自己決定のないうる自由な社会にするために必要であったと考えるならば、憲法が個人の主観的権利としていかなる部分まで認めているか否かは別にして、第9条が「戦力」不保持という「非武装平和主義」を政治部門に強制することを正統化することは可能であるし、むしろそう解すべきである。特殊日本の状況においては、第9条の「非武装平和主義」なくして「近代社会」として個人の自律を保障しえないのであれば、そう解するほかないのである。ここで問題なのは、果たして第9条の「断絶」としての「思想」を維持しなければ日本社会において「近代」を維持することができないかどうかである。ここで、社会学的問題について立ち入る余裕はないが、改憲論議が、「第9条が標的であると同時に、第9条を標的にすることによって実は戦後日本が作ってきた社会のあり方そのものを根こそぎひっくり返そう」²⁹⁾とするものであり、「第9条についての改憲の主張は、およそ批判の自由を抑圧しタブーの再生をもたらすような復古的主義・・・とむすびついてきているのであり、まさにその意味で、西側立憲主義の歴史が、軍の存在を認めながらも強烈な歯どめをうちこむことによって確保しようとしてきた個人の尊厳という窮極的な価値を、簡単に押し流すものとなるろうとしている」³⁰⁾ことは明らかであるように思う。そうだとすれば、少なくとも第9条がそのままの状況で残っていることが「近代」としての自由を護る前提であり続けているということができると思う。結果、第9条は「躓きの石」³¹⁾

としての意味を有することになる。

もっとも、逆にいえば樋口教授のこのような考えは、第9条の「非武装平和主義」たる側面は日本社会が「近代」に到達した際に取り除かれ得る「躓きの石」でしかないことをも示唆している。樋口教授も第9条を少なくとも主観的権利として概念付けることに成功しない限り第9条の理念が普遍的なものとして存続することに肯定的ではないと思われる点で長谷部教授の見解と同じであるように思える。第9条について、少なからぬ学説が考えるように主観法的側面の理論的構築を軽視して、客観法としての第9条の文言解釈においてだけ、例えば「戦力」の内容を戦時に軍隊に転化しうる程度のもの一般として決定することがどれほど意味のあることであるかは疑わしいのである。

従来³²⁾の学説は、「戦力」(9条2項)にあたるか否かについて、政府見解(1980年12月5日提出)が採用する「自衛のための必要最小限度の実力」という量的な制限に基づく定義を専ら争い、そのような定義は時代状況によって「軍備の保持」の内容に変化をもたらすものであるとして量的観点から批判する。しかし、一般的に考えられている第9条の趣旨を私なりに分類すれば、第9条の趣旨には、国外の個人に対して「武力」による権利侵害をしないことと国内において(組織内に対して、組織外に対して共に)個人の自律を侵害するような「戦力」を有さない(及び国内においても「武力」行使もしない)ことの二つがある。結論を先に言えば第9条が主に規律しているのは、量的制限だけと考えるべきではない。日本国憲法下において戦時という概念は存在せず、予定している見受けられる規定もないことからすれば、平時における人権保障と同等の人権保障をいかなる場合にも認めることこそ、第9条が主に規律しようとしたものであると考えるべきである。たとえ

29) 樋口陽一「私たちは日本国憲法ぬきでやってゆけるのか」法学セミナー49巻8号52頁、54頁(2004)。

30) 樋口陽一「戦後社会の変化と安定の要素としての日本国憲法」小林孝輔教授還暦記念論集『現代法の諸領域と憲法理念』(学陽書房、1983)122頁、130頁。

31) 青井美帆「9条・平和主義と安全保障政策」安西文雄ほか著『憲法学の現代的論点』(有斐閣、2006)93頁、120頁。

ば軍事裁判所を置かないことは戦時を特別視しない制限としてすぐに思いつく³²⁾。常に平時と同様の人権保障が必要である以上、徴兵制を採ることもできない。

このような規律が重要なのは、現代社会においては軍隊だけが有形力を行使する圧倒的な権利侵害主体ではないからである。テロ対策など大規模犯罪に対して強大な有形力を持って対策を担う警察組織の必要性を認めるとするならば、量的制限のみをもってしては、警察と軍隊との区別の相対化とともに警察組織による軍隊の代替を果たしかねない。むしろ重要なことは、そのような（量的に狭義の警察と軍隊の中間に存するような）組織の存在を認めつつそのような組織への民主的コントロールを及ぼすとともに、平時における人権保障と同等の人権保障を常に認めることである。そのことによって、第9条の趣旨である、海外の個人に対して「武力」による権利侵害をしないこと（第1項）と国内において個人の自律を侵害するような「戦力」を有さないこと（第2項）を果たしうるからである。

このような見解に対しては、第9条は、「戦力」に対する民主的コントロールを行うことが不可能であることを主権者自ら認めた規定であり、「戦力」には戦時に軍隊に転化しうる程度の組織をすべて含むとする批判が考えられる。確かに、強大な有形力を行使する組織への民主的コントロールは困難であり第9条がすべての戦時に軍隊に転化しうる程度の組織について未来永劫民主的コントロールの不可能性を認めたと解する余地もあるが、日本国憲法がある組織に対して民主的コントロールを及ぼすことが不可能だと考えているとすれば、そこには民主的決定に唯一対抗しうる「人権」が背後に存在していると考えていなければおかしいはずである。そうでなければ「個人」の主体性を貶め立憲主義の構造転換を生

み出してしまう。それにもかかわらず、第9条が戦時に軍隊に転化しうる程度の部隊をすべて含む「戦力」に対する民主的コントロールを行うことが不可能であることを予定していると主張する論者は、後述するように「人権」たる平和的生存権の内容を説明しきれていない。「人権」たる平和的生存権の内容が説明できなければ、第9条が民主的決定にも対抗しうる平和主義の理念を憲法上の規定として定めた偉業は、個人に「善き生」を押し付けるものとしての地位に転落してしまう。

そこで私は、詳しくは後に譲るが、第9条は、量的制限に基づいて民主的コントロールを及ぼすことが不可能な「戦力」を規定しているのではなく、平時において行われる人権保障と同等の人権保障を常に認めることができる組織であるかどうかによって、民主的コントロールを及ぼすことが不可能な「戦力」を規定していると考ええる。

なぜならば、私は平時において行われる人権保障と同等の人権保障を常に認めることのできる組織を前提にして主観的権利としての平和的生存権の現代的意義があると考えからである。次章では主観的権利としての平和的生存権がいかなるものであるかを検討したい。

Ⅲ. 平和的生存権

1 従来の学説の議論

まずは日本における主観的権利としての平和的生存権について、従来の議論をまとめておく。なお、本稿では国際社会における平和的生存権の意味、あるいは日本国憲法における平和的生存権の国際社会にもたらす意味については省略させていただく。

前提として、主観的権利としての平和的生存権の根拠規定については、大要、前文・第13

32) 近時における軍事裁判所の設立についての論稿として、白取祐司「軍事裁判所の設立について」法学セミナー 52 巻 11 号 30 頁、30-31 頁 (2007)。

条・第9条を総合的に根拠とする見解³³⁾、前文第2段そのものを根拠とする見解³⁴⁾、第13条の個人尊重条項を根拠とする見解³⁵⁾がある。なお、憲法前文を根拠規定とする見解と関連して、憲法前文の裁判規範性の存否が一応問題になる³⁶⁾が、前文を全体として一律に、いわば「丸ごと」論じるのではなく、前文の諸規定を格別に眺めてそれぞれの具体性の有無を確認しそれによりその存否を判断すべきである。そして、前文が法的性格としては解釈基準にとどまるにせよ、それに裁判規範性を認めるにせよ、そもそも平和的生存権の具体的内容に則してどのような法的性格が認められるかが問題となる。

また、主観的権利としての平和的生存権の主体としては、大要、個々の国民個人と解する見解³⁷⁾、民族をその主体と主張する見解³⁸⁾、国家をその主体とする見解とされるもの^{39) 40)}がある。

では、従来の学説は主観的権利としての平和的生存権の内容をどのようなものとして捉えて

いたのか。権利内容のあいまいさが主観的権利としての平和的生存権を否定する主要な論拠である⁴¹⁾以上、この点こそが最も重要である。それにもかかわらず、主観的権利としての平和的生存権の内容については各論者の主張は様々である。ここに主観的権利としての平和的生存権を認めることの困難さが現れているが、それはさておき、本稿では代表的主張のみを検討することにする。

まず、前文・第13条・第9条を総合的に根拠とする見解のうち、深瀬忠一名誉教授は、第9条の戦争放棄条項は平和的生存権の保障に奉仕する点が重要であるという。そして深瀬教授は、第9条は人権規定そのものではないが、平和的生存権というタームを通じた「制度的保障」⁴²⁾であるという意味で人権保障規定であり、第13条を連結・調整の要とすることで「公共の福祉」の内容から軍事目的を排除し個別的人権が軍事目的によって制限されるのを防ぎ、さらには軍事目的そのものに対抗するものとし

33) 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店、1987）227頁、山内敏弘「平和的生存権の裁判規範性」法律時報48巻11号33頁、38頁（1976）など。

34) 星野安三郎「前文の効力と平和的生存権」法学教室（第2期）7号106頁、107頁（1975）。

35) 久田栄正「平和的生存権」ジュリスト606号28頁、30-34頁（1976）。久田栄正「憲法九条の歴史的意義」法律時報51巻6号12頁、12-21頁（1979）参照。

36) 主な否定説の論稿として佐藤功「前文の性質」法学セミナー78号10頁、11-15頁（1962）、大西芳雄「前文の内容と効力」清宮四郎＝佐藤功編『憲法講座 第1巻』（有斐閣、1963）161頁、161-176頁など、主な肯定説の論稿としては、清宮四郎『憲法の理論（オンデマンド版）』（有斐閣、2001）178-179頁など。

37) 深瀬忠一『長沼裁判における憲法の軍縮平和主義』（日本評論社、1975）325頁、池田政章「平和的生存権」清宮四郎ほか編『憲法演習I（新版）』（有斐閣、1980）34頁、46頁、小林武「平和的生存権の歴史的意義と法的構造（四）」南山法学19巻3号81頁、89頁（1995）など。

38) 田畑忍『憲法学原論（改訂版）』（有斐閣、1957）237頁。

39) 清宮・前掲注36)185頁の「自ら世界にさきがけて平和国となるが、世界各国も同じように、戦争の恐怖と経済的な欠乏からまぬかれて、平和のうちに生存する権利があるのだといい、平和国家の生存権を自他について確認し、主張するものであって、平和国の理念の普遍性を強調すると同時に、各国に対して、わが平和主義にならうことをすすめている」（傍点・岡本）との指摘を捉えたものと考えることができる。

40) この点に関連して、砂川事件最高裁大法廷判決である最判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁の「憲法前文にも明らかなように、われら日本国民は、…平和のうちに生存する権利を有する事を確認するのである。しからば、わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要なる自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない」という判示部分を清宮説の採用部分とする指摘（作間忠雄「平和的生存権をめぐる諸問題」平和研究3号40頁、43頁（1978））があるがそもそも砂川事件最高裁判決は平和的生存権を是認しているとはいえないであろう。山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社、1992）287頁注12。

41) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991）355頁。なお、内野教授はそもそも平和的生存権の法規範性を否定する。内野正幸「近代的価値と護憲論」憲法問題6号59頁、66頁（1995）。

42) 深瀬教授の「制度的保障」の誤用については、尾吹善人「いわゆる『平和的生存権』論への疑問」千葉大学法経研究11号1頁、10頁（1982）。深瀬教授の反論は、深瀬・前掲注33)242頁。

て、個別的人権の位置づけなり機能なりを積極的な意味で変容させていると主張する⁴³⁾。もっとも、必ずしも日本国憲法第3章の保障する個別の「人権」とは別個の独自の「人権」として平和的生存権を位置づけるものではないようにも見えると指摘される⁴⁴⁾。

次に、前文・第13条・第9条を総合的に根拠としながらも「生命権」⁴⁵⁾を機軸に据える山内敏弘教授は、平和的生存権を在来の「人権」と区別される独自の内容をもった「人権」として定立しなければならないとすることをもっともな指摘である⁴⁶⁾としたうえで、「狭義の平和的生存権」と「広義の平和的生存権」の二つに分けて検討する⁴⁷⁾。具体的には、「狭義の平和的生存権」は戦争や軍隊によって自己の生命を奪われない権利であり、軍事機密に関する「知る権利」や良心的兵役拒否権を含むとする。特に、理由のいかんを問わず徴兵を拒否する権利を認めるところに平和的生存権の具体的内容を見出した上で、「決して9条の単なる反射的效果として、いわば消極的な意味で保障されるのではないのである。むしろ憲法前文ならびに9条の全体構造からすれば、一人一人の人間の平和的生存権を、したがってその一つとしての徴兵拒否権を人権として保障することが日本国憲法の平和主義の究極の目的であって、そのような目的を達成するためのいわば客観的な制度的裏づけ手段として憲法9条で戦争放棄と戦力の不保持が定められたというように理解すべきなのである。」⁴⁸⁾（傍点・原文）と主張する。さ

らに、例えば「自衛隊の海外派兵によって日本（国民）も戦争に荷担し、あるいは巻き込まれる危険性が生ずれば、そのような危険性がない状態で平和的に生存する国民の権利が侵害されたと構成することも、あながち不可能ではないように思われるのである。」⁴⁹⁾と主張している。山内教授の主張に対しては、通常の「人権」からみて独自の内容を含まないか、あるいは、浦田賢治教授の見解を検討した際に指摘したのと同様、『『権利』として語られていたのは、『国民』全体にとっての利益を客観的に前もって認定し、その一元的に理解された『国民』利益を権利の名のもとで民主的政治過程に押し付けようとする論理構造のもの』⁵⁰⁾であるという批判が妥当しうる。

第三に、平和的生存権を、既存の「人権」や特別の「人権」としてではなく、憲法13条の「人権」の中にそれを読み取るべきとする久田栄正元教授の見解がある⁵¹⁾。この見解と同様の内容は第9条、第13条を総合的に根拠規定とする見解においても多数主張される。もっとも、平和的生存権が「公共の福祉」に含まれるとするだけでは、理念としてはともかく結論においては、平和的生存権を「切り札としての人権」に含まれないとする（それらの見解が批判の対象とする）長谷部恭男教授の見解とほぼ変わらない。

第四に、第9条がそれ自体、平和的生存権の根拠規定であるとする見解からの主張がある⁵²⁾。具体的には、『『平和』の阻害それ自体

43) 深瀬・前掲注33)227頁など。

44) 浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社、2000）399頁。

45) 山内敏弘「基本的人権としての生命権」山内敏弘『人権・主権・平和』（日本評論社、2003）2頁、2-32頁参照。

46) 山内・前掲注40)296頁注9。

47) 山内・前掲注40)292頁。なお、山内教授は、『『平和』という言葉は、一般的な用法としては抽象的・多義的な概念である事を否定しえないとしても、…問題は、『平和』という言葉が日本国憲法の下での憲法解釈を通じてその具体的な意味内容が確定されえないのかどうかということであり、この点からすれば、日本国憲法の下での『平和』は、一切の戦争の蜂起と一切の戦力の不保持をその具体的な内容とするものとして理解しうることは、その立法者意思からみても、前文や九条、さらには一三条などの総合的な条文解釈からみても明らか』としている。山内・同288頁。

48) 山内・前掲注40)294-295頁。

49) 山内敏弘＝太田一男（小林直樹監修）『現代憲法大系2 憲法と平和主義』（法律文化社、1998）214-217頁。

50) 西原・前掲注7)229頁。

51) 久田栄正「平和的生存権」深瀬忠一編『文献選集 日本国憲法③戦争の放棄』（三省堂、1977）312頁、312頁。

52) 杉原泰雄『憲法Ⅱ 統治の機構』（有斐閣、1989）153-154頁。

を権利（人権）侵害と位置づけることによって、国による『平和』阻害行為を排除しようとするのが、日本国憲法における平和的生存権の考え方なのである。」「国が戦争や武力行使を行うことはもちろん、軍備を保有することも、『平和的生存権』の侵害となる。」「軍備の保有がそれ自体人権侵害である以上、国民は当然その救済を裁判手続きによって求めることができる」。この場合、平和的生存権を侵害されているのは全国民であるから、誰でも裁判所に訴えることができる」と主張する⁵³⁾。この見解は、この見解を支持する論者が指摘するように、平和的生存権の主体に集団的側面を重視せざるを得ない⁵⁴⁾。その点で不当である。

結局、「平和的生存権」の具体的権利性はいまだ認められず、裁判においても主張できる具体的権利としての構築を目指す場合には、内容の限定が必要⁵⁵⁾であり、「新しい人権」として独自の法的意義を認めるにはなお論理の深化が必要⁵⁶⁾とする見解が憲法学界の多数説であるということができると思う⁵⁷⁾。

2 私見

裁判の中で主観的権利としての平和的生存権が主に原告により主張されることは多数あるが、裁判所がそれを認めた例はほとんどない。そうだとすれば、主観的権利としての平和的

生存権を認めることは不可能なのであろうか。

まず、原告が裁判の中で平和的生存権を主張する主な類型としては、①米軍、自衛隊の国内活動による権利侵害の主張⁵⁸⁾、②自衛隊の海外派遣・支出に対するコントロールに関する主張⁵⁹⁾、③政治部門における第9条違反行為の主張⁶⁰⁾、④戦時中の権利侵害の主張⁶¹⁾が考えられる。

そして、①米軍、自衛隊の国内活動による権利侵害の主張については札幌地判昭和48年9月7日判時712号24頁（いわゆる長沼訴訟第1審判決）が平和的生存権を認めている。札幌地裁は、保安林指定の解除処分が航空自衛隊の第三高射群の基地設置と不可分に結びつくものであり、高射群施設やこれに併置されるレーダー等の施設基地が一朝有事の際にはまず相手国の攻撃の第一目標になるものと認められるから平和的生存権が侵害されていると判示する。しかし、保安林制度の目的に平和的生存権を含めたがためにむしろ平和的生存権の内容があいまいになってしまったばかりか、戦争を仮定すれば多かれ少なかれ、すべての国民の（札幌地裁が想定するような）平和的生存権は脅かされることになる⁶²⁾以上、攻撃の第一目標にならないことを平和的生存権の内容とするならともかく、結局は、すべての日本国民に戦争に巻き込まれず平和裡に暮らす権利を認めたのと同義である。そしてこのことは、第9条がそのよう

53) 浦部・前掲注44)114頁。

54) 浦田一郎『現代の平和主義と立憲主義』（日本評論社、1995）133-138頁。

55) 野中俊彦「新しい人権」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念Ⅱ』（劉草書房、1983）184頁、207頁。

56) 戸波江二『憲法（新版）』（ぎょうせい、1998）92頁。

57) なお、樋口陽一『憲法（改訂版）』（創文社、1998）144頁は、「第1に、原告らの権利が争われていることをほかの請求原因の検討に先立ってまず憲法判断をすることの理由にする、あるいは、第2に、原告らの訴えの利益を肯定する根拠にするなど、憲法訴訟の運用上決め手の意味を持つものとして位置づける」というように、「具体的な文脈の中で平和的生存権の裁判規範性を論ずることは、実定法解釈の問題として生産的である」とことを指摘している。

58) 名古屋高判平成19年4月16日（LEX文献番号28131536）など。

59) 京都地判平成19年3月23日（LEX文献番号28130979）、名古屋地判平成19年3月23日判時1997号93頁（いわゆる田近判決）など。

60) 那覇地判平成17年1月28日訟月52巻9号2851頁など。

61) 東京高判平成11年8月30日判時1704号54頁など。

62) 今村成和「長沼自衛隊違憲訴訟における訴の利益」判例時報712号11頁、13頁（1973）、今村教授が訴えの利益のみならず統治行為論なども述べたものとして、今村成和「行政訴訟からみた長沼判決」法学セミナー218号『憲法と自衛隊』11頁、11-17頁（1973）。

な権利を「人権」として認めたことを示す。しかし、このような平和的生存権理解は、「人権」を差し迫った状況に置かれた「個人」の多数決に対峙する具体的権利と考えるとき、果たしていかなるものを戦争に巻き込まれず平和裡に暮らす権利と考えるのが不明であることとあいまって「穏和な平和主義」が指摘するような「価値の押し付け」を生み出し、さらには民主主義と立憲主義とのバランスを破壊しかねない。そこで「人権」の主体になっているはずの日本国民は、その「人権」が日本国民全員に保障されていることとあいまって、民主主義過程における決定主体ではなく、政策を上から押し付けられるだけの存在に転落していることを前提にしているからである。なお、①類型には、基地騒音差止訴訟が多い。

②自衛隊の海外派遣・支出に対するコントロールに関する主張も同様である。自衛隊をコントロールできる権利を平和的生存権として認めるためには、多数決に対峙しうる個人の具体的な権利を観念することが必要である。前述したように、「平和を求める公共良心」と構成したとしてもそれによって多数決を覆せるわけではない。なお、②類型は①類型よりも政策への関与が大きく、個人の具体的権利性は小さい場合が多い。

③政治部門における第9条違反行為の主張についても、首相靖国参拝をめぐる訴訟に見られるように「平和への希求」⁶³⁾の侵害などを求めている場合が多く個人の具体的権利性が小さいから結論的には①②類型と異ならないが、そもそも原告が主張するような首相靖国参拝などの事案が9条違反との結びつきにおいて①②より間接的である。

④戦時中の権利侵害の主張に関しては、東京地判昭和32年4月25日行集8巻4号754頁判時115号6頁が退去強制令書発布処分取消訴訟の中で平和的生存権を認めている。しかし、

その判決は、現在日本において平和に生活を続けている者に対し退去を強制することによってそれらの者が直ちに生存することすらおびやかされることが明らかな場合に、それらの者の滞留が在留資格を失なった後の不法なものであっても、これに対し退去強制することは許されないとするもので、日本に滞在する外国人の平和な生活をみだりに侵害しないことを認めたものである。なお、外国人に入国の自由を認めないことや在留制度の枠内でのみ外国人の人権を認める最高裁判決⁶⁴⁾との抵触が問題となる。

また、④類型においては、従軍慰安婦の権利侵害が主張されることがある⁶⁵⁾。そこでの原告の主張は、平和的生存権の内容に独自性を持たせるべく、侵略戦争と植民地支配の被害者に対する謝罪と賠償とをその具体的内容とする「道義的国家たるべき義務」を負わせる場合が多い。しかし、もはやそのような概念が個人の権利としてではなく客観法違反として主張されていることは明らかである。(なお、後述する私見からも、従軍慰安婦が主張するような権利を主観的権利としての平和的生存権の内容とすることはできない。従軍慰安婦が主張するような権利侵害は一訴訟で勝訴を得られるかどうかは別にして—そもそも平時においても許されない可能性が高く、戦時には平時よりも人権保障が弱まって良いと考える見解からも許されない可能性が高いからである。そうだとすれば戦時と平時の区別を認めない第9条の保障する平和的生存権独自の内容として認める必要がない。)

以上のように考えると、(主観的権利としての平和的生存権を認めるためには従来の人権では認められていない内容を含む個人の具体的権利である必要があるという前提に立つ限り)主観的権利としての平和的生存権を認める余地はなさそうである。果たしてそうだろうか。

ここで重要なことは、前述したように、第9

63) 福岡地判平成16年4月7日判時1859号125頁。

64) 最判昭和53年10月4日判時903号3頁。

65) 山口地判平成10年4月27日判時1642号24頁。

条の趣旨が（「武力」行使や）「戦力」を保持することによって日本国内外の個人の人権を侵害しない点にある点である。その上で「戦力」は民主的にコントロールすることが不可能だと考えるからこそ「学界通説的解釈」の多くは第9条を「絶対平和主義」と解するのである。しかし、科学技術の発達に伴い「警察力」と「戦力」の区別が量的に相対化される中で強化した「警察力」への民主的コントロールが不可能であるというわけにはいかない。結局、第9条の禁止する「戦力」とは量的には他国の軍隊と同視し得る程度であり、日本国内外の個人の「人権」を侵害する恐れのある組織であるということになる。

そして、「警察力」と「戦力」との最大の差は、平時における場合と戦時における場合とで人権保障に差をつけることが許容されるか否かという点にある。要するに第9条の企図した「戦力」の不保持の趣旨とは、平時における人権保障と戦時における人権保障の区別をなくし、戦時においても平時における人権保障を国内外の個人に保障するという点である⁶⁶⁾。

そうだとすれば、平和的生存権が注視すべきは、狭義の「警察力」と「戦力」との中間に属する組織が、「戦力」への格上げを狙う際に行われる個人の「人権」侵害である。その中間組織が、平時において許容されない「人権」侵害を、戦時であるからという理由で行おうとするとき、その差こそが平和的生存権の保障する範囲だということになる。そしてこの範囲は既存の「人権」でカバーすることが不可能である。樋口教授のいう立憲主義の「継承」が表すように、戦時において平時とは異なる人権保障が許容されるのはむしろ近代立憲主義の「準拠国」からすれば当然であろう⁶⁷⁾。第9条を有する

日本国憲法の平和的生存権の特殊性はここにある。

では、具体的にはどのような権利か。日本において「警察力」と「戦力」との中間に属する組織として想定しうるものは自衛隊である。そして自衛隊がそのような中間組織だとすれば、一つに自衛隊員に主観的権利としての平和的生存権が認められると考えるのが想定しやすい。今までも自衛隊員による訴訟は行われてきた⁶⁸⁾が、そこでの争点は自衛隊員にも市民的保障が認められるかという平時における自衛隊員と市民との差であった。具体的事案の当否は別にして、この点は、一般的には、自衛隊員という特殊な公務員にどの程度の人権が認められるかという既存の人権問題で解決しうる。これに対して平和的生存権が対処すべきは、戦時であるということを経由し平時には行われぬ不当な権利侵害がなされている場合ということになる。

たとえば、自衛隊法は119条1項5号、120条1項2号、123条1項2号で防衛出動待機命令、治安出動命令などを受けた場合に正当な理由なくして職務を離脱したものを罰すると規定している⁶⁹⁾。また、自衛隊法119条1項6号、123条1項3号は防衛出動命令下及び治安出動命令下に限って職務上の命令に対する服従義務に罰則を科している。さらに自衛隊法40条は退職の自由を制限している。そして自衛隊法40条の趣旨については「外部からの武力攻撃を防衛する場合自己の生命を奪われることを予期しなければならず、その際自己の生命を守る理由により任意退職を認めれば部隊は崩壊するので」⁷⁰⁾規定されていると説明されている。

しかし、自律的生にとって平時において自己の生命を守る方法を決定する権利は、おそらく

66) 戦時においても平時におけるのと同様の人権保障をすることに平和的生存権の意義があるという主張は、高柳信一「平和と人権の論理と状況」日本平和学会編『平和と人権』（早稲田大学出版部、1979）32頁、35頁においてもなされている。

67) アメリカ合衆国憲法における〈wartimeの繰り延べ〉を指摘するものとして、蟻川恒正「In the Name of War --Judicial Review and the War Powers since 1918/Christopher N. May (1989)」国家学会雑誌103巻3・4号233頁、235頁（1990）。

68) 最判平成7年7月6日判時1542号134頁（小西反戦自衛官訴訟）など。

69) なお、自衛隊法の解釈は、田村重信ほか編著『防衛法制の解説』（内外出版、2006）第12章、第13章などによっている。

70) 宮崎弘毅「防衛二法と自衛隊員および罰則（その二）」国防27巻8号99頁、103頁（1978）。

は憲法13条の保障するもっとも根源的な権利のはずである。戦時であるからという理由で、自己の生命の保持方法を国家にゆだねるか、あるいは服務義務違反による罰則を受けるかという選択を余儀なくされるのはまさに平和的生存権の侵害であるということになる⁷¹⁾。とすれば自衛隊法が戦時における自衛隊員の人権を平時にはなされない方法で規制していることは違憲であるということになる。また、戦時において、各自衛隊員が戦場に赴くか、戦場で人間を殺害するかは各自衛隊員の自己決定にゆだねられる。戦時においても、自己の生命を守る方法を決定する権利や人間を殺害するか否かを定める権利は平和的生存権の保障の範囲内であり強制されることはないということになる。

このように解せば、自衛隊という組織は崩壊するおそれがある、と反論される可能性がある。まさしく、その通りである。戦時において差し迫った状況にいる自衛隊員こそが多数決的決定による生命保持方法の強制に対抗できる⁷²⁾。平和的生存権が、戦時における人権侵害の特別扱いを認めない以上、各自の自衛隊員の自己決定の結果、自衛隊員の大勢が職務を離脱したならば、自衛隊は組織として分裂し、国家は政策遂行能力を失うのである⁷³⁾。もしも多数決的決定を下した国民がなお政策遂行を求めるのであれば、政策決定者たる国民自らが戦場における自己の生命保持を選択すればよい。こうして、第9条を有する日本国憲法の平和的生存権は戦時においても平時と同様の人権を個人に保障する。そしてその人権保障は、差し迫った状況にいる個人の選択によっては、多数決を覆す。第9条の壮大なプロジェクトの真髄はここにあ

る。

IV. まとめ

私見によれば、「穏和な平和主義」が指摘するように、第9条の主観法的側面についても含めて当然のように「絶対平和主義」であると主張することは公共空間における価値の押し付けになりかねない。そうだとすると、第9条が、「戦力」不保持であるという意味で「非武装平和主義」を規定していることまで否定することには問題がある。特殊日本の状況においては、第9条を「非武装平和主義」と解することによってこそ近代立憲主義の前提としての自己決定を行使する基盤を作ったという歴史があるからである。そうだとすると、そのことから当然に第9条の主観法的側面がいかなるものか明らかになるわけではない。第9条の主観法的権利としての内容を明らかにするためには「人権」たる平和的生存権がそのような意味で多数決に対峙するほどに成熟した個人の具体的権利となっている必要がある。そうでなければ、公共空間の出来事については主権者たる個人が多数決で決定するのが原則だが、多数決では見逃しかねない個人の人権もしっかり保障するという民主主義と立憲主義の関係を破壊しかねない。平和的生存権の主体が全国民であり、しかも政策決定に反対できることが平和的生存権の内容であるかのような議論は、各個人こそが政策決定の主権者であるという民主主義の意義を削いでしまう結果になりかねないというべきである。

注意すべきは、ここで危惧している「絶対平和主義」と立憲主義との衝突とは、—「穏和な

71) 付言すれば、立憲主義の「準抛国」において戦時においても自己の生命の保持方法を国家にゆだねるか或いは服務義務違反による罰則を受けるかという選択が自由なのであれば、私見のような平和的生存権理解は、第13条で規定している内容を繰り返しているだけになり、無意味である。しかし、立憲主義の準抛国においてそのような選択は強制されることが許されているからこそ、戦時と平時の区別しない日本国憲法における平和的生存権の特殊性は、第9条がなく第13条しか規定されていなかったのならば有し得ないものとして、浮き上がるということになる。

72) 水島朝穂ほか「憲法学の可能性を探る I・国家主権と平和 『ポスト冷戦』と平和主義の課題〔討論〕」法律時報69巻6号8頁、20頁〔蟻川恒正発言〕(1997) 参照。

73) ここでは組織に属する人間の自由だけではなく「組織からの自由」も視野に入れている。水島朝穂「軍人の自由」ジュリスト978号125頁、130頁(1991) 参照。

平和主義」の論者の主張の重点が近時そちらに傾いている⁷⁴⁾にもかかわらず一決して「絶対平和主義」が諸個人のプロパティ保全と衝突するという点において致命的であるというのとは違うということである⁷⁵⁾。ここで問題視すべきなのは、普遍的価値ではないはずの戦時に軍隊に転化する程度の組織としての「戦力」という概念が当然の如く「人権」として扱われ主張されている点にある。繰り返し述べているように、「近代」を確立する必要があった特殊日本の状況においては、第9条が「戦力」不保持を定めた「非武装平和主義」としての側面を維持すべき点については、実は争う必要がない⁷⁶⁾。ここで「穏和な平和主義」と「絶対平和主義」が争っているのは、実は「近代」を確立するために必要な「非武装」という時の「武装」＝「戦力」の中身に他ならないように見える。「戦力」を決定する際のメルクマールが何であるかが争点である。

この点について「絶対平和主義」が「戦力」の概念をなるべく狭めようとするのは、「戦力」があまりに強大であるがゆえに民主的コントロールを及ぼすことで日本国内外の個人の「人権」を守ることは不可能だと考えるからである。確かに、「戦力」には民主的コントロールが不可能な部分がある。そのため立憲主義は発足当初から、絶対君主に帰属してきた暴力装置としての常備軍からいかにして国民の自由を護るかに苦心してきた。しかし、科学技術が発達して「警察力」と「戦力」の量的差異が相対化した今日、量的な基準のみによって民主的コントロールが不可能な「戦力」の範囲を決定することは、「戦力」ほどには強大ではないが個人の自由を抑圧するには十分なほどに) 強大な「警

察力」による日本国内外の自由の抑圧を呼び起こすおそれがある。この点について「絶対平和主義」を採用する論者は「人権」をも考慮して「戦力」の内容を検討してきたと言うかもしれない。しかし、前述してきたように、そこで語られている「人権」たる平和的生存権は個人の自律を前提とする成熟したものになっているとは認めにくい。そうだとすれば、「絶対平和主義」(特に平和的生存権の内容を明らかにすることに消極的な見解)は「人権」というよりは量的基準をメルクマールにして「戦力」を決定してきたといわざるを得ない。しかし、民主的コントロールが不可能な部分があると考える核心は、それが強大だからという量の問題というよりも、多数決によって「戦力」の動向を左右したのでは「人権」たる平和的生存権を侵害しかねない点にあると考えるべきように思う。「戦力」が何かは平和的生存権の内容に左右されることにならないだろうか。平和的生存権の内容を明らかにせずに「戦力」が何であるかを決定することはできないように思う。

そして平和的生存権の内容を明らかにする際に注目すべきなのは、日本国憲法において戦時と平時の区別はなされていないということである。日本国憲法は戦時に関する規定を徹底的に排除している。「戦力」の保持を否定するのは、日本国憲法が戦時を予定していないからではないか。戦時を予定していないのは人権保障においても同様のはずである。立憲主義の「準抛国」では当然の前提である戦時における人権保障の相対的低下を、日本国憲法は許容していないと考えるべきである。そして、「戦力」が戦時においてたやすく国内外の個人の人権を侵害する組織へと変貌することに鑑みれば、戦時を理由

74) 長谷部・前掲注24)35-38頁。

75) 佐々木弘通「非武装平和主義と近代立憲主義と愛国心」憲法問題19号87頁、94-97頁(2008)は、絶対平和主義と諸個人のプロパティ保全が衝突しないことを証明しようとしている。それはそれで重要なことではあるが、「穏和な平和主義」の提起した問題に正面から答えることができていないように思う。

76) よって、運動論とすれば「戦力」不保持という大きな意味での「非武装平和主義」を主張し根拠を補強していけばよく、そのことが「善き生」の押し付けになることはない。問題は、訴訟において第9条を援用するような場合である。

に平時における人権保障を緩めないことこそが平和的生存権の内容であるように思う⁷⁷⁾。そうだとすれば、たとえば、戦時であることを理由に自衛隊員から生命保持方法の選択権を奪うことは許されないはずである。戦時であることを理由に、自衛隊員に対して平時にはなされない強制が行われようとするとき、自衛隊員は平和的生存権を理由に拒否することができる。そして各自衛隊員の判断によっては多数決による政策決定を覆すことができる。そのことが、第9条が「戦力」を禁止した意義であるということになる。第9条の主観法的側面としての平和的生存権と第9条の客観法的側面としての「非武装平和主義」は相互に一体のものとして影響し合っているのである。

もっとも、私見によっては量的基準をそれほど重視しないために、「戦力」と「警察力」の中間にある組織が暴走した場合に組織外にいる個人の人権を守るためには文民統制や防衛費の制限をはじめとした頼りない民主的コントロールに頼らざるを得ない。しかし、この極めて大きな欠点は、「警察力」を含む何らかの実力組織を認めようとする見解（「絶対平和主義」をも含めて）すべてが多少なりとも有する欠点である⁷⁸⁾。結局、第9条は、民主的にコントロール不可能な「戦力」が何であるかについて、平時・戦時の区別なく国内外の個人の人権を保障する組織であるか、という「人権」の観点に着目して規律した規定であり、量的に強大な有形力を行使するという理由によって規律した規定ではない、ということになる。

(おかもと・なおや)

77) 脱稿後、名古屋高判平成20年4月17日（LEX 文献番号28141136）に触れた。本判決は一般論として平和的生存権の内容を抽象的に述べた上で、「本件派遣は控訴人Aらに対して直接向けられたものではなく、本件派遣によっても、控訴人Aらの生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされ、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるまでの事態が生じているとはいえない」という理由で請求を棄却している。平和的生存権の「人権」としての認定において「個人」の「具体的な」権利になるように慎重さを見せつつ、一般論として平和的生存権の主観的権利性を認めた点で重要である。もっとも本判決でその具体的な内容が明らかになったわけではない。

78) 私見のような主張が問題なのはこの欠点に限らないという批判も考えうる。絶対的に平和主義を語らなければ「自由の基礎としての第9条」の役割を果たさないという批判である。しかし、「絶対平和主義」は一般国民（特に若い世代）の第9条に関する無理解を進行させる手伝いになりこそすれ「自由」な社会に役立つものではないことは論じてきたとおりである。

論説

プロダクト・バイ・プロセス・ クレームの解釈

2006年4月入学
佐藤安紘

I. はじめに

II. 従来の議論の整理

1 裁判例

- (1) 許容性について
- (2) 査定系におけるクレーム解釈について
- (3) 侵害系におけるクレーム解釈について
- (4) まとめ

2 学説

- (1) 許容性について
- (2) 査定系におけるクレーム解釈について
- (3) 侵害系におけるクレーム解釈について
- (4) まとめ

III. 検討—侵害系における解釈

1 理論的検討—査定系と侵害系とで異なる解釈基準を用いることの可否

2 実質的検討—特許権者（出願人）の受ける利益と第三者の被る不利益の比較

- (1) 第三者の被る不利益は考慮されているか
- (2) 第三者の被る不利益は考慮されるべきか

3 結論

IV. 結びに代えて

I. はじめに

プロダクト・バイ・プロセス・クレームとは、物の発明のクレームに「製造方法Dにより製造される物質乙」というように、対象となる物の製造方法が記載されている場合のことをいう。物の発明のクレームは、例えば「AとBとCからなる物質甲」というように、当該物質甲を構成する構成要素によって、本来特定されるべきである。しかし、現代の分析技術をもってしても、発明した物の構造を特定できない場合や困難な場合がある。このような場合、発明した物の製造方法を記載することによって物の発明の特定を行うクレーム形式を認められれば、出願人の利益保護にかなう。例えば、物質乙の構成要素が何であるかを構造的な見地から明確に特定できないとき、通常は発明の構造が不明確であるとして、拒絶査定される。しかし、このような場合に「製造方法Dにより製造される物質乙」という、上記形式のクレーム記載による物の発明の特定が認められれば、出願人は、当該物の構成要素を明らかにできない場合に被る不利益を回避することが可能になる。プロダクト・バイ・プロセス・クレームは、このように、出願人側が物の構造を特定できない場合に生じる不利益を緩和する方法として、出願実務で認められるようになったクレームの記載形式の1つである¹⁾。

1) 平成6年改正前は、クレームには「発明の構成に欠くことのできない事項のみ」を記載しなければならないと規定さ

プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈をめぐるのは、現在議論が錯綜している。後に述べる同一性説が多数説・判例であるとされるが、その理論的、実質的妥当性は必ずしも精密に論証されていない。そこで、本稿ではプロダクト・バイ・プロセス・クレームをめぐる解釈論について、従来の同一性説と限定説の対立を踏まえ、あるべきクレーム解釈論について、検討を加えることにしたい²⁾。具体的には、まず従来の裁判例、学説を整理したうえ(Ⅱ)、少数説にとどまる限定説の妥当性について検討を行う(Ⅲ)。ここでは、後述するごとく、ドイツの議論との対比が有益であると考えするため、必要な限りでドイツの議論にも触れる。最後に、今後のプロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈論が目指すべき方向性について、若干の私見を述べる(Ⅳ)。

Ⅱ. 従来の議論の整理

1 裁判例

プロダクト・バイ・プロセス・クレームをめぐる解釈については、未だ最高裁判例はないため³⁾、下級審判例を取り上げる。ここでは議論を3つの場面に分けるのが適当である⁴⁾。すなわち、①いかなる場合にプロダクト・バイ・プロセス・クレームによる記載を認めるかという許容性の問題⁵⁾、②特許査定の場合において、当該製法により得られた物に限定して発明の要旨を認定すべきか否かという、査定系におけるクレーム解釈の問題、③侵害訴訟の場合において、当該製法により得られた物に限定して技術的範囲の解釈をすべきか否かという、侵害系におけるクレーム解釈の問題である。

(1) 許容性について

許容性について触れたと評しうる裁判例として、東京高判平成14年6月11日判時1805号124頁がある。同判決は「プロダクト・バイ・プロセス・クレームという形による特定が認め

れていた(旧特許法(昭和62年法律第27号)36条5項参照)。しかし、同改正は当該規定を改め、当業者がその実施をすることができる程度に明確かつ十分に記載しなければならないとして、いわゆる「実施可能要件」のみを要求することにした。これにより明文上もプロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性が広がったといわれる。高林龍「プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈」日本弁理士会中央知的財産研究所『クレーム解釈論』(判例タイムズ社、2005)147頁、147頁参照。

2) 本稿の主たる議論の対象は、あとに本文で述べる通り、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈のうち、特に侵害系におけるクレーム解釈についてである。査定系におけるクレーム解釈については、ひとまず特許庁の審査基準(同一性説)を前提とする。査定系におけるクレーム解釈を含めた検討も行うが、精密な検証については、他日を期したい。

3) 厳密に言えば、侵害系においては最高裁判例が1つある。最判平成10年11月10日判例集未掲載(平成10年(オ)第1579号)がそれであり、ここで同判決は「物の発明における特許請求の範囲に当該物の形状を特定するための作図法が記載されている場合には、右作図法により得られる形状と同一の形状を具備することが特許発明の技術的範囲に属するための要件となるのであり、右作図法に基づいて製造されていることが要件となるものではない」との一般論を述べる。しかし、この判決は民集はおろか、判例時報にも掲載されておらず、必ずしも裁判実務の先例となっているわけではないようである。したがって、本稿ではプロダクト・バイ・プロセス・クレームについて、未だ確立した最高裁の判例はないものとして議論を進める。

なお、実用新案権侵害訴訟においても、傍論ではあるが明確に同一性説を採用した最高裁判例がある(最判昭和56年6月30日民集35巻4号848頁)。しかし、実用新案法では方法の考案を保護の対象としていないのに対し、特許法では方法の発明をも保護の対象としているため、同判決が特許法の場合にもそのまま妥当するとはいえない。嶋末和秀「プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈について」三村量一ほか編『知的財産法の理論と実務1特許法(1)』(新日本法規出版、2007)144頁参照。吉田広志「プロダクト・バイ・プロセス・クレームの特許適格性と技術的範囲(1)」知的財産法政策学研究12巻241頁、269頁(2006)も、同判決の先例的価値は高くはないとする。

4) 吉田・前掲注3)241頁、吉田広志「プロダクト・バイ・プロセス・クレームの特許適格性と技術的範囲(2・完)」知的財産法政策学研究13巻131頁、131頁以下(2006)における議論を参照。

5) 条文との関係で言えば、特許法36条の記載要件を満たすか否かという問題である。吉田・前掲注3)260頁参照。

られるのは」「製造方法と無関係に、直接的に特定することが、不可能、困難、あるいは何らかの意味で不適切（例えば、不可能でも困難でもないものの、理解しにくくなる度合いが大きい場合などが考えられる。）」な場合である、と述べる。

「不可能」「困難」に加えて「不適切」な場合にも製造方法による特定を認める点で、同判決は、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性をかなり緩やかに認めていると評価できる（一般に、「不適切」との表現は、判断権者に裁量の余地を与える言葉である。）。これは現行の審査基準にも合致する判断基準であるといえ⁶⁾、多くの裁判例もこの基準に従っているようである⁷⁾。

(2) 査定系におけるクレーム解釈について

査定系におけるクレーム解釈では、いわゆる同一性説(当該クレームにかかる発明の要旨は、クレーム記載の製法要件によっては限定されず、クレーム記載の方法によって得られる物と対比して、物として同一である場合も含むとする見解)を採用するとの運用が確立している⁸⁾。

リーディングケースは、上記東京高裁平成14年判決であり、製造方法が記載されたクレームの進歩性、新規性を判断するにあたって、「このような発明についてその特許要件となる新規性あるいは進歩性を判断する場合においては、当該製法要件については、発明の対象となる物の構成を特定するための要件として、どのような意味を有するかという観点から検討して、これを判断する必要はあるものの、それ以上に、その製造方法自体としての新規性あるいは進歩性等を検討する必要はない」と述べ、同一性説を採用している。また、近年、知財高判でプロダクト・バイ・プロセス・クレームに触れたものがあり、同判決もまた、同一性説を採用していると評価できる⁹⁾。

(3) 侵害系におけるクレーム解釈について

侵害系におけるクレーム解釈については、査定系と同じく同一性説(当該クレームにかかる特許発明の技術的範囲がクレーム記載の製法要件によっては限定されず、クレーム記載の方法によって得られる物とイ号製品とが物として同一である場合も含むとする見解)を採用するも

6) 特許・実用新案審査基準第1部第1章2.2.2.1. (7) 参照。

7) 現に、従前の査定系の裁判例においては、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの記載要件が争点となったものはない。吉田・前掲注3)267頁。

8) 嶋末・前掲注3)142頁参照。吉田・前掲注3)261頁は、東京高判昭和63年9月20日判例集未掲載(昭和57年(行ケ)第272号)が製法に限定して発明の要旨を認定すべきと判示したことを除けば、他のすべての裁判例が製法に限定せずに要旨認定を行っているとする。

9) 知財高判平成19年9月20日判例集未掲載(平成18年(行ケ)第10494号)。争点は、「…光学ガラス基板上に所望の溝深さの回折格子溝を直接刻線してなるホログラフィック・グレーティング」というクレームを「…ホログラフィック・グレーティング製作方法」というクレームに補正できるか、である。裁判所は、「プロダクト・バイ・プロセス・クレームにあっては、特許請求の範囲に物の製造方法(プロセス)が記載されていても、その記載は発明の対象となる物(プロダクト)を特定するためであり、物の製造方法についての特許を請求するものではない。したがって、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの形式で書かれた発明のカテゴリーは、あくまで『物の発明』であって、『方法の発明』ではないし、『物の発明』かつ『方法の発明』ということもできない」との一般論を述べた上で、本件補正前クレームは物の発明のカテゴリーに属し、他方、補正後クレームは方法の発明のカテゴリーに属するのは明らかであるところ、本件補正は、『物の発明』として請求していた権利とは異なる効果を有する別の権利を請求することにほかならないから、旧特許法(平成14年法律第24号)17条の2第4項各号(現第5項各号)の要件を満たさず許されない、と判示した。仮に、補正前クレームを「当該製造方法に限定された物の発明」と要旨認定すれば、補正が許される余地もあったものと思われる。しかし、本裁判所は、製造方法の記載をクレームの限定要素と捉えることなく、補正前クレームを単純な物の発明と捉えた(もっとも、本判決は、物の発明と方法の発明の法的効果の違いを強調している。この点に着目すると、仮に補正前クレームを「当該製造方法に限定された物の発明」と限定的に捉えたとしても、当該補正は物の発明を方法の発明に変更することに変わりはないから、いずれにせよ当該補正は許されないとの判断がなされたようにも思われる。)

その他、知財高判平成18年12月7日判例集未掲載(平成17年(行ケ)第10775号)も、「当該製法はあくまでもその結果製造される『物』の構成を一義的に特定するための指標として機能するものであって、当該製造方法とは異なる方法により製造された物であっても、『物』の構成が客観的に同一であれば、当該発明に包含されるものと解するのが相当である」として、同一性説を採用している。

の多いが、ごくわずかながら、いわゆる限定説（当該クレームにかかる特許発明の技術的範囲がクレーム記載の製法要件によって得られる物に限定されるとする見解）を採用する裁判例が存在する。

まず、同一性説を採用するものとして、たとえば東京地判平成11年9月30日判時1700号143頁がある。同判決は、「一般に、特許請求の範囲が製造方法によって特定された物であっても、対象とされる物が特許を受けられるものである場合には、特許の対象は飽くまで製造方法によって特定された物であって、特許の対象を当該製造方法によって製造された物に限定して解釈する必然はなく、これと製造方法は異なるが物として同一であるものも含まれると解することができる」と述べており、査定系で同一性説を採用している以上、特段の事情がない限り、同一性説で処理すべきであるとする¹⁰⁾。

他方、限定説を採用するものとして、東京地判平成14年1月28日判時1784号133頁がある。同判決は、「特許発明の技術的範囲は、特許請求の範囲の記載に基づいて解釈すべきであるから、その解釈に当たって、特段の事情がない限り、明細書の特許請求の範囲の記載を意味のないものとして解釈することはできない」とした上で、「特許請求の範囲に、発明の目的を特定する付加要素として、製造方法が記載されたというような特段の事情が存在する場合には、当該発明の技術的範囲の解釈に当たり、特許請求の範囲に記載された製造方法によって製

造された物に限定することが、必ずしも相当でない場合もある」と述べる。「特段の事情」がない限り、製造方法の記載を考慮しなければならず、例外的に、当該製法によって得られた物に限定すべきでない場合もあるとしている点で、上記東京地裁平成11年判決とは、クレーム解釈の手法の原則と例外が逆転しているといえる¹¹⁾。

このように、現在の裁判実務では侵害系におけるクレーム解釈についても同一性説を採用する裁判例が多いが、わずかに限定説を採用する裁判例もあり、侵害訴訟実務では見解が微妙に分かれていると評価できる。

(4) まとめ

以上を要するに、裁判実務においては、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性を緩やかに認め、査定系、侵害系ともに同一性説を採用するものが多い。もっとも、侵害系におけるクレーム解釈については、特段の事情のない限り限定説を採用すべきであるとする裁判例があり、注意を要する。

2 学説

ここでも、①許容性の問題と②査定系におけるクレーム解釈の問題と③侵害系におけるクレーム解釈の問題とに分けて検討する。

(1) 許容性について

学説においてはプロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性について論じているものは多くないが、これを明示的に論じるものとして、

10) その他、同一性説を採用する裁判例として、東京高判平成9年7月17日判時1628号101頁、東京地判平成10年9月11日判時1671号137頁、東京地判平成12年9月29日判例集未登載（平成11年（ワ）第8434号）など多数。

11) その他、限定説を採用したと評しうる裁判例として、広島高裁松江支判平成10年4月24日判例集未登載（平成8年（ネ）第16号）（前掲注3）最判平成10年11月10日の原審、東京地判平成10年3月20日判例集未登載（平成6年（ワ）第21208号）がある。

なお、北原潤一「法律実務のための知的財産法講義（19）特許侵害訴訟におけるプロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈——いわゆる「同一性説」への問題提起」L&T 31号156頁、160頁（2006）は、限定説を採用したと評価しうる裁判例として、東京地判平成9年9月11日判時1634号132頁を挙げる。しかし、同判決が、本件においては、構成要件の解釈として製造方法の要素が不可避免的に現れるものに過ぎない、という点を強調していることからすると、少なくとも一般論として限定説を採用していると評価できるのかにつき判断が分かれる余地がある。南条雅裕「プロダクト・バイ・プロセス・クレームの権利解釈」パテント55巻5号21頁、22頁（2002）は、同判決を同一性説に位置づける。また、嶋末・前掲注2)147頁、吉田・前掲注3)275頁は、同判決を個別の事情を斟酌して限定解釈した事例（限定説を採った事例とは異なる事例）として位置づける。

吉田教授の見解と高林教授の見解がある。

吉田教授は、「プロダクトを特定するプロセスそれ自体が不明確でない限り、『構成要件的機能』や明確性の問題は厳しく問うべきではなく、「発明をもっともよく理解しているはずの出願人が適切であると考えたクレーム方法は尊重されるべきであり、瑕疵があれば一般のクレーム解釈理論で対応すれば十分」であるとして、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性を、ある程度緩やかに認めている¹²⁾。

他方、高林教授は、現行の審査基準が緩やかにプロダクト・バイ・プロセス・クレームを許容していることに強く疑問を呈している。すなわち、同審査基準は、「当業者が、出願時の技術常識を考慮して、請求項に記載された当該物を特定するための事項から、当該製造方法により製造される物を想定できる場合」にも、製造方法による特定を許容できるとしているが、「例えばA方法で製造された具体的構造（甲）が想定できる場合に、発明としてはA方法以外の方法で甲を製造する場合も包含するというのであれば、敢えて『A方法で製造する』という限定文言を付する必要はないし、クレームの明確性を犠牲にしてまでこのようなクレーム記載を許容すべきでもない」から、「このようなP-B-Pクレーム（筆者注：プロダクト・バイ・プロセス・クレーム）の記載については、出願審査段階であれば構造クレームとして書き直させるように指導すべきではないか」などとして、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性に対し、厳格な態度を示している¹³⁾。

(2) 査定系におけるクレーム解釈について

査定系におけるクレーム解釈については、判例と同じく同一性説を採用するという点に、異

論を唱えるものはいない¹⁴⁾。もっとも、前述したように、高林教授の見解によれば、現在する多くのプロダクト・バイ・プロセス・クレームは特許記載要件（特許法36条6項）に違反するとの理由で拒絶査定されることになり、そもそも同一性説によってクレーム解釈がされるべき場面が、他の論者に比べてかなりの程度限定されるという点に、注意を要する。

(3) 侵害系におけるクレーム解釈について

侵害系においては、裁判例と同じく、大別して2つの見解が対立している。

第1は、原則としてクレーム記載の製造方法により製造された物と「物」としての同一性を有する範囲まで技術的範囲は及ぶが、特段の事情がある場合には、例外的に当該製造方法によって限定された物にしか技術的範囲は及ばないとする見解である¹⁵⁾。裁判例の同一性説に対応する。

この見解は、査定系と侵害系とではクレーム解釈を可能な限り一致させなければならないことを最大の理論的根拠とし、査定系におけるクレーム解釈について同一性説を採用する以上、侵害系においても同一性説を採用することが、少なくとも原則論としては当然の事理であるとする。また、この見解に立つ論者は、一般的に、第三者の予測可能性よりも特許権者側の利益を重視すべきである、との価値判断に立っているように見受けられる。

第2は、原則として当該製造方法によって限定された物にしか技術的範囲は及ばないが、特段の事情がある場合には、例外的に、物としての同一性を有する範囲まで技術的範囲が及ぶとする見解である¹⁶⁾。裁判例の限定説に対応する。

12) 吉田・前掲注4)169頁以下参照。

13) 高林・前掲注1)149頁以下参照。

14) 嶋末・前掲注3)152頁以下、吉田・前掲注4)132頁以下、仁木弘明「プロダクト・バイ・プロセス・クレーム発明の要旨、特許性及び技術的範囲（上）」知財ぷりずむ33号43頁、47頁以下（2005）等参照。

15) 吉田・前掲注3)241頁、吉田・前掲注4)131頁以下。設楽隆一「クレーム解釈手法の推移と展望」金融・商事判例1236号48頁、54頁（2006）、嶋末・前掲注3)142頁、滝井朋子「Product-by-Processクレーム特許の技術的範囲」牧野利秋判事退官記念『知的財産法と現代社会』（信山社出版、1997）483頁、490頁も同旨と思われる。

16) 高林・前掲注1)153頁。その他、仁木・前掲注14)43頁以下、仁木弘明「プロダクト・バイ・プロセス・クレーム発明の要旨、特許性及び技術的範囲（下）」知財ぷりずむ34号74頁、74頁以下（2005）も同旨と思われる。

この見解は、クレームに自ら製造方法を記載した以上、原則としてその記載に拘束されると解するのが自然であること、また、プロダクト・バイ・プロセス・クレームは第三者にとって不明確な権利範囲しか提示しないため、なるべく限定して解釈されることが特許権者と第三者の衡平に適うこと、査定系と侵害系においてクレーム解釈を一致させるべき根拠は特許法上見当たらないこと等を根拠とする¹⁷⁾。

学説は裁判例と同じく、侵害系においても同一性説を採用する見解が多数説となっているようであるが¹⁸⁾、限定説を採用すべきであるとする見解も有力に主張されており、見解は分かれていると評価できる。

ここで、両説の相違点について触れておく。両説は、全く正反対の見解であるようにも思われるが、実際は結論に大きな違いは生じないと考えられる。なぜなら、両説とも「特段の事情」がある場合には例外を認めるとしており、例外が認められる限り、あるいは認められない限りで、両者の結論は一致するからである。違いがあるとすれば、「特段の事情」の中身と、その「特段の事情」の立証を特許権者と第三者のいずれが負担するかという証明責任の点である。第1説では、「当該製造方法に限定して解釈すべき特段の事情」の証明責任を第三者側が負うのに対し、第2説では、「当該製造方法に限定されないで解釈すべき特段の事情」の証明責任を特許権者側が負うことになる。両説の結論に差異

が生じるのは、「特段の事情」の有無について裁判所が真偽不明に陥るという極限的な場合に限られることになる。

なお、その他の見解として、いかなる場合も製造方法によって限定された物にしかプロダクト・バイ・プロセス・クレームの技術的範囲は及ばないとする見解¹⁹⁾や、いかなる場合もクレーム記載の方法により製造された物と「物」としての同一性を有する範囲まで技術的範囲は及ぶとする見解²⁰⁾などのように、上記2つの説のいずれかに立ちながらも、一切例外を認めない見解もある。各々一貫した見解であるが、ここでの検討は割愛し、各々限定説ないし同一性説として位置づけることとする。

また、論者によっては、物のクレームと同様、製法の記載には一切拘束されないとする見解の可能性を指摘するものもある。しかし、わざわざ出願人が記載した製造方法に何の意味も認めないのは、それ自体不当な解釈であり、およそ採りえない見解であると考えるので、このような見解の存在を認める必要はない²¹⁾。

(4) まとめ

学説は、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性について一般的にどの見解が支配的であるのか不明であるが、査定系、侵害系のクレーム解釈については裁判例と同じく同一性説が多数説となっている。もっとも、侵害系においては限定説を採用する見解も有力に主張されており、この点も裁判例の状況と類似している。

17) ただし、高林・前掲注1)147頁には、査定系と侵害系のクレーム解釈の関係について、直接の記述はない。

18) 嶋末・前掲注3)140頁。

19) 北原・前掲注11)156頁、羽柴隆『特許法のはなし』319頁（発明協会、2007（初出1982））。ただし、後者はあくまで当時の特許法下での議論である点に注意が必要であり、論者が現行法下でもこの見解を維持するかは、定かではない。

20) 南条・前掲注11)21頁。論者は一切例外を認めないわけではなからうが、少なくとも本文で紹介した同一性説が通常「特段の事情」を認めうる場合でも「特段の事情」は認める根拠にならないとしているため、その他の見解に分類した。

21) 嶋末・前掲注3)151頁は、東京高判平成14年9月26日判時1806号135頁をこの見解に位置づける（論者は「他要件説」と名付ける。）。しかし、同判決が、「構成要件Fを除外して物の発明である本件発明1を特定することができないというのであればともかく」との留保をつけた上で、本件事案においては「構成要件Fを除外しても本件発明1の物としての構成は特定可能である」と述べていることからすると、単に本件事案においては製造方法の記載を考慮するまでもなく解決できる、と述べているに過ぎないように思われる。同判決も他の裁判例と同じく、同一性説を採用していると位置づけるのが正しいのではなからうか。

同じく、北原・前掲注11)158頁は、東京地判平成9年7月17日判時1628号101頁をこの見解に位置づけている（論者は「他要件基準説」と名付ける。）。しかし、同判決も、製法以外の他の要件が非充足であるから、製法記載について検討するまでもなく事案を解決できた、というに過ぎないと考えられる。したがって、同判決も同一性説に位置づけるのが妥当である。

Ⅲ. 検討—侵害系における解釈

以上、プロダクト・バイ・プロセス・クレームをめぐる議論について、現在の裁判例と学説を整理した。日本の議論の特徴として、侵害系におけるクレーム解釈についてのみ同一性説と限定説とが対立している、ということが挙げられる。したがって、以下では差し当たり、査定系においては同一性説を採用するとの実務の運用を前提とした上で、そもそも侵害系において限定説を採用することは理論的に可能か(1)、また、可能であるとして実質的に妥当か(2)、という視点から検討を加えることにする(査定系をも含めた検討はⅣで行う。)

理論的検討—査定系と侵害系とで

1 異なる解釈基準を用いることの可否

まず、査定系と侵害系とでプロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈を同一に解さなければならぬかについて、検討する必要がある。もしこれを肯定するならば、日本では査定系においては同一性説の運用が確立している以上、侵害系においても同一性説を採用しなければならないことになるからである。

確かに、査定系と侵害系とではなるべくクレーム解釈を一致させるべき要請²²⁾は存在する。さもなければ、特許庁における審査は何のために存在するのか分からなくなってしまうからである。また、査定系におけるクレーム解釈については同一性説を採用しながら侵

害系において限定説を採用すると、特許権者側に不測の不利益を与えることにもなりかねないからでもある。

しかし、かかる要請はあくまで査定系できちんとした判断がなされていること、つまり、特許庁が適切に特許性を判断していることを所与の前提とした議論である。特許庁が適切な判断をしているとはいえない場合にまで、特許庁の判断を前提にすべき要請はない。したがって、かかる前提が成り立っていない場合には、査定系と侵害系とで異なるクレーム解釈をしても差し支えないと考える。

ここに、日本では、査定系において物としての同一性を判断するとの建前を採っているが、特許庁は当該「物」を追試する実験器具を有していない²³⁾。そうすると、特許庁は一体どのようにして、査定系において「物」としての同一性を判断しているのだろうか。プロダクト・バイ・プロセス・クレームには「物」の物質的特徴として製造方法が記載されている。にもかかわらず、その製造方法によっていかなる「物」の特徴が基礎づけられているかを確認する術がないのであれば、特許性を十分に判断しているとはいえない。したがって、日本のプロダクト・バイ・プロセス・クレームの審査においては、特許庁による適切な判断がされていない可能性が典型的に高いといえ、上記前提は成り立っていないと考えられる。

したがって、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈においては、査定系と侵害系とで必ずしも同一の判断基準を用いる必要はない²⁴⁾。

22) この点を特に強調するものとして、吉田・前掲注3)256頁、南条・前掲注11)23頁。

23) 吉田・前掲注3)289頁。

24) なお、この点について、仁木・前掲注14)50頁や北原・前掲注11)161頁などは、通説が、審決取消訴訟における最判平成3年3月8日民集45巻3号123頁(リパーゼ判決)の射程が発明の要旨認定限りのもので侵害訴訟における技術的範囲の解釈には及ばないと理解していることを前提に、査定系と侵害系とで解釈基準が異なることは最高裁も認めているから、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈においても、両場面で解釈基準を異にすることは当然許容される、として、査定系において同一性説を採用しながら侵害系において限定説を採用することの理論的妥当性を論じる。しかし、リパーゼ判決は要旨認定の際にいかなる資料を参酌することが許されるか、との問いに対する裁判所の回答であり、他方ここでは、特許庁がある「物」に特許を付与したということ(同一性説を採ること)を論理的前提とした上で、後の侵害訴訟において典型的にそれとは異なる範囲でしか特許権者の権利行使を認めないこと(限定説を採ること)が許されるかということが問題となっているのであるから、議論状況が若干異なっているように思われる。

実質的検討—特許権者（出願人）

2 の受ける利益と第三者の被る不利益の比較

以上のように、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈においては、査定系で同一性説を採用しながら侵害系で限定説を採用する余地がある。ここに、同一性説と限定説のいずれの見解が妥当であろうか。以下では、第三者の被る不利益をどのように扱うか、という視点から限定説の妥当性を論じてみたい。具体的には、まず、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈において、第三者の被る不利益が考慮されているか否かにつき検討する(1)。その際、ドイツ判例に現れた考え方を参考にすれば、日本の議論の問題点がより鮮明に浮かび上がると考えるので、ドイツ判例との比較を行う。次に、日本の議論では第三者の被る不利益が考慮されている（あるいは、考慮されていない）として、そもそも第三者の被る不利益は考慮されるべきか否かについて検討する(2)。

(1) 第三者の被る不利益は考慮されているか ・ドイツの議論

ドイツでは査定系、侵害系のいずれのクレーム解釈も同一性説を採用するとの実務が確立しているという²⁵⁾。一見すると、日本における裁判例、多数説と同じ議論状況であるようにも思える。しかし、実はそうではない。

まず、Trioxan 事件決定²⁶⁾をみてみよう。同判決は、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性を正面から認めた、極めて著名な最高裁判決である。原審である連邦特許裁判所²⁷⁾が「プロダクト・バイ・プロセス・クレームを認めると、製造方法のみにより同定できる化学物質はあくまで製造方法の発明として保護される、という原則に反することになる。また、特許法第6条第2項²⁸⁾に鑑みるとそのようなクレームを認める必要性も存在しない。したがって、高分子化学物質を同定するために、プロダクト・バイ・プロセス・クレームなどというクレームの記載方法を認める理由や可能性は、全くない」と述べ、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性を否定したことに對し、最高裁は、本件事案においては、以下の2つの事情があるため、プロダクト・バイ・プロセス・クレームによる記載が許容されると判示した。1つは、本件事案は「二次的上申書5および6に規定された形式の『…の製法により得られた共重合体』というクレーム」が問題となっているところ、「その文言により、示された製法（出発物質及び製法）により作られた物質のみを含む」から「クレームの保護の範囲はこの点において明快であり、「出願人の宣誓書によると、この製法とは異なる製法により得られるプロダクトには権利を及ぼすことが意図されていない」という事情である。他の1つは、本件事案では「クレームされた共重合体の完全な構造式は出願時において正確には記述できなかったことは明らか」であったという事情である。

上記の2つの事情を抽象化すれば、①侵害訴訟の場面において特許権者の権利の及ぶ範囲が第三者にとって明確であること（第1の事情）、②製造方法で特定する以外に当該発明を特定する手段が存在しないこと（第2の事情）と置き換えることができよう。本判決はプロ

25) 滝井・前掲注15)490頁参照。

26) Trioxan 事件 (GRUR 1972,80)。なお、本文に述べたところは、英文訳 3 INTERNATIONAL REVIEW OF INDUSTRIAL PROPERTY AND COPYRIGHT LAW 226-241 (1972) を参照したものである。

27) 連邦特許裁判所の位置づけについては、ドイツ特許法 65 条 1 項を参照。

28) 旧法下の条文であるが、最高裁が、「確かに特許法第6条第2項は、方法クレームによる保護はかかる方法により直接的に製造されたプロダクトに対しても有効であり、したがって、そのクレームが、そのクレームされた方法で『直接的に』製造されたプロダクトについては、その限りにおいて、事実上、制限付きのプロダクトの保護になっている」と述べていることからすると、現行法では第9条第3項に相当する規定であると思われる。第9条第3項は、特許権の効力として、「特許の対象である方法によって直接得られた製品を提供し、市販し若しくは使用し、又はかかる目的のために輸入若しくは保有すること」が禁止される旨を規定する。

ダクト・バイ・プロセス・クレームによる記載を一般的に許容したわけではなく、上記の2つの条件が備わっているクレームについてのみ、製造方法による特定が認められるとしたのである。ここに、極めて例外的な場合にしかプロダクト・バイ・プロセス・クレームを許容しない、というドイツ裁判所の判断を伺うことができる²⁹⁾。

このように、ドイツにおいてはプロダクト・バイ・プロセス・クレームの特殊性（特許権者は物の構造を特定できていないとして拒絶査定される不利益を回避できるという性質と、通常のクレームと比較して第三者にとって権利範囲が不明確であるという性質。）に着目して、特許権者と第三者の衡平を図ろうとしている。すなわち、ドイツにおいては、プロダクト・バイ・プロセス・クレームを極めて厳格な場合にしか許容しないとして、第三者の被る不利益に各別の配慮を払っている。そしてその代わりに、いったん特許権が付与されると、侵害系においても同一性説でクレーム解釈する³⁰⁾という手法を採ることで、特許権者側の利益も考慮しているのである。

・日本の同一性説

これに対し、日本の裁判実務、多数説においては、プロダクト・バイ・プロセス・クレームをドイツと比べてかなり緩やかに認める上に、いったん特許権が付与されると、侵害系においても同一性説でクレーム解釈するという手法が採られている。ここに、第三者の被る不利益は考慮されているのだろうか。

1つ考えられるのは、査定系におけるクレーム解釈の段階で同一性説を採用するというこ

は、それだけクレームの範囲が広くなり、新規性、進歩性が否定される確率が高くなるため、ここに第三者の被る不利益が考慮されているという議論である。

確かに、抽象論としてはその通りである。しかし、前述したように、追試の実験器具すら有しない特許庁が「物」の同一性を適切に判断することはおよそ不可能である。このような場合、本来特許庁は当該出願を拒絶すべきであるが、現在の審査実務においては特許庁側に拒絶理由の存在についての証明責任があるとされているため³¹⁾、特許庁は拒絶理由の存否について真偽不明に陥ることになり、特許査定せざるを得なくなってしまう。その結果、真に特許性を有するかが不明確なクレームが、市場に出されることになる。ここでは、クレームを広く解することで拒絶理由に当たりやすくとするの運用が行われているわけではない。むしろ、真に特許性を付与しうるものであるか否かが曖昧な広過ぎるクレームに特許性を付与するとの運用が行われており、特許権者側にとって有利な運用が行われているというべきである。

この点、ドイツの議論においては、許容性の段階で、極めて例外的な場合しかプロダクト・バイ・プロセス・クレームによる記載を認めないという手法で特許権者側に負担を課し、第三者の被る不利益がなるべく少なくなるように配慮されていた。ところが、日本においては、許容性の段階でも、緩やかにプロダクト・バイ・プロセス・クレームによる記載を認めるという形で特許権者側に有利な取扱いがなされており、ここでは第三者の不利益は何ら考慮されていない。また、査定系においても、現行の特許

29) なお、本判決は、厳密には「…によって得られた」とのクレームの記載についてしかその許容性を判断していない。すなわち、「…によって得られうる」とのクレームの記載については、本件では判断する必要はないと述べている。しかし、本判決が続けて「そのようなクレームの文言は、出願人により選択された用法によるとはいえ、示された製造方法は1実施例を示すものである」と述べていることからすると、本判決は少なくとも「…によって得られた」とのクレーム記載は許容されると判断し、「…によって得られうる」とのクレームの記載方式を許容しない趣旨ではない、といえる。現に、その後の裁判例では、*Lactobacillus bavaricus* 事件 (GRUR 1978, 586) において、連邦特許裁判所が「…により得られうる」とのクレーム記載の適法性を認めている。フォルカー・フォシウス「ドイツ特許の保護範囲の決定」青山稗=木棚照一編『国際特許侵害』(東京布井出版、1996) 286頁参照。

30) *Tetraploide Kamille* 事件 (GRUR 1993, 651)。

31) 仁木・前掲注14)49頁参照。これに対し、吉田・前掲注4)137頁は、証明責任の負担のあり方について異論を唱える。

審査実務の運用を前提とすれば、特許性を有するか曖昧で、かつ広過ぎるクレームに特許性が付与されていることになり、ここでも特許権者側に有利な運用がなされている。さらに、侵害系におけるクレーム解釈について同一性説を採用することは、当然、特許権者側に有利な取扱いをしていることになる。

結局、日本の判例・多数説たる同一性説は、許容性、査定系におけるクレーム解釈、侵害系におけるクレーム解釈のいずれの場面においても、第三者の被る不利益を考慮していないことになる。

・日本の限定説

これに対して、限定説は、第三者の被る不利益を考慮して特許権者の権利行使をする範囲を典型的に狭めるものである。同見解は、ドイツが出願段階で課した特許権者の負担を、権利行使の段階で課すという形で、特許権者側と第三者側のバランスを図ろうとする見解であるといえる。すなわち、限定説は、プロダクト・バイ・プロセス・クレームを緩やかに許容し、かつ、査定系におけるクレーム解釈については同一性説を採用すると審査実務の運用の下、第三者の被る不利益を典型的に考慮するために、侵害系においては特許権者の権利範囲を典型的に限定しようと試みる見解であると解される³²⁾。

(2) 第三者の被る不利益は考慮されるべきか

以上より、日本では、一方において、同一性説が第三者の被る不利益を考慮せず、他方において、限定説が第三者の被る不利益を考慮している。果たして、プロダクト・バイ・プロセス・クレームの解釈にあたっては、第三者の被る不

利益は考慮されるべきだろうか。この点について筆者は、価値判断として、第三者の被る不利益を考慮する限定説が妥当であると考えているが、理由は以下の通りである。

・第三者の被る不利益

まず、プロダクト・バイ・プロセス・クレームをめぐる第三者及び特許権者の利害関係の状況を、今一度整理しておきたい。

そもそも特許法のクレーム制度は、発明という抽象的なアイデアを、物の構成ないし方法の過程を特定することで、第三者に対して利用を禁ずるアイデアの領域を明らかにするという制度である³³⁾。そしてこの制度を通して、産業は発展していくと考えられた。

ところが、日本のプロダクト・バイ・プロセス・クレームはこのクレーム制度の意義を失わせる危険を内包している。すなわち、「工程Aと工程Bと工程Cによって得られた甲を製造してはならない」といわれた場合、第三者は一体如何なる構造の物を製造してはならないのか、一義的に明らかでない。「工程Aと工程Bと工程Dによって得られた甲[〃]」³⁴⁾は製造して良いのか、悪いのか、第三者には判断が著しく困難なのである。この点は、通常の物のクレームでは当該物の構造が明らかにされ、第三者はいかなる物を製造してはならないのかが明瞭に判別できることと、大きく異なる。第三者の製造禁止範囲が明瞭でなければ、第三者は将来いかなる選択肢（例えば、別の製造方法による当該物の発明を自社で試みるか、それとも特許権者とライセンスを結ぶか等。）が最良であるか、判断しかねることになる。しかも、日本におい

32) なお、本稿ではドイツ判例との比較しか取り上げることができなかったが、アメリカにおいても、日本と同様に侵害系のクレーム解釈において、限定説と同一性説の議論の対立がある。すなわち、いわゆる *Scripps* 事件判決 (*Scripps Clinic & Research Found. v. Genentech, Inc.*, 927 F.2d 1565 (Fed. Cir. 1991)) は、プロダクト・バイ・プロセス・クレーム特許を純粋に物の特許であるとして、プロセスの異なるイ号の特許権侵害を肯定した。他方、いわゆる *Atlantic* 事件判決 (*Atlantic Thermoplastics Co., Inc. v. Faytex Corp.*, 970 F.2d 834 (Fed. Cir. 1992)) は、プロセスの異なるイ号の特許権侵害を否定した（ただし、査定系においては同一性説を採用することを明言している。）。同判決はその脚注で、*Scripps* 事件判決は最高裁や先例に違反するとし、限定説を採用した。*Atlantic* 事件判決では、*Cochrane v. Badische Anilin & Soda Fabrik*, 111 U.S. 293 (1884) が、先例とされるべきとされている。*Scripps* 事件判決と *Atlantic* 事件判決につき、滝井・前掲注 15) 486 頁も参照。

33) クレーム制度につき、中山信弘『工業所有権法（上）特許法（第2版増補版）』（弘文堂、1993）179 頁参照。

34) 甲[〃]が甲と全く同一であると言えるかは不明である。プロダクト・バイ・プロセス・クレームは本来、現在の科学技術を駆使しても物の発明としての特定ができない場合を想定しているからである。

てはドイツとは異なりプロダクト・バイ・プロセス・クレームの許容性を緩やかに認めているため、上記のような不明確なクレームを有する特許が多数存在する³⁵⁾。

したがって、日本においては、第三者の被る不利益の範囲が甚大なものとなりうる³⁶⁾。

・特許権者（出願人）の受ける利益

これに対して、特許権者は本来、物として特定しなければ、特許権を付与されることはなかったという立場にいたものである。けれども、プロダクト・バイ・プロセス・クレームによる記載を認めてもらえれば、物の発明の構成を明らかにせずとも特定を認められるという利益を獲得することとなる。

・比較検討

以上の利益状況を前提とした上で、第三者と特許権者の利益衡量を図るという視点で考察するならば、第三者の被る不利益をことさら無視した議論を展開することはできない。ドイツにおいて許容性段階で考慮されていた第三者の不利益を、日本においては許容性段階で課せないのであれば、侵害系におけるクレーム解釈の場面において特許権者に転嫁すべきである。結局、製造方法による特定を認める代償として、第三者への公示力を優先させる、というのがもっとも当事者間の衡平にかなうのではなかろうか。

したがって、筆者は、侵害系におけるクレーム解釈については、限定説が妥当であると考え³⁷⁾。

この点、現在の多数説の中には、侵害系においてもドイツと同じく同一性説を採用すべきであると主張しているものがある³⁸⁾。しかし、

この見解は、ドイツと日本の議論の前提が異なることを看過している。日本では、不明確なプロダクト・バイ・プロセス・クレームが多数存在し、第三者にとって極めて不利益な状況がデフォルトとなっているのに対し、ドイツでは、そもそも不明確なプロダクト・バイ・プロセス・クレームは少なくとも理論上は排除されており、第三者にとっての不利益はさほど大きくない、という前提の下で議論しなければならない。かかる前提の違いを考慮していない同一性説の主張は、妥当でない。

また、同一性説の反論のうち、傾聴に値するのは、侵害訴訟においては、いずれにせよ同一性の立証を特許権者側が負担し、かかる立証に成功しない限り第三者は不利益を被らないから、この点で特許権者側と第三者の衡平は保たれている、というものである³⁹⁾。確かに、いざ訴訟の場になれば、第三者が実際に損害賠償責任等を負わされる危険は小さいといえる。現に、実際の裁判では、未だ侵害が認められた例はない⁴⁰⁾。しかし、訴訟の前段階において、当該特許された「物」の同一性の範囲を、第三者側が自ら精確に調査しなければならないというのは、上で述べた本来の特許法のクレーム制度の趣旨に遑って考えると、第三者にとって過大な負担であるというべきである。筆者は、特段の事情がない限り技術的範囲は当該製造方法によって製造された物に限定されるとする限定説の方が、実質的に衡平であると考える。

35) これに対して、ドイツでは極めて例外的な場合にのみプロダクト・バイ・プロセス・クレームを許容しているため、不明確なクレームが市場に出回る危険は少なくとも理論上は小さい。むしろ、出願人はそのような厳格な審査を通過した者であるから、それに見合うだけの特許権を付与すべきであるという判断には合理性がある。日本にはドイツのように合理性を認めるだけの前提事実が揃っていない。

36) さらに、実務においては、物性パラメータで特定した物のクレームを親出願で認め、かつ、プロダクト・バイ・プロセス・クレームを分割出願で認める特許なども存在する。

37) 同じく特許権者と第三者の利益衡量に着目して限定説を支持するものとして、高林・前掲注1)153頁、北原・前掲注11)159頁。

38) 特にドイツの議論を参照しながら日本における解釈論を展開しているものとして、滝井・前掲注15)491頁以下参照。

39) 吉田・前掲注4)155頁。

40) 南条・前掲注11)21頁。

3 結論

以上の検討より、日本の侵害訴訟においては、特許権者は基本的に当該製造方法で限定された物にしか権利を行使できないとする限定説は、特許権者と第三者の利益衡量という実質的観点からして、妥当な見解であるといえる。

従来、同一性説と限定説の対立は、主として、特許権者の利益と第三者の利益のいずれを重視すべきか、という価値判断の問題として論じられてきた。

確かに、最終的には、価値判断の問題ないし政策判断の問題に帰着する。しかし、かかる価値判断を適切に為すためには、その前提として、上に述べた理論的ないし実質的検討を踏まえる必要があるのではないかと考える。すなわち、侵害系におけるクレーム解釈において同一性説を採用するという事は、第三者の被る不利益を全く考慮しないとの帰結を導くことになるが、果たしてそれは妥当なのか、通常のクレームとプロダクト・バイ・プロセス・クレームの根本的な差異を無視していることにならないか等といった点につき議論をした上で、いずれの見解が妥当であるのかを議論すべきではないか。もちろん、かかる議論を踏まえた上でも同一性説を採用することが妥当であるとの価値判断はありうるが、その際、従来同一性説の最大の根拠とされた、査定系におけるクレーム解釈で同一性説を採用するならば侵害系においても当然同一性説が採用されるべきであるとの理由付け⁴¹⁾は、1で検討したところにより、もはや確固たる根拠にはなりえない。同一性説を主張する論者は、侵害系においても同一性説を

採用すべき実質的根拠を、自ら積極的に論証する必要があろう。筆者は、現在のところ、実質的根拠の積極的な論証に成功しているのは、限定説であると考え⁴²⁾。

IV. 結びに代えて

以上は、現在の日本の審査実務（査定系）が同一性説を採用していることを前提とした議論であった。しかし、仮に日本の審査実務をも議論の対象に含めると、議論の幅はさらに広がりうる。

ドイツの議論を参考にすれば、プロダクト・バイ・プロセス・クレームについて、日本が採りうる方向性としては、差し当たり、以下の3つの方向性が考えられる。

第1は、そもそもプロダクト・バイ・プロセス・クレームによる特定を例外的な場合しか認めず、査定系におけるクレーム解釈については同一性説を採用するが、いったん特許性を認める以上は、侵害系においても特許権者には物としての同一性の範囲内で権利行使することを認めるという方向である（現在のドイツの運用）。

第2は、私見で掲げたように、プロダクト・バイ・プロセス・クレームによる特定を緩やかに認め、かつ、査定系におけるクレーム解釈については同一性説で判断するが、侵害系においては特許権者が特段の事情を立証しない限り、製造方法に限定した物にしか権利行使を主張することを認めないという方向性である（現在の日本の限定説）。

第3は、プロダクト・バイ・プロセス・クレームによる特定は緩やかに認めるが、査定系にお

41) 南条・前掲注11)23頁。

42) 吉田・前掲注3)290頁以下は、プロダクト・バイ・プロセス・クレームによって審査段階で第三者に負担が生じていることを前提にしたとしても、「現在の技術では分析不能であるという発明者ないし出願人に責任のない事情を理由としてこれらの者に排他権を諦めさせるのは酷というべき」とし、「技術的にやむをえない場合は、第三者もある程度その負担を分担すべき」であると論じる。しかし、このように第三者に負担を分担させるべき理由が定かでない。おそらく吉田教授は、構造が分析できなくとも発明がなされた以上、広く特許権を付与する方が日本の産業発展に資する、との価値判断に立たれているのだと思われる。もちろん、このような価値判断もありうるが（産業発展の比較実証研究は困難である。）、本文で述べたように、プロダクト・バイ・プロセス・クレームを用いること自体が、特許法が所与の前提とした特許権者と第三者の利益状況とは異なる事態をもたらすことを考えれば、かかる価値判断が適切といえるか否かにつき、再検討の余地があるように思われる。

けるクレーム解釈については限定説で判断し、その裏返しとして、侵害系においても当該製造方法によって製造された物にしか権利行使を認めないという方向性である。ここではクレームに記載された製造方法を完全に構成要件として扱うことになるから、出願の段階から特許権の効力の及ぶ範囲は明確になる。したがって、この方向性によれば、プロダクト・バイ・プロセス・クレームによる記載の許容性を厳格に解する必要もなくなる。現在、日本でこのような見解を主張している論者を筆者はいまだ見たことがないが⁴³⁾、理論的にはありうる方向性である。

いずれの方向性を採用すべきであるかは、理論的に決まる問題ではない。特許法は「産業の発達に寄与すること」（1条）を究極的な目的とするから、どの方向性を採用することが日本の「産業の発達」にとって最適な選択肢か、という政策的な判断に帰着する。権利は明確でなくてはならず、明確であるがゆえに第三者は安心して行動できる、との視点に立った場合、権利範囲を第三者にもっとも明確に提示する第3の方向性は、今後議論されてよいのではなかろうか^{44) 45)}。

(さとう・やすひろ)

43) もっとも、南条・前掲注 11)23 頁は、第3の方向性の理論的可能性について言及する。

44) 同一性説によった場合、同一性の判断をどのように行うか、という實際上極めて難解な問題が残る。基本的には、当該製法がもたらす物質的特徴を有する範囲、ということになるが、クレームや明細書や発明の詳細な説明の記載、公知技術等を参照しつつ、当該発明の新規性や進歩性のある特徴を明らかにする作業は、特許庁にとっても、裁判所にとっても過大な負担となる。そうであれば、そもそも当該製法によって製造された物にしか特許性を認めないという第3の方向性は、過大な負担の解消という点からも魅力的である。

45) 第3の方向性に対しては、技術的範囲が常に製造方法で限定して解釈されることになるため、権利行使の範囲が極めて狭くなるとの批判が考えられる。しかし、現在の侵害訴訟ではいわゆる均等論が認められることが確立した実務となっており（最判平成10年2月24日民集52巻1号113頁参照。）、第3の方向性についても均等論の適用があると考えれば、かかる批判は必ずしもあたらぬ。限定説に立った上で均等論につき論じるものとして、高林・前掲注 1)154頁、仁木・前掲注 16)86頁以下。

また、科学技術が発展することにより、後々、当該物の構造が把握できるようになった場合に、第3の方向性ではその後の査定系及び侵害系の解釈において、対応に窮するのではないかと、との批判も考えられる。しかし、査定系においては、例えば第三者が物の構造を特定したクレームで出願したとしても新規性ないし進歩性の要件を満たさないと考えることができるし、侵害系においても、特許権者はあくまで「当該製造方法によって得られた物」の特許を有しているにすぎないため、仮に物の構造が把握できたとしても物全体に特許権の効力が及ぶことにはならないと考えることができるから、対応は可能である。もちろん、かかる対応が妥当かという価値判断の問題は、別途ありうる。

憲法上の財産権保障の意義について

2006年4月入学

清水潤

I. 問の設定と議論の方向

- 1 問の設定
- 2 先行研究の三つのモデルとその問題
- 3 一般的自由権を制約する統治利益としての財産権

II. 昇格モデル

- 1 議論の方向
- 2 判決
 - (1) 森林法違憲判決
 - (2) *Munn v. Illinois*
- 3 私法上の法制度保障
 - (1) 公法上の制度体保障
 - (2) 私法上の法制度保障
 - (3) 日本国憲法 29 条は私法上の法制度保障を採用しているか
- 4 ベースラインとしての民法上の所有権
 - (1) 国家の制度設営義務とベースライン
 - (2) 制度設営義務は認められるか
 - (3) 民法自体のベースラインとしての中立性の問題
 - (4) ベースライン設定の根拠の問題
- 5 小括

III. 自然権モデル

- 1 議論の方向
- 2 判決
 - (1) 森林法違憲判決
 - (2) *Ogden v. Saunders*
- 3 森村進の財産権論
- 4 自然権モデルの批判的検討
- 5 小括
- 6 昇格モデルと自然権モデル

IV. 内容形成モデル

- 1 議論の方向
- 2 小山剛の内容形成モデル
- 3 中島茂樹の内容形成モデル
- 4 内容形成モデルの批判的検討
 - (1) 客観法的保障という構成に伴う問題
 - (2) 立法への委託を含むという構成に伴う問題
- 5 小括
- 6 三つのモデルの何が問題なのか

V. 一般的自由権を制約する統治利益としての財産権

- 1 議論の方向
- 2 無限定の一般的自由権説の擁護
 - (1) 憲法上の自由権と人権の峻別
 - (2) 自由権と統治利益の峻別
- 3 自由権制約の思考構造（1）
- 4 自由権制約の思考構造（2）
- 5 再び、森林法違憲判決
- 6 財産権立法の統制密度
- 7 憲法 29 条はいかに解釈されるべきか
- 8 小括
- 9 本稿の議論の要約

I. 問の設定と議論の方向

1 問の設定¹⁾

本稿では、憲法上財産権が保障されるとはどのようなことか、という問を扱う。よりドグマティッシュに言えば、日本国憲法 29 条の解釈論を扱う。この問は、従来、私有財産制度の核心部分の制度的保障と、個々人が現に有する既得の財産権の保障の双方として説明されてきたし、そのようなパラダイムに格段の疑問は呈されてこなかった²⁾。しかし、森林法違憲判決³⁾を機として、憲法が財産権を保障することの意味は今日根本から問い直しを迫られている。

というのも、森林法違憲判決は、従来の通説では全く説明がつかない事案なのである。共有林分割請求に制限を加えた森林法の規定は、確かに民法上の共有物分割請求権を制限し

1) 本稿で扱う問は、教科書ではあまり言及がない。しかし、既に安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、1995）127 頁や、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、2004）などで検討がなされており、本節の問題設定もそれらを参考にしている。なお、高橋正俊もいち早くこの問に気づいていたと考えられるが、それについては後掲注 2) 参照。

もっとも、ドイツでは既にこの問は教科書レベルのものとなっているようである。ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク（永田秀樹ほか訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社、2001）は、ボン基本法 14 条「1 項は財産権を保障しているが、同時に、財産権の内容規定を立法者に委ねている。しかし、そもそも立法者によってはじめて内容が規定されるのなら、14 条はどうやって立法者から財産権を保護すればよいのだろうか」（同 324 頁）との問に対し、「財産権は単純法律全体によって定義される。したがって、財産権者の意向に対する私法上の制限はもちろん、公法上の制限も、外在的な後からの制限ではなく、最初から財産権の定義の構成部分なのである」（同 326 頁）「内容・制限規定が財産権的自由を縮減する場合、たとえそれによって将来のために財産権を定義する場合であっても、過去において根拠づけられた財産権にとっては、介入を意味することになる（中略）。それゆえ、内容・制限規定はその時間的な効力に従ってのみ区別することができる」（同 331 頁）としている。このようなドイツの通説からすれば、少なくとも原告との関係においては、森林法が違憲となる余地はないし、森林法の分割請求権制限規定が、「憲法上、財産権の制限に該当」することはありえない。

2) 憲法上の財産権保障は私有財産制度の保障と既得権の保障を含むとする通説の紹介として、高橋正俊「財産権保障の意味」高橋和之＝大石眞編『憲法の争点（第 3 版）』（有斐閣、1999）132 頁。

もっとも高橋は、森林法判決が出る前に、「財産権不可侵の意義（1）（2）」香川法学 4 巻 3 号 558 頁（1985）、5 巻 4 号 507 頁（1986）によって、通説に異議を申し立てている。高橋は、通説が財産権を自由権と同様の保障構造に服するものと解していることを批判する。財産権は法律に依存する以上、憲法レベルで財産権の内容は定まらず、憲法上の財産権保障は立法者を拘束するものではない、と言うのである。実は、両論文において、「通説」とされた説は異なったものを指している。86 年論文において高橋が「通説」として批判の対象とした見解は、「自由な財産権」が憲法で保障されているとする、判例・学界に無自覚的に自明のものとして共有されてきた説を指しているようである。一方 99 年論文で通説として紹介された説は私有財産制度保障と既得権保障というおなじみの通説を指すと考えられる。本文で言及するように、通説には二つのパターンがあったわけである。

この 86 年論文の見解は、安念や小山によって提起された問題を先取りしていたと評価できる。それにもかかわらず学界が高橋の問題提起を真剣に受け止めなかったのは、森林法判決が出る前だったため、制度保障と既得権保障というおなじみの通説の思考枠組みが不十分であることを「思い知らされる」ことがなかったため、あるいは「自由な財産権」の保障という、無自覚的に共有されてきた「通説」の自明性を疑わなかったためと推測される。

3) 最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 巻 3 号 408 頁。

ている。しかし、それは私有財産制度の核心部分を侵害するとは言いがたい。また、原告が共有森林を取得した時点から共有森林分割請求権を制限する森林法の規定は存在していたから、個々人の既得の財産権に制約が課されたとも言えない。それにもかかわらず、なぜ森林法の当該規定は、憲法上の財産権の侵害として考えられたのであろうか。それは、民法上の所有権(民法 206 条)を典型とする、「自由な財産権」が憲法上保障された財産権であり、その「自由な財産権」を法律によって侵害するのは違憲である、という理解が、判例・通説によって無自覚的に、自明のものとして共有されてきたからのようである⁴⁾。いわば、私有財産制度保障と既得権保障という、自覚的な通説のほか、「自由な財産権保障」という、無自覚的なもう一つの「通説」が存在していたのである。

しかし、「自由な財産権」が憲法上の財産権として保障されている、という見解は正しいであろうか。財産権は民法や商法などの法律によってその形を与えられている以上、法律に先行して、「自由な財産権」が憲法上保障され、それに法律が制約を加えるという、自由権と同様の構造は、財産権については成立しないのではないか。安念潤司は言う。

問題は、そもそも自由な財産権とはいかなるものなのかが明らかではない、というところにある。自由に使用・収益・処分できることが財産権の「原形」であるとはいっても、その当の財産権がいかなる内容をもつものであるかは、法律によって具体的な形態を与えられてはじめて決まることである⁵⁾

財産権が法律によって形成されるものである

ならば、法律から独立した憲法上の財産権概念を導くことはできないのではないか。また、財産権が法律によって形成されているならば、財産権の内容を形成する立法と財産権の制限をする立法とは区別がつかないのではないか。法律から独立した「自由な財産権」がまず憲法上保障され、それに法律が制限を加えるのではなく、法律が財産権の内容と限界をはじめて作り出すのではないか。そのような理解からは、森林法判決は「その出発点において誤っている⁶⁾」ことにならないか。

このように、立法内容を統制する規準としての「自由な財産権」が憲法上保障されているという無自覚的に共有されてきた「通説」は、その理論的正当性に疑問がある。森林法判決の結論が基礎づけうるものかを知るには、より詳細な検討が必要とされるのである。現在の憲法学においては、立法内容を統制する規準となる憲法上の財産権概念を肯定するにしても、憲法上の財産権概念を「自由な財産権」と素朴に定義するに留まらず、憲法上の財産権概念を正当化する様々な理論が提唱されている。また、財産権が法律に依存することを理由に、立法内容を統制する規準となる憲法上の財産権概念を否定しながらも、なお憲法上の財産権保障規定によって財産権の内容形成立法を統制しようとする理論もあり、憲法上の財産権保障の意義について様々な議論が展開されている。

本稿もこのような議論に加わろうとするものである。果たして森林法判決は基礎づけられうるのか、また、立法内容を統制する規準となる憲法上の財産権概念はありうるのか。憲法上の財産権概念がありえないとしたら、財産権立法は憲法上どのようにして統制されるのか。これが本稿で問われるべき問である。

なお、本稿では、憲法上の財産権保障規定が、

4) 高橋・前掲注 2) 5 卷 4 号 14-15 頁、安念・前掲注 1) 147 頁。

5) 安念・前掲注 1) 147 頁。

6) 安念・前掲注 1) 151 頁。安念の森林法判決批判の趣旨は、「自由な財産権」が憲法上保障されているとは考えにくいという点にもあるが、仮にそのような「通説」を受け入れたとしても、「自由な財産権」と、森林法判決が保障の内実として読み取った単独所有の間には、論理的な関係がないという点にもある。また、単独所有という概念の不明確性、単独所有が保障される理由の不十分さも批判の理由としてあげている。

(私有財産制度の核心を侵害する立法以外の) 将来へ向けた財産権の内容形成立法を統制するか、という問のみを専ら扱う。憲法上の財産権保障が個々人の既得の財産権保障を含むか、私有財産制度の核心部分保障を含むかの問題は、さしあたってペンディングにして議論を進めることとする⁷⁾。

2 先行研究の三つのモデルとその問題

立法内容を統制する規準となる憲法上の財産権概念がありうるとしたら、それはどのような論理に立脚したものなのか。その問に対し、憲法学は大きく分けて二つの答えを用意している。一つは、財産権は法律によって与えられるものであるが、法律上の財産権の特定の内容が、憲法に取り込まれ、憲法上の保障にまで高められるとする理解である。これによれば、憲法上取り込まれた法律上の財産権の特定の内容（主として民法のそれであろう）をさらに法律（主として特別法であろう）によって制限するとき、違憲となりうる。もう一つは、自然権としての財産権が憲法上保障されているとする理解である。これによれば、自然権としての財産権を法律が侵害するとき、違憲となりうる。

第一のモデルを昇格モデル、第二のモデルを自然権モデルと名づけることにする。昇格モデルによれば、特定の法律レベルの権利が憲法上の権利にまで昇格することにより、その昇格された権利をさらに別の法律によって制約するとき、それを憲法上保障された財産権の制約として観念できる。一方、自然権モデルによれば、自然権としての財産権が憲法上保障されており、それを否定する内容の法律を憲法上保障された財産権の制約として観念できる。かくして、財産権が法律によって形を与えられるにもかかわらず、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念はありうるのかというパラドクスは解

決される。しかし、この二つのモデルにはそれぞれ次のような問題がある。

その問題とは何か。まず、昇格モデルであるが、なぜ法律レベルの権利が憲法上の権利としての保障を受けるのか明らかでない。憲法上の権利は法律に対抗し、法律の内容を制約するものである以上、憲法上の権利を法律から導出するのは論理が転倒しているとの批判を受けることになる。次に、自然権モデルにはいかなる問題があるのか。実際問題として財産権は多種多様な実定法によって成立しており、それを離れて自然権としての財産権の内容を特定することができるのかという問題がある。

結論を先取りすれば、昇格モデル、自然権モデルはともに成功しているとはいいがたいと本稿は考える。換言すれば、立法内容を統制する規準となる憲法上の財産権概念は存在しないとの結論をとる。しかし、憲法上の財産権概念が存在しなくとも、憲法上の財産権保障条項による財産権立法の統制は不可能ではない。それが三つめの従来説である内容形成モデルである。内容形成モデルによれば、憲法上の財産権概念は存在しないが、法律による財産権の内容形成が適切かどうかを端的に問えば足りる。憲法上の財産権保障は、法律が適切に財産権の内容を形成することを保障しているというのである。しかし内容形成モデルは、憲法上の権利規定が、制限規範として統治の過剰を統制するのみならず、積極的な立法への委託を含んでいるという憲法観に問題を残す。

3 一般的自由権を制約する統治利益としての財産権

本稿は将来へ向けた財産権の内容形成立法を統制する規準となる憲法上の財産権概念の存在を否定する。つまり、昇格モデルと自然権モデルをともに退ける。さらに、内容形成モデルも適切ではないと考える。その際に行き着く結論

7) 憲法上の財産権保障がこれらの内容を含むかはコントロールバーチャルであり、特に私有財産制度の核心部分の保障という説は批判も多い。

は、29条1項は将来へ向かった財産権の内容形成立法を統制しないというものである。

それでは、財産権の内容形成立法は、なんら憲法的統制を受けないのであろうか。そうではあるまい。本稿は、財産権立法を、29条ではなく13条で統制するという考え方を採用する。憲法13条によって、私人はあらゆる自由を憲法上の自由権として国家に対抗できるとする、無限定の一般的自由権説を本稿は採用する。これによれば、国家の強制力の発動は常に無限定の一般的自由権の制約となりうるが、国家はそのような無限定の一般的自由権を制約することで、治安をはじめとする統治利益を追求することを許されている。財産権立法もまた、法律という強制力による、統治利益の追求であり、同時に無限定の一般的自由権の制約となりうる。このように解すれば、財産権立法は、通常的自由権制約立法と同様の規律に憲法上服することとなる。本稿は、法律が自由の制約となる契機を常に孕み、それゆえに自由の制約として正当化可能かが審査されるべきと考えるのである。Vでは、政治哲学の議論を参考にしながら、異論も多いと考えられる無限定の一般的自由権説を擁護した上で、無限定の一般的自由権がどのように財産権立法を統制するのか、その法的思考構造を詰めていく議論を展開する。

II. 昇格モデル

1 議論の方向

IIではIで昇格モデルと名づけた財産権保障の理論を検討する。この議論によれば、財産権は法律によってはじめて形を与えられる。つまり財産権は後国家的な権利である。しかし、法律上の財産権のうち特定のものが憲法上の保障を受ける権利にまで昇格することで、その昇格した権利を侵害する法律は憲法上の財産権の制約として観念される。このモデルにおいて、どのような権利がどのような論理で憲法上の権利となるのか、それを明らかにした上で批判的に検討することが本章の課題である。

昇格モデルを採ったと思われる判決を見た後、それに基礎を与える理論として、私法上の法制度保障と呼ばれる議論と、ベースライン論と呼ばれる議論を検討する。

2 判決

昇格モデルを採用したのではないかと考えられる判決として、森林法違憲判決と、*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877)がある。この両判決は、どちらも法律上の権利を憲法上の権利にまで高めていると読むことができる。しかしながら、なぜそのようなことが可能なのか、法律レベルの権利が憲法レベルのものになるのかについての納得のいく説明は付していない点もまた共通である。

(1) 森林法違憲判決

森林法違憲判決では、旧森林法186条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定していたことが憲法29条に反し違憲とされた。判決は、「森林法186条は、(中略)共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法256条1項所定の分割請求権を否定している。そこでまず、民法256条の立法の趣旨・目的について考察することとする」と述べ、分割請求権の趣旨を考察する。それによれば、共有物を分割できないと、共有物の管理について共有者間に紛争が生じたとき、物の経済的価値が実現されない。そこで、そのような事態を防ぐために、「各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ」るために民法上認められたのが分割請求権である。判旨はこの説示の直後に、「したがって、当該共有物はその性質上分割することのできないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当」と述べる。

なぜ、民法上の権利に過ぎない分割請求権が憲法上の権利になるのか。それをつなぐ論理は、「近代市民社会における原則的所有形態」が憲法上保障されているとする理解にある。近代市民社会における原則的所有形態は単独所有であ

り、共有規定を設ける場合には、単独所有へ戻ることが可能なように、分割請求権を保障しておくべきとする理解である。

近代市民社会における原則的の所有形態が、実定法に先立つ自然権ではないなら、それは法律の規定のなかでとりわけ基本的なものということになる。このように、森林法判決を、昇格モデルを採用した判決と解すれば、森林法判決は、法律の規定の中でもとりわけ基本的な、近代私法にとって原則的な規定を憲法上の保障にまで昇格させる論理を採っていると読める。しかしながらこれだけではなぜ原則的な規定が憲法レベルのものになるのかは未だ明らかではないであろう。民法にとっての原則が憲法上の保障を受けるとする説は自明ではないからである。

(2) *Munn v. Illinois*

アメリカにも昇格モデルを採用したと考えられる判決がある⁸⁾。それが *Munn v. Illinois* 判決である。*Munn v. Illinois* 判決は、徴収できる倉庫料金の上限が州法によって定めていたことが、実体的デュープロセスに反して財産権を侵害し修正 14 条に反するのではないかが問題となったものである⁹⁾。

法廷意見は、憲法が保障する権利はコモンローに由来すると述べ、コモンローの検討をしている。その際に、コモンローについて 200 年以上前に王座裁判所首席裁判官のヘイル (Hale) が述べたことを引用する。それによれば、私有財産が公共の利益に影響を与えるとき、それは「単なる私権 *juris privati*」ではなくなり、

公衆による一般的福祉のための制約に服さなければならなくなるという。例えば公的な波止場を所有するものは、恣意的に料金を徴収してはならない。それは、波止場が既に単なる私権ではなく、公共の利益に影響するからである。

そして、法廷意見は、コモンロー上に、何人も自己の財産につき好きに料金を設定してよいが、特定の目的のために、公衆は彼の財産につき権利を有し、また彼がその目的のために財産を独占するときは、その対価として、義務を課せられることがあるという一般原則が存在すると言う。そして、これらの原則が、本件で問題となった州法を支持すると述べる¹⁰⁾。つまり、修正 14 条を問題としながら、実際には古来のコモンローの法原理によって州法の合憲性を判断しているのである。

ここにおいても、コモンローという憲法以外の法規範における権利が憲法上の権利にまで昇格され、憲法上の権利の制約があるか否かは、コモンロー上の権利の制約があるか否かによって判断されている。しかしながら判旨は、なぜコモンローに則って憲法修正 14 条が解釈されるべきなのかについての理由を十分に示していない。

3 私法上の法制度保障

財産権が法律によって内容を与えられるにも関わらず、なぜ法律を統制する規準となる憲法上の財産権を観念できるのか。この疑問に対し、昇格モデルは法律上の特定の権利が憲法上の保

8) アメリカ憲法における財産権保障について簡単に紹介しておく。アメリカ憲法には日本国憲法 29 条やボン基本法 14 条のように財産権を一般的に保障したものはない。しかし、契約によって生じた債権債務関係の侵害を禁じる契約条項 (1 条 10 節 1 項) や、収用条項 (修正 5 条) による明文規定があるほか、修正 5 条および修正 14 条のデュープロセス条項が手続き保障のみならず実体的権利の保障まで含むと解釈された結果、実体的デュープロセスの法理によって契約の自由や財産権が保護されている。もっとも、ニューディール期以降、二重の基準の採用によって経済的自由に対する司法審査は空洞化している。

なお、本判決を本稿のように理解する先行研究として、常本照樹「経済・社会立法と司法審査 (1)」北大法学論集 35 巻 1 号 1 頁、30 頁 (1984)、David Bernstein, *Lochner's Legacy's Legacy*, 82 TEXAS LAW REVIEW 1, at 32 (2003)。

9) Waite 裁判官は法廷意見の中で、憲法 1 条 8 節 3 項の問題、1 条 9 節 6 項の問題、そして修正 14 条の三つの憲法問題を挙げているが、法廷意見の大半が修正 14 条の問題に費やされ、また、法廷意見も修正 14 条の検討を最初に行っている。94 U.S. at 123.

10) 94 U.S. at 125-129.

障を受ける権利にまでに昇格するとの論理で答えた。上で見た二つの判決は、そのような思考の足跡をたどっていると考えられる。しかし、なぜ法律レベルの権利が憲法レベルの保障を受けるのか、その正当化は充分ではなかった。本来、憲法上の権利は法律に先立って存在し、法律の内容を制約するものであるから、昇格モデルはこのような通常想定される憲法と法律の関係の例外に該当する。昇格モデルの採用によって、本来なら憲法上の制約を受けるはずの法律の内容は、一転して憲法上の制約を受けるところか、憲法の保障そのものに成り代わる。よって、昇格モデルを正当化するには強い論拠が必要なはずである。

3では、昇格モデルに根拠を与える見解として、私法上の法制度保障と呼ばれる理論を検討する。私法上の法制度保障とは、ワイマール憲法解釈のためにヴォルフ (M. Wolff) やシュミット (C. Schmitt) によって提唱され、今日、石川健治によって再発見された概念である。これによれば、制憲者は特定の私法上の法制度を憲法律レベルで保障し、次の憲法改正までその法制度の存続を約束してしまうことがある。例えば一物一権主義といった私法上の法制度を、制憲者が憲法律レベルで囲い込んでしまうのである。端的に言えば、私法上の法制度保障という論理において、昇格が可能になるのは、その昇格が制憲者の選択だから、というものである。以下ではこの理論の射程と限界の画定のために、より詳しい検討を加えることにしたい。

(1) 公法上の制度体保障

私法上の法制度保障という概念は、従来の制度的保障論を批判する文脈で石川によって再発見されたものであり、その理解には従来の制度的保障論にまでさかのぼるのが有益である。従来の制度的保障論は、「個人的権利、特にとくに自由権と異なる一定の制度に対して、立法

によってもその核心ないし本質的内容を侵害することができない特別の保護を与え、当該制度それ自体を客観的に保障していると解される場合、それを一般に制度的保障と言う¹¹⁾」と制度的保障を定義する。そして制度的保障は、人権の保障に奉仕するものである必要があるとされ、例として、政教分離、大学の自治、私有財産制度、地方自治などがあげられるのが常である。この理論は、ワイマール期のカール・シュミットに由来するとされている¹²⁾。

しかし、このような制度的保障論はシュミットの意図したものとは全く別物であり、シュミットに照らして、制度的保障論を根本的に読みなおすべきとする見解が石川健治によって主張される¹³⁾。石川によれば、シュミットが制度的保障として論じたものには二つの全く異なるタイプがある。それが、「公法上の制度体保障」と、「私法上の法制度保障」である。

公法上の制度体保障とは、官僚制や教会、大学の保障を典型例とする、身分制社会に由来する組織体としての中間団体の存続を憲法律上保障する論理である。シュミットは、ワイマール憲法を「原理的に無制約な市民の自由」と「原理的に制限された国家の権能」を基本原理とする、リベラルな「市民的法治国」原理を採用した憲法と理解していた¹⁴⁾。市民的法治国の原理からすれば、真正の基本権は人一般たる資格に基づいて保障される自由権のみであり、中間団体や、特別の身分に基づく特権は打破されるべき存在となる¹⁵⁾。しかし、そのワイマール憲法自身が、官僚制の保障に代表されるように、市民的法治国の原理と矛盾する規定を置いている。そこで、これらの規定を、市民的法治国の原理といかに和解させるかが解釈論上問題となるのである。そこでシュミットは、これらの規定は本来ワイマール憲法の基本原理とは矛盾する規定であるが、憲法制定者が理論的には筋の

11) 芦部信喜『憲法 (第3版)』(岩波書店、2002) 84頁。

12) 赤坂正浩「人権と制度保障の理論」高橋=大石編・前掲注1)60頁。

13) 石川健治『自由と特権の距離 (増補版)』(日本評論社、2007)。

14) CARL SCHMITT, VERFASSUNGSLEHRE (8. Aufl., Berlin 1993) S.126. 尾吹善人訳『憲法理論』(創文社、1972) 159頁。

15) SCHMITT (Fn.14), §14 Die Grundrechte, 尾吹訳・第14章「基本権」、石川・前掲注13)53頁以下。

通らない決定をしてしまうことはありうると論じ、そのような筋の通らない決定の一端としてこれら公法上の制度体保障を位置づけたのである。

公法上の制度体保障は、憲法の基本原理とは関係のない規定であり、偶然にも制憲者の決定によって憲法律レベルの保障を受けてしまったに過ぎず、憲法改正によっていつでも廃止できる程度の保障に過ぎない。このように、憲法の原理からして公法上の制度体保障はあくまで例外的なものに過ぎないことを強調することによって、シュミットはワイマール憲法において市民的法治国の原理を貫徹させようとしたのである。少し長くなるが石川のテキストを引用する。

シュミットは、憲法制定権力による市民的法治国への決断を読み取ったのであった。しかし、ワイマール憲法には、そうした市民的法治国像から乖離する諸規定が散在する。(中略) こうした規定は、市民的法治国の立場からすれば破砕されるべき特権の主体＝中間団体に対して、その存立を憲法上保障しようとするものである。(原文改行)

これらの規定は、彼のいう憲法理論からすれば、筋が通っておらず許されるものではない。しかし、憲法制定権力は、必ずしも憲法理論ないし近代的な法治国の実定的な原理を踏まえて憲法を制定するものではなく、本来実定的な意味での憲法に矛盾する内容に *relativ* な憲法典的効力を与えてしまうことがあるのであって、この場合はそ

れにあたる。かかる事情を説明するのに、彼は、*Institution* の *Garantie* という範疇をもってしたのであった¹⁶⁾

シュミットは、市民的法治国の原理からなり、憲法改正によっても変更できない憲法のコア部分である「憲法」と、市民的法治国の原理とは無関係に、憲法改正によっていつでも追い出せる、ワイマール憲法のアイデンティティに関わらない「憲法律」とを区別した上で¹⁷⁾、公法上の制度体保障を、あくまで憲法律レベルでの保障に過ぎないとしてその相対化を図ったのである。

(2) 私法上の法制度保障

これに対し、私法上の法制度保障とは、「所有権・売買・賃貸借・婚姻・相続その他、私法上の法制度 (*Rechtsinstitut*) のなかのいくらかにつき、その存続を憲法典が保障する場合¹⁸⁾」である。法制度とは、一定のイメージを備えた、法命題の有機的な複合体とでも呼ぶべきものである¹⁹⁾。所有権という法制度は、一つの物に対して一人の所有権者が自由かつ排他的にそれを使用、処分するものである。このようなイメージを具体化するものとして、個別の法命題が書き下ろされ、法制度としての所有権は完成する。

これらの法制度も、法律によるものである以上、前国家的な自由そのものではなく、市民的法治国の論理と直ちには整合しない²⁰⁾。よって、シュミットはワイマール憲法の所有権保障の規定なども、市民的法治国の原理から保障されるものではなく、制憲者の選択に由来するものであると考えることになる²¹⁾。この私法上の法制度保障もまた、憲法律レベルの保障に過

16) 石川・前掲注 13) 56-57 頁。原文にあるカッコ内のドイツ語を省略させていただいた。

17) カール・シュミット (佐々木高雄訳) 「ワイマール憲法における自由権と制度的保障」時岡弘編『人権の憲法判例 (第3集)』(成文堂、1980) 281 頁、298-301 頁、石川・前掲注 13) 57-59 頁。

18) 石川健治「判批」法学協会雑誌 114 巻 12 号 1533 頁、1545 頁 (1997)。

19) 法制度や法命題の概念については、石川・前掲注 13) 37 頁以下。

20) 石川・前掲注 18) 1545 頁、山本敬三「憲法による私法制度の保障とその意義」ジュリスト 1244 号 138 頁、146 頁 (2003)。

21) シュミットの、ワイマール憲法における財産権保障の意義の理解の仕方については、変遷があるようである。1928 年の、*SCHMITT* (Fn.14), S.171 では、「第 153 条で、個別具体的な所有権に加えて、私法上の制度としての所有権が保障されている」としているのに加えて、さらに、S.172 で、「所有権 (*Eigentum*、筆者注) の保障は、無内容な名目のみの憲法律的保障としてではなくて、ひとつの原理の承認として意図されているのである。なぜなら、私的所有権をぬきにした市民

ぎず、市民的法治国の原理とは無関係である。シュミット流の私法上の法制度保障によれば、憲法（律）上の所有権保障は以下のように説明されることになる。

ワイマール憲法 153 条 1 項が「Eigentum は保障される」と規定しているところから、私法上の法制度としての Eigentum（すなわち狭義の所有権）に対する憲法上の保障を読み取り、伝統的な「物に対する排他的な支配権」という定式での自由な所有権のありかたの存続を、憲法典が約束した条文として理解されたのが、法制度保障論のそもそもの始まりである²²⁾

石川は、このシュミット流の私法上の法制度保障論を、日本国憲法 29 条の解釈論に応用し、憲法上の財産権保障について新たな見解を提示する。石川によれば、日本国憲法もまた、日本民法が選択した一物一権主義をはじめとする自由で排他的な所有権制度を承認し、それを憲法律レベルの保障として次の憲法改正まで存続させているとみる可能性がある²³⁾。このような説明によって、民法上の制度が、憲法（律）上

の保障を受ける制度に「昇格」したことになり、財産権が法律によるものでありながら憲法レベルの保障を受ける論理を導出したことになる。

なお、石川はあくまで法制度の保障を語っているのであって、権利の保障を語っているのではないと考えられる。その意味で、昇格モデルが、法律上の「権利」を憲法上の「権利」にまで昇格させているという本稿による議論の整理からは漏れる部分がある。しかしながら、法制度としての所有権保障のコロラリーとして、主観的権利としての所有権をも保障されていると見ることができであろうし、そもそも主観的権利としても自由で排他的な所有権が保障されていなければ、主観訴訟による救済は不可能だったはずである²⁴⁾。

(3) 日本国憲法 29 条は私法上の法制度保障を採用しているか

以上のように、公法上の制度体保障はもちろんのこと、私法上の法制度保障もまた、そのような解釈論をシュミットが導入した背景には、「原理的に無制約な市民の自由と、原理的に制限された国家の権能」をモチーフとする市民的法治国の原理とは無関係または緊張関係にある明文規定があり、その明文規定の地位を格下げ

的法治国はありえず、かつワイマール憲法は市民的一法治国的憲法たらんとしているのであるから（強調原文）」とあり、ワイマール憲法が（憲法律レベルではなく）憲法レベルの原理として私有財産制を保障しているとされる。ここでは 153 条によって、私法上の法制度の保障と並んで、私有財産制が体制選択＝憲法のレベルで保障されていると解されている。しかし、28 年の時点では法制度保障と制度体保障との区別がなされておらず、153 条の位置づけは不明確さを残すものだった。石川・前掲注 13) 171 頁以下参照。

これに対し、最終的に、シュミットは制度体保障と法制度保障を峻別した上で、所有権の保障を法制度保障と位置づけ、憲法律レベルの保障のみに純化を図ったとの解釈が、山本・前掲注 20) によってなされている。「シュミットは、憲法と憲法律を区別して、最終的に、それらの規定（私法上の法制度を保障する規定、筆者注）を憲法律のレベルに属する法制度保障に位置づけ、体制選択の問題から切り離れたわけである」（山本・同 146 頁）。

22) 石川・前掲注 18) 1556-1557 頁。

23) 石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」『プロセス演習憲法（第 2 版）』（信山社、2005）273 頁、278 頁、石川健治「財産権①」駒村圭吾＝小山剛編『論点探究憲法』（弘文堂、2005）200 頁、211 頁。もっとも、石川は、森林法判決を説明する論理として私法上の法制度保障を論じているのであり、石川自身が日本国憲法において一物一権主義が保障されていると解しているかはまた別問題かもしれない。さらに、石川は、判旨の理解として、判旨は一物一権主義の侵害から直ちに違憲を導いているのではなく、財産権規制立法の立法裁量を統制する比例原則の厳格適用を採用する根拠の一つとして、私法上の法制度保障論を導入したと見る。よって、論理はそれほど単純ではないのだが、石川の判例解釈のエッセンスは、概ね本文で述べたところであろう。

24) 法制度保障と主観的権利保障の関係については、小山剛「人権と制度」西原博史編『岩波講座憲法 2 人権論の展開』（岩波書店、2007）が論じているところでもあり、本稿 IV でも検討する。「所有権の『原形』を主観的権利のレベルで説くのであれば、原形に対する制限ないしは内容形成の合理性について、裁判で争うことは当然に可能である」（小山・同 75 頁）が、制度のみの保障で主観的権利の保障はないとすれば、森林法事件において原告は救済を得られなかったはずであろう。

したかったという意図があったことが分かる。市民的法治国の原理を貫徹するために、当該原理と関係のない規定を憲法レベルではなく憲法律レベルに追い出すという、すぐれて実践的な解釈論だったといえよう。

かかる観点からすれば、法制度保障論の解釈論としての導入は、憲法の基本原理から説明のつかない明文規定に対してのみ行われるべきと考えられる。ワイマール憲法が、「所有権の保障」を規定しているのに対し、日本国憲法は、「財産権の不可侵」を謳っている。財産権一般という法制度は存在しえず²⁵⁾、また「保障」と「不可侵」の区別が法制度保障論にとって重要であるならば²⁶⁾、日本国憲法は法制度保障論を導入する前提を欠いていることになる。29条を法制度保障の条文であると解釈することにより当該条文を憲法律レベルに追い出す必要性はないのである。むしろ、憲法の基本原理に沿った形で解釈すれば足りると考えられる。

しかし、一物一権主義的な自由で排他的な所有権を保障することを目的として、目的論的に解釈する場合にはどうか。その場合でも、法制

度保障論の実質的根拠が、制憲者の選択に求められるという難点がある。第一にそれは、1946年における制憲者の決断のみが根拠となる点で、「他の憲法秩序に持ち込むことのできない、特殊な前提の下においてのみ成り立ちうる²⁷⁾」議論であるし、そもそも制憲者がそのような決定をしたという実証的証拠はない。さらに、制憲者の選択が憲法解釈において重要であるとする見解はアメリカにおいて原意主義 (originalism) と呼ばれるものであるが、そのような解釈方法論の正当性は全く自明ではない²⁸⁾。

このような困難に対し、法制度保障論の実質的根拠を制憲者の選択にではなく、保障される対象となる法制度の実質的正義に求めるならば、それはもはや法制度保障論ではなく自然法論である²⁹⁾。もっとも、財産権は法律なくして存在せず、自然法ではないが、法律の規定の中でも特に重要で正義にかなったものが憲法レベルに昇格する、と説くことはなお可能かもしれぬ。しかしどれほど重要であれ、正義にかなったものであれ、それだけでは法律上の制度 (権利) が憲法上保障される制度 (権利) に

25) シュミット (佐々木訳)・前掲注17)308頁。石川・前掲注13)174頁には、「財産権全般という概念はあり得ても、財産権全般などという曖昧な法制度は存在しない。法制度としての Eigentum は、ドイツ民法典 903条にみられる如く、他の財産法上の法制度との対比で明確な輪郭が与えられる、狭義の所有権すなわち物所有権 (Sacheigentum) に限られる」とある。法制度とは、法命題の有機的複合体であり、具体的には所有権や抵当権というレベルで観念されるものである。諸々の諸制度を全てひっくるめた財産権全般は、もはやシュミットの依拠したドイツ民法学における制度概念とは関係ない。

26) 石川・前掲注13)33頁、166頁。ワイマール憲法は、従来のプロイセン憲法などにみられる「所有権の不可侵」ではなく、「所有権の保障」という定式を採用していた。ところでワイマール憲法は、相続権にも同じく「保障」定式を用いていた。相続権が自然権として不可侵であるということは不自然であり、相続権は法制度として保障されていると考えるのが自然である。この相続権保障の論理が、所有権にも等しく及ぶと考えられたのである。

27) 小山・前掲注1)195頁。

なお、引用部分はデペンホイヤー (O. Depenheuer) の議論に対する批判としてのものであるが、デペンホイヤーの議論は「理論的に考うる財産権の具体化は多様多様であるが、その中から憲法制定者は、憲法的効力をもって、特定のタイプの財産権を法律による具体化の雛形であるとした」とするものであり (小山・同188頁以下、小山・前掲注24)60-61頁。)、その点では私法上の法制度保障論に限りなく近い。それゆえ、このデペンホイヤーに対する批判は私法上の法制度保障論にも妥当するものと考えられる。

28) 原意主義の研究および批判として、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001)第3章がある。憲法解釈は明文規定の枠の中で行われる必要があるから、その点で憲法の基本的価値原理と反する明文規定を法制度保障なり制度保障なりで解釈するのは理由があるとしても、憲法の基本的価値原理に添った形で解釈可能な条文を、制憲者の選択を理由に法制度保障として解釈することは、相当の疑義を呈されることになる。なぜ制憲者という死者に憲法解釈が縛られるのかという民主主義からの批判、憲法解釈は実質的正義の観点からなされるべきではないのかとの立憲主義からの批判が考えられる。

29) 法制度が実質的正義に適っていることを理由に憲法レベルの保障を受けるとする説は、石川・前掲注13)166-168頁にいう「スメント派法制度保障論」に近いものと考えられる。しかしそれは、「正調の『制度的保障論』」(石川・同175頁)ではない。

までなる理由としては充分ではなからう。実質的正義にかなった法律は合憲となるだけであって、憲法レベルの保障にまで高められるわけではないはずである。法律は憲法の下位にあって憲法の統制を受けるべきであって、解釈によって特定の法律に特権的地位を与えるべきではない。かくして日本国憲法 29 条が私法上の法制度保障を採用していると解することは困難である。

4 ベースラインとしての民法上の所有権

財産権は国家の制定する法律によってはじめて存在する後国家的権利でありながら、法律を統制する規準となる、憲法上保障された財産権の概念を肯定する理論として、ベースライン論をあげることができる。ベースラインという概念は、憲法上正当な中立的状態を指すものとして用いられる³⁰⁾。国家は、ベースラインの維持には憲法上の正当化を強制されない一方で、ベースラインから離脱を図る場合には、なぜベースラインからの離脱を必要とするのかについて憲法上の正当化を強制される。この意味で、ベースラインという概念は、憲法上正当化を必要としない国家行為ないしは状態を指すものと言える。

ベースラインをどこに設定するかによって、国家は自己のいかなる行為が憲法上の正当化を必要とされ、またされないのかについて左右されることになるから、ベースラインをいかに設定するかは憲法論上決定的に重要となる。例えば表現の自由で言えば、表現の自由を禁止しな

いことがベースラインであり、禁止する場合には憲法上の正当化が必要となる。生存権でいえば、プログラム規定説は、ベースラインを設定しない説であり、憲法論となる余地がない。一方具体的権利説では、最低限度の給付をなすことがベースラインであり、給付がない場合にはそのことを国家が正当化しなければならない。

このように、憲法論というものは自覚的であれ無自覚的であれ必然的にベースライン論を伴っているものであり、憲法論とは言い換えれば憲法上のベースラインをどこにいかなる理由で設定するかの理論だといってもよい。財産権論に即して言えば、例えば民法 206 条を財産権保障のベースラインと言い換えることで、民法 206 条は憲法上の正当化の強制を免れることになる一方、民法 206 条の原則に変更を加える場合には憲法上の正当化を強制されることとなる。このように、ベースラインという概念を経て、民法 206 条は憲法上の原則へと昇格するのである。しかしながら問題は、そこにベースラインが設定される説得的な理由があるかである。

(1) 国家の制度設営義務とベースライン

長谷部恭男は、国家の制度設営義務とベースライン論を組み合わせて使用することで、憲法上の財産権保障の意義について一定の見解を導いている。長谷部は、社会契約論によって国家の制度設営義務の正当化を図る。長谷部によれば、人々が自然状態において保有していた自力救済の権利を原則として国家に譲渡することは、実効的な権利保護の仕組みを国家が提供すると条件の下でなければ筋が通らない。「生命、そしてそれと同等の重要性と保護の必要

30) 例えば、CASS SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION* (Harvard U.P. 1993) は、作為と不作為、中立性と党派性を区別するための概念としてベースラインを援用する。不作為かつ中立的なベースラインがまずあり、この状態の維持には憲法上の正当化を免れる一方で、その状態に変更を加えることは、作為かつ党派的なものとして憲法上の正当化を強制されるのである。「裁判所は現行の実践を中立性と党派性の問題を決定する際のベースラインとしている。裁判所は現行の実践を前政治的で自然なものと想定することによってそうするのである」*Id.*, p.3, 「コモンローを自然の一部として観念することが、そこからの離脱をもって中立性からの離脱と判定されるベースラインを、コモンローが構成すべきであるという見解を助長している」*Id.*, p.48 など。

長谷部恭男『憲法（第3版）』（新世社、2004）189頁は、「違憲判断のベースライン」という概念を提示し、ベースラインからの乖離を図る立法は違憲となりうるとする。

性を持つ個々の国民の利益について、国家がそれを実効的に保護する制度を提供すべき義務を負っているとの結論は、自然に導かれる³¹⁾のである。こうして、国家は刑法や不法行為法などの手段によって防御線を設定する義務を負うことになる。しかし、防御線をどのように設定するかは立法裁量であり、「国家の義務に対応して、特定の義務の遂行を要求する権利が個々の国民に認められること³²⁾」は多くない。

それに対し、国民の利益を保護する目的で制度を設営する義務が国家に課されるに留まらず、国民の側に、そうした制度設営義務を遂行するよう国家に対し請求する主観的権利が憲法上認められることがある。財産権法制もこのような設営義務を伴った法制度であると長谷部説は解していると考えられる。その際、制度の設営に際してどのような制度を設営するかについての立法裁量を縮減する論理がベースラインである。制度を設営するにしてもベースラインに準拠したものであるのが原則であり、ベースラインから離脱する制度を設営する際にはなぜ離脱をするのかを憲法上正当化しなければならないのである。

ではベースラインはどのように定まるのか。長谷部はそれを「当該制度のあるべき内容について法律家共同体内部で広く共有された理解³³⁾」つまり法律家の共通理解に求めている。さらにこの共通理解は、当該社会の社会通念に対応することが通常であるとする。そして、制度設営義務とその裁量を規律するベースライン論で森林法判決を説明できるとする。所有権制度については単独所有があるべき内容として法律家に共有され、財産制度のベースラインとし

て機能しているのである。

本判決は、所有権制度について、法律家共同体の共通理解が憲法の想定するベースラインを構成するとの前提にもとづき、このベースラインからの離脱をはかる立法について、その目的および手段について、少なくとも「明白性」の基準をクリアすることを要求する権利を、国民に認めるものと解することができる³⁴⁾

長谷部説は二つのエッセンスに要約できよう。一つは、国家には制度設営義務が認められ、それに対応して制度設営を遂行するよう要求する主観的権利が認められることがある。もう一つは、制度設営に際してベースラインがある場合には、ベースラインからの離脱を図る際には憲法上の正当化が必要となる。財産権について言えば、財産権制度の設営義務が認められ、設営に際しては民法上の所有権がベースラインを構成する³⁵⁾。

(2) 制度設営義務は認められるか

長谷部説の検討も上記の二つのエッセンスに対して行われる必要がある。まず、憲法上の制度設営義務は認められるか。長谷部説は、私法上の法制度保障論と異なり、明文規定の解釈ではなく社会契約論の論理的帰結として制度設営義務を導いている。

しかしながら、このような社会契約論のコンセプションは自明ではない。社会契約論のコンセプションとしては、法益の保護のために統治機関を創設し、それらに立法権、行政権、司法権を授権する一方で、人権条項によりそれらの

31) 長谷部恭男「国家による自由」『憲法の理性』(東京大学出版会、2006) 131頁。

32) 長谷部・前掲注 31) 132頁。

33) 長谷部・前掲注 31) 134頁。

34) 長谷部・前掲注 31) 135頁。

35) 「民法典、中でも財産法に関する規定が政治的に公正中立な基準であるとの観念は、法律家に広く浸透している」長谷部・前掲注 30) 252頁。なお、制度設営義務論およびベースライン論は、長谷部自身の規範的主張と解するのが自然であると思うが、民法(の単独所有)がベースラインを構成するとの命題は、専ら森林法判決を説明する文脈で登場している。このことから、民法がベースラインとなるという命題は専ら判決を説明するためのものと解する余地もあるかも知れない。しかし、長谷部・同 252頁の記述から、長谷部自身が判決に賛成していると考えられ、本稿では民法がベースラインとなるという命題を長谷部説として扱った。

権力行使に対し制限を課したとする理解も可能である。この理解によれば、憲法は統治権の付与と制限によって構成されるのであって、制度を設営するといった何らかの特定の統治権の行使を義務付けているわけではない。憲法 41 条は法律を制定する権力を国会に与えているが、何らかの法律を制定する義務を国会に課するものではない。このように、人権条項に制限規範を、統治機構に授權規範を対応させる社会契約論理解が一般的であるように思われる。この理解においては、制度設営義務規範は憲法には含まれない³⁶⁾。

(3) 民法自体のベースラインとしての中立性の問題

次に長谷部説におけるベースラインの設定の仕方について批判的に検討してみたい。

仮に制度設営義務を憲法上認めなくとも、民法の財産権規定が公平中立なものであり、作為と不作為、中立性と党派性を区別するベースラインとして機能するなら、民法上の所有権規定をベースラインとして、そこからの離脱を図る立法を憲法上保障されたベースラインとしての財産権を制限するものとして観念できる余地がある。換言すれば、ベースライン概念を経て民法上の所有権は憲法上の権利へと昇格する。

しかしながら、民法の制定ははたして不作為あるいは中立であろうか。民法もまた国家制定法であり、それ自体憲法上の正当化を必要とするものであると考えられ、民法の規定に対して、安易に憲法上の正当化義務を免除すべきではない。社会契約論の理論伝統からすれば、国家はその存在についてさえ正当化義務を免れない。つまり、国家なき自然状態がベースラインとし

て想定され、民法の制定はこのベースラインへの介入と考えられる。

(4) ベースライン設定の根拠の問題

また、民法が憲法判断の際のベースラインとなると解するにしても、その正当化は成功しているか。正当化理由として、長谷部説のあげる「法律家共同体の共通了解」そしてそれを裏付ける社会通念は、説得的なものであろうか³⁷⁾。法律家が特定の制度や状態を公正なものとして受容しているということや社会通念の存在は、事実の問題に過ぎず、それがなぜ公正なのかを論証しなければ規範的な議論とはならないとの批判が可能である。

規範的な議論における論証の提示の必要性については、長谷部と同じくベースライン概念を多用しながら、ベースライン概念をむしろ現状改革的に利用しようとするサンステインの議論が参考になる。サンステインは、アメリカ憲法は、「理由の共和国 (a republic of reasons)」という理念にコミットしていると主張する。それによれば、「アメリカ憲法において、政府は自らのなすことについて常に理由を用意しなければならない³⁸⁾」。そしてその理由は、私的利益、自然性、伝統的慣習といったものに依拠してはならず、全ての市民にとって理解可能な、公共的なものである必要がある³⁹⁾。そしてこのような理念の表現として、熟議的デモクラシーへの支持がアメリカ建国以来受け継がれてきたと主張する。熟議的デモクラシーにおいては、「政治の目的は現存する選好を反省し時には変換することであって、単にそれを充足することではない (中略) 人民は社会的な諸帰結を理性・理由への言及によって正当化しなければならない

36) 小山・前掲注 24) 74 頁の『「法律家共同体の共通了解が憲法の想定するベースラインを構成する」としても、それが、制度設営義務それ自体の基礎づけになっているのか、それとも設営されるべき制度の説明にとどまるのかは、なお検討を要しよう」とする批判も、似たような趣旨と考えられよう。

37) ベースラインの設定根拠を社会通念に依拠する法律家共同体の共通了解に求めることについて、多数者の意思に抗してでも保障されるべき人権の理念との関係から問題があるのではないかと指摘と、そのような批判に対する反批判について、渡辺康行「書評」長谷部恭男編『憲法本 41』(平凡社、2001) 154 頁、160-161 頁、巻美矢紀「憲法の動態と静態 (5)」国家学会雑誌 118 巻 7・8 号 1 頁、30-31 頁 (2005) があるが、本稿では立ち入らない。

38) SUNSTEIN, *supra* note 30, p.17.

39) *Id.*, p.19, p.24.

い⁴⁰⁾」。このような観点からすれば、現状たるコモンロー秩序をベースラインとすることはできない。現状やコモンローもまた、理由によって正当化されるべき国家によって作り出された状態であり、中立・公平なものと理由なしに想定することは許されないからである⁴¹⁾。

民法の定めが法律家共同体において公平と理解されるがゆえにベースラインを構成するという思想は、コモンローからベースラインたる資格を剥奪し、全ての政府行為を万人の熟議の下に公共的理由によって正当化せしめようとする思想とはベクトルが異なることは明らかである。現存する共通了解や社会通念は、公共的な理由によって正当化可能かを審査されなくてはならない。法律家共同体が何を公平として理解しているかという事実命題ではなく、なぜそれを公平として理解すべきかという規範命題が問題なのである。

法律家共同体の共通了解といったところで、それが真に正義に適っているかは怪しいものである⁴²⁾。また、共通了解のような根拠は、ロールズ (J.Rawls) の重なり合う合意 (an overlapping consensus) 論と同じく、集団内部の差異性を捨象し、ありもしない合意を捏造している可能性が高い⁴³⁾。長谷部説のベースライン設定の根拠論に関しては、事実ではなく規範的論拠によって正当化せよというロールズに対する井上達夫の批判がそのまま妥当しよう⁴⁴⁾。

以上で批判的に検討したように、国家設置義務の存在に疑問があるだけでなく、民法が憲法判断の際のベースラインとなるという考え方にも批判の余地がある。したがって、民

法上の所有権規定がベースライン概念を經由して憲法上の保障にまで昇格すると解することはできない。

5 小括

本章では、法律上の権利が憲法上の権利に昇格し、その昇格した権利をさらに特別法などの法律で制限する場合を財産権の制限として観念することにより、財産権は法律によって形成される以上、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念は存在しないのではないかと、というアポリアに解を見出そうとする見解、すなわち昇格モデルの検討をした。その昇格モデルを取ったと解される判例として森林法判決と *Munn v. Illinois* をあげたが、どちらも説得的な理論は示していない。このような判決に理論的基礎を提供しうる学説として、私法上の法制度保障論とベースラインとしての民法上の所有権論を検討したが、そのどちらも批判の余地があった。

ここではさらに、私法上の法制度保障論およびベースライン論の個別の問題点でなく、それらに共通する問題点を指摘したい。まず、憲法上の権利を法律上の権利に依存させるのは、憲法保障の観点からすれば、自殺行為ともなりかねないことである。憲法上の権利は法律に対抗して自由を保障するためのものだからである。それと関連して、憲法上の権利レベルに昇格した法律レベルの権利を憲法上自明視し、憲法上の正当化に服せしめる必要から解放してしまうことである。憲法があらゆる国家行為をその

40) *Id.*, p.135.

41) *Id.*, Ch.2.

42) 例えば、弁護士数増加に反対する弁護士会は、既得権を擁護しているとしか思えない。弁護士の数が絞られるべきとする法律家の共通了解があったところで、それをベースラインとして弁護士制度を構築すべきとするのは馬鹿げている。また、弁護士とは難しい試験を通った人だ、という社会通念があったとしても、そのような観念が国家行為を正当化するかは疑問である。安念潤司「司法制度『改革』偶感」塩野先生古稀記念『行政法の発展と変革・上』(有斐閣、2001) 1頁以下からすれば、弁護士資格の民営化がベースラインとなるべきとなるろう。

43) 例えば、民法上の雇用契約ではなく労働法が、民法上の賃貸借ではなく借地借家法が、あるいは民法上の自由な土地所有権ではなく公法的規制のかかった土地所有権がベースラインを構成すべきと考える法律家がいても何ら不思議ではない。前掲注42)も参照。

44) 井上達夫『他者への自由』(創文社、1999) 17-20頁。

統制におこうとするならば、このような帰結は受け入れがたいものとなろう。本来法律は憲法の下位にあってその統制に服するはずである。昇格モデルは、法律をそのような統制から免除するのみならず、一転して憲法上の保障を受けるまでにその効力を高める。いわば法律が、「最高法規」化してしまうのである。そして最高法規化された法律は合憲性を審査される機会を永久に失うこととなろう。法律はたとえそれがどれほど正義に適った内容であったとしても、合憲性の審査を経た上で合憲となるだけであって憲法上の保障に成り代わるはずはない。昇格モデルは、このような憲法保障の構造の根本を覆す不気味さを持っている。憲法 81 条にあるように、「一切の法律」は憲法の統制下にあるべきなのであり、解釈によって特定の法律が憲法の統制を免れることを許すべきではないのである。

以上のように、法律上の財産権の内容を憲法上保障されるべき財産権の内容と考えることはできない。例えば民法上の所有権を制限する法律を、憲法上の財産権の制限と考えることはできないのである。

Ⅲ. 自然権モデル

1 議論の方向

憲法学が財産権保障について用意してきた二番目の解答が、憲法上保障されている財産権とは自然権としての財産権であり、この自然権と

しての財産権の内容を侵害するような法律は、憲法上の財産権の侵害に該当し、違憲となりうるとする見解である。この見解によれば、憲法上保障される財産権の内容は法律に先立って決まっているのであり、憲法上保障される権利が法律によって定まるという逆転現象は生じない。しかし、実際問題として財産権の内容構成は法律によって定まっているという事実があり、また現在において自然権という概念が説得的かどうかは問題となる。このような問題を有するためか、実のところ、現在の憲法学界において自然権として財産権を観念することを明示的に表明する論者は少数であるように思われる⁴⁵⁾。

しかし、自然権論を明示的に表明する論者が稀であっても、多くの論者は、財産権を、表現の自由や思想の自由などの自由権とその保障構造を同じにすると暗黙のうちに捉えてきたと考えられる。「自由な財産権」が自然権として憲法上保障されているという観念が共有されていたからこそ、森林法判決における、分割請求権の制限が憲法上の財産権の制限となるというテーゼに疑問が呈されてこなかったと考えられるのである⁴⁶⁾。

確かに、財産権が自然権であり、憲法はそれを不可侵の権利として保障する、という考え方は、一見説得的である。それは、ジョン・ロック (J. Locke) の社会契約論にも親和的である。自然状態において、人々は不可侵の自然権を持つが、その保全が十分でないために国家を樹立する、という思考の道筋を取る限り、財産権を

45) 自然権としての財産権を明示的に否定するものとして、次がある。松井茂記『日本国憲法 (第2版)』(有斐閣、2002) 559 頁、長谷部・前掲注 30) 248 頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、2005) 218 頁、SUNSTEIN, *supra* note 30, p.50.

一方、自然権としての財産権を承認する体系書として、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、1995)がある。同書 259 頁には、「財産権は法律から生ずる、とみることが妥当であるか。本書のように、『財産権の承認は文明の成立と同時並行的にみられる』とする立場からすれば、財産は法律に先立って存在するとみざるをえない(中略)。財産は、法律が各人の必要性に応じて分配するが故に正当性を与えられるのではない。財産は、自然からの専有(獲得)、同意に基づく交換(移転)といった『獲得・移転という経緯』によって正当性を与えられるのである。したがって、(29条、筆者注) 2項は、法律上の財産制度を創設する規定ではなく、<法律は、財産の正当性を確認するための二次ルール(確認のルール)である>ことを示すものと解するのが妥当である」との記述がある。このような財産権観が、ロック＝ノージック (R. Nozick) 的な自然権論を基礎とするものであることは明らかである。

46) この点については、Iでも触れたが、高橋・前掲注 2) 5巻4号および安念・前掲注 1)を参照。

自然権とみなすのは不思議なことではない。しかし実際に国家が成立してからは、財産権の限界と内容は法律によって定まることになるのであり、この点をどう考えるかが問題となる。

Ⅲでは、自然権論を採用したと考えられる判決を見た後に、自然権としての財産権を提唱する理論を批判的に検討することとする。

2 判決

自然権モデルを採用したと考えられる判決として、ここでは森林法違憲判決と、*Ogden v. Saunders*, 25 U.S. (12 Wheat.) 213 (1827) の反対意見を取り上げる。これらの判決は、ロック的な憲法観・財産権観を採用していると考えられ、実務における自然権モデルの影響を見ることができ。

(1) 森林法違憲判決

森林法違憲判決は、Ⅱ 2(1) で検討したように、昇格モデルでも説明が可能であるが、自然権モデルにも親和的である。判旨は、「近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめるための権利として分割請求権を位置づけており、この「近代市民社会における原則的所有状態」を、実定法に先立つ自然権として捉えているのではないかと考えられるからである。この言い方は、おそらく国家と社会の二分論の影響を受けていると考えられる。社会は自生的な秩序であり、法律や国家を待たずして成立する。財産権や財産秩序も同様であり、国家が法律によって介入する以前に、自然法によってその内容は決まっている。民法上の単独所有規定は、このような自生的な自然権を確認し、より実効的に保全しようとしただけのものであるという考え方である。しかし、自生的な自然権の確認と実効的保全に留ま

らず、その内容を制約するような法律は、自然権の制約として違憲となりうると考えられる。

(2) *Ogden v. Saunders*

アメリカにおいて、財産権が自然権であることを強く表明したのが、*Ogden v. Saunders* における反対意見である⁴⁷⁾。アメリカ合衆国憲法1条10節1項は、「いかなる州も、契約上の債権債務関係を侵害するような法律を制定することはできない」と定める⁴⁸⁾。本件では、この契約条項が、未だ成立していない債権債務関係に対して将来的に適用される法律にも妥当するのか、それとも遡及的な債権侵害立法のみを禁止しているのかが争点となった。その際、マーシャル (Marshall)、デュバル (Duvall)、ストーリー (Story) の反対意見は、契約およびそこから生じる債権を自然権的なものとみなし、それを侵害する法律は遡及的な適用か将来に向かったのみの適用かを問わず違憲としている。

その理由は、契約の自由は自然法に由来するものであり、将来的な侵害であれその自然法に反することによって変わりがないからというものである。マーシャルは、自然状態において個人は契約をする権利を有し、さらにその契約は義務的なものであり、契約を履行しない当事者に対し、実力は正当に行使されると言う。そしてこの契約への権利は、政府に由来するものではなく、実定法によっても制限し得ない。これらの権利は、社会によって与えられたものではなく、自然状態から社会に持ち込んだものである。そして、契約の不履行への実力による救済については、社会に入るときにこの強制の自然権を放棄し、社会は自力救済を禁止することができるけれども、しかし契約への権利は自力救済の権利と違って放棄されていないのである⁴⁹⁾。そして、債権債務は、契約の本質であるから、債権債務を実定法によって侵害することはできない

47) もっとも、本判決で問題となったのは債権であって物権ではなく、契約自由という財産権保障とは若干異なる概念が扱われている面がある。本稿では契約自由の検討は行っていないが、今後の課題としたい。

48) No State shall pass any Law impairing the Obligation of Contracts. U.S. Const. art I, §10, cl.1.

49) この理論は、契約条項が債権債務関係のみを保護し、立法者はその救済方法については変更しうるとする先例と適合している。*Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. (4 Wheat.) 122 (1819).

とするのである⁵⁰⁾。

ここにおいて反対意見は、契約によって生じた債権を法律に先行する自然権とみなし、その不可侵を説いていることが明らかである。

3 森村進の財産権論

Ⅲ 3 では自然権モデルを採用する理論の検討を行う。財産権が自然権であるという主張には、異なる二つの意味があるために、それを区別しておかなくてはならない。第一の意味は、各人に個別に帰属している個々の財産権が、自然権として尊重に値するものであり、容易に制約されたり奪われたりするべきではない、という主張である。例えば、再分配を財産権の自然権性を根拠に批判する場合などは、これにあたる。この文脈で財産権の自然権性を主張する場合、たいていは市場の優位を説くことが目的であり、国家の強制的再分配や社会福祉政策、あるいは課税などが批判の対象となる⁵¹⁾。しかし、この意味での財産権の自然権性は本稿とは直接の関係がない。というのは、各人に個別に帰属している個々の財産権の制約は、いわゆる既得権の制限・剥奪であり、本稿では問題としていないからである。また、本稿は市場主義と福祉国家の優劣と言ったテーマを扱うものでもない。本稿で問題としているのは、財産権が法律によって内容を形成されているにもかかわらず、法律に対抗しうる憲法上の財産権概念がありうるか、という問であって、既得権剥奪の局面ではない。

第二の意味が、本稿で問題とするものであり、法律に先立って「財産権かくあるべし」という財産権のあるべき内容が決定できる、という意味での財産権の自然権性である。仮にこの主張が正しければ、財産権が法律によって形成されているという事実は、憲法上の財産権保障に

とってなんらレレバントではないことになる。たとえ実際の財産権が法律によって形成されていても、自然権としての財産権の内容が特定できるならば、そのような自然権としての財産権が憲法上保障され、それに制約を加える法律は憲法上の財産権の侵害となるという論理を導くことが可能だからである。

これら二つの意味はしばしば混同して用いられているように思われるが、本稿の問題関心からは厳格に区別すべきである。そして本稿は第二の意味のみを検討することになる。その際、森村進が第二の意味での自然権としての財産権を主張しているのので、これを検討することとする。

森村は、次のような内容の私的所有権が自然権として正当化されるとする⁵²⁾。

- ① 占有する権利・・・占有すなわち排他的な物理的支配への権利であり、占有による権利とは異なる。民法に言う物権的請求権はこの中に含まれる。
- ② 管理する権利・・・その物の使用者や使用方法を決める権利
- ③ 安全への権利・・・その物を没収されないという地位。公用収用はその例外である。
- ④ その物を使用、消費する自由
- ⑤ 自然な果実への収益の権利
- ⑥ 市場における有償の譲渡の権能、および無償の譲渡の権能
- ⑦ 所有者は自分が所有物によって他人を害することを禁じられるだけでなく、第三者が自分の所有物を使ってそのような行為をすることも防止しなければならない。
- ⑧ 強制執行に対する責任財産となるという地位
- ⑨ 所有権の弾力性

森村は、実定法上の財産権を道徳的に正当化し、ないしは批判するための法哲学的概念とし

50) 25 U.S. at 346-354.

51) 例えば、ロバート・ノージックの権原理論は、この文脈で用いられている。ロバート・ノージック（嶋津格訳）『アーナーキー・国家・ユートピア』（木鐸社、2002）255頁以下。

52) 森村進『財産権の理論』（弘文堂、1995）6-7頁、106頁、117頁。

て自然権としての財産権を論じているが、上のような財産権が自然権として憲法上保障される財産権の内容をなすべきであるという主張と解釈しても森村の意図を大きく外れることにはならないであろう⁵³⁾。では、以上のような自然権としての財産権の内容は、いかにして正当化されるのであろうか。

森村はまず、人は自然権として自己所有権を有しており、自己の身体を他者からの介入なく自由に使用することができることを主張する。これを森村は「狭義の自己所有権」とし、そこから導出される所有権などの財産権を含めた意味での「広義の自己所有権」とを区別する⁵⁴⁾。そしてまずは狭義の自己所有権の正当化をし、その後でそこから広義の自己所有権がどのように導出されるかを議論する。そしてこれら自己所有権テーゼから導かれる具体的な財産権の内容が、上で見た自然権としての財産権である。その議論の詳細は以下のようなものである。

森村は、狭義の自己所有権が我々の直観に基礎を持つとし、直観による正当化を図る。そのために持ち出される例が「生存のくじ」なるものである。これによれば、心臓を患っている瀕死の患者・甲と肺を患っている瀕死の患者・乙に、くじによって選ばれた健康人を一人殺してその心臓と肺を移植することは正当だという。なぜなら、甲も乙も自らが病気になったことに責めはなく、また健康人も自分が健康であることは偶然に過ぎず、生きる権利は三人とも平等にある。とすれば、より多くの人を生かすのが

道徳的だからである。森村はこのくじの制度を不当だとし、そしてこのくじが不当であることは大多数の賛同を得るはずだと述べるが、その根拠となるのが人は自己の身体に排他的支配を持つべきであるという狭義の自己所有権なのである。そして、このくじを不当とみなすように、狭義の自己所有権は多くの人が直観として有しており、道徳的議論が直観を根拠とすることは正当であるとする⁵⁵⁾。

以上で狭義の自己所有権が正当化されたとしても、そこから財産権を含む広義の自己所有権はいかにして正当化されるのか。それには二つの根拠があると森村は論じる。一つが、「価値創造からの議論」である。自己の身体を用いて労働した結果、価値が生まれるが、その価値を創造したという理由によって財産権は正当化されるというものである。例えば土地を耕した者は、以前は何の経済的価値もなかった土地を経済的価値ある財産に変えたことになるが、自己の身体によって価値を創造した者こそがその価値を支配するに値するというのである。二つ目が、「自由からの議論」である。これは、財産権は狭義の自己所有権の延長であるとする議論である。自己の財産が他者から排他的なものとして守られていれば、自己の排他的支配の領域が広がり、自由を確保できるだろう。広義の自己所有権、つまり財産権は、狭義の自己所有権、つまり自己の身体を自由を拡張し、保障するのである。自己の家が他者の侵入から守られ、自己の食料が他者の篡奪から守られること

53) 森村・前掲注 52) 3-4 頁には、「日本国憲法が基本的人権として認めている奴隷的拘束からの自由や思想の自由は、国家の有無にかかわらず人類共通に認められるべき権利である。このような道徳的・前国家的権利は伝統的に『自然権』と呼ばれてきた。(中略) 憲法上の権利としての思想の自由は、道徳的権利としての思想の自由とは区別されるものの、後者に正当化の基礎を置いているのである。(中略) 私的財産権は自然権であり、それゆえにこそ法的権利として認められなければならない」とある。他にも、「生命や人身の自由は道徳的で前国家的な自然権で、憲法はその自然権に法的な保護を与えている。広義の自己所有権テーゼは市場的財産権もそのような意味で自然権であると主張する」(森村・同 75 頁)、「このテーゼ(自己所有権テーゼ、筆者注)は一次的には私的所有権の一般的正当化事由を与えるものであって、それが直接財産権ルールの詳細を決定する程度は大きくない。とはいえそれは、(中略) 法人の財産権とか憲法上の経済的自由の保護とか著作権制度とか税制とかいった重要な問題において大きな役割を果たす」(森村・同 122 頁)との記述を見出せる。

54) 森村・前掲注 52) 19 頁。財産権は、日常的な意味では自己所有権とは言いがたいが、森村の用語では、財産権も、「広義の自己所有権」なのである。それは、「身体や自由に対する権利と外物の財産権とは基本的に異質のものではないからである」(森村・同 19 頁)。

55) 森村・前掲注 52) 28-43 頁。また、森村進『自由はどこまで可能か』(講談社、2001) 47 頁以下にも同様の議論がある。

は、狭義の自己所有権を全うするために必要である⁵⁶⁾。

かかる森村説からすれば、森林法判決はいかように説明できるのか。法哲学の著作としては自然なことであるが、この点につき、森村は直接には何も述べていない。しかし、共有物分割が制限されることで、先述した自然権の内容のうち、使用や収益の権利は大きく制約されることに鑑みれば、共有状態からの離脱を制約することは、自然権としての所有権に反すると結論付けることも無理ではないと考えられる。

4 自然権モデルの批判的検討

自然権モデルは成功しているだろうか。まず、自然権という概念は漠然としすぎており、具体的に違憲性を判断する際の基準にはなりえないとの批判が考えられるが、この批判は森村の議論には妥当しないであろう。森村の提唱する自然権としての財産権の内容は、憲法論として十分に役立つ具体性を備えている。森村の列挙する①から⑨の財産権の性質を法律が制約するとき、それを憲法上の財産権の制約であると観念することは可能である。

次に、財産権は法律によって形成されている以上、法律から独立した財産権概念は存在しないはずであるという、周知の批判がある。この批判に対し、次のように答えられるかも知れない。森村の自然権モデルの最大の貢献は、法律から独立した、規範的な財産権の内容を明らかにした点にある。財産権の具体的内容が法律によって作られるからといって、法律からも保護されるべきコアとなるような財産権の内容を法律から独立して観念することは可能である。確かに私人間で通用する個々の財産権は、法律を待たずには決まらないだろう⁵⁷⁾。しかし、法律によっても侵害し得ない中心的な財産権の性

質は、法律から独立して考えることが可能ではなくである。森村の考えるような財産権の内容が、自然権として、どのような民商法を持つかに関係なく全ての立憲主義国家において保護されるべきと主張することはおかしいことではない。このように解すれば、法律から独立した憲法上の財産権概念を認めることができ、上述の「財産権は法律によって形成されている以上、法律から独立した財産権概念は存在しないはずである」という批判をかわすことができそうにも思える。

しかし、そうはいかないであろう。確かに自然権モデルは財産権の中核的性質を特定することはできるが、それ自体では具体的な財産権を何一つ作り出せない。個々の具体的な財産権のルールによって、はじめて我々は財産権を行使できるようになる。物を排他的に支配する権利は、実際のルールの中に埋め込まれていなければ行使しようがない。とすれば、排他的な支配の権利といったものが観念できるとしても、それは財産権を規定する具体的なルールから独立して観念されるのではなく、ルールで規定されている財産権の性質の中でも、とりわけ重要で基本的なものとして観念されるのではないだろうか。まずルールから独立して保障されるべき財産権が自然権として存在しているのではなく、実際にルールによって形を与えられた具体的な財産権が先行するのである。ルールなくして自然権の観念だけあっても、そこには実際に行使できる具体的財産権がないからである。そして排他的支配のような性質は、それらの具体的な財産権の諸規定において、とりわけ要保護性の高い性質であるということに留まるはずであろう。森村の言うような自然権的財産権は、それ自体では成立せず、より詳細なルールがあって初めて財産権を行使できるようになるはずである。もちろんそのような財産権のルールは、国

56) 森村・前掲注 52)44-59 頁。

57) 森村自身も、森村・前掲注 52)122 頁などで、財産権のルールの詳細は自然権や自己所有権の概念だけから決めることはできないことを認めている。また、憲法上の財産権は、法律を統制するに足る内容を最低限備えていれば足りるのに対し、私法上の財産権は、私人の権利義務を決定するため、その内容は詳細である必要があろう。

家制定法である必要は必ずしもない⁵⁸⁾。しかし日本国憲法の下においては、財産権のルールは第一次的には法律によって与えられている。

このような意味で、法律から独立した財産権の性質があるとするのは、論理的順序が逆転しているのである。自然権モデルは、財産権の諸規定のうち、自然権として正当化するに耐える正義にかなった規定があると主張しているに留まると解すべきである。しかし、法律に先行して法律を統制する財産権概念がないとすれば、たとえ正義にかなった規定があっても、それは合憲となるだけであって憲法上の保障の内容となるわけではないはずである。

仮に思想の自由や表現の自由が自然権であるとしても、財産権はそれらとは構造を異にしている。憲法論は、国家行為を適切に統制することをその目的とするから、財産権が法律によって形成されているという事実は大きな意味を持つ。仮に財産権が自然権として法律なくして存在し、財産権立法なしに社会が運用されているならば、憲法による統制の問題は生じない。しかし、財産権が法律によって形成されるなら、財産権は国家行為の所産であり、憲法による統制に服せしめる必要があるのである。憲法論が、財産権を安易に自然権とみなすことや、財産権を思想の自由などと同じ構造とみなすことができない理由はこの点にも求められる。

5 小括

Ⅲでは、憲法上の財産権が法律を待たずに自然権として規定可能であるとする判決と理論を検討した。これによれば、財産権の内容が法律によって決まっている以上、法律に対抗した憲法上の財産権保障などありうるのかという問題は、その出発点において解決する。しかしながら、財産権はルールを必要とするのであり、ルールなくして財産権を観念することはできない。そ

してそのルールは日本国憲法の下では法律が第一次的なものであることから、やはり法律なくして財産権を観念することは難しいという結論に至った。結局のところ自然権モデルは、一定の財産権立法を正義にかなったものとして擁護することはできるが、財産権立法から独立して財産権立法を統制する財産権概念を導出することはできない。

6 昇格モデルと自然権モデル

Ⅲ6では、昇格モデルと自然権モデルの双方を関連づけて検討してみたい。昇格モデルは財産権を法律に依存する後国家的権利として、自然権モデルは財産権を前国家的自然権として捉えるという点で、両モデルは世界観のレベルで対立があるようにも思えるが、両モデルの距離は意外にも近い。それはどちらも結論において、自由で排他的な所有権規定を憲法上の統制から免除する。これらのモデルは、その免除の理由が異なるだけであるともいえる。あからさまな明文規定を除けば制憲者の選択に憲法解釈が縛られる必要もなく、また法律家の共通了解といった論拠にもさしたる説得力が見出せないのであれば、結局のところ自由で排他的な所有権規定に対する憲法的統制を免除するもっとも説得的な理由は、それが自然権として正当化可能な、正義に適った権利であるというものである。

しかし本稿の立場からすれば、法律はその一切が憲法上の統制から免れるべきではない。解釈によって特定の法律を憲法上の統制から免除することは憲法保障の構造に反するからである。さらに、本稿は、法律はその本質的属性として、自由の制約たる側面を孕んでおり、自由の制約として正当化可能なものであるかについて憲法上統制されるべきと考える。このような見地からすれば、財産権立法をどのように憲法

58) 本稿はアナルコ・キャピタリズムの可能性を否定するものではない。しかし、アナルコ・キャピタリズムが実現しても、民間企業によって現行の民商法と類似したルールが提供されることが予想される。また、憲法論にとっては、現実に成立している国家制定法の憲法的統制を考えなくてはならない。

上統制可能なのか。このような議論をVで展開することとしたい。

IV. 内容形成モデル

1 議論の方向

IIとIIIにおいて確認されたのは、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念は、端的に存在しない、ということに他ならない。つまり、「憲法上の財産権の制限」という命題は、ありえないことを語っているということになる。では、憲法上の財産権保障規定は、既得権剥奪立法や、私有財産制度の中核を侵害する立法を除いては、法律を統制しないのであろうか。このように解すれば森林法判決は端的な誤りであったと説明されることになろうし、憲法上の財産権保障規定の保障の内実は、実のところそれほどたいしたものではなかった、ということになる。これはこれで十分説得的な見解であるが、憲法上の財産権概念を認めなくとも、憲法上の財産権保障規定は、将来へ向かった立法内容を統制すると考えることもなお可能である。その可能性を提供する従来説が、内容形成モデルである。

小山剛は、昇格モデルや自然権モデルなどの、憲法上の財産権概念を肯定する説を、「原形テーゼ」と整理したうえで、それに「内容形成テーゼ」を対比させている⁵⁹⁾。憲法上の原則的な財産権形態があり、それに制約を加える立法を例外として考えるのが原形テーゼである。原形テーゼによれば、憲法上の財産権保障においても、思想の自由などの「自然的自由」の場合と同様に、原則・例外関係が成立することになる。憲法上の思想の自由＝その例外としての思想の自由制約立法という

構造と同様に、憲法上の自由な財産権＝その例外としての財産権制約立法という関係が成立するからである。

これに対し、内容形成テーゼは、憲法上原則となる財産権形態、言い換えれば憲法上の財産権概念の存在を否定する（その意味では本稿と同じ立場を採る）。財産権には憲法上の原則形態があり、そこからの逸脱を財産権の「制約」として観念することはできないのである。内容形成テーゼは、財産権の内容形成と制約が同じものであることを正面から認めたとえ、内容形成そのものが「適切かどうか」を直接に憲法的に規律しようとする。そのエッセンスは次のようなものである。

「原則としての自由な財産権」、「例外としての制限」という原則—例外関係は成立しない。財産権の内容と限界は、一体として定まる。したがって、財産権に制限を加えているかにみえる法規定に対して、《より制限的でない手段》や、《より効率的な手段》という観点から統制を加えることはできない。しかし、立法府が関連する諸利益を十分に考慮したかどうか、また、他の法規定と整合性がとれているかどうかについて、立法府の判断の「適切さ」を問うことは可能である⁶⁰⁾

これを本稿では、内容形成モデルと呼ぶことにし、本章で検討する⁶¹⁾。内容形成モデルを我が国で採っている論者として、小山剛と中島茂樹がいるので、順に検討を加えることとした。

2 小山剛の内容形成モデル

小山は、自然的自由と法的に構成された自由

59) 小山・前掲注24)63頁。

60) 小山剛「権利の保障と制度の保障」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』(弘文堂、2005)42頁、50頁。

61) 内容形成モデルを採用したと考えられる判決を、日本、アメリカにおいては筆者は発見していない。小山・前掲注1)208-214頁は、ドイツの憲法判例が内容形成モデル(に近い枠組み)を採用していると主張する。この点については、時間と筆者の能力の限界から検討できなかったため、他日を期したい。

とは、おのずとその保障のあり方も異なるはずである、という問題関心から出発する。小山によれば、思想の自由や人身の自由などの、法律や制度に依存しない自然的自由と、財産権のような法律や制度によって構成される自由とは、その法的構造を異にするべきであり、法律から独立した「自由な財産権」があり、それを法律によって制限することが違憲となりうる、と考えることはできない。財産権は法律に依存するのである。

財産権が法律に依存するとしたら、憲法上の財産権条項は立法者を拘束しないのか。もちろん、私有財産制度の核心部分の保障と既得権保障は、財産権が立法に依存するとしても導ける。しかし、それだけでは森林法判決は説明不可能であり、また保障される内容は極めて限られている⁶²⁾。私有財産制度の核心部分および既得権を侵害しない立法についても、立法者拘束性を獲得する道が、小山によれば二つある。それが原形テーゼと内容形成テーゼである⁶³⁾。原形テーゼとは、何らかの説明をかませることで、憲法上の原則的財産権形態を（擬似的に）導出した上で、それを制限する法律を例外と観念するもので、その思考構造は、自然的自由の制約の場合や、防御権ドグマティックの場合と異ならない。それに対し、内容形成テーゼとは、そのような原則と例外の関係を観念しない。それは、立法による財産権の作りこみが、端的に適切かどうかを憲法上審査する。

では、この二つのテーゼのうちどちらがすぐれているのか。小山は、「原形テーゼは、所有権・財産権に関わる法制度のあり方について、明らかに現状保障的に作用するという問題があ

る⁶⁴⁾」と原形テーゼを批判する。つまり、特定の財産権のタイプを原則となる財産権として保障しても、それが防御権的に保障されるに留まり、社会・経済の変化に対して適切に財産権を作りこんでいくという積極的要請を憲法上課することはできないことを批判する。

社会・経済の急速な変化に直面する現在において、基本権主体の自律的・自己責任的生活形成を保障するには、立法による既存の制度の空洞化だけではなく、立法による法制度のメンテナンスにも目を向ける必要があるだろう。（中略）内容形成テーゼは、憲法を規準に立法者に拘束を加えると同時に、立法者に対して、社会・経済の変化に対応した所有権の再定義の可能性を与えるのである⁶⁵⁾

財産権の保障が国家に対抗する防御的作用にとどまるならば、財産権は、この変化（社会・経済の変化、筆者注）から背を向けた立法者の不作為に対抗できなくなるであろう⁶⁶⁾

このようにして小山は内容形成テーゼの優位を主張する。次に内容形成テーゼをより詳しく検討しよう。内容形成テーゼにおいては、憲法上の財産権保障は、個人の既得権保障に加え⁶⁷⁾、財産権立法の積極的な整備への委託をも含む。いわばそれは財産権の内容を適切に形成するように、立法者に作為義務を課すものといえる。立法者は、適切な立法をしなければならぬという意味で、客観法的に拘束されてい

62) 「制度の骨と皮だけの保障に満足できないのであれば、保障を制度の周辺領域にも及ぼす理屈を考えることになる」小山・前掲注 60) 50 頁。

63) 小山・前掲注 24) 63 頁。

64) 小山・前掲注 24) 64 頁。

65) 小山・前掲注 24) 64 頁。

66) 小山・前掲注 1) 204 頁。

67) 個々人が既に持つ既得の財産権の保障が憲法上の財産権保障の内容に含まれることは、ごく一部の少数説を除いて多くの学説が認める所であり、内容形成テーゼもその例にもれない。問われるべき問題は、それを超えて、憲法上の財産権保障条項が、私有財産制度の核心部分の保障という極めて内実の少ない保障に留まらず、将来に向けた財産権の内容形成立法をも規律できるかということである。

る。憲法上の財産権保障は、まず客観法的保障なのである⁶⁸⁾。「財産権の内容および限界を将来に向けて決定する立法者は、客観法的拘束から自由にこれを行うのではない。しかし、立法者によるこの決定は、防御権と同じ枠組みで統制されるべきものではない⁶⁹⁾」のである。

その客観法的拘束の内実はいかなるものであろうか。小山は、ハンブルグ堤防整備法判決⁷⁰⁾の「財産権は、人格的自由の保障と緊密に内的に結びついた、基礎的な基本権である。基本権全体のなかで財産権が任務とするのは、基本権主体に財産法領域における自由の空間を確保し、基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成できるようにすることである」との判示を引き、このような理念が立法者を拘束すると述べる。憲法上の財産権保障には、「各人が自分の生活を自己責任的に形成できるように、財産権秩序を継続的に形成しなければならない、という積極的要請」が含まれ、「立法府による制度形成がこの積極的要請の履行として『適切かどうか』⁷¹⁾」が審査されるのである。

このような内容形成テーゼを森林法に当てはめると、民法 256 条 1 項の分割請求権と森林法は原則・例外の関係となるわけではないが、関連する諸利益に照らせば、森林法は財産権の内容および限界を定める規定として適切ではなく違憲となる、とされる⁷²⁾。

3 中島茂樹の内容形成モデル

中島茂樹の内容形成モデルも、基本的な問題関心や理論構成は小山と大きく異なるものでは

ない。しかし、中島は小山と異なり、憲法上の財産権保障が適切な内容形成の委託を含んでいるとする見解から、小山に比べ具体的かつ論争的な実践的帰結を内容形成モデルに読み込んでいることが注目される。

中島によれば、個人の既得権保障と私有財産権制度の核心保障だけでは、財産権をめぐる立法の不作为に対応できないことに問題がある。「個々人の実体的な生存配慮や存立保護は、私有財産制度によることはほとんどなく、自己の労働や公の給付によってほぼ媒介され、つまるところ、財産配分をめぐる国家の社会的・経済的政策にますますその依存の度を強めるところとなっている⁷³⁾」とし、国家が「人間の尊厳」と「人たるに値する生存」の確保・維持のために積極的に財産権立法を組みなおしていくべきとされる。「国家の活動は、もはや第一義的に個人の権利の制限とみなされるのではなく、(中略) 個々人の人格的自由の保障のための財産権を発展させるための諸条件の一つとみなされる必要がある⁷⁴⁾」のである。このような観点から、憲法上の財産権保障は、既得権保障のみならず、「積極的に法律による内容形成の余地を肯定するもの」と解され、立法者は「個々人の人格的自由と内面的関連をもつ財産権の実質が侵害されていると見なされる状況がある場合、これを放置することは許されず、被害回復のための積極的な立法措置を講じる法的義務を負う⁷⁵⁾」とされる。

そして中島は、このような理論から、戦争被害の戦後補償の問題について、「憲法 29 条 2 項により財産権の内容形成を委ねられている立

68) 財産権立法には、常に客観法的拘束がかかる。もっとも、財産権の内容形成立法が、将来に向けた財産権の内容形成であると同時に、各人の既得の財産権に変更を加える場合には、各人の既得の財産権を過度に侵害してはならないという意味で、防御権的（主観的権利保障的）な拘束も同時に問題となる。小山・前掲注 1) 206-208 頁。

69) 小山・前掲注 1) 203 頁。

70) BVerfGE 24, 367. ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003）308 頁。

71) 小山・前掲注 60) 50 頁。

72) 小山・前掲注 60) 50-51 頁。

73) 中島茂樹「憲法を規準とした財産権の内容形成」立命館法学 287 号 1 頁、61 頁（2003）。

74) 中島・前掲注 73) 62 頁。

75) 中島・前掲注 73) 63 頁。

法者は、被害回復のための積極的な立法措置を講じる法的義務を負うものと解される⁷⁶⁾と実践的な結論を導いている。

4 内容形成モデルの批判的検討

IV 4では、以上で紹介した内容形成モデルを批判的に検討してみたい。

(1) 客観法的保障という構成に伴う問題

内容形成モデルは、立法者に対して、財産権の内容形成を適切に行うことを義務付けるといふ客観法的保障を憲法上の財産権保障の内実として読み込む。しかし、既得の財産権保障を除けば、個人の主観的権利が憲法上の財産権条項により保障されているとは考えない。この点は、森林法判決を説明できないだけでなく（別にそれだけなら判決が誤っていたとすればよいだけの話であるが）、訴訟の場における救済を困難にするという問題がないか。

この点について、小山は「憲法を規準とした立法者拘束力と主観的権利性の関係についても、従来の常識が疑われなければならない⁷⁷⁾」として、客観法的保障の違反を主観訴訟の場で争うことが可能であると主張する。

法制度の保障は、自己目的ではなく、「基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成」できるためにある。制度としての財産権の保障に反する法律は、直接・現実に財産法領域における当事者の自由の縮減を意味する。憲法 29 条 1 項は、憲法の規準に適合した法制度形成の請求（あるいは、憲法の規準に反した法規範による規律を受けないこと）を含むと考えるべきであろう。

憲法上の選挙原則に対する違反が同時に選挙権の侵害であるとされることと、別異に考える必要はない⁷⁸⁾

しかし、このような主張は誤りを含んでいる。まず、引用にある「当事者の自由」とは何かは明らかではない。内容形成モデルは、「憲法上の自由な財産権」を否定しているのみならず、財産権を「自然的自由」ではないとしている。にもかかわらず当事者の主観的自由が不適切な財産権立法によって縮減されると説くのは、「憲法上の自由な財産権」を思考の道筋に密輸入しているのではないか。主観訴訟において法令を違憲として救済を得るには、憲法上の主観的権利の侵害が必要である。小山の言う「財産法領域における当事者の自由」は、そのような憲法上の権利足りえないはずであろう。それはなお、財産法上の自由、言い換えれば下位法上の自由でしかない。かかる自由の侵害に対して違憲判決による救済は不可能である⁷⁹⁾。

また、確かに不適切な立法による不利益を「自由の縮減」と表現することは可能かもしれないが、そこでは自由の意味はどこまでも希薄化され、「不適切な立法からの自由」を主観的権利にまで高めていると批判されることになる。

憲法上の選挙原則とのアナロジーも、成立するとは思われない。憲法上の選挙権は、既に憲法上の主観的権利として与えられている⁸⁰⁾。憲法上の主観的権利がそもそも観念できる選挙権保障と、憲法上の主観的権利をそもそも観念できないはずの財産権保障は構造が全く異なると思われるべきであろう。なぜ両者を「別異に考える必要はない」のか、不明確である。

もちろん、仮にこの批判が成功しているとし

76) 中島・前掲注 73) 74 頁。

77) 小山・前掲注 24) 71 頁。

78) 小山・前掲注 24) 71 頁。引用にある「法制度の保障」について説明を加えておくべきであろう。本文では言及しなかったが、小山は、財産権の内容形成を客観的に統制する自己のアプローチを、法制度保障の一つとして捉えている。それは、財産権が法制度に依存するためである。小山は、従来の通説と異なり、制度の核心部分以外にも、適切な制度設計を義務付けるという形で制度保障を及ぼそうとするのである。

79) 森林法によって民法上の自由が侵害されても、それは憲法上の主観的権利の制約ではない。

80) 高橋和之・前掲注 45) 249 頁。

ても、なお客観法上の保障は憲法に読み込むことができるから問題ないとする反批判は成立する。よってこのような批判が内容形成モデルを退ける決定的な理由になるとは考えないが、一つの弱点にはなるというべきだろう⁸¹⁾。

(2) 立法への委託を含むという構成に伴う問題

内容形成モデルは、立法不作為に対抗するという実践的目的を持っている。この点は論者にとっては大きな魅力となりうるが、論者にとっては大きな欠点ともなりうる。憲法上の主観・客観法保障の意義を主として国家からの自由の保障に求め、国家の過剰な統治を統制するためのものと考えれば、内容形成モデルは憲法論として不適切な内容を憲法上の保障に読み込んでいると批判されることになる。基本権規定によって憲法に国家の作為義務を課すことは、それによって統治の過剰を招く危険がある。基本権規定は国家の不作為義務を課しているに留まると解釈すべきであろう。

内容形成モデルによれば、憲法上の財産権保障は、「《各人が自分の生活を自己責任的に形成できるように、財産法秩序を継続的に形成しなければならない》、という積極的要請をも含む⁸²⁾」ものである。この「自分の生活を自己責任的に形成する」という要件はそれ自体では不明確であり、様々な価値を立法府の判断で充填できる余地がある。そして、当該要件に特定の正義構想を読み込めば、憲法上の財産権保障条項は、国家が特定の正義構想を実現するために統治権を積極的に発動する根拠となることに注意が必要である。例えば、中島は、市場主義を退け、極めて強い福祉国家的正義構想を憲法上の財産権保障に読み込んでいるように思われる。

経済活動において公正な競争メカニズムを設定・維持するための規制、社会的弱者保護の観点から一定の所得再配分を実施するための規制、公害防止や地球環境保全のための規制などは、社会全体で解決すべき国家的課題として、規制緩和や市場競争の名の下で安易に切り捨てられるのではなく、逆に強化され(る、筆者注)ものでなければならない⁸³⁾

憲法上の財産権保障が、以上のような要請を実現するための立法活動の委託を含んでいると解すれば、憲法上の財産権保障規定は国家の統治権発動の根拠として常に援用されうる。国家の積極的作為が憲法論を理由に正当化されるわけであるが、ここにはまず何よりも憲法は権力を抑制すべきとする立憲主義思想からの大きな転換がある。しかし、憲法は、「立法による法制度のメンテナンス⁸⁴⁾」を積極的に要請するものではなく、不適切な権力行使を排除するという役割を担うだけで足り、それ以上の役割を憲法に担わせることはむしろ危険であるとする伝統的知見をそう簡単に捨てるわけにはいかない。

内容形成モデルは、憲法上の権利保障を、権力の制約根拠から権力の行使根拠へと読み替えることを前提としているのである。そこでは、財産権立法が、自由を恣意的に制約する立法なのか問われるわけではない。あくまでも立法府に憲法上課せられた「積極的要請の履行として⁸⁵⁾」の適切性が問われるのである。もちろんこのような立場をどう評価するかは憲法観の違いに帰着するが、本稿は、憲法上の権利保障はまずもって制限規範であるという伝統的憲法観の立場から、反対を表明する。

81) この弱点は、主観訴訟において救済を受けられなければ、憲法上の保障は「絵に描いた餅」になると考える論者にとっては決定的なものとなりうる。

82) 小山・前掲注 60) 50 頁。

83) 中島・前掲注 73) 62 頁。

84) 小山・前掲注 24) 64 頁。

85) 小山・前掲注 60) 50 頁。

5 小括

本章では、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念を否定しつつも、憲法上の財産権保障規定によって財産権立法を統制する説として、内容形成モデルを検討した。内容形成モデルは、財産権の内容形成と制約が区別できないことを認め、「憲法上保障された財産権」と、「その制約としての法律」という関係を否定する。その代わりに、財産権を形成する法律の内容が適切か否かを憲法によって直接規律しようとする。

その前提には、財産権の適切な内容形成を持続的に行っていくことを立法府に委託することで、社会経済の変化に即応した財産権の作りこみを怠るという立法府の不作为に憲法によって対抗するという問題意識がある。しかし、このように憲法上の財産権保障によって積極的な作為への要請を課すことは、制限規範としての憲法という伝統的憲法観からの逸脱を含むものであった。よって、本稿は内容形成テーゼも憲法上の財産権保障の内実として不適切であると考ええる。

6 三つのモデルの何が問題なのか

以上で先行研究の検討を終えたこととした。そこで本節では、三つのモデルに対する各論的批判ではなく、それらに共通する理論的前提を本稿の採用する憲法観の立場から批判したい。実践的議論において、全く批判の余地を残さない完璧な理論など存在しない。そうである以上、各論的批判を並べ立てたところで、それらを退ける最終的な根拠とはならないであろう。我々は、一つの実践的理論を内的に受容し、その任意の一つの理論的立場から様々な理論を評価できるに過ぎない⁸⁶⁾。

本稿の基本的な立場は、法律が自由の制約となる契機を常に孕み、それゆえに自由の制約として許されるかが憲法上審査されなければならない

ないというものである。かかる理論の正当化はVで行うが、このような理論を受容した視点からすれば、先行の三つのモデルは法律が持つ自由への介入の契機を捉えそこなっていると批判されることになる。本稿は、たとえ財産権の内容形成であってもそれは全き恣意の現れとしての自由を制約するものであり、同時に恣意の現れとしての自由を制約することで法益を追求する国家行為であると考えたいのである。そのような理論をVで提示したい。

V. 一般的自由権を制約する統治利益としての財産権

1 議論の方向

財産権は法律によって形成されている以上、憲法上の財産権保障は法律に対抗できるのかという憲法上の財産権保障のアポリアについて解を与えると考えられる従来説として、昇格モデル、自然権モデル、内容形成モデルを批判的に検討した。

結論として、憲法上の自立的な財産権概念は観念できず、憲法上の財産権に法律によって制約が加えられる、という構造は成り立たない。民法などの法律上の財産権が憲法上の財産権に昇格するという理由はない。よって、民法上の財産権に制約を加える立法は、憲法上の財産権の制約ではない。また、自然権として財産権を観念することも困難であった。よって、特定の財産権立法（例えば民法上の所有権）が自然権の具体化であり、特定の財産権立法（例えば森林法）が自然権の制約であるとする論理は成立しない。また、憲法上の財産権保障は立法者が財産権の内容を適切に形成することを保障するという見解も、その前提となる憲法観に問題があり、採用しがたい。

では、憲法はなんら将来へ向かった財産権の内容形成立法を規律するものではないのだろうか。そうではないはずである。財産権立法を憲

86) 参照、長谷部恭男「比べようのないもの」『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、2000）25頁。

法の財産権条項(29条)で規律できなくとも、他の条項で規律できる可能性は留保されているからである。本稿では、法律は私人の有する無制約かつ恣意的な自由に対する制約となりうる契機を常に孕むことを肯定した上で、財産権の内容形成立法をこのような自由への制約と観念することで、通常的自由権制約立法と同様の規律に財産権立法を服させ、それにより財産権立法を憲法上統制するというアプローチを提唱する。そこでは財産権は一般的自由権の制約であると同時に、国家が迫及すべき統治利益⁸⁷⁾であると観念されることになる。

Vでは、まず一般的自由権説の人権理論としての説得性と魅力を検討する。その上で、一般的自由権説がどのように財産権論と切り結ぶのか、自説によって財産権立法を憲法上の統制と正当化に服せしめることがどのように可能になるのかを検討する。

2 無限定の一般的自由権説の擁護

財産権立法は一般的自由権を制約しつつ統治利益を追求するものであるとの命題を論証するに当たって、本稿ではまず一般的自由権説⁸⁸⁾の妥当性を論証することからはじめ、その作業が終了した後に財産権論と一般的自由権説がどのように関連するのかを論じることにする。本稿では他人の占有する財産を強奪する自由を含む極めて広範かつ恣意的な自由権を憲法が「一応」保障し、それを制約する国家行為として民法上の所有権をはじめとする財産権立法を観念することになる。よって、まずはそのような無限定の一般的自由権を憲法上保障することの正当性が問われなければならないのである。

一般的自由権説は、ボン基本法2条1項の解釈を参考にしながら、主として憲法13条の保護範囲の問題として論じられてきた⁸⁹⁾。ここでは、憲法13条によって法的権利としての幸福追求権が保障されていることを前提に⁹⁰⁾、

87) 統治利益とはあまり聞かない用語であるかもしれない。これはアメリカにおいて *governmental interest* と呼ばれている概念の和訳である。アメリカにおいては、憲法上の権利を制約することによって得られる利益を *governmental interest* と呼んでいる。そして、司法審査の厳格度によって、権利を制約する際に要求される *governmental interest* の重要性に段階が設けられている。「今日、裁判所は、厳格審査テストを、問題となっている法律がやむにやまれぬ *governmental interest* を追求するのにぴったりと適合したものであるか否かを問題にするテストとして説明している」PAUL BREST, SANFORD LEVINSON, J. M. BALKIN, AKHIL REED AMAR, *PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING : CASES AND MATERIALS* 810 (4th ed., Aspen Law and Business 2000).

この用語は、通常は政府利益と訳されている。高橋和之・前掲注45)114頁、松井・前掲注45)343頁。松井は、同頁で、政府利益の概念に関して、「基本的人権は政府に対して主張しうる権利であるから、国民が基本的人権を行使したとき他の国民の基本的人権と衝突することはありえない。政府が国民の基本的人権を制約するとき、その制約利益は常に政府利益として捉えられなければならない」と述べるが、全面的に賛成である。

にもかかわらず本稿が統治利益と訳するのは、*governmental interest* は、政府のみが享受する利益ではなく、究極的には私人一般へと還元されるべき利益であり、統治利益と訳したほうが素直なのではないかと考えるからである。

88) 用語の問題であるが、幸福追求権の保護範囲を広く取る説については、「一般的自由説」ないしは「一般的行為自由説」との名称が通常採用されており、「一般的自由権説」との名称はあまり聞かれない。これは主として、一般的自由権説がドイツにおける議論の輸入によっていることに起因していると考えられる。ドイツにおいては、ボン基本法2条1項の保護範囲が、「一般的行為自由 (*allgemeine Handlungsfreiheit*)」に及んでいると解されているからである。ピエロート=シュリンク (永田ほか訳)・前掲注1)123頁。

しかし本稿では、一般的な行為の自由は、政府がそれを制約するに際して憲法上の限界を課され、また合憲的に制約しようとしても制約の正当性を挙証することを憲法上強制されるという点で、国家に対する権利の性質を持つものと考え、一般的自由権説の用語を採用した。松井・前掲注45)569頁のように、一般的自由権説の用語を採用するものもある。

89) ドイツの議論を参照しつつ13条を論じた論文として、戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部先生古稀記念『現代立憲主義の展開・上』(有斐閣、1993)325頁、工藤達朗「幸福追求権の保護領域」法学新報103巻2=3号191頁(1997)、丸山敦裕「包括的基本権条項から導かれる権利の射程」阪大法学48巻6号1541頁(1999)など。

90) 憲法13条の解釈として、具体的・法的権利としての幸福追求権を認めるのが学説の圧倒的傾向であり、また最高裁も、京都府学連事件(最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁)で憲法13条の具体的権利性を承認したと理解されている。それに対し、伊藤正己『憲法(第3版)』(弘文堂、1995)229-232頁のように、憲法13条の具体的権利性を否

その保護範囲を広く取る説として一般的自由権説が、狭く取る説として人格的利益説が対立しているのである⁹¹⁾。人格的利益説は、幸福追求権の内容を限定的に捉え、「人格的生存」や「人格的自律」にとって必要な権利のみを幸福追求権として保障すれば足りるとするのに対し、一般的自由権説は、そのような限定を付さずに、あらゆる活動の自由が幸福追求権として保障されるべきとするのである。そして一般的自由権説にも、最も広く殺人の自由まで幸福追求権の「一応の」射程に含める立場から、「他者の自由を害しない限り」での自由のみが幸福追求権として保障されるとする立場まで様々ある。

本稿で擁護されるのは最も広く自由を保障する立場の一般的自由権説（殺人の自由をも一応幸福追求権の射程に含める立場）であるが、そのような見解を表明した論者として、内野正幸がいる。内野によれば、「対国家的な私人の自由であればなんでも人権として幸福追求権条項で拾える（そのあとで合憲的な制約を受けるかどうかは別として）⁹²⁾」ということになる。内野説では、全ての自由を「一応の自由」として憲法上囲い込んだ上で、その後その自由を合憲的に制約できるか否かを考えるのである⁹³⁾。

このような見解の当否を考えるには、表面的

な理由付けに留まらず、自由権の基礎理論にまで遡及する必要がある。それは、憲法上「一応」であるにしても保護されるべき自由の画定に際しては、自由とは何か、あるいは憲法上の権利とは何かという問題についての見解が大きく影響するからである。新正幸は、ドイツの防御権ドグマーティク⁹⁴⁾を評価する文脈において、内野説を批判するが、その大きな理由のひとつは、『自由は法においてのみ可能であり、およそ法がなければ自由はありえない』という意味で、『自由の存立条件』をなす法と両立しない行為は、基本権の保護領域に属しないとの立場を妥当と考える⁹⁵⁾からである。ここにおいて、自由の概念をどのように理解するかが、幸福追求権の射程をいかに理解するかに影響しているのである。

V2では、幸福追求権の射程として殺人の自由や窃盗の自由などまで含ませる、無限定の一般的自由権説を擁護する理論的根拠を示す。無限定の一般的自由権説は、主としてバーリン (I. Berlin) やホッブズ (T. Hobbes) の政治理論にその着想を得たものである。そこでは万物および万人に対する無制約の自由が自由権として憲法上一応の保障を受け、国家によるそのような自由権の制約は違憲となりうる。これは、ちょ

定する見解もなおある。

91) 学説の網羅的な整理として、藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂、1998）315頁以下。ここでは、一般的自由権説として、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993）235頁を、人格的利益説として、芦部・前掲注11)115頁を挙げるに留める。プロセス理論の立場から、人格的利益説と一般的自由権説をともに批判する見解について、松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、1995）57頁。

92) 内野正幸「国益は人権の制約を正当化する」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、1995）42-43頁。内野は、この95年論文では、「私人の自由であれば何でも人権として幸福追求権で拾える（下線筆者）」とするのに対し、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991）324頁では、『一応の自由』から合憲的な制約を差し引いた残りが、『憲法上の自由』である、という説明法が妥当する場合については、制約の仕方が問題とされうる」として、幸福追求権で囲い込まれる自由の範囲を、「一応の自由」として「憲法上の自由」と区別している。ここにおいて、「一応の自由」「憲法上の自由」「人権」の三つの概念がいかなる関係に立つのかは、明瞭ではない。内野説の趣旨は、全ての自由について、一応とはいえ憲法上の保護が及ぶということであって、それをどのような用語で整理するかはあまり重要ではないということであろう。

93) 内野・前掲注92)『憲法解釈の論理と体系』325-326頁は、憲法上一応保護される自由限定を付さない説を「無限定説」としたうえで、それを擁護する理由を列挙している。

94) ドイツでは、自由権を制約する国家行為を裁判所が審査するに当たって、「3段階審査」が確立しており、それは「防御権ドグマーティク」とも呼ばれる。簡潔な紹介としては、松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』（弘文堂、2005）94頁。

95) 新正幸「基本権の構成要件について」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社、2004）175頁、194頁。

うどホッブズ的自然状態における自然権⁹⁶⁾に近いが、その名宛人が、つまりはその権利を主張できる相手方が国家のみであるという点で、ホッブズ的自然権と異なっている。つまり、いかなる恣意的自由であれ、それが国家によって制約を受けるときは、それは憲法上の自由権の制約として構成されることとなる。

しかしこのような見解は、一見すると説得的ではない。よって、かかる見解を説得的なものとして提示するには、いくつかの論証が必要である。

(1) 憲法上の自由権と人権の峻別

近年においては、人権と憲法上の権利とを別の概念として自覚的に用いることが通常となっている⁹⁷⁾。この二つの概念を区別して用いることで、一見すると説得的でない無限定の一般的自由権説が説得力あるものであることを示すのが本款の課題である。憲法上の権利は、その性質上、国家に対してのみ主張できる権利である。このような、憲法上の権利の対国家性によって、無限定説は説得的なものとなりうる。

社会契約論の理論伝統によれば、国家はその存在自体が自明ではなく、国家は自らが存在することの正当性を示さなければならない。つまり、たとえ殺人を禁止するにせよ、そのようなことが許されるのは自明ではなく、殺人を禁止できる理由（殺人禁止の正当性）を国家は示さなければならないと考えられる。このような理由提示の強制を達成するためには、私人の側に、たとえ「一応」であつても殺人の自由を保障することが最も簡便である。国家は、私人に殺人の自由が保障される以上、その制約にはその自

由を制約することによって得られる利益を提示し、自らの殺人禁止行為を正当化しなければならないからである。このように、国家に理由提示を強いる権利として、憲法上の自由権は観念できる。

確かに我々は他人を侵害する「人権」を持っていないかもしれない。しかし、だからと言って国家が殺人を刑法によって当然に禁止できるとは言えない。例えば、民間に治安維持を委ねる、刑法を廃止し不法行為に一本化するということが論理的には可能なのであり⁹⁸⁾、それにもかかわらず国家が刑法により介入することの正当性を問いなおす契機として憲法上の自由権を捉えることができる。この点で、無限定の一般的自由権説は、国家の存在を自明視しないという、社会契約論の理論伝統を復唱しているに過ぎないのである。

特定の行為が悪しきものかどうかという問題と、その行為を国家が禁止することが許されるか否かという問題は、別個に観念されるべきであり、無限定の一般的自由権説は、主として後者の問題についての論証を国家に課すことに意義がある。長谷部恭男は、違憲審査基準の厳格度を決めるにあたって、「他の人種を差別したいとか、人を殺したいという欲求は、もともと制度の設計に際して考慮すべき正当な主張ではない⁹⁹⁾」とするが、人種差別に関しては、差別的表現にも厳格審査が適用されるべきとするのが、少なくとも今日の日本の通説であり、また差別的表現を厳格審査しないとしても、それには相当な正当化が要求される。また、差別を含む法律行為にしても、それがなぜ、いかなる

96) 「自然の権利とは、各人が、かれ自身の自然すなわちかれ自身の生命を維持するために、彼自身の意志するとおりに、かれ自身の力を使用することについて、各人がもっている自由であり、したがって、かれ自身の判断力と理性において、かれがそれに対する最適の手段と考えるであろうような、どんなことでもおこなう自由である」 THOMAS HOBBS, *LEVIATHAN* Chap.14, 91 (revised student edition, Cambridge U.P. 1991). 水田洋訳『リヴァイアサン(1)』(岩波文庫、1954) 216頁。「各人はあらゆるものに、相互の身体に対してさえ、権利をもつのである」 *Ibid.* 水田訳・217頁。

97) 石川健治「人格と権利」ジュリスト1244号24頁(2003)、松本和彦「基本的人権の保障と憲法の役割」西原博史編『岩波講座憲法2 人権論の新展開』(岩波書店、2007) 23頁など。

98) ランディ・バーネット(嶋津格=森村進監訳)『自由の構造』(木鐸社、2000) 第11章は、犯罪抑止の手段として、刑罰の廃止と損害賠償への一元化を提唱する。もともと、それは「分散的所有」という条件の下において可能となるに過ぎないが。

99) 長谷部恭男「それでも基準は二重である！」『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版会、2000) 102頁。

根拠によって無効としうるかは、私人間効力論を中心として争われてきたところである。差別的な結社や教育の限界といった問題も、そう簡単に片がつくものではない。他の人種を差別したいという選好が正当なものではないことと、それを国家が何らかの方法により禁圧できるということは、論理平面を異にする問題であって、後者の問題には前者の問題とは別個の論証を用意すべきである。

殺人の禁止にしても、それが比例原則の要請を満たすか、過剰な制約となっていないかは問題としうる。例えば殺人罪に死刑のみを以って臨むのは、立法目的に照らすと殺人行為を過剰に制約していると観念できるはずである。国家は一般予防目的を追求する限りにおいてのみ刑罰によって殺人行為を禁止できるのであり、殺人行為といえども当該目的を実現するための最小限の制約しか許されるべきではないのである。無限定の一般的自由権説は、憲法上の自由権を、選好の当不当ではなく、そのような選好の実現を国家が禁じることの是非を問うための権利として考えるのである。国家はなぜ、殺人行為でさえ過剰な制約をなしえないのか。それを説明する論理として無限定の一般的自由権説がもっとも簡便であり、統一的な説明を可能にする。

これに対し、人権の概念は、人が人であることのみ由来する権利と観念されるのが通常であろう。人権の理念は、道徳哲学的概念として、憲法上の権利の正当化根拠、または批判根拠として援用すべきではなかろうか。このように憲法上の自由権と人権の両概念を区別して把握すれば、憲法上の自由権が一切の自由を保護範囲に含むとしても何ら問題はないはずである。

(2) 自由権と統治利益の峻別

無限定の一般的自由権説に対しては、あらゆる

自由を憲法上の自由権として保障することは、自由の名に値しない行為にまで憲法上の保護を与える点で自由という概念の誤用であり、自由はより実質的に捉えられるべきとする批判が考えられる¹⁰⁰⁾。この批判によれば、刑法による殺人罪の制定は、誰もが恣意的に命を奪われず安心して生活できるという自由を確保するものとなる。自然犯を処罰する刑法は、自由を制約するのではなく、自由を保障するのである。

このような見解は自由を実質的に把握するものだが、政治思想史において、自由概念に実質的価値を充填せず、自由を強制の不在として純粹に形式的に把握する系譜が存在することを忘れてはならない。ホップズ、ベンサム (J. Bentham)、バーリンの系譜がそれである。バーリンは自由をあくまで強制や干渉の不在に求めた上で、自由とそれ以外の諸価値とを区別しようとする。「用語の混乱からは、何も得られない。(中略)自由は自由である。それは平等ではなく、公正ではなく、正義ではなく、文化ではなく、人類の幸福ではなく、また良心の平静でもない。(中略)自由の損失は正義や幸福や平和の増大によって埋め合わされるかもしれない。しかし損失は損失として残り続ける¹⁰¹⁾」。「法律は常に足かせである。たとえそれがあなたを、法律の鎖よりも重たい鎖、例えば専制君主制とか混沌とかの鎖につながれることから守るものであるにしても、そうなのだ¹⁰²⁾」というわけである。

なぜ、偉大な思想家がこのように空虚ともいえるものを自由と呼ぶのだろうか。第一に、自由の概念に実質的価値を充填するのは、自由そのものではなく自由以外の価値を自由の名で擁護しているに過ぎないのだ、という概念的混乱があるからである。ルソーは一般意思への服従を自由と考えたが¹⁰³⁾、このように、自由に一度実質的価値の充填を認めてしまえば、自由概

100) 新・前掲注95)の批判も、同様の見地に立つものであろう。

101) ISIAH BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, in *LIBERTY: INCORPORATING FOUR ESSAYS ON LIBERTY* 166, at 172 (Oxford U.P. 2002). 小川晃一ほか訳『自由論』(みすず書房、1971) 309-310頁。Everything is what it is: liberty is liberty という文は簡潔にその精神を表現している。

102) BERLIN, *supra* note 101, at 170. 小川ほか訳・308頁。

103) ジャン・ジャック・ルソー(桑原武夫=前川貞次郎訳)『社会契約論』(岩波文庫、1954) 35頁。

念は論者の価値選択の言い換え以外ではなくなる。自由が抑圧されるとき、それは常に他の何らかの価値を実現するためであるから、自由に実質的価値を充填すれば、ともすれば自由の抑圧を自由の名で擁護することになるのである。

第二に、形式的自由は空虚ではない。自由をどこまでも形式的に把握することによって、我々は他の価値を得ることによって自由を失うことを知るのである。自由が実質的なものであれば、法律や国家の存在によって我々は何も失わないかもしれない。自由を形式的に捉えてはじめて、強制が発動するとき何か失われる価値がありうることを知ることができる。このような態度が結局は強制力に対する抑制となるのである。

憲法学においても、自由と自由以外の諸価値とを区別して考えたほうが思考の明晰化に資するし、自由を擁護する上で有用である。そのような区別が、統治という国家行為と、それに対抗する論理としての自由権という二項対立的な図式で憲法論を語る事が可能になるからである。刑法や不法行為法は自由の促進としてではなく、秩序や治安などの統治利益の追求として捉えられるべきである。そもそも統治という営みは、何らかの統治利益を確保するために、どこまで自由を制限できるかというぎりぎりの営みなのであって、その緊張関係を忘却するならば、統治に抵抗する自由の論理が失われ、統治の過剰を招く可能性がある。自由権はあくまで国家権力に対抗する権利として、統治利益の追求の正当性を挙証させる手段として把握すべきである。本稿は、国家が強制力を発動するとき、それを常に統治利益の追求として把握し、国家の強制力によって自由が制約されるとき、それを常に自由権の制約として把握する。いわば、本稿は、「概念としての自由を思考の排他的定点に据え、個人が自由権を行使することによって統治に対峙するという意味空間」を描き出そうとするものである¹⁰⁴⁾。

3 自由権制約の思考構造（1）

以上で一般的自由権説の正当化を終えたこととし、以下では一般的自由権説の法的思考構造を検討する。以上で論じた無限定の一般的自由権説の特徴をまとめれば、次のようになる。第一に、憲法上の自由権は対国家限りのものであり、私人に対してはなんらか何らかの請求が可能となるわけではない。その裏返しとして、私人が憲法上の自由権を侵害することもまた不可能である。第二に、憲法上の自由権は全くの無制約であり、万人および万物への介入を含んでいる。いわば、ホッブズ的な自由である。ホッブズはそれを自然権として万人が万人に対して主張できる権利としたが、本稿はそのような自由を憲法上の権利として引きなおすことにより、私人が国家に対して主張できる権利として構成する。第三に、国家はそのような私人の有する無制約の自由権を制約することで、治安をはじめとする統治利益を追求することを許されている。

このような無限定の一般的自由権説における自由権制約の考え方をケースで考えると次のようになる。例えば、物権的請求権に基づく建物明渡し請求訴訟が認容された場合を考える。この場合、所有権者の所有権の実現が統治利益となる。一方、被告の占有する自由は一般的自由権として捉えられる。この場合に、被告は現に占有する建物から出て行かねばならず、そこには国家による自由権の侵害が生じる。しかし、統治利益の重要性が自由権の要保護性を凌駕するからこそ、被告の自由権制約は合憲となる。このとき、被告の自由権は民法上の物権的請求権という国家制定法によって制約されている。このように、無限定の一般的自由権説からすれば、財産権立法は自由権の制約として把握しうる。

建物明渡し訴訟のこのような分析は、一見奇妙にも思えるかもしれないが、人格権に基づく

104) 蟻川恒正『憲法的思惟』（創文社、1994）293頁「概念としての個人を思考の排他的定点に据え、かかる個人が動詞 reason を行使することによって世界（国家、国際社会）に対峙するという意味空間」という文章を借用させていただいた。

出版物の差止め請求訴訟と、その構造はパラレルである。問題となる自由権が一般的自由権ではなく表現の自由であるという違いはあるが、統治利益を人格権の保護として、制約される自由権を表現の自由として観念した上で、その自由権の制約を正当化するに足る統治利益が存在するかが問題となるのである。表現の自由を侵害するのは国家の差止め行為であり、憲法上の権利はそれに対抗するためにある、というのは、既によく知られた論理である^{105) 106) 107)}。

4 自由権制約の思考構造 (2)

V3で論じた二つのケースは、いずれも私人の既得の地位に国家が侵入してくることをもって自由権の侵害とした。建物明渡し請求訴訟では、既に建物を占有している被告を排除する点に、一般的自由権の侵害があった。出版物の差止め請求では、出版物を差し止めるという国家の作為的行為（の根拠となる民法上の人格権規定）により、表現の自由が侵害された。

これに対し、原告の既得の地位に変化が生じない場合には、問題は複雑になる。例えば、建物明渡し請求訴訟において、請求が棄却された場合はどうであろうか。この場合、私人の自由権の制約は生じるのか。通常、このような場合には自由権の侵害は観念できないと考えられているように思われる。例えば、建物明渡し請求訴訟で原告が敗れても、それだけでは自由権は侵害されず、そのような判決にもかかわらず原告が自力救済をしようとして、刑法や不法行為法によって不利益を被ることになって、はじめて自由権の侵害が生じると考えるのが素直である。しかし、請求棄却によって原告は当該建物へ侵入する自由を国家によって明示的に否定されたことになるのであり、この点をどう考えるかが問題となろう。

同様に、人格権にもとづく出版物差止め請求訴訟を考えてみる。これが棄却されると、私人の自由権の侵害は生じるであろうか。原告の既得の地位にはなんら変化が生じていないので、自由権の侵害はなさそうである。しかし、被告

105) 松井茂記『マス・メディアの表現の自由』（日本評論社、2005）148-149頁は、出版差止めの事例において、「裁判所が差止めの仮処分を命じることが、マス・メディアの表現の自由を侵害することになるかどうかは憲法問題であり、憲法上の基本的人権としてのプライバシーの権利の問題は提起されてはいない。当然、基本的人権である表現の自由と基本的人権であるプライバシーの権利は何ら『衝突』してはいない。（中略）ここで問題とされているのは、憲法上の基本的人権としての表現の自由の制約の許容性であり、プライバシーの権利は、法律上保護された利益として、表現の自由を制約する『政府利益』として登場するだけである」と正当にも指摘する。

106) やや場面が異なるケースではあるが、私人間の問題に過ぎなかった八幡製鉄事件（最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁）において、法人の人権享有主体性という憲法上の問題が論じられた理由も同様に説明できる。法人に政治的行為の憲法上の権利が認められるなら、それを国家（この場合には公序良俗規定などの制定法）が否定することは、憲法上の自由権の侵害となりうる。仮に法人に憲法上の自由権が認められないなら、法人の自由の制約に憲法上はなんらの制約もないこととなり、それは純粋に民法および商法の解釈問題となろう。しかし、法人の政治的行為が憲法上の自由権を構成する以上、司法権による民法および商法の解釈は、憲法的に限界付けられるのである。いわばその構造は、出版物の差止めが表現の自由を制約するがゆえに、司法権による民法上の人格権の解釈が憲法的に限界付けられるのと同じなのである。

107) いかなる国家行為が自由権を制約するのかを確認しておきたい。行政処分が介在する場合で、法律が合憲であり、行政処分に裁量性がある場合には、行政処分の違憲を問題とすべきであろう（処分違憲）。これに対し、法律の文言が一義的であるときには、行政処分の介在の有無を問わず、直接法律の違憲（法令違憲または適用違憲）を問題とすれば足りる。一方、公序良俗違反や民法上の人格権などのように、法律の解釈の幅が広い場合には、裁判所の解釈や裁判権発動が違憲となるという構成も可能であろうが、法律の合憲限定解釈が可能であればそれによるべきであるし、不可能であれば適用違憲を問題とすべきである。つまり、違憲判断の対象は法律であるべきである。裁判所の法解釈および裁判権発動の合憲性を問題としてしまうと、裁判所は自らの権力行使の合憲性を自ら審査するという構造になり、中立的第三者による審査という構造が崩れるからである。これによれば、出版物差止め訴訟は、差止めを違憲として請求を棄却したい場合には、民法上の人格権の合憲限定解釈によると説明されることとなる。人格権が民法上認められていることが明らかで、合憲限定解釈が使えないと考える場合には、表現の自由を差し止める限りで民法上の人格権規定を違憲とする、適用違憲の方法を用いることになる。

は当該出版物の公表を阻止する自由を確定的に失うことにはなる。この点を自由権の侵害と見ようか。問題はまたしてもパラレルである。

これらの自由権は、無限定の一般的自由権説からすれば、自由権としての内容は持っている。他人の財産へ恣意的に介入することも一般的自由権の内実をなすからである。しかし、自由権の行使が未だ行われておらず、将来の自由権行使を制約されたに留まっている。仮にもこのような状態を自由権の侵害として構成すれば、立法がなされた段階で自由権の制約が発生してしまうという批判がなされうる。

この問題は、次のように考えることができる。立法がなされた段階では、どのような自由権がどのように否定されるのかはまだ具体的な形を持っていない。例えば民法が制定されただけでは、所有権を証明できない者が物件に侵入できなくなるという抽象的な事態が生じるだけである。これに対し、訴訟の段階では、請求の趣旨および原因によって、どのような自由を実現したいのかは具体化しているから、それを制約する法律は、既に具体化された自由権の制約となりうる。

例えば、所有権にもとづく不動産返還訴訟において、留置権の抗弁が認められて請求一部棄却（引換給付判決）になった場合を考える。留置権は民法上の所有権を制約するものであっても憲法上の財産権を制約するものではないから、留置権の規定が民法上の所有権制約を理由として違憲となることはない。しかし、当該不動産に対する一般的自由権を留置権は制約しているから、その限りで留置権の規定は憲法上の統制に服することになる。

ここで、財産権立法は、多種多様なのであり、このように全ての財産権立法を自由権の制約として把握することは不可能であり、また明晰な思考を妨げる、と批判されるかもしれない。しかし、訴訟の場においては、原告の請求は常に何らかの物件、金銭、身体などへの物理的アクセ

セスとなって現れる。このような自由はホップズ的な自由として、つまりは一般的自由権として把握可能なものであろう。そして、あらゆる法令は、請求原因、抗弁、再抗弁という構造になって訴訟の場に現れるから、特定の法令を違憲無効とすることで、請求原因や抗弁が認められないのと同じ効果を持つことになり、原告あるいは被告の自由権が救済される構造になる。つまり、被告の抗弁となる法令が違憲となれば、原告の自由権が救済され、原告の再抗弁となる法令が違憲となれば、被告の自由権が救済されるという構造になっている。

例えば、売買に基づく動産引渡し請求訴訟において、被告は錯誤を抗弁として主張し、原告は重過失を再抗弁として主張したとする。このとき、原告の自由権は動産へのアクセス権、被告の自由権は動産を占有する自由、ということになる（どちらの自由権も対国家的な憲法上の自由権としてのみ把握しうる。それは対私人の権利ではない）。売買契約の民法 555 条を違憲とすれば、請求原因が不成立とされ、被告の自由権は救済され、錯誤の民法 95 条本文を違憲とすれば、抗弁が不成立となり原告の自由権が救済される。一方、95 条但書を違憲とすれば、再抗弁が不成立となり被告の自由権が救済される¹⁰⁸⁾。これはあくまで思考実験に過ぎないが、訴訟物は常に財や身体へアクセスする自然的自由として把握可能なこと、訴訟の構造は請求原因、抗弁、再抗弁といった攻撃防御方法から成り立っていることを考えれば、本稿のような思考はほとんどの財産権立法に適用可能と思われる。

5 再び、森林法違憲判決

このようにして、法令が違憲となる場合というのは、当該法令を適用して原告の請求を認容することが被告の自由権を侵害する場合と、当該法令を適用して原告の請求を棄却することが

108) もっとも、このとき合憲性が審査される法律は、財産権に関するものというよりは法律行為に関するものであり、法律行為自由の原則の憲法上の位置づけについての検討が別途必要かも知れない。

原告の自由権の過剰な、ないしは恣意的な侵害となる場合の、二通りが考えられることになる。

では、このような論理で森林法判決を説明できるのか。本件原告は、自己が持分二分の一を有する森林の分割請求を求めて出訴した。森林法を違憲とするには、請求を森林法の規定どおりに棄却することが、原告の自由権の過剰ないしは恣意的な侵害である必要がある。では、棄却した場合にどのような自由権の侵害が生じるのか。

原告が最終的に求めているのは、現物分割を前提とすれば、共有森林の二分の一の面積を自由に処分することである。これは私人に対しては民法上の所有権という権利になって現れるが、国家に対しては、一般的自由権として対抗できる。既にみたように、民法上の所有権が憲法上の権利として国家制定法に対抗できる権利になる理由はなかった。対私人の権利である民法上の権利は、国家制定法に対抗するものではないから、当該森林を自由に処分する権利は、国家に対抗する関係では所有権ではなく一般的自由権として捉えなければならないのである。

では、分割請求権を否定する森林法は、かかる一般的自由権の制約なのか。仮に森林法の当該規定がなければ、分割請求が認められ、原告の求める、共有森林の二分の一の面積を自由に処分する一般的自由権は国家からの妨げを受けない。とすれば、森林法による分割請求権の否定は、当該森林への一般的自由権を制約するものとして捉えうる。そして、分割請求権の否定は、正当な統治利益を欠く規定として違憲となるのである。

6 財産権立法の統制密度

ここで即座に考えられる批判としては、この

ように財産権立法を一般的自由権の制約として捉えると、制約される憲法上の権利が、「財産権」という強い権利ではなく、一般的自由権という弱い権利であることから、厳格な審査を導くことができず、ほとんど合憲になってしまうのではないか、というものがある。

それはそのとおりかもしれない。しかし、それでよいのではないか、というのが本稿の解答である。森林法は、規制手段が立法目的を達成するために「必要性若しくは合理性に欠けていることが明らか」であったからこそ違憲となったのである¹⁰⁹⁾。その森林法の規定も、最高裁が違憲と判示するまで特に合憲性が問題とされてはこなかったのである¹¹⁰⁾。さらに、森林法以外で財産権立法が違憲となったことはなく、学説にも特定の財産権立法を違憲として攻撃するものはほとんどないように思う。民法学界では極めて評判の悪かった短期貸借制度なども、違憲という声は聞かれない。そもそも、従来の通説であった、私有財産制度の核心部分の保障というテーゼは、私有財産制度の核心を侵害する立法などほとんど想定できない以上、財産権立法をきめ細かく規律することをはじめから放棄していたと評されてもやむをえない。財産権立法の憲法的統制は、一般的自由権侵害立法と同程度の統制で、果たして何が問題なのか。本稿の立場を採用したとしても、実際に違憲とすべき法令が違憲とならないという抜き差しならぬ問題が発生するとは思えないのである。

7 憲法 29 条はいかに解釈されるべきか

本稿は、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念を否定し、憲法 29 条は将来へ向かった財産権の内容形成立法を統制しないとの結論

109) 本判決については、中間審査を採用したと評されることが多い。しかし、その文言からして、緩やかな審査を行ったと考える余地はある。確かに判決は立法事実を詳細に検討しているが、日本における緩やかな審査は、アメリカにおける二重の基準論のように、ほぼ審査なしのようなものではないはずである。立法事実を見た上でそれに合理性がないと判断することは可能なのではなからうか。

110) 石川・前掲注 23) 「法制度の本質と比例原則の適用」 288 頁。

を取った。では、憲法 29 条はいかに解釈されるべきか。3 項の損失補償は従来どおり読めば足りるとして、1 項と 2 項をどのように解釈すべきか。

まず 1 項である。本稿は憲法上の財産権概念を否定するから、1 項に言う「財産権」も、法律から独立した憲法上の財産権ではなく、下位法上の個々の財産権と理解しなくてはならない。とすれば、下位法上の財産権が立法に対抗するというのはおかしなことであるから、1 項は立法を拘束するものではないと読むべきとなる。1 項は行政権による個々の既得権の事後的制約・剥奪を禁じていると読むべきだろう¹¹¹⁾。また、1 項の「財産権」を専ら下位法上の財産権とする観点からは、1 項は将来へ向かった財産権の内容形成立法のみならず、過去に向かった財産権制約・剥奪立法も拘束しないと読むのが自然と考えられる。つまり、個々の国民の既得の財産権保障を読み込まないのが自然である¹¹²⁾。

次に 2 項である。本稿は将来へ向かった財産権の内容形成立法を 13 条で統制するという方法を選択した。よって、2 項は、財産権の内容形成立法が一般的自由権の制約たることに鑑み、立法内容が公共の福祉に適合しなければならぬという、確認的な意味をまず持つと解される。それに加え、財産権の内容を命令などではなく法律という法形式で定めることを義務付けていると解される。

8 小括

V では、無限定の一般的自由権説を擁護した上で、財産権立法がそのような無限定の一般的

自由権の制約となりうることを検討した。憲法上の自由権と人権が異なる概念であること、自由権と統治利益を対立的に把握することが自由の擁護の上で有益であることから、一般的自由権説を正当化した。その上で、一般的自由権説がどのように財産権立法を自由権の制約として捉えるのか、その法的思考構造を検討した。

本稿の結論は一見すると奇妙なものかも知れないが、自由に実質的価値を充填せず、専らそれを強制の不在として把握すれば、国家による強制力の発動は常に自由制約の契機となるという、政治思想史においては伝統的な理論の帰結に過ぎない。また、憲法の下において、「一切の法律」がその憲法適合性を求められ、憲法の統制から免除されるべきでないとするれば、民法をはじめとする全ての財産権立法が憲法上の統制に服すのもまた当然である。本稿の結論は、政治思想史の伝統からも、憲法理論の伝統からも、その逸脱ではなくその嫡流の思考を十分に踏まえたものとする。むしろそれは、「原理的に無制約な私人の自由」と、「原理的に制限された国家の権能」をモチーフとする、伝統的憲法理論の貫徹である。

9 本稿の議論の要約

本稿は、憲法上の財産権保障の意義について検討した。財産権は法律によって内容を与えられている以上、法律に先行して、「自由な財産権」が憲法上保障され、それに法律が制約を加えるという、自由権と同様の構造は成立しないのではないかと、という問題がある。この問題に対し、なお、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念を肯定する考え方と、否定する考え方が

111) この結論は、既に高橋・前掲注 2) 5 巻 4 号 523 頁以下が辿り着いていた結論である。「1 項が立法に対して拘束力を持たないとすれば、憲法規範として無意味の規定となってしまうという説がある。(中略) この説では、憲法規範としての意味を、立法権への規制力すなわち立法拘束力と同視しており、論点先取との批判を免かれぬ」(高橋・同 524 頁)。

112) ただし、1 項に言う「財産権」を下位法上の個々の財産権と解しても、なお個々の国民の有する既得の財産権保障を読み込んで立法者拘束力を獲得することは、可能なかも知れない。確かにこの説では下位法上の個々の財産権が、憲法上の保障を受けるまでに「昇格」しているため、本稿の結論とは緊張関係にある。しかし、下位法上の財産権概念が憲法上の財産権概念として昇格するのと、下位法上の個々の財産権に憲法レベルの保護を与えることは異なるのだ、と言うことも可能かも知れない。この点については思考を詰められなかったので他日を期したい。

存在する。

IIでは、下位法上の財産権規定のうち特定のものが、法律を統制する規準となる憲法上の財産権に「昇格」するという議論を検討した。制憲者の選択によって、民法上の特定の法制度が憲法律レベルの保障を受けてしまうことがあるとする私法上の法制度保障論と、民法上の所有権規定が憲法上中立的なベースラインを構成するとの議論があったが、そのどちらにも批判の余地があった。また、両者に共通する問題として、憲法上の財産権概念を法律上の財産権に求めるのは、憲法保障の構造に反し、法律を「最高法規」化してしまう点に問題があった。

IIIでは、憲法上の財産権を自然権としての財産権として把握する説を検討した。これによれば、法律に先立って、「財産権かくあるべし」という財産権の規範的内容は定まっているから、財産権が法律によって内容を形成されている以上、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念は存在しないはずだ、という批判は妥当しない。しかし、財産権の成立にはルールを必要とし、そのルールは我が国では法律によっていることから、やはり法律に先立って財産権の内容を確定できると考えることはできない。財産権はやはり法律に依存するのである。

IVでは、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念を否定しながらも、法律による財産権の作りこみが適切かどうかを直接的に規律すれば足りるとする、内容形成モデルを検討した。内容形成モデルは、憲法上の財産権条項が、財産権を適切に形成する義務を、立法府に課していると考えられる。しかし、それは憲法上の財産権規定が、統治の過剰を統制するのみならず、積極的な立法義務をも課しているとする点で、制限規範としての憲法という伝統的憲法観からの逸脱を孕むものであった。

Vでは、財産権立法は、一般的自由権を制約しつつ、統治利益を追求する国家行為として把

握すべきとの議論を展開した。一切の自由を憲法上の自由権として保障する無限定の一般的自由権説を擁護した上で、無限定の一般的自由権説が、どのように財産権立法を自由権の制約として捉えるのかについての法的思考構造を検討した。これによれば、国家の強制力の発動は常に統治利益の追求として、また同時に自由権の制約として考えることができる。財産権立法は、通常的自由権制約立法と同様の構造に服すると考えるべきである¹¹³⁾。

(しみず・じゅん)

113) 本稿は2007年12月に提出したリサーチペーパーに補正を施したものである。なお、草稿の段階で、岡田健一郎（一橋大学大学院）、吉良貴之（日本学術振興会特別研究員PD）、西村清貴（早稲田大学大学院）の各氏から有益なコメントをいただいた。記して感謝する。

論説

裁判員制度に関する一考察 －Tocqueville を通じて

2006年4月入学

鳥生真紗子

I. 本稿の目的

II. アメリカの陪審制と法律家

- 1 アメリカ独立期における陪審制と法律家
- 2 政治過程の民主化
- 3 ジャクソニアン・デモクラシー期の陪審制と法律家

III. テクストを読む

- 1 DE L'ESPRIT LÉGISTE
- 2 トクヴィルの法律家像
- 3 DU JURY AUX ÉTATS-UNIS
CONSIDÉRÉ COMME INSTITUTION
POLITIQUE

IV. 考察

- 1 意見書の考察
- 2 おわりに

I. 本稿の目的

裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下、裁判員法とする。）第1条には、「…裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する…」と書かれている。裁判員制度は、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上を図るための制度であるという。

裁判員制度は司法に対する国民の理解と信頼を高めることだけを目的とした制度なのだろうか。司法に対する国民の信頼は裁判の公開等を通じて確保されてきたが、新たに導入された裁判員制度には、従来の制度にはない独自の目的や、より具体的な目的が存在するはずである。しかし裁判員法ではこの点が必ずしも明らかではない。

そこで本稿は、司法制度改革審議会意見書¹⁾（以下、意見書とする。）を素材として、裁判員制度の目的を考察する。そしてこの考察を、Alexis de Tocqueville の、*De la démocratie en Amérique*²⁾（以下、本書とする。）を通じて行う。トクヴィルがアメリカの陪審制、特に民事陪審を高く評価したことは広く知られており、司法制度改革審議会でも佐々木毅氏（第4回）及び

1) 司法制度改革審議会『司法制度改革審議会意見書』（2001）。

2) Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique, I, 1835, Œuvres d'Alexis de Tocqueville, II, Bibliothèque de la Pléiade*, (Gallimard, 1992). 第1巻を扱う。邦訳として、アレクシス・ド・トクヴィル（松本礼二訳）『アメリカのデモクラシー第一巻（上）（下）』（岩波書店、2005）。引用は原則として原書から行う。

三谷太一郎氏（第43回）によって紹介されている³⁾。トクヴィルが陪審制について何と論じているか、陪審制に関する議論が本書全体の中でどのような意義を有するか、を理解することは、裁判員制度について考えるために有益であると思われる。もちろんトクヴィルを読む意義がそれにとどまらないことは言うまでもない。

以下では、トクヴィルを読む前に、まず18世紀後半から19世紀前半のアメリカの政治過程、及び、当時の法律家と陪審制に対する評価について確認する(II)。それをふまえて *De la démocratie en Amérique* のテキストを読み(III)、最後に裁判員制度の目的を考察する(IV)⁴⁾。

II. アメリカの陪審制と法律家^{5) 6)}

1 アメリカ独立期における陪審制と法律家

アメリカ独立前の18世紀半ば、植民地の住

人は、本国政府に対し、彼らも国王に忠誠を誓ったイギリス国民としてイギリス古来の自由を享受する権利を有すると主張した。陪審審理を受ける権利もその1つである。陪審審理はイギリス人の自由の保護にとって不可欠のものと考えられており、これはアメリカの裁判所でも認められていた⁷⁾。この点に関し Rossiter は、1765年から1774年の植民地の新聞9種などを引用しつつ、当時のアメリカで陪審制が自由の防壁としてきわめて高く評価されていたことを次のように述べる⁸⁾。

Concerning “that firmest Barrier of English Liberty, THE TRIAL BY JURIES,” colonial authors had little to say of an analytical nature. Certainly no one ever questioned its justice and workability...(中略)...The right to jury trial was generally considered to cover all other procedural rights, including “that great bulwark and palladium of English liberty,” habeas corpus.

他方、本国との抗争から独立、さらに合衆国

3) <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/>, 2008年9月15日最終検索。

4) 裁判員制度の憲法上の問題点について触れておく。従来の通説は、裁判官が陪審の評決に拘束されない陪審制であれば憲法上許されるとしていたが、これは旧憲法下でも行われていた陪審制であれば現憲法下でも許されるはずという以上の意味を有しているか疑わしい。日本国憲法は、旧憲法とは異なり法律の定める「裁判官」による裁判を受ける権利を保障しているわけではないこと、国民も裁判所の構成要素となりうることなどを根拠として、参審制の一種である裁判員制度も合憲であるとするのが近時の通説と思われる。以上につき、長谷部恭男「司法権の概念と裁判のあり方」ジュリスト1222号140頁、144頁(2002)、長谷部恭男『Interactive 憲法』(有斐閣、2006)1頁以下。最近の論稿として、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加 一法の支配の担い手に関する覚書一」長谷部恭男ほか編『岩波講座 憲法4 変容する統治システム』(岩波書店、2007)235頁。石川健治教授は異なるアプローチをとられる。最高裁判所と下級裁判所の裁判官につき憲法79条6項、80条2項の報酬規定がおかれているが、これは司法官僚団につき制度体保障を認めたものといえるか、裁判員制度の創設による国民の司法参加は司法官僚団の存続に対する憲法律上の約束の本質的内容を侵害しないか、というアプローチである。教授は司法官僚団の制度体保障の有無については慎重な検討を要するとし結論を明らかにしていないが、否定的ではないかと思われる。石川健治『自由と特権の距離 一カール・シュミット「制度体保障」論・再考(増補版)』(日本評論社、2007)、特に275頁以下。

5) 18、19世紀のアメリカの陪審制に関する日本語文献は田中英夫氏によるものしか見つけることができなかつたため、本章の陪審制の記述はすべて田中氏の研究に依拠している。

6) 陪審制の歴史の簡潔な説明として、クヌート・W・ネル(村上淳一訳)『ヨーロッパ法史入門 権利保護の歴史』(東京大学出版会、1999)127頁以下。

7) 田中英夫『アメリカ法の歴史(上)』(東京大学出版会、1968)58-62頁。

8) CLINTON LAWRENCE ROSSITER, *SEEDTIME OF THE REPUBLIC* 391 (Harcourt, Brace, 1953). 同書453頁以下には、1776年までに植民地で発行されたほぼすべての新聞の種類及び発行年が記されている。これによれば、ニューヨークでは14種類、ボストンでは13種類の新聞が発行されている。1831年に同地を訪れたトクヴィルは、アメリカでの活発な出版活動に衝撃を受け以下のように述べているが、そのような活発な出版活動は植民地時代からの伝統であると言えるだろう。「...le nombre des écrits périodiques ou semi-périodiques, aux États-Unis, dépasse-t-il toute croyance. » (アメリカでは、定期的ないし半定期的の刊行物の数は信じられないほど多い。) (Tocqueville, *op. cit.*, p.207)、*«...l'Amérique est-elle le pays du monde où l'on rencontre à la fois le plus d'associations et le plus de journaux.»* (アメリカは世界中で結社と新聞の数がどちらももっとも多い国である。) (*Ibid.*, p.627. これは第2巻からの引用である。)

憲法制定へという一連の過程において、法律家に対する不信の念が強まった。主な原因は、i) 法律家全体としては独立に反対する Loyalists が多く、独立達成時に何百人もの法律家が国外に逃げ去り、また引退したこと、ii) 独立後の経済的苦境の時期において、有産者を代弁し、債権の取立てを行い、抵当権を実行して土地を取り上げ、場合によっては債務者を債務者監獄に送るといった実務を担当する法律家に対する反感が強まったことにある。そして法律家に対する不信の念は、アメリカにおいてまだ法律家の数が十分ではなかったこととあいまって、バリスタ (barrister) とソリシタ (solicitor) が互いに職分を異にする独立の法曹団をなす、イギリス的な二元主義的法曹制度の採用を妨げた。法律家に対する不信感の中で、法律家中の法律家、エリート中のエリートたるバリスタ階級を作ることはできなかつたためである⁹⁾。

2 政治過程の民主化

独立後、初代大統領のワシントンは、財務長官に連邦派のハミルトンを、国務長官に共和派のジェファソンを任命した。ジェファソンはハミルトンとの対立によりまもなく国務長官を辞するが、第3代大統領に就任した後は、「われわれはみな共和派であり、われわれはみな連邦派である。」などといった大統領就任演説をして党派の争いを避けつつ、共和派の政策実現に努力した。彼の施策の背後には、一般の民衆に信を置き、人民の「ための」政治を目指すという彼の政治思想、すなわち、ジェファソニアン・デモクラシーがあった¹⁰⁾。ジェファソンは人

民の「ための」政治を主張したが、人民「による」政治を主張したわけではない。彼は、単なる多数による政治というものは、単一者独裁と同様に専制になりうると信じていたし、特に「大都市の群集」を信頼していなかった¹¹⁾。しかし、ジェファソンの唱えた人民の「ための」政治は、アメリカ国民の民主的欲求を刺激・自覚させて、その諸制度を民主化する運動を間接的に促進する一契機となった¹²⁾。この時代の民主化運動が、のちのジャクソン大統領を産むのである。

1828年に第7代大統領として選ばれたジャクソンは、西部出身の最初の大統領、大学教育を受けたことない最初の大統領であった。彼は貧しい移民の子として生まれ、14歳で両親を亡くし、独学で弁護士の資格を得た人物で、ニュー・オーリンズの戦い(1815年)でイギリス軍を撃破し国民的英雄となっていた。ジャクソンの当選は、人民が選んだエリートが人民のために政治をするのではなく、家柄・教育その他の点でとりたてて言うことのない普通の人間がいわば人民の中から選ばれて統治にあたるのが当然だと考える、人民「による」統治の実現を象徴していた¹³⁾。すべての人は互いに同等の能力をもち、同じように公務を処理する能力をもつとするこの民主主義は、ジャクソニアン・デモクラシーと呼ばれる¹⁴⁾。ジャクソニアン・デモクラシーは、特に州において統治機構に様々な変革をもたらした。立法部が人民の意思から離れていくことが懸念され、多くの州憲法が、立法部の権限を制限するため詳密化された¹⁵⁾。また選挙で選ばれる地位が増え、spoils system が採用されて、選挙で当選した者がその下の官職に就く者を任命した¹⁶⁾。

9) 田中・前掲注7)271-280頁、田中英夫『英米法総論 上』(東京大学出版会、1980)251-252頁。

10) 田中・前掲注7)148-149頁。

11) チャールズ・ビアードほか(松本重治ほか訳)『アメリカ合衆国史(新版)』(岩波書店、1964)214頁。

12) 藤原守胤「アメリカにおける政治過程の民主化とその現代的慣行の成立(1810-1840年)」法学研究27巻6号361頁、362頁(1954)。

13) 田中・前掲注9)258頁。

14) ジャクソンの思想と政策については、たとえばA・ネヴィンス＝H・S・コマジャー(黒田和雄訳)『アメリカ史(上)』(原書房、1962)196-205頁参照。

15) 田中・前掲注7)319頁。

16) 田中・前掲注7)323-324頁。

3 ジャクソニアン・デモクラシー期の陪審制と法律家¹⁷⁾

このような流れの中で、より多くの民主主義一人民による統治一を要求した民衆は、司法部もまた直接人民の意思のもとにおかれるべきだと主張した。のみならず彼らは、法は専門家によってのみ運用される技術であるとの考え方に、強く反発した。

まず、裁判官が人民の期待に応える人物か否かをチェックする機会を任命権者に与えるため、裁判官の任期制を採用する州が増加した。1830年から45年までに9州が裁判官の任期制を定め、1846年以降後述の裁判官の公選制が広く採用されるようになると、任期制もその当然の結果として取り入れられた。

また、民主主義の建前からいって、裁判官も人民によって選挙すべきであると主張された。1832年にミシシッピ州が裁判官公選制を本格的に採用し、1846年にはニューヨーク州が全裁判官について公選制を採用した。ニューヨーク州の影響力は強く、1846年から65年の間に誕生した諸州はすべて裁判官公選制を取り入れ、1846年当時の29州のうち15州が、その憲法を改正してこれを導入した。

そして、人民による統治の時代であるジャクソニアン・デモクラシー期には、陪審の役割は極端に重視されるようになった。

第1に、刑事事件においては必ずしも法律問題に関する裁判官の説示に従わなくてもよいという立場を取る州が出てきた。陪審に、事実問題のみならず法律問題についても判断させた例は、当時のイギリス法の影響のもと植民地時代以来見られるが、19世紀初めから、裁判官の説示の拘束力を強める努力がなされてきた。それがこの時期に入って停滞し、憲法で刑事事件について陪審が法律問題を決定する権限をもつ

旨を明示する州も現れる。

第2に、元来コモン・ロー上の事件に限られていた陪審審理を、エクイティ上の事件に広げた例が見られる。

第3に、元来イギリスで発達してきたコモン・ローでは、裁判官は、裁判官の意見は陪審を拘束しない旨を明らかにした上で、提出された証拠に関しコメントを加えることができるとされていた。証拠価値についてコメントを加えるという裁判官の権限は、素人である陪審が感情に流されたりして判断を誤ることを防止し、陪審審理を適正なものとするために不可欠のこととして考えられていた。しかし、陪審を重視するジャクソニアン・デモクラシーの信奉者は、この権限を削除するよう主張し、多くの州で裁判官が証拠価値についてコメントすることを禁ずる法律あるいは憲法が制定された。

トクヴィルがアメリカを視察したのは1831年から32年にかけてであり、まだ裁判官の任期制・公選制はあまり普及しておらず、陪審も極端には重視されていなかったと思われる。しかし、独立期から法律家に対する不信は存在し、また陪審制は高く評価されていたのであって、ジャクソニアン・デモクラシー初期の当時にもこの傾向は存在したと考えられる。

III. テクストを読む

1 DE L'ESPRIT LÉGISTE

以上の背景を前提に、トクヴィルを読み進める。陪審制について論じられている第1巻第2部第8章を中心にとりあげ、必要に応じて他の部分にも言及する。

トクヴィルが陪審制を論じる節の前の節には、「DE L'ESPRIT LÉGISTE AUX ÉTATS-UNIS, ET COMMENT IL SERT DE CONTREPOIDS À

17) 本節につき、田中・前掲注7)349-361頁、田中・前掲注9)269-271頁、田中英夫「アメリカにおける裁判官の選任方法」『英米の司法』(東京大学出版会、1973)359頁、田中英夫「1846年のニュー・ヨーク州憲法会議における司法部に関する論議—アメリカ的司法部観の形成過程に関する一研究—」同406頁、田中英夫「合衆国における陪審審理を受ける権利の保障—アメリカ訴訟法理解の一つの手がかりとして」『英米法研究2』(東京大学出版会、1987)375頁。

LA DÉMOCRATIE» (アメリカの法律家精神について、そしてそれがデモクラシーに対する均衡の重しとしてどのように役立つか)、という見出しがついている¹⁸⁾。ここで注意を引くのは、l'esprit légiste、すなわち法律家精神という言葉である。アメリカの人民を描くとき、トクヴィルは一貫して諸条件の平等 (l'égalité des conditions) を強調し、職業・地位にかかわらず財産や知識などの面であらゆる人々は平等だとしている。しかし、l'esprit légiste という言葉は、にもかかわらず、法律家は他の人々とは異なる特別な精神・思考力を持っていること、法律家は特別な存在であること、をうかがわせる。本節はこのように始まる。

Lorsqu'on visite les Américains et qu'on étudie leurs lois, on voit que l'autorité qu'ils ont donnée aux légistes, et l'influence qu'ils leur ont laissé prendre dans le gouvernement, forment aujourd'hui la plus puissante barrière contre les écarts de la démocratie¹⁹⁾. (強調は引用者。以下同じ。) (アメリカ人の法律を研究してみると、法律家に与えられた権威 (l'autorité) と、法律家に持たされた政治の中での影響力 (l'influence) とが、デモクラシーの逸脱に対するもっとも強力な防壁 (la plus puissante barrière) を形成していることがわかる。)

トクヴィルは続けて法律家について次のように述べる。法律を勉強した者は、秩序を好む習慣、形式を好む一定の気持ち、論理にかなったものの考え方に対するある本能的な愛を身につ

ける。これが彼らをデモクラシーの向こうみずな情熱に敵対させる²⁰⁾。法律家の心の底には、貴族の趣味と習慣が部分的に隠れている²¹⁾。法律家は民主政治を好むが、民主主義の傾向に染まったり、その弱点を見習うことがない²²⁾。さらに次のように述べる。

Les connaissances spéciales que les légistes acquièrent en étudiant la loi leur assurent un rang à part dans la société; ils forment une sorte de *classe privilégiée* parmi les intelligences.Ajoutez à cela qu'ils forment naturellement un corps²³⁾. (un corps の強調は原著者。) (法律の勉強を通じて得た特別な知識により、法律家は知識層 (les intelligences) の中で一種の特権階級 (classe privilégiée) を形成し、自然に1つの職業団体 (un corps) を形成する。)

Le corps des légistes forme le seul élément aristocratique qui puisse se mêler sans efforts aux éléments naturels de la démocratie, et se combiner d'une manière heureuse et durable avec eux²⁴⁾. (法律家団体 (le corps des légistes) は、民主主義本来の要素と無理なく混ざり合い、巧みにかつ持続的に結びつくことのできる唯一の貴族的要素 (élément aristocratique) を構成する²⁵⁾。)

Lorsque le peuple américain se laisse enivrer par ses passions, ou se livre à l'entraînement de ses idées, les légistes lui font sentir un frein presque invisible qui le modère et l'arrête. À ses instincts démocratiques, ils opposent secrètement

18) Tocqueville, *op. cit.*, p.302.

19) フランス語の原文を引用するときは、直後に抄訳を付する。訳を付する以上文法に沿った逐語訳にすべきか迷ったが、本文に必要な範囲の抄訳にとどめることにした。

20) *Id.*, p.303.

21) *Ibid.*

22) *Id.*, p.305.

23) *Id.*, p.303.

24) *Id.*, p.306.

25) トクヴィル (松本訳)・前掲注2) 第一巻 (下) 175 頁は、le corps des légistes を「法曹身分」と訳す。corps を団体ではなく身分と訳すのである。他の箇所を見ても le corps des légistes の語に対しては法曹身分の訳があてられているようであるが (179 頁 1 行目、12 行目など)、筆者は、以下の2つの理由により、corps は身分ではなく団体と訳すことにした。i) トクヴィルは «...qu'ils forment naturellement un corps.» というように corps を語義通り団体ないし集団という意味で用いていると考えられること、ii) 貴族制における中間団体に代わるものとして、法律家集団を捉えていると考えられること。

*leurs penchants aristocratiques*²⁶⁾... (アメリカの人民が情熱や観念に引きずられそうなときは、法律家はほとんど目に見えないブレーキ (un frein presque invisible) を人民に感じさせ、彼らをなだめ、引き止める。人民の民主的な本能に対して、法律家の貴族的な性向 (*leurs penchants aristocratiques*) をひそかに対置する。)

そしてまた次のように述べる。法律家精神は、裁判所の外に遥かに広がっている²⁷⁾。政治問題が司法問題に転化するアメリカでは、政治問題の処理に法律家固有の慣行と考え方が用いられる。陪審制を通じて法律家精神は社会全体に染みとおる²⁸⁾。

このようにトクヴィルはアメリカの法律家を貴族階級であるとし、彼らの法律家精神は社会のすみずみに広がりデモクラシーの均衡を保つために役立っているとす。しかしここで1つの疑問が生じる。ジャクソニアン・デモクラシー下のアメリカでは、人民による統治が強調され、司法も人民の意思のもとに置かれるべきとされたのではなかったか。すべての人は互いに同等の能力をもち、同じように公務を処理する能力をもつというジャクソニアン・デモクラシーには、裁判官の *l'autorité*、すなわち権威を否定する発想はあっても、裁判官にそれを与えるという発想はないはずである。トクヴィル自身、いくつかの州において裁判官の公選制、任期制が採用されていることを指摘し²⁹⁾、司法に民主的コントロールを及ぼそうとする傾向があることを認めている。にもかかわらず、なぜトクヴィルは、アメリカの法律家に、ジャクソニアン・デモクラシー下で語られるのとは異なる法律家像を見出すのか。

2 トクヴィルの法律家像

なぜトクヴィルはアメリカの法律家および法律家団体を *aristocratique* なものと評価したのか。その理由は、テキストから読み取れると思われる。

本書は、その題名どおり、アメリカのデモクラシーについて論じたものである。トクヴィルは、世界中のどこよりも諸条件の平等化が進んでいるアメリカにおいて、デモクラシーを安定させている要因を見出そうとした。

本書でトクヴィルはアメリカのデモクラシーを以下のように描いている。アメリカ人の社会状態はすぐれて民主的であり、財産、知識等において人々は平等である³⁰⁾。この平等は政治の世界にも浸透する。地域共同体 (タウン) に議会はなく、行政も目に見えず、選挙民が地域集会 (タウンミーティング) においてタウンに関する様々な事項を決定し、また多くの公職を任命するなど、直接民主政的な自治がなされる³¹⁾。

他方、地方自治の制度、裁判所の違憲審査権、結社の自由、そして法律家精神が、多数者の暴政・デモクラシーの逸脱に対する防壁としての役割を果たしている³²⁾。地方自治の制度は *démocratique* であると同時に、*démocratie* の逸脱から人民を守る。貴族制の国家においては貴族という自然の結社が権力の濫用を抑制するが、社会状態が民主的な国家においては、貴族に代わり、人為的かつ一時的な結社が暴政を防ぐ³³⁾。すなわち、基本的に、デモクラシーの逸脱はデモクラシー自体によって対処されると考えるのであり、そこに貴族的な要素を持ち込もうとしない。その唯一の例外が、法律家であ

26) *Id.*, p.308.

27) *Id.*, p.309.

28) *Id.*, p.310.

29) *Id.*, p.309.

30) 第1部第2章、第3章。なお先住民や黒人は別論とする。第2部第10章。

31) 第1部第5章。

32) 第1部第5章、第6章、第2部第4章、第2部第8章。

33) もっとも、結社に対しては慎重な態度をとっている。第2部第4章。

る。

そして本書の結論として、アメリカのデモクラシーを安定させているものは、環境、法制、習俗であるとし、環境よりも法制が、法制よりも習俗が、重要であるとする^{34) 35)}。

トクヴィルが本書でアメリカについて論じる時、彼はアメリカにみなぎる政治的活力を、具体的な経験や観察に基づいて生き生きと描く^{36) 37)}。視野を広く持ち、経験、観察した事柄を深く掘り下げて論じている。しかし、アメリカの法律家についてはどうか。

前述のように、まず彼は法律を学んだ者がどのような精神を身につけるかについて論じる。法律家一般に共通する特性として *l'esprit légiste* (法律家精神) を論じるのであり、特にアメリカを念頭に置いているわけではない。法律家が特権階級を形成する、法律家団体が民主主義と結びつくことのできる唯一の貴族的要素であるというときも、彼はアメリカを念頭においているわけではなく、法律家一般について論じているのである。続けてトクヴィルは、法律家精神に認められる貴族的性格はイギリスとアメリカにおいて特に明瞭である³⁸⁾、制定法主義のフランスと比較して判例法主義のイギリスやアメ

リカでは法律家は臆病かつ現状維持的な精神傾向を持つとする。ここでトクヴィルはイギリスとアメリカを区別することなく、必ず「イギリスやアメリカ」と併記している³⁹⁾。

そしてイギリスの法律家の貴族的性格について触れ、このように述べるのである。

Aussi est-ce surtout *en Angleterre* qu'on peut voir en relief ce type légiste que je cherche à peindre⁴⁰⁾... (したがって私が描こうとしている法律家の典型は、特にイギリスにおいて (*en Angleterre*)、はっきり見ることができる。)

トクヴィルが描こうとしている法律家像はイギリスに見出すことができるとする。では彼はアメリカの法律家をどのように描いているのか。彼がアメリカの法律家について述べていることは、以下の4点に限られると思われる。i) アメリカの貴族階級は弁護士の席や判事の椅子にいる⁴¹⁾。ii) 法律家団体はデモクラシーの均衡を保つ重しとなり目に見えないブレーキを人民に感じさせている。iii) アメリカの民事の法制がほとんど変更されていないのは法律家が新しいものを導入しようとしなないためである⁴²⁾。iv) 法律家の精神が保守的、既成事実を重視する偏見にとらわれているとの不満を聞いた⁴³⁾。

34) *Id.*, p.318.

35) *Id.*, p.366 (第2部第9章。 *Des causes du maintien de la république démocratique*). « Mon but a été de montrer, par l'exemple de l'Amérique, que les lois et surtout les mœurs pouvaient permettre à un peuple démocratique de rester libre. »

36) フランス革命に関するトクヴィルの問題意識は彼の観察や思考に強い影響を及ぼしていると思われるが、その点については本稿では論じない。

37) たとえば、以下のように述べる。« À peine êtes-vous descendu sur le sol de l'Amérique que vous vous trouvez au milieu d'une sorte de tumulte; une clameur confuse s'élève de toutes parts; mille voix parviennent en même temps à votre oreille; chacune d'elles exprime quelques besoins sociaux. » (アメリカの地に降りたつとすぐ、ある種の喧騒の只中いることに気づく。雑然とした大声があちこちであがっている。無数の声が耳に同時に届く。それぞれの声は何らかの社会的要求を訴えている。) *Id.*, p.278.

38) *Id.*, p.306.

39) *Id.*, pp.306-307. « Chez un légiste anglais ou américain, le goût et le respect de ce qui est ancien se joint donc presque toujours à l'amour de ce qui est régulier et légal. » « *Le légiste anglais ou américain* recherche ce qui a été fait, le légiste français ce qu'on a dû vouloir faire; l'un veut des arrêts, l'autre des raisons. » « Lorsque vous écoutez un légiste anglais ou américain, vous êtes surpris de lui voir citer si souvent l'opinion des autres, et de l'entendre si peu parler de la sienne propre, tandis que le contraire arrive parmi nous. » « Cette sorte d'abnégation que fait le légiste anglais et américain de son propre sens, pour s'en rapporter au sens de ses pères... » « *...l'homme de loi anglais ou américain* ressemble en quelque sorte aux prêtres de l'Égypte... » « La position que les hommes de loi occupent en *Angleterre et Amérique*, exerce une influence non moins grande sur leurs habitudes et leurs opinions. »

40) *Id.*, p.307.

41) *Id.*, p.308.

42) *Id.*, p.310.

43) *Ibid.*

しかし、筆者には、以上のいずれについても、トクヴィルが実際にアメリカの法律家に着目しその観察や経験に基づいて論じたものであるとは、思われない。i) は、法律家が貴族階級を形成するという法律家一般に関する議論をアメリカにあてはめただけではないか。ii) については、法律家精神が実際にアメリカのデモクラシーに影響を及ぼしているとする根拠がない。法律家精神が目に見えないブレーキを感じさせるはずだ、との推論の域を出ていない。iii) について、民事法の改正が少ないのは、アメリカが制定法主義ではなく判例法主義をとっていることが影響しているのではないか。iv) について、トクヴィルによれば、法律家精神が保守的だというのは法律家一般に言えることであるし、既成事実を重視するというのは判例法であるイギリスとアメリカに共通する特徴ではあって、特にアメリカの特徴であるというわけではない。

結局、彼がアメリカの法律家について論じる部分は、法律家一般について述べたところを繰り返しているに過ぎないように思われる。彼はアメリカの法律家を論じる際、アメリカの法律家がどのような話をし、どのような思想を持ち、そこからどのような印象を受けたかを論じるのではなく、イギリスの法律家像を、アメリカにあてはめるのである。トクヴィルがアメリカの法律家に、ジャクソニアン・デモクラシー下で語られるのとは異なる法律家像を見出す原因は、ここにあると考えられる。

DU JURY AUX ÉTATS-UNIS 3 CONSIDÉRÉ COMME INSTITUTION POLITIQUE

続く節は、「DU JURY AUX ÉTATS-UNIS CONSIDÉRÉ COMME *INSTITUTION POLITIQUE*」(政治制度 (institution politique) として見たアメリカの陪審制について) という見出しがつけられており、まずこう述べられている。

Il faut distinguer deux choses dans le jury : *une institution judiciaire et une institution politique*⁴⁴⁾. (陪審制の中の2つのものを区別しなければならない。司法制度 (une institution judiciaire) と、政治制度 (une institution politique) である。)

トクヴィルが司法制度というとき、具体的に何を意味しているのだろうか。司法制度としての陪審制は、以下のような文脈で論じられている。i) 裁判を適切に行うのに陪審制がどこまで役立っているか (...jusqu'à quel point le jury... sert à la bonne administration de la justice) 疑問である⁴⁵⁾。ii) イギリス人が繰り返してきた司法制度が正義の精神 (l'esprit de la justice) に反するはずがない⁴⁶⁾。iii) 陪審員のリストにあげるべき人の知識・能力 (les lumières et la capacité) は司法制度の問題である⁴⁷⁾。以上のことから、トクヴィルが司法制度というときは、知識・能力のある人が、正義の精神をもって、適切な裁判をする制度であるという意味であると考えられる。より端的には、司法制度は、妥当な裁判を実現する制度であると考えられる。

そして陪審制を司法制度として見ることに限るとすれば思考を著しく狭めるとし、理由を次のように述べる。

44) *Id.*, p.311.

45) *Ibid.* トクヴィル (松本訳)・前掲注2) 第一巻 (下) 182 頁は、sert à la bonne administration de la justice を「裁判の正しい運用に役立つ」と訳す。しかし、筆者はトクヴィルが bonne に込めた意味を厳密に理解することができなかったため、bonne は「正しい」ではなく、あえて曖昧な「適切な」とした。また、ここではよりよい裁判をするために陪審制が役立つか、ということが問題になっていると思われるから、administration は「運用」ではなく「行うこと」とした。そして全体をつなぐため、「裁判を適切に行うのに役立つ」と訳した。

46) *Id.*, p.312.

47) *Id.*, p.314.

s'il exerce une grande influence sur le sort des procès, il en exerce une bien plus grande encore sur *les destinées mêmes de la société*. Le jury est donc avant tout *une institution politique*⁴⁸⁾. (陪審制は、訴訟の帰趨に大きな影響を及ぼすとしても、社会の運命それ自体 (les destinées mêmes de la société) により一層大きな影響を及ぼす⁴⁹⁾。それゆえ、陪審制は何よりも前に政治制度 (une institution politique) である。)

トクヴィルは、陪審制は社会の運命それ自体に大きな影響を与えるから政治制度であるとしている。「政治制度」が具体的に何を意味するかがまさにここでの問題となるが、結論からいえば、筆者にはそれを厳密に説明することができなかった。したがって、本稿ではさしあたり、社会に大きな影響を与える制度であると言葉どおりに理解するに止める⁵⁰⁾。

ただ、トクヴィルが以下のように陪審制について述べた2点は、政治制度としての陪審制を考える際の手がかりになると思われる。

第1に、政体に着目し、陪審制は共和的な制度であるとする。陪審の制度は、陪審員をどの階級から選ぶかによって、貴族的にも民主的にもなりうる。だがそれは、社会の実質的指導権を為政者ではなく、被治者ないしその一部の手に委ねるという点において、ある共和的性格をつねに保持する⁵¹⁾。アメリカの陪審制は、普通選挙と同様に、人民主権の教義の直接かつ極

端な帰結である、すなわち民主的性格の強い制度である⁵²⁾。

第2に、陪審制、特に民事陪審制は、陪審員に精神的な変化をもたらすとする。陪審制は国民性 (le caractère national) に多大な影響を及ぼす。特に民事陪審制は、裁判官の精神的習性の一部をすべての市民の精神に植えつけるのに役に立つ。その精神的習性は、まさに、人民をもっともよく自由に備えさせるものである⁵³⁾。陪審制は判決の尊重と法の観念をあらゆる階級にゆきわたらせ、衡平原理の実践を教え、人民に政治的徳性を身につけさせる。すべての人に社会に対して果たすべき義務のあることを感じさせ、また統治に参加しているという実感を与える⁵⁴⁾。陪審制は人民の判断力・理解力を増進させる学校である。その学校では、権利を学び、上流階級のもっとも学識も見識もあるメンバーと交わり、現実に即して法を教わり、弁護士の努力、裁判官の見解、当事者の情熱などによって法律を理解することができる⁵⁵⁾。

以上に述べた陪審員の精神的変化はあらゆる国民にあてはまるとし、次にトクヴィルはアメリカ人、一般的には民主的な国民においてだけ、以下のことが言えるとする。すなわち、民主政体では法律家、特に裁判官が人民の動きを沈静させることができる唯一の貴族団体 (le seul corps aristocratique) を形成する。その権力の主要な源泉は、まさしく民事陪審の制度にあ

48) *Id.*, p.312.

49) トクヴィル (松本訳)・前掲注2) 第一巻 (下) 184頁は、le sort des procès を「訴訟のあり方」と訳す。sortをどう訳すかが問題であるが、訴訟の結果が問題とされているなら「あり方」よりも「帰趨」の方がふさわしいし、sortとdestinéesが対になっているならsortも運命、帰趨などとすべきではないかと考え、帰趨という訳を選択した。

50) 三谷太郎『政治制度としての陪審制—近代日本の司法権と政治』(東京大学出版会、2001) 35頁は、「時代の政治的要請に応ずる政治制度」という言葉の使い方を示す。そして、戦前日本の陪審制は強大化し政治化した司法部をいかに政党制の中に組み入れるかという問題意識のもと成立したとして、陪審制の成立を政治制度の成立として捉える。また同8頁以下では「欧米における陪審制の政治制度としての意味」について述べる。三谷氏が政治制度という言葉で言わんとしていることは漠然と伝わるが、やはり現在の筆者には政治概念が厳密に理解できない。

51) *Id.*, p.313.

52) *Ibid.* 司法に民主的コントロールを及ぼすことによって裁判内容の妥当性を確保するという面では、人民主権に基づく陪審制は司法制度でもあり得ると考えられる。

53) *Id.*, p.315.

54) *Ibid.*

55) *Id.*, pp.315-316.

る⁵⁶⁾。刑事訴訟では陪審員は裁判官の意見に警戒的なうえ、刑事訴訟は良識で容易に判断のつく単純な事実にもっぱら関わるものであるから、裁判官と陪審員は同等である (*le juge et le juré sont égaux.*)。

しかし民事訴訟では裁判官と陪審員の関係は異なる。民事訴訟において、裁判官は次のような存在である。

Il n'en est pas de même dans les procès civils; le juge apparaît alors comme un arbitre désintéressé entre les passions des parties. Les jurés le voient avec *confiance*, et ils l'écoutent avec *respect*; car ici son intelligence domine entièrement la leur. C'est lui qui déroule devant eux les divers arguments dont on a fatigué leur mémoire, et qui les prend par la main pour les diriger à travers les détours de la procédure; c'est lui qui les circonscrit dans le point de fait et leur enseigne la réponse qu'ils doivent faire à la question de droit. Son influence sur eux est presque sans bornes⁵⁷⁾. (裁判官の知識は陪審員を完全に圧倒するほど上回る。そのため陪審員は裁判官を信頼 (*confiance*) をもって見、裁判官の話を尊敬の念 (*respect*) をもって聞く。裁判官は、陪審員が疲れて覚えていない様々な議論を彼らの目の前で整理する。手続が曲折を経る中で、陪審員の手を取って彼らを導いていく。陪審員を事実の問題にとどめ、法律問題についてどう対応すべきかも教える。裁判官の陪審員に対する影響力は、ほとんど限りがないのである。)

そして、次のように述べる。

C'est surtout à l'aide du jury en matière civile que la magistrature américaine fait *pénétrer* ce que j'ai appelé *l'esprit légiste* jusque dans *les derniers rangs de la société*⁵⁸⁾. (私の言う法律家精神 (*l'esprit légiste*) をアメリカの司法官が社会の最底辺 (*les derniers rangs de la so-*

ciété.) まで浸透 (*pénétrer*) させているのは、とりわけ民事陪審制のおかげである。)

陪審制が陪審員に精神的変化をもたらすということに関し、2点指摘することができる。

第1は、どのような場合に大きな精神的変化が生じるか、についてである。トクヴィルの刑事陪審と民事陪審の評価を分けるのは、裁判官と陪審員の関係である。刑事陪審では陪審員は裁判官に対して警戒的で、彼らの関係は対等である。それに対し民事陪審では、陪審員は裁判官を信頼し、尊敬する立場にある。民事陪審こそ、その知識により特権階級を形成する裁判官、*aristocratique* な要素を持つ裁判官が現れる場面であると考えられる。陪審員は裁判官を信頼しているからこそ、裁判官から無限の影響を受け、裁判官の法律家精神が社会の最底辺にまで浸透する。トクヴィルは陪審員として裁判に参加すること自体にも、陪審員の精神的変化、言い換えれば、教育的効果を認める。しかし陪審制を通じた教育的効果は、陪審員が裁判官を尊敬・信頼する民主的國家の民事陪審制において、特に期待することができるのである。

第2は、アメリカのデモクラシーを安定させている要因を見出すというトクヴィルの問題意識との関係についてである。先に引用したように、トクヴィルは法律家精神をデモクラシーの均衡に役立つものとする。陪審員は訴訟に参加することによって多くを学ぶことができるが、アメリカのデモクラシーを安定させている要因を見出すというトクヴィルの問題意識からは、陪審員に法律家精神が浸透するという点、すなわち、法律家精神が浸透し人民がデモクラシーの行き過ぎを抑える精神を身につけるといふ点が重要なのであって、それゆえトクヴィルはアメリカの陪審制を高く評価するのである。

56) *Id.*, p.316.

57) *Ibid.*

58) *Id.*, p.317.

IV. 考察

1 意見書の考察

意見書には以下のような記述がある⁵⁹⁾。
 「21世紀の我が国社会において、国民は、これまでの統治客体意識に伴う国家への過度の依存体質から脱却し、自らのうちに公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められている。国民権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野においても、国民が、自律性と責任感を持ちつつ、広くその運用全般について、多様な形で参加することが期待される。」(以下、A部分とする。)

国民は公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めるべきである。訴訟にも自律性と責任感をもって参加すべきである。すなわちA部分は、国民の司法参加の目的は、国民の統治客体意識からの脱却という国民の啓発・教育にあるとする。これは、裁判員制度を、国民の精神的変化を求めるための政治制度と捉えるものである。

また次のような記述もある⁶⁰⁾。

「一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対

する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ることができるようになる。」(以下、B部分とする。)

裁判内容に国民の健全な社会常識を反映させよ。すなわちB部分は、裁判員制度の目的は、裁判内容に社会常識を反映させることにあるとする。これは、裁判員制度を、裁判内容の妥当性を確保するという点では司法制度と、また、国民権原理ないし民主主義の帰結という点では政治制度と捉えるものである^{61) 62)}。

3点指摘したい。

第1に、国民の啓発・教育について。統治客体意識から統治主体意識への転換というのは司法制度改革の重要な理念の1つであって⁶³⁾、その問題意識には筆者も共感を覚えるし、問題解決を試みることは評価すべきである。しかし、裁判所に国民の教育・啓発を委ねることを、正面から認めてよいのだろうか。問題は、「裁判員制度は、単なる司法制度に止まらず、日本の民主主義を支える『能動的な人民』を将来に向かって育成して行く重要な『政治制度』たるべきものである⁶⁴⁾。」という主張に対してどう答えるかである。この点、裁判所は具体的紛争につき法を解釈・適用して紛争を解決する機関であって国民の教育機関ではない、裁判所の構成はあくまでよりよい司法を実現するという観点から決すべきであって国民の公共意識を醸

59) 意見書 101 頁、「国民的基盤の確立」より。

60) 意見書 102 頁、「刑事訴訟手続への新たな参加制度の導入」より。

61) 意見書 103 頁には「裁判員が関与する意義は、裁判官と裁判員が責任を分担しつつ、法律専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが相互のコミュニケーションを通じてそれぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させるという点にある。このような意義は、犯罪事実の認定ないし有罪・無罪の判定の場面にとどまらず、それと同様に国民の関心が高い刑の量定の場面にも妥当するので、いずれにも、裁判員が関与し、健全な社会常識を反映させることとすべきである。」とある。結局社会常識を反映させるべきとしているので、B部分に包含されるものと考え、この箇所は扱わなかった。他方、村上淳氏はルーマンを引用しつつ、「現在『国民の司法参加』が求められているのは、裁判システムを法的コミュニケーションのシステムとして理解しその自己塑成を活性化させる必要があるからであろう」とする(村上淳「ドイツの参審制の現在(中)」UP 344号1頁、4頁(2001)。もし意見書が村上淳氏のこの議論を採用したのであれば、個人を捨象しシステムを基礎として社会を捉えるその前提の当否を検討しなければならないだろう。もっとも、意見書では「コミュニケーション」の語がルーマンの議論を離れて一人歩きしている感がある。

62) 司法制度改革が、佐藤幸治氏の「法の支配」というナラティブによるものであることについて、後藤卷則ほか「法における人間像を語る」法律時報 80 巻 1 号 4 頁、18 頁〔石川健治発言〕(2008)、巻美矢紀「日本国憲法に『物語(narrative)』はあるか—歴史主義と反歴史主義」法律時報 80 巻 6 号 48 頁(2008)。

63) 意見書 4 頁など。

64) 三谷太郎「裁判員制度と日本の民主主義」法律時報 77 巻 4 号 52 頁、54 頁(2005)。

成するという観点から決すべきではない、とすれば、A部分は裁判員制度の目的として妥当でないことになる。

第2に、裁判内容に社会常識を反映させる点について⁶⁵⁾。B部分の背景には、リーガル・プロフェッションに対するシヴィリアン・コントロールという議論があると思われる⁶⁶⁾。専門家の判断の妥当性を確保するためには専門家集団の自律に委ねた方がよいか、素人を関与させた方がよいか、それ自体大きな議論のあるところである⁶⁷⁾。そして仮にリーガル・プロフェッションに対するシヴィリアン・コントロールの必要性を認めるとしても、重大な刑事事件にのみ参加し、かつ量刑判断まで関与する裁判員制度においては、国民の社会常識は素朴な処罰感情に基づく厳罰化の要請という形で現れてしまい、裁判所がもっとも守るべき国民の自由を守れなくなってしまうおそれがある。

第3に、仮にそれぞれの目的は妥当であるとしても、両者は矛盾し、1つの制度で両方の目的を実現するのは難しい、という点について。訴訟に参加すること自体によっても一応の教育的効果を期待しうるが、裁判官に対する信頼があればより高い効果を期待することができるのであるから、A部分は裁判官に対する信頼を前提にしている。他方、B部分は、職業裁判官のみでは裁判の内容に社会常識が十分反映されていないという、裁判官に対する不信を前提としている。一方は裁判官に対する信頼を、他方は裁判官に対する不信を前提にするのである。

この矛盾ゆえに、国民の教育・啓発と、社会常識の反映という目的は、たとえば以下のような経緯により、いずれも達成されない可能性が

ある。ある裁判員が、裁判内容に社会常識を反映させるため、合議で裁判官や他の裁判員に自分の意見を伝えようとした。しかし、この訴訟を機にたくさんのことを学んでほしいと考える熱心な裁判官は、限られた時間の中で多くのことを伝えまた経験してもらうため、裁判員の意見のうち、理由のあると思われるもののみを取り上げ、当該裁判員の意見は取り上げなかった。自分の意見—たとえば経験則に関する意見—がなぜ取り上げられなかったのかわからない裁判員は、裁判官に対する不信感を募らせ、審理に受動的な態度で臨むようになり、結局公共意識は醸成されなかった。このように、裁判官と裁判員の双方が裁判員制度の目的に伝えようと努力したがゆえに最後は裁判員が司法に対する不信感を強めるという、不幸な結果が生じてしまわないだろうか。

2 おわりに

本稿は、裁判員制度の目的は i) 国民の啓発・教育と ii) 裁判内容への社会常識の反映であるとしたうえで、i) は議論の余地がある、ii) は、仮に一般的に裁判内容に社会常識を反映させるべきとしても、反映させるべきでない社会常識もある、加えて iii) 2つの目的を1つの制度で実現するのは難しいということを指摘した。裁判員制度については賛否両論あるが、やみくもに反対することにはあまり意味がない。論点を明確にして、厳密な批判をし、議論を尽くすことが重要である。近時は裁判員制度の実施を控え技術的な議論が積み重ねられているが、裁判員制度の目的—なぜ裁判員制度を導入するのか

65) 国民主権概念と司法が直接結びつくものではないことについては、多言を要しない。また裁判内容と社会常識—多数派の見解—も、直接結びつくものではない。たとえば、樋口陽一「裁判と裁判官」小林直樹監修『現代憲法大系 11 憲法と裁判』(法律文化社、1988) 60 頁以下。

66) 第43回司法制度改革審議会の三谷太一郎発言。(http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai43/43gijiroku.html, 2008年9月15日最終検索。) またこれに関し、高橋和之ほか「憲法60年—現状と展望」ジュリスト1334号2頁、14頁〔佐藤幸治発言〕(2007)。

67) 専門職の職責、あるいは専門職能を理由とする固有法則性について、たとえば、樋口陽一「学問と大学」社会科学の方法1巻2号10頁、10頁(1968)、石川・前掲注4)276頁以下、蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法1 現代国家と法』(岩波書店、1997) 191頁以下。

—ということについても、なお議論を尽くす必要がある⁶⁸⁾。

本稿では裁判員制度に関する考察を行ったが、筆者の問題関心は、裁判員制度そのものというよりむしろ、古典を「読む」ことにあった。古典を「読む」ことによって、現代社会に距離をとることができるし、また厳密な思考を身につけることもできる。しかし果たして自分は「読む」ことができるのか。そこで「読む」ことを実践しようとしたのが本稿である。その結果明らかになったのは、*De la démocratie en Amérique*の向こうには政治学や歴史学の膨大な蓄積があり、今の筆者にはほとんど読めない、ということであった。書けば書くほどテキストから遠ざかってしまう、ということも痛感した。また、原文の意味を確保しつつ読みやすい日本語に直す翻訳という作業が、いかに困難で、いかに気の遠くなる仕事であるかということも、垣間見ることができた。

このように拙い論文ではあるが、アメリカ史の参照の仕方、トクヴィルの読み方、裁判員制度の考察等について、厳しい批判をいただければ幸いである。

(とりう・まさこ)

68) 裁判員を「統治の批評者」として位置づけ直すことを提案するのは、高橋ほか・前掲注 66) 14 頁〔蟻川恒正発言〕。蟻川氏は、裁判員制度を裁判の公開の延長上において位置づけ直し、国民を、間近で裁判権の発動を監視し、裁判権力を批判するという位置に立たせることを提案する。あくまで裁判の責任は専門家である裁判官に全うさせるとするものであり、興味深い。

アメリカ弁護士のクラス・アクション 戦略

東京大学教授

浅香吉幹

I. クラス・アクションにおける利害状況

II. 利害関係者のインセンティブとコスト負担

III. 弁護士の戦略

- 1 訴提起前の戦略
- 2 クラス承認前の戦略
- 3 クラス・アクション承認後の戦略

IV. 結語

I. クラス・アクションにおける利害状況

クラス・アクションとは、ある当事者が自らのみならず同種の利害を共有する他者をも代表して訴訟遂行する大規模紛争処理メカニズムである。被代表者の側から代表を選定するのではなく、代表者の側で被代表者を定義するところに、日本の民事訴訟法 30 条の選定当事者との明確な違いがある。他方、クラス・アクションでは、そもそもクラス・アクションとしての訴訟遂行をどのような範囲のクラスについて認めるか、そして訴の取下や和解を認めるかについて、裁判所が後見・監督機能を担っている。この点では通常の民事訴訟の原則である、訴の提起や取下・和解を当事者の任意に委ねる処分権主義が修正されている。そのかわり、クラス代表者の訴訟活動の結果としての判決や和解等の効果は、すべてのクラス構成員に及ぶ。すなわち判決効の主観的範囲が拡張されている¹⁾。

本稿では、クラス・アクションに際し、アメリカの弁護士がいかなる考慮のもとに戦略を立てているかについて分析する。クラス・アクションについては、日本でもその制度や理念の紹介がなされ²⁾、アメリカでの実情についても関心がもたれている³⁾一方、濫用があると指

1) 浅香吉幹『アメリカ民事手続法（第2版）』（弘文堂、2008）35-45頁。

2) たとえば田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987）。

3) 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会『アメリカ合衆国クラスアクション調査報告書』（2008）（<http://www.>

摘されていることから、とくに企業サイドからは蛇蝎のごとく嫌われている⁴⁾。とはいうものの、アメリカにおいてクラス・アクションが廃止されることはありえないし、濫用に対する対処も、クラス・アクションの提起を制約するという単純なものではない。1966年に連邦民事訴訟規則23条の改正によりクラス・アクションの提起が容易になった直後の濫用批判に対してこそ、連邦裁判所のクラス・アクション管轄権の限定解釈、クラス構成員に対する通知要件の厳格解釈、クラス・アクション不承認の即時上訴を認めない、といった対処がなされたものの、1990年代の濫用批判に対しては、むしろ連邦裁判所管轄権の拡大と連邦裁判官による後見・監督権限の強化によって対処しようとしている⁵⁾。このような中でアメリカの弁護士は、原告側、被告側においてそれぞれ戦略を立てている。

クラス・アクションは原告側クラスの場合のみならず、稀ではあるが被告側クラスもある⁶⁾。しかし本稿ではより一般的な原告側クラスのクラス・アクションについて論ずることにする。クラス・アクション戦略を分析するにあたって踏まえるべきことは、クラス・アクションには多くの関与者がいるということである。通常の民事訴訟は、原告側被告側それぞれの当事者とそれを代理する弁護士、そして中立者としての裁判官と陪審がいるという程度の単純なものであるが、クラス・アクションにおいては原告となるクラス代表者と背後にいるクラス構成員、原告クラスのための弁護士、被告、被告を代理する弁護士、そして通常民事訴訟における当事者主義にはない積極的な後見・監督権限を帯びた裁判官がいる。そしてそれらの関与者はクラ

ス・アクションをめぐってそれぞれのインセンティブとコストがある。インセンティブには、クラス全体の利益を高める有益なもの、クラス全体の利益を損なう有害なものがある。そしてクラス・アクションは莫大なコストがかかりがちであることから、その負担をどのように分配するかが戦略にとって重要な考慮要素となる。したがって一獲千金を目指して思いつきでクラス・アクションを弁護士が提起できるものではなく、弁護士や当事者の組織化がなされる必要もある。弁護士と当事者との関係も、どちらに主導権があるかが戦略に関わりをもち、それゆえに制度設計でも重要となる。

大規模紛争処理メカニズムのモデルとしては、日本でも消費者契約法上で採用されたような、特定の実体法分野に限って特定の既存の団体に訴訟を遂行させる団体訴訟モデルと、実体法を限定することなく手続法的に当該訴訟限りの団体を編成するクラス・アクション・モデルとがある。アメリカ、とくに連邦裁判所においては、合衆国憲法第3編の事件争訟性 (case or controversy) の一要素たる原告適格のもとで原告自身が損害を被っていることが必要とされる⁷⁾ため、団体自体に損害がなければ (または団体の構成員の損害について団体が代わって権利行使するのでなければ) 団体自体が利害関係者代表たりえず、団体訴訟モデルの採用はできない。しかしアメリカのクラス・アクションの実際においても実体法分野ごとに問題状況が異なるし、クラス代表に機関投資家や既存の団体のメンバーがなる場合、あるいは公益ロー・ファーム (public interest law firm)⁸⁾ が弁護する場合のように、クラス・アクションにおいても既存の団体が積極的な役割を担うことは少なく

nichibenren.or.jp/ja/committee/list/shohisha/shohisha_b.html, 2008年9月16日最終検索、からダウンロードできる)。

4) 三木浩一ほか「座談会：消費者団体訴訟をめぐって」ジュリスト1320号2頁、12頁〔大村多聞発言〕(2006)。

5) 浅香吉幹「アメリカ法の潮流：クラス・アクション」アメリカ法2006-2号415頁(2007)。

6) たとえば銃犯罪への間接的責任を問うために、銃業界の製造、卸売、小売各レベルの大企業および中小企業を被告とする場合が例として考えられる。

7) *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992)。

8) 浅香吉幹『現代アメリカの司法』(東京大学出版会、1999)167-168頁。

ない。

II. 利害関係者のインセンティブとコスト負担

クラス代表者もクラス構成員も被告も弁護士もそれぞれクラス・アクションに利害を有している。弁護士も原告側と被告側、さらには業務形態や報酬の算定方法に応じて利害状況が異なる。一般に弁護士としては、時間制で報酬を算定されるのであれば訴訟が長引けば長引くほど報酬額が増大することになる。他方、報酬額が固定であると労力を投下すればするほど報酬単価が目減りする。アメリカ型の成功報酬制 (contingent fee) — 敗訴の場合は報酬を取らない — では、勝訴額または和解額の一定割合で報酬が算定されるので、訴訟が遅延しても勝訴額ないし和解額がそれに見合うほど増大しないのであれば、やはり報酬単価が目減りすることになる。そのため、原告側の弁護士の場合、成功報酬制であれば、早いうちにある程度の和解になるのが望ましいのに対し、時間制で報酬を算定する被告側および原告側の弁護士の場合、早い和解よりも訴訟がゆっくりと進行することが望ましい、ということになる。

ことにクラス・アクションでの原告弁護士が通常の民事訴訟における弁護士と異なるのは、依頼者の利害の擁護に専念するのではなく、クラス全体の利害を擁護する義務が生ずるところにある。そのかわり、クラス原告の弁護士はクラス全体から弁護士サービスに対する正当な報酬を受け取ることが許される。クラス・アクションが金銭賠償を求める場合には、勝訴判決額や和解額がクラス全体の取り分、すなわち common fund であることから、アメリカ型の成功報酬や lodestar 方式と呼ばれる時間制の報酬の原資とすることもできる⁹⁾。しかしクラス・アクションは金銭の給付を求めるものばかりではない。連邦民事訴訟規則 23 条 (b)(3) 項が金銭給付を求めるクラス・アクションに利用され

るのに対し、(b)(2) 項のクラス・アクションは人権侵害等の差止を求めるために用いられる。しかしこの場合、弁護士サービスに対する報酬をどこから捻出するかが問題となる。

もちろん利害関係者にしろ弁護士にしろ、私利のみを考えているということではなく、正義感や不正に対する憤りに由来する利他的な動機にも動かされうる。これも究極的には自分のための動機として還元できる、という必要はここではない。ただこのような利他的な動機も、目先の私利をどこまで犠牲にしてまで追求できるかの問題をつねにはらむことになる。利害関係者がクラス代表者となると、被告から証言録取 (deposition) などの開示 (discovery) の求めに応ずるといった負担を負わなければならないし、訴訟に付随する実費を当面負担する必要もある。それでも正義感や利他的な意識からクラス代表者となることを厭わない者もめずらしくはない。

しかしながらそのような犠牲精神に場当たりに依拠することは制度としての信頼性に欠ける。そこで弁護士や利害関係者が組織的にクラス・アクションに関与するメカニズムが必要となる。1つの方法としては既存の団体が、形式的に代表者とはなれなくとも、実質的にクラス・アクションを提起することがある。人権団体や消費者団体や環境団体などは、それぞれの活動の目的のためにクラス・アクションを利用すると考えられるし、訴訟遂行能力も高いといえる。しかしながらこれらの既存の団体の目的は訴訟に限られたものではなく、むしろ訴訟外の活動が主たる団体目的であると、クラス全体の利益よりもより広範な団体の目的からクラス・アクションを遂行する可能性がある。クラス・アクションの目的も、単に個々のクラス構成員の利益の寄せ集めではなく、より抽象化された一般の利益であったりもするので、団体がその活動目的に従ってクラス・アクション戦略を組むことも直ちに利益相反になるとはいえない。しかし長期的視野に立った団体の活動が、より短期

9) MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION (FOURTH) §14.12 (2004).

的な利害を有するクラス構成員と利益相反する可能性は無視できない。もしこの問題が深刻である場合には、団体の訴訟部門と他の部門との間に組織上のファイア・ウォールを設ける必要も生じよう。

団体がクラス・アクションに関与するにしてもコストをどのようにまかなうかの問題がある。通常は構成員の会費とか各方面からの寄付といった通常の団体の収入にこういったコストが食い込むこととなる。人権訴訟においては42 U.S.C. § 1988 (b)により、アメリカの原則である弁護士費用各自負担の例外として、勝訴原告は敗訴被告から合理的な弁護士費用を回収することができる。このため人権団体は、差止訴訟であっても勝訴判決により弁護士費用を回収することで、次の訴訟のための原資とすることができる。しかしながら合衆国最高裁判所判決¹⁰⁾により、この敗訴者負担は判決による勝訴を経なければならず、和解により実質的に勝訴したというのでは利用できないものとされている。

公益ロー・ファームの場合は、訴訟が中心的な活動であるため利益相反の問題はクラス全体の利益をどのように把握するかという問題に還元される。ただ、公益弁護以外の報酬から公益訴訟の原資を得ることが可能であるということはあるが、コスト負担の点で容易ではないことに違いはない。

クラス・アクションの場合、個々のクラス構成員の利害はクラス全体の中で微々たるものとなりがちであるので、既存の団体がクラス・アクションを組織化できないのであればロー・ファームが主導的な役割を担うことになる。この点では訴訟において依頼者が主体的に代理人たる弁護士を雇う通常の関係から逆転することになる。また弁護士の活動を依頼者が効果的に監督することができるかも疑問となる。クラス・

アクションにおいて裁判所の後見・監督があるといっても、それは主としてクラス代表者以外のクラス構成員の利害を守ることが中心になっており、弁護士・依頼者間の関係に介入することにはおのずと限界がある。

公益ロー・ファーム以外のロー・ファームがクラス・アクションを組織するインセンティブは、報酬ということになる。差止を求めるクラス・アクションについては、判決ないし和解に基づくコモン・ファンドが原資とならないため、その形で提起されることは現実的ではない。他方、個々のクラス構成員への給付が微々たるものとなる消費者訴訟等では、弁護士報酬のみが目立ちすぎ、弁護士のみがもうけているとの外観への懸念から、ロー・ファームが躊躇する原因となる¹¹⁾。

ロー・ファームがクラス・アクションを組織するといっても、クラス・アクションには莫大なコストがかかるため、単独開業や小規模事務所の弁護士が一獲千金を目論んで提起できるものではない。被告が巨額の敗訴判決を恐れてすぐに nuisance value (迷惑料) を支払う和解に応じてくれるという俗説もあてになるものではない¹²⁾。むしろ組織的にクラス・アクションを主導する、そしてクラス・アクションの濫用批判の的となっているのは、少数精鋭を集めてクラス・アクションを専門とする中規模ロー・ファームである。この種のロー・ファームの場合、むしろその有能さとクラス・アクションをビジネスとしているかのような積極さゆえに、依頼者の関与がいよいよ希薄となっている。とくにクラス・アクション弁護士批判の顕著であった証券詐欺訴訟においては Milberg Weiss と Coughlin Stoia Geller というロー・ファームのシェアが顕著であり¹³⁾、それをコントロールするための Private Securities Litigation Reform Act of 1995 (私人による証券訴訟改革法) の

10) *Buckhannon Bd. & Care Home, Inc. v. W. Va. Dep't of Health & Human Res.*, 532 U.S. 598 (2001).

11) DEBORAH R. HENSLER ET AL., *CLASS ACTION DILEMMAS* 83 (2000).

12) James D. Cox, *Making Securities Fraud Class Actions Virtuous*, 39 ARIZONA LAW REVIEW 497, at 502 (1997).

13) LAURA E. SIMMONS & ELLEN M. RYAN, *SECURITIES CLASS ACTION SETTLEMENTS: 2006 REVIEW AND ANALYSIS* 16 (2007) (<http://securities.cornerstone.com/>, 2008年9月16日最終検索、からダウンロードできる)。

合衆国議会の法案審議での公聴会において、そのパートナーが「私は世界で一番すばらしい弁護士業務をしている。私には依頼者がいないのだから。」といった傲慢な発言をして火に油を注いだことは象徴的である¹⁴⁾。この法律は、拙速なクラス・アクションの提起を抑止するとともに、年金基金や投資信託 (mutual fund) といった機関投資家をクラス代表者になるよう誘導し、その結果、クラス代表者による弁護士の監視と、そもそも弁護士を、疑わしい企業活動を躍起になって掘り起こすクラス・アクション専門のロー・ファームから、企業活動についてより寛容な会社法分野主体の大規模ロー・ファームとなるよう誘導することを目論んでいた¹⁵⁾。しかし現実には、Milberg Weiss や Coughlin Stoia Geller はこの法律の施行後、その分析能力を発揮することにより、法律の要求する高いハードルをクリアする事件を選別することで、かえってシェアを増やすことに成功した。

ロー・ファームがクラス・アクションを主導するということは、クラス代表者もロー・ファーム側で選別することになるが、すでに自分に依頼をしている者以外をクラス代表者としようとしてアプローチすることには弁護士倫理上の制約がある。すなわち、クラス・アクションが承認され、クラスからの離脱 (opt-out) 期間が経過するまでは、弁護士とクラス構成員との間には代理関係が存在しないため、当該クラス・アクションに関する情報提供と情報収集のために接触することと、一般的に弁護士の援助を受けることを助言するところまでは許されるが、自分に依頼するようしむける勧誘は厳しい規制を受ける¹⁶⁾。さらに、クラス代表者になった依頼者に対して秘密裏にキックバックをしていると、贈賄、詐欺、偽証、司法妨害 (obstruction

of justice)、およびそれらの共謀 (conspiracy) といった犯罪となる可能性がある。Milberg Weiss および Coughlin Stoia Geller の主要パートナーがこれを犯したとして当該パートナーおよびロー・ファーム Milberg Weiss が連邦裁判所に訴追された事件では、パートナーが有罪の答弁をする一方、ファームについては、パートナーによる違法行為のあったことを認めて7500万ドルを支払う代わりに訴追を取り下げてもらい取引が成立した。しかし Milberg Weiss からは弁護士が流出し、クラス・アクション受任のシェアを大きく落とす一因となっている模様である¹⁷⁾。

Ⅲ. 弁護士の戦略

クラス・アクションにおける弁護士の戦略¹⁸⁾は、概して(1)訴提起前、(2)クラス・アクション承認前、(3)クラス・アクション承認後、で区分できる。

1 訴提起前の戦略

この段階においては、もっぱら原告側の弁護士の戦略が問題となる。まず弁護士として考慮しなければならないのは、そもそも自分がクラス・アクションを遂行する能力・経験と資金があるか、ということである。クラス・アクションは事件自体が大規模であることから、相手方も徹底的に抗戦しがちで、開示などの手続に多くの労力と時間をかける必要があり、しかも事件内容も複雑であることも多いため、その任務を適切に遂行できる能力と経験が要求される。また最終的に多額の弁護士報酬が手に入る見通しがあるとしても、それまでの経費は弁護士が

14) STEPHEN J. CHOI ET AL., *DO INSTITUTIONS MATTER?: THE IMPACT OF THE LEAD PLAINTIFF PROVISION OF THE PRIVATE SECURITIES LITIGATION REFORM ACT 19* (2005).

15) Cox, *supra* note 12, at 516.

16) MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT R.7.3; ABA Committee on Ethics and Professional Responsibility, Formal Opinion 07-445 (2007).

17) SIMMONS & RYAN, *supra* note 13, at 16.

18) 詳しくは ROBERT H. KLONOFF ET AL., *CLASS ACTION AND OTHER MULTI-PARTY LITIGATION* 288-310 (2d ed. 2006).

立て替えることもしばしばである。クラス構成員に通知する費用だけで単独開業弁護士の平均年収を超えることもある¹⁹⁾。しかもその間、そのクラス・アクションに専念して他の事件を取り扱えないということになれば、そのための資金があらかじめ潤沢にプールされている必要がある。一獲千金を夢見てクラス・アクションを弁護士が提起できない理由はここにある。弁護士費用以外の訴訟費用も巨額となり、しかもそれが敗訴者負担となることはまた、そもそも自分の依頼者の利益の視点から、クラス・アクションではなく個別の訴訟を選択する方向へと作用する。

もし能力・経験や資金にかんがみ自分単独でクラス・アクションを提起できないということになれば、他の弁護士との提携が考えられる。その場合、自分が遂行の主導権を握ったまま他の弁護士の能力ないし資金力での協力を仰ぐのか、むしろ他の弁護士にクラス・アクションの遂行を委ねて、自分は最終的にもたらされる報酬の分配にあずかれる程度の従属的役割ないし依頼者の紹介の地位に留まるかの選択になる。これは相手の弁護士との交渉次第ということになる。その際、すでに別のクラス・アクションが提起されているのであれば、それとの関係も考慮しなければならない。とくに競合するクラス・アクションの承認がすでになされている場合、それでも弁護士としてクラス・アクションに関与したいとしても、訴訟参加 (*intervention*) をして、従属的な役割を担う選択肢しか事実上残されていない。

次にクラス代表者を誰にするか選別しなければならない。ここでは代表者を1名にするか複数にするかがまず問題となる。適切な代表者であれば1名で十分なのであるが、被告から代表者としての適切性に関し争われる可能性が高い場合は、組織の単純さを犠牲にしても複数代表によってリスクを回避することが考えられる。適切な代表といえるためには、当該代表者がクラス全体の典型である必要があり、そのために

はその代表者に限って主張されるような抗弁があっては困る。また代表者の事案が、被告の責任の所在を明確に示すもので、かつ証拠が豊富にあるといった、本案での強みのあるものであることが必要である。他方、代表者が確定申告を怠っているようなことがあると、損害の証拠を収集する目的の開示ですぐさま被告側の知るところとなり、損害の証明活動に不利となるし、法の遵守をしていないクラス代表者ということでも心証が悪くなることもあるから、原告側クラスの弁護士としてはあらかじめそのような問題のない代表者であることを確認しておかなければならない。そして代表者には、被告側弁護士の攻撃的な尋問にも耐えられるよう、心理的な強靱さと、原告側弁護士との意思疎通と、事件の内容についての理解とがなければならない。

それと関連してクラスの画定の問題がある。クラスを大きく画定するほど弁護士報酬の見込額も高まるし、紛争の一回的解決に資するのであるが、クラス構成員によって異なる州法が適用になる可能性とか、構成員内部の利害対立が顕在化する可能性が高まるといった問題が生ずる。またクラスの規模が大きくなればそれだけ運営が複雑化する原因となり、とくに各構成員への通知コストなど、運営費用も高まることにもなる。かといってクラス内の利害対立に対処するために小クラス (*subclass*) 分割されると、組織が複雑化するのみならず、弁護士一人でクラス・アクション全体について代理することができなくなって報酬が減ることになりかねない。

被告の選定の問題もある。多くの被告に対して訴を提起すると、敵が多くなって防戦一方になるとか、そのための時間やコストが高まるといった短所があるが、和解の総額が多くなるとか、被告間の内部対立に乗ずることが可能となるといった長所もある。

クラス代表者やクラス画定の選定は、どの裁判所にクラス・アクションを提起するかということと関係する。クラス・アクションは連邦法

19) KLONOFF ET AL, *supra* note 18, at 293.

に基づくものと州法に基づくものがあり、連邦法に基づくものでも反トラスト法や証券法のように連邦裁判所に専属管轄があるものと、それ以外の競合管轄のものがある。また州法に基づくものでも、州籍相違 (diversity of citizenship) 管轄権によって連邦裁判所に競合管轄権がある場合もある。連邦反トラスト法違反と構成できる事件ですら、州法上の反トラスト法や不法行為法に違反すると構成すれば州法上の事件となる。原告側の弁護士としては、複数の連邦地方裁判所と複数の州裁判所の中から自分にとってもっとも都合のよい (あるいは被告にとって不便な) 裁判所を選ぶことになる。裁判所によってクラス・アクションに好意的か敵対的かの違いがあるし、そもそも州裁判所の中にはクラス・アクションの手續に慣れていないところもある。また弁護士にとっては、自分が普段から実務をしている裁判所という点での便宜もある。また証拠調での便宜や、他にも同種の訴訟が提起されていてそれと併合されてしまうかといったことも考慮する必要がある。

しかし裁判所を選択する際に注意しなければならないのは、法廷選択のイニシャティヴは原告側にあるとはいえ、被告側にも移送の権利が与えられている可能性がある。したがって原告側弁護士としては最も有利な裁判所を選択して訴を提起したとしても、被告側の弁護士がすぐさま被告側に有利な裁判所に移送してしまったのでは何にもならない。原告側にとって連邦裁判所が有利であるとしてある連邦地裁に訴を提起した場合には、他の連邦地裁に移送 (transfer) されるか否か——多様な利害が関わるクラス・アクションでは連邦裁判所は通常訴訟よりも移送をより緩やかに認める傾向にある——を考慮すれば足りるが、州裁判所に提起する場合には、その州の他の裁判所に移送されるのみならず連邦地裁に移送 (removal) される余地があるかを考慮しなければならない。連邦法に基づく事件においては連邦裁判所への移送の可能性を排除できないが、州法に基づく事件においては、

州籍相違管轄権を満足する場合に限って連邦地裁への移送が可能であるから、どうしても連邦地裁への移送をさせないというのであれば、あえて連邦法上の請求を控え、かつ州籍相違管轄権を満足しないようなクラス代表者選定ないしクラス画定をしておかなければならない。

2 クラス承認前の戦略

この段階では、被告側の弁護士の戦略が関わってくる。裁判所の選択に関しては、被告側としては移送の是非が問題となる。その場合、同一裁判所に係属している事件、他の裁判所に係属している事件との関係で、移送を申し立てたり、連邦地裁であれば 28 U.S.C. § 1407 の multidistrict litigation (広域係属訴訟) 手續によるトライアル前手續に限っての移送の申立の選択肢がある²⁰⁾。その上でクラス・アクションをどのように終結させるかの戦略が必要となる。まずは早期に終結させることが望ましいのか、徹底的に争う覚悟でゆくのか、また、和解の余地があるのか、という問題がある。

そもそも裁判所がクラス・アクションを承認すると、被告にとって最悪の莫大な敗訴判決を被る可能性があるため、まずはクラス・アクションの承認を阻止するための戦略を講ずることが考えられる。すなわち連邦民事訴訟規則 23 条や同種の州法上のクラス・アクションの要件の不充足を主張することで、裁判所にクラス・アクションを不承認とさせ、原告に自らのためだけの訴訟遂行のみを可能とし、そうなれば実際上クラス・アクションのメカニズムがなければ訴訟遂行の不可能な場合が多いため、訴の取下ともなりうる。しかしクラス・アクション要件の不充足の主張が、当該クラス代表候補者の適格性だけに関わるのであれば、別の原告を代表者として差し替えるだけで手續をやり直せるため、なるべくなら誰が代表であろうとも該当する理由で不承認の主張をすることが望ましい。

付随して、クラス・アクションを防御するコ

20) 浅香吉幹「広域係属訴訟 (1・2)」法学協会雑誌 103 卷 4 号 749 頁、5 号 944 頁 (1986)。

スト、とくに開示のコスト、を限定する目的で、この段階での開示をクラス・アクションの承認不承認に関わるものに限定する申立を行うことが必要となる。クラス・アクションの許可不許可に関する開示といっても、本案に関する開示と共通の証拠・情報を求められることもありうるから、峻別できるものではないが、クラス・アクションが不許可になるまでに不必要な開示のコストを負うことは避けるべきである。ましてや被告の本案での敗訴につながりかねない不都合な情報は、本案での開示までは拒めないにしても、せめて開示を遅らせ、クラス・アクションが不許可となれば開示しないですむようにすることが肝要である。

他方、クラス代表候補者の請求が、そもそも本案判断で敗訴となりそうなものであるならば、クラス・アクションの承認の判断をするまでもなく、本案判断で被告勝訴とすることが可能とされている。そのため被告としては、クラス・アクションの承認を回避する戦略として、当該原告の請求を直ちに争って、場合によっては本案に関する開示を経て、訴状の却下ないし *summary judgment* という本案の勝訴判決を目指すことがありうる。ただしこの場合も、判決効は当該原告に対してのみ主張できるので、他のクラス代表者が出てくる可能性がある場合には、当面のクラス・アクションの回避の効果しかない。それでも本案に関する裁判所の判断がなされることにより、他の原告の出現を抑止する波及効は期待できる。

弱気な被告としては、とにかくクラス・アクションを回避するために、目先の原告との和解をするという選択肢もある。その場合は、いわゆる *nuisance value* (迷惑料) を支払うことによって、たとえ原告の請求が根拠薄弱であるとしても、長期化する訴訟での手続コストに比べて安上がり、という考慮に基づく。しかしこのような戦略も当該原告にしか和解の拘束力が及ばないので、それが意味をもつためには、その後、他の原告がクラス・アクションを提起してこ

いことを確保しないとイケない。とくにこのような方針で和解に応ずることが広く知られてしまえば、手っ取り早い和解を見込んだ他の根拠薄弱な請求をかえって誘発することになり、とても安上がりといえないことになってしまう。したがってこのような和解をするのであれば、和解内容を原告が口外しないようにする和解条項を設けておかなければならない。また和解の条件として、原告側弁護士が同一事件で他の原告の依頼を受任しないという条項を入れることもある²¹⁾。それでも和解したことは知られかねないため、実際にこのような *nuisance value* による和解は、いわれているほどにはないようでもある。

3 クラス・アクション承認後の戦略

クラス・アクションはコストのかかるメカニズムということで、被告としては極力回避したいのが一般的であるのであるが、多数の請求を一回で終結できるという点では、被告にもメリットがある。とくに大規模不法行為事件 (*mass tort*) のように大勢が死亡したり深刻な健康被害が生じたということで、多数の訴訟に応訴することが避けられないともなれば、別訴1件1件に応訴するよりは、クラス・アクションでまとめて1回で処理（あわよくば勝訴、そうでなくても和解）できれば被告にとっても安上がりとなる余地がある。むしろ潜在的被害者すべてをも含めたクラス・アクションで、クラス構成員がもれなく *global settlement* と呼ばれる集団的和解に応じてくれるのであれば、その後の追加的な訴訟を恐れることもなくなることになるので、被告の企業活動の不安材料が払拭され、株価にもよい効果をもたらすことになる。とくに和解に基づくクラス構成員からの請求に打切期限が設けられれば、被告の支払総額が相当程度予測できるようになる。そのため事件によっては被告がクラス・アクションの承認にあえて反対せず、むしろ相当程度の和解内容を原告側

21) *MANUAL FOR COMPLEX LITIGATION (FOURTH)* §13.24 (2004).

と詰めた上で原告被告共同でクラス・アクションの承認を裁判所に求める、いわゆる和解クラス・アクション (settlement class action) もありうる。ただしこのようなクラス・アクションは、原告のクラス代表者と被告の利害が一致するものの、必ずしもクラス構成員の最善の利益が図られるとは限られず、むしろクラス構成員の利益を損なう原告被告の談合すらありうるため、Class Action Fairness Act of 2005 (クラス・アクション公正法) や連邦民事訴訟規則 23 条の 2003 年改正では、クラス構成員の利害を守るための裁判所の後見・監督機能、とくに和解案の監視機能を強化している。

他方、被告側がクラス・アクションの承認に反対してきた場合、クラス・アクションが承認されると、戦略の立て方は一変する。クラス・アクションが一旦承認された場合でも、クラス・アクションをあらためて不承認とすることもありうるので、被告側の弁護士としては時機をみて再考の申立をすることも考えられる。しかしこの段階となると、本案の帰結の可能性と本案に関する開示など訴訟遂行のコストとをにらみながら、原告と被告との間で和解が模索されるようになる。クラス・アクションにおいては、トライアルを経ての判決も皆無ではないものの、ほとんどが取下か和解で終結する。

このような状況での戦略は、いかに自分の側に有利な和解を勝ち取るかが中心となる。クラス・アクションの和解においては、金銭給付のみならず、非金銭的だがクラス全体のためになる将来的な措置を講ずるということがある。このような措置は個々のクラス構成員への金銭給付をわずかに増額するよりは、被告にとって安上がりであるとともに、将来の一般への利益に資するというでクラス・アクションの目的にかなう場合がありうる。しかしこのような和解も、クラス代表者が満足しても、現実の被害者であるクラス構成員の取り分を実質的に削るということになる、裁判所による介入を招くことになる。さらにはこのような原告被告間の和解の結果、明示

的ないし黙示的に原告クラスの弁護士がコモン・ファンドから受け取る弁護士報酬も決まってくるので、被告側弁護士が原告クラス弁護士へのお手盛で、クラス全体の利益を損なうような和解を獲得する懸念もある。

被告側として原告クラスを和解に追い込む方法としては、倒産する、または倒産の可能性をちらつかせることがある。すなわち原告がいかに勝訴判決を獲得したとしても、被告が倒産してしまうと判決額の満額を回収することは困難となり (このような状況を judgment proof と称する)、また和解内容に不満であるからといってクラスから離脱して別訴を提起することも無意味となるので、被告としては現実的に拠出する和解額に脱落者なく応じるよう原告側を追い込むことができる。もちろん被告企業にとって倒産はさまざまな不都合があるので、安直に使える手段ではないが、最後の手段として強力である。同様に被告が現実的に拠出できるのが保険金の限度額であるときにも、limited fund という状況になり、原告側としても現実的に確保できる和解で満足するインセンティブとなる。倒産を含むこのような limited fund の状況においては、利害の対立状況から被告は離脱し、むしろ限度額ある和解金を原告クラス内部でいかに分配するかという対立状況に移行する。

クラス共通の争点としての被告の責任の存在に関して強力な証拠があれば、原告側は summary judgment により被告の責任を認める本案判断を確保した上で、残る損害に関する争点について被告を和解に追い込みたいところである。しかし和解が成立しなくなれば、原告側被告側とも最終的にはトライアルで本案に勝訴するための戦略を立てることになる。この段階の被告としては、効率的事件処理の観点から複数のトライアルが同時進行することは避けるべきで、複数の訴訟が係属中であればなるべくトライアルの併合を画策するのが普通である。陪審審理を選択する場合には、なるべく単一の陪審に全事件の判断を委ねるのが被告側の戦略となる。多くの事件をまと

めて処理することが時間やコスト上の問題を惹起するのであれば、テスト・ケースの審理を先行させ、共通の争点に関する本案の判断を得て、他の事件ではその結論に沿って和解するという方法がある。ただし原告側も被告側も自分にとって有利な結論がもたらされそうなテスト・ケースを選ぼうとするのが自然である。

IV. 結語

クラス・アクションを論ずるにあたって、クラス・アクションの理論的背景と制度を理解することも不可欠であるが、この大掛かりな紛争解決メカニズムの中で、専門家たる弁護士がどのような戦略のもとに実務を行っているかを見落としては、その実像を把握したことにならないであろう。また弁護士の戦略を理解することで、クラス・アクションの理論と現実との適合性や制度の妥当性を評価することにも資する。本稿はアメリカの弁護士が戦略を組み立てている実務の一端を紹介しようとする試みであったが、クラス・アクションごとの個性が強いことから、弁護士はマニュアル通りに戦略を立てればよいというものではなく、つねに創造性が要求されていることを忘れてはならない。

(あさか・きちもと)

論説

アメリカにおける投資ファンドの規制

東京大学客員教授
野村総合研究所主席研究員

大崎貞和

I. はじめに

II. アメリカにおける投資ファンド規制の枠組み

- 1 投資ファンドの構造
- 2 投資ファンド規制の枠組み
 - (1) 仕組み規制
 - (2) 業規制
 - (3) 行為規制

III. SEC による規制強化の試みとその挫折

- 1 ヘッジファンド規則の採択
- 2 ゴールドストーン対 SEC 事件判決

IV. SEC による投資ファンド規制の再構築

- 1 ゴールドストーン判決に対する評価
- 2 ヘッジファンド登録法案の提出
- 3 不正禁止規則の制定とその意義

V. 投資ファンド規制の課題

- 1 規制強化の正当化根拠
- 2 日本法の現状
- 3 曖昧な投資ファンド概念

I. はじめに¹⁾

近年、世界的に、投資ファンドの活動に対する規制・監督のあり方をめぐる議論が活発化している。

投資の専門家であるファンドマネジャーが、複数の投資家から資金を受託して集合的に運用する仕組みを広く投資ファンドと呼ぶとすれば、その歴史は古く、形態も多様である。

投資ファンドに対する法規制の枠組みは、主として、広く大衆投資家から資金を集めるタイプのもの（公募投資信託）を念頭に置きながら、各国で整備されてきた。投資信託に資金を拠出する大衆投資家を保護するためには、情報開示（ディスクロージャー）制度やファンドマネジャーに対する一定の規制が必要と考えられたためである。これに対して、機関投資家や一部の富裕個人だけから資金を集める私募の投資ファンドについては、一般に、投資信託のような厳格な規制は課されてこなかった。

ところが、最近では、機関投資家が流動性の高い株式や債券を買い付けて保有するという伝統的な投資スタイル以外の投資手法（オルタナティブ投資と総称される）への関心を強

1) 本稿は、野村資本市場研究所の資本市場クォーターリー誌上に発表した筆者の次の旧稿を再構成し、大幅な加筆・修正を加えたものである。大崎貞和「SEC のヘッジファンド規則に対する無効判決」資本市場クォーターリー 10 巻 1 号 54 頁（2006）、「投資ファンドに対する規制のあり方」同 11 巻 1 号 89 頁（2007）、「米国 SEC のファンド規制に関する新展開」同 11 巻 2 号 58 頁（2007）。また、本稿の執筆にあたっては、東京大学法科大学院における 2007 年度冬学期演習（金融法）に参加された寺田昌弘氏（旧 62 期司法修習生）の報告および提出レポートから有益な示唆を得た。この場を借りて謝意を表したい。

めていることから、いわゆるヘッジファンドなど私募の投資ファンドの種類が多様化し、その数も増加している。しかも、ヘッジファンドの投資資金引き上げが1997年のアジア通貨危機の引き金を引いたとされることや、1998年のLTCM (Long-Term Capital Management) の破綻が国際金融市場の動揺につながったことに象徴されるように、私募投資ファンドの金融・資本市場における存在感は、以前に比べて格段に大きくなっている。最近の、いわゆるサブプライムローン問題に端を発する金融市場の混乱に際しても、ヘッジファンドの投資行動が大きな関心を集めた。

そこで、従来、本格的な規制・監督の対象とされていなかった私募ファンドをも視野に入れた投資ファンド規制の再構築が検討されるようになってきたのである。以下では、近年のアメリカにおける投資ファンド規制の展開を整理することで、今後の規制のあり方を考える一助とすることをめざしたい。

Ⅱ. アメリカにおける投資ファンド規制の枠組み

1 投資ファンドの構造

アメリカでは、受益証券を公募発行し、広く大衆投資家向けに販売されるミューチュアル・ファンド（オープン・エンド型の会社型投資信託）や取引所に上場して取引されるクローズド・エンド型投資会社以外の私募投資ファンドは、多くの場合、パートナーシップ（組合）や信託の形態をとって設立される。税制上の利点やアメリカ国外の投資家からの出資を募りやすいといった理由から、ケイマンなどのタックス・ヘイブンが設立地とされることも多い。

パートナーシップ形態をとる投資ファンドの場合、ファンドの募集と運営にあたる者が設立した法人等が、無限責任を負うジェネラル・パートナーとなり、投資家は、拠出金額の範囲内でのみ責任を負う有限責任のリミテッド・パートナーとしてパートナーシップに参加する。ファ

ンドによる投資意思決定はジェネラル・パートナーが行うが、外部のアドバイザーとの間で投資助言契約を結ぶことが一般的である。

ほとんどの場合、ファンドのジェネラル・パートナーの設立者（ファンドの実質的な運営者である）と当該ファンドに対して投資助言を行うアドバイザーの間には緊密な関係があるが、法律上は、あくまで外部のアドバイザーが、パートナーシップとの間で助言契約を結ぶという形がとられる。

2 投資ファンド規制の枠組み

一口に投資ファンドに対する規制と言っても、①特定の法的形式を備えることをファンドに要求するといったファンドそのものに対する仕組み規制、②ファンドの運用、販売に係わる者に登録を要求するといった業規制、③ファンド投資家への販売・勧誘に関するルールや情報開示の義務付けなどの行為規制、など様々な角度からのものが考えられる。

(1) 仕組み規制

アメリカにおける投資ファンドの仕組み規制は、1940年投資会社法に定められている。すなわち同法は、①主として有価証券への投資に従事する発行者、②部分払込みの可能な額面出資証券を発行する発行者、③現金及び政府証券を除いた総資産の40%超を有価証券投資に充てている発行者、のいずれかに該当する者を幅広く「投資会社」と定義し、原則として証券取引委員会（SEC）の登録を受けることを義務づける（投資会社法3条(a)項、7条(a)項）。

もともとこの規定は、投資ファンドのとりべき法的形態（会社、信託、組合など）に制約を課すものではないので、純粹の仕組み規制と言うよりは、仕組み規制と業規制の中間的な性格を帯びたものとみることが出来る。

なお、投資会社法は、①発行する受益権の所有者の数が100人以下であり、かつ受益権の公募を行わず、行おうともしない発行者、または②500万ドル以上の投資を行う個人など一定の要件を満たす適格購入者(qualified

purchaser) のみに対して受益権の販売を行う発行者、は投資会社とはみなさず、登録義務を課さないとしている(同法3条(c)項)。

近年その活動が社会的にも注目を集めているヘッジファンドなどの投資ファンドは、もっぱら年金基金などの機関投資家や一部の個人富裕層の運用資金を募っており、単一のファンドで投資家数が100人を超えることは少ない。そこで、ファンド設定時の受益証券発行を私募、すなわち少数者への発行もしくは私募に関するセーフハーバー・ルールであるレギュレーションDに依拠した自衛力ある認定投資家(accredited investors: 機関投資家や純資産100万ドル超の個人など)のみへの発行で実施するか、適格購入者のみを対象として勧誘を行えば、投資会社法の登録免除要件を満たすことになる。

実際、多くの投資ファンドは、こうした点に留意することで投資会社法に基づくSECへの登録を免れている。これに対して、一般の個人投資家を対象とするミューチュアル・ファンド(オープン・エンド型投資会社)や取引所に上場されるクローズド・エンド型投資会社は、SECによる登録を受けている。

(2) 業規制

前述のように、投資会社法の登録義務に関する規定は、投資ファンドそのものに対する業規制の側面を有している。一方、投資ファンドの運用者に対する業者規制は、1940年投資顧問業法に定められている。

同法は、単一の州内に留まらない活動をする投資顧問業者に対して、原則としてSECへの登録を義務づける。但し、①過去12ヵ月間の「顧客」(clients)の数が15人未満であり、②公衆に対して自らを投資顧問業者であると称することがなく、③投資会社に対する投資顧問業者として営業しておらず、④事業開発会社(business development company、中堅企業の資金調達円滑化のために導入された仕組みで、非上場証券

に70%以上投資する等一定の要件を満たしたクローズド・エンド型の投資会社を指す)としても営業していない、という4つの要件を満たす者に対しては、登録義務は課されない(投資会社法203条(b)項(3))²⁾。この登録義務免除規定は、プライベート・アドバイザーに対する適用除外規定と呼ばれている。

パートナーシップ形態をとって設立され、ファンドの投資意思決定を行うジェネラル・パートナーが外部のアドバイザーとの間で投資助言契約を結ぶという構造をとる投資ファンドの場合、助言を行うアドバイザーがプライベート・アドバイザーに対する適用除外規定の要件を満たすためには、助言契約を結んで「顧客」とするジェネラル・パートナーの数(すなわち運用するファンドの本数)を15未満にしておけば足りるものとされる。リミテッド・パートナーとしてファンドに参加する最終投資家は、アドバイザーとの間で直接の契約関係に入ることではないので、「顧客」にはあたらないものと考えられるからである。

単一のファンドマネジャー(あるいはファンドマネジャー・グループ)が、同時に15本ものファンドを運用することはあまり考えられない。このため、一般投資家から公募によって資金を募ることがない投資ファンドの運用者は、ほとんどの場合、プライベート・アドバイザーに対する適用除外規定に依拠しながらSECへの登録を行ってこなかったのである。

(3) 行為規制

アメリカの1933年証券法は、同法の規制の対象となる証券(securities)を幅広く定義している。このため、投資ファンドへの投資持分は、パートナーシップ形態、信託形態のいずれをとった場合でも、証券に該当するものと考えられ、その販売・勧誘については、同法の規制が及ぼされることになる。その中核となるのは、証券の発行者、引受人、ディーラーが公募(public

2) なお、投資顧問業法は、運用資産総額が2,500万ドル以下、もしくはSECの定めるそれ以上の金額以下である業者については、SECへの登録ではなく州当局への登録で足りるとする(同法203A条(a)項)。この規定に基づいてSECが制定した規則203A-1は、投資会社に対する投資顧問業者として営業していない限り、運用資産総額が2,500万ドルから3,000万ドルの範囲の業者のSECへの登録を任意とする。

offerings) を行う場合に、発行者と発行証券に関する全ての重要な情報を含む登録届出書を SEC に提出するよう義務づける情報開示規制である (証券法 4 条、5 条)。

しかし、この規制は、公募を行わない、私募の投資ファンドには適用されない。多くの投資ファンドは、前述の投資会社法や投資顧問業法上の仕組み規制や業規制の適用を避けるためにもファンド持分の公募を行わないため、証券法の情報開示規制の適用を受けることも考えにくい。

もっとも、私募の投資ファンドの販売・勧誘に関して何らの規制も課されていないというわけではない。私募ファンドであっても、その販売・勧誘に際して重要な事実に関して虚偽や誤解を生じさせるような情報提供を行うなど詐欺的な行為がなされれば、証券法の一般的な詐欺防止条項 (証券法 12 条 (a) 項、17 条) に基づく規制の対象となるからである。

Ⅲ. SEC による規制強化の試みとその挫折

1 ヘッジファンド規則の採択

このように、従来アメリカでは、ヘッジファンドなど私募の投資ファンドに対しては、SEC による規制・監督が及ぼされることはほとんどなかった。もちろん、投資ファンドの資産運用に伴って不公正取引が行われるようなことがあれば、当然規制の対象となるが、これはすべての市場参加者が共通に服する規制であり、ファンドに特有のものではない。

しかし、LTCM の破綻を一つのきっかけとして、SEC は、前述の投資顧問業法のプライベート・アドバイザーに対する適用除外規定に着目しながら、投資ファンドへのアドバイザーに対する登録義務の強化へ向けて動き出したのである。

すなわち、SEC は、2004 年 7 月、投資から 2 年以内に償還を受けることのできる投資ファンドについては、投資顧問業法の登録免除規定の適用に際する「顧客」の人数の数え方を、これまでのファンド数ベースではなく、ファンドに参加する投資家の人数ベースとすることとし、最終投資家が 15 人以上存在するファンドの運用を受託する全ての投資顧問業者に対して登録義務を課す規則 203(b) (3) - 2 (以下、ヘッジファンド規則という) の制定を提案した³⁾。

ヘッジファンド規則は、登録規制の適用対象を株式や債券の流通市場に大きな影響を及ぼす短期的な投資を目的とするファンドに限り、ベンチャーキャピタル・ファンドなどにまで適用が及ばないようにするために、投資から 2 年以上償還を受けることができないファンドを適用対象から除外した。とはいえ、投資ファンドに対する監督規制強化の狙いは明らかであり、ファンド業者を中心に強い反発を呼ぶことになった。SEC 内部にも規制強化に対する慎重論があり、一部の委員は規則の採択に反対したが、2004 年 12 月、ヘッジファンド規則は正式に採択されたのである。

2 ゴールドスティーン対 SEC 事件判決

これに対して、ブルドッグ・インベスターズという運用資産規模約 2 億ドルのヘッジファンドを運営し、上場企業に様々な要求を突き付けるアクティビストとしても知られていたフィリップ・ゴールドスティーン氏が、SEC が投資顧問業法に基づいて発した命令によって不当な取扱いを受けた者は 60 日以内に連邦控訴裁判所に対して命令の変更もしくは撤回を申し立てることができるとする規定 (同法 213 条 (a) 項) に基づき、ヘッジファンド規則の無効を主張して提訴した。2006 年 6 月 23 日、ワシ

3) 規則の内容について詳しくは、瀧俊雄「米国におけるヘッジファンド規制の動き」資本市場クォーターリー 8 巻 2 号 19 頁 (2004 年) 参照。

トン D.C. 巡回区連邦控訴裁判所は、ゴールドスティーン氏の主張を認める判決を下した⁴⁾。

SEC は、ゴールドスティーン氏の訴えに対し、「顧客」という言葉が投資顧問業法上明確に定義されていないので、顧客をどのように数えるべきかについての法の規定は曖昧であり、ヘッジファンド規則はその曖昧な規定を明確にしたものに過ぎないと反論した。

控訴裁判所は、大要以下のように述べて、SEC の主張を退けた。

法律に定義規定がないというだけでは法律の用語が曖昧であるとは言えず、議会がいくつかの意味に解釈できる言葉を用いたからといって、SEC がその中から特定の意味を任意に選んでよいわけではない。1970 年の投資顧問業法改正時、議会は、投資会社のみに対して助言を行う投資顧問業者の登録免除規定を削除し、15 人以下の顧客に助言する業者に関する現行規定を設けた。この経緯からすれば、議会は投資顧問業者による助言を受けるのは、あくまで投資会社などファンドそのものであり、投資会社の株主（ファンドへの投資家）が投資顧問業者の顧客でないことを当然の前提と考えていたものと推察される。

これは、同法の投資顧問業者に関する定義規定によっても裏付けられる。つまり、投資顧問業者とは「顧客に対して直接、または出版物や書面によって」投資助言を行う者と定義されているが、ファンドへの投資家が、ファンドに助言を行う投資顧問業者から「直接」助言を受けることはあり得ない。助言を受けない投資家は顧客ではない。

こうした解釈は、かつて SEC 自身も採用していた。連邦最高裁判所も 1985 年の *Lowe v. SEC* 事件判決⁵⁾において、投資顧問業者が行う助言は、個々の顧客のニーズに合った個別化されたものであり、投資家と助言業者との間には、信認関係 (fiduciary relationship) が存在すると指摘している。そうした関係は、投資顧問

業者とファンドとの間には存在しても、業者とファンドへの投資家との間には存在し得ない。

投資顧問業法が SEC による法解釈の余地を残していたとしても、その解釈は SEC の権限の範囲を超えない合理的なものでなければならぬ。SEC による解釈が合理的であると言えるかどうかは、法律の文言と合致 (fit) しているかどうか、及び法律の目的に沿っているかどうかという観点から判断されるべきであり、ヘッジファンド規則における SEC の解釈は文言の通常の意味を超えており、合理性も欠いている。

SEC は、ヘッジファンドの仕組みは、登録規制の適用を避けるために法技術上とられているだけ (legal artifice) だとも主張するが、誰が誰に対する受託者責任を負うかは法的な仕組みによって決定されるのであり、法技術上の仕組みは重要である。また、SEC は、ヘッジファンドの活動が市場に大きな影響を与えるので登録義務の適用除外としておくことは法律の目的にそぐわないとも主張するが、市場への影響という観点からは、投資家の数ではなく運用資産の規模やレバレッジの程度といった要素が重要になるはずである。

このように、控訴裁判所は、ヘッジファンド規則を正当化しようとする SEC の主張をことごとく退け、規則は SEC の権限を逸脱した法律の文言の恣意的な解釈であり無効であると判示したのである。

IV. SEC による投資ファンド規制の再構築

1 ゴールドスティーン判決に対する評価

ゴールドスティーン判決は、投資ファンドに対する規制・監督の強化をめざす SEC に大きな打撃を与えた。

4) *Philip Goldstein, et al. v. SEC*, 451 F. 3d 873.

5) 472 U.S. 181 (1985).

SECは、証券市場に関連する諸法律によって、幅広い規則制定権を与えられている。規則制定権の根拠は、個別の規定における具体的な委任によるほか、「委員会は、この法律によって委員会に与えられた機能と権能を行使するために必要または適切な規則、もしくは規定、もしくは命令を、適時に策定し、発出し、修正し、もしくは廃止する権限を有する」（投資顧問業法 211 条 (a) 項）といった一般規定にも求められる。

もちろん、SECの制定する規則は、憲法及び法律に違反するものであってはならず、その合憲性、合法性をめぐる司法裁判所による審査に服する。とはいえ、SECの規則が法律の規定の解釈や法律に定めのない詳細な規定の補充という形をとりつつ、新たな義務を課したり、適用除外を設けたりしていることは決して珍しくないとも指摘されている⁶⁾。それでも従来、裁判所は、SECによる規則の制定や解釈については、幅広い裁量を認める傾向が強かったのである。

それだけに、SEC規則を無効と断じたゴールドスティーン判決に対しては、裁判所は行政委員会によるあいまいな用語の解釈を否定すべきでないとした連邦最高裁判例（*Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*）⁷⁾に反する上、政策的な観点からも是認できないという厳しい批判もなされている⁸⁾。

これに対して、在任中からヘッジファンド規則の導入に反対していたハーベイ・ピット元 SEC 委員長は、「目的が正しければどんな手段も正当化されるというようなマキャベリばりの考え方は、法の支配を信じる社会では受け入れられないということが明らかになった」と述べて判決を高く評価した⁹⁾。

ゴールドスティーン判決は、SECの裁量が

規制を強化する方向で用いられることを抑制しようとする裁判所の近年の傾向を示すものと捉えることもできる。同判決に先立つ 2006 年 4 月にも、ワシントン D.C. 巡回区連邦控訴裁判所は、SEC が 2004 年 9 月に採択した登録投資会社の取締役会メンバーの 75% 以上を独立取締役とするよう求める規則の規定を無効とする判決を下していた¹⁰⁾。このケースは、規則の内容が他のより低コストで目的を達成できる代替的な手段を十分に考慮しないまま決定されたとして SEC に再検討を求める判決が下されていたにもかかわらず、SEC が修正の必要なしと判断して正式採択を強行した規則が無効とされたという点で、やや特殊な事案だが、過剰な規制の回避を求める訴えが認められたという点は、ゴールドスティーン判決とも共通している。

2 ヘッジファンド登録法案の提出

ヘッジファンドなどの投資ファンドに対する登録規制導入の途を裁判所によって塞がれた SEC は、一方で、議会による立法を通じた解決に望みを託しつつ、新たな規制の導入を模索することとなった。

アメリカ議会にも、投資ファンド規制の必要性を主張する議員はいる。2007 年 5 月 15 日、上院財政委員会の有力議員であるチャック・グラスリー上院議員（共和党）が、「ヘッジファンド登録法案」を議会に提出した。この法案は、投資顧問業法 203 A 条 (a) の登録免除要件を改正し、過去 12 ヶ月間において、①運用資産総額が 5,000 万ドル未満であり、②「顧客」（ここでいう顧客には株主、パートナー、事業開発会社の受益者を含む）の数が 15 人未満であり、③ 15 人以上の投資家の資産を個別にであれ、

6) 私募や少額公募に対する登録免除に関するセーフ・ハーバー・ルールであるレギュレーション D が一例として指摘されることがある。LOUIS LOSS & JOEL SELIGMAN, *FUNDAMENTALS OF SECURITIES REGULATION*, 1513(5th ed. Aspen Law & Business 2004).

7) 467 U.S. 837 (1984).

8) *RECENT CASES*, 120 HARVARD LAW REVIEW 1394, at 1398-1399 (2007).

9) *SEC DEALT SETBACK AS COURT REJECTS HEDGE-FUND RULE*, THE WALL STREET JOURNAL, June 24, 2006, page A1.

10) *Chamber of Commerce of the USA v. SEC*, 443 F.3d 890.

資産プールの形であれ運用しておらず、④公衆に対して自らを投資顧問業者であると称することがなく、⑤投資会社に対する投資顧問業者として営業しておらず、⑥事業開発会社 (business development company) としても営業していない、という6つの要件を満たす場合にのみ登録義務を免除するというものであった。

このような法改正が実現すれば、最終投資家が15人以上存在する投資ファンドの運用者は、②もしくは③の要件を満たすことができないものとされ、SECへの登録を要求されることとなろう。提案者であるグラスリー議員は、法案は、ヘッジファンドに関する透明性を高めるために、SECが既にやろうとしてきたことを可能にするものだとして主張した。

アメリカ議会では、多種多様の法案が提出されるが、そのままの形で立法につながるものは決して多くない。グラスリー議員のヘッジファンド登録法案も、その後、本格的に審議されることなく、棚晒しとも言うべき状況に置かれることになった。

3 不正禁止規則の制定とその意義

こうした中で、SECは、2007年7月11日、規則206(4)-8(以下、不正禁止規則という)を採択した(8月9日公布、9月10日施行)。不正禁止規則は、次の(a)、(b)2つの項から成る簡潔なものである。

(a) 合同の資金がプールされた投資ファンド (pooled investment vehicle) に対して投資助言を行う投資顧問業者が、次のようなことを行うことは、投資顧問業法206条(4)項にいう詐欺的、欺罔的、もしくは作為的な行為、業務または事業に該当する¹¹⁾。

① 合同の資金がプールされた投資ファンドへの投資家または投資家になることが見込まれる者に対して、重要な事項に関して虚偽の表示を行い、もしくは表示が行われた状況に鑑みて当該表示が誤解を生じさせないものとなるために必要な重要な事項を欠いた表示を行うこと。

② その他、合同の資金がプールされた投資ファンドへの投資家または投資家になることが見込まれる者に対して、何らかの詐欺的、欺罔的、もしくは作為的な行為、業務または事業に従事すること。

(b) 定義 この規則において、「合同の資金がプールされた投資ファンド」とは、1940年投資会社法3条(a)項にいう投資会社もしくは同項にいう投資会社となり得るが、同法3条(c)項(1)または(7)の定義規定に基づいて、投資会社法の適用を除外されているものを指す。

つまり、不正禁止規則によって、前述の投資会社法の規定に基づいて投資会社としての登録義務を免除されている投資ファンドの運用者が、出資者である投資家に対して運用状況等に関する虚偽や誤解を生じさせる説明を行ったり、出資を募る際に運用方針等について虚偽や誤解を生じさせる説明を行ったりすることが、幅広く禁じられることとなったのである。また、この規則は、投資ファンドの運用者全般に対して適用されるものであるため、規制の対象となるのは、SECによる監督に服する登録投資顧問業者のみには限られない。あくまで緩やかな行為規制という形ではあるが、SECの登録を受けない投資顧問業者(運用会社)にも、一定の監督規制が及ぼされることとなったのである¹²⁾。

11) 投資顧問業法206条(4)項は、SEC登録を受けているかいないかにかかわらず、あらゆる投資顧問業者が詐欺的、欺罔的、もしくは作為的な行為、業務または事業を行うことを禁止し、SECに対して、そうした行為等を防止するために合理的に必要な措置を講じる権限を付与している。

12) SECは、2006年12月に不正禁止規則の原案を作成した際、新たに規制対象とされる未登録の投資会社がレギュレーションDに依拠した私募を行う際に勧誘対象とすることができる「認定投資家」の中に新たに「認定自然人」(accredited natural person)という概念を設け、個人に関しては「認定投資家」の基準を厳しくする(年収20万ドル等の従来基準に加えて、投資資産250万ドル以上の保有という新たな基準を導入する)ことを提案していた。しかし、規則

不正禁止規則の幅広い規定ぶりは、有価証券の売買に関して詐欺的な手段、計画、技巧を用いることを一般的に禁じた 1934 年証券取引所法規則 10b-5 を想起させる。事実、規則 10b-5 の (b) 項は、不正禁止規則の (a) (1) とほぼ同文である。

これまでも、投資ファンドの活動が有価証券の売買に係わる場合には、規則 10b-5 の適用を受ける可能性は排除されていなかった。しかし、投資家への運用報告における虚偽や誤解を生じさせるような説明など、証券の売買に直接係わらないケースは、規則 10b-5 による規制の対象とはならない。また、投資家に財産上の損害が生じていない段階では、一般的な詐欺行為として摘発することも難しい。不正禁止規則が設けられたことで、未登録の投資ファンドを運用するアドバイザーが、SEC による差止め命令請求や民事制裁金賦課など、エンフォースメント（法規執行）活動の対象とされる途が開かれることになったのである。

V. 投資ファンド規制の課題

1 規制強化の正当化根拠

以上のようなアメリカ SEC による投資ファンド規制の展開は、次のように要約することができます。すなわち、投資ファンドの行動が金融・資本市場に及ぼす影響が大きくなっていることを背景としながら、SEC が私募の投資ファンドに対して一定の監督規制を及ぼそうとしたものの失敗に終わり、ファンド投資家の保護という観点からの緩やかな行為規制を導入するの

みにとどまっている、とすることができる¹³⁾。

投資ファンドの行動が市場に大きな影響を及ぼすという観点から規制強化を図るという SEC のような考え方は、決して孤立したものではない。2007 年の主要国首脳会議（サミット）議長国であったドイツは、アメリカ以上に投資ファンド規制に積極的で、同年 5 月の主要 8 カ国（G8）の財務相会合でも投資ファンドに対する「自主規制」の導入などを提案していた。ドイツでは、イギリスのヘッジファンドなど域内他国の投資ファンドと競合する国産ファンドの組成を可能にすべく、2004 年 1 月に発効した投資法でヘッジファンドの「解禁」に踏み切ったが、同時に、ファンドの投資行動に対する国際的な規制の強化をも模索しているのである¹⁴⁾。

結局、G8 財務相会合やサミットの間では、投資ファンドの活動に対する監視や警戒が必要だという問題意識は各国に共有されたものの、ファンドに関する行為規範の策定など直接的な規制の導入を求めることは見送られ、ファンドに資金を供給する銀行など金融機関に対する監督など間接的な規制を強化するという方向性が打ち出されるにとどまった。しかし、その後も、いわゆるサブプライム問題をめぐって投資ファンドの投資行動への批判的な意見が改めて強まるなど、規制強化の機運は衰えてはいない。

投資ファンドに対する規制が必要とされるもう一つの根拠は、ファンドへの投資家の保護であろう。SEC のヘッジファンド規則導入にあたっては、ヘッジファンドによる不正取引の増加など市場への影響に加えて、ファンド・オブ・ファンズなどを通じて一般投資家がヘッジファ

採択に際しては「認定自然人」概念を設ける規定は修正され、今後の「認定投資家」概念全体の見直しに併せて再検討されることとなった。この背景には、「認定投資家」向けの私募による資金調達を行うベンチャー企業や私募株式に投資するベンチャーキャピタルが、出資者を募る上での障害になるとして、「認定投資家」概念を狭めることに強く反対しており、SEC 内部や議会関係者にも、中小企業による資金調達手段の拡大という観点から、逆に「認定投資家」の基準緩和を求める声が高まっているという事情がある。

13) もっとも、不正禁止規則が投資ファンドの活動にどのような影響を及ぼすかについて、現時点で判断することは難しい。不正禁止規則違反が成立するためには悪意 (scienter) を必要としないというのが SEC の解釈であり、規則の適用対象が拡がり過ぎることによる chilling effect (萎縮効果) も懸念される。

14) ドイツの投資ファンド規制について詳しくは、神作裕之「ドイツにおけるヘッジファンド規制」神田秀樹編『利用者の視点からみた投資サービス法』（財経詳報社、2006）99 頁参照。

ンドに投資する機会が増えており、投資家保護の観点から何らかの対応が求められることが指摘されていた¹⁵⁾。

2 日本法の現状

一方、日本では、2007年9月に施行された金融商品取引法によって、主としてファンド投資家保護の観点から、投資ファンドに対する規制が大幅に強化された。その概要は、以下のようなものであり、前述のアメリカにおける規制よりも厳格であると言ってよい¹⁶⁾。日本では、金融商品取引法制定へ向けた議論の過程で、いわゆる村上ファンドなどのアクティビスト的私募ファンドの行動が社会的な注目を集め、ファンドの投資行動の透明性強化を求める声が産業界を中心に強まったことなどもあり、厳しいファンド規制に対する批判的な見方は、それほど目立たないのが実情である。

金融商品取引法は、投資信託や商品ファンドなど特別法による仕組み規制を課されているものの以外の投資ファンドを包含する新たな概念として集団投資スキーム概念を導入し、集団投資スキーム持分を有価証券とみなすこととしている（2条2項5号）。

集団投資スキーム持分を公募（募集または売出し）する場合には、伝統的な有価証券の公募と同様に情報開示義務が課されるが、集団投資スキームに対する情報開示規制の対象は、伝統的な有価証券の場合とは異なり、相当程度多数の者（500名以上）が持分を所有することとなる場合に限られる（2条3項3号）。また、主として有価証券に対する投資を行う事業以外に対する出資を行う集団投資スキーム（事業型集団投資スキーム）は情報開示制度の対象外とされる（3条3号イ）など、ファンド投資家保

護の観点からの情報開示規制は、比較的緩やかな内容となっている¹⁷⁾。

投資ファンドをめぐる情報開示規制としては、ファンドの投資行動に関するものも考えられるが、日本では、金融商品取引法の制定に伴う大量保有報告書制度の見直しにより、ファンドの株式保有に関する情報開示の強化が図られた¹⁸⁾。

また、業規制については、主として有価証券またはデリバティブ取引に係る権利に対する投資を行うファンド（投資型集団投資スキーム）の運用は投資運用業とされ、登録義務などの業規制が及ぼされる（28条4項、29条）。ファンドのGP（運営者）による募集または私募（いわゆる自己募集）は、第二種金融商品取引業に該当し、投資運用業よりは緩やかな要件ではあるが、同様に、登録義務などの業規制が課される（28条2項1号）。金融商品取引業者としての登録を受けた場合、事業報告書の提出等が求められるほか、金融庁による報告徴取や検査など監督規制の対象ともなる。

但し、適格機関投資家（および49名以下の非適格機関投資家）のみを相手方として投資ファンドの自己募集や投資運用を行う場合（適格機関投資家等特例業務）は、登録義務の適用除外とされている（63条1項）。この規定に基づく届出を行った者（特例業務届出者）に対しては、金融商品取引業者に対して課される行為規制のうち、顧客に虚偽のことを告げることの禁止（38条1号）および損失補填の禁止（法39条）が適用されるほか、業務に係る状況を確認するために特に必要がある場合、その必要の限度において、報告や資料の徴求、立入検査が行われる可能性がある（法63条4項、7項、8項）。金融商品取引法施行前から活動していた投資ファンドの多くは、この規定に依拠する特

15) SEC, Registration Under the Advisers Act of Certain Hedge Fund Advisers, Release No. IA-2266, July 20, 2004.

16) 金融商品取引法の投資ファンド規制について詳しくは、大崎貞和『解説金融商品取引法（第3版）』（弘文堂、2007）参照。

17) アメリカの場合、公募・私募の概念は、すべての有価証券に共通のものと考えられている。

18) 詳しくは、大崎・前掲注16)138-140頁。

例業務届出者となった模様である。

外国で活動する投資ファンドが、日本国内に顧客を持つ場合、国内で投資助言業務、投資運用業務などを行っているとして解され、登録を求められる可能性もある。そこで、金融商品取引法では、外国で投資助言業務および投資運用業務を行う者が、金融商品取引業者のうち投資運用業務を行う者その他政令で定める者のみを相手方として、投資助言業務または投資運用業務を行うことができる旨を規定している（61条）。

この規定は、国内の投資信託委託会社や投資顧問会社による投資運用の再委託を可能にするためのものだが、この規定の反対解釈として、海外のGPが、国内の投資家を自らのファンドのLP（出資者）とした場合、直ちに投資運用業務としての登録もしくは適格機関投資家等特例業務届出者としての届出が必要となるとの見方が成り立ってしまう。

そこで政令および内閣府令では、そのような厳格な規制を回避するための手当てがなされている。すなわち、日本国内の居住者である出資者が10人未満の適格機関投資家に限られること等の要件を満たす外国集団投資スキームの自己運用が「金融商品取引業」の定義から除外されている（施行令1条の8の3第1項4号、定義府令16条1項13号）。この場合、当該ファンドの運用者は、当該自己運用を行うことにつき、金融商品取引業者としての登録も適格機関投資家等特例業務の届出も要しないこととなる。この規定の趣旨は、前述のゴールドストーン事件で問題となったアメリカの投資顧問業法における15人基準と同じだが、日本法の方が、やや厳しい人数要件を課している。

3 曖昧な投資ファンド概念

市場に及ぼす影響や投資家保護といった観点から投資ファンドに対して何らかの規制を課すことが必要だとしても、規制の具体的な内容を考える上では、投資ファンドという概念自体が

そもそも曖昧であり、安易な規制強化が思わぬ結果につながりかねないことに十分留意する必要がある。

例えば、2006年8月、インターネットの検索エンジンとして知られるグーグルが、SECに対して同社がインターネットやニューメディアに関する事業を主たる事業とする会社であり、投資会社法の規制対象となる投資ファンドではないことを確認するよう求める申立てを行った。前述のように、投資会社法は、保有する投資有価証券の額が単体の総資産（現金、国債等を除く）の40%を超える会社は原則として投資会社とみなすと定めているが、関連事業会社への投資を積極的に行ってきたグーグルが基準に抵触してしまったからである。

投資会社法の規定の本来の趣旨は、投資会社が他の事業用の資産を保有することで、規制の適用を潜脱することを防ぐものである。常識的に考えて、グーグルが投資ファンドと同じものだと主張する者はあるまい。

一方、常に「著名な投資家」という形容を冠して語られるウォーレン・バフェット氏が会長を務めるバークシャー・ハザウェイ社は、ニューヨーク証券取引所に株式を上場し、自らを「複数の多様な事業に従事する子会社を保有する持株会社」と位置づけている¹⁹⁾。その中心はGEICO社（自動車保険で米国第4位）を中核とする保険事業だとするが、一般的には、同社は保険会社やコングロマリットではなく「投資会社」だと理解されている。バフェット氏は優れたファンドマネジャーとして尊敬を集めているが、決して「経営者」としてではない。

実際、バークシャー・ハザウェイ社の年次報告書を開いてみると、会社の概要紹介に続いて、一株当たり純資産の増加率をS&P500株価指数の上昇率と対比した表が掲げられている。これは、同社の株主である投資家が、同社の価値を純資産額という尺度で測り、その増加率を株式市場全体のパフォーマンスと比較している事実を端的に表している。

19) 同社の年次報告書の記述。

このゲーグルやパークシャー・ハザウェイの例が示すように、投資ファンドと事業会社の違いは、決して一刀両断的に割り切れるものではない。むしろ、事業会社の経営者の使命も突き詰めれば企業価値の向上であり、投資リターンの向上をめざす投資ファンドのファンドマネジャーの役割と本質的にはそれほど異ならないとの見方すらできるのである。

そもそも、プロのファンドマネジャーが投資家に対する受託者責任を負いながら運用する投資ファンドは、経済全体の効率化に大きく貢献する可能性がある。安易な規制強化が投資ファンドの活動を不当に制約することは、決して好ましいことではない。仮に市場への影響という観点から何らかの規制を課すとしても、投資ファンド以外の投資家にも同様の規制を課すとか、ゴールドストーン判決で控訴裁判所が指摘した通り、規制の対象を運用資産規模の大きいファンドに限るといった配慮が求められよう。

また、一口に投資ファンドと言っても、市場への影響や投資家保護上の問題が懸念されているヘッジファンドなどと、産業政策的な観点から育成・強化が図られているベンチャーキャピタル・ファンドとでは、政策当局者の見方が大きく異なる。前述のように、SECのヘッジファンド規則では、投資から2年間償還を受けられないクローズド期間が設けられているファンドを規則の適用対象外とすることで、ベンチャーキャピタル・ファンドに対する規制強化を回避しようとしていた。日本における金融商品取引法の制定過程でも、ベンチャーキャピタル関係者から、規制強化がベンチャー企業への資金供給を細らせるという強い懸念が表明された。こうした点も、今後のファンド規制を考える上では、見逃せないだろう。

(おおさき・さだかず)

論説

内部者取引規制におけるいわゆる バスケット条項について

東京大学客員教授・弁護士

小林俊夫

I. はじめに

内部者取引規制におけるいわゆるバスケット条項については、最初の最高裁判決（日本商事事件。最判平成11年2月16日刑集53巻2号1頁）が出され¹⁾、それに関する判例評釈が数多く発表された。しかしながら、現在のところ、最高裁判決は具体的事案に対する判断としては概ね妥当とのコンセンサスがあると見られるものの、それが示したバスケット条項の解釈論における具体的位置づけについては必ずしも通説が構築されるに至ってはいないように見受けられる。他方、内部者取引規制は近時における法令の改正により厳格化される一方であり、また、近年創設された内部者取引規制にかかる課徴金の制度についても、その実施が強化されると同時に、課徴金自体も、増額かつその適用範囲の拡大の方向で最近改正がなされた²⁾。内部者取引に関する摘発案件が増大するにつれ、

バスケット条項が問題とされる局面も増加する可能性がある。このような状況において、いわば古くて新しい、バスケット条項をどう考えるか、特に、金融商品取引法（金商法）に具体的に列挙された重要事実との関係をどう理解するのか、という問題を、前述の最高裁判例を中心に企業法の実務上の観点を加えつつ考察するというのがこの小稿の目的である。

II.

金商法第166条2項4号は、内部者取引規制の基礎となる、いわゆる重要事実の一つとして、「前三号に掲げる事実を除き、当該上場会社等の運営、業務又は財産に関する重要な事実であって投資者の投資判断に著しい影響を及ぼすもの」を規定する。これがいわゆるバスケット条項（キャッチ・オール・クローズ、包括条項などとも称される。）である³⁾⁴⁾。

1) この最高裁判決以前に、いわゆるマクロス事件の判決がバスケット条項に関する唯一の裁判所の判断として存在していた。東京地判平成4年9月25日判例時報1438号151頁(1993)。この事件では、多額の架空売上が発覚したことがバスケット条項に該当するかが争われた。この判決においては、本件で問題になったような意味でのバスケット条項と具体的重要事実との関係は直接的には判断されていない。ただし判決は、具体的重要事実に関する公訴事実が主位的訴因であったため、架空売上の発覚という事実が具体的重要事実と該当しないことを確認の上、予備的訴因であったバスケット条項に関する公訴事実を認定し、バスケット条項を適用している。

2) 金融商品取引法等の一部を改正する法律（平成20年法律第65号）。

3) なお、日本商事事件当時の内部者取引規制は平成5年法律第44号による改正前の証券取引法によるものである。証券取引法はその後何回かの改正をへており、また現在は金融商品取引法に引き継がれている。本件で問題となる具体的重要事実である「業務に起因する損害」も現在では「業務遂行の過程で生じた損害」となっている。しかしこれらの改正はここにおける議論とは一応実質的な関係がないものと考えるので、あえてそれぞれの箇所では言及しない。

4) バスケット条項は上場会社等の子会社についても規定がある。（金商法第166条2項8号）子会社について列挙された重要事実と軽微基準との関係で該当しない事実を、親会社の財産に対する重要事実とみて親会社のバスケット条項を

この規定に関しては、金商法第166条2項1号ないし3号（及びそれを受けた政令・内閣府令）が詳細に具体的な重要事実を規定しており（以下これらの法令に規定された事実を「具体的重要事実」と総称する。）、それが相当に網羅的であるがために、具体的重要事実以外のいかなる事実がバスケット条項に該当するかが議論された⁵⁾。それとともに、バスケット条項と金商法第166条2項1号ないし3号との関係をどう理解するかという点も解釈論上の問題として日本商事事件以前より議論がされた。多数説は、「前三号に掲げる事実を除き」と法文にあり、また立法の際の経緯から、バスケット条項は具体的重要事実以外の事実についての規定であり、具体的重要事実に当たるべき事実が軽微基準等により結局それに該当しないことになった場合、今度は翻ってバスケット条項に該当するということはない、と解していた⁶⁾。これに対して少数説はバスケット条項の原則性を認め、具体的重要事実を定めた規定は重要事実に関する例示規定であり、それ以外の事実はバスケット条項で判断されるとし、具体的重要事実に列举された事実で軽微基準等により結局それに該当しなくなる場合は原則にかえりバスケット条項に該当することがありうる、としていた⁷⁾。

日本商事事件の第一審判決（大阪地判平成8年5月24日）は、問題とされた医薬品の副作用情報が具体的重要事実のいずれにも該当し

ないと認定したうえで、副作用情報は具体的重要事実に準じる程度のものでバスケット条項に該当すると認めるのが相当とし、かかる副作用情報のバスケット条項該当性を認定している。これに対し控訴審判決（大阪高判平成9年10月24日）は、バスケット条項は内部者取引規制の構成要件を出来る限り客観的かつ明確に規定するとの大きな枠組みの中で、あくまで補充的・補助的規定として設けられたものと見るべきであり、他方、具体的重要事実は、それぞれ独立した構成要件であって、バスケット条項に内包される単なるガイドライン的な規定でないことは法文上明らかである、かつバスケット条項は、具体的重要事実として掲げられた重要事実以外の事実についての規定であり、具体的重要事実に対応する事実ではあるが、同時に又は選択的に、投資判断に著しい影響を及ぼすものとしてバスケット条項に該当するというようなことではない旨判示した。

III.

日本商事事件の最高裁判決は結論においては上記の少数説と同様となる判断をしたが、他方、重要事実たるべき事実と2つの面があり得るとして、これまで殆ど論じられていなかった論点を提示した⁸⁾。

この最高裁判決における事実関係について

適用できるかという興味ある問題がある（黒沼悦郎「インサイダー取引規制における重要事実の定義の問題点」商事法務1687号43頁（2004）—否定説をとる。）が、ここでは論じない。

5) 服部秀一『インサイダー取引規制のすべて』（商事法務研究会、2001）148頁は、支払停止、支払不能の発生、任意整理の決定、多額の債務免除の要請を行うことの決定その他をあげている。実務上問題となったケースは、このほか、以下のようなものがある。

ア) 売出が決定されたこと（ちなみに、東証の適時開示規則上は、発行会社が株式若しくは新株予約権の売出を行うことについての決定をした場合は、募集の場合と同様適時開示の対象となる。）

イ) 外国の証券取引所に株式が上場されたこと。

ウ) 合併契約を締結した相手方の会社が、合併期日前に業務上大きな損害を蒙ったとき。

6) 横島裕介『逐条解説インサイダー取引規制と罰則』（商事法務研究会、1989）119頁その他。日本商事事件の控訴審判決の立場である。

7) この趣旨を明確に述べたものは少ないが、芝原邦爾「インサイダー取引の処罰」法学教室166号98頁（1994）等はこの立場に立つものと推測される。なお、木口信之「判解」最高裁判所判例解説刑事編平成11年度33頁以下（2002）は本最高裁判決以前の学説の状況を簡潔にまとめている。

8) 神崎克郎「日本商事事件の法的検討」商事法務1444号10頁（1996）は、すでに本最高裁判決が出される以前に同

は、第一審判決が摘示した罪となるべき事実
に尽きていると思われるので、以下要約して示
す。

「被告人は、千葉市・・・所在のA医院の院
長で、平成五年一〇月一二日午後一時ころ、主
として医薬品の卸販売を業とし、かつ、大阪証
券取引所に株式を上場している日本商事株式
会社と医薬品の販売取引契約を締結している
B薬品株式会社のXから、同人が同契約の履
行に関して入手した「ユースビル錠について、
フルオロウラシル系薬剤との併用投与による
重篤な副作用症例（死亡例を含む。）が発生し
たので・・・ユースビル錠の納入は一時中止し、
これに伴い、日本商事から販売代理店への出荷
も一時中止する。」旨記載された文書を手交さ
れ、これにより、日本商事株式会社が実質上
初めて開発し同年九月三日発売を開始し、同社
の株価上昇のもとになっていた帯状ほう疹の
新薬ユースビル錠について、発売直後、これを
投与された患者につき、副作用とみられる死亡
例が発生したとの同社の運営、業務又は財産に
関する重要な事実であって投資者の投資判断
に著しい影響を及ぼす重要事実の伝達を受け
た者であるが、同重要事実の公表により同社の
株価が確実に下落するものと予想し、信用取引
を利用して同社の株式を高値で売り付けた上、
株価の下落後に反対売買を行って利益を得よ
うと決意し、法定の除外事由がないのに、同重
要事実の公表前である同年一〇月一二日午後
一時五〇分ころ、C証券株式会社千葉支店を介
し、前記大阪証券取引所において、日本商事株
式会社の株式一万株を売り付け、もって、同社
の業務等に関する重要事実の公表がなされる
前に、同社の上場株券の売買を行ったものであ
る。」

この事実関係のもとにおいて、最高裁は大要
次のように判示した。

「第一審判決が認定した本件副作用症例の発
生は、副作用の被害者らに対する損害賠償の問
題を生ずる可能性があるなどの意味では、前
記証券取引法一六六条二項二号イにいう「災害
又は業務に起因する損害」が発生した場合に該
当し得る面を有する事実であることは否定し
難い。しかしながら、右副作用症例の発生は、
日本商事が有力製品として期待していた新薬
であるユースビル錠に大きな問題があること
を疑わせ、同錠の今後の販売に支障を来すのみ
ならず、日本商事の特に製薬業者としての信用
を更に低下させて、同社の今後の業務の展開及
び財産状態等に重要な影響を及ぼすことを予
測させ、ひいて投資者の投資判断に著しい影響
を及ぼし得るという面があり、また、この面
においては同号イの損害の発生として包摂・評価
され得ない性質の事実であるといわなければ
ならない。もとより、同号イにより包摂・評価
される面については、見込まれる損害の額が前
記軽微基準を上回ると認められないため結局
同号イの該当性が認められないこともあり、そ
の場合には、この面につき更に同項四号の該
当性を問題にすることは許されないというべき
である。しかしながら、前記のとおり、右副作
用症例の発生は、同項二号イの損害の発生と
して包摂・評価される面とは異なる別の重要な面
を有している事実であるということができ、他
方、同項一号から三号までの各規定が掲げるそ
の他の業務等に関する重要事実のいずれにも
該当しないのであるから、結局これについて同
項四号の該当性を問題にすることができる
といわなければならない。」

「このように、右副作用症例の発生は、同項
二号イの損害の発生に当たる面を有するとし
ても、そのために同項四号に該当する余地がな
くなるものではないのであるから、これが同号
所定の業務等に関する重要事実にあたるとし
て公訴が提起されている本件の場合、同項二号
イの損害の発生としては評価されない面のあ
ることを裏付ける前記諸事情の存在を認めた

第一審としては、同項四号の該当性の判断に先立って同項二号イの該当性について審理判断しなければならないものではないというべきである。」

IV.

上述の最高裁判決の要点は、具体的重要事実にかかる規定に該当しうる事実であっても、その事実が、かかる規定に包摂・評価され得ない面をも有するときはバスケット条項に該当する余地があるというところにある。さらにまた最高裁は、バスケット条項の該当性の判断に先立って具体的重要事実を示した条項の該当性について審理・判断しなければならないものではないことも述べている。

この問題を論じるに当たっては、まず、本件に関する議論において、ある前提についての議論が十分でなかったことが判決の理解に関して混乱を招いている可能性があることを指摘したいと考える。その前提とは、構成要件事実としての重要事実と、それが当てはめられるべき具体的事実—実際に生じた事実—との区別である。当然のことながら、内部者取引規制違反として刑事裁判において実際に訴追されるのは後者の意味での事実である⁹⁾。そうである限り、それは金商法第166条2項1号ないし3号列挙の事実纯粹に限局されるとは限らない。これらの事実は企業（発行会社）の企業活動に際して生じるものであり、複雑な事実関係が付随していることも少なくないからである¹⁰⁾。比較的簡単な例をあげよう。

（ケース1）

（1）発行会社甲は、数年先に予想される新規の設備投資に備え、エクイティ・ファイナンスを検討していたが、乙証券会社のアドバイスに従い、新株予約権付社債（払込金額の総額9,000万円）を国内市場で発行し、その募集手続を開始することを機関決定した。なお、甲社のその時点における株式の時価総額は3億円である。甲社の財務状態はかなり良好であり現在の時点で資金調達をする必要は必ずしもなかったが、乙証券会社によれば新株予約権付社債の発行市場は現在好調で、今後このような好環境が近いうちに生じるかは不透明とのことであったので現時点での発行を決定した。

（2）発行会社丙は、本業の営業成績の悪化で、場合によっては抜本的な企業再編も行わなければならない状態に立ち至った。丙社の苦境はマスコミ等で一般に知れ渡っている。丙社の株式の時価総額は現在2億円まで下落している。そのような状況下で主幹事証券会社の丁は「転換価額修正条項付転換社債型新株予約権付社債」(MSCB)（払込金額の総額9,000万円）¹¹⁾によるファイナンスを提案してきた。これが発行できれば、丙社はとりあえず苦境を脱し、企業再編も具体的に検討する必要がなくなる。丙社はMSCBによる救済融資を受けることを決定した。

上記（1）における事実は、金商法第166条2項1号イ及び有価証券の取引等の規制に関する内閣府令第49条1号イが規定する「事実」

9) かかる事実が訴訟法上どのような形で審理の対象とされているかもバスケット条項が問題となる事件では重要である。たとえば具体的重要事実該当するとの公訴事実で起訴され審理されたが軽微基準等で罪とならない場合、裁判所としては訴因の形式で主張された公訴事実のみからは、審理の過程においてバスケット条項に該当すべき事実の心証を得ていても、それを認定できないかもしれない。かかる場合には審理の経過に鑑み検察官は訴因を変更することになるかもしれないが、検察官が訴因変更を行わない場合は、裁判所は訴因変更を勧告するか、例外的な場合には訴因変更命令（刑事訴訟法第312条2項）を出すことになろう。最決昭和43年11月23日刑集22巻12号1352頁。

なお、日本商事事件では第一審における訴因はバスケット条項に該当する事実であり、そのままでは具体的重要事実該当すべき訴因の形にはなっていなかった。

10) 芝原邦爾『経済刑法研究下』（有斐閣、2005）678頁。

11) 権利行使価額を株価の騰落に従い上下に頻繁に（典型的には月次で）修正するタイプの新株予約権付社債。通常のファイナンスが困難となった会社が行うことが多い。江頭憲治郎『株式会社法（第2版）』（有斐閣、2008）708頁。

にほぼ等しい。他方、(2)のケースは、この規定の想定する事実以外に丙社が経営上難局に逢着しているという(株価に影響を与えうる)事実が含まれている。いずれの事実もいわゆる軽微基準により、金商法第166条2項1号イの事実としては重要事実たりえない。しかし、(2)について、丙社が経営上難局に逢着したという事実を無視して証券の募集に関する事実のみを取り出し評価することは可能であるが、それは投資家の投資判断との関係で大きな点が無視することになる。すなわち、丙社が経営上の困難に逢着していることが一般に知られているという状況下で、MSCBの発行が丙社にとって起死回生のファイナンスであるならば、それは、仮に軽微基準のために募集を行うことについての決定それ自体が重要事実ではないとしても、具体的な状況のもとでは投資家の投資判断に重大な影響を与える可能性が高い「事実」であるという点である。

このようなケースは実務上それほど珍しいものではない。むしろ、金商法が想定するような具体的事実がそれだけで生じることはそれほど多くないと言って良いかもしれない。ただ、多くの場合は付随的な事実関係を考慮にいれても重要事実への該当可能性についての結論は変わらないことが明白であるので問題が表面化しないのである。

次のケースはどうであろうか。

(ケース2)

A株式会社は、新中期経営計画を取締役会で採択する予定であるが、その計画は来期以降3カ年の経営計画であり、以前発表した5カ年経営計画の後3カ年分を修正するものであった。今期の業績予想(決算短信で公表済みのもの)は変更を予定しておらず、かつ、それに対応する計画数値はかかる予想値及び修正前の計画数値と比べても金商法及び内閣府令が重要事実該当するものとして規定する程度(売上高につき10パーセント、経常利益・純利益につ

き30パーセント以上の差異。純資産額・資本金額にかかる基準はこのケースでは問題とならない。)には達しなかったが、その後の事業年度の分(以前の5カ年経営計画で発表したもの)についてはかかる程度を明らかに超えた修正がなされた。ただし、この経営計画に示された会社の将来のパフォーマンスに関する数値はいずれも目標値であって予想値ではなく、また、A株式会社の重要取引先が継続的売買契約の更新に応じてくれること、新たに開始する事業部門での当局の認可が下りること、その他の重要な前提条件が満たされることや、消費者の需給動向についてやや楽観的な予測に基づくことが示されていた。

このような経営計画は上場会社がしばしば発表するものであるが、金商法の規定(特に業績予想の修正に関する第166条2項3号)との関連でこれがいかなる意味を持つかは、それぞれの計画内容につき個別具体的に検討する必要がある。一般に、業績予想と経営計画は、前者が会社の通常の業務遂行が継続されることを前提として算出される数値であるのに対し、後者は経営陣の一種の努力目標であり、実現が必ずしも確実でないいくつかの前提を置いた上のものであることが多いと思われる。論理的には、業績予想と経営陣の努力目標とは截然と異なり、仮に業績予想と経営陣の努力目標とは性質上全く異なった範疇であると割り切るのであれば、本件についてはバスケット条項の該当性のみを問題とすれば足りることとなるが、業績予想と経営陣の努力目標との境界は実際には必ずしも明瞭でない。特に、会社外部の投資家にとってみれば、会社内部でいかなる前提をおき、また、いかなる資料・情報に基づき当該業績予想や経営計画が策定されたのかは必ずしも明らかではない。また、実際上の効果としても、後者であってもその修正(ないし不達成)が市場に与える影響は前者と変わりがないことも多く、その意味では業績予想と経営陣の努力目標との区別の実益は少ない。

本件のような場合、業績予想に関する重要事実との関係では、中期経営計画の修正は直接にはそれに該当しない。厳密にいうと今期については業績予想の修正に当たると解されたとしても、内閣府令の規定する基準を満たさないためそれに当たらず、またそれ以外の事業年度にかかる部分については業績予想に類するとしても金商法の規定するそれには該当しない¹²⁾ということである。いずれにしても、かかる中期経営計画の修正はその全体につき不可分の一体として行われ、今期分とそれ以外の期の分を分離することはできない。したがって、かかる修正は業績予想に関する重要事実の範疇に属するとしても、それをもっては評価しきれない面を有することは明らかである。

V.

前述したように、具体的な事案において、いわゆるバスケット条項と具体的重要事実を規定する条項との関係を考えるときには、社会的に生じた事実と、それに対し当てはめを行うべき法令に規定された事実とを明確に区別しなければならない。構成要件にあたる事実（犯罪構成事実）と構成要件そのものとの区別と言い換えてもよいかもしれない¹³⁾。そうすると、これまで見たように、内部者取引規制における重要事実に当たりうるような事実関係は、社会的事実として種々の事実が不可分一体のものとして複合していることも多

く、このような事実関係を特定の構成要件（例えば、新規発行証券の募集にかかる重要事実の構成要件）のみで評価しきれないことがあるのは、むしろ当然というべきである¹⁴⁾。従来の議論のうち、この点を明確に意識せず、具体的重要事実にあたる事実が同時にバスケット条項にあたることのある（あるいは、ない）と論じているかのように見えるものがあるが、それは、この点を前提として踏まえた上での議論であるかどうか、まず吟味されるべきである。

最高裁判決は、この点につき、「当該医薬品の副作用症例の発生は・・・具体的重要事実である「損害の発生」として包摂・評価される面とは異なる別の重要な面を有している事実であるということが出来る。」としている。これが、純粹に法規の文言のみのレベルにおいて、同一の構成要件事実について単に法的評価を変更することにより適用規定が変わる（あるいは、追加される）ということ述べているのではないことは上述のところから明らかであろう。すなわち、最高裁判決が言わんとしているところは、具体的な公訴事実について、それが法令に定める具体的重要事実を「はみ出す」ないし「超過する」事実を包含しているときには、かかる「はみ出す」事実についてはバスケット条項の適用がありうるということであると考えられるのである¹⁵⁾。なお、ここにおいて、「はみ出す」ないし「超過する」事実といっているのは、その事実が株価になんらかの影響を

12) 金商法第166条2項3号の「予想値」とは、当事業年度の通期の予想値と解されている。横島・前掲注6) 114頁。土持敏裕=榊原一夫『注解特別刑法補巻(2) II証券取引法』(青林書院、1996) 249頁。服部・前掲注5) 137頁。

13) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社、1990) 121頁。

14) この点は日本商事事件における検察官の事件受理申立理由書が指摘するところである。前掲最高裁判所刑事判例集53巻2号26頁以下。

15) これはもとより、それぞれの具体的重要事実について個別的に解釈がなされるべきであるが、どういう場合が「はみ出す」または「超過する」のかは、具体的重要事実の類型により大きく異なる。日本商事事件で問題となった、「業務上の損害の発生」はやや漠然とした概念であり、本件でも逸失利益等の解釈を柔軟に行う等で、具体的重要事実の範疇の中で解決ができたのではないかと指摘も幾つかある。「業務上の損害の発生」と評価しうるような事実には種々のものがあり、その中には殆ど当てはめのための評価の作業を要しない(損害額の評価は別論として、定性的に「損害」と言えるかの評価である。)もの、たとえば工場の操業中に発生した爆発事故・火災の発生等の事実もある。他方、本件における副作用の発生のように、一定の評価を経ずして「業務上の損害」とは判断できないものも存在する。これに対して、エクイティ証券の募集の決定などはそれ自体は明確な概念であり、殆ど常に当てはめのための評価の作業を要しないと考えられる。

与えうる場合に限ることは言うまでもない。

つぎに、社会的事実として、法令に具体的に示された重要事実を「はみ出す」事実が存在するときは、これにつきバスケット条項の適用はありえ、その適用について具体的重要事実が該当しないことを審理・判断する必要はないというのが最高裁判決の論理であろう。これは、具体的重要事実に関する規定とバスケット条項はそれぞれ独立の規定であり、バスケット条項により訴追がなされている場合はバスケット条項該当性の有無を判断すればよく、それに先だって具体的重要事実該当性を判断する必要はないということの意味するとの考え方もありうる¹⁶⁾。しかしながら最高裁の論理をこのように単純化・一般化し具体的案件に適用することには以下のようにいくつかの点につき注意が必要である。

VI.

最初の点は、ある事実関係が具体的重要事実の構成要件を完全に充足しており、他方、前述したような意味においてそれを超過する事実が存在しない場合、適用法条が具体的重要事実に関するものとバスケット条項に関するもののいずれでもあるということはない、ということである。このような、いわば同一事実についての二重の評価を認めることは、内部者取引規制の立法の際の経緯や法令の文言上疑問があるのみならず、被告人の防御にも支障をきたすことになる。少なくともこの意味で最高裁判決は限定的に読まれるべきである。これを少し敷衍するならば、社会的事実として同一のものが、適条を変更することにより法的構成が変わることがある。この場合においても、かかる社会的事実が、ある具体的重要事実の構成要件事実そのも

のであって、それにより過不足なく評価され尽くし更に付加すべき事実関係がないとするならば、具体的重要事実一旦該当しない（軽微基準等で）とされた事実関係が、ひるがえってバスケット条項で重要事実とされることはないとは解すべきである。理由としてはバスケット条項にかかる規定の文言、立法時の経緯、またそう解さないと具体的詳細に規定された列举事由の意味がなくなる（特に、軽微基準を定める意味が実質的になくなる。）こと等、これまでバスケット条項と具体的重要事実を規定する条項とは別個のものであり両者はオーバーラップしないとする見解の理由として主張されてきたところが当てはまる。最高裁判決も、このような場合にまで常に具体的重要事実とバスケット条項がオーバーラップする可能性があるとの趣旨を述べているのではないと解される¹⁷⁾。したがって、裁判における審理の過程でも、バスケット条項が問題となる限り、その対象となっている公訴事実が、特定の具体的重要事実のみに該当するものかどうかは必ず検討しなければならないであろう¹⁸⁾。特定の具体的重要事実のみに該当する場合はバスケット条項は働かないからである。最高裁の判断も、その判決理由中、「他方、同項1号から3号までの各規定が掲げるその他の業務等に関する重要事実のいずれにも該当しないのであるから・・・」と述べているところから、結論としてはこの見解をとっているとも考えられる。このような検討と同時に、裁判における審理の過程で、問題となっている公訴事実が具体的重要事実に関する規定によって包摂・評価されるのはどの範囲かを規定の解釈として検討する必要がある¹⁹⁾。そうでないと、かかる公訴事実が特定の具体的事実のみに該当するかどうか判断できないからである。具体的重要事実の規定自体のこのような観点からの

16) 芝原・前掲注10)680頁。

17) 木口信之「新薬に関する副作用症例の発生が証券取引法（平成5年法律第44号による改正前のもの）166条2項2号イに該当し得る面を有していてもなお同項4号に該当する余地が否定されないとされた事例」ジュリスト1161号184頁（1999）。

18) 木口・前掲注7)44頁。

19) 木口・前掲注7)46頁。

解釈は、新規発行証券の募集に関する重要事実のように、文言上一見容易に見える場合であっても簡単にはいかない。日本商事事件で問題となったような「業務遂行の過程で生じた損害」というようなやや漠然とした重要事実はなおさらである²⁰⁾。

これに関連して注意すべきことは、あくまでも各具体的重要事実の解釈の問題に帰着することではあるが、具体的重要事実を「はみ出す」事実があることを当然に想定しているが、あえてこれを無視するべく定めていると考えられる規定があるということである。たとえば上述のエクイティ証券の募集に関する重要事実は証券発行の払込金額の総額にのみ着目して軽微基準に関する規定がされており、発行会社の規模については一切これを問うていない。実際、払込金額総額 10 億円の新株発行でも、総資産 10 兆円の発行会社と 5 億円の発行会社とではそれぞれの会社に与えるインパクトは天地の差があり、したがって投資家の投資判断に与える影響も一般的にいつて格段の差があると考えられる。この点は証券発行の際常に生じる問題であるにもかかわらず、当該の規定がこれについて沈黙しているのは、法が会社の規模の点はこの重要事実の判断にあたっては無視するとの意思を示したとみるべきである。したがって、たとえば、他に特別の事情が存在しない限り、総資産 3 億円の会社が払込総額 9,000 万円の新株を発行した場合、その財務に与えるインパクトの大きさ故にバスケット条項に当たることはないと解する²¹⁾。また、剰余金の配当の決定に関する重要事実をみても、軽微基準は、当該決定にかかる剰余金の配当の額と、前事業年度の対応する期間にかかる剰余金の配当の額との割合のみで規定されており（金商法第 166 条 2 項 1 号ト 有価証券の取引等の規制に関する内閣府令第 49 条 4 号、会社の配当に関し通

常使用される指標である配当性向等は無視されている。）、これも、重要事実であるかどうかの判断においてはかかる割合のみを（少なくとも剰余金と分配可能額との関係では）基準とするとの意思を法令が示していると見るべきである。このような場合、具体的重要事実に関する規定についての面を一切検討せず、直ちにバスケット条項の適用をすることは許されないと解すべきである。

VII.

このように、具体的重要事実とバスケット条項の適用の論理的先後関係は別論としても、仮に具体的重要事実を「はみ出す」事実が存在することが確かめられたとして、問題となる事実関係を具体的重要事実に関する規定から全く切り離して審理することはできないことは前述のところから明らかであろう。このように解した上で、重要事実に該当すると目される事実の審理においては、具体的重要事実への該当可能性を検討し、なお、「はみ出す」事実についてバスケット条項を適用することによりはじめて、バスケット条項の制定の際の立法者意思、規定の体裁等と整合することとなると考える。最高裁の判断は、具体的重要事実とバスケット条項の適用の先後関係について述べた控訴審判決を批判し、これを破棄するについてあくまでも事例判断の形でなされたものであり、実際の審理において上述のような運用をするべきと解することについて支障はないと考える。すなわち、最高裁判決は具体的重要事実を「はみ出す」事実が存在すると認められる場合はバスケット条項を適用しうるが、その際、当該事実が具体的重要事実に該当しないことを判断し終わっていることはその前提条件ではないと述べていると解されるのである。換言すれば、当該事実が具

20) 注 15) 参照。また業績に関する重要事実（金商法第 166 条 2 項 3 号）についても、これが発行会社の業績に影響を与える決定事実・発生事実を包摂するのか、という困難な問題がある。

21) ただし、これらに対し、エクイティ証券発行の際の発行会社の財務内容の点などは具体的状況において無限のバリエーションがあり、前述のケースのように重要事実の規定より「はみ出す」事実が存在する可能性があるとするべきである。

体的重要事実該当しないかどうかを検討するのみならず、それを判断・確認した上でないとバスケット条項を適用できないとは解されないと述べていると考えられるのである²²⁾²³⁾。

VIII.

さらに、具体的重要事実とバスケット条項を並列におく解釈をとることは、以下に述べるように、内部者取引規制の行為規範としての機能との関係で、過重な負担をこれから取引を行おうとする者に課する結果となる。これはバスケット条項の適用について注意すべきことのもう一つの（別個の）側面である。これまでのバスケット条項の議論は主に過去に起こった内部者取引規制違反の案件についてであった。そこでは、誰もが当罰性が高いと認める行為について、これを罪刑法定主義の原則に背馳することなく罰することができるか、という点の議論が中心となっていたと思われる。しかしながら、内部者取引規制は、そのような裁判規範としての面を持つと同時に、これから取引を行おうとする者の行為を規律する、いわゆる行為規範の面をも有する。内部者取引規制を前提に作成される企業の内部者取引規程などはその典型である。その面からみるとバスケット条項は極めて扱いが困難なものである。前述のように具体的な取引は具体的重要事実単純に当てはめられるものは少なく、したがってバスケット

条項がある限り、重要事実該当性なしとの結論が明確に出ないケースは少なくない。行為規範として内部者取引規制をみたとき、これは大きな欠陥であり、企業取引に対する萎縮効果は看過できない。企業によっては、ある証券取引が内部者取引に該当する可能性があるかどうか、その取引を行う前に学者・弁護士等より法律意見書を取得し、種々のクレーム、特に取締役の忠実義務違反の主張に対して備えることもしばしば行われる。しかしながら、このバスケット条項の存在によりいわゆるクリーン・オピニオン（留保なしの法律意見）が出せないことが多い。行為規範として内部者取引規制を見た場合に、重要事実を構成要件で明確かつ具体的に規定して、取引者が予め、いかなる取引をすれば処分されるのかということがわかるようにする必要があり、ということは立法者も十分認識しており、したがってバスケット条項はこの点から問題があることも認識されていたといっている²⁴⁾。

残念ながら、現在に至るも、いかなる事実がバスケット条項の対象となるかの基準について定説はなく、上述の最高裁判例もその基準を示していない²⁵⁾。しかしながら現行法を前提にする限りバスケット条項が無限定に適用される恐れがあるような解釈は取るべきとは思えない。これに関して注意すべきなのは、現在までに問題となったケースからわかるように、ある事実がバスケット条項に該当する事実かどうか

22) もとより、これは公訴事実がどのような訴因の形で審判の対象とされるかにもよる。いわゆるマクロス事件に関する東京地裁の判決においては、主位的な訴因が具体的重要事実についてのものであり、(第二次)予備的訴因がバスケット条項に関するものであったために、具体的重要事実についての判断が先になされたものである。これはあくまでも訴訟法的な制約である。

23) なお、ある事実が特定の具体的重要事実における軽微基準を上回るによりそれに該当することとなる場合にも、かかる具体的重要事実で評価し切れない面があるときはバスケット条項も重疊的に適用されるかという問題がある。このような場合はいずれにせよ166条違反の罪一罪が成立すると解される(芝原・前掲注10)681頁)。またバスケット条項該当性を証明するのは、その、「投資者の投資判断に著しい影響を及ぼす」との要件を証明する必要性のために、具体的重要事実該当性を証明するのに比して、より困難であるのが一般であろうから、実務的にはあまり実益のある議論とは思えないが、論理的には肯定しうる(結論同旨 芝原・前掲注10)。なお最高裁判決はこれを肯定しているとの理解もあるが(品谷篤哉「証券取引法166条2項4号の解釈」ジュリスト1154号90頁(1999))、最高裁判決の文言からはその趣旨は必ずしも明確ではない。

24) 証券取引審議会報告書「内部者取引の規制の在り方について」ジュリスト905号104頁(1988)等。

25) この問題は重要な問題であるが、本稿では論じることができなかった。服部・前掲注5)145頁以下。なお、注5)参照。

は、実際に株価に与えた影響をも加えていわば事後的に判断されることは避けがたいということである。しかし、ある事実が公表されたことと株価が騰落したことの因果関係は厳密にいて証明不能である。因果関係でなく経験則的な相関関係でさえ、株価の騰落が上場株式全体に影響のある事象と複合して生じたような場合はその存在は証明が困難となる。このように過去の違反事実であってさえ、「投資者の投資判断に著しい影響を及ぼ」したかどうかの判断は困難である。まして、ある取引を行う前にそれ以前に存在する未公表の事実がバスケット条項に該当するかどうかを判断する際、その未公表の事実が公表されたとしたら株価に大きな影響を与えるかどうかの判断は困難なことは容易に理解されよう。この困難性のために、実務的には保守的な観点からバスケット条項を広めに解釈することが多い。このことが取引の障害となっていることは実務界より指摘されている通りである²⁶⁾。このような現状において、具体的重要事実とバスケット条項とが常に並列的に置かれうるような解釈がとられると、ある事実関係につき、理論的には常に双方あるいは一方の規定に抵触する可能性があることを前提に検討し

なければならず、証券取引を行おうとする者の負担が過重となる。バスケット条項に関する最高裁判決は、少なくとも前記V. ないしVII. のような限定を付したうえでその趣旨が行為規範としての内部者取引規制に反映させられるべきである。

IX.

日本経団連が立法論として提唱しているようなバスケット条項の削除に近い将来において行われることがないならば、このような実務上の不都合を避けるためには、前述のようにバスケット条項の適用される局面を限定することが必要である²⁷⁾。と同時に、金商法のもとの政令・内閣府令等の改正を、現実の経済取引の発展を緊密にフォローアップして行うことによって具体的に列挙された重要事実の間隙を埋めることが必要である²⁸⁾。これまで、具体的重要事実のリストは徐々に増加しており、またその内容も精緻になってきているが、いまだその改正のテンポは十分に速いとは言えず、内容的にも現実の経済活動にそぐわなくなっている規定も少なからず存在する。法律である金商法そのものとはかく、政令・

26) 2003年12月16日、日本経済団体連合会は、「インサイダー取引規制の明確化に関する提言—公正で、安心して投資できる市場を目指して—」を公表し、その中で最初に、重要事実に係るバスケット条項の削除を提言している。その理由の一つとして、「犯罪とならない範囲を画する機能（自由保障機能）が低く、投資家は保守的な解釈を余儀なくされ、株式投資意欲が削がれる、という弊害もみられる。さらに、会社による自己株式取得の障害となり、株主への利益還元、企業の機動的な資本政策の実現を阻害している面もある。」とする。遠藤博志「インサイダー取引規制に関する企業の意識—日本経団連のアンケート調査結果の概要」商事法務1679号14頁（2003）。

27) 立法論として、現在のような重要事実として具体的事実を列挙する方式に代えて、反対にバスケット条項の規定のみを置くということも提唱されている。この点を強く主張されるのは黒沼教授である（黒沼・前掲注4）。確かに、教授の指摘されるように、日本の内部者取引規制は比較法的にみて具体的重要事実を詳細に列挙するという点において特異なものであり、それにより一方では過剰規制、他方では規制不足の弊害が生じていることは否めない。しかしながら、内部者取引規制の立法時の経緯や罪刑法定主義の問題をしばらく措くとしても、内部者取引規制は証券取引所の適時開示に関する規則と密接不可分の関係にある。この点は証券取引所の適時開示に関する規制が未だ整備途上であった時点において、横島・前掲注6）18頁以下で既に指摘されている通りである。内部者取引規制にかかる重要事実に比して一般的により広く詳細な開示規制の存在により、証券取引を伴う行為（自己株取得や企業買収・再編行為が典型である。）を行おうとする会社は、重要事実を適時開示規則に従い、もれなく公表することによって内部者取引規制の違反を出来る限り防ぐことができる（これも、内部者取引規制と適時開示に関する規則の双方に存在するバスケット条項のために完全ではないが）。この広く定着した実務がバスケット条項一本で重要事実を定義したときにどうなるのであろうか。ガイドラインを失った発行会社は、いかなる事実を公表すべきかについて途方にくれるのではないであろうか。

28) 神山敏雄「インサイダー取引規制に関する証券取引法166条2項1号ないし3号と4号の関係」判例時報1661号217頁（1999）。

内閣府令のレベルでの改正による迅速なキャッチアップは現在の態勢でも十分可能であると思われる。また、その際に法令の規定と証券取引所の適時開示に関する規則との整合性にも目を配る必要があるであろう²⁹⁾。

(こばやし・としお)

29) 金商法の具体的重要事実と、それをベースとしているところの証券取引所の適時開示に関する規則に示される重要事実とは相当の差異があり、後者のほうが相当に詳細であり、かつ具体的重要事実が列挙していない事実もかなりの数存在する。もとより、これらを金商法の重要事実そのまま取り入れるべきかどうかは別論であるが、検討に値することは確かであろう。なお、内部者取引規制に重要事実として規定がないところ、適時開示に関する規則により開示が求められる会社情報に規定がある事実は枚挙にいとまがないが、たとえば決定事実では、代表取締役又は代表執行役の異動、人員削減等の合理化、商号の変更等が、発生事実では株式又は新株予約権の発行差止請求、株主総会の招集請求、社債券に係る期限の利益の喪失等があげられる。

水道事業の官民連携に関する 法律上の問題点

東京大学准教授・弁護士
高橋玲路

- I. はじめに
- II. 水道事業の現状
 - 1 わが国の水道事業を取り巻く状況
 - (1) 水道ビジョン
 - (2) 地方財政改革
 - (3) 公務員定数の削減
 - 2 民間資金を用いた官民連携への方向性
 - (1) 官民連携のポイント
 - (2) 具体的な官民連携スキームの構成要素
 - (3) 海外での水道事業における官民連携
- III. 水道事業の基本的枠組み
 - 1 水道法
 - (1) 水道事業
 - (2) 水道事業規制の枠組み
 - 2 地方公営企業法
- IV. 水道事業における民間活用に関する制度
 - 1 業務委託（私法上の委託）
 - 2 水道法改正と第三者委託
 - 3 公の施設に関する指定管理者制度
 - (1) 「公の施設」
 - (2) 指定管理者
 - (3) 指定管理者制度の法的位置づけ
 - (4) その他の制度
- V. 具体的な民間活用の手法と法的な問題点
 - 1 業務委託及び第三者委託の問題点
 - (1) 業務委託
 - (2) 第三者委託
 - 2 指定管理者と第三者委託の組合せスキーム
 - (1) 仕組みと利点
 - (2) 問題点
 - 3 官民JV企業への水道事業譲渡スキーム
 - (1) 仕組みと利点
 - (2) 問題点
 - 4 官民で設立する事業運営LLPと資産保有SPCを用いたスキーム
 - (1) 仕組みと利点
 - (2) 問題点
- VI. 関連する問題点
 - 1 利用者の観点の取り込み
 - 2 補助金適正化法
 - 3 水道事業の財務分析
- VII. 最後に

I . はじめに

2007年に夕張市が財政再建団体に認定されるなど、国及び地方の財政状況の悪化が顕在化している。平成19年度末での国及び地方公共団体の長期債務残高はそれぞれ約607兆円、約199兆円にのぼり、国の現状の収支は、家計で例えると月収40万円に対してローンの元利払いが月15万円、各種出費が月43万円です。不足分の18万円を毎月借り増し、かつローンの残高が4600万円ある、という状態といわれる¹⁾。

このような状況にあつて、国及び各地方公共団体は、財政再建のため、国有財産の売却や第三セクターの清算、組織のスリム化や民間企業への業務の委託など、さまざまな方法を探っている。その中でも、民間企業の経営効率化のノウハウを公共サービスの分野に取り込み、財政負担を極力軽減する、又は、国や地方公共団体が担ってきた公共サービスの中で市場性のあるものを民間企業のマーケットに開放し、民間企業が自己調達資金で当該活動を担い、収益をあげていく、といった官民連携（Public Private Partnership）の手法は、財政負担の軽減を図りつつ、公共サービスを維持するための一つの有効な手法として、さまざまな分野で取り入れられている。

このような状況は、地方公共団体が運営する各種の公益事業においても例外ではない。公営ガス事業の民間譲渡²⁾や第三セクターによる新交通システムの破綻³⁾などが相次いでおり、公益事業における官民連携（場合によっては民営化）については、これまでもさまざまな議論がなされている。

本稿は、地方公共団体が担う公益事業の中でも重要な位置を占める水道事業について、現状の制度をふまえて、官民連携の具体的な法的スキームの可能性について検討を加えるものである。

II . 水道事業の現状

1 わが国の水道事業を取り巻く状況

(1) 水道ビジョン

平成16年6月、厚生労働省健康局は水道ビジョンを発表した⁴⁾。この水道ビジョンは、地方公共団体が担っているわが国の水道事業の現状を整理した上、今後の水道に関する重点的な政策課題とその課題に対処するための具体的な施策及びその方策、工程等を包括的に明示している。

特に水道事業の今後の安定的供給の維持については、以下の点が指摘されている。

① 水道施設は昭和50年前後と平成年代をピークとして整備され、わが国の水道普及率は96.8%(平成14年度末現在)に達しており⁵⁾、今後この水道施設の更新需要が増加することが予想されるが、他方で水道投資額は減少傾向にある。試算によれば、約20年後には更新需要・投資額ともに年間約1兆円でほぼ同額となり、それ以降は更新需要が投資額を上回ることが予測される（つまり更新資金が恒常的に不足する。）。

② わが国の総人口は、長期の人口減少過程を迎え、水道投資にかかる国民の負担能力の減少が見込まれる。

③ これまで規制緩和や民間的経営手法の活

1) 林信光『平成19年度版【図説】日本の財政』（東洋経済新報社、2007）36頁以下。

2) これまでに、長野県をはじめとして、20以上の自治体が、既存都市ガス会社又は新設都市ガス会社に対して公営ガス事業の事業譲渡を行っている。

3) 例えば、第三セクター方式で1991年から運営されていた愛知県小牧市の桃花台線は、利用者数が予測を大幅に下回り、多額の累積赤字を抱えたため、2006年9月30日に営業を停止し、運営会社も解散している。

4) <http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/kenkou/suido/vision2/vision2.html>, 2008年7月22日最終検索。なお、平成20年度に水道ビジョンの改訂が予定されている。

5) 平成18年度末には97.3%に達している。

用の観点から、各種制度の見直しが行われてきており、今後の適切な水道事業の運営形態の選択を十分検討する必要がある。

④ 今後施設の更新需要が大幅に増大していくが、需要の増大が見込めない状況にあり、かつ、国庫負担金の廃止縮減や三位一体改革による地方財政改革の動きからすれば、必要資金の確保のためのメカニズムの多様化が必要である。

⑤ 水道施設の運営に関する専門的な知識・経験を有する技術者を継続的に養成・確保することが不可欠であるが、現在の水道事業の職員のうち、45歳以上の職員が半分以上を占め、若年者の割合が低下しており、今後職員の大量退職が続くと推察されることから、水道事業の継承が大きな課題となっている。

⑥ 膜ろ過技術などの新しい技術の導入が必要なところ、予算や制度上の制約により新たな技術の普及のスピードが十分ではない。

(2) 地方財政改革

上記の水道ビジョンで示された現況と問題点は、わが国の地方財政全体の問題と無縁ではない。国及び地方の財政悪化が大きな問題となっている現状において、いわゆる三位一体改革による地方への税源移譲、地方交付税制度の改革及び地方債制度の完全自由化により、「暗黙の政府保証」により守られてきたと言われる地方公共団体の資金調達における金融環境は、大幅に変わることが予想される。現に格付会社による地方公共団体の格付けが行われ始めており⁶⁾、今後地方公共団体は、金融市場において厳しい選別にさらされることが予想される。地方公共団体による負債管理の透明性向上及び財務体質の健全化は、今後の重要な課題である。

さらに、平成19年には地方公共団体の財政の健全化に関する法律⁷⁾が制定され、地方公営企業や第三セクターも含めた、いわば連結での財政指標のチェックが平成20年度から始ま

る。同法の下では、従来の地方財政再建促進特別措置法と比較して、より早期の段階で健全化が行われる上、水道事業の事業主体である地方公営企業についても独自の健全化制度が導入されている。

水道事業は比較的安定したキャッシュフローに支えられ、独立採算をほぼ維持している事業であり、現時点での健全化の要請は、それ自体高いとは言えない。しかし、多額の更新費用の調達など、地方公共団体総体から見て、水道事業にかかる負担は無視できないものがある。他方、安定したキャッシュフローを生み出す水道事業は、民間企業や金融機関による投融資を通じた資金調達に適した事業であると言える。従って、水道事業について、地方公共団体からの支出を伴うことなく、事業の生むキャッシュフローを用いて民間資金の流入を図ることは、地方財政健全化のための一つの有効な手段となりうる。

(3) 公務員定数の削減

地方公共団体の行政改革の一環として、公務員の定数管理が厳しく行われ、水道事業においても、高度成長期に大量採用した職員の退職を迎える中、新規採用を控えることにより定数削減が行われる方向にある。そのため、自前での人員確保による現状の規模での事業継続は困難な状況になっており、これに代わる手段として、民間企業への委託が重要な手段となっている。

2 民間資金を用いた官民連携への方向性

(1) 官民連携のポイント

1で見たとおり、今後の施設更新資金の調達、地方財政負担の軽減、技術革新や職員減少への対応といった、水道事業を取り巻く問題に対処するには、事業のすべてを地方公共団体が自ら賄うのではなく、民間企業の資金と効率的な経

6) 例えば、スタンダード&プアーズ (<http://www2.standardandpoors.com>, 2008年7月22日最終検索) は、東京都や大阪府を始めとする6自治体の格付けを発表している。

7) 平成19年法律第94号。

営手法を取り入れることが一つの有効な手段となる。

民間企業のノウハウ活用は、地方公共団体による業務委託等により、以前から行われてきている。しかしながら、後述する通り、これまで行われてきている手法の効果は限定的であり、地方公共団体のおかれている現状に照らすと、必ずしも問題解決のために十分な効果のある仕組みとはなっていない。

民間企業の活用が十分な効果を発揮するには、まずその基本的な考え方として、民間企業による事業に対する主体的な責任の負担（リスクの負担）と、事業から得られる利益の享受（リターンの享受）という要素を同時にふまえた仕組みを検討しなければならない。

即ち、民間企業や金融機関は、出資や融資によりある事業の成否にかかるリスクを負担し、他方で、その事業の成功による経済的なリターンを享受する、という立場に立つことにより、最も合理的かつ効率的な事業運営を行うことへの強い動機を持つ。このような事業へのコミットを伴わないと、民間企業の活用は、単なる人件費等の費用削減を意味するだけであり、民間企業を持つ最も重要なノウハウは生かされない、という結果になる。また、仮に民間企業から経営についてのアドバイスを受けるとしても、民間企業が事業の成否に直接経済的な利害をもたない限り、真に有効なノウハウの導入には結びつかないであろう。

民間企業によるリスクの負担とリターンの享受の仕組みを取り入れるには、民間企業が事業経営について一定の自由度を持つことが大前提となる。事業経営の自由度がなければ、リターンを極大化するための手段がなく、従ってリスクの負担もあり得ない、ということになる。従って、官民連携によるメリットを最大限に生かすには、地方公共団体が決めたことを民間企業が行う、というこれまでの公益事業の実施方法を転換する必要がある。

もちろん、このような事業経営そのものを民間に託すということが、水道事業の公益性を全面的に放棄することにつながってはならない。水道は人間の生命維持のために不可欠なインフラである以上、公益性の観点から地方公共団体が事業に対して一定の関与をすることもまた必要不可欠である。

(2) 具体的な官民連携スキームの構成要素

以上の通り、民間企業にリスクを負担させつつ、民間企業の合理的な行動を最大限生かすための自由度を与える一方で、いかに公益的な観点からのコントロールを与えるか、という観点が官民連携の手法の検討において必要となる。

そこで、本稿では、官民連携スキームの構成要素として、以下の4点を踏まえた検討を行いたい。

①：民間企業が自ら資金調達を行う。

②：当該民間企業が地方公共団体と協働しつつも、水道事業の経営（料金設定や投資決定を含む。）において主体的な決定権限と責任を持つ。

③：①及び②の責任負担の見返り（動機付け）として、水道事業から得られる利益を民間企業が享受する。

④：他方で、地方公共団体は、公益的な観点から民間企業による水道運営をモニターし、過剰な利益優先の行動にコントロールを加える。

(3) 海外での水道事業における官民連携

民間企業を活用した水道事業のスキーム構築は、海外では決して珍しいものではない。例えば英国では、1990年代に水道事業は完全民営化され、外部からの業規制の形で所管官庁が公益性のコントロールを与える、という形が取られている。またフランスでは、基礎自治体であるコミューン（日本の市町村に該当）が、アフェルマージュ（Affermage）という形態で民間企業に対する水道事業全体の委託を行い、現在ではヴェオリア・エンバイロメント（Veolia Environment）とスエズグループ（SUEZ）の二

大水道会社がフランスの水道事業を担っていると言われている⁸⁾。

これらの水道会社は、各国の水道関連企業の買収・合併を繰り返して世界全体で水ビジネスを展開しており、日本もこのような海外の動向と無縁ではない。例えば、ヴェオリアグループは日本にも子会社であるヴェオリア・ウォーター・ジャパン株式会社を設立し、日本国内の水道関連企業を傘下におさめて、日本での水ビジネスの展開を進めており⁹⁾、日本国内でも民間企業が水道事業を担う素地は既に存在しているといつてよいであろう。

日本国内での水道事業の官民連携については、これまで海外の事例を参考にしつつさまざまな可能性が議論されてきている。本稿では、PFIを始めとする各種官民連携事業において、民間資金によるファイナンス案件に携わってきた筆者の立場から、2(2)①乃至④の仕組みを成り立たせるための法的スキームとしてどのようなものが現行法上考えられるか、検討を加えてみたい。

以下では、まず水道事業をとりまく法制度について概観し(Ⅲ)、特に官民連携に関連する法制度の内容を整理した上で(Ⅳ)、具体的な官民連携の法的スキームの方向性についての検討を加えていく(Ⅴ)。

Ⅲ. 水道事業の基本的枠組み

1 水道法

わが国では、明治23年に制定された水道条例に代わって昭和32年に水道法が制定され、

現在もこの水道法が水道全般の制度を規律している。

水道法はその目的を「水道の布設及び管理を適正かつ合理的ならしめるとともに、水道を計画的に整備し、及び水道事業を保護育成することによって、清浄にして豊富低廉な水の供給を図り、もって公衆衛生の向上と生活環境の改善とに寄与すること」とし(水道法第1条)、水道水質基準や水道施設の技術基準を定めるとともに、水道事業の経営に関する義務や監督に関する規定を置いている。

(1) 水道事業

水道法では、「水道」とは、「導管及びその他の工作物により、水を人の飲用に適する水として供給する施設の総体」(水道法第3条第1項)と定義し、「水道事業」とは、給水人口が100人を超える「一般の需要に応じて、水道により水を供給する事業」をいう(同条第2項)。

さらに、水道事業のうち、給水人口が5000以下であるものは「簡易水道事業」と分類され(同条第3項)、平成19年3月末時点での水道事業の総数9202のうち、簡易水道事業は7630となっている¹⁰⁾。

以上の水道事業以外に、水道法は、水道水の卸売事業にあたる「水道用水供給事業」(水道法第3条第4項)、上記の「水道事業」とは区別される特定の需用者専用の水道として「専用水道」(同第6項)及び「簡易専用水道」(同第7項)を規制の対象事業としている。

(2) 水道事業規制の枠組み

(a) 事業認可

水道事業を経営しようとする者は、厚生労働大臣の認可を受けなければならない(水道法第6条第1項)。水道事業の経営主体については、

8) 海外の水道事業の民活・民営化や、海外の水道ビジネスに関する状況については、石井晴夫ほか『公民連携の経営学』(中央経済社、2008)、宮脇淳=眞柄泰基『水道サービスが止まらないために 水道事業の再構築と官民連携』(時事通信社、2007)、野田由美子『民営化の戦略と手法』(日本経済新聞社、2004)などで詳しい紹介がなされている。

9) ヴェオリア・ウォーター・ジャパン株式会社は、日本国内に11のグループ企業を擁し(<http://www.veoliawater.jp/jp/Japan/VWJ/>, 2008年7月22日最終検索)、2007年7月には、電源開発株式会社と共同で、三井鉱山株式会社が保有する福岡県大牟田市の水道事業を取得し、上水道及び工業用水道事業の運営を行っている(http://www.jpower.co.jp/news_release/news070702.html, 2008年7月22日最終検索)。

10) <http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/kenkou/suido/database/kihon/syurui.html>, 2008年7月22日最終検索。つまり、日本の水道事業の殆どは小規模なものであり、規模のメリットを生かした経営が行われていないと見ることができる。

水道法第6条第2項において、「原則として市町村が経営する」とされ、市町村以外の者が水道事業を行うためには、給水区域を含んでいる市町村の同意を得なければならない、法律上公営であることが原則となっている。

また、地方公共団体以外の者に対して水道事業経営の認可が与えられる場合には、厚生労働大臣は当該認可に対して必要な期限又は条件を附することができることとなっている（水道法第9条）。

このように、わが国の水道事業の経営主体は市町村が主であり、平成18年度での簡易水道事業以外の水道事業（いわゆる上水道）の総数1572のうち、私営のものはわずかに9となっている¹¹⁾。

(b) 供給規程

水道事業者は、料金その他の供給条件について供給規程を定めることが義務づけられる（水道法第14条）。この供給規程が水道事業者と需要者との給水契約の内容を定めることになり、多数の取引を迅速かつ安全にするために定型的に定められることから、いわゆる普通取引約款と位置づけられる¹²⁾。

供給規程は、水道事業の認可申請において提出される事業計画書記載事項の一つであり（水道法第7条第4項第7号）、その供給条件が水道法第14条第2項に掲げる要件に適合することが認可の要件とされることにより、供給規程が法定の内容を満たすことが担保される。

さらに、水道事業者が地方公共団体の場合には、供給規程の変更のうち料金の変更は厚生労働大臣への届出事項とされている他（水道法第14条第5項）、供給規程として定める事項の中で地方自治法上条例規定事項とされるものが含まれるため（地方自治法第228条、第244条の2等）、供給規程は地方自治法上の民主的統制にも一部服することになる。

また、水道事業者が地方公共団体以外の者で

あるときは、供給条件の変更にも厚生労働大臣の認可が必要となる（水道法第14条第6項）。

(c) 料金

水道事業は公益事業であるとともに地域独占経営を許容されていることから、供給規程のうち、料金については「能率的な経営の下における適正な原価に照らし公正妥当なものであること」（水道法第14条第2項第1号。総括原価主義。）及び「定率又は定額をもって明確に定められていること」（同第2号）が求められている。

特に前者については、水道法施行規則第12条で、料金がおおむね3年を通じ財政の均衡を保つよう設定されたものであること、水道事業の営業費用、支払利息及び資産維持費の合算額から給水収益を除く営業収益を控除した額を原価として合理的かつ明確な根拠に基づき設定すること、並びに需要者相互の負担の公平性、水利用の合理性及び水道事業の安定性を勘案して設定されたものであることが求められている。

(d) 給水義務

水道事業者は、地域独占経営を許容されていることから、他の公益事業である電気事業やガス事業と同様、正当な理由がなければ需要者からの給水契約の申し込みを拒むことはできず、また需要者に対して常時水を供給する義務が法律上課されている（水道法第15条）。

(e) その他水道施設に対する技術的規制等

上記の他、水道事業者の供給する水質の確保について、水質基準（水道法第4条）の定め、水質検査の実施（同第20条）、業務従事者に対する定期的な健康診断の実施（同第21条）、水道水の消毒（同第22条）などが水道事業者に対して義務づけられ、さらに、特定の資格をもつ水道技術管理者を置き、この者に水道の管理を担当させることとしている（同第19条）。

また、取水施設、貯水施設、導水施設、浄水施設、送水施設及び配水施設（これらを「水道

11) <http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/kenkou/suido/database/kihon/kasyo.html>, 2008年7月22日最終検索。この私営の水道事業は、いずれもリゾート地を開発した事業者がそのエリアに対して給水を行っているものである。

12) 水道法制研究会『新訂 水道法逐条解説』（日本水道協会、2003）239頁。

施設」という（水道法第3条第8項。）についての技術的な基準を定め、これを充足させることを水道事業者に義務づけている（同第5条）。

2 地方公営企業法

上記1に概説した水道法に加え、水道事業者が地方公共団体である場合には、地方公営企業法が適用される。

地方公営企業法は、地方公共団体の運営に関する地方自治法などの一般法に対する特別法と位置づけられ、水道事業、鉄道事業、病院事業等を地方公共団体が経営する場合には、当該事業について企業としての組織、財務、職員の身分取扱い等について地方公営企業法の規定が適用される（地方公営企業法第2条）。

地方公営企業は「企業」という用語が使用されるものの、事業の実施主体に対して独立した法人格を付与するものではない。地方公営企業は、地方公共団体の長の執行機関に属し、地方公共団体の一部局（水道局）として位置づけられる。

但し、地方公営企業の経済性を発揮させるため、その経営組織は一般の行政組織から切り離され、地方公営企業の管理者は、独自に職員の任用や財務会計行為等を行う権限が与えられている。さらに、財務面でも、地方公共団体の一般会計とは別に特別会計（公営企業会計）を設置することとされ、企業会計方式を採用するなど、一定の独立性をもって、独立採算の原則のもと、民間企業的な経営を制度的に行うものとなっている。

特に水道事業との関係では、水道法第14条と同様に、地方公営企業法第21条においても総括原価主義が採用されていることに留意が必要である。

IV. 水道事業における民間活用に関する制度

IIIで見たとおり、わが国の水道事業は地方公共団体による直営を原則とするが、地方公営企業の職員がその事業のすべてを行うわけではない。

地方公共団体が実施する公益事業や公共サービスにおいて、従来から様々な業務について民間企業へのアウトソーシング（従来型の業務委託）が行われているのに加え、近年の行財政改革の流れの中で、公益事業や公共サービスについて官民連携の様々な手法が創設されている。

以下では、水道事業に関連して、現行法上用意されている官民連携手法に関する制度を整理する。

1 業務委託（私法上の委託）

地方公共団体が行う事業では、定型的な事実行為に限定された業務（いわゆる手足の業務）については、従来から契約による民間企業への委託が行われている。

水道事業では、定型的なメーター検針業務や料金収納業務、民間の専門知識を活用する検査業務、付随的な汚泥・廃水処理業務や清掃・警備業務などが委託の対象となっている。これらの業務は、水道事業者の管理下で業務の一部を委託するものであるから、業務全体について水道事業者が指揮監督を行い、委託を受けた民間企業は当該指揮監督に従って、あらかじめ定められた業務を行う。この業務委託は、個別の業務ごとに地方公共団体が入札による発注を行い（地方自治法第234条）、原則として単年度契約により行われる。

業務委託では、水道事業の管理権限や管理責任は水道事業者にとどまるため、委託を受けた民間企業が自らの裁量的な判断を行うような業務は委託の対象とはなりえない¹³⁾。この業務

13) 地方公共団体が行う民間企業への業務委託は、内部管理等の一般事務と公の施設の管理において行われており、前者の場合には公権力の行使に係る事務や人事管理、財政権限等の地方公共団体の維持存続に直接関係する事務を委託することは適当でないといわれ（小島重喜「外

委託は、民法上の請負契約又は委託契約と分類され、地方自治法上の一般的な契約に関する規定の適用を受ける他、水道法上は特段の規制はなされていない。

2 水道法改正と第三者委託

上記の業務委託は限られた業務のみを対象とするものであるのに対し、平成13年の水道法改正により、第三者委託の制度が新設された(水道法第24条の3)。同制度により、水道事業者は、水道の管理に関する技術上の業務の全部又は一部を他の水道事業者若しくは水道供給事業者又は当該業務を適切かつ確実に実施することができる者として政令で定める要件に該当するものに委託することができることとなっている。

この制度の対象業務は、水道法施行令第7条で定められ、具体的には、水道施設の管理については技術上の観点から一体として行わなければならない業務の全部を一の者に委託すること、及び、給水装置の管理に関する業務の委託については委託者である水道事業者の給水区域全部について委託することとされている。

また、委託契約の規定事項が法定され(水道法施行令第7条第3号、同法施行規則第17条の3)、受託者(水道管理業務受託者)に対して技術管理者の設置が義務づけられている。さらに、委託業務の範囲内において水道事業者の責任に関する水道法の規定のうち一定のものが水道管理業務受託者に直接適用され、かつ水道管理業務受託者は、当該責任に関し罰則の適用、国による監督などの対象となる(水道法第24条の3第7項、同第53条他)。

水道事業者と受託者の間で締結されるのは、「契約」と明記されている(水道法施行令第7

条第3号)。第三者委託においては、水道法上の責任が受託者側に課されるといった特殊性があるものの、明確に契約として位置づけられている以上、水道法で特に規定されている事項を除いては、水道事業者と受託者は一般契約法理によって規律される、と考えることになる。但し、この制度は水道事業者からの委託に限って設けられたため、水道管理業務受託者がさらに他者に業務を再委託することは許されない¹⁴⁾。

なお、水道法第24条の3に基づく委託は、法律上の権限及び責任が一部移転する効果を持つため、上記の従来からの業務委託とは性格が異なる別個のものとして、従来型の業務委託が禁止又は制限されるものではない¹⁵⁾。

3 公の施設に関する指定管理者制度

(1) 「公の施設」

地方自治法は、第244条以下で「公の施設」についての規定を定めている。この「公の施設」とは、「住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設」と定義され(地方自治法第244条第1項)、体育施設、教育文化施設、社会福祉施設などがこれにあたり、水道事業のための施設もこの公の施設に該当すると解されている¹⁶⁾。

この公の施設の設置及び管理に関する事項は条例で定めることとされ(地方自治法第244条の2第1項)、当該設置条例では、公の施設の管理運営に関する一般的な事項の他、住民が利用する場合の条件や料金規定などが定められている。

(2) 指定管理者

法律上公の施設の管理及び運営は、地方公共団体が主体となって行うこと原則とされてきた

部委託—論議の推移と現況」ジュリスト814号33頁、36頁以下)、後者については事実上の行為の一部についてのみ委託が可能とされている(成田頼明『指定管理者制度のすべて』(第一法規、2005)99頁参照)。

14) 「水道法の施行について」(平成14年3月27日健水発第0327001号)、水道法制研究会・前掲注12)396頁。

15) 水道法制研究会・前掲注12)395頁。

16) 成田・前掲注13)54頁。

が、平成3年の地方自治法改正¹⁷⁾により、第三セクター等に限ってその管理を委託することが可能となった。さらに、平成15年の地方自治法改正¹⁸⁾では、法人その他の団体であって地方公共団体が指定する者（「指定管理者」）に管理の委託先が拡大され（指定管理者制度。地方自治法第244条の2第3項）、公の施設の管理運営について、民間企業にまでその門戸が広がられている。

この指定管理者制度は、条例で指定の手続、指定管理者の行う管理の基準等が定められ（同条第4項）、指定管理者の指定は、期間を定め（同第5項）、かつ議会の議決を得ることが必要とされている（同第6項）。

指定管理者制度において、最も特徴的なのは、公の施設を利用する権利に関する処分（つまり施設の使用許可等）を行う権能を指定管理者に付与することができること（地方自治法第244条の4第3項参照）、及び指定管理者が公の施設の利用に係る料金を自らの収入にできること（同法第244条の2第8項）である。これによって、地方公共団体が管理の報酬を支払うことなく、独立採算で民間企業が公の施設の運営を行う、というスキームが可能となっている。

(3) 指定管理者制度の法的位置づけ

指定管理者制度は、公の施設に関して地方公共団体が保有している権能を一部移管する、という性格を持ち、かつ指定の手続や内容は条例に基づくことから、指定の法的な性格は、私法上の契約ではなく行政処分と解されている¹⁹⁾。

総務省の通知²⁰⁾によれば、指定管理者の指定をした場合には、具体的な業務内容や条件、指定管理料を指定管理者に支払う場合にはその内容などを、地方公共団体と指定管理者の間の協定で定めることとされている。現に、地方公共団体は指定管理者との間で年度協定書を締結

する、というプラクティスが行われているようである。

指定を行政処分と解した場合、かかる協定書はいかなる性格を持つのが問題となる。これについて明確な理解は存在しないようであるが、指定が行政処分である以上、その細目を定める協定書を私法上の契約であると考えことは困難であり、あえて行政法の中で位置づけるならば、行政行為の付款であると解することになるであろう²¹⁾。

指定を受けた民間企業にとって、地方公共団体から支払われる管理料又は自らの収入とする利用料金が事業の収益性を基礎づけるものとなるが、かかる収益を生み出す根拠が契約ではなく行政処分であるとする、例えば紛争が生じた場合にいかなる手続でこれを解決するのか、また、民間取引と同様の経済的な救済手段が確保されているのか、といった点が不明確であると言わざるを得ない。

なお、上記の通り独立採算制による公の施設の運用が可能ではあるが、施設の公益性及び民主的統制の観点から、利用料金については、条例で定める範囲内で、かつ地方公共団体の承認を得ることが必要であり（地方自治法第244条の2第9項）、経営の自由度については一定の制約がかけられている。

また、地方公共団体によるコントロールとして、業務や経理に関する報告、地方公共団体による調査及び指示の権限が与えられ（同条第10項）、かかる指示に従わないときその他管理の継続が適当でないとき認めるときは、指定の取り消しや業務停止命令が行われる（同条第11項）。かかる仕組みは施設の公益性の観点からすれば当然であるといえるが、独立採算性で公の施設の管理を行う場合、指定取消や業務停止の要件が抽象的であるため、指定管理者にとって予測

17) 平成3年法律第24号。

18) 平成15年法律第81号。

19) 三橋良士明＝榊原秀訓『行政民間化の公共性分析』（日本評論社、2006）166頁。

20) 「地方自治法の一部を改正する法律の公布について（通知）」（平成15年7月17日総行第87号）。

21) 三橋＝榊原・前掲注19）169頁。但し、処分権限を与えていないような指定管理者の場合には、協定を契約と構成することも可能との指摘がなされている。

可能性が高いとは言えない、という問題を含んでいる。

(4) その他の制度

以上のほか、地方公共団体が有する資産一般については、行政財産と普通財産の区分等、地方自治法に基づく公物管理規制についても配慮が必要となる。公物管理規制についての網羅的な検討は本稿の目的の範囲を超えるため詳述はしないが、必要に応じて言及する。

また、公共サービス全般において民間企業の活用を検討を促す制度として、競争の導入による公共サービスの改革に関する法律（いわゆる市場化テスト法）²²⁾や、民間企業の活用に関する手続及び基本的な考え方等を定めた、民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律（いわゆるPFI法）²³⁾があり、公益事業の独立法人化の手段としては、地方独立行政法人法²⁴⁾がある。

但し、これらの制度は、今回の検討と直接的には関係しないため、紙幅の関係上、その詳細な検討は別の機会に譲りたい。

V. 具体的な民間活用の手法と法的な問題点

以上IVでの制度整理をふまえ、IIで設定したスキーム構成要素に従って、考えられる水道事業での官民連携のあり方について検討を加えてみたい。まず、現行用いられている業務委託及び第三者委託の制度の問題点に触れた上、II 2(2)の①乃至④の要素を満たすスキームとして、指定管理者と第三者委託の組合せスキーム、官民JV企業への水道事業譲渡スキーム、及び、官民で設立する事業運営LLPと資産保有SPC

を用いたスキームを検討する²⁵⁾。

なお、当然のことながら、個別の水道事業者の事情によって、取り得る官民連携のスキームは異なる。財政状態が良好で、潤沢な資金を有する地方公共団体であれば、現行の直営方式を維持しつつ、業務委託や第三者委託を活用していくことは十分合理性のある方法といえるだろう。本稿は、様々な事情下にある水道事業者の経営改善の選択肢をいかに増やすか、という観点からの検討であることを予め断っておきたい。

1 業務委託及び第三者委託の問題点

(1) 業務委託

従来からの業務委託は、既述の通り、細分化された個別の周辺業務のみを委託する形を取る。従って、中小の水道事業者が発注した場合には、業務としての規模が小さいために受託を望む企業が現れないといった問題点がある。また、そもそも単年度契約で発注業務が細分化されているため、水道事業全般の効率化、合理化といった民間企業のノウハウを活用する余地が限られ、現状水道事業が抱える問題の解決手段として、その効果は限定的であると言わざるを得ないであろう²⁶⁾。

(2) 第三者委託

第三者委託の対象業務は水道技術管理者が統括する技術上の業務全体を指し、具体的には水道施設の管理（運転、保守点検等）、水質管理（水質検査を含む）、給水装置の検査等とされ、料金設定等の水道事業の経営そのものは委託対象とはならない、とされているが²⁷⁾、具体的にその境界線は明らかではない。

22) 平成18年法律第51号。

23) 平成11年法律第117号。

24) 平成15年法律第118号。

25) 水道事業における官民連携について、社団法人日本水道協会が、平成18年3月に「水道事業における民間的経営手法の導入に関する調査研究報告書」（以下「研究報告書」という。）を発表している。本稿でも、この研究報告書の内容も参考にしつつ検討を加えていきたい。

26) 研究報告書22頁においても、コスト削減や職員の不足に対応する手段として単純な業務仕様発注や人数仕様発注で行われてきたため、民間的経営手法の導入としての効果がない上、受託をする民間企業としても単なる価格競争となって、民間企業側の従業員の資質の低下を招く、といった指摘がなされている。

27) 水道法制研究会・前掲注12)395頁、396頁。

そこで、長期契約を締結した上で、水道施設の長期的な修繕・更新計画の策定と実施、といった経営判断的な部分を含んだ業務も「管理に関する技術上の業務」と考えることができれば、契約の規律の中で水道事業者と受託企業の連携による民間的経営手法の導入を一定程度取り込む手段として用いることができるであろう。

しかしながら、法律上第三者委託の受託者には水道技術管理者を設置することが義務づけられていること、受託者の水道技術管理者の従事する事務は、水道法第24条の3第7項によって適用される同第19条第2項各号とされていることからすると、いわゆる経営判断事項に関する業務は委託対象たり得ないと考えざるを得ない。

また、対象となるのは技術的業務のみであるため、技術のノウハウが民間側に蓄積され、一定範囲の業務を包括的に委託することにより、合理化が望めるという効果があるが、施設の更新といった点にまで関与し、かつ事業全体の収益性に対しては直接責任を負う立場にないといえるため、水道事業全体の長期的な視点からの

経営合理化といった部分に生かすことのできる制度とは言い難いであろう。

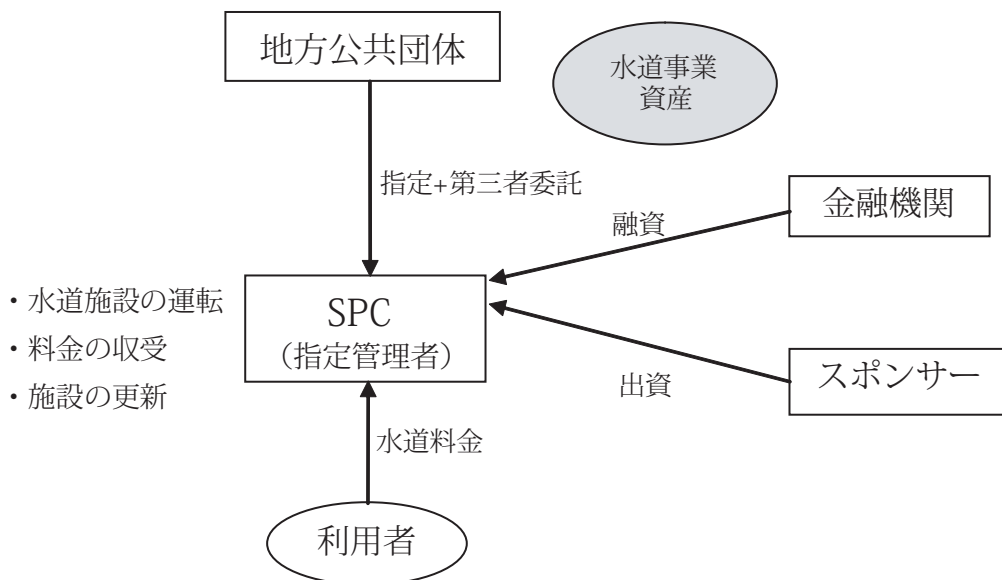
2 指定管理者と第三者委託の組合せスキーム

(1) 仕組みと利点

II 2 (2) の①乃至④の要素を満たすスキームとしては、民間企業（スポンサー）の出資及び金融機関からの融資を受けた特別目的会社（SPC）が、地方公共団体から指定管理者としての指定及び第三者委託に基づく委託を受けて、水道事業を行う方式がまず考えられる²⁸⁾（図表1）。

このスキームでは、SPCは指定管理者として、水道料金を自らの収入として独立採算により事業を実施する。また、水道施設の運転等については、併せて第三者委託の制度による委託を受けてSPCが実施し、水道施設の更新や設備投資についても、資金調達も含めSPCが自ら行う。独立採算の前提となる経営の自由度については、例えば条例で一定の幅を持たせた水道料

〔図表1〕



28) なお、SPCを設立せずに、スポンサーがみずから指定管理者となって事業を実施する方式も考えられるが、その場合、水道料金の基礎となる原価が不明確になり、料金設定についての民主的統制が効きにくいという問題点がある。そこで、透明性の観点からは当該水道事業のみを行うSPCを設立する方式が適切と考えられる。

金の設定を行い、当該幅の範囲内では指定管理者が自由に料金を設定できるといった形をとることにより、独立採算性と公益性の維持の両立を図ることなどが考えられる（Ⅱ 2（2）の①乃至③の要素）。

他方、指定の取消権等を通じて地方公共団体からのコントロールも留保される（Ⅱ 2（2）の④の要素）。

このスキームは、現行制度を単純に組み合わせただけのものであるため、導入が容易であるといえ、また、指定管理者制度を採用することにより、事業の公益性を維持するための民主的統制が制度的に担保されるという利点がある。

（2）問題点

（a）指定管理者制度上の問題点

（「管理」の範囲）

公の施設の指定管理者制度において、指定管理者に行わせる「管理」が、どこまでの範囲の業務を含むかが法文上明らかではない。法文上定められているのは「設置」と「管理」であり（地方自治法第 244 条の 2 第 1 項）、用語としては、前者が設備投資関係を意味し、管理には新たな投資までは含まない、という解釈にもなりそうである。また、元来公の施設の典型的なもの（公民館等）は、一旦設置した後に、施設の拡張や新たな技術革新に伴う設備投資といったものは通常予定していない。そのため、指定管理者制度の下で、指定管理者側に、経営戦略的な部分にまで主体性を与えることができるのか、ということについては制度上問題がないとは言えないだろう²⁹⁾。

（料金収入の帰属）

水道料金の原価を構成する要素には、地方公営企業が資金調達のために発行した企業債の支払利息見合いの部分もあるはずで、料金収入を

全て指定管理者の収入とすることはできないと考えられる。従って、指定管理者制度を用いて料金収入を指定管理者が得られるとしても、これを分割して一部地方公共団体の収入とすることが必要になると思われる。しかしながら、地方公共団体と指定管理者とで、料金収入を分配するということが可能かについては、地方自治法の条文上は明らかではない。

（施設に関する責任）

指定管理者制度を用いた場合であっても、公の施設の設置主体は地方公共団体であることに変わりはなく、水道事業に関連して第三者に損害を与えた場合の賠償責任は、国家賠償法第 1 条又は同第 2 条に基づき地方公共団体が負担することになると考えられる³⁰⁾。そこで例えば、指定管理者の従業員の過失等により利用者に損害を与えた場合、当該損害の賠償責任については、国家賠償法第 1 条に基づき地方公共団体がその責任を負担することになるが、当該従業員の使用者である SPC については、判例上民法第 715 条の使用者責任に基づく損害賠償責任が発生しないことになる³¹⁾。

このような処理は、被害を受けた第三者の救済としては適切であるが、地方公共団体と指定管理者の間の規律としては、指定管理者側にモラルハザードが発生し易くなるという問題を抱えているといえる。最終的にこの問題は、契約上の内部求償問題として処理することが考えられるが、国家賠償法上予定していない求償を契約で規定できるのか、という点についてはなお検討が必要であろう。

（b）水道法上の問題点

水道法上は、施設の所有の有無を必ずしも問わず、施設利用の権限を有し、水道により水を供給し、その対価として水道料金を収受する者

29) 条例で指定管理者の行う「管理」の範囲を定めることができるが（地方自治法第 244 条の 2 第 4 項）、「管理」の概念を超えるものまで業務に含めることはできないと考えるのが自然であろう。

30) 民間企業も認可を取れば行える水道事業ではあるが、公益事業として行われている水道事業の場合、それが純然たる私経済作用とまでは言い切れないであろうから、指定管理者としての指定を受けた SPC の従業員の活動は、国家賠償法第 1 条の「公権力の行使」に該当すると考えてよいのではないと思われる。

31) 最判平成 19 年 1 月 25 日民集 61 卷 1 号 1 項。

が、水道事業者になると解されている³²⁾。

このような理解を前提とすると、上記スキームでは、地方公共団体と指定管理者のどちらが水道法上の水道事業者に該当するのか、という問題が発生する。

指定管理者制度では、地方公共団体があくまでも施設の設置者として最終的な責任を負担する地位に立つ。また、料金は条例により枠組みを定めた上で地方公共団体の承認を得る必要があることや、地方公共団体が指定の取消権等の監督権限を有していることからすれば、地方公共団体が水道事業者に該当するとも言えそうである。

他方、上記スキーム上、指定管理者は、水道施設を保有はしないものの設備投資等の決定を行い、利用者との間では直接料金を徴収する主体となる。水道法が予定している水道事業者に対する規制は、水道施設の安全基準の維持や実際の給水の場面での技術事項がもつばらであるため、水道法の規制の趣旨から考えるならば、水道施設を用いて現に水道事業を運営している者を規制の対象とする必要があるとも考えられる。

このように、公の施設の指定管理者制度では、施設の設置と運営が別主体であることを想定しているが、水道法はむしろ施設の設置者と運営者は同一主体であることを想定した制度となっているため、両方の制度が整合しないという問題を抱えている³³⁾。

特に、指定管理者制度の下で、設備投資等の判断の自由度を極力SPCに付与した場合、水道法との関係では、むしろSPCが水道事業者とならなければならない、という結論を導く危険がある。このような結論となってしまった場合、SPCは水道事業に関する物的資産や水利権などは一切保有していない以上、認可を取るための必要な要件を満たすことはほとんど不可能であろうし、水道料金の設定が水道法上の認

可事項となってしまい、指定管理者制度以上に厳しい制限に服することになってしまう(II 2 (2)の②の要素の喪失)。また、SPCが水道事業者ということになると、そもそも料金の決定権限等、地方公共団体の公の施設の設置者としての地位の基礎がなくなってしまう、という状態を生み出し、公益性からの地方公共団体からのコントロールを及ぼす根拠を失ってしまうだろう(II 2 (2)の④の要素の喪失)。

他方、地方公共団体をあくまで水道事業者とするために、指定管理者としての業務の自由度を制約した場合には、II 2 (2)の②の要素を喪失することになり、スポンサーも金融機関にとって、資金を拠出して事業リスクを負担する前提がなくなってしまうことになる。

(c) 資金調達に関わる問題点

スポンサー及び金融機関にとって、水道事業に資金を拠出する前提は、水道事業がSPCによって継続的に行われ、安定したキャッシュフローが維持される、というところにある。

しかしながら法律は、指定管理者の指定の取消原因を「管理を継続することが適当でないと認めるとき」(地方自治法第244条の2第11項)と規定しているにとどまるため、その適用範囲は不明確と言わざるを得ない。そのため、資金を拠出する側としては、事業の継続性について不安を持たざるを得ない、というデメリットが存在する。

また、特に金融機関にとっては、融資の前提として、当該事業を構成する資産や権利に担保権を設定することで回収可能性を高めることが必要になるが、既に検討したとおり、指定管理者の指定は行政処分と位置づけられるため、指定管理者としてのSPCの地位については、金融機関による担保設定が不可能であるという問題が存在する。

水道事業資産についても、これは地方公共団体が保有する行政財産(地方自治法第238条

32) 研究報告書 54 頁。

33) 研究報告書 55 頁においても、指定管理者が料金を自らの収入とする場合、地方公共団体と指定管理者のどちらが水道事業者に該当するかは、業務の範囲に応じ、個々具体的事例に基づき判断される、とされ、判断の具体的な基準は明らかになっていない。

第4項)であるため、担保設定は禁止される(同第238条の4第1項)。

また、SPCが設備投資した資産は、当該設備が地方公共団体の所有する水道施設の付合物となれば地方公共団体所有となり、付合しないものはSPC所有となる。その結果、資産関係が複雑化し、金融機関にとって担保取得できる資産は限定されてしまう。

以上に加え、金融機関が担保として最も重要視するのは、利用者に対する水道料金債権であろうが、水道料金は、行政処分である公の施設の使用許可の対価として、条例を根拠にして発生するものである。かかる水道料金債権の法的な性格が、純粋に民法上の金銭債権といえるのか、さらには担保権を設定できるのか、という問題があり、融資の前提となる担保設定については多くの問題があるといわざるを得ない³⁴⁾。

3 官民JV企業への水道事業譲渡スキーム

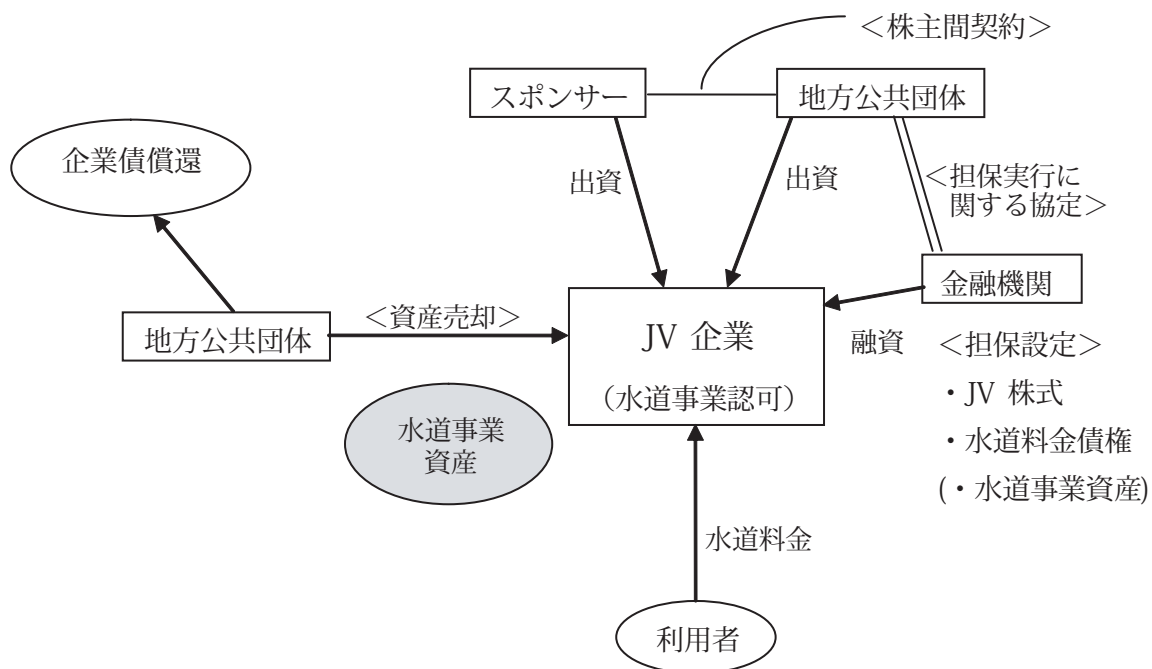
(1) 仕組みと利点

指定管理者の制度的な問題を回避し、別の形で地方公共団体からのコントロールを行う方法として、地方公共団体と民間企業(スポンサー)が共同出資により設立した株式会社(又は合同会社でもよいだろう。)(JV企業)に水道事業を売却し、当該JV企業が水道事業を担う方式が考えられる(図表2)。この場合、水道事業に必要な資産及び権利等をすべて地方公共団体からJV企業が譲り受け、JV企業自らが水道事業認可を得て事業を行うことになる³⁵⁾。

(a) スポンサー主体の経営

この方式は公営ガス事業の民間譲渡の際にしばしば採用されている方式であり³⁶⁾、JV企業への事業譲渡により民営化することを原則とし

〔図表2〕



34) 例えば大阪地判昭和34年9月8日下民集10巻9号1916頁では、公営住宅の利用関係は私法上の賃貸借関係であるとされており、公の施設の使用料についても、私人間の財産や施設の利用関係と同様とみなせる場合には、私法上の債権と見ることが可能であると思われる。但し、水道事業における条例を根拠とした水道料金について、私法上の債権と見ることができるとについては、なお疑問がある。

35) 水道事業に必要な水利権や道路の占用許可などについては私法上の処分が制限又は禁止されていることに注意が必要である(河川法第34条等)。

36) 長野県が行った公営ガス事業の民間譲渡の際にこの方式が採用されたほか(従って、一般に「長野方式」と呼ばれる。)、平成20年

つつ、JV企業への出資を通じて地方公共団体が経営に一定程度関与することが可能となっている。

このスキームは、基本的に民営化の方式であるため、通常の企業活動と同様に、スポンサーが自ら資金調達を行い、主体的に水道事業の経営（施設の更新等を含む。）を行い、得られたキャッシュフローにより借入の返済及び投資利益の回収を行うことになる（Ⅱ 2（2）の①乃至③の要素）。

（b）公益的観点からのコントロール

水道事業をJV企業に譲渡するため、公営企業としての水道事業は終了し、水道事業関連施設は地方自治法の公の施設ではなくなり、条例等を通じた民主的統制を行うことができなくなる。しかし、JV企業に地方公共団体が出資するので、当該出資を例えば拒否権付の種類株式にする（会社法第108条第1項第8号）、非公開会社にした上で、定款で議決等についての特則を規定する（同法第109条第2項）ことにより、公益的な観点から事業に対する地方公共団体のコントロールを及ぼすことは可能であろう（Ⅱ 2（2）④の要素）。なお、地方公共団体は、利潤を得るためにJV企業に対して出資するわけではないので、JV企業への出資額は必要最低限の金額にとどまることになる。

これと併せて、水道事業をJV企業に売却する際には³⁷⁾、用途指定を行うことが可能であるため（地方自治法第238条の5第6項、同第7項）、売却の条件として例えば水道料金を一定水準に保つことといった制約を設けることが考えられる³⁸⁾。

このようなコントロールは、会社法や契約の規定によって規律されるため、前述のような指定管理者制度における民主的統制の範囲の不明確性、という問題（政治リスク）を遮断するこ

とができ、投資を行うスポンサーや金融機関にとって有益であるといえる。

（c）企業債の償還

地方公共団体が水道事業を廃止した場合、地方公営企業が資金調達のために発行した公営企業債は一括償還することが必要となるが、かかる償還の原資は水道事業の売却代金によって賄われることになり、地方公共団体の債務圧縮にもつながるといえる利点が指摘できる。

（d）資金調達

JV企業は、水道事業を買い取るために、スポンサーからの出資とともに金融機関からの借入により資金を調達する。JV企業は水道事業を専業とする企業であるため、融資を行う金融機関にとって、水道事業から得られる安定した料金収入が最も重要な返済原資となる。

そこでまず、金融機関としては、JV企業が利用者に対して有する現在及び将来の利用料金債権に対して包括的な担保権を設定することになる。この担保設定については、債権譲渡担保によることが考えられ、かつ、個別の利用者に対して通知等を行って対抗要件を具備するのは現実的ではないことから、動産及び債権の譲渡の対抗要件に関する民法の特例等に関する法律³⁹⁾に基づき、債務者不特定の債権譲渡として（動産・債権譲渡登記規則第9条第1項第3号）、同法第4条第1項の登記による第三者対抗要件を具備することが考えられる。

さらに、金融機関としては、水道事業が安定的に継続されることが融資回収にとって最も重要であり、かつ水道事業資産自体はその資産の性格上換価できないので、スポンサーが保有するJV企業の株式について担保権を設定し、事業が悪化した場合には、金融機関の主導により、JV企業の株式を別のスポンサーに承継させて事業の立て直しを行う、という手段を備えてお

5月に公表された仙台市ガス事業民営化計画においても、同様の方式が採用されている（http://www.gas.city.sendai.jp/gas_oshirase/minei/、2008年7月22日最終検索）。

37) 水道事業を廃止し、資産を一旦普通財産とした上で売却することが必要となる（地方自治法第238条の4、同第238条の5）。

38) 但し、用途指定の違反の効果は売却の解除であるが（地方自治法第238条の5第6項）、違反があった場合に契約を解除して事業を買い戻すことは実際には考えにくい、という点に留意が必要であろう。

39) 平成10年法律第104号。

くことになる⁴⁰⁾。

また、担保実行と上記（b）による地方公共団体からのコントロールについて、どのような場面でどちらが行使されるのかについて、地方公共団体と金融機関との間で一定の整理をしておく必要がある。双方の手段が互いにいつ行使されるか分からない、といった状況では、スポンサーに問題が生じたときに誰のイニシアチブでどのように事業を治癒するかについて、金融機関と地方公共団体の双方にとって予測可能性が低くなってしまい、事業の治癒そのものが上手く行かなくなるおそれがある。そこで、地方公共団体と金融機関との間で、双方が持つ事業治癒のための手段の発動について、相互協議等一定の手続を定め、事業治癒を共同して行っていくことについての合意書（担保実行に関する協定）を締結しておくことが望ましいと考えられる。

（2）問題点

（a）スポンサーの破綻リスク等

JV 企業への事業譲渡の方式をとった場合、水道事業は地方公共団体の手から離れるため、パートナーとなったスポンサーが破綻してしまった場合や、JV 企業の提供するサービスの質が著しく悪化した場合に、これをどのように治癒するかという点が、最も重要な問題となる。

官民連携スキームの本質からして、パートナーとなるスポンサー由来のリスクを完全に遮断することは不可能といわざるを得ないだろう。しかし、例えば、種類株式の一種である黄金株（Golden Share）の仕組みを利用し、スポンサーの破綻やサービス指標の悪化等の限定的な場合に地方公共団体が JV 企業の支配権を取り、かつスポンサーの株式を取得条項付株式（会社法第 108 条第 1 項第 6 号）としておくことにより、スポンサーを退出させる、といった仕

組みを設けることのより、かかるリスクに対処することは可能であろう。また、地方公共団体とスポンサーの間で株主間契約を締結し、当該契約の中でも、地方公共団体によるスポンサー株式の買取権を定めるといったことも考えられる。

（b）スポンサーと地方公共団体の役割の明確化

JV 企業はいわゆる第三セクターであるため、過去第三セクターに関して指摘されている、官民の責任分担の不明確さ、第三セクター救済のための無限定な税金投入や借入に対する金融機関への損失補償の問題などが考えられる。これらはいずれもスポンサーにモラルハザードが起る原因となる（II 2（2）の②の要素の喪失）。

また、第三セクターであるがために、地方公共団体が過度に事業運営に介入した場合、スポンサーの経営の自由度が失われ、その結果スポンサーが自らのノウハウを発揮する動機が失われてしまう（II 2（2）の②の要素の喪失）。

この問題については、前述の JV 企業の定款の規定や種類株式によりガバナンスルールを明確化するとともに、地方公共団体とスポンサーとの間で詳細な株主間契約を締結し、具体的に地方公共団体が経営のどの点にまで関与するのか、事業の何をモニターするのか、といった点を明確にすることにより回避は可能であると考えられる。

このような、事業のモニタリングや官民の役割分担を明確に規定するという手法は、既に PFI 事業などの先行する官民連携事業で詳細な仕組みが構築されており、これを応用することは十分可能であろう。

（c）水道法上の問題点

JV 企業は通常の株式会社（又は合同会社）であるため、水道法上は、地方公共団体以外の

40) これに加え、水道事業資産のうち主要な設備に個別の担保を設定し、一般債権者に対する優先権を確保しておくことが考えられるが、換価価値が低い上、施設だけを処分できても水道事業認可が維持できなければ事業は継続できない以上、担保として必ずしも重要ではないと考えられる。なお、工場抵当法（明治 38 年法律第 54 号）に基づく工場財団抵当も、同法第 1 条第 2 項の類推解釈により、水道事業の浄水施設、給水施設、導管等に対して設定することができると解されている。（酒井栄治『特別法コンメンタール 工場抵当法』（第一法規出版、1988）15 頁。）

者による水道事業という位置づけとなる。その結果、利用者との間の供給規程に定められた条件（特に料金）を変更する場合には、厚生労働大臣の認可を得なければならず（水道法第14条第6項）、地方公共団体による水道事業の場合には届出で足りる（同条第5項）ことと比較すると、むしろ料金設定の自由度を失ってしまう（Ⅱ2（2）の②の要素の喪失）。

しかも、JV企業の利益は料金収入がほとんどであるが、その料金設定には厳しい制約が課されている。即ち、厚生省（当時）の通達⁴¹⁾によれば、配当については資本に対して一割以下の水準とすることが求められており、スポンサーが投資を行う前提として設定する水準の投資利益を得ることができなくなる可能性がある（Ⅱ2（2）の①の要素の喪失）。

(d) 地方公営企業の職員の処遇

JV企業に事業を譲渡する結果、水道事業は地方公営企業としては存在しなくなるため、水道事業に従事していた地方公共団体の職員をどう取り扱うのか、それと同時に、当該職員が持つ水道事業の情報やノウハウを、どのようにスムーズにJV企業に承継させるか、という問題が発生する。

前者については、最終的には地方公共団体全体の人事異動や人員削減の中で対処しなければならない問題であり、一律の対処方法があるわけではない。

他方、後者の点については、公益法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律⁴²⁾第10条により、地方公共団体の職員を3年間当該JV企業に派遣し、派遣期間終了後再度職員として採用することが可能となっている。従って、この制度に基づき一定期間水道事業に従事した職員をJV企業に派遣して必要な技術承継を行うという手段が考えられよう⁴³⁾。

(e) 資金調達上の問題点

前述の通り、水道法上、JV企業は地方公共団体以外の者になるため、厚生労働大臣は、水道事業認可を与える際に、当該認可について必要な期限又は条件を附することができる（水道法第9条第1項）。この期限又は条件については、同条第2項で必要最小限度であって、かつ不当な義務を課すものであってはならない、との制約が課されているが、通達⁴⁴⁾では、条件の例として水道施設の譲渡制限及び担保禁止が挙げられている。

ここでいう「水道施設」が物的施設にとどまるのか、さらに利用者に対する料金債権についてまで禁止が及ぶような条件が設定されるのか、といった条件設定の内容によっては、金融機関が担保設定できなくなる、という問題を発生させてしまう。

4 官民で設立する事業運営LLPと資産保有SPCを用いたスキーム

(1) 仕組みと利点

JV企業への事業譲渡スキームにおける、水道法上の問題及びスポンサーの投資利益の実現の問題に対処する方法として、まず水道事業資産の所有主体と水道事業の実施主体を分け、水道事業の実施主体を、有限責任事業組合契約に関する法律（有限責任事業組合法）⁴⁵⁾に基づく官民の有限責任事業組合（LLP）とするスキームが考えられる（図表3）。

具体的には、スポンサーの出資する（又は官民共同出資による）特別目的会社（SPC）が資金調達を行って、地方公共団体から水道事業資産を買い受ける。他方で、地方公共団体とスポンサーが有限責任事業組合契約を締結してLLPを組成し、LLPは、SPCから水道事業資産を賃

41) 「水道法の施行について」（昭和32年12月27日発衛第520号）第二の七、様式第一の備考4。

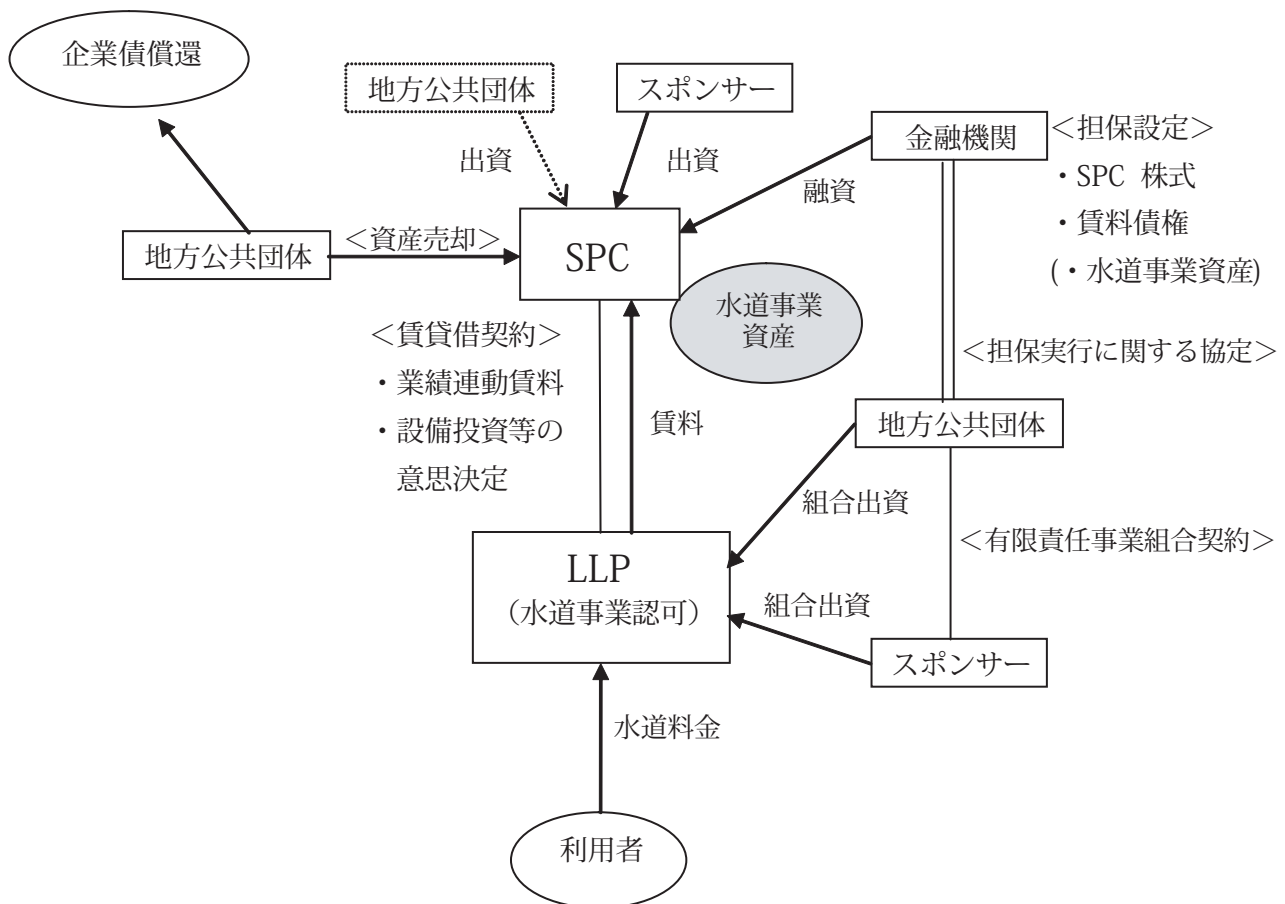
42) 平成12年法律第50号。

43) この方法により事業承継をスムーズに行うという点は、公営ガス事業の民間譲渡において、前掲注36)の長野方式が採用される一つの重要な理由となっている。

44) 前掲注41)第二の五。

45) 平成17年法律第40号。

〔図表 3〕



借し、水道事業の実施主体として水道事業を行う。

(a) LLP と水道法

この方式では、地方公共団体とスポンサーで組成した LLP が、水道事業の実施主体となる。

有限責任事業組合法第 1 条は、有限責任事業組合を「共同で営利を目的とする事業を営むための組合」と規定することから、そもそも地方公共団体がこのような有限責任事業組合の組合員になれるのか、という問題がある。

地方公共団体の行う第三セクターへの出資が通常特に問題視されていないことからすると、その組織が株式会社であるか有限責任事業組合かは、どちらも地方公共団体の有限責任性が確保される以上、区別する必要はない

と考えられる。従って、地方公共団体が有限責任事業組合の組合員となることには問題はないと考えて良いであろう。

また、水道法施行規則第 1 条の 2 第 1 項第 2 号では、組合も水道事業の経営主体となることを予定しているので、LLP が水道事業認可を持つことは妨げられない。

その上で、水道事業認可の前提として、水道事業資産の所有自体は条件であると考えられないことからすれば、SPC から水道事業資産を賃借する形であっても、LLP が水道事業認可を得ることは可能であろう⁴⁶⁾。

次に、水道事業者としての LLP を水道法上どのように位置付けるかであるが、LLP には法人格はなく、組合員の共同体であり、これまで水道事業を実施していた地方公共団体が、組

46) 但し、前掲注 35) の通り、地方公共団体の持つ水利権等をどのように LLP に帰属させるかという問題についても留意する必要がある。

合員として水道事業の責任主体の一人となる以上、地方公共団体が事業に対して一定の関与と責任を負担している場合には、LLPによる水道事業は地方公共団体の実施する水道事業と同視することも可能なのではなかろうか。そのように見ることができれば、料金設定はLLPが行い、料金変更等については厚生労働大臣の認可は不要とすることができるであろう（II 2（2）の②の要素）。

(b) スポンサーによる経営

有限責任事業組合法第4条第5項は、同法に違反しない限り、有限責任事業組合契約には自由に内容を規定できるとしている。LLPの運営に関し、同法第12条第1項により、業務執行の決定方法につき有限責任事業組合契約で総組合員の同意を要しないと定めることも可能であり、同法第13条第3項によれば、組合員の業務執行権について契約上制限をすること自体は禁止されていない。

そこで、有限責任事業組合契約においてLLPの業務執行は主にスポンサーが行い、重要な事項についてのみ、地方公共団体の同意を要するといった内容を規定することが考えられよう（II 2（2）の②の要素）。

さらに、水道事業資産の日常的な維持管理については、SPCとLLPの間の賃貸借契約で、賃借人たるLLPが自らの責任と費用負担で行うと規定することになる。

また、水道事業資産の更新等の重要な設備投資は、その所有者であるSPCが本来決定し、実施することになるが、SPCは水道事業を実施していない資産保有会社であるため、単独でこれを行うことはできず、またそれは望ましくない。そこで、賃貸借契約において、LLPが施設の更新計画を策定し、当該計画に従ってSPCが施設の更新などの設備投資を行い、他方でLLPが関連した水道法上の手続きを行う、と

いった規定を設けることが考えられる。これにより、事業実施主体であるLLPの主導による水道資産管理が可能となる（II 2（2）の②の要素）。

(c) 資金調達と投資回収

水道事業の買取資金や施設更新のための設備投資資金は、SPCがスポンサーからの出資⁴⁷⁾及び金融機関からの借入により調達する（II 2（2）の①の要素）。

この借入元利金の返済及びスポンサーの投資利益の回収は、LLPからSPCへの賃料を原資とする。この仕組みでは、LLPの事業運営費用に加え、借入の元利金払いに必要な金額及びスポンサーの期待投資利益を生み出すよう、予測される利用者数を基礎として、利用料金の金額を設定する⁴⁸⁾。その上で、実際の利用者数及び利用料金からの収入実績に応じて、賃料が変動する業績連動型の賃料を設定する。これにより、想定する利用者数による水道料金の支払いが行われれば、それを賃料としてSPCに流入させ、借入元利金を返済するとともに、スポンサーが期待投資利益を得ることとなる。

この仕組みでは、利用料金の設定の側から見れば、賃料は費用と認識することになり（実質的には期待投資利益を含んだ金額であるが）、スポンサーの期待投資利益部分について、総括原価主義上の制限や、3（2）（c）で問題となった、料金算定における配当水準の制限がかからないという見方も可能であろう。その結果、スポンサーが合理的なリターンを期待して事業に出資することが可能となる。また、賃料を実際の水道料金収入に連動させることにより、業績が悪化した場合には賃料を減少させ、その結果スポンサーに事業のリスクを負わせることが可能となる（II 2（2）の③の要素）。

(d) 金融機関による担保設定

3（1）（d）と同様、金融機関は、最も重

47) スポンサーによる出資は、必ずしも株式出資である必要はない。例えば匿名組合契約（商法第535条）による出資なども考えられる。

48) LLPの事業認可取得時には、当初の供給条件を事業計画に記載しなければならないため（水道法第7条第4項第7号）、厚生労働省がそのような料金設定を許容することが前提条件とならざるを得ない。

要な返済原資である SPC の LLP に対する賃料債権に担保権を設定することになる。また、返済原資の流入が賃貸借契約を介して賃料の形で入ってくる以上、賃貸借契約の変更や解除等については、融資契約で SPC に対して様々な制約を課すことになる。

さらに、スポンサーの保有する SPC に対する株式等の出資持ち分に対しても担保を設定し、併せて水道事業資産に対しても担保権を設定することが考えられる。SPC は水道事業者ではないため、水道法上の資産処分に関する制限は及ばず、水道事業資産への担保設定には特に障害はないと考えられる⁴⁹⁾。

以上に加え、3 (1) (d) と同様、事業悪化の場合に、スポンサーを交替させて事業を治癒し、キャッシュフローを維持するという観点から、LLP におけるスポンサーの組合出資持分についても金融機関が担保を設定することが重要となる。

なお、これらの担保権の行使は、地方公共団体による事業コントロールの権利の行使と機能が重なり合う関係にあり、相互の調整が必要であることは3 (1) (d) での議論と同様なので、金融機関と LLP の組合員である地方公共団体との間で、担保実行に関する協定を締結することが望ましい⁵⁰⁾。

(e) 公益的観点からのコントロール

この方式では、地方公共団体は水道事業の実施主体たる LLP の組合員であるため、有限責任事業組合契約において、水道事業の運営に関する地方公共団体の監視や拒否権といった規定を設けておくことが可能である (II 2 (2) の④の要素)。

また、地方自治法の解釈上、ある施設が「公

の施設」に該当するには、必ずしも地方公共団体が当該施設の所有権を保有する必要はなく、何らかの権原があれば足りるとされている⁵¹⁾。従って、地方公共団体を組合員とする LLP が水道事業資産について賃借権を持つ場合、当該水道事業資産は公の施設に該当し、その結果、条例を通じて水道事業資産の管理に関する事項や料金等について民主的統制が及ぼされる、と解することも可能であろう⁵²⁾。

なお、LLP には法人格がなく地方公共団体自身が組合員として水道事業資産の賃借権を共有する以上 (有限責任事業組合法第 56 条、民法第 668 条)、LLP を地方公共団体とは別の主体と見るのは論理的ではないであろう。また、有限責任事業組合契約や公の施設の設置条例を通じて、地方公共団体による事業のコントロールは十分可能である以上、重ねて指定管理者とする必要性も認められない。従って、水道事業資産が公の施設に該当すると解したとしても、LLP を指定管理者に指定する必要性はないと考えて良いであろう。

以上に加え、水道事業資産を保有する SPC の行動についても一定のコントロールを及ぼし SPC から水道事業資産が散逸することを防止する必要がある。そこで、SPC について拒否権付の無議決権劣後株式を地方公共団体が保有するといった手段や、水道事業資産譲渡の際に用途指定を行っておくといった手段を取っておくのが適切であろう。

(f) 企業債の償還

この方式においても、JV 企業への事業譲渡と同様、水道事業資産の売却が行われるため、当該売却代金をもって公営企業債の一括償還を行い、地方公共団体の債務圧縮が期待される。

49) 地方公共団体が所有していない以上、水道事業資産は地方自治法上の行政財産には該当せず (地方自治法第 238 条第 1 項)、私権の設定は制限されないと解される。なお、水道事業関連資産に対する担保設定が必ずしも重要でないことは、前掲注 40) と同様である。

50) 事業悪化の場合にスポンサーを交替させる条件や手続きについては、例えば地方公共団体、スポンサー及び金融機関の三者間で合意をしておくことも考えられるが、このような合意をした場合、その内容によっては、金融機関が有限責任事業組合の当事者と見なされるリスクがあると考えられる。

51) 成田頼明ほか『注釈地方自治法』〔稲葉馨〕5575 頁 (第一法規、2000)。

52) (a) において水道料金は届出で足りるのであれば、その前提として料金については条例による民主的統制が及んでいることが必要とも考えられる。その場合には、水道事業資産は公の施設に該当する、と考えることになる。

(2) 問題点

(a) 地方公営企業法や水道法の適用関係

この方式の最も重要な問題は、水道事業資産の所有主体と水道事業の実施主体を分離するという方式が、関連する各種法規制で全く予定していない方式であるため、法律の適用関係がはっきりしない場面が多く発生するという点である。

例えば、LLP が水道事業認可を取るとして、地方公共団体がその組合員であることから、LLP について地方公営企業法が適用されるのか、という問題が考えられる（但し、地方公営企業法は、地方公共団体のこのような形での経営関与を全く予定していない。）。また、料金設定等の規制についても、LLP は公営と民営のハイブリッド型であるので、個々の規制の適用場面で、LLP を地方公共団体が行う水道事業と見るのか、地方公共団体以外の者が行う水道事業と見るのか、という問題が発生することになる。さらに、国家賠償法がどのように適用されるのかという問題について、その結論を予測するのは現状困難であろう。

資産流動化などの金融手法では、資産とそこから生まれる収益という事業価値の帰属主体と、当該資産の運用を実際に行う主体とを分離することは極めて一般的に行われ、かつ、それが当該事業に対する融資や出資を得るための必要条件となっている。他方、様々な事業の規制法は、このような分離を想定していない場合が多いが、事業規制の観点からこれを全面的に禁止しなければならない理由もないであろう。従って、具体的な規制法の適用関係について、解釈により一定の合理的な整理がなされるか、立法上適切な手当がなされることが望ましい。

(b) スポンサーと地方公共団体の役割の明確化

JV 企業への事業譲渡の場合と同様、地方公共団体が LLP の組合員となるため、地方公共

団体による無限定な経営介入の問題や、スポンサーが地方公共団体による救済を当てにした事業を行うといったモラルハザードの問題が存在する（Ⅱ 2（2）の②の要素の喪失）。

この問題については、有限責任事業組合契約の中で、業務執行に関する意思決定基準などを詳細に作り込むことにより、一定の整理をすることが可能であろう。

但し、有限責任事業組合法では、各組合員が対等の立場に立ってそれぞれ業務執行権を持つことが前提となっており（同法第 13 条第 1 項、同第 14 条）、組合員の組合の業務を執行する権利に加えた制限は、善意の第三者に対抗することはできないとされている（同法第 13 条第 3 項）。そのため、仮に契約で地方公共団体の経営介入権を限定的なものとし、地方公共団体を経営の監視者と位置づけたとしても、最終的に地方公共団体が合意に反して経営に積極的に関与した場合、その対外的な効果を否定する方法がないということになる⁵³⁾。

また、水道事業資産が公の施設に該当すると解釈した場合、条例を通じた民主的統制が及ぶことになる。これは、資産管理について議会による条例案否決といった政治リスクを負担することに他ならない。このリスクは本質的に回避不能であるが、条例については最低限の規定にとどめるといった工夫により、一定のリスク軽減を図ることは可能であろう（なお、一般的な公の施設の設置条例では、資産管理等について詳細な規定までは設けていないのが通常である。）。

(c) スポンサーの破綻リスク等

スポンサーの破綻やサービスの質の悪化といった点についても、JV 企業への事業譲渡と同様の問題が存在する。

有限責任事業組合契約上、一定の場合にはスポンサー側の業務執行権を停止するといった規定を設けることが考えられるが、この規定は

53) このリスクに関し、例えば有限責任事業組合契約の当事者間の効果として、契約上加えた制約を踏み越えた業務執行を行った場合には、他方の組合員に対して違約金支払義務を発生させるといった内部的な抑止手段により、一定の対処は可能であろう。

前述の通り善意の第三者に対抗できないため、その効果は限定的である。

この他、例えばスポンサーの破綻やサービス指標の悪化等の限定的な場合には、地方公共団体単独でスポンサーを除名できるといった規定（有限責任事業組合法第27条第1項但書）や、スポンサーの保有する組合出資持分について、一定の場合に地方公共団体が買い取りを行う予約完結権を保有するといった方法により、一定の対処は可能であろう。但し、組合員が一人になったことは組合の解散事由とされているため（有限責任事業組合法第37条第2号）、これらの方法を採用する場合には、当初から第三の組合員を加えておくといった手当をしておく必要がある⁵⁴⁾。

(d) 水道料金の設定

前述(1)(c)にあるとおり、LLPの方式では、SPCの借入元利金とスポンサーの期待投資利益から賃料を逆算し、その賃料が賄えるよう水道料金を設定するため、地方公共団体による直営時の料金と比較して、水道料金が高額になる可能性が高い。

水道事業資産を公の施設と解釈した場合には、水道料金は条例規定事項となるため、このような料金値上げについて政治リスク（条例案の議会での否決等）が発生すると、スポンサーによる投資と金融機関からの借り入れが不可能になってしまう危険がある。

地方公共団体の財政状態の逼迫から、官民連携スキームを通じて民間資金とノウハウを呼び込むことが必要となっている場合には、一定の料金値上げは本来やむを得ないコストと言わなければならない。そこで、政治リスクを顕在化させないために、地方公共団体側で事前に十分なコンセンサスを取っておくことが重要となるであろう。

(e) 地方公営企業の職員の処遇

水道事業に従事していた地方公共団体の職員

の処遇については、(a)で見たとおり、そもそも地方公営企業法の適用がなされるかによって、その問題の所在は大きく変わるが、LLPはあくまで組合であるから、地方公共団体側のノウハウをLLPの仕組みを通じてスポンサーが承継することについては特に障害はないであろう。

他方、LLPにおいてスポンサーが水道事業の経営主体になる以上、これまで水道事業に従事していた地方公共団体の職員をどのように処遇するかという、地方公共団体の人員削減に関係した問題は残らざるを得ないであろう。

VI 関連する問題点

本稿では以上3種類のスキームを検討したが、いずれのスキームについても、水道法や地方自治法といった水道事業の基礎となる制度上の問題以外に、以下の問題点も併せて考慮する必要がある。

1 利用者の観点の取り込み

JV企業への事業譲渡方式やLLPの方式の場合に特に言えることであるが、水道利用者の視点をどう取り込んでいくのかも検討すべき重要な点である。例えば利用料金の変動について、関係者を集めて協議する場を設け、そこに利用者を代表する者などを参加させるといった視点も必要だろう。例えば英国では、消費者団体の性格を有するWater Voiceという組織との連携により、水道利用者の意見を反映させる仕組みが組み込まれており⁵⁵⁾、このような仕組みを参考とした検討が望まれるところである。

2 補助金適正化法

地方公共団体の水道事業では、水道事業資産

54) 利用者代表としてNPOなどを組合員として加えることが考えられるが、各組合員が業務執行権を持っていることを考えると、例えば地方公共団体の職員個人を組合員としておくといった方法が無難と思われる。

55) 石井ほか・前掲注8) 141頁。

の整備や取得について、通常補助金が交付されている⁵⁶⁾。補助金については、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（補助金適正化法）⁵⁷⁾が適用されるため、同法の規制についても留意が必要である。

例えば、補助金適正化法第22条では、補助金の交付を受けて取得した財産については、補助金の交付目的に反して譲渡や担保設定等を行ってはならないとされている。従って、JV企業への事業譲渡方式やLLPの方式におけるSPCへの水道事業資産の譲渡については、譲渡の結果、地方公共団体が国に補助金を返還しなければならないか、という点を考慮する必要がある⁵⁸⁾。少なくとも、公益的な観点からの地方公共団体によるコントロールが及び、水道事業資産の散逸などを防止する仕組みを持つスキームについては、補助金交付目的に反するものではない、といった考え方も十分可能ではないかと思われる。

また、LLP方式の場合、LLPを地方公共団体と実質的に同等とみなし、LLPが担う水道事業を補助対象事業に含めることはできないか、といった問題についても、スポンサーや金融機関からの資金呼び込みをより容易にする観点から、検討が必要であろう。

3 水道事業の財務分析

水道事業の官民連携では、対象となる水道事業の財務分析が行われることが、スポンサーが事業に参画する前提として必要不可欠である。しかしながら、地方公共団体が行ってきた水道事業では、通常の企業会計とは異なる公営企業

会計ルールに従った手続きが取られている上、地方公共団体ごとに当該ルールについて独自の解釈が用いられているといったリスクが指摘されている⁵⁹⁾。官民連携を進めていく上では、このような財務分析リスクについても、予め一定の整理がなされることが必要となる。

VII 最後に

以上検討したとおり、現状の制度的な問題からすると、II 2 (2)の要素を全て充足し、かつ制度的に問題のない仕組みを構築することについては、一定のメニューがありうるものの、なお多くの問題が残っていると云わざるを得ない。

しかし、現状の地方財政の状況からすれば、旧来の直営方式のみで今後も水道事業を継続することは難しいことが明らかであり、新たな官民連携による水道事業のあり方については、今後の重要な課題と認識して、既存の制度の改善又は新たな制度的枠組みの構築を検討する必要がある⁶⁰⁾。わが国では、PFIを始めとした官民連携の手法について既に10年近い蓄積がある以上、そのような検討を行うための知見も十分整っていると云えよう。

公益事業を含む公共サービスの提供を、今後すべて官が担うということは、現状の行財政改革の視点からすれば現実的ではない。他方、経済原理だけに基づき公共サービスを単純に民営化する方法では、弱者切り捨てといった問題につながりかねない。このような両立困難な問題について、他の先進国ではすでに多様な官民連携（Public Private Partnership）の取り組みが進

56) 「水道水源開発等施設整備費の国庫補助について」(昭和63年5月20日生衛第877号)水道水源開発等施設整備費国庫補助金交付要綱。

57) 昭和30年法律第179号。

58) 補助金適正化法第22条但書、同法施行令第14条第1項2号、「補助事業等により取得し、又は効用の増加した財産の処分制限期間」(平成13年厚生労働省告示第239号)によれば、取得から一定期間を経過した水道事業資産については、補助金適正化法第22条本文の適用が除外されるか、告示により指定された期間は極めて長期のものとなっている。

59) 宮脇=眞柄・前掲注8)143頁以下。

60) 水道事業の官民連携スキームについては、期限付き事業権譲渡方式という新しい仕組みを提案する意見がある(石井ほか・前掲注8)171頁以下)。これはいわゆるアフェルマージュやコンセッションに類似するものを想定していると考えられるが、本稿での分析による限り、現行制度でこの方式を直ちに実現する枠組みは存在しない。しかし、既存の法制度の不整合を解消する手段として、別個の制度的枠組みを立法等により創設することも十分検討に値するであろう。

められており、官と民の利害を調整しつつ、民が公共サービスを担い、官がこれを監視するという仕組みが構築されている。本稿の分析は、官民連携において検討すべき重要な問題点を網羅しているとは必ずしも言えないであろうが、わが国における官民連携のあり方について、その検討の一助となれば幸いである。

(たかはし・れいじ)

Protection of Patent License Against Subsequent Patent Holder in Japan

Professor, Univ. of Tokyo
Attorney at Law

Shinto TERAMOTO

- I. Why Am I Discussing the Titled Issue?
- II. Introduction to the Issue
 - A. Assumptions of Transactions to Be Discussed
 - B. What Are the Concerns of the Subsequent Patent Holder or the Receiver?
 - C. What Are the Concerns of the Existing Licensee?
 - D. Material Conflicts of Interest
- III. Variation of Patent License under the Patent Law of Japan
 - A. Scope of Discussion
 - B. Non-Exclusive License
 - 1. Ordinary Form of a License
 - 2. What Does "Non-Exclusive" Mean?
 - C. Exclusive License
 - D. What Are the Concerns of the Licensee?
- IV. Registration of Licensee's Rights under the Patent Law of Japan
 - A. Non-Proprietary License
 - 1. Provisions of the Patent Law of Japan
 - 2. What Is a Non-Proprietary License?
 - 3. What Is a Proprietary License?
 - B. Benefits of Registration of a Non-Proprietary License
- V. Amendment to the Bankruptcy Law of Japan in 2004
 - A. Concerns of a Licensee under the Bankruptcy Law of Japan Prior to Its Amendment of 2004
 - 1. Cancellation of Bilateral Contracts by a Receiver of a Bankruptcy
 - 2. Why Would the Receiver of a Bankruptcy of the Licensor Seek to Cancel an Existing License Agreement?
 - 3. What Are the Concerns of the Licensee?
 - B. Concerns of the Licensee Resolved by the Amendment to the Bankruptcy Law in 2004, and Concerns Unresolved
 - 1. Amendment of the Bankruptcy Law of Japan in 2004
 - 2. Balancing the Interests of the Licensee and the Receiver or the Subsequent Patent Holder
 - C. Concerns of the Licensee Remaining after the 2004 Amendment of the Bankruptcy Law
 - 1. Not All of the Licenses Are Registered
 - 2. Why Are Some of the Licenses Not Registered?

- VI. Various Parties, Various Opinions
 - A. An Established Enterprise in the Electric or Electronics Business Seeking Stability
 - B. A Venture Firm and Its Investors
 - 1. Assignment of Patents and Related Businesses to a Third Party or a Newly-Established Venture Firm
 - 2. Negotiation with the Licensee to Purchase the Patent Rights or the Venture Firm
 - C. An Active M&A Player
- VII. Registration for Specified Non-Proprietary License
 - A. Establishment of the New Registration System in 2007
 - 1. Specified Non-Proprietary License Contract
 - 2. Registry of Specified Non-Proprietary License
 - 3. Items of Registration
 - B. What Rights Are Granted to the Licensee by the Registration of the Specified Non-proprietary License?
 - C. To Whom and To What Extent the Items of Registration Are Disclosed
 - 1. Comparison with the Registration System under the Patent Law
 - 2. Publicly Available Information Is Limited under the Specified Non-Proprietary License Registration
 - D. Problems Caused by the New Registration System
 - 1. Silent Assessment Is Denied
 - 2. Disadvantage to One Party of a Cross-license Agreement
 - 3. Limited Benefit to Subsidiaries of and Companies Affiliated to a Cross-License Party
 - 4. Barrier to Active Trade of Patents
- VIII. Conclusion

I. WHY AM I DISCUSSING THE TITLED ISSUE?

I have been practicing as a finance lawyer for over twenty years in Japan. Among various fields of finance practices, I specialize in venture capital finance and intellectual property focused finance. These areas of practice are characterized by the synergy of finance laws and intellectual property laws. Those who practice in this area of law are required to have deep insight into both finance and IP laws, as well as a wide scope of related laws. Among all, the impact of a bankruptcy on intellectual property rights (hereinafter, "IP rights") or assignment of IP rights to parties of license and other intellectual property transactions are of much importance. I believe it is essential to introduce students to this jungle of business laws.

II. INTRODUCTION TO THE ISSUE

A. *Assumptions of Transactions to Be Discussed*

I would like to give readers a quick tour of a small but very important corner of the Japanese patent system. I would like to show readers how and to what extent the patent licensee is protected against the assignee of relevant patent rights or the receiver in the event of bankruptcy of the patent holder.

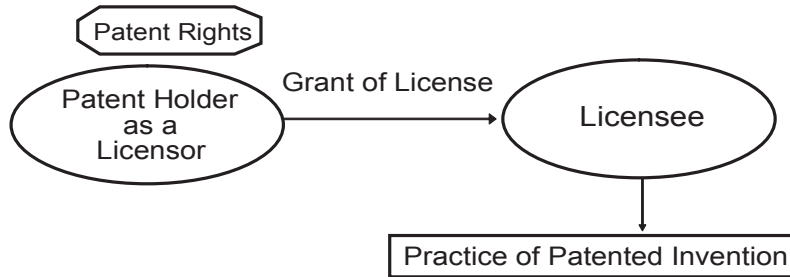
Please imagine that a patent holder, who is the licensor, grants a license to a licensee (Fig.1). Under the license, the licensee is granted the right to practice the patented invention in accordance with the terms and conditions of the license agreement executed between the licensor and the licensee. Then, assume that the licensor assigns the patent rights to a third party (Fig.2). Or, assume that a creditor of

* This article is based on a lecture by the author on August 2, 2007 during the Summer School 2007 at the University Of Tokyo School of Law.

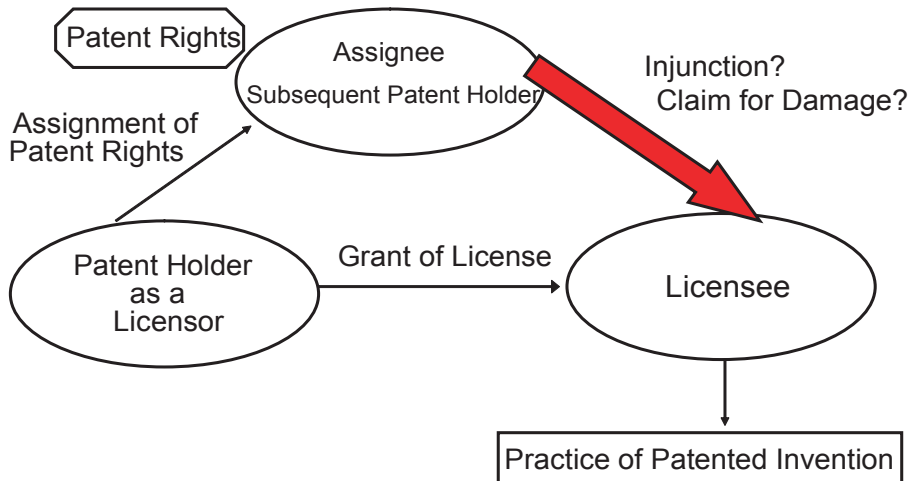
the licensor attaches patent rights through a civil procedure, and a third party acquires the patent rights through a compulsory auction (Fig.3). Or assume

that the licensor goes bankrupt, and the receiver in bankruptcy begins to manage and control the patent rights (Fig.4).

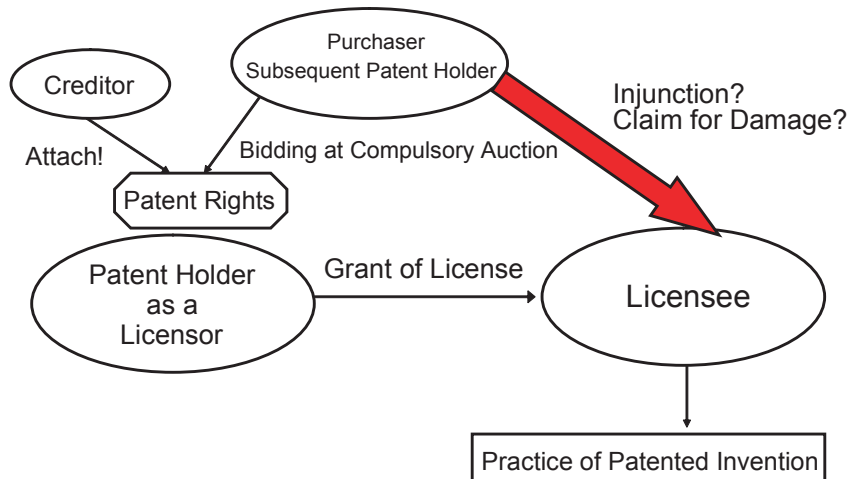
(Fig.1 Typical Patent License)



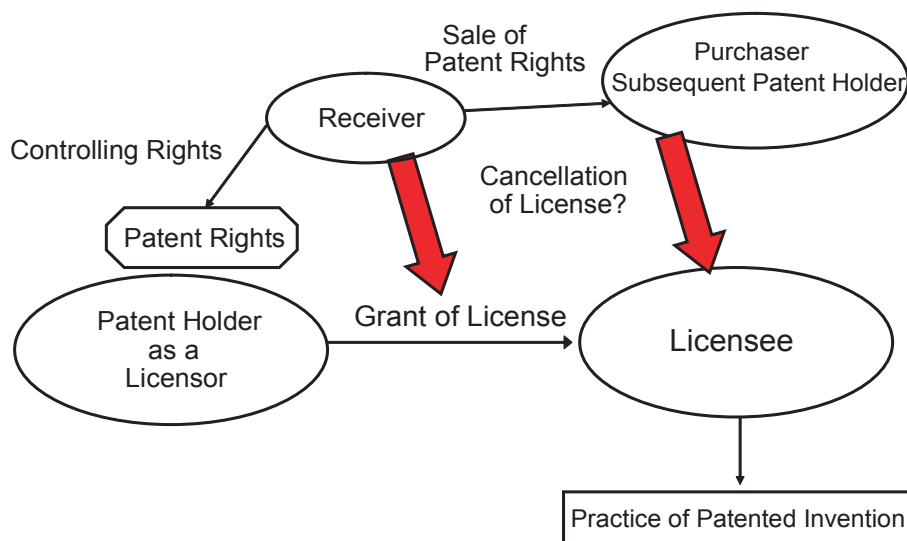
(Fig.2 Patent Rights Assigned to a Third Party)



(Fig.3 Compulsory Auction of Patent Rights)



(Fig.4 Licensor Goes Bankrupt)



What Are the Concerns of B. the Subsequent Patent Holder or the Receiver?

What are the concerns of the assignee or the receiver in these cases? What do you expect, if you are the assignee or the receiver? You hope that the patent rights are subject to no existing license. Why? Any burden of license to the patent rights may decrease the value of the rights. This mechanism is very simple. Patent rights have power to exclude others from the practice of a patented invention (Article 68 of the Patent Law of Japan (Law No. 121 of 1959, as amended)). However, what will happen if there is an outstanding license arrangement regarding patent rights? The patent holder cannot bar the licensee’s practice of the patented invention (e.g., Article 78 of the Patent Law of Japan). Thus, the exclusive power of the patent rights is diminished. Accordingly, the outstanding license will reduce the value of the patent rights. Conclusively, the assignee or the receiver expects that the license will no longer exist on and after the transfer of the patent rights from the assignor or the bankrupt patent holder.

Undoubtedly, the assignee or the receiver expects that he/she can get money (or, any similar economic

benefit) from the patent rights. Let us think how you can gain financial benefits from patent rights? One method is for an assignee or receiver to grant a license to any third party, and to be paid royalties from that party. Another method is to sell the patent rights to any third party. Assume that you are the new licensee or the new purchaser of the relevant patent rights. You will not be happy with paying expensive royalties or the full purchase price unless you can monopolize the practice of the patented invention. Accordingly, the value of patent rights, represented by the potential royalties or purchase price, reduces, if the patent rights are subject to an outstanding license arrangement.

Naturally, the assignee or the receiver expects that the existing licensee cannot claim licensee’s rights against such an assignee or a receiver. The assignee or receiver hopes that he/she can request an injunction against the practice of the patented invention by the existing licensee.

C. What Are the Concerns of the Existing Licensee?

Now, we are going to discuss the concerns of the existing licensee. What do you desire, if you are

the existing licensee? How do you wish the legal system to protect your position as an existing licensee against the assignee or the receiver? It would be easy to imagine that you would desire to continue the practice of the patented invention.

D. *Material Conflicts of Interest*

Here, you will find material conflicts of interest between the assignee or the receiver of the patent rights (hereinafter, collectively, “the subsequent patent holder”), and the existing licensee.

The best scenario for the subsequent patent holder is that the patent rights acquired would no longer be subject to any license. The second best scenario is that any existing license, to which the patent rights are subject, is recognizable and assessable by the subsequent patent holder prior to acquisition of the patent rights. In order to achieve this, the subsequent patent holder desires that any such existing license be publicly registered. The subsequent patent holder expects that no license be claimed against him/her unless it is publicly registered.

On the other hand, the existing licensee expects that he/she can claim his/her licensee’s rights against any subsequent patent holder, with as little cost and labor as possible, and, hopefully, with as little information as possible publicly disclosed. As you may know, registering a patent license at the Japan Patent Office for individual patent rights requires considerable labor and cost (Article 27, Paragraph 1, Item 2, and Article 98, Paragraph 1, Item 3 of the Patent Law of Japan; Article 45, Paragraph 1 of the Order concerning Registration of Patent (*Tokkyo Toroku Rei*, Cabinet Order No. 39 of 1960, as amended); and Article 2, and Exhibit 1, Item 13 (2) of Registration License Tax Act (Law No. 35 of 1967, as amended)).

III. VARIATION OF PATENT LICENSE UNDER THE PATENT LAW OF JAPAN

A. *Scope of Discussion*

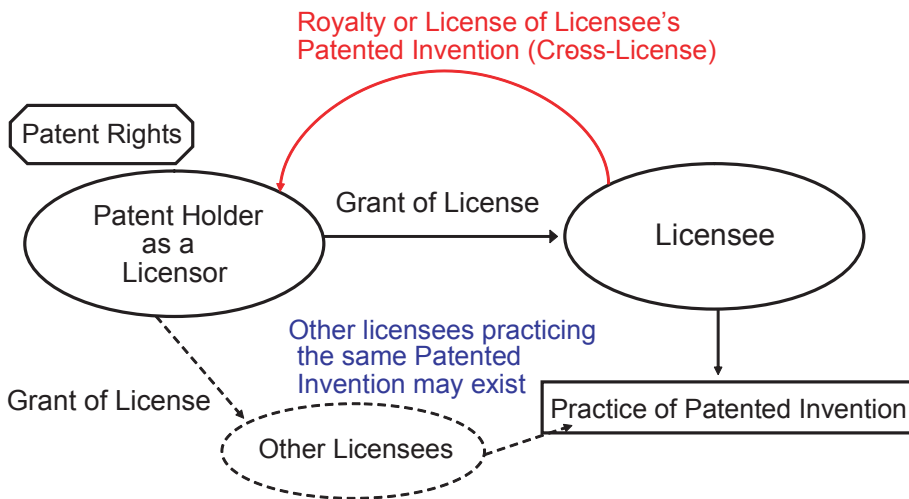
In this article, I do not discuss any statutory or compulsory license under the Patent Law of Japan (See *e.g.*, Article 35, Paragraph 1, Article 79, Article 80, Article 81, Article 82, Article 83 of the Patent Law of Japan). A great majority of patent licenses start based on a license agreement between the patent holder as a licensor and a licensee who desires to practice the patented invention. Of course, a licensor can set up a sub-license arrangement with a sub-licensee. However, to simplify the discussion herein, I will focus on a case wherein the licensor is the patent holder.

B. *Non-Exclusive License (Fig.5)*

1. Ordinary Form of a License

A non-exclusive license is the simplest and most common style of patent license, wherein the patent holder grants a licensee to practice a certain patented invention, or a certain scope of patented inventions. The essence of such a license arrangement is that the patent holder covenants that he/she will not request an injunction or compensation for damages when the licensee practices the patented invention or inventions. Usually, in consideration of such covenants, the licensee agrees to pay royalties to the patent holder. However, a royalty is not the sole mode of compensation. Sometimes, the licensee has another patent or another set of patents. Then, the licensee may grant the licensor a license of his/her patented invention or inventions. Such a second license may constitute a consideration of the first license. Such a license arrangement is often called as a “cross-license.”

(Fig.5 Non-Exclusive License)



2. What Does “Non-Exclusive” Mean?

Under a non-exclusive license, the licensor is not prohibited from granting any other party a license for the same patented invention. In other words, the licensor may grant any other party a concurrent license for the same patented invention. This is the legal meaning of a “non-exclusive license.” Accordingly, the licensee of a non-exclusive license is expected to be aware of a possibility that one or more competitors practicing the same patented invention or inventions may exist.

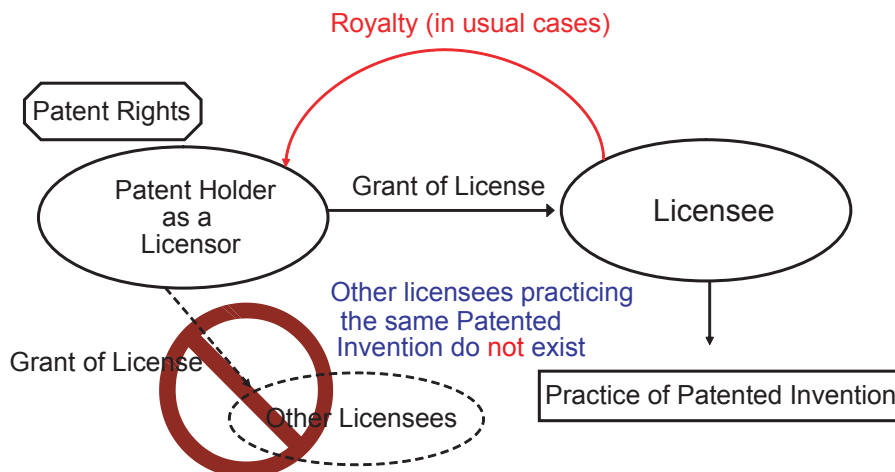
lar to that of a non-exclusive license. However, one factor distinguishes an exclusive license remarkably from a non-exclusive license. What is this factor? In an exclusive license, the licensor covenants that he/she will not grant a license to any party other than the licensee to whom the exclusive license is granted.

C. Exclusive License (Fig.6)

In reality, there are variations in the exclusivity. A licensor may give a licensee exclusive rights within every business or technological field and in every geographical area -- namely, any and all areas in Japan. A licensor may also give a licensee exclusive rights within a certain business or technological field (such as development, manufacturing and sale of a business- or home-use printer). Or, a licensor may grant a licensee exclusive rights within a certain

The structure of an exclusive license is simi-

(Fig.6 Exclusive License)



geographical area, such as Hokkaido Region of Japan. All of these fall within the category of exclusive license.

D. What Are the Concerns of the Licensee?

The licensee desires to avoid being subject to an injunction or demand for compensation for damages due to his/her practice of a patented invention. This is the exact reason that the licensee enters into a license agreement with a patent holder.

Generally, any service contract may be subject to an adverse effect caused by a bankruptcy of a service provider or an attachment of an asset of the service provider by its creditor. If the receiver of a service provider's bankruptcy terminates the contract, the counter-party can no longer enjoy the service which should have been provided under the service contract. If a creditor attaches an asset essential to providing such a service, the counter-party can no longer expect the continuation of the service.

What happens if the service contract is a patent license agreement? The licensee's situation may become a real nightmare. The licensee may have contributed no small investment towards the development and manufacturing of the product utilizing the licensed invention. The licensee may have already publicized his/her business plan utilizing the licensed invention to the potential or existing investors in the

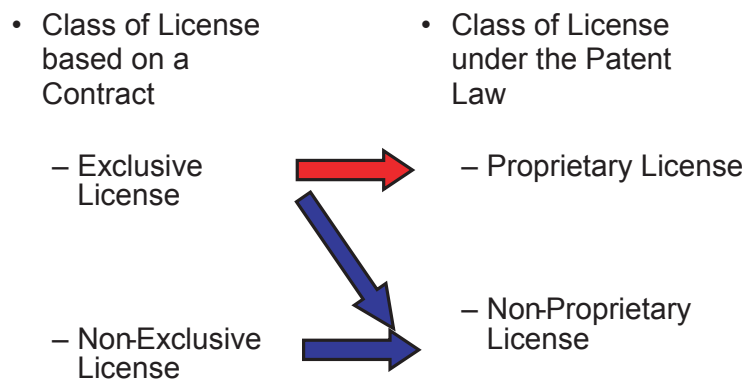
business, as well as customers, etc. The licensee may also have already received cash investments from institutional or individual investors. The impact of the termination of the licensee's rights will not be acceptable to him/her and his/her investors.

Given these impacts on the licensee, balancing the interests of both the licensee and the assignee of patent rights is important. Assume that you are the assignee of the patent rights and that you are not given a chance to determine if there is any existing license; you may have good reason to refuse the existing licensee's claim to continue to practice the patented invention. However, if you had a sufficient opportunity to determine if there was any existing license, it is not unreasonable for you to be subject to the existing license.

REGISTRATION OF LICENSEE'S RIGHTS UNDER THE PATENT LAW OF JAPAN (Fig.7)

Let us glance at the registration system of a patent license under the Patent Law of Japan. The key terms are "non-proprietary license" and "proprietary license." These terms may be new to some readers. Most people use the terms "exclusive and non-exclusive license" to express the concept of the two types of license under the Patent Law. The Japan Patent Office also uses the terms "exclusive and non-exclusive license." However, I do not use these terms here.

(Fig.7 Registration of a Licensee's Rights under the Patent Law of Japan)



The following discussion will demonstrate my own concepts and use of terms:

A. Non-Proprietary License

1. Provisions of the Patent Law of Japan

The discussion here is related to the provisions of the Patent Law of Japan, as itemized below:-

Article 27 (Registration in the Patent Registry)

1. The following matters shall be registered in the patent registry maintained in the Patent Office:
...
(ii) the establishment, maintenance, transfer, modification, lapse or restriction on disposal, of a proprietary or non-proprietary license; and ...

Article 78 (Non-Proprietary License)

1. A patent holder may grant a non-proprietary license for the patent rights to any other party.
2. A non-proprietary licensee shall provide a right to practice the patented invention as a business to the extent prescribed by this Act or permitted by the contract granting the license.

Article 99

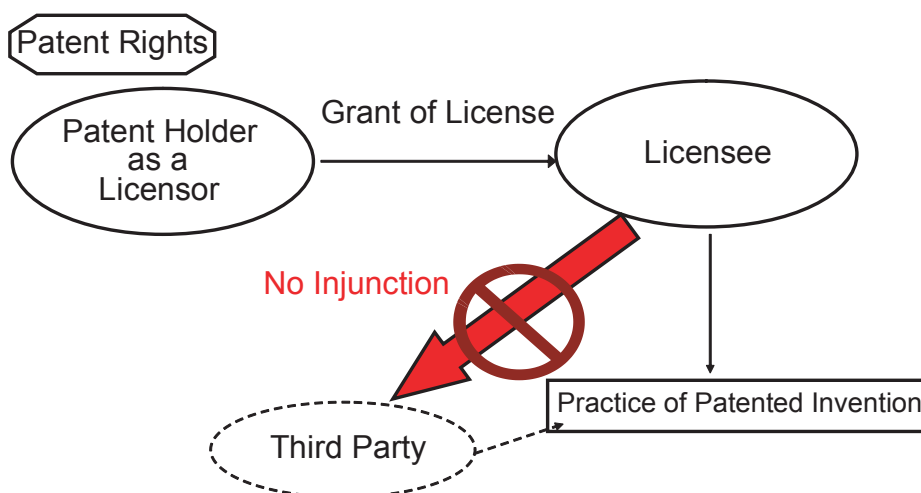
1. When a non-proprietary license is registered, the non-proprietary license shall have effect on any person who subsequently acquires the patent rights or the proprietary licensee, or the proprietary license on the patent rights.
....

2. What Is a Non-Proprietary License? (Fig.8)

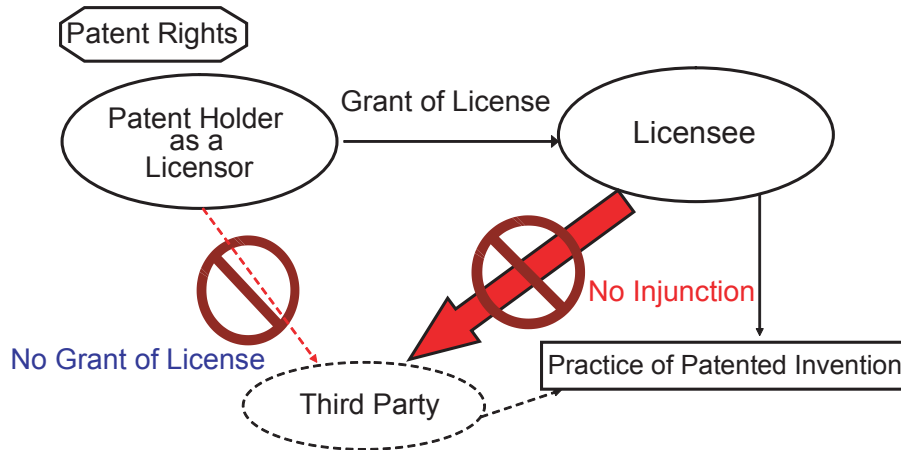
A non-proprietary license under the Patent Law means a license, wherein the licensee has no power to exclude third parties from practice of the patented invention that is the subject of the license arrangement. The essential part of the rights of a non-proprietary licensee is that he/she can prevent the patent holder from prohibiting his/her practice of the patent rights by such means as an injunction or a demanding for compensation for damages.

Please note that a non-proprietary license under the Patent Law can be an exclusive license under a license agreement (Fig.9). In such a case, the licensee can require the licensor not to grant license to any other party. However, the licensee cannot request an injunction against any other party practicing the licensed invention.

(Fig.8 What Is a Non-Proprietary License?)



(Fig.9 A Non-Proprietary License Which Is an Exclusive License)



3. What Is a Proprietary License? (Fig.10)

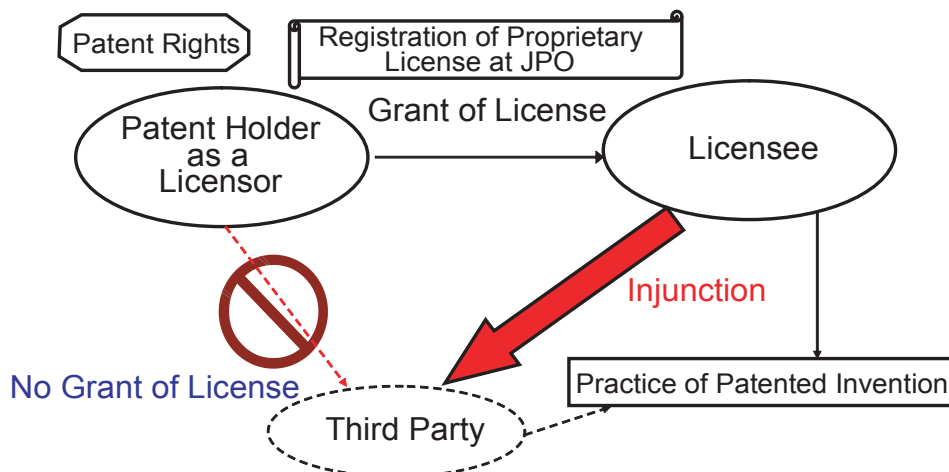
Of course, some exclusive license agreements obligate the licensor to register the proprietary license at the Japan Patent Office so that the licensee can obtain the rights to ask for an injunction against a third party practicing the licensed invention. Such power of the licensee is created only by the registration of the proprietary license at the Japan Patent Office. No contract between the licensor and the licensee can create such power without registration. This is why I would like to distinguish the term (a “proprietary license”) used to mean such a license provided for under the Patent Law, from the term (an “exclusive license”) used to mean the license created

by a contract which provides an exclusive right to the licensee but no proprietary right. The discussion herein focuses on a non-proprietary license.

B. *Benefits of Registration of a Non-Proprietary License*

Any party may acquire patent rights subsequently after a licensee obtains a non-proprietary license for the same patent rights. As I suggested before, the licensee hopes that he/she can claim his/her licensee’s right against such subsequent proprietors. The registration of a non-proprietary license at the Japan Patent Office gives the licensee such a power.

(Fig.10 What Is a Proprietary License?)



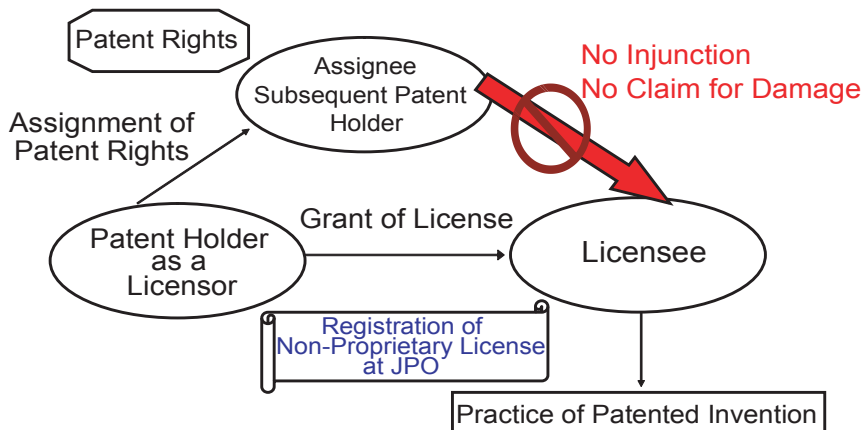
Specific or typical cases of such a transaction are itemized below.

1. (Fig.11) Assume that the licensor transfers his/her patent rights to a third party. There is a concern that the third party assignee would attempt to enforce the patent rights against the existing licensee. If the non-proprietary license of the existing licensee is registered at the Japan Patent Office, then such an attempt will fail, because the existing licensee can claim registered licensee's rights against the subsequent proprietor.
2. (Fig.12) Otherwise, assume that the receiver of the licensor's bankruptcy disposes of the patent rights, and a third party purchases the rights.
3. (Fig.13) Another case assumes that a creditor of the original licensor attaches the patent rights, and

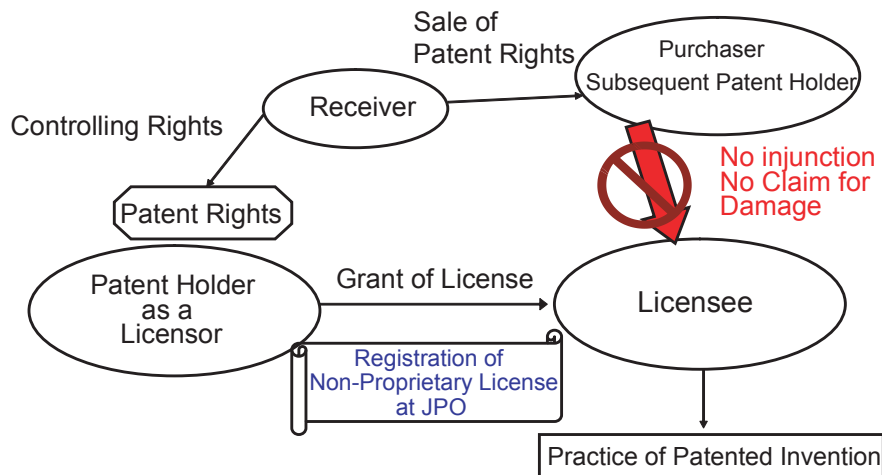
a third party acquires the rights through a compulsory auction. There is a concern that the third party acquirer would attempt to enforce the patent rights against the existing licensee. If the non-proprietary license of the existing licensee is registered, then subsequent patent holder's attempt will fail.

The information registered in the non-proprietary license is publicly available. Any subsequent patent holder may look at such information before acquiring the patent rights. Thus, we may conclude that the registration system of a non-proprietary right tries to balance the interests of the existing licensee against those of the subsequent assignee or the acquirer of the patent rights.

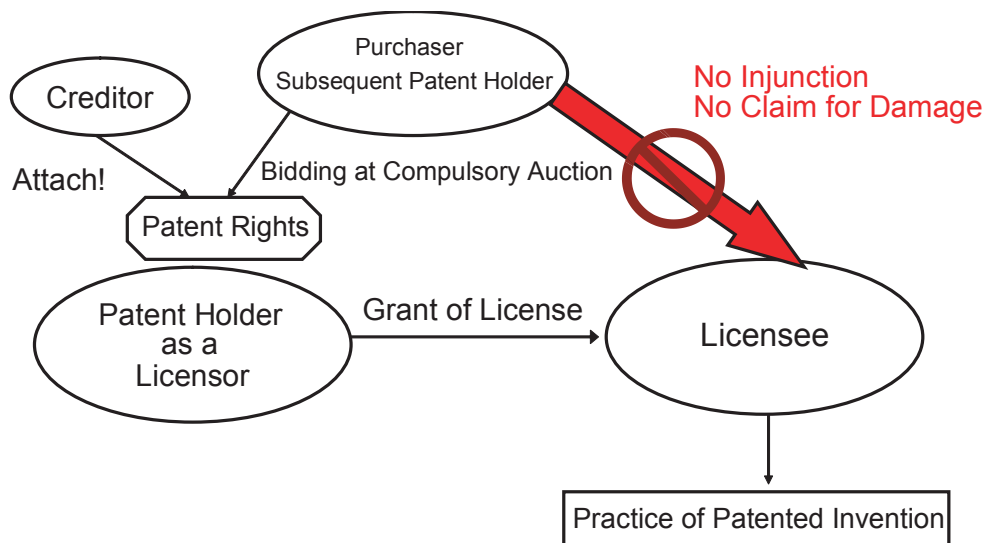
(Fig.11 Patent Rights Assigned to a Third Party)



(Fig.12 Licensor Goes Bankrupt)



(Fig.13 Compulsory Auction of Patent Rights)



V. AMENDMENT TO THE BANKRUPTCY LAW OF JAPAN IN 2004

How should we estimate the legal effects of the registration of a non-proprietary license? Can we conclude that the registration system provides a solution satisfactory to a non-proprietary licensee? Without evaluating the effects of the bankruptcy law, we cannot correctly assess the impact of the registration of a non-proprietary license. Therefore, let us move on to discuss the effects of the bankruptcy law on the status of a non-proprietary licensee.

Concerns of a Licensee under the A. Bankruptcy Law of Japan Prior to Its Amendment of 2004

1. Cancellation of Bilateral Contracts by a Receiver of a Bankruptcy

a. What is the role of the receiver of a bankruptcy?

It is needless to say that a receiver of a bankruptcy owes a duty to:

- dispose of the assets of the bankrupt party as soon

as possible;

- execute the outstanding rights of the bankrupt party against debtors; and
- distribute the remaining or collected assets to the creditors of the bankrupt party in a fair manner (Articles 78 through 90 of the Bankruptcy Law of Japan).

What is the major obstacle to the performance of the duties of the receiver? Undoubtedly, it is the ongoing contractual relationships between the bankrupt party and others. If such contractual relationships cannot be terminated, the duty of the receiver cannot be completed until the end of the term of the contract.

b. How to deal with the contracts existing between the bankrupt party and a counter-party? (Fig.14)

Naturally, at the time the bankruptcy procedure commences, there are many outstanding contracts between the bankrupt party and counter-parties. Assume that any and all obligations of the bankrupt party under said contract have been already performed, and that there are unperformed obligations of the counter-party remaining. In this case, the receiver's duty is very simple. The receiver is simply to request

the other party to perform his/her obligations.

Assume that every obligation of the counter-party has been performed, and that there are unperformed obligations of the bankrupt party remaining. In this case, the counter-party is simply to request the receiver to perform the bankrupt party's obligations.

However, assume that there remain outstanding obligations of both the bankrupt party and the counter-party. If neither of the bankrupt party or the counter-party takes any action, the contract just continues, and the rights and obligations of both parties continue to exist. This means that the bankruptcy procedure cannot be closed until the termination of the contract. This result is against the interests of the creditors of the bankrupt party.

c. The rights of the receiver of the bankrupt party to cancel a bilateral contract provided by the Bankruptcy Law

In order to solve said problems, the Bankruptcy Law provides the receiver of a bankruptcy with the rights to cancel bilateral contracts outstanding between the bankrupt party and the other parties. The 2004 Amendment to the Bankruptcy Law of Japan did not alter this provision.

Article 53 of the Bankruptcy Law of Japan after its amendment of 2004 reads as follows:

1. If both the bankrupt party and the counter-party have not yet performed provisions of a bilateral contract at the time of commencement of a bankruptcy procedure, the bankruptcy trustee may either cancel the contract or perform obligations of the bankrupt party and demand the counter-party to perform its obligations.
2. In the case of the preceding paragraph, the counter-party may set a reasonable period within which the bankruptcy trustee must provide a definite reply as to whether the trustee will cancel the contract or demand the counter-party to perform its obligations. In such a case, if the bankruptcy trustee fails to provide a definite reply within such a period, the contract shall be deemed to have been cancelled.
3. The provision of preceding paragraph shall apply *mutatis mutandis* to the case where the counter-party or the bankruptcy trustee may make an offer to cancel the contract under the provision of the former part of Article 631 of the Civil Code or may cancel the contract under the provision of the former part of paragraph 1 of Article 642 of that Code.

(Fig. 14 How to Deal with the Contracts between the Bankrupt Party and Others?)

| Bankrupt Party | The Other Party | Role of Receiver |
|-------------------------------------|-------------------------------------|--|
| No obligation remaining unperformed | Obligation remaining unperformed | Request the other party to perform his/her obligation |
| Obligation remaining unperformed | No obligation remaining unperformed | Perform the bankrupt party's obligation or pay consideration for damages due to failure to perform obligations within the outstanding assets of the bankrupt party |
| Obligation remaining unperformed | Obligation remaining unperformed | Terminate the outstanding relationship |

2. Why Would the Receiver of a Bankruptcy of the Licensor Seek to Cancel an Existing License Agreement?

We have gone through a general discussion about the cancellation of a bilateral contract by a receiver in bankruptcy. Now, let us move to the discussion of the concerns of a licensee. Why does the cancellation of a license agreement by a receiver concern a licensee?

a. A patent license agreement can be a bilateral agreement with obligations of both parties remaining unperformed (Fig.15)

Assume that there is an outstanding patent license agreement, wherein the bankrupt party is the licensor, and the counter-party is the licensee. Imagine the status of both parties at the time when the licensor, who is the patent holder, goes bankrupt. In all likelihood, the licensee continues to be obliged to pay royalties to the licensor. On the other hand, the bankrupt licensor's obligations under the license agreement also remain outstanding. The licensor is obliged to keep refraining from enforcing patent rights against the licensee. This analysis of a license agreement demonstrates that a license agreement can be a bilateral agreement with outstanding obligations remaining on both sides.

b. Cancellation of a license agreement by a receiver of the licensor's bankruptcy

Assume that you are the receiver of the licen-

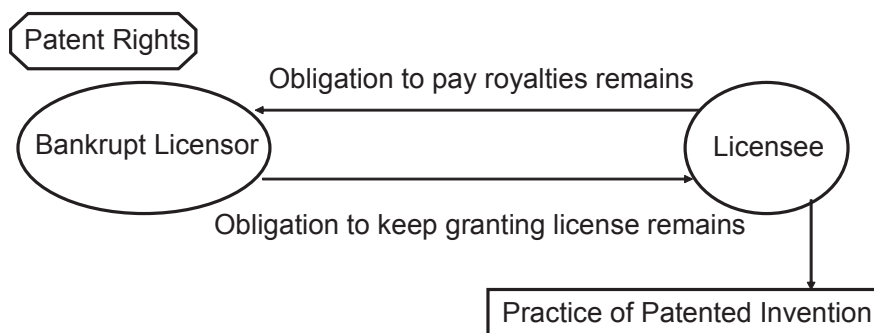
sor's bankruptcy. Why would you want to cancel the outstanding license agreement?

(1) First of all, a receiver would wish to proceed with the bankruptcy procedure as quickly as possible, without agreements remaining effective. It is not surprising that you wish to terminate the license agreement.

(2) Secondly, the receiver would wish to sell the assets of the bankruptcy at the highest price possible. In so doing, the receiver can give greater distribution to the creditors of the bankrupt licensor. In order to achieve this goal, the receiver would wish to remove any burden to which the bankruptcy assets are subject.

Now, the receiver may wish to discuss how to handle the patent rights held by the bankrupt party. The receiver would wish to sell the patent rights at the highest price. Therefore, the receiver may wish to get rid of the license to practice the patented invention. Why? If the license remains, the purchaser of the patent rights will be barred from executing the patent rights against the outstanding licensee. The receiver may wish to cancel the outstanding license agreement, and in this way, the patent rights become released from the burden of license. Then, a potential purchaser of the patent rights may become ready to pay for the patent rights.

(Fig.15 A License Agreement Can Be a Bilateral Agreement with Obligations of Both Parties Remaining Unperformed)



3. What Are the Concerns of the Licensee?

As we have already discussed, a registered non-proprietary license can be claimed against a subsequent acquirer of the relevant patent rights. Then, what is the problem? Why is the licensee concerned about the cancellation of the outstanding license agreement by the receiver of the licensor's bankruptcy?

The reason is not so complicated. The legal ground for registration of the license under the Patent Law of Japan is the existence of the license agreement. Assume that the receiver of the licensor's bankruptcy cancels and terminates the license agreement. The ground for the registration of the patent license no longer exists. So, the receiver becomes able to eliminate the registration of the license. Now, the licensee becomes deprived of the power to claim his/her rights against any subsequent acquirer of the patent rights. Undoubtedly, this scenario demonstrates the reason why the licensee would be concerned with the cancellation of the existing license agreement by the receiver of the licensor's bankruptcy.

B. Concerns of the Licensee Resolved by the Amendment to the Bankruptcy Law in 2004, and Concerns Unresolved

1. Amendment of the Bankruptcy Law of Japan in 2004

The amendment of the Bankruptcy Law of Japan in 2004 has introduced a new provision to the law.

Article 56 of the Bankruptcy Law of Japan as amended in 2004 reads as follows:

1. The provisions of paragraph 1 and paragraph 2 of Article 53 shall not apply to a case wherein the counter-party to the contract, which creates the right of lease and any other rights purporting use and profits, has the registration, record or any other requisites by which it asserts said

rights against any third party as to the said right.

2. In the case provided in the preceding paragraph, the counter-party's right to claim shall become a claim appertaining to the bankruptcy estate.

It is not difficult to grasp the essence of this provision. Assume that there exists an outstanding license agreement between the bankrupt licensor and the licensee, and assume that the license is registered at the Japan Patent Office. Under the new Bankruptcy Law, the receiver has no power to cancel the license agreement because there exists a "registration" of the license. This means that the receiver cannot eliminate the registration of the license. Conclusion: the licensee can claim his/her licensee's rights against the subsequent patent holder even after the receiver disposes of the patent rights previously held by the bankrupt licensor. In order to protect the licensee from the exercise of the patent rights by the subsequent patent holder, no license agreement between them is required. The surviving registration of the patent license eliminates this concern of the licensee.

2. Balancing the Interests of the Licensee and the Receiver or the Subsequent Patent Holder

Article 56 of the amended Bankruptcy Law provides the licensee with considerable bargaining power to negotiate with the receiver of the bankruptcy, or to negotiate with the subsequent patent holder.

Assume that you are the existing licensee. You may negotiate with a subsequent patent holder who purchased the right from the receiver. You would demand that the subsequent patent holder execute a new license agreement with you. Otherwise, the subsequent patent holder may propose that you execute a new license agreement with him/her. In such a case, you are confident that the other party has no power to terminate your licensee's rights until the end of the

term of the original license registered, or until you breach the terms and conditions of the original license registered at the Japan Patent Office. If the original license term is considerably long, and if there is little chance that you breach the license terms, the only realistic way for the subsequent patent holder to gain a right to terminate the license originally granted to you is to execute a new license agreement with you, and to wait until the end of the term of the new license agreement. In the negotiation of the terms and conditions of the new license agreement, you are in a stronger position because you have little to lose even if you and the subsequent patent holder do not ever reach an agreement.

Otherwise, you may negotiate with the receiver of the bankruptcy regarding the sale and purchase of the patent rights previously held by the bankrupt licensor. You can talk with the receiver like this...

“No other party can offer a higher purchase price than the price I will propose to purchase the patent rights, because any other party has to face the burden of my license. There is only one potential purchaser who does not think that my license is burdensome. That person is me, because I am the existing licensee.” Therefore, you have a strong bargaining position in negotiating with the receiver to purchase the patent rights held by the licensor. Once you purchase the patent rights, you no longer have to pay royalties to anybody.

These powers of the existing licensee are against the interest of the receiver of the licensor’s bankruptcy or the subsequent patent holder. However, the registration of the patent license is open to public. Any subsequent patent holder had a chance to scrutinize the registration of the license concerning the patent rights which he/she planned to purchase. Because the subsequent patent holder was constructively fully informed, I do not think that this result under the revised Bankruptcy Law is at all unfair.

How about the position of the receiver of the licensor’s bankruptcy? The scope of the alternatives the receiver can choose has become narrower because

the receiver has no means to eliminate the registration of the existing license. However, the duty of the receiver is simply to do what is best for creditors of the bankrupt party to the extent permitted by law. Because the law restricts the abilities of the receiver, the receiver becomes liable to no one, even if he/she has no alternative but to sell the patent rights to the existing licensee.

Conclusion: We should admit that the 2004 Amendment to the Bankruptcy Law is making hard efforts to maintain the balance of interests between the receiver of the licensor’s bankruptcy, or the subsequent patent holder, and the existing licensee.

C. *Concerns of the Licensee Remaining after the 2004 Amendment of the Bankruptcy Law*

1. Not All of the Licenses Are Registered

The 2004 Amendment to the Bankruptcy Law expanded the protection of the registered patent licensee. However, the receiver of the licensor’s bankruptcy is able to cancel and terminate any existing license agreement as before, if the license provided by the agreement is not registered at the Japan Patent Office. Accordingly, the concerns of the licensee are not resolved by the 2004 Amendment to the Bankruptcy Law, unless the license is registered.

2. Why Are Some of the Licenses Not Registered?

There are many reasons why licenses are not registered. Typical reasons are outlined below.

a. *Power balance at the time of the execution of the license agreement*

In some cases, the bargaining power of the licensor is stronger than that of the licensee. Naturally, the licensor refuses to register the license at the Japan Patent Office.

b. Public disclosure of license not preferred

In some cases, both parties to the license agreement wish to avoid disclosing the existence of the license agreement, as well as the terms thereof, to the public, because any information of existing patent license can be a clue towards discovery of the business strategy of those parties.

c. Registration of certain types of license is not realistic

In some cases, bundles of patented inventions within a broad scope of categories are licensed by one license agreement. The scope of the category is often defined by the field of technology, or by the class of products into which the inventions are implemented. Please note that a registration of a license under the Patent Law of Japan must be made for each patent right concerned. Under the Patent Law of Japan a license cannot be registered without identifying individual patent rights. It would be very cumbersome to itemize every patent falling within the defined category in order for the license to be registered. Accordingly, such a license is not registered in many cases.

Also, such a license covers those inventions which are not yet patented, or for which a patent application has not yet filed. Future patents are also covered by such license agreements. However, until the invention is patented by the Japan Patent Office, there is no way to register the related license. It will be burdensome for both the licensor and the licensee to individually register the license, while monitoring if and when any covered invention is patented.

This type of license is not rare. Especially in the electric or electronics businesses, untold numbers of patented and unpatented inventions are implemented in one product. Naturally, the players in such businesses are obliged to execute license agreements which do not itemize the individual patents included in the license arrangements. Moreover, in the electric or electronics businesses, any player faces difficulties to develop and manufacture a product without practicing other player's patented or unpatented in-

ventions. This reality induces almost all of the players to execute so-called cross-license agreements. The essence of this type of cross-license agreement is not the royalties. What is the primary goal of such cross-license agreements? Assume that you are one of the players of such a business. You may want to develop, manufacture, and merchandise your product without being interfered with by your competitors' patent rights. Your competitors may also come to the same conclusion. Naturally, you and your competitors seek to execute cross-license agreements. Without such cross-license agreements, nobody can operate its business with reasonable costs and labors.

In order to achieve this goal, most of the cross-license agreements executed within the electric or electronics businesses do not itemize the individual patents subject to the license arrangements. Rather, they just describe the scope of the category of the inventions subject to the license. Why? You wish to avoid risk arising out of any and all patents of competitors in a certain business or technological area. So, you need the cross-license agreement to cover all such patents existing now and in the future.

This context shows that the patent licenses established by such cross-license agreements are difficult to register at the Japan Patent Office under the Patent Law of Japan.

VI. VARIOUS PARTIES, VARIOUS OPINIONS

Let us move to learn the various opinions of various parties concerning the protection of patent license not registered under the Patent Law of Japan. Please assume that the relevant license is based on a license agreement which covers numbers of patented and unpatented inventions, without itemizing individual patents. Typical cross-license agreements are also included.

An Established Enterprise in the A. Electric or Electronics Business Seeking Stability

An established enterprise in the electric or electronics businesses is likely to obtain licenses from not a few other companies, including both established and venture firms. Undoubtedly, such enterprises expect that these licenses can be claimed against subsequent patent holders even after the bankruptcy of the original licensor or an assignment of the patent rights from the original licensor to a third party.

Assume that the relevant license arrangement is a cross-license agreement, and assume also that a party to the cross-license agreement becomes bankrupt, and the receiver assigns the patent rights which were subject to the cross-license agreement to a third party. Now, the patent rights are held by a third party who is not a party to the cross-license agreement. The other party to the cross-license agreement can no longer claim its licensee's rights against this subsequent patent holder. This leads to a sudden increase in costs and labor necessary for the other party to continue to manufacture and merchandize those products which may be in conflict with the patent rights acquired by the subsequent holder.

B. A Venture Firm and Its Investors

Assume that a technology venture firm grants a patent license to a large and established company and receives running royalties from such a licensee company. Probably, this license is a non-proprietary license and not registered at the Japan Patent Office under the Patent Law. Then, assume that the financial position of this technology venture firm worsens due to poor royalty income. The poor performance of the venture firm may be caused by unfavorable royalty rate. On the other hand, the difficulties of the venture firm may be caused by the poor marketing efforts of the licensee company. Under these circumstances, the management of the venture firm has to

find a way to give its investors the chance to recover their investments. Several ways are possible.

1. Assignment of Patents and Related Businesses to a Third Party or a Newly-Established Venture Firm (Fig.16)

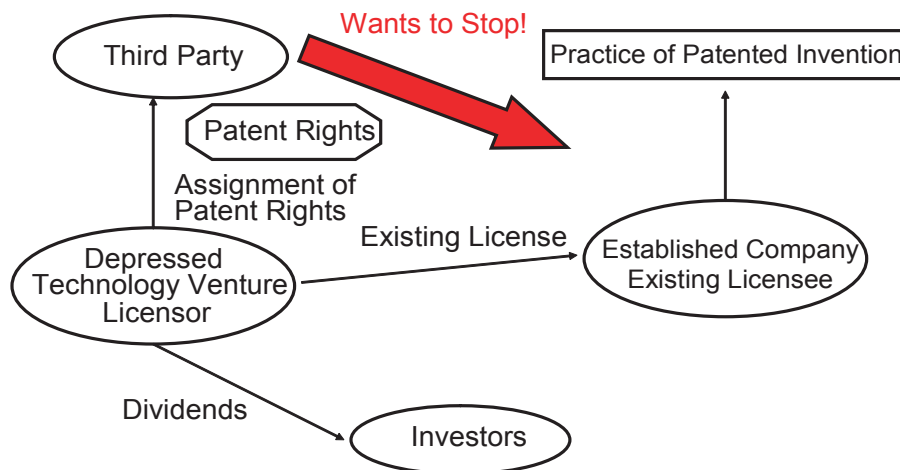
If the venture assigns its patents and related businesses to a third party, the venture can receive the purchase price from the assignee and may distribute the income to its investors. If the assignee is a newly-established venture firm, the investors can have a chance to invest in the new venture firm, as well as to receive dividends in the liquidation of the unsuccessful venture firm. In order for the venture firm to successfully realize such a scenario, the assignee of the patent rights should have the rights to prevent the existing licensee from practicing the patented invention. Why? The assignee or the newly-established venture firm may wish to practice the invention themselves. Or, they may wish to seek a new licensee who will pay a satisfactory amount of royalties. Otherwise, they may wish to gain strong bargaining position in order to amend the terms and conditions of the existing license agreement with the licensee and make them more advantageous to the licensor.

2. Negotiation with the Licensee to Purchase the Patent Rights or the Venture Firm (Fig.17)

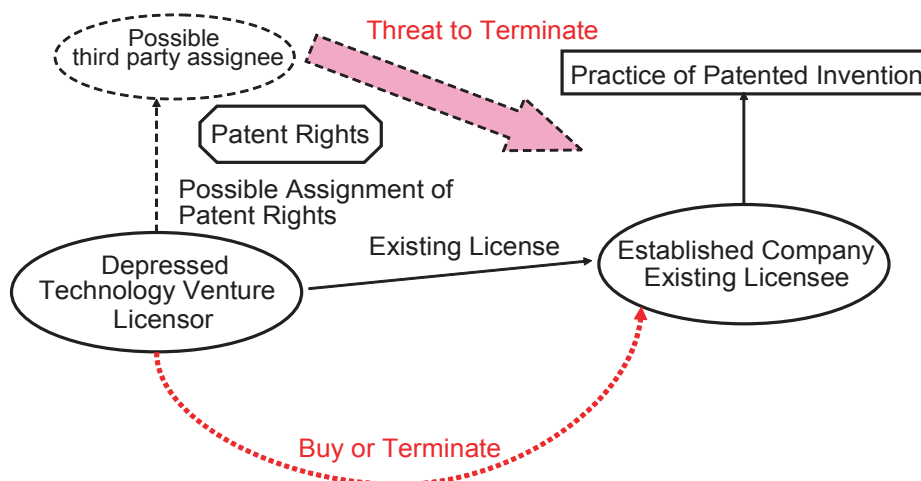
There is another scenario. The venture may wish to request the licensee to purchase the patent rights in question, or all of the business and assets of the venture firm, or all shares of the venture firm. If the licensee purchases the patent rights or the business and assets of the venture firm, the venture firm can distribute dividends to investors while liquidating itself. If the licensee purchases all shares of the venture firm, the investors of the venture firm can also get considerations (cash or shares of the larger company, which they may publicly trade).

How can a venture firm get the bargaining power to negotiate effectively with the licensee compa-

(Fig. 16 Assignment of Patents and Related Businesses to a Third Party or a Newly-Established Venture Firm)



(Fig. 17 Negotiation with the Licensee to Purchase the Patent Rights or the Venture Firm)



ny? The key is the Bankruptcy Law. If the venture firm goes bankrupt, the receiver may terminate the license agreement and transfer the patent rights to a third party, which can be a competitor to the existing licensee. Then, the existing licensee cannot claim its rights against the subsequent patent holder. Accordingly, the threat of bankruptcy of the venture firm constitutes a great amount of bargaining power.

What does this discussion demonstrate? It is advantageous to the technology venture firms and their investors that existing licensees cannot claim their rights against the receiver of the licensor's bankruptcy, or the subsequent patent holder, unless the licenses are registered at the Japan Patent Office under

the Patent Law of Japan.

C. An Active M&A Player

An active merger and acquisition player may be a stock corporation or a so-called buyout fund. They sometimes focus on the value of intellectual properties held by a venture firm or smaller companies. Undoubtedly, they hope the patents are free from the burden of existing licenses. So, they have interests in common with ventures firms. They are also potential purchasers of deteriorated or depressed technology venture firms.

VII. REGISTRATION FOR SPECIFIED NON-PROPRIETARY LICENSE

A. *Establishment of the New Registration System in 2007*

On April 27, 2007, the “Law Amending a Part of the Special Measure Law for Reviving Industrial Vitality” passed at the Diet, and was publicized on May 11, 2007 as Law No. 36. It is easy to imagine that this new system will protect the licensee of a patent license agreement which does not itemize the individual patents included in the license by their registration numbers. Surely, that is the essence of this new system. Let me outline the key concepts of the new registration system established by this law (Articles 58 through 71 of the Special Measure Law for Reviving Industrial Vitality (Law No. 131 of 1999), as so amended).

1. Specified Non-Proprietary License Contract

A “specified non-proprietary license contract” is one of the key concepts of the new law. The new law prepared a registration system to register the non-proprietary licenses given under a “specified non-proprietary license contract.” A “specified non-proprietary license contract” is defined as a patent or utility model license contract satisfying four requirements, itemized below:

a. *The First Requirement*

This license must be a non-proprietary license granting a licensee a right to practice a patented invention or a utility model. So, the licensor must be a patent holder, a proprietary licensee of a patent, a utility model right holder, or a proprietary licensee of a utility model. Any license agreement includes a great number of affiliated or related provisions. Typically, a patent license agreement often includes a provision for the license of unpatented inventions, or trade secrets. However, these provisions do not prevent a patent or utility model license agreement

from being deemed a “specified non-proprietary license contract.”

b. *The Second Requirement*

Both of the parties to the license agreement must be corporations. If any of the parties to the license contract is an individual or a partnership, such a license does not fall within the category of specified non-proprietary license contracts. According to the Ministry of Economics, Trade and Industry (“METI”), this is because the law was enacted as industry policy (Seiro Hatano & Sentaro Ishikawa, *Re. Registration System Of Specified Non-Proprietary License Under The Law Amending A Part Of The Special Measure Law For Reviving Industrial Vitality*, 860 NBL 18 (2007)). A major part of the Japanese industry depends on the business activities of corporations.

c. *The Third Requirement*

A “specified non-proprietary license contract” must be made in “writing.” Moreover, the contract must clearly specify the scope of the relevant license.

d. *The Fourth Requirement*

The patents and utility models subject to the license are not identified by their patent numbers or utility model registration numbers. The relevant patent license contract may also include a license of patent or utility model specifying them by their registration number. However, any patent or utility model specified by its number is not protected by this new registration system. Protection of these patents must be made through the traditional registration system under the Patent Law of Japan for each of them.

2. Registry of Specified Non-Proprietary License

The registry of a non-proprietary license under the Patent Law is compiled for each patent right which has an individual patent number. However, the registry of a Specified Non-Proprietary License is expected to be compiled for each individual licensor. The registry will be managed by the Patent Office.

3. Items of Registration

Application for registration is to be jointly made by the licensor and the licensee. The registration will contain some information showing the rights of the licensee. Itemization thereof follows.

a. Class of the License to Be Registered

Grant of non-proprietary license, assignment of such non-proprietary license, or limitation of disposition of such non-proprietary license.

b. Identification of the Licensor

c. Identification of the Licensee

d. The Scope of Patents, Proprietary Patent Licenses, Utility Models, or Proprietary Utility Model Licenses Subject to the Relevant License

Please note that you can specify certain patent or other rights to be excluded from the registration by identifying their registration numbers.

e. The Scope of License within Which the Licensee is Granted Rights to Practice the Patented Inventions or the Utility Models.

f. The Period of Duration for the Registration of License.

The term of the registration of license cannot exceed ten years. If the license term is over ten years, you must register the license again after the expiration of the initial ten year license registration.

B. What Rights Are Granted to the Licensee by the Registration of the Specified Non-proprietary License?

Now, let us go through the legal effect of the new registration system. To simplify our discussion, we assume that the licensor is a patent holder. Shortly, it is a protection of the licensee against the receiver of the licensor's bankruptcy or the subsequent patent holder. This effect is the same as the effect of ordinary (or, traditional) registration of the non-proprietary patent license under the Patent Law. The receiver of the bankruptcy cannot cancel and terminate the relevant license agreement because the licenses based on said license agreement are regis-

tered. The licensee has the right to claim his/her licensee's rights against the subsequent patent holder. Accordingly, the subsequent patent holder may not request an injunction or compensation for damages due to the practice of the patented invention by the licensee.

C. To Whom and to What Extent the Items of Registration Are Disclosed

1. Comparison with the Registration System under the Patent Law

Under the traditional registration system for non-proprietary patent license under the Patent Law, any and all registered information is disclosed to the public. So, you can discover any burden of license which may reduce the value of the patents before taking substantial action in order to purchase the patent rights or the patent holders.

Assume that you want to purchase certain patent rights or the company holding such rights. If you start communication with the patent holder, some competitors may notice this. A competitor's awareness may increase the cost of purchase of the rights, or the share or business of the patent holder, or may shorten the time which you have to prepare for the acquisition. So, you want to find out the status of the target patent rights silently. Because any information under the traditional registration system is public, you can do it quickly and silently before starting communication with the patent holder. If you start a negotiation with the patent holder, or start due diligence of the target patents, that involves much labor and cost. Naturally, you wish to learn material burden to the target patents with as little labor and cost as possible. Because any information under the traditional registration system is public, you can act in a cost- and labor-effective way.

Assume that you are a banking corporation lending money to a borrower which is holding a large number of patent rights. If the borrower defaults in repayment of the loan, you will explore assets of the

borrower to attach and exchange to cash through compulsory auction. Because the borrower holds many patent rights, such rights can be candidates for such assets. However, the labor and cost for attachment and compulsory auction are not insignificant. So, you want to avoid attachment of patent rights if they are not likely to be sold at a high price. Naturally, you want to look at the status of the patents held by the borrower in order to ascertain which patents are subject to registered license and which are not. If the borrower notices that you began to appraise the borrower's patents, the borrower may dispose of the patents before you attach them. So, you want to investigate the status of the borrower's patents without being noticed by the borrower. Because any information under the traditional registration system is public, you can do it silently.

Then, what is the outcome if the new Specified Non-Proprietary License Registration is employed?

2. Publicly Available Information Is Limited under the Specified Non-Proprietary License Registration

a. *Items Publicly Available*

Only the purpose of the license, and the identity of the licensor are publicly available. Identity of the licensee, the scope of the patents subject to license, and the scope of license for the practice of inventions are not publicly available. This means that a silent assessment of patent rights is impossible for the potential purchasers of patents or creditors of the patent holder.

b. *Items Available to Limited Parties Concerned*

Some of the information not publicly disclosed is available only to limited parties concerned upon their request to the Japan Patent Office. These limited parties concerned may get information on the identity of the licensor, the identity of the licensee, the period of duration of the registration of the license, the date of registration, and the itemization of patents expressly excluded from the relevant reg-

istration. However, they cannot get information on the scope of patents subject to license. The scope of license is also not available. I believe that the scope of license is essential to assess the value of patents subject to the licenses. Disclosure of registration of a license to creditors or pledge right holders without this information makes little sense.

The next question is who falls within the category of the limited parties concerned.

(1) Those who have acquired the patents held by a registered licensor will be able to get such information. Note that they cannot get information when they are just considering whether they should acquire such patents or not.

(2) The creditors of the registered licensor will be able to get such information only after they have made attachment or provisional attachment of the patents belonging to the registered licensor. Note that they cannot get information when they are assessing whether they should go for attachment or not.

(3) Those who have pledge rights on the relevant patent rights.

(4) Those who have the right to manage and dispose of the relevant patent rights, typically, a receiver of the licensor's bankruptcy.

c. *Who can Obtain All the Information?*

The registrants, those who have acquired the patents subject to the registration, and the receiver of the licensor's bankruptcy may get all the registered information upon their request to the Patent Office.

D. *Problems Caused by the New Registration System*

The new registration system has given the licensees of a patent license agreement which does not identify individual patents strong panoply to claim their rights against receivers in bankruptcy and subsequent patent holders. However, this system seems to have failed to balance between the rights of licens-

ees and those of receivers or subsequent patent holders. The problems are described below.

1. Silent Assessment Is Denied

Assume that you wish to acquire the patent rights subject to the Specified Non-Proprietary License Registration, or to acquire the company holding such patent rights. You cannot make silent assessment to find which license the patent rights are subject to. Undoubtedly, if you start due diligence after contracting a non-disclosure agreement with the target company, you will be able to get satisfactory information. However, every M&A and finance lawyer knows how important the silent assessment prior to due diligence is. Substantial denial of silent assessment to the patents may stifle active trade of patents or shares of patent holders.

2. Disadvantage to One Party of a Cross-license Agreement (Fig. 18)

Assume that corporation-1 and corporation-2 are competing with each other in the home-use printer market. Naturally, they have concluded a cross-license agreement concerning their patented inventions. These licenses may be registered in the Specified Non-Proprietary License Registry.

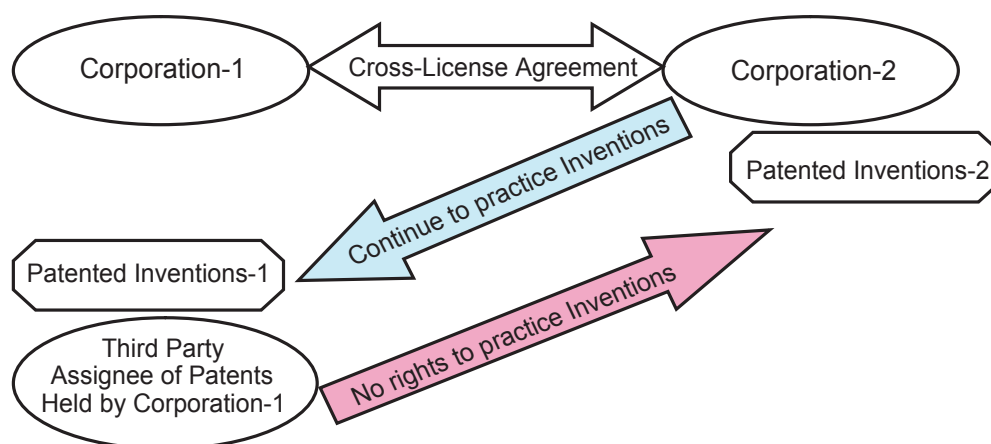
Now, assume that corporation-1 has decided to withdraw from the printer market, and to sell its

printer business as well as related patent rights to a third party. What is the resultant relationship between the third party acquirer and corporation-2? Corporation-2 may claim its licensee's rights against the third party acquirer, while refusing the third party acquirer's request to execute a new cross-license agreement. The third party acquirer would consider this extraordinarily unfair.

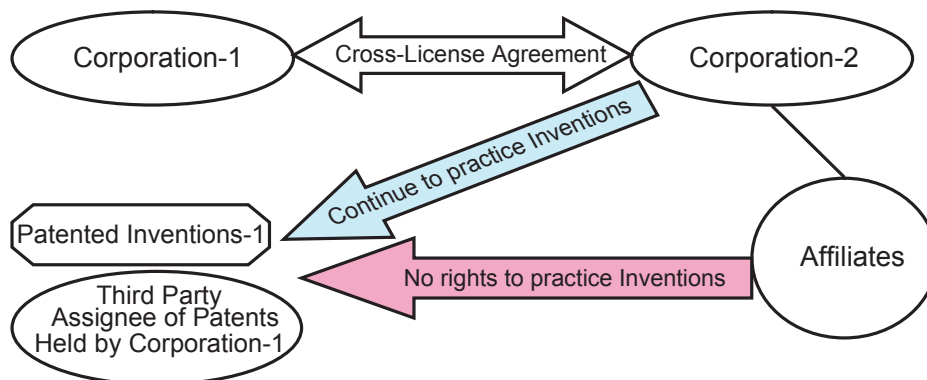
3. Limited Benefit to Subsidiaries of and Companies Affiliated to a Cross-License Party (Fig. 19)

In many of the cross-license agreements in the electric or electronic businesses, subsidiaries of and companies affiliated to a party are also granted rights to practice the patented and unpatented inventions of the other party. Because reorganizations within any group of companies are carried out from time to time, a cross-license agreement does not identify such beneficiary subsidiaries and affiliates by their names. Rather, the scope of such beneficiary companies is often defined by the share of their voting rights held by the party to the cross license agreement. Accordingly, these beneficiary companies will not be registered as licensees in the new Specified Non-proprietary License Registry. So the benefit of the new registration system will be limited.

(Fig.18 Disadvantage to One Party of a Cross-License Agreement)



(Fig.19 Limited Benefit to Subsidiaries of and Companies Affiliated to a Cross-License Party)



4. Barrier to Active Trade of Patents

Undoubtedly, these problems will constitute a barrier to active trade of patents or M&A of patent holder companies.

VIII. CONCLUSION

Balancing the interests of a patent licensee and those of a subsequent patent holder or a receiver of the patent holder's bankruptcy is extremely difficult.

The new Specified Non-proprietary License Registration has introduced a strong protection to the licensees of certain types of license agreements such as typical cross- license agreements. However, I believe that this new registration system failed to achieve a good balance of interests. Various classes of governmental agencies, lawyers, and industry players are responsible for this. Among all, the Ministry of Economics, Trade and Industry, responsible for proposing this law, has failed to listen to opinions from financial institutions, investors, and venture firms. In fact, the Ministry has even failed to communicate with the players. These players have also failed to study the impact of the new license registration system, and virtually no opinions have been publicized from these player groups, other than those of myself and my colleagues.

In my opinion, it would be acceptable to protect licensee of cross-license agreements against the subsequent patent holders. However, the counter-parties should also be given the benefit of cross-license. Moreover, any party, including creditors, banking institutions, investors, and potential acquirers should be given the opportunity to conduct silent assessment of the status of any patent rights which may be subject to certain licenses.

Licensees should be given the right to claim their rights to continue practicing patented inventions against subsequent patent holders who merely claim damages against existing licensees without actively practicing or licensing patents. We have no reason to protect patent trolls. However, a subsequent patent holder who will actively practice or license patents should be protected against submarine like license. They should be given a chance to assess the patents in advance.

We, as current and future legal professionals, are responsible for designing a balanced legal system, as well as taking significant steps to rectify the imbalances existing in the current legal system.

(Shinto TERAMOTO)

論説

労働審判制度の解決機能とインパクト

東京大学客員教授・弁護士
徳住堅治

I. 労働審判制度の制度設計とその特色

- 1 労働審判制度の誕生の経緯と制度設計
- 2 労働審判制度の運用状況
- 3 労働審判制度の特色と支える仕組みと運用
 - (1) 迅速性
 - (2) 専門性
 - (3) ラフジャッジと適正性

II. 労働審判制度の利用拡大の可能性とそのインパクト

- 1 労働審判の掘り起こし効果
- 2 事例分析でみる労働審判制度の利用拡大の可能性
 - (1) 事件種別割合
 - (2) これまでの訴訟類型に見られなかった労働審判申立事例
 - (3) 少額請求訴訟
 - (4) 主張立証が複雑困難でこれまで訴え提起に至らなかった事例
- 3 解決の多様性
- 4 終わりにあたって

I. 労働審判制度の制度設計とその特色

1 労働審判制度の誕生の経緯と制度設計

労働審判制度は、増加する個別的労使関係紛争の解決制度として、司法制度改革の一環で創設されたわが国独特のユニークな司法制度である¹⁾。

司法制度改革において、労働者側は、労働参審制および労働事件固有の訴訟手続の導入を、使用者側は、労働調停制度の導入を主張して、両者の主張は激しく対立していた。司法制度改革審議会意見書（平成13年6月12日）では、「労働関係事件への総合的な対応強化」の一つとして、労働調停制度の導入と雇用・労使関係に関する専門的な知識経験を有する者の関与する裁判制度の導入（の可否）などが提言されたが、労使の激しい対立は、同意見書に基づいて設置された司法制度改革推進本部労働検討会にも持ち越された。第23回労働検討会（平成15年7月11日）において、春日偉知郎委員（民法）が労働調停制度と労働参審制の中間的制度の検討を提言し、第24回労働検討会（7月18

1) 菅野和夫ほか『労働審判制度』5頁〔菅野＝山川隆一〕（弘文堂、2005）「労働審判制度は、わが国労働関係紛争解決制度の課題を比較制度的な視点を入れて検討した結果構想された、日本独特の司法システムである。」「比較法的に見れば、これは、英国において、コモンロー裁判所の重厚な訴訟手続に対して、労働関係に専門的で簡易な仕組みとして雇用審判手続（Employment Tribunal）が設置されたのと、類似した現象と評することができる。」

日)において、春日外2名の学者²⁾のメモ「中間的な制度の方向性について」が発表されて、新しい制度骨格が急浮上した。そして、第31回労働検討会(12月19日)において「労働審判制度(仮称)の概要(案)」を発表された。労働審判制度の趣旨は、「個別的労働関係について、3回以内の期日で、裁判官と雇用・労使関係に関する専門的な知識経験を有する者が、当該事件について審理し、調停による解決の見込みがある場合にはこれを試み、合議により、権利義務関係を踏まえて事件の内容に即した解決案を決すること(労働審判)によって事件の解決を図る手続を設け、あわせて、これと訴訟手続とを連携させることにより、事件の内容に即した迅速、適正かつ実効的な解決を図ることを目的とする。」とされた。この制度趣旨に則って立法化が図られ、労働審判制度は、平成18年4月1日からスタートした。

ユニークな労働審判制度が誕生したのにはさまざまな要因が考えられる³⁾が、多角的な論議の中から、判定機能を有する労働審判を睨みながら調停を試みる制度設計⁴⁾を行ったことが、労働審判制度の“生命力”となっている。つまり、労働審判制度は、調停機能と判定機能との結びつき方に制度的生命力があり、その上で、迅速性、専門性、適正性の多様な仕組みを具有

していることが、ユニークであるとともに解決機能を高める結果になっている。実定法上の特定の紛争のみを対象として設計された司法手続制度として、労働審判制度はスタート段階において成功していると評価できる。さらに、労働審判制度が持つ仕組みと解決機能は、わが国の他の民事分野の訴訟手続についても変化を求め潜在的インパクトを有しているといえる。

2 労働審判制度の運用状況

平成19年度の労働審判事件申立件数は、1494件であり⁵⁾、4月から12月までの前年比で約37%増加している。スタート時の申立件数の想定は、年間1500件前後と制度設計されており、ほぼ予想通りの申立件数となっている⁶⁾。

労働審判既済事件の平均審理期間は、74.9日であり、当初予想された3~4ヶ月より短縮されている。東京地裁労働部での仮処分⁷⁾の審理期間は概ね3ヶ月、労働関係民事通常訴訟の平均審理期間は12.0ヶ月である⁸⁾が、これらよりも格段に短縮されている。終局した期日回数は、第1回期日16.3%、第2回期日36.8%、第3回期日39.3%となっており、最終回の第3回期日を待たずに解決している例も多い。労

2) 村中孝史、山川隆一。

3) 菅野和夫は、「司法制度改革と労働検討会」自由と正義55巻6号14頁、16頁(2004)において、当時日弁連労働法制委員会主催の英国雇用審判所、ドイツの労働裁判所の裁判官を招待したヒアリング・シンポジウムの影響を指摘している。鶴飼良昭は、「労働側弁護士から見た労働検討会の成果」同33頁、35頁(2004)において、労働検討会のメンバー構成と運営を指摘している。対立する意見のエッセンスを昇華して、創造的な中間的制度を提案した学者委員の功績は大きい。

4) 民事調停法17条は調停に代わる決定を定めているが、これは「事件の解決のために必要な決定」にすぎず、権利関係を踏まえた判定ではない。「調停に代わる決定」は、一般民事の調停既済事件数(全簡易裁判所)30,092件の内12.5%となっている(司法統計民事・行政平成18年度「第78表 調停既済事件数—事件の種類および終局区分別—全簡易裁判所」(<http://www.courts.go.jp/sihotokei/nenpo/pdf/B18DMIN73~78.pdf/>), 2008年7月20日最終検索)。多重債務を扱う特定調停では、多用されている。

5) 全国の統計資料は、最高裁判所事務総局行政局「労働審判法の施行状況について」(平成20年2月26日発表)による。

6) 石寄信憲「労働審判制度に対する評価とこれからの運用」自由と正義55巻6号21頁、22頁(2007)「紛争調整委員会によるあっせん申請受理件数3036件の未解決事案が半数あること」、「本訴や仮処分から移行する分」、「労働審判制度が新たに掘り起こす分」などから、年間1500件前後を想定したと述べられている。

7) 山口幸雄ほか『労働事件審理ノート改訂版』161頁〔鈴木拓児ほか〕(判例タイムズ社、2007)。

8) 最高裁事務総局行政局「平成18年度労働関係民事・行政事件の概況」法曹時報59巻8号171頁。第4表「労働関係民事通常訴訟事件 審理期間別既済件数 平均審理期間—地方裁判所—」。

働審判の特色の一つとされた迅速性（Speedy）は確保されている。

労働審判既済事件の終局事由ごとの処理状況は、調停成立 69.3%、労働審判 20.1%（うち異議申立ての割合は、61.0%）、24 条終了 3.2%、取下げ 7.0%、却下・移送等 0.5%となっている。労働審判手続によって解決したと評価できる「調停成立」と「異議申立がなされなかった労働審判」との割合の合計は、77.1%であり（取下げ事案の中には、審判外で和解が成立して取下げた事案が結構多い。）、解決率は高い。労働審判手続を通して、約 70 日の審理日数で 8 割近い事案が解決していることになる。一般民事の調停既済事件数（全簡易裁判所）30,092 件の解決率（成立 38.2%、調停に代わる決定 12.5%）⁹⁾ や都道府県労働局の個別労働紛争のあっせんによる合意成立率（39.5%）と比較しても¹⁰⁾、労働審判手続の解決率は高い。判定機能を有する労働審判を睨みながら調停が試みられ、権利関係を踏まえて調停案が提示されることから、他の司法諸制度と比較しても調停成立率は格段に高い。

労働審判手続により解決した内容に関する評価については、労使で異なる可能性があり、今後労使の意見の集約結果を待つ必要があるが、聞き及ぶ限りでは労使の満足度は高い。7 割前後の事案で調停が成立していることから、解決についての労使の納得性は高いと思われる。労働審判制度の特色とされる「Suitable = 適正」

は確保されていると評価できる。

労働審判手続による解決水準に関しては、統計資料が発表されていないので不分明である。「雇用関係を解消する旨の調停における解決金の額」に関する東京地裁の内部統計調査では、2 ヶ月分から 12 ヶ月分間の解決事例が多く、18 ヶ月分以上の事例もある。労働局の個別労働紛争のあっせんの解決水準よりもはるかに高い¹¹⁾。私の実感でも、これまでの仮処分・通常訴訟における解決水準は、労働審判手続でもほぼ維持されていると評価している。

3 労働審判制度の特色と支える仕組みと運用

(1) 迅速性

労働審判制の迅速性を支える最大のポイントは、原則として期日を 3 回以内に限定したことである（法 15 条 2 項）。第 1 回期日を 40 日以内にしたこと（規則 13 条）¹²⁾、答弁書の提出期限の設定（規則 14 条）、主張および証拠の提出時期を第 2 回期日終了までに限定したこと（規則 27 条）なども迅速性を確保する重要な仕組みである。

運用上も迅速性確保のためのさまざまな工夫が行われている。第 1 回期日の変更は原則として認めない¹³⁾、書類は第 1 回期日までに提出される申立書と証拠、答弁書と証拠に限りその後は書類の提出を原則として認めないで口頭主

9) 前掲注 4) 中の統計資料。

10) 厚労省「平成 18 年度個別労働紛争解決制度実施状況（平成 19 年 5 月 25 日発表）」（<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2007/05/h0525-1.html>、2008 年 7 月 20 日最終検索）によると、平成 18 年度 1 年間に手続が終了した 6,793 件の内「合意成立」39.5%、「申請取り下げ」7.5%、「あっせん打ち切り」52.5%となっている。

11) 君和田伸仁「個別労働紛争解決制度との比較から」労働法律旬報 1648 号 44 頁、46 頁（2007）「労働者からみた解決水準も、労働審判のほうがはるかに高いのが実情と言えよう。労働審判における調停の水準は、通常訴訟や仮処分と比べても劣ることが懸念されたが、筆者の経験では、そのようなことはないように思われる。これに対して、労働局のあっせんの場合、解決水準はかなり見劣りする。たとえば、解雇事案で労働者が金銭の解決を求めているケースでも、1～2 か月の賃金相当額で解決する事例が少なくない。その最大の要因は、あっせんには、判定機能に依拠する強制的な解決権限が付与されていないためである。」

12) 通常訴訟の最初の口頭弁論期日の指定は 30 日以内となっており（民事訴訟法規則 60 条 2 項）、一見すると通常訴訟の方が迅速性を確保しているように見える。通常訴訟では第 1 回期日が延期変更されたり被告代理人が欠席して空転したりすることが多い。労働審判では第 1 回期日を 10 日長くした代わりに、期日変更を原則認めない運用で、逆に通常訴訟よりも迅速性が確保される結果となっている。

13) 三代川三千代ほか「座談会 労働審判制度」判例タイムズ 57 巻 3 号 4 頁、13 頁〔三代川発言〕（2006）。

義・直接主義を徹底する、第1回期日から実質的な審尋を行い、調停を試みる¹⁴⁾など、裁判所には“第1回が勝負”という第1回期日重視の揺るぎない姿勢がある。代理人弁護士には、第1回期日までに主張書面・証拠を全て出し切ることで、書面主義を改めて口頭によるプレゼンテーション、反論を十分行うこと、第1回期日において争点整理が済むと直に審尋に移行するのでその対策として尋問の準備をしておくこと、第1回期日から調停対策も準備しておくことが求められており、これまでの作風を根底から改めることが要請される事態となっている。労働審判制度は、労働裁判実務を根本的に変革しようとしている。

(2) 専門性

労働審判手続には、「労働関係に関する専門的な知識経験を有する」(法9条2項)労働審判員(全国で労使各500名)が労働審判手続や労働審判の調停機能・判定機能双方に参与している。労働審判員に対する研修・教育も熱心に行われている。労働審判員には個人差があり全く問題がないという訳ではないが、労働審判員の手続に取組む意欲は全体的に大変高く、職場の知識経験に基づいて、労働審判官や労使の代理人とは異なる視点から関係人に質問をしたり、意見を述べたりしており¹⁵⁾、労働審判手続への寄与度は高い。私の担当事案でも、退職金の税務処理、セクハラに関する社内の苦情処理委員会の処理などについて、労働審判員ならではの質問を積極的に行っており、重要な役割

を果たしている。労働審判制度の特色の一つである Specialized = 専門性は、確保されていると評価できる。

労働審判手続の現状において、労働審判員の中立・公平性も確保されていると評価できる。労働委員会と異なって、労使の審判員がどちらの席に座っているのか分からないシステムがとられている。例えば、労働者側に有利な発言をした労働審判員が使用者側出身といった例も結構多い。その逆も勿論ある。ドイツの参審制などでは労使の名誉裁判官の意見は、約95%一致すると報告されていた¹⁶⁾が、労働審判委員会での合議では、労使の審判員の意見がほとんど一致すると報告されている¹⁷⁾。労使の審判員が自分の属している立場を離れて、中立・公平に振舞っている結果であると評価できる。

(3) ラフジャッジと適正性

労働審判では、「証拠調べは、民事訴訟の例による」(法17条2項)とされているが、「当事者や関係人から自由に率直な話しを聞き、事案に即した柔軟な解決と行うため」¹⁸⁾、厳格な手続で行う尋問という方法ではなく、審尋の方法で行われている。審尋の結果は録音したり、記録化したりはされていない。事件発生から2~3ヵ月後というまだホットな時期に、双方とも尋問対策が十分取れないままに、第1回目から予告なしにいきなり尋問が行われるので、労使の関係人とも無防備で供述しており、“生の事実”がそのまま現出する傾向がある。そのために労働審判委員会は、短時間の尋問では

14) 前掲注13) 16頁〔森富義明発言〕。前掲注7) 171頁〔難波孝一=知野明〕。

15) 菅野和夫ほか「座談会 労働審判制度1年」ジュリスト1331号6頁、26頁〔難波孝一発言〕(2007)。不動産業界における報酬の慣行等に詳しい労働審判官がいたために、その知見などが決定的な説得材料になった例、マスコミ業界の残業代請求事案で、当事者からマスコミ・広告業界に精通した労働審判員の選任を求められて広告業界出身の労働審判員を選定してその経験が非常に役立った例が報告されている。独の労働参審制では、企業名で事件担当部が決定されており、その企業の実情に精通している裁判所の合議体が審理するシステムがとられている(宮里邦雄ほか「ドイツ労働裁判所現地調査結果報告」季刊・労働者の権利222号24頁、33頁(1997))。

16) 前掲注15) 31頁。労働側名誉職裁判官シャウス氏の話として、「労働者側名誉職裁判官と使用者側名誉職裁判官との間で・・・判決の結論について三者で意見対立が生じるのは5%位であり、一致するのが圧倒的である。また、職業裁判官と名誉職裁判官二人の意見が食い違い、2対1で職業裁判官の意見が否定されることもある」。前掲注3)で紹介した英国雇用裁判所裁判官ピータークラーク、独労働裁判所カーリン・アウスト・ドーデンホフ裁判官も同趣旨の発言を行っている。

17) 前掲注15) 26頁〔難波発言〕。

18) 前掲注7) 171頁〔難波=知野〕。

あるが、“生の事実”から適確な心証形成することが可能となっている。心証形成は、厳格な証人調べが行われる「精密司法」の通常訴訟よりも、労働審判手続の方が、容易に、より適確にできているともいえる。通常訴訟の証人の事前打合せの過程で生じる“証人汚染”の弊害を、労働審判では排除できる結果となっている。こうした手続と心証形成を踏まえて、ラフジャッジではあるが調停案や労働審判が告げられるために、労使双方が納得のいく解決策を見出すことが可能な判定機能となっている。

労働審判の主文については、「当事者間の権利関係及び審理経過を踏まえて、紛争を解決するために相当と認める事項を定めることができる。」（法 20 条）と定められており、多様で柔軟な主文を言渡すことができる。これまでの通常訴訟の判決主文では見られなかった多様で柔軟な主文が言渡されて、より適正・妥当なものとなっており、このことが、労働審判を魅力あるものになっている。労働審判では、適正性も保持されているといえる。

II. 労働審判制度の利用拡大の可能性とそのインパクト

1 労働審判の掘り起こし効果

労働審判による労働事件の掘り起こし効果は、全国統計で年間 1000 件を超えている。

個別労働紛争に関して、平成 17 年度では通常訴訟（2410 件）、仮処分（619 件）の申立件数合計は 3029 件であったが、平成 19 年度

では通常訴訟（2174 件）、仮処分（387 件）に労働審判（1494 件）を加えた労働事件の申立総件数は、4055 件となっている¹⁹⁾。つまり、平成 19 年度の労働事件申立総件数は平成 17 年度と比較して、通常訴訟（約 1 割減）・仮処分（約 4 割減）は減少したものの、労働審判を加算すると約 1000 件以上増加しており、増加件数分は労働審判制度による掘り起こし効果とみることができる。これまで金銭解決含みの解雇事案に関して、仮処分申立から労働審判申立に変更されたと考えられる。労働審判制度効果が大きく、労働審判件数が労働事件申立件数全体の約 4 割を占めるに至った。個別労使関係紛争の解決制度において、労働審判の役割はますます増すものと思われる。

2 事例分析でみる労働審判制度の利用拡大の可能性

労働審判事案の事例²⁰⁾分析を通じて、労働審判のこれからの利用拡大の可能性を検討する。

(1) 事件種別割合

東京地裁の労働審判申立の事件種別割合（労働者申立て、平成 18 年 4 月から同 20 年 1 月末日現在）では、地位確認 51%、賃金 14%、退職金 9%、損害賠償 10%、解雇予告手当 2%、配転命令無効確認 1%、残業代 11%となっている²¹⁾。平成 18 年度の労働関係民事通常訴訟の請求類型別新受件数割合は、雇用契約存否確認 23%、その他の確認 5%、賃金等 55%、損害賠償 12%、その他の金員 2%となってい

19) 最高裁事務総局行政局調べの「個別労働紛争に関する手続別新受件数（全国）」（公刊物未掲載）。労働審判が平成 18 年度中途スタートのために平成 18 年度は比較資料として不十分であり、平成 17 年度と同 19 年度を比較した。

20) 労働審判は非公開のために、事例を収集することは容易ではない。今回は、日弁連労働法制委員会「労働審判手続解決事例集」作成チームが平成 19 年 5 月 24 日の集会で配布した「労働審判手続事例集（事例編）」（非売品）に掲載されている 57 事例（番号が付されているので、以下「事例番号」として表示する。なお、この事例の一部は、近々有斐閣から発刊される『労働審判手続 運用・解決事例集』（仮称）に掲載される予定である。）、労働判例 919 号から 950 号に掲載された 17 事例、日本労働弁護団「季刊労働者の権利」265 号から 273 号に掲載された 18 人の報告（一人で複数事例の報告あり。）の外に、同「労働弁護団通信」259 号以下の掲載事例、新聞記事、「自由法曹団通信」などで入手した事例を対象とした。

21) 東京地裁発表の「労働審判制度に関する協議会（H 20. 2. 28）」資料（公刊物未掲載）。

る²²⁾。通常訴訟と比較して、労働審判では、解雇の有効性が争点となる地位確認事件の割合が増えて、その分賃金をめぐる事件割合が減少している。裁判までなかなか提起できなかつた解雇事案について、労働審判を利用して早期に解決する手段として利用されているとみることができる。

(2) これまでの訴訟類型に見られなかつた労働審判申立事例

これまでの労働事件に関して通常訴訟の訴訟類型では見られなかつた労働審判事例を多く見出すことができる。労働審判申立の間口は、労働事件に関する通常訴訟と比較してはるかに広い。

①有期雇用労働者の育児休業権の確認請求(事例28)²³⁾、②証券外務員の日本証券業協会への職務廃止届出手続請求(事例55)²⁴⁾、③職場復帰の際の就労義務不存在確認請求(事例44)²⁵⁾、④労働条件明示義務違反による損害賠償請求と労働基準法15条3項の帰郷旅費請求(事例3)、⑤一切残業させない不利益取扱い禁止および就業規則の交付請求(事例10)、⑥特定のバス路線に乗務することについての妨害(実質は、客先の都合で乗務できないために、代替運転手を自ら手配せざるを得ない強要)禁止(事例14)、⑦具体的合意なしの賞与請求(事例27)、⑧外国人実習生の残業代請求²⁶⁾などの事例がある。違法な解雇や雇止めについて、旧来型の地位確認請求ではなく、損害賠償請求事例も多く見られる。退職共済金支払の手續履行請求、社会保険などへの加入手續請求などの事例も報告されている。

これまで通常訴訟において、「訴訟条件がないとされる」(①)、「従来請求権構成が考えてもみられなかつた」(②ないし⑥)、「判例法理では権利がないとされている」(⑦、⑧)のために、訴え提起されることのなかつた事案について、

労働審判の申立が行われ、短期間の内に首尾よく解決している例が多く報告されている。

労働審判事例を分析すると、単に権利義務の存否を争う権利紛争だけではなく、利益紛争事例にも間口が広がっている。⑦の事例や、就労請求、労働者からの配転請求・出向請求、退職金規程などの定めのない退職金請求、賃金増額請求などの事例が、それに該当すると考える。成果主義賃金制度の評価の見直し請求、昇級・昇給請求などの事例も今後は提起される可能性があり、労働審判が仲裁的役割を担って、利益紛争解決に一定の役割を果たすものと思われる。

(3) 少額請求訴訟

これまでの通常訴訟では、なかなか訴え提起まで至らなかつた少額請求に関しても、労働審判が利用されている。⑨研修費償還義務不存在確認請求(事例15、労働者の権利265号18頁)、⑩パート労働者の勤務時間の一方的短縮による差額賃金請求(事例17)、⑪退職金・未払賃金請求(事例19)などが報告されている。これらの事案は、代理人弁護士に依頼することが困難で本人申立にならざるを得ないが、許可代理制度を広く認めるなど今後運用制度の確立が求められる。

(4) 主張立証が複雑困難でこれまで訴え提起に至らなかつた事例

これまでの通常訴訟では、請求に関する主張立証が複雑困難で、時間や費用がネックとなって訴え提起されなかつた事例も、労働審判手續に持ち込まれている。⑫業務委託契約下の受託者の労働者性が問題となる残業代請求(事例1)、⑬専務取締役としてヘッドハントされて就労前解雇に関する損害賠償請求(事例2)、⑭偽装請負解約による受入企業への地位確認請求(事例7、労働判例930号95頁)、⑮労災の上積み補償請求(事例56)、⑯病気休職後の

22) 前掲注8)、第2表から。

23) 通常訴訟では、将来の権利義務の確認請求は、確認の利益がないとして却下される可能性が高い。

24) 従来同種事案では、雇用関係不存在の地位確認仮処分申立事件として争われ、仮処分決定がでたこともある。

25) 入社日までの就労義務について、労働審判では7日間の不存在を認めた。

26) 日本労働弁護団メーリングリストから。

復職をめぐる解雇の有効性（事例 32）、⑱懲戒解雇の有効性を争わずに退職金請求（労働判例 936 号 95 頁）、⑲抑うつ神経症の職場復帰の際の出向先への出勤義務不存在確認請求（労働者の権利 265 号 6 頁）などの事例がある。特に、残業代請求が労働審判に多く申立てられている。残業代請求は、2 年間²⁷⁾の日々の残業時間数・深夜労働時間数の事実認定を行う必要があるが、現実には明確な証拠の存在は少なく、複雑困難な作業を行わなければならない。ところが、労働審判では、職場の慣行や割合的認定によって“ざっくり”認定するラフジャッジの手法がとられて、労使双方納得して解決する事例が多い。

3 解決の多様性

労働審判手続では、調停の試みのなかで多様な解決が模索され、「個別労働関係民事紛争の解決をするために相当と認める事項」（法 20 条 2 項）を定めることができる労働審判でも、判決の主文では考えられない主文が言渡されている。

社長の名誉毀損・暴力行為の禁止を求める事例で、「従業員に対して暴言、暴行、その他精神的圧迫を与える言動による申立人らの就業環境が害されないような雇用管理上必要な配慮を行う。」との主文、メンタルヘルスで休職者の復職事例で、「1 ヶ月程度の短時間就労を経ての復職」「休職期間中の賃金の約半分の支払い。」との主文など、「相当」の範囲で多様な主文が見られる。

解雇事案について、労働審判では金銭解決事例の割合が高いが、職場復帰した事例も少なからず報告されている。例えば、13 年前のリストラで長期の裁判闘争となったスカンジナビア航空における 6 名の整理解雇事案で、第 1 回期日において労働審判委員会から厳しい尋問を受け、解雇に問題がある旨指摘された会社は、第

2 回期日において解雇を撤回して職場復帰させる旨表明し、その後調停が成立した。私が担当した組合の書記長の懲戒解雇事案で、労働審判の調停段階では職場復帰を断固として受入れなかったが、地位確認の労働審判が言渡され、会社は異議の申立をせずに、職場復帰を認めた。解雇してから日を置かず“裁判所”の見解が示されるために、使用者も方針変更することにためらいがなく、バックペイなどの負担もさして大きくないので職場復帰させることに抵抗がない事例も見られるのである。

4 終わりにあたって

労働審判制度は、調停機能と判定機能との結びつき方に制度的生命力があり、その上で、迅速性、専門性、適正性の多様な仕組みを具有しているユニークな制度である。労働審判制度の創設により、労働事件の掘り起こし効果があり、事案の間口も広がり、約 70 日の審理日数で約 8 割の事案が解決するという高い解決機能を持っている。実定法上の特定の紛争のみを対象として設計された司法手続制度として、労働審判制度は労働裁判の審理のあり方を根底から変えようとしている。他の民事分野の訴訟手続において、訴訟条件が厳しく、請求の趣旨が限定されているために、または、時間的制約や費用負担のために、市民が裁判所に救済を求めることが閉ざされている事案が潜在的に存在する可能性は強い。労働審判制度が持つ仕組みと解決機能は、わが国の他の民事分野の訴訟手続についても変化を求める潜在的インパクトを有しているといえる。

（とくずみ・けんじ）

27) 残業代請求は消滅時効の関係で 2 年間分の請求が一般的である。

私の家事実務手帳

離婚訴訟における離婚給付の取り扱い

東京大学教授

野崎薫子

I. 統計に見る離婚給付

- 1 始めに
- 2 厚生労働省の統計
- 3 司法統計
- 4 裁判における離婚給付

II. 裁判例における離婚給付の取り扱い

- 1 裁判例の概況
- 2 ①昭和 62 年最高裁判決の確認
- 3 裁判例の判断の枠組と内容
- 4 離婚給付に関する部分の整理
 - (1) 離婚認容の事例
 - (2) 原審が離婚棄却で、これを破棄差戻した事例
 - (3) 離婚棄却の事例
- 5 検討

III. 離婚と附帯処分申立てとの関係

- 1 財産分与の申立てに関する規定
- 2 審理方法に関する裁判例
- 3 同時解決への試案

IV. まとめ

- 1 離婚における離婚給付の位置づけ
- 2 民法改正案

I. 統計に見る離婚給付

1 始めに

私はかつて裁判官として実務に携わっていたが、離婚訴訟には常に苦慮していた。それぞれの大切な人生を対象として法的結論を出さなければならない。たとえ離婚が已むを得ないものだとしても、離婚後の生活の支えとなる離婚給付をどのように定めるべきかについて悩むことも多かった。その後、離婚とこれに伴う離婚給付はどのような状況になっているのだろうか。

2 厚生労働省の統計

厚生省の「離婚に関する統計について（人口動態統計特殊報告）」によれば、1998年の離婚総数は24万3183件（離婚率1.94人口千対）であるところ、1997年度調査による同報告書の表11-2「親権者（女）の取り決め別にみた一時金（財産分与、慰謝料等）・定期金（養育費等）の取得状況」では、一時金・定期金等の取決めがあるものが42.8%、取決めのないものが54.9パーセントであり¹⁾、一時金のみ取得した者（平均額414万1000円）・定

1) 同報告書によれば、取り決めを行っていない者のうち、金銭等を取得した者は10%にすぎない。その定期金の額も平均月額は2万6000円であり、取り決めをしている場合の3万7000円の70%程度であることが指摘されている。

期金のみ取得した者（平均月額7万1000円）・一時金及び定期金の双方取得した者の割合は、それぞれ順に7.5%、20.2%、11.7%で合計39.4%、いずれも取得していない者の割合が60.6%である²⁾。また、図11-3「離婚により生じた悩み（複数回答）」では、離婚により子の親権者となった男性の場合、子どものこと69.6%、仕事と子育ての両立のこと49.4%、家事のこと42.6%、経済的なこと28.6%であり、親権者女性の場合、経済的なこと73.0%、子どものこと66.8%、仕事と子育ての両立のこと43.5%、就職のこと27.0%などであることが示されていた。

厚生労働省による2006年の人口動態調査「1H上巻離婚第10.4表 離婚の種類別に見た年次別離婚件数及び百分率」³⁾を見ると、離婚総数は25万7475件（離婚率2.04人口千対）であり、そのうち、協議離婚22万8802件（88.9%）、調停離婚2万2683件（8.8%）、審判離婚121件（0.0%）、判決離婚3047件（1.2%）、和解離婚2805件（1.1%）、認諾離婚17件（0.0%）である。

3 司法統計

2006年の司法統計年報3家事編（最高裁判所事務総局編、法曹会、2007）によれば、第25表（「離婚」の調停成立又は家事審判法24条審判事件数－財産分与の支払額別婚姻期間別－全家庭裁判所）において、調停成立又は24条審判事件の総数は2万4181件であるところ、同表のうち「財産分与の取決め有り」の総数は6589件（27.3%）である。また同第26表によれば、この「財産分与の取決め有り」のうち、400万円以下が3610件（54.8%）、400万円を超えるものと2000万円以上の合計が1797件（27.2%）、総額決まらず算定不能が1182件（18.0%）であり、支払者は夫が5721

件（86.8%）、妻が868件（13.2%）である。

次いで、全家庭裁判所における離婚後の財産分与事件数は1131件（同第30表）であるところ、同第33表によれば、認容・調停成立件数（財産分与の取決め有り）が645件（57.0%）であり、このうち400万円以下が318件（49.3%）、400万円を超えるものと2000万円以上の合計が223件（34.6%）、総額決まらず算定不能が104件（16.1%）である。

4 裁判における離婚給付

上記各統計を見ると、離婚と離婚給付は必ずしも一体として取り決められているわけではなく、また調停や審判において取り決められた場合もその支払額としては、400万円以下のものが約半数を占めているといえる。この額も1997年度の厚生省の調査と大きく異なるものではない。

離婚給付は、離婚後の当事者のみならずその監護する子どものためにも重要であると考えられるので、以下、離婚訴訟において離婚給付（財産分与及び慰謝料）がどのように取り扱われているかについて見てゆきたい。裁判離婚は件数としては少ないものの、その在り方が他の離婚に及ぼす影響もあると考えられるからである。

II. 裁判例における離婚給付の取り扱い

1 裁判例の概況

離婚訴訟の審理において離婚給付がどのように取り上げられているかについて、いわゆる有責配偶者の離婚請求に関する別表①最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁（以下裁判例は別表の数字のみで示す。）及びそれ以後の主に平成期における別表記載の裁判例を

2) 同表によれば、子ども一人当たりの養育費総額は181万5000円であり、その月額は3万6000円である。

3) http://www.dbtk.mhlw.go.jp/toukei/data/010/2006/toukeihyou/0006087/t0135651/MH040000_001.html, 2008年9月20日最終検索。

比較検討する。その判旨の概要は同表記載のとおりである。

2004年4月1日から、人事訴訟法が施行されると共に、裁判所法の改正により、人事訴訟の第1審は地方裁判所から家庭裁判所に移管された。従って、同表記載の裁判例の多くの第1審は、旧人事訴訟手続法の下で地方裁判所において審理裁判されたものである⁴⁾。

2 ①昭和62年最高裁判決の確認

(1) まず、①の判旨を吟味すべく、その要旨を別表※①の通り整理した⁵⁾。

この判決は、理由一2で有責配偶者からの離婚請求において、民法全体の指導理念である信義誠実の原則による制約があることを示し、一3の第1段落では信義則違反を判断につき斟酌されるべき事項の例示をしている。ここでは、破綻についての有責配偶者の責任の態様・程度、相手方配偶者の婚姻継続の意思等、離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状态、夫婦間の子、特に未成熟子の監護・教育・福祉の状況、別居後に形成された生活関係等を斟酌し、更に時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならないと述べる。

従って、上記信義則違反についての判断要素に照らすと、一3の第2段落における「有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態に置かれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者か

らの請求であるとの一事をもって許されないものとするとはできない」との部分については、これを有責配偶者の離婚請求が許容されるための3要件として独立して捉えるのではなく、一3の第1段落のまとめとして、①の事案で勘案すべき特徴的な事実関係を3点に集約したものと解すべきである。

そして、「夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び」というのは、両当事者の年齢及び同居期間により「相当の長期間」を数量的対比のみで決めるのではなく、上記諸事情を総合勘案すべきであること⁶⁾、また「未成熟子の存在しない場合には」というのも、「未成熟子の存否」のみではなく、「未成熟子の監護・教育・福祉の状況」を斟酌すべきことが示されている。これらの点は、後の最高裁判例にも引用され、解釈が述べられているところである⁷⁾。

(2) ところで①の法廷意見は、信義則違反の判断要素として離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状态の斟酌を含めるが、この点は、理由一3の第2段落において、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、本来、離婚と同時に又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰謝料により解決されるべきであると述べた。

他方、裁判官角田禮次郎及び同林藤之輔の補足意見は、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益が離婚と同時に解決されない場合、或いは離婚後に相手方配偶者がこれを請求する場合の問題点を指摘すると共に、相手方配偶者の経済的不利益の問題を常に当該裁判の中で解決する方法として、人事訴訟手続法15条1項による財産分与の附帯申立は、離婚請求をする者においてもすることができる旨を述べた。

その後の訴訟の中で、この問題がどのように

4) ②は第1審の事件番号により、人事訴訟法施行後に提訴されたものであることが分かる。

5) 本判決の趣旨について、若林昌子「有責配偶者の離婚請求」野田愛子＝梶村太市総編集『新家族法実務大系1〔親族〕』（新日本法規、2008）458頁。

6) 富越和厚「有責配偶者からの離婚請求において別居期間が相当の長期間に及んだものとされた事例」ジュリスト最高裁時の判例Ⅱ260頁（2003）。

7) 別表⑥、⑩。

考慮されているかを併せて注視してゆくこととする。

3 裁判例の判断の枠組と内容

(1) 別表で示されるように、裁判例ではまず離婚原因として、婚姻の経過の詳細な事実認定の下に、婚姻破綻の有無、次に破綻についての有責性が判断されている。

すなわち、離婚原因としては民法 770 条 1 項 5 号が総括で、1 ないし 4 号は例示的なものであるとの運用がされており、また婚姻を継続し難い重大な事由は婚姻破綻を意味するものと解されている⁸⁾。

上記裁判例ではいずれも婚姻が破綻していると判断された。その別居期間は、⑬以外は 5 年以上であり、破綻については別居期間が主な考慮要素となっている⁹⁾。もっとも、別居期間が相当の長期間といえるかどうかとの判断とは区別される¹⁰⁾。

(2) 次に婚姻破綻について、夫婦のどちらが専ら又は主として有責といえるかの有責性については、④、⑨、⑪、⑭を除き、原告である夫（①ないし③、⑤ないし⑦、⑩、⑫、⑬、⑮ないし⑳）又は妻（⑧）が有責配偶者と判断された。

④、⑪、⑭は、破綻についての有責性が争われたが、主たる責任が夫にあるとはいえないとされたものであり、⑨は、有責性が争われたものではない。

(3) 信義則違反に関する具体的な事情の中で、どのような事実に着目した事実認定がされているかについての概略は、別表に示したとおりである。

このように、その内容は、別居の経緯とその期間、別居後の双方の生活状況、未成熟子と面接交渉を含む子の監護状況、婚姻期間中の婚姻

費用の分担の有無と程度、離婚給付の意向及び提案の内容、離婚給付に相当する給付がされたこと、離婚後の双方の生活の見通しなどであり、双方が信義則違反の成否につき具体的事実を挙げて主張立証しており、この中で離婚後の苛酷状況も含まれているものがある。

なお、⑫は、有責性の程度を信義則違反の成否についての判断要素と明示している。

(4) 離婚訴訟において、信義則違反の主張の位置づけについては、主張立証責任との関係で様々な見解がある¹¹⁾。

阿部潤判事は、前掲注 8) の「離婚訴訟の審理と運営」家庭裁判月報 59 巻 12 号 32 頁において、原告の離婚請求に対し、被告が有責性の抗弁を主張する場合は、原告は再抗弁として、①の判決に照らし、夫婦の別居期間が相当の長期間に及ぶこと、その間に未成熟子がいないこと及び相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく正義に反するといえるような特段の事情がないこと的事实を主張する必要があるとした上、3 番目の要件について重要なものは、財産給付であり、離婚給付が十分されるのか、そのための具体的な提案があるかが重視される旨を指摘されている。

同見解は、前掲裁判例の判断傾向と概ね合致すると見うる。この判断の枠組等の在り方については次項以下で検討する。

4 離婚給付に関する部分の整理

上記の信義則違反に関する判断要素のうち、離婚給付に関する部分を取り上げて整理すると次のとおりである。

(1) 離婚認容の事例

・ 財産分与の附帯申立ては、離婚請求者の

8) 離婚原因の争点整理について、阿部潤「離婚訴訟の審理と運営」家庭裁判月報 59 巻 12 号 23 頁 (2007)。

9) ⑬は別居期間が 2 年 4 か月で破綻と判断されたが、夫と妻の双方に同居して生活する意思がなく、当事者間の子を含め家族としての交流のないことが斟酌された。

10) ⑯。

11) 大江忠『ゼミナール要件事実』(第一法規、2004) 209 頁、井上哲男「人事訴訟と要件事実」伊藤滋夫総括編集者『民事要件事実講座 2・総論 II 多様な事件と要件事実』(青林書院、2005) 77 頁、89 頁。

申立てが④、⑧、⑨で認容され、⑦、⑪で却下されている。相手方の附帯申立ては、⑤（①の差戻審）及び⑧で認容されている。

- ・ ⑳では、慰謝料等に関する一部和解が成立しており、離婚による苛酷な状況は認められないとされた。

- ・ ③、⑩、⑬では、離婚請求者から相手方に離婚給付の提案がされていること又は離婚給付の見通しがあること、⑮では慰謝料の支払がされたこと、⑤、⑦、⑱では、相手方配偶者について離婚後の苛酷状況が認められないことが斟酌されている。

- ・ ⑭は、離婚請求者の相手方に対する慰謝料請求を棄却したものであるが、従前の離婚調停で金銭的条件の折り合いがつかなかったことを認定している。

(2) 原審が離婚棄却で、これを破棄差戻した事例

- ・ ⑥は、夫が離婚を請求するについて、財産関係清算の提案をしていることを斟酌した。

(3) 離婚棄却の事例

- ・ ②、⑫は離婚給付の提案等が不十分で不確実であること、⑯は離婚給付の提案があるものの、離婚により経済的に困窮することが予測されること、⑰は離婚により苛酷な状況が想定されること、⑲は子の介護や福祉等に一層の困難を生じさせ、妻が精神的・経済的に極めて苛酷な状況に置かれること及び離婚給付の条件が妻の希望と合致しないことを斟酌した。

5 検討

(1) 別表記載の多くの裁判例では、婚姻破綻による離婚の成否を信義則の観点から判断する上で、離婚給付の予測は斟酌すべき重要な要素となっており、①が判示した離婚後の生活状況を勘案しているとする。また、離婚給付についてはその履行が問題であり、⑮、⑳がこの点を考慮したことは肯ける。

ここで、離婚請求に対する信義則違反の主張について確認しておくとして、その違反については、離婚事由、例えば婚姻の破綻が認められる場合

に、婚姻生活における信義に反する事情が判断されるべきものである。そこでは婚姻生活における夫婦協力義務違反、すなわち破綻に至る経過の中で、婚姻費用の分担や子の監護への協力態度が勘案されることになるが、離婚給付の提案や予測は信義則違反の斟酌要素とは区別されなければならない。

離婚給付としての財産分与や慰謝料は離婚の効果であり、離婚給付の提案や予測はそれ以前の問題であって、離婚給付に結びつく事実上の期待は持てるとはいえ、直ちに本来の法的効果が生じるわけではない。

そして、離婚判決前に離婚給付の提案がされたとしても、実現するかどうかは不確定であり、実現するとしてもそれまでに時間や手間がかかることも予想される。後日協議が調わなかったとき、離婚訴訟の裁判所が離婚給付の提案を相当と判断したものであったとしても、財産分与の審判が同じ結論に直ちに到達するとは限らない。

更に、離婚後の苛酷状況については、離婚給付と関連を有するものであり、離婚給付の見通しのみの状況では、その判断も困難な筈である。

以上のとおり、離婚請求が信義則違反になるとの主張については、①の趣旨に照らし、⑫の判示のとおり、有責性はその斟酌事由に位置づけられるが、離婚給付の見通しや提案は、離婚の成否とは別個に、財産分与の申立ての中で判断されるべきものと解する。

(2) ところで、上記裁判例では、離婚を認めた事例において、財産分与の附帯申立てが少なく、離婚を争う相手方がこれを申し立てたのは、⑤及び⑧のみである。

原審で離婚の訴えが棄却され、上訴審で原判決が取消変更されて離婚のみが認容される場合、例えば、③、⑦、⑪、⑬、⑭及び⑱の事例では、特に相手方としてその後の対応が重要となる。

しかし、多くの場合財産分与の附帯申立てがされていないことには、それぞれの事情があるものと推測される。

裁判実務の立場から、安倍嘉人判事は、「控

訴審から見た人事訴訟事件」家庭裁判月報 60 巻 5 号 39 頁において、離婚と財産分与との一体解決については、財産分与を脇に置いては解決にならない場合はともかく、すべて横並びに考えるべきではないと述べられている。

確かに、離婚事件は調停前置により家庭裁判所に夫婦関係調整調停事件として係属した後、当事者双方は離婚自体の他、状況次第では離婚条件についてもそれぞれが主体的に十分な検討を重ねることが望まれる。そして離婚訴訟となった場合は、その許否の見通しを立て、離婚に関する攻撃防御の方法に加えて財産分与の申立てについてもその要否を適切に判断することが求められる。

その上で、一般的に財産分与の問題は離婚後の生活基盤に直結する重要な位置を占めるといえるのであるから、裁判所には後見の立場から、財産分与の申立てについて、当事者の意向を確認し、釈明を求めるなどの関与が要請されると解する。

そこで、次項では、更に離婚訴訟における財産分与の申立ての在り方について検討する。

Ⅲ. 離婚と附帯処分申立てとの関係

1 財産分与の申立てに関する規定

人事訴訟手続法 15 条 1 項は「夫婦ノ一方カ提起スル婚姻ノ取消又ハ離婚ノ訴ニ於テハ裁判所ハ申立ニ依リ子ノ監護ヲ為スヘキ者其他子ノ監護ニ付キ必要ナル事項ヲ定メ又ハ当事者ノ一方ヲシテ他ノ一方ニ対シ財産ノ分与ヲ為サシムルコトヲ得」と規定していた。

人事訴訟法 32 条 1 項は、「裁判所は、申立てにより、夫婦の一方が他の一方に対して提起した婚姻の取消し又は離婚の訴えに係る請求を認容する判決において、子の監護者の指定その他子の監護に関する処分、財産の分与に関する処分又は標準報酬等の按分割合に関する処

分（略）（以下「附帯処分」と総称する。）についての裁判をしなければならない。」と規定している。これは人事訴訟が家庭裁判所に移管されたことに伴い、当事者の便宜、訴訟経済、国の後見的関与の観点から、旧法の規定と比較し、離婚と附帯処分の同時解決を求める申立人の利益をより強く保障しようとするものと解する¹²⁾。

また人事訴訟法 32 条 1 項の附帯処分の申立てについて、人事訴訟規則 19 条 1 項は、書面で行なければならないことを、2 項は、書面には申立ての趣旨及び理由を記載し、証拠となるべき文書の写しで重要なものを添付しなければならないことを、それぞれ規定する。この点は、裁判所が財産分与の申立てを判断するについて、申立ての趣旨に拘束されず、また財産分与の審判に不利益変更の禁止が及ばないとの考え方に変更があるわけではないが、実務上は、分与を求める財産の内容や額を特定するのが一般であり、人事訴訟規則 19 条 1 項もこのことを示したものとされる¹³⁾。同項は、申立てに当たって、当事者の積極的な審理への関与を求めているものと解する。

2 審理方法に関する裁判例

離婚と離婚給付の審理方法に関する従来の裁判例の傾向は、その同時解決をより容易にするものである。

例えば、最一小判昭和 58 年 3 月 10 日裁判集（民事）138 号 257 頁は、「離婚請求について全部勝訴の判決を受けた当事者も、控訴審において、附帯控訴の方式により新たに財産分与の申立をすることができると解するのが相当である。」と判示した。また最一小判平成 16 年 6 月 3 日裁判集（民事）214 号 355 頁は、「離婚の訴の原因である事実によって生じた損害賠償請求の反訴の提起及び離婚の訴えに附帯してする財産分与の申立てについては、人事訴

12) 高田昌宏「人事訴訟法施行と今後の理論的課題」ジュリスト 1301 号 2 頁 (2005)。

13) 野田愛子=安倍嘉人監修『改訂人事訴訟法概説』（日本加除出版、2007）214 頁。

訟手続法8条の規定の趣旨により、控訴審においても、その提起及び申立てについて相手方の同意を要しないものと解すべきである」とした上、「人事訴訟法32条1項（同法附則3条本文、8条参照）は、家庭裁判所が審判を行うべき事項とされている財産分与の申立て（家事審判法9条1項乙類5号）につき、手続の経済と当事者の便宜を考慮して、訴訟事件である離婚の訴えに附帯して申し立てることを認め、両者を同一の訴訟手続内で審理判断し、同時に解決することができるようにしたものである。したがって、原審の口頭弁論の終結に至るまでに離婚請求に附帯して財産分与の申立てがされた場合において、上訴審が、原審の判断のうち財産分与の申立てに係る部分について違法があることを理由に原判決を破棄し、又は取り消して当該事件を原審に差し戻すとの判断に至ったときには、離婚請求を認容した原審の判断に違法がない場合であっても、財産分与の申立てに係る部分のみならず、離婚請求に係る部分をも破棄し、又は取り消して、共に原審に差し戻すこととするのが相当である。」と判示している¹⁴⁾。

これは、離婚と財産分与が密接な関係にあり、同時解決を望む当事者の意思の尊重及びその審理の対象となる事実関係の共通性などが根拠となっていると解される。

3 同時解決への試案

(1) 前記1、2のように、離婚と附帯処分申立てに係る人事訴訟法の規定及び裁判例の傾向は、離婚と財産分与の同時解決を原則としていると解される。

離婚訴訟で財産分与について審理するためには、人事訴訟手続法15条1項ないし人事訴訟法32条1項による申立てが必要であるところ、

前掲裁判例では、離婚が認められる場合も、この申立てがされていないものがあるのは、Ⅱ.5(2)で述べたとおりである。

各事案において当事者が、裁判の具体的な審理の経過に照らし離婚の成否に関する見通しを充分理解し、附帯処分申立ての要否を客観的に判断できるという前提が満たされた場合には、実際上の不都合は生じ難いといえよう¹⁵⁾。

そこで、離婚訴訟において争点整理が行われる際、離婚自体が争われている場合でも、裁判所、当事者双方の協働作業により、離婚認容の見通しと共に附帯処分の申立ての要否を検討することが求められる。これが適切に行われるならば、離婚と離婚給付の同時解決を望む当事者の意向は充分裁判に反映することになるのであり、そのための手続が当事者双方に確保されていることが望まれる。

(2) ここで、離婚訴訟における財産分与の申立権者に関する問題に立ち返り、検討を進める。

前述のとおり、①の補足意見は、人事訴訟手続法15条1項の附帯申立は、離婚請求をする者においてもすることができる見解を示した。以来、いわゆる財産分与の義務者からの附帯申立てを許容するかどうかの問題として論じられてきた。

その後、離婚を棄却した際、財産分与をする側からの附帯申立てを審理の実際上の観点から消極に解した裁判例が②である。別表※②の理由による。

離婚を認容した際、財産を分与し、また養育費を支払う側からの申立てを認めた裁判例として、財産分与につき④、⑨があり、養育費につき⑮がある。別表※④、※⑨の理由による。

他方、離婚を認容した際、財産分与する側からの申立てを認めない裁判例として、⑦、⑩があり、また⑩は養育費を支払う側からの申立て

14) 畑瑞穂「判批」民商法雑誌133巻2号113頁(2005)、本間靖規「判批」平成16年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1291号)136頁、138頁(2005)。

15) 高野耕一『財産分与・家事調停の道』(日本評論社、1989)162頁は、離婚訴訟が地方裁判所で審理されていた時代に、離婚自体が争われると、財産分与の審理を充実させることが困難であったことにつき述べており、その打開策として、裁判所はまず離婚訴訟の審理に専念し、離婚認容の心証を得たときは、その段階でその心証(もとより確定的終局的なものではない旨の留保を付けて)を当事者に示し、爾後の審理対象を財産分与の問題に限局することを提言した。

も認めない。別表※⑪の理由による。

上記各裁判例の評釈等では、財産分与につき、財産分与をする側からの申立てを人事訴訟手続の中で認めることが可能か否かについて、大別して肯定説と否定説が論じられた^{16) 17) 18)}。

(3) 私は、以下のとおり、否定説には疑問があり、結論として肯定説が相当と考える。

まず、前掲⑪の判断理由に即して財産分与について検討する。⑪は、(ア) 義務者側からの財産分与の支払を命じる裁判の申立てにつき、これに関する民法の各規定及び人事訴訟手続法 15 条 1 項は、義務者側からの申立ては予定していないし実際上もこれを認める必要性は考えられないこと、(イ) 財産分与の審理について義務者側が相手方の権利実現のため十分な主張、立証活動をすることは期待できず、裁判所の職権探知にも限度があり、義務者の側からの申立てを認めることは実質的にも妥当ではないと述べる。

上記⑪ (ア) のうち、財産分与の規定につき考えるに、昭和 23 年 1 月 1 日に施行された民法 768 条 (771 条で準用される。) は次のように規定されている。

「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産分与の請求をすることができる。

前項の規定による財産の分与について、当事者間に協議が調わないとき、又は協議をすることができないときは、当事者は、家庭裁判所に対して協議に代わる処分を請求することができる。但し、離婚の時から 2 年を経過したときはこの限りでない。

前項の場合には、家庭裁判所は、当事者双方

がその協力によって得た財産の額その他一切の事情を考慮して、分与をさせるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定める。」

このように、財産分与の内容は具体的に規定されず、裁判所の裁量によることになっているが、立法当初から民法 768 条は、夫婦の財産は当事者双方の協力によって取得されたものであるとの前提のもとに、離婚の際に財産の分与を請求しうることを規定したものであり、財産分与には、財産の分割、扶養料、或いは制裁の意味が含まれると解されていた¹⁹⁾。その後最二小判 46 年 7 月 23 日民集 25 卷 5 号 805 頁も、財産分与の法的性質、目的、内容については、実質上の夫婦の共同財産の清算分配及び離婚後における一方の当事者の生計の維持を図ることのほか、離婚による慰謝料の要素を含むものとしている²⁰⁾。

財産分与の法的性質と目的が上記のとおりであるとすれば、財産分与は、夫婦の双方が離婚に伴い解決しなければならない事項であり、双方にそのための努力が求められるものである。例えば、財産分与の対象財産が両名の所有名義になっている場合でなく、すべて一方当事者の所有名義であったとしても、財産分与の申立てに対する裁判により、当該所有名義人の取得分又は金銭的な負担額が確定するわけであり、その意味で財産を分与する者、すなわち分与の義務者も申立ての利益を有するといえる。

また、離婚により財産分与請求権が生じるとはいえ、夫婦間に協議ができない場合の財産分与の申立ては本来非訟事件であり、裁判所の判断の結果により具体的な財産分与請求権が形成

16) 村重慶一「判批」平成 6 年度主要民事判例解説 (判例タイムズ 882 号) 142 頁 (1995)。

17) 大津千明『離婚給付に関する実証的研究』(日本評論社、1990) 330 頁。

18) 秋武憲一「人事訴訟の審理手続をめぐる問題」野田愛子＝梶村太市総編集『新家族法実務大系 5』(新日本法規、2008) 362 頁、366 頁、青木晋「離婚訴訟の附帯処分等をめぐる諸問題」野田＝梶村・同 375 頁、377 頁。

19) 財産分与規定の成立過程につき、水野紀子「離婚給付の系譜的考察 (二)」法学協会雑誌 100 卷 12 号 2151 頁、2187 頁 (1983)、本沢巳代子『離婚給付の研究』(一粒社、1998) 47 頁。

20) 同判決は、既に財産分与がなされた場合においても、それが損害賠償の要素を含めた趣旨とは解されないか、または、その額及び方法において分与請求者の精神的苦痛を慰謝するに足りない認められるものであるときは、右請求者は、別個に、相手方の不法行為を理由として離婚による慰謝料を請求することを妨げられないと述べ、僅少の財産分与をされた者に対し、慰謝料請求を認容した原判決を是認した。

され、給付命令となるのであって²¹⁾、申立て当初から財産分与の権利者、義務者と区別されているわけではない。

更に、民法 771 条及び 768 条 1 項、同条 2 項の解釈として、夫婦間において財産分与の協議ができない場合、裁判所に財産分与の申立てをするにつき、結果的に財産を分与することになる者が申立人となることを禁じているとは解されない。

上記否定説に立った裁判例はいずれも人事訴訟法施行以前で、人事訴訟が家庭裁判所に移管される前に出されたものである。肯定説の考え方は、上記 1 記載の人事訴訟法 32 条 1 項の趣旨と 2 記載の審理方法に関する裁判例の傾向にも沿うといえる。また、同法 33 条の事実の調査の規定は、附帯処分等事項の裁判の審理を充実させるべく新設されたものである。

次に、離婚請求者であり、財産分与の義務者に財産分与申立てを認める実際の必要性について考える。

3 (2) 掲記のように、離婚を認容する際、財産分与及び養育費について、離婚請求者に申立てを認めた裁判例を見ると、⑨は相手方配偶者からの申立てが、心身の問題で実際上困難であったものであり、また④、⑨、⑮のいずれも、離婚請求を認容するにつき相手方配偶者への財産分与や養育費の支払を同時に定める理由と必要性があったと解される。

加えて、Ⅱ. 5 (1) 記載のとおり、離婚給付の提案やその見通しは、離婚の成否に係わる信義則違反の事情ではなく、その法的効果の問題でもないのであって、それとは別個の財産分与の申立てとして審理判断すべきものである。

このように離婚認容の可能性がある場合、実質的に財産を給付する者を含めて当事者に対し、同時解決の手段を認めることが、双方の便宜と子の福祉のためにも必要であると解する。

(4) ⑪の (イ) について検討を進める。

一般的に財産分与の審理について実務家から、夫婦の財産を把握するための資料収集の困難なことが指摘されている²²⁾。長期間の別居があれば、当事者にとってこの点は困難を増すものと推測される。財産の所在自体不明では裁判所の職権探知も活用が難しく、相手方に財産を開示させるための実効性のある制度も存しない。

しかしながら、離婚に伴う財産分与の審理について、義務者の協力が期待できないとは限らない。Ⅱ. 4 記載のとおり、離婚が認容された事例で、離婚の成否を信義則の観点から判断するにつき、離婚請求者による離婚給付の見通しや提案が斟酌されている場合が見られる。このようなとき、財産分与をする義務者からの申立てを認めれば、離婚と同時に財産分与が具体化するわけである。

仮に、後日、その財産分与の対象財産のほかに、新たな財産が判明し、又は前提となった事実が異なることが明らかにされたときなどは²³⁾、事案に応じて再度の審理も可能と考えられる。

このように、財産分与の義務者からの申立てを認めることは、実質的観点からも相当な場合がある。

Ⅳ. まとめ

1 離婚における離婚給付の位置づけ

Ⅲ. 1 の規定及び 2 の裁判例が示すとおり、離婚と離婚給付は密接に関連するので、これを一体として考慮し、同時解決を基本とすることが望ましい。

従って、離婚訴訟において、離婚給付の提案ないしその予測は、離婚の許否事由としての信

21) 岡垣学『人事訴訟の研究』(第一法規、1980) 218 頁。

22) 片山登志子「人事訴訟の運用の実情について—弁護士立場から」野田=安倍・前掲注 13) 453 頁・459 頁、秋武憲一ほか「離婚訴訟はどう変わったか (2)」二弁フロンティア 60 号 10 頁、11 頁 [片山発言、秋武発言] (2007)。

23) 岡垣・前掲注 21) 249 頁。

義則違反の斟酌事由に含めるべきではないし、また、離婚給付を検討することなく離婚を直ちに許容するというのは、原則として避けるべきである。一旦離婚が成立した後の離婚給付を別途解決すべきものとした場合、それが迅速適切に決められる保障が十分あるといえるのかが懸念されるからである。

このように、離婚訴訟においては、離婚給付について裁判所からの求釈明等の手段を講じ、当事者双方の選択により、附帯処分の申立てを経て、相互努力と裁判所の後見的関与に基づき、原則として離婚の成立と一括して解決を図るのが相当である。

2 民法改正案

法制審議会は平成8年2月、「民法の一部を改正する法律案要綱」を決定した。

離婚制度に関する改正点の主な内容は、裁判上の離婚原因として「夫婦が5年以上継続して婚姻の本旨に反する別居をしているとき」を付加すると共に、離婚原因がある場合であっても、裁判所は「離婚が配偶者又は子に著しい生活の困窮又は耐え難い苦痛をもたらすときは、離婚の請求を棄却することができるものとする。」、離婚原因のうち別居期間が5年の場合及び婚姻関係が破綻して回復の見込みがないときの場合において、「離婚の請求をしている者が配偶者に対する協力及び扶助を著しく怠っていることによりその請求が信義に反すると認められるときも同様とするものとする。」との案である。

また、同法律案要綱は、離婚後の財産分与につき、当事者間に協議が調わない場合には、「家庭裁判所は、離婚後の当事者間の財産上の衡平を図るため、当事者双方がその協力によって取得し、又は維持した財産の額及びその取得又は維持についての各当事者の寄与の程度、婚姻の期間、婚姻中の生活水準、婚姻中の協力

及び扶助の状況、各当事者の年齢、心身の状況、職業及び収入その他一切の事情を考慮し、分与させるべきかどうか並びに分与の額及び方法を定めるものとする。この場合において、当事者双方がその協力により財産を取得し、又は維持するについての各当事者の寄与の程度は、その異なることが明らかでないときは、相等しいものとする。」とした。裁判所の考慮事由を明確にしたうえ、婚姻中に形成維持された財産につき、当事者双方の寄与の程度を相等しいものとした点が重要である。

このように、法律案要綱が離婚原因として5年の別居期間を定めることは、従来の裁判例が婚姻の破綻につき別居期間を主な考慮要素としていることに付合するものであり、今後離婚については、破綻主義的傾向が進むと予測され、また離婚給付の判断基準が明確化されると思われる。しかし、同法律案要綱では、離婚と離婚給付の一括解決について十分な制度的保障は見られない。この点は理論面及び手続面において検討が求められる。

同法律案要綱による改正は実現していないが、最近家族法の改正をめぐり、新たな論議が展開されるようになった²⁴⁾。

今後、関係者の連携協力によって、民意と実情に即した離婚と離婚給付の法制度が実現することを望むものである。

(のぎき・かおるこ)

24) 内田貴ほか「家族法の改正に向けて(上)」ジュリスト1324号46頁(2006)、同「家族法の改正に向けて(下)」ジュリスト1325号148頁(2006)、野村豊弘ほか「家族法改正を考える」ジュリスト1336号2頁(2007)。

別表 離婚に関する裁判例

【表の読み方について】

①⑥⑧⑩⑰は最高裁判例、その他は下級審裁判例である。

子の年齢、同居・別居期間は、判決文に表示された（または推測しうる）年数である。同居期間は婚姻前の同棲期間を含み、同居ないしこれに準ずる期間であり、別居期間は、相手方配偶者と実質的に別居したとみうる期間である。

※印以下は、後記欄外記載のとおりである。但し、「」は判決文からの引用であり、その他は判旨の要約である。判決文中の数字は概ね算用数字で記載した。

| 裁判年月日 | 裁判結果(離婚の許否) ○・認容 ×・棄却 | 離婚請求の1審原告 /1審被告 | 同居期間 | 別居期間 | 未成熟子 | 結論を導いた主な判断事項 |
|--|-----------------------------|--------------------|------|------|------|--|
| ①最大判 昭和62年9月2日 民集41巻6号1423頁 | 控訴審×/ 破棄差戻 | 夫/妻 | 12年 | 36年 | 無 | 離婚請求にも信義誠実の原則の適用有/有責配偶者からの離婚請求につき信義誠実の原則に照らして許否を判断する際斟酌すべき事情/夫は有責配偶者(女性と不貞な関係で同棲、両者間に2児有、悪意で妻を遺棄)・36年間別居・未成熟子無・妻が離婚による苛酷な状態に置かれるなどの特段の事情の審理判断を尽くす必要有・妻の申立いかんにより財産上の給付の解決を図るのが相当。補足意見がある。※① |
| ②東京高判 昭和63年8月23日 判時1288号86頁 | 1審○/ 取消自判× | 夫/妻 | 18年 | 11年 | 17歳 | 婚姻の破綻は専ら夫の不貞関係に由来する/信義誠実の原則に照らし容認できない(別居は婚姻生活に比し長期間とは言い難い・夫は調停条項及び和解条項を守り、妻に生活費支払い・しかし離婚に至った場合の財産的手当につき不安なきをえない。) ※② |
| ③東京高判 平成1年2月27日 家月42巻5号51頁 (上告却下) | 1審×/ 取消自判○、 夫の慰謝料請求× | 夫/妻 | 8年 | 22年 | 無 | 夫は有責配偶者(女性と内縁関係、1児有)/別居期間は同居期間や双方の年齢と対比すると相当の長期間・妻は病気治療中で婚姻継続を望むが夫の離婚意思の固いことを認識・妻は資産所有するほか、夫は妻に対し生活費を送金し、離婚後の生活費を含めて離婚給付提示・妻が離婚により苛酷な状態に置かれる特段の事情は認められない。 |
| ④神戸地判 平成1年6月23日 判タ713号255頁 | ○、夫の申立てにより 財産分与○ | 夫/妻 | 1年 | 33年 | 無 | 前訴から18年後の離婚訴訟/婚姻破綻の責任を夫のみに負わせるのは酷(夫と女性との生活は不倫行為と決めつけられない・妻が養育した長男は就職自立し、夫もその成長に留意・夫は妻に相応の生活費等送金) ※④ |

| | | | | | | |
|---|--|--------------------------------|-----------|------------|---------|---|
| ⑤：①の差戻審 ・東京高判 平成1年11月22日 判時1330号 48頁 | 原判決取消 自判○／妻 本訴で財産 分与の予備 的申立○・ 慰謝料の反 訴○ | 夫／妻 | 12年 | 40年 | 無 | 夫は有責配偶者／別居は相当長期間／未成熟子無 ／離婚による苛酷状態等の特段の事情が存するといえない（妻は経済的に不安な状態におかれると主張するが、右事情は財産分与又は慰謝料により解決されるべきもの） |
| ⑥最一小判 平成2年11月8日 家月43巻3 号72頁 | 控訴審×／ 破棄差戻 | 夫／妻 | 23年 | 8年 | 無 | 有責配偶者からの離婚請求（夫が女性と同棲等） ／信義誠実の原則による判断・別居期間の経過により諸事情が変容し、社会的評価も変化したことが窺われる（夫は妻と子らの生活費を負担・別居後不貞関係解消・財産関係清算の誠意ある提案、妻は別居5年余経過頃夫名義の不動産持分2分の1に処分禁止の仮処分執行、成人した子らは離婚につき母の意思に任せる意向）／上記点について更に審理が必要。 |
| ⑦大阪高判 平成4年5月26日 判タ797号 253頁 | 1審×／取 消自判○、 夫の財産分 与申立て却 下 | 夫／妻 | 24年 | 26年 | 無 | 夫は有責配偶者（夫は女性と内縁関係）／信義誠実の原則に照らして許されないといえない（別居は相当の長期間・2子は結婚独立・夫から妻に生活費等を負担しているほか、離婚後の生活保障について提案し、代理人が金員を保管中など・著しく社会正義に反するような特段の事情は認められない。） |
| ⑧最三小判 平成5年11月2日 家月46巻9 号40頁 （東京高判 平成3年7月16日 判時1399号 43頁） | 控訴審・本 訴○、財産 分与○・予 備的反訴慰 謝料○／夫 の上告棄却 | 本訴妻 ／夫 反訴夫 ／妻 | 17年 2月 | 9年 8月 | 無 | 原審の事実認定（妻の不貞行為は2年で終了・2子成人・苛酷な状態認められない）によると、破綻の主たる責任は妻・夫にも少なからざる責任有 ／別居期間は相当の長期間に及び婚姻を継続し難い重大な理由がある。 |
| ⑨横浜地判 平成5年12月21日 判タ842号 193頁 | 離婚○、親 権者夫、夫 の申立てに より財産分 与○ | 夫／妻 の後見 監督人 （妻の 母） | | | 2児 有 | 妻は心神喪失の常況にある植物状態の禁治産者、夫からの申立てで、離婚後扶養の意味での財産分与を認める。※⑨ |
| ⑩最三小判 平成6年2月8日判タ 858号123頁 | 控訴審○／ 上告棄却 | 夫／妻 | 28年 | 13年 11月 | 16歳 | 夫は有責配偶者（夫は家出後行方を暗まし、2児を抱える女性と同棲・妻は生活保護を受けて4児を養育）／離婚請求を排斥するのは相当でない／相当長期間の別居・離婚による精神的苦痛及び経済的不利益に対する補償は別途解決されるべきもの・未成熟子は高校2年生・昭和63年9月以降家事審判に従い、妻に婚姻費用を送金し、子の養育にも無関心であったものではなく、また離婚給付の実現も期待できる。※⑩ |

| | | | | | | |
|---|---|-----|-----------|-----------|-----------------|--|
| ⑪東京高判 平成6年10 月13日 判タ894号 248頁 | 1審×／取 消自判○、 親権者妻、 夫の財産分 与及び養育 費支払申立 て却下 | 夫／妻 | | 5年 | 1児有 | 婚姻の破綻につき夫に主たる責任があるということ はできない（双方の性格上の問題が大きい）／ 夫の各附帯申立ては不適法として却下する。※⑪ |
| ⑫東京高判 平成9年11 月19日 判タ999号 280頁 (上告棄却) | 1審○／ 取消変更× | 夫／妻 | 6年 | 13年 | 高3 ・ 中2 | 夫の離婚請求は信義誠実の原則に照らし認容する ことは相当でない／夫の有責性の程度（女性と深 い関係等）・夫は婚姻関係の維持への努力の欠如・ 未成熟子が成熟に至るまでに要する期間・当事者 が置かれている生活関係等（夫は生活費等を送金 しているが十分ではなく、将来にわたる援助の継 続は不確実。） |
| ⑬東京高判 平成14年6 月26日 家月55巻5 号150頁 | 1審×／ 取消自判○ (上告) | 夫／妻 | 22年 | 6年 | 無 | 夫は有責配偶者（女性と同棲）／離婚が信義誠実 の原則に反するとはいえない（妻の異性との交遊 は夫婦関係の悪化を促進させる要因・2子成人・ 妻に相当の収入有・夫は財産分与の意向表明）。 |
| ⑭名古屋高 判平成15年 5月28日 TKC [28082330] | 1審×／ 取消変更 ○、夫の慰 謝料× | 夫／妻 | 19年 | 8年 | 無 | 夫は有責配偶者とはいえない／夫の妻に対する暴 力は一方の要因・他の大きな要因として妻の椎間 板ヘルニアの罹患とこれをめぐる妻の生活態度が 存在する。※⑭ |
| ⑮福岡高那 覇支判平成 15年7月31 日 判タ1162号 245頁 | 1審○／ 一部変更○・ 夫による養 育費支払申 出○ | 夫／妻 | 3年 11月 | 8年 10月 | 12歳 ・ 10歳 | 再度の離婚訴訟／夫は有責配偶者（女性と同居 し、同女との間に3歳の1児有）／信義誠実の原 則に照らしてなお容認されない特段の事情は不存 在（婚姻費用の支払を続行・前訴後養育費の提案 及び慰謝料300万円の支払・財産分与の提案・苛 酷な状況に置くと認められない。） |
| ⑯福岡高判 平成16年8 月26日 家月58巻1 号91頁 | 1審×／ 控訴棄却 | 夫／妻 | 21年 | 9年 | 無 | 再度の離婚訴訟／夫は有責配偶者（女性と同居） ／信義誠実の原則に照らし離婚は容認できない （同居期間や双方の年齢等から別居期間が相当の 長期間に及ぶとはいえない）・夫は妻に対し婚姻 費用等を支払い、離婚給付提案・しかし妻はパート 収入と夫からの婚姻費用で生計維持、経済的に 自立できる職業に就ける見通しに乏しく、離婚に より経済的に困窮することが予測される・夫が他 女性と新たな婚姻関係を形成しなければならない 緊急の要請もない。 |
| ⑰最一小判 平成16年11 月18日判タ 1169号165 頁 | 控訴審○／ 破棄自判× | 夫／妻 | 6年 7月 | 2年 4月 | 7歳 | 夫は有責配偶者（夫に女性関係有）／離婚請求は 信義誠実の原則に反する（別居が相当の長期間に 及んでいない・未成熟子有・妻は子宮内膜症で就 職困難、離婚により苛酷な状況が想定される。な お、夫は現在妻らの生活費負担） |

| | | | | | | |
|--------------------------------|---------------|-----|-----|-----|---------------------|---|
| ⑱名古屋高判平成17年5月19日TKC [28101229] | 1審×/ 取消自判○ | 夫/妻 | 40年 | 5年 | 無 | 夫は有責配偶者（不貞行為）／信義誠実の原則に反するとはいえない（夫は本訴において財産分与の提案をしたが和解不調・夫婦には各人名義及び共有名義の不動産等相当程度の財産が存在する）／妻が苛酷な状態に置かれる特段の事情は認められない。 |
| ⑲東京高判平成19年2月27日判タ1253号235頁 | 1審×/ 控訴棄却 | 夫/妻 | 14年 | 9年 | 大卒 1級 身障 者 | 夫は有責配偶者（夫は女性と不貞関係）／信義誠実の原則に照らして認容できない（別居は相当の長期間・他方離婚は子の介護や福祉等に一層の困難を生じさせ、妻が精神的・経済的に極めて苛酷な状況に置かれるもの・夫はその所有建物に妻が居住を継続することを前提とする和解案を提示したが、妻の希望条件に合致せず不調） |
| ⑳大阪高判平成19年5月15日判タ1251号312頁 | 1審×/ 取消自判○ | 夫/妻 | 8年 | 13年 | 有/ 18・ 16歳 | 再度の離婚訴訟／夫は有責配偶者（女性との同居）／信義誠実の原則に反しない（一部和解で夫の妻に対する慰謝料、教育費の支払約束の債務名義成立・子らに離婚による具体的な不利益認められない・夫の妻に対する婚姻費用分担状況、養育費支払申出・妻はパート勤務であるが、離婚による苛酷な状況は認められない。） |

※①

理由一1「民法770条の立法経緯及び規定の文言からみる限り、同条1項5号は、夫婦が婚姻の目的である共同生活を達成しえなくなり、その回復の見込みがなくなった場合には、夫婦の一方は他方に対し訴えにより離婚を請求することができる旨を定めたものと解されるのであって、同号所定の事由（以下「5号所定の事由」という。）につき責任のある一方の当事者からの離婚請求を許容すべきでないという趣旨まで読みとることはできない。」

2「離婚は社会的・法的秩序としての婚姻を廃絶するものであるから、離婚請求は、正義・公平の観念、社会的倫理観に反するものであってはならないことは当然であって、この意味で離婚請求は、身分法をも包含する民法全体の指導理念たる信義誠実の原則に照らしても容認されうるものであることを要するものといわなければならない。」

3「そこで、5号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら責任のある一方の当事者（以下「有責配偶者」という。）からされた場合において、当該請求が信義誠実の原則に照らし

て許されるものであるかどうかを判断するに当たっては、有責配偶者の責任の態様・程度を考慮すべきであるが、相手方配偶者の婚姻継続についての意思及び請求者に対する感情、離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状态及び夫婦間の子、殊に未成熟の子の監護・教育・福祉の状況、別居後に形成された生活関係、たとえば夫婦の一方又は双方が既に内縁関係を形成している場合にはその相手方や子らの状況等が斟酌されなければならない、更には、時の経過とともに、これらの諸事情がそれ自体あるいは相互に影響し合っ変容し、また、これらの諸事情の持つ社会的意味ないし社会的評価も変化することを免れないから、時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならないのである。

そうであってみれば、有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反

するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないものとするとはできないものと解するのが相当である。ただし、右のような場合には、もはや5号所定の事由に係る責任、相手方配偶者の離婚による精神的・社会的状態等は殊更重視されるべきものでなく、また、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、本来、離婚と同時に又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰謝料により解決されるべきものであるからである。」

三「前記一に説示したところに従い、右二の事実関係の下において、本訴請求につき考えるに、上告人と被上告人との婚姻については5号所定の事由があり、上告人は有責配偶者というべきであるが、上告人と被上告人との別居期間は、原審の口頭弁論の終結時まででも約36年に及び、同居期間や双方の年齢と対比するまでもなく相当の長期間であり、しかも両者の間には未成熟の子がいないのであるから、本訴請求は、前示のような特段の事情がない限り、これを認容すべきものである。」

したがって、右特段の事情の有無について審理判断することなく、上告人の本訴請求を排斥した原判決には民法1条2項、770条1項5号の解釈適用を誤った違法があるものというべきであり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、この趣旨の違法をいうものとして論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、本件については、右特段の事情の有無につき更に審理を尽くす必要があるうえ、被上告人の申立いかんによっては離婚に伴う財産上の給付の点についても審理判断を加え、その解決をも図るのが相当であるから、本件を原審に差し戻すこととする。」

裁判官角田禮次郎、同林藤之輔の補足意見

「多数意見は、民法770条1項5号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら責任のある有責配偶者からされた場合に、当該請求が信義誠実の原則に照らして許されるものであるかどうかを判断する一つの事情として、離婚を

認めた場合における相手方配偶者の経済状態が斟酌されなければならないとし、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、離婚と同時に又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰謝料により解決されるべきものであるとしている。

しかし、右の経済的不利益の問題について、これを相手方配偶者の主導によって解決しようとしても、相手方配偶者が反訴により慰謝料の支払いを求めることをせず、また人事訴訟手続法（以下「人訴法」という。）15条1項による財産分与の附帯申立もしない場合には、離婚と同時に解決されず、あるいは、経済的問題が未解決のため離婚請求を排斥せざるを得ないおそれが生ずる。一方、経済的不利益の解決を相手方配偶者による離婚後における財産分与等の請求に期待して、その解決をしないまま離婚請求を認容した場合においては、相手方配偶者に対し、財産分与等の請求に要する時間・費用等につき更に不利益を加重することとなるのみならず、経済的給付を受けるに至るまでの間精神的不安を助長し、経済的に困窮に陥れるなど極めて苛酷な状態におくおそれがあり、しかも右請求の受訴裁判所は、前に離婚請求を認容した裁判所と異なることが通常であろうから、相手方配偶者にとって経済的不利益が十全に解決される保障がないなど相手方配偶者に対する経済的配慮に欠ける事態の生ずることも予測される。したがって、相手方配偶者の経済的不利益の解決を実質的に確保するためには、更に検討を加えることが必要である。」

そこで財産分与に関する民法768条の規定をみると、右規定の文言からは、協議に代わる処分を請求する者は財産分与を請求する者に限る趣旨であるとは認められない。また人訴法15条1項に定める離婚訴訟に附帯してする財産分与の申立は、単に抽象的に財産分与の申立をすれば足りるとされており（最二小判昭和41年7月15日民集20巻6号1197頁参照）、裁判所に対しその具体的内容の形成を要求すること、いいかえれば裁判所の形成権限の発動を求めるに過ぎないのであって、通常の民事訴訟

におけるような私法上の形成権ないし具体的な権利主張を意味するものではないから、財産分与をする者に対して上記申立を許したとしても、財産分与を請求する側において何等支障はないはずである。更に、実質的に見ても、財産分与の協議が不調・不能の場合は、財産分与を請求する者だけではなく、財産分与をする者の中にも早く婚姻関係を清算したいと考える者のあることも当然のことであろう。

「以上のような見地から、我々は、人訴法 15 条 1 項による財産分与の附帯申立は離婚請求をする者においてもすることができると考える。そしてこのように解すると、有責配偶者からの離婚の訴えが提起され、相手方配偶者の経済的不利益を解決しさえすれば請求を認容しうる場合において、相手方配偶者が、たとえば意地・面子・報復感情等のために、慰謝料の反訴又は人訴法 15 条 1 項による財産分与の附帯申立をしようとしなないときは、有責配偶者にも財産分与の附帯申立をすることを認め、離婚判決と同一の主文中で相手方配偶者に対する財産分与の給付を命ずることができることになり、相手方配偶者の経済的不利益の問題は常に当該裁判の中において離婚を認めるかどうかの判断との関連において解決され、さきに我々が憂慮した相手方配偶者の経済的不利益の問題の解決を全うすることができるのではないかと思うのである。」

※②

財産的手当について不安なきをえないとの判旨に続く括弧書き（なお、かかる場合、分与をする側からの財産分与の申立によって、その点の手当を定める方策如何が問題となるが、その法律上の是非はともかく、実際問題として、分与を受ける側の積極的姿勢は望み難く、また、裁判所側にも家庭裁判所調査官の如き補助関係を持たないことなどから、必然的に十分な資料を獲得して審理を尽くすことがなし難く、分与を受ける側に不利に帰結するおそれがある。財産分与については、受ける側の申立がないのに分与する側の申立によって、とくに裁判所が

その旨釈明することによって、これを取りきめる取扱いには、離婚と財産分与との段階的審理の実践をも含めて、暫く慎重な態度が望まれよう。）

※④

財産分与に関する民法 768 条の規定の文言からは、協議に代わる処分を請求する者は財産分与を請求する者に限る趣旨であるとは認められない。また、人訴法 15 条 1 項に定める離婚訴訟に附帯してする財産分与の申立は、分与の額及び方法を特定してすることを要するものではなく、単に抽象的に財産分与の申立をすれば足り、裁判所に対しその具体的内容の形成を要求すること、いいかえれば裁判所の形成権限の発動を求めるにすぎないのであって、通常の民事訴訟におけるような私法上の形成権ないし具体的な権利主張を意味するものではない。財産分与をする者に対し、裁判所の裁量に委ねる趣旨とする申立を許したとしても、財産分与を請求する側において何等支障がないはずである。更に実質的に見ても、財産分与についての協議が不調・不能な場合には、財産分与をする者のなかにも財産分与を含めて早く婚姻関係を清算したいと考える者もあろうから、財産分与の協議に代わる処分の申立は財産分与をする者においてもこれを行うことができると解するのが相当である。そこで、人事訴訟手続法 15 条 1 項による財産分与の附帯申立は離婚請求をし、財産分与を出捐する者においてもすることができると解する。

※⑨

原告（夫）は、人訴法 15 条 1 項に基づき、離婚請求に伴い、義務者から離婚後扶養の意味の財産分与の申立てをして裁判所の判断を求めた。そこで検討するに、財産分与の権利者ではなく、義務者が財産分与の申立てをすることは原則として認められない（配偶者が被告であれば、財産分与の権利者は離婚を争う場合でも、仮定的予備的財産分与を申立てられる。）が、禁治産者妻の後見監督人が被告となる本件

のような離婚訴訟においては、仮定的予備的財産分与の申立てをさせたうえで裁判することには手続上の疑義が残ること、本件のような有責配偶者の離婚請求とかかわらない類型的な事案では、地方裁判所も職権探知主義が実現するとと遜色ない審理を担保できると見られること、原告は財産分与について義務者であるが、本件離婚訴訟の中で財産分与の裁判をすることができるならば当事者双方の負担を軽減し、迅速な裁判を実現できること、財産分与に関する民法768条、家事審判法9条1項乙類5号などに照らしても、原告が本件のような離婚訴訟に付随して財産分与を申し立てることを禁ずるものではないと解されることから、原告は義務者であるが、離婚訴訟に付随して財産分与の申立てをすることが許されると解する。

※⑩

「有責配偶者からされた離婚請求で、その間に未成年子がいる場合でも、ただその一事をもって離婚請求を排斥すべきものではなく、前記の諸事情を総合的に考慮して右請求が信義誠実の原則に反するといえないときには、右請求を認容することができる」と解するのが相当である。」

※⑪

「控訴人は、当審において、被控訴人に対する財産分与、養育費の支払いを命ずる裁判の申立てをするが、民法771条、768条2項、人訴法15条1項の財産分与の申立て、民法771条、766条1項、人訴法15条1項の養育費の申立ては、いずれも各請求権の具体的内容の形成を求めるものであるから、各請求権者を申立て権者として予定していると解することができ、義務者の側からの申立ては法の予定しないところであるのみならず、実際上もこれを認める必要性は考えられない。また、財産分与の要否、分与の額、方法や養育費の額を判断するについて、義務者が相手方の権利実現のため十分な主張、立証活動をするには期待し得ないし、裁判所が職権で探知することにも限度があるから、義務者の

側からの申立てを認めることは実質的に見ても妥当ではない。よって、控訴人の各申立ては不適法として却下するのが相当である。」

※⑭

事実関係等は次のとおりである。

夫は妻が夫との口論で実家に帰り、また現金等を使うことに不満を持つ。妻は、夫が婚姻当初から妻に度々殴る蹴るの暴力を振るうほか、妻のことを長男に「豚」と呼ばせようとする振舞に鬱憤を抱いていた。協議離婚の話合い後、やり直すことになるも夫の暴力が続く・その後妻の頸部椎間板ヘルニアによる入通院治療・夫と夫の弟が3児を監護養育、3児の問題行動、妻は夫の糖尿病の食事療法に協力せず、無駄な金銭の使い方等の生活態度であった。／妻の申立てによる離婚調停で金銭的給付の条件面の折り合いがつかなかった。／夫は女性関係にルーズな面があったことは窺われなくもないが、婚姻関係破綻に果たした役割はさほど大きいものとは考えられない。夫の妻に対する暴力は婚姻破綻の一方の要因だが、他の大きな要因として妻の頸部椎間板ヘルニア（平成5年3月に手術後完治）の罹患とこれをめぐる生活態度が存するのであり、夫は有責配偶者とはいえない。

Utilitarianism and Freedom of Speech

- Why and how broadcasting should be regulated -

Professor, Univ. of Tokyo

Yasuo HASEBE

- I. Utilitarianism and Freedom of Speech
- II. The Broadcasting System in Japan
- III. The Free Market in Broadcasting
- IV. Criticism of the Free Market Argument
- V. The Theory of Partial Regulation
- VI. Is Partial Regulation Really Beneficial?
- VII. Who Should Regulate the Regulators?

I. UTILITARIANISM AND FREEDOM OF SPEECH

This paper considers the questions of how and why broadcasting should be regulated with respect for freedom of speech in view of utilitarianism.

The fundamental assertion of utilitarianism is that the only justifiable criterion of morality is the maximization of the aggregate happiness of society as a whole. According to Jeremy Bentham, “the greatest happiness principle” is “the standard of right and wrong in the field of morality in general, and of Government in particular.”¹⁾ From this it follows that all other goods, if any, have only instrumental, as opposed to intrinsic, value.

From the utilitarian viewpoint, freedom of speech can therefore be a good only in terms of its instrumental value. In this regard, consider the so-called marketplace of ideas theory usually associated with John Stuart Mill. As generally understood, this theory holds that freedom of speech should be protected because it enhances the attainment of truth. Freedom of speech, in this view, is thus an instrument for maximizing the amount of truth available to society as a whole.

Admittedly, the extent to which this theory should be taken at face value is questionable. From

1) Preface to the second edition of JEREMY BENTHAM, *A FRAGMENT OF GOVERNMENT*, in *THE COLLECTED WORKS OF JEREMY BENTHAM* (J.H. Burns and H.L.A. Hart eds., Athlone Press, 1977), at 509.

a relativistic point of view, that is, a theory that defines those ideas that attract the greatest number of adherents as true,²⁾ the above theory amounts to a tautology. Yet Mill himself can not be understood to take such a relativistic viewpoint, and if truth can be determined objectively, that is, irrespective of what most people believe, then the notion of a marketplace of ideas that determines the truth is not very plausible. Such a marketplace is particularly implausible in today's world, in which diverse academic disciplines have become so technical that most people have only a scarce idea of what is going on in them. Mill's argument that the marketplace of ideas leads towards the truth should be understood to concern not facts or logic but philosophical ideas to which the concept of "truth" does not apply. Mill can thus be interpreted to argue for a pluralistic and competitive forum for thoughts that may not necessarily lead to a greater amount of truth, but nevertheless promote a democratic and tolerant society.³⁾

Instrumental lines of reasoning can also be discerned in contemporary views on the value of freedom of speech; broadly speaking, two types of rationales for protecting free speech — one framed in terms of the public good, and the other in terms of autonomy — are most commonly put forward today.

According to arguments of the first type, freedom of speech should be valued highly because it produces certain public goods, such as a properly functioning democratic process and the dissemination of basic information, that are beneficial not only to right-holders but to all members of societies in which the right to free speech is generally respect-

ed.⁴⁾ On the basis of such public goods, a privileged position among constitutionally protected rights is often accorded freedom of speech when judiciaries exercise their powers of constitutional review.

In contrast to arguments of this type, rationales for freedom of speech based on autonomy place the individual at the centre. According to such arguments, freedom to communicate one's ideas is a necessary pre-condition for independent thought, itself a necessary pre-condition for personal autonomy. To deny a person freedom of speech thus amounts to denying that she is a reasonable, independent individual who has the ability, like other individuals, to decide for herself what is right and good. It is on this basis that some scholars argue that freedom of speech sometimes trumps goal-based policy decisions justified by their utility to society.⁵⁾ The question of whether rights can trump utility lies beyond the scope of this inquiry, but even if one assumes that they can, one can safely conclude from the preceding argument that only individuals are qualified to claim rights as trumps, because only individuals can enjoy autonomy.⁶⁾

Hence, corporations such as newspaper companies can be entitled to freedom of speech only to the extent that granting them this freedom benefits society as a whole. This holds particularly true in the case of the mass media, and it follows that the freedom of speech of the mass media can therefore be restricted not only in cases where it clashes with the human rights of individuals, such as the right to privacy, but also where restricting it provides the greatest benefit to society as a whole.

2) A similar view was expressed by Oliver Wendell Holmes in his dissenting opinion in *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616, 630-631 (1919).

3) See ERIC BARENDT, *FREEDOM OF SPEECH* 10 (2nd ed., Oxford University Press, 2005).

4) See Joseph Raz, *Free Expression and Personal Identification*, 11 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 303(1991).

5) E.g., RONALD DWORKIN, *A MATTER OF PRINCIPLE* ch.18 (Harvard University Press, 1985).

6) The author doubts that the idea of rights as trumps can even be a subject of argumentation or proof. To borrow Joseph Raz's useful terminology, the idea presents a case of "constitutive incommensurability", in the sense that only by committing oneself to the belief that some rights are so essential for individual autonomy that trade-offs between these rights and utility to society as a whole are prohibited can one acquire the ability to view individuals as equal and autonomous beings. Judgment of the non-comparability of individual autonomy and social utility is itself constitutive of the ability to regard individuals as autonomous. See JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 345-353 (Clarendon Press, 1986).

Let us keep this point in mind in considering why and how broadcasting should be regulated. In the following sections, the broadcasting system in Japan serves as a case for examining these issues.

II. THE BROADCASTING SYSTEM IN JAPAN

Japan's broadcasting system has two defining characteristics. First, both the content of programming and the organizational structure of Japanese broadcasters are extensively regulated, in contrast to the print media, which are not subject to such heavy regulation. In this regard, the Japanese broadcasting system is not very different from the systems in Great Britain and the United States.⁷⁾

Secondly, Japan's broadcasting system comprises both a powerful public broadcasting network and commercial networks that operate side by side; in this regard, the Japanese system resembles more closely the system of Great Britain than that of the United States. On its public domestic networks, NHK (Nihon Hōsō Kyōkai, or the Japan Broadcasting Corporation), operates two terrestrial TV channels, two satellite TV channels,⁸⁾ and several radio

channels; NHK derives its revenue from receiver's fees, the equivalent of license fees of the BBC. Japan's commercial broadcasters comprise four major TV networks and three major radio networks, all of which depend upon advertising fees as their main source of revenue.

Article 21 of the Japanese Constitution of 1946 provides for freedom of expression, and the same clause prohibits all forms of governmental censorship. Moreover, it is generally held in Japan that freedom of expression should be protected with special care as it is essential to the proper functioning of representative democracy. The question, therefore, of whether or not the two characteristics of the Japanese broadcasting system described above entail the abridgement of freedom of expression is a crucial one. Following a view widely held in a number of Western countries, the conventional wisdom in Japan is to favour an approach to regulation that strongly focuses on broadcasting, justifying this on the basis of two circumstances: first, that broadcasting has been dependent upon the scarce resource of radio spectrum; and secondly, that broadcasting has exerted a particularly strong social influence.⁹⁾

However, contrary opinion has been mounting

7) More specifically, under the Japanese Broadcast Act, broadcasters are obligated to follow standards for compilation of programs that provide for maintaining political impartiality, among other matters (art. 3-2), and to have a Consultative Organization on Broadcast Programs (art. 3-4).

8) The number of the households able to view digital satellite broadcasting exceeded 30 million as of the end of October 2007 (NHK BROADCASTING CULTURE RESEARCH INSTITUTE ed., *NHK DATABOOK ON WORLD BROADCASTING 2008 (NHK DATABOOK SEKAI NO HŌSŌ 2008)* 10 (NHK Publishing, 2008)).

9) The traditional rationales for regulating broadcasting, following from these circumstances, may be summarized as follows. First, in order to avoid interference and otherwise manage the constraints imposed by the physical characteristics of radio waves, some public authority is needed to regulate the use and users of radio spectrum. Because the spectrum available for well-regulated use is extremely scarce compared to the number of prospective users, it is necessary not only to select licensees, but also to regulate the contents of their broadcasts, if the radio spectrum is to be used effectively and appropriately, from the viewpoint of public interest. It is also generally believed that in order to ensure the availability of diverse views and information, the need arises to prevent the formation of monopolies and to regulate consolidation in the broadcasting industry, as well as to require individual broadcasters to ensure that their programming is properly balanced in subject matter, that it is politically unbiased, and that issues are discussed and clarified from diverse points of view.

Secondly, broadcasting exerts an especially pronounced influence on society. In contrast to print media, TV and radio broadcasts can directly enter private households to convey information in such powerful forms as moving pictures and sound. Moreover, since viewers/listeners can watch or listen to broadcasts without any positive effort on their part, TV and radio broadcasts virtually hold them in the position of a captive audience. The social impact of the broadcast media is amplified even further by the power of radio waves to reach their entire broadcast area both instantaneously and simultaneously. The increased need for regulations aimed at ensuring diversity of information follows from this argument; on the other hand, however, since broadcasting is uniquely accessible to children (even those too young to read), regulations to eliminate programs that are indecent, if not obscene, are also necessary.

in recent years regarding the received rationales for regulating broadcasting. First, recent technological developments have increased the range and usability of frequencies available for broadcasting; moreover, the scarcity of broadcasting spectrum has also been substantially mitigated by the emergence of various new media such as satellite TV and MVDS. The social influence of broadcasting, too, has become more diffuse with the diversification of the media. Thus, even if the conventional rationales for regulation remain valid, it is no longer appropriate to regulate all types of broadcasting uniformly.

Furthermore, certain arguments have become quite influential that cast doubt on the very validity of regulatory rationales based on scarcity of spectrum or unique social influence.¹⁰⁾ For example, one can not directly conclude from the premise that radio waves are scarce that the selection of broadcasters should be made by some public authority; broadcasters might alternatively be selected through lots or tenders, or by referendum.¹¹⁾

Moreover, it is questionable whether the scarcity of radio spectrum really justifies treating broadcasters and newspapers differently. Since the newspaper industry is one in which average cost diminishes as scale increases, and since demand in newspaper publishing has gradually been decreasing, conditions favouring consolidation are apparent. Thus, the number of broadcasting stations will not necessarily remain smaller than that of newspaper companies.

Finally, the influence of broadcasting has never been proven to be unique.

As such arguments have gained prominence, more and more people have come to hold the view that broadcasting should be dramatically liberalized, and the roles of public broadcasters reduced, through the introduction of market mechanisms into broadcasting systems. This view is being voiced with

particular strength in Great Britain and the United States. As a notably consistent and clear expression of this view, let us consider the so-called *Peacock Report*, which is also exemplary in its goal of maximizing the utility of broadcasting for audiences.

III. THE FREE MARKET IN BROADCASTING

The *Report of the Committee on Financing the BBC*, known as the *Peacock Report*, advocates a new model for broadcasting based on the idea of viewer and listener sovereignty. Its arguments may be summarized as follows.¹²⁾

First, viewers and listeners are the best judges of their own welfare. From this it follows that the choice of which programs to view or listen to should be left to the discretion of audience members. It is therefore desirable for viewers and listeners to be able to convey their programming preferences directly to broadcasters, but this is impractical under the present system, which depends on license fees and advertising revenues as its main sources of income. Hence, a new system should be established in which a price is fixed and collected for each program actually viewed by an audience member. While the indivisibility in the consumption of broadcasting services has hitherto made such a system unfeasible, technologies such as encoded TV or subscription TV now offer the means to introduce a price mechanism whereby audience members convey their preferences directly to program providers. The competitive pressures resulting from such a price mechanism would not only enhance efficiency in the management of broadcasting enterprises, but also maximize the utility of broadcasts for the audience.

Secondly, for the choices made by audience members to be meaningful, the number of available

10) See, for example, Lee Bollinger, *Freedom of the Press and Public Access*, 75 MICHIGAN LAW REVIEW 1(1976); Mark Fowler and Daniel Brenner, *A Marketplace Approach to Broadcast Regulation*, 60 TEXAS LAW REVIEW 207(1982).

11) Under the Broadcasting Act of 1990 in Great Britain, broadcasting licences are normally to be awarded to the highest bidder.

12) *REPORT OF THE COMMITTEE ON FINANCING THE BBC*, Cmnd. 9824 (HMSO, 1986).

channels must be dramatically increased, and a far greater variety of programming must be offered than at present. The necessary increase in the number of channels might be achieved, for example, by connecting fibre-optic cables to each and every household. To diversify programming, cable operators should serve strictly as common carriers, and be denied any role in supplying programs; no others who want to supply programs, whoever they may be, should ever be denied access to the market.

Thirdly, public financial support should be provided for the production and supply of programs of high cultural or artistic value, programs intended for minorities, religious programs, and all other programs which the consumer-sovereignty approach might not be expected to supply adequately. Aside from providing financial support for such public service broadcasting, the role of the government should be restricted to the enforcement of general laws concerning matters such as defamation and obscenity.

IV. CRITICISM OF THE FREE MARKET ARGUMENT

Two justifications can be offered for the plan envisaged in the *Peacock Report*. One is utilitarian: the plan promises to maximize the utility of broadcasting for consumers. The second is libertarian: by neither imposing restrictions on the free flow of information nor intervening paternalistically in the choices of viewers and listeners, this plan promises to secure both autonomous choice for viewers and freedom of expression for broadcasters.

Both the utilitarian and libertarian justifications for the plan are problematic, however. Regarding the utilitarian justification, it is by no means certain that a pay-TV system would lead to a greater consumer surplus than systems supported by license fees and

advertising. Since broadcasting service, with its marginal cost of zero, is an extreme case of a public good, the optimal price for consumers to pay for it should be close to zero even when exclusion in consumption is taken into account. However, such a price could never be realized, because establishing and administering a pay-TV system would be expensive, and this would produce an immediate divergence between the direct charge and the marginal cost. This means that a pay-TV system may undersupply and overcharge the market.¹³⁾

Regarding the libertarian justification, the important function performed by current broadcasting systems of promoting individual autonomy bears consideration. On this issue, an argument advanced in Japan in a 1988 report entitled the *Composite Study and Research on Broadcasting Policies* is illuminating. This report argues that the impartial distribution of basic information is a more important policy goal in broadcast law than maximizing the overall utility of, or willingness to pay for, broadcasting programs.

The *Composite Study* frames this argument as follows: "in our pluralistic contemporary society, people with different ideas about the meaning of life or about ultimate values share the benefits of social collaboration despite such differences. There is a need to ensure that each member of society is supplied impartially with the basic goods, services, and social facilities that are essential for pursuing his or her objectives in life. Guarantees of human rights and of equal opportunity to hold public office are based on this idea. From this viewpoint, there should also be maximum impartiality in the provision of basic information."¹⁴⁾

Given the ever-rising flood of information present in society, knowledge of the most important information and the most vital issues is becoming more and more essential to full participation in society. The

13) BOOZ, ALLEN AND HAMILTON LTD., *SUBSCRIPTION TELEVISION: A STUDY FOR THE HOME OFFICE: FINAL REPORT* (HMSO, 1987) and RICHARD COLLINS, NICHOLAS GARNHAM AND GARETH LOCKSLEY, *THE ECONOMICS OF TELEVISION* (Sage Publications, 1988).

14) *COMPOSITE STUDY AND RESEARCH ON BROADCASTING POLICIES (HŌSŌ-MONDAI SŌGŌ-KENKYŪKAI HŌKOKUSHO)*, 33-34 (Hōsō-Bunka-Kikin, 1988).

Composite Study argues that such basic information should be offered impartially, made as easily accessible as possible, and supplied at the lowest possible cost to all members of society. Since the broadcast media, using radio waves, can penetrate at low cost into private households to convey such information instantaneously and simultaneously to society as a whole, it can be concluded that the impartial provision of basic information to society can best be carried out by these media. In practice, television and radio, the main broadcasting media, have over the years contributed substantially to the provision of basic information, and hence to narrowing of the information gap between members of society.

If all of the media that convey basic information to the general public were biased in their political creed or standpoint, there would inevitably arise a grave inequality among the members of society. Hence, it is desirable to ensure that the media clarify issues from diverse angles and from a position of political impartiality. To guarantee a plurality of viewpoints from which news and opinions originate, there would seem to be good reasons for deconcentration in broadcasting.

V. THE THEORY OF PARTIAL REGULATION

Yet questions can be raised concerning these implications of the *Composite Study* as well, among which the most serious is that of why only broadcasting should be regulated. The goal of promoting the equal provision of basic information does not necessarily justify regulating broadcasting exclusively; the task of conveying basic information, and any accompanying regulatory constraints, might just as well be assigned to the newspaper industry.

On this issue, Professor Lee Bollinger's theory of partial regulation of the mass media merits consideration.¹⁵⁾ According to Bollinger, the traditional rationales for broadcast regulation are not valid, because broadcasters and newspapers can not be distinguished from one another either in terms of scarcity or social impact. Yet Bollinger argues that in a contemporary society in which a small number of mass media corporations monopolize the means of conveying information to the public, it is nevertheless appropriate to impose regulation on broadcasting alone. By such partial regulation, Bollinger argues, the opinions of minorities are afforded access to broadcasting, while the free print media are left to take up opinions which might not be disseminated by broadcasting, as well as to criticize excessive government regulation of broadcasting. Partial regulation would furthermore preserve the unregulated press as a benchmark against which every regulatory imposition would have to be carefully scrutinized and justified. This approach would thus promote the mass media that as a whole deliver diversified information to society, while at the same time limiting governmental regulation of the mass media.

Although the choice of regulating not only broadcasters but also newspapers to ensure equality of access to basic information remains an option, partial regulation, as Bollinger argues, would better achieve the goal of diversification of information for society as a whole. And conventional broadcasting, as mentioned above, is the most suitable of the media for performing the function of providing equal access to basic information, possessing as it does the characteristics of being able to penetrate at low cost into private households, and to convey information to society as a whole instantaneously and simultaneously.¹⁶⁾

15) See Bollinger, *supra* note 10. See also LEE BOLLINGER, *IMAGES OF A FREE PRESS* (University of Chicago Press, 1991).

16) This argument also supports maintaining the dual system of public and commercial broadcasting in Japan. If this dual system is changed to a strictly commercial one without a public broadcaster, the most likely result would be that broadcasters compete with one another for maximum audience ratings by producing similar, standardized programs, and programs which exceed in cost the advertising revenues they might generate would seldom be seen. One of the best solutions

VI. IS PARTIAL REGULATION REALLY BENEFICIAL?

Yet there are serious arguments against partial regulation of the mass media, including the objection that the risk of abuse of regulatory measures is so great that its overall outcomes are not likely to be entirely beneficial to society. In the United States, for example, a number of cases of Presidents influencing the ostensibly independent FCC to manipulate the mass media in their favour have been reported.¹⁷⁾

Whether one is for or against regulation of the media would seem to depend to some extent on one's general view of how politics produces regulations; two conflicting perspectives on this process are germane here. The first is a pluralistic view of politics as a competition between groups seeking to achieve political outcomes that maximize their particular interests; accordingly, most regulations in economic arenas play the role of private cartels, restricting competition in the market. According to this view, broadcast regulations are thus the products of the rent-seeking activities of broadcasting companies.

To maximize utility for consumers, regulation of the media should be abolished, restoring free and fair competition between broadcasters.

The second view of politics is the republican understanding of it as a forum wherein public-minded citizens actively participate in and reasonably deliberate on public affairs in order to determine the genuine common interest. In this view, citizens should subordinate their private interests for the sake of achieving decisions in the public interest.

This latter view may seem overly optimistic, but the coherence of the apparently cynical former view is also questionable insofar as it presupposes that by abolishing current regulations, some fair and neutral base line that is untainted by any private interest can be established. If all legislation is a product of transactions and compromises between interest groups, the cancellation of any particular regulatory regime can lead only to the recovery of a prior, equally private-interest regarding compromise. Short of the abolishment of all regulations, which would mean a return to the state of nature, there is no compelling argument for stopping the process of deregulation at any particular point.¹⁸⁾

to this problem might be the introduction of a subscription TV system; however, the adoption of such a system would entail the loss of the instantaneity and simultaneity of broadcasting, as well as its capacity to penetrate into households at low cost.

The current dual system of broadcasting in Japan attempts to avoid these problems by relying on receivers' fees as the source of income for public broadcasting. The high-quality programs supplied by NHK contribute to the improvement of programs by commercial broadcasters, while the creativity and innovative approaches of commercial broadcasters stimulate NHK in its program production. Thus, the dual system enables both NHK and commercial broadcasters to better perform their task of providing basic information equally to society as a whole. As long as the impartial delivery of basic information is assured, diversification of information and the maximization of utility of audiences, promoted by market mechanisms, should be encouraged.

17) See LUCAS POWE, *AMERICAN BROADCASTING AND THE FIRST AMENDMENT* ch. 8 (University of California Press, 1987); WILLIAM RAY, *FCC: THE UPS AND DOWNS OF RADIO-TV REGULATION* ch. 2 (Iowa State University Press, 1990).

Professor Eric Barendt argues that the theory of partial regulation is incoherent: "if regulation of the press is always wrong (and perhaps unconstitutional) and if there is no significant difference between its position and that of the broadcasting media, it follows that the latter should also be wholly unregulated" (ERIC BARENDT, *BROADCASTING LAW* 8 (Clarendon Press, 1993)). However, Bollinger's point seems to be not that regulation of the press is always wrong but rather that, taking into consideration the history of the mass media, its partial regulation would produce more benefit than either wholly regulating it or not regulating it at all.

18) One of the reasons governmental regulation cannot be abolished in economic areas altogether is that, as David Hume and later Jeremy Bentham pointed out, legal rules regulating property rights and economic activities can be viewed as conventions that solve coordination problems that arise in social interactions (see GERALD POSTEMA, *BENTHAM AND THE COMMON LAW TRADITION* (Clarendon Press, 1986)). According to Hume, these conventions comprise "only a general sense of common interest; which sense all the members of society express to one another, and which induces them to regulate their conduct by certain rules. I observe, that it will be for my interest to leave another in the possession of his goods, provided he will act in the same manner with regard to me. He is sensible of a like interest in the regulation of his conduct. When this common sense of interest is mutually express'd and is known to both, it

Although ordinary citizens admittedly have little obvious incentive to care about most public policy, certain principles should not be left to compromise between interest groups. Basic policy governing broadcasting regulation concerns such principles.

VII. WHO SHOULD REGULATE THE REGULATORS?

After basic policy is decided through public debate and deliberation, it must be implemented, and hence there remains the question of who should guarantee its proper implementation by regulatory agencies. In Japan, as in the United States, this task is left largely to judges, in particular in their capacities as constitutional reviewers.

The prevalent judicial opinion in cases concerning broadcast regulation requires the government to prove that restrictions on broadcasting are “narrowly tailored to further a substantial governmental interest, such as ensuring adequate and balanced coverage of public issues”¹⁹⁾; unless the government succeeds in proving such an interest, the courts have chosen to strike down the regulations in question as unconstitutional.

Relying on the judiciary in this regard may run contrary to the spirit of Jeremy Bentham, who had little trust in government officials. Indeed, Bentham’s distrust was one of the reasons he objected to censorship. Bentham wrote, “The liberty of the press has its inconveniences; nevertheless, the evils which results from it are not to be compared to those of

a censorship”²⁰⁾; in Bentham’s view, censors are almost always too stupid and arbitrary to be entrusted with the task of deciding what should and should not be published.²¹⁾

Nor did Bentham have much trust in judges in particular. For him, “Judge & Co.” was itself an interest group that sought to maximize its own sinister interests. Bentham’s main strategy for reforming the judiciary of his day was to make it squarely dependent on the people. In his view, judicial deliberations, actions, and decisions should be subject to the critical scrutiny of the public; his “public opinion tribunal” constitutes the last court of appeal, in which every judge should appear and to which every judge should be accountable. In order to make explicit the accountability of each judge, Bentham recommended single-seatedness as well as a process for removing judges through popular recall.²²⁾

Doubts can be raised as to whether Bentham’s project of reforming the judiciary would be beneficial in the context of judicial review of broadcast regulation today. A system of removing judges by popular vote presents the danger of making them too dependent not on the people as a whole but rather on various interest groups. The “public opinion tribunal” may also not be trustworthy in this context because what is at issue is the question of how to regulate those who lead and form public opinion. That is, the pronouncements of the “public opinion tribunal” may to a large extent reflect the views expressed in the popular media. Perhaps for these reasons, most constitutional scholars today seem to favour an in-

produces a suitable resolution and behaviour” (DAVID HUME, *A TREATISE OF HUMAN NATURE*, Book III, Part II, Section ii). Because any legal system regulating this sense is artificial, natural rules can never be distinguished from artificial regulations; this means there is no natural legal base line (cf. CASS SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION* ch. 5 (Harvard University Press, 1993)).

19) *F.C.C. v. League of Women Voters of California*, 468 U.S. 364 (1984).

20) JEREMY BENTHAM, *THE THEORY OF LEGISLATION* 370 (C.K. Ogden ed., Kegan Paul 1931) (1802).

21) *Id.*, pp. 370-371. See also Stephen Holmes, *Liberal Constraints on Private Power?: Reflections on the Origins and Rationale of Access Regulation*, in *DEMOCRACY AND THE MASS MEDIA* (Judith Lichtenberg ed., Cambridge University Press, 1990) 21, at 64.

22) See JOHN DINWIDDY, *BENTHAM* 68 (Oxford University Press, 1989); JEREMY BENTHAM, *CONSTITUTIONAL CODE*, in *THE WORKS OF JEREMY BENTHAM*, vol. ix (John Bowring ed., 1843), at 156, 470 and 532. This aspect of Bentham’s theory is discussed in FREDERICK ROSEN, *JEREMY BENTHAM AND REPRESENTATIVE DEMOCRACY*, 149-163 (Oxford University Press, 1983) and POSTEMA, *supra* note 18, ch. 11.

dependent rather than a dependent judiciary, and in particular, long and sometimes life-long tenure for judges to promote professional norms that might protect the judiciary from falling captive to particular political or social demands.²³⁾ In other words, the judiciary in contemporary democratic societies like those of the United States or Japan views protection of the independence of judges as yielding more utility than disutility.

What would Bentham have to say on the independent control today's judiciary exercises over broadcast regulation? According to the theory of his cited above, independent judges should be expected to promote their own private interests. However, most judges in contemporary democratic societies seem to act out of a strong concern for freedom of speech and of the media.²⁴⁾ This may indicate that despite their independence, members of today's judiciary are at least intellectually held captive by an interest group consisting of academics, journalists, authors, and others whom judges regard to be like them.²⁵⁾ From Bentham's perspective, the interests judges try to advance may not necessarily be restricted exclusively to their own interests, but may also include the interests of groups to which judges believe they belong. In view of the utilitarian premise that judges should protect freedom of speech because of the public interests it advances, Bentham would see the performance of today's judiciary as serving

a kind of junction of private interests and public duties. He might be satisfied.

Partial regulation of the mass media, overseen by an independent judiciary, seems to offer the least dangerous approach to curbing the risks to the public interest posed by private media power, as well as to correcting structural distortions of the media market. This conclusion would also seem consonant with the views of J.S. Mill, who endorsed the idea of governmental intervention to provide information to the public.²⁶⁾

(Yasuo HASEBE)

23) See, e.g., Owen Fiss, *Why the State?*, in *DEMOCRACY AND THE MASS MEDIA* (Judith Lichtenberg ed., Cambridge University Press, 1990) 136, at 148-149.

24) In various cases, the Japanese Supreme Court has said that the freedom of speech of the mass media should be guaranteed with special care, and furthermore allowed that the mass media may be granted some privileges that are not accorded to the general public. See for example, Supreme Court Judgement, 24 April 1987 (Minshu, vol. 41, p. 490), in which the Court denied the right of reply regarding a national newspaper because such a right would indirectly abridge the newspaper's freedom of speech; and Supreme Court Judgement, 8 March 1989 (Minshu, vol. 43, p. 89), in which the Court said that it was reasonable to accord the mass media special facilities in reporting judicial cases because doing so would be beneficial to society as a whole.

25) Cf. RICHARD POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 621 (4th ed., Little, Brown, 1992).

26) Mill wrote, "There is another kind of intervention which is not authoritative: when a government, instead of issuing a command and enforcing it by penalties, adopts a course so seldom resorted to by governments, and of which such important use might be made, that of giving advice and promulgating information; or when, leaving individuals free to use their own means of pursuing any object of general interest, the government, not meddling with them, but not trusting the object solely to their care, establishes side by side with their arrangements, an agency of its own for a like purpose" (JOHN STUART MILL, *PRINCIPLES OF POLITICAL ECONOMY*, vol. 2, 443 (1848), cited by Holmes, *supra* note 21, at 55).

論説

契約総則上の制度としての代金減額

——債権法改正作業の文脈化のために

東京大学教授

森田修

I. 日本法上の代金減額制度

- 1 売買契約における代金減額
 - (1) 代金減額制度とは何か
 - (2) 瑕疵担保に基づく代金減額権
 - (3) 代金減額と損害賠償との関係
- 2 賃貸借における代金減額
- 3 請負契約における代金減額

II. 比較法的瞥見

- 1 ドイツ法
 - (1) BGB 旧規定
 - (2) BGB 新規定
- 2 フランス法
 - (1) 売買契約における代金減額
 - (2) 役務提供契約における代金減額
 - (3) 賃貸借契約における賃料減額
- 3 契約法の国際的統一の諸提案
 - (1) ウィーン国際動産売買条約 (CISG)
 - (2) ヨーロッパ契約法原則 (PECL)

III. 代金減額制度立法の方向

- 1 代金減額制度は必要か
 - (1) 代金減額権と損害賠償との制度目的上の相違
 - (2) 代金減額権と損害賠償との要件上の相違
 - (3) 代金減額権と損害賠償との行使上の関係
- 2 司法的契約改訂としての代金減額制度
- 3 代金減額権と債務者の追完利益保障
- 4 代金減額制度を契約総則に規定すべきか

代金減額請求権は、民法典上は契約各則規定に散在しているに留まり、契約責任の一般的な制度としてひとまとめにして論じられることは稀である。しかし、裁判例上は、有償契約において対価を支払って非金銭給付に向けられた債権を有する側の契約当事者が、当該非金銭給付に生じた履行障害に対する救済として対価の減額を求めるケースが相当の集積を見ている。これらを契約類型横断的に比較対照すると、そこに契約責任の一般的な救済法理としての代金減額制度も検出できそうであり、このことは現在進行中の債権法改正作業において検討されるべき立法論的課題の一つを示している。

本稿はこのような問題意識から出発して、まず契約各則上に、いわば破線的に示されている代金減額の制度をたどって、明治民法典の構想を明らかにし、ついで契約類型ごとに、実質的には代金減額をめぐる生じている紛争を分析することで代金減額への制度的ニーズを取り出す (I)。さらにこれに簡単な比較法的な考察を加えて (II)、立法論的な提言 (III) を行ってみよう。

I. 日本法上の代金減額制度

1 売買契約における代金減額

(1) 代金減額制度とは何か

(a) 規定の実際

日本法上の代金減額制度としては、売主の担保責任として規定されているものがまず挙げられよう。すなわち、明治民法典は、売買契約について、代金減額権を3つの場合に認めている。すなわち、①「売買の目的である権利の一部が他人に属することにより、売主がこれを買主に移転することができないとき」(563条) ②「数

量を指示して売買をした物に不足がある場合」(565条)¹⁾ ③「物の一部が契約の時に既に滅失していた場合」(565条)である。まず、ここには物の瑕疵について代金減額制度が見あたらないことに気がつく。さらに権利の瑕疵についても①の場面とは異なり「売買の目的物が地上権、永小作権、地役権、留置権または質権の目的である場合」には代金減額権を認めていない²⁾。

これらの規定からは、代金減額制度が契約責任の一般的な救済としては認められておらず、契約各則レベルで取り扱われているに過ぎないという特徴の他に、この制度が認められる場合でもその範囲が限定的であること、また代金減額の実際についての細則がほとんど存在していないということがわかる。

(b) 代金減額の法的性質

通説によれば、この代金減額権は、「一部解除」として構成される(我妻栄『民法講義・債権各論(中)』(岩波書店、1957) 278頁)。この立場においては、代金減額権は形成権の一種であることになり³⁾、買主がそれを意思表示によって行使しなくてはならない。しかしそれが適法に行使されれば、一方的に代金債権は縮減することになる。

これに対して、代金減額制度を、危険負担制度の具体化と捉える立場も想定することができる。売買の規定が代金減額の要件とする履行障害は、いずれも売主の帰責事由を前提としないものであり、その意味ではいずれも無責一部不能に包摂することができる。そこから、代金減額が認められる場面をむしろ536条の問題と捉え、これらをいわば「一部危険負担」制度と見るのである。この立場からは、代金減額制度は、必ずしも、買主の意思的行使の対象となる権利を媒介せずに、自動的に債務が縮減するも

1) 数量指示売買における代金減額について最判平成13年11月22日判タ1083号117頁参照。

2) なお、565条は買主の善意という要件の分だけ、563条よりも保護のための要件が厳重となっている。

3) この立場も含めて、日本において代金減額制度は、「慣用的に」代金減額請求権と呼ばれている。しかしそれがどう意味で請求権であるのかについては判然としない。この点を意識して、代金減額権と呼ぶ体系書もあり(潮見佳男『契約各論I』(信山社、2002) 124頁)、本稿も法的性質について意識するためにこの用語法を用いることにする。

のと構成することになりそうである。

(2) 瑕疵担保に基づく代金減額権

ところで旧民法は、現行法とは異なり瑕疵担保責任の効果としての代金減額権を認めていた。そこでは、一方で重大な契約不適合には瑕疵担保責任に基づく全部解除が認められ、他方で重大でない場合には代金減額が認められる、という構想が採られていたのである。

旧民法財産取得編 95 条

買主カ隠レタル瑕疵ノ売買廃却訴権ヲ行フ可キ程ニ重大ナルヲ証スルコト能ハス又ハ物ヲ保有スルコトヲ欲スルトキハ買主ハ便益ヲ失フ割合ニ応シテ代価ノ減少ヲ請求スルコトヲ得

明治民法典起草者たちは旧民法のこの構想を意識的に変更した。その際、起草者は、目的物の瑕疵の場合には数量不足の場合と違って減額の割合を定めることが困難であることを理由としている⁴⁾。

確かに、瑕疵担保責任の効果として代金減額請求権を認める現行民法典の解釈論も早くから存在している（来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974）84 頁、星野英一『民法概論IV（合本新訂）』（良書普及会、1986）131 頁）が、判例は、目的物に瑕疵のあることを理由とする代金減額の請求を排斥している。すなわち、最判昭和 29 年 1 月 22 日民集 8 卷 1 号 198 頁は

「民法の規定によれば、買主が売買の目的物に瑕疵あることを理由とするときは、契約を解除し、又は損害賠償の請求をすることはできるけれども、これを理由として代金の減額を請求することはできない」とする⁵⁾。

ただ、実質的には代金減額請求の意味を持つ買主からの意思表示を、損害賠償請求とそれによる代金債権の相殺の意思表示と意思解釈することによって、代金減額を認めたのと同じ救済を実現している最高裁判例も存在する（最判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 卷 2 号 168 頁）⁶⁾。学説上も、代金減額に関する買主のニーズは、信頼利益賠償を通じて実現しようとするのが通説である。

(3) 代金減額と損害賠償との関係

しかし、瑕疵担保賠償によって代金減額を機能的に実現するという、学説判例において広く受け入れられている方向は、瑕疵担保賠償の性格をどのように捉えるかについての態度決定に波及していく。このことは、代金減額制度を設計するためには、瑕疵担保責任と債務不履行賠償及び危険負担との関係づけを明確にしておかなければならず、契約責任において瑕疵担保責任が担うべき位置は何かという大問題と関わらざるを得なくなる、ということの意味している。

この観点からは、瑕疵担保制度を、債務不履行制度ではなくむしろ危険負担制度と横並びに

4) 梅謙次郎『民法要義卷之三』（和佛法律学校：明文堂、1899）526 頁。権利の瑕疵に関しても、地上権等の付着する 566 条の場面は、一部が他人に属する 565 条の場合と違って、やはりこの減額の割合を定めることが困難であると説明する。

5) 事案は次のようなものであった。XはYに対して昭和 23 年 9 月 17 日に 25 万円で自動車を譲渡し 10 万円の支払を受けた。残代金 15 万円を請求したところ、Yは、Xが一年間無修理使用に堪えたと保証したにも拘わらず、タイヤ・ラジエーターその他が破損したため、商法 526 条によって昭和 24 年 2 月 20 日頃 10 万円の代金減額請求をしたから、代金債務は存在しないと抗弁を提出した。最高裁は商法 526 条が「民法で認められた売買の担保責任に基く請求権を保存するための要件に関する規定であつて、民法の規定するところ以外に新たな請求権をみとめたものではない」として、売買行為につき代金減額請求権は数量不足の場合のみに限るとした原審を咎める上告理由を退けた。

6) 次のような事案である。XはYに対して、単価を 65 円として穀用かます（むしろで作った袋）を譲渡し、昭和 39 年 1 月 25 日に 12 万 8100 枚を引き渡した。YはXに対して、昭和 39 年 2 月 27 日に、本件かますに欠陥があることを具体的に指摘したうえ、穀用かますとしての商品価値が認められず、「一枚当り金二〇円也、数量一二万八、一〇〇枚、この品代金二五六万二、〇〇〇円也の減価採用で精算させて戴きます」とする内容証明郵便による意思表示を行った。XのYに対する代金請求に対し、Yは上記の代金減額の抗弁及び他の売買にかかる売掛代金残債権による相殺の抗弁を提出したが、原審は、買主に代金減額を認める規定・商慣習・本件における合意は存在しないと、代金減額の抗弁を認めなかったため、Yより上告。上記意思表示は、瑕疵担保に基づく損害賠償請求の意思表示及び損害賠償債権による代金債権との相殺の意思表示であると主張する。最高裁は、上記意思表示の解釈として、「受領物には瑕疵があつたから、Yは約定代金債務額から瑕疵相当の損害額を差引清算した残額についてのみ支払義務を負うべき趣旨のものと解するのが、相当である」とした。

捉えた上で、瑕疵担保賠償の範囲を代金減額に限定せよとする主張が興味を引く(加藤雅信「売主の瑕疵担保責任」『現代民法学の展開』(有斐閣、1993) 390頁(初出1977))。この立場は、代金減額的处理によって実現されているところを対価的均衡の回復と捉えた上で、契約責任説を採ることによってむしろ意識される債務不履行賠償一般と瑕疵担保賠償との間のアンバランスを理由として、瑕疵担保責任の限定を主張しているわけである(本稿後掲注33)及び本文対応箇所参照)。

2 賃貸借における代金減額

賃貸借においては、民法611条の賃料減額制度が、上述した売買における代金減額権に対応する。同条は賃借目的物の一部滅失という履行障害に限定しているが、そこからはこれが危険負担の特則であるような印象を与える。しかし、同条は賃借人からの請求を前提として賃料の減額を認めており、この点でドイツの法制(後述本稿Ⅱ1(1)(b)及びⅡ1(2)(b)参照)とは異なる。また、抽象的賃料債権は賃貸借契約締結時に発生するとしても具体的賃料債権は各期の使用収益後にはじめて発生すると構成すれば(民法614条参照)、後者の債権は目的物の一部滅失の場合にはそもそも不発生とされ、後発的一部不能となるわけではないから、この点でも危険負担の特則とはいいいくい面がある。

なお賃貸借契約に関しては、民法611条の他民法609条の賃料減額権及び借地借家法32条の賃料増減額請求権もある。これらは、とりわけ減額の評定に際して、裁判所の裁量の作用が大きく、民法611条の賃料減額権とは、その法的性格及び運用の実際を異にする。このこ

とは、代金減額制度の運用が、金銭債務の割合的縮減という機械的な作業には解消できないこと、少なくとも対価減額制度としてひとくくりにはされるものの中に性質を異にする多様な制度が雑居しているのではないかという疑問を生じさせる。

3 請負契約における代金減額

請負契約につき、現民法典は代金減額に関して明文の規定をまったく置いていないが、請負人の仕事に瑕疵がある場合について注文主からの代金減額に関する手当の必要性については来栖前掲書469頁が夙に批判を向けている。裁判例においても、仕事に瑕疵がある場合の代金減額が、実質的には争点となったケースが集積されており、最高裁は、ここでも売買契約と同様に、修補に代わる賠償と代金債権との相殺を承認することによって代金減額制度を機能的に実現している。

この点で現民法典は売買契約とは異なり請負契約に関しては634条1項で注文主に瑕疵修補請求権を認める前提から出発しつつ、634条2項前段で、注文主に修補請求権と修補に代わる損害賠償請求権との間の選択を許容している⁷⁾。そこで瑕疵ある仕事を受領した注文主は、請負人からの報酬請求に対して、この修補に代わる損害賠償を自働債権として相殺の抗弁を提出できるか⁸⁾。これが肯定されれば、それは既述した売買契約に関する昭和50年最判のように、損害賠償請求権によって代金減額を機能的に実現することになる。

この相殺を認めるには、634条2項後段が533条を準用していることが制約となる。なぜなら、同項後段によって、注文主の自働債

7) ここでの瑕疵修補請求権を履行請求権の延長に捉えるならば、同条は契約責任一般における履行請求権と填補賠償請求権との関係を修正するものと見るべきことになる。そこでは履行請求権の第一義性は緩和され、請負人の追完利益保障の考慮は初めから後退させられていることになる。

8) 注文主が修補に代わる損害賠償請求をしていない段階で、請負人が、注文主の修補請求権を修補に代わる損害賠償に転形させた上で、これを受働債権として報酬債権によって相殺するという場面は、請負人にこのような転形の権能が認められていない以上、問題とならない。以下で論じる、請負人からの相殺が問題となる場面では、注文主が修補に代わる損害賠償請求権をすでに選択していることが前提となる。

権である修補に代わる損害賠償請求権には、請負人の報酬債権に基づく同時履行の抗弁権が付着することになり、判例通説によれば、抗弁権付きの自働債権による相殺は認められないとされているからである（我妻栄『民法講義・新訂債権総論』（岩波書店、1964）341頁、大判昭和13年3月1日民集17巻313頁）。

ところが、最高裁はこの場面においてまず注文主からの相殺を認めた。最判昭和51年3月4日民集30巻2号48頁では、請負人の残代金請求に対して、修補に代わる損害賠償請求による、注文主からの相殺請求が問題となった。最高裁はこの処理を認め、さらに508条を適用することで、瑕疵修補に代わる損害賠償債権発生時から1年以上たってからなされた注文主の相殺の効力を認めた。その際最高裁は、損害賠償と代金減額との関係について次のような注目すべき理解を示している。「請負契約における注文者の請負代金支払義務と請負人の仕事の目的物引渡義務とは対価的牽連関係に立つものであり、目的物に瑕疵がある場合における注文者の瑕疵修補に代わる損害賠償請求権は、実質的、経済的には、請負代金を減額し、請負契約の当事者が相互に負う義務につきその間に等価関係をもたらす機能をも有するものである」。つづいて、最判昭和53年9月21日判タ371号68頁に興味深い判示が見られる。この事案も、昭和51年最判と同様、請負人の残代金請求に対して、修補に代わる損害賠償請求による注文主からの相殺が問題となっている。最高裁は、瑕疵修補に代わる損害賠償債権と報酬債権とは「同時履行の関係にある（民法634条2項）とはいえ、相互に現実の履行をさせなければならぬ特別の利益があるものとは認められず、両債権のあいだで相殺を認めても、相手方に対し抗弁権の喪失による不利益を与えることにはならない」とした。ここでは判例が、相殺処理によって代金減額を機能的に実現していることを端的に認めていることにまず注意すべきである。ただ同時に、そこでこの瑕疵修補に代わる損害賠償の目的が、「等価関係をもたらす」（傍点は筆者による）こととされていることは、後

述するとおり重要な意義を有する。

しかし、ここで認められる「同時履行の関係」なるものを、契約責任一般において同時履行の抗弁権の制度が前提とする牽連関係に基づくものの表現として捉えるならば、昭和13年大判と抵触することになるが、その後の最高裁判例の展開は、634条2項によって認められる「同時履行の関係」なるものを、むしろその後の当事者の相殺権の行使を許容・予定するものとし、ただ相殺権の行使があるまでは、報酬残債権と修補に代わる損害賠償の差額に関して遅延損害金を発生させないという効果（同時履行の抗弁のいわゆる存在効果）を実現する特殊なものとして精密化していった。

すなわち、最判平成9年2月14日民集51巻2号337頁は、修補に代わる損害賠償請求を行使した注文主が、これに基づいて請負人の残代金請求に対して同時履行の抗弁を行使できるかが、報酬残債権と修補に代わる損害賠償との差額に関する遅延損害金の起算点との関係で争われたものであるが、最高裁は、そこで次のような枠組みを提示したのである。①報酬債権（甲債権）全額と瑕疵修補に代わる損害賠償債権（乙債権）とは原則として同時履行の関係に立つ。②ただし瑕疵の程度・各契約当事者の交渉態度等に鑑み、注文主が乙債権に基づき甲債権の履行を拒むことが信義則に反するときは、この限りでない。③瑕疵が重要でなくかつ修補に過分の費用を要することは、同時履行の抗弁を封ざる信義則の一要素となる、とする。事案においては、注文主の同時履行の抗弁に対して、さらに請負人の側から相殺の主張が出されたが、請負人に相殺権放棄があったとする事実認定を前提として、注文主の同時履行の抗弁の主張を認めている。つまり634条2項後段の同時履行の抗弁は、当事者の相殺の主張までは遅滞責任を免責するが、相殺権が行使されれば相殺の残余として存続する債務は遅滞するのである。次いで最判平成9年7月15日民集51巻6号2581頁は、相殺後の残余の遅滞の起算点が、相殺権行使時から相殺の遡及効によって相殺適状時まで遡るかが問題とされた。最高裁は

④原則として起算点を相殺時とし、⑤信義則上の例外的遡及を認める枠組みを示している。

ここからは、最高裁の判例法理が、634条2項の同時履行の抗弁を、双務契約一般の牽連関係に基づくものとしてではなく、その後の相殺を予定して、請負における修補に代わる賠償を代金減額的に行使させるための特殊な制度的保障として位置づけている（従って昭和13年大判とは直ちに抵触しない）ことがわかる（以上につき八木一洋「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成9年度179頁（2000）、特に186頁以下参照）。さらにこの判例法理が、代金減額の処理の機能的実現のために、修補に代わる損害賠償額の確定に向けた請負人・注文主の間の交渉促進規範として機能することを指摘する興味深い主張（森田宏樹「判批」平成9年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊1135号）79頁（1998））がある⁹⁾。

II. 比較法的瞥見

以上のような日本の代金減額制度の特徴を明らかにするために、以下では、ドイツ法・フランス法及び近時の契約法の国際的統一（CISG・PECL）を取り上げて¹⁰⁾、簡単な比較法的な考察を行ってみよう。そこでは、どのような契約類型を射程に入れて、いかなる法的性質のものとして、代金減額制度が用意されているだろうか。

1 ドイツ法

ドイツ法において、代金減額制度は、「代金減額権（Minderung）」として、膨大な議論が蓄積されている。ここではBGB旧規定を出発点としつつ、それが2001年の債務法現代化法（SMG）によって、どのような変貌を遂げたかを中心に、ごく簡単に紹介・検討してみたい。

(1) BGB旧規定

BGB旧規定の代金減額制度の特徴は、第一に「代金減額権」が、売買契約（旧規定462条及び469条以下）の他、賃貸借契約（旧規定537条）、請負契約（旧規定634条）等の広範な契約類型について条文化されているところにある。第二に、売買・請負については、代金減額が瑕疵担保責任の救済方法としても用意されていることが興味深い。しかし、第三にそれらの「代金減額権」の法的性質は、事情変更に基づく司法的契約改訂に類するものから、危険負担制度の具体化にいたる多様なものとされていることにも注意すべきである。

(a) 売買契約における代金減額

(ア) 「代金減額権」の射程

売買契約における代金減額制度としては、まず瑕疵担保についてのものがある。売主の担保責任に関するBGBの規定群は、債務不履行と瑕疵担保との二元的構成を採った上で、ローマ法の按察官訴権¹¹⁾を範として設計されたといわれ、「瑕疵担保解除権（Wandelung）」とならんで「代金減額権（Minderung）」という救済が

9) 森田宏樹評釈においては、平成9年2月最判が上述した②において634条2項の同時履行の抗弁権が制約される信義則的考慮要素の一つとして当事者の交渉態様を挙げている点もその根拠とされている。確かに546条において同じく準用される533条の同時履行の抗弁の信義則的制約において、もっぱら両債務の金額の多寡・均衡のみに言及する最判昭和63年12月22日金法1217号34頁とは異質な判断枠組みを平成9年2月最判が採用していることは明らかである（このことは平成9年2月最判の原審では、昭和63年最判の枠組みが採られていただけに一層際だつ）。ただし、代金減額をめぐる交渉促進規範として機能させるためには、遅延損害金の始期の決定にあたってさらなる手当は必要であろう。例えば請負人が、受働債権たる修補に代わる損害賠償を過小に評価して相殺し、残代金を請求した場合に、当該相殺の意思表示の時点、遅延損害金の起算点とし、その後適正な額に拡大された損害賠償額を控除されるとはいえ、その時点から差額について遅延損害金が付される場合には、修補に代わる損害賠償の額について真摯な交渉をするインセンティブは生じない。

10) 英米法の検討は行うことができなかったが、これらの大陸法的な諸法典との比較だけからでも、明治民法典と我が国の現在の議論の特殊性は以下に述べるとおりに浮かび上がる。

11) 按察官訴権には、瑕疵担保解除としては *actio redhibitoria*、代金減額制度としては、*actio quanti minoris* (*actio aestimatoria*) と呼ばれる制度が存在していたが、BGBの構成はこれに明示的に依拠して立法されたとする理解が通有されている。

用意されている。

BGB 旧規定 462 条

459 条及び 460 条により売主の責めを負うべき瑕疵に基づいて、買主は、売買の解消 (Wandelung) または売買代金の引下げ (Minderung) を請求することができる。

なお BGB は、売主に権利供与義務があることを根拠に (旧規定 434 条)、権利の瑕疵については一般債務不履行責任の問題とし (旧規定 440 条は債務不履行一般の救済に関する旧規定 320 ~ 327 条を援用している)、例えば日本民法 563 条 1 項のような権利の瑕疵についての担保責任の効果としての代金減額の制度を独立には用意していなかった。

(イ)「代金減額権」の要件

BGB 旧規定 462 条の「代金減額権」の要件として問題となるのは、まず「物の瑕疵」である。旧規定 459 条によれば、この瑕疵の概念は、価値または通常のもしくは契約上前提とされている使用への適合性を、失うことまたは減じること (1 項) 及び保証された性状を欠くこと (2 項) である。このように瑕疵の有無は客観的に決まるのではなく、契約によって合意されたところを基準として決まるとする「主観的瑕疵概念」が採られている¹²⁾。

このことは、代金減額と損害賠償との関係についても重要な意義を有する。主観的瑕疵概念を採ると、瑕疵ある当該目的物が契約上義務づけられたものよりも価値が大きい場合が生じる。瑕疵に起因する減価が生まれていない場合には、代金減額権は生じない (Staudinger, Kommentar zum BGB 13. Aufl. (1995) (以下 *Staudinger/Honsell*¹³⁾ と略す) §472, Rn.1)。他方で瑕疵が買主に損害を生んでいることは代金減額の要件ではない (*Jauernig/Vollkommer*, BGB 9. Aufl. (1999) §472, Anm.3)。また、代金減額請求と損害賠償請求とは択一関係にあり、損害賠償請

求に加えて代金減額請求はできないとされていたのが、BGB 旧規定の重要な特徴であった (Staudinger/Honsell¹³⁾, aaO)。

(ウ)「代金減額権」の効果

また「代金減額権」の効果として問題となるのは、その減額の算定方法であり、次の規定がある。

BGB 旧規定 472 条

第 1 項 代金減額にあたっては、売買代金は、売買の時点で、瑕疵なき状態であれば目的物の有した価値と現実の価値との間に成立する比に従って減額されなければならない。

これは「相対的評価方法 (relative Berechnungsmethode)」と呼ばれ、次のようなものである (Staudinger/Honsell¹³⁾, §472, Rn.4)。すなわち、契約締結時において、瑕疵なかりせば当該目的物の持ったであろう価値 (以下価値 A と呼ぶ。ここでは 300 ユーロとしよう) に対して、瑕疵ある目的物が実際に持っている価値 (以下価値 B と呼ぶ。ここでは 200 ユーロとしよう) との間で成立する比率に従って、契約された代金額 (以下価格 a と呼ぶ。ここでは 270 ユーロとしよう) が減額される (代金減額制度によって決まる価格を以下価格 b と呼ぶ。90 ユーロ引き下げられて 180 ユーロとなる。∵ 270 - 270 × 200/300 = 90)。この評価方法は、 $A : B = a : b$ という比の関係として表現できるが、それは $A : a = B : b$ としても表現できることに注意すべきである。

これに対して、A と B との差額を、a から減額するという b の算定方法も想定される (このとき b は 170 となる。∵ 270 - (300 - 200) = 170)。これは「絶対的評価方法 (absolute Berechnungsmethode)」と呼ばれるものであり、ドイツの実務においては否定されている (BGHZ 58 181)。瑕疵除去費用 = m とした場合に、代金減額の計算方法を $b = a - m$ とする

12) 純然たる数量不足は、種類物売買の場合には一部不履行とされ、特定物売買の場合には 459 条の瑕疵にあたることされる (Staudinger/Honsell¹³⁾, §459, Rn.42)。その結果、後者の場合には Minderung が可能となるであろう。

(絶対的評価方法と同じになる) ことが許容される場合は、 $A = a$ という場面だけであるとしているからである¹³⁾。相対的評価方法においては、当初合意において、当事者が主観的に確立した契約上の等価性 ($A : a$ という比によって示される) を、瑕疵があるという事情の下で維持すること ($A : a = B : b$) が、代金減額制度の目的であることが示されている。絶対的評価方法が採られないのは、この方法では、契約価格が瑕疵なき物の価値と一致している場合以外には、この契約上の等価性がむしろ損なわれる ($300/270 < 200/170$) からである。

ここからは、「代金減額権」は売買目的物の瑕疵によって変更された事情に契約を適合させる権利を買主に与えるものであるということがわかる。その結果、合意された代金額と物の価値の間に主観的に存在していた等価性は、瑕疵ある給付によって失われたものの、代金減額の結果、あたかも最初から瑕疵のあるものが契約の目的とされていたかのように、いわばより低いレベルで回復されるわけである。

注意すべきことはここで基準となる「等価性」があくまで主観的¹⁴⁾なものであって、当初合意された価格の相当性は問題とならないということである (Staudinger/Honsell¹³⁾, §472, Rn.4)¹⁵⁾。瑕疵あるものの価値が、当初合意された価格を上回っていても、減額はなされる (Staudinger/Honsell¹³⁾, §472, Rn.5, RGZ 62 384, 386. $B=280 (> 270)$ のとき $b=252$ となって代金は 18 ユーロ減額される)。

(エ) 「代金減額権」の法的性質

ドイツ法上の「代金減額権」の法的性質については、BGB 旧規定における「代金減額権」

特有の「実現 (Vollziehung)」手続の意義をめぐる論争が参考となる。

BGB 旧規定において、買主は代金減額権を、形成権として一方的に行使することもできないし、賃借目的物に瑕疵がある場合の賃貸借に関する旧規定 537 条 1 項のように、法律上当然に生じるとすることもできない。

買主は代金減額権を行使するためには、次のとおり定められた「実現」手続の履践が必要であった。

BGB 旧規定 465 条

瑕疵担保解除又は代金減額 (die Wandelung oder die Minderung) は、売主が、買主の請求に基づき、それに同意を表示した (mit ihr einverstanden erklärt) ときに実現される (vollzogen)。

この手続は二段階であって、目的物に瑕疵ある場合、買主はまず旧規定 462 条に従って「瑕疵担保解除又は代金減額 (Wandelung oder Minderung)」の申立てを行う。「瑕疵担保解除又は代金減額」の救済はそれぞれ、旧規定 465 条に従って売主が同意表示をするか、買主が同意表示に代わる判決 (ZPO894 条) を得ると、「実現」される。つまり旧規定 462 条・465 条に従い、買主はまず、「瑕疵担保解除又は代金減額」の「実現」に向けた請求権を有している。これが「瑕疵担保解除又は代金減額に対する請求権 (Anspruch auf Wandelung oder Minderung)」である。売主の同意表示または同意表示に代わる判決 (ZPO894 条) を得ることで生じる旧規定 465 条の「実現」を前提としてはじめて、買主は、代金の一部返還の請求権を有する。これが「瑕疵担保解除又は代金減額に基づく請求

13) 厳密には、さらに $B = A - m$ とする追加的前提が必要となる。これらの前提があつてはじめて $A : B = a : b$ という相対的評価方法によっても $b = a - m$ という減額された代金が導出される。ちなみに B の決定方法を、 m とは無縁に、例えば市場における転売価格などを用いて決定する方法もあり得るが、相対的評価方法を採るからといって、 B の決定方法として $A - m = B$ を採ることは排除されない。BGHZ 58 181 も採用しているこの相対的評価方法における b は $b = a \times (A - m) / A$ となり、なお絶対的評価方法による $b (= a - m)$ とは異なることに注意すべきである。

14) ただし算定の基礎となる A や B といった価値は客観的に評定されるのであって、このことは「等価性」(A に a が対応させられ、それが相対的評価方法の基準とされる比率を形成すること) が主観的であるということと何ら矛盾しない。

15) つまり「等価性」とはいつでも $A : a = 1 : 1$ である必要はない。この等式の示す「正当価格 (justum pretium)」の思想(大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣、1995) 68 頁以下参照) は、近代法において歴史的に克服されるべきものであって、ドイツの「代金減額権 (Minderung)」はそれとは無縁なのである。

権 (Anspruch aus Wandelung oder Minderung)」である。

ただ判例法は、「瑕疵担保解除又は代金減額」が買主の一方的意思表示によって実現されるとはしていないものの、買主が売主に対して直接の払戻しを最初から請求することを許容している (RGZ 101 64, 71)。旧規定の「代金減額権」の性質をめぐっては、契約説、形成権説、形成訴訟説が対立していたが、実務は、この対立にコミットすることなく、実際上の必要から折衷的な態度を採っていたわけである¹⁶⁾。

以上から、ドイツ法における瑕疵担保責任の効果としての「代金減額権」は、必ずしも解除に類比することはできないことがわかる。他方で通説にはこの制度を危険負担との関係で位置づける議論もおよそ見あたらない。特に注意すべきは、BGB 旧規定の「実現」手続では、あたかも、変更された代金条項を含む新しい契約が成立することが、一つの論理階梯として、用意されているかのようである、ということである。ドイツにおける「代金減額権」の法的性質をめぐる議論からは、それが、事情変更の効果とも親近性のある、契約改訂としての性格を持つものとして早くから意識されてきたことがわかる。そして BGB 旧規定が「実現」手続という難解な制度を用意していたのは、「代金減額権」という制度が近代法上の契約理論と抵触することを意識した上で、これに手当を施そうとする慎重な態度の現れと見ることができる。なぜならそれは、代金減額された契約と当初契約との間に、変更された代金条項を含む新契約の成立という論理階梯を一枚挟むことによって、

この抵触を和らげようとするものだからである。

(b) 賃貸借における代金減額

BGB は、次のように賃貸目的に瑕疵がある場合の賃料減額について定める。

BGB 旧規定 537 条

賃貸物を賃借人に引き渡した当時において、当該目的物に瑕疵があり、そのために契約に従った使用に対する適性を全く欠くか減じるかした場合、及び、このような瑕疵が賃貸期間中に発生した場合に、賃借人は、目的物が使用への適性を欠く期間中は賃料支払義務を免れ、目的物が使用への適正を減じている期間中は、472 条ないし 473 条によって算定される賃料の一部についてのみ支払義務を負う。

この瑕疵についての賃貸人の帰責性は不要であり、同条は危険負担 (債務者主義) に関する BGB 旧規定 323 条¹⁷⁾ の特則として位置づけられる。後発的使用不能が、瑕疵に由来するのではなく、目的物の滅失に由来する場合には旧規定 323 条が補充的に適用される。また後発的使用不能が瑕疵に由来する場面であっても、その瑕疵に賃借人の帰責事由がある場合には旧規定 324 条¹⁸⁾ が適用される (Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd.2, Halbband.1 (1986), S.234-235)。

この規定は、売買や請負とは異なり、代金減額について賃借人からの請求を必要とする規定振りになっていないことに注意すべきである。また同条は旧規定 472 条を実際の減額算定には準用しているにも拘わらず¹⁹⁾、売買に關す

16) 「代金減額権」の法的性質をめぐる BGB 旧規定下の学説の対立と実務の状況につき、Staudinger/Honsell³, §465, Rn.2-8 を参照のこと。

17) 旧規定 323 条 1 項は次のような規定である。「双務契約の当事者の一方に義務づけられた給付が、当事者のいずれの責めにも帰すことのできない事情で不能となったときは、その当事者は反対給付請求権を失う。一部不能の場合においては、反対給付は 472 条及び 473 条の規定に従って縮減される。」

18) 旧規定 324 条 1 項は次のような規定である。「双務契約の当事者の一方に義務づけられた給付が、相手方の責めに帰すべき事情で不能となったときは、その当事者は反対給付請求権を失わない。ただし、この者が給付を免れることによって、不要となった支出、または労働力を他に振り向けることで得たもしくは得るのに悪意で得ようとしなかった利得についてはこれを控除しなくてはならない。」

19) BGB 旧規定は、契約総則の危険負担の規定が契約各則の売買契約における「代金減額権」の細則を準用する方式を採っているが、このことから、売主の瑕疵担保責任の効果としての「代金減額権」は、危険負担としての法性決定を当然には受けないし、反対に一部不能に基づく危険負担制度は、制度上売買契約における「代金減額権」の細則を適宜取捨選

る旧規定 462 条の代金減額とは異なり、既述した代金減額の「実現」のようなプロセスは存在させられていない。

このように、瑕疵担保に基づく対価減額の制度は、賃貸借と売買契約とで、その法的性格を異にしていることには注意すべきである。

(c) 請負における代金減額

BGB 旧規定は請負契約についても仕事に瑕疵がある場合に、注文主に代金減額権を次のように認めていた。

BGB 旧規定 634 条

第 1 項 第 633 条に挙げた態様の瑕疵の除去のために、注文主は請負人に対して、当該期間徒過後には瑕疵の除去を拒絶する旨の表示を付して、相当期間を設定することができる。仕事の交付の期日より前に、既に瑕疵が明らかな場合には、注文主は直ちにこの期間設定ができる。この期間は、仕事の交付の期日より前に経過することのないように定めなくてはならない。この期間が徒過した後は、瑕疵が適時に除去されない場合には、注文主は、契約の解消（瑕疵担保解除 Wandelung）または報酬の引下げ（代金減額 Minderung）を請求することができる。瑕疵除去の請求権は排除される。

第 2 項 瑕疵の除去が不可能な場合、瑕疵の除去を請負人が拒絶している場合、または注文者に特別の利害があって即時の解除もしくは減額の請求権行使が正当とされるべき場合には、この期間設定は不要である。

第 3 項 瑕疵が仕事の価値または有用性を、取るに足らない程度にしか減少させないときは、解除はできない。

第 4 項 解除または代金減額に関しては、売買に関する 465-467 条及び 469-475 条を準用する。

BGB は旧規定 633 条において請負人に契約上瑕疵修補義務を認めているので、その契約責任としての法性決定は明らかである。このことから、旧規定 634 条において顕著であるのは、解除または代金減額に関して催告手続が厳重に

課されているという点である。同条 2 項の要件はほぼ一般債務不履行解除法における無催告解除の例外的許容の要件と共通である。また注意すべきことは、瑕疵が重大でない場合にも 3 項の反対解釈によって認められる代金減額請求に関して、2 項の催告要件が文理上ははずれないということである。この点は、売買に関しては見られない特徴であるが、BGB 旧規定においては瑕疵除去請求権の契約責任としての第一義性が売買と請負とでは異なっていることから説明できる。

しかし、以上のような相違にも拘わらず、売買の代金減額に関する諸細則が請負の場面でも広く準用されている。

(2) BGB 新規定

(a) 売買契約における代金減額

BGB 新規定では、物の瑕疵のみに認められていた代金減額権の制度を権利の瑕疵にも拡張した (*Stephan Lorenz, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht* (2002), S.283)。

BGB 新規定 441 条

第 1 項 買主は、解除に代えて代金額を売主に対する意思表示によって減額することができる。323 条 5 項 2 文の解除排除原因はこれを妨げない。

第 2 項 買主の側ないし売主の側に複数の当事者が関与している場合には、代金減額の意思表示は、全員によってないし全員に対してなされなければならない。

第 3 項 代金減額に際しては、売買代金は、契約締結時に当該目的物が瑕疵なき状態にあれば持っていた価値がその実際に持っていた価値に対して有する比率に従って引き下げられる。代金減額は、必要な場合には、鑑定によって評価される。

第 4 項 買主が、減額された売買代金以上に、既に支払っていた場合、超過額は売主から返還されなければならない。346 条 1 項及び 347 条 1 項は準用される。

新規定の特徴は一言で言えば、代金減額権を解除権と緊密に連結したという点にある。

まず要件の実質においては、行使の前提に催告徒過が必要とされた。新规定 441 条 1 項が、解除の要件についてはずしているのは、不履行の重大性要件のみであるから、重大であるとはされない (*unerheblich*) 履行障害に基づき代金減額権を行使する場合には、解除のその他の要件が課される (*Lorenz, Id.*, S.284)。この場面での売主の追完利益の保障を挙げて催告制度に委ねている点で、BGB 新规定は履行請求権構成を貫徹している²⁰⁾。なお新 BGB は売主に固有の救済としての追完権を認めないので、それとの衝突も生じない。

また、新规定は、代金減額制度の法的性質について、これを形成権として明確化した²¹⁾。一方で賃貸借等の場合の代金減額制度 (BGB 新规定 536 条参照) とは異なり、法律上当然の減額は生じず、買主の意思表示が必要とされるが、他方で、旧法下における契約構成は捨てられた。代金減額権が形成権として行使されると、代金額は直ちに引き下げられ、他面で買主の追完請求権は消滅する (ここでも履行請求権構成が貫かれている)。

なお、減額算定の方法については、起草過程では相対的評価方法が否定された時期もあったが、結局は維持された。

買主によって超過支払が既になされている場合について、従来返還請求権の根拠が議論されてきたが、これについては 441 条 4 項の明文によって手当がなされた。

注意すべきことは、BGB 新规定における代金減額権は、BGB 旧規定においてみられたように損害賠償請求権と排他的択一的な関係には

立たず、損害賠償請求権と組み合わせて用いることができるようになったということである²²⁾。この点で、後述する CISG や PECL と軌を一にする。

(b) 賃貸借における代金減額

賃貸借に関する BGB の規定群は、債務法現代化法にさきだつ別の法律によって 2001 年 6 月に大幅に改正されていたが、BGB 旧規定 537 条は、基本構造に変更を加えられることなく 536 条となった。ただ上述した賃料減額の算定に関してなされていた 472 条・473 条の準用がはずされたが、これは、賃料減額について、「パーセント評価条項」という評価方法²³⁾に道を開くためのものであった (BT-Drucks 14/4553, 40)。現代化法による改正後の BGB 新规定 536 条にもほぼそのまま (瑕疵の語は *Fehler* から *Mangel* に改められた) 再録されている。

(c) 請負における代金減額

新规定においても条数は 634 条のままである。売買法の改正に伴い、その法的性質を形成権とする点や催告手続の不要とされる場面について、ほぼ売買と横並び²⁴⁾となった。減額の算定方法について、これまでのような売買の規定 (旧規定 472 条) の準用を改め、請負固有の規定 (638 条 3 項) が新設されたが、内容的には売買に関する新规定と同様である。

2 フランス法

次に現行フランス民法典における代金減額制度²⁵⁾について一瞥する。ドイツ民法典ほど詳

20) ちなみに買主の過失が瑕疵の発生に介在している場合の処理も解除権消滅の規定と同様となり、主たる原因が買主にある場合には、代金減額権も排除される (*Lorenz, Ibid.*)。

21) これは後述するとおり CISG50 条とも共通の方向である。この法性決定によって消滅時効の処理を変更することもねらわれていたが、この点には本稿では立ち入らない。

22) *Barbara Dauner-Lieb, Schuldrecht, Anwaltskommentar* (2002), S.597. BGB 新规定 325 条は旧規定において顕著であった解除と損害賠償との排他的択一関係 (*Entweder-Oder*) を明文で否定した。新规定 441 条による代金減額権は、解除に代えて認められるものである以上、損害賠償との併存関係も、解除と同様とされたわけである。

23) この方法は、賃貸借に生じた履行障害にもとづき、賃料について客観的に決まる割合によってではなく、市場が瑕疵の存在をどう評価するかということを基準として、パーセントによる賃料の値引きを行うものである、という (*Lothar Haas, Das neue Mietrecht* (2001), S.100)。

24) ただ 636 条には追完の不達成に関する 440 条 2 文のようなみなし規定がない点で異なる。

25) 現在進行中の債権法改正においては、本文で後述する現行フランス民法典の規定は改正の対象となっておらず、代

細ではないにせよ、フランスの代金減額制度の射程も日本法より広い。

(1) 売買契約における代金減額

まず、フランス民法典も瑕疵担保責任の効果として、損害賠償とならんで、代金減額の救済を「評価訴権 (action estimatoire)」として認めている。

フランス民法典 1644 条

1641 条及び 1643 条の場合に買主は、目的物を返還して代金の払戻しを受けるか、または物を保持したまま代金については評価人の鑑定に従って決まるその一部を返還させるか、を選択することができる。

その際、フランスの学説も、代金減額に契約改訂の要素を見出しており、この裁判官の契約介入の契機が、1134 条すなわち意思自律の原理との間できたす抵触が強く意識されていることに注意すべきである。例えば Jacques Ghestin et Jérôme Huet, *Traité de droit civil: Les principaux contrats spéciaux* (2001) n.11363 は、評価訴権を、売主の負う担保義務 (obligation de garantie) に対するサンクションとしつつ、裁判所に原則として契約改訂権がないのに、この救済を認めることは一見奇妙なように思われる、とする。その上で、解除制度においても判事には広い裁量が認められていることを引き合いに出して、評価訴権を契約責任制度の中に位置づけている。フランスの契約解除の性格から考えれば、代金減額が、契約に対する判事の裁量的介入の文脈におかれていることはここにも顕著である。

また、代金の一部を返還することで、「合意の再均衡 (rééquilibrage de la convention)」が実現する (Ghestin/Huet, *loc. cit.*) ことをこの制度の機能として整理する視点には、後述する「内生的アプローチ」が窺える。しかし、他方で、減額分は、物の瑕疵が顕在化したことによって目的物が被る減価分と一致していなくてはな

らないとされているという (Ghestin/Huet, *Id.*, n.11364 は Poitiers 17^e sect. 29 février 1984 Jurisdata n.84219 を引く)。これはドイツにいう絶対的評価方法に他ならないが、そうであるならば、契約上の均衡の維持という内在的視点が堅持されているとは言い難いことになろう。

(2) 役務提供契約における代金減額

他方、請負等の役務提供契約における代金減額については根拠条文がないが、判例法上広く代金減額が肯定されている²⁶⁾。根拠規定がないだけにかえて、この契約類型についての学説における議論は、売買契約に関する上記の議論から見て取れる代金減額の制度の性格をめぐる基本構想の対立を一層顕著に示している。

ここでも、フランスの学説は代金減額を意思自律の原理に抵触するものとするところから出発する。例えばこの制度はしばしば「契約の拘束力の歪曲」と捉えられる (上井・前掲注 26) 158 頁以下参照。Paul-Henri Antonmattei et Jacques Raynard, *Droit civil: Contrats spéciaux* (1997) n.425, Jean-Régis Mirbeau-Gauvin D., *juris.*, 1988, p.221.)。

しかし、そこから次の問題として出てくる、代金減額制度における介入の正当化根拠をめぐっては、二つの立場が検出されるように思われる。

(a) 外挿的アプローチ

第一は、介入を極めて率直に容認するものであり、例えば契約正義 (交換的正義) の観念を持ち込んで、裁判官による契約規範 (loi contractuelle) の停止を端的に論じる議論や、履行過程における契約当事者の誠実義務の一種として、契約債権者の側に寛容義務 (些細な不履行を寛恕する) があるとし、それによって介入を正当化する議論がある (上井・前掲注 26) 註 77 対応本文箇所参照)。

(b) 内生的アプローチ

しかし、第二に、この介入に何らかの当該契

金減額について直接の法文上の提案は見あたらないようである。

26) 先駆的な概観として上井長十「フランス法におけるサービス契約の不履行と代金減額請求権：契約不履行救済論の再構築に向けて」法學政治学論究 54 号 145 頁 (2002) がある。

約に内在的な構造に由来する制約をかけようとする立場が模索されている。

その手掛かりを、当事者の意思に求める立場が存在する。例えば、代金減額権を「黙示的意思」の仮構によって一応²⁷⁾根拠づける議論(Mirbeau-Gauvin, *Id.*, n.13-15)が存在する²⁸⁾。

また、契約の内的構造に関する議論としてフランス法学特有の水源を形成しているコースズに依拠する議論も有力に展開される。そこでは、代金減額制度は「履行過程におけるコースズの一部喪失」という文脈において問題にされることになる。この立場は、「対価的均衡」というものを契約の内部構造から取り出し、これを代金減額制度を制御するキー概念として用いるわけである。しかし、コースズの内容に当事者の主観的な要素が含まれるか否かというコースズをめぐる宿痾の問いは、ここでも議論を巻き込まざるをえず、コースズに依拠する論陣も直ちに分裂していく。一方で主観的要素を重視する立場²⁹⁾からは代金減額の基準も主観的均衡に求められることになるが、他方でコースズ論を履行過程に拡張した上で、コースズ概念からもっぱら客観的な均衡を問題にして、むしろ主観的均衡を排除しようとする議論は、これと対立してくる(上井・前掲注26)160頁以下参照)。

(3) 賃貸借契約における賃料減額

(a) 賃貸目的物の一部滅失

賃貸借契約が目的物滅失によって一部不能となった場合の処理としての賃料減額については、次の定めがある。

フランス民法典 1722 条

賃貸借期間中に、賃貸目的物が事変(cas fortuit)によって全部滅失したときは、賃貸借契約は法律上当然に解約される(résilié)。一部滅失の場合には、賃借人は、事情に応じて賃料減額か解約かを請求することができる。ただしいずれの場合にも損害賠償請求はできない。

同条前段の全部滅失について、Ghestin/Huet, *Id.*, n.21155 は、「危険の理論(théorie des risques)」によって説明している。「賃貸人は、物の所有者であるから、物危険を負担するが、賃借人に使用収益させる義務者としては、契約危険も負担する。なぜなら賃貸人はもはやこの義務を履行できなくなっているからである。」これは、危険の理論を支配する二つの原理、すなわち「物は所有者の負担において滅失する(res perit domino)」という原理及び「物は債務者の負担において滅失する(res perit debitori)」という原理の複合した適用であって、「危険が実現すると、当事者の交互的な義務は、対称的かつ即時に消滅する」とする。

しかし「目的物を失う結果、賃貸借契約は解除される(résolu)、いなむしろより正確には、ことは継続的契約に関わっている以上、将来に向けて消滅をもたらす解約がなされる(résilié)のである」とされているところから明らかなように、ここでの危険の理論に基づく説明は、法律構成としての解除との緊張関係を意識してのものではない。

27) Mirbeau-Gauvin には、意思構成に拠りつつも、これを突き放している口ぶりが窺える。この議論が「技巧的」であることが自嘲的に指摘され、またその延長に、事情変更法理の許容という問題が控えていることが強く意識されている。一方で、仮定的意思を援用しつつ、変更した事情に契約を調整することも当事者の意思の尊重にかなうと論じてみせつつ、他方で、贈与に関する 900-2 条の新設によって、事情変更法理否定の判例法(1876年の Canal de Craponne 判決以来のそれ)の原則を維持することは難しくなっており、「一世紀以上たった大建築に走っている亀裂に気づかない者があるろうか」という。

28) この潮流に整理できるものとして、Alain Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties* (1980) がある。Ghozi は、契約当事者の意思による契約内容の変更の方法として「債務の修正」という概念を提案するが、代金減額(ただし売買契約における既述した 1644 条によるものに関する)を、当事者の意思による「債務の修正」の一つのタイプ(modification synallagmatique と呼ぶ)について、法典がモデルを示したものとして説明する(n.279-)。

29) ただし、この論陣も議論の重点は成立時におけるコースズに置いており、必ずしも履行過程におけるそれを主たる対象としたものではなかった。履行過程における代金減額の救済は、成立時に前倒しにすれば、一部滅失の場合の代金減額によって契約の効力を救う選択権の規定(フランス民法典 1601 条 2 項)に関して問題とすることができる。

このことは一部滅失に関して、同条が、代金減額について請求を必要としていることとも関連する。これは一部滅失の場合に、契約目的を実現し得なくなった場合の賃借人の利益を考慮してであろうが、賃借人には、代金減額とならんで賃貸借契約の全部解約がその選択に委ねられているから、選択権の行使が必要であるというところに、直接は由来していると見るべきではあろう。しかし、このことは少なくとも一部滅失による代金減額権を、危険負担に基づく自動的債務消滅とは構成し得ないことを意味しているとも言える。

(b) 目的物の瑕疵についての担保責任

賃貸目的物に瑕疵がある場合には、1721条の賃貸人の瑕疵担保責任の効果として、賃借人は賃料減額を請求でき、このことは売買における代金減額と同様であるとされる (Ghestin/Huet (初版、1996), n.21171, Paris 13 juin 1849 DP.1849.2.212)。細かい議論があるわけではないが、売買における1644条の代金減額の法的性質について上述したことがここでもあてはまることになる (Ghestin/Huet 前掲書 (初版) は Marcel Planiol et Georges Ripert, *Contrats civils* t.10, 1^{ère} partie (1956), n.540 を引く)。

さらに、破産院は近時、賃貸人の使用収益させる義務の懈怠の場面³⁰⁾でも賃料減額を認めるに至っている (Cass.3^e civ. 15 décembre 1993, D., juris., 1994, p.462)。破産院は、不能に言及することなく、賃貸人の義務違反を考慮に入れて、減額された賃料供託で足りるとした。この判決の評釈においては、この処理を (1722条ではなく) 1721条に基づいて認められる評価訴権を前提としているものとする議論がなされている (note Michel Storck D., juris., 1994, p.464)。賃料の一部支払いについて賃貸人には受領拒絶権があるため、破産院の解決のためには判事の介入が不可欠であるとする。Storckによれば本

判決は、賃借人に、まずは約定賃料全額の支払いを停止することを認め、次いで、事実審の裁判官に不能とは評価できないこの状況の下でも賃料を減額する権限を与えて、賃貸人の側で生じた事情にふさわしく賃料の減額を判事に求めることを認めたものとされる。このメカニズムにおいては契約から生じた債務の停止 (suspension) がまずあり、次いでその改訂 (réfaction) が生じ、それが賃貸人の不履行のもとでも存続する新しい状況を生み出す、という。

3 契約法の国際的統一の諸提案

以上に一瞥したドイツ・フランス法におけるような代金減額権は、契約法の国際的統一の諸提案においても (アングロサクソン系の国々には異論がないわけではないようではあるが)、広く承認されている。

(1) ウィーン国際動産売買条約 (CISG)

まず、CISGは契約不適合の場面での買主の代金減額権について次のように定める。

CISG50条

物品が契約に適合しない場合には、代金が既に支払われたか否かを問わず、買主は、現実に引き渡された物品が引渡時において有した価値が契約に適合する物品であったとしたならば当該引渡時において有したであろう価値に対して有する割合と同じ割合により、代金を減額することができる。ただし、売主が第37条若しくは第48条の規定に基づきその義務の不履行を追完した場合又は買主がこれらの規定に基づく売主による履行を受け入れることを拒絶した場合には、買主は、代金を減額することができない。

Müller-Chenによれば、同条の代金減額権は、損害賠償とは異質であることはもとより、一部解除としても捉えられていない。それは、端的

30) 次のような事案である。ショッピングアーケード内の店舗用スペースの賃貸借において、賃貸人が管理を怠ったため賃借人は営業時間内の使用が確保できず、当該スペースへのアクセスが十全でなかった。しかし、賃借人は賃貸場所の占有を続けつつ、賃貸人の義務違反の分だけ減額された額を供託していた。賃料不払いによる解除請求との関係で、供託額が賃料全額でなければならないかが問題となった。

に、変更した事情への売買契約の適合として捉えられる (*Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht 4.Aufl. (2004), Art.50 (Müller-Chen) Nr.1, S.567*)。

しかし、BGBと比較すると、CISGにはその前提において大きな相違点が二つあることには注意しておくべきである。

第一に、CISGにおいては損害賠償に帰責事由が必要とされていない。その結果、損害賠償は認められないが、代金減額は認められるという機能局面³¹⁾が狭くなると意識されている。この機能局面においてのみ代金減額に固有のニーズがあるとする指摘もなされている。しかし、他方で、代金減額請求と損害賠償請求とを組み合わせる主張の有用性も指摘される (*Schlechtriem/Schwenzer, S.573, Nr 18*)。

第二に、CISGはBGBとは異なり、売主固有の追完権を用意している (CISG48条) ことにも注意すべきである。そして代金減額の局面での売主の追完利益保障は、売主の追完権を買主の代金減額権に対して制度的に優位に立たせることで図られており、そのために、BGBの「代金減額権」とは異なり、CISGのそれには催告手続が用意されていないことに特徴を有する。このことは見方を変えれば、不履行態様ごとに解除の入り口を変えるというCISGの構想を裏側から示すことになる。すなわち、CISGは催告解除をもっぱら遅滞についてのみ用意し、重大な不履行にあたらぬ不完全履行については、もっぱら50条の代金減額と48条の追完権によって、その場面での売買当事者の利害調整を図ろうとしているのである。不完全履行の場面で買主は、重大な不履行にあたる場合は解除、あたらない場合は代金減額権という救済を与えられることになり、売主は前者の場面では催告要件、後者の場面では追完権によってその追完利益を確保することになる。

(2) ヨーロッパ契約法原則 (PECL)

PECLも代金減額請求権を次のように認めている。

PECL9:401条

(1) 契約に適合しない履行の提供を受領した当事者は、代金の減額を請求することができる。この減額は、当該履行が提供された時点において契約に適合した提供があれば有したであろう価値と比較して、同時点における履行の価値の減少に比例して算定される。

(2) 前項の規定に従って、代金減額を請求する権利を有する当事者が、すでに、減額された価格を超える金額を支払っている場合には、当該当事者は、相手方から超過分の返還を請求できる。

(3) 代金の減額を請求する当事者は、併せて、履行の価値の減少に基づく損害賠償を請求することができない。ただし、これ以外に自己が被った損失については、当該損失が、本章の第5節に基づいて賠償請求が可能な限り、その賠償を請求する権利を有する。

PECL9:401条は、CISGとは異なり、その射程を売買契約に限定しておらず、広く契約一般に及ぶことはいうまでもない。また、同条は、瑕疵担保の場面に留まらず、広く数量不足の売買もカバーするものとして構想されている (*LANDO & BEALE, PRINCIPLE OF EUROPEAN CONTRACT LAW PART I AND 2 431 Illustration1(2000)*)。

また、PECL8:108条は、不履行について免責事由³²⁾を定めるが、PECL8:101条第2項は、この免責の及ぶ救済を履行請求権及び損害賠償に限定しているため、免責事由がある場合にも代金減額権を行使することは妨げられない (CISGと同様である。本稿前掲注31)参照)。履行の価値の減少という損害について、契約債務者が損害賠償請求を免れる場合でも、代金減額による救済を契約債権者に認める制度として

31) CISG79条5項により、同条1項の免責は、50条の代金減額権には及ばないので、この領域はなお残る。

32) (1) 一方当事者の不履行は、それが、当該当事者の支配を越えた障害によるものであること、及び、契約締結時において、当該障害を考慮に入れることを期待するのが不相当であること、または、当該障害もしくはその結果を回避すること、もしくは、克服することを期待するのが不相当であることを不履行当事者が証明したときは免責される。

構想されている。このように同条の射程は相当広いといえよう。

同条の体裁からは、PECL が BGB 新規定 441 条の起草過程において討議された論点を共有し、結論としてもほぼ共通の方向性を採用しているように見える。すなわち PECL9:401 条第 1 項は、その価値算定の基準時は異なっているものの、相対的評価方法を採る点では BGB441 条 3 項と共通する。絶対的評価方法の採否も論じられたが、結局、相対的評価方法に落ち着いたという BGB 新規定の起草の経緯に照らすと、その帰結に従っているようにも見える。また PECL9:401 条第 2 項は BGB441 条 4 項本文と同趣旨の規定である。PECL9:401 条第 3 項が履行の価値減少に基づく損害以外については、契約責任を追求しようとしている点は、BGB 新規定が旧規定の契約責任を刷新した最大の変更点の一つであるが、この点でも両法文は軌を一にしている。

Ⅲ. 代金減額制度立法の方向

以上の判例法的・比較法的考察から、日本における代金減額制度のあり方について、立法論として述べることは次のとおりである。

1 代金減額制度は必要か

現在検討作業が進められている日本の債権法改正において、代金減額制度に関して、果たして瑕疵を理由とする代金減額権を認めるべきか否かという問題が考えられる。しかし、この場面での被不履行者のニーズは瑕疵担保賠償制度によってまかなっている現在の判例・通説を前提にすれば、何故損害賠償制度に加えて、代金減額を用意する必要があるのかが論じられなければならない。

例えば、先に紹介した加藤説は、瑕疵担保責

任制度が代金減額の機能を営んでいることを一歩進めて、むしろ瑕疵担保責任制度の機能を代金減額制度に限定せよとする。これは、契約責任における帰責事由の意義を古典的な過失責任主義に即して理解した上で、瑕疵担保責任を無過失責任として捉え、過失責任たる一般債務不履行責任に対置し、むしろ無過失における履行障害の救済としての危険負担との並び³³⁾で効果を考える主張であるといえるであろう。無責一部不能は反対債務たる代金債務の一部消滅をもたらすというのが危険負担の論理であるが、瑕疵担保責任は、売主に帰責事由のない瑕疵(=無責一部不能)との見合いで代金減額(=反対債務の一部消滅)をもたらすものに限定されるべきであるというのがその要諦だからである。この立場から出発すれば、なにも瑕疵担保賠償に代金減額制度を以て屋上屋を架す必要はないことになる。

そこで、代金減額制度の立法のあり方を考えるためには、代金減額権と損害賠償請求権との関係を整理しておくべきであろう。

(1) 代金減額権と損害賠償との制度目的上の相違

まず、損害賠償請求権と代金減額権とは、救済としての目的が異なっている。

損害賠償の制度目的は、履行利益・信頼利益というカテゴリーを用いて次のように説明できるであろう。履行利益賠償の基準は、仮に不履行がなかったとすら、有効な当該契約によって契約当事者が実現していたであろう財産状態である。また信頼利益賠償の基準は、仮に当該契約を結ばなかったら実現していたであろう財産状態である。損害賠償制度はこのいずれかを実現しようとするものであるが、履行利益賠償は有効な当該契約の存在を前提とし、信頼利益賠償は契約の不存在を前提とするから、契約責任としてのそれは履行利益賠償として理解されている。

33) ただし、加藤説のこのような横並び(parallélisme)をするには、危険負担の制度的射程を、後発的不能のみならず瑕疵のような原始的不能への対処を含むものに拡張しておくことが前提となる。これは原始的不能ドグマ克服の延長線上にいきおい出てくる立場ではある。

これに対して代金減額の基準は、仮に当該不履行のあることを契約締結時に前提としていたから結んだであろう仮定的契約が実現する財産状態である。代金減額権もこの意味で或る契約の存在を前提とするが、それは履行利益賠償が前提としている当該契約とは別の契約である。この点で契約責任としての損害賠償と代金減額権はその制度目的に相違があるといえる。契約責任としての損害賠償は、当初契約の貫徹として捉えられるのに対して、代金減額は、次述するとおり仮定的契約への契約改訂としての側面を持っていることがここに示されている。

(2) 代金減額権と損害賠償との要件上の相違

代金減額権を導入する場合には、その要件面で、損害賠償との関係で意味があるものとして設計しなくてはならない。完全に解消されるのであれば不要であるし、効果に抵触があるようであれば有害だからである。

(a) 免責要件

この点で、CISGの態度を見ると、損害賠償にはCISG79条において、債務者の「支配を越えた障害」による場合の免責要件が定められているが、CISG50条の代金減額権については、この免責は働かないことは既述した（前掲注31参照）。同じようにCISG49条の重大な不履行解除にもこの免責は働かないが、代金減額権を発生させる客観的事由（例えば売買目的物における瑕疵の存在）が、重大な不履行にあたらぬ場合には、代金減額が買主の唯一の救済になる。このような場面に法的意義を認めるのであれば、CISGの規定するタイプの損害賠償制度を契約責任賠償の一般的規定とする立法論を採る場合には、代金減額を制度化しておく必要があることがわかる。

(b) 減責要件

また、CISGは被不履行者の損害軽減義務を定めるが（CISG77条）、同条はCISG50条の代金減額権に対しては適用がないとされている。損害軽減義務を一般的に認める立法論を採る場合には、代金減額権が、損害賠償請求権よ

りも減責されにくくなると想定され、この点で制度上の意義を有する。

(c) 算定方法

既述した制度目的に照らすと、減額の算定方法としてフランスにおけるように絶対的評価方法を採る場合には、履行利益を実現することになり（損害が代金額の範囲に収まる限度ではあるが）、その場合には結局損害賠償制度と同一に帰してしまう。このような効果を認めるとすれば、むしろ上記(a)(b)で見た要件の異なるものとして代金減額を用意することは妥当でないことになろう。従って、逆に上記の基準からは、ドイツ法及びCISG等のように、効果面では相対的評価方法を採るべきことになり、その上ではじめて、損害賠償制度との棲み分けが正当化できる。

(3) 代金減額権と損害賠償との行使上の関係

このように、別の制度として代金減額を用意した場合に、一つの問題は、代金減額を請求して、なお実損がある場合にそれに加えて損害賠償請求権を付加して請求できるかということである。BGB新規定及びCISGにおいてはこれが承認されている。しかし、制度目的において後述するように、代金減額は契約が改訂されていることを前提にすれば、代金減額請求をするのであればもはや履行利益賠償を基礎づける当初契約上の地位を契約債権者が主張することはできないはずである。従って、信頼利益として不法行為責任を追求しうる余地は残るとしても、契約責任としての損害賠償を代金減額と併せて認めることは難しい。

従って損害賠償請求権と代金減額とは選択的に行使できるとしておくことになるが、既述した要件の相違からは、或る要件事実の主張立証上の困難との見合いで、このような選択を認めておく意味もあるだろう。

また、主張立証上の難易に差がなくても、例えば目的物の価格が下落した場合には、買主にとって、代金減額権の行使の方が、損害賠償よりも有利となることがあり、選択権を認めてお

く意味がある³⁴⁾。

2 司法的契約改訂としての代金減額制度

代金減額制度の目的を、従来どおりの意味で「対価的均衡の回復」に求めるべきかは問題であり、このことは制度の射程を明治民法典よりも拡大する場合には一層そうである。

既述したところからは、多くの立法例においては、少なくとも目的物瑕疵を理由とする代金減額制度は、履行障害を理由とした契約改訂の制度として位置づけられていると、筆者は考える。代金減額に関して比較法的に見て通説的な地位を占めるいわゆる相対的評価方法は、確かに、当初契約における、「瑕疵なかりせば目的物の有したであろう評価額：当初合意価格」という比率を、「瑕疵ある目的物の現実の評価額：減額された代価」としても維持するものではある。しかし、瑕疵なき物を当初合意価格で買うという契約甲と、瑕疵の露見した物を減額された代価で買うという契約乙とは、別の契約である。明治民法典の起草者は、瑕疵担保責任の効果として代金減額を認めない理由として、先の比率の算定自体の困難を挙げたが、契約甲から導出される契約責任の効果として、契約乙を作り出すということ自体が、明治民法典の基礎にある契約思想とは相容れなかったとも考えられる。その意味では瑕疵担保に基づく代金減額が排除されたのは、起草者が事情変更に基づく契約改訂なるものを知らなかったことと同質の問題なのである。

また日本の判例法が、代金減額的に機能する

瑕疵担保責任の目的に関して用いる、「等価関係をもたらす」ものという表現にも、当初契約意思によって基礎づけられた対価的均衡の回復ということとの間の隔たりを検出できないだろうか。請負に関して引いた最判昭和51年3月4日のいう「等価関係」は、厳密には、当初契約によって契約債権者に認められた契約利益の実現とは一致しない。当初契約された仕事と当初の代金との間の「等価関係」は、当初契約における合意という当事者の意思によって根拠づけられたものであるが、判旨のいう上記「等価関係」は、瑕疵の残る仕事と減額された代金との間のそれであって、これを裏打ちする当事者意思は厳密には存在しない³⁵⁾からである。

また、従来代金減額権の法性決定として、しばしば用いられる「一部解除」という語の意味にも光を当て直すべきである。通説が一部解除という場合、全部解除とは異なり、当初契約自体は効力を失わずに存続することが含意されているのであろう。確かに例えば売買契約が可分である場合（目的物が複数であって、それぞれについて独立の給付を観念できる場合）には、当該一部分について契約の効力を否定し、その結果買主が反対債務を部分的に免れるという意味での代金減額が、文字通り一部解除として導かれる場合はあるであろう。しかし契約が可分ではなく、履行障害が質的なものである場合には、それを一部不履行とし、その効果として一部解除を認めるというのは、一種の比喩に過ぎない。確かに代金減額という効果を質的不履行から導く場合には、代金の量的な一定割合を導出しなくてはならないが、その割合は履行障害の量的な一部性との見合いによって決まるとは限

34) 瑕疵がなければ300万円の価値があるものを200万円で購入した買主は、瑕疵があることによって契約時に270万円の価値しかなければ、代金減額権を行使すれば20万円（ $\because 200 - 200 \times 270/300 = 20$ ）の減額を請求できる。引渡時に瑕疵なき目的物の時価が依然として300万円であればこの買主は履行利益賠償として30万円（ $\because 300 - 270 = 30$ ）を請求でき、この場合には損害賠償の方が有利であるが、目的物の価格が280万円に下落している場合には10万円しか請求できないので、代金減額の方が有利となる（この点で代金減額の場合の評価基準時が問題となるがBGB472条について従来の通説は、これを契約時とし、契約後の価格変動は算定には影響しない、としていた（*Staudinger/Honsell*¹³, §472, Rn.12-13）。

35) 300万円の価値を持つ物（瑕疵なき売買目的物）を270万円の代価で買うという意思（当初契約意思）は、200万円の価値を持つ物（瑕疵ある当該売買目的物）を180万円の代価で買うという契約を、価値と代価との比（これが判例のいう等価関係となる）が同じだからといって、基礎づける意思とは成り得ない。

らないのである。このような一部解除の場合には、当初契約意思の実現はもとより、「等価関係をもたらす」ことを目的としているとすら言えない。

以上から、566条や570条における代金減額について算定の困難として意識されてきた事柄は、そもそも算定の問題ではなく、契約改訂という救済そのもののはらむ **challenging** な性格に由来していたのである。

代金減額制度の射程を拡げるためには、このことを直視することが必要となるが、そこからは、債務不履行一般の救済としての契約改訂制度を構想した上で、むしろその亜種として、事情変更に基づくそれとならんで代金減額制度を位置づける方向さえ想定される。その場合には、代金減額の効果の決定は、それを危険負担と捉えた場合のような給付義務の牽連消滅という論理にも、対価的な均衡の回復という基準にも、直接拘束されるものではなくなる。それは当該履行障害に際して被不履行者に、契約の拘束からのどのような解放を与えるべきかという観点から決まる。このようにこの制度には後見性・裁量性の高いものとして運用されざるを得ない³⁶⁾面がある（この点では賃貸借に関する民法609条や、借地借家法32条のタイプの代金減額権が参考となろう）。

他方代金減額制度が、事情変更に基づく契約改訂と同様に、「契約の尊重 (*favor contractus*)」という理念の具体化という面をもつことにも注意すべきである。従って、裁判所の裁量的介入が不可欠であるとしても、それがフリーハンドであるべきことには当然にはならない。この制度の裁量的性格を承認した上で、その裁

量を領導する基準は何か問われなければならない³⁷⁾。

3 代金減額権と債務者の追完利益保障

以上の考察を踏まえると、＜代金減額が一部解除である＞という常套句は、さらに次のような問いを誘発する。すなわち、契約不適合が重大な場合には、無催告解除が認められるが、不履行が重大ではなく、従って追完可能性がある場合に、代金減額請求が認められるとすれば、それには催告手続が必要なのではないか？ ヨリ一般的には、被不履行者に代金減額制度を承認する場合の、不履行者の追完利益の保障への手当如何が問題となる。

この点については二つの立法方向が考えられる。一つはドイツのBGB新规定の方向であり、これは既述したとおり催告手続を代金減額権にも前置しており、その意味では履行請求権の第一義性をこの点でも貫いている。

これに対して、CISGの方向も考えられる。そこでは一方で売主に固有の追完権をみとめ(48条)、それを買主からの代金減額権に優先させている(50条)。かくして売主の追完利益は機能的に保障される。現行日本民法典は、BGB新规定と同じく売主の追完権を認めておらず、追完利益の保障はもっぱら催告手続に委ねているが、来るべき新法典が仮に追完権を立法する場合にはCISGの方向もあり得ることとなろう³⁸⁾。

36) 翻って、事情変更に基づく契約改訂制度の実際において、数量調整を越えてどこまで裁判所が契約を再構築する能力があるかは問題である。代金減額制度が数量調整の有力な一手法でもあることを踏まえれば、両制度はこの観点からも接近する。

37) 判例法のいう＜もたらされるべき等価関係＞にはこの角度から光を当て直すべきことになるが、そこでは結局代金減額において実現されるべき「対価性」とは何か論じられるべきことになる。ここで我々は、一部無効が契約補充の問題を通じて提起しているのと通底する原理的問題にぶつかるわけである。この点で、フランス法学における「内生的アプローチ」の立ち入った検討が有益であろうと思われるが、別稿を期する他はない。

38) その場合に買主・被不履行者に認められる無催告解除という救済と、この売主・不履行者の追完権との制度的優劣をどうするかは大問題となるが、そこでは追完権を制度的に無催告解除に劣後させつつ、代金減額の局面では（重大な不履行とまでは言えないから）優先させるというバランスの取り方もありえよう。

4 代金減額制度を契約総則に規定すべきか

瑕疵担保責任の領域に代金減額制度の射程を拡張すると、それは双務有償契約一般に向けられた契約総論上の制度として理解されるべき性格を強めることになる。

しかし縷々述べたところから明らかなように、代金減額制度には、売買や請負の瑕疵担保責任の効果として問題となるような、司法的契約改訂の実質を持つべきものとならんで、賃貸借における使用収益不能の局面に関するもののように危険負担の特則として理解されるべきものも混在しており、実際の機能は多様である。

本稿の考察から、代金減額という問題が、契約総論の問題であるとは言えても、代金減額制度に関する規定が、契約類型の相違を越えて、契約総則に通則として置かれるべきことに当然にはならない。具体的立法のあり方としては問題局面ごとの多様性を受けとめて、むしろ契約各則規定に委ねられるべき問題であると、筆者は考える。

(もりた・おさむ)

独占禁止法の改正と審判制度

東京大学非常勤講師・弁護士

矢吹公敏

I. はじめに

II. 独占禁止法の改正問題

III. 審判制度の改正論議

- 1 懇談会報告書
- 2 日弁連の提案
- 3 公正取引委員会の意見
- 4 研究者からの意見
- 5 村上教授の提案

IV. 審判制度の改正

- 1 審判制度の改正時の考慮要素
- 2 不服審査型審判方式
- 3 事前審査型審判方式
- 4 取消訴訟を提起する方式

V. 私見

I. はじめに

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という）は、2005（平成17）年4月に大改正され、2006（平成18）年1月4日から施行されているが、主として公正取引委員会による独占禁止法の執行力を強化するための改正であり、課徴金算定率の引き上げと課徴金減免制度の導入、犯則調査権限の導入、審判を処分前の事前審査手続から処分後の事後審査手続に変更する審判制度の改正が主たる内容であった。

独占禁止法は経済活動の基本法であるが、公正取引委員会を中心とした法の執行力が不十分であり、カルテル入札談合など悪質な違反行為が後を絶たないことから、この平成17年改正法が立法化され実施されたのである。他方、経済界からは、課徴金刑罰の併存併科や、適正手続について強い反発があった。このため改正法の附則13条に「政府は、この法律の施行後二年以内に、新法の施行の状況、社会経済情勢の変化等を勘案し、課徴金に係わる制度の在り方、違反行為を排除するために必要な措置を命ずるための手続の在り方、審判手続の在り方等について検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」との検討規定が入った¹⁾。

1) なお、2年後の見直しについて衆参両議院経済産業委員会は「不公正な取引方法の差止請求について文書提出命令、団体訴権など一層効果的な措置を講ずることができる方策について即急に検討すること」「公正取引委員会の審判部門の分離・独立の在り方等について明確

この附則にかんがみて、独占禁止法基本問題懇談会（以下「懇談会」という）が内閣官房長官の私的懇談会として設置され、35回におよぶ会合を経て、2007年6月26日に、独占禁止法の改正に関する報告書（以下「懇談会報告書」という）を公表した²⁾。

その後、立法当局が、半年以内に独占禁止法改正案を立案することになっていたのである。しかし、改正法案が公正取引委員会から2007年度の通常国会の際に衆議院に提出されたにも関わらず、衆議院と参議院のねじれ国会の余波で結局継続審議とされて、2008（平成20）年8月末から始まる予定の臨時国会で審議されることになっている。

本稿は、この独占禁止法の再改正の議論を概観し、特に多様な意見が出されて結局公正取引委員会の改正案でも2008年度中に検討するとされた審判制度について、懇談会から改正案の提出に至る過程で討議されたさまざまな意見を俯瞰した上で、あるべき手続について検討することを目的としたものである。

II. 独占禁止法の改正問題

公正取引委員会は、2008（平成20）年2月14日および3月6日の自民党独占禁止法調査会に「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律及び不当景品類及び不当表示防止法の一部を改正する法律案」を示し、同調査会では課徴金の算定率等の問題について継続的に協議することを条件として大筋で了承し、これが通常国会へ改正法案として提出された。その主な改正点の概要は、以下のとおりである³⁾。

(1) 排除型私的独占について、対象商品等の売上高の6%の課徴金（小売業2%、卸売業1%）をかける。

(2) 不公正な取引方法については、不当廉売、差別対価、共同の取引拒絶、再販売価格の

拘束について、同一の違反行為を繰り返した場合に対象商品等の売上高の3%の課徴金（小売業2%、卸売業1%）をかける。優越的地位の濫用については、それが継続している場合に違法行為のあった取引先に売上額の1%の課徴金をかける。

(3) カルテル・入札談合等において、主導的役割を果たした事業者に対しては、課徴金を5割増しとして賦課する。

(4) 課徴金の減免制度については、対象事業者を3社から5社とし、グループ事業者による一括申請を認める。

(5) 課徴金の納付命令にかかる除斥期間を3年から5年に延長する。

(6) 利害関係人による事件記録の閲覧謄写請求について、正当な理由がある場合には開示を制限する規定を定める。

(7) 企業結合規制を見直し、会社の株式取得に係る事前届出制度の導入と届出基準の見直しを行う。

(8) 差止め請求訴訟において文書提出命令の特則を設ける。

(9) 消費者契約法を一部改正する方法で、不当表示（景品表示法違反）を対象として一定の団体に差止め請求権を付与する。

(10) 審判制度については、改正法の附則で「現行の審判制度に係る規定を全面的に見直すものとし、平成二十年度中に検討を加え、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする。」と定める。

(11) 公正取引委員会と経済産業省との協力を円滑に進めるために連絡協議会を設置する。この連絡協議会を通じて、情報収集について協力するほか、人員を経済産業省から併任により公正取引委員会に派遣し、違反事件の審査にあたる。

以上の改正点のうちで、審判制度については上記のように平成20年度中に再度検討する

な対応を示すこと」などの付帯決議をしている。

2) 懇談会報告書 (<http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisaijokyo/finalreport/body.pdf>, 2008年7月23日最終検索。)

3) 法律案要綱 (<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/08.march/08031101-02-betten1.pdf>, 2008年7月23日最終検索。)

ことになっているのは、それまでの改正の議論がこの点についてはまともになかったからである。

そこで、上記の改正案が作成されるまでに、審判制度について提起された様々な意見の一部を紹介して、問題点を指摘したい。

Ⅲ. 審判制度の改正論議

1 懇談会報告書

懇談会報告書では、立法政策上の選択肢として考えられる不服審査型審判方式、事前審査型審判方式、地方裁判所に直接取消訴訟を提起する方式のそれぞれについて検討し、審判制度を設けることが適当との結論を述べている。その理由として、①独占禁止法については、高度な専門性に基づく執行・判断が求められ、実質的証拠法則を伴う審判制度は、準司法機関としての公正取引委員会による事実認定を尊重することを通じて、高度な専門性に基づく執行・判断を担保するとともに、早期の紛争解決を図ることができること、②審判制度が、専門的知見を加えた審決の蓄積等を通じて、これまで独占禁止法の法解釈の形成に果たしてきた役割は大きく、事前規制型社会から事後規制型社会への移行や経済活動の複雑化が進む中で、この役割はますます増大することが考えられること、③独占禁止法の執行に当たっては、独立性・中立性が重要な要素であり、準司法的機能を持つ独立行政委員会である公正取引委員会がこの機能を果たし得ること、④取消訴訟においては行政庁による裁量権の濫用等があった場合に当該処分が取消しとなされるにとどまるが、不服審査型審判方式を採用する場合には、裁量権の濫用等の問題に限定されることなく、原処分が競争秩序の回復のために妥当であるか否かなど、幅広い事項が審理の対象になるので、より適切な処分が担保されやすくなること、が挙げ

られている⁴⁾。

さらに、不服審査型審判方式と事前審査型審判方式を比較検討し、現行の不服審査型審判方式について、①現行法で採用されている不服審査型審判方式は、旧法下での事前審査型審判方式において、処分の遅延や制度の趣旨に沿わない審判の生じる誘因があり、審判件数の増加により違反行為に対する十分な抑止力の確保に支障を来すことが懸念され、また違反行為が後を絶たない中で迅速な処分、実効的な法執行が求められたことを踏まえて導入されたものであり、導入後、現時点までにおいて、早期に処分がなされるとともに、審判の件数は減少していると評価でき、一定の成果を上げていると考えられること、②導入後1年あまりしか経っていない現段階で、再度制度変更を行うことにより、実務的な混乱を生じさせる可能性があること、③不服審査型審判方式が直ちに憲法の要請する適正手続に反するともいえないことから、現行の不服審査型審判方式を評価し、当面は現行の不服審査型審判方式を維持することが適当とするものの、恒久的制度とすることには疑義があると結論付けている。

その理由として、①事前審査型審判方式について指摘される問題点への対応として、不服審査型審判方式しか選択肢がないとは言えないこと、②他方で、不服審査型審判方式について指摘される問題点に対応するためには、事前審査型審判方式を採用することが最も望ましいと考えられること、③さらに、もともと、(審級省略、実質的証拠法則を備えた)審判制度は、行政過程において準司法的手続を採用して被処分者に十分主張・立証の機会を与えることにより適正手続を保障するとともに、行政過程、裁判過程全体を通してみた場合に、紛争の専門的早期的解決を図るものとして構想されていることが挙げられている。

そのような見地から、懇談会報告書では、審判の迅速化や制度の趣旨に沿わない審判の増加

4) 前掲注2) 23、24頁。

を防止するための措置を講じるなどの一定の条件が整った段階で、事前審査型審判方式を改めて採用することが適当であると結論付けているのである⁵⁾。

2 日弁連の提案

懇談会報告書に対しては、様々な意見が発表されたが、その中で審判と裁判の選択制を提唱した日本弁護士連合会（以下「日弁連」という）の意見書を紹介する。

日弁連では、2007（平成19）年8月23日に「独占禁止法基本問題懇談会報告書に対する意見書」（以下「日弁連意見書」という）を採択し、この中で審判制度の改正についても意見を述べている⁶⁾⁷⁾。

日弁連では、懇談会報告書の結論に賛成せず、排除措置命令等に不服のある被処分者は、自己の判断するところにしたがい、公正取引委員会に審判を申立て、独立性がより確保された審判官制度のもとで不服審査を受けるか、または、課徴金が課される重大事件については地方裁判所へ直ちに取消訴訟を提起することのできる選択制を主張している⁸⁾。また、仮に選択制を取らない場合には手続の迅速化と適正手続を確保する観点から、審判手続が1年を経過しても審決がないときは、直接、地方裁判所に提訴する制度を検討すべきであるとも述べている。

まず、事前審査型審判方式を改めて採用することが適当であるとする懇談会報告書に対しては、平成17年度改正による不服審査型審判方式への変更が、入札談合事案の増大に対応するための一時的緊急的措置としてなされたものではなく、独占禁止法一般の執行力強化、すなわち処分を早期に発令・執行し、競争状態をすみやかに回復することを目的としたものであり、

旧法の事前審査型審判方式に戻すことは、独占禁止法一般の執行力強化を目的としたこの平成17年改正の趣旨を否定することとなり、当該改正が目指した公正取引委員会による独占禁止法の迅速な執行を再び妨げるおそれがある、と述べる。そして、行政処分に対しすみやかに裁判所に司法救済を求めることができる権利や、司法の三審制は民主国家における基本原則であるが、現行の不服審査方式では公正取引委員会の行政処分に対して同じ委員会に対し不服審査を請求する方法しかなく直ちに司法救済を求めることができず、裁判の第一審に代わりうる手続とはいえないと述べている。

最終的に、排除措置命令等に不服のある被処分者は、自己の判断するところにしたがい、公正取引委員会に審判を申立て、独立性がより確保された審判官制度のもとで不服審査を受けるか、または課徴金が課される重大事件については地方裁判所へ直ちに取消訴訟を提起する選択権を認めることとし、これにより執行力と適正手続の両立をはかるべきであると主張しているのである。この仕組みは、実質的証拠法則を伴う公正取引委員会の審判制度により高度な専門性に基づく執行判断を担保させ、早期の紛争解決を図るという現行法の仕組みを維持しつつ、被処分者に大きな不利益が課される重大事件については適正手続を加味しようとするものとする。

3 公正取引委員会の意見

公正取引委員会から2007年度の通常国会の際に改正法案が衆議院に提出されたことは先に述べたとおりであるが、公正取引委員会では、改正案を検討する段階で、審判制度の改正について、違反類型を2類型に分けて、公正取引委

5) 前掲注2) 25-30頁。

6) 日弁連報告書 (http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/data/070823_2.pdf, 2008年7月23日最終検索。)

7) 前掲注6) 5-10頁。

8) 取消訴訟を扱う地方裁判所については、事業者たる当事者の負担や、多数当事者が異なる地方裁判所に提訴することによって生じる混乱を防止する必要があることを考慮し、当面、東京地方裁判所及び大阪地方裁判所に限定してよいと主張している。

員会の専門的見地から判断すべき違反行為については事前審査型審判方式を採用し、それ以外の違反類型については審判を廃止して裁判所による取消訴訟で判断することを提案している。

前者に属するものとして、企業結合、私的独占および不公正な取引方法を挙げている。他方、後者については、カルテル・談合等の不当な取引制限を挙げている。これは、経済界⁹⁾や経済産業省が審判制度を廃止して取消訴訟に一本化することを主張する理由として、カルテルや談合では事実の認定が主な争点であり、日々事実認定を行っている裁判官にできないはずがないことを主張していることから、これに配慮したものである。

4 研究者からの意見

2008（平成20）年4月14日に、正田彬慶 応義塾大学名誉教授、舟田正之 立教大学教授、根岸哲甲 南大学教授、平林英勝 筑波大学教授など10名の経済法学者のグループが「独占禁止法等の改正案に関する意見」を発表し¹⁰⁾、さらにこれに賛同する学者も増えている。

同意見書では、不公正な取引方法のうち不当廉売、差別対価、共同の取引拒絶、再販売価格の拘束について課徴金の対象とすることについて、体系的整合性に欠けるという理由で反対し、公正取引委員会の審判制度の見直しについて、それを廃止して直接地方裁判所に取消訴訟を提起することができることにするという経済界等の提案に反対し、事前審査型審判方式に復帰することを求めている。

この見解は、審判については行政不服手続である以上、行政庁が下した命令をさらに行政庁が審査するという事後審査制度はなじみにくい、事前審査手続であれば、排除措置命令を発する前に被審人が主張を行い、証拠を提出する

機会が保障され、証拠によって認定された事実に基づいて独占禁止法違反事実が成立すると判断してはじめて処分を行うことになるので、行政庁が同一事件について二度行政処分をするという問題は十分に解決できるとし、公正取引委員会がカルテル・談合等の不当な取引制限について審判を廃止して裁判所による取消訴訟で判断することを提案していることについても、審判制度の利点が失われ、公正取引委員会が独立行政委員会であり続ける必要がなくなり、公正かつ中立な独占禁止法の運用が期待できなくなると危惧を表明している。他方で、審査と審判が公正取引委員会という傘のもとにあり、結局審決を下すのは委員会であり公正さに欠けるとい批判に対しては、公正取引委員会の審判は同委員会が証拠に基づいて慎重に判断する行政手続であって自ら審査で取り上げた事件について最終的な判断を行うことは当然であると断じている。これは、公正取引委員会に与えられた専門性を発揮して独立に判断するという準司法機関としての独立行政委員会であることを根拠としている。

5 村上教授の提案

これに対し、村上政博一橋大学教授は、不服審査型審判方式（事後審査）は公正取引委員会が同一事件について下した命令を、同委員会が再度審査するために事実認定が覆る可能性は極めて乏しく、行政処分をした処分庁がさらに実質証拠法則を伴った行政審判方式で審査することは公正さを欠くということから、不服審査型審判方式（事後審査）を導入した現行法には問題があると述べている。しかし、上記の研究者の意見書と異なり、大陸法系の法制をとる日本では、行政庁が告知・聴聞を経て行政処分を下し不服のある者は裁判所に取消訴訟を提起でき

9) 日本経団連：独占禁止法の抜本改正に向けた提言 (<http://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2007/091.html>, 2008年7月23日最終検索。)

10) 法律時報80巻5号94頁(2008)。

る行政処分取消訴訟が基本の行政手続であると述べ、取消訴訟への移行を推奨する¹¹⁾。

他方、取消訴訟に移行するとしても、欧州連合、イギリス、フランス、ドイツの行政聴聞を基礎とする充実した行政聴聞制を採用することを主張している。すなわち、聴聞官制度を創設して、行政聴聞は聴聞官が主宰し、聴聞の結果は公正取引委員会に報告し、委員会は聴聞の報告を受けて最終的に命令、事実および法令の適用の内容を決定するものとする。聴聞の過程では、委員会が認定する事実および法の適用を基礎づける証拠の開示を名宛人となるべき者に開示し、さらに口頭で反論の機会を与えることを求めている。この聴聞制度は、公正取引委員会の専門性が発揮されると同時に、同委員会による二重の処分という課題も克服できることになることを理由としている。

IV. 審判制度の改正

1 審判制度の改正時の考慮要素

審判制度は、独占禁止法違反被疑事件について審理をして判定をする手続であり、その目的も、阻害された競争を回復して公正かつ自由な競争を促進すること(法1条)である。したがって、審判制度の改正を論議する際にも、以下のような諸点を検討すべきである。

第一に、迅速な手続である。その目的が競争状態の回復であるならば、不服審査は迅速に行われるべきである。これまで、平成17年の改正前は審判係属事件が百数十件あり審判期間が平均2年もかかっていたが、改正後は審判が開始される割合が17.6%から2.2%に減ったということである。しかし、未だ審判に移行した場合には時間がかかり、必ずしも迅速であるはいえない。審判後さらに審決取消訴訟を提起すると日時はさらにかかることになる。

第二に、判断の中立性・公平性である。排除措置命令などの公正取引委員会の措置が事業者の事業に与える影響が多大であることからすると、事業者がその措置に対して争う場合に、それを判断する機関は第三者性を有することが必要であり、判断の中立性・公平性が求められるのである。

第三に、適正な手続である。競争状態が阻害されているか、阻害されているとしてもその回復にどのような排除措置命令を含めてどのような措置が必要であるかは、公正取引委員会の審査により提示された証拠に基づく主張・立証とそれに対応する事業者からの反論の主張・立証が対等に行われる必要があるが、公正取引委員会の措置が事業者の事業に与える影響が多大であることからすると、その手続が適正でなければ対象事業者の適正な保護が図れないことになる。

以上の諸点を踏まえて、不服審査型審判方式、事前審査型審判方式、地方裁判所に直接取消訴訟を提起する方式のそれぞれについて、以下検討してみよう。

2 不服審査型審判方式

不服審査型審判方式(現行法型)のもとでは、公正取引委員会の排除措置命令・課徴金納付命令が直ちに効力を生じ、課徴金納付の延滞に対して不服があり被処分者の請求により審判を行う場合でも延滞金が賦課されていくものであり、競争状態の回復のための迅速な措置を講じる点で優れている。実際にも、懇談会報告書が述べているように、処分の早期化・審判件数の減少等一定の成果を上げていると考えられる¹²⁾。平成17年改正法が手続の迅速性を重視して不服審査型審判方式を採用した所以である。

懇談会報告書でも、不服審査型審判方式につ

11) 村上政博「独占禁止法の展開、国際標準としての競争法へ—取消訴訟への移行と裁量的課徴金の創設」ビジネス法務2008年7月号55頁(2008)。

12) 前掲注2) 23頁。

いては、①公正取引委員会の調査の結果、違反行為があると認められる場合、事前手続を経て（審判を経ずに）排除措置を命じることから、早期に競争状態を回復できる、②排除措置命令と併せ違反金納付を命じ、審判手続中は延滞金が発生することから、違反金納付先送りのために審判で争うという誘因が生じない、③談合事案の場合に、公正取引委員会の処分に伴って発注官庁による指名停止が行われることが多い状況において、審判の前に処分がなされることから、指名停止を受ける時期をコントロールするために審判で争う（旧法の場合、勧告を応諾しない）という誘因が生じない、という特長があると述べられている¹³⁾。

他方、この不服審査型審判方式に対しては判断の中立性・公平性および適正手続の点で問題がある。すなわち、争うべき事案なのに現行の事前手続が対象業者の防御の場として機能しておらず、十分な防御ができないまま排除措置命令が出てしまい、これにより指名停止を受けた場合などは、被処分者にとって回復しがたい損害が生ずる。また、行政処分が出た後、事後審判手続を経て原処分者と同じ公正取引委員会が裁決（審決）しても同一機関である以上、一旦決定した結論を覆すことはほとんど期待できないのである。平成17年改正前は行政処分が出る前の事前審査型審判では、対審構造による審判手続の上で行政処分が出されていたが、これが事後審査型に変更されて対審構造による審判手続を経ることなく効力を生じる行政処分に対して直ちに取消訴訟が提起できず、行政内部の不服審査である審判をさらに経なければならない。

また、そもそも公正取引委員会の審判制度には適正手続の点から次のような問題があると指摘されている¹⁴⁾。

① 審判における訴追者と審判者が同一の組織の職員であること。

審判手続において訴追機関として機能する審

査官と、裁判官役の審判官が同じ組織の職員である。

② 審判官は審判を経て審決案を作成するが、審決自体は必ずしも審決案にとらわれず審理に係わっていない5人の委員が決定するのであり直接主義に反する。

③ なお審決に対する取消訴訟では、公正取引委員会の判断を尊重するために、審級の省略（審決取消の訴えは、東京高等裁判所の専属管轄となっており（独占禁止法85条）最高裁との二審制である。）がなされ、実質的証拠法則（審決取消訴訟では、「公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときには、裁判所を拘束する。」（独占禁止法80条1項））が採用されて新証拠提出の制限（審決取消訴訟において提出できる新たな証拠について制限を設けている（独占禁止法81条））が採用されている。

例えば国税不服審判所は原処分庁から組織上独立した機関であり、かつ取消訴訟には審級省略も実質的証拠法則もない。取消訴訟で審級省略・実質的証拠法則を採用している行政審判としては、「電波法」による電波監理審議会と「鉱業等に係る土地利用の調整手続等に関する法律」（以下「調整手続法」という）による公害等調整委員会がある。しかし公害等調整委員会（調整手続法1条2号）の委員は、「両議院の同意を得て内閣総理大臣が任命する。」（公害等調整委員会設置法7条1項）とされており、その裁定は処分庁を拘束する（調整手続法44条1項）。即ち、原処分と裁決とは異なった機関が行うことになっている。

電波法では総務大臣の処分について被処分者が異議申立てをすれば（電波法83条）、総務大臣は、異議申立てを却下する場合を除いて、事案を電波監理審議会へ付議する（同法85条）。電波監理審議会は、事案についての決定案を議決（同法93条の4）し、総務大臣は、その議決により異議申し立てについての決定を行う

13) 前掲注2) 25頁。

14) 前掲注6) 6、7頁参照。

(同法 94 条 1 項)。このように電波法の手続きにおいては、原処分庁と裁決者は、総務大臣で同じであるが両議院の同意を得て任命された委員からなる電波監理審議会の議決により裁決することになっており、不服審査の独立性が担保されている。総務大臣が異議申立を却下した場合は、通常の行政訴訟に服し、専属管轄の規定は適用されない（同法 97 条）。また、実質的証拠法則が適用されるものの（同法 99 条）、新証拠申出の制限は無い。

他方、判断が公平であることの要素の一つとして独占禁止法のような専門的な法領域の場合に、判断者が専門的であることが望ましいが、審判制度においては、公正取引委員会という専門機関が判断するのであって、その点で通常の裁判官が判断する取消訴訟よりも優れているという指摘もある。

3 事前審査型審判方式

懇談会報告書では、行政審判は、行政過程において準司法的手続を採用して被処分者に十分主張・立証の機会を与えることにより適正手続を保障するとともに紛争の専門的早期的解決を図るものであることに意義があり、事前審査型審判方式（違反行為監視・是正型）が優れていると述べている。すなわち、事前審査型審判方式について、①（事業者が望めば）対審構造の下で、自らの主張・立証、相手方への反論・反証を経て処分がなされることから、処分時において、不服審査型審判方式よりも適正手続が保障されるとともに、真相の解明により適しており、②行政過程、裁判過程全体を通して見た場合に、不服審査型審判方式と比べ、紛争の専門的早期的解決を図るといふ審判の本来の機能により即している、という特長がある、としている¹⁵⁾。その点で、適正手続・判断の中立性・

公平性という側面では、事前審査型審判方式は不服審査型審判方式よりも優れているともいえる。

他方、事前審査型審判方式も行政審判であることから、上記の不服審査型審判方式の箇所でのべる審判制度に関する指摘が当てはまるといえるのであって、適正手続・判断の中立性・公平性の点で問題点が払しょくしきれないのである。

また、事前審査型審判方式については、①審決がでるまで排除措置を命じられずに早期に競争状態を回復できない、②審判を経て違反金納付が命じられることから、違反金納付先送りのために審判で争うという誘因が生じる、③入札談合事案の場合に、公正取引委員会の処分に伴って発注官庁による指名停止が行われることが多い状況において、審判を経て処分がなされることから、指名停止を受ける時期をコントロールするために審判で争う（旧法の場合、勧告を応諾しない）という誘因が生じる、といった問題点があるとの指摘があるように¹⁶⁾、迅速性の保障が課題である¹⁷⁾。

4 取消訴訟を提起する方式

審判を経ないで取消訴訟による手続を行う方式については、懇談会報告書では、前記のように、独占禁止法違反被疑事件では、原処分が競争秩序の回復のために妥当であるか否かなど幅広い事項が審理の対象になるので、高度な専門性に基づく執行・判断が求められるので、裁判所での審理になじまない、準司法機関としての公正取引委員会による事実認定を尊重することを通じて、高度な専門性に基づく執行・判断が担保されやすくなる、と述べられている¹⁸⁾。

他方、カルテル・談合事案のように、争点の

15) 前掲注 2) 25 頁。

16) 前掲注 2) 27 頁。

17) これに対しては、処分の早期化をはかり、また緊急停止命令を活用すればよい、との考え方もあるが、現行の緊急停止命令は緊急性の要件や、求めることができる命令の内容に制約があるなど十分でない点もある。

18) 前掲注 2) 24 頁。

多くが事実認定である場合には、むしろ事実認定にたけた裁判官の判断が適当であるし、また知的財産権のように独占禁止法同様に専門分野とされる分野でも東京高等裁判所に知的財産高等裁判所を設置して裁判所で専門的な判断をしているのであって、専門的な裁判機関や専門部を設置することで裁判官が専門的な知見を重ねることができる環境づくりは必要であるものの裁判所が専門的な見地から公平な判断をすることも十分に可能であるとの指摘もある。その点で、公正取引委員会が、改正案で対象行為ごとに手続を分立させることを検討したことには一定の意味がある。さらに、中立性という観点からは、処分庁から独立し司法の独立のもとにある裁判所での判断には、公正取引委員会での審判とは異なり、中立性が確保されているといえる。また、現行法のように、実質的証拠法則、新証拠の提出制限および審級省略などの問題もなく、当事者が主張・立証を十分に行い得る。

また、適正手続という意味では、当事者対等の下で裁判所の裁判管理のもとで主張・立証する方式は、処分庁の管理において審理される審判に比べて制度的に保障されているものと言える。

最後に迅速性であるが、取消訴訟を提起される前に、措置命令の効力が生じていなければ措置命令の実効力は減殺される。裁判所による取消訴訟が迅速な手続であるかは、疑義がある。通常の裁判でも第一審の判決がでるまで1、2年はかかる¹⁹⁾、独占禁止法のような専門分野での訴訟において特に事実と争いがある場合にはそれ以上の年月を要することになる可能性があり、必ずしも迅速な手続を期待することはできないと考えられる。

V. 私見

以上の議論を踏まえて以下私見を述べる。

中立・公正な判断をするには公正取引委員会

の審判と裁判所による裁判のいずれが適当であるか、という点については、中立性の面からすれば裁判所が優れている。上記のように、裁判所は公正取引委員会とは別個の紛争解決の専門機関であり、さらに憲法上の司法の独立の保障により、行政庁の判断に対しても中立的な判断をすることを制度的に保障されている。審判手続において訴追機関として機能する審査官と、裁判官役の審判官が同じ組織の職員であるという審判特有の問題は、審判官の独立が法により保障されているとしても、最終的に審決を下す機関が公正取引委員会である以上、限界があることは否めない。

ここで、公平な判断をする要素として、専門的な見地からの判断が挙げられる。但し、前記のように、裁判所での審理について、少なくともカルテル・談合のような事実認定を中心とした不当な取引制限行為については専門性がないことを理由に否定することはできないと思われるし、また裁判官が法律の専門家として法律の解釈について知見を得て判断する訓練を経ていることからすると、法律の解釈についての争点がカルテル・談合に比べてあり得る私的独占、不公正な取引方法についても裁判所が判断することは十分に可能なのである。問題は、これまで審判中心で手続が行われており、また多くは平成17年改正法以前の勧告審決などで解決してきた経緯から判例・審決例が十分ではなく、このような先例にもとづいて判断がしにくいことがあり得るが、これも今後の判例・審決例の集積により解決ができることである。

問題は、専門性が必要とされる場合に、個々の事件を解決するための専門性というよりは、その時々競争政策を考慮した判断を個々の事件に反映することができるか、という点であろう。研究者の意見書で、公正取引委員会は与えられた専門性を発揮して独立に判断するという準司法機関としての独立行政委員会であることが強調されていること、および懇談会報告書で、

19) 審判手続であっても、現行制度では審決に不服の場合に東京高等裁判所に取消訴訟を提起するのであるから、取消訴訟に一本化した制度と審判制度を比較する場合には第一審での手続期間を比べることが適当であろう。

「独占禁止法においては高度な専門性に基づく執行判断が求められ実質的証拠法則を伴う公正取引委員会の審判制度により早期の紛争解決を図ることができる。このような審判制度が審決の蓄積等を通じて独占禁止法の法形成に果たした役割は大きい。今後ますますこの役割は増大する。」²⁰⁾として審判制度を高く評価していることなどはその表れである。たしかに、この意見は傾聴に値するが、取消訴訟に一本化したとしても公正取引委員会は審査手続の過程で自らの競争政策を反映した運営をすることができるのであり、個々の事案での対象事業者の利益の保護も考慮すべき個々の事案における不服手続においてはその利益保護のための中立性・公平性の実現が求められていると考える。そのような見地からすれば、取消訴訟に一本化するには審判制度が慎重な手続であることに配慮して設けられた現行法の実質的証拠法則、新証拠の提出制限および審級省略の制度は見直すべきことになる。

次に、迅速性の点である。懇談会報告書で、処分の早期化・審判件数の減少等一定の成果を上げていると考えられると述べられている²¹⁾。しかし、その結果は審判手続を不服審査型審判方式にしたことによるのだろうか。確かに排除措置命令や課徴金納付命令が下された時点で効力を生じ、審判の申し立てをしても課徴金を納付しなければ延滞金が課せられることで事業者は無理な審判申し立てをしない動機付けとなることはあると思われる。しかし、それ以外にも処分の早期化・審判件数の減少をもたらした理由があるのではないだろうか。平成17年改正法では課徴金の減免制度が導入され、例えば談合参加事業者の一部から詳細な証拠が任意で公正取引委員会に提出されるなど、公正取引委員会が審査の過程で十分な証拠を収集できるようになり、対象事業者が審判で争う余地が少なくなった。また、十分に機能しているかどうかは

別として、事前手続の導入で、審査の過程で対象事業者が公正取引委員会の手持ち証拠と予定される措置の内容の開示を受けることになった。こうした制度は、不服審査型審判方式を変更したとしても維持されるのであるから、処分の早期化・審判件数の減少を不服審査型審判方式の維持と結びつけて考える必要は、必ずしもないと思われる。

そこで、事前審査型審判方式であるが、その問題点として、前記のように早期に競争状態を回復できず、対象事業者も違反金納付の先送りおよび指名停止時期の延期のために審判で争うために審判数が増加するという指摘がある。これに対して、現行の緊急停止命令や一定の要件を満たす場合には、審判係属中であっても、公正取引委員会が違反行為の差止めその他競争を回復するために必要な措置を命じることができる制度を導入することを検討すべき、との指摘が懇談会報告書に記載されている²²⁾。しかし、頻繁に緊急停止命令を利用することはそもそも事前審査型審判方式にした意味が減殺されることになり、また審判係属中であっても、公正取引委員会が違反行為の差止めその他競争を回復するために必要な措置を命じることができる制度は、そもそも事前審査型審判方式を取ることと平仄が取れない恐れが生じる。

取消訴訟（実質的証拠法則、新証拠の提出制限および審級省略の制度を廃止して）に一本化したとしても、訴訟に移行する前に措置命令の効果が生じることが前提である。裁判となれば、第一審の手続に1年以上の期間がかかるのが通常であって、その間措置命令の効果が生じないこととなると、競争状態の回復を望むことは事実上不可能となるからである。仮に、独占禁止法同様に専門分野とされる専門的な裁判機関や専門部を設置したとしても、取消訴訟の件数の増加は裁判の遅滞を生じかねないので、迅速な裁判を実現するためには、取消訴訟に移行する

20) 前掲注2) 24頁。

21) 前掲注2) 23頁。

22) 前掲注2) 27、28頁。

前の公正取引委員会での手続を充実させ、裁判所に訴訟を提起する件数を減らす必要がある。

最後に適正手続の保障であるが、実質的証拠法則、新証拠の提出制限および審級省略の制度の裏付けられた審判制度では、訴追機関として機能する審査官と裁判官役の審判官が同じ組織の職員であり、結局同一の組織体を構成する公正取引委員会の判断審理に係わっていない委員により決定するのであって、適正手続の点で問題は大きい。その点、当事者対等の下で裁判所の裁判管理のもとで主張・立証する取消訴訟は、処分庁の管理において審理される審判に比べて適正手続が制度的に保障されている。

以上のことから、以下の諸点を提案したい。

(1) 公正取引委員会での不服手続として簡易な事前審査型の不服手続を設けて、手続の迅速化と適正手続を確保する観点から、当該手続で一定期間（例えば半年なり1年）を経過しても審決がないときは、直接、地方裁判所に提訴する制度を検討すべきである。この場合、実質的証拠法則、新証拠の提出制限および審級省略の制度は廃止されることになる。行政事件訴訟法でも、原則的に審査請求と処分取消の訴えとの自由選択主義を採用し（行訴法8条1項）、例外的に審査請求前置とした場合でも「審査請求があった日から3箇月を経過しても裁決がないとき」は裁決を経ないで処分の取消しの訴えを提起できるとしている（同条2項1号）としている。

また、取消訴訟を扱う地方裁判所については、事業者たる当事者の負担や、多数当事者が異なる地方裁判所に提訴することによって生じる混乱を防止する必要があることを考慮し、東京地方裁判所および大阪地方裁判所に管轄裁判所を限定し、専門部での審理に服すべきである。

(2) 公正取引委員会での手続でも、適正手続に配慮した手続にすべきである。公正取引委員会での適正手続の充実、対象事業者の告知聴聞の権利をその段階で保障することになり、訴訟に移行する前に措置命令の効果を生じさせる前提ともなるからである。そのための制度として、村上教授の意見のように審査の段階での

行政審判官の制度の導入もあり得るが、平成17年度改正前の重い事前審判手続ではなく、軽量かつ効率的な事前審判手続の制度として不服審査会方式も検討してよいのではないだろうか。現行の法制でも、社会保険審査会のように一定の独立した判断権が保障されている準司法手続もあるのであるから、新たな制度というわけではない。その場合、現在の事前手続は二重手続を避けるために廃止され、現在の審判手続を不服審査会方式による事前審査型の審判制度に改めることになる。その場合、原則として書面による審査として、必要な場合に審尋形式の弁論を開くことにすることも一案である。

他方、審査制度の充実のための事前審査の段階で行政審判官を導入する方法または審査の過程での事前手続を廃止して不服審査会方式による簡便な事前審査型の審判制度とする方法のいずれを採用するにしても、適正手続の保障の根幹は、審査における審査官の手持ち証拠の開示と告知聴聞の権利の保障である。公正取引委員会での手続において少なくとも審査官が措置命令の基礎とする証拠（取消訴訟となった場合に、立証のために裁判所に提出することが予想される証拠）を幅広く対象事業者に開示し、さらに対象事業者の主張を聴聞するだけでなく審査側の主張も明らかにして、対象事業者との間で主張のやり取りをする機会を設けるべきである。これによって、対象事業者の権利の保障となるだけでなく、証拠の整理および争点の整理をすることが可能となり、対象事業者がそれを評価することで取消訴訟を提起する件数が減ることが予想される。また、万一取消訴訟に移行した場合でも、実質は証人尋問に手続が集中できるので迅速な裁判を期待することができるものといえる。

(3) 迅速な事件処理を実行するためには、裁量的な課徴金制度を導入して、取消訴訟で判決が出る前に、実質和解的な手続により解決する方法の導入を図るべきではないだろうか。

米国では、カルテル規制の刑事手続でも有罪答弁の制度により、多くの事案は正式な裁判手続に移行する前に当事者の有罪答弁とそれを前

提とした刑罰が科せられ解決している。また、欧州でもセトルメント（settlement）の制度の導入について検討されているところである。このような手続は、競争当局の調査の充実に資するだけでなく、当事者にとっても便宜であるといえ、全体として迅速な手続の実施に貢献しているのである。わが国でも、現在裁量的な課徴金制度の導入について検討しているところであるが、それに加えて手続のどの段階でも和解的な解決ができるような制度構築が望まれるところである。裁量的な課徴金制度や和解的な解決ができるような制度を新たに設けることは公正取引委員会の組織の充実が不可欠であって、その役割も現在以上に大きくなる。これによって、独占禁止法の執行力は強化されるものと期待されるのである。

（やぶき・きみとし）

執筆者一覧

| | |
|-------|---------------------------------------|
| 浅香吉幹 | 大学院法学政治学研究科教授 |
| 大崎貞和 | 大学院法学政治学研究科客員教授・野村総合研究所研究創発センター主席研究員 |
| 小林俊夫 | 大学院法学政治学研究科客員教授・弁護士（長島・大野・常松法律事務所） |
| 高橋玲路 | 大学院法学政治学研究科准教授・弁護士（アンダーソン・毛利・友常法律事務所） |
| 寺本振透 | 大学院法学政治学研究科教授・弁護士（西村あさひ法律事務所） |
| 徳住堅治 | 大学院法学政治学研究科客員教授・弁護士（旬報法律事務所） |
| 野崎薫子 | 大学院法学政治学研究科教授 |
| 長谷部恭男 | 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長 |
| 森田 修 | 大学院法学政治学研究科教授 |
| 矢吹公敏 | 大学院法学政治学研究科非常勤講師・弁護士（矢吹法律事務所） |
| 阿部裕介 | 2006年4月既修者コース入学・2008年3月同コース修了 |
| 岩崎将基 | 2007年4月既修者コース入学 |
| 岡本直也 | 2006年4月既修者コース入学・2008年3月同コース修了 |
| 佐藤安紘 | 2006年4月既修者コース入学・2008年3月同コース修了 |
| 清水 潤 | 2006年4月未修者コース入学 |
| 鳥生真紗子 | 2006年4月既修者コース入学・2008年3月同コース修了 |

編集委員一覧

学生編集委員

鹿 駉 阿部裕介 倉賀野伴明 島村陽子 内藤智子 林まなみ 山倉 愛
石田幹人 郷家駿平 浅井健人

教員編集委員

長谷部恭男 大学院法学政治学研究科教授・法曹養成専攻長
神作裕之 大学院法学政治学研究科教授
松原健太郎 大学院法学政治学研究科准教授

東京大学法科大学院ローレビュー

The University of Tokyo Law Review

Vol.3 2008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。

