

法 学 紀 要

第五十三卷

日本大学法学部法学研究所
日本大学法学部政経研究所

目次

【法学研究所】

英国と英国教会……………青山武憲…九

荷為替信用状取引を巡る現代的課題と展望

——信用状危機、INCOTERMS2010、Sanction などに対する……………藤川信夫…四
理論と実務の対応を中心として——

住民監査請求における「怠る事実」と期間制限の問題……………西原雄二…三

大陸法に於けるカウサ論とコモン・ローに於ける約因論……………菊池肇哉…三

〔特集〕 EU法ワークショップ「EU法の現在と日本法への示唆」……………松嶋克隆弘…一四
庄司克宏…一四

EU法の現在……………加藤紘捷…一五
——リスボン条約とEU基本権憲章——

日EU経済連携協定における相互承認原則の比較法的考察……………庄司克宏…一八

EU取引法と日本民法への示唆……………長谷川貞之…二五
——「ユーロ抵当」構想をめぐる議論を中心に——

EU会社法と日本の事業体法制		松嶋隆弘	…二四五
——欧州私会社 (SPE: Societas Privata Europaea) を中心として——			
租税法における濫用の法理		今村隆	…二七五
——欧州司法裁判所と我が国の最高裁判所における判決を比較して——		川村佑紀	…二七五
航空排出権紛争の行方		工藤聡一	…三三三

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見		日本大学法学部 民法・商事法研究会	…三五九

【政経研究所】

市・区長選挙素描		秋山和宏	…四九
——二〇〇九年市・区長選挙の諸状況を基として——			
J・ハリントンの『オシアナ共和国』の選挙制度論研究		倉島隆	…四七五
産業革命前夜における中産層の役割		山口正春	…五三
——デフオーとスミスを中心に——			

事業報告			…五三九

研 究 論 文

【法学研究所】

英国と英国教会

青 山 武 憲

はじめに

本稿で扱うイングランドとその教会の問題を論ずる場合、そのイングランドが属するイギリスについて⁽¹⁾も触れざるを得ないが、そのイギリスについては、イギリスとは何かという厄介な問題がある。イギリスを“United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, UK”として論ずる場合、その国民を“English”と呼んでいいのか、疑問である。その国民を“British”と呼ぶのも、正確ではない。かといって、“English” “Welsh” “Scottish”および“Northern Irish”の人々を一まとめにした呼称はない。イギリスには、UKに属しない世界最古の議会を有するマン島 (Ellan Vannin or Mannin; Isle of Man) の人々や自らの憲法を有する (フランスの管理下にあるものを除く) 海峡諸島 (Channel Islands) といった王領地の人々もいる。およそ何事についても、イギリスについて十把一絡げに論ずることは、困難

なのである。

もとより、イギリスについては、国家と教会の關係の問題に限っても、簡単には論述できない。J.D.FischerとC.J.Wallaceの共同論文は、イギリスにおける国家と教会との關係を大雑把に次のように描いている。イングランド教会とスコットランド教会とは、それぞれイングランドの国教であり、スコットランドの国教である。これに対して、アイルランド教会とウェールズ教会とは、⁽²⁾国教ではなくなっているが、それぞれアイルランドおよびウェールズの国教としての性格を留めているというようにである。⁽⁴⁾その論述は、二〇世紀の前半についてはともかく、一九四九年に独立したアイルランドについては、問題が無いわけではない。アイルランドは、最早、UKに属しておらず、一九九八年のベルファスト合意によつて、アイルランド全島の領有権の主張をも断念したから、(その国民とUKとは、UKの庶民院や国民投票等に係る参政権について密接さはあるが)、J.D.FischerとC.J.Wallaceの共同論文によるアイルランドに関する記述が、精確かは疑問なのだ。北アイルランドについても、そこは、UKに属しているが、その地における新旧のキリスト教会の争いが、未だ決着しているわけでもない。北アイルランドは、かつての武力を伴った紛争はなくなったものの、こんにち依然として、紛争の源としての宗教、あるいは、紛争を解決する手段としての宗教のいずれの意味であろうと、宗教の役割を理解するのに役立つ独特の縮図となっているのである。⁽⁵⁾

UKに存する二つの国教についても、イングランド教会の法的性格は、スコットランド教会のそれと非常に異なっている。スコットランドは、カトリックのメアリー・スチュアートの頃には、既にプロテスタンティズムを受け入れていたが、一九二一年以来、イングランドの教会とは異なる長老派教会を国教としているのである。⁽⁶⁾国王、現在の女王エリザベス二世は、イングランド教会の場合と異なり、スコットランド教会の聖職者を任命しないし、その教会の

最高の統治者でもない。国王は、自動的にその構成員となるが、指導的地位がなく、原則としてその教会の総会へ出席する名代 (the Lord High Commissioner to the General Assembly, or Queen's Commissioner) を任命するだけなのだ。任命された名代は、総会の議事にオブザーバーとして参加している^⑦。

以降で注目するのは、主としてイングランドとその教会である。このイングランドとイングランド教会との関係を論ずるに際して、ここでは、歴史の流れを簡単に辿りながら、イングランドの国教制度が確立された後の時代については、イングランドおよびイングランド教会を普通に呼びなれた英国 (またはイングランド) および英国教会の呼称で論ずることにする。UKの歴史は新しいから、歴史を考慮して、その呼称は、出来るだけ時代に応じて使用し、イングランドに限られない場合、原則としてイギリスという呼称を用いる。

一 イングランドにおける国教の誕生

1 キリスト教の浸透と国王との相克

イギリス史は、英国教会の前身として成立したイングランド教会がイングランドの誕生に先行したことを示している。ティム・ランバートの『イングランドのキリスト教略史』によれば、既に二世紀末には、キリスト教がブリタニアの地に伝わっていたようである。^⑧ そのキリスト教は、UKの奥地まで浸透していたようだ。ブリタニアの地にキリスト教を齎したローマ人は、彼らに対して政治的危険性を覚えさせたドルイド教に対してはともかく、他の宗教に対しては寛大であった。その寛大さが、ブリタニアの地にキリスト教が浸透した一因であったのだ。そのローマ人が退去した後も、アイルランドやウェールズやスコットランドのケルト人には、キリスト教は残存した。それらのうちア

イルランドやウェールズの地は、サラセンから逃れた大陸の学者たちの避難地であった。その避難者たちの影響を受けてスコットランドのケルト人も、キリスト教に改宗した。アイルランドやウェールズの同族がキリスト教であったことは、スコットランドのケルト人がキリスト教に改宗することの不安感を払拭した。ただ、その地に根差したキリスト教は、ローマ教会に従順であつたわけではなかつた。ローマ教会はその威光をブリタニアの奥地やそれより遠くに輝かせるには、ドーバー海峡、英国海峡やセント・ジョージ海峡等が障害であつた。それ故、UK奥地のキリスト者は、ローマ教会から独立したいわば土着的教会を結成していたのだ。ブリタニアには、その後、チュートン人が侵入した。五世紀から六世紀にかけてのことである。ゲルマニアの地には馴染んだアングロ・サクソンの宗教は、十分に組織されていなかった。そのように組織されていなかった宗教は、ブリタニアの地では根付かなかつた（し、その故郷でも、漸次、キリスト教に席巻された）。ローマ人は、ブリタニアから撤退したが、ローマ教会は、カレーから望遠できるドーバーの白い絶壁を有する島地への関心と興味を失っていたわけではなかつた。教会は、虎視眈々とその地にも狙いを定めていたのだ。これに対して、ブリタニアに侵入したアングロ・サクソン人は、ゴールやイタリアに侵攻した同族がキリスト教に改宗していたこともあつて、その宗教のブリタニアへの野望を尊敬の念をもって受け入れた。そのような結果、イングランドのキリスト教への改宗は、ブリタニアの奥地やアイルランドやスコットランドに定着していたキリスト教と新たに進入したローマ教会とに影響されて行われた⁹⁾。

ヌルシアのキリスト教聖人ベネディクトを戴くベネディクト派と組んだとりわけグレゴリウス一世は、イングランドの福音化に尽力した教皇であつた。彼は、ベネディクト派でローマの修道院長アウグスティヌスをイングランドに送り、暫定的にカンタベリーに大主教職を置いた。アウグスティヌスは、後世いわゆる「イングランド人への使徒」

(Apostle to the English) としての活動し、サクソン王エセルベルトを改宗させ、最初のカンタベリー大主教としての務めを果たした。この大主教の地カンタベリーが、暫定的な大主教の地に留まらず、こんにちに至るまでイングランドの宗教上の首都として定着し、英国教会の信徒の聖地となっていることは、周知の通りであろう。

ともあれ、このようにして、イングランド教会の一步が始まった。ただ、進出したローマ教会は、アウグスティヌスの横柄な態度もあつて、奥地から来たブリタニア派の教会と衝突した。その衝突の結果、前者が、婦人や君主や権門の間に食い込んだのに対して、後者は、下層民の間に浸透した。両者の衝突をまとめたのは、ノーサンブリアの王オスウィであつた。後者によつてキリスト教に改宗していたオスウィは、宗教会議を召集して使途ペテロの權威の下に合一させ、イングランドを教皇の權威の下に置いたのだ。このようにして、八世紀以来、イングランドは、ローマのキリスト教会に帰依した。その地の諸王は、キリスト教に大いに依存した。それは、王が信者であつただけでなく、キリスト教会には、王が確立していなかった人々を纏めるための階級制度、組織、経験が存したことから、それらに学ぶべきものがあつたからである。他方、教会も諸王に依存した。諸王は、教会の掟を遵守させるために必要な世俗的な権力を有していたからである。¹⁰⁾

イングランドとキリスト教を論ずる場合、注目されるべきは、ウイリアム征服王 (William the Conqueror) によるノルマン王朝の樹立以降である。この王ウイリアムは、イングランドの初代のノルマン人の王であつた。もとより、彼が支配したイングランドとは、こんにちのイングランドの一部に過ぎなかった。それでも、遠近を問わず、その後のイングランド国王は、その系譜に属する者たちであり、こんにち、海峡諸島は、UKではなく、このノルマン公たる国王に属している地である。このノルマン公は、イングランドの支配に関して教皇の支持を得たが、自己を教皇の臣

下と看做すことを拒絶した国王であつた。そして、これこそ、イングランドにおいて暫時続いた宗教的な教権と世俗的な政権との葛藤の始まりであつた。彼は、貴族と教会とに対して確固とした自己の權威を示し、一大君主政治の基礎を築いた国王であつた。彼がイングランドに足を踏み入れたとき、イングランドの教会は、ローマ教会の一部ではあつたが、かなり体たらくしていた。それでいて、独立志向を有していた。⁽¹⁾そのような独立志向の姿勢も、ウイリアムの教皇に対する姿勢を触発し毅然とさせた一因であつたかも知れなかつた。国王は、ノルマン化したイタリア人のランフランクを用いてそのイングランドの教会改革を行つた。その中で注目すべきものとしては、次のことが上げられる。

① 大諮問会と別に聖職者會議を召集することにした。

② ノルマンディ公がノルマンディ教会に有していた権限をイングランドの教会に対して持つことにした。

その改革に伴い、その他にも、国王の承諾が無ければ、イングランドでは、いかなる教皇も認められないこと、国王の届け出が無ければ教皇と交信してはならないこと、イングランドの教義会の決議には国王の承認が必要なこと、宗教裁判所は、国王の同意なくして、貴族および官吏を処断し得ないことになった。因みに、右の①に示した大諮問会とは別に聖職者會議を開くようにしたことは、後にイギリスの議會が、大陸の三身分会と異なり、二院制となつた所以である。その後、大陸では、教会改革に乗り出したグレゴリー七世と神聖ローマ帝国皇帝との相克が生じた。否、聖俗の対立は、各地でかなり確認されたところである。その意味では、イングランドも、例外ではなかつた。ウイリアムを継承したウイリアム赤顔王は、俗っぽく欲深であつたこともあつて、聖者たらんとしたカンタベリー大主教アンゼラムと多くの面で対立した。彼は、教皇を支持した大主教と異なり、教皇を承認しなかつたことから、ローマ教

会とかなり深い溝を生じた。国王と大主教との相克が終焉したのは、アンゼルムの王国からの逃亡と国王の狩猟中の事故か事件かは不明の死によってであった。大主教の不在もあって、赤顔王を継承したヘンリー一世に王冠を授けたのは、カンタベリーの大主教ではなかった。ロンドンの主教であったのだ。これは、もとより、合法ではなかった。しかし、この国王は、学があり、精力旺盛で、法律に明るい人物として通っていた人物であった。彼は、

① 聖職を空職にしたままにしてその聖職に付随する利得の行方を放任したりしないこと

② 不法の封建的租税を徴収しないこと

③ 赤顔王の残した「悪習」を廃止すること

等を内容とする憲章を発して人望を博した。彼は、教皇とも和解した。その結果、彼は、平穩に恵まれた王であった。そのヘンリー一世を継承したヘンリー二世は、教養と人を惹きつける物腰を持った人物であった。彼は、カンタベリー大主教テオパルドの意向を汲み、トマス・ベケットを国璽尚書に任命した。テオパルドが死ぬと、彼は、修道士や主教の大主教選挙権を無視して、修道士ではないベケットを大主教に任命した。ところが、このベケットは、修道士ではなく、いわば武人であった。その所為か、必ずしも国王に従順ではなかった。国王が宗教裁判所で有罪とされた聖職者の官位褫奪を主張すると、これに反対してその国王と衝突した。衝突後、彼は国外に逃れたが、単に逃れただけでなく、外地のヴェズレーから国王を破門にした。そのような対立にも拘らず、この両者は、一時和解した。ところが、ベケットは、国王に届け出無く教皇と交信していた。彼は、彼を裏切った主教たちを免職するよう認められた教皇からの書状を受け取っていたのだ。これは、ランフランクの改革に反するものであった。彼は、カンタベリーに着くや否や、主教たちを赦免するよう四人の騎士たちから強要された。彼がそれを拒絶すると、忽ちにして国

王の臣下の剣が、彼を襲った。彼は絶命した。その臣下の行為を流石に行き過ぎと感じた国王は、大主教に没収した土地を返還する等教皇の憤りを宥める諸策を講じた。それでも、彼は、大主教をして国王の顧問に甘んじざるを得ない体制を築いた。⁽¹²⁾ このヘンリー二世こそ、法制を整え、秩序を確保し、「イングランド人 (English) の王」ではなく、「イングランドの王」を名乗った最初の王であった。また、ウイリアム征服王の曾孫であって、最初のプランタジネット家の王でもあった。

2 教会分離—イングランド教会の誕生—

ヘンリー二世を追い詰め、後世イギリスで不在王と評されたりチャードを継承した欠地王として知られるジョンは、大主教ラングトンの任命を巡って教皇と対立し、教皇インノセント三世によって破門された国王である。彼は、教皇に妥協したが、その権威を失墜し、貴族や教会と仲違いした国王であった。そのような国王にとっての苦境は、一二一五年、後世の人々が注目する「大憲章」を誕生させた。この「大憲章」は後に、神権説を採るジェームズ一世に対する武器となったものである。この国王ジョンの頃、大陸では、フランチェスコ会（小さな兄弟の会）とドミニコ会（説教する兄弟の会）という托鉢僧の教団が創設され、一二二一年と一二二四年にそれぞれの修道士がイギリスに渡来した。彼らは、既成の教会規律を軽視し、質素貧困を日常とした姿勢によってオックスフォードの学生たちの信頼を得た。しかし、これも新たに生まれたアウグスティヌス派やカルメル派といった托鉢僧の教団と共に、彼らも漸次本能に忠実になって豊かになり、教皇の直属であることを誇ったことから、信者たちの憤慨を買うようになった。⁽¹³⁾ このようなことは後に、イングランドの人々等がローマ教会とイングランド教会との分離を容認する遠因となっている。

ローマ教会は、組織内に生まれている腐敗に対して寛大に過ぎた。

一四世紀にボヘミアのジャン・フスを指導したオックスフォード大学のジョン・ウイクリフは、宗教改革に先立つて宗教改革を試みた神学者として知られる。彼は、天主はその権力を教皇や（天主の代理者である）王といった不完全な存在に委任するといういわゆる神権説の立場をとったが、天主の代理者が悪事を働いた場合には、キリスト教徒は、その代理者を天主の裁判に訴えなければならぬと唱えたことで知られる。彼はまた、バードナーが販売する免罪符として知られる教皇の印璽を押しした免状の購入によって人々が救われることはないと言ったことでも知られている。もとより、そのような言説は、カトリックの腐敗を難じたものであった。彼は、化体説を否定したことによって異端となり、有罪判決を受けた。そのような彼が宗教的に順境にあり得なくなったことは、論ずるまでもあるまい。しかし、このウイクリフこそ、後世の宗教改革への先駆けをなした人物であった。このウイクリフやその弟子フスコ、程なくして、ヴィッテンベルグ大学のアウグスティヌス派の僧侶で改革者となるマルティン・ルターの精神的な先駆者となった人物であったのだ。

一五世紀以降、教会は、異端に対して峻厳さをもって臨むようになっていた。一四〇一年には、異端者焚刑令が議決された。当時、イングランド教会は、未だローマ教会の傘下にあった。しかし、イングランド教会のローマ教会からの分裂が、結婚離婚を繰り返し、何人もの妃を持ったヘンリー八世の強引な婚姻行為に関連して生じた。このヘンリー八世は、元々、ルターらの新たな宗教改革の動きには反対し、カトリックの信仰を主張した国王であった。その反対や主張によって、一五二二年、レオ一〇世によって「信仰の擁護者」(Defender of the Faith, Fidei defensor)と呼ばれた程の国王であった。しかし、彼は、カトリックが禁止する離婚を試みた王でもあった。その結果、離婚を認め

ない教皇カール五世と衝突した。教皇は、離婚をした国王を破門した。これに抗して、ヘンリー八世は、自己の離婚を合法化する試みをした。幸い、彼には、彼に諂う知恵者や大学があった。その一人トマス・クロムウェルは、イングランドにおける二人の君主、二つの正義、二つの租税の制度を否定した。そして、教皇がヘンリー八世の最初の妻キャサリンとの離婚を認めない以上、国王は教皇に従うべきではないと説いた。オックスフォード大学やケンブリッジ大学も、国王が望む意見を上奏した。パリの大学は、教皇カール五世を嫌っていたことから、国王の側に与した。北部イタリアの諸大学も、国王の側についた。キャサリンは、元々、ヘンリー八世の兄の妻だった。知恵者たちは、である以上、キャサリンのヘンリー八世との婚姻は再婚となり、無効という理屈を生んだ。勢いを得たヘンリー八世は、クロムウェルの意を汲んで、合法的に教会の奪取をも始めた。一五二九年から一五三六年まで続いた宗教改革会議は、この国王の提議したあらゆる案を受け入れた。国王に従順であった議会は、一五三四年、その王意に基づいて、ヘンリー八世を「イングランド教会の地上における最高の首長」(the Supreme head in earth of the Church of England)に持ちあげた。国王に対して聖俗双方の裁判権をも認めた。非行と異端とを改革し抑制する権限を与える「最高位法」(Act of Supremacy)をも制定した。¹⁴ 国王は、教会の首長として教会の直接的支配権を取得し、教会を国王の政府の一部としたわけである。歴史的には決定的なものではなかったが、イングランドに国家教会制度が誕生したわけである。要するに、ヘンリー八世の破門は、イングランド教会のローマ教会からの分離を意味したのである。にも拘わらず、教皇には、教会分離を行ったヘンリー八世に制裁を加える力も術も存在しなかった。大陸では、教権を支える強権が衰退していたのだ。このような結果、歴史は、イングランドが大陸のカトリック、取り分けスペインと対立する時代へと突入して行ったことを示している。折しも当時は、普遍的に精神界を支配しようとしたローマ教会に対して各地

で抵抗の狼煙が上がっていた時代であった。にも拘わらず、ローマ教会は、そのような世界の動向を見誤っていた。その時代感覚の欠如に伴い、漸次、その栄光にかつてはなかった翳りを生じ始めた。時代は、宗教改革の道を驀進していたのである。

ヘンリー八世を継承したエドワード六世の治世には、教会の教義を述べた「信仰の箇条」(the Articles of Faith)や宗教儀式を規定した「一般祈祷書」(the Book of Common Prayer)が、議会によって定められた。一五四九年には、「礼拝統一法」(the Act of Uniformity)も制定され、イングランド教会が唯一の合法的な公的な崇拜の制度とされた。⁽¹⁵⁾ただ、ヘンリー八世期の国王に対する「イングランド教会の首長」という呼称は、カトリックを初めとする他のキリスト教徒にとつては、いかにも刺激的に過ぎた。イングランド自体は、依然としてプロテスタントとカトリックとの間で少しく揺れ動いていた。イングランド教会の国教化には、一寸した曲折があったのだ。カトリックであったヘンリー八世は、一五三四年からプロテスタントとなった。しかし、女王メアリーは、カトリックのままであった。彼女は、その婚姻によって、スペインのハブスブルグの王妃 (queen consort) ともなった女王であった。彼女は、一五五五年に最高位法を廃止した。一五五八年まで、暫時とは言え、イングランドでローマ教皇を復位もさせた。しかし、彼女を継承したエリザベス一世は、一五五九年に議会に「最高位法」を復活させた。その年制定された「礼拝統一法」(the Act of Uniformity)は、⁽¹⁶⁾イングランド教会を確と国教とした法律である。⁽¹⁷⁾再びプロテスタントへと戻ったわけである。以降、こんにちに至るまで、イングランド教会は、プロテスタントである。⁽¹⁷⁾ただ過激でなかったエリザベス一世は、イエス・キリストを「教会の首長」としている聖書の姿勢を尊重して、国王の「イングランド教会の首長」としての地位はこれを維持せず、それを「イングランド教会の最高の統治者」(the Supreme Governor of the

Church of England) へと改めた。⁽¹⁸⁾

なを、プロテスタントの改革に抗したことでヘンリー八世に与えられた「信仰の擁護者」(Defender of the Faith, *Fidei Defensor*) の称号は、教皇によって後に撤回された。それでも、その称号は、再びイングランド教会をローマ教会から分離した「イングランド教会の最高の統治者」エドワード六世の治世に、議会によって国王に対して認められ、⁽¹⁹⁾ こんにちに至っている。

二 英国教会の憲法上の役割

1 英国教会と国王

宗教改革が始まった治世のヘンリー八世は、イングランド教会をローマ教会から分離すると、ローマ教会や急進改革派の教会との違いを示すために、イングランド教会の立場を示す必要に迫られた。ヘンリー八世は、その必要に答えられなかったが、一五五三年には、トーマス・克蘭マーの下でローマ教会の聖別式を改めたり、聖書の至上性を認めた「四二箇条」が作成された。⁽²⁰⁾ 議会が命じたところに従って、聖職者会議によって「四二箇条」に基づいて最終的に有名な「三九箇条」が定められたのは、一五六三年のことである。その中でローマ・カトリックに異論がある部分(二九条)については、包容力のあるエリザベス一世によって削除され、実際に公表されたのは、三八箇条であった。そして、政教に係るその中の三七条では、ローマ教会の支配が否定され、女王が、イングランドおよび王領の最高の権力者とされた。また、聖俗のいずれのものを問わず、その全域において、すべての財産のおよびその他の最高の統治権は、女王に属するものとされた。さらに、女王は、外国の管轄権には服さないものとされ、また、服すべき

ものではないと規定された。⁽²¹⁾ 因みに、「三九箇条」への署名は、一八七一年まで、オックスフォード大学あるいはケンブリッジ大学へ入学する条件であった。大学も当然に、イングランド教会のものとされたが、その後も、暫時、大学は、専ら英国教会のものとして留まっていた。⁽²²⁾

少しく時代を戻すが、イギリスが無血革命を経験した一六八八年には、プロテスタントの議会が、オレンジ公ウイリアムおよび女公メアリーをイングランド、フランス、アイルランドおよびこれらに属する諸領土の王としての地位を認めた。全能の天主は、二人をして教皇の専横的な権力からこの王国を解放する名誉ある機関とするしたのである。⁽²³⁾ 二人を迎え入れるに際して、議会は、教皇あるいは教皇の勢力に属するものに対して明らかな敵意を示した。経験が示すところによれば、教皇が認めた君主によって、あるいは、およそ教皇の教徒と婚姻している国王若しくは女王によって支配されることは、このプロテスタントの王国の安全および福祉と両立しないというのである。⁽²⁴⁾ プロテスタントの議会は、より具体的に、

- ① ローマ教会
- ② ローマ司教と現に同調するすべての者若しくは将来同調するすべての者
- ③ ローマ教会またはローマ司教と交流するすべての者
- ④ 教皇の宗教を信仰するすべての者
- ⑤ 教皇の教徒と婚姻するすべての者

は、イングランドおよびアイルランドおよびこれらに属する領土、あるいは、それらの一切の部分の王位および政権を追放され、永遠にその王位および政権を相続し、掌握し若しくは享有することができないと宣言したのである。

イングランドの王が誕生して以来、キリスト教徒を除く宗教によるその地の支配の経験はなく、また、ローマ教会に対するキリスト教徒の異端による支配の経験が無かったことから、主敵として支配を続けたローマ教会が狙われたのである。

議会は、さらに続けて、右の者たちは、右の領域において、国王の権力、国王の威光および国王の所轄権を持ち、使用したり若しくは執行することから除外され、永遠にそれらを持ち、使用したり若しくは執行することはできないという宣言を⁽²⁵⁾もしている。その宣言によれば、右の者たちが右の権能を持つような場合が生じたときには、王国の人々は、その臣民としての義務を免除されなければならず、否、免除されるのである。要するに、王位および政権は、プロテスタントが相続し、プロテスタントによつて享有されるものとされたのである。それも、その王位および政権を相続し、享有している者が、ローマ教会と同調したり、交流したり、信仰したり、あるいは、婚姻したりした場合には、当然に死亡したものと看做されることになったのである。⁽²⁶⁾この議会の決定は、一七〇〇年の王位継承法 (Act of Settlement) においても踏襲された。

世紀が変わると、プロテスタント中心の国家に変化が現れた。一九世紀に入つて、たとえば、一八二九年には、英国教会のメンバーで無い者が、公務に就くことが認められたのである。「ローマ・カトリック救済法」が制定され、カトリック教徒に対する公的な生活面における役割の制限が解かれたのである。尤も、国教制度が採られていることから、その場合にも、多数の部門にローマ・カトリック教徒の官吏によつて特定の機能が履行され得ないようなしたものが残されていたが。一八四六年までには、ローマ・カトリックやユダヤ教を含む非国教徒の公民としての資格も認められるようになった。さらに、一八五八年には、問題点もあったが、「ユダヤ教徒救済法」も制定された。その

ような制度的な変化に伴い、さらに世紀が変わると、一九〇六年までには、議会の議員の多数が、英国教会に属していない者によって占められる状態も生まれた。その結果、非国教徒からも、内閣総理大臣が生まれた。因みに、非国教徒が初めて内閣総理大臣になったのは、一九一六年のことである。この時期、英国教会に対する財政支援についても、変化が確認される。毎年の議会による支出、英国教会のための一〇分の一税、その他の教会税が廃止されたのである。英国教会のいわゆる寺領地については、売却された。政治上の英国教会の特権は、漸次、失われ出したのである。²⁷⁾

ともあれ、現在、イギリスは、王位がプロテスタントの王家によって継承され続けている、国家教会主義の国家あるいは国教制度をもつ国家であって、英国教会の聖職者 (minister) ではないエリザベス女王²⁸⁾をカンタベリーの大主教に上位する「英国教会の最高の統治者」および「信仰の擁護者」とし、また、その女王を君主とし、聖職者ではない内閣総理大臣 (Prime Minister) とこれも聖職者ではない大臣 (ministers) から成る内閣を国政の中心に置く国家である。

なを、一七〇七年、イングランドとスコットランドが結合されたことによって、後に二つの異なるプロテスタントがそれぞれの地の国教となることとなる。この二つの国教制度は、唯一神の世界では論理的矛盾であるが、UKでそれは、多分に、純粹に宗教世界の神学の問題ではなく、俗権世界の政治学の問題であろう。

2 現在の英国教会と国家との関係

国教として存続している英国教会に対しては、近年、イギリスでも、時代錯誤と説いたり、少なくともこれを評価

しない見方をする者は、決して少なくない。唯物的な人間が増えたり、科学的合理主義にのめり込んで無神論者が増える傾向は、各国に存するが、イギリスもまた、例外ではない。⁽²⁹⁾ 移民が少なくないイギリスでは、英国教会に属しない教会あるいはキリスト教に属しない宗教を持つ者も少なくない。⁽³⁰⁾ したがって、英国教会に関心が薄れ、それを評価しない者が増えるのは、自然なのかも知れないのだ。そのようなことが英国教会を国教とする国家教会主義の体制を批判的にしている面は、少なからず存在する。もとより、そのような批判の中には、教会と国家の分離を理念とする立場からの主張があることも、間違いない。

ところで、国教制度ということばは、法的用語ではない。国教制度ということばが実定法上の地位を占めているわけではないのである。したがって、国教制度が何を意味するかは、必ずしも明らかではない。それが、国王が教会のメンバーでなければならないことを意味するとすれば、説明に不都合が生ずるのだ。たとえば、エリザベス女王は、英国教会のメンバーであり、UKの君主であるが、正式には、「スコットランドの国王」ではなく、領主でもなく、単にスコットランド教会のメンバーに過ぎない。⁽³¹⁾ また、形式的にはともかく、彼女が真の意味で長老派教会であるスコットランド教会のメンバーであるかについては、疑問無しとしない。唯一絶対の天主を戴く宗教の教会のメンバーが二つの教会に属するということについて、俗事としてはともかく、宗教的に可能であるかは、疑問だからである。その実質に鑑みて、君主がスコットランド教会のメンバーでないとすれば、スコットランドは、国教制度を採用していないことになるわけである。スコットランド教会の場合、現在、エリザベス女王がスコットランド教会のメンバーであるのは、UKの一体化を維持するための政治的・形式的・便宜的なものであると思われるのだ。そこで、D.FisherとC.J.Wallaceの共同論文は、イングランドの国教制度の歴史的な核心なるものを（君臨する君主たる）国の

首長が国教会の首長である事実に求めている。⁽³²⁾しかし、この説明は、イングランドの国教制度を説明しようとするものであっても、その制度一般を正面から定義したものではない。その定義を不明にしたまま、一般に英国は、国教主義の国とされているのである。その国教会の最高の統治者エリザベス女王は、英国教会およびスコットランド教会についてはもとより、UKおよび英連邦 (Commonwealth) における英国教会や長老派教会以外の信仰についても、これを認め、また、支援をも行っている。⁽³³⁾

その英国の国王は、こんにちも、ローマ・カトリックの教徒との結婚を禁じられている。ローマ・カトリックの教徒と婚姻する場合には、国王は、その地位を退くことになるわけである。もとより、英国教徒としての国王が英国教会の教義に拘束されることは、論ずるまでもない。一九三六年、エドワード八世は、二度の離婚歴があるウォリス・W・シンプソン (Wallis Warfield Simpson) との婚姻を望んだ。その婚姻は、英国教会の教義に抵触するものであった。二〇〇二年まで、英国教会は、生存している前の配偶者がいる離婚した者との再婚を禁じていたのだ。その国王を君主として戴くUKおよび自治領の政府は、憲法上の危機に直面した。にも拘わらず、エドワード八世は、国王の地位以上に教義に反する婚姻を望んだ。世界の耳目を集めたその婚姻を認めるために、最終的には、「陛下の退位宣言法」 (His Majesty's Declaration of Abdication Act, 1936) が制定されたことは、周知のところであろう。

国王の下にある英国教会の大主教および主教は、内閣総理大臣の奏推に基づいてその国王によって選任され、聖職者には、貴族院における議席が認められる。⁽³⁴⁾もとより、英国教会のすべての聖職者が貴族院議員になるわけではない。その議員となれるのは、

① カンタベリーの大主教

- ② ヨークの大主教
- ③ ダーハムの主教
- ④ ロンドンの主教
- ⑤ ウインチェスターの主教
- ⑥ 二一名のシニア教区の主教

である。³⁵これらのうち二人の大主教とロンドン主教とは、枢密顧問官でもある。現在、英国教会には、四四の教区があるが、一八四七年に聖職者議員の数が二六に制限されたことから、大主教およびダーハム、ロンドンおよびウインチェスターの主教を除けば、主教のうち他の二一名は、教区によつて議席が与えられるのではなく、主教として務めた長さによつて議席を与えられている。因みに、聖職者議員の二六議席という数は、現在の貴族院の総議席数の約三・五%である。主教は、定年の七〇歳で主教の座を退くが、主教の座を退いた場合には、当然に貴族院の議席を失うことになる。聖職者議員であつた者が一代貴族になつた場合には、一代貴族として貴族院に議席を有するが、聖職者が一代貴族となるのは、通常、前大主教に限られているようである。³⁶

貴族院が開かれるときには、その院でその日の祈りを捧げるために必ず聖職者議員がいることになっている。貴族院に出席しそこで祈りを捧げる聖職者議員については、聖職者議員たち自身による週決めの輪番制が採られているようである。聖職者議員たちによつて重要な問題が審議される場合には、聖職者議員は、アド・ホックに出席する者を選出している。³⁷

その聖職者議員は、他の議員の場合と異なり、ほぼ党派的議員ではない。したがつて、それぞれの教区とは関わる

ことがあるものの、政党の幹事によって左右されることはない。彼らは、いわば無所属議員 (crossbenchers) なのである。彼らは、彼らの一般的な職業の延長として議会に出席しているのであって、聖職者として天主のことを説き、祈りに際して人々を導く存在である。彼らは、貴族院の仕事に重要な独立した声を届け、精神的な洞察を提供するのである。その際、彼らは、キリスト教徒のためだけでなく、すべての信教者のための声であろうとしている⁽³⁸⁾。

ところで、国教会と政府とを結び付ける重要な存在として通常は与党の議員が務める第二国教財務委員 (the Second Church Estates Commissioner) という存在がある。もとより、それは、国教財務委員会 (Church Estates Commissioners) の委員である。この国教財務委員会とは、一九四八年に、イングランド教会の財産の管理運営に当たった教務委員会 (the Ecclesiastical Commissioners) と困窮者を救済するための女王アン基金 (Queen Anne's Bounty) とを合併した教会委員会 (the Church Commissioners) の一組織である⁽³⁹⁾。第二国教財務委員は、その国教財務委員会の議会に対する法的な責任を維持するために存在するものである。その委員は、教務委員会の委員であり、国教問題に関する議員による口頭や文書による質問に回答し、庶民院による国教関係立法に影響力を有する存在である。その委員こそ、第二国教財務委員をして、一方では、政府と議会との結び付きを進め、他方では、政府と英国教会との結び付きを進めて来たものである。その委員は、英国教会の聖職者であってはならない。英国教会の世俗的なメンバーでなければならぬのである。その委員は、内閣総理大臣の奏推に基づいて、国王によって任命される。その委員は、無給の名誉職であるが、政府のメンバー表に掲載され、また、英国教会の総会 (General Synod) の当然の構成員となっている⁽⁴⁰⁾。

なお、右に触れた教会委員会は、全国のイングランド教会の仕事を支援するための財力を生むために投資ポート

フオリオを管理している。この教会委員会は、次の三三名によって組織されることになっている。

- ① 二名の大主教
- ② 三名の教会財務委員会委員
- ③ イングランド教会の総会によって選出される二名
- ④ 二名の首席司祭
- ⑤ 国王と大主教によって任命される九名
- ⑥ 内閣総理大臣
- ⑦ 枢密院議長
- ⑧ 内務大臣
- ⑨ 文化・オリンピック・メディア・スポーツ大臣
- ⑩ 庶民院議長
- ⑪ 貴族院議長

選出される教会委員会の委員には、五年という任期があり、指名された委員は、指名するものが指定した期間が任期である。教会委員会の議長には、カンタベリーの大主教になる。

三 国教体制の緩和と信教の自由

1 イギリスにおける信教の自由の発展

信教の自由は、イギリスの民主制における基本的な特性であるが、その特性が確たるものとなるについては、歴史的にいろいろな起伏があつた。およそ絶対の存在あるいは価値観を有する者は、しばしば、他に対して寛大ではないのだ。それらの者にとって、他の価値観は、すべて誤つたものだからである。一六七六年に、首席裁判官 (Lord Chief Justice) であつたマチュー・ヘイル卿は、「キリスト教は、イングランドの法の小包みである。」と述べたが、⁽⁴¹⁾ 実際、当時に限らず、イングランドは、法的にだけでなく、全体的にキリスト教の衣を着た国家であつた。その衣の生地は、こんにち、かつて程の厚さではなくなっているが。そのキリスト教には、絶対の天主が存在する。そのような存在によって、それを戴く者は、他の宗教をすべて邪教と解し勝ちになる。それも、その者は、己れの絶対の存在に対する理解をその絶対の存在から導き出すから、同じ天主に対する他の理解に対しても敵対的になる。そのようなことから、宗教的な差異における寛容は、キリスト教の社会の人々の間に古くから存在した姿勢では決して無かつた。そのことがキリスト教と異教徒との戦争やキリスト教者間の悲惨な衝突を生じたことは、歴史が示しているところである。イギリスでは、そのような信教に伴う絶対をめぐる争いが、比較的に最近まで激しくなされた。アイルランドの独立や北アイルランドにおける新旧のキリスト教派の相克は、人々の記憶に古いものでは決してない。

既に少しく触れたが、イギリスでも、かつて、少数者の信仰あるいは宗教的な異端は国家の存立にとって脅威となるといふ考え方が、一般的に存在した時代があつた。そのような考え方から、一二九〇年には、ユダヤ人がイングラ

ンドから追放された。折しも、反ユダヤ主義が、勢いを増していた時代であった。反ユダヤ主義の事象は、こんちも、絶えたわけではないが、⁽⁴²⁾ともあれ、イギリスでは、異端に対する死刑制度が一七世紀まで続いている。⁽⁴³⁾そのイギリスで宗教改革が行われると、カトリック教徒に対する国家への忠誠は、頻繁に問われるところとなった。国家への忠誠心の無い者は、厳罰に処された。カトリック教徒が臣吏となることを防ぐために、一六二七年には、審査法 (the Test Act) も制定された。その法律によって、君主に対する宣誓が義務付けられた。また、英国国教による聖餐式が義務づけられた。さらに、化体説を拒絶する宣言を強制された。一六六二年には、礼拝統一法が制定され、その前年、再度制定された一六六一年の審査法では、庶民院であろうと貴族院であろうと、カトリック教徒が、議員となることが禁止された。同様の不利益は、英国国教とは異なるプロテスタントの教徒に対しても課された。⁽⁴⁴⁾非英国教会の信徒による五名以上の集会に出席することは、違法とされた。⁽⁴⁵⁾

イギリスの歴史を見れば、イギリスが、比較的に最近まで、宗教的に多くの厳格な規制を加えていたことが明らかになる。一六八九年に制定された「寛容法」⁽⁴⁶⁾ (the Toleration Act) は、信仰を理由として刑罰を科すことを已めた法律であるが、それでも、それは、プロテスタントの非国教であるトリニティーに属する者に限られていた。すなわち、この法律は、忠誠を誓っていても、洗礼派教会や組合教会派のような英国教会に異を唱えていたプロテスタントすなわち化体説を拒絶した非国教徒を対象としたものであつて、カトリックを対象としたものではなかった。カトリック等は異端として社会的・政治的な能力を奪われ、公職や大学から排除されたのである。当時、カトリックやユダヤや非トリニティーといった体制の異端者は、集会の場所を登録しなければならず、私宅での集会を禁じられ、伝道者は、免許を必要とされたのである。⁽⁴⁷⁾

イギリスにおける信教の自由の歴史は、植民地から始まったといえるかも知れない。本国で、一六六四年の秘密集会禁止法 (the Conventicle Act) は、時代を象徴する立法の一つであった。⁽⁴⁸⁾ その後も存したカトリックに対する敵意は、「権利の章典」に関連して既に述べた。しかし、元々宗教的避難民の地であった新大陸アメリカのニュー・ヨークでは、宗教的な寛容の姿勢は拡大された。ユダヤ人が、一七一八年には帰化する権利を、一七二七年には投票権を、そして一七三二年には、ユダヤ教会 (synagogue) を建設できるようになったのだ。ユダヤ人の投票権については、一七三七年に暫時停止されたが、程なく回復された。⁽⁴⁹⁾ 一七五三年には、本国のイングランドでも、ユダヤ人帰化法が制定され、ユダヤ人に対して土地の所有等も認められるようになった。ユダヤ人やクウェーカー教徒には、その法律によって婚姻方式を解放もした。⁽⁵⁰⁾ そのようにして、信教の自由への布石は次第に敷かれた。その後、独立したアメリカ合衆国では、信教の自由を保障する憲法も制定された。それ程の自由の保障ではなかったが、イギリスでも、非英国教徒に対して、法律上の能力の剥奪の棚上げがなされ、積極的な諸権利も付与され、非英国教徒の法的な地位が高められた。一例を上げれば、一八二八年には、カトリック教徒救済法 (the Act for the Relief of Catholics) が制定され、カトリック教徒のための学校が認められたし、その信者のために法曹界の仕事も開放され、国王に対して宣誓をすることからも解放され、信教の場所も自由になった。その年には、審査法等の非英国教徒に不利益な法律も廃止されている。斯くして、ローマ・カトリック教徒の公的生活における規制は解かれた。ただ、国教制度をとっていることもあって、特定の公的機能あるいは地位は、ローマ・カトリック教徒等には規制されたし、それは、こんにちも、依然として変わりはない。⁽⁵¹⁾ 英国教徒に属しない信者や聖職者が、こんにち、少しく差別されていることも、事実である。たとえば、英国教会の大主教や主教が君主によって任命され、君主も、英国教徒でなければならぬのである。また、

国葬等のような国家の祭式では、英国教会の聖職者が司祭するのである。⁽⁵²⁾ 一八五八年には、ユダヤ人が議員になることも認められた。一八八八年には、無神論者に対してもまた、議会への道が開かれた。⁽⁵³⁾ カトリック教徒が大法官に任じられ得るようになったのは、一九七四年のことであった。

一八世紀に、フランスの哲学者ボルテールは、英国教徒の聖職者について、彼らは、フランスのカトリックの僧侶と同様、「主たらんとする宗教的な野心を有している。」と述べた。⁽⁵⁴⁾ これに対して、世紀が変わった英国において、二〇世紀の初めに、高名なイギリスの憲法学者メイトランドは、イングランドにおいて、「宗教の自由と宗教の平等は、完全である。」と述べたそうである。⁽⁵⁵⁾ こんなちでこそ、そのような見解には与するわけにはいかないが、キリスト教、それも、英国教会を国教としている体制にありながら、以前に比して宗教的な寛容度が進んだこともあつてか、宗教の自由および宗教の平等に関する当時の問題意識は、然程に高くなかったのであろう。しかし、二〇世紀に入つて増大した共産主義者や無政府主義者といった無神論者、増殖する新たなキリスト教の教会、帰化をしたり、第二次世界大戦後かつての植民地から来た異教徒の国民あるいはそれぞれに相応した居住者の英国における増加には、以前とは比較にならないものがある。⁽⁵⁶⁾ そのことに伴い、雇用、教育、住居等問題は、多様かつ複雑化している。その結果、国教体制下の英国で、信教の自由に係る問題も、好もうと好まなかりうと、かつてと比較にならないほど多くなっているのである。⁽⁵⁷⁾

2 信教の自由と人権法

イギリスの植民地であつた新大陸に建設されたアメリカ合衆国が、信教の自由を一八世紀に憲法に明示に規定して

保障したのに対して、イギリスでは、そのような自由を正面から保障した明示の立法は、依然としてなされていない。他方で、そのような自由を制限することを認めた正式の法律も存在しない。⁽⁵⁸⁾ イギリスにおける信教の自由は、様々な立法からの解放、立法に際して細切れになされている保障および数々の判例による擁護の集積として存在するのである。

しかし、UKも加わっている世界人権宣言は、思想、良心および宗教の自由を保障している（「宣言」一八条）。またUKも参加している「市民的及び政治的権利に関する国際規約」も、思想、良心および宗教の自由を保障している（「規約」一八条）。一九八一年には、国連で宗教等に基づいた不寛容および差別を排除するための「宣言」もなされた。⁽⁵⁹⁾ その「宣言」は、思想、良心および宗教の自由の保障を謳ったから、この「宣言」に加わったことによって、UKにも、それらの自由を尊重し、市民的、経済的、政治的、社会的および文化的な生活のすべての分野で、宗教あるいは信条を理由とした差別を防止し、排除する政治的な責務が生じた。もとより、その当時、UKは、北アイルランドにおいて、カトリックとプロテスタントとによる抗争が依然として続いていた。また、当時のUKでは、人種的な差別については、一九七六年の「人種関係法」(the Race Relation Act) による救済が存在したが、宗教的な差別について、その差別自体が犯罪となることはなかった。その場合、ユダヤ教徒とかシーク教徒のように、人種と宗教とが一致しているような場合には、「人種関係法」によって保護されたが、そうでないムスレムとかラスタファリアンのようなものは、保護されないままであった。この不合理な状態が解決されたのは、二〇〇三年のことである。その年、宗教、宗教的信念若しくはその種の哲学的な信条を理由として職場で差別することが、禁止されたのである。⁽⁶⁰⁾

信教の自由に関連して、「欧州人権条約」(the European Convention on Human Rights, ECHR) をイギリス法に取り込ん

だ一九九八年の人権法の採択は、UKにおける憲法上の里程碑である。尤も、その人権法が制定される以前にも、イギリスには、Anthony Bradneyのように、宗教の自由を否定するものなど存在しないと評するコメンテーターはいた。⁽⁶²⁾ そのような評価に対しては、賛否両論であろう。しかし、イギリスにも、宗教問題が存在しないわけでは決してない。そのような問題が存在するからこそ、人権法が制定されたのであって、その制定がUKの憲法的な一つの画期的出来事であったことを否定する者は少なくないであろう。

ECHRには、人々の思想、良心および宗教の自由に対する権利が、明示に規定されている。⁽⁶³⁾ かつてUKがECHRの宗教規定に違反していたとした判決が欧州人権裁判所においてなされたことはなかったが、UKを欧州人権裁判所へ提訴した数の多さは、ブレア首相当時のUKをして人権法の制定へと駆り立てた。⁽⁶⁴⁾ その立法によって、ECHRの宗教規定を汲んで制定された人権法は、裁判所の判決が宗教上の組織によるECHR上の宗教等の自由の行使に影響を与える場合に、その権利の重要性に対して特段の尊重をするように規定した。⁽⁶⁵⁾ それでも、近年も、宗教問題は、UKの裁判所から欧州人権裁判所に大量に持ち込まれている。ECHRと人権法との関係については、UKの裁判所は、UKの公権行為がECHRと両立することを保障するように義務付けられているが、UKの法とECHRとが抵触している場合には、裁判官は、両立しないという宣言を発することができることになっている。⁽⁶⁶⁾ ただ、イギリスの裁判官たちは、宗教あるいは信条の問題に関して、必ずしも100%というわけではないが、⁽⁶⁷⁾ 欧州人権裁判所（および委員会）の姿勢に従う姿勢を示している。たとえば、独立したキリスト教系学校における体罰を宗教的な信念の表明であるという学校長の主張は、欧州人権裁判所に従って認められなかった。⁽⁶⁸⁾ また、軍事的な目的のために納税に反対する者たちに対しては、欧州人権委員会は配意する姿勢を示している。⁽⁶⁹⁾ その精神に従って、イギリスの裁判所も、それ

に代わる特別の「平和税基金」を創設するという配意を示した。⁽⁷⁰⁾

このような時代の動きは、将来、英国教会の法的地位にも影響を与えるであろう。一体、John Locke による天主教が創った自然法に基づく人権という思想こそイギリスに存したが、それが法制上に地位を占めたことのなかった議会 (King in Parliament) 主権のイギリスで、「人権」という文言が UK の法制上で用いられたこと自体、その影響の顕現を示したものであったのだ。

おわりに

欧米において国教制度を論ずる場合、その本質は、国家と宗教というより、国家と教会との結び付きであることは、看過されてはならない。欧米の諸国家には、多くの場合、法制上の明示の表明がなされているか否かを問わず、背後に、キリスト教が存在するからである。それは、暦とか国家の祭日とか地名等に数多く反映されている。そのような暦や祭日等を宗教的なものと捉えるか、あるいは、すでに世俗化したものと捉えるかは、人によって異なる。一体、世俗的なものは、宗教を除外した領域を意味するが、その聖俗に対する理解も、人によって異なるからである。一体、その一致を見ることなど、不可能なのである。

ところが、UK の裁判所によれば、その宗教の明確化が行われている。そこでは、宗教の属性として、信仰と崇拝とが上げられている。そして、宗教を一つの神の信仰とその神の崇拝と解されているのである。⁽⁷¹⁾しかし、このような定義は、信教の自由に対する他の理解に対して排他的である。およそ信教の自由における宗教は、定義し得ないのである。ともあれ、その一神教の教会を国教として有する UK では、他の唯一神教の信者あるいは同一神教の他の教会

の信者その他との差別等の問題は、今後も、漸増するであろう。国教と無関係にも、宗教間および宗派間あるいは有神論者と無神論者との間には、それぞれの特有の考え方とそれに基づく行動の差異がある。その差異は、現実的信条、雇用、婚姻、教育、堕胎、着衣等に係る種々の衝突を生じ兼ねない。⁽⁷³⁾ 現に、そのようなことを反映して、二一世紀の最初の一〇年間というもの、UKには、法と宗教との相互作用をめぐる数多くの論争があった。⁽⁷⁴⁾ 国教制度と無関係にも、UKには、人種や宗教に係る問題が増加している。二〇〇六年の宗教的憎悪の扇動を禁止する人種的および宗教的な憎悪禁止法 (Racial and Religious Hatred Act) の制定は、そのことを示した一例である。そのような事象の中でも、一九五〇年代以降の無宗教者の増加が国教制度にとって脅威となろうことは、容易に想像できる。UKで天主の存在を信ずる者が、今や五〇%以下になっているのである。英国教会としては、UKは世俗化しているが、世俗主義者となっているわけではないという見方に期待する外にないが、その期待がいつまで続き得るかについては、疑問なしとしないのである。

- (1) イギリスは、法的には、単独法人 (corporation sole) 説に基づく「国家無き国家」(stateless state) であるが、便宜、「イギリス」を国家として扱う。
- (2) アイルランド教会がアイルランドの教会でなくなったのは、一八六九年のアイルランド教会法 (the Irish Church Act, 1869 (U.K.)) によってである (32 & 33 Vict., c.42, s.2) (Rex Ahdar, Ian Leigh, Is Establishment Consistent with Religious Freedom?, 49 McGill L.J. 635, at 645FN 54) (Aug ust, 2004)。なぜアイルランドは、一九三七年に憲法で政教分離を行っている (Constitution of Ireland, 1937, s.44 (2.2))。
- (3) ウェールズ教会がウェールズの教会でなくなったのは、一九一四年のウェールズ教会法 (the Welsh Church Act, 1914

- (U.K.) にちつてある (4 & 5 Geo.V., c.91, s.1)。この法律が効力を生じたのは、一九二〇年のウェールズ教会 (暫定) 法 (the Welsh Church (Temporalities) Act, 1919) にちつてある (9 & 10 Geo.V., c.65, s.2) (R.Ahdar, I.Leigh, *ibid.* at 645FN54)。
- (4) Judith D.Fisher, Chloë J.Wallace, GOD AND CAESAR IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: WHAT RECENT CASES SAY ABOUT CHURCH-STATE RELATIONS IN ENGLAND AND THE UNITED STATES, 18 Fla. J. Int'l L. 485 at 639, 641 (August, 2006)。
- なを、イングランド、ウェールズおよびアイルランドは、エラスムス主義であるのに対して、スコットランドは、カルヴィニスト・改革派である (Iain McLean, Scot M.Peterson, SECULARITY AND SECULARISM IN THE UNITED KINGDOM: ON THE WAY TO THE FIRST AMENDMENT, 2011 B.Y.U.L.Rev. 637, at 638 (2011))。
- (5) Douglas M.Johnston, (Symposium: Theories of Dispute Resolution) RELIGION AND CONFLICT RESOLUTION, 67 Notre Dame L.Rev. 1433, at 1437 (1992)。
- イギリス王室に係る公式サイトを見れば、ウェールズおよび北アイルランドには、国教としての教会はないと明示されている。それらの地における国教制度は、それぞれ一九二〇年と一八六九年に廃止されたとされているのである (www.royal.gov.uk)。
- (6) Douglas Laycock, CONTINUITY AND CHANGE IN THE THREAT TO RELIGIOUS LIBERTY: THE REFORMATION ERA AND THE LATE TWENTIETH CENTURY, 80 Minn. L.Rev. 1047, at 1660 (May, 1996); Church of Scotland Act, 1921 (U.K.), 11 & 12 Geo.V., c.29, s.1 (R.Ahdar, I.Leigh, *supra* note 2, at 645FN54)。
- (7) 女王が親ら務めを果たすこともある。たとえば、一九七七年の即位二五年記念および二〇〇二年の五〇年記念に際して、親ら総会を開いたときが、そうである (WIKIPEDIA, Supreme Governor of the Church of England)。
- (8) Tim Lambert, A BRIEF HISTORY OF CHRISTIANITY IN ENGLAND, www.localhistories.org/christian.html。
- なを、ここでイングランド教会は、カトリックであって、プロテスタントとなった英国教会とは内実を異にしている。
- (9) アンドレ・モロワ『英国史』(上巻) (水野成夫・小林正訳) 三二―三三頁、四七―四八頁。

- (10) 『前掲書』六四頁以降。James W.Troke, THE ENGLISH RELIGIOUS ESTABLISHMENT, 12 J.L. & Religion 399, at 406 (1995-1996).
- (11) See, J.W.Troke, *ibid.*, at 406.
- (12) モロロ 『前掲書』一〇〇頁—一〇二頁、一一四頁—一二五頁。J.W.Troke, *supra* note 10, at 407; Andrew Simmonds, AMAH AND EVED AND THE ORIGIN OF LEGAL RIGHTS, 46 S.D.L. Rev. 516, at 590 (2000-2001).
宗教裁判所と世俗裁判所との問題については、反逆罪で告発された聖職者は、世俗裁判所で裁かれ、その他の重罪（大逆罪でない暗殺または窃盗）だけで告発された聖職者たちは、宗教裁判所で裁かれることになった（モロロ 『前掲書』一二四頁）。
- (13) モロロ 『前掲書』一五二頁—一五三頁、一七四頁—一七九頁。
- (14) 『前掲書』一二三頁—一四〇頁、一九七頁—二〇六頁。Michael W.McConnell, ESTABLISHMENT AND DISESTABLISHMENT AT THE FOUNDING, PART 1: ESTABLISHMENT OF RELIGION, 44 Wm. & Mary L.Rev. 2105, at 2112-2113 (April, 2003); Sarah M.Montgomery, DRAWING THE LINE: THE CIVIL COURT'S RESOLUTION OF CHURCH PROPERTY DISPUTES, THE ESTABLISHED CHURCH AND ALL SAINTS EPISCOPAL CHURCH, WACCAMAW, 54 S.C.L.Rev. 203, at 220 (Fall 2002); I.McLean, S.M.Peterson, *supra* note 4, at 639.
- (15) M.W.McConnell, *supra* note 14, at 2113.
- (16) Jaclyn Kass, RELIGIOUS ACCOMMODATIONS IN EDUCATION: A COMPARISON OF NON-ESTABLISHMENT IN THE UNITED STATES AND ESTABLISHED RELIGION IN ENGLAND AND WALES, 38 Seton Hall L.Rev. 1505, at 1517 (2008).
- (17) Marci A.Hamilton, THE RELIGIOUS ORIGINS OF DISESTABLISHMENT PRINCIPLES, 81 Notre Dame L.Rev. 1755, at 1759 (June 2006); I.McLean, S.M.Peterson, *supra* note 4, at 639.
- (18) George Anastaplo, CONSTITUTIONALISM, THE RULE OF RULES: EXPLORATIONS, 39 Brandeis L.J. 17, at 37 (Fall 2000-2001); (WIKIPEDIA, Supreme Governor of the Church of England).

List of Supreme Governors

Name	Years	Notes
Henry VIII	1536-1547	As Supreme Head
Edward VI	1547-1553	As Supreme Head
Mary I	1553-1555	As Supreme Head (from 1554 the Queen omitted the title without statutory authority, which was reverted by Parliament in 1555)
Elizabeth I	1559-1603	
James I	1603-1625	
Charles I	1625-1649	Executed for “high treason against the people”.
Interregnum	1649-1660	Church of England disestablished by the Commonwealth Government
Charles II	1649-1685	Became a Roman Catholic on his deathbed. ^[8]
James II	1685-1688	Roman Catholic, deposed
Mary II	1689-1694	Held jointly with William III
William III	1689-1702	Held jointly with Mary II, 1689–1694
Anne	1702-1714	
George I	1714-1727	
George II	1727-1760	
George III	1760-1820	
George IV	1820-1830	
William IV	1830-1837	

Victoria	1837-1901
Edward VII	1901-1910
George V	1910-1936
Edward VIII	1936
George VI	1936-1952
Elizabeth II	1952-

present

(Supreme Governor of the Church of England (en.wikipedia.org/wiki/Supreme_Governor_of...))

- (19) Carl HESBECK, DISSENT AND DISESTABLISHMENT: THE CHURCH-STATE SETTLEMENT IN THE EARLY AMERICAN AMERICAN REPUBLIC, 2004 B.Y.U.L.Rev. 1385, at 1409 (2004).
- (20) What is The Church of England (Continuing)? (news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/magazine/4059267.stm).
- (21) Thirty-Nine Articles (mb-soft.com/believe/txc/thirtyni.htm).
- (22) J.W.Troke, *supra* note 10, at 409.
- (23) An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown, 1689 (hereinafter “English Bill of Rights”) (www.constitution.org/eng_bor.htm).
- (24) English Bill of Rights.
- (25) *Ibid*.
- (26) *Ibid*.
- (27) J.W.Troke, *supra* note 10, at 409; Peter Cumper, Peter Edge, (Symposium: Law and Religion) FIRST AMONGST EQUALS: THE ENGLISH STATE AND THE AMERICAN CHURCH IN THE 21ST CENTURY?, 83 U.Det. Mercy L.Rev. 601, at 605 (Summer 2006).

(28) Elizabeth II is styled “Elizabeth the Second, by the Grace of God, of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and of Her other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith.”

(29) 見よ、註 (56)。なぜ、BBC News によれば、ブリトン人のほぼ三分の二は、自らを宗教的ではないと看做しているところである。また、スコットランドでは、四二%がどの宗教にも属しておらず、五六%が、自らを宗教的でないと看做しているところである (二〇一一年三月二二日)。

- (30) 見よ、註 (56)。
- (31) I.McLean, S.M.Peterson, *supra* note 4, at 642.
- (32) J.D.Fisher, C.J.Wallace, *supra* note 4, at 487.
- (33) Queen Elizabeth II – Official Site (www.royal.gov.uk).
- (34) J.D.Fischer, C.J.Wallace, *supra* note 4, at 490–491.

貴族院の議員は、流動的であるが、その議院は、二〇一一年九月六日現在、七八八名前後で組織されている。その議員には、一代貴族議員、聖職者議員および選出された世襲議員の三つのタイプが存在する。

Lords by party and type of peerage
(Membership: 6 September 2011)

Party	Life Peers	Excepted	
		Hereditary Peers *	Bishops
Conservative	170	48	
Labour	236	4	
Liberal Democrat	87	4	
Crossbench	152	32	
Bishops			24
			24
			24

Other**	29	2	31
Total	674	90	788

Note: This table excludes 24 Members who are on leave of absence, one who is suspended, 13 disqualified as senior members of the judiciary and one disqualified as an MEP.

By type	Men	Women	Total
Archbishops and bishops	24	0	24
Life Peers under the Appellate Jurisdiction Act 1876	22	1	23
Life Peers under the Life Peerages Act 1958	510	178	688
Peers under the House of Lords Act 1999	90	2	92
TOTAL	646	181	827

* Made up of 74 peers elected by parties and groups, 15 peers elected by the whole House and one royal office-holder (the Earl Marshal). The second royal office-holder (the Lord Great Chamberlain), and one peer elected by the Crossbench peers, are currently on leave of absence (www.parliament.uk)

(35) James W.Torke, *supra* note 10, at 412.

(36) Bradley D.Riel, REFORMATION OF THE UK JUDICIARY AND ITS EFFECT ON PATENT LITIGATION, 21 Alb. L.J.Sci. & Tech. 445, at 461 (2011); The Church Commissioners (www.churchofengland.org/.../churchcommissioners.aspx, hereinafter The Commissioners); I.McLean, S.M.Peterson, *supra* note 4, at 639.

(37) The Church Commissioners.

(38) Ibid.

(39) イングランド教会の総会で国教財務委員会を代表するのは、第一国教財務委員である。この委員会には、その他に第二国教財務委員がいる。

教会委員会については、歴史的には、教区の創設と教会の建築をするために、一八一八年に教会建設委員会が設立されたが、その仕事は、一八五六年に教務委員会に引き継がれた (The Church Commissioners www.churchofengland.org/)。

(40) The Church Commissioners. 以降も、The Church Commissioners を引用する。

(41) Peter Cumber, THE UNITED KINGDOM AND THE U.N. DECLARATION ON THE ELIMINATION OF INTOLERANCE AND DISCRIMINATION BASED ON RELIGION OR BELIEF, 21 Emory Int'l L.Rev. 13 (Spring 2007).

(42) BBC News, 'Record rise' in UK anti-Semitism By Dominic Cascini, 23 July 2009 (news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/8166173.stm).

二〇〇九年一月から六月にかけて、ユダヤ人が襲われた事件は、六〇九件に達し、二〇〇八年の同時期の二七六件と比べてほぼ倍化したといわれている。

(43) P.Cumber, *supra* note 41, at 14.

ユダヤ人が駆逐された後には、イタリアから、また、その後になるとドイツからの商人が進入し、国王の財政的な機関となった (Deborah A.Ramirez, (1994 Symposium) A BRIEF HISTORICAL OVERVIEW OF THE USE OF THE MIXED JURY, 31 Am.Crim. L.Rev. 1213, at 1216 (Summer, 1994))。

(44) The Corporation Act, 1661; the Conventicle Act, 1664.

(45) Thomas M.Franck, IS PERSONAL FREEDOM A WESTERN VALUE?, 91 Am.J. Int'l L. 593, at 612 (October, 1997); P.Cumber, *supra* note 41, at 14-15; Jonathan A.Bush, "YOU'RE GONNA MISS ME WHEN I'M GONE": EARLY MODERN COMMON LAW DISCOURSE AND THE CASE OF THE JEWS, 1993 Wis. L.Rev. 1225, at 1276 (1993). The Conventicle Act of 1964 (16 Charles II c.4).

(46) その正式名称は、"An Act for Exempting their Majesties Protestant Subjects dissenting from the Church of England from the Penalties of certaine Lawes" である。

(47) P.Cumber, *supra* note 41, at 15.

(48) この時期、the Quaker Act (1662) the Act of Uniformity (14 Charles II c.4 (1662)) the Five Mile Act (17 Charles II c.2 (1665)) が相次いで制定されている。本文で触れられた the Conventicle Act と the Five Mile Act は、一六八九年に廃止された。

(49) Carl H.Esbeck, *DISSENT AND DISESTABLISHMENT: THE CHURCH-STATE SETTLEMENT IN THE EARLY AMERICAN REPUBLIC*, 2004 B.Y.U.L.Rev. 1385, at 1479-1480 (2004).

因みに、ウィリアム・ペンがクエーカー教徒の天国としたペンシルバニアやロージャリー・ウィリアムが建設したロード・アイランドは、政教一致の体制を採らなかった。ウェスト・ジャージー、デラウェアも、クエーカー教徒が支配し、清教徒的であったが、政教一致の体制を採らなかった。高教会派から逃れた者たちが築いたニュー・イングランド、マサチューセッツ・ベイ、コネチカット、ニュー・ハンプシャーは、清教徒が支配し、他の教会に寛大ではなく、その人々は、信教の自由を求めず、天主に従う自由を求めた。ニュー・アムステルダム市は、暫時、ドイツの改革派教会と一体であったが、ニュー・ヨーク北部やイースト・ジャージーは、政教を一致させなかった。バージニアと南北カロライナは、強力な繋がりではなかったが、イングランド教会と一体であった (Carl H.Esbeck, *ISSENT AND DISESTABLISHMENT: THE CHURCH-STATE SETTLEMENT IN THE EARLY AMERICAN REPUBLIC*, 2004 B.Y.U.L.Rev. 1385, at 1415 (2004))。

(50) Jewish History 1750-1759 (jewishhistory.org.il/history.php?startyear=1750&endyear=1759); I.McLean, S.M.Peterson, *supra* note 4, at 643.

(51) See, Peter Cumper, Peter Edge, *supra* note 27, at 605.

(52) P.Cumper, *supra* note 41, at 23-24.

(53) Mark Hill, *THE PERMISSIBLE SCOPE OF LEGAL LIMITATIONS ON THE FREEDOM OF RELIGION OR BELIEF IN THE UNITED KINGDOM*, 19 Emory Int'l L.Rev. 1129, at 1132 (Summer 2005).

(54) P.Cumper, P.Edge, *supra* note 27, at 601.

(55) P.Cumper, *supra* note 41, at 13.

- (64) P.Cumper, *supra* note 41, at 17.
- (65) The Human Rights Act, S.13.
- (66) P.Cumper, *supra* note 41, at 17; the Human Rights Act, S.4.
- (67) たとえば、日曜日の就業を拒否して解雇された事件や十代のイスラムの女生徒の着衣に係る事件では、必ずしも姿勢が同一でもったわけではなかった (See, *Copsey v. WWB Devon Clay Ltd.*, [2005]EWCA (Civ) 932 (ENG.); *Steadman v. United Kingdom*, App. No.29107/95, 23 Eur. H.R. Rep. 168 (1997); R (on the application of Begum) v. Headteacher & Governors of Denbigh High Scholl, [2006]UKHL (appeal taken from Eng.); *Sahin v. Turkey*, 41 Eur. Ct.H.R. 8 (2005); P.Cumper. *supra* note 41, at 18, 18 FN41, 18FN42)°
- (68) R (Williamson) v. Sec'y of State, [2005]2 A.C. 246 (H.L.) (Eng.). See, *Tyrrer v. United Kingdom*, 2 Eur. Ct.H.R. 1 (1980); *Campbell v. United Kingdom*, 4Eur. Ct.H.R. 293 (1982); P.Cumper. *supra* note 41, at 18, 18FN38.
- (69) C.v.United Kingdom, App. No.10358/83, 37 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 142 (1984); P.Cumper. *supra* note 41, at 18, 18FN39.
- (70) R. (on the application of Boughton) v. HM Treasury, [2006]EWCA (Civ) 504 (Eng.).
- (71) In re South Place Ethical Society Barralet and Others v Attorney-General, [1980]1 W.L.R. 1565.
- (72) 二〇〇九年のUKの無宗教者は、五〇・七%に達しているとの調査がある° Vexen Crabtree の二〇〇七年の報告によれば、二〇〇一年には、UKには、一七〇以上の宗教が存在し、無宗教者は、一五・五%であったとの調査がある° 二〇〇五年の日曜日教会に行へ者は、一九七九年の半分になった (Religion in the United Kingdom Diversity, Trends and Decline) (www.vexen.co.uk/UK/religion.html)°
- (73) See, Lucy Vickers, Freedom of religion and workplace: the draft Employment Equality (Religion and Belief) Regulations 2003, 1 L.J. 2003, 32 (1); Aileen McColgan, Class wars? Religion and (in) equality in the workplace, 1 L.J. 2009, 38 (1); Susanna Mancini, To be or not to be Jewish: the UK Supreme Court answers the question; judgment of 16 December 2009, R v

The Governing Body of JFS, 2009 UKSC 15, F.C.L. Review 2010, 6 (3), 481, etc..

(74) Russell Sandberg, The right to discriminate, *Ecc. L.J.* 2011, 13 (2), 157.

(75) I.McLean, S.M. Peterson, *supra* note 4, at 638.

荷為替信用状取引を巡る現代的課題と展望

——信用状危機、INCOTERMS2010、Sanctionなどに対する理論と実務の対応を中心として——

藤 川 信 夫

はじめに

本稿では、国際取引の資金決済に関して、荷為替信用状を巡る問題点と対応、新たに生じつつある現代的課題などにつき、理論と企業実務の双方から焦点を当て検討を進めたい。

第一章 貿易取引における為替手形による決済と留意点

1. 送金・取立方式による決済と留意点——荷為替手形、商業信用状——

(1) 送金方式による決済 国際取引の決済方式には送金方式、取立方式があるが、前者では代金の一部前払、船積書

荷為替信用状取引を巡る現代的課題と展望（藤川）

類受領後の後払があり、当事者の利害が対立する。⁽¹⁾ 後払は輸入者は貨物到着確認後に送金しリスクは少ない。反面輸出者は代金回収の保証がない。送金方式は少額取引、本支店・親子会社間等信頼関係が醸成される場合に有効である。

(2) 取立方式による決済と留意点―荷為替手形、商業信用状―

(イ) 荷為替手形ならびに F O B・C I F 取引

① 荷為替手形 決済手段として一般的に荷為替手形 (documentary bill) が使用される。基本的売買条件は F O B (Free on board 本船渡し)、C I F (Cost Insurance and Freight 運賃保険料込み) があり、近年 F O B 取引から C I F 取引へと船荷証券の有価証券性を主とする商品売買への移行傾向にある。⁽²⁾

② 船積書類と担保権 買取銀行の手形不渡りにおける償還請求権は人的信用のみならず、船積書類記載商品により担保される。荷受人の記載方法により銀行が留置権しか保有しない場合があること、航空運送における Air Way bill には担保価値はないことは留意される。

③ 船荷証券 船荷証券 (Bill of Lading B/L) は権利証券 (Document of Title) で物権的・債権的・形式的有価証券⁽³⁾、処分・要因証券、指図証券等⁽⁴⁾の法的性質を有する。

船荷証券規制の国際的統一化について、一八九三年米国はハーター法 (Harter Act) を制定し、一九二一年統一規則であるヘーグ規則 (Hague Rules, 1921) が採択された。⁽⁵⁾ 規則の採否は当事者選択に任せ、実効性に疑問がある。修正、施行規定を加え、一九二四年船荷証券に関する若干の規定の統一のための国際条約 (International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Bill of Lading, 1924) が結ばれる (ブラッセル条約)。我が国は一九五七年批准し、国内法として国際海上物品運送法を制定している (一九五八年一月一日実施)。

④ 荷為替手形の種類―信用状なし荷為替手形による決済―信用状を利用できない場合、手形支払書類渡し (Documents against payment D/P)、手形引受書類渡し (Documents against acceptance D/A) 決済を利用する。D/Pは輸入者が銀行に代金を支払い、D/Aは輸入者が手形を引き受け、船積書類の入手が可能となる。銀行保証がなくリスクがあり、D/Aでは輸入者が引受後に不渡りを出した場合に回収不能となる。現地子会社取引などに利用される。D/P手形は迅速な代金回収の点で売主に有利、D/A手形は引受けから支払までに一定期間の猶予がある点で買主有利といえよう。

⑤ 取引銀行への取立依頼につき、一九五六年国際商業会議所作成の取立統一規則 (Uniform Rules for Collections URC) がある。

(ロ) 商業信用状 (L/C) の留意点

① 信用状取引の注意点 (a) 独立抽象性と書類取引の原則 商業信用状 (Letter of Credit L/C) 取引では、船積書類と信用状条件の不一致 (Discrepancy) により銀行は支払を拒否する。⁽⁷⁾ (b) 信用状入手と内容確認 輸出者は、信用状入手前に生産開始し、信用状の不発行の場合損害を被るリスクがある。契約条件と相違すれば信用状の修正を買主に要求する必要がある、怠ると Discrepancy となる。⁽⁸⁾

実務上の留意点として、⁽⁸⁾ (a) 事前に荷為替手形の買取を取引銀行と取り決める。銀行により相違があり、他行比較も必要となる。 (b) 輸出信用保険の加入、発行銀行に不安がある場合にコンファームド L/C (信用力を有する他銀行の保証) を要求するなど銀行も買取易くなる。費用対効果を検討する。 (c) 資金的余裕があれば取立方式もメリットがある。割引料、メーリング期間 (輸出銀行の決済までの期間) 手数料などが節約可能となる。銀行が荷為替信用状の買取

により、取立方式を主張することが普遍的になれば信用状制度の根本的否定に繋がりがかねない。信用状Ⅱ代金即時回収可能な時代は終わり、銀行もリスク回避が最優先の時代に入っていることを認識して対策を講じることが望まれる。

② 荷為替信用状とスタンバイL/Cの比較―船荷証券の危機への対応など― 信用状には、(a) 荷為替信用状 (documentary L/C) 、無担保信用状 (clean L/C 荷落信用状) 、(b) 取消不能信用状 (irrevocable L/C) 、取消可能信用状 (revocable L/C) 、(c) 確認信用状 (confirmed L/C) 、無確認信用状 (unconfirmed L/C) 、(d) 償還請求権付信用状 (with recourse L/C) 、無償還請求権信用状 (without recourse L/C) 、(e) 回転信用状 (Revolving L/C) 、(f) 譲渡可能信用状 (Transfereable L/C) 、(g) スタンバイ・クレジット (stand-by credit) 、(h) オープン信用状 (Open credit) 、リストリクト信用状 (Restricted credit) 等がある。スタンバイ・クレジットは、現地法人の現地借入等の保証手段として邦銀が現地銀行に対し発行する。リストリクト信用状は買取銀行が指定される信用状であり、リストがかかる場合でも指定銀行が取引銀行でない場合、手数料を支払い買い取らせることは可能である。オープン信用状は買取銀行が指定されない信用状である。

③ 荷為替信用状 (L/C) 決済と比較して、スタンバイL/C (S/B) 開設とD/P決済方式を海外輸出者から提示された場合のメリット・デメリットを考察する。(a) 銀行の取扱方法では、S/Bは輸入者が取引銀行に依頼し、輸出者を受益者として発行して全有効期間にわたり全発行金額を対象とする。L/Cと異なり、S/Bは輸入決済を行っても銀行保証残高は減少せず、発注の都度個別L/Cを開設する必要がなく、事務処理コストが削減される。一方、S/B開設料 (手数料・保証料) は条件・銀行により異なり、取引銀行に事前確認する必要がある。S/B開設料を個別L/C開設料より高く設定する銀行もある。担保の有無、与信枠も開設料に影響し、年間の船積頻度も考慮す

べきである。S／Bは全期間にわたり開設料がかかる。他方で、個別L／Cは通常有効期間が短く、開設料の必要期間は短くなる。毎月船積みがある場合は個別L／Cの開設は不経済となる。(b)事務処理上、S／Bでは個々の船積条件を設定できず、輸出者には別途船積みの指示を行う。船積時期について、L／Cは強制力を持ち期限内に船積みを行わなければならないが、S／Bの場合は強制力はないことに留意される(数量・品質も同様)。契約不履行がある場合、証明文書を添付して発行銀行に支払請求する。他方、S／BとD／Aの組み合わせでは船積書類は銀行と信の担保とする必要がない。船荷証券はNon-negotiable *ビラ*、Sea Waybill、Surrendered B/Lを使用でき、近距離輸入であり銀行経由の書類が通関に間に合わない事態(船荷証券の危機)を避けることも可能となる。(c)代金決済にL／C、D／P、D／A手形を利用せずS／Bを利用する場合、一般にOpen Account取引となり、当事者間の直接送金にて行う。当該取引先と輸出入の両方の取引がある場合、売掛金・買掛金を相殺して差額正味金額(Net)の決済もでき(Netting)、支払手数料の削減、為替リスク圧縮・為替対策が図れる。為替管理のため相殺禁止の国もある点に留意される。(d)L／Cによる強制力がなくても船積時期、数量、品質など契約条項を輸出者が履行し、船積頻度が高い場合、取引銀行と相談してS／B使用を検討するが、切り替えた結果、輸出者の契約履行に問題が生じ、損害が銀行手数料削減額を上回ることもあり、慎重な判断が必要となる。S／BもUCP600に準拠し、国際スタンバイ規則(ISP98)、改訂ICC請求払保証統一規則(URDG758)がある⁽⁹⁾。

④荷為替信用状——ユーザンス付L／C、サレンダーB／L——荷為替信用状(A documentary credit)は買主が商品引取後の猶予期間後に開設銀行に代金を支払うユーザンス付L／C(通知銀行から売主への支払も猶予期間後)、売主が船積後に船会社から受領する船荷証券をコピーし正本は船会社に返却、売主はコピーをファクス等で買主に送付し、

買主は船会社にコピーを提示して着荷商品を受領するサレンダーB/LのL/C決済方式もある。⁽¹⁰⁾

2. 信用状統一規則と準拠法など

(1) 信用状統一規則 荷為替信用状に関する統一規則および慣例 (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 信用状統一規則) は一九三三年国際商業会議所に採択され、二〇〇六年改訂統一規則 (ICC Publication No.600) が二〇〇七年に実施される。原則として当事者合意が必要で、本文への盛込みを条件に全信用状に適用される(一条)⁽¹¹⁾。インコタームズ⁽¹²⁾、信用状統一規則(注)は援用がなくとも適用される取引規範となる。⁽¹³⁾

(2) 信用状と準拠法 統一規則により解決されない場合、準拠法が問題となる。信用状開設の約定および契約について、法適用通則法七条ないし九条に従う。準拠法指定があれば当該法により、指定がない場合は最密接関係地法(行為地法など)⁽¹⁴⁾が適用される。

第二章 国際法規約の体系的解釈の必要性

外国貿易取引の重要な要素は、契約当事者の売買契約の本旨・内容に沿った履行の確保であり、売主は代金の確実な受領、買主は商品内容ならびに受領時期が契約に沿って履行されることである。取引契約の安全の確保のため、世界的な金融取引綱を有する銀行、事故に備えた保険機関の介在が不可欠となり、輸出・輸入者の契約関係を基軸として、銀行等の複数当事者の利益の公平な調整のためには、当事者の権利・義務の関連法規定や取引実務に沿った体系的解釈が重要となる。⁽¹⁵⁾ 国内法(商法、手形法、保険法、銀行取引法、銀行取引約款など)のみならず、国際取引法、貿易

保険法、信用状統一規則、国際取引約款など国際法規約の体系的解釈が必要となる。商業信用状、荷為替手形、貿易保険等^{①⑥}を巡る係争は、かかる法適用が課題となる事例である。

第三章 インコタームズ二〇一〇、ウィーン売買条約ならびに債権法改正などの影響

1. インコタームズ二〇一〇、ウィーン売買条約など新たな動向の影響

国際法規約の体系的解釈の必要性に関連して、近時インコタームズ改訂、ウィーン売買条約批准等新たな動向があり、注視される。リスク移転などに関してインコタームズ二〇一〇 (INCOTERMS2010) の検討、敷衍してウィーン売買条約 (国際物品売買条約に関する国際連合条約 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods CISG) とインコタームズの比較・関連等も実務上重要な課題となる。検討が進められる我が国債権法改正と国際取引法ならびに国際的資金決済にかかる影響も考察が求められよう。

2. インコタームズ二〇一〇

(1) リスク移転 リスク移転時期につき、国際貿易では売手のリスク負担範囲は売手の費用負担範囲と誤解されがちである。CIF、CFRは相手港への商品到着までの費用を売手が負担し、売手側リスクは相手港に着くまでとなるが、実際にはCIF、CFRのリスク移転時点はFOBと同じく船積・荷渡をする場合は本船上に物品を置いた時となる。EXWは指定場所に商品を置き買手処分に委ねた時点、CIP、CPTは売手が売手手配の輸送人に引渡した時点、FCAは売手が買手手配の輸送人に引渡した時点、FASは買手指定の本船側に物品を置いた時点となる。リ

スク移転時点は国際商業会議所（ICC）のインコタームズ二〇一〇（INCOTERMS2010）に明文規定される。強制力はなく、契約書で This Contract is governed by “INCOTERMS2010” の趣旨の文言を入れ、双方の合意が必要である。¹⁷⁾

他方、所有権移転時期も費用負担範囲の売主から買手への移転時と誤解され易い。CIF、CFRでは相手港の到着時点までの費用を売手が負担し、所有権は相手港の本船到着・荷卸の時点で買手に移転するが、実際は所有権移転時期は批准国に強制力を持つウィーン売買条約、インコタームズ二〇一〇とも規定されない。所有権移転条項による移転時期の合意が検討される。売主からは少なくとも代金の完全確保時点で移転することが望ましい。代金が確保されないに関わらず所有権が移転すると支払不能になっても当該商品に対する権利は主張できない。買主からみれば、不測の事態のリスクを最小限にする意味で、支払とは無関係に売主国で輸送が始まるタイミングで所有権を移転させることが望ましい。

(2) インコタームズ二〇一〇 インコタームズは一九三六年以降改訂され、二〇一〇年九月一六日二〇〇〇年版改訂が承認される（二〇一一年一月一日発効¹⁸⁾）。インコタームズ二〇一〇では引渡・船積場所に応じ積地の工場渡しから揚地の相手先指定場所渡しまで、従来の四種類一三条件から二種類一一規則（条件）に改定された。二種類は「あらゆる輸送形態に適した規則（Rules for Any Mode or Modes of Transport）」、「海上および内陸水路輸送のための規則（Rules for Sea and Inland Waterway Transport）」で、条件ではDAT（Delivered At Terminal）、DAP（Delivered At Place）が新設された。FOB、CFR、CIFの引渡時点は「本船の手すりを越える時点」から「船上に貨物を置いた時点」に変更され、FAS、FOB、CFR、CIFにつき洋上転売の引渡しも「貨物を入手することにより（by procuring the goods）」と明記される。

インコタームズ二〇〇〇からの主な変更点は、①FOB、CFRおよびCIFの三条件から危険負担の分岐点の「本船の手すり (ship's rail)」が削除される。②「連続売買」に言及した規定が導入される。引渡は本船側もしくは船上に物品を置くこと、または引渡された物品を調達する (procure) ことにより履行される。⁽¹⁹⁾ 後者は、輸送中の洋上転売を想定し、危険は「調達した時」Ⅱ「売買契約締結の時」に移転し、CISG第六八条第一文と一致するとみられる。③持込渡条件の集約により規則は二三から一一に減少し、運送手段に関わらず使用可能な新規則としてDAT (ターミナル持込渡)、DAP (仕向地持込渡) を従来のDAF、DES、DEQおよびDDUの代わりに導入する。DATはDEQに、DAPはDAP、DESおよびDDUに対応し、持込渡条件はDAT、DAPおよびDDPの三条件となる。⁽²⁰⁾ ④ターミナル・ハンドリング・チャージ (THC) の言及である。⁽²¹⁾ ⑤海上および内陸水路輸送の規則としてFAS、FOB、CFRおよびCIFは、第二クラスの海上および内陸水路輸送の規則に分類され、輸送手段が船舶の場合にしか使えないことが示される。本船への直接引渡が前提となり、ターミナル等において運送人に引渡されるコンテナ貨物の場合、FCA、CPTまたはCIP規則を使用すべきものとされる。⁽²²⁾ ⑥国内取引への使用を公式に認める。⁽²³⁾ ⑦取引条件 (trade term) または条件 (term) と規則 (rule) を使い分けている。

3. ウイーン売買条約とインコタームズ二〇一〇

CISG⁽²⁴⁾との比較を行うと、①売主・買主の義務と危険移転時期について、CISG (第六七条―第六九条)⁽²⁵⁾にも規定がある。FOB、CFR、CIFでは本船の船上に置かれた時または調達された時となる。両者の規定に相違がある時はCISG第六条の当事者自治の原則により、契約で採用するインコタームズ二〇一〇が優先する。②契約成立

と契約違反に対する救済についてインコタームズに規定はないがCISGには規定があり、実務面で内容を把握しなければならぬ。③契約の有効性と所有権移転時期についてCISGは規定がない。従来同様に国際私法(法の抵触に関する法)の定めにより適用される国家法による。CISGにはCIF、FOBなどの国際売買条約の標準的取引条件に関する規定は存在しない。⁽²⁶⁾

4. 債権法改正と国際的資金決済への影響

(1) 債権法改正の検討と国際取引 我が国の債権法改正に伴う国際取引法ならびに国際的資金決済にかかる影響も今後注視され、CISGとの整合性など議論されよう。

「第六危険負担」につき、債務不履行解除の関連で「債権法改正の基本方針」(NBL九〇四号(二〇〇九))は「現行民法五三四条、五三五条、五三六条一項は廃止する」。従来の判断基準は売買契約では非実務的で、売買契約以外ではほとんど問題にならず、危険負担概念は廃止すべきこと、実務ではリスクとして滅失毀損の損害負担であり従来のFOB・CIFにおける欄干通過時に移転する考え方であること、解除一元化では解除通知の意思表示の失念の場合に信義則や権利濫用による救済を認める方針を確認する必要があること、国際取引では代替可能な種類物売買が主で引渡時の瑕疵担保責任の問題と引渡遅延、CISGでは障害によるか否かを問わず重大な契約違反による解除で解決できること等が指摘される。⁽²⁸⁾

(2) 債権法改正と国際的資金決済 国際的資金決済の関連で、「第七受領遅滞(民法第四一三条)」に関し、①効果の具体化・明確化につき、国際取引ではFOBで船積時期に買主が船舶を手配しない状況がみられる。多くの場合信用

状またはD/P、D/Aによる代金取立となり、買主の受領遅滞に対して反対債務の期限の利益の喪失は意味がなく、⁽²⁹⁾ 債務不履行として扱い、受領遅滞の構成は必要ない。②損害賠償請求および解除の可否につき規定は必要でなく、相場暴落時のFOB契約では売主の転売損を少なくする必要がある。⁽³⁰⁾ ③受領強制も国際取引では転売することが一般で必要性はないことが指摘される。

「第一四証券的債権に関する規定」に關し、「一 証券的債権に関する規定の要否（民法第四六九条から第四七三条まで）」につき商法規定との矛盾があり規定を置かないこと、「二 有価証券に関する規定の要否（第四五九条から第四七三条まで）」に証券的債権の規定を置かない場合は有価証券に関する規定（第四六九条から第四七三条まで）につき商法と一本化し通則的規定を置くこと、「三 有価証券に関する通則的な規定の内容」には一般的定義規定を置かないこと、通則的規定の適用対象の有価証券の範囲、譲渡・善意取得要件、債務者抗弁の切断等具体的な内容は規定を置くこと、⁽³¹⁾ 「四 免責証券に関する規定」につき手荷物引換証、携帯品預証、銀行実務での受取証等があり規定を置くことなど見解が出される。⁽³²⁾

第四章 荷為替信用状の問題点と対応—B/Lクライシスと貿易取引の電子化など—

1. 荷為替・商業信用状の問題点—B/Lクライシス—

(1)信用状決済のリスク 売主は支払を受けるため、必要書類を有効期限内に銀行に提出する必要がある、信用状の受領段階で必要書類を適時に揃えられるかを確認する。適時に揃えられない書類提出を信用状の中で買主が要求する場合は当該書類提出を不要とするように、期限が短い場合は十分な有効期間とするように、各々信用状が修正される

まで商品を船積みしてはならない⁽³³⁾。買主は信用状開設後に開設銀行が倒産すれば決済ができなくなり、当該リスクを最小限にするため、売主は契約書で国際的一流銀行 (International First Class Bank) が開設する荷為替信用状を求めること、開設銀行の名称を契約書に具体的に記載し倒産の危険のある銀行から開設されることを避けることが必要となる⁽³⁴⁾。

(2) B/L クライシスによる代金回収不能 近距離貿易では船荷証券が銀行経由で買主に届く前に商品が港に着きかねず、買主は船荷証券を銀行経由でなく直送すること、船長託送で到着と同時に受け取ること、船会社に売主保証で商品が買主に引き渡されること等を要求する。L/C 決済を逸脱し、支払のないまま商品のみ引取られる懸念が生じる⁽³⁵⁾。

さらに近年は技術革新による船舶高速化、コンテナ化、荷役作業の効率化により、貨物が輸入港に到着しているに関わらず、銀行経由での輸入者への船荷証券 (B/L) の到着が間に合わず貨物が入手できない船荷証券の危機 (The Bill of Lading Crisis) が発生しており、ペーパー船荷証券を中核とする貿易書類を使用する旧貿易金融システムの限界を意味するものといえよう。解決策としては、保証渡し (L/G)、シーウェイビル (Sea Waybills)、スタンドバイ信用状 (Standby Credit) の使用などが行われる。根本的には、貿易書類を電子データにして安全に送受信できるシステムの確立が急務であると指摘される⁽³⁶⁾。

2. サレンダー B/L および海上運送状 サレンダー B/L (B/L の元地回収) および海上運送状 (Sea Waybill SWB 海上運送状) は、船荷証券の危機 (B/L Crisis) への対処から考案され、貨物引取りに証券呈示が不要な点は共通

する。相違点は、SWBはUCP600に取扱規定があり(第二条(流通性のない海上運送状)、サレンダーB/Lは規定がない。B/Lの種類として存在するわけではなく、元地回収時点でB/Lの機能は失われる。荷為替手形を担保するB/L原本は存在せず、銀行経由の信用状(L/C)取引には原則的に不適であるが、近年は輸入者の利便性から信用状取引でもサレンダーB/Lが使われることがある。サレンダーB/Lを使用する場合、事前に十分に取引銀行と相談することが望まれる。

SWBは、信用状取引に使用される運送書類としてUCP600でも「流通性のない海上運送状(第二条)」として船荷証券、航空運送状と共に規定がある。実務的手続きが確立しておらず、L/C取引ではSWBは一般的でない。信用状付や信用状なしのD/P・D/A以外では、一般的に荷送人・荷受人の当事者間で直送され、原本は貨物引取に不要である。SWBは運送状であり、荷送人に貨物処分権が留保され、貨物到着前に荷受人の変更の可能性⁽³⁷⁾がある。SWBはB/Lと異なり、紛失等の際の除権決定など煩雑な手続きは不要である。

3. 貿易取引の電子化―分割所有権説とBolero 電子船荷証券システムなど―

標準化データ伝送により迅速化・正確化が期待できるが、貿易取引の電子化において所有権移転の管理が問題となる。代表例としてBoleroプロジェクト⁽³⁸⁾があり、電子船荷証券(e-B/L)の権利移転のシステム管理の機能を実現する。Boleroシステムの中央伝送機関CMP(Core Messaging Platform)では、Bolero 船荷証券情報(Tbxt File)を受け取り、権利移転を管理するTR(Title Registry)機能を用いて所有権の移転管理を行う。貨物に対する権利についてOwnership(所有権)とHoldership(占有権)に区別して登録される。Holdershipの保有者はHoldershipの移転のみ可

能となり、銀行による買取の際には Ownership は移転できない。Ownership は、所有者が占有者である場合のみ移転する。⁽³⁹⁾

Bolero システムにおける所有権移転は、分割所有権の理論が応用され、所有権を受益利益 (beneficial interest)、担保利益 (security interest) に分割して把握する。⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾

Bolero 船荷証券では所有者として Originator (B/L 発行者)、Surrender Party (B/L 最終引受人)、Shipper (荷主)、Holder (B/L 所持人)、Pledgee (動産質権者)、To Order Party (B/L 譲渡時指図人)、Consignee (荷受人) がある。信用状取引で売主は Shipper & Holder of Bolero B/L、買主は To Order Party に指定される。権利移転プロセスで輸出地買取銀行、売主への支払に伴い輸入地発行銀行が各 Pledgee に指定される。買主の発行銀行への支払と同時に発行銀行は質権解除され Pledgee でなくなり、同時に買主は Holder に指定され正当な権利を有する Holder to Order となる。船会社が Holder to Order の買主に引渡して Bolero 船荷証券は Surrender され消滅する。Bolero Rulebook によれば、⁽⁴²⁾ 運送人のみ船荷証券を発行でき、質権実行 (Enforce Pledge) は動産質権者 (Pledge Holder) が行う。船荷証券の修正要求 (Request Amendment) は運送人以外が行使でき、修正承認 (Grant Amendment)、拒否 (Deny Amendment) は運送人以外できない。書面への切り替え (Switch to Paper) は運送人以外は行使できる。B/L が運送人の代理人 (Agent) となり、運送人の権利譲渡と承継人の承認通知を新 Holder に行い、新 Holder は権利移転を確認する。代理人の Bolero Internationalltd. を通じた間接占有 (Constructive Possession) が転得者に移転する。⁽⁴³⁾

4. C I F 契約と電子船荷証券の課題 C I F 契約、Bolero・SURF、Documentary Credits 決済を前提に、分割

所有権理論からは物品引渡により買主に Ownership が移転、Holdership は買取により銀行に移転しようが、Bolero システムでは銀行買取により Holdership のみ移転し、Ownership は輸出者に留まる。C I F 契約の積地売買の特性から船積時に所有権移転され、B / L 記載の船積日時で Ownership は移転するとみられる。他方で C I F 契約は象徴的引渡しを本質とし、荷為替信用制度を特約する場合には担保権を留保するため、Holdership については銀行経由で移転することになる⁽⁴⁴⁾。Bolero 証券における運送契約上の地位の移転に関し、運送人が新承継人との間で運送契約を更改 (Novation) し、新 Holder に対して貨物に関する権利を与える。bolero. net において債権的権利の移転は指名債権譲渡 (Assignment) でなく、更改により引渡請求権が新 Holder に移転する⁽⁴⁵⁾。

5. 貿易取引の電子化の課題と統一規則改定など 電子化については従来より諸々問題点も指摘され⁽⁴⁶⁾、荷為替信用状が不要になるわけではなく、それ自体を電子化する方向も予想される⁽⁴⁷⁾。もともと書類点検作業を含めた信用状取引全体の電子化 (STP 化) は関係者の利害に変化をもたらし、信用状条件との一致を判断する基準 (厳格一致 (strict compliance) 原則)⁽⁴⁸⁾、書類点検および発行依頼人との協議期間 (合理的な期間 (reasonable time))⁽⁴⁹⁾ につき統一規則を改める必要性が生じること、留保附 (under reserve) 支払 (買戻請求権)⁽⁵⁰⁾、詐欺の抗弁⁽⁵¹⁾、受益者の担保責任と無故障書類の発行等⁽⁵²⁾につき解釈論を深め、関連約定書等の改訂を検討することも指摘される。

6. 航空運送状 航空運送状 (Air Waybill AWB) の性質をみると、直接航空会社に運送依頼する場合、航空貨物代理店が荷主に航空運送状を発行する。混載貨物では運送人である混載業者が荷主に独自の航空運送状を発行し、実行

運送人である航空会社代理店が混載業者に発行する。前者は House Air Waybill (HAWB)、後者は Master Air Waybill (MAWB) と称する。HAWBはMAWBに準じ、運送人の違いを除けばほとんど同じ内容となる。ワルソー条約では航空運送人は航空運送人に航空運送状を作成して交付することを請求できると規定し、第一義的には荷送人に作成義務があることを明示する。実務では航空代理店が作成し荷送人に発行することが一般的である⁽⁵⁴⁾。航空運送状は反証のない限り、契約締結、貨物受取、運送条件につき証明力を有し、貨物の重畳、寸法、荷造、個数に関する記載も証明力をもつ。かかる規定から、航空運送状は運送契約の証明書類と貨物の受取証としての性質を有する⁽⁵⁵⁾。船荷証券は一般に契約書の証拠、貨物受取証、有価証券の性質をもつが、航空運送状は有価証券としての性質をもたない。船荷証券は受取式と船積式の違いがあるが、航空運送状は常に受取式として発行される。

7. 今後の見通し 決済の一層の迅速化、運送書類の非流通性からも荷為替信用状の減少、荷為替取立のD/A決済およびオープン・アカウントでのサプライヤーズ・クレジットへ移行の促進が見込まれよう。結果的に輸入地銀行ファイナンスから輸出地銀行ファイナンスへの移行が予想される。信用状決済に基づく買取と外銀アクセスおよび本邦ローン方式から、輸出地銀行による輸出者への買取、フォーフエイテイニング (Forfeiting)、ファクタリング (Factoring) 等の方式によるファイナンスへの移行も指摘される⁽⁵⁶⁾。

第五章 信用状における Sanction の問題と対応

1. 信用状における Sanction の問題——「充足した呈示」に与える Sanction——

国際商工会議所策定の UCP600（二〇〇七年七月一日発効）に関連して、信用状における Sanction の問題が指摘される。⁽⁵⁷⁾ 従来にはない新たな信用状の課題といえよう。UCP600 に定める「充足した呈示」⁽⁵⁸⁾ に与える影響と問題点として、輸出入の当事者に関する Sanction には、米国議会が法制化して OFAC（Office of Foreign Assets Control 米国財務省海外資産管理室）が管理・規制に当たるもの、国連決議や欧州評議会決議を受け各国が遵守を求められるもの、国連決議や欧州評議会決議を受けて加盟各国が法制化したものがある。

信用状取引における Sanction の最大の問題は、信用状条件と UCP600 の充足書類を作成し当事国の法制度に基づき確認したにも関わらず、Sanction を理由に信用状発行銀行あるいは確認銀行が発行銀行への書類到着時点で書類の呈示と求償を拒否する懸念の存在である。買取時点では問題がないが、書類が発行銀行に到着する直前に発行銀行当事国の Sanction が発効した場合に「充足した呈示」がされないことを理由に呈示した買取銀行は求償が受けられない怖れもある。指定された確認銀行が確認を行い、受益者あるいは取引銀行から書類呈示を受け、発行銀行の授權通りに買取を行った場合、書類自体は条件を充足しても発行銀行への到着直前に発行銀行当事国の Sanction が発効した場合、同様の理由により呈示した確認銀行は求償が受けられない。結果として、確認銀行は予見可能なカントリーリスク、発行銀行の信用（与信）リスクを超越するリスクの存在を理由に呈示人（受益者または呈示銀行）に対し、呈示書類の返却と引き換えに買取代金返却を求める懸念がある。買取銀行や確認銀行のように指定銀

行でなくとも発行銀行から信用状に基づくリンバースを委託されたリンバース指定銀行の場合も同様である。⁽⁵⁹⁾

2. 信用状における Sanction の対応 資金凍結増加は銀行経営の問題に止まらず米国拠点の影響、業務停止処分

等決済取引の制約として業務・信用問題となる。Sanction は慎重に対応すべき国際規範、共通認識として積極的情報開示により顧客理解を求める課題となる。

(1) 信用状発行銀行の取り組み 信用状発行銀行の取り組みとして、(a) 輸入信用状への Sanction 対応文言につき、呈示自体を拒絶する (Sanction 違反が判明した場合は書類の取扱いができない)、呈示されても支払義務はない (内容・対象国を列挙する)、Sanction 違反を理由とする支払遅延・損失には一切責任を負わないとするものがある。⁽⁶⁰⁾ (b) 通知銀行の選択として、Sanction 違反に問われる怖れのある国と関係する銀行は、Sanction 対応の必要な銀行には信用状は極力仕向けない。(c) 資金凍結の懸念があることを輸出者に理解させ、決済通貨の再考を含めた取引の再構築を打診することが望まれる。

(2) 輸出側の銀行の取り組み 輸出側の銀行の取り組みとして、(a) 信用状通知銀行は、Sanction 違反に問われかねない信用状の通知は拒絶すること、Sanction 違反に問われかねない信用状の通知もは一応行うが、買取を保証したり、確認の際に発行銀行以上の責めを負うものでないこと等を通知の際のカバーレターに明記することが挙げられる。(b) 確認銀行は、confirm は発行銀行から指定されたオープン confirm であれ、受益者の依頼で確認を付与するサイレント confirm⁽⁶¹⁾ であれ、ドキュメンタリーリスク、カントリーリスクしか保証せず、当事者国の法令違反、Sanction 違反はカバーしない。confirm 後に Sanction 違反の書類の買取呈示がある場合、confirm 銀行としての買取等の取引は出来

ない。(c)買取銀行は、買取後に Sanction 違反が判明する場合、発行銀行から求償を受けられなくなるリスクがあり、買取前に発行銀行が Sanction 対象国である場合、船舶や寄港地が Sanction 対象国である場合、事前に十分な確認が必要である。Sanction 違反に問われた場合、当事者の協力を得て信用状取引・指定通貨に拠らない決済方法の構築も必要となる。

3. Sanction の解決に向けた実務上の留意点 留意点としては、(a)確認銀行は確認を付与しないことも選択肢にすること、(b)チェックポイントを明確にして取引の実態把握を行うこと、(c)事業者間の協力と連携ならびに回避努力、(d)決済に向けての事業者と銀行の協力、(e)銀行コルレス網の情報網の活用と銀行間連携、(f)銀行の問題解決能力の向上、(g)取引実態に応じた臨機応変の対応と関係者間の協力などが挙げられる。

第六章 おわりに―今後の展望に向けて―

これまで、荷為替信用状による決済を中心に、シーウェイビル、スタンダードバイ・クレジット、サレンダーB/Lおよび海上運送状等についても理論と実務の検討・対応など具体的に採り上げてきた。国際取引を巡っては近年ウィーン国際売買条約の批准、インコタームズの改訂などの大きな動向が背景にあり、さらに全体的な構造的変化への対応として、信用状危機、電子化、Sanction への対応等の俯瞰も行った。

輸出者、輸入者の契約関係を中心に銀行、保険機関等の利害関係者が存在し、複数当事者間利益の公平な調整のためには当事者の権利・義務を関連法規定、取引実務に沿って体系的に解釈することが重要となる。国内法ならびに銀

行取引約款等のみならず、信用状統一規則、国際取引約款など国際規約の総合的・体系的な解釈が必要となろう。商業信用状、荷為替手形、貿易保険などを巡る係争は正しく、かかる法適用が課題となる局面といえる。

荷為替手形に関する現代的課題としては、従来の信用状では費用がかかること、運用が厳格で融通性がない等の面はあるものの最も安全な決済方式として利用されてきたが、物流の活発化、技術革新に伴う輸送高速化などを背景にして船荷証券による貿易決済システムは困難な事態に直面する。貿易取引の変化に適應する決済システムが考案されつつあり、船荷証券の電子化などの新たな動向もある。法的位置付けなどを巡って過渡期として模索が続いている。厳格一致 (strict compliance) の原則、書類点検および発行依頼人との協議の合理的な期間 (reasonable time)、留保附 (under reserve) 支払、詐欺の抗弁、受益者の担保責任と無故障書類の発行などについて、解釈論として検討を深め、信用状統一規則、関連約定書等の改訂を考えるべきことも指摘される。また航空運送状に例をとれば、決済の一層のスピード化が予想され、運送書類の非流通性からも荷為替信用状の減少、荷為替取立てやオープン・アカウント決済への移行促進が見込まれよう。

加えて前提となる引渡条件、リスク移転などに関し、国際法規約の体系的解釈の必要性から、改訂されたインコタームズ二〇一〇の検討、ウィーン売買条約 (CISG) とインコタームズ二〇一〇との比較も実務上重要な課題となる。検討が進められる我が国の債権法改正と国際取引法・国際的資金決済にかかる影響についても一層の考察が求められよう。

電子化の動きに関しては、⁶²⁾ 国際的標準化の困難さ、貿易業者の費用負担の必要性、グローバル・ネットワーク特有のソフト・ハードの障害ならびに災害発生などのシステムリスクへの対応、情報保護と管理の問題、国際的EDI構

築等も今後の課題となる。

さらには近年、信用状に関わる Sanction への対応といった新たな視点からの課題も生じてきており、当該銀行にとって業務上・信用上の大きな経営問題ともなりかねない。これらは慎重に対応すべき国際規範にかかる問題であり、今後は顧客と共有すべき共通認識として積極的な情報開示、顧客理解への地道な努力等が求められよう。

- (1) 山田遼一・佐野寛『国際取引法（第三版補訂二版）』有斐閣（二〇〇九年二月）一六九―一八六頁、一二七―一四八頁、牧野和夫・河村寛治・飯田浩司『国際取引法と契約実務（第二版）』中央経済社（二〇〇八年三月）二〇九―三二九頁。長谷川俊明『新法律英語のカギ 契約・文書』レクシスネクシス・ジャパン（二〇〇五年八月）、田中信幸『新国際取引法』商事法務研究会（一九九八年五月）、東京銀行システム部東銀リサーチインターナショナル『貿易と信用状』実業之日本社（一九九六年）、F・アイゼンマン、R・A・シュツェ『荷為替信用状の法理概論』九州大学出版会（一九九五年）、西尾信一『銀行取引の法理と実際』日本評論社（一九九八年）、加野忠・村井睦男『国際金融と外国為替（第三版）』大学教育出版（二〇一〇年）、黒田巖『通貨・決裁システムと金融危機』中央大学出版部（二〇一一年）、『ICC 荷為替信用状に関する統一規則および慣例』国際商業会議所日本委員会（二〇〇七年）、中小企業基盤整備機構「国際化F A Q 中小企業国際化支援レポート」、日本貿易振興機構「貿易・投資相談Q & A 輸入に関する基本的な制度や手続き…決済・金融・為替」参照。
- (2) 香川尚道『外国為替と貿易取引』法律文化社（一九八八年五月）二一〇―二二七頁参照。
- (3) 証券記載事項が決定的な証拠（conclusive evidence）と認められる。債権的効力を認めるのは大陸法系であり我が国も採用する。英米法系は一応の証拠と認めるにとどまる。
- (4) 米国では船荷証券の形式を指図式（Order Bill of Lading）、記名式（Straight Bill of Lading）として、後者は非譲渡性（non-negotiable）証券とする。

荷為替信用状取引を巡る現代的課題と展望（藤川）

- (5) 前掲・山田遼一・佐野寛一五四―一五五頁、前掲・香川尚道二一七頁参照。
- (6) <http://ja.wikipedia.org/wiki/%E4%BF%A1%E7%94%A8%E7%8A%B6>.
- (7) 輸出側の取扱銀行が買取を渋る理由は、ディスクリートにおいてL/C発行銀行が支払を拒否するためで(Unpaid)、リスク回避から取立方式を主張する所以である。前掲・中小企業基盤整備機構 <http://www.smrj.go.jp/keiei/kokurepo/faq/dealing/trade/051937.html>.
- (8) 双方間の取り決め以外には解決方法はない。 http://www.hiwave.or.jp/HAPPE/q_a/76.htm
- (9) 「ICC信用状統一規則 (UCP600)」国際商業会議所日本委員会 <http://www.iccjapan.org/book/book-j.htm>、ISP98 (International Standby Practice) 新堀聡「スタンバイ信用状」貿易実務理論講義 No.34-45「国際金融」No.1075-1094、URDG758 (ICC Uniform Rules for Demand Guarantees, 2010 revision) 後藤守孝・橋本徹「改訂ICC請求払保証統一規則について」『国際金融』No.1215 http://www.jetro.go.jp/world/japan/qa/import_07/04A-000A35.
- (10) <http://www.smrj.go.jp/keiei/kokurepo/faq/dealing/trade/051937.html>
- (11) 邦銀は一括採択し、米国統一商法典 (UCC) は準拠が明記される信用状に適用される (五―一六条(c))。適用の裁判例につき東京地判昭和六二年五月二七日判タ六四八号一五二頁、同昭和六二年五月二九日金融法務二一八六号八四頁。前掲・山田遼一・佐野寛一七七一―一八二頁。
- (12) CLOUT Case447 (Abstract at A/CN.9/SER. C/ABSTRACTS/39) 米国連邦地裁 S.D.N.Y. 二〇〇二年三月二六日判決、CLOUT Case549 (Abstract at A/CN.9/SER. C/ABSTRACTS/48) スペイン法廷 Provincial Court of Valencia, Sixth Div. 405/2003 (7 June 2003) 判決、CLOUT Case575 (Abstract at A/CN.9/SER. C/ABSTRACTS/51) 米国連邦高等裁判所 U.S. Court of Appeals Fifth Circuit; No.0220166 (11 June 2003; corrected 7 July 2003)、神戸地裁昭和六一年六月二五日判決 (法人税更正処分等取消請求事件) 参照。
- (13) 東京地判平成九年六月三〇日判タ九六六号二三〇頁、大阪地判平成二年二月八日判時一五三一号一四四頁。外国為替手形取立につき、東京地判平成元年八月二八日金商八二九号三三三頁。

- (14) 東京地判昭和五二年四月一八日判時八五〇号三頁。前掲・山田遼一・佐野寛一七八―一七九頁。
- (15) 西尾幸夫・三木脩・武久征治・外為法研究会編「判例研究 商業信用状・荷為替手形・貿易保険にかかわる二つの裁判例」龍谷法学第四二巻第三号一三八六―一二八八頁(二〇一〇年三月)。CISG、二〇〇四年 UNIDROIT 国際商事契約原則(UP)・INCOTERMS・UCP500・URC522(取立統一規則)等の援用可能国際ルールについて世界法たる *jus gentium* (万民法)を見ることができるとする見解として加藤亮太郎「国際取引における *jus gentium* の形成」神戸学院法学第一号(二〇〇六年七月)四五―六五頁、一四四―一四六頁。さらに資金関連では、一九七七年米国外腐敗行為防止法(Foreign Corrupt Practices Act)、一九九七年OECD外国公務員贈賄防止条約(我が国では不正競争防止法に規定する)とで実効性が担保される)などの検討も必要となろうか。
- (16) 通知銀行が通知遅滞により賠償義務を負う要件が論点となり相当因果関係を否定する裁判例として、西尾幸夫「通知銀行が信用状の条件変更を適時に売主に通知しなかったことと売主が被った損害 最判平成一五・三・二七平成一三第二二九七号損害賠償請求事件(金融法務事情一六七号五四頁、金融・商事判例一一六九号三九頁)」前掲・龍谷法学一三八九―一四〇〇頁。信用状統一規則に沿った法律構成が検討課題となる。また、外国為替公認銀行が買取った外国向為替手形が不渡りとなり銀行取引契約および外国為替取引契約の約定に基づき手形買戻請求をする場合、貿易保険法および輸出手形保険約款の遡求権行使制限規定と同旨の特約が締結されたと認める事例として、三木脩「輸出手形保険の保険金支払と不渡手形の買戻請求事件 東京高判平成六・二・二八為替手形金等請求控訴事件(判時一五〇二号一四四頁)」前掲・龍谷法学一四〇―一四二五頁。振出人(売主)の「責めに帰すべき事由」や買戻請求額と政府保険による填補額の関係の解釈が論点となる。手形法のほか、銀行取引契約や外国為替取引契約の約定、貿易保険法、輸出手形保険約款、貿易保険の実務等が関連する。
- (17) <http://www.smrj.go.jp/keiei/kokurepo/faq/dealing/trade/051935.html>
- (18) 新堀聰「インコタームズ二〇一〇について」国際取引法フォーラム(二〇一一年五月二四日)一一二六頁参照、以下同。実務家向けに詳細な検討をされている。
- (19) FAS・FOB・CFR・CIF規則の助言メモとA4。

- (20) D A P 導入により D A F と D D U も必要なくなるはずであるが、I C C は触れていない。
- (21) インコタームズ二〇一〇はチャージの負担者について各規則に具体的規定が設けられる印象があるが、実際は C P T の A6b) で「運送契約で売主の勘定とされた、仕向地における荷卸の諸掛を含めて、A3a) から生じる運賃その他の一切の費用」を売主負担、B6b) で「かかる費用および諸掛が、運送契約の下で売主の勘定とされていないければ、合意された仕向地に物品が到着するまでの輸送中における物品に関する一切の費用および諸掛」を買主負担とし、横地（場合により中間地）における問題を処理する。揚地チャージは買主負担と解されるが、ヤード間輸送を前提とした運送契約で売主負担となることも考えられる。船会社の実務ではチャージは居住者に請求される傾向がある。前掲・新堀八―九頁。
- (22) 副題として、ICC rules for the use of domestic and international trade terms と明記する。
- (23) 「同じ F O B といっても、国により、また、業種により、いろいろあるかもしれない。しかし、I C C が決めた F O B の内容は、A・1 から A・10 までに規定した売主の義務と、B・1 から B・10 までに規定した買主の義務に述べたとおりである」との趣旨である。
- (24) C I S G に関し、我が国の商法学との関連で重大な示唆を与えるものとして、松嶋隆弘教授「商法学の立場からみたウィーン売買条約 Perspectives on the CISG from the viewpoint of Japanese Commercial Law」『特集ウィーン売買条約について（日本大学法学部創設百二十周年記念シンポジウム）』法学紀要第五一卷二七三―二九一頁（二〇〇九年）日本大学法学部法学研究所参照。松嶋隆弘教授は商法典との対比として、①製造物供給契約の扱い、②諸告知義務（商法五〇九条）、③目的物の検査・通知義務（商法五二六条一項）、④目的物の保管等（商法五二四条、五二七条）、⑤定期売買の解除規制（商法五二五条）、さらに商法学上議論となり得る点として、⑥不法行為法の接点につき、鋭く検討を加えられる。⑤では、「C I S G においては「重大性」に関する判断リスクを買主が負担しなければならない」旨を述べられる。⑥では、契約責任と不法行為責任との競合（請求権競合）を論じられる。「C I S G は過失責任主義を採用していない代わりに、免責について規定するところ（C I S G 七九条）…司法判断につき予測可能性を欠くため、…免責約款を作成することが多い…解釈論上議論となるのは、右免責約款の意義が不法行為責任を追求することにより、減殺されてしまいかねない…国際海上物品運送法は、運送人

の債務不履行責任に関する規定が不法行為に基づく損害賠償責任にも準用される旨明文の規定を置いているが（国際海上物品運送法二〇条の二）、CISGは、…対象を限定しているので、かかる規定は置いていない。CISGに関しても…不法行為責任との競合は認められるであろうから、…議論はそのまま問題となるものと予想される。…最判平成一〇年四月三〇日、…大阪高判平成一三年四月一日のような解釈論に頼ることが必要になる」。「最判平成一〇年四月三〇日判時一六四六号一六二頁は、…一定額に制限することは…合理的なものであり、…責任限度額の定めは…債務不履行に基づく責任…だけでなく、不法行為に基づく責任についても適用されるものと解するのが、当事者の合理的な意思に合致する…事情が存在するときには、信義則上、責任限度額を超えて運送人に対して損害の賠償を求めることは許されないと判示した」と述べられ、当該議論に対する一定の解決の方向性を示される。CISG導入が実務界の大きな課題となっている現在、さらなる未踏の論点に対する重大な示唆を与えるものとして、深く傾聴すべきであろう。

(25) CISGの危険移転の時期につき、①輸送を含む契約は第六七条第一項、第二文、第六九条第二項、②輸送中の物品売買は第六八条、③その他第六九条第一項、第二項が定められる。

(26) 標準的取引条件の定義を改正前米国統一商法典同様に条約に入れる意見もあったが、改正の頻度、商慣習の技術的詳細面などから見送られた。

(27) 『民法（債券関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』商事法務（二〇一一年六月）、大阪弁護士会編『民法（債券関係）改正の論点と実務へ上』（二〇一一年三月）。

(28) 柏木昇「債権法改正中間論点補足説明」国際取引法フォーラム（二〇一一年七月二三日）。第一に、民法五三六条第二項の取扱い等につき、国際取引では反対給付を全部認める大雑把な処理は実務的ではない。第二に、債権者主義（民五三四条（1）の危険移転時期につき、国際取引では特定物（unique goods）売買は極端に少ない。また阿部博友「民法（債券関係）の改正に関する中間的な論点整理 第三九売買―売買の効力（担保責任）」前掲・国際取引法フォーラムによれば、(a)瑕疵担保責任（民五七〇条）に関して、第一に、国際的動向との調和である。第二に、法定責任・契約責任の実質的差異は狭まったが、難解で改正が必要である。第三に、債務不履行責任に統合することがCISGとの整合性も高い。第四に、ドイツ改正民法、

オランダ民法、UCC、CISGなどが国際的潮流となる。第五に、①「瑕疵」について、主観的・客観的概念として「契約不適合」(CISG三二五条)を使用することが望ましい。CISG三六条は危険移転時を基準時と規定する。②「隠れた」要件につき、目的物受領義務、検査義務、瑕疵発見の場合の通知義務、怠った場合の法的効果について条文化する。③買主救済につき、損害賠償請求権と解除権のみならず、履行請求権(修補・代替品)、減額請求、解除および損害賠償の権利を認める。④買主権利の相互関係等につき二五条は「重大な契約違反」を規定し、契約解除や代替品納入請求権の行使は限定される。買主は両立しない法的救済は認められない(四六条)。救済の権利の相互関係を規律する規定を置く。⑤短期期間制限につき検査義務の要否と併せて検討する。三八条(買主検査義務)、三九条(契約不適合の通知義務)により売主の履行補完が可能となる。一方、ドイツ法・オーストリア法では商事売買に限定され日本法も商人間売買に限定される。買主を事業者、非事業者に区分して検査義務を規定し「基本方針」と同じ提言を行う。⑥五三条は買主の物品受領義務を定め、受領拒絶は債務不履行を構成する。(b)権利の瑕疵に関する担保責任(民五六〇条―五六七条)は、①総論として四一条のとおり、第三者の請求権の対象とならない完全な所有権の移転は売主の基本的義務であり、義務違反は債務不履行責任に一元化する。②数量超過につき(民五六五条)、五二条二項は検査・通知義務を前提に超過分受領の売主の拒絶権、超過分受領の場合の相当代金の支払義務を規定する。瑕疵ある目的物の引渡後の滅失・損傷につき、六六条―七〇条が該当規定であり債権法でも明確化する。

- (29) 反対債務の期限の利益喪失は、労働契約に於ける使用者側による就労拒否の特別規定とすれば足りる。前掲・柏木昇参照。
- (30) ①効果の具体化・明確化 債務不履行として合理的期間内に催告し船舶手配がなければ売主は契約解除、解除せずに買主に通知し代替取引ができるとすればよく、受領遅滞を特別に扱う必要がない。②損害賠償請求・解除の可否 規定は必要はない。重大な契約違反の受領遅滞は解除を認めるべき、相場暴落時のFOB契約で買主が船舶指定をしない場合、早く解除して転売損を少なくする必要がある。転売が一般で受領強制は必要ない。受領遅滞に解除権の規定を置いて「実務に無用な混乱を生じさせるおそれ」は全くない。

- (31) 民商法規定の整備である。富澤敏勝「債権法改正にあたり国際取引との関係で留意すべき点 中間論点整理 第一―第一一六(三五―五七頁)」前掲・国際取引法フォーラム。

(32) 有価証券を指図証券と持参人払証券に分類し規定を整理する (①—⑥)。前掲・『民法(債券関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』一二四—一三三頁。

(33) <http://www.smrj.go.jp/keiei/kokurepo/faq/dealing/trade/051937.html>

(34) サレンダーB/L・L/C決済では開設銀行から買主へ証券の正本が引渡されず、買主が商品を受領後、銀行にディスクレとして支払いを拒否できる。第三者間の貿易では注意が必要となる。

(35) リスクは、到着ベースの条件(DES、DEQ、DDU、DDP等)を除き、CIF、CFR、FOB等では売主国で買主に移る。本船が買主国の港に到着後は、売主の協力義務はないことに留意される。

(36) 西道彦「電子荷為替信用取引と所有権移転問題」福岡大学商学論叢第四九巻第三・四号(通巻第一七七・一七八号)二七一—二九〇頁(二〇〇五年三月)において詳説される。以下参照。

www.adm.fukuoka-u.ac.jp/fu844/home2/Ronso/...3+4/C4934_0271.pdf

(37) http://www.jetro.go.jp/world/qa/t_basic/04C-040301?print=1

(38) Bill of Lading for Europe。約九〇社(我が国では約三〇社)が加入する。一九九八年七月国際銀行間金融通信協会SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) とロンテナ運送相互保険組合TTClub (Through Transport Mutual Club) の合弁会社として設立され、Bolero International Ltd (BIL本社ロンドン) が運営する。貿易金融EDIサービスを提供し、権限移転管理TRサービス(Title Registry) によるBolero電子船荷証券の内容および権利の登録・移転を管理する。<http://www.bolero.net>。

(39) 八尾晃『電子貿易と国際ルール』東京経済情報出版(二〇〇三年)一〇一頁。

(40) 受益利益は物品に対する完全な支配権と解され、物理的引渡により移転する。担保利益は質権、抵当権等のような一時的、部分的、制限的支配権と解され売主は支払を受けるまで保有する。手形買取により買取銀行に移転し、支払・引受により消滅する。分割所有権理論はUCC(第二四〇一条第一項)に規定される。買取銀行の所有権は信託的担保利益で、外国向為替手形取引約定書、信用状取引約定書では譲渡担保として売主に金融する。Uniform Commercial Code (1951) 2-401 (1). 前掲・

西道彦二七九—二八〇頁。

(41) 付加価値サービス (Value Added Service) と VSRF (Settlement Utility for Managing Risk and Finance) があつて C M P と T R を利用した電子的受渡による自動決済サービスである。任意決済と Open Account (清算勘定) 、 Advance Payment (前払) 、 Documentary Collection (荷付取立手形) 、 Documentary Credits (Standby Credit) がある。 Documentary Credits では電子決済関連書類 (支払指図等) の動きが船荷証券引渡と結合して銀行の支払確約が要求され、 T R の船荷証券による物品の権利移転と支払が連動する。

(42) 八尾晃『貿易・金融の電子取引』東京経済情報出版二九三頁 (二〇〇三年)。

(43) 民法上の指図による占有移転として解される。

(44) 前掲・西道彦二八六—二八七頁。解釈はまちまちで、難しい問題であると述べられる。

(45) 二〇〇一年四月「商業登記法等の一部を改正する法律」で確定日付取得が可能となる。

(46) 我が国の電子記録債権法 (平成二〇年二月一日施行) に関して、①譲渡禁止特約、支払記録の法的意味 (権利消滅の對抗 (証明) 要件)、②電子記録の請求と意思表示につき双方請求の要否、当事者間契約との関係、債権の内容 (九条一項) につき「参考事項」は無益的・有益の記録事項の何れか、③電子記録債権の譲渡につき、指名債権譲渡による可否、譲渡担保、善意取得制度の適用範囲、「電子記録債権者を害することを免つて」 (二〇条一項) の意義・重過失の要否、指名債権と電子記録債権の多重の処分等が検討される。④将来指名債権の譲渡は、債権譲渡担保のほかプロジェクト・ファイナンスや流動資産担保融資 (Asset Based Lending) の手段として事業資金調達目的で利用され、電子記録債権法制も将来債権譲渡を可能とすることが要請されよう。池田真朗・小野傑・中村康平『電子記録債権法の理論と実務』別冊金融・商事判例』経済法令研究会 (二〇〇八年) 一一—六七頁参照。

(47) 原因債務の履行と迅速・確実な決済の同時履行の必要性は失われない。小塚莊一郎「荷為替信用状取引の電子化」上智法學論集四四 (4) 四三—六九頁 (二〇〇一年三月三十一日)。

(48) 機械的照合に置換すると言一句対応しない場合ディスクレと判定される。第一に、書類点検の完璧さはむしろ望ましい。

他方、船積時の外観の評価や証明書用語等について電子化進展後もディスクレは相当数が残存し、厳格一致の判断を妨げないか、共通理解策定の必要がある。第二に、現行規定の解釈の変更の可能性である。UCC 五—一〇八条(a)は特約により、光学的手段による書類照合を認める (UCC § 5-108 Official Comment 1)。「信用状を常時発行する金融機関の標準的実務」(UCC § 5-108(e))に電子化の書類照合は含まれないと解されるが、今後は「標準実務」として主張される可能性もある。統一規則一三条、取引約定書ひな型九条も同様で明示的解決が望ましい。前掲・小塚莊一郎五一—六九頁、以下同。

(49) 短時間内にディスクレが判明し、発行銀行は支払を決定しなければならない。統一規則一三条(b)、UCC 五—一〇八条(b)も七営業日を超えない範囲内の合理的な期間 (reasonable time) を与える。実務では発行依頼人と協議する。発行銀行は特約がない限り協議義務はなく、条件一致の判断の責任を発行依頼人に転嫁できないが、ディスクレの支障を判断し得るのは発行依頼人であり、事実上意思は尊重される。統一規則は実務を踏まえつつ、本来の相当な期間が延長されることにはならない (一四条(c)) とする (UCC § 5-108 Official Comment 2 同旨)。処理時間短縮により協議は不可能になり、実務を適切とすれば機械的処理時間と別に協議期間を発行銀行に与える必要が生じる。現行規定の解釈余地が問題となろう。明示規定設置が明確であるが、協議を任意的とした従来の考え方と矛盾しないか疑問もある。

(50) ディスクレと支払銀行が判断するが受益者が支払を要請する場合、支払銀行は留保付き (under reserve) 支払に応じ、発行銀行が補償拒絶すれば受益者からの償還請求権を留保する。支払銀行は発行銀行が異なる判断をするリスクを受益者に転嫁する。受益者の資力に不安があれば銀行等の保証状が徴される (統一規則一四条(f))。争点は、支払銀行の償還請求は発行銀行の補償拒絶が正当な場合に限られるかで、英国控訴院判決では不当を問わず受益者は償還に応じなければならない。Banque de l'Indochine et de Suez S.A. v J.H.Rayner (Mincing Lane) Ltd. フランスに限定された場合のみ認める破毀院判決もある。Cass. com. 28 juin 1955, Bull. civ., III, n. 184, p.153. 電子化によりディスクレが客観的・機械的に判定され、留保附支払の意味はかなり失われ、償還請求は補償拒絶が客観的に正当と認められる限りで足りる。電子化後もディスクレの完全な消滅はないとすると厳格一致も一言一句とは解されず、ディスクレの評価が分かれる可能性も残る。発行銀行の判断を争うコストは受益者が負担すべきで、償還請求権は補償拒絶の可否を問わず行使しうると解するべきか。我が国でもディスクレの場合、

補償状を徴求し買取に応じる場合がある。銀行取引約定書および外国向為替手形取引約定書において、買戻債務（外国向為替手形取引約定書ひな型一五条一―二項）の補償状や外国向為替手形取引約定書の留保権利の範囲が問題となり、後者につき裁判例では文言どおり一切の支払拒絶等が買戻債務の発生原因となる。東京地判平成二・一一・一九金融商事判例八六二号一七頁、東京高判平成三・八・二六金融商事判例八八八号一六頁、東京地判平成五・二・二三金融商事判例九三二号九頁。ディスクレの主観的評価が避けがたい限り一応の合理性が認められよう。他方「常軌を逸した権利濫用等」の場合に例外的に買戻請求が許されないとする裁判例として東京高判平成三・八・二六金融商事判例八八八号一六頁。電子的データ照合にディスクレがないと分かるにもかかわらず買戻請求すれば、「権利濫用」となるのであろうか。小塚莊一郎「信用状取引における荷為替手形の買戻」『国際金融法研究会報告書―国際金融・国際取引・国際倒産―』二五頁以下（一九九九年）参照。

(51) 信用状は原因関係と独立した抽象的債務であり（統一規則三条）、受益者等による詐欺は多い。電子化は詐欺の可能性に對し両義的に働き、未然に発見する効果は期待される。反面、信用状条件が表面上充足される限り、疑義情報を得ても慎重に時間を費やして書類点検しディスクレを発見する対応は難しくなり詐欺の抗弁を正面から主張せざるを得ない（権利濫用の抗弁）。UCCでは呈示書類偽造、呈示書類の重大な詐欺、受益者による詐欺助長、正当所持人等の請求を除き、発行銀行は支払を拒み得る（UCC § 5-109(a)）。受益者による詐欺助長は原因関係上の詐欺である（UCC § 5-108 Official Comment）。解釈論としても抗弁は認められ、要件として詐欺の存在の明白さを要求する。大阪地判昭和六一・三・二八金融・商事判例九〇一号一八頁、江頭憲治郎『商取引法「第二版」』一五二頁（一九九六年）。発行銀行は支払拒絶すれば受益者からの提訴リスクを負い、抗弁行使のインセンティブに乏しく、依頼人との関係で抗弁主張の義務を負うか問題となる。大陸法諸国では確実に抗弁が成立する場合、主張義務を肯定する傾向にある。UCCは拒絶義務を負わないとし（UCC § 5-109(a)(2)）、一定要件充足により依頼人自身が差止命令（injunction）を求め得るとしてバランスをとる（UCC § 5-109(b)）。我が国では発行銀行と依頼人の法律関係の解釈に帰着し取引約定書により規律される（五―六条、九条）。六条は独立抽象性の確認で例外たる詐欺の抗弁には妥当しない。詐欺が明白な状況では九条の「相当の注意」を尽くしたとも認められない。五条も明白な詐欺は対象としない。他方、約定書により受任者義務（民法六四四条）として発行銀行が抗弁主張の義務を負うとの見解もある。浅木慎一

「荷為替信用状と詐欺」名古屋大学法政論集一一七号二三三頁（一九八七年）、江頭憲治郎「請求払無因保証取引の法的性質」金融法務事情一三九五号九頁（一九九四年）、東京地判昭和六二年五月二日判タ六四八号一五二頁。発行銀行は受益者、依頼人双方への矛盾する支払義務に挟まれる危険があるが、UCC同様依頼人の支払差止請求権を取引約定書に明記し裁判でのみ行使し得るとし、依頼人との関係において命令がない限り支払に応じる権限を留保すれば懸念は解消しよう。

- (52) 船積書類が真実と異なる記載を含むことを知りつつ支払を求める受益者の行為は、望ましいといえない。受益者の担保責任としてUCCは、①発行銀行その他の書類提示の相手方および依頼人との関係で抗弁をもって対抗される詐欺または偽造を含まないこと、②依頼人との関係で振出が原因関係のいかなる合意にも反しないことを担保する（UCC § 5-110(a)）。外国向為替手形取引約定書においては、信用状条件と一致する旨を受益者が担保する（五条）。受益者・買取銀行間の契約であり、発行依頼人に対する②の責任、買取銀行以外の者（発行銀行等）との関係における①の責任は触れる余地がない。実務上は発行銀行等が買取銀行の担保責任を追及しよう。飯田勝人「荷為替信用状取引における買取依頼人の瑕疵担保責任（warranty）」金融法務事情一二二二号七頁（一九八九年）。②は原因関係上で処理されよう（See UCC § 5-110 Official Comment2）。解釈論として受益者責任を肯定し、真実との相違を受益者が認識する場合、信用状関係上（①）および原因関係上（②）、不法行為責任が発生すると解すべきである。書類作成者の責任が問われる可能性もあり、補償状を中心に議論された。谷川久「補償状と引換にする無故障船荷証券の発行」鈴木竹雄先生古希記念・現代商法学の課題下巻一四八五頁以下（一九七五年）、箱井崇史「無留保船荷証券のための補償状（1）——（3・完）——」早稲田法学七〇巻一—四号（一九九四—一九九五年）。比較法的には、補償状が濫用的であれば無効と解する考え方が強い（国連海上物品運送条約一七条二—四項参照）。電子化は詐欺的意図を欠く受益者にも機械的照合をクリアする方便として不実書類の調達を強いるとすれば、受益者の便宜のために原則として重い責任は負担させず、善意の第三者等に対する関係で書類作成者が免れ得ない責任について補償状の効力を肯定し、受益者への転嫁を容認することが妥当であろう。

- (53) 横山研治「航空運送状と貿易決済」政策科学一四—三（Mar. 2007）一二五—一五〇頁参照。

- (54) IATA決議、IATA貨物代理店契約書に航空運送状作成について規定がされる。

(55) もつとも、モントリオール第四議定書五条では、ペーパーレス・ドキュメンテーションを前提として航空運送状以外の書類を運送契約の証拠、貨物受取証として認めており、第四議定書では、航空運送状が運送契約と貨物受取りの唯一の証明手段ではないこととなる。ワルソー条約では、流通性(Negotiable)ある運送状作成を妨げるものではないとし、有価証券としての発行を許容するが、IATA決議により、実際には禁止されている。

(56) 前掲・横山研治一四七―一四八頁。

(57) 二〇〇一年九月一日NYテロ事件を契機として、空港・港湾の規制強化、米国テロ対策が本格化し、国連安保理決議一三七三を経て我が国では二〇〇二年五月七日外為法改正、マネーロンダリング、金融機関等の顧客等の本人確認に関する法律の制定等が進められる。水口久仁彦「商業信用状を巡る最近の事情と課題―Sanction(経済制裁)への対応と課題」財団法人貿易奨励会貿易研究会研究報告書九、貿易奨励会二〇一―二六頁(二〇〇九年)参照、以下同。

(58) 「充足した呈示」につき、UCP600第二条においては①信用状条件の充足、②UCP600の適用条文、③国際標準銀行実務(international standard banking practice)に合致した呈示をいう。

(59) 呈示人あるいは買取銀行の指示通りに求償を行っても送金指定の買取銀行口座のある在日米銀東京支店が当該取引代金がOFAC規制対象国関連であることを理由に資金凍結を行うことを余儀なくされる場合がある。取引の情報量が乏しいリンバース指定銀行もリンバース送金に当たり開示情報の範囲内でOFAC規制対象取引でないかの確認に十分注意を払う必要がある。前掲・水口久仁彦二〇七―二〇八頁。

(60) 発行銀行は信用状に特約を付すことがUCP600第一条により認められ、Sanction規定も同様である。銀行や当事者を制約できる。もつとも確認付与・付与しないに関わらず、Sanction違反の書類呈示がある場合、信用状発行銀行には自国の法律上決済が出来ないもの、法律がなくともSanction違反に問われる場合に米ドル等指定通貨の支払が出来ないものがあり、かかる取り組みの必要性を疑問視する見解もあること、信用状への信頼と信用を損ないかねないことから、我が国では一部在日外銀を除き、かるSanction対応文言の付与を行う銀行はない(二〇一〇年四月末現在)。前掲・水口久仁彦二〇八―二二二頁。

(61) ドキュメンタリーリスクは発行銀行の条件不一致による支払拒絶を受益者や呈示銀行に遡及しないことで、発行銀行指定の正規の confirm、サイレント confirm とともにこの点のリスクは殆ど差がない。

(62) 八尾晃『国際取引と電子決済』東京経済情報出版二〇二二―二〇四頁（一九九七年）。

〔本稿は、二〇一〇年日本大学海外派遣研究員（短期A）の研究成果の一部である〕

住民監査請求における「怠る事実」と期間制限の問題

西 原 雄 二

- 一 序 説
- 二 住民監査請求の期間制限
 - 1 期間制限の立法趣旨
 - 2 怠る事実と期間制限
- 三 最高裁判例の検討
 - 1 「真正怠る事実」と期間制限
 - 2 「不真正怠る事実」と期間制限
- 四 「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」の判断基準
- 五 結 語

一 序 説

住民監査請求制度（地方自治法二四二条）は、地方公共団体の執行機関や職員による財務会計上の行為又は財産の管理等を怠る事実が違法・不当な場合に、個々の住民が、監査委員に対して、監査を求め、当該財務会計上の行為を防止・是正し、若しくは当該怠る事実を改め、又は当該財務会計上の行為等によって地方公共団体に生じた損害の補填のための必要な措置をとるべきことを請求する制度である。さらに、当該監査請求を行った住民は、監査委員の監査結果・勧告、地方公共団体の議会・執行機関・職員の措置に不服がある場合等に、違法な財務会計上の行為又は怠る事実について、裁判所に対し住民訴訟を提起することができる（同法二四二条の二）。住民監査請求制度及び住民訴訟制度は、住民の直接参政の手段として重要な役割を果たすものである。

住民監査請求は、広く住民に監査請求を行う資格を認めることによって、地方公共団体における財務会計処理の適正化を図るため、監査委員の監査権限の発動を求めるものである。^①住民監査請求の目的につき、最高裁は、「住民監査請求の制度は、普通地方公共団体の財政の腐敗防止を図り、住民全体の利益を確保する見地から、当該地方公共団体の長その他財務会計職員の違法若しくは不当な財務会計上の行為又は怠る事実について、その監査と予防、是正等の措置とを監査委員に請求する機能を住民に与えたものであって、……住民訴訟の前置手続として、まず当該普通地方公共団体の監査委員に住民の請求に係る行為又は怠る事実について監査の機会を与え、当該行為又は当該怠る事実の違法、不当を当該普通地方公共団体の自治的、内部的処理によって予防、是正させることを目的とするものである」と判示している。^②

同法二四二条二項は、住民監査請求について「当該行為のあつた日又は終わつた日から一年を経過したときは、これをすることができない。ただし、正当な理由があるときは、この限りでない」と規定している。住民監査請求については、原則として一年という期間制限が規定されているため、住民は地方公共団体の違法・不当な財務会計上の行為のあつた日又は終わつた日から一年以内に監査請求を行う必要がある。一年の監査請求期間を徒過し、そのことにつき「正当な理由」がない場合には、適法な監査請求とはならないため、当該住民監査請求はもとより、住民訴訟も却下されることとなる。⁽³⁾

一年の期間制限を設けている同法二四二条二項の規定の解釈については、裁判例を通じていくつかの問題が指摘されている。とりわけ、本来財務会計上の「当該行為」を監査請求の対象とすべき事案においても、期間制限を免れるために「怠る事実」という構成をとることが考えられ、実際の裁判においてもそのような主張がなされる場合がみられるようになった。⁽⁴⁾このような監査請求の構成のあり方に対しては、「当該行為と表裏一体の關係に立つ、当該行為によつて生じた地方公共団体の実体法上の請求権の行使を怠る事実について、当該行為についての監査請求についての監査請求期間が満了したのちも、いつまでも適法に監査請求を提起できるとすれば不合理であろう」といった批判がなされている。この「怠る事実」と期間制限の問題については、従前から学説や判例において議論があり、いくつかの最高裁判決が下され、判例理論が明確化されつつある。

そこで、本稿では、住民監査請求の期間制限をめぐる諸問題のうち、「怠る事実」に係る監査請求と期間制限の問題を取り上げる。この問題では、「怠る事実」を対象とする住民監査請求について期間制限（二年）の規定の適用があるか否かが問題となる。そして、その適用があるならば、一年の期間制限はどの時点から起算されるのが問題となる。

以下、本稿では、住民監査請求の期間制限についてみたうえで、「怠る事実」に係る住民監査請求と期間制限の適用問題について、最高裁判例や学説を中心に考察したい。

- (1) 碓井光明『要説住民訴訟と自治体財務〔改訂版〕』（学陽書房、平成一四年）三七頁参照。
- (2) 最判昭六二年二月二〇日判例時報一二二八号六六頁参照。
- (3) 井上元『住民訴訟の上手な活用法』（民事法研究会、平成二二年）五四―五五頁参照。
財務会計上の行為を対象とすれば監査請求期間が経過している場合であっても、「怠る事実」という構成をとることによって、期間制限を免れることが可能になることから、問題が生ずることとなる（竹野下喜彦「怠る事実の監査請求」大藤敏編『現代裁判法大系第二八号〔住民訴訟〕』（新日本法規出版、平成一一年）七八頁参照）。
- (4) 高橋雅夫「『怠る事実』と監査請求期間」内山忠明・池村正道編『自治行政と争訟』（ぎょうせい、平成一五年）一八六頁参照。
- (5) 関哲夫『住民訴訟論〔新版〕』（勁草書房、平成九年）二八三頁。
- (6) この点については、西原雄二「住民監査請求の期間制限についての考察」日本法政学会創立五〇周年記念論文集編集委員会編『現代法律学の課題』（成文堂、平成一八年）一五一頁以下参照。

二 住民監査請求の期間制限

1 期間制限の立法趣旨

地方自治法二四二条二項は、住民監査請求について、原則として「当該行為のあつた日又は終わった日から一年を経過したときは、これを行うことができない」と定めている。住民監査請求の期間制限（二年）についての規定は、

昭和三八年の同法改正の際に新設されたものである。その立法趣旨は、住民訴訟について出訴期間の制限が設けられているのと同様の趣旨によるもので、地方公共団体の機関・職員等の行為である以上、いつまでも長期にわたって争い得る状態にしておくことは、法的安定性の見地から見て好ましいことではなく、なるべく早期に確定させることが望ましいという点にあるとされる。⁽¹⁾ 最高裁判決も同様に、この点につき、地方自治法二四二条二項本文は、普通地方公共団体の執行機関・職員の財務会計上の行為は、たとえそれが違法・不当なものであったとしても、「いつまでも監査請求ないし住民訴訟の対象となり得るとしておくことが法的安定性を損ない好ましくない」として、監査請求期間を定めたと判示している。⁽²⁾

住民監査請求の期間については、当該行為の「あつたことを知つた日」という主観的な期間ではなく、「当該行為のあつた日又は終わつた日から一年」という客観的な期間が規定されている。これは、監査請求者である住民が、通常その財務会計上の行為の対象者ではないことや住民訴訟は客観訴訟としての民衆訴訟であること等から、監査請求期間は個々の住民の知・不知という主観的な事情にかからせるのが相当でないとの理由で、客観的に「当該行為のあつた日又は終わつた日」を期間制限の始期としたものである。これも、財務行政上の法律関係の早期の安定を図ることにあるとされる。⁽³⁾

同条二項にいう「当該行為のあつた日」とは一時的行為のあつた日を、「当該行為の終わつた日」とは継続的行為についてその行為が終わつた日を、それぞれ意味する。例えば、契約の締結行為は一時的行為であるため、これを対象とする監査請求においては契約締結の日を基準として同条二項の規定が適用される。⁽⁴⁾ また、公金の支出を構成する支出負担行為、支出命令、支出についての監査請求期間は、それぞれの行為のあつた日から各別に計算すべきである

と解されている。⁽⁵⁾

以上のことから、住民監査請求の期間制限が定められた立法趣旨は、財務行政上の法律関係の早期安定という要請（法的安定性の確保）に基づくものといえることができる。

- (1) 成田頼明「納税者訴訟に関する事項について」地方財務九七号三二頁、山代義雄「住民訴訟と住民監査請求との関係」民商法雑誌九二巻五号七五頁、佐藤英善『住民訴訟』（学陽書房、昭和六一年）六一頁、長野士郎『逐条地方自治法』（第二次改訂新版）（学陽書房、平成七年）八八一頁、海老沢俊郎「住民監査請求」園部逸夫編『住民訴訟・自治体争訟』（ぎょうせい、平成八年）三一頁、関・前掲書二八三頁、團藤丈士「監査請求期間と『正当な理由』」大藤敏編『現代裁判法大系第二八巻「住民訴訟」』（新日本法規出版、平成一年）六五頁、碓井・前掲書四七頁、高橋雅夫・前掲論文一八七頁、松本英昭『新版逐条地方自治法（第五次改訂版）』（学陽書房、平成二年）九四七頁等参照。

昭和三八年の地方自治法改正の審議過程において、住民監査請求に期間制限を設けた理由についての説明はみあたらない（清水勉・出口かおり「あまりにもはかない、住民監査請求期間」法学セミナー五二七号二六頁参照）。

- (2) この立法趣旨に関しては、例えば、最判昭和六三年四月二二日判例時報一二八〇頁六三頁、最判平成一四年九月一二日判例時報一八〇七号六四頁、最判平成一四年九月一七日判例時報一八〇七号七二頁参照。

- (3) 杉山正己「監査請求期間（二）」大藤敏編『裁判住民訴訟法』（三協法規出版、昭和六三年）二九七頁、高橋太郎『情報公開・住民監査請求の実務』（新日本法規出版、平成一〇年）三六一頁参照。

- (4) 最判平成一四年一〇月一五日判例時報一八〇七号七九頁参照。

- (5) 最判平成一四年七月一六日民集五六巻六号一三三九頁参照。

2 怠る事実と期間制限

地方自治法二四二条一項は、普通地方公共団体の住民が、四種類の「当該行為」、すなわち、違法又は不当な①公金の支出、②財産の取得・管理・処分、③契約の締結・履行、④債務その他の義務の負担のほか、二種類の「怠る事実」、すなわち、違法又は不当に⑤公金の賦課・徴収を怠る事実、⑥財産の管理を怠る事実に対して、監査請求を行うことができる旨を規定している。このうち、「怠る事実」を対象とする住民監査請求については、同条二項の定める監査請求期間制限（二年）の規定が及ぶのか否かが問題となる。

同条二項の解釈に関して、住民監査請求の期間制限は、前記の四種類の「当該行為」を対象とする場合に限られ、「怠る事実」を対象とする場合には、期間制限規定の適用を受けないという考え方が通説である。⁽¹⁾ その理由としては、①文言上、同条二項が「当該行為」についてののみ期間制限を定めていること、②怠る事実（不作为）については、通常期間の起算点を求めることが困難であること、③不作为の状態が継続している以上、これの違法を主張できるとすることが妥当であること、④行政不服審査法における不作为についても請求期間の制限がないこと等が挙げられる。⁽²⁾ 最高裁五三年六月二三日判決（後述）も、通説と同じ結論をとり、「怠る事実」に係る監査請求については同条二項の適用はないと判示している。⁽³⁾

ところが、「怠る事実」に係る監査請求に期間制限が及ばないとなると、適当でない場合が出てくる。同法二四二条所定の財務会計上の「行為」も違法行為を放置していた不作为という法律構成をとると、こうした行為も「怠る事実」となり、期間制限が及ばなくなり、同条二項の期間制限規定の趣旨に反することになってしまうからである。この点について、最高裁昭和六二年二月二〇日判決（後述）は一般的な法理を示し、怠る事実に係る監査請求であつて

も期間制限を適用すべき場合があることを判示している。⁽⁴⁾

判例は、「怠る事実」を「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」の二つの場合に分けて判断している。すなわち、財務会計上の行為の違法とは無関係に、あるいはそれとは異なる要因によつて実体法上の請求権が生じる場合（「真正怠る事実」と、特定の財務会計上の行為が違法である場合に、当該行為が違法・無効であることに基づいて実体法上の請求権が生じる場合（「不真正怠る事実」とに区分し、前者については、同条二項の適用はないが、後者については一年の期間制限を受けるものとしている。⁽⁵⁾ 最高裁昭和六二年判決を契機として、一般に、「怠る事実」のうち、監査請求期間の制限規定が適用されない類型のものを「真正怠る事実」、期間制限規定が適用される類型のものを「不真正怠る事実」と称されるようになった。⁽⁶⁾ いかなる場合に「真正怠る事実」あるいは「不真正怠る事実」が認められるのかについては、判例・学説において議論されている。

さらに、判例については、最高裁昭和五三年判決は「真正怠る事実」の事案として、最高裁昭和六二年判決は「不真正怠る事実」の事案として位置付けられており、最高裁昭和六二年判決で示された一般的な法理を具体的な事案においてどのように適用していくべきかという観点から、その後の判例は展開されている。⁽⁷⁾

怠る事実に係る監査請求と期間制限の適用の有無については、これまで種々の最高裁判例が下されており、次章において「真正怠る事実」の事案と「不真正怠る事実」の事案とに分けて、各最高裁判例を取り上げて、検討してみたい。

(1) 成田頼明「住民訴訟（納税者訴訟）」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座第三卷（行政救済）』（有斐閣、昭和

四〇年）二一〇頁、俵静夫『地方自治法（第三版）』（有斐閣、昭和五〇年）一二六頁、神長勲「住民による監査請求及び訴訟」杉村敏正・室井力編『コメンタール地方自治法』（勁草書房、昭和五四年）七〇一頁、佐藤・前掲書六四頁、長野・前掲書八八一頁、関・前掲書二八三頁、高橋太郎・前掲書三六二―三六三頁、伴義聖・大塚康男『実務住民訴訟（第一〇版）』（ぎょうせい、平成一四年）三三頁、松本・前掲書九四八頁参照。

なお、学説の中には、当該行為に係る監査請求の期間制限との均衡上、「怠る事実」についても、条理上、相当の期間を経過したときは監査請求が認められなくなるとする見解もある（長野・前掲書八八一―八八二頁、佐藤・前掲書六二頁、松本・前掲書九四八頁参照）。

（2） 俵・前掲書一二八頁、松本・前掲書九四八頁、曾和俊文「怠る事実と監査請求期間制限」仲江利政編『住民訴訟の実務と判例』（ぎょうせい、昭和六二年）一四二―一四三頁、青山武憲「地方自治法二四二条二項本文の問題」内山・池村編・前掲書一六八頁、高橋雅夫・前掲論文一八七頁参照。

（3） 最判昭和五三年六月二三日判例時報八九七号五四頁参照。

（4） 最判昭和六二年二月二〇日民集四一卷一号一二二頁参照。

（5） 石川善則「判例解説」法曹時報四二巻六号一五五頁、鈴木庸夫「判例解説」『地方自治判例百選（第三版）』別冊ジュリス ト一六八号一六一頁、太田幸夫「判例解説」『平成一五年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊一一五四号二五九頁、吉野夏己『紛争類型別行政救済法（第二版）』（成文堂、平成二三年）四七二頁参照。

（6） 草野功一「住民訴訟判例解説」判例地方自治三〇五号一一―一二二頁参照。

（7） 高橋雅夫・前掲論文一九五頁参照。

三 最高裁判例の検討

1 「真正怠る事実」と期間制限

「真正怠る事実」と期間制限に関する最高裁判決には、以下の四つのものが挙げられる。

第一に、最高裁昭和五三年六月二三日判決^①（以下、「昭和五三年判決」という。）がある。本件事実の概要は、次のとおりである。岡山県勝央町の収入役Tは、昭和四四年三月、町長の職印を冒用し所定の手続を経ることなく、勝央町農協より金員を借り入れた。同農協は、Tが同農協を欺罔して金員を詐取したとして、町に対しTの不法行為に基づく損害賠償請求を提起し、一部勝訴判決を得た。同判決に従い、町は昭和四九年七月、同農協に対し、損害賠償金を支払った。同町の住民Xらは、Tが右不法行為を行った当時の町長Yは、Tと共謀して右行為を行ったかあるいは職務懈怠に基づく重大な過失により右行為に加担援助したものであり、不法行為によって町に損害を被らせたからこれを賠償する義務があり、町はYに対する損害賠償の請求を怠っていると主張して、昭和五〇年七月五日付けで監査請求をしたところ、これを棄却されたので、町に代位して、Yに対する損害賠償請求訴訟を提起した。本件訴訟では、本件監査請求が請求期間を徒過した不適法なものか否かが争われた。

昭和五三年判決は、「被上告人らの本件監査請求は、上告人は不法行為により訴外勝央町に対し損害を被らせ同町に対し損害賠償義務を負うところ同町はその請求をすることを怠っているから損害賠償請求等適当な措置を求める、というのであり、これによってみれば、被上告人らの監査請求は、地方自治法二四二条一項所定の不当又は違法に財産の管理を怠る事実を改めるために必要な措置を講ずべきことを求めていたものというべきである。そうすると、右

規定による怠る事実に係る請求については同条二項の適用はない」と解すべきであるとした。

本判決は、本件監査請求は、町の財産（Yに対する損害賠償債権）の管理を怠る事実に係る請求と解すべきであると、怠る事実に係る請求については、期間制限規定の適用はないとしたものである。本判決の事案では、前町長及び収入役は町に対する共同不法行為をなし、町は、被害者に対して損害賠償金を支払ったため、前町長及び収入役各個人に対して同損害賠償金相当額の損害賠償請求権を有する。そうすると、前町長に対する町の同権利の発生原因は、町の適法な公金支払行為であって、違法な財務会計上の行為ではない。同損害賠償請求権は町の財産たる債権であるから、同権利を現町長が行使しないことは現町長に係る財産の管理を怠る事実を構成し、住民は怠る事実に係る監査請求をすることができる。町による損害賠償金の支払いそのものは、判決に基づく適法な公金支出であるから、本件は現町長の「真正怠る事実」を問題としたものである⁽²⁾。したがって、昭和五三年判決は、長が損害賠償請求を怠る事実として構成せざるを得ない「真正怠る事実」に関する事案といえる⁽³⁾。

怠る事実に係る監査請求に関しては、昭和五三年判決の判示するところが原則となっており、同条二項の期間制限は適用されないと解されている。この判断は、通説を承認したものであり、学説もこれに賛同している⁽⁴⁾。

第二に、最高裁平成一四年七月二日判決⁽⁵⁾（以下、「平成一四年七月二日判決」という。）がある。本件事実の概要は、次のとおりである。富山県の住民Xらは、指名業者であるYらの談合の結果、同県の水道管理所の監視制御装置更新工事の請負契約（平成三年五月及び同五年六月締結）において、県は談合がなければ形成されたであろう代金額と契約代金額との差額相当の被害を被ったから、県の地方公営企業の管理者は、損害賠償請求権を行使して県の被った損害を補填すべきであるのに、これを怠っているとして、措置を講ずべきことを勧告することを求める監査請求を平成七年

十一月に行った。右請求を棄却する旨の監査結果の後、Xらは、富山県がYらに対する損害賠償権の行使を怠っているとして住民訴訟を提起した。本件訴訟では、本件監査請求と期間制限の適用の有無が争われた。^⑥

平成一四年七月二日判決は、同法二四二条二項の趣旨及び昭和六二年判決の趣旨について詳細に述べ、怠る事実に係る監査請求については期間制限が及ばないのが原則であり、期間制限が及ぶ場合は、その例外に当たるとしたうえで、次のとおり判示した。「具体的な監査請求の対象は、当該監査請求において請求人が何を対象として取り上げたのかを、請求書の記載内容、添付書面等に照らして客観的、実質的に判断すべきものである」とし、「怠る事実については監査請求期間の制限がないのが原則であり、……その制限が及ぶというべき場合はその例外に当たることにかんがみれば、監査委員が怠る事実の監査を遂げるためには、特定の財務会計上の行為の存否、内容等について検討しなければならないとしても、当該行為が財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならない関係にはない場合には、……当該怠る事実を対象としてされた監査請求は、本件規定の趣旨を没却するものとはいえず、これに本件規定を適用すべきものではない」と判断した。さらに、「本件監査請求を遂げるためには、監査委員は、県が同被上告人と請負契約を締結したことやその代金額が不当に高いものであったか否かを検討せざるを得ないのであるが、県の同契約締結やその代金額の決定が財務会計法規に違反する違法なものであったとされて初めて県の被上告人らに対する損害賠償請求権が発生するものではなく、被上告人らの談合、これに基づく被上告人横河電気の入札及び県との契約締結が不法行為法上違法の評価を受けるものであること、これにより県に損害が発生したことなどを確定しさえすれば足りるのであるから、本件監査請求は県の契約締結を対象とする監査請求を含むものとみざるを得ないものではない。したがって、これを認めても、本件規定の趣旨が没却されるものではなく、本件監査請求には本

件規定の適用がないものと解するのが相当である」と判示し、昭和六二年判決の示した法理は、本件に及ぶものではないとした。

公共工事の入札談合行為という不法行為による損害賠償請求権に関する住民監査請求についても、地方公共団体の入札・工事業者に対する損害賠償請求権の行使を違法に怠っているという財産の管理を怠る事実に係るものと構成されるため、同法二四二条二項の規定が適用されるか否かが問題となる。⁽⁷⁾この点について、平成一四年七月二日判決は、県の実施した指名競争入札において談合をした指名業者らに対する不法行為に基づく損害賠償請求権の行使を怠る事実に係る住民監査請求につき、同条二項の規定が適用されないとの判断を下した。

平成一四年七月二日判決により、昭和六二年判決の法理は、怠る事実に係る監査請求については期間制限に服しないという原則の例外と位置付けられ、その射程範囲は、怠る事実に係る損害賠償請求権、不当利得返還請求権が特定の財務会計上の行為が違法・無効であることに基づいて発生する場合、すなわち、監査委員が怠る事実の監査を遂げるために特定の財務会計上の行為が財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならない関係にある場合に限られることが明らかにされた。本判決は、談合に係る怠る事実に関する監査請求の場合、地方公共団体の損害賠償請求権が発生するには、地方公共団体の契約締結等が財務会計法規に違反することは必要ではなく、談合やそれに基づく契約締結行為等が不法行為法上違法であることで十分であるため、「真正怠る事実」に関する事案といえる。

談合事件のように、第三者による不法行為と財務会計上の行為とが絡み合った事案においては、いかなる条件の下で怠る事実に係る監査請求に期間制限の適用があるのか、従来、その基準が必ずしも明確ではなく、下級審判決は、

期間制限の適用を肯定するものと、否定するものとに分かれていた。⁽⁸⁾

平成一四年七月二日判決は、下級審の判断が分かれていた問題について決着を付けるとともに、本件は昭和六二年判決の法理の射程範囲外であるとして、原則どおり、本件監査請求には期間制限の適用がないとした。⁽⁹⁾ 本判決は、その後の怠る事実に係る監査請求と期間制限に関する裁判例に大きな影響を与えている。

しかし、本判決では、いつの時点で違法な怠る事実が存在することになるのか、そもそも「怠る事実の違法」とは何かといった問題については判示されないまま残されている。⁽¹⁰⁾

第三に、最高裁平成一四年七月一八日判決⁽¹¹⁾（以下、「平成一四年七月一八日判決」という。）がある。本件は、東京都町田市 of 住民らが、市が日本下水道事業団に委託した各下水道施設建設工事について、同事業団が平成五年一月二九日から同六年二月一八日までの間に上告人株式会社明電舎又は同三菱電機株式会社との間で請負契約を締結して発注した各電気設備工事に係る工事請負代金が、談合によって不当に上げられ、市がこれを負担することにより損害を被ったとし、市は、談合をした上告人ら及びこれに加担した事業団に対し、不法行為による損害賠償請求権を有しているにもかかわらず、その行使を違法に怠っているとして、同法二四二条の二第一項四号に基づき、怠る事実に係る相手方である上告人らに対して損害賠償を求めた事案である。

本件の争点は、地方公共団体を発注者とする公共工事において談合が行われた場合に、地方公共団体が談合業者らに不法行為に基づく損害賠償請求権を行使しないことが違法であるという住民監査請求について、期間制限の規定が及ぶと解すべきか否かである。つまり、昭和六二年判決の法理の射程範囲が、談合の違法を争う当該事案にも及ぶか否かが争点である。⁽¹²⁾

平成一四年七月一八日判決は、「本件監査請求について監査を遂げるためには、監査委員は、上記談合行為等があったか否か、これにより上記差額が生じたか否かを検討するとともに、市が本件各委託工事を委託するために事業団との間で締結した委託協定の内容、委託費用の支払経過等を明らかにして、市が本件各発注工事の工事請負代金を最終的に負担させられ損害を被ったか否かを検討しなければならないこととなる。しかしながら、市と事業団との間における委託協定の締結や委託費用の支払等の財務会計上の行為が財務会計法規に違反する違法なものであったとされて初めて市の事業団及び上告人らに対する損害賠償請求権が発生したと認められるものではなく、監査委員は、上記のような談合行為等とこれに基づく事業団と上告人明電舎及び同三菱電機との請負契約の締結が不法行為法上違法の評価を受けるものであること、これにより市に損害が発生したことなどを確定すれば足りるのであるから、本件監査請求は市の財務会計上の行為を対象とする監査請求を含むと解さなければならないものではない。したがって、本件監査請求を本件規定の適用がない怠る事実に係るものと認めても、本件規定の趣旨が没却されるものではなく、本件監査請求については本件規定による監査請求期間の制限が及ばないものと解するのが相当である」と判示し、昭和六二年判決の示した法理は本件に及ぶものではないとした。本判決は、下水道談合事案において、前記の平成一四年七月二日判決と同様に、「真正怠る事実」に該当する旨の事例判断を示したものであり、平成一四年七月二日判決の定立した基準を受けて、本件での期間制限の適用を否定したものである。

平成一四年七月一八日判決は、当該業者と地方公共団体との間に直接契約が締結された事案ではなく、地方公共団体が日本下水道事業団に工事を委託し、同事業団が業者と契約を締結した事案においても、平成一四年七月二日判決が示した一般論を説示したうえ、本件監査請求について監査を遂げるためには、監査委員は、市が同事業団との間で

締結した委託協定の内容、委託費用の支払経過等を明らかにして、市が損害を被ったか否かを検討しなければならぬが、委託協定の締結や委託費用の支払等の財務会計行為が財務会計法規に違反して違法であったとされて初めて市の損害賠償請求権が発生したと認められるものではないから、本件監査請求には期間制限が及ばないとした。本判決は、平成一四年七月二日判決に続き、期間制限の適用を否定し、この種の事案における最高裁としての基準を確立したものである⁽¹³⁾。

第四に、最高裁平成一四年一〇月三日判決⁽¹⁴⁾（以下、「平成一四年一〇月判決」という。）がある。本件事実の概要は、次のとおりである。愛知県の住民Xらは、県が工事請負業者である共同企業体との間で工事代金を増額する等の工事請負変更契約を平成三年七月に締結し、代金増額分を平成四年三月までに全額支払ったことに関し、同変更契約が違法・不当で無効なものであり、県に損害が生じていると主張し、工事請負業者、県知事、副知事、建築部長、総務部次長その他担当職員に対する損害賠償請求等と内容とする住民監査請求を平成六年一〇月に行った。当該請求棄却の後Xらは、県知事、県の担当部署の職員、工事請負業者等に対し損害賠償を請求する住民訴訟を提起した。本件監査請求には、同変更契約が違法・無効であるとする内容が含まれているが、そのほか、県が不法行為に基づく損害賠償請求権の行使を怠っているという内容も含まれているため、同条二項の適用があるか否かが問題となった⁽¹⁵⁾。

平成一四年一〇月判決では、平成一四年七月二日判決の一般的法理を援用したうえで、工事請負業者に対しては、不法行為に基づく損害賠償請求権の行使を怠っている場合に当たるとして、監査請求期間の制限が及ばないとした。すなわち、被上告会社九社が、県に対し、本件工事に関し不当に水増し請求をするなどし、県に本来支払う義務のない工事代金二九億円余を余分に支払わせたという不法行為に基づく被上告会社九社に対する損害賠償請求権の行使を

怠る事実について監査を遂げるためには、監査委員は、被上告会社九社について当該行為が認められ、それが不法行為法上違法の評価を受けるものであるかどうか、これにより県に損害が発生したといえるかなどを確定しさえすれば足り、県の被上告会社九社に対する損害賠償請求権は、本件変更契約が違法・無効であるからこそ発生するものではなく、当該行為が財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならぬ関係にないから、期間制限が及ばないとした。

しかし、県職員の行為については、次のように判示した。すなわち、「準備行為」については、「特定の財務会計上の行為が行われた場合において、これにつき権限を有する職員又はその前任者が行ったその準備行為は、財務会計上の行為と一体としてとらえられるべきものであり、準備行為の違法が財務会計上の行為の違法を構成する関係にあるときは、準備行為が違法であるとし、これに基づいて発生する損害賠償請求権の行使を怠る事実を対象としてされた監査請求は、実質的には財務会計上の行為を違法と主張してその是正を求める趣旨のものにほかならないと解される。したがって、上記のような監査請求が本件規定の定める監査請求期間の制限を受けないとすれば、法が本件規定により監査請求に期間制限を設けた趣旨が没却されるといわざるを得ないから、上記監査請求には当該財務会計上の行為のあった日又は終わつた日を基準として本件規定を適用すべきである」と判示した。また、「補助行為」についても、

平成一四年一〇月判決では、契約締結担当職員とそれ以外の者（業者、議員、契約締結担当者ではない職員等）とで期間制限規定の適用を区別している。すなわち、当該事案について、水増支払いの要請という違法行為を行った業者、

これに加担した議員、契約締結担当者の補助者ではない職員については「真正怠る事実」として期間制限の適用を認めず、他方、契約締結担当者（専決権者、受任者）の補助者が行った違法な契約行為の準備行為については、実質的には財務会計上の行為を違法と主張してその是正を求める趣旨であるとして、期間制限の適用を認めている。

平成一四年一〇月判決は、工事請負業者に対する損害賠償請求権の行使を怠る事実を対象とする監査請求について期間制限の適用はないとした。その理由は、監査請求に、財務会計職員らが工事請負業者の要請を受けて工事請負変更契約の締結その他これに係る行為を行ったとする部分が含まれており、財務会計職員らと工事請負業者との共謀による不法行為とみる余地があるとしても、監査委員は、工事請負業者の不当な水増し請求行為があったか否か、それが不法行為法上違法の評価を受けるものであるか否か、これにより県に損害が発生したといえるか否かなどを確定しさえすれば足りると考えるからである。その意味では、平成一四年七月二日の事案と異なるものではないと判断したものである。⁽¹⁶⁾ 一方、財務会計上の行為の準備行為又は補助行為が違法であることに基づいて発生する損害賠償請求権の行使を怠る事実に係る監査請求については、その違法が財務会計上の行為の違法を構成する関係にある場合には、財務会計上の行為のあった日又は終わった日を基準として同条二項が適用されとした。本判決は、財務会計上の行為の準備行為及び補助行為が違法であるのに損害賠償請求権の行使を怠っているとして監査請求がなされた場合に期間制限が及ぶことを初めて明らかにした判決といえる。⁽¹⁷⁾

(1) 最判昭和五三年六月二三日判例時報八九七号五四頁参照。

本件の第一審判決（岡山地判昭和五〇年十一月一二日判例時報八六八号二三頁）では、Yの被告適格を否認したが、第二審

判決（広島高判昭和五二年五月三〇日判例時報八六八号二〇頁）では、Yの被告適格を認めた。

（2） 関哲夫「怠る事実と監査請求提起期間の制限」法律のひろば五二巻一〇号四八―四九頁参照。

（3） 阿部泰隆「最新判例批評」判例評論五三六号一〇頁参照。

（4） 保木本一郎「判例解説」『地方自治判例百選（第二版）』別冊ジュリスト一二五号一九九頁、竹野下・前掲論文八〇頁参照。

（5） 最判平成一四年七月二日民集五六卷六号一〇四九頁参照。

「平成一四年七月二日判決」については、藤原静雄「判例解説」法令解説資料総覧二四九号一二二頁以下、高橋利明「談合住民監査請求『二年の壁』を破るまで」法律時報七四卷一二号八六頁以下、西鳥羽和明「『不真正怠る事実』と『真正怠る事実』」法律時報七四卷一二号九二頁以下、村上政博「談合行為に基づく住民訴訟に係る最高裁判決」判例タイムズ一〇九九号三五頁以下、阿部泰隆「最新判例批評」判例評論五三六号八頁以下、曾和俊文「判例批評」民商法雑誌一二八巻三号二八頁以下、山岸敬子「時の判例」法学教室二七〇号一二三頁以下、野口貴公美「最近の判例から」法律のひろば五六巻三号六三頁以下、中原茂樹「判例解説」『平成一四年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一二四六号四二頁以下、大橋寛明「判例解説」『最高裁 時の判例I公法編』ジュリスト増刊二九二頁以下、大橋寛明「時の判例」ジュリスト一二四一号八七頁以下、鈴木庸夫「判例解説」『地方自治判例百選（第三版）』別冊ジュリスト一六八号一六〇頁以下、谷口豊「判例解説」『平成一四年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊一二二五号二五〇頁以下、向田直範・大槻文俊「判例研究」北海学園大学法学研究三九巻二二〇七頁以下、白井皓喜・安部崇「はんれい最前線」判例地方自治二四一号五頁以下、清水幸雄・北原靖和「判例研究」清和評論集九号一五頁以下、大沼洋一「判例解説」行政判例研究会編『平成一四年度行政関係判例解説』（ぎょうせい、平成一五年）六一頁以下、人見剛「富山県水道施設工事談合住民訴訟」法学セミナー五八四号二八頁以下、大橋寛明「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成一四年度（下）』（法曹会、平成一七年）五一頁以下参照。

（6） 本件の第一審判決（富山地判平成九年四月一六日判例時報一六四一号七二頁）及び第二審判決（名古屋高判平成一〇年四月二二日判例時報一六七一号五〇頁）では、本件監査請求は「不真正怠る事実」に係る請求として期間制限に服するものとした。

(7) 談合入札事件の背景と各種の法的論点については、青島明生「住民監査請求」法学セミナー五二七号一二頁以下、高橋利明「『違法な財務会計行為』のひどい勘違い」法学セミナー五二七号一五頁以下、寺上奏照「独占禁止法と住民訴訟について」自由と正義五一卷四号九八頁以下、村上政博「入札談合に基づく損害賠償請求（上、中、下）」NBL七〇九号六頁以下、七一号三三頁以下、七一三号五六頁以下参照。

(8) 期間制限の適用を肯定するものとして、富山地判平成九年四月一六日判例時報一六四一七号七一頁、名古屋高判平成一〇年四月二二日判例時報一六七一号五〇頁、静岡地判平成一〇年七月一七日判例時報一六九一四号四三頁、津地判平成一〇年八月二〇日判例時報一六九四号八三頁、東京地判平成一一年一月二八日判例時報一六九三三三九頁、奈良地判平成一一年一〇月二〇日判例タイムズ一〇四一八二頁、浦和地判平成一二年三月二三日判例地方自治二二一〇二〇頁参照。

これに対して、その適用を否定するものとして、大阪地判平成一一年一〇月二八日判例タイムズ一〇二四号一九五頁、大阪高判平成一三年一月二四日判例タイムズ一〇九九号二〇〇頁、東京高判平成一一年二月二〇日判例時報一七〇九号一四頁、名古屋地判平成一三年九月七日判例時報一七八八号九頁参照。

(9) 清水知恵子「真正怠る事実と不真正怠る事実」藤山雅行編『新・裁判実務大系第二五巻 行政争訟』（青林書院、平成一六年）四三七頁、阿部・前掲「最新判例批評」一一頁参照。

(10) 中原・前掲「判例解説」四四頁参照。

(11) 最判平成一四年七月一八日判時一七九八号七二頁参照。

「平成一四年七月一八日判決」については、山田洋「判例解説」法令解説資料総覧二五〇号九三頁以下、曾和俊文「時の判例」法学教室二七〇号一二四頁以下、曾和俊文「判例紹介」民商法雑誌一二八卷三三九頁以下、藤原静雄「時の判例」法学教室二七三号一二二頁以下、内田義厚「判例解説」『平成一四年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊一二二五号二五二頁以下参照。

(12) 第一審判決（東京地判平成一一年一月二八日判例時報一六九三三三九頁）は、本件のような「怠る事実」に係る監査請求については期間制限規定の適用があったとした。これに対して、第二審判決（東京高判平成一一年二月二〇日判例時報

一七〇九号一四頁）は、本件監査請求については期間制限規定の適用がないとして、第一審判決を取り消し、事件を地裁に差し戻した。

(13) 曾和・前掲「判例紹介」六三―六四頁参照。

(14) 最判平成一四年一〇月三日民集五六卷八号一六一頁参照。

「平成一四年一〇月三日判決」に関しては、寺田友子「時の判例」法学教室二七一号一二二頁以下、堤龍弥「判例解説」法令解説資料総覧二五八号一一頁以下、駒林良則「最新判例批評」判例評論五三七号一九頁以下、岡田春男「判例批評」民商法雑誌一三〇巻二号一八六頁以下、太田幸夫「判例解説」『平成一五年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊一一五四号二五八頁以下、高世三郎「判例解説」法曹時報五七巻四号二六六頁以下、高世三郎「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成一四年度（下）』（法曹会、平成一七年）七四七頁以下参照。

(15) 本件の第一審判決（名古屋地判平成七年一〇月二七日判例タイムズ九〇九号一四四頁）及び第二審判決（名古屋高判平成八年一〇月三〇日判例タイムズ九四四号一二六頁）では、本件監査請求は同条二項の期間経過後になされた不適法なものであり、本件訴えは適法な監査請求を經ておらず不適法なものであるとした。

(16) 清水知恵子・前掲論文四三八頁参照。

(17) 太田・前掲『平成一五年度主要民事判例解説』二五九頁参照。

2 「不真正怠る事実」と期間制限

「不真正怠る事実」と期間制限に関する最高裁判決には、以下の二つのものが挙げられる。

第一に、最高裁昭和六二年二月二〇日判決^①（以下、「昭和六二年判決」という。）がある。本件事実の概要は、次のとおりである。新潟県西川町の前町長Y₁は、昭和五四年二月に町有地を随意契約によりY₂に売却した。町の住民Xらは、右売却価額が著しく低廉であつて、町の財政運営上多大の損失を生じさせるとして、その是正措置を求める旨の住民

監査請求（第一回監査請求）を行つたが、請求に理由のない旨の通知を受けた。Xらはその五カ月後に、右売却処分が随意契約で行われたことが違法である等の理由を追加して、再度監査請求（第二回監査請求）を行つたが、請求に理由のない旨の通知を受けた。そこで、Xらは同法二四二条の二第一項四号に基づき、Y₁に対して適正時価と売却価額との差額の損害賠償請求、Y₂に対して右同額の不当利得返還請求等の訴訟を提起した。第一審判決（新潟地判昭和五十六年六月二十九日行裁集三三卷九号一五三五頁）は、第一回と第二回の監査請求が同一の行為を対象としているため、第二回監査請求は不適法なものであり、本件訴えは提起期間の徒過を理由に不適法なものとして却下した。Xらは、控訴する一方で、町が本件契約の違法・無効であることによりY₁に対して損害賠償請求権を、Y₂に対して不当利得返還ないし所有権移転登記抹消の請求権を有するのに、その請求権の行使を怠っている旨の監査請求（第三回監査請求）を行つた。そして、これに対する却下通知後、Y₁及びY₂に対する訴えの追加的変更として、同法二四二条の二第一項四号の怠る事实に係る相手方に対する請求としての損害賠償請求及び不当利得返還請求等を追加した。本件訴訟では、第三回監査請求が請求期間を徒過したものか否か等が争われた^②。

昭和六二年判決は、「普通地方公共団体において違法に財産の管理を怠る事実があるとして法二四二条一項の規定による住民監査請求があつた場合に、右監査請求が、当該普通地方公共団体の長その他の財務会計職員の特定の財務会計上の行為を違法であるとし、当該行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもつて財産の管理を怠る事実としているものであるときは、当該監査請求については、右怠る事実に係る請求権の発生原因たる当該行為のあつた日又は終わった日を基準として同条二項の規定を適用すべきものと解するのが相当である。けだし、自治法二四二条二項の規定により、当該行為のあつた日又は終わった日から一年を経過した後にされた

監査請求は不適法とされ、当該行為の違法是正等の措置を請求することができないものとしているにもかかわらず、監査請求の対象を当該行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使という怠る事実として構成することにより同項の定める監査請求期間の制限を受けずに当該行為の違法是正等の措置を請求し得るものとすれば、法が同項の規定により監査請求に期間制限を設けた趣旨が没却されるものといわざるを得ないからである」と判示し、本件監査請求は請求期間を徒過しているため不適法であるとした。

怠る事実に係る監査請求については期間制限の規定は適用されないというのが原則である。しかし、怠る事実に係る監査請求に期間制限がないという原則を貫くのは、適当でない場合がある。すなわち、期間制限がある「当該行為」についての違法ないし不当をいうのと実質において異なる場合、怠る事実に係る監査請求の形式をとりさえすれば、期間制限を免れられるというのであれば、期間制限を定めた本件規定の趣旨を没却することになる。そのことを明らかにしたのが、昭和六二年判決である。本判決は、怠る事実に係る監査請求であつても期間制限を適用すべき場合があることを示し、財務会計行為が違法・無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の行使を怠る事実（いわゆる「不真正怠る事実」）に係る監査請求については、当該行為のあつた日又は終わった日を基準として期間制限が及ぶと判断した。

この事例は、住民Xらが当該行為についての監査請求を行い、これに基づく住民訴訟が不適法とされた後に、当該行為が違法・無効であることにより発生した損害賠償請求権及び不当利得返還請求権の行使を怠る事実についての監査請求を行ったが、その時には当該行為の日から一年以上が経過していたため、実質においては行為の違法をいう監査請求を怠る事実の監査請求の形式に構成し直して請求したという典型的な事例であつた。⁽³⁾

しかし、昭和六二年判決は、当該事例についての判断にとどまらず、一般的な法理を示しており、その後の具体的事例において、この法理が当てはまるか否かが問題とされる場合が多い。昭和六二年判決は、昭和五三年判決の例外であることを明らかにしたものであり、⁽⁴⁾昭和六二年判決の示した一般的な法理は、その後の下級審判決や最高裁判決においても踏襲されている。また、昭和六二年判決を契機として「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」が区別されることとなった。

第二に、最高裁平成九年一月二八日判決⁽⁵⁾（以下、「平成九年判決」という。）がある。本件事実の概要は、次のとおりである。茅ヶ崎市は国鉄から転売禁止特約付きで土地を昭和六一年三月に買い受けたが、同特約に違反して昭和六一年八月に転売したため、国鉄を承継した国鉄清算事業団から、同土地の売買契約を解除されたうえ、解除により発生すると定められた違約金の支払を請求する訴訟を昭和六二年一月に提起された。市はこれに応訴し、同特約の有効性を争い違約金の負担を否定した。その後、裁判上の和解が平成元年八月に成立し、市は和解金を同年一月に支払った。市の住民Xらは、同和解金の支払は本件売買契約の違約等に基づく違法・不当な支出であり、これにより市は損害を被ったので、当該違法な転売行為を行った市長Y個人に対して損害を補填させるための必要な措置を求める旨の監査請求を平成二年三月に行った。同請求を棄却する旨の監査結果の通知の後、Xらは、市はYに対する損害賠償請求の行使を怠っているとして住民訴訟を提起した。

本件は、財務会計上の行為が違法・無効であることに基づく実体法上の請求権が当該行為の時点では発生しておらず又はこれを行使用することができない場合にも、昭和六二年判決の法理がそのまま適用されるのか、それとも例外とされるのが問題となった事案である。⁽⁶⁾

平成九年判決は、「財務会計上の行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもって財産の管理を怠る事実とする住民監査請求において、右請求権が右財務会計上の行為のされた時点においては、いまだ発生しておらず、又はこれを行使することができない場合には、右実体法上の請求権が発生し、これを行使することができることになった日を基準として同項の規定を適用すべきものと解するのが相当である」と判示した。

本来、監査請求の対象としての「財務会計上の行為」と「怠る事実」とは別個のものであり、ただ、「財務会計上の行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の行使を怠る事実」についての監査請求は、通常、当該財務会計上の行為についての監査請求と表裏の関係にあるため、同時に監査請求期間が進行すると解され、本件のように表裏の関係にない事案には、昭和六二年判決の法理は当てはまらない。そこで、本判決は、「怠る事実」について監査請求をすることが可能になった時、すなわち当該実体法上の請求権が発生し、かつ、これを行使することができることになった時から監査請求期間が進行するとしたものである。⁽⁷⁾

本件においては、国鉄清算事業団が、市に対して、本件特約違反を理由に本件売買契約を解除する意思表示をした時点で、契約上は違約金支払債務が発生したことになる。ところが、市は違約金債務の存在を争い、同事業団が訴訟を提起し、市がこれに応訴して本件特約の有効性自体を否定するなど、公的団体相互間の訴訟という異例な事態に発展した。そこで、平成九年判決は、市と同事業団との間に裁判上の和解が成立し、和解金額が当事者間で確定されるまでは、市が市長個人に対し、右違約金債務を負担させられたことを理由に損害賠償請求をすることができる立場にはなかったものと認め、和解の日を基準に監査請求期間を計算すべきものと判断した。⁽⁸⁾

平成九年判決は、「不真正怠る事実」であることを前提として、その監査請求期間の起算点を財務会計行為の時点

より後にずらしたものである。つまり、「不真正怠る事実」に係る監査請求において、請求権が財務会計上の行為のなされた時点においてはいまだ発生しておらず、又はこれを行使用することができない場合には、右実体法上の請求権が発生し、これを行使用することになった日を基準として期間制限の規定が適用されとした。このように、平成九年判決は、昭和六二年判決の法理に例外があることを示し、しかも具体的事例をもって例外を示したものである。⁽⁹⁾

第三に、最高裁平成一九年四月二四日判決⁽¹⁰⁾（以下、「平成一九年判決」という。）がある。本件事実の概要は、次のとおりである。平成六年当時、香川県香川町の町長であったYは、A設計会社に設計を行わせた町道の改良工事をB建設会社に請け負わせた。B社は工事を完成し、町に引き渡したが、翌年には、工事に瑕疵があることが明らかになり、町は修補費用の支出を余儀なくされた。そこで、Yは、A社に対して損害賠償の訴えを提起したが、B社に対しては訴えを提起しなかった。しかし、裁判所は、町のA社に対する請求を棄却し、平成一五年一月に町の敗訴が確定した。これにつき、町の住民Xらは、平成一五年一二月、町監査委員に対して監査請求を行ったが、町監査委員はXらの監査請求には理由がないとする監査結果の通知をした。そこで、Xらは、同法二四二条の二第一項四号に基づいて住民訴訟を提起した。本件の争点は、Xらの監査請求について期間制限の規定が適用されるか否か、適用されるならば監査請求期間の起算点はいつかであった。⁽¹¹⁾

平成一九年判決は、「財産の管理を怠る事実に係る実体法上の請求権が除斥期間の経過により消滅するなどして怠る事実が終わった場合には、継続的な財務会計上の行為の終わった日から一年を経過したときはこれを対象とする監査請求をすることができないのと同様に、怠る事実の終わった日から一年を経過したときはこれを対象とする監査請

求をすることができないものと解するのが相当である。また、上記の場合において、上記請求権の行使を怠り、同請求権を除外期間の経過により消滅させるなどしたことが違法であるとし、当該怠る事実（以下「第一の怠る事実」という。）が違法であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使をもつて財産の管理を怠る事実（以下「第二の怠る事実」という。）とした上で、第二の怠る事実を対象とする監査請求がされたときは、当該監査請求については、第一の怠る事実の終わった日を基準として一年の監査請求期間の制限に服するものと解するのが相当である」と判示した。その理由については、「第一の怠る事実を対象とする監査請求は、第一の怠る事実の終わった日から一年を経過したときはこれを行うことができないにもかかわらず、監査請求の対象を第一の怠る事実が違法であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行使という第二の怠る事実として構成することにより、監査請求期間の制限を受けないに実質的に第一の怠る事実を対象とする監査を求めることができるものとすれば、本件規定が監査請求期間を制限した前記趣旨が没却されるといわざるを得ないからである」と判示した。

本判決では、当該監査請求の対象は、怠る事実に係る実体法上の請求権の発生原因事実が財務会計上の行為ではなく、町のB社に対する損害賠償請求権の行使を怠り、これを消滅させたという「第一の怠る事実」であることから、期間制限規定の適用がないとする昭和五三年判決・平成一四年の三つの諸判決（「真正怠る事実」と、その適用があるとする昭和六二年判決（「不真正怠る事実」）のいずれの法理が及ぶのかが問題となった。¹²⁾

平成一九年判決では、財産の管理を怠る事実（第一の怠る事実）に係る実体法上の請求権が除外期間の経過により消滅するなどして怠る事実が終わった場合において、同請求権の行使を怠り、同請求権を除外期間の経過により消滅させるなどしたことが違法であるとし、第一の怠る事実が違法であることに基づいて発生する実体法上の請求権の不行

使をもって財産の管理を怠る事実（第二の怠る事実）としたうえで、第二の怠る事実を対象とする住民監査請求がなされたときも、当該監査請求は、第一の怠る事実が終わった日を基準として期間制限に服するものとした。平成一九年判決は、第二の怠る事実に係る住民監査請求に期間制限の規定が適用されることにつき、「期間制限を受けずに実質的に第一の怠る事実を対象とする監査を求めることができるものとすれば、監査請求期間の規定の趣旨が没却される」と理由付けている点からすると、当該事案は、昭和六二年判決の法理を推し及ぼしたもので、⁽¹³⁾ 実質的には、昭和六二年判決の射程内にあると解することができる。⁽¹⁴⁾

平成一九年判決は、財産の管理を怠る事実が終わった場合に生じる第一・第二の怠る事実に係る監査請求における期間制限の適用の有無及びその起算点に関して、最高裁が初めて明示的な判断を示したものとして注目される。

(1) 最判昭和六二年二月二〇日民集四一卷一号一二三頁参照。

「昭和六二年判決」に関しては、曾和俊文「怠る事実と監査請求期間制限」仲江編・前掲書一四〇頁以下、石川善則「時の判例」ジュリスト八八九号七四頁以下、北崎秀一「地方自治関係判例紹介」地方自治四七九号一二三頁以下、木佐茂男「最新判例批評」判例評論三四五号三四頁以下、西島羽和明「判例解説」判例地方自治四〇号二九頁以下、鈴木庸夫「判例解説」昭和六二年度主要民事判例解説」判例タイムズ臨時増刊六七七号三二〇頁以下、石川善則「判例解説」法曹時報四二巻六号一三九頁以下参照。

(2) 本件の第二審判決（東京高判昭和五七年八月二二日行裁集三三巻八号一七六三頁）は、Xらの控訴を棄却し、Xらの新たな請求等を却下した。

(3) 鈴木・前掲『昭和六二年度主要民事判例解説』三三二頁、石川・前掲「時の判例」七六―七七頁参照。

(4) 大橋寛明「判例解説」法曹時報四九巻八号二九六頁、村田哲夫「判例批評」民商法雑誌一一七巻四・五号一八一頁参照。

(5) 最判平成九年一月二八日民集五一卷一号二八七頁参照。

「平成九年判決」に関しては、人見剛「時の判例」法学教室二〇三号一〇八頁以下、藤原淳一郎「最新判例批評」判例評論四六四号一〇頁以下、大橋寛明「時の判例」ジュリスト一一一〇号一五六頁以下、同「判例解説」法曹時報四九卷八号二八〇頁以下、村田哲夫「判例批評」民商法雑誌一一七卷四〇五号一七六頁以下、杉山正己「判例解説」『平成九年度重要判例解説』判例タイムズ臨時増刊九七八号二四四頁以下、石井昇「判例解説」『平成九年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一一三五号三八頁以下、大橋寛明「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成九年度（上）』（法曹会、平成二二年）一六一頁以下、大橋寛明「判例解説」『最高裁 時の判例Ⅰ公法編』ジュリスト増刊二九〇頁以下参照。

(6) 本件の第一審判決（横浜地判平成五年七月一九日民集五一卷一号三〇七頁）は、昭和六二年判決は当該行為に基づいて実体法上の具体的請求権が直ちに発生することを前提としたものであり、右具体的請求権が発生しない場合には、例外として右請求権の具体化した日を基準として同条二項を適用するのが相当であるとし、右裁判上の和解から一年以内になされた当該監査請求は適法なものであるとした。これに対して、第二審判決（東京高判平成六年七月六日民集五一卷一号三二八頁）は、昭和六二年判決の法理をそのまま適用して、当該監査請求は不適法なものであるとした。

(7) 平成九年判決は、市長の転売行為を当該行為として把握することによって、当該事案と昭和六二年判決の事案とを基本的に同一のものとみている。ただ、昭和六二年判決の事案においては、当該行為に係る監査請求と同時に、怠る事実に係る監査請求をも行うことができたのに対して、平成九年判決の事案では、当該行為の時点において「不真正怠る事実」についての監査請求を行うことができなかったという違いがある（関・前掲論文五二―五三頁参照）。

(8) 大橋寛明「判例解説」『最高裁 時の判例Ⅰ公法編』ジュリスト増刊二九一頁参照。

(9) 大橋寛明「判例解説」法曹時報四九卷八号二九五―二九六頁、村田・前掲「判例批評」一八一頁、杉山・前掲『平成九年度重要判例解説』二四五頁参照。

(10) 最判平成一九年四月二四日民集六一卷三号一一五三頁参照。

「平成一九年判決」に関しては、内野俊夫「時の判例」ジュリスト一三四五号八六頁以下、寺田友子「判例批評」民商法雑誌

誌一三七卷三号五二頁以下、小舟賢「判例解説」『平成一九年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊一三五四号五二頁以下、草野功一「住民訴訟判例解説」判例地方自治三〇五号一一〇頁以下、辻由起「判例解説」行政判例研究会編『平成一九年行政関係判例解説』（ぎょうせい、平成二〇年）二八頁以下、垣見隆禎「最新判例批評」判例評論五九九号七頁以下、内野俊夫「判例解説」法曹時報六一卷一一号二六八頁以下参照。

(11) 本件の第一審判決（高松地判平成一七年一月二六日判例地方自治二七六号一〇三頁）及び第二審判決（高松高判平成一七年七月二二日判例地方自治二七六号九九頁）は、期間制限の適用を認め、町のC社に対する損害賠償請求権が消滅した日をその起算点とし、Xらの住民監査請求は監査請求期間を徒過した不適法なものと判示した。

(12) 草野・前掲「住民訴訟判例解説」一一二頁参照。

(13) 内野俊夫「時の判例」ジュリスト一三四五号八七頁、同「判例解説」法曹時報六一卷一一号二八〇頁参照。

この点に関して、本件監査請求は昭和六二年判決の事案とは異なり、昭和六二年判決の法理の射程外にあるが、昭和六二年判決の法理が推し及ぼされたものと解されている（内野・前掲「時の判例」八七頁）。

(14) 小舟・前掲「判例解説」五三頁、吉野・前掲書四七四頁参照。

四 「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」の判断基準

「怠る事実」については住民監査請求の期間制限について同条二項の適用がないとするのが通説・判例（昭和五三年判決）である。しかし、昭和六二年判決は、財務会計上の行為が違法・無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権の行使を怠る事実（いわゆる「不真正怠る事実」）の場合には、法的安定性の見地から監査請求期間を設けた趣旨が没却されるのを防ぐため、当該財務会計行為のあった日又は終わった日を基準として同条二項の規定を適用すべきであるとしている。そこで、「怠る事実」に係る監査請求においては、「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」とを

区別する判断基準が重要となってくる。とりわけ、具体的にどのような場合が「不真正怠る事実」に該当するのかが重要な争点となる。^①

この点に関する学説をみると、様々な主張がなされている。すなわち、第一に、土地売却に関する損害賠償請求、不当利得返還請求、登記抹消請求など当該財務会計行為の法律関係から一体として生じる請求権の行使を怠る場合が「不真正怠る事実」に該当するという見解^②、第二に、当該行為と表裏一体をなす場合は、当該行為に係る主張と怠る事実に係る主張との本質が同じ場合に、「不真正怠る事実」に該当するという見解^③、第三に、「違法な財務会計行為」とは、地方公共団体と相手方との間の契約内容や締結過程に違法（相手方の詐欺、談合等）があつた場合である「外部関係違法」は含まず、地方公共団体に対する長や職員らの法令違反等の職務義務違反すなわち「内部関係違法」があつた場合に限定されるという見解^④、第四に、「真正怠る事実」に係る監査請求には、財務会計上の積極的行為の違法・不当を観念し得ないが、「不真正怠る事実」の場合は、違法な財務会計上の積極的行為が怠る事実の前提として存在し、また、「不真正怠る事実」に係る監査請求においては怠る事実が存在するか否かの前提として必然的に当該行為の違法の有無を問題とせざるを得ないとする見解^⑤、第五に、「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」の両者を区別するメルクマールは職員の違法な財務会計上の積極的行為の存在があるか否かであるとする見解^⑥、第六に、長・職員に対して実体法上の請求権を主張し得る事案において、それを請求権の行使を怠る事実として構成しても、監査請求期間の制限を免れることは許されないが、長・職員に対して怠る事実としてしか請求を構成できない事案（公有地の管理とか租税の賦課徴収の請求を怠っている事案等）においては、期間制限は及ばないという見解^⑦などがみられる。

この点に関する判例については、前記の平成一四年七月二日判決が、「監査委員が怠る事実の監査を行うために、

当該行為が財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならない関係」にあるかどうかを、「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」の区分の判断基準としている。平成一四年七月二日判決は、県の実施した指名競争入札において談合をした指名業者らに対する不法行為に基づく損害賠償請求権の行使を怠る事実に係る監査請求には期間制限の規定が及ばないとしたが、「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」とを区別する判断基準として、財務会計行為が違法であることに基づいて発生する実体法上の請求権の行使を怠る事実として対象とする監査請求のうち、特定の財務会計法規に違反して違法か否かを判断しなくとも監査委員が怠る事実の監査を遂げることができる場合には、同条二項は適用されず、それができない場合には適用されるとの判断基準を示した。⁽⁸⁾

こうして、当該怠る事実の監査を遂げるために、財務会計行為が財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならない関係にあれば、「不真正怠る事実」として監査請求期間の制限が及ぶが、そのような関係にならない場合には、「真正怠る事実」として監査請求期間の制限が及ばないとの判断基準が最高裁判例によって定立されたのである。その後の最高裁判決（平成一四年七月一八日判決及び平成一四年一〇月判決）も、平成一四年七月二日判決と同旨の判示をしており、この判断基準は判例上確立されたものといえる。これらの最高裁判例によつて、現段階では、怠る事実に関する監査請求について期間制限が及ぶのは、「行為に対する監査請求が期間徒過のためにできなくなつたことを免れるための仮装行為」⁽⁹⁾、「当該行為に関する監査請求とすべき事案においてあえて怠る事実に関する監査請求と構成したような場合」⁽¹⁰⁾に限定されると解されている。⁽¹¹⁾

今後は、どのような場合に、期間制限の及ばない「怠る事実」を構成することになるのかが課題となる。窃盗、横領、公有財産の無断使用等の事実的侵害やこれと同視し得る行為（例えば、自己又は第三者の利益を図る目的で権限を濫

用した場合や談合のような欺罔や強迫に基づく財務会計上の行為等）はその典型とされるが、なおその外延は必ずしも明確であるとはいえない。⁽¹²⁾

また、平成一四年一〇月判決では、当該業者等に対する監査請求については期間制限が適用されない一方で、当該職員に対する監査請求については期間制限が適用されることとなった。こうした不均衡は、最高裁が定立した判断基準に問題があることを示すものである。⁽¹³⁾

(1) 富山地判平成九年四月一六日判例時報一六四一七号七一頁、清水知恵子・前掲論文四三三―四三三頁参照。

奥宮京子「住民監査請求」判例地方自治三一〇号一〇六頁は、住民監査請求の対象が「真正怠る事実」あるいは「不真正怠る事実」であるのかについては、「ケース・バイ・ケースであり、事案によっては事実関係が複雑で、監査請求書の記載は事実関係が整理されていないことも多く、監査委員としては、短期間で要件の有無を判断するのに苦労する」と述べている。

(2) 鈴木庸夫・前掲『昭和六二年度主要民事判例解説』三二二頁参照。

(3) 西島羽和明「判例解説」判例地方自治四〇号三二―三三頁参照。

(4) 高橋利明「『違法な財務会計行為』のひどい勘違い」法学セミナー五二七号一五頁以下参照。

(5) 石川善則「判例解説」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇昭和六二年度』（法曹会、平成二年）八三―八四頁参照。

(6) 寺田友子「怠る事実と監査請求期間の起算点」法学セミナー五二七号二二頁参照。

(7) 阿部泰隆「判例総合研究『住民訴訟④』」判例評論四二四号四頁参照。

(8) 草野功一「住民訴訟判例解説」判例地方自治三〇五号一二二頁参照。

(9) 阿部泰隆「最新判例批評」判例評論五三六号一二頁。

(10) 曾和俊文「判例批評」民商法雑誌一二八巻三二四二頁。

(11) 垣見・前掲「最新判例批評」八―九頁参照。

「不真正怠る事実」を構成することの問題点については、村上政博「談合行為に基づく住民訴訟に係る最高裁判決」判例タイムズ一〇九九号三七―三八頁参照。また、友岡史仁「住民監査請求制度の法理」中央学院大学法学論叢一五卷一―二号二〇八頁は、「『不真正怠る事実』の範囲が拡大され、さらに厳格な適用がなされることになれば、住民による監査請求権行使の範囲が狭められるおそれが考えられる」としている。

(12) 鈴木・前掲『地方自治判例百選(第三版)』一六一頁参照。

一般に当該地方公共団体に対する不法行為を構成するものは、必ずしも財務会計上の行為の是非を判断しなくとも、客観的にその違法を判断できるため、談合行為に基づく損害賠償請求権の不行使は「真正怠る事実」に該当することとなる。

(13) 山本隆司「特殊問題―住民訴訟」南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法(第三版補正版)』(弘文堂、平成二年)一八一頁参照。

五 結 語

本稿は、これまで住民監査請求期間の趣旨、「怠る事実」と期間制限に関する判例、「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」の判断基準について考察してきた。

最高裁判例においては、「怠る事実」については、原則として期間制限規定は適用されないが(昭和五三年判決)、例外的に、財務会計上の行為が違法であることに基づいて当該地方公共団体に発生する実体法上の請求権の行使を怠る事実については、原因となる財務会計上の行為の日又は行為の終わった日を基準として期間制限が適用されることになる(昭和六二年判決)。ただし、右行為の時点では実体法上の請求権が発生しておらず又はこれを行使することができない場合には、右実体法上の請求権が発生し、これを行使することになった日を基準として期間制

限が適用されることになる（平成九年判決）。こうして、昭和六二年判決は昭和五三年判決の例外を認めたものであり、平成九年判決は昭和六二年判決にも例外があることを認めたものである。さらに、平成一四年七月二日判決、平成一四年七月一八日判決、平成一四年一〇月判決は、昭和六二年判決の射程範囲外であることを明確にした。また、平成一九年判決では、請求権の行使を怠り（第一の怠る事実）、請求権を除外期間の経過により消滅させるなどしたことの違法に基づく請求権の不行使を「怠る事実」と構成した場合には、第一の怠る事実の終わった日を基準に期間制限が適用されることになる。

これまでの最高裁判例の法理をまとめると、次のようにいうことができる。すなわち、怠る事実を対象とする監査請求については、原則として期間制限は及ばない（「真正怠る事実」というのが昭和五三年判決であり、期間制限を適用しないことが監査請求にその制限を設けた法の趣旨を没却する結果となる場合には、怠る事実を対象とする監査請求であっても、期間制限規定が及ぶ（「不真正怠る事実」というのが昭和六二年判決、平成九年判決、平成一九年判決である。監査委員が当該行為の違法性を検討・判断する必要がある場合には、その制限を設けた立法趣旨を没却する結果とならないため、期間制限は及ばないというのが平成一四年の諸判決である。^①とりわけ平成一四年の諸判決は、この種の事案における最高裁判例の法理を確立するとともに、談合の違法性を追及する住民訴訟の可能性を広げるものとして、重要な意義を有するものといえる。^②

しかしながら、最高裁判例が定立した「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」を区別する判断基準である「監査委員が怠る事実の監査を行うために、当該行為が財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならぬ関係」の意味内容は依然として不明確であるといわざるを得ない。^③この判断基準については、「きわめて技巧的で、

わかりにくい」⁽⁴⁾との指摘があり、今後の検討課題といえよう。

また、学説の中には、現行の住民監査請求の期間制限規定そのものについて疑問を示す見解も根強くあり、一年という期間制限について、その延長や廃止を求める見解が示されている。例えば、「『一年』はいかにも短過ぎて、住民からの違法又は不当な財務会計上の行為の是正の機会を制約し過ぎている自殺行為的条文ではないかとすら思える。仮に関連私法行為の法的安定性を考慮すべきというのならば、一案として法律関係そのものを覆す型の請求は三年、法律関係そのものを覆さない損害賠償請求型の請求は四ないし五年といった区分により対処するとか、右峻別が困難なら、せめて三年程度には延長すべきである」⁽⁵⁾という見解、「損害補填のために必要な措置を講ずべきことを求める住民監査請求については、期間制限のあり方を再検討する必要があると考える。不当利得返還や損害賠償を求める相手方以外の第三者の利益に影響しないことも考慮して、その他の場合よりも期間を長く設定すべきである」と考える（たとえば、三年）。……損害補填を求める住民監査請求のすべてについて請求期間の制限を緩和することも検討されてよい」⁽⁶⁾という見解、「住民参政の重要な制度として位置づけられる住民監査請求を真に実のあるものにするには、より長期の請求期間を設けることが考えられる」⁽⁷⁾という見解、「違法・不正を問題とすべき公金の支出が明確で、それについて監査を受けている以上、それ以上厳格に監査請求期間遵守を要求する必要があるのか疑問とする立場もありうるであろう。……少なくとも、住民訴訟の改正後の新四号請求のもとにおいては、職員が直接被告となる負担が軽減されていることになるため、監査請求期間の限定はむしろ緩和していく方向が望ましいのではないか」⁽⁸⁾という見解、「二年の期間制限は、当該財務会計行為と直接には何らの利害関係を有しない住民が、住民全体の利益のために監査請求を行おうとするには短い期間であって、監査請求および住民訴訟の大きな制約となっている。……長、

職員、相手方などの賠償責任の存続期間を考えるならば延長するよう法改正を行うことが必要である⁽⁹⁾」とする見解などがある。

さらには、廃止論として、住民による財務監視制度という視点から、「監査請求提起期間の制限は、あくまでも住民訴訟の訴訟要件とするにとどめ、住民監査請求自体については期間制限を特に法定しないとする制度も存在しうる⁽¹⁰⁾」という見解や、住民監査請求の「期間制限規定は早急に廃止すべきである⁽¹¹⁾」という見解さえみられる。

今後、さらなる住民監査請求・住民訴訟の活性化のために、住民監査請求の期間制限を緩和することが十分に検討・議論される必要があると考える⁽¹²⁾。

(1) 岡田春男「判例批評」民商法雑誌一三〇巻二号一九五頁参照。

(2) 曾和俊文「時の判例」法学教室二七〇号一二五頁、同「判例紹介」民商法雑誌一二八巻三号六四頁、向田・大槻・前掲「判例研究」一二三―一二三頁、阿部泰隆「最新判例批評」判例評論五三六号一一頁参照。

平成一四年の諸判決によって、「住民たちは、時間的な制約で埋もれさせた談合事件を掘り返すこともできるし、使いやすくなった監査請求を武器にして、自治体の財務の健全化を目指す活動をより活発化させることができる」ようになった(高橋利明「談合住民監査請求『一年の壁』を破るまで」法律時報七四巻一二号九〇―九一頁)。

(3) 吉野・前掲書四七三頁参照。

(4) 阿部泰隆「最新判例批評」判例評論五三六号一四頁。

(5) 藤原淳一郎「最新判例批評」判例評論四六四号一一頁。

阿部・前掲「最新判例批評」一三頁は、「もともと、期間制限の理由は、法的安定性であるが、談合の違法を理由とする業者への損害賠償請求は、契約自体を覆すものではないから、法的安定性により確定させる理由はない」とし、また、村上政

博・前掲「談合行為に基づく住民訴訟に係る最高裁判決」四〇頁は、「法的安定性の確保という趣旨が、利害関係者の限定されるところの談合行為による損害賠償請求権についてあてはまるのかについては疑問がある」としている。

(6) 碓井・前掲書五一―五二頁。

(7) 高橋雅夫・前掲論文一九七―一九八頁。

(8) 小幡純子「時の判例」法学教室二七三号一一二頁。

(9) 井上・前掲書五五頁。

秋田仁志「住民監査請求・住民訴訟の手續」秋田仁志・井上元編『住民訴訟の上手な対処法（改訂増補版）』（民事法研究会、平成一五年）三二頁では、「一年という期間制限は監査請求の大きな制約となっており、少なくとも長、職員、相手方などの賠償責任の存続期間を考えるならば、三年あるいは五年に法改正を行うことが必要である」としている。

(10) 加藤幸嗣「監査請求前置主義」園部逸夫監修・編『実務・自治体財務の焦点④住民訴訟』（ぎょうせい、平成元年）八三―八四頁。

(11) 清水・出口・前掲論文二六頁。

この他にも、住民監査請求の期間制限についての延長・緩和等を主張するものとして、小林博志「最新判例批評」判例評論四九七号二〇頁、堤龍弥「判例解説」法令解説資料総覧二五八号一一四頁、寺田友子「判例批評」民商法雑誌一三七卷二号六六頁、村上博「住民訴訟判例解説」判例地方自治二七六号一一三頁が挙げられる。

(12) 高橋雅夫・前掲論文一九八頁、碓井・前掲書五二頁参照。

大陸法に於けるカウサ論とコモン・ローに於ける約因論

菊池肇哉

第一部…カウサ論の哲学的基礎と中世ローマ法における「カウサ」論

序論的考察

カウサ論の不可解性

大陸法契約法におけるカウサ・causa論、つまり、契約の有効性になんらかの正当原因 iusta causa を求める理論は抽象的で不可解とされている。⁽¹⁾「正当原因」の「正当」にあたる形容詞「iustus」を「法律上の」と解釈して、(1)訴訟提起可能な契約成立のための「法律上の要件事実」として解すれば良いのか、それとも、(2)「正当 iustus」を「iustitia 正義」の概念から派生した形容詞として道徳上、法律関係外のその契約を支える「大まかな正当性」を支える「法律外的生活事実」もしくは「道徳上の要件」として理解するか。果たして、(3)とにかく全ての約束に関する

る訴訟において「何らかの原因を明示すべきである」という「訴訟法上の要件」が「契約の一般理論」に入り込んでいるものか、の理解が論者によつて、もしくは同じ論者でも場所によつて、必ずしも分明ではないのである。⁽²⁾ ビロッキは「カウサは漠然として不可解な概念である *la causa fosse un concetto vago et misterioso*」と述べている。⁽³⁾

約因論

同様の難しさを持つ概念として十六世紀に成立した英米法つまりコモン・ローにおける「約因 *consideration*」の概念がある。約因の場合も、カウサと同じく本質的に契約の訴訟提起可能性の有無を決定するメルクマールであることに変わりはない。その特性は契約が締結される原因となった「対価的牽連性 *reciprocity*」に注目するところである。しかしながら、この約因の性格も「胡椒の粒」だけでも有効な約因として成立する名目的約因論⁽⁴⁾、まで進むと、大陸法のカウサ論とほとんど区別がつかなくなってしまう。カウサ理論が、批判されたように英米法における約因論も近代になって批判を受けている。⁽⁵⁾

有名な一九一九年の *Conradie v. Rossouw* 及び *Lord De Villiers* 裁判官のそのような同一視は「混同の悪夢」であるという見解に見られるように、コモン・ロー体系とローマン・ダッチ・ローとの中間に位置する南アフリカ法に於いて両概念の混同と同一化は混乱と実務的問題を引き起こしてきた。⁽⁶⁾

恐らく関連性は両理論間に存在した。しかしながら、正確にどのようなようにして両理論が関連したのかに関しては未だ

学説間の一致を見ない難題である。

第一部では、ローマ法の「裸の合意は訴権を生じない。」の原則から延長された中世ローマ法に於けるアゾの「カウサⅡ着衣論」の理論の概観を俯瞰する。第二部で、十二世紀グランヴィルと十三世紀ブラクトンに於ける中世ローマ法の影響としての「カウサ理論」の存在を吟味した後、十五世紀から十六世紀の約因の理論の成立の過程とカウサ理論の影響を吟味する。

第一部の二…カウサ理論

カウサⅡ着衣論

中世ローマ法学におけるカウサ理論は、中世スコラ哲学のカウサ理論とローマ法内の「裸の合意（無方式合意）」の理念との結合により生まれた。

中世のカウサ論については一九六〇年のゼルナーによるものがあるが、ゼルナーの研究は不当利得論の「*condictio sine causa*」の系統と「契約におけるカウサ理論」を両者扱っている。^①初期の十二世紀の段階では不当利得「*condictio causa data causa non secuta*」における議論のほうが、契約におけるカウサ論より盛んであった。彼が契約におけるカウサ理論について出している例で最古のものはアゾのテキストである。

アゾ (d.1230) によれば、

「*Vestitur autem pactum sex modis: re, verbis, consensu, literis, contractus coharentia, rei interventu*」⁽⁸⁾ しかるに (※無方式) 合意は六つの方法で着衣される。つまり、物により、言葉により、合意により、文字により、契約への付着により、物の介入により。」

「*interventus rei*」とは、シュナラグマに於ける牽連性のことであり、通常「物」と訳される「*res*」という概念は非常に多義的であるが、ここではおおまかに「何らかの価値の介入」を指すのであろう。「契約の付着 *contractus coharentia*」とは「先行契約」への付着のことである。原テキストと五番目と六番目の着衣の順番が入れ替わっている。

この法文はバックランドによれば「全てのカウサ理論が根拠を持つとされる有名な一説であるが、現実はまだそのようなことはない」⁽⁹⁾とされる。確かにD.2.14.7の法文を読んで頂くと、二度カウサという言葉が使用されているが、その意味はカウサ哲学抜きで理解可能である。ウルピアヌスがアリストテレス哲学を知悉していたことは他の法文によりほぼ確実と言って良い⁽¹⁰⁾。しかしながら、当該テキストに関してはアリストテレス哲学なしに理解できる。

アゾ以降、標準注釈やバルトルス⁽¹¹⁾により似た見解が同所で繰り返されており、注釈学派にこの理論は受け継がれたと考える⁽¹²⁾。サヴィニーによればこの理論は、「ローマ契約法における最も特徴的理論」⁽¹³⁾とされる。

約因との比較において大事な点は「裸の合意」という概念と「カウサ概念」との結合であり、ここでのカウサは、「契約を訴訟可能性のメルクマール」であり、「契約が自然債務のレベルで有効に成立するメルクマール」ではない。諾成主義が敷衍した現在では両者は混同されがちである。

第二部…コモン・ローと「着衣」カウサ論

貸金訴訟の物権的構成

今日の我々から見て契約法に当たる訴訟形式の中で、「貸金令状 writ of debt」、「合意令状 writ of covenant」、「引受訴訟令状 writ of assumpsit」の三つが特に重要である。「貸金令状 writ of debt」は請求権のある一定量の種類物を回復するために用いられたが、この「種類物 fungibles」の概念は明らかにローマ法の消費貸借契約の定義の影響に負っている⁽¹⁴⁾。「writ of debt 貸金請求令状」の訴訟形式は、「*praecipe D quod reddat P En quas ei debet et injuste detinet* 被告に彼が債務を負い、不法に占有するところの金銭（若しくは種類物）を引き渡すように命令せよ」との要式を持ちその物権性は明らかである。「writ of debt 貸金請求令状」はその名称に関わらず、相手方が現在では不法に占有しており預けてあるものを返せという寄託的構成なのである。

合意令状の一般合意的性格と十四世紀における押印証書化

次に、「合意令状 writ of covenant」の性格を見よう。それは「*praecipe D quod teneat P conventionem inter eos factam* 被告は原告に対し彼らの間で為された合意を守るように命令せよ⁽¹⁵⁾」という要式を持つ。これは要式書だけか

ら見れば、当事者間の間でなされた合意の履行を命令するものに見える。事実、当初の十二世紀までは合意全般に適用され、貸金債務訴訟が合意訴訟の中に内包されることもあった。⁽¹⁶⁾しかし十三から十四世紀を通じて「合意 covenant」はより技術的意味を有してくることとなる。つまり、「covenant」は「押印証書 deed」であると言うものである。十四世紀以降、合意保護のための「押印証書」の存在は固定した原則となった。

十二世紀のグランヴィルと十三世紀のブラクトンにおけるカウサ論の影響

グランヴィルに於ける「causa debendi」と「債務令状」

グランヴィルに於けるローマ法学の影響はそれほど明確ではない。十二世紀前半から中葉に於いては、中世ローマ法学の注釈学派の学問も、コモン・ローも未だ基礎形成期であった。ラヌルフ・ドウ・グランヴィル Ranulf de Glanvill (c.1112-1190) はヘンリ二世の治世に於ける Chief Justiciar であり、その法改革の中心的立役者であった。『Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae イングランド王国における法及び慣習論』は一一八八年前後に書かれ、コモン・ローを叙述した最初の理論書である。令状制度 writ system の確立にグランヴィルのローマ法から概念を借りた「訴権 actio 論」が大きな影響を及ぼした。

カウサ理論の出発点はアゾにあるが、グランヴィルはそれよりも古く、ウアカリウス Rogerius Vacarius (c.1120-c.1200) とその学派の⁽¹⁷⁾コモン・ローに対する影響を⁽¹⁸⁾考えることとなる。

『法学提要』のシステムに通曉していたグランヴィルは既に荒削りながらも実質的なローマ契約法の知識を見せて

おり、そのなかで「様々な債務の諸原因について *De pluribus causis debendi*」と言われる章の中でカウサ概念に言及している。

「Vtroque vero existente in curia, is qui petit pluribus ex causis debitum potest. Aut enim debetur quid ex *causa mutui, aut ex uenditionis causa, aut ex commodato, aut ex locatio, aut ex depositio, aut alia iusta debendi causa.*」⁽¹⁹⁾ 両当事者が法廷内にいる場合に、被告は様々な債務原因にもとづき訴訟を持ち込むことが可能である。なぜなれば、ある者は消費貸借を原因として、ある者は売買を原因として、ある者は使用貸借を原因として、あるものは寄託を原因として、もしくは他の正当な債務原因から債務付けられるからである。」

グランヴィルはここでカウサ概念を債務を成り立たせる背景の意味で使用しており、ここで見られるのは「カウサⅡ着衣論」での厳密な法的要件としてのカウサでは無い。また、「正当原因」の概念は明示されており、ローマ法の影響であろう。グランヴィルに於いては「covenant」は言及されていないが、この一節は「貸金・債務令状 writ of debt」に關すると伝統的に解されており、中世の実務に影響を与えた。

グランヴィルにおいては、「消費貸借」は「debt」の数ある原因の一つでしか無かったが、後のコモン・ローにおいては「消費貸借契約」の中核的概念である「種類物」の概念が「debt」の定義として入ってきている。

「*Ex causa mutui debetur aliquid cum quis credit alii aliquid tale quod constituit in numero vel pondere vel mensura.*⁽²⁰⁾ 消費貸借をカウサとして人は何らかの物を債務として負わされることとなる、なぜなら彼は他人に数量もしくは重量もしくは計量の中に成り立つところの物を信与したからである。」

この一節はイギリス法において fungibles の概念を最初に叙述した一節となる。⁽²¹⁾

グランヴィルの書はデ・ズルエタ Francis De Zulueta (1878-1958) が戦前に発見し当初はウアカリウス本人の物と目された『法学提要講義 *Lectura super Institutiones*』との強い類似性が指摘されている。⁽²²⁾ シュタインによれば「我々のテキストはイギリス起源であり十二世紀最後の四半世紀に遡る」とされ、ホールにより一一八七年から一一八九年の間に書かれたであろうと比定されるグランヴィルと同時期である。

グランヴィルのに於けるカウサ論はウルピアヌスの「裸の合意から訴権は生まれない」に連結する「カウサⅡ着衣論」では無い、しかしながら、「債務・訴権の原因」として何らかのカウサが必要であるという見解は既に見られ、「債務令状 writ of debt」と関連付けられていた。

ブラクトンとアゾの「カウサⅡ着衣論」

ブラクトンに於けるローマ法の影響はより顕著であり一九世紀後半のギュターボック Karl Güterbock (1861)⁽²³⁾ やメイ

トランド F.W.Maitland, *Selected Passages from the works of Bracton and Azo, Selden Society Volume VIII* (London, 1895) 以来、アゾとの関係は完全に受け入れられている。ここで問題になる「カウサ」着衣論」に関する限りアゾの影響は中心的なものである。

グランヴィル同様、ブラクトンはユ帝『法学提要』のプログラムに基づいて叙述した。その第三卷冒頭においてブラクトンは「*Dictum est supra de personis et rebus. Nunc autem dicendum est de actionibus*. 上では人と物について述べたが、しかるに今は訴権に関して述べなければならない」と述べているが『法学提要』の「人の法」「物の法」「訴権の法」の分類⁽²⁵⁾に基づいてブラクトンが叙述していることは明白である。第二卷冒頭で『訴権 actio』の本質について論じた後、ブラクトンは「如何にして訴権が形成されるか」について論じる。

「Videndum est etiam unde actio oritur. Et sciendum quod ex **obligationibus praecedentibus** tanquam a matre filia. Obligatio autem, quae est mater actionis, originem ducit et initium ex aliqua **causa praecedente**, sive ex contractu vel quasi sive ex malicio vel quasi. Ex contractu vero oriri poterit multis modis, sicut ex conventionione, per interrogationes et responsiones, ex verborum conceptione quae voluntates duorum in unum trahit consensum, sicut **pacta conventa**, quae nuda sunt aliquando, aliquando vestita. Quae si nuda fuerint exinde non sequitur actio, quia ex nudo pacto non nascitur actio. Oportet igitur quod haveat vestimenta de quibus inferius dicendum.

同じく、どこから訴権が生成するのか見なければならぬ。そして知らなければならないのは、訴権は先行する債務からまるで娘が母親から生まれるように生まれるということである。しかるに、訴権の母であるところの債務は何らかの先行するカウサ・原因から生まれ始められる、つまり、それは契約からであるか準契約からであるか、不法行為からであるか準不法行為からである。契約からである場合はまさに多くの方法で（債務）は発生しうる。つまり先行する問いかけと応答による言葉による合意から、二人の人間の意思が合意として一つのものに引き寄せられる言葉の合致によつて、またあるときは裸でありある時は着衣されている合意された合意のように。なぜなら合意が裸であるならばそこからは訴権は続かないからである、なぜなら、裸の合意からは訴権は発生しないのであるから。それゆえ、（訴権を生み出すためには）合意は外套・着衣を持たなければならないことについて以下で述べなければならない。」

ブラクトンの混乱

上で訳出したブラクトンのテキストは非常に混乱している。訴権が先行する債務から「娘が母から生まれるように生まれる」というのは明らかにアゾの影響である。Azo, *Summa Institorum* to I.3.13に同趣旨の表現が見られる。ここで考えられている「先行する債務」とは恐らくは自然債務のことであろう。それに続き、債務は「契約からが準契約からか不法行為からか準不法行為から生まれる」という法学提要に見られる説明が続く。ブラクトンによるとその四種は訴権の母とよべる「先行する債務」のそのまた「先行する原因、カウサ」である。

この時点でブラクトンのローマ法理解が大分混乱していることが分かる。本来のカウサ論は、契約法の中で着衣として出てくるはずである。「per interrogationes et responsiones 問いかけと返答を通じて」は本来は、「言語による契約 *contractus verbis*」である問答契約に關しての文章であるはずであるが、これが「合意から *ex conventione*」と等置されている。「言葉の合致」と訳した *verborum conceptio*」という言葉も本来は問答契約に關する用語であるが、しかし、「*quae voluntates duorum in unum trahit consensum*」二人の人間の意思が合意として一つのものに引き寄せられる」と關係詞で同値化している内容は本来は「同意の定義」である。ブラクトンは「問答契約」と「合意 *conventio*」を混同しているようである。ローマ帝国後期以降 *stipulatio* は無方式合意と同意語になったが彼は本来の意味での問答契約との區別が付いていない。

次に続く、*pacta conventa* はソーンの訳すとおり「合意された合意」とでもこの文脈では訳すしか無いが、本来は中世ローマ法の文脈では第六の着衣である、先行契約への無方式合意の付着、「*cohaerentia contractus*」を表す専門用語である。*conventa* は「合意された」を意味するのではなく、先行債務と同行する (*con+venire* 共に行く) 無方式合意という意味である。ブラクトンは「訴権の母として先行する意味での先行債務 (つまり、訴権が与えられる前の自然債務)」と「有効な先行契約へ無方式合意が付着する場合の先行契約」とを混同しており混乱した意味不明のテキストのキメラに仕上げているようである。

ブラクトンのテキストにおけるアゾの「カウサII着衣論」の影響は明らかであるが、カウサという言葉は D.2.14.7

で使われている本来の意味「訴権の原因」としては使用されていない。

ブラクトンのローマ法理解は『ユ帝法学提要』とアゾの『法学提要のスンマ』に大部分依拠しており、より大部の『勅法集のスンマ』を介した『学説彙纂』のテキストの精密な理解はほとんど無かったであろう。なぜなら、『法学提要』内の法文理解は全く問題なく見え自由に他の『法学提要』内の箇所からの引用が見られるのに対して、『学説彙纂』内の法文の理解になると途端に意味不明になるように見えるからである。しかるに、「着衣Ⅱカウサ理論」の本体は既に見たようにD.2.14.7に基づき、基本的な理解の中核部分で問題が生じていると言える。問題はおもに後者二つの着衣「シユナラグマ」と「他契約への付着」の場所で生じている。

[Et sciendum est obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur ad aliquid datum et faciendum, ut si quis ligatus fuerit astricus alicui ad aliquid, et ille alius ei ad aliquid contraligatus. Est enim obligatio quasi contraligatio, et quatuor habet species quibus contrahitur et plura vestimenta. Contrahitur enim **re, verbis, scripto, consensu, traditione, iunctra**, quae omnia dicuntur vestimenta pactorum.⁽²⁷⁾

そして、債務とはそれにより我々が必要的に何からのことを与えたり為したりするように我々を義務付ける法の鎖であることが知らなければならない。ゆえに、もしある人がある人に対し厳しく何らかの物事に拘束されるとすれば、相手方も彼に対し何らかの物事に反対に拘束されるからである。なぜなら、債務とは「あたかも反対拘束である **quasi contraligatio**」からである。そしてそれにより契約が為される四つの種類があり、多くの着衣がある。なぜ

なら、契約は物、言語、文書、合意、引渡し、付着により為され、これら全てが合意の外套・着衣であると言われる。」

ここで訳した節の最後では、「カウサ」着衣理論」はより明確である。ブラクトンは「債務とはあたかも反対拘束であるからである」と続ける。彼が契約の定義とシユナラグマを混乱して述べたこの部分がコモン・ローの権威的テキストとして、契約における約因論Ⅱカウサ論の対価的牽連性に繋がった可能性がある。

以上がグランヴィルとブラクトンに於ける「カウサ理論」の影響の考察である。十六世紀中、グランヴィルは一五五五年にブラクトンは一五六九年に活版印刷化され、両書に含まれるカウサ理論（内容の異なるものであるが）も影響を取り戻すことになる。それゆえ、第一のカウサ理論の第一波の再生と第二波とは重複することとなる。

第二部の二：「カウサ理論」の第二の影響の波

十五世紀の「対価 *quid pro quo*」の概念と「カウサ理論」

グランヴィルやブラクトンにおけるカウサ理論の影響は特にアゾによるものであり、その意味でローマ法の影響と見ることが出来る。第二の大陸法「カウサ理論」の「約因論」成立への影響という場合、全般的に大陸のルネサンス文化のイギリス文化の影響の一部としてであり、市民法ではなく、一般にカノン法ルートであったと語られる。両者のカウサ理論は「訴訟可能性の要件 *causa actionis*」として理解する限りは全く同一のものであった。

この第二の影響の波は国王の「良心の裁判所 *forum conscientiae*」たる「大法官府裁判所」の裁判官が僧職者であったことからカノン法学がエキイティに影響を与えたと言われているのと、同一のルートを辿る。すなわち、シンプソンによれば、十六世紀から十八世紀のブラックストーンの時代に至るまで「衡平法」の基本的なテキストブックとして利用された Christopher St.Germain (1460-1540)⁽²⁸⁾『博士と生徒』⁽²⁹⁾に約因論の言及が為され、そのカウサ論に対するソースとして挙げられている Summa Rosella と Summa Angelica のカノン法の二作品がそのソースだとするのである。⁽³⁰⁾約因の起源についてはこのシンプソンの「カウサ理論」起源説と、イベットソンのイギリス固有の「対価性」に起源を求める説がある。またベーカーは、約因の起源について、ブラクトンからの影響とカノン法からの影響を論ずるが、それらは表面的なものとする。⁽³²⁾

約因はイギリス固有のものであるのか、それとも大陸法のカウサ理論の移植であるのか本稿の焦点である。しかし、筆者の理解では約因論のイギリス起源説とローマ法起源説は必ずしも矛盾する見解でない。

まず、「対価 *quid pro quo*」や「約因」の概念の苗床となる「引受訴訟」の沿革を概観する必要がある。

「場合権利侵害訴訟」

引受訴訟の前身である場合訴訟は本来は最も直接的な権利侵害であるトレスパスに対する救済を必要な場合に認めたもので「場合権利侵害訴訟」と称された。十三世紀末から十四世紀のコモン・ローは契約関係の救済のためにつぎ

のような擬制が用いられた。ワインの海上運輸契約を結んだが冠水してワインの樽が駄目になってしまった場合には、被告が「vi et armis 力と武力」を持ってして「ワインの樽を海水に変え」国王の平和を害したのである。一三五〇年までには「vi et armis」という極端な擬制の形式は消滅した。⁽³³⁾

引受訴訟の登場

それに代わり一三六〇年代から「彼は自らに引き受けた *assumpsit super se*」という文言が入るようになり、すぐにこの文言は「彼は忠実に約束した *fideliter promisit*」という文言と分かちがたく結びつくこととなる。十四世紀半ばになって権利保護のフロンティアがようやく契約法の領域へと移行してきた中に、「引受訴訟 *action of assumpsit*」が現れ始めた。当初の「直接的権利侵害保護」という不法行為への救済という論理は変わらず、「被告はこれこれのことを誠実に約束し、そのように自ら引き受けたにも関わらずその履行において被告に対し（非行・損害行為 *mifeseance*）を働いたので、その権利損害を賠償せよ」との論理形態を取った。

ここで問題となる「*mifeseance*」という言葉は「契約履行の失敗」と「他者に対する侵害行為、非行」の両者を含意する。それと同時に既に履行は完了している事を意味し、「*nonfeaseance* 不履行」に対する対概念であった。

引受訴訟の「不行為」保護への移行

十四世紀末から十五世紀にかけて、二グループの思考を足がかりにして徐々に「契約不履行の引受訴訟 *assumpsit*

for nonfeasance」が認められるようになる。一つは「地位、身分 status」であり、もうひとつは「deceit 詐欺」の概念である。

前者に関しては、医者は治療を引き受けたからには病気を治すのが当たり前の仕事であり、ミスにより直せないもしくは治さないという不作為 nonfeasance は相手方に損害を与えるものであると観念され得たし、召使は主人に仕えるのが当たり前であり奉仕を拒否するという不作為 nonfeasance は主人の側に損害を与えるものと観念され得た。高次の職業義務や身分義務が伴う場合には不行為 nonfeasance だけで権利侵害を想定しうる非難感情の基板があつた。

もう一つは、約束者が約束不履行 nonfeasance 場合にかれの行為に詐欺・欺罔行為 deceit が含まれていたとして彼の非行・損害行為 misfeasance により権利侵害が発生したという論理構成をしたのである。この「欺罔行為による損害発生」の概念は「履行不調 misfeasance による損害発生」と「不履行 nonfeasance 時に対する救済」との間を埋める理想的な架け橋でありスレッド事件まで存続する。これらの論理は時には組み合わせて使われた。

一四三三年 Somerton's Case 一四四二年 Doige's Case などを経て、「引受訴訟」の中で「詐欺の概念」を媒介として、契約不履行の問題に救済が与えられることが一般化するにつれて、「対価 quid pro quo」や「約因 consideration」の概念が引受訴訟の方式書の中に混入してきた。十四世紀から十五世紀にかけて既に債務訴訟において対価的牽連性は保護される「取引行為 bargain」の本質的要素として理解されていた。³⁴

一四二二年年書は次のように述べる。

‘Parole ou promise de paier xli. sans *quid pro quo* ne fait contract car nisi nudum pactum unde non oritur actio.’⁽³⁵⁾
「四十一ポンドを支払うという言葉もしくは約束は「対価 **quid pro quo**」なしでは契約を形成しない、なぜなら、単なる裸の合意から訴権は生じないのであるから。」

この一節はシンプソンより引用されているが彼はあまりこの一節を評価していない。しかし。先にアゾの「カウサⅡ着衣論」を見てきた目からすれば、「裸の合意から訴権は生じない」という法諺は、「カウサⅡ着衣 *vestimentum*」理論と表裏一体の関係にあり重要なものである。

十五世紀のコモン・ローの法律家は「引受訴訟」における「対価 *quid pro quo*」の理論を考える際に、「カウサⅡ着衣 *vestimentum*」の理論的枠組だけを借りて、実質的な着衣 *vestimentum* のルールとしては十四世紀中に貸金訴訟などで固定した「対価的牽連性 *reciprocity*」もしくは「*quid pro quo* 対価」を充当したのでないか。この理解は「ユス・コムーネ」の補完的性格と適合する。

一世紀以上後の Marler v. Wilmer (1539)⁽³⁶⁾ では被告側は次のように論じた。

‘In narratione illa non apparet quam ob causam predictis Thomas assumptionem predictam fecisset videlicet nec pro denariis sibi premanibus solutis nec pro receptione parcelle bonorum predictorum Et sic ex nudo pacto non oritur accio’⁽³⁷⁾

「(原告の) 口頭弁論の中でいかなるカウサから先述のトマスが先に述べた引受行為をしたのか明らかになっていない、つまり、前もって彼に支払われていた金銭に換えてということも言われていないし、先述の商品の一部の受領に換えてという事も言われていない。つまり、それゆえに、裸の合意からは訴権は生まれないのである。」

ここでも、対価的牽連性が無方式合意の訴訟可能性への要件、つまり、訴訟のカウサとして論じられており、それが、「裸の合意からは訴権は生まれない」という法諺と結合されている。

イベットソンは

‘The use of the word *causa* in Marler v. Wilmer at first sight supports this theory, but closer inspection shows the connection to be illusory.’と述べ約因のカウサ起源説を否定する。

しかし、それは我々大陸法学者とコモン・ロー学者との基本的な思考経路の文化的差異に基づくのではないだろうか。大陸法学者は概念的関係があつた場合に関連性を持つとするが、コモン・ローヤーは実質的な理由付けにおいて

同一性があった場合に影響があるとする。

またイベットソンはここでのカウサを「約束を成すための十分な動機」つまり「約束のカウサ *causa promissionis*」として見ている点、多くの英米法の学者と共通の誤りを犯していると思われる。

ベーカーは一五三九年の「大工の不作為」に関する判例に関して次のように述べ、「訴権の原因 *causa actionis*」と「約束の原因 *causa promissionis*」の区別を示唆している。

‘If we compare three early sixteenth-century statements about the liability of carpenters for non feaseance, we find the requirement of advanced payment consistently treated as *causa* in the sense of *causa actionis* rather than *causa promissionis*.’

別の事例はシンプソンによつて扱われている一四三二年のケースにもみられ、そこでは「着衣された合意 *pactum vestimentum*」⁽³⁸⁾という言葉が明確に使用されている。また同一五三九年は「約因 *consideration*」の概念によつて重要な年であった。

ベーカーによれば同年に、引き受け訴訟に「約因の概念」が登場した。

‘The first appearance of the *in consideration* clause in the *assumpsit* declaration may be dated with reasonable precision to 1539.’⁽³⁹⁾

一五六〇年代以降の約因の議論は新しく成立した「契約的引受訴訟」において旧来の実体的ルールである「対価的牽連性」の再宣言に過ぎなかった。同様の論理構造を、*Lucy v. Walwyn* (1561) にも観察することが出来る。⁽⁴⁰⁾

十五世紀の「引受訴訟」に於けるカウサ理論の証拠は断片的性格のものであるが、中世後期のコモン・ロー法律家のカウサ理論に対する一定の理解を示すものであった。

カウサ理論起源説をとるシンプソン自身が指摘するように、*St. Germain* の『*Doctor and Student* (1528-31)』は「約因論」の対価的牽連性のソースとしては遅すぎる。それは十六世紀のコモン・ロー法律家のカウサ理論にたいする関心を示す「副次的証拠」としての価値しか持たない。

結 論

約因の理論には二つの複合的起源がある、つまり、上位の枠組みとして学識法たるローマ・カノン法から与えられた「カウサ」着衣論」とその内容を埋めるコモン・ロー固有ルールとしての「対価的牽連性」の要求である。十五世紀のコモン・ロー法律家が約因論の成立に見せたローマ法学識の補完的適用の構造は「ヨーロッパ共通法」と「慣習法

地域」の「固有法 *ius proprium*」としてのコモン・ローという枠組みで理解可能である。ローマ法からの概念や理念の借用があるという事実はコモン・ローの法律家の独自性を損するものではない。中世のコモン・ロー法律家たちは、彼らの慣習法の独自性とシステムの一貫性を保つために可能な限りの努力をしつつ、難しい案件の場合にローマ法を援用した。イングランドのコモン・ローは独自性を保ちながら同時にヨーロッパの法域の一部として機能していたと言える。

了

- (1) Italo Bircocchi, *Causa e categoria generale del contratto: Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna I. Il Cinquecento*, (Torino, 1997). で引用されている諸文献を参照。

また George Chevrier, *L'Essai sur l'histoire de la cause dans les obligation*, (Paris, 1929).

日本では岸上晴志、石堂典秀共訳、シヨルジュ・シュヴリエ「債務におけるコースの歴史に関する試論」(1)『中京法学』25 (1990), pp.43-56; (2)『中京法学』26 (1991), pp.38-52; (3)『中京法学』26 (1991), pp.151-60; (4)『中京法学』26 (1991), pp.188-210; (5)『中京法学』27 (1992), pp.165-186; (6)『中京法学』27 (1992), pp.64-85; (7)『中京法学』27 (1992), pp.134-46; (8:完)『中京法学』28 (1993), pp.153-73 によって抄訳の形で紹介されている。

- (2) カウサ理論に少なくとも二つの意味が必要だという見解については、

W.Buckland, MacNair, Lawson, *Roman Law and Common Law*, (Cambridge, 1952), p.229; 'in spite of a valiant effort by Henri Capitant to reconstitute a single coherent theory of cause, I think it must now be accepted that cause has not one single meaning, but at least three. [...]' For the sake of clarity, one must distinguish from them not only the *iusta causa* which plays

such an important role in the law of property, but also *causa* in connection with general law of obligations.’
cf. Henri Capitant, *De la Cause des Obligations*, (Paris, 3rd ed. 1928).

- ([∞]) Italo Birocchi, op. cit, p.17.
- ([⌞]) cf. G.H.Trietel, *An Outline of The Law of Contract*, (London, 5thed, 1995), Chapter 3 Consideration n. 4 ‘Irrelevance of Aquaquacy of Cosideration; Nominal Consideration’, pp.31-32.
- ([∞]) Lord Wright, “Ought the Doctrine of Consideration to be Abolished from the Common Law?”, *Harvard Law Review*, 49 (1936), pp.1225-53; Malcolm S.Mason, “The Utility of Consideration-A Comparative View”, *Columbia Law Review*, 41 (1941), pp.825-48; C.J.HAMSON, “The Reform of Consideration”, *Law Quarterly Review*, 54 (1938), pp.223-257.
- ([∞]) Reinhard Zimmermann, Daniel Visser (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, (OUP: Oxford, 1996); Dale Hutchison, “Chapter 5 Contract Formation”, pp.165-194, esp. ‘II. *Iusta Causa* and The Doctrine of Consideration’, pp.166 ff.
- De Villers AJA, in Conradie v.Rossouw 1919 AD 279; John Gilbert Kotzé, *Causa in the Roman and Roman-Dutch Law of Contract*, (Cape Town, 1922), at p.8.
- ([∞]) Alfred Söllner, “Die causa im Konditionen-und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentaren und Kanonisten”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte kanontistische Abteilung*, 77 (1960), p.183-269. Cf. Joseph Georg Wolf, *Causa stipulationis* (1970).
- ([∞]) Azo, *Summa Codicis*, Lib. II, Rubrica “De pactis”, no.15.
- ([∞]) W.Buckland, MacNair, Lawson, *Roman Law and Common Law*, (Cambridge, 1952), p.229.
- ([∞]) Max Hamburger, *Morals and Law; The growth of Aristotle’s Legal theory*, (New Edition, Biblo and Tanner, New York, 1965), p.110.
- ([∞]) Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria to D.2.14.7.5*, nos 15-16; ‘Die ergo quod pactum vestitur gondoque a iure gentium,

qundoque a iure civili. a iure gentium tribus modis: promo vestitur nomine...et hoc comprehendit contractus quae celebrantur re, vel consensu. Ideo nota dicitur vestiti, quia iure gentium sibi nomen est additum. Secundum vestimentum est rei interventus, seu implementum iustae causae.... Tertium vestimentum est cohaentia contractus.’

- (12) James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, (Oxford, 1991), Chap.2. Roman Law and the Medieval Jurists, ‘The Doctrine of *Causa*’, pp.49-57.

- (13) F.C.von Savigny, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, Erster Band, (Berlin, 1851), p.230.

Ernest G.Lorenzen, “*Causa* and Consideration in the Law of contracts”, *Yale Law Journal*, 28 (1919), p.624. A.T.von Mehren, “Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis”, *Harvard Law Review*, 72 (1959), pp.1009-1028.

- (14) J.H.Baker, *An Introduction to English Legal History* 3rd. ed. (London, 1990), p.365.

- (15) 日本法の歴史 J.H.Baker, op. cit., pp.360-73. 参考用文。

(16) William M.McGovern, “Contract in Medieval England: The Necessity for *Quid pro quo* and a Sum Certain”, *The American Journal of Legal History*, 13 (1969), pp.173-201, esp. p.173-74; “The enforcement of Informal Contracts in the Later Middle Ages”, *California Law Review*, 59 (1971), pp.1145-1193; “The enforcement of Oral Contracts prior to Assumpsit”, *Northwestern University Law Review*, 65 (1970), pp.576-614; “Contract in Medieval England”, *Iowa Law Review*, 54 (1968), pp.19-62; M.S.Arnold, “Forteen Century Promises”, *Cambridge Law Journal*, 36 (1976), pp.321-34.

- (17) Peter Stein, “The Vacarian School”, *Journal of Legal History*, 13 (1992), pp.23-31.

(18) Thomas Edward Scrutton, “Roman Law in Glanvil”, in *The Influence of the Roman Law on the Law of England*, (Cambridge, 1885), pp.74-77.

- (19) *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Anglie qui Glanvilla vocatur*, X, 3; Glanvill edited. G.D.G.Hall (London, 1965), p.117-8. ホールによつて同所の前書を解説 Hall, Ibid, p.xxxvii-viii. 参考用文。

- (20) Glanvill by Hall, p.117.
- (21) For usury see Glanvill VII, 16, by Hall, p.89, 117, 124.
cf. R.H.Helmholz, "Usury and the medieval English Church courts", *Speculum*, 61 (1986), pp.364-80.
- (22) Francis De Zulueta and Peter Stein, *The Teaching of Roman Law in England around 1200*, *Selden Society Supplementary Series Vol.8*, (London, 1990).
ヘンタインの出版以前に1961年にカンペンによる同時のローマ・カノン法との比較研究が存在する。Hort Kaufmann, 'Causa debendi' und 'causa petendi' bei Glanvill sowie im Römischen und kanonischen Recht seiner Zeit, *Traditio*, 17 (1961), p.107.
- (23) Karl Güterbock, *Bracton and his relation to the Roman law: A contribution to the history of the Roman law in the middle age*, (Philadelphia, 1865) translated from German original (1861) by Brinton Cox.
- (24) Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* ed. G.E.Woodbine and S.E.Thorne (1968-77), vol.II, p.282.
- (25) Peter Stein, "The Fate of Institutional System", in *Huldigungsbandel Paul van Warmelo*, eds. J.van der Westhuizen, P.J.Thomas, et als, (Pretoria, 1984), pp.218-27.
- (26) Bracton by Thorne, vol.II, p.283.
- (27) Bracton by Thorne, vol.II, p.283.
- (28) Franklin Le Van Baumer, "Christopher St.German: The Political Philosophy of a Tudor Lawyer", *The American Historical Review*, 42 (1937), pp.631-51.
- (29) Christopher St.German, *Doctor and Student: Selden Society, Volume XCI*, edited by T.F.T.Plucknett and J.L.Barton, (London, 1974), Second Dialogue, chap. 24, p.229.
- (30) A.W.B.Simpson, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit* (Oxford, 1975), p.379.
- (31) David Ibbetson, *Assumpsit and Debt in the early sixteenth century: The origins of the Indebitatus count*, 41 *Cambridge*

Law Journal (1982), pp.142-161.,

- (32) J.H.Baker, “Origins of the Doctrine of Consideration 1535-1585”, in *On the Laws and Customs of England: Essays in Honor of S. E. Thorne*, ed. Arnold, Green, Scully and White, (Chapel Hill, 1981), pp.336-358.
- (33) R.C.Palmer, *English Law in the Age of Black Death 1348-1381*, (The University of North Carolina Press, 1993), p.355.
- (34) Ibbetson, *Obligation*, (Oxford, 1999), pp.80-83. Simpson, *History of Contract*, pp.148-60; S.F.C.Milsom, “Account stated in the Action of Debt”, *Law Quarterly Review*, 82 (1966), pp.534-45, at p.539.
- (35) 9 Hen. V, M.f. 43, pl. 30.
- (36) David Ibbetson, “Assumpsit and Debt in the early sixteenth century: The origins of the Indebitatus count”, *Cambridge Law Journal*, 41 (1982), pp.142-161. For the latter half of 16th century see David Ibbetson, “Consideration and the Theory of Contract in Sixteen Century Common Law”, in *Towards a General Law of Contract* ed. John Barton (1990), pp.67-123.
- (37) Ibbetson, “Indebitatus Count”, p.152.
- (38) Simpson, op. cit, p.402.
- (39) Harvy v.Stone (1539), KB 27/1112, m. 65; Phyllip v.Heech (1540), KB 27/ 1116; Turfotte v.Pytcher (1543), KB 27/ 1130; Pyrry v.Appowell (1545).
- (40) Baker, “Origins”, p.353. Lucy v.Walwyn (1561), Gell MS. at fol. 161.

EU法ワークショップ

「EU法の現在と日本法への示唆」

主催 日本大学法学部比較法研究所

共催 慶應ジャン・モネEU研究センター

後援 日本EU学会

〔特集〕 EU法ワークショップ

「EU法の現在と日本法への示唆」

日本大学法学部比較法研究所長 松 嶋 隆 弘

慶應義塾大学ジャン・モネEU研究センター所長 庄 司 克 宏

この小特集「EU法の現在と日本法への示唆」は、平成二三年一月一九日に、日本大学法学部において開催されたEU法ワークショップ「EU法の現在と日本法への示唆」(以下「本ワークショップ」とする。)の成果を各報告担当者がそれぞれ論説(日本語)としてとりまとめたものである。^{〔1〕}本ワークショップは、日本大学法学部比較法研究所(以下「比較法研究所」とする。)と慶應義塾大学ジャン・モネEU研究センター(以下「ジャン・モネEU研究センター」とする。)との共同開催として、かつ日本EU学会の後援を受けて開催された。なお、各報告者による英文論説が、比

較法研究所の機関誌であるコンパレティヴ・ローに、小特集として掲載されているので、併せて参照されたい。

さて、本ワークショップは、基調講演を担当した加藤紘捷教授（英米法）と庄司（EU法）との長年にわたる交際を直接のきっかけとし、それに実定法を専門とする長谷川貞之教授（民法）、今村隆教授（税法）、工藤聡一教授（航空法・商法）及び松嶋（商法）が加わることで、実現したものであり、EU法を「素材」とし、「基礎法・外国法と実定法の対話」として学術に昇華させることを目的とするものであった。特に、民法、会社法に関しては、現在改正が議論されており、われわれとしては、本ワークショップ及びそれに基づく本小特集掲載の各論説における、EU法からの具体的示唆が、前記論議に対し一定のインパクトを与えることを期待している。

ここで本小特集の概要につき触れておこう。まずEU基本権憲章に焦点を当てた加藤論説は、本ワークショップの基調講演をもとにしたものであり、本小特集における通奏低音ともいえるべきものである。周知のとおり、リスボン条約体制では、これまで単なる政治宣言だったEU基本権憲章に基本条約（EU条約及びEU機能条約）と同等の法的拘束力が付与された。加藤論説では、なぜ法的拘束力が付与されたか、どのような内容か、どのような意味があるのかなどが論じられる。

次いで、「日EU経済連携協定における相互承認原則の比較法的考察」と題する庄司論説では、EU域内市場とフランス・タスマン相互承認取り決めの二つを素材に、複数国間で非関税障壁を撤廃する有力な手段の一つとされている相互承認原則が論じられる。

「EU取引法と日本民法への示唆——「ユーロ抵当」構想をめぐる議論を中心に——」と題する長谷川論説では、EU担保権構想が検討される。同構想は、附従性という担保物権の通有性に関する議論に影響を与えるだけでなく、最近

裁判例がたて続き注目を集めているシンジケート・ローンといった金融実務にも、さらには現在進行中の民法債権編全面改正にも示唆を与えるものである。

さらに「EU会社法と日本の事業体法制（欧州私会社（SPE: Societas Privata Europaea）を中心として）」と題する松嶋論説は、欧州私会社から、日本法の非公開会社法制は何を学ぶことができるのかにつき、考えるものである。

今村・川村論説「租税法における濫用の法理―欧州司法裁判所と我が国の最高裁判所における判決を比較して―」は、欧州司法裁判所の二〇〇六年のキャドベリー・シュウエップス事件とハリファックス事件における wholly artificial arrangement の法理（abuse of law の具体的基準）と我が国の外税事件についての最高裁平成一七年二月一日判決の濫用の法理とを比較検討するものである。

工藤論説「航空排出権紛争の行方」では、排出権に関するEU法とシカゴ条約のせめぎ合いから日本法が何を学ぶのかが議論される。

本小特集の概要は以上のとおりである。詳細は、実際に各論説にあたられたい。

最後に、比較法研究所及びジャン・モネEU研究センターの皆様、後援をいただいた日本EU学会の皆様、本ワークショップの成果を本小特集として掲載することにご協力いただいた法学研究所の皆様に、比較法研究所及びジャン・モネEU研究センターを代表してそれぞれ深く感謝申し上げる次第である。

以上

（1）なお、今村隆本学大学院法務研究科教授の報告のみ、同教授と川村佑紀・日本大学法学部比較法研究所研究員との共著で

ある。

EU法の現在

——リスボン条約とEU基本権憲章——

加藤 紘 捷

一・はじめに（問題の所在）

EUは、承知の通り、一定の分野ではあるが、加盟国による主権的権利の制約を前提として作られた超国家的統治体である。^①ただし、条約上、どのようなゴールを目指すのか、必ずしも明文の規定があるわけではない。

しかし、欧州統合は、拡大と深化の名の下に、確実に前進している。拡大という観点から眺めると、EUは、最初の原加盟六か国体制から、今日まで第五次にわたる拡大を見ている。そのうち、一九九〇年の東西ドイツの統一前までは第三次拡大まで進行した。それにより、加盟国数は六か国が増えて計一二国になるだけだったが、東西ドイ

ツ統一以後は二度の拡大で東欧、中欧、南欧諸国へと拡大が広がり、加盟国数は一挙に一五か国増えて現在二七か国になった。この結果、EUは人口にして五億人を超える一大マーケットを形成するに至った。⁽²⁾しかし、EUでは現在も複数の国との加盟協議が行われており、これで拡大は終止符が打たれたわけではない。

他方、欧州統合の「深化」へ目を向けると、EU基本条約の中核ともいえるEEC条約により、当初目標とされた「共同市場」(Common Market)は、一九七〇年代の石油ショックによる世界的不況のあおりを受け、完成が大きく遅れ、一九八五年に欧州委員会より市場統合白書が出されるまで、長くユーロペシズムから立ち上がれないでいた。しかし、一九八五年、欧州委員会より市場統合白書が出されるや、欧州統合は劇的に停滞を乗り越えて再発進し始めた。こうして、基本条約の最初の改正条約である一九八六年単一欧州議定書(SEA)により、一九九二年末に、スケジュール通り、モノ、人、サービス、資本の四つの生産財の自由移動が確保される「域内市場」⁽³⁾(Internal Market)が完成した。

次いで一九九二年のEU条約、すなわちマーストリヒト条約により、経済通貨同盟(EMU)及びそのなかで通貨の統合を図るという新たな目標が立てられた。一九九九年一月一日、一一か国で共通の新通貨ユーロの導入に成功し、現在では、EU二七か国のうち、今通貨危機で問題となっているギリシヤ⁽⁴⁾を含めて、一七か国でユーロが導入されている。⁽⁵⁾

また、二〇〇四年に東中欧諸国の加盟による大幅な拡大が見込まれると、主として効率あるいは民主的統制の強化の観点からEUの機構改革が迫られた。その結果、一九九七年のアムステルダム条約、二〇〇一年のニース条約により基本条約が改正され、その中で一定の機構改革が図られた。次いで本稿が取り上げる二〇〇九年発効のリスボン条

約である。

欧州統合の現時点における到達点としてのリスボン条約は、失敗に終わった欧州憲法条約の轍を踏まず、実質的に、憲法草案の主要規定を引き継ぎながらも、形式上は既存のEU条約およびEC条約の枠組みを維持して、それに改正を加えるという手法をとった。さらにEC条約の名称はEU機能条約 (Treaty on the Functioning the European Union) に変更された。これにより、これまでのECという表記はなくなり、EUで統一されることとなった。EU条約とEU機能条約の関係は、基本的に前者が総則を、後者が各則を定める。

同時に、これまで政治宣言にとどまっていたEU基本権憲章 (CFR) に法的拘束力が付与された。またEU条約六条一項で、同憲章はこれらEU条約と同じ価値をもつとされた⁽⁶⁾。かくして、リスボン条約体制下で、同憲章は、EU条約、EU機能条約 (旧EC条約) と並び、条約と同じ性質をもつ文書として、三本目の重要な文書の一つになった。

ところでEU条約の第一条によれば、「本条約は欧州諸民の間に一層緊密化する連合を創設する過程における新たな段階を画する」とある。ここに言うリスボン体制の『一層緊密化する連合を創設する過程における新たな段階』とは何であろうか。リスボン体制には、単一欧州議定書により域内市場の完成が目標とされたような、またEU条約により経済通貨同盟 (EMU) およびユーロの導入を実現させたような、格別に大きな統合プロジェクトは見いだせない。しかし、特別大きな統合プロジェクトは見出せないが、それに匹敵する重要な新機軸がある。それが、これまで政治宣言にとどまっていたEU基本権憲章に法的拘束力が付与されたことと考える。というのは、基本権尊重は、EUが近年もつとも重点を置いてきたテーマの一つだからである。

本稿では、現時点におけるEU統合の到達点はリスボン条約体制とし、この体制の下で改正されたポイントを明ら

かにするとともに、新たなリスボン条約体制の新機軸、これまで政治宣言にとどまっていた憲章に法的拘束力が付与された背景、また、EU基本権憲章といういわば人権のカタログをEUはこれまでどのように形成してきたのか、さらにはEU法の優位性の原理に及ぼしたインパクトを探りたい。

二・リスボン条約の締結とその形式

二・一 欧州憲法草案との関係⁽⁷⁾

欧州憲法条約⁽⁸⁾ [the Treaty establishing a Constitution for Europe (TCE)] は加盟国二十五カ国で二〇〇四年一〇月二九日に署名され、二〇〇六年一月一日を発効予定していたが、⁽⁹⁾ 承知の通り、二〇〇五年五月二九日のフランス、同年六月一日のオランダの国民投票で否決され、同憲法条約は発効を見ることはなく発効を断念した。挫折した直後の同年七月一日、欧州理事会の議長国にイギリスがついた。ブレア首相は欧州憲法条約の批准手続きに「熟慮期間」(a period of reflection)⁽¹⁰⁾ を提案した。それゆえ、欧州憲法の条約の見直しについて本格的な交渉に至るのは二年後のドイツが議長国となる二〇〇七年前半期まで待たねばならなかった。

二〇〇七年六月、ドイツ主導による欧州理事会において、後のリスボン条約となる改革条約原案が合意された。ここでは欧州憲法条約の批准の失敗を踏まえて、連邦的要素、EU外相のような名称が除去された。同時に、体系的な憲法をイメージするような外観も除去され、内実を取るという手法が採られた。二〇〇七年十二月二三日、リスボン条約(または改革条約、Reform Treaty, or Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community, 二〇〇七年十二月二三日調印、二〇〇九年十二月一日発効)が調印された。しかし、批准手続でア

イルランドが国民投票で一度つまずいたこともあり、当初目指した二〇〇九年一月一日の発効予定は崩れ、二〇〇九年一月三日、チェコ共和国が最後の批准国となるに及んで、リスボン条約はようやく同年十二月一日に発効した。⁽¹²⁾

かくてリスボン条約は署名されるに至ったわけであるが、リスボン条約を検証する前に、発効を断念した欧州憲法条約について少し言及しておく必要がある。リスボン条約と失敗に終わった憲法条約草案のそれとの手法を比較してみると、憲法条約草案は、既存の諸条約、つまり、従来のEU条約とEC条約を廃止して、単一の本文にしようとした。そうすることで、既存のEU条約とEC条約を継承しつつも、新しいEUを作ろうとした。

しかし、リスボン条約は、既存のEU条約・EC条約の枠組みをそのまま維持しながら、既存の条約に改正を加えたのである。したがって、欧州憲法条約とは異なり、既存の基本条約と置き換えるのではなく、それらを修正する形をとっている。したがって、内容的には大幅に変更されたが、形式的にはこれまで通り、EU条約と、EC条約は別個の条約として、それぞれ留まった。他方、挫折した欧州憲法条約の第二部に盛り込まれるはずだったEU基本権憲章は、形式的にも内容的にもほとんど変更が加えられることなく、そのままの形で条約とは別個の三つ目の文書として成立をみたのである。⁽¹³⁾

二・二 改正条約としての構成と意義

このような三部構成の文書をリスボン条約体制と呼ばせて頂くとすれば、このリスボン条約体制と発効を断念した欧州憲法条約草案との間に、構成上、一定のつながりがあることが分かる。すなわち、憲法条約草案の構成は、前文のほか、四部構成になっていた。この枠組みは、リスボン条約体制下で、次に掲げるように三つに解体されたが、す

べてEUの名の下で、EU条約、EU機能条約並びにEU基本権憲章として再編されただけで、実質的には一体的に統合されていると見て取れよう…

- (1) 憲法草案の第一部と第四部を継承…EU条約⁽¹⁴⁾ (TEU or Treaty on European Union)⁽¹⁵⁾ : EUの原則と制度的枠組みを規定。

前文十六編(五五カ条)からなる。第I編は共通規定(二―八条)、第II編は民主主義原則に関する規定(九―一二条)、第III編は機関に関する規定(一三―一九条)、第IV編はより緊密な協力に関する規定(二〇条)、第V編(二―四六条)、第VI編は最終規定(四七―五五条)。

- (2) 憲法草案の第三部を継承…EU機能条約⁽¹⁷⁾ (TFEU or Treaty on the Functioning the European Union) (既存のEC条約を改称)…具体的な政策と機能について規定。

前文十七部(三五八カ条)からなる。第一部は原則(一―一七条)、第二部は差別禁止およびEU市民権(二八―二五条)、第三部は連合の政策および対内的行動(二六―一九七条)、第四部は海外の国および領域との連合関係(一九八―二〇六条)、第五部は連合による対外的行動(二〇五―二三二条)、第六部は機関および予算規定(二三三―三三四条)、第七部は一般規定および最終規定(三三五―三五八条)。

- (3) 憲法草案の第二部を継承…EU基本権憲章⁽¹⁹⁾ (Charter of Fundamental Rights of the European Union) : 修正なしにそのまま独立し、法的拘束力を付与された。

前文十七編(五四カ条)… 第一編 人間の尊厳(一―五条)、第二編 自由(六―一九条)、第三編 平等(二〇―二六条)、第四編 団結(二七―三八条)、第五編 市民権(三九―四六条)、第六編 裁判に関する

る権利（四七―五〇条）、第七編 一般規定（五一―五四条）。

かくして、基本権憲章が法的拘束力を持つに至ったということは、EUが、その立法、行政および司法のすべての側面において、憲章を考慮する責任を負うことになったわけである。

なお、EU機能条約と名称変更された由来は、憲法草案の第三部（Part III）の名称を引き継いだからである。そこでの名称は、“The Policies and Functioning of the Union”と銘打たれていたことによる。

EU条約とEU機能条約との関係は、前者が総則としてEUの原則と制度的枠組みを規定し、後者が各則として具体的な政策と機能について規定している。

かくして、リスボン条約はEC条約の中身を改正するだけでなく、EC条約という名称そのものを「EU機能条約」（Treaty on Functioning of the European Union, or TFEU）に変更した。そうすることで、EU基本権憲章とともに、三つの文書はEUの名称で統一され、EUの全体的一体性が保持された。

また、EC条約をEU機能条約と名称を変更したとはいえ、EU条約第一条で…「EUは本条約とEU機能条約を基礎にして築かれる。これら二つの条約は、同等の法的価値を持つ。EUは、ECに置き換わるものとし、かつECを継承する」と規定され、内容的にも矛盾しない。

三．リスボン条約²⁰体制による改正のポイントとEU基本権憲章

一九九七年のアムステルダム条約²¹、二〇〇一年のニース条約²²において、ある程度の機構改革が行われたことは事実である。しかし、これらの改革は、二〇〇四年における大規模な東南中欧諸国の加盟が見込まれる中、EUの効率的

意思決定や運営上の実効性、民主性に必ずしも加盟各国が満足する合意は得られず、機構改革が未決のまま残されていた。リスボン条約での機構改革はその延長線上にあったのであり、以下、リスボン条約体制下でどのような機構改革が行われたか、さまざまあるが、以下、EU基本権憲章に焦点を当て、同憲章に法的拘束力が付与されたこととのつながりの強い改正点に特化し、同憲章の意義に触れてみたい。

三・一 EU三本柱の列柱構造の廃止とEU基本権憲章

リスボン条約による改正点のなかで最も大きい改正の一つにマーストリヒト条約により打ち立てられた三本柱の廃止がある。実はこの三本柱の廃止とEU基本権憲章⁽²³⁾へ法的拘束力が与えられたことには表裏一体の関係があるといわれている。承知の通り、EUは、これまで加盟国から独立した権利・義務の享有主体ではあったが、法人格は与えられていなかった。あったのは三つの共同体にあった。(旧EC条約第二八一条、第二八二条および第二八八条参照)。しかし、EU条約四七条は「EUは法人格を有する」こととされたがゆえに、EUという単一の法人格の下、これまでのEUとEC(欧州共同体)⁽²⁴⁾が併合されたことにより、マーストリヒト条約(EU条約)以来の三本柱の列柱構造は廃止された。

三本柱とは何んであったか、それは①「EC(欧州共同体)」、②「共通外交・安全保障政策」⁽²⁵⁾(CFSP)及び③「司法・内務協力」⁽²⁶⁾(CJHA)の三つであった。いうまでもなく、マーストリヒト条約は、新しくこれまでのECに②と③を付加した。しかし、①のEC事項は欧州司法裁判所による法の支配を受けるとされたが、②③のEC外事項は政府間協力で調整していく問題であり、法の支配からは除外されるとされた。すなわち、①は超国家的な形で立法でき

るが、②と③は政府間制度であり、EUレベルでの立法権が存在しない。そこにあるのはEUとして政府間による政策決定が原則である。そこでの決定権限はEU理事会のみが存在し、採決方法は全会一致が原則であった。

しかし、次なるアムステルダム条約により、この列柱構造の三本目の柱から、移民・庇護政策や国境検査など、域内における一定の管轄権がECに委譲され、超国家領域に属することになった。それゆえ、残存した三本目の柱は「警察・司法協力 (PJCC)」⁽²⁷⁾ だけになった。だが、同時に、アムステルダム条約の前文で、これらを「自由、安全および司法の領域」⁽²⁹⁾ (AFSJ, Area of Freedom, Security and Justice) と捉え、EUの新たな目標として、域内に滞在する市民に「自由と安全と司法」を保障するよう努めなければならなかった。その理由は、もし域内における治安を維持し、さらにまた、庇護・移民政策や国境検問もまたEUの新たな権限として保障しない限り、人々は域内を自由移動するのを躊躇し、結果的に人の自由移動の原則が阻害されるからである。そのために、このたびのリスボン条約による改正で、これまでの三本柱列柱構造は解消され、それは「自由・安全および司法の領域」⁽³¹⁾ 「警察・司法協力 (PJCC)」との新しい超国家領域に吸収された。

言うまでもなく、人の自由移動というものは、域内市場を労働者や法人を含めた自営業者が単に経済活動のために自由に移動ができるだけでなく、その域内市場が安全な領域、安心な空間でなければ、人は時として移動に躊躇し、自由移動の原則そのものが阻害されかねない。また、EU市民権に基づき、EU市民が域内を安全に移動しようとする際に、それを阻む要因があるとすれば、EU市民権も理想で終わってしまう。従って、EUが域内市場を安全な領域、安心のできる空間にしようと決意するのは当然のことである。

しかし、安全な空間にしようと、治安維持、さらにまた、庇護・移民政策や国境検問にEUが積極的になろうとす

る場合、人によつてはそれがもつとも、権力的な場面に映るのがこの自由・安全および司法の領域でもある。この領域での「自由」には当然人權の保障が含まれるので、これを真に保障するためにはEU基本権憲章に法的拘束力を与えなければ権力だけが独り歩きする恐れがある。このようなタイミングのときにEU基本権憲章に初めて法的拘束力が与えられた意味は大きい。EUが権力的になりうる自由・安全および司法の領域をEUの新たな管轄範囲にするため、それと引き換えに、EU基本権憲章に法的拘束力が与えられたと言われている。人が自由に移動する域内を自由な空間とするために治安力を超国家的領域にするのと、引き換えに、EU基本権憲章に法的拘束力が与えられたといえる⁽³²⁾。したがって、両者は、ある意味で、表裏一体の関係にあるといつていい。

三・二 EU法の優位性とEU基本権憲章

承知の通り、優位性の原理は、一九六四年のコスタ対ENEL事件における欧州裁判所の先行判決⁽³³⁾の中で確立された原理である。EU法と国内法の関係を考える際のもつとも重要な原理の一つである。この原理は、欧州憲法条約のなかで、「EU法は加盟国内法に優位する」との明文の規定として据え置かれ（I―六条）、発効すれば、日の目をみるはずであった。しかし同条約草案は上述したように挫折し、二〇〇七年三月二五日、ローマ条約五〇周年を記念するベルリン宣言で新たに欧州憲法条約に代わる条約改正を目指すこととされた。その後、リスボン条約が発効されたが、その中で、EU法の優位性に関する明文規定は削除された。削除されて、このたびのリスボン条約体制下で、優位性の原理は、条約でなく、付属宣言書一七に組み入れられた。その宣言書で、EU法は「(EU)判例法に定められた条件で加盟国法に優位する」との言い回しで記述された。

誠にさらりとした後始末に見えるが、優位性の原理が確立されたのは、上述のコスタ対E.N.E.L事件における欧州司法裁判所の先行判決のなかにおいてであった。優位性の原理の根拠を同欧州司法裁判所は、別の先行判決⁽³⁴⁾において、各加盟国が一定の分野ではあるが、その主権的権利の制約を認めたこと⁽³⁵⁾においた。この判決は条約を目的論的に解釈して大胆に導き出した点で、アメリカ合衆国の連邦最高裁長官マーシャル⁽³⁶⁾が一八〇〇年代に下した諸判例に匹敵する画期的な判決であった。しかし、EU法のあらゆるレベルの国内法、あるいは各国の憲法にさえも優位するとの原理を導いた根拠を、各加盟国の一部の主権的権利の制約論に依拠するだけで果たして各国は納得するだろうか、⁽³⁷⁾といささか疑問も残る判決だった。

EU法の国内法に対する絶対的な優位性を主張するには⁽³⁸⁾、EU法があらゆる条件をクリアしなければならない。EU法が憲法を含むあらゆる階層の国内法に優位するために、EU法は二つの点で今後の課題としてさらなる発展を望まれる。一つはEU法、とくにEU立法が従来各国の行政部の代表からなる（閣僚）理事会に強い決定権が置かれていたこと、そのことで長くEU法の民主主義の赤字と批判されてきたことをさらに改善しなければならない。⁽³⁹⁾しかし、このたびのリスボン条約では立法手続きに大きな改革がみられた。今後、EU立法は、各国の行政部の代表からなる理事会と、EU市民の代表からなる欧州議会とでより対等な立場で立法可能な「通常立法手続」（ordinary legislative procedure）⁽⁴⁰⁾が導入されたからである。これにより、これまでのEU法の民主主義の赤字は相当程度解消されたと評価されよう。

もう一点は、これまで政治的宣言に留まっていたEU基本権憲章に速やかに法的拘束力を付与すべきであるということであった。しかし、このたびのリスボン条約体制で、この要件もようやく満たされ、所与の目的を達成した。そ

のうえで、EU法の国内法に対する優位性の原理を条約の中に明文の規定で盛り込むことが望まれる。ところが、その前に、EU法の優位性の原理を欧州憲法条約に盛り込もうとして、フランス、オランダの批准手続きで発効が躓いた。優位性の原理が明文化されたことも憲法条約の批准が拒否された大きな一因になっているように思われてならない。その意味で、このたび優位性の原理がリスボン条約から削除され、付属文書に格下げられたのは一応理解できる。しかし、その前提になるのがこのたびEU基本権憲章に法的拘束力を付与されたことに直接につながっているに違いないと考える。EUが今日、公権力行使をする場面が増大して、いまだEU市民に目に見える形で基本権憲章がないというのでは、各加盟国からあるいはEU市民からも信頼されない。

というのは、EU法の優位性というのは、直接的適用性をもつ、ありとあらゆるレベルのEU法が、ありとあらゆるレベルの国内法に絶対的に優位するからである。あらゆるEU法が憲法を含むあらゆる国内法に優位すると各国に認識されるには、EU法の民主主義の赤字を解消し、さらに基本権憲章を宣言し、早くそれに法的拘束力を付与することが先決だからである。EU法がそうなつてこそ、真に「国内法に対するEU法の優位性」を条約の明文の規定に入れることができるのではないだろうか。今後、それを可能にするため、このたびのリスボン条約体制で、政治的宣言から脱して基本権憲章に法的拘束力が付与された意義は大きいと。

しかしながら、EU基本権憲章がEUに採択されるまでの道のりは長く、決して平坦ではなかった。次にEU基本権憲章が採択されるまでの道のりを辿ってみたい。経済的統合をめざすEUが何を根拠にこれまで基本権保護に力を注いできたか垣間見ることができであろう。

三・三 人の自由移動と基本権保護

EUは、EEC設立の当初、人権には消極的だったと言われている。確かにEEC条約には共同市場における人の自由移動、同一労働同一賃金の原則など男女の差別を禁止する規定はあった。しかし、EECが目指した共同市場の完成という目標のなかで、自由に行きかう人とは実際には、雇用を求めて行きかう労働者⁽⁴¹⁾であり、自営業者または法人が開業の自由⁽⁴²⁾ (right of establishment) を求めて経済活動を行う者であり、そこでの市場はまさに経済的側面に限定された経済的空間に過ぎなかった。したがって、もし人権侵害の問題が起きた場合、どちらかというと加盟国内の人権保障や各国が加盟している欧州人権条約の遵守に任せてきたところがある⁽⁴³⁾。

しかしその後、一九九三年一月に発効したマーストリヒト条約で、大きな前進があった。EU市民権が創設されたからである。この条約により登場したのは、経済的側面の労働者ではなく、政治的な意味のEU市民権だった⁽⁴⁴⁾。EU市民はもはや雇用あるいは経済活動を求めて自由に移動するファクターでなく、EU市民としてEU域内を自由に移動し、他の加盟国に居住していれば、たとえ国籍が違って、居住国の地方選挙に投票もできるし、居住国の欧州議会選挙における選挙権も付与される。そういうEU市民権に基づくEU市民が登場したのである。これにより、まさに「ECによる保護の対象は…市場の要素である労働者としての『ヒト』から、次第に全人格的な『人』へと広げられていった⁽⁴⁵⁾」のである。

三・四 法の一般原則による基本権の保護への契機

全人格的な人の自由移動が可能になる「自由、安全および司法の領域」にはしかし、それ以上に高い人権の保障が

求められる。しかしEUが真に基本権保護に本腰を入れねばならないきっかけが訪れた。その契機は、EU統合の歴史の中で、二度あったと考える。一度目は、前述した一九七四年のドイツ憲法裁判所 *Solange I* 事件判決が下されたときであり、二度目はずっとその後、二〇〇四年に東中欧諸国が第五次拡大としてEU加盟が見込まれたときである。

前者における事件は、一九七〇年、ドイツの行政裁判所から付託されて先行判決を下した欧州司法裁判所の国際商事会社事件判決⁽⁴⁶⁾である。この事件で、原告は、輸出入許可にかかる預託金制度を規定する二つの共同体規則がドイツの基本法に定める基本的人権（経済的自由、処分の自由など）に反するのでドイツにおいて適法とされるべきではないと主張したが、同行政裁判所はこれを共同体裁判所に付託した。すると、同共同体裁判所は、これら共同体規則の有効性は共同体法によって決定されるべきであり、ドイツの国内法によって決定されるべきではなく、問題の諸規定は人権についての共同体のコンセプトに違反するものではないと判断された。もし共同体法の意味をドイツの国内法によって解釈することを許せば、国ごとに共同体法の解釈は異なることになる。そう判断された。

しかし事件はこれで終わらなかった。というのも、同行政裁判所はこれらの諸規則がドイツの基本法に定める基本的人権に反するかどうか、別途ドイツの連邦憲法裁判所に事件を付託したからである。これが *Solange I* 事件であり、かくしてドイツ憲法裁判所はドイツ憲法と二つの共同体規則の関係を考察しなければならなくなった。一九七四年、同憲法裁判所は、共同体法はドイツの国内法の不可欠の一部でもなく、また国際法でもない、それは自律的な法秩序である別個の法秩序であると述べたうえで、しかし同時に、同憲法裁判所は、共同体が直接選出される議会を持たず（この時点ではまだ直接選挙が実施されていなかった）、またドイツ憲法に匹敵する基本的人権の成文カタログ（codified catalogue of fundamental rights）を欠いている、したがって、基本的人権に対する共同体の保護がドイツ憲法のそれに

準じるようになるまで、共同体規則はドイツ基本法の人権規定に従わなければならないと判示した。⁽⁴⁸⁾ この判決は、共同体法の弱点に潜在的な異論を示すものであった。

三・五 加盟各国の共通の憲法の伝統と欧州人権条約

これを契機として、欧州司法裁判所も加盟各国の憲法に共通の一般原則という形でEUが基本権保護を重視し始め、判例も蓄積していく。*Solange I* 事件判決直後の *Nolt* 事件判決で、基本権保護を確保するにあたって、欧州司法裁判所は「加盟国に共通の憲法的伝統から示唆を受けねばならず、当該加盟国の憲法により承認され、かつ保障された基本権に違反する共同体の措置は認められない」と判示。このようにして「法の一般原則としての基本権の保護の内容が『加盟国に共通の憲法的伝統』に依拠することが明らかとされたが、成文の基本権目録と比較した場合に法的安定性の点でまだ不十分であった。」⁽⁵⁰⁾

かくして、欧州司法裁判所は「加盟国が協力して作成し又は署名国になっている人権保護のための国際条約は、共同体の枠内で従われるべき指針を示すことができる」⁽⁵¹⁾と判示して、加盟各国が批准している欧州人権条約⁽⁵²⁾（ECHR）などをEU司法裁判所の依拠すべき指針としていくのである。

EU（共同体側）の基本的な人権に対する積極的な姿勢は、一九七七年四月五日になされた欧州議会、閣僚理事会および委員会の「基本権共同宣言」⁽⁵³⁾（Joint Declaration）によって強化された。これは欧州司法裁判所が判例で示してきたこれまでの権利保護に従い、遵守を宣言したものである。

かくして、一九八六年に、*Solange II* 事件で、ドイツ憲法裁判所は、ついに共同体の基本的な人権に対する保護はド

イツ憲法の示すレベルに十分適合するように発展したと述べ、以前の *Solange I* 判決を変更した⁽⁵⁴⁾。また、*Wunsche Handelsgesellschaft* 事件判決では、ドイツ憲法の人権規定に照らして共同体規則を審査する必要はもはやなくなつたと判示された⁽⁵⁶⁾。

三・六 第五次拡大とさらなる基本権保護の取り組み

しかし、EUの基本権保護に対するより積極的な取り組みを迫られ、何より衆目を集めたのは二〇〇四年におけるEUの第五次拡大のときであろう。当時はまだ人権の保障に不安が残り、また「政治的に不安定であつた東中欧諸国がEUに加盟することが予定されていた」⁽⁵⁷⁾。EUはこれら東中欧諸国との加盟交渉に際して、新規加盟するための基準を決定した。それは一九九三年のコペンハーゲン欧州理事会において決定されたので、一般にこれは「コペンハーゲン基準」⁽⁵⁸⁾と呼ばれている。それによれば、新しい国、とくに東欧諸国の加盟を意識した要件として(1)民主主義、法の支配、人権および少数民族の尊重と保護を保障する安定した諸制度を有することという政治的基準が掲げられた。「こうして民主主義や人権、少数民族保護を加盟の要件とする方針が貫かれ」、「これらの国々に基本権の保護を求めるためには、基本権に関するEUとしての基準を明瞭に示しておく必要があつた」わけである。

一九八六年の単一欧州議定書ではそれが明確に反映されていく。というのも同欧州議定書の前文で、基本権の尊重に言及し、加盟国憲法に共通の伝統および法の一般原則を基礎として、欧州人権条約及び社会憲章に従つて民主主義を促進する旨が規定されたからである⁽⁵⁹⁾。

さらに一九八九年十二月、基本条約とは別にEC社会憲章なるものが採択された。

三・七 一九八九年労働者のための社会憲章の採択

濱口桂一郎によれば、戦後のヨーロッパには、どちらかと言えば、経営者を支持基盤とする市場志向をとる自由主義的な勢力と、他方には、組織労働者を基盤とする社会主義的勢力とのある意味での社会的妥協があった。そこでは市場経済の枠組みは維持しながらも、様々な社会的規制や福祉の仕組みを加味することで、ある程度、労働者の保護をも図る仕組みを模索する、という戦後ヨーロッパに共通の社会的妥協があった。しかし、七〇年代後半に登場するイギリスのサッチャー政権からすれば、これまで高失業をどうにも解決しえない社会システムの機能不全を回復させるために、戦後ヨーロッパの社会的妥協にアンチテーゼを表明し、徹底した規制緩和により、何とか市場にダイナミズムを取り戻し、経済を再活性化しようとする。したがってEUレベルでは、サッチャー率いるイギリスの拒否権で労働社会政策分野の立法活動が長いこと停滞していた。⁽⁶¹⁾

この状況を打開するためにEUレベルにおけるソーシャル・ヨーロッパ社会モデル (European Social model) を追求しようとドロール欧州委員長のもとに労働社会政策が進展していき、単一欧州議定書、そしてマーストリヒト条約に付属する社会政策協定が実現する。⁽⁶³⁾

この延長上に、一九八九年三月における欧州議会の決議に沿う形で、同年五月、欧州委員会是最初の社会憲章の第一草案を発表する。その後、同年一〇月、第二草案が提案され、最終的にイギリスの反対にもかかわらず、一九八九年一二月九日、ストラスブール欧州理事会で一一か国の政治宣言 (法的拘束力のない) として、労働者のための社会憲章、すなわち「労働者の基本的社会権に関するEC憲章」 (The Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers, December 9, 1989) が採択された。⁽⁶⁴⁾

そこでは、ドロー爾委員長らが追求めたヨーロッパ社会モデルに沿うべく、域内市場の統合が経済問題や企業競争力の強化のみに重点を置くのではなく、労働者の権利が軽視されることのないよう、一九八九年、イギリスを除く、一一か国のEU加盟国によって採択されたわけである。⁽⁶⁵⁾

同社会憲章の前文によれば、設立当初のEEC条約第一一七条で、「加盟国は労働者の生活の改善および労働条件の改善を促進する必要性に合意した」と規定され、設立当初から、すでに労働者の権利保護は共同体の重要な目標の一つに置かれていたのである。さらに、憲章前文によれば、そのため、共同体はILO条約⁽⁶⁶⁾および欧州評議会(Council of Europe)の欧州社会憲章⁽⁶⁷⁾(European Social Charter)に示唆を受けるとしていた。⁽⁶⁸⁾

かくして採択された同社会憲章は、前文のほか、二つの部 (two titles) 計二〇条からなっており、第一部は、「労働者の基本的社会権」(“Fundamental Social Rights of Workers”)と題され、(1)移動の自由 (Freedom of movement)、(2)雇用と報酬 (Employment and remuneration)、(3)生活および労働条件 (Improvement of living and working conditions)、(4)社会的保護 (Social protection)、(5)結社の自由と団体交渉権 (Freedom of association and collective bargaining)、(6)職業訓練 (Vocational training)、(7)男女の機会均等 (Equal treatment for men and women)、(8)労働者の情報・協議・参加 (Information, consultation and participation for workers)、(9)職場における健康と安全 (Health protection and safety at the workplace)、(10)子どもと青年の保護 (Protection of children and adolescents)、(11)高齢者 (Elderly persons)、および(12)身体障害者 (Disabled persons)との一二項目にわたる個別の分野における目標が示された。これに対して、第二部では、「社会憲章の実施」(“Implementation of the Charter”)と題し、憲章実施に関する加盟国、欧州委員会の責任、手続きなどが定められた。また、欧州委員会は、同憲章の目標を具体化するために、四七の措置を提示した行動計画を策定した。委員会はこれに

基づき、多くの立法提案をしようとしたが、全会一致のルールがあり、ここでもイギリスの拒否に会い、実現できなかった。

だが、マーストリヒト条約の付属の議定書で、労働条件、労使関係、男女均等についてイギリスをオプト・アウトした形で、一一か国で合意に達した意義は大きい。もつともイギリスでは一九九七年に労働党が政権に復帰したこともあり、同年六月に成立したアムステルダム条約では、基本的に労働分野に関するかなりの部分に進展があり、イギリスのオプト・アウトも事実上幕を閉じたといわれる。

「労働者の基本的社会権に関するEC憲章」に規定された諸権利は、このたび法的拘束力を与えられたEU基本権憲章の第四編第二七条以下に盛り込まれた。

さらに、リスボン条約により改正されたEU機能条約においては、八条において「連合は、そのすべての活動において、男女間の不平等を除去し、平等を保護することを目標」とし、そのために九条で「同盟は、高水準の雇用の促進、適切な社会的保護の保障は、社会的排除に対する戦い、および高水準の教育、訓練並びに人間の健康の保護に関連する必要条件を考慮する」と規定する。そのうえで、同機能条約は一五二条で、互いの自律性を尊重しつつ、社会的パートナー間の対話の促進を図るべく規定する。また、同機能条約は一五四―一五五条において、その社会的対話のための法的枠組みが提供された。

三・八 EU基本権憲章を政治的宣言として採択

一九九九年六月三―四日、ケルン（Cologne）で開催された欧州理事会においてドイツ主導による決定が下され、

EU基本権憲章を策定するプロセスが開始された。同理事会は基本権憲章の起草のためのコンベンションにこれを委ねたのである。コンベンションは一九九九年十二月一日に総会を開き、その後起草作業を続け、翌二〇〇〇年一月二日に憲章草案を採択した。それは歴史的意義を持つ瞬間であった。

これを受けて、ビアリッツ欧州理事会 (the Biarritz European Council) は全会一致でこれを承認したのである。草案は直ちに欧州議会そして欧州委員会に送付され、二〇〇〇年十二月七日、理事会、欧州議会、欧州委員会は共同でこれをEU基本権憲章として「厳粛に宣言した」(solemn proclamation) のである。こうして、EU史上はじめて、単一の形で、EU基本権憲章が採択された。二〇〇〇年十二月七日のEU基本権憲章 (The European Union Charter of Fundamental Rights of the European Union) の成立である。⁶⁹⁾

三・九 基本権のリステイトメントとしての特徴と意義

三・九・一 憲章が掲げる諸権利

二〇〇一年六月、アイルランドで実施された国民投票で、条約を批准しないことが決定されたため、同条約の発効が滞ることになったが、二〇〇二年一〇月の国民投票では賛成票が多数を占めた。その後、同国はニース条約を批准し、全加盟国の批准が完了したことを受け、同条約は二〇〇三年二月一日に発効した。また、ニースでは、EU基本権憲章も同時に採択された。この憲章は欧州憲法条約が起草された際、その第二部で盛り込まれるはずだった。しかしフランス、オランダの国民投票によって拒否され、挫折した。しかしこのたびのリスボン条約では欧州憲法条約草案の二部から削除され、独立して法的拘束力が与えられた。

憲章が掲げる権利のリストは「第一編：尊厳 (human dignity)」、「第二編：自由 (freedoms)」、「第三篇：平等 (equality)」、「第四編：連帯 (solidarity)」、「第五編：市民の権利 (citizens' rights)」および「第六編：司法 (justice)」、「第七編：一般規定 (general provisions)」の七つのチャプターの下に、五四か条、五四の権利が掲げられている。以下にその特徴と意義について述べる。

憲章のなかで規定されたこれら諸権利は、新しいというものでなく、「既存の権利をまとめたりステイトメント」⁽⁷⁰⁾である。ひとつは各加盟国の憲法に共通な基本権である。次に、加盟国がすべて批准している欧州人権条約 (ECHR) に規定する諸権利である。人権条約は世界人権宣言の自由権を欧州で集団的に保障して行こうとして欧州評議会 (Council of Europe) が作成した条約であり、主として市民的かつ政治的権利である。イギリス、フランスなどはもちろん、EUに加盟している諸国はすべてこの条約を批准しており、EU司法裁判所が判例を通じて加盟国に共通の法の一般原則の一つとして導入した。さらに、マーストリヒト条約で導入されたEU市民権 (第五編)、さらには経済的かつ社会的権利からなる社会憲章 (第四編) も規定されており、そういう意味でいうならば、基本権憲章に掲げる諸権利は、既存のものを、重層的ではあるが、それらを一体化して規定した広範な人権からなるリステイトメントである。

三・九・二 いくつかの新規な諸権利

しかし、同時に、そこには、多数の諸国からなるEUならではの「文化、地域および言語の多様性に関する規定」(二三条)や、マーストリヒト条約で導入されたEU市民権に付加された「適正な行政を求める権利」⁽⁷¹⁾(四一条)、さらには「個人情報の保護」⁽⁷²⁾(第八条)、「子どもの権利」(二三条)、障害者差別の撤廃に通じる「障害者の権利」(二六条)、

「高齢者の権利」(二五条)、も付加され、「良好な環境に対する権利」(三七条)、「消費者保護」(三八条)といったより現代的な需要を十分満たす諸権利も含められていることに留意したい。⁽⁷³⁾ それらは各編ごとに以下に示される…

【第一編：尊厳 (human dignity)】(一一五条)：「個人情報保護」(第八条)

【第二編：自由 (freedoms)】(六一一九条)

【第三篇：平等 (equality)】(一〇—一六条)：「文化、地域および言語の多様性に関する規定」(二三条)、「子ども
の権利」(二四条)、「高齢者の権利」(二五条)、「障害者の権利」(二六条)

【第四編：連帯 (solidarity)】(二七—三八条)：「良好な環境に対する権利」(三七条) 消費者保護」(三八条)

【第五編：市民の権利 (citizens' rights)】(三九—四六条)：「適正な行政を求める権利」(四一条)

【第六編：司法 (justice)】(四七—五〇条)

【第七編：一般規定 (general provisions)】(五一—五四条)

以上みたように、様々な基本的権利が憲章に一体的に規定されたが、大事なことは、それらはこれまで欧州司法裁判所が長い時間をかけて、加盟国に共通の憲法伝統あるいは一般原則という形で判例を築き上げ、EU基本権に組み入れられたのである。そのことはリスボン条約で改定されたEU条約六条三項のなかで「欧州人権条約 (ECHR) により保障され基本権および加盟国に共通の憲法的伝統より生じる基本権はEU法の一般原則を構成する」と規定されていることでも理解されよう。

四・ EU基本権章とTEUまたはTFEUとの関係

四・一 しかしながら、もしEU基本権が既存の基本権を一体化したに過ぎないのだとすれば、それぞれについて権利の位置づけが異なるので注意を要する。まずEU法との関係であるが、基本権憲章のうち、EU条約およびEU機能条約の条項の対象になるものは、これらの条約が定める条件に従って行使されるものとすることに留意する必要がある（憲章五二条二項）。

四・二 また、EU基本権憲章のなかに欧州人権条約が同時に存在しているので、両者の関係についても明確にしておかねばならない。同基本権憲章は、その調整のため、第五二条第三項で、「両者が互いに相当する権利について定めているとき、基本権憲章上の権利は人権条約上の権利と同じように解釈・適用されなければならない」と規定している。EU司法裁判所がこれらの権利を解釈する際、これらを欧州人権裁判所（ECtHR）のそれと同等の意味を持つものとして解釈することが義務づけられている。すなわち、同条約において規定される権利に相当する諸権利をEU基本権憲章が含んでいる場合、同憲章が含む権利の意味と範囲は、欧州人権条約（ECHR）に定めるものと同じ意味と範囲を持つ、とみなされることとなった。

四・三 EU CFRの範囲と解釈

また、憲章五一条一項によれば、EUの権限を越えてEU法の適用分野を拡張したり、EUに新たな権限を追加し

たり、EU諸条約に定義されている権限を変更するものではないとの前提に立っている点も留意すべきことである。

四・四 さらに、同条約六条二項では、EU自身が欧州人権条約（ECHR）に加盟することが義務づけられた。もしEU自身がECHRに加盟すればどのような利点が考えられるであろうか。各加盟国において、そこでの公権力行使により人権を侵害された市民は、まずもって自国の憲法に基づき、自国の裁判所で救済の道を探ることとなる。ここでの救済の道が尽くされてなお、人権侵害が救済されないとき、初めて人権条約に基づき、人権裁判所における救済を仰ぐこととなる。他方、同じ市民がEU市民として、EUの諸機関の公権力行使によりEUCFR上の人権を侵害されたとき、その救済は法人格を持つEU自身がリスボン条約の下、それ自身で人権条約に加盟することが義務づけられた意義は大きい。加盟すれば、これまでより以上に、条約上の権利についてEU市民は直接的に人権裁判所に救済をえることとなるからである。同時に、EU市民は、すでに自国の人権侵害に対して、人権裁判所での救済にすでに経験を持っている。したがってEU自身がECHRに入れば、なお複雑さも免れようし、EU市民の信頼も高まるはずである。さらにEU司法裁判所の判例と欧州人権裁判所（ECtHR）の判例とが調和的に発展するであろう。⁽⁷⁵⁾

四・五 留意すべきは、イギリスとポーランドが諸条約の内容に一部解釈上の留保を求め、それは「EU基本権憲章のポーランドおよびイギリスへの適用に関する議定書」で認められたことであるその第一条によれば、同憲章は、EU裁判所も欧州人権裁判所も、両国の法令について同憲章違反認定する権限を拡張するものではないとしている。⁽⁷⁶⁾

五・ 結びにかえて

(1)リスボン条約体制下で、これまで政治的宣言にとどまっていたEU基本権憲章に法的拘束力を付与した意義は極めて大きい。これはマーストリヒト条約で設定された三本柱の列柱構造がリスボン条約で解消されたことと関連していることが分かった。同時にかつての三本柱である「警察・司法協力」が「自由・安全・司法の領域」と改称され、これまでの政府間交渉の対象だったものが、超国家的領域に入った。この領域に入るカウンターパートとしてEU基本権憲章に法的拘束力が付与されたことも理にかなっており、これにより、EUの公権力の行使に対する正統性が大いに高められたと思われる。その意味で、EU基本権憲章に法的拘束力が付与された意義は大きい。

(2)また、上述したように、EEC設立当初から、条約は、経済的側面の統合に主眼を置いていたがゆえに、当初から、基本権保護にとくに積極的な規定を設けておらず、欧州司法裁判所もそれに消極的だった。にもかかわらず、直接的には二つの動機づけにより、欧州司法裁判所が次第に基本権保護に積極的になっていくのを見てきた。それら二つの動機づけとは、一つは、一九七四年のドイツの憲法裁判所による判決であり、もう一つは契機に、一九九〇年のドイツの東西統一以後、大挙して、東欧諸国がEUへ加盟申請をしてきたことである。とくに前者のドイツ憲法裁判所が、共同体規則とドイツ憲法の規定とが衝突した際、当時のECが基本権のカタログを備えていない段階では、共同体諸規則をドイツ憲法に優位させて適用するわけにいかないと判示して以後、欧州司法裁判所は、各国に共通の法の一般原則として、積極的に基本権保護へ本腰を入れて行ったこと、そして、さらに、その後も、加盟各国に共通の憲法的伝統、また、加盟各国が批准している欧州人権条約を引出して今日の基本権憲章へ道を開いた点を明らかに

した。

また、EUは、一九八九年、欧州モデルとし労働者のための社会憲章を採択するとともに、EUが基本権保護にさらに積極的になる契機として一九九〇年のドイツの東西統一以後、政治的にも、また人権保障にも不安の残る東欧諸国が大挙してEUに加盟申請するのを見込み、二〇〇〇年、EUは政治宣言として基本権憲章を採択した。

(3)そしてその延長にこのたびのリスボン条約体制下でそれに法的拘束力が付与された。筆者は、上に述べたように、欧州司法裁判所（以前のECJ）が、一九六〇年代に、条約を目的論的に解釈して、加盟各国が加盟に当たってその主権の一部を制約したことを前提に、判例により、共同体法の優位性を大胆に確立したのは評価する一方で、その根拠をただ、加盟国の主権の一部の制約根拠とするだけで、果たして加盟各国は納得するであろうか、いささか疑問を持っていた。

英米法をささやかに研究してきた筆者にとり、イギリスがこのEU法の優位性に議会主権をどう整合させていくか、イギリス司法部の長いデレンマ、それはイギリス憲法に課せられた大きな問題であったが、同時に、EU法にとっても、EU法そのものの民主性、EU法の正統性に関わる問題でもあった。その点で、EU基本権憲章が二〇〇〇年に政治宣言としてEU内で採択され、そしてこのたび、リスボン体制下で、それに法的拘束力を付与された意義は極めて大きい。イギリスはもちろん、遅れて加盟した多くの諸国にとり、EU法の正統性、そしてEU法の優位性に対するときの各国司法部のデレンマを根本的なところで解きほぐすのに大いに貢献するものと思われる。

(4)さらにまた、リスボン条約によるEU条約、EU機能条約の改正により、立法過程に新しく通常立法手続が導入され、その適用される範囲も拡大したことも評価される。通常立法手続は、従来の共同手続を実質的に引き継ぎ

ながら、欧州議会が理事会との関係がこれまでに以上に対等になった。これも欧州議会の民主的統制の拡大へつながり、意義は高いと言えよう。また、EU市民が一〇〇万人以上の署名を集めれば、欧州委員会に対して、EU法の提案を行うよう促す発議権をもつこととなった意義も大きい（TEU二一条四項）。加盟国からなるEUから連合市民からなるEUへの一步を踏み出したといえる。

(5) 最後になるが、リスボン条約による基本条約の改正は、発効を断念した欧州憲法条約のように体系化された単一の文書ではない。しかし、二つの条約、すなわちEU条約とEU機能条約、およびEU基本権憲章とにそれぞれ分散されている、なおそれらはEUの名称で統一されているだけでなく、複雑さは残るが、実質的に発効を断念した欧州憲法条約を引き継いでおり、現時点における統合としては適切と評価される。

- (1) See e.g., Ingeborg Tömmel, *The European Union-Federation Sui Generis?*, included in Finn Laursen, ed., *The EU and Federalism*, (Ashgate, 2011), at pp.41-56.
- (2) 面積：四二三・四万km²（日本の一一・三倍、米国の〇・四五倍）総人口：五億二五〇万人（日本の三・九倍、米国の一・六倍）GDP：一六兆二八二億ドル（日本の三・二倍、米国の一・二倍）（外務省データ）
- (3) EU条約第三条二項：「連合は、域内市場を設立する。」およびEU機能条約二六条以下参照。
- (4) In regard to the Euro crisis, see e.g., 1 November 2011, *The Guardian*.
- (5) ユーロを導入するには、インフレ率、政府財政赤字等、定められた一定の参加基準（経済収斂基準）に達しなければならぬ。EC条約においては、EU加盟国は、基本的にEMU（経済通貨同盟）に参加し、単一通貨ユーロを導入することが想定されていた。但し、TFEU第一三九―一四四条に適用除外規定（オプト・アウト）が認められており、イギリスとデン

マークは適用除外が認められている。また、一定の経済収斂基準を満たしていない国（スウェーデン及びスロベニアを除く二〇〇四年及び二〇〇七年加盟の一一か国）は、「Member States with a derogation」（ユーロ非参加国）として、条約の規定の一部及び欧州中央銀行制度（E S C B）の権利義務の一部の適用を除外されている。これに関連して、二〇〇〇年三月、イギリス政府はユーロへの参加移行計画（National Changeover Plan）改訂版を発表。政府としてはユーロ参加準備を継続しつつ、経済条件の充足状況によって参加・不参加の判断を行うとの立場を確認した。

(6) リスボン条約にE U基本権憲章についての明文の規定はないが、リスボン条約で改正されたE U条約の第二条で「連合は、人の尊重、自由、民主主義、平等、法の支配の尊重、および少数者に属する人々の権利を含む人権の尊重という価値に基礎を置く」と規定し、さらに同条約六条一項で「連合は、条約と同じ法的価値を持つ、二〇〇七年一月二日にストラスブールにおいて再確認された、二〇〇〇年十二月七日のE U基本権憲章に定める権利、自由および原則を認める」と規定した。Jean-Claude Piris, *The Lisbon Treaty—A Legal and Political Analysis*, Cambridge UP, 2010, pp.146-66. なお、E U条約、E U機能条約の条文のは基本的に鷺江義勝『リスボン条約による欧州統合の新展開』（ミネルバ書房、二〇〇九年）所収の条約の邦訳に依拠し、また参考にした（執筆者が一部加筆修正）。また、その注釈的解釈としては、庄司克宏「E U条約コンメンタール」（『貿易と関税』二〇一二年号連載）を参照。

(7) Thomas Christiansen, *The EU reform process: from the European Constitution to the Lisbon Treaty*, included in Maurizio Carbone, *National Politics and European Integration*, Edward Elgar Pub. Ltd, 2010, pp.16-33.

(8) 欧州憲法条約草案は、二〇〇一年十二月の欧州理事会において欧州諮問会議を開催し、欧州の将来のあるべき方向を検討するよう委託され、ラーケン宣言が採択された。その中に、既存の条約の簡素化・再編成が憲法制定に向かい得る可能性が示唆された。二〇〇一年十二月一日二五日ラーケン欧州理事会議長国報告書「(Laeken Declaration on the Future of the European Union) 参照。それにより二〇〇二年二月末から欧州諮問会議（Convention）が開催され、二〇〇三年七月一八日に最終版としての欧州憲法条約草案がまとめられた。のち、それは政府間会議に提出され、一部の修正が施されたが、二〇〇四年六月に合意。同年一〇月二九日に加盟国により署名された。

- (6) See e.g., J.H.H. Weiler, Does Europe need a Constitution? Reflections on demos, telos, and the German Maastricht decision, 1 Eur. L.J. 219 (1995), and Paul Craig, Constitutions, Constitutionalism, and the European Union, 7 Eur. L.J. 125 (2001).
- (10) William Metzger and Katrin Pecker, *The State of Ratification Processes for the EU Constitution in all Member States and in the Accession Countries Bulgaria and Romania* (IEP Ratification Survey, 10 August 2006), para Great Britain, p.14. 細谷雄一「リスボン条約とイギリス」日本EU学会年報第三二号(二一一年)所収一五七頁参照。
- (11) アイルランドは、EU加盟二七カ国中、批准手続きに際し、唯一国民投票を行ったが、二〇〇八年六月の国民投票(第一回)にて、そこで条約への批准が否決された。これを受けて、二〇〇八年二月及び二〇〇九年六月の欧州理事会において、アイルランド国民の懸念の払拭に努めた。二〇〇九年一月二日の二度目の国民投票が実施され、賛成を得た。
- (12) これにより二〇〇五年五月のフランス、六月のオランダにおける国民投票で欧州憲法条約の批准が否決されたことで生じたEU機構制度改革議論の停滞に終止符が打たれた。
- (13) リスボン条約の前文は次のように述べている:「連合の効率および民主的正統性を促進し、かつその行為の一貫性を改善するため、アムステルダム条約とニース条約によつて開始されたプロセスを完成することを希求し、EU条約、EC設立条約および欧州原子力共同体条約を改正することを決意した」と。さらに前文に続く一条から七条の規定は以下の通り:一条…EU条約の改正を規定、二条…EC条約の改正、およびEC条約の名称をEU連合機能条約に変更する旨、規定、三条…本条約の有効期限は無期限である旨、規定、四条…議定書一はEU条約等に付属する議定書の修正。議定書二は欧州原子力共同体の改正する旨、規定、五条…条文番号の変更について規定、六条…本条約の批准手続きと寄託先について規定、七条…本条約はリスボン条約と称される旨、規定。
- (14) 「EUの設立・目的、EU市民権、EUの権限、機構制度 (Article I-1-Article I-60)」
- (15) (Article IV-437-Article IV-448) (Article IV-437-Article IV-448)
- (16) Treaty on European Union, or TEU; also known as the Maastricht Treaty

- (17) (Article III-115-Article III-436)
- (18) Treaty establishing the European Community, or TEC; also known as the Treaty of Rome.
- (19) (Article II-61-Article II-114)
- (20) E C S C 条約は一九五二年七月二三日に発効し、その五〇年後の二〇〇二年七月二三日、条約の定めに従い失効した。欧州石炭鉄鋼共同体は、後に欧州連合 (E U) の一部となる。また、リスボン条約ともに、欧州原子力共同体 (およびその設立条約) は、部分的に改められるが、存続する (リスボン条約附属第二議定書参照)。
- (21) See e.g., *The Treaty of Amsterdam in Perspective*, BMD F book series, 2nd edn., 1998.
- (22) See e.g., *The Treaty of Nice in Perspective*, BMD F book series, 2001. Also see, *EU Studies in Japan*, vol., 22 (2002). 「リス条約と欧州統合の新展開」日本 E U 学会年報第二二二号 (二〇〇二年) 参照。
- (23) Jean-Claude Piris, *supra note*, at pp.146-66.
- (24) リスボン条約で改正された E U 条約第一条の三段によれば、「連合は本条約および E U 機能条約を基礎に創られる。これら二つの条約は同等の法的価値を有する。連合は欧州共同体にとってかわるものとし、かつ欧州共同体を継承する」とある。
- (25) 共通の外務・安全保障政策に関しては、リスボン条約の改正によって未だ超国家的権限に吸収されていない。したがって、この分野に対する E U 司法裁判所の管轄権はなお制限される。その結果、リスボン条約体制でもなお、二本柱になっていると理解されよう。しかし、外務理事会常任議長に新しい職責に E U の「外務安全保障政策上級代表」(High Representative for foreign and security policy) を設置した。欧州憲法条約のなかでは E U 外務大臣が盛り込まれたが、これはリスボン条約で除去された。さらにこの上級代表は欧州委員会の副委員長 (Vice-president of the Commission) も兼職することとなった。これにより、E U の共通外交安全保障政策に関する主要な任務を一人の人物が兼務することにより、対外関係を一体的かつ継続的に担うことが可能となった。
- (26) 警察・司法分野における E U 加盟国間の協力制度は、マーストリヒト条約に基づき導入された (E U 条約旧第 K 条参照)。当時の正式名称は、「司法・内政分野における協力」であり、同条約に基づく緩やかな政策協力として始まった。その主な対

象は、移民・庇護政策、また、国境検査、麻薬取引やその他の重大国際犯罪対策の調整であった。しかし、アムステルダム条約による改正の最重要ポイントは加盟国が司法・内政分野における一定の管轄権をEU（厳密にはEC）に委譲したことであろう。ECへ委譲した主たる管轄権は域内における移民政策などである。

(27) ここでの自由には、EU条約三条二項によれば、人の移動の自由の保障、あるいはまた、人権の保護やあらゆる差別の禁止、さらには、国境（EU域境）検査、庇護・移民政策、ビザの発給も含まれよう。

(28) ここでの安全には、EU条約三条二項によれば、犯罪の防止と撲滅、とりわけ、テロ、人身販売、子どもに対する犯罪、違法な薬物・武器取引、贈収賄および詐欺が含まれよう。

(29) EU市民に対する司法の保障をいう。

(30) See e.g., Jean-Claude Piris, *supra* note, pp.167-203.

(31) EU条約の前文一二段で「本条約およびEU機能条約の諸規定に従い、自由、安全および司法の領域を確立することにより、人々の安心と安全を確保しながら人の自由移動を容易にすることを決意し」、同EU条約三条二項では「連合は内部に境界線のない自由、安全および司法の領域をEU市民に与え、そこにおいては、対外国境管理、亡命者庇護、移民および犯罪の防止と撲滅に関して適切な措置を取りながら、人の自由移動が保護される」と規定した。具体的な運営については、EU機能条約六七条以下を参照。

(32) Ingolf Pernice, The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights, WHI-Paper 7/08, pp.236-7.

(33) Case 6/64, *Costa/ENEL* [1964] ECR 1251.

(34) Case 26/62, *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1.

(35) The Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields and the subjects of which comprise not only member states but also their nationals.”

(36) John Marshall (1755-1835). うち、一八〇一年から一八三五年まで史上最長の合衆国最高裁判所長官を務め、アメリカ初

期における連邦主義の基礎を築いた。

- (37) 一九七三年に当時のECに加盟したイギリスは憲法に議会主権をかかえ、これとEU法の優位性を整合させるのにイギリスの司法部が多くの判決のなかで費やしてきた年月の労力は相当なものである。まだ解決したとは言えないが、一九七三年の加盟から画期的判決の一つと言われるファクタチーム事件判決が出るまで、三〇年近くもかかっている。拙稿「イギリスの議会主権と議会制定法の階層化について―EU法の優位性とイギリスにおけるコモン・ローの発展」日本法学七七卷二号四二頁以下参照。

- (38) Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal* [1978] ECR 629.

- (39) Jean-Claude Piris, *supra* note, pp.112-45.

- (40) リスボン条約においては、これまでのさまざまな立法手続きを簡素化し、決定手続きは大別して立法行為のための手続きと、その他の非立法手続きの二通りになった。そのうち立法行為についてはEU機能条約二八九条に規定され、大別して通常立法手続 (ordinary legislative procedure) と特別立法手続 (special legislative procedure) に類別された。ニース条約の下で行われていた共同決定手続 (co-decision) は、リスボン条約では、名称は、上述したように、通常立法手続きと称され、今後、EUの基本的な手続きとなる。

- (41) EU機能条約四五条。

- (42) EU機能条約四九条。および五四条。

- (43) 安江則子「EUリスボン条約における基本権の保護―ECHRとの関係を中心に―」立命館法学二〇〇九年一号(三二三号) 一八六頁。

- (44) これらの権利は、後掲のEU基本権憲章第五編(第三九条〜第四六条)でも保障されている。

- (45) 安江前掲注論文一八五頁参照。

- (46) *Internationale Handelsgesellschaft GmbH v. EVST*, Case 11/70, [1970] ECR 1125; [1972] CMLR 255. 中村民雄・須網隆夫EU法基本判例集』(日本評論社、二〇〇七年) 一四二頁以下参照。

- (47) 理事会規則 120/67. 欧州委員会規則 473/67.
- (48) *Solange I* (BVerGE 37, 271).
- (49) 一九六九年の *Stauder* 事件判決のなかで、共同体レベルにおける基本的人権の尊重の姿勢を出していたことは注目すべきである。ここでは、共同体裁判所により、尊重すべき「法の一般原則として不可欠の一部を形成」し、そうした権利の保障は「加盟国に共通の憲法的伝統に示唆されるものであり、共同体の構造と目的の枠組みのなかで確保されねばならない」とされてきた。
- (50) 庄司克宏『EU法 基礎篇』（岩波書店二〇〇三年）一六二頁参照。
- (51) *Case 4/73 J. Nord, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung v. Commission* [1974] ECR 491, para. 13. 日本語訳は庄司訳による。
- (52) *European Convention on Human Rights* (ECHR). 正式には、「人権と基本的自由保護のための条約」である。世界人権宣言のなかの自由権を集团的に保障しようとする国際条約である。自由権を集团的に保障しているという条約。一九五〇年一月四日、ローマで調印、一九五三年九月三日に発効。条約履行を確保するため、欧州人権委員会と欧州人権裁判所を設けたが、一九九八年に両機関を継承して現在の欧州人権裁判所が設立されている。イギリスは、条約をいち早く批准したが、国内立法措置を長くとらずにいた。しかし、一九九八年ようやく人権法を制定して、人権条約の効力を国内にもたらした。
- (53) OJ [1977] C 103/1, 27/04/1977p.1-2).
- (54) *Solange II* (BVerGE 73, 339).
- (55) *Wunsche Handelsgesellschaft case*, 22 October 1986, [1987] 3 CMLR 325.
- (56) 改正されたドイツ憲法の二三条では、この基本法の基本権保障に匹敵する基本権保障を有しているヨーロッパ連合の発展にのみ協力するとしている。（岡田俊幸（一九九三）「マーストリヒト条約とボン基本法」（石川明編『EC統合の法的側面』所収）五二頁参照。
- (57) 同右。

- (58) EU条約は一九九二年二月七日に締結され、一九九三年二月一日に発効しているが、その間の一九九三年六月二一、二三日、コペンハーゲンで開催された欧州理事会は、EU条約上の加盟申請要件を確認し、また、新たな要件を設けているが、一般にこれを「コペンハーゲン基準」と呼んでいる [Bull. BReg. 1993, 629, 632]。経済的要件のほかに地理的要件、政治的・法的要件、EC法の総体系の受容がある。
- (59) さらには、加盟各国が批准し、加盟している欧州人権条約を後のマーストリヒト条約において基本権は共同体法の一般原則と明記されるに至った。
- (60) 濱口桂一郎『EU労働法の形成—欧州社会モデルに未来はあるか?』（日本労働研究所、二〇〇一年）
- (61) 濱口前掲書一五—一九頁参照。
- (62) Desmond Dinan, *Ever Closer Union*, MacMillan, 1999, at p.423.
- (63) 同上、一四—一五頁参照。
- (64) K.Lenaerts and P.V. Nuffel, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, at pp.397-416.
- (65) *Ibid.*, at p.397.
- (66) 承知の通り、労働条件の世界的な向上をもたらす解決策の発見を可能にする国際的な制度的枠組みで、二〇一一年六月末現在、ILOには一八九の条約と二〇一の勧告がある（ILO駐日事務所資料）。
- (67) 一九六一年一〇月一八日に署名、一九六五年二月二六日に発効した。上に見てきたように、同評議会は、一九五〇年、人権保護を目的とした「欧州人権条約」を採択している。欧州人権条約が政治的、市民的権利を規定しているのに対し、欧州社会憲章は社会的、経済的権利を規定。より具体的には、労働条件にかかわる権利、社会保障に関わる権利、社会的弱者に関わる権利を規定している。なお、同評議会は、EUにおけるEuropean Councilとは異なるので注意を要する。European CouncilはEUの元的首脳会議であるが、現在はEU条約上の政治的最高の意思決定機関である。
- (68) EEC Treaty Article117 sets out: inspiration should be drawn from the Conventions of the International Labour Organization and from the European Social Charter of the Council of Europe.

(69) なお、イギリスとポーランドは「EU基本権憲章のポーランドおよびイギリスへの適用に関する議定書」の第一条によれば、同基本権憲章がEU司法裁判所と両国の裁判所が両国の法令等について基本権違反を認定する権限を拡張するものでないと定めている。庄司克宏編『EU法 実務篇』（岩波書店、二〇〇八年）三五六―五八頁参照。

(70) アルビン・エーザー (A.Eser) 著、高柴優貴子、松倉治代西本健太郎（共訳）、「EU基本権憲章における刑法および刑事手続のための人権保障」立命館法学二〇〇九年一号（三二三号）一三六頁。

(71) これはEU市民に限られない。EU領域に滞在する者にも開かれている。「域内に長期滞在する第三国人と比べ、EU市民権は特権付与的だとする批判を緩和し、憲章全体のユニバーサルな性格を前面に出して、より開かれた市民権のイメージを提示している」と評価がある。安江、前掲論文一九一頁。

(72) 八条は個人の情報アクセス権ではなく、データの保護である。

(73) 山本直「第三章 EUの原則および政策に関する改革」、鷺江前掲書所収、五六―七頁参照。

(74) 庄司克宏前掲『EU法 基礎篇』一一五頁、一六一頁以下参照。

(75) 山本前掲論稿、五九頁参照。

(76) この議定書は二か条で構成されている。第一条第一項では、ポーランドとイギリスの国内における「法令、規則、行政規程」が憲章に整合しないということを両国の国内裁判所およびEU司法裁判所が判断することを除外している。また、第二項では、経済的および社会的権利について規定する憲章の第四編は司法判断適合性の権利を創出しないとしている。

日EU経済連携協定における相互承認原則の比較法的考察

庄 司 克 宏

はじめに

日本はEU韓国自由貿易協定 (the EU-Korea Free Trade Agreement (FTA)、『二〇〇九年一〇月一五日仮署名、二〇一一年七月一日暫定発効』) により予想される対EU貿易関税面の不利な影響に衝撃を受け、欧州連合 (EU) との「経済連携協定」 (Economic Partnership Agreement: EPA) 交渉を開始するカードとして非関税障壁の削減を提示することにより、EU側の関税撤廃を目論んだ。EPAとは、二以上の国または地域との間で自由貿易協定 (FTA) の要素 (物品およびサービス貿易の自由化) に加え、人の移動や投資、政府調達、二国間協力等の貿易以外の分野を含めて締結される包括的な協定をいう。^①これに対してEUは、非関税障壁の削減が日本における市場アクセスを改善するものとみなし、一定項目での関税水準の引き下げの可能性を示唆した。このようにして日EUは非対称的なゲームを行っているが、

非関税障壁の撤廃が交渉の重要項目となっている。⁽²⁾

本稿は、以上のような状況を踏まえ、複数国間で非関税障壁を撤廃する有力な手段の一つとされている相互承認原則に焦点を当て、その事例としてEU域内市場とトランス・タスマン相互承認取り決めの二つを比較法的に考察することである。⁽³⁾ なお、議論を簡潔なものとするため、本稿では考察の対象を物品貿易に限定する（ただし、その結果得られた考察はサービス貿易等にも原則として適用可能である）。また、相互承認の考察対象として実体的ルール（substantive rules）を扱う「実体的相互承認」に限定する。適合性評価といった手続的な側面に限られる日EU相互承認協定等の⁽⁴⁾「手続的相互承認」は、それだけでは非関税障壁の撤廃のために十分ではないため検討の対象とはしない（ただし、実体的相互承認は手続的相互承認を伴うのが通常である）。

EU域内市場における相互承認原則

「相互承認原則」⁽⁵⁾（mutual recognition）とは、輸入国におけるホスト・ステート・コントロール（host state control）および差別禁止（内国民待遇）を基本原則とする場合に発生するルールの「二重の負担」（図1参照）を回避するため、「二加盟国において適法に生産され、取り引きされている限り、当該産品が他の加盟国においても輸入を認められるべきである」ことをいう（後述）。

しかし、原産地国のルールが常にそのまま輸入国で通用するというわけではない。むしろ相互承認原則は、自由貿易と公益上正当な目的との間でバランスをとるため、適用範囲を限定すること（たとえば物の貿易に限定し、サービス貿易には適用しないとする）、ルール間で一定の調和を導入すること、既存の国際調和ルールを適用すること、明文で

図1 差別禁止原則の下における二重の負担



(出所：Katuhiro Shoji, “The EU Models of Mutual Recognition and Transnational Market Governance: A Legal Analysis” in Sung-Hoon Park and Heungchong Kim (eds.), *Regional Integration in Europe and Asia: Legal, Economic, and Political Perspectives*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2009, pp.151-172 at 153.)

適用除外を設けること、ルール間に機能的同等性があることを条件とすること、経過期間を設定することなど、様々な条件とともに実施されるのが通常である。⁽⁶⁾このように、相互承認原則は様々な仕方です「管理」されている。⁽⁸⁾

EUでは市場統合のプロセスにおいて、EU法の直接効果と国内法に対する優越性を中核とする超国家的法秩序が確立されている。EU司法裁判所は、次のとおり、主権の（部分的な）制限または委譲に言及している。

「固有の諸機関、固有の「法」人格、固有の法的能力及び国際的次元における代表能力、並びに一層顕著な点として主権の制限すなわち諸国家から共同体への権限の委譲に由来する実在の権限を有し、期間に定めのない共同体を創設することにより、加盟国は限られた分野においては、あるが自己の主権的権利を制限したのであり、そのようにして国民及び加盟国自体を拘束する法体系を創設したのである。」⁽⁹⁾（筆者注…共同体は現在のEUに当たる。）

このような超国家的法秩序の下でEUは、「物、人、サー

ビス及び資本の自由移動が：確保される内部に国境のない領域を構成する」域内市場を有している（EU機能条約第二六条二項）。EU司法裁判所の判例法によりEU法の国内法に対する優越性が確立されていることを背景として、加盟国の意思にかかわらず、域内市場では「垂直的」（vertical）相互承認原則が機能している。

物品貿易の分野では、非関税障壁に関する条約規定が存在する。それによれば、明文（EU機能条約第三六条）⁽¹⁰⁾ または判例法上の「不可避的要請」⁽¹¹⁾に基づく適用除外事由と比例性原則により正当化されない限り、「輸入に対する数量制限及び同等の効果を有するすべての措置は、加盟国間で禁止される」（EU機能条約第三四条）。同規定は、国内裁判所が保護しなければならない個人の権利を創設する直接効果を有し、⁽¹³⁾それに抵触する国内法は適用排除される。⁽¹⁴⁾

「同等の効果を有する措置」とはいわゆる非関税障壁を意味するが、EU司法裁判所はこれを最大限広く解釈し、定義している（事件名にちなんでダッソンヴィル（Dassonville）基準と呼ばれる）。すなわち、「加盟国により制定され、⁽¹⁵⁾「EU」域内貿易を直接又は間接的に、現実又は潜在的に妨げる可能性のあるすべての商取引規則は、数量制限と同等の効果を有する措置とみなされうる」。このように定義される「同等の効果を有する措置」⁽¹⁶⁾の範囲は、現在ではEU司法裁判所により次のように説明されている。

「加盟国がとる措置がその目的又は効果として他の加盟国の産品を不利に扱う目的又は効果を有する場合、また、国内立法の調和が存在しない場合に、たとえすべての産品に同様に適用されるとしても他の加盟国で適法に製造されかつ取り引きされている産品に、かかる産品が充足すべき要件を定める規則を適用する結果として物の自由移動に対する障壁が生じるならば、EC条約第二八条「現EU機能条約第三四条」の目的における「輸入に対する数量制限と同等の効果を有する措置」とみなされなければならないということに留意しなければならない。一加盟国の市場への

他の加盟国の製品のアクセスを妨げる他のいかなる措置もまた、その概念に含まれる。⁽¹⁷⁾

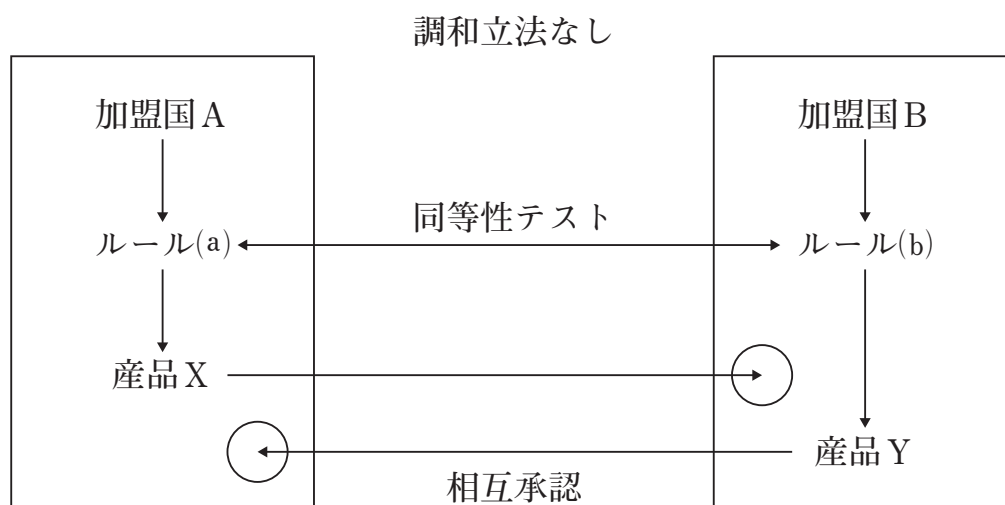
それゆえ、「同等の効果を有する措置」⁽¹⁸⁾には三つの類型が存在する。第一に差別的措置（直接的差別）、第二に産品要件を規制する非差別適用措置（indistinctly applicable measures）、⁽¹⁹⁾第三に市場アクセスを妨げる措置である。⁽²⁰⁾逆に言えば、これらは三つの原則、すなわち、第一に差別禁止、第二に他の加盟国で適法に製造されかつ取り引きされている産品の相互承認、第三にEU産品の国内市場への自由なアクセスの確保という原則にそれぞれ対応している。⁽²¹⁾

とくに、産品要件を規制する非差別適用措置（二重の負担を生じる）に関する、他の加盟国で適法に製造されかつ取り引きされている産品の相互承認という原則は、カシス・ド・ディジョン判決において確立されたものであり、⁽²²⁾「一加盟国において適法に生産され、取り引きされている限り、当該産品が他の加盟国においても輸入を認められるべきである」ことをいう。⁽²³⁾それは、EUレベルでの各国法の調和が当該分野において存在しない場合、原産地国規制を原則とすること、また、その一方で、各加盟国の事情に応じて例外的に明文の適用除外または「不可避的要請」に基づき正当化され、かつ、比例性原則を充たすならば、輸入国規制を認めることを意味する。⁽²⁴⁾

そのため、EU司法裁判所により確立された相互承認原則は純粹の原産地国規制を意味するものではなく、例外としての輸入国規制を伴っている。しかし、原産地国と輸入国の間で当該措置の規制目的が同等であることが検証されるならば「二重の負担」となり、輸入国規制を援用することはできない。⁽²⁵⁾このように同等性の検証を伴うタイプの相互承認は「司法的相互承認」⁽²⁶⁾と呼ばれる（図2参照）。

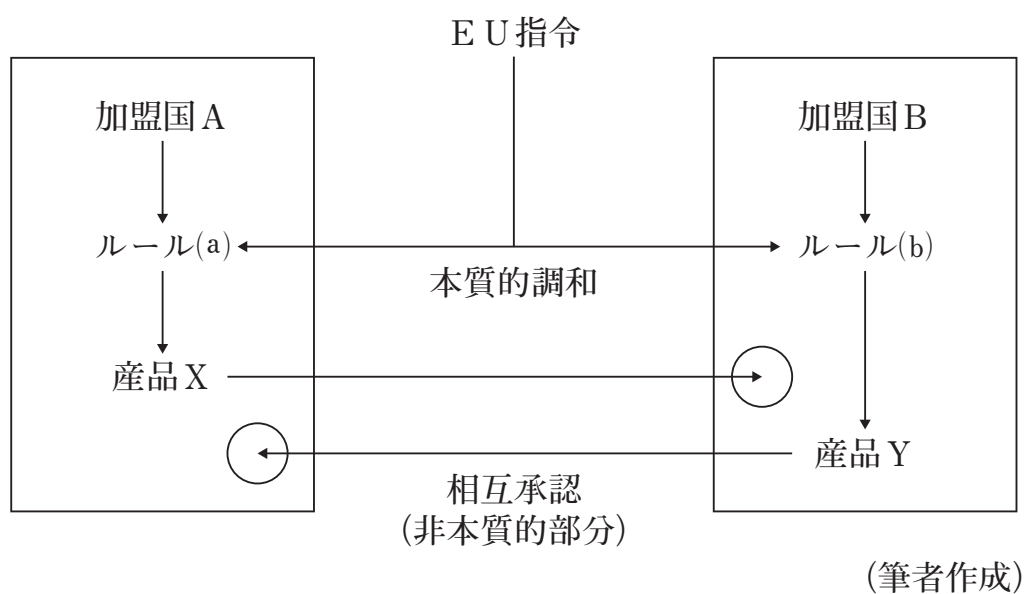
それに加え、EUには「立法的相互承認」⁽²⁷⁾あるいは「規制的相互承認」⁽²⁸⁾と呼ばれるタイプも存在する。これは、国内規制の安全および健康面に限定する「本質的調和」ならびに「本質的」でない部分の相互承認の組み合わせによる

図2 EUにおける司法的相互承認



(出所：Katuhiko Shoji, “The EU Models of Mutual Recognition and Transnational Market Governance: A Legal Analysis”, *op. cit.*, p.158.)

図3 EUにおける立法的相互承認



「新アプローチ」(the “New Approach”)⁽²⁹⁾に基づくEU指令において用いられている⁽³⁰⁾。EU指令は理事会が(税制、人の自由移動および労働者の保護を除き)特定多数決で決定を行い、かつ、欧州議会との共同決定による「通常立法手続」で採択される⁽³¹⁾。

トランス・タスマン相互承認取り決め

(1) 背景

EUの前身である欧州経済共同体(EEC)が域内市場完成白書およびその目標を達成するための基本条約改正としての単一欧州議定書により、物・人・サービス・資本の自由移動から成る域内市場を一九九二年末までに実現するべく着々と準備をしていたとき、当時(一九八三年―一九九一年)オーストラリア首相の地位にあったホーク(Robert James Lee (Bob) Hawke)は、欧州の域内市場が一九九二年に実現されると「オーストラリアの州の間よりも欧州経済共同体の加盟国の方が貿易障壁は少なくなるだろう⁽³²⁾」と語った。

その背景には、オーストラリア連邦憲法⁽³³⁾の「連邦内における貿易の自由」に関する第九二条(Section 92 on “Trade within the Commonwealth to be free”)および同条に関する判例法が存在した。第九二条は、「統一関税の賦課につき、州の間の貿易、通商及び取引は、内陸輸送によるか海洋航行によるかを問わず、絶対的に自由である⁽³⁴⁾」と定めているが、オーストラリア連邦最高裁判所(the High Court of Australia)は、*Cole v. Whitfield*事件判決⁽³⁵⁾において次のように解釈している。

「租税的措置及び非租税的措置の双方に関して、歴史及び文脈ともに、第九二条に基づき州際通商に対して保障さ

れる自由は、上述の保護主義的な意味における差別的負担からの自由であるというアプローチを支持している。⁽³⁶⁾」

その結果、「オーストラリア憲法が州の間の貿易障壁を撤廃することにより途切れることのない国内経済を創出する意図であるのに反して、規制の相違という形の非関税障壁が八つの別々の市場を生じさせた⁽³⁷⁾」のである。

このような状況を克服するため、オーストラリアは、一九九二年五月一日、連邦、州および準州 (territories) の間で「相互承認協定」 (the Mutual Recognition Agreement: MRA)⁽³⁸⁾ を結ぶことにより自国市場に相互承認制度を導入することとした。次いで、そのための連邦法が制定され (the Mutual Recognition Act 1992)⁽³⁹⁾、各当事者がそれを採択する立法により相互承認制度を実施した⁽⁴⁰⁾。MRAは、「オーストラリアの国内市場において物品及びサービス提供者の自由移動を促進するために物品及び職業に関わる相互承認原則を実施する制度を確立すること」 (Recital A)⁽⁴¹⁾ を目的とする。

他方、MRAが署名される以前に、オーストラリアとニュージーランドは「経済関係緊密化貿易協定」 (the Closer Economic Relations Trade Agreement: CER)⁽⁴²⁾ により自由貿易地域を創設していた (一九八三年発効)。CERの下で両国は、一九九〇年代半ばまでに関税障壁を撤廃し、多くの非関税障壁を削減することに成功するとともに、サービス貿易に関するCER議定書⁽⁴³⁾により多くのサービス分野で自由貿易を達成していた。しかし、産品基準 (product standards) や職業登録 (occupational registration) のような規制上の障壁が残存していた⁽⁴⁴⁾。そのような問題に対処するため、オーストラリアの当事者 (連邦、州および準州) は、MRAに署名した際、ニュージーランドの参加の可能性について検討すること⁽⁴⁵⁾ に合意した。

両国間で交渉が重ねられた後、「トランス・タスマン相互承認取り決め」 (Trans-Tasman Mutual Recognition Arrangement: TTMR A)⁽⁴⁶⁾ が一九九六年に署名された⁽⁴⁷⁾。TTMR Aは、オーストラリア連邦政府、州政府および準州政府

ならびにニュージーランド政府の間の「非条約合意」(a non-treaty agreement)⁽⁴⁸⁾であった。そのため、一九九八年五月一日に発効するTTMRA⁽⁴⁹⁾を国内実施するため、両国は各々「一九九七年トランス・タスマン相互承認法」(the Trans-Tasman Mutual Recognition Act 1997)⁽⁵¹⁾という名称の立法を制定した。TTMRAはCERの「論理的拡張」とみなされ、また、オーストラリアのMRAの「自然な増築」であるとされた。TTMRAはオーストラリアのMRAと可能な限り整合性を有するべきであることが意図されている⁽⁵²⁾(Recitals D and F, TTMRA)。

両国はまた、最近、証券公募・売出相互承認協定⁽⁵³⁾(二〇〇六年二月二二日署名、二〇〇八年六月二三日発効)およびトランス・タスマン裁判所手続・規制遵守確保相互承認協定⁽⁵⁴⁾(二〇〇八年七月二四日署名)を締結することにより、相互承認およびそれに関連する協力の範囲を拡大している⁽⁵⁵⁾。

(2) 構成

トランス・タスマン相互承認取り決め(TTMRA)は、八つのリサイタル(Recital)、一五の部(Part)、四つのスケジュール(Schedule)および五つの附属書(Annex)で構成されている。

リサイタルは、趣旨(第A条)、目的(第B条)、諒解事項(第C―F条)、原則(第G、H条)から成る。

第I部は参加当事者、第II部は用語の解釈、第III部は取り決めの国内履行方法を定めている。また、第IV部には物品に関するスキームの実施規定、第V部には職業に関するスキームの実施規定が置かれている。第VI部は閣僚評議会による基準または規則の決定に関する手続的規定である。次いで、第VII部はTTMRAからの「除外」、第VIII部は「永続的適用免除」、第IX部は「トランス・タスマン協力プログラム」と「特別適用除外」を規定している。さらに、

第X部はTTMRA以外のトランス・タスマン協力との関係、第XI部は政府首脳に関する制度的取り決め、第XII部はTTMRAの見直し規定、第XIII部はスケジュール改正規定、第XIV部はTTMRA国内履行立法の改正規定、第XV部はTTMRAからの脱退規定を定めている。

次に、第一スケジュールは各当事者によるTTMRAからの「除外」リストであり、第二スケジュールは同じく「永続的適用除外」リスト、第三スケジュールは「特別適用除外」リストである。以上はすべて物品の分野に関するものであるが、第四スケジュールは職業における適用除外リスト（医師のみ）である。

最後に五つの附属書は「特別適用除外」の対象物に関する細則（既存規制要件の範囲、制度的取り決め、特別適用除外に服する立法）を定めている。第一附属書は「療法用品」、第二附属書は「有害物質」「工業用化学物質」および「危険品」、第三附属書は「電磁両立性」および「無線通信基準」、第四附属書は「路上走行車」、第五附属書は「ガス器具」についての細則である。

(3) TTMRAにおける政策決定および国内法との優劣関係

TTMRAに関する政府首脳 (Heads of Government) レベルの政策決定は、連邦政府および各州・準州の首相で構成されるオーストラリア政府間評議会 (the Council of Australian Governments) においてなされ、ニュージーランドはTTMRAに関わる事項について対等な資格でそれに参加し、投票権を有する (11.1, TTMRA)。政策決定方式は、議題に応じて、全会一致または三分の二以上の多数決である (7.2, 8.2 9.2.2, 9.2.3, TTMRA)。

また、閣僚レベルでもニュージーランドは、オーストラリアの連邦政府および各州・準州の閣僚から成る閣僚評議

会 (a Ministerial Council) が T T M R A に関わる事項を扱う場合、対等な参加資格および投票権を有する (6.1, TTMRA)。閣僚評議会は三分の二以上の多数決で決定を行う (6.3, TTMRA)。

ニュージーランドから見ると、オーストラリア政府間評議会および閣僚評議会が三分の二の多数決で決定を行う場合、ニュージーランドは多数決で敗れる可能性が常にある。しかし、通常はコンセンサスで決定がなされると言われている。⁽⁵⁷⁾

さらに、T T M R A を国内実施するためのニュージーランドの一九九七年トランス・タスマン相互承認法 (the Trans-Tasman Mutual Recognition Act 1997) は、その適用に関する第五条で次のように規定している。

「ニュージーランドのすべての法は、同法又は本法が明示的に他の規定を置いていない限り、本法に服して解釈されなければならない。」

物品に関するトランス・タスマン相互承認原則、職業に関するトランス・タスマン相互承認原則及び本法の規定は、いかなる種類及びいかなる目的の手續においても斟酌されることができる。」

このように第五条の規定は、(国内実施法を通じて) T T M R A の優越性を定めているように見える。しかし、同法第六条には、ニュージーランドは相互主義 (reciprocity) に基づき国内実施法を廃止することにより T T M R A の効果を停止することができるという点で、ニュージーランド (およびオーストラリア) の主権は究極的に保障されていることが示されている。なお、オーストラリアの一九九七年トランス・タスマン相互承認法 (the Trans-Tasman Mutual Recognition Act 1997 (Cwlth)) も、第五条および第七条にニュージーランド法と同様の規定を置いている。⁽⁵⁸⁾

(4) 物品の分野における相互承認

① 基本原則

物品に関する基本原則は、「いずれのオーストラリアの当事者の管轄においても適法に販売されうる物品 (Goods)⁽⁵⁹⁾ はニュージーランドで販売されうる、また、ニュージーランドで適法に販売されうる物品はいずれのオーストラリアの当事者の管轄においても販売されうる」ということである (Recital G(1), TTMR A)⁽⁶⁰⁾。その結果、物品はそれが生産されるかまたは輸入のために通過する管轄において適用される基準 (standards) または規則 (regulations)⁽⁶¹⁾ にのみ適合する必要がある (4.1.1, TTMR A)。

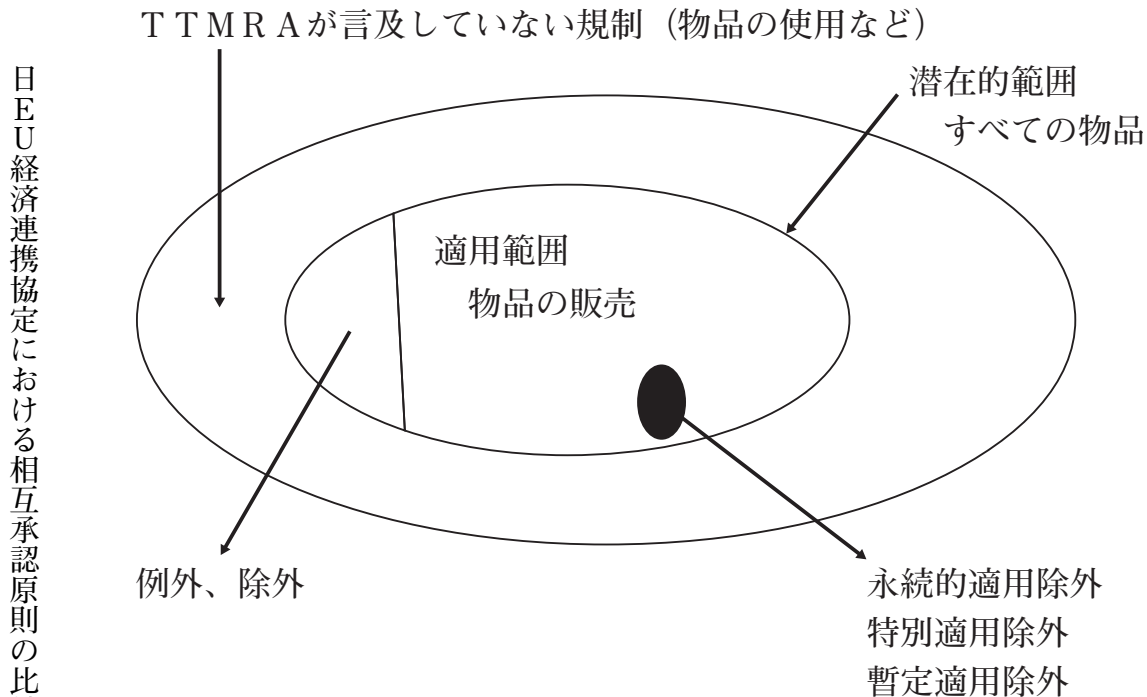
相互承認原則は、物品の販売にのみ関わるため、物品の使用を規制する法令 (物品が使用できるまたは使用できない特定の条件を定める法令であって、特定に状況における特定の物品の使用禁止を含む) には適用されない (図4参照)。しかし、物品の使用規制が他の管轄から輸入される物品の販売を妨げまたは制限するような形で物品の特徴を定めている事例が報告されている。⁽⁶²⁾

② 適用除外

基本原則からの明文の適用除外が五種類存在する (図5参照)。ただし、TTMR A当事者の意図として「取り決めからの適用除外 (exemptions) 及び除外 (exclusions)⁽⁶³⁾ は可能な限り最小限にとどめる」(12.1.3, TTMR A) とされている。

第一に、以下の事項は「例外」 (exceptions)⁽⁶³⁾ としてTTMR Aの範囲外にある。ただし、差別禁止に服する (4.1.3, TTMR A)。(イ)「物品の販売態様又は販売者が事業を行う態様若しくは行うよう要求される態様」。たとえば、「物品販

図4 トランス・タスマン相互承認取り決め（TTMRA）の適用範囲（物品の場合）



（出所：Productivity Commission, *Review of Mutual Recognition Schemes*, Australian Government, January 2009, p.17.）

売の契約面」、「販売者又は職業に従事している他の者の登録」、「事業ライセンス免許の要件」、「物品が販売されるか又は販売されない相手方」、「物品が販売されるか又は販売されない状況」である。

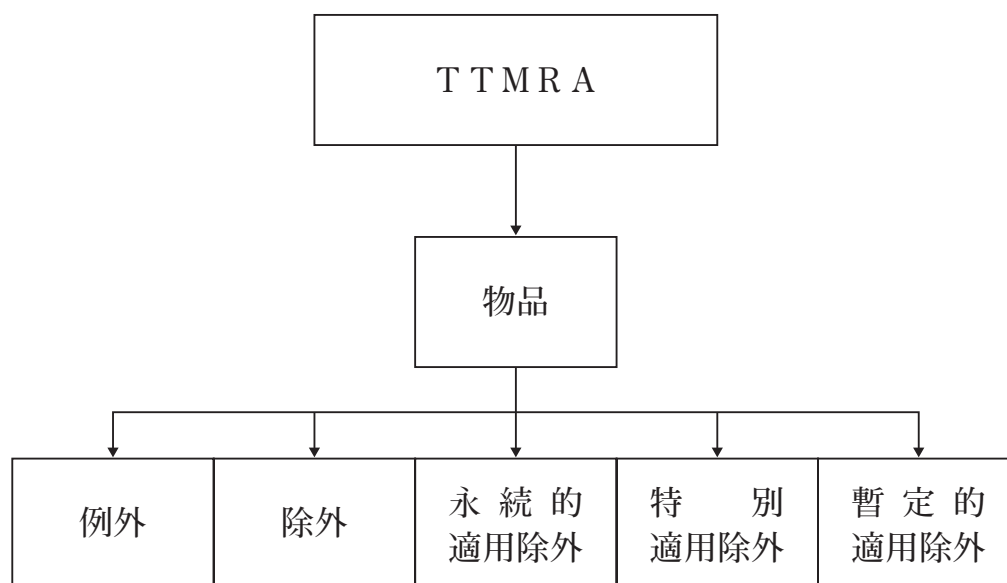
（ロ）「物品の輸送、貯蔵又は取り扱い」。ただし、公衆衛生、安全および環境に関する事項に限られる。

（ハ）「物品の検査」。ただし、「検査が物品の販売の前提条件ではない」場合であつて、公衆衛生、安全および環境に関する事項に限られる。

第二に、「除外」（exclusions）として、次の分野はTTMRAから除かれる。すなわち、（イ）税関審査および関税、（ロ）知的財産権、（ハ）税制、（ニ）「物品の販売に関わる要件」に関連する他の特定の国際的義務、である。

第三に、「永続的適用除外」（permanent exemptions）という類型が存在する。それは相互承認原則に潜在的には含まれるが、TTMRAの各当事者が同原則を適用すべきではないと決定したものである（8.1, TTMRA）。この

図5 物品貿易におけるトランス・タスマン相互承認取り決め（TTMRA）の適用範囲



（出所：Productivity Commission, *op. cit.*, p.20. 筆者により一部修正。）

リストへの追加には全会一致が必要とされる（8.2, TTMRA）。この類型に含まれる事項は、たとえばニュージーランドでは次のとおりである。検疫、絶滅危惧種、銃器類、花火、賭博機械、猥褻物、オゾン層保護、農業・畜産用化学物質、放射能保護。⁶⁴

第四に、TTMRAの適用開始日から一二カ月間のみ許容される「特別適用除外」（special exemptions）も存在する（9.2.1, TTMRA）。その期限が経過した後は、相互承認、調和または永続的適用除外のいずれかに服する（9.1.2, 9.2.1-9.2.3, TTMRA）。それは規制上の相違をなくするのが困難な分野のために設けられた「トランス・タスマン協力プログラム」（PartX, TTMRA）に含まれる事項であるが、同プログラムを完了するために一二カ月間の追加的時間が猶予される（9.1.1, 9.1.5, 9.2.1, TTMRA）。特別適用除外の対象は限定列举されており、療法用品（therapeutic Goods）、有害物質、工業用化学物質および危険品（hazardous substances, industrial chemicals and dangerous Goods）、電磁両立性（electromagnetic compatibility）および無線通信基準（radiocommunications standards）、路上走行車（road vehicles）およ

びガス器具 (gas appliances) である (9.1.3, TTMR A)⁽⁶⁵⁾。

第五に、人の健康および安全ならびに環境保護に基づく「暫定的適用除外」(temporary exemptions) が最長一二カ月間に限定して認められる (4.2.1 and 4.2.2, TTMR A)。

③ 紛争解決手続

第一に、物品の分野において、行政当局の決定に対する特定の上訴手続は存在しない⁽⁶⁶⁾。裁判所への通常の訴訟手続が利用可能である。物品の販売に関する法令違反で起訴された場合、個人は相互承認原則の適用を防禦として主張することができる⁽⁶⁷⁾。

第二に、暫定的適用除外の場合、その期間が終了する前に、閣僚評議会は当該物品に基準が適用されるべきか否か、および、適用されるべき場合にはその基準を決定するよう努める。あるいは、閣僚評議会は当該物品が永続的適用除外の対象とされるよう政府首脳（ニュージーランドが参加するオーストラリア政府間評議会）に勧告することができる (4.2.2, TTMR A)。閣僚評議会は三分の二以上の多数決で決定を行う (6.3, TTMR A)。

第三に、TTMR A 参加当事者（オーストラリア連邦、州・準州およびニュージーランド）は、いかなる時点においても、実質的に人の健康および安全を保護する目的または環境汚染を防止、最小化もしくは規制する目的で、他の参加当事者の管轄の下で物品に適用可能な基準の問題を、閣僚評議会に付託することができる。閣僚評議会はその付託を受理してから一二カ月以内に、当該物品について基準が設定されるべきか否か、および、設定されるべき場合にはその基準を決定するよう努める (4.3, TTMR A)。閣僚評議会は三分の二以上の多数決で決定を行う (6.3, TTMR A)。

上記第二および第三の場合に関連して、閣僚評議会はTTMRAに基づき、物品（および職業）に関する基準を決定することができる（6.2, TTMRA）。その際、可能な場合には常に、国際貿易で共通に受諾されている基準に合わせる（6.4, TTMRA）。閣僚評議会は、特定の基準または規則（いずれかの物品の販売が禁止されるべきか否かを含む）がある物品に適用されるべきであるという合意がなされる場合、参加当事者の政府首脳（ニュージーランドが参加するオーストラリア政府間評議会）に対し、当該基準または規則が合意されるよう勧告すべきであるとされている。同勧告に対して三カ月以内に政府首脳の三分の一以上による不承認がない限り、参加当事者は同勧告を実施するために必要な行動を可及的速やかにとる（6.5, TTMRA）。

結 語

EU域内市場では、EU司法裁判所の判例法により確立された司法的相互承認および特定多数決に基づく立法的相互承認とも、それぞれ超国家的（supranational）である。そのような意味において、両方のタイプの相互承認はいずれも「垂直的」（vertical）である。相互承認の「垂直的」性格はEUに特有に見られるものである。もし「垂直的」相互承認がEU以外の地域で機能するとすれば、少なくとも二つの条件を充たす必要があると考えられる。第一に政府間および国民間の相互信頼であり、第二に相互承認を管理運営するためのトランスナショナルな司法および立法制度が機能することである。⁽⁶⁸⁾「垂直的」相互承認は非関税障壁の削減に効果的であるが、⁽⁶⁹⁾司法的あるいは立法的を問わず他の地域に「移植」⁽⁷⁰⁾することはほとんど不可能または極めて難しいと言える。

ある研究によれば、EU域内市場における相互承認制度とトランス・タスマン相互承認取り決めについて、次のよ

うに結論されている。

「残念ながら、EUはその最も顕著な法的革新の一つである相互承認原則の不適切な実施者 (a bad enforcer) となっている。一九八〇年代半ば、EUは欧州司法裁判所のカシス・ド・ディジョン判決を完全に利用し、すべての物品が「無条件な」相互承認に含まれると宣言する歴史的好機を逸し、暫定的または永続的な例外の「ネガティブ・リスト」を組み込んでしまった。：

二〇年後、オーストラリアとニュージーランドは一九九八年のトランス・タスマン相互承認取り決め (T T M R A) を実施した際、カシス・ド・ディジョン判決の「EUより」適切な実施者 (a better enforcer) となった。：一定の物品または規制を相互承認から適用除外する「ネガティブ・リスト」はそのような適用除外を可視的にするという多大な追加的利点を有しており、それゆえ双方の側にそれらを定期的に審査するよう強い圧力が働いている。⁽⁷¹⁾

このように、遵守確保 (enforcement) の点で、超国家的な法秩序の下での「垂直的」相互承認が、主権の委譲を伴わない「水平的」相互承認より必ずしも優れているわけではないことが示されている。その理由として考えられるのは、T T M R Aにおける「水平的」な相互承認の範囲がEUの「垂直的」相互承認よりもずっと限定的であり、かつ、適用除外が明文で広い範囲に認められているという点である。また、T T M R Aにおいては、そのための司法制度はとくに設定されていない。⁽⁷²⁾

以上の点から、日EU経済連携協定における非関税障壁の撤廃問題では、トランス・タスマン型のアプローチを採用し、相互承認原則の適用分野を限定的な範囲から始め、質および相互信頼の向上を伴いつつ漸進的に拡張するという方法が望ましいと判断される。

相互承認原則を通じてお互いの利益が融合されることにより、日本の消費者とEUの生産者および日本の生産者とEUの消費者の間にトランスナショナルな連携関係が成立し、一部の利益団体の特殊利益を反映する国内規制を排除することができるかもしれない。⁽⁷³⁾

(1) 拙稿「日EU間FTAと相互承認原則―トランス・タスマン・モデルの可能性―」『貿易と関税』第五八巻一〇号、二〇一〇年(二六―四五頁)三〇頁。

(2) 二〇一一年五月二八日ブリュッセル(ベルギー)で行われた第二〇回EU日定期首脳協議の共同プレス声明では、以下の点が合意されている。

「二〇一〇年四月二八日に東京で行われた前回の定期首脳協議は、合同ハイレベル・グループに、EU日関係のあらゆる側面を包括的に強化し、それを実行に移す枠組みを定めるための選択肢を示すことを委ねた。

この作業を踏まえ、EU日首脳は、

・関税、非関税措置、サービス、投資、知的財産権、競争及び公共調達を含む双方の全ての共有された関心事項を取り扱う、深くかつ包括的な自由貿易協定(FTA)／経済連携協定(EPA)及び…
 についての並行した交渉のためのプロセスを開始することに合意した。

EU日首脳は、このため、双方が、両方の交渉の範囲及び野心のレベルを定めるために議論を開始することを決定した。かかるスコーピングは、可能な限り早期に実施される。

これに並行して、欧州委員会は、成功裏のスコーピングに基づき、これらの協定の交渉のために必要な権限を求める。」(傍点筆者)

このように、非関税障壁が交渉の柱の一つとして取り上げられ、その範囲の画定(スコーピング)が行われている。以上に

つき「第二〇回EU日定期首脳協議 ブリュッセル、二〇一一年五月二八日共同プレス声明」全文仮訳 (available at http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/eu/shuno20/press_y.html, accessed November 7, 2011) 参照。

(3) 本稿は、前掲拙稿「日EU間FTAと相互承認原則——トランス・タスマン・モデルの可能性——」および拙稿「トランス・タスマン相互承認取り決め」の法的性格」『法学研究』(慶應義塾大学) 第八四巻一号、二〇一一年(二二九—二五二頁)を基に加筆し発展させたものである。なお、国際経済法における一般的な先行研究として、内記香子「地域貿易協定における「技術的貿易障壁」の取り扱い——相互承認の制度を中心として——」『経済産業研究所ディスカッションペーパー』(RIETI Discussion Paper Series) 06-J-042、二〇〇六年(入手先 <http://www.rieti.go.jp/publications/dp/06j042.pdf>、二〇一一年一月七日アクセス) がある。

(4) Katuhiro Shoji, “The EU Models of Mutual Recognition and Transnational Market Governance: A Legal Analysis” in Sung-Hoon Park and Heungchong Kim (eds.), *Regional Integration in Europe and Asia: Legal, Economic, and Political Perspectives*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2009, pp.151-172 at 164-167.

(5) Miguel P. Maduro, *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pp.103-149; Katuhiro Shoji, *op. cit.*, pp.151-172.

(6) Markus Möstl, “Preconditions and Limits of Mutual Recognition”, *Common Market Law Review*, Vol.47, No.2, 2010, pp.405-436 at 407, 435.

(7) Kalypso Nicolaidis, “Trusting the Poles? Constructing Europe through Mutual Recognition,” *Journal of European Public Policy*, Vol.14, No.5, pp.682-698 at 683, 684.

(8) Kenneth A. Armstrong, “Mutual Recognition” in Catherine Barnard and Joanne Scott (eds.), *Competence*” in Catherine Barnard and Joanne Scott (eds.), *The Law of the Single European Market Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford, 2002, pp.225-267.

(9) Case 6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* [1964] ECR 585 at 593.

- (10) 「第三四条及び第三五条の規定は、公共道德、公の秩序、公共の安全、人間及び動物の健康及び生命の保護若しくは植物の保存、芸術的、歴史的若しくは考古学的価値を有する国民的文化財の保護又は工業的及び商業的財産権の保護を理由として正当化される輸入、輸出又は通過に対する禁止又は制限を妨げるものではない。ただし、かかる禁止又は制限は加盟国間の貿易における恣意的な差別の手段又は隠蔽された制限となつてはならない。」
- (11) *Case 120/78 Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)* [1979] ECR 649, para. 8によれば、「問題となつている產品の取引に関する国内法の相違から生じる [EU] 内での移動に対する障壁は、それらの規定が特に税務監察の実効性、公衆衛生の保護、商取引の公正及び消費者保護に関する不可避的要請 (mandatory requirements; des exigences imperatives) を充たすために必要と認められうる限りにおいて、受け容れられなければならない。」
- (12) 加盟国の措置が「同等の効果を有する措置」に該当する場合でも、直接的差別の場合は明文の適用除外事由、また、それ以外の場合には明文の適用除外事由または判例法上の「不可避的要請」に基づいて正当化され、かつ、比例性原則を充足するならば、許容される。この点について、庄司克宏著『EU法 政策篇』岩波書店、二〇〇三年、一八—二二頁参照。
- (13) 庄司克宏「欧州司法裁判所とEC法の直接効果—理論的再検討」『法律時報』第七四卷四号、二〇〇二年（二四—二〇頁）。
- (14) *Case 106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA* [1978] ECR 629, paras. 17-24.
- (15) *Case 8/74 Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville* [1974] ECR 837, para. 5.
- (16) ケック (Keck) 判決により、「同等の効果を有する措置」の範囲から一定の「販売取り決め」が除外されることにより、ダッソンヴィル基準が修正された。すなわち、販売取り決めは、第一に当該国内措置が国内領域内で活動するすべての関連取引業者に適用され、かつ、第二に当該国内措置が国産品および他の加盟国からの輸入品の取引に法においても事実においても同様に影響を及ぼすという条件が充足されるときに、輸入品の市場アクセスを妨げ、または国産品よりもアクセスを損なうようなものではないならば、「同等の効果を有する措置」として捕捉されない (Cases C-267/91 and C-268/91 *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, op. cit., paras. 16, 17. *Case C-405/98 Gourmet International*

Products [2001] ECR I-1795, para. 18)°

- (17) Case C-142/05 *Mickelsson and Roos*, [2009] ECR I-4273, para. 24; C-110/05 *Commission v. Italy (trailers)* [2009] ECR I-519, paras. 33-37.
 - (18) Alina Tryfonidou, “Further Steps on the Road to Convergence among the Market Freedoms,” *European Law Review*, Vol.35, No.1, 2010, p.47, 48.
 - (19) 少なくとも法のうえでは差別がない措置であり、無差別および間接的差別を含む概念である。庄司克宏著、前掲書一八頁参照。
 - (20) 市場アクセスの概念については判例上明確でない。この点につき Jukka Snell, “The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?”, *Common Market Law Review*, Vol.47, No.2, pp.437-472 参照。
 - (21) Case C-110/05 *Commission v. Italy*, op. cit., para. 34.
 - (22) Case 120/78 *Reue-Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, op. cit., para. 14.
 - (23) 庄司克宏「EU域内市場政策―相互承認と規制権限の配分」、田中俊郎・庄司克宏編『EU統合の軌跡とベクトル』慶應義塾大学出版会、二〇〇六年所収（一一一―一二七頁）一一一、一二二頁。
 - (24) 庄司克宏著、前掲書二〇頁。
 - (25) 庄司克宏「EU域内市場政策―相互承認と規制権限の配分」前掲、一一九―一二二頁。
 - (26) Jacques Pelkmans, “Mutual Recognition in goods. On Promises and Disillusions,” *Journal of European Public Policy*, Vol.14, No.5, pp.699-716 at 702.
 - (27) Matteo Ortino, “The Role and Functioning of Mutual Recognition in the European Market of Financial Services,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.56, Issue 2, 2007, pp.309-338 at 321-326.
 - (28) Jacques Pelkmans, op. cit., p.702, 703.
 - (29) 新アプローチの「現代化」のため関連EU法令の改正が行われ、「新立法枠組み」(the New Legislative Framework)に
- 日EU経済連携協定における相互承認原則の比較法的考察（庄司）

組み込まれている。これについては稿を改めて検討することとしたい。なお、「新立法枠組み」の詳細については、“New Legislative Framework for marketing of products” (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/regulatory-policies-common-rules-for-products/new-legislative-framework/index_en.htm) 参照。

(30) 庄司克宏「EU域内市場法の仕組み」、庄司克宏編『EU法 実務篇』岩波書店、二〇〇八年所収（一一二頁）一二三—一四頁。

(31) EU機能条約第一一四、一一五条。リスボン条約による改正後のEU立法手続および特定多数決については、庄司克宏「リスボン条約（EU）の概要と評価」『慶應法学』第一〇号（一九五—二七三頁）二二二—二二五、二二二—二四〇頁参照。

(32) Productivity Commission, *Review of Mutual Recognition Schemes*, Australian Government, January 2009, p.10.

(33) Commonwealth of Australia Constitution Act. オーストラリア連邦憲法の概要について、山田邦夫「オーストラリアの憲法事情」『諸外国の憲法事情』国立国会図書館調査及び立法考査局、二〇〇三年、八五—一三四頁参照 (<http://www.ndl.go.jp/jp/data/publication/document/2003/2/20030206.pdf>)（二〇一〇年七月一日アクセス）。

(34) “On the imposition of uniform duties of customs, trade, commerce, and intercourse among the States, whether by means of internal carriage or ocean navigation, shall be absolutely free.”

(35) [1988] HCA 18; (1988) 165 CLR 360 (2 May 1988), available at http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/165clr360.html, accessed May 26, 2010.

(36) *Ibid.*, para. 26. 「州における居住者の権利」に関するオーストラリア連邦憲法第一一七条は職業登録に関連する規定であるが、最高裁判所は同規定についても（憲法上の基本的権利として保護されるとしつつも）差別を禁止するものと解釈している（*Street v. Queensland Bar Association* [1989] HCA 53; (1989) 168 CLR 461 (16 November 1989), available at http://www.worldlii.org/au/cases/cth/high_ct/168clr461.html, accessed May 31, 2010).

(37) Productivity Commission, *op. cit.*, p.9. 「物品及びサービスの移動に対する障壁の例として、製造者が異なる州で販売される物品に異なる包装を使用するよう要求すること、また、専門職従事者及び貿易業者が自分の州の外で働こうとする場合に免

許を取得する必要が認められる」(*Ibid.*, p.10)。

- (38) Agreement between the Commonwealth of Australia, the State of New South Wales, the State of Victoria, the State of Queensland, the State of Western Australia, the State of South Australia, the State of Tasmania, the Australian Capital Territory and the Northern Territory of Australia relating to Mutual Recognition.
- (39) *The Mutual Recognition Act 1992*, available at http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/mra1992221/, accessed May 26, 2010.
- (40) Council of Australian Governments (COAG), “Mutual Recognition Agreement,” available at http://www.coag.gov.au/mutual_recognition/mutual_recog_agreement.cfm, accessed May 26, 2010.
- (41) Gary P. Sampson, “The Closer Economic Relations Agreement between Australia and New Zealand” in Gary P. Sampson and Stephen Woolcock (eds.), *Regionalism, Multilingualism and Economic Integration: The Recent Experience*, United Nations University Press, Tokyo, 2003, pp.202-205.
- (42) Quentin Hay, “Trans-Tasman Mutual Recognition: New Dimension in Australia-New Zealand Legal Relations,” *International Trade Law and Regulation*, 1997, 3(1), pp.6-13 at 10; Productivity Commission, *op. cit.*, p.11.
- (43) *Protocol on Trade in Services to the Australia New Zealand Closer Economic Relations-Trade Agreement*, 18 August 1988, available at http://www.dfat.gov.au/geo/new_zealand/anz_cer/anz_cer.html, accessed May 31, 2010.
- (44) Productivity Commission, *op. cit.*, p.11.
- (45) Council of Australian Governments (COAG), “Mutual Recognition Agreement,” *op. cit.*
- (46) 正名名林は“Arrangement between the Australian Parties and New Zealand Relating to Trans-Tasman Mutual Recognition” *Users Guide to the Mutual Recognition Agreement and Trans-Tasman Mutual Recognition Arrangement*, 2006 がオーストラリア連邦政府より刊行されたものである (available at http://www.coag.gov.au/mutual_recognition/docs/mutual_recognition_users%27_Guide.pdf, accessed May 31, 2010)。

- (47) Productivity Commission, *op. cit.*, p.11.
- (48) Council of Australian Governments (COAG), “Trans-Tasman Mutual Recognition Arrangement,” available at http://www.coag.gov.au/mutual_recognition/tt_mutual_recog_agreement.cfm, accessed May 31, 2010. 条約の形式避けた理由は、第一に柔軟性を最大限確保すること、第二にオーストラリアのMRAに対する不利な影響を最小化すること、第三にオーストラリアの各州・準州が積極的にTTMRAに参加できるようにすること、第四にオーストラリア連邦政府が同国憲法の対外的権限を通じて条約の主題領域で権限を拡大するのを防ぐこと、にあったとされる (Quentin Hay, *op. cit.*, p.11)。
- (49) Council of Australian Governments (COAG), “Trans-Tasman Mutual Recognition Arrangement,” *op. cit.* オーストラリアの各州・準州はその後、連邦法を採択するかまたはトランス・タスマン相互承認法を施行する権限を連邦に付託する立法を制定した (Productivity Commission, *op. cit.*, p.12)。
- (50) Productivity Commission, *op. cit.*, p.11, 12.
- (51) The Trans-Tasman Mutual Recognition Act 1997 (Cwlth) and the Trans-Tasman Mutual Recognition Act 1997 (NZ), available at http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/tmra1997350/, and, http://www.legislation.govt.nz/act/public/1997/0060/latest/DLM410793.html?search=ts_act_trans-tasman+mutual_resel&sr=1, accessed May 31, 2010.
- (52) 閣僚評議会がオーストラリアのMRAの施行から生じる物品の基準を検討する理由を有する場合、閣僚評議会議長は当該問題がTTMRAの中で解決されるべきか否かに関してニュージーランドの閣僚と事前に協議することになっている (6.6, TTMRA)。
- (53) The Agreement between the Government of Australia and the Government of New Zealand in relation to Mutual Recognition of Securities Offerings (MRSO).
- (54) The Agreement between the Government of Australia and the Government of New Zealand on Trans-Tasman Court Proceedings and Regulatory Enforcement (PRET).
- (55) Productivity Commission, *op. cit.*, pp.247-253.

- (56) The Prime Ministers of Australia, the Premiers of the Australian States and Chief Ministers of the Australian Capital Territory and the Northern Territory.
- (57) 二〇一〇年三月九日、オーストラリア連邦政府の首相内閣府におけるCOAG課のRon Perry氏への面接調査。
- (58) Quentin Hay, *op. cit.*, p.10.
- (59) 物品とは、「いかなる種類の物品をも意味し、(1)動植物、(2)微生物に由来する物質、(3)物品を包む包装、(4)物品に添付されるラベルを含む」(Part II (a), TTMR A)。
- (60) TTMR Aは締約当事者の領域からの物の輸出を禁止または制限する国内法令の施行に影響を与えるものではない(4.1.4, TTMR A)。他方、EU域内市場では(輸入の場合に加えて)輸出に対する数量制限と「同等の効果を有する措置」も禁止される(Article 35 TFEU, ex Article 29 TEC)。
- (61) 規則とは「事業又は人に義務的要件を課す法的に遵守確保可能な、広範囲の文書」を意味する(Part II (a), TTMR A)。
- (62) Productivity Commission, *op. cit.*, pp.198-200.
- (63) この語はTTMR Aで使用されている表現ではない。Productivity Commission, *op. cit.*, pp.192-198 参照。
- (64) Schedule 2 in TTMR A.
- (65) Schedule 3 in TTMR A. 当事者の少なくとも三分の二の多数があれば、相互承認または調和が適用される(9.2.2, TTMR A)。
- (66) Productivity Commission, *op. cit.*, p.22.
- (67) *Ibid.*
- (68) Katuhiro Shoji, *op. cit.*, p.169.
- (69) 司法的相互承認の費用対効果については、Jacques Pelkmans, *op. cit.*, pp.699-716 参照。
- (70) しかし、第三国がEUの「垂直的」相互承認を受け容れる場合のように、「移植」が可能なのもある。たとえば、EUとトルコの間の関税同盟に基づきEUにおける司法的相互承認がトルコ産品にも適用される。この点につき、Steve Peers,

“Living in Sin: Legal Integration under the EC-Turkey Customs Union”, *European Journal of International Law*, Vol.7, No.3, 1996, pp.411-430 at 414 参照。

(71) Patrick A. Messerlin, “The European Union single market in goods: between mutual recognition and harmonization”, *Australian Journal of International Affairs*, Vol.65, No.4, 2011, pp.410-435 at 427, 429.

(72) しかし、たとえば経済活動従事者が物品の販売に関わる罪で起訴される場合、同人は国内裁判所において相互承認をディフェンスとして使用することが可能である。なお、職業の場合、経済活動従事者に対する規制当局の決定を審査するため、「上訴裁判所」(an Appeals Tribunal) が設置されている (5.7.1-5.8.3, TTMDRA)。ニュージーランドの場合、「トランス・タスマン職業裁判所」(the Trans-Tasman Occupation Tribunal) と呼ばれる。

(73) Miguel P. Maduro, *op. cit.*, pp.169-174.

EU取引法と日本民法への示唆

——「ユーロ抵当」構想をめぐる議論を中心に——

長谷川 貞 之

- 一 問題の所在
- 二 EU加盟国の抵当制度とその特徴
- 三 「ユーロ抵当」構想をめぐる議論
- 四 付従性のない担保権の創設と他の代替手段
- 五 「ユーロ抵当」構想をめぐる議論が日本民法に示唆するもの——結びに代えて

一 問題の所在

本稿の目的は、ヨーロッパ連合 (European Union: EU) を中心とした共通の不動産担保制度の創設に関する「ユーロ抵当 (Euro-hypothec)」構想とその議論が日本民法に示唆するものを検討することにある。EU取引法という場合、考察の主たる対象は、これまで契約法に置かれ、とりわけEC指令 (Directive) などによる私法の平準化や統一であった。⁽¹⁾しかし、私法の平準化や統一は、同じ私法分野の中でも均一ではなく、担保制度についてはこれまであまり議論の対象とされていない。そこで、まず、問題の所在を明確にするために、共通の不動産担保制度の創設を問題として取り上げて議論する意義を明らかにしておきたい。

今日のEUは、一九五二年のヨーロッパ石炭鉄鋼共同体 (The European Coal and Steel Community: ECSC) を嚆矢とするものであるが、一九五八年にヨーロッパ経済共同体 (The European Economic Community: EEC) およびヨーロッパ原子力共同体 (The European Atomic Energy Community: EAEC) が設立されたことに伴い、鉄鋼以外の経済分野での共同市場を中心とする経済単一体制の創設が行われ、一九八七年の単一ヨーロッパ議定書 (Single European Act: SEA) により、単一市場の統合が図られた。⁽³⁾この単一議定書を土台に、さらなる統合を進めるために登場したのが、一九九二年のヨーロッパ連合 (EU) 条約 (マーストリヒト条約) である。その内容は、通貨統合、共通外交安全保障政策の採用、連合市民権の設定、ヨーロッパ議会の権限強化、環境および消費者政策などの強化である。⁽⁴⁾さらに、一九九七年には、連合条約として第二回目の改正が行われ (アムステルダム条約)、違反国に対する制裁、機構改革、多段階統合等が図られることになった。⁽⁵⁾二〇〇二年には、ニース条約が調印され、EU拡大に伴う機構改革の原則と方法の取り

決め、新加盟国を予想したヨーロッパ議会の議席数、理事会の投票権の割当てなどが定められた。⁽⁶⁾そして、二〇〇四年に調印された憲法条約 (Treaty establishing a Constitution for Europe) は、フランス、オランダにおける国民投票による批准拒否を経て、その発効が断念されたが、同条約を基本的に承継したリスボン条約が二〇〇七年一二月に調印され、批准手続が各加盟国において進められた結果、二〇〇九年一二月に発効している。⁽⁷⁾

現在、EUには二七か国が加盟している。⁽⁸⁾加盟国間では、対外政策のほか、通貨、金融市場、農業、環境などの分野で、共通の政策策定の必要性が不可避となり、諸制度が整備されてきた。⁽⁹⁾前述のマーストリヒト条約 (一九九二年) にはユーロ通貨統合への過程が具体的に記載され、七年後の一九九九年一月一日に実施された通貨統合は我々の記憶に新しいところである。⁽¹⁰⁾

EUにおける域内市場の統一のためには、法の分野においても、共通の法制度の創設が重要な課題となっている。⁽¹¹⁾一九九二年の域内市場の統合以後、EU取引法は、とりわけ契約法の領域において平準化や統一に向けて大胆な歩み続け、大きな成果を挙げつつある。⁽¹²⁾しかし、平準化や統一に向けての歩みは、同じ私法分野の中でも均一ではない。欧州における金融統合の実現のために必要とされるのは、金融システムの統合と資本移動の自由化の保障であり、また、国境を越えた共通の信用担保制度の構築である。資本移動の自由化については、一九五八年にEECの設立条約であるローマ条約の六七条に「加盟国間相互での自由な資本移動」が明記され、その具体化として出された一九六〇年五月の「資本移動の第一次自由化指令」から一九九〇年七月の「資本移動の第四次自由化指令」によって、EC域内での資本移動はほぼ完全に自由化されることになった。⁽¹³⁾資本移動の自由化は、低成長のために有利な投資先を国内で見出せない先進諸国の余剰資金に投資機会を与え、金融のグローバル化をもたらすものである。しかし、EU加盟

国において実施されている信用担保制度、とりわけ不動産担保制度には国別の事情などの相違という大きな障壁が存在し、国境を越えた共通の信用担保制度の創設は手探りの状態であった。

ただ、信用担保制度のうち、動産担保については、これまでも統一に向けた検討が行われ、ある程度の方角性が示されている。⁽¹⁴⁾これに対し、不動産担保については、加盟各国がそれぞれ独自の不動産担保制度を設けていることもあり、統合に向けた調査等が行われるものの、十分な検討は行われていない。しかし、近時、各種の団体や欧州委員会(European Commission)などによって組織された研究機関ないしフォーラムを通じてEU加盟国を中心とするヨーロッパの統一的な不動産担保制度の創設を目指す「ユーロ抵当」構想が検討され、一定の成果を生みつつある。⁽¹⁵⁾その中には、抵当権の本質である「付従性」(accessoriness)に焦点をあてた議論が行われている。

本稿では、「ユーロ抵当」構想に関するこれまでの議論を振り返りながら、不動産担保制度の統一の意義、問題点を明らかにする。そのうえで、このような議論が日本民法に示唆するものとは何かを考えてみることにしたい。

二 EU加盟国の抵当制度とその特徴

1 担保権の本質と付従性

債務者が債務を完全に履行しない場合に受ける債権者の危険を考慮して、あらかじめ債務の弁済または給付の履行を確保し、債権者に満足を与えるために提供されるのが、担保である。担保という手段により、債権者は債権の履行ないし効力を強化することができる。担保は金融取引において様々な形で利用されているが、このうち抵当権や譲渡担保権などの担保物権は、物的担保として、今日の金融取引において重要な債権担保の役割を果たしている。⁽¹⁶⁾

抵当権などの担保物権とそれによって担保される債権（被担保債権）との関係は、「付従性」という概念で表される。付従性とは、担保物権の成立・範囲・存続は被担保債権の存在に依拠し、被担保債権の消滅は担保物権の消滅を来すという考え方で、被担保債権に対する担保物権の従属性を意味するものである。簡単にいえば、債権のないところに担保物権は存在しないという考え方である。このような考え方は、その沿革を辿れば、ローマ法に淵源を有し、ドイツ普通法学を経由してドイツ民法学で発展した“akzessorietät”に由来するものである⁽¹⁷⁾。付従性の概念は、わが国の担保法制においても一般的に承認されている⁽¹⁸⁾。

しかし、現代社会では、このような付従性にとらわれた抵当権では、個別債権の発生、譲渡、消滅、あるいは、増減が頻繁に繰り返される企業取引において、十分な担保を提供することはできないとの指摘が強まってきた⁽¹⁹⁾。これはわが国でも同じであり、とりわけシンジケート・ローン（syndicated loans: 協調融資）のような債権者の異なる複数の債権を一つの担保権で担保しようとする場合において、付従性の強い抵当権では担保取得に著しく困難が伴うといわれている⁽²⁰⁾。これまで、EUの内外において共通の不動産担保制度の創設は幾度となく議論されてきたが、いまだ成案を得るに至っていない⁽²¹⁾。

2 EU加盟国を中心としたヨーロッパの抵当制度

今日、共通の不動産担保制度の創設を考えるにあたり議論の焦点となっているのが、付従性という概念である。EU加盟国の抵当制度を付従性の観点から分類すれば、ドイツ法系、フランス法系、英米法系の三つに大別することができる。このうち、付従性が際立った違いをみせるのが、原加盟国としてEUで中心的役割を果たしているドイツと

フランスの抵当制度である。⁽²²⁾ 両者の抵当制度は、加盟国の多くで存在し、土地所有者は債権担保のために自己の土地に抵当権を設定できるという点では、法概念が非常に類似している。しかし、付従性との関係、例えば、付従性のない抵当権を認めるか否か、債権が弁済等により消滅する場合に抵当権も消滅するか否か、債権者の異なる複数の債権を一つの抵当権で担保することが可能かなどの点では、本質的な相違が存在する。

3 ドイツ法系の抵当制度

ドイツの不動産担保制度は、抵当権を中心とし、付従性を欠く「土地債務」(Grundschuld: ド民一一九一条～一一九八条)とその特殊な形態である「定期土地債務」(Rentenschuld: ド民一一九九条～一二〇三条)および付従性を本質的属性とする「抵当権」(Hypothek: ド民一一一三条～一一九〇条)から成り立っている。⁽²³⁾ 抵当権は、付従性のより緩和された「流通抵当」(Verkehrshypothek: ド民一一一三条～一一八三条)と付従性の厳格な「保全抵当」(Sicherungshypothek: ド民一一八四条～一一九〇条)に大別される。このうち、ドイツにおける不動産担保は付従性のない土地債務が中心である。⁽²⁴⁾ 土地債務および定期土地債務は、一定の金額を土地に負担させるという目的に奉仕するものであるが、抵当権においては、土地の責任は二次的であり、債務を担保するという目的においてのみ(ドイツ民法の規定する言葉によれば「抵当権者に帰属する債権の満足のために」zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung)、抵当権が土地上に存在する。このような意味において、抵当権には付従性が存在するといわれる。

ドイツの場合、債務を伴う抵当権について、どこまで債権に対する付従性が認められるかどうかは、ドイツ民法に規定があり、それらの規定によることになる。例えば、債務の不成立・消滅に関して、抵当権には付従性があること

を前提に、抵当権は所有者に帰属ないし取得される（ド民一一六三条一項）。また、抵当権は、債権の移転とともに、新債権者に移転する（ド民一一五三条一項）。さらに、所有者は、抵当権に対して債務に関する抗弁権を主張することができる（ド民一一三七条一項）。ドイツにおいては、付従性が機能する場合も、付従性を機能させない場合も、具体的にはこれらの規定に基づいて実質的な処理がなされているというのが一般的な理解である⁽²⁵⁾。

ドイツ法系に属するオーストリアでは、ドイツの場合と同様、民法典において付従性のない不動産担保権である土地債務の制度が限定的に採用されている（オ民四九六条、一一四六条⁽²⁶⁾）。

4 フランス法系の抵当制度

フランスでは、前述のドイツとは異なり、債権との付従性（caractere accessoire）のある抵当権のみが存在する（二二二四条以下⁽²⁷⁾）。すなわち、債権の存在がなければ、抵当権も成立し得ない（フ民二二二四条一項）。また、抵当権は、債権が譲渡された場合には、これに伴って移転し、債権が消滅すれば、抵当権も消滅する（フ民二二八〇条一項）。フランスにおいては、抵当権は被担保債権に強く依存しており、付従性のある抵当権が原則形態である。

もともと、最近のフランスでは、二〇〇六年の不動産担保改革により、被担保債権の代替可能性を承認する抵当権として付従性が大幅に緩和された「充填式抵当権（l'Hypothèque rechargeable）」に関する規定（フ民二四二二条）が新たに設けられた⁽²⁸⁾。この充填式抵当権は、抵当権設定後に、同一の抵当権を設定行為において記載された債権とは異なる他の債権の担保とすることを可能とすることから（その意味で「充填可能な（rechargeable）」と呼ばれる）、設定段階ではまったく予定していなかった別個の債権を担保とし、また、当初の債権者だけでなく新たな債権者に対しても充填す

ることを可能とする⁽²⁹⁾。充填式抵当権を創設したことの実際的な意義は、一度設定された抵当権を再利用することにより費用の削減を図り、また、それによって抵当権を活用した個人信用の拡大が図られるという点にあるが、抵当権の理論にとつてはより本質的な改革と評価されるものである⁽³⁰⁾。

三 「ユーロ抵当」構想をめぐる議論

1 これまでの議論の流れ

EUでは、域内市場の統合に伴う通貨の統一および金融制度の整備にあたり、今日に至るまで、共通の不動産担保制度の創設について、様々な議論が行われてきた。主なものとしては、次のものがある⁽³¹⁾。

① セグレ報告書

クラウディオ・セグレ (Claudio Segre) 教授の指導の下に、一九六六年、欧州経済共同体委員会から委託を受けた専門家らにより、資本の自由な移動および資本市場の統合がもたらす諸問題について調査が行われ、報告書が作成された。同報告書は、欧州の資本市場の設立についてのみならず、抵当権の付従性に関しても言及し、手続の簡易性と費用の低価格性および流通性の観点から、ドイツの土地債務が高く評価され、抵当権よりも利便性があったとした。

② マックスプランク研究所の報告

欧州経済共同体委員会から委託を受けたマックスプランク研究所は、一九七一年、当時のEC構成国であった六か国（ベルギー、ドイツ、フランス、イタリア、ルクセンブルク、オランダ）を対象に、信用担保の手段として土地に抵当権等設定する場合の不動産担保制度を比較分析し、EC内での調和のある不動産担保制度のあり方についての所見の一

部を提示した。抵当権の付従性に関しては、ドイツの抵当権と土地債務の利用との関連について問題が提起された。後にEUへ加盟したデンマーク、アイルランド、イギリス、および、北アイルランドの不動産担保制度についても、一九七六年に追加して同様の検討が行われた。

③ ECの銀行協会による報告書

ECの銀行協会によつて設立された委員会は、一九七三年、ベルギー、フランス、イタリア、ドイツの四か国を対象に、他の加盟国にある不動産に抵当権を設定した場合に生じる問題を検討し、付従性のない土地債務ないし所有者抵当の取り扱いの難しさを報告書で明らかにした。

④ ECの抵当銀行連盟による報告書

ECの抵当銀行連盟は、一九八四年、ドイツ、フランス、オランダの代表者から構成される研究チームを結成し、統一された不動産担保制度の導入について検討を行い、新しい抵当制度の創設にあたっては土地債務ないし所有者抵当を導入する方向が望ましいとする報告書を作成した。

⑤ ラテン系公証人国際連合による提案

ラテン系公証人国際連合は、一九八七年、加盟国における抵当制度の様々な違いから生じる著しい障壁をどのようにして乗り越えるかについて検討した結果、不動産担保制度の調和に対する新しい制度として、スイスの債務証券(Schuldbrief)をモデルとする「ユーロ抵当」制度の創設に関する提案を行った。³²⁾

2 シュッテカー博士の「ユーロ抵当」構想

オトマール・シュッテカー博士 (Dr. Omar Stocker: 後にドイツファンドブリーフ銀行協会の専務理事となる) は、一九九二年、『ユーロ抵当 (Eurohypothek)』と題する専門書を公刊し、⁽³³⁾この中でヨーロッパにおける「ユーロ抵当」構想を提案した。⁽³⁴⁾シュッテカー博士によると、付従性の強い既存の抵当制度では現代の実務での要求に十分応えることは著しく困難ないし不可能であり、共通に利用できる不動産担保制度としてはスイスの債務証券に準拠した法制度の整備が望まれるとしている。⁽³⁵⁾

3 ドイツファンドブリーフ銀行協会のワークショップ

EUの市場統合に伴う資本移動の自由化と信用担保制度の整備に関して、最近のドイツでは、付従性の強い抵当制度では現実の実務の要求に十分に応えることはできないという現状認識を踏まえ、前述の「ユーロ抵当」構想のもとで不動産担保の分野においても調査研究が進展してきている。その一つに、ドイツファンドブリーフ銀行協会 (Verband Deuter Pfandbriefbanken) の支援のもとに、EU加盟国を中心とした二六か国 (日本を含む。二〇一一年一〇月一八日現在…別表参照) の大学・研究機関から招聘された研究者等が参加し、ヨーロッパ大陸諸国における不動産担保制度の調査研究が行われている。⁽³⁶⁾EU加盟国からは、ドイツ、フランスなどの主要一七か国がこのプロジェクトに参加している。⁽³⁷⁾ラウンドテーブルの形式で行われるワークショップの成果は、『ヨーロッパにおける不動産担保権の柔軟性、確実性、そして効率性 (Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe)』と題して (英語版の場合)、適宜、ドイツファンドブリーフ銀行協会より刊行物 (vdp 図書シリーズ) として出版されている。⁽³⁸⁾

4 欧州委員会による「ユーロ抵当」構想

欧州委員会は、二〇〇三年、二五か国の専門家から構成される研究フォーラム (Forum Group on Mortgage Credit) を立ち上げ、単一市場の域内における資本移動の自由化を保障するために、国境を越えた不動産担保制度の創設にとって障壁となる問題点の検討を開始した。同フォーラムは、二〇〇三年に、“The Integration of the EU Mortgage Credit Markets”と題する報告書を作成し、その中で「ユーロ抵当」の創設を提唱した⁽³⁹⁾。これを受けて、欧州委員会は、二〇〇五年のグリーン・ペーパー (Green Paper) の中で、ユーロ抵当構想に向けた政策決定のための更なる検討がなされる旨を明らかにしている⁽⁴⁰⁾。

5 欧州譲渡抵当連合による報告書

欧州譲渡抵当連合 (European Mortgage Federation: EMF) は、二〇〇七年、EU加盟国の二七か国のうち一六か国 (ベルギー、デンマーク、ドイツ、ギリシャ、スペイン、フランス、ハンガリー、アイルランド、イタリア、オランダ、オーストリア、ポーランド、ポルトガル、フィンランド、スウェーデン、イギリス) の不動産担保制度を取り上げ、設定方法、当事者、登記関係、担保権実行の効率性などの調査を行い、その分析結果を“Study on the Efficiency of the Mortgage Collateral in the Europe Union”と題する報告書に取りまとめ、これを公表した⁽⁴¹⁾。同報告書によれば、これらの国の不動産担保制度は、費用や手続の点で実際の適用から生じる違いは若干あるにしても、本質的に同じかあるいは相当程度に類似しており、国境を越えた不動産担保制度の創設にとって大きな障壁はないとしている。

四 付従性のない担保権の創設と他の代替手段

1 付従性の五つの局面

前述のドイツファンドブリーフ銀行協会が支援して行われるワークショップでは、参加国の不動産担保不動産制度を、(I)種類 (Types)、(II)公示の要請 (Public disclosure requirements)、(III)付従性の効果 (Effects of accessoriness)、(IV)所有権保護 (Protection of the owner)、(V)執行 (Enforcement)、(VI)倒産 (Insolvency)、および、(VII)実務の適用可能性 (Utilisation in practice) に分類し、各項目の検討結果をポイントに換算して評価したうえ、総合評価を棒グラフで示している。⁽⁴²⁾ このうち、検討項目(III)の「付従性の効果」では、付従性を次の五つの局面(①～⑤)に区分し、七つの項目について不動産担保権の柔軟性、確実性、効率性の内容および程度が分析されている。

- ① 被担保債権が成立する前に第三者効を伴って不動産担保権は成立することは可能か (成立における付従性

Accessoriness of origin; Akzessorietät in der Entstehung)。

- ② 被担保債権から独立したより高額の担保枠を登記することができるか (効力の及ぶ範囲における付従性

Accessoriness of scope; Akzessorietät im Umfang)。

- ③ 被担保債権の債権者は常に不動産担保権の権利者となるか (権利帰属における付従性 Accessoriness of competency;

Akzessorietät in der Zuständigkeit)。

- ④ 被担保債権の消滅と共に不動産担保権も消滅するか (消滅における付従性 Accessoriness of extinguishment;

Akzessorietät im Erlöschen)。

⑤ 被担保債権が行使可能な場合にのみ、不動産担保権を行使することができるか（権利行使における付従性 Accessoriness of enforcement; Akzessorietät in der Durchsetzung）。

⑥ 不動産担保権は担保枠に関する合意により被担保債権との結びつきを持たせられているか。

⑦ 債権者の地位が移転した後に担保枠は新たな権利者にも妥当するか（善意取得を問題としない）。

通常、付従性といえ、成立・存続・消滅に分けて論じられるが、ここでは細分化されて、七つの視点が提示されている。とりわけ、③の「権利帰属における付従性」は、債権の流動化という点では、重要な問題を提起する。付従性を厳格に貫くならば、抵当権は、債権に付き従うものとされ、被担保債権を離れて存在し得ないと考えられるから、担保権者と被担保債権の債権者の分離は付従性の原理に反し、これを認めることはできないと考えられている。^{④③}

2 セキュリティ・トラスト方式

担保権者が被担保債権の債権者でないことから生じる様々な問題点を回避し、担保付社債やシンジケート・ローンなどの債権者の異なる複数の債権を一括して担保するために、EUなどの諸外国では、わが国で担保権信託として知られるセキュリティ・トラスト方式が用いられることがある。^{④④}これは、信託の形式をもって担保権の設定を行う担保形態のことで、組成方法からみて、次の二つがある。一つは、まず、債権者が融資の実行により債務者から担保権の設定を受け、その後、債権者が委託者兼受益者となり、受託者に対して当該担保権を被担保債権から切り離して移転するという方法（二段階設定方式【図1】）であり、もう一つは、債務者が自ら委託者となり、自己所有の不動産などの財産について受託者を権利者として担保権を設定し、その被担保債権の債権者を受益者に指定するという方法（直

接設定方式【図2】の二種類がある。⁽⁴⁵⁾

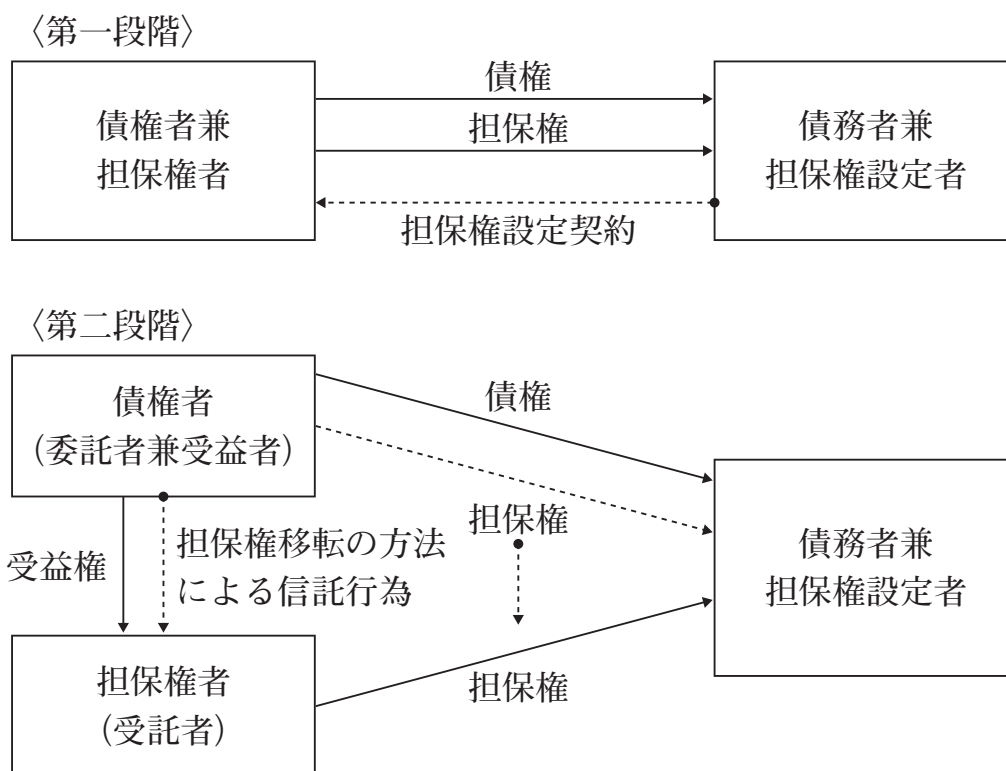
3 パラレル・デット方式

前述のセキュリティ・トラスト方式に代わり、あるいは、これを補完するものとして、パラレル・デット方式というものがある。これは、融資関連契約において「集団担保協定 (collective security arrangements)」を取り交わし、借入人が貸付人の代理人であるセキュリティ・エージェント（貸付人の一人であることが多い）との間で「支払約束 (payment covenant)」に基づき無因債務を発生させ、貸付人に対して負担する個別借入債務（固有債務）とともに両者を被担保債務として担保権設定を行うというものである。⁽⁴⁶⁾ パラレル・デット方式には、集中管理型（図3）と個別併用型（図4）の二つがある。連帯債権条項 (Parallel payment covenant) を伴う集団担保協定により、信託制度を有しない国でも、また、付従性のない担保権の設定を認めず、従って、担保権者と被担保債権の債権者とが分離する担保権の設定につき法律上の難点を有する国においても、同様の目的を達成することが可能となる。

ただし、パラレル・デット方式が認められるためには、無因債務の発生を認めたくて、連帯債権に関する法制の整備が前提となる。⁽⁴⁷⁾ パラレル・デット方式には、典型的なパラレル・デット方式を認めるイギリス型と、パラレル・デットの効力が否定される場合に備えて個々の貸付人が自己の被担保債権の範囲内でも抵当権を設定するドイツ型がある。⁽⁴⁹⁾

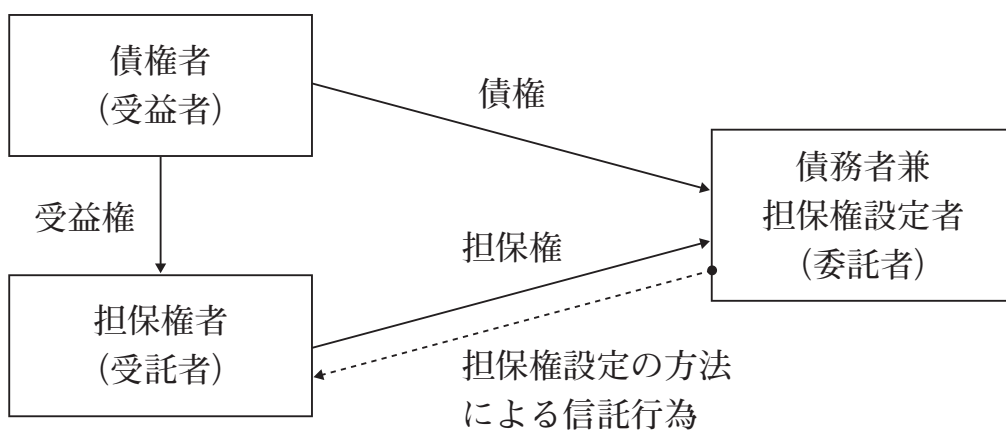
一方、パラレル・デット方式に類似するが、これとは区別されるべきものに、連帯債権方式 (joint and several creditor structure) というものがある。⁽⁵⁰⁾ これは、個々の貸付人が連帯債権者として、全貸付人の債権総額と同額の貸付

【図 1】 担保権信託（二段階設定方式）



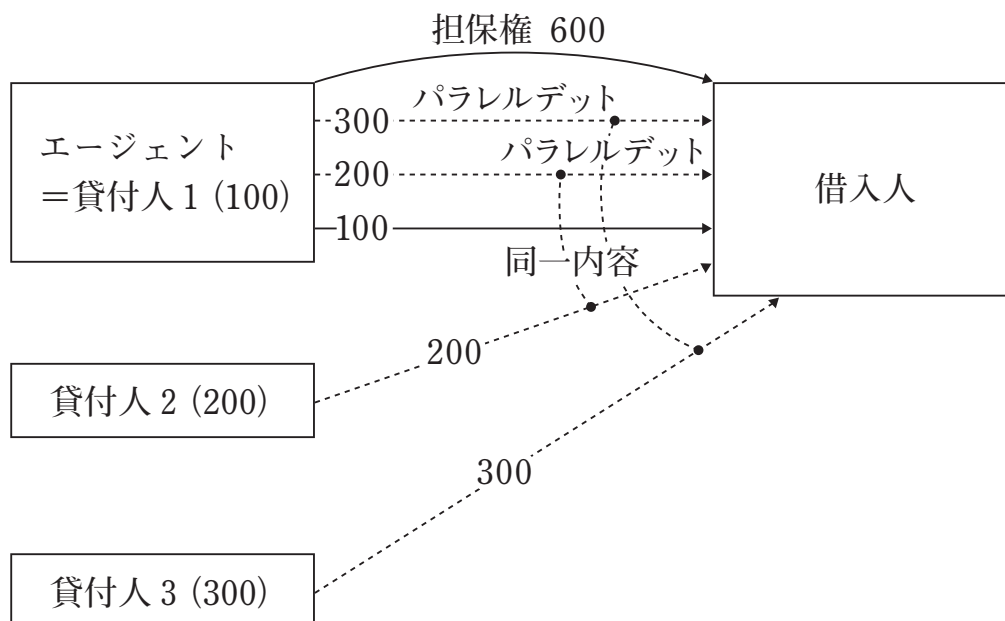
【出典】 長谷川貞之『担保権信託の法理』（勁草書房、2011年） 7 頁

【図 2】 担保権信託（直接設定方式）



【出典】 長谷川貞之『担保権信託の法理』（勁草書房、2011年） 7 頁

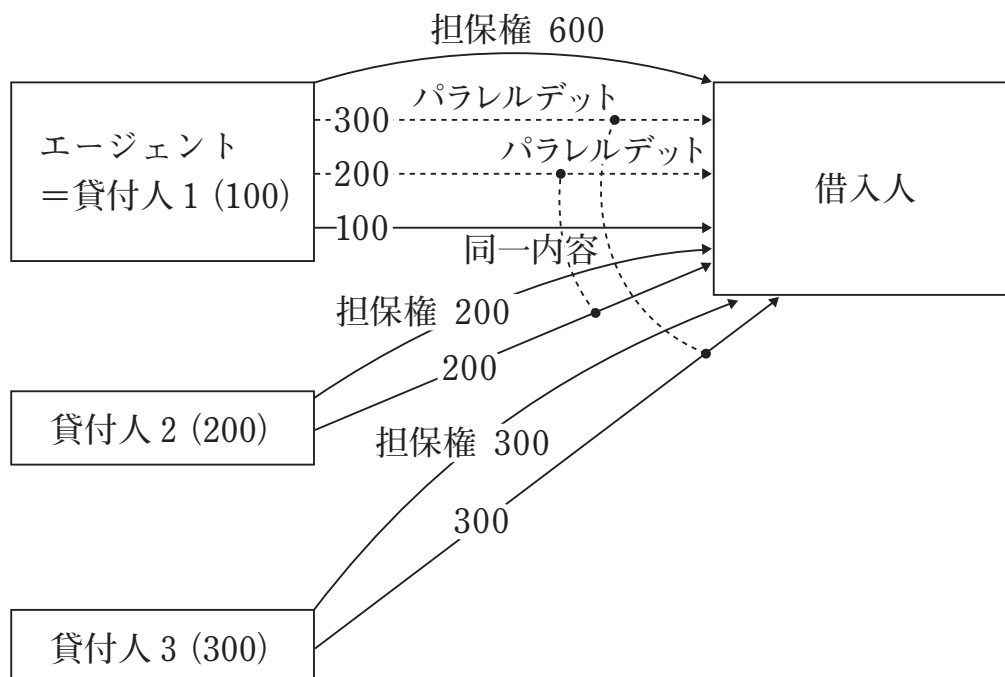
【図3】 パラレル・デット方式（集中管理型）



*カッコ内は各貸付人の固有の貸付債権額を表す。

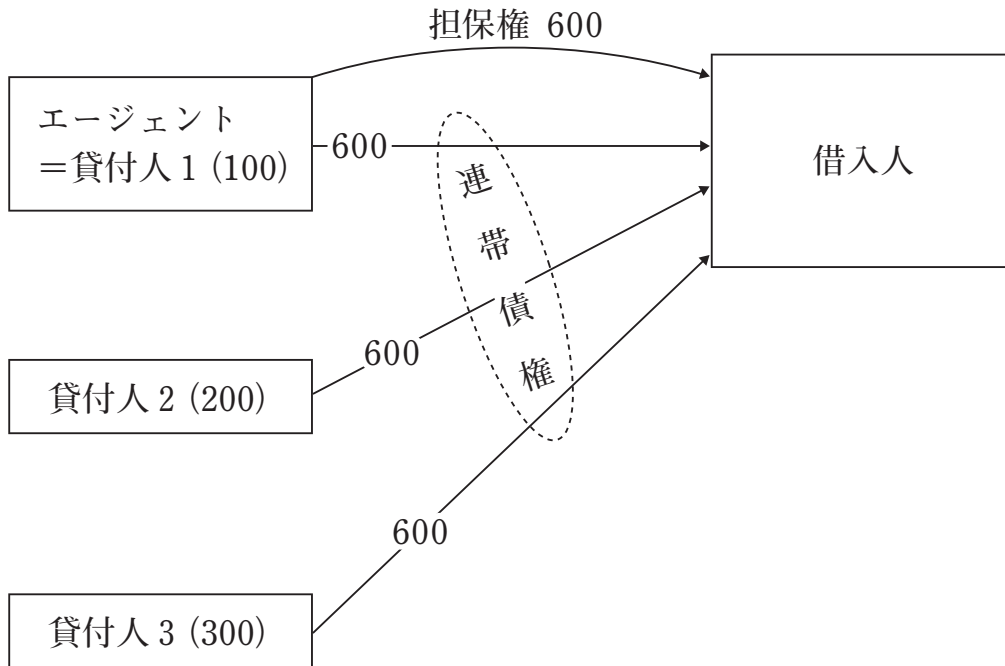
[出典] 洞鷄敏夫ほか「パラレル・デット方式による新しいシンジケート・ローンの試み（上）」NBL952号（2011年）19頁

【図4】 パラレル・デット方式（個別併用型）



[出典] 洞鷄敏夫ほか「パラレル・デット方式による新しいシンジケート・ローンの試み（上）」NBL952号（2011年）22頁

【図5】連帯債権方式



【出典】 洞鶏敏夫ほか「パラレル・デット方式による新しいシンジケート・ローンの試み（上）」NBL952号（2011年）20頁

債権を取得するとともに、連帯債権者のうちの一人がセ
キュリティ・エージェントとなり、債権総額を被担保債
権として担保権を設定し、債権者間契約に基づいて、元
本や利息の回収、担保権の実行を行い、連帯債権者であ
る他の貸付人にこれを分配するものである⁽⁵¹⁾。こ
れは、パラレル・デット方式の成立に疑義があるロシア
やチェコなどで用いられているといわれるが、すべての
貸付債権が連帯債権関係に置かれることから、個々の貸
付人は総債権額の請求や受領が可能となり、受領した貸
付人に対する他の貸付人の分配請求権が満足されない危
険を負担する可能性がある。

五 「ユーロ抵当」構想をめぐる議論が 日本民法に示唆するもの——結びに代 えて

以上のとおり、EU加盟国を含む大陸諸国においては、
付従性の概念に著しい違いがあり、独自の不動産担保制

度が採用されている。このため、域内市場の統一のためには、調和のとれた共通の不動産担保制度の創設が望まれるが、それを平準化ないし統一するにはかなりの困難さを伴うことが予想される。

これに対し、わが国の通説的見解は、被担保債権が将来において存在・確定する可能性があれば担保権の設定は認められるとし、付従性を緩和する傾向にあるが、担保権の非付従性を説く一部の学説^{⑤3}を除いて、債権のないところに担保物権だけが存在することを一般的に承認するわけではない^{⑤4}。わが国では、法規に基づいて実質的な処理がなされるドイツの場合とは異なり、付従性の理論が直接かつ生の形でより多く機能する傾向にあり、経済的需要に合わせながら付従性の理論が形成されてきたという基盤がある。

非典型担保では、譲渡担保権の設定において、若干の判例は、譲渡担保権者と被担保債権の債権者とが分離する担保形態を容認する立場を示している^{⑤5}。従来の学説もまた、判例の影響を受けて、譲渡担保の付従性という議論のなかで、その多くが担保を取得する者は債権者に限らず第三者であることを妨げないと解している^{⑤6}。設定者は、約定により債務を弁済しなければ担保権が実行されるものと覚悟しているであって、付従性の機械的な適用を要求して担保権者と被担保債権の債権者とが分離する担保形態を原理的に否定する理由がないと理解しているものと思われる。

一方、被担保債権の債権者でない者が担保権者となる法律関係を認める立法例としては、明治三十八年制定の担保付社債信託法において社債を担保付で発行する場合（担保法三八条）、昭和四六年の根拠立法によって民法典に挿入された根拠当権の準共有の場合（民法三九八条の一三）、および、平成一八年の信託法改正により新たに導入された担保権信託（セキユリティ・トラスト）の場合（信託法三条一号・二号、五五条）において認められているにすぎない^{⑤7}。

信託という制度は、財産の帰属者と利益享受者とを分断させながら「財産の安全地帯」を作り出すことにより、財

産権を権利者の様々な目的追求に応じた形に転換することを可能とするものである。これを「信託の転換機能」と呼ぶが、担保権信託の設定は、「権利者の数の転換」の典型例といわれるものである。⁽⁵⁸⁾ 立法担当者の説明によれば、担保権信託は、受益者の有する被担保債権の存在があつて初めて成立するもので、社債以外の債権一般について被担保債権との付従性を排除した担保権の創設を新たに認めるわけではなく、民法上の原則と実質的に何ら矛盾・抵触するものではない。⁽⁶⁰⁾ しかし、担保権信託の創設により、シンジケート・ローンなどの債権者の異なる複数の債権を一つの担保権で担保しようとする場合において、担保付社債信託法と同様のスキームで社債以外の債権一般について債権の流動化を図り、債権者に交代があつてもこれに柔軟に対応することのできる担保制度を認めたという点では、重要な意義を有するものといえる。また、担保権信託は、被担保債権の債権者が取得する受益権を優先・劣後に分けて階層化することで、担保権自体に頼らない多様かつ柔軟な担保設定を可能とするものといえる。⁽⁵⁹⁾

抵当権などの約定担保物権では、与信における当事者間の合意により、担保権者と被担保債権の債権者は分離するが、被担保債権が担保権の実行の時にまでに確定するのであれば、それにより被担保債権は特定されて、付従性の要件を満たすとも考えることも可能といえるのではなからうか。これをさらに推し進めたのが、フランスの充填式抵当権（フ民二四二二条）である。充填式抵当権では、設定段階ではまったく予定していなかった別個の債権を担保とし、かつ、当初の債権者だけでなく新たな債権者に対しても充填することを可能とするものであり、被担保債権の範囲を拡大する機能をもっている。これに対し、担保権信託のように、担保権者と被担保債権の債権者とが分離する担保形態を認めたとしても、それはフランスの充填式抵当権（フ民二四二三条）とは異なり、設定段階ではまったく予定していなかった別個の債権を担保とし、かつ、当初の債権者だけでなく新たな債権者に対しても充填することを認めるもの

ではない。これまで、被担保債権の範囲の問題までが付従性の問題の中で議論されてきたように思われるが、付従性とは別に特定性という角度から担保物権と被担保債権との関係を捉え直すと、担保権者と被担保債権の債権者とが分離する担保形態は、被担保債権の特定を通じて付従性を獲得する過程を表すものであり、両者は最終的には一致すべき運命にあるものといえよう。⁽⁶¹⁾

いずれにせよ、日本では、担保権信託による担保権設定が認められており、付従性を排除する担保制度の創設を議論することなく、同じ効果を導くことが可能である。

担保法が直接に経済の影響を受けるものであることは、これまでの担保法制の変革が経済の構造的変化に対応するものであったことから明らかである。しかしながら、その変革は、従来、急速に進展する経済の要請に受動的に反応するものとして、実践的にかつ個別的な利益衡量に基づく処理に終始することが多く、基礎となる理論的な裏づけは少なかったように思われる。⁽⁶²⁾ 担保物権の非付従性に関する議論も、そのような基礎研究の欠落する領域の一つであったといえる。

担保権者と被担保債権の債権者との分離する担保形態の出現は、付従性の概念に再考を促すことは間違いないが、担保権信託に代わりあるいはこれを補完するパラレル・デット方式の導入によって、さらにわが国の担保法制は多様な進化の方向に向かうことになるのか、じっくり検討を要するといえよう。⁽⁶³⁾

(1) シュテファン・ローレンツ（潮見佳男訳）「現在および将来のヨーロッパ民法の中のドイツ民法」民商一三四卷二号（二〇〇六年）一七八頁以下。民法の同化は、ヨーロッパ諸国の国内法における民法システムとの関係でみたとき、真のヨー

ロップ民法典の創設のための礎石というよりは、EU加盟国の国内法システムに対する潜在的な混乱原因ともなりかねない要因を有しているとの指摘もある。ヨーロッパの統合に向けた二〇世紀中の動きの全体については、岡村堯『ヨーロッパ法』(三省堂、二〇〇一年)に詳しい。

(2) 詳細は、松岡久和「ヨーロッパ民法典構想の現在…不当利得法に関するD C F R 第Ⅶ編を素材として」戒能通厚ほか編『法創造の比較法学』(日本評論社、二〇一〇年)一八一頁以下。

(3) 岡村堯『新ヨーロッパ法…リスボン条約体制下の法構造』(三省堂、二〇一〇年)四頁以下。

(4) 岡村・前掲注(1)五頁。

(5) 岡村・前掲注(1)五頁。

(6) ニース条約の内容は、政治面、制度面に分けられるが、詳しくは、岡村・前掲注(1)六頁以下。

(7) リスボン条約は、正式には「ヨーロッパ連行条約」(Treaty on European Union)というが、第一編から第六編に分かれている。各編の詳細については、岡村・前掲注(1)二五頁以下。

(8) 原加盟国として、ベルギー、ドイツ、フランス、イタリア、ルクセンブルク、オランダ(一九五四年加盟)のほか、デンマーク、アイルランド、イギリス(以上、一九七三年加盟)、ギリシャ(一九八一年加盟)、ポルトガル、スペイン(以上、一九八六年加盟)、オーストリア、フィンランド、スウェーデン(以上、一九九五年加盟)、キプロス、チェコ、エストニア、ハンガリー、ラトビア、リトアニア、マルタ、ポーランド、スロバキア、スロベニア(以上、二〇〇四年加盟)、ブルガリア、ルーマニア(以上、二〇〇七年加盟)の二七か国が加盟している。

(9) 単一議定書以降の変化を考えるにあたり、現在でもEUの中心的地位を占めるEC自体の法的性質、とくにECと加盟国との関係は重要である。須網隆夫「EUの発展と法的性格の変容―『EU・ECへの権限移譲』と『補完性の原則』―」大木雅夫Ⅱ中村民雄編著『多層的ヨーロッパ統合と法』(聖学院大学出版会、二〇〇八年)二七三頁以下。

(10) 統一通貨については、二〇〇二年にユーロが導入国で法定通貨として流通することになった。岡村・前掲注(1)六頁。

(11) 将来のヨーロッパ私法がどのような方向に向かい、民法典の構想がどのようなになるかは、予測し難いところである。統一

したヨーロッパ民法典の創設を必要とする理由としては、域内市場の完成や越境取引に対する障壁の除去、取引費用の削減、越境労働者らの直面する法的危機の解決のためではなく、それがヨーロッパ人であるというアイデンティティが共有されているようなトランスナショナルなコミュニティを築くのに役立つからであるとする考えもある。ヒュー・コリンズ「ひとつのヨーロッパ民法典に関する哲学」戒能通厚ほか編『法創造の比較法学…先端的課題への挑戦』（日本評論社、二〇一〇年）二七一頁以下。

(12) 詳細は、松岡・前掲注(2)一八三頁以下。

(13) 田中素香ほか『現代ヨーロッパ経済「第三版」』（有斐閣、二〇一一年）二頁以下、一四頁以下、二〇五頁以下など。詳細は、Otmur M.Stöcker & Rolf Stürner, 'Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights over Real Property in Europe Volume III, vdp's publication series, Vol.44 (2010, 2nd revised and extended edition), pp.113 et seq., Otmur M.Stöcker, Die "Hypothek" (Untersuchung über das Spar-, Giro- und Kreditwesen. Abteilung B, Rechtswissenschaft, Bd 76), Duncker & Humblot 1992, S.216 ff., Christof Kriesgen, Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit: Der Vorschlag zur Einführung einer Eurohypothek unter besonderer Berücksichtigung des Sicherungsvertrages (Reihe: Rechtswissenschaft · Band 8), EUL Verlag 2004, S.38 ff., 倉重八千代「欧州統合によるドイツ抵当制度への影響—抵当権の付従性を考えながら」社会科学研究所紀要「早稲田大学大学院」・別冊六号（二〇〇〇年）九一頁。

(14) ウールリッヒ・ドロープニッヒ（船橋秀明訳）「担保取引—整理統合かそれとも多様化か」ペーター・シュレヒトリム編著『ヨーロッパ債務法の変遷』（信山社、二〇〇七年）一六五頁以下、インゴ・ゼンガー（野田和裕訳）「包括担保における不確実性は解決したか？—過剰担保における解放請求権をめぐる諸問題について—」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の動向と課題』（日本評論社、二〇〇三年）四四九頁以下。

(15) Otmur M.Stöcker & Rolf Stürner, *supra* note (13), pp.44 et seq.

(16) 物的担保の史的発展と担保権の本質については、わが国では、石田文次郎『担保物権法論上巻』（有斐閣、第三版・一九三六年）一頁以下が詳細にこれを論じる。

- (17) 歴史的な沿革については、Wolfgang Minke, Die Akzessorietät: eine Untersuchung zur Pfandrechtskonstruktion in Theorie und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts (1987), S.1 ff. Dieter Medicus, Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS.1971, S.498 ff.
- (18) 林良平編『注釈民法(8)物権(3)』(有斐閣、一九六五年)七頁「林良平」、森島昭夫・宇佐見大司「抵当権の附従性」法セミ 三六五号(一九八五年)七八頁、高木多喜男「抵当権の附従性と特定性」法時三八卷三号(一九六六年)八頁以下など。担保権の債権に対する従属性を示す“akzessorietät”を「付従性」と訳したのは、石坂音四郎博士と考えられている。鳥山泰志「抵当本論の再考序説(1)」千葉大学法学論集二三卷四号(二〇〇九年)一頁以下、一四頁注(30)。
- (19) Otmar M.Stöcker & Rolf Stürner, *supra* note (13), 44, 49 et seq..
- (20) 長谷川貞之『担保権信託の法理：いわゆるセキュリティ・トラストの基本構造と運用』(勁草書房、二〇一一年)五七頁以下、一二二頁。
- (21) 前掲注(13)で引用の各文献を参照。
- (22) Stefanie Kohls, Die Hypothek im französischen und im deutschen Recht (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft; Bd. 2650), Peter Lang, 1999, S.15 ff.
- (23) 於保不二雄(高木多喜男補訂)『現代外国法典叢書(3)独逸民法「Ⅲ」物権法』(有斐閣、一九五五年・覆刻版)二七八頁以下。
- (24) 中山知己「ドイツ土地債務の担保的機能(1)」立命館法学一八五号(一九八六年)四〇頁以下、大島浩之「ドイツにおける土地債務(Grundschuld)の関係(1)——公示制度と非占有担保制度の理論的關係の解明を目的として——」早稲田法学八〇巻四号(二〇〇五年)一四三頁以下など。わが国の抵当権とドイツの土地債務・所有者抵当との比較につき、加藤一郎「ドイツ抵当制度とわが民法の改正——所有者抵当を中心として——」比較法研究一六号(一九五七年)一三頁以下、山田晟「民法改正と所有者抵当」財政経済弘報五五七号(一九五六年)五頁以下、同「立法論として所有者土地債務をみとめるべきか」法協九七巻九号(一九八一年)一二二頁以下が詳細な分析を加えており、本稿の問題に対する今後の指針となりうるものを含んでいる。

(25) Dieter Medicus, a.a.O. (17), JuS.1971, S.498 ff. メディクス教授は、抵当権・質権の付従性ドグマをあらわす規定として、ド民一一六一条一項第一文の規定以外に一〇か条の規定（一一三一条一項、一二〇四条、一二七三条、一一一八条、一二二〇条一項第一文、一二三七条一項第一文、一二二一条一項第一文、一二五二条、一一五三条一項、一二五〇条一項第一文）を挙げて、民法における付従性を検討している。この点につき、小杉茂雄「いわゆる非典型担保における『附従性』について（上）」判タ四七八号（一九八二年）二五頁以下参照。これに対し、民法典に規定がない譲渡担保（Sicherungsübereignung）については、民法典に規定がない約定担保であり、法の支配を受けないという理由で、「付従性なき譲渡担保」という理解で学説はほぼ一致している。これは、付従性を要求しなくとも、付従性に代わる同様のもの（代用物）が当事者間の契約により譲渡担保に存在しているからであるといわれる。Karsten Schmidt, Zur Akzessorietätsdiskussion bei Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung, in: Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag (1992), S.333.

(26) 上原由起夫「オーストラリア抵当制度の展開と『投資抵当』——抵当権発達のシエーマとの関連を中心として——」早稲田法学会雑誌二九卷（一九七八年）七九頁以下。

(27) 川上太郎＝實方正雄＝柳瀬兼介（高木多喜男補訂）『現代外国法典叢書』⁽¹⁸⁾ 仏蘭西民法「V」財産取得法⁽⁴⁾（有斐閣、一九五六年・覆刻版）二四〇頁以下。

(28) フ民二四二二条・一項 抵当権は、設定行為によって明示に予定されている場合には、後に、設定行為で記載された債権とは別の担保のために充当することができる。／二項 設定者は、設定行為において予定され、かつ、二四三三条に書かれた額を限度として、当初の債権者（le créancier originaire）に対してだけではなく、その債権者が弁済を受けていない場合であっても、新たな債権者（un nouveau créancier）に対しても担保を供与し得る。／三項 充填合意（convention de rechargeable）は、それが当初の債権者との間で締結される場合であっても、新たな債権者との間で締結される場合であっても、公証された形式による。／四項 公示は、充填式抵当権（l'hypothèque rechargement）の上に登記をなした債権者の間で順位を決定する。／五項 公示は、充填式抵当権（l'hypothèque rechargement）の上に登記をなした債権者の間で順位を決定する。／六項 本条の規定は、公序であり、それに反するすべての条項は書かれていないとみなされる。

- (29) 充填式抵当権については、わが国でも、紹介と分析がある。片山直也「二〇〇六年フランス担保法改正の概要…不動産担保に関する改正について」ジュリ一三三五号（二〇〇七年）四九頁以下、太矢一彦「フランスにおける充填式抵当権（*l'hypothèque rechargeable*）と抵当権付終身貸付（*le prêt viager hypothécaire*）について」東洋法学五二巻二号（二〇〇九年）一八五頁以下など。
- (30) 山野目章夫「二〇〇六年フランス担保法改正の概要…企画趣旨の説明及び今般改正の評価」ジュリ一三三五号（二〇〇七年）三四頁以下）。
- (31) 前掲注(13)で引用の各文献を参照。
- (32) スイスの債務証券には付従性がなく、加盟国が既に行っている信用手段と並列して債務証券の流通が期待されることから、スイスの債務証券の典型に従って統一的に妥当する不動産担保制度を創設し、従来の付従性の強い抵当権のもつ法的・経済的・実的な不便を回避することなどを内容とするものであった。この点については、倉重・前掲注(13)一〇二頁に簡単な要約がある。
- (33) Otmar M.Stöcker, a.a.O. (13) の“Die Eurohypothek” (1992) がそれである。これは、前年の一九九一年にヴュルツブルク大学に提出した博士論文を公にしたものである。博士論文の原タイトルは、『「ユーロ抵当」——『抵当信用における域内市場構築』にとって、統一的・非付従的不動産担保物権が有する意義について（ドイツ抵当信用実務における土地債務の利用、並びに、フランス、スペイン、スイス抵当権の利用に関する記述と併せて）』となっている。倉重・前掲注(13)一〇〇頁以下。
- (34) Otmar M.Stöcker, a.a.O. (13), S.216 ff. の論文の概要として、中山知巳「〈資料〉シュテッカー『ユーロ抵当』——EC不動産担保法の基本構想」山口経済学雑誌四一巻一―二号（一九九三年）一二五頁以下に紹介がある。
- (35) 倉重・前掲注(13)一〇三頁にシュテッカー博士の見解が要約して紹介されているので、参照されたい。
- (36) Otmar M.Stöcker & Rolf Stürner, *supra* note (13), 6 et seq..
- (37) EU加盟国でドイツ抵当証券協会の調査研究に係るワークショップに参加していないのは、イタリア、ルクセンブルク、アイルランド、イギリス、フィンランド、キプロス、ラトビア、マルタ、ブルガリアの九か国である。末尾【資料】参照。本

資料は、オトマール・シュッテカー博士（講演）「通訳：中山知己・明治大学法科大学院教授」「ヨーロッパ各国と日本の不動産担保法比較」二〇一一年一月一日（於・明治大学）で配布された資料を基に一部加筆して纏めたものである。

- (38) Schriftenreihe des Verbandes Deutscher Pfandbriefbanken ㉓㉔、第㉓卷、第㉓卷、第㉓卷、第㉓卷、第㉓卷 [英語版]、第四卷、第四卷 [英語版] (Otmar M. Stöcker & Rolf Stürner, *supra* note (13)) が出版されている。

- (39) The Forum Group's report: The Integration of the EU Mortgage Credit Markets-Report by the Forum Group on Mortgage Credit, Brussels 2004.

http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf

- (40) European Commission, Green Paper-Mortgage Credit in the EU, Brussels, 17.6.2005, (47) and (48). なお、併せて、Report for European Commission DG-Internal Market and Services by London Economics: The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets, August 2005 参照。

<http://www.ecb.int/pub/pdf/other/eumortgagecreditconsultationen.pdf#search>

- (41) European Mortgage Federation (EMF), Study on the Efficiency of the Mortgage Collateral in the Europe Union (2007) [<http://www.hypo.org/Content/>].

http://www.law.berkeley.edu/files/bclbe/EU_Efficiency_Mortgage_Collateral_2007.pdf#search

- (42) Otmar M. Stöcker & Rolf Stürner, *supra* note (13), 9-10.

- (43) Otmar M. Stöcker & Rolf Stürner, *supra* note (13), 49. なお、併せて、前掲注(18)を引用の各文献を参照。

- (44) 長谷川・前掲注(20) 一三二頁以下。

- (45) 長谷川・前掲注(20) 六頁以下、五一頁以下、一四六頁以下。

- (46) A.C.F.G. Thiele, Collective Security Arrangements, Kluwer Legal Pub., 2003, pp.1-17, 19-25, 58-83, 145-158, 164-167, 211-225 and 275-282. 併せて、村上智裕「担保付きシンジケート・ローンにおけるパラレル・デット条項の意義」NBL九〇二号 (二〇〇九年) 三六頁以下、洞鷄敏夫ほか「パラレル・デット方式による新しい担保付きシンジケート・ローンの試み(上)

―パラレル・デット方式の諸外国における活用状況と日本法上の位置づけ」NBL九五二号(二〇一一年)一六頁以下。

(47) 連帯債権は、代理や債権譲渡が認められていなかったローマ法の下で、債権取立の代理権を授与された者または債権を譲り受ける者を連帯債権者として加入させて債権を取り立てさせるために考案された概念である。今日では、代理や債権譲渡は法制度として民法典上も認められており、取引界での連帯債権の制度はほとんど利用されていないとして、また、受領した債権者に対する他の債権者の分配請求権が満足されない危険もあることを理由に、その利用には消極的な見解が支配的である。

Dr. Sonia Meier, Die Gesamtläubigerschaft——ein unbekanntes, weil überflüssiges Wesen? AcP 205 (2005), S.858ff. 椿寿夫「複数債権者と分割原則」同・民法研究Ⅰ(第一法規、一九八三年)一一六頁以下。これに対し、現在進行中の債権法改正において、民法(債権法)改正検討委員会が示す提案には、いくつかの裁判例において連帯債権の例がみられること、また、債権の二重譲受人の債務者に対する権利について一定の場合に連帯債権とする学説があることを理由に、現存の「不可分債権」(民法四二八条、四二九条、四三一条)と実質的に入れ替える形で連帯債権の規定が新設されている【3.1.6.01】【3.1.6.03】【3.1.6.04】。民法(債権法)改正検討委員会編『別冊NBL一二六号』民法改正の基本方針(商事法務、二〇〇九年)一三九頁―二四〇頁。

(48) 洞鶏ほか・前掲注(46)一九頁。イギリスでは、契約の成立に約因(consideration)を必要とするが、捺印証書(deed)の形式によって締結された契約については約因が不要であることから、実務上、パラレル・デット条項を担保権設定契約ないし債権者間契約で捺印証書の形式でもって締結することによって、約因の問題を回避できる。

(49) 洞鶏ほか・前掲注(46)二二頁ドイツでは、抽象的な債務負担行為は、要式性の要件が充たされる限り、契約上の有効な債務として発生し(ド民法七八〇条、七八一条)、債権債務を自由に設計することが認められている。しかも、ドイツの抵当制度には、前述のように、付従性を欠く土地債務が認められており、パラレル・デットに対応する債権をミラー債権として成立させ、これを担保することは解釈上も十分可能である。

(50) 洞鶏ほか・前掲注(46)二〇頁。

(51) 洞鶏ほか・前掲注(46)二〇頁。

- (52) 洞鷄ほか・前掲注(46)二二頁。連帯債権方式は、パラレル・デット方式の成立に疑義のある国(例えば、ロシア、チェコなど)が関係する取引でみられるというが、とくに出典ないし資料は挙げられていない。
- (53) 例えば、田島順『担保物権法』(弘文堂、一九三七年)一五頁以下、一九頁は、担保権の付従性は当事者の意思解釈によって決するものであり、その被担保債権は担保権の実行の時に確定していれば足りるとし、担保権の非付従性を正面から取り上げて議論している。詳細は、鳥山泰志「抵当本質論の再考序説(2)」千葉大学法学論集二四巻一号(二〇〇九年)一三八頁以下、五六頁。
- (54) 長谷川・前掲注(20)五七頁。わが国のドイツ法学継受期以降の学説は、抵当権の本質を付従性に求め、とりわけ実行における付従性を重要視していた。詳細は、鳥山・前掲注(53)八三頁以下、六一頁以下。
- (55) 大判大正七年一月五日民録二四輯二二二三頁、大判昭和五年一〇月八日評論二〇巻民法一八頁。
- (56) 鈴木録弥「譲渡担保」石井照久ほか編・企業担保(ダイヤモンド社、一九六六年)一七三頁、柚木馨Ⅱ高木多喜男『担保物権法「第三版」』(有斐閣、一九八二年)五五八頁以下、米倉明『譲渡担保の研究』(有斐閣、一九七六年)七四頁以下、九九頁、四宮和夫「判例概観」私法二二号(一九五九年)一八二頁、槇梯次『叢書民法総合判例研究⑰』譲渡担保の意義と設定』(一粒社、一九七六年)四三頁など。詳細は、長谷川・前掲注(20)七二頁以下。
- (57) 長谷川・前掲注(20)五八頁、六七頁以下。
- (58) 四宮和夫『信託法「新版」』(有斐閣、一九八九年)一四頁以下。
- (59) 長谷川・前掲注(20)一〇九頁。
- (60) 長谷川・前掲注(20)三三頁以下。担保権信託(セキュリティ・トラスト)に対しては、組成方式と債権者の関与、信託の目的と信託登記による公示、信託原簿の記載事項、受託者による担保の管理、担保権の実行と換価金等の配当並びに被担保債権の消滅などについて、問題点がいくつか指摘されている。谷笹孝史「セキュリティ・トラストに関する実務上の諸論点―動産担保を中心として―」NBL九〇七号(二〇〇九年)四八頁以下、渋谷陽一郎「改正信託法下、信託公示制度の流動化・証券化への活用」法時八一巻四号(二〇〇九年)一一〇頁以下など。

(61) これは、付従性の問題というよりも特定性の問題といった方が正確であるかもしれない。もつとも、わが国において抵当権の特定性の概念が論じられることは必ずしも多くない。この点につき、柚木馨『担保物権法』（有斐閣、一九五八年）一八七頁以下、高木・前掲注(18)八頁以下。

(62) 内田貴「担保法のパラダイム」法教二六六号（二〇〇二年）七頁以下、道垣内弘人「担保物権・序説」加藤雅信ほか編『民法学説百年史』（三省堂、一九九九年）二七六頁参照。

(63) 詳細は、近く出版予定の長谷川貞之「担保権信託とパラレル・デットによる担保権設定の代替補完性」平井一雄先生喜寿記念『財産法の新動向』（信山社、二〇一二年）を参照されたい。

〔追記〕本稿は、二〇一二年一月一九日（土）、日本大学法学部比較法研究所EU法研究会主催（慶応ジャン・モネEU研究センター共催／日本EU学会後援）のEU法ワークショップ「EU法の現在と日本法への示唆」における標記の報告原稿に若干の加筆・補正を行うとともに、必要な範囲で文献等の注記を加えたものである。

【資料】 VDP ラウンドテーブル参加国の抵当制度

	E U加盟国	ドイツとの比較・異同	自国語による名称
ベルギー (Belgien)	○	Höchstbetragshypothek	<i>hypothèque pour toutes sommes</i>
ボスニア (Bosnien)		Hypothek	<i>hipoteka</i>
ドイツ (Deutschland)	○	Sicherungsgrundschuld	—
デンマーク (Danemark)	○	Eigentümergrundpfandrecht	<i>ejerpantebrev</i>
エストニア (Estland)	○	Hypothek	<i>hüpoteek</i>
フランス (Frankreich)	○	Hypothek	<i>hypothèque</i>
ギリシャ (Griechenland)	○	Hypothek	<i>υποθήκη (ipothiki)</i>
日本 (Japan)		Höchstbetragshypothek	<i>Neteito Ken</i>
クロアチア (Kroatien)		Höchstbetragshypothek	<i>hipoteka do najvišeg iznosa kreditna hipoteka kaucione hipoteka</i>
リトアニア (Litauen)	○	Höchstbetragshypothek	<i>maksimalioji hipoteka</i>
オランダ (Niederlande)	○	Bankhypothek	<i>Bankhypotheek</i>
ノルウェー (Norwegen)		Hypothekenobligation	<i>gjort pantobiligasjon</i>
オーストリア (Österreich)	○	Höchstbetragshypothek	—
ポーランド (Polen)	○	Hypothek	<i>hipoteka</i>
ポルトガル (Portugal)	○	Hypothek	<i>hipoteca</i>
ルーマニア (Rumanien)	○	Hypothek	<i>ipoteca imobiliară</i>
ロシア (Russland)		Hypothek	<i>unomeka (ipoteka)</i>
スウェーデン (Schweden)	○	Immobilienpfandrecht/ Grundpfandrecht	<i>Panträtt (I fast egendom)</i>
スイス (Schweiz)		Sicherungsübereigneter Inhaberschuldbrief	—
セルビア (Serbien)		Außergerichtlich durchsetzbare Höchstbetragshypothek	<i>vansudska izvršna hipoteka na najviši iznos</i>
スロバキア (Slowenien)	○	Sicherungsgrundschuld	<i>zavarovaini zemljiški dolg</i>
スペイン (Spanien)	○	Höchstbetragshypothek	<i>hipoteca de māxiimo</i>
チェコ (Tschechien)	○	Immobilienpfandrecht	<i>zástavni právo k nemovitostem</i>
トルコ (Turkei)		Höchstbetragshypothek	<i>üst sinir ipoteği</i>
ウクライナ (Ukraine)		Hypothek	<i>inomeka (ipoteka)</i>
ハンガリー (Ungarn)	○	Selbständiges Pfandrecht	<i>önálló zálogjog</i>

【参考】 オトマール・シュッテカー博士（講演）〔通訳：中山知己・明治大学法科大学院教授〕「ヨーロッパ各国と日本の不動産担保法比較」2011年10月18日（於・明治大学）で配布された資料を基に一部加筆して纏めたものである。

EU会社法と日本の事業体制制

——欧州私会社 (SPE : Societas Privata Europaea) を中心として——

松 嶋 隆 弘

一．はじめに：本稿の意図

本稿は、欧州私会社 (SPE : Societas Privata Europaea) の概要⁽¹⁾を紹介し、日本の非公開会社法制⁽²⁾と対比することで、現行の日本法における非公開会社法制の改善点を認識し、SPEから一定の立法的示唆を得ることを目的とする。

現在、わが国においては、平成一七年制定の会社法がメンテナンス時期を迎え、次期会社法改正への準備が進んでいる。しかし、その中身を一瞥するに、それらはもっぱら、公開会社について、資本市場の観点から規制の強化を軸とした改善を試みんとするものであり、わが国の大部分を占める非公開会社に関し、抜本的検討を加えるものではない。

これに対し、EU会社法においては、大多数を占める中小企業 (SMEs : Small and Midium Enterprises) を正面から見据え、加盟国の SMEs に共通のフレキシブルかつ柔軟なフォーマットを与えることで、資本の自由移動を促し、域内における企業活動の促進を図ろうとしている。単一国家であるわが国において、他国とのフォーマットの共通化はさしあたり問題にならないとしても、わが国内の種々の事業体を統合する事業体法制の構築を試みようとする立場からすると、外延たる枠の中で、設計の自由を許容する SPE のアプローチは、わが国においても十分に参考にされるべき法制のように思われる。また、非公開会社・中小企業を核として、フレキシビリティと柔軟さを基調としつつ、制度設計を考えるアプローチは、予定されている次期会社法改正の「盲点」をあぶり出すものとして、日本法にとつて有益な検討課題と解される。

本稿では、かような観点から、まず、SPE のあらましを述べ、その特徴をまとめ、次いで、わが国における非公開会社の特徴を指摘する。その上で、定款自治と会社債権者保護の二点から、SPE と非公開会社を比較し、SPE からわが国事業体法制が学ぶべきものが何かにつき、考えてみたい。

なお、あらかじめ下記の二点につき述べておきたい。

第一に、本稿で依拠する SPE に関する条文についてである。欧州私会社 (SPE) 法議長修正案については、依然として流動的な状況にある。最初の包括的な提案である欧州委員会提出欧州私会社 (SPE) 法に関する理事会規則案 (Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company (SPE), presented by the European Commission : 二〇〇八年六月二五日 : 以下、「理事会規則案」という。⁽⁴⁾) の提出後、二〇〇九年三月一〇日、欧州議会 (European Parliament) は、修正案 (European Parliament Legislative Resolution of 10 March 2009 on the Proposal for a Council

Regulation on the Statute for a European Private Company (COM (2008) 0396-C6-0283/2008-2008/0130 (CNS) : 以下、「欧州議会案」⁽⁵⁾)を承認可決し、議論はカウンシルレベルへと移った。⁽⁶⁾そして二〇〇九年一月カウンシルの議長国であるスウェーデンは、議長修正案 (Revised Presidency Compromise Proposal for a COUNCIL REGULATION on a European Private Company : 以下、「議長修正案」⁽⁷⁾)を提出し、現在それに対する修正のやりとりが行われている。⁽⁸⁾本稿は、大枠はもうこれ以上動かないという仮定の下、すでに翻訳が出ている理事会規則案の用語を用いつつ、ほぼ最終案に近いと目される議長修正案をベースとする。

第二に、日本の非公開会社法制との比較という本稿の関心に鑑み、直接の関連を有しない共同決定 (議長修正案第六章) 及び登記上の本拠地の移転 (議長修正案第七章)⁽⁹⁾、並びに大部分を国内法にゆだねている組織再編、解散及び無効 (議長修正案第八章)⁽¹⁰⁾は、割愛する。

一・ SPE の意義とその特徴

1. SPE の意義

EUにおいて、SMEsは、その数二三〇〇万社、域内の会社の九九パーセントを占めるとともに民間経済部門の雇用の約七割を支えている。そしてコミッションの調査によると、域内で事業を行うSMEsのうち約四割が、国際取引の拡大を望むものの、そのための道具立てに乏しいと考えており、海外子会社を保有したり、国際間のジョイント・ベンチャーを行うものは、わずか五パーセントにすぎない (大会社の場合には、約二〇パーセント) とされる。⁽¹¹⁾

SMEsの海外進出にあたっての大きな障害の一つが、事業体に関する法規制である。域内のSMEsについては、

二七か国が国ごとに異なった規制を有しており、結果的に、域内のSMEsは、設立準拠法ごとに、事業体のフォーム、資本、社員の数などに関し、異なった規制に服する。海外子会社を有するSMEsを例にとると、親会社と子会社とで、別個の事業体法制に服することとなり、かかる煩雑さは、親子ともに同一規制に服する内国結合企業に比して、経済的障壁となる。

EU法は、かかる国際間の共通フォーマットとして、すでにいくつかの先行例（欧州経済利益団体（EEIG：The European Economic Interest Group）、欧州協同会社（ECS：The European Cooperative Society）、欧州会社（SE：Societas Europea）といったものをあげることができる。）を有している。しかしそれらはいずれもSMEsにとって、必ずしも適格的なものではない。⁽¹²⁾たとえば、SEを例にとると、これは本質的にSMEsよりも規模が大きな企業を想定して制度設計がなされており、そのため、最低資本金規制（一二〇、〇〇〇ユーロ）、従業員参加につき規定を置く。その結果、SEは、SMEsにとり使い勝手がよいフォームではないこととなる。

2. SPEの特徴

では、SMEs向けの制度であるといわれるSPEとはどのような特色を有するのか。議長修正案三条は、SPEの特徴として、①. SPEが法人格を有し、持分所有者が引き受けた資本金の限度でのみ責任を負うこと、②. 資本金が持分に分かれたれていること、③. 持分が公募及び公開取引の対象とならないこと、④. SPEが設立登記時において、クロスボーダー的要素を有することを挙げている。

①. は、SPEが有限責任の事業体として法人格を有することを、②. は、株主の出資が資本金を構成すると定め、

資本の「エクイティ」性を示すことを、③は、SPEの「Private」を、それぞれ規定するものである。

④は、理事会規則案にはなかったものであり、SPEが加盟国をまたぐ国際間の共通フォーマットであることを示すものである。理事会規則案は、クロスボーダー的要素に関する適切な基準を立てることが困難であること、もしかかる事項を要件化すると、かえって障害になること等の理由から、意図的に掲げなかったものであるが、かかる試みに対しては、EEC条約五条に明記される「補完性原理 (Subsidiarity Principle)」との抵触の有無が問われることとなった。¹³⁾

このほか、理事会規則案では、前述のSEや他のSPEのみならずEEIGやECSもSPEの設立に参加することが可能であることを明らかにすべく、⑤一人以上の自然人及び／又は法人が設立できることという特徴も掲げられていたが、議長修正案では掲げられていない。

三. SPEの概要とわが国における非公開会社との対比

1. はじめに

比較の手始めとして、議長修正案の章立て(1)に、SPEの規定を概観し、次いで相応するわが国の非公開会社の規定を紹介し、両者を比較していきたい。

2. SPEの設立

(1) 議長修正案第二章は、SPEの設立につき、① 設立方法に関する規制 (議長修正案五条、五条a、五条b)、

②. 名称に関する規制（議長修正案六条）、③. 本拠地及び支店に関する規制（議長修正案七条、一三条）、④. 定款に関する規制（議長修正案八条）、⑤. 登記に関する規制（議長修正案九条―一〇条、一二条）、⑥. 開示に関する規制（議長修正案二条）を置く。

順次みていこう。まず、①. についてだが、SPEを設立するには、(i). SPEに関する規則に従い無から (ex nihilo) SPEを設立する方法、(ii). 既存の会社から組織変更する方法、(iii). 既存の会社の合併による方法の三つがある（議長修正案五条一項）¹⁴。(i). の方法は、SEに関して認められておらず、この点はSEと対比した場合のSPEの顕著な特性といえることができる。

次いで②. は、設立されたSPEが名称の後にSPEの文字を用いなければならないこと及びSPEでない事業体がSPEの名を用いることができないことを規定する（議長修正案六条）。

③. について、SPEは、その本拠地及び主たる経営管理地又は本店所在地をEU内に有する必要がある（議長修正案七条）。理事会規則案の段階では、後二者は、登記簿上の本拠地と同一の加盟国に置かれる必要はないとされているが（理事会規則案七条）、議長修正案はかかる規定を削っている¹⁵。

④. につき議長修正案は、SPEが少なくとも八条及び議長修正案別記第一に掲げる事項について定款の定めをもつこと（議長修正案八条一項、一項a）、及び定款が書面とされ、全発起人の署名を要すること（同条二項）につき規定を置く。

さらに⑤. につき議長修正案は、SPEが、本拠地を有する加盟国において、国内法の定める登記簿に登記をし（議長修正案九条以下）、登記日に法人格を取得する旨規定するとした上で（議長修正案一〇条一項）、そのための登記手続に

つき規制する。加えて、SPE登記前の行為の責任につき、国内法にゆだねる旨の規定を置く（議長修正案一二条）⁽¹⁶⁾。

最後に議長修正案は、⑥.につき、公告等開示に関する規定を定める（議長修正案一二条）。

(2). かかるSPEの設立に関する規制を、わが国における株式会社の規制と対比すると、ほぼ同様の規制を有していることが分る⁽¹⁷⁾。名称に関する規制は、株式会社一般の商号規制（会社法六条）として、本拠地・支店に関する規制は、本店・支店に関する規制（会社法二七条三号、九一条三項三号）として、それぞれ存在するし⁽¹⁸⁾、定款の記載事項（会社法二六条～二九条）及び変更（会社法四六条、三〇九条二項一一号）も、ほぼ相応し、かつより詳細な規制を有している。登記（会社法九〇七条以下）及び公告（会社法九三九条以下）も事業の物的設備として、浩瀚な規制を有する。むしろ、これらは、設立に関する規制というよりは、株式会社全般に関する規制といつてよい。

前述のとおり、SPEにおいて、無から（*ex nihilo*）SPEを設立する方法が許容されていることは、SEと比べた顕著な違いであるが、わが国における株式会社の規制との対比という観点からすると、彼我の規制は同一であり、有意な違いを生じない。むしろ、機能的にみて、中小企業の起業促進のため、より簡易な設立を許容する点は、洋の東西を問わないということを示唆として受け取るべきだろう。例えば、SPEの設立にあたっては、議長修正案五条aにおいて、「二人以上の自然人及び／又は法人による設立」を許容するところから、原始的の一人会社として設立することも可能である。

3. SPEの持分 (Units)

(1). SPEの持分（議長修正案第二章）については、①. 持分の譲渡（議長修正案一六条）の他、理事会規則案段階で

は規定されたものの、議長修正案にはない②、持分所有者の排除（理事会規則案一七条）、③、持分所有者の脱退（理事会規則案一八条）に分けてみてみたい。これらは、持分の属性たる譲渡性、取得条項及び取得請求権にほぼ対応するものであるとともに、実質的には、残念ながら、議長修正案でその内容がほとんど削られたと評価できるものである。

まず、①について。理事会規則案の段階では、持分の譲渡の具体的内容は、定款で定められ（理事会規則案別記第一第三章）、その上で、議長修正案は、新たに持分の譲渡を制限するためには、持分所有者決議（理事会規則案二七条二項の特別多数決による決議）だけでなく制限の対象たる全ての持分所有者の同意が必要であるとされていた（理事会規則案一六条一項）。これに対し、議長修正案では、本規則の適用の他、国内法が適用されるものとし（議長修正案一六条一項）、実質的には条文化を放擲しているといつてよい。

形式的にも規定が放擲されたのが、②、及び③である。簡単に理事会規則案の内容を紹介しておこう。②につき、理事会規則案は、「持分所有者が欧州私会社の利益を著しく害し、又は、その者が持分所有者であり続けることが欧州私会社の業務活動を害することになる場合」に、管轄の裁判所による「持分所有者の排除」を認めていた（理事会規則案一七条一項）。そして、③につき、理事会規則案は、SPEの業務が、SPEからその資産価額の重要な部分が失われた等一定の事実に基づき、持分所有者の利益を著しく害するかたちで行なわれ、又は行なわれた場合、当該持分所有者がSPEから脱退する権利を有するものとしていた（理事会規則案一八条一項）。そしてその際の管轄の裁判所は、「脱退の可否」でなく、脱退にあたっての「持分の価格」等の条件につき、判断をするに留まるものとされていた（理事会規則案一八条五項六項）。

(2) 理事会規則案段階でのSPEの持分の規制をわが国の非公開会社の株式の相応する規制と比較したとき、以下

の二点に気づく。

第一に、持分譲渡が株式譲渡と、取得条項が持分所有者の排除と、取得請求権が持分所有者の脱退とそれぞれほぼ対応しており、三者が「持分権者（持分所有者、株主）の会社からの出口（EXIT）」として、ほぼ同格に意識されていることである。平成一七年改正前商法のもとにおいて、株式の譲渡性は、有限責任制度（会社法一〇四条）を取る会社法においては退社制度が認められないため、唯一の「投下資本回収」の手段であると理解されており、株式譲渡自由の原則は強行法的に保障されなければならないと解されていた。これに対し、会社法は、株式の譲渡性の位置づけを一段落とし、取得条項・取得請求権と並ぶ「株式の属性」（会社法一〇七条）の問題として整理した。

SPEの規制は、意図せずして、かかる会社法の規制の説得性を比較法的に補強するものであり、出資者のための出口（EXIT）という観点から規定をプラクティカルに整理するものと理解できる。¹⁹ 会社法がかかる整理をするに至った背景には、有限責任に対する見方の変化があったものと推測され、このことはおそらくSPEについても同様であろうと思われる。この点については、四・三・で後述することにした。

第二に、持分所有者の排除、持分所有者の脱退が、取得条項、取得請求権とほぼ対応するものでありながら、取得条項、取得請求権のような当事者間の合意ベースで設計できるものとされていない点を指摘したい。すなわち、持分所有者の排除（理事会規則案一七条一項）は、一定の要件の具備と裁判所の判断を要求しているし、持分所有者の脱退でも、一定の要件具備が必要とされる。むしろ、前者は、わが国における持分会社の除名（会社法六〇七条一項八号、八五九条）に相当するといえる。後者における、一定の要件は、かなり極限的な状況であり、わが国における会社の解散の訴え（会社法八三三条）の要件に近いともいえるが、規定の立て付け自体は、持分会社における「やむを得ない

事由」があるときの退社に類似するといつてよい。⁽²⁰⁾

ただ、取得条項、取得請求権の要件の設定を工夫することで、それらがより簡易に除名、退社と同様の機能を事実上果たすことは知られており、近時、わが国におけるモデル定款例の中でも、そのような条項を盛り込むものもみられる。⁽²²⁾ このことから分るように、取得条項、取得請求権と除名、退社の違いは相対的なものであり、依然として「ヴァリエーション」の範囲内と理解できると解される。

4. SPEの資本金

(1). SPEの資本金につき、議長修正案第四章は、①. 会社資本金（議長修正案一九条）、②. 持分の対価（議長修正案二〇条）、③. 利益配当（議長修正案二一条～二三条）、④. 資本減少（議長修正案二四条）、⑤. 監査（議長修正案二六条）につき規定する。⁽²³⁾ ここでは、重要性に鑑み①. ②. 及び③. についてのみ解説する。

まず、①. は、SPEの「目玉」である最低資本金につき定めるものであり、SPEの最低資本金は、一ユーロ以上とされる（議長修正案一九条三項…ただし加盟国は、八〇〇〇ユーロを超えない範囲で、これ以上の最低資本金の定めを置くことができる。なお、「最大」資本金に関する規制は有しない。）。かかる最低資本金規制は、SPEに新規設立を容易にする目的から定められたものである。ただ、高額の最低資本金を定めることにより、債権者を保護する既存のEU法のアプローチから著しく乖離するものであり、事実上最低資本金規制とそれに基づく債権者保護を撤廃するに等しい。その他、議長修正案は、SPEの資本金は、その全額につき引受がなされる必要があるが（議長修正案一九条二項）、持分は発行時にその満額が払い込まれる必要がないものとしており（議長修正案二〇条一項）、授權資本制度に近い制度を構

築している。

②²⁵は、設立時又は増資時における出資対象財産に関する規制である。出資額の決定は、「合意」により、出資の方法は、金銭出資及び現物出資のみが認められている（議長修正案二〇条一項、一項a、二項）。金銭出資・現物出資のいずれ（又は双方）によるか、対価の払込・給付の時期、現物出資を独立の専門家に評価させることの要否、その際の手続等については、定款の定めるところによる。

③²⁶は、いわゆる配当規制につき統一準則を定めるものである。ここに利益配当とは、持分所有者が有する持分に基づいて、直接又は間接にSPEから支払われる一切の財務的利益を指す（議長修正案二条一項c）。利益配当に関する二二条の規制は自己持分の取得の場合に準用される（議長修正案三三条二項）。手続は、業務執行機関たる統括機関（議長修正案二条一項e）により提案され、持分所有者決議を要する（議長修正案二八条一項e（f））。違法な利益配当に関しては、受領した持分所有者に対し返還義務の制裁が課される（議長修正案三二条）。

利益配当を行うことができるのは、利益配当後の資産価額が負債の全額と同額以上となる場合に限り、いわゆるバランスシート・テスト（Balance Sheet Test）が採用されている（議長修正案二二条一項）。議長修正案は、支払能力テスト（Solvency Test）を定款で定めることを要求する（議長修正案二二条二項）。

②²⁷ここでは次の三点を挙げておきたい。第一に、SPEが表示規制としての最低資本金を廃止したことは、既に同制度を廃止しているわが国の会社法にとつて、特段目新しいものではない。²⁸

第二に、現物出資規制についてである。出資方法として、金銭出資と現物出資のみを認め、労務出資や信用出資を認めない点で、わが国の株式会社及び合同会社（会社法五七六条一項六号、一五一条）と共通するが、現物出資にあたり

検査役による調査を定款自治に委ね、強制していない点からすると、どちらかというより合同会社に近いともみうる。ただ、株式会社においても、検査役の調査を必要としない一定の例外が認められており（会社法三三条一〇項、二〇七条九項）、実務では、もっぱらかかる「例外」を用いた現物出資を活用するので、かかる違いは実際には相対的である。

むしろ、合同会社において現物出資の検査役調査が不要とされるのは、合同会社がヴェンチャー法制の一翼を担うとの判断の下、社員間の出資比率を定款自治に委ねたからであるが、SPEでは、より一般的な定款自治の問題として位置づけられていることに注目したい。近時、債権者保護のあり方の変化に対応し、現物出資規制を、債権者保護のための制度としてではなく、株主間の利害調整のための制度として理解する見解も提唱されているが、SPEにおける現物出資規制は、この点では、かかる見解に親和する面があるといつてよい。

第三に、配当規制であるが、利益配当と自己持分の取得とを統一的に規制するSPEのアプローチは、会社法における剰余金配当規制にほぼ対応したものといえる。注目されるべきなのは、SPEがバランスシート・テストだけでなく支払能力テストを求めている点である。

結局のところ、最低資本金、現物出資規制、バランスシート・テストは、いずれも、資本制度を前提とした債権者保護の現れというべき制度であり、SPEとわが国の会社法が、ともにこれらを放擲しつつあるのは、有限責任の事業体における債権者保護が、資本制度を前提としたものから別の形へと転換しつつあることを示しているように思われる。この点については、四、3.で立ち入って検討することにした。

【表一】

	SPE
(a). (削除) (持分に結合された権利の変更)	(特別多数決：理事会規則案27条2項)
(b). (削除) (持分所有者の排除)	
(c). (削除) (持分所有者の脱退)	
(d). 年次決算書の承認	
(e). 持分所有者への利益配当	
(f). 自己持分の取得	特別多数決 (議長修正案28条2項)
(g). 会社資本金の増資	特別多数決 (議長修正案28条2項)
(h). 会社資本金の減資	特別多数決 (議長修正案28条2項)
(i). 取締役の選解任並びに任期	
(j). SPEが会計監査人を有する場合には、会計監査人の選任及び解任	
(k). SPEの登記上の本拠地の他の加盟国への移転	特別多数決 (議長修正案28条2項)
(l). (削除)	
(m). (削除)	
(n). 解散	
(o). 定款の変更	特別多数決 (議長修正28条2項)
(oa). 従業員参加に関して	

5. SPEの組織

(1) SPEの組織につき、議長修正案第五章は、①. 統括機関 (management body)・持分所有者間の権限分配 (議長修正案二七条～三〇条)、②. 役員の資格 (議長修正案三一条～三四条) について規定する。

まず、①. についてみていこう。第一にSPEにおける主たる意思決定機関は、持分所有者を構成員とする総会であるとされる (議長修正案二七条一a項)。

議長修正案上、持分所有者が行使すべきものとされる権限は、個々の構成員が有するとされる情報取得権 (議長修正案二九条) を除き、持分所有者の多数による決議により定める (議長修正案二八条一項)。決議要件は、定款で定められるが (別表第一(10)、一定の場合には少数持分所有者保護のため特別多数決によることが要求される (議長修正案二八条二項)⁽²⁹⁾。以上をまとめたものが、次の表一である (削除) とあるのは、理事会規則案にあったが、議長修正案では削られたものである)。

なお、前述の持分所有者決議は、実際に総会を招集してなされる必要がない（議長修正案二八条三項）。

また、少数持分所有者権のため、議長修正案は、情報取得権（議長修正案二九条）、決議の議案提出を求める権利（議長修正案三〇条）を置く。後者の申立てにあたっては、持分に結合された議決権の一〇〇分の五を有することが求められる。

第二に、統括機関の構成につきみてみる。すべてのSPEは、一つの統括機関を有し、統括機関は、持分所有者が行使する前述の権利を除き、SPEの一切の権限を行使することができる（議長修正案二七条一c項）。統括機関は、一人の取締役により構成される場合における当該取締役、二人以上の取締役により構成される場合における個々の取締役、二層式（dual board）における統括合議体（the management board）、及び一層式（unitary board）における経営管理合議体（the administrative board）を指す（議長修正案二条一項e）。

次に、②についてみる。役員とは、SPEの一切の取締役並びに統括機関、経営管理機関及び監査機関の一切の構成員をいう（議長修正案二条一項d）。役員は、第三者に対し、SPEを代表する（議長修正案三四条一項）。議長修正案は、役員の資格につき、法人（議長修正案三二条一項）及び一の加盟国において任務遂行に不適合と宣言された者（同条三項）が、いずれも役員になりえないことを規定する外は、役員に関する規制につき沈黙する³⁰。役員の選出の基準、役員の選解任などはすべて定款の定めるところによる。

議長修正案は、役員の義務及び責任について規定を置いていない（議長修正案三二条、三三条は削除）。理事会規則案の段階では置かれていたものが削除されたからである。関連して理事会規則案につき触れておくに、まず理事会規則案は、役員の義務につき、役員がSPEに対して負う義務につき（理事会規則案三二条二項）、可能な限りSPEの最善

の利益のために行うべきであり、右行為は、業務活動遂行にあたって合理的に要求されうる注意及び技量をもってなされるべき旨を定めていた（同条一項）。非常に抽象的・一般的な規定であり、いかなる場合にこの義務に違反したかの判断は、国内裁判所に委ねられるものとされていた。その他、理事会規則案は、利益相反についての規定を用意し（議長修正案三二条三項）、SPEは、定款・持分所有者決議により、これ以外に役員の義務を定めることもできるとされていた（理事会規則案三二条四項）。

役員の責任に関し、理事会規則案は、役員が前記義務に違反した場合、当該役員が、SPEに対して、連帯して損害賠償の責任を負うものとしていた（理事会規則案三二条四項）。役員が負う義務が会社に対するものであることを反映して、責任についても対会社責任のみが認められており、代表訴訟についての定めはなく、その義務を法的に執行することができるのは、当該SPEのみであるとされていた。また理事会規則案は、第三者責任に関する定めを置いていなかった。

(2) まず、統括（業務執行）機関・持分所有者（株主）間の権限分配についてみていこう。ここでは二点を指摘したい。まず、SPEの持分所有者決議を要する事項と、株式会社における株主総会の対応する決議事項を比較してみたのが、次の表二である（削除）とあるのは、理事会規則案にあったが、議長修正案では削られたものである。）。これをみると、両者が、若干の凸凹があるものの、決議要件が加重される場合を含め、ほぼ対応・類似していることを認識することができる。

次に統括機関の構成であるが、対応する非公開会社の株主総会以外の機関設計をみるに、一人以上の取締役により構成される場合は、取締役一人のみをおく場合（最小限の形態）に、二層式は監査役設置会社に、一層式は委員会設

【表二】

	SPEの持分所有者 決議を要する事項	株式会社の規制	
(a). (持分に結合された権利の変更)	(特別多数決：理事会規則案27条2項)	定款の変更	株主全員の同意（会社法110条、111条） ただし全部取得条項付種類株式への変更の場合には、種類株主総会決議（会社法111条2項、324条2項）
(b). (持分所有者の排除)			
(c). (持分所有者の脱退)			
(d). 年次決算書の承認		計算書類の承認（会社法438条2項）	普通決議（会社法309条1項）
(e). 持分所有者への利益配当		剰余金の配当に関する事項の決定（会社法454条1項）	普通決議（会社法309条1項）
(f). 自己持分の取得		自己の株式の有償取得（会社法156条1項）	原則として普通決議（会社法309条2項2号かつ書）
(g). 会社資本金の増資		非公開会社：特別決議（会社法190条2項）	
		公開会社：株主割当以外の方法による有利発行の場合を除き、取締役会が決定（会社法201条1項）	
(h). 会社資本金の減資	特別多数決（議長修正案28条2項）	資本金の額の減少（会社法447条1項）	原則として特別決議（会社法309条2項9号）
(i). 取締役の選解任並びに任期		選任：普通決議（会社法341条1項、309条1項）。ただし会社法342条を参照。 解任：累積投票により選任された取締役を解任する場合と、監査役を解任する場合のみ特別決議、それ以外は普通決議309条2項7号）。ただし会社法341条を参照。	
(j). SPEが会計監査人を有する場合には、会計監査人の選任及び解任			
(k). SPEの登記上の本拠地の他の加盟国への移転		×（該当する制度なし）	
(l). (削除)			
(m). (削除)			
(n). 解散	特別多数決（議長修正案28条2項）	解散（会社法471条3号）	特別決議（会社法309条2項11号）
(o). 定款の変更		定款の変更（会社法466条）	特別決議（会社法309条2項11号）
(oa). 従業員参加に関して			

置会社にはば対応するといえようか。⁽³¹⁾ 機関設計を定款自治の問題とする点では、彼我のアプローチは全く共通しており、違いはわが国の非公開会社の方が、設計の範囲が広い点にある。ただ、わが国の場合、許容される機関設計の組み合わせの数こそ多いものの、実際に利用可能性を考えれば、さほど違いはなく、誤差の範囲内といえよう。

(3) 次いで、役員の資格及び（議長修正案では残念ながら削られてしまった）役員の義務及び責任についても比較してみたい。ここでは三点を指摘したい。

第一に、取締役の資格についてである。理事会規則案と同様、わが国の会社法は、取締役の資格について、ネガティブリスト（会社法三二条一項本文参照）としての規律を置き、相応するところをみると、⁽³²⁾ 法人（同項一号）については同様に取締役の欠格事由とするが、「破産手続開始決定を受け、復権しない者」については、DIP型倒産手続を意識して、あえてこれを欠格事由としていない。「任務遂行に不適格と宣言された者」を取締役の欠格事由とする議長修正案は、おそらく、イギリスの「資格剥奪法」（Company Directors Disqualification Act 1986）に典型的にみられるような、債権者主導型の倒産法制を持つ国の法制から影響を受けているものと思われる。この点、「事業再生ADR」に典型的にみられるように、アメリカ流の「事業再生」を素直に受け入れたわが国の法制との違いが顕著であり、事業再生を意識して設計されている会社法にも違いとなって現れている。

第二に、取締役の義務が非常に一般的・抽象的であることについてである。かかる条項は、あくまでも一般条項であるので、具体的状況において、何がかかる「義務」に違反するかは、裁判所の判断に委ねられる。むしろケース・ローの生成を促す趣旨であえて、かかる規定になったといつてよいかもしれない。例えば、英国のSPEであれば、注意の標準につき、客観的な事情（同条二項(a)）と主観的な事情（同条二項(b)）を併用することを明示し、折衷基準を

採用する二〇〇六年会社法 (Companies Act 2006) 一七四条及び判例法⁽³³⁾に従い、注意の標準に関する基準は、客観的な事情と主観的な事情を併用する折衷基準 (Dual objective/subjective standard) によることとなる。

ただ、取締役の義務として一般条項的な規定を有する点では、わが国も同様である。すなわち、取締役は委任契約に基づき善管注意義務 (会社法三三〇条、民法六四四条) を負うとともに忠実義務 (会社法三五五条) を負い、両者の関係は判例によれば、同一のものと理解されるところ、かかる義務は、まさに「一般条項」といつて差し支えあるまい。問題は、一般条項であることそれ自体でなく、かかる一般条項がどの程度機能しているかであると言わなければならない。ちなみに、日本法上の善管注意義務からは、判例法を通じて、内部統制システム構築義務、経営判断の原則といった派生的原則と言ふべきものが産み出されている。

第三に、責任についてみるに、理事会規則案が、対会社責任のみを規定し、代表訴訟、対第三者責任の規定を有していないのに対し、日本法は、三者 (株式会社については、会社法四二三条、八四七条、四二九条、持分会社については、会社法五九六条、五九七条、六〇二条) につき規定を有する。やや気になるのは、日本法において株式会社の役員の対第三者責任 (会社法四二九条一項) が、法人格否認の法理の代替的機能を営み、小規模非公開会社における会社債権者保護の機能を果たしている点である。同じくSMEs用のフォーマットであるSPEにおいても同様の事態が想定されるところ、相応する規定が存在しない以上、ダイレクトに法人格否認の法理の適用が問題とならざるを得ないのではないか。そうすると、例えばイギリスのように、法人の単体性を強調し、法人格否認の法理の適用を著しく狭く捉える法制の下では、会社債権者に対しどのような実効的な救済が与えられるのであろうか。この点も、会社債権者保護の問題として、後で四・3.においてまとめて考えてみたい。

6. 小 括

以上のとおり、SPEの概要をわが国の非公開会社と対比して述べたが、いいでSPEが果たしてSMEs用のフォーマットとして、適切なものとして仕組まれているかについて、小括しておきたい。

第一に、「理事会規則案」から「欧州議会案」、「議長修正案」へと至るにつれ、削除される項目が増えており、それに伴い、各国内法に依拠する場面が増えてきた。これにより、SMEsの域内通商のための共通フォーマットとしての色彩は、希薄化していかざるを得ないことになる。立法は政治であり、政治は妥協であるものの、当初の意気込みから大きく後退した感は否めない。

第二に、(第一の点と連動するが) せっかくSPEにつき、無から (*ex nihilo*) 設立する方法を許容しても、各国内法の呪縛から免れることができず、SMEsにとってあえてSPEを設立するメリットがないように見受けられる。

そして、第三に、SPEにつき、最大資本金規制がないことを併せ考えれば、当初の予想とは逆に、SPEが大規模非公開会社向けの制度として利用されていくという皮肉な可能性すらあるといえよう。⁽³⁵⁾ SPEから、わが国の非公開会社法制改革のための示唆を得るにあたって、かかるSPEが制度として抱える問題点を意識しておく必要があると思われる。

四. 検 討

1. はじめに

これまで、SPEと非公開会社を、議長修正案の項目ごとに対比して、比較をしてきた。そこから、大きく定款自

治の問題と債権者保護の問題とが浮かび上がってきたことが分かる。そこで、今度は観点を变えて、この定款自治と債権者保護の二点につき、SPEと非公開会社を全体として比較・検討してみたい。

2. 定款自治

(1) まず定款自治とその限界について考えてみたい。LLC (Limited Liability Company) や LLP (Limited Liability Partnership) のように人的資産を活用する事業体においては、種々のアレンジメントを可能にするべく定款自治が強く要請されるが、他面において、あまりにも自治にゆだねられる範囲が広いと、かえってそれがアダとなり使いづらくなってしまう⁽³⁷⁾。

(2) SPEの強行法規性と定款自治については、次のようにまとめることができる。

SPEには、まず、議長修正案中の直接適用可能な強行規定が適用される。これにより、SPEの設立が容易になるとともに、域内におけるSPEの統一性がある程度担保される(議長修正案四条一項)⁽³⁸⁾。

次いで、議長修正案の別記第一に掲げる一定の事項について、SPEは定款で定めることが求められており(議長修正案八条一項)、これらの事項については、定款の規定が適用される。別記第一 (ANNEX I TO THE ANNEX) は、SPEの設立、持分、資本金に関する事項のほか、その組織に関する事項が広く含まれている。

最後に、前記のいずれでもない事項については、SPEの本拠地たる加盟国における有限責任の私会社に関し制定した法規定が適用される(議長修正案四条二項)。

以上のところから、議長修正案の強行法規性を第一義に掲げつつ、幅広く定款自治を許容していることを見て取る

ことができる。

(3) 他方、非公開会社についてはどうか。対応する制度につき前述したとおり、わが国においても、定款自治はほぼ同程度まで認められているといつてよく、定款自治の広狭につき、彼我の違いはさほどないといつてよいと解される。

SMEs に用いられる企業形態のフォーマットという観点からすると、自由なアレンジメントを許容する可能性よりも、むしろ、アレンジメントの能力に乏しい SMEs でも気軽に使えるフォーマットであることが望ましく、むしろ一定の枠があることの重要性も認識されるべきである。⁽³⁹⁾

かような観点から彼我の法制を俯瞰すると、仮に自治の範囲が同程度であるとしても、別記第一において、定款で定めるべき事項を「リストアップ」している議長修正案は、わが国の法制よりも、ユーザーである SMEs に対し、より親切と言えるように思われる。さしあたって運用でまかなう場合には、「モデル定款」のようなものが普及していくことがよりいつそう望まれよう。⁽⁴⁰⁾

3. 会社債権者保護

(1) 第二に会社債権者保護について考えてみる。⁽⁴¹⁾ 事業体における債権者保護の要請は、当該事業体の有限責任と密接に関係し、有限責任の対価として要求される。そして事業体における有限責任の根拠を突き詰めて考えると、有限責任がその機能を最大限発揮するためには、前提として、所有と経営が分離し、かつ、株式が市場において公開されていることが望ましく、それらの条件を満たさない場合には、弊害が発生することが指摘されている。⁽⁴³⁾

他方、債権者保護規定は会社やその社員の自由の一部を奪うものにほかならないので、債権者保護が厚ければ厚いほど優れた会社法である、とはいえず、費用と便益とを比較して適度の保護が模索されなければならないとする債権者保護縮小論（縮小論）も強く主張されている。⁽⁴⁴⁾ この見解の発想の基本は、起業家のモチベーションを高め科学技術の発展に寄与するという有限責任の積極面を重視し、このこととの絡みで適宜弊害について、必要な限度（事前規制よりも事後規制）で対処をしていけばよいという点にある。⁽⁴⁵⁾

(2) かような観点から、SPEと非公開会社をみてみると、いずれの事業体も、債権者保護に関しての「あるべき制度」でなく「ある制度」の説明としては、縮小論による方がより説明がつきやすいといえよう。すなわち、いずれの事業体も、事前規制として最低資本金制度を放擲するのみならず、強制保険のような制度を設けておらず、⁽⁴⁶⁾ もっぱら事後規制によることとなる。そして、非公開会社の場合には、役員等の対第三者責任（会社法四二九条一項）が存在するが、SPEの場合には、かかる制度につき規定が置かれていない。

その際ありうる事後的救済としては、一つには、各国法に基づき、法人格否認の法理の適用により解決されるということがある、もう一つには、事業体に関する法制でなく倒産法制にこれを委ねるという解決手法がそれぞれある。前者による解決は、イギリス法のような、法人の単体性を強調する法制の下では、その実効におのずから制約がある一方、後者による解決は、有限責任の弊害がもつばら企業の危機時期に顕在化することからすると、⁽⁴⁷⁾ より望ましいアプローチといえようか。わが国においても、倒産法制の「アウト・オブ・コート」化を反映し、会社法制と倒産法制との架橋の必要性が主張されているが、⁽⁴⁸⁾ SPEにおける債権者保護のあり方は、その傍証といってよいように思われる。

五. 結びに代えて

以上が、「大山鳴動鼠一匹」の感なきにしもあらずだが、さしあたっての本稿の結論である。残された課題については、引き続き検討し、事業体法制構築にむけ精進していきたいと考える。

以上

- (1) SPEについて概括的に検討するものとして、Robert Drury, The European Private Company, European Business Organization Law Review (EBOR) 9 (2008), p.125. 久保寛展「中小企業のためのヨーロッパ版有限会社——いわゆるヨーロッパ私会社 (Societas Privata Europaea-SPE) 規則案について——」福岡大学法学論叢五五巻一号 (平成二十二年) 五九頁。
- (2) 本稿では、「公開会社でない株式会社」(会社法二条五号) を非公開会社と称する。
- (3) 事業体法制構築に向けた筆者の試みとして、松嶋隆弘「新しい企業形態における法人格の意義と会社債権者保護」判例タイムズ二〇六号 (平成一八年) 五四頁、「イギリスのチャリティ法制——法人形態を中心に——」日本大学法学部創設二二〇周年記念論文集第一巻 (法学編) (平成二十二年) 一九三頁、須藤正彦・坂田純一・松嶋隆弘編『事業体の法務と税務——実務に役立つ活用術——』(平成二十二年六月、第一法規)。
- (4) http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/SPE_en.pdf
翻訳については、中村匡志「欧州私会社 (SPE) 法に関する理事会規則案 (欧州委員会提出) (上)」国際商事法務三六巻一一号 (平成二〇年) 一四三頁以下及び同・(下) 国際商事法務三六巻一二 (平成二〇年) 一五八三頁以下を用いた。
- (5) http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/EP_2009_en.pdf
- (6) Mathias M. Siems, Leif Herzog and Erik Rosenhager, The Protection of Creditors of a European Private Company (SPE),

European Business Organization Law Reviews (EBOR) 12 (2011), p.149.

- (7) http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Council-November09-en.pdf
- (8) 最新情報については、http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/を参照。
- (9) SPEから日本法への示唆を得ようとする場合、本稿とは別の「解」として、わが国の外国会社規制を念頭に、登記上の本拠地の移転（議長修正案第七章）を検討することが考えられる。この点については、他日を期すことにしたい。
- (10) SPEの組織変更、合併及び分割は、国内法によるものとされる（議長修正案三九条）。SPEの解散事由は、存立期間の満了、持分所有者決議、適用可能な国内法が定める場合の三つである（議長修正案四〇条一項）。SPEの無効も国内法による（議長修正案四一条）。
- (11) See Proposal for a European Council Regulation on the Statute for a European Private Company : (SPE) Consultation Document (London : Department for Business Enterprise & Regulatory Reform, October 2008), p.21; European Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European Private Company, Impact Assessment SEC (2008) 2098, p.4.
- (12) Faisal Saifee & Bartosz Makowicz, *Societas Privata Europaea : the European Private Company*, The Company Lawyer Vol.30 No.8 (2009) p.227. なお、上田廣美「EU会社法」庄司克宏編『EU法実務編』（平成二〇年）八七頁及び上田純子「欧州国際会社法」私法七十二号二四六頁参照。
- (13) *「この点については議論を要する」* Adrean F. Dorrestein & Odeaya Uziuhu-Santeroos, *The Societas Privata Europaea under the Magnifying Glass* (Part 1), *European Company Law*, Volume 5, Issue6 (2008), p.279.
- (14) この他に理事会規則案では(iv)、既存の会社の分割による方法も挙げられていたが、議長修正案では削られている。
- (15) また、理事会規則案は、支店は、各支店のある加盟国の法規定に従うと規定していたが（理事会規則案一二条）、議長修正案では規定そのものが削除されている。
- (16) 理事会規則案一二条は、SPEが登記後に、当該行為から帰結する義務を引き受けることができること及び右引き受けが

なされない場合には、行為をなした者が連帯責任を負う旨定めていた（理事会規則案一二条）。

- (17) 現物出資について、SPEは、資本金に関する規制として位置づけているので、それにつき取り扱う三、4、(1)で述べることになしたい。

- (18) 会社法は、本店の所在場所を定款の必要的記載事項及び登記事項として、支店の所在場所を登記事項として、それぞれ要求する（会社法二七条三号、九一条三項三号）。なお、本店所在地と実際の活動場所との乖離に関する規制は、単一国家であるわが国においては、疑似外国会社規制として規律される（会社法八二一条）。

- (19) これらのことから、会社法における株主の投下資本回収方法のあり方、株式譲渡自由の原則の相対化につき論じるものとして、松嶋隆弘「会社法における株主の地位と企業承継」『二一世紀の家族と法―小野幸二教授古稀記念論集』（平成一九年）五三二頁

- (20) ただ持分会社の場合、退社の場合（会社法六〇六条三項）も会社の解散の訴え（会社法八三三条二項）の場合も、「やむを得ない事由」が要件とされており、要件は同一である。

- (21) 例えば、取得条項の発動にあたっては、除名の場合と異なり、裁判所の判断は必要とされていない。

- (22) 全国中小企業団体中央会編『増補改訂版会社法中小企業モデル定款―株式譲渡制限会社定款参考例―』（平成二三年）一五九―一六一頁（松嶋隆弘）

- (23) この他に、理事会規則案では、⑥・決算書（理事会規則案二五条）も規定されていたが、削除された。

- (24) 議長修正案四二条に別段の定めがある場合を除き、ユーロにより表示される（議長修正案一九条一項）。

- (25) ただ、かつての有限会社の三〇〇万円の最低資本金は、財源規制に装いを代えて会社法中に残っている（会社法四五八条）。

- (26) その典型的な例が、会社法二〇七条九項五号の規定を活用するデット・エクイティ・スワップである。松嶋隆弘「会社法のもとにおけるデット・エクイティ・スワップ」日本法学七五卷三号（平成二二年）一七七頁参照。

- (27) 後で出資比率を当事者間の合意で調整できるのならば、あらかじめ検査役に厳密に調査させる必要は乏しいという判断で

あろう。これは、当該現物出資財産として主に知的財産を想定していることの傍証でもあり、合同会社が本来的にヴェンチャー法制にかかるものであることの現れである。松嶋隆弘「合同会社の創設に関する一考察」判例タイムズ一一六〇号（平成一六年）六三頁

(28) 藤田友敬「会社法におけるデット・エクイティ・スワップ」『会社法と商事法務』（平成二〇年）一一七頁

(29) ここにいう特別多数決は、SPEが発行した持分に結合された総議決権数の少なくとも三分の二によりなされなければならない（議長修正案二八条二項）。

(30) 理事会規則案の段階では、この他に、正式に役員に選任されていないにもかかわらず役員として行爲した者（事実上の取締役、影の取締役）が役員とみなされることにつき定め（理事会規則案三〇条二項）が置かれていたが、議長修正案では削られてしまった。

(31) ただ、SPEと異なり、わが国においては、委員会設置会社は会計監査人の外部監査が強制される（会社法三二七条五項）。

(32) 事実上の取締役、影の取締役については、近時わが国でも解釈論として導入しようとする試みがあり（石山卓磨『事実上の取締役理論とその展開』（昭和五九年））、これによれば彼我の違いはさほど顕著でない。かかる点を考慮し、本稿ではこの点は取り上げないこととする。

(33) 英国二〇〇六年会社法一七四条二項によると、取締役の注意義務違反の有無は客観的に判断されるが（同条二項(a)、もし当該取締役が通常要求されるよりも高度の知識、技量、経験を有している場合、このような主観的事情も考慮に入れて判断されることになる（同条二項(b)）。

(34) Norman v Theodore Goddard [1991] BCLC 1028。Norman v Theodore Goddard および Re D'Jan of London Ltd [1993] BCC 646（以下、Hoffman 判事は、支払不能法二二四条の基準とコモンローにおける基準が等しいことを明言する（Lord Hoffman, 'Duty of Company Directors' (1999) European Business Law Review p.78.）。

(35) 近時SEが利用されつつある現状に鑑みると、むしろSPEよりもSEの使い勝手を向上させる努力が望まれるとあって

よいかもしれない。

- (36) ここでいう「人的資産を活用する事業体」とは、ヴェンチャー企業、コンサルティング業のようなものを想定している。
 - (37) 工藤聡一「ビジネス・トラスト法の課題―受益者責任の問題を中心として―」信託研究奨励金論集二四号（平成一五年）一八頁は、定款自治の範囲が広いビジネス・トラストにおいてかかる現象があることを指摘する。
 - (38) 中村・前注（4）（上）一四三八頁
 - (39) 松嶋隆弘「新しい企業類型（日本版LLC・LLP）の創設に関する諸問題」日本法学七一卷一号（平成一七年）三二六頁
 - (40) 全国中小企業団体中央会編・前掲書（前注（22））は、そのための試みといえる。
 - (41) See Mathias M. Siems, Leif Herzog and Erik Rosenhäger, op. cit., p.147.
 - (42) 一般に企業体において有限責任が認められる根拠については、大要次の通りまとめることができる（Judith Freedman, Limited Liability: Large Company Theory and Small Firms, 63 The Modern Law Review (2000), p.328.）。第一に、有限責任は会社と取引する相手方のモニタリングコストを削減する。第二に、株主は、他の株主についてもモニターする必要がなくなる。したがって、第三に、有限責任は株式譲渡の自由を実現する。前述のとおり有限責任は、調査コスト・取引コストを削減するので、買主は、売主の属性などを考慮することなく、株式を買い受けることができる、これにより、株式の市場価格を通じて取締役をコントロールすることが可能となる。第四に、有限責任は、ポートフォリオの分散化を促進する。有限責任会社への投資者は、自己のリスクを分散化により減少しようとするが、無限責任会社では、分散化はかえってリスクを増加させてしまうのである。投資家による分散化は、取締役が、投資者の全資産を危険にさらすことなく、リスクのある事業へ入っていくことを可能にする。これは資本の効率的な運用の実現となる。
 - (43) 前注（42）で述べた有限責任の「根拠」から考える限り、小規模閉鎖会社およびその取引先は、いずれも有限責任のメリットを十分に享受し得ないことは認めざるをえない（Freedman, Ibid., p.331.）。
- 第一に、これらの会社においては、所有と経営が一致しており、極端な場合、同一人物のこともある。従って、経営者に対するモニタリングコストを削減するという有限責任のメリットは、ここでは全く発揮されない。

第二に、これらの会社においては、株主数が少ないので、株主はしばしば互いを監視できる地位にあることも、第一の理由を補強する。

第三に、これらの会社においては、株式が市場性を有しないので、市場価格を通じての経営者のコントロールということは考えがたい。多くの場合、投資者と経営者は同一人物なのである。

第四に、かかる会社においては株式の分散化も生じないので、分散化に関する上述のメリットもここでは発揮されない。

第五に、もつとも重要なことは、かかる会社においては、有限責任による最適なリスク配分ができないということである。所有者かつ経営者の場合には、それ以外の場合に比し、不適切な事業に会社の全資産が投入されてしまう危険性が高く、その場合、有限責任によりリスクは分散化されるのではなく、他の誰か（＝債権者）にそのまま転嫁されてしまう。銀行などの主要な債権者は、経営者個人の連帯保証を求めることで、転嫁されたリスクを再び所有者かつ経営者へと押し戻すことができるので問題ない。しかし、かかる交渉力のない少額債権者や不法行為などの非自発的債権者にとっては、リスクに耐えうる能力がないにもかかわらず、リスクを転嫁されてしまうことになる。

- (44) 大杉謙一「米国におけるリミテッド・ライアビリティ・カンパニー (LLC) およびリミテッド・ライアビリティ・パートナーシップ (LIP) について——閉鎖会社立法への一提言——」金融研究（日本銀行金融研究所）二〇〇一年一月号 (<http://www.imes.boj.or.jp/japanese/kinyu/2001/kk20-1-5.pdf>) 一九二頁

この見解は、株式会社において妥当するといわれてきた「資本の三原則」や「出資の払戻しの禁止」についても、現行法（ただし平成一七年改正前商法）の説明としてはともかく、立法論としてこれらの「法理」に拘泥することは適切ではないとする。すなわち、これらの「法理」が関係当事者間の便益と費用の適切なバランスを体现しているという保証は全くなく、立法論としては、むしろこれらの法理を離れて直截に適切なルールはどのようなものであるかを考察し、しかる後にそれに合わせて既存の法理を解体、再構成していくことが妥当であるとする。

- (45) 大杉謙一「LLC制度の導入」企業会計五六巻二号（平成一六年）六七頁

- (46) 近時、所有と経営の一致する小規模閉鎖会社における経営者＝株主に対し、不法行為債権者の要求に応えるために「適切

な保険」を提供する義務を負わせるべきという主張がなされている (D.Leebron, 'Limited Liability, Tort Victims and Creditors' 91 Columbia Law Review (1991), p.1636.)。これは一見魅力的な提案であるが、現実的には、実効性につき多くの困難を伴うように思われる。なぜならば、経営者＝株主の「義務」と構成する以上、「適切な保険」かどうかの判断は、事後的な司法救済の場で判断されざるを得ないところ、その判断は困難を極めると予想されるからである。また、新規参入のSMEsにとっては大きな障壁となることや、保険者よりも銀行のような会社債権者の方が情報収集能力に長け、リスクの負担者として適切であることなども指摘されており、その実効性に対して、批判が強い。

ただ、強制保険制度は、現に自賠償のような限定された場面においては、それなりの実効をあげており、一概に否定されるべきではない (Freedman, op. cit., p.342. たとえば労働者保護やセクハラ防止といった観点からの保険制度の活用は一考に値するのではあるまいか)。結局のところ、有限責任のデメリットを矯正する手段として、強制保険制度は一般的な実効性を持つとはいえず、限定された場面においてのみ効用を発揮すると考えた方がよさそうである。

- (47) 有限責任には、①、企業価値が負債を下回る場合に、株主は企業価値を最大にするインセンティブを持たず、過度のリスクテイキングがなされる可能性がある、②、倒産のタイミングを株主が選択することにより (例えば、債権者に企業のコントロールが移る前に、多額の配当をしたり、リスクの高い投資を継続したりして)、会社財産を目減りさせることが可能となる、といったデメリットがあることが指摘されている (三輪芳郎・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』(一九九八年) 一九五頁 (金本良嗣・藤田友敬))。

- (48) 松嶋隆弘「会社法のもとにおけるデット・エクイティ・スワップ」私法七四号掲載予定 (日本私法学会第七五回大会の個別報告要旨)

租税法における濫用の法理

——欧州司法裁判所と我が国の最高裁判所における判決を比較して——

今村 隆
川村 佑紀

第一 はじめに

第二 ECJの判断枠組み

第三 ECJにおける濫用の法理

第四 我が国の最高裁判所における濫用の法理

第五 結 び

第一 はじめに

一 EUは、その基本条約であるEU条約を二〇〇七年に締結したリスボン条約で改正することとし、改正条約は、二〇〇九年十二月一日から発効した。これに伴い、EUの基本条約の一つであるEC条約（以下「旧EC条約」という。）は、EU運営条約（以下「TFEU」という。）に改正され、EUにおける中核的な裁判所である欧州司法裁判所も、欧州諸共同体司法裁判所から欧州連合司法裁判所に改称された。この欧州司法裁判所（European Court of Justice）は、リスボン条約発効前も通称にすぎなかったが、本稿においては、リスボン条約発効の前後を通して、「ECJ」と呼ぶこととする。

ECJは、リスボン条約発効前に、加盟国の租税法規が旧EC条約に適合するか否かを審査し、加盟国の租税法規を同条約違反とするなど注目すべき判決を次々と出してきた。そのようなECJの判例の中で特に注目すべきは、二〇〇六年九月のキャドベリー・シュウエップス事件判決^①であり、また、付加価値税についての第六次指令の解釈についての判例ではあるが、同じ年の二月に出されたハリファックス事件判決^②である。

ECJは、キャドベリー・シュウエップス事件判決において、「開業の自由に対する制限が濫用的行為（abusive practices）を防止することを理由として正当化されるためには、そのような制限の目的が、国内的に実行される活動による利益に通常生じる租税を逃れるため、経済的実体を考慮しない完全に技巧的な取決め（wholly artificial arrangements）を作り出す行為を阻止しなければならない。」（パラ55、横線筆者）と判示し、ハリファックス事件判決において、「共同体法は、経済を動かす人達による濫用的行為（abusive practice）——すなわち正常な商業作用の状況で

ないのに実行され、共同体法によって提供された特典を不当に得る目的のみでなされている取引にまでこれをカバーするように適用することはできない」(パラ69、横線筆者)と判示し、ともに租税事件についての濫用の法理を明らかにしたと考えられている。

ECJが明らかにしたこの濫用の法理については、EUの学者の間でも多くの議論がされているところであるが、このような議論の中でも、二〇〇八年にオックスフォード大学において開催されたシンポジウムが重要である。このシンポジウムについては、我が国では岩崎政明教授がいち早く注目しているところであるが、その後このシンポジウムに基づく論文集が正式に発刊され、その議論の内容が明らかになったところである。

筆者の一人は、以前、キャドベリー・シュウェップス事件やハリファックス事件に基づいて、ECJの濫用の法理の意義を論じたが⁽⁵⁾、右論文集に登載されている論文に啓発されるところ大であり、右キャドベリー・シュウェップス事件やハリファックス事件後のECJの判例や右論文集に登載された論文等を参考にして、ECJの濫用の法理について再考することとしたい。特に右論文集に登載された論文においては、ECJの濫用の法理について、次の二つの論点を軸に論じられていることから、この点を中心に検討することとする。

① 一般法理 (general principle) であるのか解釈の法理 (principle of construction) にすぎないのか？

② 法の濫用 (abuse of law) か権利の濫用 (abuse of rights) か？

二 一方、我が国の最高裁判所は、キャドベリー・シュウェップス事件判決やハリファックス事件判決の出される直前の二〇〇五年に、「外税事件」と呼ばれている最高裁平成一七年二月一九日判決(民集五九卷一〇号二九六四頁)において、「本件取引に基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法六九条の定める外国税額控除の対象とす

ることは、外国税額控除制度を濫用するものであり、さらには、税負担の公平を著しく害するものとして許されないというべきである。」(横線筆者)と判示し、「濫用」との表現を用いて法人税法六九条の外国税額控除の適用を否定している。この最高裁判決が、いわゆる濫用の法理に基づくものであるかは議論のあるところであるが、本稿では、とりあえず「濫用の法理 (“abuse of law” principle)」としてとらえて、前記二つの論点に基づいて、ECJの濫用の法理と比較することとする。これにより、我が国の最高裁の採っている右法理が、本当に濫用の法理であるのか、それともこれとは違う法理であるのかを解明することとしたい。

そこで、以下、第二において、ECJの判断枠組みを明らかにした上で、第三において、ECJの濫用の法理を検討し、第四において、我が国の最高裁判所の採っている右法理を検討することとする。

第二 ECJの判断枠組み

一 ECJの判断枠組みの概観

ECJは、EU裁判所の一つであり、加盟国の裁判所で問題となっている事件の先決裁定などを管轄しているが、ECJは、この先決裁定において、加盟国の租税法規をEU運営条約違反としているのである。

ECJの判断枠組みは、次のとおりである。ECJは、EU運営条約が保障している自由に対する加盟国における制限が許されるかについて、①当該措置がEU運営条約の保障する四つの自由(物の移動の自由、人の移動の自由、役務提供の自由、資本移動の自由)の問題か(保護範囲)、②当該措置が差別あるいは自由に対する制限といえるか(差別又は制限該当性)、③このような差別あるいは制限が正当化されるか(正当化事由の有無)の三つの段階で判断しているとい

われている。⁽⁶⁾このような判断枠組みは、ドイツ基本法における基本権侵害に当たるか否かを判断するに当たっての三段階審査説を彷彿とさせる。⁽⁷⁾これは、個別法規と基本法との関係と加盟国の法規とEU運営条約との関係が同じような構造であることから、結局、同じような判断枠組みになったものと考えられる。

ところで、右②の差別か制限かについては、差別は制限の一態様であると考えられているところ、どのような場合に制限となるか問題となるが、これについては、「一つの国のアプローチ」でとらえるか、「二つの国のアプローチ」でとらえるかの問題がある。⁽⁸⁾

右③の正当化事由については、EU運営条約三六条（旧EC条約三〇条）が規定している。EU運営条約三六条以外の正当化事由があるかが問題となるが、税務行政の実効性確保、公衆の健康衛生、商取引の公正及び消費者保護といった強行的要請（mandatory requirements）に基づくものは、正当化される。これを「合理性の原則（rule of reason）」という。これは、一九七九年のカシス・ド・ディジョン判決⁽⁹⁾により確立された法理である。

ただし、このような正当化事由のある差別や制限も比例原則に反することは許されない（欧州連合条約五条四項参照）。

二 正当化事由についての判例

本稿において重要なのは、右③の正当化事由であり、これについては、ECJは、右カシス・ド・ディジョン判決の後の判例で、(i)租税制度の一貫性確保、(ii)税務行政の実効性確保、(iii)租税回避及び脱税の防止の場合に正当化されるとしている。

まず、(i)の租税制度の一貫性確保については、一九九二年のバックマン事件判決⁽¹⁰⁾において、ECJは、ベルギーの

所得税法において保険料控除をベルギー設立法人との保険契約に基づく支払保険料に限定している措置がサービス提供の自由に反するかが争われた事案で、支払保険料が控除されないときには、年金への課税の免除で埋め合わされており、租税制度の一貫性を確保する見地から正当化されるとの判定をした。次に、(ii)の税務行政の実効性確保については、一九九七年のフツラ事件判決⁽¹¹⁾において、ECJは、ルクセンブルク税法において外国法人の国内支店についての繰越控除を制限している措置が開業の自由を制限するものが争われた事案で、制限に当たるとした上税務行政の実効性の確保から正当化されるとしたものの、比例原則違反であるとの判定をした。さらに、(iii)の租税回避及び脱税の防止については、一九九八年のICI事件判決⁽¹²⁾において、ECJは、イギリス税法のグループ・レリーフにおいて、外国子会社の損失を相殺するのを制限している措置が開業の自由に反するかが争われた事案で、租税回避が正当化事由に当たるとは認められたものの、比例原則に反するとの判定をした。

本稿において、これらの正当化事由の中で重要なものは、(iii)の租税回避及び脱税の防止による正当化であり、キャドベリー・シュウエップス事件判決は、右ICI事件判決の延長線上にある事件である。

第三 E C Jにおける濫用の法理

一 E C Jにおける濫用の法理の意義

ECJは、第一で述べたとおり、キャドベリー・シュウエップス事件及びハリファックス事件において、濫用的行為を問題としているが、このように濫用的行為の場合に、EU法のレベルにおいて、その適用が制限されるとする法理が、ECJにおける濫用の法理である。

そして、ECJは、キャドベリー・シュウェップス事件においては、完全に技巧的な取決め (wholly artificial arrangements、以下単に「wholly artificial arrangement」という。) の場合に濫用的行為に当たるとし、ハリファクス事件においては、wholly artificial arrangement との用語こそ使っていないが、完全に技巧的な取引 (purely artificial transactions、パラ64) 又は取引の完全に技巧的な性質 (purely artificial nature of transactions、パラ81) との用語を使っている。

この“purely artificial”と“wholly artificial”が違うのが問題となる。ECJは、フランス語による判決においては、ハリファックス事件の場合には、“purely artificial nature” (パラ81) に相当する語を“le caractere purement artificiel”と表現し、キャドベリー・シュウェップス事件の場合には、“wholly artificial arrangement” (パラ51) に相当する語を“les montages purement artificiel”と表現し、いずれも“purement artificiel”との同一の表現を用いている。さらには、ECJは、英語による判決において、一つの判決の中で両方の表現を用いている場合もある。例えば、二〇一〇年のSGI事件判決⁽¹³⁾がその典型例で、ベルギーの移転価格税制がTFEUの保障する開業の自由の侵害になるか否かが争われた事件において、両者を全く同じ意味で用いている (パラ65、66)。そこで、本稿では、“purely artificial”と“wholly artificial”のいずれも同義であるとの理解で論じることとする⁽¹⁴⁾。

このようにECJは、濫用的行為に当たるための基準として、wholly artificial arrangementを問題にしているが、この用語の意味内容が判然としないところがある。

そこで、以下、二及び三において、両事件の事案や判旨を明らかにし、その上で、四において、両事件を分析して、wholly artificial arrangementの意義を明らかにした上で、五において、冒頭に述べた二つの論点を中心にECJの

採っている濫用の法理の法的性格を明らかにした上、六において、濫用の法理の淵源を検討することとする。

二 キヤドベリー・シュウエップス事件判決

(一) 事案の概要

キヤドベリー・シュウエップス事件の事案の概要は、次のとおりである。

X社は、飲料・菓子を全世界で販売するイギリス居住法人であるが、イギリス居住法人であるA社を通じて、アイランドに間接的に一〇〇%の株式を保有する子会社であるB社及びC社の二社を有している。この子会社は、アイランド・ダブリン国際金融サービスセンターで金融取引を行っており、一〇%の低税率に服していた。

ECJ付託前のイギリスの裁判所の認定によると、B社とC社をアイランドで法人化した唯一の理由は、キヤドベリー・シュウエップス・グループが国際金融サービスセンター体制からファイナンス的な利益を得ることができることにあった。それ故、これらの会社をアイランドで法人化したのは、租税目的のみであった。そこで、イギリス歳入庁は、この子会社のうちのB社に対し、イギリスのCFC税制上の適用除外要件に当たらないとして、同税制に基づきX社に対し課税した。なお、C社は、利益を生じていないため、課税の対象とはしなかった。

本件では、イギリスのCFC税制が、旧EC条約四三条の開業の自由に反しないかが問題となった。

(二) 判旨

ECJは、(1)まず、租税上の利益を得る目的のみで他の加盟国に子会社を設立したとしても、旧EC条約四三条の開業の自由の保障の範囲内であるとし(パラ36、38)、(2)次に、CFC税制は、この開業の自由に対する制限に当たる

としたが（パラ46）、(3)当該加盟国の租税法規の適用を回避することを目指した完全に技巧的な取決め（wholly artificial arrangements）の場合には、正当化されるとした。

すなわち、ECJは、「∴、開業の自由を制限する国内法的手段は、当該加盟国の租税法規の適用を回避することを目指す完全な技巧的な取決め（wholly artificial arrangements）に特に関係している場合に正当化される（ICI事件パラ26）」（パラ51、横線筆者）とした上、冒頭で引用したとおり、「開業の自由に対する制限が濫用的行為を防止することを理由として正当化されるためには、そのような制限の目的が、国内的に実行される活動による利益に通常生じる租税を逃れるため、経済的実体（economic reality）を考慮しない完全に技巧的な取決め（wholly artificial arrangements）を作り出す行為を阻止しなければならないこととなる。」（パラ55）とした。

さらに、「そのような取決め（注・完全に技巧的な取決め）であることを見出すためには、租税上の特典を得る意図にある主観的要素に加えて、共同体法によって述べられている要件を形式的に満たしているようにみえるにもかかわらず、開業の自由による目的が∴達成されていないという客観的状況（objective circumstances）も示されなければならない。」（パラ64）とし、「そのような状況において、CFC税制の立法が共同体法に適合するためには、当該立法によって提供される税制が、租税の目的の存在にかかわらず、CFCの法人設立が経済的実体（economic reality）を反映している場合を除外していなければならない。」（パラ66）、「英国政府やコミッションが示唆するとおり、第三者によって確認できる客観的要素を根拠として事実認定をしなければならず、特に、CFCに設備、スタッフを物理的に存在する程度を根拠とすべきである。」（パラ67）、「もし、CFCが虚構であり、加盟国の域内において真正な経済的な活動（genuine economic activities）を実行をしていないとの認定がなされたら、CFCの設立は、wholly artificial

arrangement の性格を有するとみなさなければならない。郵便受け (letterbox) があるだけ又は看板 (front) だけの会社は、取り分けそうといえよう。」(パラ68) とした。

しかし、このような国内法的手段は、比例原則にかなうものでなければならず、真に経済的活動をしているとの客観的状況があるにもかかわらず、租税上の利益を得るものがあるとの動機テストで制限するのは、比例原則に反しているとした(パラ70、72)。

三 ハリファックス事件判決

(一) 事案の概要

ハリファックス事件の事案の概要は、次のとおりである。

X社は、イギリスの銀行であるが、A社に自社ビルの建築工事を請け負わせたものの、銀行取引が非課税であることから、X社の課税売上高が少ないことにより、建設代金について仕入税額のうち5%しか控除することができないため、この請負契約をいったん取り消した。そして、X社は、このような仕入税額控除を全額利用できるX社の100%子会社であるB社に貸付けを行い、B社からC社(X社の子会社)に同ビルの建築を請け負わせ、C社からA社に請け負わせて、ビルの建設を行わせた。X社は、同ビルが完成した後、B社がリースしたD社(X社の子会社)から再リースを受けて、同ビルを使用することとなった。

この場合、B社は、C社に対する建築工事代金の支払いについて付加価値税の仕入税額控除をすることができかねる問題となった。

(二) 判 旨

ECJは、(1)論点1(a)として、当該取引が、租税上の特典を得るための目的で他に経済上の目的がないときにも付加価値税の仕入税額控除が認められるかを問題とし(パラ44)、これに対しては、客観的基準を満たしている限り控除されるとし(パラ60)、(2)次に、論点2として、当該取引が濫用的行為を構成する場合にも控除できるかを問題とし(パラ61)、これに対しては、控除されないとし(パラ85)、(3)最後に、論点1(b)として、濫用的行為が見出された場合に国内裁判所はどうすべきかを問題とし(パラ87)、濫用的行為を構成する取引がないとの状況で再構成(redefine)されなければならないとした(パラ98)。

右のうち(2)について、ECJは、「判例法によると、共同体法は濫用や詐欺的な目的(fraudulent ends)に依拠することはできないことを心に留めなければならない(…)」(パラ68)とした上、冒頭で引用したとおり、「共同体法は、経済を動かす人達による濫用的行為(abusive practices)——すなわち正常な商業作用の状況でないのに実行され、共同体法によって提供された特典を不当に得る目的のみでなされている取引——にまでこれをカバーするように適用することとはできない(…)」(パラ69、横線筆者)とし、「この濫用的行為を禁止する法理は、付加価値税の分野にも適用される」(パラ70)として、濫用的行為に当たる場合には、仕入税額控除はできないとした。

そして、当該取引の客観的要素(パラ74)と主観的要素(パラ75)に着目すべきとした上、主観的要素について、「当該取引が本質的に租税上の便益を得ることを目指しているに違いない場合、国内裁判所が当該取引の真の実質や意義を決定する責任を負っていることを心に留めるべきである。そうすることにより、当該取引の完全に技巧的な性質(purely artificial nature)や租税上の負担を軽減するスキームに関与している人達の間の法的、経済的、そしてある

いは人的性質の結び付きを考慮することとなろう（…）」（パラ81）とし、結局、「したがって、二つ目の疑問に対する答えは、第六次指令は、当該取引が濫用的行為を構成する場合、仕入税額控除の権利が妨げられるように解釈されなければならないこととなる。」（パラ85）とし、「濫用的行為があると認定されるために最初にされるべきことは、問題の取引が第六次指令やその指令を取り込んだ国内法の関連する条項によって規定されている要件に形式的には該当するにもかかわらず、それらの条項の目的に反する租税上の特典を発生させる結果となる、ということが必要である。次にされるべきは、問題となつている取引の本質的目的（the essential aim）が租税上の特典を得ることであるということが、多くの客観的事情によつて明らかにされることである。」（パラ86）とした。

四 濫用の法理と wholly artificial arrangement テスト

（一）wholly artificial arrangement テストの意義

ECJは、キャドベリー・シュウェップス事件以前から、加盟国の租税法規が旧EC条約に適合するか否かを審査するに当たり、その判決において、wholly artificial arrangement との用語を用いてきた。具体的には、第二の二で述べた一九九八年のICI事件判決で初めて用いられ（パラ26）、二〇〇五年のマークス&スペンサー事件判決^⑮などで用いられてきた。しかし、ECJは、二〇〇六年のキャドベリー・シュウェップス事件において、濫用的行為に当たるか否かの判定の基準として、意識的に、wholly artificial arrangement という基準を用い、これを明らかにしようとしたと考えられる。ECJがキャドベリー・シュウェップス事件判決において採ったこのような濫用的行為に当たるか否かを wholly artificial arrangement 基準で判定する考え方を、以下「wholly artificial arrangement テスト」という

こととする。

(二) ラングの分析

そこで、本稿においては、まず、ECJの採っている濫用の法理を明らかにする前提として、この wholly artificial arrangement テストの意義を明らかにすることとしたい。これについては、オーストリアのラングがヴァニステン⁽¹⁶⁾の記念論文集登載の“Wholly Artificial Arrangements”との論文で詳細に論じているところである。この論文において、ラングは、ICI事件からキャドベリー・シュウエップス事件の判決に至るまでのECJの判例の流れを検討した後、キャドベリー・シュウエップス事件の判旨を検討している。ラングは、ECJが、キャドベリー・シュウエップス事件において、「そのような取決め（注・wholly artificial arrangement）であることを見出すためには、租税上の特典を得る意図にある主観的要素に加えて、共同体法によって述べられている要件に形式的に該当しているようにみえるにもかかわらず、開業の自由による目的が…達成されていないという客観的状況も示されなければならない。」（パラ64）と判示し、その客観的状況として、「経済的実体（economic reality）」、「現実の施設（actual establishment）」、「真実の経済活動（genuine economic activities）」としているのがキーワードであるとする。そして、ECJは、ある取決めが経済的実体（economic reality）がなく、現実的施設（actual establishment）と対応しない場合には無視していいとしていると分析する。

一方で、ECJは、キャドベリー・シュウエップス事件において、「郵便受け（letter-box）のみの会社」や「看板（front）のみの会社」を例示している（パラ68）が、ラングによると、これは、誤解を招きやすいものの、建物がないとか従業員がいらないということではないとしている。なぜなら、ラングによると、EU加盟国においては、建物とか

従業員がいなくても法人格を認めている場合もあり、このような場合を wholly artificial arrangement ということとはできないからとし、引用されているユーロフード事件⁽¹⁷⁾からみて、主たる利害関係の中心 (the center of the main interests) でないということと、「郵便受けのみの会社」や「看板のみの会社」を例示しているとする。

そして、ラングは、ECJは、wholly artificial arrangement テストを採ることにより、客観基準を重視し、キャドベリー・シュウエップス事件において、問題となっている条約の条項の趣旨目的を強調していると分析し、ECJのアプローチは納得がいくものであると評価する。

しかし、ラングは、ECJが、キャドベリー・シュウエップス事件においては、納税者の主観的意図といった主観的基準をそれほど重視していないのに対し、ハリファックス事件では重視しているとする。ラングは、その理由について、キャドベリー事件で問題となっているのは、EUにおける第一次的共同体法の下での濫用であるのに対し、ハリファックス事件において問題となっているのは、第二次的共同体法の下での濫用であるからとする。すなわち、前者は、加盟国間の相違を理由とするものであり、条約の目的がまだ問題となることから、ECJは、注意深く、狭い濫用概念を適用しているのに対し、後者は、加盟国間の相違が問題とならないので、狭い濫用概念を適用する必要があるのではあると分析する。

このような分析をして、結局、ラングは、ECJが、キャドベリー・シュウエップス事件で wholly artificial arrangement を明らかにしようとしたが、第二次共同体法の問題で主観的要件を重視していることから、ECJが wholly artificial arrangement で何を理解しようとしているのかがなお明確ではないとしている。

(三) 筆者の分析

以上のラングの分析を参考に整理すると、まず、wholly artificial arrangementとは、施設がないとか従業員がいな
いというような意味で「仮装」ということではなく、経済的実体がないことを意味していると考えられる。すなわち、
wholly artificial arrangementであるか否かは、単に、仮装でないことすなわち施設や従業員が実在しないことではな
く、経済的実体がないこと (no economic reality) を意味しているといえることができる。この点は、ラングだけではな
く、ドイツのシェーンも、「裁判所の司法権の行使において、取引の法的実体が疑いがある (すなわち単に『sham』と
性格付けされる。) のではなく、経済実質がほとんど失われている場合を wholly artificial arrangement と表現している
のである。」と述べているところである。¹⁸⁾

次に、キャドベリー・シュウエップス事件とハリファックス事件の濫用法理は、同じであるかの違うのが問題とな
る。ラングは、違うとの見解に立っているが、この点は、EUの租税法学者の間でも見解が分かれている。ヴァニス
テンデールは、いずれの判決も経済的実体を問題としている点で基本的には同じであるとする。¹⁹⁾

確かに、キャドベリー・シュウエップス事件は、加盟国の租税回避の否認規定がTFEUの保障する開業の自由に
反するか否かの問題であるのに対し、ハリファックス事件は、付加価値税について加盟国に直接適用されている第六
次指令の仕入税額控除を受けることができるか否かの問題であり、問題の現れ方は違っている。しかし、一方では、
キャドベリー・シュウエップス事件は開業の自由に当たるとした上でその例外として開業の自由の枠外とするもので
あり、ハリファックス事件は、第六次指令の要件に該当するとしながら、その例外とするものであり、法的論理とし
てみたときには、その根本は同じようにもみえる。これについては、そもそもそこで問題としている「濫用」の意義

やその法的性格を検討する必要がある。そこで、以下、これについて検討することとする。

五 濫用の法理の法的性格

(一) 濫用の法理は、一般法理か解釈原理か？——論点Ⅰ

(1) 「一般法理」の意味

ECJの採っている濫用の法理については、冒頭で述べたとおり、①一般法理か解釈原理にすぎないのか、②法の濫用か権利の濫用かといった論点が重要である。まず、①の論点について検討することとする。

まず、この問題の前提として、一般法理 (general principle) ということの意味が問題となる。そもそも一般法理は、文言解釈や目的論的解釈を超えて機能するものである。例えば、信義則などがそうである。また、EU法においては、EUの契約に基づかない責任について、「契約上のものでない責任については、EUは、加盟国の法律に共通の一般原則 (general principles common to the laws of the Member States) に従って、EU又は使用人がその任務の遂行に際して与えたいずれの損害をも補償する。」(TFEU 三四〇条二段、旧EC条約二八八条二段)と規定しているところから、こゝでの一般原則 (general principles) に当たるかとの問題も生じる。冒頭で述べた論文集においてもEUの学者達が一般法理に当たるか否かを激しく議論しているところである。例えば、アーナルやソレンセンが⁽²⁰⁾この問題について本格的に論じている。アーナルは、ハリファックス事件を例にして、解釈原理にすぎないとする。これに対し、ソレンセンは、一般法理であるとする。この点については、右論文集に投稿した論者の間でも見解が分かれ、右ソレンセンのほか、フェーリアは⁽²²⁾、一般法理であるとし、他方、右アーナルのほか、ファーマー⁽²³⁾、フリードマン⁽²⁴⁾は、解釈の法理

にすぎないとする。前記四(二)で論じたラングは、明言はしていないが、解釈の法理であるとの立場に立っているのではないかと思われる。

これらのEUの学者達の論文を検討すると、「一般法理」という場合に、①EU加盟国に共通に適用される法理との意味で用いられている場合と、②加盟国の国内法に明文規定がない場合にも乗り越えること(override)のできる法理との意味で用いられている場合とがあるように思われる。

前者は、一般法理の「発見」の問題であり、EU条約一九条一項(旧EC条約二二〇条)は、「欧州連合司法裁判所は、基本条約の解釈及び適用において、法(the law)の遵守を確保する。」(横線筆者)と規定しているが、この「法(the law)」というのは、法の一般原則を含み、前記TFEU三四〇条二段が、「構成国の法律に共通の一般原則」と規定しているのも、EU法における法の一般原則の役割を明示したものと理解されているが、このようなEU加盟国に共通に適用される一般法理として認められるかの問題である。

これに対し、後者は、発見された一般法理の「適用」の問題であり、租税法に限定すると、加盟国の租税法規に明文規定がなくても、租税回避であることを理由に否認できる法理ということになる。⁽²⁶⁾

このような観点でみたとき、ソレンセンは、一般法理の意味を右②の意味でも用いているが、①の意味があるか否かに重点を置いている。

本稿においては、右①は、EU法特有の問題であることから、一般法理の意味を右②の場合、すなわち、租税法規に明文規定がなくても、租税回避であることを理由に否認できる法理という意味に限定して用いることとする。

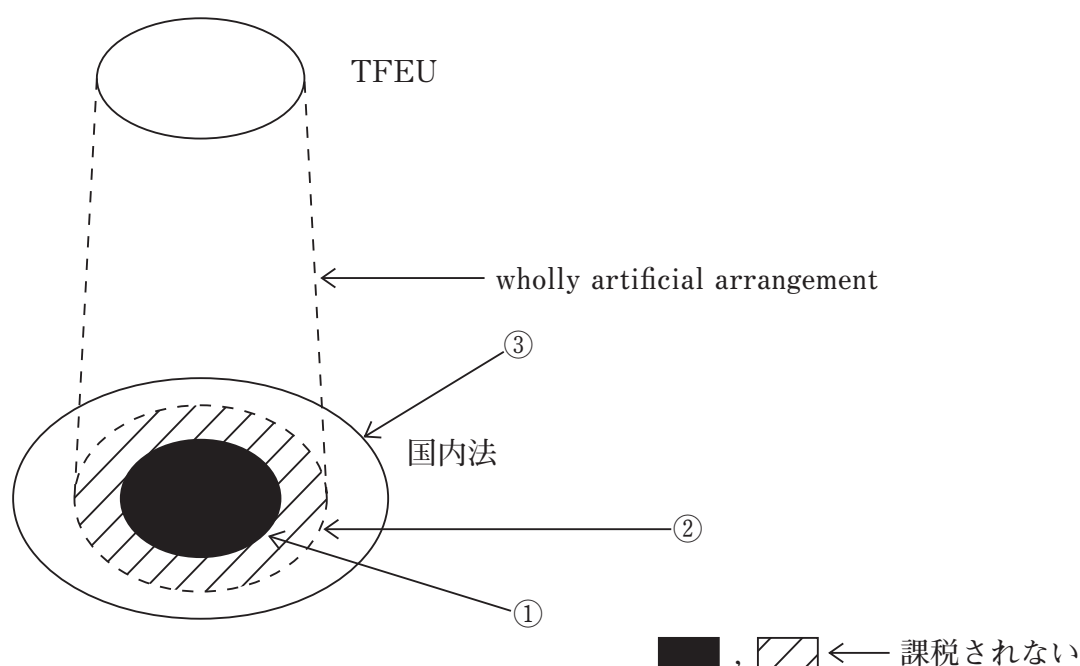
なお、イギリスの上院の租税回避についての有名な一九八一年のラムゼイ事件判決が一般法理か解釈の法理かとい

う議論があり、イギリスの上院は、二〇〇四年のバークレイ・マーカンタイル事件判決⁽²⁹⁾において、ラムゼイ事件判決について解釈の法理であるとの立場を明らかにしているが、これも租税法規に明文規定がなくても、租税回避であることを理由に否認できる法理か否かが問題となっているのである。その意味では、ECJの濫用の法理においても同じような問題が生じていると考えられるが、ECJの濫用の法理の場合には、EU法と加盟国の国内法との関係が問題となり、より複雑な問題となっている。

(2) 規範構造の分析

ここで、キャドベリー・シュウエップス事件とハリファックス事件で問題となつて濫用の意義について、前記四(一)において論じたとおり、ラングはそれぞれの事件における規範の違いに着目しているが、筆者は、それを一歩進めて、それぞれにおいて問題となっている規範の構造という観点で分析することとする。

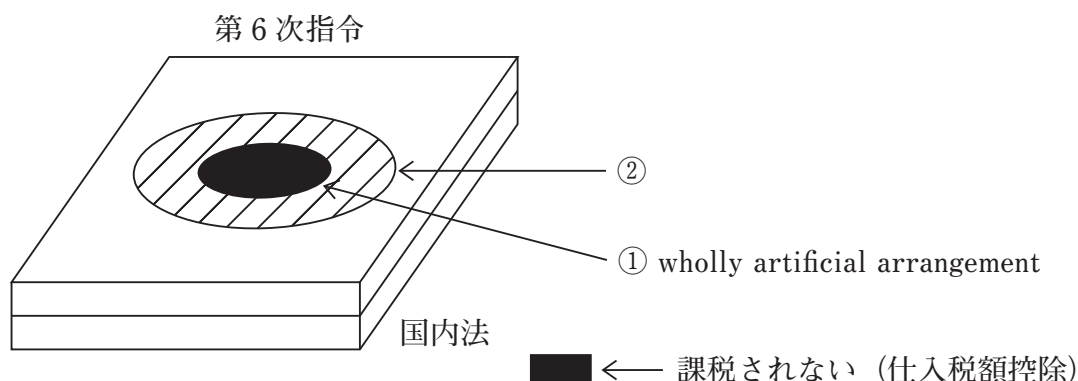
まず、キャドベリー・シュウエップス事件においては、加盟国の租税法規の濫用の場合に、TFEUの保障する自由によつて保障されるか否かが問題となっているのであり、具体的に事象を規律する第一次ルールというべき租税法規という規範がメタ規範ともいうべきTFEUの保障する自由に照らして無効とされるかの問題である。すなわち、ここで問題となっているのは、最終的には、TFEUの保障する自由の保障が及んで、加盟国の租税法規が無効とされるか否かの問題であり、加盟国の租税法規の濫用の場合に、TFEUの保障する基準の枠を超えているものをTFEUの保障する自由の枠外として追認するものである。その際にTFEUの保障する基準として、wholly artificial arrangement テストを用いているのであり、加盟国の租税回避否認規定が、この wholly artificial arrangement テストを満たしていれば、その範囲内において、TFEUの保障の枠外として無効でないとするものである。ECJの判断



枠組みは、第二の一で論じたとおり、①保護範囲該当性、②差別又は制限該当性を検討した上、③正当化事由の有無を検討するが、これはあくまでも判断のプロセスであり、最終的には、TFEUの保障する自由の保障が及んでいるかの問題である。この場合には、TFEUの保障する自由の解釈問題であり、租税法に明文規定がなくとも、租税回避であることを理由に否認できる法理ではない。これを図で書くと、上図のとおりとなる。

すなわち、加盟国が、国内法において、租税回避否認規定で①と③の間の部分を濫用に当たるとして否認の対象としている場合、TFEUの保障する自由は、wholly artificial arrangementでない場合には及ぶのであり、②と③の間の部分を否認の対象としているのは許されるが、①と②の間の部分を否認の対象としているのは、TFEUに反し無効となるのである。TFEUがどの範囲のものをその保障する自由の対象と含めるのかは、TFEUの保障する自由の範囲の解釈問題であり、明文規定によらない否認の問題ではない。

一方、ハリファックス事件においては、第二次的共同体法である第六次指令の問題である。EUにおいて、指令は、EUの基本条約



や規則とは異なり、加盟国を拘束するが、加盟国において、拘束力を与えるための置換規定が必要である（TFEU二八八条三項）。すなわち、指令は、TFEUと異なり、原則として直接効果はないのである³⁰。ハリファックス事件は、このような第六次指令の置換規定において、仕入税額控除の要件を満たしていても、仕入税額控除を否定できるかとの問題であり、第六次指令というEU法の問題ではあるが、国内法と一体となった具体的に事象を規律する第一次ルールの問題であり、キャドベリー・シュウエップス事件とは規範構造が異なっている。これを図示すると、上図のとおりとなる。

すなわち、第六次指令に基づくと、②の範囲内が仕入税額控除の要件を満たしているが、①と②との間の部分の仕入税額控除を否定しようとするものであるが、第六次指令が国内法と一体となって、第一次ルールとなっていて、キャドベリー・シュウエップス事件のようなメタ規範となっているわけではない。そうすると、このハリファックス事件の場合には、仕入税額控除を認めるとする第一次ルールを明文なしに否定することであり、租税法規に明文規定がなくても、租税回避であることを理由に否認するとの法理であり、本稿において用いている意味での一般法理である。

なお、ハリファックス事件のマドロォー法務官は、EUの第六次指令の仕入税額控除権の範囲の問題であるとして解釈の法理であるとする（同法務官意見パラ69）。しかし、第一次ルールとしての第六次指令における仕入税額控除という具体的要件の問題であり、

前記三(二)で引用したとおり、E C Jは、第六次指令の対象となる取引であるとしているが、仕入税額を認めている立法趣旨が税の累積を排除するとの趣旨に基づくと考える以上、課税対象取引に当たるとしながら仕入税額控除の対象取引に当たらないとする理由はなく、それにもかかわらず仕入税額控除の対象とならないとするのは文言解釈はいうまでもなく、目的論的解釈の限界をも超えており、明文規定によらない否認であり、租税回避行為であることを理由とする一般法理と考えざるを得ない。

(3) コフォード事件判決の意義

E C Jの採っている濫用の法理の法的性格については、キャドベリー・シュウエップス事件判決やハリファックス事件判決後の二〇〇七年のコフォード事件判決⁽³¹⁾が参考となる。これは、E Uの合併指令の問題であり、Xは、Aと共に、デンマーク所在のB社を五〇%ずつの株式を有する株主であったが、B社から直接配当を受けるとデンマークの租税法規に基づいて課税されることから、Aと共に株主となってアイルランドにC社を設立し、C社に新株を発行させ、それをXやAが有していたB社株式と交換した。これにより、C社は、B社の一〇〇%株主となり、B社は、C社に配当をし、XやAは、C社から配当を受け取ったが、配当に対する租税負担が軽減された。これに対し、デンマーク国税庁は、右交換は、合併指令上の「交換」には当たらないとして、Xらにキャピタルゲイン課税をした。合併指令は、交換について、現金の支払い(cash payment)が株式の額面の一〇%以下であることを要件としていた。しかし、一方で、合併指令一条一項a号が、株式の交換の主たる目的が脱税や租税回避であれば、加盟国は、合併指令による利益を否定することができると規定していた。ところが、デンマークでは、この合併指令一条一項a号を国内法に置き換える規定を設けていなかった。

これに対し、デンマーク政府は、本件交換は、その後の配当と一連の取引であり、Xは、一〇%以上の現金の支払いを受けており、交換に当たらないと主張したのに対し、ECJは、その後の配当を現金の支払い (cash payment) とみることはできないとしたものの、「合併指令一一一条一項a号は、権利濫用を禁止している共同体の一般法 (the general Community law principle that abuse of rights is prohibited) を反映している。個人は、共同体法の条項の特典を不適当なし詐欺的方法で得ることはできない。共同体法の適用は、濫用的行為 (abusive practice) すなわち正常な商業作用の状況でないのに実行され、共同体法によって提供された特典を不当に得る目的のみでなされている取引をカバーすると拡張することはできない。」(パラ38、横線筆者) とした上、旧EC条約一〇条や二四九条は、加盟国は、国内法の法体系の中で、指令の目的を達成するため、指令を採択することが義務付けられていること (パラ41) や国内法の置き換え規定によって法的状況が明らかとなっていて納税者がその権利や義務を知り得べき場合には、予測可能性を害するものでもないことから明文規定はいらない (パラ44) として、結論として、合併指令一一一条一項a号に基づき、デンマーク政府の主張を認めたものである。

これは、具体的に事象を規律する第一次ルールの問題において、デンマーク租税法には明文規定がなかったにもかかわらず、租税回避であることを理由に否認できるとの法理によって判断したものと考えられる。そうすると、このコフォード事件は、直接税の事件ではあるが、ハリファックス事件と同様に、租税法規に明文規定がなくても、租税回避であることを理由に否認できる法理に基づくものであり、本稿で用いる意味で一般法理であると考えられる。

フェアリアも、コフォード事件判決の右判示を引用して、ECJは、濫用の法理を共同体の一般法理として認めた⁽³²⁾と主張している。フェアリアも、一般法理という場合に、EU加盟国に共通に適用される規範という意味で用いてい

るためその点は留意する必要があるが、コフォード事件の右判示からみて、租税法規に明文規定がなくても、租税回避であることを理由に否認できる法理に基づいていると考えられる。

(二) 濫用の法理は、法の濫用か権利の濫用か？——論点2

(1) 「法の濫用」と「権利の濫用」の意味

濫用の法理は、法の濫用か権利の濫用かを検討するに当たっては、まず、法の濫用 (abuse of law) と権利の濫用 (abuse of rights) の意味が問題となる。法の濫用とは、ローマ法以来の *fraus legis* にその源を有する考え方であり、法規の文言どおりだとその法規が適用されるが、その法規の趣旨を考えるとその法規を適用させるべきではないとする法理である。この法理は、近世ヨーロッパでは、国際私法の分野や租税法の分野で復活した考え方である。租税法の分野では、フランスにおける「法律の詐害 (*fraude à la loi*) の法理」やオランダの最高裁の採っている「*fraus legis* の法理」で顕著に表れている。我が国で言うと、一定の禁止を規定している強行法規の適用を免れる脱法行為に近い考え方である。

これに対し、権利濫用は、中世ヨーロッパにおいて、*exceptio doli generalis* といわれていた法理で、一九世紀になって、フランスやドイツで発展した考え方であり、私人間の権利行使に当たり、他方の権利を害する意図で自らの権利を濫用するのを禁止する法理である。³³⁾

EUの濫用の法理が、法の濫用であるか、権利の濫用であるかは、冒頭で述べた論文集登載の論文においてEUの学者達が論じているところであるが、多数は、法の濫用と考えていると思われる。この点、右論文集の編集者の一人であるヴォーゲナウアーは、TFEUの保障する自由の問題であるので、自由権の濫用ということで権利の濫用とも

考え得るが、一方で、ドイツやフランスといった大陸法系の国は、法の濫用と権利の濫用とを区別するものの、英米法系の国では、そもそも「権利の濫用」という考え方を避ける傾向があり、EUにおいては、「法の濫用」との表現の方が適切であるとの考え方を紹介しているのが参考となる³⁴。

結局、キヤドベリー・シュウエップス事件やハリファックス事件においては、私人間の権利行使の問題ではなく、右の意味での「権利の濫用」の問題ではなく、法の濫用の問題と考えざるを得ず、濫用の法理が、法の濫用 (abuse of law) か権利の濫用 (abuse of rights) かについては、少なくとも租税法の分野においては、法の濫用と考えるべきであろう。

(2) 「一般法理か解釈の法理か」の議論との関係

前記(一)で検討した論点1と論点2との関係が問題となる。一般法理であるとする立場においては、この法理が「法の濫用」に基づくものであるか、「権利の濫用」に基づくものであるかは重要な論点となる。

しかし、論点1において、解釈の法理であるとの立場を採った場合でも、なお「権利の濫用」か「法の濫用」かが問題となり得る。具体的には、ハリファックス事件のマドロォー法務官が、前記(一)(2)で述べたとおり、解釈の法理であるとする立場に立っているが、なお、「権利の濫用」か「法の濫用」かを問題とし、「権利の濫用」であるとする主観的要素が重視されるが、個人の権利が直接問題となるのではないEU法の解釈問題であるから主観的要素を重視すべきではなく、「共同体法の濫用禁止 (prohibition of abuse of Community law)」と表現する方がいいとしている (同法務官意見パラ71)。これは、解釈の法理との立場に立った上で、「法の濫用」と考える立場と思われる。しかし、解釈の法理との立場に立った場合には、「法の濫用」か「権利の濫用」かはあくまでも解釈指針としての意味であり、一般

法理であるとする場合とはその法的性格は異なることとなろう。

六 濫用の法理の淵源

(一) 濫用の法理の淵源についての見解

前記五(二)で述べたように、ECJの採っている濫用の法理が「法の濫用 (abuse of law)」と考えた場合、その淵源は何かが問題となる。これについては、ECJにおける判例法であるとする見解とローマ法に起源を有する *fraus legis* の法理であるとする見解とがある。

前者の見解に立つものとしては、ハリファックス事件のマドロォー法務官意見⁽³⁶⁾がある。一方、後者の見解に立つものとしては、ドウマやグレッギ⁽³⁷⁾らがいる。そこで、*fraus legis* とはいかなるものか。以下、分析を試みることにする。

(二) *fraus legis* の法理の意義

fraus legis の法理は、大陸法系の国の判例法、とりわけ租税判例において、現在も採用されている。オランダ最高裁が、初めて *fraus legis* の概念を採用したのは、一九二六年の租税判例であった。その後、税務当局が納税者の租税回避スキームにチャレンジするために、一〇年に一度程度の頻度で登場していたと言われている。⁽³⁸⁾

fraus legis が、パウルス『学説彙纂』第一卷第三章第二九法文に起源を持つことは、ほぼ一般的な理解である。⁽³⁹⁾ 当該法文は、左のとおりであるが、*fraus legis* に関するのは横線部である。

“*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit*” (Digesta 1. 3. 29)

「法が禁じていることをなす者は法律に違反し、それに対し、法の文言にも拘らず、その意味（精神）をごまかす者は、法律に対して詐欺を行う者である。」（横線筆者）

ゲッティンゲン大学のベーレンツ教授は、その著書『DIE FRAUS LEGIS⁽⁴⁰⁾』において、*fraus legis* の典型例として次のような例を挙げている。

「キンキア法の規定において贈与は10万HS⁽⁴¹⁾までとされているところ、当事者の合意の上で、形式的に独立した2万HSの贈与を六回行うとすれば、一回に12万HSを贈与するというあからさまな文言の違反に対して、法の文言のみならず目的をも犯すものとなる。」

右事例において、①当事者は合意の上、結果的に違法である12万HSの贈与をなす意思で、それをごまかすために、その都度合法的な2万HSの贈与を六回行ったのか、②2万HSを五回に分けて贈与する意思で行い、うっかり六回贈与してしまい結果、12万HSになってしまったのか、あるいは、③贈与は一回に10万HSまでという理解の下、一回に10万HSを超えなければ何度でも贈与可能であると考えていたのか。①の場合、明らかな詐欺の意思が見られ、②の場合、重過失（*culpa lata*）であれば悪意（*dolus*）に近く詐欺に近い（*prope fraudem*）とされるが、軽過失では「必要な意思活動の懈怠」⁽⁴²⁾とされ、詐欺の意思はない。③の場合は、錯誤（*error*）であり当然詐欺の意思はない。

そこで、「10万HSまでという法の文言に拘らず、その意味をごまかした」ように見える事象が存在する場合、①と②③の分水嶺は「詐欺の意思」であり、事実、右パウルス法文横線部は、*sententiam*（意味を）*circumvenit*（ごまかす）ことから詐欺の意思の存在は自明である。

(三) *fraus legis* の法理とECJの濫用の法理

オランダ最高裁において、*Fraus legis* は右のとおり採用されてきたが、税務当局が、それは一般租税法典三二条の「正当な課税」(*richtige heffing*) と同然である(同等なものである) と認識するには、一九八四年までかかったという。そして、*fraus legis* のための基準とその基準を使った結果が、正当な課税のそれらと同等である、という一方で、納税者のためのさまざまな予防手段で取り囲まれていた後者の使用が、*fraus legis* のよりフレキシブルな使い方への賛同に伴い、放棄されたのである。⁽⁴³⁾

ストークは、租税法分野における *fraus legis* 適用の三要件を次のように述べ、これらの要件を満たす場合には、取引の再構成ができるとしている。⁽⁴⁴⁾

- ① 租税回避だけが取引の主要目的であること
- ② 租税上の便益を得るためであり、それ以外の意味がないこと
- ③ 法の趣旨に反する場合

この要件は、フランスでも法律回避 (*fraude à la loi*) として採用されている。例えば、二〇〇六年のジャンファン事件国務院判決⁽⁴⁵⁾において、租税回避について次のような基準が採られている。

「租税目的でいえば、法律の詐欺的忌避が以下の場合に起こる。つまり納税者が、単に租税上の利益を得ようとするために、そして法律の精神に反して、自身に租税上の利益をもたらすように法律の適用をカムフラージュしようとする場合。」

このようなストーク主張の三要件については、三(二)で紹介したハリファックス事件判決においても、問題となる取

引が要件に形式的に該当しても、それらの条項の目的に反し、かつ、当該取引の本質的要素が租税上の特典を得ることであると判示し（パラ86）、さらに効果についても、濫用的行為が見いだせるときには、濫用的行為を構成する取引がないとの状況で再構成されなければならない（パラ98）としているところに表れている。

このようにECJの濫用の法理と *fraus legis* の法理とが類似しているのは、偶然の一致とは到底考えられない。前記(一)で紹介したとおり、ECJの濫用の法理について、ECJの判例法であるとする見解があるが、ECJが独自にこのような一般法理を創設するとは考えられず、⁴⁶ フェーリアも言っているところであるが、EU加盟国の法理の影響を受けて形成されたと考えざるを得ない。すなわち、ECJの濫用の法理は、EU加盟国を通じて、*fraus legis* の法理がその淵源になっている可能性が高いといわざるを得ない。

しかし、この点は、EUの学者の間でも議論があるところであり、ローマ法起源の *fraus legis* の法理がどのような点でオランダやフランスなどに定着し、租税法の分野で発展していったのかについて解明しないことには、*fraus legis* の法理がその淵源になっていると断言することはできない。したがって、*fraus legis* の法理とECJの濫用の法理の関係については、本稿においては断定を避け、今後の研究課題とすることとしたい。

七 小 括

以上、ECJの濫用の法理を論じてきたが、*wholly artificial arrangement* テストの意義や、濫用の法理の意義やその淵源はまだ不明な点が残っているといわざるを得ない。しかし、*wholly artificial arrangement* の法理が、単なる「仮装」ではなく、経済的実体がないことを意味していること、租税法において、一般法理という意味を、租税法規

に明文規定がなくても、租税回避であることを理由に否認できる法理に限定すると、ハリファックス事件判決やコフォード事件判決は、このような意味での一般法理に基づく判決であるが、キャドベリー・シュウェップス事件判決は、このような意味での一般法理ではなく、加盟国における租税法規の濫用をどの範囲でTFEUの保障する自由の枠外とするかのTFEUの保障する自由の解釈の法理に基づく判決であり、一般法理ではないと考える。

また、濫用の法理に *fraus legis* の法理が直接その淵源になっているか否かは断定はできないものの、少なくとも背景として影響していることは間違いないものと考ええる。

第四 我が国の最高裁判所における濫用の法理

一 最高裁平成一七年十二月一九日判決

右最高裁判決の事案は、我が国の都市銀行が法人税法六九条の外国税額控除の枠が余っていたことから、外国企業の取引に関与した事案である。この事案における取引の特徴は、我が国の都市銀行にとって逆ざや取引であることであり、法人税法六九条がこのような取引を対象としているかが問題となったのである。⁴⁷⁾

これに對し、右最高裁判決は、「法人税法六九条の定める外国税額控除の制度は、内国法人が外国法人税を納付することとなる場合に、一定の限度で、その外国法人税の額を我が国の法人税の額から控除するという制度である。これは、同一の所得に対する国際的二重課税を排斥し、かつ、事業活動に対する税制の中立性を確保しようとする政策目的に基づく制度である。」とした上、「本件取引は、全体としてみれば、本来は外国法人が負担すべき外国法人税について我が国の銀行であるX行が対価を得て引き受け、その負担を自己の外国税額控除の余裕枠を利用して国内で納

付すべき法人税額を減らすことによって免れ、最終的に利益を得ようとするものであるということが出来る。これは、我が国の外国税額控除制度をその本来の趣旨目的から著しく逸脱する態様で利用して納税を免れ、我が国において納付されるべき法人税額を減少させた上、この免れた税額を原資とする利益を取引関係者が享受するために、取引自体によつては外国法人税を負担すれば損失が生ずるだけであるという本件取引をあえて行うというものであつて、我が国ひいては我が国の納税者の負担の下に取引関係者の利益を図るものというほかない。そうすると、本件取引に基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法六九条の定める外国税額控除の対象とすることは、外国税額控除制度を濫用するものであり、さらには、税負担の公平を著しく害するものとして許されないというべきである。」（横線筆者）として、法人税法六九条の外国税額控除の適用を否認した更正処分を適法であるとした。

二 我が国の最高裁判所における「濫用の法理」の意義

我が国の最高裁判所における濫用の法理の意義を理解するためには、一審及び控訴審での被告国側の主張をみる必要がある。一審及び控訴審では、この国の主張をめぐつて法人税法六九条の適用が争われたからである。

被告国は、一審以来一貫して、法人税法六九条は、課税減免規定であり、このような課税減免規定の場合には、立法趣旨による限定解釈が許されると主張した。これは、一九三五年のアメリカ連邦最高裁のグレゴリー事件判決⁽⁴⁸⁾に示唆を得て、我が国でもこのような解釈方法が可能であることを提唱していた金子宏教授の見解に依拠するものである⁽⁴⁹⁾。

このような考え方がヒントとなり、被告国は、法人税法六九条の立法趣旨からみて、「正当な事業活動により」外国税額を納付する場合と限定解釈をすべきであり、本件においては、逆さや取引であり、およそ銀行業務であるとは

言い難いことから、法人税法六九条が適用されないと主張したと考えられる。

なお、このような被告国の主張は、大阪高裁平成一四年六月一四日判決（判時一八一六号三〇頁）では認められている。

三 我が国の最高裁判所における「濫用の法理」の法的性格

(一) ところが、本最高裁判決は、前記一のとおり、「本件取引に基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法六九条の定める外国税額控除の対象とすることは、外国税額控除制度を濫用するものであり、さらには、税負担の公平を著しく害するものとして許されないというべきである。」と判示し、法の濫用 (abuse of law) の法理を採用したようにもみえる。しかし、これは、本件の一審以来の訴訟の流れからして、最高裁が、本稿で用いている意味での一般法理としての濫用の法理すなわち租税法規に明文規定がなくても、租税回避であることを理由に否認できる法理を突如採用したとは到底考えられない。この点は、前記一の判示において、最高裁は、租税回避だからとっているのでなく、「我が国の外国税額控除制度をその本来の趣旨目的から著しく逸脱する態様で利用して納税を免れ」、「取引自体によっては外国法人税を負担すれば損失が生ずるだけであるという本件取引をあえて行う」ものであるから外国税額控除制度の「濫用」でありとしているのであり、立法趣旨に反する取引であることを理由としているのであることから言えることである。

そうすると、本最高裁判決は、ECJがハリファックス事件やコフォード事件において採ったような租税法規に明文規定がなくても、租税回避であることを理由に否認できるとの法理を採用したのではなく、立法趣旨による限定解釈の一つとして、濫用の程度が甚だしい場合についての判断であると考えるべきであろう。

金子宏教授も、「最高裁判所が、平成一七年二月一九日判決（…）および同一八年二月二三日判決（…）において、ある銀行の取引が法人税法六九条の定める外国税額控除制度の濫用に当たるとして、その適用を否定したのも、法律上の根拠がない場合に否認を認める趣旨ではなく、外国税額上の制度の趣旨・目的にてらして規定の限定解釈を行った例であると理解しておきたい。」と慎重な姿勢をみせられるが、筆者も、課税減免規定の場合の立法趣旨による限定解釈の一つと考えている。⁵¹

本最高裁判決をこのように理解すると、本最高裁判決は、一般法理（general principle）ではなく、解釈の法理（principle of construction）ということになる。

（二）これに対し、谷口勢津夫教授は、前記大阪高裁平成一四年六月一四日判決は、目的論的制限（teleologische Reduktion）という解釈的手法に基づくものであつて租税法主義の下でも許されるが、本最高裁判決は、このような解釈的手法を用いず、端的に濫用とするものであり、租税法主義の下では許されないとする。⁵²

谷口教授によると、目的論的制限とは、租税法規に欠缺がある場合に、当該租税法規の文言がその趣旨・目的に合致しない場合を除外して、当該租税法規を「解釈」しその欠缺を補充することということであるが、ドイツ法でいわれている目的論的縮小のことと思われる。⁵³ 被告国側の主張は、前記二のとおり、アメリカ連邦最高裁のグレゴリー事件判決に示唆を得ているものであるが、確かに、論理的には、目的論的制限あるいは目的論的縮小ということもできよう。

一方、谷口教授によると、本最高裁判決は、目的論的制限のように「解釈的」方法を用いず、直接的にその趣旨・目的そのものを要件ないし基準にして、その趣旨・目的違反の行為を当該課税減免制度の濫用とし、これをもって端

的に当該課税制度の適用を否認するものであり、不文の濫用禁止規定が租税法に内在するとの考えに基づくものであり、租税法律主義に反するとする⁵⁴。谷口教授は、その理由として、租税法規には、課税減免制度の濫用を禁止する規定はなく、私法領域とは異なり、権利濫用をもって直ちに権利行使の許容性ないし法効果を否認することはできないからであるとする。谷口教授のこのような批判は、本最高裁判決を明文規定がない場合に租税回避を理由に否認できるとする一般法理を採ったものとの理解に基づくものと考えられる。しかし、本最高裁判決は、租税回避を理由とするものではなく、立法趣旨に反する取引であることを理由とするものであり、解釈の法理に基づくものと理解すべきであろう。

第五 結 び

以上、ECJの判例と我が国の最高裁の判例を比較して、租税法における濫用の法理について明らかにしてきたが、ECJの採っている濫用の法理は、我が国租税法に対するインプリケーションがある。

ECJは、ハリファックス事件において、明文規定によらない租税回避の否認を認めたものであるが、EUにおいては、一般法理が法源となり得るということが前提となっており、我が国にこのような法理を直ちに持ち込むことはできないが、租税回避のとらえ方など参考になる点が多々あると考える。すなわち、ECJの判例は、租税回避のとらえ方についても大いなる示唆を与えるものである。ECJは、キャドベリー・シュウエップス事件においては、租税回避を「租税法規を回避する完全に技巧的な取決め (a wholly artificial arrangement set up to circumvent tax legislation)」(パラ51参照)とし、ハリファックス事件においては、「当該取引の本質的目的が、租税法上の便益を得るためである

こと (the essential aim of the transactions was to obtain a tax advantage)」(パラ86参照)としている。前者は、第三の四(三)で述べたとおり、経済的実体のないことを意味し客観的要素を重視するとらえ方であり、後者は、主観的要素を重視するとらえ方である。このように租税回避をとらえる考え方は、更にECJの判例の動向をみていく必要はあるが、我が国の租税法に対しても示唆を与えるものである。ラングは、前記四(二)のとおり、これは、加盟国の租税法規がTFEUの保障する自由の枠外かの問題であり加盟国間での相違が問題となるのに対し、加盟国内の第六次指令の適用においては、そのようなことが問題とされないからとしている。租税回避のとらえ方については、各国によって異なり、主観的要素と客観的要素のいずれを重視するかによっても異なっている。ECJは、キャドベリー・シュウエツプス事件とハリファックス事件とを総合してみると、主観的要素と客観的要素特に経済的実体を重視して租税回避をとらえていると考えられる。

以上、租税法における濫用の法理をECJと我が国の最高裁の判例を比較して検討したが、ECJにおける濫用の法理は、今後もまだ進展を見せる法理であり、今後もその動向に注目すべきと考える。

- (1) Cadbury Schweppes plc v. Commissioners of Inland Revenue, C-196/04, 12 September 2006.
- (2) Halifax plc et al v. Customs & Excise, C-255/02, 21 February 2006.
- (3) 岩崎政明「租税法における『濫用』概念―国際課税における租税回避否認とEUにおける濫用禁止原則」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣、平成二三年)三八〇頁。
- (4) R.de la Feria, S.Vogenauer ed., Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? (2011).
- (5) 今村隆「租税回避とは何か」『税務大学校四〇周年記念論文集』(税務大学校、平成二〇年)一一頁。

- (6) D.Weber, Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms (2005), p.3.
- (7) ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク『現代ドイツ基本権』（法律文化社、平成一三年）七一頁以下
- (8) 詳細については Vanistendael「欧州裁判所を擁護して」（今村隆訳）租税研究七二三号（平成一二年）三一九頁以下の翻訳者コメントを参照されたい。
- (9) Cassis de Dijon, C-120/78.
- (10) Bachman v Belgian State, C-204/90, 28 January 1992.
- (11) Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions, C-250/95, 15 May 1997.
- (12) Imperial Chemical Industries v Kenneth Hall Colmer, C-264/96, 16 July 1998.
- (13) SGI v Belgian State, C-311/08, 21 January 2010.
- (14) このような用語の使い方から見れば、筆者としては“wholly artificial”の訳語は「全体的に技巧的」ではなく“purely artificial”と同様に「完全に技巧的」とするのが適切と考へている。
- (15) Marks & Spencer plc v Her Majesty’s Inspector of Taxes, C-446/03, 13 December 2005.
- (16) M.Lang and S.Heidenbauer, “Wholly Artificial Arrangements”, Festschrift in honor of Prof. Dr.Frans Vanistendael (2008) p.597. *ゆえに、ほんの少し、wholly artificial arrangement の意義について、冒頭で述べた論文集に掲載された“Cadbury Schweppes” Line from the Member States’ Perspective” supra Prohibition of Abuse of Law p.435 の論文にならなければ再度検討している。*
- (17) Eurofood IFSC, C-341/04, 2 May 2006.
- (18) W.Shöen, “Abuse of rights and European tax law”, Essays in Honour of John Tiley (2008), p.88
- (19) F.Vanistendael, “Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?”, EC Tax Review 2006/ 4, p.195.
- (20) A.Arnulf, “What is a General Principle of EU Law?”, supra Prohibition of Abuse of Law, p.7.
- (21) K.E.Sørensen, “What is a General Principle of EU Law? A Response”, supra Prohibition of Abuse of Law, p.25.

- (22) R.de la Feria, “Prohibition of Abuse of (Community) law: The Creation of A New General Principle of EC through Tax”, *Common Market Review* 45-2008, p.438.
- (23) P.Farmer, “Prohibition of Abuse of (European) Law: The Creation of a New General Principle of EU Law through Tax: A Response”, *supra* Prohibition of Abuse of Law, p.3.
- (24) J.Freedman, “The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and European Union Level”, *supra* Prohibition of Abuse of Law, p.375.
- (25) 庄司克宏『EU法基礎編』（岩波書店、平成十五年）一一六頁。
- (26) ヤロニーが同様の指摘を述べた（L.Ceroni “The “Abuse of Right” in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of the ECJ Case-Law and the Quest for a Unitary Notion”, *European Business Law Review*, vol.21 issue6 (2010), p.807）。
- (27) Sørensen, *op. cit.*, p.27,
- (28) W.T.Ramsay Ltd. v.I.R.C, [1982] A.C.300.
- (29) Barclays Mercantile Business Finance Ltd.v.Mawson, [2005] 1 A.C. 684.
- (30) 指令の直接効果については、庄司・前掲書二二三頁以下を参照されたい。
- (31) Hans Markus Kofoed v Skatteministeriet, C-321/05, 5 July 2007.
- (32) R.de la Feria, *op. cit.*, p.433.
- (33) S.Vogenaue, “The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law”, *supra* Prohibition of Abuse of Law, p.555.
- (34) *Ibid.* p.557.
- (35) マドロー法務官は、「私の考えでは、共同体法の一般原理は確かに、この（ECJの）判例法から導き出されたものとして理解しうる。裁判所が、『共同体法は、濫用または詐欺の目的のために、依拠されうるものではない』と述べることによって、その原理を作り出した。しかし、広くそして、むしろ回りくどい方法は、それ自体、共同体法の具体的な規定から生じる権利

が、不正に付け込まれているかどうかを検討するための有用な道具ではないという点を、その原理は明確に述べている。いつ濫用が起きるかを決めるための、より詳細な原理または検査が、その原理を有効にさせるためには必要である。」と述べている（ハリファックス事件・法務官意見パラグラフ64）。

- (36) S.Douma and F.Engelen, “Halifax Plc v Customs and Exercise Commissioners: the ECJ applies the abuse of rights doctrine in VAT cases”, British Tax Review 2006, 4, p.429.
- (37) M.Greggi, “Avoidance and *abus de droit*: The European Approach in Tax Law”, eJournal of Tax Research, June 2008, Volume 6, Number 1, p.25-26.
- (38) E.Van der Stok, “GENERAL ANTI-AVOIDANCE PROVISIONS: A DUTCH TREAT”, British Tax Review 1998, 2, p.151.
- (39) “...according to the Roman lawyer Paulus, the act of someone *qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit* (who without infringing the words of the law, deceives the purport thereof.)”, Van der Stok, op. cit., p.151; M.Greggi, op. cit. p.25.
- (40) O.Behrends, DIE FRAUS LEGIS (1982), p.24.
- (41) 古代ローマの硬貨
- (42) 原田慶吉『ローマ法』（有斐閣、昭和二十四年）一六三頁
- (43) E.Van der Stok, op. cit, p.151.
- (44) Ibid. p.153-155.
- (45) Conseil d’Etat, 27 September 2006, No.260050. Sté Janfin. 判決の詳細については、Leclercq 「相互に影響を及ぼし合っている法理：フランスにおける法の濫用の概念とEUにおける濫用的実行の観念」（今村隆訳）租税研究七〇二号（平成二〇年）一八六頁以下を参照されたい。
- (46) R.de la Feria, “Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of law”, supra Prohibition of Abuse of Law, xx-xxiv.
- (47) 事案の詳細については、今村隆「外国税額控除制度の濫用」同ほか編『租税争訟改訂版』（青林書院、平成二十一年）四四五

頁を参照されたい。

- (48) Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 (1935).
- (49) 金子宏「租税法と私法」租税法研究（昭和五三年）六号二四頁。
- (50) 金子宏『租税法第一六版』（弘文堂、平成二三年）一二三頁。
- (51) 今村隆「外国税額控除制度の濫用―日米の判例を比較して―」駿河台法学二〇巻一号三三頁。
- (52) 谷口勢津夫『税法基本講義第二版』（弘文堂、平成二三年）二八頁。
- (53) ラーレンツ『法学方法論〔第六版〕』（米山隆訳、青山社、平成一〇年）六〇七頁。
- (54) 谷口・前掲書七〇頁。

航空排出権紛争の行方

工藤 聡 一

I 序 説

航空機は、温室効果ガス (green house gases) として知られる、水蒸気、二酸化炭素及び微粒子状の排出物を高高度の大気中に放出することで、気候変動の原因となっていると考えられている。⁽¹⁾ たとえば、現時点で航空機が排出する二酸化炭素は全世界の排出総量の約二―三%を占めるに過ぎないが、産業規模の拡大とともに今後増加していくと予測されている。⁽²⁾

沿岸都市は浸水し、世界は度々襲う猛烈な嵐に苦しめられ、破壊的な洪水の被害に遭う。今後一〇〇年以内に、我々は人為的な原因による気候変動で、このような異常気象に襲われる。ある科学者はこう主張する。別の科学者は、気温上昇は主として自然現象によるものであり、人為的な活動を攻撃すべきでないとする。またある科学者は、地球

の気候変動は認めるが、一部の科学者が予想するような破壊的な現象は発生しないとする。こうして現在、世界中で気候変動及びその影響についての議論が戦わされているが、国際社会は、⁽³⁾ 厳しい結果を予想して既に対応を始めている。温室効果ガス、とくに二酸化炭素について規制は強化の一途にあり、経済原理を組み込んだ新たな規制手法である排出権取引制度も普及しつつある。⁽⁴⁾

一九九七年十二月、国際連合気候変動枠組条約 (United Nations Framework Convention on Climate Change) の下で、温室効果ガスの削減に向けた国際間合意である京都議定書 (Kyoto Protocol to United Nations Framework Convention on Climate Change) が採択された。⁽⁵⁾ 同議定書は二〇〇五年二月に発効し、締約国に対して、排出物を一九九〇年の水準から少なくとも5%削減する義務を課し、それを二〇〇八年から二〇一二年の五年間の約束期間中に履行すべきものとしている。そこで提唱されている削減手法こそが、排出権取引なのである。

欧州連合 (European Union (EU)) は、京都議定書における排出量削減目標の達成に向け、今日最も大規模かつ包括的な排出権取引制度 (European Union Emission Trading System (EU-ETS)) を施行している。⁽⁶⁾ 二〇〇五年一月に運用が開始されたその第一段階では、排出権取引の対象を、発電、鋳工業等のエネルギー多消費型産業に限定していたが、二〇〇八年からの第二段階では、従来からの規制産業において引き続き排出権取引の履行確保に努力が払われるとともに、対象産業の拡大と数値目標の強化が行われている。

二〇〇六年十二月、EUの政策決定機関である欧州委員会 (European Commission (EC)) は、航空由来排出物についても排出権取引を義務付ける新たな指令案を決議し、欧州議会 (European Parliament) に提案した。⁽⁷⁾ 議会は二〇〇八年七月に同指令を法案審議するよう欧州閣僚理事会 (European Council) に諮問し、二〇〇八年一〇月、閣僚理事会は

これを航空排出権指令 (Aviation Emission Directive, Directive 2008/101/EC) として正式に採択した。本指令は二〇〇九年一月に公示され同年二月に発効している。

航空排出権指令はそれまで対象外とされていた国際航空分野をE U—E T Sに包摂し、E U域内航空のみならず、外国航空機を含む基本的にすべてのE U発着国際航空を対象とする。航空部門の現在の二酸化炭素排出量はE Uにおいても産業部門全体からみれば限定的なものであるが、一九九〇年から二〇〇四年の一五年間で二倍となるなど近年急激な増加傾向を示しており、これを排出権取引に含めることをせずには京都議定書下での二酸化炭素削減努力が大きく損なわれると判断されたものである⁽⁸⁾。

全世界の環境政策関係者は航空排出権指令に積極的な賛意を表したが、航空関係者はこれに反対しあるいはその実効性に懐疑的な見方を示した⁽⁹⁾。批判は、航空排出権指令をE U規則の域外適用とみ、すなわちE U乗り入れ外国航空機に対するE U規則の一方的強制の法的问题性を指摘した。指令がカバーする地理的範囲は、E U域内はもちろん、公海、第三国または相手国領域上の空間をも含む全旅程であり、E Uのそのような行為は、航空運送事業者に対して過大な経済的負担を課すという意味で政策的に誤りであるだけでなく、国際協調に拠ってきた一九四四年シカゴ条約 (Chicago Convention) 及び国際民間航空機関 (International Civil Aviation Organization (ICAO)) による国際航空の規制枠組みを逸脱するものであり、領空主権に関する国際法原則にも抵触するといふのであった⁽¹⁰⁾。二〇〇九年一二月、アメリカ航空運送協会 (Air Transport Association of America (ATA)) とアメリカの大手航空会社二社 (アメリカン、コンチネンタル及びユナイテッド (当時)) は共同で、航空排出権指令を置換したイギリス国内法の立法審査を求め、高等法院 (High Court) に所管官庁を提訴した。二〇一〇年五月に、高等法院は本案を欧州司法裁判所 (European Court of Justice

(ECJ)に付託した。¹¹⁾

小稿は、二〇一二年一月の施行を前にこうして国際紛争化した航空排出権指令の国際法上の拘束力を、いわゆる域外適用 (extraterritorial application) の理論、国際連合の専門機関であるICAOの政策調整機能との関係で分析し、もって航空環境規制のあり方を考究しようとするものである。また、航空排出権指令に対しては、経済面への悪影響、制度設計上の問題なども指摘され、世界からいわば全方位的な批判が繰り広げられている。小稿では最後に、EUが敢えて火中の栗を拾おうとした理由に迫ってみたい。

II 京都メカニズムとシカゴシステム

航空排出権紛争の理解のためには、まず、その背景にある二つの規制枠組である、市場型国際環境規制に関する京都メカニズム（京都議定書に基づく強制力ある温室効果ガス削減のための枠組み）、そして国際航空規制に関するシカゴシステム（シカゴ条約に基づく国際民間航空実施のための枠組み）の意義を確認する必要がある。

1 京都メカニズム

A 気候変動の兆候

気候変動 (climate change) ないし地球温暖化 (global warming) は、大気中における温室効果ガスの増加に起因する。温室効果ガスとしては、水蒸気 (water vapor)、二酸化炭素 (CO₂)、オゾン (O₃)、メタン (CH₄) などが知られている。大気中の温室効果ガス濃度が上昇すると地球は温暖化し、低下すると冷却化する。たとえば、氷河期における大気中

の二酸化炭素濃度は二〇〇ppm前後であり、地球全体が大きく寒冷化した。現在は、約三八〇ppmであり温暖期にあるといえる。⁽¹²⁾

気温上昇に影響しているとされる人為的活動には大きく二つある。化石燃料の消費と、土地利用である。先進国は主として前者の変化に責任がある。新興国は、今後その責任の一端を負うべきと考えられる。都市化、農地拡大などから起こる後者の変化は、主として発展途上国でみられる。

気温上昇は、一・一℃から六・四℃の変化で、極めて大きな世界的気候変動をもたらす。⁽¹³⁾ コンピュータ・シミュレーションによれば、気象現象はより極端になり、沿岸都市は氷河、氷床の溶解と海水の膨張の結果起こる海面上昇によつて壊滅的な被害を受ける。二一〇〇年までに一八から五九cmの海面上昇が予想されている。嵐が強大化し、夏季の気温上昇が激しくなり、干ばつが深刻化する。加えて、グリーンランドの氷河及びカナダの氷床が融け出し、真水が海水に供給されることでメキシコ湾流に影響を及ぼし、ヨーロッパの寒冷化を招く可能性も指摘されている。

気候変動が既に起きているとみるべき重大な兆候がある。⁽¹⁴⁾ 世界の年平均気温は、一九世紀から〇・七六℃上昇し、内この一〇〇年だけで〇・六七℃上昇しており、一九八〇年代以降、観測史上の最高気温を記録する年が多くなっている。南極大陸では、一二、〇〇〇年前の氷棚が大規模な崩壊をはじめている。世界の代表的な山岳部で、一九七〇年代から雪線が上がっている。一九七〇年代と今日とを比べると、カテゴリー四又は五レベルのハリケーンが倍増している。世界各地で近年干ばつが頻発している。もはやこの現実から目をそむけることはできない。

B 国連気候変動枠組条約と京都議定書

一九八〇年代、科学者が気温の急激な上昇に警鐘を鳴らし始めると、国際社会は問題の深刻さを認識するとともに対策に乗り出した。一九八八年、気候変動に関する政府間パネル (International Panel on Climate Change (IPCC)) が、国際連合環境計画 (United Nations Environment Programme (UNEP)) 及び世界気象機関 (World Meteorological Organization (WMO)) の下で、世界規模の地球温暖化の科学的知見を集めて評価するための組織として設置された。ここに、気候変動とそれへの対応に関する研究報告書が作成され継続的な評価が行われることとなり、二〇〇七年には、第四次評価報告書「気候変動二〇〇七・物理的科学原則」が公表され、人為的活動を原因として温室効果ガスが増加したと結論付けられるに至っている。

一九九二年、環境と開発に関する国際連合会議 (United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)) は、温室効果ガスの排出を抑制し地球温暖化の進行を防ぐための国際的合意として、国連気候変動枠組条約 (United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)) を採択した。⁽¹⁵⁾ 条約の最終的な目標は、「気候系に対して危険な人為的干渉を及ぼすこととならない水準において、大気中の温室効果ガスの濃度を安定化させること」である。その締約国は、先進国 (経済移行国を含む) と発展途上国の二つのグループに分けられる。先進国は附属書Ⅰ国と呼ばれ、温室効果ガスの大部分について責任を負うとされる。そして、附属書Ⅰ国と発展途上国とが「共通だが差異ある責任 (common but differentiated responsibilities)」を負いつつ気候系を保護すること、とくに附属書Ⅰ国が気候変動対策を率先して行うことが規定されている。⁽¹⁶⁾

一九九七年、枠組条約の趣旨を強化するための法的拘束力ある国際合意文書として、京都議定書 (Kyoto Protocol to

United Nations Framework Convention on Climate Change) が採択され、二〇〇五年二月に発効している。同議定書は、各附属書Ⅰ国が排出削減目標の達成のため各種手段を実施することを義務として課している。⁽¹⁷⁾ それには、エネルギー効率の向上、森林等の吸収源 (sink) の保護と開発、代替エネルギーの研究、促進及び開発が含まれる。議定書の下で削減されるべき排出物は、二酸化炭素 (CO₂)、メタン (CH₄)、一酸化二窒素 (N₂O)、ハイドロフルオロカーボン (HFCs)、パーフルオロカーボン (PFCs)、六フッ化硫黄 (SF₆) の六種である。⁽¹⁸⁾

京都議定書が拘束力のある二酸化炭素排出量削減の取り組みの世界的第一歩であることに間違いはない。しかし、それは正式な手続きで署名又は批准した締約国に対してのみ適用されるため、全世界の二酸化炭素排出量の二〇%強を排出するアメリカは附属書Ⅰ国でありながら、義務を負わないなどの問題を抱えている。議定書所定削減目標はアメリカにとって過大な負担であり、自国の経済活動及び消費者に多大な影響が及ぶことを敬遠したとされる。また、制度自体の成功が疑問視された部分もある。長期的かつ本質的な問題解決にそれらの参加は不可欠であるにもかわらず、発展途上国には義務が課されていない。とくに中国は現在途上国に分類され議定書の義務を負わないとされているが、二十%強を占める温室効果ガス排出大国なのである。⁽¹⁹⁾

ところで京都議定書は、締約国が効率的に排出削減できるように各種の柔軟性措置を認めている。⁽²⁰⁾ これを京都メカニズムと呼ぶ。他の締約国の削減に参加協力することにより、自国の排出量を相殺できるプロジェクト・メカニズムとしての、クリーン開発メカニズム (Clean Development Mechanism (CDM))、共同実施 (Joint Implementation (JI))、及び排出権取引 (emissions trading (ET)) の三種である。これらの措置は、附属書Ⅰ国が自国の約束を達成するについての補足的な手段と位置付けられているが、先進国で行うよりも途上国で行う削減対策が相対的に安上がりで、した

がつて効率的に目標に近づくことができるという理解に基づいている。地球上のどの場所で行われても二酸化炭素の削減は意味をなし、より効率的に、より大きな削減を行うことは目的にかなう。

附属書一二条が認めるクリーン開発メカニズムは、非附属書Ⅰ国をプロジェクトの所在するホスト国とし、附属書Ⅰ国の資金、技術などの支援又は排出権の購入などの関与の下で実施する措置である。⁽²¹⁾ 附属書六条が認める共同実施は、附属書Ⅰ国をプロジェクトの所在するホスト国とし、他の附属書Ⅰ国の関与の下で実施する措置である。⁽²²⁾ 附属書一七条が認める排出権取引は、数値約束のある附属書Ⅰ国間で行われる取引で、排出権の取引・移転を行うことにより、限界削減費用 (marginal abatement cost) を下げるための措置である。⁽²³⁾

C EU排出権取引制度

京都議定書の締約国として、EUは、約束期間において割り当てられた温室効果ガスの削減目標を達成するよう法的に強制されている。この義務を履行するための手段として、EU排出権取引制度 (EU-ETS) が創設されたわけである。⁽²⁴⁾

EUの環境対策立法は、伝統的に、いわゆる命令と強制 (command and control) の形式によるものであったが、一九九〇年代の初めから、市場型の規制手法への移行がはじまった。⁽²⁵⁾ これはアメリカにおける同様の傾向の影響を受けたものである。京都議定書発効の後、排出権取引に対する信頼が増し、議定書所定の数値目標を達成するための経済合理性の高い手段として、その可能性に期待が寄せられることとなった。

EU-ETSの下、EU加盟国は、京都議定書の下で各国に割り当てられた二酸化炭素の排出権を排出主体である

事業者に割り当てる。加盟国は、排出権総量に上限を定め、取引市場を整備する。上限に対して排出量が少ない事業者は、その余剰分に対応する排出権を市場で売却することができ、反対に、上限に対して排出物が多い事業者はその不足分に相当する排出権を市場で購入しなければならない。この仕組みの基礎には、取引対象とされる排出権が一定の高値をつけ、事業者にとってそれを購入するよりも技術の更新による排出削減の方が有利であると認識させ、技術革新を促進しようとする意図がある。また取引市場を用いることで、規制主体が望ましい排出水準を決め、かつその正当性を証明する負担を軽減できる。よって、排出物削減は、最も低い費用負担でこれを行い得ることになる。EU-ETSは、多数国間で実施される包括的な排出権取引市場として現在世界最大のものである。

2 シカゴシステム

A シカゴ条約第一部—国際航空規律

① シカゴ条約

国際民間航空条約 (Convention on International Civil Aviation, 1944)、『略してシカゴ条約は、現代の国際航空公法規律の源泉であり、これに基づく国際航空の枠組みはシカゴシステムと称される²⁶⁾。

シカゴ条約は、前文及び九六箇条から成り、大きく「第一部 航空 (Air Navigation)」、「第二部 国際民間航空機関 (International Civil Aviation Organization)」、「第三部 国際航空運送 (International Air Transport)」の三部に編成されている。すなわち、第一部は、領空主権 (Sovereignty of the Air) を確認し、国際航空の基本的規律を定めるものである。第二部は、国際航空の安全性の確保及び国際航空秩序の監視を目的とした国際航空管理機構を設置するものである。

る。そして第三部は、不定期航空 (charter) についての空の自由を規定するものである。

同条約は、一九四七年四月に発効し、二〇一〇年末現在で一九〇の当事国を擁している。同条約が宣言する目的は、国際航空運送業務が安全にかつ整然と発達するように、また、それが機会均等主義に基づいて確立され健全かつ経済的に運営されるように、各国の協力関係を促進することである。締約国が有する権利、特権及び従うべき規制が条約本体に規定されるほか、技術的な規律は、一八の附属書に詳述されている。また、細則について各種のガイドラインが作成されている。

シカゴ条約による規制は、国際民間航空に関するあらゆる事項に渡っており、締約国間の航空実務の統一が、その本質的かつ一貫したテーマといえる。締約国の国内法規制が国際規則と整合的に運用され、ひいては国際航空業務の調和が促進されるように、規則の策定においては締約国のコンセンサスが重視されている。⁽²⁷⁾

② 多国間航空協定と二国間航空協定

シカゴ条約が沈黙する航空権益に関しては、多国間航空協定 (multilateral air services agreement) として、領空通過及び技術着陸の自由 (通過権) を規定した「国際航空業務通過協定 (International Air Services Transit Agreement, 1944)」の合意のうえに、商業航空権ないし運輸権 (traffic rights) の帰属は、当事国の交渉に基づく二国間航空協定 (bilateral agreement) に委ねられている。⁽²⁸⁾

二国間航空協定の近時の傾向として、各国間で航空運輸サービスの提供に関して政府の規制を原則として廃止する、オープンスカイ協定 (open skies agreement) が広まりつつあることがある。多年の交渉の後、二〇〇八年に、アメリカとEUとは、アメリカと各EU加盟国との間で結ばれていた従来の二国間協定にかわる、この自由化された多国間

協定に合意している。⁽²⁹⁾

B シカゴ条約第二部―国際航空管理機構

国際民間航空機関（ICAO）は、シカゴ条約第二部に基づき設置される国際航空に関する国際連合の専門機関であり、シカゴ条約の目的を追求し国際民間航空に関する規制を実施することを権限としている。⁽³⁰⁾

ICAOは、総会（Assembly）、理事会（Council）その他の部局で構成される。いずれの締約国も、ICAOの最高機関である総会において一議決権を有する。⁽³¹⁾ 総会における決議要件は単純多数決である。総会は三年に一度、組織の活動の評価のために招集され、そこで選出された理事及びその下部組織である各部局に事務執行を委任する。理事会は、三年毎に選出される三三名の理事によって構成される常設の執行機関である。⁽³²⁾ 国際民間航空に占める重要度を考慮して決定される国家代表者に、世界の各地域からの代表者が加えられて構成される。理事会は、国際航空に関する規則並びに国際標準及び勧告方式（international standards and recommended practices（SARPs））を立案し、それをシカゴ条約の附属書に編入する権限を有する。国際標準とは、国際的に統一された適用が国際民間航空の安全又は調和のために必要であり、かつ締約国が条約に準拠すべきと認められるいずれかの明細（specification）をいう。また勧告方式とは、国際的に統一された適用が国際民間航空の安全又は調和のために望まれ、かつ締約国が条約に準拠することに努めるべきいずれかの明細をいう。⁽³³⁾

ICAOは、環境問題に対して継続的な対応を行ってきた。⁽³⁴⁾ 一九七二年の総会において、国際航空の運営が環境負荷を含むものであることを認め、一九八三年には、民間航空環境問題に関し総会及び理事会に対して勧告を行う

航空環境保護委員会 (Committee on Aviation Environmental Protection (CAEP)) を設置した⁽³⁵⁾。CAEPは、現在もなお、ICAOの環境対応の立案と実施について基本的な責務を負っている。

「環境保護 (Environmental Protection)」と題されるシカゴ条約第一六附属書は、航空機の環境性能に関する国際標準及び勧告方式を具体化したものである。同附属書の第一巻は航空騒音とその人間環境への影響に対応する。航空騒音の有害な影響は、人工密度の高い地域に空港が立地することの多い欧州の構成国にとつてとりわけ深刻な問題であり、早くから対応が図られていたことを示す⁽³⁶⁾。同附属書の第二巻は、航空機エンジンの排出ガス、とりわけ炭化水素、一酸化炭素、窒素酸化物、水蒸気への技術的対処を行う。

ICAOは、気候変動に対する航空の影響についての継続的なデータ収集及び報告の方法に関しIPCCの援助を求めつつ、航空由来の排出物削減のための国際的枠組みの検討を行っている⁽³⁷⁾。

C 国際航空紛争処理制度

① 紛争処理制度

国際民間航空分野における紛争の当事者は、まず交渉を通じて解決の道を探る。交渉が決裂すると、次いで当事者は二国間航空協定中の紛争処理条項を通じて解決を導こうとする。それは通常、シカゴ条約に基づくICAO理事会主導の紛争処理、又は国際司法裁判所 (ICJ) の裁定に基づく紛争処理を規定する。

たとえばアメリカとEUとが締結しているオープンスカイ協定では、協定下で発生した紛争について交渉が進展しない間、当事者は臨時に設置される法廷を通じた裁定に服する⁽³⁸⁾、とされる。紛争解決のためのコストに配慮し、IC

A Oは二国間航空協定についての標準仲裁条項を設けており、交渉が決裂した当事者は、I C A Oの斡旋による仲裁に従うことに合意するものとされる。⁽³⁹⁾ 紛争当事者は原則として二国間航空協定の当事国であるが、航空運送事業者、空港等が実質的当事者となることもある。裁判と異なり柔軟な対応が可能となっている。

一方でシカゴ条約自体も、条約又はその附属書の解釈に関する当事国間の紛争を解決する仕組みを置いている。⁽⁴⁰⁾ すなわち、二又はそれ以上の締約国の間で条約又は附属書の解釈又は適用についての不一致があり、交渉によって解決できない場合、理事会が表決をもってこれを処理するものとする。もつとも、理事会が行う表決は、勧告的意義を持つに止まり、終局的な裁定とはみなされない。いずれの紛争当事国も臨時法廷又は国際司法裁判所に対して判断を求めることができるのである。これまで五件が、紛争解決のために理事会に送られた事案として記録されている。⁽⁴¹⁾

終局的裁定としての意義を有しない理事会の判断が紛争の結果を実質的に左右することは、裁判を通じた公式な紛争解決を軽視することにつながり、本来は望ましくない。⁽⁴²⁾ しかし、国際航空運送において、国際司法裁判所の管轄に服そうとする国はほとんどないのが実情である。一二件の国際航空紛争が同裁判所に持ち込まれたが、わずか二件について管轄が肯定され、そのうち一件についてのみ裁定が行われたに過ぎない。⁽⁴³⁾ その国際航空紛争における存在感は大きくないといえる。

Ⅲ 航空排出権紛争―国際環境規制と国際航空規制との交錯

1 航空排出権指令の論理と構造

国際環境規律としての京都メカニズムは、「共通だが差異ある責任」原則をもつ。この観点からは、各航空事業者

を一律に扱うEUの航空排出権指令は国際的規律に反する手法とみなされることになる。対して、国際航空規律としてのシカゴシステムは、機会均等主義ないし非差別主義の原則をもつ。この観点からは、指令はむしろ国際的規律に合致していることになる。航空排出権紛争は、この相反するレジームの衝突において発生していることがわかる。そして問題を更に複雑にしているのは、国際航空分野が京都メカニズムの対象から技術的に除外されている一方、シカゴ条約の当事国は各EU加盟国であつてEU自体ではないというように、当事者関係が不明確なことである。航空排出権取引指令は、こうして二つの枠組の境界にあり、かつそれぞれの限界を画す特殊問題といえるのである。続いて、本紛争における理論的な対立状況を確認することとする。

A 航空排出権指令の論理

航空排出権指令は、EUからすれば、まずもって京都議定書における国際的約束を履行するための環境対策の一部であるという大義名分がある。彼らはこれについて、「産業革命前の水準に比べて最大二度の気温上昇がみられ……、この深刻な事態を踏まえて、EUが採るべき対策として、航空分野に手をつけざるを得ない⁽⁴⁴⁾」と表現している。航空排出物の環境負荷について、少なくとも政策レベルでは世界共通の認識があり、これを放置すべきであるという主張は存在しないことは、EUにとって大きな支えである。ICAOは二〇〇四年に、国際航空が到達すべき環境問題における重要な論点として、航空機に由来する温室効果ガスの気候変動に対する影響を制限し削減する⁽⁴⁵⁾ことがある、と決議しているとおりである。

そして、航空機からの排出物の抑制は、いわゆる炭素税(carbon tax)のような方法で行うのが難しいという事情もある。シカゴ条約及びEUと第三国との間の航空協定上、免税の慣習が確立されており、当事国双方が合意しない限

りそうした協定を変更し課税と環境負荷と相殺することができないという手続的制約があるからである。一方、航空の環境負荷に関して、市場型削減手段を用いるということにも異論は存しない。航空排出権指令に抗議しているアメリカは、二酸化硫黄(SO_2)の排出権取引制度の先駆者であり、かつICAOによる国際航空についての排出権取引の開発を多年にわたり援助している。

EUは、京都議定書がICAOに割り当てた国際航空排出物の削減のための役割を理解していないわけではない。そうしたICAOの取り組みに、EU加盟国は引き続き協力が続けている。しかし、EU航空の大部分を占めるのは国際航空であることから、ICAOの権限との抵触を避けて域内航空をEU-ETSに含めるのみでは、問題の根本的解決にはならないと判断したものである。然るべき手順も踏んでいるという。すなわち欧州議会は、ICAOが二〇〇二年までに排出権取引ガイダンスを採択できなかった場合、EUとして排出物削減のための手段を講ずると決議し、そして更に、二〇〇四年のICAO第三五回総会を待つて、ここでも目立った成果がみられなかったことを理由に、二〇〇五年九月、EU-ETSに航空分野を包摂する航空排出権指令案を採択したものである。

B 航空排出権指令の構造

航空排出権指令は概要以下のような内容を有している。⁽⁴⁷⁾

① 規制対象

航空排出権指令における排出規制の名宛人は、航空機を運航する航空運航事業者⁽⁴⁸⁾である。空港の運営者、燃料供給者、あるいは航空機エンジン製造者なども検討されたが、航空排出物の管理について最大かつ直接的な関係を持つと

ともに、その削減について最も適した地位にあるとして、運送事業者が選択された。ここに航空運送事業者とは、同指令第一附属書に列挙される、運輸航空事業を当該時点において実施する者（operator）、又はそれらが不明の場合は航空機を所有する者（owner）である。したがって本指令は、EU路線に就航する他国の航空運送事業者にも適用されることになる。ただし、第三国が同様の制度を有している場合、国際交渉を通じて互換性の調整を行うものとしており、指令の一方的な強制それ自体が目的でないことが確認されている。

② 規制主体

航空排出権指令は、重複規制及び過大な規制負担を航空運送事業者に対して課すことのないよう、又は規制の欠缺を生じないよう、運用を合理化している。すなわち、各事業者は第三国の事業者を含め、一つのEU加盟国を管理加盟国（Administering Member State）として、その監督のみに服する。EUの事業者に関しては、その運航証書を請い受けたEU加盟国が管理加盟国となり、第三国の事業者に関しては、最もその排出物の影響を強く受けるEU加盟国が管理加盟国となる。

航空排出権指令は、EU理事会に対し、二〇〇六年一月以降活動する航空運送事業者及びそれに対応する管理加盟国のリストを公にするよう求めている。同リストは、航空交通管制を統括するユーロコントロール（European Organisation for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol)）が、記録飛行計画に準拠するかたちで集計したデータに基づき作成され、二〇〇九年八月に公表されている。

航空機の運航者は、自己の二酸化炭素排出量の監視及び管理加盟国の規制当局に対する毎年度末における報告書の提出が義務付けられる。報告書は、独立第三者による検証を受けるものとされる。監視、報告及び検証の手続につい

ては、二〇〇九年四月にEU理事会からガイドラインが公表されている。⁽⁴⁹⁾

各加盟国は管理加盟国として、航空排出権指令について国内立法置換措置を採らなければならない。換言すれば、排出権指令は各加盟国における拘束力のある措置によって履行が確保される性質のものである。それぞれの事業者は、そうした国内法に基づく規制を充足することを義務付けられる。管理加盟国の義務として、EU-ETSの運用は一樣でなければならず、事業者間で異なる取り扱いを行うことは認められない。

③ 排出権の配分

航空排出権指令下での総排出権は、京都議定書における個々の加盟国単位のものとは異なり、EU全体について設定される。すなわち、EUにおける航空部門全体の総排出権の上限 (cap) は、二〇〇四年から二〇〇六年のEUにおける航空部門からの二酸化炭素排出量の平均値を基準とする既得権方式 (grandfathering) を基礎とし、二〇一二年についてはその九七％、二〇一三年以降はその九五％を上限として設定される。⁽⁵⁰⁾ 総排出権の上限に対して一五％は、競争入札方式 (auction) により有償の売買取引の対象となる。なお、新規参入事業者及び成長が著しい事業者の負担に配慮して、排出総量に対して三％が特別留保分とされる。この結果、二年目以降全体の八二％が、新規参入事業者等を除く航空運送事業者に対して無償で付与される排出権となる。いわゆる既得権方式に競争入札方式を組み合わせる手法は、その収益によって制度運営費用をまかない、そして運航者により大きな負担を課すことで、効率化を進める意味をもつ。

各事業者は、基準年（排出権取引実施年度の前々前年）における、有償貨客輸送量（トン・キロベース）を管理加盟国に報告し、管理加盟国はこの情報を欧州委員会に提出する。欧州委員会は、EU全体の排出量を管理加盟国から提出

された全事業者の総輸送量で除し、輸送量一トンキロあたりの無償割当排出権単位を算出・決定する。管理加盟国政府は管轄下にある各事業者に対して、各々の輸送量が無償割当排出権単位に乗じて得られた無償排出権を割当てる。

事業者は、毎年四月末までに、前年一年間の実際の排出量に相当する排出権を管理加盟国に引き渡すことを義務付けられる。これを行わない事業者は罰金を科される。排出権指令及び加盟国によって課される義務の不遵守について、事業者はEU全域における運航停止等の処分を受けることがある。

排出権が不足した事業者は、その分の排出権を他の航空運送事業者から市場を通じて購入することができる。反対に、排出権に余剰のある事業者は、その分の排出権を他の航空運送事業者に対して市場を通じて売却できる。京都議定書の下、一般産業の事業者は排出量を他の産業部門の事業者に譲渡することができるが、航空運航事業者は、集計単位を維持する関係上、航空運航事業者以外には譲渡できない。その逆も然りである（クローズド）。その結果、航空分野については他の航空運航事業者の余剰分だけが取引の対象となり、これによって航空分野における排出権の取引価額は他の産業部門のそれよりも高額になる可能性がある。

4 航空排出権指令の問題性

航空排出権指令は、次のような政治的、経済的、技術的問題性を帯び、その法的正当性に疑義が投げかけられている。

A 政治経済的問題

政治的問題の中心は、国際航空の分野において排出量削減のための権限を付託される規制実施主体をめぐるもので

ある。⁽⁵¹⁾ 航空運送事業者、航空事業者団体、外国政府機関は、EUがその規制主体として適当かどうかについて懐疑的である。彼らは主張する。国際航空の排出物の気候変動に対する影響は、全地球的な対処を要する問題であり、したがって既存の国際航空規制枠組に従い、その対策はICAOの主導の下になされるべきである、と。

排出権指令で国籍による区別がなされないことが、EUに乗り入れる発展途上国にとっては障害となり得るとも指摘される。途上国は京都議定書で義務を課されないにもかかわらず、航空排出権指令では義務を課される。加えて、効率性の低い古い機材を使用し、比較的少数の旅客又は少量の貨物のみを運び、そして長距離を飛ぶという特徴をもつそれらの事業者にとって、指令は競争上の足かせともなりかねない。新たな南北問題となり得るということである。すなわち排出権指令に伴うコスト増加を原因として途上国の事業者が直接就航できなくなったと仮定すると、ヨーロッパへ直行便で飛ぶことのできない旅客は、近接の就航国に一旦渡ってから、再びヨーロッパへと向かうことになる。このことで排出物が不必要に増え、そのマイナスの効果が全世界に拡散するという矛盾を生むというのである。これに対してEUは、古い機材を有する発展途上国が旧宗主国に飛来する必要性が高いという点について、そうした国の事業者こそ低二酸化炭素の最新の機材に更新すべきである、と主張している。

IPCCは、排出権取引の環境影響評価を実施し、影響は極小であると判断している。国際航空の長期需要は大きく、新たに発生した費用を顧客に転嫁する市場の柔軟性、又はそれらの企業内吸収力もある、というのである。同評価は、排出権取引の運用開始による航空券価格の上昇について、二〇二〇年までで、飛行距離に応じ四・六ユーロから三九・六ユーロに止まるとしている。そして、需要予測に対して実質的な影響はない、と結論付けている。

EUもまた、排出権指令がほとんどの航空運送事業者にとって不利益になることはないと強調している。その理由

として、第一に、すべての事業者は平等に扱われる。そのため、すべての航空事業者はこれによるコスト上昇分を同じ割合で負担することになり、それを顧客に転嫁する条件も同じである。第二に、制度の管理運用コストは極端に大きいものではない。同様の測定作業は既にどの事業者でも実施されており、監視、報告、検証の分だけ、他の制度よりもコストが高くつくとの批判はあたらない。間接的なコストも、各事業者がただ一つ管理主体に対してのみ手続きを履行すれば足るという、管理加盟国制度が用いられており、過大なものとはならない、と。

B 技術的問題

航空排出権指令は気候変動対策についてのEUの好みを反映し排出権取引を強制しようとするもので、他の地域にとつては不適切な場合があるとの批判を受ける。⁵² このとおり指令は、規制技術的にも幾つかの問題を含んでいる。規制手法の選択、排出権の割当て、強制方法などである。⁵³

指令の技術的問題の第一は、国際航空部門における排出物削減の手法として排出権取引を強制していることである。排出量の削減に効果が認められる方法は他にもある。代替航空燃料の使用、飛行経路の再考、飛行頻度の効率性の検証等がその例である。空港のデザイン変更により、航空機が陸上にある間の効率性を上げることとも可能と考えられる。アメリカは、まずもって行うべきは排出物の削減に直接的かつ経済的に結びつく、航空交通管制の合理化であると主張する。地上でのタクシーと上空での飛行パターンの見直しを行おうとするものである。この見解によれば、排出権指令は、航空管制の改良に向けたこれまでの努力をそぐものであるとされる。EU加盟国は、排出権取引に依存することとなり、空間の改善と航空交通管制の非効率性に対して何の責任も動機ももたなくなるといえるのである。

問題の第二は、排出権の単位である。京都議定書における割当量単位 (Assigned Amount Units (AAUs)) は、国際航空を含んでいない。国内航空は京都議定書の適用を受け、議定書締約国は国内航空についてこれに管轄権を委ねる義務がある。したがって、国内航空は議定書に基づく各国の削減目標に包摂されるということ、新たな問題を生じない。これに対して、国際航空と他産業との間では割当量単位に互換性がないことから、国際線を運航する航空運送事業者は排出権の不足を他の航空運送事業者の余剰分のみから調達しなければならないことになる。

航空分野への排出権の割当は、すべての事業者間で平等の条件で行われる。したがって、国籍による差異も認められない。さらに、すべてを平等にする結果、新規参入事業者もそのように扱われる。排出権指令の制度設計は、この点について重大な欠点を有している、と批判される。排出量の算定と割当ての方法として、二〇〇四年から二〇〇六年までの排出平均値を参照するという、既存のネットワーク型航空事業者にとって有利な既得権型が採用されている。新規参入ないし成長著しい事業者はその反対に、成長相当分の排出権を購入しなければならない。また、許容量の設定以前の産業界又は特定事業者の努力は評価されず、これまで積極的に機材更新を進めてきた事業者ほど、削減余地が限られてしまうことになる。そして批判は、競争入札費用がそのまま顧客に転嫁され、又は許容量を超える部分にかかる排出権の追加調達費用がそのまま顧客に転嫁される可能性がある一方、無償の排出権部分が事業者の差益になる可能性もあるというように、コスト負担の信憑性という疑義を強調する。

C 法律的問題

政治的及び技術的な問題の指摘は、更に法的問題に対する批判へと発展する。⁵⁴ シカゴ条約、二国間航空協定ないし

国際法原則との関係で、そこには大きく、①許容外運航規則該当性、②許容外課金該当性、③許容外域外適用該当性という問題があると考えられる。

① 許容外運航規則該当性

航空排出権指令は、公海上で排出される二酸化炭素をも規制対象に含めている。指令に批判的な立場からは、相手の国の領域に属する区間への規制の拡張もさることながら、このような規制はシカゴ条約又は二国間航空協定において許容されない、公海上の運航規則に該当すると主張されるわけである。

シカゴ条約一二条は、各締約国の航空機は、「飛行及び操作 (flight and maneuver)」に関して被飛行国の規律に従うものとしている⁽⁵⁵⁾。一方同条は、公海の上部空間についてはシカゴ条約によって定立された規律のみが強制力を有するとしている⁽⁵⁶⁾。よって、指令は、少なくとも後者の部分に抵触し、シカゴ条約自体が規制権限を留保している範囲について実効的な規制を行うものであるというのである。

また、米欧オープンスカイ協定三条は、次のように規定する。「いずれの当事国も、相手国によって指定された航空運送事業者によって実施される運輸量、頻度、及び役務の規律、航空機の型式を一方的に制限しないものとする⁽⁵⁷⁾」⁽⁵⁸⁾。航空排出権指令は、公海上に限らず、二国間協定で明示された一方的規制の禁止に抵触する可能性もあるということになる。

これに対してEUは、同指令は現行の国際航空の規制枠組みの範囲内のものであると反論する⁽⁵⁸⁾。シカゴ条約及び二国間航空協定によって許容される、乗り入れ及び出国に関する条件に過ぎないというのである。シカゴ条約一条は、各締約国はその領域の上部空間について排他的な主権を有するとし⁽⁵⁹⁾、同六条は、「いかなる定期航空業務も、上空被

通過国の事前の承認及びその指定する条件を充足せずには実施できない」と規定する。同一条は、「締約国は当該国を出発国又は到着国とする国際航空について、国籍による区別なくかつシカゴ条約に従う限りにおいて、乗り入れ又は出国に関する要件を適用することができる」と規定する。⁶¹これらの規定を根拠として、EUは、出発地又は到着地を基礎とした排出権指令の国際航空への拡張を正当化している。

EUは更に、EU-ETSの地理的範囲の拡張は、ICAOによる排出削減手続に関するガイダンスとも一致していると主張する。⁶²京都議定書は、ICAOを通じた国際航空排出物の削減の追求を規定している。この点EUは、二〇〇四年九月にICAO-CAEPがETSに関する法律文書の提出に失敗したことを踏まえて、指令案を公表している。二〇〇四年一〇月のICAO総会第三五―五号決議は、ICAOによって援助された任意のETSか、又は締約国の既存のETSの国際航空への拡張のいずれかを選択肢として示していたのであって、EUは、このガイダンスをもって、EU-ETSの国際航空への拡張の正当性の根拠とする。ICAO加盟国の過半数が、ICAOの二〇〇七年第三六回総会において、双方の合意による場合を除き各国ETSを域外航空事業者に適用すべきでないと決議に賛成しているが、EU加盟国は、シカゴ条約のいかなる規定も排出権取引のような市場型手段につき事前の双方的合意を義務付けていないことを理由に、公式に同議案に留保をつけている。このためEUの行動は国際公約違反にはならないとする。

ここで問われるのは、排出権指令が被乗り入れ国として正当に行使できる航空機の運航規則に該当するか否かであるが、そもそもシカゴ条約は排出権取引という新しい規制手法を知らずに書かれており、賛否いずれの見方をも許容するかのよう内容となっている。

② 許容外課金該当性

航空排出権指令は、シカゴ条約及び二国間航空協定の下で禁じられている、許容外の課税・課金の問題であるとの批判も受けている。⁽⁶³⁾ すなわち、排出権取引制度は、航空運送事業者にコストを負担させ、その活動に制約を課しており、シカゴ条約で許容されない、いずれかの航空施設又は役務の提供に対して賦課されるものではない課金に等しい、というのである。

シカゴ条約一五条は、「空港の使用料金その他の使用料金について、すべての締約国の航空機に対して自国機と同様に均等の条件の下にこれを課すこと、及び、いずれの締約国も他の締約国の航空機又はその航空機上の人若しくは財産が自国の領域上空の通過、同領域への入国又はそこからの出国をする権利のみに関しては、手数料、使用料その他の課金を行わない⁽⁶⁴⁾」と規定する。排出権指令については、航空運送事業者が課金の対価としてEU内の空港の使用等に関する便益を享受することはないため、本規定との抵触が疑われるのである。

また、シカゴ条約二四条は、「関税義務その他の料金 (customs duty and other charges)」と題して、締約国が課すことのできる課税等の対象から、航空燃料を除外している。⁽⁶⁵⁾ その細則であるICAOガイドラインは、この除外について、燃油の輸入、輸出、物品課税、取引、消費及び歳入徴収にまで及ぶとしている。⁽⁶⁶⁾ さらに、オープンスカイ協定⁽⁶⁷⁾ 第一条は、国際航空燃油税の相互免除を規定している。そこで、指令に批判的な立場は、それが航空運送事業者の燃油消費を捉えて実効的に費用を賦課する以上、ETSの国際航空への拡張はシカゴ条約又は二国間航空協定の下では許容外の燃油課税に帰すると主張するのである。あるいは、排出権指令それ自体が、シカゴ条約一五条によって禁じられる、入国又は出国のみを条件とする許容外課金と評価される余地もあるとする。

これらの指摘の可否は、E T Sが課税又は課金と区別することができるか否かという点にかかっている。E Uによれば、シカゴ条約も二国間航空協定も、近時の発達にかかる排出権取引を念頭に置いておらず、したがってそれは課税や課金とは同一視できないとされる。⁽⁶⁸⁾そしてE Uは、シカゴ条約一条を根拠に、自らの手法の正当性を主張する。同条は、「締約国の法令で、国際航空に従事する航空機の当該締約国の領域への入国もしくはそこからの出国又は同領域内にある間の運航及び航行に関するものは、この条約の規定に従うことを条件として、国籍のいかんを問わずすべての締約国の航空機に適用されるものとし、また、その国の領域への入国もしくはそこからの出国にあたり、また同領域内にある間、当該航空機によって遵守されなければならない」とする。⁽⁶⁹⁾彼らからすれば、域内に乗り入れる事業者がそこで強制力をもつ法令に従うのは当然であるということになる。さらにE Uは主張する。シカゴ一条は、国家の権限行使にあたり差別的な行使を禁ずるという部分に力点が置かれており、そしてE U指令はいかなる国も差別的には取り扱っていない、と。

また、オープンスカイ協定一二条は、「空港、空港環境、航行施設、航空保安施設及び空港施設の使用料は、それらの提供主体に発生する合理的な費用を超過することができない」と⁽⁷⁰⁾している。しかし、ここに空港環境とは、空港の施設又はサービスと同一視できる空港における環境影響であると解されており、排出権指令が規制する全運航区間についての排出物規制とは、規制の局面を異にする。しかも同協定三条は、「協定当事者のいずれも、輸送量、頻度もしくは役務の内容、又は航空機の形式を一方的に制限してはならない。ただし、関税、技術的要請、運航上の必要性、環境上の理由に基づきシカゴ条約一五条の規定に従いつつ行われる規制はこの限りでない」と⁽⁷¹⁾する。シカゴ一五条自体の不明確性が、この問題の解決を難しくしている。

③ 許容外域外適用該当性

航空排出権指令の法律的問題の中心は域外適用、つまり、EU域内の空港に発着するすべてのフライトをEU—ETSの対象とすることで、当該路線を運航する外国航空運送事業者に対して、当該国政府の合意を得ずを一方的規制によってEU指令を域外適用しているということの当否である。⁽⁷²⁾シカゴ条約は、第一条において「締約国は、各国がその領域上の空間において完全且つ排他的な主権を有することを承認する」として領空主権を確立し、かつ第一二条において「公海の上空において施行される規則は、この条約に基いて設定されるものでなければならない」として航空規則の一般原則を定めるからである。ひとまず、国際航空に特殊的な議論を措いて、域外適用の一般理論を確認しておく。

第三次国際関係法リステイトメント (Restatement (3rd) of Foreign Relations Law of the United States) は、域外適用に関する現代国際法を要約したものと⁽⁷⁴⁾して参照に値する。同四〇二(1)(c)は規定する。「国家は、その領域外で作用し、又はその領域内で実質的に作用することを意図する行為を規定する法について、管轄権を有する」⁽⁷⁵⁾と。また四〇三(1)条は、「四〇二条に基づく管轄権が現実に存在する場合といえども、ある人又はその活動が他の国家と関係を有することにより、それが不合理となる場合、国家はある人又は行為について規定する法についての管轄権を行使できない」⁽⁷⁶⁾とする。四〇三(2)条は、裁判管轄の行使の合理性の判断要素として、次のものを挙げている。⁽⁷⁷⁾

①規制主体となる国家の領域に対する当該活動の関連性。②規制主体となる国家と規制される活動について主として責任を有する人との間の、国籍、居住、経済活動等の関連性。③規制される活動の性格、規制される活動の規制する国家における重要度、他の国家が当該活動に対して規制する程度、及び当該規制の一般的な許容度。④当該規制に

よって保護され、害され、又は正当化される例外の存在。⑤当該規制の、国際政治的、法的又は経済制度における重要性。⑥当該規制の既存の国際的制度との一致の程度。⑦当該活動を規制することについて他の国家が有する利益の程度。⑧他の国家による規制との抵触可能性。

このように、ある国がその主権の地理的範囲を超えて管轄を拡張しようとする場合であっても、相手国の行動が域内で一定の「作用」を生んでいることを根拠に、その効力を認めることができるという理論を、「作用理論 (effect theory)」という。相手国のすべての行動ないし実行がこれを主張する国においてなされている必要はない。規制をする国家の領域内及び領域双方に作用している関係でもよい。作用理論は、アメリカ政府が国境外で行われた責任逃れの行為に対して独占禁止法の規制を及ぼそうとする趣旨で、最初に採用されたものである。⁽⁷⁸⁾その後、他の法分野にも応用されていく中で、適用範囲の拡張の反動として、行為者の悪意及び適用の合理性が要件として加えられるようになった。⁽⁷⁹⁾リステイトメントはこれを確認し、「国家は、その作用又は意図した作用が実質的で、これに対する管轄権の行使が合理的であることに基づき、行使が可能である」⁽⁸⁰⁾としている。ここにいう合理性は、行為者に対して地理的管轄権を有する国家の法との抵触を可及的に避けるために、域外適用を行おうとする国家の管轄権を制限しようとしたものに他ならない。

右の考え方に従うと、排出権指令の域外適用が正当化されるか否かは、国際社会が温室効果ガスの削減必要性について善意とはいえない以上、要はそれが合理的であるかによる。⁽⁸¹⁾リステイトメントにおける判断基準は、大きく規制実施主体の相当性と、規制内容の相当性に集約できよう。その観点から排出権指令の当否を検討するならば、前者に關しては、公海上で発生し地球全体に影響する問題に対し、地域的共同体が規制を及ぼそうとすることの当否が問題

となる。

全地球規模の問題に対する行動は多数国間の協調によって進められるべきところ、EUはこれを一方的、偏面的な行動をもって対処しようとする点に、問題がなくはない。EU加盟国は排出権取引の実施に当事国の双方同意を要求したICAO総会決議A三六―一二号の承認を留保しているものの、多数決で採択された決議事項が、当該決議事項に反対した国家に対しても有効に作用することについて争いの余地はない。相手国の同意を得ない一方的規制の問題性を、シカゴ条約に基づく非差別的取扱いでもって治癒することもできないはずである。その一方で、ICAO自体、国際的な排出権取引の具体的基準を示さず、締約国に各自排出権取引制度の開発を行うよう勧告していることは、EUとICAOとが国際的な環境問題の解決という目的を共有していることと併せ、排出権指令は国際的で普遍的な制度が構築される過程における一種の共同実験であるというEUの理解を支えている。これを当然に否定することもできないというべきである。

規制内容の相当性に関しては、域外適用をもって規制すべき程度に国際航空由来の排出物がEUに重大な影響を及ぼしているか否かが、議論となり得る。排出権指令に批判的な立場からは、航空運送事業者はEUに就航するとしても基本的に公海上を飛行して事業を行うのであり、EU領域に帰属する影響の範囲は限定的であるとされる。そしてEUは排出規制にかかる権限を有しない。なぜなら、それはEUの領域に対する重大な影響を裏付けられないからである、⁸²⁾という。しかしながら、彼らもまた、航空部門の排出物がEUに重大な影響を及ぼさないことを証明できない。よってEU規制の不合理性を指摘してその管轄権行使を阻止することもできないことになる。環境問題に関する域外適用が解釈困難な問題を含んでいるのは間違いない。

以上の議論は、越境型環境汚染における相当因果関係論を地球温暖化の問題に当てはめるものに他ならないが、そもそも行為と結果との個別的な対応関係を観念するのが困難な地球温暖化問題については、いつそ違った考え方を採る余地もあるように思われる。EU-ETSは京都議定書に基づく国別登録簿における排出権の増減処理を通じて、排出物を数値管理するもので、領域外に物理的な干渉を行うわけではない。そうすると、これを利用する排出権指令は、管理加盟国に所在する国別登録簿を規制するものに過ぎず、域外適用を行ってはいないとの理解も成り立ち得よう。

5 航空排出権紛争

二〇〇九年一二月、アメリカ航空運送協会とアメリカの大手航空会社三社は共同で、EU航空排出権指令を置換したイギリス国内法の立法審査を求め、所管庁であるエネルギー・気候変動省 (Department of Energy and Climate Change) をイギリス高等法院の行政裁判所に提訴した。⁽⁸³⁾ 外国航空運送事業者の公海上での排出物に対して排出権取引を強制し規制を及ぼそうとするイギリス法、ひるがえってEU航空排出権指令は、国際協調に拠ってきたシカゴ条約及びICAOによる国際民間航空の規制枠組みを逸脱しており、二国間航空協定そして国際法原則にも抵触する。更には国際航空分野における排出削減をICAOの主導に委ねた京都議定書にも抵触するとしたのである。

本件については、二〇〇九年一二月中にエネルギー・気候変動省に対する審問が行われ、その結果を踏まえて高等法院は、二〇一〇年五月に欧州司法裁判所への付託を決定しており、訴訟当事者はこれに異議を止めていない。

IV 航空排出権紛争とEUのねらい

1 航空排出権紛争のフォーラム

右のとおり、航空排出権指令の論理とその政治経済的ないし法的な問題性を検討すると、この紛争が主としてシカゴ条約の解釈をめぐる衝突として表れ、同条約の不明確性から、当事者はそれぞれ同じ規定を批判しあい、あるいは自らの根拠にするという循環に陥っていることがわかる。

法的問題の核心は、排出権指令の域外適用がシカゴ条約違反にあたるという点にある。したがって本来的に、政府であるか航空運送事業者であるかを問わず、権利侵害を主張する当事者は、シカゴ条約の締約国として、同条約八四条に基づく異議申し立て手続に訴えることができる。そして、両当事者の認識が一致をみなかった場合は、国際司法裁判所に提訴することができ、二国間協定の規定に従い、協定の解釈及び適用に関してICAO理事会に異議を申し立てることもできる。⁽⁸⁴⁾ 両当事者の認識が一致をみなかった場合は、二国間航空協定に従いICAOの仲裁に移行する⁽⁸⁵⁾ところが今回、アメリカ系航空運送事業者及び事業者団体は、このいずれにも拠ることなく、欧州司法裁判所の裁定に期待した。まずこの点について考える必要がある。

ICAO理事会が、仲裁的権能を国際航空環境問題である今回の航空排出権紛争について行使するのは当然であるように思える。しかし、航空排出権指令に関するEUの強硬な態度は、ICAOの指導力の欠如の裏返しといえ、本件に限ってとくに、ICAO理事会が第三者的立場で仲裁ないし裁定を行うのは不向きといえる。この点、二国間協定を通じた救済、すなわち両当事者の態度が平行線を辿った場合のICAOによる仲裁でも、シカゴ条約八四条を通

じた解決と同じ壁にぶつかる。それでは、国際司法裁判所に終局的裁定を求めてはどうか。しかし、国際司法裁判所は、国家間の法的紛争処理を行う機関として規定されており、これまでの複数の航空紛争事例でもそうであったように、その管轄が認められる余地は決して大きくない。航空排出権指令が巧妙であるのは、EUというシカゴ条約の当事関係をもたない地域的共同体が主導し、管理加盟国を通じて民間の各航空運送事業者に規制を及ぼしている点、そしてそれが、京都議定書の対象外である国際航空由来の排出物を対象とする点である。いずれも、国際司法裁判所の管轄権が否定される要素とならざるを得ないのである。

この問題の本質的解決がICAOによる多国間の協調的枠組によってなされるべきことはEUも否定していない。しかし、そうした多数国間の取り組みは効果が大きい反面、現実にはまとまりにくいものである。⁽⁸⁶⁾ ICAOでは単純多数決によるコンセンサス形成が要求され、そこでは途上国の利害が強く反映される。今回の排出権指令自体、ICAO主導による排出権取引制度の見通しが立たないことに、EUが苛立つて行ったものである。実際ICAOは、これまで多年にわたり航空排出ガスの削減手法を検討してきたが、未だEUの航空排出権指令の挑戦を受けて立つほどの具体的成果を生み出せていない。

2 航空排出権紛争の行方

EUはイギリス政府主導の下、二〇〇六年、航空排出権指令の提案のために、そして欧州議会、閣僚理事会での採決に備えて、詳細なシミュレーションを含んだリポートを作成していた。⁽⁸⁷⁾ そこで、政治経済的な批判の可能性、シカゴ条約の解釈をめぐる法的問題の紛争化の予測、その先のICAOによる国際ガイドラインの策定の方方向性まで、予

め徹底的に分析されていたこと、つまり周到にシナリオが練られていたことは特筆されてよい。そこから読みとれるのは、次のようなEUのねらいである。

航空排出権指令が、域内航空だけを対象にしないのは当然であった。EU域内航空とEU発着国際航空における二酸化炭素排出量の割合は四対六であつて、気候変動対策という趣旨からして、排出権取引に後者を組み入れない訳にはいかない。京都議定書の射程を超えたところに、当初から目的があつたのである。EUの航空事業者が就航する国際路線のみに適用するという方法が理論上ないわけでないが、それはEU事業者のみに環境対策費用を負担させることで彼らの国際競争力を削ぐだけでなく、シカゴ条約一条が禁ずる差別的取扱いとして直接的に国際法に抵触することとなり、選択できない。

気候変動に対抗するために、他の手段ではなく排出権取引にこだわったことにも、説明がつく。環境税は、二酸化炭素削減の直接的な誘引とはならず、かつ一方的手段によつて課金することはシカゴ条約一条に明示的に抵触するため、可能性が閉ざされている。航空交通管制の合理化、代替燃料への転換は、ICAOとアメリカ、そしてEUが協力して既にその実現に向けた取組みを進めており、これを主題とする意義も乏しい。そもそもEUは包括的アプローチで気候変動へ実効的に対処することとしており、排出権取引をもつて他の削減手段を排除する意図などない。排出主体である航空運送事業者に速やかに効率化、機材更新を動機付ける排出権取引制度に、気候変動対策の推進役としての役割を期待したのである。世界最大かつ包括的な排出権取引市場を既に稼働させている現状で、EUはその自信とともに炭素市場における覇権を揺るぎないものとする意図を有していたと考えられる。

技術的問題として指摘される事項についても、EUは当初から批判を覚悟していた。既得権方式の排出量割り当て

も、ネットワーク型のレガシーキャリアを多く抱えるEUが、排出権取引に航空部門を組み入れるための域内の意思統一の観点から、最短距離でかつ唯一の方法であった。競争入札方式に対して加えられる事業者の負担増大の批判など、彼らのねらいそのものであった。産業規模が拡大するなかであえてクローズ方式を採ることにより、実施される排出権取引において莫大な入札益が生み出され、それを技術革新のための資金に充てることができる。市場を通じた排出権購入が高くつくことで、経済合理原則に基づき事業者が機材更新を急ぐのは当然であろう。

航空排出権指令により、関係主体が不満をつのらせ、批判的対応に出て紛争化することは最初から織り込み済みであった。EU自身、その一方的手法の法的正当性を確信していたわけでもなかった。むしろそれが、簡単には結論でない複雑な論理構造を有しているだけに、問題提起によって国際的な議論を活発にする意図があった。国際航空部門を排出権取引の範疇に組み入れるべきことは国際的共通認識であり、ICAO理事会に紛争が持ち込まれたとして、理事会がEU指令の域外適用を否定してみたところで、自己のリーダーシップの欠如をさらすことになるだけである。つまり、ICAOに紛争解決が持ち込まれた時点で、ICAOの逃げ道をふさぐことができるということになる。航空排出権問題についてはICAO自身が実際上の当事者であり、中立的な立場で理事会表決をなし得るわけではない。シカゴ条約の解釈、そしてICAOの権限との整合性を吟味しても、国際法上、EUの行為の違法性を明らかにすることが容易ではないことは、EUにとって有利である。しかも、ICAO理事会の裁定は、終局的ではないため、国際司法裁判所に持ち込まれるまで、あるいはその裁定が下されるまでに指令が施行されることで、ICAOに国際的規律の策定と実施を促す圧力をますます強めることができる。そして、国際司法裁判所は国家間紛争の解決機関であり、その管轄が否定される可能性はむしろ高いという読みがあったものと考えられる。その点で、航空排出権紛争

が欧州司法裁判所に持ち込まれたことは、むしろ自然なりゆきとさえ思える。イギリス政府が同裁判所への付託に異議を止めなかったのは、EUの自信の表れといえよう。

クローズ型、セクター別の排出量管理⁸⁸を、国際機関が統一的に実施することで、市場型規制の効果は最適化される。ポスト京都議定書の議論はその方向性に進む可能性があり、昨今ではICAOにはその先陣を切るという強い誘引も生まれている。そしてそれは、EUの航空排出権指令がほぼそのままICAOによる国際排出権取引ガイダンスに取り入れられるということであり、現実には稼働しているEU-ETSがその主要市場となるということである。ICAOは第三七回総会において、二〇一三年の次回総会までにそれを実現すると決議しており、その公約が果たされるとき、EUの戦略上の勝利が明らかとなる。

V 結 語

世界はEU航空排出権指令が巻き起こした紛争の帰趨に注視している。そしておそらく、シカゴ条約の解釈上、EUは不利であるとの予想を抱いている。しかし、その一方で、EUが提起した問題の解決のために、ICAOを通じた国際的規律の樹立が不可欠であるとの認識を募らせ、政治的な解決に向けた作業を加速させている。このシナリオはEUが用意したものである。彼らがあえて火中の栗を拾おうとしたのは、二〇一三年以降のいわゆる「ポスト京都議定書」の議論と連動して、ICAOに国際航空排出権取引ガイダンスの作成を急がせ、世界初のセクター包括的国際排出権取引レジームを実現させることにあったと考えるのが自然である。それによって、EUは、気候変動への対抗措置を全世界的な規模で手に入れることができ、その後の排出権市場の覇権も握ることができる。そして、その

間の紛争から何も失うものはないのである。

付 記

本稿脱稿後の二〇一一年二月二日、欧州司法裁判所は航空排出権指令の国際条約等への抵触を完全否定する、EU全面勝訴の判決を下した。その意義の検討については別稿に譲らざるを得ない。

- (1) Intergovernmental Panel on Climate Change [hereinafter “IPCC”], Aviation and the Global Atmosphere: Summary for Policy Makers, at 3 (1999).
- (2) IPCC, supra note 1, at 6; G. T. Blumenthal ed., Aviation and Climate Change 12 (2010).
- (3) J. Veno, Flying the Unfriendly Skies: the European Union’s New Proposal to Include Aviation in Their Emissions Trading Scheme, 72 J. Air L. & Com. 659 (2007).
- (4) D. B. Reagan, Putting International Aviation into the European Union Emissions Trading Scheme: Can Europe Do It Flying Solo?, 35 B. C. Envtl. Aff. L. Rev. 350 (2008). ここで、排出権取引制度の理論的背景を確認しておく。CO₂などの温室効果ガスは、環境経済学においては負の公共財（悪影響を及ぼす財で、その影響を受ける人が増えても影響の効果は変わらず、誰も影響が及ぶのを免れない性質をもつもの）とされ、財の提供者は他者へ悪影響を及ぼしているにもかかわらず、他者の受ける被害について感知せず、対策を講ぜずに放置すると、一般に、社会的に適正な規模を超えて過大に供給されると説明されている。このため、従来から、排出量の上限値の設定や課税による抑制など、政策的な対応がなされてきた。いわゆる cap & trade 方式の排出権取引はこうした政策的対応の一つである。理論上は、社会的に最適な規模に排出量の上限値 (cap) を定めることができれば、それを排出者に初期配分したうえで、一単位の温室効果ガスを削減するのに必要な費用、すなわち

限界削減費用が異なる複数の排出者の間で排出権の自由な取引 (trade) がなされることにより、限界削減費用が排出間で均一化されるところで均衡するため、社会的に最適な規模に向けた排出量の削減を、最小のコストで達成することができる。限界削減費用が不均一の場合には、限界削減費用の高い排出者の削減量を減らし、限界削減費用の低い排出者の削減量を増やすように排出権の取引をすることで、同じ削減量でも総削減コストを下げることができることから、取引を通じたこのプロセスを、各々の限界削減費用が等しくなるまで続けることで、最小の総削減コストを達成できることになると思われる (岡野まさ子・日原勝也・鈴木真二「国際民間航空と環境問題―排出権取引制度と航空 (その一)」日本航空宇宙学会誌五八巻 (二〇一〇年) 二四二頁)。

- (5) Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change [hereinafter “Kyoto Protocol”], art. 3, Dec. 10, 1997, 37 I.L.M. 22; D. Freestone & C. Streck eds., *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms* 9 (2005).
- (9) Council Directive 03/87, 2003 O.J. (L 275) 32 (EC) [hereinafter “EU-ETS”]; C. Carlarne, *Climate Change Policies an Ocean Apart: United States and European Union Climate Change Policies Compared*, 14 Penn. St. Envtl. L. Rev. 464 (2006).
- (7) Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Amending Directive 2003/87/EC, COM (2006) 818 final (Dec. 20, 2006).
- (8) Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Reducing the Climate Change Impact of Aviation, at 2, COM (2005) 459 final (Sept. 27, 2005); Reagan, *supra* note 4, at 351.
- (6) M. Pilling & J. Thompson, *Carbonstorm*, *Airline Business*, Jan. 22, 2007.
- (10) Reagan, *supra* note 4, at 351.
- (11) The Air Transport Association of America, et al. v. The Secretary of State for Energy and Climate Change, C-366/10 (22 July, 2010).

- (12) Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2007: The Physical Science Basis* at 211 (2007); Veno, *supra* note 3, at 662.
- (13) U. Steppeler & A. Klingmüller, EU Emissions Trading Scheme and Aviation, at ix (2010); Veno, *supra* note 3, at 663; 日本
隆三「排出権取引制度と航空輸送」AIR FORUM 二〇〇八年夏季号三頁。
- (14) S. Gössling & P. Upham, *Climate Change and Aviation* 3 (2009); Veno, *supra* note 3, at 663.
- (15) United Nations Framework Convention on Climate Change [hereinafter “UNFCCC”], art. 2, May 9, 1992, S. Treaty Doc.
No.102-38, 1771 U.N.T.S. 107.
- (16) UNFCCC, arts. 3 and 4.
- (17) Kyoto Protocol, arts. 2 and 3.
- (18) *Id.* Annex A.
- (19) C. Carothers, *United We Stand: The Interstate Compact as a Tool for Effecting Climate Change*, 41 Ga. L. Rev. 256
(2006).
- (20) Freestone & Streck, *supra* note 5, at 11-13; 太田穰「京都議定書と排出権」自由と正義六〇巻二二号（二〇〇九年）二二九頁。
- (21) Kyoto Protocol, art. 12; Freestone & Streck, *supra* note 5, at 13.
- (22) Kyoto Protocol, art. 6; Freestone & Streck, *supra* note 5, at 12.
- (23) Kyoto Protocol, art. 17; Freestone & Streck, *supra* note 5, at 15.
- (24) Veno, *supra* note 3, at 670. 現在、排出権取引について欧州が世界の先頭を切っていると考えられているが、過去において
欧州はむしろこれに消極的でした。それは排出権取引が「汚染する権利 (license to pollute)」捉えかねないとの認
識にもかかわらず (C. Egenhofer, *The Making of the EU Emissions Trading Scheme: Status, Prospects and Implications*
for Business, 25 Eur. Man. J. 453-463 (2007); 岡野ほか前掲注(4)二四二頁)、実際、排出権取引制度が最初に用いられたの
はアメリカであった。同国では、一九七〇年代から大気汚染物質の排出権取引が実際されており、一九九〇年の Clean Air

Act Amendmentsで具体的な削減目標が設定されたのを機に利用が本格化し、一九九五年からは環境負荷の極めて大きい硫黄酸化物 (SO₂) の取引で成果を上げた。これこそがE U - E T Sが範としたものである。その背景には、環境意識の高まりとともに一九九二年に欧州委員会が炭素・エネルギー税法案を提出したが欧州議会での採択に失敗し、産業界の自主規制等の試みも成果を生めなかったことがある。そこで、京都議定書で認知度を高めた排出権取引制度に、期待がかけられることとなったわけである。

- (25) Z. J. B. Plater et al., *Environmental Law and Policy: Nature, Law, and Society* 587 (2d ed. 2008); A. Bows, K. Anderson & P. Upham, *Aviation and Climate Change* 45 (2009).
- (26) *Convention on International Civil Aviation*, Apr. 4, 1947, T.I.A.S. No.1591, 15 U.N.T.S. 295 [hereinafter "Chicago Convention"]; R. I. R. Abeyratne, *Legal and Regulatory Issues in International Aviation* 9 (1996).
- (27) Abeyratne, *supra* note 26, at 15-17; Reagan, *supra* note 4, at 353.
- (28) Lissitzyn, *Freedom of the Air: Scheduled and Non-Scheduled Air Services*, (E.McWinney & M.A.Bradley eds.) *The Freedoms of the Air 90-91* (1968); I. H. Ph. Diederiks-Verschoor, *An Introduction to Air Law* 53, 65 (7th ed., 2001); 吉永榮助＝坂本昭雄『最新国際航空法要論(改訂増補版)』(有信堂、一九七六年)。その嚆矢は、英米間の一九四六年のバミューダ協定 (Bermuda Agreement) である。同協定では、次の二点において重要な妥協がなされている。すなわち、イギリス側の主張を容れて、両国航空企業が運営すべき航空路線をそれぞれ特定し、その路線上で指定された航空企業に限り、商業航空権を利用した航空業務の運営を行うものとされた。そして、航空業務の運営に関連して適用される航空運賃及び貨率は、航空運送事業者団体である国際航空運送協会 (International Air Transport Association (IATA)) の運賃決定機関を通じて両国航空企業が合意し、かつ両国の航空当局によって認可されたものでなければならぬとされた。また、相手国と第三国との間の運輸権たる以遠権 (beyond right)、すなわち第五の自由を無制限に認めるべきであるとするアメリカの主張は、当事国がそれぞれに運営路線を特定し、航空企業の指定を行い、かつ当該航空企業の輸送力についての抽象的な原則的に合意することによって修正された。これに対してアメリカは、航空機の種類及び運航便数などの輸送力規制を意図していたイギリスから譲歩を引

き出し、運営路線の特定と輸送力に関する「抽象的な」原則を設定するに止め、輸送力の事後審査主義 (ex-post facto review) を第五の自由にかかる運送についてまで容認させた。バミューダ協定は、米英勢力対立の妥協の産物であったため、商業航空の根幹ともいえる輸送力についての不明確さを蔵していたが、航空三大国間の合意としてそれはそれで権威を持ち、以後これを範とした二国間航空協定 (bilateral air services agreement) が各国間で数多く締結されていくこととなった。つまり国際社会は、シカゴ条約六条における、いかなる国際定期航空サービスも、相手国の事前の合意なくして実施できないとの原則の下、各国政府は二国間航空協定を通じて経済的権利を、交渉によって交換してきたのである。一般に、参入航空企業の指定のほか、ルート、輸送力、運賃、競争条件、安全規制、紛争解決の方法が二国間協定で規定される。

(29) Open Skies Agreement between the United States (US) Government and the European Union (EU) [hereinafter “Open Skies Agreement”]

(30) Chicago Convention, art. 44.

(31) Chicago Convention, art. 49.

(32) Id., art. 50

(33) Id., art. 37; Abeyratne, *supra* note 26, at 16.

(34) H. L. Miller, Civil Aircraft Emissions and International Treaty Law, 63 J. Air L. & Com. 712 (1998).

(35) Abeyratne, *supra* note 26, at 287; Miller, Id., at 714.

(36) P. S. Dempsey, Flights of Fancy and Fights of Fury: Arbitration and Adjudication of Commercial and Political Disputes in International Aviation, 32 Ga. J. Int'l & Comp. L. 278 (2004).

(37) IPCC, *supra* note 1 forward; ICAO, Consolidated Statement of Continuing ICAO Policies and Practices Related to Environmental Protection, Assemb. Res. A35-5 (2004); Miller, *supra* note 34, 715; 西村忠司「国際航空の排出量取引 (前編)」運輸と経済六七巻六号 (二〇〇七年) 五九頁以下。

(38) Open Skies Agreement, art. 19.

- (39) Dempsey, *supra* note 136, at 243.
- (40) Chicago Convention, art. 84.
- (41) *Id.* その中で、I C A O 理事会の仲裁機能を国際社会に印象づけた二〇〇〇年の米欧消音器紛争を紹介しておきたい。二〇〇〇年、E U は、空港周辺の人口集中地域へのエンジン排気音の影響を憂慮し、シカゴ条約第一六附属書に規定される以上の厳格な騒音基準を設けた。多くの航空運送事業者は、新型航空機を購入するかわりに、消音器（エンジンマフラー）を装着した航空機エンジンを導入することで対処しようとした。ところがE U 加盟国はこれに満足せず、とくに旧型機は消音装置によっても完全には基準を満たさないことを批判して、単純なデシベルレベルの規制にかえ、一定のパラメータに基づく騒音規制を新たに施行した。この結果、既に消音器に設備投資していた航空運送事業者は、新型機に更新するために追加の負担を強いられることとなった。保有機材に経年機が多く、これに消音装置を装着していたアメリカのノース・ウェスト航空（当時）は、アメリカ運輸省を通じてE U 加盟国に抗議し、二〇〇〇年三月、アメリカはシカゴ条約八四条の手続きに従って、シカゴ条約締約国たるE U 加盟一五か国（当時）に対する異議を申立てた。本問題の処理にあたりI C A O 理事会は、両者からヒアリングを行ったが、アメリカの弁論に対してE U は、本異議申し立てがシカゴ条約八四条の定める事前交渉を経ずになされた早計な行動であることを批判した。両者は、口頭で理事会による仲裁を求め、これに対して理事会は二六対〇でアメリカを支持する決議を行った。両者はその後理事会の紛争解決に向けた公式な召喚を受諾し、交渉の席についた。二〇〇一年一月、両者は暫定合意に達した。アメリカはE U 加盟国に対する異議申し立てを取り下げ、E U はパラメータ騒音規制を廃止するといふものである。二〇〇三年十二月、紛争は終結に至った（K. E. Brown, *The International Civil Aviation Organizations is the Appropriate Jurisdiction to Settle Hushkit Dispute Between the United States and the European Union*, 20 Penn. St. Int'l L. Rev. 465 (2002).)。
- (42) Dempsey, *supra* note 36, at 270-271.
- (43) *Id.* at 287.
- (44) Commission Proposal, *supra* note 7, at 3.

- (45) ICAO Assembly Resolution 35/5, Consolidated Statement of Continuing ICAO Policies and Practices Related to Environmental Protection, app. A, sec. 1 (Oct. 2004).
- (46) Council Decision 1600/2002, Laying Down the Sixth Community Action Programme, art. 5, 2002 O.J. (L 242) 1-15.
- (47) I. Laborde, EU Regulation of Aviation CO₂ Emissions, 24 Nat. Resources & Env't 54 (2010).
- (48) ただし航空排出権指令は、影響度の低いフライトを実施するに過ぎない事業者については適用外としている (Annex 1 (c))。国家要人の移動、人道的、安全確保、医療、訓練、軍事及び研究の目的で行われるフライト、最大離陸重量が五、七〇〇 kg 未満の小型機、連続する三、四半期における飛行回数が二、四三回以下又は年間排出量一万吨未満の航空運送事業者などである。
- (49) Decision 2009/339/EC.
- (50) 規定許容排出量 (排出可能単位) の配分方法としては、①既得権方式 (grandfathering)、②競争入札方式 (auctioning)、③目標値方式 (benchmarking) が考えられる (P. Morrell, An Evaluation of Possible EU Air Transport Emissions Trading Scheme Allocation Methods, 35 Energy Policy, 5562-5570 (2007); 湧口清隆「EUにおける航空分野への排出権取引制度適用の動向」運輸政策研究二一巻二号 (二〇〇八年) 六七頁)。結局、支払総額が比較的少ない①の既得権方式が、比較的成熟度の高い航空産業においては最も受け入れやすい選択肢となる。ただし、新規参入事業者に対する配慮が必要となる。実際、今回の航空排出権指令の内容はこの線に沿うものとなっている。また、既得権方式では、排出量の増加は抑制できても現状から削減する効果は見込めない。そこで一部の排出可能単位について、競争入札方式を取り入れる構造となっている。
- (51) Press Release, Air Transport Association, ATA Statement Regarding EC Decision on Emissions Trading (Dec. 20, 2006); Reagan, *supra* note 4, at 366.
- (52) Press Release, U.S. Dept. of State, United States Questions European Aviation Emission Trading Scheme (Dec. 2, 2005).
- (53) CE Delft, Giving Wings to Emission Trading, Inclusion of Aviation under the European Emission Trading System (ETS): Design and Impacts (2005); Reagan, *supra* note 4, at 367.

- (54) Reagan, *supra* note 4, at 369.
- (55) Chicago Convention, art. 12.
- (56) *Id.*
- (57) Open Skies Agreement, art. 3.4.
- (58) CE Delft, Economic Incentives to Mitigate Greenhouse Gas Emissions from Air Transport in Europe 175-181 (2002).
- (59) Chicago Convention, art. 1.
- (60) *Id.* art. 6.
- (61) *Id.* art. 11.
- (62) CE Delft, *supra* note 58, at 178.
- (63) K. Singh, Aviation and Environmental Pollution 85 (2010); Reagan, *supra* note 4, at 373.
- (64) Chicago Convention, art. 15.
- (65) Chicago Convention, art. 24.
- (66) ICAO Policies on Taxation, in the Field of International Air Transport (3rd ed., 2000) at 1.
- (67) Open Skies Agreement, art. 11. 1.
- (68) CE Delft, *supra* note 58, at 175-177.
- (69) Chicago Convention, art 7.
- (70) Open Skies Agreement, at 13.
- (71) *Id.*, art. 3.4.
- (72) R. I. R. Abeyratne, The Authority of the European Union to Unilaterally Impose an Emissions Trading Scheme, 21 No.4 *Air & Space Law*. 5 (2008).
- (73) Chicago Convention, arts. 1 and 12.

- (74) Restatement (3rd) of Foreign Relations Law of the United States Section 402-403 (1987); G. F. Hess, *The Trail Smelter, the Columbia River, and the Extraterritorial Application of CERCLA*, 18 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 43 (2005).
- (75) Restatement (3rd) of Foreign Relations Law of the United States, sec. 402 (1) (c).
- (76) *Id.*, sec. 403 (1).
- (77) *Id.*, sec. 403 (2) (a) - (h).
- (78) *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945); *Sherman Antitrust Act*, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. secs. 1-7.
- (79) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of Am.*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).
- (80) Restatement (3rd) of Foreign Relations Law of the United States sec. 403 cmt.
- (81) Abeyratne, *supra* note 72, at 7.
- (82) Reagan, *supra* note 6, at 376.
- (83) C-366/10, *supra* note 10.
- (84) *Open Skies Agreement*, art. 13.
- (85) *Open Skies Agreement*, art. 14.
- (86) 山口勝弘「排出権取引と航空」つぐみ 1113号 (二〇〇八年) 11頁。
- (87) European Union Committee, 21st Report of Session 2005-06, *Including the Aviation Sector in the European Union Emissions Trading Scheme: Report with Evidence* (2006).
- (88) セクターアプローチの可能性と課題につき、鄭雨宗・和氣洋子「ポスト京都とセクター別アプローチ」三田商学研究五二巻一号 (二〇〇九年) 三七頁以下。

[特集]

EU法ワークショップ「EU法の現在と日本法への示唆」は
ここまでとする。

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見

日本大学法学部民事法・商事法研究会

法務省民事局参事官室は、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」を、e-Gov（電子政府の総合窓口）のホームページのパブリック・コメントのページに掲載して意見を募集した（その補足説明については『平成23年民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』（平成23年）に掲載されているので、参照されたい）。そこで日本大学法学部では、これに 대응べく平成23年6月18日、同月25日、7月2日、同月23日に民法・商法・民事訴訟法の研究者等により構成される民事法・商事法合同研究会を開催して、右意見を検討した（当研究会会員のうち右会議の参加者は、末尾の名簿に掲げたとおりである）。

そして、右研究会の意見を取りまとめ、これを意見書として同年8月1日に法務省民事局参事官室に提出した。以下に掲載するのが、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見である。

なお、同意見募集の集計結果については、法務省の法制審議会民法（債権関係）部会資料33―1から33―7まで（同部会第35回会議（平成23年11月15日開催）のホームページ）を参照されたい。

第1 債権の目的

1 確かに、金銭に見積もることができない債権の効力も通常の債権となら異ならないことは明確であるため、本条文は無用にも思われる。ただ、保険法第3条「損害保険契約は、金銭に見積もることができ利益に限り、その目的とすることができ」は、民法第399条の特則として理解されているため、原則である本条を削除してもよいものか、更に検討を要すると考える。

2 (1) 契約解釈による契約内容の明確化が困難な場合もあると思われるため、任意規定として同条を置いておくことには意味があると考え。保存義務の内容についても、各々の契約内容や性質によって個別具体的に決められるのであればよいが、個々の契約類型に応じた個別規定を置くとなると、各々の保存義務の内容を決めるのが困難になってくるのではないかとと思われる。

2 (2) 賛成である。

3 契約解釈による契約内容の明確化が困難な場合もあると思われるため、任意規定として同条を置いておくことには意味があると考え。保存義務の内容についても、各々の契約内容や性質によって個別具体的に決められるのであればよいが、個々の契約類型に応じた個別規定を置くとなると、各々の保存義務の内容を決めるのが困難になってくるのではないかとと思われる。

4 (1) 同項に関しても、民法第400条に関する意見と同様に、契約内容の解釈が困難である場合もあると考えられるため、同条を任意規定として置いておくことも意味があるのではないか。具体的な要件の設定については、債権者と債務者の合意によって特定が生ずる旨の規定を設けても支障が生ずることは少ないと考えられるので良いのではないか。変更権の明文化については、慎重な検討を要すると考える。

4 (2) 同項に関しても、民法第400条に関する意見と同様に、契約内容の解釈が困難である場合もあると考えられるため、同条を任意規定として置いておくことも意味があるのではないか。具体的な要件の設定については、債権者と債務者の合意によって特定が生ずる旨の規定を設けても支障が生ずることは少ないと考えられるので良いのではないか。変更権の明文化については、慎重な検討を要すると考える。

5 (1) 利率の変動制を採用することによって、法定利率は合理的な水準に保たれるとは思われる。法定利率が用いられる各場面に適切な利率を定めることができれば非常に合理的であると思われるが、その算定の調整は困難なのではないか。また、利率の変動制の採用は、実務に大変大きな影響を与えると思われるため、慎重に検討する必要がある。

5 (2) 特に不法行為による損害賠償債務の遅延損害金については、非常に高額になりやすいため、遅延損害金の制裁的要素を加味するにせよ、遅延損害金を算定する利率を法定利率よりも高い利率にすべきとの指摘については、慎重に検討すべきだと考える。

5 (3) この問題は、本来的には損害賠償の算定方法の問題であるが、現時点では判例や実務上の解釈・運用に委ねられている逸失利益の算定方法について、立法で一定の枠組みを設けることになるため、特に不法行為に与える影響の大きさには慎重になる必要がある。

5 (4) 賛成である。

6 賛成である。

第2 履行請求権等

- 1 賛成である。実務上の意義はともかく、学理上の意義はある。
- 2 賛成である。具体的には、前記第2の1を前提に、民法第414条をそのまま存置し、必要に応じ架橋規定・一覽規定を設ければ足りる。配置も債権編でよい。

規定の性質が実体法か執行法か不明確な規定や両法の性質を併有する規定については、両法で規定すれば足り、その結果実体法・執行法間の規定の重複が生じてもよい。例えば、会社法の組織再編の規定は、分かりやすさの観点から重複をいとわず規定したが、準用先を逐一確認しないでもよいという意味で実務上も大いに助かっている。同一の法の中で重複があり得るのであるから、関連する別個の法相互間で規定の重複があってもよい。

ただ、補足説明（議事の概況等）1末文にあるとおり、両法で使用する文言を同一にしたり、民事執行法において「民法●●条の●●…」と規定するなど、規定ぶりを明確に整理すべきである。

また、前記第2の1の指摘する一覽規定を設けた場合の弊害については、それほど心配する必要はない。平成23年の非訟事件手続法の改正についても、整備法で会社法を改正しており、同様の手法で民法を改正すればよい。

3 賛成である。実務上の意義はともかく、学理上の意義はある。

判断基準については、「社会通念又は契約の趣旨」とすれば足りる。もとよりここという「又は」は法制執務上のいわゆる「およびまたは」の用法であって、両者を同時に考慮することを排斥する趣旨ではない。

4 (1) 賛成である。「債務の不完全な履行」の意義についても、部会資料の理解でよい。

前記第2の1の履行請求権の一態様と考えられる。

請負等の各則規定との重複や原則・例外関係が生じ得る場合には、例えば、原則が●●条だとすると、「●●条の規定にかかわらず、」と規定するなどして、両条の関係が一見して分かるように配慮することが望ましい。

4 (2) 賛成である。

4 (3) 賛成である。

第3 債務不履行による損害賠償

- 1 (1) この点につき、特段の異論はない。
- 1 (2) この点につき、特段の異論はない。
- 1 (3) この点につき、特段の異論はない。
- 1 (4) この点につき、特段の意見はない。

- 1 (5) 本研究会においては、債務不履行に関するいわゆる三分類説（履行遅滞、履行不能、不完全履行）を維持し、瑕疵担保責任につき法定責任説に立つことをもって妥当と考える立場が多数を占め、この点を踏まえて慎重な検討がなされることが望ましいという意見が多かった。
 - 1 (6) 「債務の本旨に従った履行をしないとき」という要件に関しては、解釈論が実務に定着しているため、同要件のみを規定することで足りる。なお、本研究会では、債務不履行に関するいわゆる三分類説（前記第3の1(5)）は、わかりやすさという点、これまでの議論との整合性を維持すべき点からいって妥当とする立場が多数であり、かかる三分類説を維持すべきと考えている。改正にあたっては、この点を留意して検討されたい。
 - 2 (1) 本研究会においては、この点につき、特段の異論はみられなかった。なお、本研究会は、三分類説（前記第3の1(5)）を維持すべきと考えている。改正にあたっては、この点を留意して検討されたい。
 - 2 (2) 本研究会は、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠を過失責任主義（故意・過失がない場合には責任を負わないとする考え方）に求め、「債務者の責めに帰すべき事由」の意味を、故意・過失又は信義則上これと同視すべき事由と解する伝統的な見解が、実務において定着しているところから、妥当であり、今更これを変更する必要があるものと考えている。契約の拘束力に求める「見解をベースにすること自体が妥当ではない。改正にあたっては、わが国の実務から遊離し、いたずらに新奇な考えに依拠するべきではあるまい。
 - 2 (3) この点につき、特段の異論はない。
 - 3 (1) 「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ、損害賠償の範囲を画する規律の明確化の可否について、更に検討」するという、『中間論点整理』の立場に賛成する。慎重に精査されたい。
 - 3 (2) 前記第3の1(1)に併せ、「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ、慎重に精査されたい。
 - 3 (3) 前記第3の1(1)(2)に併せ、「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ、慎重に精査されたい。
 - 3 (4) この点については、商法第581条などの規定を参考に、慎重に精査されたい。
 - 3 (5) 前記第3の1(1)(2)に併せ、「判例・裁判実務の考え方、相当因果関係説、保護範囲説・契約利益説等から導かれる具体的準則の異同を整理しつつ、慎重に精査されたい。
 - 4 (1) 本研究会においては、判例・学説が認める過失相殺の適用範囲を条文上明確にすること自体には、特段の異論がなかったが、「損害軽減義務」のような新しい概念を、直ちに条文化することについては、意見の統一をみるに至らなかった。
- 本研究会の議論において、過失相殺の適用範囲（民法第418条）については、債務不履行の発生について過失がある場合だけではなく、損害の発生や拡大について債権者に過失がある場合にも適用されるという判例・学説の解釈を踏まえ、これを条文上明確にする方向で、更に検討することは賛成であるが、その際に、次の点が検討されなければならないとする意見もあった。

第1に、債権者が債務不履行の発生や損害の発生・拡大を防ぐために合理的な措置を講じたか否かという規範を定立するなど、債権者の損害軽減義務の発想を導入するという考え方（損害軽減義務）の適否である。現行民法第418条のもとでは、債権者の過失が問題となる場面として、①債務不履行の発生について債権者に過失がある場合、②損害の発生に債権者の過失がある場合、および、③損害の拡大に債権者の過失がある場合があるとされ、それぞれの場合に民法第418条が適用されると解釈されてきたが、同条の文言では、①については明確であるものの、②および③については、必ずしも明確ではない。そのため、②③の場合を具体化して、損害軽減義務の観点から、「債権者が合理的な措置を講じていればその発生または拡大を防ぐことができたとき」とすることは、これまで曖昧であった条文上の文言を明確化する点でそれなりの意味を有するが、そもそも債権者に損害軽減義務を課すことの当否が問われなければならない。債権者の義務性を強調することにより、債権者が損害軽減のみの観点から担保の早期処分を迫られたり、不完全履行の受領を事実上強制されたりするなど、債権者に過度の負担を課すことにもなりかねない。過失相殺には債権者・債務者双方の利益を調整する機能があるが、債権者側の作為義務的要素のみを規定することでその機能が損なわれないか、過失相殺の法理の濫用ないし悪用のおそれはないかなど、文言の表現も含めて、慎重な検討を要する。

第2に、過失相殺の問題は、不法行為における過失相殺（民法第722条第2項）との議論も関連しており、損害賠償責任の減輕事由として具体的にどのような事情を考慮できるものとすべきかという観点に留意しつつ、債務不履行による損害賠償責任の帰責根拠および効果を検討する必要がある。とりわけ、債務者の故意・重過失による債務不履行の場合に、過失相殺を制限する法理の要否は重要な問題と思われる。

4(2) 本研究会においては、この点につき、過失相殺につき、債務不履行の場合と不法行為の場合につき、統一が図られるべきという意見があったほかは、特段の意見はみられなかった。

過失相殺の効果は、現行民法第418条では必要的減免とされているが、これを任意的減輕に改めるべきかについては、過失相殺に損害軽減義務の発想を導入する要件論との関係のみならず、不法行為における過失相殺（民法第722条第2項）との議論も関連しており、これらを併せて検討することが望まれる。

5 本研究会においては、この点につき、特段の異論はみられなかった。

6(1) 本研究会においては、金銭債務の不履行についても、ドイツ民法のように債務不履行の一般原則によって要件を考えるべきであり、責めに帰すべき事由を要求し、不可抗力については免責されるという形で規定すべきとの見解が多数を占めたが、利息が生じるのは不当利得の考えによるのであるから、責めに帰すべき事由は必要ではないとの見解も強く主張された。

6(2) 債務不履行者が不当な利益を保持することを防止するためにも、利息超過損害についても債務不履行の一般原則により処理するとの考えからこれを認めるべきである。損害が過大なものになる恐れがあるのとの考えに対しては損害賠償の範囲の解釈論で適切に処理できる。ここにいる利息と損害賠償の関係はどういう関係にあるのかなど更なる検討が必要である（遅延利息は損害賠償の問題ではないのではないか）との見解もあった。遅延利息を現在の基準利率に数パーセント上乘せする形で遅延利息を規定することにより、この問題はほとんど解決されるが、そのみ

では処理できない問題が残るので、利息超過損害の賠償についても規定すべきである。

7 不当条項規制との関係や担保責任を負わない旨の特約（民法第572条）との関係に留意しつつ、引き続き検討されたい。なお、当該特約が、不法行為においても適用されるかについても、議論されたい（国際海上物品運送法第20条の2、最判平成10年4月30日判時1646号162頁、大阪高判平成13年4月11日判時1753号142頁等参照）。

第4 賠償額の予定（民法第420条、第421条）

本研究会においては、予定された損害賠償額が過大なものであるときは裁判所が減額することができるとの規定を設けるべきとの見解が多数を占めたが、減額にあたってはどの程度過大なものとなっていたかという額の問題だけでなく当事者の属性や賠償額の予定がなされた経緯などを考慮することになるので、民法第90条などの一般条項によって適切に処理できるのであって規定を設ける必要はないとの見解もあった。規定を設ける際には一部無効、契約改定等の関係等についても配慮すべきである。

第5 契約の解除

1 (1) 債務不履行に関するいわゆる三分類説（前記第3の1(5)）を維持すべきであり、それに従った解除制度を維持すべきである。解除するには責めに帰すべき事由を必要とすべきである。「契約の重要な不履行」という要件によったとしても従来の具体的な内容と異なることはないし、契約の重要な不履行という要件があまりにも大きな意味をもつことになりそれにあたるか否かが問題となり、それを回避するために催告解除も維持するとすると従来のままでよいのではないかとの見解が多数を占めたが、契約解除を契約からの解放制度として捉えることに賛成する見解もあった。

1 (2) 追完可能か否かにより区別して考えてきた従来の考えを維持する方向で検討すべきである。

1 (3) 催告しても意味がない場合に直ちに解除できるかを「契約の重大な不履行」に当たるか否かの解釈によるのではなく、従来の解釈論で十分解決できる。さらに、「契約の重要な不履行」という要件を設けるのであれば、翻意の可能性や「契約の重大な不履行」に当たるか否かがはっきりしない場合に備えて催告解除も残しておくべきである。

1 (4) 「債務を履行しない場合」という包括的な要件の設定は、債務不履行に関するいわゆる三分類説（前記第3の1(5)）の区別を考えないものであり、このように統一しても要件に関し実質的には従来の三分類説のそれを考えることになる。催告解除を残すのであれば包括的な規定にしても大きな問題は生じないが、遅滞・不完全履行の場合の債務者の追完利益の保障をどう考えるか問題が残る。「契約の重大な不履行」という要件の機能が大きくなりすぎるので、要件の明確化を図るという意味で従来の三分類説を維持すべきである。

2 本研究会においては、債務者の追完利益の保障を考えて帰責事由を必要とすべきであるとの見解が多数を占めた。もし帰責事由を必要としないとしたとしても、危険負担との関係において、解除に一元化するのではなく危険負担制度も維持すべきである。解除後の清算関係における危険負担の問題が残るからである。

3 (1) 履行請求できなくなるが、直接効果説、間接効果説、折衷説のどれによるのかを明確にしておくことが望ましい。解除後は、紛争処理に関す

る契約上の定め、その他解除に適用されるべき契約上の定めについて影響を及ぼさない旨の規定を設けなくても解釈論によって十分対応できるが、規定を置くことに異論はない。

3 (2) 判例は利息・果実・使用利益の返還について認めているので、これについて規定することに問題はないが、本研究会においては、不当利得との関係について検討する必要があるとの意見が主張された。①将来に向かってのみ効力を生じる場合の原状回復については、解釈論でも対応できるが、規定を設ける必要がある。②原状回復の目的物の価値が時間の経過により減少する場合に関しては一般原則によつて処理すべきである。③解除原因となった不履行の態様、債務者の主観的要素、不履行が生じた経緯や、④不履行の現任に対する両当事者の寄与に応じて現状回復の負担を調整することは、要件で帰責事由との関係や損害賠償で調整できないかなお検討を要する。

3 (3) 取消・無効をも含めて巻戻しの清算に関する処理規定を明確にする必要がある。危険負担制度をなくすとした場合特にそうなる。帰責事由がない場合、危険負担によるのか、債務独立説によるのかなどさらに検討を要する。

4 解除権者が解除権の存在を知らずに契約目的物を加工または改造した場合、解除権は消滅しないとすべきである（契約に照らし解除権者の負う義務違反によらない場合には解除権はなくなる）。5

一つの契約の不履行に基づいて複数契約全体の解除を認める規定は、要件設定が困難であり認めるべきではない。この問題は、無効・取消についてでもいいるので、もし規定するとした場合、それらとの関係も含めて検討すべきである。

6 労働契約における解除については、民法ではなく労働法において規定を設けるべきである。

第6 危険負担（民法第534条から第536条まで）

1 危険負担は、不可抗力で債務が消滅した場合に反対債務を消滅させるものであり、解除は、片方が重大な契約違反をした場合に契約を維持できないとして反対債務を消滅させるものであるから、両制度は趣旨が異なり、適用範囲もそれぞれ異なることから、併存させてよい。

2 民法第536条第2項については、同規定の規律する内容を存置することに賛成する。民法第535条については、滅失と損傷との場合で正反対の処理をする合理的理由を見出し難いので、規律を見直すべきだと考える。

3 危険負担制度を維持することを前提とし、A案（債権者主義の適用範囲を目的物の支配可能性が移転した時からとする考え方…部会資料5―2の第4の2）が妥当と考える。目的物を何ら支配していないのに危険が移転するというのは一般常識的感觉に合致しないので、支配可能性の移転によつて危険が移転するというように適用範囲を制限すべきである。移転の時期は、引渡もしくは登記の移転を基準とするのが、一般市民の感覚に適合的でわかりやすい。

第7 受領遅滞（民法第413条）

1 弁済の提供の規定との整合性を図りつつ、受領遅滞の効果を規定することについては賛成する。

受領遅滞の効果について、反対債務の期限の利益の喪失を規定することについては消極である。受領拒絶の理由も様々であり、債務の本旨に

従って履行の提供か否かが争点になる場合も少なくないのであり、受領拒絶を直ちに制裁の対象として良いかは個別的な判断が必要であり、実務の運用に委ねる方が適切ではないか。

2 本研究会においては、前提となる受領義務の明文文化について、受領義務を負うのが原則にならないかとの疑問を呈する意見があった。

現在の判例法理を変更しない形で規定できる限りにおいて積極的な反対意見はなかったが、なお慎重に検討する必要がある。

第8 債務不履行に関連する新規規定

1 本研究会においては、債務者の追完を認めること自体に積極的な反対意見はなかったが、それを債務者の権利と構成することについては消極的な意見が多かった。

請負契約において、請負人が容易に瑕疵を修補しうるにも拘わらず注文者がこれを拒絶しているような場合についての救済規定の必要性は否定できないが、債務不履行による救済を受けるべきは債権者であることに鑑み、追完について、一般的な債務者の権利として構成することについては、なお慎重であるべきである。

2 なお、検討を要する。A案（部会資料5―2第6の2）のような類型化は問題があるが、B案に従った明文文化も困難であろうと思われる。現状のままでどのような不都合があるのか、新たに規定を設ける必要があるのかという点も含めて、今後も検討を要する。

3 本研究会においては、代償請求権の規定を設けること自体に、積極的な反対意見はなかった。ただ特定物売買に関する危険負担の債権者主義を撤廃した上で、なお、代償請求権の規定を必要とする場面がどの程度あるのかについては、なお検討を要する。

第9 債権者代位権

1 本来型の債権者代位権と転用型の債権者代位権を区別し、それぞれについて法律関係を明確にすることに賛成である。

2 (1) 本研究会においては、民事執行・民事保全法上の制度が、債権者代位権のすべての機能を代替できるわけではないため、本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を認めないことを前提に、本来型の債権者代位権を存続させるべきであるとの意見がある一方、本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を従来どおり認めた上で、本来型の債権者代位権を存続させるべきであるとの意見があった。

2 (2) 本研究会においては、本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）については、これを否定すべきとする意見と否定する必要はないとの意見に分かれた。

債権回収機能を否定すべきとする意見は、民事執行制度とは別に、代位債権者（一般債権者）に債務名義なくして事実上の優先弁済を認める合理性はなく、債務者の換価対象財産が債権である場合にのみ、民事執行制度とは別に特別な債権実現ルートを置くのであれば、その合理性について明確な根拠が必要であるとしている。

これに対し、債権回収機能を否定することに慎重な意見は、仮差押え等の手段を利用するためには担保が要求されなど費用の負担を強いられ、

また債権回収機能を認めることによって具体的な弊害は生じていないのであるから、債権回収機能を否定する必要はないとしている。

- 3 (1) 本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定すべきとする立場に立った場合、債権回収機能を否定または制限する方法として、代位債権者への金銭の交付を認めず、第三債務者に金銭を供託させる方法、あるいは代位債権者への金銭の交付を認めるが、相殺を禁止する方法等が考えられるが、相殺を禁止する方向で検討するのが望ましい。

被代位権利が金銭以外の物の引渡しを求めるものである場合には、債務者による受領が期待できないときに限り、代位債権者への直接給付を認めるべきとの指摘がなされており、この点についても更に検討すべきである。

- 3 (2) 本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定する場合には、被保全債権の債権額によって代位権行使の範囲を制限すべき理由はないものと思われる。しかし、代位債権者に被保全債権の債権額の範囲にとどまらずに被代位権利の行使を認めたとしても、自己の債権の保全に必要な範囲を超えてすべての債権者の利益のために被代位権利を行使するというような使われ方は想定し難いと思われる。

- 3 (3) 代位債権者が債務者の財産関係に介入することが許される根拠として、一般的に債務者の無資力が挙げられている。しかし、本来型の債権者代位権の存在意義を債務者の責任財産の保全に求め、本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定する場合には、代位債権者による債務者の財産関係への介入の度合いはそれ程大きいとはいえず、無資力要件を条文中明記する必要はないものと思われる。むしろ、民事保全法第20条第1項の保全の必要性の要件と同じでよいのかについて、更に検討すべきである。

債務者名義でない債務者所有の不動産を差し押さえようとする債権者が、その前提として債務者の登記申請権を代位行使する場合には、債権者代位権における無資力要件の問題として議論するよりも、民事執行規則第23条第1号の類推適用を認める最判平成22年6月29日民集64巻4号1235頁、民事執行法第23条第3項の類推適用を主張する学説上の有力説等を参考に、執行法上の問題として強制執行を可能とする手法について議論するのが望ましい。

- 4 (1) 転用型の債権者代位権については、一般的な根拠規定を設ける方向で検討するのが望ましい。

- 4 (2) 判例（最判昭和38年4月23日民集17巻3号356頁）が示す要件を参考にしつつ、被保全債権の実現に債務者による被代位権利の行使が欠くことができないものであるといった不可欠性や、他に適切な手段がないといった必要性・補充性等を要件として要求すべきか否かについても更に検討するのが望ましい。

- 4 (3) 転用型の債権者代位権は、非金銭債権（特定債権）の内容を実現するための手段として用いられるのであるから、被代位権利の目的物を代位債権者に直接給付することを認めてよく、代位債権者への直接給付を認めることを原則とし、直接給付を認めない場合について更に検討するのが望ましい。

- 5 (1) 被保全債権及び被代位権利に関する要件について、本提案のような方向で検討することにつき特に異論はない。

- 5 (2) 債務者が知らない間に債権者が代位権を行使し、債務者の財産管理権への介入がなされることは妥当ではなく、裁判外における債権者代位権

の濫用的行使に対する防止策として、債権者が代位権を行使するには債務者への通知を要求する方向で検討するのが望ましい。ただし、債務者が所在不明であるなど、債務者への通知が困難である場合につき、通知義務の例外を設けるか否かについても検討する必要がある。

債務者への通知を代位権行使の要件とする場合には、通知義務に違反した場合の効果として、代位権行使の効果を否定することなどが考えられるが、この点については更に検討する必要がある。

5 (3) 債務者が債権者から代位権行使の通知を受けるか、または債権者の代位権行使を了知したときは、債務者独自の権利行使・処分はできないものとされているが（大判昭和14年5月6日民集18巻557頁）、債務者が債権者の代位権行使を知ったとしても、訴訟外での行使の場合には、債務者にそれを争う不服申立ての方法が用意されていない。したがって、通知や了知によって債務者の権利行使を遮断すべきではないと思われる。通知等による債務者の権利行使を制限するのであれば、同時に債務者に対する不服申立手段の確保についても検討すべきである。

5 (4) 判例（大判昭和15年3月15日民集19巻586頁）は、代位債権者が債権者代位権の行使に当たって、善良な管理者の注意義務を負うものとしている。その法律構成については、債務者と代位債権者との関係を一種の法定委任関係であるとする見解が多数であるが、債務者と代位債権者の関係を事務管理としてとらえる見解もある。これらの見解をふまえて、代位債権者が善管注意義務を負うことを明らかにする方向で更に検討すべきである。

なお、本研究会においては、代位債権者は善管注意義務の他に、忠実義務も負うべきであるとの意見もあった。

5 (5) 代位債権者の費用償還請求権は、前記第9の5(4)の代位債権者の善管注意義務の法律構成に関わることから、前記第9の5(4)の代位債権者の善管注意義務と合わせて検討するのが望ましい。

なお、費用償還請求権についての一般先取特権の付与については、代位債権者が債権者代位権行使のために支出した費用が公益性を有するか否かに左右され、本来型の債権者代位権の存在意義についての考え方にも関わるから、その点について更に検討する必要があると思われる。

6 (1) あえて規定を設けるか否かは別として、第三債務者が代位債権者自身に対して有する固有の抗弁を主張することの可否については、これを許容する見解もあることから、この点について更に検討するのが望ましい。

6 (2) 供託原因を拡張することは、第三債務者の負担軽減につながるが、債権者代位権行使の要件を満たすかどうかを問わず、代位債権者からの請求を受けることのみで供託を認めることは、債務者に不当な不利益を負わせることになりかねないとの指摘があり、また裁判外で債権者代位権が行使された場合に第三債務者の債務者に対する弁済が禁止されないと立場に立てば（後記第9の7(3)参照）、第三債務者は債務者に弁済すればよいのであるから、そのような供託を認めることの必要性については、後記第9の7(3)の債務者による処分の制限の問題と合わせて検討する必要がある。

6 (3) 債権者代位訴訟が提起された場合、他の債権者が同一の被代位権利について別訴を提起することは二重起訴の禁止（民事訴訟法第142条）に抵触して許されないと解されているので、他の債権者がとり得る手段は訴訟参加である。訴訟参加の形態として、他の債権者は共同訴訟参加（民事

訴訟法第52条)をすることができると解されている。また、共同訴訟参加の他に、独立当事者参加(民事訴訟法第47条)を認めた裁判例(東京高判昭和52年4月18日判タ357号243頁)もあり、この裁判例を参考にして、複数の代位債権者に対して金銭その他の者を交付することを命ずる判決が確定した場合に、第三債務者がそのうちの一人に対して履行をすれば債務を免れるものとすべきか否かについて検討することが提案されている。

しかし、本来型の債権者代位権における債権回収機能(事実上の優先弁済)を否定する場合(前記第9の3(2)参照)には、もはや他の債権者による独立当事者参加を認める余地はないとも考えられることから、本提案については本来型の債権者代位権における債権回収機能の可否の問題(前記第9の3(2))と合わせて検討すべきであると思われる。

7(1) 法定訴訟担当とされる会社法上の責任追及等の訴え(株主代表訴訟・会社法第847条以下)等を参考に、債権者代位訴訟についても特別な手続規定を設けることに賛成である。

なお、特別な手続規定については、本研究会においては、これを民法に設けるべきであるとの意見と民事訴訟法に設けるべきであるとの意見に分かれた。

7(2) 判例・通説によれば、債権者代位訴訟は法定訴訟担当であり、代位債権者の得た判決の効力は民事訴訟法第115条第1項第2号により債務者に対し有利にも不利にも及ぶとされている。ただし、債務者が被保全債権の不存在を立証して代位債権者の当事者適格を否定すれば、判決効の拘束から免れることができるとされている。これに対して、代位債権者が受けた敗訴判決の効力は債務者には及ばないとする見解、代位債権者が受けた判決の効力は有利不利を問わず債務者には及ばないとする見解、訴訟告知により債務者が債権者代位訴訟に関与する機会が与えられたことを判決効拡張の要件とする見解等が主張されている。

債権者代位訴訟に関与する機会が保障されていない場合に、債務者にその判決の効力を及ぼすことは手続保障の観点から問題であることが指摘されており、債務者への判決効の拡張については、代位債権者から債務者への訴訟告知を要求する方向で検討すべきである。

7(3) 判例(大判昭和14年5月16日民集18巻557頁)によれば、債務者が代位債権者の権利行使について通知を受けるか、または代位債権者の権利行使を了知したときは、債務者独自の訴えの提起は認められず、また権利の処分もできないとされている。少なくとも、債権者代位訴訟が提起された後は、代位債権者から債務者への訴訟告知を要件としつつ、債務者による権利の処分は制限されるものとしてよいと思われる。

なお、第三債務者の債務者に対する弁済をも禁止すべきか否かについては、第三債務者の地位を不安定にするとの観点から、これを禁止すべきではないとの考え方があり、仮に第三債務者による弁済を禁止する場合には、民事執行法第156条第1項を参考にして、第三債務者に供託する権利を付与することについても検討するのが望ましい。

7(4) 判例(最判昭和45年6月2日民集24巻6号447頁)は、債権者代位訴訟の係属中に被代位債権が差し押さえられて取立訴訟が提起されたケースについて、差押えがあっても代位債権者の訴訟追行権が失われるものではなく、裁判所は両訴訟を併合審理し、これらをともに認容することができるとしている。債権者代位権と執行保全制度との併存を認める限り、やむを得ない結果であると思われるが、債権者代位訴訟を強制執行までの

中間的段階に位置づける考え方の下では、差押えがされ強制執行が行われる場合には、むしろそれを優先するのが自然であり、代位債権者も強制執行においてその権利を行使すべきであると思われる。

債権者代位訴訟の提起後に被代位債権が差し押えられた場合に、差押えを優先するとの立場に立てば、債権者代位訴訟を中止とするか、あるいは中断させるかについての検討を要するが、強制執行の推移を見守るという趣旨からは中止とするのが適切であると思われる。

7(5) 債務者、他の債権者が債権者代位訴訟に訴訟参加できることについては争いがなく、この点につき条文上も明らかにする方向で検討するのが望ましい。

債権者代位訴訟における債務者の当事者適格は否定的に解されていることから、その参加の形態は補助参加である。また、債務者には債権者代位訴訟の判決効が及ぶこと（民事訴訟法第115条第1項第2号）から、その補助参加は共同訴訟的補助参加となる。

なお、債権者代位訴訟における債務者の当事者適格は否定的に解されているものの、債務者が代位債権者の当事者適格を争う手段として、独立当事者参加（民事訴訟法第47条）が認められている。

他の債権者が後から債権者代位権を行使したいと考える場合に取得する手段は訴訟参加であり、その参加の形態は共同訴訟参加（民事訴訟法第52条）である。また、共同訴訟参加の他に、独立当事者参加を認めた裁判例（東京高判昭和52年4月18日判タ357号243頁）もあるが、本来型の債権者代位権における債権回収機能（事実上の優先弁済）を否定する場合（前記第9の3(2)参照）には、他の債権者による独立当事者参加を認める余地はないとも考えられることから（前記第9の6(3)参照）、この点については更に検討を要するものと思われる。

8 裁判上の代位の制度（民法第423条第2項本文）を廃止することについて、特に異論はない。

第10 詐害行為取消権

1(1) 詐害行為取消権の法的性質について、責任説を根拠にもし得ると考える。ただ、責任説を根拠とする際には、責任訴訟の観点を民事訴訟法においてどのように解決すべきかとの問題が残ってしまう。民事訴訟法にて何らかの手当てをすることも考えられるが、やはり難しいのではないかと。また、私的整理の場面においては、詐害行為取消権が実質的には倒産法における否認権の役割を果たすことになることから、責任説の採用には慎重になる必要がある。したがって、折衷説を一応の前提として以下議論をするが、両説ともに法的性質の根拠となり得ると考える。

1(2) 否認訴訟で破産者を被告とする必要がないのは、破産手続開始決定に伴い債務者（破産者）財産の管理処分権が債務者から破産管財人に移ることから、破産者は否認訴訟の当事者適格を失うため、被告となり得ないためである。したがって、このことは詐害行為取消訴訟においても債務者を被告にする必要がないことの理由にはならないと思われる。詐害行為取消訴訟において、被保全債権の存在や債務者の主観的要件の充足が受益者や転得者とは無関係な債務者に関する事柄である以上、債務者をも被告とする方が、被告側の防御にとっても良いのではないかと。

1(3) 上記前記第10の1(2)のように、債務者も詐害行為取消訴訟の被告とする見解をとれば、責任財産の保全という詐害行為取消制度の趣旨からも、詐害行為取消訴訟が競合した場合には、判決を合一に確定させる必要があるのではないかと。その際、複数の債権者がそれぞれ自己に対して逸出財

産の引渡しを求めた場合にどうするのかなど判決の合一性確保のための問題が生じるため、更なる検討が必要であろう。

2 (1) ア 詐害行為取消権は現条文上、「債権者を害する行為を知つてした行為」に対して行使できるとする。対象行為について否認制度と同様に類型ごとに規定を設けるにせよ、現条文のままにせよ、いずれも取消対象行為があった時点における債権者を害することを知つてした行為が対象なのであるから、やはり、被保全債権は詐害行為よりも前に発生していることが必要なのではないか。

詐害行為後に取得した債権であつても、その発生原因が詐害行為前であれば被保全債権となるのではないかと考える（破産債権の定義（破産法第2条第5項）参照）。

2 (1) イ 基本方針によれば、無資力要件について「その債務につきその財産を持つて完済することができない状態にある（当該行為によりこの状態となる場合を含む）」、すなわち債務超過状態にあることを提案している。現行民法第424条は「債権者を害する…行為」とだけ、破産法第160条第1項第1号は「破産債権者を害する…行為」とだけ規定しており、「害する」の内容は解釈に委ねられていたため、債務超過状態にあることを明示することには意義がある。ただし、債務超過という要件に関しては若干の疑問もある。まず、債務超過かどうかを判断する際の財産の価額の評価基準であり、これは解釈論に委ねられている部分である。清算価値で考えるのか、継続企業価値で考えるのか、どちらか大きい方で考えるのか。この解釈については、更なる検討を要するだろう。さらに、債務超過を考える際の負債についてである。法人の破産手続開始原因である債務超過（破産法第16条）は、負債には履行期未到来のものも含むのが一般的な解釈である。提案されている債務超過についても同じ解釈をしてよいのが問題であろう。というのも、現在は資産と負債を比べれば、確かに負債の方が大きい、負債の履行期はずっと先であるというような場合に、負債の弁済期が来るまでには財産状態が回復するかもしれないのに、その時点での詐害行為を取り消す必要があるのか問題となるからである。このように「債務超過」の定義には様々の解釈が存在し得るところ、その解釈を限定してしまうような形で明示してしまうことには慎重になるべきであり、無資力要件の明文化には今度更なる検討が必要であると思われる。

2 (2) ア 倒産法における否認権との関係において、逆転現象が起こつてしまっているのは回避しなければならないと考える。同じ行為を対象とするときに、詐害行為取消しと否認ではどちらが取り消しやすくなるべきかと言えば、倒産手続が始まっている否認権の方が取り消しやすくなつてよいはずであろう。詐害行為取消しでは取り消せるが、否認はできない状況は避けるべきである。この問題は具体的には、詐害行為取消訴訟が債務者の破産によつて中断し、破産管財人が受継する破産法第45条第1項第2項の局面として現れ、詐害行為取消訴訟なら本案で勝てるが、否認訴訟として受継すると敗訴してしまうのはやはり望ましくない。したがつて、現行倒産法の否認権に関する要件・効果等を踏まえて更なる検討をすべきである。

2 (2) イ ア 基本的には、詐害行為取消権の要件を類型化するのであれば、個々の要件は倒産法上の否認権に整合させる必要があると考える。

2 (2) イ イ 基本的には、詐害行為取消権の要件を類型化するのであれば、個々の要件は倒産法上の否認権に整合させる必要があると考える。

2 (2) イ ウ 破産法第160条第3項は、支払停止があつた後、またその前6か月以内にした無償行為等を否認の対象としていて、債務超過が詐害

行為取消しの要件とされた場合、これが無償行為の取消しにも当てはまるので、債務超過に陥った後かつ支払停止より6月を越えて前にされた無償行為については、詐害行為取消しでは取り消せるが、無償否認の対象とはならない。やはり詐害行為取消しの要件に関しても、何らかの時期的な制限が必要であると考ええる。

2 (2)ウ 判例は原則として債務消滅行為は詐害行為取消しの対象にならないとするものの、例外的に取消可能性を認めていた。しかし、この例外的な取消可能性も、支払不能前の特定の債権者への債務消滅行為が否認権の対象から除外されたため、ここにも逆転現象が生じてしまっている。にもかかわらず、基本方針では、どの案も詐害行為取消しの対象から本旨弁済を一切除外している。おそらく、債権者平等の確保のために債務消滅行為の効力を覆したければ、倒産手続を開始して否認権を行使すべきであるとの趣旨からであろうと思われる。この趣旨自体は理解できるが、倒産手続でも、特別清算と個人再生は否認権の制度を有しておらず、債務者自身がこれらの手続を開始してしまうと、もはや債権者は破産を申し立てられなくなるので、否認による債権者平等の確保ができなくなる。たとえ債務消滅行為を詐害行為取消の対象としたとしても、倒産手続類似の制度を構築する必然性はないと思われるため、ある程度はやはり否認制度と整合性を図る必要があると考ええる。

2 (2)ウイ 上記債務消滅行為に関する意見と同旨である。

2 (2)エ 対抗要件具備行為は詐害行為取消しの対象とはならないと考えられている一方で、倒産法には古くから対抗要件否認の規定が存在するため、このずれをどのように考えるかが問題である。ただ、対抗要件否認の位置付けについては、倒産法的にもまだ議論がなされているため、民法に対する明確な示唆が出来ない状況にあると思われる。時期的要件を中心に、今後更なる検討が必要であろう。

2 (3) 他の検討事項と同様に、やはり逆転現象が生じている以上、この点においても倒産法との整合性を図る必要がある。要件については、破産法と同様に規定することが良いとは思いますが、破産法のように前者の主観的要件についての悪意も要件に含めてしまうと、転得者に対する詐害行為取消権が適用される場面が制限されてしまうおそれもあるため、要件については更なる検討を要すると思われる。

2 (4) 破産管財人が否認の対象行為とならない詐害行為取消訴訟をそのまま続行できるとすることには若干の疑問がある。ただ、もはや個別の取消債権者は破産手続が開始されると破産債権者となり、個別的権利行使ができなくなることから、破産管財人も取消債権者も続行できない財産関係の訴訟が存在してしまうのもおかしい。やはり否認制度との整合性を図る必要がある。

3 (1) 基本方針によれば、取消債権者詐害行為取消訴訟の判決確定時から一定期間経過した後に、受領した金銭の債務者への返還債務と被保全債権とを相殺することを認める提案がある。確かに、一定期間を設けることで事実上の優先弁済を制限していることにはなるが、このような制限を設けることによって、費用等を自己負担しながらも詐害行為取消訴訟に挑もうとする取消債権者のインセンティブを減少させてしまうことにはならないか。事実上の優先弁済を制限するあまり、逆に詐害行為取消制度そのものを没却させないよう慎重に検討すべきだと考える。

3 (2) この点についても上記と同様に、事実上の優先弁済機能を制限するあまりに、詐害行為取消訴訟を行おうとする取消債権者に対するインセンティブが減少し、詐害行為取消制度そのものが利用されなくなってしまう恐れが生じるのではないか。

3 (3) 確かに、現条文の文言では逸出財産の回復方法について明らかにしておらず、解釈や判例法理に拠らざるを得ない。ただ、回復する財産が不動産、金銭その他の動産、債権と多岐にわたることを考慮すると、それぞれについて詳細に回復方法を明示することは難しいのではない。取消しの効果として、債務者をも詐害行為取消訴訟の被告となし得るのであれば、少なくとも責任財産は債務者の下に回復することとなるため、具体的な財産の回復方法については、解釈に委ねる部分があってもよいのではないかと思われる。

3 (4) 否認訴訟は、破産手続では破産管財人が、再生手続では監督委員が、更生手続では更生管財人がそれぞれ否認権を行使する。これらの機関は総債権者の主に配当原資増殖のために否認権を行使するため、回復した財産は最終的には総債権者の弁済原資となる。したがって、その費用は共益性が高いことから優先的に弁済されてしかるべきである。詐害行為取消権の費用についても、事実上の優先弁済を完全に否定するのであれば共益性ある債権として先取特権としても良いと思われるが、債権回収機能を肯定あるいは制限するにとどまる場合には、先取特権として規定を設けることまでは不要ではないか。

3 (5) ア 破産法第169条も受益者の債権の復活を規定していることから、詐害行為取消権においても判例の見解が一般的に支持されていることをふまえて、受益者の債権の復活を明文化してはどうか。

3 (5) イ 詐害行為取消権と受益者との関係においては、責任財産の保全という観点のみならず、受益者の取引の安全についても考慮すべきである。現在の判例法理によれば、受益者が債務者の詐害行為について善意であつても、結果的には無資力の債務者に支払った対価について劣後的取扱いを強いられることになってしまう。取引の安全を保護するためにも、破産法第168条のように、債務者の隠匿の意思等についての受益者が悪意であつた場合を除いて、受益者の反対給付を優先的に取り扱うよう明文化すべきではないか。

3 (5) ウ この点についても上記と同様に、取引の安全を保護する趣旨から、善意の転得者の反対給付については保護すべきであると考え。ただ、転得者が前者に対してした出捐が、受益者が債務者にした出捐よりも大きい場合には、転得者の反対給付の価額そのものを債務者に請求することは妥当ではないため、その場合の調整については更なる検討が必要と考える。

4 行使期間については、消滅時効制度についての見直しの方向性を踏まえながら、更なる検討が必要だと考える。破産法改正の際にも、否認権の行使期間20年が長すぎるとの指摘がありながら、詐害行為取消権の行使期間との関係で短期化できなかった経緯もあることから、行使期間は短期化する方向で検討すべきであろう。

第11 多数当事者の債権及び債務（保証債務を除く。）

1 (1) 賛成である。現行民法第427条は、単に平等である旨を規定するが、内部関係を自由に定め得ることが前提となっており、また、債権者がその点に悪意であるときは、対外的にも分割額は異なってくる。そのため、分割債務について、この点を明文化することは意義がある。

1 (2) ア 連帯債務は、性質上、可分でありながら、債務者が連帯して債務を負うことについて特殊な原因が必要であると考えられるから、その発生原因を法定することは賛成である。実務では親子や夫婦で住宅ローンを組むような場面でなければ連帯債務を見ることはないとの指摘もあるが、

連帯債務が法律の規定のみならず意思表示によっても成立することが明文化されることは、分かりやすい民法を実現するために必要なことである。

検討事項において参照される委員会提案（『債権法改正の基本方針』）では、連帯債務における混同の絶対効は維持されたものの（[3.1.6.13]）、相対的効力の原則を強化し（[3.1.6.08]）、履行請求 [3.1.6.09]、債権時効 [3.1.6.10]、免除 [3.1.6.11]、更改 [3.1.6.12] について相対的効力としたうえで、連帯債務者間に「協働関係」（連帯債務者のうちのある者に対して請求すれば他の連帯債務者にも伝達されるような関係）がある場合にのみ履行請求や債権時効に絶対的効力が付与されるという考え方をとっている。これは、絶対的効力事由を定める連帯債務の規定には必ずしも合理性がないものが多く、債権の担保力を弱めるとの批判に応えたものである。とりわけ、履行の請求については、債権者の利益と連帯債務者の利益とを調整する観点から、絶対的効力が認められる場面を限定することが模索されている。この方向で、さらに検討すべきものと思われる。

1(2)アイ 民法における契約に基づく連帯債務の成立と商法第511条第1項による連帯債務の成立の間には、相違点がいくつか存在する。この相違が埋まらない限り、今なお連帯債務の成立における民法と商法の違いは維持することが妥当であるように思われる。どこまで連帯債務の成立を認めることが妥当であるかは、実務を踏まえて判断する必要がある。

1(2)イ 基本的に賛成である。連帯債務者の一人について生じた事由の効力等に関する議論の在り方に対しては、法律行為ごとに債権者と連帯債務者との利害をどのように調整するかを考慮しながら議論すべきである。

1(2)イア 債権者の通常的意思に照らせば、履行の請求は絶対的効力事由とすべきであるが、債務者間に利益共同関係がある場合に限って絶対的効力を認めるという考え方もあり得る。

1(2)イイ 債務の免除の趣旨が、単にその連帯債務者に対しては請求しないという意思表示にすぎないのであれば、他の連帯債務者には何ら影響が及ぶことはなく（負担部分の限度での絶対的効力も生じない）、債権者は他の連帯債務者に対して全額の請求をすることができる。債務免除の相対効といっても、債権者の意思次第で絶対効を生じさせることも可能であるから、債権の効力強化という目標を志向する解決でよいのであれば、原則は相対的事由と定めることに反対する理由はない。ただ、相対効の立場からは、別途、求償の問題が生じるので、この点に配慮が必要となる。相対効の立場を貫くのであれば、連帯債務者間の求償関係にも影響が及ばないのであるから、弁済をした他の連帯債務者は債務の免除を受けた連帯債務者に対しても求償することができるが、債務の免除を受けた連帯債務者は求償に応じたとしても、債権者に対して求償をすることはできないとの考え方のように徹底する必要がある。

1(2)イウ 更改は、契約を延長するためにされることがあることや、一種の代物弁済と捉えることができるから、これを絶対的効力事由とすることにもそれなりの理由があるが、債務の免除を相対的効力事由とするのであれば、それとの均衡を保つ観点からも、更改についても相対的効力事由とすることも考えられる。

1(2)イエ 相対効の背景には、債権者としては、資力のある連帯債務者のみならず、資力のない連帯債務者にも時効中断の措置を講じておかなければ、後者の時効完成により、前者の債務も縮減するという思わぬ不利益を受けかねないことから、連帯債務の担保的機能を弱める方向に作用する

絶対的効力事由をできる限り少なくするとの配慮が働いている。ただ、履行請求に関する議論において、連帯債務者間に密接な共同関係（協働関係）があるような場合に限りて履行の請求に絶対的効力を認めるのであれば、時効の完成についても同様の観点から絶対的効力を認めることも考えられる。

1 (2)イオ 連帯債務者が別の連帯債務者の有する債権を用いて相殺の意思表示をすることは、連帯債務者の間では他人の権利を処分することを容認するのみならず、反対債権を有する連帯債務者が債権者に対して当該連帯債務を含めた複数の債務を負っている場合には、いずれの債務を消滅させるかの選択権を有している他の連帯債務者の権利を害することにもなり、その不当性はさらに一層顕著なものとなる。ただ、相殺に絶対効を認めた趣旨が、求償の循環を回避し、反対債権を有する連帯債務者を債権者の無資力の危険から保護するという点にあるとするならば、履行拒絶抗弁説を一蹴してよいものかどうか、なお精緻な議論が求められる。

1 (2)イカ 破産法第104条第1項は、破産債権となるのは本来の債権額全額ではなく、破産手続開始時の現存額と定めており、民法第441条を制限している。この点、両者は内容を異にするのみならず、民法441条は実際には適用されることのない条文となっていることから、連帯債務者の破産については破産法において手当てするのが妥当である。

1 (2)ウア 基本的に賛成である。

1 (2)ウイ 基本的に賛成である。

1 (2)ウウ 基本的に賛成である。

1 (2)ウエ 事前通知制度の制度趣旨を考えれば、一定の条件のもとで制限することを考えることはあっても、現行法を改める必要はない。

1 (2)ウオ 基本的に賛成である。

1 (2)ウカ 基本的に賛成である。連帯の免除は、実務でもまず見かけないものであり、言葉の意味も分かりにくい。

1 (2)ウキ 連帯保証との関係にも配慮する必要がある。

1 (3) 不可分債務と連帯債務との間に効力の差異が残る場合には、意思表示による不可分債務を認める実益がある。

2 (1) 現行民法第427条は、単に各債権者が平等の割合で権利を有する旨を規定するが、内部関係は自由に定められることは前提とされており、また、債務者が悪意であるときは、対外的にも分割額は異なってくる。その旨を明文化することには実益がある。また、実務上、特に相続人が複数である場合の相続の場面において、分割債権になるかどうかの基準を明確にすることも検討されるべきである。

2 (2) 基本的に賛成である。

2 (3) 賛成である。連帯債権は、いくつかの裁判例においてみられる。多くは、同一損害に対する複数人の損害賠償債権であるが、民法第613条第1項との関連で、貸貸人の転借人に対する貸料請求権と転貸人の転借人に対する貸料請求権との関係についても連帯債権となる。

3 物権との議論も必要である。組合や権能力なき社団の債権債務関係については、個別の対応で足りる。

第12 保証債務

- 1 (1) この場合の保証契約の成立要件として、債権者の受益の意思表示を要するかどうかなど、検討を必要とする。これは、第三者のためにする契約とも関連する問題である。また、保証を目的とする脱法的な併存的債務引受への対応ということであれば、併存的債務引受到に保証人保護の規定を準用する方法もあるので、保証引受契約の規定を新設するメリットを明確にする必要がある。
- 1 (2) 保証人に対する説明義務や情報提供義務に関する規定を設ける場合の留意点として、保証を業とする者に対する説明とそうでない者に対する説明との違いや、主債務者の資力に関する情報を保証人に提供することが守秘義務に反することにならないかを検討する必要がある。また、一定額を超える保証契約の締結には、保証人に対して説明した内容を公正証書に残すことも検討されるべきである。
- 1 (3) 主債務者が期限の利益を喪失する前に債権者から保証人に対する通知などがあれば、保証人が代位弁済して期限の利益を喪失させないことも可能となる。保証契約締結後の保証人保護のための方策を設けることも必要である。
- 1 (4) 実務上、事業者の保証人に対する担保保存義務を免除する条項や保証人が保証債務を履行した場合の主債務者に対する求償権の範囲を制限する条項の効力を制限することが考えられる。また、この問題は、消費者契約法における不当条項規制との関係に留意しつつ、検討する必要がある。
- 2 付従性については、成立・存続・消滅につき規定の整備が必要と思われる。
- 3 (1) ア 保証人保護のための制度をあえて廃止することはない。
- 3 (1) イ 適時執行義務は認めるが保証人の事前求償権を認めないとしたり、適時執行義務は認めないが、保証人の事前求償権は認めるとするなど、事前求償権の規律とセットで保証人保護のバランスを考えるべきである。仮に適時執行義務に関する規定を設ける場合には、これを連帯保証にも適用されるものとすべきである。
- 3 (2) 基本的に賛成である。
- 4 (1) 基本的に賛成である。
- 4 (2) 事前求償権は、主債務者が破綻した場合に保証人が倒産手続等に参加するために用いられている。民法第460条第1号についてみると、その趣旨は、主債務者に倒産手続が開始され、その後に免責等された場合には、事後求償では主債務者に求償権を行使する余地がなくなってしまう、保証人が不利益を受ける点にある。しかし、このことは委託を受けた保証人のみに当てはまることなく、連帯債務者等全部義務者一般に妥当するものである。特に、倒産手続では債権届出期間があるので、求償権が現実化してからでないと届出できないとすると、この期間を徒過してしまう可能性がある。そこで、破産法第104条第3項本文は、全部義務者が将来発生する可能性のある求償権を届出できることを規定し、事前求償権を一般化している。したがって、民法第460条第1号が削除されたとしても、主債務者に倒産手続が開始した場合に、保証人や連帯保証人等全部義務者が不利益を受けるようなことは想定し難いと考えられる。

ただ、実際には、破産法第104条第3項で事前求償権の行使が認められていても、同法第104条第3項但書に「債権者が破産手続開始の時ににおいて

有する債権について破産手続に参加したときは、この限りでない」とあり、権利の二重行使の防止のために、求償権者の破産手続への参加は制限されている。通常、債権者は破産手続に参加しているので、実質的に同法第104条第3項本文が働く場面はほとんどない。

4 (3) 連帯債務者と保証人とは利益状況が必ずしも同一ではないことから、仮に連帯債務者の事前通知義務を廃止する場合であっても、論理必然的に委託を受けた保証人の事前通知義務を廃止しなければならないわけではない。

4 (4) 求償の要件である「債務者の意思に反して」という主観的な要件ではなく、「債務者の合理的な利益に反して」というような客観的な要件にすべきである。

5 保証契約に際して分別の利益をどうするのかを明確に表示することを促すような規定を設けるべきである。

6 (1) 法人保証と個人保証を区別し、また、後者につき経営者保証と経営者以外の第三者保証に区分したうえで、具体的に検討する必要がある。

6 (2) 連帯保証人に対する履行の請求に絶対的効力を認めないと、行方不明になった主債務者が得をする事態が生ずることになりかねない。また、連帯保証人が主債務者から委託を受けていた場合や主債務者と連帯保証人との間に一定の関係がある場合には、絶対的効力を認めるべきである。

7 (1) 法人保証と個人保証を区別し、また、後者については経営者保証と経営者以外の第三者保証に区分したうえで、それぞれ具体的に検討する必要がある。

7 (2) 根保証では、契約当初に予測できないような事態が生じ得ることが構造的に内在されているのであるから、特別解約権を明文化する必要性は高いといえる。また、元本確定前の履行請求の可否については、確かに、元本の確定が生じていないという理由だけで、債権者が根保証人に対して保証債務の履行請求ができないというのは、あまり現実的ではない。しかし、一方、主債務につき債務不履行があったというだけで、債権者が保証債務の履行請求をなし得るとするのは、根保証の基本的特徴である「根」的部分を無視することにもなりかねない。問題の本質は、根保証を基礎づける要素のいずれをどの程度まで考慮しながら、この「根」的部分を維持するかどうかにかかっているように思われる。当事者間では、事前に合意によって確定事由を幅広く定めておくとか、債権者に元本確定請求権を認めておくことも自由にできるはずであり、事後に債権者が早期に保証債務を請求したいと思う場合には、保証人との間で元本確定の合意をすることも可能である。その意味では、根保証を根抵当とパラレルに捉える必要は必ずしもない。むしろ、否定説をとると、元本確定前の履行請求に応じて保証人が弁済しても、弁済につき正当な利益を欠くことから、法定代位（民法第500条）ができず、極度額も減らないという結果となり、保証人に酷な結果を招来するよう思われる。

元本確定前の随伴性については、肯定説をとった場合に生ずる法律関係の複雑化という弊害は無視できないように思われる。もし確定前の随伴性を認めるのであれば、事前に被保証債権の譲渡や代位弁済があった場合の処理について規定していない限り、無用の混乱を招くことが予想される。その意味では、否定説の方が望ましい。否定説をとったとしても、事後に、債権の譲渡任と保証人との間の合意により極度額を変更するとともに、保証人が債権の譲受人との間で新たに保証契約を締結すれば、確定前の随伴性を認めたと同様の効果を生じさせることは十分可能である。ただ、当事者間で常に細かなルールを設けることができるというわけでもないので、特約がない場合の取り扱いを法律で明確に規定しておくこと

は必要であろう。

8 (1) 消費者信用に関する保証と事業者信用に関する保証とを区別して議論をすべきであり、後者については、経営者保証と第三者保証とを区別して議論をすべきである。

8 (2) 損害担保契約など、保証に類似するが主債務への付従性がないとされるものについて、保証との違いを明らかにしたうえで、明文の規定を設ける必要性は高いといえる。

第13 債権譲渡

1 (1) 譲渡禁止特約の存在について譲受人が「悪意」である場合には、特約を譲受人に対抗することができるといって現行法の基本的な枠組みを維持することについては賛成する。譲渡禁止特約を対抗できるときのその効力に関し、絶対的効力案・相対的効力案のいずれとするかにつき、統一的意见を形成するには至らなかった。ただ、討議の過程で、債権譲渡の本質である譲渡が処分行為（準物権行為）であり、物権法との整合性を意識されたいとの意見が出されたので念のため付記する。

なお、①について、さらに検討することについて賛成する。法律要件分類説の立場から規定の整理を心がけられたい。②については、特別法で対処することが望ましいと考える。また③については、裁判例（最判平成18年12月21日集民222号643頁等）の状況から判断し、もうしばらく解釈に委ねるのが妥当と考える。

1 (2) ア 「更に検討」すること自体には賛成するが、この場合重過失を規定することについては反対する。現行民法上、重過失概念は、失火責任の場合に規定があるのみであり、外観法理に関する規定など取引の安全を図る領域においては、「重過失を悪意と同視する」という解釈操作を行なっている。右の違いを無視して、重過失概念をいきなり立法化することについては強い違和感を覚える。重過失概念に様々なものがあることを留意して、そもその問題の所在についても再検討をすることを希望する。

1 (2) イ この点について、特段の異論はない。

1 (2) ウ 「更に検討」すること自体には賛成する。倒産法制との調整につき意識しつつ、引き続き検討されたい。

1 (2) エ 本研究会においては、そもそも絶対的効力案・相対的効力案のいずれを取るかにつき、統一研見解に至らなかったので、相対的効力案を前提とする本論点への賛否は留保する。

1 (3) この点について、特段の異論はない。

2 (1) 本研究会においては、現行の対抗要件制度の問題点については異論の一致をみたが、改正にあたつての現実性を考えるとA案は採り得ず、C案を前提に、対抗要件制度が並存することの弊害よりも、二つの対抗要件制度を使い分け、両制度間の合理的な「線引き」をしていくしかないというところで、ほぼ意見の一致をみた。なおB案への支持者はいなかった。

2 (2) 債務者対抗要件（債務者に対する権利行使要件）を通知に限った上で、債務者に対する通知がない限り、債務者は譲渡人に対して弁済しなけ

ればならないとする明文の規定を設けるといふ原案に賛成する。本研究会においては、単なる觀念の通知にすぎない債務者の「承諾」に積極的意義を見いだす論者はいなかった。

2 (3) 民法第467条が定めている債権譲渡の對抗要件のうち、債務者との関係での對抗要件を権利行使要件と呼び、債務者以外の第三者との関係での對抗要件と文言上も區別して、同条の第1項と第2項との関係を明確にするという原案に賛成する。債権譲渡の對抗要件については、現行民法が、債務者對抗要件と第三者對抗要件を一つの条文で、同じ用語をもちいて規定しているところから混乱が生じているところも多々見受けられるので、改正により明確化することは望ましいと考える。

2 (4) ア 反対する。そもそも本論点について検討する以前に、確定日付ある通知が同時に到達した場合の処理をどうするかを検討されてしかるべきである。その点に関する検討をせず、各論を検討していくことにより、外堀を埋めていくアプローチは、基本法典の抜本的改正においてはなされるべきでないと考える。

2 (4) イ そもそも分配請求を可能とする旨の規定を設けるかどうかを議論する以前に、確定日付ある通知が同時に到達した場合の処理をどうするかにつき、十分な検討がなされるべきであるが、かかる抜本的検討の一環として、分配請求を立法で規定すること自体、一つの選択肢としてありうるものと理解する。

2 (4) ウ この点について、特段の異論はない。

3 「異議をとどめない承諾」の廃止に賛成する。そもそも単なる觀念の通知にすぎない債務者の承諾に、現行法の規律のように、過大な効果を付するべきではない。廃止後の法律構成については引き続き検討されたい。ただ、時効利益の放棄、遺留分の放棄など他の領域における規律との整合性に意識しつつ、安易な放棄を防ぐための方策を考えていただきたい。

4 (1) 本研究会としては、現段階において、明文規定を設けることには反対する。将来債権譲渡については、いましばらく判例法の生成に委ねておくことが望ましいのではないかと考える。

4 (2) 本研究会としては、将来債権譲渡については、いましばらく判例法の生成に委ねておくことが望ましいと考えており、この点についても解釈に委ねるべきと考える。なお、一般条項でかつ民法の根幹に関わる公序良俗規制につき、その適用を除外するような特則を将来債権譲渡につき置くべきではないと考える。

4 (3) 本研究会としては、将来債権譲渡については、いましばらく判例法の生成に委ねておくことが望ましいと考えており、この点についても解釈に委ねるべきと考える。ただ、倒産法制の調整の問題があるので、将来の倒産法制の改正の地ならしの意味で、さらに検討をすることは必要であろう。

第14 証券的債権に関する規定

1 有価証券と區別される意味での証券的債権に関する独自の規定を設ける必要があるとは思われず、民法第86条第3項の廃止を含め、原案に賛成

する。なお、「指名債権」という概念を維持する必要があるかどうかについても、検討してはどうか」とあるが、確立した講学上の概念である「指名債権」を安易に廃止するべきではあるまい。

2 有価証券に関する通則的な規定群を一本化した上でこれを民法に置くという原案は、商法典の中身をどこまで民法に移すかという政策判断の問題である。本研究会は、この点について特段の意見を有していない。

3 本研究会としては、有価証券の定義規定を設ける必要はないと考える。定義規定を設けない場合には、各規定の明確化が必要となり、その際、①～⑥までの各論点について、手形法・小切手法の規定を参考にしつつ、その明確化を図るべく十分な検討を臨みたい。なお、電子記録債権など近時の電子化の流れについても、留意した改正を望むものである。

4 手形法第40条第3項、民法第478条を参考にしつつ、引き続き検討されたい。

第15 債務引受

1 賛成である。その有効性、要件・効果が判例において確立しており、大綱的な規定おくことには意味があろう。ただし、併存的債務引受と免責的債務引受の性質や関係をどうとらえるかについて、今後更に検討が必要であると思われる。また一部の当事者の同意（承諾）を要しない債務引受を規定する特別法との整合性についても検討が必要であらう。

2 (1) 賛成である。②については、主債務者の意思に反する保証の有効性の問題とパラレルに考えることとなろう。

2 (2) 連帯債務における絶対的効力を限定的に見直す前提で、①②の方向の規定を新設することに賛成である。

2 (3) 賛成である。保証の実体をもつ併存的債務引受の概要を引受人が認識できるよう、書面要件等の保証人保護の規定が及ぶ仕組みを用意しておく必要がある。なお、その際、多数当事者の債権・債務関係との整合性、また、金銭債務以外の債務が引き受けられた場合について、考慮する必要がある。

3 (1) 賛成である。免責的債務引受を併存的債務引受プラス免除の意思表示ととらえる場合には、免除の規定と一体的に考える必要がある。

3 (2) 賛成である。

4 (1) 規定の要否にかかわらず、債権譲渡と平仄を合わせた扱いをすべきである。

4 (2) 更に検討を行うことには賛成であるが、履行引受について独立した規定を設けずとも、当事者の合意で対応可能であると思われるので、当事者の合意内容が明確でないがデフォルト・ルールも存在しない、ということから生じる不都合がどの程度のものかを明らかにする意味での検討で十分であると思われる。

4 (3) 更に検討を行うことには賛成である。たとえば債務引受と債権譲渡のバッチイングは、併存的債務引受方式による一括決済システムにおいて問題となることが指摘されているが、十分に議論されている状況にはない。引受債務の債務者が過度に不安定な地位に置かれないう、優先劣後関係を決する規定の要否について、更に検討することは必要である。

第16 契約上の地位の移転（譲渡）

1 賛成である。個別の債権債務の移転のみならず、契約上の地位を包括的に移転し、契約当事者の有する取消権や解除権等も移転させるという意義を有し、判例・学説でも認められてきたことを明文化することに反対する理由はないと思われる。

2 基本的には賛成であるが、慎重に検討すべきである。例えば、①特定の財産の譲渡に伴い移転するものと、②地位譲渡の合意によって移転するものとの区別により類型化するとの考えを採用することは困難で、結局は、契約の相手方の承諾を必要としない場合の要件は、それぞれの契約の性質に鑑みて個別具体的に解釈するしかないのではないかとと思われる。特に、事業譲渡に伴う労働契約の使用人たる地位の移転につき、契約の相手方の承諾を不要とすることについては、その問題点を状況ごとに明らかにし、慎重な議論がなされるべきである。

3 ①既発生の債権債務が譲受人に移転するかに関する規定の要否についても、一般化することは適切ではなく、固有の規律で決するべきだと思われる（一般的に、継続的契約においては、将来の債権債務が移転され、単発型の契約においては既存の債権債務が移転されるとの指摘があるが、これにも例外があると考えられる）。例えば、不動産賃貸人の地位が移転される場合の、旧賃貸人（譲渡人）の負う敷金返還義務や、不動産賃借人の地位が移転される場合の、旧賃借人の有する敷金返還請求権が譲受人に移転するかは不動産賃貸借のルールに委ねるべきである。

②譲渡人の債務についての担保を、順位を維持しつつ移転させる方法に関する規定の要否については、賛成である。契約上の地位の移転は、当事者の変更にもかかわらず契約を継続させるための制度であり、移転された担保が従前の順位を維持することを条文中明らかにすることは重要と思われる。担保を第三者が提供していた場合の要件等について、更改および債務引受と併せて検討されるべきである。

③契約上の地位の移転によって譲渡人が当然に免責されるか否かという点に関する規定の要否については、契約上の地位の移転には免責的債務引受の趣旨が含まれており、その要件として相手方の承諾が要求されている。よって、これを独自に規定する必要はないのではないかと考える。

4 状況ごとに整理して、規定の必要性を検討するとの方向性には賛成する。ライセンス契約のように、対抗要件制度を早急に確立すべきものも存在する。しかし、契約上の地位には多様な類型があり、一律に適用される対抗要件を設けることには慎重であるべきである。

第17 弁済

1 賛成する。関連各制度との整合を引き続き慎重に検討されたい。なお、有価証券に関する規定を民法典に移す場合（前記第14参照）には、弁済にあたり当該証券の受け戻しが必要となるかも検討課題となるとの意見があったので付記する。

2 (1) 賛成する。ただし、倒産法制との整合性につき引き続き検討されたい。

2 (2) 本研究会においては、どちらかというと現行の規制を維持することが望ましいとの意見が強かったので、ここに付記する。

3 特段の異論はない。

4 (1) この点に関して、本研究会においては、代理受領につき明文規定を置くべきという意見と、事実上担保的機能を有する代理受領については、担保法の改正の際に本格的検討をすることが望ましく、今回の改正にあたっては解釈に委ねておくべきとの意見があった。

4 (2) ア わかりやすい規定を考えること自体に異論はない。ただ、預金担保貸付にも類推適用される本条の適用範囲を明確化することは困難を伴うものと予想する。なお、検討にあたっては、他の外観法理の規定と異なり、本人の帰責性を要求しない本条の沿革・制度趣旨につき、立ち入った検討がなされるべきである。無過失要件を付加する際に、かかる検討がおおざりにされたきらいがあるので一言する次第である。

4 (2) イ 明確な規定にすること自体に異論はない。電磁的システムを民法典にどのように受け入れるかについては、本条に限らず全般的な検討が必要である。

4 (2) ウ 前記第17の4 (2) アと同様、本条の沿革・制度趣旨につき、立ち入った検討がなされるべきである。

4 (2) エ 明確な規定にすること自体に異論はないが、判例に現れた事案を全て遺漏なく書き尽くし、かつ将来の判例法の発展を阻害しないように規定するのは困難であり、どちらかという解釈に委ね、さらなる判例の集積を待つのが妥当と考える。

4 (3) いわゆる受取証書は、免責証券の概念に包含されるので、本条廃止の是非、もしくは本条の規定の仕方は、免責証券に関する一般規定の内容次第で決まる問題と考える。

5 (1) 特段の意見はない。しかし、代物弁済が諾成契約である旨を明文化すると、これが要物契約であることを前提として立論されている有価証券法理、とりわけ為替手形に関する理論の一部（例えば手形書換）が成り立たなくなるなど、民法のみならず商法領域への少なからぬ影響があるので、それとの整合性を考慮する必要がある。

5 (2) 特段の意見はない。

6 (1) 削除する必要はない。なお、本研究会は瑕疵担保責任につき、法定責任説の立場に立っているので念のため一言する。

6 (2) 意見がある。なお、事業者に関する規制に関連し、本研究会は、事業者の対概念である消費者概念を民法典に取り入れることに反対しているので念のため一言する。

6 (3) 特段の異論はない。

7 もっぱら政策論なので、わかりやすい規定を設けていただければ、とくに反対はしない。ただ倒産法制や信託法理との整合性を考慮する必要がある。

8 (1) 特段の異論はない。

8 (2) 特段の異論はない。

9 (1) 現行の制度を前提に明確化を図るのであれば、特段の異論はない。もっとも、債権の二重譲渡に関しては、供託で対応をするよりも前に、同時到達に関する理論的検討がなされてしかるべきである。

9 (2) 特段の意見はない。

10 (1) 代位との絡み、つまり、原債権と求償権の関係等、複雑な問題があるので、倒産法制との整合性を考慮する必要がある。

10 (2) ア 確かに、現在のように代位弁済により原債権が代位者に移転すると考えると、指摘されている問題点が生じる。したがって、原債権と求償権との関係について検討をすることには賛成するが、その代替案として提示されている代位弁済によって原債権は消滅するが、原債権の効力として認められた権利を代位者が行使できると考えることは難しいのではないか。弁済によって消滅した原債権の効力だけをなぜ代位者が行使できるのか。その理論的根拠が示されない限りは、原債権が消滅する旨明文化するべきではない。破産法第104条第4項は、現在の代位弁済による求償権と原債権の理解を前提に規定されているため、この検討事項の結果次第では破産法も改正する必要があると思われる。また、昨今議論がある代位弁済者の財団債権（共益債権）たる原債権の承継に関しては、もし代替案として提示されている説を採用するのあれば、財団債権性が原債権の効力といえるのが問題となるであろう。更なる検討が必要である。

10 (2) イ 条文上明らかでない点があることは確かに認められるが、これまで判例や学説で柔軟に対応してきた点について、全て明文化する必要はあるのか。明文化することによって、結果的に解釈の範囲を狭めてしまうことにならないのか、慎重に検討すべきだと思われる。

10 (3) ア 現在の一部代位の効果としての理解は、原債権者優先主義を採用することが一般的見解であると思われるため、条文の文言からは明らかでない部分が多い。したがって、原債権者優先主義をある程度明文化することは賛成である。

10 (3) イ 連帯債務者の有する求償権等は、債権者が原債権の全額弁済を受けるまで行使できないとの見解は、破産法第104条第3項・第4項の趣旨に近い。ただ、破産手続の場合には、限りある配当原資の中で連帯債務者と債権者のいずれが先に弁済を受けるべきかを考慮する必要がある。しかし、まだ連帯債務者の一人、あるいは数人に破産手続が開始していない場合には、債権者が全額弁済を受けていない段階であっても、すでに一部履行した連帯債務者は求償権を行使できてよいのではないか。平時時と破産時とはやはり異なるため、債権者が全額弁済を受けるまで連帯債務者の求償権が劣後されてしまうことには疑問を呈したい。

10 (3) ウ 前記第17の10 (3) イと同様に、この点も破産法第104条第3項・第4項の趣旨に近い。基本的には上記と同旨である。ただ、保証の性質を考慮すると、平時時でも保証人として保証債務の履行を甘受すべき立場である以上、債権者が優先されてしかるべきとも考えられよう。また、保証人の場合には、平時時において検索の抗弁、催告の抗弁を有することとの関係からも更に検討すべきではないか。

10 (4) ア 合意により処理されることが多いところであるが、合意がない場合における義務を広げる、あるいは、強行法規として強める方向で明文化することには、現時点においては、取引実務に鑑みて、にわかに賛成し得ない。

10 (4) イ 合意により処理されることが多いところであるが、合意がない場合における義務を広げる、あるいは、強行法規として強める方向で明文化することには、現時点においては、取引実務に鑑みて、にわかに賛成し得ない。

第18 相殺

1 (1) 現在の判例法理は、双方の債務が弁済期にあることが相殺適状の要件であるものの、期限の利益を放棄することによって、受働債権の弁済期が到来していない場合でも相殺できるというものであるから、判例法理を明文化する際には、これをそのまま明文化すべきであり、相殺適状の要

件を見直して、受働債権の弁済期の到来を相殺適状の要件としないという規定とすべきではない。また、自働債権について相手方の抗弁権が付着している場合に相殺が認められないという判例法理を条文上も明確にすべきである。

- 1 (2) 第三者による相殺の可否が問題になるのは、倒産手続開始決定後が多いことから、まず、民法で原則となる規定を設けたうえで、必要に応じて、倒産法で関連する規定を設けることが望ましい。第三者による相殺は、第三者による弁済の場合とは問題状況が異なることから、両者を同様の要件で認めることには違和感が残る。むしろ、規定を設ける場合には、第三者による弁済の見直しと併せて検討すべきである。

- 1 (3) 基本的に賛成である。

- 2 (1) 相殺の遡及効を認める考え方は、必ずしも相殺の要件として意思表示を必要とする制度と親和的であるわけではなく、一律に議論するのは難しいところがある。ただ、実際問題として、消費者と事業者（特に銀行）との間で相殺が問題となる場合、通常、事業者側の債権の利息の方が、消費者側の債権の利息よりも高いところ、相殺の遡及効を認めないこととすると、消費者側からの相殺が遅れるほど利息の差額が高額となり、消費者が不利益を受けるおそれがある。同様の問題は、中小企業についても生じ得る。相殺の意思表示の時に相殺の効力を生じさせるといふ当事者間の特約の効力は一般的には認めてよいが、相殺の意思表示の時期が著しく遅れたこと等により上記のような不都合が生ずる場合には、消費者契約法や権利濫用の法理によって当該特約の効力を否定し、消費者等を救済すべきであるように思われる。

- 2 (2) 民法第508条の見直しは、時効制度の在り方と関係する問題であることから、時効制度について検討したうえで、あらためて検討すべき問題である。民法第508条を見直したした場合、相対立する債権があるときには、自働債権の時効期間が満了したとしても、そのことが必ずしも非難に値するわけではなく、相殺による回収が可能であるとの債権者の期待は保護される必要がある。

- 2 (3) 相殺の効力の見直しについての前記第18の2 (1) の検討結果を踏まえて、更に検討すべきである。

- 3 民法第509条において不法行為債権を受働債権とする相殺が禁止されている範囲を現状よりも限定すべきである考え方については、基本的に反対である。相殺が認められることにより、被害者の保護に欠けるおそれがあるのみならず、合意による相殺が認められているのだから、被害者の保護はそれで十分図ることが可能である。その意味では、現行民法第509条を修正し、あえて相殺が禁止される範囲を限定する必要はないと考える。なお、本研究会においては、A案を基本として、更に検討を加えるべきであるとする意見があった。

- 4 (1) 受働債権となるべき債権が差し押さえられた場合に、第三債務者が相殺することができるとするには、差し押え時に自働債権と受働債権の弁済期がいずれも到来していなければならないか、また、到来している必要がないとしても自働債権と受働債権の弁済期の先後が問題となるかという点について、条文上明確にすべきであるという考え方には基本的に賛成である。そのうえで、受働債権の差押え前に取得した債権を自働債権とするのであれば、自働債権と受働債権との弁済期の先後を問わず、相殺をすることができるとする判例法理（無制限説）を明文化すべきである。実務では、無制限説を前提とした運用が長年積み重なってきており、また、様々な業態のサービスに相殺の無制限説を前提としているものがあるという実態を重視すべきである。また、相対立する債権債務があるときには、自らの債務が自らの債権の担保的機能を果たしていると期待している第

三債務者を差押債権者よりも保護すべき要請は高いといえる。

無制限説を採っても、通常、期限の利益喪失条項が付されていることからすれば、受働債権の弁済を拒み、債務不履行状態を長期間継続させたうえで、自働債権の弁済期が到来した時点で相殺するという不当な相殺が行われることはほとんどないと考えられる。相殺ができる場合には少なくとも自働債権は履行遅滞に陥っていることになり、履行遅滞を前提とする制度であるから、指摘されるような相殺は必ずしも不当ではない。また、制限説をとった場合には、金融機関が借り手の負担軽減のために返済期限の延長を行うと、それにより相殺が認められなくなるおそれがあることから、金融機関が返済期限の延長に慎重になるおそれがある。不当な相殺については、相殺権の濫用として相殺の効力を否定することにより、差押権者を保護することが可能である。

4 (2) 法定相殺と差押えとの関係について無制限説を採用したとしても、債権譲渡の場合には、譲渡代金を支払う譲受人の保護の必要性があることから、将来相殺できる地位・利益を一律に保護してよいか疑問である。事案に応じた柔軟な解決を可能とするためには、現時点では規定を設けない方がよい。

4 (3) 本提案の考え方が破産法第72条第1項第4号を参照して提案されたものであれば、相殺の期待を保護すべき場合には同法第72条第2項各号により例外的に相殺が認められることとなるので、このような例外を認めるべき場合の有無については、両者を併せて検討する必要がある。また、この問題は、差押えとの関係だけではなく、支払不能との関係についても同様に検討すべきである。

4 (4) 基本的には判例法理を明文化する方向で統一を図るべきである。第三債務者の相殺の利益は、たまたま差押えをしてきた差押債権者の利益に比して保護されるべきものである。ただ、実務において、相互に債権を持ちあう取引には様々な類型があることから、条文を設ける場合には、規定の文言などを含めて慎重に検討する必要がある。

5 相殺権の濫用は権利濫用の問題であり、権利濫用の一般規定があれば足りることも考えられるが、相殺の効力を広く認める場合には相殺権の濫用による制約が重要となることから、特別の定めをおくことに意義がある。実務上は、狙い撃ち相殺、同行相殺、駆け込み相殺、担保付き債権を自働債権とする相殺などで、相殺権の濫用が争われており、これらについて検討する必要がある。

第19 更改

1 (1) 『中間論点整理』の見直しの観点の一つが「国民一般への分かりやすさ」であるとするれば、明文化の方向で更に検討すべきである。

1 (2) 『中間論点整理』の見直しの観点の一つが「国民一般への分かりやすさ」であるとするれば、明文化の方向で更に検討すべきである。

2 事業再生との関係で、DDSやいわゆる第二会社方式の場合との関係を考慮した上で、債権譲渡や債務引受制度との関係を踏まえて更に検討すべきである。

3 条文上明確にする方向で、更に検討すべきである。

第20 免除及び混同

1 現行制度を見直す債権者の一方的な意思表示により免除ができるとする現行規定を見直し、債務者の意思に反する場合には免除が認められないこととする方向で規定を改めるべきである。

特に免除を契約として構成し、債権者と債務者との合意を必要とすると実務上免除のための時間的・費用的な負担が大きくなること、また、免除により債務者に不利益が生ずるおそれがあるとする根拠は必ずしも明確ではない。そのため、更に慎重に検討すべきである。

2 前記第14では有価証券に関する規定を、商法から民法へと整理する方向性が示されており、そのような他の規定の見直しとの関係（整合性）を踏まえて検討すべきである。また、民法第520条ただし書の例示をより詳細に定めても良いが、明文化によりかえって適用範囲が限定されないようさらに検討すべきである。

第21 新たな債権消滅原因に関する法的概念（決済手法の高度化・複雑化への民法上の対応）

1 集中決済機関（CCP）による決済は、実務上の必要性に基づいて生成・発展してきた制度であり、実務の発展を害しない形で更に議論することが必要である。商法の交互計算に関する規定との関係が「中間論点整理」では示されていないが、民法典の中にかかる規定を設ける必要はないと考える。

『債権法改正の基本方針』「一人計算」案（131.3.37）のように現行制度を踏まえた大がかりな制度設計を目指すのであれば、CCPの監督等は特別法に委ねるべきことになる。本「中間論点整理」では民法典にどの程度条文化するかが明らかではないが、特別法で定めるべき規定の範囲をさらに検討すべきである。

2 決済が安定して行えるよう配慮すべきであるが、例えば「①第三者の取引安全を確保するため、上記決済のための合意については、登記を効力発生要件とし、登記の完了後対象債権の発生前にAがした債権譲渡その他の処分は、効力を否定されるものとする。」は決済を迅速に行うためにはかえって不都合ではないかと考える（なお、前記第13の2にA案が示されているが、それとの関係でさらに検討すべきである）。また、システムリスク等新たな問題にも対処できるようにすべきである。

第22 契約に関する基本原則等

1 1. さらに検討すべき着眼点・論点

①契約自由原則を明文化すべき具体的な立法事実とその必要性の摘示がないままに議論が行なわれている。このために、審議会における議論も「国民にわかりやすい民法」の創造という理念が先行しており、「何のために明文化するのか？」がすり合っていないと見受けられる。

②契約自由原則を明文化することによって生じうる紛争類型をあらかじめ想定したうえで明文化の要否を検討すべきである。審議会の議論で多少言及されているが、「国民にわかりやすい民法」の創造に重きが置かれるあまり、パターンリスティックにわかりやすくすることが、かえって新たな紛争類型を招来する可能性は無いのかという着眼点を欠いていると考えられる。あわせて、仮に明文化した場合、当該条文は「一般条項」に位置づけられるものと考えられるが、そもそも基本法に一般条項を新設することの可否について整理が必要と考えられる。

③ 契約自由原則を国民に周知することは、必ずしも立法（明文化）だけが唯一の手段ではなく、国民教育や業者規制・商慣習などの他のさまざまな手段・方法によっても実現しうるはずであるが、制約原理とのセットの条文化の要否が議論されているように、法律において必要十分かつわかりやすい条文を実現しようとするとかえって国民にわかりにくい規定を創出する懸念がある。

④ 「契約自由」に関連する論点として「契約を破る自由」「契約を解消する自由」の考え方の是非があるはずであるが、この点について整理しておく必要があるのではないか。

2. 意見

上記1. ①のとおり、明文化の必要性和相当性について十分な摘示がされないままに、「国民にわかりやすい民法」の創造を理由とした明文化には、上記1. ②③の懸念があることから反対である。現に、国民（消費者）が締結する契約の大半は約款取引またはこれに準ずる附合的・定型取引なのであって、こうした実態と想定される条文内容とが齟齬を来たしかえって国民を混乱させ、「国民にわかりやすい民法」の創造という目的に反する結果になるのではないか。

真に重要なのは国民への周知とその理解であるはずであり、これは立法（明文化）によってのみ解決するものではないとも考えられる。

2 1. さらに検討すべき着眼点・論点

① 契約成立に関する一般的规定を設けるべき具体的な立法事実とその必要性の摘示がないままに議論が行なわれている。

② 既に問題提起されているが、国民（消費者）の目線言えば契約が成立しているかどうかではなく法律上有効なのかどうかが必要かつ関心事であって、契約の有効性に関する一般則を設けることの方が重要なのではないか。

③ 契約の成立にせよ有効性にせよ、一般則を設けることがかえって取引実務に思わぬ一定の制約を課すことにならないかの議論が十分でない。

2. 意見

1. に述べたとおり、提案の是非についてさらに議論を尽くす必要があると認められることから、賛否表明を行なうことはできない。

3 「具体的な効果を議論すべきである」との意見に賛成である。有効無効の二者択一的な立法措置よりも、かかる類型に対していかなる法律効果が与えられるのかこそが重要である。

4 1. さらに検討すべき着眼点・論点

① 「信義則を具体化した規定」とは、判例をリステイトすることを想定しているのであるか。仮にそうだとすれば一定期間毎に条文の見直しが必要となるが、はたして立法技術としてかかる手法が可能であろうか。

② 付随義務として一般化抽象化した一般条項を設けるアプローチと、判例をリステイトした個々の義務条項を新設するアプローチと両様のアプローチの可否を検討する必要があるのではないか。

2. 意見

一般化・抽象化した一般条項を設けるアプローチは現行民法第1条第2項を補充する意味しか無いと考えられる。信義則に係わる諸義務を具体化する目的を実効性あるものにするためには、判例をリステイトした個々の義務条項を新設するアプローチが望ましい。しかし、仮に後者の立法政策を採用しようとする場合に、一定期間毎に条文の見直しを要することになるが、基本法の条項において比較的頻繁に改正が予定される条項をおくことについて、なお慎重に検討する必要がある。

第23 契約交渉段階

1. さらに検討すべき着眼点・論点

- ①判例に基づく信義則違背という一般条項的解決ではなく、不法行為法による紛争解決を指向することの是非を議論する必要があるか。
- ②事業者同士の契約、事業者対消費者の契約、消費者同士の契約といった類型別に差異を設けることの是非など、当事者の類型別に検討することが必要ではないか。

2. 意見

1. に述べたとおり、提案の是非についてさらに議論を尽くす必要があると認められることから、賛否表明を行なうことはできない。

2. さらに検討すべき着眼点・論点

- ①各種の業法で業者に義務付けられている説明義務と債権法上の説明義務の意義・効果の異同について整理する必要がある。特に、金融取引分野では「取引前に説明すべき内容」がソフトラーによって詳細に定められつつあるが、これらの内容と債権法が想定する説明すべき内容に齟齬があつてもよいのか齟齬があつてはいけないのか、業者に対する行為規制と民事ルールとの関係を整理する必要がある。

②金融取引分野については既に「適合性ルール」が導入されている分野もあるが、民事ルールとして適合性ルール導入の是非を整理する必要がある。

③事業者同士の契約、事業者対消費者の契約、消費者同士の契約といった類型別に差異を設けることの是非など、当事者の類型別に検討することが必要である。

④仮に説明義務・情報提供義務を明文化した場合、義務違反に伴う法律効果について伝統的な信頼利益賠償・履行利益賠償の二分論を維持するのかどうか、不法行為の効果との異同等を含めて整理する必要がある。

2. 意見

上記1. に述べたとおり、提案の是非についてさらに議論を尽くす必要があると認められることから、賛否表明を行なうことはできない。

3. さらに検討すべき着眼点・論点

- ①第三者の行為による交渉当事者の責任を明文化すべき具体的な立法事実とその必要性の摘示がないままに議論が行なわれている。審議会で言及されているとおり、金融関係業法では使用人・代理人等の行為に関する業者本人の責任が法定されているが、それらは民法715条の特別法と解さ

れている。これらの場面以外で、具体的に立法を要する必要性や民法715条との関係についてさらに議論を深掘りする必要がある。

②「責任の法的性質は解釈に委ねる」と説明されているが、これを明らかにしないまま立法作業を先行させることには、むしろ、後々解釈問題を惹起することになり問題があるのではないか。

2. 意見

上記1・に述べたとおり、提案の是非についてさらに議論を尽くす必要があると認められることから、賛否表明を行なうことはできない。

第24 申込みと承諾

1 問題状況ごとに整理したうえで、規定の必要性を検討するとの方向性に賛成する。

以下のような問題状況ごとに整理したうえで、規定の必要性を更に検討すべきである。

・前記第23の2の「契約の成立に関する一般的規定」との関係はどうするのか。

・この第24は現行民法の同じく隔地者間の契約を対象とするのか。

・そこでいう「隔地者間の契約」とは何を指すのか。

・練り上げ型の契約についても申込みと承諾の間に時間的な間隔があるという点は同じだかここに含ませることに無理はないのか。

2 (1) 申込みの定義規定をおくことで、申込みの誘引との区別は概念上可能となり、当該行為がいずれにあたるかの解釈指針となり得ると思われるので、この点は賛成である。しかし、定義の内容、及び「これを了承する旨の応答があるだけで契約を成立させるに足りる程度に内容が確定していなければならない」との点は、交渉によって内容を詰めていく契約もあることから、総論における議論を考慮しつつ、規定の必要性及び内容を慎重に検討すべきである。

2 (2) 民法に事業者に関する特則の規定を入れることについて慎重に検討すべきである。

仮に事業者に関する特則を民法に規定するとしても、実務がこのような仕組みに反対しており、現実には推定を覆す記載をすることが多いことが予想されとの指摘が議事でもなされており、承諾者が混乱をする可能性もあるため、規定の必要性を慎重に検討すべきである。

2 (3) 申込みと承諾の定義をするのであれば、交叉申込の場合に契約が成立する点が不明確であるため、条文中明記することに賛成する。申込みの合致部分の特定については、契約の成立に関する一般的規定に関する議論との関連において、更に検討すべきである。

3 ① 申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合

専門家にとっては当然のように思えるが、一般の人には判断が難しいと思われる部分であるので、条文中明記することに賛成である（もつとも、改正の議論全体において、任意規定であることを示すかどうかの何らかの基準が設定されるべきであると考える）。

② 承諾期間内に到達すべき承諾の通知の延着

民法第522条は承諾についての発信主義のもと、承諾期間内に到達するよう承諾を発信したにもかかわらず、到着していないという場合に承諾を

発信して契約が成立したと考えている承諾者を保護するために規律されたものである。到達主義は、承諾の発信では契約が成立しないのであるから、承諾の不到着・延着のリスクは承諾者が負担するというものであり、到達主義のもとでは、このような規律は不要であると思われる。また、承諾が延着した場合には、新たな申込みとみなすとの現行法でも手当が可能であるうえ、さらに下記のような提案がなされているため、承諾者にとって大きな負担とはならないのではないかと考える。

③ 遅延した承諾の効力

申込者が契約の成立を望み、承諾者からのそのような意思が表明されているのであるから、迅速に契約の成立を認める方向性は賛成である。もつとも、論理的に、承諾が承諾期間内に不到達だった時点で、申込みの効力は失われているはずであるから、これに関する手当が必要であり、この点も含めて更に検討すべきである。

4 ① 申込者が申込みを撤回する権利を留保した場合に撤回ができることを条文中明らかにすることについては、前記第24の3の①と同様で賛成する。

② 承諾期間の存続期間について規定を設けることに賛成である。その文言については、様々な契約があることを前提に、解釈の指針となるような文言になるよう、更に検討すべきである。

③ 承諾の定めのない申込みについても現行民法第522条と同様の規定を設けるかどうかについては、承諾の定めのない申込みにおいても前記第24の3の②と同様、到着主義を採る場合には民法第522条が不要であると考えるので、設ける必要がないと考える。

④ 承諾適格の存続期間経過後に承諾が到達した場合にこれを有効な承諾と扱うことができる規定をおくことについては、前記第24の3の③と同様で、方向性には賛成するが、申込みの効力との整合性について更に検討すべきである。

5 対話者間における承諾期間の定めのない申込みの存続期間についての規定を設けることには賛成である。文言については、更に検討すべきである。

6 「申込者が反対の意思を表示した場合」の文言については、今回の改正法全体において、任意規定であることを示すかどうかの基準が明確になっていないことから、賛否の判断ができない。

死亡等の発生時期については、論理的には申込みはその到達により効力が生じているから、申込みの発信後到達までの間と解されるが、これを政策的に広げることについては、到達主義との整合性を考慮しながら、更に検討すべきである（到達主義との整合性からは、承諾の到達までに申込者の死亡又は行為能力の喪失が生じ、相手方がこのことを承諾の到達までに知った場合の方が無難ではないかと考える）。

7 事業者概念を民法に取り入れることについては慎重に検討すべきであり、本提案も同様である。

仮に事業者概念を民法に取り入れ、このような商法の規定をここに規定するのであれば、事業者でない場合にはそのような義務はない（自己物における注意義務でよい）ことをまず原則として規定したうえで、事業者における義務を規定するべきでないかと考える。

8 承諾に関する発信主義については、通信技術の発達により発信から到達に要する時間が短くなっていることからメリットは減っていないながらも、不到達や延着のリスクは依然としてあることからデメリットは大きいといえる。そのため、到達主義とすることに賛成する。

現行民法第527条については、発信主義をとるがゆえの規定であり承諾の申込者への到達と申込みの撤回の承諾者への到達のどちらが先かは承諾者には不明であるので、削除し、その到達の先後で効力を定めるべきであると考ええる。また、総論での議論（この第24の規定の対象が何か）を考慮しながら、電子消費者及び電子承諾通知に関する法律の規定との整合性についても検討する必要がある。

9 現行民法第528条を基本的に維持しながら、軽微な変更にすぎない場合には契約を成立させるとの方向性には賛成である。また、変更を加えた範囲については拘束力がないとする（いわゆるノックアウトルールの採用）方向性についても当事者の意思を尊重するものとして、賛成である。しかし、軽微な変更か否かの判断基準は難しく（要件事実としても主張立証の内容が不明確とならないか）、また変更を加えた範囲が当事者にとつて契約に不可欠な場合もありうることから、規定内容について更に検討すべきである。

なお、このような規定をおくのであれば、前記第23の2で検討されているような契約の成立に関する一般的規定（文言については更に議論するべきであるが、「本質的部分」についての同意が必要とするもの）を、原則を示すものとして設けることが望ましいと考える。

第25 懸賞広告

1 従来この点については、懸賞広告の法的性質が契約と解するか、単独行為と解するかにより異なる点として議論されてきたものであり、この法定性質との関係における検討が必要であると考ええる。懸賞広告を知らずに指定行為をした場合にも報酬請求権を認めると規定するためには、単独行為と解する説が親和性があると思われるが、条文の位置と一般の人へのわかりやすさからは、懸賞広告を不特定多数の人への申込みと捉え指定した行為をした者が意思実現行為として承諾をしたという、申込みと承諾の枠組みで捉えるという能見委員の提案も十分尊重すべきであり、更に検討すべきである。

2 (1) このような規定を設けることに賛成である。

2 (2) 期間の定めがある場合に、その期間内には撤回ができないとする点については賛成であるが、一定の場合（指定行為に当たる発明・発見が海外でされた場合など）には撤回を認めることも更に検討してどうか。第三者が指定行為に着手した場合にも撤回することができないとすることにより、指定行為に着手した第三者を保護する方向性には賛成であるが、懸賞広告をした者がそれを知るのは困難であるから、要件等を慎重に検討すべきである。

2 (3) 同一の方法による撤回が可能な場合であっても異なった方法による撤回をすることができるとすべきとの考え方に賛成する。

3 現行民法第531条は第3項で「広告中にこれと異なる意思を表示したときは、適用しない」としているため、懸賞広告をした者が判定方法を定めることは可能である一方、広告者の意思が不明確である場合には第1項により判定が可能であるので、同条を存置する方向で、更に検討すべきである。

また、優等懸賞広告については、現にある広告では「該当者なし」として優等者を決定しない場合もあり、これも是認されていると考えられるが、紛争を防止する観点からはこれに関する規定を設けることも検討してはどうかと考える。

第26 第三者のためにする契約

1 保険法や信託法などにおいて、保険金受取人や受益者は受益の意思表示なく当然に権利を取得すると規定されていることなどのバランスを考慮する必要がある。また、第三者のためにする契約を、『債権法改正の基本方針』が示すように、ある程度類型化し、例えば、①受益者に諾約者に対する債権を取得させるもの（債権取得型）、②受益者に諾約者に対する債権を取得させる場合において、受益者に付随的な負担が伴うもの（負担付債権取得型）、③受益者が、諾約者から財産権の移転又は役務の提供を受ける債権を取得するのに対し、反対給付の債務を負う契約を成立したものと扱うもの（契約成立型）、④受益者の諾約者に対する債務を免除させるもの（債務免除型）、⑤要約者と諾約者の間で合意された受益者の諾約者に対する責任の制限や免除に関する条項を受益者が援用できるようにするもの（条項援用型）などに分類して検討することも必要である。

2 基本的に賛成である。

3 第三者のためにする契約には多様なものがあるから、規定が整備・明確化されることは望ましい。

4 (1) 諾約者の履行を確保するには、要約者が諾約者に対して受益者への履行を請求することができるとを条文上も明記する必要がある。そのためには、要約者による履行請求訴訟の既判力の及ぶ範囲やその執行方法、受益者による履行請求訴訟との関係などについても整理して置くことが求められる。

4 (2) 第三者のためにする契約の類型にもよるが、規定が整備・明確化されることは望ましい。

第27 約款（定義及び組入要件）

1 実社会において約款が広く利用されている点を踏まえても、約款の組入れに関する規定を設けることについては、慎重に検討すべきである。その理由としては、約款の定義等につき、共通の認識が得られているとはいえない中、議論を進めても、想定している場面及びその際重視すべき点が異なり、それゆえ議論の進め方次第では、結論がずいぶんと変わってしまう可能性があることを否定できないからである。その意味では、議論の方向性も不確かな段階で、単純に民法の中に約款規定を組み入れるべきとする見解には賛成しがたいものがある。とりわけ、重要性の高い約款については既に特別法によって規制されている事情も考慮すると、その法律だけでは不十分な点が生じているのか、また、問題のある実態が生じている場合に、特別法ではなく、抽象的な約款規定を民法に置くことに、どれだけの意義がみいだせるのかなど、さらに議論を深める必要があると考える。なお、問題のある実態として消費者と事業者に関するトラブルを想定している場合には、消費者契約法の不当条項規制の意義、問題点、法的位置付けなども同時並行で検討を行う必要があると考える。

2 前記第27の1でも述べたように、約款規制を民法に組み入れるべきか否かについては、約款をいかに定義できるかにかかっているといっているであろう。一口に約款といってみても、多種多様なものがあり、それらを包含して規定することが果たして可能なのか。さらに、包含した定義が、

抽象的な定義になる可能性が高いことを考慮すると、特別法があるなか、あえて抽象的な定義を民法に置く意味があるのか否かについては疑問がある。

なお、約款の定義を考えるにあたっては、約款の範囲として、ひな型をどう扱うかがポイントになると考える。消費者の利益を守る観点からは、ひな型も約款に含めてしまった方が、より強く消費者の利益が守られると考えられるが、事業者については、さまざまな事業者が想定できるため、簡単に結論をだしてしまつてよいのかについては疑問があり、実態をよく踏まえる必要があると考える。また、約款を民法に規定する根拠として、構造的な交渉力の不均衡を挙げる場合には、約款アプローチが果たしてベストな答えなのかもさらに検討する余地があると考ええる。つまるところ、やはりいかなる場面を想定しているのかにより、答えも異なり、今の状態では、議論をつめていくのが難しいように思われる。

3 この点についても、前記第27の2の約款の定義をいかにとらえるかにかかっている。約款を開示し、約款を用いることの当事者間の合意をいかに解するかにより、要件の内容が異なってくると考えられる。通常は、合意を原則とし、例外要件を設けることが想定されるが、例外にあたるケースとして想定される場面がどのようなケースなのかにより、場合によっては、実態上では、例外と原則が逆転する可能性もあるのではなからうか。そのような意味では、慎重な検討が望まれる。なお、不意打ち条項についても、想定されている場面により意見が異なってくることが考えられるが、そもそも不意打ち条項につき、明確な基準を設けることが實際上、どこまで可能なのかも疑問がある。より慎重なる検討が求められるところである。

4 約款規制を民法に組み入れるというならば、この議論は避けては通れないと考える。約款を用いて、契約を交わした場合、契約締結後に、その約款が契約内容としてどのように扱われるのか（とりわけ、契約締結後に約款使用者による一方的な変更が契約内容にどのような影響を及ぼすのか）については約款の意義も踏まえつつ、更なる検討が必要であろう。また、その際、約款変更の手続きの方法及び明確な形で効力を規定することができるとも検討する必要があるだろう。

第28 法律行為に関する通則

1 (1) 本研究会においては、法律行為の定義規定を置くことについては特に異論はなかった。ただし、定義規定一般の必要性に対する疑問を呈する意見があった。

1 (2) 本研究会においては、公序良俗違反の一類型として暴利行為を置くことについては、有益とする意見と判例で十分とする意見に議論が分かれ、意見の一致をみなかった。公序良俗規定とは独立した暴利行為の規定を置くことに対しては、暴利行為を公序良俗違反と異なつたものと扱うことになり好ましくないとすることで意見の一致をみた。

1 (3) この点につき、特に異論はない。

2 この点につき、特に異論はない。

3 法の明確化という見地からは明示することが望ましいが、当事者の意思と慣習と条文が錯綜する場合に、状況に応じた柔軟な対応が困難になる

恐れを考えると、明らかに強行規定であるものを明示する以上のことはなすべきではない。

4 任意規定に対する慣習の優位を原則とし、当事者が慣習によらないとする意思を示していない場合は慣習によるとしてよい。法の適用に関する通則法との関係については、本条に明記することによって「法令の規定により認められたもの」とすればよいのではないか。

第29 意思能力

1 (1) 本研究会においては、意思能力の定義規定を置くことについては特に異論はなかった。ただし定義規定一般の必要性に対する疑問を呈する意見があった。

意思能力を、個別行為についての「法律行為をすることの意味を弁識する能力」とするか、客観的な「事理を弁識する能力」とするかについては、両論があり意見の一致をみなかった。

1 (2) 表意者に責任のある一時的意思無能力は保護対象から外すべきであることについては、特に異論がなかった。

2 不要と考えられる。「日常生活に関する行為の特則」により意思無能力者にも必要最低限の私的自治能力があることを示したいとする考えであるが、そもそも私的自治の能力を欠く者が意思無能力者なのであり、この点で制限行為能力者とは異なる。またこの規定によって意思無能力者の日常生活取引が現実には保障されると思えない。

3 本研究会では、現状の相対的無効でいいのではないかとする意見が多かった。

第30 意思表示

意思表示に関する現行民法規定の検討に際しては、第三者保護規定の追加・再検討が重要な課題であると思われるが、新規定の導入の際に、それぞれの第三者保護規定相互の要件論的バランスをどのように図のか、そして、その差異の理由を法律行為論のなかでどのように説明するか、重要な課題である。

1 (1) 心裡留保を狭義の心裡留保と非真意型意思表示とに分類・整理することには、賛成する。

1 (2) 賛成である。第三者の保護の要件に関しては、慎重に検討すべきである。

2 (1) 賛成できない。

2 (2) 本条の類推適用は、主として不動産取引における取引安全の保護の実現を、本人の外観作出の帰責性と外形を信頼して取引に入った第三者の要保護性とを、個別具体的事例ごとに相關的に判断することにより、登記に公信力を認めないわが国においても、第三者の保護を可能としたものである。しかし、その類型は多様で、類型ごとの保護要件も確定化しているとまでは明確となっていない。したがって、現段階では、類推適用の法理の明文化には賛成できない。

3 (1) 判例法理を条文上明確化することには、賛成である。動機が「法律行為の内容」となっていれば、民法第95条の錯誤類型として処理する可能性を肯定することができると解すべきである。

3 (2) 判例の明確化には、賛成である。

3 (3) 賛成である。錯誤について重過失のある表意者であっても、相手方が表意者の錯誤を知っていた場合などについては、その錯誤のリスクを相手方に負担させても、表意者保護と相手方の利益調整として問題ないものと思われる。もともと、それ以外の事由に関しては、引き続き検討すべきである。

3 (4) 引き続き慎重な検討を要する。立法者は意思欠缺の場合と瑕疵ある意思表示の場合とを区別し、錯誤の効果を無効としたが、現在では、その無効の意味するところは相対的無効ないし取消的無効と解されている。法律行為の拘束力から表意者を解放するため、無効にするかそれとも取消とするかは、(ドイツ民法ではこの問題を取り消しと構成しているように) 立法政策の問題とも解される。そこで、本研究会においては、取消構成に賛成する意見も出されたが、他方、現在の(取消的)無効構成に変更を加える必要性を見出しがたいとする意見も多く、引き続き慎重な検討が望まれる。

(関連論点) 錯誤による表意者の損害賠償責任については、とくに明文の規定を設ける必要はない。本研究会においては、履行利益か信頼利益のかを明確にする意味で、規定の明文化に賛成する意見もあった。

3 (5) 賛成である。第三者保護規定を設けることには賛成するものの、第三者保護規定の要件として、善意では足りず、無過失まで要求すべきかに関しては、引き続き慎重に検討すべきである。

3 (6) 賛成である。第三者保護規定を設けることには賛成するものの、第三者保護規定の要件として、善意では足りず、無過失まで要求すべきに関しては、引き続き慎重に検討すべきである。

4 (1) 賛成できない。判例も沈黙による詐欺が、民法第96条の詐欺に当たることがあることを認めている以上、明文化する必要はないものと解する。

4 (2) 賛成である。

(関連論点) 賛成である。

4 (3) 賛成である。第三者の保護要件に関しては、慎重な検討が必要である。

5 新しい規定の要否を検討するにあたり、その新設規定が、これまでの意思表示規定と同様に成熟した構成要件として認知されていることが重要である。また、意思表示に関する民法上の一般のルールである以上、これまでの意思表示規定の隙間を埋めうる可能性のあるもので、多数の判例の集積があるものが望ましい。

(1) 不実告知

賛成できない。本研究会においては、不実告知取消規定は、現行の(表意者保護の実効性の観点からは、必ずしも有効に機能しているとはいえない)民法の詐欺・強迫・錯誤などの意思表示規定の隙間を埋めうる可能性があり、表意者保護の規定の充実化から民法にこれを設けることに賛成する意見もあったが、「不実告知による取消」制度が、従来の制度ほどに「成熟」したものと評しえないことから、民法にこれを設ける必要性

を認めないとする意見が多数を占めた。

(2) 不利益事実の不告知

賛成できない。本研究会においては、不利益事実の不告知の規定に関しても、不実告知と同様に民法にこれを設ける必要性を認められないとする意見が多数を占めた。

6 (1) 賛成である。

6 (2) 賛成である。

6 (3) 賛成である。

6 (4) 賛成である。

第31 不当条項規制

1 1. さらに検討すべき着眼点・論点

民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないが、仮に、不当条項規制を設けるにしても、事業者同士の契約、事業者対消費者の契約、消費者同士の契約といった類型別に差異を設けることの是非など、当事者の類型別に検討することが必要である。もともと、情報量や交渉力格差に着目した場合、事業者同士の契約であっても看過できない格差がある場合もあり、単純に消費者契約とそれ以外という分類（分析）には慎重である必要がある。

2. 意見

不当条項規制の要否について、「その必要性を判断する前提として正確な実態の把握が必要である」との指摘に賛成である。実態把握と立法事実の摘示を踏まえた議論が重要なはずであり、単に予測可能性の確保を目的として不当条項規制導入を所与の前提とするかのようなアプローチには反対である。

2 1. さらに検討すべき着眼点・論点

近時、急速に普及しているインターネットやモバイルを通じた取引は約款を用いる典型的な例と考えられるが、仕組み上、ステップ毎に個別に同意または確認の意思表示をクリックしたうえで手続きが進められていく。一方、実態として、ステップ毎にクリックされる個別の同意または確認の意思表示は、必ずしも十分な理解のうえで行なわれているとは言い難い。

個別合意された条項を不当条項規制の対象外とする場合には、かかるインターネット取引についてどのように考えるのかを検討する必要がある。

2. 意見

各提案において「更に検討する」とされていることに賛成である。なお、「契約の中心部分」にかかわる議論において、価格をその対象に含めるかどうか論点とされているが、価格の当否は市場の評価に委ねられるべきであって、契約内容（不当条項）による規制なじむものではない

め反対である。

3 各提案において「更に検討する」とされていることに賛成である。

4 各提案において「更に検討する」とされていることに賛成である。

5 各提案において「更に検討する」とされていることに賛成である。

なお、法律においてネガティブリスト（またはポジティブリスト）を掲げた代表的先例としていわゆる人材派遣法（労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律）が挙げられるが、これらと異なり契約条項はさまざまな条項と文脈によって成り立っており、かつ当該条項の効果と一体で評価する必要がある。文言・規定またはそれらの効果のみに着目して当・不当を判断すること自体が困難を伴うものであることから、リスト化には無理があるのではないか。

さらに、リストとして提示された内容が脱法的に悪用される懸念についても留意する必要がある。

第32 無効及び取消し

1 この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかった。ただ、相対的無効には、表意者のみが無効を主張しうる場合、特定人に対して無効を主張しえない場合、特定人との関係でのみ無効とされる場合といった種々の類型があり、その目的も、表意者の保護、第三者の保護、公益的な利益の保護など様々であり、「解釈が確立されているとも言えない」からといってすぐに立法で明確化しようとするよりも、あえて解釈に委ね、議論の深化を見守るといった見識も必要ではあるまいかとの意見が出されたので、ここに掲げる。

2 (1) この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかったが、本研究会としては、「消費者」概念を民法典に取り入れることに反対であるので、その帰結として、かかる観点からの法律行為の一部無効概念の導入の必要はないという帰結となる。なお、本論点に関しても、すぐに立法で明確化しようとするよりも、あえて解釈に委ね、議論の深化を見守るといった見識も必要ではあるまいかとの意見が出されたので、ここに掲げる。

2 (2) この点についても、本研究会においては、すぐに立法で明確化しようとするよりも、あえて解釈に委ね、議論の深化を見守るといった見識も必要ではあるまいかとの意見が出されたので、ここに掲げる。

2 (3) この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかった。ただ、討議の過程で、「密接な関連性」という要件が曖昧であること、契約の個数などについて議論を深めてから立法すべきであることから、現時点では、解釈に委ねておくことでよいとの意見が出されたので、ここに掲げる。

3 (1) この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかったが、どちらかという、特段の明文規定を置く必要はないとの意見が有力であった。

3 (2) この点について、本研究会においては、不当利得に関する解釈に委ねておくことで足りるものと考ええる。

3 (3) この点について、本研究会においては、解釈に委ねておけば足り、特段の立法の必要性はないものと考ええる。なお、意思無能力の規定については、明文規定をあえて設ける必要がないと考えている。

3 (4) この点について、本研究会においては、特段の明文規定を置く必要はなく、解釈に委ねておけば足りるものと考えている。

3 (5) この点について、本研究会においては、特段の明文規定を置く必要はなく、解釈に委ねておけば足りるものと考えている。

4 (1) この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかった。実務上困難な問題を生じさせることにならないよう、引き続き検討されたい。

4 (2) この点について、本研究会においては、統一的結論を出すに至らなかった。押しつけ商法などの場面で、実務上追認が困難となる支障を生じさせることにならないよう、引き続き検討されたい。

4 (3) この点について、本研究会においては特段の異論がなかった。

4 (4) この点について、本研究会においては、取消原因ごとに、相手方に催告権を与えることが追認権者にとって過度に不利とならないかを検討したうえで、個別の規定設けるべきではないかとの意見があったので、ここに付記する。

5 (1) この点について、本研究会においては、現行の期間内でも取消権を行使することができない人にとって、不利益になる本改正提案に対しては、慎重に検討するよう望むものである。

5 (2) この点について、本研究会においては、現行のとおり、解釈に委ねておくことで足りるものと考ええる。

第33 代理

1 (1) 現行規定の変更の必要はない。

1 (2) 現行規定の変更の必要はない。

1 (3) 現行規定の変更の必要はない。

1 (4) 現行規定の変更の必要はない。

1 (5) 現行規定の変更の必要はないものと思われるが、仮に変更する場合、提案されている「自己執行を期待するのが相当でない」という表現については、更に検討する必要がある。

1 (6) 判例法理（大判昭和7年6月6日民集11巻111頁等）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

1 (7) 判例法理（最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁、最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁等）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (1) ア 判例（大判明治39年5月17日民録12輯758頁）や通説的見解は、民法第109条に対する法定代理の適用を否定している。こうした判例法理の解釈で十分対応できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (1)イ 現行規定の変更の必要はない。

2 (1)ウ 判例法理（最判昭和39年5月23日民集18巻4号621頁、最判昭和42年11月10日民集21巻9号2417頁等）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (1)エ 判例法理（最判昭和35年10月21日民集14巻12号2661頁）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (1)オ 判例法理（最判昭和45年7月28日民集24巻7号1203頁）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (2)ア 判例は、法定代理にも適用されると解しているが（大連判昭和17年5月20日民集21巻571頁）、判例法理の解釈で十分対応できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (2)イ 私法上の代理権でないものであっても基本代理権となりうるかにつき、登記申請行為は公法上の行為ではあるが、特定の私法上の取引行為の一環をなすものであるとして、表見代理の成立を認めた判例がある（最判昭和46年6月3日民集25巻4号455頁）。しかし、法律行為以外の事実行為が基本的代理権に含まれるかどうかについては、判例法上の解釈がない。したがって、基本代理権に事実行為を含めるか否かについては、慎重に検討する必要がある。

2 (2)ウ 判例法理（最判昭和35年12月27日民集14巻14号3234頁）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (3)ア 他の表見代理規定と同様に、特に明文上の規定を置く必要はない。

2 (3)イ 判例法理（最判昭和44年7月25日判時574号26頁）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

2 (3)ウ 判例法理（大連判昭和19年12月22日民集23巻626頁）により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

3 (1) 現行規定の変更の必要はない。なお、本研究会においては、未成年者が代理人と称して行動している場合には、未成年者が「制限行為能力者」であるとの理由で、一律に当該行為の責任を免除されるというのは行き過ぎである（この場合には、基本的には民法第117条の履行又は損害賠償責任が不法行為責任の性質を有することから、民法第712条の場合と同様に、事理弁識能力を欠く者のみが免責されるとするべきではないか）とする意見も示された。

3 (2) 判例法理により対処できるものと思われることから、明文化する必要はない。

4 代理に類似する制度としては、授権のほかに間接代理がある。間接代理とは、自己の名で法律行為をしながら、その経済的效果のみを他人に帰属させる制度であり、問屋（商法第551条）がその一例であるとされている。したがって、「授権」を明文化するに際しては、商法上の問屋等との関係も検討する必要があると考える。

第34 条件及び期限

1 用語の意義を明確にすることについて、あえて異を唱えるものではないが、そのために定義規定を置くことには反対する。法典は教科書ではないという議論は、現行民法制定時にも行われているはずである。

2 規定を置くことに賛成である。但し、故意に条件を成就させた場合でも、非難すべきでない場合を除外する必要がある。現行民法第130条の「妨げた」に対応するような非難的要素を持つ用語を工夫すべきである。

3 原始的不能論の見直しと平仄を合わせるという観点から、削除に賛成である。

4 用語の意義を明確にすることについて、あえて異を唱えるものではないが、そのために定義規定を置くことには反対する。

5 破産債権の現在化については破産法に規定があり、財団債権については現在化させる必要性に乏しい。現行民法第137条第1号は不要である。第2号については、例外である、動産売買先取特権目的物の費消のみに注目して、削除するのは本末転倒であり、必要があれば、動産売買先取特権規定を改正すれば足りる。

第35 期間の計算

1 民法は私法体系における基本法であるという観点から、自己完結的に、引き続き規定を置くべきである。

2 現行法で十分対応できるところであり、新たに設ける必要はない。

3 期間の末日が日曜休日ではない場合であっても、期間の末日が当事者双方（複数存在する場合にはそのすべての）にとって休日である場合、当事者満了の特例とすることには合理性があり明文化に賛成する。一方、日曜休日であっても、当事者取引慣行上休日ではない場合には延期の必要性がないといえる。しかし、これは契約の解釈に委ねれば足り、明文化する必要はないのではないか。

第36 消滅時効

1 (1) 短期消滅時効と通常の消滅時効はその制度趣旨が異なるものと考えられる。短期消滅時効の見直しは原則的な時効期間の見直しと連動させる必要はなく、これを短縮することは、債務者の無資力・所在不明等の理由により当面は回収の見込みのない債権であってもその時効消滅を阻止するために、訴訟等の提起を余儀なくされる債権者の負担を考慮すると、現行法の10年を維持しても良いのではないか。

1 (2) ア 現行の職業別に短期消滅時効期間を定める方法は、今日において合理性を欠く。短期消滅時効は領収書の保管期間という点に特化し、少額債権（10～20万円程度）についてのみ適用されるところかどうか。なお、この場合、金額を制令等に委ねるのは、基本的市民法という民法の性格上好ましくないのではないか。

1 (2) イ 定期金債権については、弁済期未到来のものが存在する場合であっても、半年程度の不履行の際には期限の利益を喪失させた上、最期に弁済されたときから10年で時効消滅することとする。

1 (2) ウ 現行規定を維持することに賛成である。

1 (2) エ 民法第724条後段の期間を時効期間とし、中断を認めることは被害者救済の見地から賛成である。他は不法行為法全体の見直しの中（例えば定期金賠償を導入するか等）で検討すべきであって、今回特に改正する必要はないのではないか。ただし、総論的に主観的起算点を導入するのであれば、現行民法第724条前段の3年が却って他の債権より時効期間が短くなる可能性があるので、被害者救済に欠けることがないように留意する

必要がある。

1 (3) 短期消滅時効については、領収書保管期間という観点から、主観的起算点を導入することについて反対である。一般及び商事債権については賛成する。ただし、客観的起算点からの時効期間を超えた後も主観的には時効が進行していない場合には、時効は完成せず、または時効障害となりうると解すべきではないか。

1 (4) 時効は公序であり、合意による時効期間の短縮は原則として認めるべきではない。このことと、契約において権利行使期間が定められうるということは、次元が異なるのではないか。

2 (1) 中断という用語は、日常の用語例と異なるので、新たな時効の進行と改めるべきである。他の部分についても、わかりやすさを求めるという観点から賛成である。

2 (2) 前記第36の2(1)以外については、現行の停止事由と同様に該当期間も時効は進行していたものとし、事由終了後も一定期間は(別の中断方法をとる途を与えるため)時効が完成しないものとする。

2 (3) 天災等による時効の停止期間について、障害が消滅したときから2週間は短いので他と合わせて6か月とする。なお、「障害の消滅」という概念の中に主観的要素も取り組むべきではないか。

2 (4) 簡便な制度として導入に賛成である。債務者からの(確定日付ある)協議不調の申し入れ書面あるいは両当事者作成の確認書の日付日から6か月は、時効は完成しないものとする。

2 (5) ア 一部請求であることの明示の有無にかかわらず全部について時効障害の効果が生じるとしつつ、請求しない部分については、判決確定後は時効障害がなかったものとして扱う。ただし、判決確定から6か月は時効は完成しないものとする。

2 (5) イ これにより、債務者への時効中断を認める実益があるのは債務者の所在が不明である場合であろうが、債務者に到達しない通知に時効中断効を認めるのは行き過ぎではないか。

3 (1) 援用の効果としては、単に履行拒絶権が生じるとどまるものではなく、援用した者との関係で実体的に権利が消滅することを明確にするにとり反対はしない。ただし、時効消滅した債権でも自動債権として相殺に供しうるものとする。

3 (2) 援用権者の範囲として、保証人、物上保証人を例示した上、法律上正当な利益を受ける第三者とすべきである。

3 (3) 援用権の放棄は、援用権の存在を知った上で、その行使と矛盾する行動をとった場合に限定する。知らなかった場合には、放棄とせず、信義則上喪失を認めれば良いが、後者については、信義則適用の一事例にすぎず、明文を置く必要はない。

4 形成権の多様性に鑑みると、形成権一般についての規定は置く必要はないと考えるが、それとは別に、抗弁権の永久性について規定することを検討すべきではないか。もともと、規定がなくても、援用権の濫用の問題として、一般条項に委ねうる。

5 (1) 特に検討する必要を見い出せない。

5 (2) 取得時効・消滅時効に共通する、時効総則の規定は必要であると考え。その限りにおいて、取得時効への影響を検討しておく必要がある。

第37 契約各則―共通論点

1 典型契約の冒頭規定を、効力要件を定める形式ではなく定義規定とすることによって、無名契約が効力を生ずる根拠の説明も容易になるかもしれないが、現在の冒頭規定が契約の本質部分や成立要件等を簡潔に示し、訴訟における攻撃防御の構造を示す指標にもなっていた点にも配慮する必要がある。

2 民法の規定のうち、債権関係の規定を、公序良俗に関するもの（強行規定）とそうでないもの（任意規定）に書き分けること、または、それを区別することは、必ずしも容易ではない。この問題は、典型契約の性質決定に関する規定を新設することや各典型契約の定義規定に関する問題とあわせて検討すべき問題である。

第38 売買―総則

1 『債権法改正の基本方針』【3.2.1.02】の形で条文化することに賛成である。本研究会においては、規定場所は契約総則に置くべきであるとの見解が多数を占めたが、準用規定を設ければ売買の個所に規定しても問題はないとの意見もあった。

2 履行の着手について判例の基準を明文化することには賛成である。履行されると信頼した相手方保護として損害賠償による調整を設けることには賛成であるが、錯誤や契約交渉上の過失との関係に配慮する必要がある。「償還」については、口頭の提供では足りず現実の提供が必要とするのが判例であるが、本研究会においては、あらかじめ強く拒んでいる場合にまで現実の提供まで必要ないのではないかとの意見が出された。

第39 売買―売買の効力（担保責任）

1 (1) 瑕疵担保責任の法的性質を契約責任とすることには反対である。瑕疵担保責任は特定物の場合に限定し、種類物の場合には不完全履行の問題として処理すべきである。債務不履行一般に瑕疵担保責任を取りこんでしまった場合、特に瑕疵担保責任を規定すること自体にどのような意義があるのかを検討する必要がある。両者の要件・効果にどのような違いがでくるのか、出てくることとしてそのようにすることの意味はどこにあるのかの理由づけが必要であろう。

1 (2) 現在の解釈論によりうまく処理できているので、あえて瑕疵概念を定義する必要はない。

1 (3) 「隠れた」という要件は維持すべきである。というのは、①外形上明らかな瑕疵は含まれず、自主的な解決基準として有用である、②瑕疵通知義務、瑕疵検査義務等との関係で必要だからである。

1 (4) 代金減額については規定すべきである。対価的均衡を維持するために有用だからである。なお、本研究会においては、損害賠償（代金減額の損害賠償）の中で処理できるのではないかとの見解もあった。

1 (5) ドイツのように履行請求権に優位を認めることには反対である。紛争の解決に必要な適切な手段を選択していくことになるので、優先順位を

付けるなどした場合使いにくくなってしまいうからであり、それで問題が出てきた場合には、信義則や権利濫用のような一般法理論で処理すべきである。

1 (6) もし瑕疵担保責任を債務不履行に取り込むとすると消滅時効の一般規定によることになるが、取り込む取り込まないのいずれの見解によったとしても、特に短期の期間制限を設けることの合理性をどこに求めるかが問題である。本研究会においては、取引の早期安定化を図る、短期にしないなどの時点で瑕疵があつたか分かりにくくなる等、短期の期間制限を設ける必要が現在もあるとの見解が多数を占めた。なお、瑕疵を発見したなら合理的期間内に通知する義務を課するという形でこの問題を処理すべきである、との見解もあつた。

2 物の瑕疵担保に関する債務不履行に関する議論と共通する形で考えるべきである。

3 (1) 他の債務不履行と比べて特に保護を与える理由がないので、他人の権利の売買における善意の買主の解除権は削除すべきである。

3 (2) 物の瑕疵担保責任と同質と考えられるが、①代金減額になじみやすい、②数量超過について規定するとした場合に必要となるなどから、この規定は削除すべきではない。

3 (3) 代金減額についても認めてよい。

3 (4) 本研究会においては、債務不履行に他ならないので削除すべきとの意見が主張されたが、反対の意見も強く、更に検討すべきであるという意見である。

4 本研究会においては、①権利の瑕疵とのバランス、②競売制度の信頼を高める、③民事執行法内に規定すべきであるとの理由から、民法第570条ただし書きは削除すべきであるとの見解を述べる者が一方、現行法内の解釈でこの問題は適切に処理されているのでその必要はないとの見解も強く主張され、意見の統一には至らなかった。

5 担保責任を債務不履行責任と捉えたと当然のこととなり、削除されることになるが、そのような見解には立たないので、この規定は維持されるべきである。

6 本研究会においては、売主は数量を検査できるし、契約の解釈によつて代金増額請求を認めることや錯誤による保護も考えられるので規定を設ける必要はないとも意見もあつたが、解釈で代金増額を導きだせるかは問題である、錯誤のハードルはかなり高いし、それによると契約目的物を保持できない等の理由から、数量超過の場合について規定できないか更に検討してはどうかとの意見が多数を占めた。

7 債務不履行における免責との関係、不当条項規制との関係等さらに検討すべきである。

8 本研究会においては、保証の要件・効果としてどのようなものかを考えるのか更に検討する必要があるとの意見が強く主張されたが、規定せず債務不履行一般の問題として処理できるのではないかとの意見もあつた。

9 商人（事業者）や消費者といった当事者の属性によつて区別した規定は設けるべきでない。

第40 売買―売買の効力（担保責任以外）

1 (1) 明文化することに異論はない。

1 (2) 規定することに異論はないが、受領遅滞との関係をどう理解するかについても検討する必要がある。

2 (1) 規定を設けるのであれば、不動産登記との関係でも規定を設ける必要がある。

2 (2) 目的物の引渡と同時に代金を支払うべきときでも、目的物が引渡されたのちは民法第484条によるとの判例の内容を明文化することについては、とくに異論はない。

2 (3) 不安の抗弁権との関係を検討する必要がある。

2 (4) 抵当権の存在を考慮して代金額を決定している場合には民法第577条は適用されないということを明文化すべきである。

3 現在の決済の簡便性、果実と利息の等価性という考え方は維持できないとの理由から、売る主は引渡期日までに生じた果実を取得し、買主は代金支払い期日まで代金の利息を支払う必要がないという形で規定を設けるべきである。

4 (1) 無権代理と相続の問題を含め更に検討すべきであるが、現在の判例によりうまく処理できていることでもあるので、あえて規定する必要はない。

4 (2) 帰責事由を必要とする見解に立つので、この問題は生じない。

4 (3) 消費者と事業者に関する規定は民法典中に規定すべきではない。

4 (4) 事業者に関する特則も民法典中に規定すべきではない。

5 本研究会においては、個別に規定していくとすると非常に複雑な問題が生じることになるので、解釈論を通じて具体的に妥当な結論を得ることができるのであるから、変更する必要は認められないとの見解が多数を占めた。

第41 売買―買戻し、特殊の売買

1 譲渡担保との違いを明確にする必要があるが、この点については判例によつてすでに明確な基準が打ち出されているので問題はないと思われる。買戻しをもう少し使いやすいものにするため、契約と同時に登記する必要はないのではないかと等、更に検討すべきである。

2 規定することに異論はないが、特に規定を設けないでもそれほど実務上困ることはない。

第42 交換

本研究会としては、現行の規制を維持するべきと考える。

第43 贈与

1 本研究会としては、現行の規定のままで望ましいのではないかと考える。要式化・要物化することにより、有益な贈与を制約することが懸念される。また、諾成的贈与が認められれば、要物契約化を図る意義がない。

2 これは、贈与の「典型」契約性をどう規定するか、無償契約への準用をどのように規定するかといった問題である。前者は、「典型」性につき

典型契約の意義、贈与契約が典型契約でありながら、総則性が強い規定であることを考慮しつつ、明確に規定されたい。後者は、もっぱら立法技術上の問題であり、関係各制度との整合性を図りつつ、しかるべく規定の整合性を図られたい。なお、「自己の」を削除すべきであるという考え方については、特段の異論はない。

3 「書面」要件については、判例の立場に従った規制を望むものである。規定の厳格化により、有益な贈与が否定されないよう慎重な検討が望まれる。なお、電磁的記録についても規定するかについては、かなりの部分が解釈でまかなうことが可能と考えるが、引き続き検討されたい。

4 本研究会としては、売主の瑕疵担保責任の法的性質を法定責任説と考えているので、それとの整合性を図った規律が望みたい。学説上大きな争いがある分野につき、安易な立法で一方に決するような態度は慎みたい。

5 負担付贈与については、判例の立場に従った規制を望むものである。本論点ではもっぱら立法技術に関するものであり、しかるべく規定されたい。

6 相統法・裁判実務への影響が大きい分野であり、慎重な考慮が必要である。どちらかというと相統法改正にあたって本格的検討がなされるべき規定ではないかと思われる。規定の明確化により、「相統させる遺言」にみられるような実務の発展を阻害することがないよう、慎重に検討されたい。

7 (1) 本研究会としては、贈与契約が典型契約の一つでありながら、無償契約に関する総則性が強いという特性に鑑み、弊害が懸念される本論点については慎重な考慮が必要であると考える。

7 (2) 当該制度については、一般的な制度としては明文文化は不要であり、仮に規定を置くとしても、いかなる場合にかかる規定が必要であるかの「仕分け」を慎重に検討した上で、一定の限定された領域に関して、必要な限度で規定することで足りるように思われる。いずれにせよ相統法・裁判実務への影響を慎重に精査されたい。

7 (3) 本研究会としては、解除に関する規定との整合性を図りつつ、慎重に検討していただきたいと考えている。

7 (4) もっぱら立法技術上の問題であり、関係各制度との整合性を図りつつ、しかるべく規定の整合性を図られたい。

第44 消費貸借

1 (1) 現行実務における解釈による運用を明文文化するものであり、条文の明確性を確保するという点で望ましい。

1 (2) 諾成契約における拘束力の根拠は有償性に存在することから、無利息消費貸借における契約の拘束力については、適宜緩和させる必要があると思われる。ただ、利息付消費貸借と無利息消費貸借を分けてそれぞれ規定する必要性があるのか、書面による場合と電子的記録による場合とで、解除権の有無を分ける必要性があるのか、については疑問がある。

1 (3) 私法体系における基本法である民法で対応すべき内容ではなく、消費者契約法等の特別法によって対応すべきである。

1 (4) 規定を置くことに賛成である。ただし、財産悪化時まで含めることについては、そもそも何をもって、また、どのような基準で財産状態「悪化」時とするのか不明確である。

1 (5) 消費貸借が諾成契約として規定された場合に、予約の規定を削除することに異論はない。
 2 現行実務に対応した形で明文化については賛成である。ただし、一つ一つの内容をこまかく規定していくことによる過度な条文数の増加には反対する。

3 (1) 諾成契約化に伴う措置であり、異論はない。ただし、売買における売主の担保責任の検討内容に留意しつつ、更に検討すべきである。

3 (2) 借主の返還義務につき、無利息・利息付消費貸借で差を設けないことにつき賛成する。ただし、利息付消費貸借については、利息の算定方法・基準、利息につきどこまで明文化するのか等につき更に検討すべきである。

4 (1) 利息付消費貸借につき、「約定の返還時期までの利息相当額」を支払えば期限前弁済を認めることにつき賛成する。ただし、借主の貸主に対する「損害賠償責任」をどこまで認めるかについては更に検討すべきである。約定の返還時期までの利息相当額と損害賠償責任の範囲とが、接近することが望ましい。

4 (2) 私法体系における基本法である民法で対応すべき内容ではなく、消費者契約法等の特別法によって対応すべきである。

5 私法体系における基本法である民法で対応すべき内容ではなく、消費者契約法等の特別法によって対応すべきである。

第45 貸貸借

1 賛成である。「処分につき行為能力の制限を受けた者」は制限行為能力者であり、個別規定があるため、削除した方がよい。また、短期貸貸借の期間を超え締結された貸貸借に関しては、法定期間を超える部分のみ無効（一部無効）としてよい。

2 長期にわたる貸貸借には、地上権や永小作権が利用されていないからといって貸貸借の存続期間の上限を廃止すべきではない。ただし、ゴルフ場の貸貸借等については、20年の上限期間は短いものもある。そのように長期の貸貸借の存続期間を要するものについては、借地借家法等の特例法で対応するのが合理的ではないかとする意見もあった。

3 (1) 「二重に貸貸借をした賃借人」、「不動産を差し押さえた者」などとの関係について、貸貸借の対抗力を認めるという従来の解釈を条文中、明確化するもので、明文化してもよい。ただし、規定の仕方としては、「物権を取得した者」と「二重に貸貸借をした賃借人」との間では、対抗の局面が異なるため、規定を別にした方がよいように思われる。

3 (2) 賛成する。①、②、③については、判例法理を明文化するもので、妥当である。賃借人が賃貸人の地位移転を知らないで旧所有者に賃料支払いを行った場合についても、その支払いを新所有者に対抗できるという旨の規定も入れるべきである。また、必要費の償還債務が新賃貸人に移転するという規定も、導入したほうが明確ではないかと考える。

3 (3) 賛成する。通説および判例（最判昭和39年6月26日民集18巻5号954頁、最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁など）の考え方を明確にしたものであり、妥当であると思われる。

3 (4) 概ね賛成する。ただし、貸貸借契約と敷金設定契約は、異なる契約であるため、この点をどのように考えるべきかという問題が残る。

- 3 (5) 動産の賃貸借契約についての對抗要件に関する規定に関しては、建機レンタル等具体的なニーズがあるものの、規定を設けるには疑問がある。
- 3 (6) 明文化すべきではないと考える。なぜなら、物権法における妨害排除請求権の規定がないにもかかわらず、賃借権に基づく妨害排除請求権を規定するのは、均衡を失する。

規定を置くにしても、物権他制度との関係を考慮する必要がある。また、代位請求権（民法第423条）との関係も検討すべきである。

- 4 (1) 基本的に反対である。明文化するにしても、他制度とのリンクが必要ではないか。また、明文化するにあたっては、通知義務の要件に関しては、「修繕を要することを知ったとき」とすべきではないか。

- 4 (2) 賛成である。解釈上も当然に要求されることがあり、明文化は妥当である。敷金との関係も考慮すべきではないか。

- 4 (3) 賛成である。賃貸借は継続的契約関係であって、賃借人が賃貸人に対して瑕疵に関する通知をしなかったため、直ちに賃借人の権利が喪失するというのは妥当ではない。

- 5 (1) 賃料増額請求権に関しては、特別法の規定に委ねるべき事項であると考えられ、賃貸借一般を対象として、その規定を設けるのは妥当ではない。
- 5 (2) 確かに、賃料の支払いは使用収益の対価であり、使用の可能性を欠いている場合には、賃料債務が発生しないともいえるが、賃借人に帰責事由があるときにおいても、当然に賃料の減額を認めるべきかについては、疑問である。

- 6 (1) 賛成である。確立した判例法理（信託関係破壊法理）については、その導入をすることは妥当である。なお、債務不履行の部分で賃貸借契約の信託関係破壊法理は契約の重大な不履行で解決できるとする説明（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ』（商事法務、平成21年）309頁）との整合性をどのように図るべきなのかという点については、疑問が残る。

- 6 (2) 原則として賛成である。現行条文の「直接に義務を負う」という規定の不明確さからみても、これらの判例法理の導入には、賛成である。

- 7 (1) 賛成である。賃借物が全部滅失した場合においても、その責任を明確にするためにも条文により明確化した方がよい。

- 7 (2) 基本的に賛成である。特約がある場合を除いて原状回復義務には含まれないという判例理論（最判平成17年12月16日裁判集民21号1239頁）を、賃借人保護のためにも条文上明確化した方がよい。原状回復義務と収去権とともに規定する現行民法の内容を改め、通常損耗部分が含まれないとすることについては、慎重に検討すべきである。

- 7 (3) ア 消滅時効一般の規定に委ねるものとする、長期にわたる賃貸借契約の場合に、賃貸人の保護は図られるものの、賃借人の保護は図られないのではないか。

- 7 (3) イ 前記第45の7(3)アと同様の理由により、導入するのは妥当ではないと考える。

- 8 ①、②、③に規定を区分するのは、困難であり、このような配列によって賃貸借に関する規定が必ずしも分かりやすくなるか疑問が残る。

第46 使用貸借

「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見（日本大学法学部民事法・商事法研究会）

1 使用貸借契約は贈与契約と同様の無償契約であるが、使用貸借契約は貸借型の無償契約であることから、要物契約であることは維持すべきである。要物契約であることが不都合な場合には、当事者の合意で諾成的要物契約を締結すれば足りる。

2 使用貸借契約について対抗力を具備できる規定の新設については、対抗要件を具備できる他の貸借型の契約に賃貸借契約があること、使用貸借契約は無償契約であることを考慮して、反対である。

3 現在と同様に贈与者の担保責任の規定と同様とすべきであるとする考え方に賛成である。使用貸借契約は、贈与契約と同様に、無償契約であり、売買の担保責任に比して、責任が軽減されるべきである。

4 (1) 借用物の返還時期について、民法第597条の規定につきわかりやすく整理できれば、改正の趣旨に沿うため賛成である。

使用貸借の終了事由として、民法第597条第2項本文の使用収益に足りる期間の経過は、最判昭和45年10月16日裁判集民101号77頁、最判平成11年2月25日裁判集民191号391頁、当事者間の信頼関係が破壊された場合には、最判昭和42年11月24日民集21巻9号2469頁による解決がされている。これらの判例法理を踏まえ、可能であれば、貸主の解除権の規定を新たに設けるべきである。

4 (2) 賃貸借契約との関係につき留意しつつ、更に検討すべきである。

第47 役務提供型の典型契約（雇用、請負、委任、寄託）総論

役務提供型の契約には、事業者が消費者にサービスを提供する契約のように役務提供者が強い立場にあるものもあれば、個人が自ら役務を提供する契約のように実質的に雇用に類似したものもあり、後者の契約においては役務提供者が弱い立場にあることから、その保護を図る必要性があることに留意して検討すべきである。また、消費者契約の分野では、請負に該当するか委任に該当するかが消費者にとって分かりにくい契約が増えていることから、それぞれの典型契約の意義を明確にすべきである。

新たな典型契約の要否、役務提供型の規定の編成の在り方など、役務提供型の典型契約の全体的な在り方としては、諸外国の例をみても種々多様であるが、雇用、請負、寄託と並んで「サービス（役務）契約」に相当する別の類型を設け、これに適用される総則規定を設けるとともに、「サービス（役務）契約」の下位概念として委任、仲介、代理商、医療、情報・助言を提供する契約などに関する規定を設ける例などがあり、参考になるものと思われる。

第48 請負

1 民法上の請負には、成果物の引渡しを要するものと要しないものという区別も含め、多様な契約が包摂されている。成果が有体物である類型の中にも製作物供給契約、請負人が物を持ち帰ってそれを修理する類型、請負人が注文者の下で物を修理する類型があり、さらに、無体物に関する請負にも様々なものがある。請負の規定を見直すといっても、請負概念を変更する実益が明らかでない。役務提供型契約の受皿規定・総則規定を設けることとする場合には、規定の適用関係を明確にするために、請負に関する規定の適用対象を明確に画する必要があるとしても、まず規律内容を検討した上で、これらの類型を「請負」という概念にまとめるかどうかを議論すべきである。

成果が有体物であるか、引渡しが観念できるかという基準で請負とその他の労務提供契約を区別することについては、同じ物の修理でありながら、請負人が持ち帰って修理するか、注文者の下で修理するかによって請負に該当するかどうか異なるなど、問題がある。請負の本質的な要素は仕事の完成であるから、引渡しは観念できるかどうかではなく、仕事の完成を目的としているかどうかを判断基準とすべきである。かりに建築請負や製作物供給のようなものに請負の規律の適用対象を限定することを意図するのであれば、引渡しの有無ではなく、労務の結果が有体物に化体するかどうかを基準とすべきである。

物の引渡しを観念できる契約類型については、引渡しを起算点として権利行使期間を規定するなど、瑕疵担保責任に関する規定を設ける実益があるが、引渡しを観念することができないサービスの提供を目的とする契約についてはこのような特則は必要なく、不完全履行として処理すれば足りる。

2 請負に協力義務を規定することについては、情報処理システムの開発請負のような場合、請負人が適切に仕事を完成するには注文者が情報提供をしなければならぬこともあり、実際、十分な情報提供があつたかどうかをめぐる紛争が生ずることも少なくないことから、有益である。ただ、債権者の協力義務は、請負に限らず他の契約でも認められることであり、規定するとしても他の契約類型との関係にも配慮する必要がある。また、協力義務の具体的内容は、仕事の進捗状況に応じて変化していくものであるから、協力義務に関する規定を設けるにしても、柔軟な規定にする必要がある。要件効果を明確に規定するのが困難であれば、従来とおり、信義則に委ねる方法もある。

受領義務については、このような規定を設けることにより、弱い立場にある注文者に対し、請負人がした仕事の成果物を履行として認容することを事実上強制することはないのかどうか、慎重な検討を要する。また、「受領」を履行として認容するという意味で用いるのであれば、それは債権者に受領義務が認められる場合に従来想定されていた受領の意味とは異なるものであり、受領の有無をめぐる紛争を生ずることが予想される。「受領」は、かりに意思的要素があるとしても、当該契約の目的物・客体と認めるということと定めるべきである。請負においては、成果物が契約に適合するかどうかを確認して受領するというプロセスを観念できるかどうかが重要である。協力義務の場合と同様、他の契約類型との関係もあり、従来とおり信義則に委ねることも考えられる。

3 (1) 請負報酬の支払時期については、現行規定をとくに修正する必要は感じられない。報酬の支払と受領とを同時履行とするという考え方を前提とすると、請負人は目的物を引き渡しても、注文者がその契約適合性について確認しなければ報酬が得られないこととなり、請負人が目的物の引渡しのリスクを一方的に負担することになる。引渡しと同時に履行とされている現行法の下でも、優越的地位にある注文者が仕事の完成を認めないために報酬の支払をめぐる紛争が生ずる事例が多発しており、報酬の支払を受ける要件として引渡しだけでなく、注文者が履行として認容することまで必要であるとなると、現在以上に紛争が多発するおそれがある。報酬の支払と受領とを同時履行とするという考え方は商事売買（商法第526条）において議論されているが、これは商事売買における売主を保護するという政策的な目的から買主に検査通知義務を課しているのであり、このような政策的目的を持つ規律を民法に設けることには疑問がある。

3 (2) 仕事の完成が中途で不可能になった場合には、請負人は仕事を完成していない以上報酬を請求することができないのが原則であるが、請負人が例外的に報酬を請求することができる場合を規律することについては、賛成である。

その場合の具体的な規定内容としては、「注文者に生じた事由」や「注文者の義務違反」の具体的な内容、請負人の利益を害するおそれの有無、注文者が債務不履行を理由に解除した場合の効果との均衡などに留意した規定とする必要がある。例示されている、①仕事の完成が不可能になった原因が注文者に生じた事由であるときは既に履行した役務提供の割合に応じた報酬を、②その原因が注文者の義務違反であるときは約定の報酬から債務を免れることによって得た利益を控除した額を、それぞれ請求することができるの考え方には、基本的に賛成である。

また、判例法理（最判昭和56年2月17日判時996号61頁等）を具体化した規定を設けること（仕事の完成が不可能になった場合であっても、既に行われた仕事の成果が可分であり、かつ、注文者が既履行部分の給付を受けることに利益を有するときは、特段の事情のない限り、既履行部分について請負契約を解除することはできず、請負人は既履行部分について報酬を請求することができる）については、とくに反対はしない。

3 (3) とくに異論はない。

4 完成した建物に関する権利関係を明確にするため、建物建築を目的とする請負における建物所有権の帰属に関する規定を新たに設けることには賛成である。判例は、特約のない限り、材料の全部又は主要部分を供給した者に原始的に帰属するとしているが、学説上は、当事者の通常の意味などを理由に原則として注文者に原始的に帰属するとの見解が多数説である。両者の見解は一見先鋭に対立しているようであるが、原則を修正することによって結論的には近似している。完成した建物の所有権の帰属に関する規定を設ける場合の内容も含めて、具体的な立法提案を示し、検討を進めるべきである。

5 (1) 瑕疵がある場合、請負人は修補義務を負うのが原則であり、瑕疵が重要である場合には過分の費用を要する場合であっても瑕疵修補を請求できるという民法の規定を維持すべきである。そのうえで、瑕疵の程度も含めて、契約の趣旨に照らして「修補に過分の費用を要する」ときに限り、注文者は修補を請求することができないと考えるべきである。瑕疵があれば補修を請求できるという原則に対する例外の拡大には慎重であるべきである。

5 (2) 解除に関する一般的な規定の内容にも留意しながら検討するのであれば、とくに異論はない。

5 (3) 建築請負契約の目的物である建物に重大な瑕疵があるために建物を建て替えざるを得ない場合、注文者は請負人に対し建物の建替えに要する費用相当額の損害賠償請求をすることが可能である。このことは、民法第635条ただし書の趣旨に反しないとした最高裁判例（最判平成14年9月24日判時1801号77頁）によっても認められているところである。このような判例法理に照らすと、解除の制限を廃止する方向で同条ただし書を見直すことには賛成である。

5 (4) この点につき、とくに異論はない。

5 (5) 売買における売主の瑕疵担保責任の存続期間との整合性や消滅時効の一般原則の内容などにも留意しつつ検討するのであれば、とくに異論は

ない。具体的な問題点は、存続期間の起算点、期間の長さ、その期間中に注文者がすべき行為の内容をどのように考えるかであるが、改正する場合の具体的な規定内容については、本文記載の①及び②の考え方のほか、請負人の担保責任について消滅時効の特則を設けず、消滅時効の一般原則によって処理すべきであるとの意見も視野に入れて検討すべきである。請負人の担保責任の存続期間を債権の消滅時効の一般原則に従って処理するに当たっては、瑕疵の存否や程度についての評価は時間を経るに従って困難になるという性質をどのように評価するか、注文者が瑕疵の存在を知ったときの行為規範としてどのようなものが望ましいかなどを考慮する必要がある。

なお、通知義務と失権効によって瑕疵担保責任の存続期間を規律するという考え方は、売主の瑕疵担保責任の存続期間についても議論されており、これとの整合性にも留意しながら検討する必要がある。

5 (6) 民法第638条第1項は土地工作物に関する担保責任の存続期間について規定し、これが性質保証期間（仕事の目的物が契約で定めた性質ないし有用性を備えていなければならない期間）であることに異論はないが、土地工作物のみを対象として性質保証期間を設ける根拠が十分に説明できないなどの指摘もあり、また、性質保証期間の効果として議論されていることは消滅時効の効果として議論すれば足り、必ずしも性質保証期間という考え方を導入する必要はないとの考え方もある。具体的な立法提案を示して、更に検討する必要がある。

5 (7) 賛成である。なお、免責特約における「重大な義務違反」という表現は、契約の趣旨によって注文者が負う義務が設定され、この契約上の義務に対する違反の程度が重大であるかどうかに着目したものであると考えられるが、債務者が契約上の義務に反した場合を条文上一般にどのような表現することも関連するので、他の領域での表現との整合性にも留意して更に検討する必要がある。

6 (1) 民法は、請負人が仕事を完成しない間は注文者はいつでも損害を賠償して請負契約を解除することができるとして（民法第641条）、注文者による解除権を広く認めているが、請負人が注文者に対して従属関係にある労働契約類似の請負など、請負人が注文者に対して弱い立場にある請負については、注文者による解除を広く認めた上で当事者の利害を金銭によって調整するという規律を適用することには疑問があり、注文者の解除権に対する制約原理を検討する必要がある。具体的な立法提案を示して、検討すべきである。

6 (2) 基本的に賛成であるが、「約定の報酬相当額から解除によって支出を免れた費用を控除した額」が具体的に何を意味するのか、請負人が他の仕事をすることによって得た利益は「支出を免れた費用」に該当するのかどうか、具体的に立法提案を示して、検討すべきである。

7 破産法第53条・第54条の規定に配慮しつつ検討するのであれば、基本的に賛成である。併せて、請負人が破産した場合についても検討する必要がある。

8 (1) 下請負を利用することができることは契約責任の一般原則から導かれることから、特に規定することを要しない。規制する場合には、建設業法などの特別法に委ねれば足りる。規定を設ける場合には、履行補助者に関する規定の内容および不法行為責任のあり方にも関連するから、これらとの整合性にも留意する必要がある。

8 (2) 適法な下請負がされた場合には、賃貸人が転借人に対して直接賃料の支払を求めることができる（民法第613条第1項）のと同様に、下請負人

の元請負人に対する報酬債権と元請負人の注文者に対する報酬債権の重なる限度で、下請負人は注文者に対して直接支払を請求することができる旨を新たに規定すべきであるとの考え方には、賛成である。

ただし、その際、どのような範囲の下請負人に認めるかについては、元請負人が多数の下請負人を使用した場合や複数次にわたって下請負がされた場合との関係に配慮する必要がある。また、下請負人に準ずる地位にある者として、元請負人が第三者に仕事を請け負わせた場合や元請負人が第三者から物を購入した場合についても、下請負人と同様の直接請求を認めるかどうか検討を要する。

また、検討にあたっては、優先権を認める方法や程度について、とりわけ直接請求権を与える構成によれば、手続外でも優先的な立場で弁済を受けられることになり、担保権を付与する以上に強い権利が認められることになるが、このような強い保護の必要性の有無を検討すべきである。その際、中小企業は金融機関が提供する一括支払システムを活用して下請代金を前もって現金化していることから、直接請求権を認めるとこの債権の取扱いが不明確になり、債権譲渡による資金調達ができなくなるおそれがあるとの意見や、元請負人の経営が悪化している場面で下請負人が注文者等に対して直接報酬の支払を請求すると、倒産の引き金を引きかねないとの意見などに配慮する必要がある。

技術的な観点からは、権利行使の手続的な要件をどのように考えるか、注文者が元請負人に対して何らかの抗弁を主張することができる場合にこれを下請負人に主張することの可否、元請負人が下請負人に対して何らかの抗弁を主張することができる場合に、そのことを知らない注文者が支払をしてしまった場合の処理など、具体的な立法提案を示して、検討する必要がある。

この問題は、転貸借や復委任、さらには一般的に連鎖する契約相互に密接な関連性がある場合に直接請求権を認めるかどうかという問題の一つであり、共通する一般規定を設けるかどうかについても併せて検討する必要がある。

8 (3) 判例法理を条文化することとくに異論はないが、下請負人の保護も考慮すべきであり、一括請負かどうか、注文者の承諾の有無などの要素を勘案して全く例外を認めないかどうかについて更に検討する必要がある。

第49 委任

1 (1) 受任者の指図遵守義務の法定に反対する。善管注意義務についての抽象的規定を維持し、その内容として指図遵守義務を捉えるのが相当と考える。労働力の支配が使用者の手中にある雇用とは異なっており、労働力の支配が労務提供者自身の手中にありそこに一定の裁量が含まれるのが委任であり、そして、受任者の義務が、信託義務としてその地位にある者に要求される相当の注意を意味する以上、漫然と委託者の指示に従っていけばよいというものでもない。このように、指図遵守義務を強行的に規定し、しかもその内容（例外とその要件を含め）を適切に定義するのは困難であるからである。

1 (2) 受任者の忠実義務の明文化の可否を更に検討されたい。本研究会においては、委任に関する規定に従う会社取締役については、いわゆる同質説が判例（最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁）及び通説の立場とされ、任務懈怠責任（会社法第423条）というかたちで義務違反責任も一元化されており、別個の義務と解することによりむしろ混乱が生じるとの意見があった。その一方で、取締役の義務のうち利益衝突規制を行う部

分を忠実義務と呼ぶことは珍しくなく、信託法のように、両義務を併存させる立法例もみられるところであって（信託法第29条、第30条）、民法上、特別法におけるような受任者の利益相反ないし報酬受領に関する個別的・技術的な規律（信託法第31条、第54条、会社法第356条、第361条、一般社団法人・財団法人法第84条、第116条）が置かれなければならないのであれば、一般規定としての忠実義務の援用余地はあるとの意見もあった。

1(3) 受任者の自己執行義務とその例外について明文化することに賛成する。当事者の関係が信託関係に基づく以上、復委任の要件は安易に緩和されるべきではない。しかし、最高度の信託関係とされる信託においても、自己執行義務が緩和されており（信託法第28条）、それとのバランスを失しない規律を確保する必要がある。そこで、現行法の「本人の承諾を得たとき及びやむを得ない事由があるとき」（民法第104条）に加えて、「委任契約に復委任を禁ずる定めがない場合で、委任の目的に照らして相当であると認められるとき」（信託法第28条第2号参照）、復委任を可能とすることを提案する。その際に復委任者の履行行為について受任者が負うべき責任であるが、本人による復委任の承諾がある場合、復委任やむなしの場合、委任の目的に照らして復委任が相当である場合のすべてにおいて、復代理（民法第105条）の選任監督責任に限定するのが適切とはいえない。あえてこの点については、委任契約の趣旨の解釈により、以上の差異を踏まえた結論を導くのが望ましいと考える。

1(4) 委任者からの請求ベースの報告義務、及び委任終了時の報告義務（民法第645条）に加え、委任事務の処理について委任者に指図を求める必要があるときの報告義務を新たに規定するとの提案であるが、基本的に賛成である。ただし、本義務の適用を受けるものには種々あり、「相当なとき」とした場合に比べて範囲を限定することになる「必要なとき」という用語法については、その妥当性を精査されたい。

1(5) 受任者が委任事務を処理するために委託者の財産を管理する局面については現行民法上規定がないところ、いかなる内容・程度の義務を負うのかをこの際明文化することに賛成する。ただし、無償委任が排除されない一方、有償寄託に関する善管注意義務をデフォルトにすることの組み合わせの是非については、更に議論されたい。

1(6) 利息超過損害についての民法第419条を削除し、受任者の金銭消費責任（民法第647条）は一般的な損害賠償規律によって処理される関係上不要となるという理解のうえで、その場合も、忠実義務を根拠に受任者が金銭消費日以後の利息を取得したものと解して、遅延損害請求することは可能と考えるので、忠実義務の整理とあわせて検討されたい。

2(1) 解放義務については、更に検討されたい。現行法上、受任者が委任事務の処理に必要な債務を負担した場合、弁済期前は委任者に相当の担保を提供させ、弁済期後は委任者に代わりに弁済させることができる（代弁済請求権、民法第650条第2項）ところ、より一般的に弁済資金の支払を請求することができる旨を定めるべきとの提案であるが、部会での指摘にもみられたとおり、代弁済請求を経ずに弁済資金の支払請求だけが認められるとすると、受任者の他の債権者がこの金銭債権を差し押さえてそこから満足を得ることができることになり、不都合を生ずる可能性があるからである。

2(2) 受任者が委任事務を処理するため過失なく損害を受けたときは、委任者はその損害を賠償しなければならないが（民法第650条第3項）、学説には、同項は有償委任には適用されないとの見解がある。有償委任と無償委任とで委任者の責任を変更すべきかどうかは、注意基準その他の規律

との整合性確保を念頭に置いて議論されたい。

2 (3) 消費者及び事業者概念を民法に組み入れること自体に反対する立場から、特則の必要性を認めない。

3 (1) 委任の無償性原則の見直しの是非については、引き続き検討されたい。一般他人間の委任では確かに有償委任が大半を占めるであろうが、近親者間の事務の委託はむしろ無償委任が大半であろう。委任の典型性をいずれのパターンに求めるかが問題である。また、有償委任を前提とするとしても、法律上、原則有償とする場合には、報酬合意なき契約を念頭に有償性の推定を行うことになるが、当事者又は取引の性質に応じてその要件を具体化するのとは、立法技術的に容易なことではない。また、報酬の有無について方分譲中立のスタンスを採る場合も、証明責任の所在と要件とをめぐって常に争いが生まれ、訴訟経済的によろしくない。そうすると、無償を原則としつつ現実的な利益考量を行ってきた従来の規律を維持することの方が、合理的が高いといえるかもしれない。

3 (2) また、委任における報酬の支払方式として、委任事務の処理によってもたらされる成果に対して報酬を支払うことが合意されるもの（成果完成型）と、役務提供そのものに対して報酬が支払われるもの（履行割合型）があることを条文中明記するという提案があるが、成果完成型と履行割合型の区別は絶対的なものではなく、それぞれの法律効果を厳密にわけてみたところで、結論の相対性を拭えないのではないかとと思われる。

3 (3) 前記第49の3(2)と同じ。

3 (4) 前記第49の3(2)と同じ。

4 (1) 二つの判例（最判昭和40年12月17日裁判集民81号561頁、最判昭和56年1月19日民集35巻1号1頁のいずれの判断枠組に合理性が認められるのかは議論のあるところであり、この際判例の評価を行って、要件を明確化することに賛成する。

4 (2) 委任者が自己の死亡後の事務処理を委託する委任の効力については、特段の規定が設けられていないところ、相続人の任意解除権との関係の明確化のために、規律を整備する方向性に賛成する。

4 (3) 委任関係の当事者に破産手続が開始された場合の法律関係の調整は破産法の規律（破産法第53条、第57条等）に委ね、民法上特段の規定を置かないという方向で検討されたい。当事者の信頼関係を前提とすることから、受任者の破産手続開始は委任の終了事由とされている（民法653条2号）。しかし、判例（最判平成16年6月10日民集58巻5号1178頁、最二判平成21年4月17日判時204号74頁）が会社の破産手続開始決定を受けても直ちには取締役との委任関係は終了しないとしたことや、破産者であることが取締役の欠格事由でなくなったこと（会社法第331条参照）などもあり、受任者の破産手続開始が委任終了事由として一律に規定することは困難であるからである。

5 準委任の内容を明確化し、その一部を新たな受皿規定に委ねるとの提案であるが、従来の典型契約に相当する程度に法的性質が明確な（つまり典型的な）契約類型を設定できるかどうか疑問である。差しあたつた問題が、委任規定の準用範囲が現実とミスマッチであるということならば、準用規定に一定の幅をもたせることで足りるのではないかと考える。

6 (1) 取次を委任の下位概念、媒介を準委任の下位概念として、それぞれ明文で規定するという提案であるが、一般法において一通り規定するとい

う体系美を評価することはできるが、それ以上の積極的意義に乏しいと考える。たとえば、媒介者の情報提供義務は、媒介者を定義し、媒介者の義務としてこれを明定しなくとも、受任者の報告義務の内容と準用の整理いかに、確保できるはずである。

6 (2) 前記第49の6(1)と同じ。

6 (3) 前記第49の6(1)と同じ。

第50 準委任に代わる役務提供型契約の受皿規定

1 そもそも典型契約は、契約自由の原則下で当事者の意思を補充する機能を持つに過ぎず、あらゆる契約を網羅的に規定する必要はもとも存在しない。従来準委任が果たしてきたのは、積極的定義を置く典型契約の範囲から漏れた契約をすくうという「受皿」としての機能であったが、今回の提案は、つまるところ従来「受皿」ですくってきた契約について積極的定義を行い、新たな典型契約とする趣旨であり、「受皿」の意味が全く異なる。そもそも典型契約間の境界が絶対的なものでない以上、そのような「受皿」には新たな「受皿」があてがわれるべきことになり、堂々巡りは避けられない。検討事項として個別に掲げられているものも、請負、雇用、委任各論と論点を共有しており、それ自体「役務提供契約」の典型契約性を否定する根拠となるように思われる。

2 前記第50の1と同じ。

3 前記第50の1と同じ。

4 (1) 前記第50の1と同じ。

4 (2) 前記第50の1と同じ。

4 (3) 前記第50の1と同じ。

4 (4) 前記第50の1と同じ。

5 前記第50の1と同じ。

6 前記第50の1と同じ。

7 前記第50の1と同じ。

8 前記第50の1と同じ。

第51 雇用

1 民法と労働契約法との関係については現状維持が適切である。雇用契約と労働契約との関係については、かつては峻別説が有力であったが、その後、同一説が多数説となった。しかし、請負や委任、その他非典型の契約方式であっても使用従属性という実態があれば労働契約にあたるとして、雇用契約と労働契約は同一ではないという見解が広まっており、労働契約法の適用に関してもこの見解に沿っている。したがって、労働契約法に雇用契約の規定を置くことは、他の契約方式との関係から慎重になされなければならない。ここで、民法における雇用契約の位置づけを考え

ると、役務提供契約として、請負契約や委任契約と並び、雇用契約は報酬の労務対償性、自己執行性を要素とする契約として特色を有しており、また、我が国の雇用労働者は全人口の半数以上といわれており、雇用契約はニーズも高く、典型的な契約形式といえる。したがって、雇用契約を民法の典型契約として置き、雇用に関する総則的な規定を設け、労働契約法は労働契約全般の規律を設けるのが相当であると考ええる。このような位置付けを考えると、安全配慮義務や解雇権濫用の法理の二点に限り雇用契約に定めるとすると、なぜこの二点なのかという疑問、及び、他の役務提供契約の契約形式を採った場合には適用されないとの解釈がなされる疑問がある。解約申し入れの期間制限も含め、労働法制の範疇で定めるべきものと考えられ、民法の雇用契約の規律に含めるには未だ議論が成熟していないといえ、更に検討が必要である。

2 (1) 報酬の支払いについては、家族手当等ノーワークの場合にも減額されない手当の存在、報酬支払日の設定上まだ労務が提供されていない期間分の報酬を前払いする企業や、労働基準法上の育児時間についても有給とする企業もあり、当事者間の契約の自由を尊重すべきであるため、任意規定として取り扱うべきであり、実質的に民法第624条からも読み取れる以上、明文化の必要性は薄いものと考ええる。更に検討が必要である。

2 (2) 労働基準法第26条により使用者の責めに帰すべき休業の場合には休業手当として平均賃金の6割以上を支給するものとしているところ、この労働基準法第26条の「使用者の責めに帰すべき事由」は、民法第536条第2項の「債権者の責めに帰すべき事由」よりも広いものと解されている。そこで、労働基準法が適用される雇用契約については手当てがなされている問題であり、また、具体的な報酬請求権の発生の法的根拠となる規定を新たに設けると労働基準法が適用されない雇用契約に限り休業手当が利益控除後の支給となるという問題を有することとなる。「使用者の義務違反」「使用者側に起因する事由」の具体的内容が不明確であること、部会資料17―2第5の2(2)において提案されているA案、B案にはそれぞれ懸念が示されていることから、更に検討が必要である。

3 労働基準法第14条第1項の期間制限が適用されない場合に、民法第626条の規定が適用されることになるため、現在でも同条には存在意義があり、また、公序良俗違反となる場合には民法第90条で無効となることから、民法第626条削除の必要性は認められず、更に慎重に検討が求められる。

4 (1) 民法第629条第1項の「同一の条件」に期間の定めが含まれるかという点については、黙示の更新については民法第627条（期間の定めのない雇用の解約も申入れ）の規定により各当事者が解約の申し入れができることから、期間の定めは含まれないという見解もあるが、その後の判例法理により解雇の自由が制限されていることから、黙示の更新により、解雇が自由に行えない期間の定めがない契約となるのは疑問といえよう。この問題は労働政策上の課題であり民法で規律すべき内容ではなく、更に慎重に検討すべきである。

(2) 契約自由の原則の従うことにより、当事者間にいかなる不都合が生じるのか、更に実態を分析し検討すべきである。

第52 寄託

1 (1) 商法典の倉庫営業に関する規定を民法に移すのであれば、この点の見直しは必須であるが、そうでない場合には、もっぱら理論的問題に留まるのではないか。他の要物契約との平仄、無償寄託については、他の無償契約との平仄につき、それぞれ検討されたい。

1 (2) 特段の異論はない。

- 1 (3) 特段の異論はない。消費貸借との整合性に意を用いられたい。
- 2 (1) 特段の異論はない。
- 2 (2) 特段の意見はない。副委任との異同につき引き続き検討されたい。
- 3 特段の異論はない。民法第400条の規律との整合性に意を用いられたい。ただ、商法典の倉庫営業に関する規定を民法に移すのであれば、この点の見直しは必須であろう。ちなみに、本研究会としては、事業者の対概念である消費者概念を民法に持ち込むことには反対である。
- 4 特段の異論はない。
- 5 (1) 特段の意見はないが、商法典の寄託や倉庫営業に関する規定を民法に移すのであれば、この点の見直しは必須であろう。その際、不法行為法の損害賠償責任との平仄につき、判例・立法（国際海上物品運送法）の立場を前提に、整合性につき意を用いるべきである。
- 5 (2) 特段の異論はないが、他の役務提供型契約との整合性には意を用いられたい。
- 6 特段の異論はないが、他の契約における担保責任の規定との整合性には意を用いられたい。
- 7 特段の異論はないが、荷渡指図書に関する現在の実務についてよく調査された上で、妥当な規制につき考慮されたい。なお、有価証券に関する規定を民法に置く場合（前記第14）、物権的効力の位置づけ次第では、本条の規制に関係することがあるので、検討されたい。
- 8 もっぱら政策論なので、わかりやすい規定を設けていただければ、とくに反対はしない。
- 9 特段の異論はない。
- 10 (1) 本研究会としては、基本法典である民法典にかかる規定を置くことに反対する。特別法で対処されたい。
- 10 (2) 本研究会としては、基本法典である民法典にかかる規定を置くことに反対する。特別法で対処されたい。ただ、最判平成8年4月26日民集50巻5号1267頁の位置づけについては引き続き検討されたい。
- 10 (3) 本研究会としては、基本法典である民法典にかかる規定を置くことに反対する。特別法で対処されたい。
- 10 (4) 本研究会としては、基本法典である民法典にかかる規定を置くことに反対する。特別法で対処されたい。なお民事執行法との整合性については、引き続き検討されたい。
- 10 (5) 本研究会としては、基本法典である民法典にかかる規定を置くことに反対する。特別法で対処されたい。
- 11 商法典の規定をどこまで民法典に移すかの立法政策に関わるものであり、特段の意見はない。

第53 組合

本研究会においては、組合に関しては、ほとんど、特段の異論がなかったが、組合に関する改正の「視点」として、有限責任事業組合を鑑（かすがい）にして、持分会社と組合との類似性がこれまでに以上に強まるものと思われ、会社法制など他の組織法制との整合を考慮した「事業体」法制構築の必要性が主張されたので、ここに一言する次第である。改正にあたっては、この点も十分に踏まえて、引き続き検討されたい。

- 1 (1) この点につき、特段の異論はない。
- 1 (2) この点につき、特段の異論はない。
- 2 この点につき、特段の異論はない。

- 3 (1) この点につき、本研究会においては、特段の異論がなかった。
- 3 (2) この点につき、本研究会においては、特段の異論がなかった。
- 4 (1) この点につき、本研究会においては、特段の異論がなかった。
- 4 (2) この点につき、特段の異論はない。

- 5 (1) この点につき、特段の異論はない。
- 5 (2) この点につき、特段の異論はない。

6 内的組合に関しては、その利用の実態に鑑みると、あえて基本法典である民法典において明文規定を置くまでの必要はなく、置くとしてもせいぜい特別法において対処すれば足りるのではないかと考える。

第54 終身定期金

本研究会においては、終身定期金に関する何らかの規定を存置することに関しては、特段の異論がなかったが、①～④のいずれとするかについて、異論の統一をみるに至らなかった。いずれにせよ、典型契約としての「定型」性を充たすかの問題につき、引き続き検討されたい。

第55 和解

1 本研究会においては、「互譲」性の要否につき、意見が分かれ、意見の統一をみるに至らなかった。なお、書面によらずに締結された和解契約を無効とする旨の規定を設けることについては、特段の異論はなかった。

2 (1) 錯誤による和解の無効の主張（民法第95条）をすることができる範囲に関する明文の規定を設けるべきであるという考え方を巡って、本研究会では、①、和解の解釈の問題か、錯誤の解釈の問題か、②、動機の錯誤に関する議論を広げるものか否か（和解の前提は動機か要素か）等について議論があり、意見の統一をみるに至らなかった。いずれにせよ、錯誤に関する規定との整合性を意識しつつ、更に検討されたい。

2 (2) 本研究会においては、①、当該規定が人身損害に限るのか、②、裁判上の和解との整合性は図られるのか、③、確定判決の遮断効との整合性は図られるのか等について議論があり、意見の統一をみるに至らなかった。いずれにせよ、これらの点を踏まえた上で引き続き検討されたい。

第56 新種の契約

1 基本的に賛成である。資金移動取引については、法律関係を明確にする必要性が高いことから、これを典型契約として規定を整備する必要性が望まれる。

典型契約化の視点としては、私的自治を支援するという観点から民法の典型契約を検討することが考えられる。また、現実に行われる様々な契

約を一般化、抽象化したうえで、典型的な特徴のあるものを民法に規定するというのも一つの考え方である。どのような方針に基づいて典型契約を整備するかは、民法典の編成方針にも関わる重大な問題であり、根本的に議論すべきである。

また、主体の側面からみれば、現在の民法上の典型契約は、誰もが当事者双方の立場になり得る類型のものと考えられるのに対して、新たに典型契約化するかどうか議論の対象となっているものは、一方が特定の事業者である類型のものであり、立場の互換性のないものを民法で定める必要性の有無についても、慎重に議論すべきである。本研究会においては、事業者に関わる契約については民法典に取り込まないことを原則とすべきであるとの立場が多数を占めている。

2 ファイナンス・リースは通常は事業者間取引であり、リース事業協会の標準契約書に基づく詳細な内容の契約が交わされている。ファイナンス・リースを民法の典型契約として規定した場合の実務に与える影響は大きく、取引実態を十分に把握しながら慎重に検討を進めるべきである。基本的には、事業者間契約として、民法典に導入することには消極的である。

かりに規定を設けるのであれば、ファイナンス・リースに関する権利義務関係を明確にし、担保権など物権に関する事項にも議論が及ぶ可能性にも留意しながら議論する必要がある。また、実態として、ファイナンス・リース契約においては、消費者や零細事業者被害が生じている事例が多く、とりわけリース物件の選定に際しサプライヤーの説明義務が問題となる事例や中途解約できない旨の規定が問題となる事例については相談事例が多いことから、そのような規定の整備は必要不可欠といえる。リース物件が損傷・滅失した場合のリース料の取扱いに関しては、両当事者の責めに帰すべきではない事由による場合の残リース料の取扱いに関して、ユーザーの期限の利益に関する事項についても検討すべきである。

第57 事情変更の原則

1 本研究会においては、契約改訂などの具体的効果を規定しない限りにおいて事情変更に関する規定を設けることは有用との意見と、それに対しては、効果を特定しないのであれば、信義則に関する現行規定で対処すれば足りるとの意見とがあった。

2 具体的な要件を定めることについては反対である。事情変更の原則について条文を設けることに賛成する者も、この点については、意見の一致を見た。個別的な対応を要することが多く、要件を予め定めることは、却って様々な事情変更に対応する余地を制限してしまうおそれがあるからである。

3 (1) 具体的な効果を定めることについては反対である。事情変更の原則について条文を設けることに賛成する者も、この点については、意見の一致を見た。個別的な対応を要することが多く、どのような効果を与えるべきかは予め定めるべきではない。また、契約内容の改訂などは、私的自治に司法がどこまで干渉する余地を認めるかは慎重に判断する必要がある。借地借家法上の賃料増減請求のような、ある程度契約の改定すべき方向が客観的に判断できる場合を除いては、司法の契約内容への干渉に慎重であるべきである。

3 (2) 契約改訂に関する規定を設けること自体に反対である。

3 (3) 契約改訂に関する規定を設けること自体に反対である。

第58 不安の抗弁権

1 明文化には賛成である。不安の抗弁権については、既にこれを認める裁判例（最判昭和37年12月13日判タ140号127頁、東京地判平成2年12月20日判時1389号79頁、東京高判昭和62年3月30日判時1236号75頁、東京地判昭和58年3月3日判時1087号101頁等）が集積しており、学説も一般的にこの法理を認めている。ただし、不安の抗弁権については、その濫用の危険性も指摘されていることから、不安の抗弁権が必要な具体的な場面（例えば、担保徴求が不当な少額の非金銭債務で、先取特権の保護もない場面等）を想定して検討する必要がある。留意すべき点としては、明文化される結果として、不安の抗弁権を行使すべき事情があるのに行使しなかったことを債権者側の過失と評価される可能性が生ずるため、従来よりも積極的・予防的に不安の抗弁権を行使することとなり、取引停止が増加し、私的整理による事業再生が困難になることはないか。大企業が中小企業に対して風評に基づいて不安の抗弁権を行使し、また、上場企業並みの財務諸表の提出を求めるなどして、中小企業に酷な事態になり得ることはないか。抗弁事由が増えることで債権の流動化の阻害要因になり得ることはないかなど、具体的に検討を要する。

2 不安の抗弁権は、特定の売主からの製品供給への依存度が高い企業にとつては死活問題となることは明らかであり、要件の立法化は慎重になさるべきである。

適用範囲・要件については、判例がある程度固まっているのであれば、そこからあまり離れるようなことは好ましくないと考える。後履行義務者の信用不安（財産悪化）のメルクマールをどこに求めるかについては、立法技術的に難しいかもしれないが、出来る限り客観的なメルクマールがあった方が望ましい（具体例としては、後履行義務者が無資力となること、一般財産の毀滅・減少行為等があげられよう）。

3 不安の抗弁権の効果として、債務者が、債務の履行を拒絶することができ、その場合に債務者は債務不履行に陥らないことを認めるという点について、異論はない。

相手方が反対給付について弁済の提供をした場合や相当の担保を提供した場合には、履行拒絶等の不安の抗弁権の効果が認められない旨を明文化するべきとあるが、実際に相手方が無資力状態になっているときに「弁済の提供」や「相当の担保を提供」がされるのかは疑問があるが、「担保提供」については、濫用の可能性は払拭できず、取引実務等を検討し、より具体的な明文化がされることが望ましい。

第59 契約の解釈

1 契約の解釈に関する基本原則を設けることについて、積極的に賛成とまでは言えないが、逆に反対するまでの理由もない。賛否については、どのような規定を設けるのかということにかかっている。従来学説で議論されているところを、わざわざ立法化しようというのであるから、当然のことではあるが、中途半端な立法ではなく、細部まで検討しなければならぬ。「契約の解釈」という文言自体が必ずしも明らかでなく、それ自体学説（伝統的通説・新通説）においても未だ解決されていないところであるようなので、慎重に検討しなければならないところである。

契約の解釈原則については、旧民法（明治23年法律第28号）においても「合意の解釈」として規定が置かれていたところである。現行民法になぜこのような規定がないのかについては不明であるが、①「合意の解釈」規定は複雑であり削除するのが妥当であったこと、②旧民法に定める合

意の解釈基準は裁判官が当事者の意思を探求する際の指針となるものであるが、そのような規定が無くとも裁判官は当事者の意思を探求すると考えられていたこと等が挙げられている。契約の解釈原則は判例・学説に委ねられている状況であるが、裁判で契約の解釈原則に明示されることはほとんどないようである。これは、当初から裁判官の自由心証主義が採用されたため、結局か裁判官の心証に任されていることが挙げられている。しかし、学説においては契約解釈の具体的な基準に関する研究業績の蓄積もあるため、立法化するにあたってはそれらの検討は不可避である。

2 契約は、両当事者の意思が一致しているときはその共通の意思を基準に解釈すべきであるという点に対しては特段の異論はない。問題は、当事者の意思が一致していない場合の契約解釈である。両当事者の意思が一致していない場合については、表示の一般的な意味ではなく、その契約の当事者がどのように理解し、また理解すべきだったかを基準として解釈するという見解（共通意思優先説）を支持したい。当事者が当該事情の下において合理的に考えるならば理解したであろう意味に従って解釈することは、實際上、相当の困難は伴うであろうが、できうる限り契約の当事者がどのように理解し、また理解すべきだったかを探求すべきであると考ええる。ただ、この点については、共通意思優先説の立場でも、客観的解釈説、すなわち、契約の解釈を含む法律行為の解釈は内心的効果意思を探求することではなく、表示行為の有する客観的意味を明らかにすることであるとの考え方を支持する見解もあり、さらに細かな議論が行われているところである。さらに細部にわたって検討する必要がある。

また、共通意思優先説を貫徹するのであれば、契約の内容を確定できない事項が残る場合であっても、当事者がそのことを知っていれば合意したと考えられる内容が確定できるときは、その合意内容に従って契約を解釈しなければならないとの規定を設けるとする方が、理論的には首尾一貫して妥当と考ええる。

3 合意の意味が不明確で多様に解釈される場合において、当該合意の文言が一方当事者によって使用されたものであるときは、その使用者にとって不利な意味に解釈されるべきであるとの原則（条項使用者不利の原則）は、専ら約款の解釈の基準として学説上議論されてきているものであり、その点、『中間論点整理の補足説明』で挙げられた他の解釈原則に比べれば議論の蓄積はあるのであろう。しかしながら、学説では広く承認されているとはいえず、判決例において、明示的にこれに依拠したものはほとんどないと言われているのが現状であり、条項使用者不利の原則を規定することについては違和感を覚える。裁判例において、実際に条項使用者不利の原則に従った判例がどれだけあるのか、実務上、約款の作成にあたり条項使用者不利の原則はどの程度考慮されているのか、中小企業にとっては過度な負担とならないか等について、さらに検討すべきである。

条項使用者不利の原則の適用範囲についても、上記と同様に、さらに検討すべきである。

第60 継続的契約

1 継続的契約を統一的に取り扱う規定を設けることは困難であるだけでなく、不必要であると考ええる。そもそも継続的契約という概念は契約が一定期間継続するという形式の契約を指すに過ぎず、それ以上の意味はない。個々の継続的契約においては、継続的契約であるがゆえにその継続性の保障が要求されるものもあれば、継続的であるがゆえに、そこからの離脱の自由の保障が強く要請されるものもあり、さらには同じ契約でも継続性の保障が要請される側面と離脱の自由の保障が要請される側面とが存在し、そのような相反する側面を有する関係であるからこそ、従来、

「信賴關係」などの表現でこれを示すことが多かったのである。むしろ、信賴關係とはいえ、それをある程度ルール化することは不可能ではないが、そのためには個別の事情を大幅に採り入れる必要があり、総則的な規定を設けることは個別性を取り入れるにあたっての阻害要因ともなりうる。

2 (1) 継続的契約の解消等に関する問題点は、個別の典型契約や特別法の中で取り扱われるべき問題と考える。

2 (2) 前記60の2(1)と同じ。

2 (3) 継続的契約の解除の効果については、「将来に向かってのみその効力を生ずる」とすることについて異論はない。継続的契約について統一的に取り扱う規定を設けるとして、その意義がある部分は、この解除の効果の部分のみであろう。

2 (4) 民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないので、かかる規定を置く必要はない。

2 (5) 前記60の2(3)と同じ。

3 「多数当事者型継続的契約」なるものにつき民法上一般的な規定を置き、その中で合理的な理由なく差別的取り扱いを禁止する規定を設けることに反対である。

確かに多数の相手方と継続的な契約がなされるものの中に、合理的な理由なく差別的な取り扱いが行われてはならない種類のものがあることは否定しない。しかし、それは「多数当事者」が理由となるわけではなく、また、「継続的契約」が理由となるわけでもなく、例えば独禁法等に示される、別の（例えば政策的、基本権的）理由によるものである。あたかも「多数当事者型継続的契約」であるというだけで差別的取り扱いを禁止することが原則となるかのようにも思われる規定を、しかも一般的な規定として置くことは、表面的な現象に目を奪われて、民法の大原則を軽視する浅薄な提案との誹りを免れないであろう。

4 継続的契約においても、その解除の効果の部分のみについては意義があるとしたのと同様、「分割履行契約」なるものがあるとして、たとえばその解除の効果につき特別のものを考える等の余地はあり得るであろう。しかし、それ以上にさまざまな効果を与えるためには、当該契約が「分割履行契約」であるということだけでは、根拠が薄弱ということになりかねないと思われる。少なくとも現時点において、あえて「分割履行契約」という形態を民法典に規定し、特別の規律を与える必要性はほとんどないように思われる。

第61 法定債権に関する規定に与える影響

法定債権に関する規定は、原則今回の改正議論の範囲外のはずであるが、改正に伴って整合性がとれなくなる場合に、見直しが必要になる可能性があることは、むしろ否定し得ないであろう。しかし、それはあくまでも改正規定との整合性を採るための微調整に過ぎず、きわめて謙抑的に行われなければならないものであって、その名の下に、（しかも不十分な議論のもと）実質的な法定債権に関する規定の改正が行われてはならないことは強調しておきたい。

（議事の概況等）の中には、不法行為の規定に関して「この点について、いわゆる相当因果関係説は、具体的な規範を示していない点に問題が

あるのに対して、契約債権における契約利益説は、この点について具体的な規範を提供しようとするものであり、契約債権においてこの説を採用するならば、法定債権において同様に具体的な規範を提供しようとする保護範囲説を採用し、それを踏まえて条文上の適切な表現方法を検討すべきではないかという意見があった。また、保護範囲説は、民法第416条の類推適用を否定する立場であり、その根拠条文を求めるとすれば同法第709条となるので、新たな条文を設けなくても、同条の下で保護範囲説の解釈を採用することを立法に際して確認することで行うこともあり得るかもしれないという意見もあった。」等とある。しかし、このような意見に至っては、どさくさ紛れに保護範囲説を立法者の意図にすり替えようとするものと批判されても仕方がないであろう。

第62 消費者・事業者に関する規定

1 民法典に消費者・事業者に関する規定を設けることには反対である。事業者と消費者との間では情報・交渉力の格差があり保護すべきであるが、弱者・強者を前提とした消費者契約法を民法に組み入れることは、市民法原理・法体系を崩すことになりかねない。民法に組み入れなくとも、消費者契約法を改正したり、充実させる、あるいは消費者法典をつくることによって対応することも十分可能であり、またそうすることで、他の特別法、すなわち、消費者契約以外の弱者保護を目的とする法とも均衡がとれるものと考えられる（人の属性のひとつたる消費者だけ特別視する必要はない）。また、情報や交渉力の格差が生じ得る属性は事業者・消費者だけではなくことから（雇用主と被用者、元請と下請、大企業と零細な自営業者、医師と患者等）、消費者・事業者で分節して消費者契約法を組み入れるよりもむしろ、理念的なものを総則に規定すべきものと考えられる。商人概念を包摂する事業者という概念を民法に組み込むとなると、商法の商行為に関する規定が民法にも拡大して適用される事態が生じ、法の適用関係上、重大な問題が生じるおそれがある。ドイツでは2002年の債務法改正において民法典に消費者概念が入り、消費者に関わる規定が入ったとされるが、他国を引き合いに出すのであれば、その国における他の関連法規（労使関係、借地関係、消費関係、元請と下請、医師と患者、介護者と被介護者等に係る）との関係はどうなのか、体系的なバランスはとれているのか、債務法のみをピックアップするのではなく、「人」が属し得る地位全般に渡る法律を包括的に検討して、議論を進めて行くべきである。

2 民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないので、消費者契約の特則を設ける必要はない。

3 (1) 民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないので、事業者間契約の特則を規定する必要はない。

3 (2) 民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないので、事業者間契約の特則を規定する必要はない。

3 (3) 民法典に消費者・事業者に関する規定を設ける必要はないので、事業者が行う一定の事業について適用される特則を規定する必要はない。

第63 規定の配置

基本的に賛成である。規定の配置にあたっては、国民にとつての分かりやすさと現役の法律家にとつてのなじみやすさという観点から、法制度の機能性と民法典の構造的な視点との調和を基本に、債権関係の規定の配置に関する態度決定が民法典の他の部分に与える影響等の観点に留意しつつ、現在の体系を維持したうえで、若干の修正を加えることが考えられる。

具体的には、①法律行為概念を維持し、これを引き続き第1編総則に置くこと、②債権の消滅時効に関する規定は、その趣旨と規定内容の改正内容に応じて第1編総則に置くか、あるいは、第3編債権に置くかを決すべきであること、③第2編物権を第3編債権の後に置くこと、④債権総則と契約総則を統合して再編すること、⑤契約の効力に関する諸種の事項の規律については、そのうち基本原則に係る部分は、債権の効力に関する通則的な規定を置く部分に置き、また、契約に固有の規律部分は契約の総則規定群に置き、各種の契約に関する規定群を債権及び契約総則に関する規定群から独立させたうえで、各種契約類型の配列を再検討すること、⑥典型契約の配列に関しては、典型契約の類型化を重視すると個々の典型契約の性質よりも類型としての性質が重視されるおそれがあるため、配列の検討にあたっては慎重な検討が必要であること、⑦各種の契約類型に横断的に適用され得る規定として、第三者のためにする契約に関する規定、継続的契約に関する規定の配置についても検討すべきであること、⑧債務不履行による損害賠償と解除、危険負担が分断して規定されていることの分かりづらさを解消し統合を図ること、⑨法定債権と契約債権に共通する規定として債権総則に置くべきか、法定債権への適用可能性が低いとして契約総則に置くべきか、契約各則に個別に規定すべきか、などに留意した再編が望まれる。

日本大学民事法研究会会員名簿

No.	氏 名	勤務先・所属	
1	伊 藤 文 夫	日本大学法学部教授	
2	岡 島 芳 伸	日本大学法学部教授	
3	小 田 司	日本大学法学部教授	
4	小 野 健太郎	日本大学薬学部准教授	
5	金 光 寛 之	高崎経済大学地域政策学部准教授	日本大学法学部非常勤講師
6	川 端 敏 朗	東邦音楽短期大学教授	
7	胡 光 輝	北陸大学未来創造学部専任講師	日本大学通信教育部インストラクター
8	佐 藤 亮	弁護士	
9	杉 本 純 子	日本大学法学部助教	
10	高 梨 俊 一	日本大学理工学部教授	
11	高 橋 めぐみ	日本大学商学部准教授	
12	永 田 誠	前日本大学大学院法務研究科教授	前日本大学法学部教授
13	根 本 晋 一	日本大学通信教育部准教授	
14	長谷川 貞 之	日本大学法学部教授	
15	平 田 和 夫	弁護士	
16	堀 切 忠 和	日本大学法学部准教授	
17	益 井 公 司	日本大学法学部教授	
18	三 木 千 穂	静岡英和学院大学人間社会学部講師	
19	矢 田 尚 子	白鷗大学法学部准教授	
20	三 木 千 穂	静岡英和学院大学人間社会学部専任講師	
21	峯 川 浩 子	日本大学法学部非常勤講師	
22	山 形 洸 平	司法書士	
23	山 口 斉 昭	早稲田大学法学学術院教授	
24	山 川 一 陽	日本大学法学部教授	
25	山 下 良	沖縄国際大学法学部専任講師	日本大学通信教育部インストラクター

日本大学商事法研究会会員名簿

No.	氏 名	勤務先・所属	
1	大久保 拓 也	日本大学法学部准教授	
2	金 澤 大 祐	日本大学大学院法務研究科助教	弁護士
3	鬼 頭 俊 泰	八戸大学ビジネス学部専任講師	日本大学通信教育部非常勤講師
4	工 藤 聡 一	日本大学法学部教授	
5	小 菅 成 一	嘉悦大学経営経済学部准教授	日本大学経済学部非常勤講師
6	高 岸 直 樹	税理士	日本大学通信教育部非常勤講師
7	田 爪 浩 信	日本大学法学部非常勤講師	
8	福 田 弥 夫	日本大学法学部教授	
9	松 嶋 隆 弘	日本大学法学部教授	
10	松 嶋 康 尚	税理士	日本大学通信教育部非常勤講師
11	萬 澤 陽 子	公益財団法人日本証券経済研究所 研究員	日本大学商学部非常勤講師

【政経研究所】

市・区長選挙素描

——二〇〇九年市・区長選挙の諸状況を基として——

秋 山 和 宏

二〇〇九年の一年間に全国の市及び東京都の区部レベルにおいて二六四の選挙が実施された(表1)。

これらを人口規模^①で分けると、本年も例年通り「五万人以上一〇万人未満」が全体の三割(三〇・七%)を占めて最も多く、次いで、「三万人以上五万人未満」(二七・七%)、「一〇万人以上二〇万人未満」(二〇・一%)の順となっていた(表2)。その他の「三万人未満」(七・二%)、「三〇万人以上五〇万人未満」(五・七%)、「二〇万人以上三〇万人未満」(四・九%)、「五〇万人以上」(三・八%)はいずれも一割以下であった。

選挙事由としては一昨年「合併による新市誕生」が一段落したことで、本年も大半が「任期満了」という本来のかわりを踏襲した(二〇〇四年六七・九%、二〇〇五年三九・二%、二〇〇六年五六・四%、二〇〇七年九〇・二%、二〇〇八年九二・〇%、二〇〇九年九四・七%)。その他は、市長の「辞職」九、市長の「失職」五、「死去」二となっていた。「辞職」

表1 2009年に実施された市・区長選挙

番号	月 日	市・区	県名	番号	月 日	市・区	県名
1	1月11日	臼杵	大分	45	3月29日	赤磐	岡山
2	1月18日	十和田	青森	46	4月5日	渦上	秋田
3	1月18日	伊勢崎	群馬	47	4月5日	大仙	秋田
4	1月18日	岐阜	岐阜	48	4月5日	小平	東京
5	1月18日	菊川	静岡	49	4月5日	山梨	山梨
6	1月18日	小松島	徳島	50	4月5日	鳥羽	三重
7	1月18日	山鹿	熊本	51	4月5日	伊丹	兵庫
8	1月18日	西都	宮崎	52	4月5日	真庭	岡山
9	1月25日	川越	埼玉	53	4月5日	三原	広島
10	1月25日	岩倉	愛知	54	4月5日	豊前	福岡
11	1月25日	松阪	三重	55	4月5日	うきは	福岡
12	1月25日	高島	滋賀	56	4月5日	諫早	長崎
13	1月25日	大洲	愛媛	57	4月5日	豊後高田	大分
14	1月25日	唐津	佐賀	58	4月12日	登米	宮城
15	1月25日	宮古島	沖縄	59	4月12日	栗原	宮城
16	2月1日	那須塩原	栃木	60	4月12日	東松島	宮城
17	2月1日	能美	石川	61	4月12日	秋田	秋田
18	2月1日	御殿場	静岡	62	4月12日	男鹿	秋田
19	2月1日	亀山	三重	63	4月12日	湯沢	秋田
20	2月1日	南あわじ	兵庫	64	4月12日	由利本荘	秋田
21	2月1日	宇城	熊本	65	4月12日	北秋田	秋田
22	2月1日	西之表	鹿児島	66	4月12日	郡山	福島
23	2月1日	千代田区	東京	67	4月12日	坂東	茨城
24	2月8日	西東京	東京	68	4月12日	稲敷	茨城
25	2月8日	柏原	大阪	69	4月12日	佐野	栃木
26	2月8日	今治	愛媛	70	4月12日	太田	群馬
27	2月8日	福津	福岡	71	4月12日	秩父	埼玉
28	2月8日	浦添	沖縄	72	4月12日	桶川	埼玉
29	2月15日	つがる	青森	73	4月12日	日野	東京
30	2月15日	白山	石川	74	4月12日	糸魚川	新潟
31	2月15日	東近江	滋賀	75	4月12日	大垣	岐阜
32	2月22日	上野原	山梨	76	4月12日	海津	岐阜
33	2月22日	米原	滋賀	77	4月12日	袋井	静岡
34	2月22日	阿蘇	熊本	78	4月12日	海南海	和歌山
35	3月1日	朝霞	埼玉	79	4月12日	出雲	島根
36	3月1日	鴨川	千葉	80	4月12日	新見	岡山
37	3月1日	柳井	山口	81	4月12日	備前	岡山
38	3月8日	美馬	徳島	82	4月12日	美作	岡山
39	3月15日	下関	山口	83	4月12日	庄原	広島
40	3月15日	小城	佐賀	84	4月12日	長門	山口
41	3月22日	萩	山口	85	4月12日	伊予	愛媛
42	3月29日	田村	福島	86	4月12日	柳川	福岡
43	3月29日	羽村	東京	87	4月12日	菊池	熊本
44	3月29日	小松	石川	88	4月12日	佐伯	大分

番号	実施月日	市・区	都道府県	番号	実施月日	市・区	都道府県
89	4月12日	竹田	大分	134	5月24日	島田	静岡県
90	4月12日	宇佐	大分	135	5月24日	土佐清水	高知県
91	4月12日	豊後大野	大分	136	5月31日	松原	大阪府
92	4月19日	青森	青森県	137	5月31日	阿久根	鹿児島県
93	4月19日	石巻	宮城県	138	6月7日	紋別	北海道
94	4月19日	筑西	茨城県	139	6月7日	志木	埼玉県
95	4月19日	さくら	栃木県	140	6月7日	半田	愛知県
96	4月19日	富山	富山県	141	6月7日	大和郡山	奈良県
97	4月19日	佐久	長野県	142	6月14日	千葉	千葉県
98	4月19日	磐田	静岡県	143	6月14日	加須	埼玉県
99	4月19日	掛川	静岡県	144	6月14日	三浦	神奈川県
100	4月19日	伊豆の国	静岡県	145	6月14日	和泉	大阪府
101	4月19日	東海	愛知県	146	6月21日	船橋	千葉県
102	4月19日	豊岡	兵庫県	147	6月21日	国分寺	東京都
103	4月19日	宝塚	兵庫県	148	6月21日	門真	大阪府
104	4月19日	朝来	兵庫県	149	6月28日	宮古	岩手県
105	4月19日	米子	鳥取県	150	6月28日	鹿角	秋田県
106	4月19日	松江	島根県	151	6月28日	横須賀	神奈川県
107	4月19日	山陽小野田	山口県	152	6月28日	西尾	愛知県
108	4月19日	阿波	徳島県	153	6月28日	宇部	山口県
109	4月19日	丸亀	香川県	154	7月5日	北広島	北海道
110	4月19日	八幡浜	愛媛県	155	7月5日	大川	福岡県
111	4月19日	小郡	福岡県	156	7月12日	高岡	富山県
112	4月19日	西海	長崎県	157	7月12日	奈良	奈良県
113	4月19日	うるま	沖縄県	158	7月12日	瀬戸内	岡山県
114	4月26日	名古屋	愛知県	159	7月12日	中間	福岡県
115	4月26日	足利	栃木県	160	7月19日	旭	千葉県
116	4月26日	真岡	栃木県	161	7月19日	清須	愛知県
117	4月26日	十日町	新潟県	162	7月26日	仙台	宮城県
118	4月26日	各務原	岐阜県	163	7月26日	飯能	埼玉県
119	4月26日	愛西	愛知県	164	7月26日	草加	埼玉県
120	4月26日	彦根	滋賀県	165	7月26日	尾鷲	三重県
121	4月26日	淡路	兵庫県	166	7月26日	曾於	鹿児島県
122	4月26日	田辺	和歌山県	167	8月16日	安芸	高知県
123	4月26日	四万十	高知県	168	8月23日	美濃加茂	岐阜県
124	4月26日	日南	宮崎県	169	8月23日	多久	佐賀県
125	5月3日	宍粟	兵庫県	170	8月23日	八代	熊本県
126	5月10日	常陸太田	茨城県	171	8月30日	横浜	神奈川県
127	5月10日	日置	鹿児島県	172	8月30日	村山	山形県
128	5月17日	川口	埼玉県	173	8月30日	久喜	埼玉県
129	5月17日	和光	埼玉県	174	8月30日	八潮	埼玉県
130	5月17日	銚子	千葉県	175	8月30日	高浜	愛知県
131	5月17日	坂出	香川県	176	8月30日	城陽	京都府
132	5月24日	さいたま	埼玉県	177	8月30日	宇和島	愛媛県
133	5月24日	伊東	静岡県	178	8月30日	大野城	福岡県

番号	実施月日	市・区	都道府県	番号	実施月日	市・区	都道府県
179	9月6日	胎内	新潟	222	10月25日	鶴ヶ島	埼玉県
180	9月13日	岡山	岡山	223	10月25日	ふじみ野	埼玉県
181	9月13日	士別	北海道	224	10月25日	鎌倉	神奈川県
182	9月13日	いわき	福島	225	10月25日	上越	新潟
183	9月13日	行方	茨城	226	10月25日	長野	長野
184	9月13日	渋川	群馬	227	10月25日	新宮	和歌山
185	9月13日	大洲	愛媛	228	10月25日	大田	島根
186	9月27日	堺	大阪	229	10月25日	玉名	熊本
187	9月27日	八幡平	岩手	230	11月1日	那須烏山	栃木
188	9月27日	知多	愛知	231	11月1日	柏	千葉
189	9月27日	前原	福岡	232	11月1日	新城	愛知
190	9月27日	杵築	大分	233	11月1日	熊野	三重
191	10月4日	一関	岩手	234	11月1日	倉吉	鳥取
192	10月4日	古河	茨城	235	11月1日	雲仙	長崎
193	10月4日	武蔵野	東京	236	11月8日	酒田	山形
194	10月11日	遠野	岩手	237	11月8日	福島	福島
195	10月11日	鶴岡	山形	238	11月8日	神栖	茨城
196	10月11日	桜川	茨城	239	11月8日	都留	山梨
197	10月11日	越前	福井	240	11月8日	甲州	山梨
198	10月11日	安曇野	長野	241	11月8日	呉	広島
199	10月11日	玉野	岡山	242	11月8日	山口	山口
200	10月11日	鳴門	徳島	243	11月8日	観音寺	香川
201	10月12日	えびの	宮崎	244	11月8日	いちき串木野	鹿児島
202	10月18日	横手	秋田	245	11月9日	葛飾区	東京
203	10月18日	鉾田	茨城	246	11月15日	恵庭	北海道
204	10月18日	春日部	埼玉	247	11月15日	射水	富山
205	10月18日	加賀	石川	248	11月15日	尾張旭	愛知
206	10月18日	牧之原	静岡	249	11月15日	伊勢	三重
207	10月18日	西脇	兵庫	250	11月15日	紀の川	和歌山
208	10月18日	たつの	兵庫	251	11月15日	筑後	福岡
209	10月18日	天理	奈良	252	11月15日	霧島	鹿児島
210	10月18日	浜田	島根	253	11月15日	南さつま	鹿児島
211	10月18日	佐賀	佐賀	254	11月22日	二本松	福島
212	10月18日	平戸	長崎	255	11月22日	奄美	鹿児島
213	10月18日	由布	大分	256	11月29日	市川	千葉
214	10月25日	川崎	神奈川	257	11月29日	いすみ	千葉
215	10月25日	神戸	兵庫	258	11月29日	岸和田	大阪
216	10月25日	八戸	青森	259	12月13日	日高	埼玉
217	10月25日	にかほ	秋田	260	12月20日	相馬	福島
218	10月25日	仙北	秋田	261	12月20日	龍ヶ崎	茨城
219	10月25日	石岡	茨城	262	12月20日	東久留米	東京
220	10月25日	熊谷	埼玉	263	12月20日	富士	静岡
221	10月25日	越谷	埼玉	264	12月20日	竹原	広島

表2 人口規模別市・区長選挙数

人口規模	市・区数
3万人未満	19
3万人以上～5万人未満	73
5万人以上～10万人未満	81
10万人以上～20万人未満	53
20万人以上～30万人未満	13
30万人以上～50万人未満	15
50万人以上	10
合 計	264

理由の内の「病氣や健康上の理由」一（瀬戸内）や「政治的・政策的判断からの辞職」四（岐阜、横浜、倉吉、奄美^②）は止むを得ないが、「引責辞職」は贈収賄事件や不正への関与によるものだけに、一年間に四件も発生したことは大いに問題である。市長の「死去」は渋川（群馬）、鳴門（徳島）に見られた。「新設合併」はゼロであった。

一 候補者

二〇〇九年に実施された二六四の市・区長選挙への立候補者は総数五九一人であった。一選挙当たりの候補者数は二〇〇〇年以降、二〇〇四年に二一人に急減したのを除き、二・三～二・四人で推移して来たことからすれば、昨年（二・二九人）、本年（二・二四人）と二・三人を割り、若干減少傾向を見て取れる。選挙ごとの人数では（表3）、例年通り全体の四～五割台を占める「二人」が最も多かった（二〇〇〇年四二・六％、二〇〇一年四〇・〇％、二〇〇二年四一・四％、二〇〇三年五一・四％、二〇〇四年四二・五％、二〇〇五年四四・六％、二〇〇六年四〇・三％、二〇〇七年四四・一％、二〇〇八年四二・六％、二〇〇九年四二・〇％）。次は二割台の「三人」と「一人」であるが、順位は年によって異なる。本年は「一人」（二〇〇四年二八・〇％、二〇〇五年二〇・五％、二〇〇六年二二・七％、二〇〇七年一八・一％、二〇〇八年二一・〇％、二〇〇九年二四・六％）

表3 立候補者数別 市・区長選挙数

立候補者数(人)	市・区数
1	65
2	111
3	63
4	16
5	3
6	6
合 計	264

が「三人」（同二三・八％、二五・二％、二三・七％、二三・五％、二五・三％、二三・九％）の上位となった。「四人以上」は二〇〇四年の多少の落ち込みを除けば、通常一割前後ある（同五・七％、九・八％、一四・二％、一四・二％、一一・一％、九・五％）。

候補者の性別では、女性の増加が予想されたが一六人に止まり、比率の点では二〇〇〇年代最低に終った（二〇〇〇年四・六％、二〇〇一年六・八％、二〇〇二年四・六％、二〇〇三年五・八％、二〇〇四年四・一％、二〇〇五年三・五％、二〇〇六年五・四％、二〇〇七年七・三％、二〇〇八年六・二％、二〇〇九年三・〇％）。ただ注目すべきはその戦いぶりで、これについては後述する。

次に候補者の党派との関わりについて見ると、特定政党から「公認」を受ける者は稀となり、二〇〇〇年以降は九五％以上が無所属候補者である（二〇〇〇年九五・四％、二〇〇一年九八・八％、二〇〇二年九六・八％、二〇〇三年九六・八％、二〇〇四年九七・五％、二〇〇五年九七・八％、二〇〇六年九九・二％、二〇〇八年九八・四％、二〇〇九年九八・〇％）。未だに候補者に公認を与えているのは共産党だけといった状態であるが（諸派二人）、数は以前に比べてめっきり少なくなった（九六年一五人、九七年、九八年各二五人、九九年一八人、二〇〇〇年一四人、二〇〇一年七人、二〇〇二年九人、二〇〇三年一六人、二〇〇四年九人、二〇〇五年九人、二〇〇六年四人、二〇〇八年五人、二〇〇九年一人）。

なお無所属候補者は、政党からの公認は受けないが「推薦」もしくは「支持」は受ける者と、推薦・支持をも受けない純粹無所属とに分けられる。両者の比率は二〇〇一年に初めて後者が前者を上回ってからは、二〇〇三年には六

割を、そして本年は七割を超えといった具合に（二〇〇一年五四・一％、二〇〇二年五六・七％、二〇〇三年六三・四％、二〇〇四年六八・一％、二〇〇五年六三・〇％、二〇〇六年六七・六％、二〇〇八年六六・〇％、二〇〇九年七二・五％）、候補者の政党はなれがますます進んでいる。

「推薦」もしくは「支持」の形態は多様で、ほとんどが数例しかない。そうした中で一〇例以上は「自民・公明」三四、「民主」二五、「共産」二一、「自民・民主・公明」一九、「公明」一三であった。

候補者の平均年齢は例年五〇歳代後半、とりわけ二〇〇五年以降は五八歳台を上下している（二〇〇〇年五八・九歳、二〇〇一年五七・七歳、二〇〇二年五七・七歳、二〇〇三年五七・五歳、二〇〇四年五九・四歳、二〇〇五年五八・八歳、二〇〇六年五八・三歳、二〇〇七年五八・二歳、二〇〇八年五八・九歳、二〇〇九年五八・六歳）。

候補者の年代は二〇〇四年を境に変わって来ている。それまでは毎年四分の三近くが五〇歳代と六〇歳代とに集中し、それぞれが共に三割台で拮抗しながらも五〇歳代（一九九八年三七・三％、九九年三八・一％、二〇〇〇年三七・七％、二〇〇一年三九・六％、二〇〇二年三九・七％、二〇〇三年三八・六％）が六〇歳代（同三九・一％、三五・一％、三六・四％、三四・四％、三八・一％、三三・一％）を上回って最多を占め、また四〇歳代以下が一割台半ば（二四・三％、一五・四％、一五・四％、一三・六％、一四・九％、一四・三％）、七〇歳代以上が一割弱（同九・三％、一一・四％、一一・五％、八・七％、七・三％、九・四％）といった状況で推移していた。しかし二〇〇四年以降は、本年を含め傾向が変わりつつある（表4）。すなわち五〇歳代と六〇歳代への集中がいつそう進み、六〇歳代（二〇〇四年四一・五％、二〇〇五年四一・〇％、二〇〇六年三九・五％、二〇〇七年四〇・四％、二〇〇八年四五・三％、二〇〇九年四七・九％）が五〇歳代（同三五・六％、四〇・二％、三七・九％、三七・九％、三三・一％、三〇・三％）を大きく上回るようになったこと、また一旦減った四〇歳代以下が元に戻しつつある反面（同

表 4 立候補者の年齢構成

年齢(歳)	候補者数(人)	当選者	落選者
25～29	2	0	2
30～34	10	5	5
35～39	16	7	9
40～44	21	6	15
45～49	44	16	28
50～54	56	21	35
55～59	123	53	70
60～64	164	84	80
65～69	119	58	61
70～74	29	11	18
75～79	7	3	4
80～84			
合 計	591	264	327

表 5 新旧別立候補者

	候補者数(人)	当選者	落選者
新人	387	109	278
現職	198	153	45
前・元職	6	2	4
合 計	591	264	327

一一・九％、一一・三％、一四・三％、一四・二％、一五・一％、一五・七％）、七〇歳代以上が一割に届かなくなった（同一一・一％、七・六％、八・三％、七・五％、七・五％、六・一％）ことである。

なお最年長は、七七歳白山（石川）の、最年少は二五歳の尾張旭（愛知）の各候補者であった。

新旧別（現職、前・元職、新人）で候補者を分けると（表5）、かつては「現職」三割台、

「新人」六割台が常態であった。しかし二〇〇四年以降ここにも合併急増の影響が及び、「新人」が七割台、さらには八割を超え（二〇〇四年七〇・四％、二〇〇五年八五・一％、二〇〇六年七九・六％、二〇〇七年七二・六％）、他方「現職」は一・二割台にまで減少した（同二七・九％、二三・五％、一九・二％、二五・八％）。このような一過性の現象は昨年から元に戻り始め（新人六八・五％、現職二九・六％）、本年は「新人」が六割台（六五・五％）、「現職」が三割台（三三・五％）という旧態に復した（その他「前・元職」一・〇％）。

なお「現職」一九八人の立候補は何期目に向けてのものであったかに触れておくと、例年二期目と三期目が多いが、本年はとりわけ二期目に集中したため（二五六人、七八・八％）、三期目が通常の二割台を割った（三二人、一五・七％）。

したがって他はいずれも少なく、四期目九人、六期目二人に止まった。

市・区長選挙の候補者にはいかなる役職・職業の者になるのか、それを示したのが表6である。毎年「市長」（現職及び前・元職）が最も多く、比率は時々二割台に落ちることもあるが、概ね三割台前半を占め常に首位となる（二〇〇〇年三四・七％、二〇〇一年二八・二％、二〇〇二年三三・七％、二〇〇三年一九・八％、二〇〇四年三二・八％、二〇〇五年三二・七％、二〇〇六年二八・六％、二〇〇七年二八・四％、二〇〇八年三二・九％、二〇〇九年三三・一％）。「市長」に次いで二位となるのは「市議会議員」で、比率は年によって一割～二割台前半の間を上下する（同一五・二％、一八・九％、二〇・四％、二四・四％、一一・四％、一二・八％、一五・三％、一三・三％、一二・八％、一九・三％）。三位には本年を含めて「県議会議員」がなる年が多い。比率は五～一〇％の範囲内である（同五・六％、一〇・五％、八・五％、五・三％、七・九％、

表6 立候補者の主たる役職

役 職	人数(人)
市長	195
市長（前・元）	6
旧市長	7
旧市長（前・元）	0
旧町村長	16
市役所幹部	34
都道府県庁幹部	4
市議会議員	114
旧市議	1
旧町村議	2
県議会議員	44
国会議員	6
市民・地域団体役員	13
職能団体役員	7
政党・政治団体役員	15
企業経営者	32
学校・医療施設等経営者	5
自営業	21
専門職	26
国家公務員	7
地方公務員	18
会社・団体職員	14
その他	4
合 計	591

九・四％、八・五％、九・四％、七・五％、七・五％）。さらに「市役所幹部」（同六・〇％、四・二％、六・〇％、五・三％、五・二％、四・二％、四・〇％、六・九％、六・二％、五・八％）、「企業経営者・役員」（同九・三％、五・五％、五・三％、五・四％、三・〇％、三・五％、四・八％、五・九％、三・二％、五四％）、「専門職」（同四・六％、八・四％、

五・三％、三・六％、四・七％、三・八％、五・六％、二・〇％、五・七％、四・七％）が続くが、これらは比率や順序が一定せず年によつて変わる。残る「自営業」（同二・三％、二・二％、一・六％、三・〇％、三・七％、一・九％、二・八％、一・六％、二・七％、三・六％）、「政党・政治団体役員」（同三・九％、六・三％、三・四％、五・五％、二・五％、一・六％、一・二％、三・三％、三・〇％）、「市民運動・地域団体役員」（同四・〇％、七・四％、二・五％、六・八％、四・二％、二・二％、三・八％、三・一％、二・四％、二・二％）、「職能団体役員」（同二・三％、五・五％、〇・九％、五・四％、三・二％、一・四％、一・二％、一・六％、一・四％、一・二％）などはほとんどの年で５％以下である。なお最近国会議員の地方首長への転身が取りざたされる。立候補数は多いとは言えないものの（二〇〇四年二人、二〇〇五年六人、二〇〇六年六人、二〇〇七年九人、二〇〇八年三人、二〇〇九年六人）、今後とも目が離せない。また地方公務員の候補者数が一昨年から一人（二・二％）、一七人（四・六％）、一八人（三・一％）と二桁を記録している点も注目点である。

二 当選者

（一）年齢

当選者の年齢は本年も七七歳から三二歳まで広範に渡った（八〇歳台、二〇歳台はゼロ）。ちなみに最年長は白山市、最年少は千葉市の各候補者であつた。また平均年齢は全体より若干高い五九・三歳であつた。

当選者の年齢構成（表７）についての本年の結果はこれまでと大きく異なるものであつた。それは二〇〇一年以降首位を保ちつつも、四割前後まで比率を低下させて来ていた六〇歳代が一挙に五割を超えたことである（二〇〇一年三九・三％、二〇〇二年四〇・九％、二〇〇三年四〇・四％、二〇〇四年四五・一％、二〇〇五年四一・〇％、二〇〇六年三九・五％、

表 7 年齢別・人口規模別当選者数

	3 万未満	3 万～5 万	5 万～10 万	10 万～20 万	20 万～30 万	30 万～50 万	50 万以上	合 計
25～29								
30～34		1		1		2	1	
35～39			3	4				
40～44		2	1	1	1	1		
45～49	1	4	6	4			1	
50～54	3	5	7	5		1		
55～59	5	17	12	10	4	3	2	
60～64	4	28	28	12	5	5	2	
65～69	5	13	19	12	3	3	3	
70～74	1	2	4	3			1	
75～79		1	1	1				
80～84								
合 計	19	73	81	53	13	15	10	264

二〇〇七年四一・二％、二〇〇八年四四・四％、二〇〇九年五三・八％）。このため他の年齢層は軒並み比率を下げ、五〇歳代は二割台に落ちた（同三八・〇％、四〇・三％、三六・〇％、三三・七％、四〇・二％、三七・九％、四一・二％、三四・六％、二八・一％）。四〇歳代と七〇歳代も、前者（同八・七％、八・六％、九・六％、七・八％、九・五％、一〇・五％、九・三％、一一・七％、八・三％）の後者（同二・七％、八・一％、一二・八％、一一・九％、七・五％、八・三％、七・八％、五・六％、五・三％）に対する優位の流れに変化はなかったが、いずれも比率を低下させた。

年齢層別の当選率については、昨年明らかな変化が生じていると指摘した。五〇歳代後半が初めて五〇％を超えて一位となったこと、数は少ないながら三〇歳代後半が一〇・〇％（五人全員当選）を記録したこと、反面七〇歳代前半、六〇歳代後半、六〇歳代前半等の高年齢層が軒並み後退したことがあったからである。本年の結果はそのような変化の流れに掉さす兆しを窺わせるものであった。根拠は五〇％を超えた六〇歳代をピークに、年齢層が下がるにしたがって当選率が低くなる傾向を示したことである。六〇歳代前半は二〇〇〇年を例外としてほとんど三割台後半から四割台であったが、本年は五割を超えて一位となった（二〇〇〇年六一・七％、二〇〇一年四一・九％、二〇〇二年三九・二％、二〇〇三年四七・四％、二〇〇四年四八・五％、二〇〇五年四九・四％、二〇〇六年

三八・八%、二〇〇七年、二〇〇八年四〇・八%、二〇〇九年五一・五%）。かつては七〇歳代前半と首位を分け合った六〇歳代後半は、このところ多少後退気味であったが、本年は五割で二位を確保した（同六〇・八%、五一・一%、五四・七%、四九・四%、五六・七%、五〇・〇%、四五・八%、五一・五%、四六・二%、五〇・〇%）。昨年躍進した五〇歳代後半は従来の四割台に戻った（二〇〇〇年四一・四%、二〇〇一年四四・七%、二〇〇二年四三・五%、二〇〇三年四一・五%、二〇〇四年四九・五%、二〇〇五年三八・三%、二〇〇六年四二・七%、二〇〇七年四〇・六%、二〇〇八年五〇・六%、二〇〇九年四三・八%）。二〇〇〇年代中頃から上昇し二〇〇七年には五〇%超で首位にもなった五〇歳代前半も回復せず、昨年の三割台に止まった（同三八・六%、二六・三%、四二・五%、三一・八%、三七・七%、四一・八%、四四・八%、五四・二%、三七・五%、三八・二%）。そのような中で高年齢層の七〇歳代前半の退潮は明らかで、過去に六〇%以上を誇った当選率は、二〇〇七年に初めて五割を割り、昨年同様本年も三割台に終わった（同六六・七%、六〇・七%、五一・九%、五〇・〇%、五一・四%、五六・四%、五〇・〇%、四一・四%、三五・〇%、三七・九%）。

次に都市の規模（人口一〇万人未満を「小」都市、一〇万人以上三〇万人未満を「中」都市、三〇万人以上を「大」都市として分類）と年齢との関連について言及すると（表7）、まず指摘できるのは、「小」都市と「中」都市においては六〇歳代が三〜四割台を占め、若干の例外を除けば最多を占めることが多い点である。本年は全体的にこの傾向が強く、「小」都市で五割を超え（二〇〇〇年五一・六%、二〇〇一年三八・九%、二〇〇二年四二・六%、二〇〇三年三七・三%、二〇〇四年四六・〇%、二〇〇五年四六・五%、二〇〇六年四四・三%、二〇〇七年四三・九%、二〇〇八年四六・八%、二〇〇九年五六・一%）、「中」都市も四割台後半であった（同四二・九%、三五・三%、四八・五%、三六・八%、四一・〇%、四〇・九%、二八・三%、四六・七%、四一・七%、四八・五%）。「大」都市においては年ごとの変動幅が大きく、一〇〜三〇%台の幅で変化するが、

本年は最高に近い結果を残した（同三六・四％、四七・六％、一一・八％、三三・七％、四六・七％、五六・〇％、二五・〇％、二〇・〇％、三三・三％、五二・〇％）。五〇歳代も「小」都市及び「中」都市において毎年三〜四割台を占めるが、本年は六〇歳代が多かったため比率は低く、「中」都市（同四〇・〇％、三八・二％、三三・三％、二七・六％、二五・六％、三四・八％、五六・五％、三六・七％、三六・一％、二八・八％）が「小」都市（同二七・四％、三八・九％、四〇・四％、四一・五％、三六・〇％、三八・〇％、三三・六％、四三・九％、三二・四％、二八・三％）とも二割台に止まった。「大」都市における比率も同様に下がり、過去三年間続けた四割台を維持できなかった（同五四・五％、三三・三％、五二・九％、一四・三％、三三・三％、二四・〇％、四三・八％、四〇・〇％、四六・七％、二四・〇％）。

（二）新旧（前出表5参照）

当選者中の現職と新人の比率には、二〇〇〇年まではほぼ六割台対三割台の大きな開くがあり、常に現職が新人を圧倒していた。しかし二〇〇一年以降、合併の促進で新市の誕生が顕著になるに従い、新人が急増するところとなり、二〇〇四年に初めて現職を凌駕し、翌年にはその差が三対一にまで広がった。ただこれをピークに二〇〇七年からは再び現職優勢となり、常態に戻りつつある（二〇〇一年五七・三％―四二・七％、二〇〇二年六二・四％―三六・六％、二〇〇三年五八・五％―四一・五％、二〇〇四年四六・一％―五一・三％、二〇〇五年二五・五％―七三・四％、二〇〇六年三六・〇％―六三・〇％、二〇〇七年五五・〇％―四五・〇％、二〇〇八年五一・三％―四八・八％、二〇〇九年五八・〇％―四一・三％）。

当選率に関しては現職がほぼ毎年八割台の高率を誇つて来たが、昨年に続き本年も七割台に止まった（二〇〇〇年八六・一％、二〇〇一年八三・五％、二〇〇二年八一・七％、二〇〇三年八三・二％、二〇〇四年八〇・二％、二〇〇五年八三・五％、

二〇〇六年七八・四％、二〇〇七年八七・四％、二〇〇八年七四・五％、二〇〇九年七七・三％）。新人の当選率は、かつては二割台であったが、二〇〇四年以降三年連続で三割台に寄せ、上昇傾向をうかがわせた。しかし二〇〇七年二割台、二〇〇八年三割台、本年二割台といった状態が続いている（同二四・五％、二三・一％、二三・九％、二四・二％、三四・九％、三八・一％、三三・二％、二五・四％、三〇・七％、二八・二％）。

（三）当選回数（表8）

合併ラッシュの影響は当選回数にも及び、二〇〇〇年代前半以降「一回」が異常に増え、多い回数が減るという現象がしばらく続いたが、少なくとも「一回」と「二回」に関しては元に戻りつつあるといえる。「一回」は従来から

当選回数(回)	人数(人)
1	109
2	121
3	26
4	8
5	0
6	0
合計	264

（注）当選回数1回に現職、2回に前職、3回に元職各1名を含む。

毎年最多であったが、比率は三割台後半止まりであった。それが二〇〇三年には四割を、二〇〇四年には初めて五割を超え、二〇〇五年には四分の三近くを占めるまでになった。しかしこれをピークに減りはじめ、二〇〇七年以降は四割台まで下がって来ている（二〇〇〇年三三・三％、二〇〇一年四二・七％、二〇〇二年三六・六％、二〇〇三年四〇・八％、二〇〇四年五二・八％、二〇〇五年七三・〇％、二〇〇六年六三・〇％、二〇〇七年四五・一％、二〇〇八年四九・四％、二〇〇九年四一・三％）。「一回」の増減は「二回」の動きと強く連動しているため、「二回」は二〇〇五年、二〇〇六年には一割台まで落込んだが、一昨年、昨年と本来の三割台を回復し、本年はかつてなかった四割台で最多を占めるという新たな傾向を示した（二〇〇〇年三三・三％、

二〇〇一年二・三・三％、二〇〇二年三・一・二％、二〇〇三年二・五・八％、二〇〇四年二・一・二％、二〇〇五年一・六・二％、二〇〇六年一・九・九％、二〇〇七年三・一・九％、二〇〇八年三・六・四％、二〇〇九年四・五・八％）。ただし「三回」以上については昨年とほとんど変わらず、「三回」が一割以下（同一・八・四％、二〇・〇％、二三・一％、二三・〇％、一六・六％、六・八％、九・〇％、一四・二％、九・九％、九・八％）、「四回」が三％といった状態では（同六・四％、八・七％、八・一％、六・二％、四・七％、一・八％、六・二％、四・七％、二・三％、三・〇％）元に戻っているとは判断できない。なお本年の最高は「四回」で、豊前（福岡）、多久（佐賀）、各務原（岐阜）、久喜（埼玉）、都留（山梨）、日野（東京）、川口（埼玉）、船橋（千葉）の八市を数えるのみであった。

次に現職・元職について目ざした回数ごとの当選率を見ると、当然全般的に高い。ただし本年について言えば、「二回目」が昨年の大きな異変を引きずった。「二回目」は概ね安定して八割台後半から九割台の高率を示して来たのだが、昨年遂に八割を割って過去最低となり、本年もまた七割台に止まったことである（一九九二年九四・四％、九三年九二・〇％、九四年九六・四％、九五年九一・六％、九六年八九・一％、九七年九四・一％、九八年八七・〇％、九九年八八・九％、二〇〇〇年九二・〇％、二〇〇一年八七・五％、二〇〇二年九三・四％、二〇〇三年八九・七％、二〇〇四年八三・七％、二〇〇五年八七・五％、二〇〇六年八七・二％、二〇〇七年九〇・三％、二〇〇八年七二・〇％、二〇〇九年七八・二％）。「三回目」は例年「二回目」を若干下回る比率で、時に七割台のこともあるが、ほぼ八〇％台を継続的に維持して来ていたが、昨年一挙に六割台まで落ちた。ただしこちらは八割台を回復した（同九一・四％、八六・七％、八二・五％、八〇・〇％、九二・六％、八九・七％、八七・二％、八四・七％、八六・七％、七八・九％、八〇・八％、八〇・六％、七五・六％、八五・七％、七四・一％、八〇・六％、六一・五％、八三・九％）。かつては八割台以上の高率を示していた「四回目」もこのところ若干低下傾向にあったが、

本年は八割まで戻した（同九四・一％、一〇〇％、五五・六％、八九・五％、九四・一％、八八・九％、七六・二％、八八・九％、八一・八％、八六・七％、六八・二％、七五・〇％、五五・六％、五五・六％、七六・五％、六三・二％、六〇・〇％、八〇・〇％）。「五回目」は本年は該当者がなかった（同五五・六％、七五・〇％、七五・〇％、六八・八％、一〇〇％、五七・一％、九〇・〇％、七〇・〇％、八〇・〇％、二〇・〇％、七六・九％、一〇〇％、五〇・〇％、七五・〇％、なし）。「六回目」の二人（青森市、坂出市）はいずれも落選であつた（同五〇・〇％、一〇〇％、八〇・〇％、七五・〇％、一〇〇％、五〇・〇％、一〇〇％、七五・〇％、一〇〇％、〇％、一〇〇％、八三・三％、五〇・〇％、一〇〇％、〇％）。

（四）役職・職業（表9）

当選者の役職・職業面における特徴は何か。これについては「市長」職（前・元職を含む）が圧倒的優位を占めていることをまず指摘しなければならない。先述のように「市長」は候補者数において全体の三割超を占めて他を圧したが、当選者についてはそれ以上である。選挙においては「市長」の肩書が大いに威力を発揮するから、当選者数では他との差はさらに明確となる。一九九一年以降の期間で見ても、この傾向は不動であつた。全当選者中の比率は、二〇〇二年までは一九九四年と二〇〇一年に五〇％台に下がった以外は、六割台から時に七割台の高率にも上った。ただ近年は当選者が若干多様化したことで、二〇〇三年以降は二〇〇六年を除き五割台に止まっている（一九九一年六四・一％、九二年六四・五％、九三年六六・二％、一九九四年五八・九％、九五年六二・九％、九六年六三・三％、九七年七二・五％、九八年六五・四％、九九年六九・七％、二〇〇〇年六六・七％、二〇〇一年五八・七％、二〇〇二年六二・九％、二〇〇三年五九・二％、二〇〇四年五二・八％、二〇〇五年五六・一％、二〇〇六年六八・二％、二〇〇七年五五・四％、二〇〇八年五二・五％、二〇〇九年

表 9 当選者の主たる役職

役 職	人数(人)
市長	151
市長（前）（元）	4
旧市長	3
旧町村長	4
市役所幹部	17
旧町幹部	0
県庁幹部	2
市議会議員	27
旧市議	0
旧町村議	0
県議会議員	25
国会議員	2
国家公務員	1
地方公務員	5
市民運動・地域団体役員	1
職能団体役員	1
政党・政治団体役員	1
企業経営者・役員	4
学校・病院等経営者	1
会社員・団体職員	3
自営業	2
専門職	8
その他	2
合 計	264

部長二人）の順で、当選率では「県議会議員」五六・六％、「市役所幹部」五〇・〇％、「市議会議員」二八・五％の順であつた。

（五）学歴^{（4）}（表10）

学歴に関しては今や旧制の出身者が姿を消し、第二次大戦後の進学率の上昇を反映して「大学以上」卒と「高校」卒がほとんどとなった。しかも「大学以上」卒が徐々に増え全体の八割前後まで占めるに至っている（二〇〇一年七六・〇％、二〇〇二年七五・八％、二〇〇三年八一・五％、二〇〇四年七一・五％、二〇〇五年七八・八％、二〇〇六年七七・三％、二〇〇七年八七・七％、二〇〇八年七七・二％、二〇〇九年八一・一％）。他方「高校」卒は二割程度あつた比率を下げつつあ

（五九・八％）。ただ当選率は七割台と高い（七六・〇％）。「市長」に続いては「市議会議員」、「県議会議員」、「市役所幹部」が常連であるが、順位と比率は年によって変わる。本年は数では「市議会議員」（うち議長・副議長経験者六人）、「県議会議員」（うち議長経験者〇人）、「市役所幹部」（助役・副市長八人、収入役、教育長各一人、

表10 当選者の学歴

		人数(人)
大学院	大学院	8
大学	私立大学	130
	国公立大学	68
	短期大学	7
高校	普通高校	22
	農業高校	12
	商・工・実業高校	10
その他		5
不明		2
合 計		264

(注) その他は旧農学校、防衛大学校、海拔大学校、指導所、専門学校各1

る（同二〇・七％、二二・六％、一八・一％、二二・八％、二〇・一％、二〇・一％、一一・八％、一九・一％、一六・七％）。

次に全体の大部分を占める大学卒業生（中退を含む）について出身が私立大学か国公立大学かで分けると、二〇〇〇年以降の両者の比率は二対一から三対一となり（二〇〇〇年六二・一％対三七・八％、二〇〇一年七〇・九％対二九・一％、二〇〇二年六六・九％対三三・一％、二〇〇三年七一・八％対二八・二％、二〇〇四年七一・〇％対二九・〇％、二〇〇五年六五・八％対三四・二％、二〇〇六年六九・二％対三〇・八％、二〇〇七年七四・四％対二五・六％、二〇〇八年七四・三％対二五・七％、二〇〇九年六五・七％対三四・三％）、市区長に関しては圧倒的に私学優位となっている。

当選者を出身大学別に分けると、一人だけが五四校（国公立大学二四、私立大学三〇）もあり、広範囲に及んでいることがわかる。しかしそのような中で、当選者が一部の大学の出身者によって比較的多く占められていることも事実である。本年の結果を見ても三人以上の当選者を出したのは一七人の早稲田大学を筆頭に、日本大学（二五人）、東京大学（二一人）、慶応大学（二一人）、中央大学（二一人）、京都大学

(七人)、東北大学(四人)、立命館大学(四人)、国学院大学(四人)、九州大学、金沢大学、岡山大学、東京農業大学、明治大学、同志社大学、関西大学、福岡大学(各三人)であり、本年は二人に終わった大阪大学、一橋大学、神戸大学、筑波大学、静岡大学、埼玉大学、法政大学、成城大学、学習院大学、専修大学、駒沢大学、国士舘大学、拓殖大学、亜細亜大学、神奈川大学、関西学院大学、近畿大学、西南学院大学などを加えた各校が常連校といつてよい。なお一九九一年以降の市長選当選者の出身大学別累積延人数を数えると、早稲田大学(二二六六人)が最も多く、以下東京大学(二八〇人)、中央大学(二七一人)、慶応大学(二五六六人)、日本大学(二五五五人)、明治大学(二〇二人)、法政大学(八九人)、京都大学(七一人)が七〇人以上であり、これら八校がわが国の市・区長の主たる輩出校になっている。

三 選挙状況

(一) 投票率 (表11)

本年投票の行われた一九九選挙の投票率については八〇%台(二〇%台に該当市があり、四分の一近く(二四・一%)の四八を占めた六〇%台が最多であった。そしてこれに匹敵する数で七〇%台が四〇%台と五〇%台を上回って続いたことは、例年より高めの投票率であった本年の特徴を示している。八〇%以上の高投票率市は最高の平戸(長崎、八六・一五%)を初め竹田(大分、八六・〇三%)、西海(長崎、八五・五六%)、新見(岡山、八四・六四%)、阿蘇(熊本、八四・一四%)、十日町(新潟、八三・七八%)、庄原(広島、八三・七五%)、豊後大野(大分、八三・七三%)、長門(山口、八三・六三%)、美作(岡山、八三・五〇%)、上野原(山梨、八三・〇五%)の他二一市に及んだ。他方、最低は二五・八八%の朝霞(埼玉)で、富士(静岡、二七・〇六%)、市川(千葉、二九・九六%)の三市が三割に届かなかった。なお鶴ヶ島

表11 人口規模別投票率

投票率	市・区数							
	3万未満	3～5万人	5～10万人	10～20万人	20～30万人	30～50万人	50万以上	合 計
80%台	8	10	3					21
70%台	3	17	15	12				47
60%台		12	23	8	3	1	1	48
50%台	1	3	7	8	2	5	1	27
40%台		3	10	11	3	3	5	35
30%台			1	6	4	4	3	18
20%台				1	1	1		3
合 計	12	45	59	46	13	14	10	199

（埼玉、三八・八九％）、倉吉（鳥取、六四・六六％）、福島（八三・五〇％）が過去最低の投票率であった。

投票率については「小都市において高く、中都市、大都市となるにつれて低下する」傾向があるので、人口規模との相関性を指摘できる。すなわち人口五万人未満においては「高」投票率（投票率七〇％以上）が、五万人～二〇万人未満においては「中」投票率（投票率五〇～六〇％台）が、二〇万人～三〇万人未満においては「中」～「低」投票率（投票率五〇％未満）が、三〇万人以上においては「低」投票率の割合が最も高くなるからである（表11）。

さらに詳しく見ると、人口「三万人未満」の小都市では圧倒的に「高」投票率市の比率が高いのに対し（二〇〇〇年六〇・〇％、二〇〇一年七五・〇％、二〇〇二年六〇・〇％、二〇〇三年一〇〇・〇％、二〇〇四年八五・七％、二〇〇五年八一・八％、二〇〇六年七二・七％、二〇〇七年五七・一％、二〇〇八年六二・五％、二〇〇八年九一・二％）、「低」投票率市は一年と昨年に一市（須崎）あったものの、皆無に近い。「三万人以上五万人未満」の市も同様の特徴を有するが、「高」投票率市の割合が低くなり（同六六・七％、四六・二％、五九・五％、六九・〇％、五一・四％、七〇・七％、五九・〇％、七二・七％、五〇・〇％、六〇・〇％）、その分が「中」投票率市の増加となり（同三三・三％、四二・三％、三二・四％、二七・六％、四五・九％、二二・六％、四一・〇％、二七・三％、五〇・〇％、三三・三％）、「低」投票率市も若

千は見られるようになる（同〇%、一一・五%、八・一%、三・四%、二・七%、七・八%、〇%、〇%、〇%、六・七%）。「五万人以上一〇万人未満」では、二〇〇四～五年を例外として、「中」投票率市が最も多くなり（同五五・六%、四八・六%、六三・六%、五九・五%、三七・〇%、三四・九%、五九・七%、七二・九%、四四・二%、五〇・八%）、他方「高」投票率市も一～二割台含まれるようになる（同二六・七%、二〇・〇%、一三・六%、二四・三%、三四・八%、四四・六%、二二・八%、一三・六%、二五・六%、一八・六%）。人口が一〇万人を超えると明らかに様相が変わり、「高」投票率市が減って、「低」投票率市の割合が高まる。ただ「二〇万人以上二〇万人未満」規模では「低」投票率市の割合は増えるが（同四一・七%、五九・一%、六二・五%、四二・〇%、五七・七%、四三・九%、三九・四%、三三・三%、五五・六%、三九・一%）、「中」投票率市がまだかなりの比率で存在する（同、五二・〇%、五〇・〇%、三一・八%、四八・〇%、三四・六%、一九・五%、四五・五%、六六・七%、三七・〇%、三四・八%）。人口三〇万人以上の大都市になると、「高」投票率市がなくなり、「中」投票率市も減って大半が「低」投票率市で占められるようになる。「三〇万人以上五〇万人未満」を見ると、一九九二年に「低」投票率市が圧倒的優位に転じて以来、本年は多少低いが（「低」投票率市五七・一%、「中」投票率市四二・九%）、常に前者が後者を大きく上回るようになった。なお「高」投票率市は依然皆無のままである。人口「五〇万人以上」については一昨年「中」投票率市が三分の一を占めるという異変があり、本年も「中」投票率市二〇%は若干高めであったものの、「低」投票率市が八〇%で「高」投票率市は本年を含め未だに一例もない状態が続いたから「高」投票率市優位は揺るがなかったと言えよう。

(二) 無投票選挙

無投票選挙は、一九九〇年代前半には全選挙の四分の一以上をも占めていたが（一九九〇年二七・四％、九一年二六・六％、九二年二六・二％、九三年二八・六％、九四年二五・七％）、一九九五年に二五％、一九九六年に二〇％を割って以後、ほぼ一年おきに二〇％台前半と一〇％台後半を繰り返しつつ、長期的には比率を下げて行ったから、近い将来に無投票が急激に減ると予測された。しかし二〇〇四年以降は二割台が状態になるまでに回復している（二〇〇〇年二八・四％、二〇〇一年一八・七％、二〇〇二年二二・三％、二〇〇三年一三・九％、二〇〇四年二八・〇％、二〇〇五年二〇・五％、二〇〇六年二二・七％、二〇〇七年一八・一％、二〇〇八年二一・〇％、二〇〇四年二四・六％）。

人口規模の点から無投票選挙を見ると（表12―1）、それがほとんど「小」都市に特徴的な現象であることがわかる。

表12 人口規模別・就業構造別・当選回数別無投票選挙数

1 人口規模	
3万人未満	7
3万人以上～5万人未満	28
5万人以上～10万人未満	22
10万人以上～20万人未満	7
20万人以上～30万人未満	
30万人以上～50万人未満	1
50万人以上	
合 計	65

2 当選回数	
1	3
2	54
3	6
4	2
5	
合 計	65

3 年齢	
30歳代	
40歳代	5
50歳代	21
60歳代	35
70歳代	4
80歳代	
合 計	65

すなわち二〇〇〇年以降だけを取っても、三分の二以上が一〇万人以下の都市によって占められてきているからである（二〇〇〇年九二・五％、二〇〇一年九二・九％、二〇〇二年九五・五％、二〇〇三年六八・六％、二〇〇四年九〇・七％、二〇〇五年

七三・七％、二〇〇六年八七・五％、二〇〇七年七〇・三％、二〇〇八年九四・一％、二〇〇九年八七・七％）。さらに各都市規模における無投票の割合を見ると、概して規模の小さい都市ほど高く、大きくなるほど都市ほど低くなることがわかる。「三万人未満」では半分から三分の一が無投票である（二〇〇〇年五〇・〇％、二〇〇一年三三・三％、二〇〇二年三七・五％、二〇〇三年二二・八％、二〇〇四年六五・〇％、二〇〇五年四五・五％、二〇〇六年五四・五％、二〇〇七年五〇・〇％、二〇〇八年三八・五％、二〇〇九年三六・八％）。「三万人以上五万人未満」になると二～四割台に落ち（同五七・一％、二七・八％、三二・七％、二八・二％、三三・七％、四三・一％、四一・〇％、二九・〇％、三四・九％、三八・四％）、「五万人以上一〇万人未満」では比率はさらに下がる（同二三・四％、二五・五％、二二・八％、九・六％、二八・一％、一八・一％、三五・一％、一四・五％、二二・八％、二七・二％）。「中」都市になると割合は、年によつて二割台、三割台となることもあるが、概ね一桁台から一割台前半止まりである（二〇〇〇年七・五％、二〇〇一年三・六％、二〇〇二年四・五％、二〇〇三年三一・四％、二〇〇四年九・三％、二〇〇五年二六・三％、二〇〇六年二二・五％、二〇〇七年二一・六％、二〇〇八年五・六％、二〇〇九年一〇・六％）。「大」都市における無投票は、これまで二〇〇一年の一件、二〇〇七年の三件、本年一件を数えるのみである。

無投票当選者の圧倒的多数は現職市長である。比率は新市が多く誕生した二〇〇四年～二〇〇六年を例外として、八～九割台の圧倒的多数を占め続けてきた。本年は例年に増して多く（九五・四％）、二〇〇〇年代で最高であった（一九九二年八八・九％、九三年八一・八％、九四年八四・四％、九五年八五・〇％、九六年八九・三％、九七年九五・二％、九八年九四・六％、九九年九七・八％、二〇〇〇年九二・五％、二〇〇一年八九・三％、二〇〇二年八八・九％、二〇〇三年八五・七％、二〇〇四年六六・七％、二〇〇五年二八・一％、二〇〇六年四三・八％、二〇〇七年八一・一％、二〇〇八年七六・五％）。

当選回数別に関しては（表12―2）、通常通り大半が「一回」～「四回」であったが、昨年久し振りに最多となつ

た「二回」がさらに比率を高めた（八三・一％）。したがってこれに続いた「三回」（九・二％）、「一回」（四・六％）、「四回」（三・一％）はいずれも一割以下であった。なお「五回」以上はゼロであった。

さらに年齢の面から無投票当選者を見ると（表12―3）、本年を含め、例年、大半が六〇歳代と五〇歳代に集中する。六〇歳代は例年四〇五割を占める。昨年多少多かったが、本年は通常の範囲内（五三・八％）に戻った（二〇〇二年五二・四％、二〇〇三年四二・九％、二〇〇四年五〇・〇％、二〇〇五年四〇・四％、二〇〇六年四一・七％、二〇〇七年五一・四％、二〇〇八年六一・八％）。これに次ぐ五〇歳代は概ね三割台である（同二六・二％、三七・二％、三二・五％、三八・六％、三七・五％、三五・一％、二六・五％、三二・三％）。続いて最近までは七〇歳代が一割台（同二四・三％、一四・三％、一八・五％、一〇・五％、一四・六％、五・四％、五・九％）の順となる。四〇歳代が一割以下であったが、どちらも低下気味で、本年は四〇歳代（同七・一％、五・七％、〇％、八・八％、四・二％、八・八％、五・九％、七・七％）七〇歳代（同二四・三％、一四・三％、一八・五％、一〇・五％、一四・六％、五・四％、五・九％、六・二％）を上回った。なお三〇歳代と八〇歳代には該当者がなかった。

（三）現職の落選

本年も現職の再選が厳しい年であった。現職が再選に挑んで失敗する割合は通常一割台であるが、過去最高の昨年ほどではなかったもののやはり二割を超えた（二二・三％）からである（二〇〇〇年一三・九％、二〇〇一年一六・五％、二〇〇二年一四・〇％、二〇〇三年一六・八％、二〇〇四年一九・八％、二〇〇五年一五・七％、二〇〇六年二二・六％、二〇〇七年二二・八％、二〇〇八年二五・五％）。内容面でも変動的で、本来再選の確率が最も高く、落選は一割程度であった二期目が昨年に続き二割台で首位となった（同八・〇％、一一・五％、六・五％、一〇・〇％、一一・九％、一一・五％、一三・三％、三・〇％、

二四・四％、二三・二％）。三期目を目ざした候補者については、昨年三割台まで急増した落選率が通常の一割台後半に戻った（同二三・三％、一八・九％、一八・八％、二〇・五％、一三・六％、二五・九％、一九・四％、三三・三％、一六・一％）。四期目以上は数が少ないが、本年は四期目が八人全員当選（二〇〇四年四七・一％、二〇〇五年四四・四％、二〇〇六年二三・五％、二〇〇七年三三・三％、二〇〇八年七五・〇％、二〇〇九年一〇〇％）、五期目が二人とも落選と明暗が分かれた。

（四）多選（表13）

当選回数三回以上を「多選」とすると、かつては三分の一程度がこれに該当した。新市急増の影響はここにも及び、二〇〇四年には四分の一に、二〇〇五年には一〇分の一にまで激減した。二〇〇六年から増加に転じ、一昨年こそ二〇％台を記録したが、本年の結果を見る限り、影響を脱してはいない（二〇〇〇年三三・三％、二〇〇一年三四・〇％、二〇〇二年三二・三％、二〇〇三年三三・五％、二〇〇四年二六・四％、二〇〇五年一〇・四％、二〇〇六年一七・五％、二〇〇七年二三・〇％、二〇〇八年一四・二％、二〇〇九年一二・九％）。

多選における回数別構成では、回数の少ないほど比率が高いといった明確な特徴があるが、該当数が少ないため論じる意味が少ない。引き続き経年変化を見て行くのであえて触れておく。最も多い三回は低くても五割以上、高ければ七割台を占める（二〇〇〇年五五・三％、二〇〇一年五八・八％、二〇〇二年七一・七％、二〇〇三年六六・七％、二〇〇四年六二・七％、二〇〇五年六二・一％、二〇〇六年五四・一％、二〇〇七年六一・七％、二〇〇八年六九・六％、二〇〇九年七六・五％）。したがって四回以上になるとずっと少なくなり、四回で一〇～二〇％台（同一九・一％、二五・五％、二五・〇％、一七・九％、一七・六％、一七・二％、三五・一％、二五・五％、一三・〇％、二七・五％）、五回ではさらに低く、一〇％前後（同四・九％、

表13 人口規模別多選数

当選回数	人口規模別市・区数							
	3万未満	3万～5万	5万～10万	10万～20万	20万～30万	30万～50万	50万以上	合 計
6								0
5								0
4	2	1	1	4				8
3	2	2	10	5	3	2	2	26
合計	4	3	11	9	3	2	2	34

七・八％、一・七％、一一・九％、九・八％、一七・二％、八・一％、六・四％、一七・四％、〇％）となる。

さらに人口規模ごとに特徴を検討するが、上と同じ理由でこれまでの経緯と本年の結果について述べるに止める。「小」都市においては二〇〇三年までは概ね三割以上が多選であつたが、二〇〇四年に二割台に、二〇〇五年に一割まで減った。その後も二割台に止まっていたが（二〇〇〇年三二・六％、二〇〇一年三〇・五％、二〇〇二年三三・一％、二〇〇三年四〇・五％、二〇〇四年二四・五％、二〇〇五年一一・〇％、二〇〇六年二四・三％、二〇〇七年二〇・二％）、本年の激減振り（七・二％）は異常と言つてよい。「中」都市の場合二〇〇五年と二〇〇六年に大幅に減らしたが（同四〇・〇％、四四・一％、二四・二％、四〇・三％、三三・三％、一五・二％、九・八％、二六・七％）、昨年に続き二割台を確保した。この間「大」都市においても多選の割合は減少傾向にあつたが（同四〇・〇％、三三・三％、四一・二％、三〇・三％、二六・七％、三六・〇％、二五・〇％、二六・七％）、本年は一転最高値（四五・五％）を示した。本年の結果は「小」都市五一・九％、「小」都市三五・三％、「小」都市一一・八％であつたから、従来の傾向とは大きく異なるものであつた。

（五）得票率

まず当選者を中心に（相対）得票率の特徴について考察する。表14に示されているよ

表14 当選者の得票率及び得票率の差

得票率	人数	得票率の差	人数	絶対得票率	人数
90%台		3%未満	20	60%台	1
80%台	10	3～5	16	50%台	12
70%台	13	5～10	38	40%台	44
60%台	34	10～20	49	30%台	70
50%台	88	20～30	39	20%台	55
40%台	40	30～40	13	10%台	17
30%台	13	40～50	6		
20%台	1	50%以上	18		
合計	199	合計	199	合計	199

うに各市における当選者の得票率は本年も九〇%台から二〇%台まで広範に及んでいた。高低各一〇位までを拾うと、最高は八九・五七%の朝来（兵庫）で、以下熊谷（埼玉）八三・六五%、高岡（富山）八三・七三%、富山八三・五九%、朝霞（埼玉）八三・五九%、伊豆の国（静岡）、一関（岩手）八二・一四%、福島八一・四一%、富士（静岡）八一・〇四%、大田（島根）石岡（茨城）三四・六三%、新宮（和歌山）三四・八四%、市川（千葉）三五・〇九%、諫早（長崎）三五・六二%、旭（千葉）三六・六二%、米子（鳥取）三七・二二%、岡山三七・三一%、川崎（神奈川）三七・三三%となっていた。

全体の分布を見ると、得票率は例年「四〇%台」～「六〇%台」に全体の七～八割が集中する。その中で例年最も多いのが「五〇%台」で、三～四割を占める。本年も過去最高の昨年には及ばなかったが連続して四〇%台を記録した（二〇〇〇年四五・五%、二〇〇一年三五・二%、二〇〇二年三六・八%、二〇〇三年三九・九%、二〇〇四年三五・三%、二〇〇五年三九・八%、二〇〇六年四三・六%、二〇〇七年三七・二%、二〇〇八年四九・二%、二〇〇九年四四・二%）。「五〇%台」に次いだ「四〇%台」は二割台を回復した（同一二・九%、一七・二%、二〇・一%、一三・〇%、二〇・一%、二二・六%、二〇・二%、二二・〇%、一四・八%、二〇・一%）。「六〇%台」は多少比率を高めたが、「四〇%台」を上回ることとはなくなった。

(同一五・八%、一四・八%、二三・九%、一九・二%、二〇・九%、一四・八%、一四・七%、一三・一%、一一・七%、一七・一%)。「七〇%台」のは一割以下にまで減つて来ている(同一二・九%、一四・八%、九・〇%、一二・五%、一〇・八%、一〇・〇%、六・一%、一一・四%、七・八%、六・五%)。低得票率の「三〇%台」以下と高得票率の「八〇%台」以上では前者(同六・九%、一一・五%、六・三%、八・二%、八・六%、八・一%、一一・七%、九・〇%、一一・七%、七・〇%)が後者(同五・九%、六・六%、四・九%、七・二%、四・三%、四・五%、三・七%、八・四%、四・七%、五・〇%)を上回るが、比率は一割に満たない年が多い。得票率に関しては「中」得票率市(得票率五〇～六〇%台)が本年を含めほぼ一貫して五～六割台を占める(二〇〇〇年六一・四%、二〇〇一年五〇・〇%、二〇〇二年五九・七%、二〇〇三年五九・一%、二〇〇四年五六・一%、二〇〇五年五四・八%、二〇〇六年五八・三%、二〇〇七年五〇・三%、二〇〇八年六〇・九%、二〇〇九年六一・三%)。そうした中で最近顕著になってきたは「低」得票率市(得票率五〇%未満)と「高」得票率市(得票率七〇%以上)との間に変化が出て来た。前者の後者に対する優位である。すなわち「低」得票率市は、かつては一割台であったが、二〇〇一年以降は確実に二割以上時に三割台を占めて来ている(同一九・八%、二八・七%、二六・四%、二二・二%、二八・八%、三〇・八%、三一・九%、二九・九%、二六・六%、二七・一%)。逆に「高」得票率市は二割を超えることがなくなり、「低」得票率市との差が大きくなっているのである(同一八・八%、二二・三%、一三・九%、一九・七%、一五・一%、一七・二%、九・八%、一九・八%、一二・五%、一一・六%)。

次に各選挙における当選者と次点者との得票率の差について述べる(表14中央列)。投票の行われた一九九選挙中には、本年も僅差の選挙から大差の無風選挙までが含まれていた。全体的に接戦が多く、一%差以内に〇・一%、三九票差の彦根(滋賀)を筆頭に行方(〇・一四%、三四票差)、霧島(〇・三二%、二〇七票差)、士別(〇・三三%、五一票差)、

旭（〇・三九%、一三八票差）、西海（〇・三九%、八八票差）、長野（〇・四四%、六五一票差）、諫早（〇・四四%、三四四票差）、豊後大野（〇・四六%、一三三票差）、菊池（〇・七八%、二二票差）の一〇市がひしめいた。最も接近していたのは彦根で、率にして〇・一〇%、僅か三九票差であった。逆に開きの大きな方では、珍しく八〇%以上はなく、七〇%台も最大の朝来（七九・二%）とこれに続く鯖江（七二・四%）二市だけしかなかった。

さて、当選者と次点者との得票率差に着目すると、わが国の地方選挙には総じて緊張感が欠如していると言わざるを得ない（表15）。例えばかなりの差がついたと判断される得票率差一〇%以上の選挙が、かつてのように七割を超えるということはなくなったとはいえ、依然六割以上を占めているからである（二〇〇〇年七四・三%、二〇〇一年七〇・五%、二〇〇二年七〇・一%、二〇〇三年七一・二%、二〇〇四年五六・一%、二〇〇五年六一・一%、二〇〇六年六三・二%、二〇〇七年六八・三%、二〇〇八年六〇・九%、二〇〇九年六二・八%）。さらに二〇%以上差が開けば一方的な選挙と見てよいが、これについても減っては来ているが、まだ三割台もある（同四六・五%、四六・七%、四六・五%、四八・一%、三八・八%、三四・八%、三三・一%、四三・一%、三五・二%、三八・二%）。さらに一八の選挙（九・〇%）が五〇%を超える差の無風選挙である。戦いの名にふさわしい選挙のかたちは得票率差一〇%未満差の選挙であろうが、漸増しているとはいえ三割台に過ぎない（同二五・七%、二九・五%、二九・九%、二八・八%、四三・九%、三八・九%、三〇・七%、三二・七%、三九・一%、三七・二%）。有権者の関心を掻き立てる「五%未満」の選挙を二〇%以上確実に維持できるかが注目点であるが、本年は下回った（同二七・八%、一五・六%、一六・七%、一五・四%、二三・〇%、二〇・八%、二三・二%、一六・一%、一三・四%、一八・一%）。なお、さらに僅差の「三%未満」の選挙は例年一割強程度見られる（同一五・八%、九・八%、八・三%、六・七%、二〇・九%、一〇・四%、一四・二%、一二・〇%、一四・一%）。

次に当選者の絶対得票率について考察する（表14右欄）。率は本年も六二・三二%の西之表（鹿児島）から一〇・五一%の市川（千葉）まで広範に渡った。全体の状況を把握するために、五〇%以上を「高」得票率、三〇～四〇%台を「中」得票率、二〇%以下を「低」得票率とすると、二〇〇〇年以降、多少の変動はあるものの、一定の傾向で推移して来ていることがわかる。すなわち「中」得票率五割台（二〇〇〇年五二・五%、二〇〇一年四一・六%、二〇〇二年五四・九%、二〇〇三年六〇・一%、二〇〇四年五三・二%、二〇〇五年五七・五%、二〇〇六年五一・五%、二〇〇七年五二・七%、二〇〇八年五三・二%、二〇〇九年五七・三%）、「低」得票率四割台（同四一・六%、四九・二%、四〇・三%、三四・六%、四〇・三%、三七・六%、四四・八%、四三・七%、四六・一%、三六・二%）、したがって「高」得票率は常に一割以下（同五・九%、九・二%、四・八%、五・三%、年六・五%、五・〇%、三・七%、三・六%、〇・八%、年六・五%）といった具合である。

いずれにせよ絶対得票率は有権者全体からの支持の程度を示すものであるから、それが三〇%に達しない市・区が全体の四割以上も存在している現状は看過できない。参考までに本年絶対得票率が一〇%台に終わった一七市・区を挙げると、最低の市川（二〇・五一%）をはじめ、彦根（一一・四六%）、川崎（二三・四七%）、神戸（二三・五三%）、船橋（二四・二八%）、宝塚（二四・六七%）、岡山（二六・四四%）、さいたま（二六・五二%）、西東京（二七・〇〇%）、ふじみ野（二七・一〇%）、柏（二八・三一%）、和光（二八・六九%）、長野（二九・三五%）、草加（二九・四一%）、越谷（二九・四七%）、龍ヶ崎（二九・八七%）、横須賀（二九・九〇%）など、多くが中々大都市である。このような選挙が果たして有効なのか、また有権者の五人に一人の支持すら得られない代表者（市長）による市政運営が正当性を獲得できるのか、はなはだ疑問なしとしない。

表15 年代別対決のパターン

年 代	落選者							
	20歳代	30歳代	40歳代	50歳代	60歳代	70歳代	80歳代	合 計
当選者	30歳代		1	4	7			12
	40歳代		2	4	10	1		17
	50歳代	4	4	16	24	5		53
	60歳代	2	14	43	39	9		107
	70歳代			4	5	1		10
	合 計	0	6	21	71	85	0	199

（六）対決のパターン

（イ）年齢層別（表15）

市区長選挙がどのような年齢層の候補者たちで争われているのかを見ることは、選挙の実相を知る上で有効な手がかりとなる。大部分の選挙は、候補者が三人以上いても実質的には一位と二位の戦いとなるので、ここではこれを当選者と次点者との年齢対決としてパターン化することで、二〇〇〇年以降の変化の様相を特徴づけてみたい。

既に述べたように市区長選挙における候補者は六〇歳代と五〇歳代が多いから、年齢面での対決パターンは常に「六〇歳代」対「五〇歳代」が最多となる。全体に占める比率は、年によつては二割台に落ちることもあるが、三割を超える年が多く、他のパターンを大きく上回る（二〇〇〇年三三・七％、二〇〇一年三三・六％、二〇〇二年三二・六％、二〇〇三年二四・〇％、二〇〇四年二八・一％、二〇〇五年三三・五％、二〇〇六年三四・四％、二〇〇七年二六・〇％、二〇〇八年三四・四％、二〇〇九年三三・七％）。これに次ぐのは「六〇歳代」同士で、徐々に比率を上げて来ている（同一〇・一％、六・九％、一一・五％、一一・八％、一七・三％、一八・六％、一五・三％、一一・八％、一五・四％、一九・六％）。他方「六〇歳代」同士と拮抗していた「五〇歳代」同士は減少が止まらず、本年も一割に満たなかった（同一二・一％、一四・九％、一六・四％、一七・四％、

一・二・二%、一・三・六%、一・五・三%、一・三・七%、八・六%、八・〇%。代わって昨年大きく増えた「六〇歳代」対「四〇歳代」が本年も一割を超えた（同五・九%、八・二%、六・九%、六・八%、六・五%、七・七%、六・七%、五・四%、一・二・二%、一・二・一%）。その他の「七〇歳代」対「六〇歳代」（同五・九%、七・四%、五・六%、二・〇%、八・六%、六・八%、四・三%、四・九%、七・〇%）、「七〇歳代」対「五〇歳代」（同一・九%、五・七%、八・三%、七・二%、八・六%、六・八%、六・一%、五・四%、四・五%）、「五〇歳代」対「四〇歳代」（同一・〇・九%、七・四%、八・三%、六・八%、六・五%、六・三%、六・一%、七・八%、九・四%、四・〇%）はいずれも一割以下に終わった。

わが国の選挙における年齢対決の特徴として、かつては年齢層の高い方が低い方に比べて優位にあると言うことができた。これが二〇〇六年ころから目立って崩れ始めたので昨年、多少誇張して「激変とも言うべき変化が起こっている」と指摘した。本年の結果が注目されたが、表面的には変化が一服したとの感を与えるものであった。ポイントとなる「六〇歳代」を中心に見ると、「五〇歳代」に対しては「五〇歳代」に対してまで負け越すことがなかった。それが一転、二〇〇六年から二年連続して負け越す異変を生んでいたが、本年は以前のかたちに戻った（同二〇勝一三敗、二五勝一六敗、二四勝二三敗、三六勝二四敗、二〇勝一九敗、四二勝三三敗、二八勝二八敗、二四勝一九敗、一八勝二六敗、四三勝二四敗）。「四〇歳代」に対してもこのところ劣勢であったが、久しぶりに勝ち越した（同四勝二敗、六勝四敗、三勝七敗、一一勝八敗、六勝三敗、一二勝五敗、四勝七敗、七勝四敗、七勝九敗、一四勝一〇敗）。しかし「三〇歳代」に対しては本年も負け越した（二〇〇八年〇勝三敗、二〇〇九年二勝七敗）。それでは「五〇歳代」についてはどうかというと、下位の年齢層である「三〇歳代」（二〇〇八年一勝一敗、二〇〇九年四勝四敗）と「四〇歳代」（同八勝三敗、四勝五敗、八勝四敗、一一勝六敗、三勝六敗、七勝七敗、八勝二敗、八勝八敗、六勝六敗、四勝四敗）とに対してほとんど五分である。

表16 役職・職業別対決のパターン

	なし	市長	市長(前・元)	旧市長	旧市長(前・元)	旧市長	旧市長(前・元)	旧町村長	旧市役所幹部	旧町村役所幹部	都道府県庁幹部	市議会議員	県議会議員	国会議員	市民・地域団体役員	職能団体役員	政党・政治団体役員	企業経営者	学校・病院経営者	自営業	専門職	国家公務員	地方公務員	会社・団体職員	その他	合計
市長	61			2				8	4			31	5			1	3	12	1	8	4	3	2	1	1	147
市長(前・元)	1	1	1						1																	4
旧市長		2											1													3
旧市長(前・元)																										0
旧町村長		2									1	1														4
市役所幹部	1	2							2			5	2			1		2	1	1						17
旧市役所幹部																										0
旧町村役所幹部																										0
都道府県庁幹部		1													1											2
市議会議員	14								4		1	3	2		1	1						2	1			29
旧市議																										0
旧町村議																										0
県議会議員	1	10						2	2			2	2		1		1	2			1	1				25
国会議員													1									1				2
市民・地域団体役員														1												1
職能団体役員	1															1										2
政党・政治団体役員								1					2													3
企業経営者									1									1								2
教育・医療・福祉施設経営者																										1
自営業	1												1													2
専門職	1	2							1			3	1													8
国家公務員																	1									1
地方公務員		3										1						1								5
会社・団体職員		3																								3
その他												1	1													2
合計	65	42	1	2	0	11	16	0	0	2	2	47	18	1	3	4	5	18	2	9	5	3	6	2	1	263

(ロ) 役職・職業別

まず役職・職業ごとの関与度を見ると(表16)、例年最も高いのは「市長」であり、かつては七、八割台を占めるほどで、ひとときわ群を抜いていた。ただ二〇〇四年以降、しばらく六割台が続いたが、昨年から七割台に復帰した(二〇〇〇年七三・三%、二〇〇一年六五・三%、二〇〇二年七六・四%、二〇〇三年七二・〇%、二〇〇四年六七・九%、二〇〇五年六五・〇%、二〇〇六年六七・八%、二〇〇七年六七・六%、二〇〇八年七三・五%、二〇〇九年七一・九%)。「市長」に次ぐのは「市議会議員」や「県議会議員」などの地方議員と「市役所幹部」であるが、比率は大幅に低くなり、順位も年によつて変動する。これらの中では、本年も全体の三分の一以上を占めた「市議会議員」がこのところ二位に定着した(同三二・七%、三〇・五%、三九・六%、四二・四%、一五・五%、二四・七%、二三・二%、三一・四%、三四・六%、二八・九%)。「県議会議員」は最近振るわず、本年も「市議会議員」に及ばなかった(同二二・九%、二七・一%、一八・八%、一〇・八%、一三・〇%、二三・九%、一八・〇%、一九・一%、一四・二%、一六・三%)。「市役所幹部」は、昨年久し振りに超えた一割を本年も守った(同二二・九%、一〇・二%、一三・二%、一二・八%、九・八%、九・四%、九・五%、九・八%、一三・〇%、一〇・五%)。続く一団を順に並べると、「企業経営者・役員」(同二一・八%、一〇・二%、八・三%、四・四%、四・一%、四・五%、五・七%、一〇・三%、六・八%、七・六%)、「専門職」(同九・九%、一三・六%、七・六%、五・二%、五・二%、六・三%、五・二%、五・四%、六・二%、四・九%)、「市民運動・地域団体役員」と「職能団体役員」を合計した「団体役員」(同九・九%、一六・一%、四・二%、一八・八%、一〇・九%、五・四%、四・七%、七・六%、三・八%)などであるが、いずれも低率である。これらの中に「地方公務員」(四・二%)が食い込んできていることは注目しておく必要がある。二〇〇四年に二割以上を占め一躍二位に躍り出た「旧町村長」も二〇〇五年をピークに下降していたが、本年の結果は余波がまだ残っていることを

示している（二〇〇四年二〇・七％、二〇〇五年三五・〇％、二〇〇六年二三・三％、二〇〇七年七・八％、二〇〇八年三・一％、二〇〇九年五・七％）。

次に役職・職業ごとの当選率を取ると、やはり「市長」の高さが抜きん出ており、一九九〇年代以降、本年も低調であったが、それでも常に七〇八割台を維持している（二〇〇〇年八四・七％、二〇〇一年八四・八％、二〇〇二年七九・六％、二〇〇三年八二・二％、二〇〇四年七七・九％、二〇〇五年七五・二％、二〇〇六年七六・二％、二〇〇七年八一・九％、二〇〇八年七一・四％、二〇〇九年七七・八％）。常連の「県議会議員」と「市役所幹部」は、共に五割を超え、「県議会議員」が二位（同六九・二％、五九・四％、五九・三％、五五・六％、六〇・〇％、四九・〇％、五七・九％、六四・一％、五二・二％、五八・一％）、「市役所幹部」が三位（同六九・二％、六六・七％、五二・六％、五九・四％、八四・二％、五七・一％、五〇・〇％、四〇・〇％、五七・一％、五一・五％）となった。「市議会議員」の当選率は二割台半ば〱後半が常態であったが、ここ三年間は三割台を維持している（同二五・〇％、二七・八％、二四・六％、二三・〇％、三〇・〇％、二九・一％、二八・六％、二六・六％、三〇・〇％、三二・一％、三八・二％）。昨年、異例にも六割を超える比率（六一・五％）で二位となった「地方公務員」は四割台（四五・五％）に終わった。「企業経営者・役員」はこのところ四割台を維持していたが本年は惨敗であった（同三一・六％、四一・七％、二五・〇％、二七・三％、四・一％、四〇・〇％、四一・七％、四二・九％、四五・五％、一〇・〇％）。「専門職」は年ごとの変動が大きいが、本年は過去最高の昨年来さらに大きく上回った（同二〇・〇％、一二・五％、三六・四％、三〇・八％、五・二％、二二・四％、三六・四％、〇％、五〇・〇％、六一・五％）。「団体役員」は昨年ほどではないが、三割の当選率を残した（同四〇・〇％、二二・一％、〇％、二二・三％、九五・五％、八・三％、一〇・〇％、二〇・八％、三七・五％、三〇・〇％）。

表16に見るように、個々の役職別対決パターンは多岐に渡っているが、そうした中で頻度が比較的高いのは「市

長」を一方の候補者とする対決である。本年は六一の「市長対相手なし（無投票）」（二〇〇三年一・六％、二〇〇四年一・八・七％、二〇〇五年二・一％、二〇〇六年一六・一％、二〇〇七年一四・七％、二〇〇八年一六・〇％、二〇〇九年二三・二％）が四五の「市長対市議会議員」（二〇〇〇年二三・八％、二〇〇一年一四・五％、二〇〇二年二七・一％、二〇〇三年二三・二％、二〇〇四年一〇・九％、二〇〇五年一四・三％、二〇〇六年一〇・九％、二〇〇七年一三・二％、二〇〇八年一八・五％、二〇〇九年一七・一％）を押さえて最多となった。その他では「市長対県議会議員」（同九・七％、七・三％、一一・二％、五・二％、五・九％、二・五％、五・七％）、「市長対企業経営者・役員」（同二・八％、一・六％、二・七％、四・三％、三・九％、三・七％、四・六％）、「市長対市役所幹部」（同三・六％、一一・六％、二・七％、三・八％、三・四％、一・七％）、「市長対専門職」（同二・四％、二・一％、三・六％、五・二％、三・九％、二・五％、一・七％）等が継続的に見られるパターンであるが、いずれも比率は高くない。

次に選挙への関与度が最も高い「市長」を中心に対戦状況を見ると、ほとんどの相手に対し「市長」が優勢であるといえるが、そうした中で比較的分が悪いのは「県議会議員」と「市役所幹部」である。「県議会議員」とは、二〇〇五年を除けば、毎年互角か、むしろ劣勢と言つてよい（二〇〇〇年二勝四敗、二〇〇一年六勝五敗、二〇〇二年六勝八敗、二〇〇三年四勝四敗、二〇〇四年五勝九敗、二〇〇五年一七勝八敗、二〇〇六年六勝五敗、二〇〇七年五勝七敗、二〇〇八年三勝一敗、二〇〇九年五勝一〇敗）。「市役所幹部」とは意外に対戦が少なく、大きく勝ち越した年もあるが、形勢は概して芳しくない（同〇勝一敗、〇勝一敗、二勝一敗、六勝三敗、二勝三敗、三勝三敗、七勝一敗、四勝三敗、三勝四敗、四勝二敗）。

戦いの多い「市議会議員」に対しては、本年こそ若干下回ったが、毎年七〇八割台という圧倒的勝率を誇つてきて

いる（同一八勝六敗、一四勝三敗、三三勝七敗、四三勝一六敗、一六勝五敗、二七勝五敗、二一勝四敗、二三勝五敗、二〇勝一〇敗、三一勝一四敗）。「団体役員」に対しても強さは抜群で、ほとんどの年が勝率八割を超える（同四勝二敗、九勝二敗、四勝〇敗、二八勝三敗、一三勝一敗、九勝〇敗、六勝〇敗、一七勝一敗、四勝二敗、四勝一敗）。また「企業経営者・役員」に対しても依然として負け越しがない（同九勝一敗、三勝〇敗、五勝一敗、六勝一敗、三勝〇敗、四勝二敗、六勝三敗、六勝二敗、四勝二敗、一二勝〇敗）。「専門職」ともほぼ六割以上の勝率を続けている（同四勝一敗、九勝一敗、七勝二敗、四勝一敗、三勝一敗、八勝〇敗、四勝三敗、八勝〇敗、四勝二敗、四勝二敗）。なお地方公務員に二勝三敗、会社・団体職員に一勝三敗と負け越したのは例年にない現象であった。

（ハ）政党の公認・推薦・支持別

候補者と政党との関わりは「公認」・「推薦」・「支持」などで示されるが（以下、表17参照）、わが国の地方選挙においては、一九九〇年代末以降政党から公認を受ける候補者の減少が著しく、もはや公認という言葉は死語になりつつある（一九九五年六・六％、九六年七・二％、九七年九・二％、九八年七・三％、九九年三・七％、二〇〇〇年四・六％、二〇〇一年一・八％、二〇〇二年二・三％、二〇〇三年二・三％、二〇〇四年二・五％、二〇〇五年四・一％、二〇〇六年〇・八％、二〇〇七年一・六％、二〇〇八年一・三％、二〇〇九年一・七％）。加えて候補者の公認を行う政党はとうとうは共産党の一〇人だけといった状態である。したがって、市・区長選挙候補者のほとんどすべてが無所属ということになる。

これら無所属候補者は政党から推薦もしくは支持を受けた候補者と推薦・支持のいずれをも受けない無党派の候補者に大別される。そして両者の比率は一九九〇年代には概ね前者六対後四であった。それが近年の無党派層の増大に伴い、候補者の脱政党化も徐々に進行した。無党派候補者の台頭がはつきり確認できるようになったのは一九九八

表17 政党の公認・推薦・支持のパターン

公認・推薦・支持	政党数	当選	落選	合 計
なし	0	179	241	420
自民党	1	5	2	7
民主党		7	18	25
公明党		9	4	13
共産党（公認）			10	10
共産党（推薦）			21	21
社民党			1	1
国民新党			1	1
たちあがれ日本			1	1
対話の会			1	1
諸派			2	2
自・民	2	3	1	4
自・公		22	12	34
自・社		0	0	0
民・公			1	1
民・社		2	4	6
民・国		1	2	3
民・日			1	1
国・日			1	1
み・ネ			1	1
自・民・公	3	20	0	20
自・公・社		1		1
自・公・国		2		2
民・共・社		1		1
民・社・国		2	1	3
民・社・ネ		1		1
民・社・大地		1		1
民・新社・ネ		1		1
共・社・社大			1	1
自・民・公・社	4	2		2
自・民・公・国		1		1
民・共・社・ネ		3		3
自・民・公・社・国	5	1		1
合 計		264		591

(注) 自＝自民党、民＝民主党、公＝公明党、共＝共産党、社＝社民党、
 国＝国民新党、み＝みんなの党、日＝たちあがれ日本、
 大地＝新党大地、新社＝新社会党、社大＝社会大衆党、
 ネ＝ネットワーク

年であつた。この年を境に無党派候補者が確実に四割台を占めるようになり、二〇〇一年には五割を超え、初めて推薦・支持候補者を上回るに至つた（一九九一年三八・二％、九二年四一・八％、九三年二八・九％、九四年三七・二％、九五年四四・八％、九六年四五・〇％、九七年三六・七％、九八年四六・六％、九九年四四・九％、二〇〇〇年四七・五％、二〇〇一年五三・八％）。無党派候補者の増加はその後もとどまるところを知らず、本年は遂に七割を超えた（二〇〇二年五六・五％、二〇〇三年六五・六％、二〇〇四年六六・四％、二〇〇五年六六・四％、二〇〇六年六七・六％、二〇〇七年六六・五％、二〇〇八年六五・〇％、二〇〇九年七一・一％）。

次に候補者に対する政党別の公認、推薦・支持状況については、本年は大きな変化が見られた。公認・推薦・支持を最も多く行つて来たのは自民党である。その自民党にして公認・推薦・支持提供率はつるべ落として、二〇〇二年に五割台前半に下落し、さらに二〇〇三年以降は昨年を除き四割台に止まつている。かつては高い年には九割近く、低くても六割台の公認、推薦・支持を与えていたことからすれば様変わりと言ってもよい（一九九一年七三・四％、九二年六五・二％、九三年八九・六％、九四年六六・三％、九五年六五・三％、九六年六一・九％、九七年六九・一％、九八年六〇・三％、九九年六六・八％、二〇〇〇年五八・九％、二〇〇一年六〇・七％、二〇〇二年五一・六％、二〇〇三年四八・二％、二〇〇四年四二・五％、二〇〇五年四二・五％、二〇〇六年四九・三％、二〇〇七年四五・六％、二〇〇八年六〇・〇％、二〇〇九年四二・一％）。原因が候補者の政党忌避と無党派化に加えて、自民党自体の不人気、地方における同党の影響力の低下が進行しつつあることは否定できない。民主党は、地方への浸透が進まず、そのため推薦・公認の提供率は結党当時をも下回り続け、二〇〇四年以降は二割台に低迷していた。しかし政権政党となつた本年は一挙に四割台を回復し、自民党をも抜いた。その民主党をさらに上回つたのが公明党である（一九九七年三六・九％、九八年三九・一％、九九年四三・四％、二〇〇〇年

四一・八%、二〇〇一年三九・三%、二〇〇二年三六・六%、二〇〇三年三〇・三%、二〇〇四年二九・〇%、二〇〇五年二八・八%、二〇〇六年二六・一%、二〇〇七年二一・一%、二〇〇八年二四・一%、二〇〇九年四三・三%）。公明党の市・区長選挙への関わりは一貫して強く、自民党に次ぐ数の候補者の推薦・支持を行って来た。本年はいつそう関与を強め一位となった（一九九六年五二・四%、九七年五三・七%、九八年四八・〇%、九九年四三・四%、二〇〇〇年五〇・四%、二〇〇一年四八・〇%、二〇〇二年四〇・九%、二〇〇三年三九・〇%、二〇〇四年三八・三%、二〇〇五年三八・三%、二〇〇六年三八・四%、二〇〇七年三七・三%、二〇〇八年三七・三%、二〇〇九年四三・九%）。共産党の公認・推薦・支持提供率は五割台後半まで伸ばした一九九七年を頂点として長期的に低落傾向にある。とりわけ相乗り数を減らし始めた一九九九年から顕著で、この年四〇%を、二〇〇三年には三〇%を、さらに二〇〇四年には二〇%をも割り込むようになったが、昨年に続き本年も辛うじて二割台を維持した（同四三・五%、五七・七%、四一・三%、三九・八%、三八・三%、四〇・七%、三三・三%、二二・七%、一九・七%、一七・三%、一七・五%、一八・六%、二一・〇%、二二・一%）。社会民主党は党勢の衰退が顕著で、二〇〇三年以降は一割台前半で推移している（同五一・〇%、三八・三%、三八・五%、三三・六%、三一・九%、二三・三%、二七・四%、一六・三%、一五・〇%、一一・二%、二三・三%、九・三%、一三・〇%、一一・七%）。

次に公認及び無所属で「推薦・支持」を得た一七一人について、「公認・推薦・支持」政党数について考察して行く。その際一党から公認ないし推薦を受けた場合を「一党型」、二党からの場合を「二党型」・・・と呼ぶことにする。本年は「一党型」〔「五党型」〕が見られた。これら類型中最も多いのは「一党型」で、二〇〇三年以降急増し、本年は五割台を占めた（二〇〇〇年二七・四%、二〇〇一年二三・〇%、二〇〇二年一九・六%、二〇〇三年四四・〇%、二〇〇四年三三・八%、二〇〇五年五〇・〇%、二〇〇六年四九・三%、二〇〇七年四七・三%、二〇〇八年四四・六%、二〇〇九年五四・三%）。

「一党型」における最多は共産党で、過半数を占めることが多いが、本年は二〇〇五年、二〇〇六年同様三割台に止まった（同六八・六％、年六四・八％、五六・五％、五〇・〇％、七三・九％、三八・三％、三九・四％、五二・六％、五六・九％、三七・八％）。例年であれば自民党がこれに続くが本年はまったくの低調に終った（同一五・七％、一一・四％、二〇・〇％、二五・九％、一九・六％、二七・〇％、三五・二％、二六・九％、一九・〇％）。代って民主党が三割超（三〇・五％）と勢いを示した。

「二党型」以上はいわゆる「相乗り」である。「相乗り」の比率は、新党が誕生し、政界再編の始まった一九九三年から九四年に高まりを見せたが、九九年以降減り始め、最近は二割以下が常態となっていた。本年は久し振りに三割近くにまで戻した（同二九・五％、二二・七％、二三・五％、一八・七％、二二・二％、一八・五％、一八・八％、一七・六％、一九・四％、二九・八％）。

「二党型」においては、かつては「自民・公明」と「自民・社会（民）」が主なパターンであったが、一九九七年を境に「自民・社民」が数を減らし、二〇〇一年は遂にゼロに落ち込み（九五年二〇・〇％、九六年二〇・七％、九七年一五・二％、九八年八・三％、九九年一〇・四％、二〇〇〇年一八・二％、二〇〇一年〇％）、現在は皆無に等しいパターンと成った。一方の「自民・公明」は両党が国政レベルでの提携が強化して行くなかで、二〇〇一年以降の増加ぶりは顕著である（同二五・〇％、一三・八％、一二・一％、四七・二％、二〇・八％、四五・五％、六六・七％、五二・八％、六三・六％、六六・七％、八二・四％、八〇・四％、八六・五％、七五・〇％、六六・七％）。さらに「二党型」以外の類型においても自民党と公明党は二七の選挙において共同で同一の相乗りを形成したから、相乗り数は合計六一に及んだ。かくして本年の相乗り全体の三分の二以上（六八・五％）が自民党と公明党が組んだものであったから、相乗りの中核は本年も「自・

公」であり続けたと言うことができる。こうした自民党と公明党の強い結びつきは昨日今日始まったものでなく、はるか以前にさかのぼることは過去の経緯を見れば明白である。すなわち自民党と公明党が共通の候補者で戦う選挙の比率は一九九〇年代で四割台、二〇〇〇年台で約三分の一もあるからである（九五年四四・〇％、九六年の四四・二％、九七年四四・三％、九八年四六・九％、九九年四二・六％、二〇〇〇年四三・三％、二〇〇一年四六・〇％、二〇〇二年三五・五％、二〇〇三年三二・七％、二〇〇四年三五・二％、二〇〇五年三四・五％、二〇〇六年三六・〇％、二〇〇七年三四・三％、二〇〇八年四四・六％）。ただし本年二三・一％まで比率を下げたことは今後の注目点である。

次に各タイプの当選率はどうようになっていいるであろうか。当選率に関しては「二党型」より相乗りの方が高く、また相乗り数が多くなるにしたがって上昇するという明らかな傾向がある。すなわち「一党型」の場合は、三割台になる年もあるが、概ね二割台で推移して来ている（二〇〇〇年二一・四％、二〇〇一年一五・九％、二〇〇二年二五・六％、二〇〇三年二九・五％、二〇〇四年二一・七％、二〇〇五年三三・七％、二〇〇六年三六・六％、二〇〇七年二〇・五％、二〇〇八年二二・四％、二〇〇九年二五・六％）。「二党型」になると当選率は一挙に上がり、低くて五割台、高ければ七割台、八割台になる（同六九・七％、七〇・八％、五三・三％、八四・一％、六四・四％、八〇・九％、七一・二％、八〇・八％、六七・五％、五四・九％）。「三党型」では当選率はさらに高まり、比率はほとんど八割以上となる（同八六・七％、八八・五％、八五・七％、八一・一％、七五・七％、一〇〇％、八七・五％、八八・五％、九三・五％）。「四党型」になると一〇〇％も珍しくなくなる（同九七・八％、九七・六％、七六・〇％、九四・九％、一〇〇％、八九・三％、九六・四％、九二・七％、八三・三％、八三・三％、八一・八％、九四・四％、一〇〇％、一〇〇％、七六・九％、一〇〇％、九〇・九％、一〇〇％）。「公認・推薦・支持なし」は本年のように稀に四割台を記録することもあるが、通常は三割台である（同三六・六％、三一・二％、三五・〇％、三三・九％、四三・九％、

表18 政党の公認・推薦・支持別対決パターン

推薦・支持	対戦なし	落 選														合 計			
		なし	自民	民主	公明	(公認・推薦) 共産社	たちあがれ日本	対話の会	諸派	自・民	自・公	自・社	民・公	民・社	民・国		民・日	国・日	民・社・国
推薦・支持	なし	50	94		11	4	4	1		1	7		1	2	1	1	1		179
	自民党		2	1										1				1	5
	民主党		6								1								7
	公明党	4	4	1															9
	社民党																		0
	自・民		3																3
	自・公	5	8	4		2			1					1					21
	自・社																		0
	民・公																		0
	民・社																		0
	民・国		1																1
	公・社																		0
	自・民・公	5	10						1										20
	自・公・社		1																1
	自・公・国		1				1												2
	民・共・社		1																1
	民・社・国		1								1								2
	民・社・ネ		1																1
	民・社・対話		1																1
民・社・大地		1																1	
民・新社・ネ										1								1	
自・民・公・社						1												1	
自・民・公・国	1																	1	
民・共・社・ネ			1															3	
自・民・公・社・国											2							1	
合 計	65	135	2	17	4	12	1	1	2	1	12	0	1	4	1	1	1	1	262

(注) 政党名の表記は表17と同じ。

三五・二%、三三・四%、三五・一%、三九・四%、四二・六%。

市区長選挙における対決は政党とのいかなる関わり（公認・推薦・支持）の下に行われているのか。表18はこれをもとめたものであるが、一見して対決が多様に分散していることがわかる。したがって特定のパターンを論うことが難しいが、以下表18に従って特徴を見て行こう。まず対決のパターンは全部で四四を数えたが、無党派同士の対決の急増、相乗りの減少などからパターン数は例年をはるかに下回った。そのような中で本年も最多は九四の「公認・推薦・支持なし」（無党派）同士の対決で、全選挙の四割近くを占め、三年連続で過去最高となった（一九九五年一九・七%、九六年一五・六%、九七年一四・〇%、九八年一七・三%、九九年一三・九%、二〇〇〇年一八・四%、二〇〇一年二・四%、二〇〇二年二二・七%、二〇〇三年三〇・四%、二〇〇四年三三・七%、二〇〇五年二七・七%、二〇〇六年三二・七%、二〇〇七年三六・〇%、二〇〇八年三七・七%、二〇〇九年三五・九%）。次いで多かったのは「公認・推薦・支持なし」候補者の無投票当選の選挙で、五〇例（二九・一%）あった。例年であれば「自民・公明」対「公認・推薦・支持なし」（二五）がこれらに続くが、本年の特徴は「民主」対「公認・推薦・支持なし」「自民・公明」候補者だけの無投票（二七）がこれを上回ったことである。その他は数がずっと少なくなるが、主だったものを列挙すると、「自民・民主・公明」対「公認・推薦・支持なし」（二〇）、「公明」対「公認・推薦・支持なし」（八）、「自民・公明」対「民主」（五）、「自民・民主・公明」候補者だけの無投票（五）、「自民・公明」候補者だけの無投票（五）、「公認・推薦・支持なし」対「共産」（四）、「公明」候補者だけの無投票（四）、「自民・民主・公明」対「共産」（三）などである。「自民」対「公認・推薦・支持なし」各六、「自民・民主・公明」対「共産」、「自民・民主・公明・社民」対「公認・推薦・支持なし」各五、「自民・公明」対「民主・社民」各四、「自民」候補者だけの無投票、「民主・社民」対「公認・推薦・支持なし」、「自民・公

明」対「共産」、「自民・民主・公明・社民」対「共産」各三の順であった。これらからも明らかのように、大半が一方の相手を「公認・推薦・支持なし」（無党派）とするか、相手なしの戦い（無投票）である。政党同士がぶつかり合う選挙は対決数三以上では「自民・民主・公明」対「共産」、「自民・公明」対「民主」、「自民・公明」対「民主・社民」、「自民・公明」対「共産」、「自民・民主・公明・社民」対「共産」など数えるほどしかない。また国政レベルにおける主要政党である民主党と自民党の関係を見ると、「対決」（八）より「相乗り」（二七）の方が多い。このようにわが国の市・区長選挙は政党同士が真正面から競い合う構造になっていないのである。まだまだ多くの地方には和を重視することから党派的对立を嫌い、無投票、無風選挙を志向する風土が残存していると言わざるをえない。もちろん地方の問題にはそれぞれの地方独自の対処法があつてよい。とはいえ社会が複雑になるのに伴い中央と地方も緊密の度を増し、とりわけ相互関係がますます重要となっている。このことを考慮するなら全国的視野を持った政党が各々独自の政策を掲げて地方での選挙を戦うことは、政党にとっては地方の実情を理解する、また有権者にとっては自治意識を涵養する絶好の機会となる。有効に活用すべきであろう。

（１）総務省「住民基本台帳人口要覧」による、二〇〇八年三月末日現在の各市・区の人口（『都市データパック二〇〇九年版』東洋経済新報社 二〇〇九年五月を参照）を本文中の区分に従って分類した。

（２）岐阜市、横濱市（神奈川）、倉吉市（鳥取）、奄美市（鹿児島）、いずれも市長の判断による任期満了前の自発的辞職であった。

・岐阜市Ⅱ市立の岐阜商業高校を京都市に本部がある学校法人「立命館」に移管することの是非を問うため辞職。
・横濱市Ⅱ辞職の理由は不明。

・倉吉市Ⅱ新斎場建設問題をめぐって、市長が「市民に信を問う」として、任期途中に突然辞職。

・奄美市Ⅱ「自らは出馬しないが、前倒しで」選挙をした方が人事や予算編成の面でも次期市政にスムーズに移行できる」
との市長の判断により、任期満了を待たずに辞職。

(3) 辞職理由は次の通り。

・宮古島（沖縄）Ⅱ市発注の公共工事をめぐり、補助金の不正受給や市幹部による競売入札妨害容疑事件が相次いで発覚。
市長が引責辞職。

・宝塚（兵庫）Ⅱ市長が受託収賄などの罪で起訴され辞職。

・千葉Ⅱ汚職事件に絡み前市長が辞職。

・えびの（宮崎）Ⅱ市の発注工事に絡んだ競売入札妨害事件で前市長が有罪判決を受け辞職。

(4) 学歴についての分類に関しては、富永健一編『日本の階級構造』（東京大学出版会、一九七九年）、中九郎編『国会議員の構成と変化』（政治広報センター、一九八〇年）、麻生誠『日本の学歴エリート』（玉川大学出版部、一九九一年）、天野郁夫『学歴の社会史——教育と日本の近代』（新潮社、一九九二年）を参考に、次のように区分した。

大学Ⅱ旧制大学、旧制高校、高専、新制大学及び大学院、新制短大。

高校Ⅱ旧制中学、農、商、工学校、実業学校、青年学校、新制高校、商業、工業学校。

中学Ⅱ旧制高等小学校、新制中学。

その他Ⅱ陸士、海兵等の軍関係の学校、教習所、訓練校等。

J・ハリントンの『オシアナ共和国』の選挙制度論研究

倉 島 隆

☆目次

第一節 序 論

第二節 オシアナ共和国の政治制度構想概観

- 一、ハリントンの政治原理と実際
- 二、その政治制度的枠組み概観

第三節 オシアナ共和国の選挙制度論

- 一、ハリントンの選挙制度の基本的構成要素
- 二、ハリントンの選挙制度の諸局面
- 三、ハリントンの選挙の遂行方法（その『投票の方法と使用』を中心に）

第四節 結 論

第一節 序 論

われわれは、今までの日本のジェームズ・ハリントン研究において、その『オシアナ共和国』における経済的な農地法原理を含む政治権力論や統治機構論などについて、かなりの研究がなされたことを認める。⁽¹⁾しかし、われわれは、それらが、必ずしもハリントンが意図する政治制度論を十分に整理されたとはみなしていない。ゆえにわれわれは、それをさらに徹底的に見直し、かつハリントンの政治制度論として再構成することを意図する。⁽²⁾われわれは、ハリントンによつて君主なき共和制期において、自ら提起するイングランドの共和制憲法モデルないし青写真の正確な制度論的整理が必要であると仮定するものである。われわれは、ハリントンのそれが経済的に優勢な市民階級による政治参加に基づく政治制度を樹立し、その体制を妨害する少数者による権力の濫用を抑制するものであるとみなすものである。ここにおいてそれは、ハリントンのイギリスの「古来の立憲制」批判、並びに「近代の絶対君主制」批判による彼の歴史観が示されることとなる。⁽³⁾

従つて、われわれは、ハリントンがその有徳的にして兵士的能力を有し、かつ例えば、小規模な自由土地保有権をもつような、より数的に多い市民達からなる「代議議院」、及び有能な「上院」原理を措定していると仮定する。換言すれば、われわれは、ハリントンによつて市民達が最終的決定権をもつ「代表議院」機関とともに、専断的権力を抑制するため、自然的貴族制の長所をもつ審議的にして提案的役割を担うより豊かな土地所有者達から成る小規模の「上級的議院」とから構成される主権的「両院制」制度を設定するとみなす。⁽⁴⁾これは、ハリントンにおける所謂「二権力の分立」といった両院制における機能的分離からなる基本的制度原理も構成する。それは、従来の伝統的なイギ

リス議会主権原理に対応するものとなる。⁽⁵⁾ ただし、彼の制度原理は、君主なき「議会の主権」論となる。従ってこれは、新しい立憲制構想と言える。

それは、周知の如く、ハリントンによるローマをはじめとした古代の混合政体的共和制思想から引き出す「古代の知恵」を復活する論理によって、中世の封建制と近代の絶対君主制を含意する「近代の知恵」を否定する思想から発する。ハリントンは、そうした近代初期の財産権の変化に比例した農地法原理に従って、土地所有者達が移行した状態の土地制度を固定しつつ、この議会制度を中心にして恒久的な安定性をもち、かつ市民の活力を引き出そうとするものである。

こうしたハリントンの立憲主義的制度観の下に、彼は、その統治執行部が輪番制原理に基づく限定任期と市民による選挙に従うものとしている。本稿は、それを政治制度論的方法によって、選挙制度・立法議会制度・執行部制度・地方自治体制度などからなるもののうちの最初である「選挙制度論」を再構成することを目指すものである。

(1) 前者の論点について白鳥令『政治理論の形成』(一九六五年)などにおいて主に論じられる。後者の論点について竹澤祐丈の一連の論文などにまとめられている(例えば、田中秀夫ほか編『共和主義の思想空間』二〇〇六年、所収論文など)。さらに言えば、田中浩「ホッブズとハリントン」(『イギリス革命』「一九五八」所収論文)及び福田有広『主権とその剣』(一九九六年)は、ハリントンとホッブズとの関連について主として論じられる。

(2) われわれは、政治制度論的アプローチの立場から、旧制度論とともに歴史的制度論的方法論の視角も導入する。この点について例えば、拙著『ネヴィルの共和主義的政体思想研究』(三和書籍、二〇一一年)の序章を参照されたい。

(3) このハリントンの歴史観がH・ネヴィルやA・シドニーらの古来の立憲制論との相違であり、逆にそれによって後世に高

い評価を得ることとなる。これはロックの政治制度理論の現代における高い評価にも通じるものである（例えば、J.Richards et al., “Property” and “People”: Political Usages of Locke and Some Contemporaries, in *Journal of the History of Ideas*, Vol.42, no.1, 1981, etc.）。

(4) これは、ハリントンにおける多数者支配的思想を示すものである。われわれは、その多数者が軍事的能力上、優れているゆえ、それが民衆的政体を選好するという共和主義者の特有な論理であり、ネヴィルやシドニーらと共通するものである。例えば、この点については、前掲拙著、第二章などを参照されたい。

(5) 伝統的なイギリスの三位一体的議会主権は、立法原理である。「国王大権による国王の行使をコントロールする二院の権力を意味すると、議会主権を指す歴史家達がいる。それは、今『責任ある政府』と呼ばれるものに属するのであり、それは概念上も実際上も議会主権と異なる」と、憲法学者であるゴルズワースイによって説かれる（J.Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament*, Oxford, 1999, p.9）。われわれは、こうした狭い「議会主権」概念によってでは、当時の変動期における憲法構想論に対応しにくくなると言わざるを得なくなる。ただし彼は、イギリス革命期前後のものを「議会の権威」という概念に換言してもいる。

第二節 オシアナ共和国の政治制度構想概観

一、ハリントンの政治原理と実際

本稿は、その主題を「J・ハリントンのオシアナ共和国の選挙制度」としている。われわれは、まず選挙制度を含むハリントンの『オシアナ共和国』から説き起こす。さらに本節は、その制度的根幹をなす憲法構想における原理と実際について論及せねばなるまい。われわれは、今日までのこの政治制度研究分野において、理論史的に評価されて

いるチャールズ・ブリッツァーによる議論にここでは沿って論を進める。彼は、先ずそれを次のように論じ始める。「空位期中においてイングランドで生み出された統治の『空想モデル』の多数における一つであるJ・ハリントンの『オシアナ共和国』は、たぶんプラトンの『法律論』以来、一個人によって構成された最も詳細な政治制度であった⁽¹⁾」。

この先駆者は、ここでハリントンを政治的ユートピア論者として表現する。次にこうしたハリントンは、プラトンの立憲制政体ないし制限寡頭制論以来、一九六〇年時点までの最も具体的にして詳述した政治制度論として評価される。周知のごとくハリントンの共和国憲法構想は全三十条からなり、一五〇ページ以上にまで及び、かつ全体の約五分の三を占め、細部にわたりかつ実際の側面を規定する。ブリッツァーは、こうしてハリントンによるイギリス革命期後半のイギリス憲法構想を説き起す。

われわれは、ハリントンが経済的に優越する階級に比例して政治権力についてこうした彼らに移行する共和主義政治原理を基本に据えるとみなす。そうしたものは、前記のごとく彼の歴史観と思想が一体となっている「古代の知恵」(ギリシャ・ローマ・及びイスラエルにおける古代の共和主義原理など)と「近代の知恵」(イギリスにおけるゴートの封建主義や近代の絶対君主制などの問題)によって表現される。従って、それが恒久的安定を得る政治制度であり、抽象的原理と実際の統治制度の関連の要点であるとされる。ブリッツァーが言及することく、ハリントンの『オシアナ』の重要性は、それが完全な青写真であり、かつ単なる諸単位からなる全体よりも大事であり、そしてそれが健全な基盤の上に築かれるモデルであると規定される。

ブリッツァーは、それについて次のように論及する。「結果的にその制度的文脈からこの制度の多様な諸部分を引

き上げる實際は、ハリントンにとって言い訳できぬように思えた。例えば、ハリントンが提案した諸装置のうちで最も広範に称賛されたもののうちの一つである投票による選挙は、立派なものである。しかしそれは、選挙が適切に取り決められかつ選挙目的が厳密に定められる場合に限るものである⁽²⁾。

ここではこのハリントンの注釈者は、前記の理論と実際の関係がハリントンにおいて極めて強く不離一体的となっている度合いを強調している。後段では、われわれが本稿で主題とする選挙制度論との関連を最も重要な具体例として示すこととなる。

二、その政治制度的理論枠組み概観

ここでもわれわれは、ハリントンの憲法枠組みをブリッツァーによる『オシアナ』論に沿って整理することとする。彼は、「ハリントンのイギリスの問題認識」・「憲法とオリバー・クロムウェル」・及び「一七世紀のイギリスの社会経済状態概観」と項目化しつつ、「ハリントンの政治制度的理論枠組み」としてその総論を述べる。⁽³⁾

(一) ハリントンのイギリスの問題認識

ブリッツァーは、まず「オシアナ」がイギリスであることを明らかに確認する。ハリントンは、イギリス史も自らの憲法提案時までについて、古来の立憲制が内戦によって崩壊することを示す。しかしその混乱の主な原因は、経済的であると措定する。ヘンリー七世 (Panurgus) 期とジエームズ一世 (Morpheus) 期における土地財産の分割の変化は、それに比例した「統治関係の変化を必要とする」と説かれる。これが平和的手段によって不可能となったとき、内戦がその結果として生じたという。さらにハリントンは、武力によって戦勝する議会軍によって君主制が破壊され、

かつクロムウェル率いる軍が優位する体制が形成されることとなったとされる。とはいえ力は「小地主階級に集中され、かつ彼らがオシアナ政治において主要な役割を果たすことが不可避であった」⁽⁴⁾と纏められる。

(二) 憲法とオリバー・クロムウェル

ブリッツァーは、次に憲法ないし基本法的側面をオリバーとの関連で問題を整理することとなる。ハリントンは、周知の歴史観に立脚し、古来の立憲制の残滓でもある従来のイギリス議会によって立て直す方向を示す立場を取らぬ。ここにおいてわれわれは、君主制の崩壊後のイギリスがそれに代わる基本法を必要とする状況を確認できる。従ってわれわれは、ここにレヴェエラーズの『国民協約』やハリントンの『オシアナ』憲法構想などが登場する素地をみることができる。

結果的には、この国で旧来のものを凌ぐ基本法を確立し得なかったということとなる。それは、より先の仮定であったし、結果論でもあった。従って当時のO・クロムウェル (Megalator) は、軍隊に入り、かつ新憲法を樹立する権力を要請することとなる。

「軍は、彼が政治理論に熟練することを認め、かつ彼の動機を信頼することによって議会を追放せしめ、かつ完全な選挙によってクロムウェルをオシアナのアルコン卿にさせた。この行為によってオリバーは、共和国の『唯一の立法者』となった」⁽⁵⁾とハリントンの原文に沿って彼は、確認する。

ブリッツァーは、ハリントンがこうしてオリバーと自らの基本法とを関係づける経緯を跡付ける。ハリントンによれば、軍は、五〇人構成の立法者評議会を任命するが、クロムウェルがなお唯一のその仕事の指導者となると規定することにより、彼の仕事を支援したと説く。この委員会は、主に人々からの提案を受け入れる二〇人構成にして、

「その紛争の熱気が平和を壊すといけないから」、約三百人構成の武装警備隊によって慎重に与えられたという。そのオシアナ憲法は、この立法者とその評議会によって歴史及び政治理論史の検討の数ヵ月後に完成し、かつこの立法者評議会でかなりの討議に続き、「民会機関全てによって承認されかつ樹立」⁽⁷⁾されたという。

ここでブリッツアーによれば、次のような二つの論点は、注目に値すると説く。

第一に、ハリントンの新憲法は、成文憲法として治められる。それは、ハリントンが、自ら「適切な条項 (orders)」⁽⁸⁾と呼ぶ恒常的政治制度の必要を強く信じたことである。第二に、この憲法が、この立法者によって書かれたことである。つまり、ハリントンはプラトンがディオニュシオスに託し、ルソーが神の如き立法者に託したように、超人の工夫を最後の頼みの綱としたのである。

ハリントンの視点から、主要な検討は、技術の業の如く、憲法の設立が単一人物によるに違いないというものである。即ち、「著書ないし構成は、もしそれが唯一の作者ないし設計者をもたねばならぬ完全に達することなど知られていない。しかしその共和国の骨組みについて、共和国は、自然に類似するものをもつ」⁽⁹⁾とハリントンは言う。そうであるとなれば、国民参加規定は、オリバーの陣営の極めて重要なジェスチャー同然であったこととなろう。とはいえハリントンが、完成された憲法がそれを受け入れた承認のために、オシアナ国民代表議会に提出されたことに注意することは、適切である。⁽¹⁰⁾つまりこれも、実力者オリバーへの建前的な性格を暗に含むと解することも可能である。

(三) 一七世紀イギリスの社会経済状態概観

われわれは、この項の最後にハリントンが構想したオシアナの社会経済状態を概観することとなる。というのはハリントンの憲法構想は、確かにユートピア的側面もあるが、現実の社会経済状態に対処しようとしているからである。

ブリッツアーによれば、「統治というものは、意図的にこうした諸条件に適切にするように設計され、かつ実のところ、これらの諸条件を恒常化するように設計される故である」¹¹という。

一七世紀のイングランドの人口は、現代の算定によれば、フランスの人口の三分の一以下であり、凡そ四百五十万人であつたし、スペインやオーストリアよりもかなり少なかったという。これにスコットランドとアイルランドとを組み合わせた人口（二百万人）を加えることができる。ハリントンは自身は、オシアナのみの成人男性人口が、凡そ総計三百五十万人のうちの百万人に達したと算定した。『オシアナ』の読者は、オシアナ憲法が二〇世紀の算定に基づくよりもむしろその文章に基礎づけられるゆえ、その数字を念頭に置くことが役立ったからである。¹²

ハリントンによれば、マーペシア（スコットランド）が自らによつて「人口が多くして厳格な人々」によつて居住され、かつ一七世紀までにオシアナの軍隊にとつて兵士の「無尽蔵な弾薬」となったと言われたという。それに対してパノピア（アイルランド）は、オシアナの統治には恒常的問題を構成する「怠惰にして臆病な人々の軟弱さの温床」であるとして、ハリントンによつてみなされる。¹³従つてスコットランドから引き出された利点がヨーロッパの政治生活における中間勢力としての以前の立場において均衡がとられると論じ得ると説く。この共和主義者によれば、自らの見解は、実際上の事実よりも当時の人々にとつて、重要である。一七世紀のオシアナは、小地主から構成されるすぐれて農業社会であつたゆえである。

ハリントンは、オシアナの九割が国民によつて所有されるとかつて算定した。国民によつてハリントンは、貴族から区別された小地主とジェントリーを意味した。¹⁴再度ハリントンは、土地の全体量が年間凡そ一億ポンドの価値があるが、年間二千万ポンド以上の価値の財産をもつオシアナの全てにおける三百家族と同然であると述べた。¹⁵

ゆえに彼は、この時代における特徴的経済体制が安楽に家族を支えるが、贅沢な生活を確かに齎さぬ小さな農業であつたと結論づける。貿易及びオシアナ経済において徐々に重要になりつつあつた（ハリントンが認めた事実）が、製造業は、まだ少しの重みしかもたなかつたという。オシアナの残る特徴を記述することは、われわれにとつて必要であろう。オシアナは、同じ宗教対立・同じ外国・同じ思想的混乱によつて悩まされた。従つてハリントンにとつて、そのクロムウェルがこのオシアナ憲法を実行しなければならぬ段階にあつたとブリッツァーによつて説かれる⁽¹⁶⁾。

- (1) C.Blitzer, *An Immortal Commonwealth*, 1960, p.207.
- (2) C.Blitzer, *op.cit.*, pp.207-8.
- (3) *Ibid.*, pp.210-216.
- (4) *Ibid.*, p.211.
- (5) *Ibid.* (J.Pocock, ed., *Works*, p.207)
- (6) *Ibid.* (*Works*, p.207)
- (7) *Ibid.*, p.212 (*Works*, p.338)
- (8) *Ibid.* (J.Pocock, ed., *Harrington: The Commonwealth of Oceana and A System of Politics*, 1992, p.64)

我々は、ここでブリッツァーによる脚注を通じてその“orders”の説明を確認しておこう。「“orders”によつてハリントンはいつも基本的憲法規定を意味する。我々がオシアナの憲法の“articles”と呼ぶものは、Ordersと呼ばれる。彼が『立法の技術』で書いた如く、オシアナ共和国の枠組みないしモデルについて統治におけるこうした憲法は、Ordersと呼ばれ、かつ立法的条項によつて制定されるこうしたものは、法^{ロース}と呼ばれる」と(*Ibid.*)。従つて、我々は、ここにおいて「オーダーズ」が憲法上、「条文」の意味であり、立法上「法」の意味であると理解する。

(9) *Ibid.*, p.213 (*Works*, p.207)

(10) *Ibid.* しかし、ブリッツァーは、実のところ、クロムウェルが全能ではなく、公共精神をもつ者にきわめて近くなっているという。そしてハリントンは、この種の手続きに関して暗黙のうちの危険に自ら気づき、次のような原文で確認する。「賢明な立法者は、その心性が私益におかれるのではなく、公益におかれ彼の子孫ではなく彼自身の国に堅くおかれ、自分の手にその主権をおこうと努める。理性の達人であるいかなる者も、その場合に必要なら異常な手段を責めるものなどないからである。その目的は、秩序立った共和国憲法以外に証明しないからである」(*Works*, p.207)と。

ここではハリントンは、そうした独裁的な危険性を認識しつつ、この権力保持者に対して心情的にも理性的にも指導者としての資質も併せもつ者としてあつてほしいとの願望も示している。

(11) *Ibid.*, p.214.

(12) *Ibid.*

(13) *Ibid.*, pp.214-5 (*Works*, p.159)

ブリッツァーは、このアイルランドについて『オシアナ共和国』の序文においてユダヤ人の利点によって、その窮状の解決策の提案に関心を示している。「アイルランドの状態は、ハリントンは真剣に提案している如く、その目的のために移入されたユダヤ人達によって植民し直されるべきであるほど悪かった。次のような文節は、引用に十分に値するほど明らかである。アイルランドの再生は、ハリントンは言う如く、『私の意見では：彼らに「アイルランド人に」ユダヤ人の慣習や法律を認めることによって、ユダヤ人をアイルランドに植民することによって最もよくなされたかもしれない。というのはそれは、世界の全諸地域から、急速にユダヤ人達を齎し、そして：豊潤な国とよき港も齎そうし、彼らは「取引や農業」の両面で適切となるう(*Works, ibid.*)』。この見解、及び現世におけるキリストの王国の樹立のシグナルがユダヤ人の改宗であるという福音主義的信念（それは、多くの者が一六五六年に正確には起こると予期した出来事）との間の関係について推測することは、面白く」(*Blitzer, ibid.*)。ハリントンの原文は、元々両地域の兵力に関するものであるが、ハリントンの思想的性格と革命期の背景も示す故、我々はここで確認した次第である。

(14) *Ibid.* (*Works*, p.259)

ブリッツアーは、その脚注でハリントンの貴族の定義について次のように『オシアナ共和国』の憲法第二〇条の注釈を引用しつつ確認する。「ハリントンは、マキャヴェッリに従い、『貴族 (nobility)』を次のように定義づける。即ち、『自分達の耕地を耕したりせず、かつ自らの生計のために他の仕事もしなくとも、十分に自らの収入で生活するような人々』」(*Works*, p.259) と。我々は、このハリントンの定義について同じ共和主義者達「例えば、ネヴィルやシドニーら」と同様な認識を確認できる(例えば、前掲拙著を参照されたい)。

(15) *Ibid.*, pp.215-6 (*Works*, pp.159-160)

(16) *Ibid.*

第三節 オシアナ共和国の選挙制度論

われわれは、前節においてハリントンのイギリス共和国の憲法案の理論的背景について、その『オシアナ共和国』の序論に沿って(特にブリッツアーによる論に沿って)概観してきた。本節は、本稿の主題であるこの選挙制度そのものを整理する段階に達している。われわれは、選挙制度がハリントンの憲法案において最も重要な基本的要素のうちの一つである故、真つ先にこの主題と取り組まなければならぬ。特に、政治的権威の源泉を多数の人々に求める共和主義思想に基づくハリントンのにとって、彼らが託するエリートを選出する過程となる選挙が欠かせなくなるのである。換言すれば、ハリントンの認識した如く、オシアナの政治制度全体が基づく諸基礎は、その選挙方法と制度そのものである。

しかしながら、日本におけるハリントン研究では多くがその思想的側面に重点が置かれてきたため、その制度が技術的要因とみなされ、理論との関連で必ずしも重要視されなかった。とはいえ最近では、新制度論に象徴される如く、この側面にも光が当てられるようになり、われわれも真剣にそれと取り組む必要に迫られている。

ハリントンの選挙制度論は、ブリッツァーも率直に述べているごとく、かなり複雑にして入り組んでいる内容を含んでいる⁽¹⁾。従ってわれわれは、その彼による要を得た論述を手掛かりとしてまず纏めることとなる。

一、ハリントンの選挙制度の基本的構成要素

ハリントンの選挙制度は、いずれの人々にそれ自体で審議される手段をもたせるかを決定するものである。従って、ブリッツァーによれば、「いかなる共和制においても選挙制度は、第一に国民が誰なのか、そして第二に、国民のいかなる役割を政治生活で果たすのかを決定することによって、その国民とその政府との重要な連繋である⁽²⁾」。われわれは、周知のごとく多くの者が普通選挙制の下で政治生活を送っている。従って、われわれは、現代民主制と当時では異なるが、多数者に権威の源泉を求めるといふ思想について共通しているとみなす。故に彼らの共通善を遂行するにはその両者の連繋が欠かせず、かつそれを実現するうちに則した選挙制度が不可欠となる。

ハリントンの選挙制度において、その基本的要素の国民的部分が次の四つの区分に分けられる。ハリントンによれば、オシアナの選挙制度全体の基盤は、共和国の設立の準備として設定されたオシアナの人々の諸区分において見出すことができるし、まさにそのときに、立法評議会 (Council of Legislators) がエンポリウム (ロンドン) で開催されたという⁽³⁾。

(一) 第一区分（経済的な自立的区分）

第一区分は、ハリントンが「質」と称するものに従い、正式な者が自由人ないし市民であり、その他に使用人の二区分であつた。ここでその基準は、簡明に経済的に自立自足する者であり、自らを支え得るいかなる人でさえ、共和国市民となることで権利が与えられる。⁽⁴⁾これは、いかなるところにも明示的になされていないが、この第一区分が軽い政治的意味しかもたぬというハリントンの議論から集める。というのはそうしたものは、あまり多くないからであるという。市民でない少数の者は、その経済状態の改善によつて簡明に市民となり得る。これは、その人間に対する樂觀論を示す。

(二) 第二区分（年齢的区分）

ここでの準備段階において、第二区分は、政治的により一層重要であり、年齢によつて主要な市民の主要部内で形成された。即ち「青年」と称されるものが一八歳と三〇歳の年齢にあるものであり、他方、「高年」と称されるものが三〇歳以上のものである。⁽⁵⁾

(三) 第三区分（経済的所得区分）

市民の主要部内で再度、第三区分が経済的地位に従つてなされる。即ち、百ポンドないしそれ以上の土地財産、或いは貨幣による年間収入を得る市民が騎兵階級を形成する。他方、それより少ない収入しか得ぬ市民は、歩兵階級に含まれる。⁽⁶⁾これは、所謂上級市民と下級市民の区別である。

(四) 第四区分（地理的区分）

これらの予備的区分のうちで第四にして最後の区分は、地理的なものである。即ち、国全体では一万の教区（基礎

的統治単位)、千の郡、及び五〇の部族(州)に区分される。この区分が形成される方式は、純粹に機械的である。このオシアナは、ヘミスア(トレント)川に沿って凡そ對等な北部地区と南部地区に分けられた。千人の調査官は、投票数を割りあてる事項などについて教区の在所を決定するために実施現場に派遣される。彼らは、郡として知られる一〇のグループへと地理的に組織され、郡について彼らは、同様に部族として知られた二〇のグループに加えられた。ゆえに教区及び故に郡と部族が凡そ同規模と人口をもつこととなる。ハリントンは、少なくとも一度次のような可能性を熟慮した。即ち、それらの人口は、ハリントンの地理的区分において選挙人数が五〇以下か、五〇と一、〇〇〇人以上との間か、或いは一、〇〇〇人以上であるかどうか依存する、教区における異なつた手続き規定を形成したとき、かなり多様である可能性があると。^⑦

ブリッツァーによれば、ハリントンは、それらの構造を正当化するとき、われわれに次のように教える。即ち、「共和国の設立ないし構築において、第一の仕事(建築者達の仕事)は、資材を適合させ、かつ配分する以外にあり得ぬ。共和国の資材は、国民である」^⑧と。特に人は、秩序と組織へのハリントンの情熱の表現をここに見る。ハリントンは特に数学的表現ができる場合に、この種の機械的操作から簡明に現実的な満足と安心を引き出したと結論づけるしかあるまい。

ハリントンは、市民と使用人の二区分が「構成的でなく、当然、その均衡において本来的」^⑨という。これによつてハリントンは、もちろん、経済的に独立的でない人々が、法が規定することに関わりなく、事の性質上、重要でないことを意味づける。明らかにこれは、ハリントンの経済と政治の関心觀の反映である。政治権力が経済権力の反映で

あるゆえ、経済権力なくしてそれらが政治権力も欠くことが予期される。この見解は、アリストテレスが「この条項は、共和国の自由ないし統治参加と一貫しせぬ、隷属の性質の証拠を必要としない」^⑩と想起する言葉で明らかにされる。

二、ハリントンの選挙制度の諸局面

ブリッツアーによれば、ハリントンは、人的と同様に構成的と認める青年と高年の年齢区分が第一に軍事的根拠で彼によつて擁護されるという。われわれが教えられる青年は、高年が常備軍として最もよく委ねられるが、共和国の進軍として仕えるのに最もよく適合される。この分類の政治的含意は、以下で論じられる。同じことは、騎兵と歩兵にも当て嵌まる。その基準は、騎士的兵士の地位に適切な装置を与える能力である。ハリントンは、地域的区分について次のように話す。その区分は、階段が「階段自体が望ましくないが、階段なくして部屋に行けぬ」家に属する如く、共和国に属すると。ハリントンは、自らが引用する正確な数字がオシアナにとって不正確であることを認めるが、「言説を実行するため、ある確実性を決める」^⑪ことによつてこのことを弁明する。

(一) 選挙の実施過程

オシアナの実際上の投票は、精緻な選挙制度に従つて行われる。そうした選挙は、大抵の水準で二種類の官吏達（地方に仕える官吏達、及び高次の水準で選挙に参加する人々）が選出される事実によつて複雑になされる。その複雑な状況は、選挙を秩序立つて遂行し、かつ詐欺行為の可能性を予防するように設計された選挙手続きにほとんど圧縮できぬくらいにまで、含まれる存在によつては改善されぬという。

最初の選挙は、毎年一月の最初の月曜日の朝九時、一〇、〇〇〇の教区の各々で行われる。そのとき、高年者の主要部全体が教区に集まる。これらの選挙目的は、高年者の総計の五分の一に達する多様な教区代表として選出するためである。手短に選挙方式は、一人の高年者が選挙「候補者の」提案者として仕えるために会議（assembly）の中から抽選で選出される。その提案者は、その会合に先立ち、かつ代表として選挙候補者を提案する。各候補者が提案される如く、高年者達が単純な肯定投票と否定投票を投じることによってその名で投票する。この過程は、不可欠な代表数が選出されるまで継続する。その選挙が遂行される後に、選択のために作成される。騎兵階級（そこにいる場合に）に属する代表すべてが選出リストの初めにおかれることを除く。この例外の重要性は、われわれが次のように記すとき明らかとなる。即ち、五人の代表（その名は、最初にそのリストに現れる）は、代表としての自らの役割に加え、教区官吏となる。彼ら（その名は、そのリストの最初の第二番の者となる）¹²は、教区民生委員となり、第三の者は警官長となり、第四、第五番目のものは教区役員となる。これらの五人をはじめとしてこうして選出された高年者達全ては、教区代表として一年間仕え、その任期切れに続く期間に再選される資格をもたぬ。¹³

オシアナ選挙の第二グループは、郡の集会所として知られた所で毎年二月の第一月曜日に行われる。郡の各々は、七人の官吏の選択において選挙人として仕える十の教区内の代表によって出席される。これらの七人のうちの四人（二人の治安判事・一人の陪審員・一人の郡の大将・及び一人の旗手）は、騎兵階級に属さねばならず、残りの三人（第二の陪審員・検死官・及び警官長）は、歩兵階級の間から選出せねばならぬ。選挙方式は、教区におけるよりもここではより絡み合わされる。というのは一部で選挙人団が主に凡そ二倍である故であるが、本質において同じである。任命者達は、抽選で再度選出され、今度は各公職に一人が満たされる。各任命者は、選挙人の是認に服する、特定の公職候

補者を三人選出する。次に適合し得る候補者達の全体数は、別々に投票され、再度単純肯定投票に関するものであり、同等にして秘密で参加する代表主要部全体によって、最大多数を受け取る各候補者がその公職に選出される。⁽¹⁴⁾

第三の選挙は、オシアナの五〇部族の各々の集会所で毎年三月の第一月曜日に行われる。ここでの選挙人は、その手続きを含む二〇〇教区の各々の代表でなおある。ここでの手続きは、いかなる記述も不可能にするほど複雑であるが、再度基本類型が変えられぬままである。任命者達は、凡そ現存の二千人の代表の中から抽選で選出され、選挙は秘密投票により、かつ選挙権は平等である。最大多数を受ける人々は、六部族の公職に選出される一人の州長官・一人の州統監・一人の首席治安判事・一人の指揮官「需品科将校」・及び二人の監察官（Censors）である。⁽¹⁵⁾

最終選挙は、その部族の集会所で翌日（三月の第一月曜日後の第一火曜日）に行われる。ここで再度、選挙人達は、教区の代表であるが、今選挙された人々は、もはや地方官吏ではない。むしろ彼らは、部族によってエンポリウム「ロンドン」における国家立法部に送られる。このとき各部族は、九人を選出する。そのうちの五人は、騎兵階級に属し、かつ四人が歩兵階級に属する。これらの九人のうちの二人は、ともに騎兵階級であり、オシアナの立法部上院の州代表となる。残る七人は、三人が騎兵階級で、四人が歩兵階級であり、下院の部族を代表する。これらの選挙がオシアナの五〇部族に各々で毎年一〇〇人以上の上院議員、及び三五〇人の下院議員が選出される。これらの人々は、三年間仕える故に、両院の全議員は三〇〇人の元老院と一、〇五〇人の代表議員にそれぞれ達する。議員任期は、各議院の三分の一が毎年入れ替えられるほどにまでに配置され、かつその手続きは、ハリントンが公職輪番（任期交代）制と呼ぶものである。

オシアナの選挙制度における利益の主要点の精緻化に多くの時を費やす必要などないように思えるブリッツァー

はいう。⁽¹⁶⁾

しかしわれわれは、この点について政治制度（手続）論的に無視できぬゆえ、最後の部分で補わなければならぬ。

（二）選挙権の制限

オシアナの選挙制度は複雑であるが、それが具現する諸原理は明らかである。行き渡る選挙制度の制限という最も重要な特徴は、注目がそれに引かれなければ、見過ごされるのではないかと思うほど明らかである。第一に、女性の選挙権の除外は、オシアナの全人口の半数に達することを含意する。さらにわれわれは、自律的でない全ての共和国市民としての権利が付与されぬことも示す。幾分、より驚かしかつ確かに重要なのは、高年者階級への選挙権の制限である。一七世紀の寿命が現在よりもかなり短い故、われわれは、この制限が少なくともオシアナの市民人口の半数の政治活動全てからの除去を齎したことを想定できる。⁽¹⁷⁾最後に、このきわめて制限された高年者集団でさえ（多分、総人口の四分の一足らずとかなり少ないほどまでにしか達していない）、教区選挙で全体的に一度のみの投票しか認められないことに注目すべきである。これらの第一の選挙後に、全ての官吏及び効果的政治階級である立法部の全議員を選挙する階級は、高年者達の全体数の五分の一にすぎず、故に全人口の二〇分の一以下からしか構成しないのである。しかしながら、全人口の投票者比率が一七世紀のイングランドにあったよりも全ての可能性においてかなり高いことに注目すべきである。⁽¹⁸⁾従ってこれは、選挙権の拡大を主張するものである。

（三）オシアナの選挙制度の評価

こうした徹底した制限の後に、われわれは、オシアナの選挙が自由にして平等に行われることを記されねばならぬ。ギリシャ人が最も純粋なデモクラシーの表現であるとみなした抽選による選択である、機会要素は、全水準で任命者

の選択を決定する。各任命者は、自らが秘密裡に投じる一票をもち、かつ単純多数が選挙には十分である。投票の秘密についてハリントンは、それが脅しにも賄賂にも投票に影響を及ぼすことを予防すると、論じることによって通常の方法で擁護する。任命者達の選択における機会と、投票における秘密の組み合わせが党派規律に似せるいかなることも不可能にすると、ついでに言えば注目すべきかもしれぬ。¹⁹

ここではもう一つの非民主主義的要素がこの描写に入るとブリッツァーは説く。選挙民が制限されるが、かなりな民主主義的基盤で選出されるけれども、唯一の要件は市民権と年齢であり、かつ選挙民が自由にして平等に投票する。それにもかかわらず、この要件は、幾つかの公職と立法上の地位が経済的に上位の騎兵階級成員によってのみ（他方、歩兵階級成員にのみ開かれる）、満たし得るという事実によって、彼らの候補者の選択に制限される。これは、国民大衆が自分達を統治するのに値する官吏を選出し得るが、自治する大衆には出来ぬとみなす選挙貴族制論の明らかな適用である。ある程度、オシアナにおいてそれは、歩兵階級成員が全ての地方の公職や立法議会の選挙人として仕える能力を有するが、これらの幾つかを満たす被選挙資格を彼ら自身持つべきでないように感じられる。しかしながら、全く明らかにこれは、その説明全てではない。それは、歩兵階級成員にのみ開かれている公職であるという事実を説明し得ぬ。もしわれわれは、騎兵階級が歩兵階級成員よりも上位にあるとみなされると簡明に想定するならば、この後者の現象は理解できぬ。実のところ、その状況はより複雑であり、かつ政治的により面白い。唯一の可能な説明は、騎兵階級が歩兵階級に対する制限が統治官や立法者の主要部間で富者と貧者の両方の代表を確かにするように設計されるというものである。²⁰

このことは、最終的により一般的なオシアナの政治制度観に齎す。实际的に言えば、この選挙目的は、簡明にいく

らかの公職を満たすために人々を選択するためである。しかしもしこのことが唯一の目的であるならば、その制度は必要がない位にまで複雑となろう。實際上、幾つかの理論的検討がこの点でそれ自体へと侵入する。選挙目的は、たんに人々を選出するばかりでなく、むしろ特定の種類の人々（即ち、オシアナ国民の「諸利益」を代表する人々）を選択するためである。われわれが示している如く、ハリントンの政治生活観は、経済的に指向される故に、これは、オシアナの主要な集団を代表する人々の選択を第一義的に意味する。しかしながら、これは、ハリントンが経済的地位と思想的地位との間の現実的関連を信じたという事実によって、全て絡み合わされる。『オシアナ』の序論節で、ハリントンは、「人々の主要部全体を通じて神によって拡散された『自然的貴族制』⁽²¹⁾」に言及する。それ故、『オシアナ』で述べられた如く、選挙制度は、同時に二つの特有な諸機能を現実に遂行する。第一に、いくらかの統治官達・上院立法部・及び下院の半分が騎兵階級間から選出される必要があることによって、その憲法がかなりの数の自然的貴族達の統治における存在を確かにする。第二に、その憲法も諸利益の代表の名において明らかに、歩兵階級の多くの成員選挙を必要とする。この後者の目的は、このイギリスの各部分が立法部で示されることを保障することによって、オシアナの地域区分によって仕えられる。⁽²²⁾

- (1) C.Blitzer, *An Immortal Commonwealth*, 1960, p.207.
- (2) C.Blitzer, *op. cit.*, p.217.
- (3) *Ibid.* (Works, p.207)
- (4) *Ibid.*
- (5) *Ibid.*, pp.217-218 (Works, p.212)

- (6) *Ibid.*, p.218. ブリッツァーによれば、これらの用語「騎兵」「歩兵」は、「オシアナの軍事組織を指す」という。
 - (7) *Ibid.* (*Works*, pp.214-215)
 - (8) *Ibid.*, pp.218-9 (*Works*, p.212)
 - (9) *Ibid.*, p.219 (*Works*, p.665)
 - (10) *Ibid.* (*Works*, p.212)
 - (11) *Ibid.*, pp.219-220 (*Works*, p.666)
 - (12) *Ibid.*, pp.220-22.
 - (13) *Ibid.*, p.221.
 - (14) *Ibid.* ブリッツァーによれば、「候補者達が、別々に投票される故に、次のように可能であり、かつハリントンは明らかに信じたという。即ち、どの公職への一人以上の候補者も、肯定投票の多数得票を受けることができる」と。
 - (15) *Ibid.*, p.222 (*Works*, p.226)
- ブリッツァーは、オシアナ憲法第10条に次のように言及する。即ち「ハリントンは、ヌビア部族の二、二〇〇の代表数を引用し、そのうちの七〇〇人が騎兵で、一、五〇〇人が歩兵である」(*Works*, pp.221,228) と。
- (16) *Ibid.*, p.223.
 - (17) *Ibid.*
 - (18) *Ibid.*, p.224.

ブリッツァーによれば、一七世紀イングランドの死亡率と寿命に関する情報は乏しいという。さらに、ジョン・グローント著“Natural and Political Observations Upon the Bills of Mortality”という題名の著書（ロンドンにおける誕生と死亡記録に基づいたもの）によると、現代の統計の専門家によって欠点もあると示されているが、一七世紀半ばのイングランド人口の凡そ五分の一が三〇歳以上であっただろうという。こうした数字に基づくと、オシアナの選挙制限は、人口の一〇分の九（もちろん、女性と子供をはじめとして）を除いただろうという。彼は、次のような文献によって前者の説明について参照したと記

す (L.I.Dublin et al., *Length of Life*, 1936, p.40)。

しかしこの選挙権の制限規定は、前述のように、当時のイギリスの議会選挙権に比しても数倍の選挙権拡大の主張を示すものである。

(19) *Ibid.*

(20) *Ibid.*, p.225.

(21) *Ibid.*, p.226.

(22) *Ibid.*

三、ハリントンの選挙の遂行方法（その『投票の方法と使用』を中心に）

(一) 間接選挙制問題

われわれは、前項でハリントンの選挙制度論の要点について、ブリッツアーの論点に沿って主に再検討してきた。ブリッツアーのそれは、確かにハリントンの主著に則して要領よく整理している。とはいえそれは、問題がないわけではない。例えばハリントンの選挙制度は、「間接選挙」方式をその支柱の一つとしているが、ブリッツアーはその概念について言及していないからである。ハリントンにおけるこの間接選挙制について、その支柱であると論じるのは、ブリッツアーよりも約四六年も前に論じたラッセル・スミスであった。彼は、その『ハリントンと彼の「オシアナ」』（一七世紀のユートピアとアメリカにおけるその影響の研究）（一九一四）において、その間接選挙制的性格を論じた。

彼によれば、「ハリントンの政治理論には、二つの基本的提案が含まれ、それに基づき、彼の諸著作に具現された

他の全ての諸提案が構築される。第一に、国家の保全は、支配階級による適切な土地区分の所有に依拠する。第二に、統治政体は、四つの機構的工夫（投票・間接選挙・公職輪番制・及び討議と決議機能が分離される両院制）の支えなくして純粹にして健全であり得ぬ⁽¹⁾と。スミスは、ここではまず所謂「農地法的な経済的権力」論を基盤として政治理論を組み立てる通説を確認する。その論理に続き、機構的仕掛けとして、投票方式・まず選挙人を選び、彼らを通じて当選者を選出する間接選挙・主要な統治官に関する公職輪番制・並びに元老院の討議機能とより広範な国民を代表議会による決議機能の厳格な分離による両院制を支柱としていると整理する。

本項では、われわれは、前記の如くこの間接選挙制をより具体的に論じるハリントンの著作について検証する。それは、『投票方法とその使用』であり、これによつて彼の選挙制度における最も詳細にして明確に論じるものである。それは、オシアナの元老院における主要な統治官職を選出する投票方式を示すものである。それは、ハリントンがその元老院における主要な統治官の選出過程として説明するものである。

(二) 元老院における主要統治官の選出方法

ハリントンは、まず「図3・1」においてオシアナの投票の使用に従い、「ヴェネツィアの投票方法（實際上容易であるが、言説や記述では困難を伴うもの）の方法」を例示しようと努める。その図は元老院を示し、元老院は、その議院及び開会方法について三百人の定員の四分の一ないし半数を含み、上部の端にある台座（Tribunal）は、四つの階段を上げる。これらのうちの最上段の「共和国政庁（signory）」に属する統治官」を構成する、(A)将軍、(B)演説官、(C)三人の国璽委員、(D)三人の財務委員が座し、そのうちの一人（E）が中間壺（F）の臨時監察官任務」を差し当たつて遂行するといふ⁽²⁾。

その台座の二つの上段には、この議院の各両側の壁に接する二つの長椅子が対応する（G、G、G、G）。その最も外側は、その最上段と同じ高さであり、その最も奥の部分は、それに接するのと同じ高さにある。第一種の座席は、同様に第二種の座席が、議場の床面に接し、玉座「ステージ」の二つの最下部階段と同じ高さにある四つの長椅子（H、H、H、H）からなるごとく、四つのベンチからなる。故に、この「元老院議院全体は、二種の座席（各々が四つのベンチからなる）」に分けられると説く。^③

この区分は、これから示されるように、元老院議員達の投票機能の遂行におけるより大なる便宜を齎すばかりでなく、元老院の局面により大きな恩恵を齎す。外側のベンチ（I、I）の中間に監察官の椅子があり、それらは通常の場所にあり、投票時に彼らは、外側の壺の各々（L、L）のそばにいる常任監察官（K、K）によって示される所に上がり、かつ座する。元老院議院から台座の半分のスペースないし第二階段の上にある彼らの前に、そうしたテーブルや鉢（N、N）と並んで座する人々（M、M）は、議院の書記ないし秘書である。その議場（それは、羊毛製の袋によって示されるはずのものである）での短い座席（O、O）の上に、この「二人の騎兵護民官（P）、二人の歩兵護民官（Q）、及び裁判官（R、R、R、R）」が座る。これらの護民官全ては、補佐役であるが投票権をもたぬ。この元老院の方針が審議されると、投票が以下のように遂行されるという。^④

第一に、金小球がいくつかの揃いのものからなり、故にアルファベット文字で記されるが、「秘書は、將軍卿と演説官卿に小さな壺（そこには各々の揃いのものと印字付きの小球がある）」を提示し、將軍卿がどんな小球を引くかを見るが、同じもの以外に中間壺にはその時に使われぬ（F）。演説官によつて引かれた文字のようなものは、脇（にある）壺で見られる（L、L）。即ち、將軍卿がA字付き小球を引くならば、その日の壺に中の金小球は、B字付きで記され

る。それがこの投票以前に直ぐになされ、故にその文字が投票係達に知らされぬゆえ、彼らは不正行為も誤魔化しもし得ず、さもなければ、人は自らの手に金小球を運び得るし、その壺からそれを引いたと思えるかもしれぬ。その壺の中の金小球を引く人は、それをその壺の監察官ないし評価官へと渡す。その人は、それらの当たり籤の性格と受けとめ、故に自らの当たり籤を認めると説かれる。⁽⁵⁾

將軍卿と演説官卿は、その文字で籤を引いて選出名を決めた後、それに従って壺は従って委員達のうちの一人と、二人の監察官によつて準備される。壺の準備は、こうした方法に従う。もし元老院が例えば、統治官の予定表と呼ばれたリストを選出するならば、それは次のようである。「(一)將軍卿、(二)演説官卿、(三)第三国璽委員、(四)第三財務委員、(五)第一監察官、(六)第二監察官」、であるという。⁽⁶⁾

(三) 選挙人と立候補者

選出リスト(ないし予定表)は、六統治官職からなり、各統治官職に四人の競争「候補」者がいることとする。それは、提案された全部で二十四人の競争者からなる。競争者を提案する人々は、選挙人と呼ばれる。これは「間接選挙制」と呼ばれるものの主要素の一つである。こうした選挙人は、それぞれ一人以上を提案できず、故に「二十四人の選挙人提案のために、ここでは二十四人の存在が必要条件とすることとなる。人は、抽選によつて形成された選挙人を二四人とするため、中間(にある)壺に二四の小球」がなければならぬ。これら(というのはさもなければ、それは抽選とならないからである)は、競い得る空籤数(ないし銀小球)と混合される。それ故、二四の金小球に二六の銀小球を加えると、それ(当たり籤と空籤を数える)は、五〇の小球となる。いかなる人も、その脇壺のうちの金小球を最初に引いていないため中間壺に来ることができないゆえ、抽選が成立し、かつこの壺の当たり籤(ないし金小球)が全

て引かれることを確かにするために、それに五〇人が来なければならぬ。それゆえに、両方において五〇になる二五の小球を脇壺の各々になければならぬ。各元老院議員が抽選とするために、脇壺の金小球は、各脇壺で空籤と合わせて投票者数で対等となるように構成されねばならぬ。例えば、その議院は、三〇〇の元老院議員からなるとき、各脇壺に各々に一二五の空籤と、二五の当たり籤がなければならぬ。それは、脇壺の両方で三〇〇の小球となる。これは、壺を準備するミステリー全体である。それを監察官は、なす技術をもつ。しかし残りの投票は、諸党派投票がそれを理解しようがしまいが、必然的な結果として正しくなければならぬ。そしてそれらは、他にあり得ず、かつこの「技術の遂行においていかなる混同に陥ることができぬ」という^⑦。

しかしハリントンが言った如く、この投票は、二つの部分からなる。即ち、抽選と選挙、或いは提案と結果である。これは、両院間の機能上の分離ないし分立原理を示す。抽選は、その競争者達を決定する人を決定する。そして競争者達のいずれかが統治官となるかを決定するのは、元老院の結果であると説かれる^⑧。

(四) 抽選の実施過程

続いてわれわれは、ハリントンが抽選の実施過程を説明する論法を検証することとなる。

第一秘書は、まず選挙当日に選出される統治官職リストを聞きとれるほどの声で読み上げ、次にその元老院議員達が自分達の手をあげ、公平な選挙の宣誓をする。それがなされるともう一人の秘書が將軍卿に小さな壺を示し、そこに四つの小球がある。それらの小球の各々は、「上部の端の第一座席」、「下部の端の第一座席」、「上部の端の第二座席」、「下部の端の第二座席」という記銘のうちの一つがある。そうして「將軍卿が引くもののいずれかを見よ」、とその秘書が大声でその記銘を宣言することによって、そう呼ばれた座席「のもの」は、この壺に来る。その図のこれ

は、上部の端にある第二座席である。彼らが両方の脇壺に来る方法は、「その方向を記した」二つのファイル記録にあり、各々の脇壺のカバーに二つの穴があり、その手段によつて二人が同時に抽選を引き得る。ゆえにその元老院議員(S、S)は、彼らの座席(H、H、H、H)「議院のいずれかの側のベンチ」の上部の端の「脇壺」(L、L)に来ている。元老院議員達(T、T、T)は、脇壺で引いている。その元老院議員(V)は、壺にある自らの金小球を引いたので、かつ次のような「中間」にある「壺」(F)へと行っている。即ち、その中間壺で他の脇壺にある同様なことをなした後、成功裡の上院議員(W)は、既に引きつつある。しかし元老議員達(X、X、X、X)は、彼らの脇壺における空籤を引いたゆえに、かつ壺の足元にある鉢(Y、Y)に空籤を投じた後、下部の端にまで彼らの座席を再度進みつつある。中間壺にいる不成功の元老院議員(a)が中間壺に同様になしたゆえに、自ら空籤を(b)という鉢に投じ、かつ再度自らの座席へと進みつつある。というのは脇壺に当たり籤によつて、次のような中間壺に来る権利同然のものを得るからである。そこにおいてももしその彼が空籤を引くならば、脇壺で彼の運命は、結局ないことになり、ゆえに自らの地位に戻る。しかし元老院議員(c)は、中間壺で当たり籤を得ている。そこにおいてその委員が自らの小球を調べ、かつ「正しい」という標を見つけた後、その彼は、選挙人達の座席を数段上がる。それは、「台座を横切っておかれる」[d] (中間壺付近の成功裡な元老院議員達のベンチ) 形態である。その台座で彼は自らの前に引かれた他の選挙人達(e、e、e)とともに引かれたのに従つて自らの身を置く。彼らは、自分達の数が当日選出される統治官数に達するまで、引き返さぬ。しかし政庁(に所属する統治官)に面して座す。それは、示された如く、差し当たつて6人の選挙人が形成された後、彼らは自らが引かれたのに従つて数えられる。選出される「彼らの順序が」第一、第二、第三、第四、第五、及び第六であり、最初に選出される最初の六人が最初の選挙人水準であるという^⑨。

形成された最初の選挙人水準は、元老院からかつ次のような委員会ないし評議会会場へと選出される一通の選出リスト表とともに秘書によって指揮される。そうした選挙人達は、自分自身以外にいかなる者とも協議する方法も、かつ彼らの会場においても投票が終わるまで被らなかつた。それゆえ、その秘書は、彼らが法や彼らの良心に従って、選挙するという自らの誓いを彼らになした後、彼らにそのリストを渡し、かつもう一人の秘書が入り口を管理する一方で、自らのペンと紙のあるそのテーブルの下部の端に自ら座ると説かれる¹⁰。

「選挙人達の第一水準がかくして座られるような時まで、選挙人達の第二水準」が引かれる。彼らは、同じ選出リストの第二枚目によって前者と同じ任務を遂行することによって、他の秘書達によってもう一つの委員会会場へと導かれるという¹¹。

正確には同様なものは、選挙人達の第三水準と第四水準（或いはヴェネツィア人達は、それをハNZ「人々」と呼ぶ）によってなされる。この手段によって人は、二四人の選挙人に分けさせ、同じ四枚のリストに従って、六人によって四人ないし四つの水準の選挙人に分けさせる。そしてこれらの水準の各々は、そのリストに各統治官職に一人の競争「候補」者を指名する。即ち、第一選挙人は、第一の統治官職を指名し、第二選挙人は、第二統治官職を指名するということなどである。しかし示されている如く、たとえ選挙人といえどもたんに抽選によって選挙されるが、指名された競争者達は、いかなる抽選によっても選出されぬがその水準「人々」全体の選挙による。例えば、第一水準における第一の選挙人は、将軍卿「に就ける」人の名を提案する。その名は自身と他の五人の選挙人によって投票される。そしてそのように投票される名が半数以上の得票に達しなければ、それは除かれる。そして第一選挙人は、別の人を同じ統治官職に指名する。そしてゆえにもしこれも失敗すれば、自らが指名する人（それが自身であれ他の人であれ）

が肯定として投票者の半数以上に達し、かつその名が肯定として選挙人達に達する水準の第二選挙人は、彼の指名の者が統治官職に選択されるまで、第二統治官職に指名する。同様なことは、一人の競争者がそのリストの統治官職に選択され、かつ書かれるまで第一水準の残りによってなされる。さて選挙人達の第二、第三、第四の水準が同じ方法によって、「各統治官職への一人の競争」「候補」者が各水準に選択されるとき、各統治官職へと四人の競争者全員から選出される」ことが起ると説く。⁽¹²⁾

もし選挙人達の水準で論争が生じるならば、(この行為に付添官を引き入れる)監察官達を引き入れる秘書によって公にされよう。競争する選挙人達は、その人の判断に黙従するように義務付けられる。その理由のために監察官は、その壺に投票しない。その政庁(に所属する統治官)もそれが議院を損なうといけないから、欠席し、ゆえに脇壺における空籤は、それだけ同様に少ない。抽選は、それが提案のみに関わるゆえに、より技術的であるが結果を伴わぬし、抽選についてこれで終わりにするという。しかし全て補佐でしかなく、かつ選挙権をもたない護民官や裁判官を除くと説かれる。⁽¹³⁾

(五) 投票選挙の実施過程

選挙人達の四つ水準が、自分達のリストを完遂した後、議院の様相は、一変される。というのは壺が取り払われ、かつ各元老院議員と統治官は、次のような選挙人を除くことによって、自らの適切な地位におかれるからである。即ち、既に自分達の投票が与えられれば、この議院が彼らに与えており、「この方法で投票の残りが遂行されるまで、彼らの議場から起り得ぬ選挙人を除く」ことによってであるという。⁽¹⁴⁾

政庁(に所属する統治官)に選挙人達の各々の評議会秘書達によって示された四リストは、まず聞き取れる位の大

で議院にそれらの順序に従って大声で読み上げられる。そして次のような方法で元老院全体の投票ないし選挙に付き
れる。即ち、

「(A、A) は、第一水準で將軍となる名を指名した」。そうすると直ぐに、例えば、(f、f) という人物によって表
現される如き、八人の投票係達ないし案内係は、携帯可能な投票箱 (g、g) といった図によって荒っぽいが示され
た箱のうちの八つを取り、かつ一方の議院の側に四人行かせ、かつ他方の側で即ち、次のように発することによって、
(各ベンチに一人ずつ) 四人を行かせるという。⁽¹⁵⁾

「(A、A) は、第一水準で將軍となる名を指名した」と。將軍と演説官によって始まる各統治官と元老院議員は、
まず、自らが一つしかもたぬことを見るために、その普通の指と親指との間に、その箱がわたる如く、麻製の小球を
あげ、かつ次にそれを同じものに入れる。肯定陣営と否定陣営から区別するために、外面上白と緑で塗られた二つの
投票箱は、次のように形成される。即ち、誰も人の手がそこにあるとき、両サイドのいずれに人が投票を置くかを見
ることができぬし、麻製小球がいかなる騒音も生みぬ故にそれがいずれに入るかを聞くことができぬ。將軍と演説官
の投票が始められた後、残りの全ては、同様になすこととなるという。⁽¹⁶⁾

投票をかくして集めた、投票係達は、政庁（に所属する統治官）の前にそれらをもち込み、政庁の者の面前で外箱が
開けられた後、彼らは内箱から取り出す。そこでの肯定が白、否定が緑で、かつ白を右手に鉢「N」へと注ぎ（それ
は白でもある）、かつ緑を左側に鉢（N）へと注ぐ。これらの鉢ないし盥 [basin]（h、i によって示される）「によって
その図の下部の端によりよく示される」は、この機会に右側に白、左側に緑として上部の端に秘書達のテーブルの前
におかれ、両側に小球を数え、それによって、もし彼らは、肯定が半数以上に達しないことに気づけば、彼らは、投

票された名を書かないだろう。しかしもし彼らが半数以上に達すれば、彼らはそれを書き、かつそれが達する投票の半分以上を加える。最初の名が書かれ、或いは除かれた後、置かれる次のものは、以下のようなものである。即ち、「(B、B)」「演説官」は、第二水準で将軍となるものを指名」し、第三の「(C、C)」「三人の国璽委員」は、第三水準で将軍となるものを指名」し、第四の「(D、D)」「三人の財務委員」は、将軍となる者を指名」した。そして大部分、肯定票の半数以上を得るこれらの四人の競争「候補」者のうちの一人は、その統治官でもあり、或いはもし彼らのうちの誰も、半数に達しなければ、その統治官職の指名は、次の投票によって選択されるような新しい選挙人によって繰り返される。そしてその指名は、第一統治官職において例示された如く、残りの票を進め、最初に第一水準で、次に第二水準で、かつ故に第三水準と第四水準で投票を進めるといふ。¹⁸⁾

さて第一水準で将軍になると指名された例えば、(A)「将軍卿」が他の水準の一つないしそれ以上において同じもの、或いは一人ないしそれ以上の他の統治官職に指名し得ることが起こり得る。しかし彼の名は、それが最初に書かれる(即ち、より価値のある統治官職に)ところで投票される。そこで彼がなり損ねるならば、彼は、それに次ぐものための方向となる如く、投票される。ゆえに彼が指名されるようにしばしばその名のものになり損ねるならば、残りのものための方向へとなる如く投票されるといふ。¹⁹⁾

そして同じ統治官職であれ、ある他の統治官職であれ、二度ないしよりしばしば指名されることは、より強力な推薦であるゆえ、次のような方法でその注釈は、その提案においてその名に与えさせることができなくてはならぬ。即ち、「(A、A)」「将軍」は、第一水準と第二水準で将軍となるものを指名した」、或いは「(A、A)」「将軍」は、第一水準と第四水準で将軍となるものを指名した」などを。しかしもし彼が第一、第二、第三、及び第四水準で同じ統治

官職に任命されるならば、彼は競争者をもたず、ゆえに彼は、半数以上の得票に達することによってその統治官となる⁽²⁰⁾という。

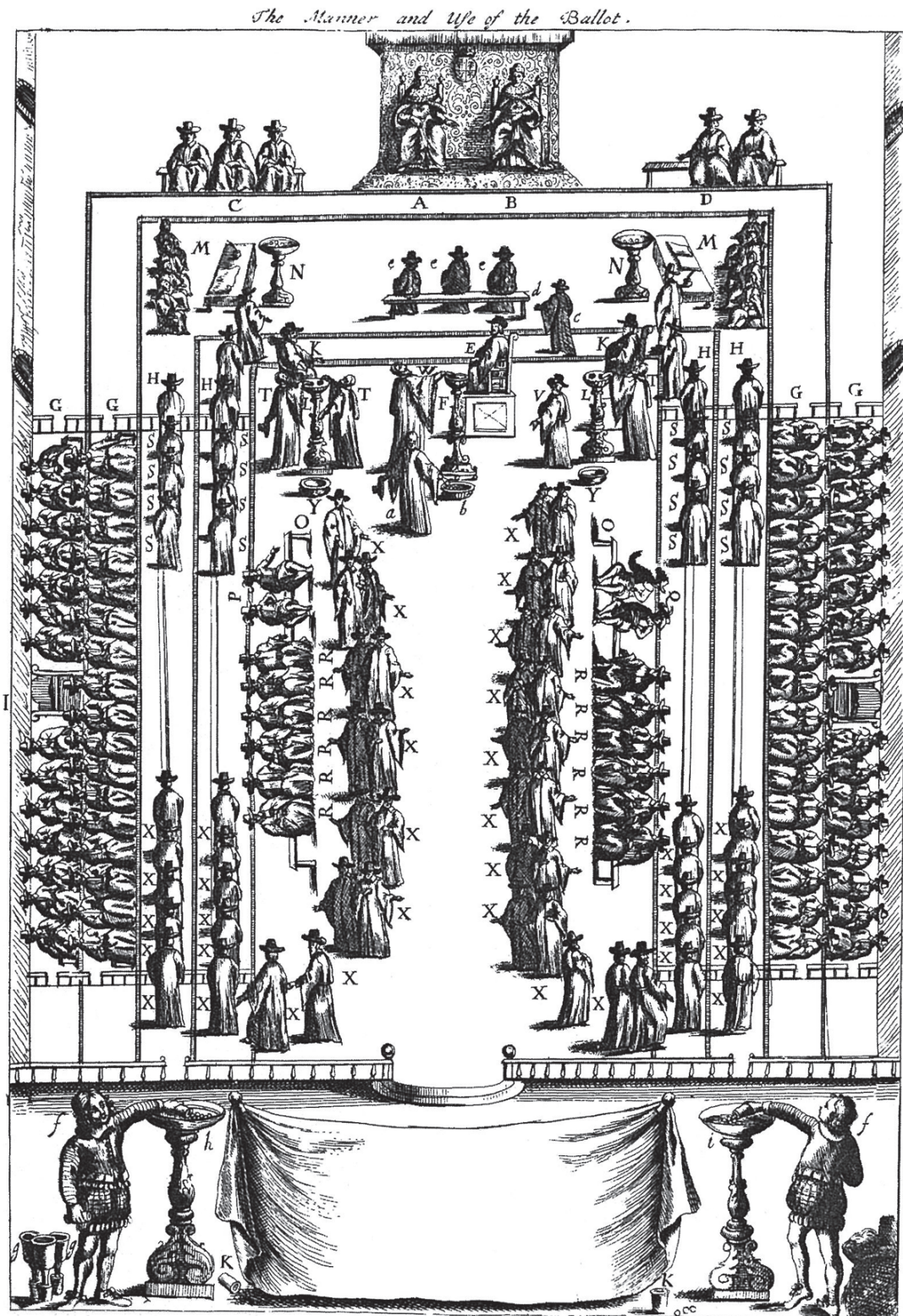
或いはかくして「(A、A)は、第一水準で將軍となるものを指名し、第二水準で監督官を、第三水準で国璽委員を指名」し、或いはより多い水準ないし少ない水準で同様なものに指名する。その場合に、もし彼が第一の統治官職になり損ねるならば、彼は第二統治官職で投票され、もし彼が第二統治官職になり損ねるならば、彼は第三統治官職に投票され、かつもし彼が第三統治官職になり損ねるならば、彼は、第四統治官職で投票されるという。

その投票が日没前に完了されず、既に選出された統治官職選挙が適切であるが、あたかも彼らが決して指名されなかったように（というのはこれは、両立する投票箱ではなく、欧州大陸を見なければならぬ技術であるからである）、統治官職にまだ与えられないような競争「候補」者達の選出「選択された如き」を避ける。そして残る統治官職投票は、選挙人達の新水準「人々」によって翌日に繰り返され、かつ新水準によるような競争者達が選出される。同様に同じ統治官に投票された名前全てのうちで、彼らのうちのいかなる者も、肯定でその半数以上の得票に達していない⁽²¹⁾という。オシアナの元老院投票がかくして記述されたゆえに、「教区の投票、郡の投票、及び部族の投票は、ここでそれらが全て含まれ」、かつこれによって容易に理解し得るほどにほとんど異ならず、省略されるとハリントンは結ぶ。⁽²²⁾

- (1) R.Smith, *Harrington and His Oceana*, 1914, p.23.
- (2) J.Pocock, ed., *The Political Works Of JHarrington*, 1977, p.362.
- (3) J.Pocock, ed., *op. cit.*, p.362.
- (4) *Ibid.*

- (5) *Ibid.*, pp.362-3.
- (6) *Ibid.*, p.363.
- (7) *Ibid.*
- (8) *Ibid.*, pp.363-4.
- (9) *Ibid.*, p.364.
- (10) *Ibid.*
- (11) *Ibid.*, pp.364-5.
- (12) *Ibid.*, p.365.
- (13) *Ibid.*
- (14) *Ibid.*
- (15) *Ibid.*
- (16) *Ibid.*, pp.365-6.
- (17) *Ibid.*
- (18) *Ibid.*, p.366.
- (19) *Ibid.*, pp.365-7.
- (20) *Ibid.*, p.367.
- (21) *Ibid.*
- (22) *Ibid.*

[図 3. 1] 投票の方法と使用



第四節 結 論

本稿は、論点としては主題の如く明確であるゆえ、本論の要点を手短に確認しつつ、それに補足を加えることとなる。

まずわれわれは、「序論」では従来の日本のハリントン研究について、その統治機構論における研究状況に関する問題点に言及した。つまり、それらは、ハリントンの意図する政治制度論的視点からの整理において必ずしも十分ではないことを述べた。われわれは、その視点に立脚してハリントンのオシアナの憲法構想を再構成する意図を示した。本稿は、その基本的な一環として、彼の選挙制度論に焦点をあてることを述べた。本稿は、まず彼の理想的な『オシアナ共和国』のそれをブリッツァーという有力な論者の整理に沿って、その選挙の基本的要素を措定する憲法部分から再構成する目的を示した。これは、ハリントンの選挙制度論が英語文献による数少ない貴重な業績ゆえであり、かつ学説史においても最も整ったものであるからである。

引き続きわれわれは、本稿を通じて、オシアナの諸々の政治制度の基本が選挙制度であり、かつ彼が如何にその精神を具体的に憲法という形式を採用しつつ規定しているかを確認してきた。即ち、本稿の第三節第一項は、ハリントンがオシアナ憲法において、次のようにその具体的な構成要素である市民達を分類している。それは、彼らが経済的に自立していること、三〇歳に達していること、一定の経済的所得に達していること、そして地理的な範囲によって区別する。その第二項では、これらの区分を前提とした選挙制度の諸局面、即ち、選挙の実施上の具体的行程、国民に対する一定の選挙権の制限、及びそのハリントンの選挙制度に関する全体的評価をなしてきた。しかしながらハリ

ントンの選挙制度論は、これらによって凡その要点を確認できたが、ハリントンのそれは、これよりもより詳細にして絡み合わされている。それゆえにわれわれは、その最終項においてハリントンがこれを後に補った原文にそって再構成することとなる。

従ってわれわれは、この項を仕上げるために、その主著である『オシアナ共和国』の刊行直後に、ハリントンがその選挙制度をより具体的に説明するために書かれた彼の『投票の方法と使用』を素材として選択した。本稿は、そこにおいて元老院におけるオシアナの中心的な統治官の選出選挙方法について、選挙人を通じた「間接選挙」並びにその投票過程を整理してきた。

われわれは、こうしたハリントンのオシアナの憲法構想における技術的に具体的な投票過程を確認することによって、残りの政治制度論を再構成するステップへと移ることが可能となろう。

産業革命前夜における中産層の役割

——デフォールとスミスを中心に——

山口 正 春

- 一 はじめに
- 二 中産層の台頭と階級の流動化
- 三 中産層とピューリタニズム
- 四 デフォールの中産層の評価
- 五 スミスの中産層の評価
- 六 結びにかえて

一 はじめに

一七世紀後半から一八世紀半ば前後の時期いわば産業革命前夜の時期は、全体として見れば、中世を支配してきた教会権力に対する「人間的反抗の時代」であつたし、また封建的諸特権に対する「理性の抵抗の時代」であつたといえるだろう。⁽¹⁾別の視点から見れば、この時期はまた、中産層が次第に台頭してきて、彼らの力と言動が無視できなくなった時代であつた。と同時に、あらゆることが徐々に世俗化されてきて、経済的な目で眺められだした時代でもあつた。⁽³⁾新しい社会層である中産層の台頭とその社会的地位の上昇、これがこの時代の顕著な社会的現象であつたことは特記されてよいだろう。換言すれば、中産層が封建社会以来の特権階級であつた地主、貴族、教会人、宮廷人、貿易商人などの旧支配権力に対して、急速にその発言力を増し、社会的影響力をもちはじめた時代であつたのである。ところで新興の中産層の立場に立つて、彼らに目を向け、その役割に期待をかけた人物にダニエル・デフォーがいる。この中産の人々こそ、イギリスの繁栄を支える最強の支柱であると彼は信じていた。⁽⁴⁾デフォーは『イギリス経済の構図』の中で、他国に比べてイギリスでは中産層が非常に繁栄していることを高く評価し、この中産層こそが今イギリスの国富をその双肩に担っている中堅グループなのだと考えていた。当時イギリスは、すでにヨーロッパの他の列強を抑えて、まさに七つの海に制覇を成し遂げつつあつたが、その原動力はほかならぬ中産層の繁栄であり、そしてこの中産層の繁栄によってイギリス経済のさらに輝かしい将来がもたらされると考えていた。⁽⁵⁾事実、一八世紀半ば前後から本格化する産業革命で、⁽⁶⁾イギリスは「世界の工場」として君臨し、それによって世界的な制覇を完全なものにするわけであるが、その産業革命の原動力になった人々の中堅グループもまた、中産層の中から出てくることになる。

デフォーは中産層の立場に立ち、ものを言っていたが、もちろんデフォー以外にも、当時中産層の立場に立つ人は数多くいたはずである。しかし彼ほど透徹した史眼をもつて、当時のイギリス経済の繁栄と中産層の役割との関連を見極めた人はごく稀であろう。こうしたデフォーの中産層の役割への評価は、やがてアダム・スミスに連なっていくという意味で、はなはだ重要である。スミスも中産層に目を向け、産業革命という経済発展の基盤となったものが、中産層に由来し、そうしたものがイギリス産業革命を準備したのだと高く評価したのである。

ではデフォーやスミスが産業革命を準備したと高く評価したもの、つまり中産層の属性、具体的に言えば、中産層のもつ宗教倫理、徳性、価値観や思考、さらに中産層の日々の生活態度、行動様式などは、一体如何なるものであったのだろうか。⁽⁷⁾ また中産層の属性は、上層および下層の階級の属性と比較して、どのような点に特徴があるのであろうか。さらに経済論の視点から、彼らが中産層を評価した理由は、どんな点にあったのであろうか。⁽⁸⁾

小論では、こうした点を主としてデフォーの『ロビンソン・クルーソー漂流記』、『イギリス経済の構図』、スミスの『道徳感情論』、『国富論』を取り上げ、紙幅の許す限り、明らかにしたいと思う。

(1) 大河内一男『アダム・スミス』（『人類の知的遺産』42）、講談社、昭和五四年、四二三頁。

(2) 中産層に関しては、研究者によってさまざまな中産層理解がある。ここでは、一応、上流の貴族・ジェントリー・地主層が土地所有とそこからあがる地代収入に基礎を置いているのに対して、中産層は土地所有ではなく、専門職を含むとはいえ、主として商工業にその基礎を置く階層であって、被雇用者としての職人や労働者とは明らかに区別される社会層としておこう。尚、関口尚志「中産層文化とデフォーの世界」、道重一郎「イギリス中産層の形成と消費文化」（関口尚志・梅津順一・道重一郎『中産層文化と近代―ダニエル・デフォーの世界から―』日本経済評論社、一九九九年、所収）をみよ。中産層は、ミド

ル・クラス、中産階級、中産市民層、中産身分層などと、さまざまな呼び名で言われている。

- (3) 野沢敏治「スミスにおける教育と学問」(上)『経済科学』××Ⅲ―2、名古屋大学経済学部、三一頁をみよ。
- (4) デフォー『イギリス経済の構図』(山下幸夫・天川潤次郎訳)、東京大学出版会、一九七五年、解説、四一〇頁。
- (5) 大塚久雄『社会科学における人間』岩波新書、二〇〇〇年、三七頁。
- (6) 留意すべきことは、イギリスの「産業革命は、国会から経済的援助の風を送ってもらわなくても、自力で邁進した。だが、忘れてはならないのは、高い関税障壁が国内産業に長い間息つく暇を与えたことである。流動資本と利潤の両方が直接課税を免れていた。資本は自由に運用されたのである。」(Roy Porter, *English Society in the Eighteenth Century* (Revised Edition), 1982. ロイ・ポーター『イングリッド18世紀の社会』(目羅公和訳)、法政大学出版局、一九九六年、四六六頁。
- (7) 佐伯宣親『産業革命の思想と文化』成文堂、平成三年をみよ。
- (8) Cf. E. Royston Pike, *Human Documents of Adam Smith's Time*, 1974, pp.187-216.

二 中産層の台頭と階級の流動化

産業革命前夜における著しい社会的現象は、中産層の台頭とその社会的地位の上昇、つまり封建社会以来の特権階層に対して、中産層が急速にその発言力を増し、社会的影響力をもちはじめたことである。そしてこの中産層は、前述のように、上流階層とも労働者層とも区別され、「資本の充用と労働者の雇用」ならびに「蓄積と向上」を本質的特徴とする、主として商工業にその基礎を置く新興の社会層であつた。⁽¹⁾⁽²⁾

他方、これとは対照的に、上流階層の一角を占める貴族・ジェントリー層がその経済的没落と窮乏を深め、彼らが生き延びるため中産層との金力目当ての政略結婚をしたり、貴族やジェントリーの地位を売買したりして、その没落

を食い止めようとさまざまな妥協を試みた時代であった。デフォーは、この辺の事情を『イギリス経済の構図』の中で数多く述べている。いくつかを引用しよう。この時期における階層の流動化の一端がよく分かるであろう。

「われわれは、今や貴族や古くからのジェントリーが、ほとんどあらゆるところで、彼らの所領を売り払い、庶民や商工業者らがそれらを買収したのを知っている。その結果、ジェントリーは今や貴族より豊かであり、さらにまた商工業者らは、彼らすべてよりもさらに豊かである。⁽³⁾」

「商工業者はジェントルメンになれないと彼らは言うけれども、しかもなお、商工業者は今日、この王国のほとんどすべての地方で、ジェントルメンの資格を買収することができる。⁽⁴⁾」

「贅沢と高級な生活により、土地財産を浪費し消尽したために、その家運が衰え、衰微してしまった古い家柄が、他方では富み栄えてはいるが息子がなく、そのために財産を女系の孫に残さざるをえなくなったような商工業者の娘と縁組し、侮られていた商工業者と血を交えることによって再び回復し、立直っている〔数多くの例がある〕。⁽⁵⁾」

このようにして「貴族および地主層の衰微した土地財産が回復され、またその家族の傷がより豊かな商工業者の娘によって癒されたように、他方では商工業者自身の手によって、あるいは彼らの息子たちの援助をえて、地主層の中の多くの家族がその身分を全く失うほどに没落し、貧しさと困窮にうちひしがれていたときに、彼らはその氣力を回復することができた。⁽⁶⁾」

「商工業は一言でいえば、古い家々が没落し、衰退したときこれを引き上げる。そして古い家々が失われ、消滅したところに新しい家を植えつける。⁽⁷⁾」

「家運の傾きつつあるジェントリーは、彼らの身代が失われてゆくを見て、しばしばその息子たちを商工界へと

押し出してやる。そして、彼らは、次に息子たちの努力により、しばしばその家の身代を回復する。このようにして、⁽⁸⁾商工業者はジェントルメンとなり、ジェントルメンは商工業者となる。」

こうした引用文から分かるように、この時期、上流の貴族層と中産層の間で階級間の移動が、それぞれの事情や思惑などで、かなり頻繁に行われていたことが明らかになるのである。⁽⁹⁾

ところで注目すべきことは、中産の市民層にとつての交流の場は「コーヒーハウス」であつたことだ。彼らはコーヒーハウスに集合し、社交し、固有の文化を創り出したのである。上層の特権階級の人々がもつぱら「茶」を社交の用具に使用していたのに対して、中産の市民層は好んで「コーヒー」を飲み、コーヒーハウスに集合した。ではコーヒーハウスとは、具体的には如何なる場所であつたのであろうか。

コーヒーハウスとは一杯一ペニーのコーヒーを飲みながら、人々があらゆる種類の話題について論じあい、語りあつた情報センターのことであり、暇つぶしの場のことであり、⁽¹⁰⁾反政府陰謀の震源地であり、商品や株の取引所で、はたまた新思想の醸成の場でもあつた。その上、コーヒーハウスは新聞・週刊誌などのジャーナリズムを生み、小説という文学の大ジャンルと文筆をもつて生計をたてる人々のサークル、すなわち文壇を生み、さらには王立学士院をも育んだのである。⁽¹¹⁾一八世紀初期には、二千軒以上のコーヒーハウスがロンドンにあつたと言われている。⁽¹²⁾上田辰之助は「コーヒーハウスの繁盛とミドルクラスの勃興とは、切り離しては考えられない」⁽¹³⁾と書いている。

さらにつけ加えれば、市民たちは自分の行きつけの店をもつていたという。しかも市民の日課に組み込まれていたのである。たとえば訪問客などは、決まった時間に彼のなじみの店へ行けば必ずというほど当人に会うことができた。何でも、連中は出掛けに「誰かが訪ねて来たら、例のコーヒーハウスに行っているからね」と徒弟に言い渡していく

のを常としていたらしい。⁽¹⁴⁾ 上流の特権階級が「茶」の会を中心に怠惰で非生産的な時間の浪費をやっているのに対して、中産の市民層は、上述のようにコーヒーハウスに集合してコーヒーを飲み、評論を行ない、知見を広め、商品や株の取引をしたのである。⁽¹⁵⁾

以上述べてきたところから明らかなように、この時期、上流の特権階級が依然社会的に優位であったとはいえ、中産層との格差は一七世紀後半以来かなり縮まってきていた。大地主や貴族の中にも、商工業に従事する者が出現し、中産の市民層と手を結び、その結果、中産層も肩書きを得て、下院に議席を占めるようになり、社会的地位を向上させるに至ったのである。今や中産層は一団となって社会的・経済的發展を遂げ、独自の文化を創り出したのであり、それに役立ったのが、上述のコーヒーハウスの流行であったと言えるであろう。

では、この中産層のもつ日常生活における宗教倫理、徳性、思考、さらに彼らの生活態度、ライフスタイルなどは、一体、如何なるものであったのであろうか。次にそれを見よう。

- (1) 関口尚志、前掲論文、三三頁。
- (2) Daniel Defoe, *A Plan of the English Commerce, being a Compleat Prospect of the Trade of this Nation, as well the Home Trade as the Foreign*, Second Edition, 1730, Reprints of Economic Classics, 1967, p.50. 邦訳、六〇頁。
- (3) *Ibid.*, p.81. 邦訳、八六頁。
- (4) *Ibid.*, p.81. 邦訳、八六頁。
- (5) *Ibid.*, pp.81-2. 邦訳、八六頁。
- (6) *Ibid.*, p.83. 邦訳、八八頁。

- (7) *Ibid.*, pp.12-3. 邦訳、二八―九頁。
- (8) 「娘に持参金をたっぷりつけければ、貧乏貴族の若い息子を網に捕らえて自分の娘と結婚させることも可能になる。それがジェントルマンの息子と商人の娘との縁組み、土地持ちが金持ちを抱き込む、「当世風結婚」であつた」とロイ・ポーターは記している。(ロイ・ポーター、前掲訳書、七四―五頁。)
- (9) 角山栄・村岡健次・川北稔『産業革命と民衆』(『生活の世界歴史10』)、河出書房新社、一九九二年、九五―六頁。
- (10) 同書、九六頁。
- (11) 上田辰之助『蜂の寓話―自由主義経済の根底にあるもの―』(『上田辰之助著作集4』)、みすず書房、一九八七年、六八頁。
- (12) 同書、六八頁。
- (13) 落合幸二『ロビンソン・クルーソーの世界』彩流社、一九八四年、二四二頁。
- (14) アダム・スミスの会、大河内一男編『アダム・スミスの味』東京大学出版会、一九六五年、一四八頁。
- (15) 櫻庭信之『イギリスの小説と絵画』大修館書店、一九八三年、一五四頁。

三 中産層とピューリタニズム

中世ヨーロッパでは旧教であるカトリックの教義が社会の隅々まで侵透しており、人々の思考、慣習、生活態度を規定していたことは周知のところである。この伝統的な中世ヨーロッパの社会においては、営利の追求、利潤の動機など経済生活の領域は、道徳的には卑しいと考えられていた。⁽¹⁾

ところが一六世紀にルターやカルヴァンによつて展開された宗教改革の結果、旧教のカトリックの教義と制度が否定され、これに代つて人々に新しい教義と新しい積極的な生活態度が示された。そこでは中世カトリック的禁欲主義

のように日常生活から逃避し、離脱することで神に接近するのではなく、世俗の内部で日常生活を聖化し、神に接近することが唱えられた。世俗的活動はプロテスタンティズムによつてはじめて認められるようになったのである。

人は俗世間から逃避するのではなくて、俗世間の中にあつて、神に仕えるために俗世間に置かれていられると言われ、これはそれまで奨励されていたカトリックの教義、すなわち現世的なものからの隔絶・逃避の教義と相反するものであつた。さらに日常生活における勤労と節約こそが、すべての人のなしうる最高の禁欲であり、無為と休息と奢侈こそが神授の使命・天職に背く宗教的悪徳であると考えられた。プロテスタンティズムは、さまざまな人間が織りなす日常の現世的活動を是認した。しかしそれは欲望の解放を通じてではなく、むしろその逆の「世俗内的禁欲」を通じてであつた。自分の職業を神の「お召し」(calling)と聖化して考え、その職業(天職)に忠実に、禁欲的に尽くすことによつて神に奉仕するのが人間の使命であると考えられた。⁽²⁾この禁欲的プロテスタントの職業倫理が近代資本主義を準備したと言われることについては、マックス・ウェーバーが名著『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』(以下、『精神』と略記)の中で詳細に語つたところである。⁽³⁾このプロテスタンティズムの教義が、イギリスの中産層に多大の影響を与えたのである。

さて『精神』の中でウェーバーは、リチャード・バクスターの宗教観がイギリスの中産階級の経済倫理に与えた影響の大きさについて述べている。

まずウェーバーによつて「ピューリタニズムの道德神学のもつとも包括的な綱要」⁽⁴⁾と言われたバクスターの『キリスト教指針』(以下、『指針』と略記)は、一貫して怠惰を戒め、真面目に働くことを説いている。すなわち「直接神への礼拝を行っていないときには、自分の合法的な職業(コーリング)である仕事(ビジネス)に専念するように努めね

ばならない。」「自分の天職（コーリング）である勤労にはげみなさい。」「あなた方はそれぞれ絶え間なく働くべき職業（コーリング）をもっており、その働きを止めることが許されるのは直接神に礼拝をしているときだけだ、ということを知らねばならない。」⁽⁵⁾と。また「労働と勤勉は精神を合法的な仕事に向け、それ故、多くの危険な誘惑から遠ざけ、虚飾と罪から守ります」⁽⁶⁾とも説いている。このようにバクスターの『指針』には、間断のないきびしい労働への教えが繰り返し、時には激情的なまでに、一貫して説かれている。

また以下のように、時間の浪費をせぬように忠告している。「常に時間を大切にし、毎日自分の時間をなくさぬようにもつと注意すれば、あなた方は自分の金銀をなくさぬようになるでしょう。無駄な気晴らしや衣服、御馳走、無駄話、無益な交友、それに睡眠などのどれかが、あなた方に誘惑となって時間を奪いそうになったら、よくよく注意しなさい。」⁽⁷⁾この引用文には、「時は金（カネ）なり」というベンジャミン・フランクリンのものとして知られる格言を想起させるものがある。フランクリンの格言は、バクスターの時間に関する指針の世俗化と見ることができる。⁽⁸⁾

バクスターの『指針』によって「貧しいことを願うのは、……神の栄光を害するものであり、……神にいつそう喜ばれるような天職を、つまり、いつそう多くを利得しうるような有益な職業」⁽⁹⁾を選ぶのが義務とされた。「神のためにあなた方が労働し、富裕になるというのはよいことなのだ。」⁽¹⁰⁾バクスターにとって営利活動と信仰とは互いに相容れないのではなく、両者は自然に一致するものであった。⁽¹¹⁾

バクスターの教えを受け容れていたピューリタン（清教徒）⁽¹²⁾たちは、自分の職業を天職と考え、怠惰を戒めて勤勉に働いたのである。と同時に、彼らにとって勤勉、節約、慎慮といった新しい徳性が強調されたのである。ピューリタンには、浪費や奢侈は害悪であり、節約を心がけ、不正を行わず、日々、正直な生活を実践することが求められた。

この宗教倫理上の教えは、やがて節約を實行し勤勉で規律ある経済人の育成に貢献したのである。ウェーバーは言う。「こうして、ピューリタニズムの倫理観は近代の経済人の揺籃を守ったのだった⁽¹³⁾」と。この点がピューリタニズム（清教主義）が、中産層の市民に与えた影響の重要な点であろう。⁽¹⁴⁾

さらにウェーバーによれば、ピューリタニズムが後に与えた影響の今一つの重要な点は、「ピューリタニズムの人生観は、……どのような場合にも、市民的な、経済的に合理的な生活態度へ向かうとする傾向に対して有利に作用した⁽¹⁵⁾」ことである。「ピューリタニズムの担うエートスは、合理的・市民的な経営と労働の合理的組織のそれだった⁽¹⁶⁾」。このエートスは、主として商工業に基礎をおき、労働者を雇用して商品生産を行ない利潤の極大化を追求する、ピューリタンの中産層ないしミドルクラス出身の近代的企業家によって推進された。この近代的企業家は、「徹底して国家的特権の上に立つ商人・問屋・植民地的資本主義に対する激烈な反対者となったのだった⁽¹⁷⁾」。「こうして——イギリスにおいては、国家的特権の上に立つ独占企業が、まもなくすべて消滅してしまうのにひきかえ——ピューリタニズムの創造した心理的起動力は、政府の権力にたよらない、部分的には、むしろそれに抵抗して生まれつつあった産業に、決定的な助力を与えることになった⁽¹⁸⁾」。上述のことから、中産層出身の近代的企業家の経済人としての目覚めが、実は当時のピューリタニズムの倫理観とうまく融合していたことが分かるであろう。

ピューリタニズムと経済を融合したこの新しい人間像つまり経済人は、当時の中産層の特質であって、いわばピューリタンの中産層は、資本主義精神の担い手であって、やがて世間の信頼をも得て、イギリス社会の主流をなすのである。この点をトニーは、以下のように的を射た言葉で述べている。すなわち「清教主義の旗手となったのは、どこでもこうした中産階級の人々であった⁽¹⁹⁾」。「清教主義は、英国の中産階級の教師であった」と。

- (1) 梅津順一『近代経済人の宗教的根源』みすず書房、一九八九年、二〇〇頁。
- (2) 安藤英治『マックス・ウェーバー』（『人類の知的遺産』62）講談社、昭和五四年、二一八―二四四頁をみよ。
- (3) 安藤英治編『ウェーバー プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』有斐閣新書、一九九五年をみよ。
- (4) Max Weber, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Bd.1, 1920, S.164. (以下、GAzRSと略記) マックス・ウェーバー『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』（大塚久雄訳）岩波文庫（ワイド版）、一九九一年、二九〇頁。
- (5) GAzRS, S.169. 邦訳、三〇一頁。
- (6) 梅津順一『ピューリタン牧師バクスター―教会改革と社会形成―』教文館、二〇〇五年、二六七頁。
- (7) GAzRS, S.168. 邦訳、二九七―八頁。
- (8) 梅津順一『ピューリタン牧師バクスター』、一〇九―一〇頁。
- (9) GAzRS, S.176. 邦訳、三二〇―一頁。
- (10) GAzRS, S.175. 邦訳、三二〇頁。
- (11) 日本において、これと同じような思想は、たとえば曹洞宗の禅僧、鈴木正三（一五七九―一六五五）の『万民徳用』の中に見出すことができる。『万民徳用』の特色は、「世法則仏法」の倫理思想を展開したことである。つまり現世の生活の中に仏道修行を実現しようとする。そして正三は、現世の職業生活が仏教と矛盾しないのではなく、仏教そのものであるとした。換言すれば、現実生活における職業労働の実践のうちに仏教の本質があるという。（芹川博通『いまなぜ東洋の経済倫理か―仏教・儒教・石門心学に聞く―』北樹出版、二〇〇五年 五七頁。）
- (12) ピューリタンとはイギリスのカルヴァン派をいう。世俗の職業を重視し、禁欲や勤勉を説き、絶対王政の支柱であったイギリス国教会派や特権をもつ大商人と対立を深めた。尚、ピューリタンはさらに、組合派（会衆派）、長老派、バプテスト、クエーカーなどの宗派に分かれた。
- (13) GAzRS, S.195. 邦訳、三五一頁。

- (14) 天川潤次郎・寺本益英『社会経済史講義』学文社、二〇〇四年、四六―七頁。
- (15) *GAzRS*, S.195. 邦訳、二五〇―一頁。
- (16) *GAzRS*, S.186. 邦訳、二二〇頁。
- (17) *GAzRS*, S.201. 邦訳、二六―一頁。
- (18) *GAzRS*, S.201. 邦訳、二六―一頁。
- (19) Richard Henry Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism: A Historical Study*, with A Prefatory Note by Dr. Chales Gore, Pelican Books, 1948, p.202. トーニー『宗教と資本主義の興隆』（出口勇蔵・越智武臣訳）岩波書店、（下）、一九九三年、一〇〇―一頁。

四 デフォーの中産層の評価

前述のように、バクスターにとって営利活動と信仰とは互いに相容れないものではなく、両者は自然に一致するものであった。そして神のために労働し、富裕になることは善であった。ピューリタンであったデフォーは、このバクスターの教義を継承しているが、これこそピューリタンの経済観の神髄なのである。⁽¹⁾ やがてピューリタンの中産層ないし彼ら出身の近代的企業家（経済人）を通じてなされる営利活動Ⅱ「財産（富）への道」が、そのまま「徳性への道」につながるものであると認識されるに至る。旧教の支配する封建社会では、経済人としての行動は、むしろ蔑視すべき人間行動だと見なされていたことは、先に述べたところである。その上、上層の特権階級は奢侈や放蕩のために、一方下層階級は貧困のために、「徳性への道」を行うことは難しいと考えられていた。したがって双方にとって「財産への道」が、そのまま「徳性への道」につながることはありえないと考えられたのだ。

デフォーは『ロビンソン・クルーソー漂流記』の中で、こうした諸階層の人間像を鋭い洞察力をもって見抜いている。ここでは、デフォーは資本主義の精神の担い手としての中産層に対する賛美の言葉とともに、上層および下層の両階級の陥り易い悪徳について述べていることが注目せられる。『漂流記』をデフォーが出版した頃、外国貿易にはまだ多分に一か八かの冒険的な要素が残存していて、乾坤一擲の投機的性格が強かったのである。ところがロビンソン自身も、そういう冒険をやってみたい。自分も兄と同様、貿易商人として海外で活躍したいと目論んでいた⁽²⁾。それを察知した父親は、以下のように言って止める。

「運を賭して外国に行つて一旗揚げ、尋常一様でない仕事をやつて名前をあげようなんていう連中は、どん底生活に喘いでいるような連中か、さもなければ、ひどく野心的な金と運に恵まれた連中か、そのどちらかなのだ。こういうことは、お前などの手の届くことでもないし、またそこまで身を落してやるまでもないことなのだ」⁽³⁾

さらに父親は言葉を続け、「お前の身分は中位の身分で、いわば下層社会の上の部にいるというわけなのだ。自分の長年の経験によると、この位いい身分はないし、人間の幸福にも一番びつたりあつてもいる。身分のいやしい連中の惨めさや苦しさ、血のにじむような辛酸をなめる必要もない。身分の高い連中につきものの驕りや贅沢や野心や妬みに悩まれる必要もない。こういう身分がどんなに幸福なものか、ほかの連中がどれ程羨ましがっているかということを考えただけでも分かりそうなものだ。偉い地位に生まれたばかりに昔からどれ程多くの王様がその悲しみを味わつてきたことか。二つの極端の、つまり貴賤の中間に生まれてきていたら、と願つてきたことか。貧も富も避けたいと願つた賢者は、中位の身分こそ本当の幸福の基準であることを証したといふことができる」⁽⁴⁾と説得する。

この引用文には、人間についての豊かで細やかな観察に基礎を置いた多くの人間的眞実が見られないであろうか。

さらに父親は、中産層への賛美の言葉を続ける。

「中位の生活は実際、あらゆる美德、あらゆる楽しみの源泉といえる。このちょうど頃合いの暮らしには、いわば平和と豊かさという侍女がかしづいている。また、ここには、さまざまな祝福がある。たとえば、節制や中庸や平静や健康や社交が、また、あらゆるこちよい娯楽、あらゆる望ましい楽しみがある。こうやってこそ、人間は静かに穏やかに世間を渡ってゆき、また楽しく世を去ってゆくことができる。」⁽⁵⁾ 引用文に見られるように、中産層のみが、さまざまな祝福を享受し、安らかな生活を営みながら静かに世の中を渡っていくことができるという。ピューリタンとしてのデフォアの人生訓が如実に語られている。⁽⁶⁾

またデフォアによれば経済的視点、つまり消費購買力の視点からも、中産層は地主・貴族などの上流階級よりもすぐれていると言う。デフォアは中産層、ミドルクラスの健全な消費を強調するとともに重視し、富裕な上流層の悪徳に由来する浪費に著しく批判的であった。したがって彼にあつては、産業活動は富裕な上層階級の悪徳に由来する浪費に依存して発展すると考えたマンデヴィルの経済認識には批判的であり、一方中産階級と広汎な勤労者階級の堅実な消費こそ産業発展を支える主要な要因であると主張したハチスンの立場に組するものである。デフォアもハチスンも大衆的国内市場に対する確信に立ち、上流層の奢侈に頼らぬ経済建設を自然で現実的なイギリスの姿と考えた。⁽⁷⁾

デフォアはそれ故、一部の中産層の中に、富裕な上流層のように「見せよう見られよう」とする模倣、という空虚で低俗きわまる思い上がりに熱中して耳をかさない風潮があることを自省を込めて批判し、そうした浪費と虚栄は道徳を腐敗させるとともに、商工業者の破滅への近道だと警告したのだ。商工業者は、本来、上流層と教育や価値体系を異にしている。職業生活には「勤勉と節約」が必要で、「怠惰と浪費」に特徴づけられている上流層の行動を見習う

のは困難であり、危険ですらある、こうデフォールは考えていた。⁽⁸⁾デフォールはまた、上流の富裕層の奢侈や浪費が国内経済の産業構造を歪め、国際収支を悪化させることを厳しく指摘した。上流の富裕層の破滅的な愚行に依存する不自然で信用できない新産業がはびこり、奢侈品の輸入で貿易収支が赤字になって、健全な国民経済の繁栄とその支柱である国民的製造工業が損われると言うのである。

このような観点からもデフォールは、中産層が上位の社会層の生活様式を模倣して有害な奢侈に感染することを強く懸念し戒めていたのである。だからデフォールにとって、消費とはあくまでも勤労と節約の延長線上に位置する、中産の市民層と広く勤労大衆の健全な消費行動（大衆的国内市場）を基本とするものであった。中産層の「勤勉による利得」とともに勤労大衆（労働者層）の「購買力としての賃金」を重視するデフォールの大衆的消費市場論は、彼の『イギリス経済の構図』の中に見ることができる。

「二つの階層、つまり製造業者と商店主の……労働、ないしは取引上の勤勉によって得られた彼らの利得と、そしてまた信じ難いほどの彼らの数によってこそ、われわれ自身の産物と、また当地に輸入された他国民による産物の国内消費は並はずれて大きいのであるし、またわれわれの取引は、……驚くべき大きさにまで達しているのだ。……彼らはよく食べ、十分に飲む。彼らの食事、（つまり）肉類について言えば、たとえば牛肉や羊肉、またベーコンなどの消費は、彼らの生活環境にに応じて気前がよく、それは極端というよりは、むしろ浪費的ですからある。」⁽⁹⁾

イギリス国民の生活水準は、ヨーロッパ諸国の中でも断トツであった。デフォールによれば、イギリスの国民は「中産の身分で商工業に従事し、かなりよい暮らしをしている勤勉な国民なので、彼らの暮らし向きのよさが、国内の生産品と同様、外国品の巨大な消費に対しても機会を与えているからである。こうしたことは、世界のいかなる国もこ

れに匹敵するものがない。⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾」

このような生活水準の高さは、中産層のみに限られず、勤労大衆（労働者層）においても、そうなのである。彼らの生活水準の高さは、具体的には賃金の高さによって表現されるとし、次のように述べている。労働者層の暮らし向きが良くて「彼らは温かいところで休み、豊かに暮らし、激しく働き、そして欠乏を知らず（また知る必要もない）。……あなた方の消費の大半を引き受けるのは、まさにこの人々なのである。……彼らの賃金によって彼らは豊かな暮らしができ、また彼らの贅沢な上に大まかで、自由なびのびとした生活が、われわれ自身の産物と同様、外国の産物の消費をこのような大きさにまで引き上げた。⁽¹²⁾」

悪徳に陥り易い富裕層と貧困層に批判的である一方、さまざまな祝福を享受し、安らかな生活を営みながら静かに世間を渡っていくことができる中産層を高く買ったデフォー、そして富裕層の奢侈的消費に著しく批判的であるが、中産層の商工業者と勤労大衆の堅実な消費に基礎を置いた大衆的消費市場を重視したデフォー、こうしたデフォーの見解は、のちにアダム・スミスに継承されることになる。次にそれを見よう。

- (1) 天川潤次郎「一八世紀初頭の社会経済倫理の起源―デフォーの著作について―」『経済学論究』第一七巻第一号、関西学院大学経済学研究会をみよ。
- (2) 大塚久雄『社会科学における人間』岩波新書、二〇〇〇年、三四頁。
- (3) Daniel Defoe, *Robinson Crusoe*, introduction by Guy N. Pocock, M.A. Everyman's Library, 1966, p.5. デフォー『ロビンソン・クルーソー』（平井正穂訳）、（上）、岩波文庫、一九九四年、一二頁。
- (4) *Ibid.*, pp.5-6. 邦訳、一二―二頁。

- (5) *Ibid.*, p.6. 邦訳、一二頁。
- (6) 天川潤次郎「産業革命前夜における経済倫理の継承と展開(二)『社会経済史学』4・5、有斐閣をみよ。
- (7) 関口尚志、前掲論文、五九―六〇頁。
- (8) 同論文、四〇頁。
- (9) Daniel Defoe, *A Plan of the English Commerce*, p.101. 邦訳、一〇二―一二頁。
- (10) *Ibid.*, p.79. 邦訳、八四頁。
- (11) ジョサイア・タッカーは、家庭用備品や装飾品に対する消費需要の旺盛さについて述べている。イングランド人は「オランダを別にすれば、ヨーロッパのどこの国に見られるよりも、家の中により便利な設備を有し、清潔で品のよい家具の数をさらに増やそうとし、絨緞、衝立、窓のカーテン、家内用呼びりん、磨かれた真鍮製錠前、炉格子など――外国の同じ身分の人々の間ではほとんど知られていない物――の種類を豊富にしようとする。」(ロイ・ポーター、前掲訳書、四六六頁。)
- (12) Daniel Defoe, *A Plan of the English Commerce*, pp.101-2. 邦訳、一〇三―四頁。

五 スミスの中産層の評価

デフォーと同様スミスにあっても、ピューリタンの中産層ないし彼ら出身の近代的企業家こそ、経済人としての営利活動つまり「財産(富)への道」が、そのまま「徳性への道」につながるものであり、そして彼らこそ新しい徳性としての勤勉、節約、慎慮などを生みだす存在であった。このことを大河内一男は以下のように言っている。「勤勉・節約をもって次第に自己の資本を蓄積しつつ社会的に興隆しはじめていた中産階級にあっては、営利活動は何ら輕蔑されるべきものではなく、むしろその内に宗教的な救いさえ見出すにいたったこと、すでにマックス・ウェーバーの

研究の指摘しているとおりであるが、スミスにおける営利活動の是認もまた同様な根拠の上に立つものであった。⁽¹⁾

これとは対照的に、上流の富裕層は豪華な生活を送り、破倫に陥り易いために、貧困層は窮乏生活によって経済人としての徳性を生みだすことは難しいと考えられていたこと、したがって富裕層も貧困層も、「財産（富）への道」がそのまま「徳性への道」につながることはありえないと思われていたこと、先に述べたとおりである。

スミスは『道徳感情論』の中で、中産層のもつ徳性、生活態度、行動様式について以下のように述べている。

「中流および下流の、生活上の地位においては、徳性への道と財産への道、少なくともそういう地位にある人々が、獲得することを期待しても妥当であるような財産への道は、幸福なことに、たいていの場合、ほとんど同一である。すべての中流および下流の職業においては、真実で堅固な職業的諸能力が、慎慮、正義、不動、節制の行動と結合すれば、成功しそこなうことは、めったにありえない。……そのうえ、中流および下流の、生活上の地位にある人々は、けっして法律を越えるに十分なほど偉くはありえず、法律は、少くとも正義の諸法則のうちの重要なものに対しては、ある種の尊敬をもつように、彼らを威圧するにちがいない。そのような人々の成功はまた、ほとんど常に、彼らの隣人と同輩との、好意と好評とに依存するし、かなり規則正しい行動がなければ、それらは、めったに得られないのである。したがって、正直は最良の方策だという昔からの諺は、このような境遇においては、ほとんども常に完全な真理として当て嵌まる。だから、このような境遇においては、われわれは一般に、かなりの程度の徳性があることを期待するのだし、社会の最良な道徳にとって幸運にも、これらの境遇が、人類のうちのはるかに大きな部分のものなのである。」⁽²⁾

引用文に見られるように、中産層の生活状態にある人々について言えば、彼らの大多数にあつては、「財産（富）

への道」と「徳性への道」とは、たいていの場合、ほとんど一致している。慎慮、正義、節制などの諸徳性に基づいて、彼らが有している職業的諸能力を、たゆまず鍛え、發揮していくことこそが、彼らにあつては、その成功へのもつとも確実な道である。それによつて彼らは、「隣人や同輩の好意と好評」をも得ることになる、こうスミスは言うのだ。このように見てくると、デフォーと同様、スミスの中産層もピューリタンの倫理観を身につけていることが分かるであろう。水田洋は「マックス・ウェーバーによつて、資本主義の精神を生みだしたものとされた新教とくにピューリタニズムはスミスによつても、民衆（中産層——引用者）の宗教として高く評価された」と言っている。⁽³⁾

梅津順一は「アダム・スミスの経済学の原点においては、人間行動は道徳感情にかかわらせて理解されるだけでなく、その倫理的資質はピューリタニズムの世俗内的禁欲の刻印を帯びていた」と言う。⁽⁴⁾しかし水田洋が言うように「スミスの時代には、資本主義の精神は初期の宗教的性格をかなり失つて、職業における成功を神の道としてでなく、成功そのものとして、求めるようになっていたであろう。」⁽⁵⁾この点は留意する必要がある。

さて中産層とは対照的に、上流の富裕層にあつては、不幸にして事情は異なる。スミスによれば、富裕層の間では「成功と昇進」とは、中産層の間で重視される、前述の諸徳性や諸能力に依存しない。そこでは「へつらいと偽り」とが、賞賛に値する諸徳性と諸能力に対して優位を占める。⁽⁶⁾その成功と昇進は「理解力があり豊富な知識をもった同等者たちの評価ではなく、無知高慢で誇り高い、上長者たちの気まぐれでばかげた好意」⁽⁷⁾に依存しているからだ。「王侯たちの宮廷」や「上流の人々の応接室」といった「腐敗した社会」においては、「傲慢でくだらないへつらい者たち」が幅をきかせ、「戦士、政治家、哲学者、または立法者の、堅固で男性的な諸徳性」とか、「すべての偉大で畏怖すべき徳性」とかは、彼らにとつて「最大の軽蔑と嘲笑」すら受ける。⁽⁸⁾

問題は、これだけに留まらなくて、もっと大きな害悪を中産の市民層の人々に与えることになる。スミスは言う。スミスにあつては、「富裕な人々と上流の人々に感嘆し、したがって彼らを模倣する、われわれの性向のために」⁹、そこからもっと重大な新たな憂慮すべき道徳感情ないし倫理観の腐敗が発生してくることである。それは中産層がもつ、この模倣するという性向のために、彼らの間においてさえ、上層の富裕階級と同様の憂慮すべきモラル・ハザードがはびこつてくることである。彼らは、上流の富裕層の「流行の衣服」「流行の語体」などの生活様式を模倣し、いつそう悪いことには、上流層の行う悪徳愚行さえ、中産の市民層の心中では是認していかないにもかかわらず、「富裕層を模倣し彼らに類似することを誇るのである」¹⁰。ロイ・ポーターが語っているように、この時期には「あらゆる面で……この国の中流階級の人々は目上の人々のまねをしようと懸命であつた」¹¹。

さらに悪いことには、「多くの貧乏人は富裕だと思われることを誇りとし、……この羨望される境遇に到達するために、財産への志願者たちは余りもしばしば、徳性への道を放棄する」¹²。貧困者たちにあつても「へつらいと偽り」とが、また「高慢と虚栄」とが、やがて「堅固で男性的な諸徳性」や「偉大で畏怖すべき諸徳性」に代つてその地位を占めるようになる。上流の富裕層のみならず、社会の屋台骨を背負つて立つ中産層の人々の間にさえ起こりうる、こうしたさまざまな道徳感情ないし倫理観の腐敗の危険性にスミスは警鐘を鳴らすのである。

道徳感情ないし倫理観の腐敗ゆえに、中産層の経済人としての新しい徳性つまり慎慮、勤勉、節約といった倫理的資質が涵養しえず、その結果、経済的視点つまり経済発展に必要な資本蓄積とそれに基づく国民的富裕の達成は樂觀的に進行しえず、さまざまな障害や抵抗に遭遇せざるをえないことになる。¹³モラル・ハザードがあれば、中産層の新しい徳性つまり勤勉、節約といった資本主義の精神が涵養されず、その結果、国民的富裕の社会の実現は不可能にな

り、したがって「政治経済学は、国民と主権者の双方をともに富ませることを意図している」⁽¹⁴⁾にもかかわらず、富裕の達成を実現できないことにもなりかねない。

ところで、経済発展に必要な資本蓄積に関して言えば、スミスにあっては、貯蓄の主要な主体をどこに見たかと言うことが重要になってくる。スミスは一方において「勤勉ではなく節約が、資本増加の直接の原因である。なるほど勤勉は節約によつて蓄積される対象物を提供する。だが、勤勉によつてどれだけ多くが獲得されようと、もし節約がそれを貯蓄し貯蔵することがなかったら、資本はけつして大きくはならないだろう」⁽¹⁵⁾と言つて、貯蓄の主体が、勤勉の主体にもなりうる雇用生産的労働者ではないことを暗示している。他方において、富裕な上流層は「怠惰な客人や家事使用人」⁽¹⁶⁾に支出し、高い利潤をむさぼる大貿易商人は「節約という真面目な美德」⁽¹⁷⁾をことごとく破壊させる傾向が強いことが指摘される。つまりスミスが、節約を実践し、貯蓄の主体となる典型的な階層として考えていたのは、中産層に属する人々であつたと言える。⁽¹⁸⁾

別言すれば、スミスが『国富論』で強く主張した、「個人が自己の境遇の改善をめざす営々として行ふ努力」⁽¹⁹⁾こそ、経済発展に必要な資本蓄積とそれに基づく国民的富裕の社会をめざす推進力なのであるが、この推進力の担い手が、中産層に属する人々であつた。こうして見てくると、デフォォーのみならずスミスにあっては、中産層の人々への評価は高く、信頼も厚く、これから到来する本格的なイギリスの産業社会にとって必要な人材として、その成熟を期待した人々であつた。そして、この中産層の人々の繁栄によつてイギリス経済のさらに輝かしい将来がもたらされるであろうと考えていたのである。⁽²⁰⁾

- (1) 大河内一男『スミスとリスト』（『大河内一男著作集』第三卷）青林書院新社、一九七〇年、一〇三頁。
- (2) Adam Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, edited by D.D.Raphael and A.L.Macfie, Glasgow edition, Oxford, 1976, p.63.
（以下、*TMS*と略記）水田洋訳『道徳感情論』筑摩書房、一九八一年、九六―七頁。
- (3) 水田洋『アダム・スミス研究』未来社、一九七五年、一九三頁。
- (4) 梅津順一『近代経済人の宗教的根源』、二四四―五頁。
- (5) 水田洋、前掲書、一九三―四頁。
- (6) *TMS*, p.63. 邦訳、九七頁。
- (7) *TMS*, p.63. 邦訳、九七頁。
- (8) *TMS*, p.63. 邦訳、九七頁。
- (9) *TMS*, p.64. 邦訳、九八頁。
- (10) *TMS*, p.64. 邦訳、九八頁。
- (11) ロイ・ポーター、前掲訳書、一〇七頁。
- (12) *TMS*, p.64. 邦訳、九八頁。
- (13) 川島信義「アダム・スミス『諸国民の富』の成立と『道徳感情の理論』の改訂」『経済学論集』第一六卷第三号、西南学院大学をみよ。
- (14) Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, edited by R.H.Campbell, A.S.Skinner, Glasgow edition, Oxford, 1976, Vol.I, p.428. （以下、*WN*と略記）、大河内一男監訳『国富論』中央公論社、Ⅱ、七五頁。
- (15) *WN*.I, p.337. 邦訳、Ⅰ、五二八―九頁。
- (16) *WN*.I, p.338. 邦訳、Ⅰ、五二九頁。
- (17) *WN*.II, p.612. 邦訳、Ⅱ、三八一頁。
- (18) 岡田純一『アダム・スミス』日本経済新聞社、昭和五二年、一六八頁。

(19) WN.I, p.343. 邦訳、I、五三六頁。

(20) 大塚久雄、前掲書、三七頁。

六 結びにかえて

今まで論じてきたところから分かるように、一七世紀後半から一八世紀半ば前後の時期、いわば産業革命前夜の時期は、社会現象として見れば、新しい社会層である中産層の台頭とその社会的地位の上昇の時代であった。

「イギリス社会の背骨」と言われるまでに成長していた、この新興の中産層の立場に立ち、彼らの革新性を評価し、その役割に期待をかけていた人物にデフォーと少し後にスミスがいた。他国に比べてイギリスは、中産層が非常に繁栄していることを高く評価し、こういう中産の市民層こそが、今イギリスの国富をその双肩に担っている中堅なものと確信していたのであった。そして彼らは、この中産層こそ、将来のイギリスの繁栄を支える最強の支柱であると考⁽¹⁾えていた。

資本主義の精神をもつ経済人としての中産層の人々は、産業革命という経済発展の基盤となった社会的・文化的・倫理的な諸変化、たとえば封建社会にあつては価値の低い下賤なものと見られていた利潤動機、競争倫理などを積極的に是認する心性、その上利己心から生ずる慎慮、勤勉、節約といった新しい徳性を身につけていた。⁽²⁾ それに加えてデフォーもスミスも、ピューリタンの教義で育った中産層の人々を通じてなされる営利活動Ⅱ「財産への道」のみが、そのまま「徳性への道」につながるものであり、さらに中産層および勤労大衆層（労働者層）の健全な消費行動が、

国内の消費市場を形成するものであった。

中産層とは対照的に、上流の富裕層の行動は、主として浪費そのもの、そして背徳と退廃とにだけ結びつくことを特徴とするので、国民大衆の富裕をもたらす資本の蓄積につながるなど望むべくもなかった。一方貧困層は、窮乏生活によって経済人としての徳性を生み出すことは難しいと考えられた。

ピューリタンの牧師リチャード・バクスターが説いた経済倫理とピューリタンとしての教義を身につけた中産層こそが、禁欲・勤勉・節約・資本蓄積に全力を注ぐ資本主義の精神を発揮し、国民的富裕も成し遂げ、来るべき産業革命を順調に達成しうるであろう。このように考えたデフォーとスミスは、新興の中産層の人々にイギリスの未来を託したと言つて過言ではない。まさに中産層の立場に立つて来るべきイギリス社会を見据え、イギリスの国益にとって的確な判断を人々に示した人物こそ、デフォーとスミスであったと言えるであろう。⁽³⁾

- (1) デフォー『イギリス経済の構図』、前掲訳書、解説、四一〇頁をみよ。
- (2) 関口尚志、前掲論文、二八頁。
- (3) 大塚久雄、前掲書、三七頁。

事業報告

EU法ワークショップ

「EU法の現在と日本法への示唆」

日時 平成二十三年十一月十九日(土)午前十時～
場所 法学部十号館一〇三二講堂
主催 日本大学法学部比較法研究所
共催 慶應ジャン・モネEU研究センター
後援 日本EU学会

一、基調講演「EU法の現在とその意義」

加藤 紘捷(日本大学法学部教授)

二、「日EU間経済連携協定における相互承認原則の比較法的考察」

庄司 克宏

(慶應義塾大学大学院法務研究科教授)

三、「EU取引法と日本民法への示唆」

長谷川貞之(日本大学法学部教授)

四、「EU会社法と日本の事業体法制」(欧州私会社(SPE: Societas Privata Europaea)を中心として)」

松嶋 隆弘(日本大学法学部教授)

五、「租税法における濫用の法理」(欧州司法裁判所と我が国の

最高裁判所における判決を比較して)」

今村 隆(日本大学大学院法務研究科教授)

六、「航空排出権紛争の行方」

工藤 聡一(日本大学法学部教授)

平成二十二年度・二十三年度研究会報告

法学研究所

憲法・行政法研究会

(第一回例会)

一、平成二十三年六月二十九日(水)午後四時から

一、法学部(本館)一八一講堂

一、テーマ及び報告者

通信社配信記事に対する名誉毀損の成否と事実誤認の相当性(最一判平成二十三年四月二十八日)

准教授 高畑英一郎

(第二回例会)

一、平成二十三年七月二十七日(水)午後四時から

一、法学部(本館)一七一講堂

- 一、テーマ及び報告者

国旗国歌起立斉唱をめぐる処分、採用拒否事件

非常勤講師 杉山 幸一

(第二回例会)

- 一、平成二十三年九月二十四日(土)午後一時から

- 一、法学部(本館)一七一講堂

- 一、テーマ及び報告者

テレビ番組で懲戒請求を呼びかけられ、業務を妨害された
として弁護団の弁護士らが損害賠償を求めた事例

大阪国際大学現代社会学部准教授 安保 克也

(第四回例会)

- 一、平成二十三年十一月五日(土)午後三時から

- 一、法学部(本館)一七一講堂

- 一、テーマ及び報告者

瑕疵ある行政調査に関する考察

大学院法学研究科博士後期課程 橋本 直樹

刑事法研究会

(第一回例会)

- 一、平成二十三年五月二十六日(木)午後五時から

- 一、法学部(本館)第二会議室

- 一、テーマ及び報告者

Duress の法理と期待可能性

元教授 沼野 輝彦

(第二回例会)

- 一、平成二十三年六月九日(木)午後六時から

- 一、法学部(本館)第二会議室

- 一、テーマ及び報告者

被害者としての法人

大学院法務研究科教授 清水 洋雄

(第三回例会)

- 一、平成二十三年七月十四日(木)午後五時から

- 一、法学部(本館)第二会議室

- 一、テーマ及び報告者

住居侵入後、キャッシュカードの窃取に着手し、いつでも
容易にその占有を取得できる状態に置いた上で、同キャッ
シュカードの占有者に脅迫を加えて同キャッシュカードの
暗証番号を強いて聞き出した行為につき、刑法二三六条二
項の強盗罪が成立するとされた事例

大学院法学研究科博士前期課程 淵脇千寿保

(第四回例会)

- 一、平成二十三年十月十三日(木)午後五時から

一、法学部(本館)担当室

一、テーマ及び報告者

アスペルガー障害をもつ被告人の供述が争われ、無罪とされた事例(東京高裁平成二十二年一月二十六日・判例タイムズ一三四三号二四七頁)

大学院法学研究科博士後期課程 浜崎 昌之

(第五回例会)

一、平成二十三年十一月十七日(木)午後五時から

一、法学部(本館)担当室

一、テーマ及び報告者

いわゆる環境法領域に含まれる廃棄物処理法の刑罰規定に対する未必の故意による共謀共同正犯

―最三決平成十九年十一月十四日の事例を素材として―

非常勤講師 小針 健慈

(第六回例会)

一、平成二十三年十二月十五日(木)午後五時から

一、法学部(本館)担当室

一、テーマ及び報告者

「公正なる会計慣行」と虚偽有価証券報告書提出罪等の成否

―長銀および日債銀刑事事件に関する最高裁判断を中心

に―

准教授 岡西 賢治

(第七回例会)

一、平成二十四年一月十九日(木)午後五時から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

振り込め詐欺を防ぐための地域づくり

教授 尾田 清貴

民事法・商事法合同研究会

(第一回例会)

一、平成二十三年四月二十三日(土)午後二時から

一、法学部(本館)第一会議室

一、テーマ及び報告者

①(判例研究)

一、自動車に対するいたずらによる損傷という保険事故が発生したとして車両保険金の支払いを請求する場合における事故の偶発性についての主張立証責任

二、自動車に対するいたずらによる損傷という保険事故の発生を認め、損害保険会社の故意免責を認めなかった事例(東京高判平成二十一年十一月二十五日・判時

二〇六五号一五六頁）

弁護士 高木 宏行

②(判例研究)

重度の自閉症児の福祉施設における事故死につき、重度障害者も健常者並みに就労の機会が増えつつあるとして、一定限度の就労の可能性を認めて逸失利益が認められた事例―社会福祉法人侑愛会事件―(青森地判平成二十一年十二月二十五日・判時二〇七四号二三頁・労判九九八号二三頁)

教授 長谷川貞之

(第二回例会)

- 一、平成二十三年六月十八日(土)午前九時三十分から
- 一、法学部(四号館)第四会議室
- 一、テーマ及び報告者

第一回「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見

(第三回例会)

- 一、平成二十三年六月二十五日(土)午前九時三十分から
- 一、法学部(本館)第一会議室
- 一、テーマ及び報告者

第二回「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見

理」に対する意見

(第四回例会)

- 一、平成二十三年七月二日(土)午前九時三十分から
- 一、法学部(本館)第一会議室
- 一、テーマ及び報告者
- 第三回「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見

(第五回例会)

- 一、平成二十三年七月二十三日(土)午前九時三十分から
- 一、法学部(本館)第一会議室
- 一、テーマ及び報告者
- 第四回「民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理」に対する意見

(第六回例会)

- 一、平成二十三年十二月十七日(土)午後二時から
- 一、法学部(本館)第一会議室
- 一、テーマ及び報告者

①(判例研究)

保険契約者は、死亡保険金受取人として指定した者の承諾なく、死亡保険金請求権に質権の設定ができるとされた事案(東京高判平成二十二年十一月二十五日・金判

一三五九号五〇頁)

株式会社損害保険ジャパン文書法務部部长・

非常勤講師 田爪 浩信

②(判例研究)

保険金の指定受取人とその相続人となるべき者とが同時に死亡した場合における「保険金額ヲ受取ルヘキ者ノ相続人」(最判平成二十一年六月二日・民集六三卷五号九五三頁)

弁護士 岸 郁子

商事法研究会

(第六回例会)

一、平成二十三年三月五日(土)午後二時から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

①(判例研究)

農業協同組合の代表理事が進めた事業の資金調達方法について、調査、確認しなかった同組合の監事の任務懈怠責任(最判平成二十一年十一月二十七日・金判一三四二号二二頁)

准教授 大久保拓也

②金商法一五七条利用の可能性について

—米国証券取引所法10b-5との比較から—

公益財団法人日本証券経済研究所研究員 萬澤 陽子

(第一回例会)

一、平成二十三年五月二十一日(土)午後二時から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

①(判例研究)

破産会社が運営していた茶道教室の受講生に対する茶道の財団法人の看板貸責任(大阪地判平成二十二年六月十八日・判例集未登載 [LEX/DB 文献番号二五四六三五四]、大阪高判平成二十二年十二月二十四日・判例集未登載 [LEX/DB 文献番号二五四七〇一三九])

嘉悦大学経営経済学部准教授 小菅 成一

②航空排出権紛争の行方

—ボーダレス型環境問題に対する米欧の規制戦略—

教授 工藤 聡一

(第二回例会)

一、平成二十三年十月一日(土)午後二時から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

①会社法のもとにおけるデット・エクイティ・スワップ
(日本私法学会個別報告の準備を兼ねて)

教授 松嶋 隆弘

②(判例研究)

役員退職慰労年金の支給打ち切りの可否(最三小判平成
二十二年三月十六日・判時二〇七八号一五五頁・金判
一三四六号三八頁)

通信教育部非常勤講師・税理士 高岸 直樹

(第三回例会)

一、平成二十四年一月二十一日(土)午前十時三十分から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

「『会社法制の見直しに関する中間試案』に関する意見募
集」に対する意見

労働法研究会

(第一回例会)

一、平成二十三年三月三十一日(木)午後四時から

一、法学部(四号館)第四会議室(A)

一、テーマ及び報告者

事業場外みなし労働時間制の日米比較

経営法学研究会

(第一回例会)

一、平成二十三年五月二十一日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)二二二講堂

一、テーマ及び報告者

①財政危機・福祉予算の逼迫の虚構と不公平税制の機能

教授 黒川 功

②二〇一一年度不公平な税制是正による財源試算

不公平な税制をただす会運営委員・税理士 荒川 俊之

(第二回例会)

一、平成二十三年六月十八日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)二二二講堂

一、テーマ及び報告者

輸出戻し税の仕組みと震災復興財源

静岡大学元教授・税理士 湖東 京至

(第三回例会)

一、平成二十三年九月十七日(土)午後三時から

一、法学部(三号館)三二七講堂

一、テーマ及び報告者

社会保障・税番号大綱(平成二十三年六月三十日)の読み方

―納税者番号制度論の今日の特徴―

税理士 岡田 俊明

(第四回例会)

一、平成二十三年十月二十二日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)二二一講堂

一、テーマ及び報告者

①東日本大震災税務事例の問題点

―阪神淡路の教訓から―

税理士 松田 周平

②震災法務と課税

鹿児島大学法文学部法政策学科准教授 鳥飼 貴司

(第五回例会)

一、平成二十三年十一月十九日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)二二一講堂

一、テーマ及び報告者

①改正税理士法

関東学院大学法学部教授・税理士 阿部 徳幸

②意思表示の効力発生時期

―民法起草者の議論を通じた考察―

中央学院大学法学部専任講師 大久保 輝

(第六回例会)

一、平成二十三年十二月十七日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)二二一講堂

一、テーマ及び報告者

①震災から学ぶ「居住」の要件

法政大学大学院講師・一級建築士 倉田 剛

②「権力分立論」と租税について

非常勤講師・税理士 武石 鉄昭

(第七回例会)

一、平成二十四年一月十九日(木)午後六時から

一、法学部(一〇号館)一〇四一講堂

一、テーマ及び報告者

企業活動と知的財産権

アディダスジャパン株式会社

グループ法務部マネージャー 山下 法子

(第八回例会)

一、平成二十四年一月二十一日(土)午後三時から

一、法学部(二号館)二四一講堂

一、テーマ及び報告者

法の正義と認定賞与―課税庁の処分と税理士の対応―

税理士 小田川豊作

政経研究所

政治研究会

(第一回例会)

一、平成二十四年一月二十日(金)午後四時三十分から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

政治家石橋湛山

東洋英和女学院大学国際社会学部教授 増田

弘

経済研究会

(第一回例会)

一、平成二十三年十一月十九日(土)午後一時から

一、法学部(二号館)二五三講堂

一、テーマ及び報告者

日本経済における観光立国化の必要性と観光行政

同志社女子大学現代社会学部特任教授 山上

徹

(第二回例会)

一、平成二十四年一月十一日(水)午後一時から

一、法学部(本館)一八一講堂

一、テーマ及び報告者

リカードウの課税論

尾道大学経済情報学部教授 佐藤 滋正

公共政策研究会

(第二回例会)

一、平成二十二年二月十日(水)午後五時から

一、法学部(六号館)第六会議室

一、テーマ及び報告者

国民の要望に応える警察活動の推進に向けて

—理論と実務の融合の上にある警察の在るべき姿—

警察大学校警察政策研究センター政策調査官 那須 修

(第一回例会)

一、平成二十三年七月七日(木)午後五時四十五分から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

冷戦後における自衛隊の役割…その変遷と今後の展望

法政大学グローバル教養学部准教授 藤重 博美

(第二回例会)

一、平成二十三年十月二十日(木)午後六時から

一、法学部(一〇号館)一〇一一講堂

- 一、テーマ及び報告者
体験的公務員論

元教授 田中 宗孝

政治権力研究会

(第一回例会)

- 一、平成二十三年十一月二日(水)午後五時三〇分から
一、法学部(本館)第二会議室
一、テーマ及び報告者

ドイツ連立政権の形成と存続のメカニズム

東京工業大学大学院社会理工学研究科特任助教 荒井 祐介

(第二回例会)

- 一、平成二十三年十一月二十一日(月)午後六時から
一、法学部(本館)第二会議室
一、テーマ及び報告者

日英比較からみる首相の権力

成蹊大学法学部教授 高安 健将

(第三回例会)

- 一、平成二十三年十一月三十日(水)午後五時三〇分から
一、法学部(本館)一八一講堂
一、テーマ及び報告者

- ① ティーパーティー運動の光と影

専修大学法学部兼任講師 末次 俊之

- ② 共和党穏健派の思想と動向

― 一九五二年の予備選挙を中心として ―

津田塾大学学芸学部国際関係学科准教授 西川 賢

(第四回例会)

- 一、平成二十三年十二月十七日(土)午後三時三〇分から
一、法学部(本館)一七一講堂
一、テーマ及び報告者

フランスにおける国政エリート…公職兼任と政治的中央

― 地方関係の視点から

茨城大学人文学部教授 佐川 泰弘

比較法研究所

英米法(公法部会)研究会

(第一回例会)

- 一、平成二十三年十二月五日(月)午前十時四十分から
一、法学部(二〇号館)一〇五二講堂
一、テーマ及び報告者
アメリカ合衆国の法体系と大統領権限

ミシガン州立大学法科大学院教授 フランク・ラヴィッチ

英米法(私法部会)研究会

(第二回例会)

一、平成二十三年二月二十六日(土)午後四時三十分から

一、法学部(四号館)第四会議室(A)

一、テーマ及び報告者

法人税法二二条二項の『取引』概念の意義と範囲

―オウブンシャホールディング事件(最高裁平成十八年一月二十四日判決(判時一九三三二〇頁))とデット・エクイティ・スワップ事件(東京地裁平成二十一年四月二十八日判決(訟月五六卷六号一八四八頁))を手掛かりとして―

駿河台大学法科大学院教授 今村 隆

(第一回例会)

一、平成二十四年一月二十八日(土)午後二時から

一、法学部(本館)第一会議室

一、テーマ及び報告者

①モントリオール条約第三五条の解釈について

近畿大学法科大学院教授 藤田 勝利

②国内旅客航空運送契約における「延着」責任について

教授 松嶋 隆弘

EU法研究会

(第一回例会)

一、平成二十三年十一月十四日(月)午前九時から

一、法学部(三号館)三二七講堂

一、テーマ及び報告者

①EU取引法と日本民法への示唆

教授 長谷川貞之

②EU会社法と日本の事業体法制―欧州私会社(SPE・Societas Privata Europaea)を中心として―

教授 松嶋 隆弘

③航空排出権紛争の行方

教授 工藤 聡一

基礎法学研究会

(第一回例会)

一、平成二十三年六月十日(金)午後四時二十分から

一、法学部(本館)第二会議室

一、テーマ及び報告者

Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest

(何人も自ら占有の性質を変更することができない)という

ローマ法原則・再考

広島大学大学院社会科学研究所・法学部教授 吉原 達也

(※平成二十三年二月～平成二十四年一月末日現在)

平成二十二年学内学会・研究所合同研究会

一、日時 平成二十三年三月十一日(金)午前十時開会

二、場所 法学部本館二階第一会議室

司会・進行 大久保拓也・大岡 聡

佐幸 信介・高畑英一郎

友岡 史仁・野口 恵子

一、自由論題

①中国に見る西欧文明との摩擦と伝統的思維方式

山本 賢二

②イノベーションとコンプライアンスのジレンマ

佐久田昌治

二、在外研究報告

アメリカにおけるテロ対策とインテリジェンス

三、退任記念講演

①期間の定めのある労働契約についての問題 原田 賢司

②「死せるキリスト」序説 福田 忠郎

③深沢七郎私論

―「檀山節考」をめぐる― 小川 重男

④「英語」初年次教育に関する問題点 西村 克彦

⑤イギリスBBC放送 向後 英紀

⑥ Dures の法理と期待可能性

―責任阻却事由としての比較を中心として―

沼野 輝彦

※本学会の途中、東日本大震災の発生により、参加者の安全面を配慮した結果、西村克彦先生・沼野輝彦先生の講演を残し、本学会は中止した。

※向後英紀先生は、私事により講演を辞退された。

平成二十二年学内・二十三年定期無料法律相談会

平成二十二年学内・二十三年定期無料法律相談会は、校友弁

護士の協力を得て開催された。概要は左記のとおりである。定期無料法律相談会の趣旨である地域社会との交流を図り、学生達の法学の实践教育を行うという目的を達成することができた。

一、日時

【平成二十二年度】

(第七回)平成二十三年二月五日(土)

(第八回)平成二十三年三月五日(土)

【平成二十三年度】

(第一回)平成二十三年五月二十一日(土)

(第二回)平成二十三年六月二十五日(土)

(第三回)平成二十三年七月十六日(土)

(第四回)平成二十三年九月二十四日(土)

(第五回)平成二十三年十月十五日(土)

(第六回)平成二十三年十二月三日(土)

※いずれも時間は、午後一時～午後三時

二、場所 法学部三号館

三、参加者(敬称略)

(専任教員)

岡島 芳伸・内山 忠明・関 正晴・松嶋 隆弘

山川 一陽・堀切 忠和

(校友弁護士)

土屋 修一・伊達 弘彦・水上 博喜・小林 哲也
松原 祥文・大谷部雅典・大森 浩司・田中 貴一

(補助学生)

参加教員担当ゼミナール学生 各回四名

四、相談件数・内容

① 件数

五十三件

② 内容

扶養、相続関係(遺言・遺産分割) 九件

貸金、そのほかの債権回収 十二件

借地借家 四件

不法行為(名譽毀損・器物損壊など) 五件

近隣問題(道路・境界など) 四件

労働関係(従業員のトラブル・解雇など) 二件

家族関係(離婚・DVなど) 五件

借金、保証そのほかの金銭債務(含む破産) 二件

売買そのほかの契約関係 六件

その他(消費者問題など) 四件

(※平成二十三年二月～平成二十四年二月末日現在)

東日本大震災被災者支援 巡回無料法律等 相談会

東日本大震災被災者支援 巡回無料法律等相談会は、福島県郡山市のビッグアイ七階（郡山市民交流プラザ）第一会議室において、市当局並びに地元校友会・校友弁護士・税理士・司法書士等の協力を得て、平成二十三年六月十二日（日）に開催された。巡回無料法律等相談会は、東日本大震災の被災者支援の一環として、法学部の特性を活かし、震災に関連した法律問題等の相談に応じること、被災者の一助となるべく、開催した。

開催の概要は左記のとおりである。

一、日時 平成二十三年六月十二日（日）

午前十時三十分～午後三時

二、場所 福島県郡山市

ビッグアイ七階（郡山市民交流プラザ）第一会議室

三、参加者（敬称略）

（専任教職員）

杉本	稔・池村	正道・小林	忠正・内山	忠明
関	正晴・松嶋	隆弘・堀切	忠和・山本	博通
宮澤	秀幸・関根	喬・落合	怜美・戸塚	浩行
齋藤	南			

（弁護士）

野村吉太郎・齋藤 理英・榎本 一久・大栗 悟史
寺原真希子・石川 博之・武藤 正隆

（税理士）

阿部 徳幸・松嶋 康尚

（司法書士）

有我 晴輝・山口 孝之

四、相談件数・内容

① 件数

二十七件

② 内容

地震及び津波の被害に係る問題	五件
原子力被害に係る問題	一件
借地借家関係	五件
借金、保証そのほかの金銭債務（含む破産）	三件
家族に関する問題（離婚、DV、児童虐待など）	五件
その他（建築・不法行為・相続関係など）	八件

平成二十三年巡回無料法律相談会

平成二十三年巡回無料法律相談会は、新潟県長岡市のハイブ長岡二階会議室A Bにおいて、市当局並びに地元校友会・校

友弁護士等の協力を得て、平成二十三年十一月二十七日(日)に開催された。

開催の概要は左記のとおりである。巡回無料法律相談会の趣旨である地域社会との交流を図り、学生達の法学の実践教育を行うという目的を達成することができた。

一、日時 平成二十三年十一月二十七日(日)

午前十時三十分～午後三時

二、場所 新潟県長岡市

ハイブ長岡二階 会議室A B

三、参加者(敬称略)

(専任教職員)

池村 正道・岡島 芳伸・内山 忠明・山川 一陽

堀切 忠和・外園 澄子・宮澤 秀幸・関根 喬

戸塚 浩行・村上 洋

(校友弁護士)

入澤 武久・前島 憲司・坂井 愛・末次 茂雄

佐藤由紀子・米山 孝之

(補助学生)

参加教員担当ゼミナール学生等十六名

四、相談件数・内容

①件数

五十二件

②内容

借金、保証そのほかの金銭債務(含む破産) 八件

借地借家 五件

建築関係 三件

売買そのほかの契約関係 五件

家族関係(離婚・DVなど) 五件

扶養、相続関係(遺言・遺産分割) 八件

その他(貸金・近隣問題・人権問題など) 十八件

平成二十三年度行政なんでも相談

平成二十三年度行政なんでも相談は、法桜祭期間に合わせて開催された。概要は左記のとおりである。専門の相談員による行政相談に本学部の学生を陪席させ、行政相談を通じて日本の現代行政を理解する機会を提供し、そこにある問題点及びその解決方法を実感させるために実施した。

一、日時 平成二十三年十月二十九日(土)～十月三十一日(月)

※いずれも時間は、午前十時～午後三時

二、場所 法学部十号館二階 学生ホール

三、主催 日本大学法学部政経研究所

四、後援 東京行政相談委員協議会

五、協力 総務省東京行政評価事務所

六、相談員

東京行政相談委員協議会行政相談委員

総務省東京行政評価事務所行政相談官

七、補助学生 行政科研究室所属学生及び公募にて募集の法学

部生

八、相談項目

・各省庁組織、業務内容について

・公務員試験について

・行政改革について

・年金制度について

・環境政策について

・税金について

・防災政策について

・交通の便について

等々

九、相談件数

二十六件

平成二十三年法律討論会

第三十四回法律討論会は、日本大学法学会と日本大学法曹会による共同開催、並びに日本大学法学部校友会と日本大学法学

部法学研究所の後援により、平成二十三年十月八日(土)十二時三十分から法学部十号館一階一〇一一講堂において開催された。

(出題者)

林 史高裁判官

(審査員)

河野 清孝裁判官・小西 威夫検察官

有吉 眞弁護士

(進行・時計)

入江 源太弁護士・大栗 悟史弁護士

◆問題(民法)

Xは、平成十三年六月一日、Yとの間で、自己が所有する甲土地(時価三〇〇〇万円)とYが所有する乙不動産とを交換し、同日、各不動産についてその引渡しと同時にその旨の所有権移転登記をしたところ、Yは、平成十五年六月一日、Zに対し、甲土地を三五〇〇万円で転売した。

以上の事案について、次の各小問記載の事情があつた場合、Xは、平成二十三年十月八日現在、Y及びZに対し、どのような請求をすることができるか(なお、各小問は、独立した問いであるが、いずれの小問についても、甲土地についてZ名義の所有権移転登記がされていた場合とこれがされていない場合と

で結論が異なるときは、その点を分けて論じるものとする。)

(二) 乙不動産は、建物(以下「乙建物」という。)の所有権(時価五〇〇万円)及びその敷地である土地(以下「乙土地」という。)の所有権(時価二五〇〇万円)であったところ、平成二十二年六月一日、台風に伴う大雨により、乙土地の北側崖に設置された擁壁(以下「本件擁壁」という。)に傾斜、亀裂を生じるとともに、崖上の乙土地の一部に沈下及び傾斜が生じ、乙土地上に建物を維持することが構造耐久力上及び保安上著しく危険な状態となったこと(この状態を解消するには費用として二〇〇〇万円を要する。)から、Xは、同年八月一日、やむなく、乙建物を取り壊した(その費用として三〇〇万円を要した。)。本件擁壁がこのような状態になったのは、本件擁壁に当初から構造的欠陥があったためであり、Xは、Yとの交換の際、この点について何の説明も受けず、このような重大な結果をもたらすことを全く想到できなかったところ、同年六月十五日に初めてこの点を知った。

なお、Xは、平成二十三年五月一日、Yに対し、以上の事情を踏まえた自己の請求(法的主張)を伝え、Yと話し合ったが、結局物別れに終わった。

(二) 右記(二)の場合において、乙不動産は、乙建物の所有権

(時価五〇〇万円)及び乙土地の賃借権(賃貸人は、乙土地の所有者Aである。時価二五〇〇万円)であった。

(三) 乙不動産は、乙建物の所有権(時価五〇〇万円)及び乙土地の所有権(時価二五〇〇万円)であったところ、平成二十二年六月十五日、乙土地の土壤に、平成二十年に施行された新法令上、「それが土壤に含まれることに起因して人の健康に係る被害を生ずるおそれがあるもの」と定められた化学物質Bが当該法令の定める基準値を超えて含まれており、その除去等の措置(費用二〇〇〇万円)を実施しなければならぬことが判明した(この化学物質Bは、X・Y間の交換当時から乙土地の土壤に含まれていたが、その当時、法令に基づく規制の対象となっておらず、取引観念上も、これが土壤に含まれることに起因して人の健康被害に係る被害を生ずるおそれがあるとは認識されておらず、Xもそのような認識を有していなかった。)

なお、Xは、平成二十三年五月一日、Yに対し、以上の事情を踏まえた自己の請求(法的主張)を伝え、Yと話し合ったが、結局物別れに終わった。

討論会は三人一組で十組が出場し、各チーム一人の立論者が十分以内の論旨を発表し、他の二人が他の出場チームや傍聴者

の質疑に対して五分間で応答する方法で行われた。

討論に先だち、日本大学法学会会長である杉本稔学部長並びに日本大学法曹会会長篠崎芳明弁護士との挨拶があり、続いて進行の入江源太弁護士から発表の手順と審査基準(論旨内容六十点、発表態度十点、質疑応答内容・態度三十点)等の説明がなされたあと討論会が開始された。

討論終了後、審査員を代表して河野清孝裁判官から審査結果が発表されたのに続き表彰式が行われ、法曹会、法学部校友会から優勝チームに法曹杯・法学部校友会杯、法曹会から優勝、準優勝、第三位の各チームに盾、並びに法学部校友会から副賞として図書カードが授与された。また、法学部校友会から上位三チーム以外の出場者にメダル、日本大学法学会から出場者全員に図書カード、優秀質問者には法学部校友会から図書カードがそれぞれ授与された。また、来場者全員に法学部並びに法学部校友会からそれぞれ記念品を贈呈した。

なお、法律討論会終了後、法学部本館地下一階学生食堂において出場者・関係者全員による懇親会が開催された。

成績結果は、以下のとおりである。(括弧内は学科・学年)

優勝(第十組)

岩田 真琴(法律・四年)・阿部 礼子(法律・三年)

岡本 愛(法律・三年)

準優勝(第九組)

佐藤友里絵(法律・四年)・富田 恭平(法律・三年)
熨斗 佑城(法律・三年)

第三位(第八組)

中村 亮平(法律・三年)・石川 皓太(法律・三年)
吉津 和輝(法律・三年)

参加賞(順不同)

峯岸 舞(法律・一年)・大谷 健太(法律・二年)
奥山 直毅(法律・二年)・古川 成由(法律・三年)
永池 瑤子(法律・三年)・石田 茂人(経営法・三年)
田中 夏樹(法律・三年)・田中 大和(法律・三年)
本郷 花奈(法律・三年)・宮嶋 陽平(経営法・三年)
森口 真衣(法律・三年)・山崎 秀美(法律・四年)
沢野 直也(法律・三年)・狩谷友里子(法律・三年)
安藤 嘉之(法律・三年)・佐藤 大樹(法律・三年)
米山由美子(法律・三年)・川野真理香(法律・三年)
上田 潤(法律・三年)・野口 誠(法律・三年)
藤村 敬(法律・三年)・中村 亮平(法律・三年)
石川 皓太(法律・三年)・吉津 和輝(法律・三年)
佐藤友里絵(法律・四年)・富田 恭平(法律・三年)
熨斗 佑城(法律・三年)・岩田 真琴(法律・四年)

阿部 礼子(法律・三年)・岡本 愛(法律・三年)

優秀質問賞(五十音順)

厚見 龍男(法律・三年)・大谷 健太(法律・二年)
小倉 勇輝(法律・三年)・近藤 太樹(法律・三年)
田中 夏樹(法律・三年)・塚澤 香葉(法律・二年)
土屋 太輝(法律・四年)・富田 恭平(法律・三年)
野口 祐介(法律・四年)・森口 真衣(法律・三年)

平成二十三年国家試験合格者

◆公認会計士試験 二名

渡邊 成彦(経営法・四年)

鈴木 信成(平成二十・管理行政卒業)

◆弁理士試験 六名

田辺 稜(経営法・三年)

江川 春香(平成二十三・法学研究科博士前期課程修了)

佐藤 秀信(平成二十三・生産工学部マネジメント工卒業)

大城 望(平成二十・法律卒業)

寺内 貴則(平成十九・経営法卒業)

浅沼 聖子(平成十一・法律卒業)

◆司法書士試験 二名

佐藤 智幹(平成二十三・法学研究科博士前期課程修了)
小山 佑介(平成二十三・法律卒業)

平成二十三年日本大学法学部政経研究所
懸賞論文

日本大学法学部政経研究所は、社会科学全般に関連する研究等を目的とし、学生の社会に対する問題意識向上のため論文募集を行い、優れた論文に対し賞金(図書カード)を贈呈することとした。

厳正なる審査の結果は、左記のとおりである。(括弧内は学科・学年)

◆最優秀賞 なし

◆優秀賞 なし

◆佳 作 上岡 敦(法学研究科博士前期課程・一年)

【募集概要】

テーマ 「人間にとって真の豊かさとは何か」

「わが国の将来を見据えた震災復興への期待」

「高齢化先進国日本は、どのようなモデルを世界に提示できるか」

※この中からテーマを一つ自由選択した。

応募資格

日本大学法学部在学学生・大学院生

応募要領

○論文は日本語で作成され、未発表のものに限る。

○パソコン・ワープロで作成する場合は、A4

版用紙を使用し六〇〇〇字以上八〇〇〇字以内

とする。手書きする場合は、市販のA4判横

書き用四〇〇字詰め原稿用紙を使用し、黒イン

クの万年筆又はボールペンを使用して記載する

こと。枚数は、同原稿用紙十五枚以上二十枚以

内とする。(引用・参考文献等は、注に明記する

こと。)

○用紙には、氏名・学年・学科等その他予断を生

じるような事項を記入しないようにする。論文

とは別に氏名・学年・学科・電話番号を記載し

た書面を添付すること。

○論文の応募は一人一通とし、応募論文の返却は

行わない。

○優れた論文は、本人の承諾を得たうえ、本学部

ホームページ等に掲載することがある。

提出期限 平成二十三年十月二十六日(金)【必着】

提出先 日本大学法学部研究事務課(三号館一階)

賞 金 優れた論文には、それぞれ賞金(図書カード)を授

与する。

最優秀賞 五万円

優秀賞 三万円

佳作 二万円

※いずれの賞も該当なしの場合がある。

論文審査 日本大学法学部政経研究所で審査を行い、最終決

定は平成二十四年一月下旬に行う。ただし審査過

程に関する問い合わせには応じられない。

受賞者発表 受賞者の発表は、本人へ通知するほか、学部掲示

板に掲載する。

主 催 日本大学法学部政経研究所

後 援 日本大学法学部校友会

執筆者紹介

掲載順

青山武憲	日本大学教授
藤川信夫	日本大学教授
西原雄二	日本大学准教授
菊池肇哉	日本大学法学部 比較法研究所研究員
加藤紘捷	日本大学教授
庄司克宏	慶應義塾大学大学院 法務研究科教授
長谷川貞之	日本大学教授
松嶋隆弘	日本大学教授
今村隆	日本大学教授 (大学院法務研究科)
川村佑紀	日本大学法学部 比較法研究所研究員
工藤聡一	日本大学教授
秋山和宏	日本大学教授
倉島隆	日本大学教授
山口正春	日本大学教授

編集委員

池村正道	伊藤文夫	小田司	加藤紘捷	佐藤邦憲	高橋雅夫	船山泰範	山川一陽	楠谷清	佐渡友哲	福島康仁

HŌGAKU KIYŌ

Journal of the Law Institute

< Law Institute >

Takenori Aoyama, *England and the Church of England*

Nobuo Fujikawa, *Contemporary Tasks and Prospects in
Documentary L/C Dealings*

Yuji Nishihara, *The Problems of “Facts to Neglect” and Time
Limitation in Citizens’ Audits*

Toshiya Kikuchi, *The Continental Doctrine of ‘Causa’ and the
Theory of Consideration in the Common Law*

【Current EU Law and its Implications for Japanese Law】

Preface

Hirokatsu Kato, *Current EU Law: The Lisbon Treaty and the
EU Charter of Fundamental Rights*

Katsuhiko Shoji, *A Japan-EU Economic Partnership Agreement
with the Mutual Recognition Principle: A
Comparative Law Perspective*

Sadayuki Hasegawa, *EU Transactions Law and Japanese Civil Law
—The Idea of “Euro-hypothec” and Its
Implications in the Interpretation of Japanese
Civil Law—*

Takahiro Matsushima, *EU Company Law and Japanese
Company Law: What Could Japanese Company
Law Learn from the Societas Privata Europaea
(European Private Company)?*

Takashi Imamura, Yuki Kawamura, *The ‘Abuse of Law’ Principle
in Tax Law: Comparing the European Court of
Justice Decisions with the Japanese Supreme
Court Decision*

Soichi Kudo, *The Outcome of the Aviation Emissions Dispute*

Civil and Commercial Law Studies Expert Group, Nihon University
College of Law, *An Appraisal of “The Interim Draft 2011 to
clarify Tentative Points in Issues for the Partial
Amendment of the Civil Code (Relating to
Claims)”*

< Political Science and Economics Institute >

Kazuhiro Akiyama, *A Survey of Mayoral Elections in 2009*

Takashi Kurashima, *A Study of James Harrington’s Theory of
Electoral System in his Oceana*

Masaharu Yamaguchi, *Role of the Middle Class on the Eve of
the Industrial Revolution*
—Centering on Defoe and Smith—

ISSN 0287-0665

法
学
紀
要
(第五十三卷)

編集
発行

責任者

池 村 正 道
秋 山 和 宏

発
行
者

日本大学法学部法学研究所
日本大学法学部政経研究所

発
行
年
月
日

平成二十四年三月一日

株式会社メディオ

